إشكالية المرجعية في تنظيم استثمار الملك الوقفي الوارد في القانون 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف (عقد المزارعة انموذجا)

الدكتور خالد بوشمة
أستاذ محاضر بكلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة سعد دحلب بالبليدة

مُقدّمة

لقد ظلت نظرة المشرع الجزائري للملك الوقفي نظرة خيرية استهلاكية محضة، وذلك منذ صدور أول تشريع ينظمه بعد استرجاع السيادة الوطنية، وهو المرسوم التشريعي رقم 283/64 المتضمّن الأملاك الحبسية العامة، وتضمن هذا المرسوم 11 مادة، وتناول من خلالها أنواع الأملاك الحبسية، وهي أحباس عمومية وأحباس خاصة، كما تناول أحكام الأوقاف المؤجرة. وأما عن كيفية تسيير الأملاك الحبسية العامة، فقد أوكل هذا النصّ التشريعي تسييرها إلى شخص، وذلك بموجب تفويض من وزير الأوقاف، مع احتفاظ هذا الأخير بحق الرقابة والوصاية، وأما الأملاك الحبسية الخاصة، فقد أوكل تسييرها إلى الشخص المعين من قبل الواقف أو من طرف الجمعيات والمنظمات، كما تضمن هذا المرسوم أمرا بتسليم الأوراق الثبوتية للوقف للجهة الوصية عنه قانونا، وغير ذلك من المواد المتعلقة بالوقف.

ولقد ظلت هذه النظرة الاستهلاكية باقية وراسخة في ذهن المشرع الجزائري مع توالي التشريعات التي تنظم الملك الوقفي، إلى غاية صدور القانون

رقم 01 – 07 المؤرّخ في 28 صفر عام 1422 هـ الموافق 22 مايو سنة 2001 م يعدّل ويتمم القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 أبريل سنة 1991 م والمتعلّق بالأوقاف، والذي بيّن كيفيات استثمار الأملاك الوقفية في المادة رقم 04 منه والتي تتم أحكام الفصل الرابع من القانون رقم 91 – 10، وذلك بالمادة رقم 26 مكرر 1 والمادة رقم 26 مكرر 2. وهذا القانون يوضح بشكل بيّن تحرر المشرع الجزائري من النظرة الاستهلاكية المحضة للوقف، وتطلعه إلى أن يسهم الوقف في التنمية الاقتصادية والاجتماعية بصورة أكثر فعالية.

إلاّ أنّه ما يلاحظ على المشرع الجزائري في هذا القانون أنّه بيّن كيفيات استثمار الأملاك الوقفية بشكل مجمل غير مفصل، ثم أحال في التفاصيل في المادة رقم 05 من هذا القانون، والتي تعدل المادة رقم 45 من القانون رقم 91 - 10 إلى مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف، وحسب الكيفيات التي حددها هذا القانون، والأحكام القانونية غير المخالفة له، وهذه الإحالة لها عوائق عديدة في تطبيقها، ولا تسمح بتكوين نظرية فقهية متكاملة لعقود استثمار الملك الوقفي، وهذا ما سأبيّنه في هذه الدراسة. والتي قسمتها إلى ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: طرق استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري
المطلب الثاني: مرجعية استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري
المطلب الثالث: عوائق تطبيق مرجعية المشرع الجزائري في عقد المزارعة.

وذلك على التفصيل التالي:

المطلب الأول: طرق استثمار الملك الوقفي في القانون رقم 01–07

إن فكرة استثمار الملك الوقفي ليست بغريبة عن المشرع الجزائري من حيث المبدأ قبل صدور القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، إلا أنّها كانت تتميز بميزتين هما:

الميزة الأولى: أن طرق الاستثمار كانت ضيّقة، ومحصورة في عقد واحد، وهو عقد الإيجار، وهذا الاستثمار كان شكلي.

الميزة الثانية: أن الطابع الرمزي كان يغلب على الاستثمار، وذلك بحكم أن الأجرة كانت زهيدة، ولم تكن تفي حتى بغرض إصلاح العين المؤجرة. وإنما كان غرض المشرع بقاء الملك الوقفي تحت وصاية مؤسسة الوقف.

