الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كـلية الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر

تخصص قـــانون عقـــــــاري

بعنوان:

إثبات الملكية الوقفية في التشريع الجزائري

من اعداد الطالبة:

دريـــــش هـــاجر

تحت اشراف الاستاذ:

د.عيـــاشي جـــمـــــال

السنة الدراسية: 2015/2014

مــقدمــة

اعطى المشرع الجزائري أهمية بالغة للأملاك الوقفية و ذلك نظرا لطبيعته الدينية و التعبدية والذي يحتل مكانة مهمة في مجتمعنا الإسلامي تكاد تعلو فيها عن الاملاك العامة وهو ما جعل المشرع الجزائري يوليه اهمية خاصة من خلال حمايته بنصوص قانونية الكفيلة بإضفاء الحماية القانونية اللازمة لهذا النوع من الاملاك، فالواقف ينتقص من ماله طالبا العوض الأخروي ذلك أن الوقف صدقة جارية لا ينقطع الأجر فيها، أما الموقوف عليهم فقد تضيع حقوقهم في المال الموقوف إذا لم يوجد دليل يثبت أحقيتهم له في مواجهة الورثة أو الغير الذي قد يستولي على المال الموقوف باعتباره مالا خرج من مالك إلى غير مالك، مما يتطلب توافر شكلية معينة في إنشاء الوقف تضمن للواقف تحقق إرادته وللموقوف عليهم حقهم في المال الموقوف، دون أن يكون الوقف منفذا لمخالفة قواعد الميراث وحرمان الغير من حقه في الميراث، و لتجسيد الإرادة المنفردة للواقف، يتطلب تحديد مجال الحبس وهذا بجميع الطرق الدالة على ذلك، والمتعارف عليها في المجتمع، وتكون الصيغة واضحة حيث تُذكر جميع التفاصيل، و تنص المادة 12 من قانون الأوقاف 91/ 10على أن صيغة الوقف تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة وحسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 التي تنص على أنه: " على غرار كل المواد في هذا القانون، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

أضاف المشرع الجزائري شرطا آخر لصيغة الوقف أملته المصلحة فوق ما قرره جمهور الفقهاء ويتعلق الأمر برسمية الصيغة فقد جعلت المادة 41 من قانون الأوقاف10/91 شروطا لصحة إنشاء الوقف أو التغيير فيه حيث نصت على أنه:" يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ويسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك، وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، وهذا حتى يكون الوقف متناسقا مع التصرفات العقارية لما للعقارات طبيعة قانونية خاصة حيث يجب شهر جميع التصرفات الواردة على العقار هذا من جهة، وحتى يتفادى بعض الدعاوى القضائية المبنية على الزور من جهة أخرى ، كما أن المشرع الجزائري وضع حالتين يثبت فيهما الوقف ويرتب آثاره القانونية -مثله مثل الوصية -واعتبر أنه لا وجود للصيغة دونهما، وهذا ما ذهبت إليه المادة 217 من قانون الأسرة 11/84المعدل و المتمم :"يثبت الوقف بما تثبت به الوصية، طبقا للمادة 191 من هذا القانون" وبذلك يثبت الوقف ب:

1-تصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك.

2-وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

فتوفير وسائل إثبات الاملاك الوقفية هو صورة حماية أساسية لضمان تحقق مقاصد الوقف، وباستقراء قانون الأوقاف 10/91 وخاصة المادة 35 منه فان الوقف يثبت بجميع الطرق القانونية، كما أن المشرع نص على العقد والشهادة الرسمية بشكل صريح كوسائل لإثبات الاملاك الوقفية، غير أنه لم يكن صريحا وواضحا بشأن قيمتهما وقوتهما في الإثبات، و هو من بين اهم المشاكل التي تواجهها الأملاك مما جعلها محلاّ للنهب والإهمال والضياع، إضافة الى رغبة تحقيق حاجات الموقوف عليهم وإرادة الواقفين، وكشف الفراغات التشريعية التي قد تكون هي السبب غير المباشر في ضياع كثير من الأوقاف، كما ان الوضعية المزرية لحالة الأملاك الوقفية، التي اندثر الكثير منه، وانحصر دوره، وغابت ثقافته، لجهل القائمين عليه بأحكامه، وسيادة مفاهيم خاطئة حوله، و كذا غياب ثقافة توثيق الأملاك الوقفية لدى الهيئات التي تنشط في المجال العلمي والثقافي، والدعوى لأجل تثبيت وثائق وسندات الأوقاف بما يضمن لها استمرار نشاطها، وإبرام عقود استثمارية لأجل تعميم خيرها، كان ت الدافع لاختيارا هذا الموضوع .

الهدف الأساسي لهذا البحث هو :دراسة طرق اثبات الاملاك الوقفية، خاصة أنّ العديد من الإشكالات الفقهية فصل فيها التشريع وقنّنها قانون الأوقاف الجزائري، كاحترام شروط الواقف، وطرق استرجاع الأوقاف المؤممة، وجعل الأملاك الوقفية صنفا قائما بذاته، ومحميا دستوريا.

لذلك نبحث في هذه الدراسة عن اهم وسائل اثبات الملك الوقفي ونصوغ الإشكالية كما يلي:

ماهي وسائل اثبات الملك الوقفي في التشريع الجزائري؟

اتبعنا في دراستنا منهجا وصفيا تحليليا، لكل الوسائل التي يمكن أن تفرضها الضرورة لأجل الحفاظ واثبات الاملاك الوقفية.

لذا سيتم التطرق لحل هذه الاشكاليات وفق الفصلين، الفصل الاول يتعلق إثبات الملك الوقفي عن طريق الكتابة، اما الفصل الثاني فيتعلق بإثبات الملك الوقفي عن طريق حكم قضائي.

الفصـــــل الاول

إثبات الملك الوقفي عن طريق الكتابة

يقوم الأفراد بالتعبير عن الإرادة إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة عند العجز عن النطق، و حسب نص المادة 12 من القانون 10/91 المؤرخ في 27 ابريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم فان صيغة الوقف تكون بإحدى الوسائل الثلاث السابقة الذكر، ورغم أن اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة إلا أن الكتابة صارت هي الأهم في إثبات إرادات الأفراد وإثبات وتوثيق الحقوق، ذلك أن اللفظ يحتاج إلى إثباته بالكتابة نظراً لما قد يمكن ان يحصل للإنسان ، فقد يموت أو يغيب، أو يفقد القدرة على النطق، أو ينسى كثيراً من الأقوال التي تصدر منه، فإذا لم تثبت هذه الأقوال في محرر و يوقع عليه ويُشهد على ذلك ، فإن التعبير الذي يصدره بإبرام الوقف في يوم ما قد لا يفيد في شيء، من هنا جاءت أهمية المحررات في إثبات الحقوق و خاصة الملكية الوقفية.

ونظرا لأهمية الكتابة في الاثبات خاصة فيما يتعلق بالملكية الوقفية، سوف نتطرق في هدا الفصل الى كل من الكتابة الرسمية والعرفية كل في مبحث مستقل.

المبحث الاول: إثبات الملك الوقفي عن طريق الكتابة الرسمية

الكتابة هي اهم طرق الإثبات ودليل على قيام التصرف القانوني، ولها قوة إثبات مطلقة تصلح لإثبات جميع الوقائع والتصرفات ما لم يطعن فيها بالتزوير، الا ان قوتها في الإثبات تختلف لذا تطرقنا مفهوم الكتابة الرسمية في (المطلب الأول) و الى دور الكتابة الرسمية في إثبات الملك الوقفي في (المطلب الثاني).[1]

المطلب الاول: ماهية الكتابة الرسمية المُثبتة للملك الوقفي

للكتابة الرسمية في اثبات الملكية الوقفية أهمية كبيرة، وهذا لا يعني عدم إمكانية إثباته بوسائل أخرى، ولذا سوف نتطرق في هذا المطلب ماهية الكتابة الرسمية في (الفرع الأول) والي حجية الكتابة الرسمية في اثبات الملكية الوقفية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الرسمية

تعتبر السندات الرسمية تلك السندات التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقا لأحكام قانونية، وقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 324 من القانون المدني بأن:" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، فبمجرد توافر الشروط الثلاثة المتقدمة في المحرر، تكتسب بذلك الصفة الرسمية ، و تصبح لهذه السندات القوة الذاتية في الإثبات ، لذا كل من قدم سندا رسميا للقضاء يتوفر على الشروط السابقة لا يطلب منه إثبات صحتها بل على من أنكر حجيتها أن يطعن فيها[2]، ولا يقبل أي طعن إلا بالتزوير، فالسند الرسمي يعتبر حجة لا يمكن إبعادها ما لم يثبت تزويرها، فإذ لم يتم ذلك فلا يمكن إثبات العكس[3]، و لذا فان الخصم الذي يتمسك بورقة رسمية لتأييد حقه لا يلزم بإثبات

---

1 محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحداث التعديلات ومزيد بأحكام القضاء، ط1، دار هومه، الجزائر، سنة 2008، ص 39-40.

2 محمد زهدور، الوجيز في طرق الإثبات المدنية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة1991، ص27.

3 المستشار محمد احمد عابدين، حجية الاوراق الرسمية والعرفية وطرق الطعن عليها" التزوير. الإنكار، الجهالة، المكتب العربي الحديث، دون طبعة، سنة 2002.ص 28.

