الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي.

The objective controls of the documentary contract on the waqf property.

رقاني عبد المالك
طالب دكتوراه
جامعة البليدة 02–العفرون– علي لونيسي .
reggani.droit@gmail.com

الملخص:

حاولت من خلال هذه الورقة البحثية تسليط الضوء على هذه الضوابط – الضوابط الموضوعية– والتي يطلق عليها غالباً **(الشروط)**، محاولين في ذلك الحرص على متلازمات الدراسة القانونية المتمثلة في المزج بين أحكام المشرع، وأراء الفقهاء، واجتهادات القضاة، مؤكدين على التزامات الموثق القانونية ومبرزين الدور البالغ والهام الذي يلعبه من خلال التقصي والتحقق من شروط الواقف من جهة، وشروط العقار الموقوف من جهة أُخرى.

وعلى هذا الأساس فقد تطرقنا في الفرع الأول إلى الضوابط الموضوعية الخاصة بالواقف، في حين خصصنا الفرع الثاني للضوابط الموضوعية الخاصة بالعقار الموقوف.

الكلمات المفتاحية: الضوابط الموضوعية؛ الرُّشْدُ؛ الحَجْرُ؛ التحديد؛ التعيين؛ الضرر المحض.

abstract:

In this paper, we have tried to shed the light on the objective controls, which are often called: conditions, trying to take care of the legal study syndicates that combine the legislator provisions, jurists opinions and , the jurisprudence of the judges, stressing the obligations of the legal notary by emphasizing the very important role that he plays During the investigation and verification of the waqif (benefactor) conditions on one hand, and in the other hand the conditions of the property. And upon

this basis we have dealt with section of the substantive controls on positions, while the second section we have devoted the substantive controls to the seized property.
Keywords: objective controls maturity; selection; appointment; pure damage.

مقدمة

يعد الوقف من أهم وأبرز صور ومظاهر التبرع، فقد عُرِف قديماً واستمر العمل به حديثاً، حيث يعتبر الوقف نظام شرعي قائم بذاته ومورد مالي مستقل بكيانه، وللوقف تعريفات عدة من أبرزها تحبيس العين وتسبيل المنفعة أو التصدق بثمارها على جهة من جهات البر، إلا إن هذا الأخير كغيره من التصرفات يشترط ضوابط يجب احترامها والتقيد بها، والعمل على تحقيقها كخطوة أو مرحلة أولى قبل تحرير العقد، واجراءات يجب إتباعها. وما يهمنا في هذا المقام الضوابط الموضوعية التي تعد بمثابة بساط أمان قبل مباشرة تحرير العقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي.

ومما لا ريب فيه أن العقود التوثيقية تعد أحد أبرز مظاهر العقود الرسمية، إن لم نقل أهمها وأكثرها عدداً واستعمالاً، وحتى يكتسب السند المحرر من قبل الموثق حجيته وقوته وهو بصد إبرام عقد إنتقال الملكية العقارية وخاصة الوقفية منها، يستوجب القانون مراعاة واحترام جملة من الشروط الشكلية والموضوعية، وما يهمنا في هذا المقام الضوابط الموضوعية التي تعد بمثابة بساط أمان قبل مباشرة تحرير السند الوقفي، والإشكالية التي تثار هي: **إلى أي مدى وافقت الضوابط الموضوعية الخاصة بالوقف القواعد العامة ؟**

ولتسليط الضوء على هذه الضوابط وإجابةً على هذه الإشكالية ارتايت تقسيم هذه المقالة لفرعين فالأول بعنوان: الضوابط الموضوعية الخاصة بشخص الواقف، كما عنونت الفرع الثاني بالضوابط الموضوعية الخاصة بالعقار الموقوف.

الفرع الأول: الضوابط الموضوعية الخاصة بالواقف:

حيث سنتناول بالدراسة الشروط الواجب توفرها في كل من الشخص المتصرف في العقار، ذلك أن القانون في الواقف المتبرع بالعقار كونه بالغاً، سليم العقل، غير محجور عليه، مالكاً للعقار المتبرع به، وهو ما سنقوم بتحليله على النحو الأتي:

أولاً- ضابط السن: (أن يكون الواقف بالغاً تسعة عشرة (19) سنة)

اعتد المشرع الجزائري بالسن القانوني للرشد وهو تسع عشرة سنة عملاً بأحكام المادة 40[1]من القانون المدني رقم: 75-58[2]، وهو ما أكدته المادة 86[3] من قانون الأسرة رقم: 84-11[4]، ، والعبرة ببلوغ سن الرشد يوم إبرام التصرف الوقفي، فالواقف الذي يقل سنه عن تسعة عشرة سنة يوم إبرام العقد فإن تصرفه يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً[5].

