

حق الحكر دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني الافغاني

د/ فضل الهادي "باشاش"¹، وشمس الإسلام شمس صافي²

اساتذة جامعة نجرهار، كلية الشريعة والقانون، وكلية الحقوق والعلوم السياسية، وزارة التعليم العالي، جمهورية

أفغانستان الإسلامية

¹ fh.bashash@gmail.com

² shamssafi96@gmail.com

ملخص المقال:

الحكر من الموضوعات الدقيقة والمهمة التي يجب دراستها، والحكر كما عرفه علماء الحنفية إجارة يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالأرض، وهو منقسم إلى: الحكر في العين الموقوفة، و الحكر في الأملاك الخاصة، وإنما يجوز تحكير الوقف إذا كان الوقف قد تخرب، ولا يكون للوقف ريع يعمر به، ولا يوجد من يقرض للوقف القدر المحتاج إليه بأقل من تلك الأجرة، ويملك تحكير الوقف الناظر فقط لا الموقوف عليه، و للمحتكر أن ينتفع بالعقار إلى الأبد أو طول المدة المعينة، وله أن يحدث تصليحا في العقار، وأن يغير فيه بشرط ألا ينقص من قيمته، كما أنه يجوز له أن يتنازل عن الحق ببيع أو هبة أو غير ذلك، ويملك المحتكر البناء الذي يبنيه أو الغرس الذي يغرسه بإذن القاضي أو الناظر، و عقد الحكر ينشئ للمحتكر حقا عينيا أصليا في الأرض المحتكرة، وحق المؤجر في استبقاء الأجرة يعد حقا عينيا على العقار المحتكر، ولا يصح اطلاق التحكير بل يجب تحديد مدته؛ وذلك لأن طول المدة تؤدي إلى اندارس الوقف وخرابه ويؤدي هذا بالتالي إلى الاضرار بالمستحقين، وكذلك أن أحوال الناس متغيرة ويمكن أن يتمسك المستأجر بطول المدة فتندرس سمة والوقف، وفي مدة الحكر اختلاف بين الفقهاء إلا أن القانون المدني حددها بخمسين سنة، ولا يجوز التحكير بأقل من أجرة المثل، وينتهي عقد الحكر بموت العاقدين أو أحدهما أو بهلاك البناء أو الأشجار.

الكلمات الأساسية: الحكر، الأجرة، المدة، الحكم.

Abstract

Hakar (a type of lease of land in Islamic Jurisprudence) is an important and issue that needs to be researched, that *hanafi* scholars have used it in Islamic jurisprudence, and have expressed that *hakar* means leasing the land for getting benefit from it while prevent others from using it.

Hakar is of two types: *Hakar* in Owned land and *Hakar* in *Mawqoof* (donated) land. *Hakar* of *Mawqoof* land is permitted when the land is droughty and do not yield so that the land is able to be made producible with it, nor a person is ready to lend the person to lend him for making the land producible.

Renting the donated land is the authority of the trustee of the land, and the *muhtakir* can benefit from the land for a long period of time, and also can repair and change it in way that that there is no risk of decreasing the price of the land, and also the *muhtakir* does not have the right to sell or reward it.

Muhtakir can plan tree in the land and can build a building and infrastructures, but he can do it with the permission of a judge or monitor.

The contract of *ihthakar* is an original property right and a person gets benefits from the leased and it is also a property right.

Hakar is not absolutely permissible, but the duration of the *hakar* should be limited and specified, because an extension of the *hakar* can damage the waqf, which can affect the eligible persons. On the other hand, circumstance also changes (people may also change), and it is possible that *muhtakir* will claim the ownership of the land.

The Muslim jurist have different ideas regarding duration of *hakar*, but the law specifies its duration as fifty (50) years. It also should be noted that rent should not be less than its similar asset. The contract of *hakar* ends with the death of the parties of *hakar*, destruction of buildings, and destruction of trees.

Keywords: Hakar, Wages, Duration, Status.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:
يعتبر موضوع الحكر من الموضوعات الدقيقة والمهمة التي يجب معرفتها وتحققها، حيث أن قضية الحكر لم يتطرق لها العلماء المتقدمون كثيرا وإنما تطرق لها المتأخرون من علماء الحنفية؛ لأنهم رأوا أن استقصاء الحكر والفوائد المترتبة عليه فيه مصلحة للناس فبينوا أحكامه وطرق الاستفادة منه، إلا أن موضوع الحكر لازال فيه غموض من حيث اللفظ والمعنى، لأنه لم ينل الاهتمام الذي كان ينبغي، لذا قمنا باختيار الموضوع لمعالجته حسب مدركات النصوص الشرعية والقواعد الفقهية المرعية، وبيانه من الناحية اللغوية والفقهية والقانونية، وتحقيق الموضوع وبيان أحكامه ضروري في الوقت الراهن؛ لأنه يحقق مصالح اقتصادية عديدة للأمة بالإضافة إلى مصالح اجتماعية الكثيرة.

اسباب اختيار الموضوع:

وراء كل دراسة أسباب ودوافع، فمما دفعني للكتابة حول الموضوع ما يلي من الأسباب:

- الاطلاع على حقيقة الموضوع ومعرفة مراميه وأحكامه الشرعية والقانونية.
- إجراء مقارنة حول الموضوع بين الفقه والقانون الأفغاني.
- الموضوع يسهم في توسعة الموارد الاقتصادية للأفراد والمجتمعات.
- قلة الكتابة حول الموضوع.

مشكلة الدراسة:

هذه الدراسة تتناول بيان احكام قضية اقتصادية مهمة وهي حق الحكر مقارنة بالقانون الأفغاني وهي القضية العلمية المهمة التي لم يتم بحثها لحد الآن.

اسئلة الدراسة:

هذه الدراسة محاولة جادة للوصول إلى إجابات مقنعة للأسئلة الآتية:

- ١- ما هو الحكر والاحتكار؟
- ٢- وما حكمه في الشريعة الإسلامية الغراء؟
- ٣- وهل القانون المدني الأفغاني بحث موضوع الحكر؟
- ٤- ما هي الأبعاد المتشابهة والمتغايرة للحكر بين الفقه والقانون الأفغاني؟

اهداف الدراسة:

هذه الدراسة تهدف إلى تحقيق ما يلي من الأهداف:

- ١- معرفة ماهية الحكر وأحكامه الفقهية والقانونية.
- ٢- الإسهام في التنمية العلمية والاقتصادية.
- ٣- المشاركة في تثقيف المتلقي المسلم.
- ٤- معرفة مدى الموافقة والمخالفة بين الفقه والقانون الأفغاني.

مكانة الدراسة وأهميتها:

هذه الدراسة لها مكانة علمية واقتصادية عالية، لتناولها بيان الأحكام الفقهية والقانونية لموضوع الحكر الذي هو في الحقيقة استئدامة المنفعة من العقار بناء كان او غراسا مدة طويلة، حيث يبقى العقار يستفاد منه باستمرار فيستفيد المستأجر والمؤجر وبالتالي يستفيد المجتمع من هذا العطاء والأجورة.

منهج الدراسة:

الإطار العام لدراسة هذا الموضوع كما يلي:

- ١- هذه الدراسة دراسة وصفية تحليلية.
- ٢- تم الاستفادة في جمع مفرداتها من المكتبة الإسلامية الزاخرة.
- ٣- الكتب التي تم الاستفادة منها هي كتب اصيلة ومراجع موثوقة في مختلف المذاهب الفقهية والقوانين.
- ٤- كما تم الاستفادة من المكتبة الالكترونية.

٥- تم عرض الدراسة بأسلوب علمي رصين ولغة سهلة واضحة.

المدخل:

هذه الدراسة تناولت موضوع الحكر فقهيًا وقانونيًا، من خلال نقاط معينة في أربعة مباحث، وفق استراتيجية علمية واضحة، فعرفت بالحكر تعريفًا شاملاً وتصوراً متكاملًا عن أحكامه ومسائله من خلال أقوال الفقهاء مقارنةً بالقانون المدني الأفغاني وفيما يلي عرض لتفاصيلها:

المبحث الأول: ماهية الحكر وموضوعه في الفقه والقانون الأفغاني

تعريف الحكر: الحكر بفتح الحاء وسكون الكاف في اللغة: الظلم والتقصص، قال ابن منظور: حَكَرَهُ يَحْكِرُهُ حَكَرًا: ظلمه وتنقصه وأساء معاشرته (٥: ٢٠٨/٤).