ثمّ بدأت نظرة المشرع الجزائري لاستثمار الملك الوقفي تتطور وتنضج، وذلك بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق أول ديسمبر سنة 1998م المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية

وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، حيث تناول هذا المرسوم بتنظيم عقد الإيجار بتسع مواد (من المادة رقم 22 إلى المادة رقم 30). وبيّن هذا المرسوم كيفية التأجير، وإجراءاته، ومدّته، وقيمة الأجرة ومراجعتها، وأحكام فسخ العقد وموت المستأجر؛ أي أن هذا المرسوم أعطى لعقد إيجار الملك الوقفي محتواه الاستثماري، ولم يبقه في دائرة الاستهلاك الخيري كما كان سابقا.

واكتملت النظرة الاستثمارية للمشرع الجزائري تجاه الملك الوقفي بصدور القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، حيث نصّ على الأوعية العقدية التي تحوى استثمار الملك الوقفي، وهي عقد المزارعة، وعقد المساقاة، وعقد الحكر، وعقد المرصد، وعقد المقاولة، وعقد المقايضة، وعقد الترميم أو التّعمير، وهذه العقود كلّها يمكن تصنيفها كما يلي:

الفرع الأول: طرق استثمار الأراضي الفلاحية الوقفية

لقد حدد القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف الأوعية العقدية التي تحوي استثمار الأراضي الفلاحية الوقفية، وحصرها في ثلاثة عقود هي: عقد المزارعة، وعقد المساقاة، وعقد الحكر، وذلك على التفصيل التالي:

أ/ عقد المزارعة: عرف المشرع الجزائري عقد المزارعة في المادّة رقم 04 من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 1 والتّي نصّت على ما يلي: «**عقد يتم بموجبه إعطاء الأرض للمزارع من أجل استغلالها مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد**». وهذا العقد يستثمر به الملك الوقفي إذا كان هذا الملك أرضا زراعية خالية من الزرع أو الشجر.

ب/ عقد المساقاة: عرف المشرع الجزائري عقد المساقاة في المادّة رقم 04 من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 1، والتّي نصّت على ما يلي: «**إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره**». وهذا العقد يستثمر به الملك الوقفي إذا كان هذا الملك أرضا فلاحية مغروسة بالأشجار ونحوها.

ج/ عقد الحكر: عرف المشرع الجزائري عقد الحكر في المادّة رقم 04 من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق

بالأوقاف، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 2، والتّي نصّت على ما يلي: «**يُخصّص جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدّة معيّنة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس، وتوريثه خلال مدّة العقد**». وهذا العقد يستثمر به الملك الوقفي إذا كان هذا الملك أرضا عاطلة.

الفرع الثاني: طرق استثمار المباني الوقفية

حصر القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف الأوعية العقدية التي تحوي استثمار المباني الوقفية في أربعة عقود هي: عقد المرصد، وعقد المقاولة، وعقد الترميم أو التّعمير، وعقد المقايضة، وذلك على التفصيل التالي:

أ/ **عقد المرصد:** عرف المشرع الجزائري عقد المرصد في المادّة رقم 04 من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 5، والتّي نصّت على ما يلي: «**استئجار الأرض للبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء**». وهذا العقد يستثمر به الملك الوقفي إذا كان هذا الملك أرضا صالحة للبناء.

ب/ عقد المقاولة: نصّت المادّة رقم 04 من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرر 6، والتي نصّت على عقد المقاولة كأحد الأوعية العقدية لاستثمار الملك الوقفي، وأحالت في تفاصيل هذا العقد إلى أحكام المادة 549 وما بعدها من الأمر 58/75 المؤرّخ في 29 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني، وبالرجوع إلى نصّ المادة 549 من هذا الأمر، نجد أنّها عرّفت عقد المقاولة بأنه: «**عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر**».

ج/ عقد الترميم أو التعمير: عرف المشرع الجزائري عقد الترميم أو التعمير في المادّة رقم 04 من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 7، والتّي مضمونها ما يلي: «**أن يقوم المستأجر بترميم العقار الوقفي المبني المعرض للخراب، على أن يخصم تكاليف**

ذلك الترميم من مبلغ الإيجار مستقبلا». وهذا العقد يستثمر به الملك الوقفي إذا كان هذا الملك عقارا مبنيا.

