جامعة منتوري قسنطينة 1 كلية الحقوق الجزائر

قسم القانون الخاص

شعبة الماستر

محاضرات في مقياس





إغداد:

د/ عمَّار نَكانح

مطبوعة موجهة:

إلى طلبة السنة أولى ماستر تخصص قانون أسرة

السنة الجامعية 2023/2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وزارة التعليم العالى و البحث العلمي

قسنطينة في : 2023/06/04

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1

كلية الحقوق

المجلس العلمي

المرجع الآلام.م.ع/2023

مستخرج من محضر اجتماع المجلس العلمي

بتاريخ: 28 /05 /2023

يشهد السيد رنيس المجلس العلمي لكلية الحقوق بجامعة قسنطينة 1 بأن المجلس العلمي في اجتماعه

بتاريخ 28 ماي 2023 قد صادق على المطبوعة البيداغوجية للدكتور (ة) نكاع عمار تحت عنوان :

نظام الوقف في التشريع الجزائري

ملم هذا المستخرج لاستخدامه فيما يسمح به القانون

رنيس المجلس العلمى

أ.د سامي بلعاد أن رئيس المجلس الألمي لكليــة الحقــي

المقدمة

صَالِلَهِ المعدد لله والصلاة والسلام على خير خلق الله عَلَيْهِ وبعد:

من تمام كمال الدين الحنيف، أن سنَّ الله تعالى فيه سبلا، لتوزيع الثروة داخل المجتمع الواحد، وإحداث التوازن المطلوب بين طبقاته. ومن أهم هذه السبل: نظام الوقف، هذا الأخير الذي يمثل موردا أساسيا، وهاما لتلبية متطلبات المجتمع، وحاجياته المختلفة، سواء كانت دينية، أو صحية، أو تعليمية، أو غذائي.

فحث الإسلام على وقف الأموال، لما في ذلك من منافع جمة، للفرد والمجتمع، فهو يديم الأجر والثواب للواقف، وفي نفس الوقت يعود على المجتمع بالخير، إذ يرسخ قيم التضامن، والتكافل، والتآزر، بين أفراده.

وقوله تعالى : "وقاَلوا مَا فِي بُطُونِ هَذِهِ الأَنْعَامِ دَالِحَةٌ لِذُكُورِذَا وِمُدَرَةٌ عَلَى أَزْوَاجِنَا وَإِنَّ يَكُن مَيْتَةٍ فَهُمُ فِيْهِ شُرَكَاءٌ سَيَجْزِيْهِمُ وَحْفَهُمُ إِنَهُ مَكِيمٌ عَلِيمٌ " (لأنعام الآية 140) وقد انتقل هذا



السلوك، والنظام الخاص في الأموال، إلى هذه الشعوب والأمم من الديانات السماوية السابقة، فلا يَخفى علينا نحن كمسلمين أنَّ أدم عليه السلام كان نبيا يوح له أ، وكانت كل تصرفاته الدينية بوحي من الله، وأن البشرية قد تناقلوا بعض العبادات، ثم بمرر الزمن

تتحول إلى عادات يتوارثونها جيل بعد جيل، كما انتقل للعرب فعل الطواف بالبيت، الذي ورثوه عن إبراهيم عليه السلام. أنظر تفسير قوله تعالى: وما كان حلاتهم عند البيئ إلا مكاء وتحدية (الأنهال 36) فقريش وسائر العرب كانوا يحجون قبل بعثة النبي صلى الله عليه وسلم، لأنه كان عندهم شيء من شريعة إبراهيم عليه السلام إلا أنهم غيروا كثيرا منها، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم: أنه قال أول من غير دين إبراهيم. عمرو بن لحي بن خندف بن قمعة بن خزاعة.. رواه الطبراني، وصححه الألباني.

وبمجيء الإسلام اعترف بهذا السلوك التكافلي داخل الأمة وعززه ووضع أحكامه ومبادئه

مستمدة من روح الشريعة السمحاء حيث قال تعالى في سورة البقرة (الآية 267) " يأيها الذين آمنها أنهنهما من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض " وقال تعالى " وافعلها المنير لعلكم تغلمون.. "الحج 75 ومن السنة النبوية عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله تعالى عنه: أنَّ رَسُولَ اللَّهِ عَلَيْهُ قَالَ: إِذَا مَاتَ الإنسان انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثة: إلا من صدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أو عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صالح يَدْعُو لَهُ.2

وعَنِ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَالَ: أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ، فَأَتَى النَّبِيَّ عَيْهُ وَسِلْم يَسْتَأْمِرُهُ فِيهَا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي أَصَبْتُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ هُوَ أَنْفَسُ عِنْدِي مِنْهُ، قَالَ: إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا، وتَصَدَّقْتَ بِهَا، قَالَ: فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمَرُ؛ أَنَّهُ لَا يُبِاعُ أَصْلُهَا، ولَا يُورَثُ، ولَا يُوهَبُ، فَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ، وفِي الْقُرْبَى، وفِي الرِّقَابِ، وفِي يَبَاعُ أَصْلُهَا، ولَا يُورَثُ، ولَا يُوهَبُ، فَتَصَدَّقَ بِهَا فِي الْفُقَرَاءِ، وفِي الْقُرْبَى، وفِي الرِّقَابِ، وفِي

¹ عن أبي ذر رضي الله عنه قال : دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد: فقلت: ...أي الأنبياء أول؟ قال: آدم، قلت: وهل كان نبياً ؟ قال: نعم، نبي مكلمً. ...مسند أحمد وقال الألباني في السلسلة الصحيحة اسناده صحيح، السلسلة الصحيحة برقم 2668.

² رَوَاهُ مسْلِمٌ. كتاب الوقف باب: الوقف للأصل والصدقة بالغلة. مختصر صحيح مسلم للمنذري. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع. الرياض 1996 ص259 الحديث رقم1000

³ حديث بن عمر هذا متفق عليه واللفظ لمسلم . مرجع سابق. ص 259الحديث رقم 1001

سَبِيلِ اللَّهِ، وابْنِ السَّبِيلِ، والضَّيْفِ، لَا جُنَاحَ عَلَى مَنْ ولِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، ويُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ مَالًا.

وَفِي رِوَايَةٍ لِلْبُخَارِيِّ: تَصندَّق بِأَصْلِهِا، لَا يُبَاعُ، ولَا يُوهَبُ، ولَكِنْ يُنْفَقُ ثَمَرُهُ.

بالنسبة للجزائر عُرِفت الأوقاف مع الفتحات الإسلامية وضلت خاضعة لأحكم الشريعة الغراء رغم قِلْتِها وتجسدت أكثر بدخول العثمانيين للبلاد حيث أخضعوها للمذهب الحنفي إلى جانب المذهب المالكي مذهب البلد الأصلي. وتكاثرت الأوقاف في هذه الفترة وازدادت لعدة عوامل 1 وبدخول المستدمر الفرنسي للجزائر سنة 1830م سال لعابه لكثرت الأوقاف فعمل كل ما بوسعه للاستيلاء عليها في إطار فرنسة العقار الجزائري 2 بل فرنسة كل ما هو جزائري في إطار حرب الهوية والحقد الاستعماري الصليبي المتربص بالإسلام وأهله. بعد الاستقلال ومحاولة من المشرع تنظيم هذا النوع من الأملاك تم إصدار المرسوم رقم الأدراج لم يُعمل به وبقيت معه الأوقاف معلقة بل تُصُرِّف فيها بموجب الأمر 73/71 المتضمن الثورة الزراعية المؤرخ في 1971/11/08 إذ ضُم عدد هائل من الأوقاف لصندوق الثورة الزراعية المؤرخ في 1971/11/08 إذ ضُم عدد هائل من الأوقاف لصندوق الثورة الزراعية ..؟..

بصدور قانون الأسرة سنة1984 بموجب القانون رقم 11/84 المعدل والمتمم والمؤرخ في 1984/06/09 الذي منح الوقف مكانته القانونية اللائقة في بابه الرابع الفصل الثالث حيث أدرجه في عقود التبرع و أطره بحوالي 8 مواد من المادة 213 إلى المادة 220 فعرفه وذكر شروطه و وسائل إثباته وتولى المشرع ذكر الأوقاف في القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري حيث عرفه في المادة 31 وأخضعت المادة 23 منه تكوينه وتسييره لقانون خاص كما أدرجت المادة 23 منه الأوقاف العقارية كصنف عقاري قائم بذاته. ثم أرسى المشرع الجزائري نظاما قانونيا خاصا بالوقف من خلال إصدار قانون خاص متعلق بالأوقاف حصرا هو قانون الأوقاف رقم

¹ منها العامل الديني ورغبة الأفراد في إنشاء الأوقاف تطوعا ورغبة فيما عند الله ومنها العامل الاضطراري حيث كانت الأوقاف ملاذا لحماية العقار من التعسف والظلم التركي في أواخر عهده بالجزائر .أنظر في ذلك ناصر الدين سعيدوني. دراسات و أبحاث في تاريخ الجزائر . المؤسسة الوطنية للكتاب.الجزائر 1984.ص 9.

² نصر الدين سعيدوني. دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 106

10/91 مؤرخ في 1991/04/27 متعلق بالأوقاف. معدل ومتمم بالقانون 07/10 المؤرخ في 10/91 مؤرخ في 2002/12/14 و ربطه بالشريعة في 2001/05/22 و ربطه بالشريعة الإسلامية كإطار عام و أحال عليها في غير المنصوص عليه.

وقد تطرق القانون المدني الجزائري للوقف من خلال تعديله بالقانون رقم 10/05حيث ذكر في الفقرة 2 من المادة 16 أن والوقف يسري عليه قانون جنسية الواقف وقت إجرائه. كما ذكر الوقف في المادة 49 حيث منحه بموجبها الشخصية المعنوية.

وفي هذه المحاضرات الموجهة لطلبة السنة الأول ماستر تخصص قانون أسرة نحاول تسليط الضوء على الوقف كتصرف تبرعي وفق الخطة التالية:

المبحث الأول: ماهية الوقف وما يتعلق به من أحكام

المطلب الأول: ماهية الوقف

الفرع الأول: التعريف بالوقف ومشروعيته.

أولا: التعريف اللغوي للوقف

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للوقف

الفرع الثاني: خصائص الوقف وطبيعته القانونية

أولا: خصائص الوقف

ثانيا: طبيعته الوقف القانونية

المطلب الثاني: أنواع الوقف ما يتعلق به من أحكام

الفرع الأول:- أنواع الأوقاف

أولا: الوقف العام

ثانيا: الوقف الخاص

الفرع الثاني: ما يتعلق بالوقف من أحكام

المبحث الثاني: إنشاء الوقف

المطلب الأول: أركان الوقف الفرع الأول: أركان الوقف وشروطه

أولا: شروط انعقاد الوقف

ثانيا: شروط صحة الوقف

الفرع الثاني: اشتراطات الوقف

المطلب الثاني: إثبات الأملاك الوقفية

الفرع الأول: توثيق الأوقاف

الفرع الثاني: تسجيل الوقف

أولا: مكان تسجيل الأوقاف

ثانيا: آجال تسجيل الأوقاف

الفرع الثالث: شهر عقد الوقف

أولا: آجال شهر عقد الأوقاف

ثانيا: مكان شهر الأوقاف

المبحث الثالث: حماية الأملاك الوقفية

المطلب الأول: خضوع الملك الوقفي للحماية الثلاثية المقررة للمال العام

الفرع الأول: عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي

أولا: عدم جواز تصرف الواقف في وقفه

ثانيا: انحصار حق الموقوف عليهم في سلطة الانتفاع دون التصرف

الفرع الثاني: عدم جواز اكتساب الملك الوقفي بالتقادم

الفرع الثالث: عدم جواز الحجز على المال الوقفي

المبحث الأولى: ماهية الوقف وما يتعلق به من أحكام

الوقف تصرف تبرعي إذ ورد في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات والتبرع لغة هو العطاء، أي التفضل بما ليس واجب على الشخص. وفاعله متبرّعاً أي متطوعاً ومصدره تبرّع والجمع تبرعات. وهو مأخوذ من لفظة برع يبرع براعة، فهو بارع ،والمفعول مبرُوعٌ فيه. وبرع الرجل تميّز وتفوق في مجاله، وفاق نظراءه. وبرع الكاتب في مهنته، تميز وتفوق في مجاله وفاق نظراءه.

والمشرع الجزائري لم يعرف التبرع، رغم أنه عنون كتابا كاملا في قانون الأسرة: ب "كتاب التبرعات". كما أسلفنا حيث ذكر أحكام ثلاثة تصرفات،: الهبة والوقف، و الوصية

كذلك فعلت التشريعات العربية لم تُعرِّف التبرعات 2 وكذلك التشريع الفرنسي هو الأخر لم يعرِّف التبرعات لكنه عرَّف عقود التفضل والعطايا وهي تصرفات تبرعية. فعرف عقد التفضل أنه:" العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الأخر منفعة مجانية خالصة 8

كما عرف العطايا أنها "التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أملاكه أو جزء منها أو حقوقه أو جزء منها لصالح شخص آخر ".⁴

و التبرع عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو بذل المال أو المنفعة للغير في الحال أو المأل بلا عوض بقصد البر و الخبر . قال الحطاب : التبرع هو إلزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية⁵

² الوحيد الذي عرف التبرع من التشريعات العربية هو المشرع اليمني حيث جاء في المادة 210 من القانون المدني اليمني ما يلي" التبرع بلا عوض يلحق بالعقد ولا يتم إلا بقبض المتبرع له العين المتبرع بها قبضا تاما "

9

 $^{^{1}}$ الفيروزيادي، القاموس المحيط، الطبعة 2 مؤسسة الرسالة 1 بيروت 1

³ Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l.une des parties procure a l.auter un avantage purement gratuit

⁴ La libéralité est l.acte par lequel une personne dispose a titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d.une autre personne.

محمد بن محمد الحطاب الرعيني، الفقيه المالكي. تحرير الكلام في مسائل الالتزام، تحقيق عبد السلام محمد الشريف 475 صفحة، نشر دار الغرب الإسلامي، بيروت 1984، \sim 17.

ولكي يقوم التبرع لا بد له من مقومين اثنين، تقديم التزام مجانا أي بدون مقابل ، و هو العنصر المادي . و ثانيهما نية التبرع بهذا الالتزام ، أي القصد و النية أن لا يقابل التزامه بأي عوض ، و هو العنصر المعنوي .

و لا يقوم التبرع بعنصره المادي فقط بل لا بد أن ينضم إليه القصد بالتبرع ، و هو العنصر المعنوي (النفسي) ، فان لم ينوي التبرع و يقصده ، لا نكون أمام تصرف تبرعي ، و هو من خصائص عقود التبرع و لا يوجد في عقود المعاوضة فقد يقدم الشخص التزاما بدون مقابل و لا تكون عنده نية التبرع كأن يوفى بالتزام طبيعي سقط بالتقادم فهو لا يتبرع و إنما يوفى دينا و إن كان لا يجبر على الوفاء به ، فيعد تصرفه هذا وفاء لا تبرعا لتخلف نية التبرع 1

وبعد هذه الجولة في معنى التبرع وأحكامه نحاول في هذا المبحث التطرق للوقف من حيث تعريفه وذكر أحكامه والتعريج على أهم خصائصه

المطلب الأول: ماهية الوقف

في هذا المطلب نسلط الضوء على المعنى اللغوي والاصطلاحي للوقف فإذا كان المعنى اللغوي قد ضبط واتفق على معانيه من طرف علماء اللغة فإن الاصطلاح الشرعي قد اختلف فيه كما سنرى

الفرع الأول: التعريف بالوقف

يضم هذا الفرع التعريف اللغوي والاصطلاحي للوقف

أولا: التعريف اللغوي للوقف.

لمصدر لفظة وقف في اللغة العربية عدة معان، منها وَقَفَ وُقُوفًا، وَقَفَ قام من الجلوس، وسكن بعد المشي، ووَقَفَ على الشيء عاينه ،ووَقَفَ في المسالة ارتاب فيها، ووَقَفَ على ما عند فلان أي فهمه وتبينه، ووَقَفَ على الكلمة نطقها ساكنة، وَقَفَ فلان على الشيء منعه عنه ،وقَفَ على الأمر اطلع عليه، ووَقَفَ الأمر على الشيء جعله سببا له، وعلق

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج5 منشورات الحلبي بيروت، 1998 م0



_

وجوده على حضوره ، وَقَفَ فلان عن الشيء اقلع عنه ، ووَقَفَ الدار حبسها في سبيل الله الله ثم اشتهر إطلاق اسم المصدر ويراد به اسم المفعول فنقول عقار وقف أي: موقوف. قال الفيروز آبادي في القاموس المحيط الحَبْش: المَنْعُ،.. وكلُّ شيءٍ وقَفَهُ صاحِبُهُ من نَخْلٍ أو كُرْمٍ أو غيرِها يُحَبَّسُ أصْلُهُ، وتُسَبَّلُ غَلَّتُهُ... قال: وتَحبيسُ الشيءِ: أن يُبَقَّى أصْلُهُ، ويُجْعَلَ تَمَرُهُ في سَبيلِ اللهِ اللهِ ويعبر عنه بلفظة التسبيل والحبس والوقف بل يقبل شرعا بكل لفظ دل على صدقة جارية.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للوقف

يتضمن هذا الفرع التعرض لتعريف الوقف من وجهة نظر لغوية اصطلاحية وقانونية شرعية.

الوقف في الاصطلاح الشرعي -1

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوقف انطلاقا من تحديد الجهة المالكة للعين الموقوفة رغم أنهم اتفقوا على أن ملكية المنفعة تعود للموقوف عليهم بلا خلاف.

فعَّرفه أبو حنيفة النعمان 3 بأنه: "حبس العيني على حكم ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال أو المآل 4

يُبْقي أبو حنيفة في تعريفه للوقف العين الموقوفة ملك للواقف. وليس للموقوف عليه سوى منفعة العين، ويقتضي بقاء العين الموقوفة ملك للواقف، حقه في التصرف فيها بأي نوعا من التصرف. فله بيعها أو هبتها أو رهنها ويستشف من هذا أن الوقف عند الأحناف لا يتسم بالتأبيد.

ابن منظور ، لسان العرب. المجلد 9 نشر دار صادر بيروت.1993. 1

 $^{^{2}}$ الفيروزبادي، مرجع سابق ص 2

³ أبو حنيفة النعمان بن ثابت الكوفي ولد في س 80هـ.699م وتوفى في 150هـ 767م أول الأئمة الأربعة وصاحب أول مذهب فقهي.

⁴ شمس الدين السرخسي. المبسوط. المجلد 6.دار المعرفة بيروت 1989.ص 27

أما صاحبا أبا حنيفة أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، ومحمد بن الحسن الشيباني فقد عَرَّفا الوقف أنه: حبس العيني عن أن تكون ملك الأحد من الناس وجعلها ملك لله تعالى والتصدق بريعها على جهة الخير في الحال أو المآل 1

فهما يخرجا العين الموقوفة من ملك الواقف ولا يدخلانها في ذمة الموقوف له بل هي ملك الله تعالى ولا يملك أحد التصرف في عين الوقف مطلقا إلى بذريعة شرعية فلا سلطان للواقف لا على عينها ولا منفعتها في حين يكون للموقف عليهم المنفعة فقط بشروط الواقف ما لم تخالف الشرع.

أما الإمام مالك فالوقف عنده هو:" حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر 2

فهو يبقي العين الموقوفة على ملك الواقف لكنه يغُل يده عن التصرف فيها كما يجيز أن يكون الوقف مؤقتا وفي هذه الحال تكون يده مغلولة عن التصرف في العين الموقوفة مؤقتا فقط تطلق بعد نفاذ مدة الوقف إذا كان مؤقتا.

وعرف الشافعي الوقف بالتالي: "هو حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال والمآل 8 فهو يجعل ملكية العين الموقوفة ملك لله تعالى مع منع التصرف في عينها مطلقا إلى بمسوغ شرعي .

وعرفه أحمد بن حنبل أنه " حبس المال عن التصرف فيه والتصدق اللازم بالمنفعة مع انتقال ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم التصرف المطلق فيه. "⁴

فهو ينقل ملكية العين الموقوفة من الواقف للموقوف عليه دون حق التصرف فليس له سوى حق الانتفاع رغم أنه مَلَّكَهُ إياه ؟ فملكيته ملكية ناقصة لكن اعترف له بها حتى لا تبقى العين بغير مالك.

الوقف في الاصطلاح القانوني -2

 $^{^{1}}$ وهبة الزحيلي .الفقه الإسلامي وأدلته. المجلد 8 ط 8 دار الفكر دمشق 1989. 1

 $^{^{2}}$ أحمد الصاوي. بلغة السالك لأقرب المسالك الدردير. الجزء 2 دار الكتب العلمية.بيروت 1995 ص 2

 $^{^{3}}$ الخطيب الشربيني. مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج.المجلد 2 .ط1.دار المعرفة بيروت 3

⁴ موفق الدين بن قدامة المقدسي. المغنى. المجلد 6.دار الكتاب العربي بيروت 1983 ص 185

ونقصره على التشريع الجزائري حيث أن أول تعريف للوقف في القانون الجزائري تضمنته المادة 213 من قانون الأسرة والتي جاء فيها "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق"

فالمشرع الجزائري يتبنى تعريف الشافعية وصاحبا أبي حنيفة للوقف بجعله مؤبدا واستخدم لفظة مال بدلا من عين فرغم أن المذهب السائد في البلد هو المذهب المالكي إلا أنه بدافع المصلحة وإعطاء الوقف معناه الصحيح وتفعيلا لقداسته ودوره المرجو داخل المجتمع وسم الوقف بالتأبيد وأخرجه عن ملك الواقف والموقف عليه.

ثم جاء تعريف ثاني للوقف في القانون 25/90 في مادته 31 فعرف ب " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تتقع به جمعية خيرية أو جمعيات ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور "

و أول ملاحظة نبدها بشأن هذا التعريف أنه حصر الأملاك الوقفية في العقارات الوقفية دون المنقول، رغم أن المادة 11 من القانون 10/91 عددت محل الوقف فقد يكون عقار أو منقول أو منفعة، فنصت على: "يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة..." وهذا لأن القانون القانون ويؤطر الملكية العقارية فقط مستبعدا المنقولات حيث جاء في مادته الأول ما يلي "يحدد هذا القانون القوام التقني والنظام القانوني للأملاك العقارية.." فهو يُعنى بالعقارات دون المنقولات كما أن الأوقاف العقارية تشكل صنفا من أصناف الملكية العقارية التي حددتها حصرا المادة 23 من قانون التوجيه العقاري 25/90 فجاء فيها " تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف الآتية الأملاك الوطنية /أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة / الأملاك الوقفية."

كما أن المادة 31 من القانون 90/25 حصرت الموقوف عليه بأن يكون شخص معنوي فقط واستبعدت الأشخاص الطبيعيين يستشف هذا من عبارتي (.. جمعية خيرية أو جمعيات ذات منفعة عامة..) وهذا ما أيده التعديل الجديد لقانون الأوقاف للمادة 13 حيث كانت على النحوي التالى: "

13

¹ عرفت المادة 683 من القانون المدني العقار ب" كل شيء مستقر بحيزه وثابة فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"

الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا.."

أما بعد تعديلها بموجب المادة 5 من القانون 10/02 فقد أصبحت كالتالي: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشبه ما يخالف الشريعة الإسلامية "

ثم جاء تعريف ثالث للوقف في المادة 3 من قانون الأوقاف 10/91 فنصت على "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجه البر والخير "

وبتحليل هذه المواد نسجل التالي:

- الوقف في التشريع الجزائري يتسم بالتأبيد والدوام وهذا ما يستشف من عبارة (..على وجه التأبيد والتصدق) في المادة 213 من قانون الأسرة وعبارة (..ليجعل التمتع بها دائما..) في المادة 31 من قانون 25/90 للتوجيه العقاري وعبارة (..على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة..) في نص المادة 3 من قانون الأوقاف 10/91 ويؤيد هذا مضمون المادة 28 من قانون الأوقاف التي تجعل كل وقف محدد بزمن باطل فجاء فيها " يبطل الوقف إذا كان محدد بزمن."

- الوقف في التشريع الجزائري تصرف تبرعي وجوبا باستقراء لفظة (التصدق) في المادة 213 قانون أسرة ولفظة (..التصدق) في المادة 3 من أسرة ولفظة (..التصدق) في المادة 3 من قانون 10/91

ثالثا: مشروعية الوقف

ثبتت مشروعية الوقف عند جمهور أهل العلم من المسلمين بالكتاب والسنة، وقد وردت في ذلك نصوص عديدة، وآثار ونقولات كثيرة، منها على سبيل المثال:

<u>1-:</u> من القرآن الكريم

14

استخدم المشرع عبارة بمحض إرادته وهو يقصد نية التبرع فلفظة بمحض إرادته استخدمها المشرع كمقابل للفظة بمعاوضة \bigcirc

قوله تعالى: (وَافْعَلُوا الْذَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُقْلِحُونَ) [سورة الحج: 77].

و قوله تعالى: (لَنْ تَتَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُثْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ) [سورة آل عمران: 92].

وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الأَرْضِ) [سورة البقرة: 267].

$\frac{-2}{2}$ من السنة المطهرة:

- صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له) 1 .

- روى ابن عمر رضي الله عنهما قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله! إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها. قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب. قال: فتصدق عمر في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم غير متمول" 2

- ما رواه أبو عبد الرحمن السلمي قال: لما حُصر عثمان أشرف عليهم فوق داره ثم قال: أذكركم بالله! هل تعلمون أن حراء حين أنتفض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أثبت حراء فليس عليك إلا نبي أو صديق أو شهيد. قالوا: نعم. قال أذكركم بالله! هل تعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في جيش العسرة: من ينفق نفقة متقبلة؟ والناس مجهدون معسرون، فجهزت ذلك الجيش. قالوا: نعم. ثم قال: أذكركم بالله! هل تعلمون أن

رواه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان بعد وفاته حديث رقم 1631 1

حديث متغق عليه. رواه البخاري في صحيحه، كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف، حديث رقم 2737. ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الوصية، باب الوقف، حديث رقم 1632.

بئر رومة لم يكن يشرب منها أحد إلا بثمن، فابتعتها فجعلتها للغني والفقير وابن السبيل. قالوا: اللهم نعم...."

- عن جابر رضي الله عنه أنه قال: "لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف" ²

لهذه الأدلة وغيرها ذهب جمهور العلماء قديما وحديثا إلى القول بمشروعية الوقف، حتى قال الإمام أحمد: "من يرد الوقف إنما يرد السنة التي أجازها النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه 6 وقال الإمام الشوكاني: "اعلم أن ثبوت الوقف في هذه الشريعة وثبوت كونه قربة أظهر من شمس النهار 4

الفرع الثاني: خصائص الوقف وطبيعته القانونية

نطرق في هذا الفرع الخصائص التي تميّز بها نظام الوقف وتفرد بها عن غيره من التصرفات التبرعية كما نحاول ضبط طبيعته القانونية في التشريع الجزائري خاصة.

أولا: خصائص نظام الوقف

يتميز نظام الأوقاف بعدة خصائص منها أنه من التصرفات التبرعية بنص المادة 4 من قانون الأوقاف ينقل الحق محل التزام الواقف إلى الموقوف عليه مجانا ودون مقابل ويشاركه في هذه الخاصية كل من الهبة 5 والوصية ومنها أنه ناقلٌ لحق ما من جهة إلى جهة أخرى، ويشبه في هذه الخاصية كل من التصرفات الناقلة للحقوق مثل البيع التبادل.. غير أنه باستقراء قانون الأوقاف

أ رواه الترمذي في السنن، كتاب المناقب، باب مناقب عثمان رضي الله عنه، حديث رقم 3699. وقال حديث حسن صحيح غريب. ورواه ابن حبان في صحيحه برقم 6916.

