جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون أسرة

رقم: .....

إعداد الطالب(ة):

حسين أحلام

بجاوي صفاء

يوم: **12/06/2024**

التبرعات بالارادة المنفردة في قانون الاسرة الجزائري

شراد صوفيا	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة محمد خيضر بسكرة**	**رئيسا**
ميمون منى	**أستاذ محاضر –أ-**	**جامعة محمد خيضر بسكرة**	**مشرفا**
بلجبل عتيقة	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة محمد خيضر بسكرة**	**مناقشا**

السنة الجامعية: 2023 – 2024

بسم الله الرحمن الرحیم

الإهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلـــــــــــى جميع أفـــــــراد أسرتي حفظهم الله

إلـــــــــــى كل من ساهم في إخراج هذا البحث

إلـــــــــــى حيز الوجـــــــــود بالقـــــول أو بالفعـــــــل

أو بالدعـــــــــــــــــوة الصالحة.

شكر وعرفـــان

الشكر أولا وآخرا لصـــــــــاحب الفضل الرزاق الموفق
الله عـــــــزّ وجـــــــلّ
وأحمده حمـــــدا يليـــق بجلال وجهه وعظيـــم سلطـــانه
وانطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم:{ من لا يشكرالله لا يشكرالنـــّاس}
فإنني أتقدم بجزيـــــــــل الشـــكـــــر
للأستاذة الفـــــــاضلة والطيبة الدكتـــورة " **ميمون منى**" التي تكرمت وأشرفت على هـذا العمل بتوجيهاتها ونصـــائحها القيمة من خلال متابعة هذا البحث وتسديد خطواته حتى خروجه على هذه الصـــــورة.
و أقدم جزيـــــــل الشكـــــــر والعرفـــــان للأساتذة الأفـــــــاضل أعضـــاء لجنة المنـــــــاقشة.

قائمة المختصرات

ق أ ج = قانون الأسرة الجزائري

ق م ج = القانون المدني الجزائري

م = المادة

ق ت ع = قانون التوجيه العقاري

ق أ = قانون الاوقاف

ق ت = قانون التوثيق

مقدمة

يتصرف الإنسان في حياته بكثير من المعاملات الناقلة للملكية، منها ما هو بعوض مثل البيع والمقايضة ومنها بلا عوض مثل التبرعات التي تعتبر من أهم التصرفات التي ترتبط بواقع حياة الناس ومعاملاتهم 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.

وعلى اعتبار ان التبرعات قد تنشأ بالعقد أو بالارادة المنفردة و نظرا لاختلاف القواعد و الاحكام، فقد ارتأينا دراسة التبرعات بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري حيث أنها لم تحظ بدراسة مستقلة في حدود ما اطلعنا عليه.

و يعد هذين التصرفين من التصرفات التي بينتها و نظمتها الشريعة الإسلامية كونها تدعو إلى التكافل والمودة بين المسلمين وتحث على فعل الخيرات فجعلتها من أبواب التقرب الى الله عز وجل لمالها من آثار عظيمة تعود على المجتمع بتحقيق مصالحهم العامة والخاصة كونها تقوم أساسا على البر والإحسان للغير، الوصية و الوقف يدخلان ضمن الاعمال الخيرية التي يقدمها العبد و يفتح افاق الجد و المثابرة و يعتبران رمزا من رموز التضامن و التكافل الاجتماعي على اساس الرحمة و العدل.

فقد ذكر الشرع اصل الوصية و الوقف و جعلهما دليلا على جود و كرم العبد الصالح و حسن نيته مع خالقه .

فإذا كانت الوصية تراعي في بعض غاياتها مصلحة جزئية للموصي يصلح بها شأنا خاصا ، أو يعيد التوازن بين أفراد الأسرة، أو يعالج خطا بما يكون قد وقع فيه من استقضاء حق أو سداد دين ، فإن الوقف في بعده الاجتماعي يستهدف مصالح عامة ومقاصد كلية ، فعبر أحكامه استقرت قيم العمل الأهلي ، كما أنهما وسيلتان لتحقيق مصالح العباد.

اما المشرع الجزائري فقد خص التصرفات بالارادة المنفردة بتنظيم خاص محكم ضمن القانون المدني الجزائري وفي قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المعدل

والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، وجعلها ضمن الأحوال الشخصية ونظم أحكامها الموضوعية في قانون الأسرة الكتاب الرابع الفصل الخاص بالتبرعات من خلال المواد 184 إلى المادة 220 منه واحال الى الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص بموجب المادة 222 من ذات القانون .

كما نظم هذا النوع من التبرعات أيضًا في القوانين الخاصة وهو قانون لأوقاف رقم 10-91 مؤرخ في 1991/04/27 متعلق بالأوقاف معدل و متمم بالقانون 07-01 المؤرخ في 2001/05/22 والقانون رقم 10-02 المؤرخ في 2002/12/14 .

و قد استنبط المشرع الجزائري أحكام الوصية والوقف من الشريعة الإسلامية فمنها ما ورد بنص قرآني واضح ، ومنها ما ورد في السنة النبوية.

أسباب إختيار الموضوع:

اختيارنا لموضوع التبرعات بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري (الوصية والوقف) له أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

1- الأسباب الذاتية :

- كوننا نميل بحكم التخصص الى التعرف على كل ما ينظم العلاقات بين افراد الاسرة من نصوص قانونية، خاصة و أن هذين التصرفين يكونان في بعض الاحيان محل نزاع بين افراد الاسرة الواحدة .

- الرغبة في دراسة موضوع الوصية و الوقف كونهما من الانظمة الاسلامية الهدف منهما الخير و البر والاحسان

- نظرا لكثرة انتشارهذه المعاملات في المجتمع

2- الأسباب الموضوعية:

-عدم علم أغلب الناس بأحكامهما

- اختلاف التشريعات هو الدافع لمعرفة توجه المشرع الجزائري

- معالجة هذا الموضوع والبحث فيه يعود بالنفع و الفائدة للمجتمع.

- عدم وجود دراسة خاصة بالتبرعات الناشئة عن الارادة المنفردة بحيث تجمع قواعدها و أحكامها ، اي انها لم تحظ بدراسة مستقلة، طبعا في حدود ما اطلعنا عليه

- نظرا لاهمية الموضوع و المتمثلة في : اهمية علمية واخرى عملية

- كونهما من المصادر الارادية للتبرع ،فهي تصرف في مال مملوك لشخص دون مقابل فهما يتصفان بالخطورة.

أهداف الدراسة:

نهدف من خلال دراستنا هذه لتحقيق الاهداف التالية :

- المساهمة في إثراء المكتبة القانونية.

- توضيح موقف المشرع الجزائري من هذين التصرفين من خلال دراسة مختلف النصوص القانونية المتعلقة بهما .

- ابراز دور الارادة المنفردة في انشاء التبرعات

أهمية الموضوع :

الاهمية العلمية:

يكتسي موضوع التبرعات بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري(الوصية و الوقف) أهمية من الناحية الدينية والاجتماعية كونه مصدرا من المصادر الارادية للتبرع فهو تصرف من التصرفات التبرعية في مال مملوك لشخص دون تحصيل مقابل أي أن الوصية والوقف بتصفان بالخطورة، حيث ان المتصرف لا يتحصل على اي عوض مما ينشئ العقد دون عوض مما اباحته الشرائع السماوية والقوانين الوضعية ونظمت أحكامه وفق ضوابط تجعله يحقق أهدافه

التى أبرم من أجلها، قصد حماية المتبرع وحماية الغير الذي قد يلحقه ضرر جراء هذا التصرف (الوصية و الوقف) من دائنين أو أقارب مستحقين للنفقة كالميراث و الورثة .

الاهمية العملية

كما تظهر اهمية هذا الموضوع في ان هذه التصرفات (الوصية والوقف) في حل المشاكل الاقتصادية والتنموية مثل دعم الجمعيات الخيرية والمشاريع الاجتماعية حيث يمكن للشخص أن يخصص جزءاً من أمواله أو ممتلكاته في وصيته لصالح الجمعيات الخيرية أو المشاريع الاجتماعية، مما يعزز العمل الخيري ويساهم في تحسين الظروف المعيشية للفئات المحتاجة، ما يدفع المشرع الجزائري إلى حمايتها والاهتمام الكبير بهما وخصص لها جزءاً مهما في القانون حيث أفرد لها أحكاماً خاصة بها و ذلك لتشجيع المقدمين عليها وتحقيق منافع على أصحابها.

إشكالية الموضوع :

تعتبر الوصية والوقف من التبرعات بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري ، ولكي تحقق المصلحة العامة والخاصة بين أفراد المجتمع نظم لها المشرع الجزائري ظوابط وأحكام قانونية وذلك لحماية حقوق الناس، ومن هنا أصبح من الضروري معالجة الإشكالية التالية:

هل وفق المشرع الجزائري في الالمام بجميع الضوابط القانونية المنظمة للوصية والوقف؟

الدراسات السابقة :

من أهم الدراسات التي تحصلنا عليها و نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر :

– رسالة دكتوراه بعنوان النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية، الهبة ، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي من إعداد عبد المالك رابح.

عالجت هذه الأطروحة دراسة عقود التبرعات (الوصية ، الهبة، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بالقوانين الوضعية لدول العربية والأجنبية وكذلك بالفقه الإسلامي

غير أن دراستنا إقتصرت على موضوع الوصية والوقف باعتبارها من التبرعات بالارادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري.

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

– عالجت هذه الاطروحة تسيير الاملاك الوقفية في التشريع الجزائري و تطرقت الى ماهية الوقف و حددت اركانه و شروط نفاذه ، غير ان دراستنا إقتصرت على موضوع الوصية والوقف باعتبارها من التبرعات بالارادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري.

منهج الدراسة

لقد اعتمدنا في دراستنا لموضوع الوصية والوقف على المنهج الوصفي التحليلي وذلك من خلال وصف وتحليل النصوص القانونية و بيان ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد القانونية المنظمة للتبرعات بالإرادة المنفردة الممثلة في الوصية والوقف خاصة في قانون الأسرة الجزائري والقانون المدني وقانون الأوقاف. بالإضافة إلى مختلف التعريفات المتعلقة بالموضوع.

خطة الدراسة

ومن أجل معالجة الموضوع بشكل جيد وتحقيق الأهداف المرجوة منه و الإجابة بشكل أكثر دقة على إشكالية الموضوع نقسم هذا البحث إلى فصلين وهي كالآتي :

الفصل الأول : نتناول فيه الوصية في قانون الاسرة الجزائري، ونقسمه إلى مبحثين، في المبحث الأول نتطرق فيه إلى القواعد العامة للوصية في قانون الاسرة الجزائري ، أما المبحث الثاني نتطرق فيه إلى آثار الوصية.

الفصل الثاني: نتطرق فيه الى موضوع الوقف في قانون الاسرة الجزائري، ونقسمه أيضا إلى مبحثين، في المبحث الأول نتطرق فيه إلى القواعد العامة للوقف في قانون الاسرة الجزائري ، أما المبحث الثاني نتطرق إلى اثار الوقف في قانون الاسرة الجزائري و ادارة الاملاك الوقفية وأخيرا نضع تلخيصا شاملا للموضوع من خلال الخاتمة .

الفصل الاول

الوصية في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد

تعد الوصية من أهم التصرفات القانونية الأكثر انتشارا في الحياة العملية باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت وذلك بدون مقابل، لذا نجد الشريعة الإسلامية قد عالجت هذا التصرف ووضعت له شروطا وأحكاما ، يرجع ذلك إلى ما يتركه الإنسان بعد موته من تركة تتعلق بها ثلاث حقوق هي تجهيز الميت، قضاء ديونه، ثم تنفيذ الوصية في حدود الثلث[1].

إن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى نظم هذا النوع من التصرفات بأحكام حددت في مواد قانون الأسرة رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 من المادة 184 إلى المادة 201 في الفصل الأول الخاص بالوصية من الكتاب الرابع الذي جاء تحت عنوان التبرعات.[2]

كما أورد المشرع الجزائري مواد قانونية أخرى عالجت موضوع الوصية تضمنت في القانون المدني الجزائري، لذا نجد الوصية مزيج من الاحكام الشرعية والقانونية، وحتى يمكننا الإلمام بهذا الموضوع كان لابد من البحث في ماهيتها في المبحث الأول من خلال التطرق إلى مضمونها و أركانها والشروط الواجب توافرها و كيفية اثباتها ومبطلاتها ثم اثار الوصية في المبحث الثاني و المتمثلة في انتقال ملكية المال الموصى به وتنفيذ الوصية.

---

[1]– رحايمية عماد الدين الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو سنة 2015، ص 4.

[2]- قانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 مؤرخ في 27 فيفري 2005 ج ر ج ج ، عدد 24 ، مؤرخ في 12 جوان 1984.

3– القانون رقم 14/88 ، مؤرخ في 03 ماي 1988 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، والمتضى القانون المدني ، منشور في ج ر ج ج العدد 28 الصادر في جوان 1988.

المبحث الأول: القواعد العامة للوصية في قانون الاسرة الجزائري

تعد الوصية من التصرفات القانونية التي تحدث آثارها بعد موت الموصي، لصالح الموصى له لقوله سبحانه وتعالى: (مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ..) [1]وحتى نقوم بتناول مفهوم الوصية في المطلب الأول يستلزم علينا تقديم تعريفها فى عديد الجوانب اللغوي والفقهي والقانوني ثم التطرق إلى دليل مشروعيتها و الحكمة منها دون اهمال التمييز بينها و بين بعض التصرفات القانونية المشابهة لها، وفي المطلب الثاني نحدد أركان الوصية ثم اثبات و مبطلات الوصية في المطلب الثالث.

المطلب الأول : مفهوم الوصية

من أجل تحديد معنى شامل للوصية وجب الإحاطة بمفهومها اللغوي ثم الجانب الاصطلاحي بشقيه الفقهي والقانوني.

الفرع الأول: تعريف الوصية:

اولا : تعريف الوصية شرعا:

إن الوصية كمصطلح شرعي تحمل عدة تعريفات حيث عرفها البعض بأنها "تبرع مضاف الى ما بعد الموت" ، وعرفها الكسائي بأنها "اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت" ، أما الكرحني عرفها بأنها "ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه"[2].

هذه التعريفات ناقصة من جوانب مختلفة، فالتعريف الأول لا يشمل الإسقاطات. كالإبراء المتمثل في إسقاط شخص حقا له في ذمة آخر كإسقاط الدائن دينه الذي له في ذمة المدين أو حق المنفعة ، وكذا الإقرار الذي يعترف فيه الشخص بشيء في ذمته لغيره كان يقول لزيد عندي ألف دينار.

[1] - سورة النساء الاية 12 .

[2]– محمد أبوزهرة **شرح قانون الوصية** ، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1404هـ 1988 م ص 11.

أما تعريف الكساني لا يشمل الوصية بأداء واجبات عليه، لأنه ما أوجبها على نفسه ، بل هي واجبة بإيجاب الشارع، من باب الوصايا عند إنشائها. فهذا التعريف أدخل في الوصايا ماليس منها في حقيقته، وأن أخذ حكمها في نهايته احتياطيا لحقوق الورثة و حماية لها[1]

أما الدكتور علي علي سليمان فقد عرفها بأنها تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت مستخدما مصطلح – يضاف – بدلا من – مضاف – مؤكدًا بذلك على الأثر المستقبلي لنفاذ الوصية[2].

كما عرفها ابن عابدين انها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع – وهو أصح التعريفات و اشملها باعتباره تعريفاً جامعا مانعا يشمل كل شيء يمكن أن يوصي به الشخص بعد وفاته كما يشمل قيام الموصي على أولاده الصغار ورعايتهم[3].

ثانيا : تعريف الوصية في قانون الاسرة الجزائري

عرفت الوصية بأنها تمليك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع.[4]

ونلاحظ على هذا التعريف أنه جاء متجاهلا لموضوع الوصية من حيث أطرافها الموصي والموصى له.

وعرفها القانون الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة بـ الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " وجاء كذلك هذا التعريف خاليا من ذكر طبيعة الوصية كونها تصرف فردي أحادي الطرف.

كما عرفت الوصية أنها " تصرف أحادي مضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر إلى الموصى له [5]

والملاحظ كذلك على هذا التعريف أنه لم يذكر أن انتقال هذه الأشياء والحقوق الأخرى إلى الموصى له يكون بطريق التبرع.

---

[1]– محمد أبوزهرة، المرجع السابق في ص11.

[2]– علي علي سليمان، **(ضرورةإعادة النظري القانون المدني الجزائري)** مجلة الشرطة، العدد 33 سنة 1987 ص 26.

[3]– بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري** ، ج2 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، ص 230.

[4] - العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 230

[5] - محمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 1994، ص 69

ونعتقد أن أحسن تعريف للوصية هو التالي: "الوصية تصرف أحادي بطريق التبرع مضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر إلى الموصى له."

وهذا التعريف جامع مانع فهو يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته فكلمة شيء تشمل المنقول والعقار وكلمة حق آخر تشمل المنافع مثل حق السكن وحق الانتفاع وغيرها.....

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في شأن الوصية أهي عقد أم تصرف فردي ينتج عن إرادة منفردة فذهب الشافعية إلى أنها عقد وعلوا ذلك بأن الوصية تنعقد بالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له لأنه لا يمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيء جبرا عنه إلا الميراث وكذلك تبنى المالكية نفس الرأي فهم يقولون بضرورة قبول الموصى له لأن قبوله شرطا لصحة الوصية لكن يتراخ هذا القبول إلى بعد وفاة الموصي.

وقد تبنى المشرع الجزائري الرأي الثاني واعتبار الوصية تنعقد بمجرد صدور إيجاب الموصى وقبول الموص له بعد وفاة الموصي لا يعد إلا شرطا للزوم الوصية وهذا ما نستشفه من نص المادة 191 قانون أسرة بقولها: " تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك... " فالمادة لم تذكر سوى إيجاب الموصى ولم تأتي على ذكر قبول الموصى له بل جعلته المواد 197 و 198 و 2001 مجرد شرط للزوم الوصية لأن الوصية توثق لدى موثق بناء على طلب وإيجاب الموصي دون قبول الموصى له الذي قد لا يكون على علم بها إطلاقا إلا بعد الوفاة.

ونحن نعتقد أن الوصية عقد يستوجب فيه إيجاب الموصي وقبول الموصى له لأنه صحيح قد تنشأ الوصية وتوثق عند الموثق دون علم الموصى له لكن رأيه بعد الوفاة يكون حاسم في تمام انعقادها. وتنفيذها أو إبطالها وإلغائها فقد نصت المادة 198 من قانون الأسرة على إعطاء حق القبول أو الرد للورثة وهذا الحق لا شك ثابت لمورثهم فمصير الوصية متوقف على رأي الموصى له وخلقه العام إذا هلك قبل إعلان رأيه وكذلك نصت المادة 201 قانون أسرة على : " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها " ومادام عدم قبول الموصى له للوصية يجعلها باطلة نعتقد أن قبول ورفض الموصى له يتبوء مكان مهم في إنشاء الوصية ومنها نميل إلى أن الوصية عقد ما كانت اختيارية "

الفرع الثاني : دليل مشروعية الوصية والحكمة منها.

أولا : دليل مشروعية الوصية

يستدل على مشروعية الوصية من القرآن و السنة والإجماع والقياس

أ-دليل مشروعية الوصية من القرآن الكريم

استدل العلماء على مشروعية الوصية بقول الله تعالى "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ"[1] أي أن الله سبحانه وتعالى فرض عليكم الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف وهو ما أجازه الله في الوصية شريطة أن لا يتجاوز الثلث[2]، وفي قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ " [3].

وفي قوله سبحانه في آية المواريث : "يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ " [4]، إلى قوله تعالى جلت عظمته " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ "[5] و "يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ " أو " يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ " و" توصون بها أو دين"[5] حيث شرع الميراث مرتبا على الوصية فدل على أن الوصية جائزة.

ب-دليل مشروعية الوصية من السنة

وردت أيضا أحاديث من السنة النبوية المطهرة بشأن الوصية، فمنها ما ورد في قول الرسول الأكرم (ص)"ما حق امرى مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[5].

و في رواية أخرى" ما ينبغي لأمرئ مسلم أن بيت ليلة الا وصيته تحت رأسه" فالحديث فيه حث على المبادرة بكتابة الوصية.

ومنها ما رواه سعد بن أبي وقاص انه قال : " جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو

---

[1]- سورة البقرة الاية 180.

[2]- سورة المائدة الاية 106.

[3]- سورة النساء الاية 12.

[4]- أنظر تفسير الطبري – تحقيق د.عبد الله بن عبد الحسن التركي ، ج 3 ، ط1 ، دار هجر 2001 ص 123.

[5]- أخرجه البخاري في الجامع الصحيح ، تحقيق محب الدين الخطيب و آخرون ج2 ط1 الطبعة السلفية القاهرة سنة 1403هـ **(55 كتاب الوصايا 1 باب الوصايا، حديث رقم 2738)** ، ص 286.

مال ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: "لا" قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: "لا" قلت: فالثلث، قال: "الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرَهم عالة يتكففون الناس "[1].

جـ-دليل مشروعية الوصية من الاجماع والقياس

أجمع علماء الشريعة الإسلامية على جواز الوصية ومشروعيتها في كل الأزمنة في حدود الثلث[2] ، فالامة من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا يوصون من غير إنكار من أحد ، فيكون هذا إجماع من الأمة على ذلك ، فقد ثبت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب وصيته كلما عقد السفر ليستلمها من مؤتمنه حين عودته لما أوصى انس بن مالك و أوصى عبد الله بن مسعود ، و أوصى أبو الدرداء وغيرهم دون معارض أو مخالف.

أما القياس فلا يجيز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، والموت مزيل الملك ، فتقع الاضافة إلى زمان زوال الملك ، إلا أن الشارع أجازها لطبيعة الإنسان بحكم فطرته وتعلقه بالمال ، فقد يحدث وأن يكون ظالم لنفسه و للناس من حوله، حتى إذا حدث له عارض يخاف الهلاك من بعده ، فتح له باب لأن يتدارك بماله ما فاته في الماضي من أفعال الخير، فقد يبدو له ان يكافى شخص أحسن إليه في حياته أو يكون الهدف مساعدة غير الوارثين من أقربائه أو غيرهم ممن تشتد حاجتهم إلى المال أو يريد أن يضع ظلم أصاب به غيره أو أي سبب آخر من أسباب القربى وأعمال البر، فالقصد و الحكمة هي تمكين الإنسان من فرصة العمل الصالح طالبا لرضى المولى وصلة للأرحام لقول الرسول صلى الله عليه وسلم :" إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم" .

حيث يحافظ على مقصده الدنيوي إذا طال عمره واحتاج إلى ماله ليصرفه في حاجته ، لأنه يظل مملوكا له مادام على قيد الحياة وله حق الرجوع في وصيته[3].

---

[1]- أخرجه البخاري **(كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أعتياء خير من أن يتكففوا الناس)** ج2، ص287.

[2]- محمد خضر قادر، دور الارادة في أحكام الزواج والطلاق و الوصية – دراسة فقهية مقارنة- د ط ، دار البازوري ، الاردن 2010 ، ص 326.

[3]- -أحمد فراج حسين ،**أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية**، د ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1997 ص 11-12.

ثانيا : الحكمة من مشروعية الوصية

قد يغفل الإنسان في حياته عن اعمال البر و الخير و من رحمة الله بعباده أن شرع لهم الوصية، زيادة في الحسنات و تداركا لما فرط فيه الإنسان في حياته من اعمال البر.

فجعل سبحانه للمسلم نصيبا من ماله يفرضه قبل مماته في أعمال البر التي تعود على الفقراء و المحتاجين بالخير و الفضل و تعود على الموصي بالثواب والأجر، والاستزادة من العمل الصالح ومكافأة من أدى للمرء معروف موصلة الرحم والأقارب غير الوارثين ، وسد خلة المحتاجين.

شرع الله عز و جل على لسان رسوله (ص) الوصية لطفا بعباده و رحمة بهم حينما جعل المسلم نصيبا من مال يفرضه قبل وفاته في أعمال البر الله التي تعود على الفقراء والمحتاجين بالخير والفضل ويعود على الموصي بالثواب والاخري وقت حيل بينه وبين العمل[1].

والاصل في الوصية أنها لا تلزم إلا بالموت، والموت يزيل الملك فلا يجوز تصرف الإنسان فيما يملك ولكن الشارع أجاز الوصية لأن النص أقوى من القاعدة ، لما فيه من مصلحة خاصة و مصلحة عامة.

الفرع الثالث: التمييز بين الوصية و بعض التصرفات القانونية المشابهة لها

في هذا الفرع نحاول التمييز بين الوصية وبعض التصرفات القانونية المشابهة لها كالهبة و الوقف والميراث من خلال تسليط الضوء على أوجه الشبه والاختلاف بينهما

أولا: تمييز الوصية عن الهبة

إن الوصية و الهبة تصرفان قانونيان ينطبقان من مبدأ واحد وهو التمليك، أي منح ملكية الشخص الموصي أو الواهب إلى شخص آخر هو الموصى له والموهوب له ويتضح ذلك من خلال المادتين 184 و 202 من قانون الأسرة الجزائري ، غير أنهما يختلفان في عدة نقاط كما يلي :

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، أما الهبة فهي تمليك بلا عوض.

[1]– محمد كمال الدين إمام، **الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد**، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1999 ص33، 34.

الوصية ليست عقدا بل هي تصرف إنفرادي يعتمد على إرادة الموصي المنفردة وحدها، أما الهبة فهي عقد يلزم لانشائه توافق إرادة كل من الواهب والموهوب له

إنتقال الملكية في الوصية لا يكون الا بعد وفاة الموصي، أما الهبة فتنتقل ملكية الشيء الموهوب حال حياة الواهب.

الأصل في الهبة إمتناع الرجوع فيها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع وذلك طبقا لهادة 211 من قانون الأسرة الجزائري[1] أما الوصية يصح للموصي أن يرجع فى وصيته متى شاء، وفقا للمادة 192 من ق. أ.ج التي تنص على "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ".

