جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

خصوصية الحماية القانونية للمال الوقفي من خلال إثبات عقد التبرع في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

(تخصص: قانون أسرة)

إعداد الطالبة:

حوري حدي

لجنــة المناقشــة

الاسم و اللقب	الجامعة	الصفة
أ/د :خلف أبوبكر	جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي	رئيسا
أ :لموشية سامية	جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي	مشرفا ومقررا
أ : بجاق محمد	جامعة الشهيد حمه لخضر ـ الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017 – 2018

بسم الله الرحمن الرحيم

(رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۖ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ)

سورة الأحقاف الآية 15

اهـــــــــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع الى من كانا سببا في نجاحي

و تحملهم معي عناء الحياة

إلى والدايا أكرمهما الله من فضله لأنهما سبب توفيقي

إلى من تحملا مشقة الحياة وعناء الدراسة معي فلذات كبدي

هبة الرحمان وسليمة

إلى كل أفراد اسرتي ومن ساندني وشجعني من قريب وبعيد

حفظهم الله .

شكـــــــــــــر وعرفـــــــــــــــان

بسم الله و الحمد الله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم

أشكر المولى عز وجل على منه وفضله وتوفيقه لي لكل ما فيه الخير ، وما سهله لي من الطريق الذي التمست فيه علما، ويسر لي سبيل السير فيه و أنار لي دربه.

وأتقدم بعبارات الشكر و التقدير إلى الأيادي التي أحاطت بنا ، وإلى أن أثمرت هاته المذكرة إلى لكل أساتذتي الكرام فلهم منا كل الشكر والتقدير

وأتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذتي " لموشية ساميه " على قبولها الاشراف على مذكرتي اولا ثم على مرافقتها لي في هذا العمل من خلال توجيهاتها وتصويباتها التي جعلت هذا العمل يظهر على ما هو عليه ، وما خصصته لي من وقت وأسأل الله العلي القدير أن يجازيها خير الجزاء، وأن يبارك لها في علمها وعمرها.

كما لا يفوتني أن أشكر عضوي لجنة المناقشة لهذه المذكرة الأستاذ الدكتور" بوبكر خلف " والأستاذ "بجاق محمد" الذين قبلا مراجعة هذا العمل وتصويب أخطائه بما يرونه مناسبا

فلهم خالص الشكر والتقدير لمناقشة المذكرة وعلى ما أولوه من وقت لقراءتها وابداء الملاحظات حولها .

الملخص

اهتم المشرع الجزائري بتنظيم وسائل إثبات الوقف نظرا لارتباط هذه الأخيرة بمسألة جوهرية هي وجود الوقف وضمان تحقق مقاصده واستمراره. وبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات في مجال الأملاك الوقفية، فإن المشرع ترك المجال مفتوحا لكل ذي مصلحة لإثبات الملك الوقفي بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية. ولإعطاء الحماية القانونية الكافية لأموال الوقف، فقد استحدث المشرع جملة من أساليب الإثبات التي يختص بها الوقف دون غيره.

الكلمات المفتاحية

الأملاك الوقفية ـ الاثبات ـ الحماية القانونية

Résumé:

Le législateur algérien s’est intéressé d’organiser les moyens de preuve des biens wakfs, parceque ces moyens de preuve sont liés à une question substantielle concernant l’existence du wakf et la garantie de sa réalisation et sa continuité .

Et lorsque on examine le dispositif législatif concernant les biens wakfs, il s’avère que le législateur a laissé le domaine libre à tout interésé de prouver le bien wakf par toutes les voies légales précisées par la chariâ islamique .

Et pour donner une protection légale suffisante au biens wakf, le législateur s’est doté de plusieurs moyens de preuve concernant seulement le wakf .

Les mots clés

des biens wakfs ، de prevue ، Protection juridique

مقدمة

مقدمة

إن النظرية العامة للإثبات قد تبلغ قدرا كبيرا من الأهمية، حيث اهتم بها الباحثون، وسعوا دوما إلى تطويرها، وإكمال النقص فيها، لأنها تهدي الباحث إلى معرفة القواعد التي تحكم العقد محل اثبات والذي يكون محله الحقوق المالية في مجال القانون الخاص. كما للعقد أنواع، وكل نوع يضم مجموعة من العقود لها ما يميزها عن غيرها من العقود الأخرى بخصائص وأحكام، ومن هاته الأنواع العقود التبرعية .

كما يعتبر المال الركيزة الأساسية والاهم في الحياة، وهو لا يزال محل اهتمام الناس ومحور نشاطاتهم لأنه محور انتفاعهم وسد حاجياتهم وتلبية مطالبهم، وقد اقتضت طبيعته أن يكون قابلا للتداول بينهم بالتملك والانتفاع والتصرف فيه ذلك التداول الذي يتم بمختلف الوجوه الناقلة للملكية ، سواء كانت عن طريق الهبة او الوصية أو الوقف.

وقد عرف المسلمين حالة استثنائية للمال يخرج فيها عن قاعدة قابلية للتداول بنقل ملكيته و التصرف فيه، بحيث يصبح ممنوعا في هذه الحالة من التداول بنقل ملكيته بوجه من الوجوه، ويظل محبوسا على جهة ما لتنتفع بريعه على سبيل الدوام، دون أن تتمتع بحق التصرف في أصله لا هي ولا جهة أخرى الا بقدر ما يبقى على هذا الاصل وينتمي ريعه وهذه الحالة الاستثنائية للمال تسمى وقف او حبسا.

بذلك فإن الوقف سنه اسلامية اصلية حرص المسلمون على تطبيقها منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ،حيث أوقفت الكثير من العقارات و الأراضي ليخصص ريعها لأعمال الخير والبر وايجاد مصادر دائمة للانفاق على المصالح العامة في المجتمع.

فللوقف قربة الى الله تعالى وذلك على مشروعيته نصوص عامة من القران الكريم وفصلته احاديث من السنة النبوية المطهرة.

والوقف يساهم بشكل فعال في تنظيم التبرعات والسير بها نحو الثبات والاستقرار، كما تطور الوقف من كونه تبرعا الى نظام مالي قائم بحد ذاته ، ليصبح من ابرز خصائص التشريع الإسلامي حيث تنوعت اغراضه وتعددت أهدافه، لينتقل من كونه خاصا بالجانب الديني ليمتد الى كل جوانب الحياة الأخرى من اجتماعية وعلمية واقتصادية.

وباعتبار أن الشريعة الاسلامية، هي المصدر الاساسي لقيام الوقف، كنظام قائم مستقل بذاته نجد أن المشرع الجزائري قد أولى موضوع الوقف أهمية بالغة من خلال قانون الاوقاف 10/91 المعدل و المتمم بموجب قانون 02 -10 ، كما نظمه في الكتاب الرابع الفصل الثالث منه في قانون الاسرة الجزائري، ولعل من أهم المسائل التي تثار نحو الوقف في التشريع الجزائري مسألة الاثبات سواء أمام القضاء في حالة وجود نزاع، أو بغرض تفعيل عملية حصر الاملاك الوقفية التي تباشرها السلطة المكلفة بالأوقاف منذ سنوات لحمايتها والمحافظة عليها.

من هنا تتضح أهمية الدراسة بالنظر إلى تعاظم نظام الوقف وسمو مقاصده وأغراضه، وكذا الدور الأساسي الذي صار يلعبه في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، مما يحتم تنظيمه وتقنينه حتى يؤتي ثماره على أحسن حال كما يضمن بقاءه واستمراره وحفظه من الاندثار، وهو الغرض المنضود من الوقف ناهيك عن كون الوقف أصبح أحد أهم مواد الاستثمار الاقتصادي والاجتماعي جراء مساهمته الجبارة في المجالين.

وتتجلى دوافع اختيار موضوع الوقف في سببين رئيسيين أحدهما موضوعي بالنظر إلى الرعاية التي أصبحت توليها التشريعات للأملاك الوقفية ومن بينها المشرع الجزائري كون الوقف له دور اجتماعي يطغى عليه الشق التعبدي كما يمتاز بكونه موردا اقتصاديا وأرضية خصبة للاستثمار.

-أما السبب الثاني فهو ذاتي وهو النابع عن رغبتي الشخصية في الوقوف على منظومة القانونية الجزائرية، وما أقرته من حماية خاصة عند الاثبات للأملاك الوقفية.

وتهدف الدراسة الى تسليط الضوء على مجموعة من النقاط تتمثل في:

مضمون الوقف، وخصائصه واركانه وخصوصية حمايته، وشروط نفاذه، وكيف يتم اثباته وابراز لأهميته الاجتماعية والقانونية لهذا النوع من العقود الخاصة ال.

والتعرف على طرق اثباته في التشريع الجزائري لما يفرض ذلك من خصوصية في الحماية.

ولأن التصرف الوقفي يقتضي وقف وحبس المال الموقوف عن التملك فإن هذا الأثر يبرز خصوصية ملكية المال الموقوف حال الوقف، وبعبارة أخرى أثر التصرف الوقفي على ملكية المال الموقوف. لأنه بخلاف الأحكام العامة في التصرفات التي ترد على الأموال والتي بمقتضاها يتم التصرف فيها للغير، فإن فكرة الملكية فيها تنتقل من ذمة المتصرف إلى ذمة

المتصرف له، فتثبت له سلطات هذا الحق كاملة على المال المتصرف فيه، بيد أن التصرف الوقفي وإن كان يقتضي التصرف في الملك، غير أن انتقال هذا الملك لا يكون للمتصرف له أو إلى ذمة مالية أخرى، بل فكرة ومفهوم مختلف تماما يبرر خصوصية هذا التبرع، لأجل ذلك سوف نتطرق لهاته الخصوصية.

وعليه سيتم التناول هذا الموضوع من خلال الاجابة على الاشكالية التالية: **ما هي خصوصية الحماية القانونية المكرسة لدى المشرع الجزائري والتي تفرض وجودها من خلال إثبات عقد الوقف؟**

وللإجابة على اشكالية البحث اقتضى موضوع الدراسة اتباع منهج جامع ما بين المنهج الوصفي الملائم لاستنباط المفاهيم ذات الصلة، والمنهج التحليلي من خلال الاعتماد على النصوص القانونية التي تحكم الموضوع وتحليلها.

وبالنسبة للدراسات السابقة في مجال البحث عن الوقف نجد من ن الباحثين من تطرق لموضوع الوقف ولكن في الجانب الفقهي، اما ما كان منها قانونيا فنجده يدور حول ادارة الوقف.

أما في مجال خصوصية الحماية القانونية للمال الوقفي من خلال اثبات الوقف، فلم يقع بين ايدينا دراسة خاصة بذلك إلا تلك التي جمعت بين الموضوعين بين الحماية واثبات الوقف في التشريع الجزائري ومن هذه الدراسات نجد: عقد الوقف وطرق اثباته في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري للباحثة قرعان موسى ، وهي مذكرة لنيل شهادة ماجيستير في العقود و المسؤولية قدمت لكليه الحقوق بجامعة الجزائر وتم مناقشتها سنة 2014.

وارتأينا تقسيم الموضوع إلى فصلين، أين خصصنا الفصل الاول لماهية الوقف، وتطرقنا في المبحث الاول منه إلى مضمون الوقف، ليأتي المبحث الثاني معالجا لأقسام الوقف وخصوصية حمايته. وتعرضنا في الفصل الثاني إلى خصوصية اثبات عقد الوقف وتناولنا في المبحث الاول منه الطرق التقليدية لا ثبات الوقف، وفي المبحث الثاني الطرق المستحدثة لإثبات الوقف.

الفصل الأول

ماهية الوقف

الفصل الأول

ماهية الوقف

يعد الوقف صدقة جارية ووجها من وجوه البر والإحسان، كما يعد كذلك صنفا قانونيا من أصناف الملكية إلى جانب الأملاك العامة والخاصة، لذلك يعتبر الوقف أحد أهم عقود التبرعات المالية بالنظر إلى عموم المنفعة التي يُحققها للمجتمع من خلال حبس العين عن التملك الفردي وإطلاق المنفعة العمومية، مقارنة بعقود التبرعات الأخرى التي غالبا ما تكون الملكية والمنفعة فيها خاصة بأفراد لهم حرية التصرف فيها.

من أجل فهم حقيقة الوقف كنظام مالي متميز يتعين أولا تعريفه وبيان خصائصه واللذان يعتبران مدخلا أساسيا للموضوع، ثم توضيح تقسيماته بالوقوف على أركانه وشروطه التي يتأسس بها وذكر أهم أنواعه. ولأن الملكية هي علاقة بين الإنسان والمال أقرها الشرع تجعله مختصا به، فيتصرف فيه بكل التصرفات ما لم يوجد مانع يمنعه، من هنا تظهر أهمية الوقف كعقد تبرعي وهو من التصرفات ذات خطورة، لأن التبرع هو في النهاية تضحية بالمال بدون مقابل، لذلك سارعت التشريعات إلى وضع الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام على هذا التصرف، لنقف بذلك عند تلك الخاصية المتعلقة بالحماية القانونية لهذا العقد.

واعتمادا على ما سبق، سنتطرق في هذا الفصل إلى البحث في ماهية الوقف من خلال المبحثين الموالين أين نتناول في المبحث الاول مضمون الوقف، أما في المبحث الثاني فسنخصصه لأقسام الوقف وخصوصية حمايته قانونا.

المبحث الأول

مضمون الوقف

يعد الوقف نظام أصيل فريد من نوعه ولا يمكن دراسته دون الرجوع الى الاصل المتمثل *في الشريعة* الاسلامية كونه باب من ابواب الخير والبر المستمر، كما أنه قربة الى الله تعالى وقد دلت على مشروعية ذلك نصوص عامة من القران الكريم و فصلته أحاديث من السنة النبوية الشريفة وعمل فيه الصحابة و أجمعوا على مشروعيته. ومن النصوص العامة ما ورد ذكره في القرآن الكريم قوله تعالى " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقون من شيء فان الله به عليم "[1] .

كما دعا اليه سيد الخلق محمد عليه الصلاة والسلام والحث عليه من باب البر بالفقراء والعطف على المحتاجين، فعن أبي هريرة رضي الله عنه، أن الرسول صل الله عليه وسلم قال [2]:" اذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ، صدقة جارية ، او علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له" ففي عبارة الصدقة الجارية وهي الخير المستمر يكون الوقف ، مثل أن يوقف الرجل بستانه على الفقراء أو يوقف عقاره على الفقراء، فإن الفقراء ما داموا ينتفعون بهذا العطاء أو ينتفعون بثمرة هذا البستان فإنه يكتب له وهو أجر حاصل بعد موته لكن هو السبب في إيجاده.

وبما أن ايضا الجزائر دولة اسلامية فهي تأخذ بالوقف، وتخصه بجملة من الأحكام والقوانين التي تضبطه، من هذا المنظور نتعرض الى مضمونه من خلال البحث في تعريفه وما

[1]- سورة آل عمران، الآية 92.

[2]-. عكرمة سعيد صبري ،الوقف الاسلامي بين النظرية والتطبيق .، ص 45.

يتميز به من خصائص بالنظر الى خصوصيته كتصرف قانوني وذلك في المطلب الأول، ونتناول في مطلب ثاني أركان الوقف وشروط نفاذه .

المطلب الاول

تعريف الوقف و خصائصه

ان اختلاف الفقه والتشريع في تعريف الوقف يعود لاختلافهم في تحديد طبيعته وخصائصه ، لذلك سنتناول من خلال هذا المطلب تعريفه قانونا ولغة وشرعا في فرع اول ، بينما نخصص الفرع الثاني لخصائص المال الوقفي .

الفرع الاول

تعريف الوقف

إن التعريف بالوقف يختلف من حيث نظرة الفقه له ليختلف بذلك في المعنى اللغوي عن معناه الاصطلاحي الذي ليس له تعريفا جامعا مانعا، كما أن للوقف تعريف قانوني والذي من خلاله يتبين موقف المشرع الجزائري من هذا التصرف التبرعي .

أولا : تعريف الوقف عند الفقهاء

كما سبق القول ان الوقف نظام اسلامي تحكمه قواعد الشريعة الاسلامية في غير المنصوص عليه في القانون، وعليه نجد للوقف مدلولين مدلول لغوي ومدلول اصطلاحي سنقوم بتوضيحهما كالنحو الموالي :

1-المدلول اللغوي:

الوقف في اللغة من الامساك والقَصْرِ على الشيء، فيقال أمسَكَ عن الكلام أي امتنع عنه، وقصر على الشيء أي خصه به أو خصصه له. ويعرف الوقف بفتح الواو وسكون القاف مصدر وقف الشيء وأوقفه بمعنى حبسه وأحبسه وتجمع على اوقاف و وقوف ، وسمي وقف لما فيه من

حبس المال في سبيل المال على [1]جهة معينة، لذا نقول وقف الارض على المساكين، أي حبسها وجعلها في باب البر والاحسان . ويقال ايضا الحبس والمنع، فيقال وقفت الدار او احبستها على مالكها، كما ان الوقف قد يدل على معنى آخر وهو التسبيل ،وكلها معاني وألفاظ التي ينفرد وينعقد بها الوقف دون غيره[2] .

2-المدلول الاصطلاحي للوقف

لإعطاء هذا العنصر حقه في الدراسة كان علينا التفرقة ما بين المعنى الاصطلاحي للوقف في الشريعة الاسلامية و معناه الاصطلاحي طبقا للقانون الوضعي، وقبل ذلك نبين مدلوله اصطلاحا حيث يُعرَّف الوقف كما قاله ابن عرفة بأنه " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده " ويعرف الوقف أيضا بأنه " تحبيس الأصل و تسبيل الثمرة " وهو أيضا " حبس العين عن تمليكها لأحد من العباد ، والتصدق بالمنفعة على الفقراء ، أو على وجه من وجوه البر"3.

ونورد كالتالي تعريف الوقف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية:

أ- يعرف المذهب المالكي الوقف

على أنه حبس العين عن التصرفات التملكية مع بقائه على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعها على جهة من جهات البر. ومن خلال هذا التعريف يتضح ان المالكية لا يخرجون العين الموقوفة عن ملك الواقف بل يبقى على ملكه ، لكنهم يمنعون التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية سواء بعوض او بدون عوض، و يلزمه التصدق بمنفعتها، ولا يجوز الرجوع فيها[4].

[1] ـ محمد مجد الدين الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، ط8 ، مطبعة الرسالة ، مصر، 2005، ص 537.
[2] ـ نظر في التعاريف المختلفة للوقف بين فقهاء الشريعة الإسلامية: عكرمة سعيد صبري ، الوقف الاسلامي بين النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2008، ص 26 وما بعدها .
[3] ـ وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وادلته ،الجزء الثامن، دار الفكر، دمشق،1982، ص303.
[4]- مصطفى احمد الزرقا احكام الاوقاف ، ط2 ن دار عمار ، عمان ، الاردن ، 1998 ، ص34

ب- بينما يعرف لدى المذهب الحنفي:

على أنه حبس العين على ملك الواقف، والتصرف بمنفعتها على جهة من جهات البر الحال او المآل، فالواقف عندهم لا يخرج المال المحبس عن ملك واقفه، بل يبقى على ملكه يجوز التصرف فيه بكل انواع التصرفات، وإذا مات ينتقل إلى ورثته من بعده، حيث ان كل ما يترتب عن الوقف هو التبرع بالمنفعة، و يجوز الرجوع عنه في كل وقت.

ج-اما المذهبين الشافعي و الحنبلي

فقد عرف الوقف على أنه حبس العين على حكم ملك الله تعالى [1]، والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء وانتهاء، كما يرون بان الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف ، وبمنعه من التصرف فيه، وبالتالي فلا يوجد تعريف جامع مانع للوقف [2].

ثانيا: في التشريع الجزائري

يقتضي الأمر قبل التطرق إلى تعريفه لدى المشرع الجزائري أن نبين محل الوقف من قانون الأوقاف . حيث تميز الوقف عن سائر التبرعات بالاهتمام التشريعي عن طريق إصدار قانون خاص ينظمه فصدر قانون الوقف في الجزائر سنة 1991 ولحقته تعديلات من خلال قوانين لاحقة . فإذا اردنا أن نعدد تلك القوانين نذكر ما يلي:

1- مرسوم 64-283 المؤرخ في:1964/09/17 يتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، ويشمل على 11 مادة وهذا المرسوم لم يتم العمل به لأنه جمد فور صدوره [3].

2- قانون الأوقاف الذي صدر بمقتضى قانون 91-10 المؤرخ في1991/04/27 يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم ، يشتمل على 50 مادة وقد عدلت بعض مواده بقوانين لاحقة .

ـ قانون 01-07 المؤرخ في22 /2001/05 المتعلق بتعديل قانون الأوقاف

ـ قانون 02-10 المؤرخ في2002/12/14 يعدل ويتمم القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بقانون الأوقاف.

---

[1]- شهاب الدين احمد سلامة وشهاب الدين برلسي عميرة حاشية القليوبي ، الجزء الثالث ، دار الفكر بيروت ، لبنان 1995، ص97.

[2]- محمد مصطفى شلبي ، احكام الوصايا والاوقاف ، دار التاليف ، مصر ، 1962 ، ص326 .

[3]ـ حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات "الهبة والوصية والوقف" ، دار هومة ، ط 2004 ، ، الجزائر ، ص 114.

وعليه يعرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 3 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف[1] على انه حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، او على وجه من وجوه البر والخير[2]. كما نصت المادة 5 من نفس القانون على أن الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية.

كما تناوله في نص المادة 213 من القانون 11/84 المتضمن قانون الاسرة [3]على انه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق. كما تناوله القانون 90/25 المؤرخ 1990/11/18المتضمن التوجيه العقاري الوقف في المادة 31 منه التي نصت على :"الاملاك الوقفية هي الاملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض ارادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع بها جمعية خيرية او جمعية ذات منفعة عامة او مسجد او مدرسة قرآنية ،سواء كان هذا التمتع فوريا او عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعنيهم المالك المذكور".

و يلاحظ على التعاريف السابقة تنظيمها من خلال نصوص قانونية معتبرة، أن المشرع الجزائري من خلال قانون الاسرة عبر عن الوقف بكلمة "المال" التي تشمل العقار والمنقول، في حين جعله قانون التوجيه العقاري حكرا على العقار دون غيره، بينما جاء قانون الاوقاف شاملا للعقار والمنقول والمنفعة، فيما عدا ذلك فان القوانين اتفقت جميعها مؤكدة على طبيعته الخاصة كونه متعلق على فكرة التأبيد في الوقف وطابعه الخيري .

الفرع الثاني

خصائص العقد الوقفي

لقد خص المشرع الوقف بخصائص جعلت منه نظاما متفردا متميزا عن باقي العقود والتصرفات القانونية الاخرى، بل وجعل المال الوقفي مالا من نوع خاص، هذا ما يتضح من الخصائص الذي تميز بها عن بقية النظم الأخرى:

1- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق 27 ابريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم الجريدة الرسمية عدد 21.

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق ، ص72.

3- الامر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتتم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 1984/08/09 المتضمن قانون الاسرة، الجريدة الرسمية الجزائرية ،العدد ،15، 2005.

اولا– العقد الوقفي حق عيني

باعتبار انه لا يرد على حق الملكية، يكون بموجبه للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف بشرط احترام ادارة الوقف ، واذا كان جانب من شرائح القانون يرى ان الواقف هو حق شخصي وليس عيني باعتباره انه ينتقل حق الانتفاع فقط لا ملكية الواقف،و القول بذلك ينجر معه ان الموقوف عليه انتقال هذا الحق العيني الى ورثة الموقوف عليه ،في حين ا ن الموقوف عليه الذي يتقرر له حق الانتفاع بالوقف (ريع الوقف) باسمه وصفته وهو محل اعتبار ،فان مات انتقل حق الانتفاع الى الموقوف عليهم من العقب اوالجهة الموقوف عليها مباشرة والتي حددها الواقف في عقد الوقف ، وهو ما دفع ببعض الفقهاء الى القول بان الوقف حق شخصي .[1]

غير ان استحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع بالوقف خاضع لإرادة الواقف وليس للقواعد العامة في المواريث –ودون خرقها– فاستحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الانتفاع يثبت اذا نص عليه الواقف في عقد الوقف ،فالوقف حق عيني ذو طبيعة خاصة ومميزة.

ثانيا– العقد الوقفي شخص معنوي

يعتبر الوقف مستقل تماما عن الشخص المستحق له، اذ يكون له ممثل قانوني يتصرف باسمه و يمثله امام القضاء و هو ناظر الوقف.[2] وتكمن الشخصية المعنوية اكثر في قيام الدولة لكل مؤسستها وما تملكه من سيادة احترام ارادة الواقف و تنفيذها طبقا لما حدده نص المادة (05) من قانون الأوقاف السابق الذكر حيث جاء نصها " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين " يتضح من خلال النص إضفاء المشرع الجزائري الشخصية المعنوية على الوقف والتي تعد خيارا سليما لما اثير من جدال فقهي الذي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول اليها الملك الوقفي بصفة قطعية للواقف او الموقوف عليه او في حكم الله تعالى وهذا مفاده بان الوقف مستقل عن شخصية منشئيه، اي ان له شخصية معنوية او اعتبارية طبقا وتكملة لنص

[1]-المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم98-381 المؤرخ في 98/12/1 المحدد لشروط ادارة الاملاك الوقفية وتسييرها و حمايتها وكيفيات ذلك والتي حددت منها ناظر الملك الوقفي

[2]-المادة 33 من قانون الاوقاف رقم 10/91 تنص على ان "يتولى ادارة الاملاك الوقفية ناظر للوقف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم ".

المادة سالفة الذكر :"ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام ارادة الواقف وتنفيذها."

وعليه فان اعتراف المشرع الجزائري صراحة بالشخصية المعنوية للوقف ،يترتب عليه نتائج نوردها كالتالي:

1-للوقف ذمة مالية مستقلة لأنه بمجرد انعقاد الوقف يصبح المال الموقوف كيانا ماليا خاصا ومستقلا يوجه ريعه في المحافظة عليه وصيانته واستغلاله وتنمي[1].

2-تثبت للوقف اهلية التقاضي في حالة تعرضه للاعتداء او المساس به ، ويمثله امام القضاء شخص طبيعي يسمى ناظر الوقف للدفاع عن حقوق الوقف وهو خاضع لنظام قانوني خاص يضبط تصرفاته ،محيطا الوقف بعدة ضمانات ،وسنرجئ الكلام عن ذلك بالتفصيل عند تناولنا لعنصر الولاية على الوقف.

3-خروج الوقف من ملكية الواقف وانصهارها في الشخصية المعنوية للوقف التي تبقى مسيجة بإرادة الواقف التي تعتبر جوهر الوقف، والدولة بسهرها على احترام ارادة الواقف فهي بذلك تحمي الشخصية المعنوية للوقف تطبيقا لقاعدة "نصوص الواقف كنصوص الشارع".

وتأكيدا منه على الاعتراف أو تكريس الشخصية الاعتبارية للوقف ،فقد نص المشرع الجزائري على ذلك صراحة في المادة 49 من القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حيث تنص هذه المادة على "الاشخاص الاعتبارية هي [2]:-

-الدولة، الولاية، البلدية.

-المؤسسات العمومية ذات طابع الاداري.

-الشركات المدنية والتجارية.

-الجمعيات والمؤسسات.

-الوقف.

-كل مجموعة من الاشخاص او الاموال يمنحها القانون شخصية قانونية

[1]محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ،2006 ص35.

[2]عابيدين مصطفى وقف العقار في القانون الجزائري عاى ضوء الشريعة الاسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة العدد 59 ص115.

ثالثا–العقد الوقفي عقد تبرعي من نوع خاص

بما ان الوقف ينقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف الى الموقوف عليهم دون مقابل، وذلك برا بهم وابتغاء لوجه الله عز و جل تبعا لنوع الوقف واشتراطات الواقف، ويفيد التبرع كذلك خروج الملك الوقفي من المتبرع الواقف بما يزيل كل سلطاته على الشيء ، و هذا ما اكدته المادة 17 من قانون اوقاف 91–10 "اذ صح الوقف زال حق ملكية الواقف ..." ، و زوال سلطات الواقف على الشيء الموقوف لا يعني بالضرورة انتقالها الى الموقوف عليهم بل ان محل التبرع هو منفعة .[1]

كما ان هذه الخاصية تؤكد على ان الوقف هو عقد التزام تبرع صادر عن ارادة منفردة و هي ارادة الواقف وهو المكرس من خلال نص المادة (04) من قانون الأوقاف91–10 والتي تنص على ان " الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"

فالإيجاب شرطا لوجود الوقف اما القبول بمعنى قبول الموقوف عليهم فهو شرط لتفادي اذا كان الوقف خاصا و تخلف قبول الموقوف عليهم للوقف لا يؤدي بالضرورة الى بطلان العقد كما هو معروف في القواعد العامة و انما يؤدي الى تحويله من وقف خاص الى عام هذا ما اشارت اليه المادة 7 من القانون السابق الذكر .

منه نستنتج ان الوقف ينعقد بالإيجاب فقط اذا كان عاما اما القبول فهو شرط لنفاذ الوقف الخاص، وستكون لنا عودة في مرحلة لاحقة من البحث.

رابعا–الأملاك الوقفية تعفى من رسوم التسجيل والضرائب الأخرى

انطلاقا من كون الوقف يعد من اعمال البر والخير، فإنه يعفى من رسوم التسجيل والشهر العقاري، غير أن هذا الاعفاء لا يمتد بطبيعة الحال الى رسوم التوثيق باعتبار ان عقد الوقف لابد أن يفرع في شكل رسمي أمام الموثق . ونصت عليه المادة 44 من قانون الاوقاف 91–10 :"تعفى

[1]- رمول خالد الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف ،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع بدون طبعة ،الجزائر 2007 ص 52

الملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الاخرى لكونها عملا من اعمال البر والخير " [1].

خامسا: الوقف عقد شكلي

فالشكلية في عقد الوقف تعد ركنا في العقد وشرط لنفاذه ، وقد ألزم قانون الاوقاف 91-10 السابق الذكر بتحرير عقد الوقف امام الموثق استنادا للمادة (41) من قانون الأوقاف " يجب على الواقف ان يقيد الوقف بعقد لدى الموثق "[2]

وأكده نص المادة (5) من المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 في 1998 الذي يحد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كيفية ذلك .

و يستفاد من ذلك ان على الواقف افراغ وقفه في ورقة رسمية لدى الموثق طبقا لنص المادة (324) من القانون المدني الجزائري و المادة 12 من قانون التوثيق ، و المادة 217 من قانون الاسرة التي تشترط الرسمية في الوقف قياسا على الوصية بالإحالة على المادة 191 من قانون الاسرة فالعقد الرسمي كافي لإنشائه غير انه غير كافي لنفاذه حيث زيادة على ذلك يجب تسجيله و شهره لدى مصلحة الشهر العقاري ملزمة بتقديم اثبات له بذلك واحالة نسخة الى السلطة المكلفة بالأوقاف.

سادسا-الوقف صدقة جارية

من ابرز خصائص الوقف أن العين الموقوفة يبقى اثرها منتجا للحسنات، لصالح الواقف حتى بعد وفاته ، وهذا يقتضي ان يأتي الوقف متميزا بالديمومة والاستمرار ولا يتحقق هذا إلا بالمحافظة عليه وما يتطلب ذلك من القيام بأعمال تحقق الهدف الذي حدد لأجله للدفع بعجلة التنمية.

المطلب الثاني

أركان الوقف و شروطه

[1] – إن من خصائص الملك الوقفي هو تمتعه بالشخصية المعنوية طبقا لنص المادة (05) من قانون الأوقاف المعدل والمتمم ، وبالتالي فهو مستقل إستقلالية تامة على الشخص المستحق له .

[3]– الأمر رقم (58/75) مؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، منشور بالجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 1975/09/30.

وفقا للنظرية العامة للعقد فان عقد الوقف من العقود التبرعية التي تخضع لاركان العقد بصفة عامة، عند وجود المال بالنسبة لعقود التبرع، حيث المتبرع والمتبرع له والمتبرع به، ونجد بذلك ان عقد الوقف يتوقف وجوده على توافر اربعة اركان هي : الواقف ، محل الوقف ، الموقوف عليهم ،الصيغة التي يعبر بها عن ارادة الواقف، ولا يكفي لوجود الوقف وجود هذه الأركان، بل لابد من قيام الشروط اللازمة لصحته والتي يختص بها ، وبالتالي بنفاذه حتى يحتج به في مواجهة الغير وهي السجل و الشهر، وهذا ما سوف نتطرق اليه في الفرع الأول ثم التعرض بالتحديد الى شروط نفاذه في الفرع الثاني .

الفرع الاول

اركان الوقف

استنادا إلى المادة (05) من قانون 91-10 المتعلق بالأوقاف والتي تنص على ان اركان الوقف هي : الواقف، محل الوقف ، صيغة الوقف ، الموقوف عليه.

يتضح من خلال هذه المادة أن عقد الوقف يتوقف وجوده على قيام اربعة اركان، سندرسها على النحو الموالي :

أولا: ركن الواقف

وهو الشخص المالك الذي انشأ بإرادته المنفردة وجعل ملكيته من بعده غير [1]مملوكة لأحد من العباد قاصدا إنشاء حقوق عينية عليها للمستحقين، والالمام بمضمون هذا الركن يقتضي تحديد الشروط المتعلقة بالواقف .و هنا نتساءل هل كل شخص الذي يكون مالكا له الحق في ينشأ وقف على ملكه ؟ ام هناك شروط معينة تشترط في الواقف حتى ينشأ وقفه صحيحا ؟

هو حق يتقرر للواقف بتوافر مجموعة من الشروط نتناولها كالاتي :

[1]-المادة 40 من قانون 07-05 المؤرخ في 2007/57/13، المعدل والمتمم للامر 57-58، المؤرخ في 1975/09/26 ،المتضمن القانون المدني ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31 لسنة 2007 .

1- شرط اهلية التبرع في الواقف :

يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا أن يكون بالغا عاقلا وغير مكرها .

متوفرة فيه اهلية التبرع و هي بلوغ 19 سنة كاملة ، فبدون ذلك يكون تصرفه باطلا ، لذلك الوقف الصادر من الصبي المميز و غير المميز يكون باطلا لأنه صار به ضررا محضا ، ويبقى باطلا حتى لو اذن له الوصي وهذا ما اكده صراحة المشرع الجزائري في نص المادة (30) من قانون الأوقاف 91-10 و التي تنص على ما يلي :" وقف الصبي غير صحيح مطلق سواء كان مميز او غير مميز ولو اذن له ذلك الوصي ".

2-شرط ان تكون للواقف اهلية التسيير :

بمعنى ان يكون الواقف بالغا عاقلا غير مجنون أو معتوه ، باعتبار ان من لا تتوفر فيه هاتين الصفتين تنعدم فيه اهلية التسيير طبقا للقواعد العامة ، ولكن في مقابل ذلك نلاحظ ان المشرع الجزائري اتى بحكم خاص بالجنون المنقطع حيث اقر بصحة وقفه من اثبت انه حدث أثناء إفاقته وجمول عقله وفي هذه الحالة يجب اثبات الافاقة بكل الطرق الشرعية المعمول بها عندما نص في المادة (31) من قانون الأوقاف على انه " لا يصح وقف المجنون و المعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على اهلية التسيير ، اما اصحاب الجنون المتقطع فيصح اثناء افاقته وتمام عقله شريطة ان تكون الافاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية" استثنت المادة منقطع الجنون حيث أقر المشرع بصحة وقت اذا تمكن من الاثبات الافاقة بكل الطرق الشرعية.[1]

والملاحظ على المشرع الجزائري انه من جهة اخد بالقواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي، الذي اجاز تصرفات المجنون متى كان جنونه متقطع لإمكانية تكليفه، ومن جهة اخرى نجده يخالف القواعد العامة الموجودة في القانون المدني خاصة المادة (42) نصت "لا يكون أهلا مباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن، والعته أو الجنون "حيث نستنتج منها ان صفة الجنون جاءت مطلقة دون التمييز بين الجنون الكامل والمتقطع بما يفيد لابد من توافر شرط اهلية التسيير .

2- تحقيق شرط ارادة الاختيار

يشترط في الواقف ان يكون مخيرا و ليس مكرها على التصرف فقد اجمع جمهور الفقهاء على ان تصرفات المكره تعد باطلة استنادا على ما رواه ابن ماجة عن رسول الله صلى الله عليه و سلم انه

[1] لمادة42 من القانون المدني"لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر في السن او العته او الجنون"

قال "ان الله وضع عن امتي الخطأ ، والنسيان ،وما استكرهوا عليه " فإذا اكره الواقف او تم الوقف دون رضاه يقع باطلا .[1]

3-ألا يكون الواقف محجور عليه لسفه او دين

تنتفي عن المحجور عليه اهلية التصرف في املاكه بما في ذلك التصرف الوقفي وهوما مذهب اليه المشرع في قانون الاوقاف 02/10منه: " يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه او دين منه" .فالنسبة للدين يشترط ألا يستغرق جميع أمواله.

4-الا يكون مريض مرض الموت

بالرجوع للمادة 32 من قانون الاوقاف والتي نصها :"يحق للدائنين ابطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع املاكه " نستنتج ان المشرع اعطى للدائنين حق طلب ابطال وقف المريض مرض الموت اذا استغرق الدين جميع ممتلكاته . [2]

5-يشترط في الواقف ان يكون ملكا للعين الموقوفة :

اجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على بطلان وقف ما لا يملك عقارا كان او منقولا ويشترط لصحة عقد الوقف ان يكون الواقف ملكا للعين الموقوفة ملكية تامة مطلقة غير ناقصة ، و هذا ما أكدته نص المادة (10) الفقرة الأولى من قانون الأوقاف على أنه" يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا مايلي : ان يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا"[3].

ثانيا: ركن محل الوقف (العين الموقوفة)

[1]- عكرمة سعيد صبري أخرجه ابن ماجة عن الصحابي أبي ذر الغفاري في باب طلاق المكره والناسي رقم 2043 مرجع سابق ص218.
[2]- محمد بوضياف مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه و التشريع ،دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ،2010 ص 76.
[3] -فراج حمد حسين أحكام الوقف "دراسة فقهية قانون مقارنة بين الشريعة و القانون" دار الثقافة للنشر و التوزيع ،ط1،عمان ص330.

حتى يصح المال ان يكون وقفا اشترط لابد من شروط اوردها المشرع في نص المادة (11) من قانون الأوقاف 10/91 وهي كالتالي: " يكون محل الوقف عقارا او منقولا او منفعة ويجب ان يكون محل الوقف معلوما ، محددا مشروعا "

1- ان يكون الموقوف مالا متقوما

كل ما ليس حيازة الانسان لا يعتبر مالا متقوما، كالطير في الهواء، والسمك في الماء، والمال غير المتقوم مالا لا يمكن الانتفاع به، ولم يجعل له الشرع قيمة وبالتالي لا يجوز وقفه ، بحيث اشترط في المال ان يكون متقوما لتسيير الانتفاع بالموقوف فان لم يكن مالا متقوما لم ينتفع به فلا يجوز وقفه.

2-يشترط في الوقف ان يكون معلوما، و معين تعيينا منافيا للجهالة

فلو كان مجهولا جهالة تقضي الى نزاع ، فلا يصح مثلا لو قيل وقفت بعض مؤلفاتي على طلاب العلم او احدى عماراتي التي املكها في هذا البلد على فقراء الطلبة، الوقف هنا كان وقفا مجهولا فلا يصح . و يقصد بالعلم كل الصفات والتعيينات التي تجعل الوقف معينا تماما بحيث يمنع الجهالة فيه، و لقد اكد المشرع الجزائري على صفة العلم بطريقة ضمنية في نص المادة (10) الفقرة الأولى من قانون الاوقاف التي تنص على انه: "يشترط في الواقف ليكون وقفه صحيحا ان يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا " ، كما نصت المادة (216) من قانون الأسرة الجزائر على أنه :"يجب ان يكون المال المحبس مملوكا للواقف ،معينا ،خاليا ولو كان مشاعا".

ويختلف التعيين باختلاف محل الوقف ذاته، فإذا كان شيء معين بالذات كان يقول الواقف اوقفت الدار والارض الواقعة في المكان المعين، ففي مثل هذا النوع من الوقف يجب تعيين مساحة وحدود الارض او الدار وكل ما يتطلب عن البيانات الكافية لتعيين العقار من وصف تام، أما إذا كان محل الوقف من الاشياء المثلية في هذه الحالة يجب تحديد النوع ودرجة جودته، ومقداره.

و الملاحظ على المادة (11) من قانون الأوقاف انها جاءت مطلقة العنان في جواز وقف المال سواء كان عقارا او منقولا او منفعة. وهذا نصها "يكون محل الوقف عقارا، منقولا او منفعة ".

3- يشترط في المال الموقوف أن يكون مفرزا

تطرق المشرع الجزائري الى وقف المشاع في الفقرة (3) من المادة (11) من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف، حيث بررت ذلك بفرز المال الموقوف على أ نه:" يصح وقف المال المشاع و في هذه الحالة تتعين القسمة "اخذا في ذلك بموقف الجمهور وهم مالك والشافعي وابن حنبل هذا بالنسبة لوقف المال المشاع والتساؤل الذي يثار بهذا الصدد حول مدى جواز وقف المال المرهون والمنقول ؟

لم يتطرق المشرع الجزائري بالنسبة الى وقف المال المرهون في قانون الاوقاف ، الا انه تطبيقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية "

اما بالنسبة لمدى جواز وقف المنقول باعتباره عرضة للتلف، وبالتالي تنعدم فيه صفة التأبيد و البقاء ، فإن مسألة وقفه اختلف فيها الفقهاء بحيث أقر مذهب الحنفية وقف المنقول اذا كان صالحا للبقاء .[1]

و بالرجوع الى النصوص القانونية المنظمة للأوقاف في الجزائر ، نجد ان التشريع الجزائري اجاز وقف المال المنقول بصراحة المادة (11) من قانون 10/91 و المادة (205) [2]من قانون الأسرة، ومن جهة اخرى يشترط في الوقف صفة التأبيد، وهنا يبقى السؤال مطروحا حول حكم الوقف الذي يقع على المنقولات غير الصالحة للبقاء.

4- **يشترط في محل الوقف ان يكون مشروعا**

مادام ان الوقف يقصد فيه الواقف التبرع والتصدق للتقرب من الله عز وجل، فالقاعدة المتعارف عليها عند فقهاء الشريعة الإسلامية " لا تبرع و لا صدقة بعين محرمة شرعا "، أما ما يتبقى بمجرد الانتفاع به كالمطعومات و الروائح و نحوها لا يصح توقيفه ولا يسمى وقفا، بل هو صدقة، فصفة مشروعية العين الموقوفة هي شرط لازم لصحة الوقف طبقا للمادة (11) من قانون الأوقاف الفقرة (2) منه تنص على "..... و يجب ان يكون محل الوقف معلوما محددا مشروعا كما ان صفة الشرعية قد اكد عليها المشرع الجزائري كقاعدة عامة في أي تعاقد مهما كان نوعه و صفته.

ثالثا : ركن الموقوف عليه

[1]-عكرمة سعيد صبري مرجع سابق ص233

[2]- المادة 205 من قانون الاسرة تنص على ان :"يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته او جزة منها عينا اودينا لدى الغير

هو تلك الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة فيجب ان تكون جهة بر و خير للانتفاع بها ، ويشترط فيها القانون الشروط التالية :

1-**ان يكون موجودا وقت الوقف** وجوب ان يكون الشخص الموقوف عليه معلوما شخصه وقت الوقف، كأن يكون شخص طبيعي و هو الجاري به في كل الأحوال، وقد يكون شخصا معنويا وهذا ما جاء في نص المادة (18) من قانون الأوقاف التي تنص على ان : الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف فيعقد الوقف، و يكون شخصا معلوما طبيعيا او معنويا كما أن نص المادة (06) من نفس القانون قد أقرت صراحة أن الواقف على الشخص المعنوي هو وقف عام.

فالشخص الطبيعي اذن يتوقف استحقاقه للوقف وجوده و قبوله ، وان كان جمهور الفقهاء قد اجازوا الوقف على الجنين الذي هو في بطن امه بشرط أن يولد حيا ، أما الشخص المعنوي يشرط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة .[1]

بينما لم يتطرق المشرع الجزائري إلى حكم الوقف على الجنين ومدى جواز الوقف على المعتوه والمجنون و السفيه و أصحاب الولاية عليهم ، بما يفيد سكوت المشرع من احالة ضمنية إلى أحكام الشريعة الإسلامية، حسب ما أكدته نص المادة الثانية من قانون الأوقاف على أنه " على غرار كل مواد من القانون يرجع إلى أحكام الشريعة في غير المنصوص عليه " .

2-يشترط في الموقوف عليه ان يكون اهلا للتملك

هو شرط يتفق فيه كل فقهاء الشريعة الإسلامية و إن اختلفوا فيه مدى جواز الوقف على المعدوم و المجهول ، فعند الاحناف يسوون في الوقف على المعدوم و المعلوم سواء مسلم او ذمي ، غير انهم يبطلون وقف المسلم او الذمي على الكنيسة لانعدام القرابة فيه ، اما الحنابلة و الشافعية يشترطون في الموقوف عليه ان يكون اهلا للتملك وقت انشاء الوقف مع شرط الوجود الحقيقي للواقف، وهو الأمر الذي لم يؤخذ به فقها المالكية الذين أقروا بصحة الوقف سواء على الموجود او المعدوم او المجهول و سواء كان صادر من مسلم او غير مسلم ، مع عدم الزامية الوقف على الجنين حتى يولد حيا ترجع العين الموقوفة للمالك او لورثته اذا مات .[2]

[1]-زهدي يكن ، الوقف في الشريعة والقانون ،دار النهضة العربية، بيروت لبنان،1388ه ص176

[2] السيد صادق فقه السنة ، دار جبل للطباعة ، دون طبعة ، بدون بلد للنشر، ص273.

3-ان تكون جهة بر وخير

ان الميزة التي يختص بها الوقف هو ان الجهة الموقوف عليها هي جهة بر وخير وقربة لله تعالى باتفاق المذاهب الأربعة، وجهات الخير والبر عديدة، كالمساجد ودور الأيتام ودور العجزة والجمعيات الخيرية وغيرها، لان الوقف نظام اسلامي يقتصر فيه على ما هو قربة في نظر الاسلام [1].

رابعا: ركن الصيغة

و هي الركن المصرح المراد تصرف القانوني حتى يفرق به بين الصدقة والوصية و العارية وغيرها من المعاملات المالية، وقد تقدم بان مجرد النطق بالوقف او الحبس مع النية يجعل الوقف لازما حالا مباشرة كما هو في قول الجمهور .

و يقصد بالصيغة في عقد الوقف هو ذلك الايجاب الصادر عن الواقف المعبر عن ارادته الكامنة سواء بالكتابة، اللفظ او الاشارة ، تدل دلالة واضحة لا تدع مجالا للشك، وفقا لما جاء نصه في المادة (12) من قانون الأوقاف في قولها: "تكون صيغة الوقف باللفظ او الكتابة او الاشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة احكام المادة 2" ، وعليه يشترط في الصيغة الشروط التالية :

1- ان تكون تامة و منجزة

أي ان تكون الصيغة دالة غير مبهمة او غامضة، بحيث قد تكون صيغة الواقف في وقفه مضافة لأجل ، وقد تأتي على شرط احتمالي حيث يمكن ان يتحقق في المستقبل كما يمكن ان لا يتحقق، فان الوقف في هذه الحالة يعتبر غير نافذ و باطل[2] .

2- شرط عدم اقتران الصيغة بما يدل على التوقيت

[1] -أحمد الخطيب الوقف والوصايا ، ط2 مكتبة بغداد الجامعية ، 1978 ، ص38 .
[2] -مصطفى شلبي مرجع سابق ص353

تطبيقا لنص المادة (28) من قانون الأوقاف التي تنص على أنه :"يبطل الوقف اذا كان محددا بزمن و لعل المشرع الجزائري في حكمه هذا اخذ برأي جمهور الفقهاء أبطل الوقف المقترن بصيغة تدل على التأقيت كون القصد عنهم من التبرع هو التصدق الدائم المؤبد عكس المذهب المالكي الذي لم يشترط التأبيد[1].

3-يشترط في الصيغة ان لا تقترن بشرط باطل

و هي الشروط التي تخل بأصل الوقف وبحكمه وهي نوعان : باطلة و فاسدة .

فالشرط الباطل كقول الواقف : " وقفت ارض على فلان مع الاحتفاظ بحق بيعها " ،أما الشرط الفاسد كقول الواقف " وقفت ارضي على فلان على أن يتزوج فيها ". فعند الامام ابي حنيفة اشترط الباطل يبطل معه الوقف إلا في حالة واحدة و في حالة وقف المسجد حيث يصح و يبطل الشرط .

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فانه ساوى بين الشرطين الفاسد والباطل ، حيث أقر بصحة الوقف واسقاط الشرط ، و وضع شرط اخر لإبطالها وهو ان تكون متعارضة مع احكام الشريعة الاسلامية ، وهو ما أقرته المادة (29) [2]من قانون الأوقاف حيث يجب التميز بين الشرطين، ويقرر بطلان الوقف المقترن بشرط باطل، اما الوقف المقترن بالشرط الفاسد فيتقرر بشأنه صحة الوقف وبطلان الشرط مع ضرورة الاخذ بعين الاعتبار نص المادة (16) [3]من قانون الأوقاف .

4-مدى اقتران الصيغة بالشروط الصحيحة

يستطيع الواقف أن يضع مجموعة من الشروط في وقفه بشرط ان تتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية، وحسب أي الفقه هناك عشر شروط صحيحة متفق عليها يمكن للواقف ان يوردها في صيغة الوقف وهي ما يتعلق بـ:

أ- **الزيادة و النقصان** ، للواقف ان يزيد في الاستحقاق ما شاء من حصص المستحقين أو ينقص ما شاء عندهم .

[1]-نسيمة الشيخ احكام الرجوع في التصرفات الشرعية في التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر 2012 ص275

[2]-المادة 29 من قانون الاوقاف "لايصح الوقف شرعا اذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية فاذا وقع بطل الشرط وبطل الوقف"

[3]-المادة 16 من قانون الاوقاف تنص على ان :"يجوز للقاضي ان يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه اذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم ، او ضارا بمحل الوقف ، او بمصلحة الموقوف عليه"

ب- **الإعطاء و الحرمان** ، هو اعطاء بعض المستحقين غلة الوقف كلها او بعضها لمدة معينة او بصفة دائمة ومنع الغلة عن بعض الاخر .

ج- **الادخال و الاخراج** ، حيث أن الادخال يجعل من غير المستحق مستحقا للعين الموقوفة، على العكس من الاخراج الذي هو جعل المسح قاحلا للعين الموقوفة غير مستحق لها.

د- **الابدال و الاستبدال** ، الابدال هو اخراج العين الموقوفة مقابل عين اخرى او مبلغ نقدي بشريطة أن لا تضر بحق الموقوف عليهم، اما الاستبدال هو شراء بدل ليكون محل العين الموقوفة .

هـ- **التغيير و التبديل** ، ويتم ذلك بجعل وقفه خيريا او ذريا ، والعكس صحيح .

و في الاخير فانه مهما تنوعت الشروط التي يضعها الواقف في وقفه غير انها متوقفة على نفاذ الوقف ذاته ، خاصة اذا تعلق الامر بوقف العقار، وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الثاني[1].

الفرع الثاني

شروط نفاذ الوقف

اذا توافرت كل اركان الوقف سالمة من كل عيب مخالف للقانون ولمقاصد الشريعة الاسلامية، فإن الوقف ينعقد صحيحا، غير أن المشرع اشترط إلى جانب شروط صحته شروطا أخرى لنفاذه:

1- شرط التسجيل لعقد الوقف

تطبيق لنص المادة (44) [2]من قانون الأوقاف ،و حسب التغيير الدقيق للمادة فان كل وقف سواء كان عقارا او منقول يكون خاضعا لتسجيل كقاعدة عامة ،ويتم ذلك أمام مفتشية التسجيل المختصة إقليميا ولا تعفى منها رسوم التسجيل إلا ما كان وقفا عاما .

و ان كان المشرع الجزائري في تسبيبه الإعفاء كان على أساس عبارة " لكونهما عملا من اعمال البر و الخير " وهي الخاصية التي تميز بها الأملاك الوقفية الخاصة، وهذا ما يتضح من خلال المادة كذلك أن الحماية القانونية هي المقصودة من وراء الاعفاء، و في ذلك تشجيعا للوقف العام على الخاص .

---

[1]-عكرمة صبري مرجع سابق ص198

[2]-المادة44"تنمى الاملاك الوقفية وتستثمر وفقا لإرادة الواقف وطبقا لمقاصد الشريعة الاسلامية في مجال الاوقاف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم

و الجدير بالذكر انه في حالة عدم مراعاة اجراء التسجيل فان عقد الوقف المتعلق بعقار يكون محلا لرفض الايداع من طرف المحافظ العقاري، تطبيقا لنص المادة (61) من المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي123/93 المؤرخ في 1993/05/19، لأن العقد الوارد على عقار لا يرتب اثر قانوني حتى فيما بين المتعاقدين الا منذ شهره بالمحافظة العقارية، و كل موضوع شهر يجب أن يقدم في الشكل الرسمي .

2-شرط شهر عقد الوقف المتعلق بعقار

تتمثل وظيفة الشهر العقاري في اعلام الغير بما يرد على العقارات ، من حقوق عينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية ولهذا الزم القانون شهر التصرفات القانونية الواردة على العقار تطبيقا لنص المادتين 15 و 16 من الامر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المكرس، وايضا ما جاء في نص المادة (41) من قانون الأوقاف التي تنص " يجب على الواقف ان يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و ان يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم اثبات له بذلك واحالة نسخة منه الى السلطة المكلفة " [1].

وتظهر أهمية شهر الوقف في حماية المال الوقفي من التعدي الذي يمكن ان يصدر من الغير، كما يعد وسيلة قانونية تمكن الدولة من بسط مراقبتها بصفة كاملة على الاملاك الوقفية، المتواجدة عبر كل ولاية ولهذه الاسباب اكد المشرع الجزائري على ضرورة، إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر الى السلطة المكلفة بالأوقاف وعقد الوقف. ويترتب على مخالفة هذه الاجراءات عدم انتقال الملكية، وعدم نفاذ التصرف القانوني الوارد على الارض الموقوفة [2].

[1] نلاحظ ان المشرع الجزائري استعمل في المادة (41)من الاوقاف مصطلح التسجيل دلالة على الشهر.

[2]بن مشرنن خير الدين ادارة في القانون الجزائري مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في قانون الادارة المالية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابي بكر بالقايد تلمسان الجزائر 2012/2011 ص54-55

وللوقف اقسام وخصوصية في الحماية بصفة عامة سوف نتناولها بشيء من التفصيل في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

اقسام المال الوقفي وخصوصية حمايته

للوقف انواع متعددة يمكن اجمالها بالنظر الى اركانه الاربعة التي حددتها المادة (9) من قانون الأوقاف 10/91 و هي الوقف والموقوف والموقوف عليهم والصيغة، كما أنه يتميز بخصوصية حماية ميزته عن باقي العقود التبرعية الأخرى، وعليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين، حيث نتعرض في المطلب الاول لأقسام المال الوقفي، بينما يأتي المطلب الثاني متناولا لخصوصية الحماية للمال الوقفي.

المطلب الاول

اقسام المال الوقفي

كما سبق القول ان الواقف والموقوف من اركان الوقف، وفي هذه المسالة نعتمد عليها لمعرفة او دراسة اقسام المال الوقفي وذلك في الفرع الأول، بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة الوقف من حيث ركن الموقوف عليه والصيغة .

الفرع الاول

اقسام المال الوقفي وفقا لطبيعة الواقف ومحل الموقوف عليه

وعليه سنتناول اولا تقسيم الوقف اعتبار لشخص الواقف، ومن ثم الموقوف ثانيا.

اولا/ تقسيم الوقف باعتبار الواقف

يمكن التمييز بين نوعين من الاوقاف بحسب الشخص الواقف وهما:

وقف شخص طبيعي كأن يكون فرداً وهو المألوف، أو جماعة من الاشخاص ويسمى هذا الأخير بالوقف الجماعي ، ووقف الشخصية المعنوية الحكمية او الاعتبارية كان تقوم مؤسسة او شركة او جمعية او نحوها بإنشاء وقف ما .[1]

ثانيا/تقسيم الوقف وفقا لطبيعة الموقوف

ويقسم حسب نوع المال الموقوف إلى وقف العقار، وبالنسبة للمشرع الجزائري العقار عموما هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقل منه دون تلف، وكل ما عدا ذلك فهو منقول، وقد جاءت المادة (11) من قانون الأوقاف المعدل و المتمم صريحة في جوازها بالنسبة للوقف إذ جاء فيها يكون محل الوقف عقارا منقولا او منفعة، ووقف المنقول كالآلات والمعدات والاجهزة ووسائل النقل وغيرها.

بذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ برأي المالكية، بإجازته لوقف المنقول وذلك بنص المادة (11) السابقة الذكر، ووقف النافع وهي المعروفة اقتصاديا بالخدمات ،وقد اجاز المذهب المالكي هذا النوع من الاموال المعنوية سواء كانت منافع اموال او منافع أشخاص أو كليهما، وقد وسع الفقهاء في مفهوم المنفعة وجعلوها لتمتد تشمل النقود والاسهم في الشركات [2].

الفرع الثاني

اقسام الوقف وفقا للاشخاص الموقوف عليهم وصيغة الوقف

باعتبار ان الموقوف عليهم هم الجهة التي ترصد لها العين الموقوفة، فيجب ان تكون هذه الجهة جهة بر وخير، أما بالنسبة للصيغة التي يقصد بها الرسمية ، اي إفراغ الوقف في عقد شكلي، وعليه تم التقسيم هذا الفرع إلى اقسام الوقف بالنظر الى اشخاص الموقوف عليهم أولا، وأقسام الوقف بالنظر إلى صيغته .

اولا : تقسيم الوقف وفقا لطبيعة الموقوف عليهم

يقسم الوقف من هذا المنظور الى نوعين، وقف عام ووقف خاص .

[1]- بن مشرنن خير الدين، مرجع سابق، ص72.

[2]حسيني يوسف ،رغميت حمزة النظام القانوني لادارة واستثمار الاملاك الوقفية في التشريع الجزائري ،مذ كرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون العقاري بدون مكان نشر ،2013/2012ص54.

1 – الوقف العام

على الرغم من تعدد التعريفات الفقهية حول الوقف العام إلا أنها اتفقت على أن الوقف الخيري هو الوقف الذي وقف على جهات الخير من حيث إنشائه ، والحبس العام يعود مردوده على المصلحة العامة .[1]

اما المشرع الجزائري يعرف الوقف الخيري بموجب نص المادة (6) من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف التي جاء فيها: "الوقف العام حبس على جهات خيرية من وقت انشائه ويخصص ربعه للمساهمة في سبيل الخير " ويتم تقسيمه بحسب جهة الانتفاع وفقا للمادة السابق ذكرها إلى قسمين وقف عام محدد الجهة، وهو الوقف الذي يحدد له مصرف معين لريعه ولا يصح صرفه ، والقسم الآخر غير محدد الجهة، وهو الوقف الذي لا يعرف فيه وجه الخير الذي اراده الواقف ويصرف ربعه في نشر العلم ، وتشجيع البحث فيه و في سبيل الخيرات .

وبذلك نرى أن توجه المشرع الجزائري لا سيما بعد تعديل 2002 لقانون الأوقاف الذي ركز فيه على الوقف العام وعلى المصلحة العامة هو المبرر الوحيد لاعترافه بالشخصية المعنوية المستقلة للوقف كفكرة محايدة لا أحد يملكها على الإطلاق، والدليل النص الجديد للمادة 6 من قانون الأوقاف بنصها مباشرة على الوقف العام، ثم ما جاء في نص المادة 13 التي أصبحت تنص على أن الموقوف عليه في مفهوم قانون الأوقاف هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الاسلامية ، مما يفيد بأن المقنن الجزائري أصبح يميل إلى الوقف العام ويحبذ عليه وينظمه أكثر من الوقف الخاص بداعي المصلحة العامة والنفع العام.

فالوقف نظام خارج عن نظام الملكية المعروف وفقا للقواعد العامة التي تخول لمالك الرقبة حق التمتع بجميع السلطات التي يخولها هذا الحق وهي الاستعمال والاستغلال والتصرف. إذ الوقف من أسباب الملكية الناقصة، لأن الواقف بتصرفه يفصل بين حق الانتفاع الذي يحبسه على جهة أو جهات معينة و محددة و بين حق الملكية الذي يخرجه تماما عن مجال التعامل، فيحول بتصرفه دون اجتماع الحقين بيد واحدة 2.

[1] بن مشرنن مرجع سابق ص73-74.

[2] – عياشي جمال ، تداخل آثار عقود التبرع والمواريث ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 1 ،2014،ص 68.

والقواعد العامة في التصرف الناقل للملكية تقضي بأن ملكية الرقبة تنتقل من لدن وذمة المتصرف إلى ذمة المتصرف له، أو المستفيد من التصرف في حد ذاته، غير أن المتصرف في التصرف الوقفي يزيل عنه صفة المالك بالتصرف الوقفي في حد ذاته، ويزيل هذا الأخير صفة الملك تماما من ملكية الرقبة وفي الوقت ذاته يضع يد الحيازة والانتفاع على رقبة المال الموقوف. وفي هذا خصوصية بارزة للتصرف الوقفي عنه في التصرف الواقع على المال بما يفيد التنازل عنه للغير.

ففي القواعد العامة متى اكتسب الشخص ملكية عقار أو منقول بسبب من الأسباب التي تكتسب بها الملكية شرعا، كالبيع أو الهبة أو الارث أو الوصية، فإنه يغدو المالك الشرعي، وعناصر الملكية تنتقل إلى ذمته، وعند ذاك له أن يستعمل أو يستغل أو يتصرف في ملكه بمختلف أنواع التصرف، بما في ذلك الوقف، متى وكيفما شاء. في حين متى حصل التصرف الوقفي رفعت الملكية أصلا، فارتفع أحد أهم أوجهها، أو بعبارة أخرى أحد أهم السلطات التي يخولها حق الملكية، وهو حق التصرف في رقبة المال في حد ذاتها[1].

وهذه الخصوصية تكمن وتبرز في أن الملكية لا تنتقل إلى ذمة المتصرف له كما في الهبة والوصية في رقبة المال المتصرف فيه، ولكن المتصرف له في التصرف الوقفي (الموقوف عليه) لا يملك حق الرقبة وليست بيده أو في ذمته المالية رقبة العين الموقوفة يتصرف فيها تصرف المالك ملكا تماما للرقبة، وإنما له فقط حق الانتفاع بمنافع تلك العين أو ذاك المال الموقوف، وفي هذا خصوصية في التصرف الوقفي بشأن ملكية المال الموقوف لا تميزه فقط عن التصرف الذي يفيد نقل ملكية رقبة مال معين من ذمة المتصرف للمتصرف له في القواعد العامة فقط، بل أكثر من ذلك، هناك خصوصية أخرى تميزه حتى عن التبرعات الأخرى سيما الهبة والوصية بالأساس التي تفيد نقل رقبة المال المتصرف فيه من ذمة المتصرف (الواهب أو الموصي) واستقرارها بذمة المتصرف له (الموهوب له أو الموصى له) يتصرف فيها كما يشاء. مع الأخذ بعين الاعتبار بعض الاستثناءات فيما يخص هبة المنفعة والعمرى .

[1] – د. زكريا العماري، تكوين عقد الوقف في ضوء مدونة الأوقاف، مجلة القضاء المدني، الأملاك الوقفية، المملكة المغربية، ص 98.

من أجل ذلك، كان الوقف نظام مستقل بذاته لا يدخل ضمن نظام الملكية وفقا لما هو معروف فيه، فلا أحد يملك رقبة الملك الوقفي ولا أحد يمكنه التصرف فيها بما يخوله حق الملكية.

2 – الوقف الخاص

وهو الوقف الذري أو الأهلي، والذي يعرف على أنه ما وقفه الواقف على نفسه او ذريته او عليهما معا. و بالرجوع إلى نص المادة (06) الفقرة الثانية قبل التعديل من قانون الاوقاف 10/91 حيث عرف على أنه : " هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور و الاناث او على اشخاص معينين ثم يؤول الى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

والملاحظة من تعريف الوقف الخاص ان المشرع الجزائري لم يوضح هذا النوع من الوقف كما فعل في الوقف العام.

و الجدير بالذكر ان معيار التفرقة بين الوقف العام والخاص لدى المشرع الجزائري ومن خلال الفقرة (02) و المادة (06) من قانون الاوقاف قبل التعديل، هي الجهة الموقوف عليها اول الامر، وهو التقسيم الذي أخذ به الفقه الإسلامي من قبل للوقف[1].

ثانيا: تقسيم الوقف باعتبار الصيغة

تقسيم الوقف وفقا لمعيار الصيغة يمكن النظر اليه من حيث زمن الوقف وهما نوعان :

1–الوقف المؤبد

و هو الاصل و الغالب لان الاصل في الاوقاف التأبيد ، فإذا لم يؤقت الوقف كان ذلك دليلا على أنه أراد تأبيد[2]، و يعرف ايضا بحبس المال بصفة دائمة على جهة لا تنقطع، وهو الذي ذهب اليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة (03) من قانون رقم 10/91 السابق الذكر والتي تنص على أن: " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة

[1] حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، بدون طبعة، بوزريعة ، الجزائر، ص .

[2] - المادة28-03 من قانون الاوقاف السبق الذكر ، حيث ان المشرع لم يأخذ بالمذهب المالكي الذي يجيز ل ،بل اخذ بالمذهب الشافعي والحنبلي ،باعتبار ان الوقف صدقة جارية ،ولكي يكون كذلك فلا بد من تابيده..

على الفقراء او على وجه من وجوه البر و الخير " ، أخذا بذلك برأي الحنيفة والحنابلة والشافعية الذين يشترطون التأبيد في الوقف .

2ـ الوقف المؤقت

هو الوقف الذي يستغرق مدة من الزمن ، او تحقق الغاية منه ثم ينحل بعدها، ولكن المشرع الجزائري اكد على بطلان هذا الاخير في نص المادة (28) من قانون اللوقاف بالنص على أنه: " يبطل الوقف اذا حدد بزمن ". والملاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يتكلم عن الوقف المشترك، لذلك حبذا لو انه خصه و لو بجزء قليل من الدراسة، خاصة أنه قد أشار إليه في القانون المنظم للأوقاف حتى يتجنب الغموض في مثل هذا الموضوع[1].

والمقصود بالوقف المشترك هو ما وقفه الواقف على جهة بر وعلى الأفراد والذراري، أو هو الحبس الذي احبس على الذرية وعلى جهة من جهات البر في وقت واحد، ونجد هذا النوع من الوقف سائغا لا يتنافى مع مشروعية الوقف .

و بما ان الوقف يعتبر مؤسسة كبرى في الاسلام فهو مصدر تمرير المجالات التي تخدم المجتمع إلا وجب المحافظة عليه و حمايته والمحافظة عليه وهي الفكرة محل التناول في المطلب الثاني .

المطلب الثاني
خصوصية الحماية القانونية

يتمتع الوقف بحماية قانونية متميزة وهذا حفاظا على حرمته وعلى الهدف الذي رصد من أجله، و كذا من بعض التصرفات والوقائع التي يمكن ان تلحق به باعتباره هو الآخر من الأموال الذي يمكن التصرف فيه متى ملك على وجه التابيد، وعليه من خلال هذا المطلب سنتناول الحماية المدنية بموجب مواد القانون المدني في فرع اول، والحماية المقررة بموجب القواعد الجزائية في فرع ثاني .

[1]ـ لقانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ،جريدة الرسمية،العدد21 ، لسنة 2008.

الفرع الاول

الحماية المدنية بموجب قواعد القانون المدني

ان القانون المدني هو اصل القوانين التي تؤكد على حماية الملكية بوجه عام و الملكية العقارية على وجه الخصوص من خلال المواد(674 الى 689)القانون المدني الجزائري، ويقصد بالحماية المدنية مجموع النصوص والاجراءات والدعاوى غير الجزائية الموضوعة لحماية الوقف ضد كل تعرض او تهديد او تخريب، وعليه تتمثل صور الحماية المدنية للأوقاف على النحو التالي:

أولا: عدم اكتساب الوقف بالتقادم

على غرار الاموال العامة –الاملاك الوطنية– التي لا يجوز اكتسابها بالتقادم، فان الوقف كذلك لا يكتسب بالتقادم وهي كنتيجة تبعية لكونه ليس مملوكا لاحد و لتمتعه بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية منشئية، ولان القول بتقادم الوقف يتعارض مع خاصية حبسه على وجه التأبيد.

ومبدأ حظر التقادم يسري على الوقف بنوعه العام والخاص، وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قرارتها نذكر منها القرار الصادر في 16/07/1997 تحت رقم 157310 [1]و الذي ايد حكم محكمة بوسعادة القاضي بإبطال عقد الشهرة المنصب على عقار محبس لفائدة زاوية الهامل ببوسعادة، ونقض قرار مجلس قضاء المسيلة بدون إحالة، والذي قام بإلغاء هذا الحكم ليحكم من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس.

ولعل قرار مجلس قضاء المسيلة الذي يتضح أنه احاز اعمال عقد الشهرة على عقار محبس يرجع الى المرسوم في حد ذاته، والذي لم يستثن الاملاك الوقفية من هذا الاجراء على غرار املاك الدولة التي أدمجت في صندوق الثورة الزراعية[2].

[1]-قرار رقم 157310مؤرخ في 16 جويلية 1997 ، مجلة قضائية 1997 العدد الاول ،ص 34 و ما بعدها.

[2] -ويلاحظ ان كل من القانون المصري والقانون الليبي قد نصا صراحة على عدم خضوع الوقف للتقادم تماشيا مع المنطق. وهذا خلافا للبناني الذي اخضع –الوقف الخاص- للتقادم بمرور 36سنة.

ثانيا : الوقف غير خاضع للشفعة

الشفعة هي من الامور التي تفيد الملك وليست عقدا، ومعناها شرعا تملك العقار المبيع كله أو بعضه جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والمصاريف.

وقد تناول المشرع الجزائري الشفعة في تنظيم قانوني وذلك في المواد (749-807) من القانون المدني الجزائري، ورغم أن المشرع لم ينص صراحة على عدم جواز اعمال اجراء الشفعة على الوقف، لان الشفعة لا تكون الا في عقد البيع المنصب على عقار، في حين أن الوقف هو عقد تبرعي ، ويمكننا أن نستشف ذلك من خلال استقراء أحكام هذه المواد.

فاذا كان محل عقد البيع عقارا مخصصا لإنجاز محل للعبادة مثل المسجد أو تم تخصيص هذا العقار لصرف ريعه على محل عبادة معين فإن الشفعة لا تجوز فيه ويكون محل الوقف أولى أن يمنع أخذه بالشفعة.

ثالثا: الوقف غير خاضع للحجز

على غرار الاملاك الوطنية التي لا يجوز الحجز عليها بحكم الوظيفة التي تؤديها ، فان الاملاك الوقفية محصنة هي الاخرى ضد اجراء الحجز.

فاذا قام ناظر الوقف بالاستدانة باسم الوقف لصيانته وترميمه و اصلاحه ، فان محل الوقف لا يخضع للحجز في حالة عدم استيفاء الدائن لدينه بسبب اعسار الوقف وللدائن حق الرجوع على الناظر لا بصفته ناظرا للوقف بحق عيني تبعي وإنما باسمه الشخصي[1].

رابعا: الوقف لا يرهن

اذا كان الاساس من الرهن هو ضمان الوفاء بحقوق الدائنين المرتهنين في مواجهة المدين الراهن ، فان ما يتمتع به الوقف من شخصية معنوية وذمة مالية مستقلة يمنعه من

* الملدة 749 من القانون المدني تنص :"لكل شريك في الملكية ان يتمتع بالاجزاء الخاصة التابعة لحصته كما له ان يستعمل وينتفع بحرية بلالجزاء الخاصة و المشتركة ،بشرط ان لا يمس بحقوق الشركاء الاخرين في االملكية او يلحق ضررا بما اعد له العقار" .

[1]-القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجريدة الرسمية ،عدد21 لسنة2008.

أن يكون ضامنا للدين، وإنما يجوز فقط للمستفيدين من ريع الوقف رهن حصصهم في حالة قبضها، أو في حالة كونها أصبحت قابلة للقبض، فالوقف لا يكون محلا للرهن بنوعيه الحيازي و الرسمي[1].

الفرع الثاني

الحماية الجزائية بموجب القواعد الجزائية

من اجل المحافظة على الاملاك الوقفية ضد اي اخفاء او استغلال بطريقة مستترة أو تدلسية نصت المادة (36) من قانون الأوقاف على أن " يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تحايليه أو يخفي عقود وقف وثائقه او مستنداته او يزورها الى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات "، و تجدر الإشارة الى ان جميع النصوص الواردة في قانون العقوبات والمتعلقة بالجرائم الواقعة على العقار كما هو الحال لدى نص المادة (386)من قانون العقوبات الجزائري المتعلقة بجنحه التعدي على الملكية العقارية ،أو المادتين(406) و (407) المتعلقين بجنحة التخريب العمدي للعقارات ، فإنه يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة ،وما يلاحظ على هذه الحماية ان المشرع الجزائري وإن كان قد أقر الحماية الجزائية للأملاك الوقفية حيث تمتد فيها العقوبة الى درجة السجن المؤبد، إلا ان الغرامة المالية المفروضة على الجاني تبقى قيمتها رمزية بالنظر الى قيمة الاملاك الوقفية المالية، والاجتماعية، لذلك فالمشرع مطالب بوضع احكام خاصة منفصلة عن الجنايات والجنح المتعلقة بالأموال المبينة في قانون العقوبات [2].

اولا: الحماية الجزائية لملكية الوقف العقاري

[1] - زهدي يكن، احكام الوقف، المطبعة العصرية للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، صيدا، بيروت، ص79.

[2] - القانون 06-23 المؤرخ في 20 /12/ 2006 يعدل ويتمم الامر 66-156 المؤرخ في 1966/06/08المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 84، لسنة 2006 .

تقوم جريمة التعدي على الملكية الوقفية بتوافر اركان عامة، وهي الركن مادي، الركن المعنوي، ومن ثم الر كن الشرعي، وأركان خاصة نص عليها المشرع في المادة 368 من قانون العقوبات الجزائري 06-23 هما :

- ركن انتزاع عقار مملوك للغير، ويكون بأخذ العقار بعنف دون رضا المالك له .
- ركن اقترن النزاع بالخلسة والتدليس .

ومن خلال نفس المادة ، فإنه يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات وبغرامة مالية من 2.000الى 20.000 دج كل انتزاع عقار مملوكا للغير وذلك خلسة او بطريق التدليس ، أما في ظروف التشديد فيعاقب بالحبس من سنتين الى عشر سنوات والغرامة المالية من 10.000 الى30.000دج.

ثانيا: الحماية الجزائية للملك الوقفي من السرقة

نص المشرع الجزائري على جريمة السرقة بكل اشكالها وقرر لكل منها عقوبة مناسبة، وهذا من خلال المواد 350 الى 371 من قانون العقوبات [1] ، منها عقوبات اصلية نصت عليها المادة 02 من قانون العقوبات ، وفيها الحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات ، والسجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وقد تصل للمؤبد مع فرض غرامة مالية ، ومنها عقوبات تكميلية نصت عليها المادة 09 و09 مكرر من نفس القانون والتي تأخذ شكل الحرمان من الحقوق وغيرها ، كما نصت المادة 350 مكرر 1 من قانون العقوبات على أنه :"يعاقب بالحبس من سنتين الى عشر سنوات وبغرامة من 200.000الى 1.000.000 دج كل من حاول سرقة ممتلك ثقافي محمي او معرف ، والتي قد تلمس بعض الملك الوقفي المصنف ضمن الموروث الثقافي المحمي، وهذا بموجب قانون حماية التراث الثقافي رقم 98-04 المؤرخ في 1998/06/15.

[1] -محمد الصالح كافي، الاملاك الوقفية حمايتها والتصرفات الواردة عليها، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اسرة ، سنة 2017/2016، ص20.

خلاصة الفصل الاول

من خلال ما تم التطرق اليه في فصلنا هذا حول مضمون الوقف وذلك من خلال تعريف الوقف وعرفناه في الاطلاح القانوني ثم الاصطلاح الفقهي وهو اركان الوقف وشروط نفاذه والتي تجعله متميز عن باقي العقود التبرعية الاخرى والمذكورة في المادة 9 من قانون الاوقاف التي نظمت اركان الوقف بأربعة اركان يقوم عليها وشروط ليصبح نافذا كما تطرقنا الى اقسام الملك الوقفي وخصوصية الحماية القانونية وهو ما يعني حمايتها والمحافظة عليها من كل استغلال او تعدي وتحقيق الاهداف التي شرعت من اجلها.

الفصل الثاني

خصوصية إثبات

عقد الوقف

الفصل الثاني

خصوصية اثبات عقد الوقف

وردت أحكام إثبات الملك الوقفي في المادة 217 من قانون الأسرة ،الجزائري الصادر بموجب قانون 84 / 11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق 9 يونيو 1984 م و بعد صدور القانون ،المتعلق بالأوقاف بموجب قانون91/ 10حددت المادة 35 منه انه:

"يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية مع، مراعاة المادتين 29 و 30 من هذا القانون."

حيث أن النص القانوني، الوارد في القانون الأخير لم يحدد طريقة معينة من طرق الإثبات بل ترك المجال مفتوحا لجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية ،مما بتطلب الرجوع إلى أحكام الإثبات الواردة في المواد من 323 إلى 350 من لقانون المدني الجزائري تحت عنوان إثبات الالتزام ، فالنصوص القانونية ليست مقصورة على إثبات الحقوق الشخصية بل أنها تتناول مصادر الحق بوجه عام ، و مصادر الحق، لا تخرج عن التصرف القانوني و الواقعة المادية ، سواء كان الحق ماليا او غير مالي شخصيا أو عينيا[1].

فالإثبات و حماية الحق بينهما علاقة متأصلة ، و لصاحب الحق أيا كان نوعه أن يقدم الدليل لأحقيته لكي ينال الحماية ، فإثبات الملك الوقفي ضروري في مثل هذه الظروف

[1]-محمد حسنين مرجع سابق ص349

حتى يمكن لنا ان نضفي عليه الحماية القانونية.

وهذا ما سنفصله في المبحثين حيث نعالج في المبحث الأول طرق الإثبات في مطلبين في حيث نتطرق لإثبات التصرف القانوني في المطلب الاول ومن ثم نتعرض لإثبات الواقعة القانونية في المطلب الثاني كما نعالج في المبحث الثاني الوثائق المستحدثة لإثبات الملك الوقفي و الذي يحوي على مطلبين نعالج في المطلب الأول الشهادة الرسمية لإثبات الملك الوقفي و في المطلب الثاني الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي .

المبحث الاول

طرق الاثبات التقليدية

بالرجوع للنصوص القانونية المتعلقة بالإثبات في مجال الملك الوقفي ، نجد ان المشرع الجزائري ترك المجال مفتوحا لصاحب الملك الوقفي لإثباته بجميع طرق الاثبات المعمول بها شرعا وقانونا ومن ناحية اخرى لإعطاء الحماية الكافية لأموال الوقف حدد جملة من الاساليب للإثبات خاصة بالوقف لا غير .

فالواقف حين انشاء عقد الوقف بإرادته المنفردة قد صدر منه تصرف قانوني وبالنتيجة فالإثبات ،يرد على مصدر الحق وعلى صاحب الملك ان يثبت الوصف القانوني لتلك الواقعة والاثار المترتبة عنها فالمادة 324 من القانون المدني الجزائري تنص على ان "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف او ظابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا لأشكال قانونية في حدود سلطته واختصاصه فإنشاء العقد امام الموظف

المختص وهو اصلا الموثق يعد السند الصادر عنه وثيقة اثبات رسمية للملك الوقفي .[1]وهو ما سوف نتناوله من اثبات التصرف القانوني كمطلب اول واثبات الواقعة المادية كمطلب ثاني.

المطلب الاول

اثبات التصرف القانوني

بالرجوع إلى نص المادة 35 من قانون الأوقاف رقم91 /10نلاحظ أن مفاد النص القانوني يوضح أن طرق إثبات الملك الوقفي تكون بجميع الطرق الشرعية و القانونية و من بين الطرق الشرعية و القانونية لإثبات الوقف و أوثقها على الإطلاق الكتابة الرسمية تم العرفية ثم الإقرار و اليمين ، فهذه الطرق تعتبر طرق ذات قوة قانونية مطلقة و الذي يهمنا في الموضوع هو الكتابة و الإقرار و الشهادة حسب طبيعة عقد الوقف.و لذلك سنتطرق الى ركن الكتابة كفرع اول والاقرار كفرع ثاني.

الفرع الأول

من خلال هذا الفرع نتعرض اولا الى الورقة الرسمية ثم اثبات الوقف بالعقود

اثبات التصرف القانوني بالكتابة

جاء في محكم التنزيل قوله تعالى " **: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَ مسمى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ** [2]" فالقران يحثنا على أن نجعل جميع التصرفات المالية

[1]يحي بكوش . أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي. الشركة الوطنية للنشر و التوزيع . 1983 . ص276.

[2]-سورة البقرة الاية282

مقيدة بالكتابة . والعقود الرسمية لا تنعقد إلا بورقة موثقة و التي تعد عنصرا من عناصر تكوين العقد ووسيلة لإثباته في آن واحد ، و العقود الرسمية يقوم بتحريرها و توثيقها موظف عام مختص اختصاصا نوعيا و إقليميا ، أو شخص مكلف بخدمة عامة وفقا لاوضاع مقررة لإثبات جميع التصرفات. حيث نصت المادة 324 من القانون المدني الجزائري على انه:

"يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء و لا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت".

و قبل صدور القانون المدني جاء قانون تنظيم التوثيق الجزائري الصادر بالأمر رقم 91/70من مادته الثانية على أن" : الموثقين موظفون يخضعون لسلطة النواب العامين و يكلفون بتلقي الوثائق و العقود التي يتعين إعطائها الصيغة الرسمية آو يرغب الأطراف فيذلك و يثبتون تاريخها و يمضونها و يحررون نسخا منها" .

و قبل هذه النصوص القانونية الوضعية جاءت آية الدين من أواخر سورة البقرة تحث على الكتابة و تجعلها شيء مقدس في المعاملات المالية مهما كانت قيمتها يقول تعالى " : **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ** [1]"

فالكاتب العدل في هذه الآية الموثق في نظام القانون الوضعي .و الأوراق الرسمية والعرفية لها حجية في الإثبات ، و قد نظم القانون هذه الحجية على النحو الآتي:

-المحررات الرسمية من بينها العقود الرسمية الموثقة و هي ذات حجية بقوة القانون في مجال الإثبات.

[1]-سورة البقرة الاية282

-الأوراق لعرفية غير المعدة للإثبات إلا أنها تصلح كأداة عارضة إلا أن الورقة الرسمية أهميتها و دلالتها و امتيازها بأنها حجة على الناس كافة فيما يتعلق بالإثبات.[1]

و هذا ما جاء به قانون الأوقاف ما تبعه من مراسيم و قرارات لإثبات الملك الوقفي في الجزائر.

اولا/ شروط حجية الورقة الرسمية

نظم القانون الأوراق الرسمية تنظيما محكما لضبط التصرفات التي تصدر من الإفراد حتى لا يكون هناك خلل في المعاملات و العلاقات الاجتماعية و بالتالي صحة التصرفات و سلامتها من الانحراف و التعدي ، و قد قرر شروطا للورقة الرسمية تتمثل في:

ان يقوم بتحرير هذه الورقة موظف عام و هو بهذه الصفة كل شخص يحمل ختم الدولة الجزائرية و يستوي في ذلك الموثق بصفة أصلية ، و القائم بتحرير العقود الإدارية التابعة للدولة كما هو الشأن بالنسبة لوزير الشؤون الدينية و أعوانه حيث يحق لهم إبرام العقود طبقا لما يمليه القانون

أن تكون قد روعت في تحرير الورقة الرسمية الأوضاع القانونية المنصوص عليها في قانون التوثيق و هذا ما حددته المادة 324 من القانون المدني و أقرته المادة 35 من قانون الأوقاف

و تعتبر الأوراق الرسمية إذا كانت قد استكملت في الظاهر جميع الشروط لمذكورة سلفا ومنسوبة إلى موظف مختص بتحريرها و بحكم موضوع البحث الذي يتعلق بالملك الوقفي فان الطريقة المهمة في إثباته هي الكتابة التي تعد أوثق طريقة شرعا و قانونا بالإضافة إلى

[1]-احمد فراج حسين مرجع سابق ص361 .

شهادة الشهود .

وما يبنى عليها من مبررات في عدم اشتراط الشكلية الرسمية لانعقاد الوقف بل لإثباته، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأوقاف 10/91 على أن ":يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية"...، وبذلك فإن الوقف يخضع إلى كل طرق الإثبات فيثبت بالكتابة، وشهادة الشهود، وغير ذلك من طرق الإثبات

،الفرع الثاني

انواع العقود التي يثبت بها الوقف

اولا/إثبات الوقف بالعقود العرفية

وهي محررات عرفية [1]تتضمن وقفا أو إقرارا بوقف أو إثبات استحقاق وقفي أو شرطا من شروط الوقف، فكلها تدل على وقفية العين المتعلق بها الوقف، بالرغم من أن الملك الوقفي المحرر في سند عرفي يعتبر سندا كافيا بالنسبة لوقف المنقولات، إلا أنه بالنسبة للعقار لا بد من مراعاة المرحلتين التاليتين:

-1المرحلة لأولى : العقود الوقفية العرفية قبل بدء سريان قانون التوثيق70 /90 :

إن العقود الوقفية العرفية المبرمة قبل بدء سريان قانون التوثيق عقود صحيحة متى ثبت لها تاريخ قبل أول يناير 1971 وتودع من أجل شهرها2 في المحافظة العقارية، وهوما نصت عليه فقرة

[1]-فالمحررات العرفية تلك المحررات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل إثبات تصرف قانوني ،ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين.

*-يقول الأستاذ عمر حمدي باشا ":إن من بين مبررات تطبيق هذا الاستثناء، أنه قبل01 /1971/01 كانت عملية شهر العقود أمرا اختياريا ،كما أن عملية نقل الملكية العقارية أو حق عقاري أخر وإثباتها في تلك الفترة لم يكن يشترط في صحتها الشكل الرسمي، بل ويكفي فيها الشكل العرفي، وذلك بعد أن تقوم المحاكم بتثبيت صحة هذه العقود العرفية بحكم قضائي وبعد تقديم إشهاد من البلدية يثبت بأن العقار لا يدخل ضمن صندوق الثورة الزراعية أو في الاحتياطات العقارية، ثم تودع بالمحافظة العقارية لشهرها ".**للاستزادة انظر** :عمر حمدي باشا :حماية - 4الملكية العقارية الخاصة، مشار إليه، ص 24/18.

02 من المادة 89 من المرسوم التنفيذي93 /123 المؤرخ في19 /1993/05 المعدل والمتمم

للمرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث جاء فيها

"تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه ...عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971وتنص الفقرة الأولى من المادة 88 من نفس المرسوم ":لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود من نفس المرسوم ":لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود أو صاحب الحق الأخير"...[1]،

وذلك تكريسا لمبدأ الرضائية الذي كان يسود ويطبع المعاملات

العقارية في تلك الحقبة الزمنية وأما بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ، فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء، وهنا على القاضي وقبل تثبيت صحة هذه العقود أن يتأكد من تاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في غرفتها العقارية في قرارها المؤرخ في 2000/06/28 "غير منشور" على أنه ": من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد المدار تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العق

الذي يعد المدار الذي على ضوئه يعتبر المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لجميع أثاره أو باطلا بطلانا مطلقا"[2] .

2-المرحلة الثانية العقود الوقفية العرفية بعد بدأ سريان قانون التوثيق70 /91:

تعتبر العقود العرفية المتعلقة بنقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بعد تاريخ 1971/01/01 باطلة قانونا بموجب الأمر 70 /91 المتضمن قانون التوثيق والمادة 324

[1] حمدي باشا عمر ،مرجع سابق ص 120.

مكرر 01 من القانون المدني .وأما بخصوص العقود العرفية المتضمنة للوقف فقد ثار اختلاف في الرأي بين اتجاهين حول وجوب خضوعها للرسمية تحت طائلة البطلان من عدمه.[1]

أما المحكمة العليا فقد ذهبت في قرارها الصادر تحت رقم 234655 المؤرخ في 1999/11/16[2]

إلى أن عدم إفراغ العقد العرفي في شكله الرسمي لا يؤدي إلى إلغاء الحبس، مؤكدة بذلك على

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

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

ويستنتج من هذا القرار أن المحكمة العليا ذهبت في الاتجاه الأول الذي يعتبر أن العقد العرفي لا يخضع للرسمية، وبالتالي عدم توفر الرسمية لا يؤدي إلى بطلان عقد الحبس، وهذا على خلاف الرأي الذي نادى به جملة من الباحثين على أن العقد العرفي المبرم بعد صدور قانون التوثيق و دخوله حيز التنفيذ بتاريخ 1971/01/01 يجب أن يفرغ في الشكل الرسمي وفقا لروح

[1]أنظر القرار رقم197347 المؤرخ في 2000/06/23نقلا عن عمر حمدي باشا:حماية الملكية العقارية الخاصة، ص25

2انظر:محمد كنازة:المرجع السابق، ص 98 ؛ وعمر حمدي باشا:عقود التبرعات، مشار إليه، ص 86 ؛ و خالد رمول:قاعدة الرسمية، مشار إليه،بن مشرنن، ص75 .

3نظر قرار المحكمة العليا رقم 234655 المؤرخ 1999/11/16 نقلا عن :عمر حمدي باشا:القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة و المحكمة العليا، مشار إليه، ص286

نص المادة 12 من قانون التوثيق والتي تشترط الكتابة الرسمية في كل المعاملات العقارية و مهما كان نوعها تحت طائلة البطلان المطلق.[1]

في حين يرى الاتجاه الثاني أن نص المادة 35 من القانون رقم91 /10 المتعلق بالأوقاف لا ينطبق حكمه إلا على وقف المنقول الذي يسوغ إثباته بكل وسائل الإثبات التي وضعها القانون وكخلاصة لذلك، إنه لا يمكن التقليل من قيمة العقد العرفي كقوة إثبات في التصرف الوقفي، إذ له مكانته كمحرر إثبات عدا إذا قام دليل آخر أقوى منه ينفيه، و ذلك فيما يتعلق بالوقف العام بالنظر لطابعه الروحي التعبدي الذي منبعه الشريعة الإسلامية، والتي تعتبر الرضائية كأساس في العقود المبرمة والمعاملات عموما، تيسيرا وترغيبا في العمل الخيري ذو النفع العام.

هذا فضلا على أن المشرع قد اشترط الرسمية في عقد الوقف، بتوثيقه وتسجيله بغرض تثبيت منفعة الوقف في ذمة الموقوف عليه فقط لا غير [2].لكن مقابل ذلك يجب التأكيد على أن العقد الرسمي التوثيقي الذي يبقى له كقوة إثبات قانونية دامغة لا تُضاهى متطلبة خاصة في ظل تطور المعاملات التعاقدية العقارية، وحفاظا على استقرار هذه الأخيرة، لاسيما إذا علمنا أن هناك العديد من الأوقاف كثيرا ما تضيع حقوق المستحقين في المال الموقوف لاختفاء التصرف وعدم إمكان إثباته بعد وفاة الواقف إذ قد يلجأ بعض الورثة إلى إخفاء أي دليل على الوقف، أو قد تضيع الأدلة مع مرور الزمن 2 ومن هنا فالشكلية المقررة تلعب دورا كبيرا بالنسبة لاحترام الورثة لإرادة مورثهم الواقف، وقد يعمد الكثير منهم و بحجة عدم وجود أدلة قانونية تثبت هذا الوقف إلى اللجوء إلى القضاء قصد إبطال العديد من الأوقاف، لذلك بات من الضروري توثيق التصرف الوقفي–خاصة الأوقاف العامة ولأن الوسائل القانونية متوفرة لقيدها وشهرها من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف.

ثانيا /إثبات الوقف بالعقد الإداري :

[2]صورية زردوم بن عمار:النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري،مذكرة مقدمة لنيل الماجستيرفي القانون العقاري سنة 2010/2009 كلية الحقوق و العلوم القانونيةجامعة الحاج لخضر باتنة ، ص 178

قد يتم إثبات التصرف الوقفي بالعقد الإداري ،فالإدارة من أجل

نقل أملاكها العقارية للغير قد تلجأ إلى طريق التعاقد ،فتبرم عقودا إدارية1 على وجه الخصوص العقود المبرمة من أجل تحويل الأملاك المخصصة للمساجد والمشاريع الدينية من طرف مدراء أملاك الدولة و رؤساء البلديات، أو عقود إرجاع أملاك وقفية سبق تأميمها من خلال الأمر رقم71 /73 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن قانون الثورة الزراعية [1]

وفي هذا الإطار حددت المذكرة رقم 10902 الصادرة عن مديرية العامة للأملاك الوطنية [2] شروط تسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد وملحقاتها والمدارس القرآنية بواسطة عقود إدارية تنقل ملكيتها إلى ذمة وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وذلك باعتبارها قطع أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة .إذ أن عملية التسوية هذه اتخذت أحكام المادة43 من القانون91 / 10المتعلق بالأوقاف، والمادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم98 /381 المؤرخ في 1998/12/02 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها وكيفيات ذلك (كمرجع في نقل ملكيتها بموجب عقد إداري صادر عن المديرية الولائية لأملاك الدولة، وتضمنت المذكرة نموذجا للعقد الإداري الناقل للملكية .

ويتم هذا العقد بتوافر الشروط الآتية :طلب التسوية مقدم من طرف المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف، ونسخة من قرار تخصيص القطعة الأرضية لفائدة إدارة الشؤون الدينية والأوقاف، ونسخة من المخطط الطبوغرافي، وشهادة إدارية معدة من المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف يعلن بموجبها أن مشروع إنجاز المسجد وملحقاته أو المدرسة القرآنية، قد أنجز أو عرف على الأقل الانطلاق في الأشغال، ونسخة من وصل تسديد بالدينار الرمزي على مستوى مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليميا بناء على تقرير التقييم المعد من طرف مصالح

[1] يجب أن يكون العقد الإداري فعلا ناقلا للملكية، لأنه كثيرا ما تتعامل المحاكم مع بعض القرارات الإدارية على أنها سندات ملكية وهي ليست كذلك ومثال ذلك قرارات التخصيص ،مداولات المجلس الشعبي البلدي ،قرار رئيس البلدية أو الوالي ،وفي بعض الأحيان حتى محضر تعيين قطعة أرضية لإنجاز مشروع اعتبر تصرفا ناقلا للملكية... وفي الواقع كل هذه القرارات ليست سندات ملكية .

[2]تشكل إثباتا لتعامل صحيح تم بين الإدارة والمستفيد لكنها لا تنقل الملكية، ولتكون كذلك يجب أن تفرغ في شكل عقود رسمية ناقلة للملكية يحررها مدير

مديرية أملاك الدولة المحدد للقيمة التجارية لقطعة أرض موضوع هذا العقد وذلك عملا بنص المادة 43 من القانون91 /10 المتعلق بالأوقاف.

وبعد استيفاء هذه الشروط واستكمال الإجراءات يحرر عقد نقل الملكية العقارية في نسختين بين كل من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية المعنية كطرف مستفيد، ومدير أملاك الدولة للولاية المعنية كطرف آخر، ويتسلم ممثل مؤسسة الأوقاف نسخة منه ويحتفظ بالنسخة الأخرى بالمحافظة العقارية مستكملا لشروط التسجيل والإشهار المبينة في نموذج العقد الإداري الملحق بالمذكرة [1]نفسها .وبذلك يعتبر هذا العقد الإداري دليلا على ثبوت ملكية هذه القطعة الأرضية لصالح وزارة الشؤون الدينية ممثلة في ممثل مؤسسة الأوقاف على المستوى الولائي وهو مدير الشؤون الدينية الولائي، وبهذا يدخل العقار ضمن الأملاك الوقفية العامة المصونة وفقا لنص المادة الثامنة من قانون الأوقاف91 /10.

ثالثا/ إثبات الوقف بالعقد القضائي

إن العقد القضائي[2]محرر يقوم بإعداده أعوان القضاء وكتاب الضبط بناء على أحكام أو قرارات قضائية، مثل الحكم الصادر بأحقية الوقف لعقار موقوف، أو الحكم الصادر بإثبات انعدام الخلف في الوقف الخاص[3]، وقد ذهبت المحكمة العليا في قرارها الصادر تحت رقم 137561 المؤرخ في05 /05/ 1995 إلى اعتبار العقار المبني الذي شغله أحد الخواص وحوله بدوره إلى محل تجاري ليستعمل كمقهى بعد أن حول بصورة مؤقتة في الوهلة الأولى إلى شركة سونلغاز،

[1]إن المذكرة رقم 10902 المتضمنة نموذج عن العقد الإداري الناقل للملكية، تخص فقط نقل ملكية القطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة

والمخصصة فقط لبناء المساجد وملحقاتها أو المدارس القرآنية) وأيضا– مثلا :-المكتبات التابعة للمساجد، قاعات المحاضرات التابعة للمدارس قرآنية

[2]انظر الملحق رقم 02 ص 336 من هذا البحث المتضمن المذكرة رقم 10902 المؤرخة في 2009/10/13 الصادرة من المدير العام للأملاك الوطنية، المتضمنة تسوية الوضعية القانونية للقطع الأرضية المخصصة لإدارة الشؤون الدينية والأوقاف لبناء المساجد وملحقاتها و/أو المدارس القرآنية

[3]تنص المادة ": 43 تستفيد السلطة المكلفة بالأوقاف من دفع الثمن بالدينار الرمزي للقطع الأرضية التي تشيد فوقها المساجد إذا كانت هذه القطع من الأملاك الوطنية"...

مسجدا لتعليم القرآن الكريم– على حد تعبير المحكمة العليا [1]–أي أنه وقف عام، على الرغم من وجود عقد توثيقي لكنه لا يبين بأنه كان تابعا لأهلهم .وقد استندت المحكمة العليا في قرارها هذا على فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى بتاريخ17 /1989/01 في فقرتها الرابعة بأنه ":إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين أو بشهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم." وباعتبار أنه كان مسجدا سابقا في أولاد سلامة لتعليم القرآن الكريم منذ 1956 إلى غاية1988 فقد ثبت كوقف عام بعقد قضائي محرر من طرف أعوان

رابعا/ إثبات الوقف بالعقد الشرعي:

لقد اختص القاضي الشرعي أو"باشا عدل "بمسائل الوقف وإثباته أثناء الفترة الاستعمارية، ونظرا لطابع الوقف الروحي التعبدي ولاقترانه بأحكام الشريعة الإسلامية، فيتلقى القاضي الشرعي العقود باللغة العربية في دفاتر تقيد فيها كل العقود، ومن هنا فالعقود التي يحررها القاضي الشرعي تعتبر عقودا رسمية، والكتابة التي يقوم بها هي وسيلة لإثبات الوقف وليست ركنا للانعقاد نظرا للطابع الإسلامي لهذه العقود، لذلك حرص الجزائريون على إعطائها طابعها الرسمي الشرعي لإثباتها .وقد **أكدت** المحكمة العليا على الطابع الرسمي للعقد الشرعي من خلال قرارها الصادر تحت رقم348178 والمؤرخ في 2006/04/12،[2] ، إذ اعتبرت أن عقد الحبس الذي تم إبطاله من طرف قضاة الموضوع يعتبر محررا رسميا محررا من قبل جهة رسمية– القاضي الشرعي –مخولة قانونا لتحرير العقود بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق70 /91.

سادسا / إثبات الوقف بالشهادة الرسمية: تعرف الشهادة في اللغة على أنها ":إخبار عن شهادة عين لا عن تخمين و حسبان، كونها مستقاة من المشاهدة، وهي تبنى على المعاين[3] وفي

[1]في الواقع وفي حقيقة الأمر إن العقود القضائية-وهنا العقد القضائي المثبت للوقف -ما هي إلا محاضر تدخل عادة في إطار التنفيذ لأحكام وقرارات قضائية أو في إطار المنازعات القضائية أطلق عليها المشرع الجزائري– مجازا -في قوانين المالية وقوانين مختلفة اسم العقود.**انظر**:عبد الحفيظ بن عبيدة : إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، الطبعة السابعة، الجزائر 2011 ص60

[2]مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006 ، ص435

[3]يوسف دلاندة : الوجيز في شهادة الشهود-وفق أحكام الشريعة الإسلامية وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا-،دار هومه،الجزائر2005 ص19

المعنى الاصطلاحي تعرف على أنها" :إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غير لغيره" .والشهادة في الفقه الإسلامي من أهم و سائل إثبات الوقف سواء كان واردا على عقار أو منقول 3 وإذا كان الفقه الإسلامي مستقرا على إثبات الوقف بالشهادة، فإن المشرع الجزائري أخذ به أيضا بموجب البند الخامس من المادة الثامنة من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أنها تعتبر من الأموال العامة المصونة ":الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار"

ولقد أثار موضوع الأوقاف التي ليست لها عقود إشكالية كبيرة إذ أن كثيرا منها لا يعلمها إلا الواقف، خاصة قبل صدور قانون التوثيق لسنة 1988، إذ العديد منها لم تكن مقيدة ولا مسجلة ولا مشهرة، على عكس الأوقاف التي لها إما عقود عرفية أو توثيقية صادرة قبل صدور قانون التوثيق لسنة . 1988 إذ يمكن أن تقيد و تشهر وتسجل، فهي عقود معترف بها، بالنظر إلى إحداث سجل عقاري خاص بالملك الوقفي سنة 2003 بموجب القرار الوزاري المشترك الصادر عن وزير الشؤون الدينية والأوقاف ووزير المالية المؤرخ في2003/11/15 المحدد لشكل ومحتوى السجل العقاري الخاص بالملك الوقفي .([1])وانطلاقا من الأهمية الاستراتيجية التي أكدتها الوزارة المعنية بالأوقاف خاصة بعد صدور المنشور رقم56 المؤرخ في 1996/08/05 والتي أكدت من خلاله على توسيع دائرة الاهتمام بالأملاك الوقفية المنقولة منها والعقارية([2])، نظمت السلطة التنفيذية عملية إثبات الملك الوقفي بموجب شهادة رسمية صادرة عن مدير الشؤون الدينية والأوقاف، والتي يتم التحضير لها كما يلي:

[1]-هذا المنشور الصادر عن نظار الشؤون الدينية و الأوقاف كامل المسؤولية في حالة عدم الاهتمام بشؤون الأوقاف ،إذا اعتبرت سنة 1996 -بموجبه سنة إنعاش و تطوير الأملاك الوقفية . **انظر** :ص 5 من المنشور رقم 56 ص 331 من بن مشرنن مرجع سابق.

[2]وفقا لنص المادة 5 من هذا المرسوم التنفيذي336/2000 التي تقضي على أنه":بعد استيفاء الشروط المبينة في المادتين 3 و 4 المذكورتين أعلاه وجمع أكثر من ثلاث (3)وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد مرفوقة بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة.نفس المرجع السابق المذكور اعلاه.

جمع أكثر من ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، ولقد تم استحداث هذه الوثيقة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن). إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروطه و كيفيات إصدارها وتسليمها[1]

كما أن وثيقة الإشهاد ([2])المكتوب وفقا لنص المادة 4 من ذات المرسوم التنفيذي يجب أن تتضمن البيانات التالية :المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعهم، و تصديق المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا وهذا قبل إيداعها لدى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا لتسجيلها، والرقم الذي تم تسجيلها به في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا.

والجدير بالذكر أن الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي تخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري (وذلك بعد أن يقوم و كيل الأوقاف بناء على الشهادة الرسمية بتقديم طلب أمر على ذيل عريضة إلى رئيس محكمة موقع العقار، ملتمسا تعيين محضر قضائي لإجراء معاينة قضائية لإثبات الملك الوقفي ميدانيا وبعد تكليف خبير عقاري لإجراء الخبرة ووضع خريطة طبوغرافية للموقع، مع تحديد المساحة ومعالم العقار الوقفي، و بعد إعداد المديرية لتقرير حول العقار.

المطلب الثاني

إثبات الواقعة المادية

[1] - لإشهاد شرعا، هو ما يصدر عن شخص من تصرف أو إقرار أو عقد أو إلتزام يطلب من الغير أن يشهد عليه .**راجع في ذلك** :يوسف دلاندة :المرجع السابق، ص49 .

[2]-الجريدة الرسمية العدد 71 اسنة 2003 .

الوقف باعتباره عين للمنفعة العامة أو الخاصة، فنحن أمام واقعة فعل نافع فيمكن إثباتها كذلك بالإقرار والشهادة.

الفرع الأول

الاقرار

الإقرار يقتضي التطرق إلى الإقرار تعريفه اولا وبيان حجيته في الإثبات

أولا / تعريف الإقرار

عرف ابن رشد الإقرار بأنه" :إخبار عن أمر يتعلق به حق الغير ."وعرفه بعض فقهاء المالكية بأنه" :قول يوجب حقا على قائله."[1]وقد عرف المشرع الإقرار من خلال المادة 509 من القانون المدني التي تنص على أن: "الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة."

ثانيا/حجية الإقرار في الإثبات

والدليل الشرعي على مشروعية الإقرار قول الله عز وجل " **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ** " النساء الآية 135.

الإقرار عمل إرادي اختياري يصدر بصفة تلقائية، وهو أقوى من البينة وله حجية قاطعة ضد المقر، وذلك تطبيقا لنص المادة 342 من القانون المدني بقولها" :الإقرار حجة قاطعة على المقر ." ...والسبب في كونه كذلك هو أنه يصدر من الخصم ضد مصلحته الشخصية، وهذا هو الذي رجح جانب احتمال الصدق فيه على جانب احتمال الكذب، خاصة إذا كان واقعا أمام القضاء، فإذا ثبت وجوده بصفة صحيحة فإنه يشكل حجة كاملة[2] ومسألة الإقرار بالوقف لها صور متعددة، فإما أن يصدر الإقرار من الواقف في حال صحته أو في حال مرضه، فإذا أقر

[1]د .عبد القادر بن عزوز،" المسؤولية المدني ة للنظارة على المرفق الوقفي في الفقه الإسلامي"، مجلة أو قافع 98 ، السنة العاشرة، جمادى الأولى 9059ه/مايو 7191 م، ص71 .

[2]– يحي بكوش، ادلة الاثبات في القانون المدني والفقه الاسلامي ، الجزائر ، الشركة الوطنية للتوزيع والنشر ص241/239.

الشخص في حال صحته أنه وقف مالا معينا من أمواله وقفا صحيحا، ثبت وقفه بإقراره ويقضى به فيصبح ملزما للواقف ولورثته من بعده .أما إذا كان محجورا عليه لسفه لم يصح إقراره بالوقف، وإذا كان محجورا عليه لدين توقف إقراره على إجازة دائنيه. وإذا أقر الشخص وهو في مرض الموت بأنه قد وقف عقارا، يثبت الوقف بإقراره هذا، ويكون في حكم من أنشأ الوقف في مرض الموت، فتسري عليه أحكام وقف المريض من حيث تقيد نفاذه بثلث المال.

وإذا أقر ورثة المتوفى أن مورثهم قد وقف عقاره في حال حياته، صح الإقرار ويثبت به الوقف، أما إذا كان على المورث دين أو كانت له وصية ولا مال له غير العقار الموقوف، فإنه يباع منه ما يوفى به دينه وتنفذ وصيته. [1]

الفرع الثاني

الشهادة

التطرق الى تعريفها اولاثم بيان وحجيتها في الإثبات ثانيا

أولا : تعريف الشهادة

الشهادة في الاصطلاح الفقهي هي إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره وقد عرفها ابن عرفة بقوله" :الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم بسماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه." [2]

ثانيا: حجية الشهادة في الإثبات

[1] – منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، عمان الأردن، دار الثقافة، ط9 ،2011ص110

[2]– يحي بكوش مرجع سابق ص267–ص290 .

الشهادة ثابتة بالدليل الشرعي في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وقد ورد لفظ الشهادة في القرآن الكريم بالحث عليها بصيغة الأمر في قوله عز وجل: "**وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ** " الطلاق الاية1 [1]. كما جاءت بنفس المعنى بصيغة النهي في قوله تعالى: " **وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ** " البقرة الاية283.

ومن السنة النبوية الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم": ألا أخبركم بخبر الشهداء، الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها."[2]

والشهادة عند المسلمين أقوى الأدلة على الإطلاق بعد الإقرار .وسلطان الشهادة كمبدأ عام يشمل جميع المجالات دون استثناء ومهما بلغت قيمة النزاع، والوقف واحد من هذه المجالات التي يتم الإثبات فيها بالشهادة .والأصل في الشهادة أن يشهد الشخص بناء على مستند علمه هو، بحيث يجتمع لديه التحمل والأداء معا، واستثناء على الأصل أجاز الفقهاء في مسألة إثبات الوقف شهادة السماع. وشهادة السماع هي الشهادة التي يصرح فيها الشهود بأنهم يستندون في ما يشهدون به إلى ما سمعوه من غيرهم، فيقولون في الوقف مثلا" :ما زلنا نسمع من أهل الفضل والعدل أن الأرض الفلانية هي أرض وقف".

وقد أخذ المشرع بالشهادة كوسيلة إثبات واعتراف بطبيعة الملك الوقفي العام، من خلال المادة 18فقرة 13 من قانون الأوقاف التي نصت على أنه تعتبر من الأوقاف العامة المصونة : "الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار ."كما وقد جاء في فتوى 1981 أنه" :إذا ثبت بشهادة جماعة /19/ صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى في 1989/01/17 أنه" :إذا ثبت بشهادة

[1] –أخرجه مالك، نقلا عن :الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف 2009 ج7 ،ص105.

[2] . عبد الرزاق الأصبحي،" اتجاه القضاء المغرب ي في موضوع إثبات الوقف"، مجلة أوقاف،ع18،السنة العاشرة، جمادى الأولى1431 هـ /مايو 2010 ص50/57.

جماعة من المسلمين أو شهادة رسمية أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم."[1]

وتجدر الإشارة إلى أن وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز وفقا لنص المادة 51 من قانون الأوقاف، والتي أحالتنا عليها المادة 53 من قانون الأوقاف [2] ،وبالتبعية فلا تقبل شهادة هذه الفئة

المبحث الثاني:

الطرق المستحدثة في إثبات الوقف

يعد القانون 10/91 المصدر القانوني الرسمي للوقف في الجزائر و ما تبعه من نصوص تنظمية .

و تطبيقا لإحكام المادة 08 منه تم استحداث وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي و تحديد شروط و كيفيات إصدارها و تسليمها و تدعى في صلب النص وثيقة الإشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي و هذا استنادا لنص المرسوم التنفيذي رقم 336/2000. المؤرخ في 28 رجب عام 1421 هـ الموافق 6 أكتوبر سنة 2000م ،.ولما لطرق الا ثبات المستحدثة من اهمية بالغة في ضمان حقوق الاشخاص وحمايتهم من كل تعد قد يطراعليهم في مسالة اثبات

الوقف ،وسوف نتناول الطرق المستحدثة بمطلبين المطلب الاول وثيقة الاشهاد المكتوب والمطلب الثاني الشهادة الرسميةالخاصة بالملك الوقفي

المطلب الأول

وثيقة الاشهاد المكتوبة لإثبات الملك الوقفي

هذه الوثيقة تتمة لطرق الإثبات العامة و تعد بالنسبة للقانون الجزائري وثيقة مستحدثة تعزيزا للإجراءات اللازمة لحماية الأملاك الوقفية وسنتعرض لها من خلا ل تحديد شكل وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي كفرع اول ثم الوثيقة الثانية المستحدثة لإثبات الملك الوقفي .

الفرع الأول

تحديد شكل وثيقة الإشهاد المكتوبة لأثبات الملك الوقفي و إجراءاتها

إن الأملاك الوقفية بجميع أنواعها سواءًا كانت عقارات أو عقارات بالتخصيص وكذا العقارات المنقولة ،هذه الأصناف كلها قد تكون موقوف و هي غير معروفة تماما لدى مصالح الأوقاف سواء على المستوى المحلي أو المركزي ، و هو ما يتطلب ضرورة البحث اليومي المتواصل مع المحافظات العقارية و مكاتب التوثيق التي تشتغل قبل صدور القانون 27/88 المؤرخ في 28 ذي القعدة1408 هـ الموافق ل 12 يوليو1988 .المتضمن تنظيم التوثيق و كذا مكاتب الأرشيف حيث ما وجدت و غير ذلك من الاتصالات التي يمكن لوكيل الأوقاف أن يبدل قصارى جهده في البحث عن الأملاك الوقفية لإحصائها و حمايتها من الاستيلاء نزولا عند رغبة و شروط الواقفين وعليه وجب على وكيل الأوقاف متى تم إشعاره كتابة أو شفاهة بان هناك عقار وقفا و غير مقيد ، السعي للبحث عنه و اتخاذ التدابير اللازمة للوصول إلى توثيق هذا الوقف و استرجاعه. من خلال الاجراءات التالية:[1]

[1] خير الدين فنطازي ، نظام الوقف في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة منتوري قسنطينة ،2005-2006، ص63 .

1-عليه تلقى الشكوى و قراءتها لمعرفة فحواها ، ثم لاتصال بصاحب الرسالة للتأكد من صحتها.

2-وبناءا على الشكوى أو التصريح ، يقوم وكيل الأوقاف بإجراء معاينة في عين المكان و ذلك بالاتصال بالإمام و لجنة المسجد و بعض الشهود ومن له معرفة بالعقار ، لتسجيل كل ما قام به في محضر معاينة ، و الأجدر أن يكون المحضر محرر من طرف محضر قضائي ليقدم محضر إثبات حالة.

3- بناءا على المعاينة أو محضر الإثبات حالة يقوم وكيل الأوقاف بالاتصال بالمصرحين لمليء وثيقة الإشهاد التي تصادق عليها مصالح البلدية التابع لها موقع العقار. :و بناءا على وثيقة الإشهاد المكتوبة و المصادق عليها من طرف مصالح البلدية ، يصدر مدير الشؤون الدينية و الأوقاف الشهادة الرسمية لإثبات الوقف استنادا و تأسيسا على المرسوم التنفيذي رقم336/2000 المتعلق بإنشاء وثيقة الإشهاد.[1]

4-بناءا على وثيقة الإشهاد المكتوبة و الشهادة الرسمية تتقدم مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف ممثلة بوكيل الأوقاف – بأمر على عريضة – إلى السيد رئيس محكمة دائرة اختصاص موقع العقار و تحديد الشروط الشكلية و القانونية لتعيين محضر قضائي لإجراء المعاينة و إثبات صحة الوقف --5بناءا على الاستفسار عن العقار الموقف من كل من له علاقة من بعيد أو قريب ومن له معرفة بالعقار مع وصف دقيق للعقار و تحديد معالمه.

6- بعد أن يتم إمضاء لعريضة أو الطلب من طرف رئيس المحكمة يبلغ للمحضر القضائي لإجراء لمعاينة وفقا لما هو منصوص عليه قانونا ثم هذا بدوره يسلم محضر المعاينة إلى المديرية طبقا للإجراءات المعمول بها. [2]

[1]- مجلة ا قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1994 /16/01 المجلة القضائية ، العدد2 1994 ص207.

[2]- قرعاني موسى ،عقد الوقف وطرق اثباته في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة لماجستيرف ي العقود والمسؤولية ،كلية الحقوق بن يوسف بن خدة ،الجزائر،سنة2013/ 2014 ص75-76 .

7-بناءا على كل ما سبق بيانه ، يمكن لمديرية الأوقاف تكليف خبير عقاري لإجراء معاينة طبوغرافية للعقار مع تحديد المساحة و المعالم الأربعة.

8-ثم بعدها تسجل الشهادة الرسمية في السجل الخاص الموجود بمديرية الشؤون لدينية و الأوقاف للولاية طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم336/2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب

9-بعد الإجراءات المذكورة سلفا توضع نسخة بالمديرية بعد شهرها ، مرفقة بنسخة من كل الوثائق المطلوبة المذكورة أعلاه.

10-وتحال الشهادة الرسمية مرفقة بنسخة من التقرير و الوثائق إلى المحافظة العقارية مجانا، بعد لانتهاء من كل الإجراءات المذكورة ترسل نسخة من الشهادة الرسمية بعد شهرها ، إلى الإدارة المركزية مرفقة بكل الوثائق اللازمة لكل ما سبق ذكره. فالسجل الخاص يتطلب قانونا ا يؤشر عليه مدير الشؤون الدينية لإضفاء الصبغة القانونية عليه بعد ترقيم كل صفحة حتى يستطيع الوقوف على حقيقة الأملاك الوقفية بدقة و إحكام.

الفرع الثاني

الوثيقة الثانية المستحدثة لإثبات الملك الوقفي

تطبيقا لأحكام المادة 08 من المرسوم التنفيذي 336/2000[1]يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي. و بالرجوع لنص القانون المحدد لمحتوى السجل الخاص بالملك الوقفي لم نقف على تعريف للسجل الخاص و طبيعته و كيفية إمساكه و بحكم أن القانون لم يحدد طبيعة هذا السجل الخاص يتعين الرجوع إلى القواعد العامة و على ضوئها يمكن لنا أن نعرف السجل الخاص بأنه دفتر رسمي خاص بالملك الوقفي تمسكه الجهة المختصة رسميا المكلفة بإدارة الأملاك الوقفية لتدوين ما هو خاص من بيانات تتعلق بهوية الوقف و نوعه اهو عقار أم منقول

[1]المادة 8 من القانون رقم 10/91المؤرخ في 27 /1991/04 المتضمن قانون الاوقاف صدر المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 2000/10/26 المتضمن احداث وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك وشوط وكيفيات اصدارها .

و بتوضيح أعمق إن هذا النظام الغرض منه جمع المعلومات الخاصة بالأملاك الوقفية حتى يمكن إشهارها.

و هذا ما نصت عليه المادة 02 من القرار المذكور انه "يرقم السجل الخاص بالملك لوقفي المذكور في المادة الأولى ، و يؤشر عليه من السلطات العمومية المؤهلة قانونا و يمسك من قبل مدير الشؤون الدينية و الأوقاف المختص إقليميا".

فالسجل الخاص يتطلب قانونا يؤشر عليه مدير الشؤون الدينية لإضفاء الصبغة القانونية عليه بعد ترقيم كل صفحة حتى يستطيع الوقوف على حقيقة الأملاك الوقفية بدقة و إحكام.

المطلب الثاني

الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي

يثور التساؤل حول طبيعة هذه الشهادة والشخص المؤهل لإعدادها وكذا كيفيات إشهارها، وهو ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

طبيعة الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي

حدد المشرع شكل ومحتوى هذه الشهادة وفقا للقرار الوزاري المؤرخ في 2001/05/26 يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

وبعد استيفاء كافة الشروط التي سبق بيانها بخصوص وثيقة الإشهاد– المكتوب ، وتسجيل أربع وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وبعد– تسجيلها في السجل الخاص به، يقوم مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا.

بإعداد شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد، وذلك في ظرف خمسة عشر 15 يوما .وتخضع الشهادة الرسمية إلى إجراءات التسجيل والشهر العقاري وفقا) لإجراءات محددة قانونا1 وتطبيقا لذلك، فقد صدرت التعليمة الوزارية المشتركة بين وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

ووزارة المالية رقم 09 المؤرخة في– 2002/09/16 المتعلقة بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي[1].

اولا/الشخص المؤهل لإعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي

تجدر الملاحظة في أول الأمر، أن المادة 26 مكرر 11 من القانون 01–70 المؤرخ في2001/05/22 المعدل والمتمم للقانون 91–01 المؤرخ في1991/04/27 المتعلق بالأوقاف، نصت على " :للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 8 أعلاه"

وهكذا فإن مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية المعين لهذا المنصب عن طريق مرسوم، مؤهل لإعداد الوثائق المعينة بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي .
وبجعل مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية محررا للعقود فيما يخص الأملاك الوقفية، أخذا بعين الإعتبار مفهوم العقد الرسمي، كما هو معرف في المادة324 من القانون المدني مما يدل على أن القيمة القانونية للشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي هي من قيمة العقد الرسمي، فإن المادة 26 مكرر1 من قانون الأوقاف كرست في هذا الصدد نفس المبدأ المعمول به بالنسبة لمدير أملاك الدولة للولاية، الذي يلعب دور موثق الدولة في ما يخص الأملاك العقارية التابعة للدولة. [2]

وهو السبب الذي من أجله أقر أن تكون الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، المحدد شكلها ومضمونها بقرار وزاري، موقعة من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية.

[1] التعليمة الوزارية المشتركة رقم 09 المؤرخة في 16 سبتمبر 2002بإجراءات تدوين الشهادة الرسمية بالملك الوقفيت تهدف هذه التعليمة الوزارية المشتركة ،من جهة الى شرح الاسس القانونية التي يتم بمقتداها اعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ،ومن جهة اخري ،ونظرا لضرورة توحيد سبل العمل ،الى تحديد بعض الطرق التطبيقية الخاصة المتعلقة بتنفيذ اجراء الإشهار .

[2] طبقا للمادتين 113و114 من المرسوم رقم 76–63 الؤرخ في 25مارس1976 المعدل والمتمم المتعلق بالسجل العقاري.

الفرع الثاني

كيفيات الشهادة الرسمية

بموجب المرسوم التنفيذي 336/2000 سالف الذكر، عند تأسيسه للشهادة- الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، نص على ان إشهارها لدى المحافظة العقارية، تخضع لكيفية خاصة لكونها عقدا تصريحيا يخضع لكيفية خاصة متعلقا بحق عيني عقاري.

اذ بعد إعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي حسب النموذج المحدد بموجب- القرار الوزاري المؤرخ في 2001/05/26 سالف الذكر، فإنها تفرغ كلية على الاستمارة المحددة تنظيميا للإشهار العقاري، والتي ستودع بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا، بمبادرة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية قصد الإشهار، وهذا بعد استيفاء إجراءات التسجيل، يسلم المحافظ العقاري إلى مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية أو إلى العون الذي يعينه هذا الأخير النسخة المرفقة مع هذا الإيداع، بعد تحميلها صيغة تنفيذ الإشهار العقاري .1

يتم التأشير على السجل العقاري حسب التمييز الذي نص عليه المشرع في المادة 21 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في1976/03/25 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

اولا / إنشاء البطاقات العقارية والتأشير عليها:

إنّ البطاقة العقا رية أداة مستحدثة تهدف إلى تنظيم عملية الشهر للتوصل بسهولة إلى معرفة الحالة القانونية والمادية للعقار[1] وتكون في مجموعها ما يسمى "السجل العقاري"، كما نصت على ذلك المادة 12 من الأمر رقم 74 - 75 بقولها " **إنّ السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه، يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية"...**

[1]حمدي باشا عمر عقود التبرعات الهبة ،الوصية ،الوقف دار هومة للطبع والنشرالجزائر ص172

ويضمّ السجل نوعين من البطاقات العقارية، بطاقات عقارية مؤقتة ممسوكة في شكل فردي، وبطاقات عقارية عينية .وهي تختلف باختلاف مواقع العقا ا رت موضوع التصرف، فإمّ ا أن تكون العقا ا رت ممسوحة أو غير ممسوحة.

1-البطاقات العقارية الشخصية:

يكلف المحافظ العقاري بمسك مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة وشخصية في الأرا ضي الريفية غير الممسوحة، وفقا للترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق التي تمّ شهرها وطبقا لنموذج خاص يحدد بقرار من وزير المالية .حيث تنص المادة 27 من الأمر رقم ": 74 – 75 **إنّ العقود والقا را رت القضائية التي تكون م وضوع إشهار بالمحافظة العقارية، والتي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية في بلدية لم الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم"**[1]

تضيف المادة 114 من المرسوم 63 – 76 أنّ كلّ بطاقة تشمل على البيانات الكافية لتعيين أصحاب الحقوق والعقا رات محل التصرف، ويجب أن يبيّن فيها بالنسبة لكل عقار غير ممسوح، نوع العقار وموقعه ومحتواه.

يتمّ ترتيب البطاقات الخاصة بالأشخاص الطبيعية، حسب الترتيب الأبجدي لألقاب أصحاب الحقوق وتواريخ الشهر، وتر تّب بطاقات الأشخاص الاعتبارية ضمن مجموعة خاصة حسب الترتيب العددي لهذه البطاقات مما يؤدي إلى إنشاء الفهرس الأبجدي، علما أنّ هذا النظام موروث عن العهد الاستعماري. مما جعل المديرية العامة لأملاك الدولة تتدخل بموجب مذكرة مؤرخة في 05 ماي 2002 ، تحت رقم 2742[2] تدعو فيها إلى التدخل العاجل من أجل تجديد

[1] حسن عبد اللطيف حمدان احكام الشهر العقاري ،الدار الجامعية ، بيروت دون سنة طبع ص 187.

[2] المذكرة الصادرة في 2002 / 02 / 05 تحت رقم 2742 بعنوان " تجديد الفهارس الأبجدية"، مجموعة النصوص (التعليمات

والمذكرات الخاصة بأملاك الدولة و الحفظ العقاري لسنة 2002 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية) وازرة المالية

هذه الفهارس التي تعرف وضعية سيئة، ونقل محتواها إلى فهارس جديدة تمت طباعتها لهذا الغرض وفق خطوات تمّ تحديدها بموجب هذه المذكر.

هذه البطاقات الشخصية تحكمها في القانون الفرنسي المقابل المادة 4 من المرسوم رقم55 – 1355 المؤرخ في 1955 / 10 / 14 المتعلق بإصلاح بالشهر العقاري.

2 – البطاقات العقارية العينية

تشتمل البطاقات العينية على نوعين من البطاقات :بطاقات قطع الأراضي وبطاقات العقارات الحضرية وتمسك هذه البطاقات في أ راضي البلديات التي شملتها عملية المسح .هذا ما نصت عليه المادة 20 من المرسوم– 76 التي جاء فيها "**:إن بطاقات العقا ا رت تتضمن بالنسبة لكل بلدية تابعة لاختصاص المحافظة العقارية بطاقات قطع الأراضي، بطاقات العقا رات الحضرية**"

ا/بطاقات قطع الأراضي :

حسب ما جاء في مضمون المادة 23 من المرسوم رقم 76–63، فإنه يتمّ استحداث بطاقة قطع الأراضي لكل وحدة عقارية موجودة في مسح الأراضي العام الذي تمّ إعداده وتعرف الوحدة العقارية بأنها مجموع القطع المجاورة التي تشكل ملكية واحدة أو ملكية على الشيوع او لمثقلة بنفس الحقوق والأعباء .وهو ما تنص عليه أيضا المادة 9 من المرسوم المؤرخ في / 10 / 14 1955من القانون الفرنسي المقابل المتعلق بإصلاح الشهر العقاري: وتضيف المادة 26 من المرسوم 76–63 أنّ بطاقات قطع الأراضي ترتب ضمن مجموعة متميزة حسب كل بلدية وحسب الترتيب الأبجدي للأقسام، وترتيب كل قسم يتم حسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط مسح الأراضي.

ب/بطاقات العقارات الحضرية:

تعرف المادة 21 من المرسوم 76–63العقارات الحضرية أنها العقا رات المبنية أو غير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد سكانها عن 2000 نسمة "...وتتفق في هذا التعريف مع المادة 2 من المرسوم رقم 55–1350

المؤرخ في 1955/10/14 المتعلق بإصلاح الشهر العقاري الفرنسي غير أنها تختلف عنها في نسبة النسمة المقدرة ب 10.000 ساكن علما أنه تمّ تحديد هذا القدر في إحصائيات سنة 1954

غير أنه يتعين على المحافظ العقاري التمييز بين نوعين من هذه البطاقات أثناء عملية ترتيبها:

ج/بطاقات عقارية عامة :

وهي خاصة بالعقارات المبنية المخصصة للاستعمال الجماعي .تُدرج فيها كافة البيانات والإجراءات والتصرفات الواردة على مجموع أجزاء العقار.[1]

د/بطاقات عقارية خاصة بالملكية المشتركة :

وهي خاصة لكل عقار تمّ تقسيمه وتجزئته من العقار الك لّي أو الجماعي المملوك بهذه الصفة.

أمّا بخصوص التأشير على البطاقة العقارية، فتنص المادة 34 من المرسوم 76-63 على وجوب توافر البيانات التالية:

- تاريخ العقود والوثائق أو القرارات القضائية التي تمّ شهرها.
- تاريخ الاتفاقيات أو الشروط أو التسجيلات التي تمّ شهرها.
- إسم الموثق أو السلطة القضائية أو الإدارية الصادرة منها الوثيقة.
- الثمن الأساسي أو التقديري.
- مبلغ الدين ومجموع الملحقات المضمونة.
- تاريخ الشهر و مراجعه.

[1] – راموال خالد المحافظة العقارية كألية للحفظ العقاري، قصر الكتاب طبعة 2001 ص117.

على أنّ تتمّ عملية التأشير بطريقة واضحة ومقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحى مع ضرورة استعمال المختص ا رت الجارية، واستعمال الأختام والأرقام وتسطر الخطوط بالمسطرة مع تفادي التحشير والكشط لما لذلك من تأثير على المظهر الخارجي للبطاقة العقارية.

ثانيا/ تسليم الدفتر العقاري:

يعتبر الدفتر العقاري سندا قانونيا ذو حجية قوية في إثبات التصرفات الواردة على العقار، تقيد فيه جميع الحقوق العقارية وما يرد عليها من تصرفات بالنسبة للعقا ا رت الواقعة في المناطق الممسوحة، لذا يتعين على المحافظ العقاري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإيداع أن يبلغ الموقّع على التصديق برفض الإيداع في حالة عدم احترام شروطه واجراءاته أو قبول الإيداع وبالتالي إجراء الشهر العقاري على الوثيقة المودعة.[1]

يحتوي الدفتر العقاري على المعلومات الموجودة في البطاقات العقارية، فوجوده مجسد للحقوق العينية المسجلة على العقار المحدد ويظهر الأعباء التي تثقل العقار، فهو يمثل الوضعية القانونية للملكية العقارية، ويس لّم هذا الدفتر للمالك إلا في حالة الترقيم النهائي، فهو يعتبر سند الملكية

يكون الدفتر العقاري مطابقا للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية، وقد تجسد هذا بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 27 ماي 1976

وهو مؤشر عليه بكيفية واضحة ومقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحى ويمنع التحشير والكشط، أما الغلط أو السهو فيصحح عن طريق الإحالات.

كلّ تصرف عقاري جديد للمالك صاحب الدفتر العقاري، سواء كان هذا التصرف منشئا او معدلا أو ملغيا لحق الملكية، ينتج عنه ضبط جديد للدفتر العقاري، وفي حالة البيع فإنّ الدفتر

[1]–المادة 45 من المرسوم رقم 76 63 المؤرخ في 1976 / 03 / 25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

الذي كان بحوزة البائع يودع مع عقد البيع المحرر من قبل الموثق لدى المحافظة العقارية، فيقوم بشهر هذا العقد، ويؤشر على الدفتر العقاري بانتقال الملكية ويس لّم نفس الدفتر العقاري للمالك

ونظرا لأهمية البيانات التي يتضمنها الدفتر العقاري، أوجب المشرع الجزائري أن تكون الوثائق المودعة بالمحافظة العقارية قصد شهرها مصحوبة بالدفتر العقاري، تحت طائلة رفض الإجراء، غير أنه في بعض الحالات أجاز المشرع للمحافظ العقاري إجراء عملية الشهر دون أن يطلب الدفتر العقاري وهذه الحالات هي:

– تعلق الأمر بأحد العقود المشار إليها في المادة **13** من الأمر رقم 75–74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

– إذا تعلق الأمر بعقد محرر أو قرار قضائي صدر دون مساعدة المالك أو ضده– .

– اذا تعلق الأمر بتسجيل امتياز أو رهن قانوني أو قضائي.[1]

وفي هذه الحالات، على المحافظ العقاري أن يبلغ تنفيذ إجراء الشهر إلى حائز الدفتر العقاري بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يتضمن إنذار المعني بضرورة إيداعه للدفتر العقاري لدى المحافظة العقارية المختصة في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ إشعار استلام الرسالة الموصي عليها قصد ضبط الدفتر العقاري.

في حالة ما إذا بقي الإنذار دون نتيجة، وكان هناك تصرف ناقل للملكية، ولم يودع المالك المتصرف الدفتر العقاري لدى المحافظة العقارية قصد التأشير عليه، فإن المحافظ العقاري في هذه الحالة، له أن يسلّم للمالك الجديد دفترا عقاريا جديدا مؤشرا عليه بذلك التصرف الوارد على العقار في البطاقة العقارية.

[1] زهدور انجي هند ،حماية الصرفات القانونية واثباتها في ظل الشهر العقاري ،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ،علوم الحقوق ،كلية الحقوق والعلوم السياسة، محمد بن احمد ،جامعة وهران ،سنة 2015–2016.،ص122.

تختلف كيفيات تسليم الدفتر العقاري باختلاف عدد الأشخاص أصحاب الحقوق العينية حسب ما ورد في مضمون المادة 47 من المرسوم رقم 76 – 63 ، فإذا كان صاحب الحق العيني شخصا واحدا، فإن عملية التسليم تتمّ له شخصيا.

أمّا إذا كان هناك شخصان أو أكثر من أصحاب الحقوق على الشيوع، فإنه في هذه الحالة يتع يّن عليهم تعيين وكيل من بينهم بموجب وكالة قانونية لتسلم الدفتر العقاري، وعلى المحافظ في هذه الحالة التأشير على البطاقة العقارية التي تخصّ نفس العقار، الجهة التي آل إليها الدفتر العقاري واسم مستلمه تجنبا لضياعه

وفي حالة ضياع الدفتر العقاري أو تلفه، يجوز للمالك بموجب أحكام المادة 52 من المرسوم رقم76 –63 ، أن يحصل على دفتر عقاري جديد، وذلك بتقديم طلب مكتوب ومسبب لدى المحافظ العقاري، ويتعين على المحافظ العقاري في حالة إعداد دفتر عقاري جديد، أن يعمل على إتلاف الدفتر السابق مشيرا إلى هذا الإتلاف على البطاقة العقارية الخاصة بذات العقار.

بناء على ذلك، فإنّ المحافظ العقاري يلعب دورا أساسيا في تأسيس الدفتر العقاري لأنه يحقق من الناحية التقنية بالاستعانة مع إدارة المسح حول المخططات والوثائق المسحية للعقار وكذا من الناحية القانونية وهذا بالاطلاع على سندات الملكية وتمحيصها وعلى وثائق الحالة المدنية للأطراف، كما له سلطة رفض الإيداع أو الإشهار لسبب مخالفة العقد لقواعد النظام العام أو خرقا للقوانين والتنظيمات التي يكلف بتطبيقها في أرض الميدان.[1]

خلاصة لما تمّ تفصيله من إجراءات عملية لعملية الشهر العقاري، فإنّ الدفتر العقاري يعدّ الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية في المناطق والأراضي التي شملتها عملية المسح الشامل، هذا ما

[1] أمين بركات سعود، التشريعات العقارية العربية دراسة مقارنة القانون العربي الموحد للتسجيل العقاري، طبعة 1994 ، ص 94.

تؤكده المواد 19 من الأمر رقم 74 – 75 والمادتان 32 و 33[1] من المرسوم 73–32 المؤرخ في 05 جانفي 1973المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة.

وبذلك فإنّ عملية شهر المحررات المتضمنة تصرفات عقارية، لا تتحقق ولا تكتمل إلا إذا تمّ تمت عملية الإيداع القانوني مستوفية لكافة الشروط التي أوجب المشرع توافرها، واذا تخلف شرط من هذه الشروط أصبح الإيداع غير قانوني، وقامت مسؤولية المحافظ في رفض هذا.

الفرع الثالث

خصائص إثبات عقد الوقف وأوجه تأثره بالإثبات المدني والتجاري

من خلال هذا الفرع نتطرّق إلى جانبٍ هامٍ من الخصائص التي يختص بها عقد الوقف دون غيره، تحديدا في مجال الإثبات الذي يتفرّد فيه عقد الوقف وما يتصل به من التزامات وحقوقه، ثم نتطرّق إلى طرفٍ من الأوجه التي توضح تأثر الإثبات في عقد الوقف بكل من الإثبات في القانون المدني والإثبات في القانون التجاري.

أولا– خصائص إثبات عقد الوقف

جاء في المادة 35 من قانون الأوقاف رقم 91 – 10 المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 02 – 10 ما نصه: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون". في ذيل هذا النص القانوني يتضح ما يلي:

1– إن نص المادة 35 أعلاه يَبِينُ عن خصوصية إثبات العقود الوقفية؛ فمن الواضح أن وسائل الإثبات في الأملاك الوقفية متنوعة ومتعدّدة، وهي على تنوّعها وتعدّدها غير محصورة في

[1] المادة 32 من المرسوم 73-32 المؤرخ في 1973 / 01 / 05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، الجريدة الرسمية عدد 15 ، المؤرخة في 1973/02/20.

وسائل بعينها أو مقصورة على وسائل دون أخرى، وهذا واضح من عبارة: "...بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية...".

2- في سياق متصل، إن المشرع القانوني الجزائري في قانون الوقف قد جعل من هامش إثبات عقود الأملاك الوقفية هامشا واسعا مقارنة بالإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ بحيث يستوعب جميع وسائل الإثبات المتاحة شرعا وقانونا دون استثناء، فيمكن الإثبات بما اتفق من الوسائل.

3- أيضا في ذات السياق، بما أن عبارة: "...بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية..."؛ فيها تأكيد على أن إثبات عقد الوقف مُتاح بأية وسيلة من وسائل الإثبات المقرّرة في الشريعة الإسلامية وفي التشريع الوضعي الجزائري، نجد فيها تأكيدا آخر على أن أحكام ونصوص الشريعة الإسلامية مصدر أصيل لأحكام الوقف في التشريع القانوني الجزائري؛ ومئنّة ذلك تقديم الإثبات بالطرق الشرعية على الإثبات بالطرق القانونية.

4- أخيرا عند مراجعة النصوص التنظيمية لطرق إثبات الأملاك الوقفية، نجد أن المشرع القانوني الجزائري لم يذكر لها نماذج كثيرة، ومن وجهة نظري تبقى وثيقة الإشهاد المكتوب[1] أحد أهم هذه الطرق؛ وتبدو أهميتها من الخصوصية التي تتمتع بها؛ كونها جمعت بين الشهادة والكتابة كما سنشير قريبا.

ثانيا- أوجه تأثر إثبات عقد الوقف بالإثبات المدني والتجاري

بما أن القانون المدني هو أهم وأقدم فروع القانون الخاص على الإطلاق، وأكثرها تنظيما زتفصيلا واستيعابا للقواعد القانونية، وهو الشريعة العامة والقانون المشترك (Droit commun)،

[1]- عن وثيقة الإشهاد المكتوب، ينظر: عبد المنعم نعيمي: قراءة تحليلية وتقييمية في وسائل إثبات الملك الوقفي، وثيقة الإشهاد المكتوب أنموذجا، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول: استغلال الأملاك الوقفية في الجزائر واستثمارها: المشكلات، الآليات والحلول، يومي 06 و 07 أفريل 2015، قسم الشريعة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة الحاج لخضر، باتنة. (غير منشورة).

والقانون الأم لمجموع فروع القانون الخاص 1 التي انبثقت عنه على غرار قانون الأحوال الشخصية الناظم للشؤون الأسرية، والقانون التجاري الناظم للشؤون التجارية؛ فإن القانون الناظم للأملاك الوقفية يعتبر أيضا أحد فروع القانون الخاص المستقلة عن القانون المدني، بل إلى وقت قريب كانت – ولا زالت – بعض قواعده جزء لا يتجزّأ من قانون الأسرة الجزائري 2 الصادر في نسخته الأولى في يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر 05 – 02، ولم يستقلّ مجال الوقف بقانون خاص إلا مع صدور أول قانون ناظم للأوقاف في 27 أفريل 1991 تحت رقم 91 – 10.

وعلى ضوء طرق الإثبات المدني والتجاري المشار إليها سابقا؛ يمكننا تسجيلُ بعض الأوجه القانونية التي تكشف عن تأثر إثبات عقد الوقف بما يُقابله من الإثبات في المواد المدنية والتجارية.

---

[1]– ينظر: عمار بوضياف: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، دار ريحانة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 75، وأيضا محمد الصغير بعلي: المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون ونظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص 28 – 29، وحبيب إبراهيم الخليلي: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 2، 1990، ص 65، وكذلك محمد سعيد جعفور: مدخل إلى العلوم القانونية (الوجيز في نظرية القانون)، دارهومة للطباعة والننشر والتوزيع، ط 3، ص 89 – 90.

[2]– ينظر المواد 213 – 220 من قانون الأسرة الجزائري.

1- تأثر إثبات عقد الوقف بالإثبات المدني

حيث ذكرنا أن ما يُميّز الإثبات في القانون المدني الجزائري أنه مُقيّد وطرقه محصورة في خمسة طرق ومقصورة عليها دون غيرها؛ وهي تحديدا: الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار واليمين المنصوص عليها تباعا في المواد: 323 – 350.

ووجه التأثر في إثبات عقد الوقف ليس في حصره في طرق معينة وقصرها عليها دون غيرها، على غرار ما هو مُقرّر في إثبات العقود المدنية في القانون المدني، وإنما في أهم طريقة من طرق الإثبات التي نص عليها قانون الأوقاف وهي وثيقة الإشهاد المكتوب التي اكتسبت خصوصية الجمع بين الشهادة والكتابة وهما إحدى وسائل الإثبات المدني.

إن وثيقة الإشهاد المكتوب تتضمن إقرارا (إشهادا) من شخصٍ عدلٍ جامعٍ لأوصاف الشهادة وشرائطها، تُحرّر شهادته في وثيقة مكتوبة وفق وضعيات ومقتضيات وشروط شكلية حدّدها النموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336، المؤرخ في 26 أكتوبر 2000، يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها 1.

بلا شك أن توثيق الشهادة بالكتابة أدعى في إثبات الملك الوقفي من كتابته فقط أو شهادته فقط، مع الإقرار بالقيمة الشرعية والقانونية لكل من الكتابة والشهادة كوسيلة للإثبات، على الرغم من أن الكتابة قد يلحقها التبديل أو يعتريها التزوير، وكذلك الشاهد قد تكون فيه مطاعن ومثالب ربما لا يُنتبه إليها أو عارض من عوارض الأهلية أو عيب من عيوب الرضا (الإرادة) التي يُغفل عنها.

[1]- أنظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 37، العدد 64، الصادر في 31 أكتوبر 2000 ، ص 26.

أيضا تظهر القيمة الإثباتية لوثيقة الإشهاد المكتوب إذا تعلق الأمر مثلا بالحقوق الفكرية والمعنوية (براءات الإختراع) الموجهة للنفع العام عن طريق حبس عينها عن التملك وجريان ونفعها وريعها، فهذه الحقوق مما يُثار الإشكال بشأنها بخصوص الوسائل المتاحة قانونا وشرعا لإثبات ملكيتها لأصحابها.

2- تأثر إثبات عقد الوقف بالإثبات التجاري

فضلا عن تأثر الإثبات في مجال عقود الوقف بطرق الإثبات المقرّرة في في القانون المدني، أيضا نجده قد تأثر بطرق الإثبات المتاحة في القانون التجاري؛ فقد مرّ معنا نص المادة 30 من القانون التجاري التي نصت على الطرق التي يثبت بها العقد التجاري على سبيل المثال لا الحصر، فلم تحصرها في طرق مُحدّدة بدليل ماجاء في فقرتها الأخيرة: "...أو بأيّة وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

وقد رأينا أن عدم تقييد الإثبات في المواد التجارية متاحٌ قانونا بطرق الإثبات المنصوص عليها في المادة 30 وهي: السندات الرسمية، السندات العرفية، الفاتورة المقبولة، الرسائل، دفاتر الطرفين، البينة، مع إمكانية الإثبات بأية وسيلة أخرى متاحة قانونا في التشريع الجزائري، لكن شريطة قبولها قبولا وجوبيا من المحكمة المختصة طبقا للمادة 30/ فقرة 6 المذكورة.

أما عن الأوجه التي تكشف عن تأثر إثبات عقد الوقف بطرق الإثبات في القانون التجاري؛ فنجد أن إثبات عقد الوقف غير مُقيد إذ يثبت بجميع الطرق المتاحة في التشريع الجزائري بما فيها طرق الإثبات المدني والإثبات التجاري، فخاصية عدم تقييد الإثبات وحصره التي يختص بها الإثبات في المواد التجارية تتحق أيضا في إثبات العقد الوقفي.

لكن من الضروري مراعاة الفارق بين طرق الإثبات في العقد التجاري والإثبات في عقد الوقف؛ فهذا الأخير متاح قانونا بجميع طرق الإثبات المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي الجزائري طبقا لنص المادة 35 من قانون الوقف رقم 91 – 10 التي تقول:

"يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون".

وهكذا، فليس للقاضي سلطة تقديرية وجوبية أو جوازية في قبول أو ردّ هذه الطرق إلا في إطار نظره في تقدير صحتها، عدم تطابقها مع حقيقة الشيء محلّ الإثبات أو المستهدف بالإثبات؛ أي أنها لا تُؤدي حقيقةَ وظيفتها الإثباتية على الوجه المأمول والصورة المطلوبة.

أيضا إذا كانت المادة 35 من قانون الوقف قد صرّحت بإمكانية إثبات عقد الوقف بما اتفق من طرق الإثبات الشرعية والقانوني؛ فإن المادة 30 من القانون التجاري قد أتاحت لمن له مصلحة في إثبات العقد التجاري بأيّة وسيلة شريطة أن ترى المحكمة المختصة وجوب قبولها؛ فصحة الإثبات هنا مشروطة بهذا الشرط بحيث يفقد الإثبات صحته إذا لم تر المحكمة وجوب قبوله، فضلا على أن المادة 30 لم تنصّ صراحة على إمكانية الإثبات بالطرق الشرعية كما في عقد الوقف، وعلى فرض جواز ذلك – وهو ما نراه – فإن صحة الإثبات بهذه الطرق مُعلّق بقبول المحكمة له وجوبيا.

خلاصة الفصل الثاني

من خلال ما تطرقنا اليه في الفصل الثاني تناولناه في الطرق التقليدية لإثبات الوقف والمتمثل في اثبات التصرف القانوني بالكتابة والتي كانت ولا زالت اكثر الوسائل ظمانا للإثبات اي تصرف قانوني ثم انواع العقود التي يثبت بها الوقف والتي مر بها التشريع الجزائري منذ عصور مضت كما تطرقنا للاثبات الواقعة المادية المتمثلة في الاقرار والشهادة وهي من وسائل الاثبات التي يثبت بها الواقعة المادية ثم الطرق المستحدثة في اثبات الوقف والمتمثلة في وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي واجراءاتها حيث ان اجراءات اثبات الملك

الوقفي من خلال الشهادة الرسمية والاشهاد المكتوب كان نوع من الحماية القانونية للملك الوقفي.

خاتمة

خاتمة

وفي ختام هذه الدراسة نخلص إلى أن لوقف نظام خارج إطار الملكية وفقا لما هو معروف في القواعد العامة، وهو سبب من أسباب كسب الملكية الناقصة، فله تأثير مباشر على حق الملكية الذي يبرز عند إنشاء الوقف لأن من شروطه ملكية الواقف للعين المراد وقفها، وبمجرد انعقاد التصرف الوقفي، تخرج هاته الملكية من ذمة وملك مالكها إلى نظام آخر لا أحد يملكها فتتمتع بالشخصية المعنوية، وهذا ما يبرز تلك الخصوصية التي ينفرد بها التصرف الوقفي في مجال لإثباته ليتمتع بحماية قانونية خاصة، فالمتصرف في المال الوقفي على الرغم من ملكيته للمال المتصرف فيه أي الموقوف، وخروج هذا الملك من ذمته ، إلا أنه لا يستقر حق ملكية خالص للمتصرف إليه، يخوله سلطات المالك ملكا تاما، فالتصرف الوقفي لا يجعل للمتصرف له والمستفيد من الوقف وهو الموقوف عليه حق رقبة الملك الوقفي ، لأن هذا التصرف نظام يرفع المُلك عن المال الموقوف ويضع يد الحيازة عليه، فهو في المقابل ينشأ حق ملكية انتفاع للموقوف عليه يتمتع به استعمالا واستغلالا وتصرفا وفقا لما اشترطه الواقف تحقيقا لإرادة وجب احترامها بنص الشرع والقانون لأن شرط الواقف كنص الشارع كما هو معروف في القاعدة الفقهية.

ورأينا كيف أن المشرع الجزائري من خلال المنظومة القانونية التي وضعها كان يهدف الى اشتراط الرسمية في الوقف، نية في تكريس حماية فعالة للأملاك الوقفية من الضياع، مقارنة مع الثروة الهائلة من هذه الاملاك الضائعة على مدى عقود من الزمن في ظل غياب عقود رسمية لإثباتها والتمكين استرجاعها وحصرها.

وعليه من خلال دراستنا لمختلف القوانين المتعلقة بإثبات وحماية الأملاك الوقفية، لدراسة توصلنا إلى النتائج التالية :

1- أنه إذا كان يفهم اشتراط المشرع الجزائري للرسمية والشهر في الوقف خاصة اذا كان محله عقارا ، وذلك تماشيا مع السياسة التشريعية للملكية العقارية، فان هذا الاشتراط يفهم من جهة اخرى على انه تأكيد لقناعة المشرع بان افضل وسيلة لحماية الاملاك الوقفية من الضياع

وتحقيق مقاصد الوقف وتتجسد في اشتراط الشكلية في الوقف حيث تكون هذه الشكلية مطلوبة للانعقاد وليس فقط للإثبات ، ويتأكد ذلك بإضفاء المشرع الجزائري الطابع الرسمي علي شهادة الشهود وتحويلها الى شهادة رسمية تخضع وجوبا لإجراءات التسجيل والاشهار.

2- ومن جهة اخرى لا يمكن باي حال من الاحوال تجاهل حقيقة ان الكثير من الاوقاف –غير معروفة –تعود الى مئات السنين الشيء الذي يصعب معه العثور على وثائق الوقف المتعلقة بها مما يعني ان التشدد في مسالة اثبات الوقف لا يصب في حماية الاوقاف.

3ـ يختلف الإثبات في القانون المدني عن إثبات العقود الوقفية، فيجوز إثبات الوقف بجميع الطرق الشرعية والقانونية طبقا للمادة 35 من قانون الوقف، في حين لا يصح الإثبات في القانون المدني إلا من خلال الطرق المنصوص عليها حصرا في نصوص المواد 323 – 350 وهي الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار واليمين.

4ـ أهم جانب يُوضح تأثر الإثبات في عقد الوقف بالإثبات في القانون المدني هي وثيقة الإشهاد المكتوب التي تعتبر أحد أهم طرق الإثبات التطبيقية والعملية التي يُستند إليها في إثبات الأملاك الوقفية، حيث جمعت بين الكتابة والشهادة اللتان تعتبران أحد طرق الإثبات في المواد المدنية.

5ـ مع أن القانون التجاري وهو من فروع القانون الخاص لم يتطرّق إلى الوقف بخلاف القانون المدني، غير أنه بالاستناد إلى أحكام القانون التجاري إذا تعلّق الأمر مثلا بتأجير الأوقاف وما قد يُبرّره من مسائل إجرائية تتطلب الرجوع إلى أحكام عقد الإيجار التجاري، فضلا على أن إثبات عقد الوقف والعقد التجاري غير مقيد كما تشير إليه النتيجة الموالية.

6ـ إن إثبات عقد الوقف وما يتصل به من حقوق وملكية بصفة مُطلقة وغير مقيدة، وهو على إطلاقه يُتيح إثبات عقد الوقف بسائر الطرق المتاحة شرعا وذلك في الشريعة الإسلامية وقانونا في القانون الجزائري، وهذه الخاصية تكشف عن تأثر الإثبات في عقد الوقف بخاصية الإطلاق وعدم التقييد التي يختص بها الإثبات في العقود التجارية.

7ـ يستوعب الإثبات في عقد الوقف جميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية، بصريح نص المادة 35 من قانون الوقف، بخلاف الإثبات في القانون التجاري الذي وإن أطلق طرق الإثبات في

نص المادة 30/ فقرة 6، غير أنه اشترط صحة ذلك بالقبول الوجوبي لها من طرف القاضي المختص، فضلا على أنه لم يُصرح بجواز الإستناد إلى طرق الإثبات الشرعية، وإنْ كنا نرى إمكانية ذلك لدخول الشريعة الإسلامية ضمن مصادر قواعد القانون الوضعي الجزائري.

وفي الأخير وحتى يحقق الوقف الأهداف السامية التي شرع من أجلها، فإنه إنطلاقا من النتائج التي توصلنا إليها، حاولنا اقتراح بعض التوصيات التي نرى بأنها قد تساهم في اثبات بالوقف وحمايته نقترح ما يلي:

1-ضرورة تفعيل عملية حصر الاوقاف من طرف السلطة المكلفة بتكثيف الجهود مع الجهات المختصة في هذا المجال.

2-الرجوع الى ارشيف الموثقين ووزارة العدل والمحافظات العقارية و الارشيف الوطني وكل الهيئات المختصة التي لها علاقة بمجال الاوقاف .

3-تفعيل دور الاعلام بمختلف وسائله لإحياء سنة الوقف في نفوس المواطنين من جهة ، وثانيا لحثهم على تفعيل الشهادة الرسمية بكل عقار يمكن ان تكون طبيعته وقفا وهذا ما يساعد السلطة المختصة في عملية حصر الاوقاف .

4-حسم المشرع لتضارب الاجتهادات القضائية بشأن إثبات الوقف من خلال الضبط الدقيق للنصوص القانونية ومنها تلك المتعلقة بطرق اثبات الوقف.

5-عقد ندوات علمية لذوي الاختصاص في مجال الاوقاف وتفعيل البحث العلمي والدراسات المتخصصة في هذا المجال.

6- السعي لإنشاء الديوان الوطني للوقف والذي من المفروض انشاءه في إطار المخطط الخماسي 2010-2014 لتكفل نهائيا بملف الاوقاف.

يستوعب الإثبات في عقد الوقف جميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية، بصريح نص المادة 35 من قانون الوقف، بخلاف الإثبات في القانون التجاري الذي وإن أطلق طرق الإثبات في نص المادة 30/ فقرة 6؛ غير أنه اشترط صحة ذلك بالقبول الوجوبي لها من طرف القاضي

المختص، فضلا على أنه لم يُصرح بجواز الإستناد إلى طرق الإثبات الشرعية، وإنْ كنا نرى إمكانية ذلك لدخول الشريعة الإسلامية ضمن مصادر قواعد القانون الوضعي الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

قـائمـة المصـادر والمـــــراجـــع

اولا–المصادر

1. القرآن الكريم

ثانيا– كتب الفقه

1– الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته الجزء 10، ط 8، دار الفكر، دمشق، سوريا،2005.

2– القليبوي شيهاب الدين أحمد سلامة، والبرصلي عميرة شهاب الدين احمد حاشية القليوبي، الجزء3، دار الفكر بيروت لبنان، 1995.

ثالثا–كتب اللغة

1– الفيروزابادي محمد مجد الدين، القاموس المحيط،ط8، مطبعة الرسالة، مصر،2005.

2ـ النصوص الرسمية

أـ القـوانيــن :

01 ـ القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 21 ، الصادرة بتاريخ 1991/05/08.

02– القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد 49 ، الصادرة بتاريخ 1990/11/18

03-القانون 06-23 المؤرخ في 2006/12/20 يدل ويتمم الامر 68-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات الجريدة الرسمية

4 -القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ، الجريدة الرسمية ،عدد21 لسنة2008

ب - الأوامـــر

01-الأمر رقم(58/75)، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم المنشـــور في الجريدة الرسمية ،العدد78 ، الصادرة بتاريخ1975/09/30.

02 -الامر05-02 المؤرخ في 2005/02/27 المعدل والمتمم للقانون رقم84-11 المؤرخ في1984/08/09المتضمن قانون الاسرة الجريدة الرسمية العدد 15 سنة 2005 .

ج - المراسيـم

01-المرسوم التنفيدي 2000-336 المؤرخ في 28 رجب 1421 الموافق ل26 سنة 2000 تتضمن احداث وثيقة الاشهاد المكتوب لاثبات الملك الوقفي الجريدة الرسمية

02-المرسوم التنفيذي 76-63 المؤرخ في 1976/05/25 المعدل والمتمم المتعلق بالسجل العقاري عدد 76 لسنة 1976

03- المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 90 ، الصادرة بتاريخ 1998/12/02.

د. التعليمات والمذكرات

1-المذكرة الصادرة في 2002 / 02 / 05 تحت رقم 2742 بعنوان " تجديد الفهارس الأبجدية" ،مجموعة النصوص والتعليمات.

2-والمذكراتالخاصةبأملاكالدولةوالحفظالعقاريلسنة 2002الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية)وازرة المالية.

ثانيا: المراجع والمؤلفات

أ. الكتب

01-الزحيلي وهبة ،الوصايا والاوقاف في الفقه الاسلامي دمشق سوريا
02-القضاة منذر عبد الكريم ،احكام الوقف ،دراسة قانونية بين الشريعة والقانون ، دار الثقافة عمان الاردن
03-فراج احمد حسن ،احكام الوصايا والاوقافي الشريعة الاسلامية طبعة 1 منشورات الحلبي دار الجامعة الجديدلنشر ،مصر
04-شيخ نسيمة احكام الرجوع في التصرفات التبرعيةفي التشريع الجزائري ، دار هومة، الجزائر ،2012.
05-رمول خالد ،الاطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر ، دار هومة الجزائر.
6-رمولخالد،المحافظة العقارية كألية للحفظ العقاري،قصر الكتاب ،طبعة 2001 .
07-عبد الحميد بن عبيد ،اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية، في التشريع الجزائري، دار هومة طبعة 7.

08-يوسف دلاندة الوجيز في شهادة الشهود وقف احكام الشريعة الاسلامية وما استقر قضاة المحكمة العليا الجزائر 2005
09- امين بركات سعود، التشريعات العربية دراسة مقارنة القانون العربي الموحد للسجل العقاري طبعة 94
10-عبد اللطيف بن حمدان ،احكام الشهد العقاري الدار الجامعية،بيروت بدون سنة طبع .
11-كنازة محمد ،الوقف العام في التشريع الجزائر، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر 2006
12-حمدي باشا عمر ،عقد التبرعات الهبة الوصية الوقف ، دار هومة 2004 للطباعة والنشر والتوزيع سنة 2004
13-حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة دار هومة الجزائر 2013.
14-عابدين مصطفى، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الاسلامية واجتهاد المحكمة العليا نشرة القضاة العدد 59
15-عبد الرزاق بو ضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الاسلامي و التشريع، عين مليلة ،الجزائر 2010 ص.
16-مصطفى شلبي ، احكام الوصايا و الاوقاف ،دار التأليف ،مصر 1962 ،.
17-احمد الخطيب ،الوقف والوصايا،ط2،مكتبة بغدادالجامعية،1978.
18- مصطفى احمد الزرقاء احكام الاوقاف، الطبعة الثانية، دار عمار، عمان،الاردن،1998.
19 – يحي بكوش، ادلة الاثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، 1983.

ب - الرسائل والمذكرات الجامعية

1- زهدود انجي هند،حماية التصرفات القانونية واثباتها في ظل نظام الشهر العقاري،اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في علوم الحقوق ،كليةالحقوق والعلوم السياسية ،جامعة ،محمد بن احمد ،وهران سنة2015-2016.

2- صورية زر دوم بن عمار، النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل الماجيستير في القانون العقاري ، جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم القانونية ،باتنة، سنة 2010/2009.

3- بن مشرنن خير الدين، ادارة الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستير في الادارة المحلية، جامعة ابي بكر بالقايد ،كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان ، سنة 2012/2011.

4- خير الدين فنطازي، نظام الوقف في تشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري ، قسنطينة، سنة2006/2005 .

5- محمد الصالح كافي ، حماية الاملاك الوقفية والتصرفات الواردة عليها في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون اسرة ،جامعة حمة لخضر كلية الحقوق والعلوم السياسية ،الوادي ،سنة 2017/2016.

جـ ـ المقالات

1-عابدين مصطفى ، وقف العقار في القانون الجزائري على ضوء الشريعة الاسلامية واجتهاد المحكمة العليا، نشرة القضاة العدد.

2-عبد القادر بن عزوز، المسؤولة المدنية للنظارة على المرفق الوقفي في الفقه الاسلامي ، مجلة الأوقاف ،عدد 98، السنة 1971.

دـ المجلات القضائية

1. مجلة المحكمة العليا المجلة القضائية ، العدد الثاني ، لسنة1994.

2. مجلة المحكمة العليا المجلة القضائية، العدد الاول، لسنة2006.

الفهرس

الـفـهـــــــــرس

العنـــــــــــــــــوان	الصفحة
إهـــــــداء	
شكــر وعرفـــان	
مــقدمـــــــــة	
الفصل الأول : ماهية الوقف	05
المبحث الأول : مضمون الوقف	06
المطلب الأول : تعريف الوقف وخصائصه	07
الفرع الأول : تعريف الوقف	07
الفرع الثاني : خصائص الوقف	10
المطلب الثاني : اركان الوقف وشروط نفاده	14
الفرع الأول : اركان الوقف	15
الفرع الثاني : شروط نفاد الوقف	23
المبحث الثاني : اقسام المال الوقفي وخصوصية حمايته	25
المطلب الأول : اقسام المال الوقفي	25
الفرع الأول : اقسام المال الوقفي وفقا لطبيعة الواقف ومحل الموقوف عليه	25
الفرع الثاني : اقسام المال الوقفي وفقا لطبيعة الواقف ومحل الموقوف عليهم والصيغة	26
المطلب الثاني : خصوصية الحماية القانونية للوقف	30
الفرع الأول : الحماية المدنية بموجب القواعد المدنية	31
الفرع الثاني : الحماية الجزائية بموجب القواعد الجزائية	33
الفصل الثاني : خصوصية اثبات عقد الوقف	37
المبحث الأول : الطرق التقليدية لاثبات الوقف	38
المطلب الأول : اثبات التصرف القانوني	39

الفرع الأول : اثبات التصرف القانوني بالكتابة	39
الفرع الثاني : انواع العقود التي يثبت بها الوقف	42
المطلب الثاني : اثبات الواقعة المادية	50
الفرع الأول : الاقرار	51
الفرع الثاني : الشهادة	52
المبحث الثاني : الطرق المستحدثة في اثبات الوقف	54
المطلب الأول:وثيقة الاشهاد المكتوب لاثبات الملك الوقفي	55
الفرع الأول : تحديد شكل وثيقة الاشهاد المكتوب لاثبات الملك الوقفي واجراءاتها	55
الفرع الثاني : الوثيقة الثانية لاثبات الملك الوقفي	57
المطلب الثاني: الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي	58
الفرع الأول : طبيعة الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي	58
الفرع الثاني : كيفيات اشهار الشهادة الرسمية	60
الفرع الثالث :خصائص اثبات عقد الوقف واوجه تاثره بالاثبات المدني والتجاري	67
الخاتمة	75
قائمة المصادر والمراجع	80
الفهـــــــــرس	