

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



مطبوعة بيداغوجية بعنوان:

محاضرات في مقياس التبرعات

موجهة إلى طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون الأسرة

من إعداد الدكتورة: فريدة حاييد

أستاذة محاضر صنف - أ -

السنة الجامعية: 2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قائمة المختصرات:

- ج.ر: الجريدة الرسمية

- د.ت: دون سنة النشر

- د.ط: دون طبعة

- دم: دون مكان النشر

- ج: الجزء

- ط: الطبعة

- ع: عدد

- ق.أج: قانون الأسرة الجزائري

- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

مقدمة:

تعد التصرفات التبرعية من أهم وأخطر التصرفات التي يقدم عليها الإنسان لما لها من أثر بليغ في الذمة المالية للشخص؛ إذ بواسطتها يتنازل الإنسان عن جزء من ماله وما يتفرع عنه من حقوق للغير دون مقابل سواء كان ذلك في صورة وصية أو هبة أو وقف، وهذا ما اعتنى به المشرع الجزائري وبيّن أحكامه بدقة ضبطا لهذه التصرفات، ولهذا اتّسم موضوع التبرعات بأهمية بالغة وكان الحديث عنه بالأهمية بمكان لكونها تصرفات إنسانية بالأساس تسهم في عمل الخير وتفعيله في أرض الواقع، ولأثره البالغ في العلاقات وإقرار الحقوق ومنعها لأنها تقوم أساسا على البر والإحسان للغير ولذلك اعتنت به القوانين الوضعية وأدرجتها ضمن التصرفات القانونية، ولأجل ذلك خصّه المشرع الجزائري بتنظيم خاص محكم ضمن قانون الأسرة وجعلها ضمن الأحوال الشخصية ونظّم أحكامها الموضوعية في قانون الأسرة في الكتاب الرابع الفصل الخاص بالتبرعات من خلال المواد 184 إلى 220 وأحال إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص بموجب المادة 222 من ذات القانون؛ وهو الموضوع الذي عنت به هذه المحاضرات وهي محاضرات مقدمة لطلبة السنة الثانية حقوق تخصص قانون الأسرة في جامعة جيجل، والتي حاولت فيها استقراء أحكام التبرعات في القانون الجزائري من خلال ما نص عليه من عقود تبرعية وهي "الوصية والهبة والوقف" ولذلك قسمتها إلى ثلاثة محاور على حسب نوع التصرف بالتعرض للوصية (الفصل الأول) ثم الهبة (الفصل الثاني) ثم الوقف (الفصل الثالث) بتتبع أحكامها في القانون الجزائري وكذلك في الشريعة الإسلامية كلما بدا الأمر مستمد من الشريعة أكثر وبيان أركانها وشروطها التي تؤثر في صحتها وتامامها ومحاولة تحليلها لمعرفة غاية المشرع وضوابطه والله تعالى أدعوه أن يجعل جهدنا هذا في ميزان حسناتنا وأن ينفع بها الجميع.

الفصل الأول: الوصية في القانون الجزائري

تمهيد:

تعتبر الوصية أحد طرق كسب الملكية وانتقال المال للغير بسبب الوفاة أوردها المشرع الجزائري ضمن التصرفات التبرعية من خلال نصوص قانون الأسرة الواردة من المواد من 184 إلى 201 متصدرا بها كتاب التبرعات ومعتبرا إياها أحد أهم التصرفات القانونية التي تتم بدون عوض، إضافة إلى بعض المواد في القانون المدني إلا أنها قليلة لاعتباره إياها من ضمن الأحوال الشخصية مستمدا جل أحكامها من الشريعة الإسلامية، وقد نصّ في المادة 775 من القانون المدني على سريان قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها على الوصية وذلك في الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية، وفي هذه المحاضرات سنحاول التفصيل في أحكام الوصية بعد تحديد مفهومها (المبحث الأول) ثم التطرق إلى بعض أحكامها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الوصية في القانون الجزائري

للوصية معنى خاص من بين عقود التبرعات يختلف عن سائر التصرفات التبرعية الأخرى وقد افتتح بها المشرع الجزائري باب التبرعات مبيّنا معناها ثم مفصّلا في أركانها وشروطها وأحكامها الخاصة وسأنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الوصية (مطلب أول) ثم التطرق إلى أنواعها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف الوصية ومشروعيتها.

حيث سنتطرق إلى تعريفها (الفرع الأول) ثم مشروعيتها (الفرع الثاني) ثم تمييزها عن غيرها من التصرفات المشابهة (الفرع الثالث):

الفرع الأول: تعريف الوصية

في تعريف الوصية نتطرق إلى التعريف اللغوي (أولا) والتعريف الاصطلاحي (ثانيا) وفقا لما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية وهو التعريف الفقهي (01) وقانون الأسرة وهو التعريف القانوني (02).

أولاً- تعريف الوصية لغة

الوصية لغة من وصيت الشيء أوصيته إذا وصلته فتعني الوصل والعهد إلى الغير في القيام بأمر من الأمور مأخوذة من الفعل وَصَى وأوصى ووصّاه عهد إليه، كما تعني الوصل فوصيت الشيء بغيره وصلته⁽¹⁾، وأرض واصية أي متصلة النبات وسميت وصية لاتصالها بأمر ميت⁽²⁾، وعليه فالوصية لغة هي الوصل والعهد إلى الغير بعمل ما.

ثانياً- تعريف الوصية اصطلاحاً

تعتبر الوصية من التصرفات التبرعية في الشريعة الإسلامية وهي من العقود الجائزة التي يقصد بها التبرع لما بعد الموت وقد اعتنى بها المشرع الجزائري واستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية لذلك سأبدأ بالتعريف الاصطلاحي الشرعي (01) ثم الاصطلاحي القانوني (02).

1- التعريف الفقهي للوصية: للوصية في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات كثيرة تختلف من مذهب إلى آخر وعلى حسب تقييدات كل مذهب ولكن عموماً تعني التمليك أو العهد بالتصرف بأمر ما لما بعد الموت بطريق التبرع، أو التبرع بجزء من المال مضاف إلى ما بعد الموت وفي التالي نبيّن بعض التعاريف ونورد البعض منها بحسب المذاهب الفقهية:

أ- في المذهب الحنفي: وردت عدة تعريفات نركز على البعض منها:

جاء في الدر المختار أن الوصية هي: "تمليك إلى ما بعد الموت عينا كان أو ديناً"⁽³⁾، وفي تبين الحقائق: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"⁽⁴⁾ وعرفها الفقيه الكاساني بأنها: "اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت"⁽⁵⁾، وهذه التعاريف تبين حقيقة الوصية في كونها تنازل عن جزء من المال لما بعد الموت، كما تبين حقيقة الموصى به وهو المال باعتباره تعريفاً جامعاً مانعاً يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته⁽⁶⁾ كما تفيد أن الوصية

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، ط1، دت، مادة وصى، ص4853-4854.

(2) السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1993، ج 3، ص 205.

(3) الحصكفي، الدر المختار، مطبعة صبيح وأولاده، مصر، د ط، دت، ج 2، ص 484.

(4) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت، ج 6، ص 182.

(5) الكساني، علاء الدين أبو بكر بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، مصر، ط1، 1910م، ص33.

(6) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر، 1988، ص 11.

تمليك مضاف إلى حال زوال الملك فلو أضيف إلى حال قيامه لكان باطلا⁽¹⁾، كما عرفها الفقيه ابن عابدين بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽²⁾ وهو أصح التعاريف وأشملها وبه أخذ المشرع الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة حيث نصّ على أن الوصية: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽³⁾ على غرار القانون المصري وغيرها من القوانين العربية وفيما يلي شرح لبعض قيود هذا التعريف حتى يتّضح المعنى أكثر.

فقوله "تمليك" يجعل هذا التعريف جامعا وشاملا لكل أنواع الوصايا سواء كانت واجبة أو مندوبة وسواء كانت بالمال أو بغيره فتشمل التملك والإسقاط وتقرير مرتبات كما تشمل الوصية بالمنافع من السكن لدار أو الزراعة لأرض والوصية بالأعيان من منقولات أو عقارات، وقوله "مضاف إلى ما بعد الموت" معناه أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت الموصي وبالتالي يخرج عن هذا التعريف الهبة، كما يستخلص من قوله "تبرع" إخراج الوصايا التي تنبني على بيع أو إيجار لشخص ما، وذلك باعتبار الوصية تتم بدون عوض باعتبارها ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو ما يسمّى بالوصية الاختيارية في مقابل الوصية الواجبة، والوصية الاختيارية هي الأصل في الوصايا وهي الوصية الشرعية التي هي عبارة عن تصرف تبرعي إلى ما بعد الموت وهي التي قصدت القوانين إلى تنظيمها.

ب- في المذهب المالكي: عرفت عند المالكية بتعريفات مختلفة أشهرها تعريف ابن عرفة بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث مال العاقد يلزم بموته أو نيابة عنه بعده"⁽⁴⁾ فقوله: "يوجب حقا في ثلث عاقده" هو قيد⁽⁵⁾ أخرج به ما يوجب حقا في رأس ماله مما عقده على نفسه⁽⁶⁾ وقوله: "يلزم بموته" قيد أخرج به

(1) الزيلعي، المصدر السابق، ص182.

(2) ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج06، ص335.

(3) قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية العدد 15 الصادرة 27 فيفري 2005.

(4) الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجدان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1993م، ص681، والبغدادى، محمد عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، جامعة أم القرى، السعودية، دط، ج02، 1986م، ص575.

(5) القيد هو إضافة وصف زائد عن الماهية، ينظر: قلعة جي، وقتيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، لبنان، ط2، 1988، ص373.

(6) الرصاع، المصدر السابق، ص682.

الهبة لأنها تمليك حال الحياة لا بعد الموت. وقوله: "أو نيابة عنه بعده" إدخال للإيضاء لشخص وإسناد الوصية إليه⁽¹⁾، يقول ابن رشد: "الوصية هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصي أو لم يصرح"⁽²⁾ وهي في جملتها لا تخرج عن تعريفات الحنفية بأن يقوم الشخص بهبة بعض ماله وهو الثلث لما بعد موته إحسانا للغير.

ج- **عند الشافعية والحنابلة:** كما لم تخرج تعريفات المذهب الشافعي والحنبلي عن هذه المعاني إلا في بعض الشروط وسأقتصر على تعريف واحد أو تعريفين لكل مذهب فقد عرفها الشافعية بأنها: "تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت"⁽³⁾، وعرفها الحنابلة بأنها: "التبرع بالمال بعد الموت"⁽⁴⁾، وجاء في الإنصاف أن التعريف الصحيح عند الحنابلة هو: "الأمر بالتصرف بعد الموت والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت"⁽⁵⁾ فتكون الوصية بذلك شاملة للإيضاء والخلاصة أن هذه التعاريف متقاربة المعنى وإن اختلفت عبارتها، فكلها تنفق على أن الوصية تمليك للغير مضاف لما بعد الموت.

هذه بعض التعاريف الفقهية وهي كثيرة تختلف من مذهب إلى آخر كما تختلف داخل المذهب الواحد إلا أنها تفيد المعنى نفسه وتختلف في بعض القيود وقد بدا ذلك أكثر في اختلاف المذهب الحنفي عن المذاهب الثلاثة الباقية لاختلافهم في تكييف الوصية هل تعتبر عقدا أم تصرفا انفراديا كما برز اختلافهم في أركانها كذلك وبالرغم من هذه التعريفات المتباينة للوصية إلا أنه يلاحظ أن فقهاء الشريعة للمذاهب الأربعة أجمعوا من خلال تعريفاتهم على أنّ الوصية هي "تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" فلا تكون نافذة إلا بموت الموصي.

(1) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1996، ج6، ص 484.
(2) القرطبي، محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، مصر، ط1، 1995م، ج02، ص2042.
(3) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، دط، 1984، ج6، ص 40.
(4) المقدسي ابن قدامة، موفق الدين، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، دط، 1983، ج 6، ص 414.
(5) المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ط 1، د ت، ج 7، ص 183.

2- **التعريف القانوني للوصية:** عرفت الوصية في القانون الجزائري في كتاب التبرعات من قانون الأسرة في المادة (184) منه والتي جاء فيها: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽¹⁾ معتمدا في تعريفها على الفقه الإسلامي ولم يكن تعريفا مبتكرا كما قال بلحاج العربي⁽²⁾ فقد أبقى على المعنى ذاته وهو تعريف يبين معنى الوصية بأنها ذلك التبرع الذي يتنازل فيه الشخص عن بعض ماله لما بعد الوفاة وبذلك لا تلزم الوصية إلا بعد الموت، كما وردت تعريفات لبعض الباحثين لم تخرج في مجملها عن المفهوم العام للوصية والذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية إذ بينوا في تعريفاتهم على أن الوصية "تصرف تبرُّعي يتم بالإرادة المنفردة للوصي مضاف إلى ما بعد الموت، يوجب حقا للموصى له في تركة الموصي"⁽³⁾ وعليه فمن خلال هذه التعاريف يظهر أن الوصية تبرع بالمال إلى ما بعد الموت وبه تميّزت الوصية عن التملكيات الناجزة كالبيع والهبة والإجارة والمقصود بمضاف إلى ما بعد الموت أن نفاذ التصرف لا يكون إلا بعد الموت بطريق التبرع.

ومنه فإن المشرع الجزائري قد اعتبر الوصية من التصرفات المالية الناقلة للملكية والتي يبرمها الشخص في حياته تبرعا كأصل عام ولكن نفاذها موقوف إلى ما بعد وفاته لذلك "تعتبر من الحقوق المتعلقة بالتركة"⁽⁴⁾؛ ومعناه أن الوصية تبرع يتم بإرادة المتبرع ناقلة للملكية دون مقابل وتعني التبرع بثالث المال إلى ما بعد الموت، ينشئها الشخص في حياته ولكن نفاذها موقوف إلى ما بعد وفاته وتقدم على التركة في التنفيذ.

الفرع الثاني: مشروعية الوصية

بعد تعريف الوصية نبحت في مشروعيتها في الشريعة الإسلامية فنبين أدلة مشروعيتها (أولا)، ثم نبين حكمها (ثانيا):

-
- (1) المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.
 - (2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004، ج02، ص 231.
 - (3) شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرُّعية في القانون الجزائري: الهبة، الوصية، الوقف، دط، دار هومة، الجزائر، 2012، ص179-180.
 - (4) ابن الشيخ آث ملويا لحسين، المرشد في قانون الأسرة، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2015-2016، ص409.

أولاً- أدلة مشروعية الوصية

الوصية من التصرفات المرغب فيها في الشريعة الإسلامية لأنها من أعمال البر وهي مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول كما يلي:

1- من الكتاب: هناك عدة آيات وردت في القرآن الكريم ترغب في الوصية واستأنس بها الفقهاء لبيان مشروعيتها:

أ- قوله تعالى في سورة النساء: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾⁽¹⁾، وقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾⁽²⁾ وقد دلت الآيات على نفاذ الوصية قبل أخذ أصحاب الميراث حقهم وفي الآيات ما يثبت وجوب أداء الوصية وأنها مشروعة والله يسبق الوصية على الدين لتبنيه الناس ألا تغفل عليها لكن تنفيذ الدين يكون قبل الوصية اتفاقاً⁽³⁾، على معنى أن الميراث إنما يتعلق بالباقي من التركة بعد تنفيذ الوصية وهذا يدل على مشروعية الوصية.

ب- قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁴⁾ وهذه الآية دلت على مشروعية الوصية للأقارب والتي نزلت قبل آيات المواريث لكن اختلف في حكمها بعد نزول آيات المواريث وقيل إنها منسوخة بما يعني نسخ الوصية للوالدين من الورثة ولا وصية لوارث ووجه الخلاف بأن النبي (صلى الله عليه وسلم) يقول: "لا وصية لوارث"⁽⁵⁾ فالفريق الأول يجعل آيات المواريث عامة وأن تلك الآية منسوخة بآيات المواريث والفريق الثاني يقول إنها منسوخة⁽⁶⁾ وظهر أثر هذا الخلاف في حكم الوصية.

(1) سورة النساء، الآية 12.

(2) سورة النساء، الآية 11.

(3) انظر: محمد بن يوسف أبو حيان الأندلسي، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وأحمد النجولي الجمل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2010، ج3، ص194.

(4) سورة البقرة، الآية 180.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل، كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث، دار الشعب، القاهرة، دط، دت، ج04، ص 03.

(6) أبو حيان، المرجع السابق، ج02، ص 24-27.

ج- قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾⁽¹⁾ بالرغم من أن الله تعالى في هذه الآية يبين مشروعية الإشهاد على الوصية حين الموت إلا أن هذا يدل على مشروعيتها، وأن الله تعالى نزل الإشهاد من الوصية منزلة الحكم من موضوعه⁽²⁾ فكان ذلك إشارة إلى جوازها.

2- من السنة النبوية الشريفة:

هناك عدة أحاديث نبوية دلت على مشروعية الوصية نذكر منها:

أ- حديث سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه): والذي جاء فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم حين جاء يستشير في التبرع بجميع ماله بعد وفاته فأرشده إلى التصدق بثلث ماله فقط والباقي من حق الورثة حيث ورد فيه عن سعد بن أبي وقاص قال: "جاءني النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفراء قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: لا قلت: فالشطر؟ قال: لا قلت: الثلث؟ قال: فالثلث والثلث كثير إنك إن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس..."⁽³⁾ وهذا يدل على جواز الوصية في الثلث وهي مشروعة.

ب- حديث معاذ بن جبل: والذي ورد فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة لكم في أعمالكم"⁽⁴⁾.

ج- حديث ابن عمر: والذي جاء فيه عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: "ما حق امرئ مسلم أن يبيت ليلتين وله شيء يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عنده"⁽⁵⁾، وفي هذه الأحاديث دلالة على

(1) سورة المائدة: الآية 106.

(2) أبو حيان، المصدر السابق، ج02، ص 24-27.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير...، المصدر السابق، ج04، ص 03.

(4) رواه ابن ماجة في سننه، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الوصايا باب الحث على الوصية، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت، ج02، ص901.

(5) رواه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم وصية الرجل مكتوبة عنده، المصدر السابق، ج04، ص02.

مشروعية الوصية وهي مستحبة وعلى العاقل أن يتأهب للموت متحوطا بكتابة وصية يبين فيها حقوق العباد وحقوق الله تعالى كالديون والزكاة والصدقات ولهذا شرعت الوصية.

3- من الإجماع: أجمع علماء الأمة على مشروعية الوصية وجوازها ولم يخالف أحد منهم، فإنّ الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار فكان ذلك إجماعا على مشروعيتها.

4- من المعقول⁽¹⁾: الوصية جائزة عقلا لحاجة الناس إليها ولتدارك ما قد يفوت الإنسان من التصدق في ماله حال الحياة فقد شرع الله سبحانه وتعالى الوصية تمكينا للعمل الصالح ومكافأة لمن أسدى للخير معروفا وصلته للرحم والأقارب وغير الوارثين والمحتاجين، ففيها تتجلى رحمة الله تعالى بعباده وذلك أن الإنسان قد يعميه طول الأمل وحب الدنيا فينسيه الآخرة فلا يفיק إلا وقد جاءه الموت، حيث يأخذه الندم على ما فرط والحسرة على ما لم يقدم لأخراه لأنّ الإنسان بطبيعته مجبول على حب المال ولذلك فهي فرصة لتدارك هذا النقص ورفع الظلم عنه وعن غيره وخاصة إلى ذوي القربى فتعتبر صدقة جارية بعد مماته ولذلك فلا تلزم الوصية إلا بالموت مع أنّ الأصل أن الإنسان لا يلزمه بشيء بعد الموت ولكن رحمة بالناس شرعت الوصية.

ثانيا: حكم الوصية

الأصل في الوصايا أن تكون مباحة ولكن قد يفوت الإنسان في حياته واجبات مالية لازمة فتكون الوصية واجبة، وقد تكون في وجوه البر والخير فتكون مستحبة، وقد تكون في وجوه الشرّ فتكون حراما... وعلى ذلك اعترتها الأحكام الخمسة التكليفية⁽²⁾:

1- الوجوب: وهي الإيصاء لما وجب في ذمة الموصي من حقوق الله والعباد ومثال حقوق الله التي فرط فيها كالزكاة والكفّارات والندور... الخ، وحقوق العباد التي لا تعلم إلا من جهة الموصي أو ودیعة لأن الله فرض أداء الأمانات وطريقة هذا الباب الوصية فتكون الوصية واجبة.

(1) ينظر: هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ط2، 1985م، ج8، ص10 فما بعدها، ومحمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام، منشأة المعارف للنشر الإسكندرية، 1999، ص38-40،

(2) ينظر: محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص38-40، وعبد الودود محمد الشربيني، الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، ط1، 1997، ص17.

2- **الندب:** وهي الوصية في القربات ووجوه البر وللاقرباء الذين لا يرثون وكذلك لأهل الصلاح والتقوى لقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له" الوصية هنا مندوبة في رأي الجمهور خلافا لابن حزم الذي يراها واجبة.

3- **التحريم:** وهي الوصية لما حرم الله فعله ومنع استعماله كالوصية بالخمير والإنفاق على وجوه الشر كإقامة الملاهي وإدارة المسابقات الممنوعة بالقمار والرهانات ومن الوصية الممنوعة شرعا الوصية بقصد الإضرار بالورثة ومنعهم من أخذ نصيبهم من التركة، والوصية هنا معصية تستوجب العقاب وممنوعة تقتضي البطلان.

4- **الكراهة:** وهي الوصية لأهل الفسق والمعاصي والوصية مع الحاجة فيكره الوصية لمن غلب على الظن أن يصرفها في المعاصي، ويكره الوصية مع الحاجة إليها لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشار إليه سابقا: (إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس).

5- **الوصية المباحة:** وهي الوصية للأغنياء من الأقارب والأباعد ممن ليسو من أهل العلم أو الصلاح أو الحاجة.

الفرع الثالث: تمييز الوصية عن غيرها من التصرفات المشابهة

الوصية كما تم تعريفها في نص المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري فإنها تتشابه مع بعض التصرفات القانونية الأخرى خاصة في صفة التبرع لذلك خصصنا العنصر الأول للتمييز بين الوصية والهبة (أولا) والعنصر الثاني للتمييز بين الوصية والوقف (ثانيا):

أولا- **تمييز الوصية عن الهبة:** عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بينما عرّف الهبة بموجب المادة 202 من ذات القانون، وانطلاقا من هاتين المادتين يمكن أن نستنتج ما يلي⁽¹⁾:

(1) زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية المؤسسة الوطنية الكتاب، الجزائر، 1991، ص

1- أوجه التشابه

- أ- الوصية والهبة كلاهما تملك.
ب- تتفق الوصية والهبة بأنهما من التصرفات التبرعية التي يراد بها الإحسان والتصدق.
ت- كل من الوصية والهبة يشترط فيهما أن يكون الشخص المتبرع حائزا لأهلية التبرع المحددة بـ 19 سنة كاملة.
ث- كلاهما تصرف مفقر للذمة المالية للمتبرع لغياب المقابل فيها (العوض).

2- أوجه الاختلاف:

- أ- الهبة عقد يتم بتوافق إرادتي الواهب والموهوب له بينما الوصية تصرف بالإرادة المنفردة تتم بإيجاب الموصي.
ب- الهبة تصرف حال الحياة، بينما الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.
ت- الهبة يجوز للشخص أن يهب ما يشاء من أمواله حال حياته، بينما الوصية يستلزم أن يكون مقدار الشيء الموصى به في حدود ثلث تركة الموصي، ما يعني أن الهبة ليست محددة بقدر معين أما الوصية فهي محددة بقدر لا يجوز تجاوزه وهو الثلث من التركة، وما زاد عن ذلك لا ينفذ الا بإجازة الورثة.
ث- الهبة يستلزم فيها المشرع الجزائري الشكل الرسمي إذا كان الشيء الموهوب عقارا، والإجراءات الخاصة إذا كان منقولا، في حين أن الوصية فتعتبر تصرف رضائي لا يستلزم فيها الشكلية والكتابة المتطلبة فيها في نص المادة 91 ما هي إلا لإثبات الوصية لا أكثر.

ثانيا- تمييز الوصية عن الوقف:

تنص المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري على أن الوقف: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق" ويقصد بما جاء في المادة أن الوقف هو حبس العين المملوكة والتصدق بمنفعتها على جهة بر لا تتقطع، ويقصد بكلمة حبس منع التصرف في العين الموقوفة بالبيع، أو الهبة، أو الوصية، أو الرهن، الإعارة وغيرها من التصرفات القانونية إضافة إلى أنها لا تورث.

والوقف لا يختلف عن الوصية في كونه تصرف تبرعي بمعنى أنه يلتزم فيه الواقف بمنح شيء دون مقابل كما أنه تكفي فيه إرادة الواقف وحدها لانعقاده، وهذا لكونه تصرف صادر من جانب واحد⁽¹⁾. غير أنه يختلف معها في جوانب عدة:

1- من حيث التمليك: تعتبر الوصية حسب المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت" بمعنى أن الملكية فيها لا تنتقل إلا بعد وفاة الموصي وهذا أهم فرق بين الوصية والوقف إذ أن التمليك في الوقف يكون حل حياة الواقف.

2- من حيث المقدار: الوصية لا تكون إلا في حدود الثلث وما زاد عن ذلك يخضع لإجازة الورثة وهذا طبقا للمادة 185 من قانون الأسرة الجزائري، في حين أن الواقف له أن يقوم بوقف ما شاء من أمواله دون تحديد المقدار⁽³⁾.

3- من حيث الآثار: الوصية تصرف تبرعي يقوم من خلالها الموصي بتقديم شيء للموصى له دون مقابل بنية التبرع مما يؤدي إلى زوال ملك الموصي وانتقاله لمن تم الإيحاء له، إذ يصبح الموصى له مالكا للشيء المتبرع به، وله أن يتصرف فيه كما يشاء، وأثر هذا التصرف لا يترتب إلا بعد موت القائم به⁽⁴⁾. في حين أن الوقف يكون منصبا على المنفعة فقط دون انتقال الملكية للموقوف له إذ يبقى الواقف مالكا للشيء كما أنه بعد صدور الوقف لا يجوز لصاحب هذا الأخير أن يتصرف فيما أوقف من مال أيا كان هذا التصرف (بيع، هبة، تنازل).

المطلب الثاني: أنواع الوصايا في القانون الجزائري

نفصل في هذا العنصر في أنواع الوصايا في القانون الجزائري لما لها من صلة بالحكم من أجل التفريق بين الوصايا شرعا وقانونا والتي تبدو من عدة أحكام في قانون الأسرة والقانون المدني نشير إليها فيما يلي:

(1) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 27.

(2) المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.

(3) المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 180.

الفرع الأول: الوصية الاختيارية

وتسمى أيضا الوصية الشرعية وهي الوصية التي تعني أن يتبرع الإنسان بثالث ماله إلى ما بعد الوفاة وهي التي نظمها المشرع الجزائري في قانون الأسرة من المواد 184 إلى 201 ق أ ثم أحال في ما لم يرد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 ق أ، وتعني في معناها العام إضافة إلى التعاريف السابقة أنها "التصرف الإرادي المقصود لذاته الصادر من الشخص في حياته عن وعيه وأهليته وتمييز"⁽¹⁾ وهي الوصية الشرعية المبيّنة في التعاريف الفقهية السابقة، بمعنى أنها تتم بإرادة الموصي وهو في كامل أهليته ووعيه، فهي الوصية التي يستحب للشخص أن يتبرع بثالث ماله بعد وفاته وهي التي تأخذ الأحكام المبيّنة في الشريعة الإسلامية وهي التي سنتحدث عنها طبقا لنص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: الوصية الواجبة

وهي ما يسمّى بالتنزيل، والذي يعني تنزيل الأبناء منزلة أصلهم الذي توفي قبل جده كما لو كان حيًا، وقد نظمت في قانون الأسرة الجزائري ضمن أحكام الميراث في الكتاب المتضمن للميراث من المواد 169 ق أ ج إلى 172 ق أ ج حيث جاء في المادة 169 ق أ ج: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة".

وقد أوجب القانون هذه الوصية لمصلحة فئة من الأقارب الذين كانوا قد حُرِمُوا من الميراث بسبب وجود من يحجبهم، إضافة إلى كونهم بحاجة إلى تلك الأموال التي يوصى بها إليهم؛ ونظرا لعدم وجود من يقوم بإعالتهم، ولهذا جاءت أحكام التنزيل التي تكون في حالة الأحفاد الذين توفي عنهم الأب في حياة الجد ولم يوص لهم جدهم لأجل هذا نجد أنّ القانون عالج هذه المشكلة علاجا قانونيا مُلْزِمًا⁽²⁾، وتقسّم الوصية الواجبة على مستحقّيها قسمة الميراث عند تعدد الفروع وتطبق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين ويحجب الأصل فرعه⁽³⁾. فالوصية الواجبة هي وصية تقابل شرعا وقانونا الوصية الاختيارية

(1) علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2000-2001، ص20.

(2) أحمد محمد علي داوود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2006، ص162.

(3) محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف، القاهرة، دط، 1986، ص91.

التي تعتبر تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت بإرادة المتبرع، وقد استعمل المشرع الجزائري لفظ "التنزيل" وهو مقصوده "بالوصية الواجبة" في حين استعملت التشريعات المقارنة لفظ الوصية الواجبة وجعلت للتنزيل معنى خاصا.

فيبين أن الوصية الواجبة وصية في تركة الشخص قانونا وتنفذ في تركته قضاء وإن لم تصدر منه، فقد جمع فيها المشرع بين الوصية والميراث وجعلها واجبة في تركة الشخص المتوفى وإن لم يوص به فتكون للأقربين ولكن حصرها في أحفاد المتوفى، وهذه الوصية بهذا الشكل لم يقل بها أحد من فقهاء الشريعة المتقدمون ولكن اجتهد الفقهاء المعاصرون في استنباطها في ضوء قواعد الشريعة وبعض أقوال الفقهاء غير المشهورة لمعالجة مشكلة الأحفاد الفقراء الذين مات والدهم في حياة أبيه حقيقة أو حكما ولا يرثون شيئا من تركة جدهم أو جدتهم لكونهم محجوبون بالأعمام ولم يوص لهم الجد بشيء من المال، فإنهم يستحقون وصية في تركة جدهم أو جدتهم، وسواء كان المتوفى ذكرا أو أنثى (ابن أو بنت) أو الوالد ذكرا أو أنثى (جد أو جدة)، واستنبط البعض هذه الوصية في ضوء القول بوجود الوصية للأقربين عند البعض إحسانا إليهم وحماية وعليه؛ وقد اختلف علماء الشريعة في حكم الوصية للأقارب وبرز في فقهاء مذهب يقول بجوبها، ومذهب يقول باستحبابها؛ والقول بالوجوب مروى عن بعض الصحابة وجمع عظيم من فقهاء التابعين ورواية عن الإمام أحمد والطبري وابن حزم الظاهري⁽¹⁾ أما القول بالوجوب فمذهب جمهور علماء الأمة⁽²⁾ منهم المذاهب الأربعة، وانقسم أهل الوجوب إلى قسمين قسم يرى وجوبها قضاء وديانة فيلزم على كل من ترك مالا أن يوصي للوالدين والأقربين الذين لا يرثون بالمعروف والذين لا يرثون لحجبهم عن الميراث أو لمانع يمنعهم من الإرث كاختلاف الدين، فإذا لم يوص الميت لقربته بشيء وجب إخراجه قضاء ولكن بمقدار غير محدد من ماله، وهو مذهب ابن حزم الظاهري، وقسم يرى وجوبها ديانة لا قضاء فالإنسان يؤثم ديانة ولا يلزم قضاء.

واستدل ابن حزم في هذا بقوله تعالى: **"وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا"** (النساء: 08) وقوله تعالى: **"كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ**

(1) انظر اختلاف الفقهاء حول نسخ آية الوصية في: المقدسي، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، (عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م)، ج07، ص391، ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، دار الفكر العربي، دم، ط3، دت، ج01، ص73، وابن حزم الأندلسي، أبو محمد، المحلى بالآثار، مصر، إدارة الطباعة المنيرية، دط، دت، ج09، ص312.

(2) محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، ط04، 1988م، ص221-224.

خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ" (البقرة: 180) ويرى أن الآية محكمة ولم تتسخ على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص، وذلك لأن عبارة الآية الكريمة تفيد وجوب الوصية بقوله تعالى: "كتب" وذلك من أبلغ الألفاظ الدالة على الوجوب؛ فإن امتنع الورثة من إخراجها كان لولي الأمر ذلك دون أن يحدد ابن حزم نصابا معيناً وترك تحديد نصابها إلى اجتهاد ولي الأمر بحسب تصويره حسب ظروف التركة وعدد من يستحقون العطية حتى قال: "... وفرض على كل مسلم أن يوصي لقربته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون، فيوصي لهم بما طابت به نفسه لا حد في ذلك، فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الموصي"⁽¹⁾ فهذا هو السند الشرعي لو اضعي هذا القانون فأصبحت واجبة نصاً وتتفد بغير إرادة الموصي بحكم القانون تماشياً مع قول ابن حزم فيلزم على كل من ترك مالا أن يوصي للوالدين والأقربين الذين لا يرثون بالمعروف فإذا لم يوص لهم بشيء وجب إخراجهم قضاءً، ولكن بمقدار غير محدد من ماله.

وذهب الفريق الثاني من القائلين بالوجوب إلى وجوبها ديانة فقط فيجب على الإنسان أن يوصي للأقربين الذين لا يرثون، فإذا لم يوصي كان آثماً ولا يجب على الورثة أو غيرهم إخراج شيء من ماله بعد موته.

أما القائلون بالاستحباب فهم جمهور الفقهاء من أصحاب المذاهب الأربعة حيث ذهبوا إلى أن الوصية ليست واجبة على كل من ترك مالا واستدلوا بجملة أدلة منها: أنه لم ينقل عن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وصايا ولو كانت الوصية واجبة لنقل عنهم حكم الوجوب والعمل به نقلاً ظاهراً، وكذلك الوصية في الأصل عطية والعطايا ليست واجبة في الحياة فلا تجب بعد الوفاة فلا إيجاب فيها بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم مات ولم يوصي بشيء ولا تجب إلا في حالتين كالوصية بحقوق الله وفرائضه كالحج والزكاة أو بحقوق العباد كرد الودائع وأداء الديون، ولأن الوصية للأقارب كالوصية للأجانب وما دامت هذه ليست بواجبة فهي مثلها.

هذه مجمل الأدلة والآراء في الحكم الشرعي والخلاصة أنه لم يرد بشأن الوصية الواجبة نص صريح شرعاً وإنما استنبط من حكم الوصية للأقربين، وفي ضوء الاتجاه الذي يوجب الوصية للأقارب

(1) ابن حزم، المصدر السابق، ص312.

غير الوارثين وإن لم يفعل اعتبر آثما ووجب على الورثة إخراجها فهي وصية واجبة ديانة وقضاء وعلى رأس هذا الاتجاه ابن حزم الظاهري. وقد قيدها المشرع الجزائري بشروط⁽¹⁾ هي:

أ- أن لا يكون الفرع وارثا من صاحب التركة وهذا حسب المادة (171) من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها "لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إذا كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة"⁽²⁾ لأن الوصية تعتبر عوضا له عما كان يستحقه من ميراث أصله لو بقي حيا، فلو كان وارثا لا تجب له الوصية كأن يموت رجل عن: زوجة وبنت وبنت ابن توفي في حياة أبيه؛ فبنت الابن تترث فلا تفرض لها وصي، ولو مات عن: أب وأم وبنتين وبنت ابن وابن ابن الابن فيفرض وصية واجبة لبنت الابن وابن ابن الابن لأنهم لا يرثون.

ب- أن لا يكون المورث قد عوّضه بما يساوي الوصية الواجبة عوضا بدون مقابل كهبة أو وقفا أو بيعا صوريا، وإن وهبه أقل من نصيبه بالوصية كمل له وجوبا بالوصية الواجبة، وأن لا يكون كذلك وصية من الجد للفرع بمقدار ما يستحقه بالتنزيل (المادة 171 ق.أ.ج)، فإن كانت هناك وصية تنفذ وإن أوصى بأكثر مما يستحقه كانت الزيادة وصية اختيارية تنفذ في حدود الثلث إلا إذا أجازها الورثة.

ج- ألا يتعدى مقدارها الثلث والأولى أن تكون بمقدار نصيب مورثهم لو كان من شرط عدم تجاوز الثلث وإن زادت تتوقف على إذن الورثة وإلا تنفذ في الثلث فقط. وهي شروط دقيقة حاول من خلالها تحقيق العدل ولكن أجحف في حق البعض كما خالف بعض قواعد الشريعة ولذلك أردت الوقوف على مقدارها وتكييفه القانوني وقبل ذلك أبين شروطها في الشريعة الإسلامية: ونضيف أن يكون الأصل وارث وغير محجوب أو ممنوع من الميراث بالقتل أو على غير ديانة مورثه (المادة 135 ق.أ.ج والمادة 222 ق.أ.ج). إضافة إلى الشروط القانونية السابقة فهناك شروط أخرى في الشريعة لم يصرح بها القانون وفتحت بابا واسعا للاجتهاد القضائي وهي أنها تثبت للحفدة البنات كذلك من أولاد البطون يعني (أولاد البنات) ولكن من الطبقة الأولى فقط، بينما إن كانوا أولاد ظهور (أولاد الابن) استحقها مهما نزلوا، وأولاد البطون هم من يدلون لميت بأنثى كولد البنات وولد بنت الابن، وأولاد الظهور هم الذين لا ينتسبون إلى الميت بأنثى كولد الابن وولد ابن الابن وإن نزل (من غير تقييد للطبقة)، وهذا

(1) ينظر في الشروط: العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 323-324، وأحمد علي داود، المرجع السابق، ص 167 فما بعدها.

(2) المادة 171 من قانون الأسرة الجزائري.

ما أخذ به المشرع المصري أما السوري فقد قصر الوصية الواجبة على أولاد الابن فحسب وحرّم منها أولاد البنات سواء كانوا من الطبقة الأولى أو الثانية؛ وقد انتقد المشرعين اختياره لأن المقصود من الوصية الواجبة معالجة مشكلة الأحفاد فمن الواجب أن تشملهم جميعا الوصية الواجبة سواء أكانوا أبناء ظهور أو أبناء بطون لطبقة واحدة أو أكثر، فالتفرقة بين الذكر والأنثى في الوصية الواجبة لا يسنده نص ولا فقه، بل لعله يخالف روح الشريعة التي تسوي بينهما في أصل الميراث، وكذلك لا تؤيده المصلحة التي شرعت من أجلها، أما المشرع الجزائري فلم يبين استحقاق أولاد البنات للوصية الواجبة صراحة وفتح الباب للاجتهد والاختلاف القضائي في هذه المسألة.

الفرع الثالث: الوصية المستترة (الحكمية)

وهي الوصف القانوني لبعض التصرفات في مرض الموت سواء كانت معاوضات أم تبرعات، فتتخذ كوصية في حدود الثلث حيث ألحق القانون الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما المشرع حكم الوصية وهما تصرفات المريض مرض الموت، والتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة وذلك حسب نص المادة 204 ق أ ج (الهبة في مرض تكون وصية) والمواد 776-777 من القانون المدني الجزائري وسيتم التفصيل في أحكامها:

أولاً- تصرفات المريض مرض الموت:

نصت المادة 1/776 قانون مدني "كل تصرف قانوني يصدر من شخص حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف"⁽¹⁾ يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري اعتبر كل تصرف يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع أي كانت التسمية التي تعطي له تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وأعطاه حكم الوصية في ظاهر العقد أو شكله، على أن تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي الناظر في الموضوع.

1- تعريف مريض الموت: لم يأت المشرع الجزائري بتنظيم دقيق لمرض الموت فلم يبين تعريفه ولا ماهيته بل اكتفى بإيراد الأحكام الصادرة أثناء مرض الموت بعضها في أحكام قانون الأسرة وبعضها

(1) قانون رقم: 88-14 المؤرخ في: 03 مايو 1988، بعدل ويتم الأمر: 58-75 المؤرخ في: 26-09-1975 المتضمن القانون المدني.

في أحكام القانون المدني، ولقد اختلف الفقه حول تحديد معنى مرض الموت أو المقصود به فمنهم من يعرفه أن المريض مرض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وأن يتصل الموت به سواء كان الموت بسببه أم نتيجة سبب آخر، والبعض الآخر يقول إن مرض الموت هو مرض يتصل به الموت مع غلبة الهلاك فيه⁽¹⁾، ومن التعريفات الواردة في ذلك: "المرض الذي يغلب فيه الهلاك وينقطع فيه عن القيام بمصالحه ويتصل به الموت فعلا ولو كان المريض قد توفي لسبب آخر" وفي تعريف آخر: "هو المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ويكون معه المريض عاجزا عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها"⁽²⁾ من خلال ذلك يبدو أن مرض الموت هو المرض الذي يكون في آخر حياة الشخص ويتصل به الموت فعلا ويعجز فيه المريض عن قضاء حوائجه ولا يمكن حصر أمراض الموت إلا أن الفقهاء وضعوا له شروطا وهي:

2- شروط مرض الموت:

أ- عجز المريض عن قضاء حوائجه والتي كان يباشرها عادة ولا يلزم من ذلك أن يكون طريح الفراش، لأن الظاهر من حاله الموت فكانت تصرفاته فيها حق للورثة فلا تتجاوز الثلث.

ب- أن يغلب عليه الهلاك ومعنى ذلك أن يكون من الأمراض الخطيرة وتكون سببا في الموت، أي أن يكون المرض مخوفاً والمريض المخوف هو ما ألزم صاحبه الفراش كالجدام والطاعون والفالج النّصفي أو الكلي والحمى المطبقة (أي الأمراض التي يخاف الموت فيها عادة).

ج- أن ينتهي المرض بموت المريض ويتصل موت المريض مباشرة بهذا المريض، ولم يشر القانون الجزائري للمدة الزمنية التي يعتبر فيها المريض مرض الموت ولكن فيه بعض الاجتهادات القضائية تأخذ برأي الفقه الإسلامي وهو سنة فقد رأى الفقهاء وضع حد تقديري للفترة التي يمكن القول بأن المريض أثناءها في حالة مرض الموت، فقليل بأن العلة إذا امتدت عاما دون أن تتبدل أو تتغير فإن التصرفات بعد مضي هذا العام تعتبر تصرفات الأصحاء⁽³⁾، وبالتالي إذا أقدم المريض مرض

(1) زهدور محمد، المرجع السابق، ص 37.

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 182.

(3) انظر: الزحيلي، المرجع السابق، ص 129.

الموت على إبرام العقود في حقبة الفترة فالقانون الجزائري يكتفيها على أنها تبرع ويلحقها بأحكام الوصية بمعنى تطبق عليها أحكام الوصية فلا تنفذ إلا في حدود الثلث إضافة إلى الشروط المذكورة سابقا، ومن جهة أخرى فإن الموت إذا اتصل بالمرض كان التصرف الذي أبرم خلاله قد تم في مرض الموت حتى لو نشأ الموت عن سبب آخر كالقتل والموت حرقا أو غرقا ومن ثم إذا تخلف أحد هذه الشروط كانت تصرفات الشخص سليمة ونافذة لأن المرض لم يكن مرض الموت، وقد ألحق فقهاء الشريعة بمرض الموت حالات أخرى يغلب عليها الهلاك وإن لم يكن الإنسان مريضا كمن كان في سفينة لاطمت عليها الأمواج وخيف غرقها والأسير عند من يعرف عنهم قتل الأسرى.

ثانيا: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة

لقد نصت المادة 777 من القانون المدني (يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدى حياته)، أي يعتبر وصية إذا تصرف الشخص لورثته تصرفا مقترنا بشروط معينة كما ذكرنا سابقا وهي حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدى حياته⁽¹⁾، ولتطبيق الوصية على هذه التصرفات شروط حيث جاء في المادة 776 قانون مدني جزائري: "كل تصرف قانوني يصدر على الشخص في حال مرض الموت يقصد التبرع يعتبر تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف وعليه يمكن استنتاج هذه الشروط من المادة وهي:

1- أن يتم التصرف في مرض الموت وهذا يتضح من خلال عبارة كل تصرف قانوني يصدر على الشخص في حال مرض الموت فيشمل حكم المادة على كل تصرف صدر في هاته الحالة أي كانت التسمية التي أعطيت له ومن ثم يأخذ فيه حكم التبرعات مثل: الهبة، الوقف، الإيواء، البيع، الإيجار.

(1) المرجع السابق، ص41.

2- أن يكون التصرف في هذه الحالة بقصد التبرع ومعنى ذلك أن هذا التصرف في هذه الحالة يغلب عليه نية التبرع لأنه من النادر أن يتصرف الشخص معاوضة في هاته الحالة إلا يقصد الإضرار بالورثة وبالتالي تغلب عليه وجود نية التبرع⁽¹⁾.

ولإثبات مرض الموت فالقاضي يستخلص من هاته الواقعة العلامات المادية على أن المريض كان يتصرف تحت تأثير هذا المرض، وبالتالي فالإثبات في هذه القضية يتعلق بإثبات المرض كواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات القانونية ف 02 من م 776 ق م؛ فجاء في الفقرة 02 من ق م 776 ق م "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن موتهم في مرض الموت واعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه"، والتصرفات التي تعتبر وصية مستترة في القانون الجزائري هي:

أولاً: البيع في مرض الموت: ذلك من خلال م 408 ق م جاء فيها صراحة أن البيع يكون وصية في حالة مرض الموت من ذلك نخلص إلى أنه قد يكون بيع الوارث وقد يكون لغير وارث:

أ- **البيع لوارث:** هو ما نصت عليه ق 1 م 408 ق م ونستطيع أن نستنتج أن البيع في مرض الموت لوارث يكون صحيحا بين المتعاقدين لكنه غير نافذ إلا بإجازه باقي الورثة، والمشرع استعمل مصطلح "ناجزا" والصحيح هو "نافدا".

ب- **البيع لغير وارث:** حسب ق 2 م 408، (أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف يكون غير مصادق عليه ويكون قابلا للإبطال)، من خلال هذه الفقرة المشرع الجزائري جعل البيع لغير وارث قابلا للإبطال ومعنى ذلك أنه يقع صحيحا ولكن هناك اختلال في أحد الشروط، ثم اشترط في كونه قابلا للإبطال ألا يكون مصادقا عليه، وهذه الفقرة كما يقول الفقه القانوني تتسم بالغموض لأن العقد القابل للإبطال يقع صحيحا في أصله كما يلاحظ أن المشرع لم يبين شيئا ما إذا كان هذا البيع فيه محاباة أم لا ومنه فهذه المادة تحتاج إلى ضبط المصطلحات وتوضيح أكثر.

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 24-25.

ثانياً: التصرفات التبرعية المحضنة: هي كل تصرف تبرعي يقوم به الشخص في مرض الموت فيأخذ حكم الوصية أي كانت تسميته، وقد صرح القانون الجزائري ببعض التصرفات التبرعية أنها تعتبر وصية في مرض الموت منها الهبة، الوقف.

1- الهبة: حسب م 204 ق أ ج: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية" ومع ذلك إذا قام الشخص بهبة أمواله أو جزء منها على أساس أن الهبة تملك بلا عوض، فإذا صدر هذا التصرف في مرض الموت يعتبر وصية وتطبق عليها أحكام الوصية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 2001/02/21 فاصلا في الطعن رقم: 256869 منشور بالمجلة القضائية وقد جاء فيه: "... تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة، وإن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق سليم للقانون لعدم تحقق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و 204 من قانون الأسرة"، وجاء في حيثيات القرار أن العقد أبرم بين وكيل الواهب مع الموهوب لها قبل 17 يوما من موت الموكل، والوكالة كانت صادرة عنه قبل 41 يوما من إبرام عقد الهبة، وكان الموكل حين إبرام عقد الوكالة مريض بمرض السرطان⁽¹⁾.

- **الوقف:** هو كذلك من التصرفات التبرعية المحضنة وإذا صدر عن الشخص في مرض الموت يعتبر وصية ويسري عليه أحكامها وذلك حسب م 215 ق أ ج "يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا م 204 - 205 ق أ".

ثالثاً: التصرف لوarith مع الاحتفاظ بالحياة والانتفاع بالشيء: نصت على ذلك م 276 ق م: "يعتبر التصرف وصية وتسري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليلاً"⁽²⁾. هذه المادة تجعل كل تصرف وصية وإن لم تصدر في مرض الموت إذا تصرف الشخص لأحد الورثة واحتفظ لنفسه بشيئين هما حياة العين المتصرف فيها والانتفاع بها مدة الحياة، فإذا باع المورث مثلاً داراً لأحد الورثة

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 256869، الصادر بتاريخ 2001/02/21، منشور بالمجلة القضائية، ع 01، 2001.

(2) المادة 276 من القانون المدني.

واحتفظ بحياسة الدار وبحقه في الانتفاع مدى الحياة بحيث لا ينتفع الوارث بالدار ولا يحوزها إلا بعد موت مورثه، كل هذا من شأنه في نظر القانون أن يجعل الوارث في منزلة الموصى له لا في منزلة المشتري ولهذا التصرف شروط حسب المادة 777 ق م:

أ- أن يكون التصرف صادرا لأحد الورثة والعبارة في تحديد صفة الوارث بوقت نفاذ التصرف.

ب- أن يحتفظ المتصرف بحياسة العين المتصرف فيها حياسة مادية وهي واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع الوسائل كان يؤجرها لنفسه.

ج- أن يحتفظ بحقه في الانتفاع مدى الحياة ومعنى ذلك أن يكون هذا الانتفاع بناء على اتفاق بين الطرفين أو أن يكون بناء على تصرف المالك للعين، وهنا يكون عبء الإثبات على المتضرر وتعتبر هذه الأمور قريبة يستعملها المتضرر لإثبات كون التصرف وصية مستمرة وللقاضي أن يستند على ذلك أو يستتج ذلك من وقائع القضية، فالمشرع هنا حسم الخلاف واعتبر هذه التصرفات وصية.

نستخلص في الأخير أن المشرع تدخل بالنص على تصرفات وألحقها بالوصية حماية للورثة وكذلك الدائنين، فجعل كل تصرف يكون في مرض الموت أو يكون فيه نية الإضرار بالورثة وصية، وعلى المتضرر إثبات ذلك بكل الوسائل القانونية للإثبات.

المبحث الثاني: أحكام الوصية في القانون الجزائري

نتطرق في هذا المبحث إلى التفصيل في كيفية انعقاد الوصية والشروط التي تحكمها (مطلب أول) ثم إلى مسألة إثبات الوصية (مطلب ثان):

المطلب الأول: أركان الوصية وشروطها

بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري فإنّ الوصية تقوم على أركان لا تصح إلا بتمام شروطها، وركن الشيء هو ما يقوم به بحيث يكون داخلا في ماهيته، والوصية كتصرف لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أربعة أمور تمثل أركانها وهي الموصي، الموصى له، الموصى به (المحل)، والصيغة، وهذا ما أجمع عليه جمهور الفقهاء وأخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وقد اختلف فقهاء الشريعة في اعتبار قيام الوصية على هذه الأركان كلها حيث ذهب البعض إلى أن الركن الوحيد للوصية هو الصيغة (وهو الحنفية) فقط جاء في الدر المختار للحنفية: "ركن الوصية الإيجاب فقط من الموصي بأن يقول أوصيت لفلان بكذا... أما القبول من الموصى له فهو شرط لا ركن فهو في لزوم

الوصية وثبوت الملك به"⁽¹⁾ وهذا هو الراجح عندهم لأن ملك الموصى به للموصى له بمثابة الميراث فلا يحتاج إلى قبول وهذا ما أخذ به القانون السوري في المادة 207 منه، والمصري في المادة 01 منه، والاتجاه الثاني عند الحنفية لا يثبت الملك إلا بالقبول مثل البيع والهبة فلا يثبت ملك إنسان باختياره من غير قبوله لأنه قد يضر به ولا إجبار فيه كالميراث، أما الجمهور (المذاهب الثلاثة الباقية وهم الشافعية والحنابلة والمالكية) فذهبوا إلى أن الوصية لا تقوم إلا بهذه الأربعة⁽²⁾ وهي أركانها وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري وسنبدأ بالصيغة:

الفرع الأول: الموصي وشروطه

الموصي هو المتبرع بماله سواء كان عينا أو منفعة وأن يكون مالكا للشيء طبقا للمادة 186 ق أ ج فإنه يشترط في الموصي شروطا إذا لم تتحقق تبطل الوصية وهي:

أن يكون سليم العقل وأن يكون بالغاً من العمر 19 سنة كاملة بحسب ما ورد في المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشر سنة على الأقل" فقد نصت على شروط يجب توافرها في الموصي لصحة الوصية أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل أي أنها تشترط أن يكون الموصي من أهل التبرع بتوافر ما يلي وهذا يعني تمتع الموصي بكامل قواه العقلية فلا يكون ناقصاً الأهلية أو عديمها كالمجنون والمعنوه، وأن يبلغ سن الرشد وسن الرشد في القانون الجزائري 19 سنة كاملة وأن يكون غير محجور عليه لسبب من أسباب الحجر المذكورة في القانون الجزائري وهي الجنون السفه العته والغفلة⁽³⁾، وتطبيقاً للمادة 186 السابقة الذكر فإن وصية المجنون تعد باطلة بطلاناً مطلقاً باعتباره عديم الأهلية، كما ينطبق هذا الحكم أيضاً على المعنوه، وحسب المذهب المالكي فإن الوصية متى صدرت صحيحة لا تبطل بزوال أهلية الموصي بعد ذلك، وتعتبر الوصية في القانون الجزائري تصرفاً تبرعاً محضاً يتم بدون عوض كأصل عام والذي من شأنها الإنقاص من الذمة المالية للشخص، ومنه فالوصية تعتبر

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 13.

(2) محمد شليبي، المرجع السابق، ص 221-224.

(3) المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معنوه أو سفهه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه.

من التصرفات الضارة ضررا محضا للشخص⁽¹⁾ وذلك بالرجوع إلى المادة 83 فلا تكون صحيحة ولو أجازها الولي ومنه فإنّ المشرع الجزائري قد اعتبر وصية الصبي المميز باطلة وقد أخذ به لأنّه الرأي الأنسب حماية لمصلحة المميّز ناقص الأهلية وهذا استنادا إلى نص المادة 42 من القانون المدني التي تنص: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن أو العته أو الجنون..."⁽²⁾ وعليه فإذا كان الموصي مجنونا أو معتوها فإنّ وصيته تكون باطلة بطلانا مطلقا، وذلك لأن العته والجنون من الأمراض التي تصيب عقل الإنسان فتعدم الإدراك والتمييز لديه. والعبرة في ذلك بوقت إنشائها؛ فإذا كان الموصي في كامل قواه العقلية وقت إنشائها بقيت الوصية صحيحة نافذة حتى لو أصيب بعد صدور وصيته بأحد هذين العارضين⁽³⁾، وهذه تعتبر شروط لصحة الوصية في القانون الجزائري والمتعلقة أساسا بالموصي⁽⁴⁾. فلا تصح الوصية إلا إذا كان الموصي حائزا على أهلية التبرع والتي مناطها البلوغ والعقل.

كما يلاحظ أنه في نص المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري أن المشرع الجزائري أهمل شروط أخرى تتعلق بالموصي لصحة وصيته والتي جاء بها الفقه لاسيما الرضا والاختيار فيشترط الفقه أن يتوافر رضا الموصي بالإيضاء⁽⁵⁾، كما هو الحال في باقي التصرفات خاصة في الهبات وإلا كانت غير صحيحة، ولهذا فمن المتفق عليه فقها وقضاء أن وصية المكره والهازل والمخطئ باطلة كما لا تصح وصية السكران⁽⁶⁾ لأنه يؤدي إلى الإضرار بالورثة.

أولا - الإسلام: لا يشترط في القانون الجزائري الإسلام في الموصي وذلك بموجب المادة 200 ق أج "تصح الوصية مع اختلاف الدين"⁽⁷⁾ ومنها يتضح أن قانون الأسرة لم يشترط الإسلام لصحة الوصية فالوصية من المسلم لغير المسلم أو العكس⁽⁸⁾ فتكون صحيحة شرعا وقانونا.

(1) بن شيخ آث ملويا لحسين، المرجع السابق، ص412.

(2) المادة 42 من قانون رقم 10-05 المؤرخ في: 26 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

(3) زهدور محمد، المرجع السابق، ص70.

(4) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص199.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 8، ص28.

(6) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهيئة - الوصية - الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص48.

(7) المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري.

(8) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص250.

ثانياً: أن لا يكون مديناً: وهو شرط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصي مديناً بدين مستغرق لجميع تركته لأنّ إيفاء الدين مقدّم على تنفيذ الوصية، وقد تعلّق بالمال حق الغير وهو الدائن فتكون الوصية موقوفة على إجازة أصحاب الحق فإذا أجازوها نفذت وإلا بطلت⁽¹⁾ وقد اتفق القانون مع الفقه هنا بالنسبة لوصية المدين فالأصل أنّ إنشاء الوصية لا يتعارض مع الدين، فإذا أنشأ الموصي وصيته تقع صحيحة في حالة استيفائها لجميع شروطها ولا يتأثر الدين في الوصية إلا عند تنفيذها بعد وفاة الموصي⁽²⁾. لهذا نجد أن قانون الأسرة الجزائري منح الأولوية للديون الثابتة في ذمة المتوفى وهذا ما يظهر جليا في المادة 180 منه والتي تنص: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز للدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3- الوصية...⁽³⁾.

الفرع الثاني: الموصى له وشروطه

الموصى له هو الشخص المستحق للوصية والمستفيد منها، ويشترط في الموصى له شروط حتى تصح الوصية وتنفذ صحيحة وهي عدة شروط نص عليه المشرع الجزائري ومعظم أحكام القانون مستمدة من الشريعة الإسلامية وتأخذ بما يحقق النص وحاجة الناس، وهذه الشروط هي أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للتملك والاستحقاق وألا يكون جهة معصية، ولا قاتلا للموصي أو وارثا له:

أولاً- أن يكون الموصى له موجودا: فإن لم يكن موجودا عند إنشاء الوصية لا تصح الوصية؛ لأن الوصية للمعدوم لا تصح لأنها تمليك والتملك لا يجوز للمعدوم⁽⁴⁾ ومعنى موجود أي معين بالاسم أو بالإشارة ووجود الموصى له يكون إمّا حقيقة كإنسان موجود حي ويمكننا تعيينه بالاسم أو بالإشارة...أو تقديرا كالحمل فالوجود التقديري هو الجنين في بطن أمه ويجب أن يكون الحمل الموصى

(1) الزحيلي، المرجع السابق، ص28

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص68.

(3) المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري.

(4) محمد مصطفى، المرجع السابق، ص81.

له موجودا عند إنشاء الوصية بأن يعلم أو يظن ذلك بعد ولادته ويتحقق ذلك بولادته في مدة معينة تختلف باختلاف الأحوال، ففي بعض الحالات لا بد أن يولد في أقل مدة الحمل، وفي أفضل الأحوال لا يشترط ذلك بل يكفي ولادته في أكثر مدة للحمل فإذا زادت في كلا الحالتين يطلب الوصية⁽¹⁾ وذلك لأن الوصية تملك والتملك لا يجوز للمعدوم كذلك قياسا على الميراث لأنه لا يثبت إلا لمن هو موجود بعد الوفاة فكذلك الوصية، وخالفهم المالكية فقالوا بأن الوصية صحيحة ولم يشترطوا وجوده لا وقت إنشاء الوصية ولا وقت موت الموصي⁽²⁾ ولذلك صحّحوا الوصية للمعدوم الذي سوف يوجد بعد وفاة الموصي فأجازوا الوصية للمسجد الذي يسمّى والملجأ الذي سوف يبني، وأجازوا ذلك تيسيرا على الناس في وصاياهم لأن الوصية في حقيقتها مبنية على التساهل والإحسان وتخالف أسباب التملك الأخرى في كثير من الأحكام، وأغلب القوانين أخذت برأي المالكية ومنها القانون الجزائري بموجب المادة 187 ق أ ج والتي جاء فيها: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا؛ فإذا لم يكن هناك حمل تبقى الوصية صحيحة فإذا لم يوجد الحمل كانت الوصية باطلة⁽³⁾، ومعنى ذلك أن الوصية تجوز للمعدوم المحتمل وجوده حتى بعد وفاة الموصي فتبقى الوصية صحيحة مادام هناك أمل وجود الموصى له في المستقبل كالحمل أو كالمسجد الذي سيبنى مستقبلا، وهو ما يتوافق مع ما جاء في المادة 134 ق.أ.ج: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، وكذا المادة 25 من القانون المدني التي تنص في فقرتها الثانية: "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا" واتفقت كل هذه المواد في ضرورة الولادة المصحوبة بعلامة ظاهرة للحياة⁽⁴⁾، وهذا ما جاء موافقا لما ذهب إليه أحكام الفقه الإسلامي.

ثانيا - أن يكون معلوما: أي أن لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن رفعها وإزالتها لأن هذه الجهالة تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له فلا تفيد الوصية، ولأن الوصية تملك عند الموت فلا بد أن يكون الموصى له معلوما في ذلك الوقت حتى يقع الملك له⁽⁵⁾، وقد أجمع جمهور الفقهاء أنه لصحة الوصية لا بد أن يكون الموصى له معلوما علما نافيا للجهالة التي يمكن رفعها، ويتحقق العلم بالتعيين

(1) أحمد محمود الشافعي، الوصية والوقف في الإسلام، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ص، 50-51.

(2) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص30.

(3) أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2003، ص74.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 256.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص34.

بالاسم واللقب إذا كان شخصا ما أو بالوصف إن كان لفئة من الناس كالوصية لطلبة جامعة أو فقراء مدينة ما وعليه فإن الوصية للمجهول تكون باطلة لعدم القدرة على تنفيذها⁽¹⁾ لأن هذه الجهالة تمنع من تسليم الموصى به للموصى له، ولأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنفذ إلا بقبول الموصى له بعد الموت الموصى حتى يتحقق الغرض الحقيقي من هذا التصرف القانوني التبرعي⁽²⁾، والمشرع الجزائري لم ينص على هذا الشرط لكن هذا لا يعني جواز الوصية للمجهول، فبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية نجد هذا الضابط وقد قرّر جمهور الفقهاء هذا الشرط حتى يمكن تنفيذ الوصية ذلك أنها لا تلزم إلا بقبول الموصى له (المواد 184 و192 من قانون الأسرة).

ثالثا- أن يكون أهلا للتمليك: يشترط لصحة الوصية أن يكون الشخص الموصى له أهلا للتمليك وهذا باتفاق جمهور الفقهاء وهذا ما يفيد أن الوصية لمن ليس أهلا للتمليك تكون باطلة⁽³⁾ وقد حدّد الفقه الجهات المؤهلة للتملك والتي تصح الوصية لهم في فئتين أساسيتين فئة الشخص الطبيعي الذي يحوز أهلية التملك حقيقية، وفئة الشخص المعنوي الذي يحوز أهلية التملك تقديرا، لذلك فالوصية لغير هؤلاء تكون باطلة ومثالها الإيصال لحيوان أو نبات إذ يكون باطلا لانعدام أهلية التملك الشيء الموصى به والتصرف فيه، والمشرع الجزائري أغفل ذكر هذا الشرط ما جعل بعضا من أهل الاختصاص يعتقدون بجواز الوصية لمن كان أهلا أو ليس أهلا للتملك على حدّ السواء⁽⁴⁾ إلا أنه وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية فإن الوصية لمن ليس أهلا للتملك تكون باطلة، وعليه فلا تصح الوصية لحيوان مثلا وتبطل على أساس أن الموصى له ليس أهلا للتملك والاستحقاق.

رابعا- أن لا يكون قاتلا: أي أن لا يكون الموصى له قاتلا للموصى فالقتل يمنع صحة الوصية ابتداء واستمرارا ونصت عليه المادة 188 ق أ ج التي جاء فيها "لا يستحق الوصية من قتل الموصى عمدا" معاملة له بنقيض قصده ولحديث: **"ليس لقاتل وصية"**⁽⁵⁾ وبه أخذ القانون وقد اختلف فقهاء الشريعة في نوع القتل المانع من الوصية فقبل سواء كان عمدا أو خطأ مباشرة أو تسببا وهم الحنفية والحنابلة

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص53.

(2) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 257-258.

(3) مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر، الأردن، 2007، ص190. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص35.

(4) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص257.

(5) أخرجه الدارقطني، في سننه، باب الوصايا، ج03، ص382.

أما المالكية فقالوا القتل العمد العدوان⁽¹⁾ ومعنى ذلك أن الخطأ لا يمنع منه الوصية وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، ويستفاد من نص المادة السابقة الذكر أن المشرع الجزائري يشترط في الموصي له ألا يكون قاتلا للموصي حتى تصح الوصية، إذ يصبح غير مستحق للوصية في حالة القتل العمد، ويستوي في ذلك أن يكون القاتل أصليا أو شريكا أو شاهد زور أدت شهادته إلى تنفيذ حكم الإعدام، أو كان عالما بالقتل أو المدبر له، في حين إذا كان قاتلا للموصي بالخطأ كمن كان في حالة دفاع عن النفس فهذا لا أثر له على صحة الوصية ونفاذها، والعلّة من بطلانها توافر نيّة الإضرار واستعجال تنفيذ الوصية قبل أوانها لذلك يعامل القاتل بنقيض قصده عقوبة له، ويشترط هنا أن يكون الموصي له أهلا للمسؤولية الجزائية دون عذر قانوني⁽²⁾ وألا يكون في حالة دفاع شرعي.

خامسا - أن لا يكون وارثا⁽³⁾: إذ أنّه يشترط لنفاذ الوصية ألا يكون الموصي له وارثا للموصي، إذا كان هناك وارث آخر لم يجز الوصية، فإن أجازها باقي الورثة نفذت وتكون بذلك الوصية لوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة لقوله صل الله عليه وسلم: "إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ نَبِيٍّ حَقَّ حَقِّهِ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ"⁽⁴⁾، لأن في تفضيل بعض الورثة على البقية ما يخلق نوع من البغض والكرهية وقطع الرحم والحسد والشقاق والنزاع بينهم.

والمعنى من الحديث أن الوصية لوارث لا تنفذ إطلاقا حتى لو كان مقدار الموصي به لا يتعدى الثلث إلا إذا أجازها الورثة، فإن لم يجزها الورثة تكون باطلة ولا تنفذ، وإن أجازها فئة من الورثة وفئة لم تجزها كانت جائزة في حصة المجيز، وهذا شرط لنفاذ الوصية عند جمهور الفقهاء إذ قرّروا أنه لا تكون الوصية صحيحة ولا جائزة إلا إذا أجازها الورثة⁽⁵⁾ وهذه الإجازة تكون بعد وفاة الموصي أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا الشرط بنص المادة 189 من قانون الأسرة وقضت به المحكمة العليا في قراراتها.

(1) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص37.

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص208.

(3) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 209 - 210.

(4) سبق تخريجه.

(5) الزحيلي، المرجع السابق، ص41.

سادسا- ألا يكون الموصى له جهة معصية: ويقصد بالجهة المعصية الجهة المحرمة شرعا وقانونا، فالوصية شرعت لتكون قرينة أو صلة وشرعت للإصلاح والخير لا من أجل الفساد والمنكر والخروج عن المعقول، ولذا فلا يصح للمسلم أن يوصي لجهة حرمتها الشريعة الإسلامية كالوصية لدور اللهو والكنائس والأماكن التي لا تخص المسلمين، وقد تكون الجهة الموصى إليها غير محرمة في ذاتها ولكن الباعث عليها محرم كالوصية التي يكون الهدف منها استمرار العلاقة غير الشرعية بين الموصي والخليفة، فالرأي الراجح هنا - حسب المالكية والحنابلة ومنهم ابن تيمية وابن القيم- أنها باطلة؛ لأن العبرة بالقصد والنية والباعث حينئذ مناف لمقاصد الشريعة الإسلامية مما يجعلها باطلة⁽¹⁾ وبالرجوع إلى القانون المدني فإننا نجد أقرب إلى هذا الرأي من خلال المواد 97 و98 منه باعتبار الوصية من التصرفات الرضائية والتي تنص: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا" بالإضافة إلى المادة 98 التي تنص: "كل التزام مفترض أنه له سببا مشروعاً ما لم يعم الدليل على ذلك"، أما اتحاد الدين بين الموصي والموصى له فليس شرطاً لصحة الوصية ما يفيد أنه تصح وصية المسلم لغير المسلمين كما تصح وصية غير المسلم للمسلم عند فقهاء الشريعة الإسلامية⁽²⁾، واستناداً على ما تقدم يمكن القول بأن الوصية لا تكون صحيحة إلا إذا كان كل من الجهة الموصى لها والباعث على الإيصال غير محرّمين لأن المعصية تحول دون تحقيق الغاية من الوصية⁽³⁾ لأن الوصية شرعت لتكون قرينة وصلّة فإذا كان الموصى له جهة معينة لم يتحقق شيء من ذلك.

الفرع الثالث: الصيغة وشروطها

إنّ الأصل في صيغ التصرفات أن تكون منجزة ولا يخرج عن هذه القاعدة إلا الوصية فهي تأتي بالتنجيز وذلك بحكم طبيعتها لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وبالتالي فإنّ صيغتها لا تكون إلا مضافة إلى أجل⁽⁴⁾ والأجل هنا هو وفاة الموصي، وباعتبارها أمر مهم في إنشاء الوصية هي اللفظ الدال على الوصية أو ما قام مقامها من الإشارة أو الكتابة؛ وللاشارة فإن هناك خلاف في الفقه

(1) المرجع السابق، ص 41.

(2) محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 82-83.

(3) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 65.

(4) الزحيلي، المرجع السابق، ص 47.

الإسلامي حول هذه المسألة فذهب الجمهور إلى أن الصيغة تتمثل في الإيجاب الصادر من الموجب دون اشتراط قبول الموصي له، وذهب البعض الآخر إلى أن الصيغة لا تتم إلا بالإيجاب والقبول أي بالإيجاب والقبول معا، وقد أخذ المشرع الجزائري بالمذهب الأول أخذا برأي الجمهور واعتبر الإيجاب وحده محقق للوصية في حين أن القبول ما هو إلا شرط للزوم الوصية حيث يفهم اشتراط القبول ضمنيا من المادة 197 ق أ ج جاء فيها: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي" بحيث لا يوجد فيها ما يدل صراحة على اعتبار القبول ركنا، وهذا أخذا من الفقه الإسلامي، وتتكون الصيغة من الإيجاب والقبول:

أولاً- الإيجاب: هو ما يصدر من الموصي على اعتبار أن الوصية تنشأ بالإرادة المنفردة للموصي فإن الإيجاب ركن مهم في الصيغة فإذا انتفى كانت الوصية باطلة، والإيجاب هو كل ما يدل من الموصي من لفظ أو كتابة أو إشارة⁽¹⁾ تدل على قصد المتبرع لما بعد الموت، أي كل ما يصدر من الموصي يدل على نية التبرع، وفي القانون الجزائري نجده لم يفصل في شروط الإيجاب الذي تتم به الوصية في قانون الأسرة ولذلك نرجع للقواعد العامة التي تنظم الالتزام في القانون الجزائري، فيتم الإيجاب باللفظ الصريح كأن يقول الشخص: أوصي فلان بكذا، ويتم بكل لفظ غير صريح ولكنه يفهم منه التبرع لما بعد الموت (تمليك لما بعد الموت ضمني)، مثلا: كأن يقول وهبت كذا لفلان بعد موتي، منحت، أعطيت، أهديت... كما يمكن أن تكون الوصية بالكتابة وهذا يصح وإن كان الموصي غير قادر على الكلام وغير قادر على الكتابة فيجوز انعقادها بالإشارة (الرجوع للقواعد العامة)، أما إذا كان الموصي ذو عاهتين كأن يكون أصما وأبكما فإنه يخضع لأحكام المادة 80 ق.م.ج⁽²⁾ والتي تنص أنه إذا استحال التعبير عن الإرادة من الموصي ذو عاهتين تعين له المحكمة وصيا يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته.

ثانيا- القبول: نكرنا أن الوصية تتعد بالإيجاب الصادر من الموصي ولكن لزومها يتوقف على قبول الموصي له، ويكون القبول في الوصية بكل لفظ صريح أو ضمني بعد وفاة الموصي كان يقول مثلا قبلت وصية فلان صراحة أو رضيت، أو أن يصدر منه تصرف يدل على قبوله الوصية كأن يتصرف

(1) المرجع السابق، ص 47.

(2) وهو القانون رقم 10-05 المؤرخ في: 26 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

في الوصية بالانتفاع بالمال الموصى به تصرفا يدل على الرضا، ولا يشترط فيه أن يصدر من كامل الأهلية حيث يجوز لناقصها أن يقبل الوصية لأنه تصرف نافع له نفعاً محضاً أي يعود عليه بالمصلحة أما إذا كان عديم الأهلية وجب أن يتوقف على إجازة ممن له حق الولاية عليه وهو الولي أو الوصي أو المقدم، وهذا حسب ما جاء في المادة 179: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي" ومعنى ذلك أنه لا عبرة بالقول الذي يكون في حياة الموصي، وللاستفادة فإن قانون الوصية المصري جاء في المادة 20¹ منه ما يبين صراحة أن القبول شرط لزوم للوصية جاء فيها: "تلتزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى فإذا كان الموصى له جنيناً أو قاصراً أو محجوزاً عليه يكون قبول الوصية أو ردها من له الولاية على ماله بعد إذن المجلس الحسبي، ويكون القبول من الجهات والمؤسسات والمنشآت ممن يمثلها قانوناً فإذا لم يكن لها من يمثلها لزمّت الوصية بدون توقف على القبول" أما في القانون الجزائري فقد اشترط في المادة 191 فقرة 1 منه تصريح الموصي بالوصية فقط دون حاجة لاقتترانه بالقبول من الموصى له وأكدت المادة 197 منه على ما يلي: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي"، وهذا ما يبيّن نية المشرع في اعتبار الوصية تصرفاً ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي، بحيث أكد على وقوع القبول بعد الوفاة وبالتالي عدم اقتترانه بالإيجاب؛ وعليه فإن القبول لا يكون إلا شرطاً للزوم الوصية وبه تثبت ملكية الموصى به هذا بالنسبة لركن الصيغة.

الفرع الرابع: الموصى به (المحل) وشروطه

الموصى به وباعتباره محل الوصية يشترط فيه هو الآخر جملة من الشروط التي لا بد أن تتوفر به حتى تصح الوصية وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أولاً- أن يكون قابلاً للتوارث والتملك: أي أن يكون مما يجري فيه الإرث بأن يكون محلاً للتعاقد لأن الوصية تملك ولا يملك غير المال، والمال الموصى به يشمل الأموال المنقولة والعينية من عقار ودور وأشجار وعروض تجارية وحيوان ولباس وأثاث ونحوها، والديون التي في ذمة الغير والحقوق المستحقة في الذمة، وحقوق الارتفاق وهي المقدرّة بالمال من مرور وشرب ومسيل، والمنافع كسكنى الدار أو

(1) قانون الوصية لسنة 1946.

زراعة الأرض وغلة البستان وركوب السيارة (أي ما يملك بعين)⁽¹⁾، ومفاد هذا الشرط أن الوصية لا تعد صحيحة إلا إذا كان الموصي به مما يصلح أن يكون تركة تنتقل من المورث إلى ورثته، أو مما يصلح أن يكون محلا للتعاقد بموجب أحد العقود الناقلة للملكة كعقد البيع مثلا، ذلك أن الوصية في حقيقتها تمليك وما لا يقبل التوريث لا يقبل التمليك⁽²⁾، وما لا يقبل التمليك لا يصلح أن يكون محلا للوصية، وعليه فإن كل وصية بوظيفة عامة أو أملاك عامة أو أملاك مجهول صاحبها أو حقوق شخصية أو مهنية تكون باطلة.

ثانيا- أن يكون متقوما: وهذا الشرط بما خصّه الفقهاء بالموصى به الذي يكون في صورة مال⁽³⁾، والمال المتقوم هو الذي يصح أن يكون محلا للتعاقد بأن يكون مباحا شرعا الانتفاع به، وهو شرط لازم لكل من الموصي والموصى له حماية للطرف المسلم، سواء كان هو الموصي أو الموصى له فالوصية بالخمير أو بالخنزير وصية باطلة إذا كان هو الموصي أو الموصى له، لأنّ الخمر والخنزير أموال غير متقومه لأنها محرمة في الشريعة الإسلامية لذلك لا تصح أن تكون محلا للوصية⁽⁴⁾ فلا تصح الوصية بالميتة مثلا والمخدرات وكل ما هو محرم أو معصية فكلها أموال غير متقومة في مفهوم الشرع الإسلامي.

ثالثا- أن يكون موجودا: ومعنى ذلك أن يكون موجودا في ملك الموصي عند إنشاء الوصية إذا كان معنا بالثلث كأن يوصي بالدار معنية الفلانية ويعيينها أو يشير إليها فإنه يشترط وجودها عين إنشاء الوصية لأنه لا يتم الوصية بشيء غير موجود، أما إذا كان بالوصية فهي خلاف في الشريعة الإسلامية ولكن الراجح إذا كان وصفه معنا له فهو جائز، وفي القانون الجزائري نستنتج ذلك من المادة 190 ق أ والتي فيها: "أنه يجوز الوصية في الأموال التي تكون عينا وهذا قد يدل على أنه يشترط أن يكون موجودا".

ويجب أن يكون الموصى به هنا في ملك الموصي عند إنشاء الوصية ولذا لا تصح الوصية بملك الغير، وهذه الأحكام أكدّها المشرع الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة التي تشترط أن

(1) الزحيلي، المرجع السابق، ص 44-45.

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 213.

(3) كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 46.

(4) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 68.

يكون الإيحاء بالأموال التي يملكها الموصي عند الوصية، ويقصد هنا الأشياء المعيّنة بالذات، أما إذا كان الموصى به غير معين بالذات ولم يكن جزء في شيء معين ولا نوع معين بل كان شائعا في المال كله فيشترط وجوده عند الوفاة وإلا بطلت الوصية.

رابعاً- أن يكون في حدود الثلث: لتكون الوصية قابلة للتنفيذ فلا بد من توافر أهم شرط فيها وهو ألا تزيد على الثلث وهذا الشرط مصدره الشريعة الإسلامية إذ اتفق الفقهاء أن الوصية أن لا تزيد عن ثلث التركة تكون غير جائزة لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قوله صل الله عليه وسلم: "الثلث والثلث كثير"⁽¹⁾ فرأي جمهور الفقهاء أنها ليست باطلة وأنها صحيحة إذا ما كانت في حدود الثلث فقط ومتوقفة في ذلك على إجازة الورثة فيما زادت عن ذلك فإن أجازها الورثة صحّت وإن رفضوها بطلت⁽²⁾، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال المادة 185 من قانون الأسرة: "تكون الوصية في حدود الثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"⁽³⁾، ويشترط لصحة إجازة الورثة أن يكون المجيز من أهل المتبرع عالماً بالموصى به وأن يكون بالغا عاقلا غير محجور عليه لسفه أو عته أو مرض موت فلا تجوز إجازة الصغير والمجنون.

كما يجب أن تكون الإجازة بعد موت الموصي فلا عبرة بإجازة الورثة حال حياة الموصي، سواء كانت الوصية لوarith أم لأجنبي زادت عن الثلث، ولكن في الشريعة الإسلامية إذا لم يكن للموصي إلا وارثا واحد فقط فلا يشترط بل تنفذ الوصية في جميع المال، وإن كان له أكثر من وارث وأوصى لوarith بأكثر من الثلث توقفت الوصية فيما زاد عنه على إجازة الورثة، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري في المادة 185 ق أ والتي جاء فيها "تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة"، ومعنى ذلك إن أجازها باقي الورثة نفذت وإن لم يجزها فهي باطلة، وإنما توقفت على إجازة باقي الورثة لأنها تصرف فيما يتعلق به حق للغير وهما الثلثان فيتوقف على إجازة الحق وهو الورثة. فإذا لم يكن له وارث انعدم المال من النفاذ.

خامساً- أن لا يكون الموصي به مستغرقا بالدين: ومعنى ذلك أن لا يكون الموصي مدينا بدين يستغرق جميع أمواله، لأن الديون باقية في ذمة الموصي مقدمة على كل حق، وهذا ما جاء في نص

(1) سبق تخريجه.

(2) شيخ نسيمه، المرجع سابق، ص 216-217.

(3) المرجع نفسه، ص 203.

المادة 180 ق.أ.ج وعليه إذا كان الموصي به مستغرق بالدين فلا تنفذ الوصية ولو كانت صحيحة، وفيه من يقول بأنه إذا لم يجز الدائنون ذلك لا تنفذ أما إذا أجازوا الدائنون فهنا تنفذ الوصية كما سبق توضيحه.

المطلب الثاني: إثبات الوصية ومبطلاتها في القانون الجزائري

الوصية عموما تقوم في أصلها الشرعي على الرضا لكن هذا لا يمنع من خضوعها لمجموعة من الأحكام الشكلية وقد أدخل المشرع الجزائري الشكلية في إثباتها وذلك بصريح نص المادة 199 من قانون الأسرة الجزائري والتي منها جاء فيها "تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية"⁽¹⁾ وهو ما يبين أن الإثبات يشمل كذلك الانعقاد كما سيأتي:

الفرع الأول: إثبات الوصية في القانون الجزائري

معظم التصرفات القانونية في القانون الجزائري تخضع لمبدأ الشكلية في التعاقد أي أنها لا بد من إفراغها في شكل معين والوصية باعتبارها تصرف قانوني فلا بد من التقصي حول مسألة الكتابة فيها؛ وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني يتضح أن المشرع الجزائري يعتبر الوصية تصرفا رضائيا يصدر من جانب واحد، ولم ينص على الشكل الواجب توافره في الوصية لا كشكل انعقاد ولا كشكل إثبات، ولا حتى كشكل متعلق بالشهر إنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية وذلك بموجب المادة 775 من القانون المدني التي تنص: "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"⁽²⁾ أما في قانون الأسرة فقد استدرك المشرع أمر إثبات الوصية وجاء بالنص في المادة 191 السالف الذكر والتي تعني تحرير عقد عند إنشاء الوصية وهو ما يعتبره المشرع في الوقت نفسه كدليل لإثباتها ولا يتصور ذلك إلا في حالة النزاع على وجودها من عدمه؛ مما يجعلنا نفكر أن هذه الشكلية للإثبات وليس للانعقاد، وبالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نجد مصطلح *acte authentique* وهو ما يقابل يقابل "عقد" باللغة العربية وقد وضع بالعربية "محرر" فإن المقصود به هو المحرر أما مصطلح عقد فما هو إلا ترجمة خاطئة لم يقصد به اعتبار الوصية عقدا مما يجعلنا نقول صراحة أن

(1) المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) زهدور محمد، المرجع السابق، ص 76.

حكم هذه المادة يتعلق بمسألة إثبات الوصية بقوله بصريح العبارة "تثبت الوصية" كما أنه لم يرتب جزاء البطلان على عدم كتابتها في شكل رسمي⁽¹⁾، فلكي تكون الوصية صحيحة لا بد من توفر وسائل تسهل إثباتها حتى لا يقع إشكال فيما بعد موت الموصي حول مسألة وجود الوصية من عدمه.

أما بخصوص المادة 12 من قانون تنظيم مهنة التوثيق الصادر بموجب الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 التي تنص أن "أي عقد يتضمن نقل عقار وحق عقاري لا بد أن يحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان"⁽²⁾ ولما كانت الوصية تصرف صادر من جانب واحد تصدر بالإرادة الحرة للموصي فإنه لا مجال لتطبيق نص هذه المادة على الوصية لأنها لا ترقى إلا أن تكون عقداً⁽³⁾، إلا إذا عدلت هذه المادة لما يتوافق وطبيعة الوصية وذلك باستبعاد مصطلح "العقود" واستبدلته بمصطلح "التصرفات" حتى يصبح النص عاما وشاملا لجميع التصرفات سواء الصادرة من جانبين أو الصادرة من جانب واحد، ذلك أن مصطلح التصرفات أشمل من مصطلح العقود⁽⁴⁾ وعليه وبالرجوع لنصوص قانون الأسرة الجزائري لا نجد أي نص قانوني يتعلّق بمسألة كتابة الوصية كركن الانعقاد، وهذا ما يفسّر أن المشرع الجزائري إما أنه قد أهمل هذه النقطة الهامة أم أنه تعمد ذلك وهذا ما يفتح المجال لحرية الأشخاص في الإيلاء شفاهة أو بالكتابة⁽⁵⁾، ولكن الفقرة الثانية تلغي كل هذا التحليل لتجعل من مسألة إثبات الوصية مسألة انعقاد وليس في حالة النزاع وهو ما جاء في الفقرة من إمكانية إثباتها بحكم قضائي والذي يكون في حالة وجود مانع قاهر يحول دون إفراغ الوصية في كتابة توثيقية، فإنها تثبت بحكم صادر عن المحكمة بعد الاستماع إلى الشهود وكذا بإقرار الورثة ويؤشر بالحكم على هامش أصل الملكية إذا كانت الوصية منصبة على عقار، وهذا ما نصت عليه المادة 191 فقرة 02 من قانون الأسرة بقولها "وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية" وهذا ما أكدته المحكمة العليا غرفة الأسرة والمواريث بتاريخ 16 جانفي 2008 ملف رقم 413 209 بقولها: "ذلك أنه الوصية تكون بتصريح الموصي أمام الموثق مع تحرير عقد

(1) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 225.

(2) المادة 12، الأمر 70-91، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في 15 ديسمبر، 1970، عدد 107، الصادر بتاريخ، 25 ديسمبر 1970.

(3) شيخ نسيمية، المرجع السابق، ص 221.

(4) زهدور محمد، المرجع السابق، ص 77_78.

(5) شيخ نسيمية، مرجع سابق، ص 225.

بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر يمكنه إثباتها بجميع طرق الإثبات⁽¹⁾ ولإثبات الوصية في حالة وجود المانع القاهر وعدم تمكن الموصي من إفراغ الوصية في تصريح توثيقي يقوم الموصى له برفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة نوعيا ومحليا وذلك من أجل استصدار حكم قضائي لإثبات الوصية.

واستنادا على ما سبق فإن الوصية تثبت عن طريق محرر رسمي يتم أمام الموثق أو بحكم قضائي، ويقصد بذلك أنه في حالة ما إذا تعذر على الموصي تحرير وصيته أمام الموثق لوجود مانع قاهر فللموصي له أن يرفع دعوى قضائية من أجل إثبات حقه في الوصية، وهذه الدعوى تلزم فيها القاضي بالتأكد من مدى توفر وجدية المانع القاهر فإن ثبت ذلك حكم بتثبيت الوصية فإذا ثبت العكس وفض الدعوى وذلك لأنه لا يتم اللجوء للاستثناء إلا إذا تعذر العمل بالأصل⁽²⁾ إذ أن النص واضح في هذه المسألة.

الفرع الثاني: مبطلات الوصية⁽³⁾

إذا وقعت الوصية مستوفية جميع شروطها وأركانها كانت صحيحة غير لازمة، وقد يحدث ما يعرقل لزومها فيبطلها ومبطلاتها كثيرة ذكر القانون الجزائري منها، المادة 201 ق أ ج ولكن هناك مبطلات أخرى تظهر من خلال المادة 222 ومن خلال القوانين العامة في القانون المدني نذكرها إجمالاً:

أولاً- موت الموصي له قبل موت الموصى: وهذا متفق عليه ذكره القانون الجزائري لأن التملك وقع له وليس لغيره فبموته زالت الأهلية فلا تصح الوصية صدقة لغيره جاء في المادة 201ق، أ،ج: "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها".

ثانياً- إذا تعذر تعيين الجهة الموصى إليها: سواء كانت جهة عامة أو خاصة فإذا تعذر تحديدها هنا تبطل الوصية مثال أوصي لمحمد دون التفصيل في اسمه بدقة.

(1) مجلة المحكمة العليا، عدد 02 لسنة، 2008، ص 304-305.

(2) علاوة بوتغرار، الوصية تطرح نقائض، مجلة الموثق، العدد الأول، 2001، ص 09.

(3) الزحيلي، المرجع السابق، ص 112 فما بعدها.

ثالثا- قتل الموصى له للموصي عمدا: كما سبق التفصيل في ذلك فتبطل إذا تحققت شروط القتل لنص المادة 188ق أ ج: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

رابعا- رد الموصي له للوصية كلها أو بعضها: ويكون ذلك قبل قبوله وبعد موت الموصي لنص المادة 201 ق أ ج.

خامسا- هلاك المحل: وخاصة إذا كان معينا سواء كانت الوصية به كله أو ببعضه ويتصور ذلك أن يكون الملك مشاعا مثلا ويعترف الموصي بجزء من ذلك الملك تبطل الوصية.

سادسا- زوال أهلية الموصي: مثلا بالجنون المطبق قبل الموت لأن الوصية تصرف غير لازم يصح الرجوع عنه متى تشاء وقد كان يمكنه الرجوع في وصيته لولا هذا الجنون هنا تغلبا كحق الموصي تبطل الوصية.

سابعا- رجوعه عن الوصية: لأن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي وله حق الرجوع فيها قد يكون صريحا أو دلالة لأنه لم يتعلق بها حق للموصي له في حياة الموصي، فلا يترتب على الرجوع فيها إلحاق الضرر بأحد، ولكن يقسم الرجوع إلى قسمين: رجوع صريح ورجوع غير صريح (ضمني)؛ فالرجوع الصريح كأن يقول ذلك بلفظ صريح رجعت عن الوصية الفلانية، رجعت عن وصيتي، أبطلت، فسخت، ألغيت...حسب نص المادة 192 ق، أ، ج فإن الرجوع في الوصية صراحة يكون بوسائل إثباتها بما أن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي فإنه يجوز لهذا الأخير التراجع عنها صراحة بالطريقة نفسها التي صدرت بها كأن يذهب إلى الموثق المحرر لوثيقة الوصية ويصرح من جديد بأنه يتراجع عنها وذلك بإرادته المنفردة، ويتم ذلك بحضور شاهدي عدل، والرجوع الضمني كأن يتصرف في الوصية، بعث هذا الشيء الموصى به كقوله أيضا وهبت هذا الشيء الموصى به، أوقفت، تصدقت...إلخ، وقد يقوم بتوكيل شخص للتصرف في هذه الوصية بجميع التصرفات الناقلة للملكية أو غير الناقلة لها، وقد أشار المشرع الجزائري في المادة 192 من ق أ ج أخذا بالجواز في الرجوع سواء في جواز الرجوع في الوصية، أو في طريقة الرجوع حيث قسّمه إلى قسمين صريح وضمني مثل فقهاء الشريعة. فقد جاء في المادة 192 ق أ ج: "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها".

الفصل الثاني: الهبة في القانون الجزائري

تعتبر الهبة كذلك من التصرفات التبرعية أولاها المشرع الجزائري اهتماما كبيرا وخصّص لها جزءا مهما في قانون الأسرة، مبيّنا شروطها وأحكامها، وسنقدم في هذه المحاضرة شروط إنشاء عقد الهبة في القانون الجزائري وأركان تكوينه وبيان أحكامه التي نظمت في قانون الأسرة والقانون المدني إضافة إلى الفقه الإسلامي والقضاء الجزائري؛ وعليه سنقسّم الفصل إلى مبحثين فنخصص (المبحث الأول) لمفهوم الهبة من خلال التطرق إلى تعريفها والتطرق إلى الخصائص التي تميّزها، في حين نتناول في (المبحث الثاني) إلى انعقاد الهبة وإنشائه من خلال التطرق لأركان الهبة وشروطها الموضوعية والشكلية ونشير إلى بعض أحكام الهبة ونقتصر على الرجوع فيها:

المبحث الأول: مفهوم الهبة في القانون الجزائري

لا شك أن التصرفات التي تدخل في نطاق التبرعات تحتاج إلى التفصيل في خصوصياتها وما يميزها عن غيرها من التصرفات، لذلك كان لزاما توضيح مفهوم عقد الهبة الذي يعتبر نوعا خاصا من التبرع له ما يميزه عن التصرفات التبرعية الأخرى، وقد أدرجت ضمن هذا المبحث مطلبين تناولت في (المطلب الأول) تعريف الهبة لغة ثم فقها وقانونا وخصائصها أما (المطلب الثاني) فخصّصته لتمييز عقد الهبة عن غيره من التصرفات:

المطلب الأول: تعريف الهبة وخصائصها

تعدّدت تعريفات الهبة في مختلف التشريعات واختلفت في بعض القيود بين التعريف الفقهي والقانوني لذلك ارتأيت تعريفها لغة ثم فقها ثم قانونا (الفرع الأول) ومن ثمة تحديد الخصائص التي يتمتّع بها عقد الهبة (الفرع الثاني):

الفرع الأول: تعريف الهبة

نتطرق في التعريف اللغوي (أولا) والتعريف الاصطلاحي (ثانيا).

أولاً- تعريف الهبة لغة:

الهبة لغة مأخوذة من الفعل وهب يهب يعني تفضّل وأعطى جاء في لسان العرب الهبة هي العطية الخالية من الأعواض والأغراض⁽¹⁾، وهو المعنى الذي يظهر في المعنى الاصطلاحي بإضافة قيود أخرى، فتكون الهبة لغة هي العطية والتفضل بدون عوض.

ثانياً - تعريف الهبة اصطلاحاً:

نعرفها في الاصطلاح الفقهي (01) ثم القانوني (02) كالآتي:

1- تعريف الهبة في الاصطلاح الفقهي: اختلفت التعريفات للهبة في الفقه الإسلامي وذلك تبعاً لما يشترطه علماء كل مذهب في عقد الهبة من شروط وما يربحونه من أحكام إلا أنها متقاربة المعنى نذكر أهمها:

أ- **عند الحنفية:** عرفها الحنفية بأنها: "الهبة تملك العين بلا عوض"⁽²⁾ وهذا يعني أن الشخص المالك لعين معينة يحق له تملكها لغيره دون عوض مالي، كما يجوز له أن يهب تلك العين بشرط العوض، والتملك يشمل بعوض أو بغير عوض ولكن قولهم "بلا عوض" أخرجها عن المعاوضات، أما قولهم في الحال فقيد مُخرج لتصرفات أخرى تكون بغير عوض ولكنها تملك لما بعد الموت وهي الوصية أي الهبة تكون أثناء الحياة، وقولهم في الحال تمييزاً لها عن الوصية أي تكون في حياة الواهب.

ب- **تعريف المالكية:** في مجملها تعني التبرع بالمال في حال الحياة وهي مستحبة منعقدة بكل قول أو فعل يدل عليها عرفها فقهاء المذهب المالكي بقولهم: "تملك لذات بلا عوض لوجه المعطى"⁽³⁾ أي هي تملك لذات تشمل الهبة ويخرج منها تملك المنافع كالعارية والوقف، والقصد منها هو مرضاة الشخص الموهوب له أي لمصلحة الموهوب له وليست لمصلحته الشخصية فتخرج بذلك الصدقة لأنها تملك الغرض منه مرضاة الله تعالى والحصول على ثواب الآخرة.

(1) ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، (طبعة دار صادر، بيروت، لبنان، دت)، ج6، ص4929.

(2) الزيلعي، المصدر السابق (المطبعة الأميرية الكبرى، مصر، 1315هـ، د ط، ج5)، ص91.

(3) الرضّاع، المصدر السابق، ص552.

ج- **تعريف الشافعية:** هناك عدة تعاريف في المذهب منها: " التملك بلا عوض"⁽¹⁾ وهو تعريف واضح يبيّن أن الهبة من التبرعات حال الحياة كما أنها تتم بلا عوض، والتملك خرج عنه ما ليس فيه تملك كالعارية والوقف لأنه إباحة.

د- **تعريف الحنابلة:** وعرفها الحنابلة بأنها: "تملك في الحياة بغير عوض"⁽²⁾ ، وهذا تعريف فيه توضيح لشروط الهبة وبعض أركانها وقوله تملك جائز التصرف معناه أن يكون لشخص مالا مملوكا فيملكه لغيره، وما يستخلص من هذه التعاريف الفقهية أن الهبة تملك المال يكون حال الحياة بشروط خاصة وتكون بلا عوض وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.

2- تعريف الهبة في الاصطلاح القانوني:

عرّف المشرع الجزائري الهبة بنصه في المادة 202 من قانون الأسرة التي جاء فيها: "الهبة تملك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز هذا الشرط" ومن خلال نص المادة يتّضح لنا أن الهبة تصرف يفيد نقل الملكية على وجه التبرع وإذا اشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين فإن ذلك جائز ولصحة الهبة يجب أن يكون الالتزام محددًا بدقة في عقد الهبة وللواهب أن يستعمل حق الحبس للمال الموهوب لغاية تنفيذ الموهوب له لالتزامه⁽³⁾، كما نصت المادة 206 من نفس القانون: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات" مشيرًا إلى أن الهبة عقد وذلك بقوله تتعقد وذكر الإيجاب والقبول مما يجعل مفهوم الهبة في قانون الأسرة عقدا كسائر العقود، فيكون عقدا قانونيا يستلزم رضا الطرفين الواهب تتصرف إرادته إلى إنشاء عمل قانوني بحيث يتنازل عن ماله ولا يبغى من ورائه منفعة شخصية فلا يبغى من وراء عقد الهبة تحقيق منفعة شخصية له وإنما قصده الوحيد هو إثراء الموهوب له، كما أنّ المتأمل في نص المادتين السّالفتين الذكر يفهم أن الهبة عقد بين الأحياء يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين وبموجبه تنتقل ملكية الشيء الموهوب

(1) الشريبي، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 2000، ج3، ص 559.

(2) ابن قدامة، موفق الدين، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن وعبد الفتاح الحلو (دار عالم الكتب، الرياض، 1997م، ط3، ج8)، ص239.

(3) لحسن بن الشيخ آت ملويا، قانون الأسرة دراسة تفسيرية، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص 160.

من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض وعلى سبيل التبرع، فيترتب على ذلك افتقار من جانب الواهب الذي تنازل عن ماله كله أو بعضه على سبيل التقرب إلى الله عز وجل وإثراء من جانب الموهوب له⁽¹⁾، أي أن الواهب يقوم وعن طواعية ودون إكراه بإعطاء شيء من ماله أو كله لشخص آخر يسمّى الموهوب له بدون مقابل، كما يجوز أن تكون الهبة على شكل منفعة أو دينا لدى الغير⁽²⁾. وعليه فالهبة قانونا هي عقد لا يخرج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد بمجرد توافر الشروط الموضوعية والشكلية، كما أنه عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواهب إلا أن المشرع وضع استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بحيث أجاز للأب والأم في حدود ضيقة جدا إمكانية الرجوع عن الهبة التي يهبانها إلى الأبناء مهما كان سنهم.

الفرع الثاني: خصائص الهبة في القانون الجزائري

تتميز الهبة بمجموعة من الخصائص التي تميّزها عن غيرها من العقود والأنظمة التبرعية الأخرى، وكون الهبة هي التصرف التبرعي المشهور بين الناس قد يطلق على كل تبرع هبة وإزالة هذا اللبس سوف نحاول ذكر الخصائص التي تنفرد بها الهبة وتمييزها عن غيرها من العقود والأنظمة الأخرى:

أولاً- الهبة تملك دون عوض: أي أنها من التصرفات التبرعية التي تتم بدون مقابل معنى ذلك أن الواهب يتصرف في ماله دون عوض فيلتزم بنقل حق عيني إلى الموهوب له ويتحقق ذلك بالتصرف مباشرة في المال، كما يجوز أن يلتزم الواهب للموهوب له بحق شخصي هو إعطاء شيء فيجوز أن تتحقق الهبة لا عن طريق الالتزام بنقل حق عيني، بل بطريق الالتزام بحق شخصي كأن يلتزم الواهب للموهوب له بمبلغ من النقود وهذا تصرف غير مباشر في المال إذ هو إنقاص من مجموع ذمة الواهب، كما أن جوهر عقد الهبة هو نية التبرع والذي يعني اتجاه إرادة الواهب إلى إحداث أثر قانوني⁽³⁾ فقد يتصرف الشخص في ماله دون عوض ولا تكون عنده نية التبرع كأن يوفي بدين على شخص فيكون تصرفه هذا وفاء لا هبة ولا يستطيع الرجوع عنه وتنتفي نية التبرع كالمكافآت السنوية التي تدفعها الشركات⁽⁴⁾ وأصحاب الأعمال للمستخدمين تعتبر مكافآت وتعد جزءا من المرتب ولا يمكن

(1) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص17.

(2) دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2013، ص174.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 10.

(4) محمد يوسف عمرو، المرجع السابق، ص224.

اعتبارها هبة ومثل تجهيز الوالد ابنته فهذا لا يسمى هبة وإنما نفقة واجبة، فالعبرة في الهبة أن تتجه نية الواهب للتبرع دون الحصول على أي مقابل إثابة على صنيع أو جني منفعة له، كما أن الكشف عن نية التبرع هي من المسائل الواقعية التي يستقلّ في تقديرها قاضي الموضوع.

ثانيا- الهبة تصرف بين الأحياء: أي أنها تتم حال حياة الواهب فإذا كانت إلى ما بعد الموت فهي وصية، والمشرع الجزائري لم يصرح بذلك ولكن قد يفهم ذلك من المادة 206 ق أ التي جاء فيها: "تتعقد الهبة بإيجاب وقبول" فما دام اشترط القبول فكأنه يصرح بأنها عقد بين الأحياء الواهب والموهوب له وذلك لا يتم إلا بين شخصين وخلال حياتهما أي في حياة كل من الواهب والموهوب له، سواء كان تملك الشيء الموهوب حالا أو في المستقبل شريطة أن يبقى الواهب حيا. وهذا ما أخذ به القضاء الجزائري في قرار صادر عن المحكمة العليا عن غرفة الأحوال الشخصية بتاريخ 1998/03/17 فصلا في الطعن رقم: 186058 حيث جاء فيه "من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية وأنها لا وصية لوأرث إلا إذا أجازها الورثة، ولما كان الثابت في قضية الحال أن الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطاعنة زوجته بشرط نقل الملكية إلى ما بعد الموت ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير وجيه، ولما قرر المجلس إبطال الهبة واعتبارها وصية فإنه التزم صحيح القانون"⁽¹⁾. كذلك القرار الصادر في 2005/10/19 والذي أكدت فيه على أن "التصرف على أساس الهبة المنفذ بعد وفاة المورث في تركته يأخذ حكم الوصية"⁽²⁾.

ثالثا- الهبة عقد شكلي وعيني: نعني بالشكلية أنه لا يكفي لانعقاد الهبة وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل معين حسب نص المادة 206 من قانون الأسرة، ولذلك يجب تحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق، كما أنها عقد عيني لأنه لتمام الهبة زيادة على التراضي والشكلية وجب تسليم العين محل عقد الهبة، أي قبض المال الموهوب وحيازته من قبل الموهوب له.

(1) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 186058، الصادر بتاريخ 1998/03/17، منشور بالمجلة القضائية، ع 01، 1999، ص 119.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 307934، الصادر بتاريخ 2005/10/19، منشور بالمجلة القضائية، ع 02، 2005، ص 195.

نتيجة لهذا الاعتبار فإن عقد الهبة لا يتم والملكية لا تنتقل من ذمة إلى أخرى إلا بالحيازة، والحيازة المعتبرة تكون بإذن الواهب وإرادته ورضاه، وعليه فإن مات الواهب أو الموهوب له بين العقد والحيازة أصبحت الهبة كأن لم تكن حسب حكم الفقرة الثانية من المادة 206 من قانون الأسرة، أما في الحالة التي تكون فيها الحيازة عند الموهوب له قبل انعقاد الهبة فإن الموهوب له يعتبر حائزا بموجب نص المادة 207 من قانون الأسرة⁽¹⁾، على أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الغير فإنه ينبغي على الواهب إخبار الموهوب له، ويعد مجرد الإخبار بمثابة الحيازة حسب نص المادة 207 من قانون الأسرة السالفة الذكر، هذا وإن كان الموهوب له داخل تحت ولاية الواهب أو تجمعهما علاقة زوجية أو كان الشيء الموهوب مشاعا فإن الشكلية في هذه الحالات تغني عن الحيازة إعمالا لنص المادة 208 من قانون الأسرة⁽²⁾، وفي المنقولات وجب توفر الإجراءات الخاصة بجانب الحيازة⁽³⁾، غير أن هذا لا يمنع من أن تقع هبة المنقول بعقد رسمي والملاحظ أن المشرع قد فرض هذه الشكلية في عقد الهبة حتى يمنح للواهب الوقت ليتدبر أمر هذا التصرف هل يمضي فيه أو ينثني عنه فقد نصت المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات"، وتبعاً لذلك وجب إخضاع الهبة إلى شكل رسمي تحت طائلة البطلان⁽⁴⁾، فلا يكفي لانعقادها وجود وصحة التراضي بين الواهب والموهوب له، بل وجب إفراغ رضائهما في شكل معين من قبل الأشخاص المؤهلين في تحرير العقود الرسمية المنصوص عليهم في المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم .

ومعنى عقد الهبة عقد عيني أن الواهب ملزم بإعطاء الشيء الموهوب، إذ لا يكفي فيه الرضا والشكلية، بل يجب تسليم الشيء الموهوب للموهوب له سواء كان عقارا أو منقولاً أو حق عيني عقاري آخر كحق الانتفاع مثلا، مع تمكين الموهوب له من ممارسة السيطرة المادية على المال الموهوب، وسيتم توضيح ذلك لاحقا من خلال التكلم على ركن الحيازة في عقد الهبة .

-
- (1) المادة 207 من أمر رقم: 11-84، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا".
 - (2) عين السبع فايزة، الرجوع في التصرفات التبرعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص19.
 - (3) محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري (مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص29.
 - (4) المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني المعدل والمتمم.

المطلب الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات المشابهة

التبرع كتصرف تتعدد أنواعه وتقسيماته فقد يكون عقدا يستدعي اتفاق إرادتين أو أكثر لإنشائه وقد يقتصر قيامه على صدوره بإرادة منفردة من المتبرع، والمشرع لم يعرف التبرع مع أنه أورد الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات المقسمة إلى الهبة والوقف والوصية، ومن ثمة وجب تمييز الهبة عمّ يشابهها من هذه التبرعات كما يلي :

الفرع الأول: تمييز عقد الهبة عن الوقف

الهبة هي تبرع بالعين والمنفعة بإرادة الواهب بينما الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد حيث عرف في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري بما يلي : "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد"، وعرفته المادة 03 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27⁽¹⁾ بما يلي : "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، ومن ثم فالوقف هو حبس العين عن التصرف الناقل للملكية والتصدق بالمنفعة على وجه من وجوه الخير بإرادة الواقف فقط، بينما الهبة فهي تملك لمال تتم بإرادة الواهب و الموهوب له، وقد يكون المال الموهوب عبارة عن منفعة أو دين.

تبعا لما سبق نستنتج أنّ الهبة تتميز عن الوقف من حيث الزمن فتتميز عن الوصية والوقف في كون الهبة تملك حال الحياة ومنجزة، أما الوصية فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وبخصوص الوقف فتكون حال الحياة وبعد الموت، ومن حيث القيمة فالهبة غير محددة القيمة، أما الوصية فتحدد بالثلث وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة، أما الوقف فهو غير محدد في الحياة ولا يتعدى الثلث عند الموت قياسا على التصرف المضاف إلى ما بعد الموت، أما من حيث الرجوع فيجوز ذلك في الهبة إلا في الحالات المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة وهو حق شخصي مرتبط بالأبوين فقط لا ينتقل إلى الورثة، وبالنسبة للوصية يجوز الرجوع فيها حال الحياة فقط، أما الوقف فلا يجوز الرجوع فيه ومن حيث اشتراط الرسمية، فيجب توافرها في هبة أو وقف عقار أو حقوق عينية عقارية ولا يشترط ذلك في الوصية إلا للإثبات.

(1) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 ، المتعلق بالأوقاف، المعدل و المتمم ، جريدة رسمية عدد 65، سنة 1991 .

الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن الوصية

أولاً- كلاهما من عقود التبرع أي تتم بدون عوض غير أن الهبة تصرف في الحال بينما الوصية هي تصرف إلى ما بعد الموت.

ثانياً- الوصية لا تكون إلا في حدود الثلث مع التفصيل الذي أجازته القانون بينما الهبة تكون في جميع المال، لا يشترط فيها مقدار معين.

ثالثاً- أن الهبة تكون لكل الأحياء سواء ورثة أم لا بينما الوصية لا تكون للوارثين.

رابعاً- الهبة في القانون الجزائري عقد يتم بإيجاب وقبول وبالتالي لا تتعد بإرادة منفردة، بينما الوصية تتعد بإرادة منفردة فلا تنتج آثارها إلا بعد الموت.

فالهبة إذن تختلف عن الوصية في أنها تصرف بين الأحياء ولا يجوز للواهب أن يعقد هبته ويرجئ في الوقت ذاته نقل ملكية الشيء الموهوب إلى ما بعد موته، إذ لا يستطيع الشخص فعل ذلك إلا عن طريق الوصية⁽¹⁾. كما أن الهبة غير مقيدة بقدر معين في الشيء الموهوب إذ يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها ما لم تقع في مرض الموت و الأمراض المخيفة ، فتتخذ في حدود ثلث المال⁽²⁾، بينما الوصية تتقيّد بثلث التركة وما زاد عن ذلك فيتوقف على إجازة الورثة.

المبحث الثاني: أحكام الهبة في القانون الجزائري

نتطرق في هذا المبحث إلى بعض أحكام الهبة ونبدأ بما يخص الانعقاد والإنشاء (مطلب أول) ثم الرجوع في الهبة (مطلب ثاني):

المطلب الأول: أركان الهبة وشروطها في القانون الجزائري

يعتبر عقد الهبة من العقود الرضائية التي استلزم فيها المشرع ضرورة توافر أركان وشروط حتى تحدث أثرها القانوني وفي حالة عدم توفر إحدى هذه الأركان قد يصبح العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال، إذا تخلف شرط من شروط الصحة وهذه الأركان هي نفسها الأركان الواجب توافرها في

(1) السنهوري، المرجع السابق، ص 19 .

(2) المادتين 204 و 205 من قانون الأسرة.

أي عقد مهما كانت طبيعته، فالهبة تقوم على أربعة أركان هي الواهب، الموهوب له، المحل، والصيغة:

أولاً- الواهب⁽¹⁾: هو الشخص الذي يتنازل عن ماله للغير بدون عوض ويشترط فيه المشرع الجزائري في المادة 203 من قانون الأسرة تمام الأهلية بأن يكون بالغاً سن الرشد القانوني تسعة عشرة سنة كاملة وغير محجور عليه لسفهه أو غفلة وذلك بموجب المواد المذكورة في المواد 40 و41 و42 و43 من القانون المدني، وكل ما يتعلق بقانون الأسرة في المواد 87 و88 و90، أما ناقصي الأهلية في القانون الجزائري فتعتبر تصرفاتهم التبرعية غير صحيحة وإن صدرت من الولي أو الوصي أو القيم لأنها من التصرفات الضارة بهم ضرراً محضاً وبالتالي فالتصرفات التبرعية ليست في صالح ناقصي الأهلية⁽²⁾، والقانون يتشدد في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً ويخفف من أهلية الموهوب له فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف، بل يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً.

ثانياً- الموهوب له⁽³⁾: هو المتبرع له ولم يشترط المشرع الجزائري في الموهوب له أن يكون أهلاً للتبرع وإنما يستنتج ذلك ضمناً من نص المادة 210 من قانون الأسرة أنه يكفي أن تتوافر فيه أهلية التمييز لقبول الهبة كونه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً، وذلك لأن التصرف التبرعي يعتبر بالنسبة للموهوب له نافعاً نفعاً محضاً إذ يجوز للولي أو الوصي أو القيم تلقي الهبات الموجهة لمن هم تحت ولايتهم من عديمي الأهلية وناقصها، أما إذا كان الموهوب له بالغاً سن الرشد غير محجور عليه فله قبول الهبة.

ويشترط فيه أن يكون موجوداً حقيقة أو حكماً كالجنين في بطن أمه بشرط ولادته حياً حسب نص المادة 209 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً"، حيث يعتبر الحمل في حكم الإنسان الحي لأنه من المحتمل أن يولد حياً ولذا فإنه يستحق الهبة إذا

(1) عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص 95.

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 57.

(3) المرجع نفسه، ص 57.

ولد حيا، أما إذا ولد ميتا فإن الهبة باطلة، ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي⁽¹⁾ وهو الأب إذا كانت الهبة صادرة من أجنبي والأم إذا كانت الهبة من الأب.

ثالثا: الصيغة: بما أنّ الهبة عبارة عن عقد لا تتم إلا بتطابق الإيجاب والقبول بناء على نص المادة 206 ق أ.ج: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة" وقد اعتبر المشرع الجزائري الإيجاب والقبول ركنا من أركان الهبة وذلك بنصه صراحة في المادة 206 من قانون الأسرة على: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول..."، بالنسبة للإيجاب هو الكلام الصادر من الواهب يتضمن كل ما يدل على أنه يريد تمليك ماله للغير بدون عوض، يصح حسب القانون الجزائري باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، يصح بكل لفظ سواء كان صريحا أو ضمنيا بالإشارة أو الكتابة الصريح مثل وهبتك، أعطيتك، منحتك... وإذا كان ضمني يستعمل بعض الألفاظ تدل على الهبة ولكنها تحتمل الهبة كتنازلت، منحتك... أما بالنسبة للقبول فكل ما يصدر من الموهوب له بحيث يدل على قبول هذه الهبة، وهنا المشرع الجزائري في نص المادة 206 يشترط القبول ولكنه يجعله شرط انعقاد فقط وليس للزوم الهبة لأنه يشترط تمام عقد الهبة ولزومه بالحيازة أو يشترط أن تفرغ هاته الصيغة في شكل قانوني معيّن، وهذا معنى قوله "وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات"، وكأصل عام في القانون الجزائري لا يعتبر السكوت وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بل يجب أن يكون السكوت إيجابيا لأن القاعدة العامة تقول: "لا ينسب لساكت قول" ولكن إذا كان فيه قرينة تدل على ذلك فسكوت الموهوب له يعتبر قبولا، فيجب التصريح إضافة إلى اشتراط الشكل القانوني لتتمام الملكية في الهبة، وبالتالي فإرادة الموهوب له هنا تلزم بالكتابة (التوثيق) وبالتالي لا يمكن أن نعتبر السكوت في الهبة دلالة على القبول وهذا استنادا للقواعد العامة⁽²⁾. فيجب إذن أن يصدر إيجاب من الواهب بنية تبرع واضحة لا لبس فيها يقابله قبول من الموهوب له.

ولقيام الهبة صحيحة كذلك لا بد من خلو الرضا من عيوب الإرادة سواء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال بحيث تصبح الهبة في هذه الأحوال كلها قابلة للإبطال لمصلحة صاحب الإرادة المعيبة، والغلط القابل للإبطال في عقد الهبة يجب أن يكون غلطا جوهريا ويكون في الشيء الموهوب أو في شخص الموهوب له أو في قيمة الشيء الموهوب أو في الباعث على الهبة حسب نص المادة

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 27.

(2) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 34.

82 من القانون المدني : "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدًا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، والتدليس في الهبة: يعتبر تدليسا باستعمال أي طريق من الطرق الاحتياالية التي يكون من شأنها أن تخدع الواهب وتدفعه إلى التبرع بماله يكفي لإفساد رضائه حتى ولو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو مجرد الكتمان⁽¹⁾ حسب نص المادة 86 من القانون المدني: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة⁽²⁾، والإكراه بالإكراه يشوّه الإرادة في حريتها واختيارها فهو يحدث خوفا ورهبة في نفس المكروه يدفعه إلى قبول التعاقد، ويحدث الإكراه في الهبة كثيرا من الزوج على زوجته أو من الرئيس على مرؤوسيه، كما نصت المادة 89 من القانون المدني على أن الإكراه الصادر من غير المتعاقدين لا يحق للمتعاقد المكروه المطالبة بإبطال العقد إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم بهذا الإكراه⁽³⁾، وبما أن الهبة عقد شكلي فهي لا تتعقد إلا إذا استوفت أيضا الشروط الشكلية⁽⁴⁾، وإذا ما توفرت كل الأركان والشروط انعقد عقد الهبة، أما إذا تخلف ركن من الأركان ترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

رابعاً - المحل في الهبة: يعتبر المحل في عقد الهبة ذا أهمية بالغة باعتباره ثاني ركن من أركان الهبة والمحل هو الشيء الموهوب الذي قد يكون عقارا أو منقولاً⁽⁵⁾، ومحل العقد بصفة عامة هو الالتزام الذي يترتب عليه ويكون الالتزام بإعطاء الشيء ما أو بفعل شيء ما أو بالامتناع عن فعل شيء ما وهو نفسه في عقد الهبة فهو الشيء الموهوب، وهي في أصلها ملزمة لطرف واحد وهو الواهب إلا إذا كانت مقترنة بشرط فتكون ملزمة لطرفين كأن تكون بعوض⁽⁶⁾. والمحل يشمل كل ما ينطبق عليه اسم المال سواء عقارا أو منقولاً وسواء كان عينا أو منفعة، وهذا ما جاء بموجب المادة 205 ق أ ج والتي جاء فيها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى لغير، وشروط

(1) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 29.

(2) المادة 86 من أمر رقم: 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(3) المادة 89 من قانون المدني: "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكروه أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

(4) محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 53.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 112.

(6) عبد المالك رابع، المرجع السابق، ص 105.

المحل بصفة عامة تخضع للقواعد العامة أي أن يكون موجودا أثناء التعاقد والوجود يتم تحديد معالمه تحديدا دقيقا نافيا للجهالة بذكر اسمه وصفاته المحددة له... فلا تجوز هبة الأموال غير الموجودة وقت الهبة فهبة الأموال المستقبلية تعتبر باطلة⁽¹⁾، إذ أن المحل إذا كان غير موجود وقت الهبة فإن عقد الهبة يكون باطلا بطلانا مطلقا، أما أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين يعني أنه لا يكفي أن يكون الشيء الموهوب موجود في عقد الهبة وإنما يجب أن يكون معيناً وقت إبرامها، أو أن يكون قابلاً للتعين⁽²⁾، وقد نصّت المادة 94 من القانون المدني على وجوب تعيين المحل، وذلك تحت طائلة بطلان العقد إذ جاء فيها: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا"⁽³⁾، كما يشترط في المحل كذلك أن يكون مما يصح التعامل به بأن يكون متقوماً صالحاً للتبرع به بأن ألا يخالف النظام العام والآداب العامة كما سبق بيانه في شروط الوصية فلا يجوز مثلاً هبة المخدرات، وهذا ما أكدته نص المادة 93 من القانون المدني: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"⁽⁴⁾، فإذا كان المحل غير مشروع كان عقد الهبة باطلاً بطلاناً مطلقاً.

كما يشترط أيضاً في المحل أن يكون مملوكاً ملكاً تاماً لصاحبه، والملكية التامة تثبت بالرسمية التي لا يشوبها شيء يدل على عدم الملكية كهبة مال المورث أو المال الموقوف، أما إذا كان مشاعاً فإذا كان المال قابلاً لفرز بعد القسمة فإنه تصح هبته⁽⁵⁾، مع العلم فالمرجع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة، ولكن بالرغم من هذا الفراغ القانوني، إلا أن هذا المنع يمكن أن يستخلص من نص المادة 205 من قانون الأسرة⁽⁶⁾: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير"⁽⁷⁾، فهذا النص قد اشترط بأن يكون الواهب مالكا لما يهب من

(1) حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص20.

(2) عرعار ندى، طابوش نهاد، هبة العقار في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص57.

(3) المادة 94 من أمر رقم: 58-75، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(4) المادة 93 من أمر رقم: 58-75، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(5) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص19.

(6) المادة 205 من قانون رقم: 11-84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

(7) تشوار حميدو زكية، "موقف الاجتهاد القضائي من بعض الأحكام الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، د ع، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017، ص242.

ممتلكاته، أما ممتلكات الغير وبمفهوم المخالفة لا يجوز أن تكون محلا للهبه فلا يجوز له أن يهبها، أما إذا لم يكن مالكا للشيء الموهوب فلا يجوز له ذلك لأن الأشياء التي لا مالك لها كالمسك في البحر والطير في الهواء، فلا تجوز هبة هذه المباحات⁽¹⁾ لأن الهبة تملك وكل ما ليس مملوكا لا يجوز التصرف فيه.

خامسا- الشكلية في الهبة: لا تتعد الهبة في القانون الجزائري إلا بإتمام ركن آخر وهو الشكلية، فالمشرع اشترط وجوب إفراغها في قالب رسمي محرر من قبل موثق كما أن المشرع اشترط لانقار الملكية في العقارات أن يتم إشهار السند المثبت لها في المحافظة العقارية، وإشهار التصرفات اشترط الرسمية كركن لانقار العقد ليصبح العقد التوثيقي من السندات المثبتة للملكية بعد شهرها، وحتى تثبت الملكية للموهوب له ويمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير لا بد من إتباع إجراءات شكلية حددتها المادة 29 من قانون التوجيه العقاري من خلال الكتابة ثم تسجيل عقد الهبة ثم آخر إجراء وهو شهر عقد الهبة، وخاصة في العقارات التي يفرض فيها القانون الجزائري شكلا معينا، فإذا كان محل الهبة عقارا لا يكفي فيه العقد العرفي ولا العقد الرسمي الذي يتم أمام الموثق بل يجب أن تتم إشهاره وتسجيله في السجل العقاري جاء في المادة 26 من القانون المتضمن لمهنة التوثيق بأنه يجب تحرير عقد الهبة وتضيف المادة 29 منه وأن يتضمن العقد اسم ولقب الموثق الذي حرره وكل المعلومات التي تتعلق بأطراف العقد والتي تبين هويتهم بوضوح، ولكن هذا العقد لا يحتج به أمام الغير ولا تتم فيه ملكية الهبة ويعتبر شكلا غير تام في نظر القانون الجزائري ومصيره البطلان، والقصد من الإجراءات الشكلية في عقد الهبة هو الملكية التامة حتى يتبع عقد الهبة أثره بين المتعاقدين واتجاه الغير، فتظهر أهمية التوثيق أكثر في هبة العقار⁽²⁾، إلا إن المشرع فرض الحيابة قبل التوثيق فبالرجوع إلى المواد 206-207-208 ق أ نجد أن المشرع ذكر الحيابة لتمام الهبة ومعنى ذلك أن المشرع الجزائري يجعل من حيابة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له شرطا لتمامها فلا تتم إلا به والحيابة بمفهومها العام هي: "وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، وترد على الأشياء المادية والحقوق المعنوية على السواء وتكتسب بأعمال يقوم بها هذا الوضع المادي

(1) عبد المالك رابح، المرجع السابق، ص107.

(2) محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 02، الجزائر، 1987، ص71.

وتنتقل بالاتفاق مصحوبا بالتسليم وتزول بزوال السيطرة الفعلية، وقد تطرق إليها المشرع الجزائري بموجب المواد من 808 إلى 843 ضمن نصوص القانون المدني الجزائري، واعتبرها سببا من أسباب كسب الملكية وحددها بشروط معينة حتى تصبح صحيحة ومنتجة لآثارها⁽¹⁾، حيث تتمثل هذه الأخيرة في كسب الملكية العقارية طبقا لنص المادة 827 من القانون المدني⁽²⁾، غير أن ما المشرع اشترط الحيازة في عقد الهبة الذي يختص بها دون سواه من العقود جاء في نص المادة 206 من قانون الأسرة: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة..." فتتام العقد لا يتم إلا بحيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو وكيله باعتبارها ركنا في التشريع الجزائري أو شرط تمام بحيث إذا تخلف كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقا، والحيازة في عقد الهبة هي تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب بحيث يظهر بمظهر صاحب الحق عليه، وذلك بسيطرته المادية عليه فيوضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له في الزمان والمكان المعينين في العقد وبالكيفية والمقدار الذي عين به الشيء الموهوب وقت العقد، وهي بهذا المعنى لا تؤدي إلى اكتساب الملكية، وإنما تساهم في إنشاء عقد الهبة ومن ثم وجب ممارسة السيطرة المادية والمعنوية على الشيء الموهوب بتمكين الموهوب له من ذلك⁽³⁾، وهذا ما ذهب إليه القرار الصادر بتاريخ 09.04.1969 المنشور بالنشرة السنوية لسنة 1969، حيث جاء في إحدى حيثياته: "يستوجب نقض وإبطال القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم تتم الحيازة فيها، وذلك لأنّ الهبة شرعا تلزم بالقبول وتتم بالحوز"⁽⁴⁾، ويشترط في الحيازة الصحيحة أن يخضع الشيء الموهوب لحيازة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي وخالية من العيوب، ذلك أن الحيازة المعيبة لا تترتب عليها آثار قانونية، فلا بد أن تكون للشخص السيطرة المادية على الشيء الموهوب، وأن يحوزه لحسابه، أما مجرد الحيازة لحساب الغير فتبقى مجرد واقعة مادية لذلك فهي تقوم على ركنين أحدهما مادي والآخر معنوي، ليس المقام للتفصيل فيهما.

(1) قادري نادية، النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، جامعة باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009، ص 11.

(2) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم، الجزائر، 2000، ص 31.

(3) كيجل حكيمية، محاضرات في عقد الهبة، قسم الحقوق، جامعة خميس مليانة، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، على الموقع www.academia.edu، بتاريخ 01/12/2021، الساعة 00: 13، ص 37.

(4) قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 09.04.1969، النشرة السنوية لسنة 1969، ص 285.

وعليه فقد جعل المشرع الجزائري عقد الهبة عقدا عينيا، والعينية المقصودة هنا هي وجوب حياة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو ممن يمثله قانونا كركن من أركان عقد الهبة وتتم حياة الشيء الموهوب بالتسليم الفعلي من الواهب وتمكين الموهوب له من حياته وقبضه والانتفاع به دون عائق، والحياة كما يقال هي عنوان الملكية الظاهرة، فهي الوسيلة الفعالة للانتفاع وقد اشترط المشرع لصحة عقد الهبة ظهور الواهب الحائز بمظهر صاحب الحق على الشيء المحاز (الشيء الموهوب). أما الاستثناءات الواردة على حياة الشيء المنقول هذه الاستثناءات وردت في ق أ في المادة 108 وهي إذا كانت الهبة بين الأب والابن أو الزوج لزوجه فهناك نوعين من الهبة بناء على نص المادة 108 ق أ نستثنى منها شرط الحياة في الهبة وهو إذا كان الواهب هو الولي بالنسبة لموهوب له والعكس غير صحيح أو كانت الهبة بين الأزواج وفق هته الحالة فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحياة⁽¹⁾ والحياة يجب أن تتم قبل توثيق الهبة وعلى الموثق أن يتأكد من حياة الموهوب له للشيء الموهوب وأن يبين ذلك في العقد وفي حالة وجود نزاع حول عدم حياة الشيء الموهوب يجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ولا يجب الاكتفاء بالعبارات الواردة في العقد على أساس أن الشيء الموهوب قد تم حياته، فعلى القاضي القيام بفتح تحقيق بدعوة الخصوم، وذلك بغية التأكد من واقعة الحياة وهذا ما أكد عليه أحد قرارات المحكمة العليا تحت رقم 40457 الصادر بتاريخ 21-04-1986⁽²⁾؛ وعليه فإذا استوفت الهبة شروط الانعقاد وخاصة الموضوعية منها، فإنها لا تتعد إلا باستيفاء ركن آخر من طبيعة مختلفة عن الأركان السابقة ألا وهو ركن الشكلية، هذا الأخير يتطلب إجراءات خاصة في عقد الهبة سواء كانت منقولا أو عقارا، ومبرر هذه الشكلية هي خطورة العقد، وذلك نتيجة لتجرد الواهب عن ماله دون مقابل مما يتطلب التأني والتدبر قبل المضي فيها.

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة في القانون الجزائري

بعد انعقاد الهبة صحيحة مستوفية أركانها تثار أيضا مسألة الرجوع فيها، ولم يهمل المشرع الجزائري هذه الجزئية فقد نظمها في قانون الأسرة في مادتين مبينا حكم الرجوع وموانعه وسأعالج حكم

(1) تقيية، المرجع السابق، ص53، وحكيمة كيجل، المرجع السابق، الموقع السابق.

(2) قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:40457، الصادر بتاريخ 21-04-1986، منشور بالمجلة القضائية، ع02، 1989، ص 72.

الرجوع (كفرع أول) ثم كفيته (كفرع ثان) مقتصرة على هذه الأحكام من الرجوع في الهبة لأن المشرع الجزائري لم يفصل في آثار الرجوع وغيره:

الفرع الأول: حكم الرجوع في الهبة

وبالنسبة لحكم الرجوع في الهبة في القانون الجزائري فقد جاء في مادتين 211 و212 من قانون الأسرة والمتمعن يجد أن الأصل لا رجوع في الهبة في القانون الجزائري ولكن استثناء يجوز إذا كانت الهبة بين الآباء والأبناء بنص المادة 211 والتي جاء فيها: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات التالية:

- 1- إذا كانت الهبة من أجل رواج الموهوب له.
- 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ويجوز الرجوع في الهبة بين الآباء والأبناء ولكن بشروط محددة".

فتبين المادة أن الرجوع في الهبة حق للأبوين فقط يستطيع بموجبه أن يسترد الأبوان ما وهباه للموهوب له إذا توفر له عذر يبرره ولم يكن هناك مانع من موانع الرجوع المذكورة في المادة على أنه لا رجوع في الهبة إذا كانت من أجل المنفعة العامة وذلك بنص المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري "إذا كانت الهبة للمنفعة العامة فلا رجوع فيها"، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد كيفية الرجوع في الهبة فيما إذا كانت تتم بتراضي المتعاقدين أو عن طريق القضاء كما نصت عليه الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة، والمقصود بكلمة الأبوين الواردة في نص المادة 211 قانون الأسرة الأب والأم فقط، وهذا ما فسره الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15-07-2010 تحت رقم 554347⁽¹⁾، مما يعني حق الرجوع عن الهبة هو حق شخصي يقتصر على الأب والأم ولا يشمل غيرهما من زوج أو أخ أو جد أو جدة... الخ، إذ يمكن لهؤلاء الطعن في عقد الهبة بالبطلان أو الإبطال متى تحققت أسباب ذلك، كما يجوز لهم المطالبة باسترداد ما زاد عن ثلث المال الموهوب إذا تم إثبات تحريرها في مرض الموت والحالات المخيفة كما سبق بيانه، ولكن لا يمكنهم ممارسة الرجوع، فالرجوع كما أشرنا هو حق مقرر للوالدين اتجاه أبنائهم فقط، وقد أخذ المشرع الجزائري في إقرار هذا الحق بموقف جمهور الفقهاء الذي أضفى صفة اللزوم على عقد الهبة، ولم يستثن من تلك القاعدة

(1) مجلة المحكمة العليا العدد 2 ، سنة 2010، قرار رقم 554347 ، بتاريخ 15-07-2010 ، ص 255 .

سوى الأبوين فيما وهبا لأبنائهما، والمقصود بالأبن ليس الابن من الصلب فقط بل يشمل ابن الابن أيضا، ومثالها أن تتم الهبة لابن الابن فهنا يجوز الرجوع في الهبة ما لم يحصل أي مانع من الموانع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة، وهذا ما تم تكريسه في الاجتهاد القضائي الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21-02-2001، تحت رقم 350252⁽¹⁾.

وحق الرجوع في الهبة المقرر للأبوين هو حق شخصي لا ينتقل للورثة، كما لا يحق لهم ممارسة ذلك بعد وفاة الواهب أثناء سير دعواه الرامية إلى الرجوع في الهبة، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 14-06-2006 تحت رقم 367996⁽²⁾، كما لا يمكن للواهب وفقا للشريعة الإسلامية ممارسة حق الرجوع عن هبته بعد وفاة الموهوب له، ذلك أن الشيء الموهوب قد انتقل إلى ورثة الهالك عن طريق الإرث وثبت حقهم فيه، وهذا ما كرسته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 10-03-2011، تحت رقم 613091⁽³⁾؛ وبالتالي يتضح جليا أن الأصل في الرجوع عن الهبة غير جائز واستثناء هو حق مقرر للأبوين دون سواهما في الهبة التي يرتبونها لأبنائهم، وهو وإن كان حقا بالنسبة للأبوين إلا أنه مقيد بالحالات المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة المعروفة بحالات المنع من الرجوع وهي الواردة في المادة 211 السالفة الذكر وهي⁽⁴⁾:

أولا- الهبة من أجل زواج الموهوب له: إذا كان الغرض من الهبة هو زواج الابن الموهوب له وقد تحقق بمجرد إبرام عقد الزواج، فلا رجوع للواهب في هبته بعد أن تحقق الغرض، ويمكن أن يحتج الولد بتمام العقد ويمكن أن يحتج به.

ثانيا- الهبة لضمان قرض أو قضاء دين: إذا كانت الهبة لتسديد دين مترتب في ذمة الواهب، أو تقديم ضمان في مواجهة دائني الواهب كتقديم رهن رسمي أو كفالة عينية، فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورهما ولا يجوز للواهب الرجوع فيها لتحقيق غرضه من الهبة.

(1) المجلة القضائية 2002، العدد 01 قرار رقم 350252 بتاريخ 21-02-2001، ص 308 .
(2) مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2007، قرار رقم 367996، بتاريخ 14-06-2006، ص 479 .
(3) مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2011، قرار رقم 613091، بتاريخ 10-03-2011، ص 278 .
(4) كيجل حكيمة، المرجع السابق، الموقع السابق.

ثالثاً - تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً قانونياً: إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية سواء كان بيعاً أو هبة أو وقفاً مثلاً، وكان هذا التصرف نافذاً في مواجهة الواهب باستيفاء الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة قانوناً في المادة 206 من قانون الأسرة و المادتين 165 و 793 من القانون المدني أصبحت الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع فيها، لأن شيء الموهوب قد انتقلت ملكيته إلى غير الموهوب له الذي يجب حماية حقوقه التي اكتسبها عن وجه حق وبحسن نية، أما إذا كان الشيء الموهوب لا يزال في ملك الموهوب له بسبب عدم مباشرة الإجراءات الشكلية المتطلبة في نقل الملكية (عقار أو منقول)، جاز للواهب الرجوع في الهبة ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع.

وما يؤخذ على المشرع الجزائري هو تقييد الرجوع في الهبة بالموانع مع إهماله ذكر مبررات الرجوع في الهبة وخاصة بالنسبة للوالدين من الافتقار والحاجة وتغير الحالة الاجتماعية للوالدين أو عدم قدرته على الإنفاق، أو إخلال الموهوب له بواجبه نحو الواهب أو أقاربه بما يمثل جحوداً، أو رزق الواهب بولد بعد الهبة...، مما يصبح حق الأبوان في الرجوع مقدم ولو كانت هناك موانع وهذا ما نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وسطرته مختلف القوانين منها المصري والعراقي والسوري والتونسي⁽¹⁾ وغيرها.

الفرع الثاني: كيفية الرجوع في الهبة

بما أن الرجوع في الهبة مشروع في القانون الجزائري ولو كان استثناء فيكيف يتم ممارسة هذا الحق فقد تحدث الفقهاء ومعظم التشريعات على نوعين من الرجوع وهو الرجوع بالتراضي والرجوع بالتقاضي، ولكن المشرع الجزائري لم يبيّن طريقة الرجوع في الهبة ولذلك نرجع إلى الشريعة الإسلامية وما قرره القضاء في الموضوع:

أولاً- الرجوع بالتراضي: ويكون معناه الاتفاق بين الطرفين الواهب والموهوب له بالاتفاق على الرجوع في الهبة وبالتالي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، فاستثناء للقواعد العامة فالتقاضي ينطبق على طريقة الرجوع بالتراضي فالتقاضي في القانون الجزائري هو انحلال الرابطة العقدية باتفاق الطرفين،

(1) انظر في ذلك المادتين 500 و 501 من القانون المدني المصري، المادتين 468 و 469 من القانون المدني السوري، المادتين 576 و 577 من القانون المدني الأردني ، المادتين 211 و 212 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية .

لذلك يشترط البعض لصحة الرجوع بالتراضي في الهبة أن يتم بإيجاب وقبول متطابقين صادرين عند متعاقدين يتمتعان بأهلية التصرف، وأن تكون إرادتهما سليمة (بنفس شروط الانعقاد) وخالية من عيوب الرضا طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني. تبقى فقط إفراغ الرجوع في شكل قانوني رسمي فانقسم الفقه إلى رأيين:

1- الرأي الأول: ذهب إل عدم اشتراط الرسمية في الرجوع عن الهبة وذلك لكون عقد الهبة عقدا رضائيا فيتم الرجوع كذلك بالتراضي فقط⁽¹⁾.

2- الرأي الثاني: في حين ذهب بعض الفقه القانوني إلى أن الرجوع في الهبة بالتراضي يجب أن يتم بنفس الشكل الذي انعقدت، والمعمول به قضاء هو الرأي الثاني، لأن ذلك أضمن بحق لواهب وبه تتم الملكية استنادا للقواعد العامة.

أما عن إجراءات الرجوع فلم يتم النص على ذلك، واستنادا على نص المادة 206 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، فالهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وهي من العقود الشكلية التي تتطلب تحريرها في قالب رسمي إذا انصبت على عقار أو حق عيني عقاري، ومن ثم فإن إجراءات الرجوع فيها تتم بنفس الإجراءات التي نشأت بها، أي تتم أمام الموثق بتطابق إيجاب وقبول جديدين، وكأن الموهوب له بعد أن اكتسب ملكية الشيء الموهوب له، يعيد هبتها من جديد للواهب، مع مراعاة حقوق الموهوب له المترتبة عن أدائه للالتزام (الهبة بعوض)، إن كان له مقتضى، وقد تضمنت المذكرة رقم 626 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، النص على كيفية الرجوع في الهبة بالتراضي، إذ يكفي فيه التصريح أمام الموثق بإرادة منفردة، دون الرجوع للقضاء أي بمجرد أن يلتمس أحد الوالدين من الموثق ذلك يتم إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به⁽²⁾، وقد انتقدت هذه المذكرة الإدارية لأنها تخط بين الهبة والوصية وتجعل منهما تصرفا واحدا وهذا غير صحيح، فالهبة تنعقد بإرادتين متطابقتين (الإيجاب الواهب والقبول الموهوب له) ولا تنعقد بإرادة منفردة كما هو الحال في الوصية، وبالتالي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموثق لا يكفي فيه حضور المتعاقد الأول دون المتعاقد الثاني، إذ

(1) انظر: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 40

(2) المذكرة رقم 626 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، بتاريخ 14-02-1994

لابد أن يتأكد الموثق من قبول الموهوب له على الرجوع في الهبة حتى يتسنى له تحرير العقد⁽¹⁾، ولا يكفيه ذلك بل لابد له أن يتأكد من عدم وجود الموانع، وإن كانت هذه المسألة تخضع إلى رقابة القاضي.

ثانيا- الرجوع بالتقاضي: يكون بانعدام التراضي بين الطرفين بمعنى وجود نزاع حول الرجوع فللواهب في هته الحالة اللجوء للقضاء بالمطالبة بحقه في الرجوع، إلا أن هذا الحق له بعض القيود منها أنه:

1- لا يتبين للواهب الرجوع في هبته إذا كانت الهبة لازمة بمعنى أن لا يكون هناك مانع من موانع الرجوع المذكورة في المادة 211 ق أ.ج.

2- أنه لا يجوز للواهب الرجوع في هبته بإرادته المنفردة ما لم يكن له عذر مبرر، وإن لم يتحدث القانون الجزائري على ذلك فإنه يستند إلى قواعد الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق أ ج وذلك حماية للأباء.

فإذا لم يقبل الموهوب له رجوع الواهب في هبته جاز للواهب دون أي مبرر مع غياب موانع الرجوع المنصوص عليها في المادة 211 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، أن يطلب من القضاء الترخيص له بالرجوع في هبته وبالنتيجة فسخ الهبة، ترفع دعواه وفقا للقواعد المقررة في قانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾ لاسيما المواد 14، 15، 17، 37، 40، 512 منه.

غير أن التكييف القانوني للرجوع في الهبة يثير عدة تساؤلات بين اعتبار الرجوع في الهبة فسخا أم إقالة أم غيرها من التصرفات وخاصة في الرجوع بالتراضي فهناك من يكتف الرجوع على أنه فسخ ولا يكون الفسخ إلا في العقود الملزمة للجانبين وعقد الهبة ملزم لجانب واحد ويمكن أن يكون ملزم للجانبين في حالة العوض أو الإخلال بالتزام كما ورد في المادة 206 قانون الأسرة وبالتالي لا يمكن تعيين الرجوع في الهبة فسخا في جميع الحالات؛ وبالتالي فالرجوع ليس فسخا، كما أن للقاضي السلطة الواسعة في حالة الفسخ القضائي، فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه التي لم يقم بها

(1) كيجل حكيمة، المرجع السابق، الموقع السابق، وحمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 13.

(2) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-05-2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21 سنة 2008.

إعمالاً لنص المادة 119 من القانون المدني، غير أن القاضي في حالة الرجوع في الهبة يكون ملزماً بالحكم بالرجوع متى توافرت الشروط فيه وانتفت الموانع المقررة له⁽¹⁾ ومن هنا نستنتج أن الرجوع عن الهبة يختلف عن الفسخ رغم تشابههما في العديد من النقاط.

ويكتفه البعض على أنه إلغاء والإلغاء هو تصرف قانوني يكون من جانب واحد يترتب عليه إنهاء العقد في المستقبل والرجوع في الهبة ليس إنهاء للعقد في المستقبل وبالتالي لا يمكن تكييفه على أنه إلغاء لأن الرجوع له أثر رجعي يترتب عليه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، أما الإلغاء فيقتصر أثره في المستقبل، وبالتالي فالرجوع في الهبة ليس إلغاءً. كما يرى البعض فيه أنه إقالة والإقالة هي تصرف قانوني يتم بناء على اتفاق الطرفين على حل الرابطة العقدية، فهو ما يرد على العقد من اتفاق بعد أن يتم تكوينه تكويناً صحيحاً وهذا بهدف حل الرابطة العقدية الذي تتم بالإيجاب والقبول سواء كان صحيحاً أو ضمنياً، والرجوع في الهبة لا يشترط فيه أن يكون بين الطرفين إلا في حالة التراضي؛ فلا ينطبق معناه على الحقيقة على الرجوع إذا كان بالتراضي لأن في الإقالة لا يكون هناك أثر رجعي ما لم يتم الاتفاق على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وبالتالي لا يمكن تكييف الرجوع على أنه إقالة⁽²⁾ ومن هذا المنطلق ذهب أغلب الفقهاء وكذا شراح القانون المدني على القول بأن الرجوع بالتراضي في عقد الهبة هو إقالة منها إذ أن التقايل بوجه عام هو اتفاق بين المتعاقدين لحل هذه الرابطة بحيث لا يمكن لأحد المتعاقدين إنهاؤها إلا باللجوء إلى الطرف الآخر فمتى قبل هذا الأخير اعتبر العقد كأن لم يكن، فننصل إلى أن إنهاء عقد الهبة لا يكون إلا باتفاق الطرفين هو الأقرب إلى الصواب إذا اعتبرنا أن الرجوع في الهبة هو إقالة منها، فالرجوع في الهبة بالتراضي لا يكون إلا باتفاق طرفيها⁽³⁾ فيحل الرابطة العقدية، ولا يمكن اعتبار الرجوع في الهبة بالتراضي إقالة لأن هذه الأخيرة لا تتم إلا باتفاق الطرفين على حل الرابطة العقدية، في حين أن الرجوع في الهبة عن طريق التقاضي لا يكون إلا بإرادة منفردة للواهب دون إرادة الموهوب له و يتم بالإكراه، ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى القول بأن الرجوع في عقد الهبة بالتقاضي يعد فسخاً لهذا العقد، وهو فسخ قضائي بعد رفع الأمر إلى

(1) شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 67.

(2) كحل، المرجع السابق، الموقع السابق.

(3) صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 1992،

القاضي ليقضي بالفسخ كما هو الحال عند فسخ العقد بوجه عام⁽¹⁾. والخلاصة العامة أنه وبالرغم من اهتمام المشرع بعقد الهبة إلا أنه أغفل الكثير من المسائل التي لها أهميتها مثل آثار العقد وآثار الرجوع فيه ولذلك يجب التدخل لاستدراك الأمر كما فعلت التشريعات المقارنة.

(1) السنهوري، المرجع السابق، ص 184 وما بعدها .

الفصل الثالث: الوقف في القانون الجزائري

الوقف كذلك من عقود التبرع اعتنى به المشرع الجزائري ونظم أحكامه في قانون الأسرة ضمن كتاب التبرعات من المواد 213 إلى 220 ق أ، وفي قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 2011/05/22، وضمن هذه المحاضرات سأعالج موضوع الوقف بالتفصيل في أحكامه في القانون الجزائري وفق مبحثين (الأول) في مفهوم الوقف و(الثاني) في تحديد بعض أحكامه:

المبحث الأول: مفهوم الوقف في القانون الجزائري

يعتبر الوقف نظام شرعي له خصوصيته، والذي يهمننا بالدراسة في هذه المحاضرات بالأخص في (المبحث الأول) منه معرفة معنى الوقف في التشريع الجزائري من خلال تعريفه وبيان خصائصه وأنواعه ثم المبحث الثاني في معرفة بعض أحكامه لاستحالة الإتيان على الأحكام كلها وفق المطالب التالية:

المطلب الأول: تعريف الوقف ومشروعيته

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الوقف (الفرع الأول) كما سبق في الوصية والهبة، ثم بيان مشروعيته (الفرع الثاني):

الفرع الأول: تعريف الوقف

نعرفه في اللغة والاصطلاح كالآتي:

أولاً- لغة:

الوقف في اللغة يعني الحبس والمنع وهو مصدر الفعل وقف فيقال هذه الدار وقفا أي موقوفة⁽¹⁾. وهي المعاني التي ينعقد بها الوقف ولها معنى واحد وهو الحبس عن التصرف.

(1) ابن منظور، المصدر السابق، (دار صادر، بيروت، ط4، 2005م، ج04)، ص14.

ثانيا - اصطلاحا:

للقف تعريفات كثيرة في الاصطلاح الشرعي والقانوني نورد بعضها فيما يلي:

1- في الاصطلاح الشرعي: اختلف علماء الشريعة في تعريف الوقف على مذاهب عدة تبعا لاختلافهم في بعض القيود، ونجد ذلك حتى في المذهب الواحد وهذه أشهر التعاريف في المذاهب الأربعة:

أ- في المذهب الحنفي: الوقف في المذهب الحنفي عموما يعني حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة للغير فالمنقول عن أبي حنيفة أنه: "حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية"⁽¹⁾ وفي فتح القدير: "هو حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير"⁽²⁾، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية وعند صاحبين: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة"⁽³⁾ فيزول ملك الواقف عنه إلى الله تعالى على وجه تعود منفعتة للعباد فيلزم عندهما ولا يباع ولا يوهب ولا يورث.

ب- في المذهب المالكي: أما عند المالكية فهو: "إعطاء منفعة الشيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا"⁽⁴⁾ ويعني ذلك حبس العين عن التصرف فيها كما هو قول أبي حنيفة، ويلزم التصديق بمنفعتها ولا يجوز التصرف فيها بتصرف ناقل للملكية، والتبرع بريعتها على جهة من جهات البر، ويجوز أن يكون مؤقتا⁽⁵⁾.

(1) برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، تحقيق: نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، 1417هـ، ج04، ص426.

(2) كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، ج5، ص416.

(3) المرغيناني، المرجع السابق، ص426.

(4) الرصاع، المصدر السابق، ج01، ص539.

(5) بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، أطروحة دكتوراه كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2003-2004م، ص20.

ج- **عند الشافعية:** أما عند الشافعية فهو: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح"⁽¹⁾ فهو تحبب ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته⁽²⁾. وفي تعريف بأنه: "حبس العين على حكم الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداءً وانتهاءً".

د- **وكذلك عند الحنابلة** وقد اشتهر عنهم تعريفه ب: "حبس العين وتسبيل المنفعة"⁽³⁾ أي حبس المال عن التصرف ولزوم التصديق بالمنفعة للوقوف عليهم صدقة وقربة فلا يجوز لهم التصرف فيه وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في قانون الأوقاف رقم 91-10 في المادة (03) منه: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"⁽⁴⁾ بما يعني عموماً حبس العين عن تملكها لأحد والتصدق بالمنفعة على وجوه البر ولا يجوز للموقوف عليهم التصرف في العين الموقوفة بيها أو هبة أو غيرها من التصرفات الناقلة للملكية إبقاء لرقبة العين الموقوفة وتحقيقاً لخاصية ديمومة الصدقة الجارية، ومجمل القول من هذه التعريفات جميعها أن الوقف هو حبس العين الموقوفة فلا يتصرف فيها بالبيع والرهن والهبة ولا تنتقل بالميراث، وأما منافع العين الموقوفة فتتصرف إلى الجهات التي حددها الواقف في وقفه.

2- تعريف الوقف في الاصطلاح القانوني: أما في الاصطلاح القانوني فنجد تعريف الوقف في نصوص قانونية عديدة منها قانون الأسرة الجزائري وقانون التوجيه العقاري وقانون الأوقاف، فلقد عرف الوقف في قانون الأسرة الجزائري في المادة 213 بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق" ليأتي بعد ذلك تعريف الوقف من خلال القانون رقم 90/25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري من خلال المادة 31 بقوله: "الأملك الوقفية هي العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء كان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك

(1) محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، دم، دط، دت، ج16، ص244.

(2) الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، (تحقيق محمد، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997م، ج02)، ص502.

(3) ابن قدامة المقدسي، المصدر السابق، (دار الكتاب العربي، دم، دط، دت)، ج06، ص185.

(4) قانون رقم: 91-10 المؤرخ في 27-04-1991م المتضمن قانون الأوقاف، المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 22-05-2011م.

المذكور"، ثم جاء قانون الأوقاف رقم 10-91 المؤرخ في: 27 أبريل 1991 في المادة 03 بتعريف أعم، إذ نصت على ما يلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير".

وبملاحظة هذه التعريفات يمكننا القول إن هناك بعض الاختلافات بين هذه التعاريف إذ نلاحظ أن التعريف الذي جاء به قانون الأسرة خصّ الوقف بالحبس للمال عامة عكس قانون التوجيه العقاري الذي حدّد الوقف في حبس الأملاك العقارية عن التملك، في حين يعرفه قانون الأوقاف من خلال حصره في حبس العين عن التملك، فمعنى "حبس العين" إذ يجعل التصدق بالمنفعة ولا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف وهو ما ترتّب عنه إجازة الرجوع عنه أو حتى بيعه⁽¹⁾، أما التعريف الثاني والذي يعني: "تحبّيس المال وبناء عليه يخرج المال من ملك الواقف ويصير حبيسا على حكم ملك الله تعالى ويمتنع على الواقف تصرفه فيه ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف، وإنه من خلال استعراض التعاريف السابقة يمكننا القول بلا شك أن المشرع الجزائري قد تبنى رأي جمهور الفقهاء السابق ذكره والذي يعني تحبّيس المال وعليه فالوقف تصرف تبرعي له معنى خاص يميزه عن الهبة والوصية بحبس أصله عن التملك والتبرع بمنفعته على وجوه الخير؛ وهو المعنى الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأوقاف رقم 10-91 المادة 03 منه حيث جاء فيه: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر أو الخير" ومنه نبيّن مشروعية الوقف في الشريعة الإسلامية:

الفرع الثاني: مشروعية الوقف

العلماء في مشروعية الوقف مذاهب فمنهم من أجازوه مطلقا ومنهم من منعه مطلقا، ومنهم من أجازوه في أحوال ومنعه في أخرى، وقد رجّح كثير من العلماء أدلة المجيزين لأن أدلة المنكرين تعارض نصوصا ثابتة في الكتاب والسنة، ويؤصل لذلك عدة آيات عامة في القرآن الكريم تحفّز على فعل الخير وكذلك ما ورد من أحاديث في السنة النبوية إضافة إلى عمل النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته رضوان الله عليهم فالصدقات الجارية والأوقاف التي في زمان رسول الله صلى الله عليه

(1) وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، 1993، ص 153.

وسلم منه ومن أصحابه كثيرة، وهذا ما أجمع عليه جمهور الفقهاء حيث رأوا أن الوقف جائز شرعا في كل شيء ينتفع به ويجوز فيه الملك:

أولا- من القرآن الكريم: وردت في كتاب الله عز وجل عدة آيات تحث على البر وتحرض على الإنفاق، وتحض على المسارعة إلى فعل الخيرات منها على سبيل المثال لا الحصر قوله تعالى: **"وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ"**⁽¹⁾ وقوله: **"انْفِقُوا مِمَّا رَزَقْنَاكُمْ"**⁽²⁾، وقوله: **"مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً"**⁽³⁾ ففي هذه الآيات وغيرها كثير ترغيب في عمل الخير والبر والصدقة والوقف منها.

ثانيا- من السنة النبوية الشريفة:

استدل العلماء على مشروعية الوقف بالأحاديث النبوية الشريفة التالية:

- 1- فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: **"إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: منها صدقة جارية..."**⁽⁴⁾ والصدقة الجارية هي الوقف.
- 2- صدقة عمر (رضي الله عنه) وقد أشار عليه بها رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في قصته المعروفة أنه أصاب أرضا بخيبر فأتى النبي صل الله عليه وسلم يستأمره فيها فقال صل الله عليه وسلم: **"إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق بها عمر أن لا يباع ولا يوهب ولا يورث..."**⁽⁵⁾.
- 3- صدقة عثمان (رضي الله عنه) ببئر رومة؛ حيث قال رسول الله (صلى الله عليه وسلم): **"من يشتري بئر رومة فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين" فاشتراها عثمان وتصدق بها للمسلمين**⁽⁶⁾.

(1) سورة البقرة: الآية 03.

(2) سورة البقرة: الآية 256.

(3) سورة البقرة: الآية 245.

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، موسوعة السنة، دار الدعوة، استانبول، ج03، ط2، 1992م، ج03، ص1255.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، البخاري، كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضا أو بئرا

، موسوعة السنة، دار الدعوة، استانبول، ج03، ط2، 1992م، ج03، ص196.

(6) البخاري، كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضا أو بئرا ، المصدر نفسه، ج03، ص197.

4- صدقة سعد بن عبادة حيث تصدق بمخرف له على أمه لما توفيت، والمخرف هو المكان المثمر⁽¹⁾ وهذه الصدقات أوقاف ينتفع المسلمون بثمرها على تفصيل في شروطها.

ثالثاً- من الإجماع⁽²⁾: فقد ثبت أن الصحابة رضوان الله عليهم قد وقفوا أموالهم وقفوا أموالهم في سبيل الله وقد حذوهم التابعين وتابعهم إلى يومنا هذا تقرباً إلى الله تعالى.

المطلب الثاني: أقسام الوقف وخصائصه

للوقف أنواع كثيرة تتعدد بتعدد الأغراض والمحل...، وقد أخذ المشرع الجزائري ببعضها نبيين أنواعه بصفة عامة ثم في القانون الجزائري:

الفرع الأول: أقسام الوقف

أولاً- تقسيم الوقف باعتبار الغرض منه⁽³⁾:

يقسم قسمين كالآتي:

1- الوقف الخيري: وهو الذي يوقف في أول الأمر على جهة خيرية ولو لمدة معينة، يكون بعدها وقتاً على شخص معين أو أشخاص معين، كأن يقف أرضه على مستشفى أو مدرسة ثم من بعد ذلك على نفسه أو أولاده.

2- الوقف الأهلي: وهو ما جعل استحقاق الربيع فيه أولاً إلى الواقف مثلاً، ثم لأولاده ثم لجهة بر لا تتقطع حسب إرادة الواقف.

والوقف كما يكون أهلياً فقط أو خيرياً فقط، يكون كذلك منوطاً ببعضه خيرياً وبعضه أهلياً⁽⁴⁾، وهو ما يسمى بالوقف المشترك.

(1) البخاري، كتاب الوصايا، باب إذا قال أرضي أو بستاني صدقة لله عن أمي، المصدر نفسه، ج3، ص191.

(2) الكبيسي محمد عبيد، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد، بغداد، دط، 1977، ج01، ص90-131.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص159.

(4) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص320.

والوقف كما يكون أهليا فقط أو خيريا فقط، يكون كذلك منوط بعضه خيريا وبعضه أهلي⁽¹⁾، وهو ما يسمى بالوقف المشترك.

ثانيا- تقسيم الوقف باعتبار زمانه⁽²⁾:

يقسم قسمين كالآتي:

1-وقف مؤبد: وهو الأصل في الغالب، وهو حبس المال على جهة لا تنتقطع.

2-وقف مؤقت: والتأقيت في الوقف يتصور في وقف الأعيان مدة من الزمن، أو لتحقيق غاية وقفية ينحل الوقف بعدها.

ثالثا- تقسيم الوقف باعتبار محله⁽³⁾:

يقسم قسمين كالآتي:

1- وقف العقار: وهو ما يقصد به الدوام والاستمرار، بحيث يكون صالحا للبقاء مع فرضية وجوده غلة ثابتة ولو بطريقة الانتظار، حتى يتم استجاره.

2-وقف المنقول: وهو ما يقصد به استطاعة التحكم به، من خلال المقدره على نقل العين من مكان الآخر مثل الثياب وآلات المسجد من فرش ومصابيح...، وما في حكمها من مواد نستطيع التحكم بها، من ناحية نقلها من مكان لآخر.
رابعا: تقسيم الوقف باعتبار مضمونه⁽⁴⁾:

1- الوقف المباشر: وهو ما يستعمل أصل المال في تحقيق غرضه، نحو المسجد للصلاة والمدرسة للتعليم والمستشفى لعلاج المرضى وإيوائهم.

2- الوقف الاستثماري: وهو ما يستعمل أصله في إنتاج إيراد، وينفق الإيراد على غرض الوقف.

(1) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 320.

(2) المرجع السابق، ص 320.

(3) معتر محمد مصبح، دور الوقف الخيري في التنمية الاقتصادية- دراسة تطبيقية لقطاع غزة، رسالة ماجستير في اقتصاديات التنمية، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2012، ص 21.

(4) منذر القحف، الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر، سوريا، 2000، ص 159، انظر للاستزادة: زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، الوصية والميراث، والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1984، ص505.

وفي القانون فحسب المادة 6 من قانون الأوقاف 91-10 فإنّ الوقف نوعين وقف خاص ووقف عام وسنتناول توضيح كل نوع على حدا:

1- **الوقف العام:** الوقف العام حسب المادة هو حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه ويخصص ريعه لمساهمة في سبيل الخيرات، معنى ذلك هو ما كان الموقوف عليه شخصية معنوية، مثل: الوقف على مدرسة الوقف على مستشفى وهذا الوقف أيضا ينقسم إلى قسمين:

القسم الأول محدد فيه الجهة الموقوف عليها بدقة:⁽¹⁾ وتسمى الوقف العام المحدد الجهة، وهذا لا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير المادة 6 من قانون الأوقاف.

القسم الثاني وقف عام غير محدد الجهة: وهو الوقف الذي لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف وهذا حسب نص المادة 6 من قانون الأوقاف: يصرف ريعه في سبيل الخيرات، إضافة إلى أن المادة 8 من قانون الأوقاف جاءت بتحديد مجموعة من الأموال وجعلتها أوقاف عامة وهي: "أماكن العبادة وكل الأملاك العقارية الموقوفة على الجهات والمؤسسات والمشاريع الخيرية دون معرفة واقفها ولا الموقوف عليها المتعارف عليها، وكذلك الأملاك الموقوفة خارج الوطن، ويحدد عند الضرورة كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". حيث نص في المادة 06 من قانون الأوقاف رقم 10-91 على أن: "... الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخيرات...". وذلك من خلال ما جاء في المادة (08) من القانون رقم: 10-91 المتعلق بالأوقاف المذكور أعلاه بقولها: "الأوقاف العامة المصونة هي:

- 1- الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية.
- 2- العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن، سواء كانت بعيدة عنها.
- 3- الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
- 4- الأملاك العقارية المعلومة وفقا والمسجلة لدى المحاكم.
- 5- الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية، أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.

(1) خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي، لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006، ص 28.

- 6- الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.
- 7- الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.
- 8- كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف.

9- الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفاً، والموجودة خارج الوطن تحدد عند الضرورة كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

انتبه المشرع بعد مرور سبع سنوات من صدور قانون الأوقاف إلى قصور هذه المادة عن جمع كل أنواع الأوقاف العامة، فحاول بعدها ضم أنواع أخرى وصور شتى تتدرج ضمن الوقف العام عددها المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم: 98- 381 المؤرخ في: 01 ديسمبر 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، وهي كالاتي: المادة 06: (في إطار أحكام المادة (08) من القانون رقم 91-10 : المؤرخ في 1991- 04- 27: المذكور أعلاه، تعتبر من الأوقاف العامة:

- الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخصي الفائدة الوقف.
- الأملاك التي وقفت بعدما اشترت بأموال جماعة من المحسنين.
- الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة.
- الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية).

وهو ما يؤكد عدم حصرية التعداد الوارد في قانون الأوقاف باعتبار المشرع عدّد أصنافاً أخرى، إلا أنه ومهما حرص المشرع على حصرها فإنه لن يجمع ويحصر جميع صور الأوقاف العامة لتنوع النشاطات التي أسهم الوقف من خلال عائداته في معالجة سلبيات وهموم المجتمع الكثيرة⁽¹⁾.

2- الوقف الخاص: عرف في المادة 5 من قانون الأوقاف: الوقف الخاص هو ما تم رصده للذرية بحسب القانون الجزائري أي أن يكون لأهل الواقف حسب الشروط التي يضعها ويسمى عند البعض بالوقف الأهلي أو الوقف الذري.

(1) خالد رامول، المرجع السابق، ص 28.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد عزّفه في المادة 6 من قانون الأوقاف 91-10 التي جاء فيها: "الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور أو الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم" والملاحظ على المشرع الجزائري أنه أخرج الوقف الخاص من مجال تطبيق القانون رقم 91-10 وأخضعه إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها بموجب تعديل مادة 02 من القانون رقم 91-10 والتي كانت تنص: "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية وتسييرها وحفظها وحمايتها" لتصبح بموجب القانون رقم 02-10. الأمر المؤرخ في: 14-12-2002⁽¹⁾ الذي يعدل ويتم القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف تنص على: "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط والكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها، والوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"⁽²⁾ مما يفيد أن المشرع قد رفع عن الوقف الخاص تلك الحصانة التي كان قد بسطها عليه بموجب القانون القديم. وهناك حالات خاصة يتحول فيها الوقف الخاص إلى وقف عام وهي:

1- عدم قبول الموقوف عليه فيصير هذا الوقف الخاص وقف عاما على حسب المادة 7 من القانون 91-10 والتي جاء فيها: يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الوقوف عليه، ولكن هته المادة ملغاة بموجب القانون 02-10.

2- في حالة انقراض الموقوف عليهم فيصبح الوقف الخاص هنا وقفا عاما وهذا بموجب المادة 22 من القانون 91-10 والتي جاء فيها: "تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المجددين حسب شروط الواقف..... الخ ويؤول الوقف مباشرة بعد انقراض العقب إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ما لم يحدد الواقف مال وقفه. ومنه المادة ملغاة بموجب القانون 02-10.

3- الأوقاف الخاصة التي لا يعرف فيها الموقوف عليهم، فهذه تدخل في عداد الأوقاف العامة وتأخذ حكمها، وذلك عملا بالمادة 8 من ق الأوقاف 91-10، فقرة 7 والتي تنص على الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها تعتبر أوقاف عامة.

(1) نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 83، الصادرة بتاريخ: 15 ديسمبر 2002.

(2) قانون رقم 91-10.

4- الأملاك التي لا يعرف واقفها ولا الموقوف عليها، ولكننا متعارف عليها بأنها أملاك وقفية وذلك طبقا للفقرة 8 من المادة 08 التي حددت الأوقاف العامة.

5- الأملاك الوقفية الموجودة بالخارج، وهذا في الفقرة 9 مادة 08 السابق ذكرها ومنه سواء كانت...أو عقارات.

فمن خلال ما سبق فالوقف الخاص هو كل ما رصد الواقف استحقاقه وريعه على ذريته وأولاده من الذكور والإناث أو على أشخاص يختارهم الواقف بإرادته، ثم إلى الجهة التي يؤول إليها بعد انقطاع الموقوف عليهم.

3- **الأوقاف المشتركة:** هو ذلك الوقف الذي يجمع فيه الواقف بين الوقف العام والوقف الخاص، وهو ما كان فيه نصيب خيري عام، ونصيب أهلي خاص، ولم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من الأوقاف، ويتمثل هذا النوع في أوقاف الزوايا التي يعود ريعها على أشخاص معينين كالقراية والأهل والذرية، وعلى أغرض ذات مصلحة عامة في آن واحد.

الفرع الثاني: خصائص الوقف وتمييزه عن الأنظمة المشابهة

ولتتمام بيان مفهوم الوقف نورد خصائصه (أولا) ثم ما يميزه عن الأنظمة المشابهة (ثانيا):

أولا- خصائص الوقف في القانون الجزائري

لوقف خصائص تميزه عن غيره من التصرفات القانونية التي لها أثرها في انتقال الملكية نورد أهمها في الآتي:

1- **الوقف عقد تبرعي:** إن الوقف تصرف إرادي ينقل الواقف من خلاله منفعة شيء معين إلى شخص آخر أو ما يسمى بالموقوف عليه، على وجه التبرع فلا يكون لتصرفه هذا أي مقابل أو تعويض وإنما يسعى صاحبه من خلاله إلى إدراك مرضاة الله من خلال بر أقاربه وذوي رحمه، أو الإحسان إلى الفقراء والمحتاجين من عامة الناس، ومعنى ذلك أن الوقف يلزم الواقف فيه بتقديم شيء دون مقابل وذلك يقبل حق الانتفاع من العين الموقوفة إلى الجهة الموقوف عليها ومن نتائج ذلك أن التملك الوقفي يخرج تملك الواقف على غير مالك أو إلى ملك الله تعالى لأنه يقصد به التبرع لوجه الله تعالى، وقد صرح القانون الجزائري بذلك في المادة 17 من القانون 91-10 جاء فيها "إذا صح الوقف

زال حق ملكية الواقف" (1) وهو حق عيني إذ لا يرد إلا على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف بشرط احترام إرادة الواقف، وإن كان جانب من الشراح يرى بأنه حق شخصي (2).

2- الوقف تصرف لازم: فالأصل العام عدم جواز الرجوع في الوقف إلا أن المشرع الجزائري في المادة 15 من قانون الأوقاف أجاز له الرجوع بشرط ذكره في عقد الوقف ذاته، كما أجاز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف إذا كان منافيا لحكم الوقف (اللزوم) (المادة 16 من قانون الأوقاف).

3- الوقف يخول للموقوف عليه حق الانتفاع (3): وهذا ما أكدته نصي المادتين 18 و23 من قانون الأوقاف، ويلاحظ في هذا الصدد أن حق الانتفاع الممنوح للموقوف عليهم يختلف عن حق الانتفاع المتعارف عليه في القواعد العامة، ذلك أن الأول يمكن أن ينتقل إلى الورثة إذا اشترط الواقف ذلك في عقده، فيكون لزاما على ناظر الوقف احترام ذلك على عكس الثاني الذي ينتهي بموت المنتفع. غير أن هناك جانب من الفقه الإسلامي يقر بإمكانية التصرف في الأملاك الوقفية بالإبدال والاستبدال بتوافر بعض الشروط.

4- تمتع الوقف بالشخصية المعنوية: ومعنى ذلك أن الوقف شخص اعتباري يتمتع بالشخصية المعنوية (4)، ولم يشر قانون الأسرة لهاته الخاصة بينما تجسدت في قانون 91-10 ولكن استقر القضاء الجزائري قبل 91-10 على اعتبار أن الوقف شخصية معنوية أخذا بالشرعية الإسلامية وتسمى الشخصية الحكيمة، حيث جاء في بعض قرارات المحكمة العليا: (من المقرر شرعا أن الأملاك المحبسة لا يسري عليها التقادم لكون أن لها الشخصية الحكيمة، وحيث أنه ما دام الأمر كلك فإنه لا يجوز التمسك بالتقادم في استغلال الأرض المحبسة لانعدام نية التملك)، وهذا القرار صدر سنة 1986، وهذا يتوافق مع القانون المدني في إطار تعداد الأشخاص المعنوية في المادة 49 و50 منه أو تسمى الشخصية الاعتبارية، وبذلك اكتسب الوقف بنص القانون الجزائري الشخصية المعنوية

(1) المادة 17 قانون الأوقاف 91-10.

(2) انظر: خالد رامول، المرجع السابق، ص52.

(3) المرجع نفسه، وصورية زردوم، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص16.

(4) السنهوري، المرجع السابق، ص348، وعبد المنعم البدروي، المدخل للعلوم القانونية، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1962، ص679.

بالرغم من أن القانون لم يمنح الوقف هذه الشخصية صراحة إلا بعد التعديل الأخير الذي نص صراحة على ذلك في المادة 49 منه. من القانون المدني المعدلة والمتممة بالمادة 21 من القانون 05-10 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، حيث أصبحت المادة 49: "الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة، الولاية البلدية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، الشركات المدنية والتجارية، الجمعيات والمؤسسات، الوقف، كل مجموعة من الأشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية". ويسري هذا النص حتى على الأوقاف القديمة التي أنشئت قبل صدور القانون الوقفي إذا ما روعيت في إنشائها التقيد بقواعد فقهية ثابتة⁽¹⁾. ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها: تمتع الوقف بحقوق قانونية معترف بها وهي جملة الحقوق المنصوص عليها في المادة 50 ق م، وهي أن يكون له نمة مالية مستقلة عن الواقف والموقوف عليه والناظر الذي يقوم على تسييره، واكتساب أهلية التقاضي في حالة وجود نزاعات لدى التقاضي أمام الجهات المعنية، وحقه في وجود نائب يمثله ويعبر عن إرادته، حقه في موطن أو مكان الذي يسهل إدارته، تمتعه بحماية قانونية مميزة تتراوح هذه الحماية بين الحماية الجزائرية والحماية المدنية، وقد تحدث المشرع الجزائري عن الحماية الجزائرية ذلك من خلال المادة 36 من القانون 91-10 التي جاء فيها: "يتعرض كل من يقوم باستغلال الملك الوقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستندات أو تزويرها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات فتطبيقا لهته المادة فإن كل الانتهاكات الواقعة على الأملاك الوقفية تطبق بشأنها الجرائم الواردة على قانون العقوبات فيه مواد أشارت إلى حماية الأوقاف مثل الجرائم الأموال، الاعتداء على الأموال الوقفية"، الأموال المنصوص عليها في القسم السادس من المادة الثانية من قانون العقوبات 386 الخاصة بالتعدي على الأملاك العقارية أو السرقة على المنقول الوقفي كذلك المادة 350 قانون العقوبات الجزائري الجرائم الواقعة على جرائم الأموال، والحماية المدنية فتظهر في الحماية التي قررها المشرع الجزائري في الملك لوقفي كونه ملكا عاما منها⁽²⁾:

(1) خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية دار زهران، الأردن، ط1، 2012، ص95-98.
(2) انظر: عمر بوحلاسة، الوقف في القانون الجزائري، مجلة الموثق، العدد 09، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2000، ص40، ونبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وفقها وتطبيقا، دار هومة، الجزائر، 2006، ص389.

أ- **عدم جواز الشفعة في الوقف:** وهي رخصة تثبت للمشتري أن يحل محل المشتري على العقار، أي تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار. المادة 794 ق.م. "الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في شراء العقار"، لا تجوز الشفعة في الوقف لأن أحكام الشفعة لا تطبق إلا على العقار في عقد البيع ولأن الوقف يلحق بدور العبادة فيطبق عليه ما جاء في نص المادة 798 ق م والتي جاء فيها: "لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة"، والحكمة من ذلك عند شرح القانون أن المانع هنا هو الاعتبار الديني التي تقدم على اعتبار مصلحة التشفيح فيقاس الوقف على ذلك.

ب- **الوقف لا يكتسب بالتقادم:** معنى ذلك لا يمكن تطبيق قواعد التقادم المكسب كسب لتملك المال الوقفي، وكذلك لأن الوقف في حقيقة غير قابل للتصرف لأنه يخرج المال عن التصرف فيه بالطرق المعتادة. (التصرفات الناقلة للملكية) وقد جاء في أحد قرارات المحكمة العليا التصريح بهذا الأمر في قرار مؤرخ في 1986/01/13: "من المقرر شرعا أن الأملاك المحبسة لا يسري عليها التقادم المكسب لكونها دائما شخصية حكومية، وحيث أنه كذلك فإنه لا يجوز التمسك بالتقادم في استغلال هته الأرض المحبسة".

ث- **عدم جواز الحجز على الأوقاف:** وذلك إذا أفلس الوقف وفيه دين عليه فلا يمكن وفاء الدين بالحجز على الملك الوقفي وإنما يسوّى ذلك من مال الناظر أو الإدارة التي تسهر على المال الوقفي دون الحجز عليه، وذلك لأن الوقف في حقيقته لا يجوز فيه التصرف بأي تصرف ناقل لملكيته وهذا لصالح الوقف.

هـ - **عدم قابلية الوقف للمصادرة:** أي لا يجوز أن تشرع فيها ملكية الوقف بأي صفة سواء كانت للمصلحة العامة أو غيرها، إلا في حالة جواز استبداله عند البعض، ومعنى استبداله يعني جواز بيعه أو جواز المقايضة به، عن طريق المقايضة أو عن طريق البيع.

د - **الأملاك الوقفية تعفى من رسوم التسجيل والضرائب وذلك لكون الوقف يعد من أعمال البر والخير غير أن هذا الإعفاء لا يمتد بطبيعة الحال إلى رسوم التوثيق.**

ثانيا- تمييز الوقف عن غيره من الأنظمة المشابهة:

نتحدث في هذا العنصر عن تمييز الوقف عن الوصية والهبة كما يلي:

1- التمييز بين الوقف والوصية(1):

بما أن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت حسب المادة 184 ق أ فإن الفرق الجوهرى بين الوقف والوصية هو فى التملك، فالتملك فى الوصية ما بعد الموت، أما فى الوقف وحسب المادة 3 من ق الأوقاف، فإنه يكون حال الحياة.

أ- من حيث المقدار: للواقف أن يوقف ما شاء من أمواله دون تحديد للمقدار، ولكن الوصية لا تكون إلا فى حدود الثلث وما زاد منها فىخضع لإجازة الورثة.

ب- من حيث ترتيب الآثار: فإن الوصية لا تترتب آثارها إلا بعد موت الوصى، بينما الوقف ينتج آثاره بمجرد توافر أركانه.

ج- الوقف معفى من رسوم التسجيل والشهر العقارى بخلاف الوصية.

2- تمييز الوقف عن الهبة:

أهم ما يفرق الوقف عن الهبة فى التملك بحيث الهبة هى تملك للأصل والمنفعة معا، والوقف هو تملك للمنفعة فقط.

ومن حيث الانعقاد؛ تعقد الهبة بإيجاب وقبول و تتم بالحيازة 206 ق أ، بعكس الوقف فلا تشترط القبول من طرف الموقوف عليه، إلا إذا كان وقفا خاصا ولكن مع إخراج المشرع للوقف الخاص من أحكام ق 91 و10 فإنه يمكن الاستنتاج أنه لا اشتراط للقبول فى الوقف.

المبحث الثانى: أحكام الوقف فى القانون الجزائرى

نتطرق فى هذا المبحث إلى الأحكام التى ينعقد بها الوقف وإدارته وطرق استثماره فى القانون الجزائرى:

(1) انظر: مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 07 فما بعدها، وخالد رامول، المرجع السابق، ص51، وعمر بوحلاسة، المرجع السابق، ص 40، وعبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص54.

المطلب الأول: أركان الوقف وشروطه

للوقف وكغيره من التصرفات الإرادية الأخرى له أركان ينبغي توافرها فإذا أنشئت وفقا للشروط التي يتطلبها القانون ترتبت على هذا الوقف آثاره القانونية، حسب المادة 09 من ق أ ج تحدد أركان الوقف في أربعة وهي: الواقف، الموقوف عليه، المحل والصيغة، وحتى يصح الوقف يجب أن تصح أركانه بصحة شروطه حتى يكون هذا الركن قانونيا، وهي:

الفرع الأول: الواقف وشروطه

هو صاحب الإرادة التامة للتبرع بماله وفي سبيل الله تعالى، وحتى يكون الوقف صحيحا يشترط في الواقف أن يكون أهلا لذلك، ولقد أتى المشرع الجزائري على ذكر الشروط التي اشترط توافرها فيه من خلال المادة 10 من قانون 91-10 في شروط الواقف السالف الذكر، حيث نص على ما يلي: "يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي: أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا، وأن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين. لذلك فإن شروط الواقف في نظر القانون هي أن يكون كامل الأهلية وتتم أهلية التبرع في الق الجزائري بتمام 19 سنة، وأن يكون خاليا من عوارض الأهلية وقد فصلت المادة 10 فيها:

أولاً- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ملكه: طبقا للفقرة 2 م 10 ق 91-10 غير محجور عليه، بأن يكون عاقلا فلا يصح تصرف أو وقف المجنون ولا المعتوه ولا السفیه ولا الصغير حيث جاء في المادة 31 من نفس القانون: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أن التسيير أما صاحب الجنون المنقطع فيصح أثناء استفاقته وتمام عقله، وجاء في المادة 30 من ق الأوقاف، جاء فيها ما يتعلق بوقف الصبي "وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"، فنلاحظ بالنسبة للصبي فإن القانون الجزائري اعتبر وقفه باطلا بطلانا مطلقا ولو أذن بذلك الوصي، أي لا يخضع للقواعد العامة للنيابة ولو كان صبيا مميزا، كذلك أشار إلى نوع الجنون وأثره في الوقف فصاحب الجنون المنقطع يصح وقفه أثناء إفاقته بموجب المادة 31، وهذا أخذا ببعض قواعد الفقه الإسلامي التي تفصل في ذلك. فينبغي أن الواقف ممن يصح تصرفه ومن يصح تصرفه في نظر المشرع هو الشخص المالك الذي لا تشوب إرادته عارضا من

عوارض الأهلية، ومن ثمة ينبغي أن يكون عاقلا غير مجنون ولا معتوه وأن يكون بالغاً راشداً وفق ما يشترطه سن الرشد المنصوص عليه في القانون، وغير محجور عليه.

ثانياً- أن يكون مالكا للعين الموقوفة ملكا تاما: لقد اشترط المشرع في الواقف أن تكون ملكيته للعين الموقوفة ملكية تامة حيث جاء في نص المادة السالف ذكرها: "أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقاً" ومعنى ذلك أن يكون الواقف مثبتاً لملكته لمحل الوقف ملكا كاملاً، وفق ما نصت عليه قواعد التوثيق والرسمية في القانون الجزائري، معنى ذلك إذا أراد الواقف أن يوقف عقاراً يجب اتخاذ الإجراءات الشكلية اللازمة لذلك⁽¹⁾، وقد جاء في المادة 216 ق أ: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكاً للواقف، معينا، خالياً من النزاع." كما نصت المادة 17 ق الأوقاف أنه في الواقف لكي يكون وقفه صحيحاً أن يكون مالكا للمال المراد وقفه ملكاً مطلقاً، ومعنى أن لا تكون محل نزاع، بمعنى لا يكون هنالك نزاع قائم حول ملكية المحل والأمر هنا في القضاء للفصل بذلك، وقد جاء في المحكمة العليا في قرار لها سنة 1993 "من المقرر شرعاً وقانوناً أن يكون المال المحبوس ملكاً للواقف وإلا لما جاز له حبسه، وأن يكون ماله غير مجهول وخالياً من كل نزاع؛ غير أن الكثير من رجال القانون من يروا بأنه إذا وقف شخص ما لا يملك على أنه يملكه فالوقف لا يكون باطلاً ولكن يتوقف على إجازة المالك، غير أن المشرع الجزائري أعطى لهذه المسألة حكماً على عمومها، حيث اعتبره وقفاً باطلاً باعتباره تصرف في ملك الغير، وأيده في ذلك القضاء الجزائري حيث قررت المحكمة العليا في كثير من قراراتها لإبطال الوقف الصادر عن غير مالك، حتى ولو كان الواقف يظن بأنه مالكا للعين الموقوفة كلها، في حين نازعه في جزء منها ورثة آخرون معه يجهلهم، ومن أمثلة تلك القرارات: القرار الصادر في 11- 21- 1988 الذي قضت فيه المحكمة العليا بنقض قرار المجلس الذي صحح حبس محرر من طرف شخص في حين كانت العين الموقوفة ملكاً لشخص آخر⁽²⁾. وفي القرار الصادر في 09- 28- 1993 الذي اعتبرت فيه المحكمة العليا الحبس المتضمن مال المحبس مع مال أخيه، بأنه صحيح في الجزء من المال الذي يملكه الواقف، وباطل الوقف المنصب على مال

(1) انظر: عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006، ص166، ومحمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1971، ص59، ومصطفى شليبي، المرجع السابق، ص357-365، ووهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص163، ص209.

(2) قرار رقم 46546 مؤرخ في: 21-11-1988، م. في 1991، عدد 2، ص 60.

أخيه، لأن الواقف لا يملكه⁽¹⁾. ولقد أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث نصت المادة 104 على الآتي: "يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي قيد يقيد حرية التصرف في الحق، من قبل صاحبه الأخير".

ثالثا- أن لا يكون مدينا: أي أن لا يكون وقفه مستغرقا بالدين، فلا يعتبر الوقف صحيحا لتعلق حق الغير له.

رابعا- أن لا يكون الواقف مريضا مرض الموت: مرض الموت سبقت الإشارة إليه فهو الذي يصيب الواقف في آخر حياته ويعقده عن أداء مهامه، فحكم تصرفه أو وقفه من أن يكون وصيه، فينفذ في حدود الثلث.

الفرع الثاني: الصيغة وشروطها

وهي العبارة التي يفهم منها وقف المالك لملكه وتكون في الإيجاب الصادر عن الواقف باعتباره تصرفا صادرا من جهة واحدة، وينعقد الوقف حسب المادة 12 من قانون الأوقاف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، واللفظ قد يكون صريحا أو غير صريح باللفظ الصريح: أوقفت، حبست...وقد تكون بالنية في اللفظ الضمني الغير صريح كتصدقت بمالي وقفا على فلان، وهبت، حررت ملكيتي...أبّدت وهي لفلان⁽²⁾، وقد يكون الوقف بالأفعال وهذه النقطة تحدّث عنها فقهاء الشريعة الإسلامية كأن يبني مسجدا ويؤبده للغير فعمله هذا يقوم مقام التصريح بأنه وقف، وقد يكون بالإشارة، ويشترط فيها أن تكون مفهومة، والكتابة ويصح الوقف بالكتابة مثلا: للشخص الغير قادر على اللفظ.

أولا- أن تكون الصيغة جازمة: ومعنى ذلك أن لا تتضمن احتمال الوقف من غيره، مثلا: كأن يقول أوقفت هذه الدار عندما أختار ذلك، إذن الصيغة هنا جازمة، أوقفت هذا المسجد إلى حين أقرر.

ثانيا- أن تفيد معنى التأبيد: فلا يصح الوقف إذا دل على التأقيت بمدة لأنه إخراج مال على وجه القرية، فلم يجز إلى مدة وإنما لا بد من اشتماله على معنى التأبيد، وهذا حسب القانون الجزائري

(1) قرار رقم 94323 مؤرخ في: 28-09-1993، م.ق. 1994، عدد 2، ص76. وفنطازي، المرجع السابق، ص95-98.

(2) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص357-365.

ومعنى ذلك أن لا يقترن بصيغة يدل على التأقيت وهو ما يتخلص من المادة 3 من ق الأوقاف 31-10 والمادة 213 ق أ ج، حيث جاء في المادة 03 بأن الوقف هو: "حبس العين عن التملك على وجه التأبيد" لذلك فإن كل صيغة تقترن بما يدل على تأقيت الوقف تبطل، ويبطل معها هذا الوقف الفساد الصيغة طبقا لحكم المادة 28 من القانون السالف الذكر، والتي مفادها: "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن"، ومعنى ذلك إذا اقترنت بما يقتضي التأقيت فالوقف باطل حسب ما جاء في المادة 28 من ق الأوقاف التي جاء فيها: "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن كأن يقول أوقفت هذه الدار مدة، وللمذاهب الإسلامية تفاصيل كثيرة في هذا الشأن يرجع إليها في كتب المذاهب.

ثالثًا- أن تكون الصيغة منجزة: الصيغة المنجزة هي تلك الصيغة التي تدل على إنشاء الوقف وترتيب آثاره عليه في الحال، بمعنى أن تكون غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل، واشتراط معلقة على التجيز لأن فيه تملك المنفعة، فلا تصح إلا منجزة كأن يقول: "وقفت داري على فلان بعد موتي"⁽¹⁾

الفرع الثالث: محل الوقف وشروطه⁽²⁾

محل الوقف هو العين المحبوسة التي تجري عليها أحكام الوقف، وثاني ركن نص عليه المشرع من خلال المادة 096 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف، ولقد بين المشرع الجزائري طبيعة محل الوقف من خلال ما ورد في المادة 11 من نفس القانون، غير أن المشرع الجزائري اشترط في محل الوقف جملة من الشروط لصحة الموقوف تضمنتها أحكام المادة 11 من قانون الأوقاف السالف الذكر، حيث يمكن بيانها في الآتي:

أولًا- أن يكون معلوما ومعينًا: تعييننا منافيا للجهالة ومفاد ذلك أن المشرع اشترط لصحة الوقف أن يكون الموقوف غير مجهول منعا للنزاع ومعينا منافيا للجهالة، ولقد أكد على ذلك المشرع في قانون الأسرة، حيث اشترط في المادة 216 منه على ضرورة أن يكون المال المحبس معينًا خاليا من النزاع. بمعنى أن يكون محددًا وفق لاسمه وصفته ويقصد بذلك العلم بالصفات أو بالذات، بحيث تجعل المحل الموقوف نافية للجهالة، وقد جاء تأكيد ذلك في المادة 218 ق أ ج: "يجب أن يكون المال

(1) فنطازي، المرجع السابق، ص 95-98.

(2) ينظر: صورية زردوم، المرجع السابق، ص 178، وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص 85.

المحبس مملوكا للواقف معيناً خالياً من النزاع ولو كان مشاعاً كأن يقول: أوقفت داري الواقعة في المكان الفلاني، أوقفت الأرض التي في الموقع الفلاني، فهنا يتطلب تعيين المساحة وحدود العقار وكل البيانات المتعلقة به، وإذا كان منقولاً فيذكر نوعه وكل أوصافه المحددة له.

ثانياً - يشترط أن يكون مفرزاً: ومعنى ذلك إذا كان المال مشاعاً فيجوز وقفه بشرط قابليته للقسمة من خلال المادة 11 من قانون الأوقاف رقم 10-91 المؤرخ في: 27-04-1991 في فقرتها الأخيرة، وجاء في المادة 216 منه على أنه: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكاً للواقف، معيناً، خالياً من النزاع، ولو كان مشاعاً" معنى ذلك أنه "يصح وقف المال المشاع بشرط أن يكون قابلاً للفرز. حيث جاء موقفه صريحاً من هذه المسألة التي كانت محل جدال وخلاف بشأنها بين الفقهاء، أما بالنسبة لوقف المال المرهون فلم يتطرق المشرع الج للمسألة ولكن بالرجوع للشريعة الإسلامية هناك من أجازها ولكن بشرط أن يوفي الدين الذي أذن الوقف في حالة الدين باطل.

ثالثاً - أن يكون مشروعاً: حيث أن المشرع اشترط لصحة الوقف أن يكون المال الموقوف مما يجوز التعامل فيه، بأن يكون غير مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية لأن المقصود به هو التصديق فلا يجوز إلا بما هو مشروع وقد جاء في المادة 11 من ق الأوقاف... "وأن يكون مشروعاً" بمعنى أن لا يكون محرماً وتطبيقاً لنص المادة 96 من القانون المدني: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً".

الفرع الرابع: الموقوف عليه وشروطه⁽¹⁾

المقصود بالموقوف عليه هو الجهة التي تثبت لها ملك المنفعة أو الجهة التي تستحق منفعة المال الموقوف وهذه شرط من الشروط: وفي ذلك نصت المادة 13 من قانون الأوقاف السالف الذكر على أن: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصاً معلوماً طبيعياً أو معنوياً".

أولاً - أن يكون شخصاً معلوماً: وهذا الشرط وارد بنص الشارع في المادة 13 من القانون السالف الذكر، وهو أن يكون الموقوف عليه شخصاً معلوماً، فلا يصح الوقف على مجهول، كما لو قال:

(1) ينظر: صورية زردوم، المرجع السابق، ص178، وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص85، ومحمد كنانة، المرجع السابق، ص95، وبلحاج العربي المرجع السابق، ج01، ص17.

(وقفت داري هذه على أحد أبنائي) وسكت عند هذا فيكون وقفا غير صحيح لكون الموقوف عليه مجهولا، ومن ثمة تعين صرف غلة الوقف إلى أناس معلومين، سواء بالاسم أو بالوصف كما لو قال: (وقفت أرضي على صغار أولادي) فيكون الوقف على الصغر خاصة، ويعتبر الاستحقاق لمن كان صغيرا وقت الوقف لا وقت ظهور الغلة، وبهذا الرأي يكون المشرع قد استبعد الرأي الفقهي القائل بجواز الوقف على المجهول⁽¹⁾، ولقد اكتفى المشرع في ذلك، بأن يكون معلوما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا، مع العلم بأن جل الأوقاف يكون الموقوف عليه فيها في الغالب شخصا طبيعيا وهذا حسب ما حددته نص المادة 13 من قانون الأوقاف التي جاء فيها أن: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا معلوما، طبيعيا أو معنويا) غير أنه مجرد أن يكون الموقوف عليه شخصا طبيعيا أو معنويا، لا يحقق العلم، فلا يكون معلوما بذلك، إذ الشخص الطبيعي حتى يكون معلوما، ينبغي ذكر اسمه أو وصفه، إذا كان الوصف مما لا يختلط معه المستحقين بغير المستحقين، كما في المثالين اللذين ذكرناهما سالفًا في التعيين بالاسم أو بالوصف. وأما الأشخاص المعنوية فكما وضحت لنا المادة 08 من القانون السلف ذكره، من أنها تتجسد في المساجد والجمعيات الخيرية والمؤسسات والمشاريع الدينية ... الخ.

ثانيا - أن يكون موجودا: وهو شرط اشترطه الشرع في صحة استحقاق الموقوف عليه للعين الموقوفة وهو الوجود، فقد نص في المادة 13 الأنف ذكرها على أن:

ثالثا - أن يكون أهلا للتملك: وهو شرط اتفق عليه كل الفقهاء، فالموقوف عليه إذا كان مجهولا أو معدوما لم يكن أهلا للتملك بنص القانون، ويشمل هذا الشرط كافة الشروط التي سبق التطرق إليها، فمن سقط شرط في ذمته كان غير أهل لتملك المنفعة على العموم. ولكن يطرح التساؤل حول القاصر والجنون، والمعته، والسفيه، وذو الغلة، هل يعتبرون جميعا أهلا للتملك أم لا؟ لم يشير المشرع الوقفي الجزائري لهذه المسألة، وسكوته هو إحالة غير مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 02 من قانون الأوقاف، ولا يوجد في حكم الشريعة الإسلامية ما يمنع صرف المنفعة في الوقف للموقوف عليه إذا كان قاصرا، فلو كان كذلك فإنه يقبض الغلة عنه وليه، وإن صغر السن لم يكن أبدا مانعا من قبول التبرعات والصدقات، وإن استحقاق الجنين للوقف بمجرد ولادته حيا، لدليل

(1) وهو موقف الإمام مالك، وأيده أبوحنيفة، انظر: عبد المالك رابح، المرجع السابق، 97.

على إسقاط عامل السن من الاستحقاق. كذلك الأمر بالنسبة للسّفية وذي الغفلة، فينزلان منزلة ناقص الأهلية في الحكم، مما يؤهلها لتقبل التبرعات والصدقات، باعتبارها تصرفات نافعة لهما نفعا محضا. وأما المجنون فيقبل عنه القيم عليه إذا كان محجورا عليه أو وليه أو من يقوم على رعايته.

رابعاً- أن لا تكون جهة معصية: أي أن تكون جهة خير وبر وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك لأن الوقف نوع من الصدق فلا يصح إلا بما كان مشروعاً مثلاً: أوقفت هذه المزرعة لمصنع الخمر، ولقد أكد المشرع من خلال المادة 13 السالف ذكرها، على ضرورة موافقة الموقوف عليه للشريعة، ومفاده أن لا يكون معصية، أو قائماً عليها، فالشيء المحظور هو الوقف على المعاصي، والمحرم كالوقف على: دور اللهو، أو على كنيسة، ... إلخ. لأن أساس الوقف وهدفه هو التقرب من الله، ولا يتقرب المسلم إلى الله بالإنفاق على معصية (فالله طيب لا يقبل طيباً)، ومن ثمة ينبغي أن يكون الموقوف عليه جهة بر، مثل الوقف على الفقراء، والعلماء، والمساجد، والمشافي، والملاجئ والحج ... إلخ. واكتفى المشرع الجزائري في ذلك باشتراط أن يكون الموقوف عليه لا يشوبه ما يخالف الشريعة، إلا أنه قرن هذا الشرط بالشخص المعنوي، في حين أن هذا الشرط هو الأصل في الجهة الموقوف عليها، سواء كانت أشخاصاً طبيعيين أو معنويين.

خامساً- أن تكون جهة البر دائمة: وهذا مستنتجاً ضمينا من اشتراط التأييد في الوقف، وذلك لمقصد الاستمرار في العطاء مثلاً: أوقفت مالي لبناء مسجد، مدرسة، مستشفى... وأن يكون شخصاً معنوياً في القانون الجزائري وذلك حسب المادة 13 في ق الأوقاف، والتي أبدلت بالمادة 5 والتي تحصر الموقوف عليه في الشخص المعنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية، وهذا تماشياً مع المشرع الجزائري الذي أبقى على الوقف العام فقط.

إنه ومن خلال جملة الشروط التي عرضناها، يمكن اعتبارها شروطاً أساسية لا غنى عنها، تناولها المشرع في العديد من المواضع، من خلال قانون الأسرة الجزائري ثم من بعده قانون الأوقاف؛ إلا أن هناك شروط أخرى تحدث عنها علماء الشريعة وهي الشروط العشرة أحببت أن أبينها في الآتي:

الفرع الخامس: الشكلية في الوقف

إن الوقف وكغيره من العقود والتصرفات الواردة على العقار يستوجب فيه الشكلية أو الرسمية اللازمة لكي يكون العقد صحيحاً حسب ما يقتضيه القانون المدني في مادته 324 مكرر، وحسب ما

يفرضه المشرع من خلال قانون التوثيق في مادته 12، وليؤكد المشرع على هذا المبدأ من خلال قانون الأسرة الجزائري، بحيث أخضعت المادة 217 منه الوقف إلى الشكلية المفروضة على الوصية من خلال المادة 191 منه والتي وردت بعبارة: "التصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر فإنه ينبغي إثباته بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية"، كما أكد القانون رقم: 91-10 المتعلق بالأوقاف بدوره على التقيد بالرسمية، وذلك من خلال نص المادة 41 منه والتي تنص على أنه: "يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري"، ويستفاد من نص المادة 41 أن المشرع قد ألزم الواقف بتوثيق وقفه لدى الجهة المؤهلة قانوناً لذلك، وهي الموثق باعتباره المخول قانوناً بإضفاء الرسمية على التصرفات التي يفرض القانون إفراغها في شكل رسمي طبقاً لنصوص القانون المدني المذكورة آنفاً، وطبقاً لقانون التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 والتي ألزمته كذلك بالقيام بإجراءات التسجيل لدى مصالح السجل العقاري الملزمة بان تقدم له إثباتاً بذلك وتقديم نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف. وبالإضافة إلى عملية تسجيل عقد الوقف أوجب المشرع الجزائري على الواقف إشهار هذا التصرف الذي يكون محله عقاراً أو حقاً عينياً وارداً على عقار، وهذا من أجل الاحتجاج بهذا التصرف في مواجهة الغير⁽¹⁾ بذلك أن عقد الوقف شأنه شأن سائر العقود لا ينتج آثاره إلا من تاريخ شهره تطبيقاً لنص المادتين 15-16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/75 المتضمنة إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽²⁾ ولعل الفائدة العملية من توثيق عقد الوقف هي إثبات وتدوين الوقف أو تسجيل إنشائه على وجه يحتج به شرعاً ويعتد به قانوناً⁽³⁾، وعليه فمن الواجب على السلطة المكلفة بالأوقاف أن تعمل على توفير وسائل الإثبات اللازمة، وذلك بغرض استعمالها في استعادة الطابع الوقفي لكثير

(1) خير الدين بن مشرّن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص55، وصورية زردوم، المرجع السابق، ص178، وحمدى باشا عمر، المرجع السابق، ص85، ومحمد كنانة، المرجع السابق، ص95، وبلحاج العربي المرجع السابق، ج01، ص17.

(2) انظر الجريدة الرسمية العدد رقم 92 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975، الأمر 74-75 الصادر في 12-11-1975 المتضمن إعداد ومسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لاسيما المادة 15 منها التي تنص على أن: لكل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية]، ص1206.

(3) مصطفى الزرقا، أحكام الوقف، دار عمار، ط1، 1997، ص111.

من العقارات والأراضي الوقفية التي طالها الإهمال وبقيت عرضة للاعتداء والسلب لعقود طويلة⁽¹⁾، ويخضع إثبات الملك الوقفي وتسجيله وشهره وفقا للقواعد والإجراءات المعمول بها قانونا، والتي نص عليها المشرع في المادة 41 من القانون 10-91 المتعلقة بالأوقاف، وكذا القانون المدني لاسيما في المادتين 328 و324 مكرر 1 منه، وكذا المادة 12 من قانون التوثيق رقم 70-91 المؤرخ في 7/12/15 ولعل الفائدة العملية من توثيق عقد الوقف هي إثبات وتدوين الوقف أو تسجيل إنشائه على وجه يحتج به شرعا ويعتد به قانونا.

وإنه وبعد التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف رقم: 10-91، استحدثت سجلات عقارية خاصة بالأموال الوقفية يتم فيها تسجيل جميع العقارات الوقفية بعد إجراء عملية جرد عامة من طرف مصالح أملاك الدولة، بالموازاة مع الجماعات المحلية، ليتم التثبيت وجرّد الأملاك الوقفية نهائيا في هذا السجل الخاص مع إشعار السلطة المكلفة بالأوقاف، ولقد جاء استحداث هذه العملية بعد صدور القانون رقم: 07-01 المؤرخ في: 22 مايو 2001 الذي يعدل ويتم القانون رقم: 91 - 10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، والمتعلق بالأوقاف حيث جاء في المادة (08 مكرر) منه ما يلي: (تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها يحدث لدى المصالح المعنية بأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية، تسجل فيه العقارات الوقفية، وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك). ويستفاد من ذلك أن الرسمية لوحدها غير كافية لتنفيذ ما جاء في العقد بل يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري "المحافظة العقارية".

ولقد أكدت المادة 11 من قانون الأوقاف رقم 10-91، على ضرورة إلزام المحافظ العقاري بإرسال نسخة من عقد الوقف بعد إشهاره إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، أي إلى ناظر الأوقاف بالولاية، عبر ما يسمى ب "كشف إرسال"، ولقد حددت التعلّيم رقم 00287 المؤرخة في: 29-01-2000، النموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي يتم بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف.

المطلب الثاني: إدارة الوقف وتنميته في القانون الجزائري

(1) فنطازي، المرجع السابق، ص95-98، ويجي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي- دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة- المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ص 428،

نتطرق في هذا المطلب إلى إدارة الوقف وتسييره (الفرع الأول) ثم معرفة طرق تنميته في ضوء القانون الجزائري (ثانياً):

الفرع الأول: إدارة الوقف وتسييره

في تسيير الوقف ركزت القول على المرحلة ما بعد الاستقلال والتي رافقت إعادة الاهتمام بالأوقاف في الجزائر وبالتالي إعادة الاهتمام بتسييره وإدارته ولأني لم أسرد تاريخه في الجزائر فإني اكتفيت بالفترة التي رافقت استحداث قانون الأسرة وقانون الأوقاف أكثر.

فبعد الاستقلال وبالضبط منذ بداية التسعينيات اهتمت الجزائر بالأوقاف 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 : 94-470 في 1995/12/25م.

في فترة الاستعمار طمس المستعمر الفرنسي كل معالم الأوقاف في الجزائر، لذا عمل المشرع الجزائري غداة الاستقلال إلى التفكير في تنظيمها وضبط التشريعات اللازمة لتسييرها وفق نظام قانوني وإداري يستجيب لطبيعة هذه الممتلكات ويتجاوب مع الأهداف التي أنشأت من أجلها، فوضعت مجموعة من القوانين بغية ضمان السير الحسن لعمل إدارة الأوقاف في الجزائر ويمكن تلخيصها فيما يلي⁽¹⁾:

أولاً- إدارة الأوقاف بعد الاستقلال: نظرا لغياب الحماية القانونية للأوقاف بعد الاستقلال أدى بالعديد من أفراد المجتمع الاستيلاء عليها وإدعاء ملكيتها، كما اعتبرت المؤسسات العمومية الأملاك الوقفية ملكا عموميا على أساس أنها أملاكاً شاغرة وذلك بموجب قرارات وتعليمات وزارية، إلا أن المشرع الجزائري لم يبق ساكناً أمام هذه التصرفات فقد قام بوضع قوانين ومراسيم لحماية واسترجاع هذه الأملاك الوقفية نذكر منها:

(1) انظر: عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 56، وعبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 237-243.

في سنة 1963 اقتصرت إدارة الأوقاف على المستوى الوطني في هذه السنة في شكل مديرية فرعية لدى وزارة الشؤون الدينية غير أن الإهمال والتهميش وغياب سياسة وطنية للتكفل بالأوقاف أدى إلى اندثار نظام الوقف وتغييب ثقافته في المجتمع الجزائري. ثم صدر مرسوم رقم 64-283 والذي يعتبر أول قانون في مجال الأوقاف في الجزائر، وتضمن هذا المرسوم 11 مادة، حاول المشرع من خلاله تنظيم الأملاك الوقفية، حيث عمد المشرع من خلال مواده إلى بيان أنواع الوقف، وتعداد الأوقاف العامة، كما اشترط أن يكون الوقف يخدم الصالح العام وغيرها من المواد.

وفي سنة 1965 أصبحت الأوقاف تحت إشراف مفتشية رئيسية للأوقاف المرتبطة مباشرة بالكتابة العامة بالوزارة، وأما تسييرها فتكفلت به المديرية الفرعية للأموال الوقفية التابعة لمديرية الشؤون الدينية، ثم ازداد وضع إدارة الأوقاف سوءاً سنة 1968 حين تقلصت هيكلية الأوقاف لتصبح مسيرة من قبل مديرية فرعية تابعة لمديرية الشؤون الدينية، ومما زاد من تدهور أوضاع الأملاك الوقفية صدور قانون الثورة الزراعية بموجب الأمر 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 والذي تم بموجبه تأميم الكثير من الأوقاف بإدخالها في صندوق الثورة الزراعية، رغم أنه استثنى من ذلك الأوقاف غير المستغلة، ولقد استمر تدهور وضعية الأملاك الوقفية بإلحاق العديد منها إلى البلديات بموجب الأمر رقم 74-26 هذا الأمر المتضمن الاحتياطات العقارية للبلديات واستغلالها في إنجاز العديد من المؤسسات والمرافق العمومية والبعض منها بيعت للخواص وأنجزت عليها بنايات فوضوية، بالإضافة إلى قانون التنازل عن أملاك الدولة الذي لم يستثن الأملاك الوقفية من عملية البيع خاصة منها السكنات والمحلات التجارية التابعة لها.

واستمرت الوضعية المزرية إلى غاية صدور الأمر رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، والذي سعى المشرع من خلاله إلى تنظيم إدارة الأوقاف، ولكن لم يتعرض قانون الأسرة في حقيقة الأمر إلى الكثير من المسائل التفصيلية مثل تسيير الوقف وطرق استغلاله واكتفى فقط بوضع القواعد العامة، كما دعم المشرع الجزائري وضعية الأوقاف بصدور قوانين أخرى نذكر منها⁽¹⁾:

(1) انظر: عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 56، وعبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 237-243.

أ- **قانون التوجيه العقاري:** لقد تعززت وضعية الأوقاف بصدور قانون رقم 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، والذي أعاد الاعتبار للملكية العقارية بما فيها الوقفية، والذي فتح المجال لاسترجاع المستحقين الأصليين لأرضيهم المؤممة في إطار الثورة الزراعية.

ب- **قانون الأوقاف 91-10:** يعد بداية عهد جديد ونقطة انطلاق جادة لقطاع الأوقاف في الجزائر، حيث بعد صدور المرسوم التنفيذي 94-490 المؤرخ في 21 رجب 1415 والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الشؤون الدينية، فاستقلت بذلك الأوقاف لتصبح مديرية قائمة بذاتها، وهذا راجع لتزايد الاهتمام الرسمي والتوسع في النشاطات الوقفية من خلال عملية استرجاع الأملاك الوقفية المؤممة والبحث عن الأملاك الوقفية المندثرة والمستولى عليها من طرف الأفراد والمؤسسات.

لذا لقد أحاط هذا القانون الوقف بالكثير من المسائل التفصيلية، وفي سنة 1999 تم إنشاء الصندوق المركزي للأوقاف بناء على قرار وزاري مشترك بين وزارة المالية ووزارة الشؤون الدينية ويحمل رقم 31 وهو مؤرخ في 2 مارس 1999م، إلا أن الموارد والإيرادات المحصلة تصب في الحساب المركزي للأوقاف، وهذا بعد خصم النفقات المرخص بها، ثم في سنة 2001 أدخل المشرع الجزائري على قانون 91-10 تعديلات بتاريخ 22 مايو 2001 بموجب القانون 07-01 المعدل والمتمم الذي مس تعديله بعض جوانب الوقف، وفي سنة 2002 لقد تمّ تعديل القانون السابق بموجب القانون 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 والذي أصبح بموجبه الوقف الخاص يخضع للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وبفضل تطبيق هذه القوانين فقد استرجعت وزارة الأوقاف العديد من الأملاك الوقفية.

ثانيا: أجهزة تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر

سيرت الأوقاف ولفترة طويلة تسيرا ذاتيا، إذ يشرف عليها شخص معين إما من طرف الواقف أو بموجب حكم قضائي، إلا أنها نظرا لأهميتها ودورها الفعال فقد وضع المشرع الجزائري الإطار القانوني التنظيمي لإدارتها والإشراف عليها.

1- **التسيير المباشر**⁽¹⁾: خولت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 98-381 المؤرخ في 01-12-1998 الحق في إدارة الأملاك الوقفية والإشراف عليها شخص يسمى ناظر الوقف، والتي نصت على: "تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991".

ويجب أن تتوفر شروطا في ناظر الوقف حددتها المادة 17 من المرسوم التنفيذي 98-381 وهي:

أ- **الإسلام**: يعتبر الوقف من أرقى خصائص الشريعة الإسلامية فمن البديهي أن يتولى الملك الوقفي مسلما ولا يجوز توليه غير المسلم لقوله تعالى: **"ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"**.

ب- **الجنسية**: اشترط المشرع في ناظر الملك الوقفي أن يكون حاملا للجنسية الجزائرية.

ت- **بلوغ سن الرشد**: لا يوجد اختلاف بين الشرع والقانون بتصريح نص المادة 16 و17 من المرسوم 98-381.

ث- **سلامة العقل والبدن**: يشترط في الناظر سلامة العقل ونعني بها القدرة التامة على حسن التصرف والتي عبر عنها فقهاء الشريعة الإسلامية بالكفاية اللازمة، كما يشترط فيه سلامة البدن من كل عاهة كالصم والبكم والعمى أو أية عاهة أخرى تحول دون توليه الملك الوقفي على أكمل وجه وبالشكل اللازم.

ج- **العدل والأمانة**: حرص المشرع الجزائري على هذا الشرط من خلال المادة 16 من المرسوم 381/98 ما يؤكد مدى وجوب توافر صفة العدل والأمانة في ناظر الوقف.

ح- **الكفاءة والقدرة على حسن التصرف**: وهذا يعني أن يكون ناظر الوقف على دراية تامة بشؤون الملك الوقفي، وفي هذا المجال أنشئت معاهد إسلامية متخصصة بموجب المرسوم 81-102 المؤرخ

(1) انظر: خالد رامول، المرجع السابق، ص66-145، وحمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، ط10، الجزائر، 2010، ص 280 فما بعدها، وانظر في الشروط أبو زهرة، المرجع السابق، ص 345-346، وابن عابدين، المصدر السابق، ص579، وزهدي يكن، أحكام الوقف، المكتبة المصرية، بيروت، دت، ص 25 فما بعدها، وتقار عبد الكريم، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، بحث على موقع:

<http://iefpedia.com/>، تاريخ الدخول: 2022/03/05، على الساعة: 11:00

في 23-05-1981 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 02-03 المؤرخ 03-09-2002 المتضمن إنشاء المعاهد الإسلامية لتكوين الإطار الديني.

كما يمكن حصر مهام ناظر الوقف كما نصت عليها المادة 13 من القانون 98-381 في النقاط التالية:

- 1- السهر على سلامة الملك الوقفي وصيانته وترميمه.
 - 2- البحث عن الأملاك الوقفية وتوثيقها إداريا.
 - 3- الحرص على إنجاز المشاريع اللازمة وكل أعمال الاستصلاح والتشجير.
- 2- التسيير المركزي للأملاك الوقفية في الجزائر⁽¹⁾: في إطار تسيير الوقف على الصعيد المركزي، فقد أحدث المشرع أجهزة مركزية تتجسد في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الممثلة في شخص وزيرها المكلف بالأوقاف وكذا اللجنة الوطنية للأوقاف على هذا الأساس استحدث المشرع الجزائري هياكل جديدة وكلفها بمهام محددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-146 المؤرخ في 28-06-2000 تتمثل في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف التي كانت فيما مضى تسمى وزارة الأوقاف وقبلها سميت وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، وتتكون وزارة الشؤون الدينية والأوقاف من عدة أجهزة هي:

أ- الأمانة العامة: يشرف عليها الأمين العام بمساعدة مديران للدراسات ويلحق به مكتب البريد والاتصال.

ب- الديوان: يرأسه رئيس الديوان بمساعدة خمسة مكلفين بالدراسة والتخليص لحصيلة نشاط الوزارة ومتابعة النشاط القانوني لها بمساعدة أربعة ملحقين بالديوان.

ت- المفتشية العامة: لقد نظمها المرسوم 2000-146 المؤرخ في 28-06-2000 والذي أحال تنظيمها على المرسوم التنفيذي رقم 2000-371 المؤرخ في 18-11-2000 المتضمن إحداث المفتشية العامة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف وتنظيمها وتسييرها، وتقوم هذه المفتشية بـ:

(1) انظر: فارس مسدور وكمال منصور، الأوقاف الجزائرية نظرة في الماضي والحاضر، مجلة أوقاف العدد 15، الكويت، 2008، ص13، وانظر: محمد كنانة المرجع السابق، ص 59، وعبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 243-248 فقد توسع أكثر.

1- القيام بزيارات مراقبة وتفتيش للتأكد من السير الحسن للهيكل والمؤسسات والهيئات التابعة للوصاية.

2- الاستثمار الرشيد والأمثل للوسائل والموارد الموضوعة تحت تصرف الهيكل التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

3- التحقق من تنفيذ القرارات والتوجيهات التي يصدرها إليها وزير الشؤون الدينية والأوقاف أو الهيكل المركزية.

4- متابعة مشاريع استغلال الأملاك الوقفية وتفقدتها وإعداد تقارير دورية عن ذلك.

ث- **مديرية الأوقاف والحج**: في إطار تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، لقد استحدثت المشرع مديرية الأوقاف والحج والتي كانت تسمى فيما مضى بنظارة الأوقاف، وتتمثل مهامها فيما يلي:

1- وضع البرامج المتعلقة بالبحث عن الأملاك الوقفية وتنميتها وتسييرها واستثمارها.

2- القيام بأمانة لجنة الأملاك الوقفية، إلى جانب متابعتها للحج والقيام بأمانة اللجنة الوطنية للحج.

3- **التسيير المحلي للأملاك الوقفية في الجزائر**⁽¹⁾: لقد أنشأ المشرع الجزائري على مستوى كل ولاية مديرية تابعة للشؤون الدينية والأوقاف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 83-91 المؤرخ في 23-03-1991 المتضمن إنشاء نظارات الشؤون الدينية والأوقاف تسند لها تسيير الأوقاف بموجب المادة 10 من المرسوم 98-381 المؤرخ في 01-12-1998 التي تنص على: تسهر نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به.

كما تضم هذه المديرية ثلاثة مصالح تتمثل في:

1- مصلحة المستخدمين والوسائل والمحاسبة.

(1) عبد المالك رابح، المرجع السابق، ص 243-248.

- 2- مصلحة التعليم القرآني والتكوين والثقافة الإسلامية.
- 3- مصلحة الإرشاد والشعائر والأوقاف: هذه الأخيرة توكل إليها مهمة مراقبة تسيير الأملاك الوقفية.

كما أحدث المشرع مؤسسة المسجد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-82 المؤرخ في 23-03-1991 التي نشط في مجال التعليم القرآني وفي سبل الخير عموماً، أما في مجال الأوقاف فإن المؤسسة تقوم ب:

- 1- العناية ببناء المساجد والمدارس القرآنية والمساهمة في تجهيزها وصيانتها.
- 2- الحفاظ على المساجد وحماية أملاكها.
- 3- تنشيط الحركة الوقفية وترشيد استثمار الأوقاف.

وفي الأخير يمكن القول أن مسألة تسيير الأوقاف تحتاج في كل مرة إلى تحيين تتناسب والمرحلة التي نعيش فيها وتتواءم مع طبيعة الأوقاف ذاتها.

الفرع الثاني: طرق تنمية الوقف في القانون الجزائري

في هذا الإطار أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001، المعدل والمتمم للقانون رقم 10-91 المؤرخ في: 27 أفريل 1991 المتعلق بالأوقاف ووضع من خلاله المشرع الجزائري العديد من الصيغ والأساليب الاستثمارية في مجال النشاط الاقتصادي، ومن أهمها ما تعارف عليه العلماء من عقود متنوعة وفقاً ما أقره الفقه الإسلامي. وقد اقتصر على بعضها مشيرة إلى أهمها كالاتي:

حيث أنه وتطبيقاً للمادة 26 مكرر من القانون المذكور أعلاه أصبح بإمكان الجهات القائمة على رعاية الأملاك الوقفية أن تستغل وتنمي هذه الأملاك⁽¹⁾، ولقد قدم المشرع الجزائري في سبيل استثمار الأملاك الوقفية عدة صيغ في مجالات النشاط الاقتصادي المختلفة، ومن أهم هذه الصيغ:

(1) انظر: رامول خالد، المرجع السابق، ص 131.

أولاً- عقد المزارعة: لقد حدد المشرع نوعاً من العقود في سبيل استغلال واستثمار الأملاك الوقفية ذات الطابع الفلاحي من خلال القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 مايو لسنة 2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف وذلك حسب ما جاء في المادة نص المادة 4 و 26 مكرر 1 منه، فعقد المزارعة يشبه عقود الشركات ويستهدف التنمية والانتفاع عن طريق الاستتبات وقد نص المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 1 من قانون 01-07 على أنه: "يقصد بالمزارعة إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد" فهو عقد على المال ببعض نمائه وبما أن عقد المزارعة يحتوي طرفين أحدهما يملك الأرض والآخر وهو العامل يتعهدا مقابل جزء معلوم ومشاع من الغلة، فإن هذين الطرفين يشترط فيهما الأهلية ورضاهما، وأن لا يتضمن العقد شرطاً فيه جهالة أو يؤدي إلى غرر، فهناك أراضي شاسعة أوقفها أصحابها على وجوه البر وقد أصبحت بوراً فحتى لا تبقى جامدة قاحلة تستغل وتزرع وتسخر خيراتها للناس، إذ نجد في أغلب الأحوال نظارة أو مديرية الأوقاف لا تستطيع زراعة كل تلك الأراضي الموقوفة، وفي المقابل نجد هناك من المزارعين من لديه القدرة على استثمارها فلماذا لا تستغل هذه الأوقاف لقاء نسبة معينة من ناتجها أو لقاء مبلغ محدد من المال، وإن كان قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مدى مشروعيتها من عدمه، فمنهم من أجازها كالشافعية وبعض الأحناف، ومنهم من أجازها وأكد على مشروعيتها كمالك وأحمد، وبعض فقهاء الحنفية كأبي يوسف، مما جعل الأغلبية تؤكد مشروعية المزارعة لأنها بعيدة عن الظلم في المعاملة، ولأن المزارعة إن حصل الزرع اشتراكاً فيه، وإن لم يحصل شيء اشتراكاً في الحرمان، فلا يختص أحدهما محصول مقصوده دون الآخر وهذا أقرب إلى العدل⁽¹⁾.

ولقد عملت القوانين الوضعية بهذا النمط منها لعقود، والذي يرصد بموجبه المالك أرضاً زراعية إلى شخص آخر يزرعها أو يستثمرها مقابل جزء معين من المحصول، وهو موقف المشرع الجزائري من هذا العقد بحيث أكد على الأخذ به من خلال القانون رقم 01-07 السالف ذكره، بحيث جاء في المادة 26 مكرر 1 أن: "عقد المزارعة يقصد به إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من

(1) انظر: عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 142 فما بعدها، خالد رامول، المرجع السابق، ص 134 فما بعدها، والسنهوري، المرجع السابق، ص 1365.

المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد"، ويتقارب عقد المزارعة مع عقد الإيجار في تمكين شخص من أرض غيره، والانتفاع بها بشيء معلوم من محصولها الذي يشابه الأجرة في عقد الإيجار.

كما يتقارب عقد المزارعة مع الشركة بل وذهب البعض إلى التأكيد على أنها باب من أبواب المشاركة، وليست من باب المعاوضات، وأنها أولى بالقبول من الإيجار، لأن المستأجر يضمن لنفسه بدلا معينا من النقد، وقد لا تغل الأرض للعامل شيئا، خلافا للمشاركة التي يتساوى فيها الطرفان من التحقق أو الحرمان من الحصة التي اشترطها لكل منهما، وهي حال المزارعة.

وينتهي عقد المزارعة عموما بانتهاء المدة المتفق عليها أو باتفاق الطرفين، أو بفسخه لإحدى الأسباب التي تؤدي إلى الفسخ، طبقا للقواعد العامة، كما لو غير المنتفع من عقد المزارعة من طبيعة الأرض، أو تصرف فيها بإحدى التصرفات التي تمس بأصل ملكية الرقبة فيها، أو بتسليمها إلى مزارع آخر يزرعها بدلا من الطرف المتفق معه، أو بإثبات إهماله لها.

فإذا كانت الأرض الزراعية موقوفة، فإما أن تسلم للموقوف عليهم يزرعونها بأنفسهم ويتقاسمون الإنتاج الزراعي فيما بينهم، بحسب الاتفاق وبحسب الحصص، وإما أن يدفعها الناظر أو المتولي لشخص آخر يزرعها ويأخذ حصة متفقا عليها من الإنتاج، ويتسلم الناظر أو المتولي حصة الوقف، ويوزعها على الموقوف عليهم أو يبيع الإنتاج، ويوزع ثمنه على الموقوف عليهم بحسب شرط الواقف.

ويمكن لإدارة الوقف أن تستثمر الأراضي الزراعية مباشرة مع استخدام التقنيات الزراعية الحديثة المؤدية إلى زيادة الإنتاج وتحسين الجودة وانخفاض التكاليف، مع حسن اختيار أنواع الزرع والمحاصيل والأشجار المثمرة التي تدر إنتاجا طيبا، مع قلة حاجتها للنفقات عليها مثل استعمال وسائل الري الحديثة والتسميد وآلات الحراثة والحصاد، وصنوف البذار والفسائل المتميزة، وحماية المزروعات والثمار بوسائل مكافحة الحشرات الحديثة، والمبيدات المصنعة، مما يضمن أعلى قدر من الإنتاجية بأقل قدر من التكاليف، مع الاهتمام والتخطيط لاستخدام أحدث وسائل التخزين للمنتجات، والتبريد، والفرز والتعبئة والنقل والبحث عن الأسواق⁽¹⁾.

(1) فنطازي، المرجع السابق، ص200، محمود أحمد أبو ليل ومحمد عبد الرحيم سلطان العلماء، استثمار الأوقاف في الفقه الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، جدة، المملكة العربية السعودية، 2001.

ثانيا- عقد المساقاة: المساقاة اتفاق بين طرفين أحدهما صاحب المال، أي الذي يمتلك الشجر أو النخل، والطرف الآخر وهو العامل الذي يقوم بسقيها ورعايتها ويأخذ أجرا معلوما من الغلة. فهي إعطاء الشجر بمختلف أنواعه وما يدخل في حكمه كالنخيل لمن يقوم بسقيه مع القيام بسائر الأعمال، وقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 26 مكرر 1 بالقول: "عقد يقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحها مقابل جزء معين من ثمره"، فإذا كانت الأرض مزروعة بالشجر فإن الناظر أو المتولي يدفعها إلى شخص ليقوم على رعاية الشجر بالسقي والخدمة، ويتقاسمان الثمرة فيما بينهما بحسب الاتفاق، وما يستلمه الناظر أو المتولي يوزعه على الموقوف عليهم أو يبيعه ويوزع ثمنه على الموقوف عليهم⁽¹⁾. فالمساقاة استثمار عام في الأراضي المشجرة عامة وأراضي الوقف خاصة.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا النوع من العقود بعد أن كان منكرا له في فترة سابقة إلى غاية صدور قانون: 01-07 المؤرخ في: 22 مايو لسنة 2001، العدل والمتمم للقانون رقم 10-91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، حيث نص على المساقاة من خلال المادة 26 مكرر 1 بأنها: "عقد المساقاة ويقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء من ثمره" والمساقاة بهذا المعنى أقرب لأحكام الشريعة الإسلامية في جعل نصيب العامل أو المتعهد بالسقي، جزء معين من الثمر المتعهد، وهو مطابق لأحاديث كثيرة من السنة المطهرة في جعلها مشاركة بين صاحب الأرض أو الشجر وبين الساقى أو المتعهد، بالشرط أو بالثلث أو بالربع، وهو مفاد ما ذهب إليه المشرع في قوله: "مقابل جزء معين من ثمره" عكس ما ذهب إليه القوانين المقارنة، كالقانون اللبناني مثلا الذي جعل استغلال العامل لتلك الأشجار لا يكون إلا بناء على دفع البذل السنوي وهو ما جاء به القرار 12 المؤرخ في 16 كانون الثاني 1934 مما جعلها تكون إيجارا أكثر منه مساقاة، ويشترط في المساقاة حتى تكون صحيحة أن يكون:

- أن يكون نصيب العامل وصاحب الشجر معلوما.
- وأن يذل العامل عناية الرجل العادي في الأرض التي يتعهد بها بالسقي.

(1) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ط2، 1983، ج37، ص 112 فما بعدها، ووهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج5، ص 634، وعبد القادر بن عزوز المرجع السابق، ص129-130، وزهدي يكن، المرجع السابق، ص 179، وخالد رامول، المرجع السابق، ص 137، وفنطازي، المرجع السابق، ص202.

- وأن يكون الشجر المتعاقد حوله موجودا وقت العقد، إذ لا يجوز التعاقد على مجهول أو محتمل الوجود مستقبلا، لأن الجهالة تفضي إلى النزاع⁽¹⁾.
- على العامل أن يقوم بكل ما يلزم لإصلاح النخل أو الشجر، مما جرى العرف أن يقوم به العامل في المساقاة.
- إن كان على الأرض المعطاة مساقاة ضريبية، فهي على المالك دون العامل إما الزكاة فتدفع نصابا بين العامل وصاحب الأرض، والعلة في ذلك هي أن الضريبية متعلقة بالأرض ذاتها سواء زرعت أو لم تزرع، في حين أن الزكاة متعلقة بالثمر نفسه.
- إن عجز العامل عن العمل فله أن ينيب غيره، وله الثمرة المستحقة بالعقد.
- وإن مات العامل فلورثته أن ينيبوا غيره من طرفهم، وإن اتفق الطرفان على الفسخ فسخت المساقاة.

وعلى هذا الأساس يقوم الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف بتقديم أرض فلاحية تكون مغروسة بأشجار مثمرة إلى جهة أخرى تقوم باستثمارها عن طريق سقيها والاعتناء بها مع اقتسام الناتج من الربح بنسبة معينة يتم الاتفاق عليها.

ثالثا- عقد المغارسة⁽²⁾: هي دفع الأرض لمن يغرستها بالشجر ثم يتعهدا حتى تثمر، وله نسبة معينة من ثمرتها وتسمى المناصبية من زرع النصب وهو فسيلة الشجر، فإن كانت الأرض الزراعية موقوفة فإن الناظر أو المتولي يدفعها لشخص آخر ليزرعها وينصب الشجر فيها، ويقوم عليها بالسقاية والرعاية كالمساقاة ويتقاسمان الثمرة فيما بينهما بحسب الاتفاق وما يستلمه الناظر أو المتولي يوزعه على الموقوف عليهم أو يبيعه ويوزع ثمنه على الموقوف عليهم، والمغارسة مشروعة كالمساقاة وهي وسيلة استثمار عامة للوقف وغيره، ويمكن أن تتم عن طرق شركة بأن يتفق المكلف بالأوقاف مع المستثمر على إنشاء شركة للإنتاج الزراعي على أن يقوم المشروع على الأرض الموقوفة لمدة طويلة لا تقل عن 25 سنة بالشروط المتعارف عليها في مثل هذه الشركات، وبما يعود بالنفع والخير على الموقوف عليهم.

(1) انظر: محمود أحمد أبو ليل ومحمد عبد الرحيم سلطان العلماء، المرجع السابق، ص 34.
(2) انظر: فنطازي، المرجع السابق، ص 200-202، ومنذر قحف، المرجع السابق، ص 247، وأبو ليل، المرجع السابق، ص

رابعاً - عقد الحكر: التّحكير هو أن تعطي الأرض الموقوفة المتعطلة لمن يعمرها أو يجرسها فتكون بيده مؤبدة ما دام فيها بناؤه أو غراسه، ويجعل عليها مبلغاً معلوماً الجهة الموقوفة عليها، يؤدّيه مستعمر الأرض كل عام يسمى حكراً، ويكون للمنتفع بعقد الحكر التصرف في المباني والأشجار⁽¹⁾، ولقد عالجت الشريعة الإسلامية هذا النوع من العقود بكثير من التفصيل، وقد تبني المشرع الجزائري هذا النوع من العقود وسن له مجموعة من الأحكام لخصتها لنا المادة 26 مكرر 2 من القانون رقم: 01-07 السالف ذكره، بحيث نصت هذه المادة على أنه: "يمكن أن تستثمر - عند الاقتضاء - الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة، للبناء أو للغراس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، ومع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم: 91-10 المؤرخ في: 27 أبريل 1991 والمذكور أعلاه⁽²⁾. مما يجعل الحكر يخول صاحبه حقاً عينياً على الأرض المحكرة، وهو حق الانتفاع والذي لا يسقط بوفاة المنتفع منه، بل يورث لورثته الشرعيين طيلة مدة عقد الحكر، إذ يكون للمستثمر التصرف في المباني والأشجار لأنها ملكه، سواء بالبيع أو بالإيجار، فإن باعها ينتقل الحكر معها ويكون على المشتري تسديد الإيجار السنوي لجهة الوقف، مع العلم أن تصرف المحكر يكون على المباني والأشجار دون الأرض المحكرة، لأنها وقف ولا يجوز التصرف فيها شرعاً وقانوناً. وبعد اعتراف المشرع بالحكر، أصبح يفرض هذا الاعتراف خضوع الحكر كباقي العقود الواردة على العقار لشروط الرسمية والتسجيل والشهر. ويشترط في عقد الحكر حتى يكون صحيحاً:

- ألا يلجأ إلى الحكر إلا عند حاجة الوقف إلى العمار ولا يتوفر المال لعمارته فستخدم الأجرة المعجلة لهذا الغرض، أي وجود ضرورة.

- لا بد من تحديد مدة عقد الحكر عند الانعقاد، لأن لا يؤدي ذلك إلى إهمال الوقف وضياعه بسبب طول المدة وانخفاض القيمة التأجيرية.

(1) انظر: فنطازي، المرجع السابق، ص 205.

(2) رامول خالد، مرجع سبق ذكره، ص 208 وما بعدها.

-لا بد من تحديد أجرة الحكر في العقد ذاته، بحيث تنص المادة 26 مكرر من القانون رقم: 01-07 المذكور آنفاً، على أنه: "ضرورة التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع".

-وهذه الأجرة تحدد بأجرة المثل وقت التحكير، وتزيد هذه الأجرة أو تنقص بزيادة أو نقصان أجرة المثل دائماً، وهذا ما يعرف في أحكام الشريعة بتصقيع الحكر.

-لا يمكن للمنتفع في الحكر أن يسترد مبلغ التسبيق المعادل لثمن الأرض إذا قرر إلغاء عقد الحكر قبل انتهاء مدته.

-ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تم التعاقد لأجله فحسب، أي أنه حق انتفاع لا ملكية، وعليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين.

-لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المحكر، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو بالهبة أو بالتنازل أو غيرها (المادة 18 من قانون 10-91 المتعلق بالأوقاف).

-رغم استحداث المنتفع بناء أو غراساً بالأرض المحكرة، إلا أن الوقف يبقى قائماً شرعاً مهما كان نوع ذلك الاستغلال.

-يجب على المحكر الالتزام ببند عقد الحكر المبرم بينه وبين الجهة القائمة على إدارة الوقف⁽¹⁾.

غير أن البناء أو الغراس الذي يحدثه المحكر لا يحق له تملك هذه التغييرات التي أحدثها إذ إن نص المادة 26 مكرر 2 نفسها صرحت أن الإيجار السنوي الذي يدفعه المحكر يكون مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغراس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم: 10-91 المتعلق بالأوقاف، ونص المادة 25 يؤكد على أن كل تغيير يحدث بناء أو غراساً يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائماً شرعاً مهما كان نوع ذلك التغيير، أي حتى وإن مسبباً بعقد قانوني فإن حق الانتفاع المخول للمحكر لا يرقى إلى درجة التملك النهائي بل هو ظرفي وقتي وينتهي بانتهاء المدة؛ إلا أن مدة التحكير والتي قد تصل إلى سنوات طويلة جداً، قد ما يؤدي إلى إهمال

(1) انظر: فنطازي، المرجع السابق، ص 205.

الوقف وضياعه، لذلك يعتبر التحكير من ضمن الأسباب الوجيهة التي تحولت معه كثير من العقارات الوقفية إلى ممتلكات خاصة⁽¹⁾.

خامسا- عقد المرصد: يحدث أحيانا ولاعتبارات ما أن يتم إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكنية، ضمن الأراضي العمرانية، فتصبح أراضي مبنية أو قابلة للبناء وذلك طبقا لأحكام القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411هـ ، الموافق ل 01 ديسمبر 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير⁽²⁾. فقد قرر المشرع طرقا لاستغلال واستثمار الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء عبر ما اعتبرته المادة 26 مكرر 5 و 6 من القانون رقم: 01-07 المذكور آنفا ويعتبر عقد المرصد أهمها⁽³⁾:

وعقد المرصد يعتبر نوعا من الإجارة الطويلة، بحيث يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، غير أنه يعود البناء وفقا يعود للموقوف عليهم بمجرد انتهاء المدة، وذلك تطبيقا لأحكام قانون الأوقاف رقم: 91-10 السالف الذكر، الذي يلحق البناء المستحدث بالعين الموقوفة مع بقاء الوقف قائما شرعا مهما كان نوع التغيير أو الاستثمار، طبقا لأحكام المادة 25 منه. ولقد أكدت المادة 26 مكرر 5 من القانون رقم 01-07 المذكور سالفًا على هذا النوع من العقود، واعتبرته نوعا مميزا من الإيجار، بحيث أكدت على أن المنتفع هنا له مجرد استغلال إيرادات البناء الذي أقامه بمال استثمارا منه، مقابل أجرة سنوية يدفعها لجهة الوقف بصورة دورية ومنتظمة.

غير أنّ القاعدة في هذه المعاملة تقضي بأنه عقد اسمي، أي لشخص المنتفع اعتبار في العقد، فلا يجوز له التصرف فيه مصلحة الغير إلا إذا تضمن العقد ذاته هذا الشرط، فإنه من ثمة يجوز للمنتفع التنازل عنه لمصلحة الغير، ليس السلطة قررها له القانون، وإنما لسلطة قررها له الاتفاق المسبق فيكون العقد شريعة المتعاقدين، ويجب في كل ذلك مراعاة المدة، أي مدة الاستثمار، بحيث أن

(1) انظر: زيدان عبد الكريم، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2000م، ص 311.

(2) انظر نص المادة 26 مكرر 3 من القانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 22 مايو 2001، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، وهي تحيل الباحثين في مجال الإدماج العقاري إلى قانون التهيئة و التعمير رقم: 90-29 المذكور أعلاه.

(3) انظر: فارس مسدور، المرجع السابق، ص 200، وزهدي يكن، المرجع السابق، ص 178، وبوضياف، المرجع السابق، ص 131.

الانتفاع يكون مقرراً لمدة وهي مدة استهلاك قيمة الاستثمار، تطبيقاً لأحكام المادة 26 مكرر 5 السالف ذكرها.

فهو عقد يسمح بموجبه للمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار مع مراعاة أحكام نص المادة 25 من القانون 91-10.

سادساً- عقد الإيجار: حيث تعتبر الصيغة الأكثر شيوعاً في عقارات الأوقاف سواء كانت أبنية أم أرضاً زراعية أو أرض فضاء، والإجارة عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معينة بأجر معلوم، أو هي تملك منافع مباحة لشيء مدة معلومة بعوض، مشروعة باتفاق الفقهاء وتحقق الهدف من الوقف بحبس الأصل وبقاء العين، ثم الحصول على الأجرة والثمرة لينتفع بها الموقوف عليهم⁽¹⁾، ومعناه أن تلجأ الجهة التي تسهر على تسيير الأملاك الوقفية على تأجير العين الموقوفة ويملك منافعها لشخص ما (وهو المستأجر) مدة معلومة مقابل عوض معلوم، ليعود به على الموقوف عليهم ويوزعه عليهم حسب شرط الواقف.

فالإيجار عقد يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة معينة لقاء أجر معلوم، وبالرجوع إلى القانون المتعلق بالأوقاف الصادر سنة 1991 نجد بأن المشرع أورد مسألة تأجير الملك الوقفي من خلال المادة 42 منه بحيث نصّ على أنه: (تؤجر الأملاك الوقفية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية) غير أن هذه المادة اتصفت بالشمولية، ليطم معالجة هذا الموضوع من خلال إصدار المرسوم التنفيذي رقم: 98-381 من جوانب عدة، مما يفيد وأن بدل الإيجار الوقفي يعتبر أحد أهم الموارد الوقفية. ويشترط أن تكون أجرة الموقوف عادلة، بأن تساوي أجرة المثل، ولا يجوز بالأقل المشتغل على غبن فاحش ولا يضر الغبن اليسير⁽²⁾.

(1) الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج01، ص252-254، وانظر: زهدي يكن، المرجع السابق، ص155-156، والسنهوري، المرجع السابق، ج06، ص1411 (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2000، ومحمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، القسم الأول، دار الهدى، الجزائر، ط1، 1992، ص17-18، وعلي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص77.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ج8، ص234.

وعرف الفقه الإجازة الطويلة في الأراضي الوقفية سواء كانت الأراضي زراعية، أم ملساء خالية ليتم عليها البناء إما من ناظر الوقف أو من المستأجر، وتعددت الحالات في مدة الإجازة الطويلة من ثلاث سنوات، إلى عشر سنوات إلى ثلاث وثلاثين سنة، إلى تسع وتسعين سنة، إلى مائة سنة، وحذر كثير من العلماء من طول مدة الإجازة في الوقف خشية نسيانه أو الاستيلاء عليه مع مضي الزمن بوضع اليد وهو ما حصل فعلاً⁽¹⁾.

وباعتبار أن مبالغ الإيجار تعتبر أحد الموارد الهامة للوقف نظمت المادة 30 من المرسوم التنفيذي 98-381 طرقة وآثاره، وقد حدد طرق إيجار الأملاك الوقفية طبقاً لنص المادتين 22 و 23 من المرسوم يتم الإيجار بطريقتين هما: الإيجار عن طريق المزاد، والإيجار عن بالتراضي:

1- الإيجار عن طريق المزاد: يعتمد على المزايدة حتى يعطي الحق لجميع الأفراد في استئجار مثل هذا النوع من الأملاك دون استثناء، وتجرى المزايدة تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية باعتباره المسؤول الأول ويشاركه في ذلك مجلس سبيل الخيرات، ويتم الإعلان عليه في الصحافة والطرق الأخرى المتعارف عليها قانوناً وذلك قبل عشرين يوماً من إجرائها، وينعقد على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير، وتطبيقاً لنص المادة 22 من المرسوم حدد السعر بإيجار المثل بعد إجراء الخبرة، وعند الضرورة يجوز تأجيله بـ 5/4 إيجار المثل ويحتوي دفتر الشروط على مدة الإيجار والشروط العامة والخاصة المفروضة على المستأجر.

3- بالتراضي: أقرها المشرع الجزائري في المادة 25 في حالات كاستعماله لنشر العلم أو في سبيل الخيرات ويتطلب وجود ترخيص من الوزير المكلف بعد استشارة لجنة الأوقاف وقد أحال القانون 01-07 في تنظيمه للمسألة للقانون المدني والتجاري، وبمجرد المصادقة على الشروط والأركان يصبح المستأجر مديناً للملك الوقفي ويلتزم باحترام إرادة الواقف، وفي حالة وفاة المستأجر يفسخ الإيجار قانوناً ويعاد تحريره وجوباً لصالح الورثة الشرعيين للمدة المتبقية، أما إذا توفي المؤجر يعاد تحرير العقد كذلك وجوباً للمستأجر الأصلي، لكن يمكن مراجعة الشروط عند نهاية السنة أو عند تجديده، ولم يحدد المشرع إيجار الأراضي الفلاحية وأحل الأمر إلى تنظيم لاحق.

(1) انظر: رفيق يونس المصري، الأوقاف فقهاً واقتصاداً، دار المكتبي، سورية، ط1، 1999، ص95.

سابعاً - **عقد المقاولة⁽¹⁾**: أقره المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 26 مكرر 6 من القانون 01-07 وأخضعه لأحكام المواد من 549 إلى 570 من القانون المدني، لقد أقر المشرع الجزائري إمكانية إبرام عقود مقاولة في سبيل استثمار العقارات الوقفية المبنية أو القابلة للبناء، من خلال الفقرة الأولى من المادة (26 مكرر 06) من القانون رقم: 01-07 المذكور أعلاه، بحيث اعتمد في ضبط لهذا العقد على الأحكام المقرر في القانون المدني الجزائري، في هذا الشأن لاسيما المادة (549) وما بعدها منه، من حيث الثمن، والالتزامات المتقابلة سواء التزامات المقاول، أو التزامات الموقوف عليهم، وكذا انقضاء عقد المقاولة وما يترتب عليه من حقوق والتزامات متقابلة.

ولقد وافقت المادة (26 مكرر 06) السالفة الذكر على التعريف الذي جاءت به المادة (549) من القانون المدني، والتي عرفت المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئاً أو يؤدي عملاً، مقابل أجر يتعهد به للتعاقد الآخر، ويكون الثمن حاضراً كلياً أو مجزئاً حسب الاتفاق المبرم بينهما، وإذا اختلفا في الثمن أو اغفل تحديد الأجر في العقد، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول طبقاً لنص المادة (562) ق.م، غير أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لناظر الوقف أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإنه انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لناظر الوقف أو للموقوف عليهم، إذا كان الوقف خاصاً، أن يطلبوا إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة (180) من القانون المدني.

كما يحق للموقوف عليه، أو للإدارة القائمة على رعاية الوقف، محل عقد المقاول أن يتحللوا من العقد ويوقفوا التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يتم تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

أما إذا توفي المقاول فإن عقد المقاولة ينقضي إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد، وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا يفسخ تلقائياً ولا يجوز لجهة الوقف أو للموقوف عليه فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها (552/2) من نفس القانون والتي يحضر فيها المقاول آلات

(1) علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري النشاط الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2010، ج2، ص 141، وانظر: عبد القادر بن عزوز، المرجع السابق، ص 189.

وأدوات إضافية على نفقته، لذلك في غير هذه الحالات فإنه لا يجوز فسخ العقد، إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

وعلى كل حال فإن انقضاء العقد موت المقاول يوجب دائما على الموقوف أو الجهة القائمة على ذلك الوقف أن تدفع قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليها من هذه الأعمال والنفقات وحسب ما جاء في المادة (570 / 3) ق.م ، فإنه تسري هذه الأحكام أيضا إذا بدا المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته.

ثامنا - عقد الترميم: ويقصد به إعادة بناء وتصليح البنايات المعرضة للخراب والاندثار وهذه العملية لا تحتاج إلى رخص صريحة إلا إذا تعلق الأمر بالواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات وتقوم السلطة المحلية المختصة بمنحها.

والترميم هو إعادة ما تهدم من البناء القديم وتصليحه ووفق عمليات من البناء والإصلاح وهو الأمر الذي يحتاج إلى إنفاق وقد يكون الوقف بحاجة إلى عمليات الترميم ولكن التكاليف تفوق قدره وإيرادات ذلك الوقف، الأمر الذي دفع المشرع بفتح الباب أمام الأفراد الذين يرغبون بالانتفاع من البناء الوقفي سواء كان سكنيا أو تجاريا، وفق عملية تأجير يكون بدل الإيجار فيها هو قيام المستأجر بالإنفاق على عمليات الترميم التي يحتاجها البناء الوقفي، مقابل خصم ما أنفقه من مبلغ الإيجار مستقبلا، وفي ذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة 26 مكرر 7 من القانون 01-07 والمذكور أعلاه، بأن في عقد الترميم أو التعمير يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم، مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا.

وأهميته تبدو في الاهتمام بالأوقاف القديمة التي آلت إلى الخراب والاندثار وذلك من خلال التفكير في إنقاذ ما يمكن إنقاذه منها وإحياء ما خرب، وذلك باستحداث طرق تمكن من استغلال هذا النوع من الأوقاف واستثماره وذلك بإحدى الطريقتين التي تبناها المشرع حيث نصت المادة (26 مكرر 07) من القانون السالف الذكر أنه: "يمكن أن نستغل وتستثمر وتتمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو التعمير."

تاسعا - عقد التعمير: وحددته المادة 26 مكرر 7 وذلك عن طريق إعادة بناء العقارات المبنية المعرضة للخراب والاندثار، ويسري على عقد التعمير في مجال الأوقاف ما يسري على عقد الترميم،

بحيث يسمح للمنتفع بالقيام بما يحتاجه الوقف من تعميم وصيانة، والإنفاق على هذه العمليات، مقابل خصم المبلغ المدفوع من مبلغ الإيجار مستقبلا.

غير أن القانون 07-01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المذكور آنفا لم يحدد مفهوم التعمير بل ترك المصطلح على عمومه، غير أنه وبالرجوع إلى القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، نجده ينص على شهادة التعمير من خلال المادة 51 منه: " يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي قبل الشروع في الدراسات أن يطلب شهادة للتعمير أن تعين حقوقه في البناء والاتفاقات التي تخضع لها الأرض المعينة " .

وغيرها من الصيغ المرصودة لاستغلال الأملاك الوقفية وتنميتها ركزت على أهمها بهدف تعريف الطالب بمقصودها وقد تضمنت حصة التطبيقات بحثا موسعة لبعض المواضيع المتعلقة بالوقف خصوصا والتبرعات عموما لا يمكن سردها كلها في محاضرات مرحلية سداسية وإلا لتطلب الأمر مجلدات.

الخاتمة:

من خلال ما تم تقديمه في هذه المحاضرات نلاحظ اهتمام المشرع الجزائري بالتصرفات التبرعية من خلال النص على أهمها والمتمثلة في الهبة والوصية والوقف، إلا أن الكثير من المسائل مازال يحتاج إلى تقنين وضبط سواء في قانون الأسرة أو في قوانين أخرى مثل: إجراءات إنشاء التبرعات أو التفصيل في آثارها وكيفية انتهائها. وعليه نسجل النتائج الآتية:

- إن المشرع الجزائري اهتم بالتبرعات ونظمها لما لها من أهمية في حياة الناس اليومية إلا أن قصره الحديث عنها في قانون الأسرة جعل من أحكامها قواعد عامة تحتاج إلى تفصيل أكثر.

- تعتبر الوصية من أهم طرق انتقال الملكية في القانون الجزائري والتي تتم بانتقال المال إلى ما بعد الموت بدون عوض، وهو ما يدعو إلى التفصيل أكثر في مواضيع مهمة مثل: قضية الرجوع وتحديد كفيته والتفصيل في إجراءاته، كما إن تحرير الوصية وإنشائها يحتاج إلى مزيد ضبط وتفصيل، وكذلك مسألة الإثبات والتي حددها المشرع بمادتين فقط لا تكف لمعرفة المقصود وخاصة عند استعماله لفظ الإثبات والذي يعتبر في غير محله.

- تعتبر الهبة من أخطر التصرفات التبرعية لأنها تعني التنازل عن المال كله للغير بدون عوض، ولذلك تحتاج إلى مزيد ضبط وتوضيح لنصوصها المنظمة حيث استعمل المشرع بعض الألفاظ التي يصعب تحديد المقصود منها بدقة مثل قوله في المادة 206 ق.أ.ج: "تتعد الهبة..."، "وتتم...."، وضرورة التدخل للنص على إجراءات التسجيل والرجوع....

- نظرا لما لحق الأوقاف من خراب واعتداء واستيلاء فإن المشرع الجزائري قد تدارك الأمر في السنوات الأخيرة، حيث أبدى اهتماما من خلال التشريع لأحكام الأوقاف وضبطها في قانون خاص مع شمول هذا القانون لجميع أحكام الوقف بداية من الإنشاء إلى الإدارة والتنمية، وهو حسن ما فعل إلا أن الإرادة الواقعية تبقى هي الأساس في تطوير الأوقاف وتحسين مردودها.

وفي ضوء ما سبق نوصي ب:

- ضرورة التفصيل في بعض عقود التبرعات أكثر كالهبة بل وتخصيصها بقوانين جامعة لأحكامها كقانون الهبة أو الوصية كما فعل مع الوقف حين خصه بقانون خاص.

- نوصي بضرورة الاهتمام بالأوقاف الخاصة والتوسع في أحكامها تشجيعا عليها فلا مبرر لإبطالها في التعديل الأخير لقانون الأوقاف لما لها من دور كذلك في التنمية المحلية.

وفي الأخير لا يسعنا إلا أن نقول أننا اجتهدنا في إبراز مسائل دون غيرها في عقود التبرعات فيستحيل الإتيان عليها كلها، فالمقصود تنبيه الطالب إلى حقيقتها وبعض مراجعها حتى يتمكن من التصدي لقضاياها الواقعية والحكم فيها والله ولي التوفيق.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

أولاً- المعاجم:

- 1- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، دت.
 - 2- _____، أبو الفضل جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، القاهرة، ط1، دت.
- #### ثانياً - الكتب:

- 3- ابن الشيخ آث ملويا لحسين، المرشد في قانون الأسرة، مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، ط3، دار هومة، الجزائر، 2015-2016.
- 4- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، دار الفكر العربي، دم، ط3، دت، ج01.
- 5- ابن حزم الأندلسي، أبو محمد، المحلى بالآثار، مصر، إدارة الطباعة المنيرية، دط، دت، ج09.
- 6- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج06.
- 7- ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، السنن، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، دط، دت، ج02.
- 8- أبو حيان الأندلسي، محمد بن يوسف، تفسير البحر المحيط، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وأحمد النجولي الجمل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، 2010، ج194.
- 9- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان، 2003.
- 10- أحمد محمد علي داوود، الحقوق المتعلقة بالتركة بين الفقه والقانون، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2006.
- 11- البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل، الصحيح، دار الشعب، القاهرة، دط، دت.
- 12- برهان الدين المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، تحقيق: نعيم أشرف نور أحمد، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، 1417هـ، ج04.
- 13- البغدادي، محمد عبد الوهاب، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني، جامعة أم القرى، السعودية، دط، ج02، 1986م.
- 14- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2004، ج02.

- 15- بن عزوز عبد القادر، سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، ط2، دار قرطبة، الجزائر، 2013.
- 16- بن عزوز عبد القادر، فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام، أطروحة دكتوراه كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2003-2004م.
- 17- الحصكفي، الدر المختار، مطبعة صبيح وأولاده، مصر، د ط، دت، ج 2.
- 18- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، ط10، الجزائر، 2010.
- 19- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة - الوصية - الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 20- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم، الجزائر، 2000.
- 21- خالد بن علي المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2013، ج4، ص21.
- 22- خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي، لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، ط2، 2006.
- 23- خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية دار زهران، الأردن، ط1، 2012.
- 24- الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1، 1996، ج6.
- 25- دلاندة يوسف، استشارات قانونية في قضايا شؤون الأسرة، دار هومة، الجزائر، ط2، 2013.
- 26- الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجنان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي، ط1، بيروت، 1993م.
- 27- رفيق يونس المصري، الأوقاف فقهاً واقتصاداً، دار المكتبي، سورية، ط1، 1999.
- 28- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، لبنان، دط، 1984.
- 29- زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، الوصية والميراث، والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1984.
- 30- زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائرية والشريعة الإسلامية المؤسسة الوطنية الكتاب، الجزائر، 1991.
- 31- زهدي يكن، أحكام الوقف، المكتبة المصرية، بيروت.
- 32- زيدان عبد الكريم، نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 2000م.
- 33- الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دت، ج 6.
- 34- السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، لبنان، ط2، 1993، ج 3.

- 35- الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، 2000، ج3.
- 36- الشربيني، شمس الدين، مغني المحتاج، تحقيق محمد، دار المعرفة، بيروت، ط1، 1997م، ج02.
- 37- شلبي، محمد مصطفى ، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، ط04، 1988م.
- 38- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري: الهبة، الوصية، الوقف، دط، دار هومة، الجزائر 2012.
- 39- صبري سعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين مليلة ، الجزائر، سنة 1992.
- 40- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 41- عبد الودود محمد الشربيني، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، ط1، 1997.
- 42- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري النشاط الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 43- علاوة بوتغرار، الوصية تطرح نقائص، مجلة الموثق، العدد الأول، 2001.
- 44- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 45- القرطبي، محمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: عبد الله العبادي، دار السلام، مصر، ط1، 1995م، ج02.
- 46- قلعة جي وقنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، لبنان، ط2، 1988.
- 47- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الجمالية، مصر، ط1، 1910م.
- 48- الكبيسي محمد عبيد، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الإرشاد، بغداد، دط، 1977، ج01.
- 49- كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دط، دت، ج5.
- 50- لحسن بن الشيخ آت ملويا، قانون الأسرة (دراسة تفسيرية)، دار الهدى، الجزائر، 2013.
- 51- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، مصر.
- 52- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، 1971.
- 53- محمد بن أحمد تقي، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري (مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن)، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.

- 54- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، القسم الأول، دار الهدى، الجزائر، ط1، 1992.
- 55- محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام، منشأة المعارف للنشر الإسكندرية، 1999.
- 56- محمد مصطفى شحاتة الحسيني، الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف، مطبعة دار التأليف، القاهرة، ط، 1986.
- 57- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، الأردن، 2008.
- 58- المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، ط 1، دت، ج 7.
- 59- مسلم، الصحيح، موسوعة السنة، دار الدعوة، استانبول، ج03، ط2، 1992م، ج03.
- 60- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، دار وائل للنشر، الأردن، 2007.
- 61- مصطفى الزرقا، أحكام الوقف، دار عمار، ط 1، 1997.
- 62- المقدسي، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، (عالم الكتب، الرياض، ط3، 1997م)، ج07.
- 63- المقدسي، ابن قدامة، موفق الدين، المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن وعبد الفتاح الحلو (دار عالم الكتب، الرياض، 1997م، ط3، ج8).
- 64- المقدسي، ابن قدامة، موفق الدين، المغني، دار الكتاب العربي، لبنان، ط، 1983، ج 6.
- 65- منذر القحف، الوقف الإسلامي، تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر، سوريا، 2000، ص 159.
- 66- موسوعة السنة، دار الدعوة، استانبول، ط2، 1992م، ج03.
- 67- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 68- النووي، محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، دم، ط، دت، ج16.
- 69- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الكويت، ط2، 1983، ج37.
- 70- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دمشق، دار الفكر، ط2، 1985م، ج8.
- 71- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، 1993.
- 72- يجي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي - دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة- المؤسسة الوطنية للكتاب للكتاب الجزائري.

ثالثا - الرسائل والمذكرات والمطبوعات الجامعية:

- 1- خير الدين بن مشرّن، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
- 2- صورية زردوم، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010.
- 3- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها في الفقه الإسلامي والقانون، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006.
- 4- عبد المالك رابح، النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
- 5- عرار ندى، طابوش نهاد، هبة العقار في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
- 6- علاوة بوتغرار، التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001.
- 7- عين السبع فايزة، الرجوع في التصرفات التبرعية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون أسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
- 8- قادري نادية، النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، جامعة باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2008-2009.
- 9- كيجل حكيم، محاضرات في عقد الهبة، قسم الحقوق، جامعة خميس مليانة، الجزائر، السنة الجامعية 2017-2018، على الموقع الإلكتروني: www.academia.edu، بتاريخ 9/10/2021، الساعة 11:00.
- 10- معتز محمد مصبح، دور الوقف الخيري في التنمية الاقتصادية- دراسة تطبيقية لقطاع غزة، رسالة ماجستير في اقتصاديات التنمية، كلية التجارة، الجامعة الإسلامية، غزة، 2012، ص 21.

رابعا - المقالات:

- 1- تقار عبد الكريم، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تميتها، جامعة بومرداس . الجزائر . بحث على الموقع الإلكتروني: <http://iefpedia.com/>، تاريخ الدخول: 2022/03/05، على الساعة: 11:00.

- 1- تشوار حميدو زكية، "موقف الاجتهاد القضائي من بعض الأحكام الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، دع، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2017.
 - 2- حمود أحمد أبو ليل ومحمد عبد الرحيم سلطان العلماء، "استثمار الأوقاف في الفقه الإسلامي"، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 13، جدة، المملكة العربية السعودية، 2001.
 - 3- عمر بوحلاسة، "الوقف في القانون الجزائري"، مجلة الموثق، العدد 09، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2000.
 - 4- فارس مسدور وكمال منصوري، "الأوقاف الجزائرية نظرة في الماضي والحاضر"، مجلة أوقاف العدد 15، الكويت، 2008.
 - 5- محمد حسنين، "عقد الهبة في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 02، الجزائر، 1987.
- خامسا- النصوص القانونية والقرارات القضائية:**

- 1- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية العدد 15 الصادرة 27 فيفري 2005.
- 2- قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 65، سنة 1991 .
- 3- قانون رقم 10-05 المؤرخ في: 26 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.
- 4- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-05-2008 ، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 سنة 2008.
- 5- أمر 70-91، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، عدد107، الصادر بتاريخ، 25ديسمبر 1970.
- 6- أمر 75-74 الصادر في 12-11-1975 المتضمن إعداد ومسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد رقم 92 الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975.
- 7- قانون الوصية لسنة 1946.
- 8- قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 09.04.1969، النشرة السنوية لسنة 1969.
- 9- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:186058، الصادر بتاريخ17/03/1998، منشور بالمجلة القضائية، ع 01، 1999.

- 10- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:256869، الصادر بتاريخ 2001/02/21، منشور بالمجلة القضائية، ع 01، 2001. المادة 276 من القانون المدني.
- 11- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:307934، الصادر بتاريخ 2005/10/19، منشور بالمجلة القضائية، ع 02، 2005.
- 12- قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم:40457، الصادر بتاريخ 1986.04، منشور بالمجلة القضائية، ع 02، 1989.
- 13- قرار رقم 350252 بتاريخ 2001-02-21، المجلة القضائية 2002 ، العدد 01.
- 14- قرار رقم 367996 ، بتاريخ 2006-06-14، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2007.
- 15- قرار رقم 46546 مؤرخ في: 21-11-1988، م. في 1991، عدد 2، ص 60.
- 16- قرار رقم 554347 ، بتاريخ 2010-07-15، مجلة المحكمة العليا العدد 2 ، سنة 2010.
- 17- قرار رقم 613091، بتاريخ 10-03-2011، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، سنة 2011.
- 18- قرار رقم 94323 مؤرخ في: 28-09-1993، منشور بالمجلة القضائية 1994، عدد 2.

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	قائمة المختصرات
01	مقدمة
الفصل الأول: الوصية في القانون الجزائري	
02	تمهيد
02	المبحث الأول: مفهوم الوصية في القانون الجزائري
02	المطلب الأول: تعريف الوصية ومشروعيتها
02	الفرع الأول: تعريف الوصية
03	أولاً- تعريف الوصية لغة
03	ثانياً- تعريف الوصية اصطلاحاً
06	الفرع الثاني: مشروعية الوصية
07	أولاً- أدلة مشروعية الوصية
09	ثانياً: حكم الوصية
10	الفرع الثالث: تمييز الوصية عن غيرها من التصرفات المشابهة
10	أولاً- تمييز الوصية عن الهبة
11	ثانياً- تمييز الوصية عن الوقف
12	المطلب الثاني: أنواع الوصايا في القانون الجزائري
13	الفرع الأول: الوصية الاختيارية
13	الفرع الثاني: الوصية الواجبة
17	الفرع الثالث: الوصية المستترة (الحكمية)
17	أولاً- تصرفات المريض مرض الموت
19	ثانياً: التصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحياة
22	المبحث الثاني: أحكام الوصية في القانون الجزائري
22	المطلب الأول: أركان الوصية وشروطها
23	الفرع الأول: الموصي وشروطه
24	أولاً- الإسلام
25	ثانياً: أن لا يكون مديناً

25	الفرع الثاني: الموصى له وشروطه.....
25	أولاً- أن يكون الموصى له موجوداً.....
26	ثانياً- أن يكون معلوماً.....
27	ثالثاً- أن يكون أهلاً للتمليك.....
27	رابعاً- أن لا يكون قاتلاً.....
28	خامساً- أن لا يكون وارثاً.....
29	سادساً- ألا يكون الموصى له جهة معصية.....
29	الفرع الثالث: الصيغة وشروطها.....
30	أولاً- الإيجاب.....
30	ثانياً- القبول.....
31	الفرع الرابع: الموصى به (المحل) وشروطه.....
31	أولاً- أن يكون قابلاً للتوارث والتمليك.....
32	ثانياً- أن يكون متقوماً.....
32	ثالثاً- أن يكون موجوداً.....
33	رابعاً- أن يكون في حدود الثلث.....
33	خامساً- أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين.....
34	المطلب الثاني: إثبات الوصية ومبطلاتها في القانون الجزائري.....
33	الفرع الأول: إثبات الوصية في القانون الجزائري.....
36	الفرع الثاني: مبطلات الوصية.....
36	أولاً- موت الموصى له قبل موت الموصى.....
36	ثانياً- إذا تعذر تعيين الجهة الموصى إليها.....
37	ثالثاً- قتل الموصى له للموصي عمداً.....
37	رابعاً- رد الموصى له للوصية كلها أو بعضها.....
37	خامساً- هلاك المحل.....
37	سادساً- زوال أهلية الموصي.....
37	سابعاً- رجوعه عن الوصية.....
الفصل الثاني: الهبة في القانون الجزائري	
38	المبحث الأول: مفهوم الهبة في القانون الجزائري.....
38	المطلب الأول: تعريف الهبة وخصائصها.....

38	الفرع الأول: تعريف الهبة.....
39	أولاً- تعريف الهبة لغة.....
39	ثانياً- تعريف الهبة اصطلاحاً.....
41	الفرع الثاني: خصائص الهبة في القانون الجزائري.....
41	أولاً- الهبة تمليك دون عوض.....
42	ثانياً- الهبة تصرف بين الأحياء.....
42	ثالثاً- الهبة عقد شكلي وعيني.....
44	المطلب الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات المشابهة
44	الفرع الأول: تمييز عقد الهبة عن الوقف
45	الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن الوصية.....
45	المبحث الثاني: أحكام الهبة في القانون الجزائري
45	المطلب الأول: أركان الهبة وشروطها في القانون الجزائري.....
46	أولاً- الواهب.....
46	ثانياً- الموهوب له.....
47	ثالثاً: الصيغة.....
48	رابعاً- المحل في الهبة.....
50	خامساً- الشكلية في الهبة.....
52	المطلب الثاني: الرجوع في الهبة في القانون الجزائري.....
53	الفرع الأول: حكم الرجوع في الهبة.....
54	أولاً- الهبة من أجل زواج الموهوب له.....
54	ثانياً- الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.....
55	ثالثاً- تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً قانونياً.....
55	الفرع الثاني: كيفية الرجوع في الهبة
55	أولاً- الرجوع بالتراضي.....
57	ثانياً- الرجوع بالتقاضي.....
الفصل الثالث: الوقف في القانون الجزائري	
60	المبحث الأول: مفهوم الوقف في القانون الجزائري.....
60	المطلب الأول: تعريف الوقف ومشروعيته.....
60	الفرع الأول: تعريف الوقف.....

60	أولاً- لغة.....
51	ثانياً- اصطلاحاً.....
63	الفرع الثاني: مشروعية الوقف.....
64	أولاً- من القرآن الكريم.....
64	ثانياً- من السنة النبوية الشريفة.....
65	المطلب الثاني: أقسام الوقف وخصائصه
65	الفرع الأول: أقسام الوقف.....
66	أولاً- تقسيم الوقف باعتبار الغرض منه.....
66	ثانياً- تقسيم الوقف باعتبار زمانه.....
66	ثالثاً- تقسيم الوقف باعتبار محله.....
66	رابعاً: تقسيم الوقف باعتبار مضمونه.....
67	- الوقف العام.....
68	- الوقف الخاص.....
68	الفرع الثاني: خصائص الوقف وتمييزه عن الأنظمة المشابهة
70	أولاً- خصائص الوقف في القانون الجزائري
73	ثانياً- تمييز الوقف عن غيره من الأنظمة المشابهة.....
74	المبحث الثاني: أحكام الوقف في القانون الجزائري.....
75	المطلب الأول: أركان الوقف وشروطه
75	الفرع الأول: الواقف وشروطه
75	أولاً- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ملكه.....
75	ثانياً- أن يكون مالكا للعين الموقوفة ملكا تاما.....
77	ثالثاً- أن لا يكون مدينا.....
77	رابعاً- أن لا يكون الواقف مريضا مرض الموت.....
77	الفرع الثاني: الصيغة وشروطها.....
77	أولاً- أن تكون الصيغة جازمة.....
77	ثانياً- أن تقيد معنى التأبيد.....
78	ثالثاً- أن تكون الصيغة منجزة.....
78	الفرع الثالث: محل الوقف وشروطه
78	أولاً- أن يكون معلوما ومعينا

79	ثانيا- يشترط أن يكون مفرزا.....
79	ثالثا- أن يكون مشروعا.....
79	الفرع الرابع: الموقوف عليه وشروطه.....
79	أولا- أن يكون شخصا معلوما.....
80	ثانيا- أن يكون موجودا.....
80	ثالثا- أن يكون أهلا للتملك.....
81	رابعا- أن لا تكون جهة معصية.....
81	خامسا- أن تكون جهة البر دائمة.....
81	الفرع الخامس: الشكلية في الوقف.....
83	المطلب الثاني: إدارة الوقف وتنميته في القانون الجزائري.....
84	الفرع الأول: إدارة الوقف وتسييره.....
84	أولا- إدارة الأوقاف بعد الاستقلال.....
86	ثانيا: أجهزة تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر.....
90	الفرع الثاني: طرق تنمية الوقف في القانون الجزائري.....
91	أولا- عقد المزارعة.....
93	ثانيا- عقد المساقاة.....
94	ثالثا- عقد المغارسة.....
95	رابعا- عقد الحكر.....
97	خامسا- عقد المرصد.....
98	سادسا- عقد الإيجار.....
100	سابعا- عقد المقاولة.....
101	ثامنا- عقد الترميم.....
101	تاسعا- عقد التعمير.....
103	الخاتمة
105	قائمة المصادر والمراجع
112	فهرس المحتويات