شروط الوقف وفق آخر تعديلات قانون الوقف

أ.قنفود رمضان،
جامعة يحي فارس المدية

مقدمة:

الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير وفق ارادة الواقف المعتبرة.

ويرى فريق من الفقهاء ان للوقف أركانا أربعة هي: الواقف، والموقوف، والموقوف عليه والصيغة الدالة على إنشائه، ويبني هذا الفريق من الفقه رايه على اساس تفسيرهم الركن بأنه: ما يتوقف عليه الشيء ولا شك في ان هذه الأمور الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف. ويذهب فريق اخر من الفقه إلى ان للوقف ركنا واحدا وهو الصيغة المنشئة، وما عداها أمور لازمة لوجود الصيغة، بناء على تفسيرهم الركن بأنه: ما كان جزءا من حقيقة الشيء ، أو ما به قوامه ووجوده[1].

وقد ذهب قانون الوقف الجزائري صراحة الى تقرير تعددية اركان الوقف ،بانيا ذلك على فكرة ان الركن هو ما يتوقف عليه الشيئ، وفي هذا الصدد اكدت المادة 09 من قانون الوقف الواردة تحت الفصل الثاني الخاص باركان الوقف وشروطه ان : ((أركان الوقف هي: 1- الواقف ،2- محل الوقف 3- صيغة الوقف ،4- الموقوف عليه)).

ولتحديد مفاهيم هذه الاركان، حدد القانون أوصاف هذه الاركان من خلال تطرق مواد الفصل الثاني من القانون الى شروط كل ركن على حدة، وعلى هذا نقسم هذا الموضوع الى ثلاثة مباحث ، يتعلق الاول بشروط منشئ التصرف الوقفي ،اما الثاني فيتعلق بمحل الوقف والجهة الموقوف عليها،والمبحث الثالث يتضمن صيغة الوقف على النحو التالي :

المبحث الأول :

شروط الواقف

يعد الواقف محور التصرف الانفرادي الذي ينشأ عنه الوقف،وترتيبا على ذلك شدد القانون الجزائري في شروطه التي يمكن تصنيفها الى شروط صحة ونتناولها في مطلب اول، وشروط نفاذ نتناولها في مطلب ثان:

المطلب الاول:

شروط الصحة في الوقف

[1] أنظر .د. الشيخ مصطفى شلبي ، احكام الوصايا والاوقاف،ط4،الدار الجامعية للطباعة والنشر .ص 324.

تشترط النصوص القانونية المتعلقة بالوقف وجوب توافر اهلية التبرع في الواقف لكي يصح وقفه بناء على ما تظمنته المادتان 10/ف2 ، والمادة 04 من قانون الوقف[68] حيث تشترط المادة 10/ف2 : ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :
1- ان يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا .
2- ان يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفة أو دين)).
اما المادة 04 فهي تفيد الشرط تبعا لطبيعة التصرف الوقفي الذي تعرفه بأنه :((عقد التزام تبرع صادر عن ارادة منفردة)).
وبتحليل هاتين المادتين نخلص الى ان شروط الصحة في القانون الجزائري تتمثل فيمايلي :

أولا :تحقق سن الرشد
تنص المادة 30 من قانون الوقف على ان :((وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو اذن بذلك الوصي)).
ان الوقف تصرف تبرعي كما سبق ، وصفة التبرع توجب توافر الاهلية الكاملة وعلى راسها بلوغ الشخص سن التاسعة عشر سنة وفق المادة 40 من القانون المدني الجزائري[69] ، على اساس إذن الوقف يؤثر في الذمة سلبا ولهذا يعد تصرفا مضرا ، فلا يجوز ان يصح الا ممن بلغ سن الرشد وفي هذا تنص المادة 83 من قانون الاسرة :((من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة اذا كانت نافعة له وباطلة اذا كانت ضارة به...))

ويؤيد ذلك نص المادة 86 من نفس القانون حيث تقرر انه :((من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الاهلية وفقا لاحكام المادة 40 من القانون المدني)).
إذن لتحقق صحة الوقف لابد ان تكون اهلية اداء الواقف قد اكتملت له لمباشرة كل أنواع التصرفات القانونية .

ثانيا : امتناع عوارض وموانع الاهلية :
1- **عوارض الاهلية :** وهي تعرف عادة بالجنون والعته والسفه والغفلة .

الجنون والعته :

---

[68] القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27م . المتعلق بالأوقاف.المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم : 21

[69] الامر رقم : 75-58 . المؤرخ في 1975/09/26م .المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم . الجريدة الرسمية. رقم:70.

النص القانوني : ((لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير ، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله، شريطة ان تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية)).

ورد هذا النص في المادة 31 من قانون الوقف من الفصل الخامس منه المتعلق بمبطلات الوقف ويظهر مما سبق ان النص جاء تحت فصل كان الافضل لولم يكن ، على اساس ان كل مواد الفصل تتعلق بأركان الوقف وشروطه ولهذا كان المنطق يفرض ان تكون تحت الفصل الثالث المتعلق باركان الوقف وشروطه .

ان النص السابق يفرض لصحة الوقف تمتع الواقف بكل قواه العقلية لان حصول الجنون أو العته يعتبر سببا لفقدان التمييز وبالتالي يعادلان صغر السن الذي هو دون 13 سنة وفق المادة 42 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

حكم وقف المجنون والمعتوه :

حسب المادة 31 من قانون الوقف السالفة فإن تصرفات الواقف المجنون والمعتوه تكون باطلة بطلانا مطلقا كتصرفات الصبي غير المميز وفقا للمادة 42 مدني جزائري ، لكن بالرجوع الى المادة 107 من قانون الاسرة[70] نجدها تفرق بين التصرفات الصادرة قبل الحكم بالحجرعليه وبين تلك الصادرة بعد صدور الحكم بالحجر ، اذ تنص المادة على مايلي :((((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ، وقبل الحكم اذا كانت اسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)) وبناء على ما يبق يجب التمييز في مسالة حكم الوقف هنا بين التصرف الوقفي الصادر قبل الحجر والصادر بعده .

أ- **حكم التصرف الوقفي الصادر قبل الحجر :** اذا كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة وقت التصرف بمعنى ان غالبية الناس لا تعلم بهذه الحالة فتصرفاته تعتبر صحيحة ويعتبر كامل الاهلية، اما اذا كانت تلك الحالة شائعة وقت التصرف الوقفي فإن الوقف يكون باطلا مطلقا رغم صدورها قبل تسجيل طلب أو قرار الحجر.

ب- حكم التصرف الوقفي الصادر بعد الحجر : يكون الحجر بناء على طلب احد الاقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة وفقا للمادة 102 من قانون الاسرة وبعد توقيع الحجر تكون كل تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة ومنها تصرفه في الوقف .

مخالفة قانون الوقف للقواعد العامة في مسألة الجنون المتقطع :

يقرر القانون المدني بطلان تصرف المجنون مطلقا سواء كان جنونا مطبقا أو جنونا متقطعا،وربما كان تقريره لذلك على اساس صعوبة اثبات ذلك، وعلى خلاف ذلك الحكم يقرر قانون الوقف صحة تصرف الواقف المجنون بشرطين هما : ان يكون الوقف في حالة الافاقة ولو اعقبها الجنون على اساس تمام العقل هنا ، وكذلك ان تثبت تلك الافاقة باي طريق من طرق الاثبات الشرعية .

ويلاحظ في هذه المسالة ان المشرع الجزائري اخذ بالقواعد العامة الموجودة في الفقه الاسلامي التي تقرر جواز تصرفات الوقف في حالة الجنون المتقطع ، لانه انذاك

[70] القانون رقم 84-11 .المؤرخ في 06/09 /1984م .المتضمن قانون الاسرة . الجريدة الرسمية: رقم 52 .

يكون مكلفا وبالتالي فإن وقفه وان كان تصرفا مضرا بالذمة فإنه يكون مجذبة للثواب وفي هذا صلاح وليس مضرة للواقف.

السفه والغفلة :

تثير مسألة وقف السفيه وذو الغفلة اشكاليات كثيرة نظرا لتضارب نصوص قانون الوقف وقانون الاسرة والقانون المدني في هذا الشأن ، فالمادة 10/ف2 من قانون الوقف تنص صراحة على :((... ان يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) .

فظاهر النص ان من بلغ سن الرشد ولم يكن مجنونا أو معتوها حسب المادة 31 السابقة من قانون الوقف، ولم يكن محجورا عليه بسبب السفه أو الدين فإن تصرفه يكون صحيحا حتى ولو كان ذا غفلة ، في حين ان المادة 43 مدني جزائري تجعل حكم السفيه وذا الغفلة -الذي لم يذكر في النص خطأ في الترجمة - كحكم الصبي المميز الذي لا يصح تصرفه الوقفي مطلقا وفقا للمادة 30 من قانون الوقف التي تقرر ان : ((وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز...)). فهل يمكن القول ان الواقف ذو الغفلة يصح تصرفه الوقفي ؟.

اننا نرى ضرورة الاخذ بحكم نص المادة 10/ف2 السالفة التي على اساسها يكون تصرف الواقف العاقل صحيحا ما لم يكن محجورا عليه لسفه أو دين فقط ، ولو كان ذا غفلة على اساس ان ذو الغفلة هنا لم يغبن في تصرفه الوقفي لانه لا يوجد متعاقد اخر هنا من جهة ومن جهة اخرى لان التصرف الوقفي هو في مصلحته الاخروية هنا ،ولو انه سيؤثر على ذمته سلبا فإنه لن يحرم الاجر .

ويمكن بناء على ما أسسنا عليه رأينا الخاص بوقف ذو الغفلة ان نؤسس نقدنا للمادة 10/ف2 السابقة اذ لم نكن بحاجة الى تقرير بطلان وقف السفيه ، لان علة البطلان في التصرفات بصفة عامة لا تتحقق هنا في التصرف الوقفي على اساس ان اضاعة المال وتبذيره غير واردة هنا وخاصة اذا كان الوقف على نفسه ، لذا نرى ضرورة اعادة النظر في هذه المسألة بما يؤدي الى الحد من حكم البطلان المطلق هنا.