محل الوصية محدد فلا يتجاوز ثلث تركة الموصي وفقا للمادة 185 من ق.أ.ج التي تنص على "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف إجازته على الورثة " بينها الهبة ليست مقيدة بقدر معين لا في القانون ولا في الشرع.

ثانيا: تمييز الوصية عن الميراث:

تعتبر الوصية و كذا الميراث من أسباب انتقال الملكية عن طريق الخلافة[2] فالوارث يخلف المورث في الميراث والموصى له يخلف الموصي فيما تركه له من وصية، كما أن ثبوت الملك كليهما متوقف على وفاة صاحبه ، ويحرم القاتل عمدًا للمورث والموصي من تملك الشيء و يعتبر القتل في هذه الحالة مانع شرعي وقانوني من موانع الميراث طبقا لنص المادة 135 [3]من ق.أ.ج، كما يحرم من الوصية قاتل من أوصى له عمدا طبقا للمادة 188 من ق.أ.ج " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا "، وتختلف الوصية عن الميراث في النقاط الأساسية الآتية:

[1] -محمد بن أحمد تقية، **دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، د ط، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية للتشر، الرياض، سنة 2008 ص 31 و 32.

[2] بلحاج العربي **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدنى الجزائري** ، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر بن عكنون سنة 2004 ص 48 و 49.

[3] تنص المادة 135 من ق أ ج " يمنع من الميراث الاشخاص الاتية اوصافهم 1- قاتل المورث عمدا سواءكان القاتل فاعل اصليا أو شريكا... ".

انتقال الملكية بالميراث تكون بشكل إجباري وبإرادة الشارع لأن نظام المواريث من النظام العام حسب نص المادة 183 من ق. أج ، أما الوصية فتنتقل ملكية بشكل إختياري و بارادة الموصي وتصرفه التام في حدود ثلث ماله.

كما أن المشرع الجزائري لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من الوصية ولا المقدار الذي يأخذه كل واحد فيهم على خلاف الميراث الذي يكون فيه أصحاب الإرث محددين مسبقا بنص قانوني وشرعي كما أن أنصبتهم تكون محددة وثابتة مسبقا .

الخلافة في الميراث الزامية بقوة القانون، أما في الوصية فالموصي له لا يملك أي حق في مال الموصي.

الموصى له إذا رد الوصية تبطل[1] أما الوارث لا يستطيع رد الميراث لانه يدخل في ملكه جبرا غير ان للوارث أن يتنازل عن حقه في الميراث.

الوصية تخرج قبل الميراث فلا توزع التركة إلا بعد أخذ الموصى له نصيبه في حدود الثلث ، أما الميراث فيخرج من باقي التركة بعد تجهيز المتوفي وتسديد ديونه وتنفيذ وصاياه.

إن عامل اختلاف الدين له أثر قانوني في نظام الميراث حيث نص المشرع الجزائري في المادة 138 من ق.أ.ج على أنه " يمنع من الإرث اللعان والردة" ، إذ لا يرث المسلم من غير المسلم بأي سبب من أسباب الارث، بينما في الوصية لا يشترط اتجاه الدين بين الموصي والموصى له لصحة الوصية، فتجوز وصية المسلم لغير المسلم ، و تجوز وصية غير المسلم لأهل ملته ولغير أهل ملته ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 200 من ق. أ.ج و التي جاء فيها " تصح الوصية مع اختلاف الدين" كوصية المسلم لليهودي و وصية المسيحي للمسلم.

كما أن الوصية تجب في حدود الثلث من التركة، فإن زادت على الثلث ردت إليه، وهو ما لا نجده في الميراث[2].

[1] المادة 201 من ق أ ج " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي ، او ردها".

[2] بلجاج العربي، نفس المرجع ص 236 .

المطلب الثاني: أركان الوصية.

من التصرفات التي تنشأ بالإرادة المنفردة للمتبرع بها، وعلى هذا الأساس فإنه طبقا للقواعد فإن هذا التصرف القانوني يرتكز على ثلاث أركان أساسية وهي رضا الموصي كونه تصرف صادر عن جهة واحدة و المحل الموصى به وهو موضوع و مضمون الوصية اضافة الى الغاية والهدف من وراء هذا التبرع وهذا ما ستحاول التفصيل فيه من خلال الفروع التالية.

الفرع الاول : رضا الموصي

الفرع الثاني : المحل . (الموصى به)

الفرع الثالث : السبب

الفرع الاول : رضا الموصي

يعبر عن رضا الموصي بأي شكل من اشكال التعبير التي يفهم منها، سواء كان ذلك باللفظ أو الاشارة المتداولة عرفا أو الكتابة أو باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالته على مقصود صاحبه ، و يجوز أن يكون التعبير عن ارادته ضمنيا أيضا[1] و بما ان الوصية تبرع فانه يستلزم ان يتوفر في المتبرع و هو الموصي جملة من الشروط الجوهرية و التي لا يكتمل التصرف الا بها و اهمها شرط شرط كمال الاهلية بان يبلغ سن الرشد دون ان يحجر عليه لاي عارض من عوارض الاهلية و هو ما اكدت عليه م 186 من قانون الاسرة الجزائري بقولها :" يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الاقل" يملك ارادة الاختيار في ابرام الوصية بان تكون هذه الارادة خالية من عيوب الرضا و هي الاكراه او التدليس او الاستغلال او الغلط و الا وقعت الوصية باطلة لانعدام عنصر الاختيار و الحرية [2]

فإذا عبر الموصي عن رغبته في تمليك شخص شيء معين بعد وفاته اعتبر ذلك إيجابا ، والأصل فيه أن يأتي بصيغة منجزة. إلا أنه في الوصية لا يصح إلا مضافا إلى وقت وفاته ،

[1] م 60 ق أ ج .

[2] اشواق زهدور ، **مبطلات الوصية في القانون الجزائري** ، مجلة القانون العقاري و البيئة، جامعة وهران2 محمد بن احمد . العدد :1 ، الجزائر سنة 2022. ص 122

ويصح أن تأتي الوصية معلقة على شرط بحيث يتوقف عليه قيام الوصية كتصرف قانوني أو استحقاق الموصى له للموصى به بعد وفاته[1]

ويعتبر الإيجاب الصادر من الموصي غير ملزم له ، حيث يجوز له الرجوع فيه وقتما شاء . حيث نصت م 192 ق أج على أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة و ضمنا[2].

والموصي غير مطالب بتبرير الرجوع في الوصية، لأنه طبقا للقواعد العامة فإن التعبير عن الإرادة يرتب أثره القانوني ويصبح لازما في حق من صدر عنه في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه[3] وهو الموصى له ، وطالما أن القبول ليس ركنا لقيام الوصية كتصرف قانوني، فالإيجاب هنا لا يكون لازما بحال، سواء علم به الموصى له أو لم يعلم ، ولذلك نجد الإجماع على عدم اشتراط كله . ولم يقتصر الأمر على عدم اشتراط وجود القبول[4].

ولا خلاف في عدم اشتراط قبول الموصى لة لانعقاد الوصية كتصرف قانوني لأنها كما تقدم تصرف بالارادة المنفردة ، وعلى هذا الأساس لا يعتد بقبول الموصى له و رفضه ، بل إنه لا يشترط علمه بها ، فإذا علم بها وردها بعد وفاة الموصي كان ذلك نزولا عنها ، كمن يتنازل عن جزء مما يملك دون أن يؤدي ذلك إبطالها. حيث أن قبول الوصية ليس ركن لقيامها، وهذا خلافا لما ذهب إليه المشرع في م 201 ق أ ج عندما ذكر انها تبطل بردها[5].

وكما ذكرنا سابقا فإن الرجوع في الوصية قد يكون صريح وهو بحسب م 192 ق أ يكون بوسائل إثباتها [6]، و قد يكون ضمني، وذلك بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها بحسب نفس المادة، كأن يتصرف في ملكية المال الموصى به بالبيع أو الهبة أو غيرها من التصرفات، أما التصرف في منفعته أو تقديمه لضمان لدين فليس فيه ما يدل على أنه رجوع في الهبة وقد حرص

---

[1] حمدي باشا عمر ، **عقود التبرعات (الهبة ، الوصية ، الوقف)** دار هومة ، الجزائر 2004 ص 46-47.

[2] م 192 ق أ ج .

[3] م 61 من القانون المدني الجزائري.

[4] جميلة مدور، **التبرعات في قانون الأسرة الجزائري (بالخط العريض)**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر احوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2024-2023، الجزائر، ص22.

[5] م 201 ق أ ج.

[6] م 192 ق أ ج.

المشرع على إزالة أي التباس بشأن ذلك فأتى بالمادة 193 . وصرح من خلالها بأن : " الرهن الموصى به لا يعد رجوعا في الوصية. "[1]

الفرع الثاني: المحل

يقصد بالمحل في الوصية المال الموصى به ، والمال الذي يمكن أن يكون محلا للوصية هو الأعيان والنقود والديون والمنافع والحقوق العينية والمعنوية، مما يجوز حقيقة أو حكما ، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للموصي وأن يكون مقداره في حدود الثلث مجموع ما يملك ، وما زاد عن الثلث فإنه يتوقف على "إجازة الورثة"[2] ويجري تقدير الثلث وفقا للقواعد العامة وقت الوفاة لأنه الوقت الذي تنتقل فيه الملكية وتصبح الوصية نافذة.

ويشترط في المال الموصى به ان يكون مما يباح الانتفاع به شرعا وقانونا ، فلا تصح الوصية بالخمر والخنزير والمخدرات والسلاح والنقود المزورة ... إلخ.

و في حال كون الموصى به منفعة ، فإنه ينظر الى قيمة العين الموصى بمنفعتها لمعرفة القدر الموصى به . و سنفصل فيما يلي الشروط الواجب توافرها في المحل.

اولا :وجود محل الوصية:

بالنظر إلى نص المادة 130 ق أ ج [3] يتبين أن المشرع صرح ، لمجموع الأحكام التي أوردها فيها ، مسألة صحة التصرف فى المال غير الموجود وقت الإيصاء. فيما ألزم به وقت تحقق وفاة المورث.

ولكن محل الوصية كما قد يكون معين و محددا قد يكون غير معين ولا محدد أيضا [4] و بالرجوع الى نص المشار إليها لا يتبين أن المشرع فصل بين نوعا محل الوصية بحيث أورد الحكم عاما.

---

[1] م 193 ق أ ج.

[2] العربي بلحاج: **الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري** ، المرجع السابق، ص 266

[3] والتي جاء فيها : للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها أو التي تدخل في ملكه قبل موته أو منفعة".

[4] الإمام محمد أبو زهرة ، **شرح قانون الوصية دراسة مقارنة المسائله وبيان المصادرة الفقهية** ،26، دار الفكر العربي – مصر سنة ، 201 ، ص 106.

و الواجب أن وجود محل الوصية إن كان محددا و معينا لزم وجوده وقت الايصاء[1]. أما إن كان على غير تلك الحالة بحيث لم يكن معينا ولا محددا لزم وجوده وقت وفاة الموصي، وإلا عد التصرف باطلا

ومن ذات القبيل فإن شرط الوجود للمعين يستمر باستمرار حياة الموصي إذ لو خرج من ملكه هلاكا أو تصرفا ثم عاد بطلت الوصية لخروجه عن ملكه ، ولو عاد إلى ملكه قبل وفاة الموصي إذ يستوجب وصية أخرى حتى يكون اعتباره للوصية لازم

هذا و لقد اتاح الفقه الشرعي الوصية بالمعدوم و أفتوا بصحتها بشرط إمكان الوجود بعد الإيصاء به، فهم لا يعتبرون المعدوم مطلقا محلا موجود ولا صالحا للايصاء به ويمثلون على ذلك بالثمر من البستان لأنها ممكنة الوجود إذ البستان محتمل الإثمار[2]

وكذلك لا يشترط وجود المال وقت الإيصاء متى تعلقت الوصية بمال شائع – ومثاله أن يقول أوصي بنسبة من تركتي لفلان فإن المحل لا يشترط له الوجود لعدم تحديده ولشيوعه أيضا ، إذ لا يكون لشرط الوجود في هكذا أحوال لزوم إلا أن يتحقق بعد تحقق شرط الوفاة التي تكون محل اعتبار في دخول الوصية حيز النفاذ[3]

ومن كله يتأكد أن محل الوصية المعين يلزم وجوده وقت إبرام التصرف وإلا فإمكان وجوده، وأما إذا كان محل الوصية غير معين فان وجوده مرتبط مع تحقق وفاة الموصي في الوصية ، ولا يقبل بعد ذلك أن يكون الشيء موجودا في المستقبل إلا أن يكون متحقق الوجود فيه.

ثانيا: تملك الموصي محل الوصية

جاء ضمن نص م 184 ق أ ج بيان أن الوصية تصرف وارد على الملكية يتأكد أن تملك الموصي لمحل الإيصاء لازم للتصرف فيه عن طريق الإيصاء ولقد فتح المشرع الباب واسعا أمام الموصي في أن يوصي كل مال يدخل في ملكه وقت الإيصاء أو بعده، طبقا لنص المادة

---

[1] الإمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنني : **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج 6، ب ع ط، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 65.

[2] الإمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزير بن عابدين الدمشقي الحنفي : المرجع السابق ، ج6 674.

[3] الإمام عبد الرحمن الجزيري ، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة** ، تقديم . د محمد بكر إسماعيل ، ج 3 ، ط1 ، دار المنار للنشر والتوزيع، مصر، سنه 1999، ص 122.

190 و التي تنص على مايلي" للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة" [1]

ومنه فإن تملك الموصي للمال مثل الايصاء لا يمكن إلا أن يتخذ مظهرين فإما أن تكون الوصية لمحل غير محدد من أملاك الموصي ، وإما أن تكون الوصية لمحل محدد من ملك الموصي.

وعليه فإن الوصية الشاملة لكل أملاك الموصي[2] أو لنسبة منها كالثلث على الشيوع، وفي هذه الحالة طالما أن ماله كله سيكون محلا للإيصاء أو نسبة غير محددة منه فلا إشكال يقيمه إمكان تملكه لشيء لم يكن يملكه وقت الإيصاء ، لأن التحديد سيمس كامل ذمته المالية أو جزء منها على الشيوع وهو مالا يشكل أي جهل في تعيين محل الوصية.

وإما أن تكون الوصية لشيء محدد وهذا هو مصدر الاشكال بحيث ان عدم تملكه وقت الوصية قد يطبع التصرف بجزاء البطلان لمخالفة التصرف بالإيصاء في ملك الغير أحكام الوصية الخاصة في تملك الموصي محل الوصية[3].

وفي الأحوال التي يكون فيها المحل محددا لا بد له أن يكون وقت الإيصاء مملوكا للموصي ويستمر إلى وقت نفاذها بعد القبول متى كان لذلك محل، ان الوصية عقد غير لازم و حتى يلزم يجب تحقق شرط التملك وقت القبول بعد الوفاة[4].

ونهاية يتأكد أن الموصي لا بد له من تملك المال الذي يريد أن يوصي به بحيث يكون المحل من المحال التي تصلح لأن تكون من الأشياء المملوكة ، وهو ما يختلف على مظهرين ، إذ لو كانت الوصية بمعين لزم تملكه للمال وقت الإيصاء، أما إن كان المحل جزء شائع فإنه متملك افتراضا وتتم الوصية به وتصح ، فيما تبطل إذا تصرف الموصي إيصاء في ملك غيره.

---

[1] م 190ق أ ج.

[2] ولقد تعرض بعض الفقه لمثل هذه الحالة واشترطو لصحتها أن لا يكون للموصي ورثة مطلقا، انظر: القاضي ابو الوليد سليمان بن خلف الباجي : **المنتقى شرح موطأ** ، امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه ج 6، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى مطبعة السعادة ، مصر سنة 1332 هـ – ص 155.

[3] الإمام محمد أبو زهرة ، **شرح قانون الوصية**، مرجع سابق، ص 109.

[4] المرجع نفسه ص 136.

ثالثا: مشروعية محل الوصية

يجب حتى يكون محل الوصية مشروعا أن يكون مسموحا التعامل به قانونا و جائز التعامل به شرعا بحيث يتحقق فيه بداية شرط التملك و التمليك، ولقد نظم المشرع الجزائري مشروعية المحل في الوصية في بعض نصوص قانون الأسرة ، و أولى الاختصاص فيها لقاضي العادي.[1]

ومن أهم معايير المشروعية المعلومة من الوصية بالضرورة نسبتها التي اشترط لها المشرع الجزائري تأسيسا بالمذاهب الفقهية عدم تجاوزها الثلث من مال الموصي حتى تصح منه ، فحتى تكون الوصية مشروعه إذن لا بد أن لا يتجاوز محلها ثلث الذمة المالية للموصي وعليه أكد المشرع الجزائري ضمن نص م 185 ق أج : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة.....

أما إذا تجاوزت ثلث التركة فلا تكون مشروعة ، إذ لا تكون منتجة لأثرها القانوني ما لم يجزها جميع الورثة أصحاب الحقوق في التركة ، وهذا ما جاء في نص م 185 ق أ ج [2] ، ومنه يتبين أن محل الوصية متى تجاوز الثلث فإنها تتوقف على إجازة الورثة وإلا عدت بلا أثر ، وعليه أكدت المحكمة العليا في قرار لها ، جاء فيه : من المقدر قانونا أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة ".

ولقد اولى الفقه المالكي مسألة مشروعية محل الوصية اهتماما بالغا لما فصل فيها وعرض لكافة صورها في جعل من المحل المشروع في الوصية. كل مقصود يقبل النقل كما اشترطه مالا مقوما، فإن كان خلافه: كالميتة والدم لا تصح الوصية به، وإن كان من الأموال التي يصح التعامل فيها صحت الوصية بها هو حال المنقول والعقار المباح من الأموال .

وتتأكد عدم مشروعية المال في الفقه الشرعي إذا كان الحال نفسه وهو الذي يمثل ركن المحل في الوصية خمرا أو لحم خنزير أو وصية بمعصية أو لجهتها – أي لجهة المعصية – كدور القمار والخمارات، والوصية لأجل قتل نفس أو حتى لبناء مسجد في ارض موقوفة ، فكل

[1] قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة .3 ملف رقم 3358 تاريخ 23-12-2004 مجلس الدولة العدد 3- سنة 2003 ، ص 159 ، والتي جاء فيه : " ومن جهة أخرى فإن دفع العارضة بانعدام صفة القاضي بالنسبة للمستأنف عليها اعتمادا على أن الوصية مشبوه فيها، فإن هذه الوسيلة مرفوضة قانونا لأن النظر في مشروعية الوصية يدخل ضمن اختصاصات الجهات القضائية العادية وليس من اختصاص القاضي الإداري ، ومن ثم يتعين رد هذه الوسيلة كلها بقتها ؟

[2] والتي جاء فيها . " ... وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة."

هذه وغيرها من المحال غير المشروعة في الوصايا[1]، ولا يصح الإيصاء بما شرعا، وقانونا لمخالفتها النظام العام والآداب العامة.

و من خصوصية مشروعية المال الموصى به ألا يكون مستغرقا بدين بحيث لا يستوفي الموصى له شيء من الوصية على اعتبار أن الديون تسبق استحقات الوصايا في تزييل الشركة عن الأموال التي تخرج من الإرث ، ولا ننفذ الوصية متى كانت مستغرقة بالدين إلا في حالتين:

- أن يبرئ الدائنون الموصى من تنفيذ الوصية .
- أن يقر الدائنون نفاذ الوصية قبل الوفاء بديونهم.

ومن كله يتبين أن جزاء تخلف مشروعية محل الوصية يؤول بها البطلان شرعا و قانونا، طالما أن ليس ني قانون الأسرة ما يبين حكما مخالفا[2].

رابعا: تعيين محل الوصية.

لا يمكن الاعتداد بالمحل فى الوصية إلا إذا كان معينا أوقابلا للتعيين. فلا تصح الوصية بالأموال غير المقومة، إذ يشترط للاموال أن تكون من تلك التي يحسن تقويمها أو تعيينها وتحديدها وإلا فلا يصح التعامل بها إيصاء[3].

وصلاحية محل الوصية للتقييم يختلف باختلاف ديانة الموصي والموصى إليه ، فمن الأعيان المخالفة للنظام العامة غير المشروعة من ناحية تحديدها لا يصلح الإيصاء بها بين المسلمين، وعلى خلافه فإنها تصلح بين غير المسلمين إذا لم تكن مخالفة لنظامهم العام ولا لآدابهم العامة [4].

---

[1] وهبة الزحيلي ، **الفقه المالكي الميسر، المجلد الثاني** ، ج 6، ط2 دار الكلم الطيب " سنة 2000 ص 322.

[2] جمال عياشي ، **تداخل آثار عقود التبرع و المواريث، اطروحة دكتوراه في الحقوق** ، فرع القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، س 2013 –2014 ص 151.

[3] مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية، أحكام الوصية والأهلية** ج 2: ط 9 . دار الوراق ، الرياض، السعودية، سنة 2001، ص 78.

[4] كمال ,حمدي ، **المواريث والهبة والوصية** ، **بدون عدد طبعة** ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1998 ، ص 127 128.

وإن من خصوصية محل الوصية قبوله لأن يكون مجسدا في الشيء الواحد بأن يعين الموصي للموصى له محل الوصية من بين شيئين فيوجهه لتملك أحدهما ، أو أن يبقي له الخيار بين شيئين يملكهما الموصي ، فيقوم الموصى له باختيار أحدهما بإرادته الحرة

هذا ولا يعتبر في تقدير محل الوصية وقت إبرامها وإنما المعتبر وقت تحقق وفاة الموصي، لا سيما في الأحوال التي يتم الإيماء فيها بجزء مبو جهه وقت تحقق وفاة الموصي و نسبة من التركة كالثلث مثلا[1].

الفرع الثالث: السبب

يعرف السبب بأنه الغرض والهدف والغاية أو الدافع من القيام بتصرف ما . ويعتبر السبب ركن في الوصية على اعتبار انها لا تصبح ولا تقوم ولا ترتب أثرها مالم يكن الغرض منها التبرع بشيئ بعد وفاة المتبرع أي وجود نية التبرع ٠ على أن يكون الباعث على ذلك مشروع و غير مناف المقاصد الشرع و عليه لا تصح وصية الضرار التي يراد منها حرمان أحد الورثة أو بعضهم من نصيبهم الشرعي في الميراث ، لقوله تعالى: "مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ" [2] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : "إنّ الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث [3] الوصية للمعصية – كأن يوصي بمال لشخص أو جهة يعلم أنه سيستعمله في معصية.

يقضي الرجوع إلى القواعد العامة من نظرية العقد إلى اعتبار أن السبب هو الغرض من الالتزام و هو الهدف الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من التزامه[4] وعلى هذا النحو يعتبر السبب في الوصية مصرحا به ضمن النصوص القانونية التي نظم المشرع الجزائري خلالها أحكامها أين

[1] كمال حمدي مرجع سابق، ص 203 .

[2] سورة النساء – الآية 12.

[3] ابو عبد الله اسماعيل البخاري، **الجامع الصحيح (صحيح البخاري)** . كتاب الوصايا .باب لاوصية لوارث ، المطبعة السلفية ، مصر ، ط1، 1403 هـ . 3/651.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري : **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام**، المجلد الأول الطبعة الثالثة الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 1998، ج 1 ، ص 338 339.

اعتبر السبب ضمن نص م 184 غرض التبرع [1]و التبرع عن طريق الايصاء مقصد شرعي مندوب إليه متى علم منه الثواب[2]

ثم عمد بعض الفقه الى السبب وجعله في القيام بحاجة الناس وتمكين الشخص الموصي من تعويض ما فاته من التقصير بماله وصرح على عديد معانيه وعلى الأسباب فيها فجعل منها صلة الرحم وصلة القربى والتوسيع على ذوي الحاجة والمعوزين وتفريج ضيق لغير الوارثين المكروبين[3]

وقد يتحقق بعد نية التبرع التي تبرز في الصور الآنفة أن يتجسد السبب في الوصية ضمن شرط يشترطه الموصى على الموصى له بحيث يصبح مقصده من الوصية الشرط[4] وفي هكذا أحوال يكون الشرط الصحيح محل اعتبار بالالتزام من قبل الموصى له،وعليه أكد المشرع الجزائري في نص م 199 ق أ [5].

ثم إن ليس لاختلاف الدين أثر على تحديد مفهوم للسبب أو تعريفه يحيث لا يؤثر اختلاف الدين في سبب الإيصاء، فتصح الوصية ولو اختلف الدين كما جاء في نص م 200 من ق أ، ذلك أن العبرة بالغرض الذي من أجله أنشئت الوصية ولا عبرة حينها لديانة الموصي أمسلم كان أو غير مسلم.

و منه فإن السبب في الوصية هو الوجهة الخالصة في سبيل الله والمصرف الخيري الواضح ، مع الإشارة إلى أن الفقه الشرعي كما تم بيانه لم يركز على مسألة الباعث إلى إبرام الوصية ، ما يؤدي إلى القول أن القانون يقيم مسألة بيان الباعث على قرائن تثبته لا على مجرد تخمينات تقوم عليه وتخمينات تثور حوله [6].

---

[1] جاء فيها : الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

[2] وهبة الزحيلي : **الفقه المالكي الميسر** ، المجلد الثاني ، ج 3، المرجع السابق . ص 317 318.

[3] أحمد محمود الشافعي : **الوصية والوقف في الفقه الشافعي**، ب ع ط دار الهدى للمطبوعات الاسكندرية ، مصر سنة 1994، ص 13.

[4] زهدور محمد ، **الوصية في القانون المدني الجزائري** ، ب ع ط ، المؤسسة الوطنية.

[5] التي جاء فيها : " إذا علقت الوصية على شرط استحقها الموصى له بعد إنجاز الشرط وإذا كان الشرطة غير صحيح صحت الوصية وبطل الشرط.

[6] الإمام محمد ابو زهرة : **شرح قانون الوصية**، مرجع سابق، ص 43 44.