صحتها إذ كانت تبدو عليها علامات الرسمية مثل خاتم الإدارة وتوقيع الموظف وما شبه ذلك، لأن ذلك يوحي بالثقـــــــة في مصدرها[1] ،ومن التعريف الوارد في نص المادة 324 من القانون المدني فأنه يجب توفر عدة شروط لكي يوصف المحرر بالرسمية هي[2]:

الشرط الأول :صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة

والموظف العام هو كل من تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها أو تنفيذ أوامرها سواءً كان بأجر أو دون أجراً، فيدخل في هدا النطاق كل موظف عام يقوم بتحرير نوع معين من الأوراق ، كالقاضي بالنسبة للإحكام التي يقوم بتحريريها، وكاتب الجلسة يعتبر موظفا عاما لمحاضر الجلسات.[3]

الشرط الثاني :صدور المحرر من موظف عام في حدود سلطته واختصاصه

لا يكفي في المحرر الرسمي أن يكون صادراً من موظف عام ، بل يشترط أن يكون الموظف قد قام بتحريره في حدود سلطته واختصاصه، ويقصد بالسلطة والاختصاص أن يكون للموظف ولاية تحرير الورقة الرسمية من حيث الموضوع ومن حيث الزمان ومن حيث المكان ، فمن حيث الاختصاص الموضوعي ، يختص كل موظف عام بتحرير نوع معين من الأوراق الرسمية فالقاضي مثلا يختص بتحرير الأحكام ولكنه ليس مختصا بتحرير محاضر الجلسة ، فهذا من اختصاص مكاتب الجلسات والمأذون يختص بتحريره عقود الزواج ولكنه ليس مختصا بتحرير العقود والتصرفات المدنية كالوقف فهذا من اختصاص كاتب العدل وهكذا ومن حيث الاختصاص الزماني ، تنقضي ولاية الموظف بالعزل أو النقل أو الوقف عن العمل، فإذا قام بتوثيق المحرر بعد أن انقضت ولايته كان المحرر باطلا ومن حيث الاختصاص المكاني ، فإن القانون حدد لكل موظف اختصاصا إقليميا ولا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه.[4]

---

1 يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي-المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، طبعة 2، سنة 1988، ص130.

2 نبيل إبراهيم سعد وهمام، محمود زهران، أصول للإثبات في المواد المدنية والتجارية، نشر دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة2001، ص197 .

3 محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني"الاثبات في المواد المدنية و التجارية"، دار الهدى عين مليلة الجزائر، طبعة 1 ، سنة 2009، ص 51.

4 يحي بكوش ،المرجع السابق ،ص98.

الشرط الثالث :مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير الورقة الرسمية.

يجب علـــى الموظف أو المكلف بالخدمة العـــامة أن يراعي الأوضاع التي قررها القـــانون في تحرير المحرر ،فالقضاة في تحريرهم للأحكام وموظفو المحاكم في كتابتهم للإعلانات ومحاضر التنفيذ[1]ملزمون باحترام الاحكام القانونية في تحريرهم للأوراق، ومن أمثلو مثال المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني تنص على أنه : " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء و يؤشر الضابط العمومي على ذلك في أخر العقد و إذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أولا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في أخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر، فإذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما"، وفي حالة تخلف شرط من هذه الشروط تفقد الورقة صفتها كمحرر رسمي ،فالمحرر الذي يحرره موظف غير مختص ،أو يتم تحريره دون مراعاة الأشكال القانونية يعتبر باطلا وبمعنى أدق لا يعتبر محرر رسميا.

ومن هذا تستخلص انه لا تكون الورقة رسمية الا اذا قام بتحريرها موظف عام في حدود سلطته و اختصاصة مع مراعاة الأوضاع القانونية عند تحرير الورقة.

الفرع الثاني : حجية الكتابة الرسمية في اثبات الوقف

للكتابة الرسمية حجية في اثبات الملكية الوقفية و هو ما جاء به مضموم كل من المادة 325 و 326 من القانون المدني و من خلالهما نميز بين الحالتين الآتي بيانهما :

أولا: حالة وجود الورقة الرسمية

حتى تكون للصورة حجية الورقة الرسمية ذاتها فان القانون يشترط توفر أمرين أساسين تبنى عليهما قرينة قانونية إحداهما أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا " أي محفوظا " وذلك لإمكانية الرجوع إليه عند الحاجة ، والثانية أن تكون هذه الصورة رسمية لا عادية وتكون حجة ما لم يقع فيها نزاع بين الخصوم ،

1 محمد صبري السعدي المرجع السابق، ص 47.

وإذا قع تنازع فيها وجب مطابقتها للأصل[1] فيتعين على المحكمة آنذاك إصدار قرار بضم الأصل إلى ملف الدعوى، وبذلك تتمكن المحكمة من مضاهاة الصور عليها فإذا ثبت التطابق بينهما ثبتت الحجية وإلا استبعدت الصورة و بقي الأصل في الدعوى[2].

ثانيا: في حالة غياب أصل الورقة الرسمية

وتشمل هذه الحالة، كل الصور التي ينعدم فيها الأصل نتيجة تلفه أو حرقه وحسب المادة 326 من القانون المدني يمكن التفرقة بين الحالات التالية [3]:

1-اذا كانت الصورة الرسمية منقولة مباشرة عن الأصل الضائع فانها تعتبر صورة رسمية أصلية ولها حجية الأصل المفقود، ذلك ما دامت ذات شكل خارجي لا يسمح بالشك فيها وإلا فقدت حجيتها.

2. إذا نقلت الصورة الـــرسمية من صورة رسمية أخــرى وكانت للصورة المفقودة حجية الورقة الأصلية، فيجوز لكل من الطرفين أن يطلب مقابلة الصورة المنقولة للصورة المنقولة منها.

3.إذا نقلت الصورة من صورة غير منقولة مباشرة من الصورة الأصلية، أي أنها بالنسبة للأصل صورة ثالثة وهي لا تتمتع بقرينة مطابقتها للصورة الأصلية ولا حجة لها ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس.[4]

وبالتالي للصورة حجية الورقة الرسمية و ذلك في حالك و جود الورقة الرسمية شرط ان تكون موجودة و ان تكون رسمية لا عادية، اما في حالة غياب الورقة الرسمية و كانت منقولة مباشرة من الأصل فلها حجية الورقة الاصلية، اما اذا كانت منقولة من صورة رسمية أخرى فيمكن المطالبة بمقابلة الصورة المنقولة بالصورة المنقولة منها و لها حجية الورقة الاصلية. اما اذا كانت الصورة بالنسبة للاصل صورة ثالثة فلا يعتد بها الا على سبيل الاستئناس.

---

1 يحي بكوش مرجع سابق ، ص 121 – 122.

2 عبد الرزاق احمد السنهوري: الوسيط في القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات اثار الالتزام، الجزء الثاني،دار احياء التراث العربي بيروت لبنان ،الجزء 9 ، ص 914-916.

3 عبد الرزاق احمد السنهوري ، الجزء الثاني ،المرجع السابق ، ص 166، 167 ، 168.

4 أحمد نشأت، رسالة الإثبات ،الجزء الثاني ، الطبعة السادسة ، دار الفكر العربي ،مصر ، سنة 1997، ص68.

المطلب الثاني: دور الكتابة الرسمية في إثبات للملك الوقفي

إن مقاصد الوقف لا يمكن أن تتحقق إلا في ظل حماية قانونية حقيقية، فاشتراط المشرع الجزائري الرسمية والشهر للعقود المنشأة للتصرفات الوقفية خاصة تلك الواردة على عقارات تماشيا مع السياسة التشريعية للملكية العقارية، فإن هذا تأكيد لقناعة المشرع بأنه أفضل وسيلة لحماية الأملاك الوقفية من الضياع وتحقيق مقاصد الوقف فالشكلية مطلوبة للانعقاد لا للإثبات ويتأكد ذلك بإضفاء المشرع الجزائري للطابع الرسمي على شهادة الشهود،وتحويلها إلى شهادة رسمية تخضع وجوبا للتسجيل والإشهار، و لذا سوف نتطرق في (الفرع الأول) عن مكانة الكتابة الرسمية المثبتة للوقف و (الفرع الثاني) عن اهمية اشهار الكتابة الرسمية.

الفرع الاول: مكانة الكتابة الرسمية المثبتة للملك الوقفي

نص المشرع الجزائري في المادة 12 من قانون الأوقاف على:" تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه" ، و مفاد هذه المادة أن المشرع الجزائري سوى فيما يتعلق بصيغة الوقف بين اللفظ و الكتابة و الإشارة ، إذن يجوز للواقف أن ينشئ وقفه بالقـــول أو الكتابة أو الإشارة، فالشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة إلى الوقف، فهو تصرف رضائي سواء كان واردا على عقار أو منقول.

و إذا كان الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف، فان المشرع الجزائري اشترط في المادة 41من قانون الاوقاف إثبات الوقف الوارد على عقار في شكل رسمي مشهر بالمحافظة العقارية، إذ نص فيها على ما يلي":يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وان يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة

بتقديم إثبات له بدلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف."و بالرجوع الى نص المادة 35 فان الوقف يثبت بجميع الطرق القانونية و نص هذه المادة يعتبر الغاء ضمني لنص المادة41.

الفرع الثاني: اهمية اشهار الكتابة الرسمية

يعرف الإشهار العقاري بأنه نظام قانوني يتم وفقا لإجراءات محددة قانونا تضمن حق الملكية والحقوق العينية الواردة على عقار وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات[1] وتكمن أهمية الإشهار العقاري في إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار، والاحتجاج عليهم ،وكذلك تقدير الثروة العقارية للأشخاص،أما أهم دور فهو ترتيب الأثر العيني الذي لا يمكن أن يترتب إلا بإتمام الشهر،فشهر التصرفات العقارية هو مصدر وجود ونشأة الحق العيني العقاري[2].

أما الرسمية فهي ركن في التصرف الذي يشترط القانون أن تكون الشكلية ركنا فيه، وتكمن أهميتها في تنبيه الأشخاص إلى أهمية وخطورة التصرف المقدمين عليه خاصة في عقود التبرع، وكذلك توفير سند إثبات يكون حجة على الجميع ما لم يثبت تزويره وتختلف الرسمية للانعقاد عن الرسمية للإثبات فالأولى يؤدي تخلفها إلى البطلان المطلق للتصرف وهو حال التصرفات الواردة على عقار أو حق عيني عقاري أما الثانية فلا يترتب على تخلفها البطلان، و بالتالي فخصوصية الوقف تعطي لإشهار عقد الوقف أهمية وأبعادا خاصة:

-مواد التقنين المدني الجزائري،792،324و793 والمواد 14،15،16من الأمر75-74 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، وكذلك المادة 29 من قانون التوجيه العقاري،[3] تؤكد على أن إثبات حق الملكية والحقوق العينية العقارية لا سيما الوقفية منها وجميع العمليات القانونية الواردة على عقار يثبتها عقد رسمي مشهر، و طبقا لنص المادة41 من قانون الأوقاف يشترط إلى جانب اشتراط الرسمية في عقد الوقف ضرورة إشهاره، و المصالح المكلفة بالسجل العقاري تكون ملزمة بتقديم إثبات للواقف بهذا الإشهار، كما تحيل نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، مما يدل من خلال عبارة إثبات الواردة في نص هذه المادة أن المشرع يعتد في إثبات الوقف الوارد على عقار بالعقد الرسمي المشهر والمعلوم أنه بمناسبة الشهر العقاري في السجل العقاري للأملاك العقارية بصفة عامة والعقارية الوقفية بصفة خاصة التي شملها المسح والإيداع لدى المحافظة العقارية يتم تسليم دفتر عقاري إلى مالك العقار طبقا لأحكام المادة 18من

1 عمر حمدي باشا،مرجع سابق،ص118.