 $^{^{2}}$ موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامة المقدسي، المغني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د ت، ج 2 ، ص 348

 $^{^{3}}$ برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت، 2019 م، ج 3 ، ص 3

⁴ حمد بن على الشوكاني، السيل الجرار، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405ه (ط1)، ج3، ص313.

⁵ مع ملاحظة أنه قد تكون الهبة مشروطة بنص المادة 202 من قانون الأسرة.

10/91 يمكن استخلاص مجموعة من الخصائص قد تكون مما يتفرد به الوقف حصرا في التشريع الجزائري.

فأهم خاصية ينفرد بها الوقف أنه:

- ـ يرد على حق الانتفاع فقط
- ـ يتصف بتأبيد ولا يجوز التصرف في أصله مطلقا إلى استثناء
 - الموقف عليه جهة عامة وجوبا
 - الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية.

1-: يرد على حق الانتفاع فقط

تقتضي هذه الخاصية أن الموقوف عليه ليس له سوى حق الانتفاع فقد نصت المادة 18 من قانون الأوقاف على "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقفة فيما تتتجه وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين وحقه حق انتفاع لا حق ملكية ".

وهذا يعني أن الحق المنتقل للموقوف عليه حق ناقص فإذا كان الحق التام(الملك التام) ينتقل فيه للملك الجديد بكل عناصر الملكية من حق الاستعمال والاستغلال والتصرف. فالموقوف عليه لا ينتقل له وجوبا سوى حق الاستغلال. وقد ورد هذا المعنى في طيات كل من المادة 3 من قانون الأوقاف بقولها "....والتصدق بالمنفعة.." فالتصدق لا يرد إلا على المنفعة كذلك تضمنت هذا المعنى المادة 17 من نفس القانون حيث جاء فيها " ..ويؤل حق الانتفاع إلى الموقوف عليه.." كذلك صرحت بهذا بكل وضوح المادة 18 من القانون 10/91 السالفة الذكر كذلك عنت هذا المعنى كل من المواد 21. 23. 24. من القانون 10/91

2-:الوقف حق مؤيد ولا يجوز التصرف في أصله مطلقا إلا استثناء

وهذا يعني أن العين الموقوفة تبقى كذلك إلى يوم القيامة فقد بقى وقف عثمان رضي الله عنه إلى يوم الناس هذا الفاوق من يوم إنشائه تضفى عليه قداسة فلا يمس أصله ويكتفى باستغلال منفعته وهذا ما عناه الفقهاء في تعريفهم للوقف بقولهم تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة. فلا يجوز بيعه أو هبته أو التصرف فيه مطلقا، لذلك عرفه الشيخ محمد أبو زهرة بقوله: "الوقف هو منع التصرف في رقبة العين" فليس للواقف الرجوع فيه وليس للموقف عليه التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية. وقد نص قانون الأوقاف الرجوع على ذلك في مادته 3 وأفصحت بكل صراحة عن ذلك المادة 23 فجاء فيها "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها" كما أن التشريع الجزائري جعل من أسباب بطلان الوقف أن يحدد بزمن فنصت المادة 28 من قانون الأوقاف على " يبطل الوقف إذا كان محدد بزمن" وتماد في حماية صفة التأبيد حتى أنْ قرر أنَّ كل ما يحدث من زيادة في أصل الوقف أخذت حكمه فتصير وقف فنص في المادة 25 من قانون الأوقاف أن "كل تغيير يحدث بناء كان أخذت حكمه فتصير وقف فنص في المادة 25 من قانون الأوقاف أن "كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير "د

هذه القاعدة أمَّا الاستثناء فقد حملت مدلوله المادة 24 من قانون 10/91 التي جاء فيه ما يلي: " لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو تستبدل بها ملك أخر إلا في الحالات الآتية:

- ـ حالة تعرضه للضياع والاندثار.
- ـ حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه

¹ صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لم قدم المدينة وليس بها ماء غير بئر رومة (وكان يملكها يهودي قد احتكر ماءها وغال على المسلمين في ثمن الماء) فقال النبي صل الله عليه وسلم " من يشتر بئر رومة فيجعل دلوه مع دلاء المسلمين (كناية على وقفها) يخير له منها في الجنة فاشترها عثمان بن عفان رضي الله عنه ووقفها على كل المسلمين. وهي باقية إلى اليوم..

محمد أبو زهرة. محاضرات في الوقف. نشر دار الفكر العربي القاهرة.1972. 2

³ نفس المعنى جاءت به المادة 219 من قانون الأسرة فنصت على:" كل ما أحدثه المحبس عليه من بناء أو غرس في الحبس يعتبر من الشيء المحبس"

تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة".

حسب هذه المادة يُجوزُ المشرع تعويض عين موقفة بعين أخرى وهو ما يسمى شرع بالاستبدال أو المناقلة في الوقف وهي عملية نقل سلطة الوقف من عين إلى عين أخرى وتكون وفق حالات كالبيع، وذلك ببيع العين الأولى وشراء بثمنها عين ثانية يسلط عليها مقتض الوقف وقد تكون بالتبادل (مقايضة عقار بعقار أو منقول بمنقول)

أو هو تتحية عين الوقف سواء كان عقار أو منقول وأخذ عين أخرى مكانها لتحل محلها $^{
m I}$

وقد عدَّدت المادة حالات وذكرتها على سبيل الحصر يجوز مع توفرها استبدال العين الموقوفة فذكرت حالة تعرض الملك الوقفي للضياع والاندثار ولا يمكن تبين كيفية ضياع الملك الوقفي العقاري كون العقار عموما يتصف بالثبات والاستمرار فلا مدلول لعبارة الضياع بالنسبة للعقار الوقفي إلى إذا كان ضياعه بعدم معرفة مكانه وتحديد موقعه فقد أممت الدولة العقارات الوقفية بموجب الأمر 73/71 ثم مع مرور الزمن قد تضيع هذه الأوقاف بعدم تبين مكانه وموقعها بدقة إما بحسن نية أو بسيء نية؟ وتكون وثائقها تدل عليها – دون تبين مكانها – مثلا وقف في منطقة كذا دون تحديد دقيق، ففي هذه الحالة يحق للجهات المكلفة بتسبير الوقف (الشؤون الدينية) أن تطلب بتعويض هذا الملك الوقفي وفقا للمادة 76 و 81 من قانون التوجيه العقاري 25/90 والمادة 40 من قانون الأوقاف 10/91

أما عبارة الاندثار فلا تتصور مع التعديل الذي جاء به قانون 107/01 المؤرخ في 2001/05/22 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف 10/91 حيث جاء في المادة 26 مكرر 7 منه ما يلي: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتتمى العقارات الوقفية المبنية والمعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو بعقد التعمير" وهيئة ذلك أن تتعاقد مديرية الشؤون الدينية المعنية مع شخص ما في إطار أحكام هذه المادة ويكون مقتضى العقد أن يقوم الشخص سواء طبيعي أو معنوي بعملية الترميم للعين الموقوفة على أن يمكن من استغلال هذه العين مدة زمنية يُتَفَقُ عليها. وقد ورد تعريف لعملية الترميم في القانون رقم 11/04 حيث نصت المادة 3 منه على "....الترميم العقاري كل عملية تسمح بتأهيل بنايات أو مجموعة بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي دون المساس بالأحكام تسمح بتأهيل بنايات أو مجموعة بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي دون المساس بالأحكام

أنظر خالد بن علي المشيقع. النوازل في الوقف. مكتبة الملك فهد الوطنية. الرياض. 2012. ص 291

^{2011.} يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية مؤرخ في 20/17 /20/11 جريدة رسمية رقم 14 لسنة 2

المتضمنة في القانون رقم 98/04..." فالوقف له بعد اقتصادي بمساهمته في عملية التنمية كما أن له دور ثقافي تاريخي بإبراز القيمة التاريخية للملك الوقفي. ومجموعة الآليات التي جاء بها قانون 07/01 وضعت لأجل ذلك.

أما حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه. فتجتمع مع الحالة الأخيرة وتأخذ حكمها

وصورتها لو كان محل الوقف مثلا عبارة عن منقول (سيارة) أصبحت قديمة ولا مجال لإدخال إصلاحات عليها يُجوُّز المشرع في مثل هذه الحال استبدلها بغيرها كبيعها مثلا، وبثمنها يشترى عين أخرى تحل محلها. أو كانت العين الموقوفة أرضا زراعية أتلفت تربتها بكثرة الاستخدام فأصبحت أرضا بورا قد قضى الخبراء بأن لا فائدة منها جاز كذلك في مثل هذه الحال إعمال الاستثناء وإبدالها بغيرها لتحل محلها. كل ذلك كما دلت المادة تحت سلطة الجهة المخولة قانونا (الشؤون الدينية) بعد إجراء خبرة وجوبا. وتفاديا لتواطؤ بعض الموظفين مع الخواص يفرض القانون وجوبا تدخل الدولة ممثلة في مديريات أملاك الدولة على المستوى المحلي لمراقبة عملية التبادل وتقويم الأملاك المراد المقايضة بها حتى نحافظ على القيمة الحقيقية للملك الوقفي ولا تكون العين المتبدل بها أقل قيمة من العين الأولى حيث تنص المادة 91 مكرر 1 من القانون 230/90 على "تختص الإدارة المكلفة بأملاك الدولة بعملية تركيز ومراقبة كل العناصر المخصصة لتحديد القيمة التجارية أو القيمة الإيجارية للعقارات المتوقع شراؤها أو يجارها من طرف مصالح الدولة والمؤسسات العمومية المذكورة في المادة السالفة، وعلى الإدارات المالية التابعة للدولة أن تبلغ الإدارة المكلفة بأملاك الدولة كل المعلومات والوثائق التي تحوزها بشأن الخواص لكي تمكنها من تحديد القيمة المذكورة في الفقرة السابقة".

20

⁴⁴ ج.ر.عدد النواث الثقافي مؤرخ في 1998/06/15 ج.ر.

 $^{^{2}}$ القانون رقم 2 2008 يتضمن قانون الأملاك الوطنية مؤرخ في 2 1990/12/10 معدل ومتمم بالقانون رقم 2 مؤرخ في 2 2008/07/20.

إذا يجب على الجهة المخولة بتسيير الوقف (الشؤون الدينية) أن تستشير إدارة أملاك الدولة حتى قبل الإقبال على عملية التبادل أو الشراء لأن هذه الأخيرة بفضل ما تحتويه من مصالح (مصلحة تقويم العقارات) لها الدراية الكافية في المعاملات العقارية لاسيما فيما يتعلق بالثمن، يمكن إسقاط مدلولها على عملية التبادل بالأملاك الوقفية أو شراءها كبدل عن العين الأولى.

تبقى حالة وجود ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية فتدرج كما هو منصوص عليه في حالة الضرورة فكلما دعت الحاجة وكان من مقتضى النفع العام أن يُمَسَ بالملك الوقفي جَوَزَ القانون ذلك وقد عددت المادة صورا فذكرت توسيع مسجد أو طريق عام أو توسيع مقبرة وهي على سبيل المثال لا المحصر وتقتضي هذه الصورة توافر شرطان الشرط الأول أن يكون الدافع إلى المساس بالملك الوقفي دعت إليه المصلحة والمنفعة العامة والشرط الثاني أن تسمح الشريعة الإسلامية بذلك بتوافر ضرورة مقدرة شرعا فإذا ما تعارضت المصلحة الخاصة (الموقوف عليهم) مع المصلحة العامة وجب تقديم مصلحة الجماعة (المصلحة العامة) لأجل ذلك شرع الإسلام والقانون الوضعي نزع الملكية لأجل المنفعة العامة مع تعويض عادل وقد سن ذلك في عهد عمر بن الخطاب وكذلك عثمان بن عفان رضي الله عنهما حينما قاما بتوسيع المسجد على عهديهما لمّا ضاق بالناس فوسعوه على حساب الدور المجاورة له مع تعويض أصحابها أ. أما قانونا فقد نظم ذلك القانون رقم 11/91 المعدل والمتمم.

الموقوف عليه يكون جهة عامة وجوبا $\frac{-3}{2}$

هذه المسألة جال فيها المشرع الجزائري وصال حيث كان يُجَوُّز أن يكون الموقوف عليه شخصا طبيعيا أو معنويا غير أنه بتعديل قانون الأوقاف بموجب القانون رقم10/02المؤرخ في 2002/12/14 فرض أن يكون الموقوف عليه شخص معنوى. حيث كانت المادة 13 من قانون

¹ محمد بن عبد الله بن أحمد الأزرقي: أخبار مكة وما جاء فيها من الآثار، تحقيق عبد الله بن دهيس، المجلد 2، نشر مكتبة الآميدي، الطبعة الأولى، ع السعودية، 2003، ص69،

^{21/04} مؤرخ في 1991/04/27 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية متمم بالقانون رقم 21/04 وبالقانون 12/07

10/91 تنص على:" الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف وتكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا..."

وبتعديل هذه المادة بموجب المادة 5 من القانون 10/02 أصبحت كالتالي: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية "

فرغم أن القاعدة أن المتبرع حر في تحديد الجهة التي يتبرع لها كون التبرعات عمل خيري القصد منه مرضة الله تعالى وابتغاء الأجر عنده إلا أن المشرع الجزائري في هذا النوع من التبرعات (الوقف) تدخل وفرض وجوبا أن تكون الجهة المتبرع لها جهة معنوية عامة كانت أو خاصة. ويستتبع هذا أن يقتصر نوع الوقف على الوقف العام فقط فإذا كانت الأوقاف تتنوع إلى أوقاف عامة و أوقاف خاصة تبعا للجهة الموقوف عليها فباستبعاد أن يكون الموقوف عليه شخص طبيعي استبعد معه أحد أنواع الوقف وهو الوقف الخاص أو الذرِّي للجل ذلك اضطر المشرع الجزائري إلى إلغاء الوقف الخاص فعدل المادة 6 من قانون الأوقاف 10/01 حيث كان يعرف في هذه المادة أنواع الوقف العام والخاص لكنه بتعديلها بموجب المادة 3 من القانون 10/02 لم يتعرض بالتعريف سوى الوقف العام متجاهلا الوقف الخاص وبذلك فليس في القانون الجزائري إلا الوقف العام. كما ألغى في سبيل ذلك المادة 7 و 19 و 22 و 42.

ونعتقد أن دافع المشرع إلى ذلك الأسباب التالية:

4-: مسوغات الغاء الوقف الخاص

أ-: الهروب من الميراث

فكثير ما يلجأ الآباء إلى حيلة وقف أملاكهم كلها على بعض الورثة دون البعض الأخر بقصد حرمانهم من الميراث تحت أي دافع.

فقد يكون أدية الأبناء لهم سبب ذلك وقد يكون عدم الاهتمام بهم نتيجة ذلك وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالهروب من الميراث وهو أمر يحظره الشرع ويمنعه لأنه في هذه الحالة إما أن يعتبر وصية لهم بذلك، والوصية للوارث لا تصح إلا أن يجيزها الورثة، وإما أن يعتبر إرثاً، وذلك أيضاً لا يصح، لأن من شروط الميراث التحقق من وفاة المورث وتقسيمه وفق مراد الشرع لا وفق هوى المُورِث لحديث ابن

9 22

¹ نعرض لاحقا لأنواع الوقف

عبَّاسٍ رضي الله عنهما قال: قال رسولُ اللهِ صلَّى اللهُ عليه وسلَّم: " سَوُّوا بَيْنَ أَوْلاَدِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ فَلَوْ كُنْتُ مُفَضِّلاً أَحَدًا لَفَضَّلْتُ النِّسَاءَ "أ وحديث النعمان بن بشير قال:" انطلق بي أبي يحملني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله الله الله أني قد نحلت النعمان كذا وكذا من مالي فقال: [أكل بنيك قد نحلته مثل ما نحلت النعمان؟] فقال: لا قال: [فأشهد على هذا غيري] ثم قال: [أيسرك أن يكونوا أليك في البر سواء] قال بلى ـ قال: فلا إذا ."2

ب-: إخراج الإناث وحرمانهم من الميراث

وذلك أن الآباء لا يرغبون في أن تتنقل أموالهم بعد وفاتهم إلى أجانب بزعمهم فهم يعتبرون زوج البنت غريب عن العائلة بذلك لا يجوز له أن ينعم بأمواله بعد وفاته فيعمدون إلى حرمان الإناث من الميراث حتى لا تقع الأموال في أيدي أزواجهم بحكم القوامة عليهم فيوقفون أموالهم على الذكور من أبنائهم حصرا. وهي حالة لا يُجوّزها الشرع كذلك للأحاديث السابقة... وقوله تعالى في سورة النساء "يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنتَيَيْنِ..." فهي وصية من الله بالعدل وعدم تمييز الذكور دون الإناث. فلابد من الالتزام بالمواريث كما جاءت في كتاب الله دون تحريف ولا تحايل.

ج-: تفتيت الوقف وبالتالى قلة أهميته وضياعه

وحسب هذا الرأي أن سلبيات الوقف الخاص أو الذري أنه بمرور الزمن يتضاءل نصيب الموقوف عليهم فلو أوقف الشخص على عقبه مطلقا وكانوا خمسة أبناء بعد مدة يتكاثرون ويتضاعف الأحفاد وهكذا بمرور الزمن يصبح عدد الموقوف عليهم لا يتناسب مع العين الموقوفة فيصبح نصيب كل فرد تافها مما يُزهِدهم فيه وهذا مدعاة لإهماله ومن ثمة ضياعه. والرد على أصحاب هذا الرأي أنهم تناسوا شيء اسمه تتمية الأوقاف وتثميرها فهي بالاستثمار عبر الزمن تزداد وتتضاعف ولا تبقى على حالها الأول..

هذا وقد اتُجِها قديما إلى فكرة إلغاء الوقف الذري – الخاص – ابتداء من عهد الظاهر بيبرس بفعل وطأة الحرب مع التتار وقارعه في ذلك النووي رحمه الله صاحب كتاب المجموع شرح المهذب، في

¹ أخرجه البيهقي من حديث ابن عبَّاسٍ رضي الله عنهما. وضعَّفه الألباني في «السلسلة الضعيفة» أنظر صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير),المجلد الثاني المكتبة الإسلامية بيروت1999 ص340 وكذلك «إرواء المغليل»

² زكي الدين المنذري. مختصر صحيح مسلم. تحقيق الألباني، رحمه الله. مكتبة المعارف للنشر والتوزيع.الرياض1996 ص 256 الحديث رقم 991

الفروع، حتى أثناه عن فكرته ثم جاء محمد على في مصر إبان حكم الأتراك واستولى على كل الأوقاف الخاصة والعامة وألغى الوقف تماما بالاستناد إلى مذهب الأحناف وتوالت الدعوات إلى منع الوقف الخاص عبر التاريخ تحت ذريعة منع الآباء من التعسف والظلم وقد ألغي الوقف الخاص في سورية سنة 1936 وفي مصر سنة1952

ويبقى الوقف الخاص أو الذري من الناحية الشرعية أمر جائز يقره الشرع ويرغب فيه وقد كان معظم أوقاف الصحابة في قرابتهم وأهليهم كما أسلفنا في وقف عمر بن الخطابي رضي الله عنه.

5- للوقف شخصية معنوية

والشخصية المعنوية أو الاعتبارية عند القانونيين هي كل مجموعة أشخاص هدفها غرض ما يبيحه القانون أو مجموعة أموال رصدت لخدمة هدف ما في مدة زمنية ما، مثل الشركات والمؤسسات لتي يفترض القانون لها كيانا مستقلا عن كيان وشخصية مكوني الشركة أو أعضاء المؤسسة فالدولة مثلا شخص معنوي عام وفروعها (الولاية والبلدية) أشخاص اعتبارية عامة والشركة أو الجمعية التي يكونها الأفراد شخص معنوي خاص وفقهاء الشريعة الإسلامية عبروا عنها بمصطلح الذمة التي تعني العهد والكفالة وشرعا هي: معنا شرعيا مقدرا في المكلف يجعل له قابلية الالتزام والإلزام أق فالذمة إذا هي أوصاف واعتبارات تقدرها الشريعة في الإنسان تؤهله لأن يكون قادرا على عقد العقود وتحمل نتائجها وتبعتها وأثارها وهذه الأوصاف لصيقة بالشخص ومتعلقة به لا بماله.

والمشرع الجزائري اعترف للوقف بالشخصية المعنوية في طيات المادة 5 من قانون الأوقاف والتي جاء فيها: " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية ... " وهذا ما أكده التعديل الأخير للقانون المدني 4 حيث منحت المادة 49 منه الوقف الشخصية الاعتبارية وبذلك فالوقف في التشريع الجزائري ليس ملك للواقف ولا للموقوف عليه بل هو مؤسسة قائمة بذاتها وإذا كان القانون يفرض أركانا للشخص الاعتباري فهي متوفرة في الوقف على النحوي التالى:

¹ أبو زهرة مرجع، سابق، ص 36

 $^{^{2}}$ ابن منظور المرجع السابق المجلد 12 - ابن منظور المرجع السابق 2

 $^{^{3}}$ أحمد بن إدريس القرفي. الفروق.المجلد 2 . عالم الكتاب بيروت. د ت، ص 3

⁴ القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 نتضمن القانون المدنى.

الركن الأول للشخص الاعتباري وجوب وجود مجموعة من الأشخاص المكونين له وهذا متوفر في الوقف فمجموعة الواقفين (الذين أوقفوا على مر العصور) فهم قد رصدوا أموالهم ليستفاد من منافعها قصد ابتغاء الثواب عند الله.

الركن الثاني ضرورة وجود مجموعة أموال وهذه الصورة متوفرة كذلك فالوقف أصلا عبارة عن أموال متنوعة منقولة وعقارية ومنافع رصدت لتحقيق غرض نبيل بتغطية حاجة اجتماعية واقتصادية وإنسانية للمجتمع .

الركن الثالث الغرض المراد تحقيقه والوقف له مقصد نبيل اجتماعي وتكافلي وتحقيق الخير والمصلحة للفرد والجماعة بتنفيس الكروب وإغاثة الملهوف وإطعام الجائع وكسوة العريان وتأمين المروع وتعليم الجاهل وتطبيب المريض وإيواء المشرد... تحقيق تكافل اجتماعي يوازن من خلاله بين طبقات المجتمع الواحد ألا وهذا ما دعا له الاسلام فقد صح عن النبي حلى الله عليه وسلو فما رواه عنه النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه سلم مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم وتعاطفهم مثل الجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى "2

أما الركن الرابع وهو اعتراف القانون بهذه الشخصية حتى تكون كل نشاطاتها شرعية فق اعترف القانون للوقف بشخصياته الاعتبارية في التشريع العام القانون المدني بنص المادة 49 منه وفي النص الخاص بموجب المادة 5 من قانون الأوقاف 91/ 10 ويترتب عن هذا أن يكون للوقف ذمة مالية مستقلة تثبت حقوق له أو عليه بمعزل عن الواقف والموقوف والمسير له وقد ثبت في تاريخ الأمة أن استلف الحكام والأمراء من مال الوقف وغلته كما ذكره ابن رشد الجد في فتاواه وفقله الونشريسي في كتابه المعيار وهذا يعني أن للوقف أهلية تبرز كلما أبرمت معاملة ما فلو أوقع على

25

¹ أنظر المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/10 يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها كيفيات ذلك.

 $^{^{2}}$ رواه مسلم.أنظر المنذري. صحيح مختصر مسلم مرجع سابق. 2 حديث رقم 1747

³ أنظر المختار التليلي. فتاوى ابن رشد.المجاد3.دار الغرب الإسلامي.بيروت1987.ص268 .و محمد بن أحمد بن عبدالله بن رشد، من أعيان المالكية وقاضيهم بقرطبة. ولد سنة 450ه، و اشتهر بابن رشد الجد تمييزاً له عن الحفيد، و بابن رشد الأكبر تمييزاً له عن ابن رشد الأصغر، و بابن رشد الفقيه تمييزاً له عن ابن رشد الفيلسوف وهو حفيظه.

⁴ أحمد بن يحي الونشريسي. المعيار المعرب من فتاوى علماء إفريقيا والأندلس والمغرب .تخريج محمد حاجي وآخرون الجزء 7 دار الغرب الإسلامي بيروت. 1981 ص465 وما بعدها.

الوقف عقد ما برزت أهلية الوقف كطرف في العقد وما الناظر ¹ أو ممثل الشؤون الدينية إلى ممثلا له. وهو نائب عنه يسعى في تحقيق أهدافه التي اشترطها الواقف ولم تخالف الشرع² ويمثله أمام الهيئات ومنه الجهات القضائية ³ أما موطن الوقف فإن كان عقار فموطنه حيث يوجد إذ بالضرورة يكون ممثله القانوني هو مديرية الشؤون الدينية المتواجد العقار ضمن اختصاصها الإقليمي فعقار موجود بمدينة قسنطينة تشرف عليه وتسيره مديرية الشؤون الدينية لولاية قسنطينة طبعا أم المنقول فموطنه موطن من خول قانون بتسييره (مديرية الشؤون الدينية) المعنية بتسييره. إذ نصت المادة 46 من قانون الأوقاف على " السلطة المكلفة بالأوقاف هي الجهة المؤهلة لقبول الأوقاف وتسهر على تسييرها وحمايتها" وعموما الوقف شخص معنوي له وجود شرعي يبيح له التعامل مع الناس مباشرة بواسطة ممثله الشرعي⁴

ثانيا: الطبيعة القانونية للوقف

نصت المادة 4 من قانون الأوقاف على" الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة " فهي تصرح أن الوقف عقد لكنها أضافت أنه يكون بإرادة منفردة وهنا وقع الالتباس لأن المفهوم السائد في أدهان العامة أن العقد هو التزام متبادل من طرفي العقد يستتبع هذا ضرورة وجود إيجاب وقبول وهذا هو المدلول الخاص لمعنى العقد إذ لفظة العقد قانونا لها معنيان ألمعنى الخاص وهو ما ذكرنا والمعنى العام ويفيد أن العقد قد تترتب أحكامه (ينعقد) بالإيجاب فقط دون القبول وإذا رجعنا إلى القانون المزائر نجد نص المادة 54 من القانون المدني تعرف العقد كالتالي: " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" ومدلول المادة

¹ جاء في المادة 33 من قانون الأوقاف :يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر للوقف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم" وقد صدر هذا التنظيم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 381/98

² جاء في المادة 14 من قانون الأوقاف 91 /10 ما يلي: : اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي نتظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها.

³ جاء في المادة 48 من قانون الأوقاف" تتولى المحاكم المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها محل الوقف النظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوقفية "

^{.25} وهدي يكن.أحكام الوقف. المكتبة العصرية. بيروت. دت. ص 4

⁵ أبو زهرة. محاضرات في الوقف. مرجع سابق.ص.49.

محمد أبو زهرة الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية مدار الفكر العربي المصر 6

ومضمونها يبين أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم العام لمعنى العقد وبذلك نخرج من الإشكال ما دام المعتمد في التشريع الجزائري أن لفظ العقد يحتمل أن يترتب الالتزام على طرفي العقد أو على عاتق طرف واحد من أطرافه فإذا كان المشرع الجزائري قد عرف الوقف في المادة 4 من قانون الأوقاف كما سبق أعلاه فهو يقر بصراحة أن الوقف عقد كما يردف أنه صادر عن إرادة منفردة فالأمر واضح في تشريعينا أن الطبيعة القانونية للوقف أنه عقد بالإرادة المنفردة.

