

مفهوم الحكر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

The Concept Of Hikr In The Islamic Jurisprudence And The Algerian Law

تاريخ القبول: 2020/04/14

تاريخ الإرسال: 2020/03/20

تتعلق هي أيضا بالأوقاف غالبا، وتشبه الحكر بدرجات متفاوتة.

ويهدف هذا البحث إلى تحديد مفهوم الحكر بدقة، وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة له في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

ولقد حاولت الوصول إلى هذا الهدف بالاعتماد على التأصيل لمعنى الحكر، وتحليل التعريفات المختلفة له، ومقارنتها، بالإضافة إلى مقارنة الحكر بالمفاهيم الأخرى التي تشبهه.

الكلمات المفتاحية: مفهوم؛ حكر؛

فقه إسلامي؛ قانون جزائري.

Abstract:

The Algerian legislator has included hikr in the legislation of waqf properties as a way of exploiting and investing in real estate waqf, the source of this way is the Islamic jurisprudence, the legislation of waqf properties has defined hikr, as well as the jurists and the researchers, but the various definitions of hikr are not clear and precise.

أحمد لمن مناجلي (*)

جامعة أم البواقي - الجزائر

menageli@outlook.fr

ملخص:

نص المشرع الجزائري في قانون الأوقاف على الحكر كطريقة لاستغلال واستثمار الأراضي الوقفية، وهذه الطريقة مستمدة من الفقه الإسلامي، ولقد عرف قانون الأوقاف الحكر، وعرفه الفقهاء والباحثون أيضا، غير أن التعريفات المختلفة للحكر ينقصها الوضوح والدقة.

وما يصعب معرفة حقيقة الحكر هو وجود الكثير من المعاملات القديمة التي

(*) - المؤلف المراسل.

What makes knowing the reality of hikr difficult is the fact that there are many old dealings related often to waqf properties, and they are similar to hikr in different degrees.

The goal of this research is to define the concept of hikr with precision, and to distinguish this concept from the similar concepts in the Islamic jurisprudence and the positive law.

I tried to achieve this goal by knowing the origin of hikr, and analyzing the different definitions of hikr, and comparing them, in addition to comparing hikr with the similar concepts.

Keywords: Concept; Hikr; Islamic Jurisprudence; Algerian Law.

مقدمة:

الحكر من المعاملات القديمة التي نص عليها الفقه الإسلامي،⁽¹⁾ ويرجع وجود الحكر في البلدان الإسلامية إلى منتصف القرن الثالث الهجري،⁽²⁾ ولقد ظهر بسبب حاجة الناس إلى هذه المعاملة، والحكر مرتبط بالوقف، ولذلك تناول أحكامه الفقهاء عند حديثهم عن الوقف.

وانتقل الحكر بعد ذلك إلى القوانين الوضعية في الدول الإسلامية، ومن بينها الجزائر، فلقد نص عليه القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 مايو 2001⁽³⁾ المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 والمتعلق بالأوقاف⁽⁴⁾، واعتبره المشرع الجزائري من طرق استغلال واستثمار العقارات الوقفية.

ولقد حاول فقهاء الشريعة الإسلامية قديما وضع تعريف للحكر، كما توجد تعريفات له من طرف الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي، والمشرع الجزائري بدوره حاول أن يعرف الحكر في نص المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف.

ومع ذلك مازال الحكر من المفاهيم الفقهية والقانونية الغامضة، وغير معروف عند الكثير من المختصين في القانون، ومازال من الصعب التمييز بينه وبين العديد من المعاملات الأخرى التي تشبهه.

مما سبق ذكره يمكن طرح الإشكالية التالية: ما هو المعنى الحقيقي والدقيق للحكر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية تساؤلين فرعيين هما:

ما مدى توافق التعريف القانوني للحكر مع التعريف الفقهي؟

ما مدى اختلاف الحكر عن غيره من المعاملات المشابهة له في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي؟



ويهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على هذه المعاملة، ومحاولة إيجاد تعريف دقيق للحكر، وتمييزه عن غيره من المفاهيم المشابهة له حتى لا يختلط بأحدها، وحتى يتضح مفهومه للمهتمين بهذا المجال.

ولقد اعتمدت في هذه الدراسة على التأصيل لمعنى الحكر في الاصطلاح الفقهي بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي القديمة، وتحليل التعريفات المختلفة للحكر بشرحها ونقدها والاستنتاج منها، والمقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني للحكر، وقارنت أيضا ما ورد في بعض القوانين العربية مع ما ورد في القانون الجزائري في إحدى جزئيات البحث، والمقارنة أيضا بين الحكر والمفاهيم الأخرى المشابهة له. ولقد قسمت هذا البحث إلى محورين:

المحور الأول: خصصته لتعريف الحكر.

المحور الثاني: تناولت فيه تمييز الحكر عن المفاهيم المشابهة له.

المحور الأول: تعريف الحكر

وردت كلمة الحَكْرُ في المعاجم بمعنى: إدخار الطعام للتريص، ويسمى من يفعل ذلك مُحْتَكِرًا، والحُكْرَةُ: تعني الجمع والإمساك⁽⁵⁾.

ويقصد بالحكر أيضا: الماء المجتمع⁽⁶⁾.

أما الفقهاء فيستعملون كلمة الحَكْرُ (بكسر الحاء)، وهذه الكلمة مؤلدة أي أنها غير موجودة في المعاجم القديمة⁽⁷⁾.

