

الإشكالات القانونية للوقف: دراسة نقدية للقانون رقم 10-91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتّم

محمود كربوب (1)

(1) طالب دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، مخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر، المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان، 48000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: mahmoud.kerboub@cu-relizane.dz

عدة عليان (2)

(2) أستاذ محاضر قسم "أ"، معهد العلوم القانونية والإدارية، مخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، 48000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: adda.aliane@cu-relizane.dz

الملخص:

يمتاز الوقف عن غيره من التصرفات القانونية من خلال كونه مؤسسةً خيريةً، وهذا على غرار غاياته الدينية المتمثلة في التقرب إلى الله تعالى. وهذه الخصائص أوجدت العديد من الإشكالات القانونية كإشكالية الطبيعة القانونية للوقف بين إعتباره عقداً ومن يعتبره تصرفاً بالإرادة المنفردة، والإشكالات التي تُطرح بشأن بعض الصور والأوصاف الخاصة للوقف كوقف المجنون جنوناً متقطعاً أو وقف ذو الغفلة، وكذا وقف المال المشاع والمال المرهون وموضوع الشكلية في الوقف، إضافة إلى إشكالية بعض التصرفات القانونية الواردة على محل الوقف؛ كمدى صحة التمسك بالتقادم المكسب في الأملاك الوقفية.

الكلمات المفتاحية:

الوقف، الأوقاف، الواقف، الموقوف عليه، العقار الوقفي.

تاريخ إرسال المقال: 2020/01/15، تاريخ قبول المقال: 2021/07/12، تاريخ نشر المقال: 2021/10/10.

لتهميش المقال: كربوب محمود، عدة عليان "الإشكالات القانونية للوقف: دراسة نقدية للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتّم"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 02، 2021، ص ص. 82-99

المقال متوفر على الرابط التالي: <https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المؤلف المراسل: محمود كربوب، mahmoud.kerboub@cu-relizane.dz

Legal Problems of Waqf, Critical Study of Law No. 91-10 on Amended and Complementary mortmains

Summary:

The Waqf (pious leg) differs from other legal behaviors by being a charitable institution, just as much as its religious objectives which are to bring closer to the good God Almighty. And these characteristics have created many legal problems such as the problem of the legal nature Waqf between considering it as an act or as a behavior by the will alone, and the problems which arise with regard to certain images and descriptions concerning the Waqf as Waqf (pious leg) of the person who lost his reason or a Waqf with negligence, as well as the Waqf of undivided money and money mortgage. Thus the question of form in the Waqf, in addition to the problem of certain legal actions mentioned on the place of Waqf, such as the validity of adherence to the limitation period acquired in the properties of the Waqf.

Keywords:

Mortmain (Waqf), endowments, mortmain person, mortmain matter, mortmain property.

Les problématiques juridiques de Waqf, étude critique de la loi 91-10 relative à Waqf modifié et complémentaire

Résumé :

Le Waqf (leg pieux) se distingue des autres comportements légaux en étant une institution caritative, tout autant que ses objectifs religieux qui sont de rapprocher du bon Dieu Tout - Puissant. Et ces caractéristiques ont créé de nombreux problèmes juridiques tels que le problème de la nature juridique du Waqf. Doit-on le considérer comme un simple acte ou comme un comportement volontaire ? D'autres problèmes se posent concernant certaines formes de Waqf, comme le Waqf de la personne qui a perdu la raison, le Waqf avec négligence, le Waqf de l'argent indivis et de l'argent hypothéqué. Ainsi, outre la question de la forme du Waqf, se pose la problématique de certaines actions judiciaires mentionnées sur le lieu du Waqf, comme la validité de l'adhésion au délai de prescription acquis dans les propriétés du Waqf.

Mots clés :

Waqf, (leg pieux), le constituant, le dévolutaire, immeuble waqf.

مقدمة:

تتعدد صور الأفعال الخيرية والأعمال التبرعية التي يقوم بها الأشخاص، على أن قطاع الأوقاف كأحد الصور الرائدة منذ التشريع الإسلامي والمعاصرة للتشريعات الوضعية، تمتاز بالخصوصية الكبيرة وتتجلى هذه الخصوصية من خلال تجاوز الأوقاف لفكرة الفعل الخيري والعمل التبرعي، فهو يُعتبر نظاماً قانونياً قائماً بذاته من جهة، ومؤسسة إسلامية تساهم في الحياة الاجتماعية والتكافل الإجتماعي من جهة أخرى. وإعتباراً لهذه القيمة التي يكتسبها الوقف¹ فقد عناه المشرع القانوني بتنظيم تشريعي قنن من خلاله قطاع الأوقاف من جهة، ومن جهة أخرى قام بحماية هذه المؤسسة الإسلامية والمالية من حالات التنافي القانونية وكذا وصور التعدي الواقعة عليها.

على أن التنظيم التشريعي لقطاع الأوقاف لم يكن في المستوى المرجو، فقد ترتب عن تطبيق التشريع ساري المفعول العديد من الإشكالات القانونية لسكوت المشرع عن بعض المسائل أو لغموض النصوص القانونية أو لتعارضها فيما بينها أو لتعارضها مع قوانين أخرى كقانون الأسرة والقانون المدني خصوصاً. وإن تعددت الإصلاحات التشريعية لنظام الوقف إلا أنها إقتصرت على الجهات الوصية المكلفة بالإشراف على الوقف وإدارته بينما بقيت عديد الثغرات التشريعية والإشكالات القانونية تتراكم بفعل تعدد الفهم والتطبيق القضائي لها، وهو الأمر الذي حفّز طرح التساؤل التالي: **فيما تتمثل الإشكالات القانونية التي أثارها تطبيق قانون الأوقاف؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية تم إعتداد المنهج التحليلي الذي يتجلى من خلال دراسة مواد قانون الأوقاف وتحليلها ومقارنتها مع قانون الأسرة والقانون المدني وهذا بغية الوقوف على الإشكالات التي يثيرها تطبيق أحكام القانون المتعلق بالأوقاف. وفي سبيل هذا سيتم تخصيص المحور الأول لدراسة إشكالية الطبيعة القانونية للوقف وأشخاصه بينما حُصص المحور الثاني للإشكالات القانونية المتعلقة بمحل الوقف.