والمذاهب الأربعة قد اتفقت على عدم ركنية القبول في الوقف 1 إذا كان الموقوف عليه غير معين كالفقراء والمساكين والمسجد كذلك لعدم تصور صدور قبول منه أما الوقف على المعين وهو المحدد كأحمد وعمر وزيد وغيره من المذكورين بعينهم فقد اختلفوا فيه على النحو التالي:

عند المالكية يشترطون القبول ممن كان أهلا له أو من وليه إن كان محجورا عليه وإن كان صغيرا أو مجنونا وليس له ولي فيجبرون السلطان أن يقيم له من يقبل بدلا عنه لمصلحته ذلك أن القبول عندهم شرط صحة واستحقاق فمن كان أهلا للقبول يصح الوقف في حقه بالقبول وإن رده يرجعنه حبسا على الفقراء والمساكين. وهذا ما ضمنه المشرع في المادة 7 من قانون الأوقاف الملغاة التي جاء فيها " يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم "

أما المشهور في المذهب الحنبلي أن القبول ليس شرط استحقاق كون الوقف يزيل ملكية الواقف ويمنع التصرف ويقيسونه على العتق الذي لا يحتج إلى قبول المعتوق فرغم أن العبد ملك لسيده فإذا أعتقه لا يحتاج إلى قبول كذلك الوقف كان ملك للواقف وبوقفه أخرجه من ملكه بدون قبول عكس الهبة التي تكون مختصة بالموهوب له ومقتصرة عليه لذلك تفتقر إلى قبول أما الوقف فإنه لا يختص بالموقوف عليه فقط بل هو له ولمن بعده 3 لأن صفته المؤكدة الديمومة والتأبيد.

أما الأحناف والشافعية فيقولون كذلك بعدم شرطية القبول لصحة الوقف ولا لاستحقاقه فالموقوف عندهم يستحق ثمرة الموقوف وغلته حتى ولو لم يصدر منه قبول لأنه محض نفع له لكن يبطل عندهم برده تطبيق لقاعدة في مذهبهم مفادها عدم جواز إدخال شيء في ذمة إنسان جبر عنه⁴

27

مصطفى شلبي.أحكام الوصايا والأوقاف.الدار الجامعية للطباعة والنشر. بيروت .ط4.1982. مصطفى شلبي.

 $^{^{2}}$ الشرح الصغير وحاشيته/ المرجع السابق .ص

³ ابن قدامة المقدسي.المغني .المجلد 8 تحقيق عبن المحسن التركي ومحمد عبد القادر الحلو دار عالم الكتاب الرياض 1986 ص 187

⁴ مصطفى شلبى مرجع سابق ص 52

وينقل الحق بذلك إلى من يليه هذا إذا كان الموقوف عليه أهلا للرد (يتمتع بأهليته) ولا يقبل الرد من وليه أو الوصى عليه أو القيم لان الرد حسبهم ضارا للموقوف عليه ضررا محضا.

وهاهنا ملاحظة واجبة الاعتبار في لفظة (له ولمن بعده) عند الأحناف فهي أساس عملية انعقاد الوقف بالإيجاب وحده في التشريع الجزائري كون الموقوف عليه ليس مفوض من قبل الموقوف عليهم جميعهم عبر المراحل التاريخية أن يقبل الوقف أو يرده كون الوقف يتسم بالتأبيد فلو أوقف مثلا على الأيتام في عصر الواقف وما بعده بالتأبيد إلى يوم القيامة لو سلمت العين الموقوفة فالموقوف عليهم هم كل الأيتام عبر الزمن من تاريخ إنشائه إلى ما شاء الله من الزمن تأبيدا فالأيتام في عصر الواقف ليس لهم تفويض من قبل كل الايتام (الموقوف لهم) عبر الزمن إذ يستحيل أن يفوضهم نيابة عنهم كما يستحيل أن يتبينوا موقفهم واتفاقهم على القبول أو الرد لذلك انعقد الوقف دون الافتقار إلى قبول لاستحالة التوافق واستحالة التفويض.

المطلب الثاني: أنواع الوقف و ما يتعلق به من أحكام

وهذا المطلب كما هو مبين يعرض لأنواع الوقف وأحكامه مع التركيز على ما جاء به التشريع الجزائري في هذا الباب وقد نستأنس بأقوال وأراء المذهب الأربعة لأهل السنة والجماعة.

الفرع الأول: أنواع الوقف

قبل تعديل قانون الأوقاف الجزائري كان يعرض في مادته 6 نوعين من الوقف هما: الوقف العام والوقف الخاص.

أولا: والوقف العام

الوقف العام كما عرفته نفس المادة " هو ما حبس على جهة خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات.. " ويقصد بالجهة الخيرية جهة عامة كالفقراء والمساكين والأيتام...وغيرهم ممن ذكروا بصفاتهم لا بدواتهم وقسم هذا النوع بدوره إلى قسمين هما:

- قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه فلا يصح صرفه على غيره إلا إذا استنفد ومعنى هذا أن محل صرف ريع الوقف محدد سلفا من قبل الواقف ولا يجوز تجاوزه إلى غيره إلا إذا انعدم هذا



الصنف كأن يكون الوقف على أيتام قرية ما ولم يعد بها أيتام فيجوز في هذه الحال صرفه في غير ما حدد له لهذه العلة.

- والقسم الثاني وقف لم تحدد فيه جهة صرفه فيسمى وقف عام غير محدد الجهة وحسب المادة 6 قبل تعديلها يصرف ربعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات عموما. وقد حددت المادة 33 من المرسوم التنفيذي 38/38 سبل صرف هذا النوع فجعلته في: خدمة القرآن الكريم وعلمه وترقية مؤسساته، رعاية المساجد، الرعاية الصحية لأفراد المجتمع لا سيما الفئة المحتاجة منهم، رعاية الأسرة، رعاية الفقراء والمحتجين، التضامن الوطني في وقت المحن والجوائح، التنمية العلمية وقضايا الفكر والثقافة.

ثانيا: الوقف الخاص

أما النوع الثاني فهو الوقف الخاص وهو: ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور أو الإناث أو على أشخاص معينين وبعدها يؤل إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم. ومفاد هذا النوع أن يكون الوقف ابتداء ذري أي على أبناء الواقف بنوعيهم ذكور وإناث.. وكان على المشرع أن لا يفرق بين الذكران والإناث بحرف الربط أو لأن أو تفيد التخيير و المغايرة فيُفهم من ذلك أن الواقف حر إن شاء أوقف للاناث ولا غرو أن عقلية مجتمعنا لتقصي الإناث بحكم أنهم يخرجون من دار أبيهم إلى عصمة رجل أجنبيا غالبا وهم لا يرغبون أن يتسلط أجنبي على أموالهم من غير حاملي ألقابهم ولا من غير أصلابهم فكأنه بذلك سهل عملية التفريق والإقصاء ضد البنات...في الوقف؟.

وأما الأشخاص المعينين فقد يكونون من قرابة الواقف أو ممن أخذته بهم رأفة ورحمة أو ألقيت محبتهم في نفسه فأوقف لهم ابتغاء ما عند الله تعالى.

أما بعد تعديل المادة 6 من قانون الأوقاف فقد ألغى المشرع الوقف الخاص ويُرجع في ذلك لما عرضناه في خصائص الوقف في خاصية أن يكون الموقف عليه جهة عامة وجوبا. وبذلك فليس في التشريع الجزائري سوى نوعا واحدا من الأوقاف بالاعتبار إلى غرضه لأن الأوقاف قد قسمت بالاعتبار إلى غرضها أو بالاعتبار إلى محلها

أما تقسيم الوقف بالاعتبار إلى غرضه وذلك نسبة للغرض المرجو منه فإما يعود نفع ريعه على جهة عامة ويسمى وقفا خاصا. وهو ما تبناه المشرع

الجزائري في تقسيمه لكنه ألغى الوقف الخاص للاعتبارات المذكورة آنفا. وأما تقسيمه بالاعتبار إلى محله فقد يكون محل الوقف عقار أو منقول أو منفعة وهذا ما حددته المادة 11 من قانون الأوقاف والشريعة الإسلامية تتبنى التقسيمين بالإضافة إلى التقسيم الزمني الذي يسم الوقف بموجبه إلى وقف مؤبد ووقف مؤقت فالوقف المؤقت قال به أبو حنيفة ومالك إذ يجوزان أن يكون الوقف مؤقتا فالأحناف يقولون بعدم لزوم الوقف وهو ملك للواقف يرجع عنه متى شاء والمالكية الوقف عندهم معقود على اشتراط الواقف فإذا اشترطه مؤبدا فهو كذلك وإذا اشترطه لمدة ما كان مؤقت ولا يكون لازما إلى خلال الفترة المشروطة التي لا يمكن خلالها للواقف التصرف فيه لا بالرجوع ولا بتصرف ناقل للملكية.

الفرع الثاني: ما يتعلق بالوقف من أحكام

ونعرض في هذا الفرع مجموعة الأحكام التي طوّق بها المشرع الجزائري نظام الأوقاف مدلليّن على كل حكم بما يؤطره من مواد في قانون الأوقاف الجزائري.

- فالوقف في التشريع الجزائري يتصف بالتأبيد وهذا ما حملت مدلوله المادة 3 منه والمادة 28
 - الوقف تصدق بالمنفعة فقط دون ملكية الرقبة بيَّن ذلك نص المادة 3 و 18و 17
 - الوقف عقد بإرادة منفردة نص عليه المادة 4 و المادة 41
 - الوقف شخص معنوي بنص المادة 5
- يجب أن يكون الموقوف عليه شخص معنوي حصرا، لا يشبه ما يخالف الشريعة الإسلامية. حمل مدلول ذلك المادة 13 المعدلة بالقانون 10/02.
 - الوقف نوع واحد في التشريع الجزائري هو الوقف العام انظر المادة 6المعدلة بالقانون .10/02 والمادة 13 كذلك.
 - محل الوقف قد يكون عقار أو منقولا أو منفعة. نص المادة 11.
 - يسيّر الوقف وفق اشتراطات الواقف ما لم تخالف الأحكام الشرعية نص المادة 14 و 45
- يجوز للقاضي إلغاء الشروط التي تتنافى مع روح ومبادئ القانون لا سيما اللزوم أو الضرر بمحل الوقف والموقوف عليه، المادة 16



- إذا صح الوقف تزول ملكية الواقف المادة .17
- التنازل عن الوقف لا يكون إلا لجهة مماثلة المادة 20
 - يجوز ضمان الدين بمنفعة الوقف المادة 21
- عدم جواز التصرف في أصله مطلقا، إلا استثناء المادة و 24و 23
 - الوقف معفى من رسوم التسجيل والرسوم الأخرى المادة 44
- ينعقد لاختصاص المحلي في منازعات الأوقاف إلى المحاكم التي يقع العقر الوقفي ضمن اختصاصها الإقليمي المادة 48

المبحث الثاني: إنشاء الوقف

للوقف أركان وشروط متطلبة في تأسسه حتى يكون صحيحا ، وقد أحال المشرع الجزائري إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص بموجب المادة الثانية من قانون الأوقاف 10/91. ونبسط الكلام في أركانه مع الشرح.

المطلب الأول: أركان الوقف

حددت المادة 09 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم أربعة أركان للوقف هي: الصيغة، والواقف، والموقوف عليه، والشيء الموقوف،. ولابد من تحقيق أوصاف وشروط في كلّ واحد منها لينشأ صحيحا، وهذه الأوصاف هي عبارة عن شروط صحة تختص به وقد جاء في نص المادة 9 من قانون الاوقاف ما يلي:" أركان الوقف وشروطه هي: 1 – الواقف، 2 – محل الوقف، 3 – صيغة الوقف، 4 – الموقوف عليه.." وسوف نتناول كل ركن منها على حدة مع مراعاة الشروط الخاصة به.

الفرع الأول: صيغة الوقف:

الصيغة هي العبارة اللفظية الصادرة من الواقف الدالة على إرادته في إنشاء الوقف بأن يقول: أوقفت كذا لصالح جهة ما أو ما يقوم مقام العبارة إذ حسب نص المادة 60 من القانون المدني التي جاء فيها: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".

وقد أكدت ذلك المادة 12 من قانون الأوقاف 10/91 التي نصت على: " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه " والتي تتص على أنه: " على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه ".

وصيغة الوقف هي تجسيد للإرادة المنفردة للواقف، حيث يتطلب فيها تحديد مجال الحبس وهذا بجميع الطرق الدالة على ذلك، والمتعارف عليها في المجتمع، وتكون الصيغة واضحة حيث تذكر جميع التفاصيل، مع اشتراطات الواقف في كيفية تسيير الوقف².

ويكفي الإيجاب وحده في إنشاء الوقف ³ لأن نص المادة 4 من قانون الأوقاف صريحة في ذلك كما أشرنا سابقا حيث جاء فيها "الوقف عقد التزام صادر عن ارادة منفردة..." وقد كان المشرع الجزائري يرى أن استحقاق الشخص الطبيعي للوقف يتوقف على قبوله ولم يشترط ذلك في الشخص المعنوي، وذلك ما قضت به الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف قبل تعديلها بحيث كانت تنص على التالي: " ...فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة

 $^{^{1}}$ وقد أشترط القانون في تعديله الجديد وجوب أن يكون الموقوف عليه جهة عامة حسب المادة 13 من قانون الأوقاف 1

^{10/91} أنظر نص المادة 14 من قانون الاوقاف -2

 $^{^{3}}$ عند الحنفية والشافعية ينعقد الوقف بالإيجاب وحده سواء كان الموقوف عليه معين أو غير معين وعند المالكية والشافعية وبعض الحنابلة بالإيجاب والقبول إذا كان على معين. انظر: محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت لبنان، 1982، ص 325-326

الإسلامية "، ثم تخلى المشرع عن هذا الشرط بالنسبة للشخص المعنوي ومنع أن يكون الشخص الطبيعي موقوفا عليه. بموجب المادة 5 من القانون 10/02 المعدلة للمادة 1 من قانون الأوقاف 10/91.

والصيغة كركن قد تكون منجزة، وهذا يعني وجود حكم التصرف المراد على الفور مثل الهبة وقد تكون الصيغة تكون مضافة وتعني تخلف حكم التصرف المراد إلى زمن لاحق مثل الوصية وقد تكون الصيغة معلقة وهي ارتباط سريان وترتب حكم التصرف المراد بوجود شيء آخر (شرط) سيوجد لاحقا لابد من حصوله ما كان صحيحا حتى يترتب حكم التصرف ويقودن هذا إلى الحديث عن الاشتراط في الوقف وحسب مفهوم المخالفة لنص المادة 29 من قانون الأوقاف يجوز الاشتراط في الوقف ما لم يكن الشرط مخالف للنصوص الشرعية حيث جاء فيها " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية..." ومفهوم المخالفة لهذا النص جواز أن يكون الوقف مشروطا مع ضرورة أن يكون الشرط متطابقا مع الشرع و القوانين وغير مخالف لها ولا متصادم معها. وقد يستشهد في هذا المجال كذلك بنص المادة 14 من قانون الاوقاف التي جعلت اشتراطات الواقف هي المنضمة للوقف ما لم يكن الشرط مخالفا للشرع.

واعمالا لنص المادة 2 من قانون الاوقاف المتضمنة الرجوع للفقه الاسلامي في حالة عدم التتصيص قانون فحسب فقهاء الشريعة الاسلامية لصيغة الوقف شروطا لابد منها لصحته، وهي2:

أولا: أن تكون الصيغة منجزة (التنجيز):

 $^{^{-}}$ جاء في كتاب محاضرات في الوقف لمحمد أبو زهرة: " ..أن القبول ليس شرطا لإنشاء الوقف ولا لزومه، وليس شرطا لاستحقاق الموقوف عليه إذا كان غير آدمي معين .. (شخص معنوي)" انظر محمد أبو زهرة : محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، 1971، ص 59.

² للتوسع ينظر ابن همام. شرح فتح القدير ، دار الفكر ، لبنان د ت ، وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته دار الفكر ، سورية ،1993.

التتجيز هو أن يكون الوقف غير معلق بشرط ولا مضاف إلى وقت في المستقبل فعند الجمهور بما أنه عقد (التزام) يقتضي احداث أثره في الحال فلا يصح تعليقه على شرط كالهبة.

وعند المالكية V يشترط التنجيز فيجوز مع التعليق كقوله حبست على كذا بعد شهر أو سنة أو كأن يقول: إن ملكت دار فلان فهي وقف V

لا نجد في التشريع الجزائري نصا يدل صراحة على شرط التنجيز 32 من عدمه (التراخي) إلّا تلك الإشارة التي يمكن ملاحظتها في المادة 29 من قانون الوقف التي تنص على أنه:" لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف. فهي تشير إلى جوز الاشتراط على أن لا يكون معارضا للشرع والقانون.

وقد يشترط الواقف أن يكو وقفه مضاف أي لا ينفد إلا بعد مدة فالصيغة في هذه الحال تدل على إنشاء الوقف في الحال مع تأخر آثاره إلى وقت لاحق، مثل أن يقول الواقف: وقفت هذا البستان ينفق منه على ملجأ الأيتام من أول العام الفلاني ..."، فهذه الصيغة حكمها يختلف باختلاف الزمن الذي أضيفت إليه فإن كانت أضيف إلى ما بعد الموت كان هذا الوقف وصية تأخذ أحكام الوصية وتلزم الورثة إذا مات الواقف مصرا على وقفه، ولم يرجع عنه. يستنبط هذا من مفهوم المادة 777 من القانون المدني.

 $^{^{1}}$ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المجلد الثامن، مرجع سابق، ص 1

²هو أن يحقق عقد الوقف آثاره على الفور وقد جاء في قرار للمحكمة العليا ما يلي:" من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا، جاز للمحبس (الواقف) التراجع عنه، وإن كان منجزا (أي فوريا) فلا يجوز الرجوع عنه القرار رقم 102230 المؤرخ في 21/07/1993 الصادر عن المحكمة العليا المجلة القضائية العدد الأول، لسنة 1998، ص95 وفيه إشارة إلى جواز التتجيز والإضافة (لا يكون نافدا إلا بعد مدة) في عقد الوقف.

وإن كانت اضيفت إلى زمن مستقبل لكن قبل الموت صحت لأن المادة 14 من قانون الأوقاف تجوز أن يكون الوقف مشرطا على أن لا يكون هذا الشرط مخالق للشريعة أو للقانون وقد تكون الصيغة مقترنة بشرط يتوقف على ربط تحقق الوقف بحصول أمر معين في المستقبل فإن تحقق هذا الأمر تحقق الوقف وإن لم يتحقق فلا يصح الوقف. وحكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الشرط المعلق عليه:

- إن كان الشرط المعلق عليه أمرا محققا حين صدوره صح الوقف وترتبت عليه أثاره لأن هذا تعليق صوري والصيغة منجزة في الحقيقة مثل قوله: "إن كانت هذه الدار ملكي فقد وقفتها على فقراء هذه البلدة"، وتبين أن هذه الدار كانت ملكا له حين صدور الكلام منه بأن ملكها بالإرث قبل قوله هذا صح الوقف.

- و إن كان الشرط المعلق عليه أمرا متردد بين الوجود وعدمه في المستقبل (محتمل) فلا يصح الوقف بهذه الصيغة لأن التمليك لا يقبل التعليق لما فيه من الخطر وهو احتمال الوجود والعدم. وعلل الشافعية عدم صحة هذا التعليق لأن الوقف عقد التزام يبطل بالجهالة فلا يصح تعليقه على شرط مستقبلي قياسا على البيع. أ فإذا قال الشخص: "هذه الأرض صدقة موقوفة على فقراء طلاب العلمي إن ملكتها " فإنها لا تكون وقفا إذا ملكها، (ولم يكن مالك له وقت انشاء الوقف) ولأنه لم ينشئ وقفا بعبارته السابقة وإنما علقه على أمر معدوم (محتمل الوجود) كأنه قال: إن ملكت هذه الدار كانت وقفا وان لم أملكها فلا وقف".

- إن كان المعلق عليه موت الواقف يكون وصية بالوقف فيأخذ حكم الوصية فيلزم الورثة تتفيذها بعد موته إذا مات مصرا عليها من غير رجوع في حدود الثلث.²

ثانيا: ألا تكون مقترنة بشرط باطل:

 $^{^{1}}$ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص، 207

² مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف ، مرجع سابق ، ص 333.

، ص 41

تطرق المشرع الجزائري إلى هذا الشرط وأحكمه في المادة 29 المذكورة آنفا، فإذا صدرت الصيغة مقترنة بشرط باطل 1 لا يصح الوقف ولا يترتب عليه أي أثر 2 ." ويميز الحنفية بين ثلاثة أنواع من الشروط:

- 1- الشرط الباطل: وهو الشرط الذي ينافي مقتضى الوقف وحكمه أنه يبطل به الوقف، أما وقف المسجد فقد اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا يتأثر بالشرط الباطل حيث يصح الوقف ويلغى الشرط.
- الشرط الفاسد: وهو ما يخل بالانتفاع بالموقوف أو يخل بمصلحة الموقوف عليه أو هو ما يخالف الشرع، ولا يصل درجة الحرمة، وحكمه أنه لا يبطل الوقف و إنما يبطل الشرط و يصح الوقف.
- $-\frac{3}{2}$ الشرط الصحيح: وهو الذي لا ينافي مقتضى الوقف و لا يخل بالمنفعة و لا يعارض الشرع و حكمه وجوب اتباعه و تتفيذه.

لكن قد يعترض هذا الشرط ما يجعل التقيد به يلحق ضررا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه، كما لو نص الواقف على منع الاستبدال بعقار الوقف ثم تخرب الوقف وليس له غلة تفي بتعميره، أو أصبحت نفقاته تقارب غلته فتضاءلت ثمرته، أو أن يشترط شرطا يترتب عليه غبن القائمين بأعمال الوقف كالإمام أو ناظر الوقف بحيث أصبح أقل من أجر المثل المعتاد ونحو ذلك. قيصح الوقف بدونها ويبطل الشرط مع ملاحظة أن المشرع الجزائري قد أخلط بين الشرط الباطل والشرط الفاسد في نص المادة 29 من قانون الأوقاف فالشرط الباطل يبطل الوقف باستثناء وقف المسجد كونه

¹ وهو كل شرط يُخل بأصل الوقف أو يُنافي حكمه، و لم يرد به شرع أو عرف، وليس فيه نفع لأحد كاشتراط الواقف بقاء العين الموقوفة على ملكه. انظر: يوسف قاسم: الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 30-31.

انظر: بدران أبو العينين بدران: أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية، 1982 ص 2 . انظر: رضا سرياك: دليل القائم على الأملاك الوقفية في الجزائر، ags corpus bibliographe ، الجزائر 2004

من الأوقاف المصونة ولما يتسم به المسجد من قداسة عادة، أما الشرط الفاسد فيبطل ويصح معه الوقف، وهذا ما حمله نص المادة 16 من قانون الأوقاف، التي جاء فيها: " يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الدي هو اللزوم".

ثالثا: أن نكون الصيغة مؤبدة (التأبيد):

في هذه المسألة أخذ المشرع الجزائري برأي الحنابلة والشافعية الذين يشترطون التأبيد في الوقف، فقد حملت المادة 3 من القانون 10/91 بيان حكم تأبيد الأوقاف حيث جاء فيها: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد"، كما أكد على نفس الحكم في نص المادة 28 من نفس القانون التي تنص على أنه: "يبطل الوقف إذا حدد بزمن"، ونجد تأكيد ذلك في نص المادة 213 من قانون الاسرة التي جاء فيها: " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق" كما نجد تأكيدا آخر طيات الفقرة الثالثة من المادة 31 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري التي تنص على : "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما."فكل هذه النصوص تفيد لزم تأبيد الوقف في التشريع الجزائري.

رابعا: أن يبين فيها أوجه صرفها (المصرف):

لم يأخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط المعتبر عند الشافعية الذين يرون أن الواقف لو اقتصرت صيغته على القول: وقفت كذا ذاكر المال الموقوف ، ولم يذكر المصرف (جهة

¹ إذا اقترنت الصيغة بما يدل على التأقيت كالقول: "أرضي هذه وقف على هذا الملجأ إلى أن يصبه الخراب". فهذا الوقف باطل لفساد الصيغة، وهذا الشرط يستلزم أن يكون الموقوف عقارا، وأن يكون أخر مصارف الوقف جهة بر لا تنقطع كالفقراء والمساكين مثلا، لأن الوقف شرع ليكون صدقة دائمة فتأقيته ينافي حكمه الذي شرع لأجله، عكس المالكية الذين أجازوا الوقف لفترة محددة وأجل معلوم وبعدها يعود ملكا للواقف أو غيره إذا اشترط وهذا حسبهم للتوسع في عمل الخير والحث عليه. كما ذكرنا سلفا

الوقف) فالأظهر عندهم بطلان الوقف لعدم ذكر مصرفه أن وهذا خلافا للوصية التي تكون صحيحة ويكون مصرفها للمساكين والمحتجين لأن غالب الوصايا للمساكين، فحمل الإطلاق عليه . مع ملاحظة أن المشرع الجزائر لا يُجوز الوقف إلا لجهة عامة، حسب نص المادة 13 من قانون الاوقاف. ولم يشترط بيان المصرف.

الفرع الثاني: محل الوقف (المال الموقوف):

يشترط في الموقوف (محل الوقوف) ليصح الوقف، أن يكون مملوكا للواقف، ملكا تاما وأن يكون مالا متقوما، ومعلوما حين وقفه، ومفرزا غير شائع، (جواز وقف المشاع مع ضرورة القسمة وجوبا) فتلك شروط أربعة نفصلها فيما يلي:2

أولا: أن يكون مملوكا للواقف وقت وقفه:

نصت المادة 10 قانون الأوقاف على "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يلي:

-1أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا......".

فالمادة صريحة في وجوب أن يكون الشيء الموقوف ملكا للواقف. والشاهد لفظة "أن يكون مالكا للعين "حيث يفهم من هذه اللفظة وجوب أن يكون ما وقفه الواقف ملكا له لأن القاعدة تنص على استحالة تمليك ما ليس بمملوك³، والمنطق يقتضي هذا وهذا ما تزيده تأكيدا المادة 216 من قانون الأسرة إذ تنص على وجوب كون المال المحبس مملوكا للواقف معينا وخاليا من النزاع ولو كان مشاعا .ويجرنا هذا للحديث عن وقف ملك الغير هل يقع صحيحا أم باطلا قياسا على بيع الفضولي وأنه يقع صحيحا موقوفا على إجازة المالك حسب نص المادة 398 من القانون المدني التي جاء فيها " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشترى... ".

 $^{^{1}}$ وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص 209.

 $^{^{2}}$ محمد مصطفى شلبى: المرجع السابق من 357 -360.

 $^{^{3}}$ مع العلم أن الوقف يرد على الانتفاع فقط أنظر المادة 18 \sim قانون الأوقاف $^{10/91}$.

ونعتقد أن وقف ملك الغير يقع باطلا للأسباب التالية:

- السبب الأول: أن النص على وجوب أن يكون محل الوقف مملوك للواقف صرّحت به المادة 10 من قانون الأوقاف ولم يأتي في القانون الجزائري ما يدل على جوز وقف ملك الغير وإنزالها منزلة بيع الفضولي.