د/ عقد المقايضة: عرف المشرع الجزائري عقد المقايضة في المادّة رقم 04 من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، والتي أتمت المادة رقم 26 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف بالمادة رقم 26 مكرّر 6، والّتي نصّت على ما يلي: «**استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض**».

المطلب الثاني: مرجعية استثمار الملك الوقفي في القانون رقم 01–07

إنّ المشرع الجزائري لما حدد الأوعية العقدية لاستثمار الملك الوقفي في القانون 01 – 07 المعدل والمتمم للقانون رقم 91 – 10، اكتفى بتعريف هذه العقود فقط، ثم أحال في تفاصيل هذه العقود إلى مرجعيات محددة ، وذلك في المادة رقم 05 من هذا القانون، والتي عدلت المادة رقم 45 من القانون 91 – 10 المتعلق بالأوقاف، وهذه المرجعيات هي:

- تطبيق مقاصد الشريعة في مجال الأوقاف.
- التقيّد بالكيفيات التي حدّها القانون 01 – 07.
- التقيد بالأحكام القانونية غير المخالفة للقانون 01 – 07.

الفرع الأول: تطبيق مقاصد الشريعة في مجال الأوقاف.

مما يلاحظ على هذه المرجعية، وهي تطبيق مقاصد الشريعة في مجال الأوقاف أنّها وردت بصيغة مقاصد، ولم ترد بصيغة أحكام، وبذلك قد تخلص المشرع الجزائري من تفريعات الأحكام التي تشعبت فيها الآراء بشكل كبير، وغالبا هي مسائل اجتهادية وأدلتها ظنية، إلاّ أنّه اكتفى بإيراد لفظ "مقاصد الشريعة" مطلقا من غير تقييد، مما يجعل الفقيه والقاضي في حيرة من أمره، أي مقاصد الشريعة المقصودة، هل التي هي محل إجماع بين الفقهاء أم لا؟ وهل يتقيد بمذهب من المذاهب الفقهية، كما هو متعارف عليه في الأحوال الشخصية؟ أو يتخير من آراء المذاهب ما يشاء؟ لأن مقاصد الوقف في بعض فروعه تختلف من مذهب إلى آخر، كمقصد التأبيد مثلا، وعند التقيد بمذهب من المذاهب، فبأي الآراء يؤخذ في حال تعدد الآراء داخل ذلك المذهب.

الفرع الثاني: التقيّد بالكيفيات التي حدّها القانون 01 – 07.

المرجعية الثانية هي التقيّد بالكيفيات التي حدّها القانون 01 – 07، أي التقيد بالأوعية العقدية المنصوص عليها في هذا القانون، وهي عقد المزارعة، وعقد

المساقاة، وعقد الحكر، وعقد المرصد، وعقد المقاولة، وعقد المقايضة، وعقد الترميم أو التّعمير، إلاّ أن هذا القانون قد اكتفى بتعريف هذه الأوعية العقدية، ولم يحدد معالم أحكامها، ولم يلحقها بأحد العقود المسماة مثل ما فعلت بعض التشريعات العربية، والتي ألحقتها بعقد الإيجار في غير المنصوص عليه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن تقييد استثمار الملك الوقفي بهذه العقود فقط دون غيرها من العقود، هو تحجير على الوقف، وتحديد من الانتفاع به، بل قد يكون في بعض الحالات تعطيل لريع الوقف، ومثاله الأراضي الوقفية الصالحة للتشجير دون الزراعة، كالأراضي الجبلية العارية من الأشجار، فقد نص الفقهاء على استثمار مثل هذا النوع من الأراضي بعقد المغارسة على وجة الجعالة أو الإجارة، وما دام أن المشرع الجزائري قد حصر استثمار الملك الوقفي بالعقود السالفة الذكر دون غيرها من العقود، فما السبيل إلى استثمار مثل هذا النوع من الأراضي الوقفية.

