

## تعليق على قرار المحكمة العليا

غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 234655، الصادر بتاريخ 1999/11/16<sup>9</sup>

قضية: (ع س ب م) ضد (ع ف ب م).

محمودي فاطمة

أستاذة محاضرة "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة وهران 2

الحبس - العقد العرفي - عدم تطبيق القانون بأثر رجعي. (الشريعة)

من المستقر عليه على أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطأوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي.

ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

---

<sup>9</sup> المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 314.

إن المحكمة العليا في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الايبار الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بكتابة الضبط بتاريخ 3 أوت 1999 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها المحامي المطعون ضده.

بعد الاستماع إلى السيد الهاشمي هويدي الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن المسمى (ع س) قد طلب نقض القرار الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 1999/02/22 القاضي بقبول الترجيع بعد النقض شكلا وإلغاء رسم الحبس العرفي المؤرخ في 1973/01/03 وتعيين الخبير فيالة علي لحصر مخالفات (ع م) وجعل مشروع قسمة.

حيث استند الطاعن في طلبه على وجهين للنقض.

حيث أن المطعون ضدها لم ترد.

حيث التمسست النيابة العامة نقض القرار.

**عن الوجه الأول:** المأخوذ من انعدام الأساس القانوني بدعوى أن القرار المنتقد قد ألغى الحبس موضوع النزاع على اعتبار أن الحبس لم يذكر المذهب الذي اعتمده وعدم وضعه في عقد رسمي.

حيث أن عقد الحبس العرفي المؤرخ في فاتح جانفي 1973 قد اعتمد فيه واضعه المذهب الحنفي بصفة واضحة لأن المذهب المالكي لا يجيز التحبيس على النفس ولا يجرم البنات مما يعني أن المرحوم (ع م ب) المدعو (ب) الذي حبس كل أملاكه أولا

على نفسه ثم على أولاده وليس للبنات إلا النفقة والكسوة الخ وهذه الشروط خاصة بالمذهب الحنفي.

حيث أن القرار المنتقد قد ألغى الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يوضع في عقد رسمي طبقا للمادة 12 من الأمر المتضمن القانون التوثيق مع أن هذه المادة لا تنطبق على الحبس الذي يدخل في أعمال التبرع علما بأن أوجه البر المختلفة تعود إلى الشريعة الإسلامية وبذلك لا يمكن تطبيق قانون الأسرة بمفعول رجعي على وقائع تمت سنة 1976 وعليه فالوجه مؤسس الأمر الذي يتعين معه نقض القرار والمطعون فيه ودون الحاجة إلى مناقشة الوجه الثاني.

### لهذه الأسباب

**قررت المحكمة العليا -** غرفة الأحوال الشخصية والمواريث - بقبول الطعن شكلا ونقض القرار عن مجلس قضاة باتنة بتاريخ 1999/02/22 وإحالة القضية والأطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون مع إلزام المطعون ضدها بالمصاريف.

بدا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس عشر من شهر نوفمبر سنة تسعة وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا - غرفة الأحوال الشخصية - المترتبة من السادة:

الرئيس المقرر.

هويدي الهاشمي

المستشار.

إسماعيلي عبد الكريم

المستشار.

أمقران المهدي

بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام، وبمساعدة السيد زاوي ناصر أمين ضبط.

## الوقائع:

- أبرم المرحوم (ع م ب أ) المدعو (ب) عقد الحبس العربي في فاتح جانفي 1973.
- حبس كل أملاكه أولا على نفسه ثم على أولاده وليس للبنات إلا النفقة والكسوة..الخ.
- وقع نزاع بين (ع س ب م) و (ع ف ب م) حول صحة عقد الحبس من حيث الشكل.

## الإجراءات:

### على مستوى مجلس القضاء:

- رفع (ع ف ب م) دعوى ضد (ع س م ب) أمام مجلس قضاء باتنة يطالب فيها بإلغاء رسم الحبس العربي.
- 22 / 02 / 1999 أصدر مجلس قضاء باتنة بقبول الترجيع بعد النقض شكلا وإلغاء رسم الحبس العربي المؤرخ في 03 / 01 / 1973.

### على مستوى المحكمة العليا:

- طعن (ع س م ب) بالنقض في القرار أمام المحكمة العليا بتاريخ 3 أوت 1999.
- بتاريخ 16 / 11 / 1999 أصدرت المحكمة العليا قرار يقضي بقبول الطعن شكلا ونقض القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ 22 / 02 / 1999 وبالمصاريف على المطعون ضدها.

## الإدعاءات:

### - يدعي الطاعن:

- انعدام الأساس القانوني، حيث أن القرار المنتقد قد ألغى الحبس موضوع النزاع على اعتبار أن الحبس لم يذكر المذهب الذي اعتمده وعدم وضعه في عقد رسمي.

- المطعون ضدها: لم ترد.

### المشكل القانوني:

هل الرسمية في عقد الوقف تعتبر وسيلة للإثبات أم أنها تعتبر ركنا، فإذا انعدمت يترتب عليها بطلان عقد الوقف؟

### الخطوة:

أولاً) شروط عقد الوقف من حيث الموقوف عليه طبقاً لمذهب المالكي والحنفي.

ثانياً) عقد الوقف طبقاً لقانون التوثيق وقانون الأسرة الجزائري.

### التحليل:

**المقدمة:** أبرم المرحوم (ع م ب أ) المدعو (ب) عقد الحبس العرفي في فاتح جانفي 1973. حبس كل أملاكه أولاً على نفسه ثم على أولاده وليس للبنات إلا النفقة والكسوة.. الخ. وقع نزاع بين (ع س ب م) و(ع ف ب م) حول تكييف عقد الحبس من حيث الشكل، فهل هو عقد عرفي أو عقد رسمي؟

أولاً) شروط عقد الوقف من حيث الموقوف عليه طبقاً لمذهب المالكي والحنفي

يرى الإمام مالك عدم جواز اشتراط التحبيس لنفسه، ولكن اشتراط ذلك لا يبطل الوقف إن كان معه غيره، بل وتصرف الغلة لغيره مادامت شروط الوقف كلها مستوفاة في جانبه، وعلى ذلك يصح الوقف عند مالك، ويبطل الشرط، وإن أفرد نفسه بالوقف بطل في مذهب المالكي لأن الصيغة أصبحت لا أثر لها، فتبطل، وتقع لاغيه.

أما بخصوص الوقف على الأولاد (الذكور والإناث)، هناك إجماع في مذهب المالكي على تأثيم من وقف على بنيه دون بناته، أو جعل استحقاق بناته مقيدا بعدم الزواج، وإن بعضهم جعل ذلك التأثيم علة للإبطال، وبعضهم لم يجعل التأثيم علة للإبطال، لأن الفعل قد يصح مع أن النهي يصاحبه مادام لا يؤثر في ركنه.

بينما يرى الإمام أبي حنيفة جواز الوقف على النفس أو الذرية منفردا، ولو كان الوقف على نفسه بشريك بمعنى وقفه على نفسه وعلى ذريته أو الفقراء.

وفيما يخص الوقف للأولاد، أحصر الإمام أبي حنيفة الوقف على الذكور دون البنات. فليس لمن الحق في الوقف، وليس للبنات إلا النفقة والكسوة الخ. عكس ما ذهب إليه الإمام مالك.

وفي قضية الحال المرحوم (ع م ب أ) المدعو (ب)، وهو الواقف اشترط أن تكون كل أملاكه لنفسه، ومن بعده لأولاده، فهذا الشرط جاء متماشيا مع المذهب أبي حنيفة، ومخالفا للمذهب المالكي الذي أبطل هذا الشرط. ومن خلال حيثيات القرار يتضح أن المرحوم (ع م ب أ) حصر الوقف على الذكور دون الإناث، وجعل حقهن ينحصر على النفقة والكسوة.. الخ. عكس المذهب المالكي لم يستثن البنات من الوقف مهما كانت وضعيتهن الاجتماعية. وعليه فإن الواقف قد تبني بوضوح المذهب أبي حنيفة نظرا لتوافر شروط الخاصة بالمذهب الحنفي في عقد الوقف الذي أبرمه. وبالتالي قد أخطأ مجلس قضاء باتنة في تقديره لهذه المسألة الفقهية حينما ألغى الحبس موضوع النزاع على أساس أن الحبس لم يشير إلى المذهب الذي تبناه أثناء إبرامه لعقد الوقف.

### ثانيا) عقد الوقف طبقا لقانون التوثيق وقانون الأسرة الجزائري

يتميز التصرف القانوني الذي ينشئ بموجبه الواقف كونه تصرفا تبرعيا ينتج آثار في ملكية الواقف للمال الموقوف. وعليه يترتب على عقد الوقف خاصية مهمة جدا، وهو أن العقد الوقفي صادر عن إرادة منفردة، تنظر الشريعة الإسلامية إلى عقد الوقف على أنه تصرفا تبرعيا رضائيا، سواء ورد على عقار أو على منقول، فيجوز للواقف أن ينشئ وقفه إلى الموقوف عليهم دون مقابل وذلك برا بهم وابتغاء لوجه الله دون حاجة إلى إفراغه في شكل معين. إذ ينعقد بكل ما يصدر عن الواقف دالا على إنشائه من لفظ أو فعل أو إشارة.

نفس الموقف تبناه المشرع الجزائري إذ نص في المادة 1/4 من قانون الأوقاف رقم 10/91 على ما يلي: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة."

هذا النص جمع بين عبارتين متناقضتين في المعنى، فتوظيفه لكلمة "عقد" معنى أن الوقف التزام يتوقف إنشائه على تطابق الإيجاب الصادر من الواقف مع قبول الصادر

من الموقوف عليه، وهذا خطأ لأن الوقف لا يعقد بتطابق الإيجاب مع القبول حتى يسمى عقداً، وإنما يتم بالإرادة المنفردة للوقف. أما من حيث صياغة عقد الوقف، نصت المادة 12 من نفس القانون على أنه "تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة، حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه." يتضح من خلال نص المادة 12 السالفة الذكر أن المشرع الجزائري سوى بين اللفظ والكتابة والإشارة فيما يخص صيغة الوقف، فالشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف، فهو تصرف رضائي سواء كان صادراً على عقار أو منقول، إذ أن الوقف يتم بتوفر أركانه وما مسألة قيده إلا من أجل توفير الإثبات وحجية للوقف في مواجهة الغير.

أما المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن التوثيق اشترطت الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كان نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق، رغم نص المادة 12 سالفة الذكر، بقي الوقف يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ذلك أن الوقف ليس عقداً وإنما تصرفاً من جانب واحد، بالتالي لا يكون لنص المادة 12 من الأمر رقم 91/70 سند لإعماله في الوقف.

في قضية الحال تمسك الطاعن (ع س ب م) بعدم وجود أساس قانوني لما قضى مجلس قضاء باتنة بإلغاء عقد الحبس على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي حسب ما جاء في المادة 12 من قانون التوثيق، يتضح من خلال القرار الذي أصدره مجلس قضاء باتنة، بأنه فسر نص المادة 12 من قانون التوثيق على أنها تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية مهما كانت نوعها أو طبيعتها تحت طائلة البطلان المطلق، إلا أن هذا التفسير غير صحيح لأن نص المادة 12 السالفة الذكر لا تشترط الكتابة في كل المعاملات العقارية مهما كانت نوعها، وإنما فقط في التصرفات القانونية الصادرة من جانبين، وبالتالي يخرج من نطاقها التصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة كالوقف، وترتبط على ذلك فإن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوقف قبل صدور قانون الأسرة سواء كان محله عقاراً ولا يترتب على تخلفه إذن بطلان العقد.

في ظل قانون الأسرة الجزائري اكتفى المشرع الجزائري بالإشارة في المادة 217 إلى أن الوقف يثبت الوصية، وأحال إلى المادة 191 من نفس القانون في بيان ما يثبت به

الوصية، تثبت بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، أما في حالة وجود مانع قاهر فتثبت بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

والواضح أن نص المادة 217 المشار إليها أعلاه، جاء صريحا بشأن اشتراط الرسمية في إثبات الوصية وبالتبعية يكون إثبات الوقف بعقد رسمي كقاعدة عامة واستثناء في حالة وجود مانع قاهر يكون الإثبات بحكم قضائي.

في قضية الحال، تمسك الطاعن بمبدأ عدم رجعية القوانين، ومعناه لا يسري القانون الجديد على الوقائع نشأت في ظل القانون القديم، و بما أن عقد الوقف تم إبرامه سنة 1973 وصدور قانون الأسرة الجزائري كان سنة 1984، فمن غير ممكن تطبيق أحكام قانون الأسرة عليه، وبالأخص المادتين (191، 217) على عقد الوقف السالف الذكر بأثر رجعي وهذا تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين، ومن جهة أخرى فإن العقد التوثيقي المشار إليه في المادتين (191، 247) هو وسيلة لإثبات الوقف الوارد على العقار أو المنقول على حد سواء خلال مرحلة صدور قانون الأسرة. وعليه فالتصرف الوقفي يعتبر تصرفا رضائيا ليس شكليا، فعدم كتابته أمام الموثق لا يعني أن التصرف غير موجود أصلا ويستحيل إثباته، بل يجوز إثباته بإقرار المدين أو اليمين الحاسمة.

وتبعاً لقيام عقد الوقف الذي أبرم من طرف المرحوم (ع م ب أ) المدعو(ب) صحيحاً ومستوفياً لجميع شروطه سواء من ناحية الشريعة الإسلامية والقوانين المنظمة له. إذن لما حكم قضاء مجلس باتنة بإلغاء عقد الحبس على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي، فإنه يكون بذلك قد أخطأ في تطبيق القانون، وتبعاً لذلك فقد أصابت المحكمة العليا لما قبلت الطعن.