- السبب الثاني:

أن هناك فرق بين البيع والوقف فالبيع يكون نظير عوض يعود على المالك فإذا باع الفضولي ملك غيره ورأى المالك مصلحة له في هذا البيع أمضاه وأجازه لاعتبار النظير العائد عليه جراء هذا البيع. أما الوقف فالأصل فيها التبرع وهذا يعني انعدام العوض والمقابل لأجل ذلك يكون الوقف باطلا متى صدر من فضولي وقد اختلفت المذاهب الفقهية في صحة الوقف من الفضولي إذا أجازه المالك فذهب المالكية إلى صحته $^1_{0}$ وذهب غيرهم إلى بطلان وقف ملك الغير لو أجازه المالك كونه قد يكون احرج فوافق على الوقف وقانون الأوقاف الجزائري لم ينص على هذه الحالة صراحة ونعتقد أنه مادام أورد لفظة أن يكون مالك العين المراد وقفها ملكا مطلقا.. ولم يأتي بما يضادها فإن شرط أن يكون محل الوقف ملك للواقف قائم ولا يجوز وقف ملك الغير لانعدام النص

ثانيا: أن يكون مالا متقوما قابلا لتعامل فيه:

لأن الغرض من الوقف هو انتفاع الجهة الموقوف عليها والثواب للواقف، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان الموقوف متقوما وقابل لتعامل فيه ، فقد أجمع الفقهاء على أن الوقف لا يعد صحيحا إذا كان الموقوف ليس بمال أصلا أو لا يحل الانتفاع به شرعا أ، أي مباحا قانونا وشرعا فالمادة 96 من القانون المدني تنص على: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام و الآداب العامة كان العقد باطلا " فلا تبرع ولا صدقة بعين محرمة فلا

¹ أنظر محمد عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر، بيروت، 1984، ط، المجلد 8.، ص 220. محمد تقية: مرجع سابق، ص 147.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق ص 251 وما بعدها.

³ قد يكون الموقوف ما لا محرم شرعا أو مما يمنعه القانون فلا يصح الوقف كالأموال المسروقة أو النقود المزورة و الأشياء التي تكون حيازتها أو استعمالها أو استغلالها مخالفا للنظام العام و الآداب العامة.

يجوز شرعا ولا قانونا وقف دار للقمار أو حانات للخمر أو بيوت للدعارة أو أموالا مزورة كونها محالا تخالف الشرع وتضاد القانون وتتعارض مع الآداب العامة أما عدم قابلية الشيء للتعامل فيه فترجع إلى أمران هما: طبيعة هذا الشيء نفسه أو إذا أخرجه القانون من دائرة التعامل.

فالشيء الخارج من دائرة التعامل بحسب طبيعته هو الشيء الذي يحق للجميع الانتفاع به على السواء من غير أن يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع غيره به كالهواء وأشعة الشمس وماء البحر ... إلخ. وهي الأشياء التي عنتها المادة 682 من القانون المدني بنصها على "... والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها... ".

لكن استحالة التعامل في هذه الأشياء قد يرد عليه استثناء بتجاوز هذه الاستحالة كتمكن الأفراد من ضغط الهواء في قارورات وأنابيب ثم التصرف فيه بالبيع أو الهبة، أو الوقف أو الوصية، كذلك لو أحرزت أشعة الشمس وحفظت في بطريات طاقة شمسية جاز التعامل فيها، وقس على ذلك....

وبالنسبة للعقار فإن أنواع العقارات التي تخرج عن دائرة تعامل الأفراد بحسب طبيعتها هي تلك التي ذكرتها المادة 15 من قانون 30/90 كقعر البحر الإقليمي والمياه البحرية⁽²⁾ الداخلية والبحيرات والثروات والموارد الطبيعية والمائية والثروات المعدنية والمناجم والمحاجر⁽²⁾ والغابات فلا يعقل أن تُمتلك هذه الأشياء من الأفراد، وبالتالي يستبعد تصرفهم بها وقد ينظم لها من زاوية أخرى حسب ما أثبتنا سابقا أن الواقف لا يستطيع أن يوقف إلا ما يملك، وطالما هذه الأشياء لا يستطيع الفرد العادي امتلاكها لطبيعتها الخاصة⁽³⁾ فهو لا

 $^{^{1}}$ صنفت هذه الأشياء كعقارات لانطباق تعريف العقار عليها (الشيء الثابت بحيزه والمستقر فيه، فلا يمكن نقل مكان البحر).

² نصت المادة 05 من القانون رقم 5/14 المؤرخ في 24 فيفري 2014 المتضمن قانون المناجم على "... تتشكل الثروة المعدنية كما هي محددة في المادة 7 أدناه بفعل الطبيعة وتتدرج قانونا ضمن الأملاك العمومية بمجرد ثبوت وجودها ".

أ إلا بمناسبة الاستثمار عن طريق الامتياز، أنظر الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 2008/09/01 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة الملاك الخاصة للإولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية معدل بالقانون رقم منح الامتياز على الأراضي

يستطيع وقف مالا يملك ولا يستطيع الاستفادة من هذا النوع من الأراضي إلا عن طريق الرخص أو الامتياز (4)، والامتياز ليس تمليك، كالشوارع والطرق والمطارات وغيرها، وقد حددتها على سبيل المثال المادة 16 من القانون رقم 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية فهذه العقارات لا يجوز أن تكون محلا للتعامل بين الأفراد، كذلك أفادت هذا المعنى المادة 688 من القانون المدني بنصها على " تعتبر أموالا للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة أو لمؤسسة عمومية... " ومنعت المادة التي بعدها 689 التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالتقادم. هذا بالنسبة للملكك الوطنية التي تخرج من دائرة التعامل تبعا لطبيعتها أو لتتصيص على خروجها من دائرة التعامل قانونا (حمايتها)، أما بالنسبة للملكية الخاصة فقد منع القانون التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه حسب المادة 92 من القانون المدني ولو كان التصرف من الوارث، كذلك منع القانون الولي من التصرف في أموال القاصر إذا كان التصرف من بيع عقار أو قسمته أو رهنه وإجراء مصلحة أو إيجاره لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات، كذلك منعه من بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة كما منعه من الاستثمار بأموال القاصر أو قرضها والمساهمة بها في رأسمال شركة إلا بعد صدور إذن من القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة.

كذلك منع القانون المالك من التصرف في أملاكه في حالات ما إلا بنسب محددة فقد جعل القانون تصرف المريض مرض الموت غير نافذ إلا في حدود الثلث، وهذا ما دلت عليه المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني.

كما منع القانون المدين الحائز للعقار سواء كان مالكا له أو كفيل عينيا من التصرف فيه بعد حجزه قضائيا من طرف الدائن، فالحجز العقاري وسيلة جبرية يلجأ إليها الدائن قبل التنفيذ على شخص المدين بغية استيفاء دينه فتوضع العقارات المملوكة للمدين تحت يد القضاء تمهيدا لبيعها بالمزاد العلني وتقيد هذه العملية في المحافظة العقارية وينتج

^{11/11}مؤرخ في 2011/07/18 متضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 وكذا بالقانون 12/12 متضمن قانون المالية لسنة2012.

الامتياز نظام تمنح بموجبه الدولة قطعة أرض لمدة محددة لمستثمر قصد تحقيق منفعة ما لقاء دفع أجرة امتياز، أنظر أعمر يحياوي: الوجيز في الموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، دار هومة الجزائر، 2002، 138.

عن هذا القيد منع المحجوز عليه من التصرف في العقار المحجوز (وقفه) حيث نصت المادة 735 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " لا يجوز للمدين المحجوز عليه ولا لحائز العقار ولا للكفيل العيني بعد قيد أمر قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية أن ينقل ملكية العقار / أو الحقوق العيني العقاري المحجوز ولا أن يرتب تأمينات عليه وإلا كان تصرفه قابلا للإبطال...."

فحسب نص المادة المذكورة أعلاه أم يمنع المحجوز عليه من التصرف في عقاراته من يوم إشهار هذا الحجز بالمحافظة العقارية فلا يستطيع بيعها أو المقايضة بها ولا هبتها ولا وقفها كما لا يستطيع إنشاء حقوق عينية أصلية عليها كحق الانتفاع والارتفاق وغيرها... كذلك يمنع من توقيع حقوق عينية تبعية عليها كالرهن وغيره (1)

ثالثا: أن يكون معلوما وقت وقفه علما تاما:

فمحل الوقف يجب أن يكون معلوما ساعة الوقف بحيث لا تشوبه جهالة 2 قد ينشأ عنها نزاع، فلو قال مثلا: "وقفت جزءا من أرضي على فقراء القرية، أو أوقفت بعض كتبي على طلاب العلم"، لا يصح، ويلحق بذلك وقف مال معلوم واستثناء قدر مجهول منه. ولا يشترط الفقهاء بيان حدود العقار الموقوف ولا مقدار مساحته إذا كان مشهورا لا يلتبس بغيره كأن يقول: وقفت أرضي في ناحية كذا ولم يكن له في تلك الجهة غيرها"، وبهذا تقضي الفقرة 2 من المادة 11 من قانون الأوقاف: "ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددا ومشروعا"، ذلك لأن الفقرة الأولى من نفس المادة نصت على أن: "يكون محل الوقف كما تجوّزه الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة". فهي تقرر جواز العقار والمنقول في الوقف كما تجوّزه منفعة كما تقر بصحة الوقف الوارد على الملك الشائع مع وجوب القسمة حيث جاء فيها: "يصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة أ، فهي نقرها مع وجوب اجراء

¹عبد الرحمن بربارة: طرق التنفيذ في المسائل المدنية، منشورات بغدادي، ط1، الجزائر، 2002، ص 134.

 $^{^2}$ يقول الإمام أبو زهرة:"...قد اتفق الفقهاء على أن الوقف لا يكون إلا في عين مملوكة لصاحبها ملكا باتا، وأن تكون معرّفة تعريفا كاملا..." انظر: محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف مرجع سابق ص 115.

³ القسمة عملية قانونية فنية بموجبها يخرج الشريك في الملك من الشيوع إلى الملكية الفردية المفرزة، أطره المشرع الجزائري ابتداء من المادة 713 من القانون المدني إلى المادة 772 وهي أنواع: القسمة النهائية: هي التي تنهي الشيوع=

القسمة أخذا في ذلك بموقف المذهب المالكي والمشاع هو ذلك المال المشترك غير المقسوم، وغير المفرز عرفته المادة 713 من القانون المدني ب: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك"،

بالنسبة لوقف المشاع فيتم بوقف الحصة الشائعة في غيرها، وله ثلاث حالات هي:

1 - وقف الحصة المشاعة في مال لا يحتمل القسمة والوقف في غير مسجد أو مقبرة، فهو يجوز عند الجمهور غير المالكية.

2- وقف الحصة المشاعة في مال قابل للقسمة على جهة من جهات البر، فمن الفقهاء من قال بعدم جوازه الا بعد القسمة والتسليم، والبعض الآخر جوز وقفه مادامت القسمة ممكنة فيحسم بها النزاع.

-3 وقف الحصة المشاعة لتكون مسجدا أو مقبرة، لا يصح ولا يرتب أثاره إلا إذا أفرزت الحصة الموقوفة وحددت -1

ونشير أن المشرع الجزائري لم يتعرض في موضوع الوقف للمال الذي يتعلق به حق للغير (المال المرهون) والوقف المؤجر، وبما أن المادة 2 من قانون الوقف تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص تشريعي فيه فإنه يمكن اعتبار المال المتعلق به حق للغير غير جائز وقفه أخذا بمذهب الإمام مالك السائد في الربوع الجزائرية. فلا يصح عند المالكية وقف مرهون أو مؤجر أثناء تعلق حق الغير به، إذ يشترط فيه أن يكون ملكا خاليا من جميع الصفات التي تبطله إلا في حالة استرجاع الشيء المؤجر أو المرهون فإنه يمكن وقفهما من يوم الاسترجاع لأنه أصبح تحت تصرفه، بل يصح وقف المنفعة عندهم كدار استأجرها مدة معلومة فله وقف منفعتها في نلك المدة وينقضي الوقف بانقضائها لأنه لا

⁼وتعطي كل شريك حصة مفرزة عينية ليصبح ملكا مستقلا عن شركاته. قسمة المنافع: هي قسمة مؤقتة تتصرف إلى المنافع ولا تتعداها إلى الملكية، وتصير نهائية إذا دامت 15 سنة المواد 733 إلى 736 من القانون المدني) القسمة بالتصفية: تتم إذا استحالت القسمة العينية فيطرح الشيء الشائع في المزاد لبيعه و قسمة ثمنه بين الشركاء.

¹ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 174، ومحمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، مرج سابق، ص 114.

يشترط التأبيد عندهم. غير أن الحنفية يصح عندهم لأنه يملكه ولكن يبقى حق المرتهن متعلقا بالمرهون فلو رهن شخص ماله نظير دين عليه ثم وقفه بعد الرهن صح الوقف ولا يبطل الرهن، فإذا وفى ما عليه من الدين خلص المال للوقف وصرفت منفعته للجهة الموقوف عليها ، وإذا لم يوف عند الطلب وكان معسرا أبطل القاضي الوقف وباع الرهن وسدد الدين إذا طلب المرتهن ذلك ولم يكن للراهن مال غيره . أما إذا كان عنده مال آخر يفي بالدين فلا يبطل الوقف، كما لا يمكن للمستأجر وقف العين المؤجرة وفق رأي جمهور الفقهاء لأنه يشترط لديهم التأبيد والإجارة مؤقتة، لكن أجازوا للمؤجر وقف العين المؤجرة مع بقاء الحق في الانتفاع للمستأجر ، فالإجارة لا تمنع صحة الوقف ولا تبطل به ، بل تبقى العين الموقوفة في يد المستأجر حتى تنتهي مدة الإجارة، أو يتفق على فسخها، وبعد ذلك تصرف المنفعة إلى الجهة الموقوف عليها أ.

الفرع الثالث :الواقف

ليكون الوقف صحيحة ومقبولا شرعا وقانونا لابد من ضرورة توافر وقيام شروط وصفات بالواقف لا يصح الوقف بدونها وهي ما عددتها المادة 10 قانون الاوقاف التي أوجبت أن يكون الشيء الموقوف ملك للواقف وقد تعرضنا له سابقا كما توجب أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في مالة وغي محجور عليه وهي تشير ضمنا إلى أهلية الواقف، وسنبسط القول في هذا الفرع في مجموع ما يجب أن يتوفر ويتطلب في الواقف حتى يصح وقفه.

أولا: أن يكون ممن يصح تصرفه في ماله

9 44

محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 1

بما أن الوقف من عقود التبرع، يلزم لصحته أن يكون الواقف ممن تتوفر فيهم أهلية التبرع¹، وهي أهلية الأداء الكاملة. لذا يستوجب الرجوع إلى الشريعة العامة (القانون المدني) لأجل تحديد شروط صحة التصرفات وكمال أهلية الواقف المعبر عنها بأهلية الأداء، وبتصفح المادة 40 من القانون المدني التي جاء فيها: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسع عشرة (19) سنة كاملة ". فحتى يكون الوقف صحيح لابد من بلوغ الواقف على الأقل 19 سنة كاملة حسب التقويم الميلادي لأن المادة 03 من القانون المدني نصت على الآتي: "تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "غير أن المادة 84 قانون الأسرة أجازت لمن لم يبلغ بعد سن 19 سنة كاملة التصرف في أمواله بإذن من القاضي بناء على طلب من له مصلحة حيث فرق القانون بين سن التمييز وسن الرشد فقد نصت المادة 42 من القانون المدني على: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ عشر سنة".

ومفهوم المخالفة لهذه الفقرة تعني من بلغ سن ثلاثة عشر سنة يكون مميز وحسب نص المادة 84 ق أ يجوز للقاضي أن يأذن له في إبرام تصرفات على ماله لكن المادة 83 من نفس القانون حددت هذه التصرفات ووضعت لها شروط على النحو التالي: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ".

فالمادة تعرض ثلاث حالات في النفاذ من عدمه بالنسبة لتصرف المميز فإذا كانت التصرفات متمحضة النفع له كانت نافذة وإذا كانت تصرفاته ضارة له كانت باطلة ابتداء وتكون تصرفاته متوقعة على إجازة الولي أو الوصية إذا كانت مترددة بين النفع والضرر

¹ وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الجزائري في القرار رقم 46546 المؤرخ في 21/11/1988 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا إذ جاء فيه:" من المقرر شرعاً وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع رشيدا لا مكرها، ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف معينا، خاليا من النزاع" المجلة القضائية، للمحكمة العليا ، العدد الثاني، لسنة 1991، ص 60

ونعتقد مادامت الوقف تصرف تبرعي بلا عوض فهو ضار له ضررا محضا لذلك يكون وقف المميز باطلا

وإذا جُمع بين النصوص نص المادة 83 من قانون الأسرة ونص المادة 10 من قانون الأوقاف أمكن القول أن وقف من لم يبلغ سن 19 سنة كاملة باطلة لأن المادة 83 جعلت تصرف المميز الضار له باطلا ولما كان الوقف بلا عوض وفيه إنقاص من مال المميز وهو ضار له كان باطل بنص المادة 83 قانون أسرة.

و تجدر الإشارة إلى أن عنصر الرضا لابد أن يتوفر في الواقف لأن المكره لا يصح وقفه فقد نصت المادة 88 من القانون المدني على: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق... ".

فيجوز إنزال الواقف منزلة المتعاقد الآخر في حالة إذا مارس على الواقف إكراه يدفعه إلى إجراء وقفه وعليه من كان مكرها في وقفه وقع باطلا لانعدام الرضا، سواء كان الإكراه من الموقف عليه أو من غيره.

وفقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون أربعة شروط في الواقف هي:

1-: الحرية:

وذلك يتوفر عنصر الرضى في الواقف بأن يكون مختارا فيما هو مقدم عليه، وهذا ما يحمله نص المادة 88 من القانون المدني إذ تجوز ابطال العقد إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة أو سلطة ما، فلا يصح الوقف إذا وقع جبرا وإكراها دون إرادة حرة، هذا من جهة كما يقصد بالحرية من جهة ثانية أن يكون الواقف حرا فلا يصح الوقف من العبد لأنه لا ملك له يتبرع به أو يسقطه لكن فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون على جواز وقف العبد إذا كان بإذن مولاه لأنه يكون نائبا عنه ونيابة العبد جائزة 1.

<u>-2</u>: البلوغ:

46

¹ محمد مصطفي شلبي: المرجع السابق، ص 55.

أن يكون بالغا، فلا يصح وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز فغير المميز هو الصبي الذي لا يعرف معاني العقود، لذلك فهة ليس أهلا للتصرفات مطلقا، والمميز هو الصبي الذي يعرف معنى العقود وخاصة المشهورة منها كالهبة والبيع والشراء، وعليه يكون أهلا لبعض التصرفات ولكن ليس أهلا للتبرعات أ وقد أخذ المشرع الجزائري بأحكام الشريعة الإسلامية فأبطل جميع تصرفات الصبي وجاء القانون 10/91 في نص المادة 30 بما يلي: وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي".

<u>-3</u>: العقل:

لما كانت الإرادة هي أساس التصرف وكان التصرف صادر عن إدراك فإن تصرفات المجنون تقع كلها باطلة لأن الجنون مرض يسبب اضطراب العقل أو زواله فتتعدم معه الإرادة فلا يميز المجنون التصرف النافع من التصرف الضار لأجل هذا اشترط المشرع سلامة العقل في الواقف لأن الوقف من التصرفات التبرعية التي يكون ضررها قائم في مال الواقف لأنه لا يقابله عوض وعليه يكون وقف المجنون باطلا بطلانا مطلقا وقد يستشف هذا بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 قانون مدني بنصها على: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية... فيفهم من هذا أن من بلغ سن الرشد ولم يكن متمتع بقواه العقلية يكون غير مؤهل لمباشرة حقوق المدنية ومنها التصرفات القانونية ولم يفرق المشرع الجزائري بين وقف المجنون ولا المعتوه لأنه يعتبر كلاهما فاقد التمييز وتصرفاتهما تقع باطلة وهذا ما دلت عليه المادة 42 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم \$10/05 بنصها على: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو يكون ... "كما سبق بيانه فلا يصح الوقف من فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو

^{. 128} محمد أبو زهرة : محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص 1

 $^{^{2}}$ كذلك وقف السكران والمكره يقع باطلا لانعدام العقل عند السكران وانعدام الإرادة عند المكره.

يستر العقل ويمنعه من الإدراك السليم ، والعته مرض يصيب العقل فيجعل الإدراك ناقصا، فهو نوع من الجنون، وكأن الجنون درجتان: درجة يزول الإدراك فيها، ودرجة ينقص الإدراك فيها، وقد يجعل بعض العلماء العته مقابلا للجنون، فكلاهما يزيل العقل ويستره. ولكن الجنون يصحبه هياجان، والعته لا يصحبه هياجان، ومن الفقهاء من قسم العته إلى قسمين: أحدهما المذكور والثاني هو اختلاف في العقل كالمجنون ولا يفارق الجنون إلا في أنه صامت وذلك يقال له الجنون الصامت"، ويلحق بذلك من حصل خلل في عقله بأي سبب من الأسباب كالمرض والكبر، وإنما اشترط ذلك لأن صحة التبرعات تتوقف على كمال العقل أ والجنون عند الفقهاء نوعانا جنون مطبق، وجنون غير مطبق فالمطبق هو الذي يستغرق كل أوقات المريض (دائم).

وغير المطبق هو ذلك الجنون الذي لا يستغرق كل أوقات المريض (مؤقت) بل يكون متقطع ، قد يكون في أحايين مثل الرجل السليم كل تصرفاته تدل على ذلك وتعتريه أوقات أخرى تتغير فيها حالته وتصرفاته وقد تكون مرتبطة بالفصول.

ولا يصح الوقف من ناقص العقل كالمعتوه،: "و هو من اختلط كلامه فمرة يشبه كلام العقلاء ومرة يشبه كلام المجانين و المشرع الجزائري يجوز القف في حالة الجنون المتقطع بشرط أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية، وهذا ما ذهبت إليه المادة 31 من القانون 10/91 حيث تنص: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التمييز ، أما صاحب الجنون المنقطع فيصح وقفه أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية." وذلك بشهادة أهله مثلا بأن تصرفه صدر عنه في حالة افاقته وهم أعلم بأحواله من الأجانب، وقد تكون بشهادة طبيبه الدي يتابع حالته فيثبت علميا أن مريضه مثلا سليم في مصل الشتاء ويكون تصرفه في هذه الفترة.

48

¹ محمد مصطفى شلبى ، مرجع سابق، ص 350

4- <u>:</u> الرُشْد:

و الرشيد يُعرف بحسن التصرف في المال على مقتضى العقل والشرع، فإذا كان سفيها أو مغفلا حجر عليه، جاء في المادة 101 من قانون الأسرة ما يلي: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه ".

فالحجر حسب هذه المادة نتيجة لعارض قام بمن بلغ سن الرشد وهذا العارض قد يكون جنون أو عته أو سفه⁽¹⁾ فيمنع من قامت به حالة من هذه الحالات من التصرف بل تعتبر كل تصرفاته باطلة بشرط أن يكون الحجر بحكم قضائي بعد إثبات سبب الحجر من أهل الخبرة كالأطباء وغيرهم في هذا الشأن تتص المادة 103 من قانون الأسرة على " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر ".

كما تنص المادة 107 من قانون الأسرة على أن تصرفات المحجور عليه كلها باطلة سواء بعد الحجر أو قبله إذا تبين أن سبب الحجر قائم وظاهر حتى قبل الحجر حيث جاء فيها ما يلي: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها ".

فحكم تصرفات المحجور عليه البطلان المطلق ويؤيد هذا المادة 85 ق أ إلى جانب المادة 107 منه حيث جاء في المادة 85 التالي: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه ". والسفيه هو الذي ينفق أمواله في سبل لا يقبلها العقل و لا يرضها الشرع فيكون بذلك مبذرا متلافا، والمغفل هو الذي لا تستقيم معاملاته لصالحه فيغبن في البياعات لقلة خبرته وجهله بشؤونها .

¹ سفاهة العقل لها عدة صور قد تكون بإضاعة المال وصرفه في غير وجهه المستحقة وقد يكون بتبذيره دون وجه حق فإذا كانت تصرفات الشخص في ماله غير سوية جاز الحجر عليه لقوله تعالى: " ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم فيها ".

- وإذا تم الحجر عليه لا يصح منه الوقف لعدم أهليته للتبرع، والحجر حسب المادة 10 من قانون الأوقاف نوعان فقد يكون بسبب سفاهة العقل وقد سبق التطرق له فوقفه باطل وقد يكون الحجر بسبب الدين (الاستدانة من الغير) كأن يكون الواقف مدين لغيره قد أعسر فحجر عليه فحسب نفس المادة وقفه غير صحيح إلى أن المادة 32 من قانون الأوقاف جاء في سياقها تجويز وقف المدين بمفهوم المخالفة حتى ولو كان الدين مستغرق لجميع أملاكه إذ تتص على: " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين مستغرق جميع أملاكه" فالمادة كما نلاحظ تخير الدائنين إن شاءوا أبطلوا وقف المستغرق دينه كل أملاكه وإن شاءوا أمضوه فكأن المادة 32 تخصص المادة 10 من قانون الأوقاف فالماد 10 تقر مبدئيا أن وقف المحجور عليه لسفه أو لدين لا يصح وقفه وتستدرك عليها المادة 32 بنصها أنه قابل للإبطال في حالة الحجر بسبب الدين إذا طلب ذلك الدائنون. وما دامات المادة 32 تجوز وقف المدين المستغرق دينه كل ماله إذا سمح بذلك الدائنون حتى ولو كان في مرض الموت فمن باب أول أن يصح وقف المحجور عليه المستغرق دينه وغير المستغرق إذا وقع في غير حالة مرض الموت. فالدائنون لا يحق لهم في التشريع الجزائري طلب ابطال الوقف إلا إذا تحقق شرطان هما:

 $^{-}$ الشرط الأول : أن يكون الوقف في مرض الموت 1

¹ مرض الموت هو: المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويؤدي إلى عجز المريض، وعدم إمكانه القيام بمصالحه، وينتهي هذا المرض بالموت. ومرض الموت هذا يجب أن يتحقق فيه أمران: الأمر الأول؛ أن يكون المرض متصل بالموت، لم يبرأ منه المريض حتى مات، فلو شفي وصح من مرضه الذي تبرع فيه، ثم مات بعد ذلك فحكم الوقف في هذه الحال الصحة. والأمر الثاني؛ أن يكون هذا المرض مخوفا خطيرا يحدث منه الموت غالبا، كالطاعون والسرطان...، وليس مرض غير مخوف، كالجرب ووجع الضرس والصداع والعبرة بالحالة النفسية للمريض ويلحق الفقهاء للسبب نفسه بالمريض مرض الموت من يوجد في هذه الحالة النفسية من الأصحاء كالمحكوم عليهم بالإعدام والجندي في ساحة القتال ومن يوجد في سفينة أشرفت على الغرق (ركوب البحر المخوف). وعرّفت مجلة الأحكام العدلية لقدر باشا، مرض الموت في مادتها 1595 بما يلي: "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل =داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال

- والشرط الثاني: أن يكون الوقف يستغرق جميع أملاك الواقف
- عدا هذه الحالة لا يجوز للدائنين استخدام حق المطالبة بإبطال الوقف مع العلم أن لفظة يحق للدائنين جاءت تخييرية إن شاء الدائن استخدم حق الإبطال وإن شاء امتع.

وانطلاقا من ذلك تبرز الحلات التالية:

- إذا وقف المدين وهو في حالة مرض الموت ، فإذا كان الدين غير مستغرق لكل ماله و وقف ما زاد عما يفي بالدين فإن وقفه يكون صحيحا نافذا. إذا لم يتجاوز الثلث، أما لو تجاوز الثلث كان متوقف على إجازة الورثة
- وإذا كان الدين مستغرقا لكل ماله فإن نفاذ وقفه متعلق بإجازة الدائنين ، إن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل، حسب المادة 32 من قانون الاوقاف، فإن أبطلوه كان ذلك وإن أجازوه انتقل الحق للورثة فيصح الوقف في ثلث المال فقط استناد لنص المادة 776 من القانون المدني

وحكم الوقف في مرض الموت عموما كحكم الوصية يؤخذ في حدود الثلث، دون زيادة ولو كانت أكبر من ذلك ردت للثلث⁽¹⁾.

- حالة الواقف المدين غير المريض: فإذا كان الدين غير مستغرق لكل ماله و وقف ما زاد عما يفي بالدين فإن وقفه يكون صحيحا نافذا كما سبق ذكره.
- وإذا كان الدين مستغرقا لكل ماله فإن نفاذ وقفه متعلق بإجازة الدائنين، إن أجازوه نفذ وإن ردوه بطل،.



