

إشكالات قانونية في قانون الأوقاف الجزائري - مناقشة واقتراحات -

Lagal Problems in the Algerian endowments law - Discussion and Suggestions-

أ.د/ طحطاح علال¹، د/ مروان سارة²¹ كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، a.tahtah@univ-dbkm.dz² كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، الجزائر، s.merouane@univ-dbkm.dz

تاريخ النشر: 2025/04/20

تاريخ القبول: 2024/12/12

تاريخ الاستلام: 2024/10/23

ملخص: في هذه الورقة البحثية إن شاء الله سنتناول بعض الإشكالات القانونية التي يتضمنها قانون الأوقاف الجزائري ونضعها للمناقشة والتقييم والتأصيل لنصل بشأنها إلى اقتراحات، ومن بين عناصر المناقشة، مناقشة مسألة الحجر للدين الواردة في القانون ومحاولة بيان ما تثيره من إشكالات ضمن المنظومة القانونية والقضائية في الجزائر أمام غياب أطر إجرائية صريحة، وسنبين كيف يجب على القاضي التعامل مع هذا الحكم، كما نخضع للمناقشة فكرة الشخصية المعنوية سيما الواردة كمصطلح ضمن المادة 13 من قانون الأوقاف وما تثيره من إشكالات قانونية ولفظية ومقاصدية لنصل إلى حل بشأنها، كما نخضع للمناقشة مسألة الوقف الخاص وموقف القانون منه في ظل الصياغة الحالية للنصوص التي تعرضت له في قانون الأوقاف وما أثاره البعض من إشكالات بشأنها، كما نناقش مسألة مصادر الوقف التي أثارت عديد الخلافات بين شراح القانون، وفي النهاية فإن المقصود من هذا هو محاولة تقييم ثم اقتراح تقويم لقانون الأوقاف ضمن المستجدات والمقتضيات الحالية ومحاولة اعتماد الفقه المالكي كنطلق وغاية في نفس الوقت ضمن هذا السياق

كلمات مفتاحية: الحجر للدين، الشخصية المعنوية للوقف، الوقف الخاص، مصادر الوقف.

Abstract: In this research paper, inshaallah, we will talk about some problems in the Algerian Endowments Law, and subject them to discussion, evaluation, and consolidation in order to reach suggestions regarding them. Among the elements of the discussion is a discussion of the issue of debt guardianship contained in the law and its problems and we will show the judge should deal with it, and we will talk about moral personality of endowment, we also discuss about the issue of the private endowment and issue of the sources of the endowment and in the end, what is meant is an attempt to evaluate and then propose an evaluation of the endowment law within the current developments and requirements and an attempt to adopt fiqh maliki as a starting point and an end at the same time within this context.

Keywords Debt guardianship ; Moral personality ; Private endowment ; Endowment sources.

إن مسألة تقنين أحكام الفقه الإسلامي مسألة ذات أهمية بالغة إلى جانب أنها مسألة صعبة سيما في إطار محاولة المقنن الجمع بين أحكام الفقه الإسلامي وبعض المبادئ القانونية مع الاعتراف بوجود بعض التناقض في المنطلقات والمقاصد بينهما، ما يجعل الجمع بينهما مسألة قد تكون على قدر من الصعوبة في بعض الأمور.

وحق في إطار الفقه الاسلامي ذاته نجد أن هناك اختلاف على المقنن أخذه بعين الاعتبار وهو بذلك ملزم بالاختيار، الأمر الذي يشترط القيام بموازنة علمية مدروسة هادفة إلى درأ المفسد وجلب عديد المصالح، ما يقتضي فطنة في الاختيار ودقة في الصياغة ومنهجية في الموازنة.

إن المدقق في قانون الأوقاف الجزائري يلحظ نقاط قوة عديدة تتم عن جهد مبذول و سعي مشكور لواضع القانون، غير أن بعض الأحكام المقننة أدت إلى كثير من الخلاف الفقهي و القضائي أيضا، و ليس سبب هذا الخلاف دائما سوء في الصياغة، فقد يكون مرده فهم غير سليم للنصوص أو اختيار سيء لأحد المعاني التي يحتملها النص، و المطلوب منطقا و قانونا الأخذ بأسلم المعاني التي تحقق المطلوب و تجسد المرغوب.

وعند تفحص قانون الأوقاف والاطلاع على آراء الشراح والمدرسين والمؤلفين تبين أن هناك مسائل أثارت الخلاف والاختلاف في استنباط الأحكام القانونية من نصوص قانون الأوقاف نورد من بينها مسألة اشتراط أن لا يكون الواقف مجورا عليه لدين لصحة الوقف، و مسألة جدلية إلغاء الوقف الخاص أم الإبقاء عليه و تثبيته، و أيضا مسألة الشخصية المعنوية للوقف، إلى مصادر الوقف.

فما هي أهم الإشكالات المتعلقة بالمسائل المثارة أعلاه وما الحلول المقترحة لها سنحاول الإجابة على هذه الإشكالية وفق خطة يكون منطلقها تقسيم قانون الأوقاف، حيث نجعل المحور الأول للإشكالات الواردة في الأحكام العامة لقانون الأوقاف ونخصص المحور الثاني للإشكالات الواردة في أركان الوقف وشروطه.

المحور الأول: الإشكالات المتعلقة بالأحكام العامة لقانون الأوقاف

إن أحد الإشكالات التي ارتبطت بالأحكام العامة هي ما تعلق بتحديد مصادر الوقف كما أن المتمتع لنصوص قانون الأوقاف وآراء الشراح حولها يلحظ جليا أن تعديل المادة السادسة من قانون الأوقاف بحذف تعريف الوقف الخاص وأيضا إلغاء المواد المنظمة له أدى إلى اختلاف حول المغزى والهدف والحكم القانوني،

أولا. الإشكالات المرتبطة بمصادر الوقف .-وضوح في النص وتجاوز في الآراء الفقهية -:

نصت المادة الرابعة من قانون الأوقاف على أن "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة..."¹. إن النص واضح ودقيق في قصر مصادر الوقف على الإرادة المنفردة، وهذا أمر سليم، غير أن بعض الشراح تجاوز النص ليقول أن مصادر الوقف ثلاثة، التصرف الوقفي، و القانون، و الوصية بالتحييس¹.

إن المقصود بمصدر الحق أو مصدر الالتزام هو السبب المنشئ له، وفي العموم فإن المصادر في القانون خمسة اثنان منها إرادية وهي العقد والتصرف بالإرادة المنفردة، وثلاثة غير إرادية هي الفعل الضار والفعل النافع والقانون كمصدر مباشر لبعض الالتزامات، واستثناء قد يكون الحكم القضائي مصدرا من مصادر الحق أو الالتزام.

فما هو مصدر الوقف من بين هذه المصادر؟

¹ . أنظر في ذلك د جبار جميلة، محاضرات في الوقف، القيت على طلبة السنة الثانية، ماستر قانون أسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة.

إن المتمعن في نص المادة الرابعة يلحظ أن قانون الأوقاف قد تبني مصدرا واحدا هو الإرادة المنفردة، غير أن بعض الشراح كما أسلفنا جعلها ثلاث، التصرف الوقف والقانون، والوصية بالتحبيس.