2 مجيد خلفوني،المرجع السابق،ص140.

3 المادة29 من قانون رقم90-25 المؤرخ في18-11-1990: " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

مرسوم76-63المؤرخ في25-03-1976المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وبالنسبة للوقف فإن الدفتر العقاري باسم الوقف خاصة وأن هذا الأخير قد منحه القانون شخصية معنوية يسلم إلى الهيئة المكلفة بالأوقاف.

المبحث الثاني: إثبات الوقف عن طريق الكتابة العرفية

لا يقصد من اشتراط الكتابة العرفية أن توجد كتابة، فهذا أمر لا نقاش فيه وإنما القصد أن تكون ورقة مكتوبة يدون فيها التصرف الذي أريـــــد به تهيئة الدليل عليه بصرف النظر عن طبيعته أكان بالإرادة المنفردة، وعليه فإنه يجب أن تشمل الكتابة على البيانات الجوهرية المعينة للتصرف الذي أعدت دليلا عليه و لذا سوف نتطرق في هذا المبحث الى مفهوم الكتابة العرفية في (المطلب الأول) و دور الكتابة العرفية في الاثبات في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الكتابة العرفية المثبتة للملك الوقفي

المحررات العرفية هي كل وثيقة يحررها المتعاقدون بأنفسهم وبمعرفتهم لان تكون دليلا كتابيا دون تدخل موظف عام في ذلك كالموثق، فلا يشترط في المحررات العرفية شكلية معينة لوجودها أو قيامها كدليل كتابي، كما لا يشترط أن تكون باللغة العربية شأن المحررات الرسمية، أو لغة أخرى معينة من أجل أن تكون دليلا كتابيا، و لتحديد مفهوم الكتابة العرفية تطرقنا في (الفرع الاول)الى تعريف السندات العرفية و في (الفرع الثاني) الى جحيتها في الاثبات.

الفرع الأول: تعريف الكتابة العرفية

الورقة العرفية محرر موقع ممن طرف الواقف، فهي ورقة يكتبها الواقف دون تدخـــل موظف عام و تحمل توقيع من يحتج بها عليه، فالكتابة و التوقيع شرطان كي تكون هذه الورقة دليلا كاملا و غني عن البيان ان الأمر هنا كما في الورقة الرسمية لا يتعلق بشروط صحة التصرف المدون في الورقة و إنما يتعلق بصلاحية الورقة كأداة للإثبات.[1]

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 67.

و يعرفها الدكتور محمد حسين كونها صادرة من الأفراد دون ان يتدخل في تحريرها موظف رسمي او شخص مكلف بخدمة عامة، فالمحرر العرفي هو محرر غير رسمي ، ولا تحيط به الضمانات التي تحيط بالمحرر الرسمي.[1]

اما الدكتور عباس العبودي فيعرف المحرر العرفي بانه: " يقصد بالسند العادي، الكتابة التي يوقعها شخص بشان تصرف قانوني و دون ان يتدخل موظف عام، ولا يستلزم القانون اي شكل معين في إعداده، و لهذا سمي بالسند العادي لان العادة و العرف جرت على جعل العقود ان تكون خاضعة في الأصل الى أصول تقليدية و ان الأفراد العاديين هم الذين يتولون صياغتها و إعدادها، دون تدخل لاي موظف رسمي".[2]

و الملاحظ على تعاريف الفقهاء انهم اختلفوا في استعمالهم للتسميات فقط سند او ورقة عرفية ، اما المعنى فكان نفسه، اما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد مدلوله و بين شروطه و اثار تخلفه و كذا مدى حجيته القانونية في الإثبات و بمفهوم المخالفة لنص المادة 324 من القانون المدني فان المحرر العرفي هو محرر غير رسمي صادر من طرف الاشخاص غير المذكورين في المادة 324 او الصادرة منهم لكن خارج اطار وظيفتهم الرسمية هذا ما أكدته المادة 326 مكرر فقرة 2 من القانون المدني التي تنص:" يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم الكفاءة او أهلية الضابط العمومي او انعدام الشكل ،كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الاطراف" ، ومنه فللأوراق العرفية المعدة للإثبات شرطان هما:

أولا: الكتابة كشرط لصحة الورقة العرفية

يجب أن تتضمن الورقة العرفية كتابة تدل على الغرض المقصود من تحريريهـــــا و هـــذا شرط بديهي، فهذه الكتابة لا يشترط فيها شرط ، فكل عبارة ندل على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها لان نكون دليلا على من وقعها[3]، و هذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر من القانون المدني :" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف او أوصاف او أرقام او اية علامة او رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت

1 محمد حسين منصور ، قانون الاثبات و طرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون بلد النشر،سنة 1998، ص77.

2 عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات المدني، الطبعة2 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، 1999سنة، ص 134.

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 68.

الوسيلة التي تتضنمها و كذا طريقة ارسالها".

ولا يستلزم القانون ان تكون الورقة مكتوبة في شكل معين او بلغة معينة فيجوز كتابتها بالمداد أيا كان لونه و بأي قلم او حتى اله او بخط من يتمسك بها بل يجوز كتابتها بخط شخص أجنبي و كذا شخص غير أهل لإبرام التصرف الثابت في الورقة لأنه ليس سوى اداة للتعبير عن إرادة أصحاب الشأن.[1]

وعليه اعتبر القانون المدني أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التاكد من هوية الشخص الذي أصدره وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، و قد ورد في المادة 323 مكرر انه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و ان تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، إلا أن الإختلاف يكمن في إعتبار الكتابة إلكترونية و في كون التوقيع إلكترونيا.[2]

وفي المحرر العرفي لا ضرورة لذكر مكان تحرير المحرر، ولكن قد يتعلق بذكره أهمية خاصة لأن المكان إذا وقع ذكره كان ذلك قرينة على أنه هو المكان الحقيقي الذي أبرم فيه العقد، ولذا فقد تترتب عليه نتائج هامة خاصة فيما يتعلق بالإختصاص المحلي،[3] كذلك بالنسبة لتاريخها رغم أن للتاريخ أهميته العملية التي لا تنكر بحيث لا يكون إغفال ذكره في المحرر إلا عن سهو أو عدم تبصرغير أن القانون يستلزم ذكر تاريخ المحرر في حالات معينة .[4]

ثانيا: التوقيع كشرط لصحة الورقة العرفية

التوقيع هو الشرط الجوهري في المحرر العرفي، لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في المحرر، و هو كاف لوجوده ، و التوقيع يكون بالإمضاء الذي يتعين أن يشمل اسم الموقع ولقبه كاملين فلا

1 المرجع نفسه، ص68.

2 أرميس عائشة ، الإثبات في العقود الإلكترونية ،رسالة ماجستير ، كلية بن عكنون ، الجزائر ، سنة 2006-2007 ، ص61.

3 محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، طبعة 1985، ص 366..

4 محمد صبري السعدي ،المرجع السابق ، ص63

يكفي التوقيع بالأحرف الأولى من الاسم وإنما لا يشترط أن يكون التوقيع مطابقا للاسم الذي اشتهر به الشخص أو الاسم الذي اعتاد التوقيع به.

و يجب على صاحب الشأن أن يوقع المحرر بنفسه، فإذا وقع المحرر باسمه شخص أخر كمدير مكتب أو نحو ذلك فالتوقيع لا يصح ويعتبر المحرر لا حجية له.[1]

الفرع الثاني: حجية الكتابة العرفية في اثبات الوقف

للمحرر العرفي حجية من ثلاثة وجوه اولا ما تتعلق حجية بصدوره ممن وقعه، و ثانيا ما تتعلق حجيته بصدق البيانات المدونة به، و ثالثا ما تتعلق حجيته بالنسبة للتاريخ الذي تحمله.

اولا: حجية بصدوره ممن وقعه

إن المحرر العرفي ليس له حجية في ذاته من حيث المصدر، و ذلك لأنه لا تسانده أية قرينة تدل على صدوره حقيقة ممن ينسب إليه ، أو من الشخص الذي وقعه لأنه عمل من أعمال الأفراد وحدهم و ليس لأي موظف عمومي بصفته هذه دخل في إنشائه ، و لأنه لم تتخذ بشأنه أية إحتياطات خاصة لمنع التزوير فيه و هذا كله يجعل مصدره مشكوكا فيه كقاعدة عامة.[2]

و يستثنى من ذلك المحرر العرفي المصادق على توقيعه رسميا لأن التصديق يتم بمحضر رسمي يتولاه موظف رسمي مختص، مما يجعل التوقيع المصادق عليه كالبيانات الرسمية المدونة في المحرر الرسمي[3]، لكن طبقا للمادة **327** من القانون المدني، فإن المحرر العرفي يعتبر حجة على من صدر منه، و هو الشخص الذي يحمل توقيعه فيؤخذ بمضمونه و يكون من حيث صدوره منه في قوة المحرر الرسمي، إذا اعترف به و لم ينكر صراحة صدوره منه ، و هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا :" من المقرر قانونا أن يعتبر العقد العرفي صحيحا وصادرا ممن وقعه مالم ينكر هذا الأخير ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء ، لما ثبتمن قضية الحال أن الطاعن منذ بداية الدعوى ينكر هذا العقد العرفي بالبيع ، ويتكلم فقط

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثاني، مرجع سابق،ص 15.