وسأتناول في هذا المحور الأول تعريف الحكر في الاصطلاح الفقهي أولا، ثم تعريفه في القانون الجزائري ثانيا.

أولا- التعريف الفقهي للحكر:

يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على الحكر أيضا التحكير أو الاستحكار⁽⁸⁾، ولقد ورد تعريف الحكر لدى فقهاء المذهب الحنفي، ولم يذكر الباحثون تعريفات له عند غيرهم من الفقهاء، ولقد عرف الفقيه الحنفي خير الدين الرملي الاستحكار بأنه: " عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما"⁽⁹⁾. أما الفقيه الحنفي ابن عابدين فلقد عرفه بأنه: " إجارة يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالأرض"⁽¹⁰⁾.



ويظهر من هذين التعريفين أن الحكر عند الحنفية هو عقد إيجار، غير أن الحكر يتميز عن عقد الإيجار العادي بأنه يمنح صاحبه حق القرار، وبمقتضى حق القرار تكون للمحتكر الأولوية في استئجار الأرض الوقفية، ولا يحق لناظر الوقف إخراجه من الأرض مادام يدفع أجرة المثل⁽¹¹⁾.

والعلاقة بين المعنى اللغوي للحكر والمعنى الاصطلاحي تتمثل في أن الحكر هو ما يمنع الغير من الانتفاع بالشيء، والمحتكر للأرض الوقفية يمنع غيره من الانتفاع بها طيلة مدة العقد⁽¹²⁾.

كما يظهر من التعريفين السابقين أن الحكر لا يقتصر على الأراضي الوقفية⁽¹³⁾، بل يشمل أيضا الأراضي المملوكة ملكية خاصة.

ويظهر في التعريف الأول أن المحتكر يستغل الأرض الوقفية بالبناء عليها، أو بغرس أشجار فيها، أو الأمرين معا، ولم يذكر استغلاله بطريقة أخرى كالزراعة، أما التعريف الثاني فلم يحدد طريقة استغلال الأرض.

أما فيما يخص تعريف الحكر لدى الباحثين المعاصرين في الشريعة الإسلامية، فيوجد عدة تعريفات له.

فلقد عرفه الأستاذ نزيه حماد بأنه: "الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة، ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف فيها بالبناء والغرس وسائر وجوه الانتفاع كتصرف المالكين، ويرتب عليه أيضا أجر سنوي ضئيل"⁽¹⁴⁾.

ويرى صاحب هذا التعريف أن الحكر في حقيقته هو عقد إيجار لمدة طويلة⁽¹⁵⁾.

وهذا التعريف يقتصر على حكر الأرض الوقفية، غير أن الحكر كما سبق الذكر لا يقتصر على الأوقاف بل قد يرد على العقارات المملوكة ملكية خاصة، واقتصر الباحث على ذكر الأراضي الوقفية يرجع لكون أغلب الفقهاء يتناولون أحكام الحكر عند حديثهم عن الأوقاف. كما أن هذا التعريف حصر الحكر في الأرض الخالية أي التي لا يوجد فيها غرس أو بناء.

ويتفق هذا التعريف مع ما يراه الحنفية في أن الحكر يمنح المتعاقد مع الجهة القائمة على الوقف حق القرار في الأرض الوقفية، غير أنه ذكر أن حق القرار دائم، وهذا



يتعارض مع قوله أن الحكر هو إيجار لمدة طويلة، ومع ما يراه أغلب الباحثين بأن حق القرار المترتب على الحكر هو مؤقت، ولا يجوز أن يكون دائما.

وورد في التعريف السابق أن المحتكر يتصرف في الأرض كتصرف المالكين، وهذا الكلام غير دقيق، فالمحتكر يملك فقط ما أنشأه من بناء أو غراس، ولا يملك الأرض، وبالتالي لا يحق له التصرف إلا في البناء أو الأشجار.

ووفقا لما ورد في التعريف المذكور أعلاه على المحتكر أن يدفع أجرتين، الأولى معجلة عند إبرام العقد، وتساوي تقريبا قيمة الأرض، والثانية تدفع سنويا، وتكون قيمتها قليلة، وسبب إلزام المحتكر بدفع أجرة ثانية سنوية، هو أن حق القرار يكون لمدة طويلة، والاكتفاء بدفع أجرة واحدة عند إبرام العقد قد يجعل الناس يعتقدون بمرور الزمن أن المحتكر تملك العقار، ولذلك يرى بعض الفقهاء أنه يجب إلزام هذا الأخير بدفع أجرة سنوية قليلة حتى يظهر أمام الناس بمظهر المستأجر وليس المالك⁽¹⁶⁾.

كما يوجد تعريف آخر للحكر للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا يتمثل فيما يلي: "هو حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغا معجلا يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنويا لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع"⁽¹⁷⁾.

وفقا لهذا التعريف الحكر هو حق القرار في أرض الوقف الذي مصدره عقد إيجار لمدة طويلة.

ويلاحظ على هذا التعريف أنه جعل الحكر مقتصرًا على الأرض الوقفية، في حين أنه قد يرد على أرض غير موقوفة.

ويتفق الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا مع الأستاذ نزيه حماد في أن الحكر هو عقد إيجار لمدة طويلة. كما يتفقان في اشتراط إذن من القاضي لإبرام عقد الحكر، وإن لم يذكر ذلك في التعريف الأول⁽¹⁸⁾، وسبب ذلك هو أن من الفقهاء من يشترط لصحة الحكر حصول الناظر على الوقف على إذن من القاضي، وذلك لأهمية هذا التصرف الذي يمنح المحتكر حق القرار في العقار الموقوف⁽¹⁹⁾.



