مجلة المعيار ISSN :1112-4377
مجلد: 27 عدد: 1 (رت 70) السنة: 2023

سلطة القاضي المدني في مراقبة عقود الوقف

Civil Judge's Power to Monitor Suspension Contracts

د. بلميلود محمد لمين[1]
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة
dr.miloudmed@gmail.com

تاريخ الوصول 2022/07/18 القبول 2022/11/09 النشر على الخط 2023/01/15
Received 18/07/2022 Accepted 09/11/2022 Published online 15/01/2023

ملخص:

يتمتع الوقف بالشَّخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويترتب عن ذلك ثبوت الأهلية الكاملة له في حدود عقد إنشائه، فله حق التصرف والتعاقد مع أي طرف، شأنه في ذلك شأن أي شخص معنوي آخر، لذا قد يتعرض الوقف لحالة الغبن أو الاستغلال، سواء بتواطؤ الناظر و الطرف المتعاقد معه أو من أحدهما أو من أي جهة كانت، لذا كان لا بد من مراقبة هذه العقود لحماية الوقف من النهب والسرقة.

فعقود الوقف تتشابه إلى حد كبير مع العقود الإدارية الصادرة عن الإدارة، وذلك بحكم أن الهيئة المشرفة عليه هي إدارة عمومية من أشخاص القانون العام، لذا كان لزاما تحديد طبيعة عقود الوقف من حيث أنها عقود مدنية أو عقود إدارية، وذلك من أجل تحديد جهة الاختصاص القضائي.

فهي عقود مدنية، على اعتبار أن مؤسسة الوقف تتمتع بالشخصية المعنوية وبالذمة المالية المستقلة عن ذمة مسيِّريه، فهو في نظر القانون من أشخاص القانون الخاص، لذا فالقاضي المدني هو صاحب النظر فيها وما ينشأ عنها من نزاعات.

و يهدف هذا البحث إلى معرفة مدى صلاحيات القاضي المدني في مراقبة عقود الوقف، وكان من نتائجه؛ أن القاضي المدني ليس له السلطة المباشرة في الرقابة إلا بعد طلب من أصحاب المصلحة في ذلك، و يمكن له إبطال أو تعديل العقود الذي قد يكون تعديلا تشريعيا بموجب نصوص تشريعية عامة كالقانون المدني أو خاصة المتعلقة بالأوقاف، أو يكون تعديلا قضائيا بموجب السلطة التقديرية المخولة للقاضي بنصوص صريحة.

الكلمات المفتاحية: الوقف – القضاء– الرقابة – عقود –الاستغلال – الغبن – فسخ –تعديل.

Abstract:

The endowment enjoys moral personality and financial independence, and this results in proving its full capacity within the limits of its establishment contract. Therefore, it was necessary to monitor these contracts to protect the endowment from looting and theft.

Endowment contracts are very similar to administrative contracts issued by the administration, due to the fact that the body supervising it is a public administration of public law persons, so it was necessary to determine the nature of endowment contracts in terms of civil contracts or administrative contracts, in order to determine the jurisdiction .

They are civil contracts, given that the endowment institution enjoys a legal personality and financial liability independent of its managers. In the eyes of the law, it is a private law person, so the civil judge is the one who considers it and the disputes arising from it.

This research aims to know the extent of the civil judge's powers in monitoring endowment contracts. That the civil judge does not have the direct authority in oversight except after a request from the stakeholders in that, and he can invalidate or amend contracts, which may be a legislative amendment under general legislative texts such as civil or private law related to endowments, or it is a judicial amendment under the discretionary power granted to the judge with explicit texts.

Keywords: Endowment - judiciary - supervision - contracts - exploitation - unfairness - annulment - amendment

[1] المؤلّف المراسل: **بلميلود محمد لمين** البريد الإلكتروني: **dr.miloudmed@gmail.com**

1. مقدمة

لقد كان جهاز القضاء من الأجهزة الرئيسية في الدولة الذي كان له السلطة المباشرة في تسيير الأوقاف، فكان للقاضي سلطة تعيين وعزل النظار، ومراقبة أعمالهم ومحاسبتهم على النفقات والإيرادات وغيرها من الأعمال، وبقي القضاء المرجعية الأساسية للأوقاف لفترة زمنية طويلة جدا، وذلك لتمتعه بخصائص عديدة منها: الاستقلالية و الكفاءة و الرَّقابة وعدم تفويت المصلحة الشَّرعية، فقد كان العامل الأساسي في تحقيق الوقف لأهدافه وغاياته.

لكن مع بداية القرن التاسع عشر ميلادي؛ بدأت سلطة القضاء على الوقف في الانحسار، وذلك بتدخل الدولة في كافة مجالات الحياة الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، حيث أدرجت الأوقاف ضمن الهيكل الإداري للدولة، وذلك من خلال إسنادها إلى وزارات وهيئات مختصة في ذلك.

ولقد تطور القضاء في عصرنا الحالي تطورا كبيرا سواء من حيث التشكيل أو الاختصاص، فنجد التنظيم القضائي الجزائري يقوم على النظام المزدوج، وهما القضاء العادي والقضاء الإداري، وحتى القضاء العادي فيه العديد من الأقسام المتخصصة التي تهدف كلها إلى فض النزاعات وإحقاق الحقوق، وما يعنينا من الدراسة هو القضاء المدني.

فمؤسَّسة الوقف مؤسسة تمتع بالشَّخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويترتب عن ذلك ثبوت الأهلية الكاملة لها في حدود عقد إنشائها، فلها إبرام العقود والصفقات وجميع التصرفات مع أي طرف آخر، ويظهر ذلك بصورة جلية في العقود المتعلقة بتنميته واستثماره، وهذا الشق من التصرفات هو من اختصاص القضاء المدني دون غيره، لأن الوقف من أشخاص القانون الخاص وليس من أشخاص القانون العام، وإن كان هناك تشابه كبير بينها وبين العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة، على اعتبار أن الوقف تشرف عليه هيئة إدارية هي من أشخاص القانون العام، لذا سوف نحاول إزالة هذا اللبس في معرض حديثنا عن العقود الإدارية.

فالعقود التي تبرم باسم مؤسسة الوقف لا تخلو من المخاطر التي قد تلحق الضرر به، لذا قد يتعرض لحالات الغبن و الاستغلال، و الذي يؤدي إلى إثقال كاهله بالتزامات قد يكون من نتائجه فناء أصله،

فهل يُمكن للقاضي المدني التدخل ومراقبة عقود الوقف وتعديل الالتزامات التعاقدية بما تستوجبه قواعد العدالة؟ مع العلم أن القاعدة القانونية في ذلك؛ أن العقد شريعة المتعاقدين.

وتندرج تحت هذه الإشكالية عدة فرضيات:

- ما مدى سلطة القاضي المدني في مراقبة عقود الوقف؟
- هل له صلاحية الرقابة المباشرة أم لا بد من طلب صاحب المصلحة في ذلك؟
- ما مدى سلطته في التعديل أو الإبطال؟

و يهدف هذا البحث إلى تحديد مدى سلطة القاضي المدني في مراقبة عقود الوقف وتعديلها، خاصة مع صدور القوانين الحديثة التي تتحدث عن أنماط جديدة من الاستثمار التي قد يكون جانب المخاطر فيها أكبر.

