جامعـــــة زيان عاشور بالجلفـــــة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

توثيق الوقف في القانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص أحوال شخصية

إعداد الطالب:
حوة بلكحل

إشراف الأستاذ:
د. شلالي رضا

السنة الجامعية 2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكـــر

نشكر الله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

يشرفني أن أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الكريم

شلالي رضـا الذي ساعدني ووجهني لإتمام هذا البحث.

كما أتوجه بالشكر كل من ساعدني في إنجاز هذا البحث

من قريب أو بعيد.

وفي الأخير أدعو اللّه العلي القدير أن

يرشدنا ويوفقا لسواء السبيل.

بلكحـل حــوة

إهـــداء

اهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالد الكريم رحمه الله

وأسكنه فسيح جناته ، و إلى كل الأسرة خاصة

أمي ،إخوتي و أخواتي، زوجتي و أبنائي.

كل الزملاء ، الأساتذة الكرام وموظفي كلية الحقوق

والعلوم السياسية.

بلكحـل حـوة

ان مؤسسة الوقف من أهم المؤسسات المتكاملة التي ساهمت على مر العصور في تشييد الحضارة الإنسانية في المجتمع الإسلامي، حيث المتفحص في تاريخ نشأة الأوقاف وما تلعبه من دور مهم في الحياة الاقتصادية للمجتمع ، كذلك دورها في الحياة الدينية والثقافية؛ يجد أنها تشكل أهمية بالغة لا يمكن الاستهانة بها، فالكم الهائل من الأراضي و العقارات يمكن أن يشكل موردا أساسيا ذاتيا لتمويل الكثير من المشاريع الاقتصادية، وأمام سياسة التوسع الإستعماري في الجزائر أصبحت الأوقاف تشكل أحد العوائق التي حالت دون تطور الإستعمار الفرنسي وتوسعه والذي كان يقوم على أحد الدعائم الأساسية وهي فرنسة الأراضي الجزائرية بموجب القانون الصادر بتاريخ 1873/07/26 وتلاه القانون الصادر بتاريخ 1887/04/28.

في الفترة الانتقالية بصدور القانون المؤرخ في: 1962/12/31 و الذي مدد العمل بالقوانين الفرنسية ماعدا تلك التي تمس السيادة الوطنية وهو ما أكدته المادة الثانية منه التي توضح أن القوانين سابقة الذكر كلها تمس بالسيادة الوطنية والأكثر بأحكام الشريعة الإسلامية والأعراف خاصة منها المنظمة لمجال المعاملات بين المسلمين، ولسد الفراغ القانوني في مجال تنظيم الأملاك الوقفية تم إصدار أول نص قانوني ينظم الأملاك الوقفية وتسييرها وذلك بموجب مرسوم رقم: 283/64 المؤرخ في: 1964/10/07 المتضمن الأملاك الحبسية العامة، يحتوي هذا القانون على إحدى عشر مادة قسمت بموجبها الأملاك الحبوسية إلى نوعين : الوقف العام و الوقف الخاص.

وكل ما تعلق بجانب التسيير أوكل إلى وزير الأوقاف مع إعطاء له الحق في تفويض من يقع تحت سلطاته بشرط الاحتفاظ في كل الأحوال بالرقابة والوصاية والتدخل لضمان السير الحسن للأملاك الوقفية العامة كحقه في فسخ عقود الإيجار الخاصة بالأملاك الوقفية العامة تحت طائلة رفض المطالبة بالتعويض، بل ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك في هذا المجال الى منح الإدارة المكلفة بالأوقاف حق منح الاستشارة لتحديد مختلف المعاملات الخاصة بالأملاك الوقفية إذا ما عادلت أو تجاوزت خمسة آلاف دينار جزائري، ولأجل التطبيق الصارم لهذا المرسوم ألزمت المادة التاسعة منه جميع الجمعيات و المنظمات التي قد أوكلت لها مهمة إدارة وتسيير ومراقبة الأملاك الوقفية الاحترام الكامل للأحكام الواردة في هذا المرسوم نظرا لاتساع مساحة الأراضي الموقوفة غداة الاستقلال، وتماشيا مع التوجه السياسي الذي كان سائدا في البلاد آنذاك

وللحفاظ على الأراضي الفلاحية الموقوفة خاصة منها الغير المستغلة ،عمد المشرع الجزائري إلى إيجاد الطرق القانونية الكفيلة بالمحافظة عليها ، ولعل من أهمها الأمر رقم : 71 / 73 المؤرخ في : 11/08 /1971 المتضمن الثورة الزراعية، حيث أكد على تبعية العديد من الأملاك الوقفية للصندوق الوطني للثورة الزراعية فهناك ما تم إدماجها عن طريق الضم.

استمر الوضع إلى ما هو عليه إلى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري رقم : 11/84 المؤرخ في : 1984/06/09 وبموجبه تم تحديد الإطار العام للوقف في الجزائر وذلك في الفصل الثالث من الكتاب الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من : 213 إلى 220 حيث عرف الوقف بموجب المادة 213 منه على أن: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصدق" ، وبموجب هذا القانون كذلك أوجد نوعين للوقف وهما : الوقف الأهلي و الوقف العام إلا أنه بعد صدور دستور 1989 تلته خطوة تشريعية أخرى تمثلت في تحديد الإطار القانوني للأملاك الوقفية بصفة رسمية واضحة بموجب قانون التوجيه العقاري رقم : 25/90 المتضمن التوجيه العقاري حيث اعتبر الأملاك الوقفية صنفا قائما بذاته إلى جانب الملكية الوطنية و الملكية الخاصة، كما تلتها خطوة أخرى أكثر جدية تمثلت في إصدار قانون خاص بالأوقاف سنة 1991 والذي عرف عدة تعديلات أولها تم في : 2001/05/11 بالقانون رقم : 07/01 ثم في المرة الثانية في : 2002/12/14 بموجب قانون 02/02 و بالرجوع إلى أحكام النصوص القانونية السابقة الذكر وفي حدود ما يتعلق بالعقارات المحبسة والمنازعات الخاصة بها، نجد أن الأملاك الوقفية كانت قبل التعديل الأخير للأوقاف على قسمين من حيث نظامها القانوني إلى وقف عام وهو ماحبس على جهات خيرية من وقت إنشائه وتتولى إدارته نظارة الوقف، ومن جهة أخرى إلى وقف خاص وهو ماحبسه الواقف على عقبة من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم ، لكن التعديل الأخير ألغى المواد التي كانت تنظمه وأحالت المادة الأولى منه على الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

ان أهمية هذا الموضوع باعتباره نظاما تكامليا ومجالا مشتركا للتعاون بين الدولة و المجتمع إذ أحسن تنظيمه وتسييره ؛ تكمن في كونه عملا تعبديا واقتصاديا واجتماعيا في آن واحد، كما أن أهدافه تختلف باختلاف اتجاه نوايا الواقفين وأغراضهم منه، فقد يكون الرغبة في الأجر العظيم وقد يكون بهدف حماية النفس أو الذرية من التعرض لمتاعب اقتصادية في

المستقبل خوفا عليهم من تبديد الثروات وخوفا على أموالهم من الاستيلاء و المصادرة وحرمان ذريتهم منها.

والاشكالية الرئيسية التي تثيرها دراستنا لهذا الموضوع ، يمكن أن نصيغها كالآتي:

كيــف نظـم المشــرع مسألــة توثيــق الوقــف في القانــون الجزائـري ؟

ويندرج تحت هاته الاشكالية الرئيسية ، تساؤلان فرعيان هما:

- **مفهــوم الوقـف ومــدى ارتباطــه بمسألــة التوثيــق؟**
- **كيــف جســد المشــرع توثيــق الأعيــان الوقفيــــة؟**

كل هذه التساؤلات المثارة سوف نحاول الإجابة عنها، بالدراسة على ضوء النصوص التشريعية و التنظيمية وبعض الاجتهادات القضائية، ولإعطاء أهمية للجانب العملي للموضوع ندعمه بأحكام وقرارات قضائية .

هناك جملة من الصعوبات التي لاقتنا وتتعلق بالخصوص بنقص المراجع العامة و الانعدام شبه الكلي للدراسات المتخصصة في هذا الموضوع، اضافة الى عامل ضيق الوقت، حيث أن هذا النوع من الدراسات يحتاج لمدة أطول.

ولكي نلم بهذا الموضوع من كل جوانبه اتبعنا في دراستنا لمجموعة من المناهج المختلفة يظهر المنهج التاريخي من خلال دراسة نشأة وتطور نظام الوقف العقاري في مختلف المراحل الزمنية التي مر بها، والمنهج الوصفي في وصفنا لظاهرة الوقف العقاري والقانون الذي ينظمها، وكذا المنهج المقارن من خلال مقارنة النظام الوقفي للأملاك و نظيره في نظام الاملاك العامة، ويظهر توظيفنا لمنهج تحليل المضمون من خلال تحليل النصوص القانونية وتمحيص محتواها.

و من أسباب دراستنا لهذا الموضوع المتعلق بتوثيق الوقف في القانون الجزائري ، حيث أننا نعتبر هذا الموضوع ذو أهمية في الأملاك العقارية، ومن المواضيع التي تتعلق بالعمل القضائي والتي تثير اهتمام القاضي، ولاعتبار هذا الموضوع صعب نظرا لعدم انسجام النصوص القانونية، كما أن أهم دافع هو عدم دراستنا لموضوع الوقف كمادة مستقلة بذاتها في الدراسة

الجامعية ،هذا من جهة ومن جهة أخرى ينبغي أن تكون لدى الطالب ثقافة قانونية في هذا المجال كمعرفة من يتولى إدارة الأوقاف وتسييرها في إطار التشريع و التنظيم المعمول بهما ، سواء على المستوى الوطني أو على المستوى المحلي ، أي بسبب الاطلاع على التنظيم القانوني للأملاك الوقفية هذا من جانب ، و المنازعات التي يثيرها فنحاول على الأقل تسليط الضوء على بعض المسائل ،خاصة تلك المتعلقة بالإدارة و التسيير لهذه الأملاك الوقفية ومعرفة بعض أنواع الدعاوى القضائية الخاصة بها، و هذه جل الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع وتقديمه كعنوان لمذكرة تخرجنا.

حتى نتمكن من الاحاطة بموضوع دراستنا ، اعتمدنا على خطة ثنائية متكونة من فصلين رئيسيين، في الفصل الأول تناولنا مفهوم الوقف و ارتباطه بمسألة التوثيق، حيث قسمناه الى مبحثين ،في المبحث الأول تطرقنا لماهية الوقف و في المبحث الثاني عالجنا مسألة التوثيق كآلية لتجسيد عقد الوقف، أما بخصوص الفصل الثاني تكلمنا فيه عن مدى تجسيد توثيق الأعيان الوقفية في القانون الجزائري ، ويظهر ذلك في وسائل تكوين الملك الوقفي في المبحث الأول وسائل نفاذ عقد الوقف في المبحث الثاني.

نصت المادة 03 من القانون رقم 91-10 الصادر في 1991/04/27، المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم[1] بأن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، وبما أنه قد ينصب على عقار أو حقوق عينية عقارية، فإن المشرع يشترط فيه الشكلية الرسمية مع وجوب إشهاره لدى المحافظة العقارية المختصة.

إلا أن المحكمة العليا في قرارها رقم 655 234 المؤرخ في 1999/11/16، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، صفحة 314 ذهبت عكس ذلك حيث قررت ما يلي: (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 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 لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي).

ومن هذا المنطلق استوجب علينا تخصيص هذا الفصل إلى دراسة تعريف الوقف وأنواعه (المبحث الأول) ثم شرح بعض المفاهيم للتوثيق و العقود التوثيقية (المبحث الثاني).

[1] القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد21 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 ،الجريدة الرسمية عدد 25 و القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 ،الجريدة الرسمية عدد 83.

المبحث الأول : ماهية الوقف

الوقف لفظا يشيع استعماله في الكتب الفقهية، ولفظ الوقف عندما يطلق ينصرف إلى معناه الاسمي أي المال أو الملك الوقفي، وإما إن يراد به معناه المصدري، أي باعتباره تصرفا منشأ.[1]

و بما إن موضوع الدراسة هو الوقف بمعناه الاسمي، و الذي سنقوم بتحديد مفهومه من خلال ضبط مفهومه(المطلب الأول) و تبيان أنواعه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم الوقف

إن من نعم الله عز و جل علينا نحن المسلمين سنه الوقف، و لقد كان الوقف و مازال يميز حضارتنا على الحضارة الغربية و الجزائر كباقي دول العالم الإسلامي لقد اهتمت بالوقف منذ انصهارها في البوتقة العربية الإسلامية و منه فالوقف نظام استمد من أحكام الشريعة الإسلامية فان تحديد المعنى الشامل له لا يتحقق إلا بالتطرق لمعناه اللغوي الفرع الأول، ثم معناه الاصطلاحي الفقهي الفرع الثاني، ومن ثم معناه الاصطلاحي التشريعي

الفرع الأول : التعريف بالوقف

سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الوقف من الجانب اللغوي وهذا في (أولا) ثم تحديد التعريف الاصطلاحي في (ثانيا).

أولا :المعنى اللغوي للوقف

الوقف و التحبيس و التسبيل بمعنى واحد و هو لغتا : عرف في بلادنا بالحبس و المنع، يقال وقفت كذا أي حبسته ، و لا يقال أوقفته إلا في لغة تميمية و هي رديئة و عليها العامة و هي بمعنى سكت و امسك و اقلع.

قال عنترة العباسي:

ووقفت فيها ناقتي فكأنها فدن لأقضي حاجة المتلوم.

و قال غيره:

[1] صبيحي عبد الرزاق ،قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف المغربية، مجلة أوقاف الصادرة عن الأمانة العامة لأوقاف بالكويت،السنة الثانية عشر،العدد 22 مايو 2012،ص 1-15.

و قولها و الركاب موقفة أقم علينا يا أخي فلم أقم.

و منه الموقف لان الناس يوقفون أي يحبسون للحساب

و يطلق الوقف و يراد به الموقوف، فقد اشتهر إطلاق المصدر على الشيء الموقوف نفسه، من قبيل إطلاق المصدر وإرادة اسم المفعول ،فيقال هذه الحديقة وقف أي موقوفة لذا جاز جمع الوقف على أوقاف ووقوف.[1]

و **الوقف** اسما : الحبس و المنع ،و حبس الحديقة في سبيل الله و أحبسته فهو محبس و حبيس يقع على كل شيء وقفه صاحبه وقفا محرما لا يورث ولا يوهب و لا يباع اي يحبس أصله وقفا مؤبدا، و تسبيل ثمرته تقربا إلى الله عز وجل.[2]

ثانيا :المعنى الاصطلاحي الفقهي للوقف

اختلفت التعريفات الاصطلاحية للوقف في الفقه الشرعي و القانوني كما يلي:

1- تعريف الوقف في فقه المذاهب الأربعة

تعددت عبارات الفقهاء في تعريفه بناء على اختلاف آرائهم في لزومه، و تأبيده، و ملكيته، فقد كان الاختلاف بينهم في تعريف الوقف تبعا لاختلافهم بشكل خاص يفهم حقيقة بين الإسقاط و التمليك ،من حيث لزومه، و تأبيده ،وملكية العين الموقوفة

ا/تعريف الوقف عند فقهاء الحنفية

عرفه الإمام أبو حنيفة بقوله":هو حبس العين على حكم ملك الواقف، و التصدق بالمنفعة.[3]

أي أن ملكية العين الموقوفة تبقى في يد الواقف و تسجيل منفعتها على جهة من جهات البر.

فالوقف عنده مقصور على منافع الموقوف فقط ،مما يستلزم عليه عدم لزوم الوقف، و بقاء الوقف ملك الواقف يسترده متى يشاء ،و يورث عنه.

عرفه الإمامين أبي يوسف و محمد بن الحسن بأنه":حبس العين على حكم ملك الله تعالى و التصديق بالمنفعة.[4]

---

[1] – بن الصالح الصالح محمد بن احمد، الوقف في الشريعة الإسلامية و أثره في تنمية المجتمع، فهرسته مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض،2001، ص 19 .

[2] – ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس ، دار صادر ،بيروت ، د.ت ،ص 44-45 .

[3] – السرخسي شمس الدين ،المبسوط ،ج 12 ،دار المعرفة ، بيروت ، 1989 ، ص 27.

[4] – الطرابلسي برهان الدين إبراهيم ،الإسعاف في أحكام الأوقاف ،ط 2 ،مطبعة هندية،مصر ، 1902 ، ص5.

قال صاحب تنوير الأبصار أن الوقف عند الصاحبين هو حبسها على ملك الله تعالى و صرف منفعتها على من أحب، و قد زاد صاحب الدر المختار كلمة" حكم "بعد" على "و قبل" ملك اله تعالى "ليفيد انه لم يبق على ملك الواقف و لا انتقل إلى ملك غيره بل صار على حكم ملك الله تعالى، مما يترتب عليه عدم جواز التصرف في الموقوف لا من الواقف ولا من الموقوف عليه.

ب/تعريف الوقف عند فقهاء المالكية

ذكر ابن عرفه رحمه الله تعريف الوقف بأنه":إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه و لو تقديرا "فالوقف عندهم يسقط منفعة الوقف لمصلحة الموقوف عليهم ،و يقع حق التصرف في الملكية.[1]

فالعبارة تفيد أن المالكية يذهبون إلى بقاء ملكية الوقف في يد الواقف كالأحناف و يضيفون عنصرا آخر هو أن للواقف أن يحبس ماله مدة زمنية يعينها، و معنى ذلك أنهم لا يوجبون أن يكون الوقف على التأبيد.

ج/تعريف الوقف عند فقهاء الحنابلة

عرفه بعض الحنابلة على أن الوقف ": تحبيس الأصل و تسبيل المنفعة–و في قول (الثمرة)-." حيث يظهر فيه القدرة المشتركة بين صيغ تعريف الوقف المتعددة ،و هو أن الوقف محبوس عينه، و مسبل ثمرته و نفعه لمن عينه الواقف ابتغاء مرضاة الله تعالى ،أو نفع من يريد نفعه من قريب أو بعيد.[2]

د/تعريف الوقف عند فقهاء الشافعية

اجتمعت تعارف فقهاء المذهب الشافعي للوقف في تعريف الشيخ شهاب الدين القليوبي بقوله" حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح".

فالوقف عند الشافعية ما يؤدي إلى منع التصرف في رقبة العين الموقوفة بخروجها عن ملك واقفها.[3]

و في فحو القول نستطيع أن نقول أن تعريف فقهاء الحنابلة أرجح تعريفات الوقف، خاصة وانه اقتصر على ذكر حقيقة الوقف دون الدخول في التفصيلات بما من شانه أن يخرج التعريف عن

[1] القرافي شهاب الدين احمد ،الذخيرة، تحقيق سعيد اعراب، ج6 ، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان ، 1994 ، ص328 .

[2] الحداد احمد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري، دبي، 2009 ،ص 16.

[3] – القضاة منذر عبد الكريم، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة) ، دار الثقافة ،الأردن، 2011 ،ص45 .

دلالته و غرضه ، فماهية الوقف وفقا لهذا التعريف هي تحبيس الأصل و منع التصرف فيه ، و التصدق بالمنفعة على نحو الاستمرار و التأبيد.

تعريف الوقف في الفقه الحديث:

أهم التعريفات هي تعريف الأستاذ صالح المالك":الوقف من حيث مضمونه الاقتصادي هو ثروة إنتاجية من اجل التوظيف الاستثماري على سبيل الديمومة و الاستمرارية يمنع بيعه و استهلاك ،قيمته ، و يمنع تعطيله عن الاستغلال ، كما يحرم التعدي عليه، فهو ليس ملكا جامدا في الحاضر و لكنه استثمار تراكمي يتزايد يوما بعد يوم"

الوقف بما انه من أسس الشريعة الإسلامية باعتباره عمل خيري ،فان اغلب فقهاء القانون الوضعي و الاقتصادي الإسلامي تركزوا في تعريفاتهم للوقف من التعريفات الفقهية الشرعية المستمدة من فقه المذاهب الأربعة.

فعرفه الإمام أبوا زهرة محمد":الوقف هو منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بتا مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء". [1]

و ما يلاحظ من هذه التعريفات أنها تدور حول فكرة رئيسيه و أساسية واحدة و هي فكرة حبس أصل الوقف و منع التصرف فيه بما يضمن استمراره و ديمومته، وتسبيل المنفعة في وجوه الخير، إما ما ينفرد به كل تعريف فهو التصور للطريقة التي تتحقق أو تتجسد بها الفكرة العامة و الرئيسية للوقف.

ثالثا:التعريف الاصطلاحي القانوني للوقف

عرف المشرع الجزائري الوقف بأكثر من تعريف و في أكثر من قانون ، و من زاوية مختلفة، كما أن مصطلح وقف جاء بعدة معاني : فتارة بمعنى التصرف المنشأ، و تارة بمعنى محل التصرف أي المال الموقوف ، و ثارتا بمعنى الملك المستقل المتمتع بالشخصية المعنوية.