ويتفق الباحثان أيضا في المقابل المالي الذي يتعين على المحتكر دفعه نظير استفادته من حق القرار، وهو ينقسم إلى مبلغين: الأول معجل يساوي تقريبا قيمة الأرض، والثاني قيمته قليلة، ويدفع سنويا.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن الباحثين لا يريان اقتصار حق المحتكر في البناء أو الغرس دون غيرهما من طرق استغلال الأرض، وهذا خلافا لما ذكره خير الدين الرملي في تعريفه للحكر، لكن هذا يتفق مع التعريف الذي أورده ابن عابدين.

ويرى كلاهما أيضا أن المحتكر يحق له التصرف في حق القرار بالبيع مثلا، كما يورث عنه في حالة وفاته⁽²⁰⁾.

ثانيا- التعريف القانوني للحكر:

نص المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف على أنه: "يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الوقفية العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الوقفية وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991، والمذكور أعلاه".

ويظهر من هذا النص أن اللجوء إلى عقد الحكر يكون في حالة الضرورة، بأن تكون الأرض الوقفية عاطلة أي خربة تعطل الانتفاع بها كليا، ولا يوجد مال يستعمل في إصلاح هذه الأرض⁽²¹⁾، ويتفق هذا مع ما يشترطه الفقهاء عند اللجوء إلى هذه الطريقة في إصلاح واستثمار الأوقاف.

غير أن المشرع الجزائري جعل حق المحتكر في البناء أو الغرس يقتصر على جزء من الأرض الوقفية، وهذا لم يشترطه فقهاء الشريعة الإسلامية. كما جعل استثمار الأرض يكون بالبناء عليها أو الغرس فيها فقط، وذلك خلافا لما ذهب إليه بعض الباحثين من عدم الاقتصار على هذين النوعين من الاستثمار.

ووفقا للتعريف الوارد في المادة السابقة فإن المستثمر (المحتكر) يكون ملزما بدفع مبلغ عند إبرام العقد يساوي تقريبا قيمة الأرض، كما يلزم بدفع أجرة سنوية، وهذا



يتفق مع ما ذكره الباحثون في تعريفهم للحكر، وإن كانت هذه المادة لم تنص على أن الأجرة السنوية تكون قليلة، وتركت تحديدها لاتفاق الطرفين. ويكون للمستثمر في المقابل حق الانتفاع بما غرسه أو بناه، وهو ما يسميه الفقهاء حق القرار، ولقد نصت المادة على أن هذا الحق ينتقل إلى الورثة في حالة وفاة المستثمر قبل نهاية العقد، غير أنه لم يرد فيها قابلية هذا الحق للتصرف فيه بالبيع وغير ذلك من التصرفات رغم أن الفقهاء يجيزون ذلك.

ولقد نصت المادة 26 مكرر 2 أنه يتعين مراعاة أحكام المادة 25 من قانون الأوقاف عند اللجوء إلى عقد الحكر لاستثمار العقار الوقفي، وهذه المادة الأخيرة ورد فيها ما يلي: "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير."

ويظهر من هذا النص أن البناء أو الغراس الذي يقيمه المحتكر في أرض الوقف لا يكون ملكا له، بل يكون ملكا للوقف، وهذا يتعارض مع ما يقوله الفقهاء، ومع ما يراه الباحثون، بأن المحتكر يملك ما بناه أو غرسه دون أن يملك الأرض، ويكون له حق التصرف في ملكه، غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 2 لم يجعل للمحتكر حق التصرف في البناء أو الغراس، مما يبين أن إرادة المشرع الجزائري اتجهت إلى عدم الأخذ بما يراه الفقهاء، وهو بذلك أراد أن يوفر حماية أكبر للأوقاف⁽²²⁾.

وبالمقارنة مع ما ورد في القوانين العربية في هذا الشأن، نجد أن القانون المدني المصري نص في المادة 1002 على أنه: "يملك المحتكر ما أحدثه من بناء أو غراس أو غيره ملكا تاما..."⁽²³⁾، كما نص القانون المدني الأردني في المادة 1253 على أن: "الأبنية التي يقيمها المحتكر والأغراس التي يغرسها على الأرض المحتكرة تكون ملكا له..."⁽²⁴⁾، ويتبين بالتالي أن المشرع الجزائري خالف ما تنص عليه هذه القوانين. بعد ذكر التعريفات المختلفة للحكر في الفقه الإسلامي، وفي القانون الجزائري، وما في هذه التعريفات من اتفاق واختلاف، وما شابها من أخطاء ونقائص، يمكن استنتاج تعريف للحكر الذي أراه التعريف الأحسن، محاولا التوفيق بين التعريفات الفقهية من جهة، وتعريف الحكر في قانون الأوقاف من جهة أخرى.



وبناء عليه، يمكن تعريف الحكر كما يلي: الحكر هو عقد بين الجهة القائمة على الوقف والمحتكر، يمنح هذا الأخير حق القرار في الأرض، وعليه إصلاح الأرض، واستثمارها بالبناء عليها أو زراعتها أو الغرس فيها، مقابل مبلغ مالي يدفعه عند إبرام العقد يقارب قيمة الأرض، ودفع أجرة سنوية قليلة.