حكم وقف السفيه :

على اعتبار رأينا السابق الذكر في مسألة ذو الغفلة فإننا سنتطرق الى حكم وقف السفيه الذي نراه من خلال التمييز بين الوقف قبل الحجر عليه ، والوقف بعد الحجر عليه .

- **وقف السفيه قبل الحجر :** يقرر قانون الاسرة ان الاصل هو صحة تصرفات السفيه قبل الحجر عليه ومنه فإن وقف السفيه يقع صحيحا الا اذا ثبت ان السفه كان امرا ظاهرا ومتفشيا في شخص الواقف قبل تصرفه الوقفي فهنا يقع الوقف باطلا حسب المادة 107 اسرة التي تنص :((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم اذا كانت اسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)).

فيلاحظ في هذا النص ان المشرع سوى بين تصرفات المعتوه والمجنون والسفيه ، مع انه لايمكن التسوية بينهم .

- وقف السفيه بعد الحجر : ان نص المادة 10/ف2 من قانون الوقف يذهب صراحة الى عدم صحة الوقف ان كان الواقف محجورا عليه بسبب السفه حيث تنص :((... ان يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)) ويؤيد هذه المادة ما ذكرته المادة 107 السابقة من قانون الاسرة التي تذهب بصريح العبارة الى تقرير البطلان حيث تنص : ((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ...)) .

2-موانع الاهلية : وهي الظروف التي يوجد عليها الواقف الكامل الاهلية التي تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية ، وهي موانع قد تكون قانونية أو طبيعية يمكن حصرها فيمايلي :

أ-الحكم بعقوبة جنائية : يمتنع عن المحكوم عليه بعقوبة جنائية مباشرة حقوقه المالية وفقا للمادة 07 من قانون العقوبات، وهي عقوبة تبعية تطبق بقوة القانون وهي مترتبة على العقوبة الاصلية وفقا للمادة 04 /ف2 عقوبات ، وتسري خلال فترة وجود المحكوم عليه بالسجن وتزول بزوال المانع ويعين مقدم لادارة اموال المحكوم عليه.

ب-اجتماع عاهتين : تنص المادة 80/ف1 مدني جزائري :((اذا كان الشخص اصم ابكم أو اعمى اصم أو اعمى ابكم وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن ارادته جاز للمحكمة ان تعين له مساعدا قضائيا يعأونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته)). فالشخص الذي كانت تلك حالته تكون تصرفاته القانونية ومنها الوقف صحيحة قبل ان يعين له مساعدا قضائيا ، اما بعد تسجيل قرار تعيين المساعد القضائي فيجوز لذي العاهة القيام بهذه التصرفات دون مساعدة المعين من قبل المحكمة واذا قام بها كانت قابلة للابطال لمصلحته ، وهذا مانصت عليه المادة 80/ف2 مدني بقولها :((ويكون قابلا للابطال كل تصرف عين من اجله مساعد قضائي اذا صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة)).

جـ-الشرط المانع من التصرف :

وهو الشرط الذي يقيد من حرية التصرف في الملك ، ويجب ان يكون محددا بمدة معينة وان يكون مشروعا وقد يتقرر لمصلحة المالك أو المشترط كما يمكن ان يتقرر لمصلحة الغير.

ان هذا المانع وان لم يرد في القانون المدني الجزائري الا انه مقرر في المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري [1]في مادته 104 التي تنص:((يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الاخير)) ، وبناء على ماسبق فإن الواقف لا يصح وقفه للعقار الا اذا كان هذا الاخير ليس ممنوعا التصرف فيه ، أي لم يقيد التصرف فيه.

وتجدر الاشارة في كل ما سبق من مسألة شروط الصحة الى ان قانون الوقف قد جارى مكان قد قرره الاجتهاد القضائي في هذا الشأن ، حيث جاء في احد قرارات المحكمة العليا انه ((من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لا

---

[1]) الامر رقم 76 -63 المؤرخ 1976/03/25 المتعلق بالسجل العقاري. ج.ر.رقم 30 .

مكرها....ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون))[2].

والخلاصة ان ركن الواقف متى تحققت فيه الأوصاف التي سبق تحليلها كان تصرف الواقف صحيحا لكنه لا يكون نافذا الا بتحقق مواصفات اخرى يمكن ملاحظتها فيمايلي :

المطلب الثاني :

شروط النفاذ

عالج قانون الوقف مسألة شروط نفاذ التصرف الوقفي اثناء تطرقه لحالتين يكون عليها الواقف:

الحالة الأولى : كون الواقف محجورا عليه، بغض النظر عن صحته أو مرضه، فالمقرر هنا ان الوقف لايقع صحيحا ويكون محلا للبطلان ، وهذا ماتضمنته المادة 3/10 من قانون الوقف التي تنص:((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي ...ان يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين)).

ان تحليل هذه المادة يجعلنا نقف عند المسائل التالية :

أولا : جدة الدين كسبب للحجر : المقرر قانونا ان اسباب الحجر تتعلق اما بالجنون أو العته أو السفه وفق ماتنص عليه المادة 101 من قانون الاسرة التي تقرر ان :((من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه احدى الحلات المذكورة بعد رشده يحجر عليه)).

لكن المادة 10 من قانون الوقف تضيف سببا اخر غير معهود في القانون من قبل هو الدين والعبرة فيه هنا اذا كان مستغرقا لجميع امواله، أو بمعنى اخر تحقق صفة الاعسار في الشخص المدين.

ويلاحظ هنا ان المشرع الجزائري بابتداعه لسبب جديد للحجر في قانون الوقف كان متاثرا بالفقه الاسلامي الذي يقرر حكم الحجر على المدين المعسر ، وعليه فإنه يمكن القول ان جميع احكام الحجر الواردة في الفصل الخامس من الكتاب الثاني المتعلق بالنيابة الشرعية في قانون الاسرة تكون محلا للتطبيق على حالة الدين كسبب للحجر ، ومنها ان الحجر يكون بحكم من القضاء بطلب من احد الاقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة .

ثانيا - حكم وقف المحجور عليه لدين :

لتبين حكم هذا الوقف يجب التمييز بين ما اذا كان الوقف قبل الحجر أو بعده .

1- **اذا كان الوقف قبل الحجر على الواقف المعسر** : فإنه بمفهوم المخالفة للمادة 10/ف3 من قانون الوقف يكون الوقف صحيحا لكن اذا نظرنا الى حكم المادة 107 من قانون الاسرة التي تطبق هنا على اساس ما قلنا سابقا من تطبيق احكام الحجر الواردة بسبب

---

[2] قرار رقم 546 46 مؤرخ في 1988/11/21، المجلة القضائية 1991، عدد 02، ص 60.

الجنون أو العته أو السفه على سبب الدين فإنه يمكن القول ان الحكم سيختلف عما تضمنته المادة 10 السالفة الذكر على اساس ان المادة 107 السابقة تنص :((تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم اذا كانت اسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها)) ،فمقتضى هذه المادة في المسالة التي نناقشها هو ان الوقف قبل الحجر على الواقف يكون باطلا اذا كان غالبية الناس يعلمون باعسار الواقف وقت تصرفه الوقفي وعلى هذا سنجد انفسنا امام تناقض في الحكم في هذه المسالة ، والذي نراه لازالة هذا التناقض هو اعتبار ما نصت عليه المادة 10/ف3 من قانون الوقف هو الحكم لهذه المسالة على اساس اعتباره حكما خاصا بالوقف يخرج عن القاعدة العامة المقررة في قانون الاسرة من جهة ، ولان الحجر بسبب الدين هو من ابتداع قانون الوقف فإنه من الأولى ان تطبق احكامه وفق ما سبق على مسالة الوقف قبل الحجر ناهيك عن نص المادة 49 من قانون الوقف التي تقضي بالغاء كل حكم يخالف ما جاء في قانون الوقف.

2-**اذا كان الوقف بعد الحجر** : فإن الاتفاق حاصل بين احكام قانون الوقف واحكام قانون الاسرة حول عدم صحة الوقف في هذه الحالة وفقا للمادتين 10/ف3 من قانون الوقف والمادة 107 من قانون الاسرة .

نقد حكم القانون في الوقف بعد الحجر :

رتب القانون البطلان على التصرف الوقفي الواقع بعد الحجر على الواقف المعسر، وفي راينا ان هذا الحكم قاس نوعا ما من حيث اثره، ومن حيث عدم اتساقه مع القواعد العامة في مثل هذه المسائل المرتبطة بالذمة المالية للاشخاص، حيث يلاحظ انه كان من الاجدر للمشرع الجزائري ان يترك مسالة تقرير البطلان للدائنين، بمعنى ان يجعل حكم هذا التصرف هو قابليته للبطلان لمصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالمال الموقوف، فإن اجازوه نفذ الوقف واعتبر التصرف نافذا من يوم إنشائه وان لم يجيزوه بطل التصرف ونكون هنا قد اعطينا الخيار للدائنين في ترجيح المصلحة.

ثالثا : بطلان وقف المشهر افلاسه :

تنص المادة 244 من القانون التجاري الجزائري[1]:((يترتب بحكم القانون على الحكم باشهار الافلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن ادارة امواله أو التصرف فيها بما فيها الاموال التي قد يكتسبها من أي سبب كان وما دام في حالة افلاس ويمارس وكيل التفلسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفلسة)).

وفق هذه المادة فإن الحكم بشهر الافلاس الناتج عن توقف التاجر عن دفع ديونه وعدم قدرته عن ذلك يمنع التاجر من مباشرة التصرفات القانونية التجارية ليعين له اجباريا وكيل للتفلسة يتولى ادارة امواله وعلى هذا فإن تحقق هذا المانع للاهلية لا يجعل تصرف هذا التاجر بالوقف تصرفا غير نافذ فحسب بل باطلا من اصله لعدم صحة تصرفاته قانونا .

الحالة الثانية : حالة كون الواقف مريضا مرض الموت، وكان مدينا بدين يستغرق كل أملاكه، ولكن دون ان يحجر عليه.

---

[1] الامر رقم 75_59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم ،ج.ر 101 .