الفرع الثالث: التقيد بالأحكام القانونية غير المخالفة للقانون 01–07

إنّ بعض هذه الأوعية العقدية لا إشكال في تفعيلها في أرض الواقع؛ لأنّ أغلب أحكامها مبينة في الأحكام القانونية غير المخالفة حسبما وردت به هذه المرجعية، مثل عقد الإيجار وعقد المقاولة وعقد المقايضة، ولكن البعض الآخر من هذه الأوعية العقدية المنصوص عليها في هذا القانون غير معروفة لدى المشرع الجزائري سالفا، وهي حديثة ووليدة القانون 01 – 07، فكيف يكون التعامل معها، وما هي تفاصيل أحكامها، وقد تباينت نظرة فقهاء الشريعة لكل عقد بحسب المدارس الفقهية، مما يضع كلا من الفقيه والقاضي أمام تحد كبير، ولا يجد الحل في الأحكام القانونية غير المخالفة للقانون 01-07، وهذا ما سأؤكده في هذا العنصر الموالي.

المطلب الثالث: عوائق تطبيق مرجعية المشرع الجزائري في عقد المزارعة

إن أحكام الأوعية العقدية المنصوص عليها في القانون 01 - 07 تختلف من مذهب إلى آخر، بل وفي داخل المذهب الواحد نجد تباينا بين فقيه وآخر، وهذا الاختلاف يشكل عائقا كبيرا لتطبيق هذه المرجعيات الثلاثة عند تفعيل عقود استثمار الملك الوقفي في أرض الواقع، ويشكل تحديا كبيرا في حال التنازع، وللتدليل على هذا الأمر سأتناول عقد المزارعة كانموذجا لذلك في بعض مسائله، وسأقف عند المسائل التي تباينت فيه آراء الفقهاء بشكل واضح، وتساوت فيها أدلتهم، وذلك فيما لي:

الفرع الأول: طبيعة العقد: لقد تباينت نظرة فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة رحمهم الله تعالى إلى طبيعة عقد المزارعة، وبأي العقود المسماة التي يمكن أن يلحق بها، ولم يتفقوا في ذلك على رأي واحد، وأجمل ذلك فيما يلي:

أ/ طبيعة عقد المزارعة أنها شركة: وأصحاب هذا الرأي هم الحنابلة، والذين يرون بأنّ طبيعة عقد المزارعة هو شركة، لأنه عقد يشترك فيه المزارع وصاحب الأرض في نماء الزرع[1].

ولهذا نجد أصحاب هذا الرأي يلحقون كثيرا من أحكام المزارعة بأحكام الشركات، ويقيسون عليها كثيرا من فروعها.

ب/ طبيعة عقد المزارعة أنها تنعقد إجارة وتتمّ شركة: وأصحاب هذا الرأي هم متأخرو الأحناف، والذين يرون بأنّ المزارعة تنعقد إجارةً؛ أي أن المزارع يملك منفعة الأرض، وصاحب الأرض يملك منفعة المزارع، ثمّ تتم شركةً؛ أي الشركة في الخارج على الوجه المشروط[2].

ولهذا نجد أصحاب هذا الرأي يتعاملون مع عقد المزارعة في مبتدئها على أنها عقد إيجار، ويلحقونها بهذا العقد في جميع فروعها، ثم في منتهاها يتعاملون معها على أنّها من جنس الشركات.

ج/ طبيعة عقد المزارعة أنها شركة وإجارة في آن واحد: وأصحاب هذا الرأي هم المالكية، والذين يرون بأنّ المزارعة هي شركة وإجارة في آن واحد ابتداءً، كل واحدة منهما مقتضية للأخرى بكليّتها، لا فضل فيها عنها، ولما لم يجدوا لهذا الاتجاه مخرجا بينا بحيث تتضح معه معالم عقد المزارعة، انقسموا بعد ذلك إلى فريقين هما:

الفريق الأول: غلّب طبيعة الاشتراك، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وهو الاتجاه المقدّم في المذهب.

الفريق الثاني: غلّب طبيعة الاستئجار، وهو قول ابن كنانة وابن القاسم - في كتاب ابن سحنون - وابن الماجشون وسحنون[3].