وذكرت في التعريف أهم حق يترتب عليه الحكر للمحتكر، وهو حق القرار، وأهم الالتزامات التي تنشأ عن الحكر في ذمة المحتكر، وهي إصلاح الوقف واستثماره بالبناء أو الزراعة أو الغرس، ودفع المقابل المالي لحق القرار.

ولقد حاولت توسيع مجال الاستثمار في الحكر ليشمل الزراعة إذا كانت الأرض فلاحية، وعدم الاقتصار على غرس الأشجار.

وتجنبنا في التعريف ذكر أن البناء أو الغرس يكون في جزء فقط من الأرض الوقفية، وأن المحتكر له حق الانتفاع دون حق ملكية البناء أو الغراس الذي أقامه، وذلك لأن المشرع الجزائري انفرد بهذين الحكمين الذين لا نجدتهما في الفقه الإسلامي.

المحور الثاني: تمييز الحكر عن المفاهيم المشابهة له

هناك العديد من المفاهيم الأخرى التي تتشابه مع مفهوم الحكر، ويصعب التمييز بين الحكر وبعض هذه المفاهيم نظرا للتقارب الموجود بينها، ويوجد من الباحثين من يعد بعض العقود الأخرى التي سأتناولها في هذا المحور الثاني حكرا أو نوعا من الحكر، فيما يرى آخرون أن الحكر يختلف عن هذه العقود جميعا.

وسأحاول فيما يلي التمييز بين الحكر وهذه المفاهيم التي تشبهه في الفقه الإسلامي أولا، ثم في القانون الوضعي ثانيا.

أولا- تمييز الحكر عن المفاهيم المشابهة له في الفقه الإسلامي:

1- عقد الإيجار: ظهر عقد الإيجار بعد الحرائق التي أصابت مدينة القسطنطينية في سنة 1020 هجرية، مما تسبب في هلاك الكثير من الأوقاف الموجودة في المدينة، وأدى ذلك إلى تشويه منظرها، فأصدرت الدولة العثمانية قانونا ينص على تأجير هذه العقارات عن طريق عقد الإيجار، وذلك لتشجيع الناس على استثمارها وعمارها⁽²⁵⁾.



ويعرف عقد الإيجار بأنه: " إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق، بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعتها كل سنة"⁽²⁶⁾.

ويرى بعض الباحثين أن عقد الإيجار مصدره عقد الحكر، وذلك للتشابه الكبير الموجود بينهما. كما يرى بعضهم أن سبب ظهور عقد الإيجار والحكر هو عدم إمكان بيع العقارات الوقفية الخربة⁽²⁷⁾.

وتتمثل أوجه التشابه بين الحكر وعقد الإيجار فيما يلي:

- الهدف من العقدين هو عمارة الأوقاف العاطلة.
- يلتزم المتعاقد مع الجهة القائمة على الوقف بدفع أجرته: الأولى معجلة تساوي تقريبا قيمة الأرض، والثانية مؤجلة تدفع كل سنة قيمتها قليلة⁽²⁸⁾.
- يكتسب المتعاقد مع الجهة القائمة على الوقف حق الانتفاع بالأرض الوقفية مدة طويلة⁽²⁹⁾.

ورغم هذا التشابه إلا أن عقد الإيجار يختلف عن الحكر من جهتين هما:

- البناء المقام في أرض الوقف أو الأشجار المغروسة من طرف المحتكر تكون ملكا له وفقا لما يقرره الفقهاء، أما المستأجر في عقد الإيجار، فإن البناء الذي يقوم بعمارته لا يكون ملكا له، وإنما يبقى ملكا للوقف⁽³⁰⁾، وهذا أهم ما يميز الحكر عن عقد الإيجار.

غير أن المشرع الجزائري لم يمنح للمحتكر حق تملك البناء أو الغراس الذي أقامه كما سبق القول، مما يجعل الحكر في قانون الأوقاف أقرب إلى عقد الإيجار منه إلى الحكر المعروف في الفقه الإسلامي.

- في الحكر يقوم المحتكر بعمارة الوقف بماله الخاص، عن طريق البناء أو الغراس في العقار، أما الأجرة المعجلة التي يدفعها، فيمكن للسلطة المكلفة بالأوقاف إنفاقها في عمارة وقف آخر، وهذا ما لا يتيح عقد الإيجار الذي تصرف فيه الأجرة المعجلة على عمارة الوقف نفسه محل العقد⁽³¹⁾.



2- الخلو: يعرف الخلو بأنه: "شراء حق القرار والإقامة في ذلك العقار على الدوام والاستمرار مقابل الأجرة فقط"⁽³²⁾.

فالخلو يمنح صاحبه الحق في البقاء في هذا العقار، ولا يجوز إخراجه منه مادام يدفع الأجرة⁽³³⁾.

والخلو يشبه الحكر، ولذلك يعده بعض الباحثين نوعا من الحكر، بينما يرى باحثون آخرون أنه يختلف عنه⁽³⁴⁾.

ولقد شاع التعامل بالخلو في مصر في القرن العاشر الهجري ثم انتقل إلى العديد من البلدان الإسلامية كالشام وبلدان المغرب العربي، وهو يسمى الجلسة في المغرب، ويسمى النصب في تونس⁽³⁵⁾.

ويختلف الخلو عن الحكر طبقا لما نص عليه قانون الأوقاف في أن المحتكر يكون ملزما باستثمار الأرض الوقفية بالبناء عليها أو الغرس فيها، ولا يلزم صاحب الخلو بذلك. كما أن الحكر يكون لمدة محددة، وهذا خلافا للخلو الذي يكون دائما.

