

جامعة سعد دحلب - البليدة
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

رسالة دكتوراه

حق الانتفاع في التشريع الجزائري دراسة مقارنة بين القانون المدني و التشريعات الخاصة

من طرف

جبار جميلة

لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة سعد دحلب : البليدة	أستاذ محاضر - أ -	خليل عمرو
مشرفا و مقررا	جامعة سعد دحلب : البليدة	أستاذ محاضر - أ -	بن رقية بن يوسف
عضوا	جامعة سعد دحلب : البليدة	أستاذ محاضر - أ -	بوشمة خالد
عضوا	جامعة جيجل	أستاذ محاضر - أ -	نصر الدين سمار
عضوا	جامعة محمد خيضر : بسكرة	أستاذ التعليم العالي	عزري الزين
عضوا	جامعة الجزائر	أستاذ محاضر - أ -	تقية عبد الفتاح

البليدة : شهر جوان 2011

شكر

بداية ، لا يسعني إلا أن أشكر المولى عز وجل على نعمه الكثيرة وعلى إعانتني في إنجاز هذا البحث المتواضع .

كما أتقدم بجزيل الشكر و العرفان:

✓ إلى الأستاذ المشرف على إنجاز هذا البحث ، الدكتور بن رقية

بن يوسف ، أستاذ محاضر بجامعة سعد دحلب البليدة.

✓ إلى الدكتور عبد الرشيد مأمون ، أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة القاهرة .

✓ إلى الدكتور وهبة الزحيلي ، أستاذ بكلية الشريعة جامعة دمشق.

إهداء

أهدي هذا البحث المتواضع
إلى والدي الكريمين الذين أدين لهما بالنجاح
إلى زوجي وقرّة عيني " تسنيم " .

21.....	مقدمة :
26.....	1. : ماهية حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة.....
27.....	1.1 : مفهوم كل من حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة
28.....	1.1.1 : تعريف حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة
28.....	1.1.1.1 : تعريف حق الإنتفاع في القانون المدني
29.....	2.1.1.1 : تعريف حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة قيد الدراسة
30	1.2.1.1.1 : المقصود بحق الإنتفاع في قانون 19/87
32.....	2.2.1.1.1: تعريف حق الإنتفاع بموجب قانون الأوقاف رقم 10/91.....
33.....	2.1.1 : خصائص حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة
33.....	1.2.1.1 : الخصائص المشتركة لأوجه حق الإنتفاع قيد الدراسة.....
34.....	1.1.2.1.1:.. إشتراك هذه الحقوق من حيث الطبيعة.....
34.....	1.1.1.2.1.1: طبيعة حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني.....
35	2.1.1.2.1.1: طبيعة حق الإنتفاع المنصوص عليه في التشريعات الخاصة.....
35.....	1.2.1.1.2.1.1: حق الإنتفاع الممارس بموجب القانون رقم 19/87.....
36.....	2.2.1.1.2.1.1: حق الإنتفاع المكرس بموجب قانون الأوقاف 10/91.....
37.....	2.1.2.1.1: أوجه حق الإنتفاع يكون المحل فيها شئئ غير قابل للإستهلاك كأصل
37.....	1.2.1.2.1.1: حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني
38.....	2.2.1.2.1.1:.. حق الإنتفاع المكرس بموجب تشريعات خاصة
38.....	1.2.2.1.2.1.1: حق الإنتفاع في قانون 19/87.....
39.....	2.2.2.1.2.1.1:.. حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية بموجب القانون رقم 10/91.....
40.....	2.2.1.1 : الخصائص غير المشتركة
40.....	1.2.2.1.1 : مدة سريان كل حق
40.....	1.1.2.2.1.1 : مدة سريان حق الإنتفاع في القانون المدني
41.....	2.1.2.2.1.1 : مدة سريان حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة
41.....	1.2.1.2.2.1.1 : مدة سريان حق الإنتفاع في قانون 19/87
43.....	2.2.1.2.2.1.1 : مدة سريان حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية
44	2.2.2.1.1 : موضوع أو محل حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة

- 45..... 1.2.2.2.1.1 : محل حق الإنتفاع في القانون المدني
- 45..... 2.2.2.2.1.1 : محل حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة
- 45..... 1.2.2.2.2.1.1 : محل حق الإنتفاع بموجب قانون 19/87
- 46..... 2.2.2.2.2.1.1 : محل حق الإنتفاع في قانون الأوقاف رقم 10/91
- 47..... 3.1.1 : تمييز حق الانتفاع بأوجهه المتعددة قيد الدراسة عن الحقوق المشابهة لها
- 48..... 1.3.1.1 : تمييز أوجه حق الإنتفاع عن حق الإستعمال و السكن
- 48..... 1.1.3.1.1 : الأحكام المشتركة
- 49..... 2.1.3.1.1 : الأحكام المختلفة
- 1.2.1.3.1.1: أوجه الاختلاف بين حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني و حق الإستعمال
و السكن
- 50..... 2.2.1.3.1.1 : أوجه الاختلاف بين حق الانتفاع في التشريعات الخاصة و حق الاستعمال و السكن
- 50..... 2.3.1.1 : تمييز بين أوجه حق الانتفاع عن حق الارتفاق
- 51..... 1.2.3.1.1 : الأحكام المشتركة بين أوجه حق الانتفاع حق الارتفاق
- 51..... 1.1.2.3.1.1 : الأحكام التي تشترك فيها مجمل الحقوق
- 51..... 2.1.2.3.1.1: الأحكام التي تشترك فيها بعض الحقوق دون البعض الآخر
- 53..... 2.2.3.1.1 : الأحكام التي يقتصر تطبيقها على حق الارتفاق
- 53..... 3.3.1.1 : تمييز أوجه حق الانتفاع عن حق الحكر
- 54..... 1.3.3.1.1 : المقارنة بين حق الانتفاع المنصوص عليه في القانون المدني و حق الحكر
- 54..... 1.1.3.3.1.1: الأحكام المشتركة
- 54..... 2.1.3.3.1.1 : الأحكام المختلفة
- 55..... 2.3.3.1.1: المقارنة بين حق الانتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 و حق الحكر
- 55 1.2.3.3.1.1 : أوجه التشابه
- 56..... 2.2.3.3.1.1 : أوجه الاختلاف
- 56..... 3.3.3.1.1 : المقارنة بين حق الانتفاع المكرس بموجب قانون الأوقاف و حق الحكر
- 57..... 1.3.3.3.1.1 : أوجه التشابه
- 57..... 2.3.3.3.1.1: أوجه الإختلاف
- 59..... 2.1 : أسباب كسب حق الانتفاع بأوجهه المتعددة محل الدراسة
- 60..... 1.2.1: أسباب كسب حق الانتفاع في موجب القانون المدني
- 61..... 1.1.2.1 : التصرفات القانونية

61.....	العقد : 1.1.1.2.1
62.....	الوصية : 2.1.1.2.1
64.....	الشفعة : 2.1.2.1
65.....	مفهوم الشفعة : 1.2.1.2.1
65.....	تعريف الشفعة و تكييف طبيعتها القانونية : 1.1.2.1.2.1
66.....	تمييز الشفعة عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها : 2.1.2.1.2.1
68.....	شروط الشفعة و إجراءاتها : 2.2.1.2.1
68.....	شروط الشفعة : 1.2.2.1.2.1
73.....	إجراءات الشفعة : 2.2.2.1.2.1
78.....	موانع الشفعة و مسقطاتها : 3.2.1.2.1
80.....	آثار الأخذ بالشفعة : 4.2.1.2.1
	حق الانتفاع الذي يترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل
80	إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.....
	حق الانتفاع الذي يترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل
80.....	إعلان الأخذ بالشفعة.....
81	التقادم : 3.1.2.1
82	الاعتبارات العملية التي يقوم عليها التقادم المكسب : 1.3.1.2.1
82.....	شروط اكتساب حق الانتفاع عن طريق التقادم القصير و الطويل.....
83	شروط التقادم المكسب الطويل : 1.2.3.1.2.1
84.....	شروط التقادم المكسب القصير : 2.2.3.1.2.1
87	الآثار المترتبة على التمسك بالتقادم : 3.3.1.2.1
89	اكتساب حق الإنتفاع بمقتضى قانون.....
89	أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة.....
90	التصرفات القانونية : 1.2.2.1
90	العقد الإداري : 1.1.2.2.1
90	شروط تتعلق بالمستفيد : 1.1.1.2.2.1
91	شروط تتعلق بالعقد : 2.1.1.2.2.1
93	الوصية : 2.1.2.2.1
94	الشفعة : 2.2.2.1

94 حالات الأخذ بالشفعة	1.2.2.2.1
97 إجراءات الأخذ بالشفعة	2.2.2.2.1
99 الآثار المترتبة على ممارسة حق الشفعة	3.2.2.2.1
99 الميراث	3.2.2.1
101 أسباب كسب و انتقال حق الانتفاع الممارس على الأملاك الوقفية	3.2.1
101 الوقف	1.3.2.1
102 أركان الوقف	1.1.3.2.1
102 الواقف	1.1.1.3.2.1
106 محل الوقف	2.1.1.3.2.1
109 صيغة الوقف	3.1.1.3.2.1
115 الموقوف عليه	4.1.1.3.2.1
117 شروط نفاذ الوقف	2.1.3.2.1
118 تسجيل العقد	1.2.1.3.2.1
119 شهر عقد الوقف	2.2.1.3.2.1
120 تكييف الوقف بين الإيقاع و العقد	3.1.3.2.1
120 إنشاء الوقف على جهات عامة	1.3.1.3.2.1
120 إنشاء الوقف على جهات خاصة و معينة	2.3.1.3.2.1
122 مضمون حق الموقوف عليهم في الانتفاع بالوقف	4.1.3.2.1
 مدى كسب و انتقال حق الانتفاع بالأملاك الوقفية بنفس الأسباب المحددة	2.3.2.1
123 في القانون المدني	
124 أسباب كسب و انتقال حق الانتفاع الناجم عن الوقف العام	1.2.3.2.1
124 نشوء حق الإنتفاع بموجب تصرف قانوني	1.1.2.3.2.1
125 إشهاد مكتوب	1.1.1.2.3.2.1
 انتقال الحق من حق انتفاع خاص إلى حق انتفاع عام بموجب	2.1.1.2.3.2.1
126 التصرف المنشأ للوقف	
 مدى إمكانية اعتبار الشفعة كسبب من أسباب كسب و انتقال	2.1.2.3.2.1
126 هذا النوع من الحق	
128 مدى امكانية اعتبار التقادم سبب لكسب و انتقال هذا النوع من الحق	3.1.2.3.2.1
128 أسباب كسب و انتقال حق الانتفاع المترتب عن الوقف الخاص	2.2.3.2.1

129	التصرف القانوني	1.2.2.3.2.1
130	مدى إمكانية اعتبار الميراث سبب لانتقال الحق	2.2.2.3.2.1
130	مدى إمكانية اعتماد الشفعة سبب لكسب الحق	3.2.2.3.2.1
131	مدى إمكانية اعتماد التقادم سبب لكسب الحق	4.2.2.3.2.1
137	الآثار المترتبة على قيام و انتهاء حق الانتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة...	2
137	الآثار القانونية التي تترتب على قيام حق الانتفاع بأوجهه	1.2
138	الآثار القانونية التي تترتب على قيام حق الانتفاع في القانون المدني	1.1.2
139	آثار حق الانتفاع بالنسبة للمنتفع	1.1.1.2
139	حقوق المنتفع	1.1.1.1.2
140	حق المنتفع في استعمال الشيء و استغلاله	1.1.1.1.1.2
143	سلطة المنتفع على الشيء المنتفع به	2.1.1.1.1.2
147	التزامات المنتفع	2.1.1.1.2
148	إلتزامات المنتفع قبل بدء حق الانتفاع	1.2.1.1.1.2
149	إلتزامات المنتفع أثناء سريان حق الانتفاع	2.2.1.1.1.2
152	آثار حق الانتفاع بالنسبة لمالك الرقبة	2.1.1.2
152	حقوق مالك الرقبة	1.2.1.1.2
152	حق التصرف في الرقبة	1.1.2.1.1.2
153	الحق في الحصول على ما تنتجه العين من دون الثمار	2.1.2.1.1.2
153	حق المالك في مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة	3.1.2.1.1.2
154	التزامات مالك الرقبة	2.2.1.1.2
154	إلتزام مالك الرقبة بعدم التسبب في تعطيل أو انتقاص من حق الانتفاع كأصل	1.2.2.1.1.2
154	الإستثناءات الواردة عن قاعدة التعطيل و الانتقاص قصد المحافظة على العين	2.2.2.1.1.2
	الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية	2.1.2
155	التابعة ملكيتها للدولة	
	آثار حق الانتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة بالنسبة للمستفيد	1.2.1.2
156	أو المنتفع	
156	حقوق المستفيد	1.1.2.1.2
157	حق الانتفاع بالأرض و التنازل عن حق انتفاعها	1.1.1.2.1.2
160	تمتع المستفيدون بحقوق الارتفاق	2.1.1.2.1.2

- 160..... 3.1.1.2.1.2 : حق الاستفادة من القروض
- 162..... 2.1.2.1.2 : التزامات المستفيد
- 162..... 1.2.1.2.1.2 : دفع ثمن الممتلكات المتنازل عنها
- 163..... 2.2.1.2.1.2 : دفع الإتاوة
- 164..... 3.2.1.2.1.2 : الإلتزام بالاستغلال الفعلي للأرض
- 166..... 2.2.1.2 : الآثار التي تنجم على ممارسة حق الانتفاع بالنسبة للدولة
- 166..... 1.2.2.1.2 : حقوق الدولة
- 167..... 2.2.2.1.2 : التزامات الدولة
- 167..... 1.2.2.2.1.2 : التعويض عن حق الإنتفاع
- 167..... 1.2.2.2.1.2 : التعويض عن حق الانتفاع في حالة التجريد من أجل المنفعة العمومية
- 168..... 2.2.2.2.1.2 : التعويض عن حق الإنتفاع إذا كانت الأراضي محل إدماج في القطاع العمراني
- 3.2.2.2.1.2 : التعويض عن حق الإنتفاع في حالة إسترجاع الأراضي المؤممة أو
- 169..... الموضوعة تحت حماية الدولة
- 171..... 4.2.2.2.1.2 :التزام بإتمام الإجراءات الإدارية المتعلقة بتسليم العقد الإداري
- 172..... 3.1.2 : الآثار التي تترتب على قيام حق الانتفاع الممارس على الأملاك الوقفية
- 172..... 1.3.1.2 : حقوق المستحقين
- 172..... 1.1.3.1.2 : حق التصرف في الانتفاع
- 173..... 2.1.3.1.2 : تقديم محل الوقف كضمان للدائنين
- 174..... 3.1.3.1.2 : الحق في الاستغلال
- 174..... 1.3.1.3.1.2 : التصرفات التي ترد على حق الانتفاع بالوقف في شكل إيجار
- 191..... 2.3.1.3.1.2 : التصرفات التي ترد على حق الانتفاع بالوقف في شكل استبدال
- 196..... 2.3.1.2 : الالتزامات
- 196..... 1.2.3.1.2 : المحافظة على العين الموقوفة
- 196..... 2.2.3.1.2 : عدم التعدي على الملك الوقفي
- 199..... 2.2 : أسباب انتهاء حق الانتفاع بأوجهه المتعددة و الآثار المترتبة على ذلك
- 200..... 1.2.2 : أسباب انتهاء حق الانتفاع في القانون المدني و الآثار التي تترتب على إنتهائه
- 200..... 1.1.2.2 : أسباب انقضاء حق الانتفاع
- 201..... 1.1.1.2.2 : أسباب انقضاء حق الانتفاع المنصوص عليها صراحة
- 201..... 1.1.1.1.2.2 : انقضاء حق الانتفاع بانقضاء أجله أو بموت المنتفع

- 202.....:2.1.1.1.2.2: انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء
- 203.....:3.1.1.1.2.2: انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال
- 203.....: 2.1.1.2.2 : أسباب انتهاء حق الانتفاع غير المنصوص عليها صراحة
- 203.....: 1.2.1.1.2.2 : انتهاء حق الانتفاع بتملكه بالتقادم المكسب
- 204.....:2.2.1.1.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بالنزول عنه
- 204.....:3.2.1.1.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بالإدغام
- 205.....: 2.1.2.2 : ما يترتب على انتهاء حق الانتفاع
- 205.....: 1.2.1.2.2 : رد الشيء المنتفع به إلى المالك
- 205.....:2.2.1.2.2: المبالغ التي يستردها المنتفع من المالك عند نهاية حق الانتفاع
- 206.....:3.2.1.2.2: مصير البناءات و الأغراس التي يحدثها المنتفع عند انتهاء حق الإنتفاع
- 2.2.2 : أسباب انتهاء حق الانتفاع بالأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة
- 206..... و الآثار المترتب على انتهائها
- 207.....: 1.2.2.2 : أسباب انتهاء حق الانتفاع الممارس على بالأراضي الفلاحية
- 207.....: 1.1.2.2.2 : التنازل
- 210.....:2.1.2.2.2: إسقاط حق الانتفاع عن طريق القضاء
- 210.....:1.2.1.2.2.2: الإجراءات المتبعة لإسقاط حق الانتفاع عند الإخلال بالالتزامات
- 212.....:2.2.1.2.2.2: القضاء المختص بإسقاط حق الانتفاع
- 216.....:3.2.1.2.2.2: إسقاط حق الانتفاع بموجب قانون
- 217.....: 1.3.1.2.2.2 : كيفية استرجاع الأراضي المدمجة في صندوق الثورة الزراعية
- 219.....:2.3.1.2.2.2: كيفية استرجاع الأراضي الموضوعة تحت حماية الدولة
- 220.....:2.2.2.2: الآثار المترتبة على انتهاء الحق
- 221.....: 1.2.2.2.2 : آثار انتهاء حق الانتفاع في حالة التنازل
- 221.....:2.2.2.2.2: آثار انتهاء حق الانتفاع عن طريق القضاء
- 222.....:3.2.2.2.2: آثار انتهاء حق الانتفاع محل الاسترجاع أو بموجب قانون
- 224.....: 3.2.2 : أسباب انتهاء حق الانتفاع بعين الوقف و الآثار المترتبة على انتهائه
- 224.....: 1.3.2.2 : أسباب انتهاء حق الانتفاع بعين الوقف
- 225.....: 1.1.3.2.2 : الأسباب العامة لانتهاء حق الانتفاع بالأموال الوقفية
- 225.....: 1.1.1.3.2.2 : انتهاء حق الانتفاع بهلاك الشيء (فقدان عين الوقف)
- 226.....:2.1.1.3.2.2: انتهاء حق الانتفاع بالعين الموقوفة بالتنازل عنها

227.....	3.1.1.3.2.2: انتهاء حق الانتفاع بعدم الاستعمال
228.....	4.1.1.3.2.2: انتهاء حق الانتفاع بمقتضى قانون
231.....	2.1.3.2.2 : انتهاء حق الانتفاع بالوقف بأسباب خاصة
232.....	1.2.1.3.2.2: زوال الوقف
233.....	2.2.1.3.2.2: أنتهاء حق الإنتفاع بالوقف إذا انقضت الجهة الموقوف عليها
233.....	2.3.2.2 : الآثار المترتب على انتهاء الوقف
233.....	1.2.3.2.2 : قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف
234.....	2.2.3.2.2: شهر ملكية الوقف المنتهي
235	3.2.3.2.2: رجوع ملكية الأوقاف إلى الواقف
235.....	4.2.3.2.2: زوال الشخصية المعنوية للوقف
236.....	5.2.3.2.2: مصير الأعراس و البناءات التي أقامها المنتفع بعد إنتهاء حق إنتفاعه
244.....	الخاتمة
252.....	قائمة المراجع

ملخص

تعتبر الملكية بصفة عامة و العقارية بصفة خاصة من المقومات الأساسية التي يعتمد و يعول عليها في بناء النظام الإقتصادي بإعتبارها من الثروات الأساسية ، بغرض تحقيق التنمية التي يضبطها المشرع حسب التوجه السياسي و الإيديولوجي السائد من أجل تحقيق النمو و الإزدهار .

و مع تطور القواعد التشريعية الخاصة بالتملك و حيازة الأرض وضعت أحكام خاصة تضبط تنظيم الأراضي و الحقوق المفروضة عليها ، فبعد أن كانت الملكية العقارية يتمتع بها مالك واحد تجزأت و أصبح لها مالكان هما مالك الرقبة الذي له حق التصرف و صاحب حق الإنتفاع الذي له عنصر الإستعمال و الإستغلال دون التصرف ، بغرض تأدية الوظيفة الإجتماعية لهذه الملكية المتمثلة في عدم تعطيل النفع العام هذا من جهة و لا حتى تترك الملكية بدون مالك من جهة أخرى . و لعل من أهم الحقوق المتفرعة عن حق الملكية نجد حق الإنتفاع موضوع الدراسة الذي يثبت للمنتفع و هو يشمل عنصرين من عناصر الملكية هما عنصر الإستعمال و الإستغلال .

و الملاحظ أن حق الإنتفاع هذا لقي اهتماما بالغا من طرف المشرع الجزائري على غرار حق الملكية بحيث تطرق القانون المدني إلى تنظيم أحكامه ، تلا هذا القانون تشريعات خاصة تطرقت هي الأخرى إليه نجد من بينها .

القانون الذي يتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 ، يضاف إلى هذا النوع من حق الإنتفاع نوع آخر يمارس على الأملاك الوقفية المكرس بموجب قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 . و لا يقتصر حق الإنتفاع على هذين القانونين ، بل يوجد لهذا الحق مدلول في قوانين أخرى كحق الإنتفاع الذي يرد على العقار الصناعي أو ذاك الممارس على العقار السياحي ، بالإضافة إلى حق الإنتفاع الذي يخص الترفيم المؤقت للعقارات الخاضعة لعمليات المسح .

هذه التطبيقات و أخرى استبعدناها من دراستنا و حاولنا التركيز على كل من حق الإنتفاع الممرس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة و حق الإنتفاع المترتب على الأملاك الوقفية ، لما لهما من أهمية بالغة تنعكس على القطاع الإقتصادي تتعلق بمجالين هما القطاع الفلاحي وكذا الأوقاف باعتبارهما يشكلان ضلعين لمثلث الأملاك العقارية يضاف إليهما ضلع ثالث يتعلق بالملكية الخاصة التي حصرناها في حق الإنتفاع الممارس عليها المكرس بموجب القانون المدني، ذلك أن الأملاك العقارية عند المشرع الجزائري تتمثل في ثلاث أصناف هي : الأملاك الوطنية ، أملاك الخواص ، الأملاك الوقفية حسب ما تشير إليه المادة 23 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 .

و لا شك أن المسائل العقارية في بلادنا بما يحيط بها من إشكالات معقدة سيما المتعلقة بالقطاع الفلاحي أضحت بحاجة إلى الدراسة و التحليل من أجل إيجاد حلول لها ، ذلك أن التحكم في هذا المجال

هو شرط ضروري و مسبق لأي تحرك اقتصادي و اجتماعي فعال و مثمر و هو الشيء الذي دفع بالمشرع إلى رصد ترسانة من التشريعات منذ الإستقلال طرأت على القطاع الفلاحي ، بغرض إدخال إصلاحات جديدة عليه مما أدى و بعد مخاض عسير إلى صدور قانون 19/87 .

و لم يكن اهتمام المشرع يقتصر على هذا القطاع فحسب ، بل امتد هذا الإهتمام إلى صنف آخر من الملكية أصبح يعول عليه كثيرا ألا و هو الوقف لما له من مزايا في تحقيق التكافل الإجتماعي لا يمكن لجاحد أن ينكرها أو يخفيها، لذا صدر قانون الأوقاف رقم 10/91 من أجل إنقاذ ما يمكن إنقاذه من الثروة الوقفية التي عانت محنا متعاقبة منذ المد الإستعمار الغاصب مرورا بالتجارب السياسية الفاشلة بعد إستقلال .

غير أن هذا القانون اصطدم بوضعية صعبة لا يمكن تجاهلها بأي حال من الأحوال تمثلت في صعوبة انسجام هذا القانون مع المنظومة القانونية العقارية الواسعة و المتشعبة التي لم تكن تعترف بهذا الصنف من الملكية ، يضاف إلى هذه العوائق عائق آخر يكمن في قلة إمكانيات الجهاز القائم على إدارة الأوقاف ماديا و فنيا و بشريا .

و لعل الأهمية من دراسة الموضوع الذي ينصب على حق الإنتفاع كدراسة مقارنة بين ما هو موجود من أحكام في القواعد العامة و ما احتوته التشريعات الخاصة من أحكام مغايرة لذات الحق ، تكمن في معرفة الحكمة التي كان يصبوا إليها المشرع من وراء تخصيص هذه الأحكام التي كانت متغيرة و مختلفة من تشريع لآخر .

أما الأسباب الجدية الدافعة للبحث في الموضوع هي ندرة الدراسات القانونية و كذا غموض الذي يكتنف القوانين الخاصة ، سواء تلك المنظمة للقطاع الفلاحي في مجال الإستغلال أو تلك الخاصة بالأموال الوقفية ، يضاف إليها كثرة الإشكالات القانونية الناجمة عن تطبيق هذه النصوص التي يصادفها أعوان الإدارة و رجال القانون عند التعامل مع هذين القانونين قيد الدراسة .

فإذا كان حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني قد نال حظيه من الدراسات النظرية و الفقهية و حتى القانونية منها بعد أن خصه المشرع بقواعد كانت كفيلة بتحديد حقوق و إلتزامات الأطراف و كذا طرق كسبه و انتقاله أو انقضاءه من دون لبس أو غموض ، فإن أوجه حق الإنتفاع المكرسة بموجب التشريعات الخاصة موضوع الدراسة لم تتل نفس القسط من الإهتمام .

من أجل ذلك أردنا أن تكون إشكالية الموضوع باعتبارها دراسة مقارنة تتمثل في مدى تمتع أوجه حق الإنتفاع في كل من القانون رقم 19/87 و قانون الأوقاف رقم 10/91 بنفس الأحكام التي يتمتع بها الحق نفسه المنصوص عنه في القانون المدني أو القواعد العامة ، أم لهما طبيعة مغايرة ، و إن كان الأمر كذلك فما هي الحكمة التي يتوخاها المشرع من وراء ذلك ؟ .

أما عن المنهج الذي وجدناه يخدم الموضوع هو المنهج المقارن .
و لقد قسمنا موضوع دراستنا هذا إلى بابين مبرزين من خلال ذلك أوجه التشابه و الإختلاف بين كل من حق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني وحق الإنتفاع في التشريعات الخاصة كلما تسنى فكان الباب الأول يتعلق بماهية حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة ، من خلال دراستنا لهذا الباب توصلنا إلى أن المشرع الجزائري خص هذا الحق بجملة من الخصائص حسب ما تؤكد نصوص القانون المدني كونه حق عيني مؤقت ينتهي بانتهاء الأجل أو بموت المنتفع يكون محله شيء غير قابل للإستهلاك .

بينما حق الإنتفاع الذي تضمنته التشريعات الخاصة له خصائص ينفرد بها و أخرى وجدناها مشتركة بين أصناف الحق ، كما لم تقتصر هذه الخصائص على حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة ، بل امتدت إلى بعض الحقوق الأخرى المشابهة نذكر منها : حق الإستعمال و السكن و حق الإرتفاق و حق الحكر باعتبارها هي الأخرى حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية .

فعلى ضوء ما سبق تبيانه قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين أساسيين عالجتنا في الفصل الأول مفهوم حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة محل الدراسة ، أما في الفصل الثاني عرجنا إلى أسباب كسب و انتقال كل من حق الإنتفاع المحدد في القواعد العامة و كذا حق الإنتفاع المتناول في التشريعات الخاصة سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون رقم 19/87 أو ذلك المنصوص عنه بموجب قانون الأوقاف رقم 10/91 .

تطلبت منا دراسة مفهوم حق الإنتفاع التطرق إلى تعريف الحق بصوره المتعددة قيد الدراسة ، ثم التعرّيج إلى الخصائص المشتركة و غير المشتركة ، و أخيرا تمييز أوجه الحق عن غيرها من الحقوق المشابهة .

حيث تضمن القانون المدني 11 نصوصا تشريعية ابتداء من المادة 844 إلى غاية المادة 854 ، تخص أحكام الحق ، إذ تطرق أول نص إلى أسباب كسب الحق ، و لم يعرف المشرع هذا الحق تاركا المجال للدراسات الفقهية إذ توجد هناك عدة تعاريف منها : ((حق عيني يخول للمنتفع سلطة استعمال شيء مملوك للغير و استغلاله مع وجوب المحافظة على ذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية الإنتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع)) .

من خلال هذا التعريف يمكننا القول أن خصائص الحق المشار إليها بموجب هذا التعريف تنطبق وأحكامه حسب ما تشير إليه القواعد العامة ، باعتباره حقا عينيا يتفرع عن حق الملكية يرد على شيء غير قابل للإستهلاك ، يخول لصاحبه سلطة استعمال و استغلال الشيء مع الإلتزام برد ذات الشيء عند انتهاء هذا الحق الذي ينتهي إما بانتهاء الأجل المحدد له مهما طال هذا الأجل أو قصر أو بوفاة المنتفع حتى و لو لم ينتهي الأجل .

في حين يشمل مدلول حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة كل من مفهوم حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة المحدد بموجب قانون 19/87 الذي يكمله كل من قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 و قانون التوجيه العقاري رقم 25/90، كونهما من تشريعات التي تخص تنظيم الأراضي ذات الطابع الفلاحي ، يضاف إلى هذا الصنف من الحق حق آخر يرد على الأملاك الوقفية المكرس بموجب أحكام القانون رقم 10/91 المعدل و المتمم .

والمراد بحق الإنتفاع حسب قانون 19/87 هو ذلك الحق المترتب على أراضي فلاحية تابعة ملكيتها للدولة و التي تنازلت عن حق انتفاعها لفائدة المستفيدين كونه حق دائم يمارس على مجمل الأراضي التي تتكون منها المستثمرة الفلاحية يمارس على الشيوخ و بحصص متساوية بالنسبة للمستثمرات الفلاحية الجماعية ، أو بصفة فردية بالنسبة للمستثمرات الفردية ، وهو حق عيني قابل للإنتقال و التنازل و الحجز . هذه الخصائص لم تكن ذاتها بالنسبة للتشريعات التي سبقت تنظيم هذا الحق كالأمر المتعلق بالتسيير الذاتي ، الذي يعتبره حق يمنح لفائدة مجموعات العمال متى توفرت فيهم الشروط و هو غير محدد المدة يمنح بالمجان ، إلا أنه غير قابل للنقل أو التنازل أو الحجز .

بينما مدلول ذات الحق بموجب قانون الثورة الزراعية ، ينصرف إلى كونه حق عيني مؤبد غير محدد بأجل تمنحه الدولة لفائدة مستغلي الأراضي الفلاحية التابعة للصندوق الوطني للثورة الزراعية بدون مقابل إلا أنه و بعد صدور قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 و حسب نص المادة 03/03 تغيرت خصائص الحق إذ يقضي هذا النص بما يلي: ((الإمتياز هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة)) .

بهذا الشكل أضحى حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية حق محدد المدة بعدما كان حق مؤبد بموجب قانون 19/87 .

ليبقى الوجه الثاني من الحق هو ذلك المترتب على الأملاك الوقفية الذي يتطلب بالضرورة تحديد أولا مدلول الوقف باعتباره حبس المال عن التملك بصفة مؤبد مع التبرع بمنفعة الشيء للموقوف عليهم الذين يحدددهم الواقف حسب نص المادة 03 من قانون الأوقاف : ((حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير)) ، ثم ثانيا كيفية الإنتفاع بالمال الموقوف و التي تبقى خاضعة لإرادة الواقف .

من خلال ما سبق تقديمه نستشف جملة من الخصائص لأوجه الحق قيد الدراسة منها ما هي مشتركة و أخرى غير مشتركة ، إذ نجد من بين الخصائص المشتركة خاصية تتعلق بالطبيعة الموحدة لهذه الحقوق كونها حقوق عينية محلها شيء غير قابل للإستهلاك كأصل ، ذلك أن الإستغلال و الإستعمال لا يؤديان إلى هلاك الشيء محل الحق ، كما للمالك الحق في الإعتراض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء .

بينما الخصائص غير المشتركة تمثلت في مدة السريان و كذا المحل الذي ينصب عليه الحق ، ذلك أن حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني هو حق مؤقت ينتهي بوفاة المنتفع ، ليعود هذا الحق بعد انتهائه لمالك الرقبة أو بانتهاء الأجل المحدد له ، سواء طال هذا الأجل أو قصر حتى ولو كان ذلك قبل وفاة المنتفع ، هذا الحكم أكدته المادة 852 من القانون المدني . و لعل الحكمة من إضفاء الصفة المؤقتة على الحق كون ترتيبه يعيق عملية تداول المال ، كما أن هذه الخاصية تبعث على العزوف في الأخذ به لأنه يحمل في طياته عاملا من عوامل عدم الإستقرار لأنه ينتهي بموت المنتفع حتى ولو حدد له أجل .

لتبقى مدة سريان حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة تحتاج هي الأخرى إلى توضيح لأنها عنصر مختلف بإختلاف طبيعة الحق ، ذلك أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة حسب قانون 19/87 هو غير محددة باعتباره حق دائم و مؤبد لا ينتهي بوفاة المستفيد حسب نص المادة 06 منه . لكن سرعان ما تغيرت خاصية الدوام هذه بعد صدور قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 ، ليصبح هذا الحق مؤقت بناء على نص المادة 03 دون أن يحدد المدة تاركا المجال لما ستسفر عنه القوانين الخاصة . علما أن قانون التوجيه الفلاحي لم يلغي صراحة قانون 19/87 مما يدل على التناقض و التعارض الصارخ بين القانونين .

بينما الصنف الأخير من أوجه حق الإنتفاع ينصب على الأملاك الوقفية وجدناه هو الآخر حق دائم كون أن الوقف المحدد بزمن معين باطل حسب ما تقضي به المادة 28 من قانون الأوقاف رقم 10/91 كما يخول هذا الحق للموقوف عليهم الذين يحدد لهم الواقف حق استعمال و استغلال الشيء محل الوقف - دون التصرف الذي ينصب على أصل الملك الوقفي المنتفع به - و هي الخاصية التي جعلت منه حقا ينفرد عن حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني .

و بإستقراء خصائص أوجه حق الإنتفاع نستطيع القول أن هناك بعض الحقوق الأخرى قد تشترك في بعض مميزاتها و صور حق الإنتفاع هذا ، من بين هذه الحقوق الشبيهة نجد : حق الإستعمال و السكن حق الإرتفاق و كذا حق الحكر باعتبارها هي الأخرى حقوق عينية ، إلا أنها تحمل في طياتها أحكام خاصة جعلت منها حقوق قائمة بذاتها .

فبعدها تطرقنا إلى تحديد مفهوم حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة ، حاولنا من خلال الفصل الثاني من هذا الباب التطرق إلى أسباب كسب أوجه الحق عبر ثلاث مباحث كونه حق يتمتع بأسباب تؤدي إلى كسبه و أخرى تؤدي إلى انتقاله مثله في ذلك مثل حق الملكية ، إلا أن السمة البارزة فيه أنه في الغالب يكسب ابتداء لا انتقالا ، في حين أن حق الملكية يكسب انتقالا و لا يكسب ابتداء إلا بالإستيلاء .

و لعل السبب في ذلك يعود للخاصية المؤقتة التي يتمتع بها حق الإنتفاع ، بينما حق الملكية هو حق دائم من أجل ذلك كان المبحث الأول متعلقا بأسباب كسب حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني

و المحددة بموجب المادة 844 منه ، إذ يكتسب هذا النوع من الحق بالوصية ابتداء ، كأن يوصي مالك العين بحق الإنتفاع و لا يمكن للوصية في هذه الحالة أن تنقل الحق لأن هذا الأخير ينتهي حتما بموت المنتفع . و عليه لا يجوز للموصى له أن يوصي بحق الإنتفاع ، كما يكتسب أيضا عن طريق الشفعة كونها سبب ناقل للحق لأنها تنقل للشفيع حق انتفاع تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة ، أما العقد و التقادم فتارة ينشآن هذا الحق و تارة ينقلانه . هذه الأسباب لعلها نفس الأسباب التي يتكسب بها حق الملكية يضاف إليها بعض الأسباب التي تنطبق و طبيعة حق الملكية نذكر منها : الإستيلاء و الإلتصاق و الميراث كون الملكية حق دائم ، بينما حق الإنتفاع هو مؤقت لا يورث لأنه ينتهي حتما بموت صاحبه ، كما أن طبيعة الحق لا تقبل الإكتساب بواسطة الإستيلاء و الإلتصاق .

بالمقابل هناك وجه آخر لحق الإنتفاع كان محور الدراسة انصب على حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة من قبل المستفيدين ، هذا الصنف من الحق وجدناه يكتسب بأسباب البعض منها مشابهة لتلك التي تخص كسب حق الإنتفاع المنصوص عنه في القواعد العامة ، بينما هناك أسباب أخرى كان تطبيقها يقتصر على هذا النوع من الحق تماشيا و الخصائص التي يتمتع بها .

إذ يكتسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة بواسطة التصرفات القانونية التي تشمل العقد الإداري الذي تم تحديد محتواه و كيفية تحريره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 50/90 المؤرخ في 1990/02/06 ، و لا تتكون المستثمرة الفلاحية الجماعية أو الفردية قانونا إلا بعد استيفاء إجراء التسجيل و الشهر المنصب على الحقوق العقارية الممنوحة بعد توافر جملة من الشروط منها ما تعلق بالمستفيد حسب ما تنص عليه المواد 09 و 10 من قانون 19/87 ، و أخرى تخص أركان العقد من الرضا و المحل و الشكلية بالإضافة إلى ثمن الممتلكات المتنازل عنها .

مثل هذه الشروط لم تحترم في الواقع و منحت الأراضي لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط ، الشيء الذي دفع الإدارة إلى إصدار قرارات تقضي بسحب الإستفادة ، غير أن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا آنذاك ألغت مثل هذه القرارات مستندة إلى اجتهاد قضائي يتعلق بعدم جواز سحب القرارات الإدارية التي أنشأت حقوق مكتسبة للأفراد بناء على خطأ الإدارة .

و هو اجتهاد نراه مقبول ، ذلك أن النظرية العامة للقرارات الإدارية تقضي بعدم جواز سحب القرارات الفردية بعد فوأة المدة المحددة لرفع دعوى الإلغاء حتى و لو كانت هذه القرارات غير مشروعة حماية لإستقرار المراكز القانونية ، بحيث يتحول المركز المكتسب غير المشروع إلى مركز مشروع بقوة القانون بعد فوأة مدة السحب .

كما أفرز الواقع مشكل آخر يتعلق بشرط الأهلية بالنسبة إلى أبناء المتوفى إذ أجاز القانون إمكانية الإستخلاف دون أن يحدد القانون السن الواجب توافره لصحة الإستخلاف ، لا سيما إذا علمنا أن المستثمرة الفلاحية هي شركة مدنية .

في حين يبقى التصرف الثاني المتمثل في الوصية هو الآخر يثير جملة من التساؤلات أهمها هل يجب حتما أن تتوفر في الموصى له الشروط القانونية المكرسة بموجب المادة 09 و 10 من قانون 19/87 ؟ . في الواقع هذه الشروط لم تحترم ، و كثيرا ما يتم الإيحاء بحق الإنتفاع لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط وهو الحكم نفسه ينطبق في حالة الوصية لفائدة الجنين ، كما يثار تساؤل آخر حول ما إذا كانت الوصية تشمل الأرض التي يرد عليها حق الإنتفاع دون المعدات أو كلاهما معا ؟ علما أن الأرض و المعدات تشكل الحصة ككل .

أما الشفعة هي الأخرى تعد سبب من أسباب كسب حق الإنتفاع تمارسه الدولة في حالة تنازل أحد المستفيدين عن حق الإنتفاع لفائدة الدولة باعتبارها مالكة للرقبة تمارسه بواسطة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية و تجدر الإشارة إلى أنه يمكن لهذه الهيئة تغيير الثمن المتفق عليه بين البائع و المشتري ، هذا ما يشكل خروجاً عن قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني .

ليبقى الميراث تطبيقه يثير عدة صعوبات عندما ينتقل الحق عن طريقه ، هذا ما انجر عنه منازعات كثيرة أرهقت كاهل القضاء ، مما أدى إلى إعادة النظر في طريقة استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة حسب ما تضمنه قانون التوجيه الفلاحي الذي حول حق الإنتفاع الدائم إلى استغلال في شكل عقد امتياز أين أضحي حق الإنتفاع حقا مؤقتا بعدما كانا حقا دائما .

كما أن الوجه الثاني من حق الإنتفاع و المنصب على الأملاك الوقفية هو الآخر يتمتع بجملة من الأسباب نذكر منها : الوقف الذي يعتبر في حد ذاته السبب المباشر لثبوت حق الإنتفاع بالعين الموقوفة لفائدة المستحقين الذين يعينهم الواقف ، ذلك أن الوقف ينشأ بموجب عمل قانوني صادر بإرادة منفردة ينتج آثاره القانونية بمجرد استيفائه سائر الأركان .

أما عن مدى إمكانية كسب و انتقال حق الإنتفاع بالوقف بنفس الأسباب التي تتعلق بحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني و التي قسمناها إلى أسباب تخص حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الموقوفة وفقا عاما و أخرى تتعلق بحق الإنتفاع الممارس على الأملاك الموقوفة وفقا خاصا ، إذ تنحصر أسباب كسب حق الإنتفاع التي تخص الوقف العام في التصرف القانوني الذي يظهر في شكل إسهاد مكتوب أو ذاك التصرف المنشأ للوقف الخاص ، بعد أن يتحول هذا الأخير إلى وقف عام بانقضاء الجهة الموقوف عليها.

أما عن الشفعة فلا يوجد هناك نص قانوني صريح يفصل في المسألة ، إلا أننا توصلنا إلى نتيجة مفادها أنه إذا كان الغرض منها هو كسب حق الإنتفاع ، فلا نرى هناك مانعا في الأخذ بها من قبل الجهات الموقوف عليها إذا كانت هذه الجهات تنتفع بالحق في شكل شيوع شريطة أن تتوحد كل من الجهة المتنازلة و الجهة المتنازل إليها من حيث الغرض .

ويبقى السبب الأخير يتمثل في التقادم ، قلنا بشأنه أنه لا يجوز الأخذ بأحكامه إذا كان الغرض منه اكتساب أصل الملك الموقوف وفقا عاما و هذا حماية للملك الوقفي في حد ذاته ، في حين إذا ما كان الغرض من التمسك به هو اكتساب حق الإنتفاع فإننا لا نرى مانعا في ذلك رغم انعدام نص قانون صريح، بل بالعكس يكون في الإعتراف بهذا السبب صيانة للأحكام الوقفية من خطر الإهمال و عدم الإستثمار .

بينما النوع الثاني من الوقف و هو الوقف الخاص بحثنا في أسباب كسبه وجدناها تتمثل في الوقف في حد ذاته الذي يبرم في شكل تصرف قانوني بعد أن يستوفي أركانه ، أما عن بقية الأسباب التي تخص كسب حق الإنتفاع المكرسة بموجب القانون المدني توصلنا من خلال الدراسة إلى النتائج التالية :

فالوصية مثلا تختلف عن الوقف و لا يمكن أن تكون سبب لإنتقال حق الإنتفاع بالوقف ، ذلك أن هذه الأخيرة تنتج آثارها بعد موت الموصي و تبطل بوفاة الموصى له قبل الموصي . بينما الوقف ينتج آثاره بمجرد توافر أركانه ، كما أنها تختلف عن الوقف من حيث المقدار ، فللواقف أن يوقف ما شاء من أمواله عكس الوصية التي و إن وصى الموصي بما شاء من أملاكه فإنها لا تنفذ إلا في حدود ثلث المال و ما زاد عن ذلك يخضع لإجازة الورثة تطبيقا لاحكام المادة 185 من قانون الأسرة .

و لما كان حق الإنتفاع بالوقف على وجه التأييد هناك تساؤل يطرح حول إمكانية انتقال الحق بواسطة الميراث ، و توصلنا إلى أن حق الموقوف عليهم لا يورث و إذا حدث و أن انتقل حق الموقوف عليه إلى ورثته فليس معنى ذلك أن هذا الحق انتقل بالميراث ، بل كان الإنتقال خاضعا لشروط الواقف التي تضمنها التصرف المنشأ للوقف .

أما بالنسبة للشفعة فإذا كان الغرض منها الجمع بين أصل الملكية و حق الإنتفاع ، فهذا غير جائز ليبقى التطبيق الوحيد و الممكن لهذا السبب هو عندما يكون الأمر يتعلق بالحالة الثانية المكرسة بموجب المادة 795 من القانون المدني التي تخص الشريك في الشيوخ ، فلا نرى مانعا من تمسك أحد الموقوف عليهم بالشفعة في حالة التنازل عن حق الإنتفاع و كان الشفيع في هذه الحالة شريك على الشيوخ في المنفعة المتنازل عنها مع بقية الموقوف عليهم .

كما أن التقادم المكسب هو الآخر يمكن به كسب حق الإنتفاع الوارد على الوقف ، و ليس لكسب أصل الملكية .

بعدها إنتهينا من دراسة الباب الأول ، تطرقنا من خلال دراسة الباب الثاني إلى الآثار المترتبة عن قيام و انتهاء حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة ، إذ قسمنا هذا الباب إلى فصلين كان الفصل الأول يخص الآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع المنصوص عليه بموجب القانون المدني أو في التشريعات الخاصة ، بحيث كانت الدراسة في هذا المجال دراسة مقارنة ، حاولنا من خلالها إبراز أوجه التشابه و الإختلاف بين أنواع الحق و تمحورت هذه الآثار

حول فكرة الحقوق و الإلتزامات ، غير أنها لم تكن من نفس الطبيعة أو لم تكن ذات النطاق و السبب في ذلك يعود إلى الطبيعة المنفردة لكل حق .

حيث كانت هذه الآثار ضيقة النطاق أو محصورة بالمقارنة مع نطاق حق الإنتفاع في القواعد العامة ،مرد هذا التضييق بررته الوظيفة الإجتماعية المنوطة بالملكية العقارية الفلاحية التابعة للدولة .

فإذا كان المنتفع في القانون المدني يتمتع بسلطة الإستعمال و الإستغلال سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، فإن المستفيد في قانون 19/87 نجده هو الآخر يتمتع بسلطة الإستعمال و الإستغلال إلا المقتصرة على الشخص في حد ذاته و ليس له حق ممارستها بواسطة الغير في صورة إيجار مثلا و حتى الإستغلال الشخصي مقيد ، إذ يمارسه في صورته الإيجابية دون الصورة السلبية .

أما ما تعلق بحق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية فإن الآثار الناجمة عن ممارسة الحق مقارنة بآثار حق الإنتفاع في القواعد العامة وجدناها مختلفة في بعض الجوانب ولم يتسنى لنا إبراز وجه المقارنة بينهما ، إلا بمراعاة أصناف الوقف على اعتبار أن الوقف ينقسم إلى نوعين وقف عام و آخر خاص حيث أخضع المشرع الأوقاف العامة لأحكام قانون الأوقاف، بينما أخرج الأوقاف الخاصة من نطاق هذا القانون ملحقا إياها بالقانون المدني ، هذه الإحالة رأيناها إحالة خاطئة نظرا لإختلاف طبيعة كل حق .

بينما كان الفصل الثاني من هذا الباب مقتصرًا على أسباب انتهاء حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة و كذا الآثار المترتبة على ذلك ، فلاحظنا أن بعض هذه الأسباب كانت محل تقاطع أو اشتراك بين أوجه الحق إلا أنه و في أغلب الحالات كانت هذه الأسباب مختلفة و متباينة .

فبالنسبة لحق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني و باعتباره حقا مؤقتا اشتمل على أسباب تتعلق بزواله منها ما نص عليه المشرع صراحة كتلك التي تتعلق بحلول الأجل أو موت المنتفع ، هلاك الشيء و عدم الإستعمال ، يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى غير منصوص عليها صراحة كالتقادم المكسب أو النزول عنه أو الإدغام بضم حق الإنتفاع إلى الرقبة .

و تبقى مسألة زوال الحق مسألة يترتب عليها آثار قانونية تتمثل في رد الشيء المنتفع به إلى المالك لأنه حق مؤقت ، كما يستطيع المنتفع بعد انتهاء الحق المطالبة برد المبالغ التي يكون قد أنفقها في إصلاح الشيء المنتفع به ، يضاف إلى ذلك مسألة بالغة الأهمية تتعلق بمصير الأعراس و البناءات التي أقامها .

كما بحثنا بالموازاة عن أسباب انتهاء حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة منها : التنازل المقيد و المشروط ، إذ كان القصد من وراء ذلك حماية هذا الصنف من الأراضي الشيء الذي جعل من التنازل قابلا للتحقيق نظريا لكنه صعب المنال واقعيًا ، يضاف إلى هذا السبب سبب آخر و هو الإسقاط القضائي للحق إذا لم يحترم المستفيد الإلتزامات المفروضة عليه قانونا .

و قد يزول الحق بالقانون ، إذ عمل قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم على إقرار بزوال حق انتفاع المستفيدين ، إذا ما تعلق الأمر بالأراضي المؤممة و المتبرع بها و كذا الأراضي التي وضعت تحت

حماية الدولة ، عندما اعترف بحق استرجاعها من قبل ملاكها الأصليين ، غير أن عملية الإسترجاع هذه كانت مرهقة لكاهل القضاء بسبب التعقيدات التي رافقت العملية .

و عليه فإذا ما تقرر زوال الحق لأي سبب كان من الأسباب المذكورة ، نجمت عن ذلك آثار قانونية وجدناها في حد ذاتها ملازمة لسبب الزوال .

كما اشتملت الدراسة في هذا المجال أسباب انتهاء وجه آخر من أوجه حق الإنتفاع و المتمثل في حق الإنتفاع بالأملك الوقفية ، بحيث صنفنا هذه الأسباب إلى أسباب عامة على اعتبار أنها نفس الأسباب التي ينتهي بها حق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني نذكر منها : هلاك الشيء ، التنازل ، عدم الإستعمال ، أو بموجب القانون كقانون الثورة الزراعية الذي عمل على إدماج هذا الصنف من الأراضي ضمن ملكية الدولة ، لكن المشرع و بموجب قانون الأوقاف عدل عن هذا الموقف بعد أن نص على حق استرجاعها من قبل الجهة الموقوف عليها .

و لقد أفرزت عملية الإسترجاع هذه مشاكل قانونية أدت إلى إرهاب كاهل الجهة الموقوف عليها ، سيما ما تعلق بمسألة التعويض عن المنشآت التي أقامها المستفيدون ، فكان من المفروض أن يقع عبء التعويض على عاتق الوقف و ليس الموقوف عليهم .

يضاف إلى قانون الثورة الزراعية قانون الإحتياطات العقارية و كذا قانون الأوقاف اللذان يقران صراحة بإدماج الأملك الوقفية ضمن الوعاء العقاري للدولة ، هذا ما يؤدي بالأفراد إلى الإحجام عن القيام بإنشاء الأوقاف ، مما يتطلب من المشرع العمل على إيجاد آلية للعمل من أجل الموازنة بين مصلحة الوقف الملحة لما له من دور في تحقيق التنمية الإقتصادية من جهة ، و حاجة الدولة إلى تلبية احتياجات الأفراد من السكن من جهة أخرى . و توصلنا في ذات السياق إلى أن عملية القياس قد لا تخدم بعض أسباب انتهاء حق الإنتفاع بالأملك الوقفية ، خلافا لما هو مكرس في القواعد العامة من بين هذه الأسباب نذكر : الإدغام الذي لا تقبله طبيعة الوقف ، يضاف إلى هذا السبب الأجل كون الإنتفاع بالوقف يمارس على وجه التأييد ، بالمقابل يوجد أسباب أخرى لإنهاء حق الإنتفاع بالأملك الوقفية يقتصر تطبيقها على هذا الصنف تتمثل في الوقف الذي ينشأ بنشوءه و يزول بزواله . و تبعا لذلك كانت الآثار التي تنجم عن زوال الحق مختلفة عن تلك المنصوص عنها في القواعد العامة من أهمها مسألة البناءات و الأغراس إذ تعتبر أملك تلحق بالوقف ، و لا يمكن أن تطبق بشأنها حكم البناء في ملك الغير ، كما لا تقبل من جهة أخرى طبيعة الوقف الإلتزام ببرد الشيء المنتفع به ، ذلك أن الإنتفاع بالملك الوقفي قد يصل إلى حد زوال الشيء المنتفع به .

في الأخير توصلنا إلى جملة من المقترحات نراها تخدم الموضوع ، نأمل أن يكون لها صدق في الواقع .

مقدمة

تعد الأرض رمزا للحياة و الأمن ، كما هي رمز للقوة و السيادة ، من أجل ذلك نمت لدى الإنسان فطرة التملك الفعلي للأرض بصفة فردية أو قبلية ، وراحت كل التشريعات منذ القديم تهتم بتنظيم حق الملكية و ضبط نطاقه مع تحديد كيفية استعماله و حمايته من الإعتداءات ، نظرا لما للملكية بصفة عامة و الملكية العقارية بصفة خاصة من أهمية سياسية و اقتصادية و اجتماعية . فالملكية العقارية و ما يترتب عليها من حقوق عينية ملتصقة بها تعد من الثروات الأساسية التي يعتمد عليها النظام الإقتصادي المنتهج بغرض تحقيق التنمية ضمن القواعد التي يضبطها المشرع حسب التوجه السياسي و الإيديولوجي السائد لتحقيق النمو و الازدهار للمجتمع [01] ص 3 .

و مع تطور القواعد التشريعية الخاصة بالتملك و حيازة الأرض وضعت أحكام خاصة تحكم تنظيم الأراضي و الحقوق المفروضة عليها ، فبعد أن كانت الملكية العقارية يتمتع بها مالك واحد تجزأت و أصبح لها مالكان ، هما مالك الرقبة الذي له حق التصرف و صاحب حق الإنتفاع الذي له عنصر الاستعمال و الإستغلال دون التصرف . و لعل الحكمة التي أدت بالقواعد التشريعية إلى تجزئة الملكية العقارية على هذا النحو، تكمن في الغرض من وجودها ألا و هو تأدية الوظيفة الاجتماعية لهذه الملكية التي تكمن في عدم تعطيل النفع العام هذا من جهة و من جهة أخرى حتى لا تترك الملكية بدون مالك .

فحق الملكية أو كما يصطلح عليه باللغة الفرنسية (DROIT DE PROPRIETE)

هو أوسع نطاق من الحقوق العينية الأصلية الأخرى من حيث السلطات، إذ يمنح لصاحبه السلطة على الشيء بحيث تمكنه من استعماله واستغلاله و التصرف فيه في حدود القانون هذا الحق عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 674 من القانون المدني : " بأن الملكية هي التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة " .

من خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص أهم خاصية تثبت لحق الملكية على أنه حق دائم و مؤبد هذه الخاصية جعلت منه حق يختلف عن بقية الحقوق العينية الأخرى المتفرعة أو مشتقة منه في القواعد العامة كحق الإنتفاع ، حق الإستعمال و السكن حق الإرتفاق حق الحكر.

و لعل أهم الحقوق المتفرعة عن حق الملكية نجد حق الإنتفاع الذي سوف يكون محور الدراسة باعتباره حق يترتب عندما يبقى المالك لنفسه سلطة التصرف في الشيء المملوك له و يتنازل لغيره عن عنصر الإستعمال و الإستغلال ، فتصبح الملكية مجزأة إلى ملكية تسمى ملكية الرقابة-NUE PROPRIETE و حق الإنتفاع ، هذا الأخير يثبت للمنتفع و هو يشمل عنصرين من عناصر الملكية هما عنصر الإستعمال و الإستغلال [02] ص 490.

و الملاحظ أن حق الإنتفاع هذا لقي اهتماما بالغا من طرف المشرع الجزائري على غرار حق الملكية ، حيث تطرق القانون المدني إلى تنظيم أحكام هذا الحق ، تلا هذا القانون قوانين أو تشريعات خاصة تطرقت هي الأخرى إليه ، متأثرة في ذلك بالأوضاع الإقتصادية و الإجتماعية و حتى السياسية كاختيارات تبنتها الجزائر . من بين هذه القوانين الخاصة نجد القانون الذي يتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية و تحديد حقوق المنتجين واجباتهم رقم 19 /87 المؤرخ في 08/12/1987 [03] ، إذ بموجب هذا القانون تنازلت الدولة عن حق الإنتفاع لفائدة المستفيدين و احتفظت لنفسها بملكية الرقبة حيث عملت نصوص هذا القانون على الحد من عمومية أحكام حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني بغرض تحقيق سياسة إستراتيجية كانت تهدف إلى تبني أحكام و ميكانزمات تسمح للدولة و بكل وسائلها بالتدخل لحماية العقار الفلاحي من أشكال الإعتداء عليه .

يضاف إلى هذا النوع من حق الإنتفاع المترتب على أراضي فلاحية تابعة ملكيتها للدولة نوع آخر يمارس على أملاك و قفية تضمنه دستور 1989 في المادة 2/49 منه و كذا قانون الأسرة الجزائري في المواد من 213 إلى 220 [04] ، إذ من خلال هذه النصوص كان المشرع يمهد لصدور قانون خاص بالوقف ، و بالفعل صدر هذا القانون تحت رقم 10 /91 المؤرخ في 27/04/1991 [05] .

و لا يقتصر حق الإنتفاع على هذين القوانين المشار إليهما ، بل يوجد لهذا الحق مدلول في قوانين أخرى كحق الإنتفاع الذي يرد على العقار الصناعي ، أو ذاك الممارس على العقار السياحي ، كما يوجد تطبيق آخر لحق الإنتفاع يخص الترقيم المؤقت للعقارات التي تخضع لعمليات المسح . هذه التطبيقات لحق الإنتفاع سوف نستبعدها من دراستنا ، لتكون دراسة الموضوع مقتصرة على حق الإنتفاع في التشريع الجزائري كدراسة مقارنة بين أحكام الحق الموجودة في القواعد العامة و التي نقصد بها القانون المدني و بين ذات الأحكام التي تخص ذات الحق المقررة في التشريعات الخاصة التي تشمل كل من القانون رقم 19/87 و كذا القانون رقم 10/91 دون التطرق إلى تشريعات أخرى .

و يعود السبب في تركيزنا على هذين التشريعين لما لهما من أهمية بالغة تنعكس على القطاع الإقتصادي تتعلق بمجالين هما القطاع الفلاحي و كذا الأوقاف ، باعتبارهما يشكلان ضلعين لمثلث الأملاك العقارية يضاف إليهما الملكية الخاصة التي يترتب عليها حق الإنتفاع المكرس بموجب القواعد العامة ليصبح مثلث الأملاك العقارية يتكون من ثلاثة أصناف هي : الأملاك الوطنية ، أملاك الخواص الأملاك الوقفية حسب ما تشير إليه المادة 23 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 [06] .

كما أضحى القطاع الفلاحي التابع ملكيته للدولة يشكل رهان حقيقيا ، بغرض تحقيق الإكتفاء الذاتي للوصول إلى مرحلة الإستقلال الإقتصادي و القضاء على التبعية الأجنبية في هذا المجال .

سيما و أن الدولة الجزائرية قد شرعت في استخدام الإستثمارات الوطنية و الأجنبية ، هذا ما يتطلب منها الإعداد و التحضير لمواجهة هذا التطور السريع حتى تلتقي مع المساعي الجارية في مجالات أخرى لتحقيق التحولات الإقتصادية و الإجتماعية التي شرعت الدولة في إنجازها .

و لا شك أن المسائل العقارية في بلادنا بما يحيط بها من إشكاليات معقدة و متداخلة في الكثير من الأحيان ، أضحت بحاجة إلى الدراسة و التحليل من أجل إيجاد الفواصل النهائية و بسرعة دون أن يكون ذلك على حساب وضوح العلاقات و تكامل الأدوار بين مختلف الهيئات المعنية بهذه العملية بالشكل الذي ينمي حرية المعاملات و حركية العقارات من جهة ، و يعزز الثقة و الإطمئنان من جهة أخرى .

ذلك أن التحكم في هذا المجال هو شرط ضروري و مسبق لأي تحرك اقتصادي و اجتماعي فعال و مثمر و قد كانت البداية من إعادة النظر في النظام القانوني للعقار الفلاحي التابع ملكيته للدولة و الذي عرف تطورا تشريعيها هاما سواء كان ذلك من حيث الأساليب أو التنظيمات آخذت هذه التطورات التشريعات بعين الإعتبار المتغيرات السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية التي حصلت في ظل عملية تنموية شاملة شرع في تحقيقها منذ استرجاع السيادة الوطنية سنة 1962 ، لكن و رغم ترسانة التشريعات التي طرأت على هذا القطاع إلا أنها لم تحقق الثمار المرجوة منها ، الأمر الذي أدى بالجهات المعنية إلى إدخال إصلاحات جديدة على هذا القطاع الهام و الحساس في نفس الوقت ، مما أدى و بعد مخاض عسير إلى صدور القانون رقم 19/87 .

و لم يكن اهتمام المشرع يقتصر على القطاع الفلاحي فحسب ، بل امتد هذا الإهتمام إلى صنف آخر من الملكية يعول عليه كثيرا ، ألا و هو الوقف لما له من مزايا في تحقيق التكافل الاجتماعي لا يمكن لجاحد أن ينكرها أو يخفيها .

حيث عمل المشرع على وضع الإطار القانوني لهذا الصنف من الملكية بموجب قانون الأوقاف رقم 10/91 مختلفا عن نوعي الملكية المعروفين و هما الملكية العامة و الملكية الخاصة ، فمن خلال هذا الإطار القانوني كان يهدف المشرع إلى إنقاذ ما يمكن إنقاذه من الثروة الوقفية التي عانت محنا متعاقبة منذ المد الإستعماري الغاصب مرورا بالتجارب السياسية الفاشلة بعد الإستقلال ، أين كان العقار بجميع أصنافه بما فيه العقار الوقفي من أكبر ضحاياها .

غير أن صدور هذا القانون اصطدم بوضعية صعبة لا يمكن تجاهلها بأي حال من الأحوال تمثلت في صعوبة انسجام هذا القانون مع المنظومة القانونية العقارية الواسعة و المتشعبة و التي لم تكن تعترف بهذا الصنف من الملكية إلا مؤخرا ، يضاف إلى هذه العوائق عائق آخر يكمن في قلة إمكانيات الجهاز القائم على إدارة الأوقاف ماديا و فنيا و بشريا .

و لعل الأهمية من دراستنا لهذا الموضوع الذي ينصب على حق الإنتفاع كدراسة مقارنة لأحكامه بين ما هو منصوص عنها في القواعد العامة و ما احتوته التشريعات الخاصة من أحكام مغايرة لذات الحق تكمن في معرفة الحكمة التي كان يتوخاها المشرع من وراء تخصيص هذه الأحكام و اختلافها من تشريع لآخر ، بغرض وضع إستراتيجية تكون كفيلة بضبط قواعد لحماية كل من العقار الفلاحي التابع ملكيته للدولة و ذلك عن طريق وضع أحكام و قواعد تسمح للدولة و بكل ما تملكه من وسائل و مؤسسات من أجل التدخل لتحقيق هذه الأهداف بقدر ما يسمح به النظام السياسي و الإقتصادي المنتهج و كذا الأملاك الوقفية من أجل إحياءها و العمل على حمايتها لضمان حسن استثمارها حتى تصبح كأداة فعالة تدفع هي الأخرى بعجلة التنمية.

أما الأسباب الجدية الدافعة للبحث في هذا الموضوع ، هي ندرة الدراسات القانونية و كذا غموض القوانين الخاصة سواء تلك المنظمة للقطاع الفلاحي في مجال الإستغلال أو تلك الخاصة بالأملاك الوقفية هذا من جهة ، بالإضافة إلى كثرة الإشكالات القانونية الناجمة عن تطبيق هذه النصوص و التي يصادفها أعوان الإدارة و رجال القانون عند التعامل مع هذين القانونين قيد الدراسة من جهة أخرى . ذلك أن القيمة الحقيقية و الفعالة لأي تشريع تظهر في الجوانب العملية و التطبيقية من خلال القضايا التي تطرح أمام المحاكم ، إذ عندها يمكن الحكم على هذه النصوص بنجاحتها أم لا، لهذا كان و لا بد من الرجوع إلى الأحكام و الإجتهدات القضائية كلما تسنى لنا ذلك لمعرفة النتائج التي توصل إليها القضاء في تطبيق و تفسير و شرح أحكام هذه القوانين .

ضف إلى ذلك أن حق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني قد نال حظه من الدراسات النظرية و الفقهية و حتى القانونية منها، إذ خصه المشرع بقواعد عامة عملت على تحديد حقوق و التزامات الأطراف و كذا كيفية كسبه و انتقاله أو حتى انقضاءه من دون لبس أو غموض . في حين نجد حق الإنتفاع المنصوص عنه في التشريعات الخاصة لم ينل نفس القسط من الإهتمام ، و لم تضبط بعد و بشكل محكم جميع أحكامه عبر مختلف مجالات تطبيقه ، و لا يزال يعاني من بعض الفراغات القانونية سيما تلك القوانين التي هي قيد الدراسة ، مما دفع بالمشرع في الكثير من الأحيان إلى الإحالة على القواعد العامة كبديل لمعالجة بعض الفراغات .

من أجل ذلك أردنا أن تكون إشكالية الموضوع باعتباره دراسة مقارنة خاصة بمدى تمتع أوجه حق الإنتفاع في كل من قانون 19/87 و قانون الأوقاف رقم 10/91 بنفس أحكام الحق المنصوص عليه في

القانون المدني أو القواعد العامة ، أم لهما طبيعة مغايرة و إن كان الأمر كذلك فما هي الحكمة التي يتوخاها المشرع من وراء ذلك ؟.

أما عن المنهج الذي وجدناه يخدم الموضوع هو المنهج المقارن ، مع ضرورة عدم إغفال آليات الإستقراء التاريخي في مواضيع معينة لخدمة بعض عناصر الموضوع .
و لقد قسمنا دراسة الموضوع إلى فصلين مبرزين من خلال ذلك أوجه التشابه و الإختلاف بين كل من حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني وفي التشريعات الخاصة كلما تسنى لنا ذلك على النحو التالي:

الفصل الأول خصصناه لدراسة ماهية كل من حق الإنتفاع الذي تناوله القانون المدني و حق الإنتفاع المنصوص عنه التشريعات الخاصة مع تبيان أسباب و طرق اكتساب هذا الحق بأوجهه المتعددة محل هذه الدراسة .

على أن يكون الفصل الثاني متعلق بمقارنة حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني مع حق الإنتفاع المكرس في التشريعات الخاصة من حيث الآثار القانونية الناجمة عن التمتع بهذا الحق مبرزين من خلال ذلك حقوق و التزامات الأطراف و تحديد طرق انتهاء هذا الحق بأصنافه المتخلفة قيد البحث .

الفصل 1 ماهية حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة

يعد حق الإنتفاع من بين أهم الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، هذا الحق لم نجد له تعريفا قانونيا عند المشرع الجزائري، سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني أو ذلك المكرس بموجب التشريعات الخاصة محل الدراسة ، خلافا لما هو عليه الوضع بالنسبة لبعض التشريعات العربية .

و على الرغم من انعدام تعريف قانوني لهذا الحق ، يبقى هذا الأخير يتمتع بجملة من الخصائص أهمها: أنه حق عيني، مؤقت ينتهي بانتهاء الأجل أو بموت المنتفع ، محله شيء غير قابل للإستهلاك. فإذا كانت هذه الخصائص تثبت لحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، كان ولا بد أن نبحث بالموازاة عن خصائص حق الإنتفاع حسب ما تناولته التشريعات الخاصة عند المشرع الجزائري كقانون المستثمرات الفلاحية 19/87، و كذا قانون الأوقاف رقم 10/91 ، باعتبار أن دراستنا دراسة مقارنة . حيث نجد أن حق الإنتفاع المنصوص عنه في التشريعات الخاصة قيد الدراسة ينفرد ببعض الخصائص و التي لا تثبت لحق الإنتفاع المكرس بموجب القواعد العامة ، كخاصية المدة مثلا ، فإذا كان حق الإنتفاع في القانون المدني ينتهي حتما بموت المنتفع ، فإن حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة لا ينتهي بموت المنتفع ، يضاف إلى ذلك وجه آخر للفرقة يكمن في محل الحق في حد ذاته الذي يختلف من حق لآخر . و على الرغم من أوجه الاختلاف هذه إلا أن هناك أوجه تشابه تشترك فيها أصناف الحق ، إذ نجدها مشتركة من حيث الطبيعة على اعتبار أنها حقوق عينية ، كما قد تقع في مجملها كأصل على شيء غير قابل للإستهلاك.

هذه الخصائص المشتركة لأوجه حق الإنتفاع محل الدراسة امتدت إلى بعض الحقوق الأخرى المشابهة له نذكر منها : حق الإستعمال و السكن ، حق الإرتفاق ، حق الحكر، باعتبارها هي الأخرى حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية ، هذا ما يدفعنا إلى التمييز بين هذه الحقوق و حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة .

و على ضوء ما سبق تبيانه قمنا بتقسيم هذا الباب إلى فصلين أساسيين عالجننا في الفصل الأول مفهوم حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة التي هي محل الدراسة ، أما الفصل الثاني فقد خصصناه لدراسة أسباب كسب و انتقال كل من حق الإنتفاع المحدد في القواعد العامة و كذا حق الإنتفاع المنصوص عليه في التشريعات الخاصة ، سواء ما تعلق بحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون رقم 19/87 أو ذلك المنصوص عنه في قانون الأوقاف رقم 10/91 .

1.1 مفهوم حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة

لدراسة مفهوم حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة قيد الدراسة يتطلب منا ذلك الوقوف عند تعريف أوجه هذا الحق في التشريع الجزائري ، سواء تعلق الأمر بتعريف حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني أو المكرس بموجب تشريعات خاصة اقتصرنا ها على كل من قانون 19/87 و قانون الأوقاف رقم 10/91 .

هذا إن وجد لهذه الحقوق تعريفا في إطار النصوص القانونية المشار إليها ، وإن لم يرد تعريفا لها نحاول الاستشهاد ببعض التعاريف الفقهية أو التشريعية لبلدان أخرى ، هذا ما سنتناوله في المبحث الأول من هذا الفصل ، ثم نحاول أن نشق خصائص أوجه هذا الحق حتى نتوصل لمعرفة ما إذا كانت هذه الخصائص هي ذاتها أم أنها مختلفة لكل حق خصائص ينفرد بها و ذلك من خلال المبحث الثاني ، على أن يكون المبحث الثالث و الأخير من هذا الفصل خاص بتمييز كل من حق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني وحق الإنتفاع في التشريعات الخاصة عن بعض الحقوق المشابهة لها تفاديا للخلط ، من بينها حق الحكر [07] حق الإستعمال و السكن و كذا حق الإرتفاق .

هذه الحقوق تتمتع ببعض الخصائص و المميزات المشتركة مع أوجه حق الإنتفاع التي هي محل الدراسة باعتبارها حقوق متفرعة عن حق الملكية – ما عدا حق الحكر- لكن و من جهة أخرى نجد لهذه الحقوق المشابهة كيان و نظام خاص بها حسب ما تنص عليه نصوص القانونية المنظمة لها و التي تطرق لها القانون المدني الجزائري كالإستعمال و السكن طبقا للمواد من 855 إلى 857 من القانون المدني ، حق الإرتفاق المواد من 867 إلى 881 من القانون المدني ، ثم حق الحكر حسب نص المادة 26 مكرر 2 من القانون رقم 07/01 المعدل و المتمم لقانون الوقف 10/91 ، ذلك أن جل هذه الحقوق يفترق صاحبها لعنصر التصرف و لا يمارس سوى عنصر الإستعمال أو الإستغلال أو العنصرين معا بحسب طبيعة كل حق من دون زوال أو إتلاف للشيء محل الحق .

من أجل ذلك كانت دراستنا لهذا الفصل مقسمة إلى ثلاث مباحث تناولنا في المبحث الأول تعريف حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و قانون 19/87 و كذا قانون الأوقاف رقم 10/91، أما في المبحث الثاني تطرقنا إلى الخصائص المشتركة و غير المشتركة لأوجه حق الإنتفاع قيد الدراسة ، في حين المبحث الثالث و الأخير من هذا الفصل أردناه أن يكون خاصا بتمييز أوجه هذا الحق عن الأنظمة المشابهة لها ، سيما تلك التي سبق الإشارة إليها أعلاه على اعتبار أنها حقوق من نفس الطبيعة .

1.1.1 تعريف حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة

يتفرع حق الملكية إلى حقوق عينية أصلية عددها القانون المدني ، من بين هذه الحقوق حق الإنتفاع الذي ينصب حوله موضوع بحثنا هذا ، إذ يتقرر هذا الحق للمنتفع من صاحب حق الملكية ، لذلك هو حق عيني يرد على شيء مملوك للغير قصد استعماله و استغلاله بشرط الإحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الإنتفاع الذي ينتهي بانتهاء أجله أو بموت المنتفع . مما يتطلب أن يكون المنتفع شخصا آخر غير المالك ، وعليه لا يصح القول أن مالك الرقبة يملك كل من الرقبة و حق الإنتفاع بل أن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق الإنتفاع ، إنما هو مباشر لحق الملكية الكاملة باعتبار أن كل من حق الإنتفاع و ملكية الرقبة هما حقان مختلفان من حيث الطبيعة [08] ص 525 .

بعد هذا التقديم نحاول من خلال هذا المبحث تعريف كل من حق الإنتفاع في القانون المدني أو في القواعد العامة و حق الإنتفاع المكرس بموجب القوانين الخاصة ، مقتصرين في ذلك على القانون رقم 19/87 المتعلق باستغلال الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة و كذا القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف ، لتوصل إلى مدى تقارب تعريف أوجه هذا الحق أو اختلافها من خلال المطلبين التاليين.

1.1.1.1 : تعريف حق الإنتفاع في القانون المدني

نظم المشرع الجزائري أحكام حق الإنتفاع في القانون المدني ضمن الفصل الأول من الباب الثاني تحت عنوان تجزئة حق الملكية ، حيث خصه ب 11 نصا تشريعا ابتداء من المادة 844 إلى غاية 854 هذه النصوص التشريعية لم تعرف حق الإنتفاع تعريفا قانونيا ، إنما تطرق أول نص إلى أسباب كسب هذا الحق ، لهذا نكون مضطرين إلى الإستدلال ببعض التعاريف الفقهية لهذا الحق ، من بين هذه التعاريف نجد :

تعريف الدكتور **عبد الرزاق السنهوري** الذي يعرف حق الإنتفاع بأنه ((حق للمنتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله)) ، يؤخذ على هذا التعريف أنه جاء عاما و شاملا لكل الحقوق العينية التي يثبت لصاحبها عنصر الإستعمال و الإستغلال كحق الحكر مثلا [09] ص 1220 ، بالإضافة إلى أن هذا التعريف لم يتطرق إلى حالات انتهاء الحق باعتباره حق مؤقت .

أما الدكتور **زهدي يكن** يعرف هذا الحق بأنه " حق مقرر على ملك الغير الذي يخوله استعماله و استغلاله لمدة معينة ، بحيث ينتهي بوفاة المنتفع على أن يحافظ على جوهر الشيء و مادته و ينشأ حق الإنتفاع بإرادة الإنسان ، كما يمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط تعلقي أو إلغائي ، فحق الإنتفاع يأخذ من حق الملكية عنصرين هما حق الإستعمال و الإستغلال و يبقى للمالك حق التصرف " [10] ص 175 .

بينما الدكتور **وهيبة الزحيلي** سماه بالملك الناقص يقبل التقييد بالزمان و المكان و الصفة عند إنشائه، لكنه غير قابل للتوارث و لصاحب حق المنفعة تسليم العين و لو جبرا إلى مالكها و تكون أمانة في

يده ، كما على المنتفع تسليم العين إلى المالك بعد استيفائه منفعته منها ما لم يتضرر المنتفع ، كما لو لم يحن وقت حصاد الزرع في الأرض المنتفع بها ، فله إبقاءها بيده حتى موسم الحصاد شرط دفع أجر المثل، و يبقى حق المنفعة حقا مؤقتا ينتهي إما بانتهاء الأجل أو هلاك العين المنتفع بها أو وفاة المنتفع .
 في حين الدكتور عبد المنعم فرج صده يعرف هذا الحق بأنه ((حق عيني يخول للمنتفع سلطة استعمال شيء مملوك للغير و استغلاله مع وجوب المحافظة على ذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية الإنتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع)) [11] ص 861 .

هذا التعريف يمكن ترجيحه باعتباره ينطبق و خصائص هذا الحق حسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري عند تطرقه لأحكام هذا الحق بموجب القانون المدني ، باعتباره حقا عينيا يتفرع عن حق الملكية يرد على شيء غير قابل للاستهلاك ، يخول لصاحبه سلطة استعمال و استغلال الشيء ، مع الالتزام برد ذات الشيء عند انتهاء هذا الحق الذي ينتهي إما بانتهاء الأجل المحدد له مهما طال هذا الأجل أو قصر أو بوفاة المنتفع .

من خلال التعاريف السابقة نخلص إلى القول بأن حق الإنتفاع هو حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية ، يخول للمنتفع استعمال الشيء و استغلاله دون التصرف فيه [12] ص 70...71، لأن هذا العنصر الأخير هو من حق المالك الذي يدعى بمالك الرقبة، كما يرتب هذا الحق آثار قانونية تتمثل في الإلتزامات و الحقوق التي يتمتع بها كل من المنتفع و مالك الرقبة .
 بالإضافة إلى أنه حق مؤقت ، ينتهي بالإنتهاء المدة المحددة له أو بوفاة المنتفع حتى قبل انتهاء أجله يمكن أن ينقضي بأسباب أخرى حددها القانون.

بعدما تطرقنا إلى تعريف حق الإنتفاع في القانون المدني من خلال المطلب الأول ، نحاول و من خلال المطلب الثاني التطرق إلى تعريف حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة التي حصرناها في كل من قانون 19/87 و كذا قانون الأوقاف .

2.1.1.1: تعريف حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة قيد الدراسة

ينصرف مدلول حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة إلى مفهوم حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة المحدد بموجب القانون رقم 19/87 ، دون أن ننسى قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/ 08 المؤرخ في 2008/08/03 [13] الذي صدر مؤخرا و له علاقة وطيدة بأحكام القانون رقم 19/87 و حتى قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 ، بالإضافة إلى قانون الأوقاف رقم 10/91 الذي يختلف هو الآخر في خصائصه عن حق الإنتفاع المتعلق بالأراضي الفلاحية و عليه سوف نحاول من خلال هذا المطلب تقديم تعريف لكل نوع .

1.2.1.1.1 : المقصود بحق الإنتفاع في قانون 19/87

بناء على الأحكام المنظمة لهذا الحق و المحددة بموجب القانون رقم 19/87 ، يترتب الحق على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة التي تنازلت عن حق انتفاعها لفائدة المستفيدين .

علما أن هذا الحق كان المشرع قد بادر بتنظيم أحكامه منذ الإستقلال ، فكان أول نص تشريعي تناول حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الوطنية هو الأمر رقم 653/68 المؤرخ في 30 / 12 / 1968 المتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة [14] ص 115 ، لكن هذا الأمر لم يتطرق إلى تعريف الحق بل اقتصر نصوصه التشريعية على ذكر خصائصه ، حيث تنص المادة 02 منه على ما يلي : ((تمنح الدولة الإستغلالات الفلاحية المسيرة ذاتيا إلى مجموعات العمال للإنتفاع بها لمدة غير محددة ، و الإستفادة من جزء من ثمارها و منتجاتها حسب أعمالهم)).

أما المادة 05 و 06 من نفس الأمر تطرقتا إلى خصائص هذا الحق ، بحيث تنص المادة 05 على أنه : ((لا يجوز التصرف في الأراضي و مباني الإستغلالات الفلاحية المسيرة ذاتيا ، أو امتلاكها بالتقادم أو إيجارها ، كما لا يجوز استغلالها إلا بصفة جماعية))، في حين المادة 06 تنص : ((لا يجوز حجز الأموال المنقولة و العقارية التابعة للإستغلال الفلاحي المسير ذاتيا)).

من خلال نصوص المواد التي تضمنها الأمر المشار إليه أعلاه و المتعلق بالتسيير الذاتي في الفلاحة ، يتبين أن لهذا الحق خصائص من أهمها : أنه حق يمنح لفائدة مجموعات العمال متى توفرت فيهم الشروط و هو غير محدد المدة ، يمنح بالمجان ، لكنه غير قابل للنقل أو التنازل و الحجز. هذه النصوص عمل المشرع على إدماجها في المواد من 858 إلى 866 من القانون المدني ، و لربما كان الغرض من ذلك هو تخصيص أحكام هذا الحق و بنصوص خاصة تنفرد في أحكامها عن الأحكام العامة لحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني .

تلا صدور الأمر رقم 68 / 653 المتعلق بالتسيير الذاتي تشريعات أخرى ، منها قانون الثورة الزراعية بموجب الأمر رقم 71 / 73 المؤرخ في 08/11/1971 [15] ، حيث تنازلت الدولة عن هذا الحق بدون أي مقابل بصفة مؤبدة باعتباره حق قابل للإنتقال ، يورث لعمود النسب من الذكور دون الإناث حسب نص المادة 124 من هذا الأمر التي تنص : ((تمنح أراضي الصندوق الوطني للثورة الزراعية على أساس الإنتفاع المؤبد و يمكن انتقالها إلى فرع ذكر لعمود النسب المستحق))، فحسب هذا النص التشريعي يمكننا أن نعرف حق الإنتفاع الممارس الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة على أنه : ((حق عيني مؤبد غير محدد بأجل تمنحه الدولة لفائدة مستغلي الأراضي الفلاحية التابعة للصندوق الوطني للثورة الزراعية بدون مقابل ، بموجب هذا الحق يمنع المستفيدون من التصرف في هذه الأراضي

أو حجزها أو توقيع رهون عليها ، أو عقود إيجار أو مزارعة عليها، بحيث لا يملك المنتفع سوى استغلال الشيء بصفة شخصية و على الشيوخ)) .

و المنتفع لهذا التطور التشريعي يلاحظ أن هناك اختلافا في خصائص هذا الحق من تشريع لآخر، كما أن أحكام هذا الحق جاءت مخالفة لأحكام حق الإنتفاع المنصوص عنه بموجب القانون رقم 19/87 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية و تحديد حقوق المنتجين و واجباتهم المشار إليه أعلاه ، إذ نجد المادة 06 منه تنص : ((تمنح الدولة المنتجين الفلاحين المعنيين بهذا القانون ، حق الإنتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتألف منها المستثمرة الفلاحية فيمنح حق الإنتفاع الدائم مقابل أتاوة تدفع من طرف المستفيدين يحدد وعاؤها و كفيات تحصيلها و تخصيصها في قوانين المالية)) .

وبالرغم من أن قانون 19/87 لم يبلغ صراحة قانون الثورة الزراعية رقم 73/71 ، إلا أنه تضمن أحكام مغايرة لتلك المحددة بموجب هذا الأخير في المجال الزراعي ، حيث كان هذا الحق يمنح بالمجان في قانون الثورة الزراعية ليصبح منح الحق بموجب قانون 19/87 بمقابل يضاف إلى ذلك خاصية أخرى تتعلق بالإنتقال عن طريق الميراث ، إذ كان هذا الحق يورث لعمود النسب من الذكور دون الإناث حتى يضمن المشرع و بطريق الإنتقال الإستغلال المباشر و الشخصي للأرض ، في حين نجد حق الإنتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 هو حق قابل للإنتقال عن طريق الميراث للذكور و الإناث .

و رغم اختلاف خصائص هذا الحق في التشريعين المشار إليهما ، إلا أن هناك خاصية مشتركة تطرق إليها المشرع في كلا التشريعين ، تمثلت هذه الخاصية في استغلال الحق على الشيوخ تحقيقا للنظام السياسي والإقتصادي المنتهج آنذاك .

و لتوضيح مدلول حق الإنتفاع بموجب قانون 19/87 ، نقول أن حق الإنتفاع المحدد بموجب هذا القانون هو حق دائم يمارس على مجمل الأراضي التي تتكون منها المستثمرة الفلاحية و على الشيوخ بحصص متساوية بالنسبة للمستثمرات الفلاحية الجماعية و بصفة فردية بالنسبة للمستثمرات الفلاحية الفردية . كما أنه حق عيني قابل للإنتقال و التنازل و الحجز حسب نص المادة 23 منه مع احترام الطابع الجماعي للمستثمرة ، و لا يمكن التنازل عن الحق إلا في حالة الوفاة أو خلال الخمس سنوات الأولى ابتداء من تاريخ تكوين المستثمرة الفلاحية الجماعية . هذا النص عدل بموجب المادة 84 من قانون التوجه العقاري و أصبحت مدة التنازل هي عشر سنوات ، ثم ألغيت هذه المدة بمقتضى المادة 12 من الأمر رقم 26/95 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري ، ومن ثم أصبح حق الإنتفاع قابل للتنازل في أي وقت دون أن يتقيد صاحبه بمدة زمنية ، و بهذه الكيفية أصبح حق الإنتفاع يتسم بنفس الخصائص التي يتمتع بها حق الملكية بعد أن ملك قانون 19/87 المستفيد حق الإنتفاع [14] ص 14 .

لكن بصدر قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 و بموجب نص المادة 03 / 3 نجدتها تقضي بما يلي : ((الإمتياز هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية)) ، بهذا الشكل أضحى حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية حق محدد المدة بعدما كان مؤبد ، دون أن يشير هذا القانون إلى مقدار هذه المدة .
بعدها تناولنا في النقطة الأولى تعريف حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية ، نحاول من خلال النقطة الثانية تعريف حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية .

2.2.1.1.1 : تعريف حق الإنتفاع بموجب قانون الأوقاف رقم 10/91

كرس المشرع الجزائري الوقف بصدر قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 الذي احتوى ثمانية مواد من 213 إلى 220 تضمنت أحكام الوقف و شروطه ، إلا أن الأملاك الوقفية ظلت تفتقر إلى العناية و الحماية اللائقة ، يضاف إلى ذلك قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 ، الذي تطرق هو الآخر إلى الوقف في ثلاث مواد هي : المادة 23 ، 31 ، 32 . حيث عرفت المادة 31 منه الوقف كالتالي : ((الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصيين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور)) .
فيما بعد تلا صدور هذا القانون قانون خاص بالأوقاف و هو القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتضمن قانون الأوقاف ، عرفت المادة 03 منه الوقف و هو : ((حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر أو الخير)) .
من خلال هذه النصوص التشريعية نستشف أن الوقف هو حبس المال عن التملك بصفة مؤبدة مع التبرع بمنفعة الشيء للموقوف عليهم ، إذا ينجم عن تحقق الوقف ثبوت حق انتفاع لفائدة الموقوف عليه أو عليهم الذين يحدد لهم الواقف .

وتبقى كيفية الإنتفاع بالمال الموقوف خاضعة لإرادة الواقف حسب ما يشير إليه نص المادة 14 من قانون الوقف 10/91 : ((اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد نهي عنها في الشريعة)) ، لكن إذا حدث و إن كانت هذه الإشتراطات تحول دون الإنتفاع بالمال الموقوف حينها يمكن اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم يغير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له ، تطبيقا لأحكام نص المادة 26 مكرر 04 : ((يصح تغيير وجهة الملك الوقفي إلى ما هو أصلح له و للمستحقين ما لم يمنع ذلك شرط من شروط الواقف ، و في حالة وجود مانع يلجأ إلى القاضي الذي يصدر حكما يراعي مصلحة الوقف و الموقوف عليهم وفقا للأحكام و الإجراءات المنصوص عليها في القانون)) .

و إذا لم يحدد الواقف في العقد كيفية الإنتفاع بمحل الوقف ، يكون الإنتفاع هنا حسب ما جرت عليه العادة و العرف ، مع مراعاة طبيعة الشيء الموقوف . فإذا كانت أرضا تستغل و تستثمر بعقود إيجار خاصة في شكل مزارعة أو مساقاة أو عقد حكر أو عقد مرصد ، هذا إذا ما تعلق الأمر بالأراضي الموقوفة وقفا عاما ، أما الأراضي الموقوفة وقفا خاصا يكون استغلالها بواسطة عقود إيجار عادية مع إلزام المستأجر بدفع إيجار سنوي يحدد بواسطة العقد ، علما أن هذا الحق يورث خلال مدة العقد بناء على نص المواد 26 مكرر 01 و 26 مكرر 02 [07] ، أما إذا كان محل العقد مباني ينتفع بها بالسكن أو بأجرتها .

كما قد يكون الإنتفاع أيضا في شكل ريع ناتج عن الوقف ينتفع به حسب نص المادة 06 مكرر [05] .

1. 1. 2. : خصائص حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة

بعدما تطرقنا في المبحث الأول لتعريف حق الإنتفاع سواء كان ذلك في القانون المدني أو في التشريعات الخاصة التي حصرناها في كل من قانون 19/87 و قانون الأوقاف ، نحاول و من خلال هذا المبحث تحديد خصائص حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة .

هذه الخصائص صنفناها إلى خصائص مشتركة تشمل طبيعة الحقوق محل المقارنة ، على اعتبار أن حق الإنتفاع المنصوص عنه في القواعد العامة أو في التشريعات الخاصة لا تخرج طبيعته القانونية عن كونه حقا عينيا ، يضاف إلى هذه الخاصية خاصية أخرى تتمثل في الشيء الذي يرد عليه الحق (المحل) كونه شيء غير قابل للإستهلاك ، بالإضافة إلى خصائص مختلفة أو غير مشتركة تتعلق إما بمدة الحق أو تلك التي تخص الشروط الواجب توافرها في الشخص الممارس للحق . هذا ما سنخرج إليه بالدراسة من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين ، نتناول في المطلب الأول الخصائص المشتركة ، على أن يشمل المطلب الثاني الخصائص غير المشتركة .

1. 1. 2. 1. : الخصائص المشتركة لأوجه حق الانتفاع قيد الدراسة

من بين الخصائص التي يشترك فيها كل من حق الانتفاع المنصوص عليه في القانون المدني و حق الإنتفاع المنصوص عنه في القوانين أو التشريعات الخاصة و المتفرع إلى حق انتفاع يمارس على الأراضي الفلاحية تابعة ملكيتها للدولة ، و آخر يمارس على الأملاك الوقفية . نجد جل هذه الحقوق هي من نفس الطبيعة كونها حقوقا عينية ، يكون محلها شيئا غير قابل للإستهلاك ، ذلك أن الإستغلال و الإستعمال لا يؤديان إلى هلاك الشيء محل الحق .

و تجدر الإشارة هنا إلى أن هذه الخاصية الأخيرة لا يجب الأخذ بها على إطلاقها عندما يتعلق الأمر بحق الإنتفاع الممارس على أملاك وقفية ، ذلك أن هذه الأخيرة قد يكون محلها أشياء قابلة للإستهلاك و أخرى غير قابلة للإستهلاك ، نترك تفصيل هذه النقطة لاحقا .
و عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص لكل فرع خاصية من هذه الخصائص المشتركة .

1. 1. 2. 1. 1 : إشتراك هذه الحقوق من حيث الطبيعة

حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة التي هي محل الدراسة لها نفس الطبيعة ، إذ تعد هذه الحقوق من الحقوق عينية أصلية المتفرعة عن حق الملكية ، و هو ما يوحي إليه مصطلح حق الإنتفاع ، يضاف إليه بقية الحقوق العينية الأخرى كحق الإستعمال ، حق السكن ، و حق الإرتفاق حسب التقسيم الوارد في القانون المدني [16] ص 1189...1191، و كذا حق الحكر المنصوص عليه في القانون رقم 07/01 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف و الذي أغفله المشرع الجزائري و لم يتطرق إليه عند تعداده لأنواع الحقوق العينية بموجب القانون المدني رغم التعديل الذي طرأ عليه [17] .

1. 1. 1. 2. 1. 1 : طبيعة حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني

حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني هو حق عيني يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء المنتفع به لا يتوسط في ذلك مالك الشيء [18] ص 506 ، إذ يتمكن من خلاله المنتفع من ممارسة عنصر الإستغلال و الإستعمال [19] ص 168 ، بالمقابل يجب على المالك أن لا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه ، إلا أنه لا يلتزم نحو المنتفع بشيء ، هذا ما يميز حق الإنتفاع عن حق المستأجر .

فإذا كان محل حق الإنتفاع عقارا ، فإن هذا الأخير يعتبر مالا عقاريا يجوز رهنه مثل حق الملكية إلا أنه يختلف عن هذه الأخيرة و يتميز عنها لأنه يتقلها و ينقص من عناصرها حسب ما سبق ذكره حيث أن حق الملكية يشمل ثلاثة عناصر هي : عنصر الإستعمال عنصر الإستغلال ، و عنصر التصرف أما حق الإنتفاع فيشمل كل من عنصر الإستعمال و الإستغلال ، هذان العنصران يتجرد منهما المالك لفائدة المنتفع ، مع احتفاظه بحق التصرف الذي يعد من الحقوق الأساسية و الجوهرية له .

بهذا الطرح تصبح الملكية مثقلة بحق الإنتفاع ناقصة غير كاملة تسمى بملكية الرقبة و هو ما يتطلب أن يكون المنتفع شخصا آخر غير مالك الرقبة ، ما دام أن حق الإنتفاع ينشأ لشخص على مال مملوك لشخص آخر .

في نفس السياق لا يمكن أن نعتبر من يملك المال كله أنه يملك الرقبة و حق الإنتفاع كما سبق الذكر لأن انتفاعه بالمال لا يعتبر مباشرة لحق انتفاع و إنما هو مباشرة لحق الملكية الكاملة .

من أجل ذلك لا يجوز لمن يملك المال ملكية كاملة أن يرهن حق الإنتفاع مستقلاً عن الرقبة و لا أن يرهن الرقبة مستقلة عن حق الإنتفاع ، بل يبقى من حق المالك أن ينشئ حق الإنتفاع على ماله و يتمسك بملكية الرقبة أو العكس أن يتصرف في ملكية الرقبة لغيره و يبقى لنفسه حق الإنتفاع بناء على ذلك لا يصبح مالك الرقبة و المنتفع شريكين على الشيوع في المال ، لأن طبيعة ملكية الرقبة تختلف عن طبيعة حق الإنتفاع ، في حين أن الشيوع يتطلب أن تكون الحقوق من نفس الطبيعة ، كما أن مالك الرقبة و المنتفع لا يستطيعا أن يطالبا بقسمة المال ، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للمالك على الشيوع ، كما لا مانع من أن يكون حق الإنتفاع أو ملكية الرقبة مملوكين على الشيوع و لعدة أشخاص ، فعندئذ يجوز للشريك على الشيوع في الرقبة أو للشريك على الشيوع في حق الإنتفاع أن يطلب القسمة .

نخلص إلى القول أن حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني هو حق عيني الأصلي ، ينشأ بصفة مستقلة و غير تابع لأي حق آخر ، تكون ذاتيته مقصورة على ما يخوله هذا الحق لصاحبه من مزايا مادية [20] ص 28 على أشياء معينة بذاتها يرد عليها هذا الحق . حيث يلتزم المنتفع باستعمال الشيء بالحالة التي سلمت له و بحسب ما أعد له ، و له أن يديره إدارة حسنة و للمالك حق الاعتراض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء [20] ص 32 . بعدما تطرقنا من خلال هذه النقطة إلى خاصية حق الإنتفاع في القواعد العامة على أنه حق عيني نحاول و من خلال النقطة الثانية التعرض لذات الخاصية بالنسبة لحق الإنتفاع في التشريعات الخاصة .

1. 1. 2. 1. 2. 1. 2. 1. 1 : طبيعة حق الإنتفاع المنصوص عليه في التشريعات الخاصة

إن التشريعات الخاصة المنظمة لحق الإنتفاع محل الدراسة تعترف بخاصية هذا الحق على أنه حق عيني سواء تعلق الأمر بقانون رقم 19/87 أو قانون الأوقاف رقم 10/91 ، تفصيل ذلك يأتي عبر النقطتين التاليتين .

1. 1. 2. 1. 1. 2. 1. 1 : حق الإنتفاع الممارس بموجب القانون رقم 19/87

تنص المادة 05 من قانون 19/87 المتعلق باستغلال الأراضي الفلاحية : ((تمنح الدولة المنتجين الفلاحيين المعنيين بهذا القانون حق الإنتفاع الدائم على مجمل الأراضي الفلاحية التي تتألف منها المستثمرة)) ، و منه نقول أنه و بموجب هذا القانون تمنح الدولة حق الإنتفاع الدائم يشمل الأراضي الفلاحية التي تتكون منها المستثمرة الفلاحية ، الذي ينشأ بصفة مستقلة من غير أن يكون تابع لحق آخر

على أن يلتزم المنتفع أو المنتفعون طبقاً لهذا القانون بإستغلال الأرض و المحافظة على طابعها الفلاحي هذا الإلتزام لا يخرج على ما هو مقرر في القواعد العامة ، بحيث يمكن للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء . و لعل الإستعمال غير المشروع و المخالف لطبيعة الشيء حسب هذا القانون هو الإستعمال الذي يؤدي إلى تغير وجهة الأرض الفلاحية ، مما يترتب عليه إسقاط حق الإنتفاع كجزاء ينجم عن الإخلال بالإلتزام ، و تتدخل الدولة باعتبارها مالكة للرقبة في حالة الإستغلال المخالف للقانون لكي تمارس حق الشفعة ، هذا ما سنعود إليه بالتفصيل عند التطرق إلى أسباب كسب و انتقال هذا الحق من خلال الفصل الثاني من هذا الباب .

1. 1. 2. 1. 1. 2. 2. : حق الانتفاع المكرس بموجب قانون الأوقاف رقم 10/91

بداية و قبل التطرق إلى تكييف طبيعة حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الوقفية ، لابد من تعريف الوقف في حد ذاته ، لأنه لا يمكننا الحديث عن حق الإنتفاع المترتب عن الوقف بمعزل عن هذا الأخير ، على اعتبار أنه ينشأ بنشوءه و يزول بزواله . حيث ينصرف مدلول الوقف إلى معاني متعددة منها : المعنى اللغوي و الإصطلاحي و كذا التشريعي هذه المعاني سنطرق إليها تبعا .

المعنى اللغوي و الإصطلاحي للوقف

ينصرف مدلول الوقف لغة إلى معاني منها : الحبس و المنع و التسييل . أما اصطلاحاً : نجد الفقيه أبي حنيفة يعرف الوقف على أنه : ((حبس العين على حكم ملك الواقف و التصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير و البر في الحال و المآل)) .

أما المالكية يعرفون الوقف بأنه : ((حبس العين عن التصرفات التمليلية مع بقائها على ملك الواقف و التبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر)) [21] ص 26 .

كما عرفه الأئمة أبو يوسف و أحمد الشافعي : ((حبس العين على حكم ملك الله تعالى و التصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر ابتداء و انتهاء)) .

لكن الإمام أبو زهرة يرى أن الوقف ((هو : منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الإنتفاع بها و جعل منفعتها لجهة من جهات الخير ابتداء و انتهاء)) [22] ص 156 .

فقوام الوقف من خلال التعريفات المتقاربة هو حبس العين ، فلا يتصرف فيها بالبيع و الرهن و الهبة و لا تنتقل بالميراث ، و المنفعة تصرف لجهات الوقف على مقتضى شروط الواقفين [23] ص 41 .

يبدو من خلال هذه التعاريف أنها اتفقت من حيث اللفظ في تعريفها للوقف ، لكنها اختلفت من حيث الأحكام أو الآثار الناجمة عنه .

المعنى التشريعي للوقف

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 03 من قانون الأوقاف 10/91 المذكور أعلاه :
 ((الوقف هو : حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من
 و جوه البر و الخير)) .

ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يتطرق إلى نوعي الوقف الذي ينقسم إلى نوعين هما : وقف عام قد
 يكون إما محدد الجهة أو غير محددة الجهة و وقف خاص أو كما يعرف عند فقهاء الشريعة بالوقف الذري
 أو الأهلي .

لتبقى هذه التعاريف سواء كانت فقهية أو تشريعية هي تعاريف غير جامعة لمعنى الوقف ، و عليه إذا
 ما أردنا أن نعرف الوقف نقول : ((هو حبس العين على التملك مع منع التصرف في الرقبة و الإنتفاع بها
 على وجه التأييد لفائدة جهات خيرية حسب اشتراطات الواقف ، سواء كان الوقف وقفا عاما أو خاصا)) .
 و عليه دراستنا لهذه النقطة سوف تنصب على ما يترتب عن الوقف من حق الإنتفاع بملك وقفي ، كون
 هذا الأخير هو الآخر حق عيني من نفس طبيعة حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة
 ملكيتها للدولة ، ذلك أن حق الإنتفاع بالأموال الوقفية يخول للموقوف عليه السلطة على الشيء محل الحق
 من دون تدخل الواقف أو الغير على أن يكون لإنتفاع بمحل الوقف خاضعا لإرادة الواقف و حسب
 الشروط التي يحددها هذا الأخير [21] ص 50 .

1. 1. 2. 1. 2. : أوجه حق الإنتفاع يكون المحل فيها شيء غير قابل للإستهلاك كأصل

عرفنا من خلال الفرع الأول أن أوجه حق الإنتفاع قيد الدراسة تشترك من حيث الطبيعة كونها حقوق
 عينية ، سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني ، أو ذلك المكرس بموجب
 تشريعات خاصة ، إما أن يمارس على الأراضي الفلاحية أو على الأملاك الوقفية ، لننتقل و من خلال هذا
 الفرع إلى إبراز خاصية أخرى مشتركة بين أوجه حق الإنتفاع التي تكمن في المحل الذي ينصب عليه
 الحق كونه يرد على شيء غير قابل للإستهلاك كأصل .

فأوجه حق الإنتفاع هذه تقع على أشياء غير قابلة للإستهلاك حتى يضمن المالك عودة ذات الشيء
 إليه بعد انتهاء الحق أو عند إخلال المنتفع بالتزاماته المحدد قانونا أو اتفاقا، علما أن أسباب عودة حق
 الإنتفاع إلى المالك هي أسباب تختلف من حق إلى آخر، نترك تفصيل هذه النقطة عند التطرق إلى أسباب
 الإنتهاء الخاصة بكل حق .

1. 1. 2. 1. 2. 1. : حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني

الأصل أن المنتفع يستعمل الشيء حسب الحالة التي تسلم بها الشيء ، على أن لا يؤدي الإستعمال إلى
 هلاك الشيء أو تغيير حالته الأصلية ، و هو ما يتطلب أن يرد حق الإنتفاع على شيء غير قابل
 للإستهلاك هذا ما نصت عليه المادة 847 من القانون المدني : ((على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته

التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له و أن يديره إدارة حسنة... و للمالك أن يتعرض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بقديم تأمينات...)).

كما يقع على عاتقه واجب العناية بالشيء محل الحق عناية الرجل العادي و إلا اعتبر مسؤولا عن هلاك الشيء حتى و لو كان السبب لا ينسب إليه هذا ما أكدته المادة 849 من القانون المدني : ((يجب على المنتفع أن يبذل من العناية في المحافظة على الشيء ما يبذله الشخص العادي و هو مسؤول عن هلاك الشيء و لو بسبب لا ينسب إليه إن تأخر عن رده إلى مالكة بعد انتهاء حق الانتفاع)) [16] ص 1191 ... 1193 .

غير أن السؤال الذي يطرح هنا ماذا لو كان حق الانتفاع يرد على مجموع من المال قد يشمل أموالا قابلة للإستهلاك ؟ كأن يوصي شخص لآخر بحق الانتفاع في جزء من تركته ، قد تشمل التركة أشياء قابلة للإستهلاك ، فكيف يمارس المنتفع حق الانتفاع على مثل هذه الأشياء ؟ علما أنه لا يستطيع الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاكها.

للإجابة على السؤال نقول أن هذه الحالة لم يتطرق إليها المشرع الجزائري معتبرا حق الانتفاع هو شيئا غير قابل للإستهلاك بصفة مطلقة [19] ص 171، و عليه نرى أنه في هذه الحالة ليس للمنتفع سوى الانتفاع بالحق حتى و لو أدى ذلك إلى زوال الشيء المنتفع به عن طريق الإستهلاك على أن يعوض المالك بعد انتهاء الحق .

1. 2. 1. 2. 1. 1 : حق الانتفاع المكرس بموجب تشريعات خاصة

نعالج من خلال هذه النقطة الخاصية المشتركة الثانية و التي تتعلق بمحل حق الانتفاع الذي يرد على شيء غير قابل للإستهلاك ، و ذلك بالتطرق إلى طبيعة هذا المحل في كل من قانون 19/87 و قانون الأوقاف رقم 10/91 .

1. 2. 2. 1. 2. 1. 1 : حق الانتفاع في قانون 19/87

يثبت حق الانتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة للمستفيدين بعد أن تنازلت هذه الأخيرة عن هذا الحق محتفظة لنفسها بملكية الرقبة حسب المادة 06 من قانون 19/87 المذكور أعلاه حيث تنص : ((تمنح الدولة المنتجين الفلاحين بهذا القانون حق الانتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتألف منها المستثمرة)) ، بذلك يكون موضوع أو محل الحق هو الانتفاع بالأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، لتكون ممارسة هذا الحق مرتبطة ارتباطا وثيقا بوسائل الإنتاج ، هو ما اصطلح عليه المشرع مصطلح الحصة كون أن حصة المستفيد تتشكل من وسائل الإنتاج و حق الانتفاع. و لما كان الإستعمال المتكرر لوسائل يؤدي لا محال إلى زوالها ، كانت هذه الوسائل مملوكة ملكية تامة للمستفيدين و لا تندرج ضمن الحقوق العينية ، ليبقى حق الانتفاع يرد على شيء غير قابل

للإستهلاك ينصب على أرض فلاحية ملكيتها تابعة للدولة ، بشرط أن لا يستعمل هذا الحق استعمالاً تحرمه القوانين كتغيير الوجهة الفلاحية للأرض محل الحق مثلاً . علماً أن استعمال الحق من دون مراعاة المميزات الطبيعية لهذا النوع من الأراضي قد يعرضه إلى الزوال و للأبد ، إذا لم يحسن استعمالها و استغلالها ، من أجل ذلك عمل المشرع و بموجب قانون 19/87 على تكريس جملة من الإلتزامات تقع على عاتق المستفيد كان الغرض منها المحافظة على الطابع الفلاحي لهذا النوع من الأراضي ، و حتى لا يكون الإستغلال و الإستعمال معارضا لطبيعة هذا النوع من الأراضي .

لذلك نرى أن الأحكام حق الإنتفاع المتعلقة بإستعمال و إستغلال الأراضي الفلاحية لا تخرج عن الأحكام المقررة في القواعد العامة المكرسة بموجب المادة 847 من القانون المدني.

1. 1. 2. 2. 2. 1. 2. 1. 1 : حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الواقفية بموجب القانون رقم 10/ 91

يرد حق الإنتفاع على مال موقوف (عقار ، منقول ، منفعة) ، يخضع الإنتفاع به لإرادة الواقف ما لم يرد نهي عن ذلك في الشريعة الإسلامية حسب المادة 14 [05] . كما يجب أن تكون شروط الواقف الخاصة بكيفية الإنتفاع بالوقف غير ضارة بحقوق المستحقين و إلا كان لهؤلاء الحق في اللجوء إلى القضاء لإستصدار حكم يقضي بتغيير وجهة الإنتفاع بالملك الوقفي إلى ما هو أصلح على اعتبار أن شرط الواقف يحول دون الإنتفاع به [05] سواء تعلق الأمر بالأملاك الموقوفة وفقاً عاماً أو خاصاً . هذه الخاصية يجب أن لا نأخذ بها على إطلاقها ، سيما إذا ما تعلق الأمر بالإنتفاع بملك وقفي و الذي قد ينصب على أشياء قابلة للإستهلاك كوقف المصاحف و النقود و الثمار والتي لا يكون الإنتفاع بها إلا عن طريق استهلاكها ، ففي هذه الحالة يكون الإنتفاع بالشيء عن طريق استهلاكه .

و لا يمكن أن نتصور في هذه الحالة إلتزام الموقوف عليه برد الشيء المنتفع به بعد انتهاء الحق كما هو الحال بالنسبة لحق الإنتفاع في القواعد العامة ، لأن الوقف عقد تبرعي ينقل حق الإنتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل [05] و رغم ذلك يبقى الأصل في الإنتفاع بالوقف أن يرد هذا الأخير على شيء غير قابل للإستهلاك ضمان لصفة الديمومة التي يتمتع بها هذا النوع من الحق .

يضاف إلى هذه الخصائص المشتركة المذكورة أعلاه خاصية أخرى تتعلق بطبيعة الشخص المنتفع إذ نجد أن أوجه حق الإنتفاع سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع في القانون المدني أو قانون الأوقاف تخول صفة المنتفع لكل من الشخص الطبيعي و المعنوي [19] ص 174 باستثناء قانون 19/87 الذي يعترف بهذه الصفة للشخص الطبيعي [03] دون الشخص المعنوي بغرض تحقق مبدأ الإستغلال الشخصي و المباشر للأرض الذي كان يهدف إليه المشرع منذ الإستقلال ، و هو الشيء الذي لا يمكن أن يحصل إذا ما كان المنتفع شخصاً معنوياً .

2.2.1.1 : الخصائص غير المشتركة

بعد ما تطرقنا من خلال المطلب الأول إلى الخصائص المشتركة لكل من حق الإنتفاع المنصوص عنه في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة ، نحاول و من خلال هذا المطلب التطرق إلى الخصائص غير المشتركة أو المتباينة لأوجه حق الإنتفاع . هذه الخصائص غير المشتركة تتعلق بمدة سريان الحق و كذا المحل الذي ينصب عليه الحق ، تفصيل هاتين الخاصيتين يأتي من خلال الفرعين التاليين .

1.2.2.1.1 : مدة سريان كل حق

للبحث في مسألة مدة سريان كل حق ، لا بد أن نتعرض أولاً إلى مدة سريان حق الإنتفاع في القواعد العامة ، ثم مدة سريان حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة ، إما الممارس على الأراضي الفلاحية بموجب القانون 19/87 أو المتعلق بالأموال الموقوفة من خلال نقطتين .

1.1.2.2.1.1 : مدة سريان حق الإنتفاع في القانون المدني

لما كان حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني هو حق مؤقت ، كان و لا بد أن يكون لهذا الحق مدة سريان التي تنتهي بوفاء المنتفع ، ليعود هذا الحق بعد انتهائه لمالك الرقبة ، أو بانتهاء الأجل المحدد له ، سواء طال الأجل أو قصر و لو كان ذلك قبل وفاة المنتفع ، لأن واقعة الوفاة قد تضع حداً لنهاية الحق حتى قبل حلول أجله . هذا الحكم أكدته المادة 852 من القانون المدني بنصها :
((ينتهي حق الإنتفاع بانقضاء الأجل المعين فإن لم يعين أجل عد مقرر لحياة المنتفع ، و هو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين.....)) .

و لعل الحكمة من تقرير انتهاء حق الإنتفاع إما بانتهاء الأجل أو بموت المنتفع، ذلك أن حق الإنتفاع يعيق عملية تداول المال كونه غير مؤبد لا يورث ، لذا لا يستطيع الورثة المالكين للرقبة التصرف في الملكية المثقلة بحق الإنتفاع ، كما لا يمكن لمالك الرقبة أن يجد مشترياً للرقبة و هي معطلة أو مثقلة بحق الإنتفاع ، هذا ما يؤدي حتماً إلى تعطيل النفع العام بهذه الملكية ، من أجل ذلك جعل المشرع الحد الأقصى لهذا الوضع متوقفاً على حياة المنتفع ، أو قبله بانتهاء المدة المحددة له و لا ينتقل إلى الورثة ، بل ينتهي و تعود الملكية الكاملة لصاحب ملكية الرقبة .

بهذا الشكل نخلص إلى القول أن حق الإنتفاع يؤدي إلى الحد من حركة تداول المال بالإضافة إلى أنه يحمل في طياته عاملاً من عوامل عدم الإستقرار بسبب القاعدة التي نحن بصدددها ، كونه حق ينتهي بموت المنتفع ، هذا ما يحول دون معرفة مدة انقضائه حتى و لو تم الإتفاق على تحديد الأجل [16] ص 1192 ، مما يبعث على العزوف عنه .

1.1.2.2.1.2.1.1 : مدة سريان حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة

حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة هو ما تعلق بقانون 19/87 أو قانون 10/91، لنبحث من خلال هذه النقطة مدة سريان كل وجه على حدا .

1.1.2.2.1.2.1.1 : مدة سريان حق الإنتفاع في قانون 19/87

حق الإنتفاع بموجب هذا القانون هو حق مؤبد حسب ما يقضي به نص المادة 6 منه :
 ((تمنح الدولة المنتجين الفلاحين المعنيين بهذا القانون حق انتفاع دائم على مجمل الأراضي التي تتألف منها المستثمرة)) . إذ من خلال نص هذه المادة و كذا المواد المكملة لها من نفس القانون ، سيما المادة 8 و المادة 42 ، يتبين لنا أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية يختلف عن حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني من حيث مدة السريان. ذلك أن هذا الأخير مؤقت ينتهي بانتهاء الأجل أو بوفاة المنتفع ، في حين أن الحق في هذا المجال هو حق مؤبدا ، و لم تكن هذه الصفة مقتصرة على القانون رقم 19/87 ، بل حتى النصوص التشريعية السابقة و المنظمة لهذا الحق كانت هي الأخرى تعترف بهذه الخاصية [24] ص 12.

و ما دام هذا الحق حقا مؤبدا [25] ص 28 ، فإنه لا ينتهي بوفاة المستفيد ، كما يمنح بمقابل يدفع في شكل إتاوة يحدد وعاؤها قانون المالية ، و تم ذلك لأول مرة بموجب القانون رقم 33/88 المؤرخ في 1988/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1989 .

هذه الخاصية التي يتمتع بها هذا الحق جعلت منه حقا يشبه إلى حد ما الإجراءات الطويلة المدة أو ما يعرف باللغة الفرنسية **le bail Emphytéotique** ، لأن الطبيعة القانونية لهذه الإجراءات ليست أشياء يترتب عنها التزامات شخصية بين الأطراف، بل هي إجراءات طويلة المدة يكون محلها تأجير حقوق عينية عن طريق تمكين المستأجر من الإنتفاع بالعقار المملوك للمالك لمدة لا تقل عن 18 سنة [26] ص 161... 163 و لا تزيد عن 99 سنة مقابل دفع إتاوة و كلمة **emphytéotique** تعني المغارسة التي هي من أصل يوناني ، نظمت أحكام هذا النوع من العقود في الدول الغربية منها فرنسا في القانون الريفي بصفة مستقلة عن أحكام القانون المدني في المواد من 481 إلى 488 من القانون الريفي (**code rural**) [26] ص 157... 159 ، وهي عقود تاريخية الأصل لا تنطبق أحكامها على أية عقود أخرى [27] ص 147 ، من مزاياها أنها تتيح لكبار مالكي الأراضي البور الذين لا يتييسر لهم إصلاحها بأنفسهم أو على نفقتهم ، أن يجدوا مستأجرين لها يتكفلون بإصلاحها و تحويل طبيعتها من أراضي بور إلى أراضي فلاحية عن طريق الإستصلاح في مقابل الإنتفاع بها لمدة طويلة تعوضهم عما أنفقوه من مال و جهد في سبيل إصلاحها .

إذ تعد مثل هذه العقود بمثابة أداة قانونية فعالة لتعمير الممتلكات و زيادة الثروة ، إذ لولاها لبقية أكثر الأراضي البور مهملة من دون تعميم ، مما ينعكس سلبا على الموارد الاقتصادية الأساسية لأية دولة .
غير أنه لكي يؤدي عقد الأنفييتوز *emphytéose* وظيفته الاقتصادية كان و لابد أن تراهن التشريعات على تعزيز حقوق المستأجر ، و أن تعطيه بعض الضمانات و التسهيلات التي تميزه عن المستأجر العادي و تشجعه على التعامل بمقتضى هذا العقد .
أهم هذه الضمانات نجد :

- فيما يتعلق بالمدة فإنها لا تقل عن 18 سنة [25] ص 22...23 و لا تزيد عن 99 سنة .
- فيما يتعلق بالأتاوة (*redevance*) تكون قليلة لأن المستأجر يلتزم بالإضافة إلى دفع هذه الأجرة بنفقات أخرى تتعلق بالتعمير و الإصلاح ، و تستمر الأجرة المحددة في العقد طوال مدة الإيجار دون أن تعدل قيمتها مهما زادت قيمة الأرض فيما بعد نتيجة زيادة قيمة الأعيان أو بسبب تعميروها .
- يجوز للمستأجر أن يتصرف في حق إيجار ببيعو أو رهنه أو تأجير العين من الباطن كما يكون هذا الحق قابل للإنتقال عن طريق الوفاة إلى الورثة و تبقى جميع هذه التصرفات تخضع لإجراءات الشهر العقاري بإعتبار حق المستأجر حقا عينيا عقاريا [28] ص 820... 821 .

مثل هذه العقود عرفتها أيضا الشريعة الإسلامية ، إذ بمقتضاها يجوز إعطاء منفعة العين إلى غير مالكوها لمدة طويلة أو لمدة غير معينة ، هذا ما أخذت به بعض التشريعات العربية و هو ما يعرف بحق الحكر، كالمشرع المصري الذي نظم أحكامه في القانون المدني المواد من "999- 1014" .
و حق الإنتفاع هذا المتناول من طرف المشرع الجزائري الخاص بالأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، عرف تطور تشريعي أدى هذا التطور إلى التأثير و بشكل مباشر على خصائص الحق من حق مؤقت بناء على الأمر رقم 653/68 المؤرخ في 1968/12/30 ، إلى حق دائم و مؤبد في كل من قانون الثورة الزراعية ، و كذا القوانين التي تلتها منها قانون 19/87 المتعلق بإستغلال الأراضي الفلاحية و حتى قانون توجيه العقاري رقم 25/90 المعدل و المتمم .
و بهذا الشكل أصبح المنتفع مالكا لحق الإنتفاع على وجه التأييد و على الشيوع في المستثمرات الفلاحية الجماعية حيث تنص المادة 08 من قانون 19/87: ((تكون الحقوق العينية العقارية كما حددتها المادتان 6 و 7 من نفس القانون ، و الممنوحة على الشيوع و بالتساوي بين أعضاء الجماعات قابلة للنقل و التنازل و الحجز طبقا لأحكام هذا القانون و التشريع المعمول به)) ، أما بالنسبة للمستثمرات الفردية يكون تملك الحق بصفة فردية.

و لما كان هذا الحق حقا مؤبدا فإنه ينتقل عن طريق الميراث إلى الورثة شريطة أن يقوم هؤلاء الورثة بإستغلال و إستعمال هذا الحق سواء كانت هذه المستثمرات مستثمرات فلاحية جماعية أو فردية ، وإذا تعدد الورثة يمكن لهم أن يختاروا واحدا منهم يمثلهم في الحقوق و الواجبات المقررة قانونا .

كما يمكنهم أن يتنازلوا عن هذا الحق بمقابل أو مجاناً لأحدهم ، أو يبيعوا حصتهم حسب الشروط المحددة في المادة 24 من قانون 19/87 ، و إذا تعذر على أحد الورثة ممارسة حقه سواء لعجز بدني مثبت قانوناً أو ممارسة مهمة انتخابية ، يقوم باختيار شخص على نفقته و يبقى هو ملتزماً بصفة شخصية و مباشرة تجاه المستثمرة [29] ص 09، أما إذا توفى المنتفع و لم يكن له ورثة في هذه الحالة تطبق أحكام الشغور. و تبقى مدة التنازل هي التي لم تستقر عليها التشريعات منذ صدور قانون 19/87 فبموجب هذا القانون كان لا يجوز التنازل عن الحصص ، إلا في حالة الوفاة خلال الخمس سنوات الأولى ابتداء من تاريخ تكوين المستثمرات الفلاحية حسب نص المادة 2/23 منه ، لكن هذه المدة عدلت فيما بعد بموجب المادة 84 من قانون التوجيه العقاري لتصبح مدة التنازل هي 10 سنوات ، ثم ألغيت المدة تماماً بمقتضى المادة 12 من الأمر 95-26 المؤرخ في 1995/12/25 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري .

لكن سرعان ما تغيرت خاصية الدوام بالنسبة لهذا الحق و ذلك بصدور قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03 ، إذ أصبح حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية حقا مؤقتاً بعدما كان حقا مؤبداً يتمتع به المستفيد مقابل دفع إتاوة سنوية ، هذا ما تقضي به الفقرة الثالثة من نص المادة 03 من القانون المشار إليه أعلاه .

هذه المدة لم يحددها القانون ، في انتظار صدور نصوص تطبيقية له تعمل على تحديدها وهكذا أصبح حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية محدد المدة بعدما كان مؤبداً بموجب قانون المستثمرات الفلاحية رقم 19/87 ، علماً أن قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 لم يلغي صراحة قانون المستثمرات الفلاحية رقم 19/87 ، و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على التعارض و التناقض الصارخ بين القانونين .

1. 2. 2. 1. 2. : مدة سريان حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية

عملاً بأحكام نص المادة 28 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف و التي تنص: ((يبطل الوقف إذا كان محدد بزمن)) ، فإن حق الإنتفاع بالأملاك الموقوفة يكون مؤبداً ، على اعتبار أن الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير [05] .

بهذا الشكل نخلص إلى القول أن حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية يكون هو الآخر مؤبداً - مهما كان نوع الوقف سواء عاماً أو خاصاً - إذ يخول للموقوف عليهم استعمال و استغلال الشيء محل الوقف دون التصرف ، هذا ما تشير إليه نص المادة 18 من قانون الأوقاف بنصها : ((ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تنتجه و عليه استغلالها استغلالاً غير متلف للعين و حقه حق انتفاع لا ملكية)) . و القصد من التصرف هو ذلك الذي يمس أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل [05] ، مهما كان نوع الوقف سواء كان الوقف وقفاً

عاما أو خاصا ، فلا يجوز تبعا لذلك اكتساب الأملاك الوقفية بالتقادم عملا بالقاعدة القانونية التي تقر بأنه كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز اكتسابه بالتقادم [30] ص 116...117 .

أما حق الإنتفاع يجوز حجزه لأن الحجز يشمل المنفعة أو الغلة - أي حق الانتفاع دون ملكية الرقبة - [05] ، و منه يتبين أن الإنتفاع بالملك الوقفي غير مرتبط بقاعدة عدم قابلية التصرف ، ذلك أن هذا الحق قابل للإنتقال و الحجز إلى غير ذلك من التصرفات التي تؤدي إلى انتقاله.

نترك تفصيل هذا الحكم عند التطرق إلى أسباب انتقال هذا النوع من الحق من خلال الفصل الثاني من هذا الباب .

بعد هذا العرض يمكن القول أن حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية مختلف عن حق الإنتفاع المنصوص عليه في القواعد العامة ، لأن حق الإنتفاع المنصوص عليه بموجب قانون الوقف هو حق عيني مؤبد ، يمكن أن ينتقل إلى الأشخاص الذين يحددهم الواقف في العقد المنشأ للوقف [31] ص 92...93 . في حين أن حق الإنتفاع المنصوص عليه بموجب القانون المدني هو الآخر حق عيني إلا أنه ينتهي بموت المنتفع ولا ينتقل إلى الورثة ما دام أن الحق في حد ذاته هو حق مؤقت .

كما يوجد هناك فرق آخر بين حق الإنتفاع بالوقف و حق الإنتفاع في القانون المدني ، ذلك أن أعمال الإدارة و الصيانة التي يتطلبها الحق يتولاها ناظر الوقف إذا ما كان حق الإنتفاع مترتبا على ملك وقفي في حين مثل هذه الأعمال التي يقوم بها المنتفع عند ممارسته لحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، نجده هو الذي يشرف شخصيا على إدارتها و تسييرها و صيانة حقه ، باعتباره المستفيد الأول منه [21] ص 66...67 .

1. 1. 2. 2. : موضوع أو محل حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة

تعرضنا في الفرع الأول إلى مدة سريان كل حق على اعتبار أنها خاصية غير مشتركة لأوجه حق الإنتفاع قيد الدراسة ، لنحاول و من خلال هذا الفرع التطرق إلى خاصية أخرى غير مشتركة تتعلق بموضوع حق الإنتفاع في حد ذاته ، سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع في القانون المدني أو حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة محل الدراسة .

و لقد سبق القول أن كل من حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني أو في التشريعات الخاصة يقع على أشياء غير قابلة للإستهلاك و هي خاصية مشتركة لأوجه الحق كأصل ، إلا أن هذه الحقوق تختلف من حيث طبيعة الأشياء أو محل الشيء الذي ترد عليه .

لدراسة هذه الخاصية قسمنا هذا الفرع إلى نقطتين أساسيتين ، خصصنا الأولى لطبيعة محل حق الإنتفاع في القانون المدني أو في القواعد العامة ، على أن تكون النقطة الثانية متعلقة بطبيعة محل الحق في التشريعات الخاصة قيد الدراسة .

1. 2. 2. 2. 1. 1: محل حق الإنتفاع في القانون المدني

ينصب حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني على أشياء غير قابلة للإستهلاك حسب ما تشير إليه المادة 685 من القانون المدني الجزائري حتى يضمن مالك الرقبة عودة هذه الأشياء إلى ملكيته بعد انتهاء حق الإنتفاع ، أما الأشياء التي يؤدي استعمالها إلى استهلاكها لا يترتب عليها حق انتفاع و الأشياء القابلة للإستهلاك هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها يدخل ضمن هذه الأشياء ، الأشياء المادية كالعقارات سواء كانت مبنية أو غير مبنية ، الأسهم و السندات و القيم المنقولة التي لحاملها [32] ص 118...120 ، و قد يرد حق الإنتفاع على أشياء معنوية تنصب على ملكات ذهنية متعلقة بالفكر منها : براءة الإختراع ، الرسوم و النماذج الصناعية ، العلامات التجارية و الصناعية ، البيانات التجارية كالإسم و العنوان التجاري .

فمثلا براءة الإختراع تمكن المخترع من التنازل عن حق الإنتفاع بها لفائدة الغير عن طريق إبرام عقد يعرف بعقد الترخيص ، بمقتضاه يتمكن هذا الأخير من استغلال البراءة مقابل أجر يدفعه للمخترع عن الفترة التي يستغل فيها البراءة ، و إذا انتهت مدة الإستغلال عاد الحق لمالك البراءة .

هذا الحكم كرسه المادة 37 من الأمر رقم 07/03 المتعلق ببراءات الإختراع [33] و هو الحكم نفسه عندما يتعلق الأمر بالعلامات التي يجوز و بموجبها منح رخص استغلال للغير حسب ما يشير إليه الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات [34] بموجب المادة 09 منه التي تنص : ((...حق ملكية العلامة يخول لصاحبه حق التنازل عنها و منح رخص استغلال)).

كما يمكن أن يكون حق الإرتفاق هو الآخر محلا لحق الإنتفاع ، بشرط أن يشمل حق الإنتفاع العقار المترفق و حق الإرتفاق معا ، ذلك أن حق الإنتفاع لا يترتب على حق الإرتفاق مستقلا عن العقار المترفق . كما قد يكون محل حق الإنتفاع مجموعا من المال ، سواء كان مجموعا قانونيا أو مجموعا واقعا كالمترج أو قطيع من المواشي .

1. 2. 2. 2. 1. 1: محل حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة

محل حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة يشمل كل من محل حق الإنتفاع بموجب قانون 19/87 وكذا محل حق الإنتفاع الذي تضمنه قانون الأوقاف رقم 10/91 ، تفصيل ذلك يكون على النحو التالي .

1. 2. 2. 2. 2. 1. 1: محل حق الإنتفاع بموجب قانون 19/87

ينصب حق الإنتفاع بموجب هذا القانون على أراضي فلاحية تكون ملكيتها تابعة للدولة تتمثل في أصناف متعددة ، عملت المواد من 04 إلى 10 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 على تحديدها من بين هذه الأصناف نجد : أراضي فلاحية خصبة جدا ، أراضي خصبة ، أراضي متوسطة الخصوبة و أخرى ضعيفة الخصوبة .

حيث كان مرد هذا التقسيم هو الإعتماد على ضوابط تتعلق بعلم التربة و لانحدار و المناخ و السقي .

فالأراضي الخصبة جدا : هي تلك الأراضي التي تكون طاقتها الإنتاجية عالية ، من أهم مميزاتها أنها أراضي عميقة حسنة التربة ، مسقية أو قابلة للسقي .

الأراضي الفلاحية الخصبة : هي أراضي متوسطة العمق ، تكون مسقية أو قابلة للسقي أو الحسنة العمق غير المسقية الواقعة في المناطق الرطبة أو شبه الرطبة لا تحتوي على أي عائق طبوغرافي .

أراضي فلاحية متوسطة الخصوبة :

- هي أراضي مسقية تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية و العمق ، أو أراضي غير مسقية متوسطة العمق و نسبة الأمطار فيها متغيرة و لا تحتوي على عوائق طبوغرافية .

- أراضي غير مسقية تحتوي على عوائق متوسطة في طبوغرافية و في العمق و رسوخها كبير و نسبة الأمطار فيها متغيرة.

- أراضي غير مسقية متوسطة العمق و نسبة الأمطار فيها متوسطة أو مرتفعة تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية .

- أراضي فلاحية ضعيفة الخصوبة بها عوائق طبوغرافية كبيرة تتعلق بنسبة الأمطار و العمق و الملوحة و البنية و الانجراف .

هذا التصنيف هو تصنيف غير كافي عمليا فلا بد على المشرع أن يصدر تنظيما يحدد بدقة كيفية تصنيف هذه الأراضي و مكان تواجدها ، بالإضافة إلى ضرورة أن يرفق هذا التصنيف بخرائط جغرافية تحدد كل صنف على حدا .

1. 2. 2. 2. 2. 1. 1 : محل حق الإنتفاع في قانون الأوقاف رقم 10/91

إن محل حق الإنتفاع بملك وقفي يعد في حد ذاته ركنا من أركان الوقف ، يضاف إليه كل من ركن الواقف ، الموقوف عليه ، الصيغة . و لا نريد في هذا المقام أن نغوص في تفصيل هذه الأركان، بل نترك ذلك إلى حين دراسة الوقف كسبب من أسباب ثبوت حق الإنتفاع به من خلال الفصل الثاني من هذه الدراسة مكتفين بإبراز محل حق الإنتفاع بملك وقفي في هذا المقام إذ ينصب محل الوقف على عقار أو منقول أو منفعة، كما يجب أن تتوافر فيه جملة من الشروط حددها الفقه تتمثل فيما يلي :

1 – أن يكون المال متقوما و هو ما كان في حيازة الإنسان و جاز الإنتفاع به شرعا .

2 – أن يكون معلوما حين الوقف ، علما ينفي عنه الجهالة .

3 – أن يكون ملكا للواقف .

4 – أن يكون مالا ثابتا، أي تكون العين صالحة للبقاء و قابلة للوقف بطبيعتها كالعقارات و هي الأصل في الوقف و المنقول كاستثناء حتى تتحقق صفة الدوام و هو موقف المذهب الحنفي .

5 – أن يكون محل الوقف مفرزا لا مشاعا ، و إذا كان الوقف مشاعا لا يتم وقفه إلا بعد القسمة [35]

في حين المشرع الجزائري عدد أركان الوقف بموجب المادة 09 من قانون الأوقاف رقم 10/91 ، هذه الأركان لا تخرج عن ما هو محدد شرعا ، نجد من بينها ركن المحل الذي هو قيد الدراسة ، حيث خصه هو الآخر بشروط نردها تبعا :

- 1 - يرد محل الوقف إما على عقار أو منقول أو منفعة [05] ، و بالتالي لا يشترط في المحل أن يكون ثابتا مخالفا بذلك موقف المذهب الحنفي .
- 2 - أن يكون معلوما و محدد و مشروعا ، هذا ما تطرقت إليه المادة 02/11 [05] .
- 3 - أن تكون العين محل الوقف مملوكة للواقف حسب المادة 01/10 [05] .
- 4 - يرد الوقف على مال مفرز و إذا كان المال مشاعا يتعين في هذه الحالة القسمة ، هذا ما تؤكدته المادة 03/11 [05] .

ما يمكن قوله حول هذه الشروط التي أتى بها المشرع الجزائري و التي تخص العين موقوفة أو المحل أنها شروط لا تخرج في مضمونها عن تلك المحددة في الفقه .
 إلا أننا نلاحظ أن شرط ملكية العين الموقوفة تطرق إليه المشرع ضمن شروط الواقف في المادة 10 و كان من الأجدر إدراج هذا الشرط ضمن أحكام المادة 11 ما دام أن هذه الأخيرة تتعلق بشروط المحل .
 يضاف إلى هذه الملاحظة ملاحظة أخرى تتعلق بصحة وقف المال المشاع مع تقرير القسمة في هذه الحالة ، نرى أنه من الأجدر إعادة صياغة الفقرة الأخيرة من نص المادة 11 التي احتوت هذا الشرط ما دام أن وضع الشيوخ لا يستقيم و الوقف بل يجب أن يكون المال مفرزا لتكون الصياغة على النحو التالي : ((.....أن يكون المال مفرزا لا مشاعا)).

من خلال هذا المبحث تطرقنا إلى تعريف و تحديد خصائصه أوجه حق الإنتفاع ، لنحاول من خلال المبحث الأخير لهذا الفصل تمييز أوجه الحق قيد الدراسة عن بعض الأنظمة أو الحقوق المشابهة له حتى يكتمل تحديد المفهوم .

3.1.1 : تمييز حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة قيد الدراسة عن الحقوق المشابهة لها

قد تحتدم التفرقة بين أصناف حق الإنتفاع و بعض الحقوق الأخرى ، نظرا لإشراكها في بعض العناصر و المميزات واختلافها في بعض العناصر الأخرى.
 من أهم الحقوق الشبيهة نجد : من حق الإستعمال و السكن ، حق الإرتفاق ، يضاف إليهما حق آخر له علاقة أو صلة بحق الإنتفاع من حيث المقارنة ، ألا وهو حق الحكر الذي أتى به المشرع الجزائري لأول مرة بموجب القانون رقم 07/01 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف ، لتصبح هذه الحقوق من نفس طبيعة حق الإنتفاع باعتبارها من الحقوق العينية .

و عليه سوف نتناول بالدراسة هذه الحقوق محاولين الوقوف عند الأحكام المشتركة و الأحكام غير المشتركة بينها و بين أوجه حق الإنتفاع ، وذلك بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نخصص لكل حق مطلب.

1.3.1.1: تمييز أوجه حق الإنتفاع عن حق الاستعمال و السكن

لم يتطرق المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الأخرى إلى تعريف حق الاستعمال و السكن مكتفيا بتنظيم أحكام هذا الحق في المواد من 855 إلى 857 من القانون المدني .

من بين التعريفات الفقهية لحق الإستعمال ، نجد تعريف الدكتور عبد الرزاق السنهوري الذي يعرفه " على أن حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره و يخول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته " [10] ص 175 .

أما حق السكن فلا يخرج مدلوله عن حق الإستعمال شريطة أن ينصب الإستعمال على السكن. من خلال هذا التعريف الخاص بحق الإستعمال و السكن، يمكن أن نستخلص بعض الأحكام المشتركة وأخرى غير المشتركة بين أوجه حق الإنتفاع محل المقارنة عبر الفرعين التاليين .

1.1.3.1.1: الأحكام المشتركة

تنص المادة 857 من القانون المدني على أن القواعد المنظمة لأحكام حق الإنتفاع تسري على حق الإستعمال و حق السكن : ((تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال و حق السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين و ذلك مع مراعاة الأحكام المتقدمة)) . فكل هذه الحقوق سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع بأوجهه المتعددة قيد الدراسة أو بحق الإستعمال و السكن هي من طبيعة واحدة ، ذلك أن هذه الحقوق ترد على شيء مملوك للغير كما أن أصحاب هذه الحقوق لا يمارسون سوى عنصر الإستعمال دون حق التصرف لأن هذا الأخير يمارسه مالك الشيء . إلا أن حق الإستعمال يتفرع عن حق الإنتفاع ، حيث أن هذا الأخير يشمل عنصر الإستعمال و الإستغلال ، في حين أن صاحب حق الإستعمال لا يمارس سوى عنصر الإستعمال دون الإستغلال ، فلا يجوز له أن يؤجر الشيء المستعمل إلى الغير لأنه لا يملك سلطة الإستغلال .

أما السكن فيتفرع عن حق الإستعمال ، لأنه يقتصر على نوع معين من الإستعمال يكون محله دارا يسكن فيها صاحب حق السكن و أسرته، و بالتالي يعتبر كل من الإستعمال و السكن بمثابة صورة مقيدة

لحق الإنتفاع و يراعى في تقدير هذان الحقان سد حاجة المستفيد و أسرته فقط ، والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق الإستعمال من زوجة وأولاد و أقارب يقطنون معه .

كما نجد أيضا من الأحكام المشتركة بين حق الإنتفاع محل الدراسة و حق الإستعمال و حق السكن ، أن الإلتزامات التي تقع على عاتق صاحب حق الإستعمال و صاحب حق السكن أو السكنى هي ذات الإلتزامات التي تقع على عاتق المنتفع من إستعمال الشيء فيما أعد له ، و حفظه مع القيام بكل أعمال الصيانة . بالإضافة إلى أن كل من حق الإستعمال و السكن و كذا حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني يشتركون في طريقة الإنتهاء التي تقرر بموت صاحب الحق أو بإنقضاء الأجل و بهلاك الشيء ، بعدم الإستعمال ، بتملك محل الحق بالتقادم .

و النتيجة التي نخلص إليها أنه إذا خصص حق للإستعمال دون الإستغلال كان الحق حق استعمال و إذا خصص حق الإستعمال للسكن دون غيرها من أوجه الإستعمال كان هذا الحق هو حق السكن . في حين أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية لا ينتهي بموت صاحب الحق لأنه حق مؤبد ، يشمل كل من عنصر الإستعمال و الإستغلال هذين العنصرين مقيدتين بشروط قانونية محددة سلفا يترتب عن الإخلال بهذه الشروط سقوط الحق في الإنتفاع .

أما وجه المقارنة لحق الإستعمال و السكن مع حق الإنتفاع بالوقف يكمن في أن هذان الحقان يخولان لصاحبهما عنصر الإستعمال على النحو الذي سبق تبيانه و حتى الإنتفاع بالوقف يخول هو الآخر لصاحبه حق الإستعمال و قد يخول أيضا حق السكن إذا ما كان محل الوقف منزلا يشترط الواقف أن يكون الإنتفاع مقصورا على السكن ، ليصبح بهذا الطرح حق الإنتفاع بالوقف يتضمن في طبيعته حق السكن . ويبقى الفرق بينهما يكمن في أن حق السكن مقصور على المنتفع و من يعولهم من أفراد عائلته أو أقاربه و هو حق مؤقت ، في حين أن الإنتفاع بالوقف يكون على وجه التأييد، حيث ينتقل هذا الحق إلى أفراد متعاقبين يحدد لهم الواقف في عقد الوقف .

فإذا كانت الأحكام السابق الإشارة إليها هي بمثابة أحكام مشتركة في عمومها، فما هي الأحكام غير المشتركة ؟ تكون الإجابة على هذا السؤال من خلال الفرع ثاني .

2.1. 3.1.1 : الأحكام المختلفة

نتناول من خلال هذا الفرع الأحكام المختلفة بين أوجه حق الإنتفاع محل الدراسة و حق الاستعمال و السكن من خلال نقطتين التاليتين .

3.1.1. 2.1. 1: أوجه الاختلاف بين حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني

و حق الاستعمال و السكن

يختلف حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني عن حق الاستعمال و السكن من حيث طبيعة المال محل الحق ، لأن حق الإنتفاع المكرس في القواعد العامة يرد على عقار كما قد يرد على منقول بالإضافة إلى أن حق الإنتفاع هذا نجده يتكون من عنصرين هما عنصر الإستعمال و عنصر الإستغلال . في حين أن حق الإستعمال و حق السكن لا يتكونان إلا من عنصر واحد ألا و هو عنصر الإستعمال فقط و تبقى الأحكام الأخرى التي تسري على حق الإستعمال و حق السكن هي أحكام يشترك فيها هذان الحقان مع حق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني ، إلا ما تعارض منها مع طبيعة حق الإستعمال و السكن حسب نص المادة 857 من القانون المدني الجزائري.

3.1.1. 2.1. 2: أوجه الاختلاف بين حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة و حق الإستعمال و السكن

يشترك كل حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لمليتها للدولة بموجب قانون 19/87 و حق الإستعمال و السكن المنصوص عليهما في القانون المدني من حيث طبيعة المال محل الحق باعتبار أن هذه الحقوق ترد على عقار و ليس منقول . و لا يكون حق الإستعمال و حق السكن محل تنازل إلا بناء على شرط صحيح و مبرر قوي كالحالة التي يوصي فيها الشخص بسكنى منزله لأولاده ، و إذا بالبيت في المستقبل يصبح لا يليق بسكناهم ، فلا يستطيعون سكن هذا المنزل كما لا يستطيعون إيجاره لغيرهم، و الإنتفاع بالأجرة في استئجار مسكن لهم من أجل ذلك أجازت المادة 856 من القانون المدني النزول عن حق الإستعمال أو حق السكن إذا و جد شرط صريح أو مبرر قوي [16] ص 1257 . في حين أن حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة محل الدراسة هو حق قابل للتنازل و الحجز من دون مبرر قوي ، و سيأتي تفصيل ذلك الحق عند التطرق إلى أسباب انتهاء حق الإنتفاع في الباب الثاني .

3.1.1. 2: التمييز بين أوجه حق الإنتفاع و حق الإرتفاق

بعدها تطرقنا من خلال المطلب الأول إلى تمييز حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة عن حق الإستعمال و السكن ، نحاول من خلال هذا المطلب التمييز بين أوجه حق الإنتفاع و حق آخر ألا و هو حق الإرتفاق هذا الأخير عرفه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 867 من القانون المدني بأن :

((الإرتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر و يجوز أن يترتب الإرتفاق على مال إذا كان لا يتعارض مع الإستعمال الذي خصص له هذا المال)) .

من خلال تعريف المشرع لهذا الحق يمكننا أن نشق الخصائص المشتركة و غير المشتركة بين حق الارتفاق و أوجه حق الإنتفاع من خلال الفرعين التاليين .

1.2. 3.1.1: الأحكام المشتركة بين أوجه حق الإنتفاع و حق الارتفاق

يمكننا تصنيف الأحكام المشتركة إلى أحكام تشترك فيها كل الحقوق ، و أحكام أخرى يكون وجه التطابق أو الإشتراك مقتصرًا على البعض منها دون البعض الآخر .
لهذا نحاول أن نتطرق من خلال النقطة الأولى التطرق إلى الأحكام المشتركة بين كل الحقوق ، أما النقطة الثانية نخصصها لأحكام هي الأخرى مشتركة و لكن تقتصر على البعض منها .

1.1.2. 3.1.1 : الأحكام التي تشترك فيها مجمل الحقوق

من بين الأحكام المشتركة للمجمل هذه الحقوق نجد ما يلي :

1 - هذه الحقوق هي في مجملها حقوق عينية سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع المنصوص عنه في القواعد العامة أو حق الإنتفاع في التشريعات الخاص ، الذي يشمل كل من حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية و حق الإنتفاع بالوقف ، على اعتبار أنها حقوق من نفس الطبيعة [16] ص 1259 بما في ذلك حق الارتفاق الذي يعتبر هو الآخر حقا عينيا يترتب على عقار لفائدة عقار آخر [36] ص 74...73 .

2 - هذه الحقوق هي حقوق عينية أصلية متفرعة عن حق الملكية ، إلا أن الاختلاف بينها و بين حق الارتفاق يكمن في أن أوجه حق الإنتفاع قيد الدراسة تنقرر على عين معينة لفائدة شخص، في حين أن حق الارتفاق يتقرر على عقار يسمى بالعقار الخادم لمنفعة عقار آخر يسمى بالعقار المخدوم [37] ص 43 .

3 - قد ترد هذه الحقوق العينية على عقار، سواء تعلق الأمر بأوجه حق الإنتفاع محل الدراسة أو حق الارتفاق ، على اعتبار أن هذا الأخير يحد من منفعة العقار الذي يرد عليه و من ثم فلا يصح أن يكون المنقول محلا لحق الارتفاق ، كما أن العقار الذي يكون محلا لحق الارتفاق يجب أن يكون عقارا بطبيعته و ليس عقارا بالتخصيص لأن العقارات بالتخصيص في الأصل هي منقول.

2.1.2. 3.1.1 : الأحكام التي تشترك فيها بعض الحقوق دون البعض الآخر

إن الأحكام التي سنردها تبعا هي الأحكام التي تشترك فيها بعض الحقوق و ليس كل الحقوق موضوع المقارنة ، من بين هذه الأحكام ما تعلق بخاصية الدوام ، فبالنسبة لحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية تابعة ملكيتها للدولة بموجب قانون 19/87 هو حق دائم ، هذه الخاصية قد

تكون خاصية مشتركة بين هذا الحق و حق الارتفاق سيما و أن هذا الأخير- حق الارتفاق – الذي نجد من بين أسباب كسبه الميراث ، مما يفيد على أنه حق دائم حسب ما تشير إليه المادة 868 من القانون المدني ، يضاف إلى هذا النص قرار قضائي صادر عن للمحكمة العليا [38] ص 177 بحيث أقرت الغرفة العقارية مبدأ مفاده : ((من المقرر قانوناً أنه ينشأ حق الارتفاق على الموقع الطبيعي للأمكنة ، أو يكتسب بعقد شرعي أو بميراث إلا أنه لا يكتسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها المرور و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخرق و الخطأ في تطبيق القانون ليس في محله)) .

كما يجوز أن يقترن حق الارتفاق و هو يتمتع بهذه الصفة بأجل واقف أو فاسخ ، إذ يحق لمالك العقار أن يرتب على عقاره حق إرتفاق لفائدة عقار آخر و يحدد لبداية حق الارتفاق أجلا لا ينشأ إلا عند حلوله و هذا الأجل هو الأجل الواقف ، أو يضرب لنهايته أجلا و هذا هو الأجل الفاسخ [16] ص 1265 حسب نص المادة 878 من القانون المدني الجزائري ، و بالتالي حق الارتفاق و هو يتمتع بهذه الصفة قد يتبع حق الملكية في العقار المرتفق فيدوم بدوامه . كما أن خاصية الدوام هذه تثبت أيضا لحق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية المكرس بموجب قانون 10/19 ، تبعا لذلك يقع باطلا الوقف إذا كان محددًا بزمن هذا ما تقضي به المادة 28 من قانون الأوقاف .

بعد هذا العرض يمكن أن نستنتج بأن خاصية الدوام قد تكون خاصية يشترك فيها كل من حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية بموجب قانون 19/87 و حق الإنتفاع بالأملاك الوقفية ، بما في ذلك أيضا حق الارتفاق .

لكن و ما دام أن صفة الدوام في حق الارتفاق ليست من جوهره ، إذ يجوز أن يكون هذا الحق حقا مؤقتا إذا ما اقترن بأجل مثلا ، أو عندما ينتهي و بصفة مستقلة عن حق الملكية بأسباب متعددة منها: عدم الإستعمال لمدة عشر سنوات أو لمدة ثلاث و ثلاثين سنة إذا كان مقرا لمصلحة مال موروث تابع لعائلة، بالإضافة إلى سقوطه بالتقادم ، و هي الأسباب التي تطرقت إليها المادة 879 من القانون المدني الجزائري . يضاف إلى هذه الأسباب سبب آخر يتعلق بتغير وضع الأشياء نصت عليه المادة 880 ، بحيث تصبح في حالة لا يمكن فيها استعمال هذا الحق ، إلا أنه قد يعود بتغير وضع الأشياء إذا عادت إلى وضع يمكن من خلاله استعمال الحق ، ما لم يسقط بعدم الإستعمال حسب ما هو محدد في نص المادة 879 و هي الحالة التي تفيد بأن حق الارتفاق قد ينقضي بصفة مستقلة عن حق الملكية بالرغم من أنه حق مرتبط بالملكية .

و عليه إذا ما كان حق الارتفاق حقا مؤقتا ، تكون هذه الخاصية هي خاصية مشتركة بينه و بين حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني ، لأن هذا الأخير و كما سبق الذكر حق مؤقت ينتهي بانقضاء

الأجل ، و إذا لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ينتهي بموت المنتفع حسب ما تقضي به المادة 852 من القانون المدني الجزائري .

3.1.1.2: الأحكام التي يقتصر تطبيقها على حق الارتفاق

بعدما تعرضنا إلى الأحكام التي تشترك فيها أوجه حق الانتفاع مع حق الارتفاق في الفرع الأول ننتقل و من خلال هذا الفرع إلى دراسة الأحكام غير المشتركة التي يقتصر تطبيقها على حق الارتفاق مراعاة في ذلك لطبيعة الحق في حد ذاته ، و التي لا يمكن أن تثبت لأوجه حق الانتفاع محل الدراسة . من بين هذه الأحكام نجد أن حق الارتفاق هو حق تابع ، أي يتبع العقار المرتفق و من ملحقاته الإيجابية لا ينفصل عنه مهما طرأ على هذا العقار من تصرفات ، و لو كانت هذه التصرفات تصرفات ناقلية للملكية فإذا بيع العقار المرتفق به أو وهب أو ترتب عليه حق الانتفاع أو حق الرهن، فتسري عليه هذه التصرفات وينتقل العقار إلى المشتري أو الموهوب له أو المنتفع و هو مثقلا بحق الارتفاق [16] ص1264.

3.1.1.3: تمييز أوجه حق الانتفاع عن حق الحكر

يعرف الحكر على أنه عقد يكسب المحكر بمقتضاه حقا عينيا يخوله الانتفاع بالأرض و إقامة بناء عليها أو باستعمالها للغرس أو لأي غرض آخر و ذلك في مقابل أجره معينة ، أما المشرع الجزائري نجده قد استحدث هذا الحق و لأول مرة بموجب القانون رقم 01-07 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف في المادة 26 مكرر 02 التي تنص: ((يمكن ان تستثمر عند الإقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء / أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد ، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء / أو الغرس و توريثه خلال مدة العقد ، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون رقم 10/91 المؤرخ)).

من خلال هذا النص يمكن أن نعرف حق الحكر في التشريع الجزائري على أنه حق عيني يرد على أرض موقوفة وقفا عاما تكون معطلة ، يخول هذا الحق لصاحبه استعمال و استغلال الأرض بإقامة بناء أو أغراس لمدة محددة مقابل دفع إيجار سنوي يحدد في العقد المنشأ للحق نظير انتفاعه بالبناء و الغرس و هو حق قابل للتوريث أثناء سريان العقد ، و لا يمكن أن يكون محل الحق أرض موقوفة وقفا خاصا لأن الوقف الخاص يخضع في أحكامه للقانون المدني حسب ما تقضي به المادة الأولى من قانون الأوقاف المعدلة بموجب المادة الثانية من القانون رقم 01-07 .

من خلال هذا التعريف يمكننا أن نقارن بين حق الحكر و حق الانتفاع بأوجهه المتعددة إذ تقتضي منا المقارنة في هذا المجال الوقوف على أوجه التشابه و الاختلاف بين حق الحكر و أوجه حق الانتفاع و ذلك

بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، نخصص الفرع الأول للمقارنة بين حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني و حق الحكر، بينما في الفرع الثاني نتطرق إلى مقارنة حق الإنتفاع المنصوص عليه في قانون 19/87 و حق الحكر على أن يكون الفرع الثالث و الأخير متعلقا بالمقارنة بين حق الإنتفاع بملك وقفي و حق الحكر .

3.1.1.3.1: المقارنة بين حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني و حق الحكر

لدراسة هذه الأحكام نقسم هذا الفرع إلى نقطتين نخصص الأولى للأحكام المشتركة، بينما تكون النقطة الثانية متعلقة بأوجه الاختلاف .

3.1.1.3.1.1: الأحكام المشتركة

يشترك هذان الحقان من حيث الطبيعة باعتبارهما من الحقوق العينية التي تخول لصاحبها سلطة استعمال و استغلال الشيء محل الإنتفاع من دون وساطة صاحبه ، هذا الإنتفاع يشمل عنصر الإستعمال و الإستغلال دون التصرف لأن هذا الأخير يبقى من حق المالك.

يضاف إلى هذه الخاصية المشتركة المتعلقة بطبيعة الحقان محل المقارنة ، خاصية أخرى تخص صفة الحق ، إذ كل من حق الإنتفاع و حق الحكر هما حقان مؤقتان ينتهيان بانقضاء الأجل المحدد لهما أو بموت المنتفع أو المحكر ، كما ينتهيان أيضا بعدم الإستعمال .

3.1.1.3.1.2: الأحكام المختلفة

و رغم أوجه التشابه بينهما إلا أنهما يحتويان على أحكام مختلفة ، فإذا كان موت المنتفع يؤدي حتما إلى زوال الحق حتى و لو لم يحل الأجل ، فإن حق الحكر لا ينتهي بموت المحكر ، بل ينتقل إلى ورثته أثناء سريان مدة العقد حسب ما تقضي به المادة 26 مكرر 02 من قانون الأوقاف . هذا ما يشكل خروجاً عن القواعد العامة تبرره الغاية من الحكر وهي تنمية الأراضي الوقفية المعطلة ، سيما إذا ما كان المحكر قد شرع في أشغال البناء أو الإستصلاح و كان الورثة قادرين على مواصلة هذه الأشغال ، فإن هذا الحق ينتقل إليهم ليس بصفة مؤبدة و إنما بصفة مؤقتة ، لينتهي هذا الحق بانتهاء المدة المحددة له تماشياً و طبيعة الحق .

3.1.1.3.2: المقارنة بين حق الإنتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 و حق الحكر

نتطرق من خلال هذا الفرع إلى مقارنة بين حق الحكر و حق الإنتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 و ذلك بدراسة أوجه التشابه و الإختلاف بين الحقان محل المقارنة ، حيث قسمنا هذا الفرع إلى نقطتين، تكون النقطة الأولى متعلقة بأوجه التشابه ، بينما النقطة الثانية نخصصها لأوجه الإختلاف بينهما.

3.1.1.3.2.1: أوجه التشابه

هناك عدة أحكام وجدناها متشابهة بين كل من حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحة التابعة ملكيتها للدولة وحق الإنتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 و حق الحكر الممارس على الأراضي المعطلة الموقوفة وقفا عاما ، تكمن هذه الأحكام في مبلغ الأجرة و كذا الإلتزامات الملقاة على عاتق المستفيد أو المحتكر بالإضافة إلى ملكية البناءات و الأغراس .

- الأجرة :

حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية ، حق يمنح للمستفيدين بمقابل يكون في شكل إتاوة يحدد وعاؤها و كفاءات تحصيلها وفق قوانين المالية ، هذا ما تشير إليه المادة 06/ 02 من قانون 19/87 قيمة الإتاوة تكون قابلة للتعديل في كل مرة بموجب قوانين المالية [01] ص 98 ، يراعى في تعديلها أصناف الأراضي الممارس عليها الحق . غير أن هذا القانون لم يتطرق إلى تحديد الجزاء الناجم عن الإخلال بهذا الإلتزام المتمثل في دفع إتاوة بالرغم من أن المادة 28 من نفس القانون نصت على الجزاءات الناجمة عن الإخلال بالالتزامات لكنها لم تنص على الجزاء الناجم عن عدم دفع الإتاوة [39] . أما حق الحكر فهو الآخر يكون التنازل عنه بموجب مقابل في شكل أجرة تعرف بأجرة المثل تساير بالزيادة أو النقصان ، و بحسب الزمان و المكان ، قيمة الأرض يرجع في تقدير هذه الزيادة إلى نسبة الحكر القديم و ثمن الأرض وقت التحكير [28] ص 828... 841 ، هذه الأحكام نجد لها تطبيقا في الشريعة الإسلامية . أما المشرع الجزائري و عند تطرقه إلى الحكر اكتفى بتعريفه إذ من خلال هذا التعريف يمكن القول أن الأجرة في الحكر أخضعها لإتفاق الأطراف ، على أن تدفع هذه الأجرة سنويا و لم يبين صراحة ما إذا كانت الأجرة ثابتة أم متغيرة أثناء مدة سريان العقد .

- الإلتزامات الملقاة على عاتق المستفيد أو المحتكر :

يكون إلتزام كل من المستفيد و المحتكر إلتزاما إيجابيا يتمثل في إستغلال محل الحق ، ذلك أن عدم الإستغلال يترتب عنه زوال الحق . كما أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية يخولان لصاحبه الحق في تملك ما أنجزه المستفيد : تتمثل هذه الإنجازات في كل من أغراس و مباني باستثناء الأرض

لأن هذه الأخيرة تكون إما ملك للدولة ، في حق الإنتفاع الناجم عن الوقف يجعل من الأغراس و المباني ملكا باسم الوقف كون هذا الأخير يتمتع بالشخصية المعنوية .

لكن لا بد من التذكير بأن تملك الأغراس و المباني بموجب حق الحكر هو حكم غير منصوص عليه صراحة عند المشرع الجزائري ، بل هو حكم مستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية ، و في غياب النص الصريح تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بناء على تقضي به المادة الأولى من قانون الأوقاف .

و حق تملك البناءات و الأغراس الناجم عن ممارسة الحق على أرض فلاحية ملكيتها تابعة للدولة يشمل ما أقامه الشخص من إنجازات بعد تكوين المستثمرة الفلاحية ، أو بعد دفع قيمتها إذا ما تعلق الأمر بالملكات الموجودة على الأرض قبل الإستفادة .

بالإضافة إلى أن حق الحكر و حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية يقبلان الإنتقال عن طريق الميراث من حيث المبدأ ، إلا أن حق الحكر لا يكون قابلا للتوريث إلا أثناء سريان العقد كونه من العقود المحددة المدة ، بينما حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية باعتباره حقا مؤبدا يكون قابلا للتوريث .

3.1.1.3.2.2 : أوجه الاختلاف

تكمن أوجه الاختلاف بين الحقان محل المقارنة في المحل و أسباب الزوال نردها تبعا :
 – بالنسبة لحق الإنتفاع و كما سبق الذكر يكون محله أرضا فلاحية تابعة ملكيتها للدولة ، أما محل حق الحكر فيكون أرضا موقوفة تتميز بمميزات طبيعية كونها أرضا معطلة و هي الأراضي البور غير صالحة للزراعية ، يكون الغرض من تحكيرها القيام بأشغال الإستصلاح.

– كما يختلفان أيضا من حيث الصفة ذلك أن حق الحكر هو حق مؤقت ، بينما حق الإنتفاع في هذا المجال هو حق مؤبد و إن كانت هذه الصفة قد طرأ عليها تغيير حسب قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 بموجب المادة 02/03 التي تنص : ((الإمتياز هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية)) ، دون أن ينص هذا القانون على الإلغاء الصريح لقانون 19/87 رغم تعارض أحكامهما .

3.1.1.3.3 : المقارنة بين حق الإنتفاع المكرس بموجب قانون الأوقاف و حق الحكر

نتناول من خلال هذا الفرع أوجه التشابه و الإختلاف بين حق الحكر و حق الإنتفاع بملك وقفي في نقطتين .

3.1.1.3.1: أوجه التشابه

لما كان حق الحكر يترتب على ملك وقفي يخص أرضاً معطلة ، كان الوقف سبباً لثبوت كل من حق الإنتفاع بملك وقفي و حق الحكر ، إذ ينشأ بنشوئه و يزولان بزواله .
و بالرغم من ذلك فإننا نجدهما يتمتعان بأحكام مختلفة نتطرق إليها من خلال النقطة الموالية .

3.1.1.3.2: أوجه الاختلاف

من بين أوجه الاختلاف بين حق الإنتفاع بالوقف و حق الحكر ما يلي :
- يكون الإنتفاع بالملك الوقفي من دون مقابل لأن الوقف في حد ذاته هو من عقود التبرع ، بينما يكون الحكر بمقابل باعتباره من العقود التي تكون بغرض استثمار ملك وقفي ، لتعود أجرة العقد إلى الموقوف عليهم .
- حق الإنتفاع بملك وقفي يكون على وجه التأييد ، بينما حق الحكر يكون محدد المدة .

وختاماً لهذا الفصل نقول أن حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني هو حق عيني متفرع عن حق الملكية يخول لصاحبه سلطة استعمال الشيء و استغلاله دون التصرف فيه ، لأن هذا العنصر الأخير هو من حق المالك الذي يدعى بملك الرقبة ، و هو حق مؤقت ينتهي بانتهاء الأجل المحددة له أو بوفاة الشخص حتى و لو لم يحل الأجل .

بينما حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة بالمنظمة لهذا الحق هو الآخر حق عيني يمكن صاحبه من سلطتي الإستعمال و الإستغلال ، إلا أن هذه التشريعات نجدها قد حدثت من عمومية مفهوم الحق و كان الغرض من ذلك مختلفاً من تشريع لآخر .

فبالنسبة لقانون 19/87 أعطى لحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية مفهوم مغاير كان ذلك بغرض ضبط قواعد و ميكانيزمات تسمح للدولة و بكل ما تملكه من وسائل للتدخل و ممارسة الرقابة على هؤلاء المستفيدين عند استغلالهم لهذا النوع من الأراضي ، إلا أن مفهوم هذا الحق في حد ذاته ظل متغيراً من تشريع إلى آخر ولم تستقر خصائصه و مميزاته عبر مختلف النصوص المنظمة له و ذلك من حق غير محدد المدة يمنح بالمجان غير قابل للنقل و التنازل و الحجز حسب الأمر المتضمن التسيير الذاتي . إلى حق مؤبد بموجب الأمر رقم 73/71 المتضمن الثورة الزراعية حيث تنازلت الدولة عن هذا الحق بموجب هذا القانون بدون مقابل جاعلة منه حقاً قابلاً للإنتقال لعمود النسب من الذكور دون الإناث ، و منع المستغلين من التصرف في الأراضي أو حجزها أو توقيع رهون عليها أو حتى تأجيرها لأن المنتفع و بموجب هذا الحق لا يملك سوى إستغلال الشيء لنفسه و على الشيوخ ، ثم أصبح هذا الحق حق قابل للتنازل و الحجز مع الإحتفاظ بكل من خاصية الديمومة و الإستغلال على الشيوخ كأصل بموجب قانون 19/87 ، إلا أن هذا الأخير تضمن أحكام تفيد تغيير بعض خصائص الحق كما سبق

الذكر ، من حق يمنح بالمجان إلى حق يمنح بمقابل في شكل إتاوة تدفع سنويا ، و من حق غير قابل للحجز إلى حق قابل للحجز و التنازل ، و من حق يقتصر التوريث فيه على عمود النسب من الذكور إلى حق قابل للتوريث ذكورا كانوا أو إناث.

كما لم يستقر المشرع على مدة التنازل عن الحق ، بحيث كان التنازل عن الحق لا يتم إلا في حالة الوفاة أو بعد خمس سنوات من تكوين المستثمرة ، لكن سرعان ما ضاعف المشرع من مدة التنازل هذه لتصبح المدة المقررة للتنازل هي عشر سنوات حسب المادة 84 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 ، و لما تم تعديل هذا القانون بموجب الأمر رقم 26/95 ألغيت المادة 84 من قانون التوجيه العقاري و أصبح التنازل عن الحق غير مقيد بمدة محددة .

و لم يكن هذا الإختلاف في الأحكام مقتصرًا على مدة التنازل بل حتى عنصر الإستغلال نجده هو الآخر أصبح مختلفًا عما كان عليه بعد صدور قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 ، على اعتبار أن كل التشريعات السابقة لهذا القانون و المنظمة للمجال الفلاحي بداية من التسيير الذاتي مرورا بقانون الثورة الزراعية و كذا قانون 19/87 كانت كلها تشريعات تؤكد على الإستغلال الشخصي و المباشر من طرف المستغل تحقيقًا للمبدأ الذي كان سائدًا آنذاك و هو الأرض لمن يخدمها ، و لما زال هذا المبدأ بزوال النهج السياسي ، صدر قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 الذي يتعرف بالإستغلال الشخصي المباشر و غير المباشر يمارس هذا الأخير بواسطة شركات مدنية عندما اعترف هذا القانون بحق الإمتياز الممارس على الأراضي الفلاحية للأشخاص المعنوية .

بالتالي نخلص إلى القول أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية حق لم تستقر خصائصه عبر مختلف التشريعات المنظمة له التي صدرت منذ الاستقلال ، و لعل هذا التغيير في مفهوم الحق كان مرده سد الباب أمام التجاوزات الخطيرة التي كانت تهدف إلى المساس بالعقار الفلاحي . يضاف إلى حق الإنتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 وجه آخر من حق الإنتفاع يرد على أملاك و قفية و الذي تضمن أحكاما مغايرة عن تلك التي تضمنها القانون المدني ، هي أحكام اقتضتها طبيعة الحق كونه يرد على ملك و قفي هذا الأخير مشمول بحماية كرسنها الشريعة الإسلامية ، بالإضافة إلى التشريعات الوضعية الحديثة هذه الحماية كان الغرض منها المحافظة على المال محل الحق و بالتالي ضمان استمرارية الإنتفاع بالمال على وجه التأييد تحقيقًا للمصالح العامة دينية كانت أو علمية و حتى خيرية و نظام الوقف بمفهومه الحالي قد تطور تطورا جعله يستوعب جميع المتغيرات الراهنة و يتفاعل معها مؤثرا و متأثرا كما أصبح هذا النظام يشكل فكرا مستقلا في دول العالم العربي الإسلامي على وجه العموم و الجزائر على وجه الخصوص . بحيث أصبح هناك اهتمام ملحوظ من طرف المشرع بهذا النوع من الملكية كنوع مستقل و مكمل لكل من الملكية العامة و الخاصة ، هذا الإهتمام تظهر معالمه في صدور قانون خاص

و مستقل تحت رقم 10/91 ينظم أحكام الوقف و كذا كيفية الإنتفاع بالأملك الوقفية ، إذ كانت هذه الأحكام أحكاما مغايرة عن تلك المحددة في القواعد العامة .

فبصدور هذا القانون يكون المشرع قد خطا خطوة نراها إيجابية و حميدة على غرار بعض التشريعات العربية ، رغم النقائص التي لازالت تعترى هذا القانون ، نعمل على إبرازها مع تقديم البديل عند التطرق بالتفصيل إلى هذه الأحكام من خلال الباب الثاني من هذه الدراسة.

2.1 : أسباب كسب حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة محل الدراسة

بعدما تطرقنا إلى تحديد مفهوم حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة قيد الدراسة ، نحاول و من خلال هذا الفصل التطرق إلى أسباب كسب حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و في التشريعات الخاصة . إذ يتمتع حق الإنتفاع بأسباب تؤدي إما إلى كسبه و أخرى إلى انتقاله مثله في ذلك مثل حق الملكية كما له أيضا عدة أسباب للإنتهاء . إلا أن السمة البارزة التي يتميز بها هذا الحق لاسيما المكرس بموجب القانون المدني أن الغالب فيه يكسب ابتداء لا انتقالا، في حين أن حق الملكية يكسب انتقالا و لا يكسب ابتداء إلا بالاستيلاء، و لعل السبب في ذلك يعود إلى الخاصية المؤقتة التي يتمتع بها حق الإنتفاع في حين حق الملكية لا يتمتع بهذه الصفة ، بل هو حق دائم .

فحق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني نجد له عدة أسباب للكسب حددتها المادة 844 منه تصنف هذه الأسباب إلى أسباب تجعل الحق يكتسب ابتداء ، أي لا تكون هذه الأسباب ناقلة للحق مراعاة في ذلك لطبيعة الحق و خصوصياته ، و أسباب أخرى تجعله ينتقل بواسطتها ، و منها ما يجعله يكتسب ابتداء و انتقالا في نفس الوقت .

إذ يكتسب حق الإنتفاع بالوصية ابتداء كأن يوصي مالك العين بحق الإنتفاع ، فلا يمكن للوصية في هذه الحالة أن تنقل حق الإنتفاع لأن هذا الأخير ينتهي حتما بموت المنتفع ، إذ لا يجوز للموصى له أن يوصي بحق الإنتفاع . في حين أن الشفعة تعد سبب من أسباب كسب حق الإنتفاع و لا يمكن أن تكون إلا سببا من أسباب انتقال الحق ، ذلك أن الشفعة تنقل للشفيع حق انتفاع قد تم إنشاؤه قبل أخذه بالشفعة، أما العقد و التقادم فتارة ينشآن هذا الحق و تارة ينقلانه [16] ص 1199... 1200 .

و الأسباب التي يكتسب بها الحق في هذا المجال هي نفس الأسباب التي يكسب بها حق الملكية باستثناء بعض الأسباب التي لا تنطبق و طبيعة حق الإنتفاع ، تكمن هذه الأسباب في الإستيلاء و الإلتصاق و الميراث على اعتبار أن حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني هو حق مؤقت لا يمكن توريثه ينتهي حتما بموت صاحبه ، كما أن طبيعة الحق لا تقبل الإكتساب عن طريق الإستيلاء و الإلتصاق [40] ص 821... 822 .

في حين أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية يكتسب بأسباب معينة مثله مثل حق الملكية ، حتى و لو كان ذلك السبب هو الوصية أو الميراث لأنهما ينقلان هذا الحق ما دام أنه حق يتمتع بصفة التأييد - و إن كانت هذه الصفة قد طرأ عليها تغيير بموجب قانون التوجيه الفلاحي كما سبق الذكر - مثله مثل حق الملكية. بينما حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية هو الآخر يتمتع بأسباب للكسب و أخرى للإنتقال تختلف بعض هذه الأسباب عن تلك المتعلقة بحق الإنتفاع في القواعد العامة أو حتى بالنسبة للتشريعات الخاصة ، نذكر منها على وجه الخصوص تلك الأسباب التي تمس حق الإنتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 .

من خلال هذا الفصل نحاول أن نقف عند أسباب كسب كل من حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني وأسباب كسب حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة ، بغية التوصل إلى معرفة ما إذا كانت أسباب كسب حق الإنتفاع المنصوص عليها في القواعد العامة هي ذات الأسباب بالنسبة لكل من حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية و حق الإنتفاع المترتب على الأملاك الوقفية ، أم أنها أسباب مغايرة و مختلفة .

من أجل ذلك ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث : نتناول في المبحث الأول أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، على أن يكون المبحث الثاني خاصا بأسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، ليكون المبحث الثالث و الأخير من هذه الدراسة متعلق بأسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع المترتب على الأملاك الوقفية .

1.2.1: أسباب كسب حق الإنتفاع في القانون المدني

يكتسب حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني بجملة من الأسباب حددها و عددها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 844 : ((يكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد و بالشفعة و بالتقادم أو بمقتضى قانون .

يجوز أن يوصى بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن)) .

و منه نقول أن حق الإنتفاع ينشأ بتصرف أو بعمل قانوني [19] ص 170 ، سواء كان هذا التصرف عقدا أو وصية أو عن طريق الشفعة ،بالإضافة إلى التقادم و قانون [41] ص 655 .

هذا المصدر الأخير ألا و هو القانون لا يوجد له تطبيقات خاصة عند المشرع الجزائري كما هو الشأن بالنسبة لبعض التشريعات ، علما أن القانون مصدر عام لكل حق .

من أجل دراسة أسباب كسب حق الانتفاع ، قسمنا هذا المبحث إلى أربعة مطالب :
 خصصنا الأول للتصرفات القانونية كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع ، يدخل في هذا المجال
 العقد و الوصية ، أما المطلب الثاني أردناه أن يكون خاصا بالشفعة على أن يكون المطلب الثالث
 متعلقا بالتقادم كطريق لكسب الحق ، ليبقى المطلب الرابع و الأخير من هذا المبحث خاصا بالسبب
 الأخير و هو القانون .

1.1.2.1: التصرفات القانونية

من بين التصرفات القانونية التي يكتسب بها حق الإنتفاع حسب نص المادة 844 من القانون المدني
 الجزائري نجد: العقد و الوصية نتطرق إليهما من خلال الفرعين التاليين :

1.1.1.2.1: العقد

يتحقق هذا السبب عندما يحصل اتفاق على إنشاء حق الإنتفاع من المالك لصالح شخص آخر لم يكن
 متمتعاً بهذا الحق من قبل ، مع احتفاظ المالك بسلطة التصرف في الشيء عن طريق البيع أو المقيضة أو
 الهبة [42] ص 192 . هذه الصورة هي نادرة الوقوع في الحياة العملية ، سيما إذا كان التصرف
 ينصب على بيع حق الإنتفاع - باستثناء حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية - و عليه فلا يمكن
 عمليا أن يكون عقد البيع سببا من أسباب كسب حق الإنتفاع ، لأن ذلك يعود لصعوبة تقدير قيمة حق
 الإنتفاع و تبعاً لذلك يصعب تقدير ثمنه .

أما المقيضة فهي الأخرى تصعب في الحياة العملية ، إلا إذا تقايض شخصين على عينين يكون
 لكل منهما حق انتفاع في العين المملوكة للآخر .

لتبقى الهبة هي الأقرب للتصور كأن يهب شخص لآخر حق الإنتفاع بعقار أو منقول مملوك للواهب
 لينتفع به الموهوب له ما لم يكن عقد الهبة مستترا تحت تصرف آخر ، و لا تنصب الهبة على ملكية الرقبة
 لأن هذه الأخيرة من شروطها الحيابة حسب ما تؤكد المادة 206 من قانون الأسرة .

كما قد يتخذ العقد باعتباره تصرفاً قانونياً صورة تتمثل في احتفاظ المالك بحق الإنتفاع لنفسه مدى
 الحياة و نقل ملكية الرقبة للغير ، هنا يكون العقد منشأ للرقبة و ليس لحق الإنتفاع .

غالبا ما يكون القصد من وراء هذا التصرف هو التحايل على أحكام الميراث و الوصية ، سيما إذا
 كان التصرف لفائدة أحد الورثة ، بحيث يعتبر التصرف في مثل هذه الحالة وصية هذا ما
 تقضي به المادة 777 من القانون المدني : ((يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف
 شخص لأحد الورثة و استثنى لنفسه بطريقة ما حيابة الشيء المتصرف فيه و للإنتفاع به مدة حياته ما
 لم يكن هناك دليل يخالف ذلك)) .

كما يمكن أن يكيف التصرف على أنه وقف و هي الحالة التي يحتفظ الواقف بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته ، على أن يكون مآل الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة حسب نص المادة 214 من قانون الأسرة و كذا المادة 06 مكرر من قانون الأوقاف المعدل و المتمم .

أما إذا كان التصرف في شكل هبة ينصب على عقار و جب إتمام إجراءات التوثيق و الشهر [43] أو بالتسجيل كما هو مطلوب بخصوص بعض المنقولات .

و طالما أن المنتفع يملك حق الإنتفاع ، له أن يتصرف فيه بالتنازل عنه للغير ، و هو بهذا التصرف لا يستطيع أن يعطي للمتصرف إليه أكثر مما يملك ، إذ لا يكون للمتصرف إليه إلا سلطتي الإستعمال و الإستغلال . على أن ينقضي حق الإنتفاع هنا بموت المنتفع الأصلي و ليس بموت المتصرف إليه فإذا مات المتصرف إليه انتقل حق الإنتفاع إلى الورثة و يبقى هذا الحق إلى أن ينقضي بانقضاء أجله أو موت صاحبه الأصلي [42] ص 198.

2.1.1.2.1: الوصية

بعدما تطرقنا في الفرع الأول إلى العقد ، نحاول و من خلال هذا الفرع أن نتناول الوصية باعتبارها تصرفا قانونيا انفراديا ينتج أثره بإرادة واحدة ، يؤدي إلى اكتساب حق الإنتفاع و لا يتحقق ذلك إلا بعد وفاة الموصي ، لأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ليس لها أثر أثناء حياة الموصي و إنما تترتب آثارها بعد موته . و الوصية مثلها مثل الميراث تعد من أسباب كسب الحقوق العينية الأصلية ، بما فيها حق الإنتفاع الذي ينشأ ابتداء بالوصية ، بحيث لا يمكن الإيضاء بحق الإنتفاع لأن هذا الأخير ينتهي حتما بموت المنتفع (الموصي) . و من ثم فلا يجوز للمنتفع أن يوصي بحق الإنتفاع ، لهذا الغرض لا يكتسب حق الانتفاع انتقالا بالوصية ، بينما يمكن بالوصية إنشاء حق الإنتفاع ابتداء ، كأن يوصي الملك بحق الإنتفاع بملكته للغير و يتخذ هذا السبب في كسب حق الإنتفاع طريقتين :

- إما أن يوصي مالك العين بحق الإنتفاع لشخص معين مع الإحتفاظ بالرقبة للورثة .
- أو كأن يوصي مالك العين بالرقبة لشخص معين ، مع الإيضاء بحق الإنتفاع للورثة [16] ص 1199... 1203 . هذه الوصية تتوقف على إجازة الورثة بعد وفاة الموصي ، لأنه من يستحق الميراث لا حق له في الوصية ، و هذه الأخيرة تقرر لغير وارث . علما أن جواز الوصية للوارث ليس بحكم مطلق إنما مصيرها بيد الورثة ، إذا أجازوها صحت و إذا لم يجيزوها بطلت، إلا أن المشكل يثور عندما يجيزها البعض من الورثة دون البعض الآخر ، في هذه الحالة تنفذ في نصيب من أجازها فقط [44] ص 181 و هو الحكم نفسه ينطبق في الحالة التي يوصي المورث للوارث بما يزيد عن ثلث التركة ، فلا ينفذ ما زاد عن الثلث إلا بإجازة بقية الورثة .

و ما دامت الوصية تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت لا تترتب آثارها إلا بعد موت الموصي تبعاً لذلك تتم من دون قبول الموصى له و يكون القبول صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي ، فالقبول هنا ليس للإنعقاد و إنما هو للنفذ [44] ص 182، و تثبت الملكية للموصى له من وقت وفاة الموصى [42] ص 403 .

كما يشترط لإنتقال الحق إلى الموصى له ضرورة بقائه حياً بعد موت الموصي ، فإذا مات لا تصح الوصية ، كما تصح الوصية للجنين شريطة أن يولد حياً ، هذا ما نصت عليه المادة 187 من قانون الأسرة [44] ص 180 . بالإضافة إلى أنه يجب أن تحدد الوصية مدة حق الإنتفاع حتى تكون سبباً لإنتقاله مع تقرير حقوق المنتفع و التزاماته ، و إذا كانت غير محددة المدة تنتهي بوفاة الموصى له تطبيقاً للقواعد العامة لحق الإنتفاع و تعتبر الوصية في هذه الحالة عمرى أي طويلة حياة الموصى له حسب ما تشير إليه المادة 196 من قانون الأسرة ، ولا ينتقل الحق بموجبها إلى ورثته ، فالوصية بمنفعة ليست بغرض التملك بل الإنتفاع بمال معين فقط و بما أن المنفعة منحت له بموجب الوصية ، فإن الموصي يعتبر مانحاً للمنفعة للموصى له دون سواه ، إذ بمجرد وفاة الموصى له تعود المنفعة إلى ورثة الموصي [45] ص 151.

كما يمكن أن تعلق الوصية على شرط واقف أو فاسخ أو تقترن بأجل واقف ، هذا ما أشارت إليها الفقرة الثانية من المادة 844 من القانون المدني الجزائري : ((يجوز أن يوصى بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن)) . ما يمكن ملاحظته على هذه الفقرة أنها تضمنت خطأً مطبعياً حال دون الفهم السليم والصحيح للنص ، إذ من المفروض أن يوصى بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقبين و ليس متعاقدين . حيث تفيد عبارة الأشخاص المتعاقبين أن يوصي الموصى بحق الإنتفاع بالعين لشخصين أو أكثر على التعاقب ، فإذا انتهى حق الإنتفاع لأول بإنقضاء مدته أو بموت المنتفع ينشأ حق إنتفاع جديد لا صلة له بالحق الأول لشخص ثاني كما لا يعتبر استمرارية له مراعاة في ذلك لمصلحة المنتفع الثاني ، وإذا ما انتهى حق الإنتفاع الثاني بانقضاء مدته أو بموت المنتفع الثاني ينشأ حق انتفاع ثالث لا صلة له بحق الإنتفاع الثاني و هكذا ، شريطة أن يكون هؤلاء الموصى لهم بحق الإنتفاع موجودين على قيد الحياة وقت الوصية و كما أسلفنا الذكر هذه الحالة أقرتها الفقرة الثانية من المادة 844 من القانون المدني الجزائري . لكن هناك من يرى أن الوصية الثانية هي بمثابة إلغاء للوصية الأولى و الوصية الثالثة هي إلغاء للوصية الثانية و هكذا ، من بين هؤلاء الأستاذ بن شيخ آث ملويا [45] ص 150 على اعتبار أن هذه الحالة أقرتها المادة 194 من قانون الأسرة و حسب هذا النص مخالف للمنطق و يتناقض مع نص المادة 192 من نفس القانون – أي قانون الأسرة – لكننا نرى عكس ذلك ، فلا يوجد تناقض بين نص المادة 192 و المادة 194 من قانون الأسرة و لا يمكن أن تكون الوصية الثانية بمثابة إلغاء للوصية الأولى ، بل كل وصية

تفيد انتقال الحق في الإنتفاع بالمال محل الوصية بصفة مستقلة ، سيما إذا اشترط الموصي في الوصية أن يكون الأشخاص المتعاقبين موجودين على قيد الحياة وقت الوصية . لأنه و بموجب هذا الشرط نستطيع التفرقة بين الوصية في هذا المقام و تصرف آخر ألا و هو الوقف ، ففي الوقف ينتقل الإنتفاع بالعين الموقوفة من المستحق إلى من يليه دون أن يشترط وجود جميع المستحقين المتعاقبين على قيد الحياة وقت الوقف و تبقى هذه الخاصية مقتصرة على الوقف ، فلو لم يشترط وجود أشخاص متعاقبين على قيد الحياة وقت الوصية لكانت هذه الوصية وقفا ، هذا ما سيأتي بيانه عند تطرقنا إلى الوقف .

لكن في الحياة العملية لا يمكن أن نجد للوصية بحق الإنتفاع على تعاقب تطبيقا إلا ضمن أحكام الوقف لذلك نرى من الأجر تعديل المادة 844 من القانون المدني بإضافة فقرة ثالثة تتضمن الوقف كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع لتصبح صياغة المادة على النحو التالي : ((يكتسب حق الإنتفاع بالتعاقد و بالشفعة و بالتقادم أو بمقتضى قانون .

يجوز أن يوصى بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية ، كما يجوز أن يوصى به لحمل مستكن . كما يكتسب حق الإنتفاع بالوقف)) .

و مادام أنه لا مانع من الإيضاء بحق الإنتفاع لأشخاص متعاقبين ، فإنه و من باب أولى أن يكون الإيضاء بحق الإنتفاع لأشخاص مجتمعين في وقت واحد و يكون حق الإنتفاع أمام هذه الصورة شائعا بينهم كل بحسب حصته من الوصية ، كما ينتهي حق الإنتفاع بالنسبة إليهم جميعا بانقضاء مدته المحددة في الوصية أو بموت أحدهم بالنسبة للمتوفى و ليس كل الموصى لهم .

أما الشريعة الإسلامية نجدها تشترط في الموصى له أن يكون معلوما لذلك لا يجوز الإيضاء لشخص معين ثم لورثته من بعده دون تعيين الأشخاص الورثة ، أو دون أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية إلا إذا سلك الوصي طريق الوقف لتحقيق هذه الغاية .

على أن تثبت الوصية بعقد رسمي يحرر أمام الموثق و لا يشترط فيه الشهر لأن الوصية تصرف مضاف ما بعد الموت ، هذا المبدأ أقرته الغرفة العقارية للمحكمة العليا مفاده :

((من المقرر قانونا أن أي عقد يعتبر تصرفا ما بعد الموت (وصية) لا يشترط فيه الشهر)) [46] ص 229 كما تثبت بحكم قضائي يؤشر على هامش أصل الملكية في حالة وجود مانع قاهر حسب ما تقضي به المادة 191[43] .

2.1.2.1: الشفعة

بعدما عرجنا من خلال المطلب الأول إلى التصرفات القانونية كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع وهما العقد و الوصية ، نحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى سبب آخر من أسباب كسب حق

الإنتفاع يتمثل في الشفعة ، هذا ما كرسته المادة 795 من القانون المدني الجزائري : ((يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي نص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية - لملك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة - للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي - للصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها)) .

من خلال هذا النص نستطيع القول أن حق الإنتفاع يتقرر قبل الأخذ بالشفعة ، و بالتالي تكون الشفعة أمام هذه الصورة سببا من أسباب انتقال هذا الحق إلى الشفيع ، و لا يمكن أن تكون سببا لإنشاءه . و عليه تتطلب منا دراسة هذا المطلب تقسيمه إلى أربع فروع : نتناول في الفرع الأول مفهوم الشفعة و في الفرع الثاني نخرج إلى شروط و إجراءات الشفعة ، أما الفرع الثالث نخصه لموانع الشفعة و مسقطاتها ، على أن يكون الفرع الرابع و الأخير متعلقا آثار الأخذ بالشفعة .

1.2.1.2.1 : مفهوم الشفعة

لتحديد مفهوم الشفعة لا بد من التطرق أولا إلى تعريف الشفعة و تكييف طبيعتها القانونية ، ثم تمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها و ذلك في نقطتين .

1.1.2.1.2.1: تعريف الشفعة و تكييف طبيعتها القانونية

نصت المادة 794 من القانون المدني الجزائري عند تعريفها للشفعة على ما يلي : ((الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية)) . و تعريف الشفعة الوارد في هذا النص لا يتنافى مع ما هو وارد في الشريعة الإسلامية ، كونها حق يجيز تملك العقار المبيع كله أو بعضه و لو جبرا على المشتري ، أو بتعبير آخر هي أخذ الشريك حصة شريكه جبرا .

أمام هذا الوضع تصبح الشفعة سبب لكسب الحقوق العينية العقارية بما في ذلك حق الإنتفاع ، كالحالة التي يباع فيها حق الإنتفاع الممارس على الشيوخ ، إذ يتقدم الشريك في الشيوخ لشراء حق الإنتفاع شريطة أن لا يمارس مالك الرقبة هذه الرخصة ، لأن هذا الأخير يتقدم على الشريك في الشيوخ باعتباره يحتل المرتبة الأولى .

و لعل الحكمة من تقرير الشفعة هي دفع الضرر المتوقع للشفيع ، كما لها فوائد اقتصادية تؤدي إلى جمع ما تفرق من عناصر الملكية في يد شخص واحد [47] ص 178 و ما بعدها ، كضم حق الإنتفاع إلى ملكية الرقبة مثلا [42] ص 281 .

أما التكييف القانوني للشفعة ، فهي تجمع بين الواقعة القانونية و التصرف القانوني فيما تستند إليه في العقار المشفوع فيه كواقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع ، و بين التصرف القانوني فيما تتطلبه من إجراءات تجاه إرادة الشفيع للأخذ بها. و هذا الجمع بين الواقعة القانونية و التصرف القانوني ، هو الذي جعل من الشفعة مصدرا مركبا يقيد من حرية التعاقد و كذا حق التصرف و حقوق المشترين و حق الملكية على حد سواء ، بما تقتضيه من الحلول محل المشتري الذي اختاره البائع ، و بالتالي أخذ الشفيع العقار المبيع جبرا على المشتري . و الراجح أن الشفعة ليست حقا عينيا و لا حقا شخصيا [48] ص 20... 21 بل هي رخصة استثنائية أحاطها المشرع بجملة من القيود الموضوعية و الإجرائية ، لذلك يكون الأخذ بالشفعة هو حق ترخيصي [42] ص 283 .

2.1.2.1.2.1: تمييز الشفعة عن بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها

لما كانت الشفعة المراد منها استثناء غير بحق الحلول محل المشتري قبل انتقال ملكية المبيع ، كان و لا بد أن نميز بين الشفعة المكرسة بموجب القانون المدني و نوع آخر من الشفعة ، ألا و هي الشفعة الإدارية بالإضافة إلى بعض المصطلحات القانونية المشابهة لها ، نذكر منها : الإسترداد ، اتفاق إعادة البيع ، الإلتزام المنفرد بالبيع .

- التمييز بين الشفعة في القانون المدني و الشفعة الإدارية

يكون المستفيد في الشفعة الإدارية شخصا يتمتع بصفة الشخص المعنوي العام و هو ما تؤكد المادة 800 [49] كالدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ، تخاطب بأحكام القانون الإداري . بينما الشفعة المقررة بموجب القانون المدني نجدتها تقررت لمصلحة أشخاص يخضعون للقانون الخاص ، على أن يكون هؤلاء الأشخاص من الذين تثبت لهم صفة الشفيع حسب المادة 795 من القانون المدني .

و ليس هذا هو الفرق الوحيد بين الشفعة في القواعد العامة و الشفعة الإدارية ، بل هناك وجه آخر للفرقة بينهما يتمثل في التسبب و الهدف . إذ يكون المستفيد في الشفعة الإدارية ملزما بالتسبب لكي يتمكن القاضي من مراقبة عمل الإدارة و فحص مدى مشروعيتها قرارها هذا بغرض تحقيق المنفعة العامة و تجدر الإشارة إلى أن الشفعة في هذا المجال تكون مطابقة لإجراء نزع الملكية ، هذا ما تقضي به المادة 71 من قانون التوجيه العقاري رقم 90 / 25 ((ينشأ حق الدولة و الجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة و المنفعة العمومية ، بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية)) . لكن في الشفعة المدنية المستفيد غير ملزم بالتسبب ، ذلك أن الهدف من الشفعة المدنية هو المصلحة الخاصة للمستفيد التي تحتاج إلى تبرير كونها تهدف إما إلى القضاء على الشروع

أو في بعض الأحيان من أجل بقاء الملكية داخل العائلة ، في حين تهدف الشفعة الإدارية إلى التأثير مسبقا على المعاملات العقارية من أجل القضاء على المضاربة في الأسعار و عادة ما يكون اللجوء إليها ضئيلا الأمر الذي يؤكد على الدور التهديدي و الوقائي لها [50] ص 242 .

كما يمكن أن يتقرر الحق في الشفعة للدولة و كذا المؤسسات العمومية الإقتصادية ليكون محلها منقول و هي الحالة التي يتنازل فيها المساهمين الأجانب عن حصصهم في الشركات أو عندما يكون التنازل من مساهمين لفائدة المساهمين الأجانب ، هذا ما تؤكد المادة 04 مكرر 3 من قانون المالية لسنة 2009 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 [51] .

- التمييز بين الشفعة و الإسترداد

نص المشرع الجزائري على الإسترداد في المادة 721 من القانون المدني : ((للشريك في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول ، أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي ، و ذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه و يتم الإسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع و المشتري ، و يحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه . و إذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته)).

فبعد عرض هذا النص الذي يكرس الإسترداد ، يمكن أن نستنتج الفرق بين المصطلحين و يرجع ذلك إلى كون أن الشفعة يأتي فيها حلول الغير محل المشتري قبل إتمام عقد البيع و انتقال ملكية المبيع في حين أن حلول الغير محل المشتري في حالة الإسترداد يكون لاحقا للعقد [50] ص 241 .

كما أن الشفعة تمارس على العقار فقط ، بينما الاسترداد ينصب على المنقول أو العقار ، و بالتالي فإذا لم يمارس حق الشفعة من قبل الشريك في العقار الشائع فله الحق في أن يسترده قبل قسمة الحصة الشائعة ، هذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها : ((و لما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس قضاوا برفض دعوى حق الإسترداد على العقار الشائع إذا بيع إلى أجنبي بدعوى أنه كان من المفروض على المدعيين في الطعن أن يتبعوا إجراءات الشفعة فإنهم يكونون قد خرقتوا نص المادة 721 من القانون المدني التي تعطي للورثة الحق في الاسترداد)) [52] .

- التمييز بين الشفعة و اتفاق إعادة البيع

يتمثل الفرق في كون أن اتفاق إعادة البيع يكون ثمن المبيع فيه على أساس الثمن الأصلي زائد قيمة إضافية ، أما في حالة الشفعة يدفع المستفيد منها الثمن الذي يقترحه المشتري الأصلي و في حالة النزاع يحدد الثمن بموجب حكم قضائي .

يضاف إلى هذا الفرق فرق آخر ، وهو أنه في اتفاق إعادة البيع تكون العلاقة مزدوجة تشمل البائع الذي يرغب في إعادة البيع و المشتري ، بينما في الشفعة تكون العلاقة ثلاثية تشمل البائع و المشتري و المستفيد .

- التمييز بين الشفعة و الإلتزام المنفرد بالبيع

في الشفعة البائع يكون حرا في اتفائه و له الحق في العدول عن عرضه ، لكن في اتفاق الإلتزام المنفرد بالبيع يكون البائع مجبرا على البيع و إتمام نقل الملكية متى أعلن المشتري رغبته في الشراء [50] ص 241 .

2.2.1.2.1: شروط الشفعة و إجراءاتها

من خلال تكييف الطبيعة القانونية للشفعة ، يتضح بأنها رخصة استثنائية أو نظام استثنائي شدد المشرع في شروطه و إجراءاته كما ضيق من نطاقه . لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يفرق بين أركان الشفعة و شروطها مثلما هو الشأن بالنسبة للشريعة الإسلامية [48] ص 21... 23 . و عليه نحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى تبيان شروط الشفعة ثم إجراءاتها :

1.2.2.1.2.1: شروط الشفعة

حتى تقوم الشفعة باعتبارها رخصة استثنائية ، لا بد من توافر جملة من الشروط أو الأركان هي : الشفيع المشفوع فيه ، المشفوع منه ، الثمن .

- الشرط الأول الشفيع :

لقد نصت المادة 795 من القانون المدني الجزائري على أن ((يثبت حق الشفعة :

- لمالك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي

- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها)) .

من خلال المادة السالفة الذكر نستطيع القول أن صفة الشفيع مرتبة حسب مراتب ثلاث هي :

المرتبة الأولى :

تنبت هذه المرتبة لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع و هي حالة نادرة الوقوع في الحياة العملية ، أما نظريا فلنا أن نتصور تحقق الحالة كأن يكون هناك عقار مملوك لشخص و رتب عليه

حق الإنتفاع لشخص آخر، فإذا باع المنتفع حقه كله أو بعضه إلى شخص آخر غير مالك الرقبة ، فإن لمالك العقار أن يشفع في انتفاع المبيع و بذلك تكون الشفعة سببا لكسب حق الإنتفاع . كما لو رتب مالك العقار حق انتفاع لمصلحة شخصين أو أكثر على الشيوخ و باع أحد الشريكين حصته الشائعة في حق الإنتفاع ، فإن لمالك الرقبة أن يشفع في هذه الحصة المبيعة باعتباره مقدما في الترتيب على الشريك في الشيوخ .

أو يتعدد ملاك الرقبة كأن يكون هناك عقار مملوك لشخصين على الشيوخ و يرتبان عليه حق انتفاع لشخص آخر ، فيصبحان مالكين على الشيوخ لرقبة العقار و منه فإذا باع صاحب حق الإنتفاع حقه فلاشك أن مالكا الرقبة يستطيعان أن يأخذا معا بالشفعة في حق الإنتفاع المباع و يصبحان مالكان للعقار ملكية تامة .

المرتبة الثانية :

أما المرتبة الثانية فتكون للشريك في الشيوخ في حالة ما إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي حسب الفقرة 2 من المادة 795 من القانون المدني و بالتالي يصبح الشريك في الشيوخ شفيعا في المرتبة الثانية بعد مالك الرقبة ، و لكي تثبت الشفعة للشريك يفترض وجود عدد من أصحاب الحق في العقار المشاع لكل واحد منهم حصة غير مفرزة ، فإذا باع أحد الشركاء في الشيوخ حصته إلى أجنبي ثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا المبيع و هو ما يأخذ به في المذهب الملكي [31] ص 84... 85 .

لا تثبت الشفعة للشريك هنا إلا بتوافر الشروط التالية :

* الشفعة لا تكون إلا إذا كان العقار شائعا

* لا تجوز الشفعة إلا إذا باع الشريك حصته الشائعة

* لا تثبت الشفعة إلا إذا بيع العقار لأجنبي

و بذلك تثبت الشفعة لأي شريك في العقار الشائع ، و بمفهوم المخالفة لنص المادة 795 لا يمكن أن تثبت الشفعة بعد الفرز و هو المبدأ ذاته الذي أقرته الغرفة العقارية للمحكمة العليا :
 ((لا تكون الشفعة إلا للشركاء في الشيوخ و عليه لا يحق طلب الشفعة ممن فرز نصيبه بقسمة رضائية ثابتة)) [53] ص 240 ، و لا تتحقق شفعة الشريك في الإنتفاع ، إلا إذا بيعت الحصة الشائعة لأجنبي مع إجماع مالك الرقبة طلب الأخذ بالشفعة.

المرتبة الثالثة :

تثبت صفة الشفيع لصاحب حق الإنتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها وفقا لما أقره المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 795 من القانون المدني الجزائري ، و بالتالي يكون الشفيع في هذه الحالة في المرتبة الثالثة [54] ص 255 . أما إذا كان يشفع في حصة شائعة ترد على حق الإنتفاع

فإنه يشفع فيها كشريك في الشبوع و يأتي في المرتبة الثانية شأنه في ذلك شأن جميع الشركاء في الشبوع [48] ص 69... 71 .

يضاف إلى ثبوت صفة الشفيع شروط يجب توافرها فيه من أجل ممارسة الشفعة و هي :

* أن يكون الشفيع متمتعاً بالأهلية الواجبة [55] ص 15 .

* أن يكون مالك للعقار أو صاحب حق انتفاع من وقت بيع العقار إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة .

كما يمكن لحق الشفعة أن يثبت للشاغل القانوني أو المستأجر إذا ما أراد المؤجر بيع البناية التي يملكها هذا ما تؤكد المادة 23 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري .

و لا يمكن أن تنتقل الشفعة لفائدة التاجر مثلاً ، هذا ما ذهبت إليه الغرفة العقارية للمحكمة العليا في العديد من الاجتهادات القضائية ، عند إقرارها مبدأ مفاده : ((التاجر مثلاً لا يعتبر منتفعاً usufruitier و بالتالي لا يمكنه ممارسة حق الشفعة إذ أن حقه الوحيد يقتصر فقط في الحصول على التعويض عن الإخلاء و بالتالي فإن المجلس قد أصاب لما رفض طلب الشفعة لانتفاء الصفة)) [56] ص 220 .

كما لا تثبت أيضاً صفة الشفيع للحائز لأنه لا يدخل ضمن الأشخاص المحددين بموجب المادة 795 من القانون المدني ، و هو المبدأ الذي كرسته كذلك المحكمة العليا بقولها : ((لا يدخل حائز الأرض بموجب أحكام سابقة ضمن الأشخاص المحددين على سبيل الحصر في المادة 795 من القانون المدني في مجال ممارسة حق الشفعة)) [57] ص 213 .

و لما كانت الشفعة مقررة لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ، فلا يمكن لصاحب حق الإيجار مثلاً أن يتمسك بالشفعة إذا تصرف المالك في العين المؤجرة بإستثناء الحالة المشار إليها أعلاه و التي تتعلق بالمادة 23 . هذا المبدأ تضمنه القرار الصادر عن المحكمة العليا مفاده : ((من المقرر قانوناً أنه يثبت حق الشفعة لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها و أنه من الثابت قانوناً أن حق الإنتفاع يسمح لصاحبه باستعمال الشيء و الإنتفاع بثماره مثله مثل المالك و هو يختلف عن حق الإيجار في مداه و حدوده و مدته ، و لما اعتبر قضاة المجلس أن حق الإيجار هو حق الإنتفاع و أقروا للمستأجر بثبوت حق الشفعة فإنهم قد أخطأوا في تطبيق المادة 795 من القانون المدني)) [58] ص 246 ، هذا إذا ما كان حق الإيجار لا يتعلق بالنشاط العقاري .

* أن لا يكون الشفيع من الأشخاص الممنوعين من الشراء (شراء العقار المشفوع فيه) [48] ص 72...73 كالمساسة و الخبراء الذين يمنعون من شراء الأموال المعهودة إليهم ببيعها أو تقدير ثمنها سواء كان ذلك بأنفسهم أو باسم مستعار هذا ما تشير إليه المادة 411 من القانون المدني ، يضاف إلى هؤلاء من ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة في الشراء باسمه

مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة ، ما لم يتحصل على إذن من السلطة القضائية تطبيقاً لنص المادة 410 من القانون المدني .

- الشرط الثاني المشفوع فيه : يتضح من أحكام الشفعة أنها لا تجوز إلا في بيع العقار ، كما يجب أن يكون هذا البيع قائماً وقت قيام الشفعة . فطالما أن الشفعة انحصرت في عقد البيع دون سواه طبقاً لأحكام القانون المدني و هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا مالياً آخر مقابل ثمن نقدي حسب المادة 351 [59] ، فإن أي تصرف قانوني آخر لا ينطبق عليه هذا التكييف لا يجوز الأخذ فيه بالشفعة .

و لا تثبت الشفعة في التصرفات الناقلة للملكية إذا لم تكن لها صفة عقد البيع ، كالوفاء بمقابل و إن كان هذا التصرف يشبه البيع إلا أنه ليس بيعاً لتخلف الثمن ، و كذلك تقديم العقار كحصة في الشركة ، كما لا تثبت الشفعة من باب أولى في التصرفات الكاشفة كالقسمة و أيضاً التصرفات التبرعية سواء كانت مضافة إلى ما بعد الموت كالوصية ، أو كانت منجزة كالهبة .

و الأصل أن نطاق الشفعة ينحصر في البيع على النحو السابق بيانه إلا أن هناك بيوع لا تجوز الشفعة فيها حددتها المادة 798 من القانون المدني :

((لا شفعة :

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون

- إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة)).

و الحكمة من منع الأخذ بالشفعة في مثل هذه البيوع تختلف من نوع لآخر ، فبالنسبة للبيوع بالمزاد العلني نجد أن العلة من هذا الإستثناء تكمن في أن مثل هذه البيوع تسمح للشفيوع و غيره أن يدخل في المزاد فضلاً على أن هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة تسمح ببيع العقار بأكثر ثمن ممكن ، لذلك فإن منع الشفعة في مثل هذه البيوع يهيئ الفرصة و تجعل كل من يرغب في شراء العقار التقدم للمزايدة .

أما البيع الذي يحصل بين الزوجين أو الأصول و الفروع أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ، و الذي لا يمكن الأخذ فيه بالشفعة يعود السبب في ذلك إلى أن هذا التصرف يقوم على اعتبار شخصي ملحوظ فالصلة الوثيقة هي التي أدت إلى البيع ، و مراعاة لهذا الاعتبار منع الأخذ بالشفعة حتى لا يحل محل المشتري شخص آخر ، تأكيداً لهذا القول هناك قرار صادر عن المحكمة العليا يقضي بتأييد القرار المطعون فيه مع تكريس مبدأ مفاده :

((من المقرر قانوناً أنه لا شفعة إن وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة .

و أن القرار المطعون فيه لما قضى بعدم الإعتداد باستعمال حق الشفعة لكون المشتري هو ابن خال جميع الأطراف يكون قد أصاب فيما قضى و هو تطبيق سليم للقانون (([60] ص 251 ، و إن كانت مثل هذه التصرفات غالبا ما تكون هبة و ليس بيع .

كما لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة كالمساجد المخصصة لإقامة الشعائر الدينية .

و مع ذلك يلزم لتحقيق الشفعة في البيع توافر جملة من الشروط :

* يجب أن يكون للبيع وجود قانوني أي أن يكون البيع قائما و موجودا ، فإذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا حينها لا يمكن الأخذ بالشفعة .

* أن يكون البيع حقيقيا ، أي أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين

* أن يكون البيع بيعا صرفا دون أن يراعى في تقدير الثمن اعتبارات خاصة بشخص المشتري .

* أن يكون البيع تاما ، أي ينبغي أن يكون البيع قد أبرم بصفة نهائية و أصبح ملزما لطرفيه و قائما في نفس الوقت أي أن يستمر هذا البيع من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة ، لأن النتيجة النهائية في الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه [42] ص 321... 322 .

* أن ينصب البيع على عقار و لا يكون في شكل وعد بالبيع هذا ما أقرته المحكمة العليا بقولها :

((حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب المدعي و قضوا بإبطال عقد الوعد بالبيع و القضاء له بإثبات حق الشفعة في العقار المتنازع عليه ، في حين حق الشفعة لا يكون إلا في حالة بيع العقار فالمادة 794 من القانون المدني تنص على أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا و لم تنص على الوعد بالبيع .

كما أن المادة 807 من نفس القانون نصت على سقوط حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع و ليس الوعد بالبيع (([61] ص 196 .

* عدم قابلية الشفعة للتجزئة أي يشفع في العقار المبيع كله حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري [42]

ص 323... 325 .

- الشرط الثالث المشفوع منه : للمشفوع منه شروط و هي :

* يشترط في المشتري المشفوع منه أن لا يكون من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم ، هذا ما سبق الإشارة إليه في الشرط الثاني حسب نص المادة 798 ، فإذا كان المشتري واحد من هؤلاء الأقارب المذكورين في النص فإن الشفعة ضده لا تجوز للحكمة التي سبق تبيانها عند دراسة الشرط الثاني .

* كما يجب ان لا تتوافر في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة أو من طبقاته .

فإذا توافرت هذه الشروط في المشتري تجوز له الشفعة لأنه يفضل حينئذ على الشفعاء الذين يزاحمونه طبقاً لما تنقضي به المادة 796 و الخاصة بتعدد الشفعاء حيث تنص: ((إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية :

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه
- إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيحاً بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقة أو من طبقة أدنى و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى)) [48] ص 141...143 .
- الشرط الرابع الثمن :

لقد أوجب المشرع على من يريد الأخذ بالشفعة أن يودع الثمن و المصاريف لدى الموثق في ميعاد محدد و إلا سقط حق الأخذ بالشفعة ، هذا ما أكدته المادة 801 من القانون المدني في فقرتها الثانية التي تنص : ((....يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ، فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة)) .

و لقد جعل المشرع من مسقطات الشفعة عدم قيام الشفيح بإيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق أي اشترط على الشفيح القيام بإيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق حتى يثبت حقه في الشفعة و بعدها يحق له رفع الدعوى و إلا سقط الحق في الأخذ بها.

و يقصد بالمصاريف ، رسوم توثيق عقد البيع و رسوم تسجيله و شهره في المحافظة العقارية ، كما أن إيداع الثمن الحقيقي يجب أن يكون كاملاً و هو ما أوجبه المشرع ، بل جعل الجزاء المترتب على تخلفه سقوط الحق في الشفعة حسب نص المادة 801 من القانون المدني و هي قاعدة قانونية آمرة تتعلق بإيداع الثمن الذي حصل به البيع و كذا المصاريف المتعلقة بالتوثيق و التسجيل و الشهر و الإعلان .

2.2.2.1.2.1 : إجراءات الشفعة

يتملك الشفيح العقار المبيع بالتراضي عندما يسلم المشتري بالشفعة بحكم القانون دون حاجة إلى إجراءات قضائية ، أما إذا لم يسلم بها و جب على الشفيح أن يسلك إجراءات معينة حتى يصل إلى تملك العقار المشفوع فيه عن طريق الشفعة و بحكم قضائي .

و لقد سبق و أن بينا أن الشفعة هي نظام استثنائي يقيد من حرية التصرف ، لذلك حدد المشرع هذه الإجراءات بطريقة دقيقة و في مواعيد محددة حتى لا يبقى المشتري مهدداً في ملكه مراعاة لمبدأ استقرار المعاملات ، كما رتب المشرع على عدم اتخاذ هذه الإجراءات في مواعيدها سقوط حقه في الأخذ بالشفعة و تقسم الإجراءات التي تمر بها الشفعة إلى ثلاث مراحل : مرحلة الإنذار ، إعلان الرغبة أو الطلب مرحلة الدعوى القضائية .

- مرحلة الإنذار الرسمي : فرض المشرع هذا الإجراء في المادة 799 من القانون المدني الجزائري : ((على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع و المشتري و إلا سقط حقه ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك)). يضاف إلى هذا النص نص المادة 800 من القانون المدني التي حددت البيانات الواجب توافرها و إلا كان الإنذار باطلا حيث تنص: ((يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية و إلا كان باطلا .

- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا

- بيان الثمن و المصاريف الرسمية و شروط البيع واسم كل من البائع و المشتري و لقبه مهنته و موطنه و الأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 99)).

و عليه يمكن القول أن إجراءات الشفعة تبدأ عادة بالإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع طالبا منه إبداء رغبته في أخذ العقار المبيع عن طريق الشفعة ، و لعل الغرض من ذلك هو تحفيز الشفيع على إبداء رغبته في أجل معين و إلا سقط حقه في الشفعة ، أما إذا تعدد الشفعاء و يجب أن يوجه الإنذار إلى كل واحد منهم سواء كانوا من طبقة واحدة أم من طبقات متعددة .

كما يجب أن يشمل الإنذار على بيانات محددة و هي :

* بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا يمنع الجهالة به

* بيان الثمن و المصاريف الرسمية و شروط البيع و اسم كل من البائع و المشتري و الأجل المحدد بثلاثين يوما لإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة .

* يجب أن يكون الإنذار بإبداء الرغبة رسميا و ذلك بواسطة المحضر القضائي ، فلا يغني عن ذلك خطاب مسجل أو موصى عليه بعلم الوصول ، و كل إعلان لا يقع في الشكل الرسمي لا يعد إنذارا حتى و لو اشتمل على جميع البيانات المطلوبة [48] ص 204... 208 .

- مرحلة التصريح بإعلان الرغبة : إذا وقع بيع العقار الذي تجوز فيه الشفعة و توافرت شروط الأخذ بالشفعة ، يكون لمن تقرر له هذا الخيار الأخذ بها في هذا العقار بإرادته المنفردة مع إعلان هذه الإرادة لكل من البائع و المشتري و يتطلب الإعلان توافر جملة من الشروط تتعلق بالشكل و الأشخاص الموجه إليهم الإعلان و كذا المواعيد التي ينبغي التقيد بها و إذا تخلف أي شرط من الشروط الأساسية سقطت الشفعة .

و المقصود بشكل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة هو الشكل الرسمي و إلا كان إعلان الرغبة باطلا حسب نص المادة 801 من القانون المدني : ((يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا ، و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا (...)) [61] ص 111.

في هذا الإطار وضعت المحكمة العليا معيارا للتفرقة بين تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني الذي يجب أن يكون بعقد رسمي يحرره الموثق و الإعلان به الذي يكون بواسطة محضر قضائي [48] ص 208... 210 .

و تبقى حرية الشفيع في إعلان رغبته تنقيد بميعاد ثلاثين يوما إذا ما أُنذر رسميا [62] ص 233 و إذا لم ينذر و سجل البيع ، فلا يستطيع إعلان رغبته إلا خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع حسب نص المادة 807 من القانون المدني فقرة 03 ((.... لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون)) . علما أن حق الشفعة يسقط بالتقادم بمضي سنة و بالتالي فإذا لم ينذر الشفيع و لم يسجل عقد البيع ، فللشفيع الحق في إعلان الرغبة طالما أن حق الشفعة لم يسقط بالتقادم [42] ص 347 .

كما أن المشرع اعتبر التسجيل وسيلة كافية و قاطعة لإعلام الشفيع بالبيع في حالة عدم إنذاره رسميا ، إذ يعد هذا العلم علما افتراضيا و هذا ما يستفاد من نص المادة 807 الفقرة الأخيرة منها .

و بما أن التصريح بالرغبة في الشفعة ، يجب أن يكون بعقد رسمي و إلا كان باطلا فلا يكون له أثر تجاه الغير إلا إذا كان مسجلا من طرف الموثق الذي حرر التصريح بعد أن يتم إعلانه لكل من البائع و المشتري على يد محضر قضائي ، وتسجيله بمصلحة التسجيل التابعة لموقع العقار المشفوع فيه .
- مرحلة رفع الدعوى القضائية : إذا لم يتحصل الشفيع على العقار بالتراضي كان له الحق في اللجوء إلى القضاء برفع دعوى الشفعة حيث تنص المادة 802 من القانون المدني على ما يلي: ((يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل 30 يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط الحق)) .

و منه نخلص إلى القول أن رفع الدعوى يكون بتحرير الشفيع عريضة مؤرخة و موقع عليها من قبل هذا الأخير بصفته مدعى مرفقة بالسندات ، مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم تودع لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة ، يقوم كاتب الضبط بالتأشير على أصل العريضة و نسخها حيث يحتفظ بالأصل و يسلم نسخ العريضة إلى المدعى ليباشر إجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة عن طريق المحضر ، بعد أن يحرر هذا الأخير محضر التكليف بالحضور و تبليغه إلى المدعى عليه أو المدعى عليهم في أجل لا يتعدى ثلاثين يوما كما هو محدد في المادة 802 من القانون المدني .

هذه المرحلة تكون مسبقة بإيداع الشفيع ثمن المبيع و المصاريف لدى الموثق حسب ما تم التطرق إليه في شروط الشفعة مع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع و المشتري و بعقد رسمي مسجلا بمصلحة التسجيل .

و الجدير بالذكر أن دعوى الشفعة ترفع على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار خلال أجل ثلاثين يوما و إلا سقط حقه في الأخذ بها ، هذا ما أقرته المحكمة العليا بموجب اجتهاد قضائي

مفاده : ((من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان و إسقاط الحق)) [62] ص 227 ، إذ تنتهي دعوى الشفعة بصدور حكم ، فإذا كان الحكم لصالح الشفيع اعتبر سندا للملكية [48] ص 230... 245 طبق لنص المادة 803 من القانون المدني : ((يعبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند ملكية الشفيع و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري)) .

على أن تخضع العريضة الإفتتاحية لإجراءات معينة طبقا لنص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري [63] ص 347 ... 225 التي تنص : ((إن دعاوي القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها ، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا)) .

فبموجب هذا النص لا تقبل دعوى الشفعة إلا إذا تم مراعاة إجراء الشهر مسبقا أي بعد استيفائها المسبق لهذا الإجراء الشكلي ، غير أن مسألة شهر الدعاوى العقارية بصفة عامة و دعوى الشفعة بصفة خاصة أفرزت إشكالات عديدة مردها التعارض بين المرسوم رقم 63/76 و قانون الإجراءات المدنية الملغى ، مما أدى إلى انقسام في موقف القضاء تمثل في اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب إلى أن شهر الدعاوى العقارية يعد قييدا على رفع الدعاوى المتضمنة الطعن في صحة المحررات المشهورة ، هذا ما تقضي به المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المذكورة أعلاه تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا ، إذ تمسك هذا الإتجاه بحرفية النص .

و هو ما ذهبت إليه الغرفة الرابعة لمجلس الدولة بموجب القرار رقم 184931 المؤرخ في 2000/03/27 : ((حيث انه بالرجوع إلى العريضة الافتتاحية أمام الغرفة الإدارية لمجلس قضاء تلمسان يتضح أنه لم يتم إشهارها طبقا للمادة 85 من المرسوم رقم 63/76 ، و بما أن القضية تتعلق بإبطال حقوق عينية ثابتة بعقود مشهورة و عليه يتعين عدم قبول دعوى المستأنف شكلا)) [64] ص 234 .

الاتجاه الثاني : يرى بأن شهر الدعاوى في المحافظة العقارية لا يعد قييدا على رفع الدعوى ، لأن المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 تتعارض مع القواعد العامة المتعلقة بإجراءات رفع الدعوى و شروط قبولها المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية (الملغى) ، فضلا على أن شهر الدعوى إنما شرع لحماية رافعها كي يعلم الغير أن العقار محل نزاع قضائي، لكنها ليست مفروضة عليه و بالتالي فعدم شهر العريضة الافتتاحية لا يصح أن يعود بضرر عليه و لا بنفع على المدعى عليه .

و عليه فحسب هذا الإتجاه يجوز للمدعي أن يرفع دعوى يطالب فيها بإبطال أو إلغاء أو فسخ عقد منصب على عقار أو حقوق عينية عقارية ، دون حاجة إلى أن يقوم بشهر دعواه في المحافظة العقارية و لا يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم شهر الدعوى أو إثارة المحكمة لهذه المسألة من تلقاء نفسها . هذا المبدأ أقرته الغرفة العقارية للمحكمة العليا بقولها : ((أحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63/76

المؤرخ في 1976/03/25 التي تنص على شهر عريضة رفع الدعوى في حالات محددة منها دعوى بطلان العقود المشهورة و التي وردت من أجل حماية المصالح الخاصة ، و بالتالي فإن إثارها تلقائيا من طرف قضاة المجلس يعد تجاوز للسلطة و يعرض القرار المطعون فيه للنقض (([65] ص 160 .
كما ذهبت الغرفة المدنية للمحكمة العليا إلى إقرار قبول الدعوى دون أن تكون مسبقة بشهر عريضتها الإفتتاحية في المحافظة العقارية و لا يعد ذلك خرقا لأحكام القانون [64] ص 235... 236 .

أما فيما يتعلق بشهر دعوى الشفعة اعتبرته المحكمة العليا شرط لا يخص دعوى الشفعة على اعتبار أن هذه الأخيرة ليست من بين الدعاوى المحددة بموجب المادة 85 من المرسوم بقولها ((....و ما دام القرار المطعون فيه صرح برفض دعوى الطاعنة شكلا بسبب عدم شهر عريضة دعوى الشفعة فإنه أخطأ في تطبيق مقتضيات المادة المذكورة)) [66] ص 176 .

هذا الاجتهاد نراه اجتهاد خارق للقانون سيما نص المادة 85 من المرسوم المذكور أعلاه لأن الدعاوى المذكورة في النص وردت على سبيل المثال لا الحصر ، من الدعاوى التي لم يذكرها النص نجد : دعوى البطلان ، دعوى الرجوع ، دعوى الشفعة [67] ص 18... 19 إلخ

مثل هذه التناقضات في الأحكام سوف لن تثار مستقبلا سيما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب القانون رقم 09/08 و الذي ألغى الأمر رقم 154/66 ، إذ عمل هذا القانون على رفع اللبس و الغموض فيما يخص شرط شهر الدعاوى العقارية بما فيها دعوى الشفعة حسب المادة 17 / 03 منه التي تنص : ((يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار/ أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون و يقدمها في أول جلسة ينادي فيها على القضية تحت طائلة عدم قبولها شكلا ، ما لم يثبت إيداعها للإشهار)) . بهذا الشكل أصبح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يتماشى و مرسوم 63/76 فيما يخص شرط الشهر المتعلق بهذا النوع من الدعاوى .

و حتى نكون عمليين أكثر نشير إلى أن المدعى بعد أن يقيد عريضة دعوى الشفعة أمام المحكمة المختصة يتوجه بها إلى المحافظة العقارية من أجل شهرها ، حيث يقوم المحافظ العقاري بالتأشير على البطاقة العقارية - في ظل نظام الشهر العيني - ليكون الغرض من ذلك هو إعلام الغير بأن العقار الذي تنصب عليه الشفعة محل نزاع قضائي . علما أن شهر العريضة لا يوقف التصرف ، بمعنى آخر يستطيع البائع أن يتصرف في العقار لفائدة شخص آخر غير الشفيع و قد يشهر هذا التصرف لأن شهر الدعوى لا يوقف شهر التصرف ، و بالتالي تنتقل الملكية للغير رغم كل الإجراءات المتعلقة بالشفعة التي يكون الشفيع قد قام بها .

وتنتهي دعوى الشفعة بحكم قضائي ، إما أن يكون الحكم يقضي برفض الدعوى مثلا لعدم التأسيس أو بقبول الدعوى و بالتالي حلول الشفيع محل المشتري .

في الحالة الأولى يبادر من له مصلحة (البائع مثلا) بطلب إلغاء التأشيرة أو التخلص من تأشيرة البطاقة التي تمت أثناء شهر العريضة ، و حتى يتأكد صاحب المصلحة من أن طلب الإلغاء التأشيرة أخذ بعين الإعتبار يقوم باستخراج شهادة سلبية التي تثبت إلغاء الشهر.

أما في الحالة الثانية و هي الحالة التي تنتهي فيها الدعوى بحكم قضائي نهائي لصالح الشفيع ، يبادر هذا الأخير بتنفيذ الحكم الذي يجب أن يستوفي تحت طائلة عدم شهر الحكم بيانات محددة منها: ثمن المبيع أصل الملكية ، تعيين العقار تعيين دقيقا يمنع الجهالة به ، هوية الأطراف إلخ [68] .

فيقوم المحضر القضائي بتنفيذ الحكم القضائي النهائي الممهور بالصيغة التنفيذية و يمهل المحافظ العقاري مهلة 15 يوما للتنفيذ طبقا لنص المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و يكون التنفيذ في هذه الحالة متعلق بشهر الحكم . هذه المدة هي غير كافية من الناحية العملية و لا تتلاءم مع إجراءات الشهر التي قد تستغرق مدة زمنية معتبرة تفوق 15 يوما تصل في بعض الأحيان إلى ستة أشهر هذه المسألة التي لم يراعيها المشرع ضمن أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الساري المفعول . و بعد إطلاع المحافظ العقاري على الحكم سوف يرفض هذا الأخير الإيداع و يطلب من الأطراف المعنية ضرورة إفراغ العقد وفق النموذج المحدد قانونا ، ليتم بعد ذلك قبول الإجراء و بالتالي شهر الحكم .

و تبقى الدعوى الوحيدة التي يستطيع الشفيع من خلالها ضمان عدم شهر التصرف الذي يقوم به البائع لفائدة الغير ، هي الدعوى الإستعجالية الإدارية [69] التي ترفع ضد المحافظ العقاري مع إدخال البائع كطرف في الخصام ، يكون الغرض منها وقف شهر التصرف .

و منه نخلص إلى القول أن الآثار القانونية المترتبة على شهر الدعوى العقارية بصفة عامة هي حفظ حقوق المدعى في حالة صدور حكم لصالحه و الإحتجاج به ضد الغير الذي كسب حقا عينا على العقار موضوع الطلب القضائي و الذي تم شهره قبل شهر الدعوى، أما الأثر الثاني لشهر الدعوى يكمن في عدم إيقاف إجراءات شهر تصرفات ترد على العقار [67] ص 19 .

3.2.1.2.1: موانع الشفعة و مسقطاتها

تجدر الإشارة بداية إلى أن هناك فرق بين موانع الشفعة و مسقطاتها ، حيث أن الموانع تنصب على أنواع البيوع المحددة بموجب نص المادة 798 من القانون المدني ، في حين المسقطات حددها المشرع بموجب نص المادة 807 من القانون المدني ، إلا ما استثنى بنص و لقد تضمنت المادة 798 من القانون المدني على موانع الشفعة : ((لا شفعة

- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون .
- إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .

- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة ((.
- هذه الموانع سبق التطرق إليها في الشرط الثاني من الشفعة و المتعلق بالمشفوع فيه ، حيث تقرر المنع بموجب نص قانوني ، لحكمة يراها المشرع و الخاصة بكل نوع .
- أما مسقطات الحق في الأخذ بالشفعة حددها المشرع في المادة 807 من القانون المدني : ((لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية :
- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع
- إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع
- في الأحوال التي نص عليها القانون ((.
- من خلال هذا النص نرى أن المسقط الأول لا يثير أي إشكال ، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للمسقط الثاني لأن في تطبيقه إجحافاً في حق الشفيع ، فكيف يمكن أن يعتد بالتسجيل كوسيلة للعلم ؟ .
- بينما يتعلق المسقط الثالث بالحالات المنصوص عليها قانوناً هي :
- مخالفة إعلان الرغبة حسب نص المادة 799 من القانون المدني .
- مخالفة الرسمية في التصريح بالرغبة في الشفعة هذه الحالة تضمنتها المادة 801
- مخالفة الأحكام المتعلقة برفع دعوى الشفعة حسب نص المادة 802 القانون المدني .
- سقوط الحق في الشفعة عند عدم الإنذار و عدم تسجيل البيع بمضي خمسة عشر سنة على البيع دون إعلان الرغبة .

وحتى نبقى دائماً في مجال دراسة موانع الشفعة و مسقطتها ، هناك تساؤل يثار يتعلق بموت الشفيع إذا ما كان بمثابة سبب مسقط لحق الشفعة أم لا ؟ .

و للإجابة على هذا التساؤل نقول أن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الحالة و ما إذا كان حق الشفعة يورث أم لا ، و لمعالجة هذا الفراغ القانوني ، نرى أن الحل يكمن في اللجوء إلى تطبيق مصادر القانون المشار إليها في المادة الأولى من القانون المدني ، لا سيما المصدر الثاني ألا وهو الشريعة الإسلامية خاصة و أن أحكام الشفعة مستمدة من هذا المصدر .

حيث يرى فقهاء الشريعة الإسلامية إمكانية انتقال الخيارات و انتقال الأموال و الحقوق إلى الورثة سواء تعلق الأمر بموت الشفيع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو بعدها ، بشرط أن يكون ذلك قبل رفع الدعوى لأنها بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع فتنتقل معه إلى الورثة ، ذلك لأن الشفعة لم تنقرر في الحقيقة للمورث لشخصه ، بل تقرر له بوصفه مالكا للعقار المشفوع به أو صاحب حق عليه ، لذلك لا يعد موت الشفيع مسقطاً للحق في الشفعة [48] ص 276 .

4.2.1.2.1: آثار الأخذ بالشفعة

يترتب على ثبوت حق الشفعة انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، إما بالاتفاق أو بحكم قضائي ، أو إنشاء علاقة قانونية بين الشفيع و البائع و بين المشتري و الغير .
و بما أن موضوع الدراسة في هذا المجال ينصب على الشفعة كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع فلا مجال للتطرق إلى جل آثار الأخذ بالشفعة ، لذا سنقتصر على حق الإنتفاع كحق عيني الذي يترتب على العقار المشفوع فيه سواء كان ذلك من جانب البائع أو المشتري و سواء كان ذلك قبل التسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو بعدها .

1.4.2.1.2.1: حق الإنتفاع الذي يترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في

الأخذ بالشفعة

سبق و أن ذكرنا أن هذا الحق قد يترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع أو من جانب المشتري ، فإذا رتب البائع حقا عينيا أصليا كحق الإنتفاع على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإنه يسري في حق الشفيع بشرط أن يبادر صاحب هذا الحق إلى شهره قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، فإذا تحقق ذلك كان التصرف نافذا في حق كل من الشفيع و المشتري حسب ما تقضي به القواعد المقررة في التسجيل و الشهر العقاري .

كما يمكن أيضا أن يترتب حق الإنتفاع من قبل المشتري قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو يبادر صاحب حق الإنتفاع بتسجيل هذا الحق قبل أن يسجل الشفيع إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيسري هذا الحق على الشفيع الذي يأخذ العقار المشفوع فيه و هو محملا بحق الإنتفاع أو مثقلا به .

2.4.2.1.2.1: حق الإنتفاع الذي يترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان

الرغبة في الأخذ بالشفعة

إذا رتب البائع حقا عينيا على العقار المشفوع فيه كحق الإنتفاع، و لم يتم شهر أو تسجيل هذا الحق من قبل صاحب حق الإنتفاع ، إلا بعد تسجيل الشفيع لإعلان الرغبة في الشفعة أو بعد أن سجل المشتري عقد شرائه. فإن هذا الحق لا يسري في حق الشفيع ، إذ يأخذ الشفيع العقار خاليا من حق الإنتفاع و يحق لصاحب هذا الحق أن يرجع على البائع بالضمان ، كذلك الحكم فيما لو سجل المشتري عقد شرائه قبل تسجيل التصرف الصادر لصاحب حق الإنتفاع فلا يسري هذا الحق على المشتري و من ثم لا يسري على الشفيع الذي سيحل محل المشتري. كما لا تسري الحقوق العينية التي يربتها المشتري على العقار المشفوع فيه في حق الشفيع بعد تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقا لنص المادة 806 من القانون المدني الجزائري التي تنص : ((لا تكون حجة على الشفيع الرهون

و الإختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أنه يبقي للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار)) . ويأخذ الشفيع العقار بالشفعة خاليا من حق الإنتفاع ، و في هذه الحالة يحتفظ الدائن بحق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار إذا كان هذا الأخير قد دفع الثمن للبائع و يريد تقاضيه من الشفيع ، و هذا الدائن الذي قيد حقه يتقدم على دائني المشتري العاديين في أخذ الثمن الذي ترتب في ذمة الشفيع للمشتري أو في الثمن الذي أودعه الشفيع لدى الموثق قبل رفع دعوى الشفعة .

3.1.2.1: التقادم

بعدما تطرقنا إلى التصرف القانوني و الشفعة كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع ، نحاول أن نتطرق في هذا المقام إلى التقادم المكسب **prescription acquisitive** ، إذ يعد وسيلة لكسب ملكية الشيء أو أي حق عيني آخر إذا استمرت حيازته مدة معينة مع التمسك بكسب هذا الحق دون انقطاع . هذا ما كرسه نص المادة 827 من القانون المدني الجزائري : ((من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع)) .

و هو ما يعرف بالتقادم المكسب الطويل ، أما التقادم المكسب القصير مدته أقل و هي عشر سنوات حسب الفقرة الأولى من نص المادة 828 من القانون المدني الجزائري إذا توافرت فيه الشروط المقررة قانونا حيث تنص : ((إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات (...)).

و عليه سوف تقتصر دراستنا في هذا المجال على التقادم المكسب دون التقادم المسقط ، لأن الأول هو الذي يكون سببا لكسب حق الإنتفاع باعتباره حقا عينيا أما التقادم المسقط فلا يكسب هذا الحق ، بل بالعكس يكون سببا مسقطا له.

و لدراسة التقادم المكسب كسبب لكسب حق الإنتفاع ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول الإعتبارات العملية التي قام عليها التقادم المكسب ، ثم في الفرع الثاني شروط اكتساب حق الإنتفاع عن طريق التقادم المكسب بنوعيه الطويل و القصير، على أن يكون الفرع الثالث و الأخير خاصا بالأثار المترتبة على التمسك بالتقادم .

1.3.1.2.1: الإعتبارات العملية التي يقوم عليها التقادم المكسب

ترجع الجذور التاريخية للتقادم المكسب إلى القانون الروماني ، حينما كان هذا النوع من التقادم يؤدي مهمتين ، المهمة الأولى هي تحويل الحيازة الفعلية إلى ملكية رومانية صحيحة و قانونية ، أما المهمة الثانية فتكمن في علاج مركز من يتعامل مع غير المالك بحيث لا تنتقل إليه الملكية بدهاءة إلا بعد حيازة العين لمدة زمنية قصيرة ، بشرط أن يكون حسن النية و بحوزته سبب صحيح . وبذلك كان التقادم المكسب يقلب الحيازة إلى ملكية قانونية صحيحة إلا أنه كان مقتصرًا على الأشياء القابلة للملكية الرومانية و على الرومان دون الأجانب ، أما التقادم الذي يسري على الأقاليم و على الأجانب تكون مدته أطول من التقادم الذي يسري على الملكية الرومانية [31] ص 67... 68 .

و لعل الإعتبارات العملية التي يقوم عليها التقادم المكسب حاليًا تظهر في البلد الذي لا يملك سجلا عينيا أين يكون القيد فيه ذا دلالة مطلقة على الملكية و الحقوق العينية الأخرى، إذ يصبح التقادم المكسب بالنسبة لهذا البلد ضرورة لا غنا عنها في إثبات هذه الحقوق . فإذا انعدم السجل العيني الذي يكون القيد فيه دليلا مطلقا على الملكية ، كان و لابد من الوقوف عند حد زمني يثبت الشخص من خلاله أنه حاز العين أو الحق العيني دون انقطاع ، بهذا الشكل يكون قد قدم الدليل على ملكيته لهذا الحق عن طريق التقادم المكسب ، و بهذا الطرح أيضا يتحقق الإستقرار في التعامل ، و يأتى كل من يتعامل مع الحائز على أنه يتعامل مع شخص يستطيع أن يثبت أنه هو المالك ، بشرط أن يكون الحائز للعين قد استمر في الحيازة لمدة خمس عشرة سنة ، ليصبح الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني و يعد بعد ذلك من حاز العين مدة معينة هو المالك لها و لو لم يكن مالكا من قبل [16] ص 977 .

2.3.1.2.1: شروط اكتساب حق الإنتفاع عن طريق التقادم القصير و الطويل

من الآثار التي يربتها القانون على الحيازة هو كسب الحق بالتقادم ، هذا التقادم المكسب بدوره ينقسم إلى نوعين هما ، إما تقادم مكسب طويل إذا استمرت حيازة الحق مدة خمسة عشر سنة حسب نص المادة 827 من القانون المدني الجزائري التي تنص: ((من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع)) .

أو تقادم قصير الذي يؤدي هو الآخر إلى كسب حق عيني على العقار شرط أن تستمر الحيازة مدة عشر سنوات و تكون بحسن نية و بموجب سند صحيح ، هذا ما تشير إليه المادة 1/828 من القانون المدني المصري : ((إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن نية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم تكون عشر سنوات)) .

و منه نخلص إلى القول أنه يشترط لإكتساب حق الإنتفاع عن طريق التقادم المكسب بنوعيه - الطويل و القصير- توافر جملة من الشروط تختلف باختلاف نوع التقادم هي :

1.2.3.1.2.1: شروط التقادم المكسب الطويل

تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

- الشرط الأول : يجب أن تكون حيازة الحائز قانونية

لكي تكون الحيازة قانونية يجب أن تكون مستوفاة لكل من العنصر المادي و المعنوي، أي اقتران عملية وضع اليد مع نية التملك ، بالإضافة إلى خلو الحيازة من العيوب كأن تكون هادئة ظاهرة غير غامضة و مستمرة [70] ص 96 ، في هذا الصدد هناك اجتهاد للمحكمة العليا يجعل من المانع أدبي عيب يثير اللبس في الحيازة يتمثل في صلة القرابة بين الأطراف [71] ص 211 .

- الشرط الثاني : المدة التي يتحقق بها التقادم

لا يتحقق التقادم المكسب الطويل إلا بانقضاء مدة خمسة عشر سنة كاملة منذ بداية الحيازة القانونية الخالية من العيوب ، إذ يجب على المتقاضي تبيان الأسباب التي تكفي لإستخلاص توافر المدة الكاملة للتقادم ، كما يجب على المحكمة المختصة أن تبين مدى استمرار الحيازة مدة تتجاوز خمسة عشر سنة بوقت يكفي لنفي أية جهالة أو غموض أو لبس يكتنف مدة التقادم . و يبقى استنباط شروط التقادم مسألة واقع تستقل بتقديرها محكمة الموضوع دون أن تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا [72] ص 473... 476 .

و لما كان وضع اليد هو عبارة عن واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق المقررة قانونا منها البيينة و القرائن ، فلا تتصدى المحكمة لحساب مدة التقادم إلا إذا تحققت شروط الحيازة ، أما إذا تبين لها تخلف أي شرط من شروطها ، فلا يتحقق كسب الملكية أو أي حق من الحقوق العينية بما في ذلك حق الإنتفاع . غير أنه و بتوافر الشروط المعلن عنها سابقا يتحقق التقادم على الحق الذي انصبت عليه الحيازة ، إذ لا يكتسب إلا الحق الذي كان محلا للحيازة و لا ينبغي أن يتعدى اكتساب حق الإنتفاع عن طريق التقادم المكسب الطويل إلى اكتساب الملكية مثلا ، بما في ذلك أملاك الدولة إذ لا يجوز أن نكون محل كسب بالتقادم عملا بأحكام المادة 689 من القانون المدني غير أنه يجوز أن يترتب عليها حق انتفاع مثلا .

هذا ما ذهب إليه المحكمة العليا بقولها: ((إن طبيعة القطعة الأرضية كأرض عرش لا تمنع من ممارسة حق الإنتفاع و عندما يتعرض لهذا الحق يسمح للحائز باللجوء إلى استعمال دعوى الحيازة ، و ما دام أن قضاة الموضوع لم يبحثوا في مظاهر الحيازة و التحقيق في وجودها تطبيقا للمادة 818 من القانون المدني فإنهم يكونون قد خالفوا القانون مما ينجر عنه النقص)) [73] ص 365 ، لأن حماية الحيازة في أملاك الدولة لا يكرس حق الملكية للحائز [74] ص 120 .

و لا يشترط في التقادم الطويل حسن النية ، بل يكفي تحقق الشروط المذكورة آنفا ، و لايجوز للمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بالتقادم ، بل يجب أن يتمسك به من له مصلحة، أي الحائز أو دائنوه و لو أمام المجلس كجهة استئناف عملا بأحكام المادة 321 من القانون المدني ، باعتبار أن التقادم المكسب عملا ماديا ليس من النظام العام يقدم في شكل دفع القضاء. غير أن المدة المحددة هي من النظام العام ، لا يجوز الإتفاق على مخالفتها لأنها مدة محددة بنص القانوني [75] ص 99... 100 .

2.2.3.1.2.1: شروط التقادم المكسب القصير

حددت المادة 828 من القانون المدني شروط التقادم المكسب القصير بنصها: ((إذا وقعت الحيابة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات. و لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق أما السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ، و يجب إشهار السند)) . فإذا ما أردنا حصر هذه الشروط أو القواعد التي يتقيد بها التقادم المكسب القصير يمكن أن نجملها في أربعة شروط هي :

- المدة التي يتم بها التقادم القصير
- اقتصار التقادم القصير على عقار أو حقوق عينية دون منقول
- قيام سبب صحيح
- اقتران السبب الصحيح بحسن النية
- الشرط الأول : مدة التقادم القصير

إن المدة التي تسري على التقادم القصير المكسب هي عشر سنوات بدل من خمس عشرة سنة التي تخص التقادم المكسب الطويل ، هذه المدة تعتبر من النظام العام لا يجوز الإتفاق على تعديلها حسب ما تشير إليه المادة 828 من القانون المدني ، إذ بانقضاء هذه المدة يكون قد تحقق التقادم القصير و يصبح الحائز مالكا للعقار موضوع الحيابة أو للحق العيني [75] ص 101 .

الشرط الثاني: اقتصار التقادم القصير على العقار أو حقوق عينية عقارية

لا يشمل التقادم إلا عقارا معيننا بالذات أو حقا عينيا عقاريا كحق الإنتفاع بالعقار - موضوع الدراسة - وعليه يجب أن يكون الحق العيني قابلا للتعامل فيه و قابلا للحيابة ، أما الأشياء التي تكون غير قابلة للتعامل بطبيعتها كالشمس ، الهواء ، البحر فلا يجوز أن تكون محلا للتعاقد أو كان الغرض الذي خصص له غير قابل للتعامل فيه كالمالك العام لأنه مخصص للمنفعة العامة . هذا ما تشير إليه نص المادة 689 من القانون المدني : ((لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها

بالتقادم.....)) ، كما أن تخصيصه يتنافى مع جواز التصرف فيه أو تملكه بالتقادم ، و قد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه إذا كان غير مشروع .

و لا يكفي أن يكون العقار أو الحق العيني قابلا للتعامل حتى يكون قابلا للتملك بالتقادم ، بل يجب أن يكون قابلا للحيازة ، و قد يكون الشيء قابلا للتعامل فيه و مع ذلك لا يكون قابلا للحيازة ، كالتركة باعتبارها مجموعا من المال فهي لا تخضع للحيازة و مع ذلك فهي قابلة للتعامل فيها ، و من ثم لا تكون التركة كمجوع من المال قابلة للتملك بالتقادم و لا الحيازة [75] ص 105 .

- الشرط الثالث: السبب الصحيح

لتعريف السبب الصحيح ، نقول هو كل تصرف قانوني يستند إليه واضع اليد في حيازته للعقار و يجعل وضع يده عليه سليما من شبهة الغصب في نظره واعتقاده ، و السبب الصحيح هو الذي يكون بطبيعته ناقلا للملك إذا ما صدر من المالك باعتباره أهلا للتصرف و لهذا قد يكون العقد الباطل بطلانا نسبيا أو معلق على شرط فاسخ خلال مدة قيام هذا الشرط بمثابة سبب صحيح ليمتلك المشتري على أساسه العقار بوضع اليد .

كما يكون السبب الصحيح هو تصرف قانوني (acte juridique) ناقل للملكية كالبيع و الوصية و لكنه مع ذلك لم ينقلها للحائز ، لأنه صدر من غير المالك، كأن يكون هذا التصرف صدر من شخص ليس بمالك أو كان مالكا و لكن ملكيته زالت بأثر رجعي . في هذا الصدد هناك اجتهاد قضائي للمحكمة العليا صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بموجب قرار رقم 72055 يخص عقد هبة محرر في شكل رسمي و هب بموجبه شخصين لهما صفة العم لابنة أختيهما قطعة أرض و بعد مضي 13 سنة تراجعوا عن الهبة لأن قطعة الأرض ليست ملكا لهما حينها تمسكت الموهوب لها بالتقادم المكسب القصير ، فأقرت المحكمة العليا أن المدعية في الطعن حازت العقار و استغلته مدة ثلاث عشرة سنة بناء على سند رسمي صحيح و مشهر و قد حازته بحسن نية و لم ترتكب أي خطأ أو غش عندما سلموها العقار محل النزاع . و بناء على ذلك فإن المدعية في الطعن تكون قد اكتسبت هذا العقار بالتقادم المكسب القصير و أن القضاة برفضهم لدعواها الرامية إلى اكتساب العقار بالتقادم يعد خرقا للقانون في مادته 828 من القانون المدني [75] ص 104 .

و سمي السبب بالصحيح لأنه يكاد أن ينقل الملكية لو صدر من المالك ، يبقى الأساس في اعتماد السبب الصحيح هو أن يكون صادرا من غير المالك ، على اعتبار أنه هو المالك ، و هذا بغية حماية الحائز حسن النية الذي صدر في حقه هذا السبب الصحيح خلال عشر سنوات، حتى لا يبقى معرضا لدعوى استحقاق يرفعها عليه المالك الحقيقي طوال خمس عشرة سنة إذا لم يسمح له القانون بكسب الحق عن طريق التقادم القصير.

كما لا يقتصر التصرف على التصرف الناقل للملكية ، بل كل تصرف ناقل أو منشئ لحق عيني قابل لأن يكسب بالتقادم ، كحق الإنتفاع الذي هو موضوع دراستنا . فالعقد الذي ينشأ أو ينقل حق الإنتفاع ممن لا يملكه ، يعتبر سببا صحيحا فهو لا ينشئ الحق أو ينقله و لكن يستطيع الحائز حسن النية أن يستند إليه ليكسب الحق بالتقادم القصير .

و لقد عرفت المادة 3/828 من القانون المدني السبب الصحيح أو السند الصحيح كما يلي : ((هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم و يجب إشهار السند)) .

كما يخرج من دائرة السبب الصحيح الوقائع المادية و التي ليست بتصرفات قانونية نذكر منها : الميراث و العقود التي تنشأ التزامات شخصية ، كعقد الإيجار مثلا بحيث لا يستطيع المستأجر امتلاك العقار بالتقادم المكسب و بالتالي لا يكون هذا العقد بمثابة سبب صحيح . كما أن الأحكام القضائية لا تكون هي الأخرى سببا صحيحا لكسب الحق مادامت هذه الأحكام هي أحكام كاشفة للحق .

في النهاية نخلص إلى القول بأن السبب الصحيح يجب أن ينصب على تصرف قانوني سليم غير باطل ، أما التصرف القانوني القابل للإبطال له وجود قانوني و من ثم يصلح لأن يكون سببا صحيحا . كما أن التصرف القانوني المعلق على شرط واقف أو على شرط فاسخ لا يصلح أن يكون سببا صحيحا إلا من وقت تحقق الشرط ، و إذا لم يتحقق الشرط انعدم التصرف القانوني و اعتبر كأن لم يكن ، أما التصرف القانوني المعلق على شرط فاسخ فيكون نافذا من البداية لذلك يصلح لأن يكون سببا صحيحا من أول الأمر .

- الشرط الرابع: حسن النية

يشترط في التقادم إلى جانب السبب الصحيح توافر حسن النية لدى الحائز [76] ص75 حيث تنص المادة 828 من القانون المدني في فقرتها الأولى ((إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح....)).

و يتطلب في حسن النية أن يعتقد الحائز وقت تلقيه الملكية أو الحق أنه يتلقاه من صاحبه ، بحيث يقع الحائز في غلط يدفعه إلى الاعتقاد بأن المتصرف هو مالك العقار أو صاحب الحق ، و يستوي أن يكون الغلط الذي وقع فيه الحائز غلطا في الواقع أو غلطا في القانون ، كأن يتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار تكون ملكيته قد أبطلت أو فسخت و الحائز يجهل ذلك و يعتقد أنه مازال مالكا للعقار ، هذا هو غلط في الواقع . أو أن يقع الحائز في غلط في القانون ، و تبقى مسألة تقدير حسن النية سلطة تقديرية لقاضي الموضوع .

كما تضيف الفقرة الثانية من نص المادة 828 من القانون المدني بأنه ((لا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق)) ، لأن حسن النية يجب أن يتوافر عند الحائز في الوقت الذي يتلقى فيه الملكية أو الحق فلو أن شخصا اشترى عقارا من غير مالك و اعتقد بحسن نية وقت تسجيل عقد البيع أنه اشتراه من مالك و أن الملكية قد انتقلت إليه ، يكون بذلك تحقق شرط حسن النية في المشتري ، كما لا يشترط أن تستمر النية الحسنة طوال مدة التقادم ، فلو علم بعد ذلك أن البائع غير المالك ، فإن ذلك لا يؤثر في صحة توافر الشرط [77] ص 283... 285 .

3.3.1.2.1: الآثار المترتبة على التمسك بالتقادم

أهم أثر يترتب على التمسك بالتقادم هو كسب الملكية و الحقوق العينية إذ ما استمرت الحيازة له مدة خمسة عشر سنة ، و هي مدة التقادم المكسب الطويل أو عشر سنوات في التقادم القصير .
و بما أن دراستنا تنصب على حق الإنتفاع باعتباره حقا عينيا ، نقول أن أهم أثر يترتب على التمسك بالتقادم هو اكتساب هذا الحق بعد أن تكون حيازة المنتفع حيازة استمرت خمس عشرة سنة بالنسبة للتقادم المكسب الطويل المدى من دون انقطاع استنادا إلى نص المادة 827 . أو عشر سنوات إذا كان الحائز حسن النية مستندا إلى سند صحيح طبقا لنص المادة 828 من القانون المدني ، حيث يكون اكتساب حق الإنتفاع بأثر رجعي ، و بالتالي ينتقل هذا الحق إلى الحائز لا من وقت التمسك بالتقادم و لا من وقت اكتمال مدة التقادم فحسب ، بل ينتقل الحق إليه بأثر رجعي أي من وقت بدء حيازة الحق ، هذا ما تقضي به طبيعة نظام التقادم حماية لإستقرار الأوضاع .
غير أنه يترتب على الأثر الرجعي للتقادم النتائج التالية :
- الحائز يمتلك الثمار أثناء سريان التقادم حتى و لو كان سيئ النية .
- الحقوق العينية التي رتبها المالك الحقيقي أثناء سريان مدة التقادم تعتبر كأن لم تكن و لا يعتد بها في مواجهة الحائز .
- الحقوق العينية التي رتبها الحائز أثناء سريان مدة التقادم تصبح نافذة .
- إذا انقطع التقادم المكسب انقطاعا مدنيا ثم زال سبب الإنقطاع ، فإن التقادم يحدث أثره من بدء سريانه [77] ص 303... 305 .

و التقادم يكون تارة منشئ لحق الإنتفاع و هو الغالب و تارة أخرى ناقلا له ، كأن ينشئ شخص على عقار غير مملوك له حق انتفاع لشخص آخر ، ثم يضع هذا الأخير يده على حق الإنتفاع معتقدا بحسن نية أنه تعامل مع المالك . فله أن يتكسب حق الإنتفاع إذا ظل حائزا له طوال المدة المقررة قانونا و هنا يكون التقادم قد أنشأ حق الإنتفاع ابتداء .

و قد يكون هناك حق الإنتفاع تم إنشاؤه ثم يؤجر المنتفع العين المنتفع بها ، بعد ذلك يغير المستأجر صفة حيازته من حيازة عرضية إلى حيازة أصلية بنية تملك الحق - حق الإنتفاع - فيملكه بالتقادم المكسب الطويل ، ليصبح التقادم هنا ناقلا لحق الإنتفاع لا منشأ له .

في الأخير تجدر الإشارة إلى أن التقادم كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع عمليا هو نادر الوقوع و غالبا ما يكون هذا السبب هو سبب لكسب و انتقال الملكية ، لأن الحائز يسعى من خلال هذا السبب إلى كسب الملكية لكي يتحول من صفة الحائز إلى صفة المالك ، سيما بعد صدور المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الخاص بسن بإجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإقرار بالملكية [63] ص 24 . علما أن التقادم المكسب يسري على كل العقارات و الحقوق العينية المملوكة للخواص المشهورة و غير المشهورة من دون تمييز أو استثناء ، و بذلك يكون المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي و المصري قد خالفوا بعض التشريعات البلدان العربية التي أخذت بمبدأ التقادم المكسب ، بحيث أنها أقرت عدم سريانه على العقارات و الحقوق العينية المقيدة بالسجل العقاري و المشهورة من بين هذه البلدان : لبنان ، العراق ، ليبيا .

أمام هذا الوضع هناك سؤال يطرح ، هل المشرع الجزائري عند أخذه بعقد الشهرة بموجب المرسوم رقم 352/83 المشار إليه أعلاه يكون قد عارض الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري ؟ [63] ص 204 ، لأن المرسوم رقم 352/83 المتعلق بعقد الشهرة يطبق على المناطق التي لم يتم فيها مسح الأراضي و هذا يعني أن عقد الشهرة ذاته سيتم شهره وفقا لنظام الشهر الشخصي باعتبارها مناطق لم تخضع بعد لإجراءات المسح ولم يؤسس بشأنها سجلا عينيا .

لكن هل الأراضي التي مستها عمليات المسح يمكن أن تتكسب أو تنتقل ملكيتها وكذا الحقوق العينية المترتبة عنها عن طريق التقادم ؟، بمعنى آخر هل يمكن أن يشمل التقادم المكسب حقوق عينية مشهورة ؟. التقادم المكسب يفرضه استقرار المعاملات ليس بغرض تشجيع أخذ أموال الأشخاص بالباطل ، هذه الوظيفة يؤديها التقادم المكسب في غياب السجل العيني ، أما الأخذ بالتقادم المكسب بعد إقامة السجل العيني يؤدي ذلك إلى إهدار هذا الإستقرار و الإبتعاد عن الهدف الذي تقرر التقادم من أجله ، فيصبح صاحب الحق المشهر في غير مأمّن من ضياع حقه ، مما يحول دون تحقيق نظام السجل العيني لهدفه [78] ص 126 . و لا ينبغي الأخذ بالتقادم المكسب في مواجهة حق مشهر في نظام السجل العيني إلا على سبيل الإستثناء كحالة الوفاة مثلا ، ما لم يتم الورثة بتقيد حقه خلال مدة التقادم تحقيقا في ذلك للوظيفة الإقتصادية للعقار ، أو كأن ينصب الشهر على تصرف معيب يكون محله أملاك دولة سواء كانت

عامة أو خاصة أو أملاك وقفية و التي لا يجوز كسبها بالتقادم ، فلا ينبغي أن يؤدي الأثر التطهيري للسجل العيني إلى إهدار أموال الدولة و الأموال المصونة كالأوقاف العامة .

هذا الموقف هو للدكتورة محمدي فريدة [78] ص 124 و نحن نؤيد هذا الموقف إلى حد ما سيما إذا كان التقادم المكسب ينصب على تكريس حق الملكية ، أما إذا كان التقادم المكسب ينصب على الاعتراف بحقوق عينية كحق الإنتفاع محور هذه الدراسة ، فلا نرى مانع من الاعتراف به حتى و إن كان هذا الحق يرد على حق تم شهوره تحقيقا في ذلك للوظيفة الاقتصادية للعقار حتى و إن كان حق الإنتفاع هذا ينصب على أملاك تابعة للدولة أو أملاك وقفية .

أما إذا كان الغرض من التمسك بالتقادم المنصب على حق عيني مشهر يهدف إلى التملك الحق ، فلا ينبغي الاعتراف به في ظل نظام الشهر العيني ، حماية لصاحب الحق المشهر من جهة و التأكيد على الصفة المؤبدة التي يتمتع بها حق الملكية من جهة أخرى .

4.1.2.1: اكتساب حق الإنتفاع بمقتضى القانون

يعتبر القانون مصدر كل حق بما في ذلك حق الإنتفاع المنصوص عليه بموجب القانون المدني، و هو سبب لكسب الحق ابتداء و ليس انتقالا، كما يحدد الأشخاص الذين يخول لهم كسب هذا الحق عندما تتوافر فيهم الشروط المقررة قانونا.

و بما أن دراستنا في هذا المجال تنصب على حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، نرى أنه لا يوجد تطبيق لهذا السبب في القانون المدني الجزائري ، بل ترك المجال للقوانين الخاصة . هذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني عند دراستنا لأسباب كسب حق الإنتفاع في التشريعات الخاصة سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية المحدد بموجب قانون المستثمرات الفلاحية 19/87 ، أو ذلك المكرس بموجب قانون الأوقاف 10/91 على اعتبار أنها أسباب ناقلة للحق .

2.2.1 : أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة

لقد سبق و أن تطرقنا في المبحث الأول من هذا الفصل إلى تحديد طرق اكتساب حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني ، بالموازاة نبحت و من خلال هذا المبحث في أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة و المكرس بموجب قانون 19/87 الذي حدد طرق اكتساب هذا الحق ، المتمثلة في كل من العقد و الوصية كتصرفات قانونية ، بالإضافة إلى الشفعة و الميراث .

لذلك ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب : نتناول في المطلب الأول التصرفات القانونية ، و في المطلب الثاني الشفعة ، ثم في المطلب الثالث و الأخير نتطرق إلى الميراث .

1.2.2.1 : التصرفات القانونية

من بين التصرفات القانونية التي تؤدي إلى كسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية نجد العقد الإداري و الوصية ، نتناولهما من خلال الفرعين التاليين .

1.1.2.2.1 : العقد الإداري

لقد نص قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملك الوطنية في المادة 12 منه على ما يلي :
 ((يسلم للمعنيين، بناء على تقديم عقد تصريحي بتكوين جماعة بمبادرة منهم، عقد إداري يحدد قطعة الأرض التي يمارسون عليها حقهم في الإنتفاع الدائم على الشيوع و بحصص متساوية .
 يحدد محتوى و مبلغ الأملك المتنازل عنها بمطلق الملكية و كذا كفيات الدفع بعقد إداري حسب الكيفيات المحدد عن طريق التنظيم)) .

فالنص المشار إليه أعلاه هو الذي اعتبر العقد الإداري سبب من أسباب اكتساب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية و على الشيوع ، و لقد تم تحديد محتوى هذا العقد و كيفية تحريره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 50/90 المؤرخ في 1990/02/06 [79] .
 و لا تتكون مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية قانونا إلا بعد استيفاء إجراء التسجيل و الشهر للعقد الإداري ، ثم يمنح للمستفيدين نسخة من هذا العقد الذي يثبت الحقوق العقارية الممنوحة بعد توافر جملة من الشروط هي :

1.1.1.2.2.1 : شروط تتعلق بالمستفيد

شروط المستفيد أو المستفيدين حددتها المادة 10 من قانون 19/87 ، بحيث لا تمنح مثل هذه الأراضي إلا لأشخاص طبيعيين يتمتعون بالجنسية الجزائرية ، و الذين لم تكن لهم مواقف غير مشرفة أثناء الثورة التحريرية ، مع إعطاء الأولوية لذوي الحقوق والمجاهدين ، على أن يكون هؤلاء الأشخاص من الممارسين للنشاط الفلاحي أو لهم تكوين في هذا المجال ، حتى يتسنى لهم ممارسة ذات النشاط داخل المستثمرة الفلاحية بصفة شخصية و مباشرة لا بواسطة الغير .

مثل هذه الشروط لم تحترم في الواقع و منحت أراضي فلاحية تابعة للدولة لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط [80] ص 276... 278 ، و في بعض الحالات أصدرت الإدارة قرارات بسحب الإستفادة

غير أن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا آنذاك و لما رفعت إليها بعض الطعون ألغت قرارات الولاية مستندة في ذلك إلى اجتهاد قضائي يتعلق بعدم جواز سحب القرارات الإدارية التي أنشأت حقوق مكتسبة للأفراد بناء على خطأ الإدارة [01] ص 100 . و هو الاجتهاد القضائي حسب وجهة نظرنا نراه مقبول لأن القرارات الفردية حتى و لو كانت غير مشروعة و أدت إلى اكتساب حقوق لا يجوز سحبها بعد فوات المدة المحددة بأربعة أشهر ، و هي مدة رفع دعوى الإلغاء التي تخص قرارات الصادرة عن الهيئات المركزية [81] ص 287... 300 ، حماية لإستقرار الأوضاع و المراكز القانونية المكتسبة ، حيث يتحول المركز المكتسب بموجب قرار غير مشروع من مركز غير مشروع إلى مركز مشروع بقوة القانون بعد فوات المدة المقرر للسحب .

يضاف إلى الشروط المتعلقة بالمستفيد شرط آخر يتمثل في أن لا يكون المستفيد عضوا ضمن مجموعة أخرى حسب ما تشير إليه نص المادة 2/09 من قانون 19/87 التي تنص : ((لا يجوز لأي منتج الحصول على أكثر من حصة واحدة و لا الإنضمام إلى أكثر من جماعة)) .

و عليه بعد أن تتوافر الشروط المذكورة في المادتين 09 و 10 من قانون 19/87 يتفق ثلاثة أشخاص على الأقل فيما بينهم قصد تكوين مستثمرة فلاحية جماعية كأصل ، على أن يدون هذا الإتفاق في ورقة ممضاة من طرف الأعضاء و تقديمها إلى الجهة الإدارية و التي غالبا ما تكون الولاية ، حتى يسلم لهم قرار إداري من طرف الوالي المختص إقليميا يحدد فيه المكونات الأساسية للعقار الممنوح و شروط استغلاله .

2.1.1.2.2.1: شروط تتعلق بالعقد

حتى ينتج العقد آثاره سواء فيما بين أطرافه أو في مواجهة الغير يجب أن يكون مستوفيا الأركان التي تكمن فيما يلي :

- الرضا : الذي يقصد به تطابق الإرادات و لا داعي في هذا المجال إلى ذكر كل التفاصيل التي يشتمل عليها هذا الركن ، ما دام أن هذا الأخير يتحقق عن طريق الإتفاق الحاصل بين أعضاء المستثمرة و الذي سبق و أن اشرنا إليه في الشرط الأول .

يضاف إلى هذا الركن ركن السبب على اعتبار هو الآخر لا يثير أي إشكال ، و عليه نحاول التركيز فقط على ركن المحل و الشكلية .

- المحل : يشمل العقد الإداري محلان ، الأول يتعلق بحق الإنتفاع الدائم الممارس على الأرض الممنوحة بينما الثاني يخص الممتلكات المكونة لنمة المستثمرة المتنازل عنها ، هذا ما تضمنته أحكام المادة 2/2 من المرسوم التنفيذي رقم 50/90 المؤرخ في 1990/02/06 المحدد لشروط إعداد العقد الإداري و التي تقضي : ((.... هذا العقد الذي تعده الإدارة المكلفة بأمالك الدولة ، يحدد الأساس العقاري الذي

يمارس عليه حق الإنتفاع الدائم الممنوح للمنتجين الفلاحيين المعنيين في إطار القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المذكور أعلاه و كذلك قوام الأملاك المتنازل عنها لهم على سبيل التملك الكامل و مبلغها و كيفية دفع هذا المبلغ عند الإقتضاء ...)).

فهذا العقد يشمل المساحة التي يمارس عليها حق الإنتفاع و كذلك المعدات و الأدوات و المباني و المنشآت و المواشي و غير ذلك من الوسائل و الإنتاج .

- الشكلية : تعد الشكلية ركنا من أركان العقد طالما أن أحد محال العقد هو حق عيني يقع على عقار من ثم يجب إضفاء الرسمية على العقد حتى يكون نافذا ، عملا بأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، و لعل الجهة التي حولها القانون إضفاء الطابع الرسمي على هذا النوع من العقد هي إدارة أملاك الدولة إذ يحرر العقد في نسخة أصلية و نسختين أخريتين تخصص إحداهما للإشهار و الحفظ العقاري و الثانية للمستثمرة الفلاحية المعنية بعد استيفاء إجراءات التسجيل و الشهر العقاري ، هذا ما تؤكدته المادة 3/2 من المرسوم التنفيذي رقم 50/90 المشار إليه أعلاه . أما في الحالة التي يكون فيها العقار محل نزاع فإنه يؤجل تسليم العقد الإداري إلى غاية الفصل القضائي في النزاع ، و بتسليم العقد الإداري تنشأ المستثمرة الفلاحية بقوة القانون و تنتقل تبعا لذلك ملكية حق الإنتفاع المشاع إلى المستفيدين ابتداء من تاريخ الحفظ العقاري و نشر العقد الإداري .

- الإتاوة و ثمن الممتلكات المتنازل عنها : تنص المادة 02/06 من قانون 19/87 على أن ((....يمنح حق الإنتفاع الدائم مقابل دفع إتاوة من طرف المستفيدين يحدد وعائها و كيفية تحصيلها و تخصيصها في قوانين المالية ...)). و بالتالي نستشف أن حق الإنتفاع الذي يمنح للمنتجين يكون بمقابل و ليس بالمجان ، في شكل إتاوة يحدد وعاءها قانون المالية على أن تعدل قيمة الإتاوة في كل مرة بموجب قوانين المالية ، و حتى الممتلكات المكونة لذمة المستثمرة يملكها المستفيدون بمقابل مالي حسب ما تقضي به المادة 07 [03] ، لأنها تدخل في ذمة المستثمرة و تشكل بذلك حصص الشركة يقدمها المنتجون عند تكوين المستثمرة باعتبارها شركة مدنية ، حيث تقوم مصلحة أملاك الدولة بتقويم المنشآت و التجهيزات و كذا كيفية دفع المبلغ الموازي لها [82] ص 208 .

بعد استيفاء العقد كافة الشروط المشار إليها آنفا ، يصبح هذا العقد بمثابة سبب من أسباب اكتساب

حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية و التي تتشكل من :

- الأراضي التي صارت جزءا لا يتجزأ من الصندوق الوطني للثورة الزراعية
- أو الأراضي المؤممة التي كانت موضوع تعويض مالي
- الأراضي المؤممة التي كانت موضوع تعويض بالمثل
- الأراضي التي تبرع بها أصحابها للصندوق الوطني للثورة الزراعية ، هذا ما تقر به المادة 04 [79]

2.1.2.2.1 : الوصية

تعد الوصية باعتبارها تصرفاً قانونياً ، سبباً من أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية ، ذلك أن هذا الحق قابل للتنازل و الإنتقال ، و هو ما تؤكدته نص المادة 08 من قانون 19/87 : ((تكون الحقوق العينية العقارية كما حددتها المادتين 06 و 07 أعلاه و الممنوحة على الشيوخ و بالتساوي بين أعضاء الجماعات قابلة للنقل و التنازل و الحجز طبقاً لأحكام هذا القانون و التشريع المعمول به)) .

حيث تخضع الوصية في ذلك لأحكام قانون الأسرة ، غير أن هذا التصرف الذي محله هذا النوع من حق انتفاع يختلف عن الوصية التي يكون محلها حق انتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، ذلك لأن الوصية في هذا المقام تكون سبباً ناقلاً لحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية لأنه حق لا ينتهي بموت المنتفع ، كما هو الحال بالنسبة لحق الإنتفاع المعروف في القواعد العامة ، بل هو حق مؤبد و من ثم يجوز الإيضاء به بعد وفاة الموصى على اعتبار أن الوصية طريق ناقل لهذا الحق لا منشأ له .

هذا هو مجال الاختلاف بين الوصية التي يكون محلها حق انتفاع يمارس على أراضي فلاحية تابعة ملكيتها للدولة ، و الوصية التي يكون محلها حق انتفاع المنصوص عليه في القانون المدني ، و لا تكون الوصية في هذا الصدد إلا ضمن صورة واحدة ، تتمثل في أن يوصي مالك حق الإنتفاع أو المستفيد بهذا الحق لأحد الأشخاص ، على أن يثبت حق الموصى له بإتمام إجراءات الشهر لأن التصرف انصب على حق عيني عقاري حسب نص المادة 15 [83] .

هذا ما يترتب عليه تغيير في التكوين الأولي لأعضاء المستثمرة الفلاحية ، سيما المستثمرة الجماعية و هو ما تؤكدته المادة 34 [03] ، و منه وجب إثبات هذا التغيير بعقد رسمي يخضع لإجراءات التسجيل و الشهر العقاري ، مع تطبيق شروط الوصية منها بقاء الموصى له حياً بعد موت الموصى و كذا النصاب الذي يجوز أن يوصى به .

أمام هذا الوضع يبقى تطبيق الوصية يثير جملة من التساؤلات القانونية منها:

- هل يجب حتماً أن تتوفر في الموصى له الشروط القانونية المكرسة بموجب نص المادة 10 من قانون 19/87 ؟ . بحيث لا يمنح هذا الحق إلا لأشخاص طبيعيين و من الجزائريين الذين يمارسون الفلاحة أو الذين لهم تكوين في المجال الزراعي حتى يتسنى للموصى له أن يمارس بصفة شخصية النشاط الفلاحي داخل المستثمرة الفلاحية .

مثل هذه الشروط قد لا تحترم و كثيراً ما يتم الإيضاء بحق الإنتفاع لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط مما ينجم عنه عجز الموصى له عن استغلال الأرض بصفة شخصية ، علماً أن الحكم نفسه ينطبق في حالة الوصية لفائدة الجنين .

كما يثار أيضا تساؤل آخر حول ما إذا كانت الوصية تشمل الأرض التي يرد عليها حق الإنتفاع دون المعدات أم كلاهما معا ؟ . في هذا الصدد نقول أن الأرض و المعدات هي وحدة غير قابلة للتجزئة طبقا لنص المادة 31 من قانون 19/87 و تشكل حصة المستفيد ، و بالتالي فالوصية يجب أن تشمل الحصة ككل .

2.2.2.1 : الشفعة

عندما تنازلت الدولة بموجب قانون 19/87 عن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية لصالح المستفيدين ، احتفظت بالمقابل لنفسها بملكية الرقبة بمقتضى نص المادتين 06 و 07 من القانون السالف الذكر ، حين ملكت المستفيدين حق انتفاع الذي أصبح محدد المدة بعدما كان حقا دائما بموجب قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 المشار إليه سابقا على مجمل الأراضي التي تتكون منها المستثمرة الفلاحية ، بالإضافة إلى حق امتلاك المعدات و كذا جميع الممتلكات المكونة لذمة المستثمرة ما عدا الأرض ، مما تسنى لها بالمقابل ممارسة حق الشفعة عن الحصص المتنازل عنها لكي تراقب أعمال المستفيدين عند استغلالهم للأرض .

و من أجل تسليط الضوء على هذا السبب بشكل وافي ، نتناول بالدراسة حالات الأخذ بالشفعة في الفرع الأول ، ثم في الفرع الثاني إجراءات الأخذ بالشفعة ، على أن يكون الفرع الثالث و الأخير متعلق بالآثار المترتبة عن ممارسة حق الشفعة .

1.2.2.2.1: حالات الأخذ بالشفعة

لقد كرس المشرع للدولة حق الأخذ بالشفعة في هذا المجال بناء على نص المادة 24 من قانون 19/87 التي تنص : ((لا يمكن التنازل عن الحصة إلا لصالح عمال القطاع الفلاحي و تعطى الأولوية في هذا الإطار للشباب الذين استفادوا من تكوين فلاح و للعاملين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية . و يمكن للدولة في جميع الحالات أن تمارس حق الشفعة))، إذ أجاز المشرع للدولة ممارسة حق الشفعة بصفتها مالكة للرقبة طبقا لأحكام المادة 795 من القانون المدني ، على أن يمارس هذا الحق بواسطة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية .

كما نجد المشرع الفرنسي هو الآخر اعترف بحق الشفعة *droit de préemption* على الأراضي التي يتم التصرف فيها بعوض لصالح شركات التنظيم العقاري و الزراعي

Les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (s.a.f.e.r)

كما يمتد حق الشفعة في المباني المستغلة في عملية الزراعة التي تحتفظ بخصائصها [84] ص

187 ... 200 ، على أن ينحصر مجال تطبيق الشفعة حسب القانون الفرنسي فيما يلي:

- يجب أن تكون هذه الأموال واقعة في النطاق الجغرافي المحدد لممارسة الشركة لعملها
 - يجب أن تكون هذه الأراضي أو المباني الملحقة بالأراضي الزراعية خارج التخطيط العمراني
 - السكنية و الصناعية - و حتى الأماكن الطبيعية و السياحية .
 - الأراضي التي يتم نزع ملكيتها للمنفعة العامة
 - لا يحق للشركة أن تطلب الأراضي المتصرف فيها طبقا لحق الشفعة إذا كان هناك حق شفعة ثابت للدولة أو لأشخاص معنوية عامة .
 - لا يمارس حق الشفعة ضد المستأجر إذا كان هو المشتري سواء كان مستأجرا للأراضي الزراعية نقدا **les fermiers** أو بالمزارعة **les métayer** و لا مستغلي الأراضي الزراعية و لا الحاصلين على مساعدات اجتماعية .
 - لا يمارس حق الشفعة في مواجهة المشتري إذا كان ينتمي إلى عائلة المتصرف و لا تمارس الشفعة على بعض التصرفات و هي:
 - * لا تمارس الشفعة بالنسبة لنقل ملكية الأراضي أو العقارات الزراعية مجانا
 - * تبادل العقارات
 - * التصرف الذي يتم لشريك في الأرض سواء تم رضاء أو قضاء ، و كذلك التنازل لفائدة الآباء أو الأقارب أو الأصهار حتى الدرجة الرابعة من القرابة.
- أما المشرع الجزائري فقد مكن الدولة من ممارسة حق الشفعة في حالات متعددة كرستها عدة نصوص قانونية عبر تشريعات مختلفة أهم هذه الحالات هي :
- أ - وجود تنازل عن طريق البيع لأحد المستفيدين بناء على نص المادة 24 [03]
- ب - عدم احترام أعضاء المستثمرة للإلتزامات المقررة قانونا حيث يتم إسقاط حق الإنتفاع من طرف الهيئة القضائية المختصة، عندئذ تمارس الدولة حق الشفعة وهو ما تكرسه المادة 62 [06] ، و المقصود بهذه الأراضي هي الأراضي الفلاحية التابعة ملكتها للخواص ، بمعنى أن الدولة ليست مالكة للرقبة و لا هي صاحبة حق انتفاع كما هو الشأن بالنسبة للحالة الأولى ، و لا هي شريك على الشيوع حسب نص المادة 795 من القانون المدني و مع ذلك لها الحق في ممارسة حق الشفعة بغية المحافظة على الطابع الفلاحي للأراضي ، سيما أن هذه الأراضي من الأراضي الخصبة أو الخصبة جدا [14] ص 188.
- ت - وجود معاملات عقارية غير مشروعة تنصب على أراضي فلاحية إما لعدم إضفاء الرسمية عليها أو من شأن هذه المعاملات أن تلحق ضررا بقابلية الأراضي للاستثمار أو تؤدي إلى تغيير الوجهة الفلاحية أو تنتسب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري .

ث - وجود بيع عن طريق المزاد العلني نتيجة عدم استثمار الأرض بعد أن تثبت حالة عدم الإستثمار و ينذر بذلك المستفيد هذا ما تشير إليه المادتين 51 و 52 [06] .

ح - يجوز للملاك المجاورين ممارسة حق الشفعة تطبيقاً لنص المادة 57 [06] ، في حالة وجود معاملات عقارية غير مشروعة طبقاً لأحكام المادة 55 ، بغية تحسين الهيكل العقاري للمستثمرة .
و تبقى هذه الحالة الأخير تثير عدة تساؤلات أهمها:

*من هم الملاك المجاورون ؟ علماً أن هذا المصطلح هو مصطلح جديد أتى به المشرع .

*هل يمارس حق الشفعة من قبل الدولة في حالة وجود معاملات عقارية غير مشروعة أم من طرف الملاك المجاورين ؟ على اعتبار أن كل من الدولة و الملاك المجاورين ليسوا من أصحاب المراتب الذين يثبت لهم حق الشفعة ، كما هو محدد طبقاً لنص المادة 795 من القانون المدني لأن ملكية الأرض هي ملكية خاصة، و رغم ذلك يحيلنا المشرع بموجب المادة 57 من قانون التوجيه العقاري إلى نص المادة 795 من القانون المدني .

للإجابة على هذه التساؤلات القانونية ، نرى أنه كان من الأجدر أن لا يحيلنا المشرع إطلاقاً على أحكام الشفعة المنصوص عليها في القانون المدني ، ما دام أن أحكام الشفعة المنصوص عليها في قانون التوجيه العقاري تعتبر استثناء يرد على الأحكام التي تخص الشفعة و المكرسة بموجب القانون المدني باعتبار أن الخاص يقيد العام بدل من الإحالة إلى قواعد القانون المدني تفادياً للتناقض و التضارب بين النصوص ، هذا ما يستوجب التعجيل لإصدار قانون خاص ينظم أحكام الشفعة التي تمارسها الدولة على الأراضي الفلاحية.

أما بخصوص عدم ترتيب أصحاب المراتب في الأخذ بالشفعة ، نرى أن الدولة تحتل المرتبة الأولى في الأخذ بالشفعة قبل الملاك المجاورين ، ذلك أن المشرع و بموجب قانون التوجيه العقاري اعتبر إجراء الشفعة بمثابة إجراء استثنائي ، كما هو الشأن بالنسبة لإجراء نزع الملكية و هو ما تؤكدته المادة 71 من قانون التوجيه العقاري .

بعدما عرضنا حالات الأخذ بالشفعة ، نذكر بالحالة التي تكون فيها الشفعة كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية و المتمثلة على وجه الخصوص في الحلة الأولى و هي حالة وجود تنازل عن طريق البيع من قبل المستفيدين ، إذ تمارس في هذه الحالة الدولة حق الشفعة و تصبح بعدها مالكة ملكية تامة للأرض ، بعد أن كانت مالكة للرقبة فقط ، أما الحالات الأخرى تخص الشفعة عندما تكون سبب من أسباب اكتساب الملكية .

و عليه نتطرق بعد عرض هذه الحالات إلى معرفة الإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشفعة من خلال النقطة الموالية .

2.2.2.2.1: إجراءات الأخذ بالشفعة

تتحقق حالات الأخذ بالشفعة للشفيع حسب المراتب المشار إليها بموجب المادة 795 من القانون

المدني و هي كالتالي :

- مالك الرقبة
- الشريك في الشبوع
- صاحب حق الإنتفاع

يضاف إلى هذه المراتب الثلاث الملاك المجاورون في المستثمرات الفلاحية حسب نص المادة 57 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 .

حيث نلاحظ أن الدولة تحوز المرتبة الأولى في ممارسة حق الشفعة باعتبارها مالكة للرقبة و الممثلة من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ، أما المرتبة الثانية فلا تثبت لأي عضو من أعضاء المستثمرة، إذا ما باع أحدهم حق الإنتفاع عملا بأحكام المادة 2/9 من قانون 19/87 ، وهذا حتى لا يحوز المستفيد على أكثر من حصة واحدة.

لذلك نرى من الأجدر تمكين المنتفع أو المستفيد من الإستحواذ على أكثر من حصة إذا ما رغب في ذلك تماشيا و نظام اقتصاد السوق المنتهج من قبل الدولة بعد صدور دستور 1989 ، لأن قانون 19/87 أصبح لا يساير الإختيارات الإقتصادية و السياسية المنتهجة ، باعتباره صدر في ظل اختيار سياسي مناقض لما تعيشه الجزائر حاليا .

و للأخذ بالشفعة و جب على كل من البائع و المشتري للعقار أن يتبعا جملة من الإجراءات ، أهمها أن يتقدما بتصريح على نيتهما في التعاقد قبل إبرام التصرف ، يكون هذا التصريح في شكل رسمي إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية . و تجدر الإشارة إلى أنه يمكن لهذه الهيئة أن تغير الثمن المتفق عليه بين البائع و المشتري ، هذا ما يشكل خروجا عن قواعد الشفعة الواردة في القانون المدني ، على أن يكون قبول ممارسة حق الشفعة حسب الحاليتين التاليتين :

– قبول الهيئة المعنية بالثمن المحدد في التصريح بنية التصرف ، و في هذه الحالة ينعقد العقد بين البائع و الهيئة المعنية بإبرامه في شكل رسمي .

– قبول الهيئة المعنية للعرض مبدئيا، مع عرضها لثمن أقل من الثمن المصرح به ، و في هذه الحالة يمكن تصور إحدى الحلول :

* إما ان يقبل البائع بذلك فينعقد العقد ، و يبقى على الأطراف إفراغه في شكل رسمي .

* أو يرفض البائع العرض ، و هنا يكون من حق الهيئة العمومية أن تلجأ إلى القضاء لتحديد ثمن العقار المعروض للبيع .

و كل معاملة تمت على الأرض الفلاحية خارقاً لأحكام الشفعة من قبل البائع و المشتري تكون باطلة و عديمة الأثر تجاه الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ، الذي يمكنه طلب إبطال التصرف و الحل محل المشتري بأثر رجعي على أن يدفع ثمننا عادلاً [48] ص 98... 101 ، وفقاً لأحكام المادة 56 من قانون التوجيه العقاري 25/90 التي تنص : ((كل معاملة تمت بخرق أحكام المادة 55 أعلاه باطلة و عديمة الأثر . و يمكن في هذه الحالة الموافقة على نقل الملكية الذي تحققه المعاملة إلى الهيئة العمومية المؤهلة بدفع ثمن عادل)).

و متى توافرت هذه الشروط يجب على الموثق أن يعلم مدير أملاك الدولة للولاية و أن يتضمن ذلك العمل العناصر الأساسية المتعلقة بعملية التنازل ، لا سيما هوية الأطراف أي هوية كل من البائع و المشتري ، مع تعيين الحقوق العينية العقارية المراد بيعها و المتمثلة في حق الإنتفاع ، و كذا الثمن المتفق عليه ليتمكن مدير أملاك الدولة من طلب ممارسة حق الأخذ بالشفعة لصالح الدولة ، كما يجب على هذا الأخير أن يستشير المدير الولائي المكلف بالفلاحة و التعمير و أن يعلم الموثق بالقرار المتخذ في أجل 30 يوماً .

حيث تنص المواد 10 و 12 و 13 من مشروع المرسوم المتعلق بالشفعة على أنه عند تسليم رسالة الإخطار فإن للهيئة العمومية مهلة 60 يوماً لإعلام الموثق عن نيتها ، إما بممارسة حق الشفعة أو العدول عنها ، و في حالة ممارسة حق الشفعة تشعر الهيئة الموثق على إجراء البيع لصالحها . لكن عند التخلي فإنه يجب عليها إخطار الموثق برسالة موصى عليها و عند عدم الرد بعد المهلة المحددة قانوناً يجب على الموثق أن يبين في مضمون العقد المثبت للمعاملة العدول أو عدم الرد تحت طائلة البطلان .

غير أن إجراء إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، يبدأ من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه الموثق و إلا سقط حقه في الشفعة [14] ص 188 و في حالة عدم ممارسة حق الأخذ بالشفعة ، فإن الموثق ملزم بأن يدرج الجواب الذي أفاده به مدير أملاك الدولة في عقد التنازل ، كما يجب على الموثق أن يطالب البائع بتقديم وصل يسلم له من قبل مصالح أملاك الدولة يثبت براءة ذمة البائع من الإتاوة المستحقة سواء تعلق التنازل بالمستثمرة الفلاحية الفردية أو الجماعية قبل تحرير عقد التنازل عن حق الإنتفاع على أن يدرج ذلك في صلب العقد تحت طائلة عدم قبول إجراءات الشهر .

كما يجب على الهيئة المؤهلة لممارسة حق الشفعة باسم الدولة أن تودع الثمن و المصاريف لدى الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ، و قبل رفع دعوى الشفعة و إلا سقط الحق في الأخذ بها طبقاً لنص المادة 2/801 من القانون المدني [14] ص 189 .

3.2.2.2.1: الآثار المترتبة على ممارسة حق الشفعة

تبعاً لحالات الأخذ بالشفعة المشار إليها أعلاه ، يترتب على ممارسة حق الشفعة من قبل الدولة الآثار

التالية :

- انتقال ملكية حق الإنتفاع من المستفيد المتنازل عن حقه إلى الدولة ، كما هو مبين في كل من الحالة الأولى و الثانية و الرابعة من الدراسة السابقة باعتبار أن الدولة مالكة للرقبة ، و بالتالي تكون في هذه الحالات الشفعة سبب من أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على هذا النوع من الأراضي ، إذ تصبح الدولة مالكة للأرض ملكية تامة بالنسبة للحصة التي كانت محل بيع من طرف المستفيد و مالكة للرقبة بالنسبة لبقية الحصص المشاعة الخاصة بالمستفيدين الآخرين .

- تؤدي الشفعة إلى كسب ملكية الأرض التابعة للخواص باعتبارها أراضي فلاحية خصبة أو خصبة جدا كما هو مبين في الحالة الثالثة و الخامسة و السادسة ، رغم أن الدولة في هذه الحالة ليست من أصحاب المراتب المحددين بموجب المادة 795 من القانون المدني الجزائري إذ تمارس الدولة حق الشفعة من أجل المحافظة على الأراضي الفلاحية التي تتميز بخصوبة جيدة ، حتى لا تؤدي المعاملات العقارية التي تنصب عليها إلى تغيير و جهتها الفلاحية .

و منه نخلص إلى القول أنه إذا كانت الغاية من الأخذ بالشفعة هو تجميع عناصر الملكية في يد واحدة أو منع انتقال المكية إلى أجنبي ، فإن الشفعة بموجب القانون رقم 19/87 و كذا قانون التوجيه العقاري هي الأخرى أداة لتجميع عناصر الملكية ، بالإضافة إلى أنها أداة مراقبة من أجل المحافظة على الطابع الفلاحي للأراضي المملوكة للخواص و التي تتميز بخصوبة عالية.

3.2.2.1: الميراث

يعد الميراث طريقاً من طرق كسب حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية و المكرس بنص المادة 08 من قانون 19/87 التي تقضي : ((تكون الحقوق العينية العقارية كما حددتها المادتان 6 و 7 أعلاه و الممنوحة على الشيوخ و بالتساوي بين أعضاء الجماعات قابلة للنقل و التنازل و الحجز ، طبقاً لأحكام هذا القانون و التشريع المعمول به)) . بالإضافة إلى نص المادة 1/23 من نفس القانون ، علماً أن المستثمرة الفلاحية لا تتأثر بوفاة أحد الشركاء ، إذ ينتقل الحق إلى الذكور و الإناث رغم أنها شركة مدنية و هو ما تطرقت إليه المادة [59]1/439 . و في حالة تعدد الورثة و ذوي الحقوق ، يمكنهم تعيين ممثل لهم يقوم بالعمل في المستثمرة تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادتين 09 و 10 من القانون رقم 19/87 ، و إلا أجبروا على التنازل على نصيبهم للغير ممن تتوفر فيه الشروط أو تمارس الدولة حق الشفعة .

هذا التغيير الذي يطرأ على تشكيل المستثمرة الفلاحية ، لا ينبغي أن يؤدي إلى المطالبة بالقسمة [85] حفاظا على وحدة المستثمرة و قابليتها للبقاء ، على أن يستفيد هؤلاء الورثة من تعويض يحدد عن طريق التراضي أو قضائيا إن اقتضى الأمر حسب نص المادة 32 [03] .

فهذا الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري يشبه إلى حد ما موقف المشرع الفرنسي عند أخذه بأحكام الميراث في هذا المجال و الذي كان يصبوا إلى تحقيق هدفين هما :
الهدف الأول يكمن في المحافظة على الأراضي الزراعية كوحدة اقتصادية قادرة على الإنتاج المكثف و المربح و ليس تدميرها بتفتيتها ، مع ضمان استمرارها في محيط الأسرة الواحدة .

بينما الهدف الثاني يتجلى في إسناد الأرض لمن يزرعها فعلا و ليس ترك الأمر لمحض الصدفة حين التقسيم ، و لقد وردت هذه الأحكام في المادة 832 من القانون المدني الفرنسي بفقراتها المتعددة مع السماح للورثة بالإتفاق الودي على تطبيق هذه القواعد على أن يختص أحدهم (محترف الزراعة) بالأرض الزراعية و يعوض الآخرين نقدا عن فرق أنصبتهم . أما إذا تعذر الوصول إلى إتفاق ودي رفع الأمر للمحكمة المختصة التي تقرر تسليم الأرض لأصلحهم و أقدرهم على استغلالها ، و ينصب هذا الإجراء على الملكيات الزراعية الكبيرة ، أما في الملكيات الصغيرة فتسند الأرض جبرا لأحد الورثة على أن يدفع التعويض في شكل أقساط و في آجال معقولة أقصاها عشر سنوات ، مع يقدر سعر و قيمة الأموال محل الإسناد بداية من تاريخ التقسيم .

يتبين مما سبق ذكره أن الشروط المفروضة جعلت من حق الإنتفاع في المستثمرة الفلاحية الجماعية صعب الإنتقال أو حتى التنازل عنه ، هذا ما انجر عنه منازعات كثيرة أرهقت كاهل القضاء ، سواء كان ذلك فيما بين المستفيدين أو بينهم و بين الدولة ، مما أدى إلى إعادة النظر في طريقة استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة ، حيث بادرت وزارة الفلاحية و التنمية الريفية باقتراح مشروع قانون لإستغلال الأراضي الفلاحية تم إحالة المشروع على الحكومة .

و لقد تم فعلا تحويل الملف المتضمن مشروع تعديل القانون رقم 19/87 لي طرح على مجلس الوزراء و ترك الفصل فيه إلى رئيس الجمهورية ، و ذلك على خلفية بروز اختلافات في وجهات النظر حول بعض المواد التي تضمنها المشروع ، تتعلق بمدة الإستفادة و استغلال حق الإمتياز ، و أخرى تخص عملية استرجاع الأراضي الفلاحية التي جرى التنازل عن حق الإنتفاع الممارس عليها من قبل المستفيدين الأصليين بموجب عقود رسمية محرر من قبل موثقين لفائدة مستفيدين آخرين بسبب ضعف القدرة المالية و غياب العتاد الفلاحي .

حيث عرف مشروع هذا القانون حالة من المد و الجزر داخل الطاقم الحكومي و بين المنظمات التي تعنى بالدفاع عن حقوق الفلاحين في مقدمتها اتحاد الفلاحين الجزائريين و اتحاد الفلاحين الأحرار هذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن العقار الفلاحي المملوك للدولة يعاني من تعقيدات كثيرة ، كما

يرهن استغلال 5,2 مليون هكتار من الأراضي الفلاحية وزعتها الدولة بموجب قانون 19/87 تعجز الآن عن استرجاعها من المستفيدين ، خاصة بعدما أثبتت المعاينة التي قامت بها مصالح وزارة الفلاحة أن غالبية الأراضي يستفيد منها مسئولون كبار متقاعدون و عدد كبير من المستفيدين محدودي الإمكانيات يلجئون إلى تأجير مستثمراتهم أو التنازل عن حق الإنتفاع لفائدة الغير .

3.2.1: أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية

تطرقنا من خلال المبحث الأول و الثاني إلى أسباب كسب كل من حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، و كذا حق الإنتفاع الممارس على كل من الأراضي الفلاحية ،لنحاول و بالموازاة من خلال هذا المبحث البحث عن أسباب كسب حق الإنتفاع بالوقف باعتباره السبب المباشر في وجود هذا الحق المترتب عليه الذي ينشأ بنشوئه و يزول بزواله ، بالإضافة إلى بقية الأسباب الأخرى المؤدية إلى انتقاله و التي قد تنطبق مع أسباب انتقال حق الإنتفاع المكرسة في للقواعد العامة بما لا يتعارض و طبيعة هذا الصنف من الحق .

إذ عرف المشرع الجزائري الوقف بموجب نص المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 بأنه : ((حبس العين عن التمليك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء ، أو على وجه من وجوه البر أو الخير))، في حين قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و بموجب المادة 31 منه عرف الأملاك الوقفية بأنها: ((الأملاك العقارية التي حبسها مالکها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو ذات منفعة عامة ، سواء كان هذا التمتع فورا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور)).

و عليه سوف تنصب دراستنا في هذا المجال على أسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الموقوفة ، لكون الوقف في حد ذاته سببا من أسباب كسب و انتقال الحق باعتباره السبب المباشر كما أسلفنا الذكر في تكريس هذا النوع من حق الإنتفاع و ذلك من خلال المطلب الأول ، على أن يكون المطلب الثاني متعلقا بمدى إمكانية انتقال هذا الحق بنفس الأسباب التي تخص حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار نوع الوقف .

1.3.2.1: الوقف

يترتب عن نشوء الوقف ترتيب حق انتفاع بالعين الموقوفة لفائدة المستحق أو المستحقين و هو بذلك حق عيني و ليس بحق شخصي، و قد يكون هذا الحق معلقا على شرط أو محتمل الحصول أو غير أكيد . لكنه مع ذلك يبقى هذا الحق حقا عينيا ، علما أنه ينشأ بمعزل عن أي اتفاق بين الواقف و الموقوف عليه باعتبار أن الوقف عمل قانوني صادر بإرادة منفردة و ينتج مفاعيله القانونية بمجرد صدوره

و استيفائه سائر أركانه [87] ص 124...125 ، هذه الأركان هي أركان ثابتة لا تختلف باختلاف أنواع الوقف سواء كان الوقف وقفا عاما أو خاصا [05] .

من هذا المنطلق وجب علينا في هذا المقام البحث في أركان الوقف التي بتحققها ينشأ الوقف و بالتالي يثبت حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية، هذه الأركان هي أربعة : الواقف ، الموقوف ، الموقوف عليه و أخيرا الصيغة الدالة على إنشائه .

ذلك أن مدلول الركن عند الفقهاء هو ما يتوقف عليه الشيء ، و لا شك أن هذه الأركان الأربعة يتوقف عليها وجود الوقف [87] ص 324 ، و هو الموقف نفسه بالنسبة للمشرع الجزائري.

في حين أن فقهاء المذهب الحنفي يرون بأن للوقف ركن واحد فقط و هو الصيغة و ذلك لإقتضائها الأركان الأخرى ، و ركن الصيغة يكون بالألفاظ الخاصة و الدالة عليه [35] ص 140 .

كما تبقى هذه الأركان غير كافية لتحقق الوقف شرعا ، بل لابد من تحقق أوصاف كل ركن لكي يصح الوقف و هذه الأوصاف تعرف عند الفقهاء بإسم الشروط .

بعد هذا العرض نحاول تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع ، نتطرق من خلال الفرع الأول إلى أركان الوقف ، ثم و من خلال الفرع الثاني نعالج مسألة نفاذ الوقف ، على أن يكون الفرع الثالث متعلقا بتكليف الوقف بين ما إذا كان الوقف إيقاعا أم أنه عقد ، بينما في الفرع الرابع و الأخير نخصه لمضمون حق الموقوف عليهم في الإنتفاع بالوقف .

1.1.3.2.1: أركان الوقف

تنص المادة 09 من قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27: ((أركان الوقف هي :

1 – الواقف

2 – محل الوقف

3 – صيغة الوقف

4 – الموقوف عليه)).

من خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع حدد أركان الوقف بأربعة أركان هي : الواقف ، محل الوقف الصيغة ، الموقوف عليه ، نحاول من خلال هذه النقطة التطرق إلى هذه الأركان تبعا و ذلك حسب ترتيبها الوارد في النص .

1.1.1.3.2.1: الواقف

الواقف هو الشخص المالك الذي انشأ بإرادته المنفردة الوقف و جعل ملكيته من بعده غير مملوكة لأحد من العباد ، قاصدا إنشاء حقوق عينية عليها لفائدة المستحقين خاضعا في تنظيمه لأحكام الشريعة

الإسلامية [21] ص 72 . كما يشترط في الواقف بالإضافة إلى تملكه للمال محل الوقف أن يكون أهلا للتبرع [05] ، على اعتبار أن الوقف هو إخراج للملك من غير عوض ، و لا تتحقق أهلية التبرع في الواقف إلا بتوافر شروط هي :

- أن يكون بالغا 19 سنة كاملة و إلا كان تصرفه باطلا و على هذا الأساس لا يصح وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز ، لأن غير المميز ليس أهلا للتصرف مطلقا [87] ص 345 و المميز ليس أهلا للتبرعات بموجب المادة 2/42 [59] ، و بالتالي يكون وقف الصبي باطلا حتى و لو أذن به الوصي هذا ما يؤكد نص المادة 30 من قانون الأوقاف رقم 10/91: ((وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميز أو غير مميز و لو أذن بذلك الوصي)) .

- أن يكون الواقف متمتعا بأهلية التسيير ، بمعنى أن يكون عاقلا ، فلا يصح الوقف من فاقده كالمجنون أو ناقص العقل كالمعتوه [87] ص 345 ، و من تتوفر فيه هاتان الصفتان تنعدم فيه أهلية التسيير طبقا للقواعد العامة . لكن في مقابل ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري أتى بحكم خاص لصاحب الجنون المتقطع حيث أقر بصحة وقفه متى أثبت أنه حدث أثناء إفاقته و في هذه الحالة يجب إثبات الإفاقة بكافة الطرق الشرعية المعمول بها ، هذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب نص المادة 31 من قانون الأوقاف التي تنص : ((لا يصح وقف المجنون و المعتوه لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير ، أما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح أثناء إفاقته و تمام عقله ، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية)) .

و بهذا الحكم الخاص ، يكون المشرع قد خالف القواعد العامة المكرسة في القانون المدني خاصة نص المادة 42 منه ، و الذي لم يفرق المشرع من خلاله بين صاحب الجنون المتقطع و غير المتقطع معتبرا أن الجنون بصفة عامة يشكل عارضا من عوارض الأهلية ، مما يجعل صاحبه غير أهلا لمباشرة حقوقه حيث تقضي المادة 42 المشار إليها أعلاه بما يلي : ((لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون)) .

بهذا الطرح يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالقواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي التي أجازت تصرفات المجنون جنونا متقطعا لإمكانية تكليفه [21] ص 74 . غير أنه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة و طبقا للمادة 215 منه نجدها تنص على ما يلي : ((يشترط في الوقف و الموقوف ما يشترط في الواهب و الموهوب طبقا للمادتين 204 ، 405 من هذا القانون)) .

لكن بالرجوع إلى هذين النصين - نص المادة 204 و المادة 205 - نجد أن المادة 204 تقضي : ((الهبة في مرض الموت و الأمراض و الحالات المخيفة تعتبر و صية)) ، في حين المادة 205 تنص : ((يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير)) . وبالتالي نرى أن

هذه الإحالة هي إحالة خاطئة ، فكان ينبغي على المشرع أن يحيل إلى نص المادة 203 من قانون الأسرة التي تنص على شروط الواهب .

– يشترط في الواقف أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين أو مريض مرض الموت [87] ص 350... 351 ، و متى كان الشخص مصابا بجنون أو عته أو سفه ، جاز لأحد أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة تقديم طلب أمام المحكمة المختصة إقليميا لإستصدار حكم قضائي يقضي بالحجر تطبيقا للمادتين 107 و المادة 108 من قانون الأسرة الجزائري .

ذلك أنه من الآثار القانونية الهامة ، للحجر هي غل يد المحجور عليه في التصرف في أمواله و كل تصرف يصدر منه يعتبر باطلا بما فيه الوقف ، حسب ما تشير إليه الفقرة الثانية من نص المادة 10 من قانون الأوقاف 10/91 ((.... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين))، كما أن المدين و المريض مرض الموت لتصرفاتهما تأثير في نفاذ الوقف لا في صحة الوقف [88] ص 219 .

أما المدين : فإذا كان الدين غير مستغرق للوقف فما زاد عما يفى بدينه ، كان الوقف صحيح و نافذ في حق الدائنين ، ولا يتوقف على إجازة أحد منهم ، يستوي في ذلك أن يكون المدين متمتعا بصحته أو في مرض موته . و إذا كان الدين مستغرقا و المدين محجورا عليه بسبب هذا الدين و وقف ماله كله أو بعضه بعد الحجر عليه ، توقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين فإن أجازوه نفذ ، و إن لم يجيزوه كان لهم الحق في طلب إبطاله سواء كان هذا الوقف صادرا منه في صحته أو في مرض موته بناء على ما تؤكدته المادة 32 من قانون الأوقاف .

المريض مرض الموت : إذا كان الواقف مريض مرض الموت غير مدين و أنجز وقفا على أجنبي ، فهنا لابد من التمييز بين ما إذا كان له ورثة أو لم يكن له .

بحيث في الحالة الأولى – و هي حالة وجود ورثة – ينفذ الوقف في هذه الحالة إذا خرج عن ثلث التركة و يأخذ حكم الوصية و هو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادتين 776 و 777 من القانون المدني [89] ص 201 ، أما ما زاد عنه فإنه ينفذ وقت حياته ، لكن لا يلزم الورثة بعد موته و هذا لتعلق حقهم به ، فإذا أجازوه سقط حقهم فيه و إذا لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم .

إلا أننا نرى أن المشرع قد جانب الصواب في هذا الطرح ، عندما اعتبر أن الوقف في مرض الموت وصية ، بل هو تصرف باطل .

و تبقى إثارة مسألة عدم توافر الأهلية في الواقف عند إبرامه للوقف مسألة تحتاج إلى إثبات حتى يحكم بها القاضي و يقضي تبعا لذلك ببطلان الوقف ، و هو المبدأ الذي جسدهته الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا مفاده أن التمسك ببطلان بحجة عدم أهلية المحبس وقت إعداد عقد الحبس دون تقديم أي دليل على عدم الأهلية ، يجعل الدفع بالبطلان غير مؤسس [90] ص 138 .

– بالإضافة للشروط السابق ذكرها ، لا بد أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة ملكية تامة بناء على حكم المادة 10 من قانون الأوقاف 10/91 : ((يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي : أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا)). .

و هذا ما أكدته صراحة الغرفة العقارية بالمحكمة العليا عند إقرارها بأنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا ، و لما ثبت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون [91] ص 151 و [92] ص 75. لكن و في بعض الحالات قد يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة غير أنه لا يحق له التصرف فيها إذا ما حكم عليه بعقوبة جنائية تبعية تمنعه من مباشرة حقوقه المالية تطبيقا لنص المادة 07 من قانون العقوبات الجزائري .

لتبقى مسألة إثبات ملكية المال المراد وقفه تختلف باختلاف طبيعة المال في حد ذاته ففيما يخص ملكية العقار : تثبت بموجب عقد رسمي إذا آل إلى الواقف بعد نفاذ قانون التوثيق لسنة 1970 أو بعقد عرفي مسجل قبل هذا التاريخ ، كما يمكن إثبات الملكية بموجب أحكام أو قرارات قضائية تتضمن البيانات المتعلقة بها و هو الأمر نفسه بالنسبة للحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية كحق الإنتفاع على وجه الخصوص على اعتبار أنه يجوز وقف المنفعة طبقا للمادة 11 من قانون الأوقاف التي تنص : ((يكون محل الوقف عقارا منقولاً أو منفعة ...)). .
أما عن ملكية المنقول : فتطبق بشأنها القاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، باستثناء بعض المنقولات كالسيارات و المركبات إلخ التي تحتاج إلى الكتابة .

و تبقى تطبيقات هذا الركن تثير العديد من المنازعات القضائية البعض منها يتعلق بعدم أهلية الواقف كما سبق الإشارة إليه من خلال القرارات التي تم تقديمها في هذا المجال والبعض الآخر يخص اشتراطات الواقف و مدى إمكانية التراجع عنها ، هذا ما تبينه القرارات التي استقر عليها الجهاز القضائي بحيث يجوز للواقف التراجع عن الوقف بتحقيق جملة من الشروط أهمها :

- يجوز للواقف التراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط الواقف لنفسه ذلك حين انعقاد العقد ، و هذا الشرط كرسته المادة 15 من قانون الأوقاف و كذا القرار الذي يحمل رقم 204958 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2001/01/31 [93] ص 132 و [74] ص 310... 312 ، حيث أقرت الغرفة بأنه يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد العقد .

- عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه شرعا إلا إذا تم وفق المذهب الحنفي ، و عليه إذا ما تم الحبس وفق المذهب الملكي لا يجوز التراجع عنه ، هذا ما يؤكد القرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم 223224 بتاريخ 2001/12/19 [74] ص 320... 322 و [88] ص 223

((من الثابت شرعا أن عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي و لما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق القانون)).
هذا ما يشترط في الواقف لثبوت صحة الوقف ، أما الإسلام فليس بشرط لأن غير المسلم يصح وقفه .

2.1.1.3.2.1: محل الوقف

محل الوقف هو الشيء الموقوف الذي يعد ركنا أساسيا في عقد الوقف و يصطلح عليه في عقد الوقف بالعين الموقوفة ، و هو كل ما يحبس عن التملك و يتصدق بمنفعته و يشترط في الموقوف ليصح الوقف أن يكون عقارا أو منقولاً أو منفعة على أن يكون معلوما محددًا و مشروعًا . أما المال المشاع فيصح وقفه و في هذه الحالة تتعين القسمة ، مجمل هذه الشروط حددتها المادة 11 من قانون الأوقاف رقم 10/91 نردها حسب الآتي :

- الشرط الأول : أن يكون محل الوقف عقارا أو منقولاً

يصح الوقف مهما كانت طبيعة المال محل الوقف سواء كان عقارا أو منقول ، بناء على ذلك يصح وقف السيارات ، السفن الحبوب ، النقود ، الحيوانات ، المصاحف و كل مال منقول يمكن أن ينتفع به بما في ذلك وقف المنافع الذي أجازته المشرع مخالفا بذلك المذهب الحنفي الذي يجيز وقف العقار بلا نزاع لتحقق شرط التأييد في مثل هذا الوقف ، أما المنقول فلا يجيزه إلا إذا كان تابعا للعقار ، سواء كان متصلا به كآلات الري و الحرث و الأشجار و البناءات المثبتة في الأرض ، أو كان اتصاله به ليس على وجه القرار كالزرع و الثمار - بخلاف حق الإنتفاع في القواعد العامة الذي يشترط فيه أن يرد على شيء غير قابل للإستهلاك - .

فالنوع الأول من المنقول يصح وقفه تبعا لوقف الأرض ، و بعبارة أخرى يدخل في الأرض من غير وجوب النص عليه في الوقف ، أما الثاني لا يدخل إلا بالنص عليه ، هذا و لا يشترط في المال الموقوف عدم تعلق حق الغير به ، فيصح وقف المال المرهون أو الملك المستأجر .

فلو رهن شخص ماله نظير دين عليه ثم وقفه بعد الرهن صح الوقف و لا يبطل الرهن ، فإذا وفى ما عليه من الدين خلص المال للوقف و صرفت منفعته للجهة الموقوف عليها ، و إذا لم يوفى عند الطلب و كان معسرا ، أبطل القاضي الوقف و باع الرهن و سدّد الدين إذا طلب المرتهن ذلك و لم يكن للراهن مال غيره ، أما إذا كان عنده مال آخر يفى بالدين فلا يبطل الوقف .

كذلك الإجارة لا تمنع صحة الوقف و لا تبطل به ، بل تبقى العين الموقوفة في يد المستأجر حتى تنتهي مدة الإجارة أو يتفق على فسخها و بعد ذلك تصرف المنفعة إلى الجهة الموقوف عليها [87]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتطرق إلى وقف المال المرهون في قانون الأوقاف ، لكن و بالرجوع إلى نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري و كذا نص المادة 02 من قانون الأوقاف حيث يقضي المشرع بموجب هذين النصين بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما هو غير منصوص عنه قانونا .

غير أنه و من جانب آخر نجد فقهاء الشريعة الإسلامية في حد ذاتهم قد اختلفوا في مسألة جواز أو عدم جواز وقف المال المرهون ، فمثلا فقهاء الحنفية يجيزون وقف المال المرهون ، فإذا وفى الراهن بالدين الذي عليه صح الوقف بتطهير العين المرهونة ، أما إذا لم يوفى به وجب إبطال الوقف حماية لحق الدائن على المال الوقفي ، و خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء نافين بذلك وقف المال المرهون إلا في حالة إجازة المدين أو الدائن .

أما الشافعية أجازوه شريطة أن يكون المدين موسرا ، في حين الحنابلة يقرون بصحة وقف العين المرهونة شريطة أن يكون المدين موسرا مع وجود إذن من الدائن .
و لعل سكوت المشرع عن المسألة يعد بمثابة رفض انطلاقا من أن الرهن يعد تأمينا عينيا يمكن أن يؤدي إلى التصرف في المال الموقوف بالبيع استثناء للدين الذي تقرر لأجله التأمين العيني ، علما أن الوقف في حد ذاته غير قابل للتصرف فيه .

و لا يصح أيضا أن يكون محل الوقف ما لا يدوم الإنتفاع به ، كالطعام و الشرب غير الماء لأن منفعة المطعوم تكمن في استهلاكه ، كما لا يصح وقف ما كان الإنتفاع به غير مباح كوقف آلات الملاهي ، لأن المنفعة القائمة منه غير مباحة و لا وقف الدراهم و الدنانير للتزيين و يبقى وقف هذه المنافع غير صحيح لأن الإنتفاع بها غير مقصود باستثناء الماء فيصح وقفه .
و تبعا لذلك لا يصح وقف ما لا فائدة فيه أو ما لا منفعة منه كوقف كلب و خنزير و جوارح الطير نحوهما .

على أن يكون استيفاء منفعة الموقوف ، إما بتحصيل المنفعة كسكنى الدار و ركوب الدابة و زراعة الأرض أو بتحصيل العين كالثمار من الأشجار و الصوف و الوبر و الألبان الحيوانات [94] ص 188... 189 .

- الشرط الثاني : أن يكون معلوما محددًا و مشروعًا

يقصد بالعلم بمحل الموقوف هو معرفة كل المواصفات و التعيينات التي تجعل الوقف معينًا تعينا يمنع الجهالة به ، و لقد أكد المشرع على هذا الشرط بموجب نص المادة 11 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف ، و كذا نص المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم .

كما أن الجهالة بمحل الوقف تؤدي إلى نزاع و عدم تمكين الموقوف عليهم من استيفاء حقوقهم بالإضافة إلى أن الجهالة تحدث أيضا التباسا في محل الإلتزام ، إذ لا يمكن معه التنفيذ [35] ص 226 .

و يبقى التعيين مختلفا باختلاف محل الوقف في حد ذاته ، فإذا كان شيء معين بالذات كأن يوقف الوقف دار أو أرض واقعة في مكان معين ، وجب تعيين مساحته و حدود الأرض و كل ما يتطلب من البيانات الكافية لتعيين العقار بوصف تام يمنع الجهالة به [21] ص 79 و [35] ص 226... 227 .

و بالإضافة إلى ضرورة تعيين المال محل الوقف ، يجب كذلك أن يكون المحل مشروعا و ذلك استنادا إلى نص المادة 93 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني التي تقضي بما يلي : ((إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا)) .

أما و بالنسبة للوقف فكل ما هو محرم طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية يعد وقفه باطلا طبقا للقاعدة المتعارف عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية ((لا تبرع و لا صدقة بعين محرمة شرعا)) ، ما دام الغرض من الوقف هو التبرع و التصدق للتقرب من الله عز وجل [21] ص 83 .

كما يدرج ضمن هذا الشرط ضرورة أن يكون المال الموقوف مفرزا ، و إن كان المشرع قد أجاز وقف المال المشاع ، في هذه الحالة يتعين قسمة المال المشاع حسب ما تشير إليه نص المادة 11 / 03 من قانون الأوقاف رقم 10/91 : ((يصح وقف المال المشاع و في هذه الحالة تتعين القسمة)) و كذا المادة 216 من قانون الأسرة الجزائري التي أجازت هي الأخرى وقف المال المشاع بنصها : ((يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف ، و معيننا خاليا من النزاع و لو كان مشاعا)) .

و الجدير بالذكر أن وقف المال المشاع ثار بشأنه خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول وقف المشاع لغير المسجد أو المقبرة ، في حين حصل هناك إجماع و اتفاق بينهم حول ما إذا كان الوقف وقف مسجد أو مقبرة بحيث ينبغي أن يكون المال في هذه الحالة مفرزا لا مشاعا ، و إذا كان غير مفرز و غير قابل للقسمة ، فلا يصح أن يكون مسجدا أو مقبرة ، فلا يتصور أن يكون المسجد في الوقف المشاع شهرا مسجدا و شهرا آخر غير كذلك ، كما لا يتصور أن تكون المقبرة سنة مقبرة و سنة أخرى غير كذلك .

فالمسجد يقتضي الخلوص لله تعالى ، و هذا لا يتحقق مع الشيوع ، بل لابد من الفرز و كذلك الأمر بالنسبة إلى المقبرة ، فلا يمكن أن تتحقق كونها مقبرة مخصصة لدفن الأموات إلا بالفرز و هذه المسألة هي التي كانت موضوع إجماع .

في حين إذا كانت الأرض موقوفة لغير المسجد أو المقبرة ، في المسألة خلاف بين الفقهاء حول وقف المشاع لغير المسجد أو المقبرة ، و يقوم هذا الخلاف على اشتراط القبض للعين الموقوفة أو عدم اشتراطها . فالذين يشترطون القبض قالوا بأن الوقف لا يتم مع الشيوع ، بل لابد من الفرز و القسمة

أما الذين لا يشترطون القبض أجازوا وقف الشيوع سواء كان قابلا للفرز أو غير قابل له و يتضح ذلك حسب الآتي :

موقف الحنفية : للحنفية رأيان في الموضوع رأي يرأسه الإمام محمد بن الحسن الشيباني و رأي آخر يرأسه الإمام أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري .

1 - رأي الإمام محمد بن الحسن الشيباني : ذهب إلى القول بعدم صحة وقف المشاع لأن القبض عنده شرط لتمام الوقف و الشيوع يخل بالقبض .

2 - رأي الإمام أبي يوسف : أقر الإمام أبي يوسف بصحة الوقف المشاع الذي يقبل القسمة معتمدا في رأيه على قاعدة فقهية في الوقف التي تتضمن عدم اشتراط القبض لتمام الوقف واستدل في ذلك بما روي عن الصحابي الجليل عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ملك مائة سهم بخبير فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ((احبس أصلها)) ، و هو ما يدل على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف .

موقف الجمهور - المالكية و الشافعية و الحنابلة - : يأخذون بصحة وقف المشاع تأصيلا على عدم اشتراط قبض الموقوف لتمام الوقف مستندين في ذلك على ما أخرجه البخاري في صحيحه (إذا أوقفت جماعة أرضا مشاعا و هذا جائز ، حيث يقول حدثنا عبد الوارث عن أبي التياح عن بني النجار ثمنوني بحائطكم هذا . قالوا لا و الله لا نطلب ثمنه إلا إلى الله) . هذا ما يتبين من الحديث الشريف على جواز صحة وقف المشاع بأن بني النجار قد تصدقوا بالأرض لله عز وجل و أن النبي قد قبل ذلك منهم و لم يكن البستان مفرزا- لأن الحائط في الحديث الشريف كان يقصد به البستان - و لو كان الوقف غير جائز لأنكره النبي صلى الله عليه وسلم ، و يضيفون بأنه لما كان الوقف هو تحبيس للعين و تسبيل للمنفعة ، فيحصل ذلك من المال المشاع كما يحصل من المال المفرز [35] ص 232... 236 و [87] ص 359... 363 و [21] ص 79... 80 .

في هذا المجال صدر قرار قضائي عن المحكمة العليا يقضي بجواز حبس المال على الشيوع مفاده : ((من المقرر شرعا و قانونا أن يكون المال المحبس ملكا للواقف ، و إلا لما جاز له أن يحبسه و أن يكون معينا - غير مجهول - و خاليا من كل نزاع و لو كان هذا المال في الشياح ، و من ثم فإن عقد الحبس الذي شمل مال المحبس مع مال أخيه - في قضية الحال - لا يكون باطلا إلا بالنسبة لأخ المحبس المدعو (س)، لكنه صحيحا بالنسبة للمال المملوك له (...)) .

3.1.1.3.2.1: صيغة الوقف

بناء على نص المادة 09 من قانون الأوقاف رقم 10/91 تكون الصيغة هي الركن الثالث في الوقف و بدونها يبطل الوقف حسب ما أكدته نص المادة 218 من قانون الأسرة الجزائري .

و تكمن صيغة الوقف في الإيجاب الذي يصدر من الواقف دالا على إرادته و رغبته لفظا كان كعبارة الوقف ، الحبس ، الصدقة، أو فعلا أو إشارة مما يدل على حبس العين و التصدق بالغلة و الثمار . أما الفعل فيشترط فيه جريان العرف بإنشاء الوقف به كالأذن بالصلاة في وقف المسجد ، أو الدفن في المقبرة و الشرب من الساقية ، أما الإشارة فلا يشترط فيها إلا كونها صادرة من غير القادر على الكلام كالأخرس.

و قد اتفق الفقهاء على أن الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة واحدة و يكفي في تحققها صدور إيجاب من الواقف [94] ص 200 ، أما القبول من الموقوف عليهم فليس بركن كما أنه ليس شرطا في صحته و لا في الإستحقاق إذا كان الموقوف عليه غير معين .

غير أنهم اختلفوا فيما إذا كان الموقوف عليه معيناً ، منهم من جعله شرطا و منهم من لم يشترطه فالمالكية اشترطوا لصحة الوقف و استحقاقه القبول من الموقوف عليه المعين إن كان أهلا له أو من وصي أو قيم عليه إن لم يكن أهلا ، فإن قبله صح و ثبت الإستحقاق و إن رده بطل في حقه و انتقل الحق للفقراء و المساكين .

أما الحنابلة فيشترطون القبول الصريح للإستحقاق ، فإن لم يقبل فلا يستحق شيئا و إن رده بطل حقه كذلك الأمر في حالة السكوت ، معتبرين الوقف تبرعا أشبه بالهبة و الوصية على اعتبار أنه لا يثبت الملك فيهما للمعين إلا بالقبول فكذلك الوقف .

في حين الشافعية و الحنفية ذهبوا إلى أنه ليس بشرط لا في صحة الوقف و لا في الإستحقاق ، فتصبح الصيغة متى صدرت صحيحة و يستحق الموقوف عليه الثمار و الغلة إن صدر منه قبول ، و إن لم يصدر منه قبول و قام برده ، يبطل استحقاقه و ينتقل الحق إلى من يليه متى كان أهلا للرد [87] ص 324 326...

بعدها تعرضنا لموقف الفقه من القبول ،لابد و تبعا لذلك أن نبين موقف المشرع الجزائري من القبول في مسألة الوقف ، حيث نجد بأن المشرع و بموجب المادة 2/13 من قانون الأوقاف 10/91 قبل تعديلها كان يشترط القبول في الموقوف عليه إذا كان معيناً لإستحقاقه الوقف . لكن سرعان ما عدل المشرع عن هذا الموقف بعدما قام بتعديل نص المادة 13 و ذلك بموجب المادة 05 من القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 و التي اكتفى فيها بتعريف الموقوف عليه معترفا له بالشخصية المعنوية ، حيث جاء نص المادة كالتالي : ((الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)) .

و حتى يكتمل ركن الصيغة في الوقف لابد من توافر جملة من الشروط هي :
أن تكون جازمة و منجزة ، أن تكون مؤبدة، أن تكون محددة المصروف و أن لا يكون في صيغة الوقف شرط يؤثر في أصل الوقف و ينافي مقتضاه [35] ص 171 ، نرد هذه الشروط تبعا :

- الشرط الأول : الجزم في الصيغة

يشترط فقهاء الحنفية في الصيغة أن تكون جازمة ، عكس الجزم هو الوعد أو التسويف ذلك أن الوقف لا ينعقد بالوعد، كما لو قال شخص سأقف أرضي على الفقراء و المساكين أو على ذريتي ، فمثل هذه الصيغة لا يعتد بها و ليست نافذة ، لأنها تضمنت معنى الوعد، بل يجب أن تكون صيغة الوقف بالألفاظ الدالة على الجزم و القطع و عدم التردد.

- الشرط الثاني : الإنجاز في الصيغة

شرط الإنجاز في صيغة الوقف يتطلب عدم تعليق الوقف على أمر آخر كأن يقول الواقف : ((لقد قررت وقف أرضي على فلان في حالة ما إذا أتت هذه السنة بمحصول زراعي وافر)) [21] ص 91 نفس الحكم ينطبق على الشرط المتعذر الحصول كأن يكون غير موجود في حينه ، ذلك أن الحكمة من اشتراط الإنجاز هي أن الوقف يحمل معنى تملك المنافع و الغلة ، كما أن التعليق ابتداء في الوقف ينافي مقتضى الوقف الذي هو التأييد ، هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء (الحنفية الشافعية الحنابلة) . لكنهم استثنوا الوقف المعلق على الموت و اعتبروه صحيحا لأنه بمثابة الوصية اللازمة إذا لم تخرج العين الموقوفة من ملك الواقف أثناء حياته ، فيمكنه التصرف فيها و له أن يرجع عن الوقف قبل موته كسائر الوصايا ، كما يصبح الوقف نافذا بعد موته [35] ص 174 .

أما المالكية فذهبوا إلى القول بغير ذلك و لم يشترطوا الإنجاز في صيغة الوقف بل يجيزون الصيغة المعلقة إذا كانت لأجل محدد ، بحيث إذا تحقق الشرط فإن الواقف يكون ملزما بتنفيذ وقفه و إذا كان الوقف مطلقا غير معلق على شرط فإنه بذلك يكون منجزا .

- الشرط الثالث : التأييد في الصيغة

تعتبر مسألة التأييد في صيغة الوقف محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية ، منهم من لم يشترط مثل هذا الشرط و أجازوا بذلك الوقف المؤقت من بينهم فقهاء المذهب المالكي مقرين بإمكانية عودة العين الموقوفة للواقف الذي له حرية التصرف فيها .

أما جمهور الفقهاء (الحنفية ، الشافعية ، الحنابلة) يشترطون التأييد و هو الحكم نفسه الذي تبناه المشرع الجزائري حسب نص المادة 28 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي تقضي : ((يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن)) ، و يستدل الجمهور في ذلك أن الوقف لا يباع و لا يوهب و لا يورث هذا ما يفيد معنى التأييد لأنه لو جاز الوقف المؤقت لجاز بيعه أو هبته هذا من جهة ، كما أن الوقف يقتضي إسقاط الملك و خروجه من ملكية الواقف من جهة أخرى ، يضاف إلى هذه الأدلة

دليل آخر و هو أن الوقف يجرى مجرى الهبات ، فليس في الهبات رجوع و منه يتأكد التأيد في الوقف [35] ص 179 .

بعد عرض هذه الشروط هناك تساؤلان قد يثاران في هذا المجال : الأول يتعلق بحكم الشروط التي قد يضعها الواقف و تتعارض مع الغاية و الهدف من إنشاء الوقف ، أما التساؤل الثاني يخص الشروط التي يضعها الواقف يكون الغرض منها تنظيم كيفية استحقاق الموقوف عليهم للوقف و توزيع ريعه و غلته و كذا طرق إدارته و استغلاله .

موقف الفقهاء من التساؤل الأول

لقد تطرق فقهاء المذاهب الأربعة إلى حكم الشروط التي يضعها الواقف تتنافى و مقتضى الوقف و نحاول من خلال هذه النقطة أن نتعرض إلى تبيان موقف كل مذهب على حدا :

– الحنفية : يرى الحنفية أن أي شرط يتنافى و أصل الوقف فإنه يؤدي إلى إبطال الوقف و عدم انعقاده من بين هذه الشروط :

- كل شرط يتعارض مع لزوم الوقف و تأبيده يؤدي ذلك إلى بطلان الوقف ، كأن يشترط الواقف عند إنشاء الوقف أن يكون له حق بيعه أو هبته أو يعود الموقوف إلى ورثته بعد موته أو يصير ملكا لهم عند احتياجهم إليه ، و يكون حكم الوقف في مثل هذه الشروط هو البطلان كما سبق الذكر ، ذلك أن الصيغة إذا ما اقترنت بمثل هذه الشروط تصبح غير منسئة له .

هذا عندما يكون الوقف على غير المسجد ، أما بالنسبة للمسجد نجد هناك اتفاقا قائما عند الحنفية على إبطال الشروط و الإقرار بصحة الوقف .

- إذا اشترط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام كأن يقول مثلا وقفت داري على أني بالخيار ثلاثة أيام ، مثل هذا الشرط كان محل تباين لأراء فقهاء الحنفية ، إلا أن القاسم المشترك بينهم هو بطلان كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي مقتضيات الوقف .

– المالكية : يجيزون للواقف اشتراط أي شرط جائز استدلالا بالحديث الشريف : ((المسلمون على شروطهم)) ، و إذا اشترط الواقف شروطا غير جائزة ، فلا يعتد بها كأن يشترط بأن له حق بيعه أو هبته في أي وقت يشاء لأن ذلك يتنافى و لزوم الوقف .

– الشافعية : الأصل عند الشافعية أن شروط الواقف يجب التقيد بها ما لم يكن فيها ما ينافي مقتضى الوقف ، فإن لم تتناف مع أصل الوقف و كانت لمصلحته و جب إتباعها ، أما الشروط التي تتنافى و أصل الوقف فإنها تبطل الوقف ، لأن الشروط المنافية للعقود تكون مبطله لها إذا ما اقترنت بها و تأخذ حكم الشروط المبطله لسائر العقود .

– الحنابلة : يتفقون مع الحنفية و المالكية و الشافعية بأن الشروط غير جائزة كأن يشترط الواقف بيع محل الوقف متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه و يذهبون إلى إبطال الوقف و الشرط معا .

بعدها عرضنا موقف الفقه لا يفوتنا في هذه النقطة أن نشير إلى موقف المشرع الجزائري و هذا من خلال ما اقره بموجب المادة 29 من قانون الأوقاف التي تنص : ((لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية ، فإذا وقع بطل الشرط و صح الوقف)) . ما يستشف من هذا النص أن كل شرط يخل بأصل الوقف أو بحكمه يعد باطلا ، لأنها شروط ضارة بمحل الوقف ، و مثل هذه الشروط عند الإمام أبي حنيفة - كما سبق بيانه - شروط باطلة يبطل معها الوقف بإستثناء حالة وقف المسجد .

و رغم ذلك نقول بأن الصياغة التي جاءت بها المادة 29 المذكورة أعلاه صياغة ركيكة أدت إلى الإخلال بالمعنى الصحيح لمذلول النص، حيث أن الشرط الباطل و حسب فقهاء المذهب الحنفي و هو المذهب المعتمد و الذي تبناه المشرع في الوقف يؤدي تحققه إلى بطلان الوقف. في حين نجد أن المشرع يقر بصحة الوقف مع بطلان الشرط ، لا سيما و أن المنطق يقضي بأن ما بني على باطل فهو باطل، كما أن المشرع و في بداية النص سلم بعدم صحة الوقف إذا وقع هذا الشرط المتعارض مع أحكام الشريعة غير أنه في نهاية النص أقر بصحته و هذا دليل آخر على تناقض الأحكام ضمن ذات النص.

كما نجد أن نص المادة 29 ورد ضمن أحكام الفصل الخامس من قانون الأوقاف تحت عنوان مبطلات الوقف ، هذا ما يؤكد على أن الشرط الباطل تحققه يؤدي إلى بطلان الوقف و ليس إلى صحته كما هو الشأن بالنسبة لبقية المبطلات الأخرى للوقف الواردة ضمن أحكام المواد من 27 إلى 32 تحت عنوان : مبطلات الوقف و هي : الوقف المخالف لأحكام قانون الوقف المحدد بزمن وقف الصبي و وقف المجنون و المعتوه بإستثناء صاحب الجنون المتقطع إذا وقع أثناء إفاقة و أخيرا الوقف الذي يحصل من مريض بمرض موت إذا كان الدين يستغرق جميع أملاكه .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يتطرق إلى الشرط الفاسد و تبيان أثره على الوقف ، لأن الشرط الفاسد يتقرر بشأنه صحة الوقف و بطلان الشرط ، لذلك نرى من الضروري تعديل المادة 29 المشار إليها أعلاه على نحو يفيد بأنه إذا تحقق الشرط الباطل و المتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية يؤدي ذلك إلى بطلان الوقف .

موقف الفقهاء من التساؤل الثاني

إذا ما اشترط الواقف شروط غير مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية كالشروط المتعلقة بإدارة المال الموقوف ، أو ما تعلق بمقدار الوقف و كيفية استحقاقه و تنظيمه ، يحق له ذلك [35] ص 193 . و إذا حدث و أن كانت شروط الواقف ضارة بالوقف أو بالمال و هو العين الموقوفة ، أو كانت الشروط ضارة بمصلحة الموقوف عليهم ، كانت هذه الشروط باطلة .

و لقد عمل فقهاء الحنفية على تصنيف و جمع هذه الشروط على اعتبار أنها شروط اعتاد أكثر الواقفين على اشتراطها في صيغة أوقافهم ، و في الواقع هي شروط صحيحة لا تخل بأصل الوقف و لا تخالف

نصوص الشريعة الإسلامية، عرفت عندهم بالشروط العشرة و هي : الزيادة و النقصان ، الإعطاء و الحرمان ، الإدخال و الإخراج ، التغيير و التبديل الإبدال و الاستبدال .
تتعلق الشروط الثمانية الأولى بمصارف الوقف ، في حين يتعلق الشرطين الآخرين بالعين الموقوفة سوف يأتي بيانها حسب ما يلي :

* الزيادة و النقصان: المراد بالزيادة ، أن يزيد الواقف من نصيب أحد المستحقين في الوقف أما النقصان يراد به أن ينقص الواقف من استحقاق أحد الموقوفين عليهم فإن أجرى الواقف تعديلا على الوقفية زيادة أو نقصانا فلا يحق له أن يجري ذلك مرة أخرى ، إلا إذا اشترط لنفسه حق التعديل ما دام على قيد الحياة حينئذ يحق له إجراء تعديل تلوى الآخر .

* الإعطاء و الحرمان: الإعطاء هو أن يعطي الواقف بعض المستحقين الغلة كلها أو بعضها و لمدة معينة ، و الحرمان هو منع الغلة كلها أو بعضها عن بعض المستحقين و لا يكون الإعطاء إلا لأهل الوقف فلو قال الواقف أريد أن أعطي الغلة لغير أهل الوقف كان قوله باطلا .

هذا و يحق للناظر أن يتولى موضوع الإعطاء و الحرمان إذا كان مشروطا له بذلك ، بحيث يقوم الناظر مقام الواقف في هذه المسألة .

* الإدخال و الإخراج: المراد بالإدخال أن يسجل الواقف في وقفه شخصا ليس مستحقا للوقف فيصبح من المستحقين له ، أما الإخراج فالمراد به أن يلغي الواقف اسم شخص كان من المستحقين للوقف و أصبح غير مستحق و للواقف الصلاحية المطلقة في الإدخال و الإخراج إذا اشترط لنفسه ذلك حين إنشاء الوقف [35] ص 199... 201 .

* الإبدال و الاستبدال: المقصود بالإبدال هو إخراج العين الموقوفة مقابل عين أخرى أو مبلغ نقدي شريطة أن لا تضر بحق الموقوف عليهم ، أما الإستبدال هو شراء عين أخرى تكون وفقا بالبدل الذي بيعت به عين الوقف [21] ص 95 .
و يلاحظ أن هذين اللفظين متلازمان لأنه إذا خرجت العين من الوقف بالبيع يجب أن تحل محلها عين أخرى .

* التغيير و التبديل : اعتبر بعض العلماء أن التغيير و التبديل شيء واحد ، ذلك أن كلا اللفظين يؤديان نفس المعنى ، فالتغيير هو حق الواقف في تغيير الشروط التي اشترطها في الوقف . أما التبديل فهو حق الواقف في تبديل طريق الإنتفاع بالموقوف ، فلو كان الموقوف بيتا للسكن على سبيل المثال

فللواقف الحق في تبديل طريقة الإنتفاع من السكن إلى دكان مثلا
و غير ذلك من طرق الانتفاع المشروعة .

4.1.1.3.2.1: الموقف عليه

هي الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة للإنتفاع بها ، و قد يكون الموقوف عليه هو الواقف نفسه الذي يأخذ حكم الوقف على النفس ، غير أنه و لكي يتحقق هذا الركن في الوقف ينبغي توافر جملة من الشروط هي :

- أن يمثل الموقوف عليه جهة بر أو قربة .
- أن تكون الجهة الموقوف عليها مستمرة غير منقطعة .
- أن يكون على جهة يصح التملك لها معلومة سواء كانت شخصا طبيعيا أو معنويا .
- أن يمثل الموقوف عليه جهة بر أو قربة : الأصل في مشروعية الوقف أن يكون صدقة جارية مستمرة يتقرب بها المسلم إلى الله عز وجل ، تنفق على أوجه البر و الإحسان . إلا أن التطبيق العملي للوقف لم يقتصر التصرف فيه على جهات البر المحض كما ثبت عن بعض التابعين لمصلحة الأغنياء و هم ليسوا من أهل الموقوف عليهم و ترتب على ذلك خلاف بين الفقهاء في اشتراط كون الموقوف عليه جهة بر و قربة أو يكفي انتفاء المعصية فيه ، لأن الأصل في مشروعية الوقف هو البر و القربة لأن الواقف يريد ابتغاء الثواب من الله عز وجل هذا ما ذهب إليه فقهاء المذهب الشافعي و الحنبلي .
- في حين أنصار المذهب المالكي لا يشترطون في الموقوف عليه أن يكون جهة بر و قربة و لا يكون في معصية [35] ص 242... 243 ، بينما فقهاء المذهب الحنفي حصروا الشرط في البر و القربة فقط و هو الموقوف نفسه الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 03 من قانون الأوقاف التي تنص : ((الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير)) .

و دائما حسب المذهب الحنفي لو ثبت وقف على أغنياء و حدهم ، فإنه لا يجوز ، لأنه ليس بقربة عندهم باستثناء ما إذا جعل آخره للفقراء فإنه يكون قربة في الجملة .

و القربة لدى المذهب الحنفي تتحقق بأمرين :

- * - أن يكون قربة في نظر الشريعة الإسلامية .
- * - أن يكون قربة في نظر الواقف نفسه [35] ص 238... 239 .

- أن تكون الجهة الموقوف عليها مستمرة غير منقطعة : يشترط في الموقوف عليه أن يكون مستمرا الوجود غير منقطع لينسجم ذلك مع كون الوقف مؤبدا ، و قد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على صحة

الوقف إذا كان معلوما ابتداء و كان الانتهاء مستمرا غير منقطع كأن يكون الوقف على معين زيد مثلا ثم على ذريته من بعده ، ثم على الفقراء و المساكين و كذا طلاب العلم على اعتبار أن الفئات الأخيرة هي غير منقطعة. بينما اختلفوا في حالة ما إذا كان الوقف معلوما انتهاء ، ثم توقف بانقراض الموقوف عليه و هو الشخص المعلوم و لم يجعل آخره للمساكين و الفقراء ، و عليه سوف نتطرق إلى هذا الإختلاف حسب المذاهب الفقهية الأربعة .

المذهب الحنفي :

لقد كانت مسألة استمرارية الجهة الموقوف عليها و عدم انقطاعها محل إختلاف فقهي بين فقهاء هذا المذهب ، فمنطلق هذا الإختلاف يرجع إلى اشتراط التأييد أو عدم اشتراطه ، تمخض عن ذلك وجود موقفين:

- موقف أبي حنيفة و محمد : يشترط في الوقف الديمومة و الإستمرارية ، بالإضافة إلى ضرورة النص عليه في صيغة الوقف ، حيث يكون آخر الوقف جهة لا تنقطع أبدا كالفقراء .
- موقف أبي يوسف : لا يشترط هذا الفقيه ضرورة النص على شرط التأييد في صيغة الوقف ، و يرى أنه إذا سمى الواقف في وقفه جهة تنقطع ، جاز بعدها الوقف للفقراء حتى و لو لم يذكرهم الواقف في وقفه ، ذلك أن الوقف في هذه الحالة ينتقل تلقائيا ، و حسبه أن لفظ الموقوف يفيد التأييد دون النص عليه .

المذهب المالكي :

يرى أنصار هذا المذهب الفقهي أن الوقف يقع صحيحا إذا كان منقطعا ، انطلاقا من جواز الوقف المؤقت عندهم ، و يكون الوقف بحسب وجهة نظرهم صحيحا سواء كان مؤبدا أو مؤقتا.

المذهب الشافعي : يقر فقهاء المذهب الشافعي بأن الوقف إذا كان منقطعا لا يصح و اشترطوا استمراريته و عدم انقطاعه ليكون صحيحا .

المذهب الحنبلي :

أما فقهاء المذهب الحنبلي يأخذون بجواز صحة الوقف إذا كان منقطعا غير مستمر و لم يجعل آخره للمساكين ، و لا يقرون ببطلان الوقف في حالة انقطاع الجهة الموقوف عليها أن يوجه مصرف الوقف على النحو الآتي :

- إذا انقطعت الجهة الموقوف عليها و كان الواقف لا يزال على قيد الحياة ، فإن الموقوف يرجع إلى الواقف إما وقفا عليه أو يرجع ملكا له .
- أما إذا حدث و أن انقطعت الجهة الموقوف عليها و كان الواقف متوفيا صرف الوقف إلى من يأتي بعده إن كان منصوبا عليه ، أو يصرف إلى المساكين و يتولى ولي الأمر تحديد الجهة على ضوء الحاجة أو المصلحة ، أو يسلم إلى بيت المال ليصرف على المسلمين [87] ص 352... 357

فإذا كان موقف الفقه متباين و مختلف حول شرط استمرارية الجهة الموقوف عليها ، فيا ترى ما هو موقف المشرع الجزائري من هذا الشرط ؟ .

لقد عرف المشرع الجزائري الوقف بموجب المادة 03 من قانون الأوقاف على أنه : ((حبس للعين على وجه التأييد))، مما يدل و بطريقة ضمنية على أنه يشترط في الموقوف عليه أن يكون جهة مستمرة الوجود بمعنى غير منقطعة و إلا كيف يمكن أن يكون الوقف مؤبدا، لذلك وجب أن يكون الموقوف عليه معلوما ابتداء و انتهاء ، هذا ما كرسه المشرع من خلال نص المادة 06 من قانون 10/91 في الفقرة الأخيرة : ((الوقف الخاص و هو ما يحبس الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم)) . كما نص المشرع بموجب المادة 08 من قانون الأوقاف 10/91 على إلحاق الأوقاف الخاصة بالأوقاف العامة إذا لم تعرف الجهة المحبس عليها ، و هي الحالة السابعة التي كرسها النص المشار إليه ، ضمانا لتحقيق شرط الاستمرارية في الجهة الموقوف عليها بنصها: ((الأوقاف العامة المصونة هي : ...7 - الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها))

يضاف إلى شرط الإستمرارية في الجهة الموقوف عليها أن تكون جهة معلومة ، فإذا كانت الجهة المعلومة متمثلة في شخص طبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده و قبوله ، أما الشخص المعنوي فيشترط فيه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية حسب ما تقضي به المادة 02/13 من قانون الأوقاف .

2.1.3.2.1: شروط نفاذ الوقف

بعد أن تتحقق هذه الأركان ينشأ الوقف ، و تبعا لذلك يترتب حق انتفاع دائم ، إما لفائدة أشخاص طبيعيين يحدد المواقف كما هو الحال بالنسبة للوقف الأهلي ، أو يكون هذا الحق - أي حق الإنتفاع الدائم - لفائدة أشخاص معنوية عندما يكون الوقف الذي أنشأه الواقف في صورة وقف عام . تبقى أركان الوقف لوحدها غير كافية ، بل لابد من توافر شروط النفاذ حتى يسري في حق الغير تتعلق هذه الشروط بإجراء التسجيل و الشهر إذا ما انصب الوقف على عقار ، هذا ما دفعنا إلى تخصيص النقطة الأولى من هذا الفرع لدراسة شرط التسجيل ، بينما تكون النقطة الثانية متعلقة بإجراء الشهر .

1.2.1.3.2.1: تسجيل عقد الوقف

تنص المادة 41 من قانون الأوقاف على ضرورة تحرير عقد الوقف في شكل رسمي لدى الموثق و تسجيله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، ذلك أن كل التصرفات التي يبرمها الموثق و يكون محلها عقار يبادر هذا الأخير بتسجيلها أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا و غالبا ما يلزم الزبون بتسديد حقوق التسجيل هي في حد ذاتها مختلفة ، بحيث هناك حقوق تسجيل خاصة بعقود ثابتة تخضع لرسم ثابتة ، و هناك حقوق تسجيل خاصة بالعقود النسبية نظرا لإختلاف نسب هذه الرسوم كالرسوم الواجبة في عقد البيع أو الهبة أو المبادلة [95] ص 08.

و عليه إذا ما قام الموثق بإبرام تصرف في شكل وقف يكون محله عقار ، يجب أن يقوم بتسجيله أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا ، و لا يعفى من رسوم التسجيل إلا ما تعلق بالوقف العام حسب ما تقضي به المادة 44 من قانون الأوقاف 10/91 بنصها : ((تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى لكونها عملا من أعمال البر و الخير)) .

و لعل المشرع الجزائري كان صائبا إلى حد ما عندما أقر بإعفاء الأوقاف العامة من جميع الرسوم تشجيعا لهذا النوع من الوقف ، باعتباره يساهم و بشكل فعال في تحقيق الإستثمارات و ليس باعتباره عملا من أعمال البر ، لأنه حتى الأوقاف الخاصة في الأصل ما وجدت إلا لكونها هي الأخرى عملا من أعمال البر .

من خلال ما سبق عرضه نستنتج أن عملية التسجيل مرهونة بدفع رسوم التسجيل ، إذا ما تعلق الأمر بالوقف الخاص ، في حين تعفى الأوقاف العامة من دفع الرسوم أو بالأحرى يكون التسجيل من غير رسوم . لذلك نرى من الضروري تعديل نص المادة 44 من قانون الأوقاف و المشار إليها أعلاه و ذلك بحذف الفقرة الأخيرة لتصبح صياغة النص كالتالي : ((تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى)) .

و تجدر الإشارة إلى أن الإعفاء من دفع رسوم التسجيل الخاصة بالأملاك الوقفية العامة تشمل العقارات المبنية [96] ص 116 ، و كذا العقارات غير المبنية.

و بمفهوم المخالفة للنص المشار إليه أعلاه ، فإن الأوقاف الخاصة لا يعنيها هذا الإعفاء خلال المدة التي تكون فيها هذه الأوقاف محتفظة بهذه الصفة ، لكن متى تحولت هذه الأوقاف من وقف خاص إلى وقف عام تصبح غير خاضعة للضريبة [96] ص 134 .

و الجدير بالذكر أنه في حالة عدم مراعاة إجراء التسجيل ، فإن عقد الوقف المتعلق بالعقار يكون محلا لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري ، وهي الحالة الرابعة المنصوص عليها في المادة 100 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري [96] ص [21] ص 97 .

2.2.1.3.2.1: شهر عقد الوقف

حق المستحق في الوقف هو حق انتفاع بعين الوقف ، و هو بذلك حق عيني لا حقا شخصيا على الرغم من أنه قد يكون معلقا على شرط أو محتمل الحصول أو غير أكيد و لكنه يبقى مع ذلك حقا عينا . و عليه فما دام أن هذا الحق هو حق عيني محله عقار ، فلا يرتب أثره بالنسبة للغير ، إلا من تاريخ شهر التصرف لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، هذا ما يؤكد نص المادة 15 من الأمر رقم 74 / 75 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري التي تنص : ((كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية)) ، يضاف إلى هذا النص نص المادة 16 من نفس الأمر التي تقضي : ((إن العقود الإرادية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية)) . هذا ما يتطلب من الموثق أثناء إبرام مثل هذه التصرفات تسجيلها لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ، بناء على ما تقضي به المادة 41 من قانون الأوقاف : ((يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري)) .

و لعل أهمية شهر تصرفات بصفة عامة و شهر الوقف بصفة خاصة ، تظهر في حماية المال الوقفي من التعدي الذي يمكن أن يصدر من الغير ، كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الوقف يشهر بإسم الوقف ما دام أن هذا الأخير يتمتع بالشخصية المعنوية و ليس بإسم الموقوف عليهم مثلا تطبيقا لنص المادة 49 من القانون المدني ، التي تعترف للوقف بالشخصية المعنوية حيث تنص : ((الأشخاص الاعتبارية :

- الدولة ، الولاية ، البلدية
 - المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
 - الشركات المدنية و التجارية
 - الجمعيات و المؤسسات
 - الوقف
 - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال يمنحها القانون شخصية قانونية)) .
- يضاف إلى هذا النص المادة 05 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي هي الأخرى تعترف بالشخصية المعنوية للوقف ، بحيث تقضي بأن الوقف : ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها)) .

هذا ما هو ثابت عمليا حيث يفيد الوقف و يشهر [97] ص 44 باسمه باعتباره شخصا معنويا
و ينشأ تبعا لذلك دفتر عقاري محرر باسم الوقف .

3.1.3.2.1: تكييف الوقف بين الإيقاع و العقد

من خلال الفرع الأول عرفنا بأن للوقف أركاناً يقوم عليها حددتها المادة 09 من قانون الأوقاف
و هي : الواقف ، محل الوقف ، صيغة الوقف ، الموقوف عليه ، لكن إذا ما حدث و أن تحققت هذه
الأركان فهل نقول بأن هناك وقفاً قد وقع بإرادة الواقف أم أن هناك عقداً أدى إلى نشوء وقف ؟ .
لذلك نرى من الضروري أن نفصل في هذه المسألة سواء كان ذلك من الجانب الفقهي ، أو من الجانب
القانوني قبل أن نناقش بقية الأسباب التي تؤدي إلى كسب و انتقال حق الإنتفاع المترتب على الملك
الوقفى .

من الجانب الفقهي : نجد هناك خلافاً حول ما إذا كان الوقف يتم بالإيقاع أي من طرف واحد
بصدور إيجاب فقط ، أم أن الوقف بحاجة إلى عقد يتحقق بتوافر الإيجاب و القبول ، مع العلم
أن مرد الخلاف يرجع إلى نوع الوقف في حد ذاته هذا ما سوف نتعرض له من خلال النقطتين
التاليتين .

1.3.1.3.2.1: إنشاء الوقف على جهات عامة

تتفق المذاهب الفقهية الأربعة على أن الوقف إذا كان على جهة غير محصورة أي غير محددة و لا
معينة كالفقراء و المساكين مثلاً ، فإن الوقف ينشأ بالإيقاع و ليس بالعقد و يكفي في إنشاءه العبارات
الدالة على الإلتزام من جانب واحد ، و لا يحتاج لتمامه و لزومه صدور قبول من جانب الموقوف عليه
و لا حتى من الناظرين و المشرفين على الوقف .

2.3.1.3.2.1: إنشاء الوقف على جهات خاصة و معينة

حول هذه المسألة تباينت آراء الفقهاء حسب الآتي :

— رأي الحنفية :

الوقف عند الحنفية يجيز استحقاق الغلة ، و إذا اعتذر الموقوف عليه على قبول الوقف ، فإن الوقف لا
يلغى بل يصرف الوقف لصالح الفقراء ، لأن الفقراء يمثلون الجهة العامة و لا حاجة لصدور قبول منهم
كما أنه متى قبل الوقف ليس للموقوف عليه رده بعد ذلك ، أما من رده أول الأمر فليس له قبول بعده .

و عليه يفهم من خلال هذا الموقف أن الوقف عند الحنفية هو إيقاع و ليس عقد ، لكن يبقى الموقف عليه بحاجة إلى قبول يصدر منه لكي يستحق غلة الوقف ، و في حالة رده للوقف فإن الوقف لا يبطل و لا يلغى ، بل تصرف الغلة إلى الجهة التي تليه و هكذا .

– رأي المالكية :

يذهب فقهاء المالكية إلى أن الوقف على معين هو إيقاع و ليس عقد ، بينما القبول هو شرط لإستحقاق الغلة ، فإن قبله الموقوف عليه استحق الغلة و إن لم يقبله فإن الغلة تنتقل إلى الجهة التي تليه إذا كان قد ذكر ذلك من قبل ، أو يعود الوقف إلى الواقف بعد موت الموقوف عليه إذا كان قد اشترط ذلك لأن المالكية لا يشترطون التأييد في الوقف [35] ص 150... 151 .

– رأي الشافعية :

للشافعية رأيان في المسألة:

الرأي الأول : الوقف على معين هو صحيح يتم بالإيقاع و إذا رده المستفيد الأول فإن ريع الوقف ينتقل إلى الجهة التي بعده .

الرأي الثاني : الوقف على معين بحاجة إلى توافق الإرادتين من إيجاب و قبول ، فإذا لم يوافق المستفيد الأول على الوقف ينقطع ابتداء و عليه فإن المنقطع الأول يلغى الوقف و يعود هذا الأخير إلى الواقف أو إلى ذريته ، و لا ينتقل إلى الجهة التي تلي الجهة الأولى و يعتبر الوقف باطلا لعدم إمكانية الصرف إليه في الحال .

– رأي الحنابلة : اختلف الحنابلة فيما بينهم حول الوقف على آدمي معين ، فمنهم من يقول بأنه عقد لا يتم إلا بالقبول قياسا على الهبة و الوصية ، و منهم من يقول أنه إيقاع لا يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر ، بل يتم بإرادة الواقف المنفردة .

و يرد أصحاب الرأي الثاني على أنصار الرأي الأول ، بأن قياس الوقف على الهبة و الوصية قياس خاطئ لأن الهبة و الوصية لا يمنع البيع فيهما ، في حين نجد أن البيع محذور في الوقف .

فبعد ما تعرضنا لموقف الفقه لا يفوتنا في هذا المجال التطرق إلى موقف المشرع الجزائري :

هذا الموقف يظهر من خلال نص المادة 04 من قانون الأوقاف 10/91 :

((الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة)) ، حيث يرى المشرع أن الوقف يتم بموجب عقد حسب صياغة النص التي وردت باللغة العربية ، إذ هذه الصياغة لا تكرر ذات المفهوم أو المعنى الوارد في النص الفرنسي الذي يعرف الوقف على أساس أنه تصرف

((le wakf est un acte par lequel une volonté individuelles s'engage à faire une donation)) .

كما يلاحظ أيضا أن هناك غموضا يكتنف نص المادة 04 المشار إليها أعلاه في صياغتها باللغة العربية و لعل التعبير السليم لهذا النص كان ينبغي أن يرد كالتالي : ((الوقف هو تصرف تلتزم بمقتضاه الإرادة المنفردة على القيام بالتبرع)) .

بعد عرض هذا النص نستطيع القول أن الوقف هو تصرف و ليس بعقد يصدر من جانب واحد في شكل إيجاب ملزم حسب ما تقضي به المادة 56 من القانون المدني، لا يتوقف هذا الإيجاب على تحقق أو وجود قبول لسبب واحد ، هو أن المشرع لا يشترط القبول في الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا طبيعيا، كما أن عدم القبول لا ينجم عنه بطلان الوقف و إنما يتحول من وقف خاص إلى وقف عام . بالإضافة إلى أنه يوجد هناك دليل آخر يفيد بأن الوقف هو إيقاع يتحقق بتصرف قانوني ، و ذلك عندما اعترف المشرع بجواز الوقف على النفس بموجب المادة 04 من القانون رقم 10/02 المعدل لقانون الأوقاف [05] .

و منه نستنتج بأن الوقف على معين هو إيقاع و ليس عقد لأنه تصرف من جهة واحدة يمثلها الواقف و هو بذلك يؤخذ حكم الوصية في هذا الشأن و يبقى القبول يتعلق بالإستحقاق فقط بهدف تملك الغلة و ليس إنشاء الوقف. كما يلاحظ أن الأخذ برأي الإيقاع فيه تيسير و تسهيل على الواقفين و تشجيع لهم على العكس من ذلك فيما لو كان الوقف عقد ، لأنه يؤدي إلى تعقيد و تعطيل لحالات كثيرة في الوقف كما أنه من المعلوم بدهاءة أن الخير لا يحتاج إلى مشورة و لا إلى موافقة و الوقف هو أهم رموز الخير و البر و الإحسان ، فلا يجوز أن يتعطل الوقف أو يكون تحت رحمة الموقوف عليه لينتظر قبوله و في حالة رده أو اعتذاره للوقف يبقى الوقف قائما و مستمرا.

و بهذا الشكل يكون الوقف سواء على معين أو على غير معين إيقاعا و ليس عقدا و في ذلك توسيع لدائرة الوقف، على أن يكون القبول هو شرط لإستحقاق الوقف لا لإنشائه [35] ص 156 .

4.1.3.2.1: مضمون حق الموقوف عليهم في الإنتفاع بالوقف

يكون الموقوف عليهم في الوقف أشخاصا معنوية و هو ما يعرف بالوقف العام حسب ما يؤكد نص المادة 05 [99] ص ، أو أشخاصا طبيعيين بالنسبة للوقف الخاص ، ينتفعون بالموقوف وفقا لطبيعة الأعيان الجاري عليها الوقف و حسب اشتراطات الواقف .

و لعل المنفعة التي تعطى العين الموقوفة هي موضوع الصدقة التي يتصدق بها الواقف و قد يكون هناك مال لا ريع له فيكون الإنتفاع به باستعماله وفقا للعرف و الغاية التي أعد لها .

و إذا نص الواقف على طريقة معينة للإنتفاع بالوقف و جب العمل بنصه إذا كان شرطه لا يخالف الشرع و القانون [86] ص 185 .

غير أن وقت استحقاق المستحق للغلة يكون وقت وجودها ، فإذا كان الموقوف مؤجرا فلا حق للموقوف عليه ببديل الإيجار إلا إذا كان موجودا بتاريخ استحقاق البديل . فمثلا إذا كان البديل يستحق كل ثلاثة أشهر مثلا ، فلا حق للموقوف عليه في هذا البديل إلا بنهاية ثلاثة أشهر. أما إذا لم يكن الموقوف مؤجرا كأن يكون أرضا زراعية ، فلا حق للموقوف عليه في الثمار إلا إذا كانت موجودة في اليوم الذي يصير فيه الزرع متقوما إن كان المزروع حبا أي وقت وجود الحب في الزرع و في اليوم الذي ينعقد فيه الثمر و يصير مأمنا من الآفات إن كان غير حب ، و إذا توفى الموقوف عليه قبل ذلك فلا حق لورثته أو لدائنيه عليها بل تصبح من حق بقية الموقوف عليهم الآخرين إذا كانوا متعددين .

و تكون الثمار منذ وجودها حقا للموقوف عليهم ، و عليه إذا حدث و أن مات الموقوف عليه أو عليهم بعد تاريخ استحقاق البديل المذكور و قبل التوزيع فتعود حصته إلى ورثته ، على أن يكون حق المستحق هو من الغلة و لا يحق له الإدعاء بأي حق آخر على الوقف .

و لما كان حق المستحق في غلة الوقف تدخل في ثروته منذ استحقاقها فإنها بذلك تشكل جزءا من الرهن العام المعطى للدائنين عليها ، و بالتالي يحق لهؤلاء حجز ريع الوقف حتى و إن اشترط الواقف عدم قابلية الحجز في عقد الوقف لأن مثل هذا الشرط يعتبر من الشروط غير المباحة و بالتالي هو باطل هذا ما تشير إليه المادة 21 من قانون الأوقاف رقم 10/91 بنصها : ((يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الثمن الذي يعود إليه)) .

في هذه الحالة يحجز الربيع بين يدي المتولي بطريقة الحجز لدى شخص ثالث و لا يجوز أن يوقع الحجز إلا على حصة المستحق المدين الصافية بعد حسم جميع نفقات إدارة الوقف و ديونه .

بعد هذا العرض الموجز لطبيعة حق المستحق هناك تساؤل يثار و هو هل يجوز التأمين بحق الانتفاع هذا ؟ .

للإجابة عن هذا التساؤل نقول حصة المنتفع يجوز أن تكون ضمانا للدائنين على أن تكون الحصة منصبة على المنفعة أو من الثمن الذي يعود إليه حسب ما تشير إليه المادة 21 من قانون الأوقاف رقم 10/91 .

2.3.2.1: مدى كسب و انتقال حق الانتفاع بالأموال الوقفية بنفس الأسباب المحددة في القانون المدني

بعدما تطرقنا في المطلب الأول إلى الوقف كسبب مباشر في ثبوت حق الانتفاع بالأموال الوقفية سواء كان الوقف وفقا عاما أو خاصا ، نحاول من خلال هذا المطلب البحث في مدى إمكانية كسب و انتقال هذا الحق بنفس الأسباب التي تخص حق الانتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، مع مراعاة نوع الوقف ، لأن هذا التقسيم له تأثير بالغ في طرق كسب و انتقال حق الانتفاع الناجم عنه

لنحاول تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص الفرع الأول لمدى إمكانية انتقال حق الإنتفاع الناجم عن الوقف العام بنفس أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، على أن يكون الفرع الثاني متعلقاً بمدى إمكانية انتقال حق الإنتفاع الناجم عن الوقف الخاص بنفس الأسباب الخاصة بكسب و انتقال حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني .

1.2.3.2.1: أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع الناجم عن الوقف العام

تعرف المادة 08 من قانون الأوقاف رقم 10/91 الأوقاف العامة و هي :

((الأوقاف العامة المصونة هي :

- الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية
- العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن ، سواء كانت متصلة بها أم كانت بعيدة عنها
- الأموال و العقارات و المنقولات الموقوفة على الجمعيات و المؤسسات و المشاريع الدينية
- الأملاك العقارية المعلومة وقفا و المسجلة لدى المحاكم
- الأملاك التي تظهر تدريجياً بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي و سكان المنطقة التي يقع فيها العقار .
- الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين .
- الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها .
- كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة و لم يعرف واقفها و لا الموقوف عليها و متعارف على أنها وقف .
- الأملاك و العقارات و المنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا و الموجودة خارج الوطن .
- تحدد عند الضرورة كيفية تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم)) .

فهذه الأملاك الوقفية الموقوفة وقفا عاما تنشأ بناء على تصرف قانوني يكون في شكل إسهاد مكتوب خالي من القبول باعتباره وقف عام حسب ما أشار إليه المشرع ، أو بموجب تصرف منشأ للوقف عندما يتعلق الأمر بالوقف خاص و هي الحالة التي يتحول فيها الوقف من وقف خاص إلى وقف عام وذلك بزوال الموقوف عليهم المحددين في التصرف المنشأ للوقف ، هذا ما سوف نتطرق إليه تبعا .

1.1.2.3.2.1: نشوء حق الإنتفاع بموجب تصرف قانوني

يتمثل التصرف القانوني المرتب لحق الإنتفاع الناجم عن الوقف العام فيما يلي :

1.1.1.2.3.2.1 : إسهاد مكتوب

ينشأ الوقف العام ابتداء بناء على إسهاد مكتوب كرسه المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 [98] يتضمن: معلومات خاصة بالشهود ، التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا، رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا بعد ذلك تصدر شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي تطرق إليها القرار المؤرخ في 2001/05/26 [99] و التي يجب أن تتوافر فيها البيانات المنصوص عنها في المواد 03 و 04 من المرسوم رقم 336/2000 المذكور أعلاه .

- عنوان الشهادة
 - المراجع القانونية المعتمدة
 - رقم و تاريخ تسجيل و ثائق الإسهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في سجل خاص بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا
 - تحديد مساحة الملك الوقفي و موقعه ((.
- على أن تقيد هذه الوثائق في سجل خاص بالملك الوقفي حسب نص المادة 08 مكرر من القانون رقم 07/01 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف بنصها ((تخضع الأملاك الوطنية لعملية جرد يحدث لدى المصالح المعنية لأملاك الدولة سجل عقاري خاص)). .
- و تجدر الملاحظة في هذا الصدد أن الإسهاد المكتوب بالنظر إلى محتواه يؤكد على أنه إلتزام بتبرع صادر عن إرادة منفردة و هو ما ينطبق و نص المادة 04 من قانون الأوقاف 10/91 .
- بعد ثبوت الوقف يؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه ، الذي يكون شخصا معنويا ، كما سبق و أن أشرنا إلى ذلك لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 13 من قانون الأوقاف من قانون الأوقاف رقم 10 /91 المعدلة بموجب المادة 05 من القانون رقم 10/02 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف .

و ما دام أن التبرع بالمنفعة يكون على وجه التأييد في الوقف ، فإنه و تبعا لذلك يجوز التنازل عن حق الإنتفاع المترتب على هذا النوع من الوقف حسب ما يشير إليه نص المادة 20 من قانون الأوقاف . بعد الموافقة الصريحة للسلطة المكلفة بالأوقاف ، لفائدة شخص معنوي آخر على أن يكون كل من الشخص المتنازل و المتنازل له يتحدان من حيث الغرض ، و لا يشمل التنازل سوى المنفعة أم التنازل الذي يمس أصل الملك الوقفي فهو تصرف محصور قانونا بناء على نص المادة 23 من قانون الأوقاف كأصل ، باستثناء حالات الإستبدال الواردة على سبيل الحصر في المادة 24 من قانون الأوقاف .

لنخلص بعد هذا العرض إلى أن الإشهاد المكتوب يكون كسبب منشأ و ناقل للوقف العام الذي يترتب عليه حق انتفاع لفائدة شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية .

2.1.1.2.3.2.1: انتقال الحق من حق إنتفاع خاص إلى حق إنتفاع عام

بموجب التصرف المنشأ للوقف

من خلال النقطة السابقة ، بينا أن حق الإنتفاع الذي يترتب على أملاك موقوفة وقفا عاما يتقرر ابتداء بموجب إشهاد مكتوب . أما في هذه الحالة نحاول تطرق إلى حق الإنتفاع الذي يمارس على أملاك موقوفة وقفا خاصا و الذي ينشأ بموجب تصرف قانوني (يكون في شكل عقد توثيقي) ، ثم إذا ما انتهت الجهة الموقوف عليها يتحول الوقف من وقف خاص إلى وقف عام ، و تتحقق هذه الحالة بعد وفاة الموقوف عليهم الذين يحددهم الواقف ، بحيث يشترط الواقف أثناء إبرام التصرف انتقال هذا الحق إلى الجهات الخيرية المعينة .

بهذا الطرح يكون التصرف المنشأ للوقف الخاص ناقلا لحق الإنتفاع لفائدة جهات خيرية محددة سلفا من قبل الواقف لا يشوبها ما يخالف الشريعة الإسلامية كالمدارس و المستشفيات أو الملاجئ مثلا : هذا ما تقضي به المادة 31 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 : ((الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور)) .

أهم ما يلاحظ على هذا النص أنه حصر الأملاك الوقفية في الأملاك العقارية ، في حين نجد بعض النصوص القانونية الأخرى لا تحصر الوقف في الأملاك العقارية ، بل تشمل المال بصفة عامة سواء كان عقارا أو منقولا أو منفعة ، هذا ما تقره المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري ، يضاف إلى هذا النص نص المادة 11 من قانون الأوقاف .

لنخلص بعد هذا العرض إلى أن الوقف في حد ذاته سببا منشأ لحق الإنتفاع في شكل إشهاد مكتوب إذا ما كان الوقف وقفا عاما ، كما يكون العقد التوثيق المنشأ للوقف الخاص هو الآخر سببا ناقلا للحق .

2.1.2.3.2.1: مدى إمكانية اعتبار الشفعة سبب من أسباب كسب و انتقال هذا النوع من الحق

لقد عرفت المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة على أنها :

((....رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية)) . من خلال هذا النص يتبين لنا أن الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار تثبت بموجب المادة 795 من القانون المدني ل :

- مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة

- للشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي
- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها .

بالإضافة إلى هذا النص ، نجد نص المادة 798 من القانون المدني التي استثنت بعض البيوع من الشفعة : و هي البيوع المتعلقة بالمزاد العلني ، البيوع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين و الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، و العقار الذي يباع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة . علما أن هذا النص لا يسري على المبيع الذي يخصص لبناء مستشفى مثلا أو مدرسة خيرية كما لم ينص صراحة على الوقف العام ما إذا كانت الشفعة تجوز فيه أم لا ؟. عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة لبعض التشريعات العربية كالتشريع المصري مثلا ، الذي نص صراحة على عدم جواز الأخذ بالشفعة عندما يتعلق الأمر بالوقف و هي الحالة الأخيرة المكرسة بموجب المادة 01/939 من القانون المدني المصري [100] ص 59... 60 ، علما أن هذه المادة مطابقة لنص المادة 798 من القانون المدني الجزائري ، باستثناء الحالة الأخيرة التي لم ينص عليها المشرع .

و منه نخلص إلى القول أنه ما دام لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي سواء كان الوقف وقفا عاما أو خاصا ، فلا يجوز تطبيق أحكام الشفعة على الوقف .

لكن هناك تساؤلا يثار مفاده هل يجوز تطبيق أحكام الشفعة في الحالات الإستثنائية التي تكون فيها الأملاك الوقفية محل تصرف و هي الحالات التي حددتها المادة 24 من قانون الأوقاف ؟. الإجابة على هذا التساؤل تفتقر إلى نص قانوني صريح باستثناء الفقرة الأخيرة من المادة 798 من القانون المدني التي استثنت من تطبيق الشفعة الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية كأوقاف عامة و لم تلم بكافة أنواع الأملاك الوقفية العامة المحدد بموجب المادة 08 من قانون الأوقاف .

عكس ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية كالتشريع الأردني الذي ينص صراحة على أن الأشجار و الأبنية المملوكة الواقعة في أرض الوقف أو الأراضي الأميرية هي في حكم المنقول فلا تجرى الشفعة فيها حسب المادة 1019[101] ص 117.

و عليه ينبغي على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على عدم تطبيق الشفعة على الأملاك الوقفية العامة في حالات الإستبدال حماية لهذه الأملاك إذا كان الغرض منها الجمع بين أصل الملكية و حق الإنتفاع ، أما إذا كان الغرض من الشفعة هو انتقال حق الإنتفاع بالملك الوقفي ، فلا نرى مانعا في ذلك شريطة أن يمارس حق الشفعة من قبل جهة خيرية متنازل إليها تجاه جهة خيرية متنازلة كلا الجهتين يتوحدان من حيث الغرض .

3.1.2.3.2.1: مدى إمكانية اعتبار التقادم سبب لكسب و انتقال هذا النوع من الحق

حماية للأموال الوقفية لا يجوز أن يكتسب أصل الملك الوقفي بالتقادم و هذا قياسا على الحماية القانونية المقررة للمال العام حسب ما تقضي به المادة 689 [59] ، و عليه كان ينبغي أن ينص المشرع صراحة على عدم جواز كسب أصل الملك الوقفي بالتقادم . أما إذا كان الغرض من التمسك بالتقادم هو اكتساب حق الإنتفاع ، فلا نرى في ذلك مانعا ، بالعكس يكون في الإعتراف بهذا السبب صيانة الأملاك الوقفية من خطر الإهمال و عدم الإستثمار الذي ينجر عنهما زوال الأملاك الوقفية . و منه نخلص إلى القول أن التصرف القانوني هو السبب الوحيد المنصوص عليه صراحة لكسب و انتقال هذا الحق ، في شكل إسهاد مكتوب متبوع بشهادة رسمية تخص الملك الوقفي محل الإسهاد مرفقة بشرط البطلان حسب نص المادة 05 من المرسوم رقم 336/2000 على أن يقتصر التنازل على جمعيات و مؤسسات خيرية و الحصول على موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف ، شريطة أن تكون الجهتان متحدثتان من حيث الغرض حسب ما تقضي به المادة 20 [05].

2.2.3.2.1: أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع المترتب عن وقف خاص

بعد تطرقنا من خلال الفرع الأول لأسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع بالأملاك الوقفية العامة نحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع بأملاك الموقوفة الخاصة . لكن و قبل الغوص في هذه الأسباب ، لا بد من التطرق إلى التطور التشريعي الذي عرفه هذا النوع من الأوقاف، بحيث يجد المتتبع لهذا التطور أن المشرع و عند إصداره لقانون الأسرة بداية و قانون الأوقاف رقم 10/91 لاحقا ، كان يعترف إعترافا صريحا بالوقف الذري أو الخاص من خلال تطرق هذه التشريعات إلى الأحكام المتعلقة به .

غير أنه و بعد التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف بموجب كل من القانون رقم 07/01 و القانون رقم 10/02 ، نجده قد عدل العديد من المواد التي لها صلة مباشرة بهذا النوع من الوقف هذه المواد هي : 06 ، 13 ، 45 . كما ألغى من جهة أخرى كل من الفقرة الثانية من المادة 06 و المواد 07 ، 19 ، 22 ، 47 ، ليلحق هذا النوع من الأوقاف بأحكام القانون المدني حسب ما تشير إليه المادة الأولى في فقرتها الثانية من قانون الأوقاف المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/02 حيث تنص : ((....يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها)). .

إلا أننا نرى في إحالة الوقف الخاص على القانون المدني إحالة خاطئة ، نظرا لإختلاف طبيعة كل حق هذا ما سوف نبينه في خاتمة هذا المبحث بعد عرض أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع المترتب على أملاك موقوفة وفقا خاصا ، التي تكمن في التصرف القانوني كونه السبب المباشر في نشوء هذا الحق

و الذي خصصنا له النقطة الأولى ، على أن نبحت و من خلال النقطة الثانية ، في مدى إمكانية انتقال هذا الحق بأسباب أخرى تخص ذات الحق المكرس بموجب القانون المدني .

1.2.2.3.2.1: التصرف القانوني

يشمل التصرف القانوني كل من العقد و الوصية ، نردهما تبعا :

- العقد : سبق و أن بينا بأن الوقف ينشأ بتصرف و ليس بعقد على اعتبار أنه تصرف من جانب واحد يلتزم بمقتضاه الواقف بالتبرع ، و عليه إذا ما صح الوقف زال حق ملكية الواقف و تبعا لذلك يصبح الوقف ليس ملكا للموقوف عليهم ، بل لهم حق إنتفاع يتمتعون به في حدود أحكام الوقف و شروطه التي يضعها الواقف حسب المواد 05 و 17 [05] .

بعد هذا التقديم نخلص إلى القول أن التصرف القانوني (العقد) هو السبب المباشر المنشأ لحق الإنتفاع بالأمالك الموقوفة وقفا خاصا ، لكن هل يمكن اعتباره كسب ناقل للحق ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل نقول أنه بإمكان الموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة إلى شخص أو أشخاص آخرين و لا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف ، كما يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة أو في الثمن الذي يعود إليه هذا ما تقضي به المادة 21 [05] .

- الوصية : تعرف الوصية بأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت حسب ما تؤكدته المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري ، و منه يتبين لنا الفرق بينها و بين الوقف سواء من حيث الآثار أو من حيث اللزوم و المقدار .

إذ نجد أن الوصية تنتج آثارها بعد موت الموصي و تبطل عند موت الموصى له قبل الموصي ، بينما الوقف ينتج آثاره بمجرد توافر أركانه.

أما من حيث المقدار فللواقف أن يوقف ما شاء من أمواله ، عكس الوصية التي و إن وصى الموصي بما شاء فإنها لا تنفذ إلا في حدود ثلث المال و ما زاد عن ذلك يخضع لإجازة الورثة عملا بنص المادة 185 من قانون الأسرة .

غير أن الإشكال الذي يثار في هذا الصدد يكمن في مدى إمكانية الإيصاء بالوقف أو اعتبار الوصية سببا من أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع الناجم عن إنشاء وقف خاص ؟ .

بالنظر إلى اختلاف طبيعة كل من الوصية و الوقف ، نرى أنه من غير الممكن المزج بينهما و إذا حدث و إن أوصى شخص بوقف أثناء حياته كأن يقول الواقف إذا مت أوقف داري على أولادي أو على فلان و من بعد على المساكين مثلا . فالمرجح أن هذا التصرف تطبق عليه أحكام الوصية تلزم منها الثلث بالموت لا قبله ، و إذا حدث و إن مات الواقف و رده الموقوف عليه تقسم غلة الثلث على الورثة

أما إذا قبله الموقوف عليه و لم يرده و مات الواقف ، تقسم غلة الثلث على من يصير له الوقف و إذا مات بعض الموقوف عليهم فإنه ينتقل سهمهم إلى ورثتهم.

مثل هذا النوع من الوقف جائز عند الإمام أبي حنيفة ، فمادام حيا هو نذر و تصدق بالغلة و له حق الرجوع و لو لم يرجع حتى مات جاز من الثلث عنده [94] ص 201 .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نكون أمام تصرف يكيف على أساس أنه وقف إذا ما كان هذا التصرف نافذا أثناء حياة الواقف ، أو يأخذ التصرف شكل الوصية إذا ما اشترط الواقف أن يكون النفاذ بعد وفاته و لا يمكن بأي حال من الأحوال الجمع بين التصرفين ، و لا يمكن اعتبار الوصية سبب من أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع بالوقف .

عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة لحق الإنتفاع في قانون 19/87 ، إذ تكون الوصية سبب من أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة .

أما الإيضاء بحق الإنتفاع وفق القواعد العامة عمليا غير ممكن الحدوث نظرا للصفة المؤقتة التي يتمتع بها الحق في هذا المجال .

2.2.2.3.2.1 : مدى إمكانية اعتبار الميراث سبب لإنتقال الحق

حق الموقوف عليهم المترتب عن الوقف لا يورث ، و إذا حدث و أن انتقل حق الموقوف عليه إلى ورثته فليس معنى ذلك أن هذا الحق انتقل بالميراث ، بل كان الإنتقال خاضعا لشروط الواقف التي تضمنها التصرف المنشأ للوقف [97] ص 44 ، هذا ما ينطبق و تعريف الوقف المكرس بموجب المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري على اعتبار أن الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد ، و بالتالي يكون الغرض من الحبس هو تحييد الملكية و تجميدها ، فالمال بمقتضى الحبس لا يباع و لا ينتقل بالميراث [45] ص 160 .

3.2.2.3.2.1 : مدى إمكانية اعتماد الشفعة سبب لكسب الحق

لقد سبق و أن بينا من خلال التعرض لأسباب كسب حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الموقوفة وفقا عاما أن الشفعة لا يمكن أن تكون سبب لكسب حق الإنتفاع على الرغم من انعدام النص ، و نرى في هذا المقام الحكم نفسه ما دام أن كل من الوقف العام و الخاص لا يختلفان من حيث الأحكام المتعلقة بعدم جواز التصرف في الملك الوقفي ، حتى و أن كان التصرف في الأملاك الوقفية بواسطة الإستبدال أو التعويض على سبيل الإستثناء ، فلا يمكن تطبيق أحكام الشفعة المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني ، سيما الحالة الأولى و الثالثة . بينما الحالة الثانية التي تثبت للشريك في الشيوع لا نرى مانعا من تمسك أحد الموقوف عليهم (الشفيع) بالشفعة في حالة التنازل عن حق الإنتفاع ، إذا

ما كان الشفيع في هذه الحالة شريك على الشيوع في المنفعة المتنازل عنها مع بقية الموقوف عليهم لأن هذه الحالة لا تتعارض و أحكام الوقف عكس ما هي عليه الحالة الأولى و الثانية اللتان تؤديان إلى تجميع عناصر الملكية ، في حين الوقف يؤدي ثبوته إلى تجزأت عناصر الملكية من ملكية رقبة و حق إنتفاع على وجه التأييد .

4.2.2.3.2.1:مدى إمكانية اعتبار التقادم سبب لكسب الحق

تقضي أحاكم القانون المدني بانقسام التقادم إلى نوعين ، تقادم مكسب يؤدي إلى كسب الحق و الآخر مسقط يترتب عليه فقدان الحق بالنسبة للشخص غير الممارس له .

و بما أن استحقاق الوقف مقيد بشروط الواقف من حيث مداه و نصيب كل واحد، فما على الموقوف عليه إلا التنفيذ و حتى الدولة مطالبة باحترام إرادة الواقف ، إذ لا يمكن تصور إسقاط حق الإستحقاق في الوقف لأنه أمر محرم شرعا و قانونا [21] ص 104 .

هذا إذا كان الغرض من التمسك بالتقادم هو انتقال الملكية ، عملا بالقاعدة التي تقضي بأن كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز حجزه و لا تملكه بالتقادم ، لإتحاد العلة في منع انتقال حق الملكية على أساس أنه يمنع التصرف في أصل الملك الوقفي بشتى أنواع التصرف بناء على نص المادة 213 من قانون الأسرة [76] ص 79... 80 ، أما إذا كان الغرض من التمسك بالتقادم هو كسب حق الإنتفاع فلا نرى مانعا في ذلك ، بل بالعكس يكون في هذا التمسك إحياء و تدعيم للوظيفة الإقتصادية للأملك .

بعدما عرجنا من خلال هذا المبحث إلى أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع الناجم الأملك الوقفية نحاول أن نجري مقارنة بسيطة و موجزة بين حق الإنتفاع في القواعد العامة و حق الموقوف عليهم و ذلك بإبراز أوجه التشابه و الإختلاف بينهما ، فمن بين أوجه التشابه نجد :

– يثبت حق الإنتفاع في القانون المدني لكل من الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي و هو الحكم نفسه بالنسبة لحق الإنتفاع الممارس على الأملك الوقفية ، بل حتى الوقف في حد ذاته يتمتع بالشخصية المعنوية .

– كل من المنتفع و الموقوف عليه يتمتعان بحق الإستغلال و الإستعمال ، فهما حقان يشملان عنصران من عناصر الملكية و يأخذان صفة الملكية الناقصة .

– ينتهي حق المنتفع بموته كما هو مقرر وفقا للقواعد العامة ، كما ينتهي حق الموقوف عليه بموته أيضا .
– حق الإنتفاع لا يورث حسب أحكام القانون المدني ، كذلك حق الموقوف عليه لا يورث حسب أحكام الوقف .

– للمنتفع الحق في إيجار الحقوق المنتفع بها ، نفس الحكم ينطبق على الحقوق الموقوفة .

– كل من حق الإنتفاع و حق الموقوف عليه يخضعان للتسجيل و الشهر إذا كان محلها عقار .

إلا أنه و رغم أوجه التشابه بين الحقان ، نجدهما يختلفان في أوجه أخرى منها :

- * حق الإنتفاع غير معفى من رسوم التسجيل و الشهر، لكن حق الموقوف عليهم في الوقف العام معفى من الرسوم ، ما دام أن الوقف في حد ذاته من عقود التبرع [97] ص 44 .
- * حق الإنتفاع قد تثبت الشفعة فيه لمالك الرقبة ، بينما حق الإنتفاع بالوقف لا يمكن أن تثبت الشفعة لمالك الرقبة ، لأنه لا يجوز الجمع بين الرقبة و حق الإنتفاع في الوقف .
- * حق الإنتفاع في القواعد العامة هو حق مؤقت ، في حين حق الموقوف عليهم يكون على وجه التأييد و بالرغم من ذلك لا يورث .
- * ثبوت الوقف يؤدي إلا زوال الملكية و يكون للموقوف عليهم حق انتفاع فقط ، بينما حق الإنتفاع وفق القواعد العامة لا يؤدي إلى زوال الملكية .
- * يكون التنازل عن حق الإنتفاع بمقابل و إن كان من الناحية العملية يصعب تقديره لذلك هو نادر الوقوع ، بينما في الوقف يتقرر حق الموقوف عليهم دون مقابل .
- * عند نشوء الوقف تتجزأ عناصر الملكية إلى ملكية رقبة و حق انتفاع على وجه التأييد و لا يمكن أن يجتمع هذان العنصران أبدا ، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة لحق الإنتفاع في القواعد العامة أو ذاك المنصوص عليه في قانون 19/87 ، بحيث يمكن أن تجتمع عناصر الملكية مرة أخرى بعد أن تتجزأ و لهذا كانت الشفعة سبب من أسباب كسب هذان الحقان .

من خلال هذا الفصل بينا أسباب كسب حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة ، حيث توصلنا إلى أن هذه الأسباب لم تكن ذات الأسباب و ذلك راجع لإختلاف طبيعة كل حق ، كما لاحظنا أنه حتى و إن كانت البعض من هذه الأسباب تبدو متشابهة من حيث الظاهر لكنها في مضمونها وجدناها مغايرة و مختلفة .
فبالنسبة لحق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني عرفنا من خلال هذه الدراسة أن الغالب فيه أنه يكتسب ابتداء لا انتقالا ، عكس ما هو عليه حق الملكية الذي يكتسب انتقالا لا ابتداء ما عدا حالة الإستلاء ، و السبب في ذلك يعود إلى أن حق الإنتفاع حق مؤقت ، بينما حق الملكية هو مؤبد .

و لقد حددت المادة 844 من القانون المدني الجزائري أسباب كسب هذا الحق و هي : العقد ، الوصية الشفعة ، التقادم أو بموجب قانون . فمن خلال هذه الأسباب راعى المشرع طبيعة حق الإنتفاع المكرس بموجب هذا القانون على أساس أنه حق مؤقت .

فالوصية مثلا تكون سبب لكسب حق الإنتفاع ابتداء لا انتقالا ، لأن الموصى إذا كان صاحب حق انتفاع ثم توفى انتفى حق الإنتفاع و لا ينتقل إلى الموصى له ، لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

كما أن الشفعة هي الأخرى سبب لكسب حق الإنتفاع انتقالا و ليس ابتداء ، إذا ما توفرت شروطها ليبقى العقد و التقادم تارة ينشأن الحق و تارة أخرى ينفلانه .

و لا يمكن تصور أسباب أخرى لكسب حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني كالميراث مثلا الذي يصلح لكي يكون سبب لكسب حق الملكية ما دام هذا الأخير حق دائم .

فبعد ما تطرقنا إلى هذا الصنف من حق الإنتفاع و الأسباب المتعلقة بكسبه و انتقاله ، بحثنا بالموازاة عن أسباب كسب و انتقال وجه آخر من حق الإنتفاع ألا و هو حق الإنتفاع الخاص الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لمليتها للدولة و توصلنا إلى النتائج التالية :

هناك بعض الأسباب المتعلقة بالكسب و الإنتقال حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية تبدو من حيث الظاهر أنها مطابقة لتلك الأسباب التي تخص حق الإنتفاع بموجب القانون المدني : كالعقد و الشفعة و الوصية . لكنها من حيث الجوهر أو في مضمونها هي أسباب مغايرة و مختلفة ، هذا التغيير و الإختلاف كان مرده الإختلاف في طبيعة الحق في حد ذاته ، فحق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني ليس ذات الحق المكرس بموجب قوانين خاصة ، سيما تلك التي تخص الملكية الفلاحية التابعة للدولة .

و أحيانا أخرى وجدنا هذا الحق ينفرد بأسباب خاصة به سواء كانت أسباب منشأة أم ناقلة ، فالميراث مثلا يعد سبب ناقل لحق الإنتفاع الذي يمارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، هذا ما احتواه كل من قانون المستثمرات الفلاحية رقم 19/87 أو قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 ، ليصبح و بموجب قانون التوجيه الفلاحي حق محدد المدة ، رغم أن هذا القانون لم يلغي صراحة قانون المستثمرات الفلاحية ، إذ يمارس هذا الحق في ظل هذا الأخير بموجب عقد امتياز لم تحدد مدته .

أما بقية الأسباب وجدناها من حيث الظاهر تبدو أسباب مطابقة ، لكنها من حيث المضمون نجدها مغايرة أو مختلفة ، فالوصية مثلا عرفنا أنها طريق لكسب حق الإنتفاع في القواعد العامة ابتداء لا انتقالا إلا أنه إذا ما تعلق الأمر بحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية تكون الوصية سبب ناقل للحق على اعتبار أنه حق مؤبد . رغم أن الإيضاء بهذا الحق يتطلب من الموصى له توافر جملة من الشروط حددتها المادة 10 من قانون 19/87 ، إلى أنه و في الكثير من الأحيان لم تراعى هذه الشروط ، مما جعل الوصية تطرح نقائص فيما يخص الشروط الواجب توافرها في الموصى له .

و لا يقتصر الأمر على الوصية فحسب بل التنازل بشكل عام ، بحيث جعله المشرع ممكن قانونا صعب التحقيق واقعا .

و حتى الشفعة هي الأخرى يتضح ظاهريا أنها سبب لكسب حق الإنتفاع حتى و إن تعلق الأمر بحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية ، لكن بعد البحث في هذا السبب توصلنا إلى أن الشفعة تثبت للدولة باعتبارها مالكة للرقبة تمارس هذا الحق بواسطة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية و في ثبوت هذا الحق لمالك الرقبة أي الدولة فيه تطابق مع القواعد العامة المكرسة بموجب القانون المدني عند ترتيبها للأشخاص الذين يحق لهم ممارسة هذه الرخصة هذا ما دفع بالمشرع عند تناوله للشفعة في هذا المجال إلى الإحالة على القواعد العامة .

إلا أن هذه الإحالة و في بعض الحالات الأخرى كانت قاصرة، حيث ساهمت في خلق التضارب و التعارض بين النصوص عندما خرج المشرع عن ما هو مألوف في القواعد العامة و اعتبر الشفعة بالنسبة للقوانين الخاصة كقانون التوجيه العقاري رقم 25/90 ، بمثابة جزاء يترتب نتيجة عدم استثمار الأراضي الفلاحية حسب ما تشير إليه المادة 03/52 ، أو عندما اعترف بحق الشفعة للدولة كجزاء ناجم عن معاملات عقارية غير مشروعة عند انتفاء الرسمية مثلا ، التي تنصب على الأراضي الخصبة جدا المملوكة للخواص .

علما أن الدولة في هذه الحالة ليست مالكة للرقبة و لا لحق الإنتفاع حسب نص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، هذه الحالة لا يعرفها القانون المدني، و رغم ذلك يحيلنا المشرع لأحكام هذا القانون و بالتالي نرى أنها إحالة خاطئة نظرا لتعدد نظام الشفعة عند المشرع الجزائري ، إذ يمكن وصف الشفعة في هذا المثال على أنها شفعة إدارية و اعتبرها المشرع في بعض الحالات إجراء استثنائي مثله مثل إجراء نزع الملكية عندما يتعلق الأمر بتوفير احتياجات ذات مصلحة عامة تتعلق بالتعمير .

يضاف إلى هذا الفرق بين الشفعة في القانون المدني و قانون التوجيه العقاري ، فرق آخر يتعلق بحق الدولة في تغيير الثمن عند ممارستها لإجراء الشفعة في حالة التنازل، و في ذلك خروج عن القواعد العامة.

و عليه نرى أن المشرع أتى بالشفعة من أجل تجميع عناصر الملكية عندما يتعلق الأمر بالأراضي الفلاحية ، و هي الغاية نفسها بالنسبة لحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، يضاف إلى هذه الغاية غاية أخرى تتعلق بالمحافظة على الطابع الفلاحي لهذا النوع من الأراضي كونها أداة من أدوات الرقابة التي تخص المعاملات العقارية .

كل هذه الأحكام كانت تخص حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لمليتها للدولة ، ليبقى الوجه الأخير لحق الإنتفاع ما تعلق بالإنتفاع بالأموال الوقفية و الذي يتميز بطبيعة مغايرة للأصناف المذكورة أعلاه في بعض الأوجه أو الخصائص و تقاطعه معها في خصائص و مميزات أخرى .

بحيث نجد أن هذا الحق المترتب على الأملاك الوقفية هو الآخر حق دائم و مؤبد و هي الخصائية التي يشترك فيها هذا النوع من حق الإنتفاع مع بعض حقوق الإنتفاع الأخرى ، سيما ما تعلق بحق الإنتفاع المنصوص عنه بموجب قانون 19/87 ، بالإضافة إلى اشتراك هذه الحقوق من حيث المحل على اعتبار أنها تنصب على عقار يخضع التصرف المنشأ له لإجراءات الشهر و التسجيل ما دامت هذه الحقوق هي حقوق عينية أصلية . في المقابل هناك خصائص و مميزات ينفرد بها هذا الحق أثرت و بشكل مباشر على أسباب كسبه و انتقاله ، لأنه و بعد ثبوت الوقف يؤدي ذلك إلى زوال حق الملكية على أن يؤول حق الإنتفاع إلى الموقوف عليهم و بذلك يصبح الوقف يتمتع بشخصية معنوية و هو صنف من أصناف الملكية قائم بذاته ، يضاف إلى الأصناف الأخرى تتمثل في الأملاك الوطنية و الأملاك الخاصة، هذا ما أثر بشكل واضح في أسباب كسبه و انتقاله ، إذ يوجد بعض الأسباب التي تتعارض بحكم طبيعتها مع حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية كالشفعة أو التقادم ، رغم عدم وجود نصوص قانونية صريحة تؤكد على عدم الأخذ بالشفعة مثلا أو حتى الوصية لعدم الجمع أو المزج بينها و بين الوقف لإختلافها من حيث اللزوم و المقدار .

و بناء على كل ما سبق قوله نرى من الضروري إبداء بعض الإقتراحات لمعالجة النقائص التي تم عرضها من خلال دراستنا لهذا الباب .

- تعديل المادة 844 من القانون المدني بإدراج الوقف كسبب من أسباب كسب حق الإنتفاع
- تعديل المادة 798 من القانون المدني بإضافة فقرة أخيرة تقضي بأن لا شفعة في الوقف إذا كان الغرض منها ضم ملكية الرقبة إلى حق الإنتفاع .
- ضرورة أن تتضمن أحكام القانون المدني نصا تشريعا يقضي بعدم جواز امتلاك الأملاك الوقفية عن طريق التقادم عملا بالمبدأ الذي يقضي بأنه كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز كسبه بالتقادم و هي الحماية نفسها التي تخص الأملاك الوقفية .
- يجب أن يرد تعداد حق الحكر الوارد على الأملاك الوقفية ضمن الحقوق العينية الأصلية المنصوص عليها ضمن أركان القانون المدني .

أما و بالنسبة لحق الإنتفاع المكرس بموجب قانون 19/87 نقترح ما يلي :

- ضرورة أن يبادر المشرع بإصدار قانون خاص بالشفعة التي تمارسها الدولة اعتبارها شفعة إدارية تختلف في أحكامها و إجراءاتها و شروطها عن ما هو منصوص عليه في القانون المدني و عدم الإحالة إلى القواعد العامة .

- الإلغاء الصريح لبعض القوانين التي تتعارض في مضمونها و محتواها مع قوانين أخرى لازالت سارية المفعول كقانون 19/87 الذي يتعارض مع قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 دون أن يلغي هذا الأخير الأول .

في حين الإقتراحات التي نراها ضرورية تخص حق الإنتفاع بالوقف تشمل ما يلي :

- الإلغاء الصريح للوقف الخاص كما هو الشأن بالنسبة لبعض الدول العربية (مصر، سوريا) لأنه يثير العديد من المشاكل أهمها :

* هذا النوع من الوقف يؤدي إلى التلاعب بأحكام الميراث و جعل بعض الأولاد في فقر مدقع و الآخرون في ثروة فاحشة.

* كثرة الأوقاف الأهلية من شأنها المساهمة في انتشار البطالة ، بحيث يطمئن المستحقين إلى أرزاقهم التي يحصلون عليها و بذلك ينقطعون عن الحياة الجادة و العمل فيصرفون إلى الحياة اللاهية .

- تقرير حماية خاصة للأموال الوقفية العامة و تكريسها بموجب نصوص صريحة تشمل أسباب كسبها و انتقالها، مثلها في ذلك مثل الملكية العامة التابعة للدولة كعدم الحجز عليها أو مصادرتها و لا انتقالها بالتقادم مع تقرير العقوبات اللازمة في حالات الإعتداء .

- عدم إحالة الأوقاف الخاصة على القانون المدني كونها إحالة خاطئة ، نظرا لإختلاف مضمون حق الإنتفاع من تشريع لآخر .

الفصل 2

الأثار المترتبة على قيام و انتهاء حق الإنتفاع في كل القانون المدني و التشريعات الخاصة

إذا ما نشأ حق الإنتفاع سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني أو حق الإنتفاع المنصوص عليه في التشريعات خاصة ، فلا شك أن هذا الحق من شأنه أن يرتب آثارا قانونية تظهر في شكل التزامات و حقوق يتمتع بها أطراف الحق .

طرفي حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني هما المنتفع و مالك الرقبة ، بينما نجد طرفي حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية بموجب قانون 19/87 هما المستفيد و الدولة . هذه العلاقة ليست ذاتها بالنسبة لحق الإنتفاع الناجم عن الأملاك الوقفية على اعتبار أن التصرف الذي ينشأ الوقف هو من عقود التبرع ينشأ بإرادة منفردة و هي إرادة الواقف ، يرتب الحق في المنفعة لفائدة الموقوف عليه من دون أن يكون هذا الأخير طرفا في العقد .

و مهما كانت طبيعة العقد المترتب على الحق ، فإذا ما ثبتت الصفة لطرفي العقد المنشئ له أو لأحد الأطراف كما هو الأمر بالنسبة لحق الإنتفاع المترتب على ملك وقف ، أكيد أن هنالك آثارا سوف تنجم عن التمتع به ، التي لا تخرج عن فكرة الحقوق و الإلتزامات التي يتمتع بها كل طرف على حدى . غير أن هذه الآثار نجدها تختلف جملة و تفصيلا من حق لآخر ، بحيث أن حقوق و إلتزامات المنتفع أو مالك الرقبة بالنسبة لحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ليست ذات الحقوق و الإلتزامات بالنسبة لطرفي العقد المنشأ لحق الإنتفاع في قانون 19/87 و لا حتى بالنسبة لحق الإنتفاع المترتب على الأملاك الوقفية طبقا لقانون الأوقاف رقم 10/91 نظرا لخصوصية أو مميزات كل حق.

هذا ما سنحاول دراسته من خلال الفصل الأول تحت عنوان الآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة محل الدراسة ، أما في الفصل الثاني نتطرق إلى أسباب انتهاء حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة ، على أن تكون الدراسة في هذا المجال دراسة مقارنة ، نحاول من خلالها إبراز أوجه التشابه و الإختلاف بين أنواع الحق محل الدراسة .

1.2 : الآثار القانونية التي تترتب على قيام حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة

عندما يكتسب المنتفع حق الإنتفاع وفق الطرق التي سبق و أن تطرقنا إليها في الباب الأول من هذه الدراسة ، فمن المؤكد أن هذا الحق سوف يرتب آثارا قانونية تتمثل في شكل حقوق و إلتزامات ، يتمتع

بها أو يتحملها طرفي الحق و هما المنتفع من جهة و مالك الرقبة من جهة أخرى ، علما أن هذه الحقوق و الإلتزامات هي متبادلة ، فما هو حق للمنتفع هو التزام لمالك الرقبة و ما هو حق لمالك الرقبة هو التزام للمنتفع .

غير أن هذه الحقوق و الإلتزامات نجدها موحدة من حيث اللفظ أو المصطلح ، إلا أنها تحمل في طبيعتها أحكاما مختلفة و مغايرة .

فحقوق و إلتزامات كل من المنتفع و مالك الرقبة في حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني ، ليست ذات الحقوق و الإلتزامات بالنسبة لطرفي حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لمليتها للدولة ، كما أنها ليست ذات الآثار بالنسبة لحق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية ، و لعل السبب في ذلك يعود إلى طبيعة و مميزات كل حق .

و بغرض تفصيل أحكام الآثار القانونية التي تترتب على قيام حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة ، قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نخصص لكل نوع مبحث ، بحيث نتناول في المبحث الأول الآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني ، و في المبحث الثاني نعرض إلى الآثار القانونية التي تترتب على قيام حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لمليتها للدولة و المكرس بموجب قانون 19/87، على أن يكون المبحث الثالث و الأخير خاصا بالآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية طبقا لقانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل و المتمم .

1.1.2: الآثار القانونية التي تترتب على قيام حق الإنتفاع في القانون المدني

تكمن الآثار القانونية الناجمة عن حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني، في الحقوق و الإلتزامات التي تتمتع بها كل من المنتفع و مالك الرقبة ، منها ما هو محدد قانونا ، و منها ما يحدده السند الذي أنشأ هذا الحق .

فإذا ما أخل المنتفع بهذه الإلتزامات ترتب على ذلك انتهاء حق الإنتفاع و تعود الملكية كاملة للمالك ، لهذا نحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى حقوق و إلتزامات المنتفع في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني نخصصه لحقوق و إلتزامات مالك الرقبة .

و يعد السند هو المصدر الأول في تحديد حقوق و إلتزامات الأطراف ، تضاف إليه الأحكام المقررة قانونا في هذا المجال كمصدر ثاني حسب ما يقضي به نص المادة 845 من القانون المدني : ((يراعى في حقوق المنتفع التزماته السند الذي أنشأ حق الانتفاع و كذلك الأحكام المقررة في المواد التالية)) .

وعليه يجب مراعاة هذه الحقوق و الإلتزامات بحسب ما احتواه السند المنشئ لها ، سواء كان عقداً أو وصية ، أما إذا كان السبب هو التقادم فإن أعمال الحيازة التي أدت إلى التقادم هي التي تحدد كيفية ممارسة حق الإنتفاع .

إلى جانب ما يرد في السند من حقوق و التزمات ، يوجد أحكام أقرها القانون يجب مراعاتها ما لم يرد في السند ما يخالفها ، بعضها يعتبر من النظام العام مما يستوجب مراعاتها و تبعاً لذلك يبطل كل ما يرد مخالفاً لها في السند ، و إن كانت الأحكام التي تضمنها القانون ليست من النظام العام فيجوز أن يرد في السند ما يخالفها ، أما الأحكام التي تعتبر من النظام العام لا يجوز مخالفتها .

و لعل الحقوق التي تثبت للمنتفع ترجع إلى ما له على العين من حق عيني يتمثل في حق الإنتفاع أما الإلتزامات التي يتحملها هذا الأخير يكرسها سند حق الإنتفاع ، بالإضافة إلى الإلتزامات الأخرى التي أقرها القانون بغرض المحافظة على العين المنتفع بها و العناية بها لردّها إلى صاحبها بعد انقضاء حق الإنتفاع [16] ص 1210 . علماً أن الإلتزامات و الحقوق متبادلة ، فما هو التزم للمنتفع هو حق لمالك الرقبة و العكس صحيح ، ما هو التزم لمالك الرقبة هو حق للمنتفع .

و عليه بناء على ما سبق التطرق إليه ، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول للآثار حق الإنتفاع بالنسبة للمنتفع ، بينما الثاني نعرض فيه إلى آثار حق الإنتفاع بالنسبة لمالك الرقبة .

1.1.1.2: آثار حق الإنتفاع بالنسبة للمنتفع

يرتب حق الإنتفاع في ذمة المنتفع التزمات في المقابل يتمتع بحقوق ، بناء على ذلك نقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول حقوق المنتفع ، بينما في الفرع الثاني نتطرق إلى إلتزامات.

1.1.1.1.2 : حقوق المنتفع

أهم الحقوق التي تثبت للمنتفع هو الحق العيني المترتب على العين المنتفع بها و المتمثل في حق الإنتفاع الذي تنفرع منه جميع الحقوق كحقه في استعمال الشيء المنتفع به ، كذلك حق استغلاله ، لأن عنصر الإستغلال و الإستعمال عنصران يتمتع بهما المنتفع ، بالمقابل يثبت لمالك الرقبة عنصر التصرف كما يخول عنصر الإستعمال و الإستغلال للمنتفع سلطة إدارة الشيء المنتفع به مع حق التصرف فيه دون التصرف في الرقبة ، كما له أن يباشر في ذلك الدعاوي التي يحمي بها حقوقه . هذه الحقوق يمكن أن تصنف إلى صنفين هما : حق المنتفع في استعمال الشيء و استغلاله و حقه في ممارسة سلطته على الشيء المنتفع به.

1.1.1.1.2: حق المنتفع في استعمال الشيء و استغلاله

بعدما يثبت حق الإنتفاع للمنتفع ، يختص هذا الأخير بعنصرين من عناصر الملكية ، هما عنصر الإستعمال و عنصر الإستغلال نتطرق إليهما تبعا .

– حق المنتفع في استعمال الشيء : يتمتع المنتفع بحق استعمال الشيء المنتفع به حسب ما يستعمل به المالك ملكه ، حيث يحل بذلك المنتفع محل المالك في استعمال الشيء سواء كان استعمالا شخصيا أو بواسطة الغير ، دون أن يؤدي الإستعمال إلى حد استهلاك الشيء أو إتلافه ، لأنه و بالمقابل نجد المنتفع ملزما بالمحافظة على الشيء لرده بعد انتهاء حق الإنتفاع إلى صاحبه ، في حين أن مالك الرقبة له أن يستعمل الشيء ليصل الإستعمال إلى حد استهلاك ذات الشيء .

و قد لا يستعمل المنتفع الشيء بنفسه ، بل يدعو غيره إلى استعماله تبرعا دون مقابل كأن يستضيف بعض ذويه للإقامة معه في المنزل الذي ينتفع به ، أو يعير السيارة التي له فيها حق انتفاع إلى الغير ، أما إذا تنازل عن عنصر الإستعمال للغير بمقابل ، فيكون ذلك استغلالا و ليس استعمالا [16] ص 1211 . غير أن استعمال المنتفع للشيء هو استعمال غير مطلق ، بل مقيد بالقيود التي فرضها القانون على و هي نفس القيود التي كان المالك يتقيد بها قبل أن يتنازل عن حق الإنتفاع ، فلا يجوز له أن يفتح مطا على الجار إلا في حدود المسافة المقررة قانونا ، كما لا يجب أن يؤدي الإستعمال إلى إلحاق ضرر غير مألوف بالجار .

و يمتد حق الإستعمال المخول للمنتفع ليشمل ملحقات الشيء المستعمل كحقوق ارتفاق تابعة للأرض المنتفع بها ، أو المنقولات الملحقة بالشيء كعقارات بالتخصيص مثلا ، ما لم يكن صاحب العقار قد أجرها قبل إنشاء حق الإنتفاع و على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي سلمه بها مالك الرقبة و بنفس القيود التي كان يتقيد بها ، هذا ما يقضي به نص المادة 847 / 1 من القانون المدني: ((على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه به و بحسب ما أعد له و أن يديره إدارة حسنة (...)) .

كما يبقى حق الإستعمال المقرر للمنتفع مقيد بوجوب المحافظة على الشيء ليرده إلى صاحبه عند نهاية الإنتفاع ، أما إذا كانت طريقة الإستعمال قد تؤدي إلى إتلافه ، كان الإستعمال استعمالا غير مشروع و بالتالي يكون من حق مالك الرقبة أن يعترض على هذا الإستعمال بشرط أن يثبت بأن حقوقه في خطر ، حيث أجاز له المشرع أن يطالب بتقديم تأمينات من طرف المنتفع لضمان حقوقه و إذا استمر المنتفع في هذا الإستعمال غير المشروع ، فللقاضي أن يحكم بنزع العين ليسلمها إلى غيره ، كما له أن يقرر انتهاء حق الإنتفاع دون المساس بحقوق الغير ، هذا ما كرسته المادة 847 / 2 من القانون المدني: ((... للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء .

فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات فإن لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من اعتراض المالك في استعمال الشيء استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فللقاضي أن

ينزع العين من تحت يده و أن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل له تبعا لخطورة الحال أن يقرر انتهاء حق الإنتفاع دون الإخلال بحقوق الغير)) .

– حق المنتفع في استغلال الشيء : هذا الحق هو الذي يميز حق الإنتفاع عن حق الإستعمال و حق السكن لأن هذان الحقان لا يجوز فيهما للمنتفع أن يستغل الشيء ، أما حق الإنتفاع فيمكنه من استغلاله بصفة شخصية و مباشرة أو بواسطة الغير، غير أنه يرد على عنصر الإستغلال و الإستعمال قيود يفرضها القانون .

كما يكون إستغلال المنتفع عن طريق القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء لتكون الثمار من حق المنتفع خلال مدة سريان حق الإنتفاع ، هذا ما تكرسه المادة 836 من القانون المدني : ((ثمار الشيء المنتفع به تكون للمنتفع بقدر مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 839)) غير أنه يجب التمييز بين الثمار و المنتجات ، فأما الثمار فهي كل ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة دون أن يترتب على أخذه الإنقاص من أصل أو ذات الشيء ، كمحصول الأرض أو أجرة المنزل بينما المنتجات هي كل ما ينتجه الشيء في مواعيد غير دورية تمس أصل الشيء و تنقص منه كالمواد المستخرجة من المناجم و المحاجر ، و كذا الأشجار التي تقطع من غابات لم يتم إعدادها لهذا الغرض [11] ص 878... 880 .

فالأصل أن حق المنتفع في استغلال الشيء ينصب على الثمار لا على المنتجات سواء كانت هذه الثمار طبيعية أو صناعية أو مدنية [02] ص 509... 510 ، و تكون هذه الثمار مستحقة من حق المنتفع خلال مدة انتفاعه ، هذا ما تشير إليه المادة 846 من القانون المدني المذكورة أعلاه ، بحيث إذا لم يكن في الأرض زرع قائم وقت بداية سريان حق الإنتفاع و قام المنتفع بزراعة الأرض خلال مدة حق الإنتفاع فيكون الزرع من حقه ، أما إذا كان في الأرض زرع قائم عند نهاية حق الإنتفاع بسبب انقضاء الأجل أو بسبب الوفاة ، فتكون الثمار من حق المنتفع أو ورثته إلى حين إدراك الزرع مقابل دفع أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة الزمنية [11] ص 881 ، وهو الحكم نفسه الذي تبناه المشروع الجزائري بموجب نص المادة 852 من القانون المدني الجزائري التي تقتضي بما يلي : ((ينتهي حق الإنتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فان لم يعين أجل عد مقرا لحياة المنتفع و ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين.

و إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزراع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط ان يدفعوا أجرة إيجار الأرض عن هذه الفترة من الزمن)) . هذا النص يقضي بأن تترك الأرض للمنتفع بالرغم من انتهاء حق الإنتفاع إذا كان فيها زرع قائم إلى غاية إدراك الزرع ، مقابل دفع المنتفع للمالك أجرة مثل الأرض بالنسبة للفترة الزمنية التي تمتد ما بين

انتهاء حق الإنتفاع و إدراك الزرع ، و لم يرد نص مماثل فيما إذا كان في الأرض زرع قائم وقت بداية حق الإنتفاع .

غير أن هنالك بعض الحالات في الحياة العملية تتعلق بحق المنتفع في الإستغلال، منها حق الإنتفاع بقطيع من المواشي ، كذلك حق الإنتفاع بمتجر و الحصى و السندات نردها تبعا .
 - حق الإنتفاع بقطيع من المواشي : إذا ما ترتب حق الإنتفاع على قطيع من المواشي تقضي نص المادة 851 من القانون المدني في أواخرها ((.... له نتاج المواشي بعد أن يعرض منها ما هلك من الأصل بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة)) .

و بالتالي يكون من حق المنتفع ثمار هذا القطيع من المواشي كمجموع من المال ذي وجود فعلي ، فله أن ينتفع بألبانها و أصوافها و دوبالها كأسمدة للأرض ، بالإضافة إلى نتاج هذا القطيع . لكن هذا النتاج لا يكون له كاملا ، بل عليه أن يعرض منه ما هلك من أصل القطيع بسبب حادث مفاجئ أو نتيجة قوة قاهرة حتى يستكمل القطيع عدده ، هذا يدل على أن النتاج المدمج ضمن مجموع القطيع و ما يستحدثه القطيع يعرض ما فقده و لا يخلص للمنتفع كثمار للقطيع إلا الباقي من النتاج بعد إجراء هذا التعويض ، و لا يشترط أن يكون التعويض فقط من النتاج ، وإنما قد يكون من ثمن النتاج إذا كان المنتفع قد قام ببيعه وقت أن كان أصل القطيع كاملا .

أما إذا كان ما نفق من القطيع لم يزول بحادث مفاجئ بل نتيجة خطأ الغير ، كان هذا الغير مسؤول عن التعويض ، في حين إذا كان الهلاك بسبب المنتفع نفسه كان هو المسؤول عن التعويض .
 أما إذا هلك القطيع كله بحادث مفاجئ أو مرض لا يد للمنتفع فيه ، فلا يلتزم بأن يرد للمالك إلا ما بقى نافعا بعد خصم ما نفق من القطيع كالجلود أو قيمتها إذا كان المنتفع قد تصرف فيها أو استهلكها هذا ما تقضي به المادة 616 من التقنين المدني الفرنسي .

غير أنه إذا كان القطيع من المواشي ملحقا بالأرض الزراعية ، عد القطيع تابعا للأرض و على ذلك لا يأخذ المنتفع نتاج المواشي إلا بعد أن يقدم تعويضا بدلها ، بل عليه أيضا أن يعزز القطيع بالنتاج لكي يكون القطيع دائما صالحا لمواجهة ما يقتضيه استغلال الأرض الزراعية و ما تتطلبه حاجاتها .

- حق الإنتفاع بالمتجر : هو مجموع من المال يشمل عناصر مختلفة ، منها ما هو مادي كالبضائع و الأثاث إلخ و منها غير المادي أي المعنوي ، كالحق في الإيجار و حق الاتصال بالعملاء و السمعة التجارية و كذا الإسم التجاري و العلامة التجارية ، إذ يجوز أن يترتب حق الإنتفاع على المتجر ، باعتباره مجموع من المال الذي يقع عليه حق الإنتفاع لا على ما يشتمل عليه من عناصر منفصلة عن بعضها البعض .

لذلك حق الانتفاع بالمتجر لا يمثل شبه حق الانتفاع الذي يرد على الأشياء القابلة للإستهلاك كما أن ملكية المتجر لا تنتقل إلى المنتفع كما تنتقل ملكية الأشياء القابلة للاستهلاك للمنتفع في شبه حق الانتفاع ، لذلك لا يجوز للمنتفع أن يبيع المتجر لأنه لا يملكه بل يجوز له بيع حق الانتفاع فقط ، كما لا يجوز لدائني المنتفع أن يحجزوا إلا على حق الانتفاع بالمتجر ، و تبقى ملكية الرقبة خارجة عن الحجز إذا حدث و أن أفلس المنتفع فلا يدخل في التفليسة إلا حق الانتفاع [16] ص 1219 .

و يتمثل حق المنتفع في استغلال ثمار المتجر عن طريق الحصول على أرباح بعد أن يخضع منها التعويض عن إستهلاك الآلات لأنه ملزم بالمحافظة عليها و تجديدها ، كما يخصص أيضا جزء من هذه الأرباح بصفة احتياطية كي تستخدم في توسيع المتجر . و يعمل المنتفع على إدارة المتجر و إذا قصر في ذلك جاز للمالك أن يطالب ببيعه ، على أن تكون إدارة المتجر إما بصفة شخصية و مباشرة من قبل المنتفع أو يوكلها إلى غيره ، بل يجوز له أن يؤجر المتجر و أن يبيع حق انتفاعه .

- حق الانتفاع بالأسهم و حصص و السندات : إذا ترتب حق الانتفاع على أسهم و حصص و سندات كان للمنتفع أن يحصل على ما يغله السهم أو الحصة من ربح أو ما يدفع للسند من فوائد ، و إذا وزعت الشركة جزء من احتياطياتها على المساهمين أو وزعت عليهم سندات إضافية اشترتها بجزء من رأس المال، أو كانت الحصة ساهمت بها الشركة في شركة أخرى. اعتبر هذا الجزء جزءا من رأس المال لا من الربح و هو حق لمالك الرقبة ، بينما تكون الفوائد فقط من حق المنتفع . و قد تصدر الشركة أسهما جديدة لزيادة رأس المال و تضيف علاوة على القيمة الإسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الإحتياطيات القديمة للشركة ، و هي الإحتياطيات التي تكونت من أرباح السنين السابقة . هذه العلاوة لا تعتبر ريعا ، بل هي جزء من رأس المال ، فإذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى ، كان نصيب السهم من هذه العلاوات من حق المالك و ليس للمنتفع إلا فوائد هذا النصيب [11] ص 888 .

2.1.1.1.1.2: سلطة المنتفع على الشيء المنتفع به

يتمتع المنتفع و هو يمارس حقه في الانتفاع بسلطات قانونية تتمثل في القيام بأعمال الإدارة التي يتطلبها الانتفاع و كذا أعمال التصرف في حق الانتفاع دون الرقبة ، و له في ذلك حق مباشرة الدعاوى المتعلقة بحق الانتفاع نفسه أو بالحقوق التي يتضمنها حق الانتفاع .

- أعمال الإدارة : من جملة أعمال الإدارة التي يخولها حق الانتفاع للمنتفع ، هي الإيجار ، استيفاء الحقوق بيع المحصول ، حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات .

* الإيجار : يكون من حق المنتفع تأجير الشيء المنتفع به [08] ص 12 لإستثماره و الحصول على أجرته ، لكن هذا الإيجار ينتهي بقوة القانون إذا ما انقضى حق الإنتفاع ، هذا ما تنص عليه المادة 469 من القانون المدني المعدل و المتمم : ((ينتهي بقوة القانون الإيجار الصادر من المنتفع بانقضاء الإنتفاع)) .

ما يمكن استخلاصه من هذا النص أن للمنتفع الحق في تأجير الشيء المنتفع به طوال ممارسة حق الإنتفاع [19] ص 172 ، غير أنه إذا انقضى حق الإنتفاع بانقضاء مدته أو بوفاة المنتفع حسب ما تقضي به المادة 852 [59] ، ينقضي تبعا لذلك الإيجار الذي رتبته المنتفع على الشيء المنتفع به . أما إذا انتهى الإيجار قبل انقضاء مدته لسبب عائلي أو مهني ، وجب على المستأجر إخبار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعار لمدة شهرين ، هذا ما تقضي به المادة 469 مكرر 1 من القانون المدني فقرة 2 : ((غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني . و عليه يجب إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعارا لمدة شهرين)) ، أما إذا انتهى الإيجار بانقضاء المدة المتفق عليها ، فلا تكون ثمة حاجة إلى التنبيه بالإخلاء دائما حسب نص المادة 469 مكرر 1 فقرة 1 .

غير أن المنتفع في الإيجار لا يتقيد بمدة ثلاث سنوات المنصوص عليها بموجب المادة 468 من القانون المدني الجزائري، ذلك أن مدة هذا الإيجار تخص من يملك حق القيام بأعمال الإدارة فقط . في حين أن المنتفع ليس له حق الإدارة ، و إنما له أيضا حقوق أخرى تقع على العين محل الإنتفاع، كما أن المنتفع لا يدير الشيء المنتفع به بصفته نائبا عن الغير، و إنما يستعمل حقه الأصيل في الإنتفاع .

* بيع المحصول : ما دامت ثمار الشيء المنتفع به هي ملك للمنتفع خلال مدة انتفاعه حسب ما تقضي به المادة 846 ، يكون من حق هذا الأخير بيع المحصول أو ثماره ذلك أن البيع هو من صميم أعمال الإدارة بالرغم من أن البيع في حد ذاته من أعمال التصرف ، و بالتالي للمنتفع الحق في جني المحصول و بيعه و قبض ثمنه باعتباره مالكا لهذه الثمار، كما له الحق في بيع المحصول و هو لا يزال قائما ، كأن ينقضي حق الانتفاع قبل أن يتمكن من جني الثمار .

* إستيفاء الحقوق : يخول حق الإنتفاع للمنتفع حق استيفاء الحقوق التي يكون له حق الإنتفاع بها في مواعيد استحقاقها ، سواء كان ذلك بطريقة ودية أو عن طريق القضاء ، فإذا هلك الشيء المنتفع به استحق المنتفع تعويضا عنه أو استحق مبلغ تأمين بناء على نص المادة 853 [59] ، كما له حق التعويض إذا ما نزعت الملكية المثقلة بحق الإنتفاع .

غير أنه و قبل استيفاء هذه الحقوق يكون للمنتفع حق انتفاع حقيقي أما بعد الإستيفاء يتحول الحق إلى شبه حق انتفاع ، فيكون له أن يستثمره و أن يتصرف فيه على أن يرد مثله عند نهاية الإنتفاع .

كما يكون أيضا من حق المنتفع أن يستوفي حقوقه من التركة ، إذا ما أوصى المنتفع بحق انتفاع يرد على جزء من مجموع التركة ، و تكون للتركة حقوقا في ذمة مدينيها يدخل بعضها في الجزء الموصى به و لا يكون للورثة حق الاعتراض على هذا الإستيفاء ، لأن المخالصة التي أمضاها المنتفع تكون حجة عليه فعندما يقبض المنتفع الحق من المدين الذي يكون عادة عبارة عن نقود ، يتحول حق الإنتفاع إلى شبه حق انتفاع على النحو الذي سبق تبيانه، و من ثم يجوز للمنتفع أن يستغله و أن يتصرف فيه و أن يقبض ربحه ، على أن يرد للورثة مثله عند نهاية حق الإنتفاع ، كما يجوز للورثة في هذه الحالة أن يطالبوا المنتفع بكفالة تضمن لهم رد رأس المال ، و يمكن للمحكمة أيضا أن تحدد عند الإقتضاء الطريقة التي يستغل بها المنتفع رأس المال .

* حضور جلسات الجمعيات العامة للشركات : يكون من حق المنتفع بالسهم أو الحصة في الشركات ، حضور جلسات الجمعيات العامة للشركة سواء كانت جمعية عامة عادية أو غير عادية ، ذلك أن الحضور يعتبر من أعمال الإدارة ، حتى و إن كان من بين القرارات التي ستخرج بها الجمعية قرارات تتعلق بعمل من أعمال التصرف ، لأن هذا الحضور يقتصر على المنتفع بالأسهم لا مالك الرقبة [11] ص 891 .

و هو حكم متفق عليه عندما يكون نظام الشركة يقضي بأن حق الحضور يكون للمنتفع دون المالك ، إذا كان السهم ليس سهما إسميا بل هو سهم لحامله ، أما إذا كان السهم إسميا فلا يوجد في نظام الشركة حكم في المسألة ، و يبقى حق الحضور مقرا للمنتفع لا للمالك.

- أعمال التصرف : يملك المنتفع بحق الإنتفاع باعتباره حقا عينيا حق التصرف من دون أن يمتد ذلك إلى التصرف في الرقبة باعتبارها ملك للمالك ، حيث أن التصرف في حق الإنتفاع يمكنه من النزول عنه للغير ، أو رهنه أو ترتيب حق عيني أصلي عليه كأن يرتب المنتفع مثلا حق انتفاع على نفس حق انتفاعه ما لم يشترط في السند المنشأ للإنتفاع عدم التصرف فيه [19] ص 172... 173 ، هذه التصرفات سوف نتطرق إليها تبعا .

* نزول المنتفع عن حقه للغير : للمنتفع الحق في أن يتنازل عن حقه للغير سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل ، فله أن يبيعه أو يقايض عليه ، كما له أن يتنازل عنه لدائنه كمقابل للوفاء بالدين ، غير أنه لا يجوز له أن يوصي بحق الإنتفاع لأن الوصية تمليك لما بعد الموت ، في حين أن حق الإنتفاع ينتهي حتما

بعد موت المنتفع . و عليه يكون من تلقى هذا الحق مالكا لنفس حق الإنتفاع الذي ترتب للمنتفع و يترتب على ذلك أن حق الإنتفاع المتنازل عنه ينتهي بانتهاء مدته أو بموت المنتفع الأصيل لا بموت من تلقى الحق ، كما أن الإلتزامات الشخصية التي تثبت في ذمة المنتفع لا تنتقل إلى ذمة من تلقى حق الإنتفاع فإذا مات من تلقى حق الإنتفاع قبل موت المنتفع و كانت مدة حق الإنتفاع لم تنقض ، فإن حق الإنتفاع هذا ينتقل إلى ورثة من تلقى هذا الحق من المنتفع و يبقى مستمرا إلى أن ينتهي بإنقضاء مدته ، هي الحالة الوحيدة التي ينتقل فيها حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني إلى الورثة ذلك أن حق الإنتفاع في الأصل لا يورث .

غير أن أعمال التصرف التي يمارسها المنتفع على حق الإنتفاع لا تمكنه بأي حال من الأحوال من التصرف في ملكية الرقبة ، و إلا بهذا الشكل يكون قد تصرف في ملك الغير . لهذا الغرض يقع حق الإنتفاع على شيء غير قابل للإستهلاك حتى يتمكن مالك الرقبة من استعادة ذات الشيء بعد انتهاء حق الإنتفاع [102] ص 778 و هي الخاصية التي تميز حق الإنتفاع عن شبه حق الإنتفاع الذي يرد على أشياء قابلة للإستهلاك يرد قيمة الشيء أو مثله إلى مالك الرقبة بعد انتهاء حق الإنتفاع .

* رهن المنتفع لحق الإنتفاع : تكمن أعمال تصرف المنتفع بحق الإنتفاع في رهن هذا الحق رهنا رسميا إذا كان الحق واقعا على عقار حسب المادة 324 مكرر 1 [59] أو رهن حيازي إذا وقع حق الإنتفاع على منقول ، و تبعا لذلك يجوز لدائني المنتفع أخذ حق اختصاص على حق الإنتفاع عندما يقع على عقار ، كما يجوز أن يترتب على حق الإنتفاع امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول إذا كان المنتفع قد اشترى حق الإنتفاع على عقار أو منقول و لم يدفع ثمنه .
و الدائن الذي له حق رهن أو اختصاص أو امتياز على حق انتفاع لا يجوز له أن يحجز إلا على حق الإنتفاع نفسه ، دون أن يمتد أثر الرهن أو الإختصاص أو الإمتياز إلى حق الرقبة و نفس الحكم ينطبق على من يرسو عليه المزداد ، فلا ينتقل إليه إلا حق الإنتفاع .
و إذا انتهى حق الإنتفاع قبل تنفيذ الدائن عليه ، زال تبعا لذلك الرهن أو الإختصاص أو الإمتياز نظرا لزوال المحل .

* ترتيب حق إنتفاع على حق الإنتفاع : مثلما يجوز للمنتفع أن يتنازل عن حق الإنتفاع للغير له أن يرتب للغير حق انتفاع فقط على حق انتفاعه ، وهنا يكون كلا الحقان مرتبان أحدهما على الآخر و هو ما يصطلح عليه بالفرنسية *deux usufruits superposés* هذا الطرح نادر الوقوع في الحياة العملية طبقا للقواعد العامة ، لكن هنالك تطبيق لهذا الوضع في قانون الأوقاف ، حيث يمكن للمنتفع

بالأملاك الوقفية أن يرتب حق الحكر لفائدة الغير على أملاك وقفية المنتفع بها ، ليصبح حق الحكر كحق عيني مرتب على حق الإنتفاع بالأملاك الموقوفة .

كما يمكن أن نجد لهذا الوضع تطبيقا أيضا عند المشرع الفرنسي ، فيقع أن يكون حق الإنتفاع الذي يرتبه القانون للأب على أموال ولده القاصر أو لزوج على أموال الزوجة ، و بهذا الشكل تكون هناك حقوق انتفاع يترتب عليها حق انتفاع الأب أو حق انتفاع الزوج .

و لعل الفرق بين النزول عن حق الإنتفاع و ترتيب حق انتفاع على حق الإنتفاع ، أنه و بالنسبة لحالة التنازل إذا مات المتنازل له قبل انتهاء حق الإنتفاع الأصلي ، انتقل هذا الحق إلى ورثة المتنازل له كما سبق القول ، أما في حالة ترتيب حق انتفاع على حق الإنتفاع فإن حق الإنتفاع الثاني المرتب على حق الإنتفاع الأصلي ينتهي بموت المنتفع الثاني و لا ينتقل إلى ورثة المتنازل له .

أما فيما يتعلق بترتيب حق الإرتفاق على حق الإنتفاع فإن ذلك لا يجوز ، لأن حق الإرتفاق يتفرع عن حق الملكية لا عن حق الإنتفاع ، فلا يجوز لغير مالك الرقبة ترتيبه.

* حق مباشرة الدعاوى : هنالك دعاوى يستطيع المنتفع ممارستها منها ما يتعلق بحق الإنتفاع نفسه و منها ما يتعلق بالحقوق التي يتضمنها حق الإنتفاع ، فبالنسبة للدعاوى المتعلقة بحق الإنتفاع نفسه يجوز له أن يرفع دعوى الإقرار بحق الإنتفاع ، كذلك يستطيع أن يرفع دعوى الحيابة لكي يحمي بها حيازته للعقار المنتفع به ، و له أن يرفع هذه الدعاوى حتى على مالك الرقبة إذا تعرض له في الحيابة أو انتزعا منه .

و إذا نجح المنتفع في دعوى الحيابة التي يرفعها على المالك ، جاز له أن يحتج بهذه الحيابة فتقوم قرينة لصالحه على أنه هو صاحب حق الإنتفاع إلى أن يثبت المالك عكس ذلك و يثبت في الوقت ذاته أن المنتفع هو حائز عارضى بالنسبة إلى حق الملكية ، فلا يستطيع أن يملك هذا الحق بالتقادم بل يجوز للمالك أن يرفع دعوى الحيابة ليحمي بها حيازته ضد من يتعرض لهذا الحق ، و يتمسك المنتفع بحيابة حق الملكية نيابة عنه.

أما فيما يخص الدعاوى المتعلقة بالحقوق التي يتضمنها حق الإنتفاع يستطيع أن يقاضي المدينين بهذه الحقوق و يطالبهم بها ، فله ان يرفع دعاوى تأمينات هذه الحقوق من رهن و امتياز و كفالة ، له أيضا الحق في رفع دعاوى الفسخ لعدم الوفاء بثمن المبيع [16] ص 1227 ... 1228 .

2.1.1.1.2 : التزامات المنتفع

تطرق القانون المدني الجزائري إلى تحديد الإلتزامات التي يتحملها المنتفع في المواد من 847 إلى 851 منه ، هذه الإلتزامات تترتب و تنشأ بناء على واقعة مادية تتمثل في وجود الشيء المنتفع به في يد

المنتفع ، مما يستوجب عليه صيانة و حفظ العين المنتفع بها حتى ترد إلى المالك بعد انتهاء حق الإنتفاع . بالإضافة إلى اتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض زيادة على الإلتزامات الأخرى التي يقررها السند المنشئ لحق الإنتفاع فيما إذا كان عقداً أو وصية ، هذا ما تقضي به نص المادة 845 من القانون المدني : ((يراعى في حقوق المنتفع و التزاماته السند الذي أنشأ حق الإنتفاع و كذلك الأحكام المقررة في المواد التالية)) ، و تصنف هذه الإلتزامات إلى إلتزامات المنتفع قبل بدأ حق الإنتفاع و إلتزامات المنتفع عند استعمال الحق .

1.2.1.1.1.2 : إلتزامات المنتفع قبل بدء حق الإنتفاع

أهم الإلتزامات التي يتحملها المنتفع قبل بدء الانتفاع هي جرد المنقول و تقديم كفالة به [12] ص 74... 75 و هذان الإلتزامان يخصان المنقول دون العقار حسب نص المادة 851 من القانون المدني التي تنص : ((إذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولاً و يجب جرده و لزم المنتفع تقديم كفالة به فإن لم يقدمها بيع المال و وظيف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها و للمنتفع الذي قدم الكفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك بشرط أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع ، و له نتاج المواشي بعد أن يعرض منها ما هلك من الأصل بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة)) . أما العقار فلا يلتزم المنتفع لا بتحرير بيان عنه و لا تقديم كفالة خلافاً للمشرع الفرنسي الذي يوجب الجرد في المنقول و تحرير بيان في العقار مع ضرورة تقديم كفالة من قبل المنتفع في الحالتين . و لعل الحكمة من وراء جرد المنقول و تقديم كفالة به ذلك أن هذا الأخير يخشى عليه من الزوال أو نقص قيمة نتيجة الاستعمال و الاستغلال ، و إذا أراد المالك أن يحتاط فله أن يحرر بيانا بذلك و لا يشكل هذا التصرف التزاماً في ذمة المنتفع . على اعتبار أن المنقول هو أكثر عرضة للضياع مما يصعب إثبات ذاتيته و قيمته ، هذا ما يتطلب ضرورة جرده في محضر حتى يتم تعيين ذاتيته و تقويمه بالإضافة إلى تقديم كفالة به ليضمن مالك الرقبة حقه في الاسترداد عند نهاية حق الإنتفاع . و لم يوجب المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات العربية الأخرى كالمشرع المصري شكلاً خاصاً لمحضر الجرد ، بخلاف المشرع الفرنسي الذي يوجب تحرير محضر الجرد في ورقة رسمية ما لم يعفى المنتفع من هذه الرسمية أو يعفى من تحرير محضر الجرد أصلاً .

يكفي عند المشرع الجزائري أن يكون هذا المحضر محرراً في ورقة عرفية موقعة من قبل كل من المنتفع و مالك الرقبة ، ليكون المحرر كدليل كتابي على ما تسلمه المنتفع من منقولات و حالتها و كذا قيمتها ، كما يجوز أيضاً إعفاء المنتفع من تحرير محضر الجرد في السند المنشئ للحق . و يستوي الأمر أن يحرر المحضر قبل تسلم المنقولات أو بعد تسلمها ، و لا يعفى المنتفع من الجرد حتى و لو سكت مالك الرقبة عن ذلك بعد تسلم المنتفع المنقولات . هذا ما يستشف من الصياغة اللفظية لنص المادة

851 من القانون المدني المشار إليه أعلاه: ((....وجب جرده....)). و إغفال هذا الالتزام يترتب عليه أن المنتفع لا يستطيع تسلم المنقولات من مالك الرقبة قبل تحرير محضر الجرد ، أما بعد التحرير له أن يتسلم المنقولات كما له أن يتسلم ثمارها من بداية حق الإنتفاع .

و إذا امتنع المنتفع عن تحرير محضر الجرد ، جاز لمالك الرقبة أن يحبس المنقول تحت يده طالما بقي المنتفع مصرا على موقفه ، حسب ما تقضي به القواعد العامة في الحبس [11] ص 896. لكن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك ، و إنما نص على بيع المال و توظيف ثمنه في شراء سندات عامة يستولي المنتفع على أرباحها بناء على نص المادة 851 من القانون المدني المشار إليها أعلاه .

و لا يقتصر التزام المنتفع على مجرد تحرير محضر لجرد المنقول ، بل يجب على المنتفع أن يقدم في الورقة ذاتها كفالة بهذا المنقول تجاه مالك الرقبة ، بحيث إذا ضيع المنتفع المنقول أو بدده أو أتلّفه أو ألحق به ضررا كانت الكفالة ضمانا للتعويض الذي يلتزم المنتفع بدفعه لمالك الرقبة ، أما إذا كان استغلال حق الإنتفاع ينصب على سندات لحاملها ، فإن تحويلها إلى سندات اسمية تسجل بإسم مالك الرقبة بالنسبة لملكية الرقبة و بإسم المنتفع بالنسبة لحق الإنتفاع ، بحيث تكون ضمانا كافيا يعفى المنتفع من تقديم كفالة كما يقوم مقام الكفالة أيضا تقديم المنتفع رهنا رسميا أو رهنا حيازيا .

2.2.1.1.1.2: التزامات المنتفع أثناء سريان حق الإنتفاع

عند بدء سريان الإنتفاع ، يقع على عاتق المنتفع إلتزامات ثلاث و هي :

- استعمال الشيء بحسب ما أعد له و إدارته إدارة حسنة .

- صيانة الشيء و القيام بنفقات الصيانة و بالتكاليف المعتادة .

- حفظ الشيء مع تحمل المسؤولية عند هلاكه .

هذه الإلتزامات سوف نتطرق إليها تبعا .

- استعمال الشيء بحسب ما أعد له و إدارته إدارة حسنة : تنص المادة 1/847 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : ((على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها و بحسب ما أعد له و أن يديره إدارة حسنة)) .

و عليه متى تسلم المنتفع الشيء وفقا لما أعد له المالك ، كان له الحق في استعماله و استثماره على النحو الذي يستثمره به المالك مراعيًا في ذلك طبيعة الشيء ، فإذا كان الشيء المنتفع به يتمثل في منزل للسكن فلا يجوز له أن يحول هذا المنزل إلى غرض آخر غير السكن ، بل يجوز له أن يسكنه بنفسه أو أن يؤجره للسكنى و نفس الحكم ينطبق إذا ما كان الشيء عبارة عن سندات اسمية ، فلا يجوز له أن يحولها إلى سندات لحاملها لأن هذا التغيير هو تغييرا جوهريا في طبيعة الشيء ، كما يعد ذلك من أعمال التصرف التي لا يمكن للمنتفع أن يقوم بها كما أن مضمون هذا الإلتزام يتطلب منه أن يدير العين إدارة حسنة على

أن يبذل في إدارة الشيء و استغلاله عناية الرجل العادي [16] ص 1231 ، كما لو كان مالكا له هذا ما تشير إليه المادة 849 من القانون المدني : ((يجب على المنتفع أن يبذل العناية في المحافظة على الشيء ما يبذله الشخص العادي ، وهو مسؤول عن هلاك الشيء و لو بسبب لا ينسب إليه إن تأخر عن رده إلى مالكة بعد انتهاء حق الإنتفاع)) .

و إذا ما ستعمل المنتفع الشيء استعمالا لغير ما اعد له أو استعمالا غير متفق مع طبيعته و نجم عن هذا الإستعمال و الإستغلال خطر يهدد ملكية الرقبة ، كان للمالك أن يطلب من المنتفع أن يكف عن هذا الإستعمال و له أن يطالبه بتقديم تأمينات كالكفالة أو الرهن لضمان تعويض عن ما ينجم من أضرار نتيجة هذا الإستعمال غير المشروع . فإذا لم يقدم المنتفع التأمينات المطلوبة ، أو قدمها و لكنه استمر في سوء استعماله جاز للمالك أن يطلب من القاضي تسليم العين إلى أمين ليتولى إدارتها و يعطي الغلة للمنتفع كما يمكن للقاضي بناء على طلب المالك - إذا ما كان الإستعمال خطيرا - أن يحكم بانتهاء حق الإنتفاع و إسقاطه قبل انتهاء مدته أو قبل موت المنتفع ، فيضيع على هذا الأخير مدة الإنتفاع الباقية.

لكن يجب في هذه الحالة مراعاة حق الغير ، بحيث إذا كان حق الإنتفاع مرهونا احتفظ الدائن المرتهن بحقه و ترد العين إلى المالك ، ليبقى حق الإنتفاع المتعلق بالمدة المتبقية مثقلا بالرهن و منه يجوز للدائن المرتهن أن يحجز عليه لا على حق الملكية و يتقاضى حقه من ثمن حق الإنتفاع بعد بيعه في المزاد العلني [11] ص 904 ، هذا ما تقضي به المادة 2/847 من القانون المدني الجزائري بنصها: ((.... للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ، فإذا لم يقدمها المنتفع أو استمر على الرغم من اعتراض المالك في استعمال الشيء استعمالا غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده و أن يسلمها إلى الغير ليتولى إدارتها بل له تبعا لخطورة الحال أن يقرر انتهاء حق الإنتفاع دون إخلال بحقوق الغير (...)).

- صيانة الشيء و القيام بنفقات الصيانة و بالتكاليف المعتادة : تنص المادة 848 من القانون المدني الجزائري: ((يلتزم المنتفع أثناء انتفاعه بكل ما يعرض على العين المنتفع بها من تكاليف المعتادة و بكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة . أما التكاليف غير المعتادة و الإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك و يلتزم بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك و إذا كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق ، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الإنتفاع)) .

يستخلص من هذا النص أن المنتفع ملتزم بصيانة الشيء المنتفع به و في نفس الوقت القيام بأعمال الحفظ كأن يجدد المنتفع قيد الرهن ، و أن يقطع التقادم إذا كان الحق الذي يشمل الإنتفاع مهددا بالسقوط عن طريق التقادم ، و كذا القيام بكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة كتكاليف معتادة ، أما التكاليف

غير المعتادة و التي تدخل ضمن الإصلاحات الجسيمة يتحملها مالك الرقبة في المقابل يتحمل المنتفع فوائد هذه التكاليف خلال مدة سريان حق الإنتفاع .

و معيار التفرقة بين التكاليف المعتادة و التكاليف غير المعتادة ، هو أن التكاليف المعتادة تتمثل في تكاليف صيانة الشيء المنتفع به بأكملها يضاف إليها تكاليف إدارته ، لأنها تكاليف ضرورية حتى يحصل المنتفع على ثمار الشيء المنتفع به كذلك الضرائب و الرسوم المفروضة على الشيء المنتفع به .

لكن لا يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة على أن تكون مثل هذه التكاليف أو بعضها على عاتق مالك الرقبة ، كما لا يمنع من أن يلتزم المنتفع بدفعها لجهة الإدارة على أن يستردها من مالك الرقبة [19] ص 173.

أما التكاليف غير المعتادة ، يعرفها زهدي يكن بأنها تلك القروض الجبرية التي تفرضها الدولة و الأقساط المفروضة على المالك و المضمونة بالشيء الواجب أدائه لأحد المصارف و هي لا يلتزم بها المنتفع و لا تقع على عاتقه إلا بنسبة مدة انتفاعه بالشيء قياسا على تكاليف الثمار [10] ص 180... 181.

و التكاليف الجسيمة التي تنشأ عن خطأ المنتفع يتحملها لوحده ، أما و في غير هذا التصور يتحمل مالك الرقبة التكاليف الجسيمة و غير المعتادة ، تكون فوائدها على المنتفع أثناء فترة سريان حق الإنتفاع . أما إذا امتنع مالك الرقبة عن القيام بالإصلاحات الجسيمة ، يقوم بها المنتفع للمحافظة على انتفاعه و يدفع هذا الأخير بدل مالك الرقبة تكاليف هذه الإصلاحات على أن يستردها من مالك الرقبة عند نهاية حق الإنتفاع .

و من ضمن التكاليف غير المعتادة مصاريف دعوى تعيين الحدود و كذا المبالغ الباقي دفعها من القيمة الإسمية للأسهم التي لم يتم الوفاء بكل قيمتها، كل هذه المصاريف يتحملها مالك الرقبة على أن يتحمل المنتفع الفوائد خلال مدة الإنتفاع . أما إذا كان محل الإنتفاع عقارا مثقلا برهن رسمي فإن الدين المضمون بالرهن يلتزم بدفعه مالك الرقبة للمدين بهذا الدين و إذا لم يدفعه و رجع الدائن المرتهن بدعوى الرهن على المنتفع باعتباره حائز للعقار ، فيدفع ما على العقار من دين ، ثم يرجع بما دفعه على مالك الرقبة و لا ينتظر حتى ينتهي حق الإنتفاع ليسترد ما دفعه .

- حفظ الشيء و تحمل مسؤولية هلاكه : تقضي المادة 849 من القانون المدني: ((يجب على المنتفع أن يبذل من العناية في المحافظة على الشيء ما يبذله الشخص العادي و هو مسؤول عن هلاك الشيء و لو بسبب لا ينتسب إليه إن تأخر عن رده إلى مالكة بعد انتهاء حق الإنتفاع)) ، يضاف إلى هذا النص المادة 850 من نفس القانون التي تقضي : ((إذا هلك الشيء أو اتلف أو احتاج إلى إصلاحات كبرى مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته أو احتاج إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر غير متوقع فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك و عليه إخطاره أيضا إذا ادعى أجنبي بحق على الشيء نفسه)) .

من خلال هذين النصين التشريعيين نستشف أن هناك إلتزام يقع على عاتق المنتفع ، يتمثل هذا الإلتزام في المحافظة على الشيء و هو إلتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة على أن تكون هذه العناية عناية الرجل العادي ، أما إذا انحرف عن المحافظة على الشيء فيسأل عن هذا الخطأ باعتباره سلوك غير مألوف بالنسبة للرجل العادي . على أن يثبت المالك الخطأ الذي أدى إلى وقوع التلف و إذا لم يستطيع إثبات ذلك فلا يتحمل المنتفع المسؤولية ، و في حالة ثبوت الخطأ تتقرر مسؤولية المنتفع عن التعويض و تسري عليها أحكام القواعد العامة .

نفس الحكم يسري في حالة تأخر المنتفع عن رد الشيء المنتفع به إلى المالك بعد انتهاء مدة الإنتفاع و هلاك الشيء بيده حتى و لو لم يكن الهلاك بسبب المنتفع ، إذ يتحمل المنتفع المسؤولية و يقوم بتعويض المالك عن الضرر الذي لحق به من جراء هلاك الشيء .

و من جملة أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها هي :

- * إخطار مالك الرقبة بكل ما تتعرض له العين من أخطار، مما يلزم المالك بتوقيعها بنفسه بسبب الهلاك أو التلف نتيجة القدم مثلا ذلك أنه ليس لأخطار شكل خاص .
- * القيام بأعمال الصيانة اللازمة للحفاظ على الشيء و التي سبق التطرق إليها .
- * أن يجدد المنتفع التأمين و يدفع أقساطه طوال مدة انتفاعه [16] ص 1235... 1238 .

2.1.1.2 : آثار حق الإنتفاع بالنسبة لمالك الرقبة

مثلما يترتب على كسب حق الإنتفاع بالنسبة للمنتفع آثار تتجسد في الحقوق و الإلتزامات هناك و بالمقابل آثار في شكل حقوق و التزامات تثبت لمالك الرقبة ، كون الحقوق و الإلتزامات في العقد هي متبادلة ، فما هو حق للمنتفع هو إلتزام لمالك الرقبة و ما هو حق لمالك الرقبة هو إلتزام للمنتفع . و عليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول حقوق مالك الرقبة، أما الفرع الثاني نخصه إلتزامات مالك الرقبة.

1.2.1.1.2: حقوق مالك الرقبة

تشمل حقوق مالك الرقبة، حق التصرف في الرقبة، حق الحصول على ما تنتجه العين من دون الثمار، حق مباشرة الدعاوى المتعلقة بالرقبة.

1.1.2.1.1.2: حق التصرف في الرقبة

إذا ما رتب مالك الرقبة حق انتفاع على ملكه يكون بذلك قد تنازل عن عنصرين من عناصر الملكية هما عنصر الإستعمال و عنصر الإستغلال في المقابل يحتفظ لنفسه بعنصر التصرف ذلك أن هذا العنصر

هو عنصر جوهري يمكن المالك من ملكية الرقبة و له حق التصرف فيها دون أن يكون هناك تعارض مع ما للمنتفع من حق ، أو يكون من شأن هذا التصرف أن يؤدي إلى إلحاق ضرر بالعين المنتفع بها إذ تنتقل الملكية أو الأملاك و هي مثقلة بحق الإنتفاع [08] ص 523... 524 ، الأمر الذي يعيق من حركية تداول الأموال . و تبعا لذلك فلمالك الرقبة حق بيع الرقبة أو يقابض عليها أو يقدمها حصة في شركة أو تكون كمقابل للوفاء بدين ثابت في ذمته أو يهبها أو يوصي بها و بذلك تنتقل إلى مالك الرقبة الجديد جميع حقوق المالك السابق كما يترتب على الرقبة في العقار أو المنقول حق امتياز ، أو يرهن العقار رهنا رسميا و للدائنين أن يرتبوا عليها حق اختصاص .

و له أيضا أن يرتب حق ارتفاق على العقار ، أما إذا تعارض استعمال حق الارتفاق مع انتفاع المنتفع فلا يجوز لمالك العقار المرتفق أن يستعمل حق الارتفاق إلا بعد انتهاء حق الإنتفاع .

أما إذا باع مالك الرقبة ملكية العين كاملة ، لا ينفذ هذا البيع في حق المنتفع إلا برضاه ، وقد يتفقان على أن يختص كل منهما بجزء من الثمن يتناسب مع قيمة حقه ، أو يبقى الثمن كله لمالك الرقبة على أن يكون للمنتفع فوائده إلى غاية نهاية حق الإنتفاع .

2.1.2.1.1.2: الحق في الحصول على ما تنتجه العين من دون الثمار

لما كانت ثمار العين من حق المنتفع فإن ما تنتجه العين مما لا يعد ثمار يكون لمالك الرقبة ، هذا ما تقضي به المادة 846 من القانون المدني الجزائري : ((ثمار الشيء المنتفع به تكون للمنتفع بقدر مدة انتفاعه مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 839)) .

فإذا كان الشيء المنتفع به سندا أو سهما و ربح جائزة فالجائزة لا تعتبر ثمارا ، بل يستفيد منها مالك الرقبة ، بينما يكون للمنتفع فوائد الجائزة ، كما لو وزعت على المساهمين سندات إضافية اشترتها الشركة بجزء من رأس المال أو كانت تمثل حصة ساهمة بها شركة في شركة أخرى اعتبر هذا جزء من رأس المال لا من الربح فيكون من حق مالك الرقبة على أن تكون الفوائد للمنتفع .

أما إذا أصدرت الشركة أسهما جديدة لزيادة رأس المال و أضافت علاوة على القيمة الإسمية للسهم الجديد تمثل نصيب هذا السهم في الإحتياطات ، فهذه العلاوة لا تعتبر جزءا من رأس المال ، بحيث إذا وزعت الشركة هذه العلاوات على المساهمين القدامى كان نصيب السهم من العلاوات من حق مالك الرقبة ، بينما الفوائد من حق المنتفع [16] ص 1243... 1244 .

3.1.2.1.1.2: حق المالك في مباشرة الدعاوى التي تتعلق بالرقبة

لمالك الرقبة الحق في مباشرة الدعوى التي تتعلق بالرقبة ، فله أن يرفع دعوى الإستحقاق و دعوى الحيازة و دعوى الإقرار بحق الارتفاق أو إنكاره ، و كذا دعوى القسمة و دعوى تعيين الحدود .

و يترتب على ذلك أن الغير إذا رفع إحدى هذه الدعاوى ، فلا يكفي أن يكون المنتفع وحده خصما في الدعاوى ، بل يتعين على مالك الرقبة أن يدخل خصما فيها حتى يكون الحكم حجة عليه ، و إذا تعلق النزاع بملكية الرقبة فحسب فلا يكون ثمة ما يدعو إلى إدخال المنتفع كخصم في الدعاوى ، كما لو تنازع وارثان على ملكية رقبة عقار و كان الإنتفاع به لشخص ثالث غير المتوفى [11] ص 917 .

2.2.1.1.2: التزامات مالك الرقبة

بعدما تطرقنا إلى حقوق مالك الرقبة ، نحاول و من خلال هذا الفرع أن نبحث في الإلتزامات التي ليست بالالتزامات شخصية ، عكس ما هي عليه إلتزامات المنتفع التي تعتبر إلتزامات شخصية تترتب في ذمته نحو مالك الرقبة ، لأن هذا الأخير له بموجب هذا الحق العيني سلطة مباشرة على العين لا يحتاج في استعمالها إلى تدخل أي طرف . و من بين الإلتزامات التي يترتب في ذمة مالك الرقبة و هو عدم التسبب في الإنقاص أو التعطيل من حق الإنتفاع ، إلا ما تعلق بالمحافظة على العين . و عليه سوف نقسم هذا الفرع إلى نقطتين نخصص الأولى لأصل هذا الإلتزام ، بينما النقطة الثانية نرد من خلالها الإستثناء الضي يرد على الأصل .

1.2.2.1.1.2: التزام مالك الرقبة بعدم التسبب في تعطيل أو إنقاص من حق الإنتفاع كأصل

على الرغم من أنه لا توجد هناك إلتزامات شخصية لمالك الرقبة إلا ما رتبته سند إنشاء حق الإنتفاع إلا أنه لا يجوز أن يتسبب في تعطيل أو إنقاص من حق الإنتفاع الذي يتمتع به المنتفع لأن للمنتفع حق عيني لا يجوز لأحد أن يتعدى عليه بما في ذلك مالك الرقبة [12] ص 77 ، كما لا يجوز لهذا الأخير أن يدخل أي تعديل في العين دون موافقة المنتفع ، كأن يقيم بنايات جديدة أو يعدل فيها بطريق التعلية أو الهدم أو أن يحول سندا اسميا إلى سند لحامله أو أن يبيع العقار المنتفع به و يبادر إلى تسجيل البيع قبل أن يسجل المنتفع حق الإنتفاع . مثل هذه التصرفات و غيرها تسبب ضررا أو تعطيل و إنقاصا لحق المنتفع، إذ لا يجوز لمالك الرقبة أن يقوم بها .

2.2.2.1.1.2: الإستثناءات الواردة عن قاعدة التعطيل و الإنقاص قصد المحافظة على العين

إذا كان الأصل هو امتناع مالك الرقبة عن تعطيل أو إنقاص حق المنتفع شأنه في ذلك شأن أي شخص آخر ، فله أن يقوم بالإصلاحات الجسيمة في العين المنتفع بها و إذا كان ذلك يشكل تعطيل عن الإنتفاع بالعين خلال المدة التي تستغرقها الإصلاحات . دون أن يترتب على ذلك تعويض لفائدة المنتفع في ذمة مالك الرقبة عن هذه المدة ، قصد المحافظة على سلامة العين ، هذا ما يرجع بالفائدة على المنتفع و لا يعد تعطيل أو إنقاصا من حق الإنتفاع [16] ص 1246 .

و هناك رأي في الفقه الإسلامي يدعو إلى إيجاد تضامن و تعاون أكبر بين مالك الرقبة و المنتفع خلال مدة الإنتفاع ، بحيث يجوز مثلا للمنتفع أن يلزم مالك الرقبة بالإصلاحات الجسيمة ، و يكون له الحق في تقاضي تعويض عن التحسينات و المنشآت التي يستحدثها في العين المنتفع بها ، و يكون له تحت رقابة القضاء الحق في تعديل طرق الإنتفاع بالعين المنتفع بها و طرق استغلالها .

2.1.2 : الآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية

التابعة ملكيتها للدولة

من خلال هذا المبحث سوف نتعرض إلى الآثار التي تترتب على قيام الوجه الثاني لحق الإنتفاع ألا و هو حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، إذ تكمن هذه الآثار في الحقوق و الواجبات المتبادلة بين الطرفين ، حيث يتمتع المستفيدون بحق استغلال الأراضي الفلاحية في شكل حق انتفاع دائم يمارس على الشيوخ في المستثمرات الفلاحية الجماعية حسب نص المواد 06 و 09 من قانون 19/87 المتعلق باستغلال الأراضي الفلاحية ، إذ يمنح هذا الحق بواسطة عقد إداري على أن يتضمن العقد كل من حق الإنتفاع و كذا مبلغ الأملاك المتنازل عنها . لكن و بصدر قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 تحول الحق من حق انتفاع دائم إلى حق استغلال في شكل امتياز يمنح بموجب عقد ، هذا العقد عرفته المادة 03 من القانون رقم 16/08 المؤرخ في 03 أوت 2008 المتضمن التوجيه الفلاحي في فقرتها الثانية التي تنص ((الإمتياز : هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية ...)) بالإضافة إلى ما تكرسه المادة 17 / 1 من نفس القانون : ((يشكل الإمتياز نمط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ...)) .

قبل الغوص في دراسة الحقوق و الواجبات التي تترتب على ممارسة حق الإنتفاع بالنسبة للأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية باعتبارها أملاك خاصة للدولة ، نريد أن نشير إلى أن قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 المشار إليه أعلاه جعل من عقد الإمتياز نمط لإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية . هذا العقد هو عبارة عن عقد إداري لأن أحد أطرافه يتمتع بالصفة الإدارية المتمثلة في الدولة باعتبارها مالكة لهذه الأراضي .

في حين أن قانون رقم 19/87 المتعلق باستغلال الأراضي الفلاحية تطرق إلى العقد الإداري و الذي بموجبه يتم منح استغلال هذه الأراضي في شكل مستثمرة جماعية أو فردية حسب ما تقضي به نص المادة 33 من قانون 19/87 التي تنص : ((تتكون المستثمرة الفلاحية قانونا عند تاريخ نشر العقد الإداري)) . كما يحدد هذا العقد قطعة الأرض التي يمارسون عليها حقهم في الإنتفاع الدائم و على الشيوخ و بحصص

متساوية ، و يحدد أيضا محتوى و مبلغ الأملاك المنقولة المتنازل عن ملكيتها حسب ما هو محدد بموجب المادة 12 [03] .

غير أن أحكام العقد الإداري التي تضمنها هذا الأخير أي قانون 19/87 تختلف في مضمونها عن أحكام الإستغلال في شكل إمتياز و المكرس بموجب القانون رقم 16/08، علما أن هذا الأخير لم يلغ صراحة قانون 19/87 ، من أهم الأحكام المختلفة بين كل من عقد الإمتياز و العقد الإداري نجد ما يلي :

– عقد الإمتياز ينصب على استغلال عقارات فلاحية لمدة محددة مقابل دفع أتاوة سنوية حسب ما تقضي به المادة 02/03 من قانون 16/08 ، في حين أن العقد الإداري في مفهوم قانون 19/87 ينصب على حق انتفاع دائم ، أي أن الإستغلال يكون غير محدد المدة بل على وجه التأييد حسب نص المادة 12.

– المستثمر الفلاحي في منظور قانون 16/08 يكون شخصا طبيعيا أو معنويا بناء على نص المادة 20 منه ، في حين أن قانون 19/87 و بموجب المادة 10 منه و التي تقضي بإسناد حق الإنتفاع الدائم إلى أشخاص طبيعيين فقط .

و لدراسة الآثار التي تترتب على التمتع بحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لملكيتها للدولة ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول آثار حق الإنتفاع بالنسبة للمنتفع أو المستفيد ، أما المطلب الثاني نعرض من خلاله إلى آثار حق الإنتفاع بالنسبة لمالك الرقبة أو الدولة .

1.2.1.2 : آثار حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لملكيتها

للدولة بالنسبة للمستفيد أو المنتفع

تكمن الآثار التي تترتب على ثبوت حق الإنتفاع الدائم الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة لملكيتها للدولة بالنسبة للمستفيد في الحقوق و الإلتزامات ، من أجل ذلك سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى حقوق المستفيد في الفرع الأول ، ثم في الفرع الثاني نتناول الإلتزامات التي يتحملها المستفيد.

1.1.2.1.2 : حقوق المستفيد

أهم حق يثبت للمستفيد هو تمتعه بحق الإنتفاع الممارس على الأرض محل الإستفادة ، بحيث يستطيع هذا الأخير أن يمارس حق الإستعمال و الإستغلال دون التصرف، لأن هذا العنصر الأخير يبقى من حق الدولة باعتبارها مالكة للرقبة ، يضاف إلى ذلك حق تملك الأموال الأخرى ملكية تامة بعد أن يسدد المستفيد ثمن هذه الأموال نقدا [03] ، و عليه سوف نتطرق بشيء من التفصيل و الشرح إلى هذه الحقوق تبعا .

1.1.1.2.1.2: حق الإنتفاع بالأرض و التنازل عن حق انتفاعها

في ظل قانون 19/87 و المتعلق بإستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية يتمتع المنتفع بحق انتفاع دائم الذي يعرف باللغة الفرنسية *Droit de jouissance perpétuel* و هو حق عيني عقاري يمنح للمنتفع على مجمل الأراضي التي تتكون منها المستثمرة الفلاحية - الجماعية كأصل أو فردية كاستثناء - يمارس على الشيوخ و بحصص متساوية من أجل المحافظة على الطابع الجماعي للإستغلال.

لكن بالرجوع إلى المادة 03/ 03 من قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 ، نجدها تعترف للمستفيد بحق انتفاع الذي تغيرت صفته من حق دائم إلى حق محدد المدة ، يمارسه المنتفع أو المستفيد في شكل عقد امتياز بنصها : ((...الإمتياز هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة)) .

علما أن المشرع لم يتطرق إلى تحديد مدة عقد الإمتياز بموجب هذا القانون ، بالإضافة إلى أن هذا الحكم يتعارض مع ما تقضي به المادة 06 من قانون 19/87 المتعلق باستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية التي تنص : ((تمنح الدولة المنتجين الفلاحيين المعنيين بهذا القانون حق الإنتفاع الدائم على مجمل الأراضي التي تتألف منها المستثمرة ...)). فإن دل ذلك على شيء فإنما يدل على التعارض و التناقض في الأحكام بين القانونين مما يصعب على رجل القانون تطبيق مثل هذه النصوص القانونية المتعارضة .

و بالرجوع إلى قانون 19/87 نجده يخول للمنتفع الحق في استعمال الأرض الفلاحية و استغلالها حسب ما أعدت له ، على أن يكون هذا الحق قابل للإنتقال و التنازل و الحجز عليه مع احترام الطابع الجماعي [03] ، غير أن التنازل عن الحصاص مقيد بشروط قانونية هي :

- انقضاء مدة خمس سنوات : تسري ابتداء من تاريخ تكوين المستثمرة الفلاحية الجماعية [03] ، لكن و بموجب قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و بناء على نص المادة 84 منه ضاعف المشرع من مدة التنازل لتصبح عشر سنوات بدل من خمس سنوات ، بحيث يقضي هذا النص : ((لا يجوز التنازل عن الحصاص المكتسبة في إطار قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 إلا في حالة الوفاة أو خلال سنوات العشر الأولى ابتداء من تاريخ تكوين المستثمرة الفلاحية الجماعية أو الفردية)) .

ثم و بصدور الأمر رقم 26/95 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري ألغى المشرع مدة التنازل نهائيا و أصبح التنازل غير مقيد بشرط المدة [103] ص 42 ، هذا ما تؤكدته المادة 12 منه و التي تنص: ((تلغى جميع أحكام المادة 84 من قانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 و المتضمن التوجيه العقاري)) .

و لنا أن نتساءل لماذا حرص المشرع على تقييد التنازل عن حق الإنتفاع بمدة خمس سنوات ثم ضاعف هذه المدة ليستبدها نهائيا فيما بعد ؟ .

لعل الحكمة التي كان يتوخاها المشرع من وراء تقييد التنازل عن حق الإنتفاع بمد محددة هو سد الباب في وجه الفلاحين المستفيدين من الأراضي الفلاحية لمنعهم من المضاربة بالعقار الفلاحي في بداية الأمر لكن و نظرا لما أفرزه الواقع عند تطبيق هذه النصوص من منازعات بين أعضاء المستثمرة الفلاحية ، سيما الجماعية منها و التي أرهقت كاهل القضاء أقر المشرع إمكانية التنازل غير المشروط بمدة عندما يكون أحد الأعضاء يرغب في التنازل عن حقه ، حتى يكون ذلك كحل لمعالجة الخلافات التي قد تقع بينه و بين بقية الأعضاء .

لكن ورغم كل ذلك لا تزال المنازعات من هذا النوع تطرح بحدة أمام القضاء و هذا ربما راجع إلى سبب آخر يكمن حسب اعتقادنا في تقييد المشرع المستغلين الفلاحيين بالمحافظة على الطابع الجماعي عند الإستغلال ، باعتبارهم متمتعين بحق انتفاع يمارسونه على الشيوخ ، ذلك أن هذا الأسلوب في الإستغلال أصبح لا يتماشى مع الإختيارات السياسية و الإقتصادية المنتهجة من طرف المشرع الجزائري خصوصا بعد صدور دستور 1989 الذي تبنى من خلاله المشرع نظام اقتصاد السوق ، في حين أن قانون 19/87 الذي كرس أسلوب الإستغلال الجماعي صدر في ظل دستور 1976 الذي اعتنقى الإشتراكية.

- الشروط الواجب توافرها في المتنازل له : حددت هذه الشروط المواد 02/09

10 ، 24 ، 25 / 1 من قانون 19/87 . من جملة هذه الشروط ما يلي :

* أن يكون المتنازل له يتمتع بنفس الشروط التي يتمتع بها المستفيد ، بحيث يجب أن يكون المستفيد شخصا طبيعيا حسب المادة 01/10 [03] ، بينما قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 لا يقتصر استغلال الأرض على شخص طبيعي فقط ، بل يجيز للشخص المعنوي إمكانية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة و هذا بناء على نص المادة 20 منه و التي تقضي : ((دون المساس بالأحكام التشريعية المعمول بها ، يكون الإستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية إلزاميا على شكل مستثمر فلاحي شخصا طبيعيا أو معنويا)) . وهذا أيضا وجه آخر من أوجه التعارض و التناقض بين أحكام كل من قانون 19/87 و قانون التوجيه الفلاحي رقم 16 / 08 ، فإذا كان قانون 19/87 يعترف بالإستغلال الشخصي و المباشر مقتصرًا هذا الإستغلال على الشخص الطبيعي فقط تكريسا لمبدأ الأرض لمن يخدمها حسب النظام الإشتراكي المنتهج آنذاك ، فإن قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 يعترف بالإستغلال الشخصي و المباشر للشخص الطبيعي و كذا للشخص المعنوي . و لعل الغرض من الإعتراف بصفة المستثمر للشخص المعنوي ، حتى يتسنى للشركات المدنية استغلال الأراضي الفلاحية عن طريق الإمتياز تماشيا مع النهج الإقتصادي الحر .

* لا يمكن التنازل عن الحصص إلا لصالح عمال القطاع الفلاحي ، و تعطى الأولوية في هذا الإطار للشباب الذين استفادوا من تكوين فلاحي و للعاملين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية ، هذا ما تكرسه المادة 24 من قانون 19/87 ، و منه نقول كيف يمكن للعاملين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية أن يخلو محل التنازل ، علما أن المادة 02/09 من قانون 19/87 تنص على أنه لا يجوز لأي منتج الحصول على أكثر من حصة واحدة و لا الإنضمام إلى أكثر من جماعة .
* يشترط في التنازل له أن ينال قبول الأعضاء الآخرين و هو ما لا يمكن توقع حصوله عمليا .

لكن و باستقراء شروط التنازل هذه نقول أن المشرع جعل من التنازل جازر قانونا غير محقق واقعا ، سيما الشرط الثاني و الثالث ، كما نجد أن قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 قد غير من خاصية حق الإنتفاع الذي كان مؤبد بموجب قانون 19/87 [103] ص 38، ليصبح استغلال الأراضي الفلاحية في شكل عقد امتياز و لمدة محددة حسب نص المادة 3/03 التي تنص : ((الإمتياز هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية)) .
فبعد ما كان حق الإنتفاع مؤبدا أصبح حق محدد المدة بموجب قانون 16/08 ، علما أن قانون التوجيه العقاري تضمن أحكام تفيد إلغاء قانون 19/87 ، زيادة على ما تقضي به نص المادة 91 من بنصها : ((تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون)) .

بالإضافة إلى ثبوت حق الإنتفاع للمستثمر في شكل عقد امتياز ، له أيضا حق ملكية الأموال المتنازل عنها بموجب العقد الإداري ، و عليه فإن حصة المستفيد أو المستثمر تتشكل من حق الإنتفاع كحق عيني عقاري يضاف إليه الممتلكات المتنازل عنها بعد تسديد ثمنها المحدد من طرف إدارة أملاك الدولة ، و بالتالي لا يمكن المستفيد أن يبيع حق الإنتفاع أو يتنازل عنه و هو منفصلا عن الأموال المتنازل عنها لأن حصة المستفيد تتكون من نصيبه في حق الإنتفاع و حصته في الأموال المتنازل عنها باعتبارها وحدة لا تتجزأ هذا ما تقره المادة 31 [03] ، و ما تؤكد أيضا المادة 02/02 من المرسوم التنفيذي رقم 50/90 المؤرخ في 1990/02/06 المحدد لشروط إعداد العقد الإداري التي تنص : ((... و هذا العقد الذي تعده الإدارة المكلفة بأملاك الدولة ، يحدد الأساس العقاري الذي يمارس عليه حق الإنتفاع الدائم الممنوح للمنتجين الفلاحين المعنيين في إطار قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المذكور أعلاه و كذلك قوام الأملاك المتنازل عنها لهم على سبيل التملك الكامل و مبلغها و كيفية دفع هذا المبلغ عند الإقتضاء)) [01] ص 102 .

على أن يتسلم المستفيدون الممتلكات المتنازل عنها حسب الحالة التي توجد عليها يوم البيع النهائي ، دون أن يستطيع المستفيد المطالبة بأي ضمان و لا المطالبة بأي إنقاص في الثمن نتيجة ظهور عيوب خفية أو

تخريب أو أي خطأ في التعيين ، لأنه يفترض في المستفيد المعرفة الحقيقية بالأرض الممنوحة و الممتلكات المتنازل عنها المتكونة من :

- مباني الاستغلال و المباني السكنية المغارس [104]
- المعدات و الأدوات و التجهيزات
- المواشي

2.1.1.2.1.2: تمتع المستفيدون بحقوق الإرتفاق

الإرتفاق هو تكليف يقع على عقار معين لمنفعة عقار آخر ، و تنفرع حقوق الإرتفاق إلى عدة أنواع .
 إما أن تكون ارتفاقات طبيعية أو قانونية أو ارتفاقات تعاقدية [36] ص 66 .
 - الإرتفاقات الطبيعية : هي حقوق الإرتفاق المترتبة لمسيل الأمطار في الأراضي العالية على الأراضي الواطئة ، و حق إسالة المياه ليس مقصورا على الأراضي الفلاحية ، بل هو شامل لجميع أنواع الأراضي .
 - الإرتفاقات القانونية : هو نوع من الإجازة القانونية كحق المطل القانوني ، و تختلف هذه الإرتفاقات عن الإرتفاقات المتعلقة بالمطل و الذي يكون فيه تقييد حق الملكية ، تعبيراً عن إرادة المتعاقدين و تراضيهما حول الإرتفاق الذي تعاقدا عليه و في حدود هذا الإرتفاق و لا يعتبر فتح المطل على واجهة العقار المجاور من حقوق الإرتفاق القانونية ، إلا في الحدود التي يعينها القانون . وكل مطل أنشئ مخالفا لأحكام القانون يجب غلقه و لا يمكن الإستعاضة عن هذا الغلق بحلول أخرى لا يوجد لها سند قانوني .
 - الإرتفاقات الإتفاقية : هي حقوق إرتفاق تنشأ باتفاق يحصل بين أصحاب العقارات المرتفعة و المرتفق بها ، بحيث يجوز لمالكي العقارات أن يحدثوا عليها أو لمنفعتها ما شاءوا من الإرتفاقات بشرط أن لا تفرض على الشخص أو لمنفعة شخص ، بل على الأرض و إلا كانت مخالفة للنظام العام [105] ص 678... 682 .

و بما أن حق الإرتفاق هو حق عيني و يجب إخضاع نقل ملكيته في شكل رسمي حسب ما تقضي به المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، كما لا يثبت هذا الحق إذا ما تخلفت الكتابة الرسمية [106] ص 45 ، و يكتسب حق الإرتفاق بالإضافة إلى العقد الرسمي بالميراث لكنه لا تكتسب بالتقادم الإرتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور [107] ص 33 .

3.1.1.2.1.2: حق الإستفادة من القروض

للمستفيدين الحق في الحصول على القروض بعد توافر جملة من الشروط هي :

– أن يكون بحوزة المستفيد قرار الإستفادة مسلم إليه من قبل الوالي

– أن تكون المستثمرة الفلاحية الجماعية مكونة حسب القانون بما لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة أشخاص يعملون بصفة تضامنية .

– فتح حساب لدى الوكالات المحلة لبنك الفلاحة و التنمية الريفية

– أن يفوض أعضاء المستثمرة أحدهم لدى وكالة البنك الفلاحي

– على المستثمرة الفلاحية الجماعية و بواسطة نائبها أن تطلب القرض من هذه الوكالة يكون في شكل مطبوعة يسحبها المفوض من تلك الوكالة [29].

و تجدر الإشارة إلى أن هناك نوعين من القروض هما :

- قروض الإستثمار

- قروض الإستغلال

قروض الإستثمار :

هي تلك القروض المتعلقة بصرف المياه و التطهير ، أعمال قلب التربة و نزع الأحجار و الحواجز المائية ، تجديد مباني المستثمرات ، اقتناء العتاد و الأدوات الفلاحية... إلخ و للإستفادة من قروض الإستثمار يجب أن يكون للمستثمرة الفلاحية بيان لذمتها المالية و بناء على مبالغ الإستثمارات و تقويم الممتلكات تحدد قدرة المستثمرة على تسديد القرض ، فإن كانت الحالة المالية للمستثمرة إيجابية تحصل المستفيدين على قروض ، أما إذا كانت سلبية حيث لا يمكن لهذه الأخيرة تسديد القرض ، فإن إدارة البنك تقدم له نصائح قصد النهوض بالمستثمرة و جعل حالتها ميسورة [29] ص08

قروض الإستغلال :

تتمثل قروض الإستغلال في القروض المتعلقة بالمنتجات النباتية و المنتجات البقولية ذات الإستهلاك الضعيف ، التربية الموجهة نحو إنتاج الألبان ، تربية النحل ، تربية الدواجن إلخ . حيث تمنح هذه القروض بمجرد القيام بموازنة بين ما للمستثمرة من أصول و ما عليها من خصوم ، و في حالة مطالبة البنك بأي ضمان لتقديم القرض ، فإنه يتعين على أعضاء المستثمرة تقديم سند الإشتراك في صندوق الضمان الفلاحي الذي أسس ليضمن أو يكفل لدى البنك القروض المبرمة من قبل مشاركيه الذين يستحيل عليهم سداد الديون . [29] ص 08 و 20.

كما يوجد هناك طريق آخر لدعم الفلاحين و هو ما يعرف بالدعم عن طريق المخطط الوطني للتنمية الفلاحية PNDA ، بحيث لا يمكن التطرق إلى هذه القروض دون الإشارة إلى المخطط الوطني للتنمية الفلاحية الذي ظهر منذ سنة 2000 قصد مواجهة التحديات الكبرى لتطوير الفلاحة ، الذي يركز على

محاور كبرى تهدف إلى تطوير و تنمية القطاع الفلاحي بغية تحقيق الأمن الغذائي ، كما يهدف إلى تحسين مستوى الأمن الغذائي الذي يصبو إلى تمكين السكان من اقتناء المواد الغذائية حسب المعايير المتفق عليها دوليا و تحسين مستوى تغطية الإستهلاك بالإنتاج الوطني و تنمية قدرات الإنتاج للمداخيل الفلاحية من بذور و شتائل و كذا الإستعمال العقلاني للمواد الطبيعية من أجل تحقيق التنمية المستدامة و لذلك وضعت آلية جديدة قصد ترقية التأطير الحالي و التقني و النظامي يرتكز على هئتين هما :

- الصندوق الوطني للضبط و التنمية الفلاحية
- الصندوق الوطني للتعاقد الفلاحي

2.1.2.1.2: إلتزامات المستفيد

مقابل تمتع المستفيد بالحقوق السالفة الذكر يترتب على عاتقه الإلتزامات أهمها دفع مقابل نتيجة الحقوق التي تحصل عليها بموجب العقد الإداري الذي تسلمه ، حيث يلتزم المستفيد أو المستفيدون بتسديد ثمن الممتلكات المتنازل عنها من قبل الإدارة ، و كذا تسديد الإتاوة السنوية مقابل تمتع المستفيد بحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية .

يضاف إلى هذه الإلتزامات المالية ، إلتزامات قانونية أخرى تتعلق بتقييد سلطة الإستعمال و الإستغلال

باعتبارهما عنصرين يثبتان لمالك حق الإنتفاع أهمها :

- ضرورة الإستغلال الشخصي و المباشر للأرض .
- الإلتزام بعدم تحويل الأرض عن وجهتها الفلاحية .

و عليه سوف نتطرق إلى هذه الإلتزامات من خلال النقاط التالية :

1.2.1.2.1.2: دفع ثمن الممتلكات المتنازل عنها

يتم دفع ثمن الممتلكات المتنازل عنها في أجل يضبط بموجب اتفاق بين المستفيدين في حالة المستثمرة الفلاحية الجماعية أو المستفيد في حالة المستثمرة الفردية من جهة و بنك الفلاحة و التنمية الريفية من جهة أخرى ، و ذلك بعد تقويم الممتلكات و تحديد ثمنها .

أهم هذه الممتلكات هي السكنات و المباني و المعدات الفلاحية حسب ما سبق الإشارة إليه .

و بعد ما يتم تسديد ثمن هذه الممتلكات تدخل هذه الأخيرة في ذمة المستثمرة الفلاحية ، بعد أن تتكون تكوينها قانونيا مشكلة بذلك الحصص التي يقدمها المنتجون ، لكن ما هو ثابت واقعا و عمليا أن بعض المستفيدين رفضوا دفع ثمن الممتلكات المتنازل عنها ، بينما رفض البعض الآخر إمضاء الإتفاقية مع البنك بحجة عدم اقتناعهم بمحتوى الأملاك أو عدم الرضا بتقويمها [110] ، و يمكن تصنيف حالات الرفض من قبل المستفيدين ضمن حالتين :

- حالة الممتلكات التي طعن في ثمنها أو محتواها

هناك بعض المستفيدين الذين تقدموا بطعون أمام الولاية تخص ثمن الممتلكات أو ما تعلق بمحتواها و مع هذه الجهة الإدارية إلا أن تتخذ جميع الإجراءات اللازمة لمراجعة الطعون المقدمة إليها من قبل لجنة مختصة ، ثم بعدها توجه الإجابة إلى المعني بالأمر ، و بعد استيفاء هذه الإجراءات يقع إلزاما على عاتق المستفيدين دفع ثمن الممتلكات .

- حالة الممتلكات التي لم يطعن في ثمنها أو محتواها

في مثل هذه الحالة قد يرفض المستفيدون دفع ثمن الممتلكات ، دون ممارسة إجراء الطعن الإداري و من ثم وجب على الولاية إخطار المستفيدين المعنيين بدفع ثمن هذه الممتلكات و إلا اتخذت في حقهم إجراءات إسقاط حق الإنتفاع [104] ، و تجدر الملاحظة في هذا الصدد أن الممتلكات المحققة بعد تكوين المستثمرة تكون ملكا لأصحابها ، حسب ما تنص عليه المادة 03/07 من قانون 19/87 .

2.2.1.2.1.2: دفع الإتاوة

تنص المادة 02/06 من قانون 19/87 على أن : ((يمنح حق الإنتفاع الدائم مقابل دفع إتاوة من طرف المستفيدين يحدد وعاؤها و كفيات تحصيلها و تخصيصها في قوانين المالية)) . يقابل هذا النص نص المادة 03/03 من قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 التي تقضي : ((الإمتياز : هو عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية)) .

و منه يتبين أن حق الإنتفاع لا يمنح بالمجان ، بل بمقابل يكون في شكل إتاوة (redevance) يحدد وعاؤها قانون المالية [109] .

تكون المبالغ المشكلة للإتاوة زهيدة لا تتناسب مع قيمة الإنتفاع بالأرض بغية تحفيز المستفيدين على خدمة الأرض .

لكن الملاحظ ميدانيا أن أغلب المستثمرات الفلاحية لم تسدد هذه الإتاوة و لم تقم مديريات أملاك الدولة بمقاضاتهم من أجل إجبارهم على تسديد هذه المبالغ ، نظرا لتراكم ديون المستثمرات الفلاحية [01] ص 98 إلا نادرا رغم أن هذا المطلب هو مطلب مؤسس قانونا لأنها هي الجهة التي حولها القانون حق المطالبة بهذه المبالغ [110] .

و مبلغ الإتاوة يختلف باختلاف الإمكانيات الفلاحية و أصناف الأراضي فيما إذا كانت مسقية أو جافة هذا ما تؤكدته المادتان 80 و 81 من القانون رقم 33/88 المتضمن قانون المالية المشار إليه في هامش الصفحة .

و يبقى السؤال المطروح هل تستطيع إدارة أملاك الدولة أن تأجل تسليم العقد الإداري عندما لا يسدد المستفيدون هذه المبالغ ؟ .

في هذا المجال صدرت تعليمة وزارية رقم 121 المؤرخة في 1991/08/24 و المتعلقة بتسليم العقود الإدارية التي تقضي بأن عدم تسديد الإتاوة لا يكون سببا في تأجيل تسليم العقد الإداري ، على أن تدفع الإتاوة سنويا إلى إدارة أملاك الدولة و يكون آخر أجل لدفعها 31 مارس من كل سنة [111] .
و لا يمكن الإعفاء من الدفع بسبب إهمال الأرض أو ضياع جزء منها ، أو حالة حدوث كوارث طبيعية أو حالة جفاف .

في المقابل يكون للدولة حق امتياز على ما هو موجود على الأرض الممنوحة للمستفيد من منقول قابل للحجز و من محصول زراعي .

3.2.1.2.1.2: الإلتزام بالإستغلال الفعلي للأرض

ألزم المشرع المستغلين بضرورة استغلال الأراضي الفلاحية استغلالا جماعيا في شكل مستثمرات فلاحية جماعية كأصل ، أما الإستغلال الفردي فيكون بصفة استثنائية مثل زراعة النخيل حسب المادة 03/09 [03] ، إذ يتعين على أعضاء المستثمرة الفلاحية استغلال كل الأراضي استغلالا أمثل و بصفة جماعية و على الشيوخ و أن يتجنبوا القيام بأي عمل من شأنه أن يعرقل السير الحسن للمستثمرة الفلاحية بناء على نص المادتين 18 و 19 [03] .و يقع إلتزاما على عاتق كل عضو من أعضاء المستثمرة الفلاحية أن يشارك بصفة مباشرة و شخصية في الأشغال ضمن إطار جماعي و هو ما تقضي به المادة 01/21 [03].

لكن و بصدر قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و بموجب نص المادة 2/48 منه نصت على أن يكون الإستغلال بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، رغم أن هذا القانون لم يلغي صراحة قانون 19/87 الذي لازال ساري المفعول ، و بهذا الطرح نلمس التناقض و التضارب بين هذين القانونين ، علما أن المادة 02/48 من قانون التوجيه العقاري المذكورة أعلاه تخاطب المستثمر الفعلي سواء كان مباشر أو غير مباشر ، كما لو كان مالكا لحقوق عينية عقارية (بالنسبة لمالك الأرض ملكية خاصة) أو حائزا لها (كما هو الشأن بالنسبة للأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة) .

على أن يكون هذا الإستغلال بصفة جماعية كما سبق ذكره و على الشيوخ ، يكمل هذا الإلتزام التزاما آخر يتعلق بالعمل على رفع الإنتاج و الإنتاجية بهدف تلبية الحاجات الغذائية للسكان و احتياجات الإقتصاد الوطني .

غير أنه و بصدر قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 نجده تطرق إلى ضرورة الإستغلال الفعلي حسب نص المادة 20 منه التي تقضي : ((دون المساس بالأحكام التشريعية المعمول بها يكون الإستغلال الفعلي للأراضي الفلاحية إلتزاميا على كل مستثمر فلاحى شخصا طبيعيا أو معنويا))، و بناء على هذا

النص نقول أن قانون التوجيه الفلاحي يعترف بالإستغلال الفعلي و الذي قد يكون استغلالا مباشرا أو غير مباشر ، كما قد يكون هذا الإستغلال بواسطة شخص طبيعي أو معنوي في شكل شركات مدنية ، غير أن تطبيق مواد هذا القانون سوق تخضع للتنظيم الذي سيصدر لاحقا .

و بصفة عامة يلتزم المستفيدون باحترام القيود المفروضة عليهم قانونا سواء تعلق الأمر بعنصر الإستغلال أو عنصر الإستعمال حسب ما تقضي به المادة 04 من المرسوم رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06 المتعلق بتطبيق المادة 28 من القانون رقم 19/87 من أجل تحقيق الوظيفة الإجتماعية التي تؤديها الأراضي الفلاحية ، سواء كانت ملكية هذه الأراضي هي ملكية خاصة أو ملكية عامة تابعة للدولة .

و لم يكن هذا الموقف مقتصرًا على المشرع الجزائري ، بل هناك تشريعات أخرى منها على سبيل المثال المشرع الفرنسي ، إذ نجده في الميدان الفلاحي منح سلطات لصاحب حق الملكية حسب ما تقضي به نص المادة 544 من القانون المدني الفرنسي ، لكن و بالمقابل نجده قيد المالك في استعمال أرضه الفلاحية بما يفرضه القانون الزراعي من قيود تحدد كيفية و طريقة ممارسة الزراعة [112] 23... 26 .

أما و بالنسبة للمشرع الجزائري نجد من بين أهم القيود التي ترد على سلطة الإستغلال هي منع إيجار الأرض أو تحويل وجهتها الفلاحية أو تجزئتها ، أو تخصيص مباني لأعمال لا صلة لها بالفلاحة أو عدم المساهمة المباشرة في الإنتاج . هذه القيود حددتها المادة 04 من المرسوم رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06 الذي سبق التطرق إليه و المتعلق بتطبيق المادة 28 من القانون رقم 19/87 .

و لقد أكدت الغرفة العقارية للمحكمة العليا في اجتهادها القضائي بموجب القرار رقم 191795 المؤرخ في 1999/12/22 المنشور في المجلة القضائية [113] مفاده : ((على أن الحق في التعويض للمستفيد لا يستحق إلا إذا ثبتت مشاركته الفعلية في استغلال الأرض استغلالا جماعيا و مباشرا)) .

و من أجل مراقبة الإستغلال الأمثل للأراضي و عدم خرق أحكام المرسوم رقم 51/90 المشار أعلاه تتولى الدولة عن طريق المديرية الفلاحية بالولايات و تحت سلطة الوالي القيام بالزيارات الميدانية عن طريق التفيتيش و معاينة المخالفات ثم رفع تقرير إلى الوالي لإتخاذ التدابير اللازمة عند الإقتضاء و التي يمكن أن تذهب إلى حد إسقاط حقوق المستفيدين و حل المستثمرة [01] ص 116... 118 ، سواء تعلق الأمر بالبناء غير الشرعي أو التاجير أو عدم الإستغلال أو حتى عندما يتعلق الأمر بالتنازل لأشخاص لا تتوفر فيهم الشروط التي نص عليها القانون رقم 19/87 .

2.2.1.2 : الآثار التي تنجم على ممارسة حق الإنتفاع بالنسبة للدولة

لقد سبق و أن بينا أعلاه بأن الآثار التي تنجم على ممارسة حق الإنتفاع تكمن في الحقوق و الإلتزامات المتبادلة و منه تكون حقوق الدولة هي إلتزامات المستفيد و حقوق المستفيد هي التزامات الدولة .

من جملة الحقوق التي تثبت للدولة نجد ملكية الرقبة كأهم و أسمى حق ، لأنه من خلال هذا الحق تستطيع الدولة ممارسة بعض الحقوق الأخرى كحق الشفعة ، بالإضافة إلى الحق في استيفاء ثمن الممتلكات المتنازل عنها و الإتاوة التي يطالب بدفعها المستفيد سنويا .

أما و بخصوص الإلتزامات نجد أن الدولة تلتزم بتعويض المستفيدين عن حق الإنتفاع في حالة التجريد من هذا الحق بواسطة إجراء نزع الملكية و كذا إتمام إجراءات التي تخص إعداد العقد الإداري .

من أجل دراسة هذه الحقوق و الإلتزامات قسمنا هذا المطلب إلى فرعين أساسيتين خصصنا الأولى للحقوق التي تتمتع بها الدولة ، في حين الفرع الثاني أردناه أن يكون خاصا بالتزامات الدولة .

1.2.2.1.2: حقوق الدولة

من الحقوق التي تثبت للدولة هناك حق جوهرى و أصيل يتمثل في ملكية الرقبة بالإضافة إلى بقية الحقوق الأخرى أشرنا إليها في الفرع السابق على أساس أنها التزامات تقع على عاتق المستفيد ، و تباديا للتكرار نقتصر دراستنا في هذا المجال على هذا الحق الجوهرى دون بقية الحقوق الأخرى .

إذ يترتب على استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ثبوت ملكية الرقبة في المقابل يتمتع المستفيد بحق الإنتفاع في شكل عقد امتياز ، علما أن الملكية تتكون من ثلاث عناصر هي : عنصر التصرف ، عنصر الإستغلال ، عنصر الإستعمال و هي عناصر تتقاسمها الدولة مع المستفيد ، حيث تحتفظ الدولة لنفسها بعنصر التصرف و تصبح بذلك مالكة للرقبة - بعدما كانت مالكة للأرض ملكية تامة قبل التنازل - بينما يكون من حق المستفيد التمتع بعنصر الإستعمال و الإستغلال بواسطة ممارسة حق الإنتفاع المتنازل عنه من طرف الدولة .

و ما يؤكد تنازل الدولة على حق الإنتفاع مع احتفاظها بملكية الرقبة هو نص المادة 07 من قانون 19/87 التي تنص ((...تمنح الدولة المنتجين الفلاحيين حق امتلاك جميع الممتلكات المكونة لذمة المستثمرة ما عدا الأرض)) .

إذ تملك الدولة للرقبة يسمح لها بممارسة الرقابة على المستفيدين ، إذا ما تعلق الأمر بعدم استغلال الأرض أو بتحويلها عن وجهتها الفلاحية أو إيجارها أو إهمالها ، و ذلك عن طريق ممارسة حق الشفعة .

كما أنها تحتفظ بملكية كل التحف الفنية أو الأثريات ، لا سيما المنحوتات كالتماثيل الأوسمة الكنوز النقوش ، النقود القديمة و الأسلحة المتواجدة بالأمكنة أو التي يمكن اكتشافها فيما بعد و الموجودة

على الأرض أو في باطنها . و في حالة العثور على شيء من هذا القبيل على المستفيدين إبلاغ الجهات المعنية و إلا تعرضوا للعقوبات المقررة في المواد 160 مكرر 4 إلى 160 مكرر 08 من قانون العقوبات [14] ص 145 ... 146 .

وحتى تضمن الدولة حقها في فرض الرقابة على المستفيد عند استغلاله للأرض ،خولها القانون حق ممارسة الشفعة إذا ما ثبت خرق المستفيد للإلتزامات المفروضة عليه .

2.2.2.1.2: إلتزامات الدولة

تلتزم الدولة تجاه المستفيدين بضمان التعويض عن حق الإنتفاع باعتبارهم و بموجب قانون 19/87 مالكين لحق الإنتفاع في حالة التجريد ضمن الحالات المحددة قانونا أو عند إعادة الأراضي المؤممة أو التي كانت تحت حماية الدولة إلى ملاكها الأصليين بعدما تم منحها للمستفيدين في إطار قانون 19/87 كما تلتزم الدولة أيضا بضمان إتمام الإجراءات المتعلقة بإتمام العقد الإداري ، هذا ما سوف نتطرق إليه لاحقا .

1.2.2.2.1.2: التعويض عن حق الإنتفاع

تلتزم الدولة بتعويض المستفيدين في حالة تجريدهم من حق الإنتفاع و لا يتسنى لها ذلك إلا ضمن الحالات و الشروط المنصوص عليها قانونا ، حسب نص المادة 42 من قانون 19/87 : ((لا يمكن أن تكون الحقوق العقارية التي تمنحها الدولة للمنتجين الفلاحين في إطار هذا القانون موضوع تحديد أو تجريد من الملكية إلا ضمن الحالات و الشروط و الأشكال المنصوص عليها في التشريع المعمول به)) ، أو بتعويض المستفيدين في حالة إعادة الأراضي المؤممة أو الموضوعة تحت حماية الدولة إلى ملاكها الأصليين .

تكمّن صور التعويض عن حق الإنتفاع المحددة قانونا في الحالات التالية :

- التعويض عن حق الإنتفاع في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية
- التعويض عن حق الإنتفاع في حالة استرجاع الأراضي المدمجة في القطاع العمراني
- التعويض عن حق الإنتفاع في حالة استرجاع الأراضي المؤممة أو الموضوعة تحت الحماية .

1.1.2.2.2.1.2: التعويض عن حق الإنتفاع في حالة التجريد من أجل المنفعة العمومية

إن إجراء نزع الملكية الخاصة من أجل تحقيق المنفعة العمومية طريق استثنائي لاكتساب الأملاك و الحقوق العقارية ، و لا يتسنى للإدارة انتهاج هذا الأسلوب إلا إذا أدت الوسائل الودية إلى نتيجة سلبية

هذا ما يؤكد نص المادة 01/02 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 17/04/1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية [63] ص 167.

و عليه يكون إجراء نزع الملكية الخاصة من أجل تحقيق المنفعة العمومية بمثابة أداة تخول للإدارة صلاحيات إجبار الفرد على التنازل عن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية لفائدة هيئات أو مؤسسات مختلفة ، بغية تحقيق عمليات تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية و منشآت و أعمال كبرى ذات منفعة عمومية .

و مقابل تنازل الفرد عن حق الإنتفاع ، تلتزم الدولة بتعويض المستفيد تعويضا مسبقا يكون عادلا و منصفا طبقا لنص المادة 21 من القانون رقم 11/91 المشار إليه أعلاه و التي تنص: ((يجب أن يكون مبلغ التعويض عن نزع الملكية عادلا و منصفا بحيث يغطي كل ما لحقه من ضرر و ما فاتته من كسب بسبب نزع الملكية ...)) ، و في الحالة التي يكون فيها نزع الملكية يمس جزء من العقار أو الحقوق العينية يجوز للمالك أن يطالب باسترجاع الجزء الباقي غير المستعمل و هو ما تؤكد المادة 22 [05].

2.1.2.2.2.1.2: التعويض عن حق الانتفاع إذا ما كانت الأراض محل إدماج ضمن القطاع العمراني

يمكن للدولة استرجاع الحقوق العينية العقارية الممنوحة في إطار القانون رقم 19/87 إذا ما كانت مدمجة في القطاع العمراني ، وفقا لأدوات التعمير المنصوص عليها قانونا بعد أخذ رأي المجلس الشعبي الولائي ، على أن يستفيد المعنيين بهذا الإسترجاع من تعويض .

و لحماية هذه الأراضي من زحف الإسمنت تقضي المادة 36 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 : ((القانون هو الذي يرخص بتحويل أي أرض فلاحية خصبة جدا أو خصبة إلى صنف الأراضي القابلة للتعميرو يحدد القانون القيود التقنية و المالية التي يجب أن ترافق إنجاز عملية التحويل حتما)) .

في هذا الإطار لجأت الحكومة إلى إصدار تعليمة رقم 15 في ديسمبر 2005 تقضي باللجوء إلى استرجاع الأراضي الفلاحية ضعيفة المرودية أو الخصوبة على مستوى ولاية الجزائر العاصمة ، حيث تشكلت لجنة وزارية مشتركة تقوم بالمعاينة و الموافقة على الأراضي المعنية ، و بصدر التعليمات المشار إليها أعلاه تمت الموافقة على استرجاع 407 هكتارا من الأراضي الفلاحية بعد معاينة 562 هكتارا متواجدة بعدة بلديات بالعاصمة و تبقى 155 هكتارا من الأراضي لم يتم الموافقة عليها .

و قد تم توجيه ما قدره 240 هكتارا من المساحة الإجمالية المعنية إلى قطاع السكن الذي أخذ حصة الأسد من المشاريع ، فيما خصص 03 آلاف هكتار من مساحة الأراضي الفلاحية لصالح مشروع توسيع المطار الدولي و جزء آخر لإنجاز المدينة الجديدة سيدي عبد الله .

حيث أصدرت ولاية الجزائر 93 قرار لإسترجاع أراضي فلاحية موجودة ضمن المخطط التوجيهي لل عمران ، بعد مصادقة المجلس الشعبي لولاية الجزائر على 140 ملفا من ضمن 218 ملفا قدم له منذ انطلاق عملية استرجاع العقار الفلاحي بداية 2004 .

و منه نقول أن حاجة الدولة لتوسع العمران جعلتها توازن بين هذه الضرورة و ضرورة المحافظة على الطابع الفلاحي عن طريق استهداف أراضي فلاحية ضعيفة الخصوبة ، و لم تنصب البرامج السكنية و المرافق العمومية على أراضي خصبة جدا أو ذات خصوبة عالية و رغم كل هذا لا تزال إجراءات إصدار قرارات الإسترجاع تسيير بخطوات ثقيلة جدا، مما تسبب في تعطيل انطلاق المشاريع نظرا لإعتراض بعض أصحاب المستثمرات الفلاحية على عملية استرجاع العقار الفلاحي ، و كذا طريقة التقييم التي يتم بموجبها التعويض .

و حتى يكون هذا التجريد قانوني ، يجب على الإدارة المعنية أن تتبع كافة الإجراءات المنصوص عليها قانونا [88] ص 96... 97 و إلا تعرض قرار نزع الملكية للإلغاء .

و بالرغم من هذه الإجراءات المتخذة ، إلا أن الميدان أفرز العديد من النزاعات حول هذه الأراضي الفلاحية التي أدمجت في المحيط العمراني ، بحيث في الكثير من الحالات يكون مبلغ التعويض ضئيل لا يقبل به المستفيدون .

3.1.2.2.2.1.2: التعويض عن حق الانتفاع في حالة استرجاع

الأراضي المؤممة أو الموضوعة تحت حماية الدولة

من أهم ما جاء به قانون التوجيه العقاري هو إلغاء قانون الثورة الزراعية ، كما نص على إعادة الأراضي المؤممة و التي حافظت على طابعها الفلاحي ضمن شروط ضبطها في المادة 76 منه ، لكن و بعد التعديل الذي عرفه قانون التوجيه العقاري بموجب الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/12/25 ، امتد الإسترجاع ليشمل الأراضي المتبرع بها لفائدة صندوق الثورة الزراعية و كذا الأراضي الفلاحية التي وضعت تحت حماية الدولة تطبيقا للمرسوم رقم 168/63 المؤرخ في 1963/05/09 ، لأن أصحابها اكتسبوها في أغلب الأحيان من المعمرين أثناء الثورة التحريرية أو مباشرة بعد الإستقلال .

و في إطار هذا التعديل حاول المشرع التكيف مع الواقع عن طريق التكفل بالمنازعات التي يفرزها تطبيق كل من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و كذا الأمر المعدل له رقم 26/95 عن طريق وضع ضوابط للتعويض [64] ص 161 . بحيث تلتزم الدولة بالتعويض عن حق الإنتفاع لفائدة المستفيدين المتضررين من عملية استرجاع الأراضي من قبل لملاكها الأصليين لأن الأراضي المؤممة و الأراضي

المتبرع بها وزعت على المستفيدين سواء في إطار قانون 19/87 أو قانون 18/83 ، ما لم يتم استصلاح الأراضي المعنية بموجب هذا الأخير .

و لقد حددت المادة 129 من قانون 36/90 المؤرخ في 1990/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 [114] شروط تعويض المستفيد عندما تسترجع الأرض التي كان قد تحصل عليها طبقا لقانون 19/87 ، على أن يكون التعويض عينيا أو نقديا حسب ما تشير إليه المادة 06 من الأمر رقم 26/95 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري رقم 25/90 التي تقضي بما يلي :

((تعدل المادة 78 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 على النحو الآتي :

المادة 78 : تضمن الدولة الحقوق الممنوحة للمستفيدين في إطار القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المعنيين بعمليات استرجاع الأراضي و في هذا الإطار يمكن هؤلاء إما .

- الإستفادة من قطعة أرض جديدة من الأراضي غير الموزعة .
- إدماجهم ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد شركائها عن العدد المبين في العقد الإداري الأصلي .

- الإستفادة من قطعة أرض تفصل من مساحة المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد شركائها عن العدد المبين في العقد الإداري الأصلي ، و هذا بعد إسقاط الجهة القضائية المختصة حقوق انتفاع المستفيدين ، أو بواسطة قرار الوالي المختص إقليميا ، إذا لم يتم بعد إخضاع العقد الإداري لإجراءات التسجيل و الإشهار العقاري .

- أو يعوضون نقديا وفقا للتشريع المعمول به)) .
من خلال هذا النص نستشف بأن المشرع سبق التعويض العيني عن التعويض النقدي لا ربما كان المشرع محق فيما ذهب إليه في هذه المسألة، بغية الحفاظ على المركز القانوني الذي كان يتمتع به المستفيد عندما كان يمتلك حق الانتفاع .

أما فيما يتعلق بكيفية حساب التعويض النقدي ، قد صدر المرسوم رقم 06/92 المؤرخ في 1992/01/04 المطبق لأحكام قانون المالية و الذي ضبط مسألة التعويض حسب صنف الأراضي (الجافة ، المسقية) وفقا للتصنيف الذي أورده قانون المالية لسنة 1989 في المواد 80 و 81 [115] و كذا المدة التي استغل فيها المستفيد الأرض ، بحيث تعد هذه العناصر مهمة جدا يمكن للقاضي الإستناد عليها لتقييم حق الانتفاع .

و ظلت هذه القوانين هي المرجع الوحيد لتقييم حق الانتفاع إلى غاية صدور المذكرة العامة رقم 6016 المؤرخة في 2001/11/05 عن المدير العام للأموال الوطنية التي جاءت تطبيقا لأحكام المادة 53 من قانون المالية لسنة 1998 و التي بموجبها تم تحديد حق الانتفاع الدائم الممنوح طبقا لقانون 19/87 بنسبة 60 % من القيمة الحقيقية للأرض و حددت قيمة ملكية الرقبة بنسبة 40 % [64] ص 168 .

4.2.2.2.1.2: الإلتزام بإتمام الإجراءات الإدارية المتعلقة بتسليم العقد الإداري

كرس المرسوم رقم 50/90 المؤرخ في 1990/02/06 لشروط إعداد العقد الإداري الذي يثبت الحقوق العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين في إطار قانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 و كفيات ذلك ، إلتزام الدولة بإتمام الإجراءات الإدارية المتعلقة بتسليم العقد الإداري لفائدة المستفيدين حيث تلزم إدارة أملاك الدولة و من دون تأخير بتحرير العقد الإداري ، هذا ما تشير إليه المادة 02 من المرسوم المذكور أعلاه بنصها: ((إذا تكونت مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية بصورة قانونية ضمن احترام أحكام القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 ، لا سيما مواده 03 و 09 و 10 و 37 و جب أن تثبت الحقوق العقارية الممنوحة في هذا الإطار للمنتجين المعنيين دون تأخير بإعداد العقد الإداري)).

غير أنه إذا ما كانت الأرض محل العقد موضوع نزاع قضائي و جب تأجيل تسليم العقد الإداري إلى غاية البث فيها حسب نص المادة [79]05 ، و يحرر العقد في نسخة أصلية و نسختين أخريتين تخصص إحدهما للإشهار و الحفظ العقاري و الثانية للمستثمرة الفلاحية المعنية ، كما يحدد هذا العقد الأساس العقاري الذي يمارس عليه حق الإنتفاع الممنوح للمنتجين و كذا قوام الأملاك المتنازل عنها لهم على سبيل التملك و مبلغها و كفيات الدفع عند الإقتضاء مع ضرورة استيفاء إجراءات التسجيل و الشهر العقاري ما دام أن محل العقد هو حق عيني و هو ما تقضي به المواد 02/02 و [79] 03 .

مثل هذا الإلتزام يتوقف عليه شهر العقد الإداري في المحافظة العقارية، لكي تصبح المستثمرة الفلاحية لها وجود قانوني و ذلك ابتداء من تاريخ الحفظ العقاري حسب المادة [79] 03 و بالتالي ينتقل حق الإنتفاع [89] ص 314 و [64] 19 [22] .

لكن و قبل إعداد العقد الإداري لا يتمتع المستفيدين سوى بحق استغلال الأرض ، كما لا ينتقل حق الإنتفاع للمستفيدين باعتباره حقا عقاريا ، بل يعد قرار الإستفادة بمثابة رخصة استغلال ترتب حقوق للمستفيدين في مواجهة الإدارة [01] ص 101 . و بالتالي لا يجوز أن تتعمد الإدارة التقصير في عدم إتمام الإجراءات الإدارية ، حتى لا يكون المستفيدون عرضة لإجراء السحب الإداري لقرار الإستفادة من قبل الوالي المختص حسب ما تشير إليه المادة 05/06 من الأمر رقم 26/95 المشار إليه سابقا .

و إن كان هذا الإجراء حسب وجهة نظرنا يقتصر على استرجاع الأراضي المؤممة و المتبرع بها و لا ينبغي بأي حال من الأحوال أن يمتد لغير هذه الحالة، كما أن النظرية العامة للقرارات الإدارية تقضي بأنه لا يجوز المساس بالمراكز القانونية المشروعة و المكتسبة بواسطة إجراء السحب ، و لا يمكن سحب القرار الإداري المشروع إلا ضمن الحالات المحددة قانونا كحالة استرجاع الأراضي المؤممة و المتبرع بها لفائدة الصندوق الوطني للثورة الزراعية و لا يقتصر الأمر على القرارات المشروعة بل حتى القرارات غير مشروعة لا يجوز للإدارة سحبها خارج الآجال المحددة قانونا.

3.1.2: الآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية

من خلال الدراسة السابقة ، بينا أن الوقف ينشأ بموجب تصرف صادر من جانب واحد يفيد الإلتزام بالتبرع بالمنفعة على جهة من جهات البر أو الخير و على وجه التأييد .
لذلك نقول إذا ما نشأ الوقف ثبت حق انتفاع دائم لفائدة المستحق أو المستحقين ، كأهم أثر ينجم بعد تحقق الوقف ، و لا يمكننا التطرق إلى فكرة الآثار في شكل حقوق و إلتزامات متبادلة كما هو الشأن بالنسبة لأوجه حق الإنتفاع السابقة التي تنشأ بناء على عقود يشترط فيها تطابق الإرادتين ، ذلك أن هذا الصنف من الحق يتقرر بموجب عقد تبرع يصدر بإرادة منفردة .
و عليه نحاول من خلال هذا المبحث البحث في الحقوق التي تترتب في ذمة المستحقين للوقف من جراء تمتعهم بحق الإنتفاع من خلال المطلب الأول ، على أن يكون المطلب الثاني خاصا بالإلتزامات التي يتحملها الموقوف عليه أو المستحق بالرغم من أنه ليس طرفا في العقد .

1.3.1.2: حقوق المستحقين

تكمن حقوق المستحقين للوقف في الإنتفاع به وفق الحدود التي يبينها الواقف، من دون تأخير إلا ضرورة تقتضي التأخير و لهم مقابل ذلك حق رفع دعوى شخصية لتسليم الشيء الذي رتبته الإنتفاع بالإضافة إلى الحق في رفع دعوى القسمة . كما يخولهم هذا الحق حق ترتيب حقوق عينية تبعية كحق الرهن ، دون أن يكون من حقهم الأعمال المتعلقة بالإدارة و تسيير لأن هذه الأخيرة هي من حق الناظر هذا ما سنحاول التطرق إليه عبر الفروع التالية :

1.1.3.1.2: حق التصرف في الإنتفاع

من خلال الدراسة السابقة بينا أن حق المستحقين ينحصر في الإنتفاع بالعين الموقوفة فيما تنتجه على أن يكون استغلالهم للعين استغلالا دائما و غير متلف ، و من ثم يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع الوارد على الأملاك الموقوفة وفقا عاما أو خاصا دون أن يشمل التصرف في أصل الملك الوقفي ، تطبيقا لنص المادة 23 من قانون الأوقاف التي تنص :
((لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به ، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها)) ، يضاف إلى هذا النص إجتهااد قضائي كرس بموجب القرار رقم 188432 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 1999/09/29 مفاده : ((لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير .

و القضاء بإبطال البيع الوارد على المال المحبس جاء تماشيا و التطبيق السليم للقانون)) [116]

لأن التصرف في أصل الملك الوقفي يؤدي إلى زوال الوقف من جهة ، كما أن التصرف فيه يعد بمثابة اعتداء على ملكية الغير من جهة أخرى ، على اعتبار أن الوقف ليس بملك للأشخاص الطبيعيين و لا الإعتباريين و هو في حد ذاته يتمتع بالشخصية المعنوية يدخل في تكوين الذمة المالية للأملاك الوقفية كما له نائب يمثله في كل التصرفات و يتقاضى باسمه [117] ص 67... 68 . و لا يشمل التنازل الصادر من المستحق إلا المقدار المحدد له من قبل الواقف ، لأن هذا الأخير هو الذي يحدد كيفية صرف الغلة سواء كان ذلك في شكل تسوية أو تفاضل بين المستحقين ، و في هذه الحالة يلزم الناظر بتنفيذ كل شرط صحيح وضعه الواقف يخص مقدار كل مستحق أو يجعل ذلك كله للناظر الذي يقوم مقام الواقف ، على اعتبار أن المصاريف تتفاوت في الحاجة باختلاف الأوقات و الأمكنة ، كما يتحقق ذلك بالزيادة و النقصان من بعض المستحقين دون البعض الآخر كما لو استغنى أحد المستحقين عن حقه [118] ص 195 .

و حتى يكون هذا الحق حقا خالصا للموقوف عليه و من ثم ويجوز التصرف فيه ، و جب على الناظر أن يمتنع عن القيام ببعض التصرفات التي تحول دون ممارسة حق الإنتفاع باعتبارها تصرفات ضارة بالوقف و بالموقوف عليهم ، أو من شأن هذه التصرفات أن تعارض شروط الواقف . و لعل من أهم هذه التصرفات عدم الإستدانة أي لا يحق للناظر أن يستدين على الوقف إلا إذا كانت هناك ضرورة ملحة تقتضي ذلك ، كأن يكون الوقف بحاجة ماسة إلى التعمير و الإصلاح خوفا من فوات الإنتفاع بالموقوف أو خرابه عند عدم تعمييره مع وجود غلة في الوقف يمكن إنفاقها في إعمارها ، و في حالة عدم توفر هذه الشروط للإستدانة ، فلا يمكن القيام بها لأن ذلك قد يؤدي إلى ضياع الوقف و بالتالي زوال حق الموقوف عليهم في المنفعة ، خصوصا عند العجز عن الوفاء [118] ص 204... 208 .

2.1.3.1.2: تقديم محل الوقف كضمان للدائنين

بناء على نص المادة 21 من قانون الأوقاف يجوز للموقوف عليهم تقديم الحصة المنتفع بها في الوقف كضمان للدائنين و لا تشمل هذه الحصة سوى المنفعة أو الثمن الذي يتحصل عليه المنتفع من المنفعة .

هذا الضمان ينبغي توخي الحذر عند تطبيقه ، لأنه قد لا يكون مجديا إذا علمنا أن حق الموقوف عليه ينتهي بوفاته و لا ينتقل إلى الورثة و من ثم لا يكون للرهن فائدة ، بحيث لا يستطيع الدائن تتبع الإنتفاع إذا انتقل إلى موقوف عليه آخر حتى و لو كان هذا الأخير من ورثة المتوفي و هو الموقوف عليه الذي كان يحمل صفة المدين لأن الحق في الإنتفاع انتقل للموقوف عليه بعد وفاة المدين بسبب الوقف و ليس بسبب الميراث .

كما لا تعتبر حصة المنتفع وسيلة ضمان كفيلة بحماية حقوق الدائنين ، نظرا لإرتباط حق الموقوف عليه بحياته ، هذا ما يشكل صعوبة في تقدير قيمته و بالتالي يصعب إطلاق حق التصرف فيه [119] ص 40 .

و بالرغم من أن المشرع اعتبره وسيلة ضمان ، نراها وسيلة غير فعالة لحماية حقوق الدائنين و هذا لا يقتصر على حق الإنتفاع بالوقف ، بل يشمل أيضا حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني . باعتبار أن كلا الحقان مرتبطان بحياة المنتفع ، سيما إذا كان الوقف وقفا خاصا ، و لا يمكن تصور الحكم نفسه بالنسبة للأوقاف العامة ، لأن في هذه الأخيرة حتى و إن زالت الشخصية المعنوية للجهة الموقوف عليها ، فإن السلطة المكافئة بالأوقاف تحل محلها هذا ما تقضي به المادة 37 من قانون الأوقاف رقم 10/91 ، و بالتالي يستطيع في هذه الحالة الدائنين تتبع حق الإنتفاع .

3.1.3.1.2: الحق في الإستغلال

من أجل ضمان استمرارية الإنتفاع بالوقف وهو الأصل فيه ، هناك ثمة تصرفات يستطيع أن يقوم بها متولي الوقف أو الناظر باعتباره الممثل القانوني للوقف ، وهي تصرفات تدور مع مصلحة الوقف أو الموقوف عليهم أينما دارت ، نجد من بينها : الإيجار ، الإستبدال .

1.3.1.3.1.2: التصرفات التي ترد على حق الإنتفاع بالوقف في شكل إيجار

تعتبر الإجارة من أهم الموارد التمويلية للوقف ، بل هي الحل الأفضل عند انعدام مورد إنتاجي ثابت للوقف كالمسكن أو الأراضي الزراعية أو البور مثلا [120] ص 299 . فإذا احتاجت مثل هذه الأوقاف إلى الإصلاح ، كانت الإجارة هي السبيل للحفاظ عليها و على استمرار عطائها و لنا في هذا الصدد عدة أمثلة عن عقود الإيجار نكتفي بتلك العقود التي تبرم و يكون محلها حق انتفاع بوقف عام يكون الغرض منها تنمية منفعة الوقف و تحسينها تكون في شكل إيجارات خاصة ، تبرم عن طريق المزاد العلني و تجرى المزايدة تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية باعتباره القائم على إدارة و تسيير العين الموقوفة ، بينما إجارة الوقف الخاص تكون في شكل عقود إيجار عادية تحكمها القواعد العامة أي لأحكام القانون المدني سوف لا نتطرق إليها تفاديا للتكرار .

و كما أسلفنا الذكر ينعقد الإيجار المترتب على الأوقاف العامة عن طريق المزايدة على أساس دفتر الشروط النموذجي يحدد فيه العين الموقوفة محل الإيجار من حيث المساحة الطبيعة ، الحدود مدة الإيجار ، الأطراف السعر [21] ص 127 ، و يتم من خلاله مراعاة شروط الواقف بما لا يتعارض مع مقاصد الشريعة الإسلامية ، و حتى لا نغوص في كل هذه الأنواع من العقود نكتفي بالتطرق إلى العقود التي تشمل هذا الحق يكون محلها إما أرضا زراعية أو أرضا تكون بورا قابلة لإستصلاح [07] .

هذان العقدان نتطرق إليهما من خلال النقطتين التاليتين :

- عقود الإيجار التي تنصب على أراضي زراعية

عندما صدر قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 لم يتطرق إلى كيفية الإنتفاع بالأراضي الوقفية الزراعية و المشجرة ، لكن بعد التعديل الذي عرفه هذا القانون بموجب القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 /05/2001، نظم المشرع أحكام الإيجار الأراضي الزراعية الموقوفة وفقا عاما ، طبقا لنص المادة 26 مكرر 1 التي تنص : ((يمكن أن تستغل و تستثمر و تنمي الأملاك الوقفية إذا كانت أرضا زراعية أو شجرا بأحد العقود الآتية .

* عقد المزارعة: و يقصد به إعطاء الأرض للمزارع للإستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد .

* عقد المساقاة : و يقصد به إعطاء الشجر للإستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره .)) .

بحيث يتم الإيجار عن طريق المزاد العلني حتى يعطى الحق لجميع الأفراد في استئجار مثل هذا النوع من الأملاك دون تمييز و تجرى المزايدة تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية باعتباره مسؤول على إدارة العين الموقوفة يشاركه في ذلك مجلس سبل الخيرات ، و ينعقد الإيجار عن طريق المزايدة على أساس دفتر الشروط النموذجي ، يحدده الوزير المكلف بالشؤون الدينية على أن تحدد العين الموقوفة تحديدا دقيقا و تشكل أجرة العقد موردا من الموارد الهامة للوقف .

و بناء على ذلك نحاول أن نتطرق إلى هذين العقدين الواردين على الأراضي الزراعية الوقفية مبرزين من خلال ذلك كيفية ممارسة حق الإنتفاع الوارد على هذه الأراضي بالإضافة إلى مقارنة هذه العقود مع غيرها من العقود الأخرى المشابهة كالاتي .

* عقد المزارعة

تتطلب منا الدراسة في هذا المجال تعريف العقد و تبيان خصائصه، ثم تمييزه عن غيره من العقود، لكي نصل بعد ذلك إلى تحديد أركان هذا العقد .

* - تعريف عقد المزارعة و خصائصه :

من خلال النص المشار إليه أعلاه ، يتبين لنا أن عقد المزارعة عند المشرع الجزائري هو ذلك العقد الذي يخول بمقتضاه مالك الأرض الزراعية شخصا آخر حق زراعة أرضه و استثمارها مقابل حصة معينة من المحصول الناتج عن هذه الأرض [121] ص 321، في حين يعرفه البعض الآخر بأنه ((عقد يتعهد بمقتضاه أحد أطرافه و يسمى المزارع بزراعة أرض يسلمها له طرف آخر لمدة معينة في مقابل اقتسام المحصول معه بنسبة معينة)).

كما يوجد هناك تعريف آخر لهذا العقد على أنه : عقد يتعهد بمقتضاه أحد أطرافه و يسمى المزارع بزراعة أرض يسلمها له طرف آخر [31] ص 155 لمدة معينة في مقابل اقتسام المحصول معه بنسبة معينة . ما يمكن ملاحظته أن تعريف المشرع الجزائري لعقد المزارعة يتفق مع تعريف الشريعة الإسلامية على أن : ((المزارعة هي معاهدة على الزرع بين صاحب الأرض و بين المزارع ، فينقسم الحاصل بينهما بالحصص التي يتعاقدان عليها وقت العقد)) [121] 321 .

من خلال تعريفات السابقة لهذا العقد ، يتبين أن للعقد عدة خصائص جعلته متميزا عن غيره من العقود أهم هذه الخصائص هي :

- المزارعة هي إيجار زراعي عن طريق المشاركة في استغلال الأرض ، مما ينجر عنه أن المالك لا يقف دوره عند مجرد تمكين المستأجر من الإنتفاع بالأرض المؤجرة وفقا لأحكام عقد الإيجار العادي ، بل يتعدى ذلك إلى حقه في المساهمة في إنتاج المحصول مع تحمل النفقات اللازمة لذلك .
- الأجرة في عقد المزارعة ، هي حصة عينية من المحصول الناتج و ليست مبلغا محددًا سلفًا عند التعاقد و يترتب على ذلك أنه لا يحق للمستأجر طلب إنقاص الأجرة - كما هو الحال في عقد الإيجار العادي - إذا ما أتلّف المحصول أو البذور بسبب قوة قاهرة تحمل المالك مع المستأجر نصيب من الخسارة تلقائيا دون الحكم بذلك .
- تتميز المزارعة بأن شخصية المزارع تكون محل اعتبار في العقد ، لذلك لا يجوز له النزول عن المزارعة لغيره أو التأجير من الباطن ، هذا الحكم عرفه المشرع المصري لأن هذا الأخير يعترف بعقد المزارعة خارج الأراضي الزراعية الوقفية . أما المشرع الجزائري نجده يعتد بالمزارعة في الأراضي الزراعية الوقفية ، دون الأرض المشجرة و يعتبر المزارع شخصا محل اعتبار - أي يجب أن يكون يحمل صفة الفلاح - في عقد المزارعة بناء على نص المادة 26 مكرر 1 فقرة 02 [07] .
- يرد عقد المزارعة على أرض موقوفة زراعية غير مشجرة حسب نص المادة 26 مكرر 1 من القانون المشار إليه أعلاه المشار إليها أعلاه .

* - تمييز عقد المزارعة عن غيرها من العقود المشابهة

بعدها تطرقنا إلى تعريف عقد المزارعة و تبيان خصائصه ، نحاول التطرق إلى تمييز هذا العقد عن غيره من العقود المشابهة كعقد الإيجار ، عقد الشركة ، عقد العمل إلخ ...

تمييز عقد المزارعة عن عقد الإيجار الزراعي العادي : يمكن لعقد الإيجار الزراعي أن يتخذ

صورا متعددة تجعله يختلف عن عقد المزارعة أهم الصور شيوعا في الحياة العملية ما يلي :

الصورة الأولى :

هي الصور الغالبة لعقد إيجار الأراضي الزراعية ، حيث تكون الأجرة عبارة عن ثمن نقدي يدفعه المستأجر بصورة دورية ، مثل هذه الصورة لا تثير صعوبة في التفرقة بين العقدين ، حيث يعتبر هذا العقد عقد إيجار عادي ، في حين المزارعة يكون المقابل فيها جزء معين من المحصول [122] ص 364.... 366 .

الصورة الثانية :

قد تكون الأجرة في عقد الإيجار العادي للأراضي الزراعية عينا و ليس نقدا ، من هنا تصعب التفرقة بين هذا الإيجار و المزارعة التي تكون الأجرة فيها جزء معين من المحصول و رغم ذلك ، فإنه يمكن التمييز بين العقدين على أساس أنه و بموجب عقد المزارعة يكون تحديد الأجرة المتعاقدين بنسبة مئوية ، تحدد عند إبرام العقد انطلاقا من المحصول الناتج و التي يتغير قدرها تبعا لكمية المحصول . أما التحديد الذي يكون على أساس مقدار معين أو كمية محددة من المحصول كأربعة قناطر من القمح مثلا فمثل هذه الأجرة قد تحدد مسبقا و لا تكون بصدد عقد مزارعة ، بل عقد إيجار عادي تكون الأجرة فيه عينية لا نقدية ، محددة المقدار [121] ص 325 .

الصورة الثالثة :

هذه الصورة تثير خلافا أكبر من الصور السابقة في التفرقة بين العقدين ، ذلك أن الأجرة قد تكون عبارة عن مبلغا من النقود يضاف إليه نسبة من المحصول ، فالأجرة هنا تتكون من عنصرين أحدهما يحدد سلفا و الآخر يتوقف على المحصول الناتج . فإذا غلبنا العنصر الأول كان العقد عقد إيجار، و إذا غلبنا العنصر الثاني كان العقد عقد مزارعة.

هذا الإشكال لا يثار عند المشرع الجزائري إذ يقتصر عقد المزارعة عنده على أراضي الوقف فقط يضاف إلى طريقة إبرام العقد حيث يبرم عقد المزارعة و حتى عقد المساقاة عن طريق المزايدة ، في حين عقد الإيجار العادي لا يخضع لمثل هذه الإجراءات و بالرغم من ذلك فإن العقدين – عقد المزارعة و عقد الإيجار - يتمتعان بأوجه تشابه و أوجه اختلاف نردها تبعا .

أوجه التشابه

- في كلا العقدين يتمكن المزارع من الإنتفاع بأرض مملوكة لغيره بمقابل
- يتم التراضي فيهما بين المالك أو صاحب حق الإنتفاع و بين المزارع

أوجه الاختلاف:

- تكون الأجرة في المزارعة نسبة معينة من محصول الأرض ذاتها أو جزء عينا [123] ص 414... 415 منه تعرف نسبته دون أن يدرك مقداره ، أما الأجرة في عقد الإيجار فهي معلومة من حيث المقدار منذ إبرام العقد .
- لا ترد المزارعة إلا على أرض زراعية ، أما الإيجار على وجه العموم فيرد على الأرض الزراعية و غير زراعية .
- تعتبر شخصية المزارع محل اعتبار في عقد الإيجار بالمزارعة و لذلك فإن الغلط في شخص المستأجر يعد غلطا جوهريا يعيب العقد و يجعل المزارعة قابلة للإبطال ، في حين أن شخصية المستأجر في عقد الإيجار العادي ليست بحسب الأصل محل اعتبار في العقد و من ثم فإن الغلط فيها لا يعد جوهريا [122] ص 367 .
- يبرم عقد المزارعة بواسطة إجراءات تخص إبرام العقود الإدارية في شكل مزايده ، بينما عقد الإيجار يبرم بالطرق العادية التي تتمثل في تطابق الإيرادتين .

التمييز بين عقد المزارعة و عقد الشركة :

- تقترب طبيعة عقد المزارعة إلى حد كبير من عقد الشركة ، الذي تطرق إليه المشرع بموجب المادة 416 من القانون المدني : ((الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة . كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك)) .
- و منه يتضح أن عقد المزارعة يشبه عقد الشركة من عدة نواحي أهمها :
- المزارعة عقد تكون فيه الأجرة عبارة عن نسبة معينة من المحصول الناتج و منه تعتبر المزارعة بمثابة مشروع يشترك فيه كل من المؤجر و المستأجر فيما ينتج عنه من ربح أو خسارة [26] ص 158 ، و هو الأمر ذاته بالنسبة لعقد الشركة .
- كما أن عقد الشركة و عقد المزارعة من العقود التي يراعى فيها شخصية الشريك الذي يكون محل اعتبار في كلا العقدين .
- يترتب على إنشاء عقد الشركة نشوء شخص معنوي مستقل عن الشركاء حسب نص المادة 417 من القانون المدني : ((تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا...)) ، كذلك الأمر بالنسبة لعقد المزارعة الذي ينصب على الأراضي الزراعية الوقفية ، بل الوقف في حد ذاته يؤدي إلى إنشاء شخص معنوي .
- هذا ما تقضي به نص المادة 05 من قانون 10 /91 : ((الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا الاعتباريين، و يتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها)) .

هذا الحكم يتعارض مع تقضي به المادة 05/ 02 من القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14/ 12/ 2002 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف رقم 10/91 ، مع الإشارة إلى أن هذه النص الأخير لم يلغي صراحة نص المادة 05 من قانون 10/91 و المشار إليها أعلاه و يعترف النص بالشخصية المعنوية للموقوف عليه بنصها ((....الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية)) .

لكن و رغم هذه الخصائص المشابهة يمكن التمييز بين العقدين ، من حيث أن المشاركة في عقد المزارعة لا تكون في صافي الأرباح أو صافي الخسائر كما هو الحال في عقد الشركة ، بل نصيب المؤجر هو الذي يكون عبارة عن حصة من نفس المحصول الناتج عن الأرض لا من صافي الأرباح [121] ص 329 .

تمييز عقد المزارعة عن عقد العمل :

عقد العمل هو ذلك العقد الذي يتعهد بموجبه أحد المتعاقدين بأن يعمل لخدمة الآخر و تحت إدارته أو إشرافه ، مقابل أجر يتعهد بها المتعاقد الآخر و منه يثور الإعتقاد بأن المزارع هو عامل لا سيما و أن الأجرة في عقد العمل يمكن أن تكون نقدا ، كما يجوز أن تكون عينية و لذلك فقد يفسر نصيب المزارع من المحصول على أنه أجر مقابل عمل .

و لكن يبقى وجه الخلاف واضحا بين العقدين، من حيث أنه في عقد العمل يفترض تبعية العامل لرب العمل في الرقابة و الإشراف و التوجيه ، في حين أن المزارع في عقد المزارعة يكون على قدم المساواة مع المالك المؤجر دون أن يخضع لتوجيهه و رقابته ، كما لا يستوفي منه أجرا بل يقاسمه المحصول .

*- أركان عقد المزارعة :

بعدما تطرقنا إلى تعريف عقد المزارعة و تمييزه عن غيره من العقود المشابهة ، نحاول بعد ذلك تبيان أركان هذا العقد .

لنقول في البداية أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تنظيم أحكام عقد المزارعة باستثناء المادة 26 مكرر 1 فقرة 1 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم و هو النص الوحيد الذي اكتفى من خلاله المشرع بتعريف عقد المزارعة ، دون تبيان أركان هذا العقد و آثاره أو القيود القانونية التي ترد عليه.

حيث نجد أن هذا العقد يشمل جملة من الأركان هي : أطراف عقد المزارعة ، مدة ، محل عقد المزارعة ، الأجرة .

أطراف المزارعة :

يتكون عقد المزارعة من طرفين هما المؤجر و المستأجر.

المؤجر : يحصل التراضي في عقد المزارعة بين المؤجر و المزارع و هو المستأجر و لا يشترط أن يكون المؤجر مالكا، بل يكفي أن يكون صاحب حق انتفاع أو حائز لملك غيره أما بالنسبة لإنشاء الوقف فيشترط لصحته أن يكون المحبس أو الواقف مالكا حسب ما يتضمنه القرار رقم 198940 صادر بتاريخ 2001/04/25 عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا : ((من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا . و حيث أنه لما كان الثابت في قضية الحال أن المحبس الأصلي كان قد باع القطعة الأرضية محل الحبس فإن القضاء بعدم شرعية عقد الحبس يعد تطبيقا صحيحا للقانون)) [74] ص 323... 325 .

المستأجر : يشترط وجوبا أن يكون المستأجر مزارعا ، و إن كانت المزارعة تنصب على أرض موقوفة حسب المشرع الجزائري .

و منه نستنتج أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الوقفية هو حق قابل للنقل و التنازل إذ يجوز التصرف فيه ، دون أن يمتد حق التصرف ليشمل ملكية العقار الموقوف حسب نص المادة 17 من قانون الأوقاف 10/91 [124] ص 292... 295 ، لذلك كان عقد المزارعة من العقود التي يكون محلها حق انتفاع يخول للمزارع حق استغلال الأرض الزراعية الموقوفة .
لكن و رغم ذلك يبقى هذا العقد يثير الكثير من التساؤلات أهمها .

التساؤل الأول : هل يجوز التأجير من الباطن في عقد المزارعة ما دام أن حق الإنتفاع الذي يمارسه المستأجر على أراض الوقف هو حق دائم و مؤبد يجوز التنازل عنه و نقله ؟ علما أن الإيجار الزراعي و خاصة الإيجار من الباطن محصور عند المشرع الجزائري عندما يتعلق الأمر بأراضي فلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، و إلا ترتب على ذلك إسقاط حق الإنتفاع الممنوح هذا ما يقضي به نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 51/90 المؤرخ في 1990: ((يمكن الحكم بفقدان الحقوق على كل جماعة المستغلين أو كل مستفيد فردي يصدر عنها ما يلي : إيجار الأراضي مهما كان شكل الصفقة و شروطها)) [14] ص 150 ، باستثناء مراعي القش حسب نص المادة 54 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 .

للإجابة على هذا التساؤل نقول ، أنه ما دام أن عقد المزارعة هو عقد إيجار فلاحى و قياسا على أحكام عقد الإيجار الخاصة بالأراضي الزراعية التي لا يجوز فيها الإيجار من الباطن ، نرى أنه من الضروري تطبيق ذات الحكم على أحكام عقد المزارعة و بالتالي لا يجوز الإيجار من الباطن سيما و أن حظر الإيجار من الباطن له مبرراته أهمها القضاء على الوساطة و المضاربة في استغلال الأرض الزراعية ، كما أن شخصية المزارع تكون محل الاعتبار و قد لا تراعى في الإيجار من الباطن

هذه المسألة . و من أجل سد مثل هذا الفراغ التشريعي ، كان على المشرع أن ينظم أحكام المزارعة تنظيماً محكماً ينص من خلاله على بطلان المزارعة من الباطن ، ليكون ذلك بمثابة قيد يرد على استغلال الأرض الزراعية الموقوفة ، حتى يضمن عدم تعارض الأحكام المنظمة للأراضي الزراعية بين ما هو وارد في قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و ما تضمنه قانون الأوقاف رقم 10/91 و كذا القوانين المعدلة له .

أما التساؤل الثاني : هل يجب أن يرد عقد المزارعة في شكل رسمي ، أم يكفي أن يكون في شكل عقد عرفي ؟ . مع العلم أن المادة 55 من قانون التوجيه العقاري تبطل المعاملات العقارية التي تنصب على أراضي فلاحية التي لا تكون في شكل عقود رسمية.....)) ، و كل معاملة تمت خرقاً لأحكام المادة 55 تكون باطلة و عديمة الأثر حسب ما تقضي به نص المادة 56 من قانون التوجيه العقاري . بما في ذلك عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن 12 سنة حسب نص المادة 17 من أمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري [63] ص 204 بنصها : ((إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف و لا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها)).

للإجابة على هذا التساؤل تكون قياساً على ما تخضع إليه الأراضي الفلاحية من أحكام خاصة بتقييد المعاملات العقارية التي ترد عليها ، و نرى من الضروري إفراغ عقد المزارعة في شكل رسمي مادام أنه يرد على أرض زراعية و قفية ، ضماناً لتجانس الأحكام المنظمة لعقود الإيجار و كذا النصوص التشريعية الخاصة بها ، تفادياً للتعارض و التناقض من تشريع و آخر .

كما يبقى عنصر الاستغلال أو الإدارة غير واضحة في هذا النوع من العقود عند المشرع الجزائري و لسنا ندري لمن تثبت إدارة الاستغلال الزراعي ، فهل هي من حق المؤجر أم المستأجر . ذلك أن القانون الفرنسي مثلاً كان يعطي حق الإدارة و الاستغلال في عقد المزارعة إلى المالك المؤجر ، و لكن فيما بعد تراجع المشرع الفرنسي عن مبدأ إعطاء الهيمنة في الإدارة و الاستغلال للمؤجر ، إذا خول المزارع سلطة الإدارة و الاستغلال مع إعطاء الطرفين حق تحديد هذه السلطة و تعديلها في اتفاق يبرم بينهما .

أما المشرع المصري يرى أن طبيعة عقد المزارعة تستلزم القول بوجود اشتراك كل من أطراف العقد في الإدارة و الاستغلال و عدم إنفراد أحدهما بذلك [121] ص 336... 337 .

ركن المحل في عقد المزارعة (العين المؤجرة):

استناداً إلى نص المادة 26 مكرر 1 فقرة 2 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم التي تعرف عقد المزارعة : ((.... يقصد به إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصته من المحصول ...)).

و عليه فإن العين المؤجرة في عقد المزارعة يجب أن تكون أرضا زراعية ، بمعنى أن تكون أرضا تنتج محصولا زراعيا دوريا [26] ص 156... 157 ، و تطبيقا لذلك ذهب الفقه الفرنسي إلى أن المزارعة لا ترد على أرض غرست فيها أشجار ليس بقصد اقتسام الثمار الدورية المنتجة من الأشجار و إنما بقصد اقتسام أخشاب الأشجار بعد اقتلاعها [121] ص 338 ، لأن المزارعة ترد على أرض زراعية و إن كان المشرع الفرنسي لا يعترف بالوقف .

أما المشرع المصري فالمزارعة عنده ترد على الأرض الزراعية و المغروسة بالأشجار و من ثم نجده يجمع بين عقد المزارعة و عقد المساقاة ، في حين المشرع الجزائري يفرق بين العقدين باعتبار أن المساقاة عقد يرد على الأرض موقوفة مشجرة ، بينما عقد المزارعة يكون محله أرض موقوفة زراعية.

ركن الأجرة :

لم يحدد المشرع الجزائري الأجرة في عقد المزارعة ، بل تركها لإتفاق الأطراف إذ توزع الغلة بين الطرفين حسب النسبة المتفق عليها ، و إذا هلكت الغلة كلها أو بعضها بسبب قوة قاهرة تحمل الطرفين معا تبعة الهلاك و لا يرجع أحد منهما على الآخر ، و يخضع تحديد ركن الأجرة إلى عدة مسائل ، منها تحديد نصيب المؤجر في المحصول و جزاء مخالفة الإلتزامات، كيفية خصم النفقات و المصروفات.

كل هذه المسائل و غيرها لم يتناولها المشرع الجزائري ضمن النصوص القانونية المنظمة لأحكام المزارعة، و لدراسة هذه المسائل نضطر للبحث عنها في تشريعات أخرى نذكر منها المشرع المصري. الذي يرى أن الأجرة في عقد المزارعة عبارة عن نسبة من المحصول الناتج عن استغلال الأرض تدفع عينا، بحيث يوزع المحصول بين المؤجر و المزارع فيأخذ كل منهما النسبة المتفق عليها ، كأن يأخذ المؤجر الثلث و المزارع الثلثين مثلا. غير أنه لا يجوز الإتفاق على أن تكون حصة المؤجر أكثر من النصف بعد خصم المصروفات، و كل اتفاق يقضي بزيادة نصيب المؤجر عن هذا النصف يقع باطلا و يجب في هذه الحالة خفض حصة المؤجر إلى النصف.

لكن في الإيجار العادي لا يتحمل المؤجر بعد الحصاد تبعة هلاك المحصول، و إنما يتحمل إسقاط الأجرة و إنقاصها إذا هلك المحصول قبل الحصاد .

و يترتب على ذلك أن العقد الذي يتفق فيه على أن يحصل المؤجر على عدد معين من وحدات المحصول كعشرة قناطر من القطن مثلا بغض النظر عما تنتجه الأرض فعلا ، فإن هذا العقد لا يعتبر مزارعة كما لا يعتبر مزارعة العقد الذي يتفق فيه على أن يحصل المؤجر على نسبة من ثمن بيع المحصول ، إذ أن الأجرة في المزارعة يتعين أن تكون نسبة من المحصول ذاته لا نسبة من ثمنه ، فالمؤجر يحصل على نسبته من المحصول و يقوم بالتصرف فيه بمعرفته دون تدخل من جانب المزارع .

و إذا هلك المحصول بخطأ من المؤجر أو المزارع ، كن المخطئ مسئولاً عن تعويض الآخر قيمة ما هلك من حصته ، أما إذا هلك المحصول كله أو بعضه بسبب قوة قاهرة فإن تبعة الهلاك يتحملها كل بمقدار حصته و لا يرجع أحد منهما على الآخر .

أما كيفية توزيع المصروفات بينهما تكون كالتالي :

يتحمل المزارع الترميمات التأجيرية كتطهير القنوات و المصاريف غير الرئيسية و إصلاح آلات الري و الزراعة، أما الترميمات غير التأجيرية كالترميمات الكبيرة و التحسينات اللازمة للأرض و مبانيها و كذلك الضرائب فيتحملها المؤجر .

كما يقوم المستأجر بجميع ما تتطلبه الزراعة من عمل يدوي من خدمة الأرض و الري و التسميد الطبيعي لها و مقاومة الآفات و جمع المحصول ، و تحمله مناصفة مع المؤجر و هو ما تقتضيه الزراعة من مصروفات كسواء الأسمدة الكيماوية و مبيدات الأمراض و الحشرات التي لا تقاوم عادة و كذا تكاليف الري عندما يكون بالآلات الميكانيكية و نفقات تطهير المصارف و القنوات الرئيسية . و يبقى أساس هذا التوزيع هو خدمة الأرض ذاتها و التي تكون على نفقة المالك وحده ، بينما ما يخدم المحصول وحده يتحمله المزارع ، و ما يشترك في الإنتفاع به بين الأرض و المحصول يكون مشاركة بينهما .

علما أنه بالنسبة لثمن المبيدات و تكاليف الري عندما تكون بالآلات الميكانيكية يتحملها كل من المؤجر و المزارع ، لأنها ليست عملاً يدوياً كي يتحمله المزارع وحده [125] ص 376... 377 ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ما هو مشار إليه أعلاه ، و يكون من حق المزارع أن يتمسك بالبطلان في أي وقت ما لم يسقط بمضي خمسة عشرة سنة و له حق استرداد ما أخذه المؤجر زائداً على نصف المحصول ، إذ يعد ذلك من ضمانات حماية المزارع ضد تعسف المؤجر .

ركن المدة في عقد المزارعة :

لم يحدد المشرع الجزائي مدة عقد المزارعة ما إذا كانت بحسب الدورة الزراعية أو لمدة معينة عكس ما ذهب إليه المشرع المصري الذي أخضع مدة العقد لإتفاق الطرفين و إذا لم يتفقا على مدة معينة فتكون المدة هي عبارة عن دورة زراعية سنوية ثم تمتد إلى أجل غير مسمى [121] ص 349... 350. و يبقى تعيين المدة في عقد المزارعة لا تشكل شرطاً لإنعقاد العقد و هنا تطبق أحكام عقد الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني عند المشرع المصري عملاً بنص المادة 563 منه ، فمعنى ذلك أن الإيجار غير المعين المدة يتولى القانون تعيين مدته و هي المدة المعينة لدفع الأجرة ، غير أن العقد في مثل هذه الحالة لا ينقضي بانتهاء هذه المدة بقوة القانون ، بل يجب لإنهاء العقد أن ينبه أحد المتعاقدين على الآخر بالإخلاء قبل انقضاء المدة التي عينها القانون بميعاد معين .

و استثناء من القاعدة السابقة ، إذا كان عقد إيجار مزارعة فإنه وفقا لنص المادة 621 من القانون المدني المصري إذا لم تعين مدة المزارعة كانت المدة دورة زراعية سنوية أي سنة زراعية أو عدة دورات أي عدة سنوات، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي تكون مدة العقد أقل من تسع سنوات [126] ص 169 .
و من جانب آخر ، فلا يوجد حد أقصى لمدة الإيجار الزراعي سوى أن لا يكون العقد مؤبدا تفاديا للخلط بين أحكام هذا العقد و عقد الحكر الذي لا يجوز أن تزيد مدته على ستين سنة .
كما لو كان قصد المتعاقدان هو تحويل منفعة الأرض على وجه التأبيد ، بحيث يكون مثل هذا العقد باطلا. كما ليس هناك تعارض بين صفة التأبيد و انعقاد الإيجار لمدة حياة أحد الطرفين ، إذ يعد العقد في هذه الحالة عقدا مؤقتا ينقضي لا محال بوفاة أحد الأطراف [122] 368... 371 .
مثل هذه الأحكام لا يمكن إسقاطها على المشرع الجزائري ، و لقد سبق و أن أشرنا أعلاه إلى أن المشرع لم يتطرق إلى مدة العقد ، بل اكتفى بتعريف العقد فقط .

* عقد المساقاة :

ينصب عقد المساقاة حول أرض مشجرة حيث يكون العقد كأداة لإستغلال و استثمار الشجر من أجل إصلاحه و العناية به ، على أن تكون الأجرة في هذا العقد جزءا معينا من ثمار الأشجار ، و بهذا الشكل يخضع عقد المساقاة لنفس الأحكام التي تنطبق و عقد المزارعة و التي سبق التطرق إليها ، لكن يبقى فقط جوهر الخلاف بين العقدين هو أن محل عقد المزارعة ينصب حول أرض زراعية غير مشجرة ، بينما عقد المساقاة يكون محله أرضا مشجرة بأشجار مثمرة عند إبرام العقد ، على أن يكون نصيب العامل معلوما بالنصاب و هو مكلف ببذل عناية الرجل العادي [117] ص 156... 166.
و لقد عرفت المادة 26 مكرر 1 الأوقاف المعدل و المتمم في فقرتها الثالثة عقد المساقاة على النحو التالي : ((عقد المساقاة : يقصد به إعطاء الشجر لإستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره)) .
فمن خلال هذا التعريف يمكن ضبط أركان هذا العقد بالموازاة مع عقد المزارعة ، هذه أركان هي أطراف العقد ، المحل ، الأجرة ، المدة ، نتناول هذه الأركان أو الشروط تبعا .

*- أطراف عقد المساقاة :

من خلال نص المادة 26 مكرر 1 فقرة 3 نقول أن طرفي العقد هما المؤجر و المستأجر
المؤجر : إما أن يكون مالكا للأرض المشجرة أو صاحب حق انتفاع أو حائز للأرض
بينما المستأجر : و بخلاف عقد المزارعة لم يشترط المشرع في عقد المساقاة أن يكون المستأجر يحمل صفة مزارع أو فلاح ، و منه نتساءل هل زراعة الأشجار المثمرة و العناية بها لا تتطلب ضرورة توافر صفة الفلاح في مستغلها ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل نرى أن المشرع الجزائري قد أغفل هذا الشرط في مثل هذا النوع من عقد الإيجار الزراعي ، لأن من متطلبات العناية بالأشجار ضرورة توافر صفة الفلاح في المستغل .

و أهم ما يمكن قوله في هذا الصدد أن المشرع الجزائري اكتفى بتعريف عقد المساقاة دون أن يوضح و بشكل دقيق أحكام هذا العقد ، سيما و أنه عقد إيجار زراعي من نوع خاص الشيء الذي يؤدي إلى طرح عدة تساؤلات من بينها :

هل العقد يتطلب الرسمية [126] ص 169 أم لا قياسا على أحكام المعاملات العقارية و ما ينص عليه قانون التوجيه العقاري سيما المادة 55 منه و هل يمكن التآجير من الباطن في مثل هذا النوع من العقود التي تنصب على أشجار مثمرة ؟ .

الإجابة على هذه التساؤلات تكون صعبة أمام هذا الفراغ القانوني ، فهل نخضع أحكام هذا العقد – عقد المساقاة – باعتباره عقد إيجار زراعي إلى أحكام قانون التوجيه العقاري لكونه التشريع المنظم لأحكام الأراضي الفلاحية ؟ أم أنه عقد إيجار من نوع خاص مادام أن محله أرض موقوفة و بالتالي لا يجوز القياس في هذا المجال ؟ .

كل هذه التساؤلات و غيرها تتطلب من المشرع ضرورة الإسراع للتدخل عن طريق إصدار نصوص قانونية تكون كفيلة بالإجابة عن هذه الأسئلة من أجل سد الفراغ القانوني .

*- ركن المحل في عقد المساقاة

عملا بنص المادة 26 مكرر 1 فقرة 03 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم التي تقضي بخصوص عقد المساقاة ((.... يقصد به إعطاء الشجر للإستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من ثمره)) نقول أن محل عقد المساقاة هي أشجار تنتج ثمار دورية ، تقدم لمستأجر بموجب عقد مساقاة من أجل العناية بها عناية الرجل العادي .

لكن التساؤل الذي يثار في هذا الشأن هو هل تتحقق عناية الرجل العادي ، إذا كان هذا الأخير لا يشترط فيه صفة المزارع ؟ للإجابة على هذا السؤال نقول أنه من غير المعقول أن تتحقق عناية الرجل العادي إذا لم يكن المستغل مزارعا ، الشيء الذي أغفله المشرع عند تعريفه لعقد المساقاة و كان من الأجدر أن ينص على ضرورة توافر صفة المزارع كما هو الشأن بالنسبة لعقد المزارعة .

*- ركن الأجرة

الأجرة في عقد المساقاة هي جزء معين من ثمار تنتجها الأشجار ، و لم يبين المشرع بالتفصيل الأحكام الخاصة بتحديد الأجرة بل تركها لإتفاق الأطراف ، على أن توزع هذه الثمار بحسب النسبة المتفق عليها مسبقا ، كما لم يوضح المشرع الجزائري مسألة الجزاء المترتب عند مخالفة الإتفاق و لا

حتى كيفية خصم النفقات و المصروفات ، مكتفيا بنص قانوني وحيد عرف من خلاله العقد فقط ، و هو نفس الحكم الذي ينطبق على عقد المزارعة .

*- ركن المدة في عقد المساقاة

تطرق المشرع إلى تعريف عقد المساقاة بموجب نص المادة 26 مكرر 1 فقرة 3 المشار إليها أعلاه و لم يفصل أحكام هذا العقد سيما ما تعلق بمدة العقد ، علما أن الأصل في تحديد المدة يرجع إلى اتفاق الأطراف . لكن ماذا لو أغفل الأطراف تحديد هذه المدة ، فهل يكون ذلك بحسب الدورات الزراعية التي عادة ما تكون سنوية ، ثم هل يتجدد هذا العقد تلقائيا بعد انتهاء الدورة الزراعية و إذا كان الأمر كذلك فما هي آجال التمديد ؟ .

كل هذه التساؤلات لا توجد لها إجابة قانونية عند المشرع الجزائري ، عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للمشرع المصري الذي اخضع مدة العقد لإتفاق الأطراف ، و في حالة انعدام الإتفاق تحدد المدة بدورة زراعية أو سنوية ثم تمدد إلى أجل غير مسمى باعتبار أن عقد المزارعة يحكم كل من الأرض الزراعية أو المشجرة على حد سواء .

و في الأخير نخلص إلى القول أن هذين العقدين - عقد المزارعة و عقد المساقاة - يردان على أرض زراعية أو مشجرة موقوفة وفقا عاما عملا بأحكام المادة 02/ 02 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم التي تقضي ((.... يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة و تسييرها و حفظها و حمايتها و الشروط و الكيفيات المتعلقة باستغلالها و استثمارها و تنميتها (...)).

أما الأملاك الموقفية الخاصة فيخضع تسييرها و استغلالها لأحكام عقد الإيجار المنصوص عليها في القانون المدني ، بعدما أخرج المشرع الجزائري الوقف الخاص من قانون الأوقاف ليلحقه بقواعد القانون المدني.

- عقد الإيجار الذي يرد على أراضي بور (عقد الحكر) موقوفة وفقا عاما

أتى المشرع بموجب المادة 26 مكرر 02 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم بأحكام خاصة لإستثمار الأرض الموقوفة العاطلة أو البور ، حيث أصبح بإمكان السلطة المكلفة بالأوقاف إبرام عقد الحكر من أجل استثمار و استغلال هذه الأراضي إذ تنص المادة المشار إليها أعلاه على ما يلي :

((يمكن أن تستثمر عند الإقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء / أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام

العقد مع إلتزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الإنتفاع بالبناء / أو الغرس و توريثه خلال مدة العقد)). .

لدراسة أحكام عقد الحكر يتطلب منا ذلك تعريف عقد الحكر أولا ، ثم الأركان المكونة للعقد و أخيرا الأسباب الذي ينتهي بها هذا النوع من العقد .

* - تعريف عقد الحكر

الحكر هو عقد يكسب المحتكر بمقتضاه حقا عينيا يخوله الإنتفاع بالأرض و إقامة بناء عليها أو باستعمالها للغرس أو لأي غرض آخر و ذلك مقابل أجره معينة [30] ص 171 .
هذا التعريف ينطبق إلى حد ما و تعريف المشرع الجزائري لحق الحكر المشار إليه بموجب المادة 26 مكرر 02 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم .

* - أركان عقد الحكر

بعدما عرجنا إلى تعريف حق الحكر و تمييزه عن الحقوق المشابهة له ، نحاول من خلال هذه النقطة تحديد أركان العقد المتضمن هذا الحق و التي تكمن في أطراف العقد ، محل العقد ، الأجرة مدة العقد و أخيرا ركن الشكلية .

أطراف العقد :

طرفا العقد هما المحكر و المحتكر ، فالمحكر هو المؤجر و المحتكر هو المستأجر، إذ يدفع هذا الأخير أجرة سنوية و يستمر منتفعا بالعين سواء للبناء أو للغرس ، و يصبح للمحتكر حق انتفاع يتصرف فيه كيف ما يشاء في حدود العقد المنشئ للحكر ، بهذا المنظور يصبح المحتكر يتمتع بحق عيني يرد على الأرض الموقوفة و حق ملكية تامة يرد على ما يقيمه فوق الأرض من بناء أو أغراس ، كما له أن يتصرف في كل حق على حدا و بصفة مستقلة . فإن باع البناء أو الغرس استوفي الثمن ثم أجرة المثل بالنسبة لحق الحكر ، كما يفى هو الآخر بأجرة الحكر لمالك الرقبة ، أما المحكر فله حق شخصي يتمثل في الأجرة التي يلتزم بها المحتكر [127] ص 130... 131 .

محل عقد الحكر :

طبقا لأحكام المادة 26 مكرر 2 يكون محل عقد الحكر أرضا موقوفة عاطلة أو بورا يكون الغرض منه استثمار هذه الأرض ، حيث تخول السلطة المكلفة بالأوقاف - إذا كان الوقف عاما - إمكانية إبرام عقد الحكر ، من أجل تعمير الأملاك الخربة و إصلاح الأراضي البور ، إذ يلتزم المحتكر بجعل

الأرض صالحة للإستعمال بالعمل على تسوية سطحها أو ردمها ، إذا كانت منخفضة و يظهر المصارف أو ينشئها إذا لم تكن موجودة ، بهذا الطرح يشبه الحكر عقد الأمفتيوز من حيث الوظيفة الإقتصادية [28] ص 827 .

مدة عقد الحكر :

تجيز الشريعة الإسلامية أن يكون الحكر لمدة غير محدودة و في هذه الحالة يكون الحكر مؤبدا [128] ص 286، كما يجوز أن يكون لأجل طويل معين [28] ص 827 .
في حين أن المشرع الجزائري حسب نص المادة 26 مكرر 2 يكون الحكر لمدة معينة تحدد وقت إبرام العقد ، دون أن يحدد في ذلك المشرع لا الحد الأقصى و لا الحد الأدنى لهذه المدة ، كما لم ينص المشرع من جهة أخرى على مدة العقد في حالة إغفال الطرفين تعيين هذه المدة .
و عليه بناء على ما سبق الإشارة إليه لنا أن نتساءل هل عقد الحكر من العقود الطويلة الأجل ؟ و إذا كان الأمر كذلك فما هو حكم العقود التي يتفق فيها الطرفان على أجل جد وجيز ما دام أن مدة العقد تخضع لإتفاق الأطراف ؟ .

مثل هذه الإشكالات و غيرها تفادتها بعض التشريعات العربية منها التشريع المصري الذي نص بموجب المادة 999 من القانون المدني أنه : ((لا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، فإذا عينت مدة أطول أو أغفل تعيين المدة اعتبر الحكر معقودا لمدة ستين سنة)) ، و بناء على ذلك لا يجوز تأبيد الحكر و لا تحديد مدته بأكثر من ستين سنة [28] ص 827... 828 .

كما أن المادة 26 مكرر 2 من قانون الأوقاف المعدل و المتمم يكتنفها الغموض و عدم الدقة في تحديد مدة العقد ، بالإضافة إلى ما يثيره النص من تناقض عند إجازة توريث حق الإنتفاع من غرس أو بناء لورثة المحتكر أثناء مدة العقد مشيرا في ذات الوقت إلى ضرورة مراعاة نص المادة 25 من قانون الأوقاف رقم 10/91 و الذي يعتبر كل تغيير يحدث بناء أو غرسا يلحق بالعين الموقوفة ، دون أن يكون من حق المحتكر بعد انتهاء العقد حق المطالبة بملكية الغرس أو البناء ، هذا موقف مخالف لأغلب الفقهاء الذين اعترفوا بملكية البناء و الغرس المقام من قبل المحتكر و له حق التصرف فيها كيف ما يشاء.

أجرة الحكر :

لما كانت أحكام الحكر مستمدة من الشريعة الإسلامية ، فبالرجوع إلى هذه الأخيرة ، نجد أجرة الحكر هي الأجرة المثل التي يجب أن تساير بالزيادة أو بالنقصان بحسب الزمان و المكان ، كلما بلغ التغيير [128] ص 289... 290 حدا كبيرا زيادة أو نقصانا تبعا لقيمة الأرض الإيجارية أو قيمة الأرض في حد ذاتها . في هذه الحالة ما على المحكر الذي يطالب بزيادة الأجرة إلا أن يثبت زيادة أجرة المثل على

عينا مماثلة للمحكرة تزيد أجرة حكرها عما يدفعه له المحكر ، كما يتعين على هذا الأخير أن يثبت بأن العين المحكرة كانت وقت تحكيرها بحالة تجعلها مختلفة عن العين التي قورنت بها ، و للقاضي حق ممارسة سلطته التقديرية في تقدير أجرة المثل دون رقابة عليه من طرف الهيئة القضائية العليا ، هذا ما أقره المشرع المصري [28] ص 829... 838 .

في حين المشرع الجزائري جعل من أجرة الحكر ثابتة تدفع سنويا و تحدد في العقد ، بهذا الطرح نجدها تأخذ نفس حكم أجرة الأمفيتوز المعروف عند الغرب ، لأنها هي الأخرى ثابتة لا تتغير طوال مدة العقد .

الشكلية :

يعتبر حق الحكر من الحقوق العينية الأصلية ، و منه تعين القول بوجود شهر عقد الحكر و تسجيله حسب ما يقضي به نص المادة 165 من القانون المدني ((الإلتزام بنقل الملكية ، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري)) ، يضاف إلى هذا النص نص المادة 793 من نفس القانون على أنه : ((لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)) ، يكمل هذين النصين نص المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري [63] 204 بنصها : ((كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية)).

و على الرغم من أن المشرع الجزائري و بموجب القانون المدني عدد الحقوق العينية الأصلية من خلال المواد من 674 إلى 881 ، إلا أنه لم يتطرق إلى حق الحكر و لا ربما كان هذا التعداد على سبيل المثال لا الحصر ، لأن حق الحكر عرفه قانون الأوقاف باعتباره تشريعا خاصا .

و لما كان عقد الحكر من العقود الشكلية و جب تحريره في شكل رسمي ، هذا ما تشير إليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، مع ضرورة التقيد بإجراءات الشهر حسب المواد التي سبق التطرق إليها أعلاه و إلا كان العقد باطلا .

* - أسباب انتهاء حق الحكر

اكتفى المشرع الجزائري بالتطرق إلى حق الحكر من خلال نص المادة 26 مكرر 2 من قانون

الأوقاف المعدل و المتمم ، إذ نجد من بين الأسباب انتهائه :

- انقضاءه بالأجل المعين له أو المحدد حسب نص المادة 26 مكرر2 و لم يشير النص إلى المدة الأقصى لممارسة هذا الحق .

- يمكن أن ينتهي الحكر عند عدم دفع الأجرة كما هو مشار إليه في نص المادة 26 مكرر 2 و لم يشير المشرع الجزائري إلى المدة التي تستوجب فسخ العقد بسبب عدم الدفع.

كما نلاحظ أن المشرع استثنى من بين أسباب انتهاء حق الحكر موت المحكر و أقر بالمقابل إمكانية توارث هذا الحق خلال مدة العقد ، و بهذا الشكل يصبح حق المستغل بموجب هذا العقد قابل للتوريث أثناء سريان العقد ، و هو نفس الحكم الذي ينطبق على حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة .

قد يزول حق الحكر بزوال صفة الوقف لأن هذا العقد ينشئ بنشؤه و يزول بزواله ، لكن إذا حدث و أن انتهى حق الحكر بتحقيق أحد الأسباب المشار إليها أعلاه ، فما هي الآثار التي تترتب على ذلك و هل يمكن إسقاط الآثار القانونية الناجمة عن انتهاء عقد الإيجار العادي على حق الحكر ، أم لحق الحكر آثار خاصة ؟ .

للإجابة على هذا السؤال نقول إذا ما حدث و أن انتهى عقد الإيجار سواء بانتهاء الأجل المحدد له أو بوفاة المستأجر ، يلتزم المستأجر برد الأعيان المؤجرة بالحالة التي استلمها فيها ، لكن بالنسبة لحق الحكر إذا حدث و أن انتهى فإن الأعيان التي أقيمت تلحق بالوقف . هذا ما تقضي المادة 25 من قانون الأوقاف بما يلي : ((كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا ، يلحق بالعين الموقوفة و يبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير)).

و عليه فإن أي تغيير يحدثه المستأجر على أرض موقوفة من بناء أو غرس يلحق بالعين الموقوفة و لا يجوز بمفهوم المخالفة للنص تملكه ملكية خاصة من قبل الشخص الذي أقامه و هو الموقف ذاته المتبنى من قبل المحكمة العليا في شكل إجتهاادات قضائية نذكر منها :

- القرار رقم 290875 المؤرخ في 2005/05/18 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا : ((لا يمكن أن يكون للبناءات المشيدة لاحقا على أرض محبسة طابع مخالف لطبيعة الأرض المحبسة)) [74] ص ص 61... 64 .

- القرار رقم 235094 الصادر بتاريخ 2002/10/23 ((تلحق البناية المشيدة على أرض محبسة بجوهر المال المحبس ، و يستمر الحبس قانونا مهما كان مشيد البناية)) [74] ص ص 108... 110.

- القرار رقم 183643 الصادر بتاريخ 1998/11/25: ((و متى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قرروا أن البناء فوق القطعة الأرضية المحبسة لا يعد تصرفا يمس بمقتضيات عقد الحبس ، فإن تعليلهم جاء ناقصا و يتناقض مع عقد الحبس و مع إرادة المحبس مما جعل القرار

المطعون فيه غير معلل و ليس له أساس قانوني . و متى كان كذلك أستوجب النقض (([74] ص 521... 523 .

غير أنه يحق بالمقابل لمن قام بتشديد البنائات المطالبة باسترداد مصاريف البناء في الحالة التي يقدم فيها الدليل الذي يثبت بأنه هو الذي شيدها ، كما له أيضا حق المطالبة بقيمة الأعراس التي أقامها و ليس له حق تملكها لأنها تلحق بملك الوقف و يسري عليها ما يسري على الوقف من أحكام .

2.3.1.3.1.2: التصرفات التي ترد على حق الإنتفاع بالوقف في شكل استبدال

المقصود بالاستبدال هو أخذ عين ثانية مكان الأولى .

ولقد اختلف الفقهاء في جواز التصرف في الأموال الموقوفة ، منهم من ضيقه و منهم من وسعه و منهم من منعه إلا في حالات استثنائية قليلة الوقوع .

من خلال هذه النقطة سوف نتعرض بإيجاز إلى مسألة الإستبدال وفق ما تقره المذاهب الفقهية الأربعة دون أن نغفل موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة .

* موقف المذاهب الفقهية من مسألة الإستبدال

هناك تباين و اختلاف في المواقف من مذهب إلى آخر ، نحاول في هذا المقام أن نتعرض لذلك

حسب الآتي :

* - موقف المذهب الحنفي من مسألة الإستبدال

يعتبر المذهب الحنفي أكثر المذاهب توسعا في مسألة الإستبدال ، لإجازتهم للإستبدال في معظم الأحوال ما دام ذلك يحقق مصلحة سواء كان ذلك من الواقف نفسه أو من غيره ، و سواء كان الموقوف عقارا أو منقولا ، عامرا أم لا .

إلا أن فقهاء الحنفية ليسوا جميعا على نسق واحد في التطبيق ، بل كانت وجهات النظر المختلفة في بعض

المسائل [35] ص 09 تمثلت في ثلاث صور هي :

الصورة الأولى : أن يشترطه الواقف .

الصورة الثانية : أن لا يشترطه و تعطل الوقف كلية .

الصورة الثالثة : أن لا يشترطه و الوقف مع ذلك عامرا إلا أن بدله أفضل منه .

هذه الصور نتعرض إليها تبعا .

الصورة الأولى :

في هذه الحالة يكون الإستبدال شرط من الشروط التي يضعها الواقف سواء كان الإستبدال يقوم به بنفسه أو بواسطة الغير ، لكن في المسألة تباين في الآراء .

الرأي الأول :

هذا الرأي منسوب لأبي يوسف و من تبعه إذ يقر فيه بصحة الوقف و الشرط معا سواء اشترطه الواقف لنفسه أو لغيره ، أما إذا سكت الواقف عن ذكر الإستبدال أو أن يشترط عدم الإستبدال و أصبح الوقف لا ينتفع به أو لا يفي بمؤنته ، ففي هذه الحالة أجازوا الإستبدال لمصلحة الوقف و بإذن من القاضي على اعتبار أن شرط الإستبدال لا ينافي لزوم الوقف و تأييده ، لأن اللزوم و التأييد لا يقومان بعين معينة بحيث يزول الوقف بزوال صفتها. فالغلات المثمرة هي أساس بنيان الوقف و ما دامت غلات الوقف تصرف على التأييد و ما دام الوقف مستمرا في صرف غلاته على مصارفها فهو لزوم أبدي و شرط الإستبدال ينافي هذا الطرح بل إنه و في أكثر الأحوال يكون لزيادة الغلات و منع تضاولها [74] ص 264... 265 و [118] ص 11... 12 . أما إذا سكت الواقف عن شرط الإستبدال في الوقت الذي يكون فيه الوقف عامرا ، فلا يجوز الإستبدال حتى و لو كان بدله أفضل منه لأن الضرورة غير موجبة في هذه الحالة و إذا لم يوجد شرط في الإستبدال ، فلا يملك الإستبدال إلا القاضي الذي يأذن بذلك إذا رأى مصلحة الوقف تقتضي الإستبدال .

في حين إذا كان محل الوقف مسجدا يرى أبي يوسف بعدم الجواز ذلك أن المسجد لا تزول عنه الصفة لأن ملكيته أسقطت لله و الساقط لا يعود [35] ص 266 .

الرأي الثاني : و هو رأي الإمام محمد بن الحسن الشيباني ، بحيث تمثل موقفه في أن الإستبدال لا يجوز لكن الوقف جائز ، بينما شرط الاستبدال باطل لأنه شرط لا يؤثر في المنع من زوال الوقف . و إذا تعلق الإستبدال بالمسجد فلا يجوز ، فإذا خرب أو انهدم فإن موضعه يعود إلى ملك الواقف أو ورثته .

لكن الرأي المفتى به هو رأي أبي يوسف الذي يكاد أن يجمع فقهاء الحنفية على أن الواقف إذا اشترط الإستبدال لنفسه في أصل الوقف يصح الشرط و الوقف معا [118] ص 13 .

الصورة الثانية :

و هي الصورة التي يسكت فيها الواقف عن اشتراط الإستبدال و يصبح الوقف لا يمكن الإنتفاع به كلية كأن لا يحصل منه شيء أو لا يفي بمؤنته . ففي مثل هذه الصورة يرى جمهور الحنفية بجواز استبدال بإذن من القاضي إذا رأى مصلحة في ذلك كأن لا يكون هناك ريع للوقف يعمر به على أن لا يكون البيع بغبن فاحش [118] ص 20... 21 .

الصورة الثالثة :

إذا سكت الواقف عن اشتراط الإستبدال و الوقف عامر، فحسب فقهاء المذهب الحنفي أجمعوا على عدم جواز استبدال الوقف بآخر ، فالواجب عندهم هو إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ، لأن الإستبدال يقيد بشرطان هما : عندما يكون الإستبدال في حد ذاته شرط ، أو عندما يكون الإستبدال لضرورة ، في هذه الصورة ليس هناك ثمت ضرورة ، إذ لا تجب الزيادة فيه بل تبقيه كما كان .

لكن هناك رأي مخالف لأبي يوسف الذي يرى صحة هذه الصورة [118] ص 21... 24 .

و لعل الحالات التي ذكرت هي الحالات التي تتعلق بالإستبدال الذي يكون كشرط يضعه الواقف أو لا يشترطه مع وجود ضرورة تتطلب الإستبدال أو لأن بدله أفضل منه ، ليبقى السؤال الذي يطرح ما الحكم فيما إذا اشترط الواقف عدم الإستبدال ؟ كأن يقول الواقف وفتت أرضي هذه علي بشرط أن لا تباع و لا تستبدل ؟ فبعد هذا الشرط الصريح هل يحق للقاضي أن يستبدل الوقف إذا رأى مصلحة في ذلك مخالفاً بذلك شرط الواقف أم لا ؟ .

للحنفية في هذه المسألة رأيان :

الرأي الأول : لا يجوز للقاضي و لا لغيره استبدال الوقف .

الرأي الثاني : يجوز للقاضي الإستبدال إذا كان فيه مصلحة و هو رأي أبي يوسف و من وافقه من فقهاء الحنفية و العمل بشرط الواقف في هذه الحالة يفوت مصلحة الوقف و بذلك تتعطل مصلحة الموقوف عليهم و القائلين بجواز الإستبدال في الصورة الثالثة قيده بشروط ، بحيث لا يجوز الإستبدال عندهم إلا بتوافرها أهمها :

- أن لا يكون البيع بغبن فاحش، لأن في ذلك تبرع بجزء من الوقف

- أن لا يبيعه القيم لمن لا تقبل شهادته له ، و لا لمن له على القيم دين

- أن يكون البديل عقارا و ليس نقدا .

و يقر الدكتور عبد الله الكبيسي بجواز تغيير هذه الشروط تبعا لتغير أحوال الناس و ظروفهم بما يحفظ

للووقف بقائه و يحقق للمستحقين مصالحهم المشروعة [118] ص 26... 30 .

* - رأي المالكية في مسألة الإستبدال

يفرق أنصار هذا المذهب في مسألة الإستبدال بين الوقف فيما إذا كان منقولا أو عقارا

استبدال الوقف المنقول :

أجازوا الإستبدال إذا دعت إلى ذلك مصلحة على اعتبار أن الأموال المنقولة معرضة للتلف

و الخراب و في استبدالها استمرار و بقاء للوقف ، كالدواب و الثياب . فإذا صار لا ينتفع به يباع

و يشتري مثله مما ينتفع به على الوجه الذي وقف فيه .

استبدال الوقف غير المنقول :

الأصل عند المالكية هو منع استبدال العقار الموقوف ، إلا أنهم أجازوا الإستبدال في حالات الضرورة العامة ، فإذا كان الموقوف عليهم معينين فإن الثمن يدفع إليهم أو إلى المتولي ، أما إذا كان الموقوف عليهم غير معينين كالفقراء و المساكين ، فإن الوقف لا يعوض بثمن و كل ما كان لله استعين ببعضه على بعض [35] ص 268... 269 .

* - رأي الشافعية في الإستبدال

يشدد أنصار المذهب الشافعي في الإستبدال ، و يرون فيه ضياع للوقف و تفريط فيه و مع ذلك فهم كالمالكية يميزون بين وقف المنقول و الوقف على غير المنقول .

استبدال في الوقف المنقول :

إذا كان لا مجال للإستفادة من الوقف بيع الوقف المنقول ليشتري بثمنه ما يكون وقفا مكان الذي أتلّف ضمانا لإستمرار الوقف و عدم انقطاعه و هذا هو الرأي الراجح عندهم .

استبدال في العقار الموقوف

يرون عدم جواز بيع أو استبدال العقار الموقوف و حجتهم في ذلك أن ما تهدم أو خرب من العقار يمكن عمارته و صيانته ، و بالتالي لا يجوز بيعه بخلاف المنقول الذي لا يمكن إصلاحه و صيانته في بعض الحالات كالدواب مثلا مستدلين في ذلك بالحديث الشريف حول وقف عمر [35] ص 49... 50 . يضاف إلى ذلك دليل عقلي مفاده ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه ، لا يجوز بيعه مع تعطيل منافعه [35] ص 270... 271 .

* - رأي الحنابلة في الإستبدال

يقرون بجواز الإستبدال في الأوقاف المنقولة و غير المنقولة ، فإذا خرب الوقف و تعطلت منافعه جاز بيع الوقف أو جزء منه لإصلاح الجزء الآخر .

و إذا تعذر الإصلاح بيع الوقف كله و اشترى بثمنه بدلا منه ليصبح وقفا تلقائيا ، كذا الأمر بالنسبة للأموال المنقولة ، على أن يصرف ثمنه في مثله إن أمكن لأن في إقامة البديل مقامه يكون تأبيدا للوقف و تحقيقا للمقصود .

أما بالنسبة للإستبدال الذي يخص المسجد ، نجدهم يجيزون بيع جزء منه لتعمير بقيته فإذا لم يكن بالإمكان الإنتفاع بشيء منه بيع جميعه و أقيم بقيمته مسجد جديد ، لأن الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض الذي من أجله شرع الوقف [35] ص 272 .

*موقف المشرع الجزائري من مسألة الاستبدال

تطرق المشرع الجزائري إلى مسألة الاستبدال بموجب المادة 24 من قانون الأوقاف ، محددًا بذلك

حالات الاستبدال و هي :

- حالة تعرض الوقف للضياع و الإندثار .
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه .
- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية .
- حالة انعدام المنفعة في العقار و انتفاء إتيانه بنفع قط ، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلاً أو أفضل منه .

ومنه نستطيع القول أن المشرع يجيز مسألة الاستبدال كتصرف يرد على حق الانتفاع بالوقف مقيد بشروط تتمثل في :

- تحقق حالة الضرورة المتمثلة في إتيانه بمنفعة سواء كان الموقوف عقاراً أو منقولاً .
- إثبات حالة فقدان المنفعة بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة و الخبرة .
- لا يجوز الاعتراض على مبادلة العين المحبسة من طرف الموقوف عليه في الوقف الخاص هذا الشرط أقرته الغرفة العقارية للمحكمة العليا بناء على القرار رقم 276314 المؤرخ في 2004/07/21 : ((لا يحق للإناث ، المستفيدات من النفقة المقررة لهن في عقد الحبس الإعتراض على مبادلة العين المحبسة ، ما دام المحبس رخص بذلك للمحبس عليه ، و ما دام الحبس يبقى قائماً)) [74] ص 117... 119 .

و لعل هذان الشرطان نراهما شرطان السابقان كفيلاً بالمحافظة على الأملاك الموقوفة ، بحيث يؤدي عدم الاستبدال إلى جمود في العين الموقوفة و تعطيلها و فيه أيضاً تضييع للهدف الذي من أجله شرع الوقف . هذا عندما يضع الوقف شرط الاستبدال .

في حين إذا نص الواقف أثناء نشوء الوقف على عدم جواز الاستبدال في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يلغي هذا الشرط على اعتباره شرطاً ضاراً بمحل الوقف عندما يصبح خرباً أو بمصلحة الموقوف عليهم عندما يصبح الوقف لا يقدم منفعة ، و في هذه الحالات ينبغي أن يكون الاستبدال بحكم قضائي يستند إلى قرار صادر عن السلطة الوصية ما دام أن اشتراطات الواقف هي التي تنظم الوقف .

2.3.1.2: الإلتزامات

إن الإلتزامات التي تثبت في حق الموقوف عليه تنقرر ، إما لتكريس أو تجسيد الحماية القانونية التي تتمتع بها الأوقاف كعدم جواز التصرف في أصل الملك الوقفي و عدم التعدي على هذا النوع من الأملاك هذه الإلتزامات لا تقتصر على الموقوف عليه ، بل حتى الغير يكون ملزماً بذلك ، و إما أن تكون هذه الإلتزامات كعبء يلقي على عاتق الموقوف عليه لإشراكه مع بقية المستحقين في ذات الحق .
نتطرق إلى البعض من هذه الإلتزامات من خلال ثلاث فروع .

1.2.3.1.2: المحافظة على العين الموقوفة

يلتزم الموقوف عليه أثناء انتفاعه بالعين الموقوفة بالمحافظة عليها ، ليس بغرض ردها إلى مالك الرقبة بعد انتهاء حق الإنتفاع كما هو الحال بالنسبة لحق الإنتفاع في القواعد العامة ، و إنما لكي يتمكن بقية الموقوف عليهم من الإنتفاع بذات الحق هذا من جهة ، وحتى يكون الإنتفاع ضامناً لصفة التأييد التي تلازم الوقف من جهة أخرى . من أجل ذلك يستوجب في الوقف عمارته و إصلاحه ، بحيث اتفق الفقهاء على أن أول واجب يلقي على عاتق الناظر هو القيام بعمارة العين الموقوفة لأن إهمال العمارة و عدم الإصلاح قد يؤدي إلى خراب و هلاك العين الموقوفة ، و بالتالي فوات الإنتفاع بها سواء اشترط ذلك الواقف أم لا و حتى و إن اشترط عدم القيام بعمارة الوقف يكون هذا الشرط باطلاً و لا يلتفت إليه .
نفس الحكم يسري كما لو اشترط الواقف تقديم صرف الغلة بمنافعها على أهلها و ترك الإصلاح أو قدمها عليه ، و السبب في ذلك يعود إلى أن هذا الشرط يتنافى مع الغرض من الوقف الذي يقتضي أن تبقى الأعيان الموقوفة صالحة على الدوام ، و عمارة الأعيان الموقوفة مقدمة على الصرف إلى المستحقين لأنها تؤدي إلى دوام الإنتفاع به . و يكون الإنفاق من أجل العمارة إما من مال شرطه الواقف سواء من ماله الخاص أو من مال الوقف [118] ص 188... 190 ، كما يحق للناظر إدخار قسم من غلة الوقف لصفها عند الحاجة إلى أعمارها أو بتأجير الوقف إذا كان ذلك لا يتنافى مع طبيعة الوقف و إنفاق الأجرة في الإعمار و الإصلاح.

2.2.3.1.2: عدم التعدي على الملك الوقفي

يتحقق فعل التعدي على الملك الوقفي عندما يكون الإستغلال بطريقة مستترة أو تدليسية سواء كان ذلك بفعل الموقوف عليه أو من طرف الغير ، إذ يعتبر هذا الفعل بمثابة جريمة يعاقب عليها القانون .
كما يتحقق التعدي عن طريق تزوير وثائق تثبت الوقف أو بإخفائها ، و هي الحماية الجزائية التي يتمتع بها هذا الصنف من الأملاك لا تخرج عن تلك الحماية المقررة بصفة عامة للأموال حيث تنص المادة 36 من قانون الأوقاف رقم 10/91: ((يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو

تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات ((.

حيث و بموجب هذا النص أقر المشرع الجزائري صراحة بجريمة تزوير محررات أو وثائق و مستندات الملك الوقفي بالرغم من تجريم فعل تزوير الوثائق بشكل عام ، هذه الجرائم منصوص على عقوبتها في القسم الثالث و الرابع و الخامس في الفصل السادس من الباب الأول للكتاب الثالث من قانون العقوبات ، و الملاحظ أن نية المشرع تتجه نحو نص المادة 396 من قانون العقوبات المتعلقة بالتعدي على الأملاك العقارية التي تتراوح عقوبتها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 2000 إلى 20.000 دج .

يقوم بتحريك الدعوى العمومية مدراء الشؤون الدينية عن طريق شكوى مباشرة لوكيل الجمهورية أو في شكل إدعاء مدني طبقا لنص المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية هذه العقوبة هي عقوبة موحدة تشمل كافة أنواع الوقف ، في حين كان ينبغي أن تكون العقوبة أشد إذا ما تعلق الأمر بالأوقاف سيما ذات الطابع التعبدية [30] ص 125... 126 .

في ختام هذا الفصل نقول أن دراستنا كانت منصبة حول الآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع في كل من القانون المدني و التشريعات الخاصة ، هذه الآثار تمحورت حول فكرة الحقوق و الإلتزامات في كل صنف من أصناف حق الإنتفاع ، التي لم تكن من نفس الطبيعة أو لم تكن ذات النطاق و السبب في ذلك يعود إلى الطبيعة الخاصة و المنفردة لكل حق . فإذا كان حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني هو حق مؤقت فإن حق الإنتفاع بموجب قانون 19/87 هو حق مؤبد ، هذه الخاصية التي يتمتع بها كل حق أثرت و بشكل مباشر على فكرة الحقوق و الإلتزامات مما جعلت منها آثار مغايرة و مختلفة .

هذا التأثير أدى إلى التقييد أو التضييق من نطاق حق الإنتفاع الممارس بموجب قانون 19/87 مقارنة مع نطاق حق الإنتفاع في القواعد العامة ، كان مرد هذا التضييق ما تبرره الوظيفة الاجتماعية المنوطة بالملكية العقارية الفلاحية التابعة للدولة التي هي محل الحق ضمن هذا القانون ، و لعل مظاهر هذا التقييد تتجلى من خلال سلطات صاحب الحق . فإذا كان المنتفع في القانون المدني له حق الإستعمال و الإستغلال سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، فإن المستفيد في قانون 19/87 يتمتع هو الآخر بسلطة الإستعمال و الإستغلال لكنها مقتصرة على الشخص ذاته و ليس له حق ممارستها بواسطة الغير في صورة إيجار مثلا ، حتى يضمن المشرع الإستغلال الشخصي و المباشر تجسيدا لمبدأ الأرض لمن يخدمها هذا من جهة ، و حتى يكون التقييد من جهة أخرى بمثابة أداة من أدوات الرقابة التي تمارسها الدولة على المستفيدين باعتبارها مالكة للرقبة .

أما و بخصوص حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية ، فإن الآثار الناجمة عن ممارسة هذا الحق مقارنة بآثار حق الإنتفاع في القواعد العامة ، وجدناها مختلفة في بعض الجوانب و لم يتسنى لنا إبراز وجه المقارنة بينهما إلا بمراعاة أصناف الوقف و أنواعه على اعتبار أن الوقف ينقسم إلى نوعين وقف عام و آخر خاص .حيث اخضع المشرع الأوقاف العامة لأحكام قانون الأوقاف رقم 10 /91 بينما أخرج الأوقاف الخاصة من نطاق هذا القانون و أحقها بالقانون المدني ، لتكون نية المشرع في ذلك هي إخضاع حق الإنتفاع بالأملاك الموقوفة الخاص لنفس الأحكام التي تخص حق الإنتفاع في القانون المدني ، هذه الإحالة نراها إحالة خاطئة ، سيما من حيث الآثار الناجمة عن كل حق و لعل السبب في ذلك يعود إلى ما يلي :

1 - إذا كان المنتفع بحق انتفاع في القواعد العامة ملزما بمجرد محل الحق إذا ما كان يرد على منقول مع تقديم كفالة بشأنه كضمان لمالك الرقبة ، فإن المستحق أو الموقوف عليه إذا ما كان انتفاعه ينصب على منقول لا يجبر على جرده ، بل يكون ذلك من اختصاص الناظر أو السلطة المكلفة بالأوقاف ، كما أنه غير ملزم بتقديم كفالة كضمان لحق مالك الرقبة ما دام أن حق الإنتفاع بالوقف يؤول إلى المستحق في شكل تبرع و لا يلتزم برد الشيء المنتفع به حتى و إن وصل حد الإنتفاع إلى استهلاكه .

2 - حق الإنتفاع المترتب وفقا للقواعد العامة يؤدي إلى تجزئة عناصر الملكية إلى ملكية رقبة و حق انتفاع ، فإذا ما انتهى حق الإنتفاع بانتهاء الأجل أو بموت المنتفع ، كان الإنتهاء في حد ذاته بمثابة السبب الذي يؤدي إلى إعادة تجميع عناصر الملكية و عودة حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة ، مثل هذا الطرح لا يمكن تصوره بالنسبة للوقف ، حيث أن ثبوت الوقف يؤدي إلى تجزئة عناصر الملكية إلى ملكية رقبة و حق انتفاع غير أن هذا الأخير يكون على وجه التأييد.

كما أن ثبوت الوقف يؤدي إلى زوال ملكية الواقف للمال الموقوف و يصبح مالك الرقبة هو الوقف في حد ذاته باعتباره متمتعاً بشخصية معنوية و حق انتفاع لفائدة الموقوف عليهم المحددين في التصرف المنشئ للوقف ، و حتى و إن اعتبر أن حق الموقوف عليه ينتهي بوفاته و لا ينتقل إلى الورثة فإنه لا يؤول الحق إلى الواقف ، بل إلى الموقوف عليهم طبقة تلوى الأخرى ، و إذا انقرض الموقوف عليهم يؤول الوقف إلى الجهة التي تعينها الواقف و بذلك يتحول الوقف من وقف خاص إلى وقف عام و لعل الحكم نفسه يسري على الأوقاف العامة بعد زوال الشخصية المعنوية للجهة الموقوف عليها ، بحيث يؤول الوقف إلى الجهة الوصية المكلفة بالأوقاف و هي وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف .

3 - يقع على عاتق مالك الرقبة التزامات يتحملها في مواجهه المنتفع إذا ما أقر الأول لثاني حق انتفاع على أملاكه في القواعد العامة ، تكمن هذه الإلتزامات في الإمتناع عن بعض التصرفات التي قد تسبب ضررا أو تؤدي إلى التعطيل أو الإنتقاص من حق الإنتفاع إذا ما كانت من دون موافقة المنتفع كالبناء و الهدم أو القيام مثلا ببيع العقار محل الإنتفاع و يبادر المالك بشهر التصرف قبل شهر حق

الإنتفاع ، مثل هذه التصرفات تعترض المنتفع أثناء انتفاعه لكن يمكن تصور وقوعها من ناظر الوقف كونه الممثل القانوني للوقف ما دام هذا الأخير يتمتع بالشخصية المعنوية .

4 – لمالك الرقبة الحق في التصرف في الرقبة عن طريق البيع أو التنازل باستثناء الهبة التي يشترط فيها الحيابة ، في حين لا يجوز التصرف بتاتا في أصل الملك الوقفي بأي شكل من أشكال التصرف .

5 – يستطيع مالك الرقبة أن يستبدل العين محل حق الإنتفاع و يمكن المنتفع من الإنتفاع بها أثناء سريان حق الإنتفاع ، بينما في الوقف لا يجوز تعويض أو استبدال العين الموقوفة إلا في حالات حددها المشرع على سبيل الحصر .

6 – يكون للمنتفع في القواعد العامة دور إيجابي في التحمل ببعض الإلتزامات كالقيام بأعمال و نفقات الصيانة ، بينما المنتفع بالوقف له إلتزام سلبي لا يتحمل مثل هذه النفقات ، بل هي ملقاة على عاتق ناظر الوقف إذ تخصم هذه النفقات من ريع الوقف ثم بعد ذلك يثبت حق المنتفع .

بعد هذا العرض نخلص إلى القول بأنه و رغم الضمانات التي يتمتع بها صاحب حق الإنتفاع المكرس في القانون المدني ، إلا أنه و من الناحية العملية نجد هناك عزوفا عن الأخذ به و لعل السبب في ذلك يعود إلى الطابع المؤقت للحق مما يصعب معه تقدير ثمنه عند التعامل به ، أما الوقف و ما يترتب عليه من حق انتفاع نجده منتشر الوقوع في الدول الإسلامية ، لأنه يدخل ضمن أعمال البر و الخير يكون الغرض منه التقرب إلى الله عز وجل كما يهدف أيضا إلى تحقيق التكافل الإجتماعي إذا ما أحسن استغلاله و تنميته . كما نؤكد في الأخير على أن المقارنة في هذا الفصل كانت تخص الآثار التي تتعلق بحق الإنتفاع بأوجهه المتعددة كأثار مرتبطة بسريان الحق ، أما الآثار التي تنجم عند زوال الحق تنترق إليها من خلال الفصل الموالي .

2.2 : أسباب انتهاء حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة و الآثار المترتبة على ذلك

في الفصل الأول من هذا الباب عرجنا إلى الآثار القانونية التي تترتب على ثبوت حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة تمثلت في حقوق و التزامات التي يتحملها أطراف العقد ، و إن كانت هذه الآثار متفاوتة من نوع لآخر سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع في القانون المدني أو في قانون 19/87 ، بالإضافة إلى نوع آخر من حق الإنتفاع و الذي يخص الأملاك الوقفية المحددة في قانون الأوقاف رقم 10/91 علما أن العلاقة بموجب هذا الحق ليست بعلاقة تعاقدية لأن صاحب حق الإنتفاع ليس طرفا في العقد و رغم ذلك يتمتع بحقوق و يتحمل إلتزامات كان مردها التصرف المنشئ للحق أو ما تتطلبه الحماية القانونية المفروضة على هذا النوع من الأملاك ، لتبقى هذه الآثار ثابتة في ذمة المستحقين ما دام الحق ساري المفعول أو قائما ، و لا يمكن التملص منها أثناء سريان الحق مهما طال مدتة ، غير أنه و لما

كان مآل هذا الحق هو الزوال إذا ما تحققت الأسباب المؤدية إلى ذلك ، هناك ثمة آثار تتجم عن الزوال هي آثار مغايرة عن تلك التي كانت تخص نفاذ الحق .

و لعل الأسباب المؤدية إلى انتهاء الحق أو زواله هي أسباب مختلفة من وجه لآخر ، نحاول و من خلال هذا الفصل البحث في الأسباب التي ينتهي بها حق الإنتفاع في القانون المدني و في التشريعات الخاصة التي حصرناها في قانون 19/87 و قانون الأوقاف رقم 10/91 بغرض تبيان أسباب انتهاء كل نوع من دون إغفال الآثار التي تتجم عن انتهاء كل صنف .

حيث تناولنا في هذا الفصل ثلاث مباحث : خصصنا المبحث الأول لأسباب انتهاء حق الإنتفاع في القانون المدني و الآثار الناجمة عن الإنتهاء ، ليكون المبحث الثاني خاصا بأسباب انتهاء حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية بموجب قانون 19 /87 و كذا الآثار الناجمة عن ذلك ، بينما في المبحث الثالث و الأخير نعرض لأسباب انتهاء حق الإنتفاع بالأموال الوقفية و ما يترتب عن ذلك من آثار .

1.2.2 : أسباب إنتهاء حق الإنتفاع في القانون المدني و الآثار التي تترتب على إنتهائه

ينتهي حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني بجملة من الأسباب تتعلق بطبيعة الحق في حد ذاته منها : انقضاء الأجل و موت المنتفع ، كما قد ينتهي حق الإنتفاع بهلاك الشيء أو بعدم الإستعمال مدة خمسة عشر سنة و هي الأسباب التي كرسها المواد من 852....854 من القانون المدني الجزائري ، يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى لم يرد بشأنها نصوص صريحة و هي تملك حق الإنتفاع بالتقادم و النزول عنه و كذا الإدغام .

و لدراسة هذه الأسباب و الآثار المترتبة عن ذلك خصصنا لذلك مطلبين أساسيين ، نتناول في المطلب الأول أسباب انتهاء حق الإنتفاع ، بينما يكون المطلب الثاني متعلقا بالآثار التي تترتب على انتهاء هذا الحق .

1.1.2.2 : أسباب انقضاء حق الإنتفاع

تطرق المشرع إلى أسباب انتهاء حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني في المواد من 852 إلى 854 ، تتعلق هذه الأسباب بانقضاء الأجل المحدد أو بموت المنتفع و لعل هذا السبب ينطبق و خاصة حق الإنتفاع المكرس بموجب القواعد العامة باعتباره حقا مؤقتا غير دائم [126] ص 177 و بالإضافة إلى هذا السبب ينتهي حق الإنتفاع بهلاك الشيء و بعدم الإستعمال مدة خمسة عشر سنة . هذه الأسباب يمكن إدراجها ضمن الأسباب المنصوص عليها صراحة ، على اعتبار أن هناك أسبابا أخرى ينتهي بها هذا الحق و هي أسباب غير منصوص عليها صراحة كانتهاء حق الإنتفاع بتملكه بالتقادم أو بالنزول عنه سواء كان ذلك بعوض أو بدون عوض ، كما ينتهي حق الإنتفاع

بالإدغام أو بالإدماج و هذا عندما تتوحد صفة مالك الرقبة و المنتفع في شخص واحد يكون إما مالك الرقبة أو المنتفع .

و لدراسة هذه الأسباب سواء تعلق الأمر بالأسباب المنصوص عليها صراحة أو الأسباب غير المنصوص عليها صراحة ، ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص لكل صنف فرعاً .

1.1.1.2.2: أسباب انقضاء حق الإنتفاع المنصوص عليها صراحة

سبق و أن ذكرنا بأن المشرع الجزائري تطرق إلى أسباب انتهاء حق الإنتفاع في المواد من 852 إلى 854 من القانون المدني على اعتبار أنها أسباب منصوص عليها صراحة ، من بين هذه الأسباب نجد ما يتعلق بانقضاء الأجل المحدد أو وفاة المنتفع ، كما ينتهي أيضا بهلاك الشيء و عدم الإستعمال لمدة خمسة عشر سنة .

هذه الأسباب نتعرض إليها من خلال النقاط الثلاث التالية .

1.1.1.1.2.2: إنقضاء حق الإنتفاع بانقضاء أجله أو بموت المنتفع

ينتهي حق الإنتفاع بحلول أحد الأجلين و هما ، إما المدة المحددة له أو بموت المنتفع [129] ص 292 و هذا الحكم يتفق مع ما ذهب إليه الحنفية عند تسليمهم بعدم قابلية حق الإنتفاع للتوريث على اعتبار أن الإرث يرد على المال الموجود عند الموت و المنافع ليست أموالاً عندهم [130] ص 204 . و هو الحكم ذاته المتبنى من طرف المشرع حسب ما تشير إليه المادة 852 من القانون المدني بنصها: ((ينتهي حق الإنتفاع بانقضاء الأجل المعين ، فإن لم يعين أجل عد مقررًا لحياة المنتفع و هو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين و إذا كانت الأرض المنتفع بها مشغولة عند انقضاء الأجل أو عند موت المنتفع بزراع قائم أبقيت للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع بشرط أن يدفعوا أجره إيجار الأرض عن هذه الفترة الزمنية)) .

و بذلك يكون السند الذي أنشأ حق الإنتفاع هو الذي يحدد أجل انتهاء ممارسة الحق و بالتالي ينتهي هذا الحق إذا ما حل الأجل ، أو بموت المنتفع قبل حلول الأجل على اعتبار أن حق الإنتفاع لا يورث ينتهي حتماً بموت المنتفع ، أما إذا لم يشير السند المنشئ للحق إلى الأجل ، اعتبر هذا الحق مقرراً مدى حياة المنتفع .

و لقد أورد المشرع على هذه الحالة استثناء نصت عليه المادة 852 من القانون المدني يتعلق بالأرض التي يكون بها زرع قائم و ينتهي حق الإنتفاع الممارس عليها ، بحيث تترك الأرض للمنتفع أو لورثته إلى حين إدراك الزرع على أن يدفع المنتفع أو ورثته لمالك الرقبة أجره المثل للأرض من وقت انتهاء حق الإنتفاع إلى حين إدراك الزرع ، أما إذا كان حق الإنتفاع مقرراً لعدة أشخاص على

التعاقب ، فلا ينتهي إلا بوفاتهم جميعا لأنه عندما يتوفى أحدهم ينتقل الحق إلى الآخر و هكذا إلى أن يتوفى المنتفع الأخير[19] ص 174 ، أما إذا كان مقررا لعدة أشخاص معا ففي هذه الحالة إذا ما توفى أحدهم انتهى حق الإنتفاع بالنسبة له و بقى قائما بالنسبة للآخرين .

نخلص إلى القول في الأخير أن القاعدة التي تقضي بانتهاء حق الإنتفاع بموت المنتفع هي من النظام العام لا يجوز الإتفاق على مخالفتها ، و كل اتفاق يقضي بمخالفتها هو باطل ذلك لأن حق الإنتفاع يثقل الملكية ، كما يحد من تداول المال و هذا أمر يمس بالمصلحة العامة [130] ص 205 .

2.1.1.1.2.2: إنتهاء حق الإنتفاع بهلاك الشيء

قد ينتهي أو ينقضي حق الإنتفاع بهلاك الشيء طبقا لنص المادة 853 من القانون المدني الجزائري و التي تنص : ((ينتهي حق الإنتفاع بهلاك الشيء إلا أنه ينتقل من شيء الهالك إلى ما قد يقبل قيمته و إذا لم يكن الهلاك راجعا إلى خطأ المالك فلا يجبر المالك على إعادة الشيء إلى أصله و لكنه إذا أعاده رجع حق الإنتفاع إلى المنتفع إذا لم يكن الهلاك بسببه و في هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 848)).

فإذا حدث و أن هلك الشيء المنتفع به هلاكا كلياً، انتهى حق الإنتفاع لإنعدام محله و الهلاك قد يكون ماديا كاحتراق منزل أو انهياره ، و قد يكون قانونا إذا ما نزعت ملكية الشيء للمنفعة العامة . لكن حق الإنتفاع لا ينتهي إذا كان هناك ما يقابل قيمته كتعويض و هذا ما يعرف بالحلول العيني ، أما إذا كان الهلاك قد حصل بخطأ من المالك فإنه يجبر على إعادة الشيء إلى أصله و بالتالي يعود حق الإنتفاع للمنتفع . في حين إذا حصل الخطأ بهلاك المنتفع و أعاد المالك الشيء إلى أصله يلزم المنتفع في هذه الحالة بدفع تعويض إلى المالك ، أما إذا ألزم بإعادة الشيء إلى أصله و حصل ذلك يعود له حق الإنتفاع ، نفس الحكم ينطبق في حالة هلاك الشيء بسبب أجنبي و قيام المالك بإعادته إلى أصله 207 . ص [130]

بعد عرض هذا السبب المؤدي إلى انقضاء حق الإنتفاع يتبين لنا أن المشرع و من خلال نص المادة 853 المشار إليها أعلاه لم يحدد نوع الهلاك المؤدي إلى انقضاء الحق ، فهل هو الهلاك الكلي أم الهلاك الجزئي ؟ علما أن الهلاك الكلي حتما يؤدي إلى انقضاء حق الإنتفاع و حتى الهلاك الجزئي قد يؤدي هو الآخر إلى انتهاء حق الإنتفاع إذا كان الجزء المتبقي لا يصلح الإنتفاع به و عليه كان ينبغي على المشرع أن يصيغ النص صياغة دقيقة ترفع اللبس أو الغموض .

3.1.1.1.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بعدم الإستعمال

تنص المادة 854 من القانون المدني: ((ينتهي حق الإنتفاع بعدم الإستعمال مدة 15 سنة)) بموجب هذا النص يتبين لنا أن حق الإنتفاع باعتباره حق عيني يسقط بالتقدم عند عدم استعماله مدة خمسة عشر سنة [129] ص 92... 193 شأنه في ذلك شأن الحقوق العينية الأخرى باستثناء حق الملكية لأنه حق مؤبد . و قد يوقف التقادم كلما وجد سبب أو عذر يتعذر معه على المنتفع أن يستعمل العين ، كما لو كان المنتفع قاصرا و ليس له ولي أو وصي [16] ص 1250 ، أو قد ينقطع التقادم باستعمال المنتفع أو من ينوب عنه و لو مرة واحدة ، و حتى و لو كان فيه سوء استعمال للحق خلال هذه الفقرة [130] ص 207... 208 ، لكن متى انتهى حق الإنتفاع بعدم الإستعمال عاد الحق إلى مالك الرقبة و سقط حق الإنتفاع بالتقادم المسقط .

2.1.1.2.2: أسباب انتهاء حق الإنتفاع غير المنصوص عليها صراحة

سبق و أن تطرقنا من خلال الفرع الأول من هذا المطلب إلى أسباب المنصوص عليها صراحة لإنهاء حق الإنتفاع تناولها المشرع ضمن أحكام الفصل الأول المتعلق بحق الإنتفاع و حق الإستعمال من الباب الثاني في المواد من 852...854 ، إلا أنه توجد هناك أسباب أخرى لإنهاء حق الإنتفاع لم ترد في ضمن أحكام هذا الفصل المشار إليه أعلاه من بين هذه الأسباب نجد انتهاء حق الإنتفاع بتملكه بالتقادم المكسب أو بالنزول عنه ، كما يمكن أن ينتهي حق الإنتفاع أيضا بالإدغام . هذه الأسباب اعتبرناه من الأسباب غير المنصوص عليها صراحة ليس بالمعنى الفظي للكلمة و إنما عملا بالمبرر المذكور أعلاه ، و لتفصيل محتوى هذه الأسباب خصصنا لها ثلاث نقاط نتناولها تبعا .

1.2.1.1.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بتملكه بالتقادم المكسب

يفترض في هذا الوضع أن شخصا وضع يده على حق الإنتفاع فكسبه بالتقادم أو الحيازة وبهذا يفقد المنتفع الأصلي حقه لا بعدم الإستعمال الذي يجب أن يدوم خمسة عشر سنة ، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بالتقادم حسب ما تشير إليه المادة 827 من القانون المدني التي تنص : ((من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع)) . بل يمكن للغير أن يكسب هذا الحق بتقادم و قد تكون مدته عشر سنوات إذا كان حسن النية و بحوزته سند صحيح ، هذا ما تؤكدته المادة 828 من القانون المدني بنصها : ((إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات...)) .

2.2.1.1.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بالنزول عنه

إن حق الإنتفاع يسقط بنزول المنتفع عن حقه ، و هذا النزول يتم بإرادة المنتفع وحده أو بتوافق إرادتي المنتفع و مالك الرقبة ، فإذا وقع النزول بإرادة المنتفع زال الحق إذ لا يوجب المشرع شكل خاص لهذه الإرادة ، بل يصح أن تكون إرادة ضمنية [131] ص 392 . كأن يبيع مالك الرقبة ملكية العين كاملة بموافقة المنتفع بدون تحفظ من هذا الأخير مما يدل على أن المنتفع قد نزل نزولا ضمنيا عن حق الإنتفاع، و تبعا لذلك لا يجوز للمنتفع بعد أن يصدر منه النزول العدول عنه .

و قد يقع النزول باتفاق بين المنتفع و مالك الرقبة ، في شكل تبرع من جانب المنتفع ، كما يكون الإتفاق معاوضة إذا ما قدم مالك الرقبة للمنتفع مقابلا لنزوله عن حق الإنتفاع ، و هو نزول عن حق الإنتفاع و ليس نقلا له ذلك أن هذا الأخير ليس بحاجة إلى أن ينتقل له حق الإنتفاع ، بل يكفي أن ينزل المنتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة .

أما إذا كان حق الإنتفاع مترتبا على عقار ، فإن النزول عنه لا يحتج به على الغير - كدائن مرتهن لحق الإنتفاع - إلا بعد خضوع التصرف للشكل الرسمي و إتمام إجراءات الشهر حسب المادة 324 مكرر 1 [59] و كذا نص المادة 15 [83] ، مثل هذه الإجراءات القانونية تؤدي إلى صيانة حق الدائن المرتهن أو حقوق الدائنين المرتهنين ، سيما عندما يكون النزول باستعمال الغش قصد الإضرار بحقوق الغير و في هذه الحالة يجوز لدائني المنتفع أن يطعنوا بالدعوى البولصية في نزول المنتفع عن حقه غشا.

3.2.1.1.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بالإدغام

يتحقق هذا السبب (الإدغام) [131] ص 394 بضم الرقبة إلى المنتفع فيجتمع في هذا الأخير صفتا المنتفع و المالك أو العكس عندما ينتقل حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة فيجتمع هنا أيضا في مالك الرقبة صفتا المنتفع و المالك و في الحالتين ينتهي حق الإنتفاع و بانتهائه تثبت الملكية كاملة ، إما للمنتفع إذا انتقلت إليه الرقبة أو لمالك الرقبة إذا انتقل إليه حق الإنتفاع على نحو يعيد إلى المالك سلطاته الكاملة في الإستعمال و الإستغلال و التصرف [131] ص 394 .

و هناك رأي يرى بأن حق الإنتفاع لا ينتهي بالإدغام (أو اتحاد الذمة) لكونه ليس سببا من أسباب زوال حق الإنتفاع و لا يتحقق ذلك في شخص مالك الرقبة ، لأن هذا المالك إذا حصل على حق الإنتفاع معاوضة أو تبرعا اعتبر ذلك نزولا من المنتفع عن حقه ، و بزوال حق الإنتفاع ترجع الملكية كاملة لمالك الرقبة لا بموجب اتحاد الذمة أو الإدغام بل بموجب زوال حق الإنتفاع .

2.1.2.2 : ما يترتب على انتهاء حق الإنتفاع

إذا ما انتهى حق الإنتفاع لأي سبب من الأسباب المذكورة أعلاه ، فأكد أن هناك آثار تترتب على هذا الإنتهاء ، من بين هذه الآثار نجد رد الشيء المنتفع به إلى المالك وكذلك استرداد المبالغ التي يكون المنتفع قد أنفقها كتكاليف تخص الإصلاحات الجسيمة و التي تنشأ من دون خطأ المنتفع ، بالإضافة إلى استرداده لثمن البناءات و الأغراس التي يكون قد أقامها ، لتفصيل أحكام هذه الآثار خصصنا لها ثلاث نقاط نردها تبعا .

1.2.1.2.2 : رد الشيء المنتفع به إلى المالك

معظم الأسباب التي تؤدي إلى انتهاء حق الإنتفاع يترتب عنها عودة ملكية الشيء كاملة إلى المالك و يجب في هذه الحالة أن يقوم المنتفع أو ورثته بررد الشيء المنتفع به إلى المالك ، و قد يكون الرد عينا كما هو الحال بالنسبة للعقار كالدار أو الأرض أو بعض المنقولات كالمتجر و الأسهم و السندات ، أما إذا هلك الشيء كأن احترق مثلا ، فعلى المنتفع أن يثبت بأن الحريق لا يرجع إلى خطأ في جانبه و إلا كان مسؤولا عن التعويض .

إذا ما حدث و أن انتهى حق الإنتفاع بانتهاء مدته أو بموت المنتفع على اعتبار أنه حق لا يورث يلتزم المنتفع عند انتهائه بالتزام أساسي يتمثل في رد الشيء المنتفع به إلى المالك ، حيث يلتزم بررد الشيء ذاته إلى مالك الرقبة ، لأن من خصائص حق الإنتفاع أنه يرد على شيء غير قابل للإستهلاك و هذا حتى يتمكن المنتفع من رد ذات الشيء المنتفع به إلى المالك .

أما إذا هلك الشيء فعلى المنتفع أن يثبت أن الهلاك لا يرجع إلى خطأ منه و إلا كان مسؤولا عن التعويض ، كما أن تأخر المنتفع في رد ذات الشيء المنتفع به بعد انتهاء حق الإنتفاع لا يعفيه من تحمل المسؤولية إذا ما هلك الشيء في يده و لو كان ذلك بسبب أجنبي ، هذا ما تشير إليه المادة 849 المذكورة أعلاه و يستوي الأمر في ذلك سواء طالب المالك من المنتفع رد الشيء أو لم يطالب بذلك [11] ص 912... 913 .

2.2.1.2.2 : المبالغ التي يستردها المنتفع من المالك عند نهاية حق الإنتفاع

قد ينفق المنتفع مبالغ على الشيء المنتفع به فله أن يستردها من المالك عند نهاية حق الإنتفاع من بين هذه التكاليف نجد التكاليف المتعلقة بالإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع و يتحملها هذا الأخير ، كذلك نفقات إعادة البناء الذي تهدم بسبب فجائي أو بسبب القدم . و عليه إذا ما قام المنتفع بإعادة البناء فله أن يسترد هذه التكاليف من المالك عند نهاية حق الإنتفاع [16] ص 1253 .

3.2.1.2.2 : مصير البناءات و الأغراس التي يحدثها المنتفع عند انتهاء حق الإنتفاع

تطبيقا للقواعد العامة في هذه المسألة وجب التمييز بين فرضيتين هما :

الفرضية الأولى :

إذا ما أحدث المنتفع هذه المنشآت من مباني أو غرس بعد حصوله على موافقة من طرف المالك أي مالك الرقبة ، فإنه و في هذه الحالة يعامل معاملة من ينشئ غرسا أو بناءا في أرض الغير و من ثم يمتلك المالك هذا البناء أو الغرس بالإلتصاق على أن يدفع للمنتفع أدنى القيمتين قيمة المواد و أجر العمل أو قيمة زيادة ثمن الأرض بسبب البناء أو الغرس على أن يعيد الأرض إلى أصلها ، هذا ما تقضي به نص المادة 785 من القانون المدني بنصها: ((إذا كان من قام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و إنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد و أجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد من قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعا)) .

و تضيف الفقرة الأخيرة من نفس المادة أنه في حالة ما إذا بلغت هذه المنشآت قيمة بالغة الأهمية مما يرهق كاهل صاحب الأرض في تسديدها ، كان لمالك الرقبة أن يحول ملكية الأرض للمنتفع مقابل تعويض عادل ، حيث تقضي هذه الفقرة الأخيرة : ((غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية و كان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطالب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل)) .

الفرضية الثانية :

إذا ما أحدث المنتفع هذه المنشآت من مباني و أغراس دون رضا المالك فتسري عليه أحكام المادة 784 من القانون المدني التي تنص : ((إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضا صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت ، إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك ، له أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها و يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعا إن كان لا يتعلق بأرض ضررا إلا إذا اختار صاحب الأرض استبقاءها طبقا لأحكام الفقرة السابقة)) .

2.2.2 : أسباب انتهاء حق الإنتفاع بالأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة

و الآثار المترتب على انتهائها

من خلال الدراسة السابقة بينا بأن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، هو حق دائم حسب ما تقضي به المادة 06 من قانون 19/87 .

وبالرغم من صفة الدوام التي يتمتع بها هذا الحق ، إلا أنه يمكن أن يزول و ينتهي إما بالتنازل باعتباره حقا قابلا للتنازل و الحجز ، على أن يشمل التنازل حصة المستفيد التي تتكون من حق الإنتفاع زائد المعدات ، غير أن التنازل في حد ذاته مقيد بجملة من الشروط القانونية يترتب على عدم احترامها بطلان التصرف .

كما يمكن أن يزول و ينتهي حق الإنتفاع عن طريق القضاء ، سيما إذا ما أحل المستفيد بالإلتزامات المفروضة عليه قانونا ، حيث يكون الجزاء المترتب عن الإخلال هو إسقاط حق الإنتفاع عن طريق القضاء بعد إتباع الإدارة جملة من الإجراءات الإدارية .

يضاف إلى هذين السببين سبب آخر ألا و هو القانون ، حيث يكون القانون سببا من أسباب انتهاء هذا الحق ، من بين القوانين نجد قانون التوجيه العقاري الذي أقر بإسترجاع الأراضي التي تم تأميمها بعد أن تتوفر شروط الإسترجاع ، إذ بمجرد استرجاع هذا النوع من الأراضي يزول الحق في الإنتفاع بالأراضي الفلاحية إذا لم يكن بالإمكان تعويضهم بقطعة أرض فلاحية أخرى من دون أن يسقط حقهم في التعويض .

و إذا ما زال حق الإنتفاع ، فمن المؤكد أن هناك جملة من الآثار تترتب على انتهاء الحق هذه الآثار نتطرق إليها بالدراسة ، بغرض معرفة ما إذا كانت ذات الآثار بالنسبة لحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني أم أنها آثار مغايرة .

من أجل ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين : خصصنا الأول لأسباب انتهاء حق الإنتفاع على أن يكون المطلب الثاني متعلقا بالآثار الناجمة أو المترتبة على انتهاء الحق .

1.2.2.2 : أسباب انتهاء حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية

لقد سبق و أن بينا في مقدمة هذا المبحث أن هناك جملة من الشروط ينتهي بها حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة منها : التنازل ، عن طريق القضاء أو بمقتضى قانون .

سوف نتعرض إلى هذه الأسباب من خلال ثلاثة فروع ، يكون الفرع الأول خاصا بالتنازل على أن يكون الفرع الثاني متعلقا بالقضاء كطريق لإنهاء الحق ، بينما في الفرع الثالث و الأخير نتطرق من خلاله إلى سبب آخر من أسباب انتهاء الحق ألا و هو القانون .

1.1.2.2.2: التنازل

إن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية هو حق قابل للتنازل ، على أن يكون التنازل بموجب اتفاق يبرم بين المستفيد و الغير إما بمقابل أو بدون مقابل أي في شكل تبرع .

و عليه نلاحظ بأن حق الإنتفاع بموجب قانون 19/87 هو حق قابل للتقييم عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة لحق الإنتفاع في القواعد العامة ، إذ يصعب تقييم هذا الأخير ما دام أنه حق مؤقت ينتهي بإنتهاء الأجل المحدد أو بوفاة الشخص المنتفع .

من بين النصوص القانونية التي تطرقت إلى تحديد قيمة حق الإنتفاع هذا نجد :

1 - قانون المالية لسنة 2001 [132] الذي تطرق إلى مسألة التعويض عن حق الإنتفاع عندما يكون هذا الأخير محل استرجاع تطبيقا لنص المادة 03 من الأمر المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري وذلك بموجب المادة 42 منه التي تنص : ((عندما يستفيد المالك الأصلي تطبيقا لأحكام المادة 3 من الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995 الذي يعدل و يتمم القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 و المتضمن التوجيه العقاري من تعويض مالي عادل و منصف ، يجب أن يكون التعويض مناسباً للقيمة التجارية للأرض المعنية كأراض فلاحية و يحدد من قبل الوزارات المكلفة بالمالية و الجماعات المحلية و الفلاحة ، و في حالة الإعتراض على نتائج هذا التقييم ، يحدد مبلغ التعويض من قبل السلطة القضائية المختصة كما هو معمول به في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة)) .

2 - مرسوم تنفيذي رقم 06/92 [133] ، إذ بموجبه تم تحديد قيمة التعويض المالي المرتبط بضياع حق الإنتفاع المعني بعملية الإسترجاع لفائدة المستفيدين ، حسب ما تكرسه المادة 03 منه : ((يحدد التعويض المالي المرتبط بضياع الحقوق الحقيقية العقارية التي تمنحها الدولة للمستفيدين الزراعيين المذكورين في المادة 2 أعلاه استناداً إلى :

- قيم للهكتار الواحد المحددة في المادة 4 أدناه
- المدة الفعلية للممارسة الأعمال الزراعية في القطعة المعنية من الأملاك الوطنية
- مميزات الأراضي عند تقويمها
- المنطقة ذات الإمكانية الزراعية كما هي محددة في المادتين 80 و 81 من القانون رقم 33/88 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1988 و المتضمن قانون المالية لسنة 1989)) ، يضاف إلى هذا النص نص المادة 04 من نفس المرسوم التي تطرقت إلى نسب التعويض المتزايدة و التي يتم فيها مراعاة سنوات الإستغلال حيث تنص : ((عملاً بالمادة 3 أعلاه يحدد المبلغ الذي يدفع بمقتضى التعويض لكل مستفيد بتطبيق النسب الآتية :

- شغل للأرض يقل عن 4 سنوات15%
- شغل للأرض من 4 إلى 10 سنوات 30%
- شغل للأرض من 10 إلى 20 سنة 40%
- شغل للأرض يفوق 20 سنة50% ((

كما أخذ هذا بعين الإعتبار في مسالة التعويض طبيعة مميزات الأرض الفلاحية ما إذا كانت مسقية أو غير مسقية ليكون التعويض كالاتي :

منطقة زراعية	مسقية	غير مسقية
أ	3000.00 دج	50.000 دج
ب	225.000 دج	37.500 دج
ج	119.250 دج	19.875 دج
د	15.000 دج	
النخيل : قيمة الوحدة	دقلة نور : 3.000 دج أنواع عادية : 1.500 دج	

جدول رقم 01 [133]

من خلال هذان النصان التشريعيان يتضح جليا أن المشرع الجزائري حدد جملة من المعايير يتم بواسطتها تقييم حق الإنتفاع الممارس على هذا النوع من الأراضي من بين هذه المعايير نجد :

- مدة الإستغلال
 - مميزات الأرض عند تقويمها
- هذه القيمة تتمسك بها الدولة في حالة التعويض الناجم عن الإسترجاع ، في أغلب الأحيان لا يرضى المستفيد بقيمة التعويض مما يدفعه إلى اللجوء للقضاء .
- أما إذا كان التنازل بين المستفيد و شخص طبيعي ممن تتوفر فيهم الشروط المحددة قانونا كانت قيمة حق الإنتفاع تفوق بكثير ما هو محدد قانونا ، هذا ما أدى إلى فتح المجال أمام المضاربة العقارية . و لكي يكون التنازل قانوني يجب أن يستوفي جملة من الشروط جعلت من التنازل في حد ذاته سبب مقيد على خلاف أحكام التنازل في القواعد العامة ، من بين الشروط نجد ما يلي :

1 – أن يكون المتنازل إليه متمتعا بالشروط القانونية المنصوص عليها في المادة 09 و 10 من قانون 19/87 ، بحيث يتم التنازل لعمال القطاع الفلاحي و تكون الأولوية للشباب الذين استفادوا من تكوين فلاح و العاملين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية حسب المادة 24 من قانون 19/87 : ((لا يمكن التنازل عن الحصة إلا لصالح عمال القطاع الفلاحي و تعطى الأولوية في هذا الإطار للشباب الذين استفادوا من تكوين فلاح و للعاملين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية)) ، غير أن الترخيص للعاملين ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية في شراء حصة المستفيد الذي يريد التنازل عن حقه يتعارض مع المادة 9 من 19/87 التي لا تسمح للمستفيد بالحصول على أكثر من حصة واحدة .

- 2 - تتقدم الدولة لشراء حق الإنتفاع بممارسة إجراء الشفعة باعتبارها مالكة للرقبة
- 3 - يجب أن يشمل التنازل حصة المستفيد ككل بمعنى لا يقتصر التنازل على حق الإنتفاع من دون أن يشمل المعدات ، لأن حصة المستفيد تتشكل من حق الإنتفاع و المعدات .
- 4 - يجب أن ينال المتنازل إليه رضا بقية أعضاء المستثمرة مسبقا باستثناء الدولة و العاملين في المستثمرة الفلاحية الجماعية .
- 5 - التغيير الذي يطرأ على المستثمرة بموجب التنازل يجب أن يثبت بعقد رسمي
- 6 - أن يكون التنازل خلال المدة المحددة قانونا و هي 5 سنوات بموجب قانون 19/87، علما أن هذه المدة ألغيت تماما بعد صدور الأمر المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري .
- و منه نستنتج أن شروط التنازل تبقى مقصورة على هذا الصنف من حق الإنتفاع ، و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على حرص المشرع على فرض حماية قانونية لهذا النوع من الأراضي حتى لا تكون عرضا للضياع .
- في الواقع هذه الشروط لم تحترم و تم التنازل لفائدة أشخاص لا تتوافر فيهم الشروط المحددة قانونا ، أو تم التنازل من دون إخطار الجهة المخولة قانونا لممارسة حق الشفعة و في أحيان أخرى و بالرغم من الإخطار لم تمارس هذه الجهة إجراء الشفعة ، مما أدى إلى ضياع العديد من الأراضي ذات الوجهة الفلاحية .

2.1.2.2.2: إسقاط حق الإنتفاع عن طريق القضاء

لا يمكن التحدث عن الإسقاط القضائي لحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، إلا بعد مراعاة جملة من الإجراءات القانونية حسب ما توكده المادتين 28 و 29 من قانون 19/87 . هذه الإجراءات تنقسم إلى نوعين هما إجراءات متبعة في حالة إخلال الجماعة كلها بالتزاماتها ، و إجراءات التتبع في حالة إخلال أحد أعضاء المجموعة بالتزاماته .

و عليه نحاول من خلال هذا الفرع التطرق أولا إلى الإجراءات المتبعة لإسقاط حق الإنتفاع في حالة الإخلال بالالتزام ، ثم في النقطة الثانية نتطرق إلى القضاء المختص بمسألة إسقاط الحق .

1.2.1.2.2.2: الإجراءات المتبعة لإسقاط حق الإنتفاع عند الإخلال بالالتزامات

لقد سبق و أن بينا بأن الإجراءات المتبعة لإسقاط حق الإنتفاع تنقسم إلى قسمين :

إجراءات تمارس في الحالة التي يكون فيها الإخلال بالالتزامات جماعيا أي من قبل كل أعضاء المستثمرة ، و إجراءات يقتصر تطبيقها عندما يكون الإخلال بالالتزام من طرف أحد الأعضاء أو مجموعة من الأعضاء ، هذه الإجراءات نتطرق إليها تبعا .

- الإجراءات المتبعة في حالة إخلال أعضاء المستثمرة بالالتزامات المفروضة

تطبيقاً لنص المادة 05 من المرسوم 51/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلقة بتطبيق المادة 28 من قانون 19/87 ، وكذا المنشور الوزاري المشترك رقم 329 المؤرخ في 17/06/1990 المتضمن كليات إتباع الإجراءات القانونية لإسقاط الحقوق [134] يجب و قبل رفع الدعوى القضائية لإسقاط حق الإنتفاع إتباع جملة من الإجراءات الإدارية ، حيث يعهد لأعوان المصالح التقنية للفلاحة المعينين من طرف الوالي المختص إقليمياً مهمة البحث عن المخالفات و حالات الإخلال بالواجبات سيما عندما يتعلق الأمر بالأفعال التالية :

- 1 الإيجار الأراضي مهما يكن شكل الصفقة و شروطها
- 2 تحويل الأراضي عن وجهتها الفلاحية
- 3 التخلي عن جزء من الأراضي المخصصة لفائدة الغير
- 4 تخصيص مباني الإستغلال الفلاحي لأعمال لا صلة لها بالفلاحة
- 5 عدم المساهمة المباشرة في أعمال الإنتاج أو التسيير في المستثمرة
- 6 تعمد عدم استغلال الأراضي عند توفر الشروط و الوسائل اللازمة لذلك .

عند تحري هؤلاء التقنيين من وقوع مثل هذه المخالفات يقومون بإعداد تقرير يتضمن المخالفات لمرتبكة من قبل هؤلاء المستفيدين ، يحول التقرير إلى الوالي بعد ذلك تتكون لجنة للإستماع إلى المنتجين المعنيين ، على أن يوجه إلى هؤلاء إنذار يتضمن آجال للعدول عن مثل هذه الأفعال يكون متفقا و طبيعة المخالفة .

بعد انتهاء المدة المحددة في الإنذار مع الإستمرار في المخالفة ، يقوم المحضر التابع للمحكمة الواقعة بدائرة اختصاصها المستثمرة بتعيين المخالفة و تبليغها إلى الوالي و المستفيدين ، ثم يمهلهم الوالي أجل للرد مدته 15 يوما ، فإذا لم يتلقى الوالي الرد أو كان الرد يتضمن أسباب غير جدية يقوم هذا الأخير برفع دعوى قضائية أمام الجهة المختصة للنظر في إسقاط الحقوق و التعويض عن الأضرار المتسبب فيها و هو ما تقضي به المادة 08 [39] . هذا ما يتعلق بالمخالفات المرتكبة من طرف المستفيدين، فماذا عن التعدي الذي يكون بفعل مؤسسات عمومية أو هيئات إدارية يحكمها القانون العام ؟.

مثل هذا التعدي يعد أخطر من اعتداء الخواص ، بحيث قامت في السنوات الأخيرة تجاوزات خطيرة استهدفت الوعاء العقاري الفلاحي و المملوك للدولة من طرف البلديات ، رغم أن البلدية لا تملك حق التصرف في هذه الأراضي ، باعتبارها ليست مالكة للأرض و لم يخول لها المشرع أي حق للتدخل في تسييرها ، بحيث مس الإعتداء جزء من أراضي المستثمرات الفلاحية بتجزئتها ، ثم بيعها

للخواص للبناء فيها أو إنجاز بناءات من طرف البلدية نفسها خارج تطبيق أدوات التهيئة و التعمير ، أو بتواطؤ من المستفيدين الذين وقعوا لرئيس البلدية على تنازل غير مشروع مقابل الحصول على قطعة أرض معدة للبناء ، و لم تتدخل السلطات المكلفة بحماية الأراضي الفلاحية في تلك الفترة ، رغم ترسانة التعليمات التي صدرت في هذا المجال من أجل المحافظة على الطابع الفلاحي لهذه الأراضي [64] ص 184 .

– الإجراءات المتبعة ضد أحد أو بعض الأعضاء

إن الإجراءات المتبعة ضد أحد أو بعض المستفيدين تتمثل في الإشعار المسبق للهيئة الإدارية المختصة و هي الولاية حسب المادة 2/03 من المرسوم التنفيذي رقم 51/89 المؤرخ في 18 أبريل 1989 المتعلق بتطبيق المادة 29 من قانون 19/87 [135] ، لما كانت المستثمرة الفلاحية الجماعية تتمتع بالشخصية المعنوية على اعتبار أنها شركة مدنية [136] ص 41 و يكون المنتدب لإدارتها هو الشخص المؤهل لممارسة هذا الإجراء ، في هذا الإطار تضمن مشروع الإتفاقية المتعلقة بتنظيم التسيير الداخلي للمستثمرة الفلاحية الجماعية في مادته الرابعة إجراء يتمثل في الرجوع إلى هيئة تحكيم ودية لا سيما الإتحاد الوطني للفلاحين الجزائريين [29] ص 23 .

2.2.1.2.2.2: القضاء المختص بإسقاط حق الإنتفاع

إذا ما تم مراعاة الإجراءات المنصوص عليها أعلاه و استمر المستفيد أو المستفيدين في المخالفات المنوه عنها قانون ، تقرر الحق في رفع دعوى قضائية للمطالبة بإسقاط حق الإنتفاع والتعويض عن الأضرار التي قد تلحق ببقية الأعضاء أو لفائدة الدولة .

لكن ما هي الجهة القضائية المختصة ؟ . يتحدد الإختصاص القضائي في إسقاط الحق بالنظر إلى

أطراف النزاع ، و هما إما جهات القضاء العادي أو جهات القضاء الإداري .

- القضاء الإداري : قبل إلغاء قانون الإجراءات المدنية كانت المادة 07 منه تسند الإختصاص لجهات القضاء الإداري ، إذا ما كان أحد أطراف المنازعة شخص معنوي عام كالولاية مثلا كانت المنازعة منازعة إدارية و من ثم يؤول الإختصاص فيها للغرف الإدارية التي حلت محلها المحاكم الإدارية بموجب القانون رقم 02/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 [137] ، إلا أن المادة 07 مكرر من نفس القانون تضمنت استثناءات أهمها ما تعلق بعقود الإيجار الفلاحية ، بحيث و على الرغم من وجود الإدارة العامة كطرف في هذا النزاع تعتبر المنازعة منازعة عادية يؤول الإختصاص فيها للقضاء العادي و ذلك عندما تقوم الإدارة بإفراغ القرار الإداري في صورة عقد إداري يتضمن منح حق الإنتفاع يمارس على أراضي فلاحية تابعة ملكيتها للدولة ، إذ يكيف العقد على أنه عقد

إيجار لذلك يمكن للمحاكم أن تنظر في هذا النزاع على اعتبار أن القاضي العادي هو المختص بتطبيق قواعد القانون الخاص ، سيما أحكام القانون المدني المنظمة لعقود الإيجار ، و تبعا لذلك لا يؤول الإختصاص للقضاء الإداري لأن القاضي الإداري يختص بتطبيق القانون العام (القانون الإداري) لهذا السبب أسند المشرع الإختصاص في المنازعات المتعلقة بعقود الإيجار الفلاحية للقضاء العادي . غير أنه و بعد إلغاء أحكام الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بموجب المادة 1064 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الذي دخل حيز النفاذ سنة بعد صدوره حسب المادة 1062 منه و تم إسناد الإختصاص في المنازعات المتعلقة بعقود الإيجار الفلاحية التي يكون أحد الأشخاص المعنوية طرف فيها كالولاية إلى جهات القضاء الإداري .

هذا ما يتبين من مفهوم المخالفة لنص المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لتبقى المحاكم العادية مختصة بالمنازعات التي تتعلق بمخالفات الطرق أو الدعاوى الخاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبات تابعة لأحد الأشخاص المعنوية العامة .

هذا التعديل نراه تعديل غير صائب لأنه يقحم القاضي الإداري و هو بصدد الفصل في المنازعة التي يكون موضوعها عقد إيجار فلاحى ، إلى تطبيق أحكام عقد الإيجار المنصوص عليها في القواعد العامة (القانون المدني) ، و هو ما يتناقض مع قواعد نظام القضاء المزدوج لأن من دعائم هذا الأخير أن يختص القضاء العادي بتطبيق قواعد القانون الخاص باعتبارها قواعد عادية تحكم المنازعات العادية ، أما القضاء الإداري فينفرد بتطبيق قواعد القانون العام (القانون الإداري) التي تحكم المنازعة الإدارية و هذا العيب الذي وقع فيه المشرع كان نتيجة تبنيه المعيار الشكلي في تحديد المنازعة الإدارية الذي لا يخدم طبيعة النظام القضائي المنتهج ألا و هو نظام القضاء المزدوج . لكن وقبل صدور القانون رقم 09/08 عرفت مسألة إسقاط الحقوق الكثير من الجدل حول من يملك هذه السلطة في إسقاط حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية ، هل هي من اختصاص القضاء ؟ أم يمكن للوالي أن يمارس هذه السلطة ؟ .

حيث و قبل تأسيس مجلس الدولة الذي يعتبر أعلى هيئة قضائية إدارية ، كانت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا آنذاك تسند مسألة إسقاط الحقوق للقضاء بناء على القرار رقم 117969 صادر بتاريخ 1997/07/06 [138] ص 148... 151 ، و اعتبرت مثل هذه العمليات لا تستند إلى أي نص قانوني يخول للإدارة هذا الحق ، لأن الأمر يتعلق بمنح جزء من الأملاك الخاصة التابعة للدولة و التي لم يخول المشرع للإدارة حق استعمال صلاحيات السلطة العامة بالتعامل فيها . و بعد صدور الأمر رقم 26/95 المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري الذي تزامن و القوانين التي عملت على تأسيس نظام القضاء المزدوج في الجزائر على رأسه مجلس الدولة اعتبر مسألة إسقاط

حقوق المستفيدين من اختصاص الوالي إذا لم يشهر العقد الإداري أو لم يكن محل إجراءات تسجيل و شهر عقاريين تطبيقاً لنص المادة 06 من الأمر رقم 26/95 بناء على القرار رقم 7764 المؤرخ في 2003/02/04 الصادر عن الغرفة الثالثة لهذه الهيئة القضائية (مجلس الدولة) [139] ص 141... 143.

في حين نجد أن المادة 08 من المرسوم رقم 51/90 المذكور أعلاه تنص صراحة على أنه عند ثبوت المخالفة واستمرارها رغم الإنذارات الموجهة إلى المنتج ، تجعل سقوط حقوق المستفيد من اختصاص القضاء . و بالتالي نخلص إلى القول بأن الإجتهد القضائي لمجلس الدولة و المكرس بموجب القرار رقم 007260 المؤرخ في 2004/02/10 الذي يسند مسألة إسقاط الحقوق للوالي في حالة انعدام عقد إداري مشهر في قضية بين (ب.ت) و والي ولاية مستغانم علماً أن وقائع القضية لا تتعلق بعمليات الإسترجاع التي تضمنها الأمر المعدل و المتمم لقانون التوجيه العقاري رقم 26/95 مفاده : ((.....حيث أن هذا المقرر أبطل بموجب مقرر آخر اتخذه والي مستغانم تحت رقم 1327 بتاريخ 1997/06/16 بسبب أن المستأنف قد توبع أمام المحكمة الجنائية بتهمة الإرهاب و بالتالي فقد أهمل قطعه الأرضية ، حيث أن المستأنف يلتمس إبطال المقرر رقم 1327 إستناداً إلى المواد 4 و 5 و 6 و 7 و 8 من المرسوم رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 28 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية إستغلال الأراضي الزراعية التابعة للأمالك الوطنية و تحديد واجباتهم .

حيث أن المستأنف عليه من جهته يصرح بأن المقرر المؤرخ في 1988/01/12 رقم 120 لم يتبع بعقد إداري مشهر المنصوص عليه بموجب المادتين 12 و 33 من القانون رقم 19/87 المذكور آنفا . حيث فعلاً فإنه لم يحرر أي عقد بشأن المقرر رقم 120 بالنتيجة فإنه لم يكن محل إجراء الشهر .

حيث أن مقرر والي مستغانم المطعون فيه بالإبطال غير مشوب بتجاوز للسلطة . حيث بالفعل فإن الوالي المختص إقليمياً يملك صلاحية النطق بسقوط حقوق المستفيدين عندما لا يكون العقد الإداري محل إجراءات تسجيل و شهر عقاريين و ذلك طبقاً للمادة 06 من الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 المعدل و المتمم للقانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/08 المتضمن التوجيه العقاري)).

هذا اجتهاد نراه و حسب وجهة نظرنا إجتهاد خارق للقانون وذلك لعدة أسباب أهمها :

1 - هذا الإجتهد خارق لنص المادة 08 من المرسوم رقم 51/90 المذكور أعلاه صراحة علماً أن الإجتهد القضائي يأتي لمعالجة الفراغ القانوني ، في مثل هذه الحالة لا يوجد هناك فراغ قانوني عملاً بالمبدأ الذي يقضي بأنه لا اجتهاد مع النص .

2 - المادة 06 من الأمر رقم 26/95 المذكور سابقا في فقرتها الأخيرة تسند للوالي سلطة إذا لم يكن عقد الإستفادة مشهر عندما يتعلق الأمر بإسرتجاع الأراضي المؤممة و المتبرع بها ، في غير هذه الحالة لا يجوز للوالي إلغاء قرار الإستفادة ، سيما عندما يتعلق الأمر بالإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق المستفيدين بموجب قانون 19/87 .

حيث تكون مسألة إسقاط الحقوق من اختصاص القاضي تطبيقا لنص المادة 08 من المرسوم رقم 51/90 المؤرخ في 1990/02/06 و المحدد لكيفيات تطبيق المادة 28 من القانون رقم 19/87 ، حيث تنص : ((إذا لم تكن الأسباب المذكورة وجيهة أو لم يصل رد المنتجين الفلاحيين المعنيين ، يرفع الوالي القضية إلى القاضي المختص المكلف بالنظر في سقوط الحقوق العقارية و في تعويض الأضرار المتسبب فيها)) .

3- كان هذا اجتهاد مناقض لإجتهادات المحكمة العليا قبل تأسيس مجلس الدولة باعتباره أعلى هيئة قضائية إدارية ، ذلك أن القرارات القضائية التي كانت تصدرها المحكمة العليا آنذاك كانت تقضي بأن مسألة إسقاط الحقوق هي من اختصاص القضاء و ليس من اختصاص الوالي ، علما أن هذه القرارات صدرت بعد الأمر رقم 26/95 المذكور سابقا و لقد نص المرسوم رقم 50/90 المؤرخ في 1990/02/06 على أن إعداد و تسليم العقد الإداري تتكفل به إدارة أملاك الدولة دون تأخير و لا يؤجل تسليمه إلا في حالة وجود نزاع قضائي حول ملكية الأرض ، و بالتالي فإن أي تأخير في تحرير العقد أين كانت أسبابه تتحمل مسؤوليته الإدارة و لا يمكنها التمسك به لإسقاط حق الاستفادة بإرادتها المنفردة من دون اللجوء إلى القضاء .

4 - تعديل المادة 78 من قانون التوجيه العقاري بموجب الأمر رقم 26/95 حول بموجبها المشرع للوالي سلطة اتخاذ قرار بإلغاء الإستفادة و إسقاط حق الإنتفاع دون اللجوء إلى القضاء إذا كانت الإستفادة بموجب قرار إداري ، علما أن هذه المادة يقتصر تطبيقها على حالة إدماج المستفيدين بعد إرجاع الأراضي الممنوحة لهم لملاكها الأصليين ، بحيث تقضي بأن ((.... و هذا بعد إسقاط الجهة القضائية المختصة حقوق انتفاع المستفيدين ، أو بواسطة قرار الوالي المختص إقليميا إذا لم يتم بعد إخضاع العقد الإداري لإجراءات التسجيل و الإشهار العقاري)) .

5- تنقرر الحقوق بموجب نصوص قانونية ، فلا ينبغي للإدارة أن تعتدي على هذه الحقوق بموجب قرارات إدارية احتراما لقاعدة توازي الأشكال من جهة ، و لا يمكن للإدارة أن تتعدى على حقوق الأفراد بموجب قرارات إدارية إلا إذا تغيرت الأوضاع القانونية من جهة أخرى .

- القضاء العادي : يكون القضاء العادي مختصا في حالة قيام نزاع بين المستثمرة الفلاحية و أحد أعضائها أيا كان نوعه ، سواء تعلق الأمر بإسقاط حق الإنتفاع أو بنزاع حول الأرباح أو بالتنازل عن الحصة أو بتسوية التركة بعد الوفاة .

كذلك الأمر إذا وقع نزاع بين المستثمرة الفلاحية و أي شخص آخر سواء كان شخص طبيعي أو معنوي يحكمه القانون الخاص ، كما لو كان الديوان الوطني للأراضي الفلاحية الذي كما نعلم هو مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري يخضع من حيث قواعد الإختصاص للقضاء العادي .
كما يؤول الإختصاص القضائي لجهات القضاء العادي عندما يتعلق الأمر بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية للمستثمرة أو تعويض ضرر تسبب فيه الغير أو أي نزاع آخر عدا التشكيك في ملكية الأرض .
في كل هذه الحالات ترفع الدعوى باسم المستثمرة الفلاحية و ليس باسم أعضائها كما يحدث في الحياة العملية ، يمثلها النائب بشرط أن تكون المستثمرة قد تم تكوينها فعلا بعد تحرير العقد الإداري المسجل و المشهر بالمحافظة العقارية . و ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها طبقا لنص المادة 32/ 03 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و عند الحكم بإسقاط حق الإنتفاع و التعويض للدولة فإن الهيئة المكلفة بالتنظيم العقاري تحل محل المستفيدين الذين أسقطت حقوقهم طبقا للمادة 62 من قانون التوجيه العقاري تنص : ((تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 24 من قانون 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 المذكور أعلاه .
و تحل زيادة على ذلك محل المستفيدين الذين أسقطت حقوقهم بموجب المادتين 28 و 29 من القانون رقم 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر المذكور أعلاه .)) .

و بالتالي لا تكون هناك تصفية و بيع إلزامي لحقوق جماعة المستغلين المجردين من حقوقهم لفائدة بدلاء ، حسب ما تشير إليه المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 51/90 ، بل توزع على الأشخاص المعنيين بعمليات استرجاع الأراضي المؤممة و المتبرع بها لفائدة الصندوق الوطني للثورة الزراعية و كذا الموضوعة تحت حماية الدولة طبقا لنص المادة 78 من قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 26/95 التي تنص : ((تضمن الدولة الحقوق الممنوحة للمستفيدين في إطار قانون 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1995 المعنيين بعمليات استرجاع الأراضي (...)) [14] ص 182 .

3.1.2.2.2: إسقاط حق الإنتفاع بموجب قانون

في هذا الإطار لا يوجد قانون يعمل على وضع حد لنهاية حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة ، إلا ما تعلق بحالة إسترجاع الأراضي التي منحت في إطار

قانون الثورة الزراعية و تم التنازل عن حق انتفاعها لفائدة المستفيدين و لما ألغي هذا الأخير بموجب قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 و كذا الأمر المعدل له رقم 26/95 ، اعترف المشرع بحق إسترجاع هذه الأراضي من طرف ملاكها الأصليين ، بهذا الشكل يكون قانون التوجيه العقاري و الأمر المعدل له بمثابة سبب لإنهاء حق الإنتفاع لفائدة المستفيدين .
و عليه فإن الأراضي التي كانت محل استرجاع هي الأراضي المؤممة و المتبرع بها أو تلك الأراضي التي وضعت تحت الحماية .

لذلك نحاول تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين ، نتناول في الأولى كيفية استرجاع الأراضي المدمجة في صندوق الثورة الزراعية ، لتكون النقطة الثانية تخص الأراضي الموضوعة تحت حماية الدولة .

1.3.1.2.2.2: كيفية استرجاع الأراضي المدمجة في صندوق الثورة الزراعية

إن عملية الإسترجاع هذا النوع من الأراضي خضعت لجملة من الشروط القانونية وضعها

المشرع تضمنتها المادة 76 من قانون التوجيه العقاري منها :

- 1 – أن تكون الأراضي قد حافظت على وجهتها الفلاحية .
- 2 – أن يكون المالك شخصا طبيعيا يتمتع بالجنسية الجزائرية .
- 3 – أن لا يكون المالك الأصلي قد سلك سلوكا معاديا أثناء حرب التحرير ، و أن لا يكون قد امتلك الأرض عن طريق معاملة مع المعمر أثناء أو بعد حرب التحرير .
- 4 – أن لا يكون المالك قد حصل على أراضي تعويضها أو على مساعدات مالية عمومية من أجل استغلال نشاطات أخرى .
- 5 – أن لا يكون الملاك الأصليين قد استفادوا في إطار القانون رقم 19/87 إلا إذا تخلوا عن هذه الإستفادة .

6 – الإسترجاع لا يعني إلا المالك الأصلي و ورثته من الدرجة الأولى بشرط أن يلتزموا باستغلالها شخصيا و في حدود المساحات المحددة لقدرة الشخص العادي على الإستغلال بها تطبيقا لقانون 19/87 المذكور أعلاه ، و أن لا تؤدي المساحات المقتطع إلى إعادة النظر في فعالية المستثمرة الفلاحية القائمة و بالتالي يكون مستأجر الأرض الفلاحية المؤممة غير معني باسترجاع الأرض هذا ما كرسه الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة بموجب القرار رقم 2457 الصادر بتاريخ 2001/07/09 مفاده :
((.... بقراءة جيدة لهذه النصوص فإن حق الاسترجاع حددته المادتين 76 و 15 من القانون رقم 25/90 و الأمر رقم 26/95 بوضع شروط معينة لتطبيقه منها أن يكون المعني بالأمر مالك أصلي للأرض محل الإسترجاع أو ذوي حقوقه إلا أن هذا الشرط الجوهري أغفله المجلس إذ أن فريق ع ليسوا مالكيين طالما ثابت أن مورثهم كان مستأجر و ليس مالكا...)) [80] ص 191 ...193.

7- أن لا تكون المساحات المعنية قد تم استصلاحها فعليا في إطار القانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 [64] ص 161 ... 162 .

و لقد أكد المشرع في هذا الإطار أن الدولة لا تتحمل أي تعويض ، كما لا تتحمل أي عبء بسبب عدم الإسترجاع إلا إذا تعلق الأمر بأراضي حافظت على طابعها الفلاحي و لكن لم تسترجع لأن ذلك يتسبب في الإخلال بفعالية المستثمرة الفلاحية القائمة التي تدخل ضمنها الأرض . هذا ما يؤكد القرار رقم 113.282 الصادر بتاريخ 1997/02/02 الصادر عن المحكمة العليا : ((.... و لما كان الثابت - في قضية الحال - أن أراضي المدعي الفلاحية التي خضعت للتأميم بموجب قرار متخذ من طرف والي قسنطينة و المؤرخ في 1973/11/08 في إطار الثورة الزراعية قد تم إرجاعها له بموجب قرار متخذ من طرف الوالي مؤرخ في 1991/08/10 تطبيقا للمادتين 75 و 76 و ما يليهما من القانون رقم 25/90 فإن مطالبته بدفع له مبلغ قيمته 535.000 دج الممثل لقيمة وسائل الإنتاج (جرار بسلاسل و آلة بأسطوانة ، محراث ...) المذكورة في قرار التأميم المؤرخ في 1973/11/08 التي لم يسترجعها مع أرضه يعد غير جدير بالقبول و لما قضى قضاة الدرجة الأولى بعدم أحقية المستأنف في التعويض فإنهم طبقوا صحيح)) [140] ص 140 .

يتبين من هذه الشروط أن الإسترجاع ليس حقا و إنما الدولة تمنحه للمالك الأصلي بالشروط التي أقرها المشرع و عدم توفر الشروط لا يترتب عنه أي تعويض ، لكن التعلية الوزارية رقم 118 المؤرخة في 1992/03/29 الموقعة من طرف وزير الفلاحة التي جاءت من أجل تطبيق هذه المادة نصت بخصوص عدم إسترجاع الأراضي إذا كانت موضوع معاملات مع المعمارين أثناء حرب التحرير الوطنية و أمرت بإرجاع الأراضي لأصحابها لكن و بعد صدور الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 و بموجب المادة 76 منه أدخلت عليها تعديلات هامة تمثلت في تمديد حق الإسترجاع للأراضي المتبرع بها لفائدة الثورة الزراعية ، كما أن المشرع كرس حق التعويض للمالك في حالة عدم استرجاع أرضه إما لفقدانها لطابعها الفلاحي بالبناء عليها أو تصنيفها ضمن الأراضي القابلة للتعمير بموجب أدوات التعمير أو بسبب تنازل الدولة عنها في إطار لإستصلاح تطبيقا للقانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 .

كما نلاحظ أيضا أن المشرع من خلال هذه الشروط ألغى القيود المستمدة من إيديولوجية الثورة الزراعية ، كما عدل في الشروط المتعلقة باكتساب الأرض من المعمار و لم ينص سوى على المعاملات التي تمت أثناء حرب التحرير .

غير أن المشرع أضاف شرط غريب و غير معقول يتمثل في عدم استرجاع الأرض إذا ما توفرت شروط اكتسابها بالتقادم من طرف المستفيد ، و هو شرط مخالف للمادتين 831 و 689 من

القانون المدني لأن المستفيدين يحوزون الأرض بموجب سند في حين التقادم يكون كسبب لإكتساب الحق في غياب السند. و منه يمكننا القول أن الإسترجاع هو حق يخول للمالك الأصلي التمسك به و المطالبة بالتعويض في حالة عدم الإسترجاع .

2.3.1.2.2.2: كيفية استرجاع الأراضي الموضوعة تحت حماية الدولة

شملت عملية الإسترجاع بالإضافة إلى الأراضي المؤممة و المتبرع بها ، صنف آخر من الأراضي كانت قد وضعت تحت حماية الدولة تطبيقاً للمرسوم رقم 168/63 المؤرخ في 09 ماي 1963 ، لأنها كانت موضوع معاملات مع المعمرين غير مشروعة خارقة للنصوص التي صدرت بعد الإستقلال التي كانت تقضي بمنع إبرام معاملات مع المعمرين [64] ص 165. مثل هذه الأراضي لم تدمج و بشكل نهائي ضمن أملاك الدولة ، بل بقية تحت حراسة و هو ما يشير إليه القرار رقم 190.339 المؤرخ في 1999/09/29 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا : ((حيث يتبين من خلال مراجعة القرار محل الطعن أن موضوع الدعوى المطروحة أمام القضاة هي الخروج من كل الأملاك العقارية المسترجعة لأصحابها بعد إن كانت تحت وصاية الدولة ثم أعيدت لملاكها المدعى عليهم في الطعن . حيث تأكد القضاة من خلال العقد الرسمي المستظهر به أن كل هذه الأملاك العقارية هي ملك للمدعى عليهم في الطعن و ذكروا في قرارهم وضعها تحت الحماية لا يعني نزع ملكية و إنما حرمانهم من استغلالها مدة وجودها تحت الحماية .

و حيث أن ما أثاره الطاعن حول مدى تطبيق قانون التوجيه العقاري ، فإن هذا القانون متعلق بحماية المنشآت التي أقامها المستفيدون من الأرض المؤممة ، مما جعل كل الأملاك العقارية هي ملك للمدعى عليهم في الطعن .

و حيث أن المجلس رد على الدفع الخاص بالمواد 827 و 828 من القانون المدني بطريقة ضمنية عندما ذكر القضاة بقرارهم محل الطعن أن هذه الأملاك كانت موضوعة تحت حماية الدولة ، مما يستفاد منه أن التقادم لا يحصل في هذه الأملاك ، لأن الحيازة حصلت بفعل الإدارة)) [88] ص 16 .. 17 . في الواقع هذه الأراضي أدمجت ضمن الصندوق الوطني للثورة الزراعية رغم وضوح النصوص القانونية في هذا المجال ، و تصرفت الإدارة فيها كأنها ملك للدولة و تم منحها في إطار قانون 19/87 و كذا قانون 18/83 المتعلق بحيازة الملكية العقارية و أنجزت فوقها مشاريع أفقدتها طابعها الفلاحي . أما فيما يخص شروط استرجاع هذا النوع من الأراضي ، هي تقريبا نفس الشروط التي وضعها بالنسبة للأراضي المؤممة ، بإستثناء شرط التعامل الذي يحول دون استرجاع الأرض هو التعامل الذي تم مع المعمر بعد الإستقلال ، في حين أن الأراضي المؤممة اشترط المشرع أن لا يكون التعامل قد تم أثناء حرب التحرير .

من خلال هذا الإختلاف في الشرط ندرك جليا التناقض الذي وقع فيه المشرع و هو ما يفسر عدم دقة التشريع و عدم تحكم المشرع في الوضعيات التي يقننها ، ذلك أن كل الأراضي الموضوعة تحت الحماية تقريبا كانت موضوع معاملات مع المعمر و هو ما دفع بوضعها تحت الحماية . على أن يكون الإسترجاع خلال أجل شهر يسري ابتداء من نشر القانون لتقديم طلب الإسترجاع و بعد تبليغ الوالي المعنيين بحقهم في الإسترجاع ، فإن لم يتم ذلك تدمج الأراضي المتبقية ضمن الأملاك الوطنية الخاصة ، على أن يتضمن الملف الوثائق المحددة بموجب الموسوم رقم 119/96 المؤرخ في 06 أبريل 1996 .

تطبيقا لهذه النصوص من المفروض أن كل الطلبات يجب أن تقدم خلال سنة 1996 و إلا سقط الحق في المطالبة بالإسترجاع ، و بما أن القرارات الإدارية الفردية لا تكون نافذة في حق الأفراد إلا ابتداء من تاريخ تبليغها ، و لما كانت بالمقابل الإدارة متهاونة ، هذا ما جعل الكثير من الأراضي لم تدرج ضمن أملاك الدولة لأن مثل هذه العملية تتطلب صدور قرارات إدارية تقضي بإدراجها ضمن الأملاك الوطنية مع ضرورة إشهارها في المحافظة العقارية [64] ص 166 ..167.

و منه نخلص إلى القول أنه إذا ما توفرت الشروط المتعلقة بعملية الإسترجاع سقط حق المستفيد في الإنتفاع بالأرض محل الإسترجاع ، و تبعا لذلك تعود ملكية الأرض للمالك الأصلي الذي أمت أرضه على أن يتم تعويض المستفيد من قطعة أرض أخرى فلاحية . بهذا الشكل يكون كل من قانون التوجيه العقاري و الأمر المعدل له قد عملا على وضع حد لإنتفاع المستفيد من أرض فلاحية كانت محل استرجاع ، لكن هذه العملية لم تمر دون أن تخلف آثار ، هذا ما سوف نتطرق إليه بالدراسة من خلال المطلب الثاني لهذا المبحث .

2.2.2.2 : الآثار المترتبة على انتهاء الحق

سبق و أن بينا من خلال المطلب الأول لهذا المبحث أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية ينتهي بعدة أسباب منها التنازل أو القضاء أو بموجب قانون ، إختلاف هذه الأسباب ينعكس و بصفة مباشرة على الآثار الناجمة بعد انتهاء الحق . هذه الآثار نتطرق إليها من خلال هذا المطلب و ذلك بتقسيمه إلى ثلاث فروع ، نتناول بالدراسة في الفرع الأول الآثار الناجمة عن إنتهاء حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية بموجب إتفاق يتضمن التنازل عن الأرض ، ليكون الفرع الثاني خاصا بآثار إنتهاء حق الإنتفاع بموجب حكم قضائي ، أما الفرع الثالث و الأخير نخصه للآثار الناجمة عن إنتهاء حق الإنتفاع الناجم عن عملية الإسترجاع .

1.2.2.2.2 : آثار إنتهاء حق الإنتفاع في حالة التنازل

إذا ما قرر المستفيد التنازل عن حق الإنتفاع ، هناك آثار قانونية تترتب عن التنازل ، من بين هذه الآثار نجد :

- 1 - حلول التنازل إليه محل المستفيد في الحقوق و الإلتزامات ، سواء كان ذلك تجاه بقية أعضاء المستثمرة أو في مواجهة الدولة ، هذه الآثار سبق التطرق إليها من خلال الدراسة السابقة .
- 2 - في حالة التنازل تستطيع الدولة أن تحل محل المتنازل إليه لتمارس حق الشفعة حسب ما تقضي به النصوص القانونية في هذا المجال بواسطة الديوان الوطني للأراضي الفلاحية .
- 3 - كل تغيير يطرأ على المستثمرة الفلاحية سيما ما تعلق بالعضوية ، وجب إثباته بعقد رسمي مرافق لإجراء الشهر .

2.2.2.2.2 : آثار انتهاء حق الإنتفاع عن طريق القضاء

من خلال الدراسة السابقة عرفنا أن حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية إذا لم يحترم المستفيد الإلتزامات المفروضة عليه قانونا ، كان هذا الحق محل إسقاط قضائي بعد أن تتبع الهيئة الإدارية المعنية جملة من الإجراءات و التي لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تباشر سلطتها العامة في إسقاط الحق ، لأن هذا الإختصاص هو اختصاص خوله القانون للسلطة القضائية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 51/90 المشار إليه سابقا .

و عليه إذا ما صدر حكم قضائي نهائي يقضي بإسقاط حق الإنتفاع يكون محله أرض فلاحية تابعة ملكيتها للدولة ، تترتب على الإسقاط آثار قانونية نذكر منها :

- 1 - عودة حق الإنتفاع محل الإسقاط القضائي إلى الدولة باعتبارها مالكة للرقبة ، في هذه الحالة تقوم الدولة بإعادة توزيع هذا الحق على مستفيد جديد يكون من بين المستفيدين الذين كان حق انتفاعهم محل استرجاع ، تطبيقا لقانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المعدل و المتمم ، من أجل تدارك النقص الذي يعترى العضوية في المستثمرة الفلاحية الجماعية بعد الحكم بإسقاط حق الإنتفاع ضد أحد الأعضاء ، إذ لا ينبغي أن يقل عدد أعضاء المستثمرة عن ثلاث أعضاء كما هو محدد قانونا [03].
- 2 - ينشأ للدولة و لبقية الأعضاء الحق في التعويض عن الأضرار التي نجمت جراء الأفعال المرتكبة من قبل المستفيد الذي أسقط حقه .
- 3 - شهر الحكم القضائي الممهور بالصيغة التنفيذية الذي يقضي بإسقاط الحق أمام المحافظة العقارية المختصة .

3.2.2.2.2 : آثار إنتهاء حق الإنتفاع محل الإسترجاع أو بموجب قانون

من أهم الآثار التي تنجم عن استرجاع الأراضي تطبيقاً لقانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المعدل و المتمم ، هي مسألة التعويض التي عمل قانون المالية رقم 36/90 المؤرخ في 1990/12/31 على تحديد الإجراءات الخاصة بذلك ، سيما ما تعلق منها بالجانب المالي في المواد من 125 إلى 130 منه .

إذ ألزم المالك ضرورة إرجاع المبالغ التي تحصل عليها عند التأميم ، و في حالة استحالة إسترجاع الأرض يعوض المالك تعويضا عادلا و منصفا تطبيقاً لقانون نزع الملكية ، على أن يكون التعويض مناسباً للقيمة التجارية للأراضي المعنية و في حالة الاعتراض على التقييم يحدد مبلغ التعويض من قبل الجهة القضائية المختصة ، غير أن الحق في التعويض لا يتم لفائدة المالك الأصلي إلا بتوافر جملة من الشروط حددتها المادة 129 هي :

- 1 - يجب أن تدفع الإقتطاعات المستحقة عن شهر معين ، خلال الخمسة عشر يوماً الأولى من الشهر التالي إلى صندوق قابض الضرائب .
- 2 - يكون كل دفع مصحوباً بجدول إشعار مؤرخ و موقع من قبل الطرف الذي يقوم بالدفع .

تلا صدور قانون المالية المشار إليه أعلاه ، المرسوم التنفيذي رقم 06/92 المؤرخ في 1992/01/04 المطبق لأحكام قانون المالية ، كي يبين كيفية حساب التعويض النقدي المستحق للمستفيد الذي يضبط حسب صنف الأرض و وفق التصنيف الذي أورده قانون المالية لسنة 1989 في المواد 80 و 81 منه ، كما يراعى أيضاً في تقدير التعويض المدة التي استغل فيها المستفيد الأرض .

بعد ذلك صدرت مذكرة عامة رقم 6016 مؤرخة في 05 نوفمبر 2001 عن المدير العام للأملاك الوطنية التي بموجبها تم تحديد حق الإنتفاع الدائم الممنوح بنسبة 60 % من القيمة الحقيقية للأرض و حدد قيمة الرقبة بنسبة 40 % .

يضاف إلى مسألة التعويض ، أثر قانوني آخر يتعلق بتسوية الخلافات المتعلقة بالمنشآت التي أنجزت على الأرض و هو الأمر الذي عمل على تنظيمه المرسوم رقم 06/92 . حيث يتم التنازل عن المنشآت المنجزة بعد التأميم للمالك الأصلي من طرف الدولة إذا كانت هذه المنشآت مازالت في ذمتها ، أو من طرف المستفيد إذا كانت الدولة قد تنازلت عنها لهذا الأخير (المستفيد) في ظل قانون 19/87 ، على أن يشمل التنازل كل من الأغراس و السكنات . لكن التنازل عن السكنات يثير إشكال ساهم في خلقه نص المادة 77 من قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 26/95 ، عند ما اعترف النص بالحق في البقاء طبقاً لأحكام القانون

المدني ، بحيث لا يتمكن المالك من إخراجه إلا في إطار الأحكام المتعلقة بحق البقاء ، هذا الحكم لا ينسجم و أحكام قانون 19/87 الذي يلحق السكن المشيد فوق المستثمرة بالأرض و لا يمكن للمستفيد البقاء فيه إذا تخلى عن العمل في المستثمرة [64] ص 167....169. كما نص المشرع على أن الأغراس ملكا للمستفيدين و لا يحوز المالك الأصلي الأرض إلا بعد نزع الأغراس ، هذا الأمر واقعا لا يتحقق بسهولة ، فقد يتحصل المالك الأصلي على قرار الاسترجاع إلا أن المستفيدين يرفضون إخلاء الأمكنة و يضطر المالك إلى مقاضاتهم ، لكن عند تنفيذ الحكم تكون الأرض قد استغلت أكثر من موسم من قبل هؤلاء الذين يمسون بالثمار قبل الطرد رغم أن بقاؤهم فوق الأرض كان تعسفا [64] ص 169 .

و لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسقط حق المستفيدين في التعويض عن المنشآت التي أقاموها حتى و لو تحصلوا على قطع أراض أخرى ، لأن هذه المنشآت من جهة تعتبر ملكا لهم و من جهة أخرى فإن تقرير الحق في التعويض تقتضيه قواعد العدالة ، حتى لا يثري المالك على حساب المستفيد أو المستفيدين لأنه من شأن هذه المنشآت أن تساهم في رفع قيمة الأرض .

هذا المبدأ مستنبط من الإجتهد القضائي للمحكمة العليا بموجب القرار رقم 179146 المؤرخ في 1998/03/25 : ((و لما ثبت - من قضية الحال - أن تعويض المستفيد بقطعة أرض أخرى مماثلة لا يمنعه من الحصول على تعويض عن المنشآت و التجهيزات التي أقامها عند تخليه لصالح المالكين الأصليين لقطعة الأرض الأخرى .

و لما قضى قضاة المجلس بإلزام المستفيد من الإثراء أن يعوض بقيمة ما أثرى به على أساس المادة 141 من القانون المدني فإنهم يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما)) [88] ص 18 .

و تبعا لذلك يكون من حق المستفيدين إعادة إدماجهم في مستثمرات فلاحية تابعة للدولة حسب ما تقضي به المادة 78 من قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم : ((تضمن الدولة الحقوق الممنوحة للمستفيدين في إطار قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المعنيين بعمليات إسترجاع الأراضي و في هذا الإطار يمكن هؤلاء إما :

- الإستفادة من قطعة أرض جديدة من الأراضي غير الموزعة .
- إدماجهم ضمن المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد أعضائها عن الحد الأدنى .
- الإستفادة من قطعة أرض تفصل من مساحة المستثمرة الفلاحية الجماعية التي يقل عدد شركائها عن العدد المبين في العقد الإداري .
- أو يعوضون نقديا .

من خلال هذا النص ، يبدو أن المشرع كفل حقوق المستفيدين عند إقرار بالتعويض العيني كأصل و في الحالة التي يتعذر فيها التعويض العيني كان لهم الحق في التعويض نقدا .

3.2.2 : أسباب انتهاء حق الإنتفاع بعين الوقف و الآثار المترتبة على انتهائه

ينتهي حق الإنتفاع بشكل عام بواسطة جملة من الأسباب بينها من خلال الدراسة السابقة للمبحث الأول من هذا الفصل ، و حق الإنتفاع محل الدراسة هو الآخر ينتهي بأسباب صنفناها إلى أسباب عامة و هي تلك الأسباب التي يشترك فيها حق الإنتفاع بالوقف مع أسباب إنتهاء حق الإنتفاع المنصوص عليها في القانون المدني ، و الأسباب خاصة يقتصر تطبيقها على هذا النوع من الحق تماشياً مع طبيعته و مميزاته .

بحيث نجد من بين الأسباب العامة التي ينتهي بها الحق ما تعلق بهلاك الشيء أو بتعبير أدق فقدان العين الموقوفة ، رده أو النزول عنه . كما ينتهي الحق نفسه بأسباب خاصة يقتصر تطبيقها على حق الإنتفاع بالعين الموقوفة تتمثل في حالات التالية :

زوال الوقف ذلك أن حق الإنتفاع ينشأ بنشوءه و يزول بزواله ، إذا انقرضت الجهة الموقوف عليها إذا ما كان الوقف وقفا خاصا ، لكن بالنسبة للوقف العام فإن زوال الجهة الموقوف عليها لا يؤدي إلى زوال الوقف لأن الأوقاف في مثل هذه الحالة يؤول إلى السلطة الوصية و هي الوزارة .

و عليه إذا ما تقرر زوال حق الإنتفاع بالوقف لأي سبب من الأسباب المذكورة أعلاه ، لا شك أن هناك آثار قانونية تترتب .

لذلك نحاول تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نتناول في الأول أسباب انتهاء حق الإنتفاع بالعين الموقوفة ، أما في المطلب الثاني نتطرق إلى الآثار المترتبة على انتهاء هذا الحق .

1.3.2.2 : أسباب انتهاء حق الإنتفاع بعين الوقف

ينتهي حق الإنتفاع بعدة أسباب ، البعض من هذه الأسباب نجدها تتعلق بحق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني والتي لا تتعارض مع هذا النوع من الحق ، إلى جانب ذلك يوجد أسباب أخرى خاصة تقتصر على حق الإنتفاع بالأموال الوقفية نظرا لطبيعته المتميزة .

من أجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين أساسيين : نتناول في الفرع الأول الأسباب العامة لإنهاء حق الإنتفاع بالأموال الوقفية ، بينما يكون الفرع الثاني متعلق بالأسباب الخاصة .

1.1.3.2.2 : الأسباب العامة لإنهاء حق الإنتفاع بالأموال الوقفية

المقصود بالأسباب العامة هي الأسباب التي ينتهي بها حق الإنتفاع مهما كان صنفه بما في ذلك حق الإنتفاع بعين موقوفة ، هذه الأسباب تطرق إليها القانون المدني تتعلق بهلاك الشيء أو برده و النزول عنه ، أو بمقتضى قانون ، على اعتبار أن هذه الأسباب لا تتعارض و طبيعة هذا الحق نردها تبعا من خلال النقاط التالية .

1.1.1.3.2.2 : إنتهاء حق الإنتفاع بهلاك الشيء (فقدان عين الوقف)

ينتهي حق الإنتفاع بالعين الموقوفة إذا هلكت هذه العين و كان الهلاك كلياً [100] ص 86 أو فقدت ، أمام هذا الوضع الذي آلت إليه الأملاك الوقفية يصبح محل حق الإنتفاع منعدماً ، غير أن الهلاك في حد ذاته يتخذ معنيين : معنى قانوني ، و معنى مادي .

إذ ينصرف المدلول القانوني للهلاك إلى انتهاء حق الإنتفاع بموجب قانون ، نذكر من بين القوانين قانون الثورة الزراعية الصادر بموجب الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 الذي أدمج الأوقاف ضمن صندوق الثورة الزراعية ، سواء تعلق الأمر بالأوقاف العامة أو الخاصة .

بل تجاوز الأمر حد الإدماج إلى درجة إلغاء عقود الوقف من طرف القضاء ، حيث نقض المجلس الأعلى آنذاك قرار صادر عن لأحد المجالس القضائية كان قد أبطل عقد وقف تطبيقاً لقانون الثورة الزراعية بالرغم من أن إبرامه كان قبل صدور هذا القانون حيث جاء فيه : ((متى كان من المقرر شرعاً أن صحة و إبطال عقد الحبس يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ، و تطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها ، كما أن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل ، و لما ثبت من قضية الحال أن عقد الحبس المؤرخ في 1968/06/11 قد أبطل تأسيساً على أحكام قانون الثورة الزراعية الصادر في 1971/11/08 ، فإنهم خرقوا قواعد فقهية مستمدة من الشريعة تنظم صحة و إبطال الوقف)) [141] ص 82.

لكن و بصدر قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 الذي ألغى صراحة الأمر رقم 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية بموجب المادة 75 / 01 منه التي تنص : ((تلغى أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08)) ، تقرر استرجاع هذه الأراضي بناء على نص المادة 38 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي تقضي : ((تسترجع الأملاك الوقفية التي أمتت في إطار أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 و المتضمن الثورة الزراعية إذا ثبت بإحدى الطرق الشرعية و القانونية و تؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها أساساً و في حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف . و ما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة و جب تعويضها وفقاً للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه)) .

أهم ما نتج عن عمليات الإسترجاع ، منازعات تخص البناءات و الأغراس المحدثة في الأرض موضوع التأمين المنجزة بعده .

كما يتمثل أيضا الهلاك القانوني في صورة إدماج للأراضي محل وقف ضمن الأراضي العمرانية و هو ما تقضي به المادة 26 مكرر 03 من قانون الأوقاف : ((....يمكن إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكنية ضمن الأراضي العمرانية طبقا لأحكام القانون رقم 29/90و المتعلق بالتهيئة و التعمير)) .

إذا ما حدث و أن أدمجت الأرض الموقفة ضمن الإحتياطات العقارية ، وضعت مبالغ التعويض تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار بدل الأول ليتم توقيفه بحسب ما يتطلبه موضوع عقد الحبس المنشأ له ، تطبيقا لأحكام المادة 24 من قانون الأوقاف رقم 10/91 و هو المبدأ نفسه الذي أقره مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 2005/07/12 مفاده : المبالغ المحكوم بها كتعويض عن الأرض المحبسة المدمجة في الإحتياطات العقارية توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر وفقا لموضوع عقد الحبس [142] ص 145... 147 .

و لا تكون مبالغ التعويض محل قسمة بين الموقوف عليهم لأن في ذلك زوال للوقف ، بل تصرف هذه المبالغ في شراء عقار آخر ليرصد كوقف بدل الأول ، ضمنا لإستمرار الوقف و الإنتفاع به على وجه التأييد .

في حين نجد أن المستفيدين و الشاغلون للمساكن و المحلات المشيدة على أراضي الوقف يتحولون إلى مستأجرين بعد موافقة السلطة المكلفة بالأوقاف طبقا للمادة 01/25 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي تقضي ب : ((كل تغيير يحدث بناء كان أو غرسا ، يلحق بالعين الموقوفة و يبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير)) .

أما الهلاك المادي نجده يكمن في الحالات التي أشارت إليها المادة 24 من قانون الأوقاف ، التي توحى بحالات بفقدان المنفعة أو زوالها أو ما جاءت به المادة 26 مكرر 04 من قانون الأوقاف و المتعلقة بضالة المنفعة سواء اشترط ذلك الواقف أم لا ، و في حالة وجود شرط يمنع التغيير يلجأ إلى القاضي الذي يعمل على إصدار حكما بذلك يراعي فيه مصلحة الوقف و الموقوف عليهم .

2.1.1.3.2.2 : إنتهاء حق الإنتفاع بالعين الموقوفة بالتنازل عنها

يقصد بالتنازل عن العين هو ذلك التصرف الذي يشمل المنفعة لا أصل الملك الوقفي المنتفع به لأن هذا الأخير لا يجوز التصرف فيه .

فإذا كان الوقف وقفا عاما جاز التنازل عن هذا الحق لفائدة جهة من جهات الخير تشترك كلا الجهتان من حيث الغرض ، و ذلك بعد الحصول على موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف

عملا بأحكام المادة 20 من قانون الأوقاف رقم 10/91 التي تنص: ((لا يجوز التنازل في الوقف العام إلا لجهة من نوع جهة الخير الموقوف عليها أصلا بعد الموافقة الصريحة للسلطة المكلفة بالأوقاف)) .

أما فيما يتعلق بالوقف الخاص ، كان هذا الأخير بالإمكان التنازل عنه حسب ما تشير إليه المادة 19 من قانون الأوقاف رقم 10/91 ، لكن فيما بعد ألغيت هذه المادة بموجب المادة 06 من القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 المعدل و المتمم لقانون الأوقاف إذ أصبح التنازل عن حق الإنتفاع بالأوقاف الخاصة يخضع لنفس القواعد التي تحكم حق الإنتفاع المنصوص عليه في القواعد العامة . بينما الوقف عام يتم التنازل عن حق إنتفاعه باتفاق يكون مقيد بشرط الموافقة الصريحة من الجهة المكلفة بالأوقاف سواء كان ذلك بمعاوضة أو تبرعا ، لينتقل بعد ذلك هذا الحق باعتباره حق عيني أصلي يرد على ملك وقفي من الجهة الموقوف عليها إلى جهة أخرى ، على أن تكون كلا الجهتان من جهات البر و الخير ، تتوحد الجهة المتنازلة و الجهة المتنازل لها من حيث الغرض .

لنخلص بعد هذا العرض أن التنازل في حد ذاته يعد سبب من أسباب انتهاء حق الإنتفاع بالوقف

3.1.1.3.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بعدم الإستعمال

عرفنا من خلال الدراسة السابقة أن حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني يسقط بعدم الإستعمال بناء على نص المادة 854 منه ، فهل يمكن في هذا الصدد تطبيق ذات الحكم على حق الإنتفاع بالعين الموقوفة ؟ .

للإجابة على هذا السؤال نقول لا يوجد هناك نص قانوني صريح يؤكد سقوط حق الإنتفاع بالوقف عند المشرع الجزائري ، في حين نجد بعض التشريعات العربية تناولت هذا السبب كالتشريع الأردني في المادة 1660 من القانون المدني الأردني إذا لا تسمع دعاوى الوقف غير العائدة لأصل الوقف بعد مرور 15 سنة : ((لا تسمع الدعاوى غير العائدة لأصل الوقف للعموم كالدين و الوديعة و العقار الملك و الميراث و المقاطعة في العقارات الموقوفة أو التصرف بالإيجارتين و التولية المشروطة و الغلة بعد تركها خمسة عشر سنة)) [101] ص 203 ، أما أصل الوقف فلا يسقط إلا بعد مرور سنة و ثلاثين سنة ، فلو تصرف أحد في عقار على وجه الملكية ستة و ثلاثين سنة [35] ص 203... 204 ، ثم ادعى متولي الوقف قائلا أن ذلك العقار هو ملك وقفي فلا تسمع دعواه الشيء الذي تؤكدته المادة 1661 من القانون المدني الأردني [101] ص 203... 204 .

لذلك لا نرى مانعا من إمكانية سقوط الحق في المنفعة بالملك الوفي دون أن يشمل التقادم أصل الملكية ، لأن هذا الأخير نرى أنه من غير الممكن أن يسقط أو يكتسب بالتقادم قياسا في ذلك على الحماية القانونية التي خصت بها الأملاك الوطنية .

4.1.1.3.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بمقتضى قانون

قد يكون القانون سبب من أسباب انتهاء حق الإنتفاع ، من بين القوانين التي أدت إلى زوال الوقف و بالتالي زوال حق الإنتفاع بالأملاك الوقفية نجد كل من قانون الثورة الزراعية و القانون المتعلق بالإحتياجات العقارية ، بالإضافة إلى قانون التهيئة و التعمير هذه القوانين نتطرق إليها تبعا .

– زوال الوقف بمقتضى قانون الثورة الزراعية

نص الأمر رقم 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية على تأميم الأراضي الفلاحية الموقوفة ، إذ بموجب هذا القانون ألحقت الأراضي الموقوفة بالصندوق الوطني للثورة الزراعية ، مما أدى إلى زوال الوقف و كان ذلك بغرض توسيع الوعاء العقاري للدولة تماشيا و النظام الإشتراكي الذي كان منتهجا آنذاك .

و لما تغير هذا النهج السياسي و الإقتصادي بصدور دستور 1989 ، تبنى المشرع نظام إقتصاد السوق كبديل عن الإختيار الأول ، لذلك كان و لا بد أن يبادر المشرع بإلغاء القوانين التي تخدم النظام الإشتراكي نجد على رأس هذه القوانين قانون الثورة الزراعية ، و فعلا تم إلغاه بمقتضى القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري بموجب نص المادة 75 منه .

بعد صدور هذا القانون صدر قانون خاص بالوقف و هو القانون رقم 10/91 ، حيث نصت المواد 38 ، 39 ، 40 على استرجاع أراضي الوقف التي كانت محل تأميم بإدماجها في الصندوق الوطني للثورة الزراعية ، سواء تعلق الأمر بالوقف العام أو الوقف الخاص . و لم يكن استرجاع بالنسبة لهذا النوع من الأراضي مقيد بالشروط التي خصت عملية الإسترجاع بالنسبة لأنواع الأراضي غير الموقوفة التي عنيت بعملية الإسترجاع بموجب قانون التوجيه العقاري ، معتبرا الإسترجاع في حد ذاته حق يتقرر للجهة الموقوف عليها .

دون أن يتقيد الإسترجاع بمدة قانونية معينة ، هذا ما يؤكد نص المادة 40 من قانون الأوقاف ((.... لا تؤخذ بعين الاعتبار الأجل المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر)) و هي المدة التي أشار إليها نص المادة 81 من قانون التوجيه العقاري قبل تعديلها .

و في حالة استحالة الإسترجاع ، كأن تكون الدولة قد تصرفت في الأرض الموقوفة لفائدة الغير أو أنجزت فوقها مشروع عام لا ينطبق و الغرض المخصص له المال الموقوف أو ما يناقض إرادة

الواقف ، في مثل هذه الحالات ألزم المشرع الدولة بالتعويض وفقا للإجراءات المعمول بها بعد أن يتقدم الموقوف عليهم بطلب الإسترجاع . على أن يتم تسوية وضعية المستفيدين من الأراضي المسترجعة بمقتضى المواد 78 ، 79 ، 80 ، 81 ، 82 من قانون التوجيه العقاري قبل تعديلها حسب المادة 39 من قانون الأوقاف و يكون التعويض عينا أو نقدا نتيجة فقدان حق الإنتفاع الدائم .

هذه الشروط هي نفس الشروط التي تخضع لها أراضي الخواص في حالة استرجاعها و لا تخلق أي تعارض في الأحكام باستثناء المادة 81 التي تتعلق بالمدة التي يتم خلالها الإسترجاع في حين أن الأملاك الوقفية غير مقيدة بمدة .

تلا صدور القانون الأوقاف منشور يحمل رقم 011 المؤرخ في 1992/01/06 الذي يحدد كيفية الإسترجاع تاركا الخيار للمستفيدين من أراضي الوقف بين الحصول على تعويض عيني أو نقدي أو البقاء في الأراضي التي يستغلونها إذا فضلوا البقاء بعد إرجاعها ، بشرط أن يحولوا إلى مستأجرين و تطبق عليهم أحكام المادة 42 من قانون الأوقاف [64] ص 171... 172 .

هذا الحل الذي قدمه المشرع نظريا هو حل مقبول كان يهدف من ورائه إلى التأكيد على حماية الأملاك الوقفية ، غير أنه و من الناحية الواقعية نراه غير مجدي و غير قابل للتفاعل معه لأن المستثمرين سوف لن يقبلوا به ، و لا يمكن أن يرضوا بأن يتم تحويل حقهم من حق الإنتفاع الدائم إلى حق إيجار .

يضاف إلى ذلك أن عملية الإسترجاع في حد ذاتها قد أفرزت عدة إشكالات أهمها ما يتعلق بقيمة التعويض المستحق للجهة الموقوف عليها المال باعتبارها صاحبة الحق في الإنتفاع الذي يستمر باستمرار هذه الجهة ، و لمعالجة هذا الوضع أشار المشرع إلى تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بالتعويض عن حق الإنتفاع سيما المادة 42 من قانون المالية لسنة 2001 و المتعلقة بتعويض المالك الأصلي الذي لم يتمكن من استرجاع أرضه لفقدان طابعها الفلاحي ، و إذا لم يرضى المعني بالتعويض المعروض عليه يمكنه الطعن فيه أمام القضاء .

كما يوجد إشكال آخر يثور حول مدى مشروعية إلزام الجهة الموقوف عليها المال بتعويض عن الإنجازات التي تحققت بعد التأميم في شكل بناءات و منشآت من قبل الدولة أو المستفيدين [64] ص 172 ، إذ ألزم المشرع الجهة الموقوف عليها بالتعويض عن هذه المنشآت و الإنجازات هذا الإلتزام نراه مجحف في حقها فكان من المفروض أن يقع على عاتق الوقف ، مادام هذا الأخير يتمتع بالشخصية المعنوية ليقطع التعويض من ذمته المالية باعتباره مالك لرقبة العين الموقوفة و ليس للموقوف عليهم ، لأن هؤلاء لا يتمتعون سوى بحق الإنتفاع و من ثم يكون التنازل

بين المستفيدين و الوقف الذي ينوب عنه الناظر بمقابل مالي يخضع لاتفاق الأطراف و إذا تعذر ذلك يرفع النزاع أمام القضاء ، سيما إذا علمنا أن هذه الإنجازات هي ملك للوقف .
و منه نخلص إلى القول أن قانون الثورة الزراعية عمل على إلغاء الوقف ، ولم يكن الأمر يقتصر على قانون الثورة الزراعية ، بل هناك تطبيقات لقوانين أخرى نذكر منها :

- زوال الوقف بموجب قانون الإحتياطات العقارية

هذا القانون صدر بموجب الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتضمن تكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات الملغى بموجب المادة 88 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 ، إذ عمل هذا القانون قبل إلغائه على إدماج الأراضي الموقوفة ضمن الإحتياطات العقارية للبلديات مقابل تعويض يكون لفائدة الوقف الممثل بواسطة ناظر الوقف من أجل شراء عقار آخر يحل محل العقار الموقوف ، الذي تم دمج هذا ما أقر الإجتهد قضائي الصادر عن الغرفة الرابعة لمجلس الدولة : ((غير أن المبالغ المحكوم بها كتعويض عن الأراضي المدمجة في الإحتياطات العقارية توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر وفقا لموضوع عقد الحبس)). .
و منه نستشف أن التعويض عن الأرض المدمجة في الإحتياطات العقارية لا يكون من حق المالك الذي وقف الأرض محل الإدماج (الواقف) و لو كان على قيد الحياة ، ذلك أن الوقف يؤدي إلى زوال الملكية و انتقال المنفعة على وجه التأييد إلى الجهة الموقوف عليها ، بل يكون التعويض لفائدة الوقف الذي يمثله الناظر .

- زوال الوقف ضمن الحالات المحددة بموجب قانون الأوقاف

و بموجب المادة 26 مكرر منه نصت على إمكانية فقدان هذا النوع من الأملاك لطابع الوقف و ذلك بإدماج الأراضي الفلاحية الموقوفة و المجاورة للتجمعات السكانية ضمن الأراضي العمرانية بغرض تلبية حاجيات الأفراد و القضاء على أزمة السكن ، و بالتالي إذا ما كانت مثل هذه العقارات محل نزاع تطبيقا لقواعد التهيئة و التعمير ، فإن مبالغ التعويض المقدر توضع تحت تصرف ناظر الوقف لشراء عقار آخر يتم رصده لنفس الغرض احتراماً لإرادة الواقف التي لا يجوز نقضها .

بعد تعرضنا لأسباب إنتهاء حق الإنتفاع بالأملاك الوقفية يمكننا القول أن هذه الأسباب تنفق إلى حد كبير مع أسباب إنتهاء حق الإنتفاع في القواعد العامة ، أخص بالذكر الأسباب العامة لإنتهاء هذا الحق من بين هذه الأسباب المشتركة بين الحقان نجد :

1- الوفاة : كواقعة مادية تؤدي إلى انتهاء حق الإنتفاع في حق المنتفع ، في كل من في القانون المدني و قانون الأوقاف .

2 - هلاك الشيء أو النزول عنه : هما سببان لإنهاء حق الإنتفاع بالأمالك الوقفية و كذا حق الإنتفاع وفق القواعد العامة .

بالمقابل هناك أسباب أخرى لا تقبل بطبيعتها أن تكون كأسباب لإنهاء حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية و يبقى تطبيقها مقصورا على حق الإنتفاع المقرر في القواعد العامة من بين هذه الأسباب :

الإدغام : و المقصود به ضم أو جمع ملكية الرقبة و حق الإنتفاع ، هذا السبب لا يمكن تصوره بالنسبة لحق الإنتفاع بالوقف على اعتبار أن طبيعة الوقف لا تقبل إعادة الجمع مرة أخرى ، لأنه و بنشوء الوقف تحدث التجزئة في عناصر الملكية بين ملكية الرقبة و حق الإنتفاع الذي يؤول إلى الموقوف عليه على وجه التأييد مهما كان نوع الوقف .

الأجل : يضاف إلى الإدغام هذا السبب المتعلق بالأجل و الذي هو الآخر لا يمكن أن يكون سبب لإنهاء حق الإنتفاع بالأمالك الموقوفة ، حيث يكون التبرع بالمنفعة الناجمة عن الوقف على وجه التأييد من أجل ذلك كان الوقف المحدد بزمن معين باطل عند المشرع الجزائري .

و هناك من أسباب إنتهاء حق الإنتفاع المترتب على الأملاك الموقوفة يقتصر تطبيقها على هذا الصنف من الحق ، نتطرق إليها من خلال الفرع التالي .

2.1.3.2.2: انتهاء حق الإنتفاع بالوقف لأسباب خاصة

من خلال الفرع السابق عرفنا أن حق الإنتفاع ينتهي بأسباب قد تكون هي نفس الأسباب التي ينتهي بها حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني كهلاك الشيء و فقدان العين الموقوفة أو بالتقادم و عدم الإستعمال ، لأن مثل هذه الأسباب نراها لا تتناقض و لا تتعارض و طبيعة و خصوصيات هذا الحق .

لكن في المقابل هناك بعض الأسباب التي يقتصر تطبيقها على حق الإنتفاع المذكور في القانون المدني و لا تمتد لحق الإنتفاع بالعين الموقوفة ، نذكر منها انقضاء هذا الحق بانقضاء أجله أو بموت المنتفع لأنه حق مؤقت ، في حين حق الإنتفاع بالوقف نجده لا ينتهي بانتهاء الأجل المحدد له باعتباره

حق دائم و لا يجوز تعليق حق الإنتفاع هذا على أجل ، كما لا ينقضي بموت صاحبه بل يمتد إلى الموقوف عليهم طبقة تلوى الأخرى ، و إذا انقرضت الجهة الموقوف عليها في الوقف الخاص تحول الوقف من وقف خاص إلى وقف عام ، لكن حق الإنتفاع وقف القواعد العامة و بما أنه حق مؤقت نجده ينتهي بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع .

يضاف إلى هذا السبب سبب آخر لا يمكن أن ينتهي به حق الإنتفاع بملك وقفي يتمثل في إتحاد الذمة عن طريق جمع عناصر الملكية من ملكية رقبة و حق انتفاع في يد شخص واحد ، فمن طبيعة الوقف إذا نشأ أدى ذلك إلى زوال حق الملكية حسب المشرع الجزائري و تبعاً لذلك يؤول حق الإنتفاع على وجه التأييد إلى الموقوف عليهم ، و تلحق الملكية باسم الوقف الذي يتمتع بالشخصية المعنوية و بالتالي لا يمكن تصور جمع عناصر الملكية في يد واحدة .

إلا أن هناك أسباب أخرى قد تؤدي إلى زوال حق الإنتفاع بالوقف يقتصر تطبيقها على هذا النوع من الحق تتجسد في سبب مباشر يتمثل في زوال الوقف إذا ما تحققت أسبابه ، يضاف إلى هذا السبب سبب آخر يكمن في انقضاء الجهة الموقوف عليها و إن كانت هذه الحالة الأخيرة تؤدي إلى انتقال حق الإنتفاع للموقوف عليه الذي حل محل الأول ، و بالتالي هو سبب مسقط للحق في حق الموقوف عليه الأول و في نفس الوقت هو سبب منشأ للحق بالنسبة للموقوف عليه الثاني ، نرد هذين السببين تبعاً .

1.2.1.3.2.2: زوال الوقف

يكون الوقف السبب المباشر في ترتيب حق الإنتفاع على الأملاك الموقوفة ، و بالتالي إذا ما زال الوقف لأي سبب من الأسباب الزوال ، تبعاً لذلك زال حق الإنتفاع بالأملاك الموقوفة ، من أسباب انتهاء الوقف نجد :

انتهاء الحق الإنتفاع بالعين الموقوفة إذا زال الوقف بسبب ردة الواقف

من خلال الدراسة السابقة لشروط الواقف عرفنا أن الفقهاء لم يتعرضوا إلى ديانة الواقف كشرط من شروطه ، و يترتب على ذلك أنه يجوز الوقف من المسلم و من غير المسلم ، فيصح الوقف من الذمي كما يصح من المسلم ، سواء كان المنتفع من الوقف مسلماً أو غير مسلم ، و لكن إذا ارتد المسلم عن الإسلام بعد الوقف يكون وقفه باطل و لو عاد إلى الإسلام من جديد فإن وقفه لا يعود تلقائياً . بل لا بد من إبرام عقد جديد ، ذلك لأن في الوقف معنى القربة الدائمة إلى الله سبحانه و تعالى و أن الردة في حكم الإسلام تحبط العبادات و القربات مما يبطل الوقف ، هذا إذا كان المرتد رجلاً . أما المرتدة فإن وقفها يبقى قائماً و لا يبطل لأن المرتدة لا تقتل و إذا وقف المرتد و هو في ارتداده فإن وقفه يكون

غير نافذ ، فإذا عاد إلى الإسلام نفذ وقفه و إذا بقى على رده أو مات على الردة بطل وقفه و أصبح ميراثا لورثته [35] ص 222.

في حين المشرع الجزائري لم ينص على الردة كسبب مبطل للوقف بنص صريح محيلا هذا الحكم إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في غياب النص حسب ما تشير إليه المادة 02 من قانون الأوقاف. [05]

2.2.1.3.2.2 : انتهاء حق الإنتفاع بعين الوقف إذا انقضت الجهة الموقوف عليها

يزول حق الإنتفاع بالوقف لفائدة الجهة الموقوف عليها بعد زوال هذه الأخيرة ، و عليه إذا ما زالت الشخصية المعنوية للجهة الموقوف عليها كالجمعيات و المؤسسات أو انقضت ، زال تبعاً لذلك حق انتفاعها بالأموال الوقفية و آل هذا الحق إلى السلطة الوصية و هي الجهة المكلفة بالأوقاف المتمثلة في وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف .

2.3.2.2: الآثار المترتب على انتهاء الوقف

على الرغم من أن الإنتفاع بالوقف يكون على وجه التأييد ، لكن إذا حدث و إن زال الوقف لأي سبب من الأسباب المذكورة سابقا ، نجم عن هذا الزوال آثار قانونية ، هذه الآثار خصصنا لها خمسة فروع : نتناول في الفرع الأول قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف ، بينما في الفرع الثاني نتطرق إلى مسألة الشهر التي تخص ملكية الوقف المنتهى ، ليكون الفرع الثالث خاص برجوع ملكية الأوقاف إلى المالك ، أما في الفرع الرابع نعرض من خلاله إلى مسألة زوال الشخصية المعنوية التي تنشأ بنشوء الوقف و تزول بزواله ، ليكون الفرع الأخير من هذا المطلب خاصا بمصير الأعراس و البناءات التي أقامها المنتفع بعد انتهاء حق إنتفاعه بالأموال الموقوفة .

1.2.3.2.2 : قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف

نكون أمام قسمة للأعيان التي انتهى فيها الوقف ، إذا ما كانت أغلبية هذه الأعيان بحاجة إلى قسمة أو فرز للأنصبة ، نظرا لإشتراكها بين أشخاص متعددين ، هذه العملية غالبا ما تتم بإجراءات قضائية لأن القسمة الودية قد لا تتحقق نتائجها ، فإذا ما انتهى الوقف و جب بقاء هذه الأعيان تحت يدي حارس إلا غاية صدور حكم يقر نصيب كل مستحق .

هذه القسمة أغفلها المشرع الجزائري و لم يشر إليها ، بل لم يشر حتى إلى قسمة الأملاك الموقوفة أثناء الوقف ، كما لم يحدد الطرق الواجب إتباعها في القسمة بموجب قانون الأوقاف [97] ص 41 ، أمام هذا الوضع تطبق قواعد القانون المدني المتعلقة بالقسمة للأعيان التي انتهى فيها الوقف إذا كانت هذه الأعيان موقوفة وقفا خاصا .

2.2.3.2.2 : شهر ملكية الوقف المنتهي

بداية نقول أن الوقف يثبت بجميع طرق الإثبات الشرعية و حتى القانونية منها عملا بنص المادة 35 من قانون الأوقاف رقم 10 / 91 ، في حين المادة 217 من قانون الأسرة تقضي بأن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية ، أمام هذا الوضع يثبت الحبس أو الوقف بواسطة تصريح المحبس الذي يتم أمام الموثق يحرر في شكل عقد ، و في حالة وجود مانع يثبت بواسطة حكم قضائي يؤشر على هامش أصل الملكية بعد الإستماع إلى الشهود و كذا إقرار الورثة ، هذا إذا انصب الوقف على عقار .

إذ يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري انتهج قاعدة القياس في مسألة الإثبات و ذلك بقياس طرق إثبات الوصية على الوقف ، في حين المادة 41 من قانون الأوقاف الذي صدر بعد صدور قانون الأسرة تقضي بضرورة إفراغ العقد في شكل رسمي إذا كان محله عقار و تسجيله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري إذ تنص : ((يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف)) .

فبموجب هذا النص يكون القانون قد ألزم الواقف بضرورة تقييد الوقف دون أن يتطرق إلى الجزاء المترتب عن إغفال هذا الإجراء ، أمام هذا الوضع لا يمكن الحكم ببطلان عقد الوقف لإنعدام الرسمية لأن الوقف يتم أو ينشأ بتوافر أركانه ، ليبقى تقرير الرسمية بغرض الإثبات ليس إلا . و عليه إذا ما تم تحرير العقد في شكله الرسمي و جب على الموثق المحرر للعقد شهر هذا التصرف و إذا ما انتهى الوقف كان من الضروري شهر ملكية الوقف المنتهي للتخلص من إجراء الشهر الذي ترتب على الملكية أثناء نشوء الوقف ، من أجل إعلام الغير بأن ملكية الوقف قد زالت عنها صفة الوقف و بالتالي يكون من حق مالكيها التصرف فيها بكل أنواع التصرف .

و لنا أن نتصور هذا الوضع في الحالات التي يبطل فيها الوقف ، من بين هذه الحالات نجد:

1 – الوقف المخالف للشريعة الإسلامية

2 – الوقف المحدد بزمن

3 – وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز

4 – وقف المجنون و المعتوه

5 – وقف المريض مرض الموت إذا كان مدين و كان الدين يستغرق جميع أملاكه

في مثل هذه الحالات يبطل الوقف ، فإذا كان الوقف المبطل قد تم شهره ، و جب شهر الحكم القضائي الذي يقضي ببطلان الوقف عملا بأحكام المادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و يقع عبء الشهر على عاتق من آلت إليه ملكية عقار المنتهى وقفه [87] ص 440 ، على أن يرفق طلب الشهر بوثائق تثبت ما يلي :

- أصل الملكية
 - الوثيقة المنشأة للوقف
 - صفة طالب الشهر
 - نسخة من الحكم الذي يقضي ببطلان الوقف
- فبالرغم من أن المشرع لم ينص صراحة على هذا الأثر ، إلا أنه يمكن توقعه من خلال الحالات التي يتقرر فيها زوال الوقف .

و لا يفوتنا في هذا المقام الحديث عن مصير الدفتر العقاري الذي منح بإسم الوقف عند نشوئه ، إذ في غالب الأحيان يسلم إلى السلطة أو الهيئة المكلفة بالأوقاف في الوقف العام أو إلى الجهة الموقوف عليها [30] ص 99 ، و لما كان الدفتر العقاري يحمل القوة ثبوتية كما عبر عنه اجتهاد المحكمة العليا بإقرارها مبدأ مفاده ((يؤسس دفتر عقاري على أساس سند الملكية طبقاً للمرسومين رقم 74/75 و المرسوم رقم 62/76 بعد استكمالهما للإجراءات و الشكليات و الأجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية ، فالنعي باعتماد القضاة على التصريحات دون عقد ملكية يكون دون جدوى)) . كان ولا بد أن تساير هذه القوة الثبوتية التغييرات التي تطرأ على العقار في نظام الشهر العيني ، و من ثم و جب إلغاء الدفتر العقاري الذي حرر بإسم الوقف مع صدور دفتر عقاري آخر يعترف بالملكية لمن عادت إليه ، سواء كانت للواقف نفسه أو لورثته.

3.2.3.2.2: رجوع ملكية الأوقاف إلى الواقف

يتحقق هذا الأثر في الحالة التي يزول فيها الوقف بسبب البطلان مثلاً ، كالحالة التي يترتب فيها الوقف على مال غير مملوك للواقف ، وقف المجنون و الصبي ، وقف المدين الذي يستغرق دينه ممتلكاته .

في مثل هذه الحالات يكون الوقف باطلاً ، و عليه فإنه و وفقاً للقواعد العامة يترتب على التصرفات الباطلة إعادة الحال إلى ما كان عليه ، لذلك كانت النتيجة الحتمية التي تترتب في هذه الحالة هي عودة ملكية الموقوف إلى الواقف ، غير أنه إذا كان الأمر يتعلق بالعقار و جب إتمام إجراءات الشهر حتى يصبح الواقف مالكا .

4.2.3.2.2 : زوال الشخصية المعنوية للوقف

يترتب على زوال الوقف زوال الشخصية المعنوية للوقف ، بحيث لا يمكن أن تستمر الشخصية المعنوية للوقف في غياب هذا الأخير ، فهي تنشأ بنشوء الوقف و تزول بزواله على اعتبار أنها شخصية ملازمة للوقف .

من أجل ذلك كان زوال الشخصية المعنوية للوقف بمثابة أثر قانوني يترتب على زوال الوقف و انتهاء حق الإنتفاع الذي كان مترتبا على تلك الأملاك ، هذا الأثر القانوني لا يمكن توقعه بالنسبة لحق الإنتفاع وفق القواعد العامة .

و الملاحظ أن زوال الوقف لا يمكن أن يؤدي إلى زوال الشخصية المعنوية للموقوف عليه مثلا كما هو الشأن بالنسبة للوقف العام لأن هذه الأخيرة هي شخصية منفصلة عن شخصية الوقف الدليل على ذلك أنه بزوال الجهة الموقوف عليها ينتقل الوقف إلى الجهة الوصية على هذا النوع من الوقف ألا هي وزارة الشؤون الدينية و الأوقاف ، هذا الأثر أغفله المشرع الجزائري و لم يتضمنه قانون الأوقاف رقم 10/91 .

5.2.3.2.2 : مصير الأعراس و البناءات التي أقامها المنتفع بعد انتهاء حق انتفاعه

إن الأعراس و البناءات التي أقامها الموقوف عليه ثم انتهى حق انتفاعه بها ، تلحق بالوقف و لا يمكن أن تنفصل عنه كما ليس من حقه تملك هذه المنشآت أو الأرض الموقوفة ، بل يكون من حقه أو من حق ورثته المطالبة بقيمتها ليس إلا .

مثل هذا الأثر يقتصر تطبيقه على حق الإنتفاع بالأملاك الموقوفة و لا يسري على غيره من أوجه حق الإنتفاع ، سيما ذاك المنصوص عليه في القانون المدني ، بحيث يجوز للمنتفع تملك الأرض بما فيها من منشآت مع دفع قيمة الأرض إلى مالك الرقبة إذا عجز هذا الأخير عن تسديد قيمتها أو كانت قيمتها مرهقة له ، هذا ما يؤكد أن طبيعة حق الإنتفاع بالأملاك الموقوفة تختلف في أحكامها عن حق الإنتفاع في القواعد العامة ، لأنه بنشوء الوقف يزول حق الملكية .

و بالتالي نرى إن إحالة المشرع الوقف الخاص على قواعد القانون المدني ، هي إحالة خاطئة لا تستقيم و المنطق القانوني ، نظرا للإختلاف و التمايز بين أحكام الحقان و إن توحد المصطلح .

في ختام هذا الفصل نقول أن دراستنا في هذا المجال كانت منصبة على أسباب انتهاء حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة قيد الدراسة و كذا الآثار القانونية الناجمة عن انتهائه ، كان البعض من هذه الأسباب و الآثار محل تقاطع أو إشراك بين أوجه الحق ، بينما و في أغلب الحالات كانت هذه الأسباب مختلفة و متباينة و لعل السبب في ذلك يعود إلى اختلاف طبيعة أصناف الحق .

فبالنسبة لحق الإنتفاع المنصوص عنه في القانون المدني و باعتباره حقا مؤقتا اشتمل على أسباب تتعلق بزواله منها ما نص عليها المشرع صراحة كتلك المتعلقة بطلول الأجل أو موت المنتفع ، هلاك

الشيء ، عدم الإستعمال ، يضاف إلى هذه الأسباب أسباب أخرى غير منصوص عليها صراحة كالتقادم المكسب أو النزول عنه ، الإدغام بضم حق الإنتفاع إلى الرقبة .

لتبقى مسألة زوال الحق مسألة يترتب عنها آثار قانونية تتمثل في رد الشيء المنتفع به إلى المالك لأنه حق مؤقت ، فإذا ما كان محل حق الإنتفاع عقارا أجبر المنتفع على رده إلى المالك و إذا انصب الحق على منقول أجبر ابتداء على تقديم كفالة ضمانا لحق المالك على اعتبار أن الإستغلال قد يؤدي إلى الإنقاص من قيمة الشيء المرتب عليه الحق .

بالمقابل إذا حدث و أن انتهى حق الإنتفاع يستطيع المنتفع أن يطالب برد المبالغ التي يكون قد أنفقها في إصلاح الشيء المنتفع به ، لكن هناك مسألة بالغة الأهمية تثار عند زوال الحق تتعلق بمصير الأغراس و البناءات التي أقامها المنتفع ، إذ عمل القانون المدني على التفرقة بين فرضيتين هما:

الفرضية الأولى تتمثل في أن إقامة التحسينات في شكل أغراس و بناءات عندما تكون بإذن من المالك مما يثبت حسن نية المنتفع ، هنا يلزم المالك بدفع قيمة المواد و أجر العمل إلى المنتفع ، و إذا كانت هذه المبالغ مرهقة لصاحب الأرض جاز للمنتفع المطالبة بتملك الأرض مقابل تعويض .

أما في الفرضية الثانية إذا كان المنتفع سيء النية عند إقامته للتحسينات كان من حق صاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة تسري ابتداء من اليوم الذي يعلم فيه إزالة هذه المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر ، أو يطلب بقاءها مقابل دفع قيمتها كما يجوز للمنتفع نزعها ما لم يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر بالأرض .

هذه الأسباب و الآثار التي أوردناها كانت تخص حق الإنتفاع المكرس بموجب القانون المدني و لما كانت دراستنا دراسة مقارنة بين القانون المدني و التشريعات الخاصة اقتصرنا على قانون 19/87 و قانون الأوقاف ، بحثنا بالموازاة عن أسباب انتهاء حق الانتفاع في كلا القانونين و كذا الآثار التي تتمخض عن انتهاء هذان الحقان وفق هذه النصوص التشريعية .

حيث تطرقنا إلى أسباب انتهاء حق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة بموجب قانون 19/87 نذكر منها :

التنازل كون هذا الحق هو حق قابل للتنازل و الحجز ، إلا أن موقف المشرع الجزائري من مدة التنازل كان موقفا متذبذبا بين التمديد تارة و التقليل تارة أخرى ، ليجعل التنازل فيما بعد غير محدد المدة ، و لا ربما كان القصد من وراء ذلك هو حماية الأراضي الفلاحية من أشكال التلاعب و المضاربة هذا ما تؤكدته الشروط القانونية التي قيدت بها عملية التنازل و التي يجب أن تتحقق في التنازل إليه الشيء الذي دفعنا إلى القول بأن المشرع جعل من التنازل قابلا للتحقق نظريا لكنه صعب المنال واقعا .

يضاف إلى هذا السبب سبب آخر لإنهاء الحق يتعلق بالإسقاط القضائي للحق في الحالة التي لم يحترم فيها المستفيد الإلتزامات المفروضة عليه قانونا ، بعد أن تسلك الإدارة في سبيل ذلك جملة من الإجراءات الإدارية المنصوص عليها قانونا ، إلا أن الممارسة الواقعية أثبتت أن الإدارة في الكثير من الأحيان تلجأ إلى إسقاط الحق بإستعمالها امتيازات السلطة العامة منتهكة مجالات اختصاصها و تعديها على اختصاصات السلطة القضائية مما جعل قراراتها محل إلغاء من طرف الهيئات القضائية .

كما يوجد سبب آخر للزوال تمثل في مبادرة المشرع إلى إصدار قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 26/95 ، إذ عمل هذا القانون على تقرير زوال حق إنتفاع المستفيدين من أراضي فلاحية تابعة ملكيتها للدولة و هي الأراضي المؤممة و المتبرع بها ، و كذا الأراضي التي وضعت تحت حماية الدولة عندما اعترف بحق استرجاعها من قبل ملاكها الأصليين شريطة أن تتحقق في هؤلاء الشروط المقررة قانونا .

كان مرد ذلك الإختيارات السياسية تبناها المشرع بموجب دستور 1989 اختلفت في مضمونها عن الإختيارات السابقة .

إذا عمل المشرع في هذا الإطار على الموازنة بين حقوق الملاك الأصليين و حقوق المستفيدين ، سيما عندما اعترف المشرع لهؤلاء المستفيدين بحق التعويض العيني كأصل و النقدي كاستثناء ، غير أن عملية الإسترجاع كانت مرهقة لكاهل القضاء بسبب التعقيدات التي رافقت العملية .

كما نجم عن انتهاء هذا الصنف من حق الإنتفاع آثار قانونية حددناها حسب كل سبب ، فكانت من بين الآثار القانونية الناجمة عن التنازل :

حلول المتنازل إليه محل المستفيد الأصلي في الحقوق و الإلتزامات على أن تثبت هذه المعاملة في شكل رسمي ما دام أنها تترتب على حق عيني عقاري ، لكن بالمقابل يثبت للدولة حق الأولوية في حالة التنازل تمارسه بواسطة الشفعة .

أما بالنسبة للآثار الناجمة عن إسقاط الحق عن طريق القضاء كانت متمثلة في عودة حق الإنتفاع إلى الدولة باعتبارها مالكة للرقبة على أن تقوم هذه الأخيرة بإعادة توزيع الحق المسقط على أشخاص آخرين من بينهم الأشخاص الذين كان حق انتفاعهم محل استرجاع .

لكن و بالنسبة لآثار انتهاء حق الإنتفاع التي تضمنها القانون تمثلت في إرجاع مبالغ التأميم من قبل المالك الأصلي ، و التنازل عن المنشآت بما في ذلك السكنات ، هذه الأخيرة أثارت إشكالا حقيقيا عندما اعترف المشرع بحق البقاء حسب نص المادة 77 من قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم طبقا لقواعد القانون المدني .

كما اشتملت دراسة هذا الفصل على وجه آخر من أوجه حق الإنتفاع كفله تشريع خاص ألا و هو حق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية بموجب قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف ، هذا القانون كان بمثابة مبادرة جريئة أقبل عليها المشرع ، إذ و بموجب به تم إعادة الإعتبار إلى هذا النوع من الأملاك الذي أصبح يعول عليه كثيرا للدفع بعجلة التنمية الإقتصادية إلى جانب أصناف أخرى من الملكيات هما الأملاك الوطنية و الأملاك الخاصة و هو الأمر الذي تداركه المشرع بموجب التعديل الذي عرفه قانون الأوقاف .

لكن و بالرغم من التعديلات التي عرفها هذا القانون إلا أنه لا يزال يحتاج إلى تنقيح أكثر بسبب الفراغ القانوني الذي يعاني منه ، الأمر الذي وقفنا عنده من خلال دراستنا لهذا الفصل ، سيما ما تعلق بأسباب انتهاء الحق و الآثار المترتبة على انتهائه ، ذلك أن هذه الفكرة لم تتضمنها أحكام القانون مما دفعنا إلى إعتداد القياس على ما هو مكرس من أحكام لذات الحق في القانون المدني آخذين بعين الإعتبار طبيعة الحق .

حيث صنفنا أسباب انتهاء حق الإنتفاع بالأملاك الوقفية إلى أسباب عامة و هي نفس الأسباب المنصوص عليها في القانون المدني اقتصرنا ها على هلاك الشيء ، التنازل ، عدم الإستعمال دون أن ننسى سبب آخر مهم كان متعلقا بالقانون ، بحيث تطرقنا إلى قانون الثورة الزراعية الذي عمل على إدماج هذا الصنف من الأملاك ضمن ملكية الدولة و تم بعد ذلك توزيعها على مستفيديها ، غير أن المشرع فيما بعد عدل عن هذا الموقف بنصه على حق استرجاعها من قبل الجهة الموقوف عليها حسب ما أكده قانون الأوقاف . غير أن عملية الإسترجاع هذه أفرزت هي الأخرى مشاكل قانونية أدت إلى إرهاب كاهل الجهة الموقوف عليها ، سيما ما تعلق بمسألة التعويض عن المنشآت التي أقامها المستفيديون فكان من المفروض أن يقع عبء التعويض على عاتق الوقف لأنه يتمتع بالشخصية المعنوية و ليس الموقوف عليهم .

يضاف إلى قانون الثورة الزراعية قانون الإحتياطات العقارية الملغى و كذا قانون الأوقاف اللذان يقران صراحة بإدماج الأملاك الوقفية ضمن الوعاء العقاري للدولة ، هذا ما يؤدي إلى إجماع الأفراد عن الإقدام على إنشاء الأوقاف ، مما يتطلب من المشرع العمل على إيجاد آلية للعمل من أجل الموازنة بين مصلحة الوقف الملحة لما له من دور في تحقيق التنمية الإقتصادية من جهة ، و حاجة الدولة إلى تلبية إحتياجات الأفراد من السكن من جهة أخرى .

كما توصلنا في هذا السياق إلى أن عملية القياس قد لا تخدم بعض أسباب انتهاء حق الإنتفاع بالأملاك الموقوفة بخلاف ما هو مكرس في القواعد العامة ، من بين هذه الأسباب نذكر الإدغام و الذي لا تقبله طبيعة الوقف ، بحيث لا يمكن عودة حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة لأن حق الإنتفاع المترتب على الوقف يكون على وجه التأييد .

يضاف إلى هذا السبب الأجل الذي يقتصر تطبيقه على حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني و لا يسري على حق الإنتفاع الناجم عن الأملاك الوقفية ، الذي و كما سبق الذكر يكون على وجه التأييد و بالتالي فهو غير مرتبط بأجل و كل وقف يكون محدد بمدة زمنية فهو باطل و عديم الأثر .

كما يوجد هناك أسباب لإنهاء حق الإنتفاع بالأملاك الوقفية يقتصر تطبيقها على هذا الصنف تتمثل في الوقف ، لأن هذا الحق ينشأ بنشوءه و يزول بزواله .

و كأهم نتيجة توصلنا إليها من خلال دراستنا لهذا الفصل ، هي إغفال قانون الأوقاف لبعض الآثار القانونية الناجمة عن الوقف ، أو على الأقل ليست واضحة بالنسبة لهذا القانون استنبطها من دراسات فقهية في هذا المجال نذكر منها :

- قسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف

- زوال الشخصية المعنوية للوقف

و مما زاد من تعقيد الدراسة في هذا المجال هو إخراج المشرع الوقف الخاص من قانون الأوقاف و إلحاقه بالقانون المدني رغم الإختلاف و المتباين الواضح و الصريح بين الحقان .

في خلاصة هذا الباب نقول أن حق الإنتفاع إذا ما نشأ ، من المؤكد أن ينجم عن ذلك آثار قانونية لا تخرج عن فكرة الحقوق و الإلتزامات يتحملها الأطراف ، و لقد كانت هذه الآثار واضحة المعالم و لا يطرح بشأنها أي إشكال ، سيما و أن القانون المدني قد عمل على تنظيمها بشكل أدق ، كما عملت أحكام هذا الحق بموجب هذا القانون على سد الفراغ الذي اعترى التشريعات الخاصة المنظمة لبعض أوجه حق الإنتفاع ، عندما لا يشكل ذلك أي تعارض أو تناقض .

و بالرغم من نجاعة نصوص القانون المدني في التكفل بتنظيم هذا الحق إلا أن الممارسة العملية أثبتت جمود الأحكامه و عزوف الأفراد عن جعل هذا الحق محل معاملاتهم و لعل السبب في ذلك يعود إلى الخاصية التي يتمتع بها الحق كونه حق مؤقت يرتبط أنتهائه بانتهاء الأجل المحدد له أو بوفاة المنتفع حتى و لو لم يحل الأجل ، هذا ما يشكل صعوبة في معرفة الوقت المحدد لإنتهائه و من ثم تقدير قيمته كي يكون محلا لمعاملاتهم .

كما أنه و بنشوء حق الإنتفاع تصبح الملكية مجزئة بين شخصين هما مالك الرقبة و صاحب حق

الإنتفاع ، هذا الوضع الذي تؤول إليه الملكية بعد تقرير حق الإنتفاع يؤدي لا محال إلى الحد من فكرة تداول المال ، و بالتالي يساهم في خلق وضع يصعب معه التصرف في الرقبة بمعزل عن حق الإنتفاع .

مثل هذا الوضع لا يطرح بالنسبة لحق الإنتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية بموجب قانون 19/87 ، و لا حتى بالنسبة لحق الإنتفاع الناجم عن الأملاك الوقفية ، ذلك أن حق الإنتفاع من منظور هذين القانونين هو حق دائم ، عكس ما هو عليه الأمر بالنسبة لحق الإنتفاع المنصوص عليه بموجب القواعد العامة ، و عليه لا يمكن أن تؤدي تجزئة عناصر الملكية إلى الحد من تداول المال ، لأن هذا الصنف من الحق هو حق قابل للتنازل و الحجز . يترتب على كسبه آثار قانونية عملت في حد ذاتها على تقيد الحق ضمانا لحماية هذا النوع من الأراضي التي يرد عليها .

و حتى بالنسبة لحق الإنتفاع المترتب على الأملاك الوقفية هو الآخر حق مؤبد يتقيد مستحقه بشروط الواقف يضاف إلى ذلك ما يمليه القانون من إلتزامات في هذا المجال ، و تبقى هذه الآثار قائمة ما دام الحق قائما ، فإذا حدث و أن انتهى الحق بأي سبب من الأسباب السابق ذكرها تمخض عن ذلك آثار قانونية هذه الآثار لم تكن واضحة المعالم بموجب قانون الأوقاف المعدل و المتمم و التي نأمل أن يتداركها المشرع مستقبلا .

و بناء على كل ما سبق قوله نرى من الضروري إبداء بعض الإقتراحات لمعالجة النقائص التي تم عرضها من خلال دراستنا لهذا الباب و الذي من خلاله تناولنا الآثار الناجمة عن كسب و انتهاء حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة .

أولا : بالنسبة للقانون المدني

لقد تضمن القانون المدني أحكام عملت على تحديد الآثار التي تترتب على قيام حق الإنتفاع و انتهائه تحديدا دقيقا و شاملا بما لا يثير أي نقص ، لذلك ليس لنا أي إقتراح في هذا المجال .

ثانيا : بالنسبة لقانون رقم 19/87

أهم الإقتراحات التي يمكن إبدائها حول حق الإنتفاع المكرس بموجب هذا القانون هي :

1 - تفعيل الحماية القانونية و الجنائية للأراضي الفلاحية عن طريق خلق أو إنشاء لجان للتفتيش على المستوى المحلي و المركزي تكون لديها الجراءة على خوض غمار المراقبة الميدانية و اتخاذ القرارات اللازمة لردع مرتكبي المخالفات و إحالتهم على العدالة .

2 - تفعيل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لكي يتكفل بحماية العقار الفلاحي ، في حالة إخلال المستفيدين بالإلتزامات المفروضة عليهم قانونا .

3 - تحفيز البنوك على تمويل الفلاحين ، من أجل استغلال الأراضي الفلاحية و هي المسألة لطالما أرهقت كاهل الفلاحين البسطاء .

4 - خلق ضوابط قانونية تكون كفيلة بردع الموظفين المكلفين بتطبيق القواعد القانونية الخاصة بحماية هذا النوع من الأراضي في حالة التهاون أو التواطؤ .

5 - العمل على إعداد نصوص قانونية خاصة يكون من شأنها تحقيق الموازنة بين الحاجة إلى تلبية احتياجات المواطنين و الدولة في إنجاز المشاريع عامة و السكنات من جهة و المحافظة على وعاء العقاري الفلاحي من خطر الإندثار و الإضمحلال من جهة أخرى .

6 - تغليب طابع الفردي في إستغلال الأراضي الفلاحية على الطابع الجماعي تماشياً و نظام إقتصاد السوق المتبنى من طرف الدولة .

7 - العمل على تعزيز ثقة الفلاح بالأرض بواسطة أدوات عدة منها : الدعم المالي ، تخفيض الضرائب تدعيم عن طريق دورات تكوينية تخص تقنيات الزراعة من طرف متخصصين .

8 - إجبار الفلاحين على الإنخراط في شركات التأمين من أجل تغطية الأضرار الناجمة عن بعض الكوارث الطبيعية أو بعض الأمراض التي تمس بالمحاصيل الزراعية .

ثالثاً : بالنسبة لقانون الأوقاف

الإقتراحات التي نراها تتعلق بحق الإنتفاع الممارس على الأملاك الوقفية هي :

1 - تفعيل آليات الإستثمار في مجال الأوقاف لاسيما الأوقاف العامة ، و فتح الباب أمام الإستثمارات الأجنبية مع الإستفادة من تجارب الدول الرائدة في هذا المجال و التأكيد على طرق الإستغلال المشروعة وفقاً لما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية .

2 - إنشاء بنوك إسلامية لا تتعامل بالفوائد الربوية من أجل تمويل مشاريع الإستثمار و إستغلال الأملاك الوقفية .

- 3 - التخلي أن أسلوب التسيير المركزي في المجال الإداري و المالي و إسناد هذه المهام إلى هيئات إقليمية التي تكون أدرى بشؤون و احتياجات السكان في مجال الإستثمار .
- 4 - ضرورة أن يتضمن قانون الأوقاف أحكام تتعلق بتنظيم عقود استغلال الأراضي الفلاحية الوقفية - عقد المزارعة ، عقد المساقاة ، عقد الحكر - تنظيما دقيقا ، على أن تشمل هذه الأحكام أركان العقود و الآثار الناجمة عنها
- 5 - ضرورة تضمين قانون الأوقاف حكم يفيد بأن زوال الوقف يؤدي إلى زوال شخصيته المعنوية .
- 6 - تعديل المادة 25 من قانون الأوقاف بغرض التأكيد على أن البناءات و الأعراس لا تعتبر ملك وقفي تماشيا و موقف فقهاء الشريعة الإسلامية .

الخاتمة

لقد حظي حق الإنتفاع على غرار الحقوق العينية الأصلية بعناية خاصة من طرف المشرع الجزائري كانت هذه العناية كفيّلة بتحديد مفهوم هذا الحق و كذا طبيعته القانونية التي تضمنت أسباب كسبه و انتقاله و ما ينجم عن ذلك من آثار قانونية بغرض تأمين حقوق الأطراف المتعاملين به ، سواء كان ذلك من منظور القانون المدني أو حتى التشريعات الخاصة التي كانت محل دراسة .

و تظهر فعالية هذا الحق كونه أداة قانونية ناجعة لمعالجة حالات إهمال المالك لإستغلال الأرض بسبب العجز المادي أو الجسماني ، كون أن الملكية مرتبطة بتحقيق الوظيفة الإجتماعية المنوطة بها و لا ينبغي تعطيل النفع العام الناجم عن عدم الإستغلال و هو الأمر الذي عمل المشرع الجزائري على تحقيقه من خلال سنه لجملة من القواعد التي تحكم حق الإنتفاع ضمنها القانون المدني .

ثم جاءت التشريعات الخاصة المنظمة لأحكام حق الإنتفاع لتحديد بشكل أدق مفهوم الحق و الآثار القانونية الناجمة عن التمتع به كانت هذه التشريعات مختلفة و متباينة من تشريع لآخر نظرا لإختلاف طبيعة الملكية التي يترتب عليها هذا الحق ، من حق انتفاع يترتب على أراضي فلاحية تابعة ملكيتها للدولة إلى حق إنتفاع يرد على أملاك ذات طابع و قفي .

و لعل مراعاة طبيعة حق الإنتفاع بأوجهه المتعددة انعكست على فكرة الآثار القانونية الناجمة عن التمتع بالحق في شكل إلتزامات و حقوق وجدناها متباينة هي الأخرى من تشريع لآخر .

و مهما كانت درجة التفاوت و الإختلاف في الآثار الناجمة عن التمتع بحق الإنتفاع في التشريعات الخاصة فإنها لا ترقى إلى درجة الإهتمام إذا لم تكن هذه الآثار قد عملت فعلا على تكريس الحماية القانونية اللازمة و المرافقة لطبيعة الأملاك التي تترتب عليها هذا من جهة ، و تحقيق التنمية الإقتصادية المرجوة من الأملاك التي شملتها - أملاك وطنية و أملاك و قفية - من جهة أخرى ، إذ أصبحت تشكل ضلعين لمثلث الأملاك الإقتصادية و المعول عليهما في مجال التنمية .

غير أن هذه النتيجة لم تتجسد بعد بشكل يبعث على الإرتياح للأسباب التالية .

بالنسبة لقانون 19/87 نقول أن نتائج هذا القانون لم تكن تخدم الأهداف المسطرة ، هذا ما تعكسه المشاكل التي تتخبط فيها أغلب المستثمرات الفلاحية ، مما حال دون الإستغلال الفعلي للأرض بسبب إهمال أو تصرف المستفيدين في حق الإنتفاع عن طريق البيع أو الإيجار ، و في حالات أخرى تم تحويل الوجهة الفلاحية للأرض لأغراض غير فلاحية بالبناء فوقها ، و يعود ذلك للعوامل التالية :

- صعوبة الإنسجام بين أعضاء المستثمرة و كثرة الخلافات فيما بينهم ، نظرا لتغليب المشرع لطابع الإستغلال الجماعي عندما نص على ممارسة الحق في شكل شيوع ، مما دفع بالبعض إلى تجزئة المستثمرة مخالفين النصوص القانونية في هذا المجال .

- صعوبة التمويل التي يواجهها المستفيدون من طرف البنوك .

- عدم إستقرار الوعاء العقاري للمستثمرات الفلاحية بسبب عمليات الإسترجاع التي تضمنها قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم ، مست عمليات الإسترجاع هذه الأراضي المتبرع بها و المؤممة و حتى الأراضي التي وضعت تحت الحماية ، هذا ما أدى إلى زعزعت الثقة في نفوس الفلاحين و التشكيك في القيمة القانونية للسندات التي بحوزتهم .

- عدم احترام الإدارة للإجراءات القانونية المتعلقة بإسقاط حق الإنتفاع الدائم ، مما أدى بالجهات القضائية إلى الحكم بإلغاء و بطلان هذا النوع من القرارات .

- الشروط القانونية التي فرضها المشرع على المستفيد أو المتنازل إليه بموجب حق الإنتفاع أدت إلى عرقلة تداول الحق ، سيما في حالات التي يكون فيها الحق محل رهن ، هذا ما أدى بالتنازل إلى أن يكون ممكن قانونا غير محقق واقعا .

- غياب تام لجهاز الديوان الوطني للأراضي الفلاحية المسند إليه ممارسة حق الشفعة ، مما ساهم بشكل مباشر في فقدان العديد من الأراضي الفلاحية كانت محل معاملات عقارية .

- غياب تام لقانون خاص يكون كفيل بتنظيم أحكام الشفعة يعمل على مراعاة مميزات هذه الأراضي، علما أنه كانت هناك محاولة لمشروع قانون الشفعة باءت بالفشل .

- عجز و ضعف الأجهزة الإدارية المتمثلة في مديريات الفلاحة و كذا مديريات أملاك الدولة عن القيام بالدور المنوط بها لحماية هذا النوع من الأراضي .

كل هذه العوامل و أخرى ساهمت في فشل القانون و عدم تحقيق أهدافه ، مما دفع بالمشرع إلى إعادة التفكير في صياغة قانونية مغايرة تعمل على تدارك الوضع و حماية ما تبقى من هذه الأراضي .

بالفعل ، تمت الموافقة على مشروع القانون الذي يحدد شروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة بتاريخ 11 ماي 2010 من قبل مجلس الوزراء من جملة الأحكام التي تضمنها المشروع هي :

- إقصاء كل شخص سبق له أن أبرم صفقات بشأن هذا النوع من الأراضي أو حاز هذه الأراضي خرقا للقانون الجاري به العمل .

- بموجب مشروع هذا القانون يتحول حق الإنتفاع من حق دائم إلى حق انتفاع في شكل امتياز يخول لصاحبه حق استغلال الأرض لمدة 40 سنة تكون قابلة للتجديد .

- التأكيد مرة أخرى على الإقصاء من الإستفادة بهذا النوع من الأراضي كل من كان له سلوك مشين خلال حرب التحرير و كل شخص يحمل جنسية أجنبية .

- تضمنت مسودة مشروع القانون مادة جوهرية تتمثل في قيام السلطات العمومية الممثلة في الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ، بنزع جميع الأراضي الفلاحية التابعة لأمالك الدولة التي تم تحويلها عن طابعها الفلاحي من قبل أصحابها الحاليين و تصنيفها في قائمة الأراضي التي سيعاد توزيعها بموجب عقد الإمتياز ، هذه المادة ستكون محل تطبيق بأثر رجعي ، و هو الأمر الذي سيسفر على مشاكل لا حصر لها .

في هذا الإطار أحصت وزارة الفلاحية ما يقارب 150 ألف هكتار من مساحة هذا النوع من الأراضي التي تم تحويلها عن طابعها الفلاحي ، تعود ملكيتها للدولة و للخواص استغللت أغلبها في إنجاز مرافق عمومية و تجمعات سكانية ، و هو ما يشكل مخالفة لقانون 19/87 .

و لقد عرف مشروع هذا القانون حالة من المد و الجزر بين الطاقم الحكومي و المنظمات التي تعنى بالدفاع عن حقوق الفلاحين ، هذا ما أدى بتفضيل طرح مشروع القانون على البرلمان .

ليبقى السؤال الذي يطرح نفسه هل سيسفر مشروع القانون عن الحلول اللازمة لتحقيق النتائج المرجوة ؟ . لا يمكننا أن نقدم جوابا عن هذا التساؤل إلا بعد صدور القانون و تطبيقه على أرض الواقع و نطمح أن يكون مشروع هذا القانون مبني على دراسة قانونية واقعية تكون بعيدة كل البعد عن التأثير بالإختيارات السياسية .

أما المقترحات التي نرها ضرورية تخدم موضوع البحث هي كالتالي :

أولا : بالنسبة للقانون المدني

1- إدراج المشرع لحق الحكر ضمن الحقوق العينية الأصلية المنصوص عليها في المواد 674 إلى 881 باعتباره هو الآخر حق عيني أصلي أغفله المشرع رغم التعديلات التي عرفها هذا القانون .

2 - تعديل بعض مواد القانون المدني أخص بالذكر نص المادة 844 من القانون المدني و ذلك بإحداث فقرة أخيرة تتضمن الوقف كسبب من أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع بالوقف الذي ينشأ بنشوء الوقف و يزول بزواله .

3 - تعديل المادة 798 من القانون المدني بإضافة فقرة أخيرة لا شفعة في الوقف إذا كان الغرض منها ضم ملكية الرقبة إلى حق الإنتفاع .

4 - كما يجب أن يتضمن القانون المدني نصوصا صريحة تكرر الأحكام تفيد الحماية القانونية و لهذا الصنف من الأملاك .

5 - التأكيد على عدم إمكانية اكتساب أصل الأملاك الوقفية بالتقادم مهما طالّت المدة حتى تتمتع هذه الأملاك بنفس الحماية المقررة بشأن الأملاك العامة .

6 - التأكيد على إمكانية اكتساب حق الإنتفاع بالوقف عن طريق التقادم المكسب من دون الملكية تحقيقا لمفهوم الوظيفة الإجتماعية للملكية .

ثانيا : بالنسبة لقانون 19/87

1 - يجب أن ينبثق مشروع القانون الذي يتعلق بإلغاء قانون 19/87 من قانون التوجيه الفلاحي رقم 16/08 و تكون أحكامه مطابقة لأحكام هذا الأخير تفاديا لأي تناقض أو تعارض .

- 2 - تفعيل الحماية القانونية و الجنائية للأراضي الفلاحية عن طريق خلق أو إنشاء لجان للتفتيش على المستوى المحلي و المركزي تكون لديها الجرأة على خوض غمار المراقبة الميدانية و اتخاذ القرارات اللازمة لردع مرتكبي المخالفات و إحالتهم على العدالة .
- 3 - تفعيل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لكي يتكفل بحماية العقار الفلاحي .
- 4 - تحفيز البنوك على تمويل الفلاحين ، سيما بعد أن تحول الحق من حق انتفاع دائم إلى انتفاع في شكل امتياز محدد المدة ، لأن مسألة التمويل لطالما أرهقت كاهل الفلاحين البسطاء .
- 5 - خلق ضوابط قانونية تكون كفيلة بردع الموظفين المكلفين بتطبيق القواعد القانونية الخاصة بحماية هذا النوع من الأراضي في حالة التهاون أو التواطؤ .
- 6 - التكفل بإعداد نصوص قانونية تواكب صدور القانون تتضمن إجراءات ممارسة الشفعة على هذا النوع من الأراضي .
- 7 - العمل على تجميع كل النصوص القانونية في قانون خاص ألا و هو القانون الزراعي .
- 8 - العمل على إعداد نصوص قانونية خاصة يكون من شأنها تحقيق الموازنة بين الحاجة إلى تلبية احتياجات المواطنين و الدولة في إنجاز المشاريع عامة و السكنات من جهة و المحافظة على وعاء العقاري الفلاحي من الإندثار و الإضمحلال من جهة أخرى .
- 9 - تغليب طابع الإستغلال الفردي للأراضي الفلاحية على الطابع الجماعي تماشيا و نظام إقتصاد السوق المتبنى من طرف الدولة .
- 10 - إدراج شرط الإعتماد المالي كشرط من الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الشخص المستفيد .
- 11 - العمل على تعزيز ثقة الفلاح بالأرض بواسطة أدوات عدة منها : الدعم المالي ، تخفيض الضرائب تدعيم عن طريق دورات تكوينية تخص تقنيات الزراعة من طرف متخصصين .

12 - إجبار الفلاحين على الإنخراط في شركات التأمين من أجل تغطية الأضرار الناجمة عن بعض الكوارث الطبيعية أو بعض الأمراض التي تمس بالمحاصيل الزراعية .

هذه الحلول نأمل أن يتداركها مشروع القانون و يعمل على تجسيدها على أرض الواقع حتى لا تبقى حبرا على ورق ، بغرض رد الاعتبار للمستثمرات الفلاحية و زيادة مرد وديتها و حسن استغلال كل الإمكانيات المتاحة لضمان الأمن الغذائي .

كما يجب أن يستفيد مشروع القانون من التجارب السابقة لقانون امتد تطبيقه أكثر من عشرون سنة ألا و هو قانون 19/87 ، إذا أصبح من الضروري مراجعة أحكامه بعد عزوف الدولة عن النهج الإقتصادي و السياسي الذي رافق هذا القانون و تبنيتها نظام آخر مغاير .

من أجل ذلك باتت مسألة تنظيم استغلال الأراضي الفلاحية التابعة ملكيتها للدولة بما يحقق الموازنة بين حقوق المستفيدين و الدولة من جهة ، و ما تتطلبه الحماية القانونية لهذا النوع من الأراضي من خطر الإضمحلال من جهة أخرى . مسألة بالغة الأهمية يجب العمل على تحقيق هذه الغاية المنشودة بمختلف الوسائل (القانونية ، التقنية ، المادية ، البشرية) و توفير آليات الرقابة المستمرة و الفعالة بكل شفافية في الميدان .

ثالثا : فيما يخص قانون الأوقاف

بالنسبة لقانون الأوقاف رقم 10/91 المعدل و المتمم ، نقول أن هذا النوع من الأملاك لا سيما العقارية منها ، أصبحت هي الأخرى تشكل ضلع من أضلاع مثلث الأملاك العقارية و هو القطاع الذي يعول عليه للدفع بعجلة التنمية الاقتصادية ، الأمر الذي تفتن إليه المشرع الجزائري من خلال التعديلات التي أدخلها على هذا القانون عند اعترافه بآليات استثمار هذا النوع من الأملاك في شكل عقود إيجار أو عقود إستغلال خاصة عندما يتعلق الأمر بالأوقاف العامة ، بعد أن عانت هذه الأملاك من حالات الإستيلاء و التعدي و بالرغم من كل ذلك لازال هذا القانون يعتريه النقص في مواطن عديدة أهمها :

- هذا القانون لم يتطرق بشكل أدق إلى فكرة الآثار القانونية الناجمة عن التمتع بالحق أو زواله

- لم يشير هذا القانون إلى مسألة مصير الأعراس و البناءات التي يحدثها المستغل بعد زوال الوقف و هي مسألة جوهرية .

- بموجب التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف عمل المشرع على إخراج الوقف الخاص من مجال تطبيق قانون الأوقاف وإحاقه بأحكام القانون المدني ، هذا الأمر نراه غريب لا يستقيم و الفكر القانوني نظرا لإختلاف أحكام حق الإنتفاع المنصوص عليه في القانون المدني عن أحكام حق الإنتفاع بالوقف .

- لا تزال عمليات البحث و التنقيب عن الأوقاف تعثرها العديد من المشاكل و العقبات المادية و البشرية و القانونية مما حال دون معرفتها و من ثم جردها .

- عدم إنسجام بعض الأحكام القانونية بين قانون الأوقاف و القانون المدني ، لأن هذا الأخير عند صدوره لم يكن يعترف بالوقف و لم يعتبره سبب من أسباب كسب و انتقال حق الإنتفاع رغم التعديلات التي عرفها .

- إغفال بعض القوانين التي لها علاقة مباشرة بالوقف هذا الصنف من الأملاك أخص بالذكر القوانين المتعلقة بمسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري ، لأنها تشريعات صدرت قبل قانون الأوقاف و لازالت سارية المفعول .

أما عن الحلول المقترحة في هذا المجال نراها تكمن فيما يلي :

1 - تفعيل آليات الإستثمار في مجال الأوقاف لاسيما الأوقاف العامة ، و فتح الباب أمام الإستثمارات الأجنبية مع الإستفادة من تجارب الدول الرائدة في هذا المجال و التأكيد على طرق الإستغلال المشروعة وفقا لما تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية .

2 - إنشاء بنوك إسلامية لا تتعامل بالفوائد الربوية من أجل تمويل مشاريع الإستثمار .

3 - التخلي أن أسلوب التسيير المركزي في المجال الإداري و المالي و إسناد هذه المهام إلى هيئات إقليمية التي تكون أدرى بشؤون و احتياجات السكان في مجال الإستثمار .

4 - تفعيل آليات البحث عن الأوقاف و من ثم جردها هذا ما يتطلب توفير وسائل مادية و بشرية و تقنية .

5 - ضرورة تضمين قانون الأوقاف أحكاما تتعلق بتنظيم عقود استغلال الأراضي الفلاحية الوقفية (عقد المزارعة ، عقد المساقاة ، عقد الحكر) تنظيما دقيقا ، على أن تشمل هذه الأحكام أركان العقود و الآثار الناجمة عنها .

6 - ضرورة تضمين قانون الأوقاف حكم يفيد بأن زوال الوقف يؤدي إلى زوال شخصيته المعنوية

في الأخير نرجو أن تكون دراستنا المتواضعة هذه ذات فائدة في إثراء المكتبات القانونية و نسأل الله العفو عن الزلل و التقصير .

قائمة المراجع

- 01 - أ / زروقي ليلي - التقنيات العقارية ضبطه و شرحه - الجزء الأول العقار الفلاحي الطبعة الثانية الديوان الوطني للأشغال التربوية ، طبعة سنة 2001 .
- 02 - د / محمد كامل مرسي باشا - الحقوق العينية الأصلية - الجزء الثاني ، أنواع الملكية و الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، الطبعة الثانية ، المطبعة العالمية .
دون سنة الطبع .
- 03 - القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتعلق بضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1987/12/09 العدد 05 .
- 04 - دستور سنة 1989
- 05 - القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 يتضمن قانون الأوقاف الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1991/04/27 ، المعدل و المتمم بوجب القانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2002/12/15 العدد 83.
- 06 - القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 يتضمن التوجيه العقاري الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1990/11/18 العدد 49 . المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 1995/09/25 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1995/09/27 العدد 55
- 07 - القانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 مايو 2001 المتمم لقانون الأوقاف الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2001/05/23 العدد 29 .
- 08 - P /FREDERIC- ZENATI : propriété et droits réels ; Revue trimestrielle - de droit civil n° 3 juillet-septembre 1990 ; Paris-Dalloz .**

- 09 - عبد الرزاق السنهوري-الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع -أسباب كسب الملكية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية ، دار إحياء ، دون سنة الطبع .
- 10 - د / زهدي يكن-الملكية و الحقوق العينية الأصلية، منشورات المكتبة العصرية صيدا، بيروت ، دون سنة الطبع .
- 11 - عبد المنعم فرج صده - الحقوق العينية الأصلية ، دراسات في القانون اللبناني و القانون المصري - دار النهضة العربية للطباعة و النشر بيروت ، دون سنة الطبع .
- 12 - د / مصطفى محمد الجمال - نظام الملكية ، دون مكان النشر ، طبعة 2000 .
- 13 - القانون رقم 16/08 المتضمن قانون التوجيه الفلاحي ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2008/08/10 ، العدد 46 .
- 14 - د / بن رقية بن يوسف - شرح قانون المستثمرات الفلاحية - الديوان الوطني للأشغال التربوية الطبعة الأولى سنة 2001 .
- 15 - الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن قانون الثورة الزراعية الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1971/11/30 العدد 97 .
- 16 - د / عبد الرزاق السنهوري تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي - الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع - أسباب كسب الملكية ، نسخة منقحة ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ط 2004 .
- 17 - القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 - الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2007 /05/13 العدد 31

19- PHILIPPE- SIMLER : les biens ; presses universitaires de Grenoble 1996 .

20 - د/ عبد الرشيد مأمون – دروس في المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الثاني ، نظرية الحق – دون مكان النشر ، طبعة 2006 .

21 - أ / رمول خالد - الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية – درا هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، بوزريعة الجزائر ، الطبعة الثانية سنة 2006 .

22 - د / وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته - الجزء الثامن ، دار الفكر، الطبعة الثالثة دمشق طبعة سنة 1989 .

23 - محمد أبو زهرة – محاضرات في الوقف ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية 1971

24 - د / بن رقية بن يوسف - مقال تحت عنوان : شروط و إجراءات إسقاط حق الإنتفاع الدائم في قانون المستثمرات الفلاحية - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية العدد 2000/2 – كلية الحقوق جامعة الجزائر – طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 2001 .

25 –D / JEAN DOMINIQUE LASSAIGNE – préface de JEAN GEOFFROY :
les baux ruraux a long terme et les groupements foncières agricoles –édition
répertoire du notariat DEFRENOIS – Paris 1973 .

26 - JACQUES AUDIER : droit rural ; édition economica – paris

27 - JOSEPH – HUDAULT : droit rural, droit de l'exploitation agricole, Paris
Dalloz ,1987 .

28 - د/ سليمان مرقس - الإيجارات الزراعية و إيجار الوقف و الحكر - دون مكان الطبع طبعة 1968 .

29 - Guide des exploitations agricoles –Issus de la mise en œuvre de la loi n : 87/19 du 08/12/1987 déterminant le mode d'exploitation des terres agricoles du domaine national et fixant les droits et obligations des producteurs ; direction des institutions rurales – ministère de l'agriculture –Avril 1989

30 - أ/ - محمد كنازة - الوقف العام في التشريع الجزائري ، دراسة قانونية مدعمة بأحكام فقهية و قرارات قضائية - دار الهدى للطباعة و التوزيع ، عين مليلة ، الجزائر طبعة 2006 .

31 - MAURICE POUYANNE : propriété foncière en Algérie. Alger typographie Adolphe Jourdan ;1900

32 - P/ Thierry REVET : propriété et droits réels ; revue trimestrielle de droit civil n° 1 Janvier / mars 2003 ; Paris-Dalloz .

33 - الأمر رقم 07/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق ببراءات الاختراع – الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003 العدد 44 .

34 - الأمر رقم 06 /03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات – الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 يوليو 2003 العدد 44 .

35 - د/ عكرمة سعيد صبري - الوقف الإسلامي بين النظرية و التطبيق - دار النفائس للنشر و التوزيع ، الأردن ، الطبعة الأولى 2008 .

36 - JEAN MEGRET : droit agraire –tome 3 édition librairies techniques –Paris 1978 .

37 -BELARBIA FATIMA-SOHRRA ; réflexions sur la servitude de passage .

نشر المقال بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، سنة 2004 ، العدد 02 .

38 - القرار رقم 14511 الصادر بتاريخ 1997/06/25 - المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1997 .

39 - مرسوم تنفيذي رقم 51/90 المؤرخ في 06 / 02 / 1990 يحدد كيفية تطبيق المادة 28 من قانون 19/87 ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1990/ 02/07 العدد 06.

40 - المستشار محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في القانون المدني المجلد الثامن عشر، محمود للنشر و التوزيع ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2007 .

41 - P / FREDERIC - ZENATI : propriété et droits réels ;Revue trimestrielle de droit civil n° 3 juillet – septembre 1999 ; PARIS - Dalloz .

42 - د/ نبيل ابراهيم سعد - الحقوق العينية الأصلية أحكامها مصادرهما - دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة 2006 .

43 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة - المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 /02/ 2005 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2005/02/27 العدد 15

44 - بن شويخ رشيد - الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة الجزائري - بحث لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون ، تخصص قانون خاص ، جامعة سعد دحلب بالبلدية ، كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2002/2001 .

45- أ / لحسين بن شيخ آث ملويا - قانون الأسرة المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 - مفسرا مادة ، مادة للمبتدئين و الممارسين ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، القبة القديمة الجزائر ، الطبعة الأولى سنة 2008 .

46 - قرار رقم 211880 الصادر بتاريخ 2001/05/30 ، مجلة نشرة القضاء سنة 2006 العدد 57 ص 229 .

47 - أ / دغيش أحمد - مقال تحت عنوان نظام الشفعة بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة في القانون الجزائري ، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو العدد 01 لسنة 2009 .

48 - أ / أحمد خالدي - الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا و مجلس الدولة - دار هومة ، بوزريعة الجزائر ، الطبعة الأولى سنة 2006 .

49 - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 /02/2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2008/02/23 ، العدد 21 .

50- أ / سماعيل شامة - النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري - دراسة وصفية و تحليلية دار هومة للطباعة و النشر الجزائر ، طبعة 2004 .

51 - الأمر رقم 01/09 المؤرخ في 22 يوليو 2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 - الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 يوليو 2009 - العدد 44 .

52 - قرار رقم 179321 الصادر بتاريخ 1998/03/25 ، المجلة القضائية العدد 01 سنة 1998 .

53 - قرار رقم 194838 الصادر بتاريخ 2000/05/31 - الاجتهاد القضائي ، عدد خاص الجزء الأول سنة 2004 .

54 - قرار رقم 193704 الصادر بتاريخ 2000/04/26 - الاجتهاد القضائي ، عدد خاص الجزء الأول سنة 2004 .

55 - المحامي السيد عبد الوهاب عرفة - الوجيز في الشفعة كسبب لكسب الملكية في العقار في ضوء أحكام محكمة النقض- النشر دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية طبعة 2005 .

- 56 - قرار رقم 179136 الصادر بتاريخ 1998/03/25 – الاجتهاد القضائي - عدد خاص الجزء الأول سنة 2004 .
- 57 - قرار رقم 256626 الصادر بتاريخ 2004/02/25 – المجلة القضائية – العدد الأول لسنة 2004 .
- 58 - قرار رقم 198458 الصادر بتاريخ 2000/04/26 – الاجتهاد القضائي – عدد خاص الجزء الأول، سنة 2004 .
- 59 – الأمر رقم 58/75 الصادر بتاريخ 1975/12/26 المتضمن القانون المدني – الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1975/09/30 العدد 78 .
- 60 - قرار رقم 196675 الصادر بتاريخ 2000 /03/29 – الاجتهاد القضائي – عدد خاص الجزء الأول ، سنة 2004 .
- 61 - قرار رقم 433-186 مؤرخ في 1999/06/16 نشر القرار بالمجلة القضائية ، عدد 02 لسنة 1999 .
- 62 - القرار رقم 190693 الصادر بتاريخ 1999/10/27 – الاجتهاد القضائي – عدد خاص الجزء الأول ، سنة 2004 .
- 63 - التشريعات العقارية ، وزارة العدل ، مديرية الشؤون المدنية ، طبعة 1994 .
- 64 - أ / زروقي ليلي ، أ/ حمدي باشا عمر - المنازعات العقارية - دار هومة للطباعة و النشر الجزائر طبعة 2004 .
- 65 - القرار رقم 196021 الصادر بتاريخ 2000/09/27 مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص الجزء الأول سنة 2004 .

- 66 - القرار رقم 194437 الصادر بتاريخ 2000/04/26 - الاجتهاد القضائي - عدد خاص الجزء الأول سنة 2004 .
- 67 - القاضي حمدي باشا عمر - مقال تحت عنوان : شهر الدعاوى العقارية - مجلة الموثق - جانفي 2000 ، العدد 09 .
- 68 - المرسوم رقم 63/76 المشار إليه أعلاه ، المعدل و المتمم بموجب المرسوم رقم 123/93 الصادر بتاريخ 1993 /05/19 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1993/05/ 23 لعدد 34 .
- 69 - مذكرة المدير العام للأموال الوطنية رقم 01385/أم ع أ و/م ع أ د ع / م ع المؤرخة في 1993/03/22 المتعلقة بموضوع طلبات إيقاف تنفيذ إجراء إشهار العقود الواردة من طرف الخواص.
- 70 - عبد الحفيظ بن عبيدة - إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري - دار هومة ، الطبعة الخامسة 2006 .
- 71 - قرار رقم 197177 الصادر بتاريخ 2000/07/31 - الاجتهاد القضائي - عدد خاص الجزء 1 سنة 2004 .
- 72 - المستشار أنور طلبية - التقادم - المكتبة القانونية، دون مكان الطبع ، طبعة 2004 .
- 73 - قرار رقم 218221 الصادر بتاريخ 2001/10/24 - المجلة القضائية - العدد 02 سنة 2002 .
- 74 - أ / جمال سايس - د/ سعيد مقدم - الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري - كليك للنشر المحمدية الجزائر ، الطبعة الأولى سبتمبر 2009، القرار رقم 277874 الصادر بتاريخ 2004/10/ 13 .

- 75 - المستشار /عمار رواينية - مقال تحت عنوان التقادم المكسب - الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني ، طبعة 2004 .
- 76 - محمودي عبد العزيز - تطهير الملكية العقارية غير الممسوحة في التشريع الجزائري - بحث لنيل درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب السنة الجامعية 2007 - 2008 .
- 77 - المستشار محمد أحمد عابدين - التقادم المكسب و المسقط في القانون - الناشر دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، طبعة 2002 .
- 78 - د / محمدي فريدة- مقال تحت عنوان : التقادم المكسب و نظام السجل العيني مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، طبعة 2004 .
- 79 - بموجب المرسوم التنفيذي رقم 50/90 المؤرخ في 1990/02/06 الجريدة الرسمية العدد 06 الصادرة بتاريخ 1990/02/07.
- 80 - أ / نبيل صقر - العقار الفلاحي نسا و تطبيقا ، النصوص التشريعية و التنظيمية الخاصة بالعقار الفلاحي ، اجتهاد المحكمة العليا و مجلس الدولة - دار الهدى للطباعة و النشر، عين مليلة الجزائر طبعة 2008 .
- 81 - لحسين بن الشيخ آث ملويا - المنتقى في قضاء مجلس الدولة - الجزء الأول دار هومة للطباعة و النشر ، بوزريعة الجزائر ، الطبعة الرابعة 2006 .
- 82 - أ / عجة الجيلالي - أزمة العقار الفلاحي و مقترحات تسويتها - دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، طبعة 2005 .
- 83 - الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري - الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1975/11/12 العدد 92

- 84 - د/ رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري - الملكية الزراعية بين التفتيت و التجميع و التنظيم - دراسة مقارنة لآليات تجميع و تنظيم الملكية الزراعية في القانون الفرنسي و اللبناني و المغربي ، الناشر دار النهضة العربية 32 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة طبعة 1999 .
- 85 - المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المؤرخ في 1997/12/20 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية - الجريدة الرسمية العدد 84 الصادرة بتاريخ 1997/12/21 .
- 86 - د/ سليم حريز ، المنقح فادي سليم حريز - الوقف دراسات و أبحاث - منشورات الجامعة اللبنانية بيروت ، طبعة سنة 1994 .
- 87 - د/ الشيخ محمد مصطفى شلبي - أحكام الوصايا و الأوقاف - الدار الجامعية للطباعة و النشر بيروت ، دون سنة الطبع.
- 88 - حمدي باشا عمر - القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ، دار هومة للطباعة و النشر ، طبعة سنة 2004 .
- 89 - أ / ماروك نصر الدين - قانون الأسرة بين النظرية و التطبيق - دار الهلال للخدمات الإعلامية طبعة 2004 .
- 90 - قرار رقم 195280 الصادر بتاريخ 2000/05/31 - مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ج 1 سنة 2000 .
- 91 - القرار رقم 198940 الصادر بتاريخ 2001/04/25 عن الغرفة العقارية - مجلة الاجتهاد القضائي عدد خاص ج 1 سنة 2004 .
- 92 - القرار رقم 94323 الصادر بتاريخ 1993/09/28 المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1994 .

- 93 - قرار رقم 204958 صادر بتاريخ 2001/01/31 مجلة الاجتهاد القضائي
- عدد خاص الجزء الأول سنة 2001 .
- 94 - د/ وهبة الزحيلي - الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي - دار الفكر ،دمشق سورية طبعة 1987
- 95 - أ / حسين بطيمي - مقال تحت عنوان التصريح الكاذب يؤدي إلى حرمان الخزينة
من موارد إضافية - مجلة الموثق العدد الأول - ماي ، جوان 2001 .
- 96 - د/ برحماني محفوظ - الضريبة العقارية في القانون الجزائري دراسة مقارنة -
الدار الجامعية الجديدة للنشر ، الأزارطة ، طبعة 2009 .
- 97 - أ / بوحلاسة عمر - مقال تحت عنوان : الوقف في القانون الجزائري - مجلة الموثق - الصادرة
في جانفي 2000 .
- 98 - المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26 يتضمن إحداث وثيقة
الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفيات إصدارها و تسليمها
الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2000/10/31 العدد 64 .
- 99 - قرار مؤرخ في 2001/05/26 - الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2001/06/06
العدد 31
- 100 - أ / عبد الوهاب عرفة - الشامل في حق الملكية و الحقوق العينية الأصلية و التبعية
- درا الفكر و القانون ، المنصورة ، طبعة 2008 .
- 101 - مجلة الأحكام العدلية ، الناشر مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن
الطبعة الأولى سنة 1999 .

102 - / محمد وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية -
الأشياء الأموال حق الملكية ، الحقوق المتفرعة عن حق الملكية أسباب كسب الحقوق
العينية - مطبعة الداودي دمشق طبعة 1979.

103 - المستشار عريشي أمير بمجلس الدولة - مقال تحت عنوان المنازعات القضائية في
المستثمرات الفلاحية ، مجلة مجلس الدولة العدد 07 لسنة 2005 .

104 - تعليمية وزارية رقم 000525 / أ . و الصادرة بتاريخ 1998/10/22 المتعلقة
ب : تعزيز المراقبة على مستوى المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية :
تتضمن وضع جهاز للمتابعة و التقييم لضمان استغلال الأراضي و المباني
المكونة للمستثمرة الفلاحية بشكل مناسب و مستمر .

105 - المحامي محمد صياح النشواتي - القيود على الملكية العقارية و إشارتها في السجل
العقاري - المجلد الثاني ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، الطبعة الأولى سنة 1993 .

106 - قرار رقم 29501 ، المؤرخ في 1983/10/26 ، المجلة القضائية العدد 01
لسنة 1989 .

107 - قرار رقم 49799 مؤرخ في 1978/06/03 المجلة القضائية العدد 03 لسنة 1990

**108 - circulaire interministérielle n° 570/M D B /94 du 28/05/1994 relative au
manquement des producteurs agricoles à leurs obligations –déchéance**

109- القانون رقم 33/88 المؤرخ في 1988/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1989
الجريدة الرسمية العدد 54 .

110 - قرار رقم 011798 المؤرخ في 2004/ 04/06 ، مجلة مجلس الدولة
العدد 05 لسنة 2004 .

111 - circulaire interministérielle n°00892 F/SG/DADF du 22/02/1989 relative aux modalités de liquidation et de recouvrement de la redevance au titre du droit de jouissance octroyé sur les terres agricoles du domaine national , F N ?
Recueil de textes / instructions – circulaires – notes relatives au domaine et a la conservation foncière ministère des finances année 1993 .

112 - Raymond Mal'yezieux : droit rural, presses universitaires de France, édition 1 trimestre, 1973 .

113 – قرار رقم 191795 مؤرخ في 1999/12/22 – مجلة قضائية العدد 01 لسنة 2001 ص 235 .

114 - القانون رقم 36/90 المؤرخ في 1990/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1991 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1990/12/31 العدد 57.

115 – القانون رقم 33/88 المؤرخ في 1988/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1989 الجريدة الرسمية العدد 54 .

116 - القرار رقم 188432 الصادر بتاريخ 1999/09/29 - مجلة الإجتهد القضائي عدد خاص الجزء الأول سنة 2004 .

117- عبد القادر بن عزوز - فقه استثمار الوقف و تمويله في الإسلام - رسالة دكتوراه في فقه الأصول ، كلية العلوم الإسلامية ، الجزائر سنة 2004 .

118 - محمد عبد الله الكبيسي – أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية – الجزء الثاني ، مطبعة الإرشاد بغداد ، طبعة 1977 ، ص 195 .

119 - د / زواوي فريدة – مقال تحت عنوان : الوقف الخاص وجهة نظر في وضعيته الحالية – مجلة الموثق الصادرة سنة 1998 ، العدد 05 .

120 - محمد أحمد العثمان - الوقف الخيري و دوره في التنمية الاقتصادية - رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي و أصوله ، جامعة دمشق كلية الشريعة العام الدراسي 2005 .

121 - د / نزيه محمد الصادق المهدي - أصول القانون الزراعي - دراسة نظرية فقهية تطبيقية مقارنة الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1992 .

122 - د/ أسامة بدر - القانون الزراعي - مطبعة جامعة طنطا الكتاب الجامعي الطبعة الثانية مزيدة و منقحة لسنة 2001/ 2002 .

123- د / محسن عبد الحميد البيه - القانون الزراعي و حماية البيئة الزراعية - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة ، الطبعة الرابعة 2006 .

124 - قرار رقم 297394 صادر بتاريخ 2003/03/19 المجلة القضائية العدد 02 لسنة 2003 .

125- د / سمير كامل - القانون الزراعي ، الملكية الزراعية ، الملكية الصحراوية الاستغلال الزراعي - الطبعة الثانية سنة 1987 – 1988 .

126- D /Anne-Marie Bourgeois ; préface de P/ Jean STOUFFLET : l'exploitation agricole dans la législation récent ; librairie générale de droit et de jurisprudence R.PICHON ET R .DURAND-AUZIAS 20 rue SOUFFLOT ; PARIS 1967 .

127 – عبد الحميد الشواربي ، المستشار أسامة عثمان - منازعات الأوقاف و الأحكار و النظام القانوني لأملاك الدولة و نزع الملكية في ضوء الفقه و القضاء و التشريع ، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الثالثة سنة 1997 .

128 - د / حسن كيره – الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها – منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الرابعة 1995 .

- 129- حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد - استصلاح الأرض الصحراوية و البور و تملكها في الفقه الإسلامي و القانون المدني دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة الزقازيق سنة 1998 .
- 130 - د / على الهادي العبيدي - الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية ، الحقوق العينية التبعية) دراسة مقارنة - دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان طبعة 2008 .
- 131 - وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية الجزء الثاني أسباب كسب الملكية و الحقوق المشتقة من حق الملكية ، دراسة موازنة بالمدونات العربية مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، دون سنة الطبع .
- 132 - قانون المالية لسنة 2001، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2000/12/24 العدد 80 .
- 133- المرسوم التنفيذي رقم 06/92 المؤرخ في 04 جانفي سنة 1992 ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 08 جانفي 1992 ، العدد 02 لسنة 1992.
- 134 - **Recueil des textes sur le foncier agricole – 1990 à 1992 ; C .N.D.A,**
ministère de l'agriculture et de la pêche .
- 135 - المرسوم التنفيذي رقم 51/89 المؤرخ في 18 أفريل 1989 المتعلق بتطبيق المادة 29 من قانون 19 /87 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 19 أفريل 1989 العدد 16
- 136 - القرار رقم 184041 المؤرخ في 1998/12/16 - المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1998 .
- 137 - القانون رقم 02/98 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتضمن المحاكم الإدارية الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 01 جوان سنة 1998 العدد 37 .

138 - قرار رقم 117969 مؤرخ في 1997/07/06 المجلة القضائية العدد 02 لسنة 1997.

139 - القرار رقم 7764 الصادر بتاريخ 2003/02/04 - مجلة مجلس الدولة - العدد 03 لسنة 2003 .

140 - قرار رقم 113.282 مؤرخ في 1997/02/02 - المجلة القضائية - العدد 02 لسنة 1997 .

141- قرار رقم 30954 مؤرخ الصادر بتاريخ 1984/12/03 - المجلة القضائية العدد 04 الصادرة سنة 1989 .

142 - قرار رقم 016765 - الصادر بتاريخ 2005/07/12 - مجلة مجلس الدولة العدد 07 لسنة 2005 .