أولا: مشروعية السبب في الوصية

إن السبب الباعث على الإيصاء ، سواء تجسد في نية التبرع أو شرط ملازم للتصرف، لا بد له أن يكون مشروع وإلا لم يعتد بالوصية لعدم مشروعية السبب فيها.

و عدم مشروعية السبب في الوصية يتخذ مظاهر عامة وأخرى خاصة ، فأما العامة فهي مخالفة النظام العام والآداب كما هو مؤكد عليه في القواعد العامة من القانون المدني ، وأما الخاصة فهي ما تجاوزت الثلث من التركة ، أو كانت بقصد الإضرار بصفة عامة، ذلك أن الوصية بالإضرار باطلة.[1]

إن الوصية متى كانت لوارث لم تصح لعدم جوازها شرعا [2]، ومخالفتها للنظام العام الذي من صميمه مبادئ الشريعة الإسلامية كما يقضي إليه نص م 2 من الدستور ولقد أكد الفقه الشرعي على عدم جواز التصرف بالوصية للوارث لصفته الملازمة، كما أكدت م 189 من ق أ على المبدأ .

و به صارت كل وصية لوارث غير نافذة إلا إذا أجازها الورثة ، ومناط ذلك كله أن سبب الوصية فيه شبهة تفضيل بعض الواثة عن بعض الورثة ما يؤدي بسبب الوصية أن يحيد عن مقصد منها و بالوصية عن خروجها عن أصل مشروعيتها كتصرف شرعي خالص[3]

وكانت لذلك الوصية غير مسموح بها لافتراض عدم شرعية السبب فيها و لعدم السماح به قانونا ، في الحين الذي تنفذ الوصية متى أجازها الورثة لأن إجازة الورثة الوصية لبعضهم فيه دفع افتراض الشحناء بين الورثة وفيه شرعية إسلامية وسماع قانوني نتيجة له.

---

[1] العربي بلحاج، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، الميراث والوصية ، ج 2 ، ب ع ط ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر سنة 1994 – ص 248.

[2] وحكمة عدم جوازها شرعا تتجلى في عدم مخالفة وصية الله في تقسيم التركة بين الورثة وفي عدم مفاضلة أحدهم عن البقية، ولما في ذلك من إقامة البناغض بين الورثة والنفور وقطع الأرحام.

[3] العربي بلحاج : **شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري** ، أبحاث و مذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، ب ع ط ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر، سنة 1996 . ص .162.

ثم إن الوصية لغير الوارث مشروعة شرعا و مسموحة قانونا لتحقيقها سبب التبرع في الظاهر، إلا إذا تجاوزت حدها المشروع والمسموح وهو ثلث تركة الموصي وقت وفاته ، فالوصية بأكثر من الثلث غير جائزة شرعا [1]و غير مسموح بمعا قانونا لما جاء في نص م 185 ق أ.

ولما أكده الفقه الشرعي استنادا على النصوص الشرعية الثابتة في السنة بعدم جواز الوصية بأكثر من الثلث للغني، وفيه أن ترك الورثة أغنياء خير من تركهم عالة على الناس يتكففونهم، وقد جاء في الحديث عن عامر بن سعد عن أبيه رضي الله عنه قال: عادني النبي عليه الصلاة و السلام في حجة الوداع من الوجع أشفيت منه على الموت فقلت يا رسول الله بالغ من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة أفأتصدق بثلثي مالي ؟ قال : "لا " قلت : أفتأصدق بشطره ؟ قال : لا " قلت : فالثلث قال : "والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدرهم عالة يتكففون الناس"[2]

ولما كان الشرط قرينة على السبب المقصود من الوصية أخذ أحكاما خاصة ، بحيث يبطل إن كان من الشروط التي تنافي مقصد الوصية ، أو يتم إعماله متى لم يتوفر فيه منافاة لمقصد الوصية المشرع[3] ، وهذا هو الحكم القانوني الذي نص عليه المشرع الجزائري ضمن نص م 193 ق أج [4].

و بين بطلان الشرط إذا كان غير مشروع والإبقاء على الوصية ، والإستمرار في الاعتداد بالشرط ونفاذ الوصية به يبقى الشرط يلعب في أحيان كثيرة دور القرينة على السبب، مالم يؤثر على وجودها إذ لو كان حقيقة الباعث من الوصية غير مشروع بطلت الوصية لعدم مشروعية السبب فيها.[5]

---

[1] العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات أحمد الدردير** ب ع ط ، دار إحياء الكتب العربية حلب سوريا . بدون سنة طباعة . ص 207.

[2] الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ج 6، ب ع ط ،دار المعارف، بيروت، لبنان ، بدون سنة طبع. ص 363.

[3] محمد زهدور، مرجع سابق، ص 60 ,و ما يليها.

[4] والتي جاء فيها :" ... وإذا كان الشرط غير مشروع صحت الوصية و بطل الشرط".

[5] العربي بلحاج: **شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري** المرجع السابق، ص 160.

المطلب الثالث: إثبات الوصية و بطلانها

مما لا شك فيه أنه إذا وقعت الوصية مستوفية شروطها و مقوماتها وصفت صحيحة غير لازمة . –إذا لم تكن واجبة – يجوز لصاحبها أن يرجع عنها في أي وقت شاء ، فإذا مات مصرا عليها ولم يوجد ما يبطها نفذت و و رتبت آثارها.

و قد يحدث لها ما يعرقلها فتلغى هو ما يسمى بمبطلاتها وهي كثيرة ، تعرض لها القانون في مواده المختلفة وهذا الإبطال يأتيها تارة من قبل الموصي ، وأخرى من قبل الموصى له، وثالثة من ناحية الموصى به ، ولذلك سنعرض لها إجمالا وعليه فكيف يمكن إثبات الوصية في حالة النزاع عليها وما هي طرق الإثبات التي أخذ بها المشرع الجزائري ؟

وعليه فقد قسمنا هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الاول : إثبات الوصية.

تثبت الوصية بطرق الإثبات الشرعية في الفقه الاسلامي، كالشهادة والكتابة فأما الكتابة فمعتبرة عن الحنفية ولا تثبت الوصية بالخط المجرد عن الحنفية والشافعية لإمكانية التزوير وتشابه الخطوط عند البعض ، أما عند الشافعية فيمكن أن تنعقد الوصية بالكتابة، وأعرب بالنية نطقا أو أقر بها ورثته، أما عند المالكية فتثبت الوصية بخط الموصي مع الاشهاد عليها. فإن ثبت للقاضي أن ما اشتملت عليه الورقة بخط الموصي ، أو قرأها على الشهود لكنه لم يشهد الموصي على الوصية في الصورتين[1]

بألم يقل :"اشهدوا على وصيتي ، أولم يقل : نفذوها ، لم تنفذ بعد موته – لاحتمال رجوعه عنها فإن قال الموصي للشهود ، اشهدوا . أو قال : أنفذوها ، نفذت"[2]. أما عن الحنابلة ، فمن كتب وصية ، حتى و لو لم يشهد عليها حكم به ما لم يعلم رجوعه عنها فتثبت الوصية ويقبل فيها بالخط الثابت أنه خط الموصي ، باقرار ورثته أو ببينة تعرف أنه خطه وكان مشهور الخط لقوله صلى الله عليه وسلم لما رواه الشيخان عن ابن عمر: أن رسول الله صلى عليه وسلم قال:

---

[1] عبد المالك رابح ، **النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية ، الهب ، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الاسلامي،** أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص ، جامعة الجزائر 1 – كلية الحقوق . الغة الجامعية 2016 – 2017. ص26.

[2] وهبة الزحيلي **الفقه الإسلامي وأدلته الجزء العاشر** دار الفكر لبنان ط1 سنة 1984 ص72–75.

"ما حق امرئ مسلم له شيء يريد ان يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده [1].وكذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم كتب إلى عماله وغيرهم ملزما العمل بتلك الكتابة، وكذلك فعل الخلفاء الراشدون من بعده.

أما إثبات الوصية في القانون فتثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، والمقصود بالعقد هنا الوثيقة التي يفرغ فيها التصرف . لأن الوصية كما تقدم تصرف الإرادة المنفردة الموصي وفي حال وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية، والمانع القاهر قد يكون وفاة الموصي نفسه قبل استكمال إجراءات إثباتها [2]، وهذا ما يتوافق مع القواعد المستفادة من م 328 ق م ج .

والتي تفيد بإمكانية ثبوت الوصية بخط يد الموصي وتوقيعه حيث يكون لها تاريخ ثابت من يوم وفاته ، فتصبح حجة على الغير.

و عند تحرير الوصية يجب الإشهاد عليها بشاهدي عدل و شاهدي تعريف عند الاقتضاء.

وفي حال ورودها على عقار تسجل بمصلحة التسجيل والطابع لمفتشية الضرائب برسم ثابت ، ثم تقيد في السجل العيني وتشهر لكي تصبح حجة في مواجهة الغير[3]

الفرع الثاني: مبطلات الوصية

وقد يحدث ما يعرف بنفاذها فيلغيها ويسمى مبطلا لها و مبطلاتها كثيرة وهذا الإبطال يأتيها تارة من طرف الموصى و أخرى من قبل الموصي له ، وثالثا من ناحية الموصي به[4]

أولا : مبطلات الوصية من طرف الموصي

لقد تعددت مبطلات الوصية من طرف الموصي وهذا من خلال الرجوع عن الوصية وزوال أهلية الموصي بالإضافة إلى الردة في الديانات وكذلك إذا ما تعلقت الوصية على شرط لم يحصل وسوف ندرج هذه المبطلات بالتفصيل.

---

[1] صحيح مسلم **كتاب الوصية** 75 دار الخير طبعة سنة 1996.

[2] حمدي باشاعمر **عقود التبرعات (الهبة – الوصية – الوقت)** دار هومة – الجزائر 2004 ص60.

[3] المرجع نفسه ص60.

[4] – بلحاج العربي، نفس المرجع ص 317 المرجع السابق.

– تبطل الوصية عند الحنفية بالجنون المطبق إذا اتصلت بالموت ، ويشمل الجنون العته لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة، فيكون لبقائه حكم ابتدائه، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية لا تبطل بالجنون سواء كان مطبقا أو لا لأن شرط تحقق الأهلية واجب عند الإنعقاد ولا يؤثر زوالها بعد في صحة العقد أو التصرف وهو ما يستفاد من أحكام القانون الجزائري الذي اشترط سلامة العقل عند الانعقاد فقط في المادة 186 من قانون الأسرة أخذا بالمذهب المالكي.

ويلاحظ أنه يجوز للموصي الرجوع عن الوصية في أي وقت شاء، فإذا جن جنونا مطلق متصلا بالموت فقد طرأ عليه احتمال رجوعه عنها فتبطل.

– ردة الموصي بعد الوصية لأن ملكه موقوف على الأصح ، فمن مات وهو في ردته أو قبل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه فإن وصيته تبطل.

ولم يتعرض القانون الجزائري للردة، ربما لقلة وقوعها في الوقت الحاضر أو عملا بمذهب الحنابلة القائلين بصحة وصية المرتد.

– رجوع الموصي عن وصيته، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، وأن له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت شاء لأنه لم يتعلق بها حق الموصي ، في حياة الموصي وليس للرجوع عندهم صيغة خاصة[1]

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري بالمادة 192 من قانون الأسرة الي نصت على أنه: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل اثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ، وقد اكدت هذا المبدأ المحكمة العليا في قرارها الذي فيه : من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضو بصحة الوصية وثبوتها و استخراج الثلث منها مستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل بها من خلالها ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية، يكونوا بقضائهم كما فعلوا قد أخطأوا في تطبيق القانون.

---

[1]– بدران أبو العينين ، **المواريث والهبة والوصية في الشريعة الإمامية والقانون**، مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية 1975 ص 162.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه[1] فالرجوع الصريح قد يكون بلجوء الموصي إلى الموثق لتحرير عقد بذلك دون أن يكون هذا الأخير ملزما بتسبب طلبه، ويكون ذلك بمحضر شاهدي عدل، لأنه وحسب المادة 192 من قانون الأسرة، فإن الرجوع الصريح في الوصية يتم بوسائل إثباتها ، وقد يكون الرجوع الصريح في الوصية للجوء الموصى إلى القضاء لاستصدار حكم بذلك إذا ما إختيار هذا الطريق، وأما الرجوع الضمني فيكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي بعد إبرام الوصية، ويستخلص من الرجوع فيها ، كأن يقوم بالتصرف في العين.

الوصية بها بالبيع أو الهية أو الوقف أو المبادلة ... الخ أو كل تصرف آخر يمس موضوع الوصية بما في ذلك أن يوكل غيره لأجل بيع العين الموصي بها[2]

وقد استثنى قانوى الأسرة الجزائري في المادة 193 رهن الموصي له إذ لم يعتبره رجوعًا في الوصية، وهذا تأميناً عينيا للدين في ذمة المدين الراهن.

ثانيا : مبطلات الوصية من طرف الموصي له

– رد الموصي له الوصية كلها أو بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي باتفاق الفقهاء ، أما رده قبل موته فيه عند جمهور الفقهاء فله أن يقبلها بعد وفاته ، رده بعد قبولها يبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد، وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بهذا الحكم في المادة 201 التي نصت على أن " تبطل الوصية بموت الموصي أو بردها ".

– موته قبل موت الموصي إذا كانت الوصية أعيانا أو منافع و سواء علم الموصي بموته أو لم يعلم لكونه صار غير أهل للتمليك بالموت ولا يصح إلى غيره، وكذلك إذاً مات بعد موت الموصي وقبل إبتداء مدة الإنتقاع في الوصية بالمنفعة موقد أخذ قانون الأسرة الجزائري هذا الحكم في المادة 201 منه.

– قتل الموصي له عمداً وعدوانًا ، بدون وجه شرعي ولا عذر قانوني سواء كان ذلك قبل انعقاد الوصية أو بعدها.

[1] بدران أبو العينين بدران،(مرجع سابق.) ، ص 162 .

[2] محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصايا والاوقاف** الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، ط 4 ، ص ص – 262،263.

وأخذ المشرع الجزائري بهذا الحكم في المادة 188 من قانون الأسرة عند كلامه عن القتل المانع من استحقاق الوصية وفي المادة 135 بمناسبة كلامه عن القتل المانع من الإرث، والحكم فيهما واحد.

– تعذر الجهة الموصي لها، فيما إذا كانت الوصية لجهة غير موجودة، وستوجد في المستقبل[1]

– تبطل الوصية لوارث في قانون الأسرة الجزائري.

ثالثا : مبطلات الوصية بسبب الموصى به

– تبطل الوصية إذا هلك الموصي به المعين بالذات أو بالنور سواء كانت الوصية به كله أو بجزء شائع منت، فلو أوصى بسيارة أو بجزء شائع فيها كنصفها مثلا ثم هلكت قبل الموصى له بطلت الوصية سواء كان الهلاك قبل موت الموصي أو بعده لفوات محل الوصية أو أوصي بغنمه، أو بسهم شائع فيها كثلثها ثم هلكت الغنم قبل قبوله بسبب غير موجب للضمان بطلب الوصية، وإذا كان هلاكها بسبب موجب للضمان لا تبطل الوصية لإنتقال حق الموصي له إلى بدل[2].

هذا ولم يتكلم قانون الأسرة الجزائري عن حالة هلاك الموصي به، على خلاف القانون المصري الذي تناولها في مواد 47 – 48–49 من يرجع هنا بشأنه إلى احكام الفقه الإسلامي.

– ثبوت إستحقاقه – الموصي به – لغير الموصي سواء كان ذلك قبل موت الموصي أو بعده، لأنه تبين بهذا الاستحقاق أن موصي أوصى بما ليس مملوكا له.

والبطلان في هذين الحالتين (الهلاك – الاستحقاق) قد يكون كليا إذا هلك الموصي به كليا أو استحق كله وقد يكون جزئيا إذا كان الهلاك أو الإستحقاق لبعضه فقط [3]

–يقول الإمام مالك رحمه الله تعالى : " ولن يصلح آخر هذه إلا بما يصلح به أو لها"

و روى ابو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاصى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال " العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل: آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة. "

[1] **المجلة القضائية**، العدد الرابع 1997 . ملف رقم : 54727، قرار صادر بتاريخ 1990/01/24– ص 85.

[2] حمدي باشا عمر، **عقود التبرعات ، الهبة والوصية والوقف**، دار هومة ،ط2 2009، الجزائر ص 61.

[3] .د بدران أبو العينين بدران ، المرجع السابق، ص – ص 163-164 .

المبحث الثاني : آثار الوصية

ينتج عن التصرفات عموما التزمات في ذمة المتصرف وأخرى في ذمة المتصرف له ، بيد أن الطبيعة الخاصة للتصرف بالإيصاء يجعل من الالتزامات مرتبطة بوثاقة بالمال محل الإيصاء بحيث تتخد مظهر الالتزامات الناشئة عن الوصية والمتعلقة بالتنازل عن المال أو الاستمتاع به.

هذا وقد يؤدي عدم الالتزام ببعض تلك الالتزامات إلى ظهور بعض صور انقضاء التصرف بالإيصاء ، فيما قد تؤدي ظفر بعض التصرفات الأخرى إلى نفس الأثر القانوني والمتجسد في انقضاء التصرف، وهو ما يجعله نابع عن عدم التزام و التصرف ببعض من الأفعال.

وعلى هذا الأساس فقد ارتأينا تقسيم آثار الوصية الى مطلبين المطلب 01 : انتقال ملكية المال الموصى به لنتناول فيه وقت انتقال الملكية والأثر المترتب عن ذلك.

أما المطلب 02 : فقد تناولنا فيه تنفيذ الوصية . من خلال التطرق إلى شروط نفاذ هذه الأخيرة والتزام الورثة بتسليم المال الموصى به الى الموصى له ومحاولة معالجة اشكالية امتناع الورثة عن تنفيذ الوصية .

المطلب الاول : انتقال ملكية المال الموصى به

لما كانت الوصية تصرف قانوني بارادة منفردة فإن الأصل هو انتقال المال الموصى به الرزمة الموصى له بمجرد موت الموصي، لكن استثناء من هذه القاعدة لا يمكن أن ينتج التصرف أثره فورا بعد وفاة الموصي إلا إذا تم القيام بإجراء يتطلبه القانون لانتاج هذا الأثركما هو الحال في الشهر بالنسبة إلى الوصية بالعقار فيترتب الأترحيث يتم هذا الاجراء[1]، وعلى هذا سنتعرض إلى: وقت انتقال ملكية المال الموصى به والأثر المترتب على ذلك .

الفرع الاول : وقت انتقال ملكية المال الموصى به

نعرض في هذا الشأن إلى الوقت الذي تثبت فيه ملكيه الموصى به إلى الموصد له والأثر الذي يترتب على ذلك هو معرفة على ذلك لمن تكون زوائد الموصى به وعلى من تكون نفقته .

الوصية كما قلنا تصرف بالارادة المنفردة وهي تصرف مضاف الى مابعد الموت (م 184 ق أ ج) لا يترتب عليه أثر إلا بعد وفاة الموصي [2]. وكسب الموصى له ملكية الموصى به يتم منذ وفاة الموصي مصرا على وصيته مالم يحدد الموصي لذلك وقتا.[3]

و بعبارة أخرى فإنه إذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصى ، استحق الموصى به من حين الموت إذ لم يحدد الموصى لذلك وقت آخر [4] .

ونخلص إلى أن الملكية تثبت للموصى له الذي قبل الوصية من وقت موت الموصى و إذا كان القبول شرط للزم الوصية لانعقادها فهذا يعني أن نشوء الحق العيني بالوصية لا يتوقف على القبول و لا يستند الى تاريخه ولكن هذا الحق ثابت له منذ الوفاة ولا ملكية الموصى به و قبوله يحقق استقرار هذه الملكية له نهائيا [5].

---

[1] عبد المنعم فراج الصدة ، **الحقوق العينية الأصلية**، النهضة العربية ، بيروت 1978 ص 817.

[2] جميل الشرقاوي ، **الحقوق العينية الأصلية** ، حق الملكية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية, القاهرة، 1974 – ص 468.

[3] مصطفى محمد الجمال، **نظام الملكية**، منشأة المعارف بالاسكندرية القاهرة ب س ن. ص 409 ، 410.

[4] رمضان أبو السعود ، **الوسيط في الحقوق العينية الأصلية** ، جمع ، دار العلم الجامعية : بيروت . 1985 ، ص 115.

[5] محمد وحيد سوار ، **الحقوق العينية الأصلية** ، ج 6، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الأردن : 1999 ص 71.

وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية، في حين قال الحنابلة [1]"أن ملكية الموصى به تثبت للموصى له من قبوله الوصية لأنه في رأيهم الوصية عقد ركنه الإيجاب والقبول، فلا تنتقل ملكية الموصى به إلا من تاريخ قبول الوصية.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع نصا خاصا يبين فيه وقت انتقال ملكية الموصى به إلى الموصى له ، غير أنه نص في م 15 من الأ مر75 – 79 و المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري على أنه غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق فنلخص من هذا النص أن الملكية تثبت للموصى الذي قبل الوصية من وقت حدوث الوفاة[2].

الفرع الثاني: الأثر المترتب على تحديد وقت انتقال الملكية.

يترتب على انتقال ملكية الموصى به المنقول الى الموصى له بمجرد وفاة الموصى أن ما ينتج عن الموصى به من الثمار وما يتحقق فيه من النماء من ذلك الوقت يكون ملكا خاصا للموصى له يستوي في ذلك أن تكون هذه الثمار قد حدثت بعد الموت وقبل القبول أو حدثت بعد القبول وقبل ان يتسلم الموصى له حقه و لا تدخل هذه الثمار أو النماء في تقدير قيمة الموصى به لتبين خروجه أو عدم خروجه من ثلث التركة ، بل يعتبر ذلك أصل الموصى به وحده[3] ، وينبني على استحقاق الموصى له الثمار ونماء صد به منذ الموت جعل نفقاته عليه منذ ذلك الحين[4]، تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم.[5]

لقد بين المشرع الجزائري في نص م 184 من ق أج بأن الوصية تمليك أي أنها من التصرفات الناقلة للملكية، وبالرغم من أنه لم يبين مسألة نقل الملكية كالتزام غير انه عضد له

---

[1] مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، **الأحوال الشخصية والتركات** مطبعة خالد بن الوليد . دمشق ، ط4 ، 1976 ، ص 285.

[2] غياطو الطاهر ، **الوصية كسبب لكسب الملكية في القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية** ، دراسة مقارنة مذكرة لنيل درجة الماجيستير في القانون ، **تخصص القانون العقاري و الزراعي** ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة سنة 1999–2000 ص61.

[3] غياطو الطاهر. المرجع السابق ص 61.

[4] سعيد عبد السلام، **المشاكل العملية في قانوني الميراث والوصية** . منشأة المعارف بالاسكندرية القاهرة بدون سنة – ص 151.

[5] غياطو الطاهر. المرجع السابق ص 61.

باشتراط تملك الموصى به للمال الموصى به وهو ما يؤدي بالضرورة إلى القول بأن على الموصي أن يكون مالكا ويلتزم بنقل الملكية في التصرف بالإيصاء.

و رغم أن الملكية في الوصية تنتقل لمجرد وفاة الموصي ما يعني أن لحظة انتقال المال الموصى به هي نفسها لحظة وفاة الموصي (م 15 سالفة الذكر) إلا أن ليس لأحد أن يدخل في ملك غيره قهرا مالا يريد ، فقبول الوصية بعد ذلك هو الذي يثبت الملك في ذمة الموصى له نهائياً [1]عند أنصار هذا المذهب.

ولأجله فإن الموصي أن يبرم الوصية بالشكل المطلوب لها قانونا : حتى يمكن القول أن الموصى قد سعى لمباشرة إجراء نقل الملكية من الموصى له. و ما يكون على الخلف إلا إتمام الإجراء التزاماعليهم من ذمة الموصي[2].

ولأن الأشكال القانونية التي تتم بواسطتها الوصية قد تتباين بين اللفظ و الكتابة، فإن نقل الملكية لا يكون على الموصي إلا من باب نيته في الايصاء وسعيه نحو إنجاز التصرف والابقاء عليه وعدم الرجوع فيه طيلة حياته، فيما يقع عبئه مع الخلف بعدم الاعتراض له و تيسير الاجراءات نحوه ، إن تم عن طريق القضاء طبقا لنص م 2/191 ق أ ج لأن تعرضهم له متى تم وفقا للفقرة الأولى من نفس نص م غير متصور[3].

و لاختلاف طبيعة محل الايصاء تختلف وسيلة نقل الملكية في الوصية كما في سائر التصرفات القانونية الناقلة للملكية الأخرى ، إذ لو كان محل الوصية منقولا بسيطا كان نقل الملكية فيه لا يتم إلا عن طريق قبضه، أما إذا كان من المنقولات المثلية فإن نقل الملكية بالوصية فيه يتم عن طريق فرزه بأي وسيلة قانونية تتماشى مع محل الوصية.

---

[1] سليمان محمدي ، **كسب الملكية بسبب الوفاة الميراث والوصية** بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر – كلية الحقوق ، سنة 1988 ، ص 196، الامام محمد أبو زهرة : شرح قانون الوصية المرجع السابق دراسة مقارنة كسائله و بيان لمصادره الفقهية ، ط2 دار الفكر العربي : مصر س 2001 ص 232.

[2] وهو صميم تنفيذ الوصية التي عرفها الفقه بأنها " قضاء ما خصصه الشخص من مال للغير، وذلك بإخراجه من تركته ، وأسندها القانون للورثة عموما ، أنظر نوال النوي: تنفيذ الوصية . مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون . فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر –1 ، س 2010 – 2011 ، ص 8 وما يليها.

[3] أين يقوم الموصى له بالسعي لشهر الوصية متى تعلقت بعقار، أنظر: د عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني أسباب كسب الملكية**. بدون عدد ط ، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، س1968، ص .237

أما إذا كان محل الايصاء عقارًا أو حقا عقارية أو أي شيء اشترط له المشرع الكتابة الرسمية كركن من أركان التصرف فيه فإن انتقال الملكية فيه تتم خلافا للقواعد العامة للشكل الذي ألزم به الموصي نفسه سواء تجسدت في الكتابة الرسمية أو العرفية أو غيرها من الأشكال الشرعية القانونية التي اختارها الموصى لوصيته فيما لا تثبت الوصية قبل الغير إلا من تاريخ استيفاء الاجراءات القانونية التي تشكل في مجموعها ركن الرسمية لسيد ما الشهر منها[1].