3- الكدك والكردار: الكدك لفظ تركي معرب، ويسمى أيضا الجدك⁽³⁶⁾، ولقد عرفه ابن عابدين بأنه: "ما بينيه المستأجر في حانوت الوقف ولا يحسبه على الوقف"⁽³⁷⁾.

ويظهر من هذا التعريف أن الكدك يتعلق بالحوانيت الموقوفة دون غيرها، وهو بناء يقيمه المستأجر في الحانوت، وهو لا يقيمه على سبيل التبرع، وإنما يعده ملكا له.

غير أن الكدك لا يقتصر على البناء في الحانوت، بل يشمل ما يضعه التاجر المستأجر من آلات الصناعة والرفوف والأدراج والكراسي وغير ذلك⁽³⁸⁾.

أما الكردار فهو لفظ فارسي معرب⁽³⁹⁾، وعرفه ابن عابدين كما يلي: "هو أن يحدث المزارع والمستأجر في الأرض بناء أو غرسا أو كبسا بالتراب بإذن الواقف أو الناظر، فتبقى في يده"⁽⁴⁰⁾.

ويقصد بالكبس التراب الذي ينقل من مكان لآخر، حتى يستعمل في ملء حفر الأرض وتسويتها وجعلها صالحة للزراعة أو الغرس⁽⁴¹⁾.

فالكردار يرد على الأرض الفلاحية، وهذا ما يميزه عن الكدك.



ويشبه الكدك والكردار عقد الحكر في أنهما يمنحان المستأجر حق القرار بما أنفقته في عمارته، غير أن الكدك يختلف عن الحكر في أنه يتعلق بالحوانيت دون غيرها، ويتعلق الكردار بالأراضي الفلاحية، أما الحكر فيكون بإقامة بناء على أرض الوقف قد يكون محلا تجاريا أو غير ذلك، كما قد يكون الحكر في أرض فلاحية للغرس فيها، فمفهوم الحكر أوسع منهما⁽⁴²⁾.

ويختلفان أيضا عن الحكر في أن البناء أو الغراس يكون ملكا للمستأجر في الكدك أو الكردار، أما المحتكر طبقا لقانون الأوقاف، فلا يملك البناء أو الغراس، وإنما يكون ملكا للوقف.

4- مشد المسكة: عبارة مَشْدُ الْمُسْكَةِ مشتقة لغة من كلمة الشد وكلمة المسك، أي شدة التمسك بالشيء⁽⁴³⁾.

وإصطلاحا يقصد بها: "استحقاق الحراثة في أرض الغير"⁽⁴⁴⁾. وسميت مسكة لأن صاحبها يحق له التمسك بالأرض، ولا تنزع منه⁽⁴⁵⁾.

وهذا الاستحقاق مصدره ما قام به المستأجر للأرض من تهيئتها وجعلها صالحة للزراعة، كقيامه بحرثها بعد أن كانت بورا، وشق قنوات المياه فيها⁽⁴⁶⁾.

وأحكام مشد المسكة مصدرها أوامر سلطانية صادرة عن الدولة العثمانية بناء على فتاوى بعض العلماء⁽⁴⁷⁾.

وأهم ما يميز الحكر عن مشد المسكة أن الحكر لا يقتصر على الأرض الفلاحية مثلما هو الحال بالنسبة لمشد المسكة، وأن الفلاح يكتسب حق القرار في مشد المسكة من تهيئة الأرض فقط، وليس من غرسها كما هو معمول به في الحكر⁽⁴⁸⁾.

ويظهر الفرق بينهما أيضا في أن حق القرار الناشئ عن الحكر يورث في حالة وفاة المحتكر قبل انتهاء مدته، أما في مشد المسكة فلا يورث حق القرار الناشئ عنها، وإنما ينتقل إلى الابن القادر على زراعة الأرض، فإن لم يوجد ينتقل إلى البنت، فإن لم تكن لصاحب مشد المسكة بنت انتقل إلى أخيه⁽⁴⁹⁾.

ثانيا- تمييز الحكر عن المفاهيم المشابهة له في القانون الوضعي:

1- عقد الإيجار: بإجراء مقارنة بين عقد الحكر وعقد الإيجار المنصوص عليه في

القانون المدني الجزائري يظهر أن الحكر يختلف عن الإيجار في عدة جوانب:



- يكتسب المحتكر حق القرار في العقار الموقوف، وهذا الحق يمكن التصرف فيه بالبيع أو غير ذلك من التصرفات وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، أما المستأجر العادي فلا يملك حق القرار، وله فقط الانتفاع بالعين المؤجرة مدة العقد، ولا يحق له التنازل عن هذا الانتفاع لشخص آخر إلا بموافقة المؤجر طبقا لنص المادة 505 ق.م.ج.

- يلتزم المحتكر بدفع أجرته: الأولى معجلة عند إبرام عقد الحكر، والثانية مؤجلة تدفع كل سنة، أما المستأجر في عقد الإيجار، فيلتزم بدفع أجرة واحدة يغلب أن تكون سنويا أو شهريا، كما أن الغالب في الإيجار أن لا تقل الأجرة عن أجرة المثل، أما في الحكر فتكون الأجرة السنوية قليلة، وذلك لأن المبلغ الأول الذي يدفعه المحتكر عند إبرام العقد يقارب قيمة الأرض، وهذا غير موجود في عقد الإيجار.

- يلتزم المحتكر باستثمار الأرض عن طريق البناء عليها أو الغرس فيها، أما المستأجر فلا يطلب منه ذلك.