⁼قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرف الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حالة... "

وتكون تصرفاته كتصرف الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حالة... "

أنظر المادة 776 من القانون المدنى.

ونشير أن المشرع الجزائري قد سكت عن وقف غير المسلم² وهو الأمر الذي يحتم أيضا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فبعض فقهاء الشريعة الاسلامية لا يشترطون الإسلام في الواقف، كون ذلك عندهم مدعاة لاتساع الوقف وتكثيره وانتشاره لكن البعض يشترط الإسلام وحجتهم في ذلك أن الوقف قربة والكافر غير مؤهل لأداء القربات، ويرجع اختلاف الفقهاء في وقف غير المسلم إلى نوع القربة المشروطة.

أهي القربة في نظر الإسلام فقط؟ أم القربة في اعتقاد الواقف؟ أم فيهما معا؟

وذلك لأن الشيء إما أن يكون قربة في نظر الأديان السماوية كلها، رغم أنها الأن محرفة كلها عدا الاسلام الذي تعهد الله بحفظه، بحفظ كتابه القرآن أو أن يكون قربة في نظر الإسلام فقط ،أو لا يكون قربة باتفاق الأديان فالبر بالفقراء، يعد قربة في جميع الأديان وإنشاء المساجد والإنفاق عليها، يعد قربة في نظر الاسلام فقط و إنشاء دور اللهو المحرم والإنفاق عليها لا يعد قربة باتفاق الاديان كلها.

فالشافعية والحنابلة، يشترطون أن كون العمل قربة في نظر الإسلام فقط دون اعتبار لاعتقاد الواقف والمالكية يشترطون أن تكون قربة في اعتقاد الواقف فقط أما الحنفية، فقد راعوا الأمرين معا، إذ يشترطون أن تكون قربة في نظر الإسلام وفي اعتقاد الواقف معا كالوقف على الفقراء أو على مسجد القدس فلا يصح وقف المسلم على بيعة أو كنيسة لعدم كونه قربة في ذاته أما وقف غير المسلم على المسجد فغير صحيح لأنه ليس بقربة في اعتقاد الوقف فضلا عن أن وقف الكافر في حال السماح له بذلك يقع المحظور، إذ الواجب أن تنزه المساجد عن أموال الكفار. أما المشرع المصري فقد نظم مسألة وقف غير المسلم في قانون الوقف رقم 48 لسنة 1946 في نص المادة 7 التي جاء فيها : "وقف غير المسلم صحيح ما لم يكن على جهة محرمة في شريعته وفي

¹ راجع وهبة الزحيلي، مرجع سابق و محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص352-356.

الشريعة الإسلامية". أما إذا كان الواقف أجنبيا غير جزائري فإن قانون جنسية الواقف هو الواجب التطبيق عند وقع تتازع

استنادا إلى نص الفقرة 2 من العادة 16 من القانون المدنى التي تنص على أنه:" ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما، غير أنه وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 18 من نفس القانون نجدها تخضع العقود المتعلقة بالعقار إلى قانون موقعه، وهو الأمر الذي يجعل الوقف العقاري يخضع من حيث الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاده إلى قانون موقعه، وأما أهلية الواقف فلا ينبغي إدراجها في نطاق قانون موقع العقار فهي تبقى خاضعة لقانون الجنسية وفقا لما تقتضيه المادة 10 التي تنص: "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم"، وكذلك ينبغي إخراج شكل العقد من نطاق تطبيق قانون موقع العقار، فهو يبقى خاضعا لقانون البلد الذي تم فيه التصرف طبقا لنص المادة 19 من نفس القانون أيضا. مع ملاحظة أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية ذلك أن المشرع الجزائري ربط احكام قانون الأوقاف 10/91 بها في نص المادة 2. كما أن المادة 24 من القانون المدنى لا تجيز تطبيق القانون الأجنبي إذا كان مخالفا للنظام العام وتنص على تطبيق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي في هذه الحالة. 2 وفكرة النظام العام تختلف من دولة لأخرى استنادا لطبيعة الديانة والأفكار وفلسفة الحياة والنظام الاجتماعي والاقتصادي والأخلاقي المتبع ، وهذا الاختلاف من المنطقي أن يتغير معه مفهوم النظام العام من دولة لأخرى، ومن اقليم لغيره.

فمتى تعارض القانون الأجنبي في أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في بلد القاضي وجب استبعد تطبيق القانون الأجنبي.

²بلقاسم أعراب: القانون الدولي الخاص الجزائري تنازع القوانين، دار هومه، الطبعة 11، الجزائر ، 2009، ص 173





^{.352} محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص352–356.

ثانيا: اشتراطات الواقف:

هي تلك الشروط التي يمليها الواقف عند انشاء وقفه مبدأي من خلالها رغباته، وكاشفا عن مقصده في الكيفية التي يريد أن يدار ويسير بها وقفه وقد اصطلح على تسميتها بشروط الواقفين، عرفها المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون الأوقاف على أنها تلك الاشتراطات التي يضعها الواقف من أجل تنظيم وقفه ما لم يرد نهي عنها في الشريعة، وتتعلق في مجملها بمصارف الوقف: كتعيين الجهات الموقوف عليها وكيفية توزيع غلة الوقف على الموقوف عليهم ، كما تتعلق كذلك بالولاية على الوقف (الجهة المسيرة له) وكيفية إدارة شؤونه وغيرها من الشروط التي يراها الواقف ناهضة في قيام وقفه واستمراره 1 وحكم هذه الاشتراطات والتي يجب أن تكون معتبرة شرعا أي لا تخالف الشريعة الاسلامية أن تكون ملزمة لنظار الوقف 2 ومتوليه فليس لهم مخالفتها.

¹ كان الواقف ابان العهد العثماني مخير بين أن ينشئ وقفه تبعا للمذهب المالكي أو المذهب الحنفي ذلك أن التعايش بين المذهب الحنفي والمالكي كان قائما في الجزائر حينذاك باعتبار أن الأول كان مطبقا في عاصمة الخلافة العثمانية بإسطمبولي والثاني في المغرب العربي (عدا مراكش..) فالواقف كان يختار بين هذين المذهبين الفقهبين للتعبير عن إرادته وكان غالبا يُختار المذهب الحنفي الذي كان يجيز الرجوع كما يجيز إخراج الإناث ويشترط بالموازاة أن يسمح لهن عند الاحتياج باستغلال الأموال الموقوفة ، فوجدت العديد من الأوقاف على المذهب الحنفي لمرونته، واعتاد الواقفون تحرير حجج أوقافهم وفقا له .وهو موقف القضائي الجزائري قبل صدور قانون الأوقاف 10/91 ومن ذلك القرار رقم 12971 الصادر بتاريخ 05/05/1986 الذي ينص: " أن الحبس هو عقد خصه الفقه وقيده بشروط خاصة مما لا يمكن اعتباره كوصية، بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام مؤسسه بناء على قواعد فقهية ثابتة كانت معمولا بها وقتئذ، ولا يعاب عليه اختيار المذهب الحنفي في ذلك ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم". قرار مؤرخ في 05/05/1986 غير منشور »، نقلا عن: عمر حمدي باشا: القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 272.

² تَعرضَ المرسوم التنفيذي رقم 88/98 المؤرخ في 1998/12/01 يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسبيرها وحمايتها وكيفيات ذلك تعرض لما يسمى نظارة الوقف في المادة 7 منه بذكر المقصود من النظارة حيث ذكر التسبير المباشر والرعاية والعمارة والاستغلال والحفظ والحماية كما ذكر في المادة 13 منه مهام ناظر الوقف الدي يباشر مهامه تحت مراقبة وكيل الأوقاف وهي السهر على العين الموقوفة والمحافظة عليها والقام بكل ما يفيد الوقف من أعمال ودفع الضرر عنه وصيانته وحمايته تحصيل عائداته والوقوف على حقوق الموقف عليهم ورعايتها. وذكرت المادة 16و 17 شروط تعيينه وحددت المواد من 18 إلى 21 حقوقه وكيفيات أداء مهامه وطرق أنهائها.

وهذا ما عنته المادة 45 من قانون الأوقاف المعدلة بموجب المادة 5 من القانون رقم 107/01 التي جاء فيها " تستغل وتستثمر وتنمى الأملاك الوقفية، وفقا لإرادة الواقف وطبقا لمقاصد الشريعة الاسلامية في مجال الأوقاف، وحسب الكيفيات التي حددها هذا القانون، والأحكام القانونية غير المخالفة"

وحسب التشريع الجزائري فإن الشروط قسمت إلى قسمين: شروط صحيحة و شروط باطلة وقرر المشرع الجزائري اعتبر الوقف صحيحا مع إلغاء الشرط الباطل إن قرن به وهذا ما حملته المادة 218 من قانون الأسرة المعدل والمتمم التي جاء فيها:" ينفذ شرط الواقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا وإلا بطل الشرط وبقى الوقف" وهو ما تعززه المادة 29 من قانون الأوقاف المعدل والمتمم إذ تنص على: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقاً على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف". فمن خلال نص المادتين المذكورتين يتضح أن المشرع الجزائري قد ربط اشتراطات الواقف بأحكام الشريعة الاسلامية وإلا بطل الشرط وصح الوقف 2 . ونلاحظ أن المادة 218 من قانون الأسرة استخدمت مصطلح الشرط المقبول هو الذي لا يتعارض مع مقتضيات الوقف الشرعية في حين استخدمت المادة29 من قانون الأوقاف مصطلح التعارض مع النصوص الشرعية، فهل هما شيئا واحد فالمادة الأول تبطل الشرط المتعارض مع مقتضيات الوقف شرعا والثانية تبطل الشرط الذي يتعارض مع النصوص الشرعية ويبدو مداما الوقف أصلا مؤسس على الشريعة الاسلامية فكل نصوص القوانين التي تحكم الوقف في التشريع الجزائري مستمدة من الشريعة الاسلامية فإن ما يتعارض مع مقتضيات الوقف شرعا يتعارض بالضرورة مع النصوص الشرعية وبالتالى فالشرط الدي يبطل إذا اقترن بالوقف ويصح بعده الوقف هو الذي يتعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية عموما و هو إما شرط غير جائز شرعا أي محرماً ومثاله أن

مؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق ل 22 ماي 2001 يعدل ويتمم القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

 $^{^{2}}$ انظر: محمد مصطفى شلبي أحكام الوصايا والأوقاف، مرجع سابق، ص 2

يحدث وقفا على مرأة ما بشرط أن تبقى خليلته سرا ، أو أن يحدث وقفا على ابنائه بشرط أن يقاطعوا أمهم، أما الشرط المخالف لمقاصد الشرع ، فصورته أن يوقف أرضه مسجدا بشرط أن لا يصلي فيه إلا جماعة بعينها ،أو جنسية بعينها، أو يتفق مع زوجته على أن يقف عليها داره أو أرضه بشرط ألا تتزوج بعد وفاته، وكثيرا ما يتفق حكم الشرط الواحد في القانون وفي نظر المذاهب الأربعة الراجح عندهم بالاتفاق - كاشتراط التأبيد في الوقف أو اشتراط الاستبدال في غير المسجد، فان هذا وما شاكلة صحيح فيهما، ومثل اشتراط الرجوع أو التأقيت في وقف المسجد فإنه غير صحيح فيهما في الشرع والقانون.

ونجد عند المتأخرين من الفقهاء عبارة محدثة لم ترد في كلام الفقهاء قديما بل استعملت في اشتراطات الواقفين وفي فتاوى بعض المتأخرين وفي لغة المحاكم حتى أصبح مألوفة تأخذ حكم الصحة والجواز وهي عبارة "الشروط العشرة"، وهي شروط متضمنة لمعان تثير الوقف كمعنى:

الزيادة بأن يزيد في نصب أحد الموقوف عليهم،

والنقصان بأن ينقص من نصيب مستحق معين أو جهة معينة،

والإدخال بأن يجعل من ليس مستحقا في الوقف مستحقا فيه،

والإخراج² أن يجعل المستحق غير موقوف عليه بأن يخرجه من صفوف المستحقين،

والإعطاء بأن يؤثر بعض المستحقين بالعطاء مدة أو دائما،

¹ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن ، مرجع سابق، ص 174

² إذا أخرج الواقف بعض الموقوف عليهم أو حتى كل الموقوف عليهم بمقتضى الاشتراط سقط استحقاقهم في الوقف وانتقل إلى الفقراء. انظر: زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص 58.

والحرمان بأن يمنع الغلة على بعض المستحقين مدة أو دائما، صورته أن يشترط لنفسه أن يعطي أحد المستشفيات من هذا الوقف ثم له أن يحرمه إذا شاء، على ألا يكرّر ذلك، إلا إذا اشترط لنفسه التكرار،

والإبدال بإخراج العين الموقوفة عن جهة وقفها ببيعها والاستبدال شراء عين أخرى تكون وقفا بدلها وعلى هذا يكون الإبدال والاستبدال متلازمين، لأنه إذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن تحل محلها أخرى،

والتغيير والتبديل: إذا ذكرا منفردين يعمان عموما شاملا فيشملان كل الشروط الأخرى، وكلمة التغيير تشتمل كل تبديل للأعيان. يضاف إلى هذه الشروط العشرة شرطي التفضيل والتخصيص، وهما لا يأتيان بمعنى جديد على الشروط العشرة المذكورة.

غير أن قانون الأوقاف الجزائري المعدل والمتمم لم يتطرق إلى هذه الشروط العشرة ولكن بالرجوع إلى نص المادة 215 منه والتي تجيز للواقف التراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف وذلك في حال اشتراطه ذلك لنفسه عند انعقاده، وقد ذهب الاجتهاد القضائي إلى تفسير عبارة التراجع تفسيرا سعا بجعلها تشمل التغيير والتبديل وغيرها من الشروط، في قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 204958 المؤرخ في الشروط، في أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد. وعليه فإن القضاء بصحة التراجع في عقد الحبس والذي يعتبر تصرفا نهائيا مادام عقد الحبس لم يدرج فيه شرطا يسمح

لزيادة والمدوط قواعد مضبوطة تحكمها مثل أن الشروط العشرة لا يفعلها إلا مرة واحدة إلا إذا اشترط التكرار لزيادة بيان انظر محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف مرجع سابق، ص 160وما بعدها.

² جاء في المادة 15 من قانون الأوقاف: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا الشترط لنفسه ذلك عند انعقاد الوقف".

بالتراجع، يعد خطأ في تطبيق القانون 1 . غير أن هذه الإجازة لا تعني التعارض مع مقتضى التأبيد الذي أثبتته المادة 3 و المادة 28 من القانون 10/91.

وأما مسألة تفويض الواقف غيره للقيام بتغيير شروطه والشروط العشرة بعد وفاته فالمشرع الجزائري لم يتعرض ذلك، فيتعين الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية بنص للمادة 2 من قانون الأوقاف التي تجيز للواقف أن يفوض الناظر حقه في التغيير بعد الوفاة².

الفرع الرابع: الموقوف عليه:

الموقوف عليه هو المستفيد من ثمار الوقف أو هو الجهة المستفيدة من الوقف، والتي يراد تحقيق كفايتها وسد حاجاتها من خلال ربع الوقف وأرباحه³، والموقوف عليه في الشريعة الاسلامية إما يكون معين أو غير معين، فالمعين: سواء كان واحدا أو اثنان أو أكثر، مثل أحمد أو فاطمة ويشترط أن يكون هذا المعين أهلا للتملك. موجودا عند ايقاع الوقف ويذهب الحنفية إلى أنه يصح الوقف على معلوم، أو معدوم مسلم أو ذمي أو مجوسي على الصحيح، ولا يصح على كنيسة أو بيعة لكونه ليس قربة في ذاته أو على حربي، وأما الحربي فلأنه قد تم النهي عن بر الحربيين و ذهب المالكية إلى أنه يصح الوقف على الموجود والمعدوم والمجهول والمسلم والذمي والقريب والبعيد. ويرى الشافعية أنه يشترط في الوقف على معين تمليكه حال الوقف عليه فلا يصح الوقف على مجدوم وهو الجنين لعدم صحة تملكه في الحال، ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على مرتد غير معين أو على من يختاره فلان، لأن الوقف تمليك منجز، ولا يصح الوقف على مرتد

¹ انظر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، كليك للنشر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص 330إلى 330

¹⁷⁵ وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن ، مرجع سابق، ص 2

³ عبد الكريم رفيق: الوقف ضوابط وأحكام مجلة المحراب، العدد الأول، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، قسنطينة، 2007، ص 239

أو حربي لأن المرتد والحربي عرضة للقتل فلا دوام له وذهب الحنابلة مذهب الشافعية فيشترطون أن يكون الموقوف عليه معلوما موجودا، فلا يصح الوقف على الميت و الحمل في البطن أصالة لأنه لا يصح تمليكه بغير الإرث والوصية، لكن يصح الوقف على الحمل تبعا لغيره مثل وقفت على أولادي أو على أولاد فلان، وفيهم حمل فيشمله الوقف، ولا يصح على المرتد والحربي لأن أموالهم مباحة في الأصل ولا على مجهول ومعدوم أصالة (لأنه لا يصح تمليك المعدوم)، ولا على بهيمة لأنها ليست أهلا للملك) 1.

وغير المعين أو الجهة: يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في الموقوف عليه غير المعين أن يكون جهة خير وبر، وهو اسم جامع لكل أوجه الخير، مثل الفقراء والعلماء والمجاهدين والمساجد ودور اليتامى، فقد يكون الوقف على أدمي مثل الوقف على الفقراء والعلماء أو على غير أدمي ككتابة الفقه و تدوين القرآن الكريم واقامة الجسور وإصلاح الطرق وصيانة المساجد وبنائها واقامة المدارس والمشافي والملاجئ².

أما في التشريع الجزائري فبعد تعديل قانون الأوقاف بموجب القانون رقم10/02المؤرخ في 2002/12/14 فرض أن يكون الموقوف عليه شخص معنوي. حيث كانت المادة 13 من قانون 10/91 تتص على:" الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف وتكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا..."

وبتعديل هذه المادة بموجب المادة 5 من القانون 10/02 أصبحت كالتالي: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية فالموقوف عليه في القانون الجزائري يكون وجوبا شخص معنوي سواء كان عاما مثل الدول وفروعها أو مؤسسات مرتبطة بها أو خاصا مثل الجمعيات الدينية والهيئات الخيرية المختلفة.

59

¹ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، ص 190-194.

نفس المرجع ، ص 195. 2

وباختصار ليس في التشريع الجزائري سوى الوقف العام أما الوقف الخاص فقد ألغي. راجع في ذلك خصائص الوقف في مطبوعتنا هذا.

إذا توافرت كل أركان الوقف سالمة من كل عيب مخالف للقانون ولمقاصد الشريعة الإسلامية ينعقد الوقف صحيحا، غير أن المشرع الجزائري اشترط فيه شروطا شكلية، نعرض لها لاحقا.

المطلب الثاني: إثبات الأملاك الوقفية

الأصل في العقود أنها رضائية احتراما وتطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة (1) إلا أن المشرع الجزائري وبالنظر إلى أهمية محل العقد وإرادته في استقرار المعاملات أخضع العقود المتعلقة بنقل ملكية الحقوق العينية الخاصة بالعقار ومنذ تاريخ 1971/01/01 إلى تحريرها من طرف الموثق تحت طائلة البطلان بموجب الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 الملغى بالقانون رقم 88/27 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن لمهنة التوثيق الملغى بدوره بقانون رقم 60/02 المؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق ثم تأكدت شكلية العقود الواردة على عقار بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 المؤرخ في والشكل الرسمي هو العقد الرسمي إذ كلمة الشكلية تعني إفراغ وترجمة الإرادة سواء بين طرفين أو من طرف واحد في مدونة أو ورقة أو سند يصدره ويحرره موظف عام أو ضابط

¹ يعني مبدأ سلطان الإرادة أن هذه الأخيرة هي السيدة في مجال التصرفات القانونية فهي التي تتشئ التصرف وهي التي تحدد آثاره ولا يكون الفرد ملزما بشيء إلا إذا ارتضاه وقبله مختار فيتحول الاتفاق بين الأطراف إلى قانون بالنسبة للمتعاقدين وهذا ما يفهم من عبارة العقد شريعة المتعاقدين في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري. أنظر لبني مختار: وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1984.

² بدأ العمل بالأمر رقم 91/70 ابتداء من تاريخ 1971/01/01 إعمالا لنص المادة 53 منه التي نصت على " يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من أول يناير وصاغ صراحة النصوص في وجوب توثيق العقود الواردة على عقار ظلت المحكمة العليا متجاهلة لهذه النصوص ومؤكدة على صحة العقود العرفية في هذا المجال إلى أن صدر قرار الغرف المجتمعة برقم 136/156 بتاريخ 1997/02/18 حيث اشترطت الرسمية في العقود الواردة على العقارات ".

عمومي أو شخصي مكلف بخدمة عامة وقد حددت المادة 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 شروط وكيفية وشكل العقد الرسمي حيث فرضت المادة أن تحرر باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءاته وبدون اختصار ودون كتابة بين الأسطر وأوجبت المادة كتابة المبالغ المالية والسنة والشهر المبرم فيه العقد ويوم توقيعه بالأحرف أما التواريخ الأخرى فتكتب بالأرقام ويصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات كما يصادق على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق.

ومن خلال نص المادة 26 و 27 من قانون التوثيق رقم 02/06 يتضح أن المشرع الجزائري فرض شكلا معينا للعقد التوثيقي وأوجب أن تذكر فيه بيانات ومعلومات عن أطراف العقد والضابط العمومي المحرر لهذا العقد.

والجدير بالذكر أن العقود الرسمية يمكن أن تقسم إلى الأنواع الأربعة التالية (1):

- -1 العقود التوثيقية: وهي التي يحررها موثق مثالها عقد البيع، الهبة والوقف....
- 2- العقود الإدارية: وهي العقود التي يقوم بتحريرها الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة مثالها قرارات التخصيص ورخص الامتياز.
- 3- العقود القضائية: ويصدرها القضاء مثالها الحكم بتثبيت الوعد بالبيع وأحكام المزاد العلني.
- 4- العقود التشريعية: وتتعلق عادة بالشركات الدولية وتصدرها الحكومات مثالها العقود المتعلقة بالتنقيب عن المحروقات.

61

¹عبد الحفيظ بن عبيدة: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، نشر دار هومه، الجزائر، 2003، ص 57.

وما يهمنا من كل هذه العقود هو النوع الأول العقد التوثيقي وقد وكل القانون 02/06 الخاص بالتوثيق الموثق للقيام بهذه المهمة إذ زيادة على صفة الضابط العمومي التي أضفها القانون المذكور آنفا على الموثق خول له كذلك جزء من صلاحيات السلطة العمومية وهي تحرير العقود الرسمية وإضفاء الشرعية على المعاملات⁽²⁾.

فالعقود التي يحررها الموثق عقود رسمية فرض المشرع أن تحتوي كل البيانات السابقة بالإضافة إلى ما ذكرته المادة 324 من القانون المدني حيث يثبت الموثق في العقد التوثيقي ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن.

وإثبات ما تم لديه يكون بإثبات جميع الوقائع التي تمت وحدثت تحت نظره وبحضوره فيثبت حضور ذوي الشأن وما قام به كل طرف أمامه بخصوص التصرف الذي يريد توثيقه كما يذكر حضور الشهود أمامه بكل المعلومات المستوجبة بنص المادة 26 و 27 من قانون التوثيق.

أما إثبات ما تلقاه فيذكر في المحرر أقوال وبينات وتقريرات صدرت من ذوي الشأن في شأن التصرف القانوني الذي تشهد به الورقة أو المحرر أي بذكر كل ما وقع تحت سمعه سمعه من ذوي الشأن والخلاصة أنه يثبت في العقد كل ما وقع تحت سمعه وبصره أي وقع في حضوره و يختلف حجية الأحداث والوقائع التي وقعت تحت سمعه وبصره (في حضوره) عن حجية ما تلقاه من الأطراف (2) حيث تكون حجية ما تم لديه وتحت سمعه وبصره مطلقة لأن هذه الأمور حدثت أمام الموثق وسمعها مباشرة من الأطراف أو رآها فيكون بذلك شاهدا عليها وتستمد هذه الأخيرة حجيتها المطلقة من صفة الموثق ذاته كونه ضابط عمومي خولته السلطة العام أحد مهامها (إصدار العقود

62

¹ الأستاذ. دحمان صبايحية عبد القادر رئيس الغرفة الجهوية للوسط: موضوع بعنوان مهنة التوثيق بين إرث الماضى والتطلع إلى المستقبل، مجلة الموثق، العدد الأول، نوفمبر 1997. ص33.

² السنهوري: الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 115.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الرسمية)، أما الصنف الثاني من الأحداث والوقائع فهو ما تلقاه من ذوي الشأن حيث تروى له ويتلقها سماعا فقط دون أن يكون قد شهدها أو حضرها كأن يروي له الأطراف أحداثا ما متعلقة بالتصرف القانوني الذي هو بصدد تحرير عقد موثق بشأنه مثاله أن يذكر الأطراف التزامات معينة اتفقوا عليها مسبقا أو يذكر أحد الأطراف أنه باع قطعة أرض في مكان كذا بمساحة كذا وحدود كذا وكذا فيتلقاها الموثق من أفواه الأطراف ويثبتها في العقد وتكون حجيتها أقل درجة مما تم لديه لأنه لم يشهدها، فما تم لديه إذا تكون حجيته مطلقة إلى أن يطعن فيه بالتزوير، أما تلقاه ما فيجوز دحضه بإثبات العكس⁽¹⁾.وفي الأخير نقول إن الشكل الرسمي للعقود التي يتطلب فيها الرسمية هو أن يفرغ هذا التصرف في ورقة رسمية يحررها شخص مؤهل قانونا لذلك حيث يضع عليها ختمه وتتضمن وجوبا بيانات يحررها شخص مؤهل قانونا لذلك حيث يضع عليها ختمه وتتضمن وجوبا بيانات

فتوثيق العقود التي يفرض فيها المشرع الرسمية يتم بإخضاعها إلى قاعدة الرسمية³ ، وذلك بلجوء أطراف العقد إلى موثق قصد إفراغ عقدهما في قالب رسمي كركن جوهري في التعاقد، ويترتب على تخلفه البطلان المطلق للعقد وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني حيث جاء فيها : زيارة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمى، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو

1 السنهوري: الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 115.

² سنلاحظ أن المرسوم 76-63 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري فرض شروط أخرى في العقد المعد للأشهر وهو طبعا عقد موثق وذلك في المطالب المقبلة عند حديثنا عن الشهر كذلك أضاف قانون المالية لسنة 2005 شرط الاعتماد على شهادات الميلاد الأصلية.

⁸ قاعدة الرسمية تعني إفراغ التصرف القانوني في شكل أقره القانون من طرف أشخاص أقر لهم القانون هذه الصفة انظر المادة 324 مدني والماد3 من قانون التوثيق 02/06 أما بخصوص الشكل المعين الذي تفرغ فيه هذا التصرف القانوني ففي فترة قبل الاستقلال وبعده كانت تفرغ العقود وتحرر في شكل ورقة مدموغة تقدم من طرف الإدارة المختصة، نصت عليها المادة 58 من قانون الطابع حسب: الأمر 103/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون الطابع، الجريدة الرسمية العدد 39 لسنة 1977أما الأن فأصبح للعقد الرسمي شكل ومضمون حدده القانون يجب احترامه حسب المادة 27 وما بعدها من قانون التوثيق 02/06،

حقوق عينية عقارية... في شكل رسمي". والعقود التي يحررها الموثق تعتبر سندات رسمية تتفيذية، ولها حجية ما لم يطعن فيها بالتزوير.

