



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر " ل. م. د "

التخصص: قانون عقاري

العنوان:

الشكلية في الوقف في التشريع الجزائري

إشراف الأستاذة (ة):

مراحي ريم

إعداد الطلبة:

حمدي سارة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
عزاز مراد	أستاذ مساعد "أ"	رئيسيا
مراحي ريم	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا ومقررا
بخوش إلهام	أستاذ مساعد "أ"	عضوا ممتحنا

السنة الجامعية: 2020/2019

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر " ل. م. د "

التخصص: قانون عقاري

العنوان:

الشكلية في الوقف في التشريع الجزائري

إشراف الأستاذ (ة):

مراحي ريم

إعداد الطلبة:

حمدي سارة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
عزاز مراد	أستاذ مساعد "أ"	رئيسا
مراحي ريم	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا ومقررا
بخوش إلهام	أستاذ مساعد "أ"	عضوا ممتحنا

الكلية لا تتحمل أي

مسؤولية على ما يرد

في هذه المذكرة من آراء



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



﴿ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ ﴾

البقرة 215.

شكر و عرفان

اللّٰه تعالٰى : " رب اوزعني ان اشكر نعمتك التي انعمت علي وعلى والدي وان اعمل صالحا ترضاه وادخلي برحمتك في عبادك الصالحين "

الحمد لله حمدا طيبا كثيرا مباركا فيه فهو الأحق بالحق ، والشكر له على جزيل نعمه ن ووقوفا عند قوله صلى الله عليه وسلم : من لم يشكر الناس لم يشكر الله "

أتقدم بأرقى كلمات الشكر الخالص للأستاذة المشرفة على هذه المذكرة الدكتورة مراحى ريم التي لم تبخل علينا بنصائحها وتوجيهاتها القيمة في هذه المذكرة وأتمنى لها كامل التوفيق و أن يديم عليها نعمة الصحة والعافية .

كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بجزيل الشكر لأساتذتنا الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ عزاز مراد والأستاذة بخوش إلهام لهم أرقى عبارات التقدير والعرفان . كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني في هذا العمل من قريب أو من بعيد ولو بكلمة أو دعاء .

وفي الأخير أتمنى من الله عزوجل ان يرشدنا إلى سواء السبيل ويحقق هدفنا النبيل ، فإن أصبنا فمن الله وحده ونحمده على ذلك وإن أخطأنا فمن انفسنا .

والله ولي التوفيق

مقدمة



تتفرد المنظومة الإسلامية عموماً بحالة يشذ فيها المال عن قاعدة القابلية للتداول (نقلاً للملكية أو التصرف فيها) فيصبح المال في هذه الحالة خارجاً عن دائرة التداول ، ويظل محبوساً لجهة معينة للإنتفاع بريعه على وجه التأييد دون مقابل مادي ، ودون أن يكون له الحق فيه إلا بالقدر الذي يحفظ هذا المال .

ويطلق على هذه الحالة الوضعية الاستثنائية " وقفاً أو حبساً "

عرف الوقف تطبيقاً له منذ فجر الإسلام بغرض التقرب إلى الله تعالى فاستمد أساسه من نص القرآن ومن قواعد البر والإحسان لقوله تعالى : " ويسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل وما تفعلوا من خير فإن الله به عليم " .

كما رغب النبي عليه الصلاة والسلام فيه ، ودعا إليه فيما ورد في قوله " إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له " رواه مسلم وأبو داود والترمذي والصدقة الجارية صورة من صور الوقف كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم عند قيامه ببناء المسجد عند قدومه للمدينة أنه خاطب بني النجار قائلاً تأمنوني بحائطكم هذا فقالوا لا والله لا نطلب ثمنه إلا الله .

كما ورد بمينا وقف عمر بن الخطاب الأرض لأصحابها بخير فاستشار النبي فيها فقال إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها

فتصدق عمر بأنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث للفقراء والقريبى والرقاب وفي سبيل الله والضيف و بن السبيل لا جناح على من ولاها أن يأكل بالمعروف أو يطعم صديق غير متمول فيه .

عرفت الأملاك الوقفية في الجزائر تعددت بتعدد المراحل التي مرت بها وبفعل النصوص القانونية التي مست قوامها فلحقها ما لحقها من تطبيق الامر 71 / 73 المؤرخ في 8 / 11 / 1971 المتضمن الثورة الزراعية فضلاً عن ما مسها إبان فترة الاستعمار الفرنسي وجد المشرع الجزائري نفسه ملزماً بتحديث نظام الأوقاف من خلال إضفاء الرسمية على الوقف قواماً وإدارة وعمد بهذه المسؤولية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف ،

وذلك تكريسا لما تضمنته المادة 349 من دستور 1989 الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية معترف بها ويحمي القانون تخصيصها وهو ما وقع تجسيده في نص القانون 91 / 10 المؤرخ في 27 / 4 / 1991 المعدل المتمم الذي عمل على تنظيم الأملاك الوقفية و كيفية حمايتها.

أهمية الموضوع

تعود أهمية هذه الدراسة الى أهمية الأملاك الوقفية وأغراض هذه الاملاك نظرا لقيمتها المادية الكبيرة وسمو مقاصدها الدينية والاجتماعية، ناهيك عن أن الوقف اصبح أهم مورد للاستثمار الإقتصادي والإجتماعي جراء المساهمات الجبارة في كلا المجالين. كذلك ما تعرضت له هذه الأملاك من استلاء ونهب نتيجة لأطماع بعض الأشخاص جاءت الحاجة لهذه الدراسة وتحقيقا للحماية اللازمة لهذه الأملاك لضمان دوام الوقف وتحقيق أغراضه.

دوافع اختيار الموضوع

إن الدافع وراء اختيار هذا الموضوع الذي عنوانه " الشكلية في عقد الوقف في التشريع الجزائري " له سببين رئيسيين الأول ذاتي ويكمن في الرغبة الحقيقية دراسة الوقف نظرا لأهميته في المجتمع وطابعه الديني والديني وأهميته في تعزيز ثباتنا على ديننا الحنيف، وكذلك للوقوف على المنظومة القانونية الجزائرية وما أقرته من شكلية خاصة بالأملاك الوقفية وإزالة الغموض حول ذلك.

أما السبب الثاني فهو موضوعي يتمثل في أن موضوع دراسة الشكلية في عقد الوقف في التشريع الجزائري ضمن التخصص الذي ندرسه عقود التبرعات في فرع القانون العقاري، بالإضافة إلى اهتمام المشرع بالأملاك الوقفية كونها صنف من أصناف الملكية العقارية وبعض الإشكاليات التي طرحها هذا النظام من خلال الشكل المقررة له.

الإشكالية

إنه بين ما يشترطه الواقف بنية الخير والتصدق ووجه البر وما يسعى إليه التشريع والجهة الرسمية القائمة بالأوقاف من حصيلة عامة وما يفترضه القانون من ضوابط لتصرفات الوقف في وجهه التعاقدية يجد الباحث نفسه أمام إشكالية مفادها ما مدى خصوصية عقد الوقف بين المقاصد الشرعية والضوابط القانونية من خلال الشكلية في التعاقد؟

المنهج المتبع

قصد الإجابة على إشكالية الدراسة ومعالجة الموضوع اتبعنا في ذلك عدة مناهج حيث تم الاعتماد على المنهج الوصفي من خلال وصف مفهوم الوقف وأركانه والمنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالأوقاف ودراسة أحكامها وقواعدها وكذلك المنهج المقارن من خلال مقارنة المذاهب الفقهية حول عدة مسائل و إبراز موقف كل مذهب من ذلك كما انه لم نستغني عن المنهج التاريخي في بعض جوانب هذه الدراسة.

أهداف الدراسة

إن الهدف من دراسة هذا الموضوع هي أهداف علمية تتمثل في تبيان المفهوم الحقيقي للأحكام الوقفية ومعرفة الحصانة التي أحاط بها المشرع هذه الأملاك. وأهداف عملية تكمن في الوقوف على مدى تمكن مؤسسة الوقف من تحقيق التكافل والأهداف التي شرعت إليها ودورها في الحياة اليومية المواطن كذلك من أجل إثراء المكتبة الوطنية.

الدراسات السابقة

بالنسبة للدراسات السابقة في مجال الوقف نجد عدة دراسات تناولت موضوع الوقف من بينها:

✓ مذكرة ماجستير لخير الدين مشرنين بعنوان إدارة الوقف في القانون الجزائري.

✓ مذكره ماجستير عبد الهادي لهزيل بعنوان آليات حماية الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري.

✓ مذكره ماجستير لصوريا بن زردوم بن عمار بعنوان النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري.

✓ مذكره ماجستير لفرغاني موسى بعنوان عقد الوقف وطرق إثباته في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري.

صعوبات الدراسة

هناك بعض الصعوبات واجهتنا خلال دراستنا لهذا الموضوع وهي قلة المراجع خاصة الكتب المتخصصة، وكذلك صعوبة الحصول على المعلومات خاصة فيما يتعلق بالفصل الثاني، بالإضافة إلى تفشي وباء كورونا وفرض الحجر الصحي مما أدى إلى صعوبة التنقل والحصول على المراجع والمعلومات الكافية لكن رغم كل هذه الصعوبات لم تمنعنا من إنجاز هذه المذكرة المتواضعة.

التصريح بالخطئة

لدراسة هذا الموضوع قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين مستقلين تطرقنا في الفصل الأول تحت عنوان الإطار المفاهيمي للعقد الوقف إلى مبحثين تناولنا في مبحث أول مفهوم الوقف وفي الثاني أركان الوقف.

أما الفصل الثاني بعنوان الشكلية في عقد الوقف الذي يحتوي على مبحثين عرجنا في المبحث الأول على الرسمية في عقد الوقف والثاني إلى اثباته.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد الوقف



المبحث الأول: مفهوم الوقف

المطلب الأول: تعريف الوقف وخصائصه

الفرع الأول: تعريف الوقف

الفرع الثاني: خصائص عقد الوقف

المطلب الثاني: تمييز الوقف عن غيره من العقود

الفرع الأول: تمييز الوقف عن الوصية

الفرع الثاني: تمييز الوقف عن الهبة

المبحث الثاني:

المطلب الأول: أطراف الوقف

الفرع الأول: الواقف

الفرع الثاني: الموقوف عليهم

المطلب الثاني: محل الوقف

الفرع الأول: تعريف محل الوقف

الفرع الثاني: شروط محل الوقف

المطلب الثالث: صيغة الوقف

الفرع الأول: تعريف الصيغة

الفرع الثاني: شروط الصيغة

إن فكرة الوقف عرفت أثارها منذ أن وجدت الحياة الاجتماعية على وجه الأرض فالوقف بمعناه العام ومضمونه الواقعي وضع الاموال واصول منتجة في معزل عن التصرف الشخصي بأعيانها وتخصيص خيراتها أو منافعها لأهداف خيرية و اجتماعية واقتصادية ويذكر أن الكعبة المشرفة كانت أول بيت وضع للناس وبذلك يكون بيت الله المعظم أول وقف ديني وضع في الإسلام لأن الإسلام أول من حث على الوقت لكن لقد توسع مفهوم الوقف قليلا في العصور السابقة للإسلام ليشمل الأراضي والبساتين التي كانت تقف خيراتها على دور العبادة لكن كان النمو الحقيقي للوقف بعد انتشار نور الرسالة المحمدية في المجتمعات الاسلامية نظرا لفوائده الجمة وقدرته على التكيف مع جميع الظروف وقد ظهر الوقف في الجزائر منذ دخول الإسلام اليها وعليه للوقوف على هذا الأمر قسمنا هذا الفصل الى مبحثين فتطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الوقف أما في مبحث الثاني فخصصناه لأركان الوقف.

المبحث الأول: مفهوم الوقف

يعتبر الوقف من أهم الأنظمة التي تركت بصماتها البارزة في مختلف الحضارات نظرا لدوره الفعال في عملية التطور والنمو الاقتصادي والاجتماعي وفوائده الجمة على المجتمع، ولفهم حقيقة الوقف أكثر يتعين أولا تعريفه وبيان خصائصه ثم تمييزه عن العقود الأخرى وهذا ما ارتأيناه في هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين تطرقنا في المطلب الأول لتعريف الوقف وبيان خصائصه أما المطلب الثاني فميزنا فيه الوقف عن غيره من العقود المشابهة له.

المطلب الأول: تعريف الوقف وخصائصه

سنتناول في هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين تعريف الوقف الذي تطرقنا إليه في الفرع الأول ثم بيان أهم خصائصه التي يتميز بها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الوقف

قبل التحدث عن الوقف لابد ان نتعرف أولا على معناه اللغوي والاصطلاحي، لأن للوقف مرادفات عدة جعلت منه نظاما متميزا ومنفردا لذلك سنتطرق إلى تعريفه من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

أولا: التعريف اللغوي

للوقف معاني عدة في اللغة العربية منها ن الحبس والمنع والتسبيل حيث يقال وقف يقف وفقا أي قام وجلس، ووقف الدابة أي حبسها ووقف الأرض على مساكين بمعنى حبسها⁽¹⁾.

(1) أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار الصادر، بيروت 1994، ص 359

ووقف الدار أي حبسها في سبيل الله، ويقال على فلان وله فالوقف يعني الحبس، وحبس الشيء ووقفه لا يباع ولا يورث وإنما تملك غلته ومنفعته⁽¹⁾

. . . الوقف والتحبيس والتسيل بمعنى واحد في لغة: الحبس عن التصرف يقال وقفة كذا أي حبسه ولا يقال أوقفته إلا في اللغة تميمية وهي رديئة وعليها يقال أحبس لا حبس عكس وقف فالأولى صحيحة، والثانية رديئة ومنه الموقف لحبس الناس فيه للحساب ثم اشتهر اطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف، ويعبر عن الوقف بالحبس، ويقال في المغرب وزير الأحباس⁽²⁾

ثانيا: التعريف الاصطلاحي للوقف.

وذلك من خلال تحديد معنى الوقف في الاصطلاح الفقهي والقانوني:

- التعريف الاصطلاحي الفقهي:

اختلف الفقهاء في تعريف الوقف بحسب اتجاهات كل منهم في القول بلزوم الوقف أو عدم لزومه وتأبيده وعدمه، واشترط القري، فجاءت تعريفاتهم على النحو التالي:

أ- تعريف الحنفية: يعرف أبو الحنيفة رضي الله عنه: حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها على من أحب، ولا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به الحاكم، أو يعلقه بموته فيقول: إذا مت فقد وقفت دراري على كذا. وجاء ابن الحاشية ابن العابدين: قال القهستاني: "ويشكل بالمسجد، فإنه حبس على ملك الله تعالى الاجماع"⁽³⁾

(1) مجمع اللغة العربية معجم الوسيط الطبعة الرابعة، مكتبة شروق العربية 208 ص 1052.

(2) وهبة الزحيلي الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي طبعة ثانية. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع سوريا 1993ص153

(3) محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الاسلامية وأثره ذفي تنمية المجتمع طبعة الأولى مكتبة الملك فهد الرياض 2001. ص 20

إذا فالوقف غير لازم عند أبي حنيفة فالواقف أن يرجع في وقفه متى يشاء وان يبيعه وأن يهبه، وإذا مات بدون أن يرجع عنه انتقلت ملكية العين الموقوفة أي وزنته⁽¹⁾

ب- تعريف الوقف عند المالكية:

حيث عرف المالكية: "في العرف الشرعي هو اعطاء منفعة شيء مدة موجودة لازم بقاؤه في ملك معطيه، وهو حبس العين لمن يستوفي منفعتها على التأييد، فالوقف عند المالكية هو التصديق بمنافع الشيء الموقوف مدة وجود هذا الشيء في ملكية الوقف واستمرار هذه الملكية وعدم التصرف في الوقف

وعند بعض فقهاء المالكية هو اعطاء منافع عبي سبيل التأييد فهو إسم لما أعطيت منفعته مدى التأييد مع بقاء ملك حبسه"⁽²⁾

ج- تعريف الوقوف عند الشافعية:

عرف فقهاء الشافعية الوقف بتعريفات مختلفة يمكن القول بأن القدر المشترك بين هذه التعاريف هو تعريف القبلوبي بأن الوقف: "أحبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح" ومعنى ذلك خروج الموقوفة من ملك الواقف إلى ملك الله تعالى على وجه يحقق النفع للعباد، وأن التبرع بالمنفعة تبرع لازم الا يملك الواقف الرجوع عنه، كما أن العين الموقوف لا تنتقل إلى احد من العباد"⁽³⁾

د- تعريف الوقف عند الحنابلة :

عرفه الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه وبعض الشعة الإمامية بعدة تعريفات من بينها "أنه عقد ثمرته تحببب الأصل واعطاء المنفعة ويتضح من تعريف الحنابلة أنها

(1) مصطفى أحمد الزرقاء، أحكام الوقف طبعة ثانية دار عمار الأردن 1998 ص 34

(2) محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، طبعة الثانية، دار بهاء الدين لنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2011، ص 79-80

(3) محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982،

اقتبست من قول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه على أنه أحبس أصلها وسبب نمرتها.

فيراد بالأصل في تعريف العين الموقوفة ويراد بالتسبيل المنفعة اطلاق فوائد العين الموقوفة ومن غلته وثمره وغيرها للجهة الموقوفة عليها وبناء على هذا التعريف فالوقف يخرج العين الموقوفة من ملك الواقف من ملك الواقف عليهم ويكون ملكهم ناقصا فلا يجوز لهم التصرف فيه بتصرف نقل الملكية مثل الهبة والبيع وانما ينتفعون بغلتها على وجه اللزوم، فلا يملك الواقف ولا ورثته منعها عنهم في الحال والمال⁽¹⁾

- وعليه فإن التعاريف الفقهية سالفة الذكر تتمحور حول حق الملكية بشكل خاص ومدى سلطة الواقف في استخدام هذا الحق والتصرف فيه من جديد وطبيعة المدى الزمني الممكن خلاله اعادة الموقوف إلى الحياة الحقيقية للواقف كما أنها لم تحدد الجهة المنتفعة، إذ أن جهة الخير تتغير بتغير الزمان والمكان⁽²⁾

- ويمكن أن نستخلص من التعريفات السابقة للوقف تعريفا جامعا نافعا وذلك على النحو التالي "الوقف هو: حبس عين يمكن الانتفاع بها، وذلك بمنع التصرف في رقابتها بأي تصرف ناقل للملكية وتسبيل منفعتها بجعلها الجهة من جهات الخير ابتداء أو انتهاء"⁽³⁾

2- التعريف الاصطلاحي القانوني:

عرف المشرع الجزائري الوقف في نصوص قانونية عديدة منها قانون الأسرة وقانون التوجيه العقاري وقانون الأوقاف.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص155

(2) فتيحة بوتسعالمة، دور الوقف في التسمية والسييل إلى تفعيله، مجلة المحراب، العدد الأول، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، قسنطينة، 2007، ص199

(3) محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص23

جاء الوقف في قانون الأسرة رقم 11/84 المؤرخ في جوان 1984 في المادة 213 "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصرف"⁽¹⁾ ليأتي بعد ذلك الوقف من خلال القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 في المادة 31 "الأملك الوقفية تنتفع بها جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوستاء الذي يعينهم المالك المذكور"⁽²⁾

ثم جاء في آخر الطاف قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 خلاله مادته 3 التعريف بتعريف أهم إذا نصت على ما يلي "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"⁽³⁾

- وكل هذه التعاريف التي جاء بها المشرع الجزائري في نصوص مختلفة يمكن تقديم التوضيحات التالية:

فالتعريف الذي جاء به قانون الأسرة. خص الوقف بالحبس للمال عامة، عكس قانون التوجيه العقاري الذي يحدد الوقف في حبس الاملاك العقاري عن التملك. ونلاحظ من خلال ذلك أن المشرع الجزائري قد تبنى أي جمهور الفقهاء اذ يوافق التعريف الذي ورد في المادة 213 من قانون الأسرة وفيه ينص صراحة على خروج المال من ملك الواقف ويصير حبسا على ملك الله تعالى"⁽⁴⁾

(1) قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/05 المؤرخ في 18 محرم

(2) قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995

(3) قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل المتضمن قانون الاوقاف

(4) خير الدين موسى قنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية الوقف، الجزء الأول الطبعة 1، دار زهران للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2012 ص23.

وترتيباً على ما ورد نشير أن التعريف الوارد في قانون الاوقاف أكثر وضوحاً من التعريف الوارد في قانون الأسرة كونه بين أن التصديق يكون بالمنفعة وليس بالعين الموقوفة⁽¹⁾

الفرع الثاني: خصائص عقد الوقف:

خص المشرع الجزائي الوقف بجملة من خصائص تميزه عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى جعلت منه نظاماً منفرداً وخاصاً بل وجعلت من العقار الوقفي عقاراً من نوع خاص وإن أهم الخصائص المميزة للوقف عن غيره كونه:

أولاً: الوقف عقد من عقود التبرع:

إن الوقف تصرف ارادي ينقل الواقف من خلاله من منفعة شيء معين، إلى شخص آخر أو ما يسمى بالموقوف عليه، على وجه التبرع فلا يكون لتصرفه هذا أي مقابل أو تعويضه وإنما بسعي صاحبه منة خلاله إلى ادراك مرضاة الله من خلال أقاربه وذوي الرحمة، أو الاحسان إلى الفقراء والمحتاجين من عامة الناس، وكل ذلك في إطار ما اشترطه الواقف، مما جعل وقفه خارجاً عن سلطة أي شخص آخر على الشيء الموقوف عليه، فلا تنتقل إليه الملكية وإنما تنتقل إليه حتى الانتفاع فحسب، بل إن الملكية هي الوقف الرقبة في المال الموقوف محبسة وتسييل منفعتها، وهذا ما جعل من عقد الوقف عقد تبرع من نوع خاص⁽²⁾

ثانياً: الوقف حق عيني:

إن الوقف حق عين متميز باعتباره تصرف يرد على حق الملكية فيغير من طبيعتها، فيجعلها غير قابل للتداول، ولا تكون للموقوف عليه سوى التصرف في المنفعة

(1) نسيم الشيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، طبعة 2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع 2012، ص 25.

(2) خير الدين قنطازي، المرجع السابق، ص 106.

فاعتبره فقهاء القانون من الحقوق العينية، باعتبار أن من شأنه أن يغير ملكية العقار، فيجعله غير مملوك لأحد، وينشئ حقوقاً عينية للمستحقين⁽¹⁾ وان كان يذهب شراح القانون، إلى اعتباره حق شخصي اعتماداً على أن ينتقل حتى الانتفاع للموقوف عليه لا ملكية الرقبة.

- أما القول بأن الوقف حق عيني كونه لا يرد إلا على حق الملكية . . . ينجر عنه انتقال هذا الأخير إلى ورثة الموقوف عليه الذي يتقرر له حق الانتفاع بربع الوقف باسمه وصفاته وهو محل اعتبار وإن ما انتقل حق الانتفاع به إلى الموقوف عليهم من العقد أو الجهة الموقوف عليها مباشرة والتي حددها الواقف في عقد وقفه، وهو ما دفع البعض إلى القول بأن الوقف حق شخصي غير أن استحقاق ورثة الموقوف عليه، حق الانتفاع بالوقف خاضع لإدارة الواقف وليس للقواعد العامة في المواريث، فاستحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع لا يثبت إلا إذا نص عليه الواقف في عقد الوقف، وعليه فالوقف حق عيني ذو طبعة خاصة⁽²⁾

ثالثاً: الوقف شخص معنوي:

يقصد بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية، الجماعة من الأشخاص الطبيعيين التي تجمعت في شكل منظم، بقصد تحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات. وبعض مجموعات الأموال المرصودة لتحقيق غاية معينة كالوقف والمؤسسات الخاصة، ويرى بعض فقهاء القانون أن فكرة الشخصية الاعتبارية، لم تكن بعيدة عن الفقه الإسلامي الذي رتب لها أحكاماً، وإن لم يسمها بهذه التسمية وفكرتها واضحة جلية في نظام الوقف ففكرة الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي تعتمد على عناصر أساسية⁽³⁾ إن هذه الشخصية تندرج ضمنها جملة من النتائج:

(1) خير الدين قنطازي، المرجع السابق، ص 107

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

(3) خير الدين مشرنين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2012/2011 ص 24.

- الذمة المالية للوقف: ويقصد بها مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق وواجبات مالية في المال أو المستقبل، وتتميز بالاستقلالية على ذم الأشخاص الطبيعيين المكونين للشخص المعنوي وأن الواقف يرصد أموالا ويوقفها على جماعة يحددها هو، أما الناظر الوقف فيحقق هذه المقاصد التي يريدها الواقف من خلال وقفه.
- الاشراف على الوقف وإدارته: أي لا بد من وجود شخص طبيعي يتولاه بناظر الوقف، وهذا الأخير يخضع للرقابة على تصرفاته من قبل وكيل الأوقاف.
- الحق في التقاضي: لكل شخص معنوي ممثل يمثله في كل تصرفاته ويتقاضى باسمه، ويدافع عن حقوق الوقف فإن الممثل الحقيقي للوقف في القانون الجزائري، هو وزير الشؤون الدينية والأوقاف، وهو الذي يتقاضى باسمه كما أنه يمكن أن يفوض هذه السلطات للهيئات في وزارته. (1)

رابعاً: الأملاك الوقفية تعفى من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى:

- طبقاً لنص المادة 44 من قانون الأوقاف "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر والخير
- قد أبقى المشرع الجزائري الوقف من رسوم التسجيل والطابع كون الوقف من أعمال الخير وذلك تحفيزاً منه وتشجيع الناس على أعمال الوفاء والخير
- غير أن هذا الإعفاء لا يمتد بطبيعة الحال إلى رسوم التوثيق، باعتبار أن عقد الوقف لا بد أن يحرر في شكل رسمي أمام الموثق.

خامساً: الوقف عقد شكلي

- قد ألزم قانون الوقف 10/91 بتحرير عقد الوقف أمام الموثق استناداً لنص المادة 41 من قانون الأوقاف "يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق" فالشكلية في عقد الوقف تعد ركناً في العقد وشرطاً لنفاذه، ويستفاد من ذلك على الواقف أفراف وقفه في ورقة رسمية لدى الموثق طبقاً لنص المادة 324 من القانون المدني والمادة 12 من قانون

(1) محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري (د. ط) دار الهدى، الجزائر 2006، ص 36.

التوثيق والمادة 217 من قانون الأسرة التي تشترط الرسمية في الوقف قياسيا على الوصية بالإحالة على المادة 191 من قانون الأسرة فالعقد الرسمي كافي لإنشاء غير انه غير كافي لنفاذه حيث زيادة على ذلك وجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري ملزمة بتقديم اثبات له بذلك واحالة نسخة إلى السلطة المكلفة بالأوقاف. (1)

سادسا: الوقف تصرف لازم لصاحبه:

فالأصل العام عدم جواز الوقف إلا أن المشرع الجزائري اجاز للواقف الرجوع فيه بشرط ذكره في عقد الوقف كما أجاز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي اشترطها الواقف اذا كان منافيا لحكم الوقف. (2)

- لكن هناك خلاف كبير بين الفقهاء حول مسألة اللزوم فمنهم مؤيد ومنهم معارض. ولكل حسب رأيه ومذهبه.

المطلب الثاني: تمييز الوقف عن غيره من العقود

يتشابه الوقف مع عقود التبرعات الأخرى الوصية والهبة من عقود التبرع وتعد هذه التصرفات أعمالا خيرية تصدقية شرعت لحاجة الناس إليها وللتقرب بها إلى المولى عز وجل حيث تتشابه هذه العقود في كثير من الجوانب لكنها أيضا تختلف في بعض الجوانب حيث قسمنا هذا المطلب إلى فرعين في الفرع الأول:
تتاول فيه تمييز الوقف عن الوصية أما الفرع الثاني تمييز الوقف عن الهبة.

الفرع الأول: تمييز الوقف عن الوصية:

قبل الخوض في بيان التشابهات والاختلافات الموجودة بين الوقف والوصية يجب علينا أولا تحديد مفهوم الوصية.

(1) محمد كنانة، المرجع السابق، ص76

(2) المادتين 15،16 من القانون المتعلق بالأوقاف 10/91، مرجع سابق.

التعريف القانوني:

عرفها المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة في المادة 184 منه حيث قال " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطرق التملك"⁽¹⁾ أما في الاصطلاح القانوني:

سميت وصية لأن الميت يصل بها مت كان في حياته بعد موته" هي هبة الرجل ماله لشخص آخر بعد موته أو عتق علامة سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح" وهو على قول الامام أحمد⁽²⁾

• أوجه التشابه:

- انهما من القرب التي حبب اليها الشارع وحث عليها تداركا لما فات الانسان من اعمال، واحسانا إلى الموصي لهم والموقوف عليهم، وزيادة الاجر والثواب لمن أوصى ووقف، كونهما من انواع القرب والصدقات التطوعية.⁽³⁾
- قد نظم المشرع كل من الوصية والوقف في نصوص قليلة من قانون الأسرة لكن نظرا للدور الاجتماعي والاقتصادي والتاريخي للوقف كان لازم على المشرع تنظيمه في قانون خاص الذي هو قانون رقم 10/91 الذي استقال بموجبه عن قانون الأسرة.
- جهة الانتفاع بالوقف هي الجهة الموقوف عليها قد تكون شخصية معنوية أو شخص طبيعي، والوصية أيضا ينتفع بها شخص طبيعي أو معنوي.⁽⁴⁾
- كذلك يتشابه الوقف والوصية أن كلاهما يجب أن يتوافر فيهما أركان وشروط خاصة بالنسبة لشروط الواقف والموصي كلاهما يجب أن تتوفر فيها أهلية التبرع وعدم الحجز عليه لسفه أو دين أو غفلة.

(1) المادة 184 من القانون رقم 11/84 المتعلق بقانون الأسرة، المرجع السابق.

(2) محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 20.

(3) خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، (د د ن)، قطر 2013، ص 210.

(4) خير الدين مشرّن، مذكرة سابقة، ص 27.

- كذلك يعتبر كل منهما تصرف صادر بالإرادة المنفردة أي ينقل الواقف أو الموصي من خلاله منفعة شيء بإرادته المنفردة.
- والوصية تأخذ حكم الوقف في حالة إذا كانت للموصي به منفعة خصصت على الدوام والاستمرار لجهة خيرية في الحال والمال. (1)
- أوجه الاختلاف:**

رغم كل هذه التشابهات إلا أن الوقف يختلف عن الوصية في بعض الأمور وهي كالآتي:

- وردت أحكام الوصية في القرآن الكريم وفي السنة النبوية، وذلك في قوله تعالى: "كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين" سورة البقرة الآية 180 أما في السنة النبوية قوله صلى الله عليه وسلم: "ما حق امرئ مسلم وله شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عند الله مكتوبة" بينما الوقف لم ترد أحكام بشأنه لا في القرآن ولا في السنة النبوية الشريفة، وإنما أحكامه كانت بناء على اجتهادات فقهية. (2)

- إن الوقف تحبب الأصل وتسهيل المنفعة، بينما الوصية تمليك مضاف إليه ما بعد الموت بطرق التبرع، سواء كان في الأعيان والمنافع.
- إن الوقف يلزم ولا يجوز الرجوع فيه قول عامة أهل العلم لحديث ابن عمر رضي الله عنهما، وفيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر: "إن شئت حبست أصلها، وتصدق بها، فتصدق عمر لأنه لا يباع أصلها ولا يوهب، لا يورث، أما الوصية فإنها لا تلزم، ويجوز للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به أو بعضه، إلا الوصية بالإعتاق، والأكثر على جواز الرجوع فيها أيضاً (3)

(1) عبد الرزاق عن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي، (د ط) دار الهدى، الجزائر 2010، ص 58.

(2) بريش نعيمة، عقود التبرع دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والفقه الإسلامي، مذكر مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العقود، كلية الحقوق جامعة علي محند أوحاج، البويرة 2018، ص 28

(3) خالد علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 212

- الوقف يخرج العين الموقوفة عن التملك لأحد وتخصيص المنفعة للموقوف عليهم، بينما الوصية تتناول تملك العين الوصر بها أو منفعتها للموصي له.
- القواعد العامة تفترض في الوقف أن يكون منجزا في حين أن الوصية لا يمكن أن تكون منجزة، فهي مستقبلية مضاف إلى ما بعد وفاة الوصي، و إن كان الوقف قد يكون أحيانا مؤجلا نفاذه إلى ما بعد الموت ويأخذ أحيانا أخرى حكم الوصية. (1)
- إن الوصية لا تجوز إلا في حدود الثلث، وما زاد عن الثلث على اجازة الورثة، فإن اجازوه جاز، وإن ردوه بطل في قول جمهور العلماء في حين أن الوقف أخذ لأكثره، إلا إذا كان مرض الموت معلقا بالموت فإن الوقف في مرض الموت وصية من أنه يجوز الرجوع عنه فإن مات من غير رجوع من غير الرجوع عنه ينفذ من الثلث. (2)
- وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 776 من القانون المدني "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت أو تسري عليه أحكام الوصية ... "
- الوقف يجوز للوارث بينما الوصية لا تجوز إلا بإجازة الورثة.

الفرع الثاني: تمييز الوقف عن الهبة

قبل التطرق في بيان التشابهات والاختلافات الموجودة بين الوقف والهبة وجب أولا تعريف الهبة

التعريف القانون:

حيثها عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بقوله: "الهبة تملك بلا عوض".

(1) خير الدين قنطازي، المرجع السابق، ص 105

(2) خالد بن علي بن محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 213

• أوجه التشابه والاختلاف:

• أوجه التشابه:

- تتشابه الهبة والوقف أن كلاهما عقد تبرعي يجوز فيه الواهب أن يهب كل ممتلكاته، كما يجوز للواقف أن يحبس كل أمواله، على خلاف الوصية التي لا تتعدى فيها حدود المال الموصي به مقدار الثلث. (1)

- كذلك يتشابه الهبة والوقف في شروط الواهب في كون كل منهما يشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، أما محل الوقف والهبة، فيشترط فيه أن يكون مما يصح التعامل فيه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة والشريعة الإسلامية. (2)

- كذلك يتشابه الهبة والوقف أن كلاهما تكون مميزة أي غير معلقة على شرط أن القصد تملك حالاً، ففي كلاهما تملك منفعة.

• أوجه الاختلاف:

- رغم كل هذه التشابهات إلا أن الوقف يختلف عن الهبة في بعض الأمور وهي كالتالي:

- إن الوقف يقصد القرية، أما الهبة فقد تقصد التودد والإكرام كما في حال الهدية، حيث أن الهبة تجوز لأهل الذمة والأغنياء، بخلاف الوقف. (3)

يختلف الوقف عن الهبة في الانعقاد لأن الوقف ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف في حين أن الهبة يشترط لانعقادها توافر إرادتين المتمثلة في الإيجاب والقبول وعليه تتعدى الهبة بتوافر إرادتي الواهب والموهوب له المتمثلة في الإيجاب والقبول لأن القبول لازم في الهبة، أما الوقف ليس كذلك.

(1) بريش نعيمة، مذكرة سابقة، ص 27

(2) خير الدين مشرّن، مذكرة سابقة، ص 29

(3) خالد بن علي محمد المشيقح، المرجع السابق، ص 207.

يستمد الوقف قوته من الشخصية المعنوية التي يتمتع بها، أما بالنسبة للهبة فتستمد قوتها من إرادة الطرفين وهما الواهب والموهوب له كونها من العقود الرضائية التي تطلب تطابق ارادتين⁽¹⁾.

تنتقل الملكية في عقد الهبة من الواهب الى الموهوب له أما الوقت فالملكية الموقوفة يستفيد منها الموقوف عليهم فينتفعون بها، ويكون للموهوب له حق التصرف في الشيء الموهوب له بكافة اوجه التصرف بخلاف الوقف الذي لا يعطي للموقوف له حق التصرف في المال الموقوف لان الوقف ينصب على المنفعة دون التملك⁽²⁾

اي ان الهبة يجوز للموهوب له ان يتصرف فيها بما ينقل الملك بخلاف الوقف

المبحث الثاني: أركان الوقف قبل الحديث عن أركان الوقف وجب التفريق بين الركن والشرط فالركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزءا خارجا منه وقد اختلف الفقهاء حول أركان الوقف، منهم من يرى أن للوقف ركن واحد وهو الصيغة متى كانت صحيحة في حين يرى البعض الآخر أن للوقف أربعة أركان.

أخذ المشرع الجزائري برأي الفقهاء الذين يرون ان للوقت أربعة أركان من خلال المادة 9 من القانون 91/10 وهي الواقف والموقوف عليهم ومحل الوقف وصيغة الوقف وهذا سنتطرق إليه في هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب في المطلب الأول تناولنا أطراف الوقف أما في المطلب الثاني محل الوقف والمطلب الثالث صيغة الوقف.

(1) خير الدين مشرّن، مذكرة سابقة، ص31.

(2) نعيمة بريش، مذكرة سابقة، ص27.

المبحث الثاني: أركان الوقف

قبل الحديث عن أركان الوقف وجب التفريق بين الركن والشرط، فالركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون جزء داخل منه أما الشرط ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجا منه، وقد اختلفت الفقهاء حول أركان الوقف منهم من يرى أن للوقف ركن واحد هو الصيغة متى كانت صحيحة، في حين يرى البعض الآخر أن للوقف أربعة أركان.

أخذ المشرع الجزائري برأي الفقهاء الذين يرون للوقف أربعة أركان من خلال المادة 09 القانون 10/91 أن للوقف أربعة أركان هي الواقف والموقوف عليهم ومحل الوقف وصيغة الوقف وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاث مطالب وهي المطلب الأول تناولنا أطراف الوقف أما في المطلب الثاني محل الوقف والمطلب الثالث صيغة الوقف.

المطلب الأول: أطراف الوقف

الوقف كسائر العقود الأخرى وجب توافر أطراف لإنشائه وتتمثل أطراف عقد الوقف في الواقف والموقوف عليهم سنتطرق في الفرع الأول للواقف والشروط التي وجب توافرها فيه أما الفرع الثاني سنتحدث فيه على الموقوف عليه والشروط الواجب توافرها فيه.

الفرع الأول: الواقف

أولاً: تعريف الواقف

الواقف هو المالك الذي أنشأ بإرادته المنفردة الوقف وجعل ملكيته بعده غير مملوكة لأحد من العباد قاصدا إنشاء حقوق عينية عليها للمستحقين خاضعا في تنظيمه لأحكام الشريعة الإسلامية⁽¹⁾.

(1) خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي للأحكام الوقفية، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004، ص 72.

لا خلاف بين الفقهاء إذا أن الوقف تصرف انفرادي يتحقق بإرادة الواقف وحده بالرغم من أن الواقف، بالرغم من أن للواقف إرادة منفردة وحده في إنشاء الوقف إلا أن هذه الإرادة تكون مقيدة بجملة من الشروط حين يحدث هذا التصرف أثر قانوني⁽¹⁾.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في الوقف

نص المشرع الجزائري في مادته 10 من القانون رقم 10 / 91 على أنه يشترط في الواقف لكي يكون صحيحا ما يأتي:

أن يكون مالك للعين المراد وقفها ملكا مطلقا.

أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه او دين.

1- أن يكون الواقف مالكا للعين ملكا مطلقا

يشترط المشرع الجزائري في الواقف ملكية محل الوقف فللواقف كامل الحرية في التصرف في ملكيته من دون أي قيد أو شرط فالواقف هو مالك العين الموقوفة فإذا كان الواقف من غير المالك بطل وقفه باعتباره تصرفا في ملك الغير وتجدر الإشارة إلى أن بعض رجال القانون يرون بان وقف من لا يملك لا يكون باطلا ويتوقف على اجازة المالك.

ولكن المشرع الجزائري حسم ذلك واعتبره باطلا لأنه تصرف في ملك الغير⁽²⁾ وأيدته في ذلك قرارات المحكمة العليا ومن أمثلة ذلك في 28/09/1993 الذي اعتبرت فيه المحكمة العليا الحبس المتضمن مال المحبس مع مال أخيه بأنه صحيح في جزء المال الذي يملكه الواقف وباطل الوقف على مال أخيه لأن الواقف لا يملك.

2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله

لا يعتبر الوقف صحيحا بأي حال من الأحوال إلا اذا توافرت الشروط التالية في أهلية الوقف

(1) بريس نعيمة، مذكرة سابقة، ص 54.

(2) قرار رقم 94323 المؤرخ في 28 / 09 / 1993، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني، ص 76.

أ. العقل:

أجمع الفقهاء على هذا الشرط لصحة الوقف وانعقاده فلا يصح بأي حال من الأحوال وقف المجنون والمعتوه

ووجه ذلك الى ان المجنون ومن ألحقه من الفقهاء بحكمه لا أهلية له على التصرف بعقد من العقود، بالإضافة الى عدم اعتبار عباراته إذ هي لاغية كون العقل من مقومات التصرف إلا أن الفقهاء ميزوا بين الجنون المطلق والجنون المتقطع فاعتبروا أن من كان جنونه متقطعاً يعتد بعباراته في العقود وتبرعاته حال إفاقته من جنونه⁽¹⁾.

لكن المشرع الجزائري يعتبر المعتوه كالمجنون من حيث الأثر القانوني لتصرفاتهم حيث أن كل تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً حتى وإن كانت نافعة لهما من خلال المادة 42 من القانون المدني: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون... "

حيث لم يفرق المشرع الجزائري بين الجنون المطلق والجنون المتقطع غير أنه حسم الأمر بالنسبة للوقف في المادة 31 من القانون 10 / 91 حيث قال: "لا يصح وقف المجنون أو المعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التمييز أما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح أثناء إفاقته وتام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

ب. البلوغ

لكي ينعقد عقد الوقف صحيحاً يجب أن يكون الواقف بالغاً سن الرشد القانوني لأن الوقف لا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز وعليه يكون وقف الصبي باطلاً سواء كان مميزاً أو غير مميز⁽²⁾.

(1) منذر عبد الكريم قضاة، أحكام الوقف، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2011، ص 71 .

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 263.

وهذا ما جاء به المشرع الجزائري من خلال نص مادته 30 من القانون 10 / 91 التي تنص على أن " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا او غير مميز ولو أذن بذلك الولي".

ويذكر الشيخ أبو زهره أن وقف الصبي باطل سواء أذن له القاضي أم لم يأذن وذلك هو الذي يتفق مع القواعد العامة لان الصبي المميز ناقص الأهلية وناقص الأهلية لا يملك فلا يمكنه التبرع ولا يجوز للولي ان يتبرع من ماله باذن القاضي او بغير اذن⁽¹⁾، وبالتالي لا يصح وقف الصغير المميز ولو مأذونا لأن الوقف تبرع، ولا يملك التبرع من ماله، ولا يملك إجازته صيانتة لماله.

أما بالرجوع لأحكام المادة 40 من القانون المدني فإن سن التمييز هو ثلاثة عشر سنة كاملة أما سن الرشد فهو تسعة عشر سنة كاملة والمشرع الجزائري قد أغفل حالة الترشيد فهل يجوز الترشيد في الوقف أم لا يجوز؟

للإجابة على هذا السؤال يجب الرجوع إلى القانون المدني وقانون الأسرة فأحكام القانون المدني تصحح التصرفات التي أقدم عليها المرشد حتى وإن كانت ضارة به والوقف تصرف تبرعي ضار بذمة الواقف وإن كان ثوابه كبيرا، وبالرجوع لأحكام قانون الأسرة نجد المادة 48 منه تنص على مايلي: "للقاضي أن يأذن لمن بلغ التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله... "

فنص المادة يجيز ترشيد من بلغ سن التمييز والقانون رقم 91/10 المتعلق بالأوقاف يجعل تصرفات المميز باطلة بطلانا مطلقا حتى ولو أذن الوصي بها والملاحظ هنا أن هناك تناقض كبير بين القانون المدني وقانون الأوقاف فيما يتعلق بالترشيد⁽²⁾.

أما بالرجوع لأحكام الشريعة الاسلامية جعلت سن التمييز سبع سنين بل وتعتبر من بلغ 14 سنة أنه بلغ الحلم أي صار راشدا.

(1) محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، بيروت 1981، ص

(2) بريش نعيمة، مذكرة سابقة، ص 57.

بناء على ما تقدم فإن الأخذ بما ورد في الفقه الاسلامي تطبيق لنص المادة 8 من القانون 91/10 المتعلق بالأوقاف قد جعل الأمر أكثر تعقيدا ؟

كون من يعتبر راشدا في الشريعة الإسلامية يكون قاصرا في القانون المدني⁽¹⁾.
أن لا يكون محجورا عليه لسفه.

الأصل في الفقه الإسلامي أن السفه إذا حجر عليهما يكون وقفهما باطلا لأن التبرعات عموما لا تصح إلا مع الرشد، وهو منفصل عنهما بعد الحجر⁽²⁾.
ولذلك ينبغي أن لا يكون الواقف محجورا عليه لسفه لأن الوقف من التبرعات، والمحجور عليه ليس أهلا للتبرع فلو صدر منه هذا التصرف فإنه يضر حتما بالذمة المالية له⁽³⁾.

وهذا ما تنص عليه المادة 02 / 10 من قانون الأوقاف التي نصت على ذلك وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتعرض لحالة ما إذا كان الوقف صادرا عن ذي غفلة. إلا أن سكوته هذا لا يفهم منه أن وقفه صحيح لأن المغفل كالسفيه كلاهما يأخذ حكم ناقص الأهلية ويعتبر الوقف الصادر عنهما باطلا⁽⁴⁾.

أن لا يكون محجورا عليه لدين

بالحجر على المدين يصير ناقصا للأهلية ويصبح كالصغير المميز فلا يمكنه الوقف لأنه من أعمال التبرع فيكون ضارا بالدائنين أما عند فقهاء الشريعة فإن أبا حنيفة لا يجيز على المدين وإن استغرق الدين ماله لأنه كامل الأهلية ويرى أن يحبس إذا تماطل حتى يبيع ماله بنفسه للسداد وهذا خلاف ما ذهب له الصحابان أبو يوسف ومحمد والأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعي من جواز الحجر على المدين إذا استغرق دينه ماله

(1) خير الدين قنطازي، المرجع السابق ص 55.

(2) محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الشريعة الإسلامية، د ط، مطبعة الإرشاد، بغداد 1971، ص 323.

(3) مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص 55.

(4) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 265.

وطلب ذلك الدائنون وتكون بذلك تصرفاتهم المالية سواء كانت تبرعات كالوقف أو معاوضات مشتملة على محاباة موقوفة على إجازة الدائنين⁽¹⁾.

وبالرجوع للمشرع الجزائري في نص المادة 10 من قانون الأوقاف 91 / 10 نص أن المدين المحجور عليه لا يمكنه أن يقف أمواله لأن وقفه يعتبر باطلا وتكون أمواله كضمان لها عليه من ديون وذلك يمنع التصرف فيها عن طريق التبرع.

ويشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا أيضا أن لا يكون محجورا عليه لدين إذا ما كان الدين مستغرقا لمال المدين كله، فإن كان الدين غير مستغرق لكل أموال المدين الواقف جاز لهذا الأخير أن يتصرف في أمواله الزائدة عن الدين منها فإن أوقفها صح تصرفه⁽²⁾.

ألا يكون في مرض الموت

ذهب جمهور الفقهاء الى ان مرض الموت هو المرض الذي يتصل بالموت ولو لم يكن الموت بسببه، ان المريض قد يموت اثناء هذا المرض وهذا ما يسمى (المرض المتصل بالموت) مع ان الوفاة قد تكون بسبب غير هذا المرض وقد ذهب أبو حنيفة الى ان مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز المريض عن رؤية مصالحه ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش ام لم يكن هذا ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله فيعتبر ابتداء سنة من تاريخ اشتداده⁽³⁾.

وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 32 من القانون 91 / 10 " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت إن كان الدين يستغرق جميع املاكه" ومعناه أنه في الواقف حتى يصح وقفه الا يكون مريضا مرض الموت وقف المريض مرض الموت ماله وهو مدين بدين يستغرق كل امواله فإن وقفه في هذه الحالة

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 276.

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 265.

(3) عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة 2006، ص 230.

يتوقف على إجازة دائنية وقت انشاء الوقف إذا كان محجورا او بعد وفاته اذا لم يكن محجورا عليه فاذا اجاز الدائنون وقف اصبح نافذا نتيجة لإبراء ذمة الواقف المدين اما اذا لم يجيزوه اعتبر باطلا وجاز لهم بيع الوقف واستيفاء ديونهم⁽¹⁾.

أن يكون الواقف مختارا: يجب أن يكون الواقف راضيا على ما هو مقدم عليه لا يصح الوقف إذا وقع بالجبر والإكراه وإلا كان باطلا غير أنه إذا أجاز الواقف أصبح نافذا بعد زوال الإكراه⁽²⁾.

الفرع الثاني: الموقوف عليهم

أولا: تعريف الموقوف عليهم

الموقوف عليهم هو الجهة المستفيدة من الوقف سواء كانت هذه الجهة فردا أم جماعه أم هيئات لها صفة الاستقلال وصالحة لجريان ثمرات الوقف عليها⁽³⁾.

عرفه المشرع الجزائري في المادة 13 من القانون 10/91 السالف الذكر على أنه " الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ... "

ويمكن أن يكون الموقوف عليهم الواقف نفسه أو من ذي القربى أو أجنبي عنه أو جهة بر وإحسان سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين حيث سنتطرق لكل واحد فيهم ثم نبين أهم الشروط الواجب توفرها في هؤلاء الموقوف عليهم.

(1) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 266.

(2) نفسه، ص 267.

(3) عبد اللطيف محمد عامر، المرجع السابق، ص 263.

أولاً: الوقف على النفس

اختلف الفقهاء في مسألة صحة وقف الواقف على النفس فمنهم من يجيز الوقف على النفس كقول أبي يوسف وغيره، فهم يجيزون اشتراط أن تكون العلة كلها أو جزء منها لنفسه مادام حيا ويعتبر ذلك توسعا في الوقف. (1)

على خلاف ذلك يرى بعض الفقهاء عدم جواز الوقف على النفس من بينهم الشافعية وعلى رأي فقهاءهم لا يرون صحة الوقف على النفس لتعذر تملك الشخص ملكا لنفسه لأن الملك له وتحصيل الحاصل محال، ولما جاء في المذهب لا يجوز ان يقف على نفسه ولا أن يشترط لنفسه منه شيئا .

أما رأي الحنفية فقد انقسم إلى اتجاهين أولهما أن الوقف على النفس مطلقا لأن الوقف على النفس قربة، وجواز الوقف على جهة يتوهم انقطاعها واتجاه ثاني ذهب إلى عدم صحة الوقف على النفس لأن وقف المرء على نفسه يتناقض مع أصل الوقف. (2)

أما رأي المشرع الجزائري الذي أقر بإجازة الوقف على النفس تماشيا ورأي المذهب الحنفي الذي يجيز الوقف على النفس لأن له فائدة عملية وتحقق طمأنينة في نفس الواقفين مع ريع أموالهم الموقوفة طبقا للمادة 214 من قانون الأسرة التي تنص على: " يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته على أن يكون الوقف بعد ذلك لجهة معينة " . (3)

ثانياً: الوقف على الأهل

الوقف الأهلي هو ما جعل ابتداءً على شخص أو أشخاص معينين ثم من بعدهم على جهة البر فإذا أوقف الواقف على أولاده وأولاد غيره صح وقفه باتفاق الجمهور على ذلك وصار ريع الوقف حقا لهم بحسب الشروط والترتيب المنصوص عليه في الوقف.

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص178.

(2) منذر عبد الكريم قضاة، المرجع السابق، ص89.

(3) خالد رامول، المرجع السابق، ص89.

لقد أصبح الوقف على الذكور دون الإناث محل تساؤل كبير خاصة وأنه أصبح من الأمور التي يتحايل بها الواقف والموقوف عليهم على نظام الميراث الشرعي والمشرع الجزائري لم يتطرق الى هذه المسألة ولم يتناولها بنص صريح. (1)

ثالثا: الوقف على جهات البر

واجهات البر في الاسلام كثيرة ومتعددة والمستحقون للإحسان في المجتمع كثيرون فقد يكون الموقوف عليهم مسنين عجزة أو مراكز المعوقين المستشفيات أو الجمعيات الخيرية دور الأيتام بل وقد تتصرف حتى إلى تجهيز الجنود وقت الحروب والأزمات وقد يكون الموقوف عليهم شباب محتاج إلى الزواج أو نساء أرامل تكلى وكلهم جهات بر ومواقع قريات لله عز وجل وغيرها كثير وكثير ولا يمكن عدها ولا احصاؤها. (2)

غير أن الموقوف عليه مهما كانت صفته فإنه ينبغي أن تتوافر فيه جملة من الشروط ليكون أهلا لاستحقاق منفعة العين الموقوفة نوردها في الآتي:

ثانيا: شروط الموقوف عليهم

لقد اشترط المشرع الجزائري جملة من الشروط كالتالي:

1- أن يكون الموقوف عليه معلوما معينا

تنص المادة 13 من القانون 10/ 91 المتعلق بالأوقاف على: " الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخص معلوما طبيعيا أو معنويا" اشترطت هذه المادة في الموقوف أن يكون معلوما سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فلا يصح الوقف عليه مجهولا، كأن يقول وقفت داري على أحد أبنائي فمعلومية الجهة الموقوف عليها قد تحدد بالأسماء، بالوصف إذا كان الوصف مما لا يختلط معه

(1) نعيمة بريش، المذكرة السابقة، ص 71.

(2) خير الدين قنطازي، المرجع السابق، ص 89.

المستحقين، كأن يقول وقفت داري على ابني الأكبر أما الأشخاص المعنوية فهي المساجد ودور الأيتام ودور العجزة وغيرها. (1)

2- أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك

وهو الشرط الذي اتفق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وإن اختلفوا في مدى جواز الوقف على المعدوم والمعلوم.

فعند الأحناف يرون في الوقف على المعدوم والمعلوم سواء كان مسلم أو ذمي غير أنهم يبطلون وقف المسلم أو الذمي على الكنيسة لانعدام القرابة (2) أما الحنابلة والشافعية فيشترطون في الموقوف عليه أن يكون أهلا للتملك وقت إنشاء الوقف مع الوجود الحقيقي للواقف.

وفقهاء المالكية أقرروا بصحة الوقف سواء كان على الموجود أو المعدوم أو المجهول سواء صدر من مسلم أو غير مسلم مع عدم إلزامية الوقف على الجنين الذي يولد حيا وترجع العين الموقوفة للمالك أو ورثته إذا مات. (3)

3- أن يكون الموقوف عليه موجودا

وفق نص المادة 13 من القانون 10/91 السالف الذكر فإن الجهة الموقوفة يجب أن تكون موجودة وهنا نطرح مسألة الجنين ومدى استحقاقه للوقف وقد اختلف الفقهاء حوله و فالشافعية والحنابلة يرون أن الجنين لا يجوز الوقف عليه حتى ولو ولد حيا لأنه في حكم غير الموجود أما المالكية والأحناف فيرون أنه يجوز ويجمع سواء كان موجودا أو غير موجود كالجنين قبل ولادته. (4)

(1) خير الدين قنطازي، المرجع السابق، ص 89.

(2) خالد رامول، المرجع السابق، ص 85.

(3) خالد رامول، المرجع نفسه، ص 86.

(4) خير الدين قنطازي، المرجع السابق، ص 91.

4- أن لا يشوب الموقوف عليه ما يخالف الشريعة الإسلامية

إن الأصل في مشروعية الوقف أن يكون صدقة يتقرب بها العبد الى الله حيث قال الإمام ابن قدامة " وإذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل " ومفاد ذلك أن الوقف لا يصح إلا على البر كبناء المساجد والقناطر وكتب الفقه والعلم ولا يصح على معصية كبيت النار وبيع الخمر والكنائس ولا على كتب إحداد أو زندقة أو فسوق. (1)

5- أن يحترم الموقوف عليهم أحكام الوقف

وهذا ما نصت عليه المادة 17 من القانون السالف الذكر 10/91 على أنه "... ويؤول حق الانتفاع الى الموقوف عليه في حدود احكام الوقف وشروطه" فالأصل لا يجوز للموقوف عليه التصرف في أصل الوقف وعليه أن يحترم الشروط التي تمليها إدارة الوقف.

6- قبول الموقوف عليه للوقف

يعتبر الوقف من التصرفات الانفرادية التي تقوم بالإيجاب إلا أن القبول في القانون الجزائري يعتبر شرطاً لنفاذه و هذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون 10/91 " الشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه على وجوده وقبوله. " (2)

المطلب الثاني: محل الوقف

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الأول تعريف محل الوقف والفرع الثاني شروط محل الوقف.

(1) محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 68.

(2) المادة 13 من القانون 10/91، السابق الذكر.

الفرع الأول: تعريف محل الوقف

محل الوقف هو الشيء الموقوف أو العين المحبوسة، وهو المال الموجود المتقوم من عقار كان أو دار أو منقولاً ككتب و ثياب وحيوان وسلاح لقوله صلى الله عليه وسلم: "وأما خالداً فإنكم تظلمون خالداً فإنه احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله"⁽¹⁾

وقد نص المشرع الجزائري لكي يصح المال الموقوف جملة من الشروط من خلال نص مادته 11 من القانون 10/91 حيث قال: "يكون محل الوقف عقارا او منقولاً منفعة ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددًا و مشروعًا، ويصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة يتعين القسمة " وهذا ما سنتطرق اليه كالاتي:

الفرع الثاني: شروط محل الوقف

أولاً: أن يكون معلوما علماً تاماً

يشترط الفقهاء في المال الموقوف أن يكون معلوما علماً ينفي الجهالة عنه منعاً للنزاع وعلى هذا لو قال الواقف وقفت جزءاً من أرضي ولم يعينه كان الوقف باطلاً، وكذلك لو قال وقفت إحدى داري هاتين ولم يعينه.

ويجب أن تكون العين الموقوفة معروفة حدودها واضحة بمعالمها ولا يكتفي بشهرها.

لقد جرى العمل في كل العقود الناقلة للملكية على ذكر الحدود الأربعة لأن هذه العقود تشهر احكامها مدة طويلة.⁽²⁾

(1) صالح بن غانم السدلان، المرجع السابق، ص 11.

(2) محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص 72.

فيجب أن يكون المال المحبوس خالي من النزاع ومعينا تعيينا دقيقا، فلو قال وقفت بعضا من مؤلفاتي على طلاب العلم كان وقفا مجهولا فلا يصح ولا يجوز، فالوقف هنا لا يصح للجهالة المؤدية للنزاع. (1)

هذا الشرط نص عليه المشرع الجزائري في نص مادته 216 من قانون الأسرة حيث قال يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف خال من أي نزاع ولو كان مشاعا " وإن اشترط ذلك فلأن حقوق الموقوف عليه متعلقة بهذا المال فلو كان مجهولا أفضى ذلك إلى نزاع مانع استيفاء حقوقهم. (2)

ثانيا: أن يكون محل الوقف مشروعاً

اشترط المشرع أن يكون محل الوقف مشروعاً ويجوز التعامل فيه في صحة الوقف وأجمع الفقهاء على ضرورة هذا الشرط مستعملين في ذلك عبارة المال المتقوم. وهو ما يمكن ادخاره وقت الحاجة أو ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه معتاد و التقويم يكون بالتحويل وإباحة الانتفاع به شرعا حال السعة والاختيار. (3) ويترتب على ذلك أنه ما ليس في حيازة الإنسان لا يعتبر مالا متقوما كالطير في الهواء والسمك في الماء. (4)

وكذلك ما لا يباح للإنسان الانتفاع به كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم أما المال غير المتقوم فهو لا يمكن الانتفاع به في الحال والسعة والاختيار ولم يكن في حيازة الإنسان ولم يجعل له الشرع قيمة ولا حماية عند الإلتاف كالمنكرات والمحرمات وجامع ذلك أن ما يصح وقفه هو كل ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به. (5)

(1) عبد الودود محمد السريبي، الوصايا والأوقاف والمواثيق في الشريعة الإسلامية، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1998، ص 192.

(2) مصطفى شلبي، المرجع السابق، 358.

(3) عبد الودود محمد السريبي، المرجع السابق، ص 191.

(4) منذر عبد الكريم قضاة، المرجع السابق، ص 83.

(5) محمد بن أحمد بن صالح الصالح، المرجع السابق، ص ص 72-73.

وهذا ما نص عليه المشرع صراحة في نص مادته 11 من القانون 91 / 10 السالف الذكر بل و أكد على ضرورة مشروعية المحل في كافة العقود من خلال نص المادة 96 من القانون المدني حيث قال: " إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

لأن الاصل والهدف من الوقف هو النفع والتقرب إلى الله تعالى وكسب الثواب أكد الفقه والقانون على ضرورة ومشروعية الوقف لتحقيق الغاية منه.

ثالثا: أن يكون محل الوقف مفرزا غير مشاع

الشائع والمشاع هو المال المشترك غير المقسوم⁽¹⁾ نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز وقف المشاع من خلال نص مادته 11 من قانون الأوقاف السالفة الذكر ونص على ذلك في المادة 216 من قانون الاسرة "يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف معيناً خالياً من النزاع و لو كان مشاعاً".

حيث أن المشرع الجزائري أجاز وقف المال المشاع لكن اشترط القسمة أي قسمة المال المشاع وهذا الشرط شرط وجوب ونفاذاً، وهذا ما ينتج عنه من عدم صحة وقف المال المشاع غير القابل للقسمة وقد اختلف الفقهاء حول موضوع وقف المشاع باعتباره إما أن يكون قابل للقسمة أو أن يكون مستحيلاً لا يقبل القسم.

فقال أبو يوسف أن وقف الحصة الشائعة في العقار المشاع يعتبر صحيحاً سواء كان المشاع يقبل القسمة أم لا وعلل رأيه بأن الوقف هو حبس العين والتصدق بالمنفعة ويكون ذلك في المشاع كما يكون في المفزعة، كما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز وقف الذي كان على مئة لهم شائعة في أرض بخيبر، وقد أيده في ذلك كل من المذهب الشافعي والحنبلي والتسليم شرط لإتمام الوقف و لزومه.

أما من يخالفهم في ذلك محمد بن الحسين فلا يشاطرهم الرأي وقال أنه في حالة ما إذا كان وقف المشاع لا يقبل القسمة أو أن قسمته تؤدي إلى إتلافه وأنه شرط لإتمام

(1) مصطفى شلبي، المرجع السابق، 359.

الوقف ولزومه⁽¹⁾ كمن وقف الحصة المشاعة لتكون مسجداً أو مقبرة لا يصح الوقف ولا يترتب عليه اثاره إلا إذا أفرز الحصة الموقوفة وحددها فالشيوخ مانع من جعلها مسجداً⁽²⁾.

أو مقبره لأنه لو تم وقفها مسجداً أو مقبرة وهي شائعة لكن الإنتفاع بها بطريق المهايأة وفيها توصل إلى شيء في غاية القبح و هو أن تكون الأرض مسجداً أو مقبرة تدفن فيها الموتى عاما وفي عام آخر تكون مزرعة أو مربيط ماشية ولأن الشيوخ يمنع الإخلاص لوجه الله تعالى وهذا الحكم في وقف المسجد والمقبرة بالاتفاق بين الفقهاء.⁽³⁾

رابعاً: أن يكون محل الوقف عقاراً أو منقولاً أو منفعة

من خلال نص المادة 11 من القانون 10 91 السالف الذكر نوع العين المحبوسة وأجازها في ثلاثة أصناف وهي العقار والمنقول والمنفعة.

1- وقف العقار:

ويقصد بالعقار الأرض وقد عرف المشرع الجزائري العقار من خلال نص المادة 683 من القانون المدني " كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وما عدا ذلك فهو منقول "

اتفق الفقهاء على جواز وقف العقار من أرض ودور وحوانيت وبيساتين ونحوها لان الجماعة من الصحابة رضوان الله عليهم وقفوه ولأن العقار مؤبد ويبقى على الدوام⁽⁴⁾ ويرى الأحناف أن اصل الوقوف التأييد، أن يكون عقاراً أو منقولاً على شيء من القيود فيه.⁽⁵⁾

(1) محمد أبو زهرة، المرجع السابق، 102.

(2) زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1994، 494.

(3) مصطفى شلبي، المرجع السابق، 360.

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص162.

(5) منذر عبد الكريم قضاة، المرجع السابق، ص84.

ويجيزون وقف المنقول تبعا لوقف العقار نفسه ذلك أن المنقول تابع للعقار سواء كان متصلا به اتصال قرار وثبات كالبناء في الأرض وما اتصل بالبناء من الابواب والنوافذ والآلات المثبتة على الأرض والأشجار ونحو ذلك أو كان متصلا بالعقار لا على وجه القرار والثبات كالزرع والثمر على الأشجار وآلات الزراعة غير المثبتة على الأرض وأثاث المنازل. (1)

2- وقف المنقول:

اختلف الفقهاء في جواز وقف المنقول و إن كانوا قد اتفقوا على جواز وقف العقار كما سبق ذكره فالإمام أبو حنيفة لا يجيز إلا وقف العقار لأن الوقف يشترط فيه التأييد والمنقول لا يتأيد فلا يصح وقفه ويخالفه في ذلك الصحابان أبو يوسف و محمد اللذان اتفقا على إجازة وقف المنقول إذا كان تابعا للعقار وهو ما يعرف في القوانين بالعقار بالتخصيص وكذلك أجازا وقف المنقول مستقلا إذا كان في الآلات التي تستعمل في الحروب كالسلاح. (2)

واختلف الصحابان أبو يوسف ومحمد في غير هاتين الحالتين فأبطل أبو يوسف وقف المنقول من المنقول بالتخصيص، والمنقول الذي يستعمل للحرب أما محمد فأجاز وقف المنقول إذا تعارف الناس على وقفه مثل وقف الكتب والمصاحف على المساجد والمدارس أما فيما عدا هذه الحالات فوقف المنقول عندهم غير صحيح ولا يجوز. (3)

أما المشرع الجزائري قد أجاز صراحة في المادة 11 السالفة الذكر من القانون 10/91 وأخذ برأي المذهب المالكي حيث يجيزون وقف المنقول سواء كان المنقول تابعا للعقار أو مستقلا عنه غير أن إجازة وقف المنقول تتعارض مع شرط التأييد الذي يشترطه المشرع في المادة 3 من القانون 10/ 91. (4)

(1) زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، المرجع السابق، ص 497

(2) بريش نعيمة، المذكرة السابقة، ص 84.

(3) بريش نعيمة، مذكرة نفسها، ص 64.

(4) خير الدين قنطازي، المرجع السابق ص 69.

3- وقف المنافع

اختلف الفقهاء حول وقف المنفعة حيث قال الحنفية لا يصح وقف المنافع وحدها دون الاعيان ولا وقف حق التخلي ولا حقوق الارتفاق لأنها ليست مالا عندهم لعدم إمكان حيازته بذاته (1).

وخالفهم المالكية في ذلك حيث قالوا أنه يصح وقف المنافع والحقوق وحدها لأنها مال عندهم في رأيهم ولا يلزم أن يكون محوزا بنفسه حيث أن المشرع الجزائري أخذ برأي المذهب المالكي في مسألة وقف المنافع وهو ما نص عليه في المادة 11 السالفة الذكر (2).

المطلب الثالث: صيغة الوقف

الفرع الأول: تعريف الصيغة

عرفنا فيما سبق أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة منفردة و أن ركنه هو الإيجاب فقط وأن القبول ليس ركنا فيه بالاتفاق، كما أنه ليس شرطا لصحته، ويقصد بالصيغة هي التعبير عن تلك الإرادة حيث تعتبر الصيغة الركن الوحيد عند الحنفية، والركن الرابع عند جمهور الفقهاء، وقد ينعقد الوقف في عدة صور تكون عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة وهذا ما نصت عليه المادة 12 من القانون 91 / 10 السالف الذكر.

"تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه".

(1) زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، المرجع السابق، ص 390.

(2) المرجع نفسه، ص 390.

وقد تكون الصيغة صريحة وهي ما اشتهر استعماله في الوقف المشروع فتتصرف إلى معنى الوقف وهي ثلاثة ألفاظ الوقف الحبس التسبيل كقول حبست كذا وأرض موقوفة على فلان. حيث صارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطبيق في الطلاق⁽¹⁾.

أما ألفاظ الكتابة فهي ما كانت تحمل معنى الوقف وغيره كمعنى الصدقة أو النذر وتتمثل ألفاظ الكتابة في العبارات تصدقت حرمت وأبدت، هذه ألفاظ لم يثبت عرف الإستعمال بها فلا يحصل الوقف بمجرد⁽²⁾.

أما الفعل فقد يقوم مقام الصيغة عموماً، كأن يبني شخص مسجداً ويخلي بينه وبين الناس للصلاة فهذا الفعل كان في التحبب لدلالة الحال على تسبيله⁽³⁾.

الفرع الثاني: شروط الصيغة

لصيغة الوقف عدة شروط، يجب أن تتحقق حتى تضي على الوقف صفة الصحة والنفاد وهي كالاتي:

أولاً: أن تكون الصيغة تامة ومنجزة

الصيغة المنجزة هي ما تدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره عليه في الحال⁽⁴⁾.

فالصيغة في الوقف يجب أن تكون منجزة بحيث لا يكون فيها تعليق على شرط ولا إضافة للمستقبل.

إلا أن المشرع أجاز الصيغة المتعلقة بوقف مضاف إلى ما بعد الموت، كأن يقول وقفت داري على فلان بعد الموت، فتأخذ حكم الوقف على نفس ثم على الغير⁽⁵⁾.

(1) محمد بن أحمد بن الصالح الصالح، المرجع السابق، ص 78.

(2) خير الدين قنطازي، المرجع السابق ص 73.

(3) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 333.

(4) منذر عبد الكريم قضاة، المرجع السابق، ص 92.

(5) خير الدين قنطازي، المرجع السابق ص 73.

فإن الوقف صحيح يأخذ حكم الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت. لابد أن تكون إرادة الواقف مفرغة في الصيغة الدالة على الوقف دلالة تامة منجزة غير مبهمة وغامضة (1)، لأنه إذا اقترنت الصيغة بشرط يفيد الاحتمال تعتبر باطلة إذ لا يمكن أن نتأكد من تحقق أو عدم تحقق هذا الشرط مستقبلاً.

ثانياً: أن تكون الصيغة دالة على التأبير

اتفق جمهور الفقهاء باستثناء المالكية على اشتراط التأبير في صيغة الوقف لأن الأصل في الوقف أن يكون مؤبداً دائماً لا ينقطع ولا يتحول لمالكه لحديث عمر رضي الله عنه لقوله صلى الله عليه وسلم " وإن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمارها على الأتباع ولا توهب ولا تورث" وحبس الأصل التأبير، أي صدقت باقية مؤبدة ما بقيت هذه العين والمنع من بيع الوقف أو هبته أو عدم إرثه صريح في التأبير، في حين أن المالكية يجيزون الوقف سواء كان على وجه التأبير أو التاقيت، فإن كان مؤقتاً وانتهت مدته عاد إلى صاحبه وإن مات عاد إلى ورثته.

إلا أن المشرع الجزائري كان موقفه صريحاً حول التأبير من خلال نصوصه حيث نص في مادته 3 من القانون 10/91 السالف الذكر " بأن الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبير" ومن خلال المرجحاً أيضاً المادة 28 من نفس القانون حيث " يبطل الوقف إذا كان محددًا " فأوجب المشرع أن يشمل الوقف على صيغة التأبير فإن دل على التاقيت لا يصح و يعتبر باطلاً ويبطل معها الوقف.

ثالثاً: عدم اقتران الصيغة بشيء باطل

يجب ألا تقترن الصيغة بشرط باطل في الوقف وهو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه (2)، مثلما إذا قال وقفت أرضي ثم لي حق بيعها متى شئت فهنا الصيغة أثرت على أصل الوقف وهو التأبير سواء كان شرطاً باطلاً أو فاسداً .

(1) خالد رامول، المرجع السابق، ص 91.

(2) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 335.

وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنه لا يصح الوقف المقترن بشرط باطل فيبطل الوقف ولا يرتب أثره لكنهم استثنوا في ذلك المسجد فإنه إذا اقترن بشرط باطل يبطل الشرط ويصح الوقف، أما الوقف المتضمن على شرط فاسد فإن حكمه لا يبطل وقت و إنما يلغى الشرط ويبقى الوقف صحيحا.

والمشرع الجزائري يتضح موقفه من خلال المادة 29 من القانون 91 / 10 السالف الذكر حيث قال في نصه " لا يصح الوقف شرعا اذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فاذا وقع بطل الشرط وصح الوقف" ونلاحظ ان المشرع الجزائري لم يفرق بين الشرط الباطل والشرط الفاسد على خلاف فقهاء الشريعة الاسلامية الذين فرقوا بين الشرط الفاسد والباطل وعليه فالمشرع الجزائري رتب صحة الوقف وبطلان الشرط سواء كان باطلا أم فاسدا.

لذا وجب ألا تقترن الصيغة بشرط ينافي الوقف ومقاصد الشريعة الاسلامية⁽¹⁾.

رابعا: جواز اقتران الصيغة بشروط صحيحة

إنه خلاف ما قيل في الشروط الباطلة والفاسدة فإن غيرها من الشروط لا يؤثر على الوقف في أن المشرع الجزائري لم يأتي على ذكرها بطريقة مباشرة في قانون الأوقاف وإنما جاءت على الاطلاق من خلال المادة 14 من نفس القانون حيث قال " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها " وهي على النحو التالي⁽²⁾:

1- الزيادة والنقصان

وهي أن يفضل الواقف بعض الموقوف عليهم على الباقيين بأن يزيد في حصصهم ما شاء يأخذونه حين توزع الغلة وأن ينقص من حصص البعض الآخر من الموقوف

(1) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 273.

(2) المادة 14 من القانون 91 / 10 المتعلق بالأوقاف السابق الذكر.

عليهم، فإن هذا الشرط لا يؤدي الى حرمانهم إنما التعديل في حصصهم اما بالزيادة أو بالنقصان وليس لأحد الاعتراض على ذلك⁽¹⁾.

2- الإعطاء والحرمان:

ومفاد هذا الشرط أن يجعل ريع الوقف لبعض الموقوف عليهم دون الآخرين فيحرمهم حرمانا مطلقا أو مؤقتا أو أن يرتبهم في العطاء كان تعطى غلة الوقف هذه السنة لفلان والسنة القادمة لفلان آخر⁽²⁾.

3- الإدخال والإخراج

يعرف الإدخال بأنه جعل ما ليس مستحقا في الوقف من أهل الاستحقاق فإذا كان الوقف على جهة معينة كالملجأ فله أن يدخل معها المستشفى إذا كان قد اشترط لنفسه الإدخال، والإخراج أن يجعل المستحق من غير الموقوف عليه بأن يخرج من صفوف المستحقين فلا يكون من أهل الاستحقاق فلو وقف على جهة خير جعل وقفه بعدها على الفقراء واشترط في كتاب الوقف أن له أن يخرج من يشاء ويدخل من يشاء⁽³⁾.

4- الإبدال والاستبدال

الإبدال هو إخراج العين الموقوفة ببيعها مقابل مبلغ نقدي، والاستبدال هو شراء عين أخرى لتكون وقفا بدلا منها، وهما شرطان متلازمان غير أن المشرع الجزائري ضبط مسألة استبدال الملك الوقفي بملك آخر حيث جعل أصل المسألة هو عدم جواز الاستبدال ووضع الاستثناء بالجواز⁽⁴⁾.

وهي حالات حددها المشرع في المادة 24 من قانون الأوقاف السالف الذكر " لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو تستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات التالية:

(1) خير الدين قنطازي، المرجع السابق ص 77.

(2) مندر عبد الكريم قضاة، المرجع السابق، ص 80.

(3) محمد أبو الزهر، المرجع السابق، ص 143.

(4) خير الدين قنطازي، المرجع السابق ص 79

- حالة تعرضه للضياع
 - حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه .
 - حالة الضرورة العامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
 - حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه وينفع فقط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً له أو أحسن منه.
 -
 - وتثبت هذه الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة.
- 5- التفضيل والتخصيص:** إن لهذان الشرطان مفهوم واسع فالتفضيل هو أن يزيد في نصيب بعض المستحقين ولا يزيد في نصيب آخر، فإذا وقف بين ثلاث جهات بالسوية يجب أن توزع بينها بالسوية، و إذا اشترط لنفسه التفضيل بأن يزيد في نصيب أحد منهما دون أن يمنع الاستحقاق عن الآخرين مؤقتاً أو مؤبداً لأن التفضيل يقتضي تعدد العطاء والتساوي في قدر مشترك، ثم تفضيل الآخر بالزيادة والتخصيص هو تمييز بعض المستحقين بشيء لا يعطيه لغيرهم وإذا اجتمع التخصيص مع التفضيل اقتصر في معناه على التخصيص بالقلة وبالتفضيل الزيادة في بعض الأنصبة⁽¹⁾.

(1) محمد أبو الزهر، المرجع السابق، ص 147

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما سبق التطرق إليه في الفصل، نرى أن التوقف أحد أهم أوجه البر التي براد بها التقرب إلى الله عز وجل وتطبيق لسنة رسوله الله صلي عليه وسلم، فقد نظمتة الشريعة الإسلامية وأعطت له أهمية كبية كونه يقوم بتقديم الخيرات والمنافع لجميع الناس دون استثناء لأنه يقوم بحبس الأصل عن التملك وتسبيل منفعة، ونلاحظ أن المشرع الجزائري اهتم بنظام الوقف من خلال عدة قوانين إلى غاية صدور قانون خاص به وهو القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف وذلك بتمييزه عن عقود التبرعات الأخرى بخصائص كثيرة لأنه عقد تبرئي من نوع خاص، لتمتعه بشخصية المعنوية كناظم مستقل، ويستلزم لقيامه وانتاج آثاره توافر أركان أساسية وهي الواقف والموقوف، ومحل الوقف وصيغة الوقف، ولا تكفي قيام الأركان وحدها بل يجب توافر جملة من شروط في كل ركن لكي ينشأ عقد الوقف صحيحا لأنها تعتبر ركيزة كل ركن.

الفصل الثاني

الشكلية في عقد الوقف



المبحث الأول: الرسمية في عقد الوقف

المطلب الأول: تسجيل عقد الوقف

الفرع الأول: مفهوم التسجيل العقاري

الفرع الثاني: تسجيل عقد الوقف

المطلب الثاني: شهر عقد الوقف

الفرع الأول: مفهوم الشهر العقاري

الفرع الثاني: شهر عقد الوقف

المبحث الثاني: إثبات عقد الوقف

المطلب الأول: إثبات التصرف القانوني

الفرع الأول: إثبات التصرف القانوني بالكتابة

الفرع الثاني: أنواع العقود التي يثبت بها الوقف

المطلب الثاني: الطرق المستحدثة في إثبات الوقف

الفرع الأول: وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي

الفرع الثاني: الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي

أولى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا بعقد الوقف كونه نظاما مهدد بالضياح والاعتداء عليه، حيث مما لا شك فيه أن الوقف تصرف تبرعي ينطوي على مخاطر كثيرة على الواقف والموقوف عليهم، كونه يخرج المال الموقوف من ذمة الواقف، فالواقف ينقص من ماله طلبا العوض اللافوري، أما الموقوف عليهم فإنه قد تضيع حقوقهم إذ لم يوجد دليل يثبت أحقيتهم في مواجهة الغير، لذلك وجب حمايتهم واشترط ا فراغ الوقت في شكل معين، فبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية تجدها تعتمد الرضائية أصلا من أصول التعاقد في التصرفات الصادرة من جانب واحد، حيث يكفي صدور الإيجاب من الواقف دون الحاجة إلى شكلية معينة، أما بالنسبة للإثبات اشترط بعض الفقهاء لصحة الوقف الكتابة، وقد أكد أيضا المشرع الجزائري على ضرورة توثيق عقد الوقف وافرغاه في قالب رسمي ثم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، وذلك تفاديا للمشاكل الناجمة عن وجود كثير من الدعاوي الباطلة التي يستعين فيها بشهادة الزور، والدافع إلى تقرير شكلية معينة للوقف هو حرصه الشديد على حماية إدارة الوقف، وعليه للوقوف على هذا الأمر قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول إلى الرسمية في عقد الوقف أما في المبحث الثاني، إلى إثبات عقد الوقف.

المبحث الأول: الرسمية في عقد الوقف.

لكي ينشأ العقد يجب أن تتوفر فيه الأسس اللازمة وهي المحل والسبب والتراضي، لكن قد أضاف إلى هذه الأركان ركناً رابعاً وهو توثيق العقد وهذا ما يطلق عليه بالعقد الرسمي وينطبق هذا المفهوم على العقود المنصبة على العقارات، حيث وجب المشرع أن تفرغ هذه العقود في طابع رسمي من قبل موظف عمومي أو شخص مكلف لخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه لأنها تقع بين طائفة البطلان، فنجد من بينها عقد الوقف الذي ينصب في أغلبه على العقارات لذلك وجب إفراغه في شكل رسمي، لكن لا يكفي توثيق عقد الوقف فقط، هناك شروط قانونية أخرى يتطلبها القانون لكي ينتج آثاره العينية والمتمثلة في شروط النفاذ وهذا ما ارتأينا إليه في هذا المبحث الذي قسمناه إلى مطلبين، المطلب الأول: تطرقنا فيه إلى تسجيل عقد الوقف أما في المطلب الثاني: إلى شهر عقد الوقف.

المطلب الأول: تسجيل عقد الوقف.

إن التسجيل يهدف إلى تثبيت التصرفات القانونية من جهة ومن جهة أخرى يعد مورثاً مالياً لخزينة الدولة وحتى تتم هذه العملية على أكمل وجه اشترط المشرع مجموعة من القواعد والشروط بالنسبة للتصرفات الواقعة على الملكية العقارية لأن الملكية العقارية هي التي تمنح سلطة مباشرة لصاحب العقار، فيجب اتباع إجراءات معينة ومن بينها إجراءات التسجيل كمرحلة أولية لشهر التصرفات العقارية وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين في الفرع الأول مفهوم تسجيل العقارات وفي الفرع الثاني تسجيل عقد الوقف.

الفرع الأول: مفهوم التسجيل العقاري.

أولاً: تعريف تسجيل العقارات.

من خلال النصوص القانونية في موضوع التسجيل نرى أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً جامعاً مانعاً بل اقتصر على أهميته ويمكن تعريف التسجيل على أنه عملية إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية بواسطته يحفظ أثر العملية القانونية التي يقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية التي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل⁽¹⁾.

ثانياً: الغرض الجبائي من تسجيل العقارات:

إن تسجيل العقارات الهدف الأساسي منه هو مالي وحقوق التسجيل يعتبر من أهم الضرائب التي تعتمد عليها خزينة الدولة التي تسعى من خلالها إلى تمويل الخزينة العمومية وإعطائها وظيفة مالية بشكل مطلق حتى تستطيع هذه الأخيرة إلى مواجهة نفقاتها المحدودة من أجل سير المرافق العمومية كما أن عملية التسجيل تسمح أيضاً للدولة من إحصاء الممتلكات كما أن الإحصاءات الجبائية والامتيازات الممنوحة لبعض القطاعات ما هي إلا مؤشر لتشجيع الإثمار وبالتالي تطوير الاقتصاد وتحقيق التوازن والاستقرار الاقتصادي والتحكم في النشاط الاقتصادي⁽²⁾.

ثالثاً: الأهمية القانونية لتسجيل العقارات.

إضافة إلى الدور الجبائي التمويلي الذي يلعبه تسجيل العقارات وهو دور أساسي هناك أهمية قانونية بما أن إجراء التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن رسوم العقود تستخلص من مراحل انتقال الملكية العقارية كما أنه إجراء

(1) رامول خالد، دورة آسيا (الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات وفي التشريع الجزائري، ودار هومة، 2008

ص 19.

(2) رامول خالد، المرجع نفسه، ص 31.

ملزم باعتبار أن رسوم العقود تستخلص قبل إجراء التسجيل وهذا حسب المادة 82 من قانون التسجيل.

كما أن لتسجيل العقارات دورا في إثبات تاريخ العقود العرفية التي تقوم بتحريرها الأطراف فيما بينهم دون تدخل من جانب موظف عام وضابط عمومي فقد نصت المادة 328 من القانون المدني على أنه لا يكون العقد العرفي حجية على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله، فغاية ما يعطيه هذا التاريخ هو صحة ثبوت السند العرفي وهذا قبل صدور قانون التوثيق،⁽¹⁾ وبذلك يكون التسجيل آلية إجرائية وضمانة قانونية يثنى من خلالها التعرف على تاريخ العقود والمحركات العرفية من خلال الرجوع إلى عبارة التسجيل المدونة على العقد من طرف مفتشية التسجيل.

الفرع الثاني: تسجيل عقد الوقف.

أولا: تسجيل عقد الوقف.

إن الأملاك العقارية باعتبارها الصنف الثالث من أصناف الملكية العقارية وهذا ما جاء به قانون رقم 20/90 في مادته 23، وأن المشرع قد اشترط التسجيل لكل معاملة ترد على عقار، والعقارات الوقفية معنية بذلك، وهذا ما أكد وجوبا في المادة 41 من قانون الأوقاف والتي تنص على أنه "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى المؤلف وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري..." ويتم ذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا حتى يتمكن الأطراف من شهره فيما بعد⁽²⁾.

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 313.

(2) خير الدين قنطاري، المرجع السابق، ص 97.

وتبعا لنص المادة 44 من نفس القانون على أنه يجب إخضاع عقد الوقف للتسجيل حيث قال: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال الخير".

وقد حددت المادة التسجيل كإجراء سلمي ولو أنه أعفى الأملاك الوقفية العامة فقط من الرسوم والضرائب المتعلقة بهذا الإجراء.

كما أن المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتضمن أحداث الوثيقة الإشهاد المكتوبة نصت في نفس المنحى حيث تنص: "يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها".

وهذا ما أكدته أيضا قانون التسجيل في المادة 58 منه حيث جاء فيها: "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها".

وتطبيقا لنص المادة 44 السالفة الذكر فإن كل وقف سواء كان عقارا أو منقولا يكون خاضع للتسجيل كقاعدة عامة، ويتم ذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا ولا تعفى منها من رسوم التسجيل إلا ما كان منها وقفا عاما.

حيث ميز المشرع الجزائري بين الأملاك الوقفية العامة التي يمسها الإعفاء والأملاك الوقفية الخاصة التي لا يمسها الإعفاء السابق مع أن العلة التي بنى عليها المشرع قرار الإعفاء هي نفسها في كلا الأملاك وهي لكونها عملا من أعمال البر والخير⁽¹⁾.

ولعل هذا الذي ذهب إليه المشرع دعوة صريحة إلى سلوك طرق الوقف العام وتوقيف من الأوقاف الخاصة.

(1) قنعود رمضان، "شروط الوقف وفق آخر تعديلات قانون الوقف"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، 2010، ص 64.

فالتسجيل يظهر كإجراء جوهري لشهر الوقف⁽¹⁾ لأنه في حالة عدم القيام بإجراء التسجيل فإن عقد الوقف المنصب على عقار يكون محلاً لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري أو الجهة المكلفة بإشهار العقود المتعلقة بالعقارات.⁽²⁾

وهذا ما نلاحظه كذلك بالنسبة للتشريع المصري في المادة التاسعة من القانون العقاري رقم 114 لسنة 1956 على أنه: " جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية، ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ولا يكون لتصرفات الغير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن...".

وكذلك المادة العاشرة من نفس القانون المصري على أنه: " جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية في تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير...".

حيث نرى أن المشرع المصري أكد على ضرورة تسجيل العقود والتصرفات لكي تكون لها حجية وتشأ آثارها بين الشأن.

المطلب الثاني: شهر عقد الوقف:

إن العقارات تتمتع بحكم طبيعتها بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع كل التصرفات الواردة عليها من إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها لإجراءات معينة تتمثل في إجراء الشهر العقاري ومن بينها نجد العقارات في عقد الوقف وللحديث على ذلك

(1) قنود رمضان، المقال نفسه، ص 64.

(2) خالد رمول، المرجع السابق، ص 97.

قسماً هذا المطلب إلى فرعين تطرقنا في الفرع الأول إلى مفهوم الشهر العقاري أما في الفرع الثاني إلى الشهر في عقد الوقف.

الفرع الأول: مفهوم الشهر العقاري.

وفي إطار التعريف بنظام الشهر العقاري سنبين ما المقصود بهذا النظام ونقف عند أهميته التي تعكس لنا إيجابيته على مختلف الجوانب في المجتمع.

أولاً: تعريف الشهر العقاري.

وهي تقنية ترمي إلى إعلام الغير وبالتالي الاحتجاج لبعض الأعمال القانونية المتعلقة بالعقارات.

كما يعرف بأنه نظام قانوني على مجموعة من القواعد والاجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات. (1)

فالشهر العقاري عند تخلف الشهر في المسائل العقارية فإنه لا ينال من صحة العقد شيئاً إنما يجد من فعاليته في مواجهة الغير، وحتى فيما بين المتعاقدين نفسها أي أنه لا يمكن الاحتجاج ضد الغير إذا كان العقد وارد على العقار.

فالشهر العقاري يتكون من كلمتين: الشهر والعقار، ويقصد بكلمة الشهر طريقة الإعلام ونشر التصرفات أما العقار فيقصد به كل ما هو ثابت ومستقر لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. (2)

وهو نظام قانوني يتضمن مجموعة من الاجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على مصلحة عمومية تسعى بالمحافظة العقارية ويقصد بهذه الأخيرة أنها هيئة إدارية خاضعة

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 118.

(2) محمد مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، طبعة 3، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 118.

لوزارة المالية يسيرها موظف عمومي يدعى المحافظ العقاري ويسند لها شهر التصرفات العقارية ووثائق المسح العقاري لإنشاء السجل العقاري وتسليم المعلومات.

كما عرف بأنه إجراء يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة بإدارة الشهر العقاري لإعلام كافة بها وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية ومنع المضاربة وتحقيق الثقة⁽¹⁾.

ثانيا: أهمية الشهر العقاري.

تكمن أهمية الشهر العقاري كآلاتي:

- ❖ الشهر العقاري يلعب دورا مهما يتمثل في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقار ما، وأيضا حول الثروة العقارية لشخص ما، فضلا على أنه يلعب دورا مهما في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية بين الأطراف المتعاقدين.
- ❖ يشجع الملكية الفردية والتداول الحر للأموال.
- ❖ يعتبر وسيلة لمحاربة خفية التبادلات وتحويلات الملكية والقروض العقارية⁽²⁾.
- ❖ يؤدي إلى منع الغش واستقرار المعاملات وصون الحقوق وتثبيت الملكية والقضاء على المنازعات وفي هذا تشجيع للتعامل في العقارات.⁽³⁾
- ❖ الشهر العقاري يعد وسيلة ناجعة لتنظيم المعلومة العامة الموثقة على النظام القانوني كل عقارات التراب الوطني.
- ❖ نظام الشهر العقاري ذا فائدة قصوى، إذ صمم خصيصا لإنشاء حالة مدنية حقيقية للممتلكات العقارية.
- ❖ يؤدي إلى تسهيل تناول العقارات من خلال ترتيب الأثر العيني في نقل ملكية العقار.

⁽¹⁾ عزوي حازم، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشيخ لخضر، باتنة، 2010، ص 36.

⁽²⁾ عمار علوي، الملكية العقارية في الجزائر، الطبعة 3، دار هومة الجزائر، 2006، ص 118.

⁽³⁾ خسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دس، ص 123.

❖ يشجع الائتمان وكذلك يشجع الاستثمار مما يؤدي إلى تطور الاقتصاد من خلال إتاحة الفرصة لأصحاب العقارات الحصول على القروض اللازمة لاستثمار عقاراتهم أو القيام بمشروعات أخرى تعكس إيجابياتهم على الجوانب الاقتصادية وتنمية الثروة الوطنية. (1)

❖ تحديد الرصيد العقاري وبالتالي تسهيل عملية الوعاء الضريبي. (2)

ثالثاً: إجراءات الشهر العقاري.

يعتبر المحافظ العقاري محور عملية الإشهار العقاري باعتباره المراقب القانوني للمعاملات العقارية، وهو في أداء مهامه ملزم بأعمال قاعدتين كأساس للقيام بعملية الشهر وهما:

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

2. قاعدة الشهر المسبق: مفاد هذه القاعدة أنه لا يمكن تنفيذ أي إجراء للشهر في المحافظة العقارية في حالة عدم إشهار يثبت حق المتصرف. إن هذه القاعدة ترد عليها بعض الانشاءات منها:

أ- العقد المحرر قبل 04 مارس 1961 لأن الشهر العقاري كان اختيارياً قبل هذا التاريخ.

ب- إشهار الشهادة الملكية المقررة في إطار الثورة الزراعية (3).

ج- إشهار شهادة كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب 18/83.

د- إشهار عقود الملكية المتنازل عليها في إطار القانون.

(1) عمار علوي، المرجع السابق، ص 151.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 121.

(3) قنعود رمضان، المقال السابق، ص 64.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من الشهر العقاري.

تسنى المشرع الجزائري نظام الشهر العقاري العيني، وذلك بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

ويصبح نظام الشهر العيني عملياً بانتهاء من عمليات المسح العام للأراضي وبصفة كلية وهو المتعين أو بصفة جزئية لقطاعات معينة⁽¹⁾، ويعرف المسح العام للأراضي على أنه: "عملية تقنية وقانونية تهدف إلى تعيين جميع البيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة والواضحة لهوية العقار المتعلقة بموقعه وحدوده وقوامه ونوعه القانوني لإعداد عقود ملكية سليمة وصحيحة.

ويعرف السجل العقاري حسب المادة 12 من الأمر 74/75 كما يلي: "أن السجل العقاري محدد بموجب الفكرة الفقرة 3 لمسك كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات أولاً بأول لتأسيس وإنجاز ومسح الأراضي على إقليم بلدية معينة.

تمسك في ظل هذا النظام بطاقات وقطع الأراضي في العقارات المسوحة وبطاقات العقارات الحضرية المعدة طبقاً للمقاييس المحددة بموجب المادة 21 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل التجاري.⁽²⁾

الفرع الثاني: شهر عقد الوقف.

أولاً: إجراءات شهر عقد الوقف.

إن عقد الوقف الوارد على عقار يعتبر من بين الحقوق العينية العقارية، فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا عن طريق إشهاره وذلك تطبيقاً لنص المادة 15 و16

(1) الهادي سليمي، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم الإدارية، المركز الجامعي العربي التبسي، تبسة، 2008، 2009، ص 106.

(2) المرجع، نفسه.

من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري.

وكذلك ما أكدته المادة 41 من قانون الأوقاف التي يلزم المشرع أن يشهر عقد الوقف الرسمي، حيث يقوم المؤلف بإيداع النسخ العرفية لعقد الوقف يراد من الإيداع هنا إشهار نسختين من العقد الوقفي، نسخة تعاد على القائم بإيداع بعدما تأخذ على تأشيرة الإشهار والثانية توجه إلى أرشيف المحافظة العقارية، وتمكن سلطات المحافظ العقاري هذا في مراقبة مدى إرفاق الإيداع الرئيسي للعقد ببعض الوثائق هي:

- ❖ ملخص العقد ووثائق تغيير الحدود إن كان هناك تغييرا.
- ❖ الجدول الوصفي للتقسيم في العقارات من نوع الملكية المشتركة.
- ❖ ويراقب المحافظ العقاري مدى احترام آجال الإيداع وفي حالة إقرار رفض الإيداع يجب تسييب القرار.

❖ إن الإيداع إذا تم وفق الإجراءات السابقة فإن المحافظ العقاري يقرر إجراء الشهر إذا كشف خطأ من الأخطاء التي تؤدي إلى رفض الإجراء وهي:

(1) عدم وجود الحق أصلا.

(2) عدم احترام قاعدة الرسمية وقاعدة أسبقية الشهر.

(3) عدم صحة الرهون والامتيازات العقارية.

(4) عدم مشروعية سبب العقد⁽¹⁾.

إذ لاحظ المحافظ العقاري هذه الأخطاء الجسمية فإنه يخبر محرري العقود بسبب الرفض ويكون ذلك في أسفل الصورة الرسمية أو عن طريق نموذج خاص بالإعلان عن قرارات رفض الإجراء ويتم هذا الإعلان وجوبا في أجل أقصاه 15 يوما يبدأ سريانها من تاريخ الإيداع، ومن خلال هذا الأجل يسمح المحافظ العقاري للشخص المعني لردعه قرار الرفض وذلك تملكه الوثائق وتصحيح هذه الأخطاء الجسمية وبانتهاء المدة المشار إليها

⁽¹⁾ فنقود رمضان، المقال السابق، ص 65.

يصبح قرار الرفض قابلاً للطعن أمام الجهات القضائية خلال شهرين من يوم تبليغ قرار الرفض.

إذا بتمام الإجراءات السابقة سليمة يكون الشهر قد تم، وهنا تكون مصلحة الإشهار العقاري ملزمة بتقديم إثبات للواقف ذلك، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، وعلى هذا لا يرتب الوقف آثاره إلا من تاريخ الشهر وفقاً للقواعد المقررة في شهر الحقوق العينية والعقارية.

وإنه وبعد التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف رقم 10/91 استحدثت سجلات عقارية خاصة بالأموال العقارية يتم فيها تسجيل جميع العقارات الوقفية بعد إجراء عملية جرد عامة من طرف مصالح أملاك الدولة بالموازاة مع الجماعات المحلية، ليتم التثبيت وجرّد الأملاك الوقفية نهائياً في هذا السجل الخاص مع إشعار السلطة المكلفة بالأوقاف، ولقد جاء استحداث هذه العملية بعد صدور القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 مايو 2001 الذي يعدل ويتم القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 والمتعلق بالأوقاف حيث جاء في المادة 08 مكرر منه ما يلي: "تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول به.

ويحدث لدى المصالح المعنية بأموال الدولة سجل عقاري خاص بالأموال الوقفية، تسجل فيه العقارات الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك..".

ثانياً: أهمية الإشهار في عقد الوقف.

إن خصوصية الوقف اعطى لإشهار عقد الوقف أهمية وأبعاد خاصة مواد التقنين الجزائري 165 مكرر، 792، 324، 793 والمواد 14، 15، 16 من الأمر 74/75 السابق الإشارة إليها وكذلك المادة 29 من قانون التوجيه العقاري تؤكد على أن إثبات حق الملكية والحقوق العينية العقارية وجميع العمليات القانونية الواردة على عقار يثبتها عقد رسمي مشهر لنص المادة 41 من قانون الأوقاف السالف الذكر يشترط إلى جانب الرسمية في عقد الوقف ضرورة إشهاره والمصالح المكلفة بالسجل العقاري تكون ملزمة

بتقديم إثبات الوارد في نص المادة أن المشرع يعتد في إثبات الوقف الوارد على العقار بالعقد الرسمي المشهر. (1)

والمعلوم أنه بمناسبة الشهر العقاري في السجل العقاري للأموال العقارية بصفة عامة والعقارية الوقفية بصفة خاصة التي شملها المسح والإيداع لدى المحافظة العقارية يتم تسليم دفتر عقاري إلى مالك العقار طبقا للمادة 18 من مرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وبالنسبة للوقف فإن الدفتر العقاري باسم الوقف خاصة، وأن هذه الأخيرة قد منحه القانون شخصية معنوية سليم إلى الهيئة المكلفة بالأوقاف وعلى ضوء ما سبق فإن عقود الوقف التي تكون محلها عقارا أو حق عيني عقاري لا ينتج آثارها بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهر العقد. (2)

إن المشرع الجزائري أخذ بلزوم الوقف على رأي جمهور الفقهاء وذلك لا يجوز للواقف أن يرجع عن وقفه استنادا إلى المادة 16 من قانون الأوقاف ومتى أبرم الواقف عقد الوقف الرسمي تتأكد إرادته في الوقف وعدم الرجوع فيه وهي إرادة يحميها القانون وبالنسبة للورثة الواقف باعتبارهم من الغير لا يمكن الاحتجاج عليهم بوقف عقار مورثهم إذا كان عقد الوقف لم يخضع للإشهار ومن هنا تظهر قيمة الإشهار على هذا الأساس يكفي لإثبات الوقف الوارد على عقار انشاء عقد رسمي حماية لإرادة الواقف وحقوق الموقوف عليهم وهذا الاستثناء يدخل في مفهوم المادة 08 من قانون الأوقاف التي تعتبر في فقرتها الخامسة أن من بين الأوقاف العامة المصونة الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية. (3)

وما يؤكد هذا الرأي السابق أن المذكرة رقم 389 الصادرة في 2001/01/23 الصادرة عن مديرية الأملاك الوطنية جاء فيها: "أن حق الموقوف عليهم بالنسبة لعقار

(1) خالد رامول، مرجع سابق، ص 30.

(2) عبد الرزاق بوضياف، المرجع السابق، ص 200، 201.

(3) عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التسريح الجزائري، الطبعة السادسة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 99.

وقف وقفا خاصا هو بالتأكيد ليس حق ملكية كامل وشامل ولكنه حق انتفاع وبالتالي هو خاضع للإشهار العقاري وبالنسبة للشهادة التوثيقية بعد الوفاة المتضمنة العقارات الموقوفة وقفا خاصا يكون لها أثر تبيان هوية الموقوف عليهم كما تم تحديدها في عقد تأسيس الوقف كما أنها تشكل في حد ذاتها السند الرسمي المثبت لممارسة حق الانتفاع على عقار موقوف وقفا خاصا". وإذا كانت هذه المذكرة تتعلق بالوقف الخاص ضمن باب أولي في حالة الوقف العام يمكن للموقف عليهم أو السلطة المكلفة بالأوقاف تقديم عقد رسمي للإشهار⁽¹⁾.

ونلاحظ أن أهمية الإشهار تكمن في إعلام الغير للوضعية القانونية للعقار والاحتجاج عليهم، وكذلك تقديم الثروة العقارية للأشخاص وأهم دور للإشهار فهو ترتيب الأثر العيني الذي لا يمكن أن يترتب إلا بإتمام الشهر، فشهر التصرفات العقارية هو مصدر وجود ونشأة الحق العيني العقاري.

ثالثا: دور الإشهار في جزء الأملاك الوقفية.

يعتبر الإشهار وسيلة هامة لجرد الأملاك الوقفية العامة وعملية الجرد لا بد منها لحماية الأوقاف من الضياع والاستيلاء وكل التصرفات الغير جائزة قانونا كالبيع والهبة ...، ويؤكد هذا النص على ضرورة إشهار الوقف الوارد على عقار من حيث أنه من جهة وارد على عقار فلا بد من تسجيله في مجموعة البطاقات العقارية ومن جهة ثانية التمكين من جرد الأملاك الوقفية العامة.⁽²⁾

(1) عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 113.

(2) وقد نصت المادة 08 مكرر من القانون المعدل والمتمم: "تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها، يحدث لدى المصالح المعنية للأملاك سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف ذلك"، أنظر الجريدة الرسمية العدد 07 المؤرخة في 2003/02/24، ص 32.

المبحث الثاني: إثبات عقد الوقف.

أولى المشرع الجزائري اهتماما بالغاً بالأحكام الوقفية بسبب طابعها التعبدية ودورها الأساسي في تحقيق التكافل الاجتماعي وذلك من خلال تدخله بالقواعد القانونية الكفيلة بإضفاء الحماية القانونية اللازمة لهذا النوع من العقود، فقام بتنظيم وسائل إثبات وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 217 من قانون الأسرة، لكن بعد صدور قانون الأوقاف حدد في المادة 35 منه يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة المادتين 29-30 من هذا القانون، فالإثبات وحماية الحق بينهما علاقة متكاملة ولصاحب الحق أياً كان نوعه أن يقدم الدليل لأحقيقته لكي ينال الحماية وتظهر أهمية توفير وسائل إثبات الوقف لضمان تحقيق مقاصد الوقف وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث حيث تناولنا في المطلب الأول: إثبات التصرف القانوني، أما في المطلب الثاني تناولنا الطرق المستحدثة لإثبات الملك الوقفي.

المطلب الأول: إثبات التصرف القانوني.

بالرجوع إلى نص المادة 35 من قانون الأوقاف نلاحظ أن مفاد النص القانوني بوضع أن طرفي إثبات الملك الوقفي تكون بجميع الطرق ومن بينها الطرق القانونية وأوثقها على الإطلاق الكتابة الرسمية والعرفية فهذه الطرق تعتبر طرق ذات قوة قانونية مطلقة وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين وهي الفرع الأول تناولنا إثبات التصرف القانوني بالكتابة، أما في الفرع الثاني تناولنا أنواع العقود التي يثبت بها الوقف.

الفرع الأول: إثبات التصرف القانوني بالكتابة.

أولاً: الكتابة.

لقد حثنا القرآن الكريم على أن نجعل جميع التصرفات المالية مقيدة بالكتابة، والعقود الرسمية لا تتعد إلا بورقة موثقة والتي تعد عنصراً من عناصر تكوين العقد ووسيلة لإثباته في آن واحد، فالعقود الرسمية يقوم بتحريها وتوثيقها موظف عام مختص إقليمياً ونوعياً أو شخصاً مكلف لخدمة عامة وفق الأوضاع مقررة لإثبات جميع التصرفات حيث نصت المادة 324 على أنه: "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يكن تعتبر فيه إلا بيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء ولا يمكن استعمال البيانات التي ليس لها صلة بالإجراء سوى كبديلة للكتابة".

يعتبر العقد الرسمي وسيلة إثبات قانونية إذ أنه يثبت التصرف القانوني الذي أنشأ الوقف. (1)

ثانياً: شروط حجية الورقة الرسمية.

نظم القانون الأوراق الرسمية تنظيمًا محكمًا لضبط التصرفات التي تصدر من الأفراد حتى لا يكون هناك خلل في المعاملات والعلاقات الاجتماعية، وبالتالي لصحة التصرفات وسلامتها من الانحراف والتعدي، قد قرر المشرع شروطاً للورقة الرسمية تتمثل في:

❖ أن يقوم بتحري هذه الورقة موظف عام، وهو بهذه الصفة كل شخص يحمل حلم الدولة الجزائرية ويستوي في ذلك الموثق بصفة أصلية، والقائم بتحري العقود الإدارية التابعة للدولة كما هو الشأن بالنسبة لوزير الشؤون الدينية وأعوانه، حيث يحق لهم إبرام العقود طبقاً لما يمليه القانون.

(1) قرياني موسى، عقد الوقف وطرق إثباته في الوقف الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014، ص 69.

❖ أن تكون قد روعيت في تحرير الورقة الرسمية، الأوضاع القانونية المنصوص عليها في قانون التوثيق وهذا ما حددته المادة 324 من قانون الأوقاف وأقرته المادة 35 من قانون الأوقاف.

❖ وتعتبر الأوراق الرسمية إذا كانت قد استكملت في الظاهر جميع الشروط المذكورة سلفاً ومنسوبة إلى موظف مختص بتحريرها ويحكم موضوع البحث الذي يتعلق بالملك الوقفي فإن الطريقة المهمة في اثباته هي الكتابة التي تعد أوثق طريقة شرعاً وقانوناً وبالإضافة إلى شهادة الشهود. (1)

وما يبني عليه من مبررات في عدم اشتراط الشكلية لانعقاد الوقف بل لإثباته، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأوقاف على أنه يثبت الوقف بجميع طرق الاثبات الشرعية والقانونية وبذلك فإن الكتابة من أهم الطرق التي يثبت بها عقد الوقف.

الفرع الثاني: أنواع العقود التي يثبت بها الوقف.

أولاً: العقود الرسمية.

1. إثبات الوقف بالعقد التوثيقي:

العقد التوثيقي هو ذلك العقد الذي يبرمه موثق عمومي مختص، حيث أنه يضفي على السندات التي يحررها الرسمية والقوة التنفيذية فهي واجبة التنفيذ بذاتها بغير حاجة إلى رفع دعوى، وللحديث على العقود التوثيقية لإثبات الوقف يجب التمييز بين المراحل التالية:

(1) عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 57.

أ- المرحلة التي سبقت صدور قانون التوثيق 91/70:

فأثناء هذه المرحلة كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية بالنظر إلى الطابع الخاص الذي تتميز به الأحوال الشخصية، فطبقت أحكامها في مجال الزواج والطلاق والوصية والميراث أي كافة مصادر الشريعة دون تخصيص⁽¹⁾.

أولاً يتقيد القاضي بمذهب معين في حل المشكلة المعروضة عليه، ويقتضي آراء المذاهب الإسلامية تجدها أنها تعتمد الرضائية أصلاً من أصول التعاقد والتصرفات الصادرة من جانب واحد أي الإدارة المنفردة، إذ يكفي الإيجاب من الواقف وفقاً لما استقر عليه الفقه لقيام الوقف وانعقاده.⁽²⁾ فالشكل لا مجال له في الشريعة الإسلامية، فيما يتعلق بالوقف سواء كان وارداً على عقار أو منقول، فللواقف أن ينشئ وقفه دون الحاجة إلى اتباع شكل معين إذ ينعقد بكل ما يصدر عن الواقف دالاً على انشائه من لفظ أو فعل أو إشارة، هذا دون أن ننسى أنه أثناء الفترة الاستعمارية لم يلجأ الجزائريين إلى الموثقين المعمرين لتوثيق عقود الوقف كون الوقف نظاماً إسلامياً.⁽³⁾

ب- مرحلة اللاحقة لصدور قانون التوثيق 91/70 إلى غاية صدور قانون

الأوقاف 10/91:

وتتميز في هذه المرحلة بين فترتين الممتدة من صدور قانون التوثيق إلى غاية صدور قانون الأسرة، والفترة الممتدة من صدور قانون الأسرة إلى غاية صدور قانون الأوقاف.

1) الفترة الممتدة من صدور قانون التوثيق 91/70 إلى غاية صدور قانون الأسرة 11/84: بصدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق والذي ينص في مادته 12 على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي فإن العقود التي تتضمن عقاراً أو حقوق عقارية، أو

(1) خير الدين مشرن، مذكرة سابقة ص 57.

(2) أحمد فراج حسن، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، (دط)، دار الجامعة للنشر مصر 1970، ص 245.

(3) محمد كنانة، المرجع السابق، ص 95.

محلات تجارية وصناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن سهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

كان لازماً في هذه الفترة الأخذ بالعقد الرسمي التوثيقي لكن على الرغم من وجود نص المادة الذي يؤكد على ضرورة إخضاع العقود الناقلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية إلا في شكل رسمي، إلا أنه لم يوجد نص صريح على أن الوقف من العقود، فالوقف في تلك الفترة يعتبر تصرفاً من جانب واحد وليس عقداً ومن ثم فهو لا يدخل ضمن مفهوم النص القانوني السابق لأن نطاقه محدود من حيث نوع التصرفات في العقود دون التصرفات بالإرادة المنفردة ومن ثم فإن شكل كركن غير مطلوب للوقف، وأن نص المادة السابق لا يكون سنداً لأعماله في الوقف. (1)

أما شكل الإثبات لم يرد بشأنه نص قانوني خاص، لكن الوقف كتصرف مدني قد تزيد قيمته عن ألف دينار فإذا حدث النزاع فيما يخص تسرب بشأنه نصوص المواد 333 وما يليها من القانون الجزائري، ذلك أن القواعد العامة قد تستلزمه (2).

(2) الفترة الممتدة من صدور قانون الأسرة رقم 11/84 إلى غاية صدور قانون

الأوقاف 10/91:

باعتبار أن قانون الأسرة لا يسري إلا على الأوقاف التي أبرمت بعد تاريخ صدوره فقد نص في مادته 217 على أن يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقاً للمادة 191 من هذا القانون وتتص المادة 191 من قانون الأسرة على أنه: يثبت الوصية.

❖ بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

❖ وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم مؤشر عليه على هامش أصل الملكية وبالنتيجة يثبت الوقف بموجب عقد رسمي يحرره موقوف كأصل عام، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية، شأنه شأن

(1) محمد كنانة، المرجع نفسه، ص 95.

(2) سناء شيخ، "اثبات التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009، ص 100.

الوصية، ومنه ما يثبت بالتصريح يمكن أن يكون صحيحا قبل التصريح به أمام الموثق، وبمفهوم المخالفة عدم التصريح بالوقف لا يبطله ولكن يبطله ولكن يعطل وسيلة من وسائل اثباته مما يلجأ معه إلى القضاء لإثباته بوسائل أخرى للحصول على حكم مؤثر به على هامش أصل الملكية. (1)

ومن هنا يتبين أن العقد التوثيقي هو وسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار أو منقول على حد سواء خلال هذه المرحلة، وبذلك فالتصرف الوقفي يعتبر تصرفا رضائيا ليس شكليا والكتابة المتطلبة قانونا أمام الموثق هي وسيلة لإثبات الوقف وليست ركنا لانعقاده، فعدم تدوينه لا يعني أن التصرف الوقفي غير موجودا أصل أو يستحيل إثباته بإقرار المدين أو اليمين الحاسمة. (2)

3) مرحلة صدور قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل والمتمم إلى يومنا هذا:

تقضي المادة 41 من قانون الأوقاف 10/91 السالف الذكر بإلزام الواقف بأن يقيد وقفه لدى الموثق، غير أن هذه المادة تعتبر غامضة بسبب إغفال عنصر الجزاء المترتب على عدم التوثيق لأن الإلزام موجه للواقف الذي لا يمكن أن يتحمل جزاء عدم قيده لوقفه كونه يقوم بإجراء تصرف وقفي طابعه خيري له نفع عام أو مساهما في تطوير المصلحة العامة، فهو لا يرجو أو يرغب في أي نفع أو حق يخشى زواله عنه، كما أن المادة 12 من نفس القانون تنص عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 اعلاه فيتضح إذا أن المشرع قد ساوى بين اللفظ والكتابة والإشارة فيما يخص صيغة الوقف فللواقف ان ينشئ وقفه بالقول أو الكتابة أو الإشارة، فالشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف، فهو تصرف رضائي سواء كان واردا على عقار أو منقول إذ أن الوقف يتم بتوافر أركانه وما مسألة قيده إلا من أجل توفير الإثبات والحجية للوقف في مواجهة الغير (3).

وهذا على عكس من اعتبر الوقف عقدا شكليا يجب إخضاعه للطابع الرسمي تحت طائلة البطلان، وبالتالي إضفاء الشكلية في العقد المتضمن وقف عقار كركن من أركان

(1) محمد كنازة، المرجع السابق، ص 96.

(2) سناء شيخ، المرجع السابق، ص 100.

(3) محمد كنازة، المرجع السابق، ص 96.

انعقاده مؤسسين بذلك موقفهم على ضوء المادة 12 من قانون التوثيق والتي شرط الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو صيغها تحت طائلة البطلان المطلق بالإضافة للقاعدة المقررة في هذا الشأن بأن اجتهاد مع النص وأيضاً المادة 324 مكرر 1 التي سبق الإشارة إليها.⁽¹⁾ وبناء على ما سبق فإن التوثيق عند الوقف وإخضاعه للرسمية المكررة وفقاً لنص المادة 324 من قانون المدني والمادة 41 من قانون الأوقاف لا يعني أن هذه الشكلية المقررة فيه تعتبر ركناً من أركان الانعقاد بل مقررة لإثباته ضف إلى ذلك يوجد من الأوقاف وخاصة في بعض المقولات، ما لا يحتاج إلى التوثيق مطلقاً مثل المقولات الموقوفة على المساجد كالمصاحف والكتب والأثاث، إذ أن الوقف فيها ناقد وصحيح على الرغم من عدم توثيقه وما نصت المادة 12 من قانون الأوقاف التي فتحت في صيغة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة إلا دليل على ذلك.

لكن رغم هذين الرأسين المتناقضين فإن نية عمل البر والخير لا يوقفها إجراء سري بإفراغ الوقف في محرر رسمي، فمن يرجو مرضاة الله ربه ويضحي بنفسه ماله لا يمكن أن يتراجع عن الوقف أمام الموقف وإذا تردد فإن مثل هذا الإجراء يكون وسيلة لحالة إرادته ومراجعة نفسه أكثر مرة ويكون من واجب الموثق أن يبصره بمعنى تصرفه⁽²⁾، وعليه في شكلية المقررة بموجب نص المادة 41 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف هي من أجل إثبات التصرف الوقفي، وقد وردت خصيصاً لوقف العقارات، لأنها الأصل في الأوقاف تكون حسب محله فإذا كان محله مما نص القانون في نقل ملكيته على ضرورة التوقيف فإن هذا الحكم يسري أيضاً على عقد الوقف العكس صحيح.

2. العقد الإداري:

إثبات الوقف:

قد يتيح إثبات التصرف الوقف بالعقد الإداري، فالإدارة من أجل نقل أملاكها العقارية للغير قد تلجأ إلى طريق التعاقد، فتبرم عقوداً إدارية على وجه الخصوص العقود

⁽¹⁾ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة والوصية والوقف، (بط) دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص

85.

⁽²⁾ خير الدين مشرنن، مذكرة سابقة، ص 60.

المبرمة من أجل ترحيل الأملاك المخصصة للمساجد والمشاريع الدينية مع طرف مد آراء الأملاك من أملاك الدولة ورؤساء البلديات أو عقود الإرجاع أملاك وقفية سبق تأميمها.

من خلال الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن قانون الزراعة:

وفي هذا الإطار حددت المذكرة رقم 1-902 الصادرة عن مديرية الأملاك الوطنية شروط تسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد وملحقاتها والمدارس القرآنية بواسطة عقود إدارية تنقل ملكيتها إلى ذمة وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وذلك باعتبارها قطع أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة أدت عملية التسوية هذه اتخذت أحكام والمادة 43 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1989/12/01 المحددة لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك كمرجع في نقل ملكيتها بموجب عقد إداري صادر عن المديرية الولائية للأملاك الدولة، وتضمنت المذكرة نموذجاً للعقد الإداري الناقل للملكية. (1)

ويتم هذا العقد بتوافر الشروط الآتية طلب التسوية مقدم من طرف المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف، ونسخة من المخطط الطوبوغرافي، وشهادة إدارة محددة من المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف يعلن بموجبها أن مشروع انجاز المسجد وملحقاته أو المدرسة القرآنية قد انجز أو عرف على الأقل الانطلاق في الأشغال ونسخة من وصل تسديد بالدينار الرمزي على مستوى مفتشية أملاك الدولة المحددة للقيمة التجارية لقطعة أرض موضوع هذا العقد وذلك عملاً بنص المادة 43 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف. (2)

وبعد استيفاء هذه الشروط واستكمال الاجراءات يحررها عقد نقل الملكية العقارية في نسختين بين كل من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية المعنية كطرف آخر، وتسليم

(1) خير الدين مشرّن، مذكرة سابقة، ص 64.

(2) عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 68.

ممثل مؤسسة الأوقاف نسخة منه ويحتفظ بالنسخة الأخرى بالمحافظة العقارية مستكملاً لشروط التسجيل والاستعمار المبنية على نموذج العقد الإداري الملحق بالذاكرة نفسها وبذلك يعتبر هذا العقد الإداري دليلاً على ثبوت ملكية هذه القطعة الأرضية لصالح وزارة الشؤون الدينية ممثلة في ممثل مؤسسة الأوقاف على المستوى الولائي وهو مدير الشؤون الدينية الولائي، وبهذا يدخل العقار ضمن الأملاك الوقفية العامة المصونة وفقاً لنص المادة الثامنة من قانون الأوقاف 10/91. (1)

إثبات الوقف بالعقد القضائي:

إن العقد القضائي محرر يقوم بإعداده أعوان القضاء وكتاب الظيط بناءً على أحكام أو قرارات قضائية مثل الحكم الصادر بأحقية الوقف للعقار موقوف أو الحكم الصادر بإثبات انعدام الملف في الوقف الخاص. (2) وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها 37561 (3) في اعتبار العقار المبنى الذي شغل أحد الخواص وحوله بدوره إلى محل تجاري يستعمل كمقهى بعد أن حول بصورة مؤقتة في الوهلة الأولى إلى شركة سونلغاز بعد أن كان مسجد لتعليم القرآن، على حد تعبير المحكمة العليا، أي أنه وقف عام على الرغم من وجود عقد توثيق لكن لا يبين بأنه كان تابع لأهلهم، وقد أسندت المحكمة العليا في قرارها هذا على فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 1989/01/17 في فقرتها الرابعة بأنه إذا ثبتت شهادة جماعة من المسلمين أو بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهم لهم، وباعتبار أنه كان مسجداً سابقاً في أولاد سلامة لتعليم القرآن الكريم من 1956 إلى غاية 1988 فقد ثبت كوقف عام بعقد قضائي محرر من طرف أعوان القضاء.

(1) خير الدين مشرني، مذكرة سابقة، ص، 64.

(2) محمد كنانة، المرجع السابق، ص 97.

(3) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1952، ص 207.

إثبات الوقف بالعقد الشرعي:

لقد اختص القاضي الشرعي أو باشا عدل بمسائل الوقف وإثباته أثناء الفترة الاستعمارية، ونظرا لطابع الوقف الروحي التعبدي ولاقترانه بأحكام الشريعة الاستعمارية فيتلقى القاضي الشرعي العقود باللغة العربية في دفاتر تقيد فيها على العقود، ومن هنا فالعقود التي يحررها القاضي الشرعي تعتبر عقودا رسمية والكتابة التي يقوم بها هي وسيلة لإثبات الوقف وليست ركنا للانعقاد نظرا للطابع الإسلامي لهذه العقود، وذلك حرص الجزائريون على إعطائها الطابع الرسمي الشرعي لإثباتها وقد أكدت المحكمة العليا على الطابع الرسمي للعقد الشرعي من خلال قرارها الصادر تحت رقم 348178⁽¹⁾، والمؤرخ في 2006/07/12 إذ اعتبرت أن عقد الحبس الذي تم إبطاله من طرف قضاة الموضوع يغير محررا رسميا من قبل جهة رسمية القاضي الشرعي محولة قانونا لتحرير العقود بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق.

ثانيا: العقود العرفية.

وهي محررات عرفية تتضمن وقفا أو إقرار بوقف أو إثبات استحقاق وقي أو شرطا من الشروط، وكلها تدل على وقفية العين المتعلق بها الوقف بالرغم من أن الملك الوقفي المحرر في سند عرفي يعتبر سندا كافيا بالنسبة لوفد المنقولات إلا أنه بالنسبة للعقار لا بد من مرضاة المرحلتين التاليتين:

1. العقود العرفية قبل بدء سريان قانون التوثيق 91/70:

إن العقود الوقفية العرفية المبرمة بدأ سريان قانون التوثيق عقود صحيحة من ثبت لها تاريخ قبل أول يناير 1991 وتودع من قبل شهرها⁽²⁾ في المحافظة العقارية، وهو ما نص عليه عقده 2 من المادة 89 من المرسوم التنفيذي بـ 03/93 المؤرخ في 1993/05/19 المعدل والمتمم للمرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/26 المتعلق

(1) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 435.

(2) المجلة التضامنية، المحكمة العليا، العدد الأول، 2000، ص 159.

بتأسيس السجل العقاري حيث جاء فيها: "تتبع القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه، عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتساب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971"، وتنص الفقرة الأولى من 88 من نفس المرسوم: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في صحابة عقارية لإحالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد وللقرار القضائي أو الشهادة للانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير " وذلك تكريسا لمبدأ الرضائية الذي كان يسود ويطلع المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية،⁽¹⁾ وأما بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء، وهنا على القاضي وقبل تثبيت هذه العقود أن يتأكد من تاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في غرفتها العقارية في قرارها المؤرخ في 28/06/2000 على أنه من المقرر قانونيا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي يتطلب قبل تثبيتها من تاريخ إبرام العقد الذي يعد المدار الذي على صوته يغير المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لجميع آثاره أو باطلا بطلان مطلق.⁽²⁾

2. العقود العرفية بعد بدأ سريان قانون التوثيق 91/70:

تعتبر العقود العرفية المتعلقة بنقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بعد تاريخ 1971/01/01 باطلة قانونا بموجب الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني أما بخصوص العقود العرفية المتضمنة للوقف فقد أثار اختلاف في الرأي بين اتجاهين حول وجوب خضوعها للرسمية تحت طائلة البطلان من عدمه.⁽³⁾

(1) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية العامة، الطبعة السابعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 24.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 25.

(3) محمد كنانة، المرجع السابق، ص 98.

أما المحكمة العليا فقد ذهبت في قرارها الصادر تحت رقم 234655 المؤرخ في 1999/11/16 إلى أن عدم افراغ العقد العرفي في شكله الرسمي لا يؤدي إلى إلغاء الحبس، مؤكدة بذلك على أن التصرف الوقفي لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال الشرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا متى تبين في قضية المال أن عقد الحبس العرفي أقامه المجلس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي، فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس على اعتبار أنه لم يفرغ في شكل الرسمي فإنهم أخطأوا في قضائهم وعرضوا اقرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي، ويستنتج من هذا القرار أن المحكمة العليا ذهبت في الاتجاه الأول الذي يعتبر أن العقد العرفي لا يخضع للرسمية، وبالتالي عدم توفير الرسمية لا يؤدي إلى بطلان عقد الحبس، وهذا على خلاف الرأي الذي نادى به جملة التأمين على أن العقد العرفي المبرم بعد صدور قانون التوثيق ودخوله حيز التنفيذ بتاريخ 1971/01/01 يجب أن يفرغ في الشكل الرسمي وفقا لروح نص المادة 12 من قانون التوثيق وإلى شرط الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية ومهما كان نوعها تحت طائلة البطلان المطلق⁽¹⁾.

في حين يرى الاتجاه الثاني أن نص المادة 35 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف لا ينطبق حكمه إلا على وقف المنقول الذي يسرع اثباته بكل وسائل الإثبات التي وضعها القانون.

وكخلاصة لذلك فإنه لا يمكن التقليل من قيمة العقد العرفي كقوة إثبات في التصرف الوقفي، إذ له مكانته كمحور إثبات عدا إذا قام دليل آخر أقوى منه ينفيه وذلك فيما يتعلق بالوقف العام بالنظر لطابعه الروحي التعبدية الذي منبعه الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر الرضائية كأساس في العقود المبرمة والمعاملات عموما، تيسيرا وترغيبا في العمل الخيري ذو النفع العام⁽²⁾.

(1) خير الدين مشرّن، مذكرة سابقة، ص 62.

(2) خير الدين مشرّن، المذكرة نفسها، ص 63.

هكذا فضلا على أن المشرع قد اشترط الرسمية في عقد الوقف بتوثيقه وتسجيله بغرض تثبيت منفعة الوقف في ذمة الموقوف عليه فقط لا غير،⁽¹⁾ لكن مقابل ذلك يجب التأكيد على أن العقد الرسمي التوثيقي الذي يبقى له كقوة إثبات قانونية جامعة لا تضاهي مطلبه خاصة في ظل تطور المعاملات التعاقدية العقارية، وحفاظا على استقرار هذه الأخيرة، لا سيما إذا علمنا أن هناك العديد من الأوقاف كثيرا ما تضيع حقوق المستحقين في المال الموقوف لاختفاء التصرف وعدم إمكان إثباته بعد وفاة الواقف إذ قد يلجأ بعض الورثة إلى إخفاء أي دليل على الوقف أو قد تضيع الأدلة مع مرور الزمن.⁽²⁾ ومن هنا الشكلية المقررة تلعب دورا كبيرا بالنسبة لاحترام الورثة لإرادة مورثهم الواقف وقد يعتمد الكثير منهم وبحجة عدم وجود أدلة قانونية تثبت هذا الوقف إلى اللجوء إلى القضاء قصد إبطال العديد من الأوقاف، لذلك بات من الضروري توثيق التصرف الوقفي، خاصة الأوقاف العامة، ولأن الوسائل القانونية متوفرة لقيدها وشهرها من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف.

المطلب الثاني: الطرق المستحدثة في إثبات الوقف.

سبق وتطرقنا لطرق الإثبات المعروفة والتي من بينها الكتابة وغيرها إلا أن المشرع وحرصا منه على اضمحاء الصيغة الشرعية والقانونية على الأملاك الوقفية وإدراكا منه لما وقع وما تعرض له الملك الوقفي من تعدي في الحقب التاريخية السابقة، استحدث طرق جديدة للإثبات، زيادة للاستقرار حتى لا تتعرض الأملاك الوقفية لأي تصرف يطرأ عن الغرض الذي صرفت إليه.⁽³⁾ وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب الذي قسمناه إلى

(1) صورية زردوم بن عمار، مذكرة سابقة ص 178.

(2) أنور أحمد فريع، الحماية المدنية للوقف، دراسة في القانون الكويتي مجلة الحقوق، العدد الأول، مجلس النشر

العلمي، جامعة الكويت 1993، ص 87.

(3) قرعاني موسى، مذكرة سابقة، ص 73.

فرعين تناولنا في الفرع الأول إلى وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي أما في الفرع الثاني تناولنا الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

الفرع الأول: وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي.

أولاً: وثيقة الإشهاد المكتوبة.

هي وثيقة تتضمن شهادة مكتوبة يدلي بها شهود عدل وهي وثيقة مستخدمة بالنسبة للقانون الجزائري لتعزيز الإجراءات اللازمة لحماية الأملاك الوقفية.

ولقد تم استحداث هذه الوثيقة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26/10/2000 المتضمن أحداث وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصداره وتسليمها. ووفق النص المادة 04 من ذات المرسوم يجب أن تتضمن البيانات التالية:

❖ المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعهم، وتصديق المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهل قانوناً وهذا قبل إيداعها لدى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليمياً لتسجيلها، والرقم الذي تم تسجيلها به في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليمياً. (1)

❖ تحديد شكل وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي وإجراءاتها:

إن الأملاك الوقفية بجميع أنواعها سواء كانت عقارات أو عقارات بتخصيص وكذا العقارات المنقولة، هذه الأصناف كلها قد تكون موقوف وهي غير معروفة تماماً لدى مصالح الأوقاف سوى على المستوى المحلي أو المركزي، وهو ما يتطلب ضرورة البحث اليومي المتواصل مع المحافظات العقارية ومكاتب التوثيق التي تشغل قبل صدور قانون 27/88 المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408هـ الموافق لـ 12 يوليو 1988 المتضمن تنظيم التوثيق وكذا مكاتب الأرشيف حيث ما وجدت وغير ذلك من الاتصالات التي يمكن

(1) الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 64 لسنة 2000 المؤرخ في 28 أكتوبر 2000 المتضمنة أحداث وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها، ص 13.

لوكيل الأوقاف أن يبذل قصارى جهده في البحث عن الأملاك الوقفية لإحصائها أو حمايتها من الاستلاء نزولاً عند رغبة وشروط الواقفين وجب على وكيل الأوقاف متى تم استعارة كتابة أو شفاهة بأن هناك وقفاً وغير مقيد والسعي للبحث عنه واتخاذ التدابير اللازمة للوصول إلى توثيق هذا الوقف واسترجاعه من خلال الإجراءات التالية: (1)

1. عليه تلقي الشكوى وقراءتها لمعرفة فحواها، ثم الاتصال بصاحب الرسالة للتأكد من صحتها، أما إذا كان التصريح من أحد الأشخاص فيجب تسجيل هذا التصريح موقع عليه كل من المصرح ووكيل الأوقاف الذي يقوم بالبحث عن المال الموقوف بكل الوسائل المتاحة لديه بناءً على الشكوى والتصريح.

2. بناءً على الشكوى أو التصريح، يقوم وكيل الأوقاف بإجراء معاينة في عين المكان وذلك بالاتصال بالإمام ولجنة المسجد وبعض الشهود ومن له معرفة بالعمارة، لتسجيل كل ما قام به محضر معاينة، والأجدر أن يكون المحضر محرر من طرف محضر قضائي ليقدم محضر لإثبات لحالة.

3. وبناءً على المعاينة أو محضر الإثبات يقوم وكيل الأوقاف بالاتصال بالمصرحين لملء وثيقة الإشهاد التي تصادق عليها مصالح البلدية التابعة لها موقع العمارة، وبناءً على وثيقة الإشهاد المكتوبة والمصادق عليها من طرف مصالح البلدية، يصدر مدير الشؤون الدينية والأوقاف الشهادة الرسمية لإثبات الوقف استناداً وتأسيساً على المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتعلق بإنشاء وثيقة الإشهاد. (2)

4. بناءً على وثيقة الإشهاد المكتوبة والشهادة الرسمية تتقدم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف ممثلة بوكيل الأوقاف بأمر على عريضة إلى السيد رئيس محكمة دائرة اختصاص موقع العمارة وتحديد الشروط الشكلية والقانونية لتعيين محضر قضائي لإجراء المعاينة وإثبات صحة الوقف.

(1) قرعاني موسى، مذكرة سابقة ص 74.

(2) قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/01/1934، المجلة القضائية العدد 2/1994، ص 2007.

5. بعد أن يتم إمضاء العريضة أو الطلب من طرف رئيس المحكمة يبلغ المحضر القضائي لإجراء المعاينة وفقا لما هو منصوص عليه قانونا ثم هذا بدوره يسلم محضر المعاينة إلى مديرية طبعا للإجراءات المعمول بها.
6. بناء على كل ما سبق بيانه، يمكن لمديرية الأوقاف تكليف خبير عقاري لإجراء معاينة طبوغرافية للعقار مع تحديد المساحة والمعالم الأربعة.
7. بعدها تسجل الشهادة الرسمية في السجل الخاص الموجود بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، تعد الإجراءات المذكورة سالفا توضع نسخة بالمديرية بعد شهرها، مرفقة بنسخة من كل الوثائق المذكورة أعلاه.
8. وتحال الشهادة الرسمية مرفقة بنسخة من التقرير والوثائق إلى المعاملة العقارية مجانا، بعد الانتهاء من كل الإجراءات المذكورة ترسل نسخة من الشهادة الرسمية بعد شهرها إلى الإدارة المركزية مرفقة بكل الوثائق اللازمة لكل ما سبق ذكره، فالسجل الخاص يتطلب قانونا يؤشر عليه مدير الشؤون الدينية لإضفاء الصيغة القانونية عليه بعدم ترقيم كل صفحة حتى يستطيع الوقوف على حقيقة الأملاك الوقفية بدقة وأحكام. ⁽¹⁾

ثانيا: السجل الخاص بالملك الوقفي.

يعد السجل الخاص بالملك الوقفي أيضا وسيلة مستحدثة من أجل أن يسجل فيه جميع وثائق الأشهاد المكتوبة لإثبات العقار، فهو دفتر خاص تمسكه مديرية الشؤون الدينية والأوقاف ⁽²⁾ تدون فيه البيانات التي تتعلق بالعقار الوقفي محل الأشهاد، عدد صفحاته لا يقل عن 365 صفحة المادة 03 من القرار المتعلق بتحديد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي، وكل صفحة تتضمن مجموعة من البيانات التي تكون حسب الجدول الملحق بالوزارة المؤرخ في 06 يونيو 2001 المحدد لمحتوى السجل الخاص

⁽¹⁾ قرعاني موسى، مذكرة سابقة، ص 76.

⁽²⁾ حمداني هجيرة، إثبات الأملاك العقارية الوقفية العامة بالشهادة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع، ص 312.

بالمملك الوقفي وهي تخضع للترتيب التالي: الرقم، التاريخ، أسماء الشهود، نوع الملك الوقفي، الموقع، المساحة الاجمالية، تقرير الخبير وتوقيع المدير.

وتنص المادة 02 من القرار المذكور أنه يرفع السجل الخاص بالمملك الوقفي المذكور في المادة الأولى، ويؤشر عليه من السلطات العمومية المؤهلة قانونا وبمسك من قبل الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا في السجل الخاص يتطلب قانونيا أن يؤشر عليه مدير الشؤون الدينية لإضفاء الصيغة القانونية عليه بعد توقيع كل صفحة حتى يستطيع الوقوف على حقيقة الأملاك الوقفية بدقة وإحكام⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشهادة الرسمية الخاصة بالمملك الوقفي.

أولاً: تعريف الشهادة الرسمية الخاصة بالمملك الوقفي.

1. الشهادة لغة: هي الخبر القاطع، وشهد بكذا شهادة أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد.

2. أما التعريف الاصطلاحي للشهادة: ينقسم إلى التعريف الاصطلاحي الفقهي والقانوني.

أ- التعريف الاصطلاحي الفقهي: عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الشهادة بتعاريف مختلفة في العبارة لكنها تكاد تتفق في المعنى، فعرفها الحنفية: بأنها اخبار صادق في المجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق ولو بلا دعوى، أما المالكية: فإنهم عرفوا الشهادة بأنها اخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه، في حين عرفها الشافعية: بأنها اخبار حاكم أم محكم عن شيء بلفظ خاص، وأخيرا عرفها الحنفية: بأنها اخبار شخص بما علمه بلفظ خاص.⁽²⁾

(1) أنظر المذكرة رقم 188، الملحق رقم 01.

(2) أحمد فراح حسن، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، (دط)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 33.

ب- **التعريف الاصطلاحي القانوني:** إن الشهادة التي نحن بصدد دراستها تكون لإثبات عقار بأنه وقف عام، وتنتم دون رفع دعوى وخارج مجلس القضاء يكون الهدف منها هو توثيق أو إيجاد سند قانوني لإثبات العقارات المعروفة بأنها وقف عام لكن من غير سند ينسبها بسبب ما تعرضت له من استيلاء والتصرف فيها وبالرجوع للمرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المتضمن أحداث وثيقة الأشهاد والمكتوبة لإثبات الملك الوقفي نجده لم يعرف الشهادة الرسمية وإنما نص فقط على الإجراءات المتبعة لإعدادها، إعمالاً لهذا المرسوم تعرفها "الشهادة الرسمية هي الوثيقة الرسمية المحررة من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف المفتي إقليمياً على أساس شهادة أشخاص عدول شهدوا كتابياً عن طريق ملء وثيقة الإشهاد المكتوبة، بأنهم لموا بالشهرة أو معارف لدى الكافة بأن ذلك العقار هو وقف عام. (1)

ثانياً: الشخص المؤهل لإعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

تجدر الملاحظة في أول الأمر أن المادة 26 مكرر من القانون 01-70 المؤرخ في 22/05/2001 المعدل والمتمم للقانون 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف نصت على: " السلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة أعلاه".

وهكذا فإن مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية المعين لهذا المنصب عن طريق المرسوم مؤهل لإعداد الوثائق المعينة بصفة أعلى سلطة مكلفة بالأملك الوقفية على المستوى المحلي.

ويجعل مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية محرراً للعقود فيما يخص الأملاك الوقفية، أخذ بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي، كما هو معرف في المادة 324 قانون المدني مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي قيمة العقد الرسمي فإن المادة 26 مكرر 1 من قانون الأوقاف كرست في هذا الصدد نفس

(1) حمداني هجيرة، المقال السابق، ص 206.

المبدأ المعمول به بالنسبة لمدير أملاك الدولة للولاية الذي يلعب دور موثق للدولة فيما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة⁽¹⁾.

وهو السبب الذي من أجله أقر أن تكون الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي المحدد شكلها ومضمونها بقرار وزاري موقعة من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية.

ثالثا: حجية الشهادة الرسمية في إثبات الأملاك العقارية الوقفية العامة:

انطلاقا من أن الشهادة الرسمية يبرمها المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف أخذ بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي، المعروف في المادة 324 من قانون المدني وكذا أنه العقد الرسمي يكتسب قوة ثبوتية وهو حجة لها ورد فيه حتى يثبت تزويره ولا يمكن إلغاءه إلا عن طريق القضاء طبقا لنص المادة 324 مكرر 5 التي نصت: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجية حتى يثبت تزويره ويعتبر التنفيذي رقم 336/2000، تكون خاضعة لإجراءات التسجيل والاشهار العقاري والتنفيذي وهذا الأخير يكسب بدوره السيد المشهر حجية⁽²⁾.

وهنا يطرح السؤال حول حجية الشهادة الرسمية في إثبات الملك العقاري الوقفي العام، هل نفس حجية العقد الرسمي مع الأخذ بعين الاعتبار أن الشهادة الرسمية تكون في المناطق التي لم تنطلق فيها إجراءات المسح العام والمادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المحدث للشهادة الرسمية الصادرة عن مدير الشؤون الدينية والأوقاف تكون مرفقة بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة وهذا الشرط تم اغفاله في القرار المؤرخ في 26 ماي 2001 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، وهذا الشرط ينقص من قيمتها ويفقدها قيمتها القانونية⁽³⁾.

(1) طبقا للمادتين 113، 114 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(2) حمداني هجيرة، المقال السابق، ص 309.

(3) حمداني هجيرة، المقال نفسه، ص 310.

ومما سبق نستنتج أن الشهادة الرسمية لها حجية في إثبات الأملاك العقارية العامة، الواقعة في المناطق التي لم تتخذ فيها إجراءات المسح، لكن ليست نفس حجية العقد الرسمي المشهر لأنه إذا ظهر دليل مضاد ولها حجة أقوى في الإثبات يؤدي إلى بطلان الشهادة الرسمية، ولقد تم الاعتماد عليها للضرورة لحماية للأوقاف القديمة الضائعة من أجل استرجاعها وتوثيقها.

وتجدر الإشارة إليه في هذا المقام، أنه صدرت فتوى عن المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ 17 جوان 1989 فيما يخص الشهادة في إثبات الوقف في قضية وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ضد فريق اعتدى على عقار استعمل في بناء مسجد وتم تحويله إلى مقهى، حيث ورد في فقرتها الرابعة "إذا ثبت شهادة جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية من أن المحل قد بناها جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فقولهم "وبناء على هذه الفتوى صدر الحكم في القضية بأن العقار وقف عام وكرسته المحكمة العليا في قراراتها جاء فيه: "من المستقر عليه شرعا أنه إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم، ومن استولى عليه بعده يعتبر مغتصبا له ومعتديا على أحباس المسلمين ويعامل معاملة المعتدى على ملك الغير ويستوجب طرده من المحل وإرجاعه لمهمته الأصلية⁽¹⁾."

رابعاً: إجراءات تدوين تسجيل وشهر الشهادة الرسمية.

1. إجراءات تدوين الشهادة الرسمية:

إعداد الشهادة الرسمية هو آخر إجراء يتخذ لإثبات الملك العقاري الوقفي بواسطة شهادة الشهود والتفصل المؤهل قانوناً لتحريرها هو مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي المادة 26 مكرر 11 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.⁽²⁾

⁽¹⁾ قرار رقم 97512 الصادر في 16 جانفي 1994، المجلة القضائية العدد 1994/2، ص 207.

⁽²⁾ حمداني هجيرة، المقال السابق، ص 314.

بعد مدير الشؤون الدينية والأوقاف الشهادة الرسمية بناء على أربعة من وثائق الإشهاد المكتوبة التي تم تسجيلها في السجل الخاص بالملك الوقفي في ظرف 15 يوما حسب النموذج الملحق بالقرار الوزاري المؤرخ في 26 مايو 2001 المحدد لشكلها ومحتواها، وهي تتضمن وجوبا حملة من البيانات المتمثلة في عنوان الشهادة "شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي" الأسس القانونية المعتمدة لإعدادها وهي المادة 8 الفقرة 5 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المتضمن أحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها والقرار المؤرخ في 26 ماي 2001 المحدد لشكل الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوبة، المساحة الاجمالية، ثم نذكر المساحة المبنية منها وكذا المساحة غير المبنية، والموقع الذي يتم تحديده عن طريق ذكر العنوان الملك العقاري مع إبراز البلدية والدائرة، وحدوده من الشمال، الجنوب، الشرق والغرب، كما تتضمن الملك العقاري الوقفي العام وفي الآخر يوقع مدير الشؤون الدينية والأوقاف⁽¹⁾.

2. إجراءات تسجيل وشهر الشهادة الرسمية:

أ- إجراءات تسجيل الشهادة الرسمية:

اشترط المشرع بعد إعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك العقاري الوقفي العام من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف اخضاعها للتسجيل والاشهار العقاري المادة 6 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف

وكما قلنا سابقا إن التسجيل هو عملية قانونية يقوم بها مفتش التسجيل على مستوى مفتشية التسجيل والطابع، ففي حالة تخلفه يرفض المحافظ العقاري إتخاذ إجراءات الشهر العقاري للشهادة الرسمية.

(1) التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 المتعلق بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي. أنظر الملحق رقم 02.

لكن بالرجوع إلى التعليم رقم 09 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية لم يرد فيها توضيح للإجراءات المتبعة في عملية التسجيل وإنما ورد فقط استبقاءه قبل اتخاذ إجراءات الشهر العقاري الذي يكون طبقاً للقوانين والتنظيمات المعمول بها وعملياً تتم عملية التسجيل بعد إعداد الشهادة الرسمية حسب النموذج المحدد لها: يتم إيداع نسختين منها من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف ووكيل الأوقاف لدى مصلحة التسجيل المختصة إقليمياً، يقوم مفتش التسجيل بوضع تأشيرة التسجيل على النسختين، حيث يسلم نسخة لمدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية أو لوكيل الأوقاف والنسخة الثانية يحتفظ بها على مستوى مفتشية التسجيل يكون التسجيل مجاناً طبقاً لنص المادة 44 من قانون الأوقاف 10/91.

ب- إجراءات شهر الشهادة الرسمية:

بعد استيفاء إجراءات التسجيل تفرغ الشهادة الرسمية الخاصة على الاستمارة الخاصة للإشهار العقاري ثم تودع بالمحافظة العقارية المختص إقليمياً التي يوجد في العقار في دائرة اختصاصها، من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف مقدماً طلب للمحافظ العقاري مرفق بملف متكون من وثائق الإشهاد المكتوب الأربعة، شهادة رسمية تحمل تأشيرة التسجيل، وأخرى مفرغة على استمارة الإشهار العقاري، شهادة عدم المسح، ومخطط لمساحة الملك الوقفي معد من طرف خبير عقاري.⁽¹⁾

يتولى المحافظ العقاري اتخاذ إجراءات الشهر العقاري بتأشير على السجل العقاري حسب التمييز المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽²⁾، والمادة 21 فرقت بين تواجد العقار في منطقة حضرية وفي منطقة ريفية، وتعتبر عقارات حضرية العقارات المبنية أو غير المبنية الموجودة على

(1) حمداني عجيرة، المقال السابق، ص 316.

(2) التعليم الوزاري رقم 09 المتعلق بإجراءات بتدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

الطرق المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة البلديات التي يزيد سكانها عن 2000 نسمة، أما جميع العقارات الأخرى تعتبر عقارات ريفية. (1)

فعندما يتعلق الأمر بعقار حضري فإنه تفتح بطاقة عينية وترتب هذا التأشير عليها بالنظر إلى الموقع الجغرافي المحدد بعناصر تعيين العقار الموقوف، ثم تفتح بطاقة أبجدية لحساب الوقف العام ترتب حسب الترتيب الأبجدي وعليه يتم إعداد دفتر عقاري يسلم لمدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية في آن واحد مع النسخة المرقمة من الشهادة الرسمية التي تحمل تأشيرة الإشهار العقاري، أما إذا كان الملك العقاري محل الإشهار عقارا ريفيا، فإن الشهر يتم وفقا لنظام الشهر الشخصي طبقا لنص المادة 113 و 114 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث تمسك بطاقات عقارية شخصية مؤقتة باسم الوقف العام إلى غاية القيام بإجراءات مسح الأراضي ولا يتم إعداد الدفتر العقاري. (2)

وفي هذا الصدد نورد ملاحظة مفادها أنه لا يمكن إعداد الدفتر العقاري في كلتا الحالتين، أي سواء كان العقار الوقفي واقع في منطقة حضرية أو منطقة ريفية وذلك للأسباب التالية:

❖ لأنه كما هو معلوم بأن الدفتر العقاري لا يتم إعداده إلا بعد إجراء عملية مسح الأراضي العام للمنطقة، و ثم إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية وقبلها المحافظ العقاري (3).

❖ كما أنه يتم إعداد الشهادة الرسمية للأموال العقارية الوقفية الواقعة في منطقة لم تستلمها بعد عملية المسح العام للأراضي، فإذا تم إجراء هذه العملية وإيداع الوثائق لدى المحافظة العقارية، فإنه في هذه الحالة يكون أمام السلطة المكلفة بالأوقاف إما القيام بالطعن أمام المحافظ العقاري وفقا للإجراءات المقررة لذلك إذا كان الترقيم مؤقت ولم

(1) المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل القاري.

(2) أنظر التعليمات الوزارية رقم 9 الملحق رقم

(3) حمدان رشيدة، المقال السابق، ص 317.

تنقضي مدته، أما إذا كان الترقيم نهائي أو انتهت مدة الترقيم المؤقت وتم إعداد الدفتر العقاري فهنا لا يمكن إلغاءه إلا عن طريق القضاء.

وبالنظر إلى الطابع الديني والبعدي للوقف فإن إجراء اشهار الشهادة الرسمية معفى من رسوم الشهر العقاري وذلك طبقاً للمادة 353-4 الفقرة 8 من القانون التسجيل بعد تحصيلها صيغة تنفيذ الإشهار العقاري، يسلم المحافظ العقاري إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف نسخة من الشهادة الرسمية تحمل صيغة الإشهار العقاري.⁽¹⁾

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع ألقى الشهادة الرسمية من قادة الإشهار المسبق كشرط لقبول شهرها باعتبارها كإجراء أولي يعفى من مبدأ الأثر الإضافي للشهر، فالمشرع يشترط في العقود الخاضعة للشهر العقاري إلى جانب الرسمية، احترام قاعدة الشهر المسبق عملاً بأحكام المادة 88 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فإذا لم تحترم برفض المحافظ العقاري شهر العقد.⁽²⁾

(1) أنظر الملحق رقم 03.

(2) زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، المنازعات العقارية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 226.

خلاصة الفصل الثاني:

من خلال ما سبق تطرق إليه في هذا الفصل، ان عقد الوقف لا يمكن أن يكون نافعا في مواجهة الغير ومنتج لأثاره إلا من تاريخ تسجيله وشهره في المحافظة العقارية المختصة إقليميا، لذلك وجب إفراغ عقد الوقف في شكل رسمي، ونلاحظ أن المشرع الجزائري وفق الحماية القانونية والشرعية للوقف من خلال قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف والنصوص التنظيمية له حيث خطى المشرع خطوة كبيرة من أجل إضفاء الحماية القانونية اللازمة للأموال الوقفية ومن أبرزها مسألة إثبات الوقف، حيث وسع طرق الإثبات إلى كافة الطرق وأهمها الكتابة، يتم إثبات الوقف بالعقود الرسمية والعرفية، كما انه أستحدث وثيقة لحماية الوقف من خلال المرسوم التنفيذي 336/2000 المتضمن استحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات ملك الوقف، التي جاءت لتنظيم إثبات الاملاك العامة بواسطة شهادة الشهود، كما سنى له عدة نصوص تنظيمية توضح كل الإجراءات والشروط الواجب اتباعها من أجل الوصول إلى تحرير الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقف العقاري وهذا دليل على أن المشرع الجزائري ورغبته القوية في استرجاع وتوثيق تلك الاملاك التي تعرضت للاستيلاء والضياع.

الخاتمة



من خلال دراستنا لموضوع الوقف يتضح لنا أن عقد الوقف عقد ذو منشأ إسلامي، بل كان ممولا هاما للحضارة الإسلامية ومقوم من مقوماتها، ويعتبر الإسلام المصدر المادي لقواعده، وقد عرفته الدولة الجزائرية منذ دخول الإسلام إليها، واهتم به المشرع الجزائري نتيجة لدوره الفعال في تحقيق التكافل الاجتماعي وحتى الاقتصادي من خلال المنافع والخيرات التي يعود عطائها على المجتمع بأسره. حيث يمكن القول انه نظام تعبدي قائم بذاته.

بالإضافة إلى أنه صنف مما أصناف الملكية العقارية التي عرفتها الجزائر ونظرا لطبيعة الخاصة للعقارات الوقفية جعلها عرضة للإهمال والضياع.

نتيجة للممارسات الخاطئة والانتهاكات أدى إلى تراجع دورها في تحقيق التكافل والتنمية الاجتماعية، مما دفع المشرع إلى تكريس نظام الوقف والنهوض به من خلال وضع منظومة قانونية وشن تشريعات خاصة بالأوقاف من أجل تنظيم الوقف واضفاء الحماية القانونية اللازمة عليه وبناء على ما تم تناوله من خلال هذه الدراسة البسيطة توصلنا إلى جملة من النتائج كالاتي :

1. أن الوقف عقد تبرعي من نوع خاص لأنه يتميز بخاصية التأييد
2. أن مقاصد الوقف لا يمكن أن يتحقق إلا في ظل حماية قانونية حقيقية وهذا ما ذهب إليه المشرع من خلال تنظيمه في نصوص القانون رقم 91/10 المتعلق بالأوقاف
3. خصه المشرع بجملة من الخصائص كونه نظام قائم بذاته واعترف له بالشخصية المعنوية
4. عقد الوقف لا بد من توافر فيه أركان ونص عليها المشرع في المادة 9 من قانون الأوقاف وهي أربعة أركان (الواقف الموقوف عليه محل الوقف وصيغة الوقف) ووجب أن تتوافر جملة من الشروط في كل ركن.
5. كما أنه لم يوضح في مسألة الكتابة الرسمية، حيث أنه لم يشترط أي شكلية من خلال نص المادة 12 من قانون 91/10. فنفهم أن عقد الوقف عقد رضائي، غيره في حين آخر نجده أوجب أن يكون عقد موثقا ومسجلا ومشهرا، فنلاحظ أن الشكلية

هنا ليست ركنا في عقد الوقف بل هي شرط لنفاذه فقط، حيث أخطت المشرع بين مسألة نشوء الوقف ومسألة اثباته.

6. ويتجلى من تأكيد المشرع الجزائري على اشتراط الرسمية في العقود الناشئة للتصرفات الوقفية أن نيت المشرع هي تكريس الحماية من الأملاك الوقفية الضائعة على طول عقود من الزمن في ظل غياب عقود رسمية لإثباتها والتمكين من إسترجاعها.

7. فيما يخص إثبات عقد الوقف نرى أن المشرع الجزائري ترك الأمر مطلق غير مقيد حيث يمكن أن يثبت عقد الوقف بجميع الطرق المتاحة شرعا وقانونا فتأثر الإثبات في عقد الوقف في القانون المدني خاصة فيما يتعلق بوثيقة الاشهاد المكتوبة التي تعتبر أحد أهم الطرق الإثباتية التطبيقية التي يستند إليها في إثبات الأملاك الوقفية حيث جمعت بين الكتابة والشهادة اللتان يعتبران أحد طرق الإثبات في المواد المدنية. وختاما لبحثنا المتواضع خرجنا بمجموعة من التوصيات نوجزها في النقاط التالية:

✓ يجب على المشرع الاهتمام أكثر بعقد الوقف خاصة فيما يتعلق باسم قانون الأوقاف وجب النظر فيه وتغييره إلى قانون الوقف العام، لأن المشرع الجزائري تحدث من زمن خلال نصوصه كثيرا على الوقف العام واهتم به أكثر من الوقف الخاص.

✓ مراجعة بعض النصوص واصدار مراسيم تشريعية ونصوص تنظيمية مدعمة للقوانين الحالية من أجل إزالة الغموض وسد الثغرات المختلفة المنظمة للوقف من أجل ليتلاءم مع طبيعة الوقف والغرض منه.

✓ تفعيل دور الإعلام وتوعية الناس بدور الأوقاف وقيمتها الدينية والدينية وتشجيعهم على النهوض بالوقف كونه ممولا هاماً بالنسبة للمجتمع نظراً لفوائده الجمة في المجال الاجتماعي والاقتصادي، وأيضا من أجل إحياء سنة الوقف.

✓ تيسير الإجراءات اللازمة لإنشاء الأوقاف، وإعادة النظر في الشروط الشكلية القائمة في هذا الشأن وذلك بتأكيد على أن الشروط الشكلية القائمة في هذا الخصوص والتي يمكن لتطبيقها أثر كبير في عزوف أهل الخير عن إنشاء الأوقاف حيث تلعب دورا كبيرا بالنسبة لاحترام الورثة لإرادة مورثهم وإثبات الوقف إذا قد يعمد الكثير منهم

وبحجة عدم وجود أدلة قانونية تثبت هذا الوقف إلا اللجوء إلى القضاء قصد إبطال العديد من الأوقاف خاصة وأن الوسائل القانونية المتوفرة بقيدها وشهرها من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف. وهذا كله يتماشى مع ما اقره المرع الجزائري من إعفاء الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى طبقاً لنص المادة 44 من قانون الاوقاف 10/91 تشجيعاً الواقفين على أعمال البر والخير.

✓ العمل على تفعيل الوقف من خلال عقد مؤتمرات وملتقيات وطنية ودولية من اجل الاستفادة من الخبرات لتطوير الاوقاف وتتميتها أكثر خاصة أن هذه المؤتمرات والدورات تدرس كيفية التعامل والتبادل وأخذ الخبرات من الدول الأخرى والاستعانة بها من أجل النهوض بالأوقاف.

✓ مراجعة العقوبات المتعلقة بالأوقاف وفرض عقوبات صارمة فيما يخص تعدي على الأملاك الوقفية أو بالنسبة للأشخاص القائمين على إدارة الوقف من أجل محاربتهم وحماية الأملاك الوقفية من التعدي والاستيلاء.

✓ إنشاء لجنة من اجل التنسيق بين المحافظة العقارية ومديرية الشؤون الدينية ومكونة من طرفين لتطبيق القوانين وفرض العقوبات على الأشخاص المعتدين على الملكية العقارية.

✓ ضرورة تفعيل عملية حصر الأوقاف من طرف السلطة المكلفة لتكثيف الجهود على الجهات المختصة إقليمياً.

✓ تشجيع الباحثين في مجال الملكية العقارية للالتفات إلى الملكية الوقفية لوضع مؤلفات تكون نقطة إشعاع يسترشد بها الدارسون والقضاء وكل شخص معني بالوقف نظراً لقلّة المراجع المتخصصة في الملكية الوقفية.

✓ توفير بيئة ملائمة لنمو الوقف وتطوره من خلال إعطاء المشاريع الوقفية محفزات وامتيازات، تزيد من استثمارها ونسب نجاحها.

وأخير فإن أخطأت فمن الشيطان ومن نفسي وإن أصبت فمن الله وحده، فله الحمد وله الشكر وله الثناء الحسن.

قائمة الملاحق



الملحق رقم 01: مذكرة رقم 188.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة الشؤون الدينية والأوقاف
الوزير
11 جوان 2002 الجزائرني :

مذكرة رقم 188

إلى السادة الولاية

إلى السادة / مديري

الشؤون الدينية والأوقاف بالولايات - للتنفيذ -

الموضوع : السجل الخاص بالملك الوقفي - وثيقة الإشهاد المكتوب - الشهادة الرسمية
المراجع : - المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.
- القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.
- القرار الوزاري المؤرخ في 6 يونيو 2001، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي.

I - بالنسبة للسجل الخاص بالملك الوقفي :

في إطار عملية البحث وحصر الأملاك الوقفية، يشرفني أن أضع بين أيديكم نسختين من السجل الخاص بالملك الوقفي.
إن الغاية من هذا السجل هو أن تسجل فيه وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي.

- يرقم السجل ويؤشر عليه من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا ويمسك من قبله .
- يتم القيد في هذا السجل بعد جمع أكثر من ثلاث (03) إشارات مكتوبة لإثبات ملك وقفي معين، ولا يتم تسجيل إلا أربعة (04) منها.
- تكون الكتابة بالسجل بكيفية واضحة ومقروءة، وبمخ التحيشير والكشط و في حالة الخطأ يتم تشطيه ويكتب أمامه الصحيح.

- يعطى رقم ترنيسي لكل وثيقة إشهاد مكتوب حسب تسجيلها في السجل.
- يسطر خط بالخير بعد الانتهاء من تسجيل أربع (04) وثائق إشهاد مكتوب متعلقة بملك وقفي معين.

ويخضع هذا السجل إلى الترتيبات الموضحة فيما يلي :

- الرقم : ويقصد به الرقم الترتيبي الذي يعطى لكل وثيقة إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي وهو ترتيب غير منقطع.
- التاريخ : هو يوم تسجيل وثيقة الإشهاد في السجل وهو نفس التاريخ الذي تحمله وثائق الإشهاد الأربعة.
- أسماء الشهود : تذكر الهوية الكاملة (اللقب - الاسم - اسم الأب - تاريخ ومكان الولادة - العنوان) .
- نوع الملك الوقفي : يحدد في هذه الخانة طبيعة الملك الوقفي وهي تتمثل سواء في : أرض فلاحية، أرض صالحة للبناء، مسكن أو محل تجاري الخ... .
- الموقع : يذكر هنا عنوان الملك الوقفي مع إبراز البلدية والدائرة وحدوده أي ما يحده من الشمال، من الجنوب، من الشرق ومن الغرب.
- المساحة الإجمالية : يقصد بها مساحة الملك الوقفي بما فيها المبنية وغير المبنية.
- المساحة المبنية : إن كان جزء من الملك الوقفي مبنياً، تذكر مساحته.
- المساحة غير المبنية : إن كان جزء من الملك الوقفي غير مبني، تذكر مساحته.

- تقرير الخبير العقاري : بعد جمع وثائق الإشهاد المكتوب المطلوبة، يطلب مدير الشؤون الدينية والأوقاف من مكتب الخبرة العقارية المعتمد لدى الوزارة في إطار عملية حصر ممتلكات الأوقاف أن يعد له تقريراً. ويتم الاستناد عليه في تعيين الملك الوقفي. وعلى هذا الأساس، يذكر رقم وتاريخ تقرير الخبير في السجل.
- توقيع المدير : يوقع مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليمياً على السجل، بعد أن تستكمل كل البيانات الخاصة بملك وقفي معين.
- الملاحظات : يشار في هذه الخانة إلى رقم ملف الملك الوقفي محل وثائق الإشهاد، ويشار كذلك إلى أي معلومات توضيحية أو ضرورية ولامناس من ذكرها.

II - بالنسبة لوثيقة الإشهاد المكتوب :

- تقيد وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بالملك الوقفي، لذا يطلب منكم ما يلي :
- أ - توفير وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي بالعدد الكافي وفقاً للنموذج الملحق بالمرسوم رقم 2000 - 336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 بورق من نوع ممتاز.
 - ب - تسلم وثيقة الإشهاد المكتوب إلى كل شخص يريد الإدلاء بشهادته حول ملك عقاري وقفي.
 - ج - يجب أن توقع وثيقة الإشهاد من قبل الشاهد، وبصادق عليها من طرف المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانوناً، وهذا قبل إيداعها لدى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليمياً لتسجيلها.
 - د - تسجل وثائق الإشهاد المكتوب بالسجل الخاص بالملك الوقفي على ضوء المعلومات المطلوبة والموضحة أعلاه، وبالتالي يعطى رقم ترتيبى لكل وثيقة إشهاد.

- 04 -

و - عند إيداع وثيقة الإشهاد المكتوب بالمديرية تفيد " في سجل للإيداع " قبل تسجيلها في السجل الخاص بالملك الوقفي، ويسلم وصل إيداع للشاهد.

111 - بالنسبة للشهادة الرسمية :

بعد استيفاء الشروط المبينة أعلاه، وتسجيل أربع (04) وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي يعهد مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا في ظرف خمسة عشر (15) يوما، شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد. تخضع الشهادة الرسمية إلى إجراءات التسجيل والشهر العقاري حسب إجراءات سنوايكم ها في حينها. أدعو الجميع إلى الحرص على متابعة العملية والسهر على إنجازها لما تكتسبه من أهمية في تنمية الأملاك الوقفية.

وزير الشؤون الدينية والأوقاف

بسم الله الرحمن الرحيم



أ - النموذج الخاص بوثيقة الإشهاد المكتوب.

ب - النموذج الخاص بالشهادة الرسمية.

الملحق رقم 02: تعليمة وزارية مشتركة رقم 09.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف



تعليمة وزارية مشتركة

تعلق بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي

تهدف هذه التعليمة الوزارية المشتركة، من جهة، إلى شرح الأسس القانونية التي يتم بمقتضاها إعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، ومن جهة أخرى، ونظرا لضرورة توحيد سبل العمل، إلى تحديد بعض الطرق التطبيقية الخاصة المتعلقة بتنفيذ إجراء الإشهار العقاري.

فبمقتضى أحكام المادة 5 من المرسوم رقم 2000-336، المؤرخ في 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر 2000، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفيات إصدارها و تسليمها، « ... تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا، (... بعد جمع أكثر من ثلاث (3) وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي...) شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد... »

من جهة أخرى، فإن أحكام المادة 6 من نفس المرسوم تنص على أنه: « يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل و الإشهار العقاري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها ».

1. الأسس القانونية لإعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

1.1 لقد نصت المادة 8 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 إبريل 1991، لا سيما البند الخامس منها، على أن شهادة الشهود تعد وسيلة اعتراف بطبيعة الملك الوقفي العام، و أحالت كيفية تطبيق ذلك لأحكام تنظيمية لاحقة.

2.1 لتمكين التكريس القانوني لعقار ما كملك وقفي، على أساس شهادات الشهود، لاسيما في إطار احترام قواعد الإشهار العقاري، فإن أحكام المادة المذكورة أعلاه، قد تمت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر 2000، السابق ذكره، وكذا القرار المؤرخ في 2 ربيع الأول عام 1422 الموافق 26 ماي 2001، المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

3.1 فيما يخص الشخص المؤهل لإعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، تجدر الملاحظة في أول الأمر، أن المادة 26 مكرر 11 من القانون رقم 01-07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 ماي 2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف نصت على أن « للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 8 أعلاه... ». وهكذا فإن مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، المعين لهذا المنصب عن طريق مرسوم، مؤهل لإعداد الوثائق المعنية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأحكام الوقفية على المستوى المحلي.

4.1 بجعل مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية محررا للعقود فيما يخص الأملاك الوقفية، أخذا بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي، كما هو معرف في المادة 324 من القانون المدني، فإن المادة 26 مكرر 11 من قانون الوقف كرس في هذا الصدد، نفس المبدأ المعمول به بالنسبة لمدير أملاك الدولة للولاية، الذي يلعب دور موثق الدولة في ما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة.

5.1 وهو السبب الذي من أجله أقر أن تكون الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، المحدد شكلها ومضمونها بقرار وزاري، موقعة من طرف مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية.

2. كفيات تطبيقية خاصة تتعلق بالإشهار.

- 1.2 كما ذكر أعلاه، فإن المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر 2000، السالف الذكر، عند تأسيسه للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، نص على إشهارها بالمحافظة العقارية، نظرا لكونها عقدا تصريحا متعلق بحق عيني عقاري.
- 2.2 بعد إعداد الشهادة ان رسمية الخاصة بالملك الوقفي ، حسب النموذج المحدد بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 2 ربيع الأول عام 1422 الموافق 26 ماي 2001، السالف الذكر، فإنها تفرغ كلية على الاستثمار المحددة تنظيميا للإشهار العقاري، والتي ستودع بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا، بمبادرة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، قصد الإشهار، وهذا بعد استيفاء إجراءات التسجيل. يسلم المحافظ العقاري إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية -أو إلى العون الذي يعينه هذا الأخير- النسخة المرفقة مع هذا الإيداع، بعد تحميلها صيغة تنفيذ الإشهار العقاري.
- 3.2 يتم التأشير على السجل العقاري حسب التمييز المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المعدل والمتمم، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- 4.2 عندما يتعلق الأمر بعقار حضري، بمفهوم هذا النص، تُفتح بطاقة عينية وترتب، بعد التأشير عليها، بالنظر إلى الموقع الجغرافي المحدد بعناصر تعيين العقار الموقوف. ثم تُفتح بطاقة أبجدية لحساب الوقف العام وترتب حسب الترتيب الأبجدي. و عليه يتم إعداد دفتر عقاري و يسلم لمدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، في أن واحد مع النسخة المرفقة، المذكورة في الفقرة 2.2 أعلاه.
- 5.2 أما إذا كان الملك الموقوف عقارا ريفيا، يتم الإشهار طبقا لما نصت عليه المادتان 113 و 114 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976، السالف الذكر. و بما أن التأشير يتم على السجل العقاري الممسوك في الشكل الشخصي، فإنه، في هذه الحالة، لا يتم إعداد الدفتر العقاري.

الملحق رقم 03: إجراء إشهار عقاري

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

إجراء إشهار عقاري

FORMALITE DE PUBLICITE

Taxe	إتاوة	DU.....	أشهر في:	إيداع	vol.....
		N°.....	رقم VOL	Dépôt	N°.....

ر خاص بالمحافظ
العقاري
Cadre réservé au
conservateur fonci

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

لولاية:

رقم:

شهادة رسمية
خاصة بالملك الوقفي

استنادا إلى:

- المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر سنة 2000 والمتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

- القرار المؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 26 مايو سنة 2001 الذي يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

- وبعد الإطلاع على وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي المسجلة والمورخة على التوالي:

الأولى:

رقم التسجيل:

تاريخ الصدور:

هــا الموافق

م

الثانية:

رقم التسجيل:

تاريخ الصدور:

هــا الموافق

م

الثالثة:

رقم التسجيل:

تاريخ الصدور:

هــا الموافق

م

الرابعة:
رقم التسجيل:
تاريخ صدور:

هـ الموافق

م

أصدر السيد (ة)
والأوقاف، لولاية:

بصفته مدير الشؤون الدينية ،

هذه الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي المتمثل في:
الواقع بالعنوان التالي:
بلدية:
ولاية:
المتكون من :
مساحته الإجمالية:
المبنية منها: غير المبنية:

يحدده :
من الشمال :
من الجنوب:
من الشرق :
من الغرب :

أصل الملكية: (عدد - شهادة موثقة - حكم قضائي)⁽¹⁾،
مسجل بـ:
بتاريخ:
مشهر بالمحافظة العقارية:
مجلد: ، رقم:
بتاريخ:

حربـ:
في
الموافق
توقيع مدير الشؤون الدينية والأوقاف

(1) تملأ هذه الفقرة إذا كان للطرف المعطى عدد ملكية مشهر، سابقا، بالمحافظة العقارية.

تصريح

أنا الممضى أسفله، مدير الشؤون الدينية والأوقاف لولاية
أشهد أن هذه النسخة قد تمت مراجعتها، وهي مطابقة للأصل و النسخة
المخصصة للإمهار بتأشيرة تنفيذ إجراء الإشهار العقاري.

حرر بـ: في الموافق

توقيع مدير الشؤون الدينية والأوقاف

قائمة المصادر

والمراجع



أولاً: المصادر

1- النصوص الرسمية:

✓ دستور 1989

2- النصوص القانونية:

✓ قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/05 المؤرخ في 18 محرم.

✓ قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر رقم 26/25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995.

✓ قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل المتضمن قانون الاوقاف.

3- النصوص التنظيمية:

✓ المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

4- القرارات والمقررات:

✓ التعليمات الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

ثانياً: المراجع

1- الكتب:

✓ أبي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، المجلد التاسع، دار الصادر، بيروت 1994.

✓ أحمد فراج حسن، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، (دط)، دار الجامعة للنشر مصر 1970.

- ✓ أحمد فراح حسن، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، (دط)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2004.
- ✓ حمدي باشا عم، حماية الملكية العقارية العامة، الطبعة السابعة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- ✓ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة والوصية والوقف، (دط) دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- ✓ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.
- ✓ خالد بن علي بن محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، (د د ن)، قطر 2013.
- ✓ خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي للأحكام الوقفية، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2004.
- ✓ خسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دس.
- ✓ خير الدين موسى قنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية الوقف، الجزء الأول الطبعة 1، دار زهران للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2012.
- ✓ رامول خالد، دورة آسيا (الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات وفي التشريع الجزائري، ودار هومة، 2008.
- ✓ زروقي ليلي وحمدي باشاعم، المنازعات العقارية، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- ✓ زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1994.

- ✓ عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريح الجزائري، الطبعة السادسة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 99.
- ✓ عبد الرزاق عن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الاسلامي، (د ط) دار الهدى، الجزائر 2010.
- ✓ عبد اللطيف محمد عامر، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، القاهرة 2006.
- ✓ عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، د ط، دار النهضة العربية، بيروت، 1998.
- ✓ عمار علوي، الملكية العقارية في الجزائر، الطبعة 3، دار هومة الجزائر، 2006.
- ✓ مجمع اللغة العربية معجم الوسيط الطبعة الرابعة، مكتبة شروق العربية 208.
- ✓ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، بيروت 1981.
- ✓ محمد باوني، أحكام الحجر وعقود التبرعات في الفقه والقانون، طبعة الثانية، دار بهاء الدين لنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، 2011.
- ✓ محمد بن أحمد بن صالح الصالح، الوقف في الشريعة الإسلامية وأثره ذفي تنمية المجتمع طبعة الأولى مكتبة الملك فهد الرياض 2001.
- ✓ محمد عبيد عبد الله الكبيسي، أحكام الشريعة الإسلامية، د ط، مطبعة الإرشاد، بغداد 1971.
- ✓ محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري (د. ط) دار الهدى، الجزائر 2006.
- ✓ محمد مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، طبعة 3، دار هومة، الجزائر، 2011.

- ✓ محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1982.
- ✓ مصطفى أحمد الزرقاء، أحكام الوقف طبعة ثانية دار عمار الأردن 1998.
- ✓ منذر عبد الكريم قضاة، أحكام الوقف، د ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2011، ص 71.
- ✓ نسيمة الشيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، طبعة 2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع 2012.
- ✓ وهبة الزحيلي الوصايا والوقف في الفقه الاسلامي طبعة ثانية. دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع سوريا 1993.

2- المذكرات:

- ✓ بريش نعيمة، عقود التبرع دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والفقه الاسلامي، مذكر مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العقود، كلية الحقوق جامعة علي محند أوحاج، البويرة 2018.
- ✓ خير الدين مشرنن، ادارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الادارة المحلية، كلية الحقوق جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2012/2011.
- ✓ صورية زردوم بن عمار النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر 2010/2009.
- ✓ عزوي حازم، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشيخ لخضر، باتنة، 2010.

✓ قرياني موسى، عقد الوقف وطرق إثباته في الوقف الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2013-2014.

✓ الهادي سليمي، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم الإدارية، المركز الجامعي العربي التبسي، تبسة، 2008، 2009.

3- المقالات:

✓ فتيحة بوتسعالمة، دور الوقف في التسمية والسييل إلى تفعيله، مجلة المحراب، العدد الأول، مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، قسنطينة، 2007.

✓ أنور أحمد فريع، الحماية المدنية للوقف، دراسة في القانون الكويتي مجلة الحقوق، العدد الأول، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت 1993.

✓ حمداني هجيرة، إثبات الأملاك العقارية الوقفية العامة بالشهادة، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد السابع.

✓ قنعود رمضان، "شروط الوقف وفق آخر تعديلات قانون الوقف"، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، 2010.

✓ سناء شيخ، "اثبات التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.

ثالثا: الأحكام والقرارات القضائية

✓ قرار رقم 94323 المؤرخ في 28/09/1993، المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني.

✓ المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1952.

✓ مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.

✓ المجلة التضامنية، المحكمة العليا، العدد الأول، 2000.

- ✓ الجريدة الرسمية الجزائرية العدد 64 لسنة 2000 المؤرخ في 28 أكتوبر 2000 المتضمنة إحداث وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها.
- ✓ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/01/1934، المجلة القضائية العدد 1994/2.
- ✓ قرار رقم 97512 الصادر في 16 جانفي 1994، المجلة القضائية العدد 1994/2.

فهرس

المحتويات



الصفحة	الموضوع
	شكر وعران
أ - د	مقدمة
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الوقف	
6	تمهيد الفصل الأول
7	المبحث الأول: مفهوم الوقف
7	المطلب الأول: تعريف الوقف وخصائصه
7	الفرع الأول: تعريف الوقف
12	الفرع الثاني: خصائص عقد الوقف
15	المطلب الثاني: تمييز الوقف عن غيره من العقود
15	الفرع الأول: تمييز الوقف عن الوصية
18	الفرع الثاني: تمييز الوقف عن الهبة
21	المبحث الثاني: أركان الوقف
21	المطلب الأول: أطراف الوقف
21	الفرع الأول: الواقف
27	الفرع الثاني: الموقوف عليهم
31	المطلب الثاني: محل الوقف
23	الفرع الأول: تعريف محل الوقف
32	الفرع الثاني: شروط محل الوقف
37	المطلب الثالث: صيغة الوقف
37	الفرع الأول: تعريف الصيغة
38	الفرع الثاني: شروط الصيغة
34	خلاصة الفصل الأول

الفصل الثاني: الشكلية في عقد الوقف	
45	تمهيد الفصل الأول
46	المبحث الأول: الرسمية في عقد الوقف
46	المطلب الأول: تسجيل عقد الوقف
47	الفرع الأول: مفهوم التسجيل العقاري
48	الفرع الثاني: تسجيل عقد الوقف
50	المطلب الثاني: شهر عقد الوقف
51	الفرع الأول: مفهوم الشهر العقاري
54	الفرع الثاني: شهر عقد الوقف
59	المبحث الثاني: إثبات عقد الوقف
59	المطلب الأول: إثبات التصرف القانوني
60	الفرع الأول: إثبات التصرف القانوني بالكتابة
61	الفرع الثاني: أنواع العقود التي يثبت بها الوقف
71	المطلب الثاني: الطرق المستحدثة في إثبات الوقف
72	الفرع الأول: وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي
75	الفرع الثاني: الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي
83	خلاصة الفصل الأول
87-85	الخاتمة
98-89	قائمة الملاحق
105-100	قائمة المصادر والمراجع
فهرس المحتويات	

ملخص

يعد الوقف أحد أهم أوجه البر التي يراد بها التقرب إلى الله تعالى فقد حثت عليه الشريعة الإسلامية وأعطت له أهمية كبيرة الله لأنه كان مقوما من مقوماتها، وممولا أساسيا لها وعند دخول الإسلام إلى الجزائر عملت الدولة الجزائرية جاهدة للمحافظة عليه وحمايته من خلال سن عدة قوانين خاصة به نظرا لما تعرضت له الأملاك الوقفية من طمس واستغلال وانتهاك كون عقد الوقف يهدف إلى حبس العين عن التملك والتصدق بالمنفعة والخيرات ويتميز عن غيره من عقود التبرعات بجملة من الخصائص فهو ينفرد بخاصية التأييد لأنه نظام قائم بذاته وأقر له المشرع الجزائري الشخصية المعنوية ووضع عدة آليات متمثلة في توثيق الوقف من خلال تسجيله وشهره من أجل حمايته وإضفاء الصفة القانونية عليه كون عقد الوقف منصب في أغلبه على العقارات ومن بين اهتمامات المشرع كذلك أنه قام بتنظيم وسائل الإثبات حيث أنه تركها بصفة مطلقة غير مقيدة حيث يثبت عقد الوقف بجميع الطرق القانونية والشرعية، لأن الاملاك الوقفية عبارة عن أعمال خيرية تهدف الى تعزيز التكافل الاجتماعي والتنمية الاقتصادية في المجتمع.

Summary

The waqf is one of the most important aspects of righteousness that is meant to approach Allah almighty, as it was urged by Islamic law and gave him great importance to God because it was made up of its components, and a basic financier of it, and when Islam entered Algeria, the Algerian state worked hard to preserve it and protect it through the enactment of several laws of its own, due to the obliteration, exploitation and violation of the existence of the waqf contract aimed at keeping the eye away from possession, charity, benefits and benefits, and distinguished from other contracts of donations, including The special characteristics are unique to the characteristics of exterminating because it is a stand-alone system and the Algerian legislator has approved the moral personality and put in place several mechanisms in the form of documenting the waqf through its registration and fame in order to protect it and legalize it, since the contract of the moratorium is mostly a position on real estate and among the interests of the legislator is that he has organized the means of proof as he left it absolutely unfettered, as the contract of the stay is proved in all legal and legal ways, because waqf property is a charitable act aimed at promoting social solidarity and economic development. in society.