وسلكت في هذا البحث مجموعة من المناهج على رأسها المنهج الوصفي و المقارن، وذلك من خلال المقارنة بين آراء المذاهب الإسلامية من جهة وبينها وبين القانون الجزائري من جهة أخرى، بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي، وذلك من خلال تتبع جزئيات البحث وتحليلها وبالله التوفيق.

2 – **تعريف الوقف:**

2. 1– الوقف لغةً: من «وقف»؛ والواو والقاف والفاء فيه أصلٌ واحد يدلّ على تمكُّثٍ في شيءٍ، وله عدَّة معان منها: الحبس والمنع، يُقال: أوقفت كذا أيّ حبَّسته ومنعته[1]، والحُبُسُ بالضمِّ ما وُقِفَ، يُقال: حَبَّسَ الفَرَسَ في سبيل اللَّه وأَحْبَسَه؛ أي أوقفَهُ، وفي الحديث ذلك حَبيسٌ في سبيل اللَّه؛ أي موقوفٌ، ويقع الحُبُسُ على كلّ شيء وقَفَهُ صاحبه وقفاً محرَّماً، لا يُورث ولا يُباع من أَرض ونخل وكرم ومُسْتَغَلٍّ يُحَبَّسُ أَصله وقفاً مؤبداً، وتُسَبَّلُ ثمرته تقرباً إلى اللَّه عز وجل[2]، ثُمَّ اشتهر إطلاق لفظ المصدر وإرادةُ اسم المفعول، فيقال: هذا العقار وقف؛ أي موقوفٌ، ومن هنا جُمع على أوقاف؛ وإلاَّ فإنَّ المصدر لا يُثنَّى ولا يُجمع[3].

2.2– اصطلاحا: عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بقولهم: "حبسُ مالٍ يُمكن الانتفاعُ به مع بقاء عينه، بقطع التَّصرُّف في رقبته على مصرفٍ مباح"[4].

أما في الفقه القانوني فقد عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة:03 من قانون الأوقاف 91-10[5] بقوله: "الوقف هو حبس العين عن التَّملُّك على وجه التَّأبيد والتصدُّق بالمنفعة"، وهذا التعريف متطابق مع التعريف الشرعي إلى حد كبير جدا إلا في بعض التفصيلات.

3– طبيعة عقود الوقف: ونقصد بطبيعة عقد الوقف، هل هو عقد إداري يخضع لقواعد القانون العام، فيكون الاختصاص للقضاء الإداري؟ أم أنه عقد مدني يخضع لقواعد القانون الخاص، فيكون الاختصاص للقضاء المدني؟

فالعقد بصفة عامة من أهم مصادر الالتزام في الفقه الإسلامي و القانون، فهو:" توافق لإرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه"[6]، وعرفه القانون المدني الجزائري في المادة: 54 على أنه :" اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شئ".

وحتى نتمكن من تحديد طبيعة العقد لا بد من بيان ماهية العقد الإداري وعناصره.

3. 1– العقد الإداري: هو كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير المرفق العام، على أن تظهر فيه نية الإدارة– الشخص المعنوي العام– الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الاتفاق شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد معها – أحد أشخاص القانون الخاص– بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[7].

---

[1]– انظر: أحمد بن فارس بن زكريا أبي الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق، شهاب الدين أبو عمر، دار الفكر، ط/1، 1415 هـ /1994م، ص: 1100.

[2]– انظر: ابن منظور محمد أبو الفضل، لسان العرب، تحقيق، عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1426هـ /2005م، ج/5، مادة: وقف، ص ص: 748- 751.

[3]– محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، ط/4، 1402هـ /1998م، ص: 303.

[4]– يحي أبو زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1422 هـ/2001م، ج/5، ص: 515.

[5]– قانون رقم: 91-10، المؤرخ في 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ: 27 أبريل 1991م، المتضمن قانون الأوقاف، والمعدّل والمتمّم بالقانون رقم: 01-07، وقانون رقم: 02-10، الجريدة الرّسمية عدد: 21، الصّادرة في 23شوال 1411هـ.

[6]– السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط/3، 2000م، ج/1، ص:150.

[7]– الطماوي محمد سليمان: الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة– دار الفكر العربي، القاهرة، ط/3، 1975م، ص:50.

3. 2- عناصر العقد الإداري: العقد الإداري يقوم على ثلاثة أركان رئيسية هي:

1- أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد: لا يمكن القول بأن هناك عقد إداري إلا إذا كان أحد أطرافه على الأقل جهة إدارية، فالوقف خضع لإشراف الدولة الممثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف بكافة هيئاتها المركزية واللامركزية، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم: 21-179[1]، و أصبحت الأوقاف تحت إشراف ديوان مستقل يسمى: الديوان الوطني للأوقاف والزكاة.

فالديوان مؤسسة عمومية يخضع لوصاية الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، وقد نص المشرع في المادة: 02 من المرسوم ذاته على أنَّ:[الديوان مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

يخضع الديوان إلى القواعد المطبقة على الإدارة في علاقاته مع الدولة ويعتبر تاجر في علاقاته مع الغير].

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة؛ اعتبر الديوان من أشخاص القانون العام في تعاملاته مع الإدارة، و ومنح له صفة التاجر في تعاملاته مع الغير، بمعنى يعتبره من أشخاص القانون الخاص في تعاملاته مع الغير؟

فالفقه القانوني اعتبر شركات ومؤسسات القطاع العام والشركات القابضة والمختلطة من أشخاص القانون الخاص، فيفهم من هذا الأمر أن المشرع منح شخصيتين؛ شخصية عامة وأخرى خاصة؟ بمعنى أن مثل هذه المرافق تدار بقواعد مختلطة من قواعد القانون الإداري وقواعد القانون الخاص.

2- أن يكون للعقد علاقة بالمرفق العام: يعتبر المرفق العام من المفاهيم التي أثارت جدلا واسعا بين فقهاء القانون، منهم من ارتكز في تعريفه على المعيار العضوي، ومنهم من ارتكز على المعيار الوظيفي، ومنهم من مزج بين الأمرين، ونتطرق إلى هذه المفاهيم بشكل مختصر.

أ- المعيار العضوي أو الشكلي: يقصد بالمرفق العام؛ "كل منظمة عامة تنشئها الدولة وتخضع لإدارتها بقصد تحقيق حاجات الجمهور"[2]، ومن خلال هذا المفهوم؛ جاز اعتبار مرفق القضاء والدفاع والأمن

والأوقاف وغيرها مرافق عامة، لأنها منظمات أنشأتها الدولة بغرض أداء خدمة للجمهور[3].

ب – المعيار الوظيفي أو الموضوعي: هو:"كل نشاط يباشره شخص عام بقصد إشباع حاجة عامة"[4].

وإذا ما نظرنا إلى التعريف من الناحية الموضوعية المادية؛ وجدناه ينطبق بالضبط على الوقف من حيث أنه يهدف إلى تحقيق النّفع العام، أما من النَّاحية الشَّكلية أو العضوية؛ فقد يدار الوقف إدارة عامة أو خاصة أو مختلطة، كما هو الحال في الوقف الخيري العام الذي تديره المؤسسات والوزارات العامَّة في الدولة، أو الوقف الأهلي (الذّري) الذي يدار من قبل الواقف نفسه، أو الوقف المشترك الذي يدار إدارة مختلطة من الواقف نفسه تحت إشراف الهيئة الوصية ورقابتها أو القضاء.[5]

---

[1] – مرسوم تنفيذي رقم: 21-179 المؤرخ في 03 مايو 2021م، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأوقاف والزكاة وتحديد قانونه الأساسي، ج ر العدد: 35، الصادرة في 12 مايو2021م.