فكان ينبغي على المشرع الجزائري أن يختار من هذه الاتجاهات الفقهية ما يراه مناسبا لطبيعة عقد المزارعة، فيحسم بذلك الخلاف، وتنضبط حينئذ اجتهادات القضاة في غير المنصوص عليه، ولا تتضارب أحكامهم، مثل ما فعلت التشريعات العربية، والتي أخذت برأي الفريق الثاني من المالكية، كالمشرع العراقي في المادة رقم 807 من القانون المدني، والمشرع المصري في المادة رقم

620 من القانون المدني، والمشرع السوري في المادة رقم 587 من القانون المدني، والمشرع القطري في المادة رقم 649 من القانون المدني، والمشرع الكويتي في المادة رقم 627 من القانون المدني، والتي نصت على أنّه تسرى أحكام الإيجار على المزارعة.

الفرع الثاني: اللزوم: لم يتفق الفقهاء في لزوم عقد المزارعة، وهذا تفريعا على اختلافهم في طبيعة العقد، ويمكن أن أجمل آراءهم في ما يلي:

أ/ عقد المزارعة لازم في حق الطرفين معا: وأصحاب هذا الرأي هم ابن الماجشون وسحنون من المالكية، والشّافعية، وبعض الحنابلة، ومتأخرو الأحناف، والذين يرون بأنّ عقد المزارعة لازم في حق الطرفين معا مطلقا بمجرد العقد، وليس لأحدهما العدول عنه، مثله مثل سائر العقود اللازمة من عقود المعاوضات[4].

ب/ عقد المزارعة غير لازم في حق الطرفين معا مطلقا: وأصحاب هذا الرأي هم الحنابلة في الأظهر عندهم، والذين يرون بأنّ عقد المزارعة غير لازم في حق الطرفين معا مطلقا، أي سواء شرع في العمل أو لم يُشرع فيه، وسواء ألقي البذر في الأرض أو لم يُلق[5].

ج/ عقد المزارعة لازم في حق الطرفين معا بانضمام أمر إلى العقد: وأصحاب هذا الرأي هم أغلب المالكية، والذين يرون بأنّ عقد المزارعة لازم في حق الطرفين معا بانضمام أمر إلى العقد، ومقتضاه أن عقد المزارعة غير لازم للطرفين معا بمجرد العقد، إلاّ إذا انضم إلى العقد أحد أمرين، وهما:

الأمر الأول: الشروع في العمل: سواء كان هذا العمل هو تهيئة للأرض أو تنقيتها أو حرثها ونحوها، ولا يشترط أن يلقى البذر فيها، وبهذا الحكم جرت الفتوى في قرطبة بالأندلس.

الأمر الثاني: إلقاء البذر في الأرض (أي زرعها): سواء تقدم عنه عمل بتهيئة الأرض ونحوه، أو لم يتقدم، وسواء بذر بعض الأرض أو كلّها، وهذا هو الرأي الراجح في المذهب[6].

د/ عقد المزارعة لازم في حق صاحب الأرض فقط: وأصحاب هذا الرأي هم بعض الحنابلة في رأي غير مقدّم عندهم، والذين يرون بأنّ عقد المزارعة لازم في حق صاحب الأرض فقط، فلا يستطيع فسخ العقد من تلقاء نفسه، ويجوز للمزارع أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه[7].

هـ/ عقد المزارعة لازم في حق من لم يتكفل بالزرع فقط: وأصحاب هذا الرأي هم فقهاء الأحناف دون إمامهم، والذين يرون بأنّ عقد المزارعة لازم في حق من لم يتكفّل بالزّرع فقط، سواء كان صاحب الأرض أو المزارع، فلا يملك فسخها بدون رضا الطرف الآخر إلّا بعذر يمنعه من إتمامها[8].

والملحوظ أنّ سبب اختلاف الفقهاء في لزوم عقد المزارعة ناشئ عن اختلافهم في طبيعة العقد، هل هو من جنس الإيجارات أو من جنس الشركات، وأيضا عن اختلافهم في الجهة المطالبة بتوفير الزريعة وما في حكمها، ويشفع لهم كلهم في هذا الاختلاف تحرّيهم العدل، وتفادي الاستغلال.

وما دام المشرع الجزائري لم يبين حقيقة نظرته إلى عقد المزارعة، وبأي العقود المسماة يلحق، فلا يمكن حينئذ الوقوف على رأيه في حقيقة لزوم هذا العقد.

الفرع الثالث: تحمل آلات العمل: المقصود بآلات العمل هي التي لا يبقى أثرها في الأرض بعد انقضاء المزارعة، وهي إما أن يكون لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، كالفأس، والمنجل وآلة الحرث أو دوابها، أو لا يكون لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، كقنوات توصيل المياه، والأسمدة، وأدوية المعالجة. وانقسم الفقهاء في تحديد المطالب بتوفيرها إلى فريقين، وهما:

أ/ الفريق الأول: لا يفرقون بين النوعين من الوسائل، سواء التي لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، أو التي ليس لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، وهذا الفريق هم الأحناف والمالكية والشافعية، والحكم هو بحسب المذاهب على التفصيل الآتي:

الأحناف: يرون بأن آلات العمل بنوعيها على المزارع فقط، وهو الذي يتحمل نفقة ذلك كلّه، ولكن أجازوا أن تكون من صاحب الأرض بشرط أن يتحمل أيضا معها المزروع أو نفقته، والمزارع يدخل بعمله فقط، وهذا لأن آلة العمل عندهم تابعة للعقد، فإذا جعلت مقصودا في العقد فسدت المزارعة[9].

المالكية: يرون بأن آلات العمل بنوعيها على الطرفين، أي يتحملان نفقة ذلك سويا، وهذا من منطلق أن المزارعة عندهم شركة[10].

الشّافعية: نصوا على أنّ كل وسيلة يعمل بها المزارع مهما كانت، حتّى ولو كانت بسيطة كالمنجل، فهي على صاحب الأرض، وما على المزارع إلاّ العمل، إلاّ أن يأتي المزارع بها من تلقاء نفسه[11].

ب/ الفريق الثاني: يرى بأن الآلات إذا كانت لها صلة مباشرة بالعمل فهي على المزارع، وأما إذا كانت لها صلة غير مباشرة، فهي على صاحب الأرض، وهذا الفريق هم الحنابلة[12].

وكان على المشرع الجزائري أن يحدد موقفه من هذه المسألة، ويختار لنفسه رأيا من هذه الآراء، حسما لأي خلاف قد يقع بين أطراف العقد، مثل ما فعلت بعض التشريعات العربية، حيث أوجبت على المزارع توفير جميع الآلات المساعدة على العمل؛ مما لا يبقى أثره في الأرض بعد انقضاء المزارعة؛ سواء كانت هذه الآلات لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، أو لا يكون لها صلة مباشرة بأعمال الزراعة، ومن هذه التشريعات: المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة رقم 623 من القانون المدني، والمشرع السوري في المادة رقم 590 من القانون المدني، والمشرع القطري في المادة رقم 652 من القانون المدني، والمشرع الإماراتي في المادة رقم 816 من قانون المعاملات المدنية، والمشرع الأردني في الفقرة الأولى من المادة 730 من القانون المدني.

خاتمة

وبعد هذا العرض لإشكالية المرجعية في تنظيم استثمار الملك الوقفي في التشريع الجزائري، يتبين لنا أنّ ما تناوله القانون 10 - 07 من أحكام بعض الأوعية العقدية التي تحوي استثمار الملك الوقفي، وما حدده من مرجعيات، لا يمكن لها أن تكوّن نظرة متكاملة حول هذه العقود، ولا يمكن لها أن تشفي غليل القاضي فيما يطرح بين يديه من منازعات، وكان على المشرع الجزائري على أقل تقدير أن يلحق هذه العقود بأحد العقود المسماة، إلا فيما تختص به من أحكام، وليكن هذا العقد الملحق به هو عقد الإيجار مثل ما فعلت بعض التشريعات العربية، وبذلك ينجو من هذه المحاذير.