وقال الأزهرى: الحكر الظلم والتقصص، وسوء العشرة، ويقال: فلان يَحْكِرُ فلانًا إذا أدخل عليه مشقة ومضرة في معاشرته ومعايشته. (٥: ٢٠٨/٤)

أما الحكر بالكسر فقد انفرد بذكره الزبيدي مستدركا له على القاموس، فقال: الحكر بالكسر ما يجعل على العقارات ويحبس. (١٥: ٧٢/١١)

يتبين مما سبق أن معنى الحكر عند اللغويين يدور حول الظلم، والتقصص، وإساءة المعاشرة، والعسر، ولكن كل هذه المعاني تتعلق بالحكر الذي هو بمعنى حبس الأشياء التي يحتاج إليها الناس وبيعها عند غلائها.

والمعنى الذي نقصده لم يذكره علماء اللغة في قواميسهم؛ لأن هذا المعنى مولدة، استحدثه فقهاء الحنفية حتى قال صاحب القاموس الفقهي والاستحكار عند الحنفية: عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما. (٨: ٩٥)

فقد ذكر المعنى الاصطلاحي ولم يذكر المعنى اللغوي، ولكن إذا نظرنا إلى المعنى الاصطلاحي الذي يقصده المعاصرون يدور حول الحبس؛ لأن الأرض أو الحانوت يبقى محبوسا في يد المحتكر، فالمعنى اللغوي ملحوظ في المعنى الاصطلاحي للحكر.

الحكر في اصطلاح الفقهاء: أطلق الفقهاء الحكر على ثلاثة معان:

الأول: الأجرة المقررة على عقار محبوس في الإجارة الطويلة ونحوها. (٦: ٢٢٠/٥)

الثاني: يطلق على العقار المحتكر نفسه فيقال: هذا حكر فلان

الثالث: يطلق على الإجارة الطويلة، والغالب أن يسمى هذا النوع الاحتكار، والاستحكار كما يطلق التحكير والإحكار بمعنى الإيجار والتأجير. (١٠ : ٩٦)

وعرفه عبد الرزاق السنهوري بقوله: " الحكر عقد يؤجر به مالك العقار عقاره لمستأجر إلى الأبد أو لمدة طويلة في مقابل أجره المثل. (٢٠ : ٢٠٠).

أما القانون المدني الأفغاني فعرف الحكر في المادة (٢٣٢٣) بأنه عبارة عن استئجار الأرض لغرض الغرس أو البناء أو لأحدهما لمدة معلومة و بأجر معلوم. (١٣ : ٧٥٢)

ولعل تعريف الدكتور السنهوري هو الراجح لشموله لنوعي الحكر (الحكر في الأوقاف و الحكر في الأملاك الخاصة) ومسائر لما جرى عليه العمل الآن في معاملات الناس.

موضوع الحكر

موضوع الحكر إما أن يكون إجارة الوقف الخرب، وإما أن يكون عقارا غير موقوف. يقول السنهوري في هذا الصدد: " جرت العادة بأن العقار المؤجر يكون وقفا مخربا، ولا يكفي ريعه لتصليحه، ولا يمكن استبداله، فيلجأ ناظر الوقف إلى تحكيره بعد أخذ إذن القاضي؛ لأن الحكر يعتبر من أعمال التصرفات لا من الأعمال الإدارية، إذ أنه يعطى للمحتكر " المستأجر " حقا عينيا، على العقار المحتكر، ولكن يجوز أيضا أن يكون الحكر موضوعه عقار غير موقوف". (٢٠ : ٢٠١)

وكذلك موضوع الحكر في القانون المدني الأفغاني يشمل الأراضي الموقوفة والغير الموقوفة، فقد ورد في المادة (٢٣٢٤) أن صاحب الأرض يستطيع استئجار الأرض ونقل تصرفها إلى آخر مقابل الأجرة المعينة سواء كانت للبناء أو الغرس وبعد انتهاء المدة المحددة تنتقل الملكية حسب المادة (١٣٢٤) إلى مالكيها الأصلي إن كان حيا وإلى ورثته إن كان ميتا. (١٣ : ٧٥٣)

المبحث الثاني: أقسام الحكر

ينقسم الحكر إلى قسمين: حكر في الأوقاف، وحكر في الأملاك الخاصة.

والحكر الذي يكون في الأوقاف هو الأغلب ولكن دون اختصاص وهو ما يجري عليه كلام الرملي وابن عابدين، إذ أطلقا تعريف الاحتكار من غير قيد الوقف، قال ابن عابدين: "الأرض المقررة للاحتكار أعم من أن تكون ملكا أو وقفا" (٣: ٢٢٠/٥).

وقال صاحب رد المحتار: "مطلب في الأرض المحتكرة ومعنى الاستحكار". فقد ذكر الأرض المحتكرة مطلقا فيشمل الوقف وغير الوقف ثم قال: "الاستحكار عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما" (٢: ٣٢/٦)، فقد عرف الحكر بأنه عقد إجارة يقصد بها استبقاء الأرض... ولم يقل استبقاء الأرض الوقف فهذا يدل على أن الحكر يشمل إجارة الأراضي الموقوفة وغير الموقوفة.

ولكن أكثر كلام الفقهاء في شأن الحكر ينصب على الحكر في الأوقاف، من غير تعرض للحكر في الأملاك إلا نادرا ولذا عرفه صاحب قانون العدل والإنصاف: "بأنه استبقاء الأرض الموقوفة مقررة للبناء أو الغراس أو أحدهما" (٩: ٣٣١)، بناء على ذلك فسوف نذكر أحكام الحكر في الأوقاف؛ لأن الحكر في الأملاك تجري أحكامه بحسب صيغة التعاقد من حيث مقدار المدة والأجرة وغير ذلك.

أقسام الحكر في القانون المدني الأفغاني: القانون المدني الأفغاني قسم الحكر إلى نفس الأقسام السابقة: الحكر في الأوقاف، والحكر في الأملاك الخاصة، أما الحكر في الوقف فقد ورد في المادة (٢٣٣٤): الحكر جائز في الأرض الموقوفة، فإن وقع الحكر في الأرض الموقوفة ثم انتزع صفة الوقف عن الأرض المذكورة فإن الحكر ينتهي، وإن قام الواقف بنقصان مدة الوقف ينظر إن كان مدة الوقف المتبقية أقل من مدة الحكر فإن مدته تبقى إلى نهاية مدة الوقف ويستطيع المحتكر الاستفادة من الأرض المحتكرة إلى تمام تلك المدة. (١٣: ٧٥٥)

وأما الحكر في الأملاك الخاصة فقد ورد في المادة (٢٣٢٦): أن صاحب الأرض يستطيع استئجار الأرض ونقل تصرفها إلى آخر مقابل الأجرة المعينة سواء كانت للبناء أو الغرس وبعد انتهاء المدة المحددة تنتقل الملكية حسب المادة (١٣٢٤) إلى مالكة الأصلي إن كان حيا و إلى ورثته إن كان ميتا. هذا بالنسبة للأملاك الخاصة. (١٣: ٧٥٣)

المقارنة بين الفقه والقانون:

يتبين مما سبق أنه لا خلاف بين الفقه والقانون في تقسيم الحكر إلى قسمين فقد ذهب كل من الفقه والقانون إلى أن الحكر كما يجري في العين الموقوفة كذلك يجري في العين غير الموقوفة.

المبحث الثالث: أحكام الحكر في الفقه والقانون المدني الأفغاني:

بعد أن قسمنا الحكر إلى قسمين الحكر في الأوقاف، والحكر في الأملاك الخاصة نذكر أحكامه وهي على النحو التالي:

حكم الحكر في الوقف وشروط جوازه، اختلف الفقهاء في التحكير في الوقف على ثلاثة أقوال: القول الأول: ذهب أكثر الفقهاء إلى أن التحكير في الوقف جائز سواء اشترط الواقف منعه أم لم يشترط، ولكن لما كان فيه ضرر على الوقف؛ لأن فيه إغلال ليد الواقف أو الناظر في التصرف في الأرض واستغلالها، فلم يجيزوه إلا بشروط وهي:

أولاً: أن يكون الوقف قد تخرب وتعطل انتفاع الموقوف عليهم به بالكلية.

ثانياً: أن لا يكون للوقف حاصل يعمر به.

ثالثاً: أن لا يوجد من يقرض الوقف القدر المحتاج إليه بأقل من أجر تلك المدة.

واشترط الحنفية أيضاً أن لا يمكن استبدال الوقف بعقار ذي ريع. (٣٠: ٣/١٤٤).

فإذا وجدت هذه الشروط التي ذكرها أصحاب هذا القول جاز إيجار الوقف مدة طويلة لمن يبنيه، أو يخرس الأرض لأنه تعين طريقاً للانتفاع بالوقف، ولم ينظر أصحاب هذا القول إلى احتمال تملك الوقف؛ لأنه موهوم فلا ينظر إليه عند وجود الضرر المتحقق.

القول الثاني: إنه جائز مطلقاً من غير تلك الشروط التي اشترطها أصحاب القول الأول، وهو قول الحنابلة وجمهور الشافعية، ولكن إن كان الواقف قد منع الإجارة الطويلة امتنع إلا إذا حصلت الشروط المذكورة في القول الأول. (٣١: ٦/١٧٢)

القول الثالث: إنه ممنوع مطلقاً وبه قال بعض الشافعية ومن هؤلاء الأذرع والزرركشي.

وبعد عرض آراء العلماء يظهر والله أعلم أن القول الأول هو الراجح؛ لأن الأصل والقاعدة في الوقف أن تبقى العين وينتفع بمنافعها لكن لما تعذر الانتفاع بالوقف الذي وقف لأجله يجوز تحكيره إزالة للضرر ولأنه لا طريق للانتفاع به إلا بالتحكير وقد تعين طريقاً للانتفاع بالوقف ولا طريق في هذه الحالة إلا هذا ولم ينظر أصحاب

هذا القول إلى احتمال تملك الوقف لأنه مجرد توهم فلا ينظر إليه عند وجود الضرر المتحقق فلذا نرى أن تحكير الوقف جائز إذا توفرت تلك الشروط التي اشترطها أصحاب القول الأول. (٤: ٣٠٤/٣).

موقف القانون الأفغاني من الحكر

القانون المدني الأفغاني يجيز الحكر بشروط ورد ذكرها في المادة (٢٣٢٥) عقد الحكر لايجوز إلا إذا كان هناك ضرورة، أو فيه مصلحة، أو بإجازة المحكمة التي لها الولاية عليها إما باعتبار القيمة أو كانت في حوزتها، ويتم كتابة عقد الحكر أمام رئيس المحكمة أو نائبه الذي عينه. (١٣: ٧٥٣)

المقارنة بين الفقه والقانون:

لا خلاف بين ما رجحناه من أقوال الفقهاء وقلنا أن حكر العين الموقوفة يجوز إذا توفرت فيها تلك الشروط التي اشترطها أصحاب القول الأول وما ورد في القانون حيث أن كلا من الفقه والقانون يجيزان حكر الوقف بشروط وإن كانت الشروط تبدو متباينة في ظاهرها في الفقه والقانون الأفغاني، إلا أن ما اشترطه الفقهاء لم يأت في القانون ما ينص على خلافه بل أن القانون ساكت عنه إلا أنه قد صرح القانون بأن كل مورد لم يرد ذكره في القانون يرجع فيه إلى الفقه الحنفي ومعنى هذا أن القانون يجيز تحكير الوقف أيضا متى ما توفرت فيه تلك الشروط، وعلى هذا فإن الفقه والقانون متفقان على جواز الحكر وشروطه وليس هناك اختلاف.

شروط عقد الحكر

وإذا قلنا بجواز التحكير فإنه يشترط لانعقاده مثل بقية العقود التراضي فلا ينعقد مثل بقية العقود إلا بالإيجاب والقبول؛ لأن عقد الحكر لا يختلف في انعقاده عن بقية العقود والفقهاء جميعا يشترطون في انعقاد العقد الإيجاب والقبول فيجب في انعقاد الحكر إيجاب وقبول من المتعاقدين ولا شك أن الأصل في العقود التراضي وهذا هو المبدأ العام غير أن هذا المبدأ العام ليس من النظام العام فيجوز لطرفي العقد أن يتفقا على أن لا ينشأ العقد بينهما إلا إذا أفرغ في شكل خاص كتدوينه في ورقة خاصة -رسمية او عرفية- فيكون العقد رضائيا أصلا إلا أنه صار شكليا بالاتفاق فيطلق عليها " شكلية اتفاقية" تميزا عن الشكلية المفروضة بحكم القانون " الشكلية الرسمية والكتابية والعينية"

وإذا كان الغالب في العقود أن تكون رضائية كالبيع والإيجار والوديعة وغيرها فإن الكتابة التي تفرغ فيها هذه العقود ليست إلا لأغراض الإثبات أي أن الشكلية ليست لأغراض الانعقاد وإنما غايتها إثبات التصرف القانوني، فالحكر مثل بقية العقود لا يشترط فيه أكثر مما اشترط في بقية العقود. وكما يشترط الإيجاب والقبول لانعقاد عقد الحكر في الفقه كذلك يشترط في القانون، فالقانون أيضا يوجب لانعقاد الحكر الإيجاب والقبول إلا أن القانون لا يكتفي بالإيجاب والقبول لوحده بل يشترط في الحكر أن يكون العقد شكليا ولا يكون إلا بالكتابة، ويجب تسجيله في المحكمة كما ورد في المادة ٢٣٢٥ من القانون المدني الأفغاني.

المقارنة بين الفقه والقانون:

نرى أن الفقه يكتفي بالتراضي في جميع العقود فعقد الحكر داخل فيها فلا يحتاج لانعقاده سوى الإيجاب والقبول إلا أن كلام الفقهاء يدل على أن هذا الأمر " التراضي " يكفي لانعقاد العقد ولكن لا يقولون بتحريم العقد إذ تم كتابته في ورقة رسمية أي راعى فيه الشكلية وكما قلنا أن الشكلية لأجل الإثبات لا أن العقد لا ينعقد بدونها وما دام الأمر كذلك فالفقهاء رحمهم الله يؤكدون على كل ما فيه إثبات، فهم لا يمنعون الشكلية، فالقانون حين اشترط الشكلية لم يشترطها إلا لأجل التوثيق والإثبات، والفقه لا يمنع ذلك، فالحاصل أنه ليس هناك اختلاف بين الفقه والقانون في هذا الباب حيث أن الفقه لا يمنع الشكلية والقانون يطلب الشكلية لأجل الإثبات فكل منهما يسيران على نمط واحد والغرض من الشكلية في كل من الفقه والقانون هو الإثبات والتوثيق.

من يملك تحكير الوقف؟

التحكير إذا تمت شروطه يملكه من له ولاية إجازة الوقف وهو الناظر فلا يملكه الموقوف عليه؛ لأن الولاية للناظر، فإن لم يكن لها متولي: أجرها القاضي، أو كان لها متولي إلا أنه أبقى الأصلح للوقف. وأما مع وجود المتولي فليس للقاضي ذلك، إذ ليس للقاضي حق التصرف مع وجود ناظر للوقف، حتى ولو كان منصوبا من قبله، وهذا بناء على قاعدة مشهورة وهي: " أن الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة. (٢٩: ٣٤٨/٥)

غير أن هلالا يرى: أن القاضي إذا أجر دار الوقف أو وكيله بأمره: جاز، وظاهره إطلاق الجواز مع وجود المتولي (٢: ٥٢٧/٣)، غير أن ابن عابدين نقل عن فتاوى الحانوتي: أن تنصيبهم على أن القاضي محجور عن التصرف في مال اليتيم عند وجود الوصي، يقتضي بالقياس عليه، أنه محجور عليه هنا أيضا عند وجود المتولي، فلا يؤجر إلا إذا لم يكن له متولي، أو كان وامتنع، قال ابن عابدين وعليه يحمل كلام هلال. (٢: ٥٢٦/٣/٥٢٧)

حق الموقوف عليه في تحكير الوقف

لمعرفة رأي فقهاء الحنفية في حق الموقوف عليه في إجارة الوقف، لا بد من التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الموقوف عليه ناظرا على الوقف، وفي هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء من حق الموقوف عليه في إجارة الوقف، إلا أن هذا الحق قد ثبت له من حيث كونه ناظرا على الوقف، لا من حيث كونه مستحقا فيه، وهو الذي عليه الفتوى. (٢١ : ٣٩٠/٣٨٩/٢)

الحالة الثانية: أن لا يكون الموقوف عليه ناظرا، فيرى الفقهاء أن ليس للموقوف عليه الحق في إجارة الوقف، وإنما له الحق في الغلة يطالب بها الناظر، وفي هذا يقول ابن الهمام: " ونص الاستروستي، أنه رأى في المنقول: أن إجارة الموقوف عليه لا تجوز، وإنما يملك الإجارة المتولي، أو القاضي " (٧ : ٥٥/٥) وقد علل ابن عابدين ذلك بقوله: " لأنه يملك المنافع بلا بدل، فلم يملك تملكيا ببدل، وهو الإجارة، وإلا لملك أكثر مما يملك " (٢ : ٥٥٣/٣) وأن يملك الموقوف عليه أكثر مما يملك، ممنوع، حيث لم تملك العين من كل وجه، بخلاف ما إذا ملكت من كل وجه كالموهوب له بدون عوض، أو الوارث مثلا، حيث يملك البيع والهبة بعوض.

هل للموقوف عليه حق الإعارة والإجارة؟

يقرر الفقهاء أن الموقوف عليه يملك الإعارة إذا شاء (٢ : ٥٥٣/٣)، لأن الإعارة لا ترتب له ملكا أكثر مما يملك، وقد علل الخصاص صحة الإعارة وعدم صحة الإجارة، بقوله: " قلت: رأيت إن جعل سكن هذه الدار لرجل من ولده، فأراد هذا الذي جعل له سكنها أن يسكن فيها غيره؟

قال: أن يسكنها غيره على سبيل العارية منه: فله ذلك، وإن أراد أن يؤجرها منه فليس له ذلك.

قلت: فما الفرق بين العارية والإجارة؟

قال: العارية لا توجب في الدار حقا للمستعير، وهو بمنزلة ضيف استضافه، والإجارة يوجب للمستأجر فيها

حق الإجارة". (١٦ : ٤٤)

ومذهب الشافعية موافق للحنفية في منع الإجارة من قبل المستحق، يقول الخطيب الشربيني: " لكن لا يؤجر

أي الموقوف عليه، إلا إذا كان ناظرا، أو أذن له الناظر في ذلك ". (٢١ : ٣٩٠/٣٨٩/٢)

من يحتكر له الوقف ؟

أن الذي يملك تأجير الأعيان الموقوفة، إنما هو الناظر، إلا أن الفقهاء قيدوا هذا الحق بقيود يجب عليه أن لا يتعداها، ومن هذه القيود مايلي:

أولاً: ليس للمتولي أن يؤجر عينا من أعيان الوقف لنفسه ولا لولده الذي هو في ولايته، لأنه بهذا يكون مؤجراً ومستأجراً، وطالبا، والواحد لا يتولى طرفي العقد إلا في مواضع مستثناة وهذا ليس منها، فلو أجر لنفسه أو لمن هو في ولايته لم يصح العقد. (٢٤: ٥٩٤/٣)

وإذا كنا قد منعنا المتولي من إجارة الوقف لنفسه، أو لمن تحت ولايته، فإنه يستطيع إن رغب في تحكير الموقوف أن يذهب إلى القاضي فيحتكر له ما يريد.

ففي الدر المختار: " هذا لو باشر بنفسه، أما لو ذهب إلى القاضي فأجره صح" (٢: ٥٩٤/٣) قال ابن نجيم: " والمتولي إذا أجر نفسه في عمل المسجد وأخذ الأجرة، لم يجز في ظاهر الرواية وبه يفتى، وفي جامع الفصولين: إذ لا يصح مؤجراً ومستأجراً، وصح لو أمره الحاكم بعمل فيه". (٦: ٢٥٩/٥)

ومن ذلك أيضاً: لو شرط الواقف أن لا تؤجر الأرض أكثر من سنة، وكانت إجاتها أكثر أنفع للفقراء، فليس للقيم أن يؤجرها أكثر، بل يرفع الأمر للقاضي ليؤجرها؛ لأن له ولاية النظر للفقراء.

قال ابن عابدين: " إذا شرط الواقف أن يؤجر أكثر من سنة والناس لا يرغبون في استئجارها، وكانت إجاتها أكثر من سنة أنفع للفقراء، فليس للقيم أن يؤجرها أكثر من سنة، بل يرفع الأمر للقاضي حتى يؤجرها؛ لأن له ولاية النظر للفقراء والغائب والميت" (٢٤: ٥٣) فهذا تصرف صحيح من القاضي مع وجود المتولي، غير أنه لا يصح تصرفه بنفسه، وهكذا الأمر في مسائلتنا.

ثانياً: لا يصح للمتولي أن يحكر عينا من أعيان الوقف ممن لا تقبل شهادتهم له، وهم أصوله وفروعه وزوجته بعدا عن التهمة، لأنه يؤجر ما ليس ملكا له، فيجب أن يبتعد عن مكان التهمة. (٢٤: ٤٧) فإن انتفت التهمة، وتحقق أن الخير والمصلحة في هذا التأجير صح التصرف، وذلك إذا كانت الأجرة أكثر من أجر المثل على مذهب الإمام، أو كانت قدر أجر المثل عند الصاحبين. هذا هو ما عليه العمل والفتوى في الفقه الحنفي. (٢: ٥٩٤/٣)

القانون المدني الأفغاني لم يشر بصراحة إلى متولي الوقف أو المحكمة إلا أن القانون المذكور يصرح بأن كل قضية لم يرد ذكرها في القانون، يرجع فيها إلى الفقه الحنفي، والقضية المذكورة مبسطة في الفقه الحنفي فلذا ليس هناك خلاف بين الفقه والقانون فيمن يملك حكر الوقف، ويظهر أن كلا من الفقه والقانون متفقان على هذه المسألة.

المبحث الرابع: مدة الحكر ومتعلقاتها

بيان المدة في الحكر:

لم يختلف الفقهاء على أن التحكير نوع إجارة، والشرط في الإجارة من حيث الأصل العلم بالمدة ابتداء وانتهاء أما في التحكر فقد اختلفوا فيه وقبل أن أذكر هذا الاختلاف أريد أن أبين اطلاق المدة وتحديدها
اختلف الفقهاء في مدى حرية من له إجارة الوقف، في مدة إجارته، هل له أن يؤجر الأعيان الموقوفة مدة غير محددة، أم يجب أن تكون المدة محددة بزمن معين؟
وقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: لا تصح إجارته التحكير إجارة مطلقة، بل يجب تحديدها بمدة معينة، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة، والمالكية وبعض متأخري الحنفية. (٢١ : ٢٤٩/٢، ١٩٠ : ٢٧)
القول الثاني: جواز التحكير مطلقا، من غير تقدير للمدة مهما طال، وإلى هذا ذهب متقدموا الحنفية.
قال الطرسوسي في فتاويه: " إن المتقدمين من أصحابنا لم يقدروا المدة في التحكير بل جوزا إجارته مطلقا، أي مدة كانت، سواء كان الموقوف ضيعة أو غيرها". (٢٥ : ١٩٨)
ومن القائلين بهذا من متأخري الحنفية أيضا: أبو الحسن علي السفدي وأبو بكر البلخي، والقاضي أبو علي النسفي فصار قولهم موافقا لقول المتقدمين منهم. (٢٤ : ٥٢-٥٣)
الرأي المختار: والمختار هو ما عليه الجمهور، بما فيهم متأخروا الحنفية من أن اطلاق التحكير لا يجوز وذلك لأسباب تالية:

١- إن المدة في إجارة الوقف إذا طالت أدى ذلك إلى اندراس الوقف وخرابه، وبالتالي إلى الإضرار بالمستحقين). (١٩ : ٢٧)

٢- إن أحوال الناس متغيرة متطورة، وقد يزيد ذلك في أجرة الوقف أو ينقص منها، فالجمود على إجارة طويلة الأمد يضر بأحد الأطراف، والقاعدة الشرعية تقول: " لا ضرر ولا ضرار " أصل هذه القاعدة هو الحديث الذي رواه مالك والشافعي وأحمد وغيرهم. (٧: ٣٤٦/٣)

ثالثاً: إن إطلاق الإجارة قد يؤدي إلى أن يمتلك المستأجر للحكر بطول المدة، فتندرس سمة الواقفين، ويتسم بسمة الملكية خاصة في حال كثرة الظلمة في زماننا، وتغلبهم واستحلالهم لما حرم الله. (١٢: ٣١٥/٤، ٣١٦)

موقف الفقهاء من تحديد مدة إجارة الحكر:

وأما التحكير لمدة طويلة فقد اختلف العلماء فيه وذلك على النحو التالي:

قال العدوي من المالكية: جرى العرف عندنا بمصر أن الإحتكار مستمرة للأبد وإن عيّن فيها وقت الإجارة مدة، فهم لا يقصدون خصوص تلك المدة، والعرف عندنا كالشرط فمن احتكر أرضاً مدة ومضت فله أن يبقى وليس للمتولي أمر الوقف إخراجه، نعم إن حصل ما يدل على قصد الإخراج بعد المدة وأنها ليست على الأبد يعمل بذلك. (٢٣: ٧٩/٧)

قال الدردير: "إذا لم تكن ضرورة تقتضي الكراء لأكثر مما تقدم: كما لو انهدم، فيجوز كراؤه بما بينى به ولو طال الزمن، كأربعين عاماً أو أزيد بقدر ما تقتضي الضرورة، وهو خير من ضياعه واندراسه". (١٨: ٩٦/٤)

رأي الحنفية: وكذلك عند الحنفية فإنه يثبت للمحتكر حق القرار إذا وضع بناءه في الأرض ويستمر ما دام أسس بنائه قائماً فيها، فلا يكلف برفع بنائه، ولا يقلع غراسه ما دام يدفع أجرة المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة.

ويشترط أيضاً لبقاء المحتكر بأجرة المثل أن لا يكون فيه ضرر على الوقف، فإن كان فيه ضرر بأن يخاف منه على رقبة الأرض بفسخ القاضي الإجارة ويخرجه من يده، وكذا إن كان هو أو وارثه مفلساً، أو سيئ المعاملة، أو متغلباً يخشى على الوقف منه أو غير ذلك من أنواع الضرر. (٢٧: ٢٠٠/١)

رأي الشافعية: يعتبر الشافعية من أكثر الفقهاء توسعة في هذا الباب، إذ أنهم لم يفرقوا في التحكير بين أرض الوقف والملك المطلق، فكما أن المالك حر في مقدار مدة إجارة ملكه، فكذا من له حق التحكير.

فإذا سكت الواقف عن تحديد مدة لإجارة وقفه، بأن لم يشترط مدة معينة للإجارة، فإنهم أجازوا: أن تؤجر العين الموقوفة مدة معينة تبقى فيها العين المؤجرة غالباً (٢١: ٣٤٩/٢)، لإمكان استيفاء المعقود عليه.

وإذا كان الضابط العام في تحديد مدة الإجارة، هو: أن تبقى العين المؤجرة غالباً، فإنهم قالوا: أن المرجع في تحديد المدة هذه لأهل الخبرة، إذ لا توقيف فيه.

وللشافعية في تحديد المدة التي تجوز إجارة العين الموقوفة فيها، أقوال ثلاثة: تختلف باختلاف طبيعة العين، ونظر أهل الخبرة وأشهرها: أنه يؤجر الدار والرقيق ثلاثين سنة، والدابة عشر سنين والثوب سنة أو سنتين على ما يليق به، والأرض مائة سنة أو أكثر.

رأي الحنابلة: مذهب الحنابلة كمذهب الشافعية في التوسعة في تحكير العين الموقوفة، عند عدم تحديد مدة الإجارة، إلا أن قواعد المذهب تبيح لمن له الحق في تحكير الموقوف، أن يؤجر المدة التي يراها، مهتدياً بذلك ومتقيداً ببعض الضوابط التي لا بد من مراعاتها في هذه الحالة:

1- مراعاة العرف في إجارة الأعيان، على اختلاف أنواعها وطرق الانتفاع بها، كالدار، والبساتين، والأراضي الزراعية؛ وذلك لأنهم يرون: أن العادة المستمرة، والعرف المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف. (٢٨: ٤٦٢/١)

وإذا كان الأصل أن الواقف يرغب في بقاء العين الموقوفة، ولا يزول رسمها، فلا بد من مراعاة هذا الأصل بعد إجارة الوقف مدة يضيع معها كيانه، وتندرس معالمه، وتضيع منافعه.

2- أن الحنابلة أجازوا مخالفة شرط الواقف عند تحديده مدة الإجارة، إذا كانت هذه المخالفة، اقتضتها ضرورة، أو لتحقيق مصلحة راجحة للوقف؛ إذ القاعدة عندهم: أن الشروط إنما يلزم الوفاء بها إذا لم تفض إلى الإخلال بالمقصود الشرعي. (٣٢: ٣١٥/٤) ففي شرح المنتهى ما نصه: "ويتجه: أنه يجب العمل بالشرط إن لم يحتج زيادة على القدر المشروط، أما إذا احتج، بأن تعطلت منافع الموقوف ولم يمكن تعميمه إلا بذلك جاز". (١١: ٤٥١/٢)

وإذا كان الأمر كذلك، من جواز مخالفة شرط الواقف للمصلحة فإنهم أجازوا إجارة الوقف إجارة طويلة، إذا كان في ذلك مصلحة للوقف.

وخلاصة الأمر أن جميع الفقهاء متفقون على الوجه العام على جواز التحكير لمدة طويلة وإن كان بعضهم يشترط بأن لا يؤدي ذلك إلى الضرر بالوقف كما قال الحنفية والحنابلة، وأطلق المالكية بل قالوا بأن الإحكار مستمرة للأبد وإن عيّن فيها وقت الإجارة مدة، والشافعية أكثر توسعا من بقية المذاهب فهم كذلك يجوزون التحكير لمدة طويلة من غير ذكر قيد، فعلى هذا اتفق فقهاء المذاهب على جواز التحكير لمدة طويلة متى ما كانت فيها مصلحة.

موقف القانون من المدة في الحكر: القانون المدني الأفغاني حدد مدة الحكر حيث ورد في المادة (٢٣٢٤) أن مدة الحكر يجب أن لا تزيد عن خمسين عاما فإن لم تحدد المدة أو كانت المدة أكثر من خمسين عام ففي هذه الحالة لا تعتبر إلا خمسين عاما. (١٣: ٧٥٣)

المقارنة بين الفقه والقانون

اتفق الفقه والقانون على جواز الحكر لمدة طويلة إلا أن الفقه قد أباح مطلقاً من غير تحديد بل للأبد كما هو عند المالكية حيث ورد عندهم أن الإحكار مستمرة للأبد وإن عيّن فيها وقت الإجارة مدة فهم لا يقصدون خصوص تلك المدة، والعرف عندنا كالشرط، وكذلك عند الشافعية حيث قال: يجوز تحكير الأرض لمائة سنة وأكثر، ومذهب الحنابلة كمذهب الشافعية قد جوزا الحكم لمدة تزيد على مائة سنة إلا أنهم وضعوا بعض الضوابط، وعند الحنفية أيضاً يستمر الحكر فإنه يثبت عندهم للمحتكر حق القرار إذا وضع بناءه في الأرض ما دام أسس بنائه قائماً فيها، فلا يكلف برفع بنائه، ولا يقلع غراسه مادام يدفع أجره المثل المقررة على ساحة الأرض المحتكرة.

فاتفق الفقه والقانون عند عدم تحديد المدة واختلافاً فقط في جزئية وهي أن الفقه لم يحدد المدة والقانون قد حدد بأن لا يتجاوز عن خمسين سنة والغرض من طول المدة هو إصلاح الأراضي والأماكن الخربة حيث يوجد في العالم الإسلامي وعلى الخصوص في أفغانستان وخاصة بعد الحرب الطويلة التي استمرت لأكثر من أربعة عقود.

الحقوق المترتبة على مضي المدة

الأصل في المدة المعينة أن عقد الإجارة يفسخ عند انتهاء المدة، لأن الثابت إلى غاية، ينتهي عند وجود الغاية، إلا إذا وجد عذر يقتضي بقاء الإجارة بعد انتهاء مدتها، لأن الإجارة كما تنفسخ بالعذر تبقى بالعذر، وعلى هذا يترتب على مضي المدة ما يأتي:

إذا انتهت مدة الإجارة، وللمستأجر في الأرض ملك له نهاية معلومة كزرع له لم يبلغ حصاده، تبقى الأرض في يده بأجر المثل إلى أن يحصد الزرع لأنه بهذا يدفع الضرر عن المستأجر من غير إضرار بالحكر، مادام يستحق له أجر المثل.

وأما إذا انتهت مدة الإجارة، وللمستأجر في الأرض ملك ليس له نهاية معلومة كالبناء وغيره، فهنا يفرق في الحكم بين حالتين:

الأولى: أن يكون المستأجر قد أذن من الناظر بالبناء أو الغرس وانتهت المدة، فترك الأرض في يده مادام يدفع أجر مثلها، وفي هذا دفع الضرر عنه من غير إضرار بالوقف، ويكون هذا تحكيراً ضمناً.

الثانية: أن لا يكون مأذوناً له بالبناء أو الغراس من قبل الناظر وبنى أو غرس في أرض الوقف، فهنا ينظر: إن كان ما بناه أو غرسه، من مال الوقف، يكون ما بناه للوقف، ولا حق له في الرجوع على الوقف بما أنفق في البناء والغرس، من أجور العمال أو ثمن المؤن، لأنه أنفق بغير إذن،

أما إذا كان ما بناه أو غرسه من ماله هو، فعليه قلع ما بناه أو غرسه، إذا كان القلع والهدم لا يضر بأرض الوقف، وإن كان يضر بها، كان عليه أن ينتظر حتى ينهدم البناء ويأخذ أنقاضه، لأنه المضيع لما له بالبناء والغرس بدون إذن الناظر، ولو اتفق مع الناظر على أن يجعله للوقف بثمن لا يتجاوز أقل القيمتين منزوعاً أو مبنياً فيه صح. (٣٢: ٥٩٣/٣).

قال ابن نجيم: " ينظر: إن كان رفع البناء لا يضر بالوقف، فله رفعه لأنه ملكه، وإن كان يضر به فليس له رفعه، لأنه وإن كان ملكه، فليس له أن يضر بالوقف، ثم إن رضي المستأجر أن يملكه القيم للوقف مبنياً أو منزوعاً أيهما كان أخف، يملكه القيم، وإن لم يرض لا يملك، لأن التملك بغير رضاه لا يجوز فيبقى إلى أن يخلص ملكه". (٣: ٢٥٧/٥)

وبما أن العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر مدة الإجارة، فإن عليه بعد انتهاء المدة أن يسلمها إلى المؤجر سليمة غير منقوصة عن حالتها الأولى فإذا وجد بها نقص أو تلف، وثبت أن ذلك كان بغير تعد أو إهمال، لا يضمنه المستأجر، كما إذا ثبت أن الأشجار تلفت بريح عاصفة، أو أن البناء تهدم بزلزال.

تبين من كلام الفقهاء رحمهم الله أنهم يثبتون للمحكر الحق ولو بعد مضي المدة مادام لا يضر بالوقف وأنه يترتب على مضي المدة حق الاحتكار خاصة إذا كانت هناك مصلحة ولم يكن فيها ضرر لأحد الجانبين؛ لأن الحكر قد يكون للأبد وقد يكون لمدة طويلة والمستأجر يستأجره للبناء أو الغراس فبعد انتهاء المدة إذا كان يؤدي إلى الضرر به لا ينبغي الأخذ منه بل يبقى بيده ويدفع أجره المثل.

موقف القانون من الحقوق المترتبة على الحكر بعد انتهاء المدة:

القانون المدني الأفغاني أشار إلى موضوع حقوق الحكر بعد انتهاء المدة، باختصار شديد، حيث ورد في المادة (٢٣٣٣) فقره ١- حق الحكر ينتهي بانتهاء المدة وتنتهي حقوق المحكر عند ذلك.

فقرة ٢- وقبل مضي المدة المقررة ينتهي حق الاحتكار قبل غرس الأشجار أو البناء بوفاء المحكر إلا إذا اتفق جميع الورثة ببقائه فعند ذلك يبقى الحكر. (١٣: ٧٥٣)

و ورد في المادة (٢٣٣٦) عند فسخ عقد الحكر إن كان هناك أشجار أو بناء في الأرض فإن المحكر بالخيار بين أن يقلع الأشجار ويهدم البناء أو يبيعها بأقل قيمة إلا إذا تمت الموافقة على عكس من ذلك. (١٣: ٧٥)

المقارنة بين الفقه والقانون:

اتفق الفقه والقانون بأنه يترتب على مضي المدة حق للمحتكر وهو بقاء الحكر معه مادام يدفع أجرة المثل ولم يكن هناك ضرر على الوقف فقد أثبت هذا الحق كل من الفقه والقانون إلا أن القانون الأفغاني اشترط موافقة جميع الورثة وورد في الفقه أنه إذا أبقى الموقوف عليهم بعد انتهاء المدة إلا القلع ليس لهم ذلك إذا كان هذا العمل يؤدي إلى الإضرار بالغير

الأجرة الواجبة مقابل الحكر:

اتفق الفقهاء على أن العين الموقوفة إذا رغب في إجارتها، فإنها تؤجر بأجرة المثل (٢٣: ٩٩/٧)، إلا أن هذا الأصل المتفق عليه ليس مطلقاً، بل إن للفقهاء على اختلاف مذاهبهم تفصيلات فيما يختص بالإجارة بأقل من أجر المثل.

أولاً: اختلفوا في تحكير الوقف بأقل من أجرة المثل:

فالحنفية لا يجزونه يقول ابن عابدين: " لا يصح تحكير الوقف إذا كان بغين فاحش، إلا عن ضرورة، وفي فتاوى الحانوتي شرط إجارة الوقف بدون أجرة المثل إذا نابته نائبة أو كان ديناً". (٢: ٤٠٢/٤) و الشافعية والحنابلة يفرقون بين أن يؤجر المتولي العين الموقوفة على غيره، والعين الموقوفة عليه. ففي الحالة الأولى لا يجوز له أن يؤجرها بأقل من أجرة المثل، أما في الحالة الثانية فإن ذلك له، قياساً أولوياً على صحة الإعارة منه وانتقال ملكية المنافع. (١٧: ٢١٠/٣).

تبين من كلام الفقهاء رحمهم الله أنهم لا يجيزون تحكير الموقوف إلا بأجرة المثل وأنه متى نقصت الأجرة عن المثل فلا يجوز إلا إذا كان النقص يسيراً وهو مما يتسامح الناس به، وزاد الحنابلة والشافعية على ذلك إذا كان الإجارة على المتولي نفسه فإنه يجوز والحالة هذه إجارته بأقل من أجرة المثل .

موقف القانون

أكد القانون المدني الأفغاني على أداء الأجرة حيث ورد في المادة (٢٣٢٨) المحتكر مكلف بأداء الأجرة المتفق عليها في الوقت المقرر له إلى المالك. (١٣: ٧٥٤).

وورد في المادة (٢٣٢٩) إن تم عقد الحكر بأقل من أجره المثل فهذا لا يجوز، و زيادة الأجرة أو نقصانها تعدل بأجرة المثل إذا كانت الزيادة أو النقصان بلغت حد الخمس ومضى عليها خمس سنوات. (١٣: ٧٥٤)

المقارنة بين الفقه والقانون:

اتفق الفقه والقانون على أنه لا يجوز التحكير بأقل من أجر المثل إلا أن الفقه يجيز النقص اليسير كما هو عند الحنفية، بينما الشافعية والحنابلة يرون إضافة إلى ذلك جواز التحكر بأقل من أجر المثل إذا كان المتولي قد أجره على نفسه، والقانون أيضا يجوز الزيادة والنقصان؛ لأنه قد ورد في القانون المدني الأفغاني أن أجره الحكر هي أجره المثل وهي غير ثابتة، بل تقبل الزيادة والنقصان بحسب الزمان والمكان، وزيادة الأجرة ونقصانها تتعلق بالتغيير ولكن لا يجاوز الخمس زيادة أو نقصا، بشرط مضي خمس سنوات على آخر تقدير، ولم يكتف بهذا بل قال متى ما حكرت خطأ بأقل من أجر المثل فإنه يجب رفع الأجرة إلى أجر المثل وبناء على هذا يتفق القانون مع الفقه في زيادة الأجرة ونقصانها.

ما يترتب على التحكير بغبن فاحش

قدمنا أن الفقهاء يرون عدم جواز التحكير بأقل من أجره المثل، فلو أجر الناظر الوقف بغبن فاحش في أجره، ترتب على ذلك نتائج مختلفة بحسب اختلاف آراء العلماء في هذه المسألة على النحو التالي:

١- رأي الحنفية: للحنفية تفصيل في الموضوع كالتالي:

أولاً: يرى الحنفية أن ناظر الوقف إذا أجر الوقف بأقل من أجره المثل وبغبن فاحش، يترتب عليه فساد عقد الإجارة.

قال ابن عابدين: "ويشترط -أيضا- أن يؤجر بأجرة المثل، وإلا لم يصح". (٣: ٥٥٤/٣)

أ- فإن استغلها فعليه أجر المثل، ووجهه: أن المتولي أبطل بالتسمية ما زاد على المسمى إلى تمام أجر المثل، وهو لا يملكه، فيجب أجر المثل، كما لو أجر من غير تسمية أجر". (٢٤: ٥٤)

ب- أما إذا لم يستغلها، كالدائر يقبضها ولا يسكنها فهو يرى أن لا أجر عليه.

ووجهه: أن أجر المثل لا يلزمه في الإجارة الفاسدة، بكونها في يده، بل لا بد من استعمال العين الموقوفة المؤجرة له، كي يجب أجر المثل عليه.

كما نقل عن بعض الفقهاء: أن المستأجر يصير غاصبا، عند من يرى غصب العقار، فإن لم ينتقص شيء من المنزل وسلم، كان على المستأجر الأجر المسمى لا غير". ويرى صاحب الإسعاف: أن الفتوى على أنه يجب أجر المثل على كل حال. (٥٤: ٢٤)

ويؤيده ما جاء في الدر المختار إذ يقول: " والموقوف إذا أجره المتولي بدون أجر المثل، لزم المستأجر تمامه، أي تمام أجر المثل، كأب، وكذا وصي أجر منزل صغيره بدونه، فإنه يلزم المستأجر تمامه، إذ ليس لكل منهما ولاية الحط والإسقاط". (٥٥٤/٣: ٢)

وإذا كان الحنفية يلزمون المستأجر بأجر المثل في كل الأحوال، فهم بذلك ينفون عن القيم دفع أي ضمان في هذا مطلقا. (٥٥٤/٣: ٢)

ثانيا: يرى الحنفية أن الناظر إذا كان عالما بأجرة المثل، وأجر الموقوف بأقل منه، فإن ذلك يعد خيانة، وكذلك إذا فعله الواقف، ويترتب عليه، إخراج الوقف من ولايته إذا كان غير مأمون عليه. (٣: ٢٥٨/٥) قال ابن عابدين: " ينبغي أن يكون ذلك خيانة من المتولي لو كان عالما بذلك". (٥٥٤/٣: ٣)

ثالثا: ذهب الحنفية إلى أن المستأجر بأقل من أجر المثل مما لا يتغابن فيه الناس، إذا امتنع عن تمام أجر المثل، فإن الناظر، إذا ظفر بمال المستأجر، وكان من جنس حقه أن يأخذ النقصان منه، فيصرفه في مصارفه، وذلك جائز فضاء وديانة عندهم

2- رأي الحنابلة: يرى الحنابلة صحة عقد الإجارة إذا أجر الناظر العين الموقوفة بأقل من أجرة المثل، حتى إذا كان صاحب هذه الإجارة غبن فاحش، وإذا كان الحنابلة يرون صحة عقد الإجارة مع الغبن الفاحش، فإنهم لم يعفوا الناظر من الضمان عن نقصان أجرة الموقوف عن مثلها، فلهم أن ضمان الناظر النقص في الأجرة فيما لا يتغابن به في العادة، إذا كان الناظر غير المستحق في الوقف، وأما إذا كان الناظر هو المستحق الوحيد في الوقف، فالظاهر أنه لا يضمن، لأن الإنسان لا يضمن ماله، أما ضمانه حال كونه غير المستحق في الوقف، فلأنه يتصرف في مال غيره على وجه الحط، فضمن ما نقصه بعقده، كالوكيل إذا باع أو أجر بدون ثمن أو أجر المثل. (٣٢: ٣٤٠/٤)

3- رأي المالكية: يرى المالكية أن الناظر إذا أكرى العين الموقوفة بأقل من أجرة المثل ضمن تمام أجرة المثل إن كان مليا، وإلا رجع على المستأجر، لأنه مباشر، وكل من رجع عليه لا يرجع على الآخر، هذا ما لم يعلم المستأجر بأن الأجرة غير أجرة المثل، فإن كلا منهما ضامن، فيبدأ به. (٢٣: ٩٩/٧)

تبين من آراء العلماء أنهم لا يجيزون التحكير بغبن فاحش وإن وقع ذلك فإنه يجب أجرة المثل على الرأي الراجح عند الحنفية؛ لأنهم قالوا بفساد العقد، والعقد الفاسد عندهم يصير صحيحا إذا زالت صفة الفساد، وكذلك عند المالكية لو وقع ذلك بغبن فاحش يجب أجرة المثل، والحنابلة وإن قالوا بصحة عقد الإجارة إلا أنهم جعلوا الضمان على الناظر فيما لا يتغابن به في العادة. وهذا إذا كان الناظر غير المستحق في الوقف فإن كان هو المستحق الوحيد فالظاهر عدم الضمان.

موقف القانون

القانون المدني الأفغاني يؤكد على أجرة المثل كما ورد في المادة (٢٣٢٩) وأنه إذا تم العقد بأقل من ذلك يجب أجرة المثل ومعنى هذا أن القانون لا يقبل الغبن مطلقا.

المقارنة بين الفقه والقانون

مما تقدم أنه ليس هناك خلاف في أن الغبن الفاحش قد يؤدي إلى فساد العقد وأن يجب اصلاح العقد أولا بأجرة المثل فإن لم يتم ذلك فالعقد يفسخ.

أسباب انقضاء الحكر:

الحكر غالبا يكون مستمرا، مالم ينص في العقد على مدة معينة، فينقضي بانقضائها، ويجوز كذلك فسخ عقد الحكر ولو كان دائما إذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة ثلاث سنوات، ولا ضرورة لإنذار المستأجر بفسخ الحكر، هذا وهناك عدة أسباب يؤدي إلى انتهاء الحكر وهي على النحو التالي:

أولا: موت العاقدين الحكم العام عند الحنفية أن عقد الإجارة ينتهي بموت العاقدين أو أحدهما، غير أن عقد الحكر لا ينتهي ولا يفسخ بموت المؤجر، سواء كان هو الواقف بماله من الولاية أو ناظر الوقف، وإنما ينتهي بموت المحتكر، فإنهم يرون أنه إذا مات المستحكر قبل أن يبني أو يغرس في الأرض المستحكرة انفسخت الإجارة، وليس لورثته البناء في الأرض أو الغرس فيها إلا بإذن الناظر. (١: ١٣١/٢)

وإذا كان المستأجر جماعة، فلا تبطل بموت بعضهم قبل تمام المدة، وتصرف حصة الميت إلى ورثته (١٤):

٣/٣٤٥، وذلك لأن المؤجر في الوقف ليس مالكا للعين، ولا لمنفعتها والعقد لم يقع له، فموته لا يغير حكمه،

وأما المستأجر فالعقد وقع له والأجر ملزم من ماله، ولو بقي العقد بعد موته لاستحقت الأجرة من مال غيره، وهذا خلاف موجب العقد.

الصورة الأولى: أن يؤجر الناظر العين الموقوفة عليه، والحكم فيه ما نقله الشيرازي "فإن أجر وقفا عليه، ثم مات، فقيه وجهان:

أحدهما: لا يبطل؛ لأنه أجر ما يملك إجارته، فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات، فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية، لأن المنافع في المدة الباقية حق له، فاستحق أجرتها.

وثانيهما: تبطل؛ لأن المنافع بعد الموت حق لغيره، فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية". (٢٢: ٢٠٧)

ويفترق هذا الحكم في الوقف عنه في الملك من حيث أنه إذا أجر ملكه ثم مات، فإن الوارث يملك من جهة المورث، فلا يملك ما خرج من ملكه بالإجارة، فلا يبطل العقد.

أما في الوقف فإن البطن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف، فلا ينفذ عقد الأول عليه.

الصورة الثانية: أن يكون المؤجر هو البطن الأول من الموقوف عليهم، فإذا أجر هذا البطن مدة، ثم مات قبل انتهاء المدة وشرط الواقف لكل منهم النظر في حصته مدة استحقاقه فقط، قال الشربيني الخطيب: " فالأصح انفساخها فيما بقي من المدة..... لأن الوقف انتقل استحقاقه بموت المؤجر لغيره، ولا دلالة عليه ولا نيابة. والثاني: لا تنفسخ في الوقف كالمالك" (٢١: ٣٥٦/٢)، ومثل البطن الأول في هذا جميع البطون.

الصورة الثالثة: لو أجر أحد الموقوف عليهم المشروط له النظر ثم مات انفسخت الإجارة في نصيبه خاصة كما أشار إليه الأذري. (٢١: ٣٥٧/٢)

الصورة الرابعة: لو أجر الناظر للبطن الثاني، فمات البطن الأول، فقد انتقلت منافع الوقف إليهم، فتنفسخ الإجارة، لأن البطن الثاني المؤجر صار مستحق المنافع، ولا يستحق لنفسه على نفسه. (٢١: ٣٥٧/٢)

والمالكية كالشافعية: يفسخون الإجارة بموت الناظر إذا كان من جملة المستحقين للوقف، ولا يفسخونها بموته إن لم يكن كذلك، قال الدسوقي في إجارة الناظر للوقف: " المراد بالناظر في كلام المصنف من كان من جملة الموقوف عليهم، وأما غيره فيجوز له أن يكري أزيد من ذلك، لأن بموته لا تنفسخ الإجارة، بخلاف المستحق، فإنه تنفسخ الإجارة بموته". (١٨: ٩٤/٤)

إذا العلماء متفقون على أنه لا ينفسخ الحكر بموت المؤجر وأما موت المستحكر فيرى الحنفية فسخه بموته

بخلاف الشافعية والمالكية.

موقف القانون من موت العاقدين:

ينتهي العقد بموت المحتر كما ورد في المادة (٢٣٣٩) وكذلك ورد في المادة: (٢٣٣٥) ينتهي إذا لم يتم المحتر بأداء الأجرة لمدة سنتين متواليتين ففي هذه الحالة يستطيع المالك فسخ العقد. (١٣ : ٧٥٧) وأيضا ورد في المادة (٢٣٣٧) إذا لم يستفد عن الأرض المحتركة لمدة خمسة عشر سنة فإن حق الحكر ينتهي عند ذلك. (١٣ : ٧٥٦)

المقارنة بين الفقه والقانون:

القانون يساير الفقه الحنفي بل هو مأخوذ من ذاك الفقه لأن كلا منهما يرى فسخ الحكر بموت المحتر قبل أن يبني أو يغرس، فليس بينهما خلاف بل إن القانون أخذ هذا الحكم من الفقه تماما. انقضاء الحكر بهلاك البناء أو الأشجار: إذا خرب البناء الذي بناه المحتر في أرض الوقف وزال عنها بالكلية، ينقض حق المحتر في القرار فيها، وهذا إن كان بعد انقضاء مدة الإجارة لا في المدة، وكذلك إن فنيت الأشجار التي في الأرض الزراعية وذهب كردارها لا يكون للمحتر حق في الاستمرار في شغلها، إن حصل ذلك بعد انقضاء مدة الإجارة. (٢٤ : ٢٥٢/٢)

الخاتمة: توصلت إلى النتائج الآتية:

١. إن الشريعة الإسلامية الغراء قد تكفلت بكل القضايا التي فيها مصلحة العباد في الدنيا والآخرة.
٢. إن فقهاء الشريعة الإسلامية قد تطرقوا لكل القضايا التي وقعت في زمنهم أو ما قد تطرح في المستقبل مما فيها مصالح الناس الاقتصادية، أو السياسية، أو الاجتماعية..... ومنها موضوع الحكر.
٣. موضوع الحكر من الموضوعات التي تحقق للأمة مصالح اقتصادية عديدة حيث أن الأراضي الخربة التي تصعب على أصحابها أو كانت وقفا ليس لها ريع فإن الحكر طريق مثمر لحل الموضوع.
٤. فقهاء الشريعة قد سبقوا الحقوقيين إلى حل جميع القضايا التي تحقق مصالح الناس وتؤدي إلى منفعتهم عاجلا أو أجلا

التوصيات

يرى الباحثان أن من حلول الموضوع المعقد المستورد فى الفقه الحنفي ومدى توافقه مع القانون المدنى

الأفغانى:

- ينبغى تحقيق موضوع الحكر وتدرسه لطلبة كلية الشريعة والحقوق لأن لها فوائد اقتصادية عظيمة
- يوصى الإخوة الطلبة رعاية مصطلحات الفقهاء و مقارنتها بالقوانين المعاصرة كى نصل إلى النتيجة المرغوبة
- موضوع الحكر اهتم بها الفقهاء الحنفية كثيرا ولا نجد بهذه الوتيره في كتب بقية العلماء وكذلك لم يتطرق له أكثر الحقوقيين فينبغى دراسة هذا الموضوع من جوانبه المختلفة و مقارنته بالقوانين المعاصرة .

المراجع والمصادر:

١. ابن عابدين، الشيخ العلامة محمد امين، العقود الدرية فى شرح تنقيح الفتاوى الحامدية، الطبعة الثانية المطبعة دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.
٢. ابن عابدين، الشيخ العلامة محمد امين، حاشية ردالمختار على الدرالمختار، الطبعة الاولى سنة ١٣٩٩ هـ ق مكتبة ماجدية عيدكاه طوغى رود، كويتا باكستان و كذلك طبع الاستانة سنة ١٣٢٦ هـ ق المطبعة العثمانية.
٣. ابن عابدين، الشيخ العلامة محمد امين، منحة الخالق حاشية على البحر الرائق لابن عابدين المطبعة العلمية بالقاهرة.
٤. ابن قيم الجوزية، شمس الدين ابو عبدالله محمد بن ابى بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الناشر مكتبة الكليات الازهرية.
٥. ابن منظور الافريقي، جمال الدين محمد بن مكرم، (ب ط) لسان العرب، مطبعة دارصادر بيروت.
٦. ابن نجيم، شيخ زين العابدين ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية دارالمعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان.
٧. ابن همام، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، شرح فتح القدير، مطبعة مصطفى محمد سنة ١٣٥٦ هـ ق، والطبعة الثانية دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
٨. ابو حبيب، سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، مطبعة ادارة القران والعلوم الاسلامية كراتشى باكستان.
٩. باشا، القدري، قانون العدل والإنصاف فى القضاء على مشكلاة الاوقاف.
10. باشا، القدري، مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان، مطبعة بولاق القاهرة سنة ١٣٠٩ هـ.
١١. البهوتي الحنبلي، منصور بن يونس بن ادريس، كشف القناع عن متن الاقناع، الطبعة الاولى المكتب الاسلامى دمشق سنة ١٣٨٠ هـ ق.
١٢. البهوتي، العلامة منصور بن يونس بن ادريس "ت ١٠١٥ هـ ق" شرح المنتهى الارادات، مطبعة رئاسة ادارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد المملكة العربية السعودية.
١٣. الجريدة الرسمية، وزارة العدل، القانون المدني، المطبعة الدولية، الدولة الجمهورية الاسلامية افغانستان، ١٣٥٥ هـ ش كابل.

- ١٤ . جماعة من علماء الهند الاعلام، العلامة مولانا الشيخ، الفتاوى الهندية، الطبعة الثانية سنة ١٤٠٣ هـ ق، المطبعة مكتبة ماجدية عيدكاه، كويتا باكستان.
- ١٥ . الحسيني، محمد مرتضى، تحقيق عبدالكريم الغرباوه، تاج العروس، مطبعة دار الهداية للطباعة والنشر والتوزيع.
- ١٦ . الخصاف، ابوبكر احمد بن عمرو الشيباني، أحكام الأوقاف للخصاف، مطبعة ديوان عموم الاوقاف المصرية ١٣٢٢ هـ ق/١٩٢٢ م الطبعة الاولى.
- ١٧ . الدردير، احمد بن محمد بن احمد العدوي الشهير بالدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، مطبعة التقدم العلمية — مصر سنة ١٣٣١ هـ ق و طبع اخرى بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه مصر.
- ١٨ . الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، “ ت ١٢٣٠ هـ ق” مطبعة عيسى البابي الحلبي و شركاه مصر.
- ١٩ . رسالة الخطاب فى حكم بيع الاحباس، مخطوط.
- ٢٠ . سنهوري، دكتور عبدالرزاق، عقد الإيجار، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ٢١ . الشربيني، مع تعليقات للشيخ جوبلي بن ابراهيم، مغني المحتاج الى الفاظ المنهاج، مطبعة، دارالكتب، بيروت لبنان.
- ٢٢ . الشيرازي، ابى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف، المهذب، مطبعة عيسى البابي الحلبي و شركاه مصر.
- ٢٣ . الصعيدي العدوي، ابى الحسن على بن احمد، العدوي على الخرشي،”ت ١١٨٩ هـ ق” مطبوعة على هامش الخرشي.
- ٢٤ . الطرابلسي، برهان الدين، ابراهيم بن موسى بن ابى بكر بن الشيخ علي، الإسعاف فى احكام الاوقاف، المطبعة الكبرى المصرية ١٢٩٢ هـ ق.
- ٢٥ . الطرسوسي، نجم الدين ابراهيم بن علي بن احمد عبدالواحد، أنفع الوسائل فى تحرير المسائل — الفتاوى الطرسوسية، مطبعة الشرق مصر سنة ١٣٤٤ هـ ق/ ١٩٢٦ م.
- ٢٦ . عليش، الشيخ، فتوى الشيخ عليش المسماة — فتح العلي المالک فى الفتاوى على مذهب الامام مالک، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة سنة ١٣٧٨ هـ ق.
- ٢٧ . الفتاوى الخيرية لنفع البرية، المطبعة دار سعادت عام ١٣١١ هـ ق.

٢٨. النجدي، احمد بن محمد المنقور التميمي، "ت ١١٢٥ هـ ق" الفواكه العديدة في المسائل المفيدة —
مجموع المنقور، المطبعة العامرية بمصر ١٣١٩ هـ ق.
٢٩. النووي، الامام ابي زكرية يحيى بن شرف(ت ٦٧٦)، روضة الطالبين، الطبعة الثانية ١٤٠٥ هـ ق/
١٩٨٥ م المكتبة الاسلامية.
٣٠. الهثيمي، ابن حجر، الفتوى الكبرى الفقهية لابن حجر، "٧٠٨ هـ ق" مطبعة دار صادر بيروت.
٣١. الهثيمي، ابي العباس احمد بن محمد بن حجر، تحفة المحتاج الى شرح المنهاج، مطبة مصطفى محمد،
المكتبة التجارية الكبرى مصر، سنة ١٣٠٤ هـ ق.
٣٢. يوسف، الشيخ مرعى بن يوسف، غاية المنتهى الجمع بين الاقناع والمنتهى، "ت ١٠٣٣ هـ ق" الطبعة
الاولى بدمشق.