المبحث الأول: إشكالية الطبيعة القانونية للوقف وأشخاصه

يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يولي إهتماماً كبيراً للجانب الفقهي والنظري للوقف، فيلاحظ على النصوص القانونية المنظمة للطبيعة القانونية للوقف غموضها والإيجاز فيها وأحياناً السكوت التشريعي. على أنه

¹ عرّف المشرع الجزائري الوقف في نصين قانونيين يتمثل الأول في القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج ر عدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984، في المادة 213 منه التي عرّف الوقف فيها بأنه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصديق"، كما عرّفه في القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، ج ر عدد 21، الصادر في 8 مايو 1991 في المادة 3 بأنه: "حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير".

ورغم التبريرات التي سيقت من قبل البعض² دفاعا عن هذا القصور التشريعي في التنظيم القانوني للطبيعة القانونية للوقف، إلا أنها لا تشفع للمشرع وهذا لإمكانية تلافيها بتعديلات لاحقة .

وتتعلق الإشكالات التي أثارها تطبيق قانون الأوقاف من ناحية الطبيعة القانونية للوقف في الوصف القانوني لهذا الأخير (المطلب الأول) وكذا الإشكالات المتعلقة بأشخاص الوقف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إشكالية الوصف القانوني للوقف

تثير إشكالية الوصف القانوني للوقف العديد من الآراء المتباينة فقها والتي ترتب بالضرورة تفسيرات مختلفة للنصوص القانونية قضاءً، ويتعلق الأمر أساسا بخصائص الوقف (الفرع الأول) بين إعتبره عقدا أو تصرفا بالإرادة المنفردة، وما ينتج عن التوصيف من آثار قانونية من اشتراط للقبول والحيازة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائص الوقف

بإستقراء نص المادة 4 من قانون الأوقاف التي تنص على أنه: "الوقف عقد يلتزم تبرع صادر عن إرادة منفردة" فإنه يمكن تفصيل خصائص الوقف كالاتي:

أولاً: تصرف بإرادة منفردة:

وهو ما أشارت ونصت عليه المادة 4 صراحة: "الوقف عقد يلتزم تبرع صادر عن إرادة منفردة" ولتفصيل هذا وجب التعرّيج على النظام القانوني للوقف في ظل القانون 10/91 قبل تعديله بموجب القانون 10-02³. حيث كانت المادة 7 سابقا تنص على أنه: "يصير الوقف الخاص عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم". وعليه فإنه يُتصور عدم تحقق القبول في القبول، بحيث يتمتع الموقوف عليهم عن إصدار القبول، الأمر الذي يرجح القول القائل بعدم إعتبر الوقف عقدا بالمفهوم الخاص للعقد.

ويُقصد بالمفهوم الخاص للعقد ما أورده المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"⁴ كما تنص المادة 13 من القانون رقم 10-91 في فقرتها الثانية الملغاة بموجب القانون 10-02 على أن: "الشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه للوقف على وجوده وقبوله أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

² من أهم هذه المبررات أن القانون المتعلق بالأوقاف جاء به المشرع بحكم ظرف إستعجالي والمتمثل في إستغلال البعض للفراغ التشريعي المنظم لقطاع الأوقاف لغاية نهب العقارات الوقفية وتغيير طبيعتها الفلاحية (غياب تشريع خاص للأوقاف) بإستثناء نصوص قانون الأسرة الموجزة أحكامها فيما يتعلق بتنظيم أحكام الوقف.

³ القانون رقم 10-02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، المعدل والمتمم للقانون رقم 10-91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المعدل والمتمم، ج ر عدد 83، الصادر في 15 ديسمبر 2002.

⁴ الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78، الصادر 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

وعليه يُستنتج من المادتين 7 و13 السابقتين أن القبول بالنسبة للوقف الخاص هو فقط لتثبيت الإستحقاق ولا يترتب عليه صحة الوقف، أما في الوقف العام فهو غير مطلوب أصلا وهو ما يدعو إلى القول أن إنعقاد الوقف يتوقف على الإيجاب فقط، أما القبول فما هو إلا شرط لنفاذه تجاه الموقوف عليهم وردهم له لا يجعل من الوقف باطلا.⁵

ثانيا: تصرف تبرعي ذو طبيعة خاصة:

يتجلى الطابع التبرعي للوقف في العديد من النقاط و النصوص القانونية، إبتداءً من أول قانون يُعنى بتنظيم الوقف المتمثل في قانون الأسرة الجزائري الذي أدرج بعض النصوص القانونية المنظمة للوقف بصورة عامة (إبتداءً من المادة 213 إلى غاية المادة 220) التي أوردتها ضمن الفصل الثالث من الكتاب الرابع المعنون بـ"التبرعات" إضافة إلى قانون الأوقاف الذي نص في مادته 3 على الغاية من الوقف و المتمثلة في: "التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه الخير و البر" و كذا نص المادة 4 منه التي أوردت بصريح العبارة أن الوقف "عقد إلتزام تبرع". ويُقصد بالتصرف التبرعي هو التصرف الذي لا عوض فيه نظيرا لما يعطيه وما يلتزم به أحد المتعاقدين.

أما بالنسبة لخصوصية الوقف كتصرف تبرعي؛ فيُقصد به أن محل التبرع يرد على المنفعة والإنتفاع بالمال الموقوف ولا يردُّ على الملكية في ذاتها، فالوقف إذن لا ينقل ملكية محل الوقف المتمثلة في المال الموقوف وإنما يقتصر الأمر على إنتقال الحق في الإنتفاع (الغلة والريع) وهذا ما أشارت إليه المادة 18 صراحة بنصها على أنه: "ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه".

