



جامعة العربي التبسي-تبسة-الجزائر



كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص قانون عقاري

بعنوان

ضوابط العقد التوثيقي

الوارد على عقار وقفي

إشراف الأستاذ:

عبد الحق لخذاري

إعداد الطالبة:

مروى زايري

أعضاء لجنة المناقشة

الصفة في البحث	الرتبة العلمية	الإسم و اللقب
رئيسا	أستاذ محاضر - ب -	محمد كعنيت
مشرفا و مقرا	أستاذ لاذ محاضر - أ -	عبد الحق لخذاري
ممتحنا	أستاذ محاضر - ب -	ريه مراحي

السنة الجامعية: 2020/2019

الكلية لا تتحمل أي

مسؤولية على ما يرد

في هذه المذكرة من آراء



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فَأَمَّا الزُّبْدُ فَيَذْهَبُ جُفَاءً

وَأَمَّا مَا يَنْفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الْأَرْضِ

الآية 17 سورة الرعد

شُكْرٌ وَعِرْفَانٌ

أَتَقَدَّمُ بِالشُّكْرِ الْجَزِيلِ لِأَسْتاذِي الدُّكْتُورِ
"نُذَارِي عَيْدِ الْعَقِّ" الْمَشْرِفِ وَ الْمَوْكَّرِ لِهَذَا
الْعَمَلِ الْمَتَوَاضِعِ، الَّذِي لَمْ يَبْخُلْ عَلَيَا بِنصائِحِهِ
وَ تَوْجِيهَاتِهِ السَّيِّدَةِ، وَ الَّذِي كَانَ لِي وَ
لِزَمَلَائِي خَيْرَ مَرشَدٍ وَ خَيْرِ دَلِيلٍ
فَتَحِيَّاتِي سَيِّدِي الْكَرِيمِ.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي وعملي المتواضع هكذا:

إلى رمز وجودي وحكمة أخلاق قري أبي العزير

إلي يا سيادة القلب والحيمة أهدي رسالتي لتهديني الرضا والكفاء
أمي الغالية

إلى لؤلؤة في شكل بشر وأمر ثانية وهبها لي القدر "ماما سندس"

إلى رمز الشجاعة والرجولة رفيف روحري وأنس فؤادي وترجمان مشاعري
"يوسف"

إلى إخوتي من أجمع أن أراهم دائما في درجاتي العلى فحمر سندي و
ركبتي في الحيلة ..

مقدمة

حث الله على الكسب الحلال، و الإنفاق في ما هو مباح و مشروع، وما فتئ المسلمون منذ الصدر الأول و هم ينفقون أموالهم بمختلف الطرق في سبيل إرضاء الله و في شتى أبواب البر و الخير، و من سبل الإنفاق التي عرف بها هؤلاء "الوقف" فقد عرف الناس الوقف منذ دخولهم في الإسلام فقاموا بوقف ممتلكاتهم و مدخراتهم و تعددت مجالات تلك الأوقاف لتشمل معظم جوانب الحياة فلطالما كانت الأوقاف منبعاً للخير .

فدافع الناس من الوقف هو الحصول على الأجر بعد الممات ناهيك عن الأهداف العامة للوقف وهي تجسيد فكرة الإحسان العام والدائم والتكافل الاجتماعي في الأمة .

و مع حرص الناس على الوقف فقد كانوا أحرص منه على بقاءه و استمراره خصوصاً إذا كان الوقف عقاراً، فالعقار يمثل مصدراً حقيقياً و داعماً فعالاً لمؤسسات الخير و العلم و لهذا وجب حفظه عن طريق التوثيق، بإعتبار التوثيق من أهم أسباب حفظ العقار الوقفي من الضياع، إذ تعتبر الوثيقة المكتوبة من أهم وسائل توثيق العقار الوقفي و من أعظم الأسباب المحققة لمقصود الوقف، و قد تنوعت حديثاً سبل توثيق الوقف العقاري أهمها: الإشهاد-العقد العرفي-العقد الإداري-العقد الشرعي-العقد القضائي-العقد التوثيقي .

أهمية الدراسة:

إن توثيق الوقف موضوع قديم جديد متجدد.

إذ تأتي أهمية دراستنا لا لأنها تبحث في مجال رحب و منفذ خصب من منافذ الإنفاق و الإحسان فحسب، فغن هذا تحصيل حاصل و هو مقرر بقوله تعالى "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون" [آل عمران92] و قوله أيضا "يا أهل الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل" [سورة البقرة 282] و غيره من اجتهاد الفقهاء و إجماع المسلمين على مشروعيتها، بل لكونها تبرز أيضا الصلة بين نظام الوقف و حفظ تاريخ الأمم و الشعوب، و لما كان التوثيق بهذه الأهمية انعقدت عناية المهتمين إلى اتباعه كطريق لحفظ العقار الوقفي و استمرار الانتفاع به، و استثماره وفق إدارة الواقف و اشتراطاته، و يعتبر العقد التوثيقي أنجح الطرق في حفظ العقار الوقفي خاصة أنه يصدر عن من خوله القانون صلاحية إضفاء الصبغة الرسمية على مثل هذه

التصرفات ألا و هو "الموثق" أو كما قال تعالى كاتب عدل "باعتباره أكثر شخص مؤهل بشكل نظامي و شرعي لتوثيق العقود و ضبطها.

و تظهر ملامح هذه الأهمية من الأهمية من خلال النقاط التالية:

قيمة علمية:

تكمل العلمية لهذه الورقة البحثية في كونها تسليط الضوء على أحد أبرز مظاهر العقود الرسمية _العقد التوثيقي_ الذي يكون موضوعه وقف عقار بحيث تبين الدراسة جملة الضوابط الموضوعية التي يجب احترامها و التقيد بها حتى ينشأ الوقف و جملة الشروط الشكلية لهذا العقد حتى يكون نافذاً، مع الإلمام بمختلف الإشكاليات العملية التي تواجه الموثق بخصوص وقف العقارات، و ما استجد من الاجتهاد الفقهي و القانوني حول توثيق الوقف.

التفصيل في أحكام كل من الوقف و العقد التوثيقي و الربط بينهما بدراسة محل العقد "العقار" الذي يجعل الوقف حتى و إن كان مما لا يوثق مطلقاً بالنظر إلى طبيعته وهي التبرع الصادر عن إرادة منفردة يصبح واجب التوثيق مادام محله عقار بالتالي نوفر مرجع يساهم في إفادة الطلبة المتخرجين.

قيمة تاريخية:

دراسة المحتوى يجعلنا نحدد قيمة هذا الشاهد _العقد التوثيقي_ كمصدر تاريخي فالكثير من الباحثين دللوا لبعض ما ذهبوا إليه بوثائق وافية، لذا رأينا أن الاحتفاء و التنويه بأهمية العقد التوثيقي في مجال الوقف يكون ببيان أساسيات مرحلة تكوينه و مرحلة نفاذه يقودنا في الأخير للبرهنة على أن التوثيق أنجح الطرق للحفاظ على الأوقاف و حمايتها عبر التاريخ.

✓ تطور العقد التوثيقي في الجزائر قد مر بمراحل مهمة و الوقف على حد سواء قد تطور في أزمنة متعاقبة، مكنت هذه الدراسة من معرفة مختلف هذه المراحل و كشف الفراغات الريفية عند كل مرحلة .

قيمة دينية

إن التوثيق و الوقف كلاهما تشريع إسلامي و الشريعة الإسلامية بينت على أصل عظيم و هو جلب المصلحة للعباد و لا يخفى علينا أن الوقف فيه مصلحة الموقوف عليهم تباعا و تأكد استمرار الانتفاع بالعقار الموقوف أيضا.

أسباب اختيار الموضوع:

سبب ذاتي:

- ✓ يتمثل في ميولي الشخصي و قناعاتي أن حفظ حقوق العباد و اثبات تصرفاتهم لا يكون إلا بالتوثيق و العقد التوثيقي أنجح السبل لحفظ حقوق العباد خصوصا إذا كان هدفها الخير و البر الغير منقطع، فالوقف أحكامه اجتهادية قابلة للخلاف و التطور بتطور الزمن و الحاجة بالتالي لابد من تطور آليات حفظه و استمراره، و دور الباحث هنا تسليط الضوء على جوانب العقد التوثيقي للوقف العقاري التي يتم التطرق إليها بصفة عامة و مقلّة.
- ✓ رغبة منافي إحياء سنة الوقف العقاري و توعية المسلمين بأهمية توثيقية و حفظه و بيان أثر التوثيق الفاعل على بقاء الوقف و حفظه مع مرور الزمان
- ✓ إثراء المكتبة بدراسة ذات جانب عقاري و ديني.

سبب موضوعي:

رغم الدراسات الأكاديمية المقدمة حول توثيق الوقف العقاري إلا أنها مقلّة، خاصة من ناحية الضوابط التي يجب توافرها و التقيد بها في السند التوثيقي الذي يكون موضوعه الوقف العقاري التي لابد فيها من دمج الرؤية الشرعية و الخبرة العلمية للموثقين و دورهم في التقصي عن شروط الواقفين و العقارات الموقوفة، و حتى لا يترك الأمر للقياس على غيره من التصرفات خاصة أن الوقف ليس كغيره من التصرفات بالتالي يكون القياس فيه على عقود أخرى حساس قد يؤدي إلى مخالفات شرعية و مشاكل واقعية.

كما أن موضوع توثيق الأوقاف يزواج بين المتطلبات الشرعية و التطور التكنولوجي.

الإشكالية:

من المتعارف عليه بلا خلاف أن الوقف له خصوصية تميزه عن باقي العقود و التصرفات و حتى يتم تحقيق المصلحة المرجوة منه و يجب توثيقه و حفظه بالسند و الحجة، الذي يقر له القانون الحماية خصوصا أن التوثيق يحقق مبدأ استقرار المعاملات، و من خلال استقرارنا للنصوص الشرعية و القانونية للوقف و محاولة ربطها بقوانين التوثيق أصبحنا أمام إشكال متمثل في:

ما هي جملة الضوابط التي يستوجب على الموثق مراعاتها عند تحرير السند التوثيقي للوقف؟

وإلى أي مدى وافقت هذه الضوابط القواعد العامة؟

أهداف الدراسة:

ترمي هذه الدراسة إلى توضيح ارتباط النظام القانوني للتوثيق بمؤسسة الوقف المعتمدة شرعا و مدى مساهمة الكتابة في حفظ الأملاك الوقفية التي تعتبر الأملاك الوقفية العقارية ميزة خاصة في الدول الإسلامية و منها الجزائر، هذا من خلال قراءة مختلف النصوص القانونية التي تكون النظام القانوني للتوثيق الوقف العقاري كل ذلك من أجل الإسهام في الوصول إلى إيجاد نظام قانوني متكامل يحدد جملة الإجراءات و الضوابط اللازمة في عقد الوقف العقاري، مع مراعاة ما استجد من اجتهادات فقهية معاصرة تواكب الطرق المستحدثة في توثيق الوقف.

الدراسات السابقة.

إن الدراسات الأكاديمية حول الأوقاف في التشريع الجزائري بصفة عامة مقلّة، رغم الاهتمام المتزايد للباحثين في السنوات الأخيرة، و على العكس تماما فالدراسات في مجال التوثيق و العقود التوثيقية كثيرة و متوفرة، أما الدراسات المدمجة للموضوعين أي توثيق الأوقاف فتكاد تكون منعدمة فكل الدراسات تمر عليه مرور الكرام دون تفصيل فلم أجد من تخصص لدراسة ضوابط العقد التوثيقي للعقار الوقفي على وجه الخصوص عدا بعض المقالات و جزئيات في أطروحات و مذكرات مختلفة.

و هذه الأخيرة حتى و إن تناولته فلم تبين جملة الضوابط بالتفصيل و مدى ارتباطها بالقواعد العامة، و ما يمكن أن تثيره هذه الضوابط من إشكاليات عملية تواجه الموثقين. و مع هذا فيمكن الاعتماد مبدئياً على ما هو موجود و منه:

- الوقف العقاري في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري -وقف سيدي بنور نموذج تطبيقي- عيسى بوراس، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية - تخصص شريعة و قانون - جامعة أحمد دراية - أدرار.
- توثيق الوقف حماية للوقف و التاريخ، حبيب غلام ناملتي، دراسة فائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف سنة -2013-
- الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي، رقاني عبد المالك مقال منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية عدد 07 سنة 2018
- سندات إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، لزرق بن عودة، رسالة دكتوراه جامعة وهران.
- الوقف العام في التشريع الجزائري -دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و القرارات القضائية-، محمد كنانة، الجزائر.

المنهج المعتمد:

بما ان موضوع الدراسة هو الذي يحدد طبيعة المنهج المتبع، فإن طبيعة هذا الموضوع تقتضي اتباع عدة مناهج، بداية بالمنهج الاستقرائي و ذلك بجمع المعلومات من أمهات الكتب الفقهية و الدراسات الأكاديمية و استقراء الأحكام القانونية الواردة بخصوص البحث.

و المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية التي أوردها المشرع بصدد تنظيم عملية التوثيق و عقود الوقف العقاري.

مع ضرورة استخدام آليات المنهج التاريخي و المقارنة في مواضع معينة لخدمة بعض عناصر الموضوع خصوصا تطور المنظومة القانونية للأوقاف في الجزائر عبر مراحل زمنية عديدة.

التصريح بالخطة:

و قد قسمت هذه الدراسة تقسيماً ثنائياً، حاولت احترام و مراعاة الثنائية في جل الجزئيات قدر الإمكان، فكانت الدراسة من فصلين، الفصل الأول بخصوص مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية في بحثين الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و المبحث الثاني الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوقفي أما الفصل الثاني فخصصته ل: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على عقار وقفي فكان فيه بحثين الأول: الرسمية في الوقف العقاري و الثاني التسجيل و الإشهار في عقد الوقف العقاري.

الفصل الأول

تصميم وإنجاز مكتبة عمون للتعليم

تمهيد:

أقر الإسلام الصبغة التعبدية لنظام الوقف و جعل منه باب من أبواب البر و الإحسان و الصدقات المشروعة، إذ تعتبر الأوقاف العقارية جزءا من الملك العقاري رغم أن ثقافة المجتمع الجزائري بالوقف تكاد تكون معطلة و لهذا وجب علينا النهوض بالوقف و السعي في توسيع دائرة الثقافة القانونية للوقف، و نجد المشرع الجزائري عمد إلى التدخل بسن القواعد القانونية الكفيلة بضبط العقار الوقفي و توثيقه بمختلف الوسائل الشرعية لعل أهم هذه الوسائل "العقد التوثيقي" و لهذا قبل التطرق لشرح هذا الفصل كان علينا تحديد بعض المفاهيم المتعلقة ب الوقف و العقد التوثيقي من ناحية تعريف، خصائص، أنواع كل منهما على حد سواء في المبحث الأول أما المبحث الثاني فسلطنا الضوء فيه على الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي، مبرزين فيه دور الموثق في عملية التقصي و التحقق من هذه الضوابط قبل الشروع في تحرير العقد التوثيقي.

المبحث الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي.

باعتبار الدراسة منصبة على أحد سبل حفظ العقار الوقفي و توثيقه و المتمثلة في العقد التوثيقي و للوصول إلى تعريف جامع للعقد التوثيقي الوارد على عقار وقفي كان علينا الفصل بين هذه المفاهيم و إعطاء كل عنصر حقه في الدراسة لذلك سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الوقف في المطلب الأول و مفهوم العقد التوثيقي في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الوقف.

إن الوقف من العقود التبرعية الخاصة والتي تثير عديد الاختلافات فقها خاصة من حيث طبيعته ولهذا سنتطرق في هذا المطلب إلى دراسة مفهوم الوقف

الفرع الأول: تعريف الوقف و مشروعيته.

أولاً: تعريف الوقف.

أ- مدلول الوقف في اللغة:

الوقف مصدر فعله وقف؛ يوقف؛ وقفاً؛ جمع أوقاف حبس الدار على ملك الله ما يحبسه الشخص من أرض أو بناء في سبيل الله.¹

و للوقف عديد المرادفات و المعاني في اللغة مثل: الحبس-التسييل-المنع و الإمساك؛ و قد جاء لفظ "وقف" في كتابه عز و جل في قوله "وقفهم إنهم مسؤولون" [الصفافات 24] بمعنى امنعهم عن الانصراف حتى يسألوا.

كما جاء في حديث ابن عمر: "أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر؛ فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر { لم أصب مالا قط أنفس عندي منه؛ فما تأمرني؟ فقال: إن شئت حبست أصلها و تصدقت بها؛ فتصدق بها عمر؛ على ألا تباع و لا توهب و لا تورث في الفقراء و ذوي القربى و

¹ مؤنس رشاد الدين، المرام في المعاني و الكلام، الطبعة الأولى، دار الراتب الجامعية للنشر، لبنان 2000، ص907.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

الرقاب و الضيف و ابن السبيل؛ لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف و يطعم غير متمول¹.

ب/مدلول الوقف اصطلاحا: و لإعطاء العنصر حقه و جب علينا التفرقة بين التعريف الاصطلاحي فقها و تشريعا
1/فقها: اختلف الفقهاء في تعريف جامع و موحد للوقف و هذا تبعا لاختلافهم في تكييفه و في جل أحكامه.

جاء في تعريف الإمام أبي حنيفة النعمان "الوقف هو حبس العين على حكم ملك الواقف و التصدق بالمنفعة على جهة الخير" و هذا التعريف يقتضي عدم لزوم الوقف مادام لم يخرج من ذمة الواقف لحكمه العارية يستطيع التصرف فيها متى شاء من غير أن أبا حنيفة قد خصص لزوم الوقف في ثلاث صور فقط²

و هو حبس العين عن أن تملك لأحد من العباد و التصدق بمنفعتها إبتداء أو انتهاء أما التصدق إبتداء فيكون إذا تم وقف العين من الأول على جهة من جهات البر التي تنقطع كالفقراء؛ و التصدق انتهاء يكون إذا وقفت العين في الأول على من يتحمل الإنقطاع واحدا أو أكثر ثم جعلها فيما بعد الى جهة بر لا تنقطع كالوقف على النفس و الذرية أو على زيد و نسله³

تشريعا: أما القانون الجزائري فقد تناول تعريف الوقف في المادة "213" من قانون الأسرة: حسب المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق⁴

و عرفه أيضا في المادة 31 من القانون 25/90 الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها صاحبها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية ذات منفعة عامة سواء كان هذا

¹ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، (د،ط)، دار الحلبي للنشر، القاهرة، 1348.

² محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الأولى، دار ابن كثير، دمشق، 1414، ص 204.

³ أنظر عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، كتاب الوقف، الطبعة الأولى، دار الأفاق العربية للنشر، القاهرة، 2000، ص 09.

⁴ قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984، المتضمن قانون الأسرة، (جريدة رسمية رقم 24 لسنة 1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 (جريدة رسمية رقم 15 لسنة 2005) و المواقف عليه بموجب القانون 05-09 المؤرخ في 04-05-2005؛ (جريدة رسمية رقم 43 لسنة 2005).

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

التمتع فوراً أو عند وفاة الموصيين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور¹

أما الإطار العام المنظم للأوقاف و هو القانون 10/91 المعدل فقد نص في المادة نص في المادة 03 منه " الوقف حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء"² و ما نلاحظه في هذه التعاريف أنها جاءت مطلقة العنان في محل الوقف سواء كان عقار أو منقول و لهذا سنفصل في العقار الموقوف فيما يلي من عناصر.

ثانياً: مشروعية الوقف:

إن مشروعية الوقف يمكن أن تستشفها من كونه أحد سبل الانفاق في جهات البر و الاحسان و هو ما لم يختلف فيه جمهور العلماء على مدى العصور و بهذا فالوقف مشروع بدليل:

✓ **القرآن الكريم:** الذي لم يخص الوقف على سبيل التحديد في آياته إنما جاء مشرعاً للإنفاق و التصديق في سبيل البر و الاحسان على سبيل العموم و من ذلك قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم و مما أخرجنا لكم من الأرض" [البقرة 267] و أيضاً "الذين ينفقون أموالهم في سبيل الله ثم لا يتبعون ما أنفقوا منا و لا أذى لهم أجرهم عند ربهم و لا خوف عليهم و لا هم يحزنون" [البقرة 261]

✓ **أما السنة النبوية** فقد ورد عن النبي عليه الصلاة و السلام عديد الأقوال التي تصب في بوتقة الوقف منها قوله: إذا مات الانسان انقطع عمله إلا من ثلاث أشياء صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له. 3

✓ **أما الفقهاء** فقد أجمعوا في اجتهاداتهم على مشروعية الوقف بالنصوص الداعية إلى الانفاق في سبيل الخير و الاحسان و التصديق في سبيل الله و باعتبار الوقف من أبرز أنواع الصدقات التي يرجى منها القربة لله بطرق مشروعة تتفق مع مقاصد الشريعة السمحاء،

¹ قانون 25/90، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن للتوجيه العقاري، ج، ر، العدد 49، المؤرخة في (18/11/1990)؛ المعدل و المتمم بالأمر 26/95؛ المؤرخ في 25-09-1995.

