

# مقدمة

## مقدمة

قال الله تعالى " لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ " (1)، و منه فالإنفاق قد يتخذوا أشكالاً متعددة و متنوعة كالصدقة و الوقف و الهبة، إذ تعتبر هذه التصرفات تبرعا، حيث هذه التصرفات تتشابه إلى حد بعيد لما تعنيه من تبرع ذلك أنها تتم بدون مقابل و إن يجوز في بعض الأحيان أن يشترط الواقف إشتراطات أو أن تكون الهبة بعوض.

فقد يقصد الشخص من تبرعه التقرب إلى الله عز و جل فيكون التصرف في هذه الحالة إما صدقة أو وقفا، و قد يكون القصد من التبرع هو التودد للعباد فتكون هبة حيث قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " تحادوا تحابوا " (2)

فالهبة تؤدي إلى التماسك و تكافل أفراد المجتمع الواحد، بحيث أنها من أسمى التبرعات ذلك أنها تضحية بالمال لصالح الغير، إذ أن الجزائر على غرار التشريعات المقارنة قد سعت إلى تنظيم عقد الهبة من خلال المواد من 202 إلى 213 قانون الأسرة الجزائري (3)

أما الوقف فقد فسره العلماء على انه صدقة جارية ذلك أن الميت ينقطع عمله بمجرد موته إلا في أحوال ثلاث، حيث قال رسول الله صلى الله عليه و سلم " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"، فالوقف يقصد به حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق (4)

فيعد كل من الوقف و الهبة من التصرفات التبرعية الخطيرة ذلك أنها تقص من الذميمة مال للواقف أو الواهب، لذلك أحاط المشرع الجزائري هذه التصرفات بجملة من الشروط و الإجراءات التي يجب إتباعها .

(1) سورة آلي عمران ، الآية 92.

(2) مالك بن أنس بن مالك، ص 696

(3) القانون رقم 11/84 ، المؤرخ في 1984/06/09 ، المتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية عدد 24 ، 1984 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ، جريدة رسمية عدد 15 ، 2005 .

(4) المادة 123 من قانون الأسرة الجزائري.

هذا و قد يرد كل من الوقف أو الهبة على العقار و المنقول على حد سواء، إذ الذي يهمننا في هاته الدراسة هو التبرع بالعقار لصالح العام.

فالمقصود بالعقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه غير قابل للحركة أو النقل إلى مكان آخر، أما المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر <sup>(1)</sup>بينما الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقار <sup>(2)</sup>

أما المقصود بالصالح العام هو الخير العام يتم مشاركته و الاستفادة منه على صعيد جميع الأعضاء المشتركة، إذ هدفه نفعي ذلك أنه يقدم أكبر قدر ممكن من المنفعة لأكبر عدد ممكن للأفراد كوقف المساجد و المستشفيات أو هبة المدارس من أجل التعليم .

إن أهمية التبرع بالعقار لنفع العام تكمن في العقار ذاته، ذلك أن الملكية العقارية تعتبر من المواضيع القانونية التي تستوجب الوقوف عندها خاصة من طرف الباحثين القانونيين، فالعقار غالبا يكون ذا قيمة مالية باهضة و ما يعود به من ضرر على المتبرع.

فالسبب من اختيار هذا الموضوع هو ما لعقد التبرع من أهمية في العلاقات و الروابط الإنسانية و نشر المحبة و الود بين أفراد المجتمع الواحد، و كذا التشجيع على التبرع لصالح العام بحيث يعود هذا بنفع لأفراد المجتمع على حد سواء.

و تبعا لما تقدم سنحاول معالجة الإشكالية التالية: **في ماذا تتمثل خصوصية التبرع بالعقار بقصد المنفعة العامة؟ .**

---

<sup>(1)</sup> المادة 683 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 ، 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 ، جريدة رسمية عدد 31 2007 .

<sup>(2)</sup> المادة 27 من القانون رقم 25\_90 المتضمن التوجيه العقاري.

و للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نتبع المنهج التحليلي و ذلك بتحليل مختلف النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري في قانون الأسرة و قانون الأوقاف و القانون المدني و قانون التوجيه العقاري و غيرها من القوانين و المراسيم.

و بناء على ذلك سنتطرق في هاته المذكرة إلى فصلين، سنتناول في الفصل الأول الهبة في العقار، أما الفصل الثاني ستكلم فيه عن وقف العقار.

فبخصوص الفصل الأول سنقسمه إلى مبحثين سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية عقد الهبة، أما المبحث الثاني سنتحدث في عن هبة العقار بين التنفيذ و الرجوع.

و بخصوص الفصل الثاني هو الآخر سنقسمه إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول ماهية الوقف، أما المبحث الثاني سنين بعض التطبيقات عن تسير و إدارة الملك الوقفي لصالح العام.

# الفصل الأول

## الهبة في العقار

## الفصل الأول: الهبة في العقار

إن المادة 683 من القانون المدني الجزائري عرفت العقار على أنه " كل شيء مستقر بجيزه ز ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف فهو عقار و ما عدا ذلك من شي فهو منقول ...".

و منه فالعقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه غير قابل للحركة أو النقل إلى مكان آخر، أما المنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر، فعقار يمتاز بثبات و الاستقرار و هما ميزانان لصيقتان به سواء كان هذا الثبات من صفات خلقة كالأرض أو من صفات صنعه كالبيت و المباني و الشركات و غيرها ...<sup>(1)</sup>

أما الملكية العقارية فقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 27 من القانون رقم 90\_25<sup>(2)</sup>، على أن " الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقار..."، و منه فمالك العقار له سلطة مباشرة، إذ يجوز له أن يستعمله و يستغله و يتصرف فيه، و بالتالي فالمالك له سلطات ثلاث هي الاستغلال و الاستعمال و التصرف، و طالما المالك له سلطة التصرف فله أن يبيعه أو يأجره أو يهبه، إذ هذه الأخيرة قد تكون بعوض أو بغير عوض.

و بما أن الهبة في حد ذاتها تعتبر من التصرفات الخطيرة بالنسبة للواهب ذلك أنها تنقص من ذمته المالية، فإن المشرع الجزائري أحاطها بجملة من الإجراءات القانونية لاسيما فيما يتعلق بنقل الملكية العقارية من ذلك التسجيل و الشهر، و لأن الهبة عقدا فيجب أن تتوافر أركان العقد سواء العامة من رضاء و محل و سبب و الأركان الخاصة من ذلك الشكلية و الحيابة.

فإذا استوفى عقد الهبة جميع أركانه خلصت له قوته الملزمة، أي لا بد من تنفيذه، غير أنه يجوز لمالك العقار في مواطن حدد المشرع الجزائري ضوابطها أن يرجع في هبته لاسيما إذا تعلق الأمر بجهة الآباء لأبنائهم، و لكن لا يجوز للآباء أن يرجعوا في هبتهما في أحوال ثلاث سنينها لاحقا، ز فضلا عن ذلك فإن الهبة الموجهة لصالح العام لا يجوز الرجوع فيها.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية عقد هبة العقار، أما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن الآثار المترتبة عن عقد هبة العقار و كذا مدى إمكانية الرجوع في هذا العقد

(1) منصور نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 21.

(2) قانون التوجيه العقاري رقم 90\_25 المؤرخ في جمادى الأول عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1999 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 18 نوفمبر سنة 1999.

## المبحث الأول

### ماهية عقد الهبة

تنص المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن " الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط" ، و تنص أيضا المادة 206 من نفس القانون على انه " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة".

و منه يتبين أن الهبة من العقود التبرعية، فالقول أنها عقدا ذلك أن المشرع اشترط لانعقادها الإيجاب و القبول، و القول أنها تصرفا تبرعيا ذلك أنها تتم بلا عوض و إن كان يجوز للواهب أن يشترط التزاما على الموهوب له لأنه لا بد من توافر نية التبرع.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الهبة و ذلك بتعريفها و تبيان خصائصها و أركانها العامة و الخاصة ، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن خصوصية هبة العقار لاسيما فيما يتعلق بتسجيل و الشهر.

## المطلب الأول

### مفهوم الهبة و أركانه

تعددت التعاريف لعقد الهبة بين الفقهاء و بين التشريعات الوضعية ، و المتفق عليه أن الهبة من التصرفات التبرعية ، فإذا كان المقصود بالمعنى يقودنا إلى اعتبار كل هبة تبرعا ، فلا يمكن اعتبار كل تبرع هبة ، و هذا ما سيتم توضيحه من خلال التعريف بعقد الهبة<sup>(1)</sup>، و من ثمة تحديد الخصائص التي يتمتع بها، و حتى يكون مفهومه أكثر جلاء لا بد من تمييزه عن التصرفات المشابهة له أو التي تقابله.

ولأن الهبة تعتبر عقدا، فإنه يشترط توافر الأركان العامة للعقد من رضا و محل و سبب، هذا و الأصل في العقود الرضائية إذ يكفي لانعقاد العقد تطابق الإيجاب مع القبول، غير انه قد ينص المشرع الجزائري على شكلية معينة لاسيما فيما يتعلق بهبة العقار.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف عقد الهبة و خصائصه، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن الأركان العامة و الخاصة لعقد الهبة.

(1) إن الطبيعة القانونية لتصرف الهبة أنها عقدا، ذلك أن المشرع الجزائري إُشترط لانعقادها الإيجاب و القبول.

## الفرع الأول

### تعريف الهبة في العقار وخصائصه

في هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف الفقه الإسلامي للهبة و موقف المشرع الجزائري (أولاً)، هذا و سنبين في هذا الفرع أهم خصائص عقد الهبة (ثانياً).

#### أولاً: تعريف الهبة

لقد أعطى الفقه الإسلامي للهبة عدة تعريفات، فالمالكية يعرفونها على أنها تملك من له التبرع ذاتياً بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه ، و منه فالمراد بمصطلح "تمليك" هو نقل الملكية، و المراد بمصطلح " من له التبرع " هو أن يكون كامل الأهلية، أما المقصود من مصطلح " الأهل " هو أهلية الموهوب، و المقصود بالصيغة هو وجوب إتباع إجراء شكلي من أجل صحة الهبة <sup>(1)</sup>.

و فقهاء الحنفية يعرفونها على أنها تملك العين بلا شرط العوض في الحال، فالمقصود بمصطلح " تمليك " هو نقل الملكية، و المقصود بالعين، هو محل الهبة أي الشيء الموهوب، أما قولهم " بلا عوض " المراد منه أن تتوافر وجود نية التبرع <sup>(2)</sup>

هذا و يعرفونها فقهاء الشافعية على أنها تملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً ، و منه فالشافعية أضافوا على تعريف فقهاء الحنفية شرطاً آخر هو أن تكون الهبة منجزة في حياة الموهوب له غير مؤجلة، و هذا ما يميز الهبة عن الوصية <sup>(3)</sup>

و قد عرفها أيضاً فقهاء الحنابلة على أنها "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً لا يتعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة و تملك و نحوها " <sup>(4)</sup> و منه فهذا التعريف ضبط الهبة أكثر من التعريفات السابقة، إذ أورد أن الهبة عقد ينقل الملكية من ذمة إلى أخرى و ذكر شرط الحيابة أو التسليم كون هذا العقد يتم حال حياة الواهب دون أن يضاف إلى أجل.

<sup>(1)</sup> محمد بن عبد الله الباقي أزرقاوي، شرح زرقاوي على مختصر سيدي خليل، الجزء 07، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص 94.

<sup>(2)</sup> عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، مكتبة الثقافة الدينية، الطبعة الأولى، 2005 ص 212.

<sup>(3)</sup> محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 08، دار الوفاء، 2008، ص 261.

<sup>(4)</sup> وهيبة الزجيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، الطبعة الرابعة، 1997، ص 398.



أما المشرع الجزائري نص في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أن " الهبة تمليك بلا عوض و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط" ، و نص أيضا في المادة 206 من نفس القانون على انه " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة " .

و من و من خلال استقراء هاتين المادتين يتبين أن الهبة من التصرفات القانونية الناقلة لملكية الشيء بلا عوض، و تتم بإرادتين إرادة الواهب و إرادة الموهوب له، و يتبين أيضا أن الهبة تؤدي إلى افتقار ذمة الواهب و اغتناء ذمة الموهوب له، هذا و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام دون أن يتجرد من نية التبرع.

### ثانيا: خصائص عقد الهبة في العقار

إن عقد الهبة يتميز بعدة خصائص سنبينها في الأتي:

#### 01 \_ الهبة عقد ما بين الأحياء :

طلما أن عقد الهبة يتم بتطابق الإيجاب مع القبول لكل من الواهب و الموهوب له، فهي عقد ما بين الأحياء تتم في حال حياة الواهب و الموهوب له.

#### 02 \_ الهبة عقد ملزم لجانب واحد:

الأصل أن الموهوب له لا يلتزم بشيء، غير أنه إذا اشترط الواهب عوض عن الهبة فتكون الهبة ملزمة للجانبين.

#### 03 \_ عقد الهبة تمليك بلا عوض:

حتى يقوم عقد الهبة فلا بد من توافر عنصرين، الأول هو تقديم التزام بدون مقابل، و الثاني هو نية التبرع بهذا الالتزام<sup>(1)</sup>، غير أن المادة 202 من قانون الأسرة السالف الذكر نصت على أنه يجوز للواهب أن يفرض على الموهوب له القيام بالالتزام معين سواء لمصلحته الشخصية أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة، شريطة أن تكون قيمة العوض أقل من قيمة الشيء الموهوب و إلا أعتبر التصرف معاوضة.

(1) خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013، ص 202.

#### 04 \_ الهبة عقد تبرعي:

إن جوهر عقد الهبة هو نية التبرع، و التي يمكن استنباطها عن طريق معيارين، الأول شخصي و هو وجود فكرة القيام بالتبرع من جانب واحد و نية قبول الهبة من جانب الموهوب له و إن كان البعض يكتفي بقيام نية التبرع في جانب الواهب، أما المعيار الثاني هو موضوعي و هو انتقال قيمة ما من الواهب إلى الموهوب له دون انتظار أي منفعة وراء ذلك<sup>(1)</sup>

و منه فالهبة تتحقق طالما كان هناك افتقار من جانب الواهب و إثراء لذمة الموهوب له، كما أن الهبة لا تتحقق إذا تخلفت نية التبرع وفقا للمعيارين الشخصي و الموضوعي، إذ الملاحظ هنا هو أن نية التبرع هي مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع.

#### 06 \_ الهبة عقد شكلي:

لقد اوجب المشرع الجزائري إفراغ عقد الهبة في قالب رسمي و إلا كانت باطلة، حيث نص في المادة 206 من قانون الأسرة السالف الذكر على أن " ... و تتم الحيازة و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات، فإذا احتل احد القيود السابقة بطلت الهبة "

و في هذا الصدد نشير أن المشرع الجزائري استثنى الحيازة و التسليم إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا<sup>(2)</sup>

و العلة من فرض الشكلية في الهبة هو أن الواهب يتجرد من ماله دون مقابل، و هذا ضارا به و بورثته من بعده، فالتصرف خطير نبه إليه المشرع الجزائري عن طريق اقتضاء الرسمية فيه حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف في ما إذا كان قد يمضي فيه أو يثنى عنه<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 566.

<sup>(2)</sup> المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري

<sup>(3)</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الهبة و الشركة، دار احياء التراث العربي، 1952، ص 20.

## الفرع الثاني

### أركان عقد الهبة و شروطها

إن المشرع الجزائري صنف عقد الهبة ضمن التصرفات القانونية التي تنعقد بتطابق الإيجاب و القبول، فعقد الهبة يتم إبرامه بين شخص الذي يقوم بالتصرف القانوني و الذي يسمى الواهب، و بين شخص آخر يتلقى الشيء الموهوب و الذي يسمى بالموهوب له، و هذا الخير قد يكون شخصا طبيعيا او معنويا.

ولأن عقد الهبة كسائر العقود فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة التي تعتبر المرجع العام لتحديد أركان العقد العامة و الخاصة على حد سواء.

### أولاً: الأركان الموضوعية لعقد الهبة

إن الهبة طالما أنها عقدا فإنه يجب توافر فيها أركان العقد العامة من رضا و محل و سبب، حيث يشترط في الرضا أن يكون موجودا و صحيحا، و يشترط في المحل أن يكون موجودا و معيناً أو قابل لتعين و قابل لتعامل فيه، و يشترط في السبب أن يكونا مشروعاً.

### 01\_ التراضي في عقد الهبة

يقصد بالتراضي تطابق الإيجاب مع القبول كتعبير عن إرادة طرفي عقد الهبة، حيث يشترط في التراضي أن يكون موجودا و صحيحا، فالمقصود بوجود التراضي هو تطابق الإيجاب و القبول من قبل الواهب و الموهوب له فالإيجاب هو العرض الصادر من الواهب لإبرام الهبة، بحيث إذا اقترن به قبول من الموهوب له أو من ينوب عنه ينعقد عقد الهبة<sup>(1)</sup>

أما المقصود بصحة التراضي هو أن يكون من صدر التعبير منه متمتعا بالأهلية القانونية<sup>(2)</sup>، و أن يكون رضائه غير مشوب بعيب من عيوب الإرادة كالغلط و التدليس و الاستغلال و الإكراه هذا و نصت المادة 85 من قانون الأسرة السالف الذكر على الشروط الواجب توافرها في كل من الواهب و الموهوب له<sup>(3)</sup>

<sup>(1)</sup> إن التعبير عن الإرادة يكون إما صريحا أو ضمنيا، و التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانوني إلا من الوقت الذي يصل فيه إلى علم من صدر منه.

<sup>(2)</sup> يشترط في الواهب أن يكون كامل الأهلية، ذلك ان التصرف بالنسبة له تصرفا ضارا ضررا محضا، أما الموهوب له يكفي ان يكون مميزا ذلك أن التصرف بالنسبة له ناقعا نفعا محضا .

<sup>(3)</sup> المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري.

## 02\_ المحل

إن محل العقد بوجه عام هو الالتزام الذي يترتب عليه إما إعطاء شيء أو قيام بعمل أو الامتناع عن عمل<sup>(1)</sup>، و منه فإذا كانت الهبة بلا عوض فإن محل الالتزام هو الشيء الموهوب فقط، أما إذا كانت الهبة بعوض فمحل الالتزام يكون مزدوجا يشمل الشيء الموهوب و المقابل الذي يلتزم به الموهوب له.

فالشيء الموهوب هو المال الذي يهبه الواهب إلى الموهوب له سواء كان عقارا أو منقولاً أو حق انتفاع أو دين، حيث يجوز للواهب أن يهب كل ما يملكه من منقولات أو عقارات أو منافع و حقوق دائنيه<sup>(2)</sup>، أما العوض في الهبة هو التزام الموهوب له الذي اشترطه الواهب مقابل الهبة، إذ يجوز أن يكون هذا المقابل التزام بإعطاء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل .

## 03\_ السبب

يقصد بسبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فيجب أن يكون مشروعاً أي ألا يخالف النظام العام و الآداب العامة، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع و لم يكن المتعاقد الآخر على علم به و لا باستطاعته أن يعلم، فإنه لا بطل العقد بحيث في هذه الحالة يأخذ بالإرادة الظاهرة و ليس الإرادة الباطنة<sup>(3)</sup>

و السبب في عقد الهبة هو نية التبرع التي يشترط فيها ان تكون مشروعة غير مخالفة لنظام العام و الآداب العامة، تحت طائلة بطلان عقد الهبة<sup>(4)</sup>

### ثانياً: الأركان الخاصة لعقد الهبة

اشترط المشرط الجزائري في نص المادة 206 من قانون الأسرة السالف الذكر توافر ركنين الشكلية و حيابة الشيء الموهوب في عقد الهبة.

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني العقد و الارادة المنفردة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007. ص 127.

(2) حسين بن شيخ أيت ملو، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص 156.

(3) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015. ص 75.

(4) المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

## 01\_ الشكلية

إن القاعدة العامة هو انه الأصل في العقود الرضائية، و استثناءا قد يشترط المشرع شكلية معينة، فالشكلية في عقد هبة العقار هي الرسمية هي و ذلك بإتباع الإجراءات القانونية لاسيما فيما يتعلق بالتسجيل و الشهر .

هذا و يجب أن يشتمل عقد الهبة إذا كان الموهوب عقارا على تعيين و أصل الملكية، كما يجب تبيان العوض أو الإلتزمات المفروضة على الموهوب له من قبل الواهب<sup>(1)</sup>

و الجدير بالذكر أنه إذا تم تحرير عقد الهبة في شكل عرفي فإن مصيره البطلان، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا على انه " ... يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان ... " <sup>(2)</sup>، و هذا ما تأكده المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن " الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات ... "

## 02\_ حيازة الشيء الموهوب

لقد جعل المشرع الجزائري من عقد الهبة عقدا عينيا ، و المقصود بالعينية وجوب حيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو ممن يمثله قانونا كركن من أركان عقد الهبة ، إذ تتم حيازة الشيء الموهوب بالتسليم الفعلي من الواهب و تمكين الموهوب له من حيازته و الانتفاع به دون عائق لذلك كان لزاما تحديد معنى الحيازة و ذلك بتعريفها و ذكر أنواعها و الاستثناءات من وجوب الحيازة.

و الحيازة في مفهوم نص المادة 206 من قانون الأسرة السالف الذكر هي أنها السيطرة المادية و المعنوية على الشيء الموهوب، و لا يتحقق ذلك إلا بالتسليم الفعلي<sup>(3)</sup>

هذا و يجب عدم الخلط بين مفهوم الحيازة في القانون المدني التي يترتب عليها اكتساب الملكية عن طريق التقادم و مفهوم الحيازة كركن في عقد الهبة، فالأولى تدخل ضمن أسباب اكتساب الملكية، أما الثانية تدخل ضمن أركان الهبة .

(1) محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و السياسية، العدد 20 1987، ص 543.

(2) قرار قضائي رقم 389338 صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21\_11\_2007ن مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.

(3) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص 08.

و الحيابة تنقسم إلى قسمين حيازة فعلية و حيازة حكمية، فيقصد بالأولى أنها وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له فإذا كان دار يسكنها وجب عليه أن يخرج منها و يسلمها للموهوب لمن حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا " ... يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم يتم فيها الحيازة و التي هي شرط لتتمام العقد"<sup>(1)</sup>

أما المقصود بالحيازة الحكمية هي وضع الشيء الموهوب تحت حيازة الموهوب له على سبيل الإيجار أو العارية، كأن يكون الموهوب له مستأجرا قبل الهبة، و بالتالي فالموهوب له في هذه الحالة لا يحتاج إلى السيطرة المادية على الشيء الموهوب، بل يحتاج إلى اتفاق بينه و بين الواهب عن طريق عقد الهبة، و هذا تطبيقا للمادة 207 من قانون الأسرة الجزائري.

هذا و يجب على الموثق التأكد من حيازة الشيء الموهوب و أن يبين ذلك في العقد، و في حالة نزاع حول عدم الحيازة فغنه يجوز إثباتها بكافة الطرق، حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا " ... و على القاضي القيام بفتح تحقيق بدعوى الخصوم للتأكد من واقعة الحيازة ..."<sup>(2)</sup>

و الجدير بالذكر انه إذا كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه لأي سبب، فإن نائبه القانوني هو الذي يتولى الحيازة عنه كولي له أو وصيه أو القيم عليه<sup>(3)</sup>

هذا و يوجد عدة استثناءات ترد على وجوب حيازة الشيء الموهوب، إذ أن الإجراءات القانونية<sup>(4)</sup>، تغني عن الحيازة لاسيما فيما يتعلق بالهبة الواقعة بين الولي و ممن ينوب عنه أو الهبة الواقعة بين الزوجين أو الهبة الواقعة على العقار المشاع.

<sup>(1)</sup> القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا، رقم 25554 بتاريخ 11\_01\_1982ن نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص 67.

<sup>(2)</sup> القرار القضائي الصادر عن المحكمة العليا، تحت الرقم 40457 بتاريخ 21\_04\_1986، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1989، ص 72.

<sup>(3)</sup> المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري.

<sup>(4)</sup> إن الإجراءات القانونية الواجب اتباعها تختلف في ما إذا كان الشيء الموهوب عقارا أو منقولا.

## المطلب الثاني

### خصوصية عقد الهبة

تنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول .... ، و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و إذا اختلت أحد هذه القيود السابقة بطلت الهبة" ، هذا و تنص المادة 324 مكرر 3 من قانون المدني بقولها " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين " و بعد تحرير عقد الهبة يكون لزاما على الموثق تسجيل العقار لدى مصلحة التسجيل، و كذا شهره ذلك أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بالشهر

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتحدث في في الفرع الأول عن توثيق هبة العقار، اما الفرع الثاني سنتكلم عن مسألة تسجيل العقار و شهره.

### الفرع الأول

#### توثيق عقد الهبة في العقار

في هذا الفرع سنبين إجراءات توثيق عقد الهبة في العقار (أولا)، ثم سنتحدث عن مسألة الشهود في عقد الهبة (ثانيا).

#### أولا: إجراءات توثيق عقد الهبة في العقار

إن الموثق هو المختص في توثيق عقد الهبة حيث تنص المادة 3 من قانون التوثيق على أن الموثق هو ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية<sup>(1)</sup> فتقوم مكاتب التوثيق بتوثيق عقد الهبة بعد دفع الرسم المستحق، و يجب على الموثق التثبت من أهلية المت عاقدين ورضائهما، و لا يجوز التوثيق إلى بحضور شاهدين يوقعان عقد الهبة و على الموثق قبل توثيق المتعاقدين على عقد الهبة أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد و أن يبين لهما الأثر القانوني المترتب عليه وله رفض التوثيق إذا اتضح له عدم توافر الأهلية أو الرضاء لدى المتعاقدين أو أن الهبة ظاهرة البطلان<sup>(2)</sup>

(1) \_ قانون رقم 02\_06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق

الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006

(2) \_ كمال حمدي، الموارث و الهبة و الوصية، مساء المعارف، الإسكندرية، 1987 ص 160.

فلا يقبل بأي شكل من الأشكال أن يحرق عقد الهبة عن كاتب ما لأنها بذلك ستكون باطلة بطلانا مطلقا و هذا ما تؤكدته المادة 12 من القانون رقم 91.70 المتضمن مهنة التوثيق بقولها " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي من دفع الثمن إلى الموثق " (1)

وعليه فالموثق هو الضابط العمومي المختص بإعطاء الشكل الرسمي لعقد الهبة في العقار و يكون ذلك بحضور شاهدين اثنين كما نصت عليه المادة 324 مكرر 3 من قانون المدني بقولها " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين "

ويكون على الموثق عند تحرير عقد الهبة في العقار أن يقوم بتحديد حالة العقار و طبيعته كما يجب أن يحدد موقع العقار بدقة كما يجب أن يحدد في ذات العقد أسماء المالكين السابقين و غيرها من المعلومات المتعلقة بالعقار.

و هذا ما جاء في نص المادة 324 فقرة 4 من القانون المدني بقولها " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة و حالات و مضمون، وحدود العقارات و أسماء المالكين السابقين و عند الإمكان صفة و التحويلات السابقة "

و انعدام الشكل الرسمي يخول لكل ذي مصلحة أن يدفع بالبطلان كما يجوز للمحكمة أيضا و من تلقاء نفسها إثارة البطلان لأنه من النظام العام فإذا اختل شكل الهبة في العقار، فإن الهبة تكون باطلة بطلانا مطلقا و لا تنتج أثرا، فيبقى المال الموهوب ملكا للواهب يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد، و لا ينقل الملك إلى الموهوب له فلا يستطيع هذا أن يطالب بتسليمه المال و لا يستطيع أن يتصرف فيه.

و يجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان، و أن يتمسك بالبطلان دفعا في دعوى يرفعها عليه الواهب، كما يجوز لأي ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، فيتمسك به ورثة الواهب، و الخلف الخاص كمشتري من الواهب .

(1) \_ قانون رقم 91.70 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن مهنة التوثيق.



فإذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب للموهوب له، و انقضت دعوى البطلان بالتقادم، جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار<sup>(1)</sup> و ينطبق هذا المفهوم على هبة العقارات ، التي يوجد المشرع صلبها في قالب توثيقي إعمالاً لنص المادة 324 مكرر من القانون المدني ومن ثم يمكن تجسيد وظيفة التوثيق في النقاط التالية :<sup>(2)</sup>

- 1\_ إتمام ركن من أركان العقد تحسب المادة 324 من القانون المدني
- 2\_ تمكين المتعاقد من السند التنفيذي يعني عن رفع دعوى صحة التعاقد
- 3\_ امتلاك المتعاقد لحجة في مواجهة الغير في كامل التراب الوطني
- 4\_ تنبيه كل من الواهب و الموهوب و خاصة الواهب إلى خطورة التصرف المقبل عليه وذلك حتى يتأكد من تصرفه
- 5\_ تترتب أحكام عقد الهبة في العقار بمجرد توثيق العقد، عدا الأثر العيني أي أن عقد الهبة في العقار الموثق، و قبل شهره بالمحافظة العقارية، و إن كان لا ينقل الملكية و لكنه ينشئ التزامات في مواجهة كل من الواهب و الموهوب له<sup>(3)</sup>

و بالرجوع للمادة 324 من القانون المدني نجد أنها تنص على أنه يجب على محرر العقد ( الضابط العمومي) إتباع إجراء من إجراءات تحرير عقد الهبة في العقار و ذلك لخطورته وبصفته عقد من العقود الاحتفائية.

### ثانياً: إلزامية الشهود في عقد هبة العقار

إن حضور شاهدين في مجلس العقد وجوبي و يلاحظ من خلال الممارسة القضائية نوع من الاستخفاف بهذه المسألة على الرغم من أهميتها القصوى من قبل بعض الموثقين أثناء تحريرهم لعقود الهبة، أو من القضاة المكلفين بمراقبة مدى شرعية العقود التوثيقية في حالة الطعن في صحتها فضلاً عن عدم إثارة هذه النقطة القانونية من قبل الأساتذة المحامين<sup>(4)</sup> و الشهود ثلاث أنواع:

(1) \_ أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2002 ص 341

(2) \_ نورة منصور، المرجع السابق ص 59.

(3) نورة منصور، المرجع السابق، ص 59.

(4) \_ عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ص 17.

## 1\_ شهود العدل :

إن هذا النوع من العقود هو الواجب حضوره في مجلس العقد في العقود الاحتفائية ويجب على الموثق إلا يبرم العقد بدون حضورهما كما يجب أن يتوفر في كلا الشاهدين ذوي أهلية كاملة و ذو إرادة حرة كما يجب ألا تكون لهم أي مصلحة في عقد الهبة كما لا يجب أن يكونا لا من أقرباء الضابط العمومي حسب المادة 20 من قانون تنظيم مهنة الموثق بقولها لا يجوز لأقرباء أو أصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة (أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة أو أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي و يدخل في ذلك العم و ابن الأخ و ابن الأخت) و كذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته، أن يكونوا شهودا في العقود التي يجرها و لا من أقرباء المتعاقدين ( الواهب و الموهوب له) و ذلك حتى يسمع كل منهما صيغة العقد و التأكد من توجه نية كل متعاقد في التعاقد و ذلك من خلال إيجاب و قبول كلا المتعاقدين .

و كما ذكرنا سابقا فلا يجب أن يكون الشهود (شهود العدل) من أقرباء المتعاقدين و لا حتى من أقرباء الموثق و في حالة تخلف الشاهدين و عدم حضورهم تحرير العقد يكون العقد باطلا حسب المادة 324 فقر 3 من القانون المدني التي نصت صراحة على بطلانه بقولها " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية بحضور شاهدين "

و قد يلجأ بعض الموثقين في بعض العقود من اعتماد أربعة شهود يكون اثنان منهم شهود عدل و الاثنان الآخرين هما شهودا الإثبات و بالعودة للمادة 20 نجدتها تنص على أنه " يجوز لأقارب أو أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات " .

## 2\_ شهود الإثبات:

إن هذا النوع من الشهود لا يكون حضوره واجبا خلال تحرير العقد بعكس شهود العدل، إلا أنه بإمكان الموثق في حال كانت هوية أحد المتعاقدين مجهولة أو كلاهما أن يطلب حضور شاهدي إثبات أو شاهدي تعريف ليضمنوا هوية المتعاقدين. (1)

(1) عمر حمدي باشا، المرجع السابق ص 14.

ويكثر اللجوء إلى هذا النوع من الشهود في حالة عدم حيازة طرفي العقد بطاقة هوية وما يثبت حالتها المدنية و الجنسية وكان الموثق لا يعرفهما، و عليه يجوز للموثق تحرير العقود الرسمية مثل البيع و الرهن، الإيجار و غيرها بدون شهود الإثبات كما أن هناك نوع ثالث من العقود بالإمكان أن يحضرا تحرير العقد لدى الموثق و هما

### 03\_ شهود التشرية:

إن هذا النوع من الشهود لا يعتبر حضورهما ضروريا عند الموثق بل يكون حضورهما تشريفيا لهما. كحضور إخوة الزوجة في عقد الزواج و إضائهم مع شاهدي العقد و الأطراف الأخرين ، فليس لهم دور في التعريف ولا العدل<sup>(1)</sup> وليس لهما قيمة قانونية

بالإضافة إلى ذلك و بعد تحرير الموثق لعقد الهبة في العقار على مستوى مكتبه وبعد إكمال كل الإجراءات الواجب إتباعها من تحري الإرادة و التأكد من أهلية المتعاقدين و حضور الشهود وتلاوة صيغة العقد و غيرها يكون الموثق بعدها أن يسجل العقد لدى مفتشية أملاك الدولة ثم شهره في المحافظة العقارية .

### الفرع الثاني

#### تسجيل و شهر عقد الهبة في العقار

في هذا الفرع سنتطرق إلى إجراءات تسجيل عقد الهبة في العقار (أولا)، ثم سنتحدث عن و جوب شهر عقد الهبة و ذلك إذا كان الشيء الموهوب عقارا (ثانيا).

#### أولا: تسجيل عقد الهبة في العقار

بعد أن يقوم الموثق بتحرير عقد الهبة التي يكون محلها عقارا يقوم بتسجيله على مستوى مفتشية التسجيل و الطابع التابعة لمديرية الضرائب وذلك من اجل تحصيل و دفع الرسوم و التي ي تطلبها تسجيل هذا العقد و تختلف الرسوم من عقد إلى آخر فمنها ما تكون (الرسوم ) ثابتة و منها من تكون نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقد .

وهذا ما نصت عليه المادة 2 من قانون التسجيل وتحدد المادة التي تليها كيفية تطبيق الرسوم على العقود فالرسم النسبي او التصاعدي حسب المادة 4 من نفس القانون يطبق على العقود الناقلة للملكية .

(1) عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 15.

و بالرجوع إلى طبيعة عقد الهبة في العقار فهو من العقود الناقلة للملكية مجاناً فتحكمها قواعد المادة 231 من قانون التسجيل الحالي المتعلقة بنقل الملكية مجاناً تنص على أنه يحصل على الهبات بين الأحياء رسم تسجيل قدره 5، أما الفقرة الثانية فتتضمن على أن الهبات بين الأحياء الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى و بين الأزواج , تستفيد من الإعفاء من رسم التسجيل .

فقد تزيد هذه الرسوم أو تزيد، حيث كان قانون التسجيل لسنة 1976 لا يعفي الهبات الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى و بين الأزواج من رسوم التسجيل فكانت تنص المادة 231<sup>1</sup> منه على : "غير أنه يحصل على الهبات بين الإحياء الواقعة بين الأصول و الفروع و الأزواج رسم قدره 3 "

و تنص المادة 58 من الأمر رقم 105 /76 المتضمن قانون التسجيل على وجوب تسجيل عقود الموثقين في اجل شهر واحد من تاريخ تحريرها و يتعلق الأمر بالعقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حق انتفاع<sup>(1)</sup> تحت طائلة العقوبات التأديبية التي تطبقها عليهم السلطات المختصة كما يكون على الموثق تسجيل التي يجرها لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع إقليمياً وهذا بنص 75 من قانون التسجيل التي نصت صراحة على أنه لا يمكن للموثقين ان يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم .

ويمكن تجسيد وظيفة التسجيل فيما يلي :

**01-تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية**

**02-إثبات العقود العرفية فالعقود العرفية التي يجرها الأطراف فيما بينهم دون تدخل من الضابط العمومي لا يمكن لها أي حجة على الغير في تاريخه ما لم يكن له تاريخ ثابت أي يوم تسجيله**

**03-ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عمومي**

**04-من يوم التأشير عليه على يد ضابط مختص<sup>(2)</sup>**

(<sup>1</sup>) الام رقم 76-105 مؤرخ في 09ديسمبر سنة 1976 و قانون التسجيل المعدل و المتمم ,الجريدة الرسمية عدد 81 مؤرخة في 18 ديسمبر 1977 .

(<sup>2</sup>) نورة منصوري , المرجع السابق ص 61

## ثانيا :شهر عقد الهبة في العقار :

لقد اعتمد اغلب تشريعات العالم على نظام الشهر العقاري فهو يعتبر من أهم الأسباب التي تدعم الملكية العقارية ، بحيث يكون حجة لصاحبه في مواجهة الغير فمن خلال عملية الشهر يعلم المتعاقد الغير القانوني للعقار المشهر ، إذن فالشهر العقاري هو مجموعة الإجراءات و القواعد التي تحدد هوية العقار و شهره<sup>(1)</sup>، و تم تعريفه على انه عمل في يهدف تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإرادة الشهر العقاري لإعلام الكافة بما و إظهار بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها<sup>(2)</sup>

### 01\_أنظمة الشهر العقاري:

وتنقسم أنظمة الشهر إلى قسمين هما الشهر الشخصي و الشهر العيني و سنوضح كلا منها باختصار مع تبيان موقف المشرع الجزائري منها :

#### أ - الشهر الشخصي :

إن نظام الشهر الشخصي هو أول نظام اتبع في العصر الحديث و يعتمد هذا النوع على إعلان التصرفات بأسماء الأشخاص القائمين عليها بحيث لا يمكننا من خلاله معرفة الوضعية القانونية لعقار ما من غير أن نعرف صاحبه

و يتم ذلك بسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية ، كما يتم وضع سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقدم التصرفات إلى المكلف بالشهر<sup>(3)</sup> و سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقدم التصرفات المراد شهرها<sup>(4)</sup>

#### ب\_ الشهر العيني :

يقصد بالشهر العيني هو شهر التصرفات العقارية بالمحل ذاته ، أي يشهر العقار و يكون لكل عقار بطاقة خاصة به ضمن السجل العقاري و تحتوي على وصف العقار مع تحديد موقعه و مساحته .

(1) رويصات مسعود ، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري ، (رسالة المحيستر) تخصص قانون عقاري ، جامعة الحاج لخضر -باتنة- كلية الحقوق 2009/2008 ، ص 8.

(2) مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، الطبعة الاولى ، الديوان الوطني للاشغال التربوية 2003 ، ص 13

(3) مسعود رويصات ، نفس المرجع ، ص 16.

(4) -منصوري نورة ، المرجع السابق ، ص 62 ، 63 .

## ج - موقف المشرع الجزائري من النظامين:

إن المشروع الجزائري بعد الاستقلال كان قد اخذ بالقانون الفرنسي وذلك لصعوبة استحداث القوانين جديدة و بقي العمل بأحكام القانون المدني الفرنسي و بالتالي بقي نظام الشهر الشخصي مطبقا في الجزائر<sup>(1)</sup> وباستحداث الأمر 74 / 75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي<sup>(2)</sup> نجد أن المشروع الجزائري قد اخذ بنظام الشهر العيني .

إلا أن المادة 27 من 74 / 75 قد جعل من نظام الشهر الشخصي كوسيلة علاجية في حال عدم وجود مسح الأراضي في اي بلدية .

مما سبق فان الأهمية البالغة للشهر العقاري تتمحور حول إبلاغ و إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار محل الإشهار و يعتبر الإجراء العقاري إجباريا في العقود الناقلة للملكية<sup>(3)</sup> ويتولى المحافظ العقاري قبل شهر عقد الهبة مميلي :

-وجود الوثائق المطلوبة قانونا ولاسيما العقد التوثيقي للهبة .

- تقديم دفتر العقاري موضوع الهبة , المشمولة بعملية المسح العام

-تقديم أداة من أدوات التعمير إلزاميا إن كان هذا العقار موضوع الهبة ، أي عقارا حضاريا صالحا للبناء

## 02\_ جزاء الاخلال بالشكلية :

طبقا المادة 206 من القانون الأسرة فإنه يجب الشكلية المطلوبة إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي خاصة اذا كان عقارا ليس بالأمر الهين إذ أن الإخلال به يؤدي به حتما إلى البطلان المطلق<sup>(4)</sup>

و بالرجوع للمادة 206 من قانون الأسرة الجزائري فان النص صريح في الفقرة الثانية من المادة المذكورة و اذا اختل احد القيود السابقة بطلت الهبة و القيود المذكورة في فيما يخص الكل هي الحيازة , و أحكام قانون التوثيق في العقارات .

(1) جمال بوشناق , التصرفات العقارية في التشريع الجزائري , دار الخلدونية , الجزائر , 2006 , ص46.

(2) الأمر رقم 75- 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري معدل بالقانون 79-09 المؤرخ في 31 ديسمبر 1979 المتضمن قانون المالية 1980.

(3) نورة منصوري , المرجع السابق ص63 .

(4) فريدة هلال , الهبة في ضوء القانون و القضاء الجزائري, كلية الحقوق و العلوم السياسية, قسم الحقوق, تخصص عقود و مسؤولية, جامعة الجزائر, 2011 , ص 53.

ففي العقار يحتل شكل التبرع إذا لم يقم المتبرع له بيجوزه , و توثيقه في ورقة رسمية<sup>(1)</sup> او لم يتم شهره في المحافظة العقارية أو وثقت و كان العقد باطلا لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية<sup>(2)</sup>

ويجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان كما بإمكانه أيضا أن يدفع به في حال الموهوب له برفع دعوى ضده, بالإضافة إلى هذا يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان من ورثة أو خلف خاص .

وفي حال انقضاء دعوى البطلان بالتقادم فللواهب أن يرفع دعوة استحقاق يسترد بها العقار , لان التقادم البسيط و لو كان حسن النية لا تترتب عليه ملكية العقار الموهوب ولا يستطيع أن يدفع هذه الدعوة بالتقادم لان الهبة الباطلة لا تصلح سببا صحيحا.

---

(1) -خالد سماحي , المرجع السابق 152.

(2) نورة منصورى , المرجع السابق ص 76.

## المبحث الثاني

### هبة العقار بين التنفيذ و الرجوع

إن عقد هبة العقار هو عقد لا يخرج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، بمعنى أنه تام واجب التنفيذ، بمجرد توافر الشروط الموضوعية والشكلية التي قمنا بتحليلها سابقا ، كما أن عقد الهبة هو عقد ملزم لجانب واحد، هو جانب الواهب، لكن المشرع وضع استثناء على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، بحيث أجاز للأب وللأم- في حدود جد ضيقة- إمكانية الرجوع عن الهبة التي يهبانها إلى الأبناء مهما يكن سنهم.

و منه فالأصل العام انه إذا ستوفي عقد هبة العقار كامل أركانه فإنه خلصت له قوته الملزمة وبالتالي يكون واجب التنفيذ، إذ لا يجوز الرجوع فيه، غير انه يجوز الرجوع في الهبة استثناءا إذ هذا الحق مقرر للأبوين حيث يجوز لهما الرجوع في هبتهما، و لكن هذا الحق قيده المشرع الجزائري ببعض الحالات سيتم ذكرها لاحقا تحت عنوان موانع الرجوع في الهبة.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول آثار عقد هبة العقار، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن الرجوع في هبة العقار.

### المطلب الأول

#### آثار عقد الهبة

إن الهبة إذا استوفت جميع أركانها فإن يترتب عليها آثارا قانونية ، و الأصل في عقد الهبة انه عقد ملزم لجانب واحد ، تلزم شخص الواهب دون الموهوب له إذا تمت بدون عوض ، و لكن قد تلزم الموهوب له إذا اشترط الواهب عوضا لهبته ، و من ثم أصبحت عقد الهبة على هذا النحو ملزما لجانبين .

و من الملاحظ عليه أن قانون الأسرة الجزائري الذي أورد أحكام الهبة ، لم يذكر شيئا من التزامات الواهب و الموهوب له ، مما يستدعي الأمر تطبيق القواعد العامة المقررة في عقد البيع على اعتبار أن عقد الهبة يتفق مع عقد البيع في أن كلاهما من عقود التصرف الملزمة لجانبين إذا كانت الهبة بعوض .

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى إلتزمات الواهب لاسيما الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب و تسليمه و الإلتزام بضمان التعرض و الاستحقاق و الإلتزام بضمان العيوب الخفية، أما الفرع الثاني سنبين فيه التزامات الموهوب له و ذلك إذا كانت الهبة بعوض .



## الفرع الأول التزامات الواهب

يقع على عاتق الواهب أن ينقل ملكية الشيء الموهوب ، و أن يقوم بتسليمه للموهوب له ، سواء وقعت الهبة على كل ممتلكات الواهب أو في جزء منها ، أو في منفعة أو في دين لدى الغير .

كما يقع على الواهب ضمان التعرض و الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية في حالات معينة كما سيتم بيانه لاحقا .

### أولا : الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب

تنشئ عقد الهبة ، التزاما في ذمة الواهب ، بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له ، و هذا الالتزام ينفذ فورا بحكم القانون استناد إلى نص المادة 202 من قانون الأسرة و المواد 165 ، 166 و 793 من القانون المدني .

و عليه ، إذا كان الشيء الموهوب عقارا فإن ملكية هذا الشيء لا ينتقل في مواجهة المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا تم شهر عقد الهبة لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، فإذا مات الواهب انتقلت ملكية العقار إلى ورثته و أصبح جزءا من التركة ، يجوز التصرف فيه ، ذلك أن الموهوب له لا يصبح مالكا للشيء الموهوب ما دام أن عقد الهبة لم يشهر .

و يسري في غياب هذا الإجراء جميع الآثار القانونية التي تترتب عن عقد الهبة ما عدا الأثر العيني المتمثل في نقل ملكية الشيء الموهوب ، فيلتزم الواهب بموجب عقد الهبة غير المشهر بتسليم العقار إلى الموهوب له ، مع ضمان عدم التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية ، و يلتزم الموهوب له بموجب عقد الهبة غير المشهر بالوفاء بالعوض إذا كان مشترطا في الهبة ، و التزاما بتسليم العقار الموهوب و دفع مصاريف تحرير العقد<sup>1</sup> .

### ثانيا : الالتزام بتسليم الشيء الموهوب

يلتزم الواهب بتسليم محل عقد الهبة و محل التسليم هو الشيء الموهوب بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة ما لم يكن هناك اتفاق مخالف لذلك ، كما يلتزم الواهب بتسليم الموهوب حسب المقدار الذي عين له في العقد ، فإذا نقص كان الواهب مسئولا عن هذا النقص و إذا زاد عن المقدار المحدد فإن الزيادة للواهب لا للموهوب له إذا كان الموهوب قابلا للتبويض ، أما إذا كان غير قابل للتبويض فالزيادة للموهوب له دون مقابل ، و يلتزم الواهب أيضا بتسليم الموهوب بالملحقات التي تتبعه كحقوق الارتفاق مثلا<sup>2</sup> .

<sup>1</sup> - عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الخامس ، العقود التي تقع على الملكية ، مرجع سابق ، ص 146 .  
<sup>2</sup> ص 150 .

فإذا كان الموهوب عقارا وجب على الواهب وضعه تحت تصرف الموهوب له حتى يتمكن هذا الأخير من حياته و هذا هو التسليم الفعلي الذي تقرره المادة 206 من قانون الأسرة " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحياة ... " .

و بناء عليه ، إذا كان الموهوب دارا يسكنها الواهب ، و جب عليه الخروج منها أو تسليم مفاتيحها ، وإن كان الموهوب ارض زراعية وجب على الواهب تركها و أخذ ما له فيها من مواشي و آلات زراعية ، حتى يتمكن الموهوب له من السيطرة الفعلية المادية على الموهوب ، و هو المبدأ الذي ساري عليه الاجتهاد القضائي في العديد من قراراته نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1982/01/11 تحت رقم 25554 <sup>1</sup> .

و في حالة إخلال الواهب بالتزام التسليم ، جاز للموهوب له أن يطالبه قضائيا بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا ، فيجبره على تسليمه للشيء الموهوب ما لم يكن للواهب حق الرجوع في الهبة ، أما مسألة فسخ الهبة لعدم التسليم فلا مصلحة للموهوب له في ذلك ، إلا إذا أراد التخلص من التزام فرضته الهبة كعوض أو شرط .

و الإخلال بالتزام التسليم ، قد تتبعه مسألة تحمل تبعة هلاك الشيء الموهوب ، فالمشعر الجزائري لم ينظم مسألة تبعة هلاك الشيء الموهوب قبل التسليم ، على عكس المشعر المصري في المادة 496 من القانون المدني بنصها " لا يكون الواهب مسئولاً إلا عن فعله العمد أو الخطأ الجسيم " ، مما يعني أنه إذا هلك الشيء الموهوب قبل تسليم كلياً او جزئياً بفعل الواهب و كان متعمداً إتلاف ذلك أو ارتكب الخطأ الجسيم ، فإنه يلتزم بتعويض الموهوب له ما لم يكن له حق الرجوع في الهبة ، فيسقط التعويض ، و من ثم لا يسأل الواهب عن الخطأ اليسير .

و على العموم يسري على الالتزام بالتسليم في الهبة ما يسري على الالتزام بالتسليم في البيع المقرر في القواعد العامة .

### ثالثا : الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق

إن المشعر الجزائري لم يتطرق في قانون الأسرة إلى لأحكام ضمان التعرض و الاستحقاق من قبل الواهب ، و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجدتها تقتضي أن الواهب لا يضمن للموهوب له لا التعرض الصادر من الغير و لا الاستحقاق المترتب عليه .

<sup>1</sup> - القرار القضائي الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1982/01/11 تحت رقم 25554 ، نشرة القضاة 1982 عدد خاص ، ص 225 .

غير أن التشريعات المدنية العربية تجعل الواهب ضامنا للتعرض و الاستحقاق ، فيضمن الواهب التعرض الصادر منه ، بأن يتمتع عن كل عمل من شأنه التعرض للموهوب له ، فلا يجوز للواهب القيام بأعمال مادية يتعدى بها على حقوق الموهوب له ، كما لا يجوز له القيام بتصرفات قانونية من شأنها أن تسلب الموهوب له حقوقه ، باستثناء ممارسة حقه في الرجوع في الأحوال التي يجوز فيها ذلك ، كما يضمن الواهب التعرض الصادر من الغير الذي يدعي حقا على الشيء الموهوب ، و ذلك خلافا إلى ما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة الإسلامية<sup>1</sup> .

و لا يحق للموهوب له أن يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق إلا إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض ، كأن يخفي الواهب مثلا وثائق تثبت حق الغير في الشيء الموهوب ، و هذا ما نصت عليه المادة 494 من القانون المدني المصري : " لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض ، و في هذه الحالة يقدر القاضي الموهوب له تعويضا عادلا لما أصابه من ضرر ، و في الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه من عوض .... " <sup>2</sup> .

#### رابعا : الالتزام بضمان العيوب الخفية

اجتمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية في الشيء الموهوب باعتباره تبرعا محضا ، و بالرجوع إلى التشريعات المدنية المقارنة كالقانون المدني المصري و السوري و الليبي<sup>3</sup> نجدها قد أقرت بأن الواهب لا يضمن العيوب الخفية في الشيء الموهوب ، و مع ذلك و كاستثناء يضمن الواهب العيوب الخفية في حالة ما إذا تعمد إخفاء العيب ، و كان العيب مؤثرا و خفيا يصعب رؤيته بالعين المجردة ، كان يهب الواهب منزلا مهددا بالسقوط في أي لحظة بسبب عيب خفي فيه ، فإذا حدث هذا يستحق الموهوب له تعويضا عما يصيبه من ضرر في أثائه و ممتلكاته ، و لا يستحق تعويضا عن الضرر الذي أصاب المنزل في حد ذاته ، كما يكون الواهب ضامنا للعيوب الخفية في حالة وجود اتفاق سابق بينه و بين الموهوب له على الضمان .

<sup>1</sup> - عبد الرزاق احمد السنهوري ، ، العقود التي تقع على الملكية ، مرجع سابق ، ص 158 .

<sup>2</sup> - يقابلها في القانون المدني السوري نص المادة 462 ، و المادة 314 من القانون العراقي .

<sup>3</sup> - المادة 495 من القانون المدني المصري ، المادة 423 من القانون المدني السوري ، المادة 414 من القانون المدني الليبي .

## الفرع الثاني

### التزامات الموهوب له

إن المشرع الجزائري تطرق في المادة 202 الفقرة الثانية من قانون الأسرة إلى التزامات الموهوب له في الالتزام بالشرط المقابل أو العوض ، و طبقا للقواعد العامة يلتزم الواهب بتسليم الشيء الموهوب و نفقات إبرام عقد الهبة ، نبين ذلك فيما يلي :

#### أولا : الالتزام بأداء الشرط أو العوض

إذا اشترط الواهب في هبته شرطا مضمونه التزام يقوم به الموهوب له أو عوض يقدمه له ، فيقع هذا الالتزام على عاتق الموهوب له ، و قد قضت المادة 2/202 من قانون الأسرة على هذا بنصها " يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط " ، و يستفاد من هذا النص أنه يجوز تعليق الهبة على شرط واقف أو فاسخ يلتزم به الموهوب له ، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتنفيذ الموهوب له لهذا الشرط ، و قد يكون العوض المشترط لمصلحة الواهب أو لمصلحة الغير أو للمصلحة العامة ، على أن يكون العوض أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة<sup>1</sup> .

و تجدر الإشارة أن امتناع الموهوب له عن القيام بالالتزام الوارد في عقد الهبة ، جاز للواهب أو ورثته إما المطالبة بتنفيذ الالتزام ، و إما المطالبة بفسخ الهبة و استرداد أو استحقاق الشيء الموهوب وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني لاسيما المادة 119 منه .

#### ثانيا : الالتزام بتسليم الشيء الموهوب

يقابل التزام الواهب بتسليم العقار للموهوب له ، التزام الموهوب له بتسليمه ليصبح تحت حيازته و يتمكن من الانتفاع به على النحو الذي يقتضيه طبيعة الشيء الموهوب ، و التسلم إما أن يكون فعليا ، و إما أن يكون حكيميا ، فالموهوب له الذي يجوز الشيء الموهوب قبل إبرام عقد الهبة بصفته مستأجرا أو مرتهنا أو مستعيرا لا يحتاج إلى تسلم جديد و هذا ما يستشف من نص المادة 207 من قانون الأسرة .

<sup>1</sup> - خالد سماحي ، مرجع سابق ، ص 219 .

### ثالثا : الالتزام بنفقات إبرام عقد الهبة

تشمل نفقات الهبة أتعاب الموثق و رسوم التسجيل و مصاريف الشهر العقاري ، و كأصل عام و طبقا لقواعد القانون المدني فإنها تقع على عاتق الموهوب له ، و يجوز الاتفاق على أن يتحمل كل من الواهب و الموهوب له نفقات الهبة ، قياسا على نص المادة 393 من القانون المدني ، و غالبا ما يتحمل الواهب هذه النفقات حتى ينتقل الشيء الموهوب خالصا من كل تكليف و من أية نفقة أو مصاريف ، و لذلك يجوز الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصاريف عقد الهبة<sup>1</sup> .

### المطلب الثاني

#### الرجوع في عقد الهبة

إن المشرع الجزائري أعطى الحق للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه، غير أنه استثنى بعض الحالات ، إذ لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة لاسيما إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له أو كانت الهبة لضمان قرض أو دين أو إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بالبيع أو التبرع أو ضاع منه أو دخل عليه ما غير طبيعته و هذا ما نصت عليه المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري، هذا و تنص أيضا المادة 212 من نفس القانون على أن " الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها " .

هذا من حيث القانون، أما من حيث الفقه الإسلامي فإنه روي عن ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يرجع في عطيته أو هبته كالكلب يأكل فإذا شبع قاء، ثم عاد فيه". أخرجه أصحاب السنن الأربعة<sup>(2)</sup>

من فهم هذا النص نلاحظ أن الأصل العام هو عدم قابلية عقد الهبة للرجوع فيه، إلا في استثناءات ضيقة، ألا وهي رجوع الأبوين، مع التأكيد على المبدأ في لزوم عقد الهبة، وعدم قابليته للرجوع.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تحديد معنى الرجوع و خصائصه إجراءاته و آثاره، أما الفرع سنتحدث فيه عن بعض التطبيقات المتعلقة بعدم جواز الرجوع في هبة العقار .

<sup>1</sup> - محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة و القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1997 ، ص 257 .

<sup>(2)</sup> السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 1981، ص 397.

## الفرع الأول

### مفهوم الرجوع و آثاره

في هذا الصدد سنتقوم بتعريف الرجوع و خصائصه و إجراءاته (أولاً)، ثم سنبين أهم الآثار المترتبة عن الرجوع في عقد الهبة (ثانياً)

### أولاً: تعريف الرجوع و خصائصه إجراءاته

القاعدة العامة تقضي بأن عقد الهبة إذا توافرت شروطه الموضوعية و الشكلية، فإنه يكون واجب التنفيذ إذ لا يجوز الرجوع فيه، و منه يجب تحديد معنى الرجوع و ذلك بتعريفه (أولاً)، ثم تبيان أهم خصائصه (ثانياً).

### 01\_ تعريف الرجوع

استعمل اللغويون مصطلح "الرجوع" للدلالة على معانٍ متقاربة منها: الرد، والعود، والنقض، والانصراف، والتكرار، والترك، فيقال: رجع، رجعا، ومرجعاً: بمعنى انصرف<sup>(1)</sup>

وقد جاء في القاموس المحيط، رجع يرجع رجوعاً ومرجعاً من معانيها: عود المطلق إلى مطلقته، والراجع: المرأة يموت زوجها فترجع إلى أهلها، ورجع الله تعالى بيعته أربحها، وسفرة مرجعة: لها ثواب وعاقبة حسنة<sup>(2)</sup>.

ويستعمل مصطلح "الرجوع" في مواد قانون الأسرة بمعنيين، فتارة يستعمل بمعنى مراجعة الزوج زوجته، وتارة يستعمل بمعنى النقض في التصرفات التبرعية. وقبل قانون الأسرة، والقوانين الوضعية الأخرى، جرى استعماله من قبل فقهاء المدارس الإسلامية الشارحة للقانون الإسلامي السماوي.

وقد وضع بعض الفقهاء تعريفات للرجوع منها: تعريف الدكتور فتح أكتّم حمد الله تفاعلاً<sup>(3)</sup>، حيث يعرفه بأنه: "رد العقد القابل لذلك، والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة"، ويعرفه الأستاذ محمود لطفي<sup>(4)</sup> بأن: "ينصرف الرجوع في عقد الهبة إلى زوال عقد الهبة بإرادة طرف واحد لسبب من الأسباب المحددة قانوناً".

(1) ابن منظور، لسان العرب المحيط، الجزء الثاني، دار الجيل، بيروت، 1988، ص 1129.

(2) محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروزياحي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق، الطبعة الثالثة، 2009، ص 720.

(3) هو تعريف د. فتح أكتّم حمد الله تفاعلاً، أشار إليه: ضريفي الصادق، الرجوع في عقد الهبة، بحث مقدم لنيل شهادة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، تحت إشراف الدكتورة دليلة فركوس، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2002/2001، ص 7.

كما عرفه الدكتور جمال الدين طه العاقل <sup>(1)</sup> بأنه: "عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل، بغية ارتجاعها واستردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط معينة"، هذا ولم يهتم فقهاء القانون الإسلامي كثيرا بوضع تعريف للرجوع، على أننا وجدنا تعريفا وضعه الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني وهو من فقهاء الحنفية إذ عرفه بأنه: "فسخ العقد بعد تمامه"<sup>(2)</sup>

هذا ولم يختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص تكييف الرجوع إن تم بمعية القاضي، إذ اعتبروه فسخا<sup>(3)</sup> للهبنة، لكنهم اختلفوا في الرجوع في الهبة الذي يقع بعيدا عن القضاء، فقال جمهور الحنفية هو فسخ كذلك، وانفراد الإمام زفر من الحنفية بالقول بأن الرجوع هبة مبتدأة أن ملك الموهوب عاد بتراضيهما.

## 02\_ خصائص الرجوع

### أ\_ حق شخصي للأبوين:

حق الرجوع في القانون الجزائري هو حق حصري للأب وللأم دون الأصول الآخرين كالجد والجددة<sup>(4)</sup>، ذلك أنه لا مجال لإعمال المادة 222 من قانون الأسرة، والرجوع إلى أحكام القانون الإسلامي الذي يمنح هذا الحق للوالد، وقد توسع فقهاء الشافعية في تفسير مصطلح "الوالد" بالأب والأم، والجد والجددة، وكل من هو أصل، بينما ورد نص المادة 211 صريحا في لفظه "للأبوين" و منه فالجد الواهب لا يسوغ له الرجوع في هبته، وكذلك الجددة ليبقى حق الرجوع فقط للواهب الأب أو الأم.

### ب\_ من النظام العام:

هذا الحق ليس ناتجا عن العقد كأثر من آثاره، حتى يستطيع الأطراف التنازل عنه مسبقا<sup>(5)</sup> بل هو منحة منحها القانون للأب والأم لحماية مصلحة يراها المشرع جدية بالحماية، هذا وقد اعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية الرجوع في الهبة حقا لا يمكن إسقاطه بالإسقاط، وهذا ما أكده مجلس قضاء تلمسان في قرار له، بحيث اعتبر أن الاتفاق المسبق في عقد الهبة على عدم قابلية الرجوع لا يؤثر في حق الأب في الرجوع<sup>(6)</sup>

(1) شيخ نسيم "أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري"، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 63.

(2) الإمام أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب الحديث، 1974، الجزء السادس، ص 394.

(3) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 4012.

(4) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 225.

(5) محمد يوسف عمرو "الميراث و الهبة، دراسة مقارنة"، دار الحامد لنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 275.

(6) قرار رقم 11/00075، المؤرخ في 10 فبراير 2011، غير منشور

### ج- يتم بإرادة منفردة:

إن المادة 211 التي شرعت الرجوع لم تشترط قبول الموهوب له، وكذلك فإن التفسير اللفظي للمادة لا يوحي بضرورة وجود إجراءات مشددة على إرادة الواهب، هذا وإن كان الرجوع بإرادة الواهب والموهوب له، فلا يسمى هذا رجوعاً بل هو هبة مبتدئة، وكل تفسير موسع أو مضيق لهذا النص يجعل صاحبه يخرج عن الصواب لأن عباراته واضحة وبسيطة، ولا تستدع الجدل الدائر حوله.

### 03\_ إجراءات الرجوع

إن الرجوع في الهبة أمر استثنائي شبه نادر وهو حق مخول للأب أو الأم، إن رأينا أحدهما أو كلاهما أن الهبة قد تكون في غير مصلحة الولد والأسرة عموماً، وكأن المشرع جعل هذا الاستثناء، حماية للوالدين، وتسهيلاً لتداول الأموال عقارات أو منقولات مع توفير الضمانات الكافية للوالدين مخافة تبدل الظروف بعد إجراء هذه الهبة، هذا بالإضافة إلى نظرة الشريعة الإسلامية إلى الأبناء بأن الولد وماله لأبيه، وهذا هو اتجاه المشرع الجزائري في رؤيته لهذا الأمر.

و لأجل تحديد إجراءات الرجوع التي سنها القانون نستعين بآراء بعض الأساتذة في تفسير المادة 211 من قانون الأسرة، إذ في هذا الصدد يرى الأستاذ مصطفى لعروم<sup>(1)</sup> أنه من الظلم، ومن غير المنطقي أن يطلب من الأب الواهب، أو الأم الواهبة أن يلجئا إلى القضاء لاقتضاء حقهما في الرجوع الذي منحه إياهما المشرع، إذ بإمكانهما أن يطلبوا من الموثق تحرير تصرف الرجوع في الهبة والذي يقع على عاتق هذا الأخير مراقبة الشروط المحددة في نص المادة 211، فإن انتفت موانع الرجوع وجب تحرير سند الرجوع.

وهذا ما ذهب إليه المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 626<sup>(2)</sup>، إذ اعتبرت أن الرجوع في الهبة حق مقرر على وجه الاستثناء لفائدة الوالدين أو أحدهما الذين أقدموا على إبرام عقد الهبة لصالح الأبناء.

و يتم ذلك دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء، إذ يكفي التصريح باللجوء أمام الموثق وبالإرادة المنفردة للواهب، وهذا نص مقتبس من المذكرة: "إن الرجوع في الهبة حق مقرر للوالدين دون اللجوء للقضاء، إذ يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثق وبالإرادة المنفردة للواهب، حيث ينقضي حق الموهوب له بنفس الشكل الذي نشأ به".

(1) مصطفى لعروم، مجلة الموثق، العدد 8، 1999، ص 22.

(2) مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، تحت الرقم 626، المؤرخة في 14\_02\_1994.



## ثانيا: آثار الرجوع في الهبة

يترتب على الرجوع في الهبة البطلان وكأنها لم تكن، ومع أن النصوص الخاصة بآثار الرجوع غير موجودة إلا أننا سنحاول معالجة آثار الرجوع من خلال الاستناد إلى اجتهاد فقهاء الشريعة الإسلامية، وكذا من خلال الاستناد إلى القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد في القانون المدني.

### 01: آثار الرجوع بين الواهب الراجع وبين الموهوب له المعتصر منه:

تنحصر آثار الرجوع في ثلاث نقاط أساسية: أولا إلزام الموهوب له برد الشيء الموهوب، ثانيا إلزام الموهوب له برد الثمار، ثالثا رجوع الموهوب له بالمصروفات على الواهب (1).

#### أ- إلزام الموهوب له المعتصر منه برد الشيء الموهوب إلى الواهب:

إن أثر الرجوع الرئيسي هو إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فتكون الهبة والعدم سواء بسواء، إذ أن للرجوع أثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين، ومن ثم ينتج عنه أن يلزم الموهوب له المعتصر منه بإرجاع الشيء الموهوب إلى الواهب، وذلك بتسليمه إياه، ويقوم مقام التسليم شهر سند الرجوع في المحافظة العقارية، هذا إن كان الشيء الموهوب عقارا.

أما في حالة المنقول فإن إلزام المعتصر منه بتسليم الشيء الموهوب يكون بكل الطرق المتاحة للوفاء بالالتزامات من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، وإن هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له بعد تاريخ رفع دعوى استرداد المنقول، فإن الهلاك يقع في ضمان الموهوب له المعتصر منه وعلى مسؤوليته.

#### ب- إلزام الموهوب له المعتصر منه برد الثمار للواهب:

تعتبر ثمار الشيء الموهوب ملكا للموهوب له إلى غاية اليوم الذي يرجع فيه الواهب عن هبته بموجب سند الرجوع، أو من يوم رفع دعوى استرداد الشيء الموهوب إن كان منقولاً، إذ جاء في كتاب الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ما مفاده أن الزيادة المنفصلة-والمقصود بها الثمار-، هي ملك للولد الموهوب له لأنها حدثت قبل الرجوع، وهذا رأي الجمهور (2).

(1) يجوز لمالك العقار أن يرجع في هبته، إذ يجب على الموهوب له أن يرد العقار إلى الواهب.

(2) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 226 وص 227، محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار، المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2004، ص 628.

بمفهوم المخالفة فإن الشمار التي ينتجها الشيء الموهوب من بعد تاريخ سند الرجوع أو بعد تاريخ دعوى الاسترداد تكون من نصيب الواهب.

### ج- رجوع الموهوب له على الواهب بالمصروفات:

يرجع الموهوب له على الواهب بالمصروفات التي صرفها على الشيء الموهوب، وذلك على أساس الإثراء بلا سبب، إذ أن الموهوب له قد صرف على الشيء الموهوب حتى زاد ذلك في قيمته، والواهب إذ يرجع الشيء في ذمته فهو بذلك يثرى على حساب الموهوب له المعتصر منه.

## 02: آثار الرجوع بالنسبة للغير

مبدئياً الرجوع بالنسبة للغير ليس له أثر رجعي، إذ تجب حماية الغير حسن النية، ولعل في المادة 211<sup>(1)</sup> من قانون الأسرة ما يشير إلى ذلك، إذ تنص في الفقرة الثالثة على ما يلي: " إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع، أو أضع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

بناءً على هذا يجب التمييز بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية، أو قد رتب عليه حقاً عينياً.

### أ- الموهوب له قد تصرف في الشيء الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية:

إن الرجوع ممتنع في هذه الحالة كما سيأتي لاحقاً في موانع الرجوع، وهذا لحماية و الغير حسن النية، وحسن النية مفترضة قبل الرجوع، إما بعد إجراء الرجوع فلسنا بصدد مانع من موانع الرجوع، إذ أن الغير في هذه الحالة تسقط عنه حسن النية، والعبرة في العقارات بتاريخ شهر سند الرجوع بالمحافظة العقارية، أما في المنقولات فالعبرة بتاريخ رفع دعوى الاسترداد.

### ب- الموهوب له يرتب لفائدة الغير حقاً عينياً على الشيء الموهوب:

قد يتصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأن يرتب عليه حقاً عينياً، كترتيب حق انتفاع، أو حق ارتفاق، أو حق رهن، وهذا يثير تساؤلاً حول تأثير الاعتصار على الغير الذي تعامل مع الموهوب له بحسن نية.

(1) المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري.

إعمالاً للقواعد العامة ينبغي حماية الغير حسن النية احتراماً لاستقرار المراكز القانونية، وبالتالي فإن الحقوق العينية المترتبة للغير إن ترتبت قبل شهر سند الاعتصار في حالة العقار، أو قبل رفع دعوى الاسترداد إن كان الشيء الموهوب منقولاً، في هذه الحالة فإن الشيء الموهوب ينتقل إلى الواهب محملاً بهذه الحقوق، ولا مجال لتطبيق الأثر الرجعي للرجوع حماية لمصلحة الغير حسن النية.

أما إذا انتفت حسن النية بأن تمت هذه الحقوق بعد شهر سند الرجوع، أو بعد تاريخ رفع دعوى الاسترداد، فإن هذه الحقوق لا تسري على الواهب الراجع لانتفاء حسن النية لدى الغير في هذه الحالة (1)

## الفرع الثاني

### تطبيقات عن عدم جواز الرجوع في هبة العقار

في هذا الفرع سنبين عدم جواز الرجوع في هبة العقار لاسيما إذا تعلق الأمر بالهبة الموجهة لصاح العام (أولاً)، وكذا موانع رجوع الأبوين في هبتها (ثانياً).

### أولاً: الهبة الموجهة لصالح العام

#### — الهبة موجهة للمنفعة العامة:

من قراءتنا المادة 212 من قانون الأسرة يمكننا إبداء الملاحظات التالية:

- أ— إن الهبة التي تكون موجهة للمنفعة العامة لا رجوع فيها كأن يهب الأب لابنه مالا من أجل القيام ببناء مستشفى، فإن فكرة المنفعة العامة هي المانع من الرجوع.
- ب— الهبة للمنفعة العامة هي هبة مقترنة بعوض: أي أنها عقد فيه التزامات متقابلة، الواهب يسلم الشيء الموهوب مقابل قيام الموهوب له بالالتزام الذي قبله.
- ج— لا يكون للرجوع محل في هذا الإطار —أقصد العقود الملزمة للجانبين—، وإنما ينحل العقد بالفسخ القضائي أو التقابل ألتفافي، إذ أنه لا يتصور رجوع في وجود التزامات متقابلة.
- د— تطبق على هذه الحالة إجراءات الفسخ وشروطه، ذلك أن من يطلب الفسخ عليه أن يبين استعدادة لتنفيذ التزامه، وعليه تبيان عدم تنفيذ التزام المقابل وذلك بعد إعداره.

(1) إذا رتب الموهوب له على الشيء الموهوب حقاً عينياً، فإن الشيء الموهوب ينتقل إلى الواهب أي إلى مالك العقار مثقلاً بهذا الحق.

ونلاحظ أن تشريع مانع المنفعة العامة مقتبس إلى حد ما من الشريعة الإسلامية مع استبدال عبارة الصدقة بعبارة المنفعة العامة، وفيما يلي نذكر موقف الشريعة من الرجوع في الصدقة.

حيث اتفق كل فقهاء المدارس على عدم جواز الرجوع في الصدقة إن انعقدت لفائدة فقير، واختلفوا في إمكانية الرجوع في الصدقة إن كان المستفيد موسرا على قولين: القول الأول: لا يجوز الرجوع في الصدقة<sup>(1)</sup> وإن كانت لغني وهذا مذهب الجمهور من المالكية والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية، والظاهرية، ووافقهم أكثر الحنفية، وأدلتهم التالية:

**دليل السنة:** ما روي عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: حملت على فرس في سبيل الله فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه باعه برخص، فسألت عن ذلك النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: "لا تشتريه وإن أعطاه بدرهم واحد فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه"، وكذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع".

ولعل الحكمة من عدم جواز الرجوع في الصدقة أنها قرينة لوجه الله تعالى فلا يجوز الرجوع فيها ولو كانت لغني، فالعبرة بنية التقرب إلى الله تعالى وليست بالمستفيد منها. القول الثاني: هو قول بعض الحنفية، إذ أجازوا الرجوع في الصدقة على الغني، وأما عن دليلهم فقالوا: ثواب الآخرة لا يرجى من التصدق على الأغنياء، فجاز للواهب الرجوع في صدقته

## ثانيا: موانع رجوع الأبوين

إن القانون الجزائري ذهب مذهب جمهور فقهاء من أن الهبة عقد لازم ابتداء، لا رجوع فيه إلا في حالة واحدة، هي رجوع الوالد فيما وهب لولده<sup>(2)</sup>، وحتى هذا الاستثناء جاء مقيدا، هذه القيود هي التي سنسميها فيما يلي بموانع الرجوع.

(1) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، الجزء الرابع، دار الفكر، دمشق، 2010، ص 698، حسن محمود بودي، موانع الرجوع في الهبة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 136.

(2) الرجوع في التشريع الجزائري حق مطلق، كما هو الحال عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، بحيث لا يستند الواهب إلى عذر لتبرير رجوعه في هبته، إذ يرى فقهاء الشريعة في هذه المسألة أن انتفاء التهمة في الوالدين، وما طبع عليه من إثارة لولده على نفسه، يفترض أنه إنما رجع لحاجة شديدة، ولمصلحة ملحة.

و عليه سنتحدث في هذا الصدد عن الموانع المتعلقة بسبب الهبة ، ثم الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له و أخيرا الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب .

## 01\_ الموانع المتعلقة بالسبب في عقد الهبة

طبقا للمادتين 211 و 212 من قانون الأسرة<sup>(1)</sup> فإنه لا يجوز الرجوع في الهبة إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له، أو كانت كفالة عينية من الأب الواهب لأبنته الموهوب له، أو كان سبب الهبة يرمي إلى خدمة المصلحة العامة، إذ لا بد دراسة هذه الحالات تبعا كالاتي:

### أ\_ الهبة من أجل زواج الموهوب له:

إن مانع الزواج مستمد من عند فقهاء المدرسة المالكية، إذ يرون امتناع الرجوع في هذه الحالة لتعلق حق الغير بالشيء الموهوب، إذ أن الهبة قد تيسر للموهوب له الزواج من شخص ما كان ليقبل ذلك لولا تلك الهبة التي جعلت ذمته موسرة.

هذا وإن فقهاء المالكية اشتروا في هذا الشأن تحقق أربعة شروط حتى يتحقق المانع، وهذه الشروط هي:  
\_ أن يكون سبب الزواج هو يسر الموهوب له الحاصل بموجب هذه الهبة، فإن كان الموهوب له غنيا أصلا، ولم تؤثر الهبة في نقله من حالة الإعسار إلى اليسر، ففي هذه الحالة الأخيرة لا مانع من الرجوع.

\_ أن يكون الزواج في مصلحة الموهوب له، فإن تحقق أن الزواج لا يصب في مصلحة الموهوب له جاز للواهب في هذه الحالة الرجوع ليدراً عن ولده مفسدة جرهما عليه بعبته تلك ومصلحة الموهوب له في الزواج تستشف من ملابسات وظروف كل حالة مع مراعاة المعيار العام لتحديد المصلحة في الزواج، والذي يكون بتحقيق أهداف الزواج ومقاصده في العرف و الشرع والتي أهمها إحصان الزوجين وتكوين أسرة وإنجاب الذرية الصالحة المصلحة.

(1) تنص المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

...إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

...إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

...إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع، أو أضع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

وتنص المادة 212 من قانون الأسرة على ما يلي: "الهبة بقصد المنفعة لا رجوع فيها".

وبمفهوم المخالفة فكل ما تنتفي معه مصلحة الموهوب له يزيل مانع الزواج، وبالتالي يجوز للواهب الرجوع في هبته درءا للمفسدة عن ابنه الموهوب له، كأن يكون مثلاً طالب الزواج من الموهوب له غير كفاء له، أو أن يكون مصاباً بمرض يعطل الغاية من الزواج كالإصابة بمرض فقدان المناعة، ففي حالات كهذه يجب على الوالد الرجوع في هبته.

— ينبغي أن يتوافر لدى الغير نية الزواج من أجل يسر الموهوب له بالهبة، وهذا يفترض علم الغير أولاً بالهبة التي يسرت أحوال الموهوب له المادية، وبناءً عليه تقوم قرينة على أن الغير قد نظر إلى يسر الموهوب له بالهبة. — أن يكون انعقاد الهبة سابقاً لانعقاد الزواج طبعاً، فإن كان الموهوب له متزوجاً قبل حصوله على الهبة جاز للأب الرجوع لأن الهدف من منع الرجوع هو المحافظة على حقوق الغير الذي تعامل مع الإبن ليسره الهبة.

### ب\_ الهبة هي كفالة عينية للموهوب له:

يتمتع على الواهب في حالة هبته لولده هبة تضمن الوفاء بدينه من الرجوع في هبته للسبب ذاته الذي ذكرناه سابقاً، ذلك أن الغير قد حصل على ضمان لاستيفاء دينه الذي على عاتق الموهوب له حينئذ لا يجوز الرجوع في الهبة<sup>(1)</sup>

ومع ذلك يشترط لتحقيق هذا المانع شروط ثلاثة وهي:

— أن تكون المدائنة من أجل يسر الموهوب له بهذه الهبة، ذلك لأنه بمفهوم المخالفة، إن كان الموهوب له غنياً ومليئاً قبل الهبة وبعدها، ولم يقدم الشيء الموهوب له كضمان للحصول على قرض، أو للوفاء بالدين فلا مانع من الرجوع.

— ينبغي علم الغير الدائن بالهبة المقدمة له كضمان، وكذا اتجاه نية الغير إلى التعاقد مع الموهوب له لامتلاء ذمته نتيجة لحصوله على هذه الهبة.

— أن تكون الهبة سابقة على عقد القرض.

### 02\_ الموانع المتعلقة بتصرف الموهوب له

التصرف هو كل تعبير عن الإرادة يرمي إلى إحداث أثر قانوني ما، والتصرف الذي ترمي إليه المادة 211 هو التصرف الذي ينقل الملكية، بناءً على قراءة النص فإن تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، بحيث يخرج عن ملكه هو سبب مانع من الرجوع في الهبة، حماية للغير حسن النية الذي تعامل مع الموهوب له، أما عن شروط التصرف المانع من الرجوع فهي:

(1) المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري

## أ\_الشرط الأول:

أن يكون تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً يزيل الملكية بأي سبب من الأسباب سواء كانت أسباباً ناقلة للملك كالبيع والهبة أو مسقطاً له كالوقف لأن النص جاء فيه "بيع أو تبرع"، وهذا يفيد أن التصرفات هي البيع، والهبة، والوصية، والوقف.

## ب\_الشرط الثاني:

أن يكون تصرف الموهوب له نهائياً<sup>(1)</sup>، بمفهوم المخالفة إن لم يكن نهائياً أمكن للواهب الرجوع حسب اجتهاد الحنفية والشافعية في قول لهم، ويكون التصرف غير نهائي مثل البيع الذي انفسخ بعد انعقاده صحيحاً.

و الشافعية في القول الأصح عندهم والحنابلة لا يرون بإمكانية رجوع الواهب حتى في هذه الحالة، وحثتهم أن مجرد خروج الموهوب عن ملك الموهوب له، واستقراره في ملك الغير، فإن عودة الموهوب إلى الموهوب له بعد الفسخ لا تتيح للواهب الرجوع في هبته لأنه عاد إلى ذمته بسبب جديد وعقد جديد.

## الشرط الثالث:

أن يكون تصرف الموهوب له في جميع الموهوب، فإذا كان التصرف في بعض الموهوب كان من حق الواهب الرجوع في البقية، ولأن من يملك الرجوع في الكل يملك الرجوع في الجزء من باب أولى.

## 03\_ الموانع المتعلقة بالشيء الموهوب:

إن المادة 211 لم تأت على ذكر مصطلح الهلاك أو الاستهلاك بل اعتمدت مصطلح "ضاع منه" ومفهوم "أدخل عليه ما غير طبيعته".

هذين المفهومين يدخلان في نطاق الهلاك، إذ أن "الضياع" هو فوت الانتفاع بالشيء الموهوب دون تدخل لإرادة الموهوب له وكذلك "تغير طبيعة الشيء الموهوب" يفوت الانتفاع بالشيء الموهوب على الشكل الذي كان عليه سابقاً، على أن معنى الهلاك أوسع وأعمق، إذ عرفه أحد الفقهاء أنه: "تلف مال معين كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي"<sup>(2)</sup>

(1) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 223.

(2) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 724.

أما إن كان الهلاك بإرادة الموهوب له فإنه يعتبر استهلاكاً، وقد عرف بودي كلا من الهلاك والاستهلاك قائلاً<sup>(1)</sup>: "خروج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة بفعل مادي من الإنسان".

ففي كل هذه الحالات ينتفي الرجوع لانعدام المحل ولا يضمن الموهوب له قيمة الشيء الموهوب لا كلياً ولا جزئياً لأننا بصدد عقد تبرع.

و في ختام هذا الفصل نخلص أن مالك العقار طالما له سلطة التصرف، فإنه يجوز له أن يتصرف فيه مادياً كأن يتلفه أو يتصرف فيه قانوناً كأن يبيعه أو يهبه.

و بما أن الهبة عقداً فيجب أن تتوافر أركان العقد من رضا و محل و سبب، كما أنه يجب التسجيل و الشهر لأن الأمر يتعلق بهبة العقار، بخلاف المنقول الذي لا يشترط فيه الشهر، إذ أنه تحكمه قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية.

هذا و إذا استوفى عقد هبة العقار جميع أركانه السابقة الذكر خلصت قوته الملزمة، أي يكون واجب التنفيذ بحيث يترتب على هذا العقد عدة التزامات أهمها نقل ملكية العقار إلى الموهوب له.

غير أنه يجوز الرجوع في الهبة، إذ هذا الحق مقرر للأبوين و لكنهم لا يجوز لهما الرجوع في هبتهما لاسيما إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له أو كانت الهبة من أجل ضمان دين أو إذا تصرف الموهوب له بشيء الموهوب.

---

(1) حسن محمود بودي "موانع الرجوع في الهبة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 111.



# الفصل الثاني

## الوقف في العقار

## الفصل الثاني: الوقف في العقار

عرفت الجزائر نظام الوقف مع الفتح الإسلامي، وتطور الوقف بدرجة واسعة في ظل الدولة العثمانية، وكانت الأوقاف في نهاية القرن الثامن عشر تستحوذ على مساحات شاسعة قدرها بعض المؤرخين بثلاثي الأملاك الحضرية والريفية.

ومما يوضح عظمة الأوقاف في الجزائر قبل الاحتلال أن كارل ماركس في زيارته للجزائر سنة 1882 كتب في مذكرته أن المؤسسة الوقفية في الجزائر كانت تملك ثلاثة ملايين هكتارا من الأراضي الزراعية.

إن الجزائر تنام على ثروة وقفية ضخمة ولم تنتبه الدولة إلى أهميتها الحضارية والاقتصادية و التنمية التي يمكن لمؤسسة الوقف أن تلعبه إلا بعد الهزة الاقتصادية الأولى سنة 1986، لما بدأت الدولة الجزائرية تبحث عن مصادر جديدة لتمويل عملية التنمية والمشاريع الاجتماعية (1)

الأصل في إنشاء الملك الوقفي منذ ظهوره في الإسلام هو اتجاه إرادة من يرغب في إنشاء الملك الوقفي، لذلك اهتم المشرع بشكل خاص بتنظيم الوقف كتصرف قانوني معتبرا إياه الوسيلة الأصلية التي لا يمكن الاستغناء عنها لتكوين الملك الوقفي.

و طالما الوقف هو تصرف تبرعي ينقص من الذمة المالية للواقف، فلا بد من توافر شروط حتى يكون الوقف صحيحا و نافذا لاسيما الشروط المتعلقة بالمال الموقوف و الواقف و الموقوف عليه.

لا يستطيع اليوم أحد انكار قيمة الوقف ودوره التنموي والاقتصادي في المجتمعات البشرية، إذ يمكن لمؤسسة الوقف تمويل العديد من المشاريع، مما يخفف العبء على ميزانية الدولة، وتساهم في تنشيط الاقتصاد الوطني، إلا أن واقع الأملاك الوقفية في بلادنا ليست مستثمرة بطريقة ايجابية، مما انعكس سلبا على مؤسسة الوقف ودورها التنموي والاجتماعي، فقد كان مرجوا أن يكون الوقف معينا ماليا لمؤسسة الوقف و تنمية المجتمع، ولكن القصور والضعف الذي أصاب الوقف ومؤسساته أمسى عبئا على الأوقاف وعلى الدولة الجزائرية مما تدعو الضرورة إلى إعادة النظر في كيفية استثمار هذه الأملاك.

و عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى ماهية الوقف، أما المبحث الثاني سنتحدث فيه عن بعض التطبيقات لاسيما تأجير العقارات الفلاحية و استثمارها.

(1) حططاش أحمد - النظام القانوني للوقف - بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، فرع الدراسات العليا المتخصصة - كلية الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون - العام الجامعي 2004-2005 - ص 20.

## المبحث الأول

### ماهية الوقف

لقد أعطى المشرع الجزائري للوقف أكثر من تعريف و في أكثر من قانون، و لأن الوقف هو تصرف تبرعي فإنه يتشابه مع العديد من التصرفات التبرعية الأخرى سواء المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري كالوصية أو الهبة أو التصرفات التبرعية الشرعية الأخرى كالصدقة و الحبس.

و الوقف له خصوصية في إنشائه و المحافظة عليه و ذلك حسب نوعه، إذ يوجد عدة معايير لتقسيمه كـمعيار الغرض من الوقف و معيار الشيء الموقوف في ما إذا كان عقارا أو منقولا أو منفعة، و كذا معيار نوع الانتفاع في ما إذا كان الوقف مباشرا أو استثماري.

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الوقف و ذلك بتعريفه و تميزه عما يشابهه و كذا تبيان أنواعه، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن وسائل تكوين الوقف و ذلك بتبيان أركان الوقف و شروطه.

## المطلب الأول

### مفهوم الوقف

إن الوقف هو نظام أستمد من أحكام الشريعة الإسلامية ، إذ أن تحديد المعنى الشامل للوقف لا يتحقق إلا بتعريفه فقها و قانونا، هذا و يتشابه الوقف من حيث اللفظ مع بعض التصرفات الشرعية التبرعية كالصدقة و الحبس، كما يتشابه أيضا في استمداد أحكامه مع العديد من التصرفات التبرعية التي أكدت عليها أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري كالوصية و الهبة<sup>(1)</sup>

و الوقف له عدة معايير لتقسيمه و تصنيفه إلى أنواع مختلفة إما بحسب غرضه أو بحسب المحل أو بحسب مضمونه.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الوقف، أما الفرع الثاني سنبين فيه أنواع الوقف.

(1) سنتطرق إلى تعريف الوقف فقها و قانونيا، بغية إزالة اللبس بينه و بين سائر التصرفات التبرعية الأخرى كالصدقة و الوصية و الهبة .

## الفرع الأول

### تعريف الوقف و تميزه عما يشابهه

إن فقه الشريعة الإسلامية و كذا المشرع الجزائري أعطوا للوقف عدة تعريفات (أولاً)، و بما أن الوقف يتشابه مع بعض التصرفات التبرعية، فإنه ينبغي إزالة البس و ذلك بتميزه عما يشابهه من تصرفات تبرعية (ثانياً).

### أولاً: تعريف الوقف

إن الوقف له عدة تعريفات، ففقهاء الحنفية يعرفونه على أنه حبس العين على حكم ملك الواقف و التصديق بالمنفعة، أي أن ملكية العين الموقوفة تبقى في يد الواقف و تسجيل منفعتها على جهة من جهات البر<sup>(1)</sup>، أما فقهاء المالكية يعرفونه بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملكي معطيه و لو تقديراً، فالوقف عندهم يسقط منفعة الوقف لمصلحة الموقوف عليهم، و يقع حق التصرف في الملكية<sup>(2)</sup>

و فقهاء الحنابلة يعرفونه على انه تحبب الأصل و تسجيل المنفعة، حيث يظهر فيه القدرة المشتركة بين صيغ تعريف الوقف المتعددة، و هو أن الوقف محبوس عينه و مسبل ثمرته و نفعه لمن عين الواقف ابتغاء مرضاة الله أو نفع من يريد منفعته من قريب أو بعيد<sup>(3)</sup>، أما الشافعية فيعرفونه على أنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح، فالوقف عندهم هو ما يؤدي إلى منع التصرف في ربة العين الموقوفة بخروجها عن ملك واقفها<sup>(4)</sup>.

أما المشرع الجزائري فأعطى للوقف أكثر من تعريف و في أكثر من قانون، فتارة يعطي له معنى التصرف المنشأ و طوراً يعطي له معنى محل التصرف أي المال الموقوف، و أحياناً يعطي له معنى الملك المستقل المتمتع بالشخصية المعنوية.

و منه و طبقاً للمادة 213 من قانون الأسرة نجد المشرع عرف الوقف على أنه " حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق"، و عرفه في المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 91\_10 على أنه " حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير"

(1) الشرح حسي شمس الدين، المبسوط، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص 27.

(2) الطارلسي برهان الدين، الإسعاف في أحكام الوقف، طبعة 02، مطبعة هندية، مصر، 1902، ص 05.

(3) الحداد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري، دبي، 2009، ص 16.

(4) القالوبي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، شرح مناهج الطالبين، الجزء 03، مطبعة مصطفى البابي الحلبي و أولاده من مصر، 1956، ص

و عرفه أيضا في قانون التوجيه العقاري<sup>(1)</sup> في المادة 31 منه على أن " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاته أحد الموصيين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور"، و منه فالوقف حسب هذا التعريف يقتصر على العقار دون أن يمتد ليشمل المنقول.

و من خلال هذه التعريفات نستنتج أن المشرع الجزائري أكد خاصية تأييد الوقف في مختلف التعريفات، فيبطل الوقف قانونا إذا كان مؤقتا، و إن الوقف يتمثل في العلاقة التي أقرها الشارع بين الإنسان و المال و جعله مختصا به، فهو التمكن من الانتفاع، و هذا التمكن لا يجوز إلا بسططان من الشارع الذي يثبت الملك للأشخاص و يقرر لهم أسبابه<sup>(2)</sup>، و بالتالي فالوقف يرد على المال يحبس أصله و تسجيل منفعتة.

### ثانيا: تميز الوقف عما يشابهه من تصرفات تبرعية

إن الوقف يتشابه من حيث اللفظ مع بعض التصرفات التبرعية كالصدقة و الحبس، كما يتشابه مع العديد من أحكام الشريعة الإسلامية كالوصية و الهبة.

و بما أن الصدقة الجارية يرجى استمرار تحصيل أجرها في حياة الواقف و بعد مماته، فإنه يظهر اختلافه عن تلك التصرفات التبرعية مما يجعله مستقلا و مختلفا في طبيعة أحكامه، لذلك يجب التمييز بين الوقف و عما يشابهه من تصرفات تبرعية سواء من حيث اللفظ أو من حيث المعنى.

## 01\_ التمييز بين الوقف و بعض التصرفات التبرعية التي تشابهه من حيث اللفظ:

### أ\_ التمييز بين الوقف و الصدقة:

يتميز الوقف عن غيره من الصدقات في أن العطاء في الوقف يتحقق فيه معنى التكرار و الاستمرار في جلب الحسنات للواقف حتى بعد مماته، إذ الموقوف عليه يمنع من التصرف في المال الموقوف بأي شكل من أشكال التصرف الناقل للملكية، أما الصدقة فملتصق له حر في التصرف في المال المتصدق به عليه

(1) قانون التوجيه العقاري رقم 90\_25 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1999 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 18 نوفمبر 1999.

(2) الإمام أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1972، ص 71.

## ب\_ التمييز بين الوقف و الحبس:

إن الوقف و إن عرف بأنه حبس فهو مقيد بقطع تصرف الواقف في ربة الموقوف عليه على وجه التأييد و خروجها عن ملكه، أما الحبس فيعرف بأنه جعل المالك حق الانتفاع بملكه لأخر مع تمكنه من التصرف بربة ملكه تصرفا لا ينافي استفاء المنفعة من الحبس عليه، و يكون إما مطلقا إذا لم يتم تعيين المدة التي يجوز الرجوع فيها عنه، و إما مؤقتا إذا حددت مدته التي يجوز الرجوع فيها عنه، و ما انتهت و يرجع بعدها ملكا لملكه أو ورثته<sup>(1)</sup>، و منه فالمشعر الجزائري أصاب لما استعمل مصطلح الوقف، ذلك أنه يتفق مع اشتراطه التأييد للملك الوقفي.

## 02\_ تميز الوقف عن بعض التصرفات التبرعية المذكورة في قانون الأسرة:

### أ\_ الوقف و الوصية:

إن كل من الوقف و الوصية يتشابهان من حيث طبيعتها التبرعية، إذ أنهما يتفقان في الشروط المطلوبة في التصرفات التبرعية من أهلية التبرع و ملكية محل الوصية أو الوقف، إلا أن المتفق عليه فقها أن الوقف المضاف ما بعد الموت هو وصية محضة<sup>(2)</sup>، غير أن الوقف يتميز عن الوصية في أنه ينتج آثاره بمجرد تكوينه أما الوصية فلا تنتج آثارها إلا بعد موت الموصي.

كما أن جوهر الوصية هو نقل ملكية الشيء الموصى به بخلاف الوقف الذي هو تخصيص المنفعة لا نقل الملكية، و فضلا عن ذلك فالوقف يلزم و لا يجوز الرجوع فيه باستثناء إذا كان مضافا ما بعد الموت بحيث يجوز التراجع عنه في حياة الواقف، أما الوصية فيجوز للموصي أن يرجع فيها متى شاء<sup>(3)</sup>

### ب\_ الوقف و الهبة:

استمد المشعر الجزائري حكم الوقف من حكم الهبة، إذ أنه\_ نص في المادة 215 من قانون الأسرة على انه " يشترط في الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب"، غير أن الوقف لا يكون قياسا على الهبة في جميع الأحوال، فالوقف ليس تمليك للربة بل هو تخصيص لمنفعة لصالح الموقوف عليه، أما الهبة فهي تمليك للموهوب له بحيث يجوز لهذا الأخير التصرف في الشيء الموهوب.

(1) الجواهر حسن، وقف السندات و الصكوك و الحقوق المعنوية و المنافع، بحث مقدم في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات، 2009، ص 03.

(2) زهدي، أحكام الوقف، المطبعة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1992، ص 253.

(3) السدلان صالح بن غانم، أحكام الوقف و الوصية و الفرق بينهما، دار بالنسة، 1992، ص 21.

كما أن الهبة هي عقد يستلزم الإيجاب والقبول، أما الوقف فهو تصرف بالإرادة المنفردة للواقف، وفضلاً عن ذلك فالوقف لا يجوز الرجوع فيه إلا إذا كان مضافاً ما بعد الموت، أما الهبة فالأصل فيها هو جواز الرجوع فيها واستثناء لا يجوز الرجوع فيها إلا في حالات محددة حصراً<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني أنواع الوقف

إن الملك الوقفي تتحدد الخصوصية في إنشائه والمحافظة عليه بحسب نوعه، إذ يوجد هناك عدة معايير لتقسيمه وتصنيفه إلى أنواع مختلفة، فالوقف بحسب غرضه ينقسم إلى وقف عام ووقف خاص ووقف مشترك، و بحسب المحل قد يرد على عقار أو منقول وقد يرد على منافع أو حقوق أو خدمات، أما بحسب مضمونه فينقسم إلى ملك وقفي مباشر أو ملك وقفي غير مباشر أي استثماري.

هذا وينقسم الوقف من حيث جهة الإدارة إلى وقف يدار بشكل نظامي وآخر يدار بشكل غير نظامي، إذ أن هذا هو المعيار الصريح الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأوقاف السالف الذكر، أما باقي المعايير فتفهم ضمناً وفقاً للنصوص القانونية المتعلقة بالوقف.

### أولاً: أنواع الوقف بحسب غرضه

ينقسم الوقف بحسب غرضه إلى وقف عام ووقف خاص و مشترك، إذ أن هذا التقسيم هو حديث لم يكن معروفاً في بداية الوقف وإن كان الأصل في الوقف كله خيرياً<sup>(2)</sup>

### 01\_ الوقف العام:

يقصد بالوقف العام ما وقف على وجه من أوجه الخير والبر سواء كانوا أشخاصاً أو جهات، حيث الهدف منه هو تحقيق مصالح عامة<sup>(3)</sup>، ومنه فالوقف من حيث أنه يرد على جهات عامة كالمدارس والمساجد والمستشفيات والمقابر، فإنه يستفيد منه المجتمع ككل.

(1) منصور نور، المرجع السابق، ص 50.

(2) الحجيلي عبد العزيز بن مطيع، الوقف الأهلي كوثيقة تأمين لصالح الشرعية، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف، السعودية، الجامعة الإسلامية المنورة، 2010، ص 697.

(3) منصور سليم هاني، الوقف ودوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، 2004، ص 37.

و عليه فالغرض هو صفة الخيرية بحيث نص المشرع الجزائري في المادة 06 من قانون رقم 91\_10 السالف الذكر على أن " الوقف العام هو ما يجبس على جهات خيرية من وقت إنشائه و يخصص ريعه في سبيل الخيرات ..."

و بالتالي فالمشرع الجزائري أضفى صفة العمومية على الملك الوقفي و ربطها بالطابع الخيري للجهة الوقوف عليها من وقت إنشائه، و اعتبر كل ما يوقف من وقت إنشائه لجهات خيرية ملكا وقفيا عاما.

و جدير بالذكر انه قد يكون الملك الوقفي العام محمدا الجهة و قد يكون غير محدد الجهة، فالأول هو الذي يحدد مصرف ريعه، أما الثاني هو الوقف الذي لم يحدد له الواقف أو لم يعرف له وجه الخير الذي أراده الواقف، بحيث يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث و في سبيل خيرات كثيرة<sup>(1)</sup>

## 02\_ الوقف الخاص:

إن الوقف الخاص له عدة تسميات كالمملك الذري أو الملك الأهلي، إذ يشيع هذا في دول المشرق العربي، فمصطلح الذري هو مصطلح مشتق من الذرية أي الأولاد، أما مصطلح الأهلي فيدل أن الملك الوقفي غير حكومي، أما مصطلح الملك الوقفي الخاص فهو مشتق من هدفه المتمثل في تحقيق مصلحة خاصة لأشخاص معينين<sup>(2)</sup>

و منه فالوقف الذري أو الأهلي هو وقف خاص تؤول منافعه ابتداء إلى أشخاص معينين سواء كانوا من أقارب الواقف أو غيرهم، ثم على جهة بر لا تنقطع.

## 03\_ الملك الوقفي المشترك:

إن الوقف المشترك هو ما خص الواقف جزءا من منافعه و خيراته بذريته و ترك جزءا آخر منه لوجوه الخير العامة، و يقصد به أيضا أنه ذلك الوقف الذي يتم ابتداء على الذرية و على جهة من جهات البر في وقت واحد<sup>(3)</sup>

و منه طالما الوقف يصح أن يكون كله عاما فقط أو خاصا فقد، كذلك يصح أن يكون منوعا، ففي الملك الوقفي المشترك يجمع الواقف بين غرض الوقف الخير العام و الوقف الذري.

(1) المادة 06 من قانون رقم 91\_10 المتعلق بالأوقاف . "

(2) سراج محمد أحمد، أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون، دار المطبوعة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1998، ص 164.

(3) المهدي محمد عطية، نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي و تطبيقاته المعاصرة، الكويت، 2011، ص 71.



## ثانياً: أنواع الملك الوقفي بحسب المحل

إن الملك الوقفي ينقسم بحسب محله أو طبيعة الموقوف إلى ثلاثة أنواع، فقد يرد الوقف على عقار أو منقول و قد يرد على منفعة.

### 01\_ الملك الوقفي الذي محله عقارا:

إن الأصل في المال الوقفي باتفاق جميع فقهاء الشريعة الإسلامية، هو أن يكون الملك الوقفي عقارا باعتباره كل أصل ثابت، ذلك بما يتميز به من الصلاحية للبقاء و الديمومة، و هذا يتفق مع خصوصية الملك الوقفي المتمثلة في صرف المنفعة على وجه التأييد.

و يدخل تحت كلمة العقار الأصول الثابتة من أراضي و المباني التي تستعمل لأغراض الوقفية كالمساجد و المستشفيات و المحلات التجارية و غيرها .

### 02\_ الملك الوقفي الذي محله منقول:

إن جمهور الفقهاء اتفقوا على جواز وقف المنقول، ذلك أن وقف المنقول متاح للجميع على اختلاف قدراتهم المادية، إذ أنها غير مكلفة و لا تحتاج إلى تكاليف الترميم كما هو الحال في العقار<sup>(1)</sup>

### 03\_ الملك الوقفي الذي محله المنافع:

يقصد بوقف المنافع حبس الفائدة التي تحصل باستعمال الشيء، سواء أكان ذلك الشيء عيناً أو نقداً حقاً أو منفعة<sup>(2)</sup>، فإذا كان الأصل في إنشاء الملك الوقفي أن تكون الأعيان هي موضوع الوقف، فإن منافعها هي التي تسبل في وجود الخير<sup>(3)</sup>

(1) أبو ليلى محمد احمد، أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف، ندوة الوقف الإسلامي، الإمارات، 1997، ص 16.

(2) سانو قطب مصطفى، وقف المنافع و الحقوق و تطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهية، الكويت، 2007، ص 46

(3) الدسوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار أحياء الكتب العربية، مصر، ص 76.

### ثالثا: أنواع الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع

ينقسم الملك الوقفي بحسب نوع الانتفاع إلى ملك وقفي مباشر و الأخر غير مباشر أي استثماري فالأول بوصفه رأس مال إنتاجي يقصد لذاته، و الثاني بوصفه رأس مال استثماري يقصد لإنتاج عائد إرادي صافي.

#### 01\_ الأملاك الوقفية المباشرة:

يقصد بالأملاك الوقفية المباشرة هي تلك التي توضع للانتفاع المباشر، بحيث تقدم خدمات مباشرة للموقوف عليهم، و هي تشمل جميع الملاك الوقفية القابلة للاستعمال المباشر كالمساجد التي تستعمل فيها الصلاة و المستشفيات التي تستعمل للعلاج و المدارس التي تستعمل للدراسة<sup>(1)</sup>

#### 02\_ الملاك الوقفية الغير المباشرة:

يقصد بها تلك الملاك التي تكون الغاية منها إنتاج عائد إرادي صاف يتم صرفه على أغراض الوقف، فهي أملاك وقفية يستفاد منها و من غلتها أو إيراداتها كوقف الأراضي الزراعية و صرف حاصل بيع الغلة، وكذا وقف المحلات التجارية و صرف إيراداتها على أغراض تعليمية.

### المطلب الثاني

#### أركان الوقف و شروطه

إن الوقف باعتباره تصرفا بالإرادة المنفردة، فهو ينشأ بالإيجاب فقط من طرف الواقف بصيغة معتبرة شرعا لا يحتاج إلى قبول من طرف الموقوف عليه، و على هذا الأساس فأن الصيغة التي تعد تعبير عن إرادة الواقف هي ركنه الشرعي، هذا و لا بد من أركان أخرى حتى يكون الوقف صحيحا ألا و هي أركان الوقف المادية المتمثلة في الشرط التي ينبغي توافرها في كل من الواقف و الموقوف عليه و كذا محل الوقف.

فالمشروع الجزائري لم يعدد وسائل تكوين الملك الوقفي صراحة، غير انه باستقراء النصوص القانونية المنظمة للوقف يتبين لنا أن الوقف هو تصرف تبرعي له أركانه و شروطه

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنبين في الفرع الأول صيغة الوقف، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن الأركان المادية للوقف.

(1) الرفاعي حسن محمد، وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، 2006، ص 32.

## الفرع الأول

### صيغة الوقف

تتمثل صيغة الوقف في الإيجاب الذي يصدر من الواقف سواء كان التعبير بالفظ أو الكتابة أو الإشارة طبقاً لما نصت عليه المادة 12 من قانون رقم 91\_10 السالف الذكر.

و بما أن المشرع الجزائري أكتفى بتحديد صيغة الوقف و لم يبين الشروط القانونية لصحتها، فإنه ينبغي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عملاً بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية، غير أنه باستقراء نص المادة 41 من القانون رقم 91\_10 السالف الذكر نجد المشرع الجزائري اشترط إفراغ صيغة الوقف في شكل رسمي، و بالتالي لا بد أن تتوفر في صيغة الوقف شروط شرعية موضوعية و شرط قانوني شكلي<sup>(1)</sup>

### 01\_ الشروط الشرعية الموضوعية لصيغة الوقف:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون لتحقيق صيغة الوقف الشرعية شروط هي الجزم و التنجيز و خلو الصيغة من أي شرط يؤثر في أصل الملك الوقفي و يتنافى مع مقتضاه.

#### أ\_ الجزم:

إن المقصود بهذا الشرط هو ألا تكون الصيغة مجرد وعد بالوقف ذلك أن الوعد بالوقف لا يلزم صاحبه و لا ينشأ وقفاً، هذا و يجب أن تكون الصيغة خالية من خيار الشرط أي ألا يشترط الواقف حق إبرام أو العدول عن وقفه خلال مدة معينة، فإذا وقع هذا الشرط كان باطلاً مع بقاء الوقف صحيحاً.

#### ب\_ التنجيز:

يقصد بالصيغة المنجزة أن يكون الوقف نافذ في الحال، أي بما يدل على إنشاء الوقف و ترتيب آثاره في الحال، فلا تكون معلقة على شرط غير كائن أو مضافة لإلى المستقبل.

---

(1) المادة 41 القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية العدد 21، 1991، المعدل و المتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، الجريدة الرسمية العدد 29 لسنة 2001، و القانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002 .

## ج- التأيد:

يقصد به عدم اقتران الصيغ بما يفيد التأكيد، لذلك فالتأيد يتطلب أن يصف الموقوف بالدوام و البقاء، وكذلك أن يكون آخر مصارف الوقف وجه بر لا ينقطع ذلك أن العبارة " على وجه التأيد و التصديق " التي وردت في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري لا تفهم إلا باستمرار الصدقة و دوامها.

## د- خلو الصيغ من أي شرط يؤثر في أصل الملك الوقفي و ينافي مقتضاه:

استنادا إلى نص المادة 14 من القانون رقم 91\_10 السالف الذكر<sup>(1)</sup>، نستنتج انه لا يجوز مخالفة شروط الواقف إلا إذا كانت مخالفة لشرع، و منه إذا كان الشرط صحيحا أي غير مخالف لشرعية الإسلامية فإن يجب الالتزام به، أما إذا كان الشرط مخالفا لشرع فيقع باطلا مع بقاء الوقف صحيحا.

## هـ- تعيين مصرف الوقف:

إن المشرع الجزائري لم يشترط أن تكون جهة القف معلومة<sup>(2)</sup>، كما أن المادة 06 من القانون 91\_10 المتعلق بالأوقاف تؤكد موقف المشرع الجزائري بحيث نصت على أن " الوقف العام غير محدد الجهة يصرف ريعه في نشر العلم و تشجيع البحث فيه و في سبيل الخيرات".

## 02\_ الشرط القانوني الشكلي لصيغ الوقف:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا في صيغة الوقف إلا ما تم تقديمه سلفا، فإذا توافرت تلك الشروط صح الوقف سواء وثق بالكتابة أو بالإشهاد، غير أن المشرع الجزائري نص في المادة 41 من القانون رقم 91\_10 السالف الذكر على أنه " يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري..."، و منه حتى يكون الوقف صحيحا لا بد من إفراغه في قالب رسمي، و فضلا عن ذلك يجب تسجيله لدى مصلحة السجل العقاري إذا تعلق الأمر بالعقار.

(1) نصت المادة 14 من القانون رقم 91\_10 المتعلق بالأوقاف على أن " اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة الإسلامية نهي عنها".

(2) المادة 08 من قانون 90\_10 المتعلق بالأوقاف

## الفرع الثاني أركان الوقف المادية

إن الأركان المادية للوقف هي الواقف و الموقوف عليهم و الشيء محل الوقف، غد لا بد من توافر شروط معينة في كل ركن من هذه الأركان.

### أولا\_ الواقف:

طبقا لنص المادة 10 من القانون رقم 10\_91 السالف الذكر فإن يشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا، و أن يكون مما يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين، و منه فهناك شروط صحة و شروط نفاذ لا بد من توافرها في شخص الواقف.

### 01\_ شروط الصحة:

تتمثل شروط صحة الوقف المتعلقة بشخص الواقف في الآتي:

#### أ\_ أهلية التبرع:

بما أن الوقف هو تصرف ينقص من الذمة المالية للواقف، فإنه يشترط في هذا الخير أن يكون كامل الأهلية بالغ سن الرشد طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، هذا و تنص المادة 30 من القانون رقم 10\_91 السالف الذكر على أن " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميزا و لو أذن بذلك الوصي" (1) .

#### ب\_ أن يكون الواقف شخصا طبيعيا:

إن المشرع الجزائري لم يشترط صراحة أن يكون الواقف شخصا طبيعيا ، إلا انه في تعريفه للوقف اشترط توفير نية التصديق لدى الواقف باعتبار الوقف عبادة و قربة من الله عز و جل، و بالتالي لا يتصور العبادة أو القربة من الله من طرف شخص معنوي.

(1) المادة 30 من قانون رقم 10\_91 المتعلق بالأوقاف.

## ج\_ أن يكون الواقف مالكا للعين المراد وقفها:

يجب أن تكون ملكية الوقف وقت إبرامه ثابتة قانونا للواقف، أي أن يكون هذا الخير مالكا للمال الموقوف ملكية تامة أو يملك التصرف في الرقبة تبرعا بوكالة خاصة من طرف الواقف و إلا فلا يستطيع الواقف أن يتبرع بما لا يملك.

## 02\_ شروط نفاذ الوقف: تتمثل شروط نفاذ الوقف المتعلقة بالواقف في الآتي:

### أ\_ أن يكون الواقف غير محجور عليه:

مقتضى هذا الشرط أن الواقف إذا كان مدينا بدين الغير فلا يستطيع أن يبرم الوقف حماية لحقوق الدائنين، هذا و يرون جمهور الفقهاء أن الدين المستغرق للمال و الذي حل أجله بسبب للحجر، فيمنع المحجور عليه من التصرف في ماله حفاظا على حقوق الدائنين على الرغم من تمام أهليته و إدراكه<sup>(1)</sup>

### ب\_ ألا يكون الواقف مريضا مرض الموت وقت إبرام الوقف:

نصت المادة 32 من القانون رقم 10\_91 السالف الذكر على أنه " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت و كان الدين يستغرق جميع أملاكه"، إذ في ذا الصدد نشير أن وقف المريض مرض الموت يأخذ شكل الوصية.

### ثانيا\_ محل الوقف:

طبقا للمادة 11 من القانون رقم 10\_91 فإنه يشترط في المال الموقوف أن يكون عقارا أو منقولاً أو منفعة، و أن يكون محل الوقف معلوما محددًا مشروعًا، هذا و يصح وقف المال المشاع إذ في هذه الحالة يتعين قسمته.

و أيضا نصت المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف معينًا خاليا من النزاع و لو كان شائعا"، و من خلال هذين النصين يتبين لنا أن الوقف يكون صحيحا إذا توافرت شروطا معينة تتعلق بالمحل الوقف.

(1) صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 121.

## 01\_ شروط صحة الوقف المتعلقة بالمحل:

تتمثل شروط صحة الوقف الخاصة بالموقوف في الآتي:

أ\_ أن يكون المال الموقوف معلوماً ومحددًا وقت الوقف:

يقصد بهذا الشرط أن يكون المال محل الوقف معيناً بما ينفي الجهالة عنه و النزاع فيه، فلو قال الواقف وقت إبرام الوقف جزءاً من أرضي دون أن يبين المساحة و مكان وجود الأرض فإنه وقفه يكون باطلاً حتى و لو عينه فيما بعد<sup>(1)</sup>

ب\_ أن يكون المال قابل للقسمة إذا كان مشاعاً:

إذا كان المال غير قابل للقسمة فلا يصح الوقف باستثناء الحصص و الأسهم في شركات الأموال لما فيها من تشجيع و توسيع لدائرة الواقفين بحسب إمكاناتهم<sup>(2)</sup>

## 02\_ شروط نفاذ الوقف المتعلقة بالمحل:

تتمثل شروط نفاذ الوقف الخاصة بالملك الوقفي في الآتي:

أ\_ ألا يكون المال الموقوف مرهوناً:

إن المشرع الجزائري لم ينظم وقف المال مرهون بنص واضح، غير أنه و بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني فإنه يجوز للمدين الرهن أن يتصرف في العقار المرهون، و في هذا الصدد نشير أن فقهاء الحنفية أجازوا وقف المال المرهون ذلك أن الرهن مبدئياً لا يعني انتقال الملكية

ب\_ ألا يكون المال محل الوقف تحت يد القضاء:

إذا كان المال محل الوقف محجوزاً عليه، فإن الوقف لا يكون نافذاً إلا إذا صدرت الإجازة من الدائنين الحاجزين، و ذلك وفقاً لنصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري<sup>(3)</sup>

(1) المارودي الحلوي، في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983، ص 09.

(2) الفر الشريف حمزة بن حسين، وقف الأسهم، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات العربية، 2009، ص 06.

(3) المواد 661، 735، 736، من القانون رقم 08\_09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

### ثالثا\_ الموقوف عليه:

يشترط في الموقوف عليه أن يكون وجه من أوجه البر و الخير، و أن يكون ممن يصح تملكه، إذ سنقوم بتفصيل هذا على النحو الآتي:

#### 01 \_ أن يكون الموقوف عليه جهة بر:

إن شرعية الوقف مستمدة من كونه صدقة جارية، لذلك لا بد أن تكون الجهة الموقوف عليها قريبة أي أهلا للتصدق، هذا و يجوز الوقف على النفس حيث نصت المادة 214 من قانون الأسرة الجزائري على انه "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس طوال حياته على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية".

و الجدير بالذكر فإن المشرع الجزائري لم يبين حكم الوقف على الذكور دون الإناث، و لكن ضرورة احترام إرادة الواقف و شروطه في نصوص قانون الأوقاف يدعوا إلى الاعتقاد أن لا مانع من أن يشترط حرمان بعض الورثة من الوقف.

#### 02 \_ أن يكون الموقوف عليه ممن يصح تملكه:

إذا كان الموقوف عليه شخصا طبيعيا فلا وجود أي إشكال، فإن كان كامل الأهلية فيستحق الغلة بنفسه و إن كان ناقص استحق لمصلحته من ينوب عنه، فضلا عن ذلك فلا يوجد لإشكال إذا كان الموقوف عليه شخصا معنويا كالمساجد و المستشفيات و غيرها،<sup>(1)</sup> غير أن الإشكال يثور بالنسبة للحمل إذ أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة، و لكن حسب رأينا انه طالما تجوز الوصية و الهبة للحمل كذلك يجوز الوقف للحمل.

(1) الإمام أبو زهرة، المرجع سابق، ص 2009.



## المبحث الثاني

### تطبيقات عن تسيير و إدارة الملك الوقفي الموجه لصالح العام

إن الغالب تكون الهيئة الموقوف عليها لا تنتفع إلا من غلاة العين الموقوفة و ذلك بصورة غير مباشرة، حيث أن مديرية الشؤون الدينية القائمة على إدارة و تسيير الأملاك الوقفية هي التي تتولى إبرام عقود الإيجار على العين الموقوفة مع الغير لصالح الموقوف عليهم، و هذا تطبيقا لنص المادة 42 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف التي نصت على ما يلي: "تؤجر الأملاك الوقفية وفقا لأحكام التشريعية و التنظيمية السارية المفعول"

و ما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بصفة الشمولية على الأملاك الوقفية سواء كانت بناء أو أرض عارية أو أرض زراعية أو مشجرة، وفي هذا الموضوع تناول المشرع الجزائري إيجار الأملاك الوقفية في الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي 381/98<sup>(1)</sup> من المادة 22 إلى غاية المادة 30 باعتبار أن مبالغ الإيجار تعتبر أحد الموارد الهامة للوقف.

هذا و سنحاول الكشف عن صيغ الاستثمار التي ذكرها المشرع الجزائري ودراستها وتحليلها، هذا و قد حدد المشرع الجزائري طرق استغلال و استثمار و تنمية الأراضي الوقفية الزراعية و المشجرة .

و عليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتطرق في المطلب الأول إلى تأجير العقارات الوقفية، أما المطلب الثاني سنتحدث فيه عن استغلال و استثمار الأراضي الوقفية الزراعية و المشجرة .

## المطلب الأول

### تأجير العقارات الوقفية

إن إيجار الأملاك الوقفية يتم بموجب طريقتين وهما الإيجار عن طريق المزاد، و الإيجار بالتراضي<sup>(2)</sup> هذا و قد طور الفقهاء صيغة الإيجار لما دعت الحاجة إلى ذلك، فقد خرب الوقف وانهار ولا تملك مؤسسة الوقف ريعا كافيا لإصلاحه أو تعميره ، ولم يرغب أحد في استبداله، أو تحت القوة القاهرة مثل ما حدث في الدولة العثمانية لما احترقت أوقاف إسطنبول سنة 1220هـ، لجأ الفقهاء إلى تطوير صيغة الإيجار، فاستحدثوا جملة من الصيغ منها: الحكر، المرصد.

و عليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، سنتطرق في الفرع الأول إلى طرق إيجار الأملاك الوقفية و أهم الآثار المترتبة عليها، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن صيغ الإيجار المستحدثة.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 381\_98 المؤرخ في 01\_12\_1998 يحدد شروط و إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 09.

(2) المادتين 23 و 25 من المرسوم التنفيذي 381\_98 السالف الذكر.

## الفرع الأول

### طرق إيجار الملك الوقفي و أهم الآثار المترتبة عليها

طبقا لنص المادتين 23 و 25 من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، فإن إيجار الأملاك الوقفية يتم بموجب طريقتين وهما الإيجار عن طريق المزاد، و الإيجار بالتراضي ، هذا و يترتب عن إيجار الأملاك الوقفية أهمها أن يلتزم المستأجر باحترام إرادة الواقف و العمل على تنفيذها.

و عليه سنتحـدث في هذا الفرع عن طـرق إيجار الأملاك الوقفية (أولا)، ثم سنـبين أهم الآثار المترتبة عن ذلك (ثانيا).

### أولا: طرق إيجار الأملاك الوقفية

يتم إيجار الأملاك الوقفية بطريقتين، إما عن طريق المزاد و إما بالتراضي.

#### 01\_ إيجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد:

إن القاعدة العامة في إيجار الأملاك الوقفية طبقا لنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي 381/98 المذكور أعلاه، هي طريقة المزاد حتى يعطى الحق لجميع الأفراد في استئجار مثل هذا النوع من الأملاك دون تفضيل طرف على الآخر.

وتجرى المزاد تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية باعتباره القائم أو المسؤول الأول على إدارة وتسيير العين الموقوفة، و يشاركه في ذلك مجلس سبيل الخيرات، و ذلك بعد الإعلان عن المزاد في الصحافة الوطنية أو الطرق الأخرى المتعارف عليها قانونا وذلك قبل عشرين يوما من تاريخ إجرائها<sup>(1)</sup>.

و ينعقد الإيجار عن طريق المزاد على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية، حيث يجب عليه أن يحدد فيه التعيين الدقيق للعين الموقوفة محل الإيجار (المساحة، الحدود، مدة الإيجار، الأطراف، السعر).

و تطبيقا لنص المادة 22 من المرسوم التنفيذي 381/98 السابق الذكر، حدد السعر الأدنى للإيجار بإيجار المثل، بعد إجراء الخبرة و المعاينة و استطلاع رأي المصالح المختصة إقليميا و باقي الجهات المختصة.

(1) المادة 23 من المرسوم 381\_98 السالف الذكر.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة حيث أنه استثناء على القاعدة يمكن تأجير الملك الوقفي عند الضرورة بأربعة أخماس 5/4 إيجار المثل، إذا كان العقار المراد إيجاره مثقلا بدين، أو لم تسجل رغبة فيه إلا بقيمة أقل من إيجار المثل.

و لكن يمكن الرجوع و التقيد بهذه الأخيرة متى توافرت الفرصة لذلك، وفي هذه الحالة لا بد من تحرير عقد إيجار من جديد.

و من بين البيانات كذلك التي لا بد أن توضح في دفتر الشروط النموذجي الموقع ما بين الجهة المؤجرة و المستأجر، مدة الإيجار و الشروط العامة و الخاصة التي تفرض على المستأجر .

فبالنسبة إلى المدة فلا بد أن تحدد حسب طبيعة الملك الوقفي و نوعه، فمثلا إيجار أرض زراعية يختلف عن مدة إيجار دار معدة للسكن<sup>(1)</sup> و القاعدة المتعامل بها حاليا في إيجار الأملاك الوقفية هي الإيجار لمدة سنة قابلة للتجديد.

أما بالنسبة إلى الشروط العامة و الخاصة التي يتضمنها دفتر الشروط النموذجي و التي تفرض على المستأجر فهي تدخل في طائفة الشروط الرامية إلى الحفاظ و رعاية الملك الوقفي و عدم المساس به أو إتلافه، أو إستغلال العين الموقوفة على وجه يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبار أن الوقف باب من أبواب البر و الإحسان التي ترصد للأعمال الخيرية و المشروعة.

## 02\_ إيجار الأملاك الوقفية عن طريق التراضي:

إن هذه الطريقة تعد استثناء على القاعدة العامة، حيث أقرها المشرع الجزائري تطبيقا لنص المادة 25 من المرسوم 381/98 في حالات خاصة.

وهي الحالات التي يستعمل فيها الملك الوقفي كدور لنشر العلم، أو تشجيع البحث أو استعماله في سبيل الخيرات، و الإيجار بالتراضي في مثل هذه الحالات يتطلب وجود ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية بعد استطلاع رأي بالموافقة من طرف لجنة الأوقاف، من أجل قفل الباب أمام أولئك الذين يريدون التلاعب بالأملاك الوقفية و تأجيرها عن طريق المحاباة أو أصحاب النفوذ.

(1) لقد أكدت المادة 27 من المرسوم التنفيذي 381/98 على ضرورة تحديد المدة، فلا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة.

حيث أن قانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم للأمر رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المشرع الجزائري قد أحال في تنظيمه لعقود الإيجار الخاصة بالمحلات الوقفية المعدة للسكن و المحلات التجارية، لأحكام القانون المدني و القانون لتجاري<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: آثار المترتبة عن إيجار الأملاك الوقفية

تطبيقا لنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 السابق الذكر، فإنه بمجرد أن تكتمل أركان عقد الإيجار و المصادقة على شروطه يصبح المستأجر مدينا للملك الوقفي باعتبار أن هذا الأخير ليس ملكا لأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين، وإنما يتمتع بالشخصية المعنوية و بالتالي المستأجر ملزم باحترام إرادة الواقف و العمل على تنفيذها.

وهو التزام يقع على عاتقه مدة حياته، و في حالة وفاة المستأجر يفسخ عقد الإيجار قانونا و يعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمدة المتبقية من العقد الأول مع مراعاة في ذلك شروط العقد الأصلي و مضمونه، أما إذا توفي المؤجر و بقي الموقوف حيا يعاد تحرير العقد و جوبا للمستأجر الأصلي حتى انقضاء مدة العقد الأول.

و لكن مع مراعاة الشروط الأولى الموجودة في العقد و مضمونه، غير أنه و في كل الأحوال يمكن مراجعة شروط عقد الإيجار عند نهاية كل سنة من تاريخ سريان العقد أو عند تجديده و لا سميا قيمته ومدته.

و ما يلاحظ أن المشرع الجزائري عند تنظيمه لإيجار الأملاك الوقفية لم يحدد الطريقة التي يتم بموجبها إيجار الأراضي الوقفية الفلاحية، و هي كثيرة و شاسعة من حيث المساحة، حيث أنه و بالرغم من إجازته لعملية إيجارها في نص المواد 04،26 مكرر 9 من القانون رقم 07/01 السالف الذكر، غير أنه أحال ذلك إلى تنظيم لاحق سوف يصدر في هذا المجال.

(1) المادة 014 من القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28\_05\_2001 المعدل و المتمم لقانون رقم 10\_91 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية العدد

## الفرع الثاني

### صيغ الإيجار المستحدثة

إن تغير الظروف الاقتصادية وتسارع الاستثمار أضحت هذه الصيغ لا فائدة من اللجوء إليها اليوم، و من هذه الصيغ التي ذكرها المشرع هي:

#### أولاً: الحكر

إن حقيقة الحكر هي إجارة طويلة الأجل لجأ إليها الفقهاء لإحياء الوقف، ولم تكن معروفة في بلدنا، والحكر أقدم ما يعرف من الحقوق العينية المنشأة على الوقف، وقد نشأ في القرن الثالث الهجري، و انتشر بكثرة في مصر بعد سقوط بغداد، وسمي في القوانين العثمانية ب(المقاطعة)<sup>(1)</sup>

نص المشرع على الحكر في المادة 26 مكرر 2 من قانون 07/01 "يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر".

#### 01\_ تعريف الحكر:

##### أ\_ الحكر لغة :

هو الحبس، و الحكرة حبس الطعام منتظراً غلاته وهو الحكر، وأصله في كلام العرب: هو الماء المجتمع كأنه احتكر لقلته والجمع أحكار.<sup>(2)</sup>

##### ب\_ الحكر اصطلاحاً:

عرفه نزيه حماده: هو إعطاء أرض الوقف الحالية لشخص، لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة، ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف بالبناء والغرس وغيرها، كتصرف المالكين ويرتب عنه أيضاً أجر سنوي ضئيل.<sup>(3)</sup>

(1) الزرقاء مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام، دار القلم، بيروت، 1999، ط1، ص 53.

(2) أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، 1979 ص 92

(3) نزيه حماده، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، 2008، ط1 ص 5

وأما المشرع الجزائري فقد عرفه على أنه تخصيص جزء من الأرض العاطلة للبناء أو الغرس، لمدة معينة، مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر دفع ايجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع والبناء أو الغرس توريثه، خلال مدة العقد. إن الحكر صيغة ابتكرها الفقهاء للاستغناء بها عن بيع الوقف و استبداله<sup>(1)</sup>

## 02\_ شروط عقد الحكر:

إن المشرع الجزائري قد وضع شروطا محددة لصحة عقد الحكر ، فهي أن يكون عقد الحكر عند الضرورة وأن تكون الأرض محل عقد الحكر عاطلة، وأن تحدد مدة الحكر في العقد، وأن يقبض ناظر الوقف قيمة الأرض عند إبرام العقد، وأن يلتزم المحتكر بدفع ايجار سنوي مدة العقد.

هذه هي الشروط التي وضعها المشرع الجزائري مبنية على تحقيق مصلحة الوقف، وهي لا تخرج عن الشروط التي وضعها فقهاء الشريعة

إن الآثار التي يترتبها عقد الحكر نص عليها المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر2 من القانون 07\_01 السالف الذكر، وهي حق الانتفاع بالبناء أو الغرس الذي أحدثه المستثمر، وينتقل هذا الحق إلى الورثة من بعده خلال فترة العقد، وأن يصلح الأرض ويجعلها قابلة للاستغلال، وأن يبذل عناية الرجل العادي في محافظة ورعاية الوقف، وأما ما يستحدثه المستثمر من غرس أو بناء فإنه يلحق بالوقف بعد انتهاء عقد الحكر، وذلك طبقا للمادة 25 من قانون (10/91) " كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا يلحق بالعين الموقوفة ويبقى الوقف قائما شرعا، مهما كان ذلك التغيير".

## ثانيا: المرصد

وهو من الحقوق المنشأة على الأوقاف، دعت الحاجة إليه، ولكن بمرور السنين أصبح وسيلة لسطو على الأملاك الوقفية كما حدث في سورية وغيرها، وقد تناول المشرع في المادة 26 مكرر5 من قانون 07\_01 السالف الذكر صيغة المرصد " يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأرض الموقوفة بعقد المرصد".

(1) منذر قحف، الوقف الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2006، ط2، ص247

و الارصاد في اللغة: الإعداد ،يقال: أرصد له الأمر، أعده و أرصدت هذا المال لأداء الحقوق إذا أعددت له لذلك. (1)

وأما اصطلاحاً: هو دين على الوقف صرفه المستأجر من ماله بإذن الناظر في عمارة الوقف الضرورية وقد عرفه صاحب مرشد الحيران في المادة 709 قال: ( هو دين مستقر على جهة الوقف، للمستأجر الذي عمر من ماله عمارة ضرورية في مستغل من مستغلات الوقف للوقف بإذن ناظره، عند عدم مال حاصل في الوقف، وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعمييره منها). (2)

إن اللجوء إلى عقد المرصد لا يكون إلا عند الضرورة، ويرتب عقد المرصد جملة من الآثار وذلك راجع إلى طبيعته المزدوجة، فهو من جهة دين في ذمة الوقف يجب تسديده، وهو أيضاً تأجير للوقف من قبل صاحب المرصد بهدف تعمييره، وهذه الالتزامات هي:

## 1\_ التزامات المرصد له:

تتمثل هذه الإلتزمات في البناء فوق الأرض، وهذا ما نصت عليه المادة 26 مكرر5 من القانون 01\_07 السالف الذكر " و يكون ما أنفقه في عمارة الوقف ديناً يلتزم الناظر بتسديده. )، والتزام المستأجر بدفع الأجرة".

## 2\_ حقوق المرصد له:

فله الحق في استغلال إيرادات البناء طبقاً لما ورد في المادة 26 مكرر5، والحق في التنازل عنه.

(1) لخويس صالح بن سلمان، عقد الحكر، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول جامعة أم القرى، مكة، 2001، ص 60.

(2) أحمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، مصر، ص 42.

## المطلب الثاني

### استغلال و استثمار الأراضي الوقفية الزراعية و المشجرة

لقد حدد المشرع الجزائري طرق استغلال و استثمار و تنمية الأراضي الوقفية الزراعية و المشجرة لدافعين أساسيين هما العدد الهائل من الأراضي الزراعية و المشجرة الموقوفة بهذه الصفة و الدافع الثاني هو كون أن استغلال هذا النوع من الأراضي هو امتداد للأهمية الاقتصادية و الوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي مثلها مثل الأراضي الفلاحية و التي أعتبر عدم استثمارها يشكل فعلا تعسفيا في استعمال الحق تطبيقا للمادتين 48 و 49 من قانون التوجيه العقاري<sup>(1)</sup>

و عليه سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين، سنطرق في الفرع الأول إلى وقف العقارات بين المقايضة و التعمير، أما الفرع الثاني سنتحدث فيه عن استغلال الأراضي الموقوفة عن طريق بعض العقود كعقد المساقاة و عقد المزارعة.

## الفرع الأول

### إستغلال الأراضي الوقفية عن طريق المقايضة و التعمير

في هذا الصدد سنتحدث عن تنمية الوقف عن طريق المقايضة (أولا)، و فضلا عن ذلك سنتكلم عن استثمار الأملاك الوقفية عن طريق التعمير (ثانيا).

### أولا: المقايضة (الاستبدال)

إن استبدال الوقف أمر تقتضيه الضرورة و تمليه مصلحة الوقف، فهو ليس المراد منه انهاء الوقف، و إنما إعادة تمييزه و تنميته بعين ثانية أخرى، فهو إحياء للوقف حتى يلعب دوره الحضاري. فالمقايضة لغة: اعطاء سلعة و أخذ عوضها سلعة<sup>(2)</sup>

و أما اصطلاحا: فعرفه المشرع الجزائري في المادة 413 ق م ج : (المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود)، إلا أن مفهوم المقايضة ضيق جدا في قانون الوقف، فقد نص المشرع في المادة 26 مكرر 2/6 (هو الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من الأرض).

<sup>(1)</sup> المادة 48 من القانون 25\_90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

<sup>(2)</sup> بن رشد، محمد، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، 1983، ط6، ص 60.



إذن فمفهوم المقايضة في قانون الوقف: هو استبدال جزء من الأرض بجزء من الأرض، وأما الصيغ الأخرى التي ذكرها المشرع في القانون المدني، فلا يجوز الأخذ بها في باب الوقف فهو من باب حمل العام على الخاص.

وقد حدد المشرع في قانون الوقف في المادة 24 حالات المبادلة للملك الوقف، وهي: حالة تعرضه لضياح أو الاندثار، أو فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه، أو حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة، أو حالة انعدام المنفعة وانتفاء إتيانه بنفع، شريطة تعويضه بعقار مماثل أو أفضل منه، وبحكم أن العقار الوقفي أمانة في يد ناظر الوقف، فإن ناظر الوقف ملزم باتباع الإجراءات التي وضعها المشرع عند إجراء عملية المقايضة وهي: صدور قرار من السلطة الوصية، والمعاينة والخبرة، فكل عملية مقايضة لعقار وقفي لا تتوفر فيه هذه الإجراءات يعتبر عقدا باطلاً.

### ثانياً\_ الترميم أو التعمير

يلجأ ناظر الوقف إلى الترميم أو التعمير عند الحاجة كما يظهر من نص المادة 26 مكرر 07 " يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية المعرضة للخراب والاندثار، بعقد الترميم أو التعمير، الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلاً".

وبالرجوع إلى نص المادة السابقة فإن المشرع لم يعرف عقد الترميم أو عقد التعمير، مع العلم أن الترميم غير التعمير، وإذا رجعنا إلى قانون الترقية العقارية (04/11) فإن المشرع عرف عقد الترميم قال: (الترميم العقاري: هو كل عملية تسمح بتأهيل بنايات أو مجموع بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي) <sup>(1)</sup>

إن عملية تعميم العقار الوقفي المعرض للاندثار يثير إشكالية اليوم وهي هل يعاد البناء نفسه أو يمكن تغيير نوع البناء والتوسع في بناء عقار جديد يكون مربحاً، وهذا ما لم يشر إليه المشرع، ونحن في هذه الحالة نجد أنفسنا أمام عملية بناء، و بالرجوع إلى المادة 03 من قانون 04-11 نجده عرف البناء بأنه: (كل عملية تشييد بناية أو بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني).

<sup>(1)</sup> قانون (04/11) المؤرخ في 17 فبراير 2011 و المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14، 2011،

وإذا ما رجعنا إلى ما سماه المشرع الجزائري بالتجديد العمراني في المادة 03 من قانون 11-04 حيث عرفه التجديد العمراني: (هي كل عملية مادية تتمثل دون تغيير الطابع الأساسي للحي تغييرا جذريا في النسيج العمراني الموجود، مع إمكانية هدم البنايات القديمة، وعند الاقتضاء إعادة بناء بنايات جديدة في نفس الموقع)، وتطبيقا لهذه المادة أرى- والله أعلم- إعادة تشييد بنايات جديدة، فنقوم بتحويل الوقف الغير منتج إلى وقف منتج.

وبالرجوع إلى قانون الوقف والمرسوم التنفيذي (381/98) السالف الذكر فإن ناظر الوقف يجوز له أن يرخص للمستثمر توسيع البناء، إذا كان البناء سيحقق مصلحة للوقف، المبني وترميمه، و إعادة بناءه عند الاقتضاء، و منه فإن المشرع الجزائري رخص استثمار العقارات الوقفية بعقد الترميم عند الحاجة (1)

## الفرع الثاني

### عقدي المزارعة و المساقاة

يجوز استغلال العقارات الوقفية عن طريق عقد المزارعة (أولا)، و فضلا عن ذلك يجوز استغلال العقارات الوقفية عن طريق عقد المساقاة (ثانيا).

#### أولا: عقد المزارعة:

يقصد بالمزارعة لغة مفاعله من الزرع و هو الإنبات، أما شرعا فهي عقد على الزرع ببعض الخارج، و ان كان قد اختلف فقهاء الشريعة لإسلامية في مدى مشروعيتها و من عدمه، فمثلا عند أبو حنيفة لم يجز المزارعة و اعتبرها فاسدة و في نفس السياق لم يجز الإمام الشافعي المزارعة إلا للحاجة تبعا لإجازته للمسافات و حجة الشافعية في عدم الإجازة قول النبي صلى الله عليه و سلم، انه نهي على المخابرة، حيث روي مسلم عن ثابت بن الضاحك أن الرسول صلى الله عليه و سلم نهي عن المزارعة و العلة في ذلك أن أجر المزارعة و هو ما تخرجه الأرض، و هذا إما أن يكون معدوما لعدم وجوده عند العقد أو مجهول لجهالة مقدار ما تخرجه و قد لا تخرج شيئا و يعتبر كل من الجاهلة و انعدام العقد مفسدة لعقد الإجازة.

أما رأي جمهور فقهاء أبي حنيفة، أبو يوسف، مالك و أحمد و داود الظاهري فأجازوا، المزارعة بدليل السنة حيث يعتقدون في ذلك بمعاملة النبي صلى الله عليه و سلم لآهل خيبر بشرك ما يخرج من ثمر أو زرع باعتباره أنه عقد شركة بين المال و العمل.

(1) المادة 13 من المرسوم 98-381 السالف الذكر.

و لقد عرفت التشريعات الوضعية المزارعة، أنه عقد بموجبه يرصد المالك أرضه الزراعية أو أرضه المغروسة بالأشجار إلى شخص آخر يزرعها أو يستثمرها في مقابل ذلك يأخذ جزءا معيناً من المحصول الذي تنتجه، فالمشرع العراقي مثلاً عرفها في المادة 85 من القانون ق.م.ع "المزارعة عقد على الزرع بين صاحب الأرض و المزارع، فيقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتفقان عليها وقت العقد"<sup>(1)</sup>

وهو التعريف الذي يقارب بكثير التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري في المادة 26 مكرر 1 حيث عرفها " عقد المزارعة يقصد إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد" <sup>(2)</sup>

انطلاقاً من هذا التعريف يمكن القول أن عقد المزارعة يشبه الإيجار من حيث إمكانية المزارع من الانتفاع بأرض مملوكة لغيره بمقابل، و في نفس الوقت تشبه الشركة من حيث أنها ينشئ مساهمة في إنتاج المحصول بين المالك و بأرضه و بين الزارع بعمله، و يخول للمالك حصة من المحصول المنتج تتفاوت قيمتها إما زيادة أو نقصاناً تبعاً لما أنتجته الأرض من محصول مع مراعاة نوعه و فترة إنتاجه. لذلك يمكن القول أن المزارعة تتميز بالخصائص التالية:

\_\_ أنها إيجار عن طريق المشاركة في استغلال الأرض.

\_\_ لشخصية المزارع اعتباراً خاصاً في عقدها.

\_\_ أن الأجرة فيها هي عبارة عن حصة معينة من المحصول.

و الجدير بالذكر أنه يسري على عقد المزارعة ما يسري على إيجار الأراضي الزراعية، حيث تقوم المزارعة بين المؤجر و المزارع، و لا يشترط في المؤجر أن يكون مالكا بل يكفي أن يكون له الحق الإنتفاع أو حائزاً، لكن يشترط في المزارع أن يتولى زراعة الأرض بنفسه، ولا يجوز له أن يتنازل إلى غيره عن حقه في زراعتها، و يشترط كذلك أن تكون العين المؤجر.

أما بالنسبة إلى إنتهاء عقد المزارعة، فإنه إما بانتهاء المدة المتفق عليها ما بين المؤجر و المزارع و هي كقاعدة عامة، لكن المشرع المصري إستثناء و ضمن قانون الإصلاح الزراعي جاء بفكرة ضرورة تمديد عقد المزارعة بقوة القانون بعد إنتهاء مدة المزارعة إلى دورة سنوية زراعية أخرى بنفس الشروط السابقة.

<sup>(1)</sup> عزوز عبد القادر، فقه استثمار الأموال الواقفية، رسالة دكتوراه، المعهد العالمي لأصول الدين الجزائر، 2007، ص185

<sup>(2)</sup> قانون 01-07 المؤرخ في 22/05/2001 المعدل و المتمم لقانون 91-10 و المؤرخ في 27/04/1991 و المتعلق بالأوقاف الجرية الرسمية العدد29، سنة 2001 .

وقد تنتهي في بعض الأحيان المزارعة بوجود أسباب طارئة تكون دافعة إلى إنتهاء العقد، و ذلك إما بموت المستأجر، أو لحاجة المؤجر إلى الأرض المؤجرة لزراعتها بنفسه، إما كونه المستأجر أو المزارع لم يحسن زراعتها، و بالتالي و خوفا من تحويل طبيعتها الزراعية يطلب منه و بحاجة المؤجر إلى زراعتها خاصة إذا كان يحسن المستأجر فن المزارعة، أو في حكم المخل بالتزاماته التعاقدية.

### ثانيا: عقد المساقاة:

المساقاة هي إعطاء الشجر بمختلف أنواعه و ما يدخل في حكمه، كالنخيل لمن يقوم بسقيه مع القيام بسائر الأعمال الأخرى التي يحتاجها الشجر و بمقابل جزء معلوم من ثمره مشاعا فيه.

أما المشرع الجزائري فقد عرفه في عقد المساقاة يقصد به إعطاء الشجر لاستغلال لمن يصلحها مقابل جزء معين من ثمره<sup>(1)</sup>، فالمساقاة شرعا جائزة، و الأصل في جوازها عمل الرسول صلى الله عليه وسلم و عمل خلفائه الراشدين من بعده، فقد أخرج البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه و سلم عامل أهل خيبر يشطر ما يخرج منه، أي ما تخرج أرضهم من زرع و ثمر، و لقد سار على منواله أبو بكر و عمر و عثمان و علي رضي الله عنهما. و من الشروط الأساسية المتطلبة في عقد المساقاة ما يلي:

#### 1. أن يكون النخل أو الشجر معلوما عند إبرام العقد:

فلا يمكن تصور وجود مساقاة في شيء مجهول أو محتمل أن يوجد في المستقبل تجنبنا للغرر وهو محرما.

#### 2. جواز المساقاة في الأصل:

كأن يدفع رجل لآخر أرضا ليغرسها نخلا أو شجرا و يقوم بسقيه وإصلاحه إلى أن يثمر على أن يدفع له الربع، أو ما اتفق عليه، بشرط أن يحدد المدة بأثمارها و يأخذ العامل نصيبه من الأرض و الشجر معا.

#### 3. أن يكون نصيب العامل في الشجر معلوما بالنصاب:

كأن يكون الخمس أو الربع، و أن يكون مشاعا في جميع ما تنتجه الأرض من شجر، حيث لا يمكن حصر النصيب في نوع معين من الشجر أو نوع معين غير متأكد أنه سوف يثمر أو لا يثمر باعتبار ذلك كذلك غرر، والغرر محرم شرعا.

(1) نص المادة 26 مكرر 1 الفقرة الثانية من القانون 07/91 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91

#### 4. يشترط في العامل أن يبذل عناية الرجل العادي في أرضه:

أي يقوم بكل ما يلزم لإصلاح النخل أو الشجر تقيدا بما جرى به العرف في المساقاة.

#### 5. إذا كان على الأرض التي هي محل للمساقاة خراج أو ضريبة:

فهي على المالك دون العامل باعتبار أن كل من الخراج أو الضريبة مرتبطة بالأصل و هو الأرض سواء كانت مغروسة أو غير مغروسة أما بالنسبة إلى الزكاة فهي تدفع من طرف من بلغ نصيبه من نصابا سواء كان العامل أو رب العمل باعتبار أن تحديد نصيب الزكاة متعلق ما تنتجه الأرض من ثمره.

و في ختام هذا الفصل يتبين أن الوقف هو تصرف بالإرادة المنفردة للواقف، إذ يقصد بالوقف حبس المال عن التملك لأي شخص طبيعيا كان أو معنويا على وجه التأييد و التصديق، فالوقف حتى يكون صحيحا و نافذا فيجب توافر أركانه المادية و المتمثلة في الواقف و الموقوف عليه و المال محل الوقف كما يجب توافر الركن الشرعي له و المتمثل في صيغة الوقف.

و تتعدد أنواع الوقف فقد يكون عاما فتكون الغاية منه تحقيق المصلحة العامة و قد يكون خاصا و يكون الهدف منه تحقيق مصلحة خاصة لأشخاص معينين، كما أنه قد يرد الوقف على عقار أو منقول أو منافع، و فضلا عن ذلك فقد يقصد الوقف بصفة مباشرة و ذلك بتقديم خدمات للموقوف عليهم كالمساجد التي يستعمل فيها الصلاة، و قد يقصد الوقف لتحقيق غاية غير مباشرة كوقف الأراضي الزراعية و صرف حاصل بيع الغلة، إذ في هذه الحالة يكون الوقف استثماري.

هذا و يجوز تأجير العقارات الوقفية، و ذلك بمقتضى طريقتين إما إيجارها عن طريق التراضي أو عن طريق المزداد، إلا أنه و نظرا لتغير الظروف الاقتصادية ظهرت صيغ إيجار مستحدثة من ذلك الحكر و المرصد، و فضلا عن ذلك فإنه يجوز استثمار العقار الوقفية بطرق عديدة من ذلك عقد المقايضة و عقد المزارعة.

# خاتمة

تبعاً لما تقدم نخلص إلى النتائج الآتية:

\_\_ لمالك العقار سلطات ثلاث هي سلطة الاستعمال و سلطة الاستغلال و سلطة التصرف، و طالما أنه له سلطة التصرف فإنه يجوز له أنه يهب عقاره .

\_\_ تعتبر هبة العقار عقداً يستلزم توافر أركانه العامة من رضاء و محل و سبب، و كذا الأركان لاسيما الشكلية.

\_\_ إن المشرع الجزائري اشترط في هبة العقار الصبغة الرسمية، إذ لا بد من توثيق عقد هبة العقار لدى الموثق تحت طائلة البطلان.

\_\_ يلزم الموثق بعد تحرير عقد هبة العقار أن يقوم بتسجيله لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابعة لمدرية الضرائب بغية تحصيل و دفع الرسوم التي يتطلبها تسجيل هذا العقد.

\_\_ يجب على الموثق أن يقوم بشهر العقار، فالغرض من الشهر هو إعلام الغير بالعقار محل الإشهار، إذ بالشهر يكون لعقد هبة العقار حجة لصاحبه في مواجهة الغير.

\_\_ إن الهبة التي تكون موجهة للمنفعة العامة لا رجوع فيها كأن يهب الأب لابنه مالا من أجل القيام ببناء مستشفى، فإن فكرة المنفعة العامة هي المانع من الرجوع.

\_\_ تنبتهت الدولة الجزائرية بعد الهزة الاقتصادية العنيفة سنة 1986 و ما أعقبها من أثر على الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية إلى البحث عن مصادر جديدة لدعم وتمويل المشاريع التنموية و القطاعات الاجتماعية إلى أهمية الوقف وأن الجزائر تنام على ثروة وافية ضخمة.

\_\_ يعتبر الوقف وسيلة من الوسائل الهامة لضمان استقلالية أداء مؤسسات هامة، و لقد أظهر التاريخ الإسلامي علاقة الوقف بمجالات شتى في حياة المجتمع، فمن نعم الله عز و جل علينا سنة الوقف، فالوقف كان و مزال يميز حضارتنا على الحضارة الغربية، و الجزائر كباقي دول العالم الإسلامي لقد اهتمت بالوقف منذ انصهارها في بوتقة العربية الإسلامية.

— إن ظاهرة الاهتمام بموضوع استثمار الأملاك الوقفية في الوطن العربي والإسلامي ظهرت في مطلع الثمانينات، ولذا حاذى المشرع الجزائري حذو التشريعات العربية في جواز استثمار الأملاك الوقفية و ذكر جملة من صيغ الاستثمار.

— كان من الواجب على المشرع الجزائري أن يتبع التشريعات العربية حين ألغت الحكر وغيرها من الصيغ المأخوذة من الإيجار، فمصر ألغت حكر الأوقاف بقانون رقم 43 من سنة 1982، وفي سورية تم تصفية جميع الحقوق العينية على الوقف كالحكر والمرصد وغيرها بقانون رقم 189 من سنة 1960.

— إن استثمار وتنمية الأملاك الوقفية واجهته مشاكل كثيرة أثرت سلبا على عملية الاستثمار، وإن كان المشرع الجزائري قد نص على مجموعة من صيغ الاستثمار في قانون الوقف.



# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر و المراجع

### أولاً: قائمة المصادر

القرآن الكريم

السنة

### ثانياً: قائمة المراجع

#### 01\_ الكتب:

##### أ\_ الكتب العامة

- \_ أحمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، مصر.
- \_ أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2002 .
- \_ أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، السنة 1979 .
- \_ أحمد مصطفى الزرقاء ، المدخل إلى نظرية الالتزام، دار القلم، بيروت، السنة 1999..
- \_ أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب الحديث، سنة 1974، الجزء السادس.
- \_ ابن منظور، لسان العرب المحيط، الجزء الثاني، دار الجيل، بيروت، السنة 1988.
- \_ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الخامسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة 2007 .
- \_ جمال بوشناق ، التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 .
- \_ حسن محمود بودي، موانع الرجوع في الهبة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.
- \_ حسين بن شيخ أيت ملويا، قانون الأسرة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008.
- \_ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة 2009.
- \_ حداد بن عبد العزيز، من فقه الوقف، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري، دبي، سنة 2009.
- \_ مارودي الحلوي، في الفقه الشافعي ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1983.
- \_ محمد بن عبد الله الباقي أزرقاوي، شرح زرقاوي على مختصر سيدي خليل، الجزء 07، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- \_ محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، الجزء 08، دار الوفاء، سنة 2008.

\_مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزباجي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق، الطبعة الثالثة، 2009.

\_محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار، المتدفق على حدائق الأزهار، دار ابن حزم، الطبعة الأولى، 2004.

\_نزبه حماده، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، السنة 2008، ط 1 .

\_صقر نبيل، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008.

\_عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، مكتبة الثقافة الدينية، الطبعة الأولى، سنة

2005 .

\_عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،

لبنان.

\_علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة التاسعة، ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2015 .

\_قالوبي شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة، شرح مناهج الطالبين، الجزء 03، مطبعة مصطفى البابي

الحنفي و أولادهن مصر 1956.

\_سوقي شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار أحياء الكتب العربية،

مصر.

\_سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثالثة، سنة 1981، صفحة 397.

\_شر خسي شمس الدين، المبسوط، الجزء 12، دار المعرفة، بيروت، 1989.

\_وهيبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، الطبعة الرابعة، سنة 1997.

## ب\_ الكتب الخاصة

\_ أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1972.

\_ زهدي، أحكام الوقف، المطبعة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، سنة 1992، صفحة 253.

\_ طاريلسي برهان الدين، الإسعاف في أحكام الوقف، طبعة 02، مطبعة هندية، مصر، سنة 1902.

\_ كمال حمدي، الموارث و الهبة و الوصية، مساء المعارف، الإسكندرية، 1987 .

\_مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للاشغال التربوية

2003.

- \_منذر قحف، الوقف الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، السنة 2006، ط2، منصور سليم هاني، الوقف و دوره في المجتمع الإسلامي المعاصر، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، سنة 2004.
- \_منصوري نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010.
- \_ محمد يوسف عمرو " الميراث و الهبة، دراسة مقارنة"، دار الحامد لنشر و التوزيع، عمان، الأردن، سنة 2008.
- \_مهدي محمد عطية، نظام النظارة على الأوقاف في الفقه الإسلامي و تطبيقاته المعاصرة، الكويت، سنة 2011.
- \_سراج محمد أحمد ، أحكام الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي و القانون، دار المطبوعة الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1998.
- \_سدلان صالح بن غانم، أحكام الوقف و الوصية و الفرق بينهما، دار بالنسة، سنة 1992.
- \_شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، المرجع السابق.

## 02\_ الرسائل:

- \_محمد تقيية، الهبة في قانون الأسرة و القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، سنة 1997.
- \_خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2013.
- \_روبيصات مسعود ، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري ،.(رسالة ماجستير) تخصص قانون عقاري ،جامعة الحاج لخضر -باتنة- كلية الحقوق 2009/2008.

## 03\_ المقالات:

- \_فر الشريف حمزة بن حسين، وقف الأسهم، مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات العربية، سنة 2009.
- \_مصطفى لعروم، مجلة الموثق، العدد8، 1999.
- \_ أبو ليلي محمد احمد ، أثر الاجتهاد في تطور أحكام الوقف، ندوة الوقف الإسلامي، الإمارات، سنة 1997.
- \_محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و السياسية، العدد 20 سنة 1987.

- \_ **حطاش أحمد** ،النظام القانوني للوقف ،بحث لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة، فرع الدراسات العليا المتخصصة - كلية الحقوق و العلوم الإدارية - بن عكنون - العام الجامعي 2004-2005.
- \_ **حجيلي عبد العزيز بن مطيع** ، الوقف الأهلي كوثيقة تأمين لصالح الشرعية، بحث مقدم للمؤتمر الثالث للأوقاف، السعودية، الجامعة الإسلامية المنورة، سنة 2010.
- \_ **سانو قطب مصطفى** ، وقف المنافع و الحقوق و تطبيقاته المعاصرة، بحث مقدم لمنتدى قضايا الوقف الفقهي، الكويت، سنة 2007.
- \_ **جواهري حسن** ، وقف السندات و الصكوك و الحقوق المعنوية و المنافع، بحث مقدم في مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الإمارات، سنة 2009.
- \_ **لحويص صالح بن سلمان** ، عقد الحكر، بحث مقدم لمؤتمر الأوقاف الأول جامعة أم القرى، مكة، السنة 2001.
- \_ **رفاعي حسن محمد** ، وقف العمل المؤقت في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي الثاني للأوقاف، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، سنة 2006.

#### 04\_ النصوص التشريعية

##### أ\_ القوانين:

- \_ قانون رقم 70\_91 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15 ديسمبر 1970 المتضمن مهنة التوثيق.
- \_ القانون رقم 11/84 ، المؤرخ في 09/06/1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، جريدة رسمية عدد 24 ، سنة 1984 ، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 ، جريدة رسمية عدد 15 ، سنة 2005 .
- \_ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 1991 المعدل و المتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، الجريدة الرسمية العدد 29 لسنة 2001، و القانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002 .
- قانون التوجيه العقاري رقم 90\_25 المؤرخ في جمادى الأول عام 1411 الموافق ل 18 نوفمبر سنة 1999 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 18 نوفمبر سنة 1999.
- \_ قانون رقم 06\_02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير سنة 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخة في 08 مارس 2006

\_ القانون رقم 08\_09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل سنة 2008.

\_ قانون (04/11) المؤرخ في 17 فبراير 2011 و المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 14 السنة 2011

#### ب\_ الأوامر

\_ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ، المتضمن القانون المدني ، جريدة رسمية عدد 78 ، سنة 1975 ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 ، جريدة رسمية عدد 31 سنة 2007 .

الامر رقم 76-105 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 1976 و قانون التسجيل المعدل و المتمم ,الجريدة الرسمية عدد 81 مؤرخة في 18 ديسمبر 1977 .

#### ج\_ المراسيم

\_ المرسوم التنفيذي رقم 98\_381 المؤرخ في 1998\_12\_01 يحدد شروط و إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 09.

\_ المرسوم التنفيذي رقم 98\_381 المؤرخ في 1998\_12\_01 يحدد شروط و إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 09.

# الفهرس

01	مقدمة.....
05	الفصل الأول: الهبة في العقار.....
07	المبحث الأول: ماهية عقد الهبة.....
07	المطلب الأول: مفهوم الهبة و أركانه.....
08	الفرع الأول: تعريف الهبة في العقار و خصائصه.....
11	الفرع الثاني: أركان عقد الهبة و شروطها.....
15	المطلب الثاني: خصوصية عقد الهبة.....
15	الفرع الأول: توثيق عقد الهبة في العقار.....
19	الفرع الثاني: تسجيل و شهر عقد الهبة في العقار.....
24	المبحث الثاني: هبة العقار بين التنفيذ و الرجوع.....
25	المطلب الأول: آثار عقد الهبة.....
25	الفرع الأول: التزامات الواهب.....
28	الفرع الثاني: التزامات الموهوب له.....
29	المطلب الثاني: الرجوع في عقد الهبة.....
30	الفرع الأول: مفهوم الرجوع و آثاره.....
35	الفرع الثاني: تطبيقات عن عدم جواز الرجوع في هبة العقار.....
41	الفصل الثاني: الوقف في العقار.....
43	المبحث الأول: ماهية الوقف.....
43	المطلب الأول: مفهوم الوقف.....
44	الفرع الأول: تعريف الوقف و تميزه عما يشابهه.....
47	الفرع الثاني: أنواع الوقف.....
50	المطلب الثاني: أركان الوقف و شروطه.....
51	الفرع الأول: صيغة الوقف.....



53.....	الفرع الثاني: أركان الوقف المادية.
57.....	<b>المبحث الثاني:</b> تطبيقات عن تسيير و إدارة الملك الوقفي الموجه لصالح العام.
57.....	المطلب الأول: تأجير العقارات الوقفية.
58.....	الفرع الأول طرق إيجار الملك الوقفي و أهم الآثار المترتبة عليها.
61.....	الفرع الثاني: صيغ الإيجار المستحدثة.
64.....	المطلب الثاني : استغلال و استثمار الأراضي الوقفية الزراعية و المشجرة.
64.....	الفرع الأول: استغلال الأراضي الوقفية عن طريق المقايضة و التعمير.
66.....	الفرع الثاني: استغلال الأراضي الوقفية عن طريق عقدي المساقاة و المزارعة.
70.....	خاتمة.
73.....	قائمة المصادر و المراجع.
80.....	الفهرس.