وعليه؛ فالصبي الواقف لا يصح وقفه سواء أكان مميزاً أو غير مميزٍ طبقاً لنص المادة 30 [6] من قانون الأوقاف رقم:91-10[7]؛ باعتبار أن الوقف من التصرفات التبرعية التي يُشترط فيها أهلية التبرع؛ وهي أهلية أداء كاملة[8]؛ إذ لا يكفي فيها أهلية الوجوب لكون العقود التبرعية بالنسبة للصبي ضارة ضرراً محضاً[9] قانوناً بالصبي جرياً على القواعد العامة في قانون الأسرة السالف الذكر، بمقتضى المادة 83 [10] منه بل ولو كان مميزاً، والتي يعد الوقف أحد صورها[11].

ثانياً: ضابط سلامة العقل (أن يكون الواقف سليم العقل)

والمقصود به؛ أن لا يكون الواقف عند إبرامه للعقد في حالة جنون[12] أو عته[13]؛ أي أن يكون متمتعاً بكامل قواه العقلية، كون أن كلاً من المجنون والمعتوه يعتبران في نظر القانون عديمي الأهلية مثلهما مثل الصبي غير المميز.

وعليه؛ فإذا قام المجنون والمعتوه بأي تصرف قانوني يعتبر هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ إلا إنه يجب التفرقة بين التصرفات الصادرة من المجنون حال الجنون المطبق وانعدامه، حيث أخذ المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي والذين يعبرون عنه بالجنون المطبق وكذا المتقطع بصريح المادة 31[14] من قانون الأوقاف السالف الذكر.

وتبعاً لذلك يستحسن على الموثق محرر العقد الوقفي طلب شهادة طبية تثبت السلامة العقلية للواقف قبل إبرام العقد، إذا ما كانت تشوب تصرفات الواقف بعض الشكوك التي توحي في سلامته العقلية، وذلك حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية لاسيما الرسمية منها[15].

ثالثاً– ضابط الحجر (أن لا يكون الواقف محجوراً عليه)[16] زيادة على كون الواقف بالغاً تسعة عشرة سنة وعاقلاً، يجب أن يكون الواقف غير محجور عليه.

وعليه؛ فإذا باشر المحجور عليه عقد الوقف بعد الحكم فإن هذا التصرف يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

كما يعد الوقف باطلاً أيضاً إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت إبرام العقد طبقاً لنص المادة 107 من قانون الأسرة[17]، و على هذا الأساس يتوجب على الموثق قبل القيام بتحرير العقد أن يلتمس من الواقف تقديم شهادة ميلاده صادرة من مكان الولادة للتحقق من الهوية الكاملة، وما إذا كان محجوراً عليه بحكم قضائي أم لا عملاً بأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية[18] في نص مادته 489[19].

وغني عن البيان أنه لا يجوز رفع دعوى الحجر على الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد على أساس أن الولاية لا تزال قائمة[20].

وعلى العموم فإن المادة 203[21] من قانون الأسرة المنظمة لأحكام الهبة في الفصل الثاني من الباب الرابع استجمعت الشروط الخاصة بشخص الواقف بداية من شرط سلامة العقل مروراً ببلوغ سن الرشد وصولاً لكونه غير محجور عليه.

كما يمتنع على الموثق أن يبرم عقد على المحجور عليه قانوناً، وهو ما أصطلح عليه – بالمانع القانوني– كالمحكوم عليه بعقوبة جنائية أثناء تأديته للعقوبة الأصلية؛ مباشرة حقوقه المالية[22] طبقا لنص المادة 09 مكرر[23]من قانون العقوبات وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم: 43476 المؤرخ في 1986/06/26 المتعلق بالحجر القانوني والذي جاء فيه: " إن المحجور عليه لا يصح له التصرف ولا يملك أهلية العاقد، لا لكونه ناقص الأهلية وفق المفهوم الحقيقي، فهو يمتع بها لأنه كامل التمييز، وإنما للحجر عليه بحكم القانون لوقوعه تحت طائلة البطلان مدة تنفيذ العقوبة الجنائية وبسبب اعتقاله من أجل ذلك الأمر تنعدم لديه أهلية التعاقد خلال مدة قضاء العقوبة، ويمنع قانوناً من القيام بأي تصرف مالي، فأي عمل من أعمال التصرف يجري على أموال المحجور عليه، لابد أن يكون بواسطة ولي أو أمر من المحكمة وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائر من خلال نص المادة 85[24] من قانون الأسرة المتقدم الذكر قد سوى بين أو رتب على تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه الأثار نفسها وهو ما لا يستقيم؟ نظراً للاختلاف البيّن والفرق الشاسع بين الأحوال الثلاث (المجنون والعته– السفه) .