عرفه قانون الأسرة الجزائري في مادته " : 213 الوقف حبس عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصدق".[2]

[1] أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف ، طبعة 2 ، دار الفكر العربي،1972 القاهرة، مصر ،ص07.

[2] قانون الأسرة الجزائري رقم معدل و متمم بموجب القانون:رقم 01-07 المؤرخ في 28 : صفر عام 1422 الموافق ل 22 مايو سنة2001 الجريدة الرسمية رقم 29 ،مؤرخة في 23 مايو سنة 2001 ،ص07 .

عرفه قانون الأوقاف في المادة 03 من قانون الأوقاف 91-10:" الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير."

و من خلال المقارنة بين التعريفين السابقين يبدو التعريف الأول أكثر و وضوحا و إيجازا في تعريف الوقف، و جاء التعريف الثاني اقل وضوحا، مفصلا لما يحتاج.

إلى تفصيل، و هو ما يثير إشكالا في ماذا يقصد المشرع الجزائري من التعريف: يسهل أن يفهم منها خروج ملك المال عن الموقوف عن ملك الواقف و عدم دخوله في ملك الموقوف.

فنجد أيضا عبارة" على الفقراء أو على وجه من وجوه البر أو الخير"متزايد فيها و هي غير دقيقة، باعتبار التصدق على الفقراء في حد ذاته احد أوجه.

كذلك نجد أن التعريف الثاني استبدل مصطلح" المال "في التعريف الأول و استعمل مصطلح "العين"، وما لا شك فيه إن مفهوم المال أوسع و اشمل، فالعين تتصرف في ذات الشيء كالعقار و المنقول.

جاء في المادة 11 من قانون الأوقاف الجزائري91-10ان محل الوقف يصحان يكون عقارا أو منقولا أو منفعة ، فمحل الوقف هنا تصدق عليه صفة المال لا العين.

و بعد أن تطرقنا لما ورد في قانون الأسرة و قانون الأوقاف91-10 نجد أن المشرع الجزائري عرفه في قانون التوجيه العقاري.[1]

فقد تفرد قانون التوجيه العقاري بتعريف الوقف بالنظر إليه كصنف مستقل من أصناف الملكية التي يعترفا التعريف بها القانون، حيث نصت المادة 31 منه:

"الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاته أحد الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

و نتوصل إليه من تحليل ها انه يعاب عليه انه حصر الوقف في العقار فقط بحيث ضيق واسعا، وهو بهذا الشكل يكاد يخرج الوقف من مقصده و فكرته الأساسية التي تقوم عليها.

و على الرغم من تعدد و اختلاف تعريفات الوقف في التشريع الجزائري ، فإننا نستنتج منها التالي:

[1] قانون رقم 90-25 مؤرخ في: اول جمادى الاولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 ،مؤرخة في 18 نوفمبر سنة 1990 ،ص1560 .

إن المشرع الجزائري أكد خاصية تأبيد الوقف في مختلف التعريفات ،فيبطل الوقف قانونا إذا كان مؤقتا.

و إن الوقف يتمثل في العلاقة التي اقرها الشارع بين الإنسان و المال و جعله مختصا به، فهو التمكن من الانتفاع ،و هذا التمكين لا يجوز إلا بسلطان من الشارع الذي يثبت الملك للأشخاص و يقرر لهم أسبابه.[1]

و بناءا عليه فيصبح اعتبار الملك الوقفي اختصاصا قرره المشرع يرد على المال بحبس أصله و تسبيل منفعته.

الفرع الثاني : خصائص الوقف

للوقف جملة من الخصائص تميزه عن غيره من التصرفات القانونية، إذ هو عقد من عقود التبرع وله أثر في ملكية المال الموقوف، وأقر له المشرع الجزائري بالشخصية المعنوية والتي تمثل قوته القانونية في تميزه كنظام قائم بذاته، ومنحه حماية قانونية جد معتبرة، و هو ما يتم تناوله فيما يلي:

أولا:الوقف عقد من عقود التبرع وله أثر في ملكية المال الموقوف:

يتميز التصرف القانوني الذي ينشئ بموجبه الواقف وقفه كونه تصرفا تبرعيا ينتج أثرا في ملكية الواقف للمال الموقوف، فما مضمون هذه الخاصية؟ ذلك ما نجيب عليه في نقطتين جزئيتين على النحو التالي:

1-الوقف عقد من عقود التبرع: وهي خاصية ذات عنصرين :كونه صادرا عن إرادة منفردة، وكونه ناقلا لحق عيني من نوع خاص، وهو ما نبينه تباعا:

أ-العقد الوقفي صادر عن إرادة منفردة : يدفعنا هذا العنصر إلى طرح السؤال التالي: هل الوقف يتم بإرادة منفردة ؟ أي هل أن الإرادة المنفردة في الوقف تنشئ التزاما عقديا؟ بمعنى هل أن الإرادة المنفردة في الوقف تكفي لإنشاء التزام الواقف؟

[1] -ابو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996 ،ص71 -72 .

تنص المادة الرابعة من القانون رقم 10/91 :" الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة " فالملاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري جمع بين مصطلحي العقد والتبرع ، وهذا ما يدفعنا إلى تحليل المصطلحات الواردة في هذه المادة وبخاصة مصطلحا لعقد الذي تتضمنه.[1]

إن للعقد –وكما هو معلوم عند فقهاء القانون –معنيان :معنى عام ومعنى خاص، فالمعنى العام يفيد أن العقد بمعناه العام قد ينعقد من غير أن يحتاج إلى ركني الإيجاب والقبول .وأما المعنى الخاص فمفاده أن العقد لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول على إحداث أثر قانوني معين، وعلى ذلك يمكن القول أن العقد على المعنى الخاص لا يتكون بإرادة منفردة بل لا بد فيه من إرادتين، أما بالمعنى العام فقد يتكون من إرادة منفردة.[2]

ومهما يكن من أمر الاختلاف في معنى العقد بين العموم والخصوص، فمن المقرر أن التصرفات الشرعية التي ينشأ عنها التزام الشخص قد تنشأ بإرادة منفردة، وقد تنشأ بتوافق إرادتين، وعندئذ نجد أن الشريعة الإسلامية تتلاقى مع النظرية القانونية الوضعية الألمانية التي تقرر جواز إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة ، ولا تتفق مع النظرية الفرنسية التي تقصر سبب الالتزام على ما يكون بتوافق إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول.

ومهما يكن بين النظريتين الألمانية والفرنسية من اختلاف فقد أخذت أكثر القوانين الحديثة بمبدأ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام على أنه مبدأ استثنائي لا قاعدة أصلية.

والشريعة الإسلامية تعتبر الإرادة المنفردة منشئة للالتزام في كل تصرف ينشأ عنه التزام، ويتم من غير إيجاب وقبول متوافقين، والتصرفات التي من هذا القبيل كثيرة، فمنها الوقف والإبراء والكفالة والهبة ، وتختلف المذاهب الفقهية في انطباق المعنى الخاص للعقد على الوقف، على أساس أن هناك من يشترط القبول لقيام عقد الوقف، وآخرين يكفي الإيجاب فقط عندهم.[3]

ب–**الوقف تصرف تبرعي ناقل لحق عيني من نوع خاص :** لهذه الخاصية أهمية بالغة وخطيرة في الوقت ذاته، لأن الوقف ينقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل، وذلك برا بهم أو ابتغاء لوجه الله عز و جل، تبعا لنوع الوقف واشتراطات الواقف .والتبرع من حيث أثره القانوني المباشر يفيد خروج المال الموقوف من ملك المتبرع،مما ينجم عنه زوال كل

---

[1] بن مشرنن خير الدين ، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2012/2011 ، ص 15.

[2] محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص184 .

[3] محمد أبو زهرة ، نفس المرجع ، ص188 .

سلطاته على المال، وهو ما أ كدته المادة 17 من قانون الأوقاف جاء فيها ":إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف . "...فزوال حق ملكية الواقف للمال الموقوف لا يعني انتقالها إلى الموقوف عليه، بل إن محل التبرع هو منفعة المال الموقوف فقط، و تحبيس رقبة المال الموقوف، والدليل على ذلك ما ورد في المادة3 من قانون الأوقاف التي تنص على أن ":الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة"...، فالتصدق بالمنفعة يعني أ ن محل التبرع هو المنفعة، فأساس الوقف عند المشرع الجزائري التبرع، إذ أن الواقف يتبرع بمنافع الموقوف دون عينه، أي تبرع من نوع خاص، فهو يشبه العارية.

أما القول بأن الوقف حق عيني–كونه لا يرد إلا على حق الملكية –ينجر عنه انتقال هذا الأخير إلى ورثة الموقوف عليه الذي يتقرر له حق الانتفاع (ريع الوقف) باسمه وصفته وهو محل اعتبار، وإن مات انتقل حق الانتفاع إلى الموقوف عليهم من العقب أو الجهة الموقوف عليها **مباشرة** والتي حددها الواقف في عقد وقفه، و هو ما دفع البعض إلى القول بأن الوقف حق شخصي .

غير أن استحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع بالوقف خاضع لإرادة الواقف وليس للقواعد العامة في المواريث، فاستحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع لا يثبت إلاّ إذا نص عليه الواقف في عقد الوقف، وعليه ، فالوقف حق عيني ذو طبيعة خاصة.[1]

2- للوقف أثر في ملكية الواقف للمال الموقوف:[2]

يقصد بأثر الوقف على ملكية المال الموقوف مدى تأثير التصرف القانوني الذي بموجبه ينشئ الواقف وقفه على ملكية المال الموقوف، وذلك من حيث بقاؤها على ملك الواقف أو انتقالها. فقد اعتبر المشرع الجزائري الوقف من عقود التبرع الصادرة بإرادة منفردة، وللوقوف على رأيه فيما يخص أثر الوقف على ملكية المال الموقوف، لابد من الرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة له، ففي قانون الأسرة ومن خلال التعريف الوارد في نص المادة 213 ، فإنه لم ينص وبصراحة على انتقال ملكية المال الموقوف أو بقائها على ملك صاحبها، فعبارة" الوقف حبس المال عن

[1] صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2010/2009، ص 16 .

[2] نادية براهيمي،لوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية،بن عكنون،جامعة الجزائر، 1996 ،ص63 .

التملك لأي شخص "قد تعني خروج هذه الملكية عن الواقف لا إلى مالك، وقد تعني انتقالها إلى الموقوف عليهم، أي أن قانون الأسرة جاء غامضا فيما يخص ملكية الوقف.

وبالرجوع إلى قانون الأوقاف المعدل والمتمم، نجده ينص في المادة 17 على أنه ":إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه"، والملاحظ من هذه المادة أن الوقف يسقط الملكية عن الواقف بمجرد انعقاده مكتملا بأركانه و شروطه القانونية، وفي نفس الوقت ينقل حق الانتفاع إلى الموقوف عليهم، و هو ما عبر عنه الأستاذ عمر بوحلاسة بقوله ":فبانعقاد الوقف تسقط الملكية عن الواقف، وينتقل حق الانتفاع إلى الموقوف عليهم"[1] وهذا ما أكدته المادة 18 من نفس القانون بأن حق الموقوف عليه هو حق انتفاع لا حق ملكية[2].

وبربط ما جاء في نص المادة 3 من قانون الأوقاف والتي عرفت الوقف بأنه حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة، مع نص المادة 17 السالفة الذكر، تتضح الرؤية، فنجد أن المشرع الجزائري قد يهدف من خلالهما إلى إبراز موقفه الرامي إلى نقل حق الانتفاع بالموقوف إلى الموقوف عليهم دون نقل الملكية، ومنه يلاحظ أنه لم يأخذ بما ذهب إليه الحنابلة في انتقال ملكية المال الموقوف إلى الموقوف عليهم، بل أعطاهم حق الانتفاع بالوقف، أما ملكية الوقف فتنتقل إلى حكم ملك الله تعالى على وجه يعود فيه الانتفاع إلى العباد، و هو ما ذهب إليه الشافعية وبعض الحنفية، ويقتضي هذا أن الوقف يكون دائما ومؤبدا لا يملكه العباد، ولا يرجع إلى ملك صاحبه ولا إلى ورثته.

ويؤكد الأستاذ نبيل صقر في سياق حديثه عن انتقال ملكية المال الموقوف بقوله ...":كما لا يخفى أن الوقف بهذا المعنى السابق يعد سببا من أسباب الملكية الناقصة ، وذلك لعدم اجتماع ملكية الرقبة والمنفعة في يد واحدة [3]"فبالنسبة للواقف فإن ما يتبقى من ملكه– بعد الوقف –يقتصر على حصول الثواب ولا حق له في غير ذلك ما لم يكن قد أدخل نفسه في الانتفاع بغلة الوقف، وهو أمر جائز عند بعض الفقهاء، وأما بالنسبة للموقوف عليهم، فإن حقهم في الملكية مقصور على غلة الوقف ومنافعه ملكية ناقصة، هذا إذا قلنا بأن التأبيد شرط في الوقف وهو رأي).جمهور الفقهاء.

---

[1] عمر بوحلاسة، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد9 ، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2000 ، ص40 .

[2] تنص المادة 18 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف على أن " :ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين، وحقه حق الانتفاع لاحق ملكية."

[3] نبيل صقر، قانون الأسرة– نصا وفقها وتطبيقا–، دار هومه، الجزائر، 2006 ، ص389 .

ثانيا: للوقف شخصية معنوية ذات طابع مؤسسي تميزه كنظام قائم بذاته

لقد ثار جدال بين الفقهاء لإثبات الشخصية المعنوية للوقف سواء فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون، إذ أن فكرة افتراض الشخصية الاعتبارية، وإذا كانت لم تظهر على أرض الواقع إلا في العصر الحديث لكن الممارسة العملية لها كانت موجودة في واقع الناس قديما، في شخص الدولة وبيت المال والحاكم لأنها أسماء مرتبطة بمؤسسات اعتبارية.

1-الشخصية المعنوية للوقف في القانون الجزائري ذات طابع مؤسس:

لقد فصل المشرع الجزائري و تجاوب مع النظم الحديثة، فاعترف للوقف بالشخصية المعنوية بموجب نص المادة 5 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والتي تنص ":الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الوقف وتنفيذها"، وهو اعتراف منسجم مع أحكام المادة 49 من القانون المدني المعدل والمتمم فالوقف حسب هاتين المادتين لا يعتبر ملكا للأشخاص الطبيعية ولا الاعتبارية سواء كانوا واقفين أو موقوف عليهم [1]، فالمشرع الجزائري أخرج المال الموقوف من ملك الواقف ولم ينقله إلى ملكية الموقوف عليه بل اعتبر الوقف مؤسسة قائمة بذاتها ، فمؤسسة الوقف هذه تتمتع بالشخصية المعنوية وهي نابعة من الشريعة الإسلامية.[2]

ثالثا: خضوع الملك الوقفي للحماية الثلاثية المقررة للمال العام

إن بقاء الملك الوقفي في مركز متميز عن مركز كل من الواقف والموقوف عليه، واعتراف المشرع له بهذه المكانة المتميزة يفرض خضوعه لحماية قانونية تنم عن الغاية التي يسعى لتحقيقها، وهي الحماية التي تتميز بها الأموال العامة، إذ كفل قانون الأملاك الوطنية رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 لهذه الأخيرة قواعد ثلاثية لحمايتها تتمثل في عدم جواز التصرف، وعدم جاوز اكتسابها بالتقادم، وعدم جواز الحجز عليها، وباعتبار أن كلا من الوقف والمال العام يسعيان إلى تحقيق وظيفة اجتماعية و اقتصادية داخل الدولة كبعد أساسي لهما.[3]

[1] عمر بوحلاسة، الوقف في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص40

[2] الجيلالي عجة، قانون المؤسسات العمومية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 ، ص202 .

[3] – بن مشرنن خير الدين ، مرجع سابق ، ص 33 .

المطلب الثاني : أنواع الوقف

الوقف أو الملك الوقفي تتحدد الخصوصية في إنشاءه و المحافظة عليه و حتى تنميته بحسب نوعه ، لذلك على الرغم من انه ليس هناك معيار واحد لتقسيمه و تصنيفه إلى أنواع مختلفة ،فان أهم المعايير هي تلك التي ترتبط بشكل واضح بإنشائه و المحافظة على استمرارية وجوده، فيمكن تقسيمه كالأتي:

- بحسب غرضه و الجهة الموقوف عليها: إلى ملك وقفي عام ، و أخر خاص، و أخر مشترك.
- بحسب المحل أو طبيعة الموقوف:إلى ملك وقفي وارد على العقار، أو وارد على المنقول، أو على المنافع، أو على الحقوق ،أو على الخدمات.
- بحسب المضمون الاقتصادي:إلى ملك وقفي مباشر أو استثماري.
- بحسب مكان وجوده:إلى ملك وقفي موجود بالداخل و ملك وقفي موجود بالخارج.
- بحسب جهة الإدارة:إلى ملك وقفي يدار بشكل نظامي وأخر يدار بشكل غير نظامي.

و القارىء لقانون الأوقاف الجزائري 91-10 يتضح له أن المشرع الجزائري يأخذ معيار الجهة الموقوف عليها، أما باقي المعايير فتفهم ضمنيا، و هو ما يتبين في الفروع الآتية:

الفرع الأول: أنواع الملك الوقفي بحسب غرضه

يقسم الملك الوقفي على أساس غرضه إلى عام أو خيري أولا ،و خاص أو أهلي ثانيا ، و مشترك ثالثا ، تقسيما فقهيا حديثا، إذ لم يكن معروفا في بدايات الوقف هذه التفرقة، لان الوقف كله خيري بحسب أصل وضعه الشرعي، وان كان من الناحية العملية فقد مارس المسلمون من البدايات الأولى للوقف نوعي الوقف.[1]

أولا:الملك الوقفي العام أو الخيري

تعددت تعريفات الملك الوقف العام أو الخيري ، و من أهمها:

< ما صرف فيه الريع من أول الأمر إلى جهة خيرية >[2]

---

[1] – شناز علوي ، أحكام الوقف (دراسة مقارنة) مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ،جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2016/2015 ،ص 19 .

[2]– مسقاوي عمر ، محاضرات في الوقف و مؤسسات الوقف في الشريعة و القانون و الاجتهاد اللبناني ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2011، ص21

"ما وقف على وجه من أوجه الخير و البر سواء كانوا سواء كانوا أشخاص أو جهات ، حيث يستهدف في المجمل تحقيق مصالح عامة".

"ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر و لو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين.

"الوقف الذي يقصد به الواقف التصدق على وجوه البر، سواء أكان على أشخاص معينين كالفقراء و المساكين و العجزة ، أم كان على جهة من جهات البر العامة كالمساجد و المستشفيات و المدارس و غيرها، مما ينعكس نفعه على المجتمع."[1]

يتضح أن الأمر المشترك بين هذه التعريفات هو الأخذ بالاعتبار الجهة الموقوف عليها أول الأمر بان تكون جهة بر عامة، كما يتضح أن مصدر تسميته الملك الوقفي العام.

من حيث أنه يرد على جهات عامة كالمساجد ، المدارس، المستشفيات ، المقابر و غيرها فيستفيد منه المجتمع كله ، أما صفة الخيرية فمن حيث اشتمال نفعه على المجالات و الأهداف الخيرية العامة ، وإلا فالأصل أن الملك الوقفي في جميع أنواعه يحمل معنى الخير البر و الصدقة تقربا لله عز و جل ، لذلك فان كل من صفة العمومية من حيث الجهة الموقوف عليها ، وصفة الخيرية من حيث غرضه و مقصده لا بد من توفرهما حتى تصح تسمية الملك الوقفي العام، و ها ما عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 6من قانون الأوقاف 91-10 المعدل و المتمم بأنه ": الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات "...و يفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري أضفى صفة العمومية على الملك الوقفي و ربطها بالطابع الخيري للجهة الموقوف عليها من وقت إنشائه، واعتبر كل ما وقف أو حبس من وقت إنشائه لجهات خيرية يعتبر ملكا وقفيا عاما.

رغم انه لم يأخذ دائما بها المعيار حيث نصت المادة 08 من نفس القانون قانون الأوقاف 91-10 على الأوقاف العامة المصونة و التي من بينها : الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها ، و كذلك الأملاك التي التي إلى الأوقاف العامة و لم يعرف واقفها و لا الموقوف

[1] الزحيلي وهبة ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، دار الفكر، بيروت ، 1998 ، ص14 .

عليه و المتعارف عليها أنها وقف ، وتسمى أيضا بالأملاك الوقفية بالمال ، فالعبرة هي بخيرية الغرض من الوقف ، و الذي هو الأصل في كل وقف مهما هو نوعه.