وذلك ما يعينه على الأخص احترام نص م 10 من الأمر 75- 74 والتي جاء فيها " أن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". ومن ثمة يكون لزاما على الخلف بسعي من الموصى له أن يبادر شهر المحل الموصى بم إليه ، حتى يثبت له الظهور في مظهر المالك للمال الموصى به له [2].

المطلب الثاني: تنفيذ الوصية

يشرع تنفيذ الوصية إذا مات الموصي ، بمعنى أنها في أمر يكون بعد موته مباشرة ، فهنا يجب في الحال تنفيذها كأن يكون أوصي به ، وإن كانت في أمور مالية فهنا يشرع تنفيذها أيضا بعد موت الموصي، وعلى حسب ما تقتضيه الحاجة سنتناول في هذا المطلب شروط نفاذ الوصية في الفرع الأول ثم تسليم المال الموصي به في الفرع الثاني ثم امتناع الورثة عن تنفيذ الوصية .

الفرع الأول: شروط نفاذ الوصية

يشترط لنفاذ الوصية نواف شرطان :حرابت مستغرقا بالدين ، أي لا يكون الموحي

الشرط الأول: أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين

يشترط لنفاذ الوصية أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين ، أي لا يكون الموصي مدينا بدين مستغرق لجميع ماله، ذلك أن الديون الثابتة في ذمة الموصي مقدمة في التعلق بمال

[1] جمال عياشي ، **تداخل آثار عقود التبرع والمواريث**، أصروحة دكتوراه فى الحقوق ، فرع القانون الخاص، جامعة الجزائر -1- كلية الحقوق . س 2013-2014 ص 151.

[2] وإن كان بعض المؤلفين ذهبوا الى عدم صحة اعمال نص المادة على الوصية ذلك أنهم لم يعتبروا الوصية عقدا ، إلا أن المشرع الجزائري قد حل الإشكال في نصوص القانون المدني لا سيما بعد التعديل في 2005 بإدراجه لنص م 123 مكرر التي جاء في فقرتها : "ويسري على التصرف بالارادة المنفردة ما يسري على العقد من الأحكام ..." انظر: سليمان محمدي. مرجع سابق ص 199 وما يليها.

الميت على كل حق بعد مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع [1]. لأن أداء الديون واجب على كل مسلم والوصية في غير الواجبات مندوبة أو مباحة والواجب في أحكام الفقه مقدم على المندوب والمباح ، وبالتالي تبقى الوصية في هذا الشأن موقوفة على إجازة الورثة وأصحاب الحق الشرعيين، فإذا أجازوها نفذت وإلا كان العكس صحيحاً .

وقد تصح الوصية بمال مستغرق بالدين في حالتين:[2]

– إذا أبرأه الغرماء واسقطوا ديونهم.

– إذا أجاز الغرماء إنفاذ الوصية قبل الذين جازت الوصية أيضا.

الشرط الثاني: ألا يزيد الموصى به عن الثلث

يشترط لنفاذ الوصية في الموصى به أن يكون في حدود ثلث التركة إعمالا لنص المادة 185 من قانون الأسرة : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"[3]

ولكن ما هو حكم الوصية إذا تجاوزت الثلث القانوني ؟ [4]

يذهب الفقه المالكي إلى أن الوصية لغير الوارث إذا تجاوزت الثلث فإنها تقع باطلة بالنسبة للزيادة [5] أما إذا أجازها الورثة فإنها تأخذ حكم الهبة من أموالهم، وهناك رأي آخر لمالكية مفاده أن الزيادة صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة شريطة أن تكون الوصية لغير وارث، أما إذا لم يكن الموصي من وارث، فالزيادة على الثلث باطلة وتؤول إلى الخزينة العامة [6] وإذا أجاز بعض الورثة ورفض البعض الآخر ، نفذت الوصية في حق من أجاز ما دام من أهل الإجازة ، وبطلت في حق من لم يحزها.

---

[1]– المادة 180 من قانون الأسرة.

[2]– بلحاج العربي المرجع السابق، ص 269 270.

[3] – قرار رقم : 75/598 مؤرخ في 1991/02/24 ، م ق 1993، عدد 02 ، ص62.

[4] – تجدر الإشارة إلى أنه وطبقا لمادة 189 من قانون الأسرة بأن لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.

[5] – قرار مؤرخ في 1968/02/28: "كما أن موافقة الورثة ليس شرطا لصحة الوصية لغير وارث بلا فيما زاد عن ثلث التركة ، وأن الوصية ترد إلى الثلث عند إنعدام تلك الموافقة ".

[6] – بلحاج العربي، المرجع السابق،ص 277.

فإذا أردنا معرفة نصيب كل منهم نقسم التركة تقسيمين، تقسيم على فرض الإجازة وآخر على فرض عدمها ، فمن أجاز الوصية أخذ نصيبه على الفرض الأول ، ومن لم يحزها يأخذ نصيبه على الفرض الثاني.

وبالتالي فلا يمكن الإدعاء بالوصية التي تتم شفاهة (الوصية الشفوية)[1] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 160/350 المؤرخ في 1997/12/23 ، مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية والمواريث، عدد خاص ، لسنة 2001 ص 295:" من المقرر قانونا أن تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية. ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون" .

كما تجدر الملاحظة بأنه يسوغ لقناصلة الجزائر الموجودين بالخارج بحيث أعطى لهم المشرع صفة الموثق تحرير الوصايا المواطنين الجزائريين المقيمين بالخارج بموجب المادة 37 فقرة ب من الأمر رقم 12/77 المؤرخ في 1977/03/02 المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية.

الفرع الثاني: تسليم المال الموصى به

يعتبر السليم تمكين المستمتع من الوصية بمحل العقد تمكينا لا يعكره تصرف يؤدي إلى الإنقاص في الاستمتاع من العين الموصي بها إليه ، وليس في قانون الأسرة ما ينظم أحكام تسليم محل الوصية، وهو ما لم يتم إغفاله في القواعد العامة من القانون المدني إذا ثمة ما يبين تلك الأحكام مع الاختلاف في طرق التسليم بحسب الإختلاف في المجال فيها[2].

قد ترد الوصية على عقار و لا تسليم للعقار إلا إذا أخلى موصي العقار الموصى إليه[3] ، وهذا الالتزام لا يتصور من قبل الموصي و انما قبل خلفه العام الآن التخلية تقتضي إخراج الأثاث من المنزل مثلا، ثم تمكين الموصى إليه من العين وإعلامه بأن له الحق ما تسلم الشيء الموصى به إليه ، فإن فعلوا فان التسليم يكون قد تم.

[1] – قرار المحكمة العليا رقم 151/66 المؤرخ في 1990/05/19، **مجلة قضائية** 1993عدد 03 ، ص.211.

[2] – خميس خضر، **عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الثانية**، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر سنة 1982 ص 164 وما يليها.

[3] – خميس خضر، نفس المرجع ، ص 167.

فضلا عن ذلك فإن تسليم العقار قد يقتضي أيضا تسليم المفاتيح أو بعض الوثائق و المحررات كعقود الملكية، والإستئجار والرهن والتأمين متى وجدت ، وهذا كله يكون على من جازه من الورثة أو غيرهم بعد وفاة الموصي.

أما إذا كان محل الوصية من المنقولات كان لزاما تميز بعضه عن بعض، إذ لو كان المنقول محل للوصية من المنقولات المعينة بنوعها سهل على الخلف العام تسليمها للموصى اليه بحيث تسلم له مناولة ، أما إذا كان المنقول محل للوصية من المنقولات المعينة بذاتها فإن التسليم فيها لا يتحقق إلا إذا أفرز المال عن غيره من المنقولات المشابهة له ببطول الموصى إليه ، عن طريق كيله أو وزنه أو قياسه أو عدده[1].

تجدر الإشارة إلى أن الوصية بالمنفعة والتي اعتبرها المشرع الجزائري[2] هي الوصايا ذات المحلات المرتكزة على الإلتزامات الشخصية وهذه لا تتم الحيازة فيها الا عن طريق سندها الممكن من الاستمتاع بها و من مواجهة الغير به[3]

وقد يتم التسليم في كل الأحوال من لدن الموصي إذا كان التسليم بعد وفاته يستحق حكميا فللمالك مثلا أن يوصي بملكية محل تجاري كان قد أجره له قبل وفاته، ففي هذه الحال وأشباهها و بعد تحقق شرط الوفاة لا يتم التسليم ماديًا وإنما حكما على أساس أن وضع اليد متوفر ولكن صفة الموصى إليه بعد وفاة الموصي تتغير من مستأجر إلى مالك ونيته كذلك تأسيسا على عقد الوصية المبرم من لدن الموصي.

ثم إن الموصي أو خلفه متى أبرؤوا ذمتهم من إلتزام التسليم أو وفروا عنصر الإعلام بأن أعلموا الموصى إليه بأن الموصى به تحت تصرف يستلمه متى شاء ، فإن المحل إذا هلك تحمل الموصى إليه تبعة هلاكه ولكن إذا لم يستلم الموصى إليه الشيئ الموصى به يعلم بأن الشيء جار تحت تصرفه فإنه في هذه الحال لا يتحمل تبعة هلاك الشيء الموصى به وإنما له أن يرجع بهلاك المال على خلف الموصي إذا توفي، وإذا قبل هو الوصية وأثبت أن خلف الموصي لم يبذلوا عناية الرجل العادي في العناية بالمال الموصى به إليه.

---

[1] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ،**العقود التي تقع على الملكية، الجلد الخامس**، الجزء الثاني ص 515 وما يليها.

[2] – أنظر نص المادة 196 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] – عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **المرجع السابق**. ص 517.

ولكن ليس الموصى إليه أن يرجع على الموصي بأي شكل من الأشكال على الموجة إذا هلك المال بين يديه لعلوم الروم الوصية على الموصى، ومعلوم أن نقوم العقد هو الذي يستتبعه الزام نقل الملكية وتسليم المال، وطالما أن العقد غير لازم في حق الموصي فليس عليه أن يتوفى الموصى إليه إذا هلك بين يديه المال ولو لم يبذل عناية الرجل العادي في المحافظة عليه.

يستثنى من ذلك حالة إقتران الوصية بشرط استحقاق يلتزم به الموصي إليه، ففي هذه الحال فقط له الحق في الرجوع على الموصي أو خلفه بالمقدار الذي يوفى به قيمة الشرط الموفى من قبله.

الفرع الثالث: عدم استجابة الورثة لتنفيذ الوصية

تحدث العديد من الإشكالات والمنازعات المتعلقة بتنفيذ عقد الوطنية بمناسبة تصفية التركات، وأكثر هذه المنازعات يكون الورثة أو أحدهم طرفا فيها وهو ما يجعل منفذ الوصية في موقف حرج و حساس من تنفيذ الوصية في ظل انعدام النصوص القانونية التي تحميه وتخوله سلطات خاصة وضمانات في مواجهة هذه الإشكالات بكل حرية، وتكمن معظم هذه الإشكالات إما في مقدار الموصى به أو شخص الموصى له أو إجازلهم للتصرف في حد ذاته وهو ما سيتم التطرق إليه في العناصر التالية:

أولا: الإعتراض على الوصية في حدود ثلث التركة:

إتفق معظم فقهاء الشريعة والقانون[1] أن الوصية مقدرة بثلث التركة وتنفذ هنا دون توقف على إجازة أحد ، فلا خلاف إذن أن منفذ الوصية لا يلقى إعتراضا من قبل الورثة إذا ما ثبت لديه أن الموصى به لم يتجاوز مقدار تلك التركة فيقوم مباشرة بجميع الإجراءات المؤدية لتسليم ونقل ملكية الأملاك العقارية الموصى بها إلى مستحقها ولو إضطر في ذلك إلى أن يستعمل في حق الورثة إجراءات التنفيذ الجبري المنصوص عليها قانونا ، كأن يباشر في حق أحد الورثة إجراءات الطرد و الإخلاء من المسكن الذي يشغله إعتراضا على الوصية أو أن يقوم بالاعتراض على شهر عقد الشهادة التوثيقية متى كان أحد عقاراتها مشمولا بالوصية ، أو أن يطلب الحجز العقاري لعقار تمت قسمته بين الورثة اعتراضا على الوصية.

[1] – محمد مصطفى شحاته، **الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1976 ص70.

ويكون حساب التنفيذ في هذه الحالة وفقا لمثال التالي [1]: مات وأوصى ب 3/1 ثروته وهي عبارة عن منزل قيمته 600,000,00 دج ، ومات عن ولد و بنتين ، فيكون الموجد له ما قيمته 200,000,00 دج وللولد ما قيمته 200,000,000 دج و لكل بنت 100,000.00 ج .

ثانيا : الاعتراض على الوصية المجاوزة الثلث أو كان الإيصاء لوارث

أخذ فقهاء القانون في حكم الجزء الرائد عن الثلث برأي جمهور الشريعة الإسلامية كقانون الأسرة الجزائري في المادة 187 منه والتقنين المصري في المادة 37 من قانون الوصية والمغربي في المادة من مدونة الأسرة 197 ، وجاء ذلك في القانون الصومالي المادة 141 من قانون الأحوال الشخصية بشروط هي "... تصح لغير الوارث في حدود ثلث التركة فإن زادت على الثلث لا تنعقد في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكان من أهل التبرير عالمين بما يجيزونه[2]، فيتوقف أمر تنفيذ الوصية على قبول صريح من طرف جميع الورثة ، وإن أجارها البعض دون الكل يقوم منفذ الوصية بأخذ مقدار ما أجازه المجيزون ويرد إلى المعارضين مقدار نصيبهم الزائد على ثلث التركة الذي منعوه ، فلا ينقل منفذ الوصية إلى ذمة الموصى إليهم الا مقدار ثلث التركة مضافا إليه أنصبة ما أجازه الورثة للقدر الزائد عن الثلث من جميع العقار الموصى به.

ثالثا: حماية الورثة من التصرفات الملحقة بالوصية

يطلق على التصرفات الملحقة بالوصية أيضا اسم الوصايا المستترة ويقصد بها كل تصرف قانوني منحه المشرع حكم الوصية لوجود علة ما فيه، وقد قسمت إلى قسمين:

الأولى : هي تصرفات المريض مرض الموت ومن في حكمه، وفيها: التصرفات في مرضى الموت، التصرفات في الحالات والأمراض المخيفة، **والثانية** هي تصرفات الأصحاء التي تأخذ حكم الوصية ، وفيها: التصرفات لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة والإنتفاع مدى الحياة، هبة الكافل مكفول بما يجاوز الثلث.

[1] – محمد زهدور ، **الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الرجل 1991 ص 163.

[2] – سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر ، **لمحات مهمة في الوصية** دار الوطن للنشر، الرياض، –2003 ص 42.

وفيما يتعلق بمرضى الموت والحالات المخيفة فقد ألحقت بعض القوانين الوضعية العربية ومعها المشرع الجزائري تلك التصرفات بالوصية، ومنحتها وصفها لعلة جوهرية تكمن في احتمال باستغلال الغير للمريض من أجل إبرام تصرفات قانونية لصالحهم بما يحقق لهم الربح والمنفعة على حساب الوضعية الصحية الحرجة للمريض، والتي تجعله يقدم على أي تصرف دون إدراك أو وعي كامل يجعله يعلم بما يجري في محيطه ، وهذا ما قد يصر بمصالح الورثة وحقوقهم وحتى المريض نفسه ، سواء انتهى ذلك المرضى بالموت أو تأجلت وفاته إلى حين آخر .

وقد ورد النص على التصرف في مرض الموت وفي الأمراض والحالات المخيفة في نص المواد 215،204 من قانون الأسرة، والمواد: 408 و 776 من القانون المدني الجزائريين و بعض القوانين الأخرى ولكن دون تقديم شامل و دقيق لهذه الحالات و مدتها أو شروط تطبيقها.

إلا أن القانون والقضاء اتفقا على جعل تلك التصرفات في حكم الوصية وافترضا فيها قابلية الإبطال من قبل الورثة أو ذوي الحقوق كالدائنين، حماية لحقوقهم من أي استغلال تحايلي وغير بريء سواء صدر ذلك التحايل من أحد الورثة أو من الغير[1] ،وهذا ما قررته المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – في أحد قراراتها بالقول :" من المقرر شرعاً أن مرضى الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرًا و يجر إلى الموت، وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ بعد خرقا القواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية والاجتهاد القضائي السائد[2].

أما في ما يتعلق بتصرفات الأصحاء الملحقة بالوصية فعلة تخصيصها تكمن في احتمال قيام التحايل من قبل المتصرف في حد ذاته فهو بذلك قد لمنع أو دمم ورثته من حقهم في الإرث أو ينقص من جمعهم ، فقد وردت هذه الحالات في حكم المادة 777 منى القانون المدني الجزائري فيها يتعلق بالتعرف لأحد الورثة مع الاحتفاظ بالحيازة والانتفاع مدى الحياة، والمادة 123 من قانون الأسرة في التبرع والإيصاء للمكفول ، وقد كرس الاجتهاد القضائي الجزائري هذه الأحكام عدة مرات خاصة في القرار رقم 59240 المؤرخ في 1990/03/05 غرفة الأحوال الشخصية بنصه :" من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص

[1] – علاوة بوتغرار **التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري** ، رسالة الماجتسير في العقود والمسؤولية المدينة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون 2001/2000 ص 49.

[2] – قرار مؤرخ في 1984/07/09 ، ملف رقم : 33719، المجلة القضائية عدد 3 ، 1989 ص51.

لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيارة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك، ومن المقرر أيضًا أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة ، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد يستوجب الرفض ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة الإستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوارث يكونون بعضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقًا صحيحا ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن[1].

[1] – قرار مؤرخ في 1990/03/05 ، ملف رقم : 59240، المجلة القضائية عدد 3 .

الفصل الثاني

الوقف في قانون الأسرة الجزائري

تمهيد

الوقف قربة إلى الله تعالى دلت على مشروعيته آيات كثيرة من القرآن الكريم وفصلته أحاديث نبوية شريفة ، يعتبر من أعمال البر والخير والعمل الصالح تعود فائدته على العباد ويثاب صاحبه في الآخرة ، والوقف عرف منذ القدم وما يزال يعرف تطورا في الوقت الحاضر بعد أن خصصت له إدارة خاصة به لتسييره واستغلاله وتنميته .

لقد نظم المشرع الجزائري تصرفات التبرع وأورد مواد قانونية عالجت موضوع الوقف في القانون المدني وفي قانون الأسرة وفي القوانين الخاصة وهو قانون الأوقاف رقم 91/10 مؤرخ في 1991/04/27 متعلق بالأوقاف معدل ومتمم بالقانون 07/10 المؤرخ في 2001/05/22 والقانون رقم 02/10 مورخ في 2002/12/14.

لذا نجد الوقف مزيج من الأحكام الشرعية والقانونية ، وحتى يمكننا الالمام بهذا الموضوع كان لابد من البحث في ماهيته في المبحث الأول من خلال التطرق إلى مضمونه وأركانه والشروط الواجب توافرها لإنعقاده صحيح وكيفية إثباته وبطلانه وعليه في المبحث الثاني تطرقنا إلى آثار الوقف والمتمثلة في اكتساب الشخصية المعنوية وانتقال ملكية مال الوقف و ادارة الاملاك الوقفية.

المبحث الاول: القواعد العامة للوقف في قانون الأسرة الجزائري

الوقف هو أحد الممارسات الاجتماعية والدينية القديمة التي لعبت دوراً مهماً في التاريخ الإسلامي والمجتمعات المسلمة. يُعرف الوقف بأنه تبرع دائم من الأصول أو الممتلكات لغرض خيري أو ديني أو اجتماعي، بحيث تظل الأصول نفسها غير قابلة للبيع أو التصرف فيها، في حين يتم استخدام العائدات الناتجة عن تلك الأصول لتحقيق الأهداف المرجوة.

نحاول في هذا المبحث التطرق للوقف من حيث تعريفه ومشروعيته والتعريج على اهم خصائصه

المطلب الاول: مفهوم الوقف في قانون الأسرة الجزائري

في هذا المطلب نسلط الضوء على المعنى اللغوي والاصطلاحي للوقف، فاذا كان المعنى اللغوي قد ضبط واتفق على معانيه من طرف علماء اللغة فان الاصطلاح الشرعي قد اختلف فيه كما سنرى

الفرع الاول: تعريف الوقف

يضم هذا الفرع التعريف اللغوي والاصطلاحي للوقف

اولا: تعريف الوقف لغة:

الوقف في اللغة العربية له عدة معاني، منها وقف وقوفا، وقف قام من الجلوس، وسكن بعد المشي ووقف على الشيء عاينه ، ووقف على الكلمه نطقها ساكنة ، على شيء منعه عنه، وقف على الامر اطلع عليه، ووقف على الامر على الشيء جعله سببا له، وعلق وجوده على حضوره، وقف فلان على شيء اقلع عنه .

ووقف الدار حبسها في سبيل الله[1] ثم اشتهر اطلاق اسم المصدر ويراد به اسم المفعول فنقول عقار وقف اي: موقوف.

[1] ابن منظور ، **لسان العرب** . المجلد 9 نشر دار صادر بيروت 1993 ص 359.

ثانيا : تعريف الوقف اصطلاحا

يتضمن هذا التعريف وجهة نظر قانونية وشرعية

أ-تعريف الوقف شرعا

اختلف الفقهاء الشريعه الاسلاميه في تعريف الوقف انطلاقا من تحديد الجهه المالكه للعين الموقوفة رغم انهم اتفقوا على ملكيه المنفعة تعود للموقوف عليهم بالاختلاف

فعرفه ابو حنيفه النعمان بانه" حبس العيني على حكم ملك الوقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال او المال[1]"

يبقي ابو حنيفه النعمان في تعريفه للوقف العين الموقوفه ملك للواقف، وليس للموقوف عليه سوى منفعة العين، ويقتضي بقاء العين الموقوفة ملك للواقف, حقه في التصرفها باي نوع من من التصرف فله بيعها او هبتها او رهنها ويستشف من هذا ان الوقف عند الاحناف لا يتسم بالتأبيد

اما الصحابة ابا حنيفة ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم، محمد بن الحسن الشيباني الوقف انه: " حبس العيني عن ان تكون ملك الاحد من الناس واجعلها ملك لله تعالى وتصدق بريعها على جهه الخير في الحال او المآل[2]

فهما يخرجا العين الموقوفة من ملك الواقف ولا يدخلانها في ذمة الموقوف له بل هي ملك الله تعالى ولا يملك احد التصرف في عين الوقف مطلقا بذريعة شرعية فلا سلطان للواقف لا على عينها ولا منفعتها في حين يكون الموقوف عليهم المنفعة فقط بشروط الواقف ما لم تخالف الشرع

اما الامام مالك في الوقف عنده هو: " حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم على جهة من جهات البر[3]"

---

[1] احمد على الخطيب، **الوقف والوصايا ضربان من صدقة التطوع في الشريعة إلسالمية مع بيان ألحكام القانونية التي تنظمها**، مطبعة جامعة بغداد، 1978 ،ص 45

[2] وهبة الزحيلي، **الفقه الاسلامي و أدلته** . المجلد 8 ط 3 دار الفكر دمشق 1989 ص 157.

[3] احمد الصاوي ، **بلغة السالك لأقرب المسالك الدردير** ، الجزء 4 ، دار الكتب العلمية . بيروت 1995 ص 97.

فهو يبقي العين على ملك الواقف لكنه يظل يده عن التصرف فيها كما يجيز ان يكون الوقت مؤقتا وفي هذه الحال تكون يده مغلولة انا التصرف في العين الموقوفة قد تطلق بعد نفاذ مدة الوقف اذا كان مؤقتا

وعرف الشافعي الوقف بالتالي: " وحبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بمنفعتها على جهة من جهة الخير والبر في الحال والمآل [1]" جعل ملكية العين الموقوفة وملك لله تعالى مع منع التصرف في عينها مطلقا بمسوغ شرعي

وعرفه احمد بن حنبل انه :" حبس المال عن التصرف فيه والتصدق اللازم بالمنفعه مع انتقال ملكيه العين موقوفة الى الموقوف عليهم ملكا لا يبيح لهم تصرف المطلق فيه"

فهو ينقل ملكية العين الموقوفة من الواقف للموقوف عليه دون حق التصرف فليس له سوى حق الانتفاع رغم انه ملكه اياه، فملكيته ملكية ناقصة لكنه اعترف له بها حتى لا تبقى العين بغير مالك.

ب-تعريف الوقف في قانون الأسرة الجزائري

تعريف الوقف في القانون الجزائري تضمنته المادة 213 من قانون الاسرة والتي جاء فيها: " مال عن التملك لاي شخص على وجه التاييد والتصدق"

فالمشرع الجزائري يتبنى تعريف الشافعية والصحابي ابي حنيفة للوقف بجعله مؤبدا واستخدم لفظة مال بدلا من عين فرغم ان المذهب السائد في البلد هو المذهب المالكي الا انه بدافع المصلحة واعطاء الوقف معناه الصحيح وتفعيلا لقداسته و دوره المرجو داخل المجتمع وسمى الوقف بالتابيد واخرجه عن ملك الواقف والموقوف عليه.

ثم جاء تعريف ثاني الوقف في القانون 90/25 المؤرخ في18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري حيث عرفه في الماده 31 بانه " الاملاك الوقفيه هي الاملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض ارادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية او جمعيات ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا او عند وفاة الموصلين الوسطاء الذين انهم المالك المذكور"

[1] الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، المجلد 2ط1 ، دار المعرفة بيروت 1997 ص 484 .

