نزع الملكية للمنفعة العامة، وتطبيقها على الملكية الوقفية
دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

أ. رمزي قانة
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية ـقسنطينة

الملخص:

تعد نزع الملكية الفردية من أجل المصلحة العامة، موضوعا له أهمية كبيرة على مستوى الفقه الإسلامي، وكذلك التشريع الجزائري، باعتباره استثناء من حرمة التعدي على الملكية الفردية، ويكتسي الموضوع أهمية إضافية إذا كان متعلقا بالأوقاف، من حيث خصوصيتها ونعني بذلك تحديدا نزع الملكية الوقفية من أجل المصلحة العامة.

وذلك من خلال طرح إشكالية: مدى جواز نزع الملكية الوقفية لذات الغرض إذا أخذنا في الاعتبار خصوصيات النظام الوقفي؟

بناء على ما تقدم تناول البحث نزع الملكية العامة في الفقه الإسلامي، والتشريع الإسلامي، ومدى جواز ذلك وضوابطه، ثم نزع الملكية الوقفية باعتبارها تفريعا للتأصيل الأول(نزع الملكية العامة)، وتمخض البحث عن جواز نزع الملكية الوقفية للمصلحة العامة بضوابط فقهية، وقانونية ترجع إلى أحكام الفقه الإسلامي.

Abstract:

Disarmament of private property in the public interest An important topic in Islamic jurisprudence and legislation of Algeria Because it is an exception to prevent the infringement of individual property.

But the subject of additional importance, especially if it relates to Waqfs We mean specifically disarmament Waqf property in the public interest.

And by introducing problematic Over the passport disarmament Waqf property for the same purpose if we take intoaccount the specificities of the endowment system?

Based on the above discussion tackled the disarmament of private property in the Muslim truffle and Algerian legislation. And that it is permissible and controls..

Then disarm Waqf property as the first of his Islamic subsidiarity (disarming individual property.)

Search Result: passport disarmament Waqf property in the public interest doctrinal controls, and legal due to the provisions of Islamic jurisprudence.

مقدمة:

إن من أبرز الاستثناءات على حق الملكية نزعها للمنفعة العامة، فبعد أن كانت الملكية حقا مطلقا استقر الفقه، والقضاء على أنه من امتيازات السلطة العامة نزع الملكية للمنفعة العامة، وأصبحت بعد ذلك الدساتير تنص على حق الدولة في نزع الملكية للمنفعة العامة، وتنظيم نزعها عن طريق القوانين واللوائح.

وتعتبر الجزائر من الدول التي سايرت هذا التطور، من خلال المادة العشرين (20) من الدستور الجزائري، بالإضافة إلى المادة الستمائة والسبعة والسبعين (677) من القانون المدني الجزائري.

هذا بالنسبة للملكية غير الوقفية على المستوى القانوني، أما بالنسبة للملكية الوقفية فإن الأمر يبدوا أكثر تعقيدا باعتبار خصوصية النظام الوقف الإسلامي، فهو يجمع بين الخاصية التعبدية والتعاملية في آنٍ واحد، ثمّ إنّ الذي يستقرئ بعض اجتهادات الفقهاء في مسألة الاستبدال يلمس الكثير من التشديد، بحيث يجد نفسه أمام انطباع مسبق باستحالة الملكية الوقفية للمنفعة العامة، الأمر الذي يجعلنا أمام التساؤل الآتي:

إذا كان نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة مثلا مستساغا ومقبولا إلى حدٍّ ما، فما مدى جواز نزع الملكية الوقفية لذات الغرض إذا أخذنا في الاعتبار خصوصيات النظام الوقفي؟

ثم ماهي ضوابط نزع هذه الملكية؟ . إذا كان ذلك جائزا . إن على مستوى الفقه الإسلامي أو التشريع الجزائري ؟

وحتى أصل إلى إجابة لهذه التساؤلات سلكت الخطة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم الوقف ومشروعيته.

المبحث الثاني: نزع الملكية للمنفعة العامة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

المبحث الثالث: تطبيق نزع الملكية للمنفعة العامة على الملكية الوقفية.

المبحث الأول : مفهوم الوقف ومشروعيته

المطلب الأول : مفهوم الوقف في الفقه الإسلامي

اختلف أهل العلم في بيان معنى الوقف لاختلافهم في طبيعة العقد ذاته من حيث اللزوم وعدمه، وانتقال ملكية المال الموقوف، وهل الوقف عقد تعتبر فيه إرادة المتعاقدين أم أنه إسقاط؟ فجاء كل تعريف ليعبر عن الوجهة التي اختارها صاحب التعريف محددا فيه هذه العناصر .