عرف المشرع الجزائري الملك الوقفي العام بأنه" :ما نشا ابتداء لمصلحة جهة بر عامة تحقيقا لغرض خيري ، و ما آل انتهاء إلى بر عامة بقوة القانون."

و جاءت المادة 06 من قانون الأوقاف 91-10 المعدل و المتمم و هما:

- **الملك الوقفي العام المحدد الجهة** :و هو الذي يحدد مصرف ريعه ، و بالتالي لا يصح صرف ريعه على غيره من وجوه الخير العامة إلا إذا استنفذ وجه الخير الأصلي.
- **الملك الوقفي العام غير محدد الجهة** :و هو الذي لم يحدد له الواقف، آو لم يعرف له وجه الخير الذي أراده الواقف، فهذا يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث و في سبيل الخيرات المختلفة.

ثانيا :الملك الوقفي الخاص

الملك الوقفي الخاص له عدة تسميات أخرى كالملك الذري أو أهليا و يشيع هذا في دول المشرق العربي و هي مشتقة من الذرية أي الأولاد ، إما مصطلح الأهلي فيدل إن الملك الوقفي غير حكومي ، تمييزا له عن الأنشطة الخيرية التي تولاها الدولة، أو ملكا معقبا كما يشيع تسميته في دول المغرب العربي أو المعقب فمشتق من عقب الإنسان ، أي ما يخلفه من أولاد ، أما تسميته الملك الوقفي الخاص فهي مشتقة من هدفه ، و هدفه تحقيق مصلحة خاصة لأشخاص معينين .[1]

و بناءا على هذا التعدد في التسميات تعددت التعريفات على النحو التالي:

"**الوقف الذري** : أن يجعل الواقف مالا مملوكا له واقفا على نفسه ، أو على أولاده و أولاد أولاده ، أو عقبه ، أو نسله أو ذريته ، أو على فلان و أولاد هو أولاد أولاده ، أو على ذريته، أو على نسله، أو عقبه ابتداء، ثم عند فناء العقب أو النسل، ينتهي إلى جهة من جهات البر و الإحسان، و يكون ذلك وفقا للأحكام الشرعية ".

[1] سراج محمد احمد، أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998 ،ص.164 .

"الوقف الأهلي أو الذري هو ما جعل ابتداء لشخص معين أو أشخاص معينين سواء كانوا من أقاربه أم لا مع تعيين جهة ا من جهات البر تستحق الوقف بعد انقطاع الشخص أو الأشخاص الذين سماهم".

"الوقف على الأولاد :أو الذرية، ما تناسلوا طبق ، أو من غير اشتراط الطبقية فيه.

"الوقف الذي يخصص في ابتداء الأمر على نفس الواقف – عند من يقول بالوقف على النفس – أو على شخص معين أو أشخاص معينين، أو على ذريته و أولاده، أو على أقاربه، وذريتهم و أولادهم ،ثم من بعدهم على جهة خيرية كالفقراء و المساكين و المساجد ".
"الوقف الأهلي هو ما كان على جهة بر تحتمل الانقطاع عادة كالوقف على النفس و الذرية و الأقرباء و نحو ذلك مما يحصى ".

"الحبس المعقب هو ما وقفه الواقف من أمواله على أولاده و أولادهم ما تناسلوا، أو على شخص أو على أشخاص معينين و أولادهم و ما تناسلوا، أو لهما معا ما تناسلوا على أن يؤول الوقف بعد انقراض الموقوف عليهم إلى الجهة التي حددها الواقف و التي غالبا ما تكون من جهات البر و الإحسان".[1]

تتفق هذه التعريفات على الوقف الذري أو الأهلي أو العقبى هو وقف خاص تؤول منافعه ابتداء إلى أشخاص معينين سواء كانوا من أقارب الواقف أو غيرهم، ثم في الأخير على جهة بر لا تنقطع.

و قد كانت الأوقاف الخاصة منتشرة في العهد العثماني في الجزائر ،بحيث كان مالها النهائي إلى أوقاف على مكة و المدينة.

رغم أن المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الأوقاف 91-10 بالقانون 02-10 قد اخضع تنظيم الملك الوقفي الخاص للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها.

نجد أن كثير من الدول الإسلامية ذهبت إلى إلغاء الملك الخاص و تصفيته، مستندة في ذلك لكثرة المنازعات فيه، و اتخاذ البعض له طريقا لمخالفة قواعد الميراث، و كذلك لما يترتب عليه من إهمال و خراب في العين الموقوف عليهم خاصة مع تزايد عددهم و تناقص مصلحتهم

[1] ابو زهرة، محاضرات في الوقف ، مرجع سابق، ص218 -219 .

الشخصية فيه مع مرور الزمن، و التضاؤل التدريجي لغلته مقابل التزايد في عدد المستفيدين ، أي ما يثبت تغلب السلبيات الملحقة به، ما استدعيه إلغائه.[1]

الشارع الحكيم لأنه ضروري و كثير الفوائد و له ايجابيات متعددة، فإذا أخذنا بعين الاعتبار الايجابيات للملك الوقفي الخاص بعين الاعتبار، رجح الاتجاه نحو التفكير و الحرص على إيجاد التدابير الكفيلة بالنهوض به بالشكل الصحيح، فلا يخفى أن الاستبقاء عليه مرتبا بعض السلبيات أفضل من إلغائه و إلغاء كل فوائده ،و هذا هو منشأ الضرر لما فيه بشكل خاص من مخالفة لأمر الشرع .

ثالثا: الملك الوقفي المشترك

تعددت تعريفات الملك الوقفي المشترك، أهمها:

ما خص الواقف جزءا من منافعه و خيراته بذريته و ترك جزءا آخر لوجوه البر العامة.

"الوقف الذي تم ابتداء على الذرية وعلى و على جهة من جهات البر في وقت واحد".

"ما وقفه المحبس على أولاده ما تناسلوا ذكورا كانوا آو إناثا أو هما ،و على جهة بر و إحسان في آن واحد".

يستنتج من مجموع التعريفات السابقة انه كما يصح أن يكون الملك الوقفي كله عاما خيريا فقط أو خاصا فقط، فانه يصح كذلك آن يكون منوعا، ففي الملك الوقفي المشترك يجمع الواقف بين غرض الوقف الخيري و الوقف الذري.

و يعتبر هذا النوع من الملك الوقفي انطلاقا من فكرة تعدد الأغراض و تنوعها و تنوعها و التي من شانها أن تشجع أكثر على إنشاء أملاك وقفية تلبي احتياجات متعددة عامة و خاصة، إضافة إلى ما يمكن يحققه الملك الوقفي المشترك من تجاوز ما يعاب على الملك الوقفي الخاص من سلبيات، و رغم هذا إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلا تنظيم هذا النوع من الملك الوقفي.

نصل في الأخير إلا انه إذا كانت جهة الوقف عند إنشاء الوقف عامة كان الملك الوقفي عاما أو خيريا، و إذا كانت جهة الوقف خاصة ناهل الواقف أو بأقاربه أو بأشخاص معينين كان الملك الوقفي خاصا، و إذا جمع الواقف عند إنشاء الوقف بين الجهة العامة و الجهة الخاصة

[1] شناز علوي، مرجع سابق ، ص22.

يجعله للذرية نصيبا في الوقف و لجهة البر العامة نصيبا محددا أو مطلقا في الباقي ، أو العكس كان ملكا وقفيا مشتركا.[1]

الفرع الثاني :أنواع الملك الوقفي بحسب المحل أو طبيعة الموقوف

ينقسم هنا إلى ثلاثة أنواع : فيكون عقارا أو منقولا أو منفعة.

أولا : الملك الوقف الذي محله عقارا

إن الأصل في المال الوقفي باتفاق جميع الفقهاء أن يكون عقارا باعتباره كل أصل ثابت لما يتميز به من الصلاحية للبقاء و الديمومة ،فيتحقق به بشكل تام خصوصية الملك الوقفي و حكمته المتمثلة في صرف المنفعة على وجه التأبيد.

حيث يدخل تحت كلمة عقار الأصول الثابتة من أراضي و مباني التي تستعمل مباشرة للإغراض الوقفية كالمساجد، و المدارس و المستشفيات و المباني المعدة للاستثمار كالمساكن و المحلات التجارية إضافتا للأشجار المثمرة و النحيل أي مما له أصل ثابت.

ثانيا : الملك الوقفي الذي محله المنقول

الحكمة من الملك الوقفي هي الديمومة و البقاء و كونه يكون من المنقول اختلف حول ذلك الفقهاء حول جوازه، و ذلك بكونه معرضا للتلف.

إلا انه عند جمهور الفقهاء اتفقوا علا جواز وقف المنقول مع اختلافهم في مبررات و أسس الجواز، و تظهر أهمية جواز وقف المنقول في اتساع مجاله، فهو متاح للجميع على اختلاف قدراتهم المادية على خلاف العقار كسجاد المساجد، و الكتب، و المصاحف، و الأجهزة الكهربائية و غيرها ، فهي إضافتا أنها غير مكلفة فهي أيضا لا تحتاج إلا تكاليف ترميم كما في العقار.[2]

ثالثا :الملك الوقفي الذي محله المنافع

المقصود بوقف المنافع حبس الفائدة التي تحصل باستعمال الشيء، سواء أكان ذلك الشيء عينا ، نقدا ، حقا أو المنفعة، فإذا كان الأصل في إنشاء الملك الوقفي أن تكون الأعيان هي

[1] شناز علوي، مرجع سابق ، ص 24.

[2] ابو ليل محمد احمد، اثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف، بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي ، الإمارات، في الفترة من 06-07 ، ص 16.

موضوع الوقف أما منافعها فهي التي تسبل في وجوه الخير، فان وقف المنافع الذي هو محل خلاف بين الفقهاء هو عندما يكون موضوع الوقف المنافع بدون أعيانها أي العوائد آو الفوائد التي تحصل باستعمال الشيء، خلافا لجمهور الفقهاء يرى المالكية صحة وقف المنافع دون أعيانها ، حيث بنا فقهاء المالكية جواز ذلك على أساس عدم اشتراطهم التأبيد في الملك الوقفي، فالملك الوقفي عندهم يصح مؤقتا و لذلك لا يشترط أن يكون الموقوف صالحا للبقاء الدائم.

الفرع الثالث:أنواع الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع

بحسب نوع المنافع الناتجة عن الملك الوقفي ،يقسم الملك الوقفي من منظور اقتصادي الى ملك وقفي بوصفه رأس المال إنتاجي يقصد لذاته، أو بوصفه رأس مال استثماري يقصد لإنتاج عائد إيرادي صافي.

أولا/الأملاك الوقفية المباشرة

هي الأملاك التي توضع للانتفاع المباشر، بحيث تقدم خدمات مباشرة للموقوف عليهم. وهي تشمل جميع الأملاك الوقفية القابلة للاستعمال المباشر كالمساجد التي تستعمل للصلاة فيها، و المستشفيات التي تستعمل للعلاج فيها ،و المدارس التي تستعمل للدراسة فيها.

ثانيا/الأملاك الوقفية الغير مباشرة أو الاستثمارية

هي تلك الأملاك التي يقصد منها إنتاج عائد إرادي صاف يتم صرفه على أغراض الوقف [1]، فهي أملاك وقفية استثمارية يستفاد منها و من غلاتها أو إيراداتها ، كوقف الأراضي الزراعية و صرف حاصل بيع الغلة في غرض الوقف ، و كذلك في وقف المحلات التجارية و صرف إيراداتها على أغراض تعليمية ، كما يمكن أن تكون لمساعدة ملك وقفي أخر مباشر، كوقف الأرض الزراعية الصالحة لدار الأيتام ، أو وقف محل تجاري أو ارض زراعية لصالح المدرسة.
اخلص مما تقدم بيانه في هذا الفصل إلى تقرير الآتي:

يعد الوقف جزءا مهما من الشخصية القومية لأنه يتعلق بأحد أوجه الخير و السعي وراء نشره، و يعتبر وسيلة من الوسائل الهامة لضمان استقلالية أداء مؤسسات هامة ، و لقد اظهر التاريخ الإسلامي علاقة الوقف بمجالات شتى في حياة المجتمع.

[1] قحف منذر ، الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميتّه، طبع ونشر دار الفكر، دمشق، سوريا،2000 ،ص34 .

و إذا كان الوقف قديما في حياة الشعوب الإسلامية ، إلا أن هذه الشعوب تطورت في أساليب عيشها و نمط سلوكها بما يجعل استغلالها و استثمارها لأموال الأوقاف يتغير أو يستدعي التغيير حتى تتمكن من استغلالها افصل لممتلكات الأوقاف، على اعتبار أن الأوقاف لها مجال واسع للاجتهاد مقارنة بالزكاة.

نجد أن نظام الوقف كنظام إسلامي يستمد مشروعيته من الشريعة الإسلامية ، قد عرفه المجتمع الجزائري منذ الفتح الإسلامي ، رغم أن مصطلح الاستثمار لم يرد في القران الكريم كما هو شائع في الاقتصاد بل جاء في القران بما يفيد التثمير و الثمرات.

إن مختلف الآيات القرآنية ذات إشارات و دلائل دقيقة في فهم ممارسة التثمير،" هي مرحلة تكوين النتائج و أن مرحلة الاستهلاك مقرونة بإعطاء الحقوق و بدون إسراف و لا مغالاة.

لقوله تعالى"كلوا من ثمره إذا أثمر و آتوا حقه يوم حصاده، ولا تسرفوا انه لا . يحب المسرفين " الأنعام141.

و الإسلام يقر الاستثمار و الإنفاق و تسريع دوران الثروة ، أي أن الموارد في حركة دائمة و شاملة.

إن من نعم الله عز وجل علينا نحن المسلمين سنة الوقف ، و لقد كان الوقف و ما زال يميز حضارتنا عل الحضارة الغربية و الجزائر كباقي دول العالم الإسلامي لقد اهتمت بالوقف منذ انصهارها في البوتقة العربية الإسلامية و بالأخص في الفترة العثمانية و الفترة الاستعمارية و الفترة بعد الاستقلال و كل هذه المراحل و ما واكبها من تنظيم قانوني اطر هذه المراحل و ما واكبها من تنظيم قانوني اطر هذه المراحل السالفة الذكر و التأثيرات التي لعبها الوقف على مختلف مجالات الحياة ، رغم عدم فاعلية نظام الوقف على الحيلة العملية و النقائص الموجود على هذا النظام رغم مجهودات الدولة وما كرسته من تعديلات و نصوص قانونية تنظيمية يعتبر بلا شك تكريسا للحماية القانونية للأملاك الوقفية ،غير أن قيمة هذا القانون تتحدد بمدى اخذ بعين الاعتبار طريقة تنفيذه و الأخذ به.[1]

و ان الجزائر باعتبارها تميز اقتصادها بمجموعة من الخصائص و القيود التي لا بد من أخذها بعين الاعتبار لاستغلال استثمار ممتلكات الأوقاف، و إعطاء الأهمية لفكرة استثمار.

[1] شناز علوي، مرجع سابق ، ص 27.

الأملاك الوقفية و جميع ممتلكات الأوقاف، و إعطاء الأهمية لفكرة استثمار الأملاك الوقفية في بلادنا، لا سيما أنها تعرف وتيرة محتشمة أو بالأحرى بطيئة لأسباب موضوعية.

بالرغم من المجهودات الجديدة التي تبذل من طرف الدولة و المجتمع المدني لاسترجاع دور الأوقاف و فاعليته على المجتمع الجزائري.[1]

[1] شناز علوي، مرجع سابق ، ص 28.

المبحث الثاني : التوثيق كآلية لتجسيد عقد الوقف

تظهر أهمية توثيق عقد الوقف في حماية المال الوقفي من التعدي الذي يمكن أن يصدر من الغير ، بل هو وسيلة قانونية تمكن الدولة من بسط مراقبتها بصفة كاملة على الأملاك الوقفية المتواجدة عبر كل ولاية .

وقد أراد القانون الجزائري تسجيلها في سجل خاص بذلك ، حيث يحدث لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية تسجل في العقارات الوقفية .

ولذلك سنتناول في هذا المبحث إلى تعريف التوثيق و أهم خصائصه (المطلب الأول) ، و ندرس العقود التوثيقية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم التوثيق

بالرغم من صعوبة تحديد مفهوم شامل وكامل لوظيفة التوثيق بصورة جامعة، فإنه يمكن التعرف عليها من خلال التعرض لبعض العناصر التي لها علاقة بمفهومها، ولتحديد هذا المفهوم، يستوجب المنطق المنهجي تحديد عناصر هذا المفهوم وهي تتمثل في إعطاء تعريف لغوي واصطلاحي للتوثيق و تحديد خصائصه وستتم دراسة في فرعين.

الفرع الأول : تعريف التوثيق

إذا أردنا إعطاء تعريف جامع ومانع للتوثيق، فإننا من الأكيد سوف نواجه صعوبات عديدة متمثلة في ذلك المفاهيم العديدة و التي أحيانا كثيرة ما تكون متناقضة فيما بينها كون أن التوثيق متعدد الأغراض و المفاهيم ولهذا أردنا تبسيط هذه العملية ، وذلك بتعريف التوثيق من خلال شقين هما الناحية اللغوية و الاصطلاحية .[1]

[1] وسيلة وزاني ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر،2009 ،ص 16.

أولا :التعرف اللغوي للتوثيق

التوثيق مصدر لفعل وثق < ثلاثي على وزن فعل > بمعنى أحكام الأمر، وثق الشيء توثيقا فهو موثق، و الموثق بكسر الثاء اسم فاعل، و هو الشخص الذي يقوم بتوثيق الشيء أي ربط بدقة وقوة ، ويقال وثقت الدابة بمعنى أحكم وثاقها بشدة ، و التوثيق الإحكام و الإتقان، و الموثق بفتح الثاء فهو اسم مفعول و هو الشيء الذي يوثق، وشاع الخطأ بين الناس أن يطلق الموثق بفتح الثاء على الضابط العمومي القائم بالتوثيق .[1]

وقد وردت مشتقات كلمة التوثيق في القرآن الكريم في عدة مواضع منها (ميثاقه)، ويفسر الإمام القرطبي رحمه الله كلمة الميثاق بأنه العهد المؤكد باليمين، و (موثقا)(موثقهم)، ويقول عن الأولى بأن معناها عهد يوثق به، و الثانية : حفيظ للعهد قائم بالتدبير و العدل.[2]

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للتوثيق

التوثيق علم يبحث في كيفيات تسجيل إثبات العقود والالتزامات و التصرفات و المعاملات، على وجه رسمي يصح الاحتجاج و التمسك به، وإن كان التوثيق يقتصر في الماضي على تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، فقد أصبح المجتمع اليوم في حاجة ماسة إليه في مختلف المجالات ، نتيجة لكثرة المعاملات المالية و الاقتصادية و التجارية و العقارية وغيرها، وتشعب صورها بين الأفراد و الشعوب في شتى دول العالم .[3]

فهو مجموعة الإجراءات القانونية التي يقيدها الموثق بناءا على طلب المتعاقدين لكي يكتسب العقد فيما بينهم صفة العقود الرسمية، ومن جهة نظر هذه الدراسة أن التوثيق المقصود به الموثق من إجراءات قانونية من الوقت الذي يتصل به المتعاملين الراغبين في إضفاء الصبغة الرسمية على معاملاتهم ، حتى تتمتع هذه المعاملات بالقوة القانونية في مواجهة الغير ، بما يحفظ حقوقهم في أمان .

[1] جمعة محمود الزريقي، نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية، منشورات دار الآفاق العربية بيروت، الطبعة 1988 ، ص11.

[2] جمعة محمود الزريقي ، المرجع نفسه،ص 12.

[3] وسيلة وزاني ، المرجع السابق ،ص17.

فالأحكام التي نظمت مهنة التوثيق في الجزائر قد خولت للموثق مهمة إضفاء الصبغة القانونية و الرسمية على أنواع متعددة من الاتفاقات التي يبرمها المتعاقدون سواء كانوا أخاصا طبيعية أو اعتبارية ، ولقد تم تعريف الموثق في المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20فبراير 2006 الذي يتضمن تنظيم مهنة التوثيق[1] على أن :

(الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة .)

ونلاحظ أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 03 من نفس القانون التي عرفت الموثق ، وأحكام نص المادة 10 [2]التي تنص على أنه يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما تسجيل و إعلان و نشر وشهر العقود في الآجال المحددة ، أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي و هو المسؤولية شخصية للموثق و يضطلع بمهامه بصفة مستقلة في إطار مهنة حرة و هذه الازدواجية في الوظيفة التوثيقية هي ميزة أساسية لذلك منحته الدولة جزء من السلطة العمومية .