واول ملاحظة نبديها بشان هذا تعريف انه حصر الاملاك الوقفية في العقارات الوقفية دون المنقول رغم ان قانون الاوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/17 معدل ومتمم بالقانون 07/10 المؤرخ في 2001/05/22 في مادته 11 حددت محل الوقف فقد يكون عقار او منقول او منفعة فنصت على :" يكون محل الوقف عقارا او منقولا او منفعة...' وهذا لان القانون رقم 25/90 يؤطر الملكية العقارية فقط مستبعدا المنقولات حيث جاء في مادته الاولى ما يلي:" يحدد هذا القانون القوام التقني والنظام القانوني للاملاك العقارية ..." فهو يعني بالعقارات دون المنقولات[1]، كما ان الاوقاف العقارية تشكل صنفا من اصناف الملكية العقارية التي حددتها حصرا على الماده 23 من قانون التوجيه العقاري 25/90 فجاء فيها :" تصنف الاملاك العقارية على اختلاف انواعها ضمن الاصناف الاتية الاملاك الوطنية/ املاك الخواص او الاملاك الخاصة / الاملاك الوقفية"

كما ان المادة 31 من القانون 25/90 حصرت الموقوف عليه بان يكون شخص معنوي فقط واستبعدت الاشخاص الطبيعيين يستشف هذا من عبارتي (... جمعية خيرية او جمعيات ذات منفعه عامة ...) وهذا ما عيده التعديل الجديد للقانون الاوقاف للمادة 13 كانت على النحو التالي : "الموقوف عليه هو الجهه التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا او معنويا"

اما بعد تعديلها بموجب المادة 05 من القانون رقم02/10 المؤرخ في14/12/2002 (قانون الاوقاف) فقد اصبحت كالتالي: " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشبه ما يخالف الشريعة الاسلامية"

ثم جاء تعريف ثالث الوقف في المادة ثلاثة من قانون الاوقاف 91/10 فنصت على " الوقف وحبس العين عن التملك على وجه التابيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء او على وجه من وجه البر والخير"

اذن الوقف هو حبس العين وتسبيل منفعتها في سبيل الله، ويعني تخصيص أصل معين من الأموال أو العقارات بشكل دائم بحيث لا يُباع ولا يُوهب، ويتم استثمار منافعه في أغراض خيرية أو اجتماعية أو دينية. يُعتبر الوقف من أهم وسائل التنمية المستدامة في المجتمعات الإسلامية،

[1] عرفت المادة 683 من القانون المدني العقاري " كل شيء مستقر بحيزه و ثابتة فيه و لا يمكن نقله منه دون تلففهو عقار و كل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول".

حيث يُستخدم لدعم التعليم، والرعاية الصحية، والفقراء، والمساجد، وغيرها من المشاريع الخيرية التي تساهم في تحسين جودة الحياة ودعم الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي.

الفرع الثاني: مشروعية الوقف والحكمة منه

اولا : مشروعية الوقف

الوقف عند الجمهور غير الحنفيه سنة مندوب اليها، فهو من التبرعات المندوبة لقوله تعالى " لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ "[1] ، وقوله تعالى" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَنفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الأَرْضِ "[2] ، فهو بعمومه يفيد الانفاق في وجوه الخير والبر، والوقف انفاق المال في جهات الخير.

ولقوله صلى الله عليه وسلم في حديث عمر المتقدم: " ان شئت حبست اصلها و تصدقت بها ", صلى الله عليه وسلم حديث الذي يرويه عنه ابو هريرة رضي الله عنه:" مات ابن ادم انقطع عليه عمله الا من ثلاث: صدقه جارية ، او علم ينتفع به او ولد صالح يدعو له"[3] والولد الصالح هو القائم بحقوق الله تعالى وحقوق العباد

واكثر اهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة الوقف، وكان وقف عمر مائة سهم من خيبر او وقف في الاسلام على المشهور، وقال جابر رضي الله عنه:" ما بقي احد من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم له مقدرة الا وقف.

ثانيا: الحكمة من مشروعية الوقف.

ان المقصود بالحكمه اكثر من معنى، فالحكم عموما هو الاثر المترتب عليه والملاحظ ان لكل عقد معين حكم خاص به وهو مقرر بحسب غايته المقصوده منه فحكم البيع مثلا هو ملكية المشتري للمبيع، واستحقاق البائع للثمن، اما الحكم الفقهي المقرر للوقف اذا صدر مستوفيا

[1] سورة آل عمران ، الاية : 92.

[2] سورة البقرة ، الاية : 267.

[3] رواه مسلم في صحيحه ، **كتاب الوصية** باب ما يلحق الانسان بعد وفاته حديث رقم 1631.

لجميع شروطه وهو ان ملكية الواقف تسقط على المال الموقوف. و هذا هو رأي الصاحبين المفتى به، وهو سقوطا ابديا وتصبح ثمرته للموقوف عليه وذلك بحسب شروط الواقف[1]

الوقف هو مظهر من مظاهر البر والاحسان واسهام في اقامة وادامة المؤسسات الدينية لا تنسى النفع العام كالمساجد ودور العلم ونحوها. وفي الوقف ابقاء مصدر دائم للانفاق على المعوزين والمحتاجين مع ما في الوقف من ثواب دائم للواقفين.

و كذلك هو سبب رئيسي في قيام المساجد والمدارس والروابط ونحوها من اعمال الخير، والمحافظة عليها، فان اغلب المساجد على مدى التاريخ قامت على الاوقاف، بل ان كل ما يحتاجه من فراش وتنظيف كان مدعوما بهذه الاوقاف[2]

الفرع الثالث : خصائص الوقف وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية

اولا : خصائص الوقف في ظل أحكام القانون الجزائري

لما كانت الاوقاف تبرعية ولكنها من نوع خاص، فهي تتمتع بجملة من الخصائص لا توجد في غيرها، وقد حظيت بحماية خاصة من قبل الدوله ولا سيما من القبل الدستور الجزائري الصادر سنه 1989 في مادته 52، والنصوص القانونية الصادرة بشانها، وفي هذا نصت الماده 23 من قانون الاوقاف على انه: " لا يجوز التصرف في اصل الملك الوقف المنتفع به، باية صفة من صفات التصرف بالبيع او الهبة او التنازل او غيرها"

و بناءا عليه فسنتطرق فيما يلي الى اهم خصائص هذا التصرف

أ- عدم خضوع الوقف للتقادم

عملا بالقاعدة التي تقضي بان كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز كسبه بالتقادم وقد نص على ذلك المشرع الجزائري في المواد من 674 الى 689 القانون المدني

[1] مصطفى الزرقاء ، **شرح موطأ الامام مالك** ، أحكام الوقف ج1 ص87

[2] صالح بن غانم السدلان ، **أحكام الوقف و الوصية و الفرق بينهما** ص 4 دار بلنسية موقع http.d1.islamhous.com

و كذا المادة 04 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالاملاك الوطنيه حيث جاء فيها الاملاك الوطنية العمومية غير قابله للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز ... كما اصدر المشرع الجزائري المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن اجراءات اثبات التقادم المكسب اعداد عقد الشهرة، ثم تلاه المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 1984/06/09 والذي سمح باجراءات بسيطة وفي اجال معقولو باعداد عقد شهره تقوم مقام عقد الملكيو طبقا لشروط معينة ولم يستثني المشرع الاملاك الوقفية من نطاق التقادم المكسب، كما فعل بالنسبة للاملاك الوطنية

اذ نصت المادة 03 منه على ان" يلتمس الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق من رئيس المجلس الشعبي البلدي ونائب مدير الشؤون العقاريه واملاك الدولة في الولاية تحديد وضعية العقار القانونية ، نظر الاحكام التشريعية والتنظيمية لا سيما السارية منها على الثورة الزراعية والاحتياطات العقارية البلدية واملاك الدولة " وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرار لها صدر بتاريخ 1989/01/13 حيث انه لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الارض المحبسه لانعدام نيه التملك"[1] ، المشرع الجزائري صراحة على عدم قابلية الاوقاف في الاكتساب بالتقادم كما فعلت بعض مثل القانون الليبي. [2]

غير انه ينبغي اعادة النظر في المرسوم رقم 83-352 في 21 ماي1983 المتعلق باعداد عقد الشهرة وذلك بعد اخذ راي الاداره المكلفه بالاوقاف على مستوى الولايه قبل تحرير اي عقد الشهره, على غرار مصالح املاك الدوله ومصالح البلديه حتى لا تخرج الاوقاف عن طبيعتها وتتعرض لتملك من قبل الاشخاص لا علاقة لهم بالاوقاف, وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرار لها[3] بقولها: " على صحة الحكم الصادر عن محكمة بوسعادة القاضي الشهر المنصب على عقار مجلس لفائدة زاوية الهامل ببوسعادة، ناقضة بذلك القرار الصادر عن مجلس قضاء المسيله الذي الغى هذا الحكم، وقضى من جديد برفض الدعوة لعدم التاسيس[4]"

---

[1] حمدي باشا ، **منازعات إثبات و نقل الملكية العقارية** ، مجلة الموثق العدد 2 سنة 2001.

[2] محمد كنازة ، **الوقف العام في التشريع الجزائري** ، دار الهدى سنة 2006. ص 118

[3] القرار رقم 157310 المؤرخ في 16 جويلية 1997 المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية .

[4] **المجلة القضائية** سنة 1997 ، العدد الول ، ص 34.

كما نصت المادة 351 من قانون التسجيل الصادر بموجب الامر رقم 105/76 بتاريخ 9 ديسمبر 1976 بقولها يمنع مفتشو التسجيل من القيام باجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الاموال العقارية او الحقوق المنقولة.

والامر كله يرجع في ذلك الى ان المرسوم قد صدر قبل صدور الدستور الجزائري سنه 1989 الذي اعترف بالاملاك الوقفية واعاد الاعتبار لها واقر لها حماية خاصة

اما في الشريعة الاسلامية في الاوقاف تعتبر من الحقوق الله تعالى، حيث تسقط بالحيازة ولو طالت المدة كما ان دعوة ديون الوقف لا تسقط بتقادم الزمن وهو راي جمهور الفقهاء.

ب-عدم خضوع الوقف للرهن والحجز

نصت المادة 23 من قانون الاوقاف على انه " لا يجوز ان تكون الاملاك الوقفية عقارية كانت او منقولة محلا للرهن بنوعيه الحيازي والرسمي ولا الحجز عليها" وهو تاكيد من المشرع الجزائري على اعتبار ان الاوقاف بعدما تستوفي شكلها القانوني والرسمي تخرج من ذمه الواقف وتصبح تتمتع بشخصية معنوية قائمة بذاتها، وقد استثنت المادة 21 من قانون الاوقاف على جواز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط او في الثمن الذي يعود اليه (المواد844 الى 854 من القانون المدني المعدل والمتمم)

وحيث انه لا يوجد نص صريح ما عدا نص الماده 04 من قانون الاملاك الوطنيه التي تستثني الاموال العامه باعتبارها غير قابلة للحجز, فان الاموال الوقفية تاخذ نفس المنزلة ويطبق عليها نفس الحكم وتستفيد من الحصانة والحماية التي تتمتع بها الاموال العمومية.

جـ- عدم خضوع الوقف للضرائب والرسوم

لقد اكد المشرع الجزائري مرة اخرى على حماية الاملاك الوقفية حيث نص في الماده 44 من قانون الاوقاف على انه" تعفى الاملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الاخرى لكونها عملا من اعمال البر والخير", كما تناول قانون التسجيل الصادر بالامر رقم76-105 المؤرخ في17 ذي الحاجة 1396 الموافق ل 9 ديسمبر 1976 في مادته 553-3 " تعفى من رسم الاشهار العقاري: 2- العقود المحرره والاجراءات المنجزه تطبيقا للتشريع المتعلق باموال

الوقف، والماده 251 من قانون الضرائب المباشره" تعفى من الرسم العقاري البنايات المخصصه للشعائر الدينية والاملاك العمومية التابعة للوقف والمتكونة من ملكيات مبنية وكذلك المادة 261 من قانون الضرائب المباشره, تعفي من الرسم العقاري على الملكيات غير المبنيه....3- الاملاك التابعه للاوقاف العموميه والمتكونه من ملكيات غير مبنيه.

د- عدم خضوع الوقف للمصادره ولا للنزع

الاصل ان الاملاك الوقفيه دائمة، تنفرد بها عن غيرها من النظم المشابهه لها، غير انه يجوز انتهاء الوقف استثناء و اختلفت في ذلك المذاهب الاسلاميه، فالاحناف يجيزون انتهاء الوقف اطلاقا حتى ولو تخرب، اما فقهاء المذهب المالكي فيجيزون انتهاء الوقف الوقف المحدد المده بانقراض الموقوف عليهم او بانتهاء الجهه الموقوف عليها اذا لم واقف الجهه التي يؤول اليها فانه يؤول الى بيت المال.

كما انها لا تخضع لاجراءات لنزع الملكيه للمنفعة العموميه الا استثناء وفي حالات محدده وهو ما نصت عليه الماده 24 من قانون الاوقاف، كتوسيع المسجد او مقبره او طريق عام فقط، كما سماها المشرع بعنوان" تعويض واستبدال الوقف" والتعويض يكون عينا لا نقدا ، يكون ذلك كله الا بعد صدور قرار من السلطه المكلفه بالاوقاف بعد اجراء المعاينه والخبره من قبل اشخاص لهم درايه وخبره بمجال الاوقاف، كما نص كذلك القانون المغربي في الماده 59 من مدونه الاوقاف على انه" لا يجوز نزع ملكيه العقارات الموقوفه وقفا عاما من اجل المنفعه العامه الا بموافقه صريحه من قبل السلطه الحكوميه المكلفه بالاوقاف

ثانيا : تمييز الوقف عن غيره من التصرفات القانونية

أ-تمييز الوقف عن الوصية

فبدءا بالنصوص الشرعية التي تحكم كلاهما، فإننا نجد بأن الوقف لم ترد بشأنه أحكاما خاصة في القرآن الكريم، ولا في الأحاديث الشريفة، إلا أن الفقهاء قد اجتهدوا واستنبطوا بعد تفسيرهم لبعض الآيات القرآنية، على أنه هناك ما يسمى بالوقف في الشريعة الإسلامية، وأما الوصية فأحكامها الشرعية قد وردت في القرآن والسنة صريحة وإن كان هذا الاختلاف بسيط وغطت عليه النصوص القانونية الحديثة، فأصبح للوقف نصوصا قانونية خاصة به تحكمه وتنظم شؤونه كلها، شانها في ذلك شان الوصية.

وأهم ما يميز الوقف عن الوصية هو: نقطة قانونية هامة ، وهي "ملك الرقية"، حيث أن الموصى رضى له يستطيع أن يتملك العين الموصى له بها، لكن هذا التمليك لا يتحقق إلا بعد الموت، في حين أن الموقوف عليه لا يتملك العين الموقوفة أبدا، وإنما تنتقل إليه منفعة الشيء الموقوف سواء في حياة الواقف أو بعد وفاته، وبذلك يقتصر حق الموقوف عليه على منفعة العين الموقوفة في حين يستطيع الموصله التصرف في الشيء الموصى له به بكافة أنواع التصرف لأنه قد ملك رقبة ذلك الشيء.

أضف على ذلك أن القواعد العامة، تفترض في الوقف أن يكون منجزاء في حين أن الوصية لا يمكن أن تكون ،منجزة فهي مستقبلية، مضاف إلى ما بعد هذا وإن كان الوقف قد يكون أحيانا مؤجلا نفاذه إلى ما بعد وفاة الموصي، الموت ويأخذ أحيانا أخرى حكم الوصية.

مع الإشارة أنه في مثل هذه الحالة لا تنفذ إلا في حدود ثلث تركة الواقف، وما زاد فيتوقف على إجازة الورثة كالوقف" في مرض الموت المادة 776 من القانون المدني الجزائري."

وأما من حيث المقدار، فالواقف له الحق في أن يقف ما شاء من أملاكه في حين لا يجوز للموصي أن يوصي بكل أملاكه إلا في حدود ثلثها لقوله صلى الله عليه و سلم ": إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم، زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم"[1] وهو

[1] حديث رواه الدارقطني عن أبي الدرداء.

الأمر الذي تؤكده المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة."

ب- تمييز الوقف عن الهبة

الهبة لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول وهو ما تؤكده المادة 206,من قانون الأسرة الجزائري: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، وذلك مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات". وكل ذلك تحت طائلة البطلان.

وهنا نلمس بأن الوقف يتميز عن باقي عقود التبرع الأخرى، من حيث نشوئه ونصوصه المنظمة، ويتفاد معه أن الوقف عقد تبرع من نوع خاص تزول معه حق الملكية لأي أحد حتى الواقف نفسه، وهو التزام يصدر عن إرادة الواقف وهي إرادة منفردة، فالإيجاب شرطا لوجوده إذا كان وقفا عاما، والقبول شرط لنفاذه إذا كان خاصا، وفي حال تخلفه يتحول من وقف خاص إلى وقف عام.

المطلب الثاني: أركان الوقف في قانون الأسرة الجزائري

نص المشرع في المادة 9 من قانون الأوقاف على أن أركان الوقف هي: الواقف، محل الوقف صيغة الوقف والموقوف عليه، متبعا منهج جمهور الفقهاء في تحديد أركان العقد، وذلك على أساس اعتبار الوقف عقدا حيث نص في المادة 4 من قانون الأوقاف على أن: "الوقف عقد التزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة، وهذا الكلام لا يستقيم، فإما أنه عقد أو تصرف بالإرادة المنفردة، والصحيح أنه يعد من التصرفات التي تنشأ بالإرادة المنفردة للواقف، ولذلك فإنه يقوم على الأركان التالية: رضا الواقف محل الوقف والجهة الموقوف عليها مع وجود نية التبرع.

الفرع الاول: رضا الواقف

الوقف تصرف قانوني، ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف صاحب المال دون شرط قبول الموقوف عليه، وهو تصرف رضائي في الأصل إن لم يكن محله عقارا، وملزم في حق الواقف، حيث نصت المادة 16 من قانون الأوقاف على أنه: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي اشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة، يمكنه طلب إبطاله إذا كانت إرادته معيبة.

وباللزوم قال الشافعية والحنابلة[1] على اعتبار أنه صدقة جارية، وذهب الحنفية والمالكية إلى القول بجواز رجوع الواقف .

فبمقتضى الوقف يتم حبس المال الموقوف عن التمليك، ويمنع إجراء أي تصرف في رقبته، فلا يباع ولا يوهب ولا يورث.

وبناء على الاختلاف في القول بلزوم الوقف أو عدمه، اختلف في توقيته وتأبيده، فمن قال بلزومه اشترط تأبيده، ولتحقق هذا الشرط ينبغي أن يكون مال الوقف مما يقبل البقاء، ومن قال بجواز الرجوع فيه أجاز توقيته بمدة معينة، كما أجاز تأبيده[2]

وبحسب المادة 12 من قانون الوقف يجوز أن تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا[3]، ويشترط أن تكون جازمة غير معلقة على شرط، كأن يشترط وقف غلة الأرض إن كان المحصول وافرا، وأن تكون منجزة غير معلقة على وفاته وإلا فالتصرف وصية، كما يشترط في الصيغة ألا تتضمن تحديدا لمدة الوقف في رأي أكثر الفقهاء، وألا تقترن بشرط يخل بأصل الوقف أو بحكمه ، وهو ما قضت به المادة 218 ق.أ[4] والمادة 29 من قانون الأوقاف التي نصت على أنه: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف[5] ومقتضى ذلك أن الوقف بقصد التحايل على أحكام المواريث لا يصح.

وباعتبار الوقف من التصرفات التي يراد منها التبرع، فإنه يشترط في الواقف ما يشترط في المتبرع من توافر الأهلية الكاملة وعدم الحجر عليه مع كونه مالكا لمال الوقف ملكا تاما وهو ما نصت عليه المادتان 215 و 216 ق.أ.ج.

وإذا صدر الوقف من المريض مرض الموت، فإنه ينظر إليه على أنه وصية، حيث لا يلزم الورثة بما زاد عن ثلث التركة.

---

[1] الرميلي ، شمس الدين بن محمد ، **نهاية المحتاج الى شرح المنهاج** ، دار الكتب العلمية ، لبنان 1414هـ /1993م ، 373/5.

[2] جميلة مدور ، مرجع سابق ص 27.

[3] م 12 من قانون الاوقاف.

[4] و التي جاء فيها :" ينفذ شرط الواقف مالم يتناف و مقتضيات الوقف شرعا ، و إلا بطل الشرط و بقي الوقف ".

[5] م 29 من قانون الاوقاف.

وإذا صدر من المدين، فإنه ينظر إلى قيمة الدين، فإن كان مستغرقا لجميع ساله، لم يصح وقفه إلا بإجازة الدائنين[1].

الفرع الثاني: محل الوقف:

لا يمكن أن يكون للوقف باعتباره تصرفا ملزما لجانب واحد كأصل إلا محل واحد فقط، كما لا يمكن لهذا المحل أن لا يخضع للقواعد العامة رغم عدم خلوه من بعض الخصوصية نظرا لخصوصية التصرف ذاته، وبالتالي يجدر التطرق لمحل الوقف من حيث تحقق الشروط العامة والخاصة فيه ملكا ووجودا (1) مشروعية وإمكانية تقييم (2).

اولا: وجود محل الوقف وتملك الواقف له

يعد الوقف من التصرفات التي يتصرف فيها الواقف بملك مال معين ومحدد يقتضي تملكه له كما يقتضي من باب الموازاة حتى يتمكن الواقف من إدخاله حيّز نفاذه أن يوجد المال بين يديه.

أ-تملك الواقف لمحل الوقف

أفاض المشرع الجزائري في مسألة تملك الواقف لمحل الوقف سواء كان ذلك في النصوص من قانون الأسرة أو من قانون الأوقاف العامة، إذ جاء نص المادة 216 من قانون الأسرة مؤكدا على ضرورة تملك الواقف لمحل الوقف « يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف ... » فيما جاء نص المادة من قانون الأوقاف مؤكدا على نفس المبدأ القانوني: « يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي أن يكون مالكا للعين مراد وقفها ملكا مطلقا » وفي هذا كفاية بيان على أن ليس لغير المالك في القانون الجزائري الحق بأن يقف المال.

ومناط ذلك أن المشرع الجزائري لا يعتد بالوقف المؤقت، ولو اعتد به لحوّل كل صاحب حق انتفاع أن يقف محل انتفاعه مدة انتفاعه أو جزء منه لغيره يستثمره، كما جاء ذلك مباحا عند بعض المالكية اللذين أباحوا للمستأجر الحق في وقف المال المنتفع به طوال مدة الانتفاع أو لمدة أقصر منها، لأن القصد من الوقف عندهم تمليك انتفاع عين مدة معينة من الزمن، وما دام أنه يتحقق للموقوف عليه من المستاجر فلا حرج في أن يفعله[2]

[1] جميلة مدور ، المرجع السابق، ص 27.

[2] جمال عياشي – المرجع نفسه ص 90

وأحال المشرع إلى أحكام الهبة بعض أحكام الوقف في المادة 215 من قانون الأسرة، وبالرجوع إلى المادتين 204 و 205 محل الإحالة يتضح تعلقهما بمقدار الوقف وأهلية الواقف حال مرض موته أين حول المشرع المالك وقف كل ماله أو جزء منه فهو على الخيار وسلطته فيه مطلقة، كما خوله وقف ماله مهما كان نوعه، عينا، منفعة أو دينا لدى الغير.

وإن أهم ما يجدر الوقوف عنده في سلطة الواقف بوقف ماله تلك المرتبطة بلفظ التملك المطلق، والتملك المطلق ينافي كل ما جعله صاحبه ضامنا لدين بأن كان مرهونا لدى الغير، لأن مثل هذا التصرف ينافي مقصد الوقف الفوري والدائم فتخرق أهم خصائصه، فضلا على أن ليس للواقف أن يبرم على محل الوقف أي تصرف ناقل للملكية شرط لانعدام التملك فيه، وإلا عُد تصرفه باطلا .

وأخذا بفتوى إجماع الفقهاء سعى المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون الأوقاف إلى الأخذ بلزوم وقف المال بعد قسمته وفرزه[1]

ورغم عدم وجود نص قانوني صريح يفضي إلى بطلان الوقف الصادر عن غير المالك للمال إلا أنه يمكن اعتبار كل وقف من خلاف المالك للمال باطل لما جاء في الفقه والقضاء الذي قرر بهذا الشأن: " من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا.

وحيث أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون[2].

يؤدي كل ما سلف إلى اعتبار الوقف من لدن غير المالك باطلا بطلانا مطلقا سواء كان هذا الواقف مالك في الأصل وأحدث على ملكه بعضا من التصرفات التي قيدت يداه في التصرف بملكه وقفا، أو كان متعديا على ملك غيره كما هو حال المالك الشائع الذي يقف ما ليس له، كحالة الموصى له الذي لا يصح منه وقف ما أوصي له به قبل وفاة الموصي[3]

---

[1]. الشيخ أحمد الدردير : المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 176

[2]. الغرفة العقارية، ملف رقم 198940، بتاريخ: 25/04/2001، **المجلة القضائية**، العدد 1، سنة 2004، ص132.

[3]. زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون المرجع السابق، ص 33.

ب-وجود محل الوقف

لم يأت في النصوص القانونية التي نظم المشرع من خلالها أحكام الوقف تصريح بلزوم وجود محل الوقف، وبالرجوع للفقه يتبين أن المال الذي يصلح بأن يكون محلا للوقف هو كل: "ما يمكن حيازته والانتفاع به على وجه المعتاد[1]، وفي ذلك بيان بأن كل مال لا يمكن حيازته ولا الانتفاع به يخرج من دائرة الأشياء التي يجوز إدراجها ضمن المحال التي يصح التعامل بها وقفا وهي كلها محال غير موجودة.

وما يعضد لذلك قول الإمام ابن عرفة أن "الوقف مصدرا : إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، وهو اسما ما أعطيت منفعته مدة وجوده [2]، وفي هذا بيان أيضا على أن المالكية الذين اعتادوا فت الباب واسعا أمام جواز التصرفات ولو كانت تبرعا بمحال ممكنة الوجود كما هو حال الأبق من البعير والثمار قبل نضجها، هم في الوقف يشترطون إضمارا لا تصريحا وجود محل الوقف وإلا عد الوقف أساسه باطلا.