[2]- سيدي محمد محمد عبدي: مرفق الوقف في الفقه والقانون ودوره في تحقيق المنفعة العامة، سلسلة الرسائل الجامعية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، دط، 1443هـ/2021م، ص:63.

[3]- حماد محمد شطا: تطور وظيفة الدولة – المرافق العامة-، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، 1984م، ج/1، ص:45.

[4] - سيدي محمد محمد عبدي: مرفق الوقف في الفقه والقانون ودوره في تحقيق المنفعة العامة،مرجع سابق، ص:64.

[5]- سيدي محمد محمد عبدي: مرفق الوقف في الفقه والقانون ودوره في تحقيق المنفعة العامة،مرجع سابق، ص:64.

3- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص: استقر القضاء الإداري في مصر وفرنسا بصفة خاصَّة والفقه الإداري بصفة عامة؛ على أن عنصر الأخذ بأسلوب القانون العام هو العنصر الرئيسي في تمييز العقد الإداري، و ذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، حيث تتمتع الإدارة بامتيازات غير مألوفة في عقود القانون المدني أو التجاري، وتستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة؛ التزامات تجعل طرفي العقد غير متساويين، ومن أمثلة هذه الشُّروط؛ أن يكون لها حق تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة ، وكذلك حق الإدارة في الإشراف على التنفيذ أو تغيير طريقة التنفيذ وأسلوبه، كما قد تُمنح سلطات استثنائية وامتيازات من امتيازات السُّلطة العامة يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير أو في مباشرة تسيير المرفق العام- وهو من أشخاص القانون الخاص-، كأن تجعل له حق التنفيذ المباشر أو حق نزع الملكية العامة أو حق استخدام الدومين العام أو استخدام وشغل بعض العقارات الخاصة لمدة محددة...، أو أن يشارك الإدارة العامة في إدارة مرفق عام، فمثل هذه الشُّروط والامتيازات الاستثنائية يمثل خروجاً عن المألوف، والمتفق عليه في قواعد القانون الخاص، فهو شرط استثنائي يجعل من العقد عقدا إداريا.

وغالبا ما يتدخل المشرع ليرسم للإدارة طريقة التعاقد التي يرى أنَّها الأمثل في تحقيق أفضل الشُّروط وأحسن المواصفات، وليس للمتعاقد أي دور في صياغة العقد و شروطه، ومنح المشرع كذلك للإدارة أن تنفرد بمجموعة من الحقوق في العقود الإدارية أبرزها:

- الحق في الإشراف والرقابة على المتعاقد معها وهو حق متعلق بالنظام العام.
- حق الإدارة في تعديل الشُّروط التنظيمية بإرادتها المنفردة.
- حقها في إنهاء العقد[1].

ومن خلال ما سبق ذكره؛ فلو نظرنا إلى العقود التي تبرم باسم مؤسسة الوقف لوجدناه تنطبق عليها شروط العقد الإداري، مما يوحي بأنه عقد إداري وليس عقد مدني، لأن كافة مواصفات العقد الإداري توفرت في عقود الوقف، من السُّلطة الإدارية المبرمة للعقد، وكذلك تعلقه بمرفق يؤدي خدمات عامة للناس، بالإضافة إلى تضمنه شروطا غير مألوفة في مجال القانون الخاص كما سبق ذكره.

ورغم ذلك لا يمكن اعتبار عقود الوقف عقود إدارية، بل هي عقود مدنية لعدة أسباب هي:

- إنَّ المشرع قد منح الديوان المستقل صفة التاجر في تعاملاته مع الغير، فهو بذلك يعتبر من أشخاص القانون الخاص وليس من أشخاص القانون العام.
- إنَّ الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة وبالذمة المالية المستقلة عن ذمة الديوان، مما يجعله كفرد من أفراد القانون الخاص، وتعاملاته مع الغير تندرج ضمن تعاملات الأفراد فيما بينهم، فهو عقد مدني يخضع للقانون الخاص.
- إنَّ المستقرئ لقوانين المنظمة للوقف خاصة في مجال العقود، نجد أن الامتيازات التي يتمتع بها تتطابق إلى حد كبير مع امتيازات الإدارة العامة، وهذه من الميزات التي يختص بها الوقف دون غيره، فهو يتمتع بخصائص حماية المال العام، وذلك بحكم طبيعة ماله من جهة، على اعتبار أنه قطاع مستقل عن القطاع العام والخاص، و من جهة أخرى إشراف الدولة عليه التي تسهر على تسيير وإدارته .

[1]- انظر: محمد الشافعي أبوراس، العقد الإداري، د ت ط، دت، ص ص: 92، 104.

-كذلك اجتهادات الفقه و القضاء في هذا الجانب، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر، بأن تعاقد وزارة الأوقاف مع مقاول مباني بصفتها ناظرة الوقف، أي شخص من أشخاص القانون الخاص وليست كسلطة عامة، يجعل العقد غير إداري[1].

وأكدت المحكمة الدستورية العليا هذا الرأي في حكمها الصادر بتاريخ 1991/01/05 في الدعوى رقم:01 لسنة 12ق، المجموعة ج 4 ص:536 بتقريرها؛ أنَّه يتعين لاعتبار العقد إداريا يجب أن يكون أحد أطرافه شخصا عاما ويتعاقد بوصفه سلطة عامَّة[2].

4 - سلطة القضاء في مراقبة الأوقاف:

كان لجهاز القضاء الدور الأساسي في مراقبة وتقييم النَّظارة على الوقف، ومن ثَمَّ ارتبطت اجتهادات الفقهاء في جعل مؤسَّسة القضاء الجهة المرجعية في حسم النزاعات المتعلقة به، وذلك لتوفر شروط أساسية منها؛ الاستقلالية عن باقي السُّلطات، وكفاءتها في الرَّقابة والفصل في المسائل الفقهية والإدارية والمالية المتعلقة به، كما أنَّها الأقدر على مراعاة المصلحة الشَّرعية له[3].

ويعتبر القضاء المدني من التقسيمات الحديثة في الجهاز القضائي المعاصر الذي يختص بالنظر في كافة العقود التي يكون أطرافها من أشخاص القانون الخاص، فبعد أن حددنا طبيعة عقود الوقف التي هي عقود مدنية، فإن صاحب الاختصاص في ذلك هو القضاء المدني.

4. 1- سلطة القاضي في مراقبة عقود الوقف: سلطة القاضي المدني في مراقبة عقود الوقف لا تتم إلا عن طريق الدعاوى التي يرفعها أصحاب المصلحة في ذلك، فقد يكون من الناظر أو من الموقوف عليهم أو ممن له مصلحة في ذلك.