وسنناقش هذه المصادر لنصل بعدها إلى نتيجة في تحديد مصدر الوقف.

1. التصرف الوقفي: يرى الرأي السابق أن التصرف الوقفي هو أحد مصادر الوقف.

إن التصرف من الناحية القانونية يشمل العقد والإرادة المنفردة، وهو مصطلح عام يقتضي التخصيص، فهل العقد هو مصدر الوقف أم الإرادة المنفردة.

فالتصرف هو كل ما يصدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثرا ما¹.

إن مضمون المادة الرابعة يثير إشكال في ربطها بين العقد والإرادة المنفردة، إذ أنهما مصدرين مختلفين لا يمكن أن يكون أحدهما مصدرا للآخر.

فالظاهر في نص المادة وجود تناقض وخلل، غير أنه ينبغي التوضيح أن مصطلح العقد يدور بين معنيين عام وخاص. يطلق جمهور الفقهاء مصطلح العقد، قاصدين به كل ما ينتج التزاما شرعيا، سواء كان هذا الالتزام ناشئا عن اتفاق بين طرفين، كالبيع أو الإيجار والتوكيل والرهن، أو كان نتيجة لإرادة الشخص الواحد، وعزمه المبرم على إنشاء التزام شرعي معين، يلزم به نفسه، كالوقف والوصية والإبراء والطلاق واليمين².

أما المعنى الخاص فقد ذكر البعض أنه ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعا³.

إن الفقه الإسلامي مختلف حول طبيعة الوقف، هل هو عقد يقتضي قبولا لنشأته أم أنه تصرف بالإرادة المنفردة لا يحتاج إلى قبول لنشأته.

وقد أجمع الفقهاء مع اختلافهم على أن الوقف إذا كان في أولى طبقاته على جهة غير محصورة يكتفى في إنشائه بالعبارات الدالة على الالتزام من جانب واحد، ولا يحتاج في لزومه إلى قبول من جانب آخر، ولم يخالف في ذلك إلا بعض الشيعة الإمامية.

أما إذا كانت الطبقة الأولى منه معينة محصورة، فذلك هو موضع الاختلاف ومفترق الآراء.

فقد اختلف الشافعية فيما بينهم في لزوم القبول لصحة الوقف إذا كان على معينين...، ومذهب أحمد أن القبول ليس بشرط صحة ولا شرط للزوم، وإنما الخلاف في أنه شرط للاستحقاق، أم أن الاستحقاق لا يحتاج إلى قبول... ومذهب مالك أن القبول ليس شرطا لاستحقاق الموقوف عليه إذا كان غير آدمي معين، أما إذا كان آدميا معينا، فإن القبول شرط للاستحقاق، فإن كان أهلا للقبول قبل بنفسه، وإن لم يكن أهلا له قبل عنه، فإن لم يقبل هو أو وليه انتقل الوقف لمن يليه إن ذكر جهة تالية، وعود للواقف إن شرط أن يعود إليه بعد موت الموقوف عليه المعين، لأن مالكا لا يشترط التأيد في الوقف، بل يميزه مؤقتا كما جاز مؤبدا و كلاهما بشرط. وإذا ذكر الواقف مطلقا كأن يقول وقفت على أولاد فلان ويسكت، فقد اختلف في ذلك عند المالكية إذا رفضوا فقبل يعود للواقف إن كان حيا ولوارثه بعد موته، وقيل يعود للفقراء...، والحنفية أن القبول

1. أحمد محمد علي داوود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي و لقانون المدني، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 25.

2. المرجع نفسه، ص 21.

3. نقلا عن أحمد محمد علي داوود، المرجع نفسه، ص 22.

الصريح ليس بشرط لإنشاء الوقف ولا للاستحقاق فيه، سواء كان الموقوف عليه محصور، أم كان غير محصور، بل الشرط هو عدم الرد...¹.

ومن الناحية القانونية فإن مدلول العقد ينطبق على المعنى الخاص دون العام، حيث عرفت المادة 54 من القانون المدني العقد " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "

إذن المدلول القانوني للعقد هو المعنى الخاص، الأمر الذي قد يؤدي إلى القول بوجود تناقض و خلط في المادة الرابعة من قانون الأوقاف.

غير أن الأمر يتعلق بتأثر واضعي قانون الأوقاف بالفقه الإسلامي، حيث استعملوا مصطلح العقد ثم تم تقييد و تخصيص هذا المعنى بعبارة " صادر عن إرادة منفردة"، ما جعل مصطلح العقد المستعمل ينصرف بمقتضى التقييد إلى المدلول العام لا الخاص، فأصبح مصدر الوقف هو الإرادة المنفردة و هذه المادة إذن حصرت مصدر الوقف على الإرادة المنفردة دون أن تتضمن أي استثناءات، فهل هناك نصوص أخرى ذكرت على سبيل الاستثناء مصادر أخرى للوقف؟.

2 القانون: ذكر الرأي الفقهي المنوه به سابقا أن القانون مصدر للوقف وهنا هو يقصد أنه مصدر مباشر طالما أنه ذكر مصادر أخرى منفصلة عن القانون.

ذلك أن القانون هو مصدر غير مباشر لجميع الحقوق والالتزامات على اعتبار أنه من اعتبر المصادر بتنوعها مصدرا للعقد، وعليه فإن الالتزامات الناشئة عن العقد مصدرها المباشر هو العقد ولكن القانون هو مصدر غير مباشر لها فهو من اعترف للعقد بكونه مصدرا، وينسحب هذا القول إلى باقي المصادر الأخرى.

غير أن القانون قد يكون مصدرا مباشرا لبعض الالتزامات أو الحقوق التي ليس لها مصدر مباشر، كالميراث مصدره القانون وإن كان مرتبطا بواقعة الوفاة التي لا تعد مصدرا مباشرا له، فالوفاة من الناحية المالية لا يمكن تصنيفها كفعل ضار أو فعل نافع. إن الرأي القائل بأن القانون مصدر للوقف استند لنص المادة 8 من قانون الأوقاف واعتبرها مصدرا للوقف.

جاء نص في نص المادة الثامنة ما يلي " الأوقاف العامة المصونة هي:

- 1/ الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية.
- 2/ العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواء كانت متصلة بها أم كانت بعيدة عنها.
- 3/ الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
- 4/ الأملاك العقارية المعلومة وقفا والمسجلة لدى المحاكم.
- 5/ الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أو أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.

6/ الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.

7/ الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.

8/ كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف

9/ الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن

- تحدد عند الضرورة كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم."

¹. الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 1430هـ/2009 م، من 55 إلى 57.

إن هذه المادة لم تنشئ الأوقاف بل صنف بعض الأوقاف واعتبرتها أوقافاً عامة مصونة، كي لا يختلف حول تصنيفها بين الوقف العام والوقف الخاص.

فمثلاً أماكن العبادة كالمساجد، هذه المادة صنفها كي لا يجوز الاختلاف حول تكييفها، فقد يوقف مسجد على أشخاص معينين كعمال داخل مكان عمل، بما قد يجعل البعض يصنفه كوقف خاص، فتدخلت المادة لاعتباره وقفاً عاماً، ولكن الذي أنشأ هذا الوقف ليس القانون بل إرادة الواقف.