فقد عرفه أبو حنيفة بقوله: (حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية)[1].

في حين عرف الوقف على رأي الصاحبين أبي يوسف ومحمد بتعريفات مختلفة لا تخرج في معناها ومضمونها عن تعريف صاحب تنوير الأبصار حيث قال: (وعندهما هو حبسها على ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب) [2].

ونقل ابن عرفة تعريف الوقف عند المالكية بقوله: (إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا)[3] .

ولم يخرج فقهاء المذهب المالكي في معظمهم عن فحوى هذا التعريف.

---

[1]– المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر، بيروت (لبنان) ط2 (د.ت)، ج6، ص 203.

[2]– التمرتاشي: تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه: محمد بكر اسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض (المملكة العربية السعودية)، (د.ط.د.ت)، ج6، ص520 .

[3]– أبو عبد الله الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط1 (1993 م. 1423هـ)، ج 2، ص 540 .

كما عرف فقهاء الشافعية الوقف بتعريفات متعددة لم تخرج في مجملها عن التصور العام للوقف داخل المذهب، وذلك بقولهم بأن الوقف إنما هو: (حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود)[4] .

وعرّف فقهاء الحنابلة الوقف بتعاريف متعددة من أهمها ما عرّف به موفق الدين ابن قدامة بقوله: (تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة)[5] .

باستعراض التعاريف السابقة للوقف يمكن القول إنها جميعا يدور معناها حول حبس العين، فلا يتصرف فيها بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث والمنفعة وتصرف لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقف لذلك يمكن القول إن أجمع وأدق وأرجح تعريف من التعريفات السابقة هو التعريف الذي ذكره ابن قدامة بقوله إن الوقف هو: تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، وسبب الترجيح يعود إلى الأسباب الآتية:

. إن هذا التعريف مقتبس من الحديث النبوي الشريف الآنف الذِّكر حين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه حبّس الأصل وسبّل الثمرة، والنبي صلى الله عليه وسلم كما هو معلوم بداهة أفصح الناس لسانا وأقدرهم بيانا.

. إن هذا التعريف لم يسبق أن اعترض عليه من قبل العلماء كما اعترض على تعاريف المذاهب الأخرى.

. امتاز هذا التعريف بأنه اقتصر على ذكر حقيقة الوقف فقط، ولم يدخل في تفصيلات أخرى، ذلك أن دخول هذه التفصيلات من شأنها أن تخرج التعريف عن دلالته، وإبعاده عن الغرض الذي وضع من أجله[6].

المطلب الثاني : مفهوم الوقف في التشريع الجزائري

---

[4]– شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرّملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط (الأخيرة) (1404 _ 1984)، ج 5، ص 358 .

[5]– موفق الدين ابن قدامة: المغني، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، د. ط (1403 هـ . 1983 م)، ج 6، ص 185

[6]– عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس، عمان، ط1 (1428هـ . 2008م)، ص 42.

إن المتصفح للتشريعات التي تناولت المنظومة الوقفية في الجزائر سيكتشف ثلاثة تعاريف للوقف في ثلاثة قوانين مختلفة, فقد عرفه المشرع في المادة213 من الأمر 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة بأنه: «حبس المال عن التمليك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق».

وعرفه في المادة 03 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27, المتضمن قانون الأوقاف بأنه: «حبس العين عن التمليك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء, أو على وجه من وجوه البر أو الخير».

والملاحظ على هذين التعريفين أن المشرع الجزائري أخذ بمذهب أبي يوسف حين استعماله لعبارة " **المال**" في المادة213 من قانون الأسرة بدلا من عبارة " العين" التي أوردها في المادة 03 من القانون رقم 10/91, بحيث أن عبارة " المال" أوسع من عبارة " العين".[7]

كما أن هناك تعريفا آخراً للوقف في القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري, حيث عرفت المادة 31 منه الأملاك الوقفية بأنها« الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما, تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة, سواء أكان هذا التمتع فورا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور» .[8]

المبحث الثاني: نزع الملكية للمنفعة العامة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري

المطلب الأول : مفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة

أولا: المقصود بنزع الملكية

أ . المقصود بنزع الملكية في الفقه الإسلامي

---

[7]– يعقوبي عبد الرزاق ودحماني ميلود: النظام القانوني للوقف في التشريع الجزائري، الجزائر، 2007م، ص 8 .

[8]– قنفود رمضان: نظام الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، سنة 2001– ص 23 .