يقرر القانون الجزائري في هذه الحالة ان التصرف الوقفي يكون قابلا للابطال لمصلحة الدائنين، وهذا ما نصت عليه المادة 32 من قانون الوقف التي تقضي انه : ((يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه))[2].

من خلال تحليل هذه المادة نلحظ النتائج المترتبة على حكمها كمايلي :

النتائج المستخلصة من الحكم السابق :

1-ان التصرف الوقفي هنا يأخذ حكم الوصية طبقا للقواعد العامة، وعليه فاذا لم يجز الدائنون الوقف كان لهم ان يبطلبوا بيع المال الموقوف لاستيفاء ديونهم، اما اذا اجازوا الوقف فإنه ينظر هنا الى الورثة الذين يبقى حقهم في سلامة الثلثين كأصل الا ما اجازوه زيادة على الثلث.

2-ان النص المذكور لم يتحدث عن حالة ما اذا كان الدين لا يستغرق كل مال الوقف مما يجعلنا نرجح في هذه الحالة الرأي القائل ان نفاذ التصرف الوقفي هنا يتوقف فيما يتعلق به الدين، وما زاد عليه فلا يتوقف فيه الا اذا اجاز الدائنون الوقف، وهنا تطبق احكام الوصية كما سبق ذكره.

3-ان قانون الوقف لم ينص صراحة على حكم الوقف في مرض الموت بصفة عامة وان كان الحكم يستشف من القواعد العامة كما في المادة 776 من القانون المدني والمادتين 204 ، 215 من قانون الاسرة وهي كلها تقضي بتكييف كل تصرف في مرض الموت على انه وصية، ومن هذه التصرفات الوقف الذي يكون على صورتين اذا ما استبعدنا الحالات العارضة المتعلقة بالسفة والدين .

الصورة الأولى : اذا كان الواقف المريض مرض الموت قد وقف على الغير

ففي هذه الصورة سنكون امام فرضين .

الفرض الأول : اذا كان للواقف ورثة ، فإن الوقف هنا يأخذ حكم الوصية فينفذ الوقف متى خرج من ثلث التركة ، واما اذا كان الوقف يزيد على الثلث فإنه لا يلزم الورثة بعد موت الواقف لتعلق حق الورثة بعين المال في ثلثيه فيتوقف نفاذ الوقف هنا على اجازة الورثة.

الفرض الثاني : اذا لم يكن للواقف ورثة فإن الوقف هنا ينفذ ولا يتوقف على اجازة احد لعدم تعلق حق لاحد في المال الموقوف.

الصورة الثاني : اذا وقف الواقف المريض مرض الموت على بعض الورثة :

في هذه الصورة يكون الوقف نافذا اذا لم يعترض الورثة كلهم مما يفيد اجازتهم وتصرف الغلة كما شرط الواقف، سواء خرج الموقوف من الثلث ام لم يخرج منه .

واذا لم يجز الورثة الوقف فإنه لا يكون نافذا على اساس المادة 189 من قانون الاسرة التي تنص :((لا وصية لوارث الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي)).

---

[2] ما يلاحظ على النص أن تعبيره اللغوي غير سليم إلا إذا أضيفت "متى "قبل الفعل "كان "ليصبح النص :((يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت متى كان الدين يستغرق جميع أملاكه)) .

4-في حالة اجتماع الوصايا للخير، والوقف في مرض الموت ولم يثبت رجوع الواقف عن واحدة منها فإن الوصايا تقسم بين الوقف والوصايا للخير قسمة محاصة ، ذلك ان الوقف في مرض الموت اخذ حكم الوصية.

مخالفة الاجتهاد القضائي للاحكام الشرعية والقانونية :

ذهب الاجتهاد القضائي الى تقرير بطلان الوقف متى كان في مرض الموت ومهما كانت الاحوال، حيث جاء في احدى قرارات المجلس الاعلى الصادرة بتاريخ 1971/03/03 م ((حيث انه من المقرر في الشريعة الاسلامية ان الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل وعلى من يدعي بطلانه بذلك السبب اقامة البينة على ان المحبس كان مصابا وقت تحبيسه بالمرض الذي مات من جرائه، وحيث لم يأخذ المجلس القضائي بتلك الدعوى ولا بطلب إقامة البينة على صحتها واكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السابق الذكر، كان قرارا خارقا لأشكال المرافعة الجوهرية وحتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضه))[1].

ان ما يمكن استنتاجه من هذا القرار :

1-ان القرار جعل مرض الموت قرينة كافية لبطلان الوقف ولذا يكفي من له المصلحة في بطلان الوقف ان يثبت ان التصرف قد صدر في وقت كان الواقف فيه مريضا مرض الموت .

2-ان القرار اسس حكمه بغض النظر عن مدى مخالفة الاشكال الجوهرية للمرافعة على القواعد الشرعية التي ترى وجوب بطلان التصرف الوقفي في مرض الموت في نظره .

ان تحليل هذا الحكم واستحضار الرؤى الفقهية في الموضوع يجعل من الظاهر والواضح الخطأ الفادح في تأسيس قرار المحكمة، حيث ان القواعد الشرعية لاتقرر بطلان الوقف على اطلاقه، بل ان ذلك لايكون الا في احوال خاصة وبأوصاف محددة وبالتالي فإن نتيجة ما إنتهى اليه القرار مخالفة للاحكام الشرعية والقانونية في هذا الشأن.

وخلاصة ما سبق: ان وجود الواقف لا يكفي لقيام الوقف صحيحا بل لابد من ان تتوافر فيه المواصفات التي تجعل تصرفه صحيحا، وان تمتنع عنه ما يحبس التصرف عن النفاذ. واذا تحقق ذلك فإن النظر ينصب على الاركان الاخرى ومنها المال الموقوف في مدى تحققه بالمواصفات المطلوبة.

المبحث الثاني :

شروط محل الوقف وجهته

ونتناول فيه على التوالي شروط المال الموقوف في مطلب اول ،وشروط الجهة الموقوف عليها في مطلب ثان.

المطلب الاول:

شروط المال الموقوف:

---

[1] القرار المؤرخ في 1971/03/03، نشرة القضاة 1972 .ع 2 .ص 73 .

النص القانوني : ((يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة ويجب ان يكون محل الوقف معلوما محددا ومشروعا ، ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة)) .

ورد هذا النص في المادة 11 من قانون الوقف، تحت الفصل الثاني من اركان الوقف وشروطه وهي تشير الى ركن المال الموقوف في التصرف الوقفي من حيث ماهيته وأوصافه، وبتحليل هذه المادة نستخلص منها النقاط التالية :

الفرع الأول :

جواز المال مطلقا محلا للوقف

تفيد المادة 11 السابقة ان المال الذي يجوز محلا للوقف يمكن ان يكون عقارا، أو منقولا أو منفعة.

وتؤكد المادتان 215 و 205 من قانون الاسرة ما قررته المادة 11 من قانون الوقف حيث تنص المادة 215 من قانون الاسرة :((يشترط في الواقف والموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون)) اما المادة 205 اسرة فتنص :((يجوز للواهب ان يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير)) فمصطلح العين الوارد في هذا النص يستوعب المال سواء كان منقولا أو عقارا وعلى هذا يمكن تحديد انواع المال الذي يجوز محلا للوقف فيمايلي :

<u>1</u>-العقارات : وهي تشمل كل شيئ مستقر بحيزه وثابت فيه بحيث لا يمكن نقله من دون تلف وفقا للمادة 683 مدني جزائري.

وقد يضاف الى هذا المفهوم ما خصص من اموال منقولة لخدمة العقار أو استغلاله كالآلات والمفروشات وغيرها، فوفقا للمادة 11 من قانون الوقف، والمادة 205 من قانون الاسرة تكون العقارات أول ما يصلح محلا للوقف وبهذا فإن المشرع الجزائري كان مسايرا لما اتفق عليه فقهاء الشريعة في هذه المسألة.

<u>2</u>-المنقولات : وهي كل ما عدا العقارات وفقا للمادة 683 مدني جزائري بحيث تشمل كل ما يمكن نقله من مكان الى آخر دون تلف، وهي تصلح محلا للوقف وفقا للمادة 11 من قانون الوقف، والمادة 205 من قانون الاسرة، وتجدر الملاحظة هنا ان المنقول لا يشمل فقط ما كان ماديا كالكتب والادوات، بل يشمل ايضا المنقولات المعنوية كالاسم التجاري، وافكار المؤلفين وبراءة الاختراع وهي اموال لم تكن معروفة عند نشوء التصرف الوقفي وتطوره، ولهذا فهي مما يمكن ان تصلح محلا للوقف في وقتنا الحالي، كما يلاحظ في هذه المسالة ايضا انه وان كانت هذه المنقولات غير صالحة للبقاء بحيث يمكن تنفيذ حكم التأبيد فيها، الا انه يلاحظ ان المشرع قد يقصد بالتأبيد هنا : اما التأبيد في كل عين بما يناسبها فما يكون غير قابل للفناء عادة يكون بدوام الوقف الى ان يرث الله الارض ومن عليها وما يكون قابلا للفناء يكون بمقدار بقائه.

واما قد يقصد به انه لا ينتهي الوقف بل يستبدل بالعين عند بدء إنتهائها بغيرها ويحل محلها في الوقف، وهو الامر الذي لا نرجحه على اساس ان احكام الاستبدال في قانون الوقف تتعلق بالعقارات فقط كما سنرى لاحقا .

3-المنافع : وفقا للمادتين 11 من قانون الوقف والمادة 205 اسرة فإن المنافع تصلح محلا للوقف ويظهر هنا توافق المشرع الجزائري مع ما ذهب اليه المالكية والحنفية.

ويلاحظ البعض ان جواز المنافع محلا للوقف يؤدي الى فكرة التأقيت في الوقف باعتبار ان المنفعة مؤقتة، وعلى هذا يذهبون الى القول بالتناقض في احكام الوقف، والرأي عندنا ان وقف المنافع لا يبتعد كثيرا عن وقف المنقول، ذلك ان المنفعة اذا كانت مؤقتة وينتهي الوقف بانتهائها فإن التكييف الصحيح في رأينا هو ان الوقف كان مؤبدا في المنفعة هنا بما يناسبها، فيكون الوقف مؤبدا بمقدار بقاء المنفعة.