- الأصل في الإيجار العادي للوقف أن يكون لمدة قصيرة، إلا إذا اقتضت الحاجة أو الضرورة تأجيله مدة طويلة⁽⁵⁰⁾، أما الحكر فهو بطبيعته يكون لمدة طويلة، لأن المحتكر يدفع مبلغا يقارب قيمة الأرض، وعليه أيضا البناء أو الغرس في الوقف، ولاسترجاع ما أنفقه يجب أن ينتفع بالعقار مدة طويلة.

2- عقد المرصد: كلمة المرصد مشتقة من كلمة الإرصاء، ويقصد بها الإعداد، فيقال: أرصد له الأمر بمعنى أعدته⁽⁵¹⁾؛ ولقد ورد تعريف المرصد في المادة 26 مكرر 5 من قانون الأوقاف، والتي نصت على أنه: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتمتد الأرض الوقفية بعقد المرصد الذي يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991، والمذكور أعلاه".

ويشبه الحكر عقد المرصد في أن كل منهما يمنح المتعاقد مع الجهة القائمة على الوقف حق القرار في الأرض الوقفية، والانتفاع بها لمدة طويلة، ويهدف كل منهما إلى عمارة الأرض، ولا يلجأ إليهما إلا إذا لم يوجد مال للوقف ينفق منه على عمارته.



غير أن الحكر يختلف عن المرصد في أن المحتكر يدفع أجرتين، أما صاحب المرصد فيدفع أجرة واحدة.

كما أن البناء أو الغراس الذي يقيمه المحتكر يكون ملكا له، أما صاحب المرصد فلا يملك البناء الذي يقيمه، وهذا في الفقه الإسلامي، أما في القانون الجزائري فلا يملك المحتكر ما أقامه من بناء، وهذا ما يجعل العقدين متشابهين. ويختلف العقدان في أن المرصد في قانون الأوقاف يختص بالعقارات القابلة للبناء، أما الحكر فقد يرد على أرض فلاحية.

وفي المرصد يكون ما أنفقه صاحبه على البناء دينا على الوقف، يستوفيه من استغلال البناء الذي أقامه، أما في الحكر فلا يعد المبلغ الذي دفعه المحتكر عند إبرام العقد دينا على الوقف، بل مقابل لتملكه ما أقامه وفقا لما يراه الفقهاء.

3- حق الانتفاع: يعد حق الانتفاع أحد الحقوق العينية الأصلية التي تتجزأ عن حق الملكية، ولقد نص على هذا الحق القانون المدني الجزائري في المواد من 844 إلى 854، ويشبه حق الانتفاع الحكر في أن هذا الأخير يمنح المحتكر حق القرار، وهو حق عيني، وإن كان المشرع الجزائري لم ينص عليه في القانون المدني ضمن الحقوق العينية، غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرونه كذلك. كما يشبه حق الانتفاع الحكر أيضا في أن المنتفع يكون له الحق في استغلال العقار كما هو الحال بالنسبة للمحتكر.

غير أن حق الانتفاع له عدة مصادر طبقا لما جاء في المادة 844 ق.م.ج، وهي: العقد، والشفعة، والتقادم، والقانون. أما الحكر فله مصدر واحد هو العقد. كما أن المنتفع لا يلتزم بالبناء أو الغراس في الأرض، ولا تكون استفادته من حق الانتفاع مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض.

وما يميز الحكر عن حق الانتفاع أيضا أن هذا الأخير ينقضي بموت المنتفع، ولو لم تنتهي مدة الانتفاع المتفق عليها مع المالك وفقا لما ورد في المادة 852 ق.م.ج، وهذا خلافا للحكر الذي لا ينتهي فيه حق القرار بموت المحتكر قبل انتهاء المدة، وإنما ينتقل إلى ورثته.



4- الأمفتيوز: عقد الأمفتيوز Emphytéose مصدره القانون الروماني، وانتقل بعد ذلك إلى القانون الفرنسي القديم⁽⁵²⁾.

غير أن من الباحثين من يرى أن الأمفتيوز ظهر أولاً عند اليونانيين ثم انتقل إلى الرومانيين⁽⁵³⁾.

ويرجع سبب ظهور عقد الأمفتيوز إلى عدم قدرة ملاك الأراضي الفلاحية الشاسعة من النبلاء على تولي زراعتها بأنفسهم، فكانوا يسلمونها إلى مزارعين يقومون بزراعة الأرض مقابل دفع أجرة سنوية تسمى Canon، وذلك لمدة زمنية طويلة⁽⁵⁴⁾. ويعرف الأمفتيوز بأنه: "عقد إيجار لمدة طويلة جداً يتولد عنه حق عيني على العين المملوكة للغير"⁽⁵⁵⁾.

ويظهر من هذا التعريف أن الأمفتيوز هو نوع خاص من عقود الإيجار، ولذلك يسمى أيضاً Bail emphytéotique، وهو يختلف عن الإيجار العادي في أنه يمنح المستأجر Emphytéote حقاً عينياً على العين المؤجرة، خلافاً للإيجار العادي الذي يمنح المستأجر حقاً شخصياً فقط تجاه المؤجر، كما يختلف عنه في أنه يمكن أن يكون دائماً، وليس لمدة محددة⁽⁵⁶⁾.

غير أنه بعد الثورة الفرنسية صدر قانون في 18 ديسمبر 1790 ينص على أن أقصى مدة لعقد الأمفتيوز يجب أن لا تتجاوز 99 سنة⁽⁵⁷⁾.