ثم إن النظر في فحوى النصوص الخاصة لا يفضي إلى جواز التعامل وقفا بمحال غير موجودة لأن المشرع اشترط الملكية المطلقة في نص المادة 11 من قانون الأوقاف[3] والملكية المطلقة لا تتأتى إلا إذا كان المال الموقوف موجودا أن الإبرام، ولا يعني ذلك أن يكون الملك بحوز الواقف، ومنه فإن الوعد بالوقف أمر غير متصور قانونا ولا يمكن إعمال القواعد العامة على التصرف الوقفي للزوم وجود محل الوقف واشتراط تسليمه للموقوف له.

ولقد أكد المالكية على جواز وقف المال ما كان مؤجرا من قبل المستأجر [4]، لاعتدادهم بالوقف المؤقت، ومؤدى ذلك أن خروج الملك من الحيازة لا يعني خروج المحل من ملك المالك الواقف، كما لا يعني عدم وجود المحل وإنما يتحقق الوجود بالمقدرة على التسليم في تاريخه المحدد له.

---

[1]. جمال عياشي – المرجع نفسه ص 91

[2]. الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني: المرجع السابق الجزء السابع، ص 628.

[3]. جاء في المادة 11 ما يلي: « يكون محل الوقف عقارا أو منقولا أو منفعة.
ويجب أن يكون محل الوقف معلوما محددا ومشروعا.«

[4]. ولو اعتبره البعض منهم مكروها؛ أنظر الإمام أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني: المرجع السابق، الجزء السابع، ص 629.

ولما كان النص القانوني متخلف لاسيما ضمن النصوص التي نظم من خلالها أحكام الوقف، فإنه يتبين أن وجود محل الوقف أمر لازم، رغم أنه لا يعني حيازة الواقف للمحل بيد أنه يفضي إلى عدم منعه من إمكانية تسليمه له أثناء تمام التصرف.

ثانيا: مشروعية محل الوقف وقابليته للتعيين

لا يُتصور في الوقف بصفته تبرعا إقدام الواقف على وقفه بمال غير مشروع يبتغي به التطوع لأن المشروعية شرط في محل الوقف لاسيما عدم المنازعة عليه، ولتتأكد مشروعية محل الوقف لا بدمن تحديده وتعيينه تعيينا دقيقا.

أ-مشروعية محل الوقف

تناول المشرع الجزائري خلال تنظيمه لأحكام الوقف ضمن قواعده الخاصة الإلزام بمشروعية المحل، وذلك ما يبدو من خلال ذكره لحالة من حالات المشروعية التي صرح بها ضمن نص المادة 216 من قانون الأسرة، والتي أناط من خلالها التعريض لحالة المشروعية المفترضة في محل الوقف، إذ أوردها تمثيلا لا حصرا، والتي جعلها متعلقة على الخصوص بالمال المشاع[1].

هذا وقد نص أيضا ضمن نص المادة 11 من قانون الأوقاف العامة على « ويجب أن يكون محل الوقف ..... ومشروعا »، وهكذا يكون المشرع قد صرح بشرط المشروعية في محل الوقف لاسيما العام منه.

ومن المعلوم أن المشروعية في محل التصرف تقتضي أن لا يكون المحل ممنوعا من التعامل بطبيعته كالهواء والطير الطائر خلاله والماء الجاري، فكل تلك الأعيان لا تكون محلا للوقف إلا إذا توفرت فيها شروط صحة المحل في الوقف، فضلا تلك الأعيان المحرمة شرعا كدور القمار والخنا والمخامر، فكل تلك الأشياء لا يصح وقفها إذ يعد باطل لمخالفته أحكام المادة 11 من قانون الأوقاف، فضلا على مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية الغراء[2].

---

[1]. يجب أن يكون المال المحبس. خاليا من النزاع ولو كان مشاعا.«

[2]. منذر عبد الكريم القضاة، **أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون**، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، الاردن ، ط1 ، 2001 .ص 83.

ومن ذلك أيضا أنه لا يجوز وقف المال من غير المسلم على دار عبادة أو تقرب كالمساجد والكتاب فهذا الوقف غير جائز شرعاً وغير مسموح به قانونا لمخالفته أحكام المادة 11 من قانون الأوقاف، والقواعد العامة من قانون الأسرة.

كما تقتضي مشروعية محل الوقف أن لا يكون المحل مخالفا لطبيعة التصرف الوقفية التي تقتضي بطبعها حبس العين والانتفاع من الثمار وذاك ما يُفضي إلى اعتبار كل وقف على محل مستهلك لا يصح كما هو حال وقف الطعام والنقد وما شابه، ولو أن الإمام مالك . كان قد أفتى بجواز وقف بعض المنقول كما هو حال الدروع لما ورد فيها من نصوص ووقف الحيوان مع الكراهة[1].

وتعد الملكية الفكرية من قبيل تلك الأموال المستهلكة التي لا تصلح أن تكون محلا للوقف نظرا لأنها تنتهي بفعل الفاعل فيها وهي تنتهي بحكم القانون لتتحول من الملك الخاص بعد وفاة صاحبها إلى الدومين العام بعد انقضاء مدة قانونية محددة، فهي على ذلك لا تصلح لأن تكون محلا للوقف لصحة استهلاكها بعد أجل ما ينفي عنها صفة الدوام. [2]

وليس عدم الصحة في هذه المحال لعدم مشروعية محضة خالصة منها وإنما لعدم تكيف المحل مع التصرف من أساسه، لذلك حكم على كل وقف لمحل لا يصلح لأن يكون محلا للبيع مع بقاء عينه بالبطلان، لأن كل ما لا يصلح أن يكون محلا للبيع لا يصلح أن يكون محلا للوقف[3]

ومن كله فإن كل المحل الذي لا يصح التعامل فيه وقفا لعدم مشروعيته هو كل محل لا يتماشى مع الوقف لطبيعته الخاصة كالمنقول المهتلك ومثاله الطعام، أو لا يتماشى مع الوقف لطبيعته العامة كالأملاك العامة ومثالها الشواطئ العامة، أو مخالفا في التصرف به أحكام الشرع عموما كوقف المال الحرام أو لقصد حرام ومثال الأول وقف الكافر على المساجد ومثال الثاني الوقف على دور الخنا والقمار.

---

[1]. موفق الدين بن قدامة المقدسي ، المغني . الجزء السادس. دار الكتاب العربي بيروت 1983 ص 188.

[2]. وذلك أن تخلف شرط الدوام في الوقف يؤدي إلى بطلانه لما هو وارد في المادة 213 من قانون الأسرة والمادة 3 من قانون الأوقاف العامة.

[3]. موفق الدين بن قدامة المقدسي ، المرجع السابق، ص 134.

ب-تعيين محل الوقف

تعرض المشرع الجزائري في القواعد العامة من قانون الأسرة لاسيما المادة 216 منه للتأكيد على تعيين محل الوقف تعيينا دقيقا، إذ جاء فيه: « يجب أن يكون المال المحبس .... معينا. .. »، وهو الذي أكد عليه خلال تنظيمه لأحكام الوقف العام لاسيما نص المادة 11 منه أين جاء: " ويجب أن يكون محل الوقف معلوما، محددا.... " لا ريب أن تعيين الشيء يقتضي بيان مكانه بحيث يُعلم بين سائر العقارات إن كان عقارا ويميز المنقولات إن كان منقولا، وأما تحديده فيقتضي بدوره أن يقاس عبر القياسات التي يقوم عليها

وإنه لمن المعلوم من الدين بالضرورة بأن التصرفات على المحلات يجب أن تكون معينة تعيينا كافيا نافيا لكل جهالة، وهو الذي يؤكد عليه المشرع إعمالا للأحكام الشرعية ذات الصلة، التي تعتبر وقف المال غير المعلوم غير صحيح للجهالة[1].

ثم إن التعيين أو بالأحرى شرط صلاحية المحل للتعامل فيه بالوقف يكون في حالة وجود المحل ذاته وفي الحالة التي يكون فيها وجود المحل مؤكدا فقط، وإلا فلا يمكن تعيين ولا تحديد المحل تحديدا تاما ما لم يتم وجوده.

والاستثناء على تلك القاعة أن يكون محل التصرف قابلا للتعيين إذا كان ممكن التحقيق مستقبلا، وطالما أن محل الوقف لا يمكن إلا أن يكون موجودا أن التصرف فلا يمكن إلا أن يكون معينا تعيينا كافيا نافيا لكل جهالة أن التصرف وإلا عد التصرف معيبا.

ومن المحال الصالحة للتعامل فيها وقفا، المنافع والأعيان وكل ما كان منها شائعا لاسيما القابل للقسمة منها فضلا عن المفرز ، لذلك أجاز المالكية وقف الحيوان والرقيق، ولقد نص المشرع في المادة 11 من قانون الأوقاف العامة على « يصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة.« من النص القانوني يتبين أن المشرع قد أجاز وقف المال الشائع مع إلزام كل ذي مصلحة فيه أن يباشر فرز المال والفرز يقوم مقام التعيين حيث أن المال إذا لم يتحقق فيه شرط الفرز لم يتحقق فيه شرط التعين وتعرض لأجله الوقف للبطلان.

هذا ولقد استثنى اتفاق الفقه مسألة المشاع في المقبرة والمساجد أين أجازوا وقف ما كان منها شائعا، نظرا لعدم صحة الانتفاع بالمحل مرة كمسجد ومرة بصفة خلافه وكذلك المقبرة، وهذه لما

[1]. الإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المرجع السابق، الجزء السادس، ص 191.

كانت طبيعتها لا تقتضي ذاك القدر البالغ من التعيين تساهل معها الفقه حينما لم يشترط لها فرزا.

الفرع الثالث: سبب الوقف

رغم أن المشرع الجزائري خلال تنظيمه لأحكام الوقف ضمن نصوص قانون الأسرة كما نصوص الأوقاف العامة لم يذكر السبب كركن من بين أركان الوقف، إلا أن الفقه اجتهد في استقرائه للنصوص القانونية وجعل له من القانون مفهوما (1) ، ولما كان للسبب في التصرف الوقفي وجود كان لشروطه وجود ايضا، والتي بتخلفها لا يكون السبب قانوني ولا معتبر (2).

أولا: مفهوم سبب الوقف

بالرغم من عدم ذكر مصطلح السبب كركن من أركان الوقف ضمن مادة الأركان من النصوص القانونية المنظمة للأوقاف العامة، إلا أن الفقه اجتهد من خلال استقرائه للنصوص القانونية التي لم يُغفل المشرع فيها التصريح بسبب الوقف في عديد صياغات النصوص القانونية المختلفة من قانون الأسرة وقانون الأوقاف.

وكما هو معتمد فقها وقانونا فإن السبب في عقود التبرع هو نية التبرع ذاتها[1]، فالسبب في الوقف إذن هو نية الواقف من وقفه للمال الذي يملكه، ولأجله أفتى بعض الفقه بعدم صحة الوقف متى كان الغرض منه عدم تطبيق الأحكام الشرعية للمواريث، فمن كان قصده من وقفه إبدال وصية الله بوصيته[2] كان وقفه باطلا [3]

ولقد أناط المشرع الجزائري بالمادة 213 من قانون الأسرة الإشارة لسبب الوقف وعرض إليه فيها بأن جعله التصدق وعضد لنص المادة تلك بالمادة 3 من قانون الأوقاف العامة والتي جاء فيها بأن الغرض من الوقف هو التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير، وأضمر لنفس الغرض في نص المادة 14 من نفس القانون حينما حدد معنى اشتراطات الواقف بأنها المنظمة للوقف ما لم تخالف أحكام الشريعة.

[1] علي علي سليمان : المرجع السابق ، ص 73.

[2] و يطلق على المواريث وصية لان الله يفتتح آية الفرائض بقوله : " يوصيكم الله في أولادكم".

[3]. محمد رأفت عثمان : **الوقف الذري أو الاهلي** ، المرجع السابق، ص 256 ، 257.

وإن من مخالفة أحكام الشريعة في الوقف مخالفة سببه، ولأن المقدن صرح بالتصدق في المادة من قانون الأسرة فإن الوقف على خلاف ذلك الوجه يعد مخالفا للأحكام القانونية أيضا، وهو ما يؤدي بلا ريب إلى إعمال الحكم الوارد في نص المادة 27 من قانون الأوقاف الرامية إلى إبطال كل وقف خالف الواقف فيه أحكام الوقف القانونية والشرعية، سواء كان الوقف عاما أو خاصا.

ثانيا: مشروعية سبب الوقف

إن لمقصد الواقف اعتبار عند معظم الفقهاء لأن الوقف على غير السبيل الشرعي فيه ظلم وجور ببعض أصحاب الحقوق التي تؤول إليهم الاستحقاقات من المال الموقوف، سواء كان ذلك بتركة أو بغيرها، على اعتبار أن الوقف قد يكون مظنة حبس الحقوق عن أهلها بحبس أحكام الميراث من السريان بعد موت الواقف.

ولذلك عنت المذاهب الفقهية بمسألة المقصد من الوقف أو السبب فيه، لاسيما الحنابلة والمالكية منهم، إذ لم يجيزوا الوقف على معصية فلا يجوز إلا على بر كبناء المساجد والقناطر والسقايا والمقابر وكتب العلم والقرءان، وفي سبيل الله[1].

ولم تجز المذاهب الفقهية الوقف إن كان لمقصد المعصية، كجعل الغلة في ثمن خمر وحشيشة أو سلاح لقتال غير جائز ، ويدخل فيه الوقف للكنسية ولبيوت النار والبيع سواء كان ذلك لإعمارها أو لخدمتها فالأمر سيان[2]، وهو ما ينوه إليه المشرع الجزائري بمصطلح النظام العام، إذ تعتبر في السبب إحدى دعائم المشروعية فيه.

ويعرف السبيل الشرعي للوقف أو السبب، بأنه قصد الوقف على فقراء غير أقرباء لرفع غبن الحاجة عنهم ودفع جلبة النفقة عليهم، وكذلك الأمر إذا تعلق الوقف بالأقارب الفقراء لأن الوقف على غيرهم للأسباب تلك يُفضي إلى أولويتهم وأحقيتهم بالوقف عليهم لذات الأسباب، والذي يثير الخلاف الوقف على الأقرباء الأغنياء أو الوقف على البعض وحجب البعض الآخر[3].

---

[1] الامام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة : المرجع السابق ، الجزء السادس ، ص 239.

[2] العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي : **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ أبي البركات أحمد الدردير** ، بدون عدد طبعة دار احياء الكتب العربية ، حلب ، سورية، بدونسنة طباعة ، ص 78.

[3] الامام محمد ابو زهرة : **محاضرات في الوقف** ، المرجع السابق ، ص 209 و مايليها.

وأغلبية أهل العلم على جواز ذلك مع الكراهة لاسيما المالكية منهم، لأن المال الموقوف مملوك للواقف وله أن يوقفه وليس عليه فيه قيد، فإن فعل صح وقفه سواء كان ذلك بحرمان بعض الورثة مقارنة ببعض، وسواء كان توزيعه مع نظام الإرث متفق أو مختلف[1]

وأبطل المالكية كل تصرف بالوقف على البنين دون البنات الأوائل في الدرجة أي التفضيل بين أبناء الصلب، وسند ذلك أن المشركين كانوا يفرقون بين الذكور والإناث بمنع هؤلاء دون أولئك من الميراث وكله لا يصح[2].

ولأجله فإن الراجح أن الوقف على الذرية أو الورثة إذا كان الغرض منه دفع حاجة ومنع جوع صح وجاز، ولو كان فيه تفريق بينهم بحيث يستحق بعضهم أكثر من بعض أو أن يخرج الأغنياء منهم مقابل إدخال ذوي الحاجة والفاقة منهم، أما إذا كان الوقف حرمانا لبعض الورثة أو تطفيفا لنصيبهم وزيادة لنصيب غيرهم بطل ولم يجز، على أن من أهل العلم من حرم الوقف برمته لحرمه القصد أو السبب فيه[3].

وهو الحكم الذي أكدت عليه المحكمة العليا في قرار لها جاء فيه: " من المقرر شرعا أنه يبطل الحبس عندما يحرر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث. [4]

المطلب الثالث : أنواع الوقف و كيفية إثباته

الفرع الأول: أنواع الوقف

قبل تعديل قانون الأوقاف الجزائري كان يعرض في مادته 6 نوعين من الوقف هما:

الوقف العام والوقف الخاص.

أولا: الوقف العام

الوقف العام كما عرفته نفس المادة " هو ما حبس على جهة خيرية من وقت إنشائه ويخصص

---

[1] الامام محمد ابو زهرة : **محاضرات في الوقف** ، المرجع السابق ، ص ، ص 210.

[2] العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص 79.

[3] الامام محمد ابو زهرة : **محاضرات في الوقف** ، المرجع السابق ، ص 218 و مايليها.

[4] غرفة الاحوال الشخصية و المواريث ، بتاريخ : 1999/03/16 ، ملف رقم : 230617 ، **المجلة القضائية** ،عدد خاص سنة 2001 ، ص 311.

ريعه للمساهمة في سبل الخيرات.." ويقصد بالجهة الخيرية جهة عامة كالفقراء والمساكين والأيتام... وغيرهم ممن ذكروا بصفاتهم لا بدواتهم وقسم هذا النوع بدوره إلى قسمين هما:

- قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه فلا يصح صرفه على غيره إلا إذا استنفد ومعنى هذا أن محل صرف ريع الوقف محدد سلفا من قبل الواقف ولا يجوز تجاوزه إلى غيره إلا إذا انعدم هذا الصنف كأن يكون الوقف على أيتام قرية ما ولم يعد بها أيتام فيجوز في هذه الحال صرفه في غير ما حدد له لهذه العلة.
- والقسم الثاني وقف لم تحدد فيه جهة صرفه فيسمى وقف عام غير محدد الجهة وحسب المادة 6 قبل تعديلها يصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات عموما. وقد حددت المادة 33 من المرسوم التنفيذي 381/98 سبل صرف هذا النوع فجعلته في خدمة القرآن الكريم وعلمه وترقية مؤسساته، رعاية المساجد، الرعاية الصحية لأفراد المجتمع لا سيما الفئة المحتاجة منهم، رعاية الأسرة رعاية الفقراء والمحتجين التضامن الوطني في وقت المحن والجوائح التنمية العلمية وقضايا الفكر والثقافة.

ثانيا: الوقف الخاص

أما النوع الثاني فهو الوقف الخاص وهو: ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور أو الإناث أو على أشخاص معينين وبعدها يؤل إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم. ومفاد هذا النوع أن يكون الوقف ابتداء ذري أي على أبناء الواقف بنوعيهم ذكور وإناث.. وكان على المشرع أن لا يفرق بين الذكران والإناث بحرف الربط أو لأن أو تفيد التخيير و المغايرة فيُفهم من ذلك أن الواقف حر إن شاء أوقف للذكور من أبنائه وإن شاء أوقف للإناث ولا غرو أن عقلية مجتمعنا تقصي الإناث بحكم أنهم يخرجون من دار أبيهم إلى عصمة رجل أجنبيا غالبا وهم لا يرغبون أن يتسلط أجنبي على أموالهم من غير حاملي ألقابهم ولا من غير أصلابهم فكأنه بذلك سهل عملية التفريق والإقصاء ضد البنات... في الوقف؟

وأما الأشخاص المعينين فقد يكونون من قرابة الواقف أو ممن أخذته بهم رأفة ورحمة أو ألقيت محبتهم في نفسه فأوقف لهم ابتغاء ما عند الله تعالى.

أما بعد تعديل المادة 6 من قانون الأوقاف فقد ألغى المشرع الوقف الخاص ويُرجع في ذلك لما عرضناه في خصائص الوقف في خاصية أن يكون الموقف عليه جهة عامة وجوبا. وبذلك فليس في التشريع الجزائري سوى نوعا واحدا من الأوقاف بالاعتبار إلى غرضه لأن الأوقاف قد قسمت بالاعتبار إلى غرضها أو بالاعتبار إلى محلها.

أما تقسيم الوقف بالاعتبار إلى غرضه وذلك نسبة للغرض المرجو منه فإما يعود نفعه على جهة عامة ويسمى وقفا عاما وإما يعود نفعه على جهة خاصة فيسمى وقفا خاصا. وهو ما تبناه المشرع الجزائري في تقسيمه لكنه ألغى الوقف الخاص للاعتبارات المذكورة آنفا . وأما تقسيمه بالاعتبار إلى محله فقد يكون محل الوقف عقار أو منقول أو منفعة وهذا ما حددته المادة 11 من قانون الأوقاف والشريعة الإسلامية تتبنى التقسيمين بالإضافة إلى التقسيم الزمني الذي يسم الوقف بموجبه إلى وقف مؤبد ووقف مؤقت فالوقف المؤقت قال به أبو حنيفة ومالك إذ يجوزان أن يكون الوقف مؤقتا فالأحناف يقولون بعدم لزوم الوقف وهو ملك للواقف يرجع عنه متى شاء والمالكية الوقف عندهم معقود على اشتراط الواقف فإذا اشترطه مؤبدا فهو كذلك وإذا اشترطه لمدة ما كان مؤقت ولا يكون لازما إلى خلال الفترة المشروطة التي لا يمكن خلالها للواقف التصرف فيه لا بالرجوع ولا بتصرف ناقل للملكية.[1]

الفرع الثاني: اثبات الوقف في ظل احكام القانون الجزائري

لقد وجدت الإدارة المكلفة بالأوقاف صعوبات كثيرة في إثبات بعض الأملاك الوقفية بسبب غياب العقود "، رغم أن المشرع الجزائري وضع قواعد عامة للإثبات في القانون المدني والنصوص الخاصة المتعلقة بالأوقاف

تعتبر مسألة إثبات الوقف من أهم القضايا التي لا زال المشرع والقضاء الجزائري لم يجد لها حلولا ، وخاصة أن معظم الأوقاف قد تعرضت للنهب والغصب والتعدي في ظل غياب أدلة وقرائن تثبت أيلولة بعض الأوقاف ، وقد حاول المشرع الجزائري في نصوص متعددة ومتفرقة

[1] - عمار نكاع ، **نظام الوقف في التشريع الجزائري** . محاضرات القيت على طلبة السنة الاولى ماستر قانون أسرة ، جامعة منتوري قسنطينة –1– سنة 2022 –2023 ص 28–29

سواء في القانون المدني، أو في قانون الأوقاف والنصوص المعدلة له ، وكذلك في قانون الأسرة ، أن يحدد كيفية إثبات الوقف ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى . وإثبات الوقف يعتد بتاريخه وعلى القضاة التأكد من تاريخ إبرام تلك العقود، وعليه سنتناول في الفرع الأول العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق وفي الفرع الثاني العقود التي حررت بعد صدور قانون التوثيق لسنة 1970 وفي الفرع الثالث العقود التي حررت بعد صدور القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

أولا: العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق

وهي مرحلة قبل صدور قانون التوثيق سنة 1970/12/15 بموجب الأمر رقم 70-91 [1]، فان العقود التوثيقية المتعلقة بالوقف كانت تحرر في شكل عرفي ، كما يمكن أن تحرر على الشكل الرسمي وهي العقود التي كانت يحررها قضاة شرعيون وأمام المحاكم الشرعية ، كما تكتسب طابع الرسمية العقود المحررة من قبل الأعوان العموميون.

والقضاة الشرعيون : سواء كانوا يعملون في المحاكم الشرعية يشرف عليها قاضي شرعي أو باش عدل فإن العقود المحررة من طرفهم أخذت صبغتها الرسمية واكتسبت تاريخها الصحيح وظلت أعمال هؤلاء القضاة سارية المفعول إلى حين صدور التقنين الخاص بالتوثيق بموجب الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 فألغيت مهامهم بموجب المادة 49 منه .

ولقد أكد القرار رقم 400-197 المؤرخ في 03-06-1998 الذي كرسته المحكمة العليا الاعتداد بعقود هؤلاء القضاة الشرعيون بقولها : من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسب نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميون تعد عنوان للحقيقة على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ حيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواه.[2]

---

[1]- قانون التوثيق سنة 1970/12/15 بموجب الأمر رقم 70-91 **الجريدة الرسمية** عدد 107 سنة 1970.

[2]- **المجلة القضائية** 1992عدد 1 ص 119.

والعقد العرفي عموما لكي يكون صحيحا ودليلا للإثبات ، حيث يشترط القانون أن يتضمن شرطين هما : الكتابة والتوقيع ، أما الكتابة فلا تخضع لأي شكل في إعدادها بالنسبة للغة المستعملة ولا الشخص القائم بتحريرها ، ويترتب على هذه الحرية على أنه لا يؤثر في صحة العقد العرفي وجود شطب للكلمات أو تفسير أو إضافة بين السطور إذ يترك الأمر في تقدير ما يترتب عن هذه العيوب المادية للمحكمة ، ولا ضرورة لذكر مكان تحرير المحرر، أما بالنسبة للتوقيع فيتم عادة بالإمضاء أو بكتابة اسم الموقع ولقبه أو أي كتابة تدل على هوية الموقع أو البصمة.[1]

ثانيا: العقود التي حررت بعد صدور قانون التوثيق لسنة 1970

وهي المرحلة التي تلت صدور قانون التوثيق لسنة 1970 المعدل بالقانون رقم 06-02 ، فان المشرع الجزائري بنصه في المواد 3 و 12 و 13 و 14 بضرورة تحرير كل العقود أمام الموثق، وبذلك فان أي عقد لم يحرره الموثق يعتبر غير رسمى ما عدا بعض العقود الرسمية التي تحررها الادارة ، ولا يحتج به أمام الغير.

وهو نفس الأمر الذي ذهب اليه المشرع الجزائري في المادة 217 من قانون الأسرة التي نصت على أن الوقف يثبت بما يثبت به الوصية طبقا لنص المادة 191 من هذا القانون" وهو قيام الواقف بتصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك ، وفي حالة عدم وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم.

ويؤشر به على هامش أصل الملكية . وبذلك نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد الرسمية في عقود الوقف ، وهو ما استقر عليه أيضا القضاء الجزائري في تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ولا سيما المذهب الحنفي بالنسبة لعقود الوقف العرفية المحررة قبل صدور قانون الأسرة سنة 1984 و عدم خضوع هذه العقود للرسمية ، لأنها تعتبر من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا، وقد صدر قرار [2]عن المحكمة العليا ألغى قرار صدر عن

[1]- حمدي باشا عمر **حماية الملكية العقارية الخاصة** مرجع سابق ص 19.

[2]- القرار رقم 234655 سنة 1999 غرفة الأحوال الشخصية - **المجلة القضائية**، عدد خاص سنة 2001 ص 314.

المجلس القضائي في عقد حبس عرفي سنة 1973 حرر طبقا للمذهب الحنفي على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي ، فانهم قد أخطأوا في قضائهم وعرضوا قرارهم للنقض لانعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر قرار رجعي.

فالقضاة ليسوا مجتهدين مطلقين في اختيار الأحكام المناسبة للقضايا المعروضة عليهم، بل هم مطبقون للأحكام لا مشرعين

ثالثا: العقود التي حررت بعد صدور القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف

لقد أكد المشرع الجزائري مرة أخرى في المادة 41 من القانون المشار اليه على أنه " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالتسجيل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه الى السلطة المكلفة بالأوقاف.

واستثناء من تلك القاعدة فقد تدخل المشرع وبسعى من الادارة المكلفة بالأوقاف الممثلة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الى اصدار المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2000 المتضمن إحداث وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات اصدارها وتسليمها، وهذا تبسيطا للاجراءات ، وهذا النوع من العقود يعتبر من العقود الادارية الوقفية ، يحررها مدير الشؤون الدينية والأوقاف الولائي المعين لهذا الغرض بموجب مرسوم رئاسي ، وهو مؤهل أيضا لتحرير العقود الخاصة بالأملاك الوقفية ، أخذا بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي كما هو معرف في المادة 324 من القانون المدني ، وكذلك المادة 26 مكرر 11 من قانون الأوقاف التي كرست في هذا الصدد نفس المبدأ المعمول به بالنسبة لمدير أملاك الدولة للولاية الذي يلعب دور موثق الدولة فيما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة

والمقصود بالعقد الوقفي أي الشهادة الرسمية (وثيقة الاشهاد المكتوب) التي يحررها مدير الشؤون الدينية والأوقاف بالولاية بالنسبة للأملك الوقفية التي لا توجد بشأنها وثائق رسمية (عقود(هذا ما نصت عليه المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المشار اليه سابقا بقولها": تتضمن وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وجوبا:

- المعلومات الخاصة بالشهود.

- التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا
- رقم تسجيلها في سجل خاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة اقليميا

ويجب أن تحرر هذه الوثيقة في 04 نسخ على الأقل ، والتي على ضوءها تحرر الشهادة الرسمية التي هي عبارة عن استمارة محددة تنظيميا للاشهار العقاري، والتي يوقعها مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص اقليميا باعتباره يحمل الصفة التوثيقية ثم يقوم بتسجيلها لدى مصلحة الطابع والتسجيل بمديرية الضرائب التي تقع في دائرة اختصاص موقع مديرية الشؤون الدينية ثم يتم شهرها لدى المحافظة العقارية المختصة اقليميا ، وهو ما نصت عليه المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 2000- بقولها " يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الاشهاد المكتوب إلى التسجيل والاشهار العقاري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها".[1]

وبهدف توحيد سبل العمل بهذه الشهادة صدرت تعليمة وزارية مشتركة بين وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية تحمل رقم 09 مؤرخة في 16 سبتمبر 2002 المتعلقة باجراءات تكوين الشهادة الرسمية بالملك الوقفي ، وتهدف هذه التعليمة الوزارية المشتركة من جهة أخرى الى شرح الأسس القانونية التي يتم بمقتضاها إعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ، وتطبيق نص المادة 08 من قانون الأوقاف رقم 91-10 ، ولا سيما الفقرة الخامسة منه " كل الأملاك التي آلت الى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها ومتعارف عليها أنها وقف "ونعني بشهادة الشهود التي تعتبر وسيلة اعتراف بطبيعة الملك الوقفي العام.

غير أن الاشكال المطروح حول هذه الشهادة الرسمية التي تعتبر بمثابة عقد رسمي استوفى جميع الاجراءات القانونية المتعارف عليه لنقل الملكية من تسجيل وشهر عقاري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها ، فانها قد تتعرض للبطلان عند ظهور أدلة مضادة ، ولم يحدد المشرع الجزائري مدة زمنية معينة لإلغاء هذه الشهادة الرسمية في حالة ظهور أدلة أو قرائن مضادة.

وقد يترتب على هذا الاجراء آثار سلبية ، خاصة إذا تم التصرف في هذا الملك الوقفي ببعض التصرفات الواردة في نص المادة 26 من القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المتعلق بتعديل قانون الأوقاف.

[1] صدر بموجبها ملحق يبين شكل وثيقة الإشهاد تابع للمرسوم 336/2000.تسمى وثيقة الإشهاد المكتوب إثبات الملك الوقفي.

المبحث الثاني : اثار الوقف في قانون الأسرة الجزائري و إدارة الأملاك الوقفية

إن من أهم أحكام وآثار الوقف الالتزامات التي يلتزم عما كل من تصرف في الوقف سواء كان واقف متصرف، أو موقوف عليه متصرف له ومن ما يحويه التصرف الوقفي من اشتراطات معروفة في الوقف، وهذا ما تم تناوله في المطلب الأول إضافة 4 كيفية إدارة واستغلال الملك الوعي وهم ما شاء لنا في المطلب الثاني

المطلب الاول : اثار الوقف في قانون الأسرة الجزائري

من المتعارف عليه قانونا أن التزامات الأطراف في العقود تكون كقاعدة على كليهما متى كانت تلك العقود ملزمة لجانبين و لكن في العقود الملزمة بجانب واحد يشترط تحقق التزامات نا الطرف المتصرف بالتبرع، وتكون التزامات الموقوف عليهام عرضا إضافة : التزمات الموقع فى عليهم بعد استيفاء حقهم والمتمثل في استغلال و الانتفاع دول التصرف بأي شكل من الأشكال وهو ما سيأتي بيانه فيما يلي

الفرع الاول : اكتساب الوقف الشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة

إن الحديث عن تمتع الوقف بالاستقلال المالي ، يدفعنا الى ضرورة الحديث عن الشخصية الاعتبارية ، وذلك لما لها من أهمية على عملية الاستثمار والتمويل ، إذ يجب على مؤسسة الوقف لكي تبرم العقود أن تكون صاحبة أهلية كاملة ، وهو ما نصت عليه المادة 5 من القانون رقم 91 المتعلق بالأوقاف ، حيث نصت على أن " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها"

ولم يعرف فقهاء الاسلام الشخصية المعنوية للوقف بالمعنى القانوني المعاصر وإنما عبروا عنها بلفظ " الذمة " وهي تعني بالعهد والكفالة . وقد عرفها الامام القرافي بأنها : " معنى شرعي مقدر في المكلف ، قابل للالتزام واللزوم " كما وضع الفقهاء شروطا لإفتراض الشخصية الاعتبارية للوقف مقارنة بأركان وشروط الشخصية الاعتبارية التي يقررها القانون ، ومن بين هذه الشروط : شرط وجود جماعة من الأشخاص وهم مجموع الواقفين أنفسهم الذين رصدوا أموالا لأغراض محددة وكذلك شرط رصد مجموعة من الأموال لتحقيق غرض ما وهذا الركن متوفر في الوقف، فالواقفون رصدوا أموالا من دور وأراض ومبان وغير ذلك من أموال منقولة أو عقارية لتحقيق

مقصد اجتماعي أو اقتصادي والى جانب ذلك ، شرط اعتراف القانون بالشخصية الاعتبارية للوقف حتى تقوم مؤسسة الوقف بنشاطها.

أما من حيث مميزات الشخصية الاعتبارية فان القانون يشترط مجموعة من الشروط للشخصية الاعتبارية، والسؤال المطروح هل الوقف يتمتع بهذه المميزات لكي تكون له الأهلية الكاملة ؟

إن الاجابة عن هذا السؤال يدفعنا للبحث عن:

– **صفة الذمة المالية** : تتمتع مؤسسة الوقف بذمة مالية مستقلة عن الدولة من جهة ، وعن الذمة المالية للأشخاص الطبيعيين كالواقف ، حيث يرصد الواقفون أموالا أو يوقفونها على جهات محددة، وتقوم الادارة الوقفية أو ناظر الوقف بتحقيق تلك المقاصد التي يريدها الواقف من وقفه.

– **الأهلية** : تتمتع كذلك مؤسسة الوقف بأهلية قانونية في الحدود التي رسمها القانون تمكنه من اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، غير أن هذه الأهلية أضيق نطاقا من أهلية الشخص الطبيعي فهي مقيدة بممارسة التصرفات القانونية التي تدخل في ميدان نشاطه وتخصصه ، ومقيدة كذلك بحدود الهدف الرصود للوقف لتحقيقه ، وهذه الأهليه القانونية مستقلة عن شخصية الجهة التي تديره أو الواقف.

– **حق التقاضي** : يخول القانون لمن يتمتع بالشخصية المعنوية بحق التقاضي [1]ضد شخص طبيعي أو معنوي كما يحق للغير أن يرفع دعوى ضده ، وأن صفة حق التقاضي أقرها الفقهاء للوقف قديما وحديثا لاثبات الوقف ولتغريم المعتدين عليه لذلك فان الوقف يتمتع بشخصية معنوية مستقلة تماما عن شخصية الواقف أو متوليه(وكيله) أو الموقوف عليهم ، لذلك فان الدعاوى يجب أن ترفع من الإدارة الوقفية أو عليها دون حاجة الى إدخال المستحقين فيها.

أما في الجزائر فان الوقف هو الآخر يتمتع بالشخصية المعنوية وتقوم الادارة الوقفية الممثلة في وزير الشؤون الدينية والأوقاف برفع الدعاوى باسمه وله الحق في أن يفوض من يراه مناسبا بموجب تفويض خاص للتقاضي باسمه على المستوى المحلي الممثل في مدير الشؤون الدينية والأوقاف بالولاية.

[1] قرار وزاري في 13 مارس 2011 ، يؤهل مديري الشؤون الدينية و الاوقاف بالولايات لتمثيل وزير الشؤون الدينية و الاوقاف في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة.

الفرع الثاني: انتقال ملكية مال الوقف

يلتزم الواقف بنقل الشيء الموقوف الذي يتخذ صورة العقار والمنقول، فضلا عن المنفعة في المذهب المالكي والقانون الجزائري استقاء منه، فأما العقار فمتفق على أنه يصلح لأن يكون محل للوقف وأما المنقول فهو محل ،خلاف والمعتمد لدى المالكية والحنابلة جوازه[1]، وأما وقف المنفعة فجائز شرعا ومسموح بها قانونا[2]

ويتخذ الوقف بدوره صورتا العقد والالتزام الملزم لجانب واحد وفي الأولى يشترط له القبول وفي الثانية لا يشترط القبول له، وفي كل تلك الأحوال لا بد من التثبت من نقل محل الوقف من يد الواقف إلى يد الموقوف عليهم.[3]

ولذلك يشترط بعض أهل العلم لنقل العقار الذي يكون في حيازة الواقف إلى حيازة الموقوف عليهم الحوز وهو الذي لا يتحقق في المساجد مثلا كما جاء به الإمام محمد ه إلا بفرزه عن سائر العقارات الأخر وتمكين المسلمين من الصلاة فيه.

وذلك ما لا يتسنى إلا بتحقق أدلة عملية تثبت نقل محل الوقف للموقوف عليهم كما في حال المقبرة التي يمكن فيها الواقف الموقوف عليهم دفن بعضهم، ففيه بيان على أن محل الوقف قد خرج من يد الواقف إلى الموقوف عليهم.

ولذلك يشترط بعض أهل العلم لنقل العقار الذي يكون في حيازة الواقف إلى حيازة الموقوف عليهم الحوز وهو الذي لا يتحقق في المساجد مثلا كما جاء به الإمام محمد إلا بفرزه عن سائر العقارات الأخر وتمكين المسلمين من الصلاة فيه.

و المشرع الجزائري أورد صيغة الوقف ضمن نص المادة 9 من قانون الأوقاف العامة ثم أورد صورها ضمن نص المادة 12 من نفس القانون جاعلها لا تعدو أن تبرز في اللفظ والكتابة والإشارة، وأضمر إلى إعمال أحكام الشريعة الإسلامية في حال النقص حينما أحال على نص المادة 2 من القانون . [4]

---

[1] جمال عياشي ، مرجع سابق ، ص 103.

[2] أنظر المادتين 215 ثم 205 من قانون الاسرة.

[3] جمال عياشي ، المرجع السابق ص 103 .

[4] و تنص المادة الثانية على ما يلي : على غرار كل مواد هذا القانون ، يرجع إلى احكام الشريعة الاسلامية في غير المنصوص عليه.

وبالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يتضح بأن الفقهاء أفتوا بالزام الانصياع لبعض القوانين الداخلية التي تلزم تسجيل الوقف وتحقيق بعض الإجراءات القانونية

هذا وجاءت في نص المادة 217 من قانون الأسرة إحالة على نص المادة 191 من نفس القانون والتي جاء فيها: " تثبت الوصية"

1- بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقدا بذلك؛

2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية

ومن ذات القبيل فقد أدرج المشرع الجزائري الإلزام بالتسجيل ضمن نص المادة 41 من قانون الأوقاف العامة حينما ألزم الواقف بتقييد عقد الوقف أمام موثق وبتسجيله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري [1]

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري إنما اتجه هذا الاتجاه وقال بتصريح الواقف لدى الموثق الذي يحرر له عقدا بذلك، أو بالحكم القضائي في حالة عدم تمكن الواقف من التصريح بغية تحقيق مسألتا الشهر والتسجيل لأنها مناط الإعلام وخروج الملك من يد الواقف [2]

وإن كانت المنفعة المرتبطة بالعقار أو الحقوق العقارية الأخرى يثبت انتقال الملكية فيها بنفس الإجراءات، فإن المنقولات البسيطة لا يقتضي انتقال الملكية فيها إلا عن طريق القبض، فبه وحدهيكون إثبات انتقال ملكية المال الموقوف من الواقف إلى الوقف قد تم.

الفرع الثالث: حق الموقوف عليهم في استفياء منفعة الوقف

وهذا ما حملته المادة 18 من القانون 91/10 المتعلق بالأوقاف في عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي من الموقوف عليه، فحقه محصور في الانتفاع [3]. دون التصرف بنصها على

[1] تنص المادة 41 من قانون الاوقاف على ما يلي: يجب على الواقف ان يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و ان يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و احالة نسخة منه الى السلطات المكلفة بالاوقاف.

[2] م 793 من القانون المدني.

[3] المقصود بعبارة "حق الانتفاع " الواردة في قانون الأوقاف بمضامين المواد 17 و 18 و 23 يختلف عن حق الانتفاع المتعارف عليه في القانون المدني والمنصوص عليه في المواد من 844 إلى 854 إذ أن حق الانتفاع في الوقف ليس مرتبطا بالمنتفع على الخصوص مثل حق الانتفاع العادي والذي لا ينتقل إلى الورثة و يزول بموت صاحبه فهو ملازم المنتفع لا غير، عكس حق الانتفاع في الوقف الذي ينتقل إلى ورثته إذا اشترطه الواقف، كما أن تنفيذ وإدارة هذا الحق والحفاظ عليه من التعرض والاعتداء وصيانته من واجبات ناظر الوقف وفي مقابل ذلك يقع على عاتق صاحب حقالانتفاع العادي المرتبط بالقواعد العامة

أنه ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف وحقه حق انتفاع لاحق ملكية، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري صراحة في المادة 23 المذكورة أعلاه، وأكده القضاء ممثلا في الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار.

رقم 188432 المؤرخ في 1999/09/29[1] بعدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي بالبيع بقوله: "... حيث أنه / في قضية الحال / أصاب قضاة الاستئناف لما نطقوا ببطلان البيع المنصب على مال موقوف مستندين إلى نص المادة 23 من القانون 91/10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير.

غير أن عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي كقاعدة عامة لا يعد قيدا مطلقا بل يرد عليه استثناء وحيد من هذا الأصل، كما بيناه سابق وهوما نصت عليه المادة 24 من قانون الأوقاف بخصوص تعويض واستبدال الأعيان الموقوفة، وفق حالات تم حصرها في نص هذه المادة، بحيث أنه لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية: حالة تعرضه للضياع أو الاندثار، وحالة فقدان منفعة الملك الوقفي مععدم إمكان إصلاحه، وحالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية، وحالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا له أو أفضل منه بالنظر لخطورة التصرف في أصل الملك الوقفي الذي هو مصدر حق الانتفاع في الوقف، وحرصا من المشرع الجزائري على ضبط هذه العملية بربطه ثبوت هذه الحالات المبينة أعلاه بضرورة صدور قرار من السلطة الوصية (مديرية الشؤون الدينية المعنية بعد إجراء معاينة ميدانية وخبرة للوقوف على حقيقة وضرورة هذا التصرف كاستثناء من الأصل الذي هو عدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي.

المطلب الثاني : ادارة الاملاك الوقفية

إن الوقف في أصله الشرعي هو صدقة جارية ، وهو يحتاج حتى يستمر ويستدام في عطائه وتحقيق أهدافه ومقاصد الواقفين الى من يقوم بولايته ورعايته ويحافظ عليه والقيام باستغلاله

للقانون المدني واجب إدارة وصيانة العين المنتفع بها باعتباره المستفيد الأول منهاراجع : رمول خالد الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر ، دار هومة، الجزائر 2004 ص 66.

[1] عمار نكاع ، **نظام الوقف في التشريع الجزائري** . مرجع سابق. ص 94.

بالطرق المشروعة وانفاق غلاته وتوزيعها على مستحقيها ، وهذا لن يتأتى إلا بولاية حكيمة ورشيدة تقوم بكل التدابير الممكنة من أجل المحافظة عليه ولأجل كل ذلك تناول الفقهاء قديما وحديثا عن كل السبل لتنظيم الادارة الوقفية .

وقد أثير التساؤل حول التكييف الفقهي لقيام الادارة الحكومية بوظيفة ناظر الوقف؟ فالمالكية اعتبروا إدارة الوقف والنظر في الأحباس جزء من أعمال الدولة ، وهي من واجبات السلطة الحاكمة ، لأن مال الوقف غالبا ما يكون الى جهات البر العامة، ويكون القيام بها من أعمال الدولة ، وتسدد أجرة هذا العمل من خزينة الدولة وليس من أموال الوقف، فقد تدخل خلفاء بني أمية في فض نزاعات الأوقاف وحل مشاكلها، وهذا ما جعل الفقيه الشافعي ابن جماعة[1] ، يقر بأن تدخل السلطان في النظر على الأوقاف والصدقات هو أحد واجبات السلطة الثمانية.[2] فوزارة الأوقاف وغيرها من الهيئات العامة التي تتولى إدارة الأوقاف لها صلاحيات ناشئة من صلاحيات الحاكم أو سلطة الدولة التي لها صلاحيات تعيين ناظر الوقف الذي لا يخالف الحالات والآراء التي حددها الفقهاء وبالتالي متى تقرر ولاية الدولة على الوقف، تقرر أيضا ولاية القضاء ، ولا مانع حينئذ من أن تكون الولاية لغير القضاء ، كتفويض الأمر الى وزارة أو إدارة ، ويكون لها ما للقاضي من الصلاحيات ، وقد حلت وزارة الشؤون الدينية والأوقاف محل ناظر الوقف في القيام بعمل النظارة على الوقف وإدارته

الفرع الاول : تعيين ناظر الوقف

الطرق الحديثة لإدارة الأملاك الوقفية: تتمثل الطرق الحديثة لإدارة الأوقاف في تعيين ناظر يديرها من قبل الوزارة المكلفة بها، وفق شروط معينة، وتعين له المهام التي يقوم بها وما له من حقوق وبيان ذلك كالتالي:

تنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي 98-381 على أن ناظر الوقف يعين بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية بعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف من بين :

- الواقف أو من نص عليه في وثيقة الوقف
- الموقوف عليهم أو من يختارونه اذا كانوا معينين على سبيل الحصر وكانوا راشدين.

[1] هو محمد بن ابراهيم بن سعد الله بن جماعة بن حازم الكناني الشافعي ، و كنيته أبو عبد الله ، و لقبه بدر الدين و يعرف منسوبا الى جده الرابع.

[2] كمل منصوري ، المرجع السابق ، **الاصلاح الاداري لمؤسسات قطاع الوقف** ، ص 32.

- ولي الموقوف عليهم إذا كانوا معينين و غير راشدين.
- أحد الاشخاص من أهل الخير والصلاح إذا كان الموقوف عليه غير معين وغير راشد ولا ولي

ويشترط فيمن يعين ناظرا من بين هؤلاء أن يكون مسلما وبالغا سن الرشد وأن يكون سليم العقل والبدن، وعدلا ،أمينا، وذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف وإدارة المال الوقفي واستغلاله، كما يشترط أن يكون متمتعا بالجنسية الجزائرية.

نصت المادة 33 من قانون الأوقاف على أن يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم، وأشارت المادة 34 منه على شروط تعيين من المرسوم الناظر وحقوقه وتصرفاته إلى نص تنظيمي لاحق، وبالرجوع إلى هذا الأخير نجد أن المادة 16 التنفيذي رقم : 381/98 نصت على إختصاص الوزير المكلف بالشؤون الدينية بتعيينه بمقتضى قرار بعد إستطلاع رأي لجنة الأوقاف، وفي كل الأحوال فإن من شروط تعيين ناظر الوقف المعين بموجب قرار أو معتمد ما يلي:

-**البلوغ:** فلا تصح ولاية القاصر الصغير، كونه لا يتولى إدارة ماله فكيف له إدارة المال.

-**العقل:** كما يعبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية " الكفاية اللازمة ونعني بها قدرته التامة على تصرف فيما هو ناظر عليه وإذا انعدم هذا الشرط زالت الولاية عن ناظر الوقف.

- **العدل:** أي أن يكون عدلا أمينا في المال وحسن التصرف فيه فإن زالت صفة العدالة عن الناظر وجب عزله بموجب حكم قضائي. لأن ناظر الوقف يتبوأ مكانة الوكيل الأمين الحريص فمن باب أولى أن يكون عادلا أمينا حتى يؤتمن عليه في الإدارة و التسيير بالتالي يؤمن كل من الواقف بالحفاظ على ما أوقفه وما اشترطه في وقفه وعادلا ما بين الموقوف عليهم كتوزيع حصيلة ما أنتجه المال الموقوف كأن يكون أرض زراعية بالعدل و القسطاس.

- **الكفاءة :** وهذا الشرط يثبت عادة بالخبرة اللازمة و التي تؤهله لتولي هذه الوظيفة[1]

[1] – أحمد سراج ، **أحكام الوصايا و الاوقاف في الفقه الاسلامي و القانون** ، طبع ونشر دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998 ص 316 ، 317

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تناول الشروط الواجب توافرها في الشخص المعين أو المعتمد ناظرا للأوقاف

حسب ما نصت عليه المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 98/381 وهي:

الإسلام، الجنسية الجزائرية البلوغ سلامة العقل و البدن، العدل و الأمانة و الكفاءة على حسن التصرف، وكل هذه الشروط تثبت بالتحقيق و الشهادة والخبرة

الفرع الثاني : مهام ناظر الوقف

بحسب المرسوم التنفيذي 381/98 المذكور أعلاه يباشر ناظر الوقف المهام الآتية:

– السهر على رعاية العين الموقوفة والقيام بكل ما يلزم للمحافظة عليها ودفع الضرر عنها

بحسب المرسوم التنفيذي 98–381 المذكور أعلاه يباشر ناظر الوقف المهام الآتية:
السهر على رعاية العين الموقوفة والقيام بكل ما يلزم للمحافظة عليها ودفع الضرر عنها

صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء.

استصلاح الأراضي الزراعية الوقفية وزراعتها.

تحصيل عائدات الملك الوقفي وأداء حقوق الموقوف عليه مع التقيد بشروط الواقف.

على ضوء المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم : 98/381 و التي ذكرت لنا على وجه الخصوص مهام ناظر الملك الوقفي، بحيث يباشرها تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته و التي تتمثل في:

– السهر على العين الموقوفة ويكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم وضامنا لكل تقصير
– المحافظة على الملك الوقفي وملحقاته وتوابعه من عقارات ومنقولات.
– القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي أو الموقوف عليهم.
– دفع الضرر عن الملك الوقفي مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف.
– السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء.
– السهر على حماية الملك الوقفي و الأراضي الفلاحية الوقفية واستصلاحها وزراعتها.
– تحصيل عائدات الملك الوقفي.

اولا: حقوق ناظر الوقف

بمقتضى المادة 18 من المرسوم التنفيذي 98-381 منح المشرع ناظر الوقف الحق في مقابل شهري أو سنوي يحدد من ريع الوقف الذي يتولى تسييره، وعند الاقتضاء يحدد الوقف بناء على ما ورد في وثيقة الوقف أو بتحديد من الوزير المعني.[1]

لناظر الملك الوقفي الحق في مقابل شهري أو سنوي يقدر ويحدد من ريع الملك الوقفي الذي يسيره إبتداءا من تاريخ تعيينه إذا كان ناظر الملك الوقفي العام أو إبتداءا من إعتماده إذا تعلق الأمر بناظر الملك الوقفي الخاص. ويمكن عند الاقتضاء منح هذا المقابل من غير موارد الملك الوقفي الذي يتولى نظارته، ويحدد المقابل الشهري أو السنوي حسب ماهو منصوص عليه في عقد الوقف، وإذا لم ينص عليه العقد يحدد الوزير المكلف بالشؤون الدينية نسبته بعد استشارة لجنة الأوقاف ومن حق ناظر الوقف الخضوع لإلتزامات التأمين و الضمان الإجتماعي حسب التنظيمات المعمول بها وتدفع الاشتراكات لأجهزة التأمين والضمان الاجتماعي وتقتطع من المقابل المستحق. وهذا ما تناولته المواد : 18، 19، من المرسوم 381/98[2].

ثانيا: حالات انتهاء مهام ناظر الوقف

بحسب المادة 21 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه تنهى مهام ناظر الوقف إما بالإعفاء أو بالإسقاط، وذلك بموجب قرار من الوزير في الحالات التالية: المرض وعدم الكفاءة والأمانة والاستقالة أو إذا ثبت تعاطيه أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر، أو إذا قام برهن الملك الوقفي كله أو جزء منه، أو باع مستغلاته بغير إذن السلطة المكلفة بالأوقاف أو الموقوف عليهم، أو إذا ادعى ملكيته، الإضرار بشؤون الملك الوقفي وإهمال مصلحة الموقوف عليهم، ارتكاب جناية أو جنحة[3].

[1] م 18 من المرسوم سالف الذكر.

[2] محمد باوني ، مرجع سابق ، ص 55.

[3] صالح ملوك ، **رقابة الدولة على الوقف من خلال تنظيم الادارة المكسيرة للاملاك الوقفية بعد سنة 1991في الجزائر** . مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية المركز الجامعي لتامنغست ، العدد 1 ، الجزائر سنة 2019 ص 124 و 125.

الخاتمة

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة، وبعد ما تعرفنا على موضوع التبرعات بالارادة المنفردة في التشريع الجزائري، يتضح لنا أن هذه التصرفات – الوصية والوقف – لها أهمية كبيرة وبالغة في حياة الفرد والمجتمع، لما تحققه من فوائد دينية و دنيوية .

ولما تتصف به أيضا من خطورة بما تحدثه من اضطرابات و اختلالات في المراكز المالية للأفراد، باعتبارها دون عوض، إذ لا يمكن إقامتها إلا بتوفر مجموعة من الأركان والشروط ، فلكل منهما أحكام تترتب عليهما حيث بعد أن المشرع الجزائري استمد غالب أحكامه من الشريعة الإسلامية، ووافقها في أغلب مباحثه، وبالتالي يمكن القول بأنها المرجع والمصدر الأول له. و من أهم ما توصلت إليه هذه الدراسة من نتائج يمكن أن تلخصها في العناصر التالية:

نتائج الوصية:

اولا: فيما يخص تعريف الوصية

وجدنا ان هناك اختلافا بين احكام المادة 184 من قانون الاسرة والمادة 196 من نفس القانون اذ ان المادة 184 تعتبر ان الوصية تصرف وارد على الملكية و المادة 196 تجيز الوصية بالمنفعة مما يجعل التعريف الذي وضعه المشرع في المادة 184 غير دقيق لأنه تارة نص على ان مورد الوصية هو الملكية وفي موضع آخر يجيز ورودها على المنفعة

ثانيا : فيما يخص تمييزها عن الهبة:

التعريف الذي وضعه المشرع للهبة في م 202 ق ا بأنها تمليك بلا عوض يشمل الوصية أيضا.

ثالثا: فيما يخص الأركان:

الوصية تصرف في التركة مضاف ما بعد الموت تنشأ بإرادة منفردة وهي إرداة الموصى بالتالي فان القبول ليس ركن وإنما هو شرط لزوم الوصية وثبوت ملكية الموصى به

رابعا: فيما يخص حكم الرجوع في الوصية و الاثار المترتبة عن هذا التصرف.

الوصية تصرف غير لازم بعد أي ان الموصي يستطيع الرجوع في وصيته صراحة او ضمنا متى شاء مادام على قيد الحياة، فاذا مات مصرا على وصيته انتقلت ملكية الموصى به الى الموصى له بواقعة الوفاة، ويترتب على ذلك انه يصبح مالك لثمار وفوائد الموصى به.

خامسا: قبول الموصى له للوصية يؤدي الى استقرارها و ثبوته في ذمته، أما رفضها فهو بمثابة نزول عن الملكية و لا يؤدي الى بطلانه على اعتبار انه ليس طرفا فيها

سادسا: تنتقل الملكية بوفاة الموصي و انفساخ ذمته المالية حالها حال الميراث .

نتائج الوقف:

أولا: إن تنظيم الوقف بموجب ثمانية مواد قانونية في قانون الأسرة تعتبر بمثابة إضعاف للقوة القانونية المترتبة على إبرام مثل هذه التصرفات والتي تحتاج الى آليات قانونية تنظمها و ضمانات تحميها ، حيث نجد أن المشرع الجزائري بشكل عام دون التفصيل فيها. ومثال نص م 217 من قانون الأسرة الجزائري

ثانيا: الوقف أركانه مثل أركان الوصية وأن الموقوف عليهم هم طرف مستفيد ولا دور لهم في إنشاء التصرف.

ثالثا: نجد أيضا أن المشرع الجزائري أخضع اثبات الوقف إلى ما تثبت به الوصية رغم ما يوجد من اختلاف بينهما في عدة نقاط منها: امكانية الرجوع في التصرف، مقدار كل منهما و مسألة نفاذ كل منهما.

رابعا: الوقف يكسب صاحبه حق الانتفاع دون التصرف أو الحجز عليه ، وباعتبار الوقف من اعمال البر و الخير اعفاه المشرع من التسجيل لكي يرغب الأشخاص في التكثير منه.

خامسا: تطلع المشرع الجزائري إلى تنمية الأوقاف وذلك من خلال البحث عن السبل المثلى لإدارتها واستثمارها و تسييرها

سادسا: إن قطاع الأوقاف يشكل المجال المشترك بين الدولة والمجتمع ، وعليه فإن هذه الإرادة المشتركة تمثل أحد الآليات الفعالة في إدارة النشاط الوقفى من خلال اساليب الإدارة المركزية والمحلية للأملاك الوقفية.

سابعا: إن تمتع المؤسسة الوقفية بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يساهم في استيعاب قدر واسع من المشاركة الشعبية وتكريس مختلف أوجه التضامن والتكافل الاجتماعي.

ثامنا: يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يوفق إلى حد كبير في تنظيم الوقف بموجب النصوص القانونية الواردة

في قانون الأسرة 11/84 المعدل والمتمم ، وهذا ما يجعل العديد من النصوص القانونية تحتاج إلى إعادة صياغتها.

الإقتراحات

أولا : نقترح تعريف آخر للوصية و هو : " الوصية تبرع مضاف الى ما بعد الموت بالارادة المنفردة".

ثانيا: نقترح اعادة النظر في نص المادة 201 من قانون الاسرة الجزائري بما يتماشى مع النتائج المتوصل اليها

ثالثا : نقترح ادراج نص قانوني ضمن مواد قانون الاسرة بشهر الوصايا التي يكون محلها عقارا

رابعا: نقترح ضرورة تبيان كيفية إثبات الوقف الوارد على العقار والمنقول كل منهما في نصوص على حدا وذكر الطرق التي يثبت بها بشكل واضح.

خامسا : نقترح ضرورة النص على عدم اكتساب ملكية الوقف عن طريق التقادم المكسب.

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

اولا: المصادر

- القران الكريم

- السنة النبوية الشريفة

صحيح مسلم كتاب الوصية 1631 الحديث رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي.

رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الوصية باب ما يلحق الانسان بعد وفاته حديث رقم 1631

حديث رواه الدارقطني عن أبي الدرداء.

3. معاجم اللغة

ابن منظور، لسان العرب المجلد الخامس عشر، دار صادر الطباعة والنشر، بيروت، لبنان سنة 14هـ .

4. النصوص القانونية

أ. الدساتير

دستور الجزائر مؤرخ في 23-02-1989 الجريدة الرسمية عدد 32

دستور الجزائر مؤرخ في 08-12-1996 الجريدة الرسمية عدد 76

ب. القوانين

القانون 11/84 المؤرخ في 9 جوان سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر 02/05 مؤرخ في 27 فيفري 2005 ج ر ج ج ، عدد 24 ، مؤرخ في 12 جوان 1984

القانون 14/88 ، مؤرخ في 03 ماي 1988 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، والمتضى القانون المدني ، منشور في ج ر ج ج العدد 28 الصادر في جوان 1988.

قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قاون التوجيه العقاري، معدل ومتمم بالامر 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 الجريدة الرسمية رقم 49

القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 افريل 1991 المتعلق بالاوقاف ، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 1991، المعدل و المتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 ، الجريدة الرسمية عدد 29 لسنة 2001، و بالقانون رقم 02-10 المؤرخ في 14-02-2002 جريدة رسمية عدد 83 لسنة 2002.

جـ. الاوامر

الامر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 ن يتضمن القانون المدني ، ج ر ج ج عدد 78 صادر في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر سنة 1975، معدل و متمم.

د. المراسيم

المرسوم التشريعي رقم62-157 المؤرخ في 31-12-1992

المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17-09-1964 المتضمن نظام الاملاك الحبسية.

هـ . المجلات القضائية

قرار المحكمة العليا رقم 151/66 الصادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 1990/05/19، المجلة القضائية وزارة العدل، عدد 03 ، سنة 1993.

قرار رقم 33719، الصادر بتاريخ 1984/07/09 ، المجلة القضائية وزارة العدل ، عدد 3 سنة 1989.

قرار رقم 59240، الصادر بتاريخ 1990/03/05 ، المجلة القضائية وزارة العدل ، عدد 3.

الغرفة العقارية ، ملف رقم 198940 ، الصادرعن المحكمة العليا ، بتاريخ 2001/04/25 ، المجلة القضائية، وزارة العدل ، العدد 1، سنة 2004

غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ، ملف رقم 230617، الصادر بتاريخ 2001/04/25 المجلة القضائية، وزارة العدل سنة 2001

قرار رقم 234655 ، الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية ، المجلة القضائية ، وزارة العدل سنة 2001

وزارة العدل ، المجلة القضائية ، العدد الاول ، سنة 1997

وزارة العدل ، المجلة القضائية ، العدد الاول ، سنة 1992

ثانيا : المراجع

1. الكتب

احمد الصاوي ، **بلغة السالك لأقرب المسالك الدردير** ، الجزء 4 ، دار الكتب العلمية . بيروت . 1995 .

أحمد عبد الرزاق السنهوري ، **العقود التي تقع على الملكية**، الجلد الخامس، الجزء الثاني.

أحمد محمود الشافعي : **الوصية والوقف في الفقه الشافعي**، ب ع ط دار الهدى للمطبوعات الاسكندرية ، مصر سنة 1994.

أحمد فراج حسين ،**أحكام الوصايا والأوقاف في الشريع الإسلامية**، د ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1997 .

الإمام أحمد الدردير **الشرح الكبير**، الجزء الرابع المطبعة الأزهرية، مصر، سنة 1927،

الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، ج 6، ب ع ط ،دار المعارف، بيروت، لبنان ، بدون سنة طبع.

الإمام عبد الرحمن الجزيري ، **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة** ، تقديم . د محمد بكر إسماعيل ، ج 3 ، ط1 ، دار المنار للنشر والتوزيع، مصر، سنه 1999.

الإمام محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي الحنني : **حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج 6، ب ع ط، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 2000.

الخطيب الشربيني ، **مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، المجلد 2ط1 ، دار المعرفة بيروت 1997 .

بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري** ، ج2 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر .

بلحاج العربي **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدنى الجزائري** ، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر بن عكنون سنة 2004 .

بلحاج العربي : **شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري** ، أبحاث و مذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، ب ع ط ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون – الجزائر، سنة 1996 .

بدران أبو العينين ، **المواريث والهبة والوصية في الشريعة الإمامية والقانون**، مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية 1975 .

جميل الشرقاوي ، **الحقوق العينية الأصلية** ، حق الملكية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية, القاهرة، 1974 .

خالد رمول. **الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر** ، دار هومة، الجزائر 2004.

رمضان أبو السعود ، **الوسيط في الحقوق العينية الأصلية** ، جمع ، دار العلم الجامعية : بيروت . 1985 ، .

سعيد عبد السلام، **المشاكل العملية في قانوني الميراث والوصية** . منشأة المعارف بالاسكندرية القاهرة بدون سنة – .

سليمان ابو الوليد بن خلف الباجي : **المنتقى شرح موطأ** ، امام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضي الله عنه ج 6، طبعة مصورة عن الطبعة الأولى مطبعة السعادة ، مصر سنة 1332 هـ – .

سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر، **لمحات مهمة في الوصية** دار الوطن للنشر، الرياض، –2003 .

شمس الدين السرخسي **المبسوط** ، المجلد 6 دار المعرفة . بيروت 1989 .

شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** للشيخ أبي البركات أحمد الدردير ب ع ط ، دار إحياء الكتب العربية حلب سوريا . بدون سنة طباعة.

محمد خضر قادر، **دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية** – دراسة فقهية مقارنة. دط ، دار البازوري ، الأردن 2010 .

صالح بن غانم السدلان ، **أحكام الوقف و الوصية و الفرق بينهما** دار بلنسية

عابدين الدمشقي الحنني : **حاشية رد المختار على الدر المختار** شرح تنوير الأبصار، ج 6، ب ع ط، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 2000.

عبد المنعم فراج الصدة ، **الحقوق العينية الأصلية**، النهضة العربية ، بيروت 1978 .

عمر حمدي باشا، **حماية الملكية العقارية الخاصة**، دار هومه، طبعة 11 ،الجزائر، 2017

كمال حمدي ، **المواريث والهبة والوصية** ، **بدون عدد طبعة** ، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 1998 .

محمد أبوزهرة شرح قانون الوصية، ط 2، **دار الفكر العربي**، القاهرة سنة 1404هـ 1988م

محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير كتاب الوصايا** ، المجلد الرابع، ط1 ، دار الفكر، بيروت، لبنان لسنة 1418 هـ 1998 م .

محمد بن أحمد تقية، **دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن**، د ط، فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية للتشر، الرياض، سنة 2008 .

محمد بن محمد الحطاب الرعيني ، **الفقيه المالكي** ، تحرير الكلام في مسائل الالتزام تحقيق عبد السلام شريف .

محمد زهدور، **الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية**، المؤسسة الوطنية للكتاب، الرجل 1991

محمد كمال الدين إمام، **الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد**، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1999

محمد كنازة ، **الوقف العام في التشريع الجزائري** ، دار الهدى سنة 2006

محمد مصطفى شحاته، **الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف**، مطبعة دار التأليف، مصر، 1976

محمد مصطفى شلبي، **أحكام الوصايا والاوقاف** الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، ط 4

محمد وحيد سوار ، **الحقوق العينية الأصلية** ، ج 6، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع الأردن : 1999

مصطفى الزرقاء ، **شرح موطأ الامام مالك** ، أحكام الوقف ج1

مصطفى السباعي وعبد الرحمان الصابوني، **الأحوال الشخصية والتركات** مطبعة خالد بن الوليد . دمشق ، ط4 ، 1976 ،

مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، أحكام الوصية والأهلية ج 2: ط 9 . دار الوراق ، الرياض، السعودية، سنة 2001،

موفق الدين بن قدامة المقدسي ، **المغني** . المجلد 6 . دار الكتاب العربي بيروت 1983

ناصر الدين سعيدوني ، **دراسات في الملكية العقارية** ، المدرسة الوطنية للكتاب 1986 ،

نسيمة شيخ ، **أحكام الرجوع في التصرفات اللتبرعية في القانون الجزائري (الهبة الوصية، الوقف)** ، طرح دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2014 ،

وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته** الجزء العاشر دار الفكر لبنان ط1 سنة 1984

وهبة الزحيلي ، **الفقه المالكي الميسر**، المجلد الثاني ، ج 6، ط2 دار الكلم الطيب " سنة 2000

2. الرسائل الجامعية

اطروحات الدكتوراه

جمال عياشي ، **تداخل آثار عقود التبرع و المواريث**، اطروحة دكتوراه في الحقوق ، فرع القانون الخاص كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 ، س 2013 –2014

عبد المالك رابح ، **النظام القانوني لعقود التبرعات (الوصية ، الهب ، الوقف) في قانون الأسرة الجزائري و الفقه الاسلامي**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الخاص ، جامعة الجزائر 1 – كلية الحقوق الغة الجامعية 2016 – 2017.

رحايمية عماد الدين **الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري** أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو سنة 2015،

مذكرات الماجستير

سليمان محمدي ، **كسب الملكية بسبب الوفاة الميراث والوصية** بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر – كلية الحقوق ، سنة 1988

علاوة بوتغرار **التصرفات الملحقة بالوصية في التشريع الجزائري** ، بحث شهادة الماجتسير في العقود والمسؤولية المدينة، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون 2001/2000

غياطو الطاهر ، **الوصية كسبب لكسب الملكية في القانون الجزائري و الشريعة الاسلامية** ، دراسة مقارنة مذكرة لنيل درجة الماجيستير في القانون ، تخصص القانون العقاري و الزراعي ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة سنة 1999-2000

3. المقالات العلمية

اشواق زهدور ، **مبطلات الوصية في القانون الجزائري** ، مجلة القانون العقاري و البيئة، جامعة وهران2 محمد بن احمد . العدد :1 ، الجزائر سنة 2022.

رمزي قانة ، وضعية الاوقاف الجزائرية قبل الاستقلال و بعده ، مجلة الدراسات الاسلامية: ع / قسم العلوم الاسلامية، جامعة الاغواط ، عدد 6 ، الجزائر جانفي 2016

سامية بن قوية ، النظام القانوني لاستثمار و استغلال و تنمية الاملاك الوقفية ،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، العدد 12 ، الجزائر ، ب س ن .

صالح ملوك ، رقابة الدولة على الوقف من خلال تنظيم الادارة المكسيرة للاملاك الوقفية بعد سنة 1991في الجزائر . مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية المركز الجامعي لتامنغست ، العدد 1 ، الجزائر سنة 2019

عمر حمدي باشا ، إثبات و نقل الملكية العقارية ، مجلة الموثق العدد 2 سنة 2001

محمد باوني ، الهيئات الادارية لتسيير الوقف في التشريع الجزائري ، مجلة العلوم الانسانية ، كلية الحقوق ، جامعة العربي التبسي ، عدد 49 الجزائر ، جوان 2018

محمد مصطفى زرباني ، آليات استرجاع الاملاك العقارية الوقفية المفقودة في أحكام القانون الجزائري ، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة غرداية ، العدد 3 . الجزائر ، سبتمبر 2022

4. المحاضرات:

جميلة مدور، التبرعات في قانون الأسرة الجزائري ، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثانية ماستر احوال شخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2024-2023، الجزائر،

عمار نكاع ، نظام الوقف في التشريع الجزائري . محاضرات القيت على طلبة السنة الاولى ماستر قانون أسرة ، جامعة منتوري قسنطينة -1- سنة 2022 -2023

هدى محمد سليم السهروردي ، مصارف اسلامية لطلبة المرحلة الرابعة ، المحاضرة 8 ، قسم العلوم المالية و المصرفية ، كلية الادارة و الاقتصاد ، الجامعة المستنصرية س 2020/2019.

الفهرس

الفهرس

مقدمة ..... **Error! Bookmark not defined.**
الفصل الاول الوصية في قانون الأسرة الجزائري 6
تمهيد..... 7
المبحث الأول: القواعد العامة للوصية في قانون الاسرة الجزائري..... 8
المطلب الأول : مفهوم الوصية..... 8
الفرع الأول: تعريف الوصية:..... 8
اولا : تعريف الوصية شرعا:..... 8
ثانيا : تعريف الوصية في قانون الاسرة الجزائري 9
الفرع الثاني : دليل مشروعية الوصية والحكمة منها. 11
أولا : دليل مشروعية الوصية 11
ثانيا : الحكمة من مشروعية الوصية.....13
الفرع الثالث: التمييز بين الوصية و بعض التصرفات القانونية المشابهة لها 13
أولا: تمييز الوصية عن الهبة.....13
ثانيا: تمييز الوصية عن الميراث: 14
المطلب الثاني: أركان الوصية.....16
الفرع الاول : رضا الموصي 16
الفرع الثاني: المحل 18
اولا :وجود محل الوصية: 18
ثانيا: تملك الموصي محل الوصية.....19

ثالثا: مشروعية محل الوصية.....21
رابعا: تعيين محل الوصية.....22
الفرع الثالث: السبب 23
أولا: مشروعية السبب في الوصية 25
المطلب الثالث: إثبات الوصية و بطلانها 27
الفرع الاول : إثبات الوصية.....27
الفرع الثاني: مبطلات الوصية.....28
أولا : مبطلات الوصية من طرف الموصي 28
ثانيا : مبطلات الوصية من طرف الموصي له.....30
ثالثا : مبطلات الوصية بسبب الموصى به 31
المبحث الثاني : آثار الوصية 32
المطلب الاول : انتقال ملكية المال الموصى به.....33
الفرع الاول : وقت انتقال ملكية المال الموصى به.....33
الفرع الثاني: الأثر المترتب على تحديد وقت انتقال الملكية. 34
المطلب الثاني: تنفيذ الوصية.....36
الفرع الأول: شروط نفاذ الوصية.....36
الفرع الثاني: تسليم المال الموصى به.....38
الفرع الثالث: عدم استجابة الورثة لتنفيذ الوصية 40
أولا: الإعتراض على الوصية في حدود ثلث التركة: 40
ثانيا : الاعتراض على الوصية المجاوزة الثلث أو كان الإيصاء لوارث.....41

ثالثا: حماية الورثة من التصرفات الملحقة بالوصية 41
الفصل الثاني الوقف في قانون الأسرة الجزائري.....44
تمهيد.....45
المبحث الاول: القواعد العامة للوقف في قانون الأسرة الجزائري 46
المطلب الاول: مفهوم الوقف في قانون الأسرة الجزائري.....46
الفرع الاول: تعريف الوقف 46
اولا: تعريف الوقف لغة:.....46
ثانيا : تعريف الوقف اصطلاحا 47
الفرع الثاني: مشروعية الوقف والحكمة منه.....50
اولا : مشروعية الوقف 50
ثانيا: الحكمة من مشروعية الوقف. 50
الفرع الثالث : خصائص الوقف وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية 51
اولا : خصائص الوقف في ظل أحكام القانون الجزائري 51
ثانيا : تمييز الوقف عن غيره من التصرفات القانونية.....55
المطلب الثاني: أركان الوقف في قانون الأسرة الجزائري 56
الفرع الاول: رضا الواقف 56
الفرع الثاني: محل الوقف: 58
اولا: وجود محل الوقف وتملك الواقف له 58
ثانيا: مشروعية محل الوقف وقابليته للتعيين.....61
الفرع الثالث: سبب الوقف 64

أولا: مفهوم سبب الوقف.....64
ثانيا: مشروعية سبب الوقف.....65
المطلب الثالث : أنواع الوقف و كيفية إثباته 66
الفرع الأول: أنواع الوقف.....66
أولا: الوقف العام.....66
ثانيا: الوقف الخاص 67
الفرع الثاني: اثبات الوقف في ظل احكام القانون الجزائري 68
أولا: العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق.....69
ثانيا: العقود التي حررت بعد صدور قانون التوثيق لسنة 1970 70
ثالثا: العقود التي حررت بعد صدور القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف 71
المبحث الثاني : اثار الوقف في قانون الأسرة الجزائري و إدارة الأملاك الوقفية 73
المطلب الاول : اثار الوقف في قانون الأسرة الجزائري 73
الفرع الاول : اكتساب الوقف الشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة 73
الفرع الثاني: انتقال ملكية مال الوقف 75
الفرع الثالث: حق الموقوف عليهم في استفياء منفعة الوقف 76
المطلب الثاني : ادارة الاملاك الوقفية.....77
الفرع الاول : تعيين ناظر الوقف 78
الفرع الثاني : مهام ناظر الوقف.....80
اولا: حقوق ناظر الوقف.....81
ثانيا: حالات انتهاء مهام ناظر الوقف 81

الخاتمة: 83
ملخص البحث..... 102
Abstract 103

ملخص البحث

ملخص البحث

تعالج هذه الدراسة موضوع التبرعات بالإرادة المنفردة في قانون الأسرة الجزائري والتي تتجسد في تصرفين اثنين وهما : الوصية والوقف، ويعد كل منهما تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد على سبيل التبرع وقانون الأوقاف. فقد نظم المشرع الجزائري أحكام الوصية والوقف ضمن قانون الأسرة باعتبار الوصية تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت, بمعنى لايتم تنفيذها إلا بعد موت الموصي فهي سببا من أسباب كسب الملكية في القانون المدني، ويعد الوقف جزءا هاما من الأملاك العقارية, فهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ويقصد به حبس العين والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر و هو بذلك ينطوي على جانين : جانب دينى و جانب قانوني . فإذا استوفى هذا التصرف التبرعي أركانه و توفرت شروطه وفق ما اقتضاه القانون ترتبت عليه آثاره و انتقلت بموجبه ملكية المال المتصرف فيه من المتصرف إلى المتصرف إليه ، فإذا لم تتحقق هذه الشروط أو بعضها فإن التصرف التبرعى (وصية ،وقف) يبطل، كما قد يحصل أن يتراجع الموحد أو الواقف عن تصرفه التبرعي لأي سبب من الأسباب فنتج عن ذلك النزاعات.

الكلمات المفتاحية :الوصية ، الوقف ، كسب الملكية، حبس العين.

Abstract

This study examines the topic of testamentary donations in Algerian family law, manifested in two acts: testamentary wills and endowments. Each constitutes a unilateral legal act of donation, governed by family law and the law of endowments. The Algerian legislator has regulated the provisions of wills and endowments within family law, considering the will as a posthumous transfer of ownership, meaning it is not executed until after the testator's death. It serves as a means of acquiring property rights in civil law. The endowment is a significant component of real estate, involving the immobilization of the principal and the distribution of its benefits, aiming to confine the asset while donating its benefits to a charitable cause. Thus, it encompasses both religious and legal aspects. When this act of donation fulfills its requirements and conditions as prescribed by law, its consequences ensue, transferring ownership from the donor to the recipient. Failure to meet these conditions, however, results in the nullification of the donation (will, endowment). Moreover, the donor or endower may revoke their donation for any reason, leading to disputes.

Keywords : testamentary wills and endowments, ownership, to confine the asset