2 يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 136

3 محمد حسين منصور ، الإثبات التقليدي والإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ،مصر ، 2006 ، ص 86

عن سلف دين ، فإن قضاة المجلس بإلزامهم الطرفين إفراغ البيع في الشكل الرسمي ، قد تجاهلوا تماما نص المادة المذكورة أعلاه ، وأغفلوا إتباع طرق البحث عن الحقيقة ".[1]

و لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل هذا الاقرار يجب أن يكون صريحا أم لا ؟

أن الإقرار بالتوقيع لا يجب أن يكون صريحا، و يكون في غالب الأحوال إقرارا ضمنيا، و لكي يحصل الإقرار أمام القضاء فإنه يكفي أن يلتزم الخصم الذي ينسب إليه التوقيع موقفا سلبيا، و أن يلوذ بالصمت لأن السكوت قد يعتبر بيانا في مثل هذه الحالة ، وقرينة صحة المحرر العرفي البسيطة هذه يمكن أن تهدر بالإنكار[2]، و كما أن للمحرر العرفي حجية بصدوره ممن وقعه ،كذلك له حجية بصدق البيانات المدونة به.

ثانيا: حجية الورقة بصدق البيانات المدونة فيها.

إن الاقرار بالمحرر العرفي يجعله حجة على الكافة بصدوره ممن وقعه و بسلامته المادية، كذلك الشأن إذا حكم بصحته، ففي كلتا الحالتين يصبح المحرر العرفي كالمحرر الرسمي في حجيته، فإذا ادعى من يشهد عليه المحرر أو ادعى أحد غيره أن البيانات الواردة في هذا المحرر مع التسليم بصحته قد لحقه تزوير مادي بالتغير أو الإضافة أو الحذف ففي هذه الحالة يتعين عليه لينقض هذه البيانات أن يسلك طرق الادعاء بالتزوير لإثبات ما يدعيه[3]،أما إذا لم يدع من يحتج عليه بالمحرر العرفي بأن هناك تزويرا ماديا في محتوياته ، و إنما نازع في البيانات الواردة فيه كما إذا نص على أن موضوع الاتفاق هبة في حين أنه وقف، فله في هذه الحالة أن يطعن بالصورية إذا كان المحرر العرفي[4] ، كما يستطيع الطعن في التصرف الثابت في المحرر بالبطلان أو الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال ، وفي هذه الحالات لا ضرورة لسلوك طريق الطعن بالتزوير بل يكون إثبات ذلك بالطرق العادية وفقا للقواعد العامة التي تقضي بأن الإثبات يكون

1 قرار رقم 85535 ، بتاريخ 1992/05/27، المجلة القضائية ، العدد الثالث، السنة 1994 ،ص 14.

2 عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، العراق، سنة1999 ، ص1

3 محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 71.

4 محمد زهدور، المرجع السابق، ص 35

بدليل كتابي لأن الأمر يتعلق بإثبات ما يخالف الكتابة ، وهو عادة ورقة الضد التي تبين حقيقة التصرف ، أما الغير يثبت الصورية بجميع الطرق[1].

ثالثا: حجية الورقة بالنسبة للتاريخ الذي تحمله

إن لكتابة الوقف العرفي حجية في مواجهة الواقف و الموقوف عليهم لما يحتويه من بيانات مدونة فيه بما في ذلك البيان المتعلق بتاريخ المحرر حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح ولا يثبت ذلك إلا بالكتابة[2]، ما لم يكن هناك غش إذ في هذه الحالة يصح الإثبات بكافة الطرق[3].

أما بالنسبة للغير، فلا يكون كتاب الوقف العرفي حجة عليه في تاريخه إلا منذ أن يكون له تـــاريخ ثابت[4]، و المقصود بالغير كل شخص لم يكن طرفا في المحرر، ولا ممثلا فيه و يصاب بضرر في حقه الذي تلقاه من طرفي المحرر أو بمقتضى القانون ، أما إذا كان طرفا في المحرر شخصه أو بنائب عنه أو كان خلفا عاما كالوارث و الموصى له بجزء من التركة فلا يعتبر من الغير و يحتج في مواجهته بتاريخ المحرر العرفي ولو كان غير ثابت، ويكون تاريخ المحرر ثابتا حسب نص المادة 328 من القانون المدني الجزائري بالطرق الآتية ابتداء:

-من يوم تسجيله.

-من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

-من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

-من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

---

1 محمد صبري السعدي، المرجع السابق ، ص 72.

2 المرجع نفسه ، ص72

3 مزعاش عبد الرحيم، قواعد الاثبات في الامور التجارية، رسالة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية بن عكنون، سنة 2001-2002، ص 72.

4 سليمان مرقس ، قوة المحررات العرفية في الإثبات و حجية تاريخها على الوارث الذي يطعن فيها بصدورها في مرض الموت ، مجلة القانون و الاقتصاد ، كلية الحقوق ، مصر ، العدد 1 و 2 ، مطبعة الاعتماد، سنة 1944 ، ص 5.

المطلب الثاني: دور الكتابة العرفية في الإثبات الملك الوقفي

بعد صدور القانون المتضمن مهنة التوثيق ولما كانت عملية نقل الملكية العقارية وإثباتها قبل ذلك لم يشترط في صحتها الرسمية ويكفي فيها الشكل العرفي، أصبحت الرسمية شرط لانعقاد العقد وركنا فيه بعد صدور هذا القانون.

لكن الاستفهام الذي يتبادر إلى أذهاننا، هو أنه لما أصبحت الرسمية شرطا ، فما مصير العقود العرفية الخاصة المتعلقة بإثبات الملكية العقارية قبل صدور هذا القانون، أم أن هنالك تدخل للمشرع لتسوية وضعية تلك العقود ، كما انه و بعد التطور التكنولوجي ظهرت الكتابة الالكترونية .

لذلك سنتطرق في دراسة حجية العقود المحر رة عرفيا الواردة على عقار والمبرمة قبل و بعد قانون التوثيق 1971 في(الفرع الأول)، ثم المحررات الالكترونية في (الفرع الثاني).

الفرع الاول: حجية المحرر العرفي في اثبات الملك الوقفي

كان لصدور قانون التوثيق اثر كبير في جعل العقود العرفية رسمية و لذا سوف نتطرق (أولا) لحجيتها قبل و صدور قانون التوثيق و (ثانيا) بعد صدور قانون الثوثيق

اولا: حجية المحرر العرفي قبل صدور قانون التوثيق

بعدما تطرقنا الي مفهوم الكتابة العرفية وبيان شروط صحته، تبين لنا ان الشكلية الاساسية لقيامه صحيحا كسند عرفي لإثبات الملكية الوقفية و هي التوقيع من طرف الاطراف على ذلك المحرر، فماهي حجيتها قبل و بعد صدور قانون التوثيق:

1- حجية المحرر العرفي ثابت التاريخ.

منذ صدور الامر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12[1]، الذي اشترط الرسمية كإساس لانعقاد العقد، تخلى المشرع الجزائري عن نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الاستعمارية، واعتمد نظام الشهر العيني، والذي ادى بالسلطة التنفيذية التدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل الأمر السابق ذكره المتضمن مهنة التوثيق.

ا-مقتضى المرسوم رقم 80-210 المؤرخ 1980/09/13 والذي عدل المرسوم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، اذ بموجب المادة 3 منه اصبحت المادة 89 من المرسوم 76-63 محررة على النحو التالي:

- عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير، ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل 01 مارس 1961، ومنه حسب هذا المرسوم اكتست العقود العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01صيغتها الشرعية.

ب- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل و المتمم للمرسوم رقم 76-63 السلبق ذكره و الذي بموجبه تم تمديد الفترة من 1961/03/01 الى 01/01/ 1971، وعليه اكتسبت العقود العرفية ثابتة التاريخ المحر رة قبل 01 /1971/01 صيغتها الرسمية بمجرد اللجوء الى الموثق لتحرير عقد ايداع بشانها يتم شهرها بالمحافظة العقارية المختصة.

ج- بموجب المنشور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30 وقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية ثابتة التاريخ والمبرمة قبل 1974/03/05.

1 الامر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل المعدل بموجب قانون المالية 2015، ج.ر، العدد 92 المؤرخة 1975/11/18.

2- حجية المحرر العرفي غير ثابت التاريخ

بعد تبني المشرع الجزائري نظام الإشهار العيني بموجب الأمر 75-74اين أصبح لزاما على أصحاب العقود العرفية غير ثابت التاريخ،اللجوء إلى المحاكم قصد تثبيت صحتها ، حتى يتسنى لهم إشهارها بمصلحة الحفظ العقاري، حيث كان لزاما على القاضي التأكد والتحقق مما يلي:

- هوية محرري العقد العرفي
- التحقق من تاريخ العقد العرفي الذي يجب أن يكون مبرما قبل 1971/01/01 تاريخ دخول قانون التوثيق حيز التنفيذ. وهذا ما أكده القرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 2000/06/28 تحت رقم 197347 :"من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي على ضوئه يعتبر المحرر العرفي صحيحا، ومنتجا لآثاره أو باطلا بطلانا مطلقا".

ثانيا : حجية المحرر العرفي المبرم بعد قانون التوثيق

جاءت المادة 12 من الأمر رقم70 -91 المؤرخ في 1970/12/15 و المتضمن مهنة التوثيق و الذي بدا سريان العمل به 1971/01/01 أن :" العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار والحقوق العقارية ، يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان في الشكل الرسمي وأن يدفع الثمن لدى الموثق "، فأصبحت بذلك الرسمية شرطا لانعقاد العقد لا للإثبات كما كان سابقا ، وركنا فيه،وتخلفها يعرضه للبطلان المطلق[1].

و هذا ما اكدته الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا: " من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا ".[2]

1 عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة السابعة ، طبعة 2011 ،ص 85.

2 قرار رقم 136156،صادر بتاريخ 1997/02/18 عن المحكمة العليا ، مجلة قضائية عدد 01، ص 01.