فقد يتعرض الوقف لحالة الغبن أو الاستغلال، فعلى القاضي تعديل الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن لها بما تستوجبه قواعد العدالة، أو يقوم بإبطالها حماية للوقف من أي حالة نصب أو احتيال ؟

4. 1. 1- الغبن و الاستغلال: مصطلح الغبن مصطلح متداول بكثرة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك فقهاء القانون، عكس ما هو عليه مصطلح الاستغلال، فهو لم يشتهر في الفقه الإسلامي كمصطلح فقهي مثلما عليه في القانون، وإنما تناولوا ما في معناه تحت مسميات أخرى: كالغبن والتغرير والاضطرار والغش[4]، ولهذا يأتي الاستغلال بمعنى الغبن في كثير من المسائل.

- الغبن: لغة: بالتسكين في البيع والشراء، النقص وكذلك بمعنى الخديعة، والغبن بالتحريك في الرأي: غبنت رأيك نسيته وضيعته، وغبن الشيء وغبن فيه غبنا وغبنا نسيه وأغفله وجهله، والغبن ضُعف الرَّأي، ومعانيها الغلط.[5]

أما في الاصطلاح القانوني فهو:" عدم التوازن بين ما يأخذه أحد المتعاقدين وبين ما يُعطيه الآخر، حيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السُّوق ويُؤَدِّي إلى خسارة فادحة"[1].

---

[1]- انظر: محمد الشافعي أبوراس، العقد الإداري، مرجع نفسه، ص:26.

[2]- انظر: محمد الشافعي أبوراس، العقد الإداري، مرجع نفسه، ص:26.

[3]- انظر: طارق عبد الله، دعم الوقف للموازنات العامة للدولة، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، المملكة المغربية، 30-01 أفريل 2004م، ص: 6.

[4]- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، دت، 1427هـ، مصطلح غبن، تغرير، غش.

[5] - انظر: ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق، ج/13، مادة: غبن، ص: 309./- الفيومي أحمد بن محمد المقري، المصباح المنير، الكتبة العلمية، بيروت، دط، دت، ج/2، مادة: غبن، ص: 442.

وفي الفقه الإسَّلامي هو: " النُّقص في أحد العوضين، بأنّ يكون أحدهما أقل ممَّا يساويه عند التعاقد، ...فتكون المقابلة بين العوضين غير عادلة"[2]، ولقد توسَّع الفقه الإسّلامي في تنظيمه لحالة الغبن؛ حيث وجدت فيه نظريتان[3] هما:

– النَّظرية المادية: والتي تقوم على أساس مادي، حيث تعتد بالغُبن وحده دون الاكتراث للحالة النَّفسية التي يوجد فيها المتعاقد المغبون.

– النَّظرية الشخصية: و التي تقوم على أساس شخصي، إذّ تشترط للاعتداد بالغبن؛ أنّ يكون ناشئا عن التغرير أو استغلال وضُعف في إرادة المتعاقد المغبون، ويميِّز الفقه الإسّلامي بين نوعين من الغبن هما:

أ– الغُبن اليسير: وهو ما يتساهل فيه النَّاس عادة ولا يُمكن تجنبه في المعاملات، وهذا النَّوع من الغُبن لايُعتد به باتفاق الفقهاء[4]، إذّ لا تأثير للغُبن في هذه الحالة على عقود البالغين، وبالتَّالي لا يستوجب تدخل القضاء لإزالته بالتعديل أو الإبطال لا سيما وأنَّ المعاوضات لا تخلو منه، فضلا عن اختلاف في تقديره[5].

يقول ابن عابدين: " ويُؤَجَّر الوقف بأجر المثل، ولا يجوز بالأقل ولو هو المستحق إلاَّ بنقصان يسير"[6].

ب– الغُبن الفاحش: وهذا النَّوع من الغبن هو مالا يدخل تحت تقويم المقوِّمين زيادة أو نقصا، أيّ أن يكون الغبن فاحشا إذا تجاوز عدم التعادل بين الأداءات فيه؛ المألوف بين النَّاس[7]، وقد اختلف الفقهاء في تحديد مقداره، كما اختلفوا في حق القاضي في فسخ العقد أو تعديله، لأنَّهم يميزون بين الغبن الفاحش المجرَّد، والغبن الفاحش المصحوب بالتغرير.

4. 1. 2 – سلطة القاضي في تعديل العقود ذات الغبن الفاحش: يُميز الفقهاء بين نوعين من الغبن الفاحش؛ وهما الغبن الفاحش المجرَّد عن التغرير، والغبن الفاحش المصحوب بالتغرير، وقبل الإشارة إلى سلطة القاضي في تعديل مثل هذه العقود؛ لا بد من الإشارة إلى مسألة مهمة وهي: تقدير حالة الغبن الفاحش، هل له حد معين أم أن تقديره متروك للقاضي.

1– تقدير حالة الغبن الفاحش: المالكية ورأي للحنفية والحنابلة أنَّ الغُبن إذا بلغ حدا مُعينا من قيمة الشَّيء؛ يُعتبر فاحشا مع اختلافهم في تحديده، منهم من حدَّدَه بالثُّلث، ومنهم من حدَّده بالعُشر، ومنهم من حدَّده بالخُمُس[8].

---

[1]– انظر: السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق، ج/1، ص: 386.

[2]– انظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، دط، دت، ص: 393./– أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2005م، ص: 300.

[3]– انظر: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، 2012/2011م، ص: 125، 126.

[4]– انظر: عكرمة صبري، الوقف الإسلامي بين النّظرية والتطبيق، دار النّفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1428هـ/2008م، ص: 285.

[5]– انظر: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 126.

[6]– ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرّياض، طبعة خاصة، 1423هـ /2003م، ج/6، ص: 608.

[7]– انظر: محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق، 393./– أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ص: 300، 302.

[8]– انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج/6، ص ص: 400– 405./– ابن عابدين، رد المحتار، ج/6، ص: 608.

– رأي للمالكية والحنفية والحنابلة في المعتمد من مذهبهم؛ أنَّ الغُبن الفاحش متروك تقديره للقاضي مستعينا بأهل الخبرة، ومنهم من رأى أنّ تحديده متروك للعُرف والعادة في معاملات النَّاس بينهم، فيكون فاحشا
إذا لم تجرِ العادة بالتسامح به أو تحمُّل النَّاس له[1].

وهذا الرَّأي أخذت به مختلف القوانين الوضعية ومنه المشرِّع الجزائري في المادة: 90 من القانون المدني، حيث ترك تحديد مقدار الغُبن لسُلطة القاضي يُقدرها وفق الظُّروف والأحوال.

2 – سُلطة القاضي في الغُبن الفاحش المجرَّد: هذا النَّوع محل خلاف بين الفقهاء؛ حيث يرى جمهور الفقهاء أنَّ مجرد الغُبن الفاحش لا يُثبت الخيار ولا يُوجب الرَّد، أيَّ أنَّ الغُبن المجرَّد عن التغرير لا يُرتب الطَّعن فيه، ولا يحق للقاضي تعديله ولا إنهائه، يقول الدردير من المالكية: " ولا يُرَد المبيع بغبن، بأن يكثر الثَّمن أو يقل جدا ولو خالف العادة، بأن خرج عن معتاد العقلاء"[2].

غير أنَّهم استثنوا من هذه القاعدة حالات من بينها؛ أنّ يقع الغبن الفاحش على مال الوقف أو الصَّبي[3].