الفرع الثاني : خصائص التوثيق

تكيف طبيعة مهنة التوثيق بأنها عملية قانونية بحتة تتضمن مجموعة القواعد الموضوعية و الإجرائية اللازمة لتسجيل العقود و التصرفات و المعاملات القانونية ، وإثباتها بصورة رسمية و عامة بحيث يحتج بها على الكافة و تطبيق كل ذلك بصورة فعالة و مشروعة.[3]

ومن هذا التكييف العام لطبيعة وظيفة التوثيق يمكن استنتاج خصائصها الذاتية التي سوف نتناولها في ثلاث عناصر التالية:

أولا : التوثيق مؤسسة إجرائية

تنشأ مؤسسة التوثيق، بقرار من السلطة المختصة ، وتدار المؤسسة عن طريق موثق معين بقرار، ولهذه المؤسسة حقوق و عليها واجبات، فهي تقدم خدمات منتظمة ، متمثلة في تنفيذ قوانين

[1] المادة 3 من القانون 06-02 ، الجريدة الرسمية ،عدد 14 .

[2] المادة 10 من القانون السالف الذكر.

[3] وسيلة وزاني ، المرجع السابق ،ص32.

الدولة الجزائرية مقابل رسم يدفع سلفا محددا بموجب مرسوم ، وتسير شؤون المجتمع بمجموعة كبيرة من التشريعات عن طريق التوثيق، وبين الدولة كشخص معنوي في الداخل و الخارج ، و الموثق هو رئيس هذه المؤسسة ، في ميدان تطبيق و الضبط الفعلي للقانون.[1]

لكي يكتسب العقد حجية في المجتمع وضع المشرع الجزائري و فرض القانون مجموعة كبيرة من الإجراءات و الشروط حتى يخرج العقد في شكله و قالبه القانوني فبعد الإيجاب و القبول أمام الضابط العمومي بين الطرفين المتوفر فيها الشروط الموضوعية و الشكلية يحرر العقد و يفهرس ثم توضع له محاسبة بعد تسجيله لدى مصالح الجباية قصد تحصيل الرسوم و الضرائب المتنوعة ورقابته من طرف ذات المصالح وهي رقابة ثانوية كون التسجيل هو من أجل تحصيل الضرائب المقررة قانونا ، ثم يعده لشهر العقار فينقله الضابط العمومي على نسخة عادية و نسخة أخرى و تلخيصه بملخص معد من طرف إدارة الشهر العقاري ثم يودع لدى مصالح الحفظ العقاري فإن أشهر فإنه يصبح حجة في مواجهة الغير ، و هذه الإجراءات لا ترد إلا على التصرفات الواردة على العقارات ، أما العقود الأخرى كالإيجار و الشركات فيكفي تحريرها أمام الضابط العمومي و التسجيل و النشر و الإشهار بالصحف المحلية .[2]

ثانيا : التوثيق إجراءات إثباتيه

إذا كان القانون يعالج الظواهر الخارجية للمعاملات و التصرفات التي تقع فيما بين الإدارات و أفراد المجتمع دون الغوص في أعماقها و بواطنها بعد أن سن لهذه الإدارات شروط معينة متى توافرت أصبح للعقد قوة ثبوتية و حجية مطلقة ومن أبرزها يمكن إيجاب إدارة و القبول ، فهو يهدف إلى تحقيق غرضين أولهما تنظيمي، بمعنى تنظيم نقل الثروة الوطنية بين الأشخاص الطبيعية و المعنوية و مراقبة حركة الأموال الاجتماعية بالحجة المادية بين الأفراد و الجماعات المحلية ، وكذا ثانيهما غرض توفير الحجة لمرافق الدولة كالإدارة و أفراد المجتمع .

نظرا لحاجة التوثيق إلى السرعة و الفعالية في تحرير و التنفيذ لارتباطه الوثيق بالتصرفات و المعاملات اليومية، فقد قرر المشرع مجموعة من النصوص و القواعد الآمرة تحدد مدة التسجيل و الشهر العقاري لتفادي المماطلة و التسويق و البيروقراطية الإدارية .

[1] وسيلة وزاني ، نفس المرجع ، ص33.

[2] حمدي باشا عمر ، حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة ، الجزائر،2002 ، ص80.

ثالثا: التوثيق مؤسسة لجباية الضرائب و تموين الخزينة العمومية

ورد في الفصل الثامن من القانون رقم 06-02 وفي المادة 40 منه ما يلي " يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق و الرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود و يدفع مباشرة لقابضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة .." وفي هذا الصدد ينبغي على الموثق زيادة على ذلك ، فتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيه المبالغ التي يحوزها.

أكدت ذلك أحكام المادة 85 من النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين بقولها[1] :" يحصل الموثق الحقوق و الرسوم القانونية لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها، و يقوم مباشرة بدفع المبالغ الواجبة على الأطراف من حيث الضريبة إلى قباضات الضرائب طبقا للمادة 40 من قانون التوثيق ".

يستخلص من المواد المذكورة سابقا أن الموثق يؤدي تلك المهام المسندة إليه من خلال عملية تسجيله للعقود التي يحررها لدى مصلحة التسجيل الواقع في دائرتها مكتبه، و قد نصت المادة 1/75 من قانون التسجيل بقولها :" لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم ".

بهذه الصفة أصبح الموثق يتميز عن غيره من أصحاب المهن الحرة حيث يعتبر بحق الوسط للخزينة العمومية بما يلعبه من دور حيوي في جلب الموارد المالية الإضافية إلى الخزينة بمختلف المعاملات التي يجربها الأفراد و التي يضفي عليها الموثق الصبغة الرسمية .[2]

[1] قرار مؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1413 ، الموافق ل 14 نوفمبر 1992 ، ج ر عدد 92 ، مؤرخة في 27 ديسمبر 1992 ، المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين.

[2] – بوحلاسة عمر، الموثق و التوثيق و المحيط المهني، نشرة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد05 ،1998 ص 22 .

المطلب الثاني : العقود التوثيقة

لقد جاء في المادة الثالثة من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ما يلي: "**الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة**".

فالموثق وجد أساسا من أجل تحرير العقود التي هي في الأصل من اختصاص السلطة العامة، باعتبارها تملك الوسائل القسرية التي تضمن لها التنفيذ، ولو اقتضى الأمر استعمال الوسائل الجبرية. وعليه وجب علينا أولا إعطاء تعريف للمحررات التي يحررها الموثق والتي أضفى عليها المشرع طابع الرسمية في فرع أول، لننتقل بعد ذلك إلى تحديد الشروط الواجب توافرها فيها حتى يعتد بها قانونا.

الفرع الأول : تعريف العقد الرسمي

لتعريف العقد الرسمي ، نرجع إلى القانون المدني وبالضبط المادة 324 منه التي تنص على أن: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

يتبين لنا من هذه المادة أن المشرع الجزائري عرف المحرر الرسمي تعريفا عضويا أو شكليا، أي بالنظر إلى صفة الشخص الذي يصدر عنه، والشكل الذي يصدر فيه.

ونظرا لأهمية العقد الرسمي، فقد أضفى عليه المشرع حصانة خاصة، إذ اعتبر ما ورد في العقد التوثيقي حجة حتى يثبت تزويره، ويكون نافذا في كامل التراب الوطني، كما أن العقد الرسمي أيضا يعتبر حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن، وهذا ما أكدته المادة 324 مكرر 6 [1].

[1] – لعروم مصطفى، ، الضوابط القانونية والشكلية للعقد التوثيقي، الجزء الأول، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 5، فيفري، مارس 2002، صفحة 42.

ومن خلال هذا التعريف نستخلص مجموع العناصر أو الشروط الواجب توافرها في السند الرسمي حتى يكون صحيحا وتكون له الحجية المقررة قانونا، وهذه العناصر ثلاثة وهي:

أولا: استصدار الورقة الرسمية

إن الموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها، مثل مدير أملاك الدولة أو الوالي، أما الضابط العمومي فهو "الشخص الذي يضطلع بممارسة جزء من السلطة العامة التنظيمية على سبيل التفويض بمقتضى القانون من أجل ضمان إدارة وتسيير مرفق عام [1]" وهو بهذا المعنى يشمل جميع الأشخاص الذين يحملون هذه الصفة سواء كانوا موظفين مثل مأمور السجل التجاري، أو غير موظفين كالموثقين والمحضرين القضائيين، وليس من الضروري أن يكون من تصدر عنه الورقة الرسمية موظف عام بل يكفي أن يكون مكلفا بخدمة عامة، ومثال ذلك الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة [2]،ورؤساء المجالس الشعبية[3].

أما بالنسبة للعقود التي كانت تحرر سابقا من قبل القاضي الشرعي، فهي تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي يطغى على العقود التي تحرر من قبل الموظف العام أو الضابط العمومي[4].

[1] – زيتوني عمر ، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 03، سبتمبر–أكتوبر 2001.

[2] – إن الخبرة القضائية في حد ذاتها لا تكتسي صفة الرسمية إلا إذا صودق عليها من طرف الجهة القضائية المختصة بموجب حكم أو قرار قضائي، وفي هذه الحالة فإنها تصبح جزءا من الحكم أو القرار القضائي، وهي بذلك تستمد صبغتها الرسمية من سلطة وعمل القاضي لا من صفة الخبير.

[3] –والسبب في إعطاء هذه الأهمية في الإثبات للمحررات التي يصدرها هؤلاء الموظفون والمكلفون بالخدمة هو الثقة التي توجبها مهمتهم بالنسبة لعموم الناس، ومن ثمة فإنهم لا يمكنهم تفويض سلطتهم إلى غيرهم.

[4] – وهو ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 40097 المؤرخ في 1989/06/03، مجلة قضائية 1992، عدد 01 صفحة 119: (من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين، وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات، وما تنص عليه من تواريخ، بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو مناف لفحواها. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت–في قضية الحال– أن القسمة المحررة من طرف القاضي الشرعي صحيحة ومعترف بها. ومن ثم فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا صحيحا).

ثانيا: ثانيا: صفة مصدر الوثيقة[1]

أن يكون هذا الموظف، أو الضابط العمومي، أو الشخص المكلف بخدمة عامة، مختصا من حيث الموضوع والمكان في تحرير العقد.

ثالثا: مراعاة الأوضاع الشكلية التي يفرضها القانون

وهي التي اعتنت بها مختلف التشريعات في العالم، ومنها التشريع الجزائري الذي أولى لها عناية خاصة، تجدر الإشارة إلى أن المشرع أوجب إتباع إجراءات شكلية دقيقة في تحرير العقود التي تتضمن نقل، أو تغيير، أو تعديل ملكية عقار، أو حقوق عينية عقارية، وأن كل عقد لا يتم وفقا للإجراءات المقررة يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما تضمنته المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي بالإضافة إلى اشتراطها الشكلية الرسمية في التصرفات الواردة على عقار، تنص أيضا على ضرورة دفع الثمن [2] لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد، تحت طائلة البطلان، كما أوجب المشرع أيضا في نصوص عديدة على محرري العقود الرسمية، القيام بإجراءات تسجيلها وشهرها في المحافظة العقارية، ورتب على عدم القيام بهذا الإجراء اعتبار العقود المحررة عديمة الأثر فيما يخص نقل الحقوق العينية العقارية التي تتضمنها [3].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الإخلال بشروط المحرر الرسمي

[1] – في المجال التوثيقي وتحرير السندات الرسمية، هناك هيئات أخرى فضلا عن الموثق لها صلاحيات ومهام ذات طابع توثيقي، وهي رئيس المجلس الشعبي البلدي، ومدير أملاك الدولة والقنصل غير أن صلاحياتهم واردة في القانون على سبيل الحصر بينما تمتد صلاحيات الموثق لتشمل كل ما لا يدخل في صلاحيات أي هيئة من الهيئات المذكورة، وعليه يتمتع الموثق باختصاص نوعي شامل، ولا يحد من هذا الاختصاص إلا ما كان قاصرا على جهة أخرى بنص القانون.

[2] – قبل سنة 1998 كان ثمن البيع يدفع بكامله بين يدي الموثق، أما بعد صدور قانون المالية لسنة 1998 أصبح فقط 1/5 ثمن نقل الملكية هو الذي يدفع لزوما بين يدي الموثق.

[3] –ومن بين النصوص الآمرة بذلك، المادة 793 من القانون المدني، المادتين 14 و15 من الأمر رقم 74/75.

إن عدم مراعاة الإجراءات التي أوجبها القانون في تحرير العقد الرسمي [1]، أو مخالفته لأحكام قانونية آمرة يترتب عليها بطلان هذا المحرر، إلا أنه لم يحدد القانون المدني ولا قانون التوثيق الحالات التي يترتب عليها بطلان السند الرسمي، ما عدا حالتي عدم دفع الثمن بين يدي الضابط العمومي، وتلقي العقد الرسمي بدون شاهدين، وعليه يمكننا أن نميز بين الأوضاع والشكليات التي تعتبر جوهرية ويترتب عليها البطلان، والتي تتمثل كما رأينا في حالة البطلان المقرر قانونا، أو لكون المخالفة المستوجبة للبطلان تشكل مخالفة لقاعدة قانونية آمرة وملزمة [2]، أو بكونها تمس بقاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام كقواعد الاختصاص والصفة والأهلية [3].

أما مخالفة الأشكال والأوضاع والشروط التي لا تعد جوهرية، ولا تشكل مخالفة للنظام العام، وليس من شأنها أن تؤثر على المحرر الرسمي فلا يترتب عليها البطلان [4].

لكن هل إن بطلان المحرر كعقد رسمي يستلزم بالضرورة أن يكون الاتفاق الذي يتضمنه العقد ذاته باطلا؟

إن التصرفات القانونية الواردة على عقار والحقوق العينية العقارية أوجب فيها المشرع صراحة الشكلية الرسمية كشرط لانعقادها وصحتها، لذا فإنها تبطل ببطلان السند المعد لإثباتها باعتبار شكل هذا التصرف ركن في ذاته.

لكن هناك مسألة أخرى لابد لنا من التوقف عندها، وهي مسألة المحرر الرسمي الذي يكون في ظاهره صحيحا ويطعن في جزء أو بيان من بياناته، كالطعن في عدم صحة بيان دفع الثمن بين يدي الموثق، أو الطعن في توقيع بعض الأطراف في حالة التعدد، فإذا كانت البيانات

---

[1] –إن قاعدة مراعاة الأوضاع والأشكال التي قررها القانون تنطبق بصفة عامة: على العقود التي يختص بتحريرها كل من مدير أملاك الدولة ورئيس المجلس الشعبي البلدي، وحتى المدير الولائي للحفظ العقاري الذي خول له المشرع بموجب القانون 07–02 تحرير سندات ملكية بعد معاينة وتحقيق عقاري، حيث تصدر جميع العقود التي يختصون بتحريرها في شكل نماذج موحدة بموجب نصوص تنظيمية، والمشرع عند اشتراطه لهذه الشكليات، لم يميز بين السندات والعقود من حيث مصدرها، فالأشكال والأوضاع التي يشترطها القانون في السندات والعقود المثبتة لنقل الملكية أو الحقوق العينية العقارية، كتعيين التاريخ، واسم محرر السند، وصفته، ومحل إقامته، وتاريخه، وهوية الأطراف، والتعيين الدقيق للعقار، وأصل الملكية (قاعدة الأثر النسبي) واحدة بالنسبة لجميع المحررات سواء كانت أحكاما أوقرارات قضائية، أو سندات وعقود إدارية، أو محررات توثيقية.

[2] – صدور السند من موظف أو ضابط عمومي غير مؤهل قانونا، كأن يكون هو أو أحد أقاربه دون الدرجة الرابعة طرفا في العقد.

[3] – صدور السند من شخص ليس موظفا ولا ضابطا عموميا، أو تلقي العقد من غير ذي صفة أو من عديم الأهلية أو فاقدها.

[4] – كعدم كتابة التاريخ والأرقام بالحروف، أو عدم المصادقة على الإحالات من قبل الأطراف والشهود.

المطعون في صحتها جوهرية في السند كعدم توقيع بعض الأطراف أو عدم توقيع الشهود، يكون السند في هذه الحالة برمته باطلا، وهذا على خلاف ما إذا كانت البيانات المطعون في صحتها لا تؤثر على جوهر العقد كالنص في السند على دفع كامل الثمن بين يدي الموثق وتبين أنه لم يدفع سوى جزء منه، فإن هذا البيان وحده الذي يعد باطلا.

وفي الأخير نشير إلى أنه وبموجب المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني، فإنه متى قضى ببطلان المحرر الرسمي لأي سبب من الأسباب المذكورة أعلاه، سواء ما تعلق منها بعدم الاختصاص، أو عدم أهلية الضابط العمومي، أو عدم احترام الأشكال والأوضاع المقررة قانونا، فإنه يعتبر غير رسمي، ويأخذ مرتبة المحرر العرفي بشرط أن يكون موقعا من قبل الأطراف، ويكون له حجيته كمحرر عرفي[1]، ولا يكون لتحريره من طرف ضابط عمومي أي أثر إلا من تاريخ تسجيله والتأشير عليه من طرف مديرية التسجيل.

[1] –وبالتالي يكون لهذا المحرر العرفي آثاره فيما يخص الحيازة والتقادم المكسب، بحيث متى توافرت شروط الحيازة وأركانها المتطلبة قانونا، يمكن الاعتماد على هذا المحرر لحساب تاريخ بداية الحيازة أساس التقادم المكسب.

منذ صدور قانون التوثيق و المشرع الجزائري يؤكد على اشتراط الشكلية في المعاملات العقارية، وذلك سعيا إلى تكريس و إرساء منظومة واحدة وموحدة للملكية العقارية، وعقود الوقف بسبب طابعها الديني كانت تحرر من قبل القضاة الشرعيين، وقد أكد الاجتهاد القضائي الجزائري على الطابع الرسمي للعقود المحررة من قبل القضاة الشرعيين .

قرار المحكمة العليا المؤرخ في 03-06-1989، المجلة القضائية لسنة 1992 ، عدد 01: "وفيما يخص عقود الوقف :حيث من الثابت وما استقرت عليه اجتهاد المحكم العليا أن العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق صحيحة والتي لم يتم إشهارها و الثابتة التاريخ تعتبر صحيحة ومنتج لآثارها .وحيث أن قضاة الموضوع لما طبقوا نص الماد 18 من المرسوم المؤرخ في 22-01-1959 عن الجمهورية الفرنسية فإنهم أساؤوا تطبيق القانون لان المرسوم المطبق على أية حال يخص الرعايا الفرنسيين وأن الأهالي كانوا يخضعون في المعاملات فيما بينهم لأحكام الشريعة الإسلامية وأن عقد الحبس الذي تم إبطاله من طرف قضاة الموضوع فهو محرر من طرف جهة رسمية هي القاضي الشرعي مخولة قانونا بتحرير عقود بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق رقم 70-91 ".

وانطلاقا من ذلك سنلخص دراسة هذا الفصل من خلال التطرق إلى وسائل تكوين الملك الوقفي (المبحث الأول) ، ثم نتناول وسائل نفاذ عقد الوقف في (المبحث الثاني)

المبحث الأول : وسائل تكوين الملك الوقفي

يقصد بوسائل تكوين الملك الوقفي الأدوات القانونية التي تنشئ الملك، والأصل في إنشاء الملك الوقفي منذ ظهوره في الإسلام هو اتجاه إرادة من يرغب في إنشاء ملك وقفي إلى التصرف بالوقف، لذلك اهتم المشرع الجزائري بشكل خاص بتنظيم الوقف كتصرف قانوني لإنشاء الملك الوقفي، معتبرا إياه الوسيلة الأصلية التي لا يمكن الاستغناء عنها في تكوين الملك الوقفي، غير أنه بالنظر للظروف التاريخية التي مرت به الملكية الوقفية في الجزائر وما نتج عنها من ضياع واستيلاء على الكثير من الأملاك الوقفية التي كانت موجودة قبلا، وفي ظل الرغبة بالنهوض بالملكية الوقفية والاستفادة منها كثروة حقيقية داخل المجتمع الجزائري اقتضى ذلك التوسع في تحديد الوسائل القانونية التي من شأنها أن تساهم في تكوين الملك الوقفي.

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح في قانون الأوقاف 10-91 يعدد الوسائل القانونية لتكوين الملك الوقفي، إلا أنه باستقراء النصوص القانونية المنظمة للملك الوقفي يتبين أن المشرع الجزائري قد أضاف إلى تصرف الوقف كأصل لتكوين الملك الوقفي.

ولذلك في إطار تحديد مفهوم الوقف كوسيلة ينظمها القانون لإنشاء الملك الوقفي، يقتضي التطرق في البداية إلى تحديث طبيعة هذا التصرف(المطلب الأول)، تم تحديد أركانه بشروطه كمفهوم متميز ومستقل تترتب عليه آثاره الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : طبيعة تصرف الوقف

جاء في نص المادة 04 من قانون الأوقاف 91-10 [1]:" الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة "حيث يظهر من خلال هذا النص عدم وضوح موقف المشرع الجزائري في تحديد طبيعة الوقف، مما قد يجعله يختلط في مفهومه مع بعض التصرفات الأخرى، فالتصرف القانوني قد يتم بإرادتين فيسمى عقدا، أو يتم بإرادة واحدة فيسمى تصرفا بإرادة منفردة، وهو ما لم يعكسه النص السابق بشكل واضح.

وفي الفقه الإسلامي فإن كل تصرف شرعي يترتب عليه التزام يعتبر عقدا حيث يأخذ هذا الأخير معنيين خاص وعام، أما المعنى الخاص للعقد فهو :توافق إرادتين مظهرهما الإيجاب

[1] قانون رقم 91-10 الجريدة الرسمية ،عدد 21.

والقبول، بينما المعنى العام فهو :أنه كل تصرف يترتب عليه التزام ولو بإرادة واحدة[1]، وهذا يدل على تأثر المشرع الجزائري في تحديد طبيعة الوقف بمعنى العقد في الفقه الإسلامي، ولذلك لابد من الرجوع إلى الاختلاف الفقهي بخصوص ذلك، حيث ناقش الفقهاء طبيعة تصرف الوقف واهتموا بها كمسألة أساسية (الفرع الأول)، وبناء على ذلك يتم توضيح موقف المشرع الجزائري من طبيعة الوقف(الفرع الثاني)، .

الفرع الأول :الخلاف الفقهي حول طبيعة تصرف الوقف.

أجمع فقهاء المذاهب الفقهية الأربع على أن الوقف على الجهات العامة الذي يكون في أولى طبقاته على جهة غير محصورة كالفقراء مثلا، أو جهة لا يتصور منها القبول كالمسجد، هو تصرف بإرادة منفردة يتم إنشاؤه بمجرد الإيجاب من الواقف ولا . يحتاج لتمامه ولزومه لصدور قبول من الموقوف عليه.[2]

أما محل الخلاف الفقهي فهو بالنسبة للوقف على جهات خاصة والذي تكون الطبقة الأولى منه محصورة، وذلك على النحو التالي:

أولا: الراجح عند الفقهاء الشافعية

أن الوقف عند يلزم لتمامه صدور قبول مطابق للإيجاب، ويكفي أن يصدر القبول من الطبقة الأولى فلا يشترط صدوره من بقية الطبقات التي تليها والتي يبقى لها فقط حق عدم قبول أو رد الغلة لأن الوقف بقبول الطبقة الأولى له يصبح ثابتا.

ثانيا : المتفق عليه عند الفقهاء الحنفية

إن الوقف تصرف بإرادة منفردة، فالقبول عندهم لا يعتبر شرطا لإنشاء الوقف ولا للاستحقاق فيه، والشرط عندهم هو عدم الرد، فإن رد الموقوف عليه المعين الوقف ترتب على ذلك عدم استحقاقه للغلة، وليس له أن يقبل بعد ذلك، برده الاستحقاق سقط حقه، ويستحقها من جعل الوقف في آخره له.[3]

---

[1] أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، مرجع سابق ، ص 201 و212 .

[2] الغزالي محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ج4 ، دار السلام للطباعة .والنشر دون بلد،1997،ص245.

[3] الطرابلسي برهان الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص17.

ثالثا : الراجح عند الفقهاء الحنابلة

ان الموقف تصرف بإرادة منفردة لا يبطل برده من الموقوف عليه، وإنما الخلاف عندهم في اعتبار القبول شرطا للاستحقاق، أم أن الاستحقاق لا يحتاج إلى قبول، حيث أن الرأي عند الأغلب منهم وهم القائلين بعدم اشتراط القبول للاستحقاق، أن الرد لا يبطل الاستحقاق للغلة، متى عاد من رد الوقف وقبل استحقاق الغلة استحقها

رابعا : المتفق عليه عند جمهور الفقهاء من المالكية

أن القبول ليس إلا شرطا للاستحقاق فقط، غير أنه إذا كان على معين ورده اعتبر تصرفا إرادة منفرة لا يبطل بالرد، كل ما في الأمر أنه ينتقل إلى غيره سواء كانوا معينين آخرين أو إلى الفقراء ما دام لم يتم النص في عبارات الوقف على اقتصاره على المعين الذي رده، أي أن العبرة بنية التصدق من الواقف، أما إذا كان الوقف على معين مختص ودلت عبارات الوقف على اختصاصه دون غيره، اعتبر الوقف عقدا يبطل برد هذا المعين له، ويعود ملكا للواقف لو كان حيا لورثته، بناء على أن الفقهاء المالكية لا يشترطون التأييد لصحة الوقف.

النتيجة فإن الراجح من مجموع الآراء الفقهية السابقة هو عدم اعتبار القبول شرطا لإنشاء الوقف أو لصحته سواء كان عاما أو خاصا، فإذا رد الموقوف عليه الوقف ترتب على ذلك عدم استحقاقه للغلة دون أن يبطل الوقف.

الفرع الثاني: طبيعة تصرف الوقف في القانون الجزائري

إن ما ورد في نص المادة **04** من قانون الأوقاف **91-10** من اعتبار الوقف(عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)يدل على تأثر المشرع الجزائري بالمعنى الفقهي للعقد، الذي قصده المشرع في تحديد طبيعة تصرف الوقف أنه يعتبره عقدا بالمعنى العام للعقد في الفقه الإسلامي، أي باعتباره تصرفا يترتب عليه التزام بإرادة منفردة للواقف، ولو أن المشرع أراد أن يعتبره عقدا بالمعنى الخاص في الفقه الإسلامي لنصه على أن الوقف عقد التزام تبرع يحتاج لتمامه لصدور قبول مطابق للإيجاب.

من جهة أخرى فقد كانت المادة**07** من قانون الأوقاف[1] من قانون الأوقاف تنص قبل إلغائها : يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم.

كما نصت المادة 13 من نفس القانون قبل تعديلها :" الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا .فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية " ،حيث يفهم من النصين أن القبول ليس شرطا لإنشاء الوقف سواء كان عاما أو خاصا، وبالنسبة لهذا الأخير يعتبر القبول شرطا لاستحقاق الغلة فيه، فإذا أراد الموقوف عليه استحقاقه للغلة لم يبطل الوقف بل يصير وقفا عاما، لأن مآل كل وقف في النهاية جهة بر عامة، وقد ساير المشرع الجزائري بهذين النصين رأي جمهور الفقهاء من اعتبار الوقف تصرفا بإرادة منفردة لا يحتاج إلى القبول لإنشائه.

ولما كانت حقيقة الملك الوقفي أنه إسقاط يحمل معنى التمليك، فإنه يترتب على اعتبار الوقف إسقاطا من جانب الواقف عدم اشتراط القبول من الموقوف عليهم مراعاة لمعنى الإسقاط يتصرف الشخص بإرادته المنفردة في ملكه بغض النظر عن موفقة الموقوف عليه، وإن كان المقابل يمكن لهم رد منافع الوقف مراعاة لمعنى التمليك في الوقف، حيث يسق حق الموقوف عليه برده الاستحقاق ولا يحق له قبول الاستحقاق بعد رده.

المطلب الثاني: أركان تصرف الوقف.

إن الوقف باعتباره تصرفا بإرادة منفردة فهو ينشأ بالإيجاب فقط من الواقف بصيغته المعتبرة شرعا، فلا يحتاج إلى قبول من الموقوف عليه، وعلى هذا الأساس وبعيدا عن الخلاف الفقهي فإن الصيغة التي تعبر عن إرادة الواقف هي ركنه الشرعي والأساسي الذي لا يصح ولا يوجد إلا به، وكأي إلزام إرادي فإنه لابد للوقف من أركان مادية هي :وجود واقف، وما يوقف، وجهة يوقف عليها.

وقد جاء موقف المشرع الجزائري واضحا بالنص على هذه الأركان في المادة 09 من قانون الأوقاف 91-10 ثم أعقب ذلك بالنص على ما اعتبره شروطا للأركان، ذلك أن الوقف

[1] قانون 91-10،الجريدة الرسمية، عدد 21.

كغيره من التصرفات القانونية لا بد له من شروط ليتحقق وجوده قانونا، بالنظر لطابع الوقف الديني فإن هذه الشروط تشتر تماشيا مع ما في الفقه الإسلامي من أنه لابد للوقف من شروط ليتحقق وجوده شرعا، ولكي تترب عنه آثاره ومقاصد هو أحكامه، حيث أن هذه الشروط التي تتعلق بجميع أركان الوقف قد تكون متعلقة بصحة الوقف، وهي كما يتوقف عليه انعقاد الوقف من الاعتبارات بعد وجود أركانه، وقد تكون شروطا متعلقة بنفاذ الوقت، وهي كل ما يتوقف عليه اعتبار الوقف بعد نشوئه صحيحا موجودا وقائما غير محتاج لإجازة أحد، فيكون حجة على الغير[1]، وبناء على ذلك يتحدد مضمون هذا المطلب في البحث في شروط الصيغة الركن الشرعي للوقف (الفرع الأول)، ثم شروط باقي أركان الوقف المادية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : شروط الصيغة الركن الشرعي للوقف

صيغة الوقف هي الإيجاب الذي يصدر من الواقف ذالا على إرادته في الوقف، سواء عبر عن ذلك باللّفـظ ، أو الكتابة، أو الإشارة طبقا لما تنص عليه المادة 12 من قانـون الأوقاف رقم: 91-10 .

و التي جاءت تماشيا مع القواعد العامة، حيث يلاحظ أن نص المادة 12 من قانون الأوقاف91-10 اكتفى بتحديد صور صيغة الوقف ولم يبين الشروط القانونية لصحتها، مما يعني الإحالة على أحكام الشريعة الإسلامية، غير أنه باستقراء قانون الأوقاف 91-10 نجد أنه في الفصل المعنون بأحكام مختلفة ورد نص المادة 41 الذي اشترط إفراغ صيغة الوقف في الشكل الرسمي، فيستنتج من ذلك أن صيغة الوقف في القانون الجزائري يشترط فيها شروط شرعية موضوعية وشرط قانوني شكلي.

لذلك يتحدد مضمون هذا الفرع في التطرق إلى الموضوعية لصيغة الوقف أولا ثم التطرق إلى الشرط القانوني الشكلي لصيغة الوقف ثانيا.

[1] المواد 211 و 212 من قانون الأسرة الجزائري.

أولا : الشروط الشرعية الموضوعية لصيغة الوقف

يشترط الفقهاء لتحقق الصيغة الشرعية لإنشاء الوقف خمسة شروط هي :الجزم، التنجيز، التأبيد ، خلوها من أي شرط يؤثر في الأصل الملك الوقفي وينافي مقتضاه وتعيين المصرف.

1-الجزم:

المقصود بهذا الشرط ألا تكون الصيغة مجرد وعد بالوقف، فالوعد بالوقف لا يلزم صاحبه ولا ينشأ وقفا ، كما يدخل في معنى الجزم، أن تأتي صيغة خالية من خيار الشرط الذي يصح في عقد البيع، والذي بمقتضاه يحق للعاقد الذي اشترطه لنفسه أن يبرم العقد أو يمتنع خلال أيام معينة، وشرط الخيار في الوقف يعني أن يشترط الوقف لنفسه حق إبرام أو العدول عن وقفه خلال مدة معينة وهو ما ينافي الجزم المشترط في إرادة الوقف، فإذا وقع هذا الشرط بطل الشرط وصح الوقف على الرأي المرجح.

2-التنجيـز:

يقصد بالصيغة المنجزة، أن يكون نافذ في الحال، أي بما يدل على إنشاء الوقف وترتيب أثاره في الحال، فلا تكون معلقة على شرط غير كائن، أو مضافة إلى المستقبل.

وجمهور الفقهاء –عدا الفقهاء المالكية –يشترطون التنجيز في الصيغة لأن فيها معنى تمليك المنفعة، ويختلف حكم الصيغة غير المنجزة من حالة إلى أخرى على النحو الآتي:

- إذا كانت الصيغة معلقة على أمر معدوم وقت صدور الوقف، كقول الواقف ":إذا جاء رأس الشهر، فداري وقف "فلا يصح الوقف، أما إذا كانت الصيغة معلقة على أمر موجود وقت صدور الوقف، فإن الوقف يكون صحيحا، والتعليق صوري فلا يعتد به .[1]

-أما إذا كانت صيغة مضافة إلى زمن مستقبل، تختلف عن المعلقة في أنها تدل على إنشاء الوقف وتراخي ترتيب آثاره على زمن مستقبل أضيفت له، فيختلف حكمها باختلاف الزمن الذي أضيفت عليه، فإذا كانت مضافة إلى ما بعد الموت، صحت على أنها وصية بالوقف، تلزم في الثلث، أما إذا كانت مضافة إلى وقت آخر غير موت الواقف، فالراجح عند الفقهاء الحنفية صح

[1]– ابن قدامه موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد و ابن قدامة المقدسي شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد، المغني و يليه الشرح الكبير، ج6 ، ط2 ، دار الكتاب العربي، مصر،1928 ، ص221 .

الوقف واستحقاق الموقوف عليهم من وقت حلول الوقت المضاف إليه ، أما فقهاء الشافعية والحنابلة فيرون أن الوقف لا ينعقد سواء حل الوقت المضروب أم لم يحل.[1]

أما الفقهاء المالكي فيرون عدم اشتراط التنجيز في صيغ الوقف، سواء كانت معلق على شرط محقق أو غير محقق الوجود، أو كانت مضاف إلى زمن مستقبل، فيصح الوقف في جميع الحالات، استنادا إلى أن المالكي في الوقف تبقى في ذم .الواقف، مع عدم جواز التصرف أو التراجع عن الوقف إذا كان مؤقتا .

3-التأبيد:

يقصد به عدم اقتران الصيغ بما يفيد التوقيت، لذلك فالتأبيد يتطلب أن يكون الموقوف لها يتصف بالدوام والبقاء، وكذلك أن تكون آخر مصارف الوقف جهة بر لا تنقطع.

وقد اتجه الفقهاء في اشتراط التأبيد في صيغة الوقف إلى اتجاهين كالآتي:

- ذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط التأبيد في صيغ الوقف استنادا إلى أن الوقف إخراج مال على وجه القرب فلم يجز إلى مد، كما أن الوقف شرع ليكون صدق جاري وشرط جريانها هو الوقف، أما توقيته فغنه ينافي حكمه الذي شرع لأجله فلم يصح، فإذا اقترنت الصيغ بما يفيد التوقيت بطل الوقف، أما إذا جاءت خالي مما يفيد التوقيت أو خال من ذكر التأبيد أو ما يقوم مقامه كذكر مصرف لا ينقطع، فالراجح أن ذكر التأبيد أو ما يقوم مقامه ليس بشرط، المهم أن تخلو الصيغ من شرط التوقيت.

- بينما خالف الفقهاء المالكية و الشافعية على قول ابن سيريج رأي جمهور الفقهاء و أجازوا الوقف مؤقتا و مؤبدا، فلم يشترطوا التأبيد في الوقف، وأجازوه سن أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكا للواقف أو لورثته ،مع الملاحظة أن الفقهاء المالكية الذين خالفوا رأي الجمهور في إجازة الوقف المؤقت، فغن الأصل عندهم في صيغة الوقف هو التأبيد.

- والذين وافقوا الفقهاء المالكية في إجازتهم توقيت الوقف راو في تلك الإجازة توسعه في عمل الخير و الحث عليه، وتحقيق غرض كثير من الناس في تحصيل أجر.

[1] الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاي المحتاج إلى شرح المنهاج، ج .5 ،ط3 ، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003 ،ص 375 . كذلك، المرداوي، الإنصاف، ج7 ، المرجع سابق، ص23 .

الصدقة بوقف ما ملكوا من أعيان أو ما ملكوا من منافع الأموال، فتحقق زيادة عدد الواقفين وتتنوع بحسب إمكانيات و رغبات كل واقف [1].

- غير أن الراجح أن التأبيد في نظر المشرع الجزائري، جزء من معنى الوقف وداخل في مقتضاه، فاعتراف المشرع الجزائري بالوقف مشروط بأن يكون مؤبدا، والأدلة على ذلك:

– إن عبارة " على وجه التأبيد و التصدق "التي وردت في تعريف الوقف طبقا لنص المادة 213 من قانون الأسر الجزائري لا تفهم إلا بمعنى استمرار الصدق و دوامها.

- أن أجاز توقيت الوقف ستؤسس على المذهب المالكي، غير أن جواز توقيت الوقف عند المالكي مبني على فكرة بقاء الموقوف على ملك الواقف، أما المشرع الجزائري أخذ بإسقاط الملكي عن الوقف، وانتقالها على حكم ملك الشخص المعنوي.

- أن إجازة المشرع الجزائري لوقف المنفعة يحمل على معنى إجازة وقف المنافق التي يملكها صاحبها ملكا مؤبدا، بخلاف المنفعة المؤقتة.[2]

- أن فقهاء الشافعية و الحنابلة على الرغم من قولهم بتأبيد الوقف، فإنهم يجيزون وقف المنقول كذلك اخذ المشرع الجزائري بتأبيد الوقف مع إجازة لوقف المنقول.

-صراح نص المادة 28 من قانون الأوقاف 91–10 التي جاء فيها "يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن "فإذا جاءت صيغ الوقف بما يفيد التوقيت كان مصيرا الوقف البطلان.

4–خلو الصيغ من أي شرط يؤثر في أصل الملك الوقفي وينافي مقتضاه

اختلف الفقهاء فيما يترتب على اقتران صيغ الوقف بشرط ينافي أصل الوقف.

أو ينافي مقتضاه بين من رأى أن اقتران الصيغ بشرط باطل يؤدي إلى إبطال الوقف وبين من يرى أن الشرط إما جائز يجب الوفاء به وغير جائز فيبطل ويصح الوقف.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإنه استنادا للنص المادة 14 من قانون الأوقاف 91–10 التي تنص على أن ":اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة الإسلامية نهي عنها ".يستنتج منه إن أراد الواقف محترم ومحل اعتبار في تنظيم الوقف، فلا يجوز مخالف شروط الواقف إلا إذا خالفت الشرع، فلا أثر لطبيعة الشرط في صحة الوقف،

[1] بوضياف عبد الرزاق ، مفهوم الوقف كمؤسس مالية في الفقه الإسلامي و التشريع، دار الهدى، عين مليلة،الجزائر، 2010 ،ص 14 و20 .

[2] أجاز الفقهاء المالكية وقف المؤبدة أو المؤقتة لعدم اشتراطهم التأبيد في الوقف، أنظر :الحطاب أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وصححه الشيخ زكريا عميرات ، ج7 ، دار عالم الكتب ،دون بلد النشر، ص629 .

فالشرط إما صحيح يجب الالتزام به، وإما غير صحيح فيقع باطلا ويصح الوقف باستثناء بطلان الوقف في حال اقتران الصيغ بشرط يفيد التوقيت، باعتباره يخالف مقتضى الوقف.

حيث يتأكد موقف المشرع الجزائري الصريح بخصوص عدم تأثير الشرط الباطل على صح الوقف من خلال نص المادة 29 من قانون الأوقاف 91-10 الذي جاء فيه :" لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا بشرط، يتعارض مع النصوص الشرعي، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف."

5-تعيين مصرف الوقف

اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين جهة الوقف و التصريح بها في صيغ الوقف بين من اشترط أن تكون جهة الوقف معلومة بذكرها صراحة في صيغ الوقف ليعلم مصرفه وجهه استحقاقه وإلا بطل الوقف، و قائل بصحة الوقف بصيغة مطلقة مادام هناك عرف يبين جهة استحقاقه وإلا بطل الوقف، وقائل بصحة الوقف بصيغ مطلق مادام هناك عرف يبين جهة الوقف فيصرفه إلى الفقراء و المساكين، أو في الغالب مصرف البلد أو يصرف في وجوه الخير و البر لعموم النفع فيها وتوفيقا بين هذه الآراء فغن عدم اشتراط تعيين المصرف في الصيغة لا يؤثر على صح الصيغ، لان للوقف مصرف دائم يتحقق به معنى القربى وهو الصرف للفقراء والمساكين، وكذلك وجوه الخير و البر، أو ما يحدده العرف من الجهات.[1]

أما المشرع الجزائري فيستنتج موقفه في عدم اشتراط تعيين المصرف في الصيغة من خلال نص المادة 08 من قانون الأوقاف 91-10 الذي اتبر فيه من الأوقاف العامة المصونة:

الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها، كذلك كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف الواقف، ولا الموقوف عليه، ومتعارف عليها أنها وقف، بحيث يصرف مصرف هذه الأوقاف إلى الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير باعتباره المصرف المؤبد الذي تتحقق به القربى في كل وقف لم يحدد له مصرف يؤول إليه.

وهذا ما أكده نص المادة 06 من قانون الأوقاف 91-10 والذي نص على الوقف العام غير المحدد الجهة وهو مالا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف، فيصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات، فالنص واضح في عدم اشتراط تحديد الجهة الموقوف

[1] الطرابلسي برهان الدين إبراهيم ، مرجع سابق، ص 11 و17 .

عليها في صيغ الوقف العم محدد بنص القانون في حالة . عدم النص عليها من الوقف .[1]

ثانيا :الشرط القانوني الشكلي لصيغ الوقف

لم يشترط الفقهاء في الصيغة لصح الوقف غير ما تقدم من شروط متفق عليها أو مختلف فيها، فإذا توفرت تلك الشروط صح الوقف وترتبت عليه آثاره سواء وثق بالكتابة أو الإشهاد أم لا، وقد كان الوقف في معظم تاريخه ينعقد بمجرد صيغ الإيجاب من الواقف، التي تتم غالبا مشافهة، وقد يقوم الواقف بالإشهاد عليه، ومع مرور الأيام وموت الشهود، وانتقال الأوقاف من ناظر إلى أخر ومن يد إلى أخرى، ومع ضعف الوازع الديني مما جعل البعض يستعين بشهود زور في ادعاء الوقف على العقار أو الاستحقاق في الوقف.

لذلك اتجه الفقه و التشريعات المعاصر إلى اشتراط توثيق الوقف عند إنشائه حتى لا تمتد إليه أيادي الطامعين مهما طال عليه الزمن وتغيرت الأحوال، إلى ضمان أن ينشأ الوقف صحيحا بمراعاة الجهة المعتبرة قانونيا لتحريره الضوابط الشرعية و القانونية لسلامته.

وبمناسبة صدور قانون الأوقاف 91-10 اهتم المشرع الجزائري بتنظيم هذه المسألة وذلك بموجب نص المادة 41 التي جاء فيها ":يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وان يسجله لدى لمصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزم بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ".حيث يشترط المشرع الجزائري بموجب هذا النص توثيق الوقف في سند رسمي يخضع للتسجيل و الإشهار.

فبموجب هذا النص يكون على الواقف أن يلجأ إلى الموثق ليفرغ صيغ الوقف في سند رسمي ، حيث يكون على الموثق التأكد من توافر شروطه كما نص عليها القانون، إضافة إلى مراعاة تحريره بنفس شكليات تحرير العقود التوثيقية الاحتفالي، ذلك أن عقد الوقف بالإضافة إلى اعتباره من الناحية القانونية عقدا توثيقيا فإن العمل القضائي والتوثيقي يعتبره عقدا توثيقيا احتفاليا يحتاج عند تحريره لحضور شاهدي عدل.[2]

وبالنظر إلى القصد التشريعي من اشتراط توثيق الوقف عند إنشائه، هو تحصين الوضعية القانونية للملكية الوقفية، ولذلك فلابد من توثيق صيغة الوقف مهما كان موضوعها، غير أنه يثور

[1] قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 17-03-1971،عدد 02، ص76 .

[2] حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2009 ، ص30.

التساؤل إذا كانت الكتابة المشروطة هي الكتابة الرسمية في جميع الأحوال لعموم نص المادة أم نوعها يختلف بين أن يكون موضوع الوقف عقارا أو منقولا؟

لا شك أن اشتراط الكتابة الرسمية في الوقف الوارد على العقار يتفق مع السياسة التشريعية الخاصة بالملكية العقارية[1]، وبالنسبة للمنقولات فإن القاعدة العامة فيها أن نقل ملكيتها يحكمه مبدأ الرضائية وهي القاعدة التي لا يمكن الخروج عنها إلا بنص خاص، و بالنظر إلى قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإنها تمكن الحائز المنتفع بالمال المنقول الموقوف من ادعاء تملكه ما دام في حيازته، خاصة في غياب ما يثبت ان من يحوز المنقول الموقوف المنتفع به يحوزه على سبيل الانتفاع، لذلك فإن الحماية الرسمية و اشتراطها تحت طائلة البطلان يصعب الجزم به.

وأرى في هذا الصدد أنه إذا كانت القاعدة العامة التي تحكم المنقول هي الرضائية، فلا بأس من الخروج عنها إلى الشكلية لتحصين الوضعية القانونية للملكية الوقفية باعتبارها ذات طبيعة خاصة، مما يفرض على القانون أن يحميها حماية خاصة، لكن يكفي أن يشترط المشرع الكتابة العرفي في المنقول و التي تتحصن بإجراء آخر هو التسجيل.

وعلى الرغم من أن المادة 41 من قانون الأوقاف 91-10 نصت على تسجيل عقد الوقف الرسمي لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، و نجد أن التعليمة رقم 00287 المؤرخة في 29-01-2000 المتعلقة بالنموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي يتم بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف المشهر إلى المصالح المكلفة بالأوقاف، قد أكدت أن المقصود بالعبارة السابقة هو الشهر الذي يتبع التسجيل إذا تعلق الأمر بعقار.

وتطبيقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف[2] الذي جاء فيه : تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى، لكونها عمل من إعمال البر والخير" فإن الوقف سواء أكان واردا على عقار أو منقول فإنه يخضع للتسجيل على مستوى مفتشية التسجيل المختصة إقليميا دون تحمل مصاريف التسجيل وهو ما يشجع على اللجوء لهذا الإجراء، ولكن لما اعتبر المشرع أن مبرر الإعفاء من رسوم التسجيل أخذه بالاعتبار أن الوقف عمل من أعمال و الخير، فكان من المفروض أن لا يخص النص للوقف العام دون الخاص لأن عمل البر و الخير يشمل الوقف الخاص أيضا.

[2] القانون رقم 91-10 الجريدة الرسمية ،عدد21.

الفرع الثاني : شروط أركان الوقف المادية

تحتاج أركان الوقف المادية وهي :الوقف ومحل الوقف و الموقوف عليه إلى شروط لصحة وأخرى لنفاذه، بحيث يترتب على فقدان احد شروط الصحة بطلان الوقف، بينما يترتب على فقدان شروط النفاذ، عدم نفاذ الوقف في حق الغير إلا برضاه، وإذا كانت شروط الصحة يشترط توافرها في جميع أركان الوقف، فإن شروط النفاذ تتعلق بالواقف و الموقوف فقط، لذلك يتحدد مضمون هذا الفرع في التطرق إلى شروط الواقف أولا، ثم شروط محل الوقف ثانيا، ثم شروط الموقوف عليه ثالثا.

أولا : الشروط الواجب توافرها في الوقف

تستنتج شروط الواقف من نص المادة 10 من قانون الأوقاف [1] الذي جاء فيه :يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.

- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجوز عليه لسفه أو دين".

1-شروط صحة الوقف من الواقف

ا-أهلية التبرع :

تتمثل أهلية التبرع في صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات الضارة ضررا شخصيا و التي تتحقق ببلوغ سن الرشد مع توافر العقل، فيقع باطلا بطلانا مطلقا الوقف الصادر عن الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز مادام لم يبلغ السن القانوني .[2]

من جهة أخرى فإن وقف المجنون و المعتوه يقع باطلا لانعدام العقل، حيث أقر المشرع الجزائري صراحة صحة وقف المجنون متى ثبت بإحدى الطرق الشرعية انه أبرم التصرف أثناء

[1] القانون رقم: 91-10 ،الجريدة الرسمية ،عدد21.

[2] نص المادة 30 من قانون الأوقاف 91-10 : "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي ."وقد جاء هذا النص واضحا وصريحا ومقيدا لكل نص عام، ومتفقا مع ما عليه جمهور ولو أذن بذلك الوصي .", فغالبية الفقهاء يصرون على بطلان وقف الصبي مميزا كان او غير مميز.- الكبيسي محمد عبيد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول و،الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد،1977 ،ص:321- 322.

صحوته وتمام عقله تمشيا مع المقرر في الفقه الإسلامي ، غير أن هذا الحكم يثير التساؤل إذا كان المقصود منه تقيد نص المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري الذي اعتبر تصرفات المحجوز عليه بعد الحكم باطلة، والظاهر أن قصد المشرع هو تقييد حتى هذا النص، فخاصة أحكام الوقف تستمد من الشريعة الإسلامية.

كما يشترط ألا يكون محجوزا عليه لسفه أو لغفلة، وان يبرم التصرف بإرادته الحرة فلا يكون مكرها، لأن المكره تكون موجودة، ولكنها تكون معيبة بفقدانها عنصر الاختيار.

ب-أن يكون الواقف شخصا طبيعيا :

لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون الواقف شخصا طبيعيا، ولكنه في تعريفه اشترط توفير نية التصدق لدى الواقف باعتبار الوقف عبادة وقربة لله عز وجل، إما الشخص المعنوي فلا تتصور العبادة أو القربة منه .

ج-أن يكون الواقف مالكا للموقوف وقت الوقف تاما :

يجب أن تكون ملكية الواقف وقت إبرام تصرفه التبرعي ثابتة قانونا، بأن يكون مالكا للمال الموقوف ملكية تامة وبات، أو يملك التصرف في الرقبة تبرعا بوكالة خاصة من الواقف، وإلا فلا يستطيع الواقف أن يتبرع بما لا يملك [1]ومن الحالات المهمة التي يمكن تصورها فيما يخص توافر هذا الشرط:

-إن الملكية تثبت في العقار بعقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية، وبالتالي من اشترى دارا ووقفها قبل أن يشهر العقد بالمحافظة العقارية يبطل وقفه، لأن الموهوب لا يدخل في ملك الواهب إلا بعد قبضه قبضا صحيحا.

-يبطل الوقف على الوقف، لأن المال الموقوف بعد وقفه يخرج من ملك واقفه ، فلم يجز له وقفه، كما لا يجوز للموقوف عليه ذلك أيضا لأنه لا يملك المال الموقوف عليه

-يصبح وقف المال المؤجر، لأن حق المستأجر معلق بالمنفعة ولمدة محدودة.

-إذا وقف الواقف ملك غيره بصفته هذه كان الواقف فضوليا، فيتوقف وقفه على إجازة المالك الحقيقي، فإن أجازه نفذ، واعتبر الفضولي وكيلا بالإجازة اللاحقة، أما إذا .لم يجزه بطل

[1] جاء في قرار المحكمة العليا:" من المقرر قانونا انه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا .وحيث أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطع الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون ." قرار رقم 198940 ، مؤرخ في 25-04-2001 مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج1 ، 2004،ص151.

-وقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص على أن يكون المال الموقوف مملوكا ملكا مطلقا خاليا من النزاع، غير أنه لم يبين إذا كان لابد لصحة الوقف أن يكون الواقف مملوكا للمال الموقوف وقت الوقف، ولذلك لابد من الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

2- شروط نفاذ الوقف من الواقف

ا-أن يكون الواقف غير محجوز عليه لدين: مقتضى هذا الشرط أن الواقف المدين بدين الغير لا يستطيع أن يبرم الوقف حماية لحقوق دائنيه، غير أن الإشكال أن المشرع الجزائري لم يحدد معنى الحجر لدين لا في القانون المدني ولا في قانون الأسرة أو في قانون الأوقاف، والظاهر أن هذا النص جاء تأثرا بالفقه الإسلامي، حيث أن جمهور الفقهاء يعتبرون أن الدين المستغرق للمال والذي حل أجله سبب للجحر، فيمنع المحجور عليه من التصرف بماله حفاظا على حقوق الدائنين، على الرغم من تمام أهليته وإدراكه، فإذا ما تصرف المحجور عليه لدين في ماله كان تصرفه معلق النفاذ على رضا الدائنين، ذلك أن أداء الدين واجب و الوقت تبرع و الواجب مقدم على التبرع .[1]

والظاهر أن المعنى الذي قصده المشرع هو أن يكون المدين معسرا أي يستغرق دينه ماله او يزيد، مما يجيز لدائنيه خوفا على حقوقهم طلب الحجر عليه، بمنعه من إتيان جميع التصرفات التي تمس بحقوقهم، فإذا ما أبرم تصرفا توقف نفاذه على إجازة دائنيه، وهو ما يستشف من نص المادة32 من قانون الأوقاف 91-10 : "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه" فهذا النص تناول احد أحكام المدينين الواقف التي اتفق عليها جمهور الفقهاء، وبهذا الصدد كان جديرا بالمشرع الإشارة إلى ما اتفق عليه جمهور الفقهاء من الحالات الأخرى تفاديا للفراغ التشريعي في هذه المسألة المهمة.

ا-ألا يكون الواقف مريضا مرض الموت وقت إبرامه الوقف

بالإضافة إلى حكم وقف المريض مرض الموت المشار إليه في نص المادة32 من قانون الأوقاف 91-10 فإن وقف المريض مرض الموت يأخذ بشكل عام حكم الوصية 1 استنادا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري المحال عليها بموجب نص المادة 215 من نفس القانون و التي تشترط في الوقف ما يشترط في الواهب من شروط، وحكم الوصية في القانون الجزائري واضح من خلال نصي المادتين 185 و 189 من قانون الأسرة.

[1] صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008 ، ص121 .

ولما كانت مسألة إبطال التصرف القانوني بسبب مرض من مسائل القانون فعلى مدعي بطلان الوقف بسبب مرض الموت أن يثبت ذلك بكافة الطرق، وعلى القضاء التأكد من حدوث مرض الموت لكي يصح قضاءه.[1]

ثانيا :شروط محل الوقف

بعد أن حددت المادة 11 من قانون الأوقاف 91-10 طبيعة المال يصح وقفه بان يكون عقارا أو منقولا أو منفعة، حددت شروط محل الوقف بنصها:

يجب أن يكون محل الوقف معلوما، محددا ومشروعا.

ويصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة" .

كذلك نصت المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري في نفس الإطار أنه " :يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا، خاليا من النزاع، ولو كان شاعا.

1-شروط محل الوقف لصحة الوقف

ا -أن يكون الموقوف مالا متقوما:

أي يمكن حيازته والانتفاع به على وجه الشرعي، فلا مانع وفقا نص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري المحال عليها بموجب نص المادة 215 من نفس القانون أن يقف الواقف كل ممتلكاته أو جزءا منها، فلا حد لما يمكن للواقف أن يوقفه من ماله، مادام تم ذلك في حياته غير مضاف إلى ما بعد والموت ولم يصدر في مرض موته، فالتحديد بالثلث مثلا مخافة المحاباة هو قياس على الوصية مع الفارق وفيه خروج على القواعد ومخالفة للإجماع، كما فيه تضييق للواسع 1 ، لكن يشترط في المال الموقوف تماشيا مع القواعد العامة أن يكون مما يجوز التعامل فيه، وبشكل خاص أن يكون مشروعا.

ا-ان يكون المال الموقوف معلوما وقت الوقف محددا:

يقصد بمعلوماتية محل الوقف التعيين التام للموقوف بما ينفي الجهالة عنه والنزاع فيه، فلو قال الواقف وقت إبرام وقفه ":وقفت جزء من أرضي "لم يصح وقفه عند جمهور الفقهاء ويقع باطلا

[1] صقر نبيل، مرجع سابق، ص: 122.

حتى ولو عينه فيما بعد2 ،كما لا يشترط أن يكون الموقوف موجودا وقت الوقف بل يكفي أن يمكن حمله على الوجود في الحال او الاستقبال، فيقع صحيحا وقف المؤلف كتابا قيد الطباعة.[1]

ب-أن يكون المال الموقوف قابلا للقسمة إذا كان مشاعا:

اخذ المشرع الجزائري بصحة وقف المشاع القابل للقسمة، غير انه اشترط أن تتم قسمته أما بالنسبة للمشاع غير القابل للقسمة فلا يكون إلا على سبيل الاستثناء بشرط أن ينص القانون صراحة على الحالات الاستثنائية، من ذلك إجازة وقف الحصص و الأسهم في شركات الأموال لما فيها من تشجيع وتوسيع لدائرة الواقفين بحسب إمكانياتهم.

1-شروط محل الوقف لنفاذ الوقف

أ -ألا يكون المال الموقوف مرهونا:

لم ينظم المشرع الجزائري مسألة وقف المال المرهون بنص واضح، على الرغم من اثر هذه المسالة على استمرار وجود الملك الوقفي بعد إنشائهن وذلك لابد من تنظيمها بنص صريح، حيث أرى الأخذ برأي الفقهاء الحنفية الذين أجازوا وقف المال المرهون ، ذلك أن الرهن مبدئيا لا يعني انتقال ملكية المال المرهون من الرهان إلى المرتهن، ووفقا للقواعد العامة فغنه يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، على انه أي تصرفاته لا تؤثر في حق الدائن المرتهن، فيجوز وقف المال المرهون غير أنه لا ينفذ إلا بإجازة المرتهن.

ب -ألا يكون المال الموقوف محجوزا قضائيا للوفاء بدين :

قياسا على علة جواز وقف المال المرهون، واستنادا لنصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في موضوع الحجوز، يستنتج عدم نفاذ الوقف في المال المحجوز عليه ما لم يجزه الدائن الحاجز و إلا يبطل .[2]

ثالثا :شروط الموقوف عليه

لم يرد في قانون الأوقاف 91-10 تفصيل في شروط الموقوف عليه، بل اكتفى المشرع بالنص في المادة 13 بعد تعديلها بالنص على أن : " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية " مما يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد شروطه، حيث يشترط في الموقوف عليه بشكل خاص الشروط الآتية:

[1] الطرابلسي برهان الدين إبراهيم ، مرجع سابق، ص20.

[2] المواد 735 ، 661،و 736 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

أ- أن يكون الموقوف عليه جهة بر :

إن شرعية الوقف مستمدة من كونه صدقة جارية، يتقرب بها إلى الله، ولذلك لا بد أن تكون الجهة الموقوف عليها قربة، أي أهلا للتصدق عليها، ولا خلاف في انه لا يصح أن تكون جهة معصية، إنما الخلاف فيما لا قربة فيه، وغن لم يكن معصية، أو منكرا و الظاهر أن المشرع الجزائري لا يشترط إلا ألا يكون على معصية بغض النظر عن كون الجهة الموقوف عليها قربة أولا على رأي جمهور الفقهاء، وهو ما يفهم من عبارة " لا يشوبها ما يخالف الشريعة الإسلامية."

مع ذلك يثير الوقف على جهات خاصة التساؤل حول توافر القربة ونية التصدق، ورجاء الثواب، وعدم التحايل على قواعد الميراث كما نص عليها الشارع الحكيم، إذا كان الوقف على نفس الواقف أو كان على بعض ورثته؟

بالنسبة للوقف على النفس فإن الشارع الجزائري يجيزه، وهو ما يستنبطه من نص المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري بنصها ":يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على ان يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية "حيث أن الفهم الواسع للنص يتفق مع ما عليه الفقهاء الحنفية من جواز الوقف على النفس مطلقا، حيث لا فرق بين أن يقف الواقف على نفسه ابتداء أو أن يشترط اللغة لنفسه مدة حياته [1] ويتأكد ذلك من خلال ما ورد في نص المادة 06مكرر من قانون الأوقاف 91-10 بنصها " :يؤول الريع الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي احتفظ فيه الواقف بحق الانتفاع بريعه مدى الحياة، إلى الجهات الموقوفة عليها.[1] "، أما بالنسبة للوقف على الورثة فغالبية الفقهاء يرون أنه جائز وليس في ذلك محاربة لنظام الميراث، سواء كان متفقا في توزيعه مع نظام الميراث أم لا، وعلة ذلك أن الوقف كالهبة فالواقف يتصرف في ملكه في حياته، فلم يتعلق به حق الورثة، وإن كان في حرمان بعض الورثة مخالفة في الغالب لمقصود الوقف المتمثل في نية التقرب إلى الله .[2]

ولم يبين المشرع الجزائري حكم الوقف على الذكور دون الإناث او العكس إن كان يبطل الوقف او لا يبطله، ولكن التأكيد على ضرورة احترام إرادة الواقف وشروطه في نصوص قانون الأوقاف يدعو إلى الاعتقاد أن لا مانع من ان يشترط حرمان بعض الورثة من الوقف، وهذه من المسائل

[1] بالنسبة للقضاء الجزائري فقد قضى احيانا بصحة الوقف على النفس متى اختار الواقف تحرير وقفه وفقا للمذهب الذي يجيزه، فالحبس على النفس لا يعني بقاء الموقوف على ملك الواقف، فهو مستحق كغيره، مما يعني عدم جواز أن يكون جزءا من التركة.قرار رقم 109957 ، مؤرخ في 30-03-1994 ، المجلة القضائية ، عدد،03 1994،ص 39 .

[2] -أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سابق، ص209 -210.

التي تحتاج إلى نص صريح، يستهدي به القضاء الجزائري الذي لم يتخذ موقفا واحدا بشأن هذه المسألة فأحيانا قضى بصحة الوقف وأحيانا أخرى قضى ببطلانه.

وأرى أنه لا مانع في وقف الواقف على من يشاء، ولكن المانع أن يظهر في وقفه سوء النية وانتفاء قصد القرب لله، فهذا هو الذي يبطل الوقف، لذلك إذا قام لدى القاضي الدليل على سوء النية الواقف كان له أن يبطل شرط الواقف مع بقاء الوقف، باعتباره أيلولته في جميع الأحوال إلى جهة البر عام انتهاء.

ب-أن يكون الموقوف عليه ممن يصح تملكه، موجودا أو سيوجد مستقبلا :

لا إشكال إذا كان الوقف على شخص م طبيعي في صلاحية هذا الأخير للتملك ،فإذا كان كامل الأهلية فيستحق الغلة بنفسه، وإن كان ناقص الأهلية استحق لمصلحته من ينوب عنه وفقا لما هو مقرر في أحكام الولاية على المال ، وكذلك يصح الوقف على الشخص المعنوي كالمساجد، ودور الأيتام، والمستشفيات فهي بحكم تمتعها بشخصية اعتبارية تعتبر أهلا للتملك، غير أن الأشكال يثور بالنسبة للحمل من حيث أنه سيوجد مستقبلا وبالتالي مدى تمتعه بأهلية التملك؟

– لم ينظم المشرع الجزائري مسألة الوقف على الحمل، بينما أجاز الوصية و الهيبة للحمل بشرط أن يولد حيا، وفي غياب تقرير حق الوقف على الحمل بنص خاص ، فإن هذا يؤدي إلى الاعتقاد بأن نية المشرع هي عدم إجازة الوقف على الحمل، وهو خلاف المقرر في أحكام الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها فيما لم يرد به نص .

المبحث الثاني: وسائـل نفاذ عقـد الوقـف

الأصل في التصرفات القانونية هو الرضائية، والشكلية استثناء لا بد من نص تشريعي يقررها ، وإذا كان الشكل الرسمي ركنا لانعقاد بعض العقود، مثل عقد البيع العقاري، وعقد الرهن الرسمي، وعقد بيع القاعدة التجارية، فقد أوجب المشرع الجزائري إفراغ هذه التصرفات في قالب رسمي، والعقد الوارد على عقار لا يرتب أي أثر قانوني حتى فيما بين المتعاقدين إلا منذ شهره بالمحافظة العقارية ، وكل عقد موضوع شهر يجب أن يقدم على الشكل الرسمي طبقا للمادة 61 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 /1976/03 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري[1] المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 123/93 المؤرخ في 1993/05/19.[2]

المطلب الأول:الشروط الشكلية لعقد الوقف

ويقصد بالشروط الشكلية هنا :توثيق العقد وتسجيله وشهره، فنجد أن المشرع الجزائري قد أكد على ضرورة توافر قاعدة الرسمية في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية، وعلى كل ما يرد على الملكية العقارية من تصرف.

وتوثيق العقد يتم بأن يتقدم أطراف العقد أمام موثق لإفراغ عقدهما في قالب رسمي كركن جوهري في التعاقد، ويترتب على تخلفه البطلان المطلق للعقد وهو ما نصت عليه المادة324 مكرر 1 من القانون المدني حيث جاء فيها":زيارة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية...في شكل رسمي ."والعقود التي يحررها الموثق تعتبر سندات رسمية تنفيذية، ولها حجية ما لم يطعن فيها بالتزوير .فماذا قرر المشرع الجزائري بهذا الشأن بالنسبة لانعقاد الوقف كتصرف قانوني؟

لقد عمد المشرع الجزائري إلى إلزامية توثيق عقد الوقف وإخضاعه إلى قاعدة الرسمية،[3] المتضمنة في المادة 324 من القانون المدني، والتي تنص على أن" :العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن

[1] الجريدة الرسمية ،عدد30 ، لسنة 1976.

[2] الجريدة الرسمية ،عدد 34، لسنة 1993 .

[3] آسيا دوة وخالد رمول،الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، دار هومه ،الجزائر ، 2008 ،ص33 .

وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 41من القانون 91 –10 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، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف."

يتبين إذن، من خلال هذه المادة الأخيرة ،أن المشرع الجزائري قد ألزم الواقف بتوثيق وقفه، وأن التوثيق ورد خصيصا بالعقارات لأنها الأصل في الأوقاف، كما أنه بعد عملية التوثيق أحال الواقف على المصالح المكلفة بالتسجيل، وبالضبط بمكتب التسجيل المختص إقليميا، حيث حدد قانون التسجيل[1] المكاتب المختصة إقليميا، فيتولى مفتش التسجيل بتسجيل التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل، ويعطي هذا الأخير العقود العرفية تاريخا ثابتا طبقا لنص المادة 328 من القانون المدني الجزائري، وباعتبار التسجيل تابعا للتوثيق خاصة بالنسبة للتصرفات المنصبة على عقارات، اشترط المشرع الجزائري إفراغ هذه التصرفات في طابع رسمي وفقا لنص المادة 324مكرر 1 من القانون المدني المعدل والمتمم، وكذا المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بموجب الأمر 70–91 المؤرخ في 1970/12/15 والمتضمن قانون التوثيق[2] وكذا نص المادة 5 من القانون 27/88 المتعلق بتنظيم التوثيق[3] والذي ألغى الأمر رقم 70–91 بموجب المادة 41 منه، والمادة 3 من القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الذي ألغى القانون27/88بموجب المادة 71 منه.

وعليه، فإن المشرع الجزائري قد أخضع الوقف للرسمية على سبيل الوجوب، مما دفع جانبا من الباحثين إلى اعتبار تقرير وجوب إخضاع الوقف للرسمية تحت طائلة البطلان على أساس أن الرسمية ركن من أركان الوقف، مع العلم أن المشرع لم يقرر البطلان كجزاء لعدم إفراغ الوقف في الشكل الرسمي وهو ما دفع بالرأي المخالف إلى التساؤل هل أن إخضاع الوقف إلى عملية التوثيق وإعطاءه شكل معين تفرغ فيه إرادة الواقف يعني أن هذه الشكلية والمتمثلة في قاعدة الرسمية تجعله عقدا شكليا؟ أي هل أن هذا الشكل يعد ركنا لانعقاد الوقف؟ وهل أن الرسمية المقررة في الوقف بموجب العقد التوثيقي هي للإثبات أم للانعقاد؟ بمعنى، هل أن الشكل الرسمي المحدد

[1] الأمر رقم 105/76 المؤرخ في :1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل ،الجريدة الرسمية، العدد81 ، لسنة1977.

[2] الجريدة الرسمية ،العدد 107 ، لسنة1970 .

[3] الجريدة الرسمية، العدد 28 ، لسنة1988 .

بموجب العقد الموثق مقرر لإثبات التصرف القانوني الوقفي أم أنه يعتبر ركنا في هذا التصرف يترتب على تخلفه بطلانه؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تقودنا إلى تتبع المراحل التي مر بها التصرف القانوني الوقفي في مجال اعتماده على العقد التوثيقي كمظهر من مظاهر العقود الرسمية إما للانعقاد أو للإثبات.

يعتبر العقد الرسمي[1] وسيلة إثبات قانونية، إذ أنه يثبت التصرف القانوني الذي أنشأ الوقف والعقد التوثيقي مظهر من مظاهر العقود الرسمية طبقا لنص المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم، واستنادا لهذه المادة يثبت العقد التوثيقي وجود التصرف الوقفي، إذ يقوم بتحريره ضابط عمومي، وهو الموثق، وهو ما يضفي عليه الصبغة الرسمية.

وفي هذا الإطار، وللوقوف على دور العقد التوثيقي كمظهر من مظاهر العقود الرسمية في التصرف الوقفي فإنه يجب التمييز بين ثلاث مراحل :المرحلة التي سبقت صدور قانون التوثيق 70-91 المؤرخ في 1970/12/15ثم المرحلة اللاحقة لصدوره إلى غاية صدور قانون الأوقاف رقم91-10 المؤرخ في 1991/04/27وأخيرا المرحلة المرتبطة بصدور قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل والمتمم إلى يومنا هذا.

الفرع الأول : المرحلة التي سبقت صدور قانون التوثيق70-91

فأثناء هذه المرحلة كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، بالنظر إلى الطابع الخاص الذي تتميز به الأحوال الشخصية، فطبقت أحكامها في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث والوقف، أي كافة مصادر الشريعة الإسلامية دون تخصيص،[2] إذ لا يتقيد القاضي بمذهب معين في حل المشكلة المعروضة عليه، وبتقصي أراء المذاهب الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية أصلا من أصول التعاقد والتصرفات الصادرة من جانب واحد، أي الإرادة المنفردة، إذ يكفي الإيجاب من الواقف -وفقا لما استقر عليه الفقه -لقيام الوقف وانعقاده،[3] فالشكل لا مجال له في الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بالوقف سواء كان واردا على منقول أو عقار، فللواقف أن ينشئ

[1] محمد صبري السعدي،الواضح في شرح القانون المدني-الإثبات في المواد المدنية والتجارية -دار الهدى،عين مليلة،الجزائر،2009 ،ص48 .

[2] بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري-الزواج و الطلاق -،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2004 ،ص 17.

[3] أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1970 ، ص245 .

وقفه دون حاجة إلى إتباع شكل معين، إذ ينعقد بكل ما يصدر عن الواقف دالا على إنشائه من لفظ أو فعل أو إشارة، هذا دون أن ننسى أنه أثناء الفترة الاستعمارية لم يلجأ الجزائريون إلى الموثقين المعمرين لتوثيق عقود الوقف كون الوقف نظاما إسلاميا.

الفرع الثاني : المرحلة اللاحقة لصدور قانون التوثيق 70/91 إلى غاية صدور قانون الأوقاف: 91/10

ونميز في هذه المرحلة بين فترتين هما :الفترة الممتدة من صدور قانون التوثيق إلى غاية صدور قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في: 1984/06/09، والفترة الممتدة من صدور قانون الأسرة إلى غاية صدور قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في:1991/04/27.

أولا :الفترة الممتدة من صدور قانون التوثيق 91/70 إلى غاية صدور قانون الأسرة رقم11/84:

بصدور الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق[1] والذي نص في مادته 12 على أن ": زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن سهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق"[2]، كان لزاما خلال هذه الفترة الأخذ بالعقد الرسمي التوثيقي، لكن على الرغم من وجود نص هذه المادة الذي يؤكد على ضرورة إخضاع العقود الناقلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية إلى الشكل الرسمي إلا أنه لم يوجد نص صريح ينص على أن الوقف من العقود، فالوقف أثناء تلك الفترة اعتبر تصرفا من جانب واحد و ليس عقدا، ومن ثم فهو لا يدخل ضمن مفهوم النص القانوني السابق لأن نطاقه محدود من حيث نوع التصرفات في العقود دون التصرفات بالإرادة المنفردة، ومن ثم فإن الشكل كركن للانعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف، وأن النص السابق–المادة– 12 لا يكون له سند لإعماله في الوقف.

[1] الجريدة الرسمية، العدد107 ، لسنة1970.

[2] هذه المادة تم افراغها بالشكل الذي وردت فيه ضمن قانون التوثيق لسنة 1970 ضمن القانون المدني حين تم تعديله سنة 1988.

أما الشكل للإثبات فلم يرد بشأنه نص قانوني خاص، لكن الوقف كتصرف مدني قد تزيد قيمته عن ألف دينار، فإذا حدث نزاع فيما يخصه تسري بشأن إثباته نصوص المواد 333 وما يليها من القانون المدني الجزائري، ذلك أن القواعد العامة قد تستلزمه.[1]

ثانيا: الفترة الممتدة من صدور قانون الأسرة رقم 11/84 إلى غاية صدور قانون الأوقاف 10/91

باعتبار أن قانون الأسرة [2]لا يسري إلا على الأوقاف التي أبرمت بعد تاريخ صدوره فقد نص في مادته 217 على أن":يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون"،و تنص المادة 191 من قانون الأسرة على أنه ":تثبت الوصية:

1- بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك،

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

وبالنتيجة يثبت الوقف بموجب عقد رسمي يحرره موثق كأصل عام ، 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، وبمفهوم المخالفة عدم التصريح بالوقف لا يبطله ولكن يعطل وسيلة من وسائل إثباته مما يلجأ معه 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 خلال هذه المرحلة، وبذلك فالتصرف الوقفي يعتبر تصرفا رضائيا ليس شكليا، والكتابة المتطلبة قانونا أمام الموثق هي وسيلة لإثبات الوقف وليست ركنا لانعقاده، فعدم تدوينه لا يعني أن التصرف الوقفي غير موجود أصلا أو يستحيل إثباته، بل يجوز إثباته بإقرار المدين أو اليمين الحاسمة.[3]

[1] سناء شيخ ،إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإدارة المنفردة " الوصية و الوقف" ،مجلة المحكمة العليا ،العدد الأول، 2009 ، ص100.

[2] الجريدة الرسمية ،عدد 24 ، لسنة 1984 المعدل و المتمم.

[3] سناء شيخ، المرجع نفسه، ص 101.

الفرع الثالث: مرحلة صدور قانون الأوقاف رقم 91/10 المعدل والمتمم إلى يومنا هذا

تقضي المادة 41 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل والمتمم السالفة الذكر بإلزام الواقف بأن يقيد وقفه لدى الموثق، غير أن هذه المادة تعتبر غامضة بسبب إغفال عنصر الجزاء المترتب على عدم التوثيق، لأن الإلزام موجه للواقف الذي لا يمكن أن يتحمل جزاء عدم قيده لوقفه كونه يقوم بإجراء تصرف وقفي طابعه خيري له نفع عام أو مساهما في تطوير المصلحة العامة، فهولا يرجو أو يرغب في أي نفع أو حق يخشى زواله عنه، كما أن المادة 12 من نفس القانون تنص على أنه ":تكون صيغة الوقف 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 رضائي سواء كان واردا على عقار أو منقول، إذ أن الوقف يتم بتوفُّر أركانه وما مسألة قيده إلا من أجل توفير الإثبات وحجية للوقف في مواجهة الغير[1]، وهذا على عكس من اعتبر الوقف عقدا شكليا يجب إخضاعه للطابع الرسمي تحت طائلة البطلان، وبالتالي إضافة الشكلية في العقد المتضمن وقف عقار كركن من أركان انعقاده مؤسسين بذلك موقفهم على ضوء نص المادة 12 من قانون التوثيق والتي تشترط الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق، بالإضافة للقاعدة المقررة في هذا الشأن بأن":لا اجتهاد مع النص"، وأيضا المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي سبق الإشارة إليها.[2]

وبناء على ما سبق، فإن توثيق عقد الوقف و إخضاعه للرسمية المقررة وفقا لنص المادة 324 من القانون المدني السالفة الذكر، و المادة 41 من قانون الأوقاف، لا يعني أن هذه الشكلية المقررة فيه تعتبر ركنا من أركان انعقاده، بل هي مقررة لإثباته، ضف إلى ذلك يوجد من الأوقاف – وخاصة في بعض المنقولات – ما لا يحتاج إلى التوثيق مطلقا مثل المنقولات الموقوفة على المساجد كالمصاحف والكتب والأثاث، إذ أن الوقف فيها نافذ وصحيح على الرغم من عدم توثيقه، وما نص المادة 12 من قانون الأوقاف التي فتحت المجال في صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة إلا دليل على ذلك.

[1] عمر حمدي باشا، عقود التبرعات:الهبة–الوصية –الوقف، مرجع سابق، ص85 .

[2] خالد رامول ، قاعدة الرسمية ،مجلة الموثق ، العدد الرابع، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2001 ،ص55 .

لكن –ورغم هذين الرأيين المتناقضين – فإن نية عمل البر والخير لا يوقفها إجراء مادي بإفراغ الوقف في محرر رسمي، فمن يرجو مرضاة ربه ويضحي بنفيس ماله لا يمكن أن يتراجع عن الوقف أمام الموثق، وإذا تردد فإن مثل هذا الإجراء سيكون وسيلة لحماية إرادته ومراجعة نفسه أكثر من مرة و يكون من واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه.

وعليه، فالشكلية المقررة بموجب نص المادة 41 من القانون رقم 10/91المتعلق بالأوقاف هي من أجل إثبات التصرف الوقفي، وقد وردت خصيصا لوقف العقارات لأنها الأصل في الأوقاف، وبعض المنقولات العامة كالسيارات، فالقاعدة العامة بالنسبة لتوثيق عقد الوقف تكون حسب محله فإذا كان محله مما نص القانون في نقل ملكيته على ضرورة التوثيق فإن هذا الحكم يسري أيضا على عقد الوقف، والعكس صحيح.

وصولا إلى هذه النتيجة، وما يبنى عليها من مبررات في عدم اشتراط الشكلية الرسمية لانعقاد الوقف بل لإثباته، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأوقاف10/91 على أن ":يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية"، وبذلك فإن الوقف يخضع إلى كل طرق الإثبات فيثبت بالكتابة، وشهادة الشهود، وغير ذلك من طرق الإثبات [1].

المطلب الثاني شروط نفاذ الوقف

الفرع الأول: التسجيل

لم يكتف المشرع بوجوب إفراغ الوقف في الشكل الرسمي فحسب ، بل أخضع كل معاملة ترد على عقار وقفي أو غير وقفي إلى وجوب تسجيلها لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري و المتمثلة في منشآت التسجيل المختصة إقليميا وهذا تطبيقا لنص المادة 41 من نفس القانون التي ورد فيها "...و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ...".

[1] بن مشرنن خير الدين ،المرجع السابق ، ص 60 .

وزيادة على ذلك فإن الوقف كما أسلفنا في دراستنا بكونه معفى من رسوم التسجيل "وذلك بصريح نص المادة 44 من ذات القانون ورد فيها :" تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر و الإحسان.[1]

وقد لاحظنا من خلال المادة أعلاه أن المشرع قد خص بالذكر الوقف العام فقط بالإعفاء من رسوم التسجيل .

ولكني أرى بأن ذلك الإعفاء يشمل أيضا الوقف الخاص، لأن المشرع لم ينص صراحة على عدم إعفاء هذا لأخير من رسوم التسجيل و لأنه لا يزال حتى اليوم يأخذ بالوقف الخاص و لأنه هو الآخر يكتسي طابع الخيرية إضافة إلى أنه في النهاية سيتحول إلى وقف عام بعد زوال العقب وهذا ما يؤخذ على المشرع في هذه المسألة .

الفرع الثاني: الإشهار

بالإضافة إلى الرسمية و التسجيل ، فقد أوجب المشرع كذلك إشهار عقد الوقف حتى يكون نافذا فيما بين الأطراف و في مواجهة الغير من تاريخ نشره لدى مصالح الشهر العقاري، وذلك على غرار جميع التصرفات المنصبة على عقار، و هي قاعدة عامة من النظام العام.[2]

وقد تم تكريس ذلك تطبيقا لعدة نصوص قانونية متفرقة منها المادة 793 من القانون المدني الجزائري التي تنص على :" لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا راعينا الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

وكذلك المادة 100 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم .

[1] خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب،ص 108-109.

[2] ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر ،ط2002 ،ص221.

وكذا المادتين 15 و 16 من الأمر 75/74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .[1]

حيث تنص المادة 15 على :" كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية....".

و تنص المادة 16 على:" إن العقود الإرادية و الاتفاقات 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 ".

جميع هذه النصوص تؤكد على وجوب شهر الحقوق العينية العقارية و التي من بينها الوقف لتكون نافذة .

كما تناولت هذه النصوص دور المحافظ العقاري في فحص ومراقبة هذه العقود بشأن مدى استيفاء توافر أركانها و إجراءات تسجيلها تحت طائلة رفض إشهارها .[2]

وقد أكد المشرع الوقفي في نفس الإطار على ذلك من خلال المادة 41 من قانون الأوقاف التي أوجب إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر إلى السلطات الكلفة بالأوقاف بقولها:".. و إحالة نسخة منه على السلطة المكلفة بالأوقاف ...".

و التي نفهم منها أنها تجسد رقابة الدولة على الأملاك العقارية بما فيها الأملاك الوقفية والذي يدخل في إطار الحفاظ على النظام العام بواسطة وثيقة رسمية تسمى كشف الإرسال و التي حددت التعليمة رقم 00287 المؤرخة في 29/01/2000 النموذج الرسمي له.

وزيادة على ذلك و في نفس الإطار ، وبالرجوع إلى أحكام المادة 08 من القانون 01/07 المؤرخ في 2001/05/22 المعدل و المتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف نجد أنها اشترطت قيدا آخر على عملية الإشهار العقاري الوقف يتمثل في مسك مصالح أملاك الدولة لسجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية تطبيقا للمادة 41 من قانون الأوقاف السالف الذكر .

[1] الجريدة الرسمية عدد92.

[2] أنظر المادة 10 و مايليها من المرسوم رقم 63/76 السالف الذكر.

ونص المادة كالتالي :" تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط و الكيفيات و الأشكال القانونية المعمول بها .

يحدث لدى المصالح المعنية بأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية تسجل فيه العقارات الوقفية و تنشر السلطة المكلفة بالأوقاف ذلك ".

كما تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 03-51 المؤرخ في 2003/02/04 المحدد لكيفيات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالأوقاف على [1]:" يحدد شكل و محتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية المحدث لدى مصالح الحفظ العقاري بموجب قرار مشترك بين الوزير الكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف و الوزير الكلف بالمالية ".

وتضيف المادة 05 من المرسوم 03-51 سالف الذكر التي تنص على :" يمكن لمصالح الحفظ العقاري أن تستعين في إطار عملية إعداد السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية بأعوان متخصصين في الشريعة الإسلامية يعينهم لهذا الغرض الوزير الكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف".

ونظرا لأهمية الأثر القانوني المتعلق بإجراء الإشهار و الذي يفترض أن عقدا مشهرا يكتسب كامل الأثر القانوني، ومن تضع السلطات العمومية عند الاقتضاء كل القوة العمومية لحمايته.

لذلك فمن الضروري التأكد قبل تنفيذ إجراء الإشهار العقاري، من أن العقد المودع قصد إشهاره قد اعد بطريقة قانونية.

فكونه اعد في الشكل الرسمي هو في حد ذاته ضمان لشرعيته، غير أن المحافظ العقاري بموجب الأمر 75-74 و المرسوم 63/76، له سلطة المراقبة المتمثلة في التحقق من احترام قواعد الإشهار العقاري و كذا الأحكام القانونية و التنظيمية التي تحكم مختلف العمليات المتعلقة بالعقارات، و التي تجيز له إقصاء هذا العقد برفض إشهاره عند عدم مراعاة كل ذلك .

هذه القواعد التي أشرنا إليها يمكن إجمالها في ثلاث أصناف :

[1] الجريدة الرسمية، العدد 69 ، لسنة 2003.

- القواعد الشكلية و الموضوعية التي تخضع لها العقود المقدمة للإشهار .
- القواعد المتعلقة بشرعية العملية المتضمنة للعقد و التي تمس بالعقار .
- القواعد المتعلقة بأطراف العد .

وبما أن عقد الوقف هو محور دراستنا سنخصه فقط بذكر .[1]

فبالنسبة للعقود المنشئة للوقف، يتعين على المحافظ العقاري التأكد من أن العقد خال من أي شرط يجعله باطلا.

لذا فكل عقد يعين من بين الورثة الذكور فقط كموقوف عليهم وسطاء مستبعدا بوضوح الورثة الإناث – أو العكس – فإنه يرفض تلقائيا. حيث يعتبر عقد من هذا القبيل و الذي – للأسف– يوجد على أرض الواقع مخالف لقواعد الميراث .

كما يسهر المحافظ العقاري على أن عقد الوقف لم يحرر على عقار أين يمارس فيه نشاط غير قانوني تحرمه الشريعة الإسلامية، مثال ذلك حل لبيع المشروبات الكحولية أو التبغ ...الخ.

وذلك مراعاة للمادة 105 من المرسوم التنفيذي 76–62 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل و المتمم بالمرسوم92–134 مؤرخ في 1992/04/07 التي تنص على :" يحقق المحافظ بمجرد اطلاعه على البينات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف لأخلاق أو مخالفة للنظام العام بكل وضوح".

وفيما يخص تعديل العقود المنشئة سابقا للوقف، فيجب أن يسهر على أن تكون هذه التعديلات شرعية و قانونية .

كما يجب على المحافظ العقاري أن يرفض كل عقد يرمي إلى إلغاء وقف تم إنشاؤه بطريقة قانونية من قبل.

من خلال مختلف أوجه أمثلة المراقبة هاته ، بات دور حماية الأوقاف واضحا للمحافظة على الذمة العقارية، ولكي تبقى المؤسسة النبيلة مصونة من كل التصرفات التعسفية أو غير الشرعية.

[1] صورية زردوم ، بن عمار، المرجع السابق، ص110.

وقد يثور التساؤل عند اكتشاف خطأ في عقد وقف تم إشهاره حول جوز تصحيحه .

وتجيبنا عن ذلك المادة 109 من المرسوم السالف الذكر و التي تنص على :"عندما يكشف المحافظ في وثيقة تم إشهارها خطأ منسوب إلى الأطراف، فإنه يعلم الموقع على شهادة الهوية بهذا الخطأ و يعلمه بأنه في حالة عدم تعديله فإنه لا يتم تمثيل أي إجراء فيما يخص الحق المشار إليه في الوثيقة الخاطئة.

وتصحح الأخطاء عن طريق إيداع وثيقة جديدة معدة ضمن الأشكال القانونية و ترمي إلى تعديل الوثيقة التي تم إشهارها و المشوبة بالأخطاء، وجميع التأشيرات اللازمة تكتب على البطاقات و الدفتر العقاري قصد الإشارة إلى الأخطاء و التعديلات .

وخلافا لأحكام الفقرة الأولى ، فإن وجود خطأ في الوثيقة تم بعد إشهارها، لا يعوق إشهار عقد محرر أو قرار قضائي نطق به بدون مساعدة صاحب الحق أو ضده .

في الحقيقة ومن خلال تنقلي إلى المحافظة العقارية بولاية الجلفة ، وتمكيني من الاطلاع والحصول على عدة عقود وقف مشهرة وتفحصها بدقة ، تبين لي أنها باطلة في نظر القانون و مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية و للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها، ذلك أن صيغة الوقف انحرفت عن معنى الوقف وتشير إلى انتقال الملكية إلى الجهة الموقوف عليها بمجرد إتمام عملية الإشهار العقاري ، في حين أن الشهر في عقد الوقف له فقط وظيفة إعلامية و هو غير ناقل للملكية، ناهيك عن الصياغة الرديئة التي يحررها بعض الموثقين و التي تشوب بعض تلك العقود .[1]

ليثور التساؤل عن مصير هذه العقود التي لم يتم تصحيحها بعد و لا إبطالها، وهو في نظري طريق آخر لضياع الوقف، و الذي يؤخذ على المحافظ العقاري في هذا المجال.

وفي الأخير بقي لنا أن نشير إلى أنه يمكن للدولة أن تتحمل مسؤوليتها بسبب الأخطاء التي تلحق بالغير ، و التي قام بها المحافظ العقاري أثناء أدية مهامه .

وللدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ العقاري في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير.

[1] صورية زردوم ،بن عمار،المرجع السابق، ص112.

من خلال هذه البحث العلمي المتواضع لموضوع توثيق الوقف في القانون الجزائري يتضح لنا جليا بأن للوقف مسيرة تاريخية طويلة ، كما له أهداف وأغراض عديدة ومتنوعة بتنوع أهداف الواقفين وحاجات الموقوف عليهم في المجتمع.

في هذه الدراسة التحليلية لمختلف النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بالموضوع ، حاولنا تسليط الضوء على بعض المسائل المتعلقة به، فتمكنا من الوصول إلى أن الأملاك الوقفية استعادت دورها الفعّال و الذي أوجدت من أجله و هو المساهمة في دفع عجلة التنمية بالمجتمع الجزائري، وإن كانت النصوص القانونية لم تراع فيها القواعد العامة المقررة في القانون المدني وحتى تلك المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية.

فالأملاك الوقفية تخضع لأحكام القانون الخاص بها و الصادر بتاريخ: 1991/04/27 تحت رقم : 10/91 و الذي عرف تعديلات أولها بموجب قانون رقم : 07/01 المؤرخ في : 22 ماي 2001 وأخيرا بالقانون رقم: 10/02 بتاريخ : 2002/12/14.

و يبقى للوقف العام أهمية كبيرة في بعض المجالات لا سيما في المرافق العمومية خاصة وأن الدولة تدخلت في جميع شؤون المجتمع فيبقى للوقف دور اجتماعي واقتصادي وذلك لإعادة استثمار الأموال التي يحصلها محل الوقف برعاية من وزارة الشؤون الدينيـة و الأوقاف.

النتيجة التي توصلنا إليها أن الوقف نظام قانوني متميز عن النظام القانوني الخاص بالأموال العامة ويختلف عن النظام القانوني المتعلق بالأموال الخاصة طبقا للمادة 52 من دستور96 وأنواع الأوقاف تختلف حسب أغراض الواقف و الجهات الموقوف عليها فالمادة 04 التي تعتبر بأن الوقف هو عقد ولكن هذا الأخير هو اتفاق بين إرادتين وفي الوقف أين هو اتفاق إرادتين؟ هذا من جهة و من جهة أخرى لم يحدد ما هو القانون الذي تخضع له أحكام عقد الوقف خاصة من حيث التنظيم و التسيير والإستثمار لذا نقترح أن يتم إعادة صياغة هذه المادة بالقول : "أن الوقف نظام قانوني ينشأ بعقد صادر عن إرادة منفردة ويخضع في أحكامه وتنظيمه وتسييره

واستثماره لهذا القانون ولمبادئ الشريعة الإسلامية". وكذا في المادة 13 وكأننا نلجأ مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية لذا نقترح إضافة كلمة – القانون – لتصبح :".....غير مخالف لأحكام هذا القانون و لأحكام الشريعة الإسلامية."

وبالرجوع إلى المادة الثانية والتي اقتصرت على القول بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه دون النص على خيار المذهب الذي يمكن الرجوع إليه عند الحاجة.

بالرجوع إلى أحكام المواد 05 ، 33 ، 34 و التي تشير إلى النص التنظيمـي وبالفعل صدر هذا الأخير بموجب المرسوم التنفيذي رقم : 381/98 ووزع مهمة إدارة الأوقاف وتسييرها وتنظيمها على كل من وزير الشؤون الدينية و الأوقاف ولجنة الأوقاف، ومديرية الحج المتواجدة على المستوى المركزي و المديريات الولائية للشؤون الدينية و الأوقاف، ووكيل الأوقاف وناظر الأملاك الوقفية.

والظاهر أن الأشخاص الذين يتولون إدارة الوقف ومهمة التسيير و الإستثمار بصفاتهم لكن لا النص القانوني و لا التنظيمي يوضح بصفة محددة من يمثل الأملاك الوقفية مع أنه بالرجوع إلى القواعد العامة خاصة المادة 49 من القانون المدني و التي تبين الأشخاص الاعتبارية و المادة 50 من نفس القانون و التي تذكر أن الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق التي يقرها القانون ويكون له خصوصا: ذمة مالية وأهلية وموطن ونائب يعبر عن إرادتها وحق التقاضي فكل هذه الأمور المذكورة نظرا لعدم وضوحها نجد عدد من القضايا المتعلقة بهذا المجال مطروحة أمام الجهات القضائية المختلف.

يجد بعض القضاة صعوبة عند النظر في القضايا خاصة من هذا النوع لأن القسم المدني بفروعه على مستوى المحاكم يشرف عليه قاضي واحد وكذا انعدام التخصص، لذا نقترح القيام بأبحاث لإيجاد طرق ووسائل قانونية واضحة تؤدي إلى حل كل النزاعات المطروحة على الجهات

القضائية سواء من جانب الإدارة أو الإستثمار هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد المنازعات معقدة لأن قواعد الاختصاص فيها موزعة بين قاضي عادي وقاضي إداري وخاصة أمام النظام القضائي المستحدث، وأمام تواجد منازعات لبعض مؤسسات عمومية إقتصادية منها والإدارية وكون وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف هي الممثل القانوني على الأملاك الوقفية العامة ومنها الخاصة عند الاقتضاء وفقا لأحكام قانون الأوقاف : 10/91 ونصوص الشريعة الإسلامية .

ونظرا لكون الأملاك الوقفية محل طمع الكثير من الجهات مما أدى إلى تسجيل العديد من التجاوزات التي أدت إلى الاستيلاء عليها و التصرف فيها لذا وجب وضع حد للنهب و الاستيلاء والاعتداء المستهدف للأملاك الوقفية.

نتمنى ان نكون قد وفقنا ولو بالقسط اليسير من دراستنا لتوثيق الوقف في القانون الجزائري الى تسليط الضوء على أحد أهم مواضيع الأملاك العقارية في بلادنا، والتي تستدعي دراسات متعددة ومتخصصة حتى يمكن الإلمام بهذا المجال الذي يعتبر معقدا وصعبا في نفس الآن.

المصـــــادر:

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية.

النصوص الرسمية:

القوانين والمراسيم والأوامر:

1/ الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل ،الجريدة الرسمية، العدد 81، لسنة1977.

2/ قانون رقم 90-25 مؤرخ في اول جمادى الاولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 ،مؤرخة في 18 نوفمبر سنة 1990.

3/ القانون رقم 10/91 المؤرخ في1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد21 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 ،الجريدة الرسمية عدد 25 و القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 ،الجريدة الرسمية عدد 83.

4/ قانون الأسرة الجزائري رقم معدل و متمم بموجب القانون، رقم 01-07 المؤرخ في28 صفر عام 1422 الموافق ل 22 مايو سنة 2001 الجريدة الرسمية رقم 29 ،مؤرخة في 23 مايو سنة 2001.

5/قرار مؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1413 ، الموافق ل 14 نوفمبر 1992 ، ج ر عدد 92 ، مؤرخة في 27 ديسمبر 1992 ، المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين.

6/ قانون09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

- وثائـــق أخـــرى:

1/ مداولات مجلس الأمة ، الدورة الربيعية 2011 ، المنعقدة يوم: 23 ماي 2011 ،الجريدة الرسمية العدد:9 .

الكتـــــــب:

- الكتـــب باللغة العربية:

1/ ابن قدامه موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد و ابن قدامة المقدسي شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد، المغني و يليه الشرح الكبير، ج 6، ط 2، دار الكتاب العربي، مصر، 1928.

2/ أبو زهرة محمد، محاضرات في الوقف ، طبعة 2، دار الفكر العربي، 1972 القاهرة، مصر.

3/ أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1996.

4/ ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس ، دار صادر ،بيروت.

5/ الجيلالي عجة، قانون المؤسسات العمومية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة ، دار الخلدونية ،الجزائر، .2006

6/ أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1970 .

7/ آسيا دوة وخالد رمول،الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، دار هومه ،الجزائر ، 2008.

8/ الحداد احمد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي،2009.

9/ الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين، نهاي المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5. ،ط 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

10/ الزحيلي وهبة ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، دار الفكر، بيروت ، 1998.

11/الحطاب أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبطه وصححه الشيخ زكريا عميرات ، ج 7، دار عالم الكتب ،دون بلد النشر.

12/ الطرابلسي برهان الدين إبراهيم ،الإسعاف في أحكام الأوقاف ،ط 2 ،مطبعة هندية،مصر، 1902.

13/ القرافي شهاب الدين احمد ،الذخيرة، تحقيق سعيد اعراب، ج 6، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان ، 1994.

14/ الغزالي محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب، تحقيق أحمد محمود إبراهيم، ج4 ، دار السلام للطباعة .والنشر دون بلد،1997.

15/ السرخسي شمس الدين ،المبسوط ،ج 12 ،دار المعرفة ، بيروت ، 1989.

16/ القضاة منذر عبد الكريم، أحكام الوقف (دراسة قانونية فقهية مقارنة) ، دار الثقافة ،الأردن، 2011.

17/ بن الصالح الصالح محمد بن احمد، الوقف في الشريعة الإسلامية و أثره في تنمية المجتمع، فهرسته مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض،2001

18/ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري–الزواج و الطلاق– ،الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.

19/ بوضياف عبد الرزاق ، مفهوم الوقف كمؤسس مالية في الفقه الإسلامي و التشريع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

20/ جمعة محمود الزريقي، نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية، منشورات دار الآفاق العربية بيروت، الطبعة 1988.

21/ حمدي باشا عمر ، حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة ، الجزائر، 2002.

22/ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، .2009

23/ خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب.

24/صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008.

دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

25/قحف منذر ، الوقف الإسلامي تطوره ،إدارته و تنميتُه، طبع ونشر دار الفكر، دمشق، سوريا، 2000.

26/ سراج محمد احمد، أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1998.

27/ ليلى زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر ،ط2002.

28/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني–الإثبات في المواد المدنية والتجارية–

29/ مسقاوي عمر ، محاضرات في الوقف و مؤسسات الوقف في الشريعة و القانون و الاجتهاد اللبناني ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان 2011.

30/ نبيل صقر، قانون الأسرة –نصا وفقها وتطبيقا–، دار هومه، الجزائر، 2006.

31/ وسيلة وزاني ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر،2009.

المذكـــــرات والرسائـــــل :

1/ بن مشرنن خير الدين ، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2012/2011.

2/ صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2010/2009.

3/ شناز علوي ، أحكام الوقف (دراسة مقارنة) مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق ،جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2016/2015

4/ نادية براهيمي، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996.

الملتقيات والمؤتمرات:

1/ ابو ليل محمد احمد، اثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف، بحث مقدم لندوة الوقف الإسلامي ، الإمارات، في الفترة من 06-07.

المجـــــــلات:

1/ الكبيسي محمد عبيد الله، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول و، الثاني، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977.

2/ بوحلاسة عمر، الموثق و التوثيق و المحيط المهني، نشرة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد05، .1998

3/ خالد رامول ، قاعدة الرسمية ،مجلة الموثق ، العدد الرابع، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر،2001.

4/ زيتوني عمر ، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 03، سبتمبر- أكتوبر 2001.

5/ صبيحي عبد الرزاق ،قانونية لعشر قضايا إشكالية في مدونة الأوقاف المغربية، مجلة أو قاف الصادرة عن الأمانة العامة لأوقاف بالكويت، السنة الثانية عشر، العدد 22 مايو 2012.

6/ عمر بوحلاسة ، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد 9، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2000.

7/ سناء شيخ ،إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإدارة المنفردة " الوصية و الوقف" ،مجلة المحكمة العليا ،العدد الأول،2009.

8/ قرار المحكمة العليا، المؤرخ في: 17-03-1971، مجلة الاجتهاد القضائي،عدد02 .

9/ قرار رقم 109957 ، مؤرخ في 30-03-1994 ، المجلة القضائية ، عدد1994،03.

10/قرار رقم 198940 ، مؤرخ في 25-04-2001 مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، ج 1، 2004.

11/ لعروم مصطفى، ، الضوابط القانونية والشكلية للعقد التوثيقي، الجزء الأول، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 5، فيفري، مارس 2002.

فهرس المحتويات

الموضـــوع	الصفحة
آيــة قرآنيـــة	
شكر و عرفان	
إهـــــــــداء	
مقدمـــــــة	أ
الفصل الأول: مفهوم الوقف و ارتباطه بمسألة التوثيق	**10**
المبحث الأول : ماهيـــــة الوقــف	**12**
المطلب الأول : مفهـــوم الوقـــف	**12**
الفرع الأول : التعريف بالوقف	**12**
الفرع الثاني : خصائص الوقف	**17**
المطلب الثاني : أنـــواع الوقـــف	**22**
الفرع الأول: أنواع الملك الوقفي بحسب غرضه	**22**
الفرع الثاني: أنواع الملك الوقفي بحسب المحل أو طبيعة الموقوف	**27**
الفرع الثالث: أنواع الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع	**28**
المبحث الثاني : التوثيق كآلية لتجسيد عقد الوقف	**31**
المطلب الأول : مفهـــوم التوثيـــق	**31**
الفرع الأول : تعريف التوثيــق	**31**
الفرع الثاني : خصائص التوثيق	**33**
المطلب الثاني : العقـــود التوثيقـــة	**36**
الفرع الأول : تعريف العقد الرسمي	**36**
الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الإخلال بشروط المحرر الرسمي	**38**

الفصل الثاني: تجسيد توثيق الأعيان الوقفية في القانون الجزائري	**41**
المبحث الأول : وسائـــل تكوين الملـــك الوقفـــي	**42**
المطلب الأول : طبيعـة تصـــرف الوقـــف	**42**
الفرع الأول: الخلاف الفقهي حول طبيعة تصرف الوقف	**43**
الفرع الثاني: طبيعة تصرف الوقف في القانون الجزائري	**44**
المطلب الثاني: أركـــان تصـــرف الوقـــف	**45**
الفرع الأول: شروط الصيغة الركن الشرعي للوقف	**46**
الفرع الثاني: شروط أركان الوقف المادية	**53**
المبحث الثاني : وسائـــل نفـــاذ عقـــد الوقـــف	**60**
المطلب الأول: الشروط الشكلية لعقد الوقف	**60**
الفرع الأول : المرحلة التي سبقت صدور قانون التوثيق70-91	**62**
الفرع الثاني : المرحلة اللاحقة لصدور قانون التوثيق 91/70 إلى غاية صدور قانون الأوقاف 10/91	**63**
الفرع الثالث: مرحلة صدور قانون الأوقاف رقم10/91 المعدل والمتمم إلى يومنا هذا	**65**
المطلب الثاني: شـــروط نفـــاذ الوقـــف	**66**
الفرع الأول: التسجيـــل	**66**
الفرع الثاني: الإشهـــار	**67**
الخاتمـــــــــــــة	**73**
المصـــادر و المراجع	**78**
فهـــــرس المحتويات	**84**