وعليه فإن العقود العرفية المبرمة بعد 1971/01/01 عتبر في حكم القانون باطلة بطلانا مطلقا لكون المسألة تتعلق بركن من أركان العقد حتى ولو تم تسجيلها، الأمر الذي أكده القرار رقم 62624 ،[1]كما أن الأحكام التي تقضي بصحة البيع العرفي الصادر بعد 1970 هي أحكام مخالفة للقانون ومعرضة للنقض

الفرع الثاني: الكتابة الالكترونية كوسيلة عرفية لاثبات الملكية الوقفية

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الالكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة ، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلا للإثبات وهو شرط أساسي لصحة الوثيقة سواء كانت الكترونية أو ورقية ، لذا نص المشرع في المادة 327 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق ، ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري وبذلك يكون المشرع قد اعترف صراحة بالتوقيع الالكتروني استكمالا لاعترافه بحجية الكتابة في الشكل الالكتروني وذلك تماشيا مع إفرازات عهد المعلومات الذي أدخل وسائل حديثة في إبرام العقود والتوقيع عليها الكترونيا فالمحررات الإلكترونية اعتبرها المشرع محررات عرفية ذلك أن المحررات الرسمية تتطلب الحضور المادي لأطراف العقد أمام ضابط عمومي وهو الموثق ليمنحها الرسمية وهذا ما تفتقر إليه المحررات الإلكترونية، وبالنتيجة فلها من الحجية ما للمحررات العرفية بالنسبة للمتعاقدين والغير، لذلك لا يمكن تصور المحررات الإلكترونية في المجال الذي تعد فيه الكتابة شرطا لانعقاد التصرفات كالتصرفات القانونية الواردة على عقار، فإما يتعين الاكتفاء بإتباع النمط التقليدي في الكتابة في مثل هذه التصرفات وبالتالي استبعاد المحررات الإلكترونية وإما العمل على إعادة هيكلة الجهات الإدارية المختصة مثل إدارة الشهر العقاري ومصالح التسجيل لاستيعاب مثل هذه الأساليب الحديثة والعمل بها كي تستقر أيضا الشكلية الإلكترونية في مجال التوثيق.

1 قرار رقم 62624 ،صادر بتاريخ في 1990/09/24 عن المحكمة العليا ، مجلة قضائية سنة 1992، عدد 2 صفحة 24.

الفصـــل الثانـــــي

إثبات الوقف عن طريق الحكم القضائي

من بـين الوسائل الإثبات القانونية لاثبات الملكية الوقفية، تبرز شهادة الشهود و هو ما جاء به نص الماد 8 من قانون الأوقاف و كذا و الاقرار، ومـفادهما أن يُثبت المتقاضـي إدعاءه أو دفاعـه، بإفادة أشخاص يدعوهم الى المحكمة لأداء شهاداتهم او اعترافاتهم في النزاع العالق، على وقائع غريبة عنهم وغير متعلّقة بهم شخصياً، ولكن الصدفة شاءت أن يتواجـدوا في مكان أو زمان حصولها.

ونظرالاهمية كل من الشهادة و الاقرار سوف نتطرق للاقرار في(المبحث الأول) و الشهادة في (المبحث الثاني).

المبحث الاول: إثبات الوقف عن طريق الاقرار

لإقرار هو اعتراف الخصم بواقعة ما، يستفيد منها خصمه الآخر وتعفيه من عبئ الإثبات ليكون بذلك تنازلا من الخصم المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعي ولما كان كذلك فهو أحد طرق الإثبات تجاوزا يقبل في أثبات الوقائع المادية و التصرفات القانونية على حد سواء ورسم له المشرع طريقا تمهيديا للوصول إليه وهو استجواب الخصم بإحضاره شخصيا أمام القاضي، والإقرار بهذا المعنى ليس طريقا عاديا إنما هو وسيلة معفية من عبئ الإثبات وسنتناول هذا الموضوع من خلال مطلبين (الأول) لتعريف الإقرار وبيان خصائصه أما (الثاني) فنخصصه لحجية الإقرار.

المطلب الاول: مفهوم الإقرار المثبت للملك الوقفي

للإحاطة بالمفهوم القانوني للإقرار لابد أولا من تعريفه ولتبيان خصائصه التي يتميز بها ، سوف نتطرق الى تعريف الاقرار في (الفرع الأول) وكذا شروطه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الإقرار المثبت للملك الوقفي

الإقرار هو الإذعان للحق و الاعتراف به، والإقرار مأخوذ من قر،يقر، اقرارا وإذا ثبت وأقر بالشئ فالمعنى أعترف به .[1]

و الإقرار هو اعتراف شخصي بواقعة انعقاد الوقف التي من شأنها أن تنتج آثار قانونية ضده مع قصده أن تعتبر هذه الواقعة ثابتة في حقه ، وقد أجمعت الأمة على حجيته بل اعتبرته "سيد الأدلة" لأن لدى الإنسان وازعا طبيعيا يمنعه من ظلم نفسه.[2]

وحسب نص المادة 341 القانون المدني الجزائري فالإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بهـــا عليه و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة، و الإقرار حسب هذا التعريف

1 محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، سنة 2005،ص 277.

2 مرجي دليلة، طرق الإثبات في القانون المدني الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة الدراسات الجامعية التطبيقية، فرع قانون عقاري، جامعة التكوين المتواصل بالبويرة 1999-2000،ص93.

لا يتضمن إنشاءا لحق جديد في ذمة المقر، وإنما هو عبارة عن نزول الحق في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدعيها، ومن ثم قيل أن الإقرار هو من الأدلة المعفية من الإثبات وليس من الضروري أن يكون تعبيرا مطابقا للحقيقة لأنه تعبير صادر من الخصم، فقد يكون واقع لأجل إخفاء الحقيقة ذاتها أو للإضرار بالغير أو للتحايل على القانون وعليه فأن من الطبيعي أن يفترض وجود خلاف بين معطيات الإقرار وبين الحقيقة المجردة ،ولكن لا مناص من أن يفترض وجود خلاف بين معطيات الإقرار بالحقيقة ذاتها لأن المرء غالبا لا يتصرف تصرفا مضرا بنفسه.[1]

و على ضوء التعريف السابق تتحدد خصائص الإقرار بالوقف في النقاط التالية:

- يعتبر عملا قانونيا لأنه تعبير عن اتجاه إرادة المقر نحو إحداث أثر الوقف هو ثبوت حق ملكية الوقف في ذمته وإعفاء المقر له من عبئ إثبات هذا الحق ومن هنا يشترط في الإقرار ما يشترط في سائر الأعمال القانونية الأخرى، من ضرورة تمتع المقر بإرادة معبرة، ويترتب على اعتبار الإقرار عملا قانونيا أنه ملزم بذاته وليس بحاجة إلى قضاء القاضي[2].
- كما انه لا ينشئ حقا جديدا وإنما هو إخبار بحدوث واقعة معينة في وقت مضى أو ثبوت حق معين قبل تاريخه ولأن إنشاء الحق غير الاعتراف به فقد يشترط القانون شكلا معينا لتصرف قانوني ما كالكتابة مثلا فهذه تكون دليل إثبات لا إقرار، إما ما يكتبه المدين أو ما يصرح به على نفسه بالحق ذاته فهو إخبار بوجوده بعد إنشائه[3].
- ولما كان الإقرار يتساوى فيه احتمال الصدق واحتمال الكذب، ولكن بمجرد صدوره يصبح احتمال صدقه أقوى من احتمال كذبه، فيعتبر الإقرار بذلك قرينة قانونية على حقيقة المقر به وهذه القرينة غير قاطعة إذ يجوز لمن تكون له مصلحة في هدمها أن يثبت كذب الإقرار، ولأن الإقرار عمل قانوني إخباري فهو مقرر لوجود الحق المقر به وليس منشأ له[4].
- الاقرار يقع بإرادة المقر المنفردة وينتج أثره دون حاجة بقبول المقر لها لان الوقف القائم تصرف بإرادة الواقف ، وبمجرد صدوره يلتزم المقر به ولا يستطيع الرجوع فيه حتى لو لم يقبله المقر له،

1 يحي بكوش، المرجع السابق، ص 263-264.

2 محمد صبري السعدي، مرجع سابق،ص 216

3 عبد الرزاق أحمد السنهوري،الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص 471.

4 يحي بكوش، المرجع السابق،ص 265.

ويستوي في ذلك أن يكون الإقرار قد صدر من المقر أثناء استجوابه أو من تلقاء نفسه كما يستوي أن يكون الإقرار شفويا أو مكتوبا ويحسن في حالة الإقرار الشفوي أن يطلب المقر له تدوين هذا الإقرار إذا أراد أن يتمسك به حتى لا يكون محل نزاع في المستقبل، وإذا ورد في الإقرار ما يضر بمصلحة المقر له فانه يستطيع أن يتجاهل الإقرار ويثبت دعواه من طريق آخر كما يستطيع إقامة الدليل على عدم صحة الجزء الذي جاء في الإقرار ضارا به.[1]

الفرع الثاني: شروط الإقرار المثتب للملك الوقفي

عرفت المادة 341 القانون المدني الجزائري الإقرار القضائي بانه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة " ومن هذا يتبين أنه يجب أن يتوفر في الإقرار القضائي، وهو الإقرار المقصود في الإثبات ، شروط وهي:

أولا: صدور الاقرار من الخصم

لكي يكون الإقرار قضائيا فيجب صدوره من الخصم في الدعوى، وهذا واضح من نص المادة 341 القانون المدني الجزائري، وهذا شرط بديهي لأن الخصم في الدعوى هو الذي يملك الاعتراف بالوقف، ويستوي صدور الإقرار من الخصم شخصيا، أو من نائب عنه يكون له حق الإقرار، ويجب أن تتوافر في المقر به وأن يكون رضاه خاليا من العيوب ، فلا يرتب الإقرار أثره إذا صدر من عديم الأهلية أو ناقصها ، وإذا صدر من النائب القانوني فيجب أن يكون بإذن من المحكمة في الحدود التي يجوز إعطاء هذا الإذن فيها، ولا يجوز للوكيل أن يقر عن موكله إلا إذا كان مفوضا في ذلك بموجب عقد الوكالة والمحامي لا يملك الإقرار على موكله إلا بمقتضى توكيل خاص.[2]

1 محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 218.

2 صبري السعدي، المرجع نفسه، ص221-222.