– ذهب بعض الحنفية والمالكية والحنابلة[4]؛ إلى أنَّ المتعاقد المغبون غبنا فاحشا له حق الخيار، سواء

صاحبه غرر أم لم يُصاحبه، مستدلين بحديث النَّبي صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار » [5]، وأنَّ الضَّرر الفاحش يلزم إزالته، وذلك وفق شروط وضعوها وهي:

– عدم علم المتعاقد المغبون وقت التعاقد بعدم تساوي العوضين.

– أن يكون الغبن ممَّا لا يتسامح فيه النَّاس عادة.

– استعمال حقَّه في الخيار (رفع دعوى الغبن)، وذلك ضمان لاستقرار المعاملات.

أمَّا المشرِّع الجزائري فأخذ بفكرة الاستغلال[6] كنظرية عامَّة تماشيا مع القوانين الحديثة، كالتقنين الألماني والسَّويسري واللُّبناني والمصري والعراقي، مع الإشارة أنَّ المشرِّع الجزائري لم يأخذ بنظرية الاستغلال بصفة مُطلقة، بل أخذ بالغبن المجرَّد الذي يقابل حالة

---

[1]– انظر: انظر: الحطاب، مواهب الجليل، دار الفكر، بيروت لبنان، ط3، 1412 هـ/ 1992م، ج/6، ص: 404./ – المرداوي: الإنصاف: تحقيق: محمد إسماعيل الشّافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1418 هـ/1997م ، ج/4، ص: 394.

[2]– ابن عابدين محمد أمين، رد المحتار، ج/5، ص: 142. /– الدردير أحمد بن محمد العدوي، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج/3، ص: 140./– النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، دط، 1405هـ، ج/3، ص: 470.

[3]–انظر: زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق، ت زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ/1998م، ج/7، ص: 169.

[4]– انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ج/6، ص: 126. /– الحطاب، مواهب الجليل، ج/4، ص: 468./– ابن قدامة موفق الدين، المغني، ت: علي عبد الله التّركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرّياض، ط3، 1417 هـ/1997م ، ج/3، ص: 584.

[5]– مالك بن أنس: موطأ الإمام مالك رواية محمد الليثي، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، د ر ط، د ت ن ، ج/2، باب القضاء في المرفق، رقم: 1429، ص: 745./– حديث مرسل وقال النووي حديث حسن، راجع في ذلك: ابن الأثير مجد الدين الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، ت: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني وآخرون، ط/1، دت، ج/6، ص:644.

[6]– لم يشتهر الاستغلال في الفقه الإسلامي كمصطلح فقهي كما هو في القانون، وإنما تناولوا ما في معناه تحت مسميات أخرى: كالغبن والتغرير والاضطرار والغش.راجع في ذلك: الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، دت، 1427هـ، مصطلح غبن، تغرير، غش. /– محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 96

الغُبن الفاحش المجرَّد في الفقه الإسّلامي، فحالة الغبن المجرَّد في الفقه القانوني؛ يؤسَّس على أنَّه عيب في العقد ذاته مُستقل عن عيوب الرضا المعروفة (الغلط، الإكراه، التدليس، الاستغلال)، فهو عيب في العقد لا في الرضا، ودرجة الاختلال يُنظر إليها وفقا للنظرية الموضوعية للغبن نظرة مادية محددة، ويكون جزاءه إمَّا إبطال العقد أو تكملة الثمن، وسُلطة القاضي في رقابة هذه الحالة مُحدَّدة حيث لا يُمكن له التدخل في تعديله، وإنَّما كل ما يملك إمكانية إبطال العقد إذا لم يُكمَّل الثَّمن بما يرفع الغُبن عن العقد[1].

والمشرِّع الجزائري أخذ بفكرة الغُبن المجرَّد، وحصره في عقود وحالات مُحدَّدة، فبعد أن قرَّر في المادة: 90 من القانون المدني النَّظرية العامَّة للاستغلال؛ نصَّ في المادة: 91 من ذات القانون: [يُراعى في تطبيق المادة: 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصَّة في بعض العقود]، وتعليل ذلك أنَّ المشرِّع اعتبر الاستغلال عيبا يشوب الرضا، ووجد أنَّه لا بُد من الأخذ بالغُبن في بعض العقود باعتباره عيبا في العقد ذاته، بصرف النَّظر عن وجود الاستغلال كعيب في الرضا[2]، وهذه الحالات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة[3].

وفي الفقه الإسّلامي- بالإضافة إلى القواعد العامَّة للغبن التي تناولها الفقهاء- نجدهم تناولوا حالة الغبن الفاحش على الوقف في عقد الإجارة وهو ما نتطرق إليه لاحقا.

3- سلطة القاضي في الغبن الفاحش المصحوب بالتغرير: انقسم الفقهاء في هذه الحالة إلى رأيين هما:

- الرَّأي الأوَّل: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشَّافعية والحنابلة إلى حق المتعاقد المغبون في الخيار مع اختلاف في التفاصيل:

الحنفية قالوا بوجوب الرَّد، أمَّا المالكية فيفرقون بين إذا كان المتعاقدان عالمان بسعر السُّوق ففيه خلاف؛ بين القول بالرَّد والقول بعدمه، أمَّا إذا كان أحد الأطراف جاهلا ففيه الرَّد مطلقا، والشَّافعية أثبتوا الخيار في وجه من أوجه الغبن بالنسبة لتلقي الرُّكبان، وأمَّا الحنابلة فقد أثبتوا الخيار في كل غبن مطلقا وقول لهم اشترطوا حالة جهل المغبون[4].

- الرَّأي الثَّاني: قول للحنفية والمالكية والشَّافعية[5]أنَّه ليس للمتعاقد المغبون حق الخيار ولا أثر ذلك على العقد، محمِّلين المتعاقد المغبون مسؤولية تقصيره في البحث والتحري قبل الإقدام على التعاقد.

- في الاصطلاح القانوني هو: " استفادة أحد المتعاقدين من الضعف المؤقت للمتعاقد الآخر استفادة تؤدي إلى انعدام التعادل المألوف بين التزامات أحد المتعاقدين، وما يحصل عليه من فائدة، وبين التزامات المتعاقد الآخر"./- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، مصدر سابق سابق، ج/1، ص: 386.

[1]- انظر: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص: 98- 103.

[2]- انظر: محمد بوكماش، المرجع نفسه، ص ص: 98- 103.

[3]- هذه الحالات واردة على سبيل الحصر، فلا يجوزر للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها وهي: - بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس – غبن الشريك في القسمة./- للاستزادة أكثر راجع في ذلك: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص: 98-103.

[4]- انظر: ابن عابدين، الرد المختار، ج/4، ص: 566. /- الدسوقي محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417 هـ/1996م، ج/3، ص: 141./- المرداوي، الإنصاف، ج/4، ص: 398.

[5]- انظر: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص: 138.

ويعتبر حالة الغبن الفاحش المصحوب بالتغرير من حالات الغبن الاستغلالي في الفقه القانوني، حيث يُعرَّف على أنَّه: " استفادة أحد المتعاقدين من الضَّعف المؤقت للمتعاقد الآخر استفادة تُؤدِّي إلى انعدام التعادل المألوف بين التزامات أحد المتعاقدين وما يحصل عليه من فائدة، وبين التزامات المتعاقد الآخر"[1].