ولقد عمد المشرع الجزائري إلى إلزامية توثيق عقد الوقف بعقد رسمي حسب نص الماد 41 من قانون الأوقاف لكن كيف يتم ذلك؟. أي قبل صدور قانون الأوقاف.

الفرع الاول: توثيق الوقف

أثار بعض الباحثين تساؤل حول شكلية عقد الوقف وضرورة إخضاعه إلى شكل معين تفرغ فيه إرادة الواقف أي هل الشكلية تعد ركنا لانعقاد الوقف؟ وهل الرسمية المقررة في الوقف بموجب العقد التوثيقي هي لإثباته أم لانعقاده أ ? بمعنى هل الشكل الرسمي المحدد بموجب العقد الموثق مقرر لإثبات التصرف القانوني الوقفي أم أنه يعتبر ركنا في هذا التصرف يترتب على تخلفه بطلانه؟ فقد تكون الكتابة الرسمية شرط للانعقاد كما قد تكون الكتابة الرسمية شرطا للإثبات، ولهذا يقوم الالتباس بين الفكرتين، إذ أن التمييز بينهما ضروري، فالنوع الأول ركن يُرتب القانون على تخلفها البطلان، فلا يمكن الاعتداد بالتصرف القانوني بدونها، كما هو الشأن بالنسبة لعقد بيع العقار مثلا أما الكتابة كشرط للإثبات، فلا يرتب القانون على تخلفها البطلان كل ما هنالك أنه لا يجوز إثبات التصرف بدونها، والإثبات المقصود في هذه الحال هو الإثبات ا الذي يتم أمام القضاء، إذ أن إثبات الواقعة القانونية يكون بطرق مختلفة ويعللون موقفهم هذا بأن المادة 12 من قانون الأوقاف تنص على أن صيغة الوقف تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه، فيتضح إذن أن المشرع قد ساوى بين اللفظ والكتابة والإشارة فيما يخص صيغة الوقف، فللواقف أن ينشئ وقفه بالقول أو الكتابة أو الإشارة، فالشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف؟، فهو تصرف

¹ انظر: محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى الجزائر، 1991، ص، 47.

رضائي سواء كان واردا على عقار أو منقول، إذ أن الوقف يتم بتوفر أركانه وما مسألة قيده إلا من أجل توفير الإثبات وحجية للوقف في مواجهة الغير أ ، كما احتجوا بنص المادة 217 من قانون الأسرة التي تتص على أن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون"، وتنص المادة 191 من قانون الأسرة على أنه: " تثبت الوصية":

1-بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك،

2-وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية ..."

وبالنتيجة حسبهم يثبت الوقف بالعقد الرسمي الذي يحرره موثق كأصل عام، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية، شأنه شأن الوصية، وقالوا أن ما يثبت بالتصريح يمكن أن يكون صحيحا قبل التصريح به أمام الموثق 2 ، وبمفهوم المخالفة فإن عدم التصريح بالوقف أمام الموثق لا يبطله ولكن يعطل وسيلة إثباته فقط مما يلجأ معه إلى القضاء لإثباته بوسائل أخرى للحصول على حكم يؤشر به على هامش أصل الملكية 3 .

وهكذا يقررون أن العقد التوثيقي هو وسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار أو منقول على حد سواء وليس شكليا، والكتابة المتطلبة

أنظر الأستاذ محمد كنازة: الوقف العام في التشريع الجزائري ،دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2006، ص، 96.

² الموثق كان يعتبر موظف عام لكن و بصدور القانون 27/88 المؤرخ في 13 جويلية 1988، الذي ألغى الأمر 91/70 أصبح ضابطا عموميا وتحررت مهنته حسب المادة 5 منه إذ أصبح يمارسها في مكتب خاص بدل المحكمة وأكد هذه الصفة القانون 02/06 المتضمن تتظيم مهنة الموثق، بموجب والمادة 3 منه وكل أرشيف العقود التي حررها تحول إلى مكتبه خلافا للفترة السابقة التي كانت أصول العقود محفوظة في أرشيف المحاكم .. حسب المادة 2 من الأمر 91/70 أنظر الجريدة الرسمية العدد رقم 107 لسنة 1970.

أنظر المادة85 و 90 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري معدل ومتمم بالمرسوم 1980/09/15 مؤرخ في 1980/09/15 والمرسوم التنفيذي 123/93 مؤرخ في 1980/09/15.

قانونا أمام الموثق هي وسيلة لإثبات الوقف وليست ركنا لانعقاده، فعدم صبه في قالب شكلي لا يعني أنه غير موجود أصلا بل هو موجود واقعيا و يجوز إثباته بالكتابة أو بأي وسيلة إثبات أخرى كالإقرار أو اليمين أو شهادة

الشهود 1 وغيرها. كما يميزون في الإثبات الوقف انطلاقا من محله أهو منقول أو عقارا

فقد تتطلب الشكلية في بعض التصرفات القانونية لأن القانون يوجب ذلك كالكتابة الرسمية في عقد البيع المادة 324 مكرر 1من القانون المدني وعقد الرهن الرسمي حسب المادة 883 من القانون المدني الجزائري فالكتابة في هذه الحالة لازمة للانعقاد بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا ، أما إذا استلزم القانون الكتابة لإثبات التصرف كما في حالة الكفالة المادة 645 من القانون المدني إذ أن تخلفها لا يؤثر على وجود التصرف القانوني بل يكون صحيحا ويمكن إثباته بالإقرار أو اليمين وغيرها... لأن القاعدة أن تكون التصرفات رضائية والاستثناء أن تتطلب الإرادة التشريعية شكلا خاصا بالنسبة لبعض التصرفات؟.

وأقول جازما: إن الوقف من التصرفات القانونية التي أوجب المشرع الجزائري أن تصب في شكل رسمي حيث نصت المادة 217 من قانون الأسرة على " يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون "وهي تعني قانون الأسرة وجاء في المادة 191 من قانون الأسرة ما يلي: " تثبت الوصية 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية ".

وبتحليل هذه المادة يُستنبط منها الأمور التالية:

Q 66

_

 $^{^{1}}$ سناء شيخ : المرجع السابق ، ص 1

- المشرع في هذه المادة لم يفرق بين العقار والمنقول لل حيث اشترط في كليهما إذا كان وصية وجوب صبه في قالب رسمي لأن عبارة المادة جاءت عامة في قولها (تثبت الوصية) فهي على العموم تشمل العقار والمنقول عكس المعهود الذي جاءت به المادة على مكرر 1 في فرض الشكلية على التصرفات الواردة على العقارات فقط، فالوصية أوجب فيها المشرع الشكلية وضرورة إبرامها أمام موثق بصريح نص المادة 191 ق أ "... بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك " سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولا.

- ثاني أمر يستنبط من نص المادة المذكورة هو الاستثناء الذي جاء به المشرع في إثبات الوصية وهذا الاستثناء منوط بوجود مانع قاهر حال دون تمكين الموصي من التصريح أمام الموثق بوصيته فيسار إلى إثبات الوصية باستصدار حكم قضائي يثبت صحة الوصية ويؤشر بهذا الحكم على هامش أصل الملكية، وهذا فيه ردّ على من علل عدم لزوم الشكلية كركن في الوقف لأن المشرع جوز إثباته بالحكم القضائي فهذه الحالة استثناء منوط بوجود مانع قاهر فهو قياس مع الفارق، لاختلاف المُقاس والمُقاس عليه في الحالتين وصورة هذا الاستثناء أن تعاجل المنية شخص ما كان ينوي الوصية لشخص آخر فحضرت منيته وتعذر عليه الانتقال إلى الموثق وعند احتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات. في هذه الحالة فليس للموصى له إلا طريق العدالة في إثبات وصيته برفع دعوى أمام القضاء المختص بغية استصدار حكم يقضي له بصحة الوصية ويأمر بالتأشير بها على هامش أصل الملكية. أو لو كان شخص ما يركُب البحر بامُتِطَائه سفينة بحرية ففاجأه هيجان البحر واضطرابه فأدرك أنها النهاية.؟ فأبرق برسالة عن طريق الفاكس، أو

¹ عرِّف العقار قانونا في المادة 683 من القانون المدني التي تنص على: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ،....".و عرف المنقول في نفس المادة بمفهوم المخالفة كما يلي: ".. وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.." فكل شيء لا تتوفر فيه الخصائص المذكورة في العقار وهي الثبات في مكان واحدة والاستقرار وعدم المكانية النقل دون تلف فهو بالضرورة منقول.

بواسط الجوال حيث أعلم شخصين من معارفه وأشهدهما على وصيته لفلان، فليس للموصى له إلا طريق العدالة لإثبات حقه، كما قدمنا في الصورة الأولى.

فالأصل في الوصية أن تصب في شكل رسمي أمام موثق وبحضور شاهدين⁽¹⁾ حيث يحرر عقد بذلك من طرف الموثق، لكن رغبة من المشرع في منح فرصة للأشخاص وهم في حالة الاضطرار فوضع هذا الاستثناء في قبول الوصية غير المصرح بها أمام الموثق لكن اشترط أن يكون ذلك عن طريق القضاء في حق الموصى له. والحال كذلك بنسبة للوقف فبإحالة المادة 217 من قانون الأسرة على المادة 191 من نفس القانون في اثبات الوقف وصورة المادة 191 كما قدمنا فإن الوقف في مجال الإثبات يجرى عليه ما يجري على الوصية في هذا المجال

فيثبت الوقف كأصل عام، بموجب عقد رسمي يحرره موثق وهو الأصل، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية، شأنه شأن الوصية، ومنه ما يثبت بالتصريح يمكن أن يكون صحيحا قبل التصريح به أمام الموثق، لكن في حال الاستثناء فقط فعدم التصريح بالوقف بالطرق الرسمية التي ارتضاها القانون لا يبطله

أجاء في نص المادة 324 مكرر 3 قانون مدني ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " والملاحظ أن المشرع لم يشر إلى العقود الاحتفائية ما هي ولم يحددها مما جعل الأمر مبهما فما هي العقود الاحتفائية التي تتطلب حضور شاهدين؟ ونعتقد أن السادة الموتقين في الجانب العملي ينقل عن التشريع الفرنسي بالضبط عن المادة 9 من قانون فانتوز المعدل بالمرسوم المؤرخ في 1902/08/12 والتي تحدثت عن وجوب تحرير العقود الاحتفائية بحضور شاهدي عدل كما حددت العقود الاحتفائية بـ: الوصية والرجوع فيها، الهبة بين الأحياء والرجوع فيها، الزواج، الوكالات المرتبطة بتلك = =العقود، الهبة بين الأزواج، الإقرار ببنوة الولد الطبيعي، الترخيصات المتصلة بهذه العقود. مهم في نقلهم عن التشريع الفرنسي دون ذكر وتحديد العقود الاحتفائية قد جانبهم الصواب، فرغم تعديله للمادة 324 مكرر 3 قانون مدني التي كانت تتتاقض بين نصها العربي والفرنسي فرغم أن التعديل الجديد بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 جعل النص الفرنسي منسجم مع فرغم أن التعديل الجديد بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 جعل النص الفرنسي منسجم مع النوع العقود الاحتفائية يرجع إلى الشريعة الإسلامية ثم على العرف بنص المادة 01 من القانون المدني ولا يرجع إلى القانون الفرنسي.

ولكن يعطل وسيلة إثباته ابتداء مما يستوجب معه اللجوء إلى القضاء لإثباته بوسائل أخرى للحصول على حكم مؤشر به على هامش أصل الملكية.

ومن هنا يتبين أن العقد التوثيقي هو وسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار أو منقول على حد سواء كأصل والاستثناء مقرون بحالة وجود المانع القاهر.

فزيادة على الأركان العامة التي يُلزمها القانون حتى يكون التصرف صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية وهي: الإرادة، والمحل، والسبب فرض المشرع في عقد الوقف ركنا رابعا هو الشكلية. إذ الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية والشكلية استثناء لا بد من نص تشريعي يقررها إذ القاعدة بقاء الأصل على ما هو عليه، وقد قررت المادة 217 من قانو الأسرة الشكلية لعقد الوقف وهو ما أكد عليه صراحة نص المادة 41 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف حيث جاء فيها: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك، واحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف."

فيتبين من خلال نص المادة 217 أسرة، والمادة 41 أوقاف أن المشرع الجزائري قد أوجب توثيق الوقف بعقد رسمي لدا الموثق، سواء كان محله عقارا أو منقول. والرسمية ركن في عقد الوقف.

إلا أن نص المادة 35 من قانون الأوقاف جاءت بما يخالف ذلك ويُضاده، بنصها على جواز اثبات الوقف بجميع طرق الإثبات فجاء فيها:" يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون "

فهي جوزت اثبات الوقف بجميع طرق الإثبات¹ فحسبها يجوز إثباته بشهادة الشهود أو بالإقرار ... من طرف الواقف وغيرها. وهذا فيه تناقض كما ترى مع نص المادة 41 من قانون

والكتابة الرسمية أشرنا لها في المتن وهي الكتابة التي يخلع عليها المشرع هذه الصفة عن طريق إحاطتها بشروط معينة كتحديد صفة الشخص الذي يقوم بها ، فالمشرع الجزائري يعتبر الكتابة الرسمية تلك التي تصدر عن موظف عمومي أو ضابط عمومي مؤهل قانونا لهذا العمل كالقاضي والموثق والمحضر القضائي ومدير أملاك الدولة ...المادة 324 مدنى جزائري

ـ الكتابة العرفية وهي كل كتابة لا تكون رسمية ، أي أن كل كتابة ليست رسمية فهي عرفية إما بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل.

وأهمية التفرقة بين الكتابة الرسمية والكتابة العرفية تظهر من خلال أن المشرع يشترط في إثبات بعض التصرفات ذات الأهمية أو الخطيرة حسب المادة 333 مدني بالكتابة الرسمية وفي تصرفات أخرى يقبل حتى الكتابة العرفية.

الشهادة (البينة): وهي إخبار شخص من غير الخصوم في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها إثبات أو نفي حق لغيره ، فإذا طلب أحد الخصوم الإثبات بالشهادة وتوفرت شروطها الإجرائية والموضوعية فللقاضي سلطة تقدير في قيمة هذه الشهادة .

وما يجوز إثباته بالشهادة هو: - الوقائع المادية - التصرفات القانونية التي تساوي أو أوتقل عن مائة ألف (100.000) دينار جزائري المادة 338مدني مع مراعاة نص المادة 334 مدني - التصرفات القانونية ذات الطابع التجاري التي تقوم بين التجار مهما كانت قيمتها إلا ما استثني بنص خاص - التصرفات القانونية التي= اتفوق مائة ألف دينار جزائري بشرط وجود مانع أدبي أو مادي بين الدائن والمدين حال دون حصول الدائن على دليل كتابي - أو بشرط وجود قوة قاهرة أو سبب أجنبي أدى إلى فقدان الدائن لسنده المكتوب عموما المواد من 338 إلى 336 من القانون المدنى.

الإقسسرار: هو اعتراف أحد الخصوم أمام القاضي بواقعة مدعى بها عليه كما عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 341 من القانون المدني " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة". وهو حسب المادة 342 مدنى حجة قاطعة على المقر.

وهو نوعان إقرار قضائي وإقرار غير قضائي ، والفرق بين النوعين أن الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم بواقعة مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة ، أما الاعتراف غير القضائي فهو الاعتراف الذي يكون خارج إطار الدعوى المرفوعة عليه ، ويعتبر الاعتراف غير القضائي من قبيل القرينة فقط أي أنه لا يكون حجة قاطعة على المقر أي المعترف .

قيمة الإقرار القضائي: في الدعاوى المدنية الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر أي المعترف أي أن ما اعترف به من وقائع وتصرفات تكون حجة عليه ، والإقرار القضائي في المسائل المدنية غير قابل للتجزئة المادة 422مدني أما في المسائل الجزائية فإن الإقرار القضائي ليس حجة قاطعة على المقر بل هو مجرد دليل يخضع لرقابة وتقدير القاضي وذلك لطبيعة نظام الإثبات المعمول به في المسائل الجزائية .

القـــرائن: القرينة هي نتاج نشاط ذهني عقلي يقوم على الاستنتاج المنطقي يقوم به القاضي لاستخراج صحة أو عدم صحة ما يدعيه الخصوم انطلاقا من وقائع أخرى ثابتة لديه فهو استخلاص واقعة مجهولة من واقعة معلومة ، وهي عبارة عن ، كأن يستنتج القاضي أن الولد لا ينسب للمدعي عليه من واقعة أن المدعية قد ولدته بعد أربعة أشهر من

 $^{^{1}}$ وهي الوسائل التي حددها القانون للشخص كي يتمكن من اقامة الدليل على صحة ما يدعيه ، لذلك فإن طرق الإثبات هي أدلة الإثبات ، وفد نظمها المشرع الجزائري في المواد من 323 إلى 350 من القانون المدني والمواد من 70 إلى 193 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وتتمثل هذه الطرق أساسا في: الكتابة، سواء رسمية أو عرفية، البينة، القرائن، الإقرار، اليمين، الخبرة ، والمعاينة.

⁻ فالكت ابت : تعتبر من أهم طرق الإثبات ، هي عبارة عن تسلسل لحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تستنسخ عليها . (ورق - دعائم إلكترونية).

وتنقسم الكتابة إلى نوعين كتابة رسمية وكتابة حسب المادة 324 مدني إلى المادة326 عرفية من المادة 326 مكرر إلى 329 مدني.

الأوقاف التي أوجبت على الواقف تقييد وقفه بعقد لدى الموثق وهي تشير إلى التوثيق والرسمية فما المخرج من هذا التعارض وهل المشرع يتناقض مع نفسه في مسالة إثبات الوقف؟

الأمر ليس كذلك بل المشرع الجزائري يوجب وبإصرار توثيق عقود الأوقاف لذلك أوجب على الواقفين صب أوقافهم في قالب شكلي بموجب المادة 41 من قانون الأوقاف أهذه هي القاعدة والاستثناء متعلق بالأوقاف القديمة قبل صدور قانون الأوقاف 10/91 التي ليس لها سندات إثبات فقررت المادة 35 من قانون الأوقاف في حقها أن تثبت بجميع طرق الإثبات ودليل ذلك الفقرة 5 من المادة 8 من قانون الأوقاف التي جاء فيها "...الأملاك

=الدخول مع العلم أن أدن مدة للحمل هي 6 أشهر حسب المادة 42 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " أقل مدة للحمل سنة (6)أشهر وأقصها عشرة(10) أشهر والقرائن نوعان :

- قرائن قاتونية: وهي كل قرينة نص عليها المشرع صراحة مثال ما نص عليه المشرع على أن الأحكام القضائية التي حازت قوة الشيء المقضي فيه هي حجة فيما قضت به. المادة 338 مدني

- قرائن قضائية : وهي كل قرينة استخلصها القاضي من الوقائع استخلاصاً عقليا مقبولا متى كانت الواقعة مما يسمح بإثباتها بالقرائن ومثال ذلك أن يستنج القاضي من المعاينة المادية التي أجراها أن أوصاف السلع أو البضائع المودعة في المخزن ليست هي نفسها أوصاف السلعة والبضائع المتفق عليها في العقد ، لذلك فالقاضي يمكنه أن يستنتج الواقعة المجهولة من عدة مصادر كالمعاينة والخبرة القضائية والإقرار غير القضائي.

- طبيعة القرينة من حيث قوة الإثبات: أيضا نوعان:

ـأ- قرائن بسيطة: وهي كل قرينة تقبل إثبات العكس. ومثال ذلك القرينة المنصوص عليها في القانون المدني لصالح المستأجر والتي مفادها أن إثبات دفع أجرة شهر معين هو قرينة على أن الأشهر السابقة له مدفوعة.

- ب- قرائن قاطعة: وهي كل قرينة لا تقبل إثبات العكس، ومثال ذلك القرينة المستنبطة من قاعدة أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر لإثبات النسب الصحيح المذكورة في المادة 42 أسرة.

والمشرع هو الذي يحدد طبيعة القرينة فيما إذا كانت بسيطة أو قاطعة. حيث الأصل أن كل قرينة هي بسيطة ما لم يوجد نص يعطى قرينة ما الحجية القاطعة .

- اليمين: وهي احتكام صاحب الحق الذي يفتقد الدليل إلى ذمة وضمير ودين خصمه من أجل إثبات حقه فيوجه له اليمين بأن يحلف أمام القاضي بأنه غير مدين بالحق المدعى به عليه أو أنه صدر منه الفعل المعين أو لم يصدر ،ويجوز للقاضي منعها إذا كان طالبها متعسفا المادة 343 مدني فإذا حلفها خسر خصمه دعواه وإذا رفض أداءها ثبت الحق لخصمه ، وإذا ردها على صاحبها بشرط أن تكون الواقعة مشتركة بينهما فذا أداها ثبت لهذا الأخير أما إذا رفض أداءها خسر هذا الأخير دعواه وهي أنواع:

أ- اليمين الحاسمة: وهي اليمين التي يطلبها الخصم الذي يفتقد الدليل في إثبات ما يدعيه ويشترط فيها عدم التعسف ويشترط أن تكون فيما لا يخالف النظام العام ويجوز توجهها في أي مرحلة كانت عليه الدعوى. وتكون عند افتقاد الدليل بالكامل.

- ب- اليمين المتممة: وهي اليمين التي يوجهها القاضي للمدعي من تلقاء نفسه وبناء على تقديره بأن ما قدمه المدعي من أدلة غير كاف للإثبات و لجعلها كافية له أن يتمم اثباته بأداء اليمين المتممة، ودور هذه اليمين تعزيز قناعة القاضي حسب المادة 348 مدنى، فهذا النوع من اليمين يثيره القاضى حتى ولو لم يطلبه أحد الخصوم.

أيذهب بعض الكتاب إلى أن نص المادة 35 لا ينطبق حكمها إلا على منقول؟ وهو قول لا دليل عليه فنص المادة جاء فيها "يثبت الوقف .." ولفظة وقف جاءت عامة لم تفرق بين المنقول والعقار فكيف فهم منها أنه تخصص للمنقول؟ فهو تَحمِل للنص ما لا يحمل أنظر الأستاذ حمدي باشا عمر، عقود التبرع، دار هومة،2004،الجزائر، ص86.

التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول ومن الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار .. " فالأمر متعلق بشهادات أشخاص وهو إثبات بشهادة الشهود كما أن الشهادة متعلقة بعقارات والدليل لفظة (وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار، وتطبيقا لذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها. حيث يُحدث هذا المرسوم ما يسمى بوثيقة الأشهاد المكتوب لإِثبات الملك الوقفي إذ توجب المادة 5 منه أن تستند هذه الوثيقة إلى شهادة أكثر من أربعة شهود بأن العقار الفلاني وقفا بالاعتماد أنهمم من قاطني المنطقة منذ تواريخ قديمة وأنهم يشهدون على أن العقار المعنى وقفا إما لعلمهم أن صاحبه أوقفه أو الأنهم يشهدون أن العقار المعنى مُورسَت فيه العبادة كمسجد أو كمدرسة قرآنية أو كزاوية .. (كوقف على العموم) منذ القدم، بعد التصديق على شهادتهم 1 أمام المصالح المعنية (شبابيك البلديات المعنية بالتصديق على التوقيع و الوثائق)، بعدها تُصدر مديرية الشؤون الدنية المعنية (التي يقع العقار ضمن اختصاصه المكاني) وثيقة تسمى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، وفق نموذج محدد صادر بموجب القرار المؤرخ في 26/ 05/ 2001 يحدد شكل ومحتوى الشهادة الخاصة بالملك الوقفي ملحق بهذا المرسوم وتخضع هذا الشهادة إلى إجراءات التسجيل والشهر حسب المادة 6 من المرسوم المذكور.

فالحالة العادية في قبول الوقف حسب المادة 41 من قانون الأوقاف أن يصرح به أمام موثق وتحرير عقد بذلك لكن إن وجدت أوقاف معلومة بأي حال 2 أنها وقف في أي زمن سواء قبل صدور قانون الأوقاف أو في نطاق سريانه وليس لها ما يثبتها (سند إثبات) فالحل الذي تتبناه المادة 35 من قانون الأوقاف أن تُثبت وقفيته بأي وسلة كانت، ذلك

 $^{^{1}}$ صدر بموجبها ملحق يبين شكل وثيقة الإشهاد تابع للمرسوم 336/2000. تسمى وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفى. أنظر الملحق رقم 1

 $^{^{2}}$ كعقار تؤدى فيه الصلاة كمسجد وليس له سند يثبت أنه وقف أو مقبرة يدفن فيها موتى المسلمين ولا دليل على وقفيتها أو بئر يسقى منها ولا دليل على وقفيتها لكن يعلم عرفا متناقل أفها وقف.

لقداسة الأوقاف من جهة ودورها الاجتماعي والخيري والتكافلي من جهة أخرى وكونها عمل بر دائم يرجى ثوابها عند رب البرية.

فالإثبات بالسند الرسمي في حق الوقف، ذو طبيعة خاصة. حيث يفرض ابتداء ولا يؤثر تخلفه انتهاء، جلبا للمصلحة، وذرأ للمفسدة، واحتراما للقداسة.

وبذلك فإن الأوقاف القديمة التي ابرمت قبل صدور القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف تخضع إلى كل طرق الإثبات فيثبت بالكتابة، وشهادة الشهود، وغير ذلك من طرق الإثبات ، نتناول أهمها فيما يلي:

أولا: إثبات الوقف بالعقود العرفية

السندات العرفية هي تلك المحررات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل إثبات تصرف قانوني ويتم توقيعها من طرف المتعاقدين وحدهم والشهود إن وجدوا من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص، إذ تتص المادة 327 من القانون المدني على : "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ..." ويثبت بها تصرفا قانونيا، أ تتضمن وقفا أو إقرارا بوقف أو إثبات استحقاق وقفي أو شرطا من شروط الوقف، فكلها تدل على وقفية العين المتعلق بها الوقف، ومن المعلوم أن المشرع الجزائري قد فرض في العمليات

أو هي نوعان ، ذات حجة في الإثبات ومن لا حجة لها في الاثبات (العقاري) ، فالأولى تكون حجة في الإثبات بين طرفي العقد العرفي أنفسهم و في حق الغير كالخلف الخاص، الدائن ، الحائز ، الدائن المرتهن ، الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات أو ما يعرف بالدعوى البوليصي، ولا بد أن يتوفر على تاريخ ثابت وهوما قررته المادة 328 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: " لا يكون العقد العرقي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء: من يوم تسجيله من يوم ثبوت مضمونه في عقد أخر حرره موظف عام – من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء".والثانية من ليس لها تاريخ ثابت بمعايير المادة 328 مدني.

الواردة على الحقوق العينية وجوب إفراغها في سندات رسمية يحررها ضابط عمومي هو الموثق كما أسلفنا وهذا ما دلت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 30 من قانون التوثيق الجديد.

إلا أن المشرع اعترف بحجية العقد العرفي المبرم في فترة زمنية محددة حيث جعل الفيصل في ذلك تاريخ 1971/01/01 فالعقد العرفي المبرم قبل هذا التاريخ في مجال إثبات الحقوق العينية يؤخذ به وتكون حجيته مثل السند التوثيقي أما السندات العرفية المبرمة بعد هذا التاريخ فلا يعتد بها في هذا المجال.

ولأن المحرر أو السند العرفي يقوم بتحريره وإعداده الأطراف أنفسهم أو بواسطة كاتب ويتم توقيعها من قبل الأطراف وحدهم أو بإضافة الشهود لكن دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مخول قانونا إصدار مثل هذه المحررات ومثاله الموثق فإنه لا يمكن التأكد من تاريخ هذا السند العرفي إلا وفقا للحالات التي نصت عليها المادة 328⁽¹⁾ من القانون المدني بالنص على " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم نسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام
 - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء ".