ثانيا:صدور الإقرار أمام القضاء

و هذا الركن يميز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي، فالإقرار الذي لا يصدر أمام القضاء لا يعد إقرارا قضائيا، فلا يقتصر ذلك على القضاء المدني وحده ويعتد بالإقرار الصادر أمام القضاء التجاري والإداري وقضاء الأحوال الشخصية وكذلك يعتد بالإقرار الصادر في دعوى مسؤولية مدنية مرفوعة أمام القضاء الجزائي،كذلك أمام القاضي المنتدب للتحقيق أو الاستجواب أما الإقرار أمام النيابة والتحقيق والخبراء فلا يعتبر إقرارا قضائيا لأن هذه الجهات ليست جهات قضاء والاعتراف في خطاب أرسل إلى الخصم ولو أثناء سير الدعوى بل يجب أن يكون في مجلس القضاء سواء كان شفهيا أو تحريريا في مذكرة تقدم للمحكمة.[1]

ثالثا:صدور الإقرار أثناء سير الدعوى

و مقتضى هذا الركن أن الإقرار يصدر في خلال إجراءات الدعوى التي يكون فيها الإقرار دليل الإثبات الملك الوقفي، فيصح أن يكون في عريضة الدعوى ذاتها أو في المذكرات التي يرد بها على الدعوى أو طلبات معلنة للخصم أو أثناء المرافعة أو خلال استجواب تجريه المحكمة أما الإقرار الذي يصدر في دعوى أخرى سابقة ولو بين الخصمين والإقرار الوارد في عريضة الدعوى غير دعوى النزاع والأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المنتدب في دعوى غير الدعوى المنظورة فلا يعتد به إلا باعتباره إقرارا غير قضائي.[2]

المطلب الثاني: حجية الاقرار في إثبات الملك الوقفي

يتبين من نص المادة 342 من القانون المدني الجزائري ان الإقرار حجة قاطعة على المقر، فهو يعتبر حجة كاملة في اثبات الشيء و لا يحتاج الى ما يؤيده و يدعمه في اظهار الحق، و لذا سوف نتطرق في هذا المطلب الى حجية الاقرار القضائي في (الفرع الاول)و في(الفرع الثاني) حجية الاقرار غير القضائي.

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثاني ،المرجع السابق،ص 492-493.

2 صبري السعدي، المرجع السابق، ص222-223.

الفرع الأول: حجية الإقرار القضائي في إثبات الملك الوقفي

الإقرار القضائي لاثبات الوقف حجة قاطعة على المقر ولا يجوز إثبات عكسها، ولا يمكن لمن أصدره الرجوع عنه ولا يجوز تجزئته وقد نص المشرع الجزائري على حكمين فقط في المادة 342 من القانون المدني الجزائري فذكر أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، كما نص على حكم عدم التجزئة، ولدراسة حجية الإقرار القضائيفي اثبات الوقف نتناول أحكامه الثلاثة الآتية: [1]

اولا: الإقرار القضائي حجة قاطعة على المقر

الاقرار بالوقف حجة قاطعة على المقربه، و هو ما نصت عليه المادة 342 القانون المدني الجزائري. بقولها:"الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".و معنى ذلك ان الوقف الذي اقر به الخصم اصبح في غير حاجة الى الاثبات، و ياخذ به القاضي وقف ثابت بالنسبة للخصم الذي اقر به، و الاقرار لا يكون حجة للمقر لان الشخص لا يصطنع الدليل لنفسه، و لا يكون الا حجة عليه.[2]

و الحجة هنا قاطعة لانعقاد الوقف، ولا يجوز اثبات عكسها، ولكن لا يمنع ان يطعن المقر في اقراره بانه صوري تواطا عليه مع خصمه ، او انه صدر وقع نتيجة غلط او تدليس او اكراه، او انه صدر منه الإقرار الوقف وهو ناقص الاهليه، فاذا اثبت ذلك بالطرق الجائزة قانونا بطل الاقرار .[3]

ثانيا: عدم جواز العدول عن الإقرار بالوقف

القاعدة أن الإقرار بالوقف لا يقبل الرجوع عنه، بعدما صدر من المقر، وهل هذه القاعدة هي مقيدة بظرف الزمن بحيث يعتد بالإقرار من اليوم الذي صدر فيه، و لا يجوز أصلا الرجوع عنه، أو لا يمكن للمقر الرجوع عن إقراره إذا تمت موافقة الخصم بالأخذ به ؟

---

1 صبري السعدي ، نفس المرجع،ص 224

2 عبد الرزاق احمد السنهوري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 499.

3 صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 224-225 .

فالمسألة كانت محل اختلاف في الاجتهاد القضائي ويجوز الرجوع عن الإقرار في حالة الخطأ المادي.[1]

ثالثا: عدم جواز تجزئة الإقرار بالوقف

نصت الفقرة الثانية من المادة 342 من القانون المدني االجزائري على هذه القاعدة حيث نصت :"و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".

فمقتضى هذه القاعدة لا تجوز تجزئة الإقرار، فالمقر له إما أن يأخذ بالإقرار كله أو يتركه كله، و لكن لا يستطيع أن يأخذ من الإقرار ما يفيده ويترك منه ما يضره و لكن هذه القاعدة لا تنطبق على كل صور الإقرار فالمهم ألا تحول دون إفادة المقر له في الدعوى بالإقرار فيستطيع الإفادة من الإقرار بوصف آخر لا يتقيد بعدم التجزئة.

الفرع الثاني : حجية الإقرار غير القضائي في اثبات الوقف

ان الإقرار غير القضائي يصدر خارج القضاء أو أمامه في غير إجراءات الدعوى التي رفعت بالواقعة المقر بها ، و هو موكول إلى السلطة التقديرية للقاضي وتترتب عليه آثار:

اولا: السلطة التقديرية للقاضي في الإقرار غير القضائي

من المعلوم أن المادة 341 القانون المدني الجزائري نصت فقط على الإقرار القضائي وأكدت المادة 342 من نفس القانون على أن له حجة قاطعة على المقر وبالتالي فإن القانون المدني لم يتحدث عن الإقرار غير القضائي وفي غياب نص يتكلم عن الإقرار غير القضائي ومدى حجيته فيكون للقاضي حرية التصرف في التعامل معه حسب إقتناعه الشخصي دون أن يخضع لرقابة المحكمة العليا.[2]

1 يحي بكوش، المرجع السابق، ص 279.

2 محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 220-221

ثانيا: الآثار التي تنجر عن السلطة التقديرية للقاضي

باعتبار الاقرار غير القضائي ليس حجة قاطعة على المقر، و هو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و بالتالي نكون امام صورتين:

1- الإقرار غير القضائي هو قابل للتجزئة على أن القاضي يركز إقتناعه على التصريح الأصلي دون الإعتماد على التصريح الإضافي مثاله كأن يعترف شخص في رسالة بأنه مدين و في تصريح آخر له يضيف أنه سدد ما عليه، ففي هذه الحالة لا يجوز أن يتمسك بمبدأ عدم التجزئة وعلى القاضي أن يأخذ بالإعتراف الوارد في الرسالة فقط

2- يجوز للقاضي أن يأخذ بعين الإعتبار الرجوع عن الإقرار غير القضائي فيما هو متفق عليه فقها وقضاء.[1]

المبحث الثاني: إثبات الوقف عن طريق شهادة الشهود

الوقف باعتباره حبس عين للمنفعة العامة أو الخاصة، فنحن أمام تصرف فعل نافع فيمكن إثباتها بأي طريقة من طرق الإثبات أي بطريق الإثبات غير الكاملة أو ذات القوة المحدودة وهي البينة، و ما يهمنا في إثبات الملك الوقفي الذي يمكن إثباته بطرق الإثبات الكاملة، و لذا سوف نتطرق في (المطلب الأول) الى شهادة الشهود المثبتة للملك الوقفي و في (المطلب الثاني) الى الشهادة الرسمية المثبتة للملك الوقفي.

المطلب الاول: مفهوم شهادة الشهود المثبتة للملك الوقفي

للبينة معنيان معنى عام و هو الدليل ايا كان او قرائن فاذا قلنا البينة على من ادعى و اليمين على من انكر فنقصد هنا البينة بمعناها العام. [2]

1 محمد حسين منصور، المرجع نفسه ،ص 220-221.

2 محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 128.

والبينة في تحمل معنيان :معنى عام وهو الدليل سواء كان كتابة أو شهادة وقرائن ومعنى خاص :هو شهادة الشهود و لذا سوف نتطرق الى مفهوم شهادة الشهود المثبتة للوقف في (الفرع الأول) و الى شروط شهادة الشّهود المثبتة للوقف (الفرع الثاني)

الفرع الاول : تعريف شهادة الشّهود المثبتة للوقف

لقد وردت عدة تعريفات في شان شهادة الشهود، اذ عرفها البعض بانها تقرير المرء لما يعلمه شخصيا اما انه راه او سمعه[1]، و ذهب البعض الي تعريفها على انها اخبار امام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقا لشخص اخر، و يجب ان يكون الادراك بالواقعة ادراكا مباشر و شخصيا.[2]

شهادة الشهود يقصد بها اخبار الانسان في مجلس القضاء بصدور الوقف من غيره يترتب عليها حق لغيره، و يجب ان يكون الشاهد قد ادرك شخصيا بحواسه واقعة الوقف التي يشهد بها بحيث يكون قد راها او سمعها بنفسه، وقد كانت لشهادة الشهود في الأزمنة القديمة أهمية كبيرة في نظرية الاثبات و لكنها قد صارت الان بعد انتشار التعليم و تعقد العلاقات الاجتماعية بين الناس طريقا للاثبات ذات اهمية محدودة و احتلت الكتابة المقام الاول بين الادلة.

اما الشهادة عند القانونيين بمعناها الخاص هي أن يشهد الشاهد بما رآه بعينه أو سمعه بأذنه، وهذا هو الأصل ولكن قد تكون الشهادة غير مباشرة وهي ما يعرف بالشهادة السماعية وفيها يشهد الشاهد بما سمعه رواية عن غيره وهي جائزة في الإثبات حيث تجوز الشهادة الأصلية .هذا وقد نظم المشرع الجزائري في إطار إثبات الأملاك الوقفية مرسوم تنفيذي يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط و كيفيات إصدارها وتسليمها' فالإشهاد الذي جاء به النص القانوني ينصب في الأساس على شهادة الشهود وكيفية تقديم شهادتهم.

