



AWQAF



Refereed Biannual Journal Specialized in Waqf & Charitable Activities

No. 48 - 25th Year, Muharram 1447 AH / June 2025 AD

Editorial

- **Waqf and Human Values**

Research in French

- **The Jurisprudential Reference to The Provisions of The Endowment in Algerian Legislation.**
(Dr. Zabih Sufyan - Translated by: Dr. Amal Amiri)

Research in Arabic

- **Impact of Endowment Banks... A Forward-Looking Vision.**
(Dr. Abdullah Al-Sadhan)
- **Merchants' Endowments and Their Impact on The Scientific and Social Life in Makkah Al-Mukarramah During the Era of The Mamluk Sultans (648-923 AH / 1250-1517 AD).**
(Dr. Reda Al-Saeed)
- **Waqf Investment Sukuk As A Model for Islamic Innovations in Development**
(Ibrahim Al-Azraq)

Articles

- **Ruling on Waqf of Animals for The Purposes of Medical Experiments on Them in Islamic Jurisprudence.**
(Dr. Hamza Abdul Karim Hammad)



ISSN 1609-4662

Issued by Kuwait Awqaf Public Foundation
Studies and External Relations Department

KAPF mission: Disseminating Waqf Culture
so all Relevant Publications are **not for sale**

48

AWQAF

Refereed Biannual Journal Specialized in Waqf and Charitable activities

Chief Editor

Acting Secretary General

Naser Mohammad Alhamad

Deputy Chief Editor

**Deputy Secretary General Administrative
and Support Services**

Amal Al-Dallal

Managing Editor

Director of Studies and External Relations Department

Lina Faisal Al-Mutawa

Editorial Advisor

Dr. Tarak Abdallah

Editorial Secretary

Reham Ahmed Bokhowah

Editorial Board

Dr. Issa Z. Shaqra

Dr. Mohammed M. Ramadan

Dr. Riham Ahmed Khafagy

Dr. Essa S. Alqadomy

Dr. Eman Saad Almulla

Dr. Sayyed Mohamed Muhsin

**The views and opinions expressed in this journal
are those of the authors and do not necessarily reflect the
views and opinions of the magazine or
Kuwait Awqaf Public Foundation.**

**AWQAF journal is listed in EBSCO directory
in three languages.**

Deposited at KAPF Department of Information
and Authentication under number (223) on 11/5/ 2025

Abu Hurairah (may Allah be pleased with him) reported, The Messenger of Allah (peace be upon him) said: “When a man dies, his deeds come to an end except for three things: Sadaqah Jariyah (ongoing charity); a knowledge which is beneficial, or a virtuous descendant who prays for him (for the deceased).”

[Narrated by Muslim]

Project of AWQAF journal

AWQAF Project is based on a conviction that Waqf — as a concept and an experience — has a great developmental potential which entitles it to contribute effectively to the Muslim communities and cope with the challenges which confront the Muslim nation.

The history of Islamic world countries also reflects on Waqf rich experience in devising a societal involvement which encompasses almost all diverse walks of life and helps primarily in developing solutions for emerging human difficulties. During the decline of the Muslim nation, Waqf provided shelter and support for a significant share of the innovations that Islamic civilization was famed for and secured their passing from one generation to another.

Nowadays, the Islamic world is witnessing a governmental and popular orientation towards mobilizing its material competencies and investing its genuine perceptions that culture makers' cherish in a spirit of scholarly innovation to arrive at fully comprehensive developmental models deeply rooted into the values of righteousness, virtue and justice.

Based on this conviction, AWQAF Journal embarks upon achieving a mission that would enable Waqf to assume the real and befitting standing in the Arab and Islamic field of thought. It therefore seeks to emphasize Waqf as a discipline those remotely or greatly interested in Waqf to uphold a scientific trend towards developing Waqf literature and link it to comprehensive social development considerations.

Since the basic concept of waqf is related to volunteering, such a requirement cannot prosper unless Awqaf Journal becomes concerned with the social work which is directly related to community issues, social work, volunteering and other relevant issues which, when combined together, accept that reaction between the state and the society and the balanced partnership in making the future of the society and the role of the NGOs in this effort.

AWQAF Journal Objectives

- Reviving the culture of Waqf through familiarizing the reader with its history, developmental role, jurisprudence, and achievements which Islamic civilization grew into until recent times.
- Intensifying the discussions on the scientific potentials of Waqf in modern societies through emphasis on its modern structures.
- Investing in current Waqf projects and transforming them into an intellectual and culture-based product for deliberation among specialists. This is hopefully expected to induce interaction among researchers and establish a linkage between theory and practice of the tradition of Waqf.
- Promoting reliance on the civilizational repertoire in terms of social potential resulting from a deeply rooted and inherent tendency towards charitable deeds at the individuals and nation's behavior levels.
- Strengthening ties between the Waqf school of thought, voluntary work and NGOs.
- Linking Waqf to other areas of social activities within an integrated framework to create a well-balanced society.
- Enriching the Arab library on this newly emerging topic, i.e. Waqf and Charitable Activities.

An Invitation to All Researchers and interested People

AWQAF Journal would naturally aspire to accommodate all the topics that have a direct or indirect relationship to Waqf such as charitable activities, voluntary works, community and development organizations, and reaches out to researchers and those interested in general in interacting with it; in order to meet the challenges that obstruct the march of our societies and peoples.

The journal is pleased to invite writers and researchers to contribute in one of the three languages (Arabic, English and French) to the material related to the objectives of the journal and Waqf horizons in the different sections such as studies, book reviews, academic dissertations abstracts and coverage of seminars and deliberations the ideas published on.

Materials intended for publication in AWQAF Journal should observe the following:

- The material should not have been published in any journal (electronic or printed)
- The material should abide by the academic ethics related to documenting the references and sources, together with conducting an academic handling.
- A research should fall in (4000 to 10,000) words, to which a summary of 150 words in both Arabic and a foreign language should be attached. Researches meant for publication shall undergo a secret academic refereeing.
- A researcher should attach the form of Work Originality to his research.
- An article should fall in 2000 - 4000 words.
- The Journal receives book's presentations and here priority is given to modern publications. The revision should fall in 500 to 1000 words. The presentation should include the main points about the book , for example the author, publisher, year, version, along with laying stress on the presentation, analysis through scientific method, interest in the essence of the book and its chapters, and assessing it in the light of other relevant works.
- The Journal receives coverages of seminars and conferences, provided that a report should mention the organizing body, the subject of the seminar, place and date of the seminar, the major axes, survey of the researches submitted with their main ideas. There should be a stress on the recommendations of the seminar, together with indicating the activities conducted on the sidelines of the seminar (if any).
- Materials sent to the Journal are not returnable if published or not.
- The Journal is authorized to re-publish the material wholly or separately, either in the original language or translated. This is carried out without referring to the researcher for permission. The researcher is entitled to publish his work in a book or any other form after it appears in the Journal on condition that a note concerning its previous publication should be indicated.
- Material appearing in the Journal expresses the attitude of its author and does necessarily reflect the attitude of the Journal.
- Researchers shall receive a financial remuneration for their researches, articles and other relevant works approved for publication according to the applicable rules in this regard, in addition to 20 offprints.
- Failure to comply with the academic ethics made deliberately through literal borrowing of sections and paragraphs from different sources on the Internet or otherwise without indicating this, the internal rules of the Journal will stop their contributions to the Journal in the future.
- The researcher is empowered to deal with his research after it appears in the Journal provided a note should be sent to the Journal to this effect
- The Journal reserves the right to publish the material as per its plan.
- Any material published in AWQAF Journal expresses the opinions of the authors and not necessarily those of journal publisher.
- All correspondence should be sent to:

**AWQAF Editor in Chief,
P.O.BOX 482 Safat, 13005 Kuwait
Tel: (00965) 22065756 Fax: (00965) 22542526
E-mail: awqafjournal@awqaf.org
<https://www.awqaf.org.kw/AR/Pages/AwqafJournal.aspx>**

Contents



Editorial

Waqf and Human Values 8

Foreign Section Research in French

The Jurisprudential Reference to The Provisions of The Endowment in Algerian Legislation.

(Dr. Zabih Sufyan - Translated by: Dr. Amal Amiri) 15

Arabic Section Research

Impact of Endowment Banks... A Forward-Looking Vision.

(Dr. Abdullah Al-Sadhan) 15

Merchants' Endowments and Their Impact on The Scientific and Social Life in Makkah Al-Mukarramah During the Era of The Mamluk Sultans (648-923 AH / 1250-1517 AD).

(Dr. Reda Al-Saeed) 46

Waqf Investment Sukuk As A Model for Islamic Innovations in Development

(Ibrahim Al-Azraq) 91

Article

Ruling on Waqf of Animals for The Purposes of Medical Experiments on Them in Islamic Jurisprudence.

(Dr. Hamza Abdul Karim Hammad)..... 125

Book Review

Book Review: Saffron in Kachanic.

(Author: Elbert Hessa - Presentation: Prof. Dr. Muhammad Muwaffaq Al-Arnaout).... 165

Book Review: The State and General Endowments in Tunisia from Containment to Abolition (1858-1956).

(Author: Dr. Amina Awni - Presentation: Dr. Sadaq Salami) 172

News and Coverages

Holding the Tenth Jaafari Endowment Forum..... 177

Holding a specialized international symposium on digital endowments..... 178

The Awqaf Foundation launches the “MFAZ” competition in cooperation with the Ministry of Education 181

The Awqaf Foundation sponsors the students of the twenty-sixth scholarship course..... 182

Symposium Review

Digital Endowments: Its Legitimacy, Applications and Impact on Sustainable Development 184

Report

Endowments of Al Safala Castle in Wadi Al Maawal Province in the Sultanate of Oman 203

Editorial



Endowment and Human Values

Abd al-Rahman ibn Khaldun (1332-1406 CE) is credited with his precedence in understanding and analyzing social phenomena using a rigorous scientific approach that is still – to this day – the origin of the modern social sciences. The author of the introduction considered that the main rule for the study of these phenomena is based on the civilization of man, i.e. the necessity of living with others, as “he does not exist except with his own kind, because of his inability to complete his existence and life, as he needs help in all his needs never by nature”⁽¹⁾. In trying to understand human behaviour, this necessity entails monitoring the behaviour of members of society as social beings who interact with each other in all walks of life.

It is not surprising that Islam is concerned with social relations and establishes a frame of reference through which it establishes its legislation and principles that strengthen the relationship between the slave and his Lord on the one hand, and between individuals in society on the other. The Holy Qur’an emphasizes the specificity of this equation by urging the link between faith and what requires the performance of rituals on the one hand, and good deeds on the other, and the civilized act it reflects, and the balance between material and spiritual aspects required by human relations. According to this methodological framework, Muslims understood - during the stages of building Islamic civilization - the importance of

1 Introduction to Ibn Khaldun, edited by: Abd al-Salam al-Shadadi, edition: House of Arts, Sciences and Literature, first edition, year: 2005, (241:2).

activating this equation, through the creation of mechanisms and systems that build a middle nation that testifies to people and translates practically the honor of God Almighty to man over all other creatures with reason, free will, and the ability to achieve integration between his material and spiritual requirements to achieve a balanced caliphate for man on earth. The sustainability of the connection between the rituals performed by the Muslim and the ways of guiding his daily life is a key issue in understanding the successes of Islamic civilization in its periods of prosperity.

According to this methodological context, the endowment emerges as one of the social mechanisms created by Muslims to embody the spirit of Islam in combining investment in the hereafter and strengthening social ties, as the endowment proceeds from his deep belief in the values of giving, spending, giving charity and helping others, to create a social situation that automatically translates the twinning of the soul and matter through a practical living experience in which faith in good deeds is organically linked, making faith a driving force for urbanization and morals to serve the real human needs. Accordingly, the role of the endowment is not limited to the material aspect only - despite its importance - but also promotes moral and spiritual values, such as solidarity and cooperation in a way that strengthens the immunity of society as a collective unit, and proves behavioral trends that work to overcome selfishness, and give priority to the public interest, and thus helps to spread models that embody the spirit of Islam in combining worship and charitable work, and transforming closeness to God into bridges of goodness that benefit people, and in the end the endowment contributes to the civilized response to man's exploitation of his fellow man, and provides a practical confrontation with the materialist theories that make human societies a breeding ground for human wolves that prey on each other..

The Waqf establishes a unique path of self-purification, and practical training to curb the material tyranny that obscures man's mission on earth, i.e. worshipping God by rebuilding it for the benefit of people. In fact, it reflects an advanced degree of liberation of the endower from the power of matter, and a rejection of the behaviors of extremist reproduction, to deal with the directives of the Holy Qur'an regarding the performance of the

right of money that God has left in it, the Almighty said: “Believe in Allah and His Messenger, and donate from what He has entrusted you with. So those of you who believe and donate will have a mighty reward.”⁽¹⁾ Between the endowment and the value of freedom, there is a strong relationship that opens multiple doors for civilized action, and it is among the innovations that have enabled Muslims for many centuries to produce institutions that refine themselves and advance society. It is according to these foundations that we can understand the paradox that is associated with alms and endowments, which, although based on a deliberate decrease in the money that Its social and eschatological returns, which inevitably overflow with goodness, are based on firm foundations whose adherents firmly believe that God “raises alms⁽²⁾” and “Wealth does not diminish by giving Sadaqah (charity)⁽³⁾”, which are vivid examples of the moderation of the Islamic perception in building a good life in which the mercy of heaven is mixed with the responsibility of the earth, and human values such as mercy, solidarity and synergy play a central role, embodying the words of the Almighty: “Whoever does righteousness, whether male or female, while he is a believer - We will surely cause him to live a good life, and We will surely give them their reward [in the Hereafter] according to the best of what they used to do”.⁽⁴⁾

It remains to be noted that the Islamic society is not an ideal society free from impurities or negative behaviors, but for many centuries it has maintained its balance by possessing the mechanisms of correction and reform. It is not surprising that the Holy Qur’an warns of the possibility of the wrong use of alms, and its exploitation to achieve purposes that necessarily contradict the main idea of giving, including the preservation of human material and moral dignity. Charity does not mean material giving devoid of the dignity of the recipient, and the endowment does

(1) Surah Al-Hadid, verse: 7

(2) Allah destroys usury and raises alms, and Allah does not love all unrighteous disbelievers (Surah Al-Baqarah, verse: 276).

(3) The full hadith: “Wealth does not diminish by giving Sadaqah (charity). Allah augments the honour of one who forgives; and one who serves another seeking the pleasure of Allah, Allah will exalt him in ranks”, Narrator : Abu Huraira | Muhaddith : Ibn Abd al-Barr | Source : Mnemonics | Page or number : 7/624 | Summary of the ruling of the modernist : Mahfouz Musnad Sahih - narrated from many different ways | Graduation : Directed by Muslim (2588) with a slight difference.

(4) Surah An-Nahl, verse: 97.

not depart from this equation, as it is a giving associated with achieving Human dignity is in accordance with the values of mercy, synergy and cooperation, because the aim is not only to help the needy financially, but also to preserve his humanity. In the event that alms lack these values, they cause harm, and turn into a pickaxe of destruction, control and enslavement of man⁽¹⁾, as was said in the Quran: “Kind speech and forgiveness are better than charity followed by injury, And Allah is Free of need and Forbearing”⁽²⁾.

Today, with the rapid changes taking place in the world, the Waqf remains an inspiring model for rethinking ways to achieve equitable and comprehensive development, through the development of its mechanisms and the expansion of its fields, the Waqf can be a driving force to support innovation, empower individuals, and promote economic and social stability without abandoning human values. Reviving the role of the Waqf in a contemporary context means not only preserving the traditions of giving, but also employing them in new ways that keep pace with the challenges of the times, and contribute to building a more balanced and humane future.

In the forty-eighth issue of Awqaf Journal, a group of researchers participate in topics related to the economic and legal capabilities of endowment institutions historically and at the present time, with proposals to explore their possible roles to enable Islamic societies to gain power.

As for Dr. Reda Al-Saeed Ibrahim Muhammad, he writes in his research “Merchants’ Endowments and Their Impact on The Scientific and Social Life in Makkah Al-Mukarramah During the Era of The Mamluk Sultans (648-923 AH / 1250-1517 AD)” about the role of the merchant class in Makkah Al-Mukarramah and its scientific and social impact during the

(1) It is important to note the attitudes and positions of donors in the United States of America since the seventh of October 2023, the biased political use of their donations and the pressure they exert and continue to exert within the framework of punishing all those who advocate the aspirations of Palestinians to establish their state, whether in American universities that attract their donations or in other media and political institutions.

(2) Al-Baqarah, verse: 263.

era of the Mamluk Sultans, by explaining the motives of merchants to charitable work, and the efforts of merchants in caring for the poor and endowment over them, highlighting the contributions of merchants in building and repairing religious and social facilities, and the effects of their endowments in the scientific and social fields.

Through the research entitled “ Impact of Endowment Banks... A Forward-Looking Vision” Dr. Abdullah bin Nasser Al-Sadhan discusses the problem of the relationship between endowments and the needs of society, wondering whether endowments are subordinate to needs or lead the path of societal change with an intentional process. It examines how endowment banks can be used to bring about radical and sustainable change at the temporal and spatial levels, going beyond the traditional trend towards addressing individual needs to support major societal causes. It also discusses the impact of the endowment on society by comparing the first wave, which focused on jurisprudential and historical aspects, and the expected second wave, which aims to activate the endowment as a driving development force. The researcher calls for the development of analytical endowment studies that contribute to directing endowments towards banks that have more influence on society and the nation, in order to achieve a development renaissance that goes beyond the traditional limits of the concept of endowment.

Ibrahim Abdullah Mohammed Al-Azraq discusses the issue of employing sukuk in endowments to achieve development, stressing their importance in addressing the imbalance and disruption that afflicted endowments, and restoring their role in meeting the needs of Muslims and supporting development, while proposing legitimate solutions to revive endowments and promote investment in them.

In the French section, a translation of a research published in Arabic in the forty-third issue of Awqaf Journal, by Dr. Zabih Sufyan under the title “The jurisprudential reference for the provisions of the endowment in Algerian legislation”, and this research is concerned with considering the extent to which taking jurisprudential rulings related to endowments from several schools of thought affects the consistency of legal texts. In its first

section, the research seeks to clarify the relationship between jurisprudence on the one hand, and the provisions contained in various Algerian laws that dealt with the subject of endowments on the other hand. In the second section, the research tries to address the areas of conflict between the legal texts, concluding that the legislator's lack of reliance on a jurisprudential doctrine specified in the Awqaf Law does not fundamentally affect the consistency and integration of the endowment legislative system, with the presence of stumbles in which the Algerian legislator occurred during his organization of various issues, and these stumbles need a legislative effort and a jurisprudential vision that removes the conflict between the legal texts on endowment issues.

Hamza Abdul Karim Hammad reviews in his article entitled “Ruling on Waqf of Animals for The Purposes of Medical Experiments on Them in Islamic Jurisprudence”, the legal ruling of the waqf. The research also discusses the impact of medical experiments on the endowment and proposes solutions to employ it in the service of medical development within a legal framework.

This issue also includes two important book presentations in terms of their subject matter and the way the authors deal with Waqf issues in relation to political aspects and cultural anthropology. Dr. Muhammad Muwaffaq Al-Arnaout presents the book “Saffron in Kachanic”, by the Kosovar historian Elbert Hissa, who analyzed the influence of the Ottoman Waqf on the economic, social and cultural landscape of the Balkans, with a focus on the city of Kačanik founded by the Grand Vizier Sinan Pasha. The book highlights how endowments contributed to building cities and promoting urban and economic stability, as they included facilities such as mosques, schools, and hospice, in addition to “buildings” that provided free meals to the poor and travelers. The book also discusses the introduction of new crops into Balkan cuisine, such as rice and saffron, which were the preserve of the rich, before becoming available to the general public through endowments. The author follows an analytical historical approach, based on Waqf documents that reflect the social changes brought about by the Waqf system in the region.

For her part, Dr. Sadiq Al-Salami reviews the most important problems addressed by the book “The State and General Endowments in Tunisia from Containment to Abolition (1858-1956 AD)” by Dr. Amina Al-Awni, which deals with research on the history of endowments in Tunisia since the second half of the nineteenth century, where the researcher highlighted the motives for establishing an association Endowments led by Khairuddin Pasha and Sheikh Muhammad Bayram V, and the fate of endowments as a result of neglect and encroachment, which prompted their institutionalization and transfer from the religious sphere to state control. French colonialism took advantage of this, seizing endowment lands through legal means such as landing and kardar, relying on jurisprudential outlets in the Hanafi school. Despite France’s arbitrariness in dealing with endowments, it avoided an immediate solution as it did in Algeria, and followed a gradual approach. The researcher revealed the motives for the sudden dissolution of endowments after independence by Habib Bourguiba, who targeted his political opponents, especially supporters of Salah Ben Youssef, and narrowed down on traditional groups such as zawiyas and Zaytouna sheikhs, which led to social transformations that affected the roles and privileges of these groups.

Research



Le Référentiel jurisprudentiel des dispositions relatives au waqf Dans la législation algérienne

المرجعية الفقهية لأحكام الوقف في التشريع الجزائري

Texte du Dr. Debih Soufiane ⁽¹⁾

Traduit en français par Dr. Amal Amri

Résumé

Dans notre recherche, nous avons étudié le référentiel jurisprudentiel des dispositions relatives au waqf dans la législation algérienne. Nous avons mis en relief les dispositions figurantes dans les différentes lois algériennes traitant du sujet des waqfs, en les reliant à leurs sources jurisprudentielles. L'objectif était de déterminer les écoles de jurisprudence dont le législateur algérien s'est inspiré pour élaborer ces dispositions, étant donné qu'il n'a pas adopté une seule école en particulier, et de comprendre la référence globale adoptée par le législateur algérien en matière de waqf.

Nous avons tenté de répondre à une problématique axée sur l'impact de l'adoption des dispositions jurisprudentielles relatives au waqf issues de plusieurs écoles de pensée sur la cohérence des textes législatifs, ainsi que sur la qualité et l'évolution du système législatif des waqfs en Algérie.

(1) Docteur Debih Soufiane, (Doctorat) spécialisé en droit privé de l'Université de Khemis Miliana, professeur contractuel au département de la charia islamique à l'Université de M'sila (Algérie), s.debih@univ-dbkm.dz

Notre recherche s'appuie principalement sur les méthodes descriptive et analytique, ainsi que sur les méthodes déductive et inductive, qui sont les plus appropriées pour ce type d'étude. De manière secondaire, nous avons également utilisé les méthodes historique et comparative. Enfin, nous avons formulé plusieurs conclusions et suggestions que nous avons incluses à la fin de la recherche.

Mots-clés :

Référenciel jurisprudentielle, dispositions relatives au waqf, législation des waqfs algérienne.

الملخص:

تناولنا في بحثنا هذا دراسة المرجعية الفقهية لأحكام الوقف في التشريع الجزائري؛ حيث سلطنا من خلاله الضوء على الأحكام الواردة في مختلف القوانين الجزائرية التي تناولت موضوع الأوقاف، وذلك عن طريق ربطها بجذورها الفقهية؛ بهدف معرفة المذاهب التي استمد منها المشرع الجزائري هذه الأحكام، كونه لم يعتمد مذهباً فقهياً بعينه من جهة، واستنتاج ومعرفة المرجعية التي اعتمدها المشرع الجزائري في موضوع الأوقاف ككل من جهة أخرى.

حيث حاولنا من خلاله الإجابة عن إشكالية تتمحور حول مدى تأثير أخذ الأحكام الفقهية المتعلقة بالأوقاف من عدة مذاهب على تناسق النصوص القانونية، ومدى تأثير ذلك على جودة المنظومة التشريعية الوقفية ورفقيها في الجزائر ككل، معتمدين في بحثنا على كل من: المنهجين (الوصفي والتحليلي)، وكذا المنهجين (الاستنباطي والاستقرائي) بشكل أساسي؛ كون هذه المناهج الأنسب لمثل هذه الدراسات، بالإضافة إلى المنهجين (التاريخي والمقارن) بشكل ثانوي، لنخرج في النهاية ببعض النتائج والمقترحات التي أدرجناها في نهاية البحث.

الكلمات المفتاحية: المرجعية الفقهية- أحكام الوقف- التشريع الوقفي الجزائري.

Introduction :

Le sujet de la recherche sur les référentiels de nos systèmes législatifs, en général, revêt une importance capitale, car il est étroitement lié à la préservation du patrimoine civilisationnel de la nation d'une part, et à la préservation de son identité religieuse d'autre part, ce qui se réalise à travers l'authenticité de la législation qui y est contenue.

Le sujet de la référence jurisprudentielle⁽¹⁾ de l'État algérien est, en général, un sujet de large débat ; bien que la plupart des juristes et des chercheurs l'associent à l'école malikite, étant donné qu'elle est pratiquement dominante dans l'État et en raison de sa présence historique, nous ne trouvons pas que cela soit vérifié dans la loi sur les waqfs (donation de mainmorte), ni dans le code de la famille spécifiquement, car elles sont toutes deux dérivées de la chariâ islamique. En effet, il n'existe aucune disposition dans l'une ou l'autre stipulant que la référence jurisprudentielle de l'Algérie est l'école malikite. Au contraire, nous découvrons que les articles 2 de la loi algérienne sur les waqfs n° 91-10 ainsi que l'article 222 de l'arrêté n° 02-05 relatif à la loi de la famille algérienne stipulent clairement qu'il faut se référer aux dispositions de la chariâ islamique⁽²⁾. Ce qui confirme cela, c'est que la majorité des dispositions de ces deux lois proviennent des quatre écoles jurisprudentielles.

L'idée de la recherche sur la référence jurisprudentielle des dispositions de waqf dans la législation des waqfs algériens est née après avoir constaté, au cours de l'élaboration de ma thèse (de doctorat), un certain nombre de problèmes jurisprudentiels et juridiques inclus dans de

(1) La référence jurisprudentielle désigne : l'origine à laquelle on se réfère dans un savoir, une discipline ou une question donnée. Étant donné que les connaissances en droit islamique proviennent de diverses écoles jurisprudentielles, la référence ici signifie l'une des écoles de jurisprudence et non l'ensemble. Ainsi, la référence jurisprudentielle est le choix doctrinal dans le cadre duquel la pratique juridique dans la société est organisée. Certains la définissent comme le cadre global et la méthode fondamentale basée sur des sources et des preuves spécifiques, permettant de construire une connaissance ou de comprendre quelque chose, sur lequel repose une opinion, une doctrine ou une orientation se manifestant dans la réalité par la théorie et la pratique. Voir : la référence - son sens, son importance et ses divisions, Saïd Ben Nasser Al-Ghamdi, Revue de l'Université d'Um Al-Qura, n° 50, Rajab 1431 H, pp. 381, 382.

(2) L'article (2) de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule ce qui suit : "Tous les articles de la présente loi sont inspirés de la chariâ islamique et il doit être de même pour toute question en la matière non prévue dans le présent texte." Quant à l'article (222) du code algérien de la famille, il précise : "En l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la chariâ."

nombreux articles de la loi sur les waqfs n° 91-10, ainsi que les différentes lois et décrets qui les modifient et les complètent, ou ceux qui incluent certaines dispositions réglementaires relatives aux waqfs ; et qui, parfois, présentent des contradictions entre elles(1). De plus, cette étude s'inscrit dans la continuité de nos recherches antérieures, notamment dans le cadre d'un mémoire de master portant sur la référence jurisprudentielle des dispositions successorales dans le Code de la famille algérien.

Comme mentionné précédemment, bien que la loi sur les waqfs algériens et celle de la famille soient dérivées de la chariâ islamique, il n'y a pas dans ces lois d'article ou de disposition légale spécifique indiquant quelle école est adoptée dans l'État algérien, à l'inverse de ce que l'on trouve par exemple dans des pays comme le Koweït, les Émirats et le Maroc. Au contraire, comme nous l'avons déjà observé, les articles 2 de la première et 222 de la seconde stipulent clairement qu'il faut se référer aux dispositions de la chariâ islamique dans tout ce qui n'est pas explicitement mentionné. Dès lors, nous pouvons poser la question suivante :

Problématique : Dans quelle mesure l'absence d'un choix doctrinal précis par le législateur algérien a-t-elle influencé la cohérence des textes juridiques de la loi sur les waqfs ? Est-il possible d'éliminer les contradictions entre eux sans se limiter à une école précise ?

Cette problématique entraîne un ensemble de questions secondaires, qui se présentent comme suit :

Q1: La solution réside-t-elle dans l'adoption d'une école jurisprudentielle spécifique ?

Q2 : Dans quelle mesure le législateur algérien s'est-il appuyé sur

(1) Nous faisons ici référence aux articles (3, 11, 26 bis 10, et 28) de la loi sur les biens waqf n° 91-10. L'article 3 stipule que le waqf est "est l'acte par lequel est rendu impossible l'appropriation d'un bien en son essence, pour toute personne, de façon perpétuelle, pour en attribuer l'usufruit aux nécessiteux ou à des œuvres de bienfaisance". L'article 28 confirme que " le waqf est frappé de nullité s'il est limité dans le temps ". L'article 11 stipule que l'objet du waqf peut être un bien immobilier, un bien mobilier ou un usufruit ; par conséquent, il y a une contradiction avec l'article 28, qui invalide le waqf temporaire, alors que l'usufruit est un waqf temporaire. De même, il y a une incohérence avec l'article 3, qui stipule que la détention est l'interdiction de l'appropriation du bien, qui peut être immobilier ou mobilier, et ne comprend pas les usufruits. De plus, l'article 26 bis 10 stipule que les dépôts d'utilité waqf sont un waqf pour une durée déterminée, ce qui contredit l'article 28.

l'école malikite dans la loi sur les waqfs ? Cela a-t-il un impact sur la référence jurisprudentielle du pays ?

Pour répondre à cette problématique et aux questions qui en découlent, nous avons adopté dans notre recherche les approches descriptive et analytique, ainsi que les approches déductive et inductive, car ces méthodes sont les plus adaptées à ce type d'études. Notre recours à ces méthodes se concrétise par l'analyse des textes juridiques et l'extraction des règles jurisprudentielles qui y sont contenues, ainsi que par leur classement et leur organisation selon leurs structures générales. De plus, nous avons exploré ces textes après les avoir rassemblés et examinés, afin de comprendre les dispositions qu'ils contiennent et de les relier à leurs origines jurisprudentielles afin d'inférer la référence que le législateur algérien a adoptée dans son organisation des waqfs, d'autant plus qu'il ne l'a pas précisée.

Les approches historique et comparative ont été utilisées de manière moins fréquente, pour ne pas dire secondaire. L'approche historique s'est manifestée à travers un retour à diverses sources jurisprudentielles considérées comme des références historiques, ainsi qu'à travers une exposition de la situation des waqfs avant l'indépendance (pendant la période ottomane et la période de colonisation française). Nous avons également suivi l'évolution législative des waqfs en Algérie. L'approche comparative a été appliquée dans certains passages nécessitant une comparaison, que ce soit entre les textes juridiques avant et après modification ou entre les opinions jurisprudentielles concernant différentes questions.

Nous avons structuré notre recherche selon un plan tripartite que nous sommes introduits par une préface sur la situation et l'évolution législative des waqfs en Algérie. Dans la première partie, nous avons examiné les dispositions que le législateur a tirées du consensus des mujtahids de la Ummah (jurisconsultes assidus de la communauté musulmane), que nous avons divisée en trois sections : dans la première, nous avons abordé les règles concernant le waqf, dans la seconde, nous avons discuté celles relatives au bénéficiaire du waqf, et dans la troisième, nous avons traité des règles concernant l'objet du waqf. Dans la deuxième partie, nous avons

analysé les règles que le législateur algérien a tirées des opinions de la majorité des juristes, divisées également en quatre sections : les trois premières sont similaires à celles de la première partie (règles concernant le waqf, le bénéficiaire du waqf et l'objet du waqf), tandis que la quatrième section traite des règles concernant la forme et la nature du waqf. Dans la troisième partie, nous avons abordé les règles tirées des quatre écoles jurisprudentielles, où nous avons consacré une section à chaque école dans laquelle nous avons inclus les règles que le législateur en a tirées.

Préface

Aperçu de la situation des waqfs et de leur évolution législative en Algérie

La société algérienne a connu le système des waqfs depuis les débuts de la conquête islamique, se répandant avec l'établissement de cette religion noble dans les contrées de ce pays bien-aimé et s'implantant dans les cœurs avant même de s'ancrer sur la terre. Parmi les preuves les plus anciennes de cela, on trouve un document enregistrant le waqf d'une école et d'une mosquée, celui de Sidi Abou Madyan à Tlemcen, datant de 906 H / 1500 J.-C., ainsi qu'un document relatif aux waqfs de la grande mosquée de la capitale datant de 947 H / 1540 J.-C.⁽¹⁾. Cependant, son âge d'or a eu lieu durant l'ère ottomane, en particulier dans ses dernières périodes, où plusieurs facteurs ont contribué à son essor, parmi lesquels : le soutien des gouvernants, la diffusion de la culture du waqf et un esprit de solidarité dans la société après la chute de Grenade et l'invasion espagnole des côtes de la patrie. Cela a conduit à l'émergence de plusieurs institutions de bienfaisance ayant un caractère religieux, une personnalité juridique et un statut administratif particulier, les plus notables étant : les institutions "Subul al-Khayrat" (les voies de bienfaisance) et "waqf al-Haramayn (waqf des deux saints lieux), ainsi que l'institution des waqfs des réfugiés

(1) Voir : Les waqfs algériens entre la disparition et l'investissement, Fares Mesdour, Revue des sciences économiques, de gestion et de commerce, vol. 2, n° 3, Faculté des sciences économiques, Université d'Alger, p. 179.

andalous⁽¹⁾. Les constituants des biens waqfs étaient innombrables, sans distinction de sexe, de classe ou de doctrine (hommes, femmes, citadins, ruraux, Hanafites et Malikites...)⁽²⁾.

Après l'occupation française de l'Algérie, le secteur des waqfs a été ciblé, subissant une détérioration et un recul considérable ; car il a été considéré comme des biens vacants et a été intégré au domaine public (biens de l'État) à travers la promulgation de nombreuses décisions et décrets visant à l'incorporer dans les biens de l'administration française⁽³⁾. Ces initiatives visaient à saper les fondements du système des waqfs, à franciser les biens waqfs et à exercer un contrôle direct sur les pratiques religieuses ; la confiscation des waqfs faisait de l'administration coloniale la responsable de la construction et de la restauration des mosquées, ainsi que de la supervision des écoles, et par conséquent, du paiement des salaires des enseignants, ce qui a conduit à affaiblir les leaders locaux et à établir une tutelle sur eux⁽⁴⁾.

À la suite de l'indépendance de l'Algérie, en raison de la situation désastreuse causée par la guerre de libération, les waqfs n'étaient pas une priorité pour l'administration algérienne de l'époque. Le décret n° 62-157 du 31/12/1962 prolongeait l'application des lois françaises en Algérie, à l'exception de celles portant atteinte à la souveraineté nationale, maintenant la gestion du secteur des waqfs conformément aux lois françaises. En outre, l'adoption par l'État du système socialiste comme système économique et idéologie politique du pays a aggravé la situation de ce secteur. Les propriétés waqfs ont été nationalisées sous prétexte qu'elles étaient des propriétés vacantes et ont été redistribuées aux agriculteurs

(1) Voir : Op. Cit., p. 179

(2) Voir : Histoire culturelle de l'Algérie, Abou al-Qasim Saadallah, 1ère éd., Dar Al-Gharb al-Islami, Beyrouth, 1998, t. 1, p. 232.

(3) À l'instar du décret du général (de Bermont) daté du 8/9/1830, ordonnant la confiscation des waqfs, suivi par la décision du général (Clauzel) le 7 décembre 1830, annulant les waqfs des deux saints lieux, sous prétexte que leurs revenus étaient dépensés pour les étrangers et permettant aux colons de les posséder, ainsi que le décret du 31 octobre 1838 qui a donné les pleins pouvoirs à l'autorité coloniale pour gérer les waqfs. Voir : Études et recherches sur l'histoire de l'Algérie pendant l'ère ottomane, Nasreddine Saïdouni, Éditions nationales, Alger, 1984, pp. 167, 168 ; site officiel du ministère des Affaires religieuses et des Waqfs : <http://www.marw.dz>.

(4) Voir : La question des waqfs en Algérie pendant l'occupation française, Mohamed el-Hakeem Ben Aoun, Revue des connaissances pour la recherche et les études historiques, n° 13, Université de Ouargla (Algérie), p. 218.

dans ce qui était alors connu sous le nom de révolution agraire⁽¹⁾. Avec la promulgation de la loi sur la famille n° 84-11, la situation du secteur des waqfs a commencé à changer. Cette loi comprenait plusieurs articles traitant de certaines dispositions du waqf, ouvrant ainsi une nouvelle phase dans l'histoire des waqfs en Algérie. Elle fut suivie par la loi n° 84-16, dont l'article 15 considérait les habous ou waqfs publics comme des biens publics inaliénables, insaisissables et imprescriptibles⁽²⁾. Ensuite, la Constitution de 1989 a consacré la protection des biens waqfs dans son article 49, une disposition réaffirmée par la loi d'orientation foncière n° 90-25, qui classe les waqfs comme un troisième secteur de biens fonciers en Algérie, aux côtés des biens nationaux de l'État et des biens privés. Avec l'adoption de la loi sur les waqfs n° 91-10, le secteur des waqfs en Algérie est entré dans une nouvelle phase de son histoire. Bien qu'elle soit la deuxième loi traitant des waqfs de manière indépendante après le décret exécutif n° 64-283, elle a consacré la reconnaissance des waqfs en tant que secteur indépendant et ne les a pas gelés comme ce fut le cas avec son prédécesseur. Cette loi comprenait l'ensemble des dispositions jurisprudentielles relatives au waqf, de sa définition et de ses conditions à ses piliers, ainsi que celles relatives à sa protection. Cependant, elle n'a pas réglementé les mécanismes d'investissement et de développement des waqfs, ouvrant ainsi la voie à la publication de nouvelles législations visant à réguler les affaires des waqfs, telles que le décret exécutif n° 98-381, fixant les conditions et les modalités d'administration et de gestion des biens waqfs et leur protection. Ce décret visait à encourager le développement et l'investissement des biens waqfs (par la location). La loi n° 01-07 du 22 mai 2001, modifiant et complétant la loi sur les waqfs n° 91-10, visait à combler les lacunes de cette dernière en matière de leur exploitation, leur

(1) Par conséquent, l'ordonnance n° 62-20 du 24/08/1962 a été promulguée, portant sur la protection et la gestion des biens vacants après l'indépendance, y compris les biens waqfs qui étaient vacants, ce qui a entraîné leur transfert de propriété à l'État. Ensuite, le décret législatif n° 63-388 du 17/09/1964 a été émis, ordonnant la nationalisation des fermes agricoles appartenant à certains agriculteurs, y compris celles en waqf. Puis, l'ordonnance n° 71-73 relative à la révolution agricole a nationalisé les terres agricoles dont les propriétaires privés étaient absents, ainsi que les terres waqfs publics agricoles. Cette situation défavorable pour les waqfs a continué et s'est détériorée davantage après l'adoption de la loi n° 81-01 du 07/02/1981, qui portait sur la cession des biens de l'État aux privés, y compris les waqfs.

(2) Voir : Les litiges concernant les biens waqfs (dans le cadre du droit matériel), Kanfoud Ramadan, thèse (doctorat) en droit, Université de Tizi Ouzou, Algérie, 2015, p. 37.

fructification et leur développement, en précisant les différentes formules relatives à l'investissement: contrat de bail à complot (al-muzara'a), contrat de colonage partiaire (al-musaqat), contrat de bail emphytéotique (al-hikr), etc... Ensuite, la loi n° 02-10 du 14 décembre 2002, modifiant la loi sur les waqfs n° 91-10, ainsi que deux décrets exécutifs: le décret n° 14-70 du 10 février 2014, définissant les conditions et modalités de location des terres waqfs agricoles, et le décret n° 18-213 du 29 août 2018, fixant les conditions et modalités d'exploitation des biens immeubles waqfs destinés à la réalisation de projets d'investissements.

Premier Chapitre

Les dispositions dérivées du Consensus des mujtahids

De la Ummah

Dans ce chapitre, nous avons étudié les règles relatives aux waqfs (donations de mainmorte) que le législateur algérien a déduit du consensus des mujtahids de la Ummah (jurisconsultes assidus de la communauté musulmane). Nous l'avons divisé en trois parties : dans la première, nous avons traité les règles relatives au constituant du waqf (waqif) ; dans la seconde, les règles relatives au bien waqf (la donation), et dans la troisième, les règles relatives à l'objet du waqf.

Partie 1 : les dispositions relatives au constituant du waqf

Dans cette partie, nous examinerons les dispositions relatives au constituant du waqf (le donateur) que le législateur algérien a déduit du consensus des mujtahids de la Ummah (tous les jurisconsultes musulmans assidus), qui se manifestent par les dispositions relatives à la capacité juridique du constituant du waqf, les dispositions concernant le waqf (donation de mainmorte) du malade, ainsi que le waqf du débiteur, et les conditions imposées par le constituant du waqf, et l'intendance du bien du waqf (Nidhâra).

Section 1 : Les dispositions relatives à la capacité du constituant du waqf :

Le waqf est un contrat de donation qui exige la pleine capacité juridique de son constituant ⁽¹⁾, ainsi que l'absence de vices dans sa volonté. En se référant à l'article 10 de la loi algérienne sur les waqfs n° 91-10, on constate qu'il est stipulé que pour que le waqf soit valable, il est exigé du constituant qu'il soit propriétaire de l'objet de la fondation, d'une façon absolue, apte à disposer de ses biens et non frappé d'interdiction pour incapacité ou créances. Il en découle que les conditions requises pour le constituant du waqf sont : la pleine propriété du bien mis en waqf et la pleine capacité juridique du constituant ⁽²⁾, c'est-à-dire, l'absence de toute interdiction pouvant altérer son discernement, et l'absence de dettes. Les conditions générales pour les donations, y compris le waqf, requièrent la liberté et la responsabilité ⁽³⁾. La liberté est bien connue, tandis que la responsabilité inclut des conditions telles que la majorité, la raison, et l'absence d'interdiction pour idiotie ou folie.

Les questions relatives à la capacité juridique sont liées également aux incidents qui peuvent l'affecter, c'est-à-dire la validité des waqfs effectués par ceux qui souffrent de certaines incapacités, comme le waqf constitué par un enfant, ainsi que par un fou ou un idiot ⁽⁴⁾. En effet, ces derniers sont considérés comme n'ayant pas la capacité juridique en vertu de la loi, tout comme un mineur de moins de 13 ans. Celui qui n'a pas la faculté de discernement est incapable juridiquement d'établir un waqf, car la donation repose sur la volonté, et il n'y a pas de volonté chez une personne

(1) Voir : Mughni al-Muhtaj ilâ Ma'rifat Ma'ani Alfaz al-Minhaj, Al-Khatib al-Shirbini, étude, vérification et annotation par les Cheikhs : Muhammad Awad et Adel Ahmad Abdul Mawjoud, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beyrouth, 2000, vol. 3, p. 523.

(2) Voir : Hachyat al-Dusuki sur le grand commentaire, Shams al-Din Muhammad ibn Arafah al-Dusuki (avec des annotations dans la marge par le célèbre savant vérificateur Muhammad Alish), Dar Ihya al-Kutub al-Arabiya, Issa al-Babi al-Halabi et Cie, t. 4, p. 77.

(3) Voir : Radd al-Muhtar 'ala al-Durr al-Mukhtar, Ibn 'Abidin, avec le complément de l'auteur par son fils, étude, vérification et annotation par les Cheikhs : Adel Ahmad Abdul Mawjoud et Ali Muhammad Awad, Dar Alam al-Kutub, Riyad, 2003, vol. 6, p. 523 ; Charh Fath al-Qadir, Ibn al-Humam, 1ère éd., Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth, 2003, vol. 6, p. 189.

(4) Voir : Mughni al-Muhtaj, Al-Khatib al-Shirbini, vol. 3, p. 523.

dépourvue de discernement ⁽¹⁾.

Il convient de noter que le législateur algérien n'a pas mentionné, dans cet article, le waqf d'un prodigue ou d'un insensé, peut-être parce qu'ils sont assimilés à un mineur capable de discernement, étant tous considérés par la loi comme ayant une capacité juridique restreinte, et ne pouvant donc pas légalement faire un waqf en raison de leur incapacité de donation qui est atteinte à l'âge de 19 ans selon les articles 42 du Code civil et 82 du Code de la famille algériens, ainsi que le fait de bénéficier de capacités mentales. Si le constituant du waqf est un mineur ayant la capacité de discernement ou un adulte mais que sa capacité a été affectée par un des vices qui diminue la capacité juridique, alors son waqf sera nul et il ne pourra être autorisé bénéficiaire conformément aux articles 83 et 85 du Code de la famille. Nous notons que le tuteur, le curateur ou le responsable légal exercent au nom de l'incapable ou de l'incapable partiel juridiquement les capacités d'enrichissement, d'administration et de disposition, mais pas la capacité d'amoindrissement comme la donation. En ce qui suit, une présentation de chacun des cas suivants : le waqf de l'enfant, ainsi que le waqf de l'idiot et du fou.

1. Le waqf de l'enfant : Il est convenu que l'enfant ne peut pas disposer de ses biens par des donations, et le waqf fait partie des contrats de donation qui engendrent une diminution de ses actifs. ⁽²⁾ C'est ce que stipule l'article 30, qui dispose que le waqf constitué par un enfant est frappé de nullité d'une façon absolue, qu'il soit capable de discernement ou non, même s'il en a l'aval du tuteur ⁽³⁾.

2. Le waqf du fou et de l'idiot : L'article 31 de la loi sur les waqfs n° 91-10 dispose que : " Le waqf constitué par le fou ou l'idiot n'est pas valable vu que le waqf est un acte d'aliénation du bien qui requiert la

(1) Voir: Al-Wasfî fi Sharh al-Qanun al-Madani al-Jadid: al-'Uqud allati taqa' 'ala al-Milkiyya al-Hiba wal-Sharika wal-Qard wal-Dakhl al-Da'im wal-Sulh, Abdul Razzak Ahmed Al-Sanhouri, 3e ed., Mancharat Al-Halabi Al-Huquqiyya, Beyrouth, 2011, vol. 5, p. 97."

(2) L'article 83 du Code de la famille algérien stipule que : " les actes de la personne ayant atteint l'âge de discernement, sans être majeure au sens de l'article 43 du code civil, sont valides dans le cas où ils lui sont profitables, et nuls s'ils lui sont préjudiciables. Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou du tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre le profit et le préjudice. En cas de litige, la justice en est saisie ".

(3) Voir : Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 523.

capacité de gérer⁽¹⁾ ; cependant, la personne sujette à des crises de folie intermittentes, peut constituer un waqf pendant sa reprise de conscience et ses facultés mentales⁽²⁾, à condition que cette reprise soit constatée par l'un des moyens légaux.

Section 2 : Les dispositions relatives au waqf du malade :

Le terme “malade” ici désigne le malade en phase terminale⁽³⁾ ; en se référant à l'article 32 de la loi sur les waqfs n° 91-10, nous constatons qu'il stipule que : “ Les créanciers ont le droit de demander l'annulation du waqf qui aurait été établi par le constituant alors qu'il était atteint de la maladie qui l'a conduit au trépas, lorsque les créances absorberaient la totalité de ses biens ”; par conséquent, par argument a contrario, si la dette n'absorbe pas tous ses biens, leur droit à l'annulation est caduc.

Cet article stipule le droit des créanciers de demander l'annulation du waqf dans la maladie terminale si la dette couvre tous ses biens, mais il ne comprend aucune disposition liée aux héritiers. Cependant, en revenant au Code de la famille, et en particulier à l'article 215, nous constatons qu'il stipule l'application de l'article 205 de ce code au waqf ; cet article (c'est-à-dire l'article 205) considère les dons effectués dans la maladie terminale, lors de maladies graves ou d'états inquiétants, comme des testaments. Par conséquent, le waqf dans la maladie terminale est soumis au même régime que le don dans la maladie terminale et est régulé par les dispositions testamentaires, ce qui correspond à ce qu'affirme la majorité des juristes⁽⁴⁾, et c'est ce qu'a décidé la Cour suprême dans une de ses décisions:

(1) L'article 85 du Code de la famille algérien stipule que : “ Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécillité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états sont nuls ”.

(2) Selon les Malikites, si le donateur perd son esprit avant que la donation ne soit acquise, cela devient nul, sauf s'il retrouve son esprit avant que la donation ne soit acquise ou qu'il soit guéri de sa maladie avant qu'elle ne soit perdue, alors la donation devient valide et doit être exécutée. Voir : Mawahib al-Jalil pour l'explication du résumé de Khalil, Abou Abdullah Muhammad al-Maghribi connu sous le nom de Al-Hattab al-Ru'ini, vérifié et annoté par le Cheikh Zakariya Amirat, Dar Alam al-Kutub, Riyad, 2003, t. 7, p. 638.

(3) Sinon, une personne atteinte de folie intermittente est considérée comme souffrant d'une maladie qui entrave sa capacité légale.

(4) Voir : Radd al-Muhtar, Ibn Abidin, vol. 6, p. 530 ; Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, édité par Abd al-Rahman al-Akhdari, 1re éd., Dar al-Yamama pour l'Impression, l'Édition et la Distribution, Beyrouth - Damas, 1998, pp. 38, 386 ; Hashiyat al-Dusuqi, Muhammad ibn Arafah al-Dusuqi, vol. 4, p. 78 ; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, édité par Rifaat Fawzi Abd al-Muttalib, 1re éd., Dar al-Wafa, Le Caire, 2001, vol. 5, p. 221.

Considérant que les articles (215 et 204) du Code de la famille stipulent la nullité de la donation de mainmorte par testament (ḥubūs par testament)⁽¹⁾ en cas de maladie terminale ou dans des situations dangereuses, et que le cas du constituant de la fondation litigieuse en août 1987, souffrait depuis 1985 d'une maladie grave qui l'a accompagné jusqu'à son décès...⁽²⁾.

Les adeptes des différentes écoles de jurisprudence ont convenu de restreindre les dons d'un malade en faveur des héritiers, mais seulement pour ce qui dépasse le tiers de sa succession, à condition qu'il n'ait pas de dette⁽³⁾. Ainsi, ses donations (qu'il s'agisse de waqf, de charité, de dons ou de testaments) ne sont pas valides pour la part excédant le tiers de ses biens, par souci de préserver les droits des héritiers sur la succession. Toutefois, dans la limite du tiers ou moins, ses dons sont autorisés, y compris les waqf, afin de lui permettre de bénéficier de la récompense et du mérite associés à ces actes pieux lorsqu'il est malade⁽⁴⁾, comme en témoigne le hadith rapporté par les deux cheikhs au sujet de Sa'd ibn Abi Waqqâs (Qu'Allah soit satisfait de lui) lorsqu'il tomba malade à La Mecque et crut qu'il s'agissait de sa maladie mortelle, il souhaita léguer la majeure partie de sa fortune à sa fille unique. Il raconta : “ Le Prophète (ç), vint me rendre visite, alors que j'étais malade à La Mecque, Détestant l'idée de mourir à la terre de laquelle il avait émigré, il dit : “Que Dieu accorde sa miséricorde à ibn 'Afrâ' ! — “Ô Messager de Dieu, lui dis-je, dois-je faire un testament à propos de tous mes

(1) Ḥubūs par testament : désigne la pratique par laquelle une personne lègue ses biens, ou une partie de ceux-ci, sous forme de waqf (donation de mainmorte), au cours d'une maladie ayant entraîné sa mort dans un testament. Le législateur algérien l'a mentionné à l'article 31 de la loi d'orientation foncière n° 90-25, qui stipule : “ Les biens fonciers rendus inaliénables par la volonté de leur propriétaire pour en affecter la jouissance à titre perpétuel au profit d'une œuvre pieuse ou d'utilité générale, immédiatement ou à l'extinction des dévolutaires intermédiaires qu'il désigne, constituent des biens waqfs ”. Toutefois, en se référant aux dispositions de la loi sur les waqfs ainsi qu'au Code civil, on constate que le législateur les a considérés comme un transfert de propriété posthume. D'une part, ces lois sont postérieures à la loi d'orientation foncière et l'abrogent implicitement. D'autre part, on note également que cette définition se limite à mentionner les biens immobiliers, sans inclure les biens mobiliers.

(2) Décision de la Cour suprême en date du 23/11/1993, dossier n° : 96675, jurisprudence de la Chambre des affaires personnelles, numéro spécial, 2001, p. 302.

(3) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 530 ; Sharh Fath al-Qadir, Ibn al-Humam, t. 6, p. 190, 193 ; Règles du waqf, Hilal ibn Yahya ibn Muslim al-Ra'i al-Basri, 1ère éd., Dar al-Ma'arif al-Othmaniyya, Hyderabad (Inde), 1355 H, p. 131 ; Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 385, 386 ; Hachicha al-Dasouki, p. 292 ; Fath al-Ali al-Malik, Muhammad Alish, avec en annexe Tabserat al-Hukkam fi Usul al-Aqdiya Wa Manahij al-Ahkam de Ibn Farhun, Imprimerie Mustafa Muhammad, Le Caire, t. 2, p. 132-133 ; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafii, t. 5, p. 221

(4) Voir : Les testaments et le waqf dans la jurisprudence islamique, Wahba al-Zuhayli, Dar al-Fikr, Damas, 2e éd., 1996, p. 152.

biens” Il répondit : “Non.” J’ai dit : “De la moitié ?” Il répondit : “Non.” J’ai dit : “Le tiers ?” Il répondit : “Le tiers... ! Soit, et le tiers en est beaucoup. Que tu laisses tes héritiers riches vaut mieux que de les laisser pauvres et réduits à tendre les mains aux gens. [Et sache] que toute dépense faite par toi est une aumône, même la bouchée que tu portes à la bouche de ton épouse... “Que Dieu t’accorde une longue vie ! Alors des gens tireront bénéfice de ton existence et d’autres subiront dommage. A cette époque, Sa’d n’avait qu’une fille ”. ⁽¹⁾ Afin de protéger les héritiers contre les actions de leur légateur portant atteinte à leurs droits, nous constatons que la Cour suprême a jugé dans plusieurs de ses décisions que le contrat de ḥubūs (waqf) rédigé de mauvaise foi dans le but de priver un héritier de son héritage, est nul, indépendamment du fait qu’il ait été rédigé lors d’une maladie terminale ou non ⁽²⁾ ; ce qui est conforme à l’avis de la majorité des jurisconsultes.

Section 3 : Les dispositions relatives au waqf du débiteur :

Par débiteur, nous entendons ici le débiteur en situation d’insolvabilité ou sous tutelle spécifique. En se référant à l’article 10 de la loi sur les waqfs n° 91-10, nous constatons qu’il stipule que : “ pour qu’un waqf soit valable, son constituant doit être propriétaire de l’objet de la fondation, d’une façon absolue ⁽³⁾, et qu’il soit apte à disposer de ses biens et non frappé d’interdiction pour incapacité ou créance ” ⁽⁴⁾. Quant à l’article 32, il a stipulé le droit des créanciers de demander l’annulation du waqf fondé par une personne au cours de la maladie ayant entraîné sa mort. Par

(1) Voir : Sahih al-Bukhari, Muhammad ibn Ismail al-Bukhari, Livre des testaments, 1^{ère} éd., Dar Ibn Kathir, Beyrouth, 2002, t. 2, p. 677 ; Sahih Muslim, Abou Hussein Muslim ibn al-Hajjaj, Livre du testament, 1^{ère} éd., Dar Tayyiba, Arabie Saoudite, 1426 H, t. 2, p. 767.

(2) Décision rendue le 16/11/1999, dossier n° 230617, Jurisprudence de la Chambre des affaires personnelles, édition spéciale, 2001, p. 311.

(3) Cette question est liée à une autre concernant le waqf du créancier. Bien que le législateur algérien ne l’ait pas directement abordée, l’article 215 du Code de la famille algérien stipule que les conditions requises pour le constituant du waqf et le bien waqf sont les mêmes que celles exigées pour le donateur et le bien donné selon les articles 204 et 205. L’article 204 précise que : “ la donation faite par une personne au cours d’une maladie ayant entraîné sa mort ou atteinte de maladie grave ou se trouvant en situation dangereuse, est tenue pour legs ”. L’article 205 indique que : “la donation peut porter sur tout ou partie des biens du donateur. Il peut faire donation d’un bien déterminé ou d’un usufruit ou d’une créance dû par une tierce personne”. Par analogie et conformément à l’article 215 susmentionné, le constituant du waqf peut donc destiner tout ou partie de ses biens, qu’il s’agisse de biens tangibles, d’usufruit ou de créances envers des tiers, au waqf.

(4) Voir : Charh Fath al-Qadir, Ibn al-Humam, t. 6, p. 187 ; Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Ibn Abi al-’Abbās, t. 5, p. 360.

argument a contrario, il n'a pas stipulé leur droit de demander l'annulation du waqf fait par une personne en bonne santé ou souffrant d'une maladie ordinaire (alors le waqf du débiteur est valide)⁽¹⁾.

Section 4 : Les dispositions relatives aux conditions imposées par le constituant et la gestion du waqf :

1. Les dispositions relatives aux conditions du constituant : Il est convenu entre les juristes que le constituant peut imposer des conditions lors de l'établissement du waqf⁽²⁾, à condition que ces conditions soient respectées et qu'on s'en écarte uniquement en cas de nécessité⁽³⁾ ; ce qui révèle ainsi le principe selon lequel " les conditions du constituant sont équivalentes aux textes législatifs ". L'article 14 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule que " l'organisation du bien waqf est soumise aux conditions imposées par le constituant tant que celles-ci ne sont pas réprochées par la chariâ islamique ". La question des conditions imposées par le constituant comprend de nombreux aspects dérivés, tels que la possibilité pour le constituant de se réserver le droit de revenir sur certaines conditions, ainsi que l'existence d'une condition qui contredirait les textes législatifs. Nous aborderons ci-après les questions de la possibilité pour le constituant de se réserver le droit de revenir sur certaines conditions et de la possibilité d'annuler les conditions imposées par le constituant par nécessité. Quant à la question de l'existence d'une condition contraire aux textes juridiques islamiques⁽⁴⁾, nous l'aborderons dans le dernier chapitre, en nous référant aux dispositions issues de l'école chafite, étant donné que le législateur

(1) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 60.

(2) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, pp. 565-566 ; Al-Dhakira, Shihab al-Din Ahmad ibn Idris al-Qarafî, éd. Par M. Saïd A'arab, 1ère éd., Dar al-Gharb al-Islami, Beyrouth, 1994, t. 6, p. 326 ; Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbinî, t. 3, p. 538 ; Al-Muhadhab, Al-Shirazi, éd. Par Muhammad al-Zuhayli, 1ère éd., Dar al-Qalam, Beyrouth-Damas, 1996, t. 3, p. 683 ; Al-Kafi fi Fiqh Imam Ahmad ibn Hanbal, Muwaffaq al-Din ibn Qudama al-Maqdisi, vérifié et commenté par Muhammad Faris et Mas'ad Abdul-Hamid al-Sa'dani, 1ère éd., Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth, 1414 H / 1994, t. 2, pp. 251-255 ; Matn al-Kharaqî, Umar ibn al-Husayn al-Kharaqî, 1ère éd., Dar al-Sahabah li al-Turath, Tanta, Égypte, 1993, p. 81.

(3) Pour plus d'informations sur la question des conditions imposées par les constituants des waqfs, voir : Recherche de M. Ali bin Abbas al-Hakami, Conditions des constituants des waqf et leurs règles, Colloque sur le waqf dans la charia islamique, ministère des Affaires islamiques, des waqfs et de l'orientation, Arabie Saoudite, 13/1/1423 H.

(4) Pour plus d'informations sur les conditions contraires à la charia, voir : Ibn al-Qayyim, "T'lam al-Muwaqqi'in", vol. 3, pp. 96-97 ; "Shurut al-Waqifin wa Ahkamuha" par Ali bin Abbas al-Hakami, pp. 166-178.

algérien s'est aligné sur une opinion de cette école.

A. condition du constituant de se réserver le droit de se rétracter de certaines conditions : L'article 15 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule qu'il est permis au constituant de se rétracter de certaines conditions, s'il l'a stipulé lors de la fondation du waqf ; par exemple, il peut stipuler la révocation du gestionnaire (Nâdher) en cas de défaillance ⁽¹⁾. Il convient de noter que la majorité des jurisconsultes autorisent le constituant à se rétracter sous certaines conditions, si cela a été stipulé, bien qu'ils diffèrent sur l'étendue de ce droit de rétractation ⁽²⁾. Les juristes Hanafites sont ceux qui ont le plus traité la question de la stipulation du droit de rétractation par le constituant, comme le lecteur peut le constater dans leurs ouvrages ⁽³⁾. Ces conditions sont connues sous le nom des dix conditions, à savoir : augmentation et diminution, inclusion et exclusion, donation et privation, changement et modification, échange et substitution. Certains ajoutent à cette liste la préférence et la spécification, tandis que d'autres les considèrent à la place de l'échange et de la substitution, car elles ne concernent pas le changement des bénéficiaires du waqf, mais plutôt le changement de son objet. D'autres encore placent la spécification et la préférence à la place du changement et de la modification ⁽⁴⁾.

B. Validité de l'annulation des clauses du constituant : L'article 16 stipule qu'il est permis au juge d'annuler toute clause imposée par le constituant sur sa fondation si une telle clause est contraire au caractère impératif de la fondation ou nuisible au dévolutaire ou à ses intérêts. De même, l'article 218 du Code de la famille algérien précise que la condition faite par le constituant d'un bien de mainmorte est exécutoire à l'exclusion de celles de caractère incompatible avec la vocation légale du waqf. Par conséquent, par argument a contrario, si elle est incompatible, elle n'est pas exécutée.

(1) Voir: Al-Insaf fi Ma'rifat ar-Rajih min al-Khilaf, Ala' ad-Din al-Mardawi, vol. 7, p. 60.

(2) Voir: Ahkam al-Waqf, al-Kubaysi, édition al-Irshad, Bagdad, 1397 H/1977, vol. 1, pp. 291-292; Muhadarat fi al-Waqf, Muhammad Abu Zahra, 2e ed., Dar al-Fikr al-Arabi, Le Caire, p. 149.

(3) Voir: Radd al-Muhtar, Ibn Abidin, vol. 6, p. 525 et suivantes; Rasa'il Ibn Abidin, Ghayat al-Matlub fi Ishirat al-Waqif 'Awdat an-Nasib ila al-Aqrab fa al-Aqrab, p. 36; Sharh Fath al-Qadir, Ibn al-Humam, vol. 6, p. 210 et suivantes.

(4) Voir: Ahkam al-Waqf, al-Kubaysi, vol. 1, pp. 291-292; Muhadarat fi al-Waqf, Muhammad Abu Zahra, p. 149.

Selon les Hanafites, il existe sept cas où il est permis de déroger à la stipulation du constituant du waqf, le premier étant lorsqu'il stipule l'interdiction de la substitution ⁽¹⁾. Les Malikites affirment qu'il faut suivre la condition du constituant du waqf (obligatoirement) si cela est permis, même si cela est réprouvé, et non interdit par la charia. Si cela n'est pas permis, la condition n'est pas suivie ⁽²⁾. Les Chafites, de leur côté, jugent qu'il faut suivre la condition du constituant du waqf, tout comme les autres conditions qui contiennent un intérêt. Ainsi, si quelqu'un constitue un waqf en exigeant que l'objet du waqf ne soit jamais loué ou qu'il ne soit loué pour plus d'un an, le waqf est valide, sauf en cas de nécessité⁽³⁾. Les Hanbalites déclarent également qu'il est obligatoire de respecter la stipulation du constituant si elle est permise et non réprouvée. Par exemple, si le constituant exige que son waqf ne soit pas vendu, mais qu'il s'est délabré, il peut être vendu. Lorsque l'Imam Ahmad fut interrogé au sujet d'un homme qui avait fait don d'une propriété (waqf) et dont cette dernière s'était détériorée, alors que la condition stipulait qu'elle ne devait pas être vendue, ils en vendirent une part et utilisèrent le produit de la vente pour réparer le reste. Il répondit : " Il n'y a pas de mal à cela, si c'était nécessaire, car c'est une situation de nécessité et un avantage pour eux. " ⁽⁴⁾.

En conclusion, tous s'accordent à dire qu'il est obligatoire de respecter les conditions du constituant du bien waqf (waqif) comme si c'étaient des textes législatifs, certains déclarant que les conditions du constituant du bien waqf sont équivalentes aux textes législatifs en compréhension et en signification, mais pas en obligation d'application. Cela va à l'encontre du principe selon lequel le constituant (waqif), le testateur, le jurant, le votant et tout contractant doivent voir leurs paroles interprétées selon les us et coutumes de leur discours. Cependant, il existe des cas où la violation des conditions du constituant est permise.

2- Les dispositions concernant la gestion du waqf (la nomination du gestionnaire et l'exercice de la gestion) : Le législateur algérien a reconnu

(1) Voir: Radd al-Muhtar, Ibn Abidin, vol. 6, p. 587.

(2) Voir: Al-Dhakira, Al-Qarafi, vol. 6, pp. 326-327.

(3) Voir: Nihāyat al-Muhtāj, Muhammad ibn Abi al-'Abbās, vol. 5, p. 376.

(4) Voir: Al-Mubdi' fi Sharh al-Muqni', Ibn Muflih, Dar Alam al-Kutub, Riyad, 2003, vol. 5, p. 271.

dans le décret exécutif n° 98-381, qui fixe les conditions et les modalités d'administration et de gestion des biens waqfs, et leur protection, le droit du constituant du bien waqf d'exercer la gestion de sa fondation directement, ou de nommer un gestionnaire lors de la constitution du waqf ⁽¹⁾.

Les jurisconsultes s'accordent sur la validité de la nomination d'un gestionnaire pour le waqf ⁽²⁾ afin de préserver et protéger les intérêts des bénéficiaires du waqf ⁽³⁾. Que le fondateur exerce lui-même la gestion, ou qu'il choisisse une autre personne pour cette tâche ⁽⁴⁾. Ils sont unanimes à considérer que la gestion du waqf dépend de la condition du constituant; en effet, Omar ibn al-Khattab a confié cette gestion à Hafsa, qu'Allah soit satisfait d'elle ⁽⁵⁾. Les Malikites ont reconnu la priorité du constituant dans la désignation du gestionnaire. Si le constituant ne le fait pas ou omet cette stipulation, le juge peut assumer ce rôle en tant que garant de l'intérêt général ⁽⁶⁾. Cette position correspond à la deuxième opinion des Hanbalites; La première opinion stipule que la gestion revient aux bénéficiaires si le fondateur n'a pas nommé ou conditionné la gestion pour quelqu'un d'autre ⁽⁷⁾. En ce qui concerne les waqfs publics, la gestion revient généralement à l'autorité suprême qui gouverne la communauté musulmane ⁽⁸⁾.

Partie 2 : Les dispositions relatives aux dévolutaires du waqf

Les dispositions relatives aux dévolutaires (bénéficiaires) du waqf telles que dérivées du consensus des jurisconsultes par le législateur algérien, se résument en un ensemble de dispositions spécifiques relatives au droit du dévolutaires, qui se limite à un droit d'usufruit et non un droit de propriété, tout en leur permettant de disposer de leurs droits d'usufruit.

(1) Voir : Article 16 du décret exécutif n° 98-381.

(2) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 570 ; Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 452 ; Al-Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 552 ; Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 258.

(3) Voir : Le Fiqh islamique et ses preuves, Wahba al-Zuhayli, 2e éd., Dar al-Fikr pour l'impression et la publication, Damas, 1405 H / 1985, t. 8, p. 231.

(4) Voir: Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 237.

(5) Voir: Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 258.

(6) Voir: Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ra'ini, t. 7, p. 655.

(7) Voir: Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, pp. 258-259.

(8) Voir: Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 237; Al-Insaf, Al-Mardawi, t. 7, p. 60.

Section 1 : Le droit du dévolutaire est un droit de jouissance, et non un droit de propriété :

Cette disposition est mentionnée dans l'article 13 de la loi n° 91-10 (avant sa modification). Le dévolutaire (bénéficiaire) est l'entité désignée par le constituant dans l'acte de bien waqf, et peut être une personne déterminée physique ou morale. Quant à la personne physique, son droit à la jouissance du bien waqf dépend de son existence et de son acceptation. Quant à la personne morale, elle ne peut y prétendre que si elle n'est pas entachée d'un vice réprouvé par la chariâ islamique. Cet article a ensuite été modifié par l'article 5 de la loi n° 10-02, qui modifie et complète la loi sur les waqfs n° 91-10, et il stipule désormais: " En vertu de cette présente loi, le dévolutaire est une personne morale dont il est exigé qu'il soit entaché d'un vice réprouvé par la chariâ ". Les articles 18 et 17 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipulent que la validité du waqf annule la propriété du constituant ⁽¹⁾, et le droit à l'usufruit ⁽²⁾ revient au dévolutaire dans les limites des dispositions et des clauses de l'acte de constitution. Le dévolutaire du waqf peut jouir de ce droit soit par lui-même, soit par l'intermédiaire d'autrui, à travers des prêts ou des locations comme pour tout autre bien. Cependant, il ne peut louer que s'il est lui-même le gestionnaire ou s'il a reçu l'autorisation de celui-ci. Le gestionnaire a alors le droit d'empêcher l'occupation de la maison waqf par le bénéficiaire pour la louer à des fins de rénovation si la situation l'exige ⁽³⁾. En cas de décès du bénéficiaire, son droit à l'usufruit se transmet à ses héritiers, leur permettant ainsi de bénéficier de leur part des revenus du waqf, puisque c'est un droit permanent et établi en leur faveur ⁽⁴⁾. Cela fait l'objet d'un consensus parmi les juristes ⁽⁵⁾.

(1) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 527; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, t. 5, pp. 105, 110; Al-Muhadhab, Al-Shirazi, p. 680; Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 186; Matn al-Kharaqi, p. 81.

(2) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 534; Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 452; Hachicha al-Dasouki, t. 4, p. 76; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, t. 5, pp. 110, 113; Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 188.

(3) Voir: Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 546.

(4) La question est plus détaillée chez les Malékites. Pour plus d'informations, voir : Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ru'ini, t. 7, pp. 669, 670.

(5) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 574 ; Al-Mudawwana, l'imam Malik ibn Anas, t. 15, p. 110 ; Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ra'ini, t. 7, pp. 669, 670 ; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, t. 5, p. 105 ; Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 188.

Section 2 : L'intégration des modifications effectuées par les bénéficiaires du biens waqfs :

Cet aspect est couvert par l'article 25 de la loi sur les waqfs n° 91-10, qui stipule que : " Toute modification –construction ou plantation – est rattaché à l'essence du bien waqf ⁽¹⁾, et celui-ci subsiste légalement, quel que soit la nature de la modification effectuée par l'exploitant ⁽²⁾.

Il s'agit ici de tout changement affectant le bien waqf en général ⁽³⁾, et particulièrement des contrats de son exploitation et de son investissement, notamment des contrats de bail emphytéotique ⁽⁴⁾ (hikr) et de la dette garantie (mursad). En effet, les juristes s'accordent à dire que toute construction que l'exploitant réalise ou plantation qu'il effectue sur un terrain objet d'un bail emphytéotique lui appartient pendant la durée du contrat. Il est donc permis de disposer de ces biens selon toutes les modalités de transfert de propriété ou non, qu'il s'agisse de les vendre, de les donner, de les léguer ou de les prêter ; il peut également les arracher

(1) Cette règle est dérivée de l'école Malikite ; voir : Al-Mudawwana, l'imam Malik ibn Anas, t. 15, p. 107.

(2) L'article 504 du Code civil algérien stipule que : Si le preneur a fait des constructions, plantations, ou autres améliorations normales qui ont augmenté la valeur de l'immeuble, le bailleur est, à moins de stipulations contraires, tenu, à l'expiration du bail, de lui rembourser soit le montant des dépenses faites, soit celui de la plus-value. Cela se retrouve également dans l'article 26 de la loi n° 10-03 relative aux conditions et modalités d'exploitation des terres agricoles du domaine privé de l'État, qui stipule que: Le concessionnaire a droit, à la fin la concession, de recevoir une indemnisation pour les biens superficiels; cependant, les dispositions de l'article 25 de la loi n° 91-10 sont exclues des dispositions énoncées dans les articles précédents, lesquelles stipulent que: "Toute modifications-constructions ou plantations- est rattachée à l'essence du bien waqf et celui-ci subsiste légalement, quel que soit la nature de cette modification. Les cas litigieux contraires aux dispositions de cet article sont réglés à l'amiable entre les personnes concernées et l'autorité chargée des biens waqfs, conformément aux dispositions de cette loi, sous réserve des dispositions de l'article." Les cas contraires aux dispositions de cet article seront réglés par un accord entre les parties concernées et l'autorité en charge des waqfs, conformément aux dispositions de cette loi, tout en tenant compte des dispositions de l'article 2." Cet article a été conçu pour protéger les waqfs de toute atteinte par des constructions et/ou des plantations qui ne sont pas conformes aux contrats légaux. Dans tous les cas, les biens superficiels restent attachés à la propriété fondamentale, qui est la terre waqf.

(3) Voir: Al-Dhakira, Al-Qarafi, t. 6, pp. 342, 343.

(3) En se référant à l'article 12 du cahier des charges relatif au contrat de bail emphytéotique (Hikr), on constate qu'il stipule que, à l'expiration de la période d'investissement pour quelque raison que ce soit, l'investisseur doit laisser le terrain waqf investi dans l'état où se trouvent toutes les améliorations qu'il a apportées, sans possibilité de réclamer aucune indemnisation.

du sol ⁽¹⁾, sous condition que la propriété soit stipulée dans le contrat de location (c'est-à-dire que l'accord stipule qu'il en est le propriétaire), conformément à l'avis des Malikites. Quant à la terre waqf donnée en concession il n'est pas permis au concessionnaire de l'aliéner par quelque acte que ce soit transférant la propriété ⁽²⁾.

De plus le propriétaire du mursad (la dette garantie) ne peut pas vendre la construction qu'il a réalisée pour le waqf, cependant il peut exiger du gestionnaire (Muwatalli) le remboursement de la dette qui lui est dû à moins qu'il ne souhaite que cette dette soit prélevée sur le principal des loyers habituels. Cependant, lui et ses héritiers ont le droit de retenir le bien loué jusqu'à ce que la dette soit remboursée. Si le gestionnaire (Muwatalli) qui a autorisé la construction décède, le détenteur du contrat de mursad (la dette garantie) et ses héritiers peuvent se retourner contre la succession du gestionnaire (Muwatalli) pour obtenir ce qui leur est dû au titre du mursad. Les héritiers du gestionnaire peuvent alors demander à son successeur à la gestion du waqf de régler la dette du mursad à partir des revenus du waqf ⁽³⁾.

Section 3 : Possibilité pour les dévolutaires du waqf de renoncer à l'usufruit :

ous avons déjà abordé la question de la possession du droit d'usage du bien waqf par les dévolutaires, sans en détenir la nue-propriété. Ceux-ci peuvent en profiter directement en consommant les fruits et les récoltes, ou indirectement en utilisant par exemple le produit des récoltes comme

(1) De plus, les juristes malikites (surtout les plus récents) ont affirmé qu'à l'expiration de la période de location (contrat de location), ses obligations, telles que l'entretien de la terre ou le paiement du loyer, prennent fin. Il sera compensé pour la valeur de la construction ou de la plantation. Ce qu'il a établi sur la terre waqf avec l'autorisation de l'administration du waqf est considéré comme sa propriété, et il ne doit pas être contraint de démolir la construction ou d'arracher les plantations ; sinon, l'objectif du contrat de location serait annulé, à condition qu'il ait été stipulé dans le contrat, sinon cela serait considéré comme un waqf par donation. Voir: Fath al-Ali al-Malik, Muhammad Alish, t. 2, p. 243. Cependant, de l'analyse des articles précédents (en particulier l'article 25 de la loi n° 91-10), il apparaît que le législateur algérien n'a pas suivi leur avis et n'a pas reconnu de compensation pour l'exploitant à la fin du contrat.

(2) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 32 ; Al-'Uqud al-Darari fi Tanqih al-Fatwas al-Hamidiyya, Ibn Abidin, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth, t. 2, p. 205 ; Matali' Uli al-Naha fi Sharh Ghayat al-Muntaha, Mustafa al-Suyuti al-Ruhibani, Publications Al-Maktab Al-Islami, t. 4, p. 315.

(3) Voir : articles 200 et 201 du Murshid al-Hayran, p. 98.

garantie pour les créanciers.

De manière générale, en se référant à l'article 19 de la loi n° 91-10 sur les waqfs, nous constatons qu'il prévoit la possibilité pour le dévolutaire du waqf privé de renoncer à son droit d'usufruit, sans que cela ne soit considéré comme une annulation de la fondation initiale. Cependant, on remarque que le texte de cet article est général à deux égards :

Premièrement, le législateur n'a pas précisé si le renoncement à la jouissance est partiel ou total. Il est probable que le législateur ait envisagé un renoncement total.

Deuxièmement, l'article ne précise pas si le renoncement est pour une durée déterminée ou indéterminée (renoncement perpétuel). Il est probable que le législateur ait envisagé un renoncement perpétuel de la jouissance par le bénéficiaire.

Il est également important de noter que cet article mentionne le renoncement sans prévoir la restitution du waqf ou son refus par les dévolutaires. Par conséquent, il est nécessaire que le législateur comble cette lacune en modifiant l'article ou en ajoutant des paragraphes pour répondre aux critiques formulées à son égard.

Partie 3 : Les dispositions relatives à l'objet du waqf

Dans cette partie, nous avons abordé les dispositions relatives à l'objet du waqf, que le législateur algérien a déduit du consensus des jurisconsultes. Ces dispositions concernent les conditions requises, à savoir que l'objet du waqf doit être déterminé, licite et de valeur marchande⁽¹⁾, son établissement et sa restitution en cas d'usurpation, ainsi que la possibilité pour celui-ci de jouir de la personnalité morale. De plus, il est permis de constituer un waqf sur des biens mobiliers considérés comme objet de waqf, ainsi que toutes les dispositions relatives aux contrats d'investissement des waqfs et des fonds waqfs.

(1) Voir:

- Radd al-Muhtār, Ibn 'Abidin, vol. 6, p. 522

- Nihāyat al-Muhtāj, Shams al-Dīn Muḥammad ibn Abī al-'Abbās, vol. 5, p. 360

- Al-Kāfī, Ibn Qudāmah, pp. 251-252

- Al-Inṣāf, Al-Mardāwī, vol. 7, p. 7

Section 1 : Conditions de l'objet du waqf :

L'objet du waqf, ou le bien waqf, est le bien de mainmorte que le constituant consacre. L'article 11 de la loi n° 91-10 sur les waqfs stipule que l'objet du waqf peut être un bien meuble, un bien immeuble ou un usufruit, à condition qu'il soit connu, déterminé et licite. Le waqf de biens indivis est valable ⁽¹⁾, dans ce cas, le retrait de l'indivision devient obligatoire. En se référant à l'article 216 du Code de la famille algérien, il est stipulé que le bien de mainmorte doit être propriété du constituant, être déterminé et incontesté, même s'il est indivis.

Dans Mughni al-Muhtaj, il est mentionné : “ (...), la condition de l'objet du waqf est qu'il soit une propriété précise, possédée par quelqu'un, pouvant être transférée et générant des revenus ou des avantages, avec un usage permis et voulu ” ⁽²⁾.

En outre, il ressort de l'article 11 de la loi relative aux biens waqfs que le législateur algérien permet le waqf des biens meubles, car il y est précisé que l'objet du waqf peut être un bien meuble. Tous les anciens jurisconsultes ont accepté le waqf des terres, des bâtiments et des biens meubles, bien qu'ils diffèrent quant à l'étendue de cette acceptation ⁽³⁾. La majorité estime que le waqf des biens meubles est permis de manière absolue et indépendante, par exemple : les équipements de la mosquée (lampes, tapis, etc.), les armes, les vêtements et les meubles, que le bien waqf soit indépendant et mentionné spécifiquement ou qu'il soit établi par la coutume, ou qu'il soit accessoire à un bien immobilier. Ils n'exigent pas la perpétuité pour la validité du waqf, qui peut être perpétuel ou temporaire, à des fins caritatives (public) ou familiales (privées) ⁽⁴⁾. Ils se fondent sur le hadith du Prophète ﷺ : “ Quant à Khalid, il a immobilisé ses armures et son

(1) Voir: Al-Muhadhab, Al-Shirazi, p. 673; Matn al-Kharaqī, p. 81.

(2) Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 524.

(3) Voir: Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 448; Al-Dhakira, Al-Qarafi, t. 6, p. 312; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, t. 5, pp. 120-124; Al-Mabsut, Shams al-Din al-Sarakhsi, 1ère ed., Dar al-Ma'rifat, Beyrouth, 1409 H / 1989, t. 12, p. 46; Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 250; Al-Insaf, Al-Mardawi, t. 7, p. 7.

(4) Voir: Al-Insaf, Al-Mardawi, t. 7, p. 7; Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, pp. 250, 25.

équipement pour la cause de Dieu ”, rapporté par les deux cheikhs⁽¹⁾. C’est également la position adoptée par le législateur algérien. En revanche, les deux plus grands jurisconsultes de l’école hanafite soutiennent que le waqf des biens meubles n’est pas permis de manière absolue ; il est soumis à trois conditions : qu’il existe un texte qui le permet, qu’il soit attaché à un bien immobilier ou que la coutume le permette.⁽²⁾

En général, le législateur algérien autorise le waqf des biens meubles selon les conditions énoncées aux articles 10 et 11. Toutefois, il convient de noter que le législateur algérien n’a pas réglementé le waqf des navires et des avions et n’a pas fait mention de ce type de waqf des biens meubles (d’après nos recherches et notre consultation des différentes lois sur les waqfs dans les pays islamiques, nous n’avons trouvé aucune loi régissant ce type de waqf). Cela pourrait être dû à l’absence d’habitude chez les gens de faire le waqf de tels biens. Néanmoins, rien ne s’oppose à ce qu’ils soient immobilisés en waqf.

Section 2 : Acquisition de la personnalité morale par le waqf :

Le concept de personnalité morale est relativement nouveau ; les jurisconsultes contemporains l’ont reconnu et l’ont intégré dans leurs études modernes. En revenant à leurs interprétations sur les règles et les questions du waqf et les différents aspects connexes, nous constatons que la jurisprudence du waqf repose sur trois grands principes : le respect de la volonté du constituant, la compétence réservée uniquement aux tribunaux en matière de supervision générale, et la reconnaissance de la personnalité morale ou juridique du waqf⁽³⁾. C’est ce dernier principe qui nous intéresse dans notre étude. En effet, le waqf est considéré comme une personne juridique si le contrat est correctement établi en respectant toutes

(1) Sahih al-Bukhari, Muhammad ibn Ismail al-Bukhari, Livre des Zakat, Chapitre sur la Zakat pour i mari et les orphelins sous tutelle (1468), 1ère ed., Dar Ibn Kathir, Beyrouth, 2002, p. 358; Sahih Muslim, Abou Hussein Muslim ibn al-Hajjaj, Livre des Zakat, Chapitre sur l’offre et le refus de la Zakat (983), Dar Tayyiba, Arabie Saoudite, 1426 H, t. 1, p. 437.

(2) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, pp. 555-559.

(3) Voir : Le waqf dans la charia islamique et son impact sur le développement de la société, Ahmed ibn Salih al-Salih, Bibliothèque du roi Fahd nationale, Riyad, Arabie Saoudite, 1ère éd., 1422 H / 2001, p. 157.

ses conditions et éléments fondamentaux ; il acquiert ainsi une capacité et une personnalité juridique indépendantes, de manière légale plutôt que réelle. Cela a été confirmé par les législations civiles modernes concernant diverses entités telles que les sociétés commerciales, les organismes gouvernementaux, ou les institutions caritatives, etc.

Les juristes anciens avaient déjà développé une jurisprudence du waqf qui atteint un niveau très proche de cela, ce qui se manifeste par leur reconnaissance claire de l'indépendance de la fondation waqf, ainsi que du droit du gestionnaire d'agir au nom du waqf, sans subir les conséquences de certaines actions non autorisées du gestionnaire ⁽¹⁾. Dans les décisions du Forum des questions jurisprudentielles sur les waqfs, il a été souligné : “ Il n'y a pas d'obstacle légal à la reconnaissance de la personnalité juridique du waqf, qui bénéficie de tous les droits, sauf ce qui est intrinsèque à la nature humaine. Elle a donc une personnalité juridique indépendante de celle du fondateur et des bénéficiaires, ainsi qu'une capacité civile dans les limites définies par l'acte de création du waqf ⁽²⁾ ou approuvées par la loi. Elle a le droit de poursuivre en justice et d'intenter des actions contre autrui, tout comme d'autres peuvent intenter des actions contre elle ” ⁽³⁾.

En se référant à la loi algérienne relative aux biens waqfs, nous constatons que l'article 5 stipule que le waqf n'est pas la propriété de personnes physiques ou morales. Il est doté de la personnalité morale. En conséquence, il a adopté l'opinion selon laquelle le waqf rend impossible l'appropriation du bien en son essence, pour toute personne, devenant ainsi indépendant de son constituant d'une part, et de l'administrateur (Nâdher) ou de toute autre entité gestionnaire d'autre part, sans entrer dans la propriété des dévolutaires, tout en jouissant de la personnalité morale.

(1) Voir : Le waqf islamique “Son développement, sa gestion, son enrichissement”, Mondher Qahf, 1ère éd., Dar al-Fikr, Damas, 2000, p. 119.

(2) La correction est : sa création.

(3) Décisions et recommandations du Forum des questions juridiques sur les waqfs, des premiers au septième (questions nouvelles et fondement juridique), Secrétariat général des waqfs, 1ère éd., Koweït, 2015, p. 6.

Section 3 : Les dispositions relatives à l'établissement du waqf et à sa restitution

1. Les dispositions relatives à l'établissement du waqf : Comme il est convenu entre les jurisconsultes de la chariâ, l'établissement du waqf se fait soit par témoignage, soit par écrit ⁽¹⁾ (enregistrement dans un registre spécifique aux waqfs). En se référant à l'article 8 de la loi sur les waqfs n° 91-10, nous trouvons que le législateur algérien a stipulé la méthode du témoignage comme moyen de reconnaissance ultérieur du bien waqf ⁽²⁾. Cet article précise dans son paragraphe cinq que les biens considérés comme des waqfs publics protégés sont ceux qui apparaissent progressivement sur la base de documents officiels ⁽³⁾ ou de témoignages de personnes de bonne moralité habitants le lieu où est implanté l'immeuble. Pour ce

(1) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, pp. 533, 551 ; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, t. 5, pp. 106, 127 ; Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-'Abbās, t. 5, p. 371 ; Al-Insaf, Al-Mardawi, t. 7, p. 79.

(2) Voir : Hashiyat al-Dusuki, Muhammad ibn Arafah al-Dusuki, t. 4, p. 82 ; Al-Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 546.

(3) Pour protéger les biens waqf, le législateur algérien a exigé la formalisation des contrats de waqf. En se référant à l'article 41 de la loi sur les waqfs n° 91-10, on constate que le législateur algérien a expressément stipulé que l'acte de la constitution du waqf doit être formel. Cependant, la question soulevée par cet article est la suivante : la formalité requise est-elle une condition de validité ou un moyen de preuve ? En effet, le législateur n'a pas explicitement déclaré la nullité des contrats qui ne respectent pas cette formalité. Si la formalité est un moyen de preuve, quelle est sa force probante ? En comparant le texte de cet article avec celui de l'article 35 de la même loi, qui stipule que le waqf peut être prouvé par tous les moyens de preuve légaux et légitimes, certains estiment que l'absence de mention explicite de la nullité des contrats informels traduit l'intention du législateur de les considérer comme valides. Affirmer le contraire porterait atteinte à leur caractère charitable. Voir : Le waqf public dans la législation algérienne (étude juridique soutenue par des jugements de la jurisprudence et des décisions judiciaires), Mohamed Knaza, Dar Al-Houda, Aïn M'Lila, Algérie, 2006, p. 119.

Cette opinion est confirmée par la décision de la Cour suprême n° 234655, qui stipule : " Il est bien établi que le contrat de Hiba (donation) n'est pas soumis à la formalité car il s'agit d'un acte de bienfaisance qui entre dans les différentes formes de charité mentionnées par la loi islamique. Si, dans le cas en question, le contrat de Hiba informel a été établi par le donateur en 1973 selon le rite hanafite, les juges du conseil ont commis une erreur en annulant le contrat Hiba au motif qu'il n'a pas été formalisé, exposant ainsi leur décision à une absence de base légale car il est impossible d'appliquer rétroactivement le Code de la famille ". Voir : Décision n° 234655, Revue de jurisprudence de la chambre des affaires personnelles, numéro spécial, 2001, p. 3.

Cependant, sur la base de plusieurs justifications, on peut affirmer que la formalité est requise comme condition de validité, en particulier lorsqu'il s'agit d'un acte de waqf portant sur un bien immobilier. Par conséquent, un contrat de waqf informel portant sur un bien immobilier est absolument nul car il manque l'une des conditions requises par la loi. La règle énoncée à l'article 41 de la loi sur les waqfs n° 91-10 est une règle impérative, selon le critère linguistique, car elle utilise le terme " doit " et toute disposition impérative entraîne la nullité absolue en cas de non-respect. Voir : La preuve du waqf public dans la législation algérienne, Majouj Intissar, Revue des cahiers de politique et de droit, Université de Ouargla, Algérie, n° 5, juin 2011, p. 302.

qui est de l'immobilier, et en application des dispositions de cet article, a été promulgué le décret exécutif n° 2000-336, daté du 26/10/2000 ⁽¹⁾, Par conséquent, le législateur algérien a conféré un caractère officiel à ce certificat pour le transformer d'une simple attestation écrite en un document officiel soumis à l'enregistrement au registre foncier.

Il est à noter que l'article 35 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule que : “ Le waqf se prouve par tous les moyens de preuve juridiques et légaux, en tenant compte des dispositions des articles (29 et 30) de cette loi ” ⁽²⁾.

2- Les dispositions relatives à la restitution des biens waqfs :

L'article 7 du décret exécutif n° 21-179 ⁽³⁾ portant création de l'Office national des waqfs et de la zakat ⁽⁴⁾ stipule que :

“L'office est chargé en matière des waqf de l'élaboration des programmes relatifs à l'exploitation, au développement, et à l'investissement des biens waqfs, en coordination avec le ministère de tutelle ; la recherche des biens waqfs, en coordination avec les services, établissements concernés et les agents publics habilités, et recourir à toutes les voies légales pour la restitution ⁽⁵⁾ des biens waqfs découverts, ... ” ⁽⁶⁾.

Cette disposition concorde avec le consensus des juristes quant

(1) Décret exécutif n° 2000-336, daté du 26/10/2000, introduit un document testimonial écrit de confirmation du bien waqf et la définition des conditions et modalités de son établissement et de sa délivrance, publié dans le Journal officiel, n° 64, le 31 octobre 2000.

(2) L'article 29 stipule : “ Le waqf n'est point légalement valable s'il est stipulé une clause contraire aux textes de la chariâ islamique ; s'il en est ainsi, la clause est annulée et le waqf est valide ”. L'article 30 stipule : “ le waqf constitué par un enfant est frappé de nullité d'une façon absolue, qu'il soit capable de discernement ou qu'il soit incapable, même s'il en a l'aval de son tuteur ”.

(3) Voir : Décret exécutif n° 21-179, daté du 21 Ramadan 1442 H, correspondant au 3 mai 2021, portant création de l'Office national des waqfs et de la zakat et fixant son statut, Journal officiel, n° 35, publié le 30 Ramadan 1442 H, correspondant au 12 mai 2021.

(4) C'est un établissement public à caractère industriel et commercial, doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Il est régi par les règles applicables à l'administration dans ses relations avec l'État, et est réputé commerçant dans ses rapports avec les tiers. L'office est placé sous la tutelle du ministre chargé des affaires religieuses. Voir : articles 2 et 3 du décret exécutif n° 21-179.

(5) La question de la récupération des waqfs soulève de nombreux problèmes juridiques en Algérie, en particulier ceux qui ont été nationalisés. Pour plus d'informations, voir l'article des professeurs : Abdali Amine et Dawahir Afaf “Établissement et récupération des biens immobiliers waqfs”, Revue des recherches juridiques et économiques, Institut de droit, Centre universitaire d'Aflou, Algérie.

(6) Voir : article 7 du décret exécutif n° 21-179.

à la nécessité de récupérer le bien waqf usurpé ⁽¹⁾ si cela est possible. Par exemple, les Hanafites ont traité le cas où un usurpateur s'empare d'un bien waqf et où l'administrateur est incapable de le récupérer, sans qu'il y ait de preuve de l'usurpation ; et si l'usurpateur souhaite verser la valeur du bien usurpé. Dans ce cas, il est impératif d'accepter la compensation et d'acheter avec celle-ci un autre bien qui sera également destiné au waqf, en remplacement du bien usurpé. Il apparaît, selon leur doctrine, que l'acceptation de la compensation ne nécessite pas l'autorisation du juge, tandis que l'achat doit se faire avec son approbation ⁽²⁾.

Section 4 : Les dispositions relatives à la gestion des waqfs privés :

Le législateur algérien a autorisé l'autorité chargée des biens waqfs à superviser les waqfs privés en cas de nécessité, comme le décès du fondateur s'il est le gestionnaire ou le décès du gestionnaire ⁽³⁾, ou son incapacité à exercer ses fonctions, ou si le constituant n'a pas désigné de gestionnaire pour le waqf ⁽⁴⁾. L'article 47 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule que : “ L'autorité chargée des biens waqfs a le droit de superviser, le cas échéant, l'administration des waqfs privés, de les promouvoir et de garantir leur bonne gestion conformément à la volonté du constituant.”

Section 5 : Les dispositions relatives aux contrats d'investissement des waqfs et des biens waqfs :

1. Les dispositions relatives aux contrats d'investissement des waqfs :

A. La possibilité d'exploiter les biens waqfs par Le contrat de colonage partiaire (‘aqd al-musaqat) : Le contrat de colonage partiaire est unanimement accepté par les juristes, basé sur l'accord du Prophète avec les Juifs de Khaybar pour cultiver leurs palmiers et leurs terres en échange d'une part des fruits ou des récoltes. Selon les Hanafites, la musaqat est appelée “mu‘āmala” (transaction) par les habitants de Médine, et est à la fois une pratique et un contrat par lequel le propriétaire

(1) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, pp. 583, 584; Al-Insaf, Al-Mardawi, t. 7, p. 45.

(2) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, pp. 583, 584.

(3) Voir: Al-Mubdi' fi Sharh al-Muqni', Ibn Muflih, t. 5, p. 255.

(4) Voir: Al-Muhadhab, Al-Shirazi, t. 3, p. 690; Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, pp. 237, 259.

engage une personne pour s'occuper d'un palmier, un vignoble ou autre contre un partage déterminé de sa production ⁽¹⁾. Ibn Arafah le Malikite, définit al-musaqat comme " un contrat portant sur les soins nécessaires à la croissance des plantes en échange d'une part déterminée de leurs récoltes et non sous la forme d'une vente, d'une location ou d'une rémunération, cela inclus l'affirmation selon laquelle il n'y a pas de mal à conclure un contrat de musaqat stipulant que la totalité des fruits, revient au travailleur, y compris la musaqat sur des terres pluviales " ⁽²⁾. En revanche, les Chafrites, la considère comme un contrat pour l'entretien des arbres en échange d'une part de leurs fruits, fondé avant le consensus sur la transaction du prophète avec les juifs de Khaybar ⁽³⁾. Les Hanbalites définissent al-musaqat comme un contrat où une personne donne ses arbres à une autre pour les arroser et en prendre soin en échange d'une part définie des fruits ⁽⁴⁾. Le terme musaqat dérive du terme "saqâ" qui signifie arroser. Cela est dû au fait que les habitants de Hijaz ont un besoin accru d'arroser leurs arbres, car ils se ravitaillent en eau à partir de puits ; c'est ainsi que ce terme a été désigné, et l'origine de sa légitimité repose sur la Sunna (tradition) et le consensus ⁽⁵⁾.

En général, al- musaqat, dans son sens technique, ne s'éloigne guère de son sens linguistique. Elle désigne l'action d'un individu qui s'occupe de l'arrosage des palmiers et des vignes et de leur entretien, en échange d'une part déterminée des revenus générés. Il s'agit d'un contrat par lequel un individu confie des arbres et des vignes à une autre personne pour qu'elle s'en occupe, en échange d'une part déterminée de leur production. La définition du contrat de musaqat est mentionnée dans le paragraphe 2

(1) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 9, p. 412.

(2) Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ra'ini, t. 7, pp. 466, 467.

(3) Voir: Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-Abbas, t. 5, p. 244.

(4) Il est mentionné dans la "Majallat al-Aḥkām al-Shar'iyya" selon l'imam Ahmad que al- musāqāt est : " Confier des arbres fruitiers plantés et connus à une personne pour qu'elle travaille dessus en échange d'une part déterminée et connue de leurs fruits. On appelle le propriétaire des fruits "musāqī" et l'autre "travailleur". Ainsi, al-musāqāt est une forme de partenariat où les arbres proviennent d'une partie et le travail d'une autre partie. Ce contrat est également appelé "mu'āmala", et le terme "mu'āmala" dans le langage des habitants d'Irak correspond à "musāqāt" dans le langage des habitants du Hijaz. " Voir : "Majallat al-Aḥkām al-Shar'iyya", Ahmad ibn 'Abd Allah al-Qari, édité par 'Abd al-Wahhab Ibrahim et Muhammad Ibrahim Ahmad Ali, 1ère édition, Dar Tihama, Royaume d'Arabie saoudite, 1981, p. 525.

(5) Voir: Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 5, p. 290.

de l'article 26 bis 1 de la loi sur les waqfs n° 91-10, ajouté par l'article 4 de la loi n° 01-07, dans lequel il est stipulé : “ Le contrat de colonage partiaire (al-musaqat) : par lequel il convient de donner les arbres pour l'exploitation, à qui les bonifie contre part déterminée de leurs fruits ”. De cette définition, il apparaît que le législateur la considère comme un partenariat entre l'ouvrier et le propriétaire du waqf (l'autorité en charge des waqfs).

B. La possibilité d'exploiter les biens waqfs par le contrat de bail à complant (‘Aqd al-muzara’a) : Le contrat de bail à complant (‘Aqd al-muzara’a) est considéré comme l'un des contrats d'investissement du waqf, unanimement accepté par les jurisconsultes ⁽¹⁾. Cependant, le désaccord entre eux réside dans la question de savoir s'il peut être autonome ou s'il doit être lié à la musaqat (dépendant d'elle). Ainsi, tandis que les Hanafites ⁽²⁾, les Malékites ⁽³⁾ et Les Hanbalites ⁽⁴⁾ estiment que cela peut être autonome, tandis que les Chafrites estiment ⁽⁵⁾ qu'elle n'était pas permise indépendamment de la musaqat, et que sa validité est liée à son association avec cette dernière. Ainsi, si un espace vacant se trouve entre les palmiers, le contrat de muzara'a est valable en conjonction avec le contrat de musaqat sur les palmiers, à condition que le même travailleur soit impliqué et qu'il soit difficile d'irriguer les palmiers séparément. Selon leur opinion la plus correcte, il est exigé qu'il n'y ait pas de séparation entre les deux contrats, que le contrat de muzara'a ne précède pas celui de musaqat, et que l'étendue de l'espace vacant, qu'elle soit grande ou petite, soit considérée de la même manière ⁽⁶⁾.

Les Hanafites la définissent comme : un contrat sur la récolte en échange d'une partie des produits ” ⁽⁷⁾. Chez les Malékites, elle est désignée comme

(1) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 9, pp. 416, 417; Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 432; Al-Dhakira, Al-Qarafi, t. 6, p. 125; Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 423; Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 168.

(2) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 9, pp. 416, 417.

(3) Voir: Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 432; Al-Dhakira, Al-Qarafi, t. 6, p. 125.

(4) Voir: Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 168.

(5) Voir: Mughni al-Muhtaj, Al-Khatib al-Shirbini, vol. 3, p. 423.

(6) Voir: Al-Muhadhab, Al-Shirazi, t. 3, pp. 507, 508; Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 423.

(7) Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 276.

“ partenariat (société) dans la récolte ”⁽¹⁾. Chez les Chafiiites, c’est le contrat de “ mukhabara ” ; c’est-à-dire travailler sur une terre contre une partie de la récolte, avec les semences fournies par le propriétaire ⁽²⁾. En revanche, Les Hanbalites la considèrent comme le fait de confier la terre à quelqu’un qui la cultive en échange d’une partie de la récolte. Elle est valide tant pour les terres arables que pour celles situées entre les arbres, se basant sur le récit de ‘Omar ibn al-Khattab qui stipule que peu importe lequel des deux partis fournit les semences, cela est permis ⁽³⁾, car le Prophète a confié Khaybar en contrat de métayage sans mentionner les semences, ce qui indique que leur provenance est indifférente ⁽⁴⁾.

Le législateur algérien a clarifié et réglementé les différentes dispositions relatives à ce contrat à travers un cahier des charges qui lui est propre ⁽⁵⁾. En se référant à l’article 26 bis 1 de la loi sur les waqfs n° 91-10, nous constatons que le premier paragraphe de cet article stipule que ce contrat “ consiste à donner la terre à l’agriculteur pour l’exploitation, en contrepartie d’une part de la production convenue à la conclusion du bail ”. Ainsi, le contrat de muzara’a selon cet article ressemble à un contrat de partenariat (société), dans la mesure où il crée une contribution à la production de la récolte entre le propriétaire avec sa terre et l’agriculteur avec son travail. Le propriétaire reçoit une part de la récolte produite, dont la valeur varie en fonction de ce que la terre a produit, en tenant compte de sa nature et de sa période de production ⁽⁶⁾.

2- Les dispositions relatives aux contrats d’investissement des fonds waqfs : Ici, nous faisons référence spécifiquement à l’investissement des fonds générés par les waqfs, que les juristes ont autorisé à investir selon les formules de mudāraba et de prêt gracieux.

(1) Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ra’ini, t. 7, pp. 152-159.

(2) Voir: Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 2, p. 423.

(3) Cependant, Ibn Qudama mentionne dans ce contexte que selon l’interprétation apparente des paroles de l’imam Ahmad, il est nécessaire que les semences soient fournies par le propriétaire de la terre, car c’est un contrat dans lequel le propriétaire du capital et le travailleur partagent les profits, et le capital doit donc provenir du propriétaire, comme dans les contrats de musaqat et de mudaraba. Voir : Al-Kafi, Ibn Qudama, p. 167.

(4) Voir : Al-Kafi, Ibn Qudama, p. 167 ; Revue des décisions juridiques, Ahmad ibn Abdullah al-Qari, p. 525.

(5) Voir : Annexes de la thèse (doctorat) de l’enseignant Debih Soufiane intitulée : “ L’investissement des waqfs publics dans la législation algérienne et son rôle dans le développement économique ”.

(6) Voir: Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ra’ini, t. 7, pp. 152-159.

A. La mudāraba waqfiyya (la commandite waqf) : la mudāraba, en langue arabe, est une forme d’interaction dérivée du verbe “dharaba”, qui signifie parcourir la terre ⁽¹⁾. En termes juridiques islamiques, il s’agit de confier une somme d’argent déterminée à une personne pour qu’elle la commerce, en échange d’une part proportionnelle des bénéfices réalisés (le capital provenant de la première partie et le travail de la seconde) ⁽²⁾. Les habitants de l’Irak désignent ce contrat par le terme “mudāraba”, tandis que les habitants du Hijaz l’appellent “qirādh” ⁽³⁾. Les juristes distinguent deux types de mudāraba : absolue et restreinte. La mudāraba absolue n’est soumise à aucune restriction de temps, de lieu, de type de commerce, ni de désignation de vendeur ou d’acheteur. Si elle est soumise à l’une de ces restrictions, elle est alors qualifiée de mudāraba restreinte ⁽⁴⁾. Al-Jurjānī a clarifié sa nature et sa qualification juridique en disant : “Elle est un dépôt au début, une agence lors de l’exécution, un partenariat en cas de profit, une usurpation en cas de transgression, une consignation si la totalité des bénéfices est stipulée pour le propriétaire, et un prêt si le bénéfice est stipulé pour le mudārib” ⁽⁵⁾. Dans ce contexte, la mudāraba concerne les revenus et les bénéfices du waqf.

Le paragraphe 3 de l’article 26 bis 10 de la loi sur les waqfs n° 91-10 a mentionné la commandite waqf (mudāraba waqfiyya) comme un mécanisme pour investir les biens waqfs, “dans laquelle est effectuée l’utilisation de certaines rentes du waqf dans une transaction bancaire et commerciale par l’autorité chargée des waqfs, sous réserve des dispositions de l’article 2 de la loi n° 91-10, du 27 avril 1991”.

La mudāraba est un partenariat entre le capital et le travail ; la manière dont elle est présentée dans cette loi se limite aux transactions bancaires et

(1) Voir: Lisān al-Arab, Ibn Mandhour, Dar Sadir, Beyrouth, t. 1, p. 545.

(2) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 8, p. 430; Al-Dhakira, Al-Qarafi, t. 6, p. 23; Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-Abbas, t. 5, p. 219; Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 151.

(3) Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-Abbas, t. 5, p. 219.

(4) Voir : Dictionnaire des termes financiers et économiques dans le langage des juristes, Nazih Hamad, 1ère éd., Dar al-Qalam, Damas, 1429 H / 2008, p. 423.

(5) Dictionnaire des définitions, Al-Jurjānī, édité par Muhammad Siddiq Al-Manshawi, 1ère éd., Dar Al-Fadhila, Le Caire, p. 183.

commerciales ⁽¹⁾, bien qu'elle soit en réalité plus vaste que cela ⁽²⁾. Il aurait donc fallu que le législateur ne la restreint pas à cette seule forme.

B. Le prêt gracieux : Le législateur algérien l'a inclus parmi les méthodes d'investissement des fonds waqfs dans l'article 26 bis 10 de la loi sur les waqfs n° 91-10, ajouté par l'article 7 de la loi n° 07-01, afin de transformer les fonds rassemblés en investissements productifs. " Il consiste à octroyer aux nécessiteux, selon leurs besoins, un prêt qu'ils sont tenus de rembourser dans un délai convenu ⁽³⁾ ”.

(1) Si l'administration des waqfs dépose des fonds auprès de banques pour des opérations de mudāraba licites, nous nous trouvons face à un dilemme : le secteur bancaire algérien est largement usuraire, à l'exception des pratiques de certaines banques. Il aurait donc été préférable que la loi précise que la mudāraba dont il s'agit est uniquement celle effectuée avec des banques islamiques, ou avec des banques algériennes qui ouvrent des agences islamiques. Quant aux transactions commerciales proposées par la loi, il ne faut pas négliger les grands risques qui entourent ces investissements, même dans le domaine immobilier. En revanche, si le financement se faisait sous forme de mudāraba inversée (c'est-à-dire les waqfs recevant des financements sous la forme de mudāraba), cela serait préférable, car cela ferait des waqfs les investisseurs avec les fonds d'autrui, ce qui leur permettrait d'avoir un contrôle accru sur les projets qu'ils financent. Dans ce cas, la question de la compétence et de l'expertise en matière de gestion de projets d'investissement pour les waqfs se pose. Voir : "Les waqfs algériens entre l'extinction et l'investissement", Fares Mesdour, pp. 201, 202.

(2) Voir : Fares Mesdour, op. Cit., p. 201.

(3) Il est mentionné dans la Mudawwana : " On a demandé à Malik : Si un homme conserve cent dinars pour les prêter aux gens avec l'accord qu'ils les rendent, les considérant comme un waqf, penses-tu qu'il y a là une zakat ? Il répondit : Oui. " Voir : La Mudawwana, Livre des Zakat, deuxième partie, Chapitre sur la zakat des fruits waqf et des chameaux et des bétails, et le Livre des prêtées, Chapitre sur le prêt des dirhams et des dinars.

Deuxième Chapitre

Les dispositions du droit algérien des biens waqf dérivées de l'avis majoritaire des juristes

Dans ce chapitre, nous avons abordé les dispositions du droit algérien des biens waqf, qui ont été inspirées par l'avis majoritaire des juristes islamiques. Nous avons présenté ces questions et mis en évidence l'opinion prépondérante adoptée par le législateur algérien, en fournissant un résumé sans entrer dans les détails des arguments et des preuves, car le contexte ne le permet pas. Ce chapitre a été divisé en quatre parties : la première traite des dispositions relatives au constituant du waqf, la deuxième des dispositions concernant le bénéficiaire, la troisième des dispositions relatives à l'objet du waqf, et la quatrième des dispositions relatives à la formule.

Partie 1 : Les dispositions relatives au constituant du waqf

Dans cette partie, nous avons traité des dispositions pertinentes relatives au constituant du waqf dans la législation algérienne, dérivées de l'opinion de la majorité des juristes, lesquelles comprennent l'exigence de la propriété du constituant sur le bien waqf, ainsi que la possibilité de révoquer le gestionnaire.

Section 1 : Exigence de la propriété du constituant pour l'objet du waqf :

L'article 10 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule que : pour que le waqf soit valable, il est exigé du constituant ce qui suit : qu'il soit

propriétaire ⁽¹⁾ de l'objet de la fondation d'une façon absolue ⁽²⁾, et qu'il soit apte à disposer de ses biens, et non frappé d'interdiction pour incapacité ou créance. Il ressort de cet article que les conditions pour le constituant sont : la propriété absolue du bien waqf ⁽³⁾, la capacité juridique, l'absence de tout empêchement affectant sa volonté et son discernement, et l'absence de dettes à son encontre. En se référant à l'article 17 de la loi sur les waqfs n° 91-10, qui stipule que : “ la validité de l'acte de constitution annule la propriété du constituant. L'usufruit revient alors au dévolutaire dans les limites des dispositions et des clauses de l'acte de constitution ”. On peut observer que le législateur algérien insiste ici sur le fait que le constituant doit être propriétaire du bien waqf, ce qui est conforme à l'opinion de la majorité des jurisconsultes concernant l'exigence de la propriété du fondateur sur le bien waqf ⁽⁴⁾.

Section 2 : Droit du constituant du bien waqf à révoquer le gestionnaire :

La majorité des jurisconsultes se sont accordés à dire que le constituant du waqf a le droit de révoquer le gestionnaire. Cependant, ils divergent sur l'étendue de ce droit. Abou Youssef estime que le constituant peut révoquer le superviseur de manière absolue, qu'il y ait eu une faute ou non,

(1) L'article 674 du Code civil algérien stipule que : “ La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. ”

(2) La condition de la propriété absolue du donateur du bien waqf pose un problème concernant le don d'usufruit, ainsi que le don d'un bien hypothéqué ou d'un bien loué. Cependant, le législateur algérien ne les a pas explicitement mentionnés dans la loi sur les biens de waqf. En revenant à l'article 215 du Code de la famille algérien, on constate qu'il stipule que le constituant d'un bien waqf et le dévolutaire obéissent aux mêmes règles que celles applicables au donateur et au donataire, conformément aux articles 204 et 205 de cette loi. En se référant à l'article 204, on constate qu'il dispose que les donations faites par une personne au cours d'une maladie ayant entraîné sa mort ou atteinte de maladie grave ou se trouvant en situation dangereuse, et tenue pour legs.

Quant à l'article 205, il stipule que la donation peut porter sur tout ou partie des biens du donateur. Il peut faire donation d'un bien déterminé ou d'un usufruit ou d'une créance dû par une tierce personne. Par conséquent, par analogie et en application de l'article 215 précité, il est permis au donateur du bien waqf de donner tous ses biens ou une partie de ceux-ci, qu'il s'agisse d'un bien déterminé, d'un usufruit ou d'une créance dû par une tierce personne. Il en découle que le don d'usufruit et le don de biens loués sont permis puisqu'ils font partie de la propriété du constituant du bien waqf.

(3) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 523 ; Fath al-Qadir, Ibn al-Hamam, t. 6, p. 187 ; Hachyat al-Dusuki, t. 4, p. 75 ; Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-'Abbās, t. 5, p. 360 ; Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 185 ; Al-Insaf, Al-Mardawī, t. 7, p. 3.

(4) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 521 ; Al-Mabsut, Al-Sarakhsi, t. 12, p. 27 ; Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-Abbas, t. 5, p. 360.

et qu'une clause de révocation ait été stipulée ou non, car le gestionnaire est considéré comme son mandataire. Mohamed, en revanche, considère le superviseur comme le mandataire des pauvres ⁽¹⁾. Les Malikites attribuent le droit exclusif de révocation et de destitution au constituant, lui permettant de révoquer le gestionnaire même sans faute ou préjudice aux intérêts du waqf. Quant au juge, il ne peut révoquer le gestionnaire qu'en cas de faute ⁽²⁾. Selon les Chafrites, le constituant peut révoquer son représentant s'il a stipulé ce droit pour lui-même et a nommé un autre comme mandataire. Cependant, s'il a stipulé le droit de supervision à une personne et lui a permis de déléguer ce pouvoir à quelqu'un d'autre, il ne peut ni la révoquer ni partager son autorité ⁽³⁾. Les Hanbalites exigent que le constituant ait stipulé pour lui-même le pouvoir de révocation dans l'acte de constitution du waqf pour pouvoir révoquer le gestionnaire ⁽⁴⁾. La position prépondérante est que le constituant peut révoquer le gestionnaire s'il a réservé ce droit dans l'acte de constitution du waqf. En se référant à la législation algérienne sur les waqfs, on constate qu'elle ne prévoit pas explicitement ce cas, cependant l'article 14 de la loi sur les waqfs n° 91-10, indique que : " l'organisation des biens waqf est soumise aux conditions imposées par le constituant tant que celles-ci ne sont pas réprochées par la chariâ islamique ". Parmi les conditions les plus importantes figure la nomination d'un administrateur (Nâdher) pour le waqf, telle que prévue à l'article 16 du décret exécutif n° 98-381, qui fixe les conditions de gestion des biens waqf (nomination de gestionnaire par le constituant). De plus, l'article 15 de la loi sur les waqfs n° 91-10 mentionne qu'il est permis au constituant de revenir sur certaines clauses de l'acte de fondation, s'il est stipulé dans ledit acte une telle possibilité. En s'appuyant sur l'article 2 de la loi sur les waqfs, on peut dire que le législateur algérien a adopté l'opinion de la majorité des jurisconsultes concernant le droit de révoquer le gestionnaire si cela a été exigé par le constituant du waqf. L'article 21 du décret exécutif algérien n° 98-381, fixant les conditions les modalités d'administration, de gestion et de protection des biens waqfs, énonce les

(1) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 641.

(2) Voir: Al-Sharh al-Kabir, Ahmad al-Dardir, Imprimerie Al-Azharia, Egypte, 1927, t. 4, p. 88.

(3) Voir: Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-Abbas, t. 5, p. 402.

(4) Voir: Al-Insaf, Al-Mardawi, t. 7, p. 60.

cas d'exemption du Nâdher (gestionnaire) selon le législateur algérien. Ces cas incluent la maladie, la perte de capacité ou la commission d'actes contraires à la charia islamique ⁽¹⁾. Ce décret prévoit également des situations où la fonction de Nâdher (gestionnaire) est automatiquement révoquée, notamment en cas de préjudice porté au waqf lui-même ou aux bénéficiaires, ou de dommages futurs potentiels causés par l'administrateur en raison de la commission d'un crime ou d'un délit. Ainsi, le législateur a lié la révocation de l'administrateur à l'existence de dommages causés au waqf. En définissant les cas d'exemption et de révocation automatique de la fonction du gestionnaire (Nâdher), il semble vouloir réglementer strictement les conditions de révocation du gestionnaire tant dans les waqfs publics que privés, étant donné que le gestionnaire d'un waqf privé est soumis à la supervision de l'autorité chargée des waqfs. L'article 21 stipule également que toute trahison de la confiance ou négligence des affaires du waqf entraîne directement l'exemption du gestionnaire des fonctions qui lui sont confiées.

Partie 2 : Les dispositions relatives aux dévolutaires du waqf

Dans cette partie, nous avons abordé l'ensemble des dispositions relatives aux dévolutaires (bénéficiaires) du waqf, lesquelles le législateur algérien a tiré de l'avis majoritaire des jurisconsultes. Ces dispositions comprennent l'acceptation du waqf par le dévolutaire ainsi que sa possession, la possibilité d'utiliser la part de l'usufruitier comme garantie pour les créanciers, et la possibilité de transmettre le droit d'usufruit dans les contrats d'exploitation et d'investissement du waqf.

Dans cette partie, nous avons abordé les différentes dispositions concernant les bénéficiaires du waqf, que le législateur algérien a dérivées de l'opinion de la majorité des jurisconsultes. Ces dispositions incluent l'acceptation par le dévolutaire du waqf, la possession du bien waqf, ainsi que la possibilité de rendre sa part un gage pour ses créanciers. De plus, il est permis de transmettre le droit d'usage aux héritiers dans le cadre des

(1) L'article 21 stipule que : toute trahison de la confiance ou négligence des affaires du waqf entraîne directement la décharge du gestionnaire de ses fonctions.

contrats d'exploitation et d'investissement du waqf.

Section 1 : Acceptation du waqf :

Il convient de noter que le waqf ne nécessite pas d'acceptation ⁽¹⁾, sauf si le bénéficiaire est déterminé ⁽²⁾. Si le waqf est destiné à des bénéficiaires indéterminés comme les pauvres ou des entités qui ne peuvent pas manifester d'acceptation, alors il n'est pas nécessaire d'obtenir leur accord. Cela est dû au fait qu'il s'agit d'un acte de transfert de propriété qui exclut la vente, la donation ou l'héritage, ainsi le besoin d'acceptation ne se manifeste pas, contrairement à la libération des esclaves. C'est ainsi que le waqf se distingue de la donation et du testament. La différence entre le waqf et ces derniers réside dans le fait que le waqf ne se limite pas aux dévolutaires désignés, mais s'étend également aux générations futures, ce qui le rend similaire à un waqf visant les pauvres, qui ne devient pas caduc si l'un d'eux le refuse et ne dépend donc pas de leur acceptation ⁽³⁾. Selon l'école Chafite, le waqf est un contrat qui implique le transfert immédiat de la propriété. Notons qu'un waqf destiné à un dévolutaire désigné son acceptation doit être concomitante à l'offre (la proposition), à moins qu'un tuteur accepte en son nom, comme pour un don ou un legs ⁽⁴⁾. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un waqf destiné à une entité générale comme les pauvres ou à une mosquée, l'acceptation n'est absolument pas requise, en raison de l'impossibilité de le faire, comme l'illustre le hadith de `Umar ibn al-

(1) En pratique, le constituant du waqf (waqif) doit, avant de rédiger le contrat de waqf chez le notaire, obtenir l'approbation du directeur des affaires religieuses et des waqfs, qui lui délivrera un document d'acceptation. Il est à noter que pour le waqf public, l'acceptation du directeur n'est pas nécessaire, car il s'agit d'une disposition unilatérale. Le document d'acceptation n'est pas une condition de validité ou d'efficacité du contrat de waqf, mais simplement un document administratif pour compléter le dossier, conformément à l'article 46 de la loi n° 91-10 sur les waqfs, qui stipule que "l'autorité chargée des biens waqfs est l'instance habilitée à accepter les biens waqfs, elle veille à leur gestion et à leur préservation". En utilisant le terme "acte" à l'article 4, le législateur algérien faisait vraisemblablement référence à l'acte final rédigé par le notaire après obtention du document d'acceptation, signé par le représentant des waqfs par délégation du directeur des affaires religieuses et des waqfs d'une part, et par le constituant du waqf d'autre part.

(2) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 525 ; Jam' al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 448 ; Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ra'ini, t. 7, p. 632 ; Al-Dhakira, Al-Qarafi, t. 6, p. 316 ; Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din Muhammad ibn Abi al-'Abbās, t. 5, p. 372 ; Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 535 ; Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 254.

(3) Voir: Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, pp. 187, 188.

(4) Voir: Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 535.

Khatab : “ Si tu le souhaites, réserve le fonds et donnes-en le revenu en aumône ”⁽¹⁾. Étant un acte de bienfaisance qui empêche la vente, le don et l’héritage, il devient effectif sans acceptation, similaire à une libération d’esclave. Par conséquent, si l’acceptation n’est pas nécessaire, le refus n’annule pas le waqf, et son acceptation ou refus devient insignifiant. En revanche, si l’acceptation est nécessaire et que le dévolutaire refuse, le waqf devient caduc pour lui, similaire à un waqf dont le début est interrompu. Si le waqf est fait au profit d’un héritier ayant accepté la succession, et que cela concerne un tiers de la succession, il devient contraignant et son refus n’annule pas le waqf, comme rapporté par les deux cheikhs dans le chapitre des testaments⁽²⁾.

Section 2 : Possession et prise en charge :

En se référant au texte de l’article 3 de la loi n° 91-10 sur les waqfs, qui stipule que le waqf consiste à rendre impossible l’appropriation en son essence, ainsi qu’à l’article 5 de la même loi, qui précise que le waqf n’est pas la propriété de personnes physiques ou morales, et lui confère une indépendance totale (personnalité morale). En se référant également à l’article 11 de cette loi, dont le troisième paragraphe dispose que le waqf d’un bien indivis est valable⁽³⁾, et dans ce cas, le retrait de l’indivision devient obligatoire. Il est évident que ces articles affirment clairement que le bien waqf doit être retiré des mains du constituant⁽⁴⁾ et ne doit pas être introduit dans la possession du bénéficiaire, car il ne s’agit pas d’un transfert de propriété ; les jurisconsultes s’accordent à dire que la

(1) Rapporté par Al-Bukhari, Livre des conditions, Chapitre sur les conditions du waqf (2737), p. 675 ; Muslim, Livre des testaments, Chapitre sur le waqf (1632), p. 770.

(2) Voir: Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 535.

(3) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, pp. 553, 554; Jam’ al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 448; Al-Muhadhab, Al-Shirazi, p. 673; Mughni al-Muhtaj, Al-Khateeb al-Sharbini, t. 3, p. 525; Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 233; Matn al-Kharaqī, p. 81.

(4) Ibn Qudama soutient que cela supprime la capacité de disposer de la propriété et des revenus ; il annule la propriété, tout comme la libération d’un esclave, car si cela était considéré comme une propriété, son équivalent reviendrait au propriétaire comme dans le cas d’une pleine propriété. En effet, si l’on disait que le donateur conserve la propriété du bien waqf, il devrait alors en tenir compte et être impliqué dans des litiges à son sujet, ce qui pourrait également l’obliger à des compensations en cas de dommages ; contrairement à celui qui ne possède pas le bien. Voir : Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 186.

propriété appartient à Allah ⁽¹⁾. Cette formulation semble éviter de trancher définitivement la question, car Dieu, exalté soit-Il, est en tout temps le propriétaire de toutes choses ⁽²⁾. Par “retrait” ici, on entend la prise en main du waqf par le dévolutaire pour en jouir, et non pour le posséder et en disposer, que ce soit directement s’il est désigné, ou par son tuteur ou son représentant légal s’il est mineur, ou encore du constituant à l’autorité chargée des waqfs. Tout cela ne se réalise qu’avec la prise en main effective du bien waqf.

Les Malikites ont exigé que la prise en charge soit une condition de validité du waqf ⁽³⁾, comme pour la donation. Si le constituant du bien waqf décède, tombe malade, ou fait faillite avant la prise en main (hawz), le waqf devient invalide ⁽⁴⁾. Une autre version rapportée par l’imam Ahmad indique que le waqf n’est valable que par la prise en main, et par le fait que le constituant du waqf confie la gestion à un tiers, précisant que le waqf se caractérise par la remise de ses biens à autrui, et qu’il nomme quelqu’un pour s’occuper de celui-ci, une opinion adoptée par Ibn Abi Moussa ⁽⁵⁾, et qui correspond à l’opinion de Muhammad ibn al-Hasan, car c’est un don avec des biens dont il n’a pas été décidé qu’ils sortent définitivement de son patrimoine, rien n’est donc exigé simplement ⁽⁶⁾ aux mêmes titres que pour une donation ou un testament ⁽⁷⁾. Quant à l’imam al-Shafi’i, il a affirmé que le waqf devient obligatoire même si le bénéficiaire n’en a pas encore pris possession, par analogie avec la vente et la location. De plus, Omar, Ali et Fatima (que Dieu les agrée) ⁽⁸⁾ Ont constamment géré leurs donations charitables.

(1) Voir : Sharh Fath al-Qadir, Ibn al-Humam, t. 6, p. 186 ; Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi’i, t. 5, p. 105 ; Al-Kafi, Ibn Qudama, p. 254.

(2) Voir : Le waqf islamique, Mondher Qahf, p. 119.

(3) Voir : Les préliminaires et introductions, Ibn Rush le Vieux, édité par Saïd Ahmed A’arab, 1ère éd., Dar al-Gharb al-Islami, Beyrouth, 1988, t. 2, p. 419.

(4) Voir : Jam’ al-Ummahat, Ibn al-Hajib, p. 449 ; Mawahib al-Jalil, Al-Hattab al-Ra’ini, t. 7, p. 636.

(5) Voir : Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 187.

(6) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 534.

(7) Ibn Qudama a déclaré que le raisonnement par analogie avec le don ne tient pas, car le don s’impose de son vivant sans besoin d’un jugement du juge, tandis que le waqf ne nécessite pas une prise en charge. Voir : Al-Mughni, t. 8, p. 186.

(8) Voir : Al-Umm, Al-Shafi’i, t. 5, pp. 106, 121.

Section 3 : La possibilité de mettre la part du bénéficiaire en gage pour les créanciers :

Cela concerne uniquement le droit d'usage ou le revenu qui en découle, comme stipulé à l'article 21 de la loi n° 91-10 sur les waqfs. En effet, les bénéficiaires du waqf peuvent contracter des dettes en utilisant leurs parts du waqf, conformément aux termes définis par le constituant. La part en question se réfère à la part des bénéfices et non à celle du bien waqf en son essence. Ils peuvent utiliser ce droit comme garantie pour les créanciers, sans que cela n'atteigne le niveau d'un gage, afin de ne pas créer de droit réel sur le waqf, de peur de sa disparition. La garantie doit porter uniquement sur les bénéfices, qu'ils soient en nature ou sous forme monétaire résultant de l'exploitation du waqf ⁽¹⁾.

Section 4 : La possibilité de succession du droit d'usage :

L'investisseur contractant peut transmettre par héritage le droit d'usage dans le cadre du contrat de bail emphytéotique (hikr). En se référant à la clause 15 du modèle de ce contrat, il est stipulé que le droit d'usage peut être transmis en cas de décès de l'investisseur avant l'expiration du contrat. Le contrat est alors résilié et rédigé de nouveau au bénéfice des héritiers légaux, conformément aux dispositions de l'article 29⁽²⁾ du décret exécutif n° 98-381, qui précise les conditions de gestion, d'administration et de protection des biens waqf. Ainsi, les héritiers de l'investisseur peuvent hériter de l'usage qu'il a acquis en vertu du contrat de bail emphytéotique pendant la période d'usage (la durée du contrat), qu'il s'agisse de plantation et/ou de construction. Cela correspond à l'avis de la majorité des jurisconsultes, que l'emphytéose soit perpétuelle ou temporaire ⁽³⁾. Cependant, les juristes malikites ont une position particulière sur la question de la transmission du droit d'usage des terres waqf. Ils exigent que l'investisseur précise, lors de la plantation et/ou de la construction, que ce qu'il plante ou construit

(1) Voir : Les litiges concernant les biens waqfs (dans le cadre du droit positif), Kanfoud Ramadan, p. 146.

(2) En consultant l'article 29 du décret exécutif n° 98-381 mentionné précédemment, il est stipulé que : "Le bail de location est légalement résilié au décès du preneur, et doit être revu en faveur de ses héritiers légitimes pour le reste de la durée du contrat initial sous réserve des clauses du contrat".

(3) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 9, p. 44; Talab al-Nuha fi Sharhi Ghayat al-Muntaha, Al-Ruhibani al-Hanbali, t. 4, p. 315.

est sa propriété privée et non un waqf. Si cette distinction n'est pas faite ou si l'on parle de waqf, alors la plantation et/ou la construction sont considérées comme waqf selon l'opinion prépondérante, et les héritiers n'ont aucun droit dessus ⁽¹⁾.

Partie 3 : Les dispositions relatives à l'objet du waqf et sa nature

Dans ce chapitre, nous avons examiné les différentes dispositions relatives à l'objet du waqf telles qu'énoncées dans la législation du waqf algérienne, dérivées de l'opinion de la majorité des jurisconsultes. Ces règles comprennent la division du waqf en deux catégories : le waqf public et le waqf privé, ainsi que la possibilité de substituer le bien waqf.

Section 1 : Validité du waqf monétaire :

L'un des premiers exemples liés au waqf monétaire se trouve dans un hadith rapporté par Al-Bukhari concernant Al-Zuhri, lorsqu'on lui a demandé si un homme avait mis de côté mille dinars pour la cause de Dieu en les confiant à un jeune marchand, qui les investit tout en consacrant les profits aux nécessiteux et aux proches. On s'interrogeait alors sur la légitimité pour cet homme de consommer une partie des bénéfiques générés. Sa réponse était que non, il n'était pas en droit de le faire ⁽²⁾. Cet échange montre l'existence d'une application du waqf monétaire dès le 2^{ème} siècle de l'Hégire. De même, une question posée à l'imam Malik indique : “ Si un homme conserve cent dinars en waqf, qu'il prête aux gens et qu'ils les remboursent, y a-t-il de la zakat à payer sur cela ? ” À quoi il répondit : “ Oui, je considère qu'il y a zakat ” ⁽³⁾. L'imam clarifie également cela directement dans son traité sur les prêts, au chapitre concernant les dirhams et dinars mis en waqf ⁽⁴⁾. De plus Al-Maymuni rapporta qu'Ahmed ibn Hanbal disait, à propos d'un homme ayant consacré mille dirhams pour la cause de Dieu : “ S'ils sont destinés aux pauvres, il n'y a rien à prélever. ”

(1) Voir: Fath al-Ali al-Malik, Muhammad Alish, t. 2, p. 210.

(2) Voir: Fath al-Bari, Ibn Hajar al-Asqalani, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth, t. 5, p. 508.

(3) Al- Mudawwana, Livre des Zakat, 1ère éd., Imprimerie Al-Saadah, Égypte, t. 1, p. 343.

(4) Voir : Al-Mudawwana, Livre des Zakat, deuxième partie, Chapitre sur la zakat des fruits waqf, des chameaux et des animaux, et le Livre des prêts, Chapitre sur le prêt des dirhams et des dinars.

Quand on lui demanda : “ Et s’ils sont consacrés aux équipements militaires ? ” Il répondit : “ C’est une question de confusion et d’ambiguïté ”⁽¹⁾ ”.

Il est à noter que le waqf monétaire s’est répandu et a prospéré à l’époque ottomane au 15^{ème} siècle de l’ère chrétienne, pour donner suite à l’avis de l’imam Zufar ibn al-Hudhayl qui autorisait le waqf monétaire⁽²⁾. Ainsi, en 1505 la part du waqf monétaire représentait 50 % du total des waqfs⁽³⁾.

Alors que les Malikites⁽⁴⁾ reconnaissent la validité du waqf monétaire sur la base de l’argument précédent (l’avis de Malik ibn Anas), les Hanafites soutiennent dans leur opinion majoritaire⁽⁵⁾ qu’il est également permis. En revanche, les Chafrites rejettent la possibilité de waqf des dirhams et des dinars dans leur avis prédominant⁽⁶⁾. Al-Shirazi a déclaré : “ Ceux qui permettent la location de l’argent permettent aussi son waqf, et ceux qui n’acceptent pas sa location n’acceptent pas non plus son waqf ”⁽⁷⁾. La plupart des Hanbalites partagent également l’avis selon lequel le waqf monétaire n’est pas permis⁽⁸⁾. Ibn Taymiyya (que Dieu ait pitié de lui) a cependant déclaré qu’aucun des jurisconsultes de l’école Hanbalite n’a rapporté une parole authentique d’Ahmed interdisant le waqf monétaire. Ils ont simplement suivi ce que Al-Khiraqi avait mentionné. Il a rapporté la narration d’Al-Maymuni concernant l’imam Ahmed et a cité Abu al-Barakat : “ L’apparence de cette déclaration suggère la permission de consacrer les monnaies dans le but de les prêter ou de les investir et de

(1) Voir : Majmou’ al-Fatawa, Ibn Taymiyya, compilé et arrangé par Abd al-Rahman ibn Muhammad ibn al-Qasim, 1ère éd., 1398 H, t. 31, p. 234.

(2) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 555.

(3) Voir : Abdul Aziz Khalifa al-Qassar, “Le waqf monétaire et les titres financiers et leurs applications contemporaines”, Forum des questions juridiques sur les waqfs, IIe session, Défis modernes et interprétations légitimes, Koweït, du 8 au 10 mai 2005, p. 173.

(4) Voir : Hachyat al-Dasouki, t. 4, p. 77.

(5) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 555.

(6) Voir : Al-Muhadhab, Al-Shirazi, t. 3, p. 673 ; Halât al-Ulama fi Ma’rifat Madhhab al-Fuqaha, Abu Bakr Muhammad ibn Ahmad al-Shashi al-Qaffal, édité par Yasin Daradkah, 1ère éd., Bibliothèque Al-Risala al-Haditha, Amman, Jordanie, 1988, t. 6, p. 11.

(7) Voir : Al-Muhadhab, Al-Shirazi, t. 3, p. 673.

(8) Voir : Matn al-Kharaqī, p. 81.

disposer des bénéfices ” (1). L’opinion prépondérante dans cette question est la permission du waqf monétaire.

Il est à noter que le législateur algérien n’a pas directement réglementé la question du waqf monétaire, excepté en ce qui concerne les dépôts waqfs (2). Il a plutôt réglementé la question de l’exploitation des produits du waqf et de leur investissement, en prévoyant plusieurs mécanismes permettant d’employer ces fonds, tels que le prêt gracieux et la mudāraba waqfiyya (commandite waqf) (3).

En général, il n’existe pas de textes explicites dans la législation algérienne concernant le waqf monétaire, malgré son importance, à l’exception de ce qui a été mentionné dans le décret exécutif n° 21-179 relatif à la création de l’Office national des waqfs et de la zakat (4). En dehors de cela, ce type de waqf n’a pas été réglementé, le législateur s’étant limité à émettre des dispositions légales régissant les biens waqfs ou, plutôt, les revenus des propriétés waqfs (5).

En se référant également aux dépôts générant des bénéfices waqfs, mentionnés dans le paragraphe 2 de l’article 26 bis 10 de la loi sur les waqfs

(1) Majmou’ al-Fatawa, Ibn Taymiyya, compilé et arrangé par Abd al-Rahman ibn Muhammad ibn al-Qasim, t. 31, p. 234.

(2) Selon l’organisation du législateur algérien, cela ne constitue qu’un prêt de bienfaiteurs, et la même chose s’applique à la mudāraba waqfiyya (commandite waqf), que la loi stipule comme étant l’utilisation d’une partie des revenus du waqf dans des transactions bancaires et commerciales. En effet, la loi a défini certaines catégories de revenus issus du waqf, sans inclure les fonds que les propriétaires mettent directement dans les banques et institutions financières.

(3) En se référant à ces mécanismes, on constate que le législateur algérien a tenté d’investir les fonds du waqf, en plus de créer un fonds central spécial pour l’investissement des waqfs, qui s’occupe de cette question (nous avons précédemment mentionné dans notre thèse de doctorat les contradictions juridiques et juridiques que soulève son statut). Cependant, il a récemment établi un bureau spécial pour la gestion et l’investissement des waqfs, à savoir l’Office national des waqfs et de la zakat, qui, selon l’article 46 du décret exécutif n° 21-179 relatif à sa création, stipule que tous les fonds déposés dans le compte central et dans les comptes régionaux des waqfs sont transférés vers cet office, ainsi que l’article 37 du même décret qui précise que parmi les recettes de cet office figurent les revenus des waqfs.

(4) Il est précisé dans le paragraphe 2 de l’article 7 de ce décret, qui concerne les tâches et activités de l’office en tant que commerçant, que cela inclut la revitalisation et le développement du waqf monétaire.

(5) Ainsi, des efforts ont été entrepris dans le domaine de l’investissement des fonds du waqf, lorsque le fonds central pour les propriétés waqfs a été créé, dont il a été fait mention selon l’article 35 du décret exécutif n° 98-381, qui stipule : “ conformément à un arrêté conjoint du ministre de tutelle et du ministre des finances, est créé une caisse centrale des biens waqfs qui recevra les recettes des biens waqfs ainsi que leurs fonds et ce, conformément à la législation et à la réglementation en vigueur ”.

n° 91-10, qui précise que : “ Les dépôts d'utilité waqf : qui permettent au détenteur d'une somme d'argent dont il n'a pas besoin pour une durée déterminée, de la verser à l'autorité chargée des waqfs sous forme de dépôt qu'il récupère quand il le désire. L'autorité chargée des waqfs utilise se dépôt en même temps que les biens waqfs dont elle dispose ”. Il est à noter que le dépôt est un type de crédit, et s'il n'y a pas de rendement, il s'inscrit dans le cadre du prêt sans intérêt, sauf s'il y a un financement externe (particuliers, organismes ou institutions), ce qui pose une question concernant le risque associé à ces dépôts ⁽¹⁾, d'une part, et d'autre part, cet article stipule que les dépôts générant des bénéfiques waqfs constituent un waqf temporaire, ce qui contredit la position du législateur algérien, qui a stipulé qu'il n'est pas permis de faire un waqf temporaire dans l'article 28 de la loi n° 91-10. Cela dit, en permettant cela ici, il cherchait probablement à généraliser le bien et à profiter de la liquidité que détiennent ces déposants. En outre, la disposition de cet article soulève des questions de deux aspects : du côté du constituant du waqf et de l'autorité chargée des waqfs. Le fait que le constituant du waqf puisse récupérer son dépôt à tout moment soulève des interrogations concernant les conséquences d'une telle récupération, surtout si le montant est significatif. En cas de retrait à un moment inopportun pour l'autorité chargée des waqfs, cela pourrait perturber des projets d'investissement ou affecter négativement les fonds waqfs dont elle dispose.

Il convient de noter que les dépôts waqfs sont établis dans le cadre d'un contrat administratif (puisque une des parties est l'autorité administrative); par conséquent, l'autorité administrative peut parfois raccourcir ou prolonger la durée spécifiée dans le contrat selon la loi. Par exemple, si la durée est fixée à 10 ans, elle peut être étendue ou réduite. Ainsi, une réduction à cinq ans, par exemple, ne poserait pas de problème pour le fondateur du waqf, mais une prolongation à 15 ans pourrait lui nuire considérablement, d'autant plus que le texte de l'article est explicite quant à son droit de récupérer les fonds à tout moment. Ainsi, la prolongation de cette durée est liée à un conflit d'intérêts entre le déposant et l'autorité chargée des waqfs, ce qui pourrait avoir un impact négatif sur le déposant

(1) Voir : “Les waqfs algériens entre l'extinction et l'investissement”, Fares Mesdour, p. 201.

s'il souhaite récupérer son dépôt à sa convenance. Il en résulte que le texte de l'article n'est pas correctement formulé, et le législateur algérien devrait le clarifier et rectifier la situation.

Section 2 : Validité de l'échange des waqfs :

Le législateur algérien a adopté le principe d'échange des waqfs en vertu de l'article 24 de la loi sur les waqfs n° 91-10, dans des cas spécifiques. La majorité des juristes admettent cette pratique, bien qu'ils divergent quant à son étendue. Les Hanbalites ont une position très restrictive sur cette question. Quant aux Malikites et aux Chafites, ils ne l'autorisent que pour les biens mobiliers. Les Hanafites, en revanche, sont plus permissifs et ont détaillé les cas où cela est permis. Le législateur algérien a suivi leur avis, ce que nous aborderons plus en détail par la suite.

Partie 4 : Les dispositions relatives à la formule du waqf et à sa nature

Dans cette partie, nous abordons les dispositions relatives à la formule du waqf et à sa nature dans la législation algérienne, qui s'inspirent des avis de la majorité des juristes.

Section 1 : Les dispositions relatives à la formule du waqf :

La formule est la manière dont le waqf est établi par le constituant, telle que prévue par l'article 12 de la loi sur les waqfs n° 91-10 qui stipule qu'"elle est, soit verbale, soit scripturale, soit par signe, selon des modalités qui seront précisées par voie réglementaire sous réserve des dispositions de l'article 2 susvisé". Ainsi, les biens soumis au waqf sortent du patrimoine financier du donateur pour appartenir à Dieu Tout-Puissant.

(1). Ainsi, le waqf n'est valide que par une parole prononcée, manifestant l'intention, comme dans l'affranchissement, voire d'une manière encore plus forte, ou dans toute autre forme de donation. Cela inclut également le geste explicite de la personne muette et son écriture, ainsi que l'écriture d'une personne capable de parler accompagnée de son intention⁽²⁾, comme dans la vente, mais de manière encore plus significative. De même, toute indication équivalente, selon la coutume, à la déclaration de waqf, suffit, telle que la permission générale d'utiliser le bien, comme l'autorisation de prier dans un espace construit à cet effet, sans restriction de personne ni de temps. Al-Qarafi observe que le Prophète (paix et bénédictions sur lui) faisait des dons et en recevait, et que ses compagnons consacraient des biens en waqf. Il n'a jamais été rapporté qu'il ait accepté ou refusé ces dons, se limitant seulement à l'acte lui-même, ce qui aurait été bien connu s'il en avait été autrement. En effet, l'objectif de la législation est la satisfaction dans le transfert de propriété, conformément à la parole du Prophète : “ Il n'est pas permis de prendre le bien d'un musulman sans son consentement ”⁽³⁾. Ainsi, tout ce qui démontre l'objectif de la législation est suffisant⁽⁴⁾.

Al-Qarafi ajoute que l'imam Abu Hanifa et Ahmed ont des avis similaires au nôtre, tandis que l'imam Al-Shafi'i ne reconnaît que la parole

(1) Les juristes islamiques ont divergé sur la manière dont la propriété se transfère et se détache du donateur. Les hanafites estiment que la propriété quitte le donateur pour l'une des quatre raisons suivantes : par la consécration d'une mosquée, par une décision judiciaire (car il s'agit d'un domaine sujet à l'interprétation et à la divergence des imams, où le jugement met fin au différend), par la mort si elle est conditionnée par le testament (par exemple, en disant : “Si je meurs, j'ai consacré ma maison à telle cause”, ce qui devient obligatoire comme un testament applicable à un tiers du patrimoine après le décès, mais non avant), ou par une déclaration du donateur disant : “Je la consacre de mon vivant et après ma mort de manière permanente”, ce qui est accepté par les trois imams hanafites. Toutefois, Abou Hanifa considère que tant que le donateur est vivant, il s'agit d'un vœu de donner les revenus en aumône, auquel il doit se conformer tout en ayant la possibilité de revenir sur sa décision. Si le donateur ne change pas d'avis jusqu'à sa mort, le waqf est exécuté sur un tiers du patrimoine. Dans les deux premières situations, la propriété se détache et le waqf devient obligatoire de son vivant sans attendre la mort. L'obligation est immédiate, tout comme elle l'est également par le décès. Dans les deux dernières situations, la propriété se détache et le waqf devient obligatoire à la mort, mais de son vivant, le donateur peut revenir sur sa décision à tout moment. Voir : Les testaments et les waqfs dans la jurisprudence islamique, Wahba al-Zuhayli, p. 148-149.

(2) Voir: Mughni al-Muhtâj, Al-Khatib al-Shirbini, vol. 3, p. 532.

(3) Rapporté par Ahmad (20695) et authentifié par Al-Albani. Voir : Sahih al-Jami', 7662, 3ème éd., Bureau islamique, 1988, vol. 2, p. 1268.

(4) Voir: Al-Dhakira, Al-Qarafi, t. 6, p. 315.

selon son principe de considération des formules dans les contrats ⁽¹⁾.

Un autre aspect lié à la formule est la question de l'immédiateté du waqf ⁽²⁾. Cela signifie que le waqf doit être une œuvre charitable, clairement définie, et ne doit pas être conditionnée par un événement futur, ni être prolongée, ni soumise à des options contractuelles ⁽³⁾.

Bien que le législateur algérien n'ait pas directement abordé cette question, le contexte général des textes réglementaires suggère qu'il n'autorise pas la suspension des waqfs.

Ces considérations soulignent que pour qu'un waqf soit valide, il doit être établi de manière explicite et sans conditions qui pourraient en retarder l'effet, ce qui témoigne de l'engagement vers la durabilité et la fonctionnalité sociales des waqfs dans le cadre de la législation algérienne.

Section 2 : Les dispositions relatives à la nature du waqf :

1. Classification du waqf en waqf public et privé : En se référant à l'article 6 de la loi sur les waqfs n° 91-10, nous constatons qu'il énonce : " Il y a deux sortes de waqf : Le waqf public et le waqf privé" ⁽⁴⁾. Cet article a été modifié par l'article 3 de la loi n° 02-10 ⁽⁵⁾, modifiant et complétant la loi n° 91-10. L'article est désormais rédigé comme suit : " Le bien waqf public est constitué au profit des œuvres de bienfaisance à l'origine, la rente de ce waqf est destinée à la contribution aux bonnes œuvres. Il est de

(1) Voir : op. Cit., t. 6, p. 315.

(2) Al-Qarafi a dit : " Il n'est pas nécessaire que le waqf soit immédiat, mais il est permis de dire : "Si le début du mois arrive, je ferai un waqf ". Cela est valide si le bien reste jusqu'à ce moment. Ash-Shafi'i et Ahmad ont interdit la condition suspensive par analogie avec la vente, car elle implique le transfert de propriété. Pour nous, l'analogie avec l'affranchissement est plus appropriée que la leur, car il est effectué sans contrepartie, ce qui le rend plus similaire à l'affranchissement qu'à la vente. " Voir: Al-Dhakira, vol. 6, p. 326.

(3) Voir: Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 525.

(4) Cette classification est héritée -comme l'a mentionné le Dr. Mondher Qahf- du modèle de waqf ottoman du milieu du 19^{ème} siècle, où le waqf se divise en waqf public et privé, et où l'État exerce une forte et directe autorité sur le waqf. Voir : "Modèles contemporains de waqf dans le monde islamique", Mondher Qahf, Conférence mondiale sur les waqfs, Collège des études islamiques de l'Université Hamad bin Khalifa, en collaboration avec le Centre qatari des finances, 4-6 décembre 2018.

(5) Voir : Loi n° 10-02, datée du 10 Chawal 1423 H, correspondant au 14 décembre 2002, J.R. n° 83, publiée le 11 Chawal 1423 H, correspondant au 15 décembre 2002, modifiant et complétant la loi n° 91-10, datée du 12 Chawal 1411 H, correspondant au 27 avril 1999, relative aux waqfs.

deux sortes :

– le waqf, pour lequel la destination de la rente est déterminée, est appelé waqf public à destination déterminée et ne peut être affecté qu'à cet effet.

– le waqf dont la destination de la rente n'est pas définie par le constituant est dénommé waqf public à destination non déterminée. La rente de waqf est affectée à la diffusion de la science, à l'encouragement de la recherche et aux bonnes œuvres. Celui dédié à des œuvres de bienfaisance dès sa création, et ses revenus sont destinés à contribuer aux œuvres de bienfaisance". Ainsi, le législateur algérien ne reconnaît que deux types de waqf, à savoir le waqf public et privé ⁽¹⁾, sans aborder les autres types.

2. Caractère obligatoire du waqf : En consultant l'article 3 de la loi sur les waqfs n° 91-10, on y trouve une mention de la condition d'obligation pour le waqf. Le législateur algérien a tiré cela de la définition du waqf

(1) Il est à noter que l'article 6 avant amendement définissait le "waqf privé" comme étant celui consacré par le donateur à ses descendants mâles et femelles ou à des personnes déterminées, et qui revient à la destination désignée par le donateur après l'extinction des bénéficiaires. Ce type de waqf a été un sujet de débat important parmi les juristes anciens et modernes, certains le considérant en conflit avec les règles de l'héritage (pouvant être utilisé comme un subterfuge pour les contourner, notamment parce que l'école hanafite permet le waqf aux descendants mâles sans inclure les femelles). Par conséquent, la plupart des législations modernes, telles que les législations syrienne et égyptienne, ont aboli ce type de waqf. En se référant à la loi algérienne sur les waqfs, nous constatons que cet article (article 6) a été modifié par l'article 3 de la loi n° 10-02, se limitant ainsi au waqf public sans le waqf privé. De plus, la plupart des articles régissant le waqf privé ont été supprimés ou modifiés pour supprimer toute référence à celui-ci. Par exemple, l'article 13 de la loi n° 91-10 sur les waqfs avant amendement stipulait que : " Le dévotaire est le destinataire désigné par le constituant dans l'acte de bien waqf. Il peut être une personne physique ou morale. La personne physique ne peut avoir droit au bien waqf que si elle existe et accepte la fondation. S'agissant de la personne morale, elle ne peut y prétendre que si elle n'est pas entachée d'un vice répréhensible par chariâ ". Après l'amendement, le législateur algérien a supprimé le terme "personne physique" et ne fait référence qu'à la personne morale, ce qui implique l'abolition du waqf privé. De plus, l'article premier de la loi sur les waqfs a été modifié pour devenir : " La présente loi définit les règles générales de conservation et de protection des biens waqfs publics ainsi que les conditions et les modalités de leur exploitation, leur investissement et leur développement. Les biens waqfs privés sont régis par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur ". L'abolition de tous les articles relatifs au waqf privé et son assujettissement aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur ont été interprétés par certains chercheurs comme une abolition du waqf privé. Cependant, cette référence ne signifie pas nécessairement son abolition. Par ailleurs, ces dispositions incluent toutes les lois pertinentes, y compris le code de la famille, dont l'article 222 stipule que " En absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la chariâ ". Celle-ci permet le waqf privé. Dès lors, l'abolition de ce type de waqf n'est ni effective ni justifiée par les amendements s'ils visaient réellement son abolition.

selon les juristes de l'école hanafite. En référence à leur définition, ils stipulent que l'obligation est requise ; utilisant le terme “ même si c'est un riche, cela est obligatoire ”, ce qui signifie qu'il n'est pas permis au constituant d'annuler le waqf, ni de le transmettre par héritage (c'est ainsi que s'exprime la jurisprudence de cette école) ⁽¹⁾. Cela est dû au fait que la nature du waqf, selon eux, est d'extraire le bien waqf des mains du constituant sans le transférer à un autre propriétaire humain, ce qui signifie que le waqf nécessite que le bien sorte de la propriété du constituant de manière permanente et obligatoire ⁽²⁾, similaire à la libération d'un esclave ⁽³⁾, d'où l'obligation est valable sans le jugement d'un magistrat. Cela a également été affirmé par Al-Shafi'i ⁽⁴⁾ et Ahmad ⁽⁵⁾. Abu Hanifa, quant à lui, a déclaré que cela n'est pas valable et n'est pas obligatoire de son vivant, car il est considéré comme son bien propre héréditaire, sauf si un juge confirme sa validité ou si cela est conditionné par sa mort, par exemple lorsqu'il dit : “ Si je meurs, ma maison est waqf pour tel usage ” ⁽⁶⁾. L'obligation du waqf ne se réalise qu'à travers la prise en charge ⁽⁷⁾.

3. La perpétuité du waqf : L'article 28 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule ce qui suit : “ Le waqf est frappé de nullité s'il est limité dans le temps. ” Cette disposition peut être interprétée de deux manières : la première consiste à interdire le waqf s'il est déterminé par une durée, comme un waqf de biens immobiliers ou mobiliers pour une période d'un an. La seconde interprétation consiste à interdire le waqf temporaire par

(1) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 521.

(2) Voir : Les modifications proposées à la loi sur les waqfs algériens pour réglementer le waqf monétaire, Ibrahim ibn Muhammad ibn Abd al-Qadir Bellabali, intervention lors du cinquième colloque scientifique mondial intitulé “ Le waqf islamique : défis et perspectives d'avenir ”, Université du Coran et des sciences islamiques à Khartoum, 11-12 juillet 2017, p. 3.

(3) Ibn Qudama a déclaré que le raisonnement par analogie avec la charité (sadaqa) n'est pas valide, car la charité est applicable de son vivant sans jugement d'un magistrat, alors que le waqf ne nécessite pas une prise en charge. Voir : Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 186.

(4) Voir : Al-Umm, Muhammad ibn Idris al-Shafi'i, t. 5, p. 124.

(5) Voir : Al-Kafi, Ibn Qudama, t. 2, p. 251.

(6) Voir : Sharh Fath al-Qadir, Ibn al-Hamam, t. 6, p. 186.

(7) Une narration rapportée d'Ahmad indique que le waqf n'est obligatoire qu'avec la prise en charge, c'est-à-dire lorsque le constituant sort le bien de sa possession. Il a affirmé que le waqf consiste à transférer la propriété de la main du constituant à celle d'un tiers, et il doit désigner quelqu'un pour s'en occuper, un avis privilégié par Ibn Abi Moussa et également partagé par Muhammad ibn al-Hasan, car il s'agit d'un don qui n'est pas immédiatement transféré de son patrimoine. Voir : Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 187.

nature (qui est intrinsèquement limité dans le temps), comme le waqf des bénéfiques ⁽¹⁾ ; cela étant en contradiction avec la nature permanente du waqf, la première interprétation semble être la plus appropriée. En effet, en se référant à l'article 11 de la même loi, on constate qu'il mentionne que l'objet du waqf peut être soit un bien meublé ou immeuble, soit un usufruit, (et l'usufruit a par nature un caractère temporaire) ⁽²⁾. La perpétuité du waqf se concrétise par un transfert vers une destination charitable qui ne cesse jamais ⁽³⁾.

4. Possibilité d'utiliser les revenus du waqf pour une autre finalité que celle initialement prévue : c'est-à-dire pour une destination différente de celle pour laquelle le waqf a été créé. Cette disposition est prévue à la fois par l'article 20 de la loi n° 91-10 et par l'article 6⁽⁴⁾ de la loi n° 02-10, modifiant et complétant la loi n° 91-10 sur les waqfs. Ces articles stipulent que le waqf général est celui qui est constitué au profit des œuvres de bienfaisance dès sa création, et dont la rente est destinée aux bonnes

-
- (1) En général, deux courants s'opposent quant à la possibilité de constituer un waqf sur les bénéfiques sans inclure la propriété elle-même : le premier affirme la possibilité de constituer un waqf sur les bénéfiques sans la propriété, soutenu par les malikites, certains hanbalites et choisi par Ibn Taymiyya. Ainsi, celui qui possède un usufruit par bail, testament ou autre, de manière permanente ou temporaire, peut constituer un waqf sur cet usufruit de façon permanente ou temporaire pendant la durée de sa possession. Si sa propriété de l'usufruit est temporaire, le waqf prendra fin à l'expiration de cette période. Le second courant affirme l'impossibilité de constituer un waqf sur les bénéfiques sans la propriété, soutenu par la majorité des juristes Hanafites, Chafites et Hanbalites, ainsi qu'une opinion au sein des Malikites. Cela s'applique que l'usufruit soit temporaire, comme celui obtenu par un contrat de location, ou permanent, comme celui obtenu par un testament sur les bénéfiques. Voir : Investissement du waqf (étude jurisprudentielle appliquée), Ahmad bin Abdul Aziz Al-Suqai, thèse de doctorat, Faculté de la Sharia, Université Imam Muhammad bin Saoud, Riyad, 1428h/1429h, p. 140 ; Waqf des bénéfiques (rentabilité économique, obstacles et solutions), Abdel Fattah Mahmoud Idris, recherche présentée à la deuxième conférence sur les waqfs à l'Université Umm Al-Qura, Royaume d'Arabie Saoudite, 1427h/2009, p. 29.
- (2) Ainsi, en ce qui concerne le waqf de l'usufruit, il semble, selon les dispositions des articles 10 et 28, qu'il ne soit pas permis, car le constituant ne possède pas le bien, mais uniquement le droit d'usufruit. Les Malékites affirment que le locataire peut établir un waqf dont l'objet et l'usufruit du bien loué pendant la période de location déterminée, car l'éternité du waqf n'est pas une condition ; il est valide pour une durée déterminée, et le bailleur ne peut pas mettre en waqf le bien loué. Voir : Les testaments et le waqf dans la jurisprudence islamique, Wahba al-Zuhayli, p. 146.
- (3) Voir : Rad al-Mukhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 535. Al-Shafi'i considère que le waqf peut être éternel même si le constituant n'a pas précisé la destination vers laquelle il sera transféré après la disparition des bénéficiaires, voir : Al-Umm, t. 5, p. 120.
- (4) La première disposition stipule que le waqf général, dont la destination est précise, ne peut pas être utilisé pour autre chose que celle-ci, sauf si celle-ci est épuisée ; il convient de noter que le waqf dont la destination n'est pas connue (c'est-à-dire celle mentionnée dans le deuxième paragraphe) est en réalité le type prédominant en Algérie, où la plupart des vieux waqfs n'ont pas de destinations clairement définies, particulièrement en raison de l'absence de nombreux dossiers à leur sujet.

œuvres. Il est de deux sortes :

– le waqf, pour lequel la destination de la rente est déterminée, est appelé waqf public à destination déterminée. Et ne peut être affecté qu'à cet effet.

– le waqf dont la destination de la rente n'est pas définie par le constituant est dénommé waqf public à destination non déterminée. La rente de waqf est affectée à la diffusion de la science, à l'encouragement de la recherche et aux bonnes œuvres. Celui dédié à des œuvres de bienfaisance dès sa création, et ses revenus sont destinés à contribuer aux œuvres de bienfaisance.

Il est donc essentiel de préserver la spécificité de chaque waqf et de chaque destination, même sous la supervision d'une seule administration. Cela est nécessaire pour garantir que les revenus du waqf reviennent à la destination que le constituant du waqf a choisie, ainsi que pour respecter les obligations liées à l'entretien et à la construction, puisque le principe général ⁽¹⁾ autorise la gestion de tous les fonds affectés à une seule destination, comme les mosquées, par exemple. Il est mentionné dans Al-Bahr Al-Ra'iq : “ Il n'y a pas d'inconvénient à ce que le gestionnaire mélange les revenus des différents waqfs de la mosquée, qu'ils soient unis ou séparés ” ⁽²⁾.

(1) La considération des waqfs comme une entité unique est une exception à la règle ; en effet, le principe est que les waqfs sont classés selon leur type en premier lieu, puis selon leur destination caritative en second lieu. Cela a été mentionné dans la décision du Conseil de la jurisprudence islamique n° 140 lors de sa 15^{ème} session à Mascate, p. 14 : “ Il n'y a pas d'objection légale à investir des fonds des différents waqfs dans un même véhicule d'investissement, tant que cela ne contredit pas la condition du waqf, à condition de préserver les droits des waqfs concernés. ” En outre, il a été rapporté par le Cheikh Khaled Sayed al-Din Al-Rahmani ce qui suit : “ Comme mentionné précédemment, le surplus de leurs revenus doit d'abord être affecté au waqf similaire pour éviter la perte ou le gaspillage. Si cela n'est pas possible, il peut être utilisé pour des services éducatifs et caritatifs destinés aux nécessiteux musulmans ; puisque la dernière destination pour les waqfs est destinée aux pauvres et aux nécessiteux parmi les musulmans. Dieu sait mieux. ” Voir : “Le waqf à l'ère moderne”, Khaled Sayed al-Din Al-Rahmani, recherches choisies présentées lors de la 10^{ème} conférence de la jurisprudence islamique, Bombay, 1997, préparé et présenté par Mujahid al-Islam al-Qasimi, 1^{ère} éd., Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth, 2001, p. 89.

(2) Al-Bahr Al-Ra'iq, une explication de Kanz al-Daqaiq sur les branches de l'école hanafite, par Abu al-Barakat Abdullah, connu sous le nom de Hafiz al-Din Al-Nasafi, et le commentaire par l'imam Ibn Nujaym, comprenant également les annotations de Minhath al-Khaliq Ala Al-Bahr Al-Ra'iq pour Ibn Abid, à l'origine, avec les versets et les hadiths annotés par Zakariya Amirat, t. 5, 1^{ère} éd., Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, Beyrouth, 1997, t. 5, p. 269.

En se référant à l'école malékite, on constate que les juristes malékites ont émis des avis favorables concernant la possibilité d'affecter les revenus des waqfs les uns aux autres. Dans les fatwas d'Al-Alami, il est affirmé : “ Tous les waqfs - s'ils sont faits pour Dieu - sont interconnectés, selon l'avis d'Abû Muhammad Al-Abdoussi ”. Des fatwas similaires ont été rapportées par Al-Borzoli, Ibn al-Majishun et d'autres. Ibn al-Majishun a déclaré que tout ce qui est destiné à la cause de Dieu peut être utilisé en partie par un autre, et Asbagh a rapporté d'Abu al-Qasim que, dans le cas d'un cimetière qui a été endommagé, s'il est reconstruit pour servir de mosquée, il n'y a pas de mal à cela. De même, ce qui appartient à Dieu peut être utilisé pour soutenir d'autres causes, et certains jurisconsultes plus récents ont considéré que cet avis est plus judicieux, Parce que l'utilisation du surplus pour des œuvres de bienfaisance est plus bénéfique pour le waqf et plus précieuse pour la récompense ⁽¹⁾. De plus, en réponse à la question sur la consolidation des waqfs de Fès, Abu Muhammad al-Abdusi a déclaré : “ Il est permis de les regrouper et de les considérer comme une entité unique sans distinction. Ainsi, les revenus générés par l'ensemble de ces waqfs peuvent être collectés et utilisés pour répondre aux besoins essentiels de chaque waqf pris dans son ensemble... ” ⁽²⁾.

(1) Voir: Al-Dhakira, Al-Qarafi, p. 338.

(2) Al-mi'yar al-mu'rib et le rassemblement du Maghreb sur les fatwas des gens d'Ifriqiya, d'Andalousie et du Maghreb, Ahmad ibn Yahya Al-Wansharisi, édition du Ministère des waqfs et des affaires islamiques du Royaume du Maroc, 1981, t. 7, p. 331.

Troisième Chapitre

Les dispositions dérivées des interprétations des juriconsultes des quatre écoles jurisprudentielles

Dans ce chapitre, nous avons abordé un ensemble de dispositions juridiques que le législateur algérien a tirées des interprétations des juriconsultes des quatre écoles jurisprudentielles sunnites. Nous avons consacré une partie à chaque école, y incluant les dispositions issues des interprétations de ses juriconsultes.

Partie 1 : Les dispositions dérivées de l'école hanafite

Le législateur algérien a tiré plusieurs dispositions de l'école hanafite, que l'on trouve dans la loi sur les biens waqf et les lois qui la modifient, ainsi que dans les décrets relatifs au waqf. Nous mentionnons en particulier l'autorisation d'investir dans le waqf sur la base des contrats de bail d'exploitation : "Al-mursad" et "Al-hikr", ainsi que son adoption de la doctrine Hanafites relative à la question de l'échange du waqf.

Section 1 : Autorisation d'investir dans le waqf sur la base d'"al-mursad" :

"Al-mursad" (dette garantie) est une dette fixe sur le waqf pour le locataire qui a investi de son propre argent dans les biens du waqf avec l'autorisation du gestionnaire en l'absence de fonds disponibles dans le waqf et en l'absence d'autres locataires offrant un loyer anticipé pouvant financer l'investissement⁽¹⁾. Cela est établi lorsque le juge ou le gestionnaire autorise le locataire à construire sur le terrain du waqf en cas d'incapacité du waqf à financer la construction, de sorte que ce qu'il dépense pour la construction devient une dette sur le waqf qu'il récupère en plusieurs fois à partir de son loyer, et la construction devient la propriété du waqf, tandis que le locataire conserve un droit de propriété sur le bien et peut le léguer ou le céder à d'autres avec l'accord du juge superviseur⁽²⁾.

Ce terme " al-mursad" est couramment utilisé par les derniers

(1) Voir : article 599 de "Murshid al-Hayran" de Qadri Pasha, p. 98.

(2) Voir : article 600 de la même référence, p. 98.

jurisconsultes Hanafites contrairement aux autres écoles ⁽¹⁾. Cependant, le législateur algérien n'a pas défini le contrat de bail d'exploitation ("al-mursad"). En se référant à l'article 26 bis 5 de la loi sur les biens waqfs n°91-10, il est mentionné comme un mécanisme d'investissement pour les biens immobiliers waqf destinés à la construction, stipulant que: "Sous réserve de l'article 25 de la loi n° 91-10, la terre waqf peut être exploitée, fructifiée et développée par bail d'exploitation en vertu duquel il est permis au preneur d'y construire en contrepartie de l'exploitation des revenus de construction et de disposer du droit de la céder avec accord préalable pendant toute la durée de l'amortissement de la valeur de l'investissement."

Le contrat de "mursad" est considéré comme un bail de waqf public d'un type particulier ; il consiste en deux contrats imbriqués dans un seul. C'est une dette envers le waqf que le locataire contracte pour la construction du waqf selon sa nature et son état. Cependant, le législateur algérien l'a limité aux terrains (entendus comme les terrains construits et constructibles), stipulant dans l'article 26 bis 5 que : "il est permis au preneur d'y construire " ; puis le waqf est loué après la construction pour en bénéficier pendant une certaine durée, considérée comme suffisante pour amortir la valeur de la construction. Étant donné que le législateur a restreint le "mursad" à la construction, il ne concerne ainsi que les terrains waqfs publics pouvant être bâtis.

Section 2 : Autorisation du législateur algérien d'investir les waqfs par le contrat de bail emphytéotique "Al-Hikr" et adoption de la formule de "Tahkir" pour l'intérêt public :

L'article 26 bis 2 de la loi n° 91-10 modifiée stipule concernant le contrat de hikr, ce qui suit : "Sous réserve de l'article 25 de la loi n° 91-10 du 27 avril 1991, la terre waqf non viable peut être fructifiée, le cas échéant⁽²⁾ par un bail emphytéotique en vertu duquel une partie de la terre non viable est affectée à la construction et/ou à la plantation pour une

(1) Voir : Dictionnaire des termes financiers et économiques dans la terminologie des jurisconsultes, Nazih Hamad, p. 410.

(2) Le législateur n'a pas précisé ce que signifie le terme " le cas échéant " ; c'est-à-dire qu'il n'a pas défini son moment ni sa méthode. De plus, il n'a pas clarifié qui détermine cette éventualité. Est-ce le directeur des affaires religieuses, par exemple (auparavant) ou le directeur de l'Office national des waqfs et de la zakat? (Il est probable que ce soit lui). Par ailleurs, le législateur n'a pas explicité quand le contrat de "hikr" est conclu et comment il se distingue des autres contrats tels que la location, par exemple.

durée déterminée en contrepartie du paiement de la valeur approximative de la terre waqf au moment de la conclusion du contrat. L'emphytéote s'engage à payer un loyer ⁽¹⁾ annuel fixé par le contrat, en contrepartie du droit de jouissance de la construction et/ou de la plantation, et de son leg pendant la durée du contrat ”.

Cette disposition montre que le législateur a perçu le contrat de bail emphytéotique (“hikr”) comme un outil d'investissement visant principalement à préserver “ l'intérêt du waqf ” et exceptionnellement par nécessité. Le Ministère des Affaires Religieuses et des Waqfs a établi un cahier des charges et un modèle de contrat de “hikr” au niveau des directions des affaires religieuses et des waqfs, contenant diverses dispositions relatives à ce contrat.

En examinant les ouvrages des anciens jurisconsultes, nous constatons qu'ils n'ont pas beaucoup abordé les questions concernant le “hikr”, à l'exception des Hanafites qui en ont discuté en détail (surtout Ibn Abidin). Les jurisconsultes des autres écoles ont évoqué des questions éparses à ce sujet.

En général, le “hikr” dans la terminologie des jurisconsultes tourne autour de deux concepts principaux : le premier désigne la location, et le second le loyer.

Le premier concept peut être déduit de la définition d'Ibn Abidin, qui l'a désigné par le terme d’“ istihkâr ”, et l'a défini comme un contrat de location visant à conserver la terre destinée à la construction et à la plantation ou à l'une des deux ⁽²⁾ ; pour lui, le “hikr” fait référence à une location de longue durée, car il a utilisé le terme de “ conservation de la terre ” pour signifier la longévité du contrat, comme il est également défini dans “Murshid al-Hayran” sous le nom d’“ istihkâr ”, qui est un “ contrat

(1) Le loyer : c'est ce que le locataire s'engage à payer en contrepartie du bénéfice qu'il tire de sa construction et/ou de sa plantation sur le terrain waqf, et il varie selon le type de location. Le législateur algérien n'a pas clairement précisé la formule ou le type qu'il a adopté entre la location du terrain waqf par nécessité et la location pour l'intérêt, en notant que les jurisconsultes ont émis des avis sur un montant équivalent à la valeur du terrain en cas de saisie de la propriété waqf, c'est-à-dire en cas de location par nécessité. En revanche, en cas de location pour l'intérêt, ils ont seulement stipulé un loyer périodique. Le législateur algérien, dans cet article, a adopté une perspective d'investissement pour le contrat de location en se référant explicitement à la sauvegarde de l'intérêt du waqf de manière fondamentale et par nécessité de manière exceptionnelle. Ainsi, cet article prévoit les deux types de location (par nécessité et pour l'intérêt).

(2) Voir : “Radd al-Muhtar”, Ibn Abidin, vol. 9, p. 44.

de location visant à conserver la terre pour la construction ou la plantation ou l'une des deux ”⁽¹⁾.

Quant au deuxième concept (le “hikr” désigne le loyer), les juristes qui ont exprimé ce sens se répartissent en deux tendances : la première considère que le “hikr” est le loyer fixe qui est payé périodiquement au propriétaire de la terre en contrepartie de la location de sa terre et de l'usage qui en est fait pour la construction et la plantation⁽²⁾ ; la seconde estime que le “hikr” est le loyer fixe que paie le locataire périodiquement à l'entité waqf dans le but de revitaliser le waqf, en précisant que ce qu'il a construit ou planté lui appartient et peut être hérité⁽³⁾.

De manière générale, le contrat de “hikr” est en réalité un bail à long terme, et son objectif est de bénéficier de la terre waqf inoccupée lorsque le waqf n'est pas en mesure de l'exploiter. Ibn Abidin l'a décrit comme étant : “ un bail visant à exclure autrui et à conserver l'usage de la terre ”⁽⁴⁾, et il est mentionné dans l'article 331 de la loi sur la justice et l'équité : “ Le “hikr” est un contrat de location destiné à conserver la terre waqf à des fins de construction ou de plantation ou pour l'une des deux ”⁽⁵⁾.

Le contrat de “hikr” prend fin à l'expiration de sa durée, sauf s'il est renouvelé. Il convient de noter que le renouvellement ne s'effectue qu'avec l'accord explicite de l'autorité responsable des waqfs, par analogie avec ce qui est pratiqué pour la location des biens agricoles selon le décret exécutif n° 14-70. L'article 14 du cahier des charges spécifiant le contrat de “hikr” stipule que : l'investisseur doit quitter la terre waqf exploitée à la fin des délais définis dans le contrat, sans qu'aucune notification de départ ne soit requise.

Section 3 : L'échange des waqfs (détails sur leur échange) :

Comme mentionné précédemment, la question de l'échange des waqfs

(1) (198) Articles (590, 591, 598) du Guide des égarés, p. 96, 98.

(2) Voir : Les grandes fatwas, Ibn Taymiyya, édition critique, commentaire et présentation par Mohammed Abdul Qadir Atta et Mustafa Abdul Qadir Atta, 1re éd., Dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beyrouth, 1987, vol. 4, p. 235, 236.

(3) Voir : Hachiche d'Al-Dusuqi, Mohammed Ben Arafah Al-Dusuqi, t. 3, p. 467, 468.

(4) Collection des lettres d'Ibn Abidin, t. 2, p. 149.

(5) Loi sur la justice et l'équité pour résoudre les problèmes des waqfs, Mohammed Kadri Pacha, 1re éd., Bibliothèque de La Mecque, 1428 H / 2007, p. 201.

en cas de détérioration ou de risque de perte et d'anéantissement est un sujet convenu par la majorité des juristes. Cependant, les limites de cette permissivité, les détails qui l'accompagnent ainsi que ses conditions sont des questions sur lesquelles il existe des divergences parmi eux. Le législateur algérien a adopté la perspective des Hanafites sur cette question, en notant que ces derniers ont élargi davantage ce sujet par rapport à d'autres jurisconsultes concernant l'échange des waqfs, l'autorisant tant qu'il y a un intérêt, que ce soit de la part du constituant lui-même, d'un tiers ou du juge ⁽¹⁾, que le bien waqf soit en état de pérennité ou en état de faillite, qu'il soit meuble ou immeuble ⁽²⁾. Cela s'oppose à la position des Hanbalites qui, bien qu'ils l'aient permis, ne se sont pas étendus comme l'ont fait les Hanafites, se plaçant ainsi entre les trois écoles. On constate leur flexibilité dans l'autorisation de la vente des mosquées lorsqu'elles ne sont plus adaptées à leur but ⁽³⁾. L'imam Ahmad - que Dieu lui fasse miséricorde - a déclaré dans la narration d'Abu Dawood : "S'il y a dans la mosquée deux planches ayant de la valeur, il est permis de les vendre et d'utiliser le prix pour la mosquée" ⁽⁴⁾. Les Malikites ⁽⁵⁾ et les Chafrites ont également permis l'échange uniquement en ce qui concerne les biens meubles ⁽⁶⁾, tout en différant sur l'échange des biens immobiliers pour

-
- (1) Ibn Abidin a dit concernant l'échange des waqfs : " L'échange, s'il s'avère nécessaire, est permis si le bénéficiaire du waqf n'en tire aucun profit et qu'il y a quelqu'un qui souhaite l'acquérir en échange d'une terre ou d'une maison qui génère un revenu bénéfique pour le waqf, alors l'échange dans ce cas est valide selon Abu Yusuf et Muhammad (qu'Allah leur accorde Sa miséricorde). Si le waqf génère des revenus, mais qu'une personne souhaite échanger, si elle offre en échange un bien générant des revenus plus importants dans un meilleur endroit que celui du waqf, cela est permis selon le juge Abu Yusuf. Sinon, ce n'est pas permis. " Al-'Uqud Al-Durriyah fi Tanqih Al-Fatawa Al-Hamidiyya, Ibn Abidin, t. 1, p. 224.
- (2) Voir : Le waqf dans la charia islamique et son impact sur le développement de la société, Ahmed Ben Saleh Al-Saleh, p. 131.
- (3) Ibn Qudama dit : "Si le waqf est en ruines et que ses avantages sont perdus... il est permis d'en vendre une partie pour réparer le reste, et si aucune partie ne peut être utilisée, il est permis de le vendre en entier." Al-Mughni, Ibn Qudama, vol. 8, p. 221. Ibn Taymiyya (qu'Allah ait pitié de lui) estime qu'il est permis de remplacer le waqf s'il y a un besoin ou un intérêt à le faire, y compris remplacer les mosquées par d'autres similaires ou plus bénéfiques. Voir : Majmu' al-Fatawa, Ibn Taymiyya, 3e éd., Dar al-Wafa pour l'impression, l'édition et la distribution, Mansoura, Égypte, 2005, vol. 31, p. 252.
- (4) Al-Mughni, Ibn Qudama, t. 8, p. 221.
- (5) Voir: Al-Mudawwana Al-Kubra, Imam Malik Ben Anas, vol. 15, p. 100. Néanmoins, ce qui est généralement accepté dans l'école Malikite, comme déjà mentionné, est que l'échange des biens meubles est permis seulement si leur utilisation pour le but prévu est impossible, même s'ils peuvent être utilisés à d'autres fins. Sinon, leur vente n'est pas valide. Le critère de distinction entre les biens meubles et immeubles chez eux est basé sur l'espoir de bénéfice futur d'un bien immobilier, contrairement aux meubles dont la perte est crainte.
- (6) Voir : Hachyat d'Al-Dusuqi, Mohammed Ben Arafah Al-Dusuqi, t. 3, p. 365 ; Mughni Al-Muhtaj, Al-Khatib Al-Sharbini, t. 2, p. 391-393.=

cause de nécessité, les Chafrites n’y ayant pas consenti et limitant cette question ⁽¹⁾, à tel point qu’ils ont interdit la vente même en cas d’inutilité sauf en cas de consommation complète ⁽²⁾.

En revenant aux juristes Hanafites, on constate qu’ils ne sont pas tous unanimes au niveau de l’application, bien qu’ils s’accordent sur le principe de la règle. En effet, ils présentent certaines divergences sur quelques questions en raison de leurs différences sur certains fondements de ces questions ⁽³⁾. Ainsi, le constituant peut imposer la condition de pouvoir échanger ou ne pas se prononcer sur la question. Dans le cas où il impose la possibilité d’échanger le waqf – que ce soit pour lui-même ou pour autrui – ou qu’il garde le silence à ce propos, les Hanafites offrent trois perspectives :

La première, lorsque le constituant du waqf stipule la possibilité d’échange pour lui-même, pour autrui ou pour lui-même et autrui ensemble, le remplacement est alors permis selon l’opinion confirmée ⁽⁴⁾, comme s’il disait lors de la création du waqf : “Ma terre est un bien de mainmorte (waqf), à condition que je puisse la remplacer par une autre, ou que je puisse la vendre et en faire une autre waqf à sa place” ⁽⁵⁾.

La Deuxième, si le constituant ne stipule pas la possibilité d’échange,

(1) Voir : hachyat i’anati Al-talibin Ala halli machakil Qurrat Al-Ayn, par Seyyed Bakri, Dar Al-Fikr, Beyrouth, 1414 H / 1993, vol. 3, p. 212.

(2) Voir: Mughni Al-Muhtaj, Al-Khatib Al-Sharbini, t. 3, p. 549.

(3) Le waqf dans la charia islamique et son impact sur le développement de la société, Ahmed Ben Saleh Al-Saleh, p. 131.

(4) Voir : Rad Al-Muhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 583, 584.

(5) Dans ce cas, le waqf est valide et la condition aussi (selon certains récits des deux disciples), bien qu’il ait été rapporté de Muhammad que le waqf est valide mais la condition est nulle. Voir: Sharh Fath al-Qadir, Ibn al-Humam al-Hanafi, vol. 6, p. 211. Ainsi, selon l’avis prépondérant dans leur école, si le fondateur du waqf se réserve à lui-même ou à un autre le droit de substitution, son waqf est valide et sa condition exécutoire, car cette condition ne contredit pas la perpétuité et l’obligation du waqf. En effet, la perpétuité et l’obligation ne reposent pas sur un bien particulier de sorte que le waqf disparaisse avec la disparition de cette caractéristique, mais elles reposent sur un bien productif ; les revenus générés sont la base du waqf. Tant que les revenus du waqf sont perpétuellement distribués et que le waqf continue à affecter ses revenus à leurs bénéficiaires, il est perpétuel. L’essentiel est que le waqf continue à distribuer ses revenus aux œuvres de bienfaisance désignées par le constituant ; tant que cela continue, le waqf continue. La condition de substitution ne contredit pas cela, elle vise souvent à augmenter les revenus ou à éviter leur diminution. “Le waqf dans la charia islamique et son impact sur le développement de la société”, Ahmad bin Saleh al-Saleh, p. 132.

que ce soit par une clause explicite de non-remplacement ⁽¹⁾ ou par silence, et que le waqf devient totalement inutile, soit parce qu'il ne génère rien du tout, soit parce qu'il ne couvre pas ses propres frais ⁽²⁾, l'échange est également permis selon l'opinion prépondérante, à condition qu'il soit approuvé par le juge et jugé dans l'intérêt du waqf ⁽³⁾.

Quant à la troisième, si le constituant ne l'exige pas ⁽⁴⁾ non plus, mais il y a tout de même un avantage en général, et son échange est préférable en termes de rendement et d'utilité. Cela ne peut cependant pas être échangé selon l'avis prépondérant et privilégié ⁽⁵⁾. Cependant pour les partisans de l'échange, parmi lesquels se trouve le disciple d'Abu Hanifa (Abu Yusuf), argumentent que le remplacement dans ce cas ne contredit pas l'objectif du waqf, et qu'il est en fait plus bénéfique. Ils imposent plusieurs conditions pour cela: la vente ne doit pas se faire à un prix injustement bas, car cela nuirait au waqf, ce qui est interdit; la vente ne doit pas apporter d'avantage gestionnaire du waqf, comme vendre à un parent ou à un créancier; le bien échangé doit être meilleur et moins nuisible que le premier; l'échange doit se faire avec un autre bien immobilier, non avec de l'argent; il doit être approuvé par un juge; et le bien ne doit pas être vendu à une personne dont le témoignage est irrecevable ou à un créancier⁽⁶⁾.

(1) Le waqf peut stipuler l'interdiction d'échanger le waqf, comme dans sa déclaration : " ma terre est un bien waqf sous la condition qu'elle ne soit ni vendue ni échangée. " Selon les Hanafites, il y a deux opinions à ce sujet, que nous avons déjà mentionnées.

(2) Voir : Rad Al-Muhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 588.

(3) Cette situation a été associée à deux cas : le premier est si un usurpateur a pris possession du waqf et que le mutawalli (gestionnaire) ne peut pas le récupérer par manque de preuve, et que l'usurpateur souhaite payer la valeur du bien usurpé, alors il est obligatoire d'accepter la compensation et d'acheter un autre bien pour en faire un waqf à la place du bien perdu. Il semble que l'acceptation de la compensation ne nécessite pas l'autorisation du juge, tandis que l'achat doit se faire avec son accord. Le second cas est si l'envahisseur submerge le terrain d'eau, rendant son exploitation agricole impossible, alors l'administrateur doit demander la valeur du terrain pour acheter un autre terrain, cela devant être fait avec l'autorisation du juge. Voir : Rad Al-Muhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 583, 584.

(4) Il convient de noter qu'il a été rapporté d'Abou Youssouf, disciple d'Abou Hanifa (qu'Allah ait pitié de lui), qu'après avoir entendu le récit de Omar ibn al-Khattab concernant son waqf à Khaybar, où il est stipulé "que son bien ne soit pas vendu", il revint sur l'avis d'Abou Hanifa de vendre le waqf. Abou Youssouf a dit : "S'il (Abou Hanifa) avait entendu cela, il aurait adopté cette position", c'est-à-dire qu'il aurait changé d'avis sur la vente du waqf en faveur de sa substitution. Voir: Nihayat al-Muhtaj, Shams al-Din ibn Abi al-Abbas, vol. 5, p. 359. Ibn Qudama a déclaré : "Si le waqf est en ruines et ne produit plus rien, il est vendu et son produit est utilisé pour acheter quelque chose qui profite aux bénéficiaires du waqf, et il est établi comme waqf, comme le premier." Al-Mughni, vol. 5, p. 365.

(5) Voir: Rad Al-Muhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 583, 584.

(6) Voir : Rad Al-Muhtar, Ibn Abidin, t. 6, p. 585-588.

À partir de ce qui précède, on peut dire que les Hanafites ont considérablement élargi la question du remplacement du waqf et ont traité toutes les problématiques et questions y afférentes, s'appuyant sur l'idée d'un meilleur service pour le waqf et ceux qui en bénéficient (la productivité du waqf, son rendement et son efficacité).

En se référant aux lois relatives au waqf en Algérie ⁽¹⁾, nous constatons que la première loi abordant la question de substitution des waqfs est le décret exécutif n° 64-283 ⁽²⁾; dans son article 6, après avoir précisé en priorité les dépenses ou les modalités de répartition des revenus des biens waqf pour leur entretien et leur conservation, le décret stipule que: “ en cas de désuétude d'un bien waqf, il pourra lui être substitué, dans le respect et dans l'intérêt de son affectation, un autre bien qui conservera la même nature juridique que le bien qui le remplace”, tout en tenant compte des dispositions du waqf et des bénéficiaires à obtenir. Quant à l'article 26 bis 4 de la loi sur les waqfs n° 91-10 modifiée et complétée, il stipule ce qui suit: “l'aspect du bien waqf peut être transformé en tout ce qui est meilleur et l'est aux bénéficiaires, tant que cela n'est pas contraire à l'une des conditions du constituant. En cas d'empêchement, il est fait recours au juge qui prononce un jugement tenant compte de l'intérêt du bien waqf et des dévolutaires conformément aux dispositions et procédures prévues par la loi.”

En revenant également à l'article 26 bis 3 de la même loi, on constate qu'il stipule que : “ sous réserve des dispositions légales et réglementaires

(1) Le décret exécutif n° 21-179 relatif à l'Office national des waqfs et de la zakat comprend une disposition sur la question de la substitution des waqfs, spécifiquement à l'article 7. Cet article stipule que l'Office est chargé de suivre le processus d'échange des biens waqf qu'il gère, après approbation du ministre de tutelle. Il est important de différencier entre “l'ibdal” (échange en numéraire) et “l'istibdal” (troc) ; chacun de ces termes fait partie des dix conditions reconnues religieusement que le constituant du waqf peut poser pour lui-même ou pour un autre. Cependant, l'adhésion à ces conditions n'est pas absolue, car il existe des situations où il est permis de déroger à la condition posée par le constituant Voir : Al-Wasaya wal-Waqf fil Fiqh al-Islami, Wahba al-Zuhayli, p. 158, 159. Par “ibdal”, on entend retirer le bien waqf de sa destination initiale en le vendant pour un prix en numéraire. Ainsi, l'ibdal et l'istibdal sont interdépendants, car lorsque le bien waqf est retiré par la vente, il doit être remplacé par un autre bien. Voir : Muhadarat fil Waqf, Muhammad Abu Zahra, p. 161.

(2) Décret exécutif n° 64-283 daté du 17/09/1964, relatif aux biens publics waqf.

en vigueur, et des dispositions des articles 24 et 25 ⁽¹⁾ de la loi n° 91-10, susvisée, les terres agricoles waqfs limitrophes aux agglomérations urbaines peuvent être intégrées aux terres urbaines conformément aux dispositions de la loi n° 90-29 relative à l'aménagement et l'urbanisme". Quant à l'article 38 de la loi sur les waqfs n° 91-10, il stipule que les biens waqf nationalisés dans le cadre des dispositions de l'ordonnance n° 71-73 relative à la révolution agricole seront restitués, s'il est établi qu'ils sont tels selon la chariâ islamique et dans la légalité, et seront dévolus aux destinataires initiaux ; à défaut de ces derniers, ils seront dévolus à l'autorité chargée des waqfs. Quant au deuxième paragraphe, il est mentionné que les waqfs dont la récupération est impossible doivent être l'objet d'indemnisation conformément aux procédures en vigueur.

À partir des articles mentionnés précédemment, dans lesquels le législateur algérien traite la question du remplacement du waqf, nous pouvons tirer les observations et conclusions suivantes :

1. Il ressort de l'article 6 du décret exécutif n° 64-283 que le législateur a conditionné la possibilité d'échanger le waqf à son état de délabrement, le reliant à une substitution par un autre bien similaire, tout en tenant compte des dispositions du waqf et des bénéficiaires à obtenir. Ainsi, le législateur a ici lié le remplacement à la nécessité, à savoir le délabrement, tout en affirmant également l'importance de l'intérêt, en conditionnant cela à un échange par un bien de la même catégorie.

2- L'article 26 bis 4 de la loi sur les waqfs n° 91-10 modifiée et complétée stipule que le législateur a permis de changer la destination du bien waqf

(1) L'article 24 de la loi algérienne sur les waqfs n° 91-10 stipule : " Il n'est permis ni de remplacer un bien waqf ni de le remplacer par un autre bien, sauf dans les cas suivants :

- En cas de risque de perte ou de destruction.
- En cas de perte de l'utilité du bien waqf sans possibilité de le réparer.
- En cas de nécessité publique, telle que l'élargissement d'une mosquée, d'un cimetière ou d'une voie publique, dans les limites permises par la charia islamique.
- En cas d'absence d'utilité du bien waqf et d'absence totale de son rendement, à condition de le remplacer par un bien équivalent ou meilleur.
- Les cas mentionnés ci-dessus sont établis par une décision de l'autorité de tutelle après inspection et expertise ".

Quant à l'article 25 de la loi sur les waqfs n° 91-10, il stipule que : " Tout changement effectué, qu'il soit une construction ou une plantation, qui affecte le bien waqf, laisse le waqf en vigueur légalement, quel que soit le type de ce changement. Les cas contraires aux dispositions de cet article sont réglés par l'accord entre les parties concernées et l'autorité chargée des waqfs, conformément aux dispositions de cette loi, tout en tenant compte des dispositions de l'article ".

vers ce qui est le plus bénéfique pour celui-ci et pour les bénéficiaires, à moins qu'une condition du constituant ne l'interdise. Par ailleurs, l'article précise que, en cas d'empêchement, il faut recourir au juge, qui rendra une décision tenant compte de l'intérêt du waqf et de ses bénéficiaires. Il semble que le législateur, en utilisant le terme "en cas d'empêchement", a reconnu que même si une condition interdit le changement et que l'intérêt du waqf et de ses bénéficiaires exige le remplacement, il est nécessaire de recourir au juge pour qu'il prononce une décision autorisant ce remplacement.

3- L'article 38 de la loi sur les waqfs n° 91-10 modifiée et complétée stipule la restitution des biens waqf qui ont été nationalisés en vertu de l'ordonnance n° 71-73 concernant la révolution agricole, à condition qu'il soit prouvé qu'ils étaient waqfs. Quant au deuxième paragraphe, il précise que les biens waqfs dont la récupération est impossible doivent être l'objet d'indemnisation conformément aux procédures en vigueur.

Cette disposition est conforme à l'avis des jurisconsultes Hanafites qui ont détaillé cette question de la même manière.

Ainsi, le législateur algérien a autorisé le remplacement du waqf pour des raisons de nécessité et d'intérêt, adoptant ainsi l'opinion des Hanafites et leur analyse sur la question du remplacement.

Partie 2 : Les dispositions dérivées de l'école Malikite

Le législateur algérien a puisé dans l'école Malikite pour établir les dispositions concernant l'objet du waqf, ainsi que la nature du contrat de bail à complant (muzara'a). Il a également intégré les dispositions relatives au bail emphytéotique (al-hikr) en cas de nécessité, telles qu'elles ont été traitées par les jurisconsultes Malikites tardifs.

Section 1 : objet du waqf :

En se référant à l'objet du waqf, qui est constitué des biens que le constituant immobilise, comme stipulé à l'article 11⁽¹⁾ de la loi n° 91-10 sur les waqfs, l'objet du waqf peut être un bien immeuble, un bien meuble ou

(1) Comme il a été précédemment mentionné, cet article est en contradiction avec les articles 3 et 28 de la loi sur les waqfs n° 91-10, en raison du fait que le législateur algérien a adopté la définition du waqf figurant dans l'article 3 de l'école Hanafite, ainsi que la règle concernant son sujet en provenance de l'école malikite, et la règle énoncée dans cet article selon l'opinion majoritaire, qui interdit le waqf des bénéfices sans la propriété.

un usufruit, et qu'il doit être connu, déterminé et licite. Le bien indivis est également valable, dans ce cas le partage devient obligatoire ⁽¹⁾.

Cet article diffère des articles suivants : l'article 3, qui définit le waqf en le limitant à l'immobilisation du bien et à l'utilisation de ses revenus sans mentionner la possibilité de waqf des usufruits en tant que type spécifique, ce qui, comme précédemment indiqué, est basé sur les règles du rite hanafite. De même, l'article 10 impose les mêmes restrictions (en stipulant les conditions de l'objet du waqf et en le limitant aux biens possédés). En revanche, l'article 11 reconnaît le waqf des usufruits comme un type distinct, conformément à l'avis des juristes malikites. À ce sujet, Ibn al-Hajib déclare : "Il est valable pour les biens immobiliers possédés, non loués, tels que les terres, les maisons, les boutiques, les murs, les mosquées, les usines, les puits, les ponts, les cimetières et les chemins, qu'ils soient indivis ou non." ⁽²⁾

Section 2 : La nature du contrat de bail à complant (muzara'a) :

En se référant à l'article 26 bis 1 de la loi n° 91-10 on constate que le premier paragraphe de cet article précise que le bail à complant "consiste à donner la terre à l'agriculteur en contrepartie d'une part de la production convenue à la conclusion du bail". Ainsi, selon cet article, le contrat de bail à complant est similaire à un contrat de société ⁽³⁾ dans la mesure où il s'établit sur une contribution à la production entre le propriétaire avec sa terre et l'agriculteur (métayer) avec son travail. Le propriétaire reçoit une part de la récolte produite, dont la valeur varie (à la hausse ou à la baisse) en fonction de la quantité produite, du type de culture et de la période de production, ce qui correspond à la vision des juristes malikites, qui considèrent ce contrat comme oscillant entre le partenariat et la location, et qui autorisent le partenariat dans l'agriculture sous certaines conditions ⁽⁴⁾.

On note que la définition du contrat de bail à complant par le législateur algérien est générale ; cela se reflète dans le fait qu'elle n'organise pas

(1) En revenant à l'article 216 du code de la famille algérien, nous constatons qu'il stipule que : " le bien (de mainmorte) doit être la propriété du constituant, déterminé et incontesté combien même serait-t-il indivis ".

(2) Al-Jami' al-Umam, Ibn al-Hajib, p. 448.

(3) Voir: Al-Muqaddimât wa-l-Mumahhidât, Ibn Rushd al-Jadd, p. 42.

(4) Voir: Mawahib al-Jalil, al-Hattab al-Ru'aynî, vol. 7, p. 152-159.

certaines questions relatives à ce contrat : premièrement, elle ne définit pas clairement la nature du contrat, laissant place à des interprétations ; certains estiment qu'il aurait été préférable pour lui de suivre l'exemple d'autres législateurs arabes qui ont adopté l'avis selon lequel il s'agit d'un contrat de location ⁽¹⁾. Cependant, en examinant le texte de l'article de près, on constate que la législation algérienne favorise la société à la location. Deuxièmement, il n'a pas précisé qui fournit les semences, et il semble, selon le texte, que c'est l'investisseur. Troisièmement, le législateur algérien a limité l'objet du contrat de bail à complant aux terres agricoles waqf uniquement, comme le prouve son absence dans les autres lois spécifiques, ce qui va à l'encontre de la jurisprudence islamique qui considère que l'objet de ce contrat peut être une terre agricole, qu'elle soit publique, privée ou waqf.

Il est exigé que l'agriculteur cultive la terre lui-même et qu'il ne puisse céder à autrui son droit de la cultiver. De plus, la terre louée dans le cadre du contrat de bail à complant (muzara'a) doit être une terre agricole (nue ou plantée d'arbres) et doit produire des récoltes agricoles périodiques ⁽²⁾.

Section 3 : Le bail emphytéotique pour nécessité

En se référant à l'article 26 bis 2 de la loi n° 91-10, on constate que le législateur algérien a considéré le contrat de bail emphytéotique comme un investissement, comme le stipule clairement l'article. Il a été autorisé en raison de la préservation de l'intérêt du waqf principalement, et pour des raisons de nécessité exceptionnellement. La location des terres waqf par nécessité intervient lorsque celles-ci sont occupées de manière douteuse, puis bâties et/ou plantées, et que cette situation perdure. Le loyer est alors partiellement payé d'avance et le reste de manière périodique. Cette compensation pour l'usage est appelée "indemnité de déspecialisation". Par exemple, si une construction rapporte un loyer annuel de dix dinars après la construction et/ou la plantation, et que le loyer fixé est d'un dinar par an, les neuf dinars restants constituent l'indemnité de déspecialisation et le

(1) Par-là, nous faisons référence au législateur irakien dans l'article 807 du code civil, ainsi qu'aux législateurs koweïtien dans l'article 627 et qatari dans l'article 649 de leur code civil respectif, en plus du législateur égyptien dans l'article 620, et également du législateur syrien dans l'article 587 de leurs codes civils respectifs.

(2) Voir : Le cadre juridique et réglementaire des biens waqfs en Algérie, Khaled Ramoul, Éditions Homa, Algérie, 2e édition, 2006, p. 134, 135.

dinar est le loyer du waqf. Cette situation est décrite par les juristes malikites tardifs ⁽¹⁾.

Partie 3 : Les dispositions dérivées de l'école chafite

Le législateur algérien a puisé dans l'école chafite les dispositions relatives à l'acceptation du waqf par les dévolutaires lorsqu'ils sont déterminés, ainsi que celles concernant la nullité d'une condition si elle est contraire aux textes juridiques et la validité du waqf, selon une opinion au sein de cette école.

Section 1 : Les dispositions relatives à l'acceptation du waqf par les dévolutaires déterminés

Le législateur algérien a presque suivi la même approche que celle trouvée dans les ouvrages des Chafites à ce sujet. En se référant à l'article 13 de la loi n° 91-10 avant sa modification, nous constatons qu'il stipulait que "le dévolutaire est le destinataire désigné par le constituant dans l'acte de bien waqf. Il peut être une personne déterminée physique ou morale". Pour la personne physique, son droit au waqf dépend de son existence et de son acceptation ⁽²⁾ ; quant à la personne morale, il est exigé qu'elle ne soit pas entachée d'un vice répréhensible par la chariâ. Cet article a ensuite été modifié par l'article 5 de la loi n° 10-02 (modifiant la loi sur les waqfs 91-10) et stipule désormais : " Le dévolutaire est une personne morale dont il est exigé qu'il ne soit entaché d'un vice répréhensible par la chariâ ".

Section 2 : Validité du waqf et nullité des conditions contraires aux textes religieux :

En examinant les articles 29 de la loi sur les waqfs n° 91-10 et 218 du code de la famille algérien ⁽³⁾, nous constatons qu'ils stipulent que " le waqf n'est point légalement valable s'il est stipulé une clause contraire aux textes de la chariâ islamique, s'il en est ainsi, la clause est annulée et

(1) Voir : Hachiyat al-Dusuqi, Muhammad ibn Arafah al-Dusuqi, vol. 3, p. 433.

(2) Selon Al-Khatib Al-Shirbini : " Il est plus correct de dire que le waqf en faveur d'une personne déterminée conditionne son acceptation, laquelle doit être liée à l'offre, si la personne est capable d'accepter ; sinon, l'acceptation de son tuteur est considérée comme celle d'un don ou d'un testament. " Mughni Al-Muhtaj, vol. 3, p. 534.

(3) L'article 218 du code de la famille algérien stipule : " Les stipulations faites par le constituant d'un bien de mainmorte sont exécutoires à exclusion de celles de caractère incompatible avec la vocation légale du waqf. Ces dernières sont réputées de nul effet et le waqf subsiste ".

le waqf est valide ”.

Ceci est conforme à une opinion au sein de l'école chafite ; en effet, selon de nombreux principes de l'imam al-Chafii, le principe concernant les conditions des contrats est l'interdiction, sauf si une preuve de leur validité et de leur licéité existe. Concernant les conditions posées par les constituants du waqf, ils n'excèdent pas cette règle. Cependant, ils estiment que toute condition qui sert l'intérêt du waqf et des dévolutaires, et qui n'est pas en contradiction avec la nature du waqf, est considérée comme valide. En outre, ils croient qu'il existe des preuves spécifiques confirmant la validité de certaines conditions posées par les constituants du waqf⁽¹⁾.

Pour cela, leur règle générale concernant les conditions des waqfs est qu'elles sont valables si elles réalisent un intérêt pour le waqf ou pour les dévolutaires, tant qu'elles ne sont pas contraires à la nature du waqf, comme une condition d'option ou une condition de vente. Si une telle condition est posée, elle est considérée nulle ; mais qu'en est-il du waqf ?

L'opinion privilégiée dans la doctrine est que le waqf est invalide dans ce cas, bien qu'une autre opinion affirme que le waqf est valide et que la condition est nulle. C'est cette opinion qui a été adoptée par le législateur algérien. Dans “Mughni al-Muhtâj”, il est dit : “Le principe est que les conditions fixées par le constituant du waqf doivent être respectées, sauf si elles contredisent la nature même du waqf”. Il y est également mentionné : “ (Et si le waqf est constitué sous la condition d'option) pour lui-même de maintenir ou de révoquer le waqf quand il le souhaite, ou s'il impose cette condition à autrui, ou stipule le retour du waqf à lui-même de quelque manière que ce soit, ou impose la vente du waqf, ou stipule que quiconque le souhaite peut entrer et sortir à sa guise, (le waqf est invalide selon l'opinion privilégiée) ... En opposition à cette opinion privilégiée, il y a celle selon laquelle le waqf est valide et la condition est nulle, comme dans le cas d'un divorce assorti de la condition de non-retour”⁽²⁾.

Partie 4 : les dispositions dérivées de l'école hanbalite

Le législateur algérien a puisé dans l'école hanbalite des dispositions

(1) Voir : Les conditions des waqfs et leurs règles, Ali Ben Abbas Al-Hakami, p. 172.

(2) Mughni Al-Muhtaj, Al-Khatib Al-Shirbini, vol. 3, p. 538

concernant la question de l'intégration des waqfs privés à l'autorité chargée des waqfs. Cette disposition est fondée sur l'une des trois opinions attribuées à l'imam Ahmad sur cette question. De plus, le législateur a adopté la règle relative à la priorité dans l'affectation des revenus du waqf à une entité similaire (ou comparable) en tant que principe, et à tous les waqfs comme une exception.

Section 1 : Intégration des waqfs privés à l'autorité chargée des waqfs :

L'article 22 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule que les waqfs privés demeurent sous la responsabilité des dévolutaires légaux désignés selon les conditions stipulées par le constituant, ou bien des personnes bénéficiant de ces waqfs par arrêt du juge. Immédiatement après extinction de la lignée des dévolutaires, ces waqfs sont dévolus à l'autorité chargée des biens waqfs ⁽¹⁾. Il a été rapporté de l'imam Ahmad dans l'une des versions sur cette question que le waqf doit être placé dans le Baty al-Mal (trésor public) car il s'agit d'un bien sans bénéficiaire, semblable au bien de celui qui n'a pas d'héritier ⁽²⁾, ce qui concorde avec les dispositions du législateur algérien.

Section 2 : Priorité dans l'affectation des revenus du waqf à une entité similaire :

C'est-à-dire à une entité autre que celle à qui le waqf est initialement destiné. Cette règle est énoncée dans l'article 20 de la loi n° 91-10 et dans l'article 6 de la loi n° 02-10 modifiant et complétant la loi sur les waqfs n° 91-10. Il y est stipulé que le waqf public est constitué au profit des œuvres de bienfaisance à l'origine, la rente de ce waqf est destinée à la contribution aux bonnes œuvres. Il est de deux sortes : le waqf public à destination déterminée, et ne peut être affecté qu'à cet effet, et le waqf public à destination indéterminée. La rente de ce waqf est affectée à la

(1) L'article 7 de la loi sur les waqfs n° 91-10 stipule que le waqf privé se transforme en waqf public s'il n'est pas accepté par les dévolutaires. En réalité, le texte de l'article est général, car la question de l'acceptation n'est pas précisée : s'agit-il des bénéficiaires dans le cas d'un waqf privé ? Ou des bénéficiaires spécifiquement désignés dans le cas d'un waqf public ? Il est probable que la première option soit la bonne, car le législateur - comme mentionné précédemment - divise le waqf en deux types : public et privé. L'ajout de l'expression "se transforme en waqf public" dans l'article laisse entendre que le waqf privé est visé. De plus, le waqf public peut être destiné à des personnes spécifiques, ce qui n'est pas couvert par les dispositions de la loi algérienne sur les waqfs.

(2) Voir: Al-Mughni, Ibn Qudama, vol. 8, p. 211.

diffusion de la science, à l'encouragement de la recherche et aux bonnes œuvres.

Il est essentiel de préserver la spécificité de chaque waqf et de chaque entité, même si elles sont sous la tutelle d'une seule administration, afin de garantir que les revenus du waqf soient utilisés pour l'entité à laquelle le waqf a été destiné par le constituant. Cela est également vrai dans le cas des obligations, de l'aménagement et de la construction. La règle générale est qu'il est permis de disposer de tous les fonds destinés à une seule entité, comme les mosquées par exemple ⁽¹⁾, et il est mentionné dans "Al-Insaf" de "Al-Mardawi", en faisant référence à ceux qui ont émis un avis favorable à l'utilisation des revenus d'un waqf pour construire un autre waqf au bénéfice de la même entité : " C'est un avis solide qui a été largement appliqué par les gens " ⁽²⁾. Il est nécessaire de considérer toutes les propriétés des mosquées sous la gestion du waqf comme un seul patrimoine en fonction de l'intérêt prépondérant, tout en priorisant les intérêts des destinataires initiaux du waqf par rapport aux autres. Si une préférence est donnée ou si l'intérêt impose autre chose, on peut puiser parmi eux pour soutenir les autres bénéficiaires de la même entité, et cela est également valable pour le waqf destiné aux pauvres ou aux écoles, ou des institutions similaires. Dans ce cadre, rappelons la question posée à cheikh Al-Islam Ibn Taymiyya concernant le waqf dont les revenus dépasseraient les besoins : il répondit : " Les surplus doivent être affectés à la même entité, comme lorsqu'un surplus existe après avoir satisfait les besoins d'une mosquée, ce surplus doit être utilisé pour une autre mosquée, car l'intention du waqf est dans le même genre et le genre est le même. Si l'on suppose Que la première mosquée

(1) Certains juristes hanbalites ont émis une fatwa autorisant la réparation d'un waqf avec les revenus d'un autre waqf destiné au même objectif. Ibn Muflih a déclaré : "Le produit de la vente du waqf doit être utilisé pour un waqf similaire", comme mentionné dans "Al-Muharrar Al-Wajiz" et "Al-Furu", ajoutant "ou pour quelque chose de similaire". Ahmad a expliqué que cela est plus proche de l'intention du waqf. Selon Al-Khiraqi, il n'est pas nécessaire que ce soit exactement le même type de waqf, comme précisé dans "Al-Mughni" et "Al-Sharh", car l'objectif est le bénéfice. Cependant, il est obligatoire de consacrer les revenus à l'objectif initialement prévu, car changer la destination des revenus, alors qu'il est possible de la maintenir, n'est pas permis. "De même, si un cheval ne peut plus être utilisé pour le jihad, il doit être vendu et son produit utilisé pour acheter un cheval approprié pour le jihad". Une autre opinion stipule : "Les revenus des biens waqf inutilisés peuvent être affectés à un autre waqf, ou distribués en aumône aux pauvres musulmans". Cheikh Taqi al-Din a opté pour cette opinion, ajoutant que les revenus peuvent également être utilisés pour d'autres intérêts et pour construire des logements pour les bénéficiaires des revenus du waqf qui s'occupent de sa gestion...". Al-Mubdi' fi Sharh al-Muqni', Ibn Muflih, vol. 5, p. 271, 272.

(2) Al-Insaf, Al-Mardawi, vol. 7, p. 105.

se soit détruite et que personne n'en tire profit, les revenus peuvent alors être versés à une autre mosquée. De même, si quelque chose dépasse ses besoins, il n'y a pas de raison de le conserver inactif, et il est plus juste de l'affecter à un usage similaire, car c'est le moyen le plus direct d'atteindre l'objectif du waqf. Ahmad a rapporté qu'Ali, que Dieu l'agrée, incita les gens à soutenir les affranchis. S'il avait un surplus de ce qu'il nécessitait, il le donnait aux affranchis ” (1).

Conclusion :

Celui qui étudie la loi sur les waqfs n° 91-10 ainsi que les diverses lois qui la modifient et la complètent remarque sans aucun doute que la plupart des dispositions juridiques comprises dans ses articles sont dérivées de l'opinion de la majorité des jurisconsultes. Il est en effet difficile de parler d'un consensus parmi les jurisconsultes et les mujtahids sur les questions de waqf et autres questions (juridiques bien sûr), à l'exception de celles qui sont généralement acceptées ou pour lesquelles il existe des textes clairs. En ce qui concerne les autres dispositions contenues dans les articles restants, il apparaît que le législateur algérien s'est largement inspiré de l'école Hanafite. Cela peut être attribué à la présence de cette école durant la période ottomane - pour la seconde fois, après avoir été prédominante avec l'école de "Al-Awami" au début de la conquête islamique - durant laquelle le secteur des waqfs a connu une rare élévation dans notre pays et le rôle significatif joué par les institutions waqf à cette époque. De plus, certaines propriétés waqf datant de cette époque restent en usage aujourd'hui, malgré toutes les confiscations et saisies dont elles ont été victimes. Le législateur a essayé de préserver cet héritage qui a été waqf selon l'école Hanafite, sans négliger sa présence dans les régions du nord du pays, ce qui a peut-être influencé les rédacteurs des textes législatifs, toutes ces hypothèses étant plausibles.

Quant aux autres écoles, leur adoption et leur inspiration générale à partir de leurs règles reste relativement limitée, en particulier l'école Malékite, qui est pratiquée de manière prédominante en Algérie. Nous n'avons pas trouvé que le législateur s'y soit strictement référé pour les questions liées au waqf, sauf pour une ou deux questions (peut-être n'avons-nous pas

(1) Majmû' al-Fatawa, Ibn Taymiyya, vol. 31, p. 206, 207.

réussi à extraire d'autres règles, car les erreurs sont possibles, mais elles demeurent très limitées). Toutefois, le fait que le législateur ne s'y soit pas référé comme une source principale pour la loi des waqfs, et même le code de la famille, ne nuisent pas à la position de l'école comme école dominante, étant donné que le législateur ne s'est pas basé sur une école spécifique mais a fait référence aux dispositions de la charia islamique.

En général, le fait que le législateur n'ait pas adopté une école juridique précise dans la loi sur les waqfs n'affecte pas fondamentalement la cohérence et l'intégration du système juridique des waqfs. Cela ne nie pas son impact, ce que confirment les embûches rencontrées par le législateur algérien dans l'organisation des différentes questions. Parfois, il accepte la définition des Hanafites du waqf (article 3 de la loi sur les waqfs n° 91-10), qui inclut des principes relatifs à la perpétuité et à l'obligation, et d'autres fois, il adopte l'avis des Malékites sur la validité du waqf des bénéfiques (article 11), tout en abordant le waqf monétaire en mentionnant les dépôts générant des revenus waqf (article 26) selon les deux écoles, Malékite et Hanafite. Puis, il revient sur l'interdiction du waqf temporaire selon les Hanafites, Chafrites et Hanbalites (article 28). D'une part, l'absence de désignation d'une école précise à laquelle se référer en cas d'absence de textes juridiques régissant des questions spécifiques reste un effet relatif, oscillant entre le positif et le négatif, car cela peut influencer le travail des juges et compliquer leur mission de recourir aux dispositions de la charia islamique, étant donné l'étendue et la diversité des opinions et des interprétations, même au sein d'une seule école, pour trouver des décisions adaptées aux questions posées. D'un autre côté, cela peut avoir un aspect positif en permettant au juge de choisir les meilleures opinions et interprétations qui servent l'intérêt du waqf, sans se limiter à une école particulière, dont les opinions pourraient ne pas soutenir l'intérêt du waqf.

Résultats :

À travers notre étude sur ce sujet, nous avons dégagé plusieurs conclusions, que nous résumons comme suit :

1. La plupart des règles énoncées par le législateur algérien sont générales, telles que la question des conditions contraires à la charia islamique qui entraînent l'annulation du waqf ; ces conditions sont sujettes à

débat entre les écoles.

2. La plupart des règles contenues dans les articles de la loi sur les waqfs et toutes les lois et règlements régissant le secteur sont controversées parmi les juristes, où il apparaît que le législateur a choisi certaines d'entre elles en leur donnant une préférence sur d'autres.
3. En ce qui concerne les règles tirées des écoles, l'école Hanafite est en tête, notamment en ce qui concerne les détails comme la question du remplacement des waqfs.
4. Le fait de ne pas organiser certains types de waqf (waqf monétaire, waqf de droits et de bénéfices) ainsi que certains sujets connexes de manière détaillée a rendu le système juridique des waqfs incomplet, bien qu'il se réfère aux dispositions de la charia islamique, ce qui soulève aussi un problème concernant l'école de référence, et même au sein de l'école en cas d'absence de position prédominante.
5. Le manque de détails sur certains sujets et le fait de se contenter de les mentionner parfois ou de les définir d'autres fois ont conduit à une certaine obscurité sur la position du législateur algérien à leur égard (comme les conditions du waqf, le waqf des bénéfices, le waqf monétaire).
6. Le choix du législateur algérien de combiner les avis et les opinions juridiques dans certaines dispositions de la loi sur les waqfs sans examen ni préférence entre elles a conduit à créer des conflits partiels, et parfois, cela entraîne une incohérence entre elles, ce qui affecte l'harmonie du système législatif relatif au secteur des waqfs dans son ensemble.
7. Le texte sur les contrats d'investissement des waqfs, par exemple, ne se limite pas à cela, et sa dépendance à l'égard du contrat de partage des cultures, tout en le restreignant uniquement aux waqfs, va à l'encontre du consensus des juristes.
8. L'accent important mis par le législateur sur les questions de preuve des waqfs, de leur protection et de leur restitution est un aspect positif.

Suggestions :

Pour remédier à certaines lacunes présentes dans les articles de la loi sur les waqfs, ainsi que dans les diverses lois et décrets qui l'ont modifiée

ou complétée, ainsi que dans les différentes lois qui traitent des waqfs, nous proposons quelques suggestions, qui se présentent comme suit :

1. Œuvrer à éliminer les contradictions entre les textes législatifs, en particulier dans les articles : (3, 11, 26, 28) ; en tenant compte de l'intérêt du waqf.
2. Établir des textes législatifs qui précisent comment se référer aux dispositions de la charia en l'absence de textes explicites (en cas d'absence d'une école particulière) ; afin que le juge et l'autorité responsable des waqfs puissent s'y appuyer si nécessaire.
3. En cas d'absence de mention d'une école particulière, il serait souhaitable de se référer à l'opinion la plus forte sur les questions non spécifiées (bien que cela soit sous-entendu dans le texte de l'article 2 de la loi sur les waqfs n° 91-10) et la plus appropriée ; en tenant compte de l'intérêt du waqf.
4. Réglementer certains types de waqf et mettre en place des mécanismes qui précisent comment et sous quelles conditions ils peuvent être mis en œuvre, tels que : le waqf des biens meubles, le waqf des droits et des bénéfiques, et le waqf monétaire.
5. Clarifier la nature des contrats d'exploitation et d'investissement des waqfs, ainsi que les modalités et le moment adéquat pour y recourir.

Liste des sources et références

Premièrement : les livres et brochures :

1. Les livres :

A. Livres de Hadith :

1. Mohammed Ibn Ismaïl al-Boukhârî, Sahîh al-Boukhârî, Livre des Testaments, 1ère édition, Dar Ibn Kathîr, Beyrouth, 2002, tome 2.
2. Muslim Ibn al-Hajjâj, Sahîh Muslim, Livre des Testaments, 1ère édition, Dar Taybah, Royaume d'Arabie Saoudite, 1426 H, tome 2.
3. Nâsir al-Dîn al-Albânî, Sahîh al-Jâmi' al-Saghîr wa Ziyâdatuh, 3ème édition, Al-Maktab al-Islâmî, 1988, tome 2.

B. Livres de langue :

1. Ibn Mandhûr, Lisân al- 'Arab, Dar Sâdir, Beyrouth, 1970, vol. 1.

C. Livres de jurisprudence (ancienne) :

C.1. Livres de jurisprudence hanafite :

1. Ibn 'Âbidîn, Radd al-Muhtâr 'alâ al-Durr al-Mukhtâr (Sharh Tanwîr al-Absâr), avec les compléments d'Ibn 'Âbidîn par le fils de l'auteur, étude, vérification et commentaires par les cheikhs : 'Âdil Ahmad 'Abd al-Mawjûd et 'Alî Muhammad 'Awad, Dar 'Âlam al-Kutub, Riyad, tome 6, 2003.
2. Ibn 'Âbidîn, Al-'Uqûd al-Durriyyah fî Tanqîh al-Fatâwâ al-Hâmidiyyah, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth, tome 2.
3. Ibn al-Humâm, Sharh Fath al-Qadîr, 1ère édition, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth, 2003, tome 6.
4. Hâfiz al-Dîn al-Nasafî, Al-Bahr al-Râ'iq, commentaire par l'imam Ibn Najîm al-Misrî al-Hanafî, accompagné des annotations intitulées Minhat al-Khâliq 'alâ al-Bahr al-Râ'iq d'Ibn 'Âbidîn, édité et annoté par Zakariyyâ 'Umayrat, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth, 1ère édition, tome 5, 1997.
5. Muhammad Qadrî Pacha, Murshid al-Hayrân, 2ème édition, 1891 (copie numérisée).

6. Muhammad Qadrî Pacha, Qânûn al-‘Adl wa al-Inşâf li al-Qađâ’ ‘alâ Mushkilât al-Awqâf, 1ère édition, Al-Maktabah al-Makkiyyah, La Mecque, 1428 H/2007.
7. Hilâl Ibn Yahyâ Ibn Muslim al-Ra’y al-Basrî, Ahkâm al-Waqf, 1ère édition, Dar al-Ma’ârif al-‘Uthmâniyyah, Hyderabad (Inde), 1355 H.

C.2. Livres de jurisprudence malikite :

1. Ahmad Ibn Yahyâ al-Wansharîsî, Al-Mi’yâr al-Mu‘rib wa al-Jâmi‘ al-Mughrib ‘an Fatâwâ Ahl Ifrîqiyyah wa al-Andalus wa al-Maghrib, publication du Ministère des Habous et des Affaires Islamiques du Royaume du Maroc, tome 7, 1981.
2. Ibn Rushd, Al-Muqaddimât wa al-Mumahhidât, vérification par Sa‘îd Ahmad A‘râb, 1ère édition, Dar al-Gharb al-Islâmî, Beyrouth, 1988, tome 2.
3. Ibn al-Hâjib, Jâmi‘ al-Ummahât, vérification par ‘Abd al-Rahmân al-Akhdar al-Akhdarî, 1ère édition, Dar al-Yamâmah li al-Ṭibâ‘ah wa al-Nashr wa al-Tawzî‘, Beyrouth-Damas, 1998.
4. Shams al-Dîn Ibn ‘Arafah al-Dusûqî, Hâshiyat al-Dusûqî ‘alâ al-Sharh al-Kabîr li al-Dardîr (avec des notes marginales du savant vérificateur Muhammad ‘Alîsh), Dâr Ih’yâ’ al-Kutub al-‘Arabiyyah, ‘Isâ al-Bâbî al-Ḥalabî wa Shurakâ’uh, Égypte, tome 4.
5. Shihâb al-Dîn Ahmad Ibn Idrîs al-Qarâfî, Al-Dhakhîrah, vérification par l’enseignant Sa‘îd A‘râb, Dar al-Gharb al-Islâmî, Beyrouth, 1ère édition, tome 6, 1994.
6. Mâlik Ibn Anas, Al-Mudawwanah (narration de Sahnûn Ibn Sa‘îd al-Tanûkhî), publication du Ministère des Affaires Islamiques et des Habous, Royaume d’Arabie Saoudite, tome 15.
7. Muhammad al-Maghribî, connu sous le nom d’al-Hattâb al-Ru‘aynî, Mawâhib al-Jalîl li Sharh Mukhtaşar Khalîl, édité et annoté par le cheikh Zakariyyâ ‘Umayrat, Dar ‘Âlam al-Kutub, Riyad, tome 7, 2003.
8. Muhammad ‘Alîsh, Fath al-‘Alî al-Mâlik fî al-Fatwâ ‘alâ Madhhab al-Imâm Mâlik, en marge Tabşirat al-Ḥukkâm fî Uşûl al-Aqdiyah bi Manâhij al-Aḥkâm d’Ibn Farḥûn, Imprimerie Mustafa Muhammad, Al-Maktabah al-Tijâriyyah al-Kubrâ, Le Caire, tome 2.

C.3. Livres de jurisprudence chafite :

1. Abû Bakr, connu sous le nom de Sayyid Bakrî, Hâshiyat I'ânât al-Ṭâlibîn 'alâ Hall Alfâz al-Mu'în li Sharḥ Qurrat al-'Ayn bi Muhimmât al-Dîn, Dar al-Fikr, Beyrouth, tome 3, 1414 H.
2. Al-Hâfiz Ibn Hajar al-'Asqalânî, Fath al-Bârî, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth, tome 5.
3. Al-Khaṭîb al-Shirbînî, Mughnî al-Muḥtâj ilâ Ma'rifat Alfâz al-Minhâj, étude, vérification et commentaires par les cheikhs : Muhammad 'Awad et 'Âdil Ahmad 'Abd al-Mawjûd, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth, tome 3, 2000.
4. Al-Shirâzî, Al-Muhadhdhab, vérification par Muhammad al-Zuḥaylî, 1ère édition, Dar al-Qalam, Beyrouth-Damas, 1996, tome 3.
5. Shams al-Dîn al-Sarakhsî, Al-Mabsûṭ, 1ère édition, Dar al-Ma'rifah, Beyrouth, 1409 H/1989, tome 12.
6. Muḥammad Ibn Idrîs al-Shâfi'î, Al-Umm, vérification par Rif'at Fawzî 'Abd al-Muṭṭalib, 1ère édition, Dar al-Wafâ', Le Caire, 2001, tome 5.

C-4. Livres de jurisprudence hanbalite :

1. Aḥmad Ibn 'Abd Allâh al-Qârî, Majallat al-Aḥkâm al-Shar'iyyah, vérification par 'Abd al-Wahhâb Ibrâhîm, Muḥammad Ibrâhîm Aḥmad 'Alî, 1ère édition, Dar Tihâmah, Royaume d'Arabie Saoudite, 1981.
2. Ibn Taymiyyah, Al-Fatâwâ al-Kubrâ, vérification par Muḥammad 'Abd al-Qâdir 'Aṭâ et Muṣṭafâ 'Abd al-Qâdir 'Aṭâ, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beyrouth, 1ère édition, tome 4, 1408 H/1987.
3. Ibn Taymiyyah, Majmû'at al-Fatâwâ, Dar al-Wafâ' li al-Ṭibâ'ah wa al-Nashr wa al-Tawzî', Al-Manşûrah, Égypte, 3ème édition, tome 31, 2005.
4. Ibn Taymiyyah, Majmû' al-Fatâwâ, compilation et organisation par 'Abd al-Raḥmân Ibn Muḥammad Ibn al-Qâsim, 1ère édition, 1398 H, tome 31.
5. Ibn Mufliḥ, Al-Mubdi' fî Sharḥ al-Muqni', Dar 'Âlam al-Kutub, Riyad, 2003, vol. 5.
6. 'Umar Ibn al-Ḥusayn al-Khiraqî, Matn al-Khiraqî, 1ère édition, Dar al-Şaḥâbah li al-Turâth, Ṭanṭâ, Égypte, 1993.

7. Muḥammad Ibn Aḥmad al-Shâshî al-Qaffâl, Ḥilyat al-‘Ulamâ’ fî Ma‘rifat Madhhab al-Fuqahâ’, vérification par Yâsîn Darâdkah, 1ère édition, Maktabat al-Risâlah al-Ḥadîthah, Jordanie, 1988, tome 6.
8. Muṣṭafâ al-Suyûtî al-Raḥîbânî, Maṭâlib Ulî al-Nuhâ fî Sharḥ Ghâyat al-Muntahâ, publié par Al-Maktab al-Islâmî, tome 4.
9. Muwaffaq al-Dîn Ibn Qudâmah al-Maqdisî, Al-Kâfî fî Fiqh al-Imâm Aḥmad Ibn Ḥanbal, vérifié et annoté par Muḥammad Fâris et Mas‘ad ‘Abd al-Ḥamîd al-Sa‘danî, Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah, Beyrouth, 1ère édition, tome 2, 1414 H/1994.
10. Muwaffaq al-Dîn Ibn Qudâmah al-Maqdisî, Al-Mughnî, vérification par ‘Abd Allâh Ibn ‘Abd al-Muḥsin al-Turkî et ‘Abd al-Fattâḥ Muḥammad al-Ḥulw, Dar ‘Âlam al-Kutub, Riyad, 3ème édition, tome 8, 1997.

D- Ouvrages de référence :

1. Khâlîd Sayf al-Dîn al-Raḥmânî, Al-Waqf fî al-‘Asr al-Ḥadîth, préparation et présentation par Mujâhid al-Islâm al-Qâsimî, Dar al-Kutub al-‘Ilmiyyah, Beyrouth, 1ère édition, 2001.
2. Muḥammad Abû Zahrah, Muḥâḍarât fî al-Waqf, 2ème édition, Dar al-Fikr al-‘Arabî, Le Caire.
3. Muḥammad al-Kubaysî, Aḥkâm al-Waqf, édition Al-Irshâd, Bagdad, 1397 H/1977, tome 1.
4. Wahbah al-Zuḥaylî, Ru‘yah Ijtihâdiyyah fî al-Masâ’il al-Fiqhiyyah al-Mu‘âṣirah li al-Waqf, Dar al-Maktabî, 1ère édition, 1997.
5. Wahbah al-Zuḥaylî, Al-Waṣâyâ wa al-Waqf fî al-Fiqh al-Islâmî, Dar al-Fikr, Damas, Syrie, 2ème édition, 1996.
6. Wahbah al-Zuḥaylî, Al-Fiqh al-Islâmî wa Adillatuh, 2ème édition, Dar al-Fikr li al-Ṭibâ‘ah wa al-Nashr, Damas, 1405 H/1985, tome 8.

E- Livres de droit :

1. Khâlîd Râmûl, Al-Itâr al-Qânûnî wa al-Tanzîmî li Amwâl al-Waqf fî al-Jazâ’ir, Dar Houma, Algérie, 2ème édition, 2006.
2. ‘Abd al-Razzâq Aḥmad al-Sanhûrî, Al-Wasîṭ fî Sharḥ al-Qânûn al-Madanî al-Jadîd : al-‘Uqûd allatî taqa’ ‘alâ al-Milkiyyah al-Hibah wa al-Sharîkah wa al-Qarḍ wa al-Dakhl al-Dâ’im wa al-Ṣulḥ, 3ème édition, Manchûrât al-Ḥalabî al-Ḥuqûqiyyah, Beyrouth, 2011, tome 5.

3. Muḥammad Kanâzah, Al-Waqf al-‘Âmm fî al-Qânûn al-Jazâ’irî (étude juridique accompagnée de dispositions jurisprudentielles et de décisions judiciaires), Dar al-Hudâ, ‘Ayn M’îlâh, Algérie, 2006.

F- Livres d’économie :

1. Aḥmad Ibn Şâlih al-Şâlih, Al-Waqf fî al-Sharî‘ah al-Islâmiyyah wa Atharuhu fî Tanmiyat al-Mujtama‘, Maktabat al-Malik Fahd al-Waṭaniyyah, Riyad, 1ère édition, 1422 H/2001.
2. Munzir Qahf, Al-Waqf al-Islâmî “Taṭawwuruh, Idrâratuh, Tanmiyatuh”, Dar al-Fikr, Damas, 1ère édition, 2000.

G- Livres d’histoire :

1. Abû al-Qâsim Sa‘d Allâh, Târîkh al-Jazâ’ir al-Thaqâfî, 1ère édition, Dar al-Gharb al-Islâmî, Beyrouth, 1998, tome 1.
2. Nâsir al-Dîn Sa‘îdûnî, Dirâsât wa Abḥâth fî Târîkh al-Jazâ’ir ‘alâ al-‘Ahd al-‘Uthmânî, Al-Mu’assasah al-Waṭaniyyah li al-Kitâb, Algérie, 1984.

H- Dictionnaires :

1. Al-Jurjânî, Mu‘jam al-Ta‘rîfât, vérification par Muḥammad Şidq al-Manshâwî, 1ère édition, Dar al-Faḍîlah, Le Caire.
2. Nazîh Hammâd, Mu‘jam al-Muṣṭalaḥât al-Mâliyyah wa al-Iqtisâdiyyah fî Lughah al-Fuqahâ’, Dar al-Qalam, Damas, 1ère édition, 1429 H/2008.

I-Brochures :

1. Qarârât wa Tawşiyât Muntadâ Qadâyâ al-Waqf al-Fiqhiyyah min al-Awwal ilâ al-Sâbi‘ (Qadâyâ Mustajiddah wa Ta’şîl Shar‘î), Al-Amânah al-‘Âmmah li al-Awqâf, 1ère édition, Koweït, 2015.

Deuxièmement- Thèses et Mémoires :

1. Aḥmad Ibn ‘Abd al-‘Azîz al-Şuqayh, Istithmâr al-Waqf (Dirâsah Fiqhiyyah Taṭbîqiyyah), Thèse de doctorat, Université Muhammad ibn Sa‘ud al-Islâmiyyah, Riyad, 1428H/1429H.
2. Qanfûd Ramaḍân, Al-Munâza‘ât al-Muta‘alliqah bi al-Mâl al-Waqfî (fî Itâr al-Qânûn al-Mawḍū‘î), Thèse de doctorat en droit, Université de Tizi Ouzou, Algérie, 2015.

Troisièmement- Conférences et Séminaires :

1. Ibrāhīm Ibn Muḥammad Ibn ‘Abd al-Qādir Billālī, Al-Ta’dīlāt al-Muqtarahah ‘alā Qānūn al-Awqāf al-Jazā’irī li Tanzīm al-Waqf al-Naqdī, communication dans le cadre du Cinquième Colloque Mondial intitulé “ Al-Waqf al-Islāmī - Al-Taḥaddiyāt wa Istishrāf al-Mustaqbal ”, Université du Coran et des Sciences Islamiques, Khartoum, les 11 et 12 juillet 2017.
2. ‘Abd al-Fattāh Maḥmūd Idrīs, Waqf al-Manāfi’ (Al-Jadwā al-Iqtisādiyyah, Al-Mu‘awwiqāt wa al-Ḥulūl), Deuxième Conférence sur les Awqāf, Université Umm al-Qurā, Royaume d’Arabie Saoudite, 1427H/2009.
3. ‘Alī Ibn ‘Abbās al-Ḥakamī, Shurūṭ al-Wāqifīn wa Aḥkāmuhā, Séminaire sur le waqf en droit islamique, Ministère des Affaires Islamiques, des Awqāf, de la Da‘wah et de l’Orientation, Royaume d’Arabie Saoudite, 13/01/1423H.
4. ‘Abd al-‘Azīz Khalīfah al-Qaṣṣār, Waqf al-Nuqūd wa al-Awrāq al-Māliyyah wa Taṭbiqātuh al-Mu‘āṣirah, Deuxième Forum sur les Questions de Fiqh concernant les Awqāf, Défis contemporains et Ijtihād Sharī‘, Koweït, du 8 au 10 mai 2005.

Quatrièmement- Revues et Périodiques :

1. Sa‘īd Ibn Nāṣir al-Ghāmdī, Al-Marja‘iyyah - Ma‘nāhā wa Ahamiyyatuhā wa Aqṣāmuhā, Revue de l’Université Umm al-Qurā, numéro 50, Rajab 1431H.
2. Fāris Masdūr, Al-Awqāf al-Jazā’iriyyah Bayna al-Andithār wa al-Istithmār, Revue des Sciences Économiques et de Gestion, Faculté des Sciences Économiques, Université d’Alger, numéro 3, vol. 2.
3. Majūj Intiṣār, Ithbāt al-Waqf al-‘Āmm fī al-Tashrī‘ al-Jazā’irī, Revue Daphters de la Politique et du Droit, numéro 5, juin 2011, Université de Ouargla (Algérie).
4. Muḥammad al-Ḥākīm Ibn ‘Awn, Mas’alat al-Waqf fī al-Jazā’ir Athnā’ al-Ihtilāl al-Faransī, Revue Al-Ma‘ārif pour les Recherches et Études Historiques, numéro 13, Département des Sciences Humaines, Université d’El Oued (Algérie).

Lois et décrets et décisions :

1. les lois :

- La loi n° 91-10 du 12 Chawal 1411H correspondant au 27 avril 1999, relative aux awqafs.

- La loi de la famille algérienne n° 11-84 modifiée par l'ordonnance n° 02-05, contenant la loi de la famille algérienne publiée dans le Journal Officiel, numéro 15, en date du 18 Mouharram 1426H correspondant au 27 février 2005.
- La loi n° 10-02 du 10 Chawal 1423H correspondant au 14 décembre 2002, JORADP, numéro 83, publiée le 11 Chawal 1423H correspondant au 15 décembre 2002, modifiant et complétant la loi n° 91-10.
- Le Code civil algérien n° 75-58 du 20 Ramadan 1395H correspondant au 26 septembre 1975, modifié et complété par la loi n° 07-05 du 25 Rabi' al-Akher 1428H correspondant au 13 mai 2007.
- La loi n° 10-03 du 15 août 2010, relative aux conditions et modalités d'exploitation des terres agricoles appartenant aux propriétés privées de l'État, JORADP, numéro 46, datée du 8 Ramadan 1431H correspondant au 18 août 2010.

2- Les décrets :

- Le décret exécutif n° 2000-336 du 26/10/2000, instituant le document de certification écrite pour prouver la propriété waqf et les conditions et modalités de son émission et de sa livraison, publié dans le Journal Officiel, numéro 64, en date du 31 octobre 2000.
- Le décret exécutif n° 21-179 du 21 Ramadan 1442H correspondant au 3 mai 2021, portant création de l'Office national des waqfs et de la zakat et déterminant son statut, JORADP, numéro 35, publié le 30 Ramadan 1442H correspondant au 12 mai 2021.
- Le décret exécutif n° 64-283 du 17/09/1964, relatif aux propriétés waqf publiques.

3- Les décisions :

- La décision n° (234655), Revue de la jurisprudence de la Chambre des affaires personnelles, numéro spécial, 2001.
- La décision en date du 16/11/1999, dossier n° 230617, jurisprudence de la Chambre des affaires personnelles, numéro spécial, 2001.
- La décision en date du 23/11/1993, dossier n° 96675, jurisprudence de la Chambre des affaires personnelles, numéro spécial, 2001.