ولما صدر القانون المدني الفرنسي في سنة 1804 المعروف بقانون نابليون لم ينص على هذا العقد⁽⁵⁸⁾.

ولقد صدر بعد ذلك قانون في فرنسا بتاريخ 25 يونيو 1902 ينظم عقد الأمفتيوز، ونص على أن مدة العقد يجب أن تتجاوز 18 سنة، وإلا اعتبر إيجاراً عادياً، كما يجب أن لا تتجاوز المدة 99 سنة⁽⁵⁹⁾.

ولقد زعم الأستاذ الفرنسي جرانمولان Grandmoulin أن أحكام الحكر في الفقه الإسلامي مصدرها أحكام عقد الأمفتيوز في القانون الروماني، وتبعه في رأيه هذا بعض الباحثين العرب⁽⁶⁰⁾.



ويبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بهذا الرأي، ويظهر ذلك في النص الفرنسي للمادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف، والذي ترجم فيه المشرع كلمة الحكر إلى Bail emphytéotique.

غير أنه لا يوجد دليل على هذا الرأي⁽⁶¹⁾، كما أن الحكر يختلف عن الأمفتيوز في بعض الأحكام، وأهم ما يميز الحكر عن هذا الأخير هو أن الأجرة في الحكر ليست ثابتة بل يمكن أن تزيد أو تنقص، وهذا ما يسميه الفقهاء تصقيع الحكر⁽⁶²⁾، أما في الأمفتيوز فالأجرة ثابتة لا تتغير رغم طول مدة الإيجار⁽⁶³⁾. ويختلفان أيضا في أن الحكر قد تقل مدته عن 18 سنة خلافا للأمفتيوز في القانون الفرنسي.

خاتمة:

لقد تبين مما سبق تناوله أن الحكر ليس من المفاهيم البسيطة في معناها، كما أنه ليس من السهل التمييز بينه وبين غيره من المعاملات المشابهة له.

وفي ختام هذا البحث أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها:

- يوجد اختلاف جوهري بين تعريف الحكر في نص المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف، والتعريف الفقهي للحكر، يتمثل في أن المحتكر وفقا للفقه الإسلامي يمتلك ما أقامه في أرض الوقف، ويحق له التصرف فيه بمختلف التصرفات، أما في قانون الأوقاف فلا يمتلك المحتكر ما أقامه، ويكون البناء أو الغراس ملكا للوقف.
- رغم أن حرمان المحتكر من تملك ما أقامه في أرض الوقف يوفر حماية أكبر للوقف، إلا أن هذا سيؤدي إلى إحجام الكثير من المستثمرين عن الإقبال على هذه الصيغة الاستثمارية، ونتيجة لذلك تبقى الكثير من الأوقاف عاطلة.
- اللجوء إلى الحكر يكون في حالة الضرورة، وذلك إذا كانت الأرض الوقفية غير صالحة للاستغلال، ولا يوجد مال كاف لإصلاحها.
- الحكر من الناحية النظرية لا يقتصر على الأراضي الوقفية، وإن كان العمل به قد انحصر في الأوقاف.
- اشترط المشرع الجزائري أن يقوم المحتكر بالبناء أو الغرس في جزء من الأرض الوقفية فقط، وهذا لم يشترطه الفقهاء، ولا يوجد ما يبرره.



- للحكر مميزات خاصة التي تميزه عن غيره من المعاملات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وإن كان يصعب التمييز بينه وبين بعض العقود المشابهة له، وخاصة عقد الإيجار، وسبب ذلك هو أن الحكر بصيغته التي ورد بها في قانون الأوقاف الجزائري يقترب كثيرا من عقد الإيجار، ولكن يبقى العقدان مختلفان.

- لا يوجد دليل على أن المسلمين اقتبسوا الحكر من الأمفيوز الذي ظهر قديما عند الأوروبيين، وهذا ما يراه بعض الباحثين العرب الذين لا ينفون صحة هذا الكلام، ولا يؤيدونه.

وفي الأخير أتقدم ببعض التوصيات تتمثل فيما يلي:

- أن ينص المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف على أن المحتكر يمتلك ما أقامه من بناء أو أشجار أو غير ذلك، دون أن يمتلك الأرض نفسها، وهذا يتوافق مع مفهوم الحكر في الفقه الإسلامي، ويشجع المستثمرين أكثر على استثمار الأوقاف العاطلة بهذا العقد.

- حذف الشرط المتعلق بحصر الاستثمار في الأرض الوقفية عن طريق الحكر في جزء منها فقط.

- توسيع مجال استثمار الأوقاف بالحكر ليشمل الزراعة أيضا.

الهوامش والمراجع:

- (1) - محمد أبو زهرة: الحكر، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 01، السنة العاشرة، يناير 1940، ص 93.
- (2) - حسن بن محمد سفر: نظارة الأوقاف واستثمار مواردها، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، العدد 13، 2001، ص 162.
- (3) - ج.ر، العدد: 29، المؤرخة في 23 مايو 2001.
- (4) - ج.ر، العدد 21، المؤرخة في 08 مايو 1991.
- (5) - ابن منظور: لسان العرب، ج 4، دار صادر، بيروت، لبنان، 2003، ص 208.
- (6) - الفيروز آبادي: القاموس المحيط، ج 2، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، 1983، ص 13.
- (7) - كايد يوسف قرعوش: حق الحكر (تحكير الأراضي الوقفية)، مجلة دراسات في علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد 01، مج 33، الأردن، 2006، ص 18.
- (8) - المرجع نفسه، ص 18.