1 جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية، الجزء الاول، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1931، ص 124.

2 جمال الشرقاوي، الاثباب في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، القاهرة، 1982، ص 120.

الفرع الثاني: شروط شهادة الشّهود المثبتة للوقف

يجب على القاضي قبل الاستماع الى الشاهد ان يتاكد من توفر عدة شروط في شهادته، منها ما هو خاص بالشاهد كتمتعه بالأهلية اللازمة ، (أولا) ما هو خاص بالشهادة ذاتها ، (ثانيا)وجوب تادية اليمين امام القاضي.

اولا: الشروط الخاصة بالشاهد

ان غالبية التشريعات وضعت شروطا مسبقة يجب ان تتوفر لدى الشاهد من اجل ان يتم الاعتماد على شهادته و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- شرط الاهلية:

2- يجب ان تكون لدى الشاهد قدرة على تذكر التصرف بالوقف التي يشهد ، والا يكون ذا عاهة و الا يكون فاقدا للتميز، و حسب نصي المادتين 40 و 42 من القانون المدني الجزائري التي تحددنا سن الرشد 19 سنة و سن التمييز 13 سنة فانه:

- لا يجوز سماع القصر الذين لم يبلغو سن التمييز على الاطلاق.
- تسمع شهادة القصر الذين لم يبلغو سن الرشد على سبيل الاستدلال

اما عدى ذلك فيعتد بالشهادة كاملة مالم يكن الشخص ناقص الاهلية او من احد اقارب المشهود لهم".[1]

3- شرط عدم القرابة

لم يترك المشرع الجزائري ادنى شك في هذا الموضوع، اذ تنص المادة 153 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على انه: " لا يجوز سماع أي شخص كشاهد اذا كانت له قرابة و مصاهرة مباشرة مع احد الخصوم و لا يجوز سماع شهادة زوج احد الخصوم في القضية التي تعني زوجه و لو كان مطلقا.

لا يجوز ايضا قبول شهادة الاخوة و الاخوات و ابناء العمومة لا حد الخصوم.

1 براهيمي صالح، الاثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة2012، ص44

غير ان الاشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الفروع يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحلة الاشخاص و الطلاق..."

يجوز سماع القصر الذين بلغو سن التمييز على سبيل الاستدلال.

تقبل شهادة باقي الاشخاص ، ما عدا ناقصي الاهلية".

4- شرط عدم المنع من اداء الشهادة

تنص المادة 9 من قانون العقوبات التكميلية، على الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية و الحجر القانوني، و تضيف المادة 9 مكرر بانه في حالة الحكم على الجاني بعقوبة جنائية، فانها تامر وجوبا بالحجر القانوني ضده.[1]

و تبين المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات المقصود من الحرمان من الحقوق الوطنية و المدنية، هو انه لا يمكن ان يكون شاهدا على أي عقد او امام القضاء الا على سبيل الاستدلال.

ثانيا: الشروط الخاصة بالشهادة

يضاف الى الشروط الواجب توافرها لدى الشاهد شروطا اخرى، تتمثل في وجوب اداء الشهادة امام القضاء وحضور الخصوم ووجوب حلف اليمين من طرف الشاهد عند الادلاء بشهادته.

يجب ان تصدر الشهادة امام القاضي[2]، اما الشهادة التي يمكن ان تؤدى خارج القضاء، فلا يعتد بها ولو كان المجلس مجلس تحكيم[3] بل ولو كان ذلك امام موظف عام مهما علت درجته طالما ليست له ولاية قضاء.[1]

1 براهيمي صالح، المرجع نفسه، ص 46.
2 عبد العزيز بديوي، القضاء في الاسلام و حماية الحقوق، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1980، ص59.
3 محمد عطية راغب، النظرية العامة للاثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن، القاهرة، مطبعة المعرفة، سنة 1960،62.

وقد وردت استثناء في نص المادة 155من قانون الاجراءات المدنية و الادارية على القاعدة المذكورة يتمثل في تعذر الشاهد عن الحضور امام القضاء، لسبب جدي كالمرض، يجوز للقاضي في حالة ما اذا كانت شهادته تلعب دورا اساسيا للفصل في النزاع، ان ينتقل اليه بنفسه او ينيب نائبا عنه يقوم بتحصيل الشهادة منه[2] ، واما اذا كان الشاهد مقيما خارج دائرة اختصاص الجهة القضائية ، جاز للقاضي اصدار انابة قضائية لتلقي شهادته.

المطلب الثاني: دور الشهادة الرسمية في اثبات الملك الوقفي

بالنسبة للأملاك الوقفية التي ليست لها عقود، فإن تسوية وضعية وثائقها يتم بتحرير عقد وقف يسجل ويشهر بالمحافظة العقارية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 2000-336، الذي احداث وثيقة الإشهاد المكتوب، وذلك بغية إثبات الملك الوقفي، علما أن هذا المرسوم ينصّ على أنه في حالة وجود ملك وقفي دون عقد وقف فإن تسويته تقتضي شهادة 4 أشخاص عدول والمصادقة على هذه الشهادة بمصالح البلدية، وبالتالي يصبح بإمكان مدير الشؤون الدينية، أن يحرّر شهادة رسمية تقوم مقام العقد تسمى "شهادة رسمية لإثبات الملك الوقفي"، تسجل وتشهر على مستوى المحافظة العقارية و لذا سوف نتطرق لكل من مفهوم الشهادة الرسمية في (الفرع الأول) و السجل الخاص بالملك الوقفي في (الفرع الثاني) و السجل الخاص بالملك الوقفي (الفرع الثالث)

الفرع الاول: مفهوم الشهادة الرسمية لاثبات الملك الوقفي

تطبيقا لأحكام المادة 08 من القانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف، صدر المرسوم رقم 336/2000 في 2000/10/26 المتضمن إحداث وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروطه وكيفيات إصدارها وتسليمها، فقد اضفى المشرع الرسمية على شهادة الشهود، لذا سوف نتطرق الى في

1سليمان مرقس،اصول الاثبات و اجرءاته في المواد المدنية في القانون المصري، مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية-الادلة المقيدة-الجزء الثاني، الطبعة الرابعة مزودة باحكام النقض حتى نهاية عام 1985 و ملحق به اضافات للجزء الاول، دار الجيل للطباعة ، مصر، سنة 1986، ص05. .

2 عبد الفتاح محمد ابو العينين، القضاء و الاثبات في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، مطبعة الامانة، مصر ، سنة 1983، ص 128

(اولا)الى شكل و محتوى وثيقة الاشهاد المكتوب و (ثانيا) الى الاسس القانونية لاعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي و ثالثا (السجل الخاص بالملك الوقفي)

اولا: شكل و محتوى و ثيقة الإشهاد الرسمي

استنادا الى نص المادة 2 من القرار المؤرخ في 2 ربيع الاول عام 1422 المووافق ل 26 مايو سنة 2001 الذي يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي [1] فان شكل هذه الوثيقة يحدد وقف نموذج ملحق بهدا القرار.

و طبقا للمادة05من المرسومم التنفيذي 336 -2000 تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد إذا اجتمعت أكثر من ثلاث وثائق إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي. هذه الشهادة هي وثيقة تتوج بها شهادات الشهود، تصد ر في شكل رسمي وتخضع للإشهار و حسب نص المادة 4 من القرار سالف الذكر فان وثيقة الاشهاد المكتوب تتضمن وجوبا :

- المعلومات الخاصة بالشهود مع توقيعاتهم؛
- التصديق من قبل المصلحة المختصة بالبلدية او أي سلطة اخرى مؤهلة قانونا؛
- رقم تسجيلها في السجل الخاص بمدرية الشؤون الدينية و الاوقاف المختصة اقليما.

ثانيا: الأسس القانونية لاعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي

حسب نص المادة 8 من قانون الاوقاف لا سيما البند الخامس منها، فان شهادة الشهود تعد وسيلة اعتراف بطبيعة الملك الوقفي العام، و لتمكين التكريس القانوني لعقار كملك وقفي، على اساس شهادة الشهود، لا سيما في اطار احترام قواعد الاشهار العقاري، وكذا احكام المادة 6 من المرسوم 2000-336 المذكور سابقا التي تنص على انه : " يخضع الملك الوقفي محل وثيقة الاشهاد الى التسجيل و الاشهار

1 المذكرة رقم 188 المؤرخة في 11 جوان 2002 موجهة الي الولاه و الي مديري الشؤون الدينية و الأوقاف بالولاية تخص احداث و ثيقة السجل الخاص بالملك الوقفي و وثيقة الاشهاد المكتوب و الشهادة الرسمية.

العقاري طبقا للقوانين و التنظيمات المعمول بها" ، اما فيما يخص الشخص المؤهل لإعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي ، فانه و حسب نص المادة 26 مكرر11 من القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 ماي المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 نصت أن" للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 08 أعلاه ..." وهكذا فإن مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية، المعين لهذا المنصب عن طريق مرسوم، مؤهل لإعداد الوثائق المعنية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي .فمدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية محرر للعقود فيما يخص الأملاك الوقفية،اخذا بعين الاعتبار مفهوم العقد الرسمي، كما هو معرف في المادة 324 من القانون المدني، فإن المادة 26 مكرر 11 من قانون الوقف 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، 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].

ثالثا: اشهار الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي

حسب المرسوم التنفيذي 2000-336 فان الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي تخضع للشهر بالمحافظة العقارية، نظرا لكونها عقدا تصريحيا متعلق بحق عيني عقاري.

فبعد اعداد الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، حسب النموذج المحدد بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 2 ربيع الاول عام 1422 السالف الذكر، فانها تفرغ كلية على الاستمارة المحددة تنظيما للاشهار العقاري، والتي ستودع بالمحافظة العقارية المختصة اقليميا، بمبادرة من مديرية الشؤون الدينية و الاوقاف للولاية، قصد الاشهار، و هذا يعد استيفاء اجراءات الستجيل، يسلم المحافظ العقاري الى مدير الشؤون للولاية- ا والى العون الذي يعينه هدا الاخير- النسخة المرفقة مع هذا الايداع، بعد تحميلها صيغة تنفيذ الاشهار العقاري.[2]

1 انظر الملحق رقم02.