الفرع الثاني :

الحكم القانوني لوقف بعض الاموال الموصوفة

سنحلل في هذه المسالة حكم المال المشاع، والمال المرهون.

1-جواز وقف المال المشاع مطلقا: يقرر نص المادة 11 من قانون الوقف صحة وقف الشائع من المال، يضاف الى ذلك نص المادة 216 من قانون الاسرة التي تقرر انه :((يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف،معينا خاليا من النزاع ولو كان مشاعا)).

فاذن، المال مهما كان نوعه متى كان موصوفا بالشيوع فإنه يجوز قانونا ان يكون محلا للوقف، غير ان هذا الجواز يرتب اثرا فوريا يتمثل في وجوب اجراء القسمة لاجل ازالة صفة الشيوع حتى يتبين بصفة واضحة الجزء الموقوف.

الحكم في حالة استحالة القسمة :

ان نص المادة 216 اسرة السابقة تقرر الجواز مطلقا وقف المشاع، لكن المادة 11 من قانون الوقف تضيف حكما خاصا وهو ترتيب اثر القسمة في المال المشاع، فهل هذا يعني ان استحالة تحقق القسمة يجعل الوقف غير صحيح ؟.

ان النصوص السابقة لاتفيد بطلان الوقف في مثل هذه الحالة لان المراد في رأينا ان المال المشاع كأصل يجوز وقفه، وكل ما في الامر ان ذلك المال اذا كان يقبل القسمة فالواجب هو القسمة على اساس ان ذلك يحقق امكانية قبض الموقوف من جهة، ويحقق لنا عدم الاضرار بالمال من جهة اخرى ، اما اذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة فإن حكم الصحة يظل قائما ،غير اننا يجب ان ندقق المسألة بحسب طبيعة المال المشاع هنا وفق الحالتين التاليتين :

ـ حالة ما اذا كان الشيوع لا يحقق ضررا للموقوف عليهم وللوقف في نفس الوقت، ابقينا الحال على ما هو عليه.

ـ اما في الحالة التي لا يحقق فيها الشيوع مصلحة الوقف ولا مصلحة الموقوف عليهم فمن الضروري ان يتم الاستبدال هنا، اذا كنا بصدد عقار فيباع الجزء الموقوف ليشترى به محلا اخر يأخذ محل المال الموقوف، ولا بأس من استعمال امكانية شراء الجزء الشائع الاخر غير الموقوف.

2-بطلان وقف المال المرهون :

لم يتطرق القانون لهذه المسألة في أي نص من النصوص المتعلقة بالوقف ولكن يمكن ملاحظة ان طبيعة الوقف التي تجعله غير قابل للتصرف فيه يمكن ان تعطي الإنطباع بأنه لا يجوز وقف المال المرهون على اساس ان الرهن باعتباره تأمينا عينيا يمكن ان يؤدي الى التصرف في المال الموقوف بالبيع استيفاءا للدين الذي تقرر التأمين العيني ضمانا لاجله، فيصير الرهن كأنه طريق للتملك مما يتنافى وطبيعة الوقف.

وهذا ماقرره قرار صادر عن المحكمة العليا يفيد أن المال المحبس لا يمكن أن يكون محل تملك ولا دعوى تمليك[71].

ولعل ما يمكن ان نستئنس به في ما رأيناه في هذه المسالة هو ان رهن الناظر للوقف بدون إذن السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم يقع باطلا بقوة القانون وفق ما نصت عليه المادة 21 من المرسوم 98 /381 السابق الذكر كما سنرى لاحقا في موضوع عزل الناظر .

ان موقف القانون من مسألة المال الذي يجوز ان يكون وقفا تجعلنا نخلص الى ان المشرع الجزائري عمل على توسيع ما يصلح ان يكون محلا للوقف توسعة على الناس للاقبال على الوقف بما يملكون مما يمكن الإنتفاع به من اجل تحقيق مقاصد الوقف .

الفرع الثالث :

الأوصاف القانونية لمحل الوقف

بتفحص النصوص القانونية المتعلقة بالوقف نجد ان لمحل الوقف أوصافا يجب تحققها فيه والا وقع التصرف الوقفي تحت طائلة البطلان ونذكر هذه الأوصاف تباعا كمايلي :

1- المشروعية :يجد هذا الوصف اساسه في المادة 11/ف2 من قانون الوقف التي تنص :((... ويجب ان يكون محل الوقف معلوما محددا ومشروعا)). ولم يرد في قانون الاسرة ما يفيد هذا الشرط أو يلمح اليه.

والمراد بهذا الوصف في رأينا هو تحقق امرين في محل الوقف :

أ-ان يكون مما يجوز التعامل فيه والإنتفاع به وفقا للقواعد العامة : بحيث لا يكون مخالفا للنظام العام أو الاداب العامة كما تقضي بذلك المادة 96 قانون مدني التي تنص :((اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الاداب كان العقد باطلا)). وعلى هذا لا يجوز ان يكون محلا للوقف ما لا يجوز التعامل فيه بحسب طبيعته كالشمس والهواء والبحر، أو لان الغرض المقصود منه يتنافى مع التعامل فيه مثل اموال الدولة كالطرق العامة والجسور، أو لأن القانون يمنع التعامل فيه كالمخدرات مثلا.

ب-ان يكون مما يحل الإنتفاع به شرعا: وفقا للمادة 2 من قانون الوقف التي تجعل الشريعة الاسلامية مصدرا ماديا للقانون، فلا يجوز وقف ماهو محرم في ذاته أو ماهو ذريعة للحرام، كوقف الات اللهو المحرم أو وقف كتب تناقض الشريعة الاسلامية.

وما يستنتج مما سبق، ان المشرع الجزائري عمل على توسيع ما يجوز وقفه، توخيا وتوسعة على الناس للإقبال على الوقف بما يملكون مما يمكن ان ينتفع به، من أجل تحقيق المقاصد السامية التي يرمى إليها الوقف، من فتح أبواب الخير، ورجاء في الثواب، وبالنسبة للمال المرهون فإن القانون لم يتطرق لها صراحة ، لكن يمكن ملاحظة ان

[71] حمدي باشا عمر: مبادئ القضاء العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر،2001 ، ص124.

طبيعة الوقف التي تجعله غير قابل للتصرف فيه، يمكن ان تعطي الإنطباع بأنه لا يجوز وقف المال المرهون -على رأي جمهور الفقهاء - على أساس ان الرهن يمكن ان يكون طريقا للتملك، مما يتنافى وطبيعة الوقف.

2-المعلومية والتحديد :

تشير المادة 11 /ف2 السالفة الذكر الى فكرة تعيين المال الموقوف تعيينا ينفي عنه الجهالة وهذا لا يكون الا بتحقق العلم بالمال الموقوف اضافة الى تحديده ، وهو امر يتفق مع القواعد العامة في هذا الشأن حيث تشير المادة 94 مدني جزائري الى هذا الوصف بالنص على انه :((اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب ان يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا ...)).

وبناء على هذا الشرط فان المال الموقوف اذا كان شيئا معينا بذاته فيجب ان يوصف وصفا ينفي الجهالة عنه كما اذا وقف شخص دارا فيجب ذكر موقعها وبيان أوصافها الاساسية ، واذا كان المال الموقوف ارضا وجب ذكر موقعها ومساحتها وحدودها ، واذا كان المال الموقوف الة ميكانيكية وجب ان يعين نوعها وأوصافها المميزة، اما اذا كان المال الموقوف عبارة عن شيئ غير معين بذاته وجب ان يعين بجنسه ونوعه ومقداره ولعل ما يسهل عملية التعيين لمحل الوقف هنا هو اعتبار الرسمية ركنا في عقد الوقف، والشهر شرطا للنفاذ ، كما سنرى في موضوع الصيغة.

3 _ ملكية الواقف للمال الموقوف:

تطرق القانون الجزائوي لهذه المسألة في سياق ذكر شروط الواقف في المادة 1/10 التي تنص ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي : ان يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا...)).

اما المادة 216 من قانون الاسرة فقد ورد فيها هذا الوصف في سياق ذكر شروط المال الموقوف ، حيث تنص ((يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف ،معينا خاليا من النزاع ولو كان مشاعا)).

وايا كان سياق هذا الوصف فانه يترتب عليه مصير الوقف صحة وبطلانا لذلك فانه يمكن القول انه لكي يصح الوقف لا بد ان يكون الواقف مالكا للمال محل التصرف الوقفي سواء كان عقارا او منقولا او منفعة حسب المادة 11 من قانون الوقف .

ويستدل على ذلك بسندات الملكية التي يجب ان يتأكد منها الموثقون المكلفون بتحرير العقد الرسمي للوقف وفق الاجراءات الخاصة بطبيعة كل مال ، غير انه يجوز لغير المالك ان يقوم بهذا التصرف اذا اثبت انه يملك التصرف في الرقبة بالوقف ، وذلك بالوكالة عن صاحب العين الوقوفة والوصاية منه .

ان صيغة نص المادة 1/10 من قانون الوقف توحي لنا بأن الشرع في تركيزه على فكرة الملكية المطلقة للعين الموقوفة يعني ان يكون المال الموقوف خاليا من النزاع الذي قد يؤدي الى عدم الاستقرار والفوضى في المعاملات والتصرفات القانونية لعدم استقرار الراكز القانونية للاشخاص ، لذلك كان التأكيد على ان تكون الملكية مطلقة.