² قانون 10/91؛ المؤرخ في 27/04/1991، المتعلق بالأوقاف؛ ج ر؛ العدد 21؛ المؤرخة في 08/05/1991 المعدل و المتمم.

3 رواه مسلم، مرجع سابق، ص 931.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

فمشروعية الوقف في نظر الفقهاء أساسها الطابع الخيري للجهة التي يؤول إليها المال الموقوف و الخدمات الدينية التي يؤديها هذا النوع من التصدق.

الفرع الثاني خصائص الوقف و أنواعه

أولاً: خصائص الوقف

إن الوقف باعتباره من التبرعات يتميز بجملة من الخصائص التي جعلت المشرع الجزائري يقر له بالشخصية المعنوية و يمكن أن نصنف هذه الخصائص إلى شرعية و قانونية.

أ/بالنسبة للخصائص الشرعية تتمثل في كونه أولاً ذو مصدر رباني فالوقف هو شريعة الله تعالى حيث قال عز و جل "صبغة الله و من أحسن من الله صبغة و نحن له عابدون" [البقرة 138] كما أن القصد منه حسن الصلة بالله تعالى و القرية منه و هو من الأعمال المستحبة، النابعة عن إدارة الشخص الحرة المخيرة التي تعكس كرم الواقف و زهده في الدنيا و إقباله على فعل الخير قربان لله عز و جل¹.

أيضاً الطابع الخيري للوقف ذلك أن الواقف يرجو من وقفه هذا تقديم خدمة دينية كمساعدة الفقراء و المساكين و المعوزين و التشجيع على العلم و المعرفة بإنجاز المساجد و المراكز التعليمية؛ مما يدل على سمو أخلاق المسلم الواقف و من إنسانية الإسلام البالغة أنه لم يفرق في الافادة من خير الأوقاف بين مسلم و كافر ذمياً كان أو عابراً سبيل²

و الخاصية الشرعية الأخرى كون الوقف من الصدقات الجارية التي يبقى أثرها حتى بعد موت الواقف و هو المقصود من حديث النبي صلى الله عليه و سلم "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له" [رواه الترميذي] أي أن الوقف و باعتباره أحد ألوان الصدقات الجارية يستمر ثواب المسلم و أجره فيه و يبقى حتى بعد الوفاة.

¹ أنظر، خير الدين طالب، (خصائص الوقف في الشريعة الإسلامية)، مجلة الجامعة العربية الأمريكية للبحوث العدد 01، سنة 2000 ص30.

² أنظر، صورية بن زردوم، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2009-2010 ص10.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

ب/ الخصائص القانونية: يمكن أن نستخلصها من خلال استقراءنا لنصوص قانون الأوقاف 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المعدل و المتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ سنة 2001 و هي في مجملها.

أن الوقف حق عيني باعتباره لا يرد على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف بشرط احترام إرادة الواقف؛ و إن كان جانب من شراح القانون يرى أن الوقف حق شخصي باعتباره ينقل حق الانتفاع فقط لا ملكية الرقبة¹

✓ **الوقف شخص معنوي:** أي مستقل تمام الاستقلال على الشخص المستحق له؛ فله شخصيته القانونية التي تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات و الواجبات، و الممثل القانوني للوقف هو ناظر الأوقاف الذي يتصرف بإسمه و يمثله أمام القضاء بإضفاء المشرع الجزائري صفة الشخصية المعنوية على الوقف يعد خيارا سليما لجدال الفقهي الذي كان مطروح حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي بصفة قطعية للواقف أو الموقوف عليه أو في حكم الله تعالى²

✓ **الوقف عقد تبرعي:** حيث ينتقل حق الانتفاع بالشيء الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه دون مقابل و قد ذكر المشرع الجزائري الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع من قانون الأسرة و أطلق عليه بيع الوصية و الهبة لاسم التبرعات؛ و قد نصت المادة 04 من قانون الأوقاف "الوقف عقد إلزام تبرع صادر عن إرادة منفردة".

✓ **لزوم الوقف:** و نعني بذلك أن الوقف ممنوع من التملك و التصرف مهما كانت طبيعة التصرف نصت المادة 23 من قانون الأوقاف "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأي صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها"؛ و رغم هذا فإن كون الوقف تصرف لازم لصاحبه مسألة محل خلاف بين الفقهاء إلا اننا نجد أن المشرع الجزائري أقر بلزوميته و هذا ما جاء صريح في تعريفه للوقف بأنه "حبس المال عن

¹ رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لأملك الوقف في الجزائر، طبعة 2004، دار هومة للنشر، الجزائر، ص50.

² محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري_دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والقرارات القضائية_،(د،ط)،دار الهدى للنشر،الجزائر،(د،س،ن)،ص50-51.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق¹ و هو ما لا يختلف عن تعريفه في المادة 03 من قانون الأوقاف.

✓ **الوقف عقد شكلي:** إن الوقف كغيره من العقود استوجب المشرع إخضاعه إلى قاعدة الرسمية حيث نص في المادة 41 من قانون الأوقاف. "يجب على الواقف أن يقيد وقفه بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري" و هو ما يؤكد نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك.

و يكون ذلك بأن يتقدم الواقف لدى الموثق لإفراغ وقفه في قالب رسمي عن طريق العقد التوثيقي الذي يكون كافي لإنشاءه و لا ينفذ إلا بعد استكمال الاجراءات الشكلية المتمثلة في التسجيل و الشهر.

ثانيا: أنواع الوقف:

إن أبرز معيار لتقسيم الوقف عند الفقهاء هو تقسيم الوقف بحسب جهة صرفه أي الجهة الموقوف عليها و ينجر عنها ثلاث أنواع من الوقف سنفصل في كل نوع على حدى الموقوف عليها و ينجر عنها ثلاث انواع من الوقف سنفصل في كل نوع على حدى:

أ/الوقف العام(الخيري): يقصد به ما كان ريعه يصرف من أول الأمر إلى الجهة الخيرية مثل: الوقف على المساجد و المستشفيات و المقابر و المدارس و غيرها².

و جدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد استعمل تسمية الوقف العام كأول مرة في صلب نص المرسوم رقم 64-383 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحسية العامة و قد عرفه المشرع في المادة 06 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف و المعدل و المتمم بأنه "ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه و يخصص ريعه للمساهمة في سبل الخبرات".

¹ أنظر، المادة 213، قانون الأسرة الجزائري، السابق ذكره.

² محمد كنازة، مرجع سابق، ص14.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

ب/الوقف الخاص (الأهلي): هو ما جعل لأول مرة على معين بالوصف سواء كانوا أقارب أم لا، ثم بعد هؤلاء المعنيين على جهة البر¹، أي أنه ما كان يرصد ريعه إلى الواقف في أول الأمر ثم لنسله فيما بعد ليؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف حسب إرادته و شروطه على أن تكون هذه الجهة جهة بر لا تنقطع.

و نجد المشرع الجزائري قد عرف الوقف الخاص بنص المادة 6 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف قبل تعديلها بموجب القانون 10/02 المؤرخ في 14/12/2002 حيث تم إخراج الوقف الخاص من أحكام هذا القانون بما يلي:

"الوقف الخاص و هو ما يحسبه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على الأشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم" و يجب الإشارة أن المشرع حالياً لم ينفرد بتعريف الوقف الخاص ما عدا الأحكام العامة في تعريف الوقف.

ج/الوقف المشترك: و هو الذي يجمع بين الوقف الخيري و الأهلي كأن يوقف العقار مناصفة على عقب الواقف و على وجهة خيرية؛ و هو أكثر شيوعاً من الوقف الذري إذ غالباً ما يجمع الواقف في أغراضه بين أعمال البر العامة مع أعمال البر الخاصة بذويه و أهله² و ما نلاحظه على هذا النوع هو أن المشرع الجزائري لم يأخذ به رغم أهميته و كثرة شيوعه و عمد إلى تقسيم الوقف إلى عام و خاص.

الفرع الثالث: تمييز الوقف عن غيره من عقود التبرع.

أولاً: تمييز الوقف عن الهبة: و يمكننا تمييز الوقف عن الهبة بتحديد أوجه التشابه و الاختلاف بينهما باعتبار الوقف عقد تبرعي من نوع خاص.

- أ/أوجه التشابه: يشترك الوقف و الهبة في عديد الأحكام أولها أن كلاهما من عقود التبرع.

تتفق الهبة و الوقف في تملك المنفعة الحال حيث يشترط في الوقف ما يشترط في الهبة أي أن تكون منجزة و غير معلقة على شرط.

¹ أنظر، رمول خالد، مرجع سابق، ص46

² منذر قحف، الوقف الاسلامي تطوره إدارته تميمته، [د.ط]، دار الفكر المعاصر للنشر، دمشق 2000، ص62.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

كما يتشابه الوقف مع الهبة من حيث المقدار حيث جاز للواقف أن يقف كل أمواله شريطة أن لا يكون مدين بدين استغرق جميع ممتلكاته و أن لا يكون الواقف مريض مرض الموت حسب نص المادة 32 من قانون الأوقاف؛ كما جاز للواهب أن يهب جميع أمواله طبقاً لنص المادة 205 أسرة جزائري (يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته...).

أما عن شروط الواقف و الواهب فهي متفقة تماماً بدليل نص المادة 215 ق.م.ج (يشترط في الوقف و الوقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب...) كما يتفق حسب المادة شروط الموقوف و الموهوب. و بالنسبة لمحل الوقف و الهبة فكلاهما يكون مالا متقوما معلوما و مملوكا ملكية تامة سواء كان عقار أو منقول أو منفعة.

ب/أوجه الاختلاف: يختلف الوقف عن الهبة في الإرادة التي ينشأ بها كلاهما حيث اشترط المشرع في الهبة تطابق الإرادتين و نص في المادة 206 أسرة جزائري "تتعد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة" و منه فعنصر القبول في الهبة يعد ركنا كافيا بينما نجد أن الوقف ينشأ بالإرادة الواقف المنفردة؛ و لا يعتبر القبول شرطا في صحته¹ هذا ما تؤكدته المواد 07 و 13 من قانون الأوقاف أي أن القبول في الوقف الخاص هو شرط لنفذاه و عند تخلف القبول بالنسبة للموقوف عليه لا يبطل عقد الوقف إنما يتم تحويله من وقف عام إلى وقف خاص².

أيضا تختلف الهبة عن الوقف في كونها تنتقل الملكية إلى الموهوب له بجميع عناصرها أما الوقف فيه تحبس الملكية و لا ينتقل للموقوف عليه سوى حق الانتفاع.

يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت من الأبوين لولدهما ما لم يقيم مانع من الموانع حسب نص المادة 211 ق.أ.ج بينما يعتبر الوقف عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه.

ثانيا: تمييز الوقف عن الوصية:

أ/أوجه التشابه: يشترك الوقف مع الوصية في أن كلاهما من العقود الرضائية التي يستلزم فيها احترام إرادة الواقف في تسيير الوقف و احترام إرادة الموصي بعد وفاته.

¹ أنظر، أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الاسلامي، [د.ط.]، دار الأنصار للنشر، مصر، ص58.

² أنظر، رمول خالد، مرجع سابق، ص52.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

و باعتبار كلاهما من عقود التبرع فإن الشروط الواجب توافرها في الواقف هي نفس الشروط اللازمة في الموصي.

و من التشابه أن الوقف قد يأخذ حكم الوصية إذا كان في حالة مرض الموت و هذا ما نصت عليه المادة 776 من القانون المدني و العكس أيضا قد تأخذ الوصية حكم الوقف إذا كان الموص به منفعة خصصها صاحبها لجهة خيرية على سبيل الدوام في الحال و المال.

ب/أوجه الاختلاف: بالرغم من أن الوقف و الوصية يشتركان في عديد الأمور إلا أننا نلاحظ إختلاف بينهما في ما يلي:

أن الوقف تصرف يتم في حياة الواقف و بمجرد توافر أركانه الصحيحة أما الوصية فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

يترتب عن إنشاء الوقف قيام الشخصية المعنوية و حبس الملكية و انتقال حق الانتفاع فقط للموقوف عليه أما الوصية فيترتب عليها انتقال المال الموص به إلى الموصى له.

أما عن المقدار اللازم في المال فكما سبق قوله أنه يجوز للواقف أن يقف جميع أمواله أما في الوصية فهي محددة شرعا و قانونا و قد سبق أيضا الإشارة إليها و اعتبار الوقف عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه أما الوصية نصت المادة 192 ق.أ.ج على جواز الرجوع فيها صراحة و ضمنا.

الفرع الرابع: الطبيعة القانونية للوقف

إن طبيعة الوقف هي من أهم الاشكالات المطروحة فقها و قضاء فمصطلح الطبيعة القانونية يستلزم منا القيام بعملية تحديد الوصف الصحيح له باعتباره يخضع لنظام قانوني مميز؛ و يستلزم منا أيضا الفصل في إشكال اعتبار الوقف عقدا أو تصرفا بإرادة منفردة خصوصا أمام تناقض المشرع الجزائري في نص المادة 04 من قانون الأوقاف 10/91 حيث نص على "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"

حيث أضاف المشرع الجزائري على الوقف صفة العقد و اعتبره أيضا من قبيل التصرفات الصادرة عن إرادة منفردة و هو ما يزيد الأمر تعقيدا خصوصا أمام تباين آراء الفقهاء في هذا الصدد.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

فالجمع بين العقد و الإرادة المنفردة هما شيئين مختلفين ذلك أن التصرف بالإرادة المنفردة لا يعتبره فقهاء القانون عقدا¹

و نجد المشرع الجزائري في تعريفه للعقد ينص "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"²

و اعتبار الوقف عقد يستوجب منا التسليم بوجود إرادتين الإيجاب الصادر من الواقف و القبول الصادر من الموقوف عليه؛ غير أن المتفق عليه فقها أن الوقف ينشأ بإيجاب الواقف دون الحاجة إلى القبول.

أما التصرف بإرادة منفردة فهو عند الإمام أبو زهرة المعنى الخاص للعقد حيث يقول "العقد كل تصرف يترتب عليه التزام ولو بإرادة منفردة"³

و يعرف المشرع الجزائري التصرف بإرادة منفردة بموجب المادة 123 مكرر مدني "يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير. و يسري على التصرف بالإرادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول"

و في مسألة القبول نصت المادة 07 من قانون الأوقاف 10/91 "يصير الوقف الخاص وقفا عام إذا لم يقبله الموقوف عليه" و هي إشارة إلى وجوب القبول إذا كان الموقوف عليه معين و إلا أدى ذلك إلى تحويله من وقف خاص إلى وقف عام.

فإذا لم يكن معين فالإجماع على عدم اشتراط القبول⁴ و قد ذهب الأستاذ كنانة محمد إلى أن الأسباب التي أدت إلى عدم وضوح المشرع تعود إلى كونه:

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء السادس، [د.ط]، دار الحلبي للنشر، بيروت_لبنان، 1998، ص149.

² المادة54، رقم 07-05، المؤرخ في 13/05/2007، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 78.

³ محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد، [د.ط]، دار الفكر العربي للنشر، ص15.

⁴ زهدي يكن، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر، بيروت، ص 285.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

أولاً: حاجته إلى أن يكون الوقف عقداً ليخضع لجميع الشروط الواجبة في العقد لاسيما شرط الشكلية في العقود العقارية و التي هي الغالبة في الموقوفات بالإضافة إلى الشهر و التسجيل¹ و هو ما يتأكد لدينا من نص المادة 41 من قانون الأوقاف "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري..."

ثانياً: تعذر القبول في أغلب الأحيان بسبب الموقوف عليه غير المعين لتعذره و عدم اشتراطه من طرف الفقهاء بالإجماع كالوقف على الفقراء².

و لهذه الأسباب فنحن نذهب إلى اعتبار الوقف عقد تبرعي ذو طبيعة خاصة و نتبنى في تعريفه ما ذهب إليه الأستاذ كنازة "الوقف عقد من عقود التبرع يشترط فيه قبول الموقوف عليه في المعين و قبول الهيئة المكلفة بالأوقاف في غير المعين و يرفض الوقف في حالة رفضه بقرار مسبب و يعتبر سكوت الجهة الموقوف عليها قبولاً"

المطلب الثاني: مفهوم العقد التوثيقي

يعد السند التوثيقي من وسائل توثيق الوقف العقاري التي حرص القانون الجزائري على ضبطه و العناية به لما له من أهمية في مسألة إثبات و صيانة و حفظ الملك الوقفي العقاري؛ و لقد خصصنا هذا المطلب لدراسة الإطار المفاهيمي له.

الفرع الأول: تعريف التوثيق.

أولاً: التعريف اللغوي للتوثيق.

التوثيق لغة يعني التثبيت، و يقال وثق يعني الاستمساك بالعقد، وثق بمعنى أحكم الأمر، الوثاق ما يشد به كالجبل و غيره، الموثق من يوثق العقود بالطريق الرسمي³ و المعنى المراد هو التثبيت فالوقت يصبح محكماً ثابتاً بالتوثيق، و وردت مشتقات كلمة التوثيق في مواضع عدة من القرآن الكريم

¹ محمد كنازة، مرجع سابق، ص 65.

² محمد كنازة مريع نفسه ص 65.(الموضوع نفسه)

³ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، (د ط)، (د، د)، (ن)، مصر، 1994، ص 660.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

منها، "وأخذنا ميثاقكم" [سورة البقرة الآية 63] و يفسر الإمام القرطبي رحمه الله الميثاق بأنه العهد المؤكد باليمين¹.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للتوثيق:

اختلفت عبارات المعرفين للتوثيق باختلاف الغرض منه، فهو عملية قانونية و إجراء رسمي للتعاقد في الجزائر.

و هو علم يبحث عن كيفية إثبات العقود و التصرفات و غيرها في السجلات و المكاتبات التي تتم في المعاملات على وجه الاحتجاج²، يقول تعالى "أيها الذين آمنوا إذا تداينت بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب و ليمل الذي عليه الحق و ليتق الله ربه..." [سورة البقرة الآية 282] و هو دليل على أن الشريعة الاسلامية تقرب بين الكتابة و التوثيق للمعاملات، كما تدل على مشروعية توثيق الدين بكتابته و الإشهاد عليه و هذا نجده في سائر المعاملات و على وجه الخصوص الوقف الذي نرى أن توثيقه أهم خاصة أنه لا يقابله التزام بشيء.

ثالثا: التعريف القانوني للتوثيق: التوثيق عبارة عن مجموعة الاجراءات القانونية التي يقوم بها الموثق ليضفي على السند صفة الرسمية، سواء العقود التي استوجب القانون الرسمية فيها، أو التي يريد الأطراف إضفاء الصبغة الرسمية عليها محض إرادتهم و هذا ما استخلصه من المادة 03 من قانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق.

الفرع الثاني: تعريف السندات التوثيقية و أنواعها.

أولا: تعريف السندات التوثيقية.

تنص المادة 324 ق.م.ج "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود

¹ ابي عبد الله محمد القرطبي، تفسير القرطبي _الجامع لأحكام القرآن_، المجلد 1-2، دار الكتب العلمية، (د،ب،ن)، (د،س،ن)، ص 10.

² أنظر، أحمد حمزة، مرجع سابق ص 12، وردية بن محاد، مرجع نفسه، ص 30.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

سلطته و اختصاصه" و هو تعريف واسع للسند الرسمي نجد أن المشرع الجزائري قد عرف السند الرسمي دون النظر إلى الجهة التي تصدره، و نحن في هذا الصدد نقصد السندات الرسمية المحررة من قبل الموثق، و التي تعتبر أحد مظاهر العقود الرسمية¹ إن لم يكن أهمها و أكثرها عددا و استعمالا، خاصة في ظل نظام اقتصاد السوق².

و منه فالسندات التوثيقية يقصد بها تلك العقود التي تصدر عن الموثق بصفته ضابط عموميا، تتضمن تصرف معين يتم توقيعها من الموثق و المتعاقدين و الشهود إن حضروا ما سنبينه بشيء من التفصل في ما يلي.

ثانيا: أنواع السندات التوثيقية:

السندات التوثيقية تصنف إلى تصريحية و رسمية و احتقالية.

أ/ العقود الرسمية: و هي تلك العقود التي تصدر من الموثق كضابط عمومي لكننا سنحصرها على تلك المنصبة على إثبات الملكية العقارية:

1/ البيع : بموجبه يقوم البائع بنقل ملكية عقار مبني او غير مبني الى المشتري مقابل ثمن نقدي يدفع خمسه امام الموثق.

2/ عقد المبادلة: تأسيسا على المادة 415 ق.م.ج³ فإن أحكام البيع تسري على المبادلة و تخضع للشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان.

ب/ العقود التصريحية: تلك العقود التي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح من الشخص الطبيعي و يحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان التصريح غير مخالف للقانون و من جملتها:

¹ أنظر، عماد الدين رحايمية، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه جامعة مولود معمري_ تيزي وزو_ ، 2013/2014، ص41.

² زيدان بوروس، [الطرق و الإجراءات، العملية لتحريير عقد توثيقي]، مجلة الموثق، الصادرة عن الفرقة الوطنية للموثقين، العدد 03، الجزائر، أكتوبر 2001، ص 20.

³ المادة 415، قانون مدني "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة و يعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء الذي قايس عليه"

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

1/ عقد الشهرة: المحرر الرسمي الذي يعد من قبل الموثق طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته، يتضمن إشهار الملكية اعتماداً على التقادم المكسب بناءً على تصريح الطالب و نظراً لما أثاره هذا المحرر التصريحي من مشاكل قانونية فإن المشرع الجزائري تدارك الوضع و ألغى المرسوم المنظم لعقد الشهرة، بموجب القانون 07-102¹.

2/ الشهادة التوثيقية: و هي عبارة عن شهادة تعد من قبل الموثق و تشتهر في مجموعة البطاقات العقارية باسم جميع المالكين سواء كانوا ورثى أو موص لهم و قد استحدثها المشرع بموجب المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في المادة 91 منه².

ج/ العقود الاحتفائية: عقود رسمية بالأساس لم يقم المشرع بتسميتها و لا بوضع معيار تشريعي معين يسمح بتكييفها لكن العمل القضائي و التوثيقي لم يختلف لاعتبار الهبة و الوصية و الوقف عقود احتفائية.

1/ الهبة: تبرع الواهب بماله للموهوب عليه دون مقابل اشترطت المادة 206 ق.أ.ج الايجاب و القبول في الهبة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات.

2/ الوصية: عقد احتفائي رسمي، تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية و بهذا ستبعد الوصية الشفوية 3

3/ الوقف: و هو موضوع الدراسة، و نجد المشرع الجزائري في العقود الاحتفائية قد أكد على ضرورة وجود الشهود في مثل هذه العقود من خلال المادة 324 مكرر 3 ق.م.ج "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين" و منه فإن الشهود أمر واجب في العقود الاحتفائية يقع تحت طائلة البطلان.

¹ أنظر، القانون رقم 07/02، مؤرخ في 09 صفر 1428 الموافق لـ 27 فيفري 2007، يتضمن تأسيس إجراء المعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر، رقم 15 مؤرخة في 28 فيفري 2007 الموافق لـ 10 صفر 1428 هـ.

2 "انتقال او انشاء او انقضاء الحقوق العينية بمناسبة او بفعل الوفاة ضمن الأجل المحددة في المادة 99 يجب أن تثبت بموجب شهادة موثقة".

3 انظر المواد من 184-201.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

الفرع الثالث: الضوابط القانونية لصحة السند التوثيقي.

من خلال المادة 324 يتضح أن المشرع قد وضع أحكام خاصة لصحة السند التوثيقي نرى أن تعرض لهما تباعا وفقا للتفصيل التالي

أولا: أن يكون السند التوثيقي صادرا عن موثق:

هذا باعتبار الموثق أحد الأشخاص المخولين قانونا لتحري السندات التوثيقية و قد عرفه المشرع الجزائري بكونه "ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة"¹

فهو كما سبق و قلنا خول له المشرع كامل الصلاحيات في تحرير جميع السندات التي يتطلب فيها القانون الرسمية أو التي أراد أطرافها إضفاء هذه الصبغة عليها.

و قد كرس المشرع الجزائري بموجب الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق، قاعدة الشكلية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإجباري في جميع المعاملات العقار و أوجب من ثم ضرورة تحرير التصرفات المعاينة لها من قبل الموثق تحت طائلة البطلان.

و قد تم التأكيد على هذه القاعدة بموجب القانون رقم 58-27 المؤرخ في 12/جويلية/1988 المعدل و المتمم للقانون المدني في المادة في المادة 324 مكرر 1 السابقة الذكر².

¹ المادة 03، من القانون 06-02، مؤرخ في 20 فيفري 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج ر، رقم 41، مؤرخة في 20\02\2006.

² لزرق بن عودة، سندات إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانوني مدني جامعة محمد بن أحمد، وهران، 2017-2018 ص 121.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

ثانيا: أن يتولى الموثق تحرير بالسند التوثيقي في حدود اختصاصه و سلطته

تتجلى مظاهر ممارسة السلطة العمومية من طرف الموثق في الصلاحيات و المهام الرئيسية المسندة إليه¹ و لهذا وجب معرفة قواعد الاختصاص التي تحكمه و هو بصدد توثيق التصرفات العقارية و المتمثلة في:

أ- الاختصاص الإقليمي للموثق في تحرير التصرفات العقارية:

يرتبط الاختصاص الاقليمي لكل موظف عمومي في السلك الإداري بدائرة اختصاصه الهيئات الإدارية التابع لها: فاختصاص رئيس المجلس الشعبي بسند إلى إقليم البلدية و اختصاص مدير أملاك الدولة يسند إلى عامل الولاية و هكذا.² و يتعلق الاختصاص الاقليمي بمواطن الأطراف أو محل إقامتهم أما في المعاملات العقارية فيتعلق بموقع و محل العقار و نجد أن قانون الاجراءات المدنية و الادارية³ قد أسس قواعد عامة للإختصاص الاقليمي قائمة على أساس الحالتين ، و بالنسبة الموثق فإن المشرع استحدث بموجب القانون 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988، و من بعده القانون رقم 06-02 السابق الذكر قاعدة جديدة جعل بها الإختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق بصدد كامل التراب الوطني مما يتناسب مع قاعدة نفاذ السند التوثيقي في كامل التراب الوطني.

ب-الاختصاص النوعي للموثق في تحرير التصرفات العقارية:

تطلبت المادة 324 من ق.م.ج أن يكون الموثق ذا ولاية في تحرير التصرف و يقصد بالسلطة أو الولاية هنا، أن يكون الموثق قائما بعمله قانونا وقت تحرير السند التوثيقي⁴

¹ عمري زيتوني ، [النظام القانوني لمهنة التوثيق و المسؤولية التأديبية للموثق]، مجلة الموثق، مج 02، العدد الأول، جوان 2015، ص 20 و 21.

² عمر زيتوني،[حجية العقد الرسمي]، مجلة الموثق، العدد 03، سبتمبر، 2001، ص 38.

³ قانون رقم 08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج ر، عدد 21،مؤرخة في 23 أفريل 2008.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدني و التجارية_، (د،ط) دار الهدى، الجزائر، 2011، ص52.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

و تنتفي أهلية الموثق أو سلطته إلا وفق الحالات المحددة قانونا و المتمثلة في حالات المنع و التنافي، و عليه إن انتفت سلطة الموثق لأسباب المنصوص عليه في قانون التوثيق يتم تبليغه بالقرار الصادر بهذا الشأن، و قبل تبليغه به فإن السند يبقى صحيحا حماية لمبدأ الأوضاع الظاهرة المصحوب بحس النية¹

ثالثا: أن يراعي الموظف الأوضاع القانونية في تحريره للسند التوثيقي.

لاكتساب السند صفة الرسمية و خاصة السندات التي يتولى الموثق تحريرها يجب عليه أن يراعي الأوضاع القانونية و المتمثلة في التزام شكلية معينة للسند التوثيقي قررها القانون و هي ما نصت عليه المادة 26 من القانون 02/06 "تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد و واضح، تسهل قرائته و بدون اختصار أو بياض أو نقص.

و تكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام. و يصادق على الإعالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات و على الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق و الأطراف، و الاقتضاء الشهود و المترجم".
كما استوجب المشرع كتابة كل ما يخص الموثق من بيانات و كذا ما يتعلق بذوي الشأن و الشهود و المترجم، حيث تضمن المادة 29 من قانون التوثيق 02/06. "دون الاخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات الآتية:

- ❖ إسم و لقب الموثق و مقر مكتبه.
- ❖ اسم و لقب و مواطن و تاريخ و مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء
- ❖ إسم و لقب و مواطن المترجم عند الاقتضاء
- ❖ تحديد موضوعه.
- ❖ المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرم فيه.
- ❖ وكالات الأطراف المصادف عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.
- ❖ التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف، النصوص الجبائية و التشريع الخاص، المعمول

¹ أنظر، محمد حسن قاسم، قانون الاثبات في المواد المدنية و التجارية، (د،ط)، منشورات الحلبي، بيروت 2007، ص157.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

❖ توقيع الأطراف و الشهود و الموثق و المترجم عند الاقتضاء.

و منه يمكننا القول أن صحة السند التوثيقي تبنى على صحة الضوابط القانونية له كما سبق و فصلنا بها، و كون العقد التوثيقي الوارد على عقار وقفي صحيح من ناحية الضوابط القانونية للعقد يساعد في مسألة إثبات الوقف العقاري و تعد معه هذه الضوابط من أهم المسائل القانونية التي يجب أن ينتبه إليها القضاء.

و الجدير بالذكر أن الجزائر قد تبنت بعد استقلالها نوعين من الأنظمة كانا سائدين في فترة الاستعمار الفرنسي و ظهر ما يسمى بالنظام المزدوج بعد توحيد هذين النظامين يتمثل في النظام التقليدي المطبق في المحاكم الشرعية و النظام الحديث المطبق في مكاتب التوثيق وبصفة تدريجية تبنت نظام تشريعي موحد تم تنفيذه في ثلاث مراحل من 1962 إلى غاية 2006 حيث صدر قانون تنظيم مهنة التوثيق و نظم صلاحيتها، كما يتم تنظيم أشكال العقود التوثيقية المحررة و مضمونها¹.

الفرع الرابع: فوائد توثيق الوقف العقاري.

إن التوثيق بصفة عامة له قواعد عامة و منافع شاملة، إلا أن توثيق الوقف العقاري بصفة خاصة له فوائد تعود عليه و على المنتفع و تتمثل أهميته و فائد في ما يلي من نقاط.

أولاً: حفظ العقار الموقوف و صيانتة من الضياع: و هذا لأن عقد الوقف يمنع من أن تمتد أيد المختصين إلى العقار و صيانتة و عدم إضاعته ذلك أن العقد التوثيقي أيضا وسيلة و إجراء صحيح يتحيز به الواقف على عقار الموقوف مستقبلا و يحقق له حفظه و صيانتة.

ثانياً: حفظ العقار الموقوف من اعتداءات هيئات و وزارات السياحة: لاحظنا في الواقع أن الادارات المختصة بالسياحة في الدول الاسلامية تتجه إدارتها لتضع يدها على بعض الأوقاف العقارية التي تعتبر معالم أثرية فنقوم بضمها إليها و لا يمكن حماية الوقف في هذه الحالة إلا بإبراز الوثائق و السندات التوثيقية التي تدل على وقفية العقار.

¹ بوسماحة ماجدة، تقنيات ترجمة العقود التوثيقية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أحمد بن بلة وهران، 2014/2015، ص7 و8.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

ثالثاً: توثيق الوقف العقاري حماية لاشتراطات الواقف: لقد حق للواقف أن يشترط ما يشاء من الشروط التي تتحدد بها العين الموقوفة، و توثيق هذه الاشتراطات في السند الرسمي يقطع الطريق أمام أية شكوك أو ارتياب أثناء تطبيق ما نص عليه الواقف، و تبعد الوقف عن التصرف بحسب ما تقتضيه الأهواء، أو بتغير الرغبات

و لا يخفى عنا أن العقد المحدد لاشتراطات الواقف يعد المستند الذي يرجع إليه بيان كيفية التصرف في ريع الوقف، فإن لم توثق الأوقاف حفي على النظام ما يجب عليهم القيام به، و قد أنزل الفقهاء شروط الواقف منزلة عظيمة حتى جعلوها كنص الشارع من حيث الفهم و الدلالة و وجوب الاتباع و الالتزام.¹

¹ أنصر، حبيب غلام نامليتي، توثيق الوقف حماية للوقف و التاريخ، الطبعة الأولى، (د.ن). الكويت، 2013، 82.

المبحث الثاني: الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوقفي.

للعقد كقاعدة عامة شروط انتقاد و شروط صحة، و نحن في هذا المقام بصدد دراسة شروط الانعقاد و المتمثلة في الأركان التي لا يوجد الوقف إلا بها؛ حيث تعتبر هذه الضوابط (الشروط) بمثابة بساط أمان قبل مباشرة تحرير السند الوقفي¹

وجب على الموثق احترامها و التقيد بها و العمل على تحقيقها كأول خطوة لتوثيق الوقف و حفاظا منه على مبدأ استقرار المعاملات و لهذا سنتطرق إلى هذه الضوابط الموضوعية و المتمثلة في أركان الوقف في المطلب الأول أما المطلب الثاني: سنتناول فسه دور الموثق في مراقبة الضوابط الموضوعية للعقد.

المطلب الأول: الضوابط المتعلقة بأركان الوقف.

اختلف الفقهاء في تحديد أركان الوقف و ذلك تبعا لاختلافهم في تكييفه و أحكامه إلا أن أغلبهم يرى أن لعقد الوقف أربعة أركان و هي الواقف و الموقوف عليه، محل الوقف و الصيغة التي تعبر عن إرادة الواقف.

الفرع الأول: الواقف و الضوابط المتعلقة.

أولا: الواقف

هو الشخص المالك الذي يصدر بإرادته المنفردة و من جانب واحد تصرف قانوني من شأنه جعل العقار مملوك لأحد من العباد على أن ينشئ ذلك التصرف حقوقا عينية يستفيد بها من أرادهم المالك الأصلي².

و لقد عرف الدكتور عبد الرزاق للسنهوري الواقف بأنه الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني

¹ رقاني عبد المالك، [الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي]، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المجلد 07، العدد 01، سنة 208، ص 251.

² مراد عزاز و عثمانية عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 10.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

من جانب واحد، من شأنه أن يغير من ملكية العقار الموقوف و يجعله غير مملوك لأحد من العباد¹ و لكن هذا لا يعني أن كل شخص مالك له الحق في أن ينشأ وقفا على ملكه، بل يستوجب أن تتوفر في شخص الواقف جملة من الشروط.

ثانيا: الضوابط المتعلقة بالواقف

و هي جملة الشروط الواجب توافرها في شخص المتصرف (الواقف)

أ/ **ضابط السن:** حيث اشترط المشرع الجزائري أن يكون الواقف بالغا تسعة عشرة سنة (19) و هو السن القانوني للرشد، و العبرة ببلوغ سن الرشد يوم إبرام التصرف الوقفي فالواقف الذي يقل سنه عن 19 سنة يوم إبرام العقد بعد نصه باطلا بطلانا مطلقا²

و هذا ما أكده المشرع صراحة في نص المادة 30 من قانون الأوقاف 10/91 "وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز و لو أذن بذلك الوصي" أي أن الأهلية المشروعة في الوقف هي أهلية التبرع و هي أهلية أداء كاملة إذ لا يكفي فيها أهلية الوجوب لكون العقود التبرعية ضارة ضررا محضا³ بالنسبة للصبي.

ب- **ضابط سلامة العقل:** تنص المادة 31 من قانون الأوقاف "لا يصح وقف المجنون و الع... لمون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فيصح وقفه أثناء افاقته و تمام عقله شريطة أن تكون الافاقة ثابتة بأحد الطرق الشرعية" وهذا إشتراط واضح من المشرع، إذ يجب خلو الواقف من موانع التصرف و المتمثلة في الجنون و العتة و هذا لأن صحة التصرفات تتوقف على كمال العقل.

¹ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 348.

² رقاني عبد المالك، المقال السابق، ص 252

³ يقصد بالتصرفات الضارة ضررا محضا، التصرفات التي يترتب عليها خروج شيء من ملك الشخص من غير مقابل بحيث لا يجني المتصرف من ورائها أي نفع مالي يدخل في ذمته، و ذلك كالتبرعات لجميع أنواعها، أنضر، محمد سعيد جعفرور و فاطمة أسعد، التصرف الدائرتين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، طبعة 03، دار هو...الجزائر، 2009، ص 13.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

يلاحظ في هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بالقواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي، الذي أجاز تصرفات المجنون الذي جنونه متقطع لإمكانية تكليفه¹ لكننا نلاحظ في المادة 42 من القانون المدني " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فقد التمييز لصغر في السن و عنه، أو جنون" أن صفة الجنون جاءت مطلقة دون تمييز بين الجنون الكامل و التام و بين الجنون المتقطع.

ج/ ضابط الحجر: زيادة على كون الواقف عاقلا و أهلا للتصرف يجب أن لا يكون محجور عليه لسنه أو دين أو مريض مرض الموت، حيث أن الحجر يؤدي إلى غل يد المحجور عليه و التصرف في أمواله، و يكون الحجر بتقديم طلب من طرف أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة أمام المحكمة المختصة إقليميا لاستصدار حكم قضائي بالحجر و هذا بناء على نص المادتين 107 و 108 من قانون الأسرة الجزائري.

الحجر لفسفه مبني على عدم رشد الواقف و الخوف من اتلاف ماله بينما الحجر للدين فمبني على عدم التصرف بالمال صيانة لحقوق الدائنين، مع تمام أهلية المحجور في ذاته فتصرفه لماله معلق نفاذه على رضاهم، لأن لهم اسقاط حقوقهم و هذا معنى عدم النفاذ².

و أن لا يكون الوقف في مرض الموت و الدين يستغرق كل التركة حيث يجوز للدائنين هنا إبطال الوقت، أما إذا كان الدين لا يستغرق كل ماله فإن الوقف في هذه الحالة جائز و هذا بدليل المادة 32 من قانون الأوقاف و ما أكدته قرارات المحكمة العليا³

ب_ ضابط الملكية: أي أن يكون الواقف مالكا للعقار الموقوف ملكا تاما و ثابتا قانونا، تنص المادة 10 من قانون الأوقاف "أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا" و هو دليل صريح على بطلان وقف غير المالك أكده قرار المحكمة العليا⁴.

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 74.

² مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، دار عمار للنشر، (د.ب.)، 1997 ص 8.

³ أنضر، قرار المحكمة العليا، رقم 546. 46، المؤرخ في 1988/11/21، م ق لسنة 1991، عدد 02، ص 60.

⁴ أنضر، قرار المحكمة العليا، رقم 323. 94، المؤرخ في 1993/09/28، م ق لسنة 1994، عدد 02، ص 76.

² راجع في ذلك الامام الحافظ أبي المضر المعروف بابن العمادية، رسالة في الاجازة، (د.ط)، دار الكتب العالمية، بيروت، 1991، ص 72.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

و إن إجاز بعض الفقهاء الوقف الصادر في حالة الوكالة شرط إجازته من طرف الواقف الأصلي طبقا لقاعدة "الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة"²

الفرع الثاني: محل الوقف و الضوابط المتعلقة به.

لقد جاز وقف المال سواء كان عقار، منقول، أو منفعة، لكننا في هذا البحث سنقتصر على دراسة الوقف الوارد على عقار.

أولا: محل الوقف.

عرف المشرع الجزائري العقار في نص المادة 683 ق.م بأنه "كل شيء مستقر بجيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف" و قد ميز المشرع بين العقار و المنقول في قانون الاجراءات المدنية و الادارية، فأرجع ولاية النظر و الفصل في القضايا العقارية للمحكمة المتواجد بها العقار المتنازع عليه.

كما أن الغالب و الشائع في الوقف هو الوقف العقاري و لهذا يعتبر الوقف العقاري محل اتفاق بين الفقهاء.

أما أنواع العقارات في التقنين الجزائري فهي:

أ_ العقارات بطبيعتها: و هي كل الأشياء التي يكون لها بحسب طبيعتها موقع ثابت و مستقر و التي تشمل الأرض و ما يتصل بها سطحا أو باطنا.

ب_ العقارات بحسب موضوعها: تنص المادة 684 ق.م "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية، و كذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار و منه فالعقارات بحسب الموضوع هي الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، فالحقوق العينية الأصلية تتمثل في حق الملكية و ما يتفرع عنه من عناصر: الانتفاع و الارتفاق حق الاستعمال و السكنى أما الحقوق العينية التبعية فهي: الحجز الرسمي و الحيازي و حق التخصيص و حق الامتياز.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

ج/ العقارات بالتخصيص: و هي عبارة عن منقولات التي يضعها صاحبها لخدمة العقار و هذه العقارات هي منقولات منحت على سبيل المجاز و الافتراض صفة العقار لأنها معدة لخدمته و مخصصة له¹ و وقفها جائز

و يكون بمجرد وقف العقار الذي خصصت له لتبعتها للعقار الموقوف².

ثانيا: الضوابط المتعلقة بمحل الوقف

باعتبار الوقف عقدا فإن محله المتمثل في العقار تسري عليه غالبية أحكام محل العقد و تتمثل شروط العقار الموقوف في.

أ/ ضابط الملكية: أن يكون العقار الموقوف مملوكا للواقف ملكية تامة و قد تم شرحه مسبقا في ضابط الملكية بالنسبة للواقف.

ب/ ضابط الوجود و التعيين: أي أن يكون العقار موجودا وقت تحرير العقد و يثبت وجوده بأصل الملكية، إضافة إلى شرط التحديد حيث يقتضي تعيين العقار أن يكون محددًا من حيث المساحة و الحدود و المالك و إلى غير ذلك، تنص المادة 324 مكرر 04 من ق.م "يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة و حالات و مضمون، و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين، و عند الامكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية" و هو تأكيد على ضرورة تعيين العقار تعيينا تاما يمنع الجهالة فيه.

ج/ ضابط المشروعية: تنص المادة 11 من قانون الأوقاف "... و يجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا و مشروعًا"

و قد عبر أغلب الفقهاء بعبارة أن يكون المال منقوما و يقصدون بذلك أن محل الوقف مما يجوز الانتفاع به³ فلا يجوز وقف ديار الدعارة مثلا..

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، (د ط)، دار العلوم للنشر، الجزائر، سنة 2000، ص 07.

² زهدي يكن، مرجع سابق، ص 90.

³ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 71.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

د/ ضابط عدم الشيوخ كأصل عام: عرفت المادة 713 من ق.م الشيوخ أنه "إذا ملك إثناء أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ....".

و تعرض المشرع لوقف المشاع في المادة 216 من ق.أ.ج" يجب أن يكون المحبس مملوكاً لواقف، معيناً خالياً من النزاع، و لو كان مشاعاً" و تنص المادة 11 من قانون الأوقاف في فقرتها الثانية "يصح وقف المشاع و في هذه الحالة تتعين القسمة"، من خلال استقراء هذه المواد نجد أن المشرع قد أجاز وقف العقار المشاع مع وجوب القسمة.

و للمشاع الموقوف حالات ثلاث:

1/ وقت الحصة المشاعة في عقار لا يحتمل القسمة: فالوقف في غير مسجد أو مقبرة فهو جائز عدد الجمهور و غير المالكية.

2/ وقف الحصة المشاعة لعقار قابل للقسمة: فمن الفقهاء من قال بعدم جواز وقفه إلا بعد القسمة و التسليم، و البعض الآخر أجاز وقفه مادامت القسمة ممكنة.

3/ وقف العقار المشاع ليكون مسجداً أو مقبرة لا يصح و لا يرتب آثاره إلا إذا أفرزت الحصة الموقوفة و حددت.¹

و هو ما أكدته قرار المحكمة العليا 600620.²

أما بالنسبة للعقار المرهون فلم يتعرض المشرع الجزائري له، إلا أنه لا يجوز وقفه هذا باعتبار أن الوقف غير قابل للتصرف و الرهن تأمين عيني يمكن أن يؤدي إلى التصرف في العقار الموقوف بالبيع لاستيفاء الدين الذي تقرر التأمين العيني ضماناً له و هو ما يتعارض مع طبيعة الوقف

¹ أنظر، وهبة الحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته_ الشامل للأدلة الشرعية و الآراء المذهبية و أهم النظريات الفقهية و تحقيق الأحاديث النبوية و تخريجها، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة و النشر، دمشق، 1985، ص185، 186.

² أنظر، قرار المحكمة العليا، رقم 600620، المؤرخ في 2010/05/13، م ق، سنة 2010، عدد، ص 228.

2 راجع في ذلك، برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف في احكام الاوقاف، الطبعة الاولى، (د،د،ن)، (د،ب،ن)، 1981.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

و نلاحظ اختلاف الفقهاء في هذا الصدد بين من يحيز وقف المرهون و من يصنعه و قد سلك الفقه المالكي مسك الاجازة حيث أجازوا وقف العين المرهونة شريطة وجود إذن الدائن و كون المدين موسرا.²

الفرع الثالث: صيغة الوقف و الضوابط المتعلقة بها.

أولاً: صيغة الوقف.

يقصد بالصيغة في عقد الوقف الايجاب الذي يصدر من الواقف و الذي يعبر عن إرادة الكامنة لإنشاء عقد الوقف، و هي مقصورة على الايجاب لأن القبول غير مشروط في التشريع الجزائري.

و هي ركن من أركان الوقف التي ركز المشرع الجزائري عليها في المادة 09 من قانون الأوقاف و رتب على تخلفها البطلان، و تكون الصيغة في صور مختلفة حيث تنص المادة 12 من قانون الأوقاف 10/91 "تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه" حيث تكون الصيغة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة.

ثانياً: الضوابط المتعلقة بصيغة الوقف.

أ/ أن تكون الصيغة تامة و منجزة: بمعنى أن تكون إرادة الواقف مفرغة في الصيغة الدالة على وقفه، و نقصد بلفظ متغير النفاذ في الحال و هو ما نصت عليه المادة 17 من قانون الأوقاف "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف و يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه" و منه يعتبر الوقف المعلق على شرط احتمالي غير نافذ و باطل، و يلحق بالصيغة المنجزة الصيغة المعلقة على شرط صوري أو على صوت الواقف.

ب/ أن لا تقتزن الصيغة بشرط باطل: نص المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف على عدم صحة الوقف المقترن بشرط باطل¹ و من الشروط الباطلة في التعيين الجزائري اشتراط عدم لزوم الوقف، كما قد تقتزن الصيغة بشرط فاسد لا يخل بأصل الوقف أو بحكمه لكنه يعطل مصلحة الموقوف عليهم في الانتفاع، و بهذا فإن وقوع الشرط يؤدي إلى بقاء الوقف و صحة و بطلان الشرط

¹ الشروط الباطلة: هي كل شرط أدخل بالوقف أو بحكمه، أنضر، رمول خالد، مرجع سابق ص2.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

و هو ما أكدته المادة 29 من قانون الأوقاف و قرار المحكمة العليا رقم 40-589 المؤرخ في 1968/02/24¹.

و الملاحظ هنا أن المشرع قد سوى بين الشرط الباطل و الفاسد و هو ما يتنافى مع المنطق القانوني، لذا يجب تعديل نص المادة 29 و إقرار بطلان الوقف المقترن بشرط باطل²

ج/ أن لا تقتزن الصيغة بما يفيد التأكيد: و هو ما جاء صريح في المادة 28 من قانون الأوقاف "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن" و هو شرط منطقي باعتبار الوقف حسد للعين على وجه التأييد.

- و مع ذلك يجوز اقتران الصيغة بالشروط الصحيحة و التي يعبر عنها باشتراطات الواقف إذا اشترطها لنفسه.

الفرع الرابع: الموقوف عليه والضوابط الموضوعية المتعلقة به

أولاً: الموقوف عليه:

لم يرد ذكر الموقوف عليه في التقنين الجزائري إلا من خلال المادة 13 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم و الذي اختصرت أحكامه على الوقف العام و عرفت المادة بعد التعديل الموقوف عليه ب "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية"

و حياة الشخص المعنوي لا تبدو واضحة، و الظاهر أن المشرع الجزائري قد قصد بعبارة الشخص المعنوي فكرة الدوام التي اشترطها الفقهاء ممن قالوا بتأييد الوقف و معناها أن تكون الجهة الموقوف عليها دائمة كالمسجد المقبرة³

و تطلق كلمة الموقوف عليه على المستحق الذي آل إليه الاستحقاق بالفعل و استحق ريع الوقف

¹ أنضر، قرار المحكمة العليا رقم 40.589، المؤرخ في 1968/02/24، م ق، لسنة 1989، عدد 01، ص 118.

² أنظر، رمول خالد، مرجع نفسه، ص 93.

³ عمار بوضياف و محمد كنازة، [الطرق القانونية لإنشاء و تكوين الأوقاف العامة في التشريع الجزائري] مجلة الفقه و القانون، العدد 13، نوفمبر 2013 ص 89.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

أو يضاف إليه الانتفاع بالأعيان الموقوفة¹ سواء كان الموقوف عليه معين أو غير معين.

ثانيا: الضوابط المتعلقة بالموقوف عليه.

أ- **الموقوف عليه غير المعين:** من خلال نص المادة 13 من قانون الأوقاف العامة نجد المشرع اشترط في الموقوف عليه أن تكون جهة بر معلومة و أساس ذلك أن سبب الوقف هو القرب إلى الله و القرية لا تكون إلا وفق مقاصد الشريعة و قد اتفق الفقهاء على هذا، و اختلفوا في نوع هذه القرية ليتفرغ عن هذا ما يأتي:

1/ الجهة الموقوف عليها قريبة في نضر الاسلام و غيره من الديانات لا خلاف في جواز الوقف عليها.

2/ الجهة الموقوف عليها ليست قريبة في الاسلام وجميع الديانات كالوقف على نادي للقمار، و الوقف هنا باطل.

3/ الجهة الموقوف عليها قريبة في نظر الاسلام و ليست قريبة في نظر الشرائع الأخرى فهنا اتفق العلماء على جواز الواف عليها من المسلم و اختلفوا في الوقف عليها من غير المسلم فذهب الشافعية و الحنابلة إلى جوازه و ذهب المالكية و الحنفية إلى عدم صحته².

أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على رأيه لكنه يستشف من خلال عدم اشتراط شرط الاسلام في الواقف و اشتراط الموقوف عليه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية أنه يذهب إلى رأي الشافعية و الحنابلة بصحة وقف غير المسلم على صحة قرين في الاسلام.

4/ الجهة الموقوف عليها ليست قريبة في الاسلام و لكنها قريبة في شريعة الواقف فهنا الوقف لا يصح³.

¹ أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر_ الخروب، 2010/2009، ي 138.

² عبد الودود محمد السريتي، الوصايا و الأوقاف و المواريث في الشريعة الاسلامية، (د ط)، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، (د س ن)، ص 188.

³ محمد كنانة مرجع سابق، ص 74.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

ب/ الموقوف عليه المعين الوقف على معني ينقسم إلى قسمين رئيسيين هما الوقف على معين غير الواقف و الوقف على النفس.

1/ الوقف على معين غير واقف:

يشترط فيه ما يلي:

1-1: أن يكون الموقوف عليه شخصا معلوما موجودا وقت الوقف: أي أن يكون شخص الموقوف معلوما بتحديد شخصه وقت الوقف: كأن يكون شخص طبيعي و هو الجار به في كل الأحوال يتوقف استحقاقه الوقف بوجوده و قبوله، و ما نلاحظه أن المشرع لم يتوسع في الشروط المتعلقة بالموقوف عليه مما يتمخض عنه عديد التساؤلات القانونية شغلت رجال القانون مما يفسر سكوته بالاحالة غير المباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية¹.

1-2: أن يكون أهلا للتملك: و هو شرط يتفق عليه ك فقهاء الشريعة الإسلامية و إن كانوا يختلفون في مدى جواز الوقف على المعدوم.²

2/ الوقف على النفس: و قد اختلف الفقه الإسلامي في هذه المسألة بين من يجيز الوقف على النفس و من يرفضه، أما المشرع الجزائري فقد أقره حيث نهى في المادة 214 ق. أ.ج " يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف عد ذلك إلى الجهة المعينة"، و هو ما يتماشى مع رأي المذهب الحنفي.

¹ أنظر، رمول خالد، مرجع سابق، ص 84.

² ذهب النفية إلى أنه يصح الوقف على معلوم أو معدوم و رأى المالكية أن الوقف يصح على الموجود و المعدوم و المجهول و المسلم و الذمي و القريب و البعيد، أنضر مراد عزاز، مرجع سابق ص 13-14.

المطلب الثاني: دور الموثق في مراقبة و تحقيق الضوابط الموضوعية لعقد الوقف العقاري

باعتبار الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوقفي أو كما يطلع عليها بشروط الانعقاد تمثل القاعدة الأساسية التي يجب مراعاتها قبل مباشرة تحرير السند التوثيقي و الاجراءات الشكلية اللاحقة له، لذلك وجب على الموثق القيام بدور آخر إضافة إلى دوره الرئيسي ألا و هو التحرير و إضفاء الصبغة الرسمية على السند التوثيقي، و يتمثل هذا الدور في عملية التقصي عن مدى توفر هذه الضوابط - و المتمثلة في أركان العقد الوقفي - و العمل على تحقيقها و ذلك بحسن صياغتها حتى يحقق الموثق القدر الكبير من حماية للوقف و تعيين المقصود منه و تسهيل تطبيقه على أرض الواقع و حتى يتمكن الموثق من الصياغة المرنة للوقف التي لا تكبل أيدي النظار في التصرف فيه و لا تعطل الوقف عن تحقيق دوره التنموي و جب أن تتوفر فيه جملة الشروط التي سنفصل فيها كما يلي

الفرع الأول: الصفات اللازمة في موثق الأوقاف

لقد رأينا قبل الخوض في بيان دور الموثق الهام و البالغ الذي يلعبه من خلال التقصي و التحقق من مدى وجود و صحة الضوابط الموضوعية للوقف، أن نشرح مدى أهمية بعض الصفات التي نراها لازمة في شخص موثق الأوقاف باعتبار الوقف نظام شرعي قائم بذاته و مورد مالي مستقل بكيانه.

يقول تعالى " و ليكتب بينكم كاتب بالعدل و لا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب" [آية 282 البقرة] و العدل أي بالحق كما ذكر العلماء و الحق كلمة عامة تشمل مراعاة موثق الوقف للأركان و الشروط و دقة الألفاظ و معرفة جميع الوثائق و ما يلزم فيها و ما يحصل به التوثيق و خاصة توثيق الوقف و من أبرز الشروط التي يمكن أن تشترط في موثق الأوقاف على وجه الخصوص ما يلي¹.

الفقه بالأحكام الشرعية المتعلقة بالوقف فيكون على إطلاع بفروعها و قواعدها و من ذلك الدراية باختلافات الفقهاء في مسائل الوقف مثل تكيف طبيعته و الاختلاف في إجازة و عدم إجازة بعض الأمور فيه، و ما مبطلات الوقف عندهم التصرفات الصحيحة.

¹ أنظر، حبيب غلام نامليتي، المرجع السابق 69.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

- أن يكون الموثق على قدر من الفطنة و النباهة و ما يمكن أن يعبر عنه "بفقه النفس"¹ بحيث يعرف رغبات الواقف من وقفه، و يتفطن لاشتراطاته صحيحها و الأمور الجائرة له و الأمور التي تكون منافية لأصل الوقف بحيث يحسن كتابة هذه الرغبات و يستطيع أن يعبر عنها بصياغة شرعية محكمة، و منه وجب أن يكون الموثق ذو خبرة علمية في أصول الصياغة.
- إن الموثق يقوم بعملية دقيقة ينبغي عليه إذن مراعاة جملة الضوابط الموضوعية كما سنوضحه في ما يلي.

الفرع الثاني: دور الموثق في التقصي عن الواقف

على الموثق أن يراعي جملة الشروط الواجب توافرها في شخص الواقف.

- فالنسبة لشروط سلامة العقل يستحسن على الموثق محرر العقد أن يطلب شهادة طبية تثبت السلامة العقلية للواقف قبل إبرام العقد، إذا ما كانت تشوب تصرفات الواقف بعض الشكوك التي توصي بنقص سلامته العقلية² و هذا حتى يحقق مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية لا سيما في عقد الوقف.

أما بالنسبة لضابط الحجر فيعين على الموثق قبل المبادرة بتحرير عقد الوقف أن يطلب شهادة ميلاد الواقف الصادرة من مكان الولادة حتى يتم التحقق من الهوية الكاملة و ما إذا كان محجور عليه بحكم قضائي أم لا عملاً بأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في نص المادة 489³

و منه يمتنع الموثق من إبرام عقد على المحجور عليه قانوناً لوجود المانع القانوني تنص المادة 15 من قانون 06-02 "لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان القدر المطلوب تحريره مخالف للقوانين و الأنظمة المعمول بها".

¹ نفس المرجع، ص 70.

² رقاني عبد المالك، مرجع سابق، ص 252.

³ المادة 489 إم. إذ "يؤشر على هامش عقد ميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية، بمنطوق الأمر القاضي بالإنتاج أو تعديل أو رفع التقديم بأمر النيابة العامة، و يعد هذا التأشير إشهاراً".

وهذا منطقي فلا يتصور أن يقف شخص ما لا يملك عملا بالقاعدة فاقد الشيء لا يعطيه و باسئراط المشرع الجزائري في نص المادة 10 من قانون الأوقاف الملكية المطلقة، فقد أعلق باب الاشكاليات المثارة في هذا المقال و لقد أكدت قرارات المحكمة العليا على ضابط الملكية في العقار المحبس في عديد من قراراتها حيث جاء في قرار المحكمة العليا "من المقرر شرعا و قانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف، و إلا لما جاز له أن يحسبه..."¹

و في قرار آخر من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا....."²

- أما بالنسبة للوقف عن طريق "الوكالة" فعلى الموثق في هذه الحالة أن يراعي الشروط الواجب توافرها في الواقف الأصلي من جهة و التأكد من مطابقة الوكالة للشروط القانونية طبقا للمادة 572 من القانون المدني على أساس أن محل العقد قد ورد على عقار.

الفرع الثالث: دور الموثق في التقصي عن العقار الموقوف.

على الموقوف أن يراعي جملة الشروط اللازمة في أي معاملة عقارية و في العقار الموقوف على وجه الخصوص، و لهذا فقد تظهر عديد الاشكالات العلمية أمام الموثقين مثل أن يمتلك الأشخاص عقارات مبنية، إلا أن الوثائق التي بحوزتهم تدل على وجود الأرض دون البناية أو قد تتعرض هذه البنائيات التي يجوز أصحابها سندات الملكية إلى السقوط أو الهدم، خاصة أن هذه التصرفات مثل الهدم و البناء تخضع لتراخيص إدارية و الأشكال الذي يطرح هنا هو هل يبرم الموثق العقد التوثيقي على أن العقار غير مبني أو أنه مبني؟³

بمعنى آخر هل يعتمد الموثق على الوثائق المقدمة له من طرف الواقف إبرام العقد الوقفي أم أنه يبرم العقد على أساس ما هو موجود في الواقع؟

¹ أنظر، قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1993/09/28، ملف رقم 94323، مق، لسنة 1994، العدد 02، الصفحة 176.

² أنظر، قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 2001/04/25، ملف رقم 18940، مق، عدد خاص، ج01، ص151.

³ أنظر، رقاني عبد المالك، المرجع السابق ص.255.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

إن هذه الحالة تمثل أساس الدور الهام الذي يلعبه الموثق قبل المبادرة في أي إجراء شكلي للمعاملة و لهذا لا يحق له أن يحرر العقد على أساس أن العقار مبني إلا بوجود رخصة البناء و شهادة المطابقة.

لأنه و لو نجامل الموثق هذه الوثائق و تقوم إبرام العقد التوثيقي إلا أنه سيقابل بالرفض من طرف المحافظ العقاري بحجة أن الأرضية التي بنيت تقتدر إلى الضوابط الشكلية و الموضوعية المنصوص عليها في قوانين التعمير.¹

- بالنسبة للعقار الذي وضع محل رفض فاءنه و حسب بعض موثقي الجهة يستوجب استصدار شهادة تطهير العقار أو رفع الرهن.

- أما بالنسبة لضابط التعيين و التحديد فإنه يعتبر أهم ضابط في العقار الموقوف و باعتبار الوقف عملاً تبرعياً سيخرج العقار من دائرة التصرف و جب التأكد من صحة ملكية الواقف للعقار و هذا يكون بأن يتفطن الموثق إلى أصل الملكية لتبيان أسماء المالكين السابقين و تاريخ التحويلات المتتالية للعقار

و الملاحظ أن إبرام العقود التوثيقية دون ذكر أصل الملكية قد أثار عديد الاشكالات في الحياة العملية لهذا فإن العقود التي أبرمها الموثق دون ذكر أصل الملكية هي فقط العقود العرفية الثابتة التاريخ و المبرمة قبل 1971/01/01 و عقود الشهرة المنشأة بموجب المرسوم 352-83 و الجدير بالذكر أنه تم إلغاء مثل هذه العقود كما تم التطرق إليه سابقاً في هذه المذكرة.

- إن المشرع أيضاً قد أطلق على حائز في بعض العقارات بالمالكين أو مالكيها، إلا أنها ليست بالملكية بمفهوم القواعد العامة بل هي نوع خاص من الملكية جعلها المشرع موقوفة على شرط 10 سنوات مثل ملاك السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة حيث نص المشرع في المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008 على أنه "إن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة و المتنازل عنها لشاغليها طبقاً للتشريع الساري المفعول و كذا السكنات المستفيدة من اعلانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل

¹. المرجع نفسه، ص 256.

الفصل الأول: مفهوم العقد التوثيقي الوقفي و ضوابطه الموضوعية

التمليك، لا يمكن التنازل عنها من طرف مالكيها خلال مدة يجب أن لا تقل عن عشر سنوات (10) باستثناء حالة وفاة المالك و ضرورة توزيع التركة...¹

أيضا بالنسبة لوقف أموال الدولة نصت المادة 689 ق.م "لا يجوز التصرف في أموال الدولة" فهنا لا يمكن التصرف في أموال الدولة و حتى الحالة السابقة (السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة) و على الموثق أن يتقطن لمثل هذه الحالات و لا يباشر تحديد عقود عليها إذ إنه إذا باشر هذا النوع من العقارات يعد مخالفا للنص القانوني الذي يقضي بمنع التصرف لمدة 10 سنوات، كما أنه سيقابل برفض الأشهار من طرف المحافظ العقاري.²

1 رقاني عبد المالك، مرجع سابق ص 257

2 رحايمية عماد الدين، مرجع سابق ص 56

ملخص الفصل الأول:

من خلال ما سبق بينا مختلف المفاهيم لكل من الوقف والعقد التوثيقي على حدى كما توصلنا الى أنه يتعين على الموثق القيام بدور هام يتمثل في مراقبة جل الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوقفي خاصة بشروط الواقف باعتبار الوقف عقد ذو نوع خاص صادر عن إرادة منفردة، و التحقق من توفر جميع الشروط اللازمة في العقار الموقوف، إضافة إلى أنه من الالتزامات الواقعة على عاتق الموثق تقديم النصائح إلى الأطراف المتعاقدة حتى يضمن لهم شرعية المعاملة و حماية حقوقهم و في هذا السياق نجد أن المادة 08 من قانون التوثيق 06-02 نصت على "يجب على الموثق أن يقدم نصائح للأطراف لتكون اتفقاتهم منسجمة مع القوانين التي تسري عليها و تضمن تنفيذها".

تصميم وإنجاز مكتبة عون للتعليم

الفصل الثاني

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

لقد بينا في الفصل الأول خصوصية الأعيان الوقفية باعتبارها أملاك أبدية تتمتع بالحصانة الشرعية و القانونية، كما فصلنا في مسألة اعتبار الوقف عقدا رسميا و بينا ضوابط العقد التوثيقي الوقفي الموضوعية و لا يخفى عنا أن هذه الضوابط تكفي لنشأة العقد صحيحا لكنها غير كافية لنفاذه خصوصا مادام محل الوقف هو عقار و تماشيا مع النظام القانوني الخاص بالملكية العقارية فإنه يستلزم في جميع التصرفات الواردة على العقار خصوصا أن أصل الوقف و أغلبه يرد على العقار أن يخضع للشكلية و الاشهار العقاري الذي يسبقه التسجيل لدى مصالح التسجيل، و هذه الضوابط الشكلية أولاها المشرع الجزائري اهتماما بالغا خصوصا في التصرفات الوقفية لاعتبارها قواعد قانونية كفيلة لإضفاء الحماية القانونية على الملك الوقفي الذي كان محل أطماع العديد و تعرض إلى الضياع و التغيير في طابعه خصوصا إبان الفترة الاستعمارية، لهذا نجد أن العقد الرسمي للوقف العقاري قد تطور عبر مراحل عديدة في الجزائر سيتم التطرق إليها في هذا الفصل، و لهذا سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين:

- **المبحث الأول: الرسمية في الوقف العقاري.**
- **المبحث الثاني: التسجيل و الشهر في الوقف العقاري.**

المبحث الأول: الرسمية في الوقف العقاري.

إن الأصل في العقود الرضائية و الشكلية هي استثناء عن الأصل و بهدف بث الطمأنينة و الثقة في الأطراف المتعاقدة أقر المشرع الجزائري بضرورة تحرير العقود في سند رسمي يتولى ذلك الموثق الذي ألزمه القانون بترسيم العقود و افرأها في قالب رسمي و لهذا سنتطرق في

المطلب الأول الى تطور العقد الرسمي للوقف في الجزائر .

المطلب الثاني الى تحرير العقد التوثيقي للوقف العقاري .

المطلب الأول: العقد الرسمي للوقف في الجزائر .

يعرف العقد الرسمي طبقا للمادة 324 من التقنين المدني الجزائري كما سبق ذكره على أنه العقد الذي يبرمه الضابط العمومي أو موظف العام أو أي شخص مكلف بخدمة عام طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه، أما قانون الأوقاف 10/91 فقد نص في المادة 41 منه على أن "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

و نستخلص من المادة أن العقد الرسمي للوقف هو العقد الذي يحرره موثق في شكل وثيقة مكتوبة تثبت بها الوقف و لهذا سنتطرق كمرحلة أولى لدراسة تطور العقود الوقفية في الجزائر حتى يتسنى لنا التمييز بينها فيما بعد.

الفرع الأول: العقود الشرعية للوقف قبل صدور قانون التوثيق.

إن أغلب العقود المبرمة قبل تاريخ 1971/01/01 و هو تاريخ دخول قانون التوثيق حيز النفاذ كانت عبارة عن عقود عرفية و هي عبارة عن سندات يبرمها الأفراد بأنفسهم دون أن يتدخل فيها موظف عام أو شخص مؤهل بذلك تحمل هذه السندات توقيعات الأفراد لاثبات

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

تصرفاتهم القانونية، فهي بذلك لا تخضع إلى شكلية معينة تقيد الأفراد في الصياغة و الإعداد، لأن الطابع الرسمي لم يكن مشروطا فيها.

أما عقد الوقف المبرم قبل صدور قانون التوثيق فبسبب طابعه التبرعي و الديني فقد كان يحرر من قبل القضاة الشرعيين، و على مستوى المحاكم الشرعية التي يعود تاريخ انشائها إلى فترة التواجد العثماني و تتمثل العقود المبرمة على مستوى هذه المحاكم في عقود الزواج - الطلاق الهبات - الفريضة - الوصية و الحبس و التي تخص السنوات من 1920 إلى غاية فترة انتهاء العمل بالمحاكم الشرعية أي خلال السبعينيات و الجدير بالذكر أن هذه العقود محفوظة إلى حد الآن في الأرشيف الوطني لوزارة العدل.¹

و نجد في هذا السياق أن سجلات المحاكم الشرعية تفيض بعقود الوقف الذي يكتسي أهمية بالغة في التعرف على توزيع الملكية العقارية آنذاك و ذلك للدقة المراعاة آنذاك عند تحرير عقد الحبس بذكر جميع حيثياته من اسم المحبس و مهنته و تحديد العقار الموقوف بموقعه الكامل و الأطراف المستفيدة من الوقف و الغرض منه و إلى غير ذلك من أمور.

و من المستقر عليه فقها و قضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي الطابع الرسمي الذي تكتسيه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين و الموثقين و قد تأكد الطابع الرسمي لهذه العقود بموجب عديد القرارات القضائية.²

¹ للحصول على نسخة من العقود الشرعية للوقف يجب ملء الاستمارة المتاحة على موقع وزارة العدل: www.majustice.dz و يكون استلام النسخة من الجهة المختارة وزارة العدل أو أي جهة قضائية مختارة. بعد 15 يوم من ادراج البيانات المطلوبة.

² قرار رقم 40097 المؤرخ في 1989/06/03، م ق، عدد 01، لسنة 1992، ص 119.

الفرع الثاني: عقد الوقف من صدور قانون التوثيق إلى غاية صدور قانون الأوقاف.

بصدور الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق¹ أقر المشرع الجزائري قاعدة الشكلية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الاجباري في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان و بعد تاريخ 1971.01.01. اتضحت أكثر رغبة المشرع في تحقيق الأمان و الاستقرار في كل معاملة أساسها العقار و هذا ما يتضح جليا في مواد قانون التوثيق خاصة المادة 12 منه و كذا مواد التقنين المدني، و بهذا يكون المشرع الجزائري قد أقر بعد هذا التاريخ بطلان أي تصرف يرد على عقار و لا يراعي القاعدة الرسمية فيه.

فالمفروض أن كل تصرف وارد على العقار بعد صدور قانون التوثيق ينبغي أن يحرر في شكل رسمي و يخضع للإشهار باعتبار أن نظام الشهر العقاري في الجزائر هو الإطار القانوني الأساسي لنظام الملكية العقارية.²

غير أن قانون التوثيق و إن كان يشترط الكتابة الرسمية في كل التصرفات القانونية المعاينة للمعاملات العقارية فهو إنما يقتصر فقط على تلك التصرفات القانونية الصادرة من الجانبين، و من ثم يخرج من نطاق الوقف الوارد على العقار باعتباره تصرف بالإرادة المنفردة.³

و الواقع العملي أثبت أن القضاء أيضا لم يحترم قاعدة الرسمية في الوقف العقاري حيث لم يحكم ببطلان كثير من العقود العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية مما استدعى اجتهاد واضحا للمحكمة العليا و هو ما حدث فعلا بموجب القرار رقم 136.156 الصادر في 1997/02/18

¹ الأمر 70-91. المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن تنظيم التوثيق، منشور في جريدة رسمية، ع107، الصادرة بتاريخ 15.12.1970.

² مجوع انتصار، [إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري]، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 5، جوان 2011، ص 301.

³ لزرق بن عودة، سندات اثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد بن أحمد وهران، 2017/2018، ص 231.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و بالنسبة للعقود العرفية المنشأة للوقف الوارد على العقار لم تكن بعيدة عن الخلاف بشأن صحتها خاصة في ظل غياب نص قانوني واضح يشترط الرسمية تحت طائلة البطلان.¹

و نجد في هذا السياق قرار المحكمة العليا رقم 1234655 الصادر في 16-11-1999 اتجه إلى عدم إخضاع الوقف إلى الرسمية و جاء في القرار ما يلي "من المستقر عليه أن الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا و متى تبين في قضية الحال أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي في الشكل الرسمي فإنهم أخطأوا في قضائهم و عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدم امكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي"²

و من خلال هذا يمكننا القول أن الأوقاف التي احتوتها عقود عرفية أنشئت قبل صدور قانون الأسرة و قانون التوثيق صحيحة شريطة أن تكون محررة بشكل كامل غير منقوص، و مؤرخة، و موقعة من طرف الواقف و الحكمة من صحتها و قبولها سببين.

أولهما، أن الحبس لم يكن يخضع للرسمية لأنه من عقود التبرع، التي تدخل في أوجه البر المختلفة.

و ثانيهما: هو عدم امكانية تطبيق قانون الأسرة و قانون الأوقاف بأثر رجعي³

كما أن المشرع في قانون الأسرة نص في المادة 217 على "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون".

و أحال إلى المادة 191 في بيان ما تثبت به الوصية دون أن يشير صراحة إلى أن الوقف عقد، و طبقا لنص المادة 191 فإن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك أما في حالة وجود مانع قاهر فتثبت الوصية بحكم يؤشر به على هامش أصل

¹ مجوح انتصار، مرجع سابق، ص 301.

² قرار منشور بمجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص 119.

³ فنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري -قسنطينة- ؛ 2006-2007، ص 65.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

الملكية و الواضح أن نص المادة جاء صريحا بشأن اشتراط الرسمية في اثبات الوصية و بالتبعية يكون اثبات الوقف بعقد رسمي و استثناء في حالة وجود مانع قاهر يكون الاثبات بحكم قضائي.¹

لقد كان صدور قانون الاسرة رقم 84 / 11 المؤرخ في 1984/06/09 تجسيد لرغبة المشرع بتنظيم الأوقاف و نفض الغبار عن هذه النوعية من الأملاك في وقت بقيت الساحة القانونية مغلقة إلى تشريع عام و مؤطر لهذه الأملاك من ناحية التنظيم و التسيير و الإدارة، رغم أن الاحكام الموضوعة في قانون الأسرة بخصوص الأوقاف هي أحكام مختصرة اكتفى المشرع فيها بوضع قواعد عامة له ليمهد بذلك إلى صدور تشريع أوسع للوقف لا يخرج عن قواعد الشريعة الاسلامية و يكون قانون مستقل بذاته هو قانون الأوقاف 10/91.

الفرع الثالث: عقد الوقف من خلال قانون الأوقاف وتعديلاته

بصدور القانون رقم 91-10، الصادر في 1991/04/27 و الذي عدل مرتين الأولى بموجب القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 مايو 2001، و الثانية بالقانون 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، نجد المشرع قد استأنف اهتمامه بتنظيم الوقف و هو تشريع أوسع من سابقه جاء مطبوع بطابع عقاري رغم أنه أجاز وقف المنقولات

و بالنسبة للرسمية في هذا السياق فقد جاء المشرع مؤكدا على وجوبها في الوقف الوارد على العقار و قد نص في المادة 41 من قانون الأوقاف "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم اثبات له و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف" و هي إشارة صريحة لاشتراط الرسمية في عقد الوقف.

غير أن الاشكال الذي أثارته المادة هل الشكلية المطلوبة ركن للانعقاد أم وسيلة للإثبات، و إن كانت الرسمية وسيلة للإثبات فما قوتها إذا قارنا نص المادة 41 مع نص المادة 35 من قانون الأوقاف التي جاء فيها: "يثبت الوقف بجميع طرق الاثبات الشرعية و القانونية."²

¹ مجوح انتصار، مرجع سابق ص 301.

² المرجع نفسه، ص 302.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

على الرغم من أن الوقف من عقود التبرع و هو تصرف يراد به التقرب إلى الله و طلب الأجر و الثواب منه إلا أن المشرع على الرغم من ذلك جعل مسألة توثيقية من الإجراءات الواجبة و هذا زيادة في حمايته كي لا يتعرض للاستيلاء و الضياع هذا ما نص عليه في المادة 41، غير أنه و من جهة أخرى لم ينص صراحة على جزاء معين للعقود غير الموثقة و غير المشهورة و لعل ذلك لأن إرادة المقنن الجزائري لا تتجه إلى إبطالها لأنها صحيحة مستوفية لأركانها المنصوص عليها بموجب المادة 09 من قانون الأوقاف.¹

كما أن القاعدة القانونية المقررة في المادة 41 من قانون الأوقاف 10/91 هي قاعدة قانونية أمرة وفقا للمعيار اللفظي لأنها جاءت بصيغة الإلزام (يجب) و كل نص أمر يترتب على مخالفته البطلان المطلق.²

أما المادة 35 من قانون الأوقاف و التي تقرر حرية الاثبات في الوقف ظاهريا لتكريس حماية له، و لكن استقراء المادة جيدا يجعلنا نفهم أنها تكريس لرغبة المشرع الجزائري في الكشف عن جميع الأملاك الوقفية المسلوقة و الضائعة أو التي تعرضت لتغيير طابعها خاصة في ظل العهد الاستعماري و بعد الاستقلال خلال الفترة التي عرفت فراغ قانوني بخصوص الأوقاف و عدم وجود قانون خاص يتضمنها، الا نصوص عامة في قانون الأسرة.

كما أنه ليس من العدل أن تنحصر وسيلة اثبات الوقف العام في العقود الرسمية بمختلف أنواعها مع كثرة الأوقاف المتعارف عليها، لذلك فالقانون الجزائري و حماية للأوقاف العامة قد أسس قاعدة حرية الاثبات في نص المادة 35.³

و القانون بالنسبة للعقود الواردة على العقار لا يعتمد في اثباتها إلا بالعقود الرسمية و لذلك يمكن اعتبار نص المادة 41 الأمر هو الأصل و نص المادة 35 استثناء بالمفهوم السابق توضيحه، و لما كان الأمر على هذا النحو فلا يتصور بعد تاريخ صدور قانون الأوقاف 91-

¹ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 119.

² زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون)، (د ط)، دار هوم، الجزائر، 2007، ص 25.

³ محمد كنانة، مرجع سابق، ص 120.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

10 أن ينشأ عقد وقف عرفي وارد على العقار و لا يكون البطلان المطلق جزاء له، و بهذا المعنى تكون الرسمية مطلوبة للانعقاد في الوقف الوارد على عقار.¹

أي أن المشرع قد اعتبر قاعدة التوثيق الاجباري قيذا لإثبات الوقف العقاري و نزيد على ذلك إيضاحاً فنقول أنه بصدد مناقشة القانون رقم 91-10، اقترح عدد من النواب تعديل أحكام المادة 41 وفقاً للصياغة التالية "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق المعتمد من السلطة المكلفة بالأوقاف، و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري... إلخ" إلا أن هذا الاقتراح ورد عليه تعقيب يتمثل في أن من شأن اسناد تحرير الوقف إلى موثقين معتمدين لدى وزارة الشؤون الدينية. أن يؤدي إلى خلق تنظيم مزدوج للتوثيق² و بهذا فإن المشرع لم يغفل أن الوقف عمل من أعمال الخير و البر و فرض الرسمية و الشهر قد يثبت الناس عن الوقف، فقرر حماية هامة لتشجيع الواقفين على الوقف، فالمشرع أصبح يدرك أن أفضل حماية لإدارة الواقف و ما يتبعها بالضرورة من حماية الحقوق الموقوف عليهم و الغير أن تثبت في محرر رسمي، لأن الموثق و كما سبق و قلنا من جهة من شأنه أن يبصر الواقف إلى خطورة التصرف الذي يقدم عليه مما يفسح له المجال لأن يتراجع عنه أو يعدل فيه، كما يحرص من جهة أخرى ألا يقع الوقف مخالفاً لقواعد الميراث حتى لا تضيع حقوق الورثة و يكون بذلك المحرر الرسمي دليل إثبات قوي.³

المطلب الثاني: كيفية صياغة العقد التوثيقي للوقف العقاري

لقد أشرنا في ما سبق إلى أن السندات التي تنبثق عن تصرف قانوني و التي يتم تحريرها من قبل الموثق في حدود سلطته و اختصاصه، كما قلنا أن هذه السندات هي عبارة عن دليل اثبات قوي و قاطع فيما يحتويه من حقوق و يقره من التزامات و مراكز قانونية حتى تضمن استقرار المعاملات فعلى الموثق أن يلتزم في مرحلة التحرير ببعض الإجراءات الشكلية التي استوجبها القانون و تم بيانها بشكل مفصل خصوصاً عناصر السند التوثيقي ذلك أن هذه

¹ مجوج انتصار، مرجع سابق ص 303.

² لزرق بن عودة، ص 233.

³ مجوج انتصار، مرجع سابق، ص 304.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

العناصر تختلف باختلاف طبيعة السند و بحسب محل العقد إن كان عقار أو منقول و لهذا استوجب القانون مجموعة من البيانات اللازمة حتى يضمن نفاذ العقد وفقا لطبيعته هذا ما حددته المادة 29 من القانون 02/06 المتعلق بمهنة التوثيق و سنحاول في ما يلي أن نفصل في البيانات العامة و الخاصة المتعلقة بعقد الوقف الوارد على عقار سواء كان العقار قد تم تطهيره وفقا لعملية المسح أو لم يتم فيه عملية المسح بعد إضافة إلى تطرقنا إلى العقارات التي تخضع لنظام الملكية المشتركة أو الشائعة هذا لأن البيانات تختلف باختلاف مكان وقوع العقار محل المعاملة.

الفرع الأول: كيفية توثيق العقار الذي له عقد ملكية.

يراعى في تحرير السند التوثيقي و بدقة متناهية حملة من الترتيب هي أن يكون مكتوب باللغة العربية في نص واحد و يراعى فيه عدم ترك فراغ أو بياض و عدم احتوائه على الشطب و الكتابة بين السطور و يتم توثيق عقد الوقف العقاري في حالة وجود أصل الملكية بذكر جملة من البيانات العامة و البيانات الخاصة المتعلقة بالعقار المتصرف فيه كالآتي:

أولا: البيانات المتعلقة بالموثق محرر السند:

بذكر اسمه و لقبه و كذا مكان و مقر مكتبه، يستهل نص السند التوثيقي بكلمة "أمامنا" أو "لدينا" أو "لدى" و مهما يكن من هذه العبارات فهي كلها تدل على أن ما جاء في السند تم بمعرفة الموثق محرر السند تحت عينه و سمعه¹ و في حالة غياب الموثق عن مكتبه و إنابته بموثق آخر حسب حالات الإنابة المنصوص عليها قانونا فإن العقد التوثيقي يحرر باسم النائب حسب نص المادة 33 من قانون التوثيق 02/06.

¹ حفيظة سيدي يخلف، الشكلية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2010/2009، ص 53.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

ثانيا: البيانات المتعلقة بالواقف:

تستهل البيانات المتعلقة بالواقف بعبارة "حضر أمامنا" أو "حضر لدينا" و التي تفيد في العادة حضور أطراف السند أو التصرف حضورا شخصيا أو بواسطة و عليه و تتمثل بيانات الواقف في ذكر اسمه و لقبه و صفته و موطنه، تاريخ ولادته و جنسيته هذا حسب نص المادة 29 من ق ت و أضافت المادة 138 من قانون التسجيل رقم بطاقة الهوية و مكان تسليمها.

لكن ما نلاحظه على الأساتذة الموثقين هو عدم اكتفاءهم بهذه المعلومات و جرت العادة بينهم على إضافة و إدراج أصول الأطراف في العقد (الأب) و المهنة و ذلك لتجنب الالتباس الذي قد يقع بين أفراد العائلة الواحدة، و التي تحمل اسم واحد¹.

ثالثا: البيانات المتعلقة بالشهود:

لقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة وجود الشهود في العقود الاحتفائية كالوقف تحت طائلة البطلان و تكون البيانات المتعلقة بهم حسب نص المادة 29 فقرة 3 من ق ت 02/06 اسم و لقب وصفة و موطن و تاريخ مكان ولادة الشهود.

رابعا: البيانات الخاصة المتعلقة بالعقار الوقفي الممسوح:

لقد شكل بدء العمل بنظام الشهر العيني الذي انطلق مع أول إيداع لوثائق المسح تحولا في العمل التوثيقي² و أصبح الدفتر العقاري هو سند الملكية للعقارات الممسوحة يسلم إلى مالك العقار مباشرة بعد الترقيم النهائي للعقار، و أصبح تباعا الموثق ملزم عند تحريره لتصرفات الواردة على العقار الممسوح ذكر البيانات المدرجة في الدفتر العقاري و تبيان: نوع العقار و البلدية التي يقع فيها و تعيين القسم المساحي لكل جزء من إقليم البلدية المحدد و رقم مخطط المسح و المكان المذكور و الإشارة في أصل الملكية لمراجع و تاريخ الترقيم العقار.

¹ وردية بن محاد، المرجع السابق، ص 54.

² لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 127.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

خامسا البيانات الخاصة المتعلقة بالعقار الوقفي غير الممسوح:

أ- بالنسبة للعقار الحضري: حسب المادة 21 من المرسوم 63-76، فإن العقارات الحضرية من العقارات المبنية أو غير المبنية الموجودة على الطرقات المرصدة نصف نظامية للجهات التابعة للبلديات التي تزيد سكانها عن ألفي نسمة، و يذكر الموثق عند تحرير عقد وقف وارد على عقار حضري، إسم البلدية الموجود فيها العقار الشارع الرقم، طبيعة العقار، المساحة.

ب- بالنسبة للعقار الريفي: بالنسبة للسند التوثيقي المتضمن هذا النوع من العقارات يلتزم الموثق بذكر نوع العقار، موقعه، محتوياته و أرقام المخطط المحتفظ بها لدى مصالح مسح الأراضي إن وجدت و في حالة عدم وجودها يذكر إسم الملاك المجاورين وفقا لما نص عليه المرسوم 63-76 المذكور أعلاه.¹

ج- بالنسبة للعقار الخاضع لنظام الملكية المشتركة: يذكر إضافة إلى البيانات العامة المتعلقة باسم البلدية، الشارع، الرقم و المساحة، المعلومات الخاصة الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم و هي رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام، العمارة، الدرج، الطابق نوع الحصة، و النسبة في الأجزاء المشتركة طبقا للمادة 67 من المرسوم 63/76.²

د- بالنسبة للعقار الخاضع لنظام الملكية الشائعة: يلتزم الموثق في هذا النوع من العقارات بذكر مساحة و حدود العقار المشاع، و لقد سبق و فصلنا في وقف العقار المشاع و اعتبرنا القسمة أمر وجوبي و بهذا يتم تدوين الحصة المفردة و بياناتها حسب ما ذكرنا سابقا و بحسب طبيعة العقار.

الفرع الثاني: كيفية توثيق العقار الوقفي الذي ليس له عقد ملكية.

إن توثيق عقار لا يملك صاحبه أي سند يدل على ملكيته هي من الإشكالات القانونية المطروحة لحد الساعة على مستوى القضاء خصوصا بالنسبة للعقود المبرمة قبل دخول قانون

¹ لزرق بن عودة، المرجع نفسه، ص 126 و 127.

² مرسوم رقم 76. 63 المؤرخ في 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، منشور في ج ر، عدد 38. الصادرة بتاريخ 1980/09/16.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

التوثيق حيز التنفيذ و في فترة كانت تسود فيها الرضائية في جل المعاملات و حتى العقارية منها، و بالنسبة للوقف فقد فصل المشرع في العقود المبرمة من قبل القضاة الشرعيين و اعتبرها رسمية حسب ما سبق التطرق إليه.

و ما نحن بصدد دراسته الآن هو الأوقاف العقارية التي لا يملك أصحابها لا سندات شرعية تدل على وجودها و لا عرفية سابقة لصدور قانون التوثيق، إنما وجود شهادات بعض الشهود فيما يتعلق بهذا الوقفي، و في هذا الفرع سنحاول دراسة الآليات المتبعة لتوثيق هذا الوقفي بداية من شهادة الشهود.

و كذلك نجد أن المشرع الجزائري جعل طريقة خاصة لإثبات الملك الوقفي عن طريق الشهادة الرسمية وذلك كآليتي¹

أولا استخراج شهادة الأشهاد المكتوب:

و هي وثيقة تتضمن شهادة مكتوبة يدلي بها شهود عدل، و تتضمن وجوبا حسب المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي 2000-336 الذي حدد نموذجها بالملحق التابع له² و تتضمن هذه الشهادة المعلومات التي تخص الشهود و توقيعاتهم، التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة مؤهلة قانونا، رقم تسجيلها بسجل خاص بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا.

ثانيا: تسجيل شهادة المكتوب لدى مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا:

يمكن أن تكون وثيقة الأشهاد المكتوب متعددة أو واحدة على أنه إذا كانت متعددة يجب أن تتكون من أربعة شهاد و لا تقل عن ثلاث شهادات وفقا للمادة 5 من المرسوم التنفيذي 2000-336 السابق ذكره³

¹ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 84.

² مجوح انتصار، المرجع السابق، ص 308.

³ المرسوم التنفيذي 2000-336، مؤرخ في 2000.10.26، المستحدث لوثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كيفيات إصدارها و تسليمها.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

ثالثا: إصدار الشهادة الرسمية للملك الوقفي:

طبقا للمادة 05 من المرسوم 2000-336 تصدر مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد إذا اجتمعت أكثر من ثلاث وثائق إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي¹ يقوم موظف مختص و مؤهل على مستوى مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف بإبرام السند الذي يحتوي هذه الوثيقة و تتضمن حسب المادة 03 من القرار المؤرخ في 26-05-2001 عنوان الشهادة، المراجع القانونية المعتمدة، رقم و تاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب مساحة الملك الوقفي و موقعه، و تخضع هذه الشهادة إلى التسجيل و الشهر.

رابعا: تعيين محضر قضائي لمعاينة الملك الوقفي:

يتقدم بهذه العريضة وكيل الأوقاف، لإجراء المعاينة و إثبات صحة الوقف بناء على الاستفسار على العقار الموقوف من كل من له علاقة من بعيد أو قريب و من له معرفة بالعقار، و يكلف خبير عقاري بوضع خريطة طبوغرافية للعقار مع تحديد المسافة و المعالم الأربعة للعقار الموقوف.²

خامسا: تسجيل و شهر الشهادة الرسمية للملك العقاري الموقوف.

لقد اعتبرت التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16/09/2002 و الصادرة عن وزير الشؤون الدينية و وزير المالية أن الشهادة الرسمية للوقف تعتبر عقد تصريحي.

غير أنه من المعلوم أن العقود التصريحية يتم التصريح بمحتواها أمام الشخص المؤهل لإبرام العقود بينما نلاحظ أن الشهادة الرسمية للوقف تبرم بناء على وثائق إشهاد مكتوب تم جمعها و المصادقة عليها في غير حضور الشخص المختص لإبرام العقود، فهو بهذا الوصف

¹ مجوح انتصار، المرجع السابق، ص 309.

² أحمد حمزة، المرجع السابق، ص 144.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

لم يتلقى تصريحاً بل تلقى مجموعة من الشهادات و هو غير مسؤول عن ما جاء فيها كونه لم يصادق على محتواها¹

إن المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26/10/2000 المحدث لهذه الشهادة نص في المادة 05 منه أن الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ترفق بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة و هو الشرط الذي تم إغفاله في القرار المؤرخ في 26 ماي 2001 المحدد لشكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي و كذا الملحق الموضح لنموذج هذه الشهادة و المرفق بالقرار لكن مع ذلك فهذا الشرط المنصوص عليه بالمرسوم ينقص من قيمة الشهادة²

¹ محمد كنانة، المرجع السابق، ص 102.

² رامول خالد، [قاعدة الرسمية]، مجلة الموثق، عدد 04، سنة 2001، ص 32.

المبحث الثاني: التسجيل و الإشهار في عقد الوقف العقاري.

إن تحرير السند التوثيقي للوقف أو لأي معاملة عقارية من طرف الموثق سيضفي على السند طابع الرسمية الذي رغم أنه من المسائل الجوهرية في وجود الوقف و توافر جميع أركانه و سلامتها من كل عيب، و الرسمية في الوقف خصوصا هي ضمان لتحقق مقاصده و استمراره، إلا أنها قد لا تكون كافية لوحدها لإثبات الملكية العقارية و تحصيلها مالم يتبع بما يطلق عليه "شروط نفاذ الوقف" و هي عبارة عن إجراءات التسجيل و الطابع و تستكمل بالشهر العقاري لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا و هذا ما سنتطرق إليه في مطلبين متتاليين و هما تسجيل الوقف الوارد على عقار و شهر، على مستوى المحافظة.

المطلب الأول: تسجيل الوقف العقاري.

سنتعرض في هذا المطلب إلى مفهوم التسجيل الوارد على كل تصرف قانوني و إجراءاته بشكل عام ثم سنتطرق إلى عملية تسجيل العقارات الموقوفة فثي ظل عملية إعداد مسح الأراضي العام.

الفرع الأول: التسجيل الجبائي

أولاً: مفهوم التسجيل الجبائي: يمكن تعريف التسجيل-Enregistrement- بأنه إجراء جبائي منظم من طرف مصلحة إدارة الضرائب وفق قواعد و ضوابط محددة قانوناً، يتم من خلاله تأدية الرسم المستحق لفائدة الخزينة العمومية¹

و منه فالتسجيل أحد الشكليات الواجبة في جميع التصرفات القانونية المفرغة في قالب توثيقي، و جميع التصرفات الواردة على العقار و الحقوق العينية العقارية تخضع للتسجيل بموجب الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم.

¹ بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية و التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2005/2004، ص 83.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و تظهر علاقة التسجيل بالتوثيق بصفة جلية من خلال نص المادة 40 من القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق "يقوم الموثق بتحصيل على الحقوق و الرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملتزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود، و يدفع مباشرة لقاءضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، و يخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة الدولة وفقا للتشريع المعمول به، و ينبغي على الموثق زيادة على ذلك، فتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيه المبالغ التي يحوزها".

فحسب التفسير الدقيق للمادة فإن الموثق ملزم بتسجيل جميع التصريحات و السندات التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع لها مكتبه.

أما بالنسبة لعقد الوقف الوارد على العقار فتطبيقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف "تعض الأملاك الوقفية من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر و الخير". نستنتج منها أن التسجيل الجبائي مفوض على جميع الأوقاف إلا ما كان منها عاما و حسب تفسيرنا فإن الخلفية القانونية من وراء إعفاء هذا النوع من رسوم التسجيل هو تشجيع الوقف العام عن الوقف الخاص.

ثانيا: أهمية التسجيل:

للتسجيل الجبائي أهمية تعكس على الصعيدين الجبائي و القانوني فمن الناحية الجبائية تعد الضريبة العقارية من أهم الآليات لبعث التنمية الاقتصادية و ترقية الإستثمار، و باعتبار التسجيل الجبائي يتم بتحصيل الرسوم المحددة وفقا لقانون التسجيل و تبعا للتعديلات الدورية لقانون المالية السنوية و التكميلية و تكون هذه الرسوم بنسب مئوية ثابتة أو رسوم نسبية تصاعدية و تختلف باختلاف المعاملة أو التصرف الوارد على العقار.

أما على الصعيد القانوني، فهو يكتسي أهمية بالغة، كونه يعتبر من أهم الشروط الشكلية التي تتطلبها عملية شهر التصرفات العقارية، على اعتبار أن المحافظ العقاري مخول قانونا يرفض إيداع أي سند و بالتبعية رد إجراء إشهاره ما لم يتم تسجيله مسبقا بمصلحة التسجيل و

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

الطابع¹، و له أيضا دور في تثبيت رسمية السندات التوثيقية و ضمان حفظها و إثبات وجودها تجاه الخزينة العمومية و كذا تمكين الدولة من فرض رقابتها على حركة رؤوس الأموال العقارية و إعادة تقييمها بما يسمح بتحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عنها.²

الفرع الثاني : إجراءات التسجيل الجبائي:

بداية فإن الاختصاص الإقليمي للتسجيل الجبائي بخصوص التصرفات العقارية يتحدد بموقع مكتب التوثيق و ليس بموقع العقار، حيث يلتزم الموثقون بإيداع جميع الوثائق التي نص عليها قانون التسجيل و التي تودع على مستوى مصلحة التسجيل و الطابع و تتمثل هذه الوثائق في الكشوف الإجمالية³ حسب نص المادة 153 من قانون التسجيل، و تودع هذه الكشوف لدى مكتب التسجيل المختص في أجال المحددة بموجب هذا القانون و تكون مرفقة بالنسخ الأصلية أو البراءات الخاصة بالعقود المسجلة فيها مع دفع الرسوم المستحقة: التي تستوفي في الآجال القانونية لإيداعها إما بناء على رسم نسبي⁴ أو ثابت⁵

هذا و قد حددت مواد قانون التسجيل المكاتب المؤهلة قانونا للقيام بعملية التسجيل و هذا في الباب الرابع من هذا القانون تحت عنوان المصالح المختصة بتسجيل العقود و نقل الملكيات،

¹ لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 129.

² أنظر، مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية -دراسة في القانون الجزائري-، (د ط)، دار هومه للنشر، الجزائر، 2014، ص 170.

³ الكشوف الاجمالية: عبارة عن استمارات معدة مسبقا من قبل مصلحة إدارة الضرائب تسلم مجانا للموثق، تدون عليها طبقا لأحكام المادة 153 من قانون التسجيل: تاريخ و رقم العقد و الأحكام الموجودة في الفهرس - ألقاب و أسماء الأطراف و سكنهم - نوع العقود و الأحكام - المبالغ و القيم الخاضعة للرسوم - مبلغ الرسوم الثابتة أو النسبية المستحقة، انظر لزرق بن عودة مرجع سابق ص 129

⁴ الرسم النسبي: تلك الرسوم المقررة في حال نقل الملكية أو حق الانتفاع، و هي تخضع لمبدأ التدرج حسب قيمة العقار، فكلمة قيمة العقار زادت معه نسبة الرسم. انظر لزرق بن عودة مرجع سابق، ص 130

⁵ الرسم الثابت: ذلك الرسم الذي لا يتغير بالنسبة لجميع العمليات من نفس النوع فتكون الحصة ثابتة بالنسبة لجميع العقود التي لا تتضمن أحكام من شأنها تحصيل الرسم النسبي أو التصاعدي. انظر لزرق بن عودة مرجع سابق، ص 130.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و بالتالي لا تتم عملية التسجيل إلا في هذه المكاتب التي حددت بالمواد من 75 إلى 79 من قانون التسجيل.¹

و تحدد آجال التسجيل بشهر يسري من تاريخ تحرير العقد، هذا بالنسبة للسندات الخاضعة لرسم نسبي، أما بالنسبة للسندات الخاضعة لرسم ثابت فأجالها تسري من تاريخ الشهر الموالي من تاريخ تحرير العقد و ذلك تحت غرامات جبائية يتحملها الموثق و إذا صادف آخر يوم من الأجل يوم عطلة امتد الأجل تلقائيا إلى أول يوم عمل يليه مباشرة.

و لا نترك الكلام في اجراءات التسجيل الجبائي للسند التوثيقي المثبت أو الناقل الملكية العقارية قبل أن نشير، أنه زيادة على رسوم التسجيل التي يلتزم الأطراف بدفعها فقد ألزم المشرع بعموم أحكام الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 09-ديسمبر-1976 و المتضمن قانون الطابع المعدل و المتمم² الاطراف بدفع رسوم الجبائي أو ما يعرف بالدمغة و رسم الطابع و هو نوع من الضريبة المفروضة على المحررات الخاضعة للتسجيل، حيث يلتزم الموثقون بوضع طوابع جبائية على السندات التوثيقية المقدمة للتسجيل.³

و بالنسبة للوقف فإن المشرع الجزائري و من أجل تشجيع الواقفين على عمل البر و الخير قد أعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى طبقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف، و هوما عليه غالبية النظم الضريبية المعاصرة بالنسبة لأعمال البر.⁴

¹ الأمر 76-105، المؤرخ في 9/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، المعدل و المتمم، جريدة رسمية، عدد 81 الصادرة بتاريخ 18-12-1977.

² الأمر 76/103 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون الطابع المعدل و المتمم.ج-ر-ع 39، الصادرة بتاريخ 15/05/1977.

³ لزرق بن عودة، المرجع السابق، ص 131.

⁴ منذر قحف، المرجع السابق، ص 124.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و الجدير بالذكر أنه حالة عدم مراعاة إجراءات التسجيل، فإن عقد الوقف المتعلق بعقار يكون محلا لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري و ذلك تطبيقا لنص المادة 100 من الرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري.¹

و قد جعل قانون الأوقاف تسجيل العقد في السجل العقاري واجبا كما ألزم المصالح المكلفة بالسجل العقاري بإبلاغ الهيئة المكلفة بالأوقاف بنسخة من عقد الوقف.

المطلب الثاني: شهر الوقف العقاري.

و إن كانت العلاقة بين التسجيل الجبائي و العمل التوثيقي وطيدة، فإن العلاقة بين الإشهار العقاري و العمل التوثيقي أوطد و أخطر و هذا يقوم على اعتبار أن المشرع الجزائري لم يعترف بحق الملكية خاصة العقارية في مواجهة الغير إلا من خلال السند الرسمي الذي يكون مشغولا بصيغة الشهر العقاري و لهذا سنعرض في هذا المطلب مسألة شهر عقود الوقف باعتبار هذا الإجراء لا يعد شرطا أساسيا لنقل الملكية و إعلام الغير فقط إنما يلعب دورا هاما في إضفاء الحجية على الأملاك المشهورة باسم الوقف.

الفرع الأول: مفهوم الشهر العقاري:

يتضح لنا من استقراءنا للنصوص المنظمة للنشاط العقاري، خاصة ما يتعلق منها بالقوانين التي تدبر مصلحة الحفظ العقاري أن المشرع الجزائري لم يكتف في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها أن يكون السند المعين لها محررا بمعية موثق و مؤشر عليه من قبل مصلحة التسجيل و الطابع² بل أنه صاغ قاعدة آمرة بعموم أحكام المادة 793 من القانون المدني نصت على "لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدبر مصلحة شهر العقار"، نستشف من أحكام هذه المادة أن شهر التصرفات العقارية يجب أن يكون مطلقا و بدون استثناء بحيث لا ينتقل حق الملكية و لا أي حق عيني على عقار إلا بعد إجراء الشهر، و

¹ رامول خالد، المرجع السابق، ص 97.

² لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 132.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

أنه لا وجو و لا فعالية للأعباء و التكاليف التي تتقل العقارات إلا من تاريخ قيدها بالصحيفة العينية للعقار.¹

و بالحديث عن الوقف فإنه يتعلق الشهر بعقود الوقف التي يكون محلها عقارا أو حق عيني عقاري بحيث لا تنتج آثارها بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهر العقد و هذا تماشيا مع الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري عند تبنيه نظام الشهر العيني و يظهر هذا بوضوح من خلال صياغته لأحكام الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري خصوصا في نص المادة 15 و 16 منه فقد نصت 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 الطبقات العقارية..." و بشكل أكثر وضوح نصت المادة 16 على "العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

و استنادا لنصوص هذه المواد و نص المادة 41 من قانون الأوقاف نجد أن المشرع يلزم أن يشهر عقد الوقف الرسمي، و هي نتيجة طبيعة خاصة إذا تعلق الأمر بعقد وقف و ورد على عقار أو حق عيني عقاري.

التمييز بين الرسمية و الإشهار:

يعرف الإشهار العقاري بأنه نظام قانوني يتم وفقا لإجراءات محددة قانونا تضمن حق الملكية و الحقوق العينية الواردة على العقار و جميع العمليات القانونية الواردة على العقارات.² و تكمن أهمية الإشهار العقاري في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار و الاحتجاج عليهم و كذلك تقدير الثروة العقارية للأشخاص، أما اهم دور فهو ترتيب الأثر العيني الذي لا يمكن أن

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، [د ط]، دار هومه للنشر، [د ب ن]، 2014، ص 164.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 118.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

يترتب إلا بإتمام الشهر، فشهـر التصرفات العقارية هو مصدر وجود و نشأة الحق العيني العقاري.¹

أما الرسمية فهي ركن في التصرف الذي يشترط القانون أن تكون الشكلية ركنا فيه، و تكمن أهميتها في تنبيه الأشخاص إلى أهمية و خطورة التصرف المقدمين عليه خاصة في عقود التبرع، و كذلك توفير سند إثبات يكون حجة على الجميع مالم يثبت تزويره، و تختلف الرسمية للانعقاد عن الرسمية للإثبات فالأولى تخلفها يؤدي إلى البطلان المطلق للتصرف و هو حال التصرفات الواردة على عقار أو على حق عيني عقاري أما الثانية فلا يترتب على تخلفها البطلان.²

إضافة إلى هناك اكتساب المحرر للصفة الرسمية مرهونا بمجموعة من الشروط يتحقق باجتماعها المصادقية و الثقة في المحرر هذا لأن المشرع اشترط أن تصب الصبغة الرسمية من طرف موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة تطبيقا لنص المادة 324 ق.م.ج.

الفرع الثاني: إجراءات الشهر العقاري.

يخضع السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية لإجراءات الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية الواقع بدائرة اختصاصها العقار محل التصرف، وفقا لما نصت عليه المادة 04 من المرسوم رقم 63-76 و ذلك بمقتضى رسم اشهار نسبي يحدد بـ 0,1% من قيمة الثمن أو التقويم المصرح به في السند المقدم للإشهار، و المتضمن نقل الحقوق العينية العقارية المشاعة أو غير المشاعة بعوض أو دون عوض³ حيث يلتزم الموثق بعد تسجيل السند التوثيقي لدى مصلحة التسجيل بإعداد نسخة مطابقة له مع إضافة مراجع التسجيل عليها.

¹ خلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار هوم، الجزائر، 2008، ص 140.

² مجوح انتصار، مرجع سابق، ص 306.

³ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 135

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و لقبول الإيداع شكلا يتوجب على الموثق أن يقوم بإيداع صورتين رسميتين أو نسختين من السند المطلوب شهره، و ذلك في آن واحد بعد تحرير مضمون السند على مستخرج أو نموذج خاص يسمى إجراء إشهار عقاري¹ تسلمه الإدارة مجانا لمحري العقود، ليقوم بعد ذلك المحافظ العقاري بالتأشير على هاتين النسختين و إرجاع إحدهما إلى الموثق و الاحتفاظ بالثانية التي تحمل تأشيرة التصديق على الهوية و تأشيرة الشرط الشخصي للأطراف لحفظها و ترتيبها على مجموعة البطاقات العقارية حسب ترتيب حجمها و رقمها، و هذا في حالة قبول الإيداع و تنفيذ إجراء الشهر.²

و بالحديث عن الإيداع فقد ورد في المادة 20 من الأمر 74/75 المتضمن الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ما يلي "تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون يمسك السجل العقاري و إتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري و ذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر".

و بهذا نجد أن المشرع الجزائري أو كل مهمة حماية الملكية العقارية و متابعة إجراءات الشهر الشهر العقاري إلى المحافظة العقارية برأسه المحافظ العقاري ليس هذا فحسب و أيضا إن المشرع الجزائري قد أقر قاعدتين أساسيتين هي قاعدة الرسمية و قاعدة الأثر النسبي.

إن قاعدة الرسمية هي استثناء عن الأصل، فقد فرض المشرع الجزائري أن يكون العقد شكليا من خلال إفراغه في قالب رسمي في كل العقود الخاضعة للشهر العقاري، فالتصرفات الواردة على عقار لا أثر لها حتى بين المتعاقدين أنفسهم، إلا من تاريخ شهرها في المحافظة العقارية، فالشهر العقاري يتطلب أن تقدم هذه العقود في شكل رسمي.³

¹ هو عبارة عن مستخرج في شكل جدول معد مسبقا من قبل مديرية الحفظ العقاري، لأجل اتمام عملية الشهر العقاري و يحتوي على جدول إشهار عقاري على عدة خانات تدرج فيها البيانات التالية: خانة مخصصة للإيداع و ثانية لرقم المخلد و تاريخ و رقم الشهر و ثالثة للرسم، أما الخانة الرابعة فهي مخصصة لمراجع المسح و ملخص العقد إلى جانب الإطار المخصص للمحافظ العقاري.

² و يس فتحي، مرجع سابق، ص 354.

³ مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص 85.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و الوقف عقد شكلي كما سبق لنا بيانه يخضع للإجراءات المنصوص عليها في المادة 793 من ق.م.ج و هذا ما أكدته المادة 41 من قانون الأوقاف.

أما قاعدة الأثر النسبي و بناء على ما ورد في المادة 88 من المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري " لا يمكن القيام بأي إجراء مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير..." و بناء عليه فإن المحافظ العقاري لا يمكنه شهر أي وثيقة رسمية تتضمن تصرف وارد على عقار، مالم يكن له أصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية و هو ما يعرف بأصل الملكية.

و مع هذا لا يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم بفرض تطبيق قاعدة الشهر المسبق على جميع السندات الخاضعة لعملية الشهر العقاري، فهناك حالات لا يمكنه فيها مراقبة المحررات محل الشهر مع محررات سابقة و يرجع هذا لكون هذا الإجراء هو الأول، أو لحالات إقتضتها ظروف التحول من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني.¹

و يمكن حصر هذه الحالات في عقد الشهرة، العقود التي اكتسبت تاريخ ثابت قبل 1971/01/01 الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري _شهادة الحياة_ الاستثناء الوارد في المادة 117 من المرسوم التشريعي رقم 93- 18 المؤرخ في 1993/12/29² و المتضمن قانون المالية لسنة 1994 _عقد الملكية الذي يسلم في إطار التحقيق العقاري_ الشهادة الرسمية للملك الوقفي.³

بعد تمام عملية الإيداع القانونية للوثائق المذكورة أعلاه بالمحافظة العقارية المعنية و بالضبط على مستوى قسم الإيداع و عمليات المحاسبة، وفقا للأجال المحددة قانونا يلتزم المحافظ

¹ ليلي زروق و حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، [د ط]، دار هومه للنشر، الجزائر، 2013، ص 244.

² مرسوم تشريعي رقم 93- 18 المؤرخ في 1993/12/29 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 ج ر ع 88 الصادرة في 1993/12/30.

³ للمزيد راجع، محمد خلفوني، مرجع سابق، ص 93، 94 و ليني زروقي و عمر حمدي باشا، مرجع سابق. ص 248_249.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

العقاري بتجسيد العملية و ذلك بالتأشير بالسند المقدم للإشهار و الوثائق المودعة على سجل الإيداع تمهيد التنفيذ الإجراء، على أن يقوم بتسليم الموثق وصل إيداع يفيد استلام السند، يحمل مراجع الإيداع و تاريخه و مراجع البطاقة العقارية¹ كما له بعد ذلك الاطلاع على فقرة الثمن أو التقويم لتحديد رسم الاشهار و الذي يلتزم الموثق بتسديده عن طريق شيك قبل تمام العملية، على أن يقوم المحافظ العقاري رفقة مساعديه بمراجعة السند المقدم للإشهار من حيث الشكل و المضمون للتأكد من سلامته و اكتمال أركانه و شروط انعقاده.

إن عملية مراجعة و فحص المحافظ العقاري للسند المقدم للإشهار، ستنتهي حتما إلى إحدى النتيجتين و هما، إما أن يقرر المحافظ العقاري عدم صلاحيته للإشهار و من ثم رفض إيداعه، و إما أن يقرر قبول إيداعه، و في هذه الحالة يلتزم بتنفيذ إجراء إشهاره و أيا كان الأمر، إذا عاين المحافظ أثناء عملية الفحص الأولية، أن السند المقدم قصد الإجراء يعتريه أحد أسباب رفض الإيداع المشار إليها في المادة 100 من المرسوم رقم 63-76 المشار إليه أعلاه، فإنه يقوم برفض الإيداع بقرار مسبب مع إخطار الموثق بذلك لاستدرا النقص أو تصويب الخطأ².

و باعتبار ان عملية الفحص الأولية للسند المقدم للإشهار هي عملية سريعة و سطحية للشروط الشكلية للإشهار، يمكن لمحافظ العقاري رد تنفيذ إجراء إشهار السند بعد قبول إيداعه، إذا تبين له أن السند محل الإشهار مشوب بأحد أسباب رد تنفيذ الإجراء المنصوص عليها في المادة 101 من المرسوم 63-76 و في هذه الحالة على المحافظ أن قرار وقف تنفيذ السند و يبلغه إلى الموثق في خلال 15 يوم تسري من تاريخ الإيداع بعد اقتطاع تلقائي لمبلغ ألف (1000) دينار من رسم الاشهار المسند عند الإيداع حسب نص المادة 353 فقرة 11 من قانون التسجيل³.

¹ حميدي محمد لمين، نظام تورنس Le système de torrens للشهر العقاري و تطبيقاته في النظام العقاري الجزائري، [د ط]، دار هومه للنشر، الجزائر، 2015، ص 212.

² لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 138.

³ أنظر نص المادة 353 الفقرة 11 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل، المعدلة بموجب المادة 10 من القانون 03-22 المؤرخ في 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج ر، عدد 38، الصادرة بتاريخ 29-12-2003.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و في حالة كون القرار غير مسبب، فيمكن للموثق إيداع السند موضوع الرفض من جديد خلال 15 يوم من تاريخ تبليغه بقرار الرفض دون دفع المبلغ المقتطع، حيث يتولى المحافظ العقاري ككلمة قيمة الرسم تلقائياً.

أما في حالة اكتشاف المحافظ العقاري للخطأ أو النقص أو العيب الذي يعترى السند بعد تنفيذه لإجراء الاستحقال فهنا يقوم باستدعاء الموثق لتصحيح الخطأ أو تكلمة النقص أو تصويب العيب و هنا تكون أمام إحتمالين إما أن يستجيب الموثق لطلب المحافظ و في هذه الحالة لا يثور أي إشكال، فيقوم المحافظ بالتأشير على الأخطاء و التعديلات، و في حال عدم الاستجابة فهنا يوقف المحافظ أي إجراء لاحق للحق المكتسب¹ إلى غاية تدارك النقص المعين حسب المادة 109 من المرسوم السابق.

كما قد يحدث أن يقوم المحافظ العقاري بشهر سند توثيقي ينطوي على مخالفة قانونية حسيمة، يستعصي على الأطراف و الموثق تداركها بعقد تصحيحي أو تعديلي و تعذر على المحافظ العقاري الكشف عنها في حينها، و في هذه الحالة ألزمت المذكرة رقم 4318 الصادرة عن مديرية أملاك الدولة بتاريخ 1998/10/27² جميع المحافظين العقاريين بالإلغاء الفوري لإجراء الإشهار مع ضرورة إبلاغ المدير الولائي للحفظ العقاري بالقرار المتخذ الذي يتعين عليه إرسال تقرير مفصل إلى الإدارة المركزية و رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة لإبطال آثار إشهار السند لمخالفة القوانين و التنظيمات المعمول بها في مجال الحفظ العقاري، اعتماداً للصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة 10 من المرسوم رقم 91-65 المؤرخ في 02/مارس/1991 مع ضرورة شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى أمام نفس المحافظة العقارية، حماية لحقوق الغير.³

¹ ويس فتحي، مرجع سابق، ص 374 و 375.

² المذكرة رقم 4318، الصادرة بتاريخ 1998/10/27، فيما يخص تبديد الأملاك الوطنية (تعليمية رقم 5 مؤرخة في 1998/09/21 صادرة عن السيد رئيس الحكومة)، مجمع النصوص لسنة 1998، المديرية العامة للأملاك الوطنية وزارة المالية.

³ رمول خالد المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في تشريع الجزائري، [دط]، قصر الكتاب، الجزائر-البليدة-، 2001، ص 137.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و لا نترك الكلام في إجراءات الشهر للسند التوثيقي قبل أن تشير إلى أنه بالرغم من أن النظام القانوني المطبق في الجزائر يخضع التصرفات على العقارات و الحقوق العينية العقارية المتصلة بها إلى نظام الشهر العقاري، إلا أن إنعقاد و صحة هذه التصرفات يبقى مستقلا عن إجراءات شهرها، و معنى ذلك أن الشهر العقاري لا يعتبر ركنا لإنعقاد التصرف العقاري، و تبقى الشكلية الوحيدة التي تعتبر ركنا في التشريع الجزائري هي قاعدة التوثيق الإجباري أو ما يعرف بالكتابة الرسمية المنصوص عليها بعموم أحكام المادة 324 ق.م.ج.¹.

و هو ما يعني أن المرحلة التحريرية التي تتم بمعية الموثق هي الحجر الأساس لانعقاد التصرف الوقفي أو أي تصرف قانوني آخر إنعقادا صحيحا و قائما و مرتب لجميع الآثار الشخصية و الآثار العينية تبقى مرهونة بالتأشير بالتصرف يكامله على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار و الموجودة على مستوى المحافظة العقارية.

الفرع الثالث: أهمية الإشهار في عقد الوقف.

إن خصوصية الوقف تعطي لإشهار عقد الوقف أهمية و أبعاد خاصة²

- نستشف من المادة 29 من قانون التوجيه العقاري 90-25 "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري" و مواد التقنين المدني أن إثبات حق الملكية و الحقوق العينية العقارية و جميع العمليات القانونية الواردة على عقار يثبتها عقد رسمي مشهر، و طبقا لنص المادة 41 من قانون الأوقاف التي اشترطت الشهر إضافة إلى الرسمية في عقد الوقف العقاري، و المصالح المكلفة بالسجل العقار تكون ملزمة بتقديم إثبات للواقف بهذا الإشهار، كما تحيل نسخة منه إلى مصلحة الأوقاف و لقد حددت التعليم رقم 00287 المؤرخة في 29/01/2000 النموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي يقوم يتم بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف.

¹ لزرق بن عودة، مرجع سابق، ص 141.

² مجوح انتصار، مرجع سابق، ص 306.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

و تظهر أهمية شهر 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 ولاية¹ و المعلوم أنه بمناسبة الشهر العقاري في السجل العقاري للأملاك العقارية بصفة عامة و العقارية الوقفية بصفة خاصة التي شملها المسح و الإيداع لدى المحافظة العقارية يتم تسليم دفتر عقار إلى مالك العقار طبقا لأحكام المادة 18 من المرسوم 63-76 و بالنسبة للوقف فإن الدفتر العقاري باسم الوقف -خاصة و أن هذا الأخير قد منحه القانون التي يكون محلها عقار أو حق عيني عقاري لا تنتج آثارها بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهر العقد.²

و كون قانون الأوقاف جعل مسألة تسجيل العقد في السجل العقاري واجبا حتى تنتج آثارها بالنسبة للغير هذا إضافة إلى دور الشهر في إضفاء الحجية على الأملاك المشهورة باسم الوقف و حمايتها من الاستيلاء و التعدي و ذلك برفض إيداع أي عقد ماس بهذه الأملاك الوقفية.³

إن المشرع الجزائري أخذ بلزوم الوقف على رأي جمهور الفقهاء و لذلك لا يجوز للواقف أن يرجع عن وقفه استنادا للمادة 16 من قانون الأوقاف، و متى أبرم الواقف عقد الوقف الرسمي تتأكد إرادته في الوقف و عدم الرجوع فيه و هي إرادة يحميها عقار مورثهم إذا كان عقد الوقف لم يخضع للإشهار و من هنا تظهر قيمة الإشهار.

على هذا الأساس يكفي لإثبات الوقف الوارد على عقار استثناء عقد رسمي حماية لإرادة الواقف و حقوق الموقوف عليهم و هذا الاستثناء يدخل في مفهوم المادة 8 من قانون الأوقاف التي تعتبر في فقرتها الخامسة أن من بين الأوقاف العامة المصونة للأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية.⁴

و قد جاء في المذكرة رقم 00389 الصادرة في 23-01-2001 من مديرية الأملاك الوطنية "أن حق الموقوف عليهم بالنسبة لعقار وقف وفقا خاصا هو بالتأكيد ليس حق ملكية

¹ رمول خالد، مرجع سابق، ص 98.

² مجوج انتصار، مرجع سابق، ص 307.

³ أنظر، محمد كنانة، مرجع سابق، ص 76.

⁴ أنظر مجوج انتصار، مرجع سابق ص 308.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

كامل و شامل و لكنه حق انتفاع و بالتالي هو خاض للإشهار العقاري و بالنسبة للشهادة التوثيقية بعد الوفاة المتضمنة العقارات الموقوفة وقفا خاصا يكون لها أثر تبيان هوية الموقوف عليهم كما تم تحديدهم في عقد تأسيس الوقف كما أنها تشكل في حد ذاتها السند الرسمي المثبت لممارسة حق الانتفاع على عقار موقوف وقفا خاصا¹.

هذا بالنسبة للوقف الخاص، أما بالنسبة للوقف العام فمن باب أولي يمكن للموقوف عليهم أو السلطة المكلفة بالأوقاف تقديم عقد الوقف الرسمي للإشهار و هذا يؤكد أهمية الرسمية في عقد الوقف حماية لإدارة الواقف و حقوق الموقوف عليهم².

و على العموم إن كانت المادة 41 من قانون الأوقاف تلزم الواقف بإشهار عقد الوقف الرسمي فالحقيقة أن الذي يلتزم بذلك هو الموثق تطبيقا لأحكام المادة 90 من مرسوم 63-76 و التي جاء فيها "ينبغي على الموثقين و كتاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعمل على إشهار جميع العقود و القرارات القضائية الخاضعة إلى الإشهار العقاري و المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم و ذلك ضمن الآجال المحددة"، و التزام الموثق في هذه الحالة هو التزام بتحقيق نتيجة يترتب عليه مسؤولية مدنية و إدارية³.

و للإشهار أهمية بالغة في جره الأملاك الوقفية و هذا منذ شرعت الجزائر في تبني تطبيق نظام الشهر العيني بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، حيث يمكن للملاك و الحائزين بعد افتتاح عملية المسح الإدلاء بتصريحاتهم حول ملكياتهم لفرق المسح التي تتخذ مقر لها بالبلدية المعنية، و يأتي هنا دور سلطة الأوقاف لتتقدم بالتصريحات و تقديم الوثائق اللازمة لتسجيل الأملاك الوقفية ضمن السجل العقاري حتى لا يمكن الاستيلاء عليها.

و في هذا السياق نصت المادة 08 من قانون الأوقاف، المعدل و المتمم "تخضع الأملاك الوقفية العامة لعملية جرد عام حسب الشروط و الكيفيات و الأشكال القانونية و التنظيمية

¹ أنظر، حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، [د ط]، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 80.

² أنظر، مجوج انتصار، مرجع سابق، ص 307.

³ خلفوني مجيد، مرجع سابق، ص 65.

الفصل الثاني: الضوابط الشكلية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي

المعمول بها، يحدث لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية و تشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك، تحدد كميّات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

يؤكد هذا النص على ضرورة إشهار الوقف الوارد على عقار فلا بد من تسجيله في مجموعة البطاقات العقارية، و من جهة ثانية التمكين من جرد الأملاك الوقفية العامة، و قد صدر المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في 2003/02/04 المحدد لكميّات تطبيق المادة 08 و نص في المادة الرابعة منه على أن يحدد شكل و محتوى السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية بموجب قرار مشترك، و قد صدر هذا الأخير بتاريخ 2003/11/15 و نص في المادة الثانية منه "يأخذ السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية شكل البطاقات العقارية المنصوص عليها في القرار المؤرخ في 27 جمادى الأولى العام 1369 الموافق لـ 27 ماي 1976 و المتعلق بالبطاقات العقارية المستعملة من قبل المحافظات العقارية و تكون باللون الأزرق".

خلاصة الفصل الثاني:

يمكننا القول في خلاصة هذا الفصل:

أن العقد التوثيقي من أهم وسائل حفظ العقار الوقفي و هو الطريق لإستمرار الانتفاع بالوقف وفق إرادة الواقف و شروطه، لذا اشترط المشرع الرسمية تحت طائلة البطلان و بالتالي يمكننا القول أن الشكلية في الوقف العقاري هي ركن من أركان العقد، لهذا تقيد الأفراد في هذا المجال بضرورة صب هذه التصرفات في الشكل الرسمي.

و لقد مر العقد التوثيقي للوقف بمراحل مميزة وضعت كل مرحلة لبنة إيجابية لسد الفراغ التشريعي بخصوص الأوقاف و لإعادة تفعيل هذا القطاع الحضاري لعلى المرحلة السابقة لظهور قانون التوثيق لم يتم فيها اللجوء إلى توثيق الأوقاف ذلك راجع إلى التصرفات و العقود آنذاك كانت تثبت بالمحرمات العرفية، بل و تطور الوقف حسب طابعه الديني حتى أصبح يحرر من قبل القضاة الشرعيين على مستوى المحاكم الشرعية حتى فترة انتهاء العمل بالمحاكم الشرعية أي خلال السبعينيات و بصدور الأمر 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق أقر المشرع الجزائري قاعدة الشكلية في جميع المعاملات العقارية تأكد ذلك بدخول قانون التوثيق حيز النفاذ و مع هذا بقي الإشكال مطروح بخصوص الوقف خاصة في ظل نص صريح ينص على أن التصرف بالوقف من العقود، لكن بصدور قانون الأوقاف، 10/91 ألزم المشرع الواقف بأن يقيد وقعه و اعتبرت المادة 41 منه الشكلية في وقف العقار ركن من أركانه.

و قد خطا المشرع الجزائري خطوة هامة لتحقيق جملة الضوابط الشكلية، يتأكد ذلك من خلال الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و من خلال نص قانون الأوقاف ذاته حيث استوجب إقتران الشكية بالشهر إذا تعلق الأمر بالوقف العقاري و هذا من جهة تماشياً مع السياسة الشرعية و من جهة أخرى لصيانة الأملاك الوقفية من الضياع و الاستيلاء، و هي من المبررات الأكثر أهمية لتوثيق الوقف، إذ أنه إذا أنشأ الوقف و لم يقترن بالشهر فلا يمكن الإحتجاج به أمام الغير بل يجب استرداكه و مع هذا فقد وجدنا بعض الغموض و عدم الانسجام بخصوص مسألة الشهادة الرسمية للوقف و طبيعتها القانونية و مدى حجيتها إذا ما قارناها بالعقد التوثيقي.

خاتمة

تصميم وانجاز مكتبة عون للتجليد

حاولت من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على إحدى وسائل التوثيق في مجال المعاملات الوقفية العقارية و هو العقد التوثيقي الذي يبرمه الموثق، حيث تناولنا الموضوع من جانب الضوابط و التي يطلق عليها غالبا -الشروط- و التي تنقسم بدورها إلى ضوابط موضوعية و ضوابط شكلية.

يطلق عادة على الضوابط الموضوعية بشروط الإنعقاد فهي تعد بمثابة القاعدة الأساسية التي يجب مراعاتها قبل مباشرة تحرير السند الوقفي. إذ يجب على الموثق القيام بدور آخر إلى جانب دوره الرئيسي المتمثل في صب المعاملة الوقفية في قالب شكلي و تحقيق مبدأ الإئتمان و هو دوره في التقصي عن الواقف من جهة و عن العقار الموقوف من جهة أخرى و هذا لما تطرحه جملة من هذه الضوابط من إشكالات عملية أمام الموثقين و باعتبار عقد الوقف ذو نوع خاص، لذا وجب على موثق الأوقاف أن يكون أكثر دراية بالأحكام الشرعية المتعلقة بالوقف حتى لا يقع في المبطلات أو يفتح باب النزاعات.

أما الضوابط الشكلية فهي عبارة عن شروط النفاذ و باعتبار أن السند التوثيقي يتمتع بقوة قانونية مزدوجة هي قوته في الإثبات و قوته في التنفيذ، جعل المشرع يقر جملة من الشروط الشكلية في المعاملة الوقفية العقارية هي ضرورة القيام بعملية تسجيل و شهر المحرر التوثيقي للوقف و هذا تأكيد على أن المشرع لا يقصد التماشي مع السياسة الشعبية فحسب إنما قناعة منه أن أفضل وسيلة لحماية الملك الوقفي الخاص هو العقد التوثيقي.

و نخلص إلى جملة من النتائج مفادها أن:

- أن مقاصد الوقف لا يمكن أن تتحقق إلا في ضل حماية شرعية و قانونية حقيقية و قد خطا المشرع خطوة هامة في هذا الطرح عن طريق تطويره في المنظومة القانونية للوقف بقانون 10/91 و ما تبعه من تعديلات.
- خضوع العقد التوثيقي الوقفي إلى جملة من الضوابط الموضوعية و الشكلية و كذا الإجراءات المنوطة بتوثيق العقار باعتبار أن الوقف التزام بالمفهوم العام للعقد و إجباري التوثيق مادام مخله عقار.

- الشكلية هي ركن في الوقف العقاري .
 - تضيق المشرع الجزائري على ضوابط الواقف و العقار الموقوف على أساس أن الوقف العقاري أكثر التصرفات المنقصة للذمة المالية.
 - ضرورة المزج بين أحكام المشرع و أحكام الشريعة في موضوع الوقف العقاري .
 - إلتزامات الموثق و دوره يتعدى إضفاء الصبغة الرسمية على المعاملة الوقفية العقارية إلى دور بالغ الأهمية هو التقصي و التحقق من جملة الضوابط الموضوعية و مدى توفرها و ملائمتها للقانون.
 - ينبغي على الموثق في الوقف الفقه بإحكام الشرعية للوقف حتى لا يقع في المبطلات أو يفتح مجال المنازعات.
- و في النهاية ارتأينا إبداء بعض التوصيات التي نهيب بالمشرع التدخل لتداركها و التي يمكن تصنيفها إلى توصيات على الصعيد التشريعي و

على الصعيد العلمي و توصيات في المجال العملي و التقني كآتي:

على الصعيد التشريعي:

- تعديل صياغة المادة 324 مكرر 3 لتتوافق مع النص الفرنسي "بحضور عدل" مع إضافة فقرة ثانية لتحديد قائمة العقود الإحتقائية و ذلك بتسميتها على سبيل الحصر .
- تعديل صياغة المادة 215 أسرة لتكون "يشترط في الواقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب" بعد ما كانت " يشترط في الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب"
- تعديل المادة 10 من قانون الأوقاف 10/91 و ذلك بإبدال مصطلح مطلقا على أن تصبح "أن يكون مالكا للعين المواد وقفها ملكا تاما".
- استبدال لفظ "عقود" الوارد في المادة 16 من الأمر رقم 74/75 بلفظ "تصرفات" حتى تصبح شاملة للتصرفات الملزمة لجانب واحد كالوقف.

على الصعيد العلمي:

- أن تجعل ضمن أصول وتيرة البحوث للسنوات القادمة موضوع أصول صياغة العقود التوثيقية الوقفية و ذلك للخروج بالعناصر المهمة التي يجب توافرها في العقد الوقفي. ومعرفة الطالب للضوابط و الشروط اللازمة في عقد التوثيقي الوقفي تجعله قادرا على حل الإشكاليات المطروحة في هذا المجال.
- توعية الطلبة بأهمية حفظ العقار الوقفي و توثيقه.

على الصعيد العملي:

- الاستفادة من التطور التكنولوجي في توثيق الوقف العقاري بحيث: يوضع موقع إلكتروني خاص بالأوقاف، يقوم الواقف بالدخول و ملء إستمارة المعلومات الخاصة به و بالعقار المراد وقفه، ليتم التقصي و البحث إلكترونيا و بالتنسيق مع المحافظة العقارية على صحة المعلومات المتعلقة بالعقار و في حالة تأكد صحتها يمكن للواقف إختيار موعد يتقدم فيه إلى مكتب الموثق للتأكد من هويته شخصيا و استكمال باقي الإجراءات الشكلية، و هي طريقة تساعد الموثقين في عملية التقصي عن العقار و تحقق جملة الضوابط الموضوعية المتعلقة به باعتباره حجر الزاوية في عقد توثيق الوقف العقاري.
- أيضا وضع فهارس إلكترونية في مكاتب الموثقين خاصة بالعقود الوقفية لتمكين الرجوع إليها عند الحاجة إلى إثبات صحة التصرف العقاري بسهولة و فورية.
- بالنسبة للموثقين نقترح القيام بدورات دراسية و تكوينية حول أصول صياغة الحجج الوقفية و كل ماله علاقة بأحكام الشريعة بخصوص عقود التبرعات.

قائمة

المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

المصادر الشرعية:

1/القرآن الكريم

- أبي عبد الله محمد القرطبي، تفسير القرطبي-الجامع لأحكام القرآن - ، مجلد 1-2 ، دار الكتب العلمية، (د،ب،ن) ، (د،س،ن).

2/الحديث الشريف

- أبو الحسين مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، (د.ط) ،دار الحلبي ،القاهرة ،1348.

المصادر الرسمية:

1-الاورامر :

- الامر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 ،المتضمن تنضيم التوثيق ،منشور في جريدة رسمية،عدد107 ،الصادرة في 15/12/1970.
- الامر 75-58 ،المؤرخ في 26/سبتمبر/1975 ،المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم ،منشور في جريدة رسمية عدد 78،الصادرة بتاريخ 30/09/1975.
- الامر 75-74 ،المؤرخ في 12/11/1975 ،المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ،المعدل و المتمم، منشور في ج ر عدد 92 الصادرة بتاريخ 18\11\1975.
- الامر 76-103 ،المؤرخ في 09\12\1976 ،المتضمن قانون الطابع المعدل و المتمم، منشور في ج ر، عدد 39، الصادرة بتاريخ 15\05\1977.
- الامر 76-105 المؤرخ في 09\ديسمبر\1976 ،المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم، منشور في ج ،الصادرة في 18/12/197.

- الامر 26-95 المؤرخ في 1995/09/25، يعدل ويتهم الامر 25-90، المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، منشور في ج ر، عدد 55، الصادرة في 1995/09/27.

2- القوانين:

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/جوان/1984 المعدل و المتمم منشور في ج.ر، عدد 24 الصادرة بتاريخ 1984/06/12.
- القانون رقم 27-88 المؤرخ في 13 جويلية 1988، المتضمن مهنة الموثق، منشور في جريدة رسمية. عدد 28، الصادرة بتاريخ 1988/07/13.
- القانون رقم 25-90 المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، منشور في جريدة رسمية، عدد 49، الصادرة بتاريخ 1990/11/18.
- القانون رقم 10-91 و المؤرخ في 27 أفريل 1991. المتعلق بالأوقاف، المعدل و المتمم منشور في جريدة رسمية، عدد 21 الصادرة بتاريخ 1991/05/08.
- القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 يعدل و يتم القانون 10-91 المتعلق بالأوقاف منشور في ج ر. عدد 29 الصادرة بتاريخ 23 ماي 2001.
- القانون رقم 22-03 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 منشور في ر، ع 83 الصادرة بتاريخ 29-12-2003.
- القانون 10-05 المؤرخ في 20 جويلية 2005، يعدل و يتم الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26.09.1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، منشور في ج ر عدد 44 الصادرة بتاريخ 26-07-2005.
- القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، منشور في ج ر ع 14، الصادرة بتاريخ 08-03-2006.
- القانون رقم 02-07 المؤرخ في فبراير 2007 يتضمن تأسيس إجراء المعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، منشور في ج ر ع 15 الصادرة بتاريخ 28-02-2007.

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، منشور في ج ر عدد 21 الصادرة في 2008/02/25

3-/- المراسيم

- ✓ المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم، ج ر، ع 30 الصادرة بتاريخ 1976/04/13.
- ✓ المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13/09/1980 يعدل و يتمم المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر. ع 38. الصادرة بتاريخ 1980/09/16.
- ✓ المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26/أكتوبر/2000 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفيات إصدارها و تسليمها، ج ر، ع 64، الصادرة بتاريخ 2000/10/31.

4- القارات:

- ✓ القرار الوزاري المؤرخ في 26/ماي/2001، يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، ج ر. ع 31. الصادر بتاريخ 2001/06/06.
- ✓ القرار الصادر في 6/جوان/2001، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي ج ر. ع 32. الصادرة بتاريخ 2001/06/10.

5- المذكرات:

- ✓ مذكرة رقم 4318 الصادرة بتاريخ 1998/11/27 فيما يخص تبديد الأملاك الوطنية (تعليمية رقم 5 مؤرخة في 1998/09/21 صادرة عن السيد رئيس الحكومة). مجمع النصوص لسنة 1998 المديرية العامة للأملاك الوطنية-02/ مزارة المالية.

ثانيا: المراجع:

1/ كتب الفقه الإسلامي:

- ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، المجلد الأول، دار الكتب العلمية للنشر، القاهرة (د،س،ن)،
- الامام الحافظ أبي المضر الملقب بابن العمادية، رسالة في الاجازة، (د،ط)، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، 1991
- برهان الدين الطرابلسي، الإسعاف في احكام الاوقاف، الطبعة الاولى، (د،ن)، (د،ب،ن)، 1981.
- الامام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سحنون، مطبعة السعادة، السعودية، 2014.
- محمد بن علي الشوكاني، فتح القدير، الطبعة الاولى، دار ابن كثير، دمشق-بيروت-، 1414.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته-الشامل الأدلة الشرعية والآراء المذهبية واهم النظريات الفقهية، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، 1985.

2/ الكتب العامة:

- ✓ أحمد إبراهيم بك، الالتزامات في الشرع الاسلامي (د ط)، دار الأنصار للنشر، مصدر (د س ن).
- ✓ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، (د ط) دار العلوم للنشر، الجزائر، 2000
- ✓ زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون (النظرية العامة للقانون) - (دط)، دار هومه الجزائر، 2001.
- ✓ عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، الجزء 6(د.ط)، دار الحلبي للنشر، لبنان-بيروت-، 1998.
- ✓ ليلي زروقي و حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام دار هومه، الجزائر 2014.

- ✓ محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد، (دط)، دار الفكر العربي للنشر، (د ب ن) (د س ن).
- ✓ محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، (دط)، منشور أن الحلبي، بيروت، 2007.
- ✓ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-الإثبات في المواد المدنية و التجارية (دط) -دار الهدى، الجزائر، 2011.

3/ الكتب المتخصصة:

- ✓ حبيب غلام نامسي، توثيق الوقف حماية للوقف و التاريخ، الطبعة الأولى الكويت 2013.
- ✓ حلفوني مجيد، شهر التصرفات العقارية في التاج الجزائري، (دط) (ددن).الجزائر. 2008.
- ✓ عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، كتاب الوقف الطبعة الأولى، دار الأوقاف العربية للنشر، القاهرة 2000.
- ✓ عبد الودود محمد السريتي، الوصايا و الأوقاف و المواريث في الشريعة الإسلامية، (دط)، دار النهضة العربية، بيروت، (دس،ن)
- ✓ محمد أحمد الزرقاء أحكام الوقف، الطبعة الأولى، دار للنشر - (د ب ن) 1997.
- ✓ مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية دراسة في القانون الجزائري، (د ط)، الجزائر، 2014.
- ✓ مراد عزاز و عثمانية عبد الرزاق، فقها تشريعا قضاء، (دط) دار البلاغ (دب ن) (دس،ن).
- ✓ منذر قحف، الوقف الإسلامي - تطوره إدارته تنميته. (دط) دار الفكر المعاصر، دمشق، 2000.
- ✓ محمد كنانة الوقف العام في التشريع الجزائري، (دط)، دار الهدى للنشر و التوزيع، عين مليلة الجزائر.

✓ ويس فتحي الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، (دط).
الجزائر. 2014.

4/ لأطروحات و الرسائل الجامعية:

✓ أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، جامعة
الجزائر 2010/2009.

✓ بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية و التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية، جامعة
الجزائر 2005/2004.

✓ بوسماحة ماجدة، تقنيات ترجمة العقود التوثيقية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة
أحمد بلة-وهران- 2015/2014.

✓ حفيضة سيدي يخلف، الشكلية لإنعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، جامعة
الجزائر 2010/2009.

✓ صورية بن ردوم، النظام القانوني للأموال الوقفية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة
الحاج لخضر - باتنة - 2010-2009.

✓ عماد الدين رحايمية، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع
الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2014/2013.

✓ قنطازي خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، جامعة منتوري قسنطينة.
2007-2006.

✓ لزرق بن عودة، سندات إثبات الملكية العقارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد
بن أحمد وهران، 2018/2017.

✓ وردية بن كعاد، مهنة التوثيق في ظل قانون 27/88، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر
2001.

5/ المقالات:

✓ خير الدين طالب، خصائص الوقف في الشريعة الإسلامية، مجلة الجامعة العربية
الأمريكية العدد 1.

- ✓ رامول خالد، قاعدة الرسمية، مجلة الموثق، عدد 4، سنة 2001.
- ✓ رقاني عبد الملك، الضوابط الموضوعية للعقد التوثيقي الوارد على عقار وقفي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، العدد 01.
- ✓ عمر زيتوني، النظام القانوني لمهنة و المسؤولية التأديبية للموثق، مجلة الموثق العدد الأول.
- ✓ عمر زيتوني، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 03
- ✓ مجوج انتصار، اثبات الوقف العام في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة و القانون، عدد 5 جوان 2011.
- 6/ المجلات القضائية :

- ✓ المجلة القضائية عدد 02، سنة 2010.
- ✓ المجلة القضائية عدد 02، لسنة 1994.
- ✓ المجلة القضائية عدد 02، لسنة 1991.
- ✓ المجلة القضائية عدد خاص، ج1، لسنة 2001.

7/ المعاجم و القوامين :

- ✓ مؤنس رشاد الدين، المرام في المعاني و الكلام، الطبعة الأولى، دار الراتب الجامعية، لبنان، 2000.
- ✓ معجم اللغة العربية، المعجم الوجيز، (دط)، (دندن)، مصر 1994.

8/ موقع الأنترنت :

www.mujustice.dz

ملخص المذكورة

تصميم وإجازة مكتبة عمون للتعليم

ملخص:

إن السند التوثيقي للوقف بصفة عامة يقصد به العقد الصادر عن الموثق الذي يتضمن تصرفا وقفيا يراعى فيه جملة من الضوابط منذ نشأته الى حين نفاذه يكون للموثق دورا بارزا في الضوابط الموضوعية للعقد من خلال عملية التقصي عن مدى توفر اركان الوقف وشروطها خاصة ركن الشكلية اذا كنا بصدد الحديث عن الوقف العقاري كما يستوجب على الموثق استكمال باقي الاجراءات الشكلية حتى ينفذ الوقف العقاري والمتمثلة في التسجيل و الشهر خاصة ان المشرع استوجب هذا الاجراء الشكلي بموجب المادة 41 من قانون الاوقاف 10\91 المعدل والمتهم.

Résumé:

L'act documentaire pour le wakf en général signifié le contra émis par le notaire qui comprend un comportement wakf qui prend en compte un ensemble de contrôles depuis sa création jusqu'à son application dans le cadre de la discussion sur la dotation immobilière, le notair doit accomplit les autres formalités a fin de mettre oeuvre la dotation, l'enregistrement et le mois immobilière d'autant plus que le législateur a exigé cette procédure formelle conformément à l'article 41de la loi 91/10 modifiant et complété.

فقرس المكتوبات

تصميم وإنجاز مكتبة عون للتجليد