جامعة الشيخ العربي التبسي – تبسة – الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

تخصص: قانون عقاري

بعنوان:

أحكام الوقف والوصية في التشريع الجزائري

إعداد الطالب:
سكيو سمير

إشراف الدكتور:
باهي التركي

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
حاجي نعيمة	أستاذ مساعد –ب–	رئيسا
باهي التركي	أستاذ محاضر –أ–	مشرفا ومقررا
طواهرية كاملة	أستاذ محاضر –ب–	ممتحنا

السنة الجامعة: 2018 -2019

الإدارة لا تتحمل مسؤولية الآراء الموجودة في المذكرة

بِسْمِ اللهِ الرَّحْـمَانِ الرَّحِـيمْ

﴿ يَا أَيُّهَا الذِينَ آمَنُوا أَنـفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنْ الأَرْضِ ﴾

سورة البقرة، الآية: 267

بِسْمِ اللهِ الرَّحْـمَانِ الرَّحِـيمْ

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المُوتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْـرَبِينَ بِـالـمَعْرُوفِ حَـقًّا عَلَـى المُتَّقِينَ ﴾

سورة البقرة، الآية: 180

شـــكر وعـــرفان

نشكر الله القدير ونحمده على توفيقه وامتنانه بإتمام هذه المدونة، فإن أخطأنا فمن أنفسنا وإن أصبنا فمن الله وحده، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه متاب.

اعترافا منا لأهل الفضل وتعبيرا عن امتناننا لهم نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى كل من: الدكتور المشرف التركي الباهي الذي يشجعنا على حب البحث العلمي.

ولأعضاء لجنة المناقشة الذين بالرغم من انشغالاتهم قبلوا مناقشة هذه المذكرة وتصويب ما فيها وإثراء الجانب الموضوعي فجزاهم الله عنا كل خير.

ولكل موظفي كلية الحقوق بتبسة الذين ساهموا في إثراء الجانب العملي، وإلى كل من ساهم في مساعدتنا وأمدنا بالمراجع والكتب.

ولكل من أعطى من حصيلة فكره لينير به طريقنا.

ولكل من قدموا لي العون وساهموا بإعداد هذه المذكرة وأخص بالذكر ولي الدين حملة طالب ماستر تعليمية اللغات.

وأخيرا لكل أفراد أسرتي الذين شجعوني وساعدوني.

الإهـــــداء

أقدم حوصلة إنجازي المتواضع إلى: كل من ساندني وكل من كرس حياته من أجلي، إلى كل من كان سببا في وصولي إلى هذا المستوى –رعاه الله – والدي المحترم، إلى من حملتني وهنا على وهن ورافقتني ولازمتني إلى الكبر دعواتها تأزرني مشواري كله والدتي الكريمة، إلى سندي في هذه الحياة زوجتي وأبنائي، وإلى كافة الأصدقاء وفي الأخير أرجو من الله الرحيم أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم نافعا لمن يقرؤه أو يتوصل إلى ما فيه مع فائق الاحترام والتقدير لأساتذتنا الطيبين.

قائمة المختصرات:

ص: .....صفحة

ج: .....جزء

د. ت: .....دون تاريخ

د. ب. ن: .....دون بلد نشر

د. ط: .....دون طبعة

ق. أ. ج: .....قانون الأسرة الجزائري

ق م ج:.....قانون المدني الجزائري

مقدمة

يتصرف الإنسان في حياته بكثير من التصرفات الناقلة للملكية منها ما هو بعوض مثل البيع والمقايضة ومنها بلا عوض كالوصية والوقف، فإذا كانت الوصية تراعي في بعض غاياتها مصلحة جزئية للموصي يصلح بها شأنا خاصا، أو يعيد التوازن بين أفراد الأسرة، أو يعالج خطأ ربما يكون قد وقع فيه من استقضاء حق أو سداد دين، فإن الوقف في بعده الاجتماعي يستهدف مصالح عامة ومقاصد كلية، فعبر أحكامه استقرت قيم العمل الأهلي، كما أنهما وسيلتان لتحقيق مصالح العباد، وليستا هدفا في حد ذاته.

ومصطلحا الوقف والوصية يدخلان ضمن الأعمال الخيرية التي يقدمها العبد ويفتح آفاق الجد والمثابرة ويعتبران رمزا من رموز التضامن والتكافل الاجتماعي على أساس الرحمة والعدل.

فقد ذكر الشرع أصل الوقف والوصية وجعلهما دليلا على جود وكرم العبد الصالح، وحسن نيته مع خالقه، ولو أراد الباحث أن يستقصي حقيقة كل ما يتعلق بهما لطال المقام وقصر القلم عن استيعاب المزايا والحِكَم التشريعية من ورائهما، لكنه من الكفاية بمكان أن نتناول نظاماً واحداً من التنظيمات الإسلامية التي جاءت لدعم الاقتصاد الإسلامي، فقد خط المشرع القانوني العدالة الاجتماعية بين أفراد المجتمع بشكل واسع، كما أقام العدالة بين أفراد الأسرة، فأعطى المشرع حدودا لمن حبس شيئا قربة لله تعالى ينتفع بها غيره، وأعطى كل ذي حق حقه بعد موت مورثه، كما حظي موضوع الوقف والوصية من جانبيهما الديني النفعي، والأخلاقي الخيري بعناية خاصة.

إن المشرع الجزائري استنبط أحكام الوقف والوصية من الشريعة الإسلامية، فمنها ما ورد بنص قرآني واضح، ومنها ما ورد في السنة النبوية، وعليه فإن ديننا الإسلامي دلنا على فعل الخير، كما يعملان على تثبيت الروابط وتقوية العلاقات الإنسانية.

-أهمية هذا الموضوع:

ومن هنا تظهر لنا أهمية الموضوع من الناحية القانونية والشرعية، وبخاصة فيما تعلق بالنواحي العملية، الدينية والاجتماعية، فمن الناحية العملية نجد أن الوقف والوصية يتصفان بالخطورة، حيث أن المتصرف فيهما ينشئ العقد دون عوض مما ينتج عن ذلك فرض ضوابط قانونية لازمة، سواء للمقبل عليها أو للغير، الذين قد يعود عليهم هذا التصرف بالضرر كالورثة كما تساهم هذه التصرفات (الوقف والوصية) في حل المشاكل

الاقتصادية والتنموية، مما يدفع المشرع إلى حمايتهما لتدر منافع على أصحابها ولتشجيع المقدمين عليها.

-أسباب اختيار الموضوع:

إن الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع أحكام الوقف والوصية في التشريع الجزائري كثيرة ومتنوعة نذكر منها:

-الأسباب الشخصية:

-تكمن من خلال رغبتنا في خدمة موضوع الوقف والوصية.

- وكذلك للإثراء والغوص في خبايا هذين النظامين من الناحية القانونية والإلمام بجميع جزئياته.

- الرغبة في توسيع المعرفة بخصوص هذا الموضوع نظرا لارتباطه بمقاصد الشريعة، ولفت النظر إليه بفتح النقاش بشيء من التفصيل وذلك لارتباطه بالتخصص.

-الأسباب الموضوعية:

- تتمثل في الوقوف على الأحكام الموضوعية والإجرائية للوقف والوصية وكشف مدى إلمام المشرع بها، وذلك من خلال ما قرره لنا من نصوص قانونية لتنظيمها وتوضيح آثار هذه التصرفات من الناحية القانونية للمقدمين عليها، كي لا يستغلون لجهلهم من قبل أشخاص يتحايلون على القانون لتحقيق أغراضهم ومآربهم الخاصة.

- ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في التشريع الجزائري.

- بالإضافة الى الإشكالات التي تطرحها أحكام الوقف والوصية من خلال الجانب العملي وبخاصة من الناحية التوثيقية.

-إشكالية الموضوع:

وفي خضم هذه المعطيات يمكن معالجة الإشكالية الآتية وهي:

هل تستوعب الأحكام الموضوعية والإجرائية للوقف والوصية في التشريع الجزائري الى إمكانية تحويلهما الى صيغ استثمارية.

-المنهج المتبع:

فقد اعتمدنا المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال وصف وتحليل وتمحيص الآراء القانونية بالإضافة الى مختلف التعريفات المتعلقة بموضوع أحكام الوقف والوصية إضافة لذلك اعتمدنا بعض آليات المنهج المقارن لخدمة الموضوع ووسيلة للكشف واستعراض آراء الفقهاء وموقف المشرع الجزائري في الوقت نفسه.

-أهداف الدراسة:

إن موضوع أحكام الوقف والوصية يسعى الى تحقيق أهداف تتمثل في:

- إثراء المكتبة القانونية.
- إيجاد حلول للمنازعات القانونية المطروحة أمام القضاء.
- التعرف على الإطار القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري للوقف والوصية.
- الإلمام بجميع جزئيات الوقف والوصية.

-الدارسات سابقة:

من أهم الدراسات التي تحصلنا عليها ونذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:
-مذكرة ماجستير بعنوان النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، من إعداد الطالبة صورية زردوم.

- رسالة دكتوراه بعنوان تسيير الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، من إعداد زمولي نادية.

-صعوبات الدراسة:

لم تخل هذه المذكرة من الصعوبات التي تواجه أي باحث أثناء تصميم أي بحث عملي والمتمثلة أساسا في:

– تشعب موضوع أحكام الوصية والوقف، وقلة الوقت لما يحتوي من جزئيات مهمة للبحث في خباياها.

–إضافة لذلك نقص المراجع القانونية المتخصصة الجزائرية.

–رغم هذه الصعوبات التي واجهتنا الا أن هذا لا يمنعنا الخوض في غمار هذا البحث، فقد كانت بمثابة الدافع الذي يقودنا للدراسة.

–الخطـــة:

ولبيان الإجابة حول هذه الإشكالية للموضوع السالف الذكر اعتمدنا في هذه الخطة التقسيم الثنائي **الفصل الأول** سنعالج فيه الأحكام العامة للوقف والوصية **والفصل الثاني** فقد سلطنا الضوء على الأحكام الإجرائية للوقف والوصية.

الفصل الأول:

الأحكام العامة للوقف والوصية

الوقف والوصية هما أنظمة شرعية تتعلق ببني البشر ضمن الحقوق المترتبة على كل إنسان في الحياة، حيث أن الوصية هي أخت الميراث، فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، يعني أن أثرها يظهر بعد نهاية الحياة، في حين نجد أن الوقف هو قرار إرادي للواقف إلى مؤسسة فاعلة في الحياة الإسلامية، وهذا ما سنتعرف عليه من خلال الدلالات الاصطلاحية المعتبرة في هذا العلم، حيث أنهما جسر تتلاحم بواسطتهما القاعدة الشرعية بالقاعدة الأخلاقية، حيث سنحقق الألفاظ الدارجة تحت عنوان المدونة "أحكام الوقف والوصية " ويخص بالذكر تحت إشراف التشريع الجزائري ومدى فاعلية كل منهما، كما أننا سنذكر الشروط اللازم توفرها حتى تنعقد والأركان التي ينبني عليها كل شيء من فرع لحقه حكما.

ومن هنا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، مبحث تناولنا فيه "ماهية الوقف والوصية " والمبحث الثاني تعرضنا لـ: " أركان الوقف والوصية وشروط نفاذهما"

حيث سنعقد مقارنة بين كل من المصطلحين ونرى أوجه التداخل بينهما كونهما نظامين يندرجان ضمن قانون الأسرة والأحوال الشخصية والقانون المدني، ويسعنا أن نقدم في نهاية الفصل نتائج ملخصة لهما مبينة لأصلهما.

المبحث الأول

ماهية الوقف والوصية

يسعنا أن نتحدث في هذا الجزء عن ماهية المصطلحين من حيث التأصيل اللغوي والاصطلاحي، ويمكن القول هي كبداية لتقرير المادة العلمية في هذه المدونة حيث نجد أن الوقف والوصية نظامين من أنظمة الحياة الباعثة على تحقيق الأهداف المتوخاة في الجانب العملي وانطلاقا مما سبق نقرر الآتي:

المطلب الأول: الوقف والوصية (الدلالة، والمشروعية)

نتناول في هذا المطلب ذكر الدلالة اللغوية وكذا الاصطلاحية حتى يظهر لنا مفهوم المصطلح عند أهل الاختصاص، ونبين مشروعة كل منهما وفقا للأصل المعتبر وهي الشريعة الإسلامية وكلام الفقهاء حولهما.

الفرع الأول: دلالة الوقف والوصية لغة واصطلاحا

أولا: دلالة الوقف لغة:

نستهل كلامنا في الحديث عن الوقف حسب ما قرَّره أهل اللغة، حيث نجد أن دلالة الوقف حسب العرف في بلادنا، وحسب المعاجم العربية، يعني الحبس أو المنع يقال وقفت كذا أي حبسته، ويطلق الوقف ويراد به الموقوف، فقد اشتهر إطلاق المصدر على الشيء الموقوف، " وحبس الحديقة في سبيل الله وأحبسته فهو محبس وحبيس يقع كل شيء وقفه صاحبه وقفا محرما لا يورث ولا يوهب ولا يباع أي يحبس أصله وقفا مؤبدا وتسبيل ثمرته تقربا إلى الله عز وجل "[1].

فدلالة الوقف اللغوية والعرفية تتفقان على كونهما حبس شيء ما بغرض التقرب به إلى الله هو الوقف شرعا وقانونا، كما سيأتي بيان ذلك على وجه التفصيل.

---

[1] ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، (د.ت) ، م6 ، ص 44-45.

ثانيا: دلالة الوصية لغة:

في حين نجد أن الوصية "أصل يدل على وصل شيء بشيء ووصَّيت الشيء وصلته "[1]، وقد جاء أيضا عند الزمخشري تفصيل هذا الأصل بقوله "وصَّى الشيء بالشيء وصله به وأوصيت إلى زيد لعمر بكذا ووصيت وهذا وصيي وهم أوصيائي وهذه وصيتي ووصايتي وقبل الوصي وصيته "[2].

مقارنة:

يظهر لنا من خلال تعريفي الوقف والوصية أن الأول دلالته اللغوية تتناول عينا أو شيئا موقوفا قربة لله، في حين نجد أن الوصية دلالتها اللغوية توحي إلى شيء يتملَّكُه فجعل عليه الوصاية بعده.

ثالثا–دلالة الوقف اصطلاحا

نجد أن العلماء قد اختلفوا وذكروا آراء كثيرة فيما يتعلق بالوقف في مسائله الفرعية أو الجزئية التفصيلية، إلا أن أشمل تعريف مانع يمكن صياغته في هذا الباب هو عبارة عن " تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة "[3].

وهذا ما يوافقه من المنظور الشرعي الإسلامي، حيث جاء عمر ابن الخطاب –رضي الله عنه–لما أصاب أرضا بخيبر فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال " يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمر به؟ فقال النبي –عليه السلام–: " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها "وفي رواية أخرى: «حبِّس أصله وسبِّل ثمرته"[4].

---

[1] ابن فارس: مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت–لبنان، ط1، 1979م، ص 1055.

[2] أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري: أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط1، 1998م، ص 501.

1 محمد بن عبد الله الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيق: عبد الله الجبرين، (د. ط)، (د. ن)، (د.ت)، ج2، ص268.

[4] أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري: صحيح البخاري، (د.ط)، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، 1420هـ–1999م، رقم 2586، باب الوصايا.

فقد جاء في تعريف المشرع الجزائري للوقف بأنه عبارة عن التصرف في المنشأ، وقد يأخذ معنى محل التصرف أي المال الموقوف، وتارة بمعنى الملك المستقل، فعلى سبيل المثال لا الحصر جاء في قانون الأسرة الجزائري في مادته 213: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق." [1]

وهذا ما ويؤكده صالح المالك حيث يقول "الوقف من حيث مضمونه الاقتصادي هو ثروة إنتاجية من أجل التوظيف الاستثماري على سبيل الديمومة والاستمرارية يمنع بيعه واستهلاك قيمته ويمنع تعطيله عن الاستغلال كما يحرم التعدي عليه فهو ليس ملكا جامدا في الحاضر ولكنه استثمار تراكمي يتزايد يوما بعد يوما "[2].

فإن المقصود من التشريع تأكيد لخاصية تأبيد الوقف في مختلف التعريفات، ويبطل الوقف قانونا إذا كان مؤقتا، ويتضح لنا من خلال التعريفات السابقة بأن الوقف تدور فكرته حول دلالة رئيسة وهو الحبس الذي أصله الوقف ومنع التصرف فيه بما يضمن ديمومته وتسبيل المنفعة في منابت الخير.

رابعا–دلالة الوصية اصطلاحا

إن تعريف الوصية يتعدد بتعدد المذاهب والمراجع الدينية والتشريعات القانونية، وكل يدلي برأيه حسب ما يراه صوابا وحسب أصلها كونها عقدا أم تصرفا في المال، ولذلك سنورد أهم التعريفات التي تتناسب والوصية هذه حسب المذاهب الدينية والمواد التشريعية التي تنص عليها قوانين الأحوال الشخصية في الدول العربية.

أ– حسب المذاهب الدينية:

1– الحنفية: حيث عرف حقيقة الوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع.

---

[1] قانون الأسرة الجزائري معدل ومتمم بموجب القانون: رقم 01–07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422هـ/ الموافق لـ 22 مايو سنة 2001 م: (الجريدة الرسمية رقم 29، مؤرخة في 13 مايو سنة 2001، ص07).

[2] صالح المالك: تنمية موارد الوقف والمحافظة عليه، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، تنظمه جامعة أم القرى في الفترة بين 4–7 شعبان عام 1422هـ. /الموافق لـ 20/ 23 أكتوبر 2001م، ص 71.

2- المالكية: عرفوا بأنها هبة الشخص ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء ، صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح.

3- الشافعية: وعرف الشافعية الموصية بأنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ولو تقدير.

4-الحنابلة: فقد عرفوا الوصية على أنها تبرع المال بعد الموت[1].

وخلاصة ما هنالك أن الوصية سواء كانت عقدا أو تصرفا ماليا فإنها تكون بعد موت الموصي وتعتبر تبرعا يؤجر عليها صاحبها بعد موته وهي من الصدقات الجارية.

ب- حسب القوانين التشريعية في الدول العربية:

نقدم في هذا الجزء شيئا من القوانين التي تضبط قضية الوصية وتجعلها مسألة من مسائل الأحوال الشخصية تتعلق بذاتية الفرد، فمثلا "في القانون الإماراتي المرقم بـ(28) لسنة 2005م، والذي مادته (240)، ينص على أن الوصية ((تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي))، وجاء أيضا في القانون الأردني المرقم بـ(36) لسنة 2010م، في مادته (254)، الذي نصه ((تصرف مضاف إلى ما بعد موت الموصي))، وكذلك في القانون العراقي المرقم (188) لسنة 1959م، المعدل في مادته بأنها ((تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد موت مقتضاه التمليك بلا عوض)).

ومن كل ما تقدم نلاحظ أن هذه التعريفات المتعددة للوصية التي نصت عليها القوانين العربية المقارنة تقترب من تعريف الحنفية"[2].

في حين نجد "أن المشرع الجزائري عرف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: ((تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع))، ونص ذلك في المادة 190 على الآتي: ((للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل

---

[1] أحمد فراج حسين: أحكام الوصايا والأوقاف، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 1997م، ص 11-12.

[2] زكي الدين شعبان وأحمد الغندور: أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984م، ص11.

موته عبثا أو منفعة)) والمقصود بكلمة ((تمليك)) الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا أو بالدفع تسكن الدار أو زراعة الأرض"[1].

والمراد بعبارة ((مضاف إلى ما بعد موت)) أن أثر التصرف الذي تم في حياة الوصي لا يترتب إلا بعد موته، ومن يخرج من نطاقها التصرف حياة الموصى لا يترتب إلا بعد موته، ومن ثم يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة .أما المقصود بكلمة " التبرع " هو أن الوصية تتم دون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصى في ماله تطوعا بعد موته، ومن ثم لا تأخذ الموصى مقابل لوصيته. "والملاحظ من التعريف فقد أعتمد المشرع الجزائري في حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط ذلك أن الوصية تشمل بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة، كالإجراء من الدين، وتأجيله أو الكفالة، كما تشمل جهة من جهات، كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجئ ونحوها وليس الوصية لأشخاص المعيَّنين بالاسم أو الوصف فقط."[2]

يتضح من خلال الآراء المذهبية والمواد القانونية للتشريعات أن كل ما يتعلق بالوصية هو التبرع دون مقابل للوصية فهو بذلك حصل منفعة دينية، ولغيره منفعة دنيوية، وبالتالي ليس للوصية صيغة محددة لتفعيلها أو تنفيذها بل هي مجرد ألفاظ تعتبر بالعرف وتأخذ بالقانون التشريعي العام والدين الإسلامي ضامن لها وهذا على حسب المادة المدروسة.

مقارنة:

مما تقدم من تعريفي الوقف والوصية يجدر بنا أن نذكر أهم الفوارق اللفظية والصيغ القانونية التشريعية، فنجد أن الوقف موضوعه العام حبس شيء ما على وجه الديمومة وتسبيل وتسخير منافعه في الأمور الجدية كالجمعيات والمؤسسات الخيرية، في حين نجد أن الوصيَّة هي تلك التركة التي وصَّى بها صاحبُها لمن تركهم بعده، سواء

---

[1] شيخ نسيمة: أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2012م، ص120.

[2] شيخ نسيمة: المرجع نفسه، ص 180، 181.

كان المستفيد من هذه التركة أناس معينين بالاسم أو الوصف أم مؤسسات >خيرية أو جهات معنية.

وضابط الأول – الوقف –فائدة الشيء المحبوس قربة لله للجمعيات مثلا، وضابط الثاني –الوصية –فائدة الشيء الموصَّى به بعد موته لأناس أو جمعيات وكلاهما في الشق الديني الإسلامي من الصدقات الجارية التي تنفع صاحبها.

الفرع الثاني: مشروعية الوقف والوصية

أولا: مشروعية الوقف

تباينت آراء العلماء واختلفت حول حكم الوقف من جهة الشيء الموقوف ومشروعيته بين مجوِّز ومُلْزِم على قولين كل منهما نظرته وطريقته في استنباط الحكم وفق قواعد ينتهجها وهما:

القول الأول: الوقف لازم بمجرد صدوره من الواقف، وليس له الرجوع فيه، وهو مذهب جمهور الفقهاء[1].

فعلى هذا القول الذي يصرح باللزوم ليس من باب أصل الوقف بل باعتبار الموقوف الذي تم حبسه، فأصله مباح جائز باتفاق الأمة، " قال جابر لم يكن أحد من أصحاب النبي – عليه السلام –ذو مقدرة إلا وقف وهذا إجماع منهم فإن الذي قدر منهم على الوقف وقّف واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً."[2]

أما من باب اعتبار أصل الموقوف بعد إطلاق العقد ففي العدول عن الوقف محظور كبير، وفي هذا القول يظهر لنا فيه لزوم الحكم على مقتضى الفعل، أي بمجرد وضع شيء ما وحبسه لدى الجهات المعنية ليس لك أن تعدل وترجع في وقفه، والأدلة

---

1 انظر: ابن رشد: المقدمات الممهدات 419/2، الدسوقي: حاشية الدسوقي 455/5، الغزالي: الوسيط في المذهب 255/4، النووي: روضة الطالبين 342/5، ابن قدامة: المغني 185/8، ابن مفلح: المبدع 352/5.

[2] عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج1، دار الفكر، بيروت، (د.ت)، ص66.

على ذلك ما جاء عن النبي –صلى الله عليه وسلم –لما قال لعمر بن الخطاب –رضي الله عنه –في وقفه: « **لا يباع أصلها ، ولا يبتاع ، ولا يوهب ولا يورث** » .

يقول الشوكاني معقِّبا على الحديث: «فإن هذا منه –صلى الله عليه وسلم –بيان لماهية التحبيس التي أمر بها عمر، وذلك يستلزم لزوم الوقف وعدم جواز نقضه، وإلا لما كان تحبيساً، والمفروض أنه تحبيس »[1] .

فلو كان الوقف غير لازم ، وبدا للواقف أن يبيعه أو يهبه أو يتصرف فيه ، لما كان لنفي الرسول –عليه السلام– معنى ولا فائدة والأمر الثاني الذي يجعل من الوقف لازما بذاته "ولو قلنا إن ملك الواقف على الموقوف مستمر وأن له بيعه متى شاء ، وأن حقيقته ليس إلا التصدق بالمنفعة ، فإن هذا القدر كان ثابتاً للواقف قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف ، وحينئذ لا فائدة من لفظ الوقف إن كان أثر هذا اللفظ واحداً قبل وجوده وبعده ، فدل ذلك على أن هذا اللفظ أفاد معنى زائداً عما كان عليه قبل النطق بلفظ الوقف ، وهذا المعنى هو اللزوم وخروجه عن ملك الواقف"[2] .

القول الثاني: لا يلزم الوقف بمجرده، وللواقف الرجوع فيه، إلا إذا أوصى به بعد موته، فيلزم، أو يحكم بلزومه حاكم، وهذا قول أبي حنيفة وزفر بن الهذيل، أما الصاحبان فهما مع الجمهور[3].

ودليل ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني هو ما ورد من قول عمر في قصة تحبيسه نصيبه أرض خيبر ما يدل على أنه غير ملزم، حيث قال: «لو أني ذكرت صدقتي لرسول الله صلى الله عليه وسلم، لرددتها»[4].

ووجه الدلالة أن عمر لما أوقف الأرض لم يمنعه من الرجوع عن وقفها إلا كونه ذكره للنبي –صلى الله عليه وسلم–، فكره عمر أن يفارق أمراً ذكره للنبي صلى الله عليه وسلم

---

1 محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، (د.ط)، دار الجيل، بيروت –لبنان، 1973م، 23/6.

2 كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام: شرح فتح القدير، ط2، دار الفكر ، بيروت – لبنان ، 1397هـ–1977م ، 203/6 .

3 انظر: السرخسي: المبسوط 27،28/12، الطحاوي: شرح معاني الآثار 95/4، ابن الهمام: شرح فتح القدير 203/6، 238، ابن عابدين: رد المحتار 520/6 .

4 رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار 96/4 من طريق ابن شهاب عن عمر. وهو إسناد منقطع ؛ لأن ابن شهاب لم يسمع من عمر .

ويخالفه إلى غيره، كما أن ابن عمر كره أن يرجع عن الصوم الذي فارق النبي صلى الله عليه وسلم وهو مداوم عليه[1].

أما ما علل به هؤلاء هو اعتبارهم أنه "إخراج للمال على وجه القربة من ملكه، فلم يلزم بمجرد القول، كالصدقة"[2].

الترجيـح:

مما سبق يظهر رجحان قول الجمهور، القائل بلزوم الوقف وأنه لا رجعة للواقف فيه بعد صدوره منه، ويؤيده أيضاً مدلول كلمة الوقف أو الحبس التي تدلّ على إخراج العين المنتفع بها عن ملك الواقف إلى ملك الموقوف عليهم على وجه التأبيد، وبدليل قوله –عليه السلام –: «**صدقة جارية**»، إذ يشعر بأن الوقف يلزم ولا يجوز نقضه، ولو أجاز النقض لكان الوقف صدقة منقطعة.

وأيضاً قوله –عليه السلام –في حديث عمر **(لا يباع ولا يوهب ولا يورث)**، فهذا بيان لماهية التحبيس التي أمر بها عمر، وذلك يستلزم لزوم الوقف وعدم جواز نقضه؛ إذ فيه تنصيص على المنع من التصرفات التي يتصرفها المالك في خالص حقه من البيع والهبة والإرث[3].

ثانيا: مشروعية الوصية

لقد تعددت أدلة مشروعية الوصية وذلك من الكتاب والسنة والإجماع، مما جعلت لها حكمة كبيرة لدى المجتمع، ولهذا سنحاول هي هذا الجزء أن نلم بالأدلة التي من شأنها أن تعزز من موضوع الوصية، وتجعلها أمرا مرغوبا فيها، محمولا على الخير، حيث تعددت الآيات التي تفيد جواز الوصية ومنه قوله – تعالى –في آيات المواريث من سورة النساء بعد أن عدَّد أصناف من الورثة وأنصبتهم﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[4]، وكذلك قوله –جل ذكره–﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[1].

---

1 انظر: الطحاوي: شرح معاني الآثار 96/4.

2 انظر: الطحاوي: شرح معاني الآثار 95/4، 96، ابن قدامة: المغني 185/8.

3 انظر: ابن حجر: فتح الباري 472/5، الشوكاني: نيل الأوطار 23/6، الزرقاء: أحكام الأوقاف ص30

4 سورة النساء، الآية 11.

لقد شرع الله هذه الآيات المتعددة في الميراث "مرتَّبا على الوصية مؤخرا عنها في الأداء عند وجودها، فدل ذلك على أن الوصية مشروعة وجائزة وإلا لما رتب عليها المشروع"[2].

وفي السنة كذلك نجد أدلة ظافرة، وروايات كثيرة، تفيد جواز الوصية وتدل على مشروعيتها منها ما رواه سعد بن أبي وقاص –رضي الله عنه–،" قال: جاءني رسول الله يعودني من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله إني قد بلغ مني الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، فأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فالشطر يا ر سول الله، فقال، لا، قلت فالثلث، قال الثلث، والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس"[3]. ففي هذا الحديث جواز الوصية بثلث، فلو لم تكن جائزة لم يجزْها رسول الله –عليه السلام–وجاء أيضا عن ابن عمر –رضي الله عنهما–أن رسول الله –صلى الله عليم وسلم–قال ما حق أمريء يبيت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه.

وهذه دعوة من رسول الله إلى إمضاء وعقد الوصية المكتوبة، وهذا دليل صريح على المشروعية.

وأما عن إجماع الأمة فقد أجمع الفقهاء المسلمون على مشروعية الوصية، بل ولم يختلفوا في ذلك قيد أنملة، فقد جاء عن بن قدامة المقدسي –رحمه الله–في المغني الإجماع على ذلك وهذا نصه:" وأجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية"[4].

وبناء على ذلك تكون الوصية جائزة نقلا بل وعقلا لما تحمله من سمات التكافل والتضامن الاجتماعي.

---

[1] سورة النساء، الآية 12.

[2] محمد عبد الرحيم الكشكي: التركة وما يتعلق بها من حقوق، ط3، دار النذير للطباعة والنشر، بغداد، 1969م، ص 146.

[3] أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، رقم الحديث 1628 ص723.

[4] عبد الله بن أحمد بن قدامة، المرجع السابق ج1، ص 444.

مقارنة:

يظهر لنا من خلال حكمي الوقف والوصية أنهما متفقان من حيث المنطلق والماهية، فكلاهما جائز بالكتاب والسنة والإجماع، إلا أن العدول عن أحدهما والرجوع عن الوقف أو الوصية ففي هذا كبير تفصيل، إلا أن غاية الوقف لازم محتم على من حبس العين بقول الجمهور المعتمد بالألة السابقة، والوصية كذلك جائزة حلال لمن وصى بشيء يودع لأهله بعد موته لعامة الناس أو لمؤسسات معينة، في حين نجدهما يتفقان في غايتهما كونهما نظامين من أنظمة الحياة، تسخر في تسبيل المنافع، وتحفيز الفقير على العيش ودرء الفقر والتطلع إلى حياة أفضل.

المطلب الثاني: أنواع الوقف والوصية

للوقف أنواع ضبطها أهل الاختصاص بحسب العين الموقوفة، وبحسب اتجاهات وقفها، فالوقف كله خيري بحسب أصل وضعه الشرعي.[1]

الفرع الأول: أنواع الوقف

فقد بين دعاة الوقف تقسيمات معينة باعتبارات مختلفة، ومن أهم هذه الاعتبارات تقسيمه باعتبار الجهة الموقوف عليها[2]، وقد قسموه بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع[3]، نذكر منها ما يلي:

1- الوقف الأهلي

ويصطلح عليه كذلك بـ " الذري " وهو عبارة عن وقف عين ابتداء على نفسه، أو ذريته، أو عليهما معاً، أو على شخص معين أو ذريته، ثم من بعدهم على إحدى جهات البر على سبيل التبرع.

2- الوقف الخيري

وهو ما جعل فيه الوقف انطلاقا من وجوه الخير، كذلك دائما على سبيل التبرع والصدقات الجارية كبناء المستشفيات، أو المدارس، أو المساجد، هلمَّ جرَّ ...

---

[1] انظر: أحكام الوقف لخلاف، ص 39.

[2] انظر: الوقف لمحمود عبد المنعم، ص 320.

[3] انظر: الوقف للغصن 26، الوقف لإسماعيل بدوي 61، الوقف لمحمد عبد الرحيم 189، أحكام الوقف للسدلان 10.

3- **الوقف المشترك**

وهو ما جعل إلى الذرية وجهة البر معاً في وقت واحد، كأن يقف الواقف ماله على ذريته، ويجعل في الوقت نفسه أسهم معينة لجهة بر.

وقد صدرت لائحة تنظيم الأوقاف الخيرية في المملكة العربية السعودية[1]، وجاء في مضمونها أن الأوقاف تنقسم إلى قسمين:

الأول: أوقاف خيرية عامة

ويقصد بها كل الأوقاف العامة، كأوقاف الحرمين الشريفين، وأوقاف المساجد وأوقاف الأربطة، وغيرها من الأوقاف الموقوفة على جهات خيرية عامة.

الثاني: أوقاف خيرية خاصة

وهي التي جعل الانتفاع بها إلى الموقوف عليهم من الذرية والأشخاص المحددين بذاتهم كأقارب الواقف، أو من لهم صلة به، أو من رغب الواقف أن يوقف عليهم بذاتهم، وهي إنما تؤول إلى جهات انتفاع عامة بعد انقراض الموقوف عليهم.

ولعل هذا التقسيم الأخير هو الأنسب لأنه يتمشى مع خيرية الأوقاف كلها.

الفرع الثاني: أنواع الوصية

سنحرر في هذا الجزء بيانا يخص أنواع الوصية على وجه القصر آخذين في ذلك الحالات التي يكون فيها كل نوع خادما للحكم المتناول شرعا، وذلك بإلقاء نضرة حسب صفة حكمها الشرعي وهي كالتالي:

1- الوصية الواجبة:

تجب الوصية في حالة ما إذا كان على الإنسان حق شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به كوديعة، أو دين لله، أو لأدمي، مثل أن يكون عليه زكاة لم يؤديها أو حج لم يقم به أو تكون عنده أمانة أو دين لا يعلمه، أو يكون عنده وديعة بغير إشهاد، فهذا واجب عليه أن يكتب وصيته ويسجلها ويتعهدها حتى إذا فاجأه الأجل فإن حقوقه لا

[1] نقلاً عن الوقف للغصن، ص 27.

تضيع وحقوق الآخرين تكون محفوظة بهذه الوصية والقاعدة تقول: مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب.

وكذا تجب الوصية للأقربين الذين ليس لهم حق في الإرث وكانوا فقراء والموصي غني فهنا تجب عليه الوصية لهؤلاء الأقارب.

دليل ذلك قوله –تعالى– ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ المَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ))[1].

قال العلامة ابن سعدي–رحمه الله – في تفسيره لهذه الآية:–

﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ ﴾أي فرض الله عليكم يا معشر المؤمنين﴿ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ ﴾أي أسبابه كالمرض المشرف على الهلاك وحضور أسباب المهالك وكان قد ﴿تَرَكَ خَيْراً ﴾وهو المال الكثير عرفاً فعليه أن يوصي لوالديه وأقرب الناس إليه بالمعروف على قدر حاله من غير سرف ولا اقتصار على الأبعد دون الأقرب بل يرتبهم على القرب والحاجة ولهذا أتى بأفعال التفضيل، وقوله﴿ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾دل على وجوب ذلك لأن الحق هو الثابت وقد جعله الله من موجبات التقوى.

1– الوصية المستحبة:

يستحب هذا النوع من الوصية لمن لم يكن عليه حقوق واجبة و ليس في ذمته ديون، ولا له عند الناس حقوق ، و إنما أراد أن يوصي بوصية يتبرع بها وهو بذلك من الأعمال الصالحة . فعلى المسلم إذا أراد أن يوصي بعد موته فليتق الله تعالى وليسأل أهل العلم حتى تكون الوصية في كتابتها وإعدادا مبني على الأصول الشرعية ليسلم أهله من بعده من الخلاف والشقاق والنزاع، كالوصية للأقارب غير الوارثين، ولجهات البر والخير والمحتاجين.

[1] سورة البقرة، آية 181.

2- الوصية المباحة:

تباح الوصية إذا كانت لغني سواء أكان الموصى له قريبا أو بعيدا ولذا قال رسول الله لسعد -رضي الله عنه -((إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)) [1].

3- الوصية المكروهة:

تكره الوصية إذا كان الموصي قليل المال وله وارث أو ورثة يحتاجون إليه، كما تكره كذلك لأهل الفسق متى علم أو غلب على ظنه أنهم سيستعينون بها على الفسق والفجور، فإذا علم أو غلب ظنه أن الموصى له سيستعين بها على الطاعة فإنها تكون مندوبة.

4- الوصية المحرمة:

تحرم الوصية إذا كان فيها إضرار بالورثة أو بقصد منعهم من أخذ نصيبهم المقدر شرعا، ومثل هذه الوصية التي يقصد بها الإضرار تكون باطلة ولو كانت دون الثلث، وتحرم كذلك إذا أوصى بخمر أو بناء كنيسة أو دار للهو لأهل المعصية و الفجور للإنفاق على مشروعات ضارة بالمسلمين وأخلاقهم، قال الله تعالى في كتابه ((غَيْرَ مُضَارٍ وَصِيَّةً مِنَ اللهَ وَاللهُ عَلِيمٌ حَلِيم))[2].

مقارنة

يمكننا القول بأن أنواع الوقف والوصية يختلفان بحسب اعتبار أصل كل واحد منهما، حيث نجد أن الوقف في أنواعه يختلف عن الوصية في أنواعها، فالأول كان الاعتبار بحقيقة الجهة الموقوف عليها، بين الذري والخيري والمشترك بينهما، وذلك بتقديم العين على حساب الأهل، في حين نجد أن الوصية أسست أنواعها حسب المنظور الشرعي، وحسب الحالات التي تكون فيها الوصية بأحكامها التكليفية، فالوصية

---

[1] رواه البخاري (369/5) كتاب الوصايا-باب الوصية بالثلث ومسلم (1250/3) كتاب الوصية باب الوصية بالثلث.

[2] سورة النساء، الآية: 12.

عموما نظامها الأساسي قائم على الشرع أما الوقف قائم على الشرع والقانون التشريعي العام.

المبحث الثاني: الوقف والوصية (الأركان، والشروط)

ينعقد الوقف والوصية بأركان وشروط، حيث أن الأركان جمعها ركن، والركن هو الأساس الذي يقوم به الشيء وهو داخل في ماهية المصطلحين، في حين نجد أن الشرط هو ما يلزم من وجوده وجود ولا يلزم من عدمه وجود أي إذا وجدت الشروط تحقق المشروط المتمثل في الوقف وكذلك الوصية على سواء.

المطلب الأول: أركان الوقف والوصية

قبل معرفة أركان الوقف والوصية لابد أن نشير إلى المقصود من الركن في الاصطلاح القانوني، فإن الفقه القانوني يعرف الركن: ما يتكون الشيء منه ويقوم به، فأركان العقد: التراضي والمحل والسبب، يتضح لنا أن الأركان قسمان: ركن مادي وهو ما يتركب من الشيء وينهض به، وركن شرعي هو ما ينشِئ الشيء به، ووجوده يعني وجود الشيء وعدمه عدم الشيء.

فالوقف والوصية إذا عبارة عن عقدين مثل سائر العقود لابد له من وجود أركان معينة لقيامه، كما نجد أن العلماء دائما يختلفون في مثل هذه التفصيلات والجزئيات التي تدعو في الأخير إلى البحث والاجتهاد حتى نقف على الدليل الذي يسوّغ لنا أن نأخذ به، ولذلك سنبين أركانه تبعاً لاختلافهم في تحديد ما يعتبر داخلاً في ماهية الشيء وهو عكس الشرط الذي يكون خارج الماهية باعتبار الضوابط الأصولية.

الفرع الأول: أركان الوقف

ذهب الحنفية إلى أن ركن الوقف الصيغة لاقتضائها لبقية الأركان.

قال ابن نجيم: " وأما ركنه فالألفاظ الخاصة الدالة عليه، كأن يقول أرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين"[1].

---

[1] محمد بن أحمد بن رشد، المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة، طبعة جديدة عن الطبعة الأولى ، دار صادر ، بيروت، (د.ت)، ص 32.

وهذه العبارة رغم إيجازها تتضمن أربعة أركان وهي الواقف وهو القائل أرضي هذه، والموقوف وهو الأرض ، والموقوف عليه وهم المساكين ، والصيغة المنجزة " [1] .

أما المالكية والشافعية والحنابلة فيرون أن الوقف له أربعة أركان هي:

1- الواقف

وهو الشخص الذي سيقوم بوقف الشيء الذي يريد حبسه، على وجه الديمومة والاستمرار.

2- الموقوف عليه

المقصود بها هي الجهة التي تنتفع بريع الوقف، ولها شروط منتخبة.

3- المال الموقوف

وهو كل مال حلال توفرت فيه شروطه كما سيأتي تفصيل ذلك في المطلب الذي يليه، كالأرض، أو الدار، أو أي مشروع استثماري، فلا يصح وقف الخمر مثلا، أو أي شيء محرم.

4- الصيغة

هي عبارة عن لفظ دال على إرادة الوقف وهو بدوره ينقسم إلى قسمين: وقف صريح وآخر تعريض أو كناية، أما الصريح فكأن يقول الواقف: وقفت أو حبست أو سبلت فكلها ألفاظ دالة على عقد موثَّق، في حين نجد التعريض أو الكناية ما يحمل معنى الوقف وغيره، ومثاله: الصدقة، وجعلت المال للفقراء أو في سبيل الله ونحوها، ولا ينعقد الوقف بألفاظ الكناية إلا إذا قرنها الواقف بما يدل على انه يريد بها الوقف.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف كما ينعقد باللفظ ينعقد بالفعل كأن يبني مسجدا، ويأذن للناس في الصلاة فيه، أو مقبرة ويأذن في الدفن فيها، فيصير المسجد والمقبرة وقفا بالقرينة الدالة على إرادة الوقف.

وهذا ما يدعمه قول العلماء في وجود الأركان حيث قال الخرشي: "وأركان الوقف أربعة العين الموقوفة، والصيغة، والواقف، والموقوف عليه "[1].

---

[1] عبد الله بن أحمد بن قدامة، المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، 1399هـ-1979م.

وقال المناوي: "وأما أركانه فأربعة الواقف، والموقوف، والموقوف عليه، والصيغة"[2].

وقال البهوتي: "وأركانه واقف، وموقوف، وموقوف عليه، والصيغة "[3].

خلاصة ما هنالك أن الفقهاء قد ذكروا عدة آراء مختلفة الألفاظ، ولكنها متحدة المعاني، وهذا ما يسمى عند الأصوليين باختلاف التنوع، فالركن هو قوام كل نظام حياتي، ينبغي توافرها حتى تظهر معالمه.

الفرع الثاني: أركان الوصية

سنسلط الضوء في هذا الجزء على أركان الوصية، وما يتعلق بها من آراء وأقوال العلماء والمنظِّرين، ولذلك لما كان الأمر يتعلق بأصل الوصية وما فيها، استوجب علينا أن نؤسس لهذا النظام الحياتي، ونذكر أركان كل نظام، حتى يتضح المقال، حيث نجد دائما الأحناف يختلفون مع سائر المذاهب الأخرى، إلا أن هذا الخلاف يبقى محمولا على ما فيه من النظر والاجتهاد، وما أخذ به القانون الجزائري أو غيره من قوانين الأحوال الشخصية تؤكد ما في الشرع، ولا تنافيه، وإليك ما جاء عن الأحناف والمذاهب الأخرى:

قال الحنفية بأن للوصية ركن واحد وهو الإيجاب فقط من الموصي كأن يقول: أوصيت لفلان بكذا ونحوه من الألفاظ.

وأما القبول من الموصى له فهو شرط ليس بركن، أي أنه شرط في لزوم الوصية وثبوت ملك الموصى له، وهذا هو الذي أخذ به قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 207.

---

[1] زين الدين المنجي التنوخي: الممتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن دهيش، ط1، دار خضر، بيروت – لبنان، 1418هـ-1997م، ص55

[2] يحيى بن شرف النووي: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، (د. ط)، دار إحياء الكتب العربية، مصر ،1380هـ-1960م، ص256.

[3] إبراهيم بن علي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط2، دار المعرفة، بيروت –لبنان، 1379هـ-1959م، ص125.

علما بأن الإيجاب كركن لابد له من أصل وهو الموصي، ولابد من الموصي من موصى له، لأن الإيجاب يقع بين طرفين، وكذلك الشيء الذي يوصي به، وعليه يظهر من خلال قول الأحناف أن الإيجاب متضمن للأركان الأخرى، فهي قرينة واضحة على وجوب توفر الثلاث الأركان المذكورة سابقا على وجه الكناية.

أما جمهور العلماء –الشافعية والحنابلة والمالكية –فقد قالوا بأن للوصية أركان أربعة على وجه التصريح وهي:

1- **الموصي:** والمراد به صاحب الوصية، وفيه شروط سيتم ذكرها في المطلب الآتي.
2- **الموصى له:** والمراد به من تعين له الوصية، وكذلك بشروط تذكر لاحقا.
3- **الموصى به:** والمراد به ما تحمله الوصية من قول أو كتابة أو ما يقوم مقامها، أو " هو محل الوصية، يظهر حكمها فيه، وتحقق مقاصدها به حيال الموصى له، وقد يعبر عنه بمتعلق الوصية، والموصى به قد يكون مالا دعما كالمنافع"[1].
4- **الصيغة:** الصيغة ليست إلا التعبير عن إرادة الموصى، تصح سالمة الإرادة وتلحقها كل عيوب الإرادة، والصيغة هي ركن الوصية الوحيد عند الأحناف، ويرى الشافعية والمالكية والحنابلة أن أركان الوصية أربعة هي (الموصى والموصى له والموصى به والصيغة)، مع اتفاقهم جميعا على ضرورة الصيغة اختلفوا في مضمونها وفي التعبير عنها، فقد اختلفوا في مضمونها هل هو الإيجاب وحدة؟ أم هي الإيجاب والقبول واختلفوا في التعبير عنها، هل تنعقد باللفظ وحده؟ أو تنعقد باللفظ والإشارة والكتابة؟ .

حيث أن لهذا الركن المتفق عليه في أصله المختلف في لفظه له أركان متعددة نذكر منها ما يلي:

أولا–اللفظ

الأصل في الصيغة في كافة التصرفات، أن تجئ عبارة و لفظا وتصح الوصية بها، في جميع المذاهب ألنها أقوي صورة للتعبير عن الإرادة و بيان الرضا الباطني، وقد

[1] محمد كمال الدين إمام: الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م، ص 55 .

تنعقد الوصية باللفظ المخصوص وبأي لفظ آخر يدل على قصد الموصى، قال تتعين بألفاظ كالزواج مثال، فكل لفظ يدل صراحة أو كناية عن إرادة الموصى تنعقد الوصية به، والوجه في ذلك كما قيل أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص و مبرر معين في إنشاء العقود، وتصح الصيغة بمطلق اللفظ المعبر عن الإرادة سواء، قلنا إنها إيجاب فقط من الموصى أو قلنا أنها الإيجاب و القبول كما يرى بعض الفقهاء ذلك.

ثانيا-الكتابـــة

الكتابة فعل لا قول فصورتها تقرأ بالعين وإن تجسدت في حروف وكلمات فالأصل في العبارة أنها تسمع بالأذن، أما الكتابة فالأصل فيها أنها مقروءة بالعين وتنقسم الكتابة إلى ثالثة أقسام:

القسم الأول: الكتابة المستبينة المرسومة وهي ما جاء في شكل وثيقة لها ديباجة وموضوع وخاتمة على النحو الذي تجري به عادة كل عصر.

القسم الثاني: الكتابة المستبينة غير المرسومة كالكتابة على الجدران وجذوع الأشجار وأوراقها، وهذا القسم تصح به صيغة الوصية عند الأحناف باشتراط النية والقرنية، ويصح به صيغة الوصية مطلقا عند الشافعية، سواء كان الموصى قادرا على النطق أو عاجزا عنه.

القسم الثالث: الكتابة غير المستبينة: كالكتابة على الماء أو على الهواء و هذا القسم لا تصح صيغة الوصية ولا غيرها من التصرفات، أما المشرع الجزائري فقد جاء واضحا في هذا الشأن باشتراط الكتابة الرسمية أمام الموثق حيث نصت المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري " تثبيت الوصية" تصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك.[1]

ثالثا-الإشـــارة

وهي بديل عن النطق والكتابة كمن كان عاجزا عنها، فلا خلاف بين الفقهاء على الاعتداد بالإشارة المفهومة في الوصية بالنسبة للأخرين فقد نص الفقهاء على أنه تكفى الإشارة الدالة على المراد قطعا في إيجاب الوصية، مع تعذر اللفظ الأخرس، أما غير

[1] محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص60.

الأخرس فلا اعتبار لإشارته في الوصية وإن اعتد بها البعض في أربع و هي الكفر و النسب و الإسلام و الإفتاء.

رابعا-الإشهاد على الوصية

الأصل في الإشهاد أنه جائز ليس بواجب وهذا باتفاق المذاهب، ولكن البعض أوجب الإشهاد في الصيغة المكتوبة، وهذا ما يراه المالكية وبعض الشافعية، فإذا كتب الموصى وصية ومات دون أن يشهد عليها لا تصح عندهم، باعتبار أنه قد يكتب ولا يعزم، أي لا يصير بالإضافة إلى ما بعد الموت شرط جوهري في الوصية لا تصح إلا به، و لكن الإيجاب في الوصية قد يأتي مطلقا، و قد يأتي مشروطا أو المقصود بالإيجاب المشروط، أن يعلق الموصى وجود الوصية على أمل في المستقبل بأداة من أدوات الشرط.

مقارنة

من خلال ما رأيناه من أركان لكل من الوقف والوصية، يتبين لنا جليا الاتفاق التام بين نظامي الحياة، فكلاهما يعتمد على ركن الصيغة الذي يحدد لنا قيمة هذين النظامين، بغض النظر على أشكال انعقاد الصيغة هل بالتصريح أو بالكناية والتلميح، فالأصل باق على ما هو عليه، في حين نجد أن الواقف بصيغة اسم الفاعل هو نفسه الموصي وهو اسم الفاعل، يشتركان في الفاعليه كركن أساس عند المنظرين، وكذلك العين الموقوفة كالمال مثلا هو نفسه ما في الوصية من شيء يوصي به، فكلاهما يتناول شيئا معينا قصد التقرب به إلى الله، وأخيرا الموقوف عليه هم الأهل تارة أو تسخير المنافع من باب الخير تارة أخرى، في مقابل ذلك الوصية ركنها الموصى له هو الطرف الثاني الذي وجهت له الوصية وما فيها على وجه تحقيق التضامن ورفع الفقر عن طائفة من الناس دون الإضرار بالأغنياء من باب " لا ضرر ولا ضرار".

المطلب الثاني: شروط الوقف والوصية

قبل التكلم في هذا الجزء عن شروط الوقف والوصية ينبغي علينا أولا أن نفرق بين الشروط المتعلقة بالوقف والوصية من جهة الأركان الأربعة السابقة الذكر، وبين شروط نفاذ الوقف والوصية، لأن هناك تباين كبير بين الأمرين، ولذا في هذا المطلب سنوضح

الشروط التي تتعلق بالوقف وكذلك الشروط التي تتعلق بالوصية من جهة الأركان، لنؤسس لهما بنيانا متكاملا، لذا يجدر بنا أن نذكر الشروط حتى يتسنى لنا أن نبني الصرح، ونمهد لنظام الوقف، وإخراجه في أحسن صبغة.

الفرع الأول: شروط الوقف

أولا-شروط الواقف

تنوعت مقالات العلماء في تحديد شروط الواقف، فمنهم من ذكرها مجملة دون ذكر التفصيل، واقتصر على الأساس، ومنهم من ذكر بعضها وما جاء عن الإمام النووي شيء من ذلك حيث قال: " شرط الواقف صحة عبارته وأهليته للتبرع "[1].

وعند النظر في هذا القول نجد أن هذين الشرطين يتضمنان العديد من الشروط، ذلك أن صحة العبارة تتطلب من قائلها أن يكون بالغاً وعاقلاً كما أن أهلية التبرع تقتضي أن يكون الواقف مالكاً تام الملك مختاراً[2].

في حين نجد الكمال بن الهمام قد ذكر ثلاثة شروط، وهي البلوغ والعقل والحرية فقال: " وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حراً بالغاً عاقلاً "[3] .

يسعنا في هذا المقام أن نذكر الشروط التي تتعلق بالوقف عموما من جهة الأركان بالتفصيل و هي:

1- العقل:

أن يكون صاحبها عاقلا مميزا و هذا ما نصت عليه المادة 31 من قانون رقم 91-10 " لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، أما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح وقفه أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن

---

[1] محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط2، دار الفكر، بيروت -لبنان، 1973م، ص22

[2] موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، سعدي أبو جيب، ط3، دار الفكر، دمشق، سورية، 1419هـ-1999م، ص265.

[3] أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: النكت والعيون، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان،1412هـ-1992م، ص132.

تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية " وفي نفس السياق نصت المادة 42 من القانون المدني : "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عتو أو جنون " من خلال استقراء المادتين أعلاه فإننا نجد فقدان التمييز بالجنون يمنح من انعقاد الوقف صحيحا لكن نص المادة 31 جاءت دقيقة من حيث التفرقة بين الجنون المستمر و الجنون المتقطع هذا بخلاف المادة 42 التي جاءت بإطلاقها على الجنون ولم نفرق بين الجنون المتقطع والمستمر لذلك نجد أنفسنا أمام نصين متعارضين في مسألة جوهرية."[1]

1- البلوغ:

فلا يصح وقف الصبي الذي لم يبلغ حد السن القانوني حسب المادة 30 من قانون الأوقاف تنص على: " وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو أذن بذلك الوصي، " من خلال تتبع عبارات المادة السابقة نجد أنه لابد من اكتساب الواقف أهلية التبرع وهي 19 سنة كاملة[2]، فدون ذلك يكون تصرفه باطل، ذلك أن الوقف الصادر من الصبي المميز وغير المميز يكون باطلا لأنه ضار به ضررا محضا، ويبقى باطلا حتى بإذن الوصي.

2- الحرية:

الواقف يشترط فيه أن يكون حراً غير مملوك، والسبب أن العبد وما يملك يكون ملكاً لسيده، لا يحق له أن يتصرف في شيء إلا بإذن سيده ومالكه، ولكن في مقابل ذلك قد اتفق الفقهاء على أن وقف العبد يجوز بضابط الإذن له من طرف سيده[3].

---

[1] صورية زردوم بن عمار: النظام القانوني لأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، جامعة لحاج لخضر-باتنة-، 2010م/2009م، ص63.

[2] المادة 43 من القانون المدني تنص على: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكان سفيها أو معتوها أن يكون ناقص أهلية لما يقرره القانون"

[3] صالح بن عبد الرحمن السعد: الوقف في الإسلام ودوره في تنمية المجتمع، ط1، دار الأندلس الخضراء، جدة، 1420هـ، ص30.

3- غير محجوز عليه لسفه أو دين أو مريض مرض الموت:

متى كان الشخص مصابا بجنون أو عته أو دين يجوز لأقاربه أو من لو مصلحة أو النيابة العامة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة إقليميا لإصدار حكم قضائي للحجز عليه وهذا تطبيقا لمادتين 108-107 من قانون الأسرة الجزائري ومن الآثار القانونية الهامة للحجز هي غل اليد عن التصرف وهذا ما أكدته المادة 10 صراحة و الذي يلاحظ أن المشرع أسقط حكم الشخص المغفل [1].

فقد ذكر المشرع إلى أن وقف المدين في مرض الموت يحق له إبطاله بموجب المادة 32 من قانون الأوقاف 91-10 "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق كل أملاكه."

نلاحظ أن المشرع سكت عن الحالات التالية:

- إذا كان الدين غير مستغرق لأموال المدين في مرض الموت.
- إذا كان الدين مستغرقا لأموال المدين في مرض الموت ووقف كل ماله، أو بعضه سواء قبل الحجز عليه أو بعد ذلك.
- وقف المدين غير محجوز عليه أثناء صحته.

الدين المستغرق وغير مستغرق لأموال الواقف، لهذا يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما أحالتنا إليه المادة 02 من قانون الأوقاف كما سكت المشرع الجزائري عن وقف غير المسلم.

إلا أن الدين الإسلامي بين أمورا أخرى تتعلق بإسلام الواقف، كأساس مهم جدا، فإذا ارتد الواقف عن الإسلام بعد الوقف بطل وقفه، ولو عاد إلى الإسلام لا يعود الوقف إلا بعقد جديد، وذلك لأن في الوقف معنى القربة الدائمة إلى الله -تعالى -بما يشتمل عليه من جهة البر الدائم الموقوف عليها، والردة في حكم الإسلام تحبط العبادات والقربات فيبطل الوقف بذلك.

---

[1] خالد رمول: الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2004 ،ص74.

لقوله تعالى:" لَئِنْ أَشْرَكْتَ ليحبطن عَمَلُكَ "[1].

وأما إذا ارتد المسلم ثم وقف وقفاً، فعند أبي حنيفة أنه متوقف غير نافذ، فإذا عاد إلى الإسلام نفذ وقفه، وإلا بأن مات على الردة أو التحق بدار الحرب وحكم بلحاقه بطل وقفه وأصبح ميراثاً لورثته.[2]

ثانياً– شروط الموقوف

ويقصد بها العين المحبوسة التي تجرى عليها أحكام الوقف وثاني ركن نص عليه المشرع وبين طبيعة محل الوقف من خلال ما ورد في المادة 11 من نفس القانون حيث صرح بأن العين الموقوفة قد تكون عقار أو منقول أو منفعة.[3]

حيث أن المشرع الجزائري اشترط في العين المحبوسة شروطا قد تم ذكرها في نص المادة 11 من قانون الأوقاف 91-10.

وقد اتفق كذلك الفقهاء على اشتراط كون الموقوف مالاً متقوماً معلوماً مملوكاً للواقف.

1- أن يكون مالاً متقوماً:

وهو ما كان مفرزاً بالفعل وأباح الشرع الانتفاع به في حال السعة والاختيار كالعقار، والمنقولات ...، ويترتب على ذلك أن ما ليس في حيازة الإنسألا يعتبر مالاً متقوماً كالطير في الهواء والسمك في الماء، وكذلك ما لا يباح للإنسان الانتفاع به كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم.[4]

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن ما يصح بيعه يجوز وقفه، لأن الوقف يراد للدوام ليكون صدقة جارية، كما أن الوقف قربة لله تعالى ولا يكون قربة ما كان معصية.[5]

---

[1] سورة الزمر، الآية: 65.

[2] انظر: حاشية ابن عابدين 400/4، أحكام الأوقاف للزرقاء 56، 90.

[3] خير الدين فانطازي: عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية الوقف، ج 1، ط1، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، سنة2011، ص62.

[4] انظر: الفقه الإسلامي وأدلته 8 / 44، أحكام الوقف للكبيسي 1/ 351.

[5] انظر: حاشية الدسوقي 4 / 69، مواهب الجليل 4 / 20، حلية العلماء 6 / 10، تيسير الوقوف 41، شرح منتهى الإرادات 2 / 491.

1- أن يكون محل الوقف معلوما معينا:

فقد اشترط المشرع لصحة الوقف أن يكون الموقوف غير مجهول منعا للنزاع ومعينا منافيا للجهالة وأكد ذلك في نص المادة 216 من قانون الأسرة، حيث اشترط أن يكون المال معينا خاليا من النزاع فهو وقف جزء من أرض ولم يعينه كان الوقف باطلا ولو قال وقفت داري الفلانية صح الوقف، مع العلم أنو لو وقف أرضا برقمها العقاري صح وقفه لأن الرقم يقوم مقام الحدود[1].

وهذا ما يؤكده ابن الهمام في قوله: " إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح وقفها وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها."[2]

في حين قد علق الحافظ ابن حجر على قول البخاري: " باب إذا وقف أرضاً ولم يبين الحدود فهو جائز وكذلك الصدقة " بقوله: كذا أطلق الجواز وهو محمول على ما إذا كان الموقوف أو المتصدق به مشهوراً متميزاً بحيث يؤمن أن يلتبس بغيره وإلا فلا بد من التحديد اتفاقاً ... ويحتمل أن يكون مراد البخاري أن الوقف يصح بالصيغة التي لا تحديد فيها بالنسبة إلى اعتقاد الواقف وإرادته لشيء معين في نفسه وإنما يعتبر التحديد لأجل الإشهاد عليه ليبين حق الغير، والله أعلم.[3]

2- أن يكون محل الوقف مفرزا:

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 216 من قانون الأسرة على أن يكون المال المحبس مشاعا وأقر ذلك في قانون الأوقاف 91-10 "يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تنفيذ القسمة"[4].

يقصد بالمال الشائع أو المشاع المال المشترك والممتزج بغيره بحيث لا يمكن تمييزه أما الإفراز يقصد به تخصيص الشيء من غيره بحيث يزول الإشتراك.

من خلال ما أوردناه من المواد القانونية وأدلة فقهاء الدين يتبين لنا ضرورة العمل بهذه الشروط اللازم توفرها في العين حتى يكون الوقف صحيحا.

---

[1] خير الدين فانطازي، المرجع السابق، ص63.

[2] انظر: شرح فتح القدير 6 / 215.

[3] انظر: فتح الباري 5 / 295.

[4] نسيمة الشيخ، المرجع السابق، ص16.

ثالثاً– شروط الموقوف عليه

1- أن يكون الموقوف معينا معلوما:

بحسب المادة 13 من قانون الأوقاف سابقة الذكر يتضح لنا أن المشرع الجزائري لا يجيز الوقف على مجهول واكتفى باعتبار الموقوف عليه معلوما إذا كان شخصا طبيعيا، أو معنويا.[1]

والشخص الطبيعي يكون بذاته أو بصفته، والصفة التي يقصدها المشرع هي التي تكون معتبرة شرعا وقانونا، وبزوالها يفقد الموقوف عليه استحقاقه لموقف مثل زوال الرابطة الزوجية وهذا ما قضت به غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرارها رقم 189.265، والذي جاء فيه " ولما كان ثابتا في قضية الحال أن القرار المنتقد – لما قضى – بأن طالق المطعون ضدها من زوجها لا يحرمها من الحبس فإنه بقضائه كما فعل خلاف الشريعة الإسلامية والقانون ،ذلك أن المحبس عندما أقام الحبس موضوع النزاع على زوجته المطعون ضدها كان من أجل أنها زوجة له، ولم ينظر في هذا الحبس على أنه لذات المحبس عليها، وعليه فطلاقه لها بحكم يعطي بمثابة تراجع على هذا الحبس"[2].

2- أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك:

هو شرط لا يختلف فيه فقهاء الشريعة الإسلامية أبدا، فالمقصود بالأهلية هنا أهلية التملك والتي يكون فيها الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد، وتمتعه بكامل قواه العقلية، وهذا هو الأصل، لكن هنا يجدر بنا أن نتوقف قليلا ونتأمل المادة السابقة ونطرح سؤالا في غاية الدقة وهو في حالة الموقوف عليه القاصر أو في حال حدوث عارض من عوارض الأهلية فما هو موقف المشرع من ذلك؟، فسكوت المشرع هنا هو إحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية ورجوعا إليها يظهر الجواب بارزا مؤكدا لطرح السؤال، فتطبيقا لنص المادة 2 من قانون الأوقاف، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يجيزون استحقاق القاصر لعلة الوقف بواسطة وليه وتبريرهم في ذلك هو صغر السن،

---

[1] تم تعديل المادة 13 بموجب القانون رقم 02-01 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002.

[2] قرار رقم 189.265، المؤرخ في 1998/05/19، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، سنة2001، ص308.

لا يحول دون قبول التبرعات لأنها من التصرفات النافعة نفعا محضا ، وقياسا على ذلك فإن السفيه وذا الغفلة يأخذان حكم القاصر وعليه يجوز الوقف على السفيه وذي الغفلة والمجنون [1].

وكذلك اتفق جمهور الفقهاء على أن الوقف لا يكون إلا على جهة يصح ملكها أو التملك لها، وذلك لأن الغاية من الوقف صرف غلته، وتمليك منافعه للموقوف عليه، فغلة الوقف مملوكة فلا يصح إلا فيما له الملك، وهذا عند القائلين بانتقال ملكية الموقوف إلى حكم ملك الله، وكذا القائلون ببقائها على حكم ملك الواقف.

3- ألا يشوب الموقوف عليه ما يخالف الشريعة الإسلامية:

سنذكر في هذا الشرط أمرا مهما ينبغي الإشارة إليه وهو المال الحلال ومصرفه حلال، فإن النص المقرر لصحة كل المعاملات ليس الوقف فحسب، بل وقد أكد المشرع ذلك في المادة 13 على ضرورة موافقة الموقوف عليه للشريعة، ومفاده ألا يكون معصية لأن أساس الوقف وهدفه هو التقرب من الله -عز وجل-.

الأصل في شرعية الوقف أن يكون صدقة يتقرب بها العبد إلى الله تعالى بالإنفاق في أوجه البر بالصدقة، وألا يكون الوقف على معصية، وعند الحنفية لابد أن يكون الوقف قربة في حكم الإسلام وفي اعتقاد الواقف معاً فلا يصح الوقف على جهة معصية لا من مسلم ولا غيره، كالوقف على الكنائس وتدعيم محلات بيع الخمور، وغير ذلك، وكذلك لا يصح الوقف على المحرمات كأندية القمار، ودور اللهو وهلم جر.

رابعاً – شروط الصيغة

فقد سبق الإشارة إلى أن قلنا بأن الوقف لا يستقيم ولا يكون إلا بالإيجاب وحده، إذا كان بمعين عند الحنفية والحنابلة، والمقصود من لفظة -معين- أي بعبارة مقصود كقول القائل وقفت كذا أو سبلت كذا وما شابه ذلك ، وهكذا إذا كان على غير معين باتفاق جمهور العلماء، وبالإيجاب والقبول عند المالكية والشافعية وبعض الحنابلة، إذا كان غير معين، صيغة الوقف هي العبارة التي تدل على الوقف وهي الركن الثالث لإنشائه، وذلك حسب ترتيب المشرع الجزائري، والمقصود بصيغة الوقف كما سبق هي الإيجاب

[1] صورية زردوم بن عمار، مرجع سابق، ص 65.

الصادر عن الواقف الذي يعبر عن إرادته الكاملة وللصيغة عدة صور كما أشرنا إلى ذلك آنفا، فقد تكون لفظا مصرحا أو كتابة منعقدة أو إشارة مبرمة، وشروطها كالآتي:

1- النية:

إن أول شرط لابد من توفره النية فإذا نوى أو حتى إذا نطق بواحدة من الألفاظ الكنائية الوقف صار موقفاً ما نواه، ولأن الألفاظ الكناية مثل: تصدقت، وحرّمت، وأبدت، وهذه الألفاظ تدل على الوقف وذلك باعتبار أمرين وهما:

أ- إذا اقترنت الألفاظ الكنائية بواحدة من الألفاظ الصريحة أو الكنائية كتصدقت صدقة موقوفة أو محبسة أو مؤبدة.

ب- أن يصف العين بأوصاف الوقف فيقول محرمة لا تباع ولا توهب أو بالفعل كمن جعل أرضه مسجداً وأذن للناس بالصلاة فيها.

ودليل كل ذلك، وتأكيدا له قول الرسول –عليه السلام – ((إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)) .

2- التأبيد: فلا يصح الوقف عند جمهور غير المالكية بما يدل على التوقيت بمدة، لأنه إخراج مال على وجه القربة فإذا قال أرضي هذه وقف على فقراء بمدة 10 سنوات لم يجزئه ذلك ولا يصح وقفه.

3- أن تكون الصيغة منجزة: هي التي تدل على إنشاء الوقف، وترتيب آثاره في الحال، مثل قول الواقف "وقفت هذه الأرض على مسجد بلدتي" ولا خلاف بين الفقهاء في أن الصيغة يصح بها الوقف، وتترتب عليه آثاره من وقت صدورها من الواقف مادامت الشروط الأخرى مكتملة.

4- ألا تكون مقترنة بشرط باطل: وهو كل شرط يخل بأصل الوقف، أو في حكمه، فإذا صدرت الصيغة مقترنة بشرط باطل لا يصح الوقف ولا يترتب عليه أي أثر، ولا يمكن عده وقفا حصرا بل هو باطل بمانع حل عليه، فحال بينه وبين العقد المبرم سواء كان قبل عقده أو بعده.

الفرع الثاني: شروط الوصية

إذا سبق وأن عرفنا شروط الوقف، لابد من ذكر شروط الوصية على وجه تستقيم معه المقارنة، وحتى تظهر حقيقة كل منهما في نقاط مشتركة وأخرى مختلفة، وعليه سنقدم في هذا الجزء شروطا للوصية من حيث كل ركن وما يجب أن تتوفر فيه كي تعقد ويحصل مسماه.

أولاً: الموصي:

قد مر معنا أن الموصي هو ركن أساس في الوصية، وقلنا بأنه صاحب الوصية،

فالشروط المعتبرة في الموصي، أو التي اعتبرها القانون التشريعي والدين الإسلامي هي كالتالي:

1- كونه أهلاً للتبرع أي كامل الأهلية:

وكمال الأهلية يكون بالعقل والبلوغ والحرية والاختيار وعدم الحجر لسفه أو غفلة ونحو ذلك مما هو معلوم في شروط الأهلية، كما سبق معنا في شروط الواقف.

حسب نص المادة 186 من قانون الأسرة " يشترط أن يكون الموصي سليم العقل " كما أن الفقهاء جميعا متفقون على أن يكون الموصي عاقلا مميزا لتصح وصيته فإذا انعدم العقل والتميز فلا وصية، وعلى هذا فلا تصح وصية المجنون وفي حكمه من المعاتيه

2-كونه لم يعاين الموت فإن عاينه لم تصح لأنه لا قول له

3-كونه غير مدين ديناً يستغرق كل ماله فإن كان كذلك فإن الوصية لا تصح لأن سداد الديون مقدم على تنفيذ الوصية.

5-كونه غير هازل ولا مكره ولا مخطئ.

6- كونه غير معتقل اللسان فإذا طرأ على اللسان مرض منعه من النطق فإن وصيته لا تصح إلا بأمور:

الأول: إذا استمر لسانه معتقلاً فترة طويلة بحيث يكون كالأخرس فهنا تصح وصيته بالإشارة والكتابة ونحو ذلك.

الثاني: أن يكون مريضاً مرضاً مزمناً في لسانه آيسٌ من شفائه فإنها تصح أيضاً وصيته بالإشارة المعهودة التي يخاطب بها الناس.

أما إذا كان مرضه مرضاً عارضاً وليس له إشارة معهودة ولا يستطيع الكتابة فإنها لا تصح وصيته.

ثانيا-الموصى له

والمقصود به من تعين له الوصية، أفرادا كانوا أو جماعات معينة، وشروطهم المعتبرة فيه هي كالتالي:

1) ألا يكون وارثاً للموصي، لقوله-صلى الله عليه وسلم - ((لا وصية لوارث))

وفي رواية ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه ألا لا وصية لوارث))[1].

وهذا ما صادق عليه المشرع الجزائري وفق المادة 189 من قانون الأسرة.

2) كون الموصى له معيناً فإن كان مجهول العين فلا تصح له الوصية ويكفي العلم بالوصف كقوله أوصي للمساكين والفقراء أو أوصي لفلان بن فلان.

3) كون الموصى له أهلاً للتملك، فإن كان ممن لا يصح تملكه فلا تصح الوصية له والبهيمة والميت ونحوه...

4) كون الموصى له حياً غير ميت.

فإن أوصى لحمل تحقق وجوده فنزل ميتاً بطلت الوصية.

لكن هناك سؤال قد يطرأ على البعض بماذا يتحقق وجود الحمل؟

---

[1] - رواه أحمد (267/5) وأبو داود (114/3) وصححه الألباني في الإرواء (87/6).

5) كون الموصى له غير قاتل للموصي:

فإذا أوصى شخص لآخر ثم قتله الموصى له بعد الوصية بطلت الوصية إن كان القتل عمداً قياساً على الميراث لقول قال الفقهاء ((من تعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه؟)).

6) قبول الموصى له الوصية:

فإن لم يقبل بطلت فلو قال الموصي أوصيت لفلان بن فلان بكذا وقلنا هذه وصية من فلان لك فقال لا أريدها فهنا تبطل الوصية ويردها إلى الورثة [1].

وهنا مسألة يجب التنبه لها وهي هل يشترط إسلام الموصي والموصى له:

الراجح من أقوال الفقهاء لا يشترط إسلام الموصي والموصى له.

فتجوز الوصية من المسلم إلى الكافر بشرط كونه معيناً وألا يكون محارباً للمسلمين فإن كان مرتداً هل تصح له الوصية؟

قول أهل العلم:

والصحيح أنها لا تصح له لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث ولكون ملكه يزول عن ماله بسبب ردته فلا يثبت له الملك بالوصية.

أما الوصية من الكافر للمسلم فإن كانت الوصية تصح من المسلم إلى الكافر فمن باب أولى صحتها من الكافر للمسلم.

الثالث: الموصى به.

وهو ما تحمله الوصية من قول أو كتابة أو ما يقوم مقامها، ويشترط في الموصى به أمور نذكر منها ما يلي:

---

[1] رمضان عمي السيد شرنباصي ، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية و الوقف، ط1 ، منشورات الحلبي، بيروت، 2003 ،ص375.

1) كونه بعد موت الموصي فإن كان قبله فهو هبة وليس وصية.

2) كونه قابلاً للتمليك.

فلو أوصى بشيء يزول ملك الموصى له عنه أو أوصى بشيء سوف يملكه فمات قبل ملكه له فلا تصح الوصية به.

لكن إن أوصى بما لا يقدر على تسليمه صحت الوصية به وللموصي السعي في تحصيله.

3) كون الموصى به مباحاً.

فإن كان الموصى به غير مباح الانتفاع به فإنه لا يجوز للموصى له تنفيذه كما لو أوصى فلان بالتبرع بالمجلات الخليعة المفسدة للدين والدنيا وكذا لو أوصى بالتبرع باستراحات لزيد من الناس مع العلم أنه يستخدمها في معاصي الله وغيرها مما لا يجوز فإنه يحرم تنفيذ هذه الوصية المشتملة على معصية الله ورسوله.

لكن هل يلزم إنفاذها في أمور الطاعة؟

قيل إن الأمر يرجع فيه إلى الورثة والصحيح أن الأمر يرجع إلى الحاكم وذلك لاختلاف الأنظار فيها.

الرابع: الموصى إليه ((النائب عن الوصي))

وهو المأمور بالتصرف في الوصية بعد الموت وهو ما يسمى بالوكيل على الوصية أو بمعنى آخر الناظر على الوصية وغيرها أما الشروط المعتبرة فيه (الموصى إليه) فهي كالتالي:

1-**التكليف:** أي كونه مكلفاً أي بالغاً عاقلاً.

2-**الرشد:** والمراد به إحسان التصرف أي كونه ممن يحسن التصرف فيما ينفعه وينفع غيره.

3-**الإسلام:** فلا يصح في الموصى إليه كونه غير مسلم.

4-**العدالة:** فإن كان مخروم العدالة فلا تصح نيابته عن الموصي.

والمراد بالعدالة هنا الاستقامة على الدين والمروءة.

مقارنة

يتجلى لنا مما سبق أن شروط الوقف هي نفسها تقريبا شروط الوصية من حيث الأركان، ولذلك نجد أن كل ما في الوصية من أحكام هي نفسها للوقف، إلا أن الفارق الذي قد يتعين في هذا الجزء أن الوقف يكون فيه الشخص حاضرا، في حين الوصية عقد تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن إسلام المرء في العقود ولكنه في الأخير يحيل إلى دراسة الإسلام، وتقرير ما فيه، فترك أحكام الشرع للفقهاء، وهم بينوا ما في النظام من أحكام تتعلق بهم، من جهة الفاعل أو المفعول أو عن العين في حد ذاتها كل من الأركان لها شروطها اللازمة توافرها لينعقد الزمام بوسيلة تأكيد خبراته.

خلاصة الفصل الأول

في هذا الفصل اعرض خلاصة هذه الدراسة ثم أذكر أهم النتائج التي توصلت إليها، وذلك على النحو التالي:

إن الوقف والوصية من أبرز عقود التبرعات التي يقوم بها الأنسان بإرادته المنفردة حيث نجد ان الوقف هو قربة الى الله تعالى وصدقة من الصدقات المالية جارية الثواب دون انقطاع.

الوقف معروف عند الأمم السابقة الإسلام وبعده وتطور بعد ذلك وأصبح تحت إشراف جهة ذات شخصية اعتبارية مستقلة ،حيث نجد ان الوقف قد تبناه المشرع باعتباره نموذجا ونظام مالي مستقل ومظهرا من مظاهر التكافل الاجتماعي في الأمة وقد كان له دورا كبيرا على جميع الأصعدة في العالم العربي والإسلامي ثقافيا واجتماعيا واقتصاديا وفكريا وخصص له المشرع ترسانة من القوانين لتنظيمها 91/10 اهمها قانون الأوقاف الذي يعد الإطار القانوني المنظم لمادة الوقف فكل تعريفاته مستنبطة من تعاريف الفقه الإسلامي التي تباينت تباينا كبيرا واختلفت باختلاف نظراتها للوقف وأسسه التي تقوم عليها هل هو اسقاط للملكية أو تبرع بها وقد اخذ المشرع الجزائري بنظرية الأسقاط غير انه في تعريفه للوقف قد تأثر بالاختلاف الفقهي كما تم التفصيل في بيان نوعي الوقف العام والخاص وتم التطرق الى اركان الوقف التي لابد من توافرها ليرتب اثاره القانونية وقد حددها المشرع ورتبها وعددها أربعة اركان والا كان الوقف باطلا وحدد شروطه بالنسبة للواقف والموقوف عليه والصيغة .

مما سبق توصلنا الى النتائج التالية:

المقصود بالوقف هو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة والثمرة.

الفاظ الوقف الصريحة: وقفت، حبست، سبلت وألفاظ الكناية: تصدقت، حرمت وأبدت.

إن الوقف من عقود التبرعات وهو قربة الى الله تعالى وصدقة من الصدقات المالية جارية الثواب دون انقطاع.

الوصية: جاءت في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري ان الوصية انها تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع، والوصية تدخل ضمن الأعمال الخيرية وهي رمزا من رموز التكافل الاجتماعي أساسها القوام على العدل والرحمة والمؤاخاة حيث أعطى المشرع كل ذي حق حقه بعد موت مورثه وقد تناول المشرع الجزائري موضوع الوصية في قانون الأسرة وزاد الرصيد في معرفة الوصية باللجوء الى القانون المدني الذي يعد ضابطا قانونيا وقانون الأسرة دينيا.

حيث تم التطرق الى تعريف الوصية من حيث دلالتها ومشروعيتها وان الوصية تعتبر صحيحة بعد استيفاء أركانها وشروطها وبالرجوع الى المشرع الجزائري نجد انه اعتبر الصيغة هي الركن الوحيد للوصية اما الموصي والموصي له والموصي به هي شروطها وقد تطرقنا الى أنواع الوصية من خلال الحكم الشرعي الثابت للوصية كالوجوب والإباحة والإكراه، الحرام وعليه فان الوصية اما ان تكون واجبة او مستحبة او محرمة او مكروهة.

الفصل الثاني:
الأحكام الإجرائية للوقف والوصية

سبق بيان الأحكام الموضوعية والذي كان الحديث فيه عن الوقف والوصية في التشريع الجزائري مع ذكر أراء وأقوال الفقهاء فيها وفي هذا الفصل الثاني سنتكلم عن الأحكام الإجرائية وهي تلك القواعد والأحكام الكلية الإجرائية التي يسير عليها القاضي ومن في حكمه عند النظر في إثبات الوقف والوصية وتوثيقهما، حيث اعتمدنا في هذا الفصل على بيان التنمية والاستثمار العقاري وسنتطرق إلى صيغ الوقف الإجرائية، وننتقل إلى تخصيص الوصية بما يثبتها ويقيم فيها عقدا مبرما، كما أن في إثبات الوقف والوصية وضبط إجراءاتهما يكون بحفظهما من الاندساس والنسيان، أو الاعتداء عليهما بالظلم والعدوان وضبط جميع الحقوق المتعلقة بهما وهو مقصد معتد به في الشرع والقانون، ونذكر أيضا آثارهما وما يترتب عليهما من أحكام قانونية وموقف المشرع من الرجوع وانهاء كل منهما، ونخلص إلى ذكر النتائج المتوخاة منهما.

ومما سبق يمكن تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وهما:

المبحث الأول: الأحكام الإجرائية للوقف في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية للوصية في التشريع الجزائري

المبحث الأول

الأحكام الإجرائية للوقف في التشريع الجزائري

سنتناول في هذا الجزء الأحكام الإجرائية التي تنظم الوقف حسب ما قرره المشرع الجزائري، حيث نذكر في المطلب الأول التسيير التنموي والاستثماري للأملاك الوقفية، ثم نعرج إلى صيغ عقود الوقف وأحوالها الشرعية والقانونية التي تضبط مساره.

المطلب الأول: التسيير التنموي والاستثماري للأملاك الوقفية

إن مؤسسة الوقف تعتبر من أهم المؤسسات الاقتصادية والاجتماعية التي لعبت دورا كبيرا في بناء الحضارة الإنسانية والاجتماعية، إذ أن الناظر في تاريخ الأوقاف يرى النتائج الباهرة التي حققتها، بل زيادة على ذلك دورها في الحياة الدينية والثقافية؛ يجد أنها تشكل ثروة هائلة وموروثا حضاريا متجددا لا يمكن الاستهانة به، فنرى ذلك الكم الهائل من الأراضي والعقارات والمباني والمحلات التجارية والسكنية يمكن أن يشكل موردا أساسيا ذاتيا لتمويل الكثير من المشاريع الاقتصادية والقطاعات الخدمية عموما.

وعليه إن الوضعية التي وصلت إليها الأوقاف في الوقت الحاضر يدعو إلى ضرورة إحيائها والتفكير في كيفية الاستفادة منها في دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهذا لا يكون إلا عن طريق إعادة هذه المؤسسة إلى واحة الاهتمام والعمل، وذلك باستغلالها وتثمير أموالها وإخراجها من حالة الركود وحيز العمل الخيري إلى آفاق تكون فيها أكثر نفعا وخدمة للصالح العام.

حيث نجد أن المشرع الجزائري منذ بداية التسعينيات اهتم بهذه الثروة الوقفية الهائلة وذلك بصدور القانون (91-10) المؤرخ في 12 شوال عام 1410 الموافق 27 أبريل لسنة 1991 يتعلق بالأوقاف، وهذا بعد ما عانى هذا القطاع من الإهمال والتهميش وغياب الإطار التشريعي لفترة طويلة، كما توج ذلك الاهتمام بضم قطاع الأوقاف إلى صلاحيات وزارة الشؤون الدينية، حيث تم إنشاء مديرية مكلفة بالأوقاف بموجب المرسوم

التنفيذي رقم: 470/94 في 1995/12/25م والتي تضم مديرية فرعية مكلفة باستثمار الأموال الوقفية.

الفرع الأول: تنمية واستثمار الأملاك الوقفية

إن لفظ الاستثمار يوحي إلى أن هنالك جانبا عمليا من جوانب الوقف المعلن المنعقد، وحتى نتعرف على هذه الجوانب الإجرائية ينبغي علينا أولا أن نفهم دلالة هذه الكلمة ليتأسس لدينا صرحا كامل الآفاق، وبناء على ذلك نستطيع القول بأن مفهوم الاستثمار من المنظور اللغوي بعد البحث الشامل والمعمق نجده ينتمي إلى حقل الثمر، الذي هو من صميم الفائدة التي تُجنى من الزرع، وسواء كان هذا الزرع ماديا كالأموال أو معنويا كالراحة النفسية وإليك شيئا من البيان.

أولا–دلالة الاستثمار لغة واصطلاحا

تتعدد دلالات الاستثمار وتباينت إلا أن هذا الاختلاف هو اختلاف تنوع لا اختلاف تضاد في المعنى، وهو من " مصدر استثمر يستثمر، وأصله من الثمر، وثمر الشيء: إذا تولد منه شيئا آخر، استثمر: طلب الثمرة، لأن السين والتاء إذا زيدتا في أول الفعل أفادتا الطلب."[1]

وأما عن التعريف الذي ورد في معجم الوسيط على أنه استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الأجهزة والآلات، وإما بطريقة غير مباشرة كشراء الأسهم والسندات مثلا.

وعليه يتضح لنا من خلال الدلالة السابقة قيمة الاستثمار في ميزان أهل الاختصاص في اصطلاح الاقتصاديين، حيث نجدهم يعرفونه بالجهد المضاف إلى الأصول الرأسمالية، فنلاحظ قيمة هذا العمل يتجلى واضحا في بعض تعريفاتهم حيث نلمس تلك القيمة فيما له علاقة بالأموال فهو " مجموعة الأموال المادية ذات الصفة الاقتصادية التي تستخدم في العملية الإنتاجية والتي تؤدي إلى زيادة إنتاج العمل." [2]

---

[1] عبد القادر بن عزوز، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، رسالة جامعية لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية ، جامعة الجزائر ، 2004م – 2003م، ص 77.

[2] حسن السيد حامد خطاب: استثمار الوقف الفقه الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر الرابع للأوقاف تحت عنوان "نحو إستراتيجية تكاملية للنهوض بالوقف الإسلامي" تنظمه الجامعة الإسلامية بالتعاون مع وزارة الشؤون ضوابط الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية لعام 1434هـ/2013م من موقع المشكاة.

كما نجد أن دين الإسلام يحض على موضوع الاستثمار، وجعله بمثابة الدعامة الشرعية في تأسيس بنيات اقتصاد الدولة، فهو " جهد واع، رشيد، يبذل في الموارد المالية والقدرات البشرية بهدف تكثيرها، وتنميتها والحصول على منافعها وثمارها." [1]

فهو على العموم تكثير الفائدة وزيادتها بما يوافق والموارد البشرية حتى يُنتفع بها.

ثانيا-دلالة الاستثمار الوقفي

هو "استخدام مال الوقف للحصول على المنافع أو الغلة التي تصرف في أوجه البر الموقوف عليها، مع ما يبذله ناظر الوقف من جهد فكري ومالي من أجل الحفاظ على الممتلكات الوقفية وتنميتها بالطرق المشروعة وفق مقاصد الشريعة واشتراطات الواقفين، كما يكون بالإنفاق على أصول ثابتة من ممتلكات الوقف بغية تحقيق عائد مالي على مدى فترات مختلفة من الوقت."[2]

أو نستطيع القول هو ما يبذله ناظر الوقف من جهد فكري ومالي من أجل الحفاظ على الممتلكات الوقفية، وتنميتها بالطرق المشروعة، ووفق مقاصد الشريعة ورغبة الواقفين بشرط ألا تعارض نصا شرعيا.

من خلال ما تطرقنا إليه آنفا يمكن القول بأن الغاية من استثمار الوقف هو تحقيق أكبر عائد للوقف، أو تأمين أعلى ربح أو ريع من الأصل، وذلك بالتقصي عن أفضل الطرق المشروعة التي تؤمن ذلك، ليتمم صرفه على جهات الخير الموقوف عليها، ولحفظ قسم منها لعمارة الأصل، أو إصلاحه، أو ترميمه، لضمان بقائه، واستمراره للعطاء.

إذا فالوقف بحد ذاته استثمار وهذا الذي سنتطرق إليه في الحكم العملي الآتي وكيفية استثماره، كما تعد المنفعة من المال الموقوف استثماراً كذلك؛ لأنه لا يجوز بحال تعطيل منافع الوقف، ولا يمكن الحصول على المنافع إلا عن طريق الاستثمار والجهد المبذول فيه، وعليه يمكن القول بأن الاستثمار الوقفي على نوعين:

1- تنمية واستثمار الأراضي الوقفية الزراعية والأراضي البور

حيث تضمن قانون الأوقاف الجزائري عدة صيغ مختلفة لاستغلال الأملاك الوقفية، وخاصة العقارات حيث جاء في القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م،

---

[1] عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 78.

[2] عبد القادر بن عزوز، المرجع نفسه، ص 79.

يتضمن التوجيه العقاري وهذا نصه " الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي والثروات العقارية غير المبنية"، وتختلف الآليات التي اعتمدها المشرع لاستغلال هذه العقارات باختلاف نوعيته، فنجد هناك الأراضي الزراعية وأخرى بور بعقود مختلفة سنبينها في جزء " صيغ الاستثمار".

2- تنمية واستثمار الأراضي الموقوفة المبنية أو القابلة للبناء والمبنية المعرضة للاندثار

ينضم إلى باب الأراضي الموقوفة كل الأراضي التي تشغلها بنايات، وإن لم تكن مزودة بمرافق عمومية، أو غير مبنية أصلا، أما عن العقارات الوقفية القابلة للبناء والتعمير فهي قطعة خصصت للبناء والتعمير، وهذا نص المادة رقم 20 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م يثبت هذا النوع من الاستثمار وفيه: " الأرض العامرة في مفهوم هذا القانون هي كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية وفي مشتملات تجهيزاتها وأنشطتها ولو كانت هذه الأرضية غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع بنايات" .

يظهر لنا من خلال التعريفات السابقة لأبواب الأراضي سواء كانت الزراعية منها أو القابلة للبناء والتعمير فهي من الوقف وتعود بالفائدة لأهاليها وأصحابها، وللجهات الموقوف عليها.

الفرع الثاني: صيغ استثمار الأملاك الوقفية

نجد من الثروات الأساسية في الأملاك الوقفية العقارات فهي رأس مال الوقف، ولذا احتيج لهذه الثروات عقودا حتى تُستثمر وتُحفظ قانونيا، حيث أن الصيغ الاستثمارية القديمة التي استحدثها الفقهاء كانت خاصة بالعقار، كما سبق وأن بينا المواد التي تنص على ذلك، وبالتالي نجد من تلك الصيغ صيغة الإيجار، وصيغة المزارعة، ثم عدلوا من صيغة الإيجار واستحدثوا عقد الحكر وعقد المرصد، وإن كان عقد الإيجار معمولا به في بعض الأملاك، ولذا نرى أن المشرع الجزائري أعطى أهمية بالغة في قانون الوقف لهذه الصيغ وإليك الآتي:

أولا-الإيجار

وقد جاء في التشريع الجزائري في المادة 42 من قانون الوقف الآتي (تؤجر الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية، والتنظيمية السارية المفعول مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية) [1].

إن مصطلح الأملاك الوقفية في المادة 42 جاء عاما ليشمل كل الأملاك الوقفية، ولكن هذا النص قد استثنى منه المشرع الأراضي الوقفية الفلاحية للمرسوم التنفيذي رقم 70/14 الصادر في 20 فيفري 2014 الذي يحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، فالأراضي الفلاحية الوقفية عموما تنظمها نصوص خاصة، وأما الأملاك الأخرى فيجري عليها قانون الوقف على طبيعته.

حيث أن الإيجار في الأملاك الوقفية صيغة قديمة جدا وأكثرها شيوعا لجأ إليها الفقهاء قديما من أجل الاستثمار، وقد تم تطوير بعض صيغ الإيجار، ومن الصيغ المستحدثة صيغة الحكر، وصيغة المرصد كما سيأتي بيانهما وغيرها من الصيغ.

ثانيا-المزارعة

من الصيغ كذلك التي استحدثها الفقهاء في باب الاستثمار الأملاك الوقفية المزارعة والتي نص عليها المشرع في المادة 26 مكرر01 من قانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون 10/91 (يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأملاك الوقفية إذا كانت أرضا زراعية أشجارا بالعقود الأتية: عقد المزارعة)، حيث عرف المشرع عقد المزارعة في المادة 26مكرر1:(ويقصد به: إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد.)[2]

وجاء أيضا في التشريع الجزائري تعريف هذا العقد بموجب القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م، في المادة رقم 4 ونصه "الأرض الفلاحية أو الأرض ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو

---

[1] قانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالوقف الجريدة الرسمية العدد21 السنة1991.

[2] قانون 01-07 المؤرخ في 2001/05/22 المعدل والمتمم لقانون 91-10 و المؤرخ في 1991/04/27 و المتعلق بالأوقاف الجرية الرسمية العدد29 السنة2001.

خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلكه في الصناعة استهلاكا مباشرا أو بعد تحويله"

ثالثا-المساقاة

يعد عقد المساقاة نوع من أنواع الاستثمار الوقفي الزراعي خاصة، فهو إعطاء الشجر بمختلف أنواعه وما يدخل في حكمه، كالنخيل لمن يقوم بسقيه مع القيام بسائر الأعمال الأخرى التي يحتاجها الشجر بمقابل جزء معلوم من ثمره مشاعا فيه[1].

فالمشرع الجزائري قد عرف المساقاة في نص المادة 26 مكرر 02 فقرة 02 من قانون 10-91 على أنه: " إعطاء الشجر مقابل جزء معين من ثمره ".

فهذه المادة تبين طريقة التعامل في استثمار الفائدة وتخليص المقابل بشيء من الثمر المستفاد من الشجر بعد غرسه وسقيه والسهر عليه لتعود الفائدة إلى الجهة الموقوف عليها.

رابعا -المضاربة

المضاربة أيضا تعتبر من الصيغ المستحدثة ومن العقود التي تلعب دورا كبيرا في الحفاظ على استثمار الأملاك الوقفية، إلا أن القيود الواردة على هذه الصيغة تجعلها معطلة أو قليلة النفع، وقد نص المشرع على المضاربة في المادة 26 مكرر 10 في الفقرة الثالثة. والمضاربة في اللغة هي القراض، فالقراض لغة أهل الحجاز، والمضاربة لغة أهل الشام، وأما اصطلاحا: (المضاربة الوقفية: وهي التي يتم فيها استعمال بعض ريع الوقف في العمل المصرفي أو التجاري من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف.)[2]

خامسا-المقايضة (الاستبدال)

إن صيغة الاستبدال أو المقايضة من أهم الصيغ الوقفية التي تقتضيها الضرورة وتمليها مصلحة الوقف، فهو ليس المراد منه إنهاء الوقف، وإنما إعادة تثميره وتنميته بعين ثانية أخرى، فهو إحياء للوقف حتى يلعب دوره الحضاري.

حيث عُرِّف في التشريع الجزائري في المادة 413 ق م ج: (المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الأخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود).

---

[1] خالد رمول، المرجع السابق، ص136.

[2] فيروز أبادي، المصدر السابق (17/3).

إلا أن مفهوم المقايضة ضيق جدا في قانون الوقف، فقد نص المشرع في المادة 26 مكرر 06 -02 (هو الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من الأرض).

إذا فدلالة المقايضة في قانون الوقف: هو عبارة عن استبدال جزء من الأرض بجزء من الأرض، وأيضا حدد المشرع في قانون الوقف في المادة 24 حالات المبادلة للملك الوقف، وهي: حالة تعرضه لضياع أو الاندثار، أو فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إصلاحه، أو حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة، أو حالة انعدام المنفعة وانتفاء إتيانه بنفع، شريطة تعويضه بعقار مماثل أو أفضل منه، وبحكم أن العقار الوقفي أمانة في يد ناظر الوقف، فإن ناظر الوقف ملزم بإتباع الإجراءات التي وضعها المشرع عند إجراء عملية المقايضة وهي: صدور قرار من السلطة الوصية، والمعاينة والخبرة، فكل عملية مقايضة لعقار وقفي لا تتوفر فيه هذه الإجراءات يعتبر عقدا باطلا.

سادسا -صيغ الإيجار المستحدثة

نجد أن الفقهاء طوروا من صيغة الإيجار لما دعت الحاجة إلى ذلك، فقد انهار الوقف وفسد ولا تملك مؤسسة الوقف ريعا كافيا لإصلاحه أو تعميره، مثل ما حدث في الدولة العثمانية لما احترقت أوقاف إسطنبول سنة 1220هـ، لجأ الفقهاء إلى تطوير صيغة الإيجار، فخلقوا جملة من الصيغ منها: الحكر، المرصد، الإجارة في الإجارتين، التسطيح وغيرها من الصيغ، وعند تحليلها فهي عبارة عن إجارة طويلة الأمد.

فقد عدل المشرع الجزائري من هذه الصيغ: الحكر والمرصد على أنهما بديلان عن صيغة الإيجار التي أصبحت صيغة لا تخدم الوقف وأملاكه بل ولا توفر التنمية المستدامة لفوائد الوقف وبالتالي نحتاج إلى صيغتي الحكر والمرصد وإليك الآتي:

أ. الحكر

إن حقيقة الحكر هي إجارة طويلة الأجل، لجأ إليها الفقهاء لإحياء الوقف، ولم تكن معروفة في بلدنا هذا، والحكر أقدم ما يعرف من الحقوق العينية المنشأة على الوقف، وقد نشأ في القرن الثالث الهجري، وانتشر بكثرة في مصر إلا أن الذي يهمنا هو معرفة حقيقة الحكر فقد نص المشرع عليه في المادة 26مكرر2 من قانون 01-07 (يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر).

وعرفه نزيه حماده بقوله: "هي إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص، لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة، ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف بالبناء والغرس وغيرهما، كتصرف المالكين ويرتب عنه أيضا أجر سنوي ضئيل."[1]

وأما المشرع الجزائري فقد عرفها في المادة السابقة وفيها (هو تخصيص جزء من الأرض العاطلة للبناء أو الغرس، لمدة معينة، مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر دفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع والبناء أو الغرس توريثه، خلال مدة العقد).

وخلاصة ما هنالك هو أن الحكر صيغة ابتكرها الفقهاء للاستغناء بها عن بيع الوقف واستبداله.[2]

ب. المرصد

وهذا العقد يعتبر من الحقوق المنشأة على الأوقاف، التي دعت الحاجة إليه، ولكن بمرور الوقت لم تستغل استغلالا صحيحا ومناسبا، وقد تناول المشرع في المادة 26 مكرر5 صيغة المرصد: (يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأرض الموقوفة بعقد المرصد).

وقد عرفه صاحب مرشد الحيران أيضا في المادة 709 قال: " هو دين مستقر على جهة الوقف، للمستأجر الذي عمر من ماله عمارة ضرورية في مستغل من مستغلات الوقف للوقف بإذن ناظره، عند عدم مال حاصل في الوقف، وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره منها)[3].

إن اللجوء إلى عقد المرصد لا يكون إلا عند الضرورة، ويرتب عقد المرصد جملة من الأثار وذلك راجع إلى طبيعته المزدوجة، فهو من جهة دين في ذمة الوقف يجب تسديده، وهو أيضا تأجير للوقف من قبل صاحب المرصد بهدف تعميره.

---

[1] نزيه حماده: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق،2008 م، ط1، ص5

[2] منذر قحف: الوقف الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2006م، ط2، ص247

[3] أ. حمد بن مكرم: لسان العرب، دار المعارف، مصر، (1653/42/3).

سابعا –الترميم والتعمير

يعد عقد الترميم و التعمير آلية من آليات تثمير العقارات الوقفية، يهدف إلى تثمير العقارات الوقفية المبنية والمعرضة للخراب والاندثار، نلجأ إليه عند الحاجة كما يظهر من نص المادة 26 مكرر07 :(يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى الأملاك الوقفية المعرضة للخراب والاندثار، بعقد الترميم أو التعمير، الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير مع خصمها من مبلغ الايجار مستقبلا).

وبالرجوع إلى نص المادة السابقة فإن المشرع لم يعرف عقد الترميم وعقد التعمير، مع العلم أن الترميم غير التعمير، وإذا رجعنا إلى قانون الترقية العقارية (04/11) فسنجد أن المشرع عرف عقد الترميم بقوله: (الترميم العقاري: هو كل عملية تسمح بتأهيل بنايات أو مجموع بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي).

وبالرجوع إلى المادة 03 من قانون 11-04 نجده عرف البناء بأنه:(كل عملية تشييد بناية أو بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني).

وإذا ما رجعنا إلى ما سماه المشرع الجزائري بالتجديد العمراني في المادة 03 من قانون 11-04 حيث عرف التجديد العمراني بقوله: (هي كل عملية مادية تتمثل دون تغيير الطابع الأساسي للحي تغييرا جذريا في النسيج العمراني الموجود، مع امكانية هدم البنايات القديمة، وعند الاقتضاء إعادة بناء بنايات جديدة في نفس الموقع).

وتطبيقا لهذه المادة يظهر لنا إعادة تشييد بنايات جديدة، فنقوم بتحويل الوقف الغير منتج إلى وقف منتج.

وكذلك بالرجوع إلى قانون الوقف والمرسوم التنفيذي (381/98) فإن ناظر الوقف يجوز له أن يرخص للمستثمر توسيع البناء، إذا كان البناء سيحقق مصلحة للوقف، وذلك طبقا لما ورد في المادة 13 من المرسوم في بيان مهام ناظر الوقف: (.... صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه، وإعادة بناءه عند الاقتضاء).

وإذا قمنا بتحليل المادة 26 مكرر والمادة 13 من المرسوم (98-381) فإن المشرع الجزائري رخص استثمار العقارات الوقفية بعقد الترميم عند الحاجة.

ثامنا –صيغ استثمار الأموال المنقولة والنقود

إن تعدد الأملاك الوقفية دليل على دوام الخير واستمراره بل وفيه تنافس الناس في سبل الخيرات، مما أدى إلى تنوع صيغ الاستثمار، وكان مما أوقفه الناس وأودعوه قربة لله النقود والأموال المنقولة، ومن الصيغ التي ذكرها المشرع في استثمار النقود والأموال المنقولة نجد ما يلي:

أ- المقاولة

إن عقد المقاولة يعتبر من العقود الحديثة احتيج إليها من أجل تنمية الوقف والمحافظة عليه، فهذا المصطلح حديث لم يتناوله القدماء، وإن كانوا قد عرفوا بعض صوره، والمقاولة فقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 549 ق م ج: (المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يعهد به المتقاعد للأخر).

وقد جاء تعريف عقد المقاولة للمجمع الفقه الإسلامي في دورته الرابعة عشرة على النحو التالي: (هو عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر.) [1]

ب- القرض الحسن

ويعتبر كذلك ضمن العقود المبرمة قانونا وشرعا، وهو من الصيغ التي انتقدت على المشرع، وبيان ذلك أن القرض لغة هو القطع، والقرض ما يتجازى به الناس بينهم ويتقاضونه وجمعه قروض، وهو ما أسلفه من إحسان ومن إساءة.[2]

وأما في الاصطلاح فقد عرف المشرع الجزائري القرض الحسن في المادة 26 مكرر 10، في الفقرة الأولى قال :(وهو إقراض المحتاجين قدر حاجتهم، على أن يعيدوه في أجل متفق عليه).

ولكن هل يعتبر القرض الحسن استثمارا للأملاك الوقفية؟، إن الإجابة واضحة أن القرض الحسن لا يعتبر استثمارا للأملاك الوقفية لأنها لا تعود على الوقف بشيء من الربح، بل القرض الحسن عمل خيري يحقق أهدافا تعود على المقرض فقط.

---

[1] فيروز أبادي أبراهيم بن علي: قاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، السنة1979، (593/3).

[2] شنب محمد: شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004م، ط2، ص 55

ولذا كان من الأفضل حذف الفقرة الأولى من المادة 26 مكرر 10 لعدم دخول القرض الحسن في الاستثمار، أو يمكن تصويب الفكرة التي جاء بها المشرع وهي التمويل بالقرض الحسن من الجمهور، وهو أن يلجأ ناظر الوقف إلى القرض الحسن من الناس، على أن تعمل مديرية الأوقاف على تنمية ممتلكاتها الوقفية، على أن يتم إرجاع المال إلى صاحبه في الآجال المتفق عليها مثلا.

تاسعا –الودائع ذات المنافع الوقفية

وهو عبارة عن لجوء ناظر الوقف إلى البحث عن تمويل خارجي للاستثمار، وذلك على شكل وديعة لدى مؤسسة الوقف، وقد نص المشرع الجزائري على الودائع ذات المنافع الوقفية في المادة 26 مكرر10 قال: (هي التي تمكن صاحب مبلغ من المال ليس في حاجة إليه لفترة معينة من تسليمه لسلطة المكلفة بالأوقاف في شكل وديعة يسترجعها متى يشاء، وتقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بتوظيف هذه الوديعة مع ما لديها من أوقاف).

إن ما سماه المشرع الجزائري بالودائع ذات المنافع الوقفية هو لجوء إدارة الوقف إلى التمويل خارجي سواء كان هذا التمويل وطني أو أجنبي وتقوم الإدارة باستثمار هذا المال مع الأموال الوقفية الموجودة عندها.

وهذه الصيغة في التمويل تعتمد على مبدأ التعاون والإحسان، وإلا كيف يقدم شخص على إيداع مبلغ من المال لدى الوقف، ثم يسترجعه متى يشاء، فالوديعة الوقفية إذا هي قرض من المواطن إلى إدارة الوقف على أن يسحبه متى يشاء، وإدارة الوقف يدها يد ضمان وهي ملزمة شرعا وقانونا برد المال عند الطلب كما جاء في الاصطلاح البنكي فقد عرفها الأستاذ جمال الدين عوض قال: (هي الأموال التي يتعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى المصارف، على أن يتعهد المصرف برد مساو لها إليهم أو نفسها لدى الطلب، أو بالشروط المتفق عليها)[1].

يظهر لنا أن هذه الصيغة لا تعد وقفا من المنظور الإسلامي بل هو قرض حسن معتبر شرعا دون فوائد راجعة للجهات المختصة، أما من المنظور القانوني يرون أنه من

---

[1] الهيتي عبد الرزاق: المصارف الإسلامية بين النظرية و التطبيق، دار أسامة للنشر، الأردن، 1998م، ط1، ص158 .

صميم الوقف بل هو الدافع الرئيس في تنمية اقتصاد الدولة، وزيادة المنشآت والقضاء على الديون، والسعي وراء تحقيق منافع عامة، والذي نراه فهو يندرج تحت طائل الوقف العام، ومن هنا يصبح عندنا وقف عام كما سبق معنا، ووقف خاص وهي الصيغ التي مرت معنا تخص الواقف والموقوف.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن إنهاء الوقف

يتبين لنا من خلال عنوان المطلب قصدنا من وراء ذلك، وهو معرفة الأحكام القانونية المترتبة عن إنهاء الوقف، حيث يترتب على انتهاء الوقف بعض الآثار التي تتعلق بعودة الملكية إلى الواقف، وأيضا آثار تتعلق بقسمة الملك الموقوف على الموقوف عليهم، ومن هنا يسعنا أن نجسد هذه الآثار ونوضحها وإليكم الآتي:

الفرع الأول: عودة الملكية إلى الواقف

فقد ذهب المشرع الجزائري في هذا الجزء في بيان بعض الأمور التي تتعلق بانتهاء الملكية عند الواقف، وإلى عكس هذا الاتجاه أخذا بالقاعدة زوال الملكية وعدم التملك للملك الوقفي بعد عقد الوقف مهما كانت الأسباب وقد نصت المادة 17 من القانون 10/91 على هذه القاعدة والتي فيها " إذا صح الوقف زال حق ملكية ويؤول الانتفاع إلى الموقوف عليهم في حدود أحكام الوقف وشروطه".

في حين نجده قد أقر المشرع قاعدة في هذا الخصوص أنه في حالة انقراض العقب أو ما شاكله في حالة أن تؤول الأموال الوقفية إلى السلطة المكلفة بالأوقاف تنص المادة 22 من قانون الأوقاف على أنه تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحددين حسب شروط الواقف أو الذين صدر حكم القاضي بإلحاقهم بالوقف، ويؤول الوقف مباشرة يعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يحدد الواقف مال وقفه، ويرى جانب من الوقف أن انتهاء الوقف نظرا لانتهاء المحددة والمعنية له إما بانقراض الجهة الموقوف عليها أن تعود الأملاك الوقفية إلى الواقف إن كان على قيد الحياة . أما إن كان ميتا فتحول هذه الأموال إلى الورثة.

أما إذا انتهى الوقف نتيجة التلف أو قلة الغلة فإن الملكية تعود للواقف إذا كان حيا وذلك حين الحكم بالانتهاء، وفي مال الأموال العقارية والمنقولة الموقوفة على الجمعيات

والمؤسسات في حال حلها، أو انتهاء مهمتها التي أنشأ من أجلها تنص المادة 37 من نفس القانون على أنه:

"تؤول الأموال العقارية والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات إلى السلطة المكلفة بالأوقاف العامة عند حل الجمعيات أو انتهاء المهمة التي أنشئت من أجلها إذا لم يعين الوقف الجهة التي تؤول إليها وقفه".

الفرع الثاني: انتهاء الوقف بالقسمة

إذا اشترط الواقف في عقد وقفه أن المال الموقوف يكون على سبيل التأقيت ولم يبين الجهة التي تؤول إليها، ففي هذه الحالة يتعين قسمة المال الموقوف وذلك يتوفر الشروط الآتية:

1- يتعين أن يكون المال الموقوف قابلا للقسمة إلا فال يجوز قسمته، لأن المال غير القابل للقسمة ويؤدي قسمته إلى عدم الانتفاع بهذا المال .

2- يتطلب ألا يترتب ضرر يمس بحقوق المستحقين في حالة القسمة.

ولطلب القسمة يجب أن يكون الولي أو الوصي في حالة ما إذا كان المستحقين قاصرا أو محجور عليه. ويشترط في هذه القسمة أن يكون الواقف راضيا عن هذه القسمة. وفي هذه الحالة يطلب الرجوع إلى عقد الوقف وما اشتمل عليه من شروط مقبولة شرعا وقانونا، وذلك أن المنصوص عليه شرعا من مثل هذه الحالة أن رغبة الواقف في أن يحصن بالوقف تركته من تصرفات السفهاء من ورثتهن وتجعل غلتها لهم بقسمة لا تتنافى ومقاصد الشريعة الإسلامية

وعلى هذا الأساس يمكن إبداء الملاحظات حيث أنه لا يمكن سماع الشهود في الوقف وإثباته إذا اشتمل على تصرف ممنوع أو باطل يتنافى مع المقاصد المشروعة من الوقف، ويكون الوقف باطلا أيضا إذا قصد الواقف حرمان بعض ورثته من غلة الوقف إلا بالقدر المسموح به وكذلك يتعين قبل إنشاء عقد الوقف مناقشة الواقف في البواعث التي دفعت لإنشاء الوقف وعليه لا يصدر أو ينشأ عقد الوقف إلا بعد التأكد من سالمة أغراض الواقف، وموافقتها للمقاصد المشروعة فقها وقانونا، و لقد جاء المشرع الجزائري بأحكام واضحة في مسالة انتهاء الوقف بالقسمة، مادامت مبنية على اشتراط الواقف في

عقد وقفه أن المال الموقوف يكون على سبيل التمهيل فقد نصت المادة 28 من قانون الأوقاف على أنه : " يبطل الوقف إذا كان محدد بزمن ".

فهذا الصنف من العقود غير موجود في التشريع الجزائري وإن وجد كان الشرط باطل والوقف صحيح ويحول إلى جهة الأوقاف التي يعينها القانون ويخولها له.

المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية للوصية في التشريع الجزائري

للوصية أحكاما اجرائية تتعلق بها في التشريع الجزائري من جهة الإثبات، ومن جهة الانقضاء، وهذا ما سنتعرف عليه في الآتي.

المطلب الأول: إثبات الوصية في التشريع الجزائري

في هذا الموضع يسعنا أن نذكر طرق إثبات الوصية قانونيا حسب المشرع في مواده، وطرق معالجتها وفقا لمقاصد الشريعة.

الفرع الأول: عقد توثيقي

إن الوصية الصحيحة لابد لها من وسائل إثبات، لكي يسهل علينا إبراز مزايا الوصية وقيمتها، ومن أهم الوسائل الإثباتية التي ينبغي تحصيلها في موضوع الوصية هما وسيلتان أولاهما بموجب عقد توثيقي، وثانيهما بموجب حكم قضائي، حيث أن رأي المشرع الجزائري في إثبات الوصية على أنها " تثبت بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وهذا عملا بنص المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري حسم مسألة إثبات الوصية فاعتبر أن الوصية وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية".

يتبين من هذه المادة أن الوصية تثبت بموجب عقد رسمي يحرره الموثق وتثبت أيضا الوصية بموجب حكم قضائي يوضع على هامش أصل الملكية.

أولا-إثبات الوصية بموجب عقد توثيقي

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي، يحرر من قبل موثق تراعى فيه جميع الإجراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود الاحتمالية، فيتم تحرير العقد لحضور مستمر لشاهدي عدل، و شاهدي تعريف عند الاقتضاء فضلا عن حضور الموصى، ويراعي عند تحرير العقد الإشارة بدقة إلى صفة الموصى و الموصى له و الموصى به ، و إزالة الغموض والالتباس عن كل ما يمكن أن يؤدى إلى اشتباه الوصية أو اختلاطها فيما يماثلها من العقود الأخرى و" إذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور

وكيل الموجب فيجب الانتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر الشروط نفسها في عقد الوصية"[1].

هذا وتمر مرحلة التوثيق بمرحلتين أساسيتين:

أ- التسجيل

يعد التسجيل أول مرحلة في نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي نضمه قانون التسجيل الجزائري، وذلك لنقل الملكية بالطرق المختلفة سواء كانت عقارا أو منقولا.

والتسجيل هو إجراء قانوني يتم من طرف مفتشي التسجيل، حيث يقوم بتسجيل التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخا ثابتا بغض النظر عن طبيعتها عقارات أو منقولات مع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل .

ب- الإشهار

وهذه المرحلة الأخيرة التي تعد الإجراء النهائي لكي تكتسب عن طريقه الملكية الخاصة بصورة نهائية في العقارات، على وجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما أشارت إليه المادة 793 من القانون المدني والتي تنص على أن "لا تنقل الملكية والحقوق العينة الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة لشهر العقار

وهنا" تجدر الإشارة إلى أن الشهر يتم بعد وفاة الموصى أولا، وقبول الموصى له هذه الوصية، لأنه برفضه لها ترد برده المادة 201 من قانون الأسرة"[2].

أما المشرع الجزائري لا ينص على شهر الوصية، إذ أن التصرفات التي أخضعها للتسجيل هي التصرفات فيما بين الأحياء والوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت،

---

[1] حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الأوقاف، دار هومة، الجزائر 2004م، ص60.

[2] بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008 م، ص 71-72.

وقد كان ذلك نقصا واضحا في هذا القانون، غير أن قانون تنظيم الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعمول به منذ أول يناير 1947 م، ولا يزال معمولا به إلى الآن.

الفرع الثاني: بحكم قضائي

إن دعوى إثبات الوصية المرفوع أمام القاضي ملزم بالتأكد من مدى توفر المانع الرئيسي في ذلك، فإن ثبت حُكِم بالتثبيت فهو الأصل، وإلا رفضت الدعوى لأنه لا يعمل ولا يلجأ للاستثناء إلا بتعذر العمل بالأصل، وهو ما تؤكد عليه الغرفة المسؤولة للموثقين لاسيما وأن المادة 191فصلت في مسألة الإثبات. [1]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه ثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر على هامش أصل الملكية .

ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم تم استبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق.

وقبل أن نختم كلامنا في مسألة الإثبات نعلق ونشير إلى أن المادة 16 من القانون المدني الجزائري قد حدد لنا ضابط الاستناد في حالة تنازع القوانين من حيث المكان بشأن الوصية، إذ نصت في فقرتها الأولى " يسري على الميراث والوصية وسائل التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت الموت، وأكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار جاء فيه "

من المقرر قانون أنه يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت، قانون الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس باعتماده على القانون الفرنسي دون مراعاة قانون الهالك أو الموصي باعتباره جزائريا مسلما يكون قد " أخطأ في تطبيق القانون وخرق أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[2].

---

[1] علاوة بو تغزار، الوصية تطرح نقائض، مجلة الموثق، العدد الأول 2001م، ص 9.

[2] –المجلة القضائية، العدد الثاني، 1991م ، رقم 63219.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن انقضاء الوصية

إن انقضاء الوصية مفهوم شامل لكل ما تبطل به الوصية وكل ما تنقض به وعليه تترتب آثارا قانونية على ذلك وهذا ما سنتعرف عليه لاحقا.

الفرع الأول: الرجوع عن الوصية

قد عرض المشرع الجزائري مسألة تتعلق بالرجوع عن الوصية سواء كان هذا الرجوع صريحا أو ضمنيا وذلك طبقا للمادة رقم 192 من قانون الأسرة، وفيه الآتي "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنيا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ".

وحصيلة هذا الكلام أن الوصية تصرف انفرادي خاص غير لازم وخلاصته يجوز للموصي العدول عن وصيته صراحة أو بأي تصرف أو فعل غايته الرجوع.

سنعرض في هذا الجزء أحكاما تتعلق بالرجوع عن الوصية وسنبين الآثار القانونية الناجمة عنها حسب الموقوف، فنلاحظ أن المشرع نظم وأطر الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات في المواد 184- 201 من قانون الأسرة، حيث تنص المادة رقم 192 على أنه " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا" كما سبق معنا هذا القول، وبتتبع حقيقة هذا الكلام وغيره نجد أن الوصية اعتبرت تصرفا تبرعيا غير لازم، وفيه يكون الرجوع في الوصية صريحا إذا أفصح الموصي وهو على قيد الحياة أنه رجع في وصيته حيث لا يشترط في الرجوع صيغة معينة، فقد يتحقق بكل لفظ صريح يدل على إعراض الموصي عن وصيته لغة أو عرفا، وقد يتم الرجوع الصريح في الوصية شفاهه كقول الموصي " رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لورثتي" ونحوه من الألفاظ الصريحة الدالة دلالة قاطعة على إرادة الرجوع كما قد يتم بخطاب أن إنذار رسمي يوجه إلى الموصى له يغيره فيه أنه رجع في وصيته ، أما ما لا يكون صريحا من الألفاظ فقد يحتمل الأمرين إما يعد رجوعا أو لا يعتد بع رجوعا و مثال ذلك أن يقول الموصي " ندمت على وصيتي لفلان" فلا رجوع في هذه الحالة لانعدام التلازم بين لفظي الندم و الرجوع، ولكن لو قال " عدلت عن وصيتي أو أبطلتها أو أسقطتها أو لن أستمر في الوصية لفلان" هنا يعد رجوعا على حقيقة المقال ، وعليه لا

شيء يترتب على الموصي في رجوعه عن إبرام هذا العقد المسنون، ولا قانون يعاتبه عليه سوى بيان أن الموصي حر في وصيته .

الفرع الثاني: مبطلات الوصية

للوصية مبطلات حددها المشرع الجزائري وذلك وفق المواد المعتبرة إجرائيا، حتى يتسنى لنا معرفة كل ما يتعلق بالمبطلات نشرع في الآتي:

أولا: مبطلات الوصية من جهة الموصي:

1- زوال أهلية الموصي:

يكون إبطال الوصية على رأي الأحناف بالجنون مطلقا ونحوه، لأن الوصية عقد غير لازم، فيكون لبقائه حكم ابتدائي، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تبطل الوصية سواء كان الجنون مطلقا أو لا، لأن شرط الأهلية واجب عند الانعقاد ولا يؤثر زوالها بعده في صحة العقد أو التصرف[1].

حيث أن المشرع الجزائري اشترط سلامة العقل وقت الانعقاد وذلك حسب نص المادة 186 من قانون الأسرة " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر 19 سنة على الأقل "

مما لوحظ من هذه المادة أن الموصي لابد أن يكون سليم العقل وعليه لا تنعقد الوصية في حال الجنون المطلق.

2-تعليق الوصية على شرط لم يحصل:

وهذا الشرط يعتبر من الأحكام الإرادية التي تكون تحت إمرة الموصي وله أن يعلقها بزمن أو بمكان ما لحصول القصد من وراء هذا الشرط فهو تعليق عين بزمن كأن يقول الموصي إن مت خلال سفري هذا فلفلان كدا، فإذا لم يمت تبطل وصيته لتعليقها على شرط الموت، وهو الأمر الذي لم يحصل.

[1] د. أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 187.

ثانيا: مبطلات الوصية من جهة الموصى له:

1-رد الوصية:

تبطل الوصية إذا ردها الموصى له بعد موت الموصي، عملا بنص المادة 201 من قانون الأسرة فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو جزء منها قبل قبوله لها، وبعد موت الموصي فإنها تعتبر باطلة باتفاق جمهور الفقهاء، أما رد الموصي له الوصية قبل موت الموصى فيعتبر الرد كأن لم يكن ولا عبرة به عند جمهور الفقهاء، ذلك أن الوصية لم تقع بعد، ولا حق للموصى له في حياة الموصى إذا فلا يصح رده، ومنه يجوز للموصى له أن يقبل الوصية مجددا بعد موت الموصي[1]

2-موته قبل موت الموصي:

في الوصية بالأعيان أو المنافع سواء علم الموصي بموته أو لم يعلم، لأن التمليك وقع له لا لغيره وبموته أصبح غير أهل للتمليك فلا يصح صرفه لغيره وكذلك إذا مات بعد موت الموصي وقبل ابتداء مدة الإنتفاع في الوصية[2]

3- إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها:

وهذا يكون في حال إذا كانت الوصية في جهة غير موجودة وستوجد في المستقبل.

4- قتل الموصي قتلا عمدا:

سواء كان قبل الوصية أو بعدها فمن قتل أو تسبب في قتل الموصي فاعلا أصليا أم شريكا يحرم من الوصية قياسا عمى أحكام الميراث وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 182 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"[3].

---

[1] نسيمة شيخ، المرجع السابق، ص 122.

[2] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 122.

[3] رمضان علي السيد شرنباصي، المرجع السابق، ص 464.

ثالثا: مبطلات الوصية من جهة الموصى به:

الموصى به هو محل الوصية أو موضوع الوصية توجد بها أسباب أو ضوابط فإذا انعكست بالسلب تصبح هذه العين في دائرة البطلان ومن الأسباب التي تؤدي إلى إبطال محل الوصية نجد هلاك الموصى به وذلك إذا كان عينا أو مالا أو نوعا محددا.

1-ثبوت استحقاقه لغير الموصي:

سواء كان ذلك قبل موت الموصي أو بعده، قبل قبول الموصي له أو بعده لأنه إذا تبين بهذا الاستحقاق أن الموصي أوصى بما ليس مملوكا له[1].

والبطلان في الحالتين قد يكون كليا إذا هلك الموصي به كله أو اسحق كله ، وقد يكون كذلك جزئيا إذا كان الهلاك أو استحقاق لبعضه، وخلاصة ما هنالك أن الثبوت يظهر كما سبق بيانه في الحالتين وهي من النقاط التي تدعو إلى إبطال حقيقة الوصية.

[1] د. أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 123.

خلاصة الفصل الثاني

لقد حاولنا من خلال الفصل الثاني أن نعرض خلاصة هذه الدراسة، ثم نذكر النتائج التي توصلنا إليها على النحو التالي:

حيث أنه تم التطرق الى أحكام الوقف والوصية في التشريع الجزائري وذلك بعد عرض بعض المواد التي نصت عليهما في الإجراءات القانونية، ومن هنا يمكن أن نستفيد الآتي:

أولا-أحكام الوقف في التشريع الجزائري:

لقد أوجد قانون الوقف الجزائري في تعديله آليات متنوعة في استغلال واستثمار الأراضي الوقفية العامة لتدر منافع على الموقوف عليهم، وفي هذا الصدد تم التعرف على مفهوم واستثمار وتنمية الوقف العام في الجزائر والطرق المنصوص عليها قانونا لاستثمار واستغلال الملك الوقفي كما تطرقنا إلى ذلك في الآثار القانونية المترتبة عن كيفية انهاء الوقف وتتلخص في شرطين، الشرط الأول عودة الملكية إلى الواقف وهذا نتيجة تلف الأموال الموقوفة، أو انقراض الجهة الموقوفة، وبذلك تؤولوا الملكية وترجع إلى الواقف إذا كان حيا والشرط الثاني ينتهي الوقف بالقسمة وفي هذه الحالة يتطلب الرجوع إلى عقد الوقف وما اشتمل عليه من شروط مقبولة شرعا وقانونا.

ثانيا-أحكام الوصية في التشريع الجزائري:

إن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة لمسألة اثبات الوصية وجاء بقواعد لحمايتها، وإثباتها بوسائل قانونية كالعقد التوثيقي الذي يمر بمرحلتين أساسيتين وهي مرحلة التسجيل والاشهار العقاري وإثباتها بحكم قضائي وهي عبارة عن رفع دعوة لإثبات الوصية أمام القاضي يؤكد فيها مدى توفر وجدية المانع القاهر، وقد يثبت الحكم وإلا قد ترفع الدعوى وتم التفصيل أيضا في مسألة الآثار المترتبة عن انقضاء الوصية بحيث يجوز للموصي ان يرجع عن وصيتة مادام حيا، وقد يكون الرجوع بالقول الصريح أو الدلالة وتنقضي أيضا بردها بحيث يرجع الموصى به إلى التركة فيكون للورثة.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة، وبعدما تعرفنا على موضوع الوقف والوصية في التشريع الجزائري، يتضح لنا أن هذه التصرفات –الوقف والوصية – لها أهمية كبيرة وبالغة في حياة الفرد والمجتمع، لما تحققه من فوائد دينية ودنيوية، ولما تتصف أيضا بالخطورة، بما تحدثه من اضطرابات واختلالات في المراكز المالية للأفراد، باعتبارها دون عوض، إذ لا يمكن إقامتها إلا بتوفر مجموعة من الأركان والشروط، فلكل منهما أحكام تترتب عليهما حيث نجد أن المشرع الجزائري استمد غالب أحكامه من الشريعة الإسلامية، ووافقها في أغلب مباحثه، وبالتالي يمكن القول بأنها المرجع والمصدر الأول له.

ومن أهم ما توصلت إليه هذه الدراسة:

أولا: **<u>ما يتعلق بالنتائج:</u>**

أ –فيما يخص الوقف:

- الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة.
- تزول ملكية الوقف دون الانتقال الى الموقوف عليه.
- لزوم الوقف وعدم الرجوع عنه.
- وجوب الحفاظ على الأوقاف بشتى السبل الممكنة.
- جواز استبدال الوقف عند قيام المصلحة.
- استحدث المشرع وثيقة إشهاد مكتوب وجعلها أحد طرق الوقف.
- إعادة النظر في الملك الوقفي الخاص من ناحية التنظيم القانوني خاصة الوقف الذري لما فيه من ضرر حاصل على الموقوف عليهم بصفة خاصة والورثة بصفة عامة لان الوقف الذري يعتبر نوع من أنواع التهرب والاحتيال على الشريعة الإسلامية لحرمان البنات من الإرث.

- توعية الناس بالمفهوم الجديد للوقف بحيث يقنع كل فرد مسلم بأن العين التي توقفها ستكون لا محالة بمثابة دعم للمركز المالي للمؤسسة الوقفية لزيادة رأس مالها وتمكينها من توسيع استثماراتها.
- نشر ثقافة الوقف بين أوساط المجتمع واظهار أهميته باستعمال مختلف وسائل الاعلام.
- العمل على تنفيذ صيغ الاستثمار المباشرة والمتمثلة في عقد الايجار، عقد الحكر، المرصد.
- الاستعانة بخبرات الدول التي لها تجارب في المجالات الاستثمارية للأوقاف.

ب –فيما يخص الوصية:

- تصرف تبرعي مضاف الى ما بعد الموت أي لا يتم نفاذها إلا بعد موت الوصي.
- عقد الوصية له أركان وشروط محدودة ومضبوطة قانونا.
- قيد المشرع الموصي في أمواله في حدود الثلث سواء كان وارثا او غير وارث وما زاد عن الثلث موقف على إجازة الورثة.
- الوصية سبب من أسباب كسب الملكية.
- متى هلك الموصى به بطلت الوصية.

<u>ثانيا: الاقتراحات والتوصيات:</u>

أ–فيما يخص الوقف:

هناك مجموعة من التوصيات التي نرى أنها ضرورية، وتتمثل بشكل أساسي في:

- دعوة مديريات الأوقاف الجزائرية أن ترتبط بمخابر البحث والاقتصاد الإسلامي داخل الوطن وخارجه للوقوف على مستجدات البحث العلمي.
- الاهتمام بشكل أوسع بقضايا الوقف ومتابعتها بجدية أكبر من الجهات المختصة.

- العمل على الاستفادة من خبرات الدول الشقيقة في هذا المجال وبخاصة تلك المتعلقة باستثمار الأوقاف وطرق تمويله.

- ترتيب الاستثمارات الوقفية وفقا للمقاصد الضرورية، فالحاجية، فالتحسينية لأفراد المجتمع.

- العمل على غرس روح الاستثمار الوقفي في صفوف الجالية الجزائرية في الخارج عموما وفي فرنسا خصوصا للعدد المعتبر فيها وذلك ببيان أهميته عليها وعلى مستقبل أبنائها داخل الوطن وخارجه.

ب-فيما يخص الوصية:

إن المشرع الجزائري كان موفقا في موضوع الوصية حينما أحال النقائص إلى المادة 222 من قانون الاسرة الجزائري الى الشريعة الإسلامية التي كان لها الدور الكبير في سد الفراغ الذي تركه القانون وكل ذلك اعمالا لمبدأ العدالة والتوسيع من السلطة التقديرية للقاضي ومن ثم فيجب عليه ان ينظر الى الظروف المحيطة بالقضية فيما يخص الوصية وفقا لآراء المذاهب.

- نقترح على المشرع ان يفرد الوصية بتقنين خاص لها دون اللجوء الى القانون المدني

- نقترح إضافة نص في قانون الاسرة او قانون الشهر العقاري ينص صراحة على شهر الوصية لاسيما ان القواعد العامة وأصول التعامل في الملكية العارية تقتضيان شهر الوصية تامينا للمعاملات العقارية وحماية للموصى له.

- من الاحسن تعديل تعريف الوارد في المادة 184 من قانون الاسرة الجزائري على ان تتم تعريف الوصية بانها تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت بطريقة التبرع ليصبح هذا التعريف جامع لكل صور الوصية، ما كان منها تمليكا كالوصية لشخص معين وما ليس منها بتمليك كالوصية للمساجد والمؤسسات

الخيرية وما كان منها اسقاط كالوصية بإبرام كفيل من الكفالة وابرام المدين من الدين.

- نقترح تعديل المادة 188 من قانون الاسرة التي تتضمن منع القاتل من استحقاق الوصية فعلى المشرع تحديد وابراز الحالات التي قد تحدث كما أن يكون القاتل مجبر أو في حالة دفاع شرعي أو غير مميز.

الملاحـــــــق

الملحق الأول

استمارة تتعلق بتحويل حق الامتياز إلى حق الإيجار

المرجع : المرسوم التنفيذي رقم 14 - 70 المؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1435 ل 10 فبراير سنة 2014 الذي يحدد شروط و كيفيات إيجار الأراضي الوقفية صة للفلاحة.

اللقب :.....

الاسم :.....

عضو المستثمرة الفلاحية الجماعية/المستثمرة الفلاحية الفردية رقم:.....

المنبثقة عن المزرعة الفلاحية الاشتراكية :.....

البلدية :.....

الولاية :.....

المستأجر

الملحق الثاني

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف

مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف بولاية.....

رقم : ..... من سجل العقود لسنة.....

التاريخ:.....

عقد إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة عن طريق المزاد العلني

في ..... نحن السيد.....

بصفتنا مديرا للشؤون الدينية والأوقاف، تلقينا هذا العقد تطبيقا لأحكام المادة
ن المرسوم التنفيذي رقم 14 – 70 ا لمؤرخ في 10 ربيع الثاني عام1435 الموافق
اير سنة 2014 الذي يحدد شروط و كيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة
ة.

- بمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ،
- و بمقتضى القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 ا لوافق 27 أبريل سنة 1991 و المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم،
- و بموجب محضر المزايدة المعد بتاريخ ..... لفائدة السيد .....
م ..... و بموجب وصل التسديد رقم ..... المؤرخ في..... و
بالإيجار السنوي و المصاريف. نصرح تعيين المستفيد من الإيجار عن طريق ا
لي

لسيد ..... ابن..... و..... المولود

تاريخ.....

الملحق الثالث

قرارات المحكمة العليا المتعلقة بالوقف (الحبس) الصادرة عن الغرفة العقارية

1-القرارات رقم 348178 الصادر بتاريخ 2006/04/12 في قضية (مع) ضد (ازملة م.ع ومن معه)

الموضوع : حبس ـ عقد عرفي ـ شهر عقاري ـ تسجيل.

المبـــدأ

العقود المبرمة قبل صدور قانون التّوثيق (الأمر رقم 70-90)الثّابتة التّاريخ وغير المشهرة صحيحة ومنتجة آثارها.

إنّ المحكمة العليا في جلستها العلنيّة المنعقدة بمقرّها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، الجزائر العاصمة.

وبعد المداولة القانونيّة أصدرت القرار الآتي نصّه:

بناء على المواد :231، 233، 239، 244،257 وما يليها من ق.إ.م .

بعد الإطلاع على على عريضة الطّعن بالنّقض المودعة بتاريخ :09 فيفري 2004 وعلى مذكّرة الرّد التي تقدّم بها محامي المطعون ضدّهما.

وبعد الإستماع إلى السيّد "حمري ميلود" المستشار المقرّر في تلاوته تقريره المكتوب، وإلى السّيد " بن شور عبد القادر " المحامي العام في تقديم طلباته الكتابية الرّامية إلى رفض الطّعن.

الملحق الرابع

حيث أنّ المسمّى (م.ع) طعن بطريق النّقض بتاريخ 2004/02/09 في القرار الصّادر عن مجلس قضاء البليدة بتاريخ 2002/06/29 القاضي بقبول الإستئناف شكلا وفي الموضوع *إلغاء الحكم المستأنف والتصدّي من جديد برفض الدّعوى* لعدم التّأسيس.

حيث أنّه وتدعيما لطعنه أودع الطّاعن بواسطة وكيله الأستاذ محمّد بوشدوب عريضة تتضمّن خمسة أوجه للطّعن بالنّقض.

من حيث الشّكل: حيث أنّ الطّعن بالنّقض إستوفى أوضاعه القانونيّة وأنّ ما تمسّك به المدّعى عليهما في الطّعن من دفوع شكليّة تعدّ دفوعا غير سديدة في الطّعن ممّا يتعيّن عدم الإلتفات إليها مع قبول الطّعن شكلا.

أوجه الطّعن المتمسّك بها من الطّاعن:

الوجه الأوّل مأخوذ من تجاوز السّلطة: حيث يعاب على قضاة الموضوع أنّهم تجاوزوا سلطتهم لّما لم يأخذوا بعين الإعتبار بعقد الحبس لكونه غير مسجّل ومشهر وبذلك عرّضوا قرارهم للنّقض.

الوجه الثّاني مأخوذ من مخالفة قاعدة جوهريّة في الإجراءات: حيث يعاب على القرار المطعون فيه أنّ قضاة الموضوع قد خالفوا وخرقوا قاعدة جوهريّة في الإجراءات لّما إرتكزوا على عقد الحبس أنّه مسجّل وغير مشهر، وأسّسوا قرارهم على أحكام المادة 324 مكرّر من القانون المدني، وأنّ القانون لا يُطبّق بأثر رجعي، وتمسّك الطّاعن بقرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1999/11/16 تحت رقم 234655 بقوله "متى تبيّن في قضيّة الحال أنّ عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي، فإنّ قضاة المجلس لّما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على إعتبار أنّه لم يفرغ في الشّكل الرّسمي ،أخطاوا في قضائهم وعرّضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني.

وأنّه من الثّابت أنّ عقد الحبس المحرّر في 1969/07/08 من قبل قاضي الجزائر

القبلي صحيح ومطابق للقوانين السّارية المفعول، ممّا يجعل أنّ هذا وجه مبرّر قانونا ويؤدّي حتما إلى إلغاء ونقض القرار المطعون فيه.

الوجه الثّالث مأخوذ من إنعدام الأساس القانوني: حيث يعاب على القرار المطعون فيه أنّه خال من أيّ نصّ قانوني مطبّق في قضيّة الحال ،وبما أنّ القرار المطعون فيه لم يذكر أيّ نص قانوني مطبّق في قضيّ الحال، لذلك فهو يُعدّ منعدم الأساس القانوني ويتعيّن رفضه.

الوجه الرّابع مأخوذ من تناقض قرارات نهائيّة: حيث سبق لمجلس قضاء البليدة أن أصدر قرارا مؤرّخا في 1998/04/20 قضى بإلغاء الحكم المعاد ورفض الدّعوى في الحال، ثمّ صدر القرار محل الطّعن والمؤرّخ في 2002/06/29، ومن ثمّ فإنّ القرارين متناقضين، ومن ثمّ فإنّ هذا الوجه مؤسّس ممّا يؤدّي إلى إبطال القرار المطعون فيه.

الوجه الخامس مأخوذ من أنّ قضاة الموضوع طلبوا أصل العقد.؟

وعليه فإنّ المحكمة العليا حول الوجهين الثّاني والثّالث مجتمعين لإرتباطهما وتكاملهما والمأخوذين من مخالفة قاعدة جوهريّة في الإجراءات وانعدام الأساس القانوني للقرار:

حيث من الثّابت وما استقرّ عليه إجتهاد المحكمة العليا أنّ العقود المحرّرة قبل صدور قانون التوثيق والتي لم يتم شهرها والثّابتة التّاريخ، تعتبر صحيحة ومنتجة لآثارها.

وحيث أنّ قضاة الموضوع لمّا طبّقوا نص المادة 18 من المرسوم رقم 11900/59 والمؤرّخ في 1959/10/22 عن الجمهوريّة الفرنسيّة، أنّهم أساؤوا تطبيق القانون لأنّ ذلك المرسوم المطبّق على قضيّة الحال يخص الرّعايا الفرنسيّين، وأنّ الأهالي كانوا يخضعون في المعاملات فيما بينهم لأحكام الشّريعة الإسلاميّة، وأنّ عقد الحبس الذي تمّ إبطاله من طرف قضاة الموضوع مُحرّر من طرف جهة رسميّة مخوّلة قانونا بتحرير العقود بعد الإستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق، وبذلك فإنّ قضاة

قـــائـــمة

الـــمصادر

والـــمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: القرآن الكريم

ثانيا: السنة النبوية

1. أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيح البخاري، (د. ط)، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، 1420هـ–1999م، رقم 2586، باب الوصايا.
2. أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري: كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، رقم الحديث 1628م.
3. الطحاوي: شرح معاني، (د. ط)، الآثار 96/4 من طريق ابن شهاب عن عمر.

ثالثا: الفقه الإسلامي

1. إبراهيم بن علي الشيرازي: المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط2، دار المعرفة، بيروت –لبنان، 1379هـ–1959م.
2. سعدي أبو جيب: موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ط3، دار الفكر، دمشق، سورية، 1419هـ–1999م.
3. عبد الله بن أحمد بن قدامة: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دار الفكر، بيروت، (د.ت).
4. عبد الله بن أحمد بن قدامة، المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان، 1399هـ–1979م.
5. كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام: شرح فتح القدير، ط2، دار الفكر، بيروت –لبنان، 1397هـ–1977م .
6. محمد بن عبد الله الزركشي: شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تح: عبد الله الجبرين، (د. ط)، (د. ن)، (د.ت).
7. محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، (د. ط)، دار الجيل، بيروت –لبنان، 1973م.

8. محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ط2، دار الفكر، بيروت –لبنان، 1973م.
9. محمد كمال الدين إمام: الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999م.
10. منذر قحف: الوقف الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2006م، ط2.
11. يحيى بن شرف النووي: منهاج الطالبين وعمدة المفتين، (د.ط)، دار إحياء الكتب العربية، مصر،1380 هـ-1960م.

رابعا: النصوص الرسمية

- **القوانين والأوامر:**

1. الأمر رقم 75-580 المؤرخ في 26-09-1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2. الأمر رقم 05-02 المؤرخ في27 فيفري 2005، المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984م، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3. قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أفريل 1991م المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 21 مؤرخة في 1991/05/08 م.

4. قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م المتضمن قانون التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد رقم 49

أ- **المراسيم**

1. المرسوم التنفيذي رقم 81/91 المؤرخ في 1991/03/28م المتعلق ببناء المسجد وتنظيمه وتسيره وتحديد وظيفته المعدل والمكرر بالمرسوم التنفيذي رقم 338/91 المؤرخ في 1991/09/28م بالمرسوم التنفيذي رقم 437/92 المؤرخ في 1992/11/30م.

2. مرسوم تنفيذي رقم 64-283 مؤرخ في17-09-1964المتضمن الأملاك الحبسية العامة جريدة رسمية عدد35، سنة 1964.

3. المرسوم التنفيذي رقم 00-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000م يتضمن احداث وثيقة الأشهاد المكتوب لأثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

4. المرسوم التنفيذي 69/94 المؤرخ في 1994/03/19م المتضمن المصادقة على نموذج عقد الايجار المنصوص عليه بالمادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري.

5. مرسوم تنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 10فيفري 2014م يحدد شروط وكيفيات ايجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة.

- **المنشورات**

1-منشور وزاري مشترك بتاريخ 1992/01/06م بين وزارة الفلاحة ووزارة الشؤون الدينية يتعلق بكيفيات تطبيق المادة 38 من قانون الوقاف.

2-المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الفلاحة والوزارة المنتدبة للميزانية رقم 80 مؤرخ في 24-02-1996 م، المتضمن قائمة لجنة استرجاع الأراضي المؤممة.

-التعليمات

1-تعليمة وزارية مشتركة رقم 09 مؤرخة في 16 سبتمبر 2002 تتعلق بإجراء تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

2-تعليمة وزارية رقم 96/37 مؤرخة في 12جوان 1996 م حول كيفية دفع ايجار الأوقاف.

خامسا: المصادر والمراجع

أ- الكتب:

1. ابن فارس: مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت-لبنان، ط1، 1979م.

2. ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، (د. ط)، (د.ت) .

1. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي: النكت والعيون، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت –لبنان،1412هـ–1992م.

3. أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد الزمخشري –جار الله–: أساس البلاغة، دار الكتب العلمية، بيروت–لبنان، ط1، 1998م.

4. أحمد فراج حسين: أحكام الوصايا والأوقاف، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 1997م.

2. بن شويخ الرشيد: الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008 م.

3. حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الأوقاف، دار هومة، الجزائر 2004م.

4. خالد رمول: الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2004 م.

5. خير الدين فانطازي: عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية الوقف، ط1، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، سنة2011م.

6. د. صالح بن عبد الرحمن السعد: الوقف في الإسلام ودوره في تنمية المجتمع، ط1، دار الأندلس الخضراء، جدة، 1420هـ.

5. زكي الدين شعبان وأحمد الغندور: أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفلاح، الكويت، 1984م.

7. زين الدين المنجي التنوخي: الممتع في شرح المقنع، تحقيق: د. عبد الملك بن دهيش، ط1، دار خضر، بيروت –لبنان، 1418هـ–1997م.

8. شنب محمد: شرح أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004م، ط2.

6. شيخ نسيمة: أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، 2012م.

9. فيروز أبادي أبراهيم بن علي: قاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، 1979م، (593/3).
7. محمد بن أحمد بن رشد: المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة، طبعة جديدة عن الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، (د.ت).
8. محمد عبد الرحيم الكشكي: التركة وما يتعلق بها من حقوق، ط3، دار النذير للطباعة والنشر، بغداد، 1969م.
10. نزيه حماده: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم،
11. دمشق،2008 م، ط،1.
12. الهيتي عبد الرزاق: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر، الأردن، 1998م، ط1.

ب-الأطروحات والمذكرات:

1. حسن السيد حامد خطاب: استثمار الوقف الفقه الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر الرابع للأوقاف تحت عنوان " نحو استراتيجية تكاملية للنهوض بالوقف الإسلامي" تنظمه الجامعة الإسلامية بالتعاون مع وزارة الشؤون ضوابط الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية لعام 1434هـ/2013م من موقع المشكاة.
2. صالح المالك: تنمية موارد الوقف والمحافظة عليه، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية، تنظمه جامعة أم القرى في الفترة بين 4-7 شعبان عام 1422هـ. /الموافق لـ 20/ 23 أكتوبر 2001م .
3. صورية زردوم بن عمار: النظام القانوني لأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، جامعة لحاج لخضر-باتنة-، 2009/2010م.
4. عبد القادر بن عزوز: فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، رسالة جامعية لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر ، 2004م – 2003م.
5. علاوة بو تغزار، الوصية تطرح نقائض، مجلة الموثق، العدد الأول 2001م.

ج -المقالات العلمية:

1-ابن قدامة المقدسي، حكم إذا ما خرب الوقف وتعطلت منافعه، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، عدد64 -ماي، جويلية -2000م.

2-مقال الدكتور زواوي فريدة -الوقف الخاص-مجلة الموثق العدد 05، 1998م.

د-المجلات القضائية:

1. مجلة قضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 4، 1990م، ص 85.
2. مجلة قضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 1، 1996م، ص 30.
3. مجلة قضائية، الصادرة عن المحكمة العليا، عدد 2، 2008م، ص 30.

الفهـــــرس

فهرس المحتويات

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة	**01**
الفصل الأول: الأحكام العامة للوقف والوصية	**05**
المبحث الأول: ماهية الوقف والوصية	**06**
المطلب الأول: دلالة ومشروعية الوقف والوصية	**06**
الفرع الأول: دلالة الوقف والوصية لغة واصطلاحا	**06**
الفرع الثاني: مشروعية الوقف والوصية	**11**
المطلب الثاني: أنواع الوقف والوصية	**15**
الفرع الأول: أنواع الوقف	**15**
الفرع الثاني: أنواع الوصية	**16**
المبحث الثاني: أركان وشروط الوقف والوصية	**20**
المطلب الأول: أركان الوقف والوصية	**20**
الفرع الأول: أركان الوقف	**20**
الفرع الثاني: أركان الوصية	**22**
المطلب الثاني: شروط الوقف والوصية	**25**
الفرع الأول: شروط الوقف	**26**
الفرع الثاني: شروط الوصية	**34**
خلاصة الفصل الأول	**39**
الفصل الثاني: الأحكام الإجرائية للوقف والوصية	**41**
المبحث الأول: الأحكام الإجرائية للوقف في التشريع الجزائري	**42**
المطلب الأول: التسيير التنموي والاستثماري للأملاك الوقفية	**42**
الفرع الأول: تنمية واستثمار الأملاك الوقفية	**42**

الفرع الثاني: صيغ استثمار الأملاك الوقفية	**45**
المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن انهاء الوقف	**53**
الفرع الأول: عودة الملكية الى الواقف	**53**
الفرع الثاني: انتهاء الوقف بالقسمة	**54**
المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية للوصية في التشريع الجزائري	**56**
المطلب الأول: إثبات الوصية في التشريع الجزائري	**56**
الفرع الأول: عقد توثيقي	**56**
الفرع الثاني: حكم قضائي	**58**
المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن انقضاء الوصية	**59**
الفرع الأول: الرجوع عن الوصية	**59**
الفرع الثاني: مبطلات الوصية	**60**
خلاصة الفصل الثاني	**63**
الخاتمة	**64**
الملاحق	
قائمة المصادر والمراجع	**68**
الفهرس	**74**