وبناء على هذا الوصف القانوني تخرج صور عديدة لا يصح فيها الوقف منها :

1_ اذا اوصى شخص لآخر بدار معينة فوقفها الموصى له قبل موت الموصي فانه لا يصح ، حيث ان الملك في الوصية لا يثبت الا بعد وفاة الموصي .
2_ اذا وقف الموهوب له المال الموهوب قبل ان يقبضه ، فوقفه غير صحيح ، لان الملك لا يثبت في الهبة الا بعد القبض.
3_ اذا استحق العقار الموقوف بالشفعة وقضى للشفيع بها فان الوقف يبطل ،لان المشتري وان ثبت له الملك الا انه ليس ململكا باتا لتعلق حق الشفيع به .
وفي الاخير وبخصوص مسألة الاوصاف القانونية للمال الموقوف ،فانه يلاحظ ان الاجتهاد القضائي قد استقر على تكريس جملة ما ذهبت اليه نصوص قانوني الاسرة والوقف في هذا الشأن، ومن امثلة ذلك منطوق قرار المحكمة العليا القاضي بان ((من المقرر شرعا وقانونا أنه يشترط في الواقف أن يكون أهلا للتبرع، رشيدا لا مكرها.
ويشترط في المال المحبس أن يكون مملوكا للواقف، معينا خاليا من النزاع.
ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية والقانون))[1].

وايضا القرار القاضي بانه ((من المقرر شرعا وقانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، وإلا لما جاز له أن يحبسه، وأن يكون معينا – غير مجهول- وخاليا من كل نزاع ولو كان هذا المال في الشياع.
ومن ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه – في القضية الحال- لا يكون باطلا إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو "س" لكنه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له.
وعليه فإن قضاة المجلس لم يسببوا قراريهما – المطعون فيهما- بشكل مقبول مما يستوجب نقضهما وإحالتهما مع الأطراف على نفس المجلس))[2].

المطلب الثاني :

شروط الموقوف عليه

تطرق التشريع الجزائري لموضوع جهة الوقف أو الموقوف عليه، في المادة 13 من قانون الوقف التي جاءت تحت الفصل الثاني المتعلق باركان الوقف وشروطه، حيث تنص: ((الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ، ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا، فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، اما الشخص المعنوي فيشترط فيه الا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية)).
وبمراعاة التعديلات التي جاء بها القانون 02_10 يمكن معالجة هذه المسألة على النحو التالي:

الفرع الاول :

الاحكام القانونية للافراد المعتبرين جهة وقف قبل التعديل

---

[1] قرار رقم 546 46 مؤرخ في 1988/11/21، المجلة القضائية 1991، عدد 02، ص 60.
[2] قرار رقم 323 94 مؤرخ في 1993/09/28، المجلة القضائية 1994، عدد 02، ص 76

يسجل المحلل للنصوص القانونية المتعلقة بهذه المسألة قبل صدور القانون 02_10 الاحكام التالية :

1-المعلومية والوجود شرطا صحة واستحقاق على الترتيب :

يذهب القانون الى اشتراط المعلومية في الموقوف عليه لاجل ان يقع الوقف صحيحا بغض النظر عن وجوده أو عدمه ، لكن الاستحقاق لايثبت لهذا الشخص الطبيعي الا اذا كان موجودا وهذا ما تفيده المادة 13 /ف1 السابقة .

وما يؤكد هذا المعنى هو مفهوم الوقف الخاص الذي قد يكون على عقب الواقف الذي هو الاشخاص الموجودون و الذين سيوجدون من صلب الواقف وابنائه ، فاذن الشرط المعتبر هنا هو : ان يكون الموقوف عليه معلوما ليقع الوقف صحيحا ، وهو راي الاحناف والمالكية .

2- جواز الوقف على النفس :

يمكن القول ان القانون الجزائري قبل صدور القانون 10/02 كان يجيز الوقف على النفس اعتبارا للاسباب التالية :

ا- انه لم يرد نص خاص صريح يمنع هذا النوع من الوقف في القانون الجزائري .

ب- ما يفهم من تعريف الوقف الخاص الوارد في المادة 06 من قانون الوقف 10/91 إمكانية ان يكون الواقف أحد الأشخاص المعينين المذكورين في عبارة نص :((الوقف الخاص وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ....)).

ج- ان نص المادة 214 من قانون الأسرة يشير صراحة إلى جواز الوقف على النفس حيث تقضي هذه المادة انه :((يجوز للواقف ان يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على ان يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة)). فاحتفاظ الواقف بمنعة الوقف لا يعني الا انه وقف على نفسه مع ملاحظة ان هذا النص لا يعارض صراحة أي نص من نصوص القانون 10/91 حتى يكون محلا للالغاء وفقا للمادة 49 من قانون الوقف .

وبعد صدور القانون 10/02 المعدل والمتمم لقانون الوقف ، تكرس هذا المعنى في نص المادة 6 مكرر منه والتي نصت على انه ((يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة الى الجهات الموقوف عليها)) ،فالنص واضح في انه يجيز الوقف على النفس بشرط ان الذي يلي الواقف بعد مماته يكون شخصا معنويا لا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية وفقا للمادة 13 المعدلة من قانون الوقف 10/91 .

ولقد استقر الاجتهاد القضائي على جواز الوقف على النفس من خلال عدة قرارات للمحكمة العليا من بينها القرار الذي يفيد انه ((...من المقرر قانونا أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق، إلا أنه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة))[1].

---

[1] قرار رقم 957 109 مؤرخ في 1994/03/30، المجلة القضائية ، عدد 03، ص 39

وايضا القرار الذي جاء منطوقه كالتالي:((...حيث يتضح من عقدي الحبس المؤرخين في 1942/11/10 و 1952/02/28 أن المرحوم (ق ح م) حبس عقارات واقعة بمستغانم ولكن مع التوضيح بأنه يحتفظ بحق الانتفاع والاستغلال لنفسه طوال حياته وأنه بعد وفاته ينتقل حق الانتفاع إلى ورثته الذكور الذين عددهم وأنه فقط في حالة عدم وجود ورثة ذكور تصبح العقارات محبسة لفائدة البقاع المقدسة، وأنه طالما يوجد ورثة كما هو منصوص عليه في عقدي الحبس، فإن حق الانتفاع واستغلال العقارات يعود إليهم، وأن مديرية الشؤون الدينية لولاية مستغانم لا يمكنها أخذها.

وعليه فإن تصرف مديرية الشؤون الدينية بأخذ العقارات المتنازع عليها وتأجيرها للغير يعتبر تعديا طالما يوجد ورثة ذكور، مما يستوجب الحكم عليها بردها، ودفع مبالغ الإيجار المقبوضة منذ سنة 1976))[1].

تعليق :

لعل ما دعى المشرع الجزائري الى تبني هذا الراي الذي اقره الفقهاء الاحناف هو ما لهذا النوع من الأوقاف من فائدة تظهر في اقبال الناس على الوقف كقربة ما داموا يظمنون حقهم في الاستفادة من ريع مالهم الذي وقفوه ما داموا احياء، فيحصل لهم بذلك الاطمئنان النفسي ولا يضر الامر مادام ان ريع الوقف سيصير الى جهة خير بعد موتهم ، فالمصلحة هنا جلية ، تجعل هذا النوع من الوقف مدعاة الى التوسعة على الناس في قربهم.

الفرع الثاني :

الاحكام القانونية المتعلقة بالشخص المعنوي المعتبر جهة وقف

يستنبط من النصوص القانونية المتعلقة بهذه المسألة الاحكام التالية :

1-ان الوقف على شخص معنوي هو وقف عام : وهو ما يفهم من نص المادة 06 /ف1 من قانون الوقف التي تقرر ان :((الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت انشائه ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ...)). وعليه ا يستلزم ان يكون هذا الشخص المعنوي جهة خير تخصص ريع الوقف للمساهمة في سبل الخيرات.

2-ضرورة موافقة الشخص المعنوي لاحكام الشريعة الاسلامية : يشترط أساسا في الشخص المعنوي الموقوف عليه ان لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ، وفقا للمادة 13 المعدلة بالقانون 10/02 المعدل والمتمم لقانون الوقف 10/91 التي تنص :((...الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)).

ويلاحظ هنا ان ما يخالف الشريعة الإسلامية، ليس ما يخالف مذهبا فقهيا معينا، وعلى القاضي الذي رفع أمامه النزاع حول هذه المسالة ان يتخير رأيا من آراء الفقهاء، دون التقيد أو الإجبار على اخذ رأي مذهب معين الا اذا اعتمد الواقف مذهبا محددا في انشاء وقفه فليس للقاضي ان يتجاوز خيار الواقف الفقهي او المذهبي، وهذا كله يدخل في

[1] قرار رقم 561 137 مؤرخ في 1996/05/05، المجلة القضائية 1996، عدد 02، ص 147

إطار الاتجاه الذي رسمته المادة 02 من قانون الوقف 10/91 التي تنص :((على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه))، وكذلك ما اكدته المادة 222 من قانون الاسرة ، والمادة 01 /ف2 من القانون المدني.
ولقد استقر الاجتهاد القضائي على تقرير احترام خيار المذهب الذي اسس الواقف عليه وقفه فيما لم ينص عليه القانون ولم تتضمنه اشتراطات الواقف المعتبرة ،وفي هذا الشأن اصدرت المحكمة العليا عدة قرارات يمكن حصرها في الآتي:
القرار رقم 589 40 مؤرخ في 02/24/ 1968 الذي يفيد انه ((..إذا كانت مبادئ احكام الشريعة الاسلامية تقتضي خضوع عقد الحبس لارادة المحبس الذي يجوز له ان يأخذ بالشروط المعمول بها في أي مذهب من المذاهب الاسلامية ،فان مخالفة هذه المبادئ تقتضي بطلان ما يترتب عليها من أحكام مخالفة.وعليه يستوجب نقض القرار الذي يقضي بإبطال عقد الحبس لخروجه عن القواعد المعمول بها في المذهب المالكي مخالفا بذلك القاعدة الشرعية التي توجب احترام إرادة المحبس))[1].

القرار رقم 110 41 مؤرخ في 1971/03/17 المتضمن ما نصه: ((...حيث أن المجلس الأعلى يثير من تلقائه وجها من انتهاك الشرع فيما يتعلق بصحة واقعة مذهب الأحناف، ذلك أن القرار المطعون فيه حكم ببطلان الحبس المؤرخ في 1973/01/21 بمحكمة شرعية بدعوى أن هذا الحبس لم يذكر فيه المرجع الأخير. وأنه ليس من العدل كما يقول القرار بقاؤه على حاله، إذ هو يعطي للذكور امتياز ظالما مخالفا لروح ومقاصد الشريعة الإسلامية، وبهذا فإن المجلس هو الذي بنى قراره على نظرية مخالفة لمذهب إمام ليس له انتقاده وإنما عليه تطبيقه، فالقضاة ليسوا مجتهدين مطلقين وإنما هم مطبقون للأحكام لا مشرعين لها، مما يتعين نقض إبطال القرار))[2].