يعترف الفقه الإسلامي بحق الملكية وتحترمه وقد قرّر لحمايته وسائل كثيرة، من ذلك إلزام الكافة باحترام ملك الغير، وتقرير العقوبات الدنيوية الزاجرة مثل عقوبة السارق والمختلس والغاصب، هذا من جهة الاعتراف بحق الملكية وحمايته، أما من جهة نزع الملكية للمنفعة العامة فإن الفقه الإسلامي لا يمانع نزع الملكية ولو جبرا عن صاحبها تحقيقا للنفع العام، أو دفعا للضرر بعد دفع التعويض العادل للمالك، ومن أمثلة ذلك نزع الملكية لتوسيع طريق أو نهر أو توسعة مسجد[9]، كما جرى في توسعة المسجد الحرام [10] .

هذا من جهة، ومن جهة أخرى يقودنا الكلام عن آلية نزع الملكية الوقفية للكلام عن الاستبدال باعتبار أن التصرف هو نفسه في كلا الحالتين وإن اختلفت أسبابه لذلك يشترك الاستبدال مع نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في أن كلا منهما ينجر عنه فقدان الملك الوقفي الأول، وأخذ بدل عنه سواء كان هذا البدل عبارة عن ملك آخر أو كان عبارة عن مبلغ من المال، في حين يختلفان عن بعضهما في أن الاستبدال لا يُسار إليه إلا في حالات محددة كاشتراط الواقف استبدال الوقف، أو في حالة ما صار الوقف لا ينتفع به بالكلية ولا يحصل منه شيء قط، أو في حالة ما كان البدل عنه سيحصل منه ريع وافر ومنفعة عظيمة، بالإضافة إلى بعض الشروط الأخرى التي أضافها بعض علماء الحنفية كأن يُغصب الملك الوقفي ولا بينة على ذلك وأراد هذا الغاصب أن يدفع القيمة فللمتولي أن يأخذ البدل ليشتري به ملكا آخر، وكحالة ما إذا غصب الغاصب وأجرى عليه الماء حتى صار بحرا فيضمن القيمة ويشتري بها المتولي أرضا بدلا مما غُصب .

أما نزع الملكية للمنفعة العامة فإنها تكون في غالب الأحيان في حق ملك وقفي يكون في أوج عطائه، وقد لا يُمَكِّنُنا تعويضه من شراء آخر بدله يحقق لنا ريعا وبدلا كالذي كان يتحقق في الملك الأول، لا لشيء سوى المصلحة العامة كتوسعة مسجد أو طريق أو بناء مقبرة للمسلمين أو مدرسة أو مستشفى أو غير ذلك من المنافع والمصالح العامة

---

[9]– عبد الكريم زيدان: مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 16 (1421هـ . 2001 م)، بيروت (لبنان)، ص 203، 206 .

[10]– البلاذري: فتوح البلدان، (د. ط، د . ت)، دار الفكر، بيروت (لبنان)، ص 58 .

الظاهرة، ومنه فالمصلحة المبتغاة في الاستبدال هي مصلحة خاصة (خاصة للملك الوقفي)، أما المصلحة المبتغاة في نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة فهي مصلحة عامة كما هو ظاهر من تسميتها.

ب. المقصود بنزع الملكية في التشريع الجزائري

تعددت التعاريف والآراء حول موضوع نزع الملكية، ولعل من أهم هذه التعاريف ما جاء به الدكتور سليمان الطماوي حين قال: (يقصد بنزع الملكية للمنفعة العامة حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة نظير تعويض عما يناله من ضرر)[11]، ولم يختلف هذا التعريف عما ذكره الدكتور محمد فؤاد مهنا من خلال تعريفه لمسألة نزع الملكية للمنفعة العامة قائلا: (إجراء إداري يُقصد به حرمان المالك من ملكه جبرا عنه بسبب المنفعة العامة بشرط تعويضه عنه) [12] . هذا وذهب الدكتور محمد أنس قاسم جعفر إلى أن (نزع الملكية للمنفعة العامة ليس إلا إجراء من شأنه حرمان مالك عقار معين من ملكه جبرا لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل) [13] .

الذي يتضح من خلال هذه التعاريف أن نزع الملكية يمس مساسا مباشرا بحرية الملكية الخاصة، وبصفة جبرية كلما اقتضت المنفعة العامة ذلك، مقابل تعويض عادل لما لحق بمالك العقار من ضرر جراء تجريده من ملكيته .

---

[11]– سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، د.ط (1975 م)، ص 649 .

[12]– محمد فؤاد مهنا: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، د.ط (1975 م)، ص 837 .

[13]– محمد أنس قاسم جعفر: النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط (1988 م)، ص 88

هذا وقد عرف المشرع الجزائري نزع الملكية من خلال المادة الثانية (02) من القانون رقم 11/91 [14] التي تنص على أنه: (يعد نزع الملكية للمنفعة العامة طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية .

زيادة على ذلك لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط يتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة)

والملاحظ على ما جاء به المشرع الجزائري أنه لا يختلف عما قرره فقهاء القانون إلا نصه على نزع الملكية للمنفعة العامة إنما هو طريقة استثنائية لاكتساب الأملاك العقارية .

ثانيا : تعريف المنفعة العامة

أ . تعريف المنفعة العامة في الفقه الإسلامي

إن المنفعة العامة هي رديفة ما يعرف في علم المقاصد الإسلامية بالمصحلة، وهي في الشرع السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة وعادة، وتنقسم إلى ما يقصده الشارع لحقه كالعبادات، وإلى ما يقصده لنفع المخلوقين وانتظام أحوالهم كالعادات [15]، وهذا الباب هو المقصود في دراستنا هذه، فالمنفعة العامة في الفقه الإسلامي تطلق على كل أمر توقف عليه انتظام أحوال الناس .

ب . تعريف المنفعة العامة في التشريع الجزائري

من المسلم به أن المنفعة العامة هي الغاية التي يهدف إلى تحقيقها إجراء نزع الملكية، وغيابها يعني عدم شرعية الإجراء، ولقد تعاطى كل من التشريع والقضاء، على تعريف المنفعة العامة، ويرجع ذلك إلى ارتباط مفهومها بعمليات مادية متنوعة، كما يتحدد بالنظر

---

[14]– راجع القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

[15]– إسماعيل الحسني: نظرية المقاصد عند الإمام الطاهر بن عاشور، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فيرجينيا (الولايات المتحدة الأمريكية)، ط1 (1416 هـ . 1995 م)، ص 282 .

إلى محتوى العمليات أو النشاط الذي تقوم به الإدارة، مما أعطى لمفهوم المنفعة العامة صبغة المرونة والقابلية للتطور .

ولقد حاول القضاء الفرنسي وضع حد لفكرة المنفعة العامة بتبني الكثير من النظريات كنظرية السبب الدافع[16]، ونظرية المنفعة العمومية غير المباشرة[17]، ونظرية الإجراءات الموازية[18] .

أما في القانون الجزائري فقد استقر الرأي على ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم 11/91، والذي يتبين من هذه المادة هو أخذ المشرع الجزائري بنظرية الإجراءات الموازية لتحديد المنفعة العامة، إذ أن الفقرة الثانية من نص المادة الثانية تنص على أنه: (.... وزيادة على ذلك لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية قبل التعمير والتهيئة العمرانية ... إلخ) .

ومنه يمكن القول إنه لا يعتبر نزع الملكية مشروعا إلا إذا جاء مطابقا في أهدافه لقواعد النظام العام العمراني والتهيئة العمرانية .

المبحث الثالث: تطبيق نزع الملكية للمنفعة العامة على الملكية الوقفية

المطلب الأول: مشروعية نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

أولا: مشروعية نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في الفقه الإسلامي

16– يقصد بهذه النظرية أنه في حالة تعدد الأسباب فإنه يجب تقييم المنفعة العامة على أساس سببها الدافع دون بقية الأسباب

17– تقوم هذه النظرية على أن العمليات التي بموجبها تنزع ملكية الأفراد تتطلب تدخل إجراء آخر على الأقل إلى جانب إجراء نزع الملكية .

18– يقصد بهذه النظرية أن المنفعة العمومية المعترف بها لبعض العمليات إدارية يعترف بها أيضا لكل العمليات الضرورية والمكملة للعملية الأولى .

لم يتطرق فقهاء المذاهب الفقهية قديما لمسألة نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة . على حسب حدود علمنا . بشيء من التفصيل على الرغم من قدم الظاهرة في حد ذاتها، مع أن الشريعة الإسلامية أباحت نزع الملكية للمنفعة العامة ولو جبرا كما سبق وأشرنا آنفا، إلا ما يمكن استثناؤه مما ورد عن بعض فقهاء المذهب المالكي عند تطرقهم لمسألة استبدال الوقف .

وقد أباح المالكية نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة واستبدالها بملك آخر تحت مسمى نظرية الضرورة حيث أجازوا بيع الملك الوقفي ولو بالإكراه إذا اقتضى الأمر باعتبار أن ذلك من المصالح العامة للأمة، وقد نُقل عن الخرشي قوله: (والمذهب أن المسجد لو ضاق بأهله واحتاج إلى توسعة وبجانبه عقار حبس أو ملك، فإنه يجوز بيع الحبس لأجل توسعة المسجد، وإن أبى صاحب الحبس أو صاحب الملك عن بيع ذلك فالمشهور أنهم يجبرون على بيع ذلك ويشترى بثمن الحبس ما يجعل حبسا كالأول، قالوا: ومثل توسعة المسجد توسعة طريق المسلمين ومقبرتهم) [19] .

ونقل عن القرافي قوله: (يجوز بيع الدور المحبسة حول المسجد يحتاج لتوسيعه بها، وكذلك الطريق، لأن السلف عملوا ذلك في مسجده عليه السلام، ولأن منفعتها أهم من منفعة الدور) [20] .

ويُستنتج من أقوال السادة المالكية أنه يجوز نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة كتوسيع مسجد، أو توسعة طريق، أو مقبرة للمسلمين.

هذا ونُقل عن الحنابلة أنهم قيدوا جواز البيع والاستبدال بالضرورة والمصلحة، مما

---

[19]– محمد بن عبد الله بن علي الخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل، ضبط وتخريج: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت)، ج7، ص 95 .

[20]– شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي: الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د. ط (1994م)، ج 6، ص 331 .

يعني أن الحنابلة بدورهم يرون جواز نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة على حسب ما يُفهم من بعض أقوال علمائهم، فقد نُقل عن ابن قدامة قوله: (وإن لم تتعطل مصلحة الوقف بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر درا على أهل الوقف لم يجز بيعه لأن الأصل تحريم البيع، وإنما البيع للضرورة) [21] .

هذا ولا يعني عدم نقلنا لأقوال علماء الحنفية والشافعية في هذا الشأن أنهم يقولون بعدم جواز نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة، إذ قد يكون ذلك من قبيل البديهي عندهم لذلك لم يتطرقوا إليه بالتفصيل على حسب حدود علمنا .

ثانيا : مشروعية نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري

نصت المادة 23 من قانون الأوقاف 91 / 11 بصريح العبارة على أنه: (لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)، لكن الذي يطلع على المادة 24 من قانون الأوقاف نفسه سيكتشف أن المراد من المادة السابقة هو ذلك التصرف الذي لا يكون معه تعويض سواء كان التعويض ماديا أو عينيا وهو ما يعرف بالاستبدال، حيث أجازت المادة 24 أن تعوض العين الموقوفة أو يستبدل بها ملك آخر في حالات ذكرتها المادة على سبيل الحصر وعلى النحو التالي: (لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات الآتية:

. حالة تعرضه للضياع أو الاندثار

. حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه

. حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية

. حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع فقط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه .

. تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة)

---

[21]– موفق الدين بن قدامة: المغني، ج6، ص 227 .

ومنه يمكن القول إن المشرع الجزائري أجاز نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة، وهذا ما يتضح من خلال الحالة الثالثة المذكورة في المادة ((حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية)).

المطلب الثاني : آليات نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة

أولا: آليات نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في الفقه الإسلامي:

وضع الفقه الإسلامي بعض الشروط التي يجب الاستناد عليها عند استبدال ملك وقفي بآخر يمكن الاستناد إليها كذلك ومراعاتها في حالة نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة، ومن بين هذه الشروط:

1 . ألا يكون البيع بغبن فاحش، ذلك لأن البيع بغبن فاحش تبرع بجزء الوقف، وهو مما لا يجوز لأحد سواء القاضي وغيره، قال ابن الهمام: (ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع) .

2 . أن يكون البدل عقارا وليس دراهم أو دنانير، قال ابن نجيم: (ويجب أن يزاد آخر في زماننا وهو أن يستبدل بعقار بالدراهم والدنانير، فإننا قد شاهدنا النظار يأكلونها، وقل أن يشترى بها بدل).

هذا وقد أشار ابن النجار للجهة المختصة بالبيع والاستبدال بقوله: (ويبيعه الحاكم إذا كان على سبيل الخيرات أو مصلحة عامة، وإلا فلناظره الخاص إن كان على معين، والأحوط إذن الحاكم له).

3 . إذا بيع جزء من الوقف فإنه يصرف على تعمير الباقي أولا، وإدا زاد عن ذلك فيوزع على مستحقيه، وإذا كان مسجدا فيصرف عليه وعلى مصالحه .