فهذا النَّوع من الغبن لا ينظر عند تقديره إلى قيمة الشَّيء المادية، بل إلى قيمته الشَّخصية باعتبار ظروف التعاقد، فالغبن لا يقع إلاَّ إذا أعطى الشَّخص ثمنا أكبر من القيمة الشَّخصية للشيء، وهو لا يفعل ذلك إلاَّ إذا كان واهما في قيمته أو مخدوعا فيها أو مضّطرا إلى التعاقد، ولا يكون هذا إلاَّ نتيجة طيش أو رعونة أو عدم التجربة أو عوز أو الحاجة.

فهو لا يتحقق إلاَّ إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه، فلا يكون بهذا المفهوم عيبا في العقد، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضا، ويعتبر هذا النَّوع من مجالات تدخل القاضي في تعديل العقد[2]

وقد أخذ المشرِّع الجزائري بنظرية الاستغلال كعيب عام يمكن أن يؤثِّر في جميع العقود، حيث نص في المادة: 90 من القانون المدني: [إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا بالنسبة إلى ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنَّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاَّ لأنَّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيِّنا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون؛ أن يبطل العقد أو أن ينقص بعض التزامات هذا المتعاقد...].

فمتى قامت حالة الاستغلال في العقود وتوافر عناصرها وشروطها القانونية، جاز للقاضي أنّ يبطل العقد أو يعدله بناء على دعوى الإبطال أو دعوى التعديل من طرف المتعاقد المغبون.

5- تطبيقات حالة الغبن على الأوقاف (عقد الإيجار):

إن التطرق لعقد الإيجار دون غيره من العقود التي تجرى على الوقف؛ راجع إلى أنه أكثر العقود تداولا واستغلالا للوقف قديما وحديثا، لذا نجد الفقهاء تطرقوا إليه بإسهاب في كتبهم نورد تفصيله كالآتي:

5. 1- حالة تأجير الوقف بأقل من أجرة المثل:

– الحنفية: لا يجوز أن تُؤجَّر العينُ الموقوفة بأقلّ من أجرة المثل سواءً أكان النَّاظر هو المستحقّ أو غيره، واعتبروه خائناً إذا كان عالماً بأجرة المثل، ورتَّبوا عليه فسخ الإجارة، وأمَّا إن كان جاهلا؛ فإنَّه يُلزم بدفع أجرة المثل، فإنّ امتنع أو تعذَّر؛ فُسخ العقد[3]

– المالكية: إنَّ النَّاظر إذا أكرى العين الموقوفة بأقل من أجرة المثل؛ فإنَّه يضمن تمام الأجرة إن كان مليئاً، وإلاَّ رجع على المستأجِر لأنَّه مُباشرٌ، وكُلّ مَن رُجع عليه لا يرجع على الآخر، هذا ما لم يعلم المستأجر بأنَّ الأجرة غير أجرة المثل، أمَّا إن كان المستأجر عالماً بأنَّ الأجرة هي أقلّ من أجرة المثل؛ فإنَّه يضمن تمام أجرة المثل، وتقدير أُجرة المثل يُرجع فيه إلى أهل الخبرة والاختصاص[4].

– الشَّافعية: تجوز إجارة الوقف بأقلّ من أجرة المثل إذا كانت في جهات برٍّ وإحسان، وذلك من قَبِيل التعاون على البِرّ، مثل: الفقراء والمدرسين ومُعلمي الصِّبيان، قياساً على جواز الإعارة لهم، ولا تجوزُ بأقلّ من المثل في غير هذه الأحوال[5].

---

[1]- السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج/1، ص: 386.

[2]- انظر: محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص: 98، 103.

[3]- انظر: – الخصاف:كتاب أحكام الأوقاف، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت ، ص: 205.

[4]- انظر: العدوي: حاشية العدوي، مصدر سابق، ج/7، ص: 399.

[5]- انظر: الخطيب الشّربيني: مغني المحتاج، مصدر سابق، ج/2، ص: 390.

– **الحنابلة:** تصحّ الإجارة بأقل من أجرة المثل، ويضمن النَّاظرُ قيمة النَّقص الذي لا يُتغابن به عادةً إذا كان غير مُستحقّ، أمَّا إذا كان النَّاظر هو المستحقّ الوحيد؛ فإنَّه لا يُطالب بضمان النَّقص، والمعنى في ذلك؛ هو أنَّه إذا كان غير مُستحقّ في الوقف؛ فإنَّه يتصرّف بمال غيره، وليست لديه صلاحيّةٌ بأن يُؤجّر بأقل من أجرة المثل[1].

وخلاصة القول في ذلك: أنَّ الحنفيّة لا يُجيزون الإجارة بغُبن فاحش ويَحكُمُون بفسخ العقد، أمَّا المالكيّة فيَرون صحَّته مع ضمان النُّقصان، والشَّافعيّة لا يُجيزونه إلاَّ إذا كان على وجه البِرّ والإحسان، وأمَّا مذهب الحنابلة؛ فهو قريبٌ من مذهب المالكيّة، إذّ يرون صحَّة العقد مع ضمان النَّاظر قيمة النُّقص الذي لحق الوقف، مع استثنائهم حالة واحدة وهي إذا كان النَّاظر هو المستحقّ الوحيد.

وما دام المشرِّع الجزائري قد حدد حالات الغُبن المجرَّد في القانون؛ فإنَّ حالات الغبن المجرَّد في الفقه الإسّلامي منها الحالة الأخيرة التي ذكرناها تندرج ضمن حالات الاستغلال في القانون، وبذلك يكون للقاضي السُّلطة في إبطال العقد أو تعديله بما يعيد إليه توازنه.

5. 2– حالة تغيُّر الأجرة بعد إجراء العقد:

مع أنَّ عقد الإجارة عقد لازم عند جميع الفقهاء؛ لكنَّه في باب الوقف يُعتبر غير لازم في حالة ما إذا كانت مدة الإجارة طويلة أو كانت أقل من أجرة المثل، وهذه الحالات من خصوصيات الوقف[2]، زيادة على ذلك هناك حالة أخرى تطرق إليها الفقهاء وهي حالة انخفاض أو ارتفاع الأجرة المسمَّاة في عقد الوقف بعد إيجاره، نتيجة تزايد في الطَّلب أو بسبب آخر، وتفصيل المسألة كالآتي:

5. 2. 1– حالة انخفاض الأجرة بعد إجراء العقد: إذا تمَّ إيجار الوقف بسعر المثل وبعد مُدَّة طرأت ظروف أدَّت إلى انخفاض أجرة المثل، ففي هذه الحالة؛ لا يُجاب إلى طلب المستأجر إلى أن تنتهي مدة الإيجار المتفق عليها باتفاق الفقهاء، ولا يملك المتولي أو النَّاظر إقالة العقد، سواء كان الانخفاض في الأجرة يسيرا أو فاحشا، لأنَّ الاستجابة لرغبة المستأجر يؤدِّي إلى ضرر يلحق بالوقف، فلا يبحث موضوع الأجرة إلى أن تنتهي مُدَّة العقد[3].