القرار رقم 971 42 مؤرخ في 1986/05/05 "غير منشور"والذي مفاده :((..إن 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 أن مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة كانت معمول بها وقتئذ ولا يعاب اختيار المذهب في ذلك ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم)).
3-حكم زوال الشخص الاعتباري الموقوف عليه : ان الأثر المترتب على انتهاء الشخص المعنوي الموقوف عليه -بالحل أو استنفاذ الغرض -هو أيلولة المال الموقوف إلى السلطة المكلفة بالأوقاف حالة ما إذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول إليها ذلك المال الموقوف وهذا بناء على المادة 37 من قانون الوقف التي تنص :((تؤول الاموال العقارية والمنقولة الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات الى السلطة المكلفة بالأوقاف العامة عند حل الجمعيات أو انتهاء المهمة التي انشأت من اجلها اذا لم يعين الواقف الجهة التي يؤول اليها وقفه ...)).

---

[1] القرار رقم 589 40 مؤرخ في 02/24/ 1968 المجلة القضائية 1989،عدد01،ص 118.
[2] القرار رقم 971 42 مؤرخ في 1986/05/05 ،نشرة القضاة 1972، عدد 02، ص 76

مع الملاحظة ان السلطة المكلفة بالأوقاف العامة تحل هناكناظر وليس كمستحق ، وفي هذه الحالة يصرف الريع فيما قرره القانون بهذا الشأن.

صحة الوقف الخاص غير المحدد المآل الناشئ قبل صدور القانون10/02 :

بالنسبة للشرط المتعلق بوجوب معلومية جهة مال الوقف الأهلي ، فإن المشرع الجزائري قد حسم الأمر بتبني رأي الجمهور من الفقهاء الذين يرون صحة الوقف في هذه الحالة على اختلاف تبريراتهم.

ولعل سند القانون الجزائري في ذلك ان سكوت الواقف عن تحديد جهة الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم المعينين يجعل مآل الوقف إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ، وهذا كله بناء على المادة 22 من قانون الوقف 10/91 التي تنص :((تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين حسب شروط الواقف أو الذين صدر حكم القاضي بإلحاقهم الوقف، ويؤول الوقف مباشرة بعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يحدد الواقف مآل وقفه)).

وفي هذه الحالة يصبح الوقف من الأوقاف العامة المصونة حسب المادة 7/8 من قانون الوقف .

والخلاصة في هذا الموضوع ان الاحكام القانونية تتوافق واحكام الشريعة الاسلامية بصفة عامة في المواصفات التي يجب إذن تتحقق في الجهة الموقوف عليها التي ستستفيد من ريع المال الموقوف الذي وقفه الواقف بصيغة الايجاب التي يتوجب توافر مواصفاتها الشرعية والقانونية ليقع الوقف صحيحا ونافذا وهو الامر الذي نوالي تحليله .**المبحث الثالث:**

شروط صيغة الوقف

نتناول في هذا المبحث الشروط المتعلقة بمضمون التعبير في مطلب اول، ثم نتبعه الشروط المتعلقة بشكل التعبير في مبحث ثان كما يلي:

المطلب الاول:

الشروط المتعلقة بمضمون التعبير

ان صيغة الوقف باعتبارها الإيجاب الصادر عن الواقف، يتم التعبير عنها وفقا للمادة 12 من قانون الوقف 10/91 باللفظ والكتابة أو الاشارة، ولا يعتد باللفظ ولا بالكتابة ولا الإشارة إلا ما كان منها دالا دلالة واضحة على قصد من صدرت منه في إنشاء الوقف.

وقد اشترط القانون الجزائري في الصيغة شروطا لا تخرج عن ما قرره جمهور الفقهاء ويظهر ذلك من خلال ما يلي :

اولا: بالنسبة لشرط التأبيد : فقد سبق في موضع من هذا البحث التأكيد على ان المشرع الجزائري يرفض التأقيت في الوقف، ولعل نص المادة 28 من قانون الوقف 10/91 يغني في هذا المقام، حيث يفيد : ((يبطل الوقف ان كان محددا بزمن)).

ثانيا: بالنسبة لشرط التنجيز في صيغة الوقف فانه يمكن ملاحظة مايلي:

1_ان القانون الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط

2_ان الاشارة الى هذا الشرط يمكن ملاحظتها في المادة 29 من قانون الوقف التي بقرر انه ((لا يصح الوقف شرعا اذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فاذا وقع بطل الشرط وصح الوقف)).

ان هذا النص لايعالج بدقة مسألة التنجيز بحيث لم يقررحكم التعليق على شرط لا يخالف نصا شرعيا، كتعليق الوقف بحصول امر معين في المستقبل فهذا لا يخالف نصاشرعيا، وعلى هذا فاننا نرى ضرورة التطرق الى هذه المسألة التي تتضمن في رأينا الاحكام التالية:

أ_ عدم جواز تعليق الوقف على حصول امر معين في المستقبل، لان الاصل عدم تعليق التبرعات.

ب_جواز تعليق الوقف على الموت مطلقا،وهنا يكيف الوقف على انه وصية.

ج_ جواز تعليق الوقف على امر محقق عند صدوره ، لان هذا ما هو الا تعليق صوري ولان التعليق بالشرط الكائن تنجيز.

ان ما ذهبنا اليه في هذه المسألة له تأصيله الشرعي عند جمهور الفقهاء، كما له سوابقه القضائية، حيث ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم 230 102 المؤرخ في 1993/07/21 الى تقرير ماتوصلنا اليه في مسألة التنجيز،واعتبرت ان الوقف اذا كان غير منجز يعتبر كأن لم يكن ، بدليل جواز الرجوع فيه،وانه اذا كان مضافا لما بعد الموت اعتبر في حكم الوصية التي يجوز الرجوع فيها قانونا،حيث ينص: ((.. من المقرر فقها أن الحبس إذا كان معلقا أو مضافا، جاز للمحبس الواقف التراجع عنه، وان كان منجزا (أي فوري)، فلا يجوز الرجوع عنه. ومتى ثبت أن عقد الحبس – موضوع النزاع الحالي- كان معلقا لما بعد وفاة المحبسة (م ع)، فإن تراجعها بإبطالها له بعقد توثيقي، وتصرفها ببيع العقارات بعقود رسمية كان جائزا شرعا.

وعليه كان على قضاة الموضوع ابعاد عقد الحبس المعني ،ورفض طلب المطعون ضدها الرامي الى ابطال البيع المذكور وطرد المشترين من العقار المحبس.

ولما قضوا بغير ذلك فقد عرضوا قرارهم –المنتقد- للنقض))[1].

ثالثا : بالنسبة لشرط عدم اقتران الصيغة بشرط باطل ،فاننا نرى ان المشرع الجزائري قد تطرق الى هذا الشرط وحكمه في المادة 29 من قانون الوقف السابقة،الا انه لم يوفق في الصياغة والمضمون ، ويظهر ذلك من خلال ما يلي:

1_ من حيث الصياغة: يلاحظ نفي القضية اول النص ثم اثباتها في الاخير دون مبرر حتى ان القارئ يجد نفسه مجبرا على تكرار واستنفار تركيزه لاجل الفهم، وكان يكفي ان تكون الصياغة على النحو التالي:((اذا كان الوقف معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية بطل الشرط وصح الوقف))، او ((يصح الوقف شرعا ولو كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية)).

2_ من حيث المضمون: يلاحظ على مضمون النص مايلي:

---

[1] القرار رقم 230 102 المؤرخ في 1993/07/21 المجلة القضائية 1995، عدد 02، ص 77

أ_ ان النص تطرق الى حكم شرط من الشروط الفاسدة وهو الشرط الذي يخالف احكام الشريعة الاسلامية، ولم يتطرق الى الشروط الفاسدة الاخرى التي تتضمن الشرط المخل بالانتفاع بالمال الموقوف،وكذا الشرط المخل بمصلحة الموقوف عليهم،وهو ما جعل المضمون مبتورا في هذه المسألة ، وكان الاجدر لو اضافها المشرع الجزائري.

ب_ ان النص لم يتطرق الى مسألة الشرط الباطل المقترن بالصيغة والحكم المقرر لذلك ،ولكن يمكن الرجوع الى نص المادة 16 من قانون الوقف التي تفيد صحة الوقف المقترن بالشرط الباطل ، حيث تنص ((يجوز للقاضي ان يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه اذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم...)) والواضح هنا هو ان الشرط المنافي لمقتضى حكم الوقف هو الشرط الباطل .

اذن يلاحظ ان المشرع الجزائري ساوى بين الشرط الباطل والشرط الفاسد، وقرربشأنهما حكم البطلان للشرط والغائه وصحة الوقف، وهو حكم نرى ضرورة اعادة النظر فيه ،حيث يجب التمييز بين الشرطين الباطل والفاسد،فيقرر بطلان الوقف المقترن بشرط باطل على اساس ان هذا ما يوافق مفهوم الوقف و مقصوده من جهة، ومن جهة اخرى ان هذا ما يحقق التوافق بين النصوص القانونية وخاصة المادة 28 من قانون الوقف التي وردت في الفصل الخامس الخاص بمبطلات الوقف والتي تقرر بطلان الوقف اذا كان الوقف محددا بزمن وهذا من ضمن ما يقتضيه حكم الوقف وهو اللزوم ، فالتناقض واضح بين المادتين 28،16 السابقتين.

اما الوقف المقترن بشرط فاسد فيقرر بشأنه حكم الصحة للوقف والبطلان للشرط، وعلى هذا نقترح الغاء المادة 16 السابقة ،وتعديل المادة 29 على النحو التالي ((لا يصح الوقف اذا كان مقترنا بشرط يتعارض مع مقتضاه ،اما اذا كان الشرط يخالف الشرع ،او يخل بالانتفاع بالموقوف،او يخل بمصلحة الوقف بطل الشرط وصح الوقف)).