- (9) - محمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي: رد المحتار على الدر المختار، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، ج 9، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص 44.
- (10) - محمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي: حاشية منحة الخالق على البحر الرائق، تحقيق: زكريا عميرات، ج 5، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت، لبنان، 1997، ص 341.
- (11) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 94-95.
- (12) - صالح بن سليمان بن حمد الحويص: أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه غير منشورة، تخصص: فقه، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، 2007، ص 44.
- (13) - المرجع نفسه، ص 44.
- (14) - نزيه حماد: أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها، بحث مقدم إلى ندوة: نحو دور تنموي للوقف، المنظمة من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، من 01 إلى 03 ماي 1993، نشر: القطاع الوقفي بالكويت، 1993، ص 175.
- (15) - المرجع نفسه، ص 175.
- (16) - كايد يوسف قرعوش: المرجع السابق، ص 23.
- (17) - مصطفى أحمد الزرقا: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم، ط 1، دمشق، سوريا، 1999، ص 52.
- (18) - نزيه حماد: المرجع السابق، ص 175.
- (19) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 104-105.
- (20) - مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص 52: نزيه حماد: المرجع السابق، ص 175.
- (21) - خير الدين بن مشرّن: إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير غير منشورة، تخصص: قانون الإدارة المحلية، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012، ص 221.
- (22) - المرجع نفسه، ص 224.
- (23) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 6: عقد الإيجار والعارية، مج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1963، ص 1475.
- (24) - كايد يوسف قرعوش: المرجع السابق، ص 22.
- (25) - مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص 53.
- (26) - مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص 53.
- (27) - نزيه حماد: المرجع السابق، ص 176.



- (28) - علي محي الدين القره داغي: " استثمار الوقف وطرقه الحديثة والقديمة "، بحث مقدم إلى الدورة الثالثة عشر لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في الكويت، من 22 إلى 27 ديسمبر 2001، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد 13، ج 1، 2001، ص 479.
- (29) - المرجع نفسه، ص 478-479.
- (30) - المرجع نفسه، ص 479.
- (31) - حسن بن محمد سفر: المرجع السابق، ص 164.
- (32) - نزيه حماد: المرجع السابق، ص 176-177.
- (33) - نزيه حماد: المرجع السابق، ص 176.
- (34) - كايد يوسف قرعوش: المرجع السابق، ص 26.
- (35) - صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع السابق، ص 67-69.
- (36) - كايد يوسف قرعوش: المرجع السابق، ص 26.
- (37) - محمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي: رد المحتار على الدر المختار، ج 9، المرجع السابق، ص 34.
- (38) - عبد الجليل عبد الرحمن عشوب: كتاب الوقف، دار الآفاق العربية، ط 1، القاهرة، مصر، 2000، ص 103.
- (39) - صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع السابق، ص 56.
- (40) - محمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي: رد المحتار على الدر المختار، ج 7، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 2003، ص 39.
- (41) - نزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، ط 1، دمشق، سوريا، 2008، ص 378-379.
- (42) - صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع السابق، ص 57.
- (43) - كايد يوسف قرعوش: المرجع السابق، ص 26.
- (44) - محمد قدري باشا: قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، بيروت، لبنان، 2007، ص 206.
- (45) - محمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي: رد المحتار على الدر المختار، ج 7، المرجع السابق، ص 42.
- (46) - كايد يوسف قرعوش: المرجع السابق، ص 26.
- (47) - محمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي: رد المحتار على الدر المختار، ج 7، المرجع السابق، ص 42.
- (48) - صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع السابق، ص 58.



- (49) - محمد أمين ابن عابدين الدمشقي الحنفي: رد المحتار على الدر المختار، ج7، المرجع السابق، ص 42.
- (50) - صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع السابق، ص 49.
- (51) - نزيه حماد: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، المرجع السابق، ص 409.
- (52) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 1435-1436.
- (53) - Léon Lapasset, Étude de l'emphytéose en droit romain et en droit français, thèse pour le doctorat, université de Montpellier, faculté de droit, 1900, p. 46. Publié sur le site de la bibliothèque nationale de France: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5803907v/f14.image> consulté le: (14-06-2016) à (11: 00)
- (54) - Ibid., p p. 46-47.
- (55) - Cours de droit rédigé avec la collaboration des professeurs de l'école universelle par correspondance de Paris, De l'emphytéose, Librairie Carus, Paris, 1934, p. 26. Publié sur le site de la bibliothèque nationale de France: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6526542w/f1.item.r> consulté le: (16-06-2016) à (15: 30)
- (56) - Léon Lapasset, Op.cit., p. 57.
- (57) - Léon Lapasset, Op.cit., p. 167.
- (58) - Léon Lapasset, Op.cit., p. 173.
- (59) - Cours de droit rédigé avec la collaboration des professeurs de l'école universelle par correspondance de Paris, Op.cit., p 28.
- (60) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 1435.
- (61) - محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ص 122-123. وانظر أيضا: صالح بن سليمان بن حمد الحويص: المرجع السابق، ص 89.
- (62) - كلمة التصقيع من الصقع أي الناحية، وتعني اصطلاحا رفع الأجرة بالنظر إلى مكان الأرض والظروف الطارئة. انظر: كايد يوسف قرعوش: المرجع السابق، ص 21.
- (63) - عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ص 1436.