المراجع

الكتب

- زكريا الأنصاري أبو يحيى الشافعي. أسنى المطالب شرح روض الطالب. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. مصر. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.
- عبد الله بن أحمد موفق الدين المعروف بابن قدامة الحنبلي. المغني. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى. سنة النشر 1405هـ/1985م.
- علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوي الحنبلي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. تحقيق محمد حامد الفقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. بدون سنة النشر.

● علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار الجيل.. بيروت. لبنان. سنة النشر: 1423هـ/2003م.
● محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين الحنفي. رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. سنة النشر 1423هـ/2002م.
● محمد بن أحمد أبو عبد الله, المعروف بالشيخ عليش المالكي. منح الجليل شرح محتصر خليل. دار الفكر. بيروت. لبنان. سنة النشر 1409هـ/1989م.
● محمد بن أحمد الشربيني الخطيب شمس الدين الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.
● محمد بن أحمد الشهير بميارة الفاسي المالكي. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام. دار المعرفة. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر.
● محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السَّرَخْسِيّ الحنفي. المبسوط. دار المعرفة. بيروت. لبنان. طبعة سنة 1406هـ.
● مصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. سنة النشر 1415هـ/1994م.

القوانين والمراسيم

● القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951م.
● القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.
● القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 1949/5/18م.
● القانون المدني القطري (2004/22).
● مرسوم بالقانون رقم 67 لسنة 1980م بإصدار القانون المدني الكويتي (1980/67).
● قانون المعاملات المدنية الإماراتي (1985/5).
● قانون رقم (43) لعام 1976م المتضمن للقانون المدني الأردني.
● الأمر 58/75 المؤرّخ في 29 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني.
● المرسوم التشريعي 283/64 المتضمن الأملاك الحبسية العامة.
● المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 هـ الموافق أول ديسمبر سنة 1998م المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.
● القانون رقم 01 – 07 مؤرّخ في 28 صفر عام 1422 هـ الموافق 22 مايو سنة 2001 م يعدّل ويتمم القانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 أبريل سنة 1991 م والمتعلّق بالأوقاف.

الهوامش

(1) ـ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السَّرَخْسِيّ الحنفي. المبسوط. دار المعرفة. بيروت. لبنان. طبعة سنة 1406هـ: 572/3.

(2) - علي حيدر. درر الحكام شرح مجلة الأحكام. دار الجيل.. بيروت. لبنان. سنة النشر: 1423هـ/2003م: 467/6.

(3) - محمد بن أحمد أبو عبد الله, المعروف بالشيخ عليش المالكي. منح الجليل شرح محتصر خليل. دار الفكر. بيروت. لبنان. سنة النشر 1409هـ/1989م: 336/6.

(4) - عبد الله بن أحمد موفق الدين المعروف بابن قدامة الحنبلي. المغني. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى. سنة النشر 1405هـ/1985م: 233/5. وعزاه ابن قدامة لبعض الأصحاب. علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرداوي الحنبلي. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف. تحقيق محمد حامد الفقي. دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. بدون سنة النشر: 472/5. عليش. المرجع السابق: 336/6. وعزاه عليش لابن الماجشون وابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سحنون. زكريا الأنصاري أبو يحيى الشافعي. أسنى المطالب شرح روض الطالب. دار الكتاب الإسلامي. القاهرة. مصر. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 393/2. علي حيدر الحنفي. المرجع السّابق: 467/6.

(5) - المرداوي الحنبلي. المرجع السّابق: 472/5.

(6) - عليش المالكي. المرجع السابق: 336/6.

(7) - المرداوي الحنبلي. المرجع السّابق: 472/5.

(8) - محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين الحنفي. رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. سنة النشر 1423هـ/2002م: 274/6.

(9) - علي حيدر الحنفي. المرجع السّابق: 491/3.

(10) - محمد بن أحمد الشهير بميارة الفاسي المالكي. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام. دار المعرفة. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 120/2.

(11) - محمد بن أحمد الشربيني الخطيب شمس الدين الشافعي. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بدون رقم الطبعة ولا سنة النشر: 432/3.

(12) - مصطفى السيوطي الرحيباني الحنبلي. مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى. المكتب الإسلامي. بيروت. لبنان. الطبعة الثانية. سنة النشر 1415هـ/1994م: 567/3.