وإنتهاءً تجدر الإشارة إلى أن القضاء الجزائري يؤكد على الطبيعة التبرعية الخاصة للوقف، وهذا في قرار للمحكمة العليا والذي جاء في مبدأه: "من المستقر عليه أن عقد الحبس...من أعمال التبرع..."⁶

الفرع الثاني:القبول والحيازة في الوقف

تُعتبر إشكاليات مدى إشتراط القبول كركن في الوقف أو مدى إعتبره شرط صحة أو شرطة إستحقاق له، إضافة إلى إشكالية إشتراط الحيازة من عدمها لتمام ولزوم الوقف إشكاليات ورثها المشرع القانوني الجزائري عن تباين الآراء الفقهية في الشريعة الإسلامية، وعليه سيتم التطرق إلى القبول في الوقف (أولا) ومن ثم القبض أو الحيازة في الوقف (ثانيا).

⁵ رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 71.

⁶ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1999/11/16، في الملف رقم 234655، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 2001، عدد خاص، ص314.

أولاً: القبول في الوقف

يُلاحظ من إستقراء النصوص القانونية المنظمة للوقف، أنه لا يوجد أي نص يشير إلى إشتراط القبول في الوقف سواء كركن له أو شرطاً لصحته أو شرطاً لإستحقاقه، فقبول الموقوف عليه ليس له أي أثر قانوني في ترتيب بطلان الوقف أو قابليته للإبطال. الأمر الذي يؤكد الوصف والطبيعة القانونية للوقف بإعتباره تصرفاً بالإرادة المنفردة.

على أنه بالرجوع إلى نصوص قانون الأوقاف قبل تعديله بموجب القانون رقم 10-02 فقد كانت المادة 13-2 منه تنص على أن: " الشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه للوقف على وجوده وقبوله أما الشخص المعنوي فيشترط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ". وعليه فإن الأمر يتعلق بالإستحقاق بالنسبة لجهة معينة (الوقف الخاص على المعين) إذ كان القانون سابقاً قبل إلغاء الفقرة الثانية من المادة 13 يجعل من القبول شرطاً لإستحقاق الوقف بالنسبة للشخص الطبيعي بينما إذا كان الموقوف عليه شخصاً معنوياً فقد نص المشرع على وجوبية عدم مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامي فقط.

كما كانت تنص المادة 7 سابقاً والتي أُلغيت بالقانون 10-02 على أنه: "يصير الوقف الخاص عاماً إذا لم يقبله الموقوف عليهم". وعليه يُفهم أن الجزاء المدني في حالة تخلف قبول الموقوف عليهم في الوقف الخاص ليس بطلانه وإنما تحوله لوقف عام.⁷ الأمر الذي يجعل من القبول شرطاً للإستحقاق لا ركناً للوقف.⁸

ثانياً: الحيابة في الوقف

إن العقد الذي تُشترط فيه الحيابة كركن يُصطلح عليه فقها بالعقد العيني. ومن خلال إستقراء نصوص قانون الأوقاف وكذا النصوص المنظمة للوقف في قانون الأسرة، فإنه يتبين أن المشرع لم يعتبر الوقف من قبيل العقود العينية (عقداً بمفهومه العام) فلم يشترط ضرورة الحيابة أو التسليم لقيام الوقف وتمامه، إذ أن المشرع حصر أركان الوقف في المادة 9 من قانون الأوقاف كما يلي: " أركان الوقف هي: 1- الواقف 2- محل الوقف 3- صيغة الوقف 4- الموقوف عليه".

وفي الأخير ومن باب التأسيس الفقهي للوقف؛ فإنه يمكن القول بأن الوقف يعتبر من جهة عقداً بالمفهوم العام بإعتباره تصرفاً قانونياً⁹ ومن جهة أخرى تصرفاً بالإرادة المنفردة بالمفهوم الخاص.

⁷ يعرف الوقف العام بأنه: "تخصيص ريع مال معين لفائدة جهات خيرية وهو نوعان وقفٌ محددٌ مصرف ريعه فلا يصح صرفه على غيره، ووقف غير محدد مصرف ريعه والذي يصح صرفه في نشر العلم". مايز ياسمينة، الوقف العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2010/2011، ص 5.

أنظر أيضاً في تعريف الوقف العام: محفوظ بن صغير، نظام الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري المفهوم والخصائص، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 2، العدد 3، ص 91.

⁸ قال بهذا الرأي: خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 52.

وجه إعتبار الوقف تصرفا قانونيا - عقدا بالمعنى العام-¹⁰ هو لكون الوقف لا ينشأ إلا بوجود رضا من الواقف على النحو المشترك وفقا لنظرية العقد، بينما يفترق الوقف ليكون عقدا بالمعنى الخاص -على نحو ما سلف بيانه- لهذا الأخير وهذا لخصوصية القبول في الوقف، ذلك أن تخلفه لا يرتب بطلان الوقف لعدم قيام ركن الرضاء بل يتحول الوقف الخاص وفقا عاما.

أما من حيث إعتبار الوقف تصرفا بالإرادة المنفردة، فما يؤكد هذا القول هو إتجاه المشرع إلى إلغاء حكم المادة 7 من قانون الأوقاف بموجب القانون 10-02، وهو الأمر الذي يعتبر تغييرا للقبول في الوقف، فأصبح الإعتبار بالإيجاب وحده كركن في العقد يرتب على تخلفه بطلان الوقف.

المطلب الثاني: أشخاص الوقف

يعتبر أشخاص الوقف أحد أركانه الأساسية تطبيقا لأحكام نص المادة 9 من قانون الأوقاف التي تورد الواقف في البند الأول والموقوف عليه في البند الرابع. على أن دراسة أشخاص الوقف ستقتصر على النقاط التي تثير إشكالات قانونية، سواء كانت نظرية -فقهية- أو تطبيقية -قضائية- وبالتالي فلن يتم دراسة البديهيات من تعريفات وشروط لا تثير أي إشكالات. وعليه سيتم التطرق تباعا إلى الإشكالات القانونية التي يثيرها قانون الأوقاف في شخص الواقف (الفرع الأول) ومن ثم في شخص الموقوف عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإشكالات القانونية في شخص الواقف

تتعلق هذه الإشكالات بالشروط الواجب توافرها فيه والتي تقسم إلى شروط صحة المتمثلة في ضرورة بلوغ الواقف لسن الرشد المدني وأن تكون أهليته سليمة من العوارض وخالية من الموانع، فيما تتعلق شروط النفاذ في إنتقاء مختلف الأسباب الموجبة للحجر على الواقف للجنون أو العته (المادتين 30 و31) أو لفسفه أو للدين (المادة 10) أو لإبرامه التصرف في مرض الموت.

وكما سلف البيان ستقتصر الدراسة على الشروط المثيرة لإشكالات قانونية والمتمثلة فيما يلي:

⁹ يعتبر التصرف القانوني "أساسا عمليا" في تأصيل وترتيب مصادر الإلتزام، والذي يندرج ضمنه كل من العقد والإرادة المنفردة. أنظر في تفصيل هذا التقسيم: عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 141 وما بعدها. بينما يرى البعض بتقسيم الفقه الحديث وذلك بالتمييز بين المصادر الإرادية والذي يندرج العقد ضمنها، والمصادر غير الإرادية. أنظر للاستزادة: علي فياللي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013، ص 39 وما بعدها.

¹⁰ يرجع البعض سبب وصف المشرع للوقف بأنه عقدٌ مرده تأثره بأراء فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يطلقون هذا الإصطلاح على كل تصرف يرتب أثرا شرعيا. زواوي فريدة، نظرات في قانون الأوقاف، الجزء الأول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 32، العدد 4، ص 905.

أولاً: حكم وقف المجنون جنونا متقطعا

قبل التطرق لحكم هذه الحالة سيتم التعرّيج على حكم وقف المجنون بصفة عامة والتي أوردت حكمه **المادة 31** من قانون الأوقاف التي نصت على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير".

ويلاحظ ورود هذا النص في الفصل الخامس المتعلق بمبطلات الوقف وأنه كان من الأفضل أن يكون تحت الفصل الثالث المتعلق بأركان الوقف وشروطه¹¹ وعليه فإنه يشترط في الواقف أن يكون متمتعا بقواه العقلية بأن تكون لديه أهلية أداء كاملة، وغير محجور عليه لجنون أو عته تحت طائلة بطلان الوقف .

على أن الإشكال الذي يُطرح يتعلق بحكم خاص أوردته **المادة 31** من قانون الأوقاف التي نصت على أن: "...أما صاحب الجنون المتقطع فيصح - أي الوقف- أثناء إفاقةه وتام عقله شرطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية". وعليه يلاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الأوقاف أورد حكما خاصا يخالف القواعد العامة سواء الواردة في القانون المدني في نص **المادة 42**¹² و**المادة 43**¹³ اللتان لم تتضمننا حكم الجنون المتقطع وإقتصرتا على حالة الجنون عامة، أو تلك الأحكام الواردة في قانون الأسرة في نص **المادة 101** التي نصت على أنه: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفیه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه".

على أنه يلاحظ على المشرع الجزائري أخذه بقواعد الشريعة الإسلامية التي تقرر جواز الوقف في حالة الجنون المتقطع، لأنه آنذاك يكون مكلفا وبالتالي فإن وقفه وإن كان تصرفا مضرا بالذمة المالية فإنه يكون مجلبة للثواب وفي هذا صلاح وليس مضرة للواقف.¹⁴

وقد ذهب البعض إلى القول أن نص المشرع على صحة وقف المجنون جنونا متقطعا في قانون الأوقاف يعتبر تناقضا صارخا مع القانون المدني بإعتباره شريعة القوانين الخاصة، وأن إثبات الإستفاقة في حالة الجنون المتقطع أمرٌ يصعب على القاضي لتأكد منه.¹⁵ على أن هذا الرأي أغفل خصوصية الوقف عن سائر العقود

¹¹ رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 84.

¹² تنص **المادة 42** من القانون المدني على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

¹³ تنص **المادة 43** على أنه: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفیها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

¹⁴ رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 85.

¹⁵ خير الدين موسى فنتازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية- الوقف- الجزء الأول، زهران للنشر، عمان، الأردن، الطبعة 1، 2012، ص 52.

الأخرى التي يكون غرضها تحقيق منفعة ومصلحة إقتصادية، إذ أن الغاية منه هو التصدق و رجاء الثواب الأخرى، ومن جهة أخرى وتطبيقا للقاعدة التي تقضي بأن "الخاص يقيد العام" فإنه لا مجال للقول بالتناقض الصارخ.

ثانيا: حكم وقف ذو الغفلة

تنص المادة 10 على أنه: " يُشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي: 2- أن يكون الوقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين". وعليه يتبين من خلال القراءة الأولى لنص المادة أن وقف ذو الغفلة يقع صحيحا طالما لم يرد النص عليه في المادة سالفة الذكر أو أي نص آخر في قانون الأوقاف، على أنه بالرجوع لأحكام القانون المدني نجد أن نص المادة 43 تُدرج ذا الغفلة ضمن فئة ناقصي الأهلية.

على أنه وتطبيقا لحكم القاعدة لتي تقضي بتقييد الخاص للعام، فإن الأنسب هو الأخذ بأحكام قانون الأوقاف (المادة 10) بإعتباره نصا خاصا لقطاع الأوقاف.

وهذا إضافة إلى أنه لن نكون بحاجة إلى تقرير بطلان وقف السفه، لأن علة البطلان في التصرفات بصفة عامة لا تتحقق في حالة التصرف الوقفي، على أساس أن إضاعة المال وتبذيره غير واردة هنا وخاصة إذا كان الوقف على نفس الواقف.¹⁶

ثالثا: حكم وقف المحجور عليه

تطبيقا لنص المادة 10 من قانون الأوقاف فإنه يُشترط في الواقف ألا يكون محجور عليه لسفه أو دين، وألا يكون مجنونا أو معتوها وهو ما أورده المادة 31 من نفس القانون.

والإشكال في هذه الحالة يتعلق بالحكم الخاص الذي أورده المادة 10 من قانون الأوقاف والمتمثل في الحجر لعدة الدين، وهو الحكم الذي لا يوجد مثيل له في القواعد العامة في قانون الأسرة المتعلقة بالحجر، التي تحصر أسباب الحجر في الجنون أو العته أو السفه (المادة 101) وبالتالي فإذا تعلق الأمر بواقف مجنون أو معتوه أو سفي تم الحجر عليه فيتم تطبيق أحكام قانون الأسرة بشأنها (المادة 107) والتي تعتبر تصرفات هذه الفئة باطلة بعد صدور الحكم أو قبله إذا كانت ظاهرة ومتشعبة.

على أن الإشكال يتعلق أساسا بمدى إمكانية تطبيق المادة 107 على حالة الحجر لعدة إستغراق الذمة المالية للواقف (الحجر للدين). وعليه يُفترض في هذه الحالة مسألتين:

¹⁶ رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 86.

أ- حكم الوقف قبل الحجر على الواقف المُعسر:

يكون الوقف صحيحا في هذا المسألة بالنظر إلى نص المادة 10 من قانون الأوقاف، ولكن على النقيض من ذلك يكون الوقف باطلا بمفهوم المادة 107 من قانون الأسرة - إذا كان عسر الواقف ظاهرا ومتقشيا ويعلمه العامة-.

ولغاية إزالة هذا التناقض، يتم إعتبار ما نصت عليه المادة 10 من قانون الأوقاف هو الحكم لهذه المسألة على أساس إعتباره حكما خاصا بالوقف يخرج عن القاعدة العامة المقررة في قانون الأسرة كم جهة، ولأن الحجر لعة الدين هو إبتداع من قانون الأوقاف، وبالتالي فمن الأولى أن تطبق أحكامه وفق ما سبق على مسألة الوقف قبل الحجر.¹⁷

وبعض التشريعات العربية -التشريع السعودي- تنظم مسألة وقف المدين المحجور تنظيما خاصا، بحيث تميز بين حالة إستغراق الدين لكل المال، وفي هذه الحالة يُعلق صحة الوقف بمطالبة الدائنين بإبطال وقف مدينهم وبالتالي يكون الوقف صحيحا طالما أجازته الدائنون إعتبارا لحفظ حقوقهم، وحالة عدم إستغراق الدين للذمة المالية فيقع الوقف صحيحا.¹⁸

ب- حكم الوقف بعد الحجر على الواقف المُعسر

لا إشكال يُطرح بشأن هذه المسألة ذلك أن نص المادة 10 من قانون الأوقاف لا يتعارض والمادة 107 من قانون الأسرة.

رابعا: حكم الوقف في حالة المنع من التصرف

يُقصد بالشرط المنع من التصرف هو إشتراط على المالك الجديد التي إنتقلت له الملكية أو الحق العيني مفاده عدم التصرف في الملكية المنتقلة إليه. ويُتصور هذا الشرط في العقود التبرعية عقد الهبة، بحيث يشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في الشيء الموهوب (محل عقد الهبة) وكذا في العقود التبادلية التي يكون فيها الثمن رمزيا -دون أن يصل لحد التقاهة- كأن يبيع الأب لإبنته مالا منقولاً أو عقاريا ويشترط عليها عدم إبرام أي تصرف قانوني بشأنه، مع إشتراط ألا يكون المنع أبديا.

وبمراجعة نصوص القانون المدني في الأحكام المتعلقة بالقيود الواردة على التعاقد (كالمواد 402 و403 و410) فإنه يلاحظ على المشرع المدني عدم إيراده للشرط المنع من التصرف، على عكس القانون المدني المصري مثلا التي نص على هذا الشرط في المادتين 823 و824 منه.

¹⁷ المرجع نفسه، ص 90.

¹⁸ سمير صبحي، أحكام الوقف في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة 1، 2015، ص 34-35.

على أن شرط المنع من التصرف وإن لم يرد في القانون المدني أو قانون الأوقاف، إلا أنه مقرر في المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹⁹ التي تنص على أنه: "يتحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤثر عليها بأي سبب يُقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير" وبناءً على ما سبق فإن الواقف لا يصح وقفه للعقار إلا إذا كان هذا الأخير ليس ممنوع من التصرف.²⁰

الفرع الثاني: الإشكالات القانونية في شخص الموقوف عليه

يُعتبر الموقوف عليه أحد أركان الوقف بموجب نص المادة 9 من قانون الأوقاف والذي يُصور فيه أن يكون منفرداً أو جماعة كما يُتصور فيه أن يكون جهةً. ويُلاحظ شح النصوص القانونية المنظمة لأحكام الموقوف عليه في قانون الأوقاف، بحيث يقتصر التنظيم القانوني للموقوف عليه في نص المادة 13 فقط. وترد بعض الإشكالات القانونية فيما يتعلق بركن الموقوف عليه، والتي سيتم تناولها تباعاً ابتداءً بإشكالية الوقف على النفس (أولاً) وإشكالية الشروط الواجب توافرها في الموقوف عليه والتي لم يورد المشرع أيّاً منها واقتصر الأمر على الإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية (ثانياً).

أولاً: حكم الوقف على النفس

للقوقف على حكم مدى جوازية الوقف على النفس، يجب التطرق إلى حكم هذه الحالة قبل تعديل قانون الأوقاف بموجب القانون 10-02 (أ) والحكم بعده (ب).

أ- حكم الوقف على النفس قبل تعديل قانون الأوقاف بموجب القانون 10-02

لم يكن القانون رقم 10-91 يحظر مثل هذا التصرف وبالتالي جوازيته إنطلاقاً من العديد من النقاط تتمثل الأولى في أن المادة 6 من قانون الأوقاف قبل تعديلها كانت تنص على أن: "...ب- الوقف الخاص: وهو ما يحبس الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين"، فيما تتمثل الثانية في النص الصريح للمادة 214 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يجوز للواقف الاحتفاظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى جهة معينة".

ب- حكم الوقف على النفس بعد تعديل قانون الأوقاف بموجب القانون 10-02

بعد هذا التعديل إتجه المشرع إلى تقرير جوازية الوقف على النفس تصريحاً وهذا بموجب المادة 6 مكرر من قانون الأوقاف المستحدثة التي نصت على أنه: "يؤول الربح الناتج عن الوقف المؤسس لفائدة جهات خيرية والذي يحتفظ فيه الواقف بحق الإنتفاع بريعه مدى الحياة إلى الجهات الموقوف عليها".

¹⁹ المرسوم رقم 63-76، المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج ر عدد 30، الصادر في 13 أبريل 1976.

²⁰ رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 88.

ثانيا: شروط الشخص المعنوي كجهة للوقف

يشترط المشرع الجزائري ليقوم الوقف بكل أركانه أن يكون الشخص المعنوي كموقوف عليه لا يوجد فيه ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية²¹ وقد نص نفس القانون في المادة 2 منه على أنه: "على غرار مواد هذا القانون يُرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

ويتعلق الإشكال في المذهب الذي يجب الإعتداد به في تحديد شروط الشخص المعنوي، خاصة إذا اشترط الواقف في أحد بنوده وشروطه (صراحة أو ضمنا) أن يُعمل بالمذهب الحنفي أو الشافعي أو الحنبلي، وهذا في ظل المذهبية والمرجعية الدينية الفقهية في الجزائر والمتمثلة المذهب المالكي.

على أن الإجتهد القضائي إستقر على تقرير إحترام خيار المذهب الذي أسس الواقف عليه وقفه، فيما لم ينص عليه القانون²²، وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه: "...لا يمكن إبطاله -أي الوقف- بأي وجه من الأوجه، مادام أن مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة... ولا يعاب إختيار المذهب في ذلك"²³.

المبحث الثاني: الإشكالات القانونية لمحل الوقف

كغيره من التصرفات القانونية يرد محل الوقف على المنقولات المادية والمعنوية وكذا على العقارات، كما أجازت المادة 11 من قانون الأوقاف أن يردّ الوقف على المنفعة. على أن الإشكالات التي يثيرها محل الوقف تتعلق أساسا ببعض الأموال التي لها صفة خاصة أو ما تُعرف بالأموال الموصوفة كما تطرح بعض الإشكالات حول بعض الأوصاف القانونية التي تلحق المحل وهذا ما سيتم دراسته تباعا (المطلب الأول) كما يثير محل الوقف بعض الإشكالات التي تُعرف بحالات التنافي القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأموال الموصوفة والأوصاف القانونية لمحل الوقف

قد يلحق محل الوقف بعض الصفات يجعله مالا موصوفا بحيث يثير وقفه بعض التساؤلات (الفرع الأول) كما قد يكون الوقف معلقا على بعض الأوصاف أو ما يُعرف بالإشترطات، فيُطرح التساؤل حول حكم الوقف في حالة تناقض الإشترطات مع ماهية الوقف (الفرع الثاني).

²¹ كانت تنص المادة 13 من قانون الأوقاف كالاتي: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحدها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنوياً. فالشخص الطبيعي يتوقف إستحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه ن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية ". وأصبحت بعد التعديل بموجب القانون 02-10 كما يلي: "الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي، لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

²² رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 98.

²³ قرار المحكمة العليا في الملف رقم 41110 المؤرخ في 1986/05/05 "غير منشور"، نقلا عن حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هوم، الجزائر، 2004، ص 170-171.

الفرع الأول: حكم وقف الأموال الموصوفة

تتمثل الحالات التي يأخذ فيها محل الوقف وصفا قانونية في حالة كون المال مشاعا وحالة (أولا) وحالة كونه مرهونا (ثانيا).

أولا: حكم وقف المال المشاع

يقصد بالشيوع في مدلول الإصطلاح: "الحالة التي تكون فيها حصص الشركاء غير مفرزة"²⁴ أو هو: "الحالة التي يتعدد فيها الملاك للشيء الواحد دون تحديد نصيب لكل واحد منهم".²⁵ وقد أشار المشرع المدني الجزائري على تعريف للملكية الشائعة بأنها تملك إثنان أو أكثر شيئا دون أن تكون حصصهم مفرزة.²⁶ ينص قانون الأوقاف في المادة 11-3 على جوازية وقف المال المشاع، ولكنه يشترط ضرورة قسمة المال المشاع، في حين أن نص المادة 216 من قانون الأسرة تجيز الوقف دون النص على وجوبية القسمة. ويتعلق الإشكال بالحالة التي يستحيل فيها قسمة المال المشاع فهل يرتب هذا بطلان الوقف؟ وهنا يتم التمييز بين حالتين تتمثل الأولى فيما إذا كان الشيوع لا يحقق ضرارا للموقوف عليهم وللوقف فيبقى على حاله والحالة التي لا يحقق فيها الشيوع أي مصلحة للموقوف عليه والوقف ليتم الإستبدال في هذا الحالة، في حين يذهب البعض كحل لبيع الأصل شفعة لمصلحة الوقف إذا كان مركزه المالي يتحمل عبئ هذه الصفقة.²⁷

ثانيا: حكم وقف المال المرهون

لم يرد نص قانوني ينظم جوازية وقف المال المرهون، على أن الراجح هو عدم جوازيته بحكم إعتبار الرهن تأمينا عينيا فإنه يتعارض وفكرة اللزوم والتأييد في الوقف.

²⁴ أحمد لعطوي، المركز القانوني للعقار الوقفي في المنظومة الوقفية، مذكرة مكملة لنيل درجة الماجستير، كلية أصول الدين، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، 2014/2013، ص 58.

²⁵ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهاادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دار هوم، الجزائر، 2016، ص 159.

²⁶ المادة 713 من القانون المدني: "إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم غير مقررة -الأصح مفرزة- فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم الدليل على غير ذلك"

²⁷ يقصد بالإستبدال: "بيع المال الموقوف لشراء مال آخر يكون وقف بدلا منه". راجع في أحكام الإستبدال: نجاة قريشة، إستبدال أملاك الوقف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والإقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، 2013/2012، ص 85. رمضان قنفوذ، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 103.

الفرع الثاني: الأوصاف القانونية لمحل الوقف

قد يلحق الوقف أوصافا قانونية (إشترطات عقدية) ترد في كل الحالات تقريبا من الواقف، وتتنابن هذه الإشترطات في صحتها وبطلانها وفسادها، الأمر الذي يثير التساؤل حول مآل الوقف في حالة إقترانه بشرط باطل أو فاسد (أولا) وأي دور للقاضي في هذه الشروط (ثانيا).

أولا: حكم الوقف مع إقترانه بشرط باطل أو فاسد

يُلاحظ على المشرع القانوني الخط الذي ساقه بين الشرط الباطل والفاسد، إضافة إلى تضارب وتعارض أحكام المادتين 16 و 29 من قانون الأوقاف. فبينما نص في المادة 29 على صحة الوقف إذا إقترن بشرط يتعارض مع النصوص الشرعية، نص في المادة 16 على جوازية الحكم ببطلان الشرط المخالف لمقتضى العقد. وللوقوف على هذا التناقض وفهمه يجب تحديد مفهوم كل من الشرطين:

فيقصد بالشرط الفاسد هي الشروط المخالفة لمقتضى الوقف ومقصود الشارع من شرعه، أو التي حكم المشرع بحرمتها أو التي لا فائدة فيها ولا نفع سواء للوقف نفسه أو الموقوف عليه، كأن يشترط الواقف ألا يُستغل الوقف أو لا يجرى إصلاحه وتعميره، أما الشرط الباطل فهو الشرط الذي ينافي لزوم الوقف وتأييده، كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته، أو أن يعود إلى ورثته بعد موته.²⁸

وعليه يُفهم أن المشرع القانوني رتب حكم الشرط الفاسد على الشرط الباطل في نص المادة 29 من قانون الأوقاف²⁹ وهذا على غرار الإطناب والركاكة في صياغة المادة. فبينما نص في بداية المادة على "لا يصح الوقف شرعا" والتي يُفهم منها بطلان الوقف ككل، نص في آخر المادة على أن: "يُبطل الشرط ويصح الوقف"، بينما الأمثلة التي ساقها المشرع في المادة 16 لبعض الشروط التي يتقرر للقاضي إلغائها هي الشروط الباطلة والتي تعطل إرادة الواقف ورضائه وبالتالي بطلان الوقف .

وبالتالي فالأصح هو ترتيب حكم بطلان الوقف في نص المادة 16 وجعله وجوبيا ومن النظام العام بحيث يثيره القاضي من تلقاء نفسه.

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل شروط الواقف

طبقا لنص المادة 16 من قانون الأوقاف فإنه يتقرر للقاضي دور وسلطة في تعديل إرادة الواقف ومراجعة شروطه، على أنه يُلاحظ أن نص المادة نصت على جوازية إلغاء الشرط من قبل القاضي والأصح هو

²⁸ يوسف قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 212 و 30، نقلا عن: رمضان قنفود، المرجع السابق، ص 110.

²⁹ تنص المادة 29 من قانون الأوقاف على أنه: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فإذا وقع بطل الشرط وصحَّ العقد".

جعله وجوبيا خصوصا أن نص المادة تتعلق بالشروط الباطلة وليست الفاسدة. وبالتالي يجب أن تتصلى أنه على القاضي أن يحكم ببطلان الشرط والوقف (أي إثارة البطلان من تلقاء نفسه لإعتباره من النظام العام). أما بالنسبة للشروط الفاسدة أو الشروط المخلة بالمنفعة فمثل هذه الشروط لا إعتبار قضائي لها ولا تُلزم القاضي ويُستساغ له مخالفتها تحقيقا للغاية المثلى للوقف المتمثلة في التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.

المطلب الثاني: حالات التنافي القانونية مع فكرة لزوم الوقف

يرتبط الوقف بفكرة أساسية تُعرف بفكرة اللزوم، والتي مفادها عدم إمكانية إبرام أي تصرف قانوني في المال الموقوف بما يتناقض وغاية الوقف وهو ما أكدته العديد من النصوص القانونية كـ **المادة 213** من قانون الأسرة و **المادتين 3 و 28** من قانون الأوقاف.

وقد رتبت فكرة اللزوم في الوقف بعض المسائل القانونية التي تُعتبر إشكالات عملية والمتمثلة أساسا في حكم الرجوع في الوقف بين بطلانه وجوازيته (الفرع الأول) ومدى جوازية التمسك بالتقدم المكسب في الأملاك الوقفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم الرجوع في الوقف

للقوقف على حكم هذه المسألة يقتضي الأمر إبتداء التعرّيج على حكم إبرام مختلف التصرفات القانونية على المال الموقوف.

وفي هذا تنص عديد نصوص قانون الوقف على زوال حق الملكية عن الواقف ومن أبرز هذه النصوص **نص المادة 17** من قانون الأوقاف التي تنص على أنه: "إذا صح الوقف زال حق الملكية عن الواقف ويؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

ويُستخلص من النص أن الأثر المباشر للتصرف الوقفي الصحيح هو زوال حق ملكية الواقف³⁰ وبالتالي لا يتقرر للواقف إبرام أي تصرف قانوني على المال الموقوف وهذا ما تؤكد **المادة 23** من قانون الأوقاف التي تنص على أنه: " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأي صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها."

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها³¹ أن: "قضاة الإستئناف لاحظوا بأن (ف.ح) لم يراع الشروط التي أقرها المحبس ووضعها قيد حياته وراح يقيم حبسا آخر على الأملاك المحبسة، كما تصرف فيها بالإيجار أيضا ومن شأن هذه التصرفات أن تحيد بهذه الأملاك عن الغرض التي خصصت من أجله، خصوصا لما تبين بأن له طابع التأييد ومتعلق بانتقال ملكية الرقبة وليس بحق إنتفاع".

³⁰ رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 205-206.

³¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/02/1992، في الملف رقم 78814، نشرة القضاة لسنة 1995، ص 90، نقلا عن: رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي، المرجع السابق، ص 206-207.

وعليه وقياسا على ما سبق إيراده يُتصور في الرجوع بطلانه كأصل عام (أولا) وجوازيته في حالة خاصة (ثانيا).

أولا: بطلان الرجوع في الوقف أصلا

إن نص المادة 17 وتأكيد و -توكيد- المادة 23 من قانون الأوقاف يجزم بعدم جوازية الرجوع في الوقف وبالتالي بطلان الرجوع فيه، بإعتبار أن الواقف زال حق ملكيته عن المال الموقوف. وهذا على غرار تناقض الرجوع مع فكرة اللزوم التي تعتبر أهم ميزة في عقد الوقف.³²

ثانيا: جوازية الرجوع في الوقف إستثناءً

يُتصور حكم هذه الحالة في الحالة التي يُعلّق فيها الواقف الوقف على وفاته، ففي هذه الحالة يأخذ الوقف حكم الوصية وبالتالي يتقرر له الرجوع في وقفه، قياسا على أحكام الرجوع في الوصية المنصوص عليها في المادة 192 من قانون الأسرة، مع ضرورة توفر شرطين؛ يتمثل الأول في رجوع الواقف في وقفه شخصيا (أي الواقف نفسه) بإعتبار حق الرجوع حقا شخصيا، أما الشرط الثاني فيعتبر تحصيله حاصلًا للشرط الأول والذي مفاده أن يكون الرجوع قبل الوفاة.

الفرع الثاني: مدى جوازية التمسك بالتقادم المكسب في الأملاك الوقفية

بإستقراء نص المادة 03 من قانون الأوقاف ، و التي تنص على أن الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير ، فإنه يتبيّن أن أهم خاصية و أثر لعقد الوقف هو إزالة حق الملكية عن مالك العقار - الواقف- و قيام شخصية معنوية للمال الموقوف ، و بالتالي فإن المال الموقوف يصبح خارجا عن دائرة الأموال التي يتقرر إكتسابها عن طريق التقادم المكسب³³ ذلك أنه قد لوحظ أنه في الحياة العملية أن بعض الموثقين كانوا يقومون بتحرير عقود شهرة على عقارات محبوسة معللين موقفهم هذا بأن المشرع الجزائري لم يقدم أي نص صريح في القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف.

وعليه فتُعتبر الأملاك الوقفية محصنة من التقادم المكسب ولا يتقرر التمسك بالتقادم المكسب في العقارات الوقفية مهما طالّت مدة وضع اليد على العقار الموقوف

³² يعرف اللزوم بأنه: "عدم جواز الرجوع في الوقف أو نقضه أو إنتقاله بالإرث". محمد إمام وأحمد فراج حسين، نظام الإرث في التشريع الإسلامي الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعة، بيروت، لبنان، الطبعة 1، 2001، ص 176. نقلا عن: دليوح مفتاح، لزوم الوقف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 9، العدد 2، ص 163.

³³ كربوب محمود، "الإشكالات الإجرائية والموضوعية لعقد الشهرة"، مداخلة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حول الإشكالات المتعلقة بتطهير الملكية العقارية الخاصة غير المبنية وأثرها على التنمية الاقتصادية، المنظم من طرف كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يوم 14 أبريل 2019، ص9.

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا بمناسبة فصلها في الملف رقم 157310، حيث قضت في مبدأه أنه: " من المقرر شرعا وقانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو بالهبة أو بغيرها

ولما تبين في قضية الحال أن جهة الإستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على أرض محبسه وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة بالرغم من تعلقه بأرض محبسه، فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية، مما يستوجب نقض قرارهم " .³⁴

خاتمة:

يلاحظ على المشرع الجزائري أنه أولى قانون الأوقاف إهتماما بالغا، ويظهر هذا من خلال الإستقراء العميق للنصوص القانونية المنظمة للأوقاف خاصة منها القانون رقم 91-10 حيث نجد المشرع يقلل من حكم البطلان خلافا للقواعد العامة ومثال هذا في حالة الجنون المتقطع، ومن جهة أخرى نجد المشرع القانوني يجيز بعض الحالات القانونية التي تُعتبر تنافيا قانونيا وفقا للقواعد التقليدية، ومثال هذا سكوته عن منع وقف المال المرهون وإجازته لوقف المال المشاع مع ضرورة القسمة. وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على الأهمية الكبيرة التي خصها المشرع لقطاع الأوقاف بإعتباره أداة ووسيلة تنمية تتأقلم مع التطور الإجتماعي والإقتصادي. وبغية التأقلم الجيد والمثالي يعاب على المشرع في قانون الأوقاف بعض النقائص التشريعية، التي حبذا لو تم النظر إليها للتأسيس لقانون أوقاف عصري.

وقد تم صياغة الملاحظات التالية في شكل مقترحات كما يلي:

- إعادة تنظيم النصوص القانونية المتعلقة بمبطلات الوقف وذلك بالنص على حالة وحكم وقف ذو الغفلة -كون المشرع سكت عن تنظيمها- بإجازة هذا التصرف لكونه وإن شكّل إنتقاصا لذمته المالية، إلا أن غاية الثواب والأجر والمنفعة الحاصلة للموقوف عليهم كجهة للخير أحق بالإعتبار، والأنسب أن يتم هذا في المادة 10 من قانون الأوقاف.

- من باب الترتيب المنهجي والمنطقي فإنه من الأحسن لو نقل المشرع أحكام مواد الفصل الخامس المعنون بمبطلات الوقف (من المادة 27 إلى غاية المادة 32) إلى الفصل الثاني المعنون بأركان الوقف وشروطه، وهذا لإعتبار المبطلات متعلقة بالأركان.

-النص على بطلان وقف المال المرهون لتعارض الرهن كتأمين عيني مع فكرة اللزوم في الوقف، مع إدراج هذا النص المستحدث ضمن أحكام الفصل الثاني لتعلق المبطلات وحالات البطلان بأركان الوقف.

³⁴ قرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 1997/07/16، في الملف رقم 157310، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1997، العدد الأول، ص34.

- ضرورة بيان المقصود من أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في الشخص المعنوي كجهة للوقف، وهذا لكون نص المادة 13 من قانون الأوقاف أحالت لهذه الأحكام في سياق موجز ومختصر.

- إزالة التناقض بين المادتين 16 و 29 الذي خلقه المشرع من جراء خلطه بين ماهية الشروط الباطلة والفاصلة، وذلك بترتيب حكم الشروط الفاسدة على حالة الشروط الباطلة.