جامعة جيلالي بونعامة بخميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم االسياسية

قسم القانون الخاص

محاضرات في مقياس الوقف

موجهة لطلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون أسرة

من إعداد الأستاذة الدكتورة: جبار جميلة

المحور الثاني: مصادر الوقف

السنة الجامعية 2024/2023

مقدمة:

عرفت بلدان المغرب العربي على غرار باقي الدول الإسلامية نظام الوقف و عملت به، و ما يوحي إلى ذلك توالي بناء المنشآت الوقفية التي وصلت إلى ذروتها .

إلا أن بلدان المغرب العربي الكثير من التقلبات ، أبرزها التأثيرات السلبية التي تركها المستعمر ، مما أدى بالوقف إلى أن يعرف تراجعا ملحوظا خاصة في الأزمنة الحديثة ، الشيء الذي فرض على الحكومات و المنظمات الإسلامية العمل بجد و إخلاص لبعث بنية قانونية تخص نظام الوقف

بعد حصول هذه البلدان على استقلالها ، حتى تكون هذه البنية قادرة على حماية و صيانة الأوقاف من أشكال الضياع و التبديد النهب الذي تعرضت له ، بعدما أضحى هذا القطاع بمعزل عن قطاعات تنموية أخرى غير قادر على خوض غمار المنافسة و مواكبة الحركة الدائمة للمجتمع نحو التقدم و النمو .

من بين أشكال الحماية القانونية التي أقرتها التشريعات العربية ، نجد ما تعلق منها بمصادر الوقف ، التي عملت على ضبط هذه المصادر المتمثلة في كل من العقد و الوصية ، يضاف إليهما مصدر ثالث يتمثل في القانون كمصدر صريح أخذ به المشرع المغربي على سبيل المثال، في حين المشرع الجزائري لم يعتد به كمصدر صريح و إن كان القانون بشكل عام عند المشرع الجزائري يعد مصدر لكل التصرفات حسب ما تشير إليه المادة 53 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم [1] التي تنص : ((**تسري على الإلتزامات الناجمة مباشرة عن القانون دون غيرها النصوص القانونية التي قررتها**)) .

من هنا يظهر لنا بشكل جلي أن مصادر الوقف عند المشرع الجزائري و حتى عند المشرع المغربي تتمثل في العقد و الوصية كما ينشئ الوقف بقوة القانون ، هذه المصادر تعمل على تكريس إرادة الواقف في تضمين أو ترتيب حق انتفاع لفائدة الموقوف عليهم في المال الموقوف .

من خلال هذا الفصل سوف نعرج لدراسة مصادر الوقف من خلال المباحث الثلاث الموالية مادامت مصادر الوقف تتمثل في ثلاث مصادر .

المبحث الأول

عقد الوقف كمصدر للوقف

[1] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري ، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم .

ينصرف المدلول الخاص للعقد في الفقه الإسلامي إلى ذلك التصرف الذي يتطلب توافق الإرادتين مظهرهما الإيجاب و القبول ، بينما ينصرف المدلول العام لمصطلح العقد إلى كونه تصرف يترتب إلتزام و لو بإرادة واحدة [1]. و لإسقاط مدلول العقد على التصرف الوقفي يرى فقهاء المذاهب الأربعة على أن الوقف على جهة عامة كجهات غير محصورة أو محددة مثل الفقراء ، أو جهة لا يتصور منها القبول يعد تصرف بإرادة منفردة يتم إنشاؤه بمجرد صدور إيجاب من الواقف لا يحتاج لتمامه و لزومه صدور قبول من الموقوف عليه ، هذا ما ينطبق و المدلول العام للوقف حتى و لو كان الوقف على معين و قام هذا الأخير برده ، إذ يعد التصرف و حال هذه تصرفا بإرادة منفردة لا يبطل بالرد ، بل ينتقل إلى غيره سواء كان الموقوف عليهم معينين أو غير معينين كالفقراء ، ما دام الوقف لم يتضمن عبارات تدل على اقتصاره على المعين الذي رده .

هذا المدلول تبنته التشريعات قيد الدراسة و عملتا به عند تحديدهما لطبيعة الوقف بمعنى العقد فالمشرع الجزائري كرس هذا المدلول بموجب نص المادة 04 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم [2] أما المشرع المغربي نجده تطرق لهذا الحكم في نص المادة الأولى من مدونة الأوقاف [3] .

من خلال هذا المطلب سنعرج بالدراسة إلى عقد الوقف باعتباره مصدر من مصادره ، بل العقد هو مصدر لكل التصرفات القانونية في كل من التشريع الجزائري و التشريع المغربي ، و ذلك من خلال تقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول طبيعة عقد الوقف على أن يكون المطلب الثاني متعلقا بخصائص هذا العقد .

المطلب الأول : تكييف **طبيعة عقد الوقف في كل من التشريع الجزائري و التشريع المغربي**

تقتضي منا دراسة طبيعة عقد الوقف توضيح ما إذا كان تعريف العقد يندرج ضمن التعريف العام الذي لا يتطلب توافق الإرادتين في ترتيب الإلتزام ، أم أنه تعريف خاص نحتاج فيه إلى توافق إرادتين هما الإيجاب

---

[1] محمد أبو زهرة محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية سنة 1971 ، ص 41 .

[2] . القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 يتعلق بالأوقاف في التشريع الجزائري المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية رقم 21 المؤرخة في 1991/05/08 المعدل و المتمم بالقانونين الأول رقم 07/01 المؤرخ في 22 مايو 2001 ، الجريدة الرسمية رقم 29 المؤرخة في 2001/05/23 ، و الثاني القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 ، الجريدة الرسمية رقم 83 المؤرخة في 2002/12/15 .

[3] . ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 08 ربيع الأول 1431 الموافق ل23 فبراير 2010 يتعلق بمدونة الأوقاف للمشرع المغربي ، الجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 الموافق ل14 يونيو 2010 .

و القبول ، و هذا بتبيان موقف كل من المشرع الجزائري و المشرع المغربي من المسألة ، من خلال الفروع التالية .

الفرع الأول : طبيعة عقد الوقف في التشريع الجزائري

تطرق المشرع الجزائري من خلال المادة الأولى من قانون الأوقاف المعدل و المتمم إلى تحديد مدلول الوقف من دون أن يتطرق إلى مصادره ، لكن بالرجوع إلى نصوص قانونية أخرى وجدناها متفرقة بين قانون الأوقاف و قانون التوجيه العقاري ، و لقد تطرقت هذه التشريعات إلى مصادر الوقف المتمثلة في كل من العقد و الوصية بالتحبيس ، دون أن ينص المشرع صراحة على القانون كمصدر قائم بذاته عكس ما ذهبته إليه بعض التشريعات العربية الأخرى .

فعقد الوقف عن المشرع الجزائري يعد مصدر أساسي لنشوء الوقف و ترتيب الآثار الناجمة عنه ، لكن السؤال المطروح هل مدلول العقد عند المشرع الجزائري ينصرف إلى المدلول العام أم أنه يقتصر على المدلول الخاص ؟ .

الإجابة على هذا اطرح وردت ضمن نصوص قانونية منها المادة 59 القانون المدني المعدل و المتمم التي تقضي بما يلي : **((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية))** ، بحيث نستشف من خلال هذا النص أن عبارة العقد يراد بها ذلك الإرتباط الحكمي بين الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين و القبول الصادر من متعاقد آخر ، أي ارتباط القبول بالإيجاب ارتباطا ينصب على محل العقد الذي يجب أن يكون مشروعا .

في حين لو رجعنا إلى نص المادة 01/04 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم لوجدنا للعقد مدلول آخر يتمثل في ذلك التصرف المبني على الإرادة منفردة تتمثل في الإيجاب تؤدي إلى إحداث آثار قانونية ، أما القبول في عقد الوقف يكون شرطا لإستحقاق الوقف فقط .

و لرفع الغموض الناجم عن تكييف طبيعة العقد في التشريعين المشار إليهما أعلاه نحكم قاعدة الخاص يقيد العام ، أي أن مدلول عقد الوقف ينصرف إلى المدلول العام و ليس المدلول الخاص ما دام المشرع قد فصل في المسألة بنص خاص ورد ضمن أحكام قانون الوقف ، و يبقى الحكم الوارد ضمن الشريعة العامة (القانون المدني) يسري على عقود أخرى في غياب نصوص قانونية خاصة تنظمها .

و منه نخلص بالقول أن تعبير الواقف الناجم عن إرادته المنفردة يكون السبب المنشئ لعقد الوقف ، سواء كان هذا التعبير صريحا أو ضمنيا ، لأن الوقف في حد ذاته تصرف قانوني بإرادة منفردة [1]، و ما القبول في عقد الوقف إلا شرطا لإستحقاق الوقف و ليس لإنعقاد التصرف .

لتبقى مسألة القبول عند المشرع الجزائري مسكوتا عنها و لم يفصل فيها ، في حين نجد المشرع المغربي عمل على تفصيل المسألة تفصيلا دقيقا لكونه يأخذ بالأوقاف الخاصة التي تتطلب قبول .

و هو ما سنعمل على تبيانه من خلال الفرع الموالي .

الفرع الثاني : طبيعة عقد الوقف عند المشرع المغربي

تطرقت مدونة الأوقاف المشار إليها سابقا للمشرع المغربي إلى تعداد مصادر الوقف بما فيها العقد حسب نص المادة الأولى ، حيث ورد هذا المصدر في الترتيب الأول يليه كل من الوصية و القانون

لكن السؤال الذي يطرح هل المشرع المغربي أخذ بالتعريف العام أم بالتعريف الخاص لعقد الوقف ؟

الإجابة على هذا السؤال تقتضي البحث في مسألة مدى توافق الإرادتين في إنشاء العقد يكون مظهرهما الإيجاب و القبول و هو ما ينصرف إليه المدلول الخاص للعقد ، أما المدلول العام للعقد يتحدد بالتصرف الذي يرتب إلتزام و لو بإرادة واحدة ، هذا ما عملت على تبيانه و توضيحه المواد من 17 إلى 21 من مدونة الأوقاف .

إذ ينعقد الوقف بالإيجاب الذي يكون إما صريحا أو ضمنيا ، بينما يأتي القبول لإتمام الإيجاب ولا يشكل بذلك شرطا لإستحقاق الوقف ، إلا إذا كان الوقف وقفا معقبا أو ما يعرف في تشريعات أخرى بالوقف الخاص ، لأن في هذا النوع من الوقف يكون الموقوف عليه شخصا معينا حسب ما تشير إليه المادة 18 من مدونة الأوقاف و لإستحقاقه الوقف لا بد من صدور قبول منه أو من ينوب عنه ، و إذا رفض الموقوف عليه الوقف عاد الوقف إلى الأوقاف العامة و لا يبطل برده ، الأمر الذي نستشف من خلاله أن المشرع المغربي لا يقر ببطلان الوقف برده أو رفضه من قبل الموقوف عليه ، هذا الحكم نجده مكرس بموجب المادة 19 فقرة 01 من مدونة الأوقاف التي تنص : ((**إذا كان الموقوف عليه المعين متمتعا بالأهلية صح القبول منه أو من وكيله ، فإن رفض عاد الوقف إلى الأوقاف العامة**)) .

[1] أ / محمد كنازة . الوقف العام في التشريع الجزائري . دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و القرارات القضائية ، دار الهدى للطباعة و التوزيع و النشر عين مليلة الجزائر ، طبعة سنة 2006 ، ص 95 ...96 .

أما إذا كان الموقوف عليه فاقد الأهلية فيصدر القبول من نائبه الشرعي ، فإن لم يكن له نائب شرعي عيّن له القاضي من يصدر القبول بدله ، بينما الموقوف عليه إذا كان ناقص الأهلية جاز القبول منه أو من نائبه الشرعي حسب ما تبينه الفقرة الثانية و الثالثة من نص المادة 19 : ((...إذا كان الموقوف عليه المعين فاقدا للأهلية ، تعين على نائبه الشرعي أن يقبل عنه ، فإن لم يكن له نائب شرعي عين له القاضي من يقبل عنه .

وإذا كان الموقوف عليه المعين ناقص الأهلية ، جاز القبول منه او من نائبه الشرعي)) ، لأن القبول الذي يبديه ناقص الأهلية هو صحيح مادام الوقف من التصرفات التبرعية التي يتلقى فيها الموقوف عليه الإنتفاع بالعين الموقوفة من دون مقابل [1]، هذا و يكون التعبير عن القبول إما

صراحة بالعبرات الدالة على ذلك أو ضمنا كحالة حوز المال الموقوف بعد نشوء الوقف ، الذي يعد قرينة على قبول الوقف [2]

الفرع الثالث : إثبات عقد الوقف

بعد نشوء عقد الوقف يترتب عن هذا الأخير آثار قانونية تتمثل في خروج المال من ملكية الواقف بالمقابل يثبت حق الانتفاع للموقوف عليه أو الموقوف عليهم ، و حتى ينتج العقد مثل هذه الآثار لا بد أن يستوفي هذا الأخير الإجراءات المتعلقة بإثباته .

من خلال هذا الفرع ، سوف نعمل على توضيح إجراءات إثبات عقد الوقف في التشريعات قيد الدراسة في نقطتين .

أولا : إثبات عقد الوقف في التشريع الجزائري

نصت المادة 35 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل و المتمم على وسائل إثبات الوقف ، بحيث يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية ، بما في ذلك العقد كوثيقة مكتوبة تثبت العلاقة التعاقدية أوالتصرف الذي أنشأ الوقف ، غير أن عقد الوقف الذي يكون محله عقار يتطلب مراعاة الرسمية و إلا كان العقد باطلا

[1] أ / شيخ نسيمة . أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة مدعمة بالأحكام الفقهية و الإجتهاد القضائي ، دار هومة الطبعة الثانية سنة 2014 ، ص 255 ...258 .

[2] . د / عبد الكريم شهبون . عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى و القانون الوضعي ، مكتبة الرشاد سطات المغرب ، الطبعة الثانية 2012 ، ص 56 ...62 .

حسب ما تقضي به المادة 324 مكرر 01 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم : 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم : ((**زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ...**)) ، تطبيقا لأحكام هذا النص يجب على الواقف مراعاة الإجراء الرسمية بتحرير العقد من قبل ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، هذا و قد أكدت المادة 41 من قانون الأوقاف الجزائري على نفس الحكم بضرورة إثبات عقد الوقف بعقد رسمي يحرره موثق و يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف ، غير أن هذا النص لم يتضمن الجزاء المترتب عن إغفال الرسمية كالبطلان مثلا ، لأن العقد قد ينشأ صحيحا مستوفيا لأركان الوقف : من واقف ، موقوف عليه ، صيغة و محل للوقف ، و بالتالي لا يمكن الإقرار بحكم بطلان عقد الوقف مع تحقق الأركان الوقف ، كل ما في الأمر أن العقد صحيح غير أن تخلف الرسمية أو الشكلية ينجر عنه عدم زوال ملكية الواقف .

فمسألة مراعاة الشكلية في عقد الوقف المنصب على عقار من رسمية و شهر لدى المحافظة العقارية ، الغرض منها ثبوت زوال حق ملكية الواقف و انتقال حق الإنتفاع الوقفي إلى الموقوف عليه .

غير أنه و بالرجوع إلى نص المادة 271 من قانون الأسرة الجزائري [1] نجدها تقضي بأن

الوقف يتم إثباته بنفس الوسائل التي تثبت بها الوصية : ((يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون)) ، بالرجوع إلى نص المادة 191 من قانون الأسرة نجد وسائل إثبات الوصية حصرها المشرع الجزائري في وسلتين هما : العقد الموثق ، و الحكم القضائي يؤشر به على هامش أصل

الملكية في حالة تحقق المانع القاهر الذي يحول دون تحرير العقد الموثق [2]، بينما نجد الوقف يثبت بجميع الطرق الشرعية بما فيها شهادة الشهود و اليمين و البينة ، و هذا بناءا على نص المادة 35 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم .

[1] القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم .

[2] . قد يتخذ عقد الوقف الطابع الإداري ، عندما يتعلق الأمر بالعقود المبرمة من أجل تحويل الأملاك المخصصة للمساجد والمشاريع الدينية ، كونها عقود يتم تحريرها من قبل مدراء أملاك الدولة .

و عليه نرى أن الحكم المكرس بموجب المادة 191 من قانون الأسرة المشار إليه أعلاه حكما مناقض لنص المادة 35 من قانون الأوقاف ، و لضمان انسجام النصوص القانونية من الأجدر إلغاء نص المادة 217 من قانون الأسرة.

بغرض جرد الأملاك الوقفية استحدث المشرع الجزائري وثيقة تدعى الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي كرسها المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26[1] تمسكها المصالح المعنية (مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف على مستوى الولاية) ، تسجل وثيقة الإشهاد المكتوب في سجل خاص لدى مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا ، هذا و يحدث بالمقابل لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية تسجل فيه العقارات الوقفية على أن يتم إشعار السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك حسب ما تشير إليه المادة 08 مكرر من قانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل و المتمم .

بعدما تطرقنا في الأولى إلى مسألة إثبات عقد الوقف في التشريع الجزائري ، نعرج من خلال النقطة الموالية إلى دراسة عقد الوقف في التشريع المغربي مادامت الدراسة دراسة مقارنة .

ثانيا : إثبات عقد الوقف في التشريع المغربي

اعتبر المشرع المغربي عقد الوقف من العقود الشكلية التي تستوجب الرسمية ، و منه فإن مشروعية الوقف تجعل منه تصرف مقيد بضوابط شرعية و قانونية لازمة لصحته ، من بين هذه الشروط نجد الإشهاد الذي يتم بحضور شاهدي عدل معتبرا الوقف من التصرفات أو العقود الإحتفائية و توثيقه في وثيقة رسمية كأصل .

لكن و في حالات أخرى يعتبر الوقف صحيحا و لو لم تتحقق هذه الرسمية ، أي لم يكتفي المشرع المغربي بإثبات الوقف بمراعاة التوثيق و الرسمية ، بل أقرن هذه المسألة بمسألة أخرى لها أهمية بالغة و هي الحيازة أو الحوز ، لذا سوف نعمل على تفصيل هذه الأحكام من خلال نقطتين .

أولا الإشهاد على الوقف بورقة رسمية : يعبر الإشهاد على الوقف من بين شروط صحة الوقف حسب ما تقضي به المادة 24 من مدونة الأوقاف التي تنص : ((يشترط لصحة الوقف شرطان :

. الإشهاد على الوقف

. حوز المال الموقوف قبل حصول المانع ...))

يتلقى العدول الإشهاد على الوقف بحيث تشمل وثيقة التحبيس اسم عدلي التلقي ، أي يتلقى الشهادة

[1] مرسوم تنفيذي رقم 2000، 336 مؤرخ في 26 أكتوبر سنة 2000 يتضمن إحداث الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كيفيات إصدارها و تسليمها ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2000/10/31 ، العدد 64 .

في آن واحد عدلان منتصبان للإشهاد [1]، يضاف إلى ذكر اسم عدلي التلقي ذكر التاريخ و الساعة

و اليوم و الشهر و السنة بالحروف و الأرقام وفق تقويم هجري مع بيان ما يوافقه من التقويم الميلادي و ذلك يوما فيوم بتتابع الشهادات حسب ساعات و تواريخ تلقيها .

يضمن العدلان في الشهادة فصولها الجوهرية التي ينتفي معها كل غموض أو إبهام ، مع تثبيت كل المعلومات و المستندات التي يتعين استيفاؤها ، و تعيين العقار الواجب تعيينه من ذكر اسم و رقم الصك العقاري ، و رقم مطلب التحفيظ ، مساحته ، قيمته ، موقعه و حدوده .ثم يقوم العدلان بتلاوة مضمون الشهادة على المتعاقدين و الشهود ، مع الإشارة في الشهادة إلى ذلك و إلى توقيعهم و إمضاءاتهم ، وبصماتهم إذا تعذر الإمضاء .

كما يجب أن تتضمن وثيقة التحبيس أركان الحبس أو الوقف من أسم المحبس ، المحبس عليه ، والحبس موضوعه و حدوده و الإشهاد عليه و معرفة الملك المحبس ، و لا تكون وثيقة الإشهاد تامة إلا

إذا كانت مذيلة بخطاب قاضي التوثيق عليها الذي يفحصها و يتأكد من خلوها من النقص حتى تصبح ورقة رسمية و حجة قاطعة بقوة القانون [2].

<u>ثانيا توثيق العقد العرفي للتحبيس</u> : في الحالة التي يتعذر فيها إثبات الوقف بورقة رسمية يمكن أن يعتد في مسألة الإثبات بالعقد العرفي هذا ما نستنتجه من نص المادة 25 في فقرتها 02 من مدونة الأوقاف على أنه : **((إذا تعذر تلقي هذا الإشهاد اكتفى استثناءا بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون))** . بمعنى إذا حالة الضرورة دون تحرير إشهاد على كتابة الوقف ،

يمكن الإكتفاء بوثيقة التحبيس العرفية الموقعة من قبل الواقف ، و تكون لهذه الوثيقة العرفية نفس القيمة القانونية للوثيقة الرسمية ، إذا كان لها تاريخ ثابت و تحمل رسمية التوقيع محل المصادقة [3] .

---

[1] المادة 25 فقرة 01 و 02 من ظهير شريف رقم 1.09.236 المذكور أعلاه .

[2] المادة 25 فقرة 03 من ظهير شريف رقم 1.09.236 المشار إليه أعلاه .

[3] زهيرة فونتير منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني و الفقهي و الحماية القضائية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة القاضي عياض ، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية بمراكش ، السنة الجامعية 2014 /2015 .ص 90 ...92 .

يكمل هذا النص نص آخر هو المادة 425 من قانون الإلتزامات و العقود للمشرع المغربي الذي يعتد فيه المشرع بالعقود أو المحررات العرفية إذا كان لها تاريخ ثابت : ((المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين و ورثتهم و خلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه)) ، وفق الحالات التالية :

. من يوم تسجيلها ، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج .

. من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي .

. من يوم وفاة أو من يوم العجز الثابت ، إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفى أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا .

. من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض سواء في المغرب أو الخارج .

. إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة .

. إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرّف بالوثيقة و بموقعها ، وفق التشريع الجاري به العمل[1] .

المطلب الثاني : خصائص عقد الوقف

يتمتع عقد الوقف كغيره من العقود بجملة من الخصائص منها أن عقد الوقف يعد من العقود التبرعية و هو من العقود المسماة لا يؤدي هذا التصرف إلى نقل الملكية كون الوقف ليس ملكا للموقوف عليهم ، مجمل هذه الخصائص ستكون محل دراسة من خلال الفروع الموالية :

الفرع الأول : عقد الوقف عقد تبرعي

يعد عقد الوقف من عقود التبرع أو بالأحرى من التصرفات التبرعية ، كون الواقف و من خلال تبرعه بالمال الموقوف لا ينتظر مقابلا لما يعطي و لا يقبض عوضا عما أعطى و قدم ، فوصف التبرع يلحق بفعل الواقف دون الموقوف عليه ، فهو بالنسبة للواقف من أعمال التبرع ، أما بالنسبة للموقوف عليه فليس كذلك لأن دوره يقتصر على قبول المال الموقوف و الإنتفاع به دون تقديم أي مقابل من جهته .

الفرع الثاني : عقد الوقف من العقود المسماة

[1] الطيب لمنوار . القوة الإثباتية في الوثيقة العدلية ، فقها و تشريعا و قضاء . مقال منشور مجلة الحقوق المغربية ، عدد مزدوج 3/2 السنة الثانية ماي 2007 ، ص 147 .

يقصد بعبارة العقد المسمى هو العقد الأكثر تداولا في الحياة العملية حتى يعرف باسمه الخاص ، فعقد الوقف رغم شهرته و كثرة تداوله لم يسعى المشرع الجزائري على غرار باقي تشريعات الدول الإسلامية لتنظيم أحكامه كباقي العقود المسماة الأخرى الواردة ضمن القانون المدني ، بل تضمن قانون الأوقاف أحكام هذا العقد ، و لعل السبب في ذلك يعود إلى إضفاء أحكام الفقه الإسلامي على هذا النوع من العقود [1].

الفرع الثالث : عقد الوقف عقد غير قابل لنقل الملكية

هناك العديد من العقود التبرعية البعض منها يعتبر من العقود الناقلة للملكية كالهبة مثلا أو الوصية ، بينما الوقف طبيعته لا تؤدي ذات الوظيفة تماشيا و الآثار التي تنجم عن الوقف المتمثلة في ثبوت حق الإنتفاع الوقفي و فقط لفائدة الموقوف عليه ، على اعتبار أن الوقف عند المشرع الجزائري ينحصر في نوع واحد و هو الوقف العام ، لا يمتد بأي حال من الأحوال إلى تملك محل الوقف و هذا ما تؤكده المادة 05 من قانون الأوقاف بنصها : ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعين و لا الإعتباريين ....."

المبحث الثاني

الوصيـــــة بالتحبيـــــس كمصدر من مصادر الوقف

تعد الوصية بالتحبيس أحد مصادر الوقف يضاف إليها المصدر الأول ألا و هو العقد ، لدراسة هذا المصدر بشيء من التفصيل خصنا لهذا المبحث مطلبين ، نعالج في المطلب الأول مفهوم الوصية بالتحبيس على أن يكون المطلب الثاني متعلقا بصور و حالات التي يأخذ فيها عقد الوقف حكم الوصية و هل يمكن تكييف هذه التصرفات على أنها وصية بالتحبيس ، محاولين دراسة هذه المسألة دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و التشريع المغربي .

المطلب الأول : مفهوم الوصية بالتحبيس

عالج كل من التشريع الجزائري و التشريع المغربي مسألة الوصية بالتحبيس ، على اعتبار أنها مصدر من مصادر الوقف ، و عليه سوف نعمل على تفصيل هذا المصدر من خلال الفرعين التاليتين

الفرع الأول : الوصية بالتحبيس عند المشرع الجزائري

[1] زهيرة فنتير - مرجع سابق - ص 90 ....92 .

بيان معنى هذا المصدر يقتضي تحليل العبارتين (الوصية ، التحبيس أو وقف) ، فالوصية كغيرها من التصرفات القانونية تصدر بإرادة منفردة تنفذ بعد موت الموصي توجب حقا في حدود الثلث [1]

لأنها تعد في حد ذاتها سبب من أسباب كسب الملكية .

أما مدلول الوقف أو الحبس في الإصطلاح يقصد به حبس العين عن التملك ، و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و هو التعريف نفسه الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 03 من قانون الأوقاف .

بناءا على ما سبق نستطيع القول أن الوصية بالتحبيس هي مصدر من مصادر الوقف ، تنفذ في حدود الثلث ، كرست هذا المصدر المادة 31 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم حيث تقضي بما يلي : ((**الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور**)) .

فعبارة وفاة الموصين الوسطاء التي تضمنها النص توحي إلى اعتماد المشرع هذا المصدر ، كأن يوقف شخص بممتلكات و لا يكون هذا الوقف نافذا أو منجزا إلا بعد وفاة الواقف ، أو وفاة الأشخاص الموصى لهم .

تجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه كان ينبغي على المشرع أن يضمن هذا المصدر ضمن أحكام قانون الأوقاف و ليس قانون التوجيه العقاري ، حتى لا يبقى نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري بمعزل عن قانون الأوقاف .

<u>ثانيا الوصية بالتحبيس عند المشرع المغربي</u>

تطرق المشرع المغربي في المادة الأولى من مدونة الأوقاف إلى الوصية بالتحبيس كمصدر من مصادر الوقف عند تعريفه للوقف حيث تنص هذه المادة على ما يلي : ((**الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة ، و خصصت منفعته لفائدة جهة بر و إحسان عامة أو خاصة . و يتم إنشاؤه بعقد ، أو وصية ، أو بقوة القانون .....**)) .

---

[1] . لقد أصاب المشرع الجزائري عندما حصر وسائل إثبات الوصية في العقد الموثق و في حالة تعذر تحرير هذا الأخير تثبت الوصية بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية و هذا بغرض حماية التركات من التحايل عليها .

و عليه للوقوف عند هذا المصدر نكون مضطرين إلى الرجوع لعقد الحبس في حد ذاته لنعرف ما إذا كان الوقف ناجزا أو أنه مضاف إلى ما بعد الموت أي معلق على واقعة الوفاة ، فإنه و الحالة هذه يعتبر صحيحا يلزم من الثلث بالموت لا قبله ، كأن يقول الشخص وقفت داري بعد موتي على الفقراء .

فهو تبرع مشروط بالموت و بالتالي فالوصية بالتحبيس ليست وصية بمعناها الحقيقي ، و إنما تعتبر كذلك في حق اعتبار الثلث[1] ، تؤدي بهذا المعنى إلى ثبوت الوقف بعد تحقق واقعة الوفاة .

ففي هذه الحالة تكون الوصية بالتحبيس قد نشأة ابتدءا ، كما يمكن و في حالات أخرى تكييف عقد الوقف على أنه وصية بالتحبيس سواء كان ذلك بالنسبة للمشرع الجزائري أو المشرع المغربي ، هذا ما سنبينه من خلال الفرع الموالي .

المطلب الثاني : حالات تكييف عقد الوقف على أنه وصية بالتحبيس

من بين حالات تكييف عقد الوقف على أنه وصية ، نجد حالة تحبيس المريض مرض الموت ، و الوقف المضاف إلى ما بعد الموت ، هاتين الحالتين سوف نعالجهما من جانب التشريعات قيد المقارنة على النحو التالي .

الفرع الأول : حالة تحبيس المريض مرض الموت

إن التبرعات بوجه عام و الوقف على وجه الخصوص ، إذا وقع و الواقف يتمتع بحالة صحية جيدة فإن هذا التصرف يخرج الأموال الموقوفة من ملك الواقف و الواقف على قيد الحياة ، أما إذا صدر من واقف مريض مرض موت يجري عليه حكم الوصية ، أي ينفذ في حدود الثلث لغير وارث ما لم يجزه الورثة[2] و علة ذلك أن حرية الشخص في الإيصاء في هذه الحالة تكون مقيدة ، بحيث لا تنفذ فيما زاد على النصاب المقرر استنادا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((إن الله تعالى تصدق عليكم

[1] عبد السلام فيغو . التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت ، الطبعة الثانية ، دون مكان الطبع ،سنة 2010 ، ص 172

[2] زهيرة فونتر . مرجع سابق . ص 97 .

عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم)) [1]، فما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة بعد وفاة الواقف ، فإذا أجازوه نفذ التصرف و أصبح وقفا ، و إذا لم يجيزوه بطل ما زاد عن المقدار الوصية أي الثلث.

و هو الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري استنادا إلى نص المادة 776 من القانون المدني المعدل والمتمم التي تقضي : ((**كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضاف إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف**)) . من خلال هذا النص نستشف أن الوقف لما كان من التصرفات التبرعية ، فإذا صدر

و الواقف مريض مرض الموت أخذ التصرف حكم الوصية [2] ، وكأن التصرف الذي صدر حال المرض المؤدي إلى وفاة الوقف هو وصية بالتحبيس ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يأخذ حكم التصرف الوقفي ، لأنه تم و الواقف مريض مرض موت . وعليه من المقرر قانونا أن التصرف الوقفي الذي تعلق بواقعة المرض المؤدي إلى الوفاة ، يعاد تكييفه بعد الوفاة على أنه وصية بالتحبيس تلزم في حدود الثلث ، وتسري عليها باقي أحكام الوقف التي يكون الواقف قد ضمنها في تصرفه ، ولا يمكن اعتبارها وصية عادية ، لأن الحكم الذي تضمنه نص المادة 776 من القانون المدني المعدل والمتمم هو حكم عام . فكان من الأجدر أن يتدخل المشرع الجزائري بنص خاص ضمن قانون الأوقاف ويؤكد من خلاله على أن وقف المريض مرض الموت وقف لازما في حدود الثلث و ما زاد عن الثلث تعلق بحقوق الورثة .

لكن الغريب في الأمر أن حكم تصرفات المريض مرض موت اعتبرها القضاء من التصرفات الباطلة[3]، في حين حكم البطلان لم يقره المشرع في نص المادة 776 من القانون المدني المعدل والمتمم .

---

[1] أ / شيخ نسيمة . مرجع سابق . ص 217 .

[2] . مرض الموت هو ما توفر فيه أمران :

. أن يكون من الأمراض التي يغلب فيها الموت عادة حسب تقرير الأطباء

. أن يتصل الموت به من غير برء مدة طويلة قدرت بسنة حتى و لو كان الموت بسبب آخر غير المرض .

راجع في ذلك الشيخ محمد مصطفى شلبي . أحكام الوصايا و الأوقاف . الدار الجامعية للطباعة و النشر بيروت ، دون سنة النشر ، ص 350 ... 351 .

[3] . راجع في هذا الصدد قرار المحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 33719 الصادر بتاريخ 1984/07/09 منشور م ق العدد 03 ، 1989 ، ص 51 و الذي جاء فيه : ((متى كان من المقرر فقها و قضاء أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية و الإجتهاد القضائي السائد بشأن هذا الخصوص))

و كذلك القرار الصادر بتاريخ 1971/03/03 ، نشرة القضاة عدد 02 ص 73 .((من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطل ، و على مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة بينة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبيسه بالمرض الذي

بالموازاة نجد المشرع المغربي هو الآخر يقر بحالة الوقف الذي يتم حال مرض الموت ، إذ يعطيه هو الآخر حكم الوصية ، و هذا طبقا لنص المادة 06 من مدونة الأوقاف المشار إليها أعلاه ، حيث تقضي المادة بما يلي : ((**يعتبر وقف المريض مرض الموت لازما ، و يعطي حكم الوصية طبقا لأحكام مدونة الأسرة**)) .

و منه نخلص إلى القول أن الوقف إذا تم و الواقف مريض مرض موت ، يكيّف التصرف بعد الوفاة على أنه وصية ينفذ في حدود الثلث تسري عليها أحكام الوقف . هذا ما اعتمده المشرع المغربي ، في حين المشرع الجزائري اكتفى بحكم عام بينته المادة 776 من القانون المدني المعدل و المتمم على

اعتبار أن كل التصرفات التبرعية بما فيها الوقف تأخذ حكم الوصية ، إلا أن الوقف الذي يتم حال مرض الموت ينبغي أن يأخذ حكم الوصية بالتحبيس لا حكم الوصية لأنه وقف لازم يتم في حدود ثلث المال الموقوف .

الفرع الثاني : حالة وقف مضاف إلى ما بعد الموت

الوقف قد يكون ناجزا تاما حال حياة الشخص ، كما قد يكون غير ناجز أي أنه مضاف إلى ما بعد الموت ، فإنه و الحالة هذه يعتبر تصرف صحيح يلزم من الثلث بالموت لا قبله .

المبحث الثالث

القانون كمصدر من مصادر للوقف

أدرك المسلمون حقيقة الوقف و مقاصده الشرعية و رسالته الدينية و الإجتماعية ، و تعرفوا على فضله و نفعه و أحكامه ، فتسابقوا إليه و تنافسوا فيه طمعا في فضل الله و مرضاته ، فأصبحوا يحبسون جزءا من ممتلكاتهم التي يخصص ريعها لمختلف جهات البر و الإحسان ، في مقدمة هذه الجهات نجد الوقف على المساجد ، كيف لا وقد أذن الحق سبحانه أن ترفع و يذكر فيها اسمه ، إلى جانب المساجد نجد المقابر و الأضرحة . و نظرا للطابع الخاص لهذا النوع من الأوقاف تدخلت بعض التشريعات بنصوص صريحة

مات من جرائه .و حيث لم يأخذ المجلس القضائي تلك الدعوى و لا بطلب إقامة البينة على صحتها ، واكتفى في حكمه بمجرد ما جاء في وثيقة الحبس بالوجه السابق الذكر كان قرار خارقا لأشكال المرافعات الجوهرية و حتى القواعد الشرعية مما يستوجب نقضه)) .

معتبرة هذه الأوقاف أوقافا عامة بحكم القانون كالتشريع المغربي مثلا ، بينما المشرع الجزائري سكت عن المسألة و اكتفى بتعداد الأوقاف العامة فقط .

لتوضيح المسألة أكثر ، ارتأينا تقسيم دراسة هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في المطلب الأول موقف المشرع الجزائري من هذا المصدر ، على أن يكون المطلب الثاني متعلقا بموقف المشرع المغربي من المصدر قيد الدراسة .

المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري من القانون كمصدر للوقف

مسألة اعتبار الأوقاف جميعا أوقاف عامة يستفيد منها كافة المسلمين لم تكن يوما محل نقاش ، لكن هناك بعض الأوقاف العامة كالمساجد و المقابر و الأضرحة و الزوايا تحتاج إلى أن يتدخل المشرع بنص قانوني صريحة ليضفي عليها طابع الأوقاف العامة بحكم القانون كونها أوقاف يستفيد منها عامة المسلمين ، الأمر الذي أغفله المشرع الجزائري و اكتفى بتعداد الأوقاف العامة سواء خصصت هذه الأوقاف لإقامة الشعائر الدينية أو لم تخصص ذات الغرض، و اعتبرها في الوقت نفسه أوقاف عامة مصونة حسب مل تبينه المادة 08 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم : ((الأوقاف العامة المصونة هي المتمثلة في الآتي :

. الأماكن التي تقوم فيها الشعائر الدينية

. العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن سواء كانت متصلة بها أم كانت بعيدة عنها

. الأموال و العقارات التابعة لهذه الأماكن ، سواء كانت متصلة بها أو كانت غير بعيدة عنها

. الأموال و العقارات و المنقولات الموقوفة على الجمعيات و المؤسسات و المشاريع الدينية

. الأملاك العقارية المعلومة وقفا و المسجلة لدى المحاكم

الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي و سكان المنطقة التي يقع فيها العقار .

. الأوقاف الثابتة بعقود شرعية و ضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين

. الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها .

ـ كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة و لم يعرف واقفها و لا الموقوف عليها و متعارف عليها أنها وقف .

. الأملاك و العقارات و المنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا و الموجودة خارج الوطن .....)) .

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى تحديد موقف المشرع الجزائري من القانون كمصدر للوقف ، نبحث في المطلب الموالي موقف المشرع المغربي من هذا المصدر .

المطلب **الثاني** : **القانون كمصدر للوقف في التشريع المغربي**

اعتبر المشرع المغربي بعض الأوقاف العامة أوقاف بقوة القانون تطرقت إليها المادة 50 من مدونة الأوقاف من بين الأوقاف العامة بقوة القانون نجد المساجد و الزوايا يضاف إليهما الأضرحة و المقابر، وهذا عملا بسنة الرسول صلى الله عليه وسلم التي تحث على الترغيب في بناء المساجد و عمارتها وتطهيرها، حيث وردت أحاديث كثيرة تدل على وقف المساجد و بناؤها ، فعن عثمان بن عفان رضى الله عنه قال : سمعت الرسول صلى الله عليه وسلم يقول : ((من بنى مسجدا يبتغي به وجه الله تعالى بنى الله له بيتا في الجنة))[1].

والجدير بالذكر أن المسجد في التشريع المغربي يكتسي صبغة الوقف العام ابتداء من تاريخ تعيين و تحديد القطعة الأرضية المزمع بناء المسجد فوقها و تحبيسها لهذه الغاية تحت إشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية التي يرجع لها الإختصاص في هذا الشأن .

يضاف إلى المساجد الزوايا و الأضرحة و المقابر تعد هي الأخرى أوقاف عامة بقوة القانون ، لما تقوم به من أدوار إجتماعية كبيرة ، حيث تعمل على خلق نوع من التوازن لإستقرار الحياة الإجتماعية للأفراد

تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن المشرع الجزائري و المشرع المغربي ، اعتمدا كلاهما نظام الوقف وأفردا للملكية الوقفية قانون خاص تضمن الأحكام المتعلقة بالوقف ، على وجه الخصوص ما تعلق منها بمصادر الوقف .

هذه المصادر تطرق إليها المشرع المغربي ضمن نص المادة 01 من مدونة الأوقاف ، تمثلت في التصرف الوقفي ، الوصية بالتحبيس ، و القانون . في حين المشرع الجزائري اكتفى بتعريف التصرف

الوقفي من خلال المادة 04 من قانون الأوقاف 10/91 المعدل و المتمم ، باعتباره مصدر من مصادر

الوقف ، دون أن يشمل هذا النص باقي المصادر ، و البحث في بقيت المصادر مقارنة بالمشرع المغربي وجدنا المشرع الجزائري قد تطرق إلى مصدر آخر من مصادر الوقف ألا و هو الوصية بالتحبيس و ذلك ضمن نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/09 المعدل و المتمم ، هذا و لم ينص المشرع

[1] مختص الإمام البخاري لمحمد ناصر الدين الألباني ، الطبعة الشرعية الوحيدة مكتبة المعارف للنشر و التوزيع ، المجلد الأول ، ص 162 .

صراحة على القانون كمصدر للوقف ، و إن كان القانون هو مصدر كل التصرفات حسب ما تقضي به المادة 53 من القانون المدني المعدل و المتمم .

توصلنا من خلال دراسة هذا إلى تحديد مفهوم الوقف من الجانب الفقهي و من الجانب التشريعي أين تطرقنا إلى تعريف الوقف و أدلة مشروعيته ، ثم تمييزه عن غيره من التصرفات التبرعية ، بعدما عرجنا إلى المحطات التاريخية التي مرت بها الأوقاف في الجزائر بداية من العهد العثماني مرورا بالفترة الإستعمارية إلى المرحلة ما بعد الإستقلال ، لنتوصل في الأخير إلى تحديد أنواع الوقف و مصادره في التشريع الجزائري و بعض التشريعات العربية على وجه التحديد التشريع المغربي ، و منه نكون قد خلصا إلى تحديد مفهوم الوقف تحديدا دقيقا نافيا للجهالة به ، حتى يتسنى لنا الوقوف عند الأحكام التنظيمية للوقف و التي تتطلب منا دراسة أركان الوقف و شروطه ، هذا ما سوف نتطرق إلى من خلال الباب الموالي .