رابعا: فيما يخص الشرط المتعلق ببيان مصرف الوقف، فان المشرع الجزائري لم يشترط ذلك اخذا برأي جمهور الفقهاء ، وقد جعل الوقف المستوفي للشروط والذي لم يحدد فيه جهة صرفه صحيحا ومرتبا لاثره ، ويكون صاحب الاستحقاق فيه هو سبل الخيرات، وكل ماله علاقة بنشر العلم والبحث فيه[72] .

المطلب الثاني :

الشروط المتعلقة بشكل التعبير

التصرف الوقفي بين الشكلية و الرضائية:

مما لا شك فيه أن الوقف باعتباره تصرفا تبرعيا ينطوي على مخاطر كثيرة بالنسبة للواقف لخروج المال الموقوف من ذمته المالية، كما يمثل خطورة على الموقوف عليهم لصعوبة التأكد من وجودهم وخاصة إذا كانت الجهة الموقوف عليها هم طلبة العلم أو مراكز البحث العلمي أو المستشفيات.

[72] انظر المادة 05 من قانون الوقف.

يضاف إلى ما قد سبق إمكانية إساءة استخدام الوقف للإضرار بالغير إذا كان الوقف ذريا أو أهليا لمخالفة قواعد الميراث لحرمان بعض الورثة في المستقبل، أو تقسيم التركة بطريقة مخالفة للأنصبة المقررة.

ان الواقف الذي يرجو مرضاة ربه ويضحي بنفيس ماله لا يمكن أن يجد بأسا في الوقوف أمام الموثق ، وإذا كان مترددا فإن مثل هذا الإجراء سيكون وسيلة لحماية إرادته ومراجعة نفسه أكثر من مرة ويكون من واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه[73].

ان الوقف وان كان يختلف عن الهبة التي هي في الاصل عقد شكلي إلا أنه لا يقل خطورة عنها من حيث أن كليهما تصرف قانوني ناقل للملكية، في الوقت الذي تختلف فيه الهبة عن الوقف في أن الأول عقد لا ينعقد إلا بتلاقي إرادتي الواهب والموهوب له، في حين أن الثاني تصرف قانوني بإرادة منفردة مما يزيد في خطورته، ولذا فإنه من باب أولى اشتراط الشكلية في الوقف.

وقد أدرك واضعو مجلة الأحكام العدلية، وهي تقنين لفقه الإمام أبي حنيفة، أهمية هذه المسألة فاشترطوا الكتابة كوسيلة لإثبات الوقف حيث نصت المادة 1739 من مجلة الأحكام العدلية على انه :" لا يعمل بالوقفية وحدها إلا إذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموقوف به والمعتمد عليه فحينئذ يعمل بها"[74].

إن الحرص الشديد على حماية إرادة الواقف وورثته والمستحقين هي الدافع إلى تقرير شكلية معينة للوقف، فالوقف يخرج المال الموقوف من ذمة الواقف بغير عوض، وعليه فإن اقتضاء شكلية معينة سيكون أداة لتدبر الواقف وتمحيصا لإرادته، كما أن الشكلية مهمة جدا لورثة الواقف حتى لا يكون وسيلة لمخالفة قواعد الميراث وحرمانهم من حقوقهم في تركته، وهي فرصة لهم بالتشاور معه في شأن الوقف، وأخيرا فإنه كثيرا ما تضيع حقوق المستحقين في المال الموقوف لخفاء التصرف وعدم إمكان إثباته بعد وفاة الواقف، فقد يلجأ بعض الورثة إلى إخفاء أي دليل على الواقف أو قد تضيع الأدلة مع مرور الزمن.

الوقف بين شكلية الاثبات وشكلية الانعقاد

ان السؤال الذي يتبادر هنا لأول وهلة هو:هل يشترط إفراغ الصيغة في شكل معين ؟ ان المادة 2/7 من قانون الأسرة تنص :((يثبت الوقف بما تثبت به الوصية)).

بمعنى يجب إثبات مضمون الوقف في ورقة رسمية تحرر أمام موثق، وفي حالة وجود مانع قاهر فيجب إثبات الوقف بحكم قضائي يؤشر به على اصل الملكية.

ولكن بالرجوع إلى نص المادة 35 من قانون الوقف 10/91 نجد إمكانية إثبات الوقف بجميع طرق الإثبات - وكأنها تعفي عقد الوقف من أي شكلية-

فهل حكم المادة35 من قانون الوقف 10/91 يفيد إلغاء المادة 2/7 من قانون الأسرة على أساس المادة 49 من قانون الوقف التي تقرر : ((تلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون))؟.

---

[73] د :انور احمد الفزيع، (الحماية المدنية للوقف)، مجلة الحقوق ،جامعة الكويت السنة 23، ع1999،2.ص105

[74] نفس المرجع السابق ،ص107

وإذا كان كذلك، فما حكم المادة 41 من قانون الوقف 10/91 التي تقرر :((يجب على الواقف ان يقيد الوقف بعقد لدى الموثق، وان يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري)).؟

في الحقيقة يمكن القول بوجود لبس في المواد السالفة الذكر، والذي نرى ان رفعه لا يكون إلا بوجوب التمييز بين وقف المنقول و وقف العقار.

فبالنسبة لوقف المنقول؛ فإن إمكانية تطبيق نص المادة 35 من قانون الوقف 91/ 10 واردة هنا، حيث لا يشترط هنا إفراغ الصيغة في شكل معين، وبالتالي يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات، خلافا لما كان مقررا في قانون الأسرة.

أما بالنسبة لوقف العقار، فقد قلنا سابقا ان الوقف الوارد على عقار يجعل الوقف حقا عينيا عقاريا يخضع لأحكام الحقوق العينية العقارية على العموم، ولأجل هذا يجب إفراغ مثل هذه الأوقاف في ورقة رسمية تحرر من قبل الموثق، وهذه الشكلية للإنعقاد وليست للإثبات، يترتب على تخلفها بطلان عقد الوقف، بناء على المادة 41 من قانون الوقف 10/91 التي تنص : ((يجب على الواقف ان يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ....)) و كلمة " يجب " تفيد الوجوب المرتبط بالوجود، فتخلفه يعدم الموجود، و أيضا بناء على المواد 324 مكرر، و 793 من القانون المدني الجزائري التي تقرر كلها وجوب ان يتم وقف العقار بعقد شكلي.

مسألة اثبات الوقف[75]:

تشكل مسألة اثبات الوقف اهم المسائل القانونية التي يجب ان يتنبه اليها القاضي الذي يجب عليه ان يتفحص جيدا تاريخ ابرام التصرف حتى لا يصطدم بمبدأ : عدم رجعية القوانين .

وعليه يجب التفريق بين المراحل التاريخية التالية:

1- مرحلة ما قبل صدور قانون التوثيق الصادر في 1970/12/15:

بالنسبة للعقود المبرمة قبل دخول قانون التوثيق حيز النفاذ[76] لم يكن يشترط فيه الرسمية، بل كانت تحرر على الشكل العرفي كما يمكن أن تحرر على الشكل الرسمي وكليهما يعد مقبولا، كون أن مبدأ الرضائية هو الذي كان يطبع المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية.

[75] حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات، ط1،دار هومة، الجزائر . 2004

[76] قانون التوثيق صدر بموجب الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 لكنه دخل حيز النفاذ في أول جانفي 1971.

غير أن شاكلة كبيرة من هذه العقود (عقود الحبس) كانت تحرر من قبل القاضي الشرعي وامام المحاكم الشرعية[77]

2) الفترة الممتدة بين 1970/12/15 إلى غاية 1984/06/09:

وهنا تنطبق المادة 12و 13 من قانون التوثيق، ويؤخذ بالعقد الرسمي فقط.

غير أن غرفة الأحوال الشخصية والمواريث للمحكمة العليا،فاجأتنا في القرار رقم 234655 المؤرخ في 1999/11/16، بقولها[78]:

من المستقر عليه 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، فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطئوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني"

غير أن هذا القرار جاء مخالفا لروح نص المادة 12 من قانون التوثيق والتي تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق. إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه: "لا اجتهاد مع صراحة النص".

3) الفترة الممتدة بين 1984/06/09 إلى غاية 1991/04/27:

تطبق المادة 217 من قانون الأسرة التي نصت على أن الوقف يثبت بما يثبت به الوصية[79]، والبنتيجة يثبت الحبس إما:

- بتريح الموقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.
- وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الحبس بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

4) الفترة الممتدة من 04/27 1991 إلى يومنا هذا:

نصت المادة 41 من قانون الأوقاف: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

---

[77] وقد اكدت المحكمة العليا على الصبغة الرسمية للعقود التي كانت تحرر من قبل القضاة الشرعيين في القرار رقم 40097 المؤرخ في 1989/06/03، مجلة قضائية 1992، عدد 01، ص 119:" من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنوانا على صحة على ما يفرغ فيها من انفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها.

[78] مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 314

[79] المادة 191 من قانون الأسرة تنص: ((تثبت الوصية:
- بتصريح الموصي أما الموثق وتحرير عقد ذلك.
- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية)).

وبالتالي فإن عقد الوقف لا يثبت إلا بالعقد الرسمي[80] المشهر بالمحافظة العقارية المختصة.

أما ما نصت عليه المادة 35 من نفس القانون: " يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية" فلا ينطبق حكمه إلى على وقف المنقول الذي يسوغ إثباته بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونا[81].

وتجدر الملاحظة إلى أنه تطبيقا لأحكام المادة 08 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها.

وتحتوى هذه الوثيقة التي تخضع لعملية التسجيل والإشهار العقاري على البيانات التالية:

- المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم.
- التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا.
- رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف[82].

مسألة نفاذ التصرف الوقفي:

ان من الاسئلة التي تطرح نفسها في هذا الصدد هو: هل يكفي إفراغ صيغة وقف العقار في شكل رسمي لينفذ عقد الوقف ؟.

انه يمكن القول ان اكتمال أركان الوقف، وتوافر جميع شروط صحته يجعل وقف العقار صحيحا لكن لا ينفذ إلا إذا تم تسجيل عقد الوقف وشهره لدى المحافظة العقارية.

أولا :التسجيل :تبعا لنص المادة 44 من قانون الوقف 10/91 يجب إخضاع عقد الوقف للتسجيل حيث جاء في المادة: ((تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر و الخير)).

فقد حددت هذه المادة: التسجيل كإجراء أساسي، ولو انه أعفى الأملاك الوقفية العامة فقط من الرسوم و الضرائب المتعلقة بهذا الإجراء.

كما ان المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتضمن احداث وثيقة الاشهاد المكتوب تصب في نفس المنحى حيث تنص : ((يخصع الملك الوقفي محل وثيقة الاشهاد الى التسجيل والاشهار العقاري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها)).

---

[80] المادة 63 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 1991/12/26 المتضمن قانون المالية لسنة 1992تنص: "يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية، المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية او الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم والحصص في ال

[81] جدير بالاشارة إلى أن قانون الأوقاف الجزائري أجاز وقف المنقول أخذ بالمذهب المالكي بصريح نص المادة 11سنة.

[82] راجع: زروقي ليلي- حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة ، الجزائر: 2002-ص 223.

غير ان ما يلاحظ على نص المادة 44 السالفة الذكر، انها ميزت بين الأملاك الوقفية العامة التي تعفى من رسوم التسجيل والضرائب، و بين الأملاك الوقفية الخاصة التي لا يمسها الإعفاء السابق مع ان العلة التي بنى عليها المشرع قرار الإعفاء هي نفسها في كلا الأملاك و هي : (لكونها عملا من أعمال البر و الخير) .

ولعل هذا الذي ذهب إليه المشرع دعوة صريحة إلى سلوك طريق الوقف العام، والتضييق من الأوقاف الخاصة .

اذن، في وقف العقار يظهر التسجيل كإجراء جوهري لشهر عقد الوقف لدى المصالح المكلفة بالشهر العقاري حسب نص المادة 41 من قانون الوقف، وأيضا حسب المادة 100 من الأمر 63/76 [2] المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و التي تقرر رفض الإيداع لدى المحافظة العقارية إذا كان العقد الناقل للملكية غير مسجل.

ثانيا : الشهر العقاري :

يشترط لنفاذ عقد الوقف بين الواقف والموقوف عليه، وفي مواجهة الغير شهر العقد لدى المصلحة المكلفة بالإشهار العقاري، الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف. وعلى هذا لا يرتب الوقف هنا أثاره إلا من تاريخ الشهر وفقا للقواعد المقررة في شهر الحقوق العينية العقارية، وتطبيقا لنصوص المواد 15،16 من الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري[1].

إجراءات الشهر العقاري:

يعتبر المحافظ العقاري محور عملية الإشهار العقاري باعتباره المراقب القانوني للمعاملات العقاري، وهو في آدائه لمهامه ملزم باعمال قاعدتين كأساس للقيام بعملية الشهر وهما:

1- قاعدة الرسمية: ومفادها ان كل عقد يكون موضوع إشهار في للمحافظة العقارية يجب أن يتم تقديمه في الشكل الرسمي، وهنا على المحافظ العقاري التأكد من أن السند الرسمي قد تم تحريره من قبل موثق.

2- قاعدة الشهر المسبق: مفاد هذه القاعدة أنه لا يمكن تنفيذ أي إجراء للشهر في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق يثبت حق المتصرف، إن هذه القاعدة أدت إلى تأكيد الطبيعة الإلزامية للشهر العيني، لكن هذه القاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات منها:

أ- العقد المحررة قبل 04 مارس 1961م لأن الشهر العقاري كان اختياريا قبل هذا التاريخ.

ب- إشهار شهادة الملكية المقررة في إطار الثورة الزراعية.

---

(2) الامر 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر .رقم 30

[1] الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ج- إشهار شهادة كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب.
د- إشهار عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار قانون 18/83.
إن أعمال هاتين القاعدتين يكون بعد إيداع الموثق للنسخة الحرفية لعقد الوقف، ويراد من الإيداع هنا إشهار نسختين من العقد الوقفي، نسخة تعاد غلى القائم بإيداع بعدما تأخذ تأشيرة الإشهار، والثانية توجه إلى أرشيف المحافظة العقارية.
وتكمن سلطات المحافظ العقاري هنا في مراقبة مدى ارفاق الإيداع الرئيسي للعقد ببعض الوثائق وهي:
- ملخص العقد،و وثائق تغيير الحدود إذا كان هناك تغييرا.
- الجدول الوصفي للتقسيم في العقارات من نوع الملكية المشتركة.
ويراقب المحافظ العقاري مدى احترام آجال الإيداع وفي حالة إقرار رفض الإيداع يجب تسبيب القرار.
إن الإيداع إذا تم وفق الإجراءات السابقة فإن المحافظ العقاري يقرر إجراء الشهر إذا كشف خطأ من الأخطاء التي تؤدي الى رفض الإجراء وهي:
1- عدم وجود الحق أصلا.
2- عدم احترام قاعدة الرسمية وقاعدة أسبقية الشهر.
3- عدم صحة الرهون والامتيازات العقارية.
4- عدم مشروعية سبب العقد.

إذا لاحظ المحافظ العقاري هذه الأخطاء الجسيمة فإنه يخبر محرري العقود بسبب الرفض ويكون ذلك في أسفل الصورة الرسمية، أو عن طريق نموذج خاص بالإعلان عن قرارات رفض الإجراء، ويتم هذا الإعلان وجوبا في أجل أقصاه 15 يوم يبدأ سريانها من تاريخ الإيداع، ومن خلال هذا الأجل يسمح المحافظ العقاري للشخص المعني للرد على قرار الرفض وذلك بتملكه الوثائق وتصحيح هذه الأخطاء الجسيمة، وبانتهاء المدة المشار إليها يصبح قرار الرفض قابلا للطعن أمام الجهات القضائية خلال شهرين من يوم تبليغ قرار الرفض.

إذن، بتمام الإجراءات السابقة سليمة يكون الشهر قد تم، وهنا تكون مصلحة الإشهار العقاري ملزمة بتقديم إثبات للواقف بذلك، وإحالة نسخة منه الى السلطة المكلفة بالاوقاف وعلى هذا لا يرتب الوقف اثاره إلا من تاريخ الشهر وفقا للقواعد المقررة في شهر الحقوق العينية والعقارية، وتطبيقا لنصوص المواد 15،16 من الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ويلاحظ في الأخير أن القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم قد قرر إحداث سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة تسجل فيه العقارات الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك[84].

خلاصة البحث:

ان الوجود القانوني للوقف لا يتحقق الا بتحقق الاوصاف القانونية التي تطلبها قانون الوقف في اركانه الاربعة تحت طائلة البطلان، وهي اوصاف اوشروط تناسب في ضرورتها وفي شدتها المقتضيات والآثار التي يرتبها هذا التصرف، كما انها تنسجم مع البعد الشرعي التعبدي للوقف،واخيرا هي ترسم شكل الاطار النظامي لهذا التصرف الوقفي الذي يصدق ان يقال عنه انه نظام تعتبر الشريعة الاسلامية المصدر المادي لقواعده.

المراجع

اولا:الكتب

1/حمدي باشا عمر: مبادئ القضاء العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر،2001

2/حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات،ط1،دار هومة، الجزائر . 2004

3/ليلى زروقي، المنازعات العقارية،ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر،2002 .

4/الشيخ مصطفى شلبي ، احكام الوصايا والاوقاف،ط4،الدار الجامعية للطباعة والنشر .ص 324.

ثانيا:المقالات

5/د :انور احمد الفزيع، الحماية المدنية للوقف،بحث منشور في مجلة الحقوق ،جامعة الكويت ، العدد2 ، السنة 1999،23.

[84] أنظر المادة 08 مكرر من القانون 01-07 المعدل والمتمم لقانون الوقف 91-10.

ثالثا: النصوص التشريعية

6/ قانون التوثيق الصادر بموجب الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 لكنه دخل حيز النفاذ في أول جانفي 1971. الجريدة الرسمية37.
7/ الامر رقم 75_59 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية.رقم: 101 .
8/ الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية. رقم: 30
9/ الامر رقم : 75-58 . المؤرخ في 1975/09/26م .المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم . الجريدة الرسمية. رقم:70.
10/ الامر رقم 76-63 . المؤرخ في 1976/03/25م . المتعلق بالسجل العقاري . الجريدة الرسمية.رقم : .30
11/ القانون رقم 84-11 .المؤرخ في 06/09 /1984م .المتضمن قانون الاسرة . الجريدة الرسمية.: رقم 52 .
12/ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27م . المتعلق بالأوقاف. الجريدة الرسمية رقم : 21 .

13/القانون رقم 91-25 المؤرخ في 1991/12/26 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، الجريدة الرسمية رقم: 19

14/الأمر رقم 07/01 المؤرخ في 1991/04/27 والمتمم لقانون الوقف. المؤرخ في 2005/05/21، الجريدة الرسمية رقم: 29.

15/الأمر رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 المعدل والمتمم لقانون الوقف الجريدة الرسمية رقم:83.

رابعا:الوثائق القضائية الرسمية .

16/ _نشرة القضاة .وزارة العدل .مديرية الوثائق .العدد 02 .لسنة 1972 .
17/-نشرة القضاة .وزارة العدل .مديرية الوثائق .العدد 02 .لسنة 1979 .
18/-المجلة القضائية . قسم المستندات والنشر .المحكمة العليا . الديوإذن الوطني للاشغال
التربوية .العدد 01 . لسنة 1989 .

19/-المجلة القضائية . قسم المستندات والنشر .المحكمة العليا . الديوان الوطني للاشغال التربوية .العدد 04 . لسنة 1989 .
20/-المجلة القضائية . قسم المستندات والنشر .المحكمة العليا . الديوان الوطني للاشغال التربوية .العدد 02 . لسنة 1991 .
21/_مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001،