2 المذكرة رقم 188، المرجع السابق.

يتم التاشير على السجل العقاري على السجل العقاري حسب التمييز المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل و المتمم المتعلق بتاسيس السجل العقاري.

عندما يتعلق الامر بعقار حضري ، بمفهوم هذا النص ، تفتح بطاقة عينية و ترتب ، بعد التاشير عليها، بالنظر الى الموقع الجغرافي المحدد بعناصر تعيين العقار الموقوف. تفتح بطاقة ابجدية لحساب الوقف العام و ترتب حسب الترتيب الابجدي. و عليه يتم اعداد دفتر عقاري، و يسلم لمدير الشؤون و الاوقاف للولاية، و في ان واحد مع النسخة المرفقة.

اما اذا كان العقار الموقوف ريفيا، يتم الاشهار طبقا لما نصت عليه المادتان 113، 114 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتاسيس السجل العقاري ، و بما ان التاشير يتم على السجل العقاري الممسوك في الشكل الشخصي، فانه في هذه الحالة، لا يتم اعدا الدفتر العقاري.[1]

الفرع الثاني: وثيقة الاشهاد المكتوب

تقيد وثيقة الاشهاد المكتوب لاثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بالملك الوقفي، لذا يجب[2]:

- توفير وثيقة الاشهاد المكتوب لاثبات الملك الوقفي بالعدد الكافي وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم 336/2000
- تسليم وثيقة الاشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي الى كل شخص يريد الادلاء بشهادته حول ملك عقاري وقفي.
- يجب ان توقع وثيقة الاشهاد من قبل الشاهد ، و يصادق عليها من طرف المصلحة المختصة بالبلدية او أي سلطة اخرى مؤهلة قانونا، و هذا قبل ايداعها لدى مديرية الشؤون الدينية و الاوقاف المختصة اقليميا لتسجيلها.
- تسجيل وثائق الاشهاد المكتوب بالسجل الخاص بالملك الوقفي على ضوء المعلومات الخاصة بالسجل.

1 المرسوم 76-63، المؤرخ في 25 مارس ، 1976 المتعلق بتاسيس السجل العقاري، الجريدة الرسميو رقم 30.
2انظر الملحق03

الفرع الثالث: السجل الخاص بالملك الوقفي

بعد جمع اكثر من ثلاث وثائق من الاشهاد المكتوب يتم اعداد شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي تسجل في سجل خاص بالملك الوقفي، و هنا سوف نتطرق (أولا)الى مفهوم السجل الخاص بالملك الوقفي، و(ثانيا) شروط و اجراءات اعداده.

اولا: مفهوم السجل الخاص بالملك الوقفي

تطبيقا لأحكام المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم2000 /336، و بالرجوع لنص القانون المحدد لمحتوى السجل الخاص بالملك لم نقف على تعريف لهذا السجل وطبيعته وبحكم أن القانون لم يحدد طبيعة هذا السجل يتعين عليها الرجوع إلى القواعد العامة وعلى ضوئها يمكن لنا أن نعرف السجل الخاص بأنه دفتر رسمي خاص بالملك الوقفي تمسكه الجهة الرسمية المكلفة بإدارة الأملاك الوقفية لتدوين ما أوجب القانون لهم تسجيله من بيانات يتعلق بهوية الوقف ونوعه أهو عقار أم منقول وبتوضيح أعم بأنه نظام الغرض منه جمع المعلومات الخاصة بالأملاك الوقفية حتى نتمكن من شهر ما تعلق به. ، وهذا النظام يقضي بإمساك هذا السجل الذي تقيد فيه الأمـــــــلاك الوقفية وتدون فيه البيانات الواجب بيانها.

ثانيا: شروط و اجراءات اعداده

ان الغاية من هذا السجل هوان تسجل فيه و ثائق الاشهاد المكتوب[1] لاثبات الملك الوقفي: [2]

- يرقم السجل و يؤشر عليه من السلطات المؤهلة قانونا
- يتم القيد في هدا السجل بعد جمع اكثر من ثلاث اشهادات مكتوبة لاثبات ملك وقفي معين، و لا يتم تسجيل الا اربع منها.
- تكون الكتابة بالسجل بكيفية واضحة، و مقروءة، و يمنع التحشير و الكشط و في الخطا يمكن تشطيبه و يكتب امامه التصحيح.
- يعطى رقم ترتيبي لكل وثيقة اشهاد مكتوب حسب تسلسلها في السجل.

1 انظر الملحق رقم 03.

2 انظر الملحق رقم 01.

- يسطر خط بالحبر بعد الانتهاء من تسجيل اربع وثائق اشهاد مكتوب لاثبات ملك وقفي معين.

يخضع هذا السجل الى الترتيبات الموضحة فيما يلي:

الرقم: يقصد به الرقم الترتيبي الذي يعطي لكل وثيقة اشهاد مكتوب لاثبات الملك الوقفي وهو ترتيب غير منقطع.

التاريخ: وهو يوم تسجيل وثيقة الاشهاد في السجل وهو نفس التاريخ الذي تحمله وثائق الاشهاد اربعة

اسماء الشهود: تذكر الهوية الكاملة(اللقب، الاسم، اسم الاب، تاريخ ومكان الولادة، العنوان)

نوع الملك الوقفي: يحدد في هذه الخانة طبيعة الملك الوقفي تتمثل سواء في ارض فلاحية، ارض صالحة للبناء، مسكن او محل تجاري...الخ

الموقع: يذكر هنا عنوان الملك الوقفي مع ابراز البلدية و الدائرة و حدوده أي يحده من الشمال و الجنوب، من الشرق ومن الغرب.

المساحة الاجمالية: يقصد بها مساحة الملك الوقفي بما فيها المبنية و غير المبنية

المساحة المبنية: ان كان جزء من الملك الوقفي مبنيا تذكر مساحته

المساحة غير المبنية: ان كان جزء من الملك الوقفي غير مبني تذكر مساحته

تقرير الخبير العقاري: بعد جمع وثائق الإشهاد المكتوب المطلوبة، يطلب مدير الشؤون الدينية و الاوقاف، من مكتب الخبرة العقارية المعتمد لدى الوزارة في إطار عملية حصر ممتلكات الاوقاف أن يعد له تقريرا.

و يتم الاستناد عليه في تعيين الملك الوقفي.

و على هدا الاساس، يذكر رقم و تاريخ تقرير الخبير في السجل.

- **توقيع المدير:** يوقع مدير الشؤون الدينية و الاوقاف المختص اقليميا على السجل، بعد ان تستكمل كل البيانات الخاصة بملك وقفي معين.

- **الملاحظات:** يشار في هذه الخانة الى رقم ملف الملك الوقفي محل وثائق الاشهاد، و يشار كذلك الى أي معلومات توضحية او ضرورية .

خـــــاتـمـة

لقد أولى القانون الجزائري أهمية بالغة لمسألة إثبات الأملاك الوقفية وجردها وحمايتها وصيانتها وحفظها من الضياع والإهمال والاستيلاء عليها كونها أملاك ابدية ، وتتمتّع بالحصانة والحماية الشرعية والقانونية فالأنظمة والتشريعات والأيديولوجيات ...، و مهما كانت، لا يمكن أن تلغيها أو تزيلها من الواقع، وهذا ما أثبته التاريخ والتشريع، والتجارب التي مرّت عليها الجزائر منذ قرون، حتّى الملوك والأمراء في العهود الغابرة كانوا يوقفون أملاكهم خشية أن يستولي عليها الحكام الذين يأتون من بعدهم، فهناك أوقاف في الجزائر عمرها أكثر من عشرة قرون، و الوقف له صفة التعبّد، مقرون بالإسلام وهي المبررات الرئيسة والأهداف الأساسية التي ساهمت في إعطاء رؤية لصياغة تقنين الأوقاف، فقد جاء بقواعد متنوعة لحماية الأوقاف، بين آليات ووسائل اثباتها فكانت السندات الرسمية التي يحررها الموظفون العامون في حدود سلطتهم و اختصاصهم مع مراعاة الأوضاع القانونية عند تحريرها اهم وسيلة اثبات الى غاية صدور قانون التوثيق حيث اخذ بالسندات العرفية التي حررها أصحابها لغرض تصرف الوقف و تحمل توقيعهم و أعطاها نفس حجية الورقة الرسمية، و نظرا للتطور التكنولوجي فهو لم يغفل عن السندات الالكترونية و اعتبرها سندا يؤخذ بها لاثبات الملك الوقفي، كما انه و في قانون الأوقاف جاء نص صريح للاخذ بشاهدة الشهود و اعطى لها صبغة السندات الرسمية من خلال المرسوم 336/2000 و جعل وثيقة الاشهاد المكتوب تملا على ضوء شهادتهم فيتم احداث وثيقة للاشهاد المكتوب التي على أساس أربعة منها يصدر السجل الخاص بالملك الوقفي الذي يعيتر سند اثبات.

ومن خلال هذا البحث نخلص إلى النتائج التالية:

-إن مقاصد الوقف لا يمكن أن تتحقق إلا في ظل حماية قانونية حقيقية، وقد خطا المشرع الجزائري خطوة هامة لتحقيق ذلك من خلال نصوص قانون 10/91المتعلق بالأوقاف، خاصة تلك المتعلقة بمسألة الإثبات التي ترتبط بدورها بشكل أساسي بنشأة الوقف وحياته.

-يتجلى من تأكيد المشرع الجزائري على اشتراط الرسمية في العقود المنشأة للتصرفات الوقفية نية المشرع في تكريس حماية فعالة للأملاك الوقفية من الضياع ،مقارنة مع الثروة الهائلة من الأملاك الوقفية الضائعة على طول عقود من الزمن في ظل غياب عقود رسمية لإثباتها والتمكين من استرجاعها.

-إذا كان يفهم اشتراط المشرع الجزائري للرسمية والشهر للعقود المنشأة للتصرفات الوقفية خاصة تلك الواردة على عقارات تماشيا مع السياسة التشريعية للملكية العقارية، فإن هذا الاