

تاريخ القبول: 2022/12/21

تاريخ الإرسال: 2022/09/01

إثبات الوقف في التشريع الجزائري

Proof of endowment Algérien législation

ط.د. الهمال الشيخ*¹ أ. د بحماوي الشريف²

1- جامعة أحمد دراية أدرار (مخبر القانون والتنمية المحلية)

.elh.heikh@univ-adrar.edu.dz

2- جامعة أحمد دراية أدرار (الجزائر).

.bahamaouicherif@univ-adrar.edu.dz

الملخص:

في ظل سياسة الدولة الجزائرية المبنية على التوجه للاستثمارات والتخلي عن ريع البترول، برز الوقف باعتباره مورد استثماري مهم وميدانا خصبا للتنافس على فعل الخير لذلك أولته الدولة الجزائرية اهتمامها وجعلته من أولويات سياساتها التشريعية من خلال القوانين التي أصدرتها والتي تهدف إلى حماية الوقف من مختلف صور التعدي، ومن أبرز صور الحماية تنظيم وسائل إثبات الوقف، طبقا لمبدأ حرية الإثبات المكرس في المادة 35 من قانون الأوقاف 10/91 والتي تنص على أنه يثبت الوقف بجميع الطرق الشرعية والقانونية.

وتهدف الدراسة إلى تبيان أهم الوسائل التي اعتمدها المشرع الجزائري في إثبات الأوقاف القانونية منها والشرعية، وقد خلصت الدراسة إلى أن إخضاع الوقف للقواعد العامة في الإثبات أمر لامناس منه مع مراعاة خصوصية البر والخير التي تميزه.

الكلمات المفتاحية: الوقف، الاستثمار، الحماية، حرية الإثبات .

Abstract:

In light of the policy of the Algerian state based on the orientation of investments and the abandonment of oil rents, the endowment has emerged as an important investment resource and a fertile field for competition to do good, so the Algerian state has given it its attention and made it a priority of its legislative policies through the laws it issued, which aims to protect the endowment from various forms of infringement One of the most prominent forms of protection is the organization of the means of establishing endowment in accordance with the principle of freedom of proof

enshrined in Article 35 of the Endowment Law 10/91, which states that the endowment is established by all legitimate and legal methods

the study aims to show the most important means adopted by the Algerian legislator in proving the legal endowments, including legitimacy, and the study concluded that subjecting the endowment to the general rules of proof is unavoidable, taking into account the specificity of righteousness and goodness that distinguishes it.

Keywords: Endowment, investment, protection, freedom of proof.

مقدمة:

أضحى الوقف من الموضوعات التي تلقى اهتماما واسعا وحيزا كبيرا من الدراسات القانونية والاقتصادية، نظرا لدوره المتنامي في تحقيق التنمية الاقتصادية وإسهامه في تحقيق التكافل الاجتماعي، وينصرف مفهومه إلى حبس العين سواء كانت عقارا أو منقولا عن التملك والتصدق بمنفعتها على أي وجه من وجوه البر، والمتتبع للمنظومة القانونية الوقفية في الجزائر يجد أن سنة 1991 تعد نقطة تحول والتي أبرزت اهتمام الدولة الجزائرية بالوقف، وتخلي المشرع عن النظرة الاستهلاكية المحضة للوقف والتطلع إلى وجوب استثماره خاصة بسبب مخلفات الفترة الاستعمارية والتي عرف فيها الوقف اعتداء على عاداته في ظل استمرار تطبيق القوانين الفرنسية التي وضعت أساسا لتقنين التعدي على الأملاك الوطنية، إلا أنه ونظرا لقصور القانون رقم 10/91 خاصة في جانب تفعيل الوقف في ظل اعتماده كمورد استثماري، تم تعديله بموجب القانونين 07-01 المؤرخ في 22 ماي 2001، والقانون 10-02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002، بالإضافة إلى القانون 11-84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 02-05 لاسيما في مواده من 213 إلى 220 .

وقد نجم عن ذلك إصدار عديد المراسيم التنفيذية أهمها المرسوم التنفيذي رقم 213/18 المحدد لكيفيات استغلال العقارات الوقفية الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية ونظرا لأهمية الوقف على المستويين الاقتصادي والاجتماعي، وزيادة عدد الأعيان الوقفية برزت الحاجة إلى حمايتها وتعد الحماية القضائية من أهم صور الحماية المقررة للأوقاف، وذلك من خلال نظام الإثبات القضائي.

وتبرز أهمية الموضوع من خلال إبراز الحماية الخاصة التي أولاها المشرع الجزائري للوقف من خلال الحفاظ على خصوصياته والمستمدة من الفقه الإسلامي، وتزويده بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة وهو ما يظهر جليا في إقرار الحرية في إثبات الوقف، فتتمحور الدراسة حول الكشف عن سبل إثبات الأوقاف بمختلف الوسائل الممكنة الشرعية والقانونية بغية تنوير المشرفين على الأوقاف، ودفع المحسنين إلى إنشاء أوقاف جديدة على أسس قانونية صحيحة تضمن حفظها واستمرارها.

وتهدف الدراسة إلى تسليط الضوء على طرق الإثبات المعمول بها بمناسبة نشوب المنازعات الوقفية والتي تتميز من خلالها بين طرق الإثبات القانونية والشرعية، في ظل دراسة مدى إمكانية إخضاع هذا النوع من المال للقواعد العامة.

وعليه ماهي خصوصية الإثبات في المادة الوقفية ؟

وسنحاول الإجابة وفقاً للمنهج الوصفي التحليلي وباتباع الخطة التالية :

المحور الأول: وسائل الإثبات القانونية

المطلب الأول: الكتابة.

المطلب الثاني: وثيقة الإشهاد المكتوب .

المحور الثاني: وسائل الإثبات الشرعية

المطلب الأول: شهادة الشهود.

المطلب الثاني: الإقرار.

خاتمة.

المحور الأول: وسائل الإثبات القانونية

نص قانون الأسرة في مادته 217 على أنه يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقاً للمادة من هذا القانون، وتنص المادة 191 من قانون الأسرة على أنه تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد ذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم يؤشر عليه على هامش الملكية.

وبالنتيجة يثبت الوقف بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية شأنه شأن الوصية ، ومنه ما يثبت بالتصريح يمكن أن يكون صحيحاً قبل التصريح به أمام الموثق فعدم التصريح بالوقف لا يبطله ولكن يعطل وسيلة من وسائل إثباته، مما يلجأ معه للقضاء لإثباته بوسائل أخرى للحصول على حكم مؤشر به هامش أصل الملكية.

وحسب المادة 35 من قانون الأوقاف السابق ذكرها والمادة 41 من نفس القانون والتي تنص على إلزام الواقف بأن يقيد وقفه لدى الموثق، غير أن هذه المادة تعتبر غامضة بسبب إغفال الجزاء المترتب على عدم التوثيق، لأن الإلزام الموجه للواقف الذي لا يمكن أن يتحمل جزاء عدم قيده لوقفه كونه يقوم بإجراء تصرف ووقي طابعه خيري له نفع عام أو مساهما في تطوير المصلحة العامة، فهو لا يرجو أو يرغب في أي نفع أو حق يخشى زواله عنه، ومن أهم طرق الإثبات القانونية نذكر :

المطلب الأول: الكتابة

يصدر قانون الأوقاف 91-10 نص المشرع في المادة 41 منه على وجوب تحرير عقد الوقف من طرف الموثق وكذا خضوعه للإشهار لدى مصلحة الشهر العقاري، لكنها جاءت عامة ولم توضح إذا كان ذلك وجوبي بالنسبة لعقد الوقف الذي يكون محله عقار فقط، مكرساً بذلك المبدأ الذي نص عليه القانون 06-02 المتضمن تنظيم التوثيق، أم أنه ضروري لكل وقف مهما

كان محله سواء كان عقار أو منقول أو منفعة، كما نص قانون الأوقاف في المادة 35 منه على أن إثبات الوقف يكون بجميع الطرق الشرعية والقانونية. واستنادا لما سبق ذكره يجب التمييز بين وقف المنقول ووقف العقار، فبالنسبة لوقف المنقول لا يشترط إفراغه في عقد توثيقي ويمكن إثباته بجميع طرق الإثبات، أما بالنسبة للوقف الوارد على العقار يجعله حقا عينيا عقاريا يخضع لأحكام الحقوق العينية العقارية ولهذا يجب تحريره من طرف الموثق وشهره لدى المحافظة العقارية، وتكون الشكلية للانعقاد وليست للإثبات ويترتب على تخلفها بطلان عقد الوقف⁽¹⁾:

- أن المادة 41 من قانون الأوقاف جاءت بصيغة الوجوب وهي قاعدة قانونية أمرة يترتب على مخالفتها البطلان المطلق، وهذه المادة تنطبق بشأن الأوقاف أما المادة 35 من هذا القانون تقرر حرية الإثبات وذلك تكريسا للرغبة في استرجاع الأملاك الوقفية العقارية التي تعرضت للاستيلاء الغير مشروع.

- المادة 04 من قانون الأوقاف نصت بأن الوقف هو عقد التزام تبرع صادر عن الإرادة المنفردة ويثبت وفقا للإجراءات المعمول بها، وفي إثبات التصرفات العقارية تكون العقود رسمية مسجلة ومشهرة تحت طائلة البطلان دون استثناء. وللكتاب أهمية كبيرة في حفظ الحقوق بصفة عامة والأملاك الوقفية بصفة خاصة فهي الآلية التي تضفي الرسمية على العقود، والعقود الرسمية المثبتة للأملاك الوقفية تختلف باختلاف الجهة المكلفة بإصدارها، فهي إما تكون عقود توثيقي محررة من الموثق أو عقود شرعية أو تكون إدارية محررة من طرف مدير أملاك الدولة في إطار تخصيص أو تسوية وضعية أرض وقيية.

وقد عرفت المادة 324 من القانون المدني الجزائري العقد الرسمي أنه عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، ومن أهم صور العقود الرسمية :

1- العقد التوثيقي: استنادا لنص المادة 41 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم يتولي الموثق تحرير عقد الوقف العام، ولكي يكون صحيح ومنجأ لأثاره يتعين تحريره وفقا للنموذج الخاص به، بحيث يجب أن يراعي جملة من الشروط الخاصة بأركانه ويتضمن بيانات إلزامية⁽²⁾.

- اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم.

- اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ولادة الشهود.

- تعيين العقار الموقوف تعيينا دقيقا منافيا للجهالة وذلك بتحديد مساحته وموقعه.

- التفويض والتأكيدات لإجراء مختلف التصحيحات الشكلية من طرف الموثق.

- توقيع الأطراف والشهود والموثق في آخر العقد.

2- العقد العرفي: هو العقد الذي يحرره الأطراف خارج الإطار الرسمي، والعقود العرفية المنصبة على الوقف اعتبرها المشرع وسيلة للإثبات في المسائل التي لا يشترط فيها القانون الكتابة الرسمية سواء بالنسبة للمنقول أو العقار، أو هو السند الذي يقوم بإعداده الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل تصرف قانوني ويتم توقيعه من قبل المتعاقدين وحدهم والشهود إن وجدوا من دون تدخل موظف عام، حيث لا يعد التصديق من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية، إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون العقد⁽³⁾.

- العقود العرفية المحررة قبل سريان قانون التوثيق : تعتبر هذه العقود بما فيها عقد الوقف صحيحة متى اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 1971 ، مع إمكانية إيداعها لدى المحافظة العقارية لشهرها وذلك تطبيقا لنص المادة 89 من المرسوم 76-36 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم ، وهو ماكرسته المحكمة العليا في القرار رقم 348178 المؤرخ في 12 04 2006 والذي جاء فيه العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق الثابتة التاريخ والغير مشهرة صحيحة ومنتجة لأثارها.

- العقود العرفية المحررة بعد صدور قانون التوثيق (1971): القاعدة العامة تقضي ببطالان العقود المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بموجب قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 1 من ق م ، وبالنسبة لعقود الوقف العرفية فثار خلاف حول بطلانها من عدمه وقد فصلت المحكمة العليا في ذلك بقولها "من المستقر أن الحبس لا يخضع لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص شرعا⁽⁴⁾ .

فموقف المحكمة العليا حيال الرسمية في عقود الأوقاف جاء موافقا لقانون الأوقاف الذي يقرر أن الإثبات في الوقف يكون بجميع الطرق القانونية والشرعية، كما أن قانون الأسرة لم يقرر بطلان عقود الوقف العرفية هذا فضلا على أن المشرع اشترط الرسمية في العقود الناقلة للملكية أو الحقوق العينية العقارية في حين أن الوقف عقد غير ناقل للملكية بل هو فقط إسقاط لملكية الواقف ومسألة توثيقه وتسجيله الغرض منها فقط تثبيت منفعة الوقف في ذمة الموقوف عليه لأغیر.

أما في ظل القانون 91-10 فقد نص المشرع على إلزامية توثيق عقد الوقف مخضعا إياه إلى الشكل الرسمي المنصوص عليه في المادة 324 من الأمر 58-75 المتضمن ق م.

3- العقد القضائي : تعد الأحكام النهائية الصادرة عن الجهات القضائية والمتعلقة بالأحكام الوقفية العقارية في بعض الأحيان سندات رسمية تحل محل العقد ، فقد يكون الحكم أو القرار القضائي مثبتا للعقار الوقفي أو جزء منه ، فبالنسبة للحكم المثبت للعقار الوقفي يتم إيداعه من طرف ناظر الوقف لدى مكتب التوثيق لإتمام إجراءات الشهر العقاري حتي يمكن الاحتجاج به لدى الغير، أما الحكم المجزء

للعقار الوقفي فيجب فيه القسمة العقارية إذا كان على الشيوخ وهذا لأجل تحديد جزء مخصص كوقف ويتم بعد ذلك شهره في المحافظة العقارية⁽⁵⁾.

4- العقد الإداري: ويكون في حالة تخصيص أو أرصاد الأملاك العقارية الخاصة بالدولة وذلك بواسطة قرار إداري نهائي، إذا ما كان التخصيص لأجل المساجد والمشاريع الدينية حيث يتم إصدار قرار التخصيص إما من طرف وزير المالية أو من طرف الوالي وذلك بحسب المادة 03 من المرسوم التنفيذي 91 - 454 اذ بعد إتمام بناء المسجد أو المدرسة القرآنية أو أي مشروع ديني من طرف المؤسسة المكلفة ببنائه يدمج مباشرة ضمن الأوقاف العامة المصونة وهذا استنادا لنص المادة 09 من المرسوم المتعلق ببناء المساجد ، ثم تسوى وضعيته بتحرير عقد إداري ناقل للملكية من قبل مدير أملاك الدولة إلى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، وبعد تحرير العقد فانه يخضع للتسجيل مع إعفائه من مختلف الرسوم وشهره في المحافظة العقارية ويتم قيده في السجل العقاري الوقفي⁽⁶⁾. أما بالنسبة للأملاك الخاصة بالولاية ، فيتم تحرير العقد الإداري وفقا لنموذج معد لذلك كما أن عقود استرجاع الأملاك الوقفية التي كانت محل تأميم طبقا لقانون الثورة الزراعية تعتبر عقود إدارية مثبتة للأملاك الوقفية ذلك انه بعد صدور قرار الوالي بأحقية الاسترجاع إلى الجهة المكلفة بالعين الوقفية يحضر عقد إداري من قبل مدير أملاك الدولة للولاية .

5 - العقد الشرعي : وهي العقود المحررة من القاضي الشرعي أثناء الفترة الاستعمارية والتي تكتسي حجية قانونية نظرا لرسميتها وهذا ماكدته اجتهاد المحكمة العليا في قرارها الصادر في 03-06-1989 تحت رقم 40097 بقولها " إن العقود التي حررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي تكتسيه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين ،وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقيات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يملك إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها.

6- الدفتر العقاري : يعتبر الدفتر العقاري سندا إداريا ودليلا قويا مثبتا للملكية العقارية الوقفية ويمكن تعريفه انه ذلك السند الإداري الذي يثبت حقوق المالك على عقاره والمعبر عن الوضعية القانونية الآتية للعقار، فبعد عملية المسح التي تقوم بها مصالح المسح العام للأراضي وإيداع وثائق المسح لدى المحافظ العقاري يقوم هذا الأخير بترقيم العقارات الوقفية ويسلم الدفتر العقاري باسم الوقف الى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف وهذا استنادا للمادة 46 من المرسوم 76- 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تنص "يسلم الدفتر العقاري الى المالك الذي حقه قائم بمناسبة إنشاء بطاقة عقارية مطابقة " وللإشارة فان الدفتر العقاري له قوة ثبوتية تأتي من القوة الثبوتية للسجل العقاري لأنه عبارة عن نسخة من البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية⁽⁷⁾.

وعن إجراءات انتقال الملكية العقارية الوقفية فتتمثل عموما في :

تسجيل الوقف:

نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 336-2000 على خضوع الملك الوقفي محل وثيقة الإشهاد إلى التسجيل والإشهار العقاري، وهو ما يتوافق مع نص المادة 41 من قانون الأوقاف؛ مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية هي من قيمة العقد الرسمي المثبت للملك الوقفي، وهو ما أكدته التعليمات الوزارية المشتركة، رقم 09 المؤرخة في 2002/09/16 الصادرة عن وزير الشؤون الدينية والمالية، والمتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

وباعتبار الأملاك الوقفية هي الصنف الثالث من أصناف الملكية العقارية حسب قانون التوجيه العقاري، والتي نصت عليها في المادة 23 منه، وبما أن الوقف سواء كان عقارا أو منقولا؛ فإنه يخضع للتسجيل كقاعدة عامة، ويكون التسجيل أمام مفتشيات التسجيل المختصة، وهذا ما أقره المشرع صراحة في نص المادة 41 من قانون الأوقاف.

وتجدر الإشارة إلى أن الوقف العام معفى من رسوم التسجيل، ويتضح من المادة 44 من قانون الأوقاف أن الخلفية القانونية لهذا الإعفاء هو تشجيع الوقف العام على الوقف الخاص؛ وذلك بالرغم من أن خاصية البر والخير تنطبق على كليهما، وفي حالة عدم مراعاة إجراء التسجيل؛ فإن عقد الوقف المتعلق بالعقار يكون محل رفض للإيداع من طرف المحافظ العقاري؛ وذلك تطبيقا لنص المادة 100 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وتتجلى وظيفة التسجيل فيما يلي:

- تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية.
- إثبات تاريخ العقود العرفية.

شهر عقد الوقف:

يمكن تعريف الإشهار العقاري بأنه: نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات، يضمن بها حق الملكية العقارية، وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى، وجميع العمليات القانونية الواردة على العقار. وينصرف مفهوم الشهر العقاري أيضا إلى أنه: "إعلان الحقوق العقارية، وذلك من خلال إثبات التصرفات التي تقع على هذه الحقوق في سجلات علنية يسهل على كل شخص الإطلاع على محتوياتها، وأخذ إفادات بما جاء فيها من بيانات".

فالشهر العقاري وسيلة وضعها القانون في متناول الدولة لإعلام الأشخاص، وهذه الوسيلة تتكون من مجموعة من الإجراءات القانونية التي تبين الوصف المادي للعقارات من جهة؛ من خلال الشكل والقياسات المادية التي تستدعي عموما عملية مسح الأراضي، ومن جهة أخرى تبين الوصف القانوني لهذه الأخيرة.

وتختلف طريقة شهر التصرفات العقارية باختلاف ما إذا كان موضوعها حق عيني أصلي: والتي تشهر بالتسجيل، أما الحقوق العينية التبعية فتشهر بالفيد طبقاً للمواد 904، 966 من القانون المدني.

المطلب الثاني : وثيقة الإشهاد المكتوب (المرسوم التنفيذي 2000-336)

استحدثها المشرع الجزائري بموجب نص تنظيمي وهو المرسوم التنفيذي المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط إصدارها وتسليمها (8)، وتجدر الإشارة إلى أن هذا المرسوم لم يعرف هذه الشهادة ومن ثم يتعين الرجوع للفقهاء.

وقد عرفها زهدي يكن أنها : " صك كتابي يوقع عليه الشهود والقاضي المختص وذلك للتأكد من عزم الواقف علي الوقف وأنه جاد به ، فالوقف من حيث أنه حق عيني فلا بد له من الإشهاد أولاً ثم تسجيله في السجل العقاري ليكون حجة على الغير" (9) .

وقد عرفها محمد كنانة " هي عبارة عن شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل وقد حدد نموذجها طبقاً للقانون بالملحق التابع للمرسوم التنفيذي 2000-336 الذي صدرت بموجبه" (10) .

والتعريف الأنسب في نظرنا أنها صك مكتوب وفقاً لأوضاع قانونية معينة يحددها القانون بحيث يترتب على تخلف هذه الأوضاع فقدان القيمة القانونية لهذا الصك وذلك بحسب المرسوم التنفيذي المنظم لأحكامه .
ولهذه الوثيقة مجموعة من الخصائص أهمها :

- أنها صك مكتوب وفقاً لأوضاع شكلية محددة .
- عدم الكفاية الذاتية فلا تكتسب قيمتها القانونية وبالتالي لا يترتب أثرها القانوني إلا مع وجود محرر آخر .
- لها وظيفة اثباتية فهي تتمتع بخاصية الإثبات .
- وثيقة شهادة وليست إقرار .

* وعن الشروط الشكلية لوثيقة الإشهاد المكتوب :

- فهي البيانات التي تتضمنها وثيقة الإشهاد المكتوب، والتي حددتها المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 وفقاً لما يأتي :
- المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم .
- التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية .
- رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف .
- ويمكن تصنيف الشروط والبيانات الشكلية إلى :

أولاً: البيانات الخاصة بالشاهد

1- الاسم واللقب كاملاً

2- تاريخ الميلاد

3- مكان الميلاد

4- اسم الأب وألأم

5- مقر الإقامة والمهنة

6- مكان وتاريخ تحرير الوثيقة

7- التوقيع

ثانيا : البيانات الخاصة بمحل الإشهاد وتتمثل في

1- نوع العقار وصفته

2- مكونات العقار

3- مساحة العقار الإجمالية

4- حدوده الجغرافية

أما بالنسبة لصيغة الإشهاد فتكون "أشهد بشرفي أن العقار المتمثل في ... ويعدد البيانات الكاملة الخاصة بالعقار ... ملك وقفي"، ويتم إثبات الملك الوقفي عن طريق وثيقة الإشهاد المكتوب وبالاستناد للمرسوم التنفيذي 336-2000 السالف الذكر من خلال إنشاء وثيقة الإشهاد والتي تتضمن كافة البيانات الشكلية السالفة الذكر، ثم تأتي مرحلة التصديق على وثيقة الإشهاد ويتم ذلك من خلال المصلحة المختصة في البلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا، وبعد التحرير يتعين تسجيل وثيقة الإشهاد المكتوب تحت رقم معين في سجل خاص بمديرية الشؤون الدينية المختصة إقليميا لأنها المكلفة بالإشراف على الأملاك الوقفية على المستوى المحلي ويتم بعد ذلك إصدار شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد لكن شريطة أن يجمع ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب بمعرفة مدير الشؤون الدينية المختص .

وتثور بخصوص الشهادة الرسمية لإثبات الملك الوقفي بعض الإشكالات، حيث أنها تبرم بناء على وثائق إشهاد مكتوب تم جمعها والمصادقة عليها في غير حضور الشخص المختص لإبرام العقود، ولم يتلق بشأنها تصريحاً بل مجموعة من الشهادات هو غير مسؤول عما جاء فيها كونه لم يصادق عليها، وهو ماينتافي والعقود التصريحية التي يتم التصريح بها أمام الشخص المؤهل قانونا لإبرام العقود⁽¹¹⁾.

المحور الثاني : وسائل الإثبات الشرعية

يمكن القول أن عملية إثبات الأملاك الوقفية قد مرت بمراحل كان لصدور قانون التوثيق الدور الفارق فيها، حيث كانت تعتمد في إثبات الملكيات الوقفية طرق الإثبات الشرعية حيث لا تكون الكتابة شرط في صحة الوقف كون الوقف نابع من وازع البر والخير، وبالتالي ليس له تلك الصيغة التعاقدية وفي ظل عدم اهتمام الوافقين بإفشائه تعبداً وابتغاء للأجر فلا يمكن أن نجد أفضل من الإقرار والشهادة كوسيلتين شرعيتين.

المطلب الأول : إثبات الوقف بشهادة الشهود

عرفها المالكية أنها إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه .
أما الحنابلة عرفوها أنها إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص⁽¹²⁾ .

أما التعريف القانوني للشهادة فانه لم يرد في القانون وإنما نص على الحالات التي يجوز فيها الإثبات ، فيمكن تعريفها أنها الأقوال التي يدلي بها الأشخاص أمام القضاء بشأن إثبات او نفي واقعة قانونية أيا كان نوعها⁽¹³⁾.

أولا: الشروط القانونية لأداء الشهادة الرسمية وتتمثل في:

- العقل والبلوغ : فيشترط في الشاهد أن يكون عاقلا بالغاً فلا تقبل شهادة المجنون أو المعتوه لأنه لا تحصل الثقة في قوله ، كما يشترط في الشاهد أن يكون بالغاً فلا تقبل شهادة صبي غير بالغ لأنه لا يتمكن من أداء الشهادة على الوجه المطلوب⁽¹⁴⁾.

- العدالة : فيشترط في الشاهد أن يكون عدلاً، وهذا الشرط مستمد من الفقه الإسلامي ومن الناحية القانونية كرسته المادة 8 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، والعدل في الاصطلاح الفقهي هو من يتجنب الكبائر ولا يصر على الصغائر ويتجنب كذلك ما يخل بمروءة أمثاله.

- أن يكون من أهالي المنطقة التي يقع فيها العقار الوقفي(المادة 8 من القانون 91-10).

ثانيا: حجية الشهادة في إثبات الأملاك الوقفية

انطلاقاً من أن الشهادة الرسمية يبرمها المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف ، أخذاً بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي المعروف في المادة 324 من ق م، ويطرح التساؤل حول حجية الشهادة الرسمية وهل تكتسب نفس حجية العقد الرسمي ، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الشهادة الرسمية تكون في المناطق التي لم تنطلق فيها إجراءات المسح العام وهو أكدته المادة 05 من المرسوم التنفيذي المنظم للشهادة الرسمية والتي نصت على أن الشهادة الرسمية تكون مرفقة بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة، وهذا الشرط تم إغفاله في القرار المؤرخ في 2001 المحدد لشكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام انه صدرت فتوى عن المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ جانفي 1989، فيما يخص حكم الشهادة في إثبات الوقف في قضية وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ضد فريق اعتدى على عقار استعمل في بناء مسجد وتم تحويله إلى مقهى، حيث ورد في فقرتها الرابعة "إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية أن المحل قد بناها جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم " وهو ماكرسته المحكمة العليا في قرار في قرار لها جاء فيه من المستقر عليه شرعا انه إذا ثبت بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم، ومن استولى عليه يعد مغتصباً له ومعتدياً علي أحباس المسلمين، ويعامل معاملة المعتدي على ملك الغير ويستوجب طرده من المحل وإرجاعه إلى مهمته الأصل، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً للقانون ولما ثبت في قضية الحال أن قضاء المستأنف عليهم قاموا بتحويل المحل المتنازع عليه من مسجد إلى مقهى فان قضية الموضوع بعدم أخذهم بعين الاعتبار أن المحل مخصص للعبادة ويعود

للطرف المستأنف فأنهم قد أخطأوا في قرارهم ويستوجب إلغاءه مع إخراج المستأنف عليهم وكل الشاغلين باسمهم للمحل موضوع النزاع⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني: إثبات الوقف بالإقرار

يعرف الإقرار انه إخبار عن أمر يتعلق به حق الغير .
وقد عرفه ابن عرفة أنه خبر يوجب صدق حكمه على قائله بلفظه أو لفظ نائبه.

وما نلاحظه على هذين التعريفين أنهما لا يبرزان وجوب إيقاع الإقرار أمام القضاء لان القرار المقصود في دراستنا هو هذا الأخير.
وقد عرفه المشرع في المادة 341 ق م التي تنص " الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة.

ويشترط في الإقرار الأهلية الكاملة فلا يصح الإقرار من غير مميز أو مجنون أو معتوه والإقرار في الوقف يكون من الواقف المالك للعين الموقوفة أو من الغير .

كما لو أقر شخص بأنه وقف دار أو أرضا صح إقراره وثبت وقفه وأصبح ملزما به وحجية إقراره تنتقل إلى ورثته من بعده، اذا صدر الوقف طبقا للشروط الواجب توفرها في الواقف.

وعن مسألة إقرار المريض مرض الموت هي من بين المسائل الهامة فيرى الإمام أبو حنبل وأبو حنيفة لا يقبل هذا النوع من الإقرار، أما المالكية فهم يرون في الإقرار سواء لوأرث أو أجني إذا لم تكن فيه تهمة فهو جائز .

وهي مجمل صور إقرار الواقف في حال مرضه ، أما بالنسبة لإقرار الواقف في حال موته فيعتبر الإقرار صحيح ويثبت به الوقف أما إذا كان على المورث دين أو كانت له وصية أو مال غير العقار الموقوف فانه يباع منه ما يوفى به دينه وتنفذ وصيته⁽¹⁶⁾.

فلنظام التسجيل والشهر العقاري دور كبير في حماية الأملاك الوقفية فالهدف من إشهار عقود الوقف هو حماية الأملاك الوقفية من تعدي الغير، كما يمكن للدولة بسط رقابتها على الأملاك الوقفية ويعتبر السجل العقاري الوقفي وسيلة لحماية الوقف ، وحجة رسمية للواقف تضمن له عدم المساس بالعين الموقوفة .

وبالرجوع لنص المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري على ما يلي " كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لوجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ يوم إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية، ونستخلص أن كل حق ملكية أو اي حق عيني آخر متعلق بعقار ولم يشهره بالمحافظة العقارية يعتبر أمام الغير في حكم المعدم أي انه لم يتم أصلا ، ويهدف المشرع من هذا الإجراء إلى المحافظة على استقرار المعاملات العقارية بين الأفراد من خلال اعتبار المحافظة العقارية المصدر

الرئيسي والوحيد للوضعية القانونية للعقار في الجزائر، فكل تصرف غير مشهر لا يمكن للغير الاطلاع عليه هو غير موجود أصلاً⁽¹⁷⁾.

وهناك العديد من الوسائل والطرق الممكنة لإثبات أصل الوقف والتصرفات المنشئة له وهي متفاوتة في قوة إثباتها وبعضها يمكن أن تستعمل كقرينة ، غير أنه في مجملها تساهم في الكشف عن الأوقاف وفي عملية استرجاعها بطرق عادية أو عن طريق القضاء ومن أهم هذه الوسائل :

أولاً : الأرشيف الوثائقي

فيمكن أن يستعمل الأرشيف الوثائقي مثل الصحف المنشورة، وكتابات التاريخ كسند لإثبات الوقف كما يمكن استعمال الدفاتر المالية وقد لعب الأرشيف الوطني دور في الكشف عن الكثير من الأوقاف ، بالإضافة إلى أرشيف ماوراء البحار .

ثانياً : الأرشيف الإداري والقضائي

فيؤخذ من سجلات وأحكام المحاكم الشرعية أو النظامية والمخططات المسيحية ومحاضر التحقيقات المحفوظة لدى مصالح مسح الأراضي، بالإضافة إلى السجلات الموجودة لدى مديريات أملاك الدولة ومديريات الضرائب.

ثالثاً : إثبات الوقف بالحيازة

تعتبر الحيازة سند أو سبب هام مثبت للوقف، خاصة فيما يتعلق بالمنقولات الوقفية ويمكن تصور الحيازة لصالح الوقف العام حتى في العقار ومثال ذلك حيازة مشروع وقف للأراضي ، إذ من الممكن أن يكتسبها بالحيازة دون الحاجة إلى واقف يوقفها وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة 08 من قانون الأوقاف ، وهذه الحيازة ليست مقترنة بمدة بل مقترنة بالوصف الذي يطرأ على العقار المحاز ليكتسب بذلك صفة الملك الوقفي ويدمج ضمن الذمة المالية للوقف العام.

وفي إطار دراسة مدى تأثير إثبات عقد الوقف بقواعد الإثبات المعمول بها في المجال المدني والتجاري، نجد أن إثبات الوقف يتميز بالخصائص التالية:

إن حرية الإثبات في عقد الوقف يطرح خاصية أخرى وهي تنوع من حيث وسائل إثباته فنص المادة 35 يطرح عديد الخيارات المتنوعة لإثبات عقد الوقف إن من خلال الطرق المقررة في فقه الشريعة الإسلامية أو طرقه المقررة في التشريع الجزائري ، وهذا التنوع يعزز من تحصين الأملاك الوقفية من أي سلوك تعسفي أو تصرف غير مشروع يمكن أن يلحق أضرار بحقوق الغير، وبالتالي فخاصية التنوع تكشف تأثير عقد الوقف بالإثبات التجاري الذي يتميز هو الآخر بالحرية والتنوع لكن في حدود السلطة التقديرية للقاضي استناداً للمادة 30 من القانون التجاري.

ازدواجية الإثبات:

إن نص المادة 35 وإن لم يصرح بخاصية ازدواجية ، غير أنه نص على أن طرق إثباته ذات طبيعة شرعية وقانونية ، فيمكن الاستناد إلى نظام الإثبات في الفقه الإسلامي الذي يتميز بالتقييد والتحديد وهذه الخاصية يمكن أن

نلمس منها تأثير إثبات عقد الوقف بنظام الإثبات في القانون التجاري، ذلك أن الإثبات التجاري وإن لم يصرح المشرع بخاصية الازدواجية عبر توسيع وتنويع وسائله، أما الإثبات الوقفي فيأخذ القاضي بجميع طرقه المقررة المقررة شرعا وقانونا وجوبيا لاجوازا .

خاتمة:

وعليه فإن المشرع الجزائري وفي إطار تدعيم أداء الوقف لدوره التنموي، عمل على حماية الأوقاف من خلال النص على حرية الإثبات في المجال الوقفي بكافة الطرق القانونية والشرعية، إلا أنه أفرد الوقف بنوع من الخصوصية نظرا لارتباطه بجوانب البر والخير فأشترط الرسمية حماية للوقف من الضياع وتحقيقا لمقاصد الوقف وفي المقابل نص على الشهادة والإقرار تأكيدا على أن إثبات الوقف متاح بأية وسيلة كانت ومن أهم النتائج :

- تحاشى المشرع تقييد إثبات الأملاك الوقفية سدا لذريعة التملك الغير مشروع للأعيان الوقفية.

- يستوعب الإثبات في عقد الوقف جميع طرق الإثبات المقررة قانونا فضلا عن طرق إثباته الشرعية وبذلك يتأثر بخاصية التقييد .

- تعتبر وثيقة الإشهاد المكتوب وسيلة ناجعة لإثبات الملك الوقفي لأنها تجمع بين الكتابة والشهادة .

- تقديم الإثبات بالطرق الشرعية على الإثبات بالطرق القانونية كما هو منصوص في المادة 35 يعتبر اعتراف ضمني بالقيمة الشرعية لقواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية.

- تعد الرسمية واجبه لانعقاد الوقف وإثباته.

ومن أهم التوصيات :

- العمل على ضمان تكوين دوري ومستمر لمديري الشؤون الدينية والأوقاف باعتبارهم ممثلين قانونيين لمديريات الشؤون الدينية والأوقاف .

- إنشاء مدرسة وطنية لتكوين مستخدمي وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والذين توكل لهم مهمة التمثيل أمام القضاء.

- تدخل المشرع من أجل الفصل في تنازع الاختصاص في منازعات الأوقاف مابين الأقسام العقارية وأقسام الأحوال الشخصية لما لذلك من أثر على التقديم الفعال والفوري لوسائل الإثبات.

- العمل على ضبط السلوك العملي للقضاة بخصوص قبول طرق الإثبات الشرعية وكيفية التعامل معها.

الهوامش والمراجع المعتمدة:

(1) حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات (الهبة – الوصية – الوقف) ص 85 و 86 .

(2) حمداني هجيرة ، إثبات العقارات الوقفية العامة بالعقد الرسمي ، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 03 ، ص 161.

- (3) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، الطبعة الأولى، دار هومه الجزائر، 2014 ص 17
- (4) محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، ص 185
- (5) بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2012 ص 65.
- (6) عيسى بن محمد بوراس، توثيق الوقف العقاري، الطبعة الأولى، 2012 الجزائر، ص 173-177.
- (7) أحمد لعطوي، المركز القانوني للعقار الوقفي في المنظومة القانونية، مذكرة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر قسنطينة، ص 99.
- (8) المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي ج ر 64.
- (9) زهدي يكن، أحكام الوقف، منشورات المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، ص 77
- (10) محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، طبعة 2006 ص 100
- (11) محمد كنانة، مرجع سابق، ص 102
- (12) أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 33
- (13) إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق، الطبعة العاشرة، ديوان المطبوعات الجامعية.
- (14) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، دار الفكر المعاصر، دمشق، ص 563
- (15) قرار رقم 97512 بتاريخ 16 جانفي 1994 المجلة القضائية العدد 02 ص 207.
- (16) يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، شركة النشر والتوزيع 1983 ص 267
- (17) توفيق مدار، حماية واسترجاع الأملاك الوقفية عن طريق الأدلة الكتابية، مجلة المعيار، المجلد 25، العدد 55، 2021 ص 687.