رابعاً: ضابط الملكية (أن يكون الواقف مالكا للعقار الموقوف)

يشترط في الواقف أن يكون مالكاً للعقار الموقوف، وهو شرط منطقي فلا يتصور وقف مالا يملك عملاً بالقاعدة فاقد الشيء لا يُعطيه، وهو صريح المادة 216[25] من قانون الأسرة، وأكدته المادة 1/10 من قانون الأوقاف في اشتراط ملكيته للعقار الموقوف، وهنا تطرح إشكالية وقف مال الغير كوقف الفضولي[26]،

والغاصب[27]، وهو ما اشترطه المشرع الجزائري فبالرجوع لنص المادة 10 من قانون الأوقاف على:"...أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا..." .

وهذا ما اعتمدته المحكمة العليا في قرار لها حيث جاء فيه: "من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، وإلاّ لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معينا غير مجهول وخاليا من كل نزاع..."[28].

وفي قرار آخر أيضا جاء فيه: "من المقرر قانونا أنّه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا..."[29]

وفي المقابل قد يكون المتصرف غير مالكٍ؛ إلا أن الوقف يقع صحيحاً، كما هو الشأن في الوقف عن طريق الوكالة[30]، وفي هذه الحالة على الموثق أن يراعي الشروط الواجب توفرها في الواقف الأصلي، مع التأكيد على أن تكون الوكالة في شكل طبقاً لنص المادة 572[31] من القانون المدني على أساس أن محل العقد وارد على عقار.

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية الخاصَّة العقار الموقوف: يسري على العقار الموقوف على عمومه غالبية أحكام محل العقد، حيث يجب أن يكون موجوداً، معيناً، وقابلاً للتعامل فيه، وهو ما سنحاول شرحه على النحو التالي:

أولاً: ضابط الوجود (أن يكون العقار موجوداً) والعبرة في ذلك وجود العقار حال تحرير العقد حتى يصح التصرف، وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، إلا في حالات جد نادرة، كأن يقف عقاره المبني ثم يظهر أنه تهدم.

تطرح هذه الحالة إشكالاً عملياً أمام الموثقين، ففي بعض الأحيان يمتلك أشخاص عقارات مبنية، إلا أن الوثائق التي بحوزتهم تدل على وجود الأرض دون البناية، أو قد تتعرض هذه البناية للهدم أو السقوط، وخاصة أن هذه التصرفات – الهدم والبناء...– تخضع لتراخيص إدارية وهنا يطرح إشكال أخر وهو هل يبرم الموثق العقد على أن العقار غير مبني.

ففي هذه الحالة لا يحق للموثق أن يعد ويحرر عقد الوقف على أساس أن العقار مبني إلا بوجود رخصة البناء وشهادة المطابقة، وحتى لو بادر الموثق بإبرام العقد متجاهلاً هذا الإجراء يقابل بالرفض من طرف المحافظ العقاري بحجة أن الأرضية التي بنيت تفتقر للضوابط والشروط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها في قوانين التعمير.

كما ألزم المتصرف في العقار التأمين على العقار من القانون رقم: 03-12[32] المتعلق بإلزامية التأمين حسب نص المادة 1/1[33]، إضافة وحسب ما أفادنا به أحد الموثقين إلى وجوب استصدار شهادة تطهير العقار أو رفع الرهن من قبل البنك إذا كان العقار مثقلا بالرهون.

ثانياً: ضابط التعيين والتحديد (أن يكون العقار الموقوف معينا ًومحدداً)لا يكفي أن يكون العقار موجوداً، بل لابد أن يكون معيناً بصريح المادة 216 السالفة الذكر من قانون الأسرة، إلا أن قانون الأوقاف كان أكثر دقة بإدراج مصطلح **محدداً** بصريح المادة 2/11 من قانون الأوقاف، وهو ما أشارت إليه المادة 324 مكرر4 [34] من القانون المدني بتأكيدها على تبيين حدود العقار المتصرف فيه.

كما يحرص الموثق باعتبار الوقف عملاً تبرعياً يراد به التقرّب إلى الله عز وجل، فإنّه يتوجب عليه أن يكون المتبَرَعُ به مشروعا، فصفة المشروعية ملازمة لصحة الوقف، طبقا لنص المادة2/11 من قانون الأوقاف السالفة الذكر، "....

ومشروعا..."، وإنّ العبرة في المشروعية، بما أقره الشَّرع، لأنّ هناك أشياء قد يجوز التعامل فيها قانونا كالفوائد الربوية مثلاً، عكس ما هو في الشريعة الإسلامية، غير أنّ القانون نفسه اشترط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يبقى حرج في تحديد العقار المشروع، وتكون العبرة بما أقره الشرع الحنيف فالله طيب لا يقبل إلا طيباً.

وتبعاً لذلك يتعين على الموثق ذكر أصل ملكية[35] العقار المتبرع به، وذلك بتبيان أسماء المالكين السالفين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية من أجل تجنب الوقوع في تصرف ملك الغير، تجنباً للتعامل في العقار الواحد عدة مرات لاسيما في الوقت الحالي أين كثرت مجالات النصب والاحتيال نتيجة جهل المواطنين من جهة ، وتفشي ظاهرة الغش وأزمة السكن من جهة أخرى[36].

ثالثاً: ضابط قابلية التعامل (أن يكون العقار قابلاً للتعامل فيه) قد يكون العقار الموقوف محل التبرع موجوداً ومعيناً وقت إبرام العقد؛ إلا أنه لا يصلح أن يكون محل تعامل مدني من أجل نقل الملكية وخاصة الوقفية منها، وقد يرجع هذا لعدم قابلية العقار للتعامل، كما هو عليه الشأن بالنسبة للعقارات التابعة للأملاك الوطنية العمومية بصريح المادة 689 [37] من القانون المدني، إضافة للمادة 1/10 من قانون الأوقاف السالفة الذكر والتي تشترط ملكية الشخص للمال المتبرع به والذي سبق بيانه في الفرع الأول، وعلى القاضي أن ينطق به من تلقاء نفسه ؛ لان قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام تعتبر من النظام العام[38].

كما لا يجوز التصرف في العقارات الوقفية بالتنازل عنها لصالح الغير بنص المادة 23 [39] من قانون الأوقاف السالف الذكر.

وهو القيد ذاته حتى للجهة الوصية إلا في حالات نصت عليها المادة 24[40] من قانون الأوقاف أعلاه،حيث ويرجع سبب عدم قابلية العقار للتعامل فيه لا لطبيعة الشيء بل إلى القانون، فالقانون يخرج أحياناً بعض الأموال من دائرة التعامل فيها بحكم 682 [41] قانون المدني، وهو ما أكدته المادة 689 [42]من القانون نفسه، كما

يمتنع التصرف في الأموال المستقبلية لشخص على قيد الحياة بصريح المادة 2/92[43] من القانون المدني.

ويلحق بالأحكام السالفة الذكر قانون المالية لسنة 2008[44] طبقاً لنص المادة 57[45] من أنَّ السكنات الاجتماعية المُمولة من طرف الدولة والمتنازل عنها لشاغليها طبقاً للتشريع الساري المفعول، وكذلك الشأن بالنسبة للسكنات المستفيدة من الإعانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة لأجل التمليك خلال مدة لا تقل عن (10) سنوات من باستثناء حالة وفاة المالك وضرورة توزيع التركة[46].

وبالرغم من أن المشرع أطلق عليها **مالكيها**؛ إلا أنها ليست بالملكية بالمفهوم في القواعد العامة، وكأنَّها موقوفة على شرط مدة 10 سنوات كما هو مُبَيَّنٌ في المادة 57 أعلاه، وعليه؛ فإذا باشر الموثق هذا النوع من العقارات يعد مخالفاً للنص القانوني المتضمن المنع المؤقت من التصرف في العقار، كما سيقابل شهر هذا العقار للرفض من قبل المحافظ العقاري المختص إقليمياً؛ على أساس أن هذا الأخير يعد المراقب الشرعي والقانوني للشهر في التشريع الجزائري[47].

رابعاً: ضابط عدم الشيوع كأصل عام (أن يكون العقار الموقوف مفرزاً غير شائع)[48]: تعرض المشرع الجزائري لوقف المشاع في المادة 216[49] من قانون الأسرة، وقد كان أكثر دقة ووضوحاً حيث في نص المادة 3/11[50] من قانون الأوقاف، والذي أوجب القسمة[51].

وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها والذي جاء فيه: " المبدأ: يحق للمالك في الشيوع تحبيس نصيبه.

حيث إنه من المقرر كذلك أن كل شريك في الشيوع يملك حصةً ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها ...بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء.

وحيث فضلاً عن ذلك فإنه حتى في حالة ما إذا كان الحبس منصب على جزء مفرز، كما هو الشأن في دعوى الحال ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب

المحبس انتقل الحبس إلى الجزء الذي آل إلى الواقف بطريق القسمة إلى المحبس عليه"[52].

أما بالنسبة للعقار المرهون وبالرغم من عدم تعرض المشرع الجزائري له، إلا إنه لا يجوز وقفه؛ لأنه مهدد بخطر الزوال؛ باعتبار أن الرهن تأمين عيني يمكن أن يؤدي إلى التصرف في العقار الموقوف بالبيع لاستفاء الدين الذي تقرر التأمين العيني ضماناً لأجله وهو بهذا المعنى يتعارض وطبيعة الوقف التي تقتضي عدم التصرف[53].

وعلى العموم؛ فالضوابط الموضوعية تعد القاعدة الأساسية التي يجب مراعاتها قبل مباشرة تحرير السند التوثيقي، ولذلك يجب على الموثق توخي الحيطة والحذر في التأكد من توفرها، ومن ثَمّ تحرير السند التوثيقي والذي بدوره يشترط شكليات معينة.

الخاتمة:

وفي الأخير يمكن القول أن هذه الورقة البحثية تبقى مجرد محاولة متواضعة حاولنا من خلال الوقوف على الأعمال التمهيدية الممثلة في الضوابط الموضوعية، والتي استعرضنا خلالها هذه الضوابط التي تعد بمثابة إجراء جوهري لا يقل أهمية عن الشكلية التي أوجب المشرع في العقود الواردة على العقار حيث توصلنا من خلال دراستنا لموضوعنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، يمكن حوصلتها في النقاط الأتية:

النتائج:

- خضوع العقد التوثيقي الوقفي إلى الكثير من الإجراءات التي تطبق على العقد ؛ باعتبار أن هذا الوقف التزام أيضاً بالمفهوم العام للعقد،
- تضييق المشرع على ضوابط الواقف على أساس أنه تصرف ينقص من ذمته المالية؛ مفقر له، من خلال الإحالة على بعض أحكام الهبة والوصية.

- مدى مسايرة المشرع الجزائري في أحكام الوقف للفقه الإسلامي مع زيادة لبعض الأحكام والمعروفة والتي تعد من قبيل السياسة الشرعية وذلك كالحجر القانوني، ....
- اشتراط الملكية التامة للواقف حتى يمكنه مباشرة الوقف مستبعداً بذلك الملكية المطلقة حتى في ظل تقديس الملكية الفردية.
- قد لا يكون المباشر لعملية الوقف مالكاً للعين الموقوفة، إلا إنه يصح وقفه كما هو الشأن في حال الوكالة .
- إضافة إلى ضوابط العقار الموقوف الذي يتوجب تملكه من قبل الواقف ملكاً تاماً بأن يكون محدداً ومعيناً.

التوصيات: من بين التوصيات التي بادرنا بها، والتي تعد في عمومها بمثابة تعديلات يلتمس إجراؤها على قانوني الأسرة والأوقاف.

- اخضاع الواقف للشروط الواردة في نص المادة 203 من قانون الأسرة، وذلك لملائمتها لشروط التبرع عموماً والوقف خصوصاً، مع الإبقاء على الإحالة للمادتين 204 و 205 من أحكام الهبة من القانون نفسه.
- مدى إمكانية تعديل المادة 215 من قانون الأسرة أن تكون على النحو التالي: " يشترط في **الواقف** والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب..."، والتي كانت : " يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب...".
- كما يُلتمس تعديل المادة 1/10 من قانون الأوقاف رقم: 91-10 وذلك بإبدال مصطلح **مطلقاً** على أن تصبح: " أن يكون مالكاً للعين المراد وقفها ملكاً **تاماً**...".

الهوامش والمراجع المعتمدة

(1) تنص المادة 40 من القانون المدني على انه :" كل شخص بلغ سن الرشد... وسن الرشد تسعة عشرة (19) سنة كاملة".

(2) الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975م المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني، (ج.ر، العدد 78، السنة 1975م).

(3) تنص المادة 86 من قانون الأسرة على أنه: "من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني"

(4) القانون رقم: 84-11 المؤرخ في: 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 09 يونيو 1984م والمتضمن قانون الأسرة، (ج، ر العدد 31، السنة 1984م)، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02 المؤرخ في: 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005م (ج، ر، العدد 15، السنة 2005).

(5) رحايمية عماد الدين، (الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزيوزو- تاريخ المناقشة: 2014/03/15. ص 49.

(6) تنص المادة 30 من قانون الأوقاف على أنه: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي".

(7) القانون رقم: 91-10 المؤرخ في: 12 شوال 1411هـ الموافق لـ: 27 أبريل 1991م المتضمن قانون الأوقاف، (ج، ر العدد 21، السنة 1991)، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 28 صفر 1422هـ الموافق لـ: 22 مايو 2001، (ج ر العدد 29 السنة 2001)، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 02-10 المؤرخ في: 10 شوال 1423هـ الموافق لـ: 14 ديسمبر 2002م، (ج ر العدد 83 السنة2001).

(8) أهلية الاداء: "صلاحية الأنسان لأن يطالب بالأداء، ولان تعتبر أقواله وأفعاله، وتترتب عليه آثارها الشرعية، وبصدورها يعتد بها شرعاً" .للاستزادة انظر: بن

محمد السيد الجرجاني، معجم التعريفات ، تحقيق: محمد صديق المنشاوي، (د،ع، ط)،(د، س،ط)، دار الفضلية، القاهرة، ص36 .

(9) يقصد بالتصرفات الضارة ضرراً محضاً؛ التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الشخص من غير مقابل، بحيث لا يجني المتصرف من ورائها أيَّ نفع مالي يدخل في ذمته، وذلك كالتبرعات بجميع أنواعها، كالهبة والوقف...انظر: محمد سعيد جعفور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 13 . انظر أيضاً: العربي بختي: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (د، ع، ط)، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013، ص 159 بتصرف. رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، المرجع السابق، ص 73. انظر أيضاً: منصوري نورة، هبة العقار في التشريع الجزائري، (د،ع، ط)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص27.

(10) تنص المادة 83 من قانون الأسرة على أنه: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد...تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة...".

(11) زردوم صورية بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، (مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010). ص 64. انظر أيضاً: فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري،(مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة)، 2006-2007، ص 35.

(12) الجنون: "هو اختلاط العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادراً". انظر: علي بن محمد السيد الجرجاني، معجم التعريفات،

تحقيق: محمد صديق المنشاوي، (د،ع، ط)،(د، س،ط)، دار الفضلية، القاهرة، ص ص 70 71. انظر أيضًا: محمد عميم الإحسان المجدديالبركتي، التعريفات الفقهية، معجم يشرح الألفاظ المصطلح عليها بين الفقهاء والأصوليين وغيرهم من علماء الدين رحمهم الله تعالى، ط1، ، دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، 1423هـ-2003م، ص 73.

(13) العته: " عبارة عن آفة ناشئة عن الذات توجب خللاً في العقل فيصير صاحبه مختلط العقل فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء، وبعضه كلام المجانين . انظر: علي بن محمد السيد الجرجاني، المرجع نفسه ، ص 123. انظر أيضاً: محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، المرجع نفسه، ص 143.

(14) تنص المادة 31 من قانون الأوقاف على أنه:" لا يصح وقف المجنون والمعتوه كون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التمييز، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح وقفه أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون ثابتة بإحدى الطرف الشرعية".

(15) رحايمية عماد الدين ، المرجع السابق، ص49.

(16)الحجر: هو المنع، واصطلاحاً: هو منع الإنسان من التصرف في ماله. وقيل: هو منع مخصوص، بشخص مخصوص، عن تصرف مخصوص، أو عن نفاذه. انظر: سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، ط2، دار الفكر، دمشق- سورية، 1408هـ- 1988م، ص ص 77 78.

(17) نظم المشرع الجزائري أحكام الحجر بداية من المادة 101 إلى المادة 108 من قانون الأسرة، وكذا المواد من 81 إلى 86 مع مراعاة المادة 40 من القانون المدني.

(18) قانون رقم: 08-09 مؤرخ في: 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر العدد 21 الصادرة في: 23-04-2008).

(19) تنص المادة 489 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة. ويعد هذا التأشير إشهاراً".

(20) رحايمية عماد الدين ، المرجع السابق، ص48.

(21) تنص المادة 203 من قانون الأسرة على أنه : " يُشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه".

(22) محمد الصغير باعلي، المدخل للعلوم القانونية– نظرية القانون نظرية الحق– (د، ع، ط)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، 157.

(23) عرفت المادة 9 مكرر الحجز القانوني على أنه : " ...يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية".

(24) بالرجوع لنص المادة 85 من قانون الأسرة والتي جاء فيها : " تعتبر تصرفات المحنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حال الجنون..." يتبين أن المشرع الجزائري ألحق السفيه بالمجنون والمعتوه في نص المادة 85 من قانون الأسرة، بينما فرق بينهما طبقاً لأحكام القانون المدنيفي نص المادتين 42– 43 منه، كما أن المشرع جعل تصرفات هؤلاء– المجنون المعتوه والسفيه– غير نافذة، وكان حرياً بها أن تكون باطلة بإستثناء السفيه عملاً بالقاعدة (الإجارة اللاحقة كالإذن السابق)، انظر: محمد سعيد جعفور وفاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 13.

(25) تنص المادة 216 من قانون الأسرة على أنه: " يجب أن يكون المال المحبس مملوكاً للواقف....".

(26) وقف الفضولي: اختلف الفقهاء في حكم وقف الفضولي لمال غيره على قولين: أحدهما: للمالكية على المشهور، والحنابلة ، والشافعي في الجديد : وهو أن وقف الفضولي باطل، سواء أجازه المالك بعد أم لا.

ثانيهما: للحنفية ، وهو قول عند المالكية ، ورواية عن أحمد : وهو أن وقف الفضولي صحيح، غير أنه يكون موقوفا على إجازة المالك ، فإن أجازه نفذ ، وإن رده بطل.انظر : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت ، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج30، ط 2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1404 – 1983، ص 252. كما أن الحنابلة في المذهب والمالكية – في المشهور – وفي الجديد عند الشافعية وقف الفضولي غير صحيح ولو أجازه المالك ؛ لأنه ليس بمالك ولا ولي ولا وكيل. وعلل المالكية هذا الحكم بخروج الموقوف بغير عوض بخلاف المبيع ، فإن البيع صحيح لأنه يخرج بعوض. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 44 ، ط 2، طباعة ذات السلاسل، الكويت، 1404 – 1983، ص 130.

(27) ولا يصح وقف الغاصب المغصوب؛ إذ لا بد في الواقف من أن يكون مالكاً الموقوف وقت الوقف ملكاً باتاً، انظر: وهبة الزحيلي، الفقه المالكي وأدلته، المرجع السابق، ص 176.

(28) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 1993/09/28، ملف رقم: 94323، م ق، السنة 1994، العدد 2، ص76.

(29) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ: 2001/04/25، ملف رقم: 198940،م ق، عدد خاص، ج01، ص151.

(30) عرف المشرع الجزائري الوكالة بموجب نص المادة 571 من القانون المدني: " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً أخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه ".

(31) تنص المادة 572 من القانون المدني على أنه : " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة...".

(32) الأمر رقم: 03-12المؤرخ في: 27 جمادى الثانية 1424هـ الموافق لـ: 2003/08/26 المتعلق بإلزامية التأمين الكوارث وتعويض الضحايا، (ج، ر العدد 52 السنة 2003).

(33) تنص المادة 1/1 من قانون إلزامية التأمين على أنه: " يتعين على كل مالك لملك عقاري يقع في الجزائر شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً ما عدا الدولة أن يكتتب ...".

(34) تنص المادة 324 مكرر4 من القانون المدني : " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية... وحدود العقارات...".

(35) كانت تعد أحد أبرز الإشكالات التي تطرح في الحياة العملية بخصوص التكييف القانوني للعقود التوثيقية التي تبرم بمناسبة عملية بيع العقار بدون ذكر أصل الملكية، وفي هذا الصدد فإن الموثق يعفى من الإشارة إلى أصل الملكية بمناسبة إعداد العقود التوثيقية التالية:

عقود إيداع العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01 جانفي1971.

عقود الشهرة المنشأة بموجب المرسوم رقم:83-352 المؤرخ في 1983/05/21 الذي يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والملغى بموجب القانون رقم:07-02 المؤرخ في:2007/02/27، المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري انظر: مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية دراسة في القانون الجزائري ، (د، ع، ط)، دار هومة، الجزائر، 2014، ص133.

(36) رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 53.

(37) تنص المادة 689 من القانون المدني على أنه: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم...".

(38) رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 55.

(39) تنص المادة 23 من قانون الأوقاف على أنه:" لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأي صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها".

(40) تنص المادة 24 من قانون الأوقاف على أنه: " لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك أخر إلا في الحالات التالية:

- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
- حالة ضرورة عامة لتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية...

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

(41) تنص المادة 682 من القانون المدني على أنه: "كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

(42) تنص المادة 689 من القانون المدني على أنه: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها، أو تملكها بالتقادم..."

(43) تنص المادة 2/92 من القانون المدني على أنه: " .....غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه...".

(44) قانون رقم: 07-12 مؤرخ في : 21 ذي الحجة عام 1428 الموافق 30 ديسمبر سنة 2007، المتضمن قانون المالية لسنة 2008 (ج ر العدد 82 مؤرخة في 31 ديسمبر 2007).

(45) تنص المادة 57 من القانون المالية لسنة 2008 على: " إن السكنات الإجتماعية الممولة من طرف الدولة والمتنازل عنها لشاغليها طبقاً للتشريع

الساري المفعول وكذا السكنات المستفيدة من الإعانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التمليك، لا يمكن التنازل عنها من طرف مالكيها خلال مدة يجب أن لا تقل عن عشر (10) سنوات، باستثناء حالة وفاة المالك وضرورة توزيع التركة...".

(46) حيث يرى الدكتور رحايمية عماد الدين أن المنصوص عليه في المادة (57) من قانون المالية لسنة 2008 ، له ما يبرره من الناحية الواقعية أين أثبتت المنازعات القضائية عبر مختلف محاكم الوطن أن المستفيدين من إعانات الدولة لأجل اقتناء سكنات في العديد من الأحيان يلجئون إلى بيعها من أجل الحصول على الفائدة الكبيرة والسريعة على أساس أن ثمن السكن المقتنى من المستفيد الأصلي يقل بكثير من ثمن البيع، ذلك أن السكن مدعم من طرف خزينة الدولة لأسباب اجتماعية مختصة ، وبالتالي جاء النص القانوني لوضع حد للمضارب في أسعار العقارات والعمل استقرار سوق العقارات التي أصبحت في السنوات الأخيرة المرتفعة لدرجة تفوق الحد المعقول وخاصة في الولايات والمناطق الكبرى كالجزائر وكذا وهران وقسنطينة... وغيرها من الولايات ذات التوسع العمراني والاقتصادي الضخم. انظر: رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 56.

(47) رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 56.

(48) الشائع والمشاع: هو المال المشترك غير المقسوم، والشيوع في المالية هو الشراكة، والإفراز هو تخليصه من غيره بحيث يزول الاشتراك، وقد عرفته المادة 713 من القانون المدني على أنه: " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع ...". وللمشاع الموقوف حالات ثلاث:

أ-وقف الحصة المشاعة في عقار لا يحتمل القسمة فالوقف في غير مسجد أو مقبرة، فهو جائز عند الجمهور غير المالكية.

ب–وقف القسمة المشاعة لعقار قابل للقسمة فمن الفقهاء من قال بعدم جواز وقفه إلا بعد القسمة والتسليم، والبعض الأخر أجاز وقفه ما دامت القسمة ممكنة فيحسم بها النزاع.

ج– وقف العقار المشاع ليكون مسجداً أو مقبرة لا يصح ولا يرتب أثاره إلا إذا أفرزت الحصة الموقوفة وحددت. انظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،(الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهمّ النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها)، ط02، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، 1985، ص ص 185 186.انظر أيضاً :شحادة الشويكي أكرم عوض، حقيقة الوقف وأثر خلاف المذاهب الأربعة فيه، (رسالة لنيل درجة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا،جامعة الخليل،1433هـ – 2012م)، ص 203.

(49) تنص المادة 216 من قانون الأسرة على أنه:"... ولو كان مشاعاً".

(50) تنص المادة 3/11 من قانون الأوقاف على أنه:"... ويصح وقف المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة".

(51)القسمة: هي التي تتيح للشريك في الملك أن يخرج من الشيوع إلى الملكية الفردية، وهي أنواع:

قسمة المنافع (المهايأة): وهي قسمة مؤقتة تنصرف إلى المنافع ولا تتعداها إلى الملكية، وتصير نهائية إذا دامت 15 سنة وهي المنصوص عليها في القانون المدني من م733 إلى المادة 736.

ب–القسمة النهائية: هي التي تنهي الشيوع وتعطي كل شريك حصة عينية مفرزة ليصبح ملكاً مستقلاً عن شركائه.

ج–قسمة التصفية: وهي القسمة التي يلجأ إليها إذا استحالت القسمة العينية فيطرح الشيء الشائع في المزاد العلني وقسمة ثمنه بين الشركاء. انظر: بن مشرنن خير الدين، نظام الوقف في القانون الجزائري، (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في

قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012).ص44.

(52) المحكمة العليا، قرار مؤرخ في: 2010/05/13، رقم: 600620، مجلة المحكمة العليا، 2010، عدد2، ص 228.

(53) شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري- الهبة- الوصية- الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، (د، ع، ط)، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 272. انظر أيضاً: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات- الهبة- الوصية- الوقف، طبعة جديدة، مزيدة ومنقحة بأحدث الأحكام والقرارات، (د، ع، ط)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 94.