5. 2 . 2– حالة ارتفاع الأجرة بعد إجراء العقد: اختلفت آراء الفقهاء حول ما إذا تَمَّ عقد إيجار الوقف، وحدث أن ارتفعت الأجرة بعد إجراء العقد لسبب أو لآخر، وتفصيل ذلك كالآتي:

– **الحنفية:** قول بأنَّ عقد الإجارة يبقى ساري المفعول ولا يفسخ رغم الزيادة التي طرأت على الأجر المسمى في العقد، وذلك إلى أن تنتهي مُدَّة العقد.

وقول آخر بفسخ عقد الإجارة، ويُعقد مرَّة أخرى بعقد جديد على ضوء الزيادة التي طرأت، ويقوم المتولي بفسخ العقد، وإذا امتنع فإنَّ القاضي هو من يقوم بفسخ العقد[4].

– **المالكية:** إذا كانت الإجارة بأجر المثل وقت العقد؛ لا يُفسخ العقد حتى ولو حدثت زيادة فاحشة

---

[1]– انظر: البهوتي منصور بن إدريس: كشاف القناع على متن الإقناع، ت: هلال مصيلحي مصطفى، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1402 هـ/1982م ، ج/4، ص: 269.

[2]– انظر: علي داغي قرة، استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة، ص: 23، منشور على الموقع، www.kantakji.com/media/

[3] – ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص: 609./– الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح، ج5، ص: 481./– الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص: 395./– الرحيباني مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط/1، 1381هـ/1961م، ج/4، ص: 340./– عكرمة صبري، الوقف الإسلامي، مرجع سابق، ص: 288، 289.

[4]– برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف، ص: 69./– ابن عابدين، رد المحتار، ج/6، ص: 609.

عن أجرة المثل، أمَّا إذا كانت الأجرة أقل من أجرة المثل وقت العقد فحينئذ تقبل الزيادة[1].

– **الشَّافعية:** في الأصح عندهم أنَّه لا يفسخ العقد ويبقى حتى نهاية المدَّة، وقول ثَّان بفسخ العقد ويُطالب المستأجر بدفع الفارق، وقول ثَّالث بعدم الفسخ إذا كانت المدة أقل من سنة، أمَّا إذا كانت أكثر من سنة؛ فيفسخ العقد ويجرى عقد جديد[2].

– **الحنابلة:** لا يجوز فسخ العقد إذا كان بأجر المثل حتى تنتهي المدة المقررة له، لأنَّه عقد لازم من طرفين[3].

فالحنفية في قول والشَّافعية في الأصح أنَّه لا يفسخ عقد الإيجار حتى انتهاء المدة، وكذلك المالكية والحنابلة مع اشتراطهم إيجار المثل وقت العقد.

فهم متفقون في الجملة على لزوم عقد الإيجار حتى تنتهي مدته، لأن الوفاء بالعقود يؤدِّي إلى استقرار المعاملات بين الناس، وحتى لا يُحجم النَّاس على إيجار الأوقاف خشية تقلب الأسعار.

لذا نجد رأي المالكية والحنابلة أقرب إلى الصَّواب، وهو ما إذا كان عقد الإيجار تَمَّ بإيجار المثل وقت إبرام العقد، فإذا تَمَّ بأقل من المثل؛ كان للمتولي أو القاضي المطالبة بزيادة الأجرة إلى أجرة المثل بالغا ما بلغ، ويُبرَّر الخروج عن الاتفاق فيما يتعلق ببدل الإيجار – إيجار بأقل من أجرة المثل– كون الإيجار يؤول إلى جهة بِرٍّ ينبغي المحافظة على مصالحها[4].

أمَّا المشرِّع الجزائري؛ فلا نجد ما يجيز الخروج عن قواعد الإيجار العامَّة سواء في القانون المدني أو قانون الأوقاف إلاَّ في حالة واحدة وهي المادة: 24 من المرسوم التنفيذي رقم: (98-381) [يمكن تأجير الملك الوقفي عند الضَّرورة بأربعة أخماس(4/5) إيجار المثل إذا كان مثقلا بدين أو لم تسجل الرغبة فيه إلا بقيمة أقل من إيجار المثل، ويرجع إلى إيجار المثل متى توفرت الفرصة لذلك ويجدد عندها عقد الإيجار]، فهو سلك رأي المالكية والحنابلة في هذا الأمر كما سبق ذكره.

لكنَّ المشرِّع استخدم مصطلحا يشوبه الكثير من الغموض وهو: (متى توفرت الفرصة لذلك)، فهو على ما يبدو غير دقيق يحتاج إلى أنّ يكون أكثر وضوحا، كما أنَّه بإمكانه أنّ يبين حالات مراجعة عقد الإيجار ويُحدِّدها على سبيل الحصر.

وخلاصة الأمر؛ أنَّ للقاضي إمكانية مراقبة وتعديل العقود ومراجعتها متى توافر سبب من الأسباب، كحالة الغبن أو حالة تغير قيمة الإيجار وذلك بطلب من المتولي.

فالقضاء لم يعد من مهامه تسيير الأوقاف، وإنما أوكلت هذه المهمة لوزارات وهيئات مختصة في ذلك، وأصبح تدخل القضاء يتم عن طريق طلب من ذوي المصلحة، سواء من المتولي أو الموقوف عليهم أو أي شخص آخر، خاصة وأن المشرع الجزائري من أجل محاربة الفساد، شجع على عمليات التبليغ والشكوى وإشراك المجتمع المدني في كافة القطاعات ومنها قطاع الوقف.

وأما ما يتعلق بمراقبة العقود وتعديلها، فتعديل العقود قد يكون تشريعيا، وهو الذي يتم رغما عن إرادة المتعاقدين، وذلك بموجب تشريع يقضي بتعديل بعض العقود المبرمة، سواء تعلق التعديل بالزيادة أو النقصان، لأن هذا التعديل تبرره مقتضيات الصالح العام ومصلحة الأوقاف.

---

[1]– انظر: الدسوقي محمد بن أحمد، حاشية الدسوقي على الشرح، مصدر سابق، ج/5، ص: 481.

[2]– انظر: الشربيني محمد الخطيب، مغني المحتاج، بيروت، لبنان، دط، دت، ج/2، ص: 395.

[3]– مصطفى الرحيباني، مطلب أولي النهى، مصدر سابق، ج/4، ص: 340.

[4]– انظر: – بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2012/2011م ، ص: 176.

وقد يكون التعديل قضائيا، أي عن طريق سلطة القاضي التقديرية بما له من صلاحيات في تعديل العقد واستبعاد الالتزام العقدي غير العادل وإحلال الالتزام القضائي بدلا عنه، وذلك بموجب نصوص صريحة عامة كالقانون المدني، أو خاصة في قوانين الأوقاف، وإن كان قانون الأوقاف الجزائري لا يفصل كثيرا في مثل هذه المسائل، وإنما يستند على القانون المدني وآراء الفقهاء التي صالت وجالت في مثل هذه المسائل كثيرا، وهو ما يفهم من خلال إنشاء الهيئة الشرعية الخاصة بديوان الوقف والزكاة والتي مازالت في بداياتها، إلا أن هذا الأمر مازال يحتاج للإثراء مستقبلا.

– خاتمة:

كان القضاء صاحب السلطة المباشرة في الإشراف على الأوقاف، لكن دوره انحسر بعد أن أسندت الأوقاف لهيئات تابعة للدولة، والتي تسهر على تسييره وإدارته وتنميته وحمايته، لكن على اعتبار أن الوقف مؤسسة تتمتع بالشخصية والمعنوية والذمة المالية المستقلة عن ذمة غيره، فالتصرفات الصادرة منه خاصة في مجال العقود الاستثمارية؛ هي عقود مدنية وليست عقود إدارية – وإن كانت تتشابه إلى حد كبير مع العقود الإدارية للأسباب التي ذكرناه سابقا– فالقضاء المدني هو صاحب الاختصاص الأصيل في النظر في النزاعات التي تنشأ من هذه العقود، على اعتبار أنها تصرفات صادرة من أشخاص القانون الخاص وهو الوقف وليس من أشخاص القانون العام وهي الإدارة.

فبعد أن حددنا طبيعة عقود الوقف، وذلك من أجل تحديد جهة الاختصاص القضائي، حاولنا معرفة مدى سلطة القاضي المدني في مراقبتها وتعديلها إذا كان هناك حالات غبن واستغلال للوقف، وخلصنا إلى النتائج الآتية:

– القاضي المدني ليس سلطة مراقبة مباشرة إلا بعد طلب من أصحاب المصلحة في ذلك (الناظر، أو الموقوف عليهم....)، عن طريق رفع دعوى في هذا الشأن.

– تعديل العقود إما يكون تشريعيا، و ذلك بموجب نصوص تشريعية تقضي بتعديل العقود المبرمة رغما عن إرادة المتعاقدين، وإما أن يكون قضائيا، أي عن طريق سلطة القاضي التقديرية، وذلك بموجب نصوص عامة أو خاصة صريحة، وهو ما لا نجده إلا عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

التوصيات:

– ضرورة إشراك القاضي المدني عند إبرام عقود الوقف خاصة المتعلقة بتنميته واستثماره، حتى تكون له سلطة مباشرة في مراقبة الأوقاف، وتجنبا لطول إجراءات التقاضي التي تتم على مستوى القضاء، خاصة نجد في المرسوم التنفيذي رقم: 18– 213 [1] الذي يحدد كيفية استغلال العقارات الوقفية لانجاز المشاريع الاستثمارية، أن اللجنة الولائية التي تبرم صفقات الأوقاف تتكون من الوالي ومدراء الشُّؤون الدينية والصناعة وأملاك الدولة والتعمير والبناء والثقافة والبيئة، فلماذا لا يتم إشراك القضاة في مثل هذه اللجان.

[1]– مرسوم تنفيذي رقم: 18– 213 مؤرخ في 09 ذي الحجة 1439هـ الموافق لـ: 20 غشت 2018م، يحدد شروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد:52 الصادرة :18 ذي الحجة 1439هـ – الموافق لـ: 29 غشت 2018م.

– قائمة المراجع:

1- ابن الأثير مجد الدين الجزري، جامع الأصول في أحاديث الرسول، ت: عبد القادر الأرناؤوط، مكتبة الحلواني وآخرون، ط/1، دت.
2- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرّياض، طبعة خاصة، 1423هـ /2003م.
3- ابن قدامة موفق الدين، المغني، ت: علي عبد الله التّركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرّياض، ط3، 1417 هـ/1997م.
4- ابن منظور محمد أبو الفضل، لسان العرب، تحقيق، عامر أحمد حيدر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1426هـ /2005م.
5- أحمد بن فارس بن زكريا أبي الحسين، معجم مقاييس اللغة، تحقيق، شهاب الدين أبو عمر، دار الفكر، ط/1، 1415 هـ /1994م.
6- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، مصر، دط، 2005م.
7 - البهوتي منصور بن إدريس: كشاف القناع على متن الإقناع، ت: هلال مصيلحي مصطفى، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، 1402 هـ/1982م .
8- الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار الفكر، بيروت لبنان، ط3، 1412 هـ/ 1992م.
9- الخصاف:كتاب أحكام الأوقاف، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، دط، دت .
10- الرحيباني مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط/1، 1381هـ/1961م.
11- السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط/3، 2000م.
12- الطماوي محمد سليمان: الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة- دار الفكر العربي، القاهرة، ط/3، 1975م.
13- الفيومي أحمد بن محمد المقري، المصباح المنير، الكتبة العلمية، بيروت، دط، دت.
14- المرداوي: الإنصاف: تحقيق: محمد إسماعيل الشّافعي، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1418 هـ/1997م .
15- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، دت، 1427هـ.
16- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، دط، 1405هـ.
17- برهان الدين الطرابلسي: الإسعاف في أحكام الأوقاف، دار الرّائد العربي،بيروت، لبنان، دط،1401 هـ/1981م .
18- عكرمة صبري، الوقف الإسلامي بين النّظرية والتطبيق، دار النّفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 1428هـ/2008م.
19- بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان،2012/2011م.
20- حماد محمد شطا: تطور وظيفة الدولة – المرافق العامة-، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، دط.
21- زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق، ت: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1418هـ/1998م.
22- سيدي محمد محمد عبدي: مرفق الوقف في الفقه والقانون ودوره في تحقيق المنفعة العامة، سلسلة الرسائل الجامعية، الأمانة العامة للأوقاف، الكويت، دط، 1443هـ/2021م.
23- عبد الرّحمن عشوب: كتاب الوقف، دار الآفاق العربية، ط/1، 1420هـ/2000م.
24- مالك بن أنس: موطأ الإمام مالك رواية محمد الليثي، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر، د ر ط، د ت ن .
25- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي، دط، دت.
26- محمد الخطيب الشّربيني: مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت، لبنان، دط، دت .

27- محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، 2012/2011م.

28- محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، ط/4، 1402هـ /1998م.

29- يحي أبو زكريا الأنصاري: أسنى المطالب شرح روض الطالب، تحقيق: محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/1، 1422 هـ/2001م.

المقالات:

- أنور أحمد فزيع، الحماية المدنيّة للوقف،- أنور أحمد فزيع: مقال، الحماية المدنيّة للوقف، مجلة الحقوق، السنة الثالثة والعشرون، العدد: 02، السنة: 1999م.

المداخلات:

- طارق عبد الله، دعم الوقف للموازنات العامة للدولة، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، المملكة المغربية، 30-01 أفريل 2004م.

- مواقع الأنترنيت:

- علي داغي قرة، استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة، منشور على الموقع، www.kantakji.com/media/

- التشريعات:

- قانون رقم: 91-10، المؤرخ في 12 شوال 1411هـ، الموافق لـ: 27 أبريل 1991م، المتضمن قانون الأوقاف، والمعدّل والمتمّم بالقانون رقم: 01-07، وقانون رقم: 02-10، الجريدة الرّسمية عدد: 21، الصّادرة في 23شوال 1411هـ.

- مرسوم تنفيذي رقم: 18- 213 مؤرخ في 09 ذي الحجة 1439هـ الموافق لـ: 20 غشت 2018م، يحدد شروط وكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد:52 الصادرة :18 ذي الحجة 1439هالموافق لـ: 29 غشت 2018م.

- مرسوم تنفيذي رقم: 21-179 المؤرخ في 03 مايو 2021م، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأوقاف والزكاة وتحديد قانونه الأساسي، ج ر العدد: 35، الصادرة في 12 مايو2021م.