4 . إدا نزعت الملكية الموقفية كلها بسبب الضرورة فإن ثمنه لابد أن يتجه إلىَ مثَـَـَل له حسب الإمكان، فإن كان مسجدا يُبنى بثمنه مسجد آخر في مكان مناسب، وإذا كان دارا أو عمارة أو نحو دلك يُبنى به ما هو في مثله حتى يؤدي دوره للمستحقين، وهكذا، وإذا وفى ثمن الوقف بشراء وقف آخر مثله فإن لم يف بدلك يوجه

الثمن للمساهمة في شراء وقف آخر مثله لأن المقصود استبقاء منفعة الوقف الممكن استبقاؤها وصيانتها من الضياع، ولا سبيل إلى ذلك إلا بهذا الطريق [22] .

ثانيا : آليات نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري

ينصب نزع الملكية للمنفعة العامة على كل من العقارات، والحقوق العينية العقارية وفق ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادتين 2 و3 من القانون رقم 11/91 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة، وحصر المشرع الجزائري لما يصح نزعه للمنفعة العامة في العقارات والحقوق العينية لا يعني أنه لا يجوز نزع المنقولات للمنفعة العامة، إنما يمكن للإدارة الحصول على الأملاك المنقولة بوسائل القانون العادية، وفي حالة الضرورة بواسطة التسخير .

1 . العقارات:

ينصب نزع الملكية للمنفعة العامة إما على العقار بأكمله أو جزء منه فقط وِفق ما نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 91 / 11، حيث جاء في صلب المادة: (يخضع نزع ملكية عقارات أو حقوق عينية من أجل المنفعة العمومية...)

في حين عرفت المادة 683 من القانون المدني العقار بقولها: (كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص.)[23] .

ويشمل العقار من حيث المبدأ سطح الأرض وباطنها وعلوها، لكون نطاق الملكية يتحدد بهذه العناصر[24].

---

[22] – المصدر السابق، ج 5، ص 369 .

[23]– وناس عقيلة: النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق لجامعة الحاج لخضر، باتنة (الجزائر)، ص 16 .

[24]– عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، د. ط (1967)، ج 8، ص 568 .

2 . الحقوق العينية العقارية :

نصت المادة الثانية من القانون رقم 91/ 11 على أنه: (يُعد نزع الملكية للمنفعة العامة طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية...)

يقصد بالحقوق العينية الواردة في صلب هذه المادة الحقوق العينية الأصلية والتي تنقسم بدورها إلى حقوق عينية والمتمثلة في (حق الملكية، حق الانتفاع، حق الاستعمال، حق السكن، حق الارتفاق)، وحقوق عقارية تبعية مثل (الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص، وحق الامتياز)

وكل هذه الحقوق تعتبر أموالا عقارية باعتبار أن كل حق عيني يقع على عقار يعتبر مالا عقاريا طبقا لما نصت عليه المادة 684 من القانون المدني .

ولما كانت هذه الحقوق العينية قابلة للانتقال بنفس الطرق التي تكتسب بها الملكية كالعقد والوصية مثلا، فإنها تكون كذلك قابلة للاكتساب عن طريق نزع الملكية للمنفعة العامة. كما يمكن نزع الحقوق العينية العقارية الواردة على عقار دون ملكيته باستثناء حق الارتفاق [25] .

تعتبر عملية نزع الملكية العامة للمنفعة العمومية عملية قانونية شكلية، لدلك تخضع الإدارة في ممارستها لهده العملية إلى إجراءات دقيقة ومحددة طبقا للتشريع المعمول به، أي أن سلطتها مقيدة هدا وتمر عملية نزع الملكية بإجراءات تبدأ بإثبات المنفعة العامة لتنتهي برار نزع الملكية ونقلها لذمة الإدارة

أ . إجراءات إثبات الملكية :

نصت المادة الثانية 2 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 [26] على أن أول عمل ينبغي على المستفيد من طلب نزع الملكية هو تقديم تقرير يبرز فيه أن محاولاته للبحث عن

---

[25]– وناس عقيلة: النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، ص 18 .

[26]– المرسوم التنفيذي رقم 93 / 186 المؤرخ في 27 يوليو المتضمن تحديد كيفيات تطبيق القانون رقم 91 / 11 .

العقارات واقتنائها بالتراضي باءت بالفشل ن يضاف إلى هدا التقرير تصريح يحدد فيه الهدف من العملية والتي يجب أن لا تخرج عن إطار التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط المرتبط بدلك، وكذلك مخططا عن الأشغال من حيث موقعها وأهميتها وتقريرا آخر عن تمويل المشروع الذي يراد إنجازه والذي يتطلب ملكا عقاريا لإنجازه يرسل هذا الملف إلى الوالي المختص الذي تقع في دائرة ولايته الملكية المراد نزعها والذي يمكنه أن يطلب جميع المعلومات والوثائق التي رآها مفيدة في دراسة الملف، فإذا كان ملف طلب المستفيد من نزع الملكية مستوفيا للشروط السابقة الذكر يقوم الوالي بإصدار قرار لتعيين لجنة لإثبات مدى فعالية المنفعة العمومية، ويسمى هدا التحقيق بالتحقيق الإداري المسبق، فقرار الوالي يعتبر قرارا مزدوجا بفتح تحقيق وتعيين لجنة تحقيق تتكون من ثلاثة أشخاص يعينون من بين الموجودين في القائمة الوطنية للأشخاص المؤهلين للقيام بالتحقيق المسبق لإثبات المنفعة العمومية

وبمجرد انتهاء إجراءات التحقيق المسبق يُرسل ملف التحقيق مع كل المعلومات الاستنتاجية للجنة التحقيق المسبق إلى الجهة الإدارية المختصة لكي تعلن عن ثبوت المنعة العامة بصفة رسمية، وتصدر ما يسمى بقرار التصريح بالمنفعة العمومية، هدا الأخير الذي يجب أن يتضمن مجموعة من البيانات تحددها المادة 10 من القانون رقم 91 / 11 وهي :

. أهداف نزع الملكية المزمع تنفيذه.

. مساحة العقارات وموقعها ومواصفاتها.

. مشتملات الأشغال المزمع القيام بها.

. تقرير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية.

كما يجب أن يبين القرار الأجل الأقصى المحدد لإنجاز نزع الملكية، ولا يمكن أن يتجاوز هدا الأجل 4 سنوات، ويمكن تجديده مرة واحدة بنفس المدة إدا تعلق الأمر بعمليات كبرى ذات منفعة وطنية .

يصدر بعد قرار التصريح بالمنفعة العمومية ما يسمى بقرار القابلية للتنازل الذي يحدد القطع الأرضية والحقوق وأصحابها الدين لهم الحق في التعويض، ويجب أن يستند هدا القرار بدوره إلى تحقيق عمومي يسمى بالتحقيق الجزئي .

تُختتم الإجراءات الطويلة لنزع الملكية للمنفعة العامة بقرار نزع الملكية [27]، أو ما يسمى بنقل الملكية، حيث نصت المادة 7 من أمر 1976 على أن يصدر الأمر بنقل الملكية أي ملكية العقارات والحقوق العينية العقارية حسب الأحوال إما بقرار وزاري مشترك وإما بقرار من الوالي ودلك إن لم يقع اتفاق ودي فيصرح هدا القرار بالحيازة إلى نازع الملكية شريطة أن يراعي الأحكام التنظيمية المتعلقة بالشهر العقاري وأحكام الباب الثالث من هدا الأمر[28] .

تسبب عملية نزع الملكية بلا شك ضررا للمالك لحرمانه من ماله مما يستوجب تعويضه عن الضرر الذي لحق به، وهدا ما نصت عليه عدة نصوص دستورية وتشريعية بدء بدستور 1996 في المادة 20 منه [29]، إلى الفقرة الأولى من المادة 677 من القانون المدني [30]، إلى المادة رقم 21 من القانون رقم 11/91 [31] المتضمن نزع الملكية من أجل المنفعة العامة .

ويحدد مبلغ التعويض حسب القيمة القانونية للأملاك تبعا لما ينتج عن تقييم

---

[27]– يرى بعض الشراح أن مصطلح نزع الملكية يعني استعمال القوة والسلطة التعسفية .

[28]– وناس عقيلة: النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، ص 46 .

[29]– نصت المادة 20 من دستور 1996 على أنه: (لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف)

[30]– نصت المادة 677 في فقرتها الأولى على أنه: (لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلى في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينيءة العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل.)

[31]– نصت المادة 21 من القانون رقم 91 / 11 على أنه: (يجب أن يكون التعويض عن نزع الملكية عادلا ومنصفا ...)

طبيعتها أو مشتملاتها أو عن استعمالها الفعلي من قِبل مالكيها وأصحاب الحقوق العينية الآخرين أو من قبل التجار والصناع وأصحاب الحرف .

وتقدر هذه القيمة الحقيقية في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم، غير أنه لا تُدخل في الحسبان التحسينات من أي نوع ولا أية معاملة تجارية تمت أو أُبرمت قصد الحصول على تعويض أرفع ثمنا [32] .

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة يمكن النبيه على أبرز النتائج الآتية:

1 . أجاز بعض الفقهاء نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة واستبدالها بملك آخر تحت مسمى نظرية الضرورة، حيث أجاز المالكية مثلا بيع الملك الوقفي ولو بالإكراه إذا اقتضى الأمر، إذا كان ذلك من المصالح العامة للأمة ،مع مراعاة جملة من الضوابط والشروط التي لابد من مراعاتها قبل عملية النزع للمنفعة العامة وبعدها.

2 . أجاز المشرع الجزائري نزع الملكية الوقفية لصالح المنفعة العامة وهذا ما يتضح من خلال الحالة الثالثة المذكورة في المادة رقم 24 من قانون الأوقاف، كل ذلك في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية كما جاء في نص المادة.

3 . لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط يتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة .

4 . إن نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة تكون في غالب الأحيان في حق ملك وقفي يكون في أوج عطائه، وقد لا يُمَكِنُنا تعويضه من شراء آخر بدله يحقق لنا ريعا وبدلا كالذي كان يتحقق في الملك الأول ، لا لشيء سوى المصلحة العامة كتوسعة مسجد أو

---

[32]– وناس عقيلة: النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، 90 .

طريق أو بناء مقبرة للمسلمين أو مدرسة أو مستشفى أو غير ذلك من المنافع والمصالح العامة الظاهرة .

5 . يشترك الاستبدال مع نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في أن كلا منهما ينجر عنه فقدان الملك الوقفي الأول، وأخذ بدل عنه سواء كان هذا البدل عبارة عن ملك آخر أو كان عبارة عن مبلغ من المال

6 . يكمن الفرق بين الاستبدال ونزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة في أن المصلحة المبتغاة في الاستبدال هي مصلحة خاصة (خاصة للملك الوقفي)، أما المصلحة المبتغاة في نزع الملكية الوقفية للمنفعة العامة هي مصلحة عامة كما هو ظاهر من تسميتها.

المصادر والمراجع

1. إسماعيل الحسني: نظرية المقاصد عند الإمام الطاهر بن عاشور، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، فيرجينيا (الولايات المتحدة الأمريكية)، ط1 (1416 هـ . 1995 م).

2. البلاذري: فتوح البلدان، (د. ط، د . ت)، دار الفكر، بيروت (لبنان).

3. التمرتاشي محمد بن عبد الله : تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق : عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، قدم له وقرظه: محمد بكر اسماعيل، دار عالم الكتب، الرياض (المملكة العربية السعودية)، (د.ط.د.ت).

4. أبو عبد الله محمد بن القاسم الرصاع: شرح حدود ابن عرفة، تحقيق : محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، بيروت (لبنان)، ط1 (1993 م . 1423هـ).

5. المرغيناني علي بن أبي بكر: الهداية شرح بداية المبتدي، دار الفكر، بيروت (لبنان) ط2 (د.ت).

6. سليمان محمد الطماوي: الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، د.ط (1975 م).

7. شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي: الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، د. ط (1994م).

8. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرّملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، ط (الأخيرة) (1404 ــ 1984).

9. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العرربي، القاهرة، د . ط (1967).

10. عبد الكريم زيدان : مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ط 16 (1421هـ . 2001 م)، بيروت (لبنان).

11. قنفود رمضان: نظام الوقف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب، البليدة، سنة 2001.

12. موفق الدين ابن قدامة: المغني، دار الكتاب العربي، بيروت (لبنان)، د. ط (1403 هـ . 1983 م)

13. عكرمة سعيد صبري: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس، عمان، ط1(1428 هـ . 2008م).

14. محمد أنس قاسم جعفر: النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط (1988 م).

15. محمد فؤاد مهنا: مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، د.ط (1975 م).

16. محمد بن عبد الله بن علي الخرشي: حاشية الخرشي على مختصر خليل، ضبط وتخريج : زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت (لبنان)، (د . ط . د . ت).

17. وناس عقيلة : النظام القانوني لنزع الملكية للمنفعة العامة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق لجامعة الحاج لخضر، باتنة (الجزائر).

18. يعقوبي عبد الرزاق ودحماني ميلود : النظام القانوني للوقف في التشريع الجزائري، الجزائر، 2007 م.