¹ أنظر المذكرة رقم 6124 المؤرخة في 1995/12/17 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية ردا عن استفسار جاء من المحافظ العقاري لولاية تبسة حول طريقة إثبات العقود العرفية، حمدي باشا عمر: حماية الملكية العقارية الخاصة، ص 19 هامش.

إذن يكون تاريخ السند العرفي ثابتا وفقا لأربع طرق(1)

1-: أولها: أن يكون مسجلا لدى مصلحة التسجيل والطابع

حيث يكون تاريخ تحرير هذا السند العرفي هو تاريخ تسجيله ومن تم كان للتسجيل دور إثباتي بالنسبة للعقد العرفي في الفترة الممتدة قبل جانفي 1971 تاريخ العمل بقانون التوثيق رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 الذي نص صراحة على بطلان العقد العرفي في مجال نقل الملكية العقارية والحقوق العينية بطلانا مطلقا.

2: الحالة الثانية: من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام

وذلك بضهور مضمون المحرر العرفي في عقد آخر حرره موظف عام مثل ذكر السند العرفي ومضمونه في الفريضة التي يحررها موثق مع حصر أملاك التركة ومن ضمنهم ملكية ما وسيلة اثباتها عرفية مشار لها في هذا السند الذي يحصر مشتملات التركة فيؤشر عليها بما يفيد تقديمها أو إرفاقها بأوراق أخرى و يضع تاريخا لذلك، فيكون هذا التاريخ تاريخا ثابتا للورقة. بشرط أن يكون قبل الفاتح من جانفي سنة 1971 تاريخ سريان وجوب الإثبات بالرسمية.

وتجدر الإشارة إلى أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفده إثبات التاريخ كما ذكرنا فقط أما مضمون العقد العرفي فيبقى بعيدا عن الرسمية حتى يتدخل الموثق حيث يتعين على أطراف العقد العرفي اللجوء إلى موثق ليحرر عقد إيداع بشأن المحرر العرفي المعني تم يشهره بالمحافظة العقارية المختصة لأن هذه العقود أعفيت من الإشهار المسبق⁽²⁾ الذي كان مفروض بحكم نص المادة 88 من المرسوم 63/76

 $^{^{1}}$ نبيل إبراهيم سعد وهمام محمود الزهران: ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، نشر دار الجامعة الجديدة، مصر 2001، ص 230 وما بعدها.

² نصت المادة 88 من المرسوم 76/63 على: لا يمكن القام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حال عدم وجود اشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي ..."

المذكور أعلاه أما العقد العرفي غير ثابت التاريخ فلا يمكن إثبات حجيته إلا عن طريق القضاء وهذا ما أكده القرار القضائي الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 198/674 مؤرخ في 2000/04/26 غير منشور (1).

كذلك أكدت هذا الأمر المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1251. 1251.

وأهم ملاحظة يجب ذكرها هي أن المادة 351 من قانون التسجيل رقم 1987/105 كانت تحظر تسجيل العقود العرفية بمصالح التسجيل والطابع قبل سنة1983 لكن هذه المادة ثم إلغاؤها بموجب المادة 178 فقرة 06 من قانون المالية التكميلي لسنة 1983 فعُمِل بتسجيل العقود العرفية مدة من الزمن إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 1992 حيث أعيد تفعيل محتوى المادة 351 من قانون التسجيل بموجب المادة 63 من قانون المالية المذكور حيث أبعد العمل بتسجيل العقد العرفي الوارد على العقارات، والحقوق العينية إلى اليوم.

-3الحالة الثالثة: من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

قد تقدم الورقة العرفية إلى موظف عام مختص أثناء تأدية وظيفته مثل عون بالبلدية ، أو إلى شخص مكلف بخدمة عامة مثل تقديم المحرر العرفي لضابط شرطة أثناء التحقيق الابتدائي في قضية ما فيؤشر عليه فيكون تاريخ التأشير هو تاريخه المعتبر قانونا ،أو تقديم المحرر العرفي لكاتب ضبط أثناء سير قضية ما فيؤشر على هذا المحرر العرفي وقد يؤشر عيه القاضي كمحرر استخدم لذى المحكمة فإذا كان تاريخ

أحمدي باشا عمر: مرجع سابق، ص 24 نقلا عنه.

التأشير عليه قبل تاريخ 1971/01/01 تاريخ دخول سريان وجوب الإثبات بالرسمية في مجال الملكية العقارية والحقوق العينية .

-4:الحالة الرابعة: من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء ".

وبالطبع الذي له خط أو إمضاء هو إما كاتب المحرر العرفي وقد يكون أحد طرفيه مثلا البائع أو المشتري وقد يكون شخص آخر أما من له عليه إمضاء فهم الأطراف مثلا في عقد هبة عرفي طرفاه هما الواهب والموهب له والشهود فإذا وافت المنية أحد ممن له خط أو إمضاء على المحرر العرفي وكانت وفاته قبل تاريخ 1971/10/01 كان المحرر العرفي مقبول للإثبات وتاريخه هو تاريخ وفاة من له عليه خط أو إمضاء

والخلاصة أن السندات العرفية المتضمنة معاملة عقارية وحقوق عينية مرتبطة بها يمكن الاحتجاج بها إذا كان لها تاريخ ثابت وذلك بتسجيلها لدى مصلحة التسجيل والطابع أو وفقا لما دلت عليه طرق المادة 328 من القانون المدني بشرط أن تكون تواريخ هذه العقود والسندات العرفية قبل 1971/01/01 ما بعد هذا التاريخ وهي مرحلة سريان أحكام الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق فلا حجة للعقد والسند العرفي⁽¹⁾ لأن المادة 12 من هذا الأمر أوجبت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية أو المتضمنة حقوق عينية تحت طائلة البطلان المطلق وهذا ما تأكد في قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا رقم 136/156 المؤرخ في 136/156 المؤرخ المحكمة العليا رقم 136/156 المؤرخ المطلق وهذا ما تأكد في قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا رقم 136/156 المؤرخ المطلق المحكمة العليا رقم 136/150 المؤرخ المحكمة العليا المحكمة العليا الفضائية لسنة المحكمة العليا المحكمة المحكمة العليا المحكمة الفضائية المنتبة لسنة المحكمة العدد 01 ص 10.

وبإسقاط هذه الحالات على عملية إثبات الوقف بالمحرر العرفي تبرز مرحلتين مهمتين هما:

 $^{^{1}}$ تستثني المادة 89 من المرسوم $^{63/76}$ مثل هذه العقود من الإشهام المسبق المفروض بنص المادة 88 من المرسوم 1

أ-: المرحلة الأولى: العقود العرفية المتضمنة أوقاف الصادرة قبل بدء سريان قانون التوثيق 91/70:

فالعقود العرفية المتضمنة أوقاف و المبرمة قبل بدء سريان قانون التوثيق تعتبر عقود صحيحة إذا كان لها تاريخ ثابت قبل أول يناير 1971، بتوافر إحدى الحالات التي نصت عليها المادة328 مدنى، لأن تسجيل العقد العرفي كما سبق التطرق له لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفده إثبات التاريخ فقط أما مضمون العقد العرفي فيبقى بعيدا عن الرسمية لذلك تودع هذه المحررات في المحافظة العقارية2 من أجل إشهارها ولو لم تكن مشهرة من 123/93 قبل 2 ، وهو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 89 من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 1993/05/19 المعدل والمتمم للمرسوم 63/76 المؤرخ في 26/03/26 المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث جاء فيها: "تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه... عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971". وتنص الفقرة الأولى من المادة 88 من نفس المرسوم: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ..."، وهذا ما يجسد مبدأ الرضائية الذي كان يسود ويطبع المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية. وأما بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ، فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء، حيث يجب على القاضي وقبل تثبيت صحة هذه العقود أن يتأكد من تاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار الغرفة العقارية في قرارها المؤرخ في

الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجزء الأول - الزواج والطلاق- ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004، ص17 2 لقد أكد القضاء الجزائري في قراره رقم 194437 المؤرخ في 2000/04/26 على اختيار المشرع الجزائري لنظام الإشهار العيني الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا فجاء فيه: ".. وحيث فضلا عن ذلك فإن المشرع وفي مجال المحافظة العقارية إنما اختار النظام العيني لا الشخصي" المجلة القضائية، للمحكمة العليا ، العدد الأول ، 2000، ص 159.

العرفية من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد المدار الذي على ضوئه يعتبر المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لجميع أثاره أو باطلا بطلانا مطلقا 1 .

ب-: المرحلة الثانية: العقود العرفية الوقفية الصادرة بعد دخول قانون التوثيق 91/70 مرحلة سريان:

إذ تعتبر العقود العرفية المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بعد تاريخ 1971/01/01 باطلة قانونا بموجب. المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، نقلت حرفيا من نص المادة 12 من الأمر 91/70 وبخصوص العقود العرفية الوقفية فاستتادا إلى ما ذكرنا فإن أن العقود الوقفية العرفي المبرم بعد صدور قانون التوثيق و دخوله حيز التنفيذ بتاريخ التوثيق والتي تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات الواردة على العقارات أو الحقوق التوثيق والتي تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات الواردة على العقارات أو الحقوق العينية المرتبطة بها إلى أن نص المادة 35 من قانون الأوقاف يخصص الأملاك الوقفية العقارية بأنها تثبت بجميع طرق الإثبات كما سطرناه سابقا وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 234655 الذي ينص على:" من المستقر عليه على أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا. ومتى تبين في قضية الحال أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي،

القرار رقم 197347 المؤرخ في 2000/06/28، نقلا عن عمر حمدي باشا: حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، 25

² قرار المحكمة العليا رقم 234655 المؤرخ في1999/11/16 نقلا: عن عمر حمدي باشا: القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائم، 2009، ص 286.

فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطئوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي".

أن عدم إفراغ العقد العرفي في شكله الرسمي لا يؤدي إلى إلغاء الحبس، وهو تأكيد على أن التصرف الوقفي قبل سريان قانون الأوقاف 10/91 لا يخضع للرسمية كما سطرته المادة 41 من نفس القانون.

وفي خلاصة يمكن القول أن العقد العرفي هو إحدى الوسائل المعتبرة لإثبات التصرفات الوقفية عدا إذا قام دليل آخر أقوى منه ينفيه، وهو ما تتبناه المادة 35 من قانون الأوقاف. لكن يبقى العقد الرسمي له قوة إثبات قانونية دامغة لا تضاهى لاسيما والواقع يشهد بأن العديد من الأوقاف كثيرا ما تضيع ، أو قد تخفى حقوق المستحقين في المال الموقوف لعدم إمكان إثباته بعد وفاة الواقف فمع مرور الزمن و غياب الوازع الديني وقلة ارتباط الناس بدينهم وخراب الذمم والضمائر كثيرا ما يلجأ بعض الورثة إلى إخفاء أي دليل على الوقف.

ثانيا: إثبات الوقف بالعقد الإداري:

قد يثبت التصرف الوقفي بالعقد الإداري، كحالة تحويل الأملاك التابعة للدولة أو فرعها والمخصصة للمساجد والمشاريع الدينية من طرف مدراء أملاك الدولة أو

رؤساء البلديات وفي هذا الإطار حددت المذكرة رقم 10902 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية شروط تسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد وملحقاتها والمدارس القرآنية بواسطة عقود

انظر المذكرة رقم 10902 المؤرخة في 2009/10/13، الصادرة من المدير العام للأملاك الوطنية المتضمنة تسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد وملحقاتها و/أو المدارس القرآنية.

إدارية تنقل ملكيتها إلى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وذلك باعتبارها تابعة للأملاك الخاصة للدولة. تطبيقا لأحكام المادة 43 1 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والمادة 4 من المرسوم النتفيذي رقم88/381 المؤرخ في 1989/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها وكيفيات ذلك 2 إذ تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 381/98 على أنه: " تتم عملية التسوية بنقل ملكية الأراضي المنصوص عليها في المادة 3 أعلاه، بمقابل رمزي يخصم من حساب الأوقاف العامة لفائدة المالك الأصلي طبقا لأحكام المادة 43 من القانون رقم 19/11 المؤرخ في 1991/04/24 و المذكور أعلاء" حيث تنقل ملكيتها بموجب عقد إداري صادر عن المديرية الولائية لأملاك الدولة 43 وكذلك العقود الإداري الناقل للملكية.عقود إرجاع الأملاك الوقفية التي تم تأميمها من خلال الأمر رقم 17/17 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن قانون الثورة الزراعية 5 وقد تضمنت المذكرة رقم 1902نموذجا لهذه العقود .

ويتم هذا العقد بتوافر عدة شروط هي:

 1 تنص المادة 43:" تستفيد السلطة المكلفة بالأوقاف من دفع الثمن بالدينار الرمزي للقطع الأرضية التي تشيد فوقها المساجد إذا كانت هذه القطع من الأملاك الوطنية.... "

 $^{^{2}}$ الجريدة الرسمية العدد 2 اسنة 2

 $^{^{8}}$ نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 8 381/98 على:" تسوى ضمن الأوقاف العامة كل وضعية أرض وقف خصصت لبناء المساجد أو المشاريع الدينية و ملحقاتها، طبقا لأحكام المادتين 8 و 43 من القانون 10 10/91 المؤرخ في 10 1991/04/27 و المذكور أعلاه ".

⁴ كثيرا ما تعرض أمام المحاكم سندات وبعض القرارات الإدارية معتبرين إياها تصرفاً ناقلا للملكية و سندات ملكية صحيحة وهي ليست كذلك مثل: قرارات التخصيص، ومداولات المجلس الشعبي البلدي، وقرار رئيس البلدية أو الوالي، و حتى محاضر تعيين قطع الأراضي المخصصة لإنجاز مشاريع دينية...وفي الواقع كل هذه القرارات ليست سندات ملكية وإن كان بإمكانها أن تشكل إثباتا لتعامل صحيح تم بين الإدارة والمستفيد لكنها لا تنقل الملكية، ولتكون كذلك يجب أن تفرغ في شكل عقود رسمية ناقلة للملكية يحررها مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة والجماعات المحلية أو الموثق إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه كما هو الحال بالنسبة للوكالات العقارية المحلية. (الوكالة العقارية الولائية لتنظيم وتسيير العقارين الحضريين) وليحتج بهذه العقود على الغير فيجب أن يتم تسجيلها وشهرها في المحافظة العقارية للاحتجاج. انظر : عمر حمدي باشا: نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، مرجع سابق ص 53.

⁵ الجريدة الرسمية العدد 97 لسنة 1971.

- طلب التسوية مقدم من طرف المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف.
- نسخة من قرار تخصيص ¹ القطعة الأرضية لفائدة إدارة الشؤون الدينية والأوقاف، في حينها
 - نسخة من المخطط الطبوغرافي،
- وشهادة إدارية معدة من المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف يعلن بموجبها أن مشروع إنجاز المسجد وملحقاته أو المدرسة القرآنية قد أنجز، أو عرف على الأقل الانطلاق في الأشغال ونسخة من وصل تسديد بالدينار الرمزي على مستوى مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليميا بناء على تقرير التقييم المعد من طرف مصالح مديرية أملاك الدولة المحدد للقيمة التجارية لقطعة أرض موضوع هذا العقد وذلك عملا بنص المادة 43 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.

1 حسب الشيخ وهبة الزحيلي رحمه الله أن مديريات أملاك الدولة المختصة وتسهيلا لإقامة مشروع ديني وقفي عام كبناء مسجد أو مدرسة قرآنية تلجأ إلى تحرير عقودا من أجل تخصيص أوعية عقارية لاحتضانها لكن قد لا تسمى وقفا بل تسمى "تخصيصا أو إرصاداً" وهو أمر جائز شرعا كون الواقف لا يملك وقد جسدت المادة 5من قانون الأوقاف ذلك انظر وهبة الزحيلي ، رؤية اجتهادية في المسائل الفقهية المعاصرة للوقف، ط 1، دار المكتبي دمشق، سورية، 1997 ص 39-40 .

وأخذ المشرع الجزائري بذلك جعلا هذا النوع من المحررات الإدارية (التخصيصات) تساهم في إثبات الأوقاف العامة خاصة المسجدية بنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 81/81 المؤرخ في 81/03/23 المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسييره وتحديد وظيفته (ج. ر العدد 16 لسنة 1991) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 1982/11/30 المؤرخ في 1991/09/28 (ج. ر العدد 45 لسنة 1991) وبالمرسوم التنفيذي 92/437 المؤرخ في 1992/11/30 (ج. ر العدد 45 لسنة 1991) التي جاء فيها: "يجب تخصيص مساحات لبناء المساجد في كل مخطط عمراني تضعه الدولة أو الجماعات المحلية لكل تجمع سكاني جديد على أن تدفع قيمة المساحة بالدينار الرمزي". ويتم ها التخصيص بنفس القواعد المنصوص عليها في القانون 90/30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية لاسيما المادتين 84 و 85، والتخصيص حسب تعريف المادة 82 منه هو استعمال ملك عقاري أو منقول يملكه شخص عمومي في مهمة تخدم الصالح العام يوضع أحد الأملاك الوطنية الخاصة – التي تملكها الدولة أو الجماعات المحلية – تحت تصرف دائرة وزارية أو مصلحة عمومية أو مؤسسة عمومية تابعة لأحدهما لأداء المهمة المسندة إليها. (ج. ر العدد 52 لسنة 1990).

وبعد استيفاء هذه الشروط واستكمال الإجراءات يحرر عقد نقل الملكية العقارية في نسختين بين كل من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية المعنية كطرف مستقيد، ومدير أملاك الدولة للولاية المعنية كطرف ممثل للدولة، وتتسلم الأوقاف (مديرية الشؤون الدينية المعنية) نسخة منه ويحتفظ بالنسخة الأخرى بالمحافظة العقارية مستكملا لشروط التسجيل والإشهار المبينة في نموذج العقد الإداري الملحق بالمذكرة رقم 10902 المتضمنة نموذج عن العقد الإداري الناقل للملكية وللإشارة فهو خاص فقط بنقل ملكية القطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والمخصصة حصرا لبناء المساجد وملحقاتها أو المدارس القرآنية و المكتبات التابعة للمساجد ، وقاعات المحاضرات التابعة للمدارس القرآنية كما أنه وسيلة تهدف إلى عملية تحيين الجدول العام للأملاك الوطنية على المستوى الوطني والمرتبط بالقانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المعدل والمتمم والمتضمن قانون الأملاك الوطنية. وبذلك يعتبر هذا العقد الإداري دليلا على ثبوت ملكية هذه القطعة الأرضية لصالح وزارة الشؤون الدينية ممثلة في مديرية الأوقاف على المستوى الولائي وهو مدير الشؤون الدينية الولائي، وبهذا يدخل العقار ضمن الأملاك الوقفية العامة المصونة وفقا لنص المادة الثامنة(8) من قانون الأوقاف 10/91. دون أن ننسى الإشارة إلى وثيقة الأشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي والتي صدر بموجبها المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها. حيث يُحدث هذا المرسوم ما يسمى بوثيقة الأشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وهي بمثابة شهادة إدارية سبق التطرق لها في موضوع توثيق الوقف.

ثالثا: إثبات الوقف بالعقد القضائي:

إن العقد القضائي ¹ محرر يقوم بإعداده أعوان القضاء وكتاب الضبط بناء على أحكام أو قرارات قضائية، فالحكم الصادر من الجهات القضائية هو بمثابة سند رسمي بوزن العقد الرسمي المحرر من قبل موثق إذا جاء في المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: "يكون للحكم حجية العقد الرسمي...."و لذلك صور عدها القانون كان فيها الحكم القضائي قائما مقام العقد التوثيقي منها، الحكم القضائي بقسمة عقار مشاع إذ تنص المادة 727 من القانون المدني على " تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكم بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز ". فالشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني وللخروج من حالة الشيوع الاختياري يعرض

القانون طريقين طريق ودي رضائي ونصت عليه المادة 723 من القانون المدني وطريق ثاني قضائي يلجأ له الأطراف عند تعذر القسمة الودية ونصت عليه المواد 724 إلى 727 من القانون المدني وما يعنينا هو الطريق الثاني القضائي لأن حكم المحكمة في هذه الحالة يكون بمثابة عقد للملكية. كذلك نصت المادة 714 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يعتبر محضر البيع برسو المزاد سندا تنفيذيا... " فالمادة صريحة في اعتبار الحكم القضائي الصادر برسو المزاد على شخص ما يعتبر سندا للملكية وعدد القانون حالات أخرى يكون فيها الحكم القضائي بمثابة سند للملكية يستتبع إيقاع الإجراءات الموالية عليه من تسجيل وشهر منها الحكم القضائي الذي يقوم مقام العقد في حالة نكول الواعد عن إتمام إجراءات البيع حسب المادة 72 من القانون المدني، الحكم القضائي بثبوت حق الشفعة حسب المادة 803 ق م الحكم الصادر عن القضاء المصرح بالشغور والحاق التركات الشاغرة بأملاك الدولة حسب المواد 48، 51، 52 من القانون 0/90

¹ حسب القاضي عبد الحفيظ بن عبيدة فإن العقود القضائية (القرارات القضائية)هي محاضر تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بالمنازعات القضائية سميت مجازا عقودا في قوانين المالية وقوانين مختلفة. انظر عبد الحفيظ بن عبيدة إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية في التشريع الجزائري والمقارين، دار هومه، الطبعة 7 الجزائر، 2011، ص .68

والمواد من 173إلى 179 من المرسوم التنفيذي 12/427.أما في مجل الأوقاف فمثاله الحكم الصادر بإثبات أحقية الموقوف عليه بالانتقاع بالعقار الموقوف، أو الحكم المتضمن قسمة قضائية في حالة وقف المال المشاع كما تحدده المادة 11 من قانون الأوقاف. كذلك ما جاءت بها المادة 16 من قانون الأوقاف إذ تجوز للقاضي الغاء الشروط التي تنافي مقتضى اللزوم في الوقف إذ رفع النزاع للقضاء من طرف مديرية الشؤون الدينية المعنية. كذلك إذ حدث نزاع بين الموقوف عليهم حول الأنصبة المستحقة لكل منهم. وكذلك وقف المجنون جنون متقطع فيثبت ذلك أمام القضاء...

الفرع الثاني: تسجيل عقد الوقف

أوجبت المادة 41 من قانون التوثيق على الواقف تقييد عقد الوقف لدى الموثق وتسجيله وشهره فهي تشير إلى أن العقود الرسمية يصدرها موثق فاستتادا إلى قانون التوثيق رقم 02/06 خولت المادة 03 منه الموثق تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية كما أوجبت المادة 10 منه على الموثق تسجيل العقود التي حررها فنصت الفقرة الأولى منها على: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا.. ".

ألقت هذه المادة عبء التسجيل على عاتق الموثق كما نصت المادة 75 من قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر رقم 105/76 يتضمن قانون التسجيل (هذه المادة) المعدلة بموجب المادة 116 من قانون المالية لسنة 1985 على: " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم... ".

حيث يفهم من عبارة المادة الأولى " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا " أن الموثق هو المكلف بتسجيل العقود التي حررت في مكتبه من طرفه وأنه هو الوحيد المسؤول عن ذلك وقد خصصت المادة 58 من قانون التسجيل في فقرتها 1 بالذكر العقود التي تتناول نقل حق الانتفاع للأموال العقارية بوجب التسجيل والوقف كما هو معلوم ينقل حق الانتفاع دون الملكية كما سطرته المادة 17 و 18 من قانون الأوقاف وهناك نصوص أخرى في قانون التسجيل تدلل على ذلك منها نص المواد ، 60، ، 93 فبعد أن يحرر الموثق ورقة العقد وفقا للشروط المتطلبة قانونا والسالفة الذكر يقوم وجوبا بتسجيل العقد (1) لدى مصلحة التسجيل والطابع على مستوى مديرية الضرائب (2) وذلك حتى تحصل الدولة رسوم التسجيل إذ أن للتسجيل وظيفة جبائية كما أن له وظيفة إثباتية ويجب إنجازه في آجال لا ينبغي تجاوزها تحت طائلة العقوبة في حق الموثق.

أولا: مكان تسجيل عقد الوقف:

القاعدة في مكان التسجيل أن يكون في مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد. وهذا ما حمله نص المادة 75 من قانون التسجيل بنصها على:" لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم"

وإذا كانت عقد الوقف قد أبرمت في الخارج فإن تسجيله يجوز أن يتم في جميع مصالح التسجيل داخل الوطن دون تمييز، وهذا ما نصت عليه المادة 78 من قانون التسجيل التي جاء فيها " يمكن تسجيل العقود المبرمة في الخارج في جميع مصالح التسجيل بدون تمييز " علما أن الوقف يسري عليها قانون جنسية الواقف حسب الفقرة الثانية من نص المادة 16

أ بورويس زيدان (موثق) مقال بعنوان: الطرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الجزائر، العدد
 07 جوان وجويلية 2002، ص 38.

² أنظر الباب الرابع من قانون 105/76 تحت عنوان المصالح المختصة بتسجيل العقود ونقل الملكيات.

من القانون المدني "... ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما ". إلا أن الوقف لو كان محله عقارا خضع لقانون الدولة المتواجد بها العقار حسب نص المادة 17 ق م وهذا يعني خضوع الوقف من حيث أحكامه لقانون الواقف، أما من حيث موضوعها إذا كان عقارا يخضع لقانون الدولة المتواجد به العقار.

ثانيا: آجال تسجيل عقد الوقف:

يحكم عقد الوقف في آجال تسجيله ما يحكم العقود عامة حيث نصت المادة 58 من قانون التسجيل على ذلك فجاء فيها " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه."

فالمادة 58 وحدت آجال تسجيل العقود التي يحررها موثق وجعلت المدة الممنوحة لذلك هي شهر واحد من تاريخ إصدارها وتحريرها من طرف الموثق.

كذلك الوقف يسجل وجوب في مدة لا تزيد عن شهر واحد ابتداء من تاريخ تحرير عقده وامضائه من طرف الواقف والشهود وختمه بختم الموثق تحت طائلة عقوبة الموثق ماليا.

كما ننوه أن المشرع الجزائري قد أعفى الأملاك الوقفية من رسم التسجيل² طبقا لنص المادة 240 في البند 8 من قانون التسجيل إذ جاء فيها " تعفى أيضا من رسوم التسجيل نقل الملكية مجانا مايلي: 8 أملاك الوقف....كما حددت ذلك أيضا المادة 44من قانون الأوقاف 10/91 كل ذلك تشجيعا وتوسيعا لأعمال البر والخير والتضامن والتكافل داخل المجتمع.

87

_

¹ ملغاة بموجب المادة 15 من قانون المالية لسنة 2004.

ولا ننسى أن المشرع قد أوجب بنص المادة 41 من قانون الأوقاف 10/91 على المصالح المكلفة بالسجل العقاري (مديرية التسجيل والطابع) إبلاغ مصالح الشؤون الدنية المعنية على مستوى الولاية بالأوقاف المسجل وذلك بتحويل نسخة من عقد الوقف المسجل لها.

الفرع الثالث: شهر عقد الوقف

جاء في نص المادة 15 من الأمر رقم 74/75.ما يلي: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية... ".فيفهم من هذا النص أن الوقف العقاري يجب شهره تحت وطأة عدم الاعتداد بالتصرف مطلقا ما لم يشهر الواقف وقفه والقرينة لفظية هي (عبارة وكل حق عيني أخر يتعلق بعقار) ومن المعلوم أن حق الموقوف عليه وارد على الانتفاع إما على عقار أو منقول لذلك نصت المادة 16 من نفس الأمر على " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".فالأمر متعلق بالحقوق العينية ولا شك أن حق الانتفاع في الوقف لصالح الموقوف عليه هو حق عيني.

فحسب هذين النصين يكون الوقف غير المشهرة كأنها غير موجودة وتبقى ملكية العقار الموقوف على ذمة الواقف ولورثته من بعده ولا ينتقل للموقف عليه حق الانتفاع ولا يكون له عليها أي حق

فالإجراءات القانونية السابقة كلها من توثيق وتسجيل وحتى الأركان من رضا وأهلية ومحل وسبب وغيرهم لا أثر لهم في انتقال حق الانتفاع بالعقار الموقوف إلى الموقوف عليه ولو



كانت كلها صحيحة ما لم يشهر عقد الوقف العقاري لأن الشهر وحده هو الناقل للأثر العيني⁽²⁾ وهو الذي يحقق انتقال حق الانتفاع بالعقار من الواقف إلى الموقوف عليه فقد جاء في نص المادة 793 من القانون المدني ما يلي: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ".

فالمادة صرحت بلفظة المتعاقدين فالأمر متعلق بالعقود، والوقف كما سبق البيان عقد. حسب المادة 4 من قانون الأوقاف.

لذلك لا تنتقل فيها ملكية العقار أو حق الانتفاع بالعقار إلا بالشهر، وهو ما دلت عليه كذلك المادتان 15 و 16 من الأمر 74/75 حيث.

كما حملت المادة 165 من القانون المدني هذا المدلول بنصها على: الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام سيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

فهي تشير إلى أن نقل الملكية أو نقل الحق العيني وحق الانتفاع بالشيء الموقوف في حق الموقوف عليه من الحقوق العينية يجب حسب المادة أن تراع فيه وتحترم الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري. أي هو واجب الشهر.

وقد أكدت هذا المادة 41 من قانون الأوقاف كما أكدته المادة 10 من قانون التوثيق كذلك نصت المادة 90 من المرسوم 63/76 على " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة ".

_

¹ أنظر المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75.

فهذا النص صريح في أنه يستوجب على الموثق شهر جميع العقود المحررة من قبله، ولا شك أن عقد الوقف حرره موثق فالشهر يقع على عاتق الموثق الذي حرر العقد⁽¹⁾ ويجب عليه احترام الآجال.

أولا- آجال شهر عقد الوقف:

نصت المادة 99 من المرسوم 76/63 على آجال شهر العقود حيث جاء في فقرتها الرابعة ما يلي: "... بالنسبة للعقود الأخرى شهران من يوم تاريخها " غير أن هذه المادة تم تعديلها بموجب قانون المالية لسنة 2004 حيث نصت المادة 353 منه في فقرتها الرابعة في باب رسم الإشهار العقاري على ما يلي: "... تحدد آجال إتمام الإجراء كما يلي

1- بالنسبة لشهادات نقل الملكية بعد الوفاة ثلاثة أشهر (3) ابتداء من تاريخ تحرير العقد يمدد هذا الأجل إلى خمسة (5) أشهر إذا كان أحدا المعنيين مقيما في الخارج يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة.

2- بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة (3) أشهر من اليوم الذي أصبحت فيها نهائية.

" ... النسبة للعقود الأخرى، والوثائق ثلاثة (3) أشهر من تاريخها... -3

فآجال شهر العقود الممنوحة للموثقين التي يتعين عليهم شهر عقودهم خلالها هي ثلاثة (3) أشهر ولما كان الوقف عقدا فهو يشهر في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تحرير عقده من طرف الموثق أما عقد الوقف الذي يكون محله عقارات متعددة تخضع للشهر على مستوى أكثر من محافظة عقارية أو عقارا واحدا يقع بين منطقتي اختصاص لمحافظتين عقاريتين فإن الأجل يمدد بخمسة عشر يوما (15) بالنسبة لكل محافظة عقارية ويؤدي

أن الالتزام الواقع على عاتق الموثق بشهر العقود التي حررها هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببدل عناية، لذلك جاز للأطراف الرجوع عليه في حالة إخلاله بهذا الالتزام فلو تضرر أحد أطراف العقد بعدم شهره جاز له الرجوع على الموثق لإخلاله بالتزاماته (جزاء مدين) بالإضافة إلى الجزء الأدبي الذي قد يوقع عليه من الغرفة الوطنية أو الجهوية للموثقين.

عدم احترام هذه الآجال إلى وقوع الموثق تحت طائلة العقوبة المالية، كما يجب على الموثق مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية حيث يتعين عليه إيداع العقد للشهر لدى المحافظة العقارية المختصة وهي الواقع العقار المعني بالوقف في دائرة اختصاصها (1).

المبحث الثالث: حماية الأملاك الوقفية

انطلاقا من مقاصد الوقف إذ يمثل موردا أساسيا وهاما ودائما لتلبية متطابات المجتمع وحاجياته المختلفة سواء كانت دينية أو صحية أو تعليمية أو غذائية ولا يجوز التصرف فيه أصله بل يضل موقوفا على جهة ما تستفيد منه وتنتفع من ريعه ولا يجوز لها التصرف فيه مطلقا، ولما كانت عملية الحماية هي اللبنة الأساسية والركيزة المهمة لتحقيق الأمن الاجتماعي والاقتصادي لأي منظومة مالية ونفعية فقد حباه المشرع بطرق وآليات مهمة للحماية انطلاقا من الحماية الدستورية إلى الحماية المدنية فالإدارية والقضائية إلى الحماية الجنائية هذه الأخيرة التي تحقق سلامة فعلية من أي اعتداء كونها حماية ردعية تشمل جميع التصرفات غير الشرعية سواء الماسة بأصله أو بديمومته

فقد نص الدستور في مادته 60 على أن الأملاك الوقفية محمية.. فهي تؤسس لمبدئ دستوري متضمن وجوب حماية الأوقاف. من كل اعتداء.

المطلب الأول: خضوع الملك الوقفي للحماية الثلاثية المقررة للمال العام:

¹ يؤخذ بالاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية الواقع العقار في نطاق اختصاصها الاقليمي في إجراءات الشهر لأن نص المادة 04 من المرسوم 63/76 جاء فيها " تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية... " فدل ذلك على الشهر يجب أن يكون في المحافظة العقارية الواقع العقار في نطاق البلدية المعنية أو ضمن اختصاصها الإقليمي.

لما اعترف المشرع للوقف بالشخصية المعنوية طيات نص المادة 49 من القانون المدني والمادة 5 من قانون الأوقاف فقد بوأه مركز متميز واعتراف له بمكانة متميزة استتبع ذلك وجوب فرض حماية قانونية مرتبطة بالغاية التي أنطت بالوقف نفسه فقد أضفى عليه نفس الحماية المقررة الأموال العامة، المسطرة في قانون للأملاك الوطنية رقم 30/90 المؤرخ في المحاية المتمثلة في عدم جواز التصرف فيه ، وعدم جاوز اكتسابه بالتقادم، وعدم جواز الحجز عليه، فالوقف والمال العام يهدفان كليهما إلى جاوز اكتسابه بالتقادم، وعدم جواز الحجز عليه، فالوقف والمال العام يهدفان كليهما إلى القيام بوظيفة اجتماعية تكافلية واقتصادية فالمادة 698 من القانون المدني تلتقي في مضمونها وأهدافها مع المادة 23 من قانون الأوقاف فقد نصت الأولى على: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم .. " وجاء في الثانية : "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو لهبة أو التنازل أو غيرها" لذلك نتطرق لهذا الموضوع وفق التالى:

الفرع الأول: عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي: وهذه الخاصية الحمائية تشمل كل من الواقف والموقوف عليه.

أولا: عدم جواز تصرف الواقف في وقفه: تزول ملكية الواقف للمال الموقوف بمجرد إنشاء الوقف صحيحا وهذا ما سطرته المادة 17 من قانون الأوقاف بنصها على:" إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤل حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشرطه" وهذا ما أيدته المادة 213 من قانون الأسرة والمادة 3 من قانون الأوقاف فالسلطات الثلاثة المرتبطة بحق الملكية وهي حق الاستعمال و الاستغلال والتصرف، تزولت وتسقط عن المالك الأصلي (الواقف) و تنتقل إلى الشخص المعنوي الذي ظهر

الجريدة الرسمية العدد 52 لسنة 1990 تنص المادة الرابعة من القانون 30/90 على أن: " الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف، ولا للتقادم ، ولا الحجز ..."

بمجرد نشؤ التصرف الوقفي صحيحا وذلك بنص المادة 5 من القانون رقم10/91 والتي أسست لظهور شخص معنوي جديد إذ أن مناط زوال سلطات الواقف هو تصرفه التبرعي بماله لصالح مؤسسة الوقف والتي تتمتع بالشخص المعنوي، فيحبس حق التصرف لفائدتها ، كما لا يجوز للواقف القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بمحل الوقف، وذلك من بيع أو هبة أو تتازل، وهذا ما تؤكده المادة 23 من القانون 10/91 إذ تنص على أنه:" لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهيبة أو التتازل أو غيرها." وقد أيد هذا القرار الصادر عن الاجتهاد القضائي حيث جاء فيه:" ...يستوجب نقض القرار الذي أقر بيع الأموال المحبسة رغم سوء نية المشتري وهو ما يتنافي مع أحكام الحبس.."²

ثانيا: انحصار حق الموقوف عليهم في سلطة الانتفاع دون التصرف:

وهذا ما حملته المادة 18 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف في عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي من الموقوف عليه، فحقه محصور في الانتفاع³ دون التصرف، بنصها على أنه ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف وحقه حق انتفاع لاحق ملكية، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 23 المذكورة أعلاه، وأكده القضاء ممثلا في الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار

 $^{-}$ أنظر القرار رقم 157310 الصادر بتاريخ $^{-}$ $^{-}$ بتاريخ $^{-}$ $^{-}$ $^{-}$ أنظر القرار رقم 157310 الصادر بتاريخ $^{-}$ $^{-}$ $^{-}$ $^{-}$ أنظر القرار رقم $^{-}$ $^{-}$ $^{-}$ الصادر $^{-}$

² أنظر القرار المؤرخ في 01967/03/08 الصادر بالمجلة القضائية عدد 01 ص 145 سنة 1968 نقلاً عن حمدي باشا القضاء العقاري مرجع سابق ص 278.

⁸ المقصود بعبارة "حق الانتفاع " الواردة في قانون الأوقاف بمضامين المواد 17 و 18 و 23 يختلف عن حق الانتفاع المتعارف عليه في القانون المدني والمنصوص عليه في المواد من 844 إلى 854 إذ أن حق الانتفاع في الوقف ليس مرتبطا بالمنتفع على الخصوص مثل حق الانتفاع العادي والذي لا ينتقل إلى الورثة و يزول بموت صاحبه فهو ملازم المنتفع لا غير، عكس حق الانتفاع في الوقف الذي ينتقل إلى ورثته إذا اشترطه الواقف، كما أن تنفيذ وإدارة هذا الحق والحفاظ عليه من التعرض والاعتداء وصيانته من واجبات ناظر الوقف وفي مقابل ذلك يقع على عاتق صاحب حق الانتفاع العادي المرتبط بالقواعد العامة للقانون المدني واجب إدارة وصيانة العين المنتفع بها باعتباره المستفيد الأول منها راجع: رمول خالد ،الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر 2004 ص 66.

رقم 188432 المؤرخ في 29/09/29 ¹ بعدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بالبيع بقوله:"... حيث أنه / في قضية الحال / أصاب قضاة الاستثناف لما نطقوا ببطلان البيع المنصب على مال موقوف مستندين إلى نص المادة 23 من القانون 10/91 المؤرخ في أصل الملك الوقفي لفائدة في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير."

غير أن عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي كقاعدة عامة لا يعد قيدا مطلقا بل يرد عليه استثناء وحيد من هذا الأصل، كما بيناه سابق وهوما نصت عليه المادة 24 من قانون الأوقاف بخصوص تعويض واستبدال الأعيان الموقوفة، وفق حالات تم حصرها في نص هذه المادة، بحيث أنه لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية: حالة تعرضه للضياع أو الاندثار، وحالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه، وحالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، وحالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا له أو أفضل منه. بالنظر لخطورة التصرف في أصل الملك الوقفي الذي هو مصدر حق الانتفاع في الوقف، وحرصا من المشرع الجزائري على ضبط هذه العملية بربطه ثبوت هذه الحالات المبينة أعلاه بضرورة صدور قرار من السلطة الوصية (مديرية الشؤون الدينية المعنية) بعد إجراء معاينة ميدانية وخبرة للوقوف على حقيقة وضرورة هذا التصرف كاستثناء من الأصل الذي هو عدم جواز للوقوف على حقيقة وضرورة هذا التصرف كاستثناء من الأصل الذي هو عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي.

الفرع الثاني: عدم جواز اكتساب الملك الوقفي بالتقادم:

الحيازة وضع مادي يمارس الشخص بمقتضاها سيطرته الفعلية على الشيء سواء أكان هو صاحبه أم لم يكن كذلك.

¹ نقلا عن حمدي باشا عمر: القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومه ، الطبعة العاشرة، الجزائر ،2010، ص280.

فالحيازة وضع فعلي وواقعي قد يكون متفقا مع الوضع القانوني بأن يكون الحائز هو المالك أو صاحب حق عيني عليه وقد يكون الحائز ليس له أي حق على الشيء المحاز ورغم ذلك فحيازته ترتب آثار قانونية إذ جعل القانون الحيازة أحد أهم أسباب كسب الملكية ذلك أن من يحوز مالا مملوكا لغيره لمدة زمنية معينة يصبح بعد هذه المدة مالكا لهذا المال ما توافرت الشروط التي حددها القانون لذلك.

والقانون المدني الجزائري وفي فصله الثاني من الكتاب الثالث جعل من طرق اكتساب الملكية الحيازة فنصت المادة 827 منه على "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع."

وباستقراء المادة السابقة نستشف أنها تشترط أمران حتى يكتسب الحق بهذه الطريقة هما الحيازة واستمرارها لمدة محددة قانونا فالحيازة والتقادم مرتبطان فلا تكفي مجرد الحيازة لوحدها حتى يكتسب الحق بل لابد أن تستمر هذه الحيازة مدة زمنية ما يفرضها القانون وقد حاول البعض إرجاع سبب امتلاك الشيء بالتقادم إلى اعتبارات فردية بناء على أن المالك الذي يهمل ماله ويتركه في يد الغير مع علمه بذلك وقدرته على استرجاعه رغم ذلك أهمله لصالح الغير ولم يبادر باسترجاعه عد في نظر القانون متنازلا عن حقه لصالح غيره ورأي آخر جعل من الحيازة والتقادم جزاء يوقعه القانون على المالك جرا إهماله لملكه وعدم استعماله له مدة من الزمن إلا أن الفقه الحديث يرى في التقادم والحيازة ضرورة يقتضها الصالح العام فهو يؤدي إلى استقرار المعاملات.

كما أن الحيازة تعد عنوان الملكية الظاهرة فقد جعل منها القضاء أهم قرينة على الملكية وعلى ذلك أن حائز الشيء هو مالكه في أغلب الأحيان لذلك متع الحائز بمركز قانوني ممتاز من خلال حماية الأوضاع الظاهرة إذ في الغالبية العظمى من الحالات تكون الحيازة مستندة إلى حق فحائز الشيء غالبا هو مالكه أو صاحب حق عيني عليه ومقتضيات أمن المجتمع وما ينبغي أن يسوده من استقرار ونظام تقضي بحماية الوضع

الظاهر والإبقاء على الحالات الواقعية القائمة فعلا فالقاعدة في القانون الوضعي حماية الحيازة في ذاتها ولا خوف على حقوق الغير بعد ذلك فالحيازة مؤقتة فمن يدعي حقه على شيء في حيازة شخص آخر عليه بطرق باب القضاء لإثبات حقه واسترجاعه والحيازة لا تتحقق إلا بتوافر شروط يستوجب وجودها وحسب المشرع الجزائري يفرض في التقادم المكسب بنوعيه الطويل والقصير توفر شرطان هما الحيازة الهادئة والعلانية والمستمرة والمدة الزمنية. مع توافر ركنا الحيازة وهما نية التملك والسيطرة الفعلية على العين بحيث يظهر بمظهر المالك .

فإذا كان لمال العام غير قابل للاكتساب بالتقادم وفقا لنص 4 من القانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية التي تؤكد على أن الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا التقادم ولا الحجز، وكذلك فعلت المادة 689. من القانون المدني إلا أنه وطبقا للمرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/5/21 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية 2 ، كان يجاز لكل شخص في تراب البلديات التي لم تخضع لإجراء إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري يحوز عقارا حيازة مستمرة غير منقطعة ولا متنازع عليها أن يطلب الاعتراف بملكيتها بعد إجراء عقد الشهرة، وبموجب هذا الإجراء.

ثم صدور القانون 20/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ³ وألغى المرسوم 352/83، ونص في مادته 3 صراحة على عدم جواز تملك الأملاك العقارية الوقفية فجاء فيها: "لا تتطبق أحكام هذا القانون على الأملاك الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش والأملاك الوقفية ". فهي تقر بأن العقارات الوقفية لا تمتلك بالتقادم مهما كانت مدة الحيازة، وهو ما أكدته غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرارها رقم



-

¹ تتص المادة 689 من القانون المدني على أنه:" لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم...."

 $^{^{2}}$ الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 1983

 $^{^{2007}}$ الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 3

1478951 المؤرخ في 2009/02/11 والذي جاء فيه: " ... بأنه لا تقادم في الحبس ما دام عقد الحبس ذو طبيعة خاصة أ... وذهبت المحكمة العليا إلى نفس الحكم في قرارها رقم 39360 إلى القول: " حيث أنه لا يجوز التمسك بالتقادم المكتب في استغلال الأرض المحببة لانعدام لية التملك انظر: عمر حمدي باشا : القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات. الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا مرجع سابق، ص 281.

وبالمقابل وانطلاقا من كون الوقف شخصا اعتباري، حسب نص المادة 05 من قانون الأوقاف والمادة 49 من القانون المدنى فهل له أن يمارس الحيازة قصد الامتلاك أم لا؟

أي مدا جواز أن يكون الحائز شخصا معنويا ؟ وهذا يقودنا للحديث عن اكتساب الوقف للملكية بواسطة الحيازة؟.

والجواب يكون بالإيجاب حيث يستشف جواز ذلك من نص المادة 824 مدني التي جاء فيها "... وإذا كان الحائز شخصا معنويا فلعبرة بنية من يمثله..." فلفظة إذا كان الحائز شخصا معنويا يستشف منها جواز أن يكتسب الشخص المعنوي مثل الوقف الملكية عن طريق الحيازة والتقادم المكسب ويؤكد ذلك نص المادة 827 مدني بلفظة في بدايتها "من حاز... فهي تسع الشخص الطبيعي والشخص المعنوي سواء كان عاما أو خاصا وصورته أن يحوز الوقف أراضي ذات ملكية خاصة بأن يتسلط عليها ماديا بواسطة أجهزته من نظار للوقف ووكلاء للأوقاف يتسلطون على عقار ما يحرسونه وينظمونه ويدخلونها في مشاريع استثمار لأوقاف وتسييرها وبهذا يتحقق الركن المادي للحيازة أما الركن المعنوي وهو نية تملك هذه الأرض أو الأملاك فالعبرة فيها حسب نص المادة 824 مدني بنية من

ذهبت المحكمة العليا إلى نفس الحكم في قرارها رقم 39360 مؤرخ في 1986/01/13 "غير منشور" بقولها: "حيث أنه لا يجوز التمسك بالتقادم المكتب في استغلال الأرض المحببة لانعدام لية التملك انظر: عمر حمدي باشا: القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات. الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا مرجع سابق، ص .281

 $^{^{1}}$ أنظر العدد الثاني من مجلة المحكمة العليا، لسنة 2009،

² مؤرخ في 1986/01/13 "غير منشور نظر"، حمدي باشا عمر: القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات. الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا مرجع سابق، ص 281.

يمثل الشخص المعنوي ويكون في حالتنا هذه. أما وزير الشؤون الدينية والأوقاف أو المديرين المحليين للأوقاف على مستوى الولاية، ويجب أن يتوفر في الحيازة جميع الشروط المتطلبة قانونا مع انتفاء عيوب الحيازة بحيث تكون خالية من الإكراه وتكون علانية غير خفية ولا لبس فيها

الفرع الثالث: عدم جواز الحجز على المال الموقف:

إن الحجز هو قيدٌ يغل يد المدين و يمنعه من التصرف في أمواله بسبب عدم وفائه بالتزام مترتب على عاتقه حسب المادة 642 من قانون الإجراءات المدنية والادارية ولا يكون وجب التنفيذ إلا بعد صدور حكم أو قرار قضائي حسب المادة 647 من ق إ م أ

ويتنوع الحجز تبع لهدفه، أو طبيعته أو لطبيعة الشخص المراد توقيع الحجز عليه فمن حيث الهدف يكون إما تحفظي أو تتفيذي أو إداري ، و من حيث طبيعته فهو إما وارد على منقول أو على عقار.

فيحق للطرف الصادر الحكم لفائدته القيام بالتنفيذ الجبري وفقا للإجراءات المسطرة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أ، إذ بإمكانه حجز ما للمدين من منقولات أو عقارات أو حجز ماله لدا الغير حسب المادة 667 من ق إ م إ 2، إلا أن الوقف، وبحكم طبيعته القانونية إذ يتسم بالتأبيد وقداسته كصدقة جارية وتمتعه بالشخصية المعنوية فهو محصن بعدم جواز تملك أصله ، ولا التصرف فيه، ولا حجزه إذ أن هذا الحجز يؤدي في أغلب الأحيان إلى بيعه بالمزاد العلني لاستيفاء قيمة الدين، ومن نتائج هذه العملية أن تتنقل ملكيته إلى طرف جديد تقدم إلى هذا المزاد، وهو ما يتعارض ويتناقض مع مبدأ وجوهر الوقف. حيث تنص المادة 23 من قانون الأوقاف التي تصرح بعدم جواز بيع الوقف مهم كانت صورة هذا البيع عادي أو بالمزاد العلني ولا شك أن حجز أ/ول الوقف ينتهي ببيعها.

 $^{^{1}}$ وهو القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية (ج. ر، رقم 2008/02/25 السنة 2008.

² نظم المشرع موضوع الحجز في الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والادارية في المواد من 636 إلى 799

وقد أكد هذا قانون الإجراءات المدنية والادارية في مادته 636 حيث حظرت بيع مجموعة من الأملاك منها الوقف ولا يكون قابلا للحجز في حق الوقف إلا الثمار أ فلما كان الحجز على المال مقرر كحل لوفاء الدين ولاحتمال أن يكون الوقف مدين استحق التنفيذ عليه دفع بالمشرع الجزائري أن يستثنى حصة المنتفع أي حصته في الوقف من الحجز عليها إذا كان هذا الأخير مدينا للغير، وذلك في نص المادة 21 من قانون الأوقاف: "يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه" فهو يجز التنفيذ على حق الموقوف عليه،

فأصل الوقف كمبدأ غير مهدد بالحجز وإنما ينصب هذا الاخير على الغلة² فقط دون الوقف ذاته، ولأنه يجوز بيع غلة الوقف (ثماره) فإنه يجوز حجزها³، وهذا حفاظا على حق الدائن، وهو ما سطره المشرع الجزائري كما سبق بيانه في نص المادة 636، فأكد على عدم جواز الحجز على الأموال الموقوفة عموما بشقيها العام والخاص (رغم أنه ألغى الوقف الخاص)

ومجمل القول أن الحماية الثلاثية المقررة للأملاك الوطنية من عدم جواز التصرف، والحجز، والتقادم، منسحبة على الوقف لمكانته لدوره التكافلي والاجتماعي المساهم في تعزيز أمن واستقرار المجتمع.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية للأملاك الوقفية

تنص المادة 636:" فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها لا يجوز الحجز على الأموال الآتية -2... "

² يعبر عن الغلة بلفظة الثمار والمنفعة و الارادات ومصطلح الغلة أحسن في هذا المقام وإلا فالحديث عن تجزئ حق الملكية من الأفضل استعمال مصطلح المنفعة . وقد يعبر بلفظة الثمار أو الإيراد في مواضع أخرى

³⁰ زهدي يكن، الوقف بين الشريعة والقانون ، مرجع سابق ، 30

..يتبع..

الفهرسة

الصفحة	الموضوع
2	المقدمة
7	المبحث الأول: ماهية الوقف وما يتعلق به من أحكام
8	المطلب الأول: ماهية الوقف
8	الفرع الأول: التعريف بالوقف ومشروعيته.
9	أولا: التعريف اللغوي للوقف
9	ثانيا: التعريف الاصطلاحي للوقف
9	1: التعريف: الشرعي
9	2: التعريف القانوني
13	الفرع الثاني: مشروعية الوقف
13	أولا: من القرآن
13	ثانيا: من السنة
14	الفرع الثاني: خصائص الوقف وطبيعته القانونية

15	أولا: خصائص الوقف
15	1: يرد على حق الانتفاع حصرا
16	2: الوقف حق مؤبد
20	3: الموقوف عليه جهة عامة وجوبا
21	4: مسوغات إلغاء الوقف الخاص
21	أ: منع الهروب من الميراث
21	ب: من إخراج الاناث
22	ج: منع تفتيت الوقف
22	5: للوقف شخصية معنوية
25	ثانيا: طبيعته الوقف القانونية
26	المطلب الثاني: أنواع الوقف ما يتعلق به من أحكام
27	الفرع الأول:- أنواع الأوقاف
27	أولا: الوقف العام
27	ثانيا: الوقف الخاص
28	الفرع الثاني: ما يتعلق بالوقف من أحكام
30	المبحث الثاني: إنشاء الوقف

30	المطلب الأول: أركان الوقف وشروطه
30	الفرع الأول: صيغة الوقف
33	أولا: أن تكون منجزة
34	ثانیا: ألا تقترن بشرط باطل/ فاسد
35	ثالثًا: أن تكون مؤبدة
36	رابعا: أنت تبين مصرف الوقف
36	الفرع الثاني: محل الوقف
37	أولا: أن يكون مملوك للواقف
38	ثانيا: أن يكون مالا متقوما
41	ثالثًا: أن يكون معلوما وقت الوقف
43	الفرع الثاني: الواقف
43	أولا: أن يكون ممن يصبح تصرفه في أمواله
45	1:شرط الحرية
45	2:شرط البلوغ
46	3: شرط العقل
48	4: شرط الرشد
53	ثانیا: اشتراطات الواقف

57	الفرع الرابع: الموقوف عليه
59	المطلب الثاني: إثبات الأملاك الوقفية
63	الفرع الأول: توثيق الأوقاف
72	أولا: اثبات الوقف بالعقد العرفي
74	1: تسجيل العقد العرفي لدى مصلحة التسجيل والطابع
74	2: ثبوت مضمونه في عقد أخر حرره موظف عام
74	3: التأشير عليه من طرف ضابط عمومي مختص
76	4: من يوم وفاة أحد الذين لهم عليه خط أو امضاء
80	ثانيا: اثبات الوقف بالعقد الاداري
83	ثالثًا: اثبات الوقف بالعقد القضائي
84	الفرع الثاني: تسجيل عقد الوقف
86	أولا: مكان تسجيل عقد الأوقاف
86	ثانيا: آجال تسجيل الأوقاف
87	الفرع الثالث: شهر عقد الوقف
89	أولا: آجال شهر عقد الأوقاف
90	المبحث الثالث: حماية الأملاك الوقفية

91	المطلب الأول: خضوع الملك الوقفي للحماية الثلاثية المقررة للمال
	العام
92	الفرع الأول: عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي
92	أولا: عدم جواز تصرف الواقف في وقفه
93	ثانيا: انحصار حق الموقوف عليهم في سلطة الانتفاع دون التصرف
94	الفرع الثاني: عدم جواز اكتساب الملك الوقفي بالتقادم
98	الفرع الثالث: عدم جواز الحجز على المال الوقفي
99	المطلب الثاني: الحماية الجنائية للملك الوقفي