لأن القول أن القانون مصدر للوقف يعني أن الوقف ينشأ ولو رغم معارضة المالك، فالنفقة مثلاً مصدرها القانون، فالقانون يلزم الأب بالنفقة على الأولاد رغمًا عن إرادته أي ولو كان رافضاً للنفقة، بينما الوقف لا يكون رغم امتناع المالك بل يكون بناءً على إرادته و لكن إذا أوقف و كان الوقف ضمن أحد الأصناف الواردة في المادة 08 اعتبر بقوة القانون وقفاً عاماً و ليس للواقف أو لغيره أو حتى للقضاء اعتباره وقفاً خاصاً.

فكل الأوقاف المذكورة في المادة 08 مصدرها المباشر هو إرادة الواقف، بل أن استعمال مصطلح الوقف يعني أنه نشأ أولاً ثم تم تصنيفه في المادة 08 وأنها لم تنشئه بل كيفته فقط.

إن القول بأن الوقف مصدره القانون استناداً إلى نص المادة 08 قول غير سليم ومجاني لمفهوم المصدر ولمضمون نص المادة 08 وأثرها يقتصر على التكييف والتصنيف وليس الإنشاء الذي يبقى حصراً لإرادة الواقف.

3 الوصية بالتحييس: إن الرأي السابق جعل الوصية بالتحييس مصدراً ثالثاً للوقف واستند إلى نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري¹.

حيث جاء في نص هذه المادة "الأموال الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكيها بمحض إرادته ليجعل المتمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا المتمتع فوراً أو عند وفاة الموصيين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور".

إن هذا النص أدى ببعض الشارحين إلى استنتاجات نعتقد أنها خاطئة من قبيل أن هذا النص يستفاد منه إلغاء وقف المنقول لأن النص ربط الأملاك الوقفية عند تعريفها بالأملاك العقارية فقط.

ويرد على هذا القول أن هذه المادة جاءت ضمن قانون التوجيه العقاري الذي محله العقار دون المنقول لذلك اقتصر التعريف على الأملاك العقارية.

فهل لو أن قانون خاص بالأراضي الفلاحية ربط تعريف الأرض بالعقار الفلاحي يعني هذا أنه ألغى التصنيفات الأخرى للأراضي؟؟؟.

كما أن قانون الأوقاف (المادة 11 منه) وهو قانون خاص تضمن إمكانية وقف المنقول، و رغم أنه خاص و الخاص يقيد العام فإنه لاحق في الصدور عن قانون التوجيه العقاري و الأولوية في التطبيق على فرض التعارض يكون للقانون اللاحق، فالرأي السابق يخالف المبادئ العامة في تطبيق القانون.

وفي إطار موضوع البحث فإن الرأي المذكور سابقاً اعتبر نص المادة دليلاً على اعتبار الوصية بالتحييس مصدراً للوقف. إن مضمون المادة 31 يعتريه الكثير من الغموض، و على فرض أنه تم التسليم جدلاً بأن هذه المادة تضمنت الوصية بالتحييس أي الإيصاء بالوقف بعد وفاة الواقف فإن هذا لا يجعل تلك الوصية مصدراً للوقف بل أن إرادة الواقف هي مصدر الوقف

¹. قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادي الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 يتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية العدد 49.

الموصى به، و أن الوصية بالتحبيس مجرد صورة من صور الوقف الذي إذا أقررنا بجواز الإيصاء به يقسم بالنظر إلى ذلك إلى صورتين: وقف حال الحياة و وقف مضاف إلى ما بعد الموت و هذا هو المقصود بالوصية بالتحبيس. إذن إرادة الواقف هي مصدر الوقف في الوصية بالوقف، والثابت أن الوصية بأي شيء ولو بالوقف مصدرها هو الإرادة المنفردة.

إن القول بأن الوصية بالتحبيس مصدر للوقف مجافي ومناقض و متجاوز لنص المادة 31 ذاتها و التي نصت صراحة على أن مصدر الوقف هو إرادة الواقف، فجاء فيها صراحة "الأموال الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالِكها بمحض إرادته...".

كما أن المادة 32 من قانون التوجيه العقاري نصت على أن تكوين الأملاك الوقفية يخضع لقانون خاص، والمقصود هو قانون الأوقاف الذي جعل مصدر الوقف الوحيد هو الإرادة المنفردة للواقف.

ثانيا: إشكالية الوقف الخاص بين الإلغاء و التثبيت.

سنوضح مضمون التعديل فيما يخص الوقف الخاص وبعدها نبرز أهم الإشكالات المثارة حول الوقف الخاص لننتهي إلى مناقشة تلك الإشكالات وإبداء الرأي بشأنها.

1. عرض النصوص القانونية ذات الصلة:

كانت المادة السادسة من قانون الأوقاف¹ قبل تعديلها تنص على ما يلي "الوقف نوعان، عام وخاص: أ/ الوقف العام: ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات، وهو قسمان: قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ، وقسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات ب- الوقف الخاص: وهو ما يحبس الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم."

كما نصت المادة السابعة على أنه "يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم". غير أن تعديل قانون الأوقاف² أدى إلى تعديل المادة السادسة حيث لم تأت مطلقا على ذكر الوقف الخاص، واكتفت فقط بتعريف الوقف العام، كما تم إلغاء المادة 7 و 19 و 22 والمادة 47 وهي المواد التي كانت تتضمن أحكاما للوقف الخاص. و بعد التعديل ذكر الوقف الخاص في نص المادة الأولى التي جاء فيها "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية و تسييرها و حفظها و حمايتها و الشروط و الكيفيات المتعلقة باستغلالها و استثمارها و تنميتها. يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها".

2. عرض الإشكالات القانونية بشأن الوقف الخاص.

إذن الوضع القانوني الظاهر هو إلغاء تعريف الوقف الخاص والأحكام المتعلقة به التي كانت واردة في قانون الأوقاف مع ذكر إحالة تنظيم الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

¹ . قانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف، المعدل و المتمم.

² .. قانون رقم 02-10 مؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر 2002، يعدل و يتمم القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

إن هذا الوضع أدى إلى اختلاف جوهري بين الشراح فيما أراه المقنن من هذا المسلك، ولعل أهم إشكال طغى من خلال الوضع السابق هو مآل الوقف الخاص هل الإبقاء والتثبيت أم الإلغاء والاستبعاد، ثم ثار خلاف آخر بين من رأى الإبقاء حول الأحكام الواجبة التطبيق عليه.

فبالنسبة للمسألة الأولى يذهب بعض الشراح إلى القول بإلغاء المشرع الجزائري للوقف الخاص بالقانون رقم 02-10 بعد تنظيمه سابقا، وأرجع ذلك لعدة أسباب منها، أن الوقف الذري محل خلاف فقهي بين فقهاء الإسلام، و أيضا عدم المراهنة على الوقف الخاص في تحقيق التنمية المستدامة بأبعادها الاجتماعية والاقتصادية، و أيضا تأسيسا ببعض التشريعات العربية المقارنة التي ألغت الوقف الذري من تشريعاتها¹.

غير أنه ينبغي الإشارة إلى وجود عدم انسجام في الأفكار لدى الباحث، حيث يرى مرة بإلغاء الوقف الخاص² وفي نفس الوقت يطالب بضرورة إصدار النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة به تجسيدا لنص المادة الأولى من قانون الأوقاف³، ومرة يورد أن المشرع ألغى الأحكام المنظمة للوقف الخاص من قانون الأوقاف⁴، والواضح الجلي أن الأمرين مختلفين، فإلغاء الوقف الخاص شيء وإلغاء تنظيمه من قانون الأوقاف أمر آخر، كما سنوضحه لاحقا إن شاء الله، كما أكد هذا التوجه بعض الأساتذة، حيث فسروا الوضع أنه إلغاء للوقف الخاص⁵، في حين يرى البعض أن الوقف الخاص ما زال موجودا في القانون الجزائري.

3. المناقشة وإبداء الرأي:

إنه ينبغي التأكيد أن استنباط الأحكام من النصوص القانونية ينبغي أن يتم ضمن ضوابط وشروط علمية ومنهجية بعيدة عن الآراء الشخصية والتجاذبات الأيديولوجية، إذ لا يجوز مخالفة تلك الضوابط وإلا عدت النتيجة المتوصل إليها ليست قانونية، وأن مرد ترجيح رأي على غيره هو التزام صاحبه بتلك القواعد والضوابط، كما لا يمكن اعتماد توجه بعض القوانين المقارنة وتطبيقه في إطار القانون الوطني فقط تحت تأثير الاقتناع أو الانبهار بتلك القوانين.

إن من بين تلك الضوابط التي ينبغي احترامها هو الضابط المتعلق بالترجيح بين حكم صريح يتضمنه ظاهر النص وحكم ضمني يستدل عليه من خلال قرائن وعلامات، إذ لا خلاف أنه عند تعارض الظاهر الصريح مع الضمني فإن الأولوية للصريح مالم يكن ماسا بالنظام العام.

والواضح الظاهر أن واضع القانون قد ألغى الأحكام المتعلقة بالوقف الخاص من قانون الأوقاف، ولم يورد أي نص يلغي الوقف الخاص.

إن هذا الوضع قد أدى بالبعض إلى استنتاج أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى إلغاء الوقف الخاص، و هذا القول ظاهره عدم الصحة لعدة أسباب نذكر منها ما يلي:

1. إن المادتين الثالثة والرابعة من قانون الأوقاف عرفتا الوقف بصفة عامة ثم جاءت المادة السادسة وعرفت الوقف العام، فلو كان الوقف المراد في المادتين هو الوقف العام فلماذا لم يذكر المشرع مصطلح العام، ولماذا جاءت المادتين لتعريفه وتخصيص هذا

¹ . باباو إسماعيل يوسف، الوقف الخاص في التشريع الجزائري بين التنظيم والإلغاء، مجلة الإجهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 11، العدد 01، السنة 2022، ص 36.

² . المرجع نفسه، (الملخص)، ص 63.

³ . باباو إسماعيل يوسف، مرجع سابق، ص 64.

⁴ . المرجع نفسه، ص 59.

⁵ . أنظر د جبار جميلة، مرجع سابق.

التخصيص ، يعني ان المادتين الثالثة والرابعة من قانون الأوقاف تشتملان الوقف بصفة عامة، وطالما خصصت المادة السادسة بالوقف العام يعني بقي الوقف الخاص هو المقصود بالمادتين وإلا أصبحتا بدون معنى وبدون جدوى وهذا غير مستصاغ، فكيف تصدر نصوصا بلا هدف ومعنى ؟؟؟؟؟

2. إن إلغاء نص قانوني بشأن مسألة معينة لا يعني بالضرورة إلغاء تلك المسألة بل قد يعني ترك تنظيمها لقانون آخر قد يصدر لاحقا أو ترك تنظيمها للمصدر الموالي للتشريع، خاصة إذا كان الأصل في المسألة الإباحة وبشأن مصادر قانون الأوقاف فإن المادة الثانية منه جعلتها محصورة في التقنين الوقفي إن صح التعبير أي في النصوص الواردة في قانون الأوقاف ثم لأحكام الشريعة الإسلامية. حيث نصت هذه المادة على " على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

فمبدئيا إلغاء حكم ما يجعل المسألة التي ألغي حكمها في وضع المسألة التي لا حكم فيها وهذا يقتضي تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

على هذا الفرض فإن أحكام الشريعة الإسلامية تعترف بالوقف الخاص ما يعني جوازه، وأنه ينبغي على واضع القانون إذا أراد إلغاءه أن يورد نصا صريحا بإلغائه ولا يكتفى بإلغاء أحكامه.

ذلك أن المادة الثانية صريحة في تطبيق أحكام الشريعة فيما لا نص فيه وأن استنتاج إلغاء الوقف الخاص من خلال إلغاء الأحكام هو مسألة ضمنية وضنية واليقين الصريح لا يزول بالاستنتاج الضمني والظني..، والإرادة الضمنية للمشرع لا تلغي إرادته الصريحة.

بل أن هذا التوجه يخالف نص صريح تضمن إخضاع الوقف الخاص للنصوص القانونية والتنظيمية المعمول به، وهو نص صريح في الإبقاء عليه.

لكن ينبغي الإشارة قبل ذلك في إطار تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية إلى أن البعض يرى أن هناك من الفقهاء من لم يجز الوقف الخاص على خلاف الجمهور، وطالما المادة الثانية أحتلت إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية دون تحديد مذهب معين وتقييد القاضي به، فإن للقاضي الأخذ بالمذهب المانع للوقف الخاص.

إن هذا القول صحيح مبدئيا، لكنه تفصيلا غير صحيح إما جزئيا أو كليا:

فكونه غير صحيح جزئيا، فمرد ذلك في وجهة نظرنا هو الخلط الواضح بين الوقف الخاص والوقف الذري، و هو خلط بين مطلق ومقيد و عام و خاص، فكثير من شراح القانون استندوا في عدم إجازة الوقف الخاص لمنع بعض الفقهاء للوقف الذري بدعوى أنه قد يفتح باب التحايل على أحكام الميراث.

حيث يقول البعض " هناك العديد من فقهاء الشريعة، وحتى القانون من يقرون بعدم شرعية الوقف الخاص، معتبرين بأن فيه مخالفات لتعاليم الدين الإسلامي خاصة إذا تعلق الأمر بعقبه الذكور فقط، حيث اعتبروه حرمانا للورثة خاصة الإناث منهم من حقهم في الإرث..."¹.

بعيدا عن مناقشة الرأي الفقهي المانع للوقف الذري والذي مرده إلى أهل العلم الشرعي وليس القانوني فإننا نعتقد أن هذا المنحى قانونا غير صحيح، أي منع الوقف الخاص بسبب منع بعض العلماء الوقف الذري، ذلك أن الوقف الذري وإن كان يندرج ضمن معنى أعم هو الوقف الخاص فهو ليس ذاته الوقف الخاص.

¹. فنتاخي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة، 2006/2007، ص 23.

فالوقف الخاص كما يعرفه البعض هو " الوقف الذي يخصص في ابتداء الأمر على نفس الوقف أو على شخص معين أو أشخاص معينين أو على ذريته وأولاده أو على أقاربه وذريتهم وأولادهم، ثم من بعدهم على جهة خيرية كالفقراء والمساكين " أو هو كل ما رصد الواقف استحقاقه وريعه على ذريته وأولاده من الذكور والإناث، أو على أشخاص يختارهم الواقف بإرادته، ثم إلى الجهة التي يؤول إليها بعد انقطاع الموقوف عليهم¹.

من الواضح من خلال التعريف أن الوقف الخاص أشمل من الوقف الذري الذي يعتبر أحد صوره فقط، فقد يكون الوقف خاصا إذا أوقف على شخص معين أو أشخاص معينين ولو لم يكونوا من الذرية.

وبالرجوع إلى اختيار القانون الجزائري، فإنه يتبين من نص المادة 6 قبل تعديلها وإلغاء تعريف الوقف الخاص أنه يأخذ الوقف الخاص بمبدول واسع ليشمل الوقف الذري وغير الذري، حيث جاء في نص المادة ما يلي: " المادة 6: الوقف نوعان، عام وخاص:

أ. الوقف العام: ...

ب- الوقف الخاص: وهو ما يحبس الوقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم"

فتوجه القانون الجزائري واضح أنه يجعل الوقف الذري أحد صور الوقف الخاص وليس هو الوقف الخاص.

فهل بعض الفقهاء منعوا الوقف الخاص على إطلاقه أم منعوا الوقف الذري كصورة من صور الوقف الخاص.

يقول الشيخ أبو زهرة رحمه الله " إذا كان للشخص أقارب فقراء ذوو حاجة وهو في ميسرة وبسطة من الرزق فأراد أن يقف على أولئك ما يسد حاجتهم، و يدفع عوزهم، فوقف و اشترط أن تكون الغلات لهم، و من بعدهم إلى الفقراء و لم يكونوا من ورثته فوقفه صحيح ليس في صحته ريب و لا مجال للنزاع فيه، لأن صرف الغلات للأقارب الفقراء الذين ليسوا ورثة الواقف صدقة مثوبة و عمل مشكور.... بل أن أكثر الفقهاء على أن الأقارب الفقراء والمساكين أولى ... أما إذا كان على الأقارب الأغنياء ولم يكونوا من ورثته فالنظر في وقفه كالنظر في وقف اشترطت غلاته للأغنياء إذ يكون الوقف صحيحا ومن بعدهم للفقراء أو لجهة البر التي عينها، ما دام لم يكن في الوقف مظنة الحبس عن الميراث والمنع منه، و إلا فحكمه كحكم الوقف على الورثة"².

و أضاف رحمه الله " وموضع النظر و مجال الفكر هو الوقف على ورثته سواء كانوا أغنياء أم فقراء يصح الوقف عليهم كغيرهم ممن ليسوا ورثة، أم لا يصح لما في ذلك من مظنة الحبس على فرائض اللهن و محاربة توزيع الميراث الذي فرضه الله سبحانه و تعالى...".

وعرض رحمه الله³ رأي الفقهاء في ذلك قائلا " الكثرة الكبرى من الفقهاء على أن الوقف على الورثة جائز، و ليس في الوقف محاربة للميراث، سواء أكان متفقا في توزيعه مع نظام الإرث أو مختلفا، بل سواء كان فيه حرمان لبعضهم أم إعطاء لهم جميعا، لأن الوقف كالهبة و كالصدقات العاجلة تصرف في العين حال الحياة، وما له ملك له، و لو كان فيه بالفعل حرمان للورثة، و إذا كان الوقف في مرض الموت، و تعلق بالتركة حق الورثة كان له حكم خاص... وقد ثبت في عصور مختلفة من العصور الاسلامية أن رأوا في تخصيص بعض الورثة بجزء من الميراث على صورة الوقف، و في حرمان الورثة ليعطى من يجب من سواهم

¹. فنطازي خير الدين، مرجع سابق، ص 19.

² - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 194 و 195.

³ - الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 195 و 198.

محاربة لنظام الميراث الذي سنه القرآن الكريم، و بين أكثره، و أتمت السنة بيان ما أجمله القرآن، و رأوا حبسا عن فرائض الله سبحانه و تعالى، و (بعض الفقهاء) حرموا الوقف الذي يكون فيه مضارة بالورثة سواء أكان على الأقارب أم الأجانب، و سواء كان على وارث أم غير وارث...".

إذن الاستدلال بعدم جواز الوقف الخاص مطلقا تأسيسا على عدم جواز إحدى صوره لدى بعض الفقهاء هو منهج سقيم في علم الاستدلال القانوني إذ لا يجوز إطلاق حكم الخاص على العام ولا المقيد على المطلق، كما لا يجوز التقييد أو الاستثناء إلا بنص أو لدواعي النظام العام.

وعليه فإن الذي منعه الفقهاء هو الوقف على الورثة، وهناك من وسع المنع ليشمل أي وقف المراد منه حرمان الورثة أو التحايل على أحكام الميراث ولو لم يكن الوقف لوارث.

وتأسيسا على ذلك فإن القاضي يمكنه أن يختار رأي الذي يمنع الوقف إذا كان لوارث تأسيسا على الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وإذا تبين له أن المراد هو الإضرار بالورثة أو التحايل على أحكام الميراث التي تعد من النظام العام يمكنه إبطال الوقف في وجهة نظرنا من الناحية القانونية أيضا تأسيسا على عدم مشروعية السبب، والمقصود بالسبب هنا هو الباعث من التعاقد وهو التحايل على أحكام الميراث و ليس السبب المباشر الذي هو نية التبرع.

إن مناقشة ما سبق كان على فرضيات جدلية ردا على الرأي الذي يقول أن المشرع ألغى أحكام الوقف الخاص و أن هذا يعني إلغاء الوقف الخاص ذاته، و بيان أن إلغاء أحكام الوقف الخاص ليس بالضرورة إلغاءه بعيدا عن نية المشرع التي يجب الكشف عنها دون تجاوز مبادئ و قواعد قانونية عامة ، من قبيل أنه في حالة غياب النص نلجأ إلى البحث عن حكم المسألة في المصدر الموالي ، و بشأن الوقف الخاص يرجع إلى الشريعة الإسلامية و النص واضح في ذلك، ثم تم بيان أن الفقه الإسلامي لم يمنع الوقف الخاص بإطلاقه في حدود فهمنا للآراء و لكن بعض الفقه منع الفقه الذري و منهم من منع الوقف مطلقا إذا كان فيه تحايل على أحكام الميراث.

أما عن الحقيقة القانونية فإن الرأي القائل بإلغاء الوقف الخاص غير سليم كلية. إن المادة الأولى من قانون الأوقاف نصت صراحة على ما يلي "...يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"

إن هذا النص هو صريح جدا في الإبقاء على الوقف الخاص، فهل يمكن إخضاع نظام قانوني ملغى لنصوص قانونية وتنظيمية. إن هذا النص صريح في الإبقاء على الوقف الخاص.

لكن انبثق على هذا النص خلاف فقهي آخر، يدور حول المقصود بالنصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها. يشير البعض إلى إشكالية عدم صدور هذه النصوص، وكأنه يعتقد أن مدلول المادة هو ضرورة إصدار نصوص قانونية وتنظيمية لتنظيم الوقف الخاص.

إن هذا الرأي غير مقنع، فالمادة استعملت مصطلح " المعمول به" يعني أن تلك النصوص موجودة فعلا. إن إطلاق هذا النص ينبغي اعتباره، فلا يجوز إقصاء النصوص من مجال تطبيق الوقف الخاص إلا إذا كانت تتنافى مع طبيعته، و عليه فإن نصوص قانون الأسرة تسري على الوقف الخاص، بل أن نصوص قانون الأوقاف تسري عليه مالم تتنافى مع مضمونه. إن هذا القول يبرره إطلاق نص المادة الأولى، ولا أحد ينازع في كون أن قانون الأوقاف هو من النصوص القانونية المعمول بها وأن كثير من نصوصه يمكن تطبيقها على الوقف الخاص.

فمثلا المواد الأولى و 2، 3، 4، 5، 9، ومن 9 إلى 19، و المادة 21، و من المادة 23 إلى المادة 25 وغيرها من المواد الأخرى.

فهي تضمنت أحكاما عامة يخضع لها كلا النوعين من الوقف ويستوعبها إطلاق نص المادة الأولى.

المحور الثاني. الإشكالات المتعلقة بأركان الوقف وشروطه

يتعلق الأمر في هذا المحور بأحد شروط الوقف وهو شرط ألا يكون الوقف محجورا عليه لدين كما ورد في نص المادة العاشرة، كما يتعلق بما جاء في المادة 13 التي جاء فيها " أن الموقوف عليه، في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي..."

أولا. اشتراط ألا يكون الوقف محجور عليه لدين:

إن الإشكالية المتعلقة بهذا الشرط هي إشكالية إجرائية أكثر منها موضوعية.

مع أن القواعد العامة في القانون الجزائري لم تتضمن الحجر للدين وإن نظمت الإفلاس كأحد مظاهر التوقف عن دفع الديون ولكن في الإطار التجاري كأصل.

لكن تضمين قانون الوقف الحجر للدين يجعل المسألة موضوعية واردة ومعتبرة ولكن إجرائيا تثير العديد من الإشكالات.

إن الحجر للدين استمدته المشرع من الفقه الإسلامي، ومن الناحية القانونية هو يقترب من نظام الإفلاس غير أن نظام الإفلاس مرتبط في نظر القانون كأصل بالتجار دون غيرهم في حين أن نظام الحجر للدين أشمل.

سنعرض للحجر للدين في إطاره العام أي وفق أحكام الحجر عموما وفي إطاره الخاص أي الحجر للدين وفق مقارنة قانونية وشرعية ثم نناقش أهم الإشكالات التي يثيرها هذا الشرط.

1. الحجر للدين - بين التضمين القانوني الموضوعي والغيب الإجرائي -

إن إطلاق نص المادة العاشرة يجعل القول أن الحجر للدين لا يرتبط بنظام الإفلاس التجاري فقط بل يتعداه لكل الدائنين، و على اعتبار أن الحجر للدين لم يتضمنه القانون فإن جوانبه الموضوعية يجب الإحاطة بها بالرجوع إلى الفقه الإسلامي مع وضع مقارنة قانونية ضمن إطارها العام على اعتبار أن الحجر عموما معروف قانونا و منظم في بعض جوانبه.

وعلى اعتبار أن المادة الثانية لم تحدد مذهبا معينا فلا بأس بالتعرض لرأي المذاهب الأربعة في الحجر للدين ومن ثمة سنبيدي الرأي في الأقرب للمنطقات القانونية أو المنسجم مع الأحكام الموجودة.

إن البحث لن يستوعب التفصيل المستفيض في المسألة ما يستدعي عرض الآراء باختصار شديد.

حيث يرى الحنفية أنه كما أن السفه سبب لحجر فإن الحجر سبب له، فأما الدين الذي يحجر به فهو: أن يستدين الشخص ديونا تستغرق أمواله و تزيد عنها فيطلب الدائنون الذين لهم الديون من القاضي أن يحجر عليه ، كي لا يتصرف في ماله، الذي تحت يده فتضيع على الدائنين أموالهم، و الحجر لا يكون إلا للقاضي... ويصح الحجر على المدين و لو كان غائبا و لكن يشترط لعدم نفاذ تصرفه علمه بالحجر ، فإذا لم يعلم به و تصرف فإن تصرفه يكون صحيحا.

وقال الشافعية يحجر على المدين إن كان الدين أكثر من ماله، أما إن كان ماله أكثر أو مساو فإنه لا يصح الحجر، و لا يحجر إلا إذا طلب الغرماء الحجر كلهم أو بعضهم أو طلب هو الحجر على نفسه، و لا يصح الحجر إلا إذا حل الدين، أما إذا كان باقيا عليه مدة فإنه لا يصح. ومتى طلب الغرماء الحجر فإنه يجب على القاضي أن يحجر على المفلس حالا ومتى حجر عليه تعلق حق الغرماء بماله وصار ممنوعا من التصرف فيه، فيبطل تصرفه من بيع وهبة ونحوها حتى يقبض دينه.

وقال المالكية: الدين سبب من أسباب الحجر، بشرط أن يستغرق الدين مال المدين ويزيد عليه، واختلف فيما إذا كان مساويا له، فقيل: إنه يكون سببا للحجر وقيل لا.

فإذا استغرق الدين كله فإن لذلك ثلاث حالات:

الأولى: أن الدائنين لم يطلبوا من الحاكم تفليسه، أي نزع ماله وإعطائه للدائنين، وفي هذه الحالة يكون لهم الحق في منعه من التصرف فيما ينقص أموالهم، سواء كان دينهم حالا أو مؤجلا، فيمنعونه من التبرع والهبة والصدقة والوقف

الثانية: أن يحكم الحاكم بتفليسه أي بنزع ماله منه وإعطائه للدائنين، وهذا لا يكون إلا بشروط ثلاث، أن يطلب الدائن التفليس، فلا يصح بدون طلبه، وإذا تعدد الدائنون فيكي طلب بعضهم مع مشاركة جميعهم في ماله الطالب أو غيره، و يجب أن يكون حالا، فلا يصح تفليسه بدين مؤجل، و أن يكون الدين زائدا على ماله، فإن كان مساويا فإنه لا يصح تفليسه، و يترتب على هذه الحالة عدة أمور أهمها منع المدين من التصرفات المالية وقسمة ماله و حلول الدين المؤجل، و لا يشترط في الحكم بتفليسه أن يكون حاضرا بل يحكم عليه و إن كان غائبا.

أما الحالة الثالثة: وهي ألا يرفع الغرماء الأمر إلى الحاكم، ولكنهم يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه فإن لهم أن يحولوا بينه وبين ماله ويمنعوه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء ونحوهما.

ويقسم مال المفلس بالنسبة لمجموع الديون، فيأخذ كل واحد منهم بنسبة دينه، ولا تتوقف قسمة ماله على معرفة أنه ليس له دائنون غائبون، و لا يكلف الدائنون الحاضرون إثبات أنه ليس هناك غيرهم.

وقال الحنابلة أن الدين من أسباب الحجر، لكن بشرط أن يكون الدين أكثر من ماله الموجود، ويسمى المدين الذي يستغرق الدين ماله و يزيد مفلسا، ويجبر على المدين المفلس بواسطة الحاكم، و يشترط أن يطلب الدائنون كلهم أو بعضهم الحجر، فإذا لم يطلبوا لم يحجر عليه. وجميع تصرفات المدين قبل الحجر من البيع والهبة والاقرار و قضاء بعض الدائنين نافذة، أما بعد الحجر فإنه لا ينفذ شيء من تصرفه في ماله بيع أو غيره، وكل ما يتجدد له من مال بعد الحجر فإنه يكون كالموجود حال الحجر، فلا يصح له أن يتصرف فيه أيضا، و أيضا لا يصح الإقرار بشيء من ماله لغير الدائنين الذين حجروا عليه، و بعد الحجر يبيع الحاكم ماله، و يقسمه بين الغرماء بحسب ديونهم على الفور، و لا يحتاج الحاكم استئذان المفلس في البيع، و لكن يستحب أن يكون حاضرا كما يستحب أن يكون الدائنون حاضرين. وإذا أقرضه أحد بعد الحجر أو باعه شيئا فليس له المطالبة إلا بعد فك الحجر عنه، للدائن منع المدين من السفر بشروط¹.

لقد اتفق الفقهاء الذين قرروا جواز الحجر على المدين عند استغراق ماله بالدين أنه لا يجوز أن يقف شيئا من الأموال التي حجر عليه فيها إلا بإذن من الغرماء، و إذن الغرماء يعد إسقاطا لحقهم في حبس العين لاستيفاء الدين، و إذا كان المدين غير محجور عليه و هو صحيح لم تتعلق الديون بأمواله برهن أو نحوه فإن عبارات الفقه الحنفي و غيره أن وقفه صحيح، لأن الدين يتعلق بالذمة، و لم يتعلق بالعين، فأمواله حرة تجري عليها التصرفات الشرعية، و منها الوقف، و لكن ظهر في المذهب الحنفي رأي يقول إن الوقف إذا قصد به الإضرار بالدائنين يكون باطلا².

¹. أنظر في تفصيل الآراء الفقهية: الشيخ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثاني، تقديم الشيخ إبراهيم محمد رمضان، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت لبنان، من ص 363 إلى ص 367.

². الإمام محمد أبو زهرة مرجع سابق، ص 124 ، 125.

2. مناقشة الإشكالات واقتراح الحلول:

إذن الحجر للدين موجود في الفقه الاسلامي ومفصل، غير أنه من الناحية القانونية فإنه باستثناء نظام الإفلاس الذي ينظمه القانون التجاري بأحكام خاصة ومقيدة من حيث الأشخاص ومجال المعاملات فإنه لا توجد نصوص تنظمه وتنص عليه باستثناء ما جاء في المادة العاشرة من قانون الأوقاف التي جاءت بمجمل غير مفصلة تخص الوقف دون غيره. إن تفصيل المجمل مستساغ قانونا بالرجوع إلى المصدر الموالي للتشريع وهنا هو الشريعة الإسلامية، غير أن تعميم الخاص أو إطلاق المقيد فغير مستساغ قانونا.

وجدير بالذكر أن القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة كما يقول القانونيين لم يتضمن الإشارة إلى الحجر للدين، بل تبني حلولاً قانونية مستمدة من القانون الفرنسي الذي يستمد بعض أحكامه من القانون الروماني، و من بين ما تبناه القانون المدني ما يسمى قانونا دعوى عدم النفاذ، و التي يصطلح عليها الفقه القانوني بالدعوى البولصية و التي تضمنها نص المادة 191 و ما بعدها من القانون المدني و التي تتيح للمدين أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم بعدم نفاذ تصرفات مدينه وفق لشروط مقررّة تفصيلاً، و هذه الدعوى لا تمس صحة تصرفات المدين بل تجعلها فقط غير نافذة في مواجهة الدائن.

كما أن قانون الأسرة والذي تضمن أحكام الحجر لم يتضمن حكماً خاصاً بالحجر للدين. هذا من الناحية الموضوعية والتي من الثابت فيها أن قانون الأوقاف قد اشترط لصحة الوقف ألا يكون الواقف محجوراً عليه لدين، وأن الثابت التابع لهذا أن أحكام الحجر للدين مرد التفصيل فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقاً لنص المادة 02 من قانون الأوقاف.

وهنا على القاضي اعتماد أحد الآراء الفقهية، وله اعتماد الفقه المالكي على اعتبار المرجعية الوطنية كما يمكنه الجمع بين الآراء فيما يمكن الجمع فيه وهذا الجمع مقرر وأجازه العلماء.

إن المتصفح لكتب ومحاضرات المتخصصين في الوقف يجد أنهم يهملون هذا الشرط وأيضاً مناقشاتنا لبعض المتخصصين والقضاة أظهرت غياب الرؤيا حول هذا الشرط أصلاً من الناحية الإجرائية.

إن غياب نصوص تنظم إجراءات الحجر للدين على خلاف إجراءات الحجر لأسباب أخرى كالجنون و العته و الغفلة و السفه و التي نظمها تفصيلاً قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تجعل الأمر صعب مع وجود عدة احتمالات قانونية مبنها غياب النصوص الإجرائية المنظمة له:

إن هذه الاحتمالات يمكن حصرها في احتمالين رئيسيين مع استبعاد احتمال ألا يحكم القاضي بالحجر بسبب عدم وجود نصوص قانونية منظمة لحالة قانونية نص عليها القانون، مع وجود توجه لاحظناه من خلال مناقشات قضاة تميل إلى رفض دعوى الحجر.

وعليه فإن الأمر في وجهة نظرنا يدور بين احتمالين:

الأول : أن المادة الثانية نصت على أنه في حالة غياب النص يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و التي فصل من خلالها الفقهاء في إجراءات الحجر للدين، و أن عموم النص يجعل من المتاح أن ينسحب إلى الجانب الإجرائي طالما غاب النص. إن الفقه الإسلامي قد فصل في الإجراءات غير أنه قد لا ينسجم مع بعض التفاصيل على الأقل من حيث من المختص من القضاة على اعتبار التقسيم القضائي الحالي يختلف مع ما كان عليه قديماً.

الاحتمال الثاني: هو اعتماد الفقه الإسلامي في الجانب الموضوعي أما الناحية الإجرائية فيعتمد القاضي فيها آلية القياس مع إجراءات الحجر للأسباب الأخرى، أي يعتمد إجراءات الحجر المنصوص عليها قانوناً لأسباب أخرى للحكم بالحجر للدين. إن ما نميل إليه أن القياس في المسائل الإجرائية المدنية متاح و لا يخضع لمبدأ الشرعية بالمفهوم المطلق الذي يؤدي إلى رفض الحكم بسبب غياب نص إجرائي و أن قواعد العدالة تقتضيه، فليس من العدل رفض الحكم لغياب نص إجرائي بل على القاضي أن يقيس أو حتى يتدع تحقيقاً للعدالة و التي تعتبر مصدراً من مصادر القانون. ومع هذا فإنه ينبغي عند إحداث تعديل لقانون الأوقاف أن يحيل بمقتضى نص صريح إلى الإجراءات المقررة للحجر الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية عند الحجر للدين، أو تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصوص تفصيلية لإجراءات الحجر للدين على غرار باقي أسباب الحجر.

ثانياً . اشتراط المادة 13 من قانون الأوقاف أن يكون الموقوف عليه شخصاً معنوياً

كانت المادة 13 قبل التعديل بمقتضى القانون 02-10 تنص صراحة على أن الموقوف عليه قد يكون شخصاً معنوياً كما يكون شخصاً معنوياً.

ونصت المادة 13 من قانون الأوقاف بعد التعديل بمقتضى القانون 02-10 على أن " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

استدل بعض الفقه بهذه المادة أنها دليل على أن المراد هو الوقف العام دون الوقف الخاص.

إن هذا القول وكأنه يسلم بأن الموقوف عليه في الوقف العام هو دائماً شخص معنوي.

أولاً ينبغي التمييز بين الشخصية المعنوية للوقف واشتراط أن يكون الموقوف عليه شخص معنوي.

إذ من المسلم به أن الوقف يكتسب الشخصية المعنوية وهذا أصبح من المسلمات القانونية، غير أن اشتراط أن يكون الموقوف عليه شخصاً معنوياً رغم أن ظاهر المادة وألفاظها يفيد ذلك فإنه يثير العديد من التساؤلات وعديد الإشكالات.

إن هذا القول يجعل الوقف لغير شخص معنوي وقفاً باطلاً. فالبطلان في المسائل المدنية هو جزاء مقرر نتيجة تجاوز القواعد الآمرة إذا لم يكن منصوص عليه صراحة.

إن القول بأن الموقوف عليه يجب أن يكون شخص معنوي مناقض حتى لمضمون بعض النصوص القانونية، فعلى سبيل المثال فإن المادة 08 حددت الأوقاف العامة المصونة وذكرت ضمنها الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية، الأوقاف الخاصة التي تعرف الجهة المحبس عليها... " فهل الموقوف عليهم في مثل هذه الأوقاف أشخاص معنوية، فالمسجد كوقف يكتسب الشخصية المعنوية لكن الموقوف عليهم أي المصلين هم أشخاص طبيعية.

ضف إلى ذلك هل الوقف مثلاً على عموم الأيتام هو وقف لا يصح لأن الموقوف عليهم ليسوا شخصاً معنوياً.

وعلى اعتبار الرأي القائل بأن هذه المادة تخص الوقف العام فيتبادر السؤال هل أن كل وقف يكون فيه الموقوف عليه شخص أو أشخاص طبيعية يمكن اعتباره بالضرورة وقفاً خاصاً.

إن هذه المادة تثير عديد الإشكالات الواقعية والقانونية النظرية، ما يقتضي إعادة النظر فيها.

خاتمة:

إنه لا ينبغي للفقهاء والقضاء أن يهدر جهد المقنن بسوء شرح النصوص ومخالفة المبادئ المقررة لذلك، كما ينبغي قبل ذلك على المقنن أن يبذل الجهد الوافر في حسن صياغة النصوص لتفادي أي تجاوز لها أو سوء فهمها ما لم تكن تلك الصياغة هي وسيلة استعمالها المقنن عن يقين لتحقيق بعض النتائج.

فقد يعتمد إلى صياغة نص بشكل ظاهره القصور ولكن الحقيقة أن المقنن قد أراد ذلك لتحقيق أهداف ما.

إن الإشكالات المثارة ارتبطت ببعض أحكام قانون الأوقاف الذي تضمن مصدرا وحيدا للوقف هو الإرادة المنفردة على خلاف ما يدعيه بعض الشراح كما أنه ثبت الوقف الخاص و لم يلغيه.

واعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا ماديا للوقف جعل المقنن يأخذ بأحكام غير موجودة في غير قانون الأوقاف كالحجر للدين، ما جعل مسألة موضوعية منصوص عليها دون ارتباطها بقواعد إجرائية لتجسيدها، و لكن هذا الوضع يقتضي موقفا إيجابيا من القضاء لتجسيد تلك الحالة خاصة أن الأمر يتعلق بمسائل مدنية و ليست جزائية.

إن إمعان القياس في هذه المسألة كفيل بتجاوز الخلل إلى حين تصحيحه جذريا.

كما أن اشتراط أن يكون الموقوف عليه في الوقف العام شخصا معنويا يثير عديد الإشكالات ويصطدم حتى مع واقع الأوقاف ونصوص قانونية في قانون الأوقاف ذاته.

وعليه فإنه ينبغي اقتراح التوصيات التالية:

-على المقنن أن يوضح بشكل أدق النصوص القانونية والتنظيمية الواجبة التطبيق على الوقف الخاص لتفادي إي خلاف بشأنها.

-على المقنن أيضا تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات الحجر للدين على غرار الحجر للأسباب الأخرى.

-على المقنن تعديل المادة 13 بما يضمن تحقيق الأصل والاستثناء في الموقوف عليه.

-على الشراح والقضاة ألا يتجاوزوا مقتضيات النصوص تحت تأثير الفقه أو القوانين المقارنة أو تحت تأثير توجهات أيديولوجية بل عليهم الالتزام عند شرح النصوص القانونية بضوابط الشرح وآلياته والتي يؤدي تجاوزها إلى أخطاء في استنباط الأحكام من النصوص.

-نقترح تكثيف التظاهرات العلمية ذات الصلة بالأوقاف خاصة في ظل المستجدات ونتمن عاليا التظاهرات المنظمة.

❖ المصادر والمراجع

➤ القوانين:

-قانون رقم 90-25 مؤرخ في أول جمادي الأولى عام 1411 الموافق 18 نوفمبر سنة 1990 يتضمن

التوجيه العقاري، جريدة رسمية العدد 49.

-قانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق ل 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف،

المعدل و المتمم.

-قانون رقم 02-10 مؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر 2002، يعدل و يتمم

القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

➤ الكتب:

- أحمد محمد علي داوود، أحكام العقد في الفقه الإسلامي و القانون المدني، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2011.
- الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 1430هـ/2009 م.
- الشيخ عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثاني، تقديم الشيخ إبراهيم محمد رمضان، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، دون سنة نشر..
- الرسائل الجامعية
- فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة، 2007/2006.
- المقالات في مجلة علمية
- باباو إسماعيل يوسف، الوقف الخاص في التشريع الجزائري بين التنظيم والالغاء، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 11، العدد 01، السنة 2022
- المحاضرات
- جبار جميلة، محاضرات في الوقف، ألفت على طلبة السنة الثانية، ماستر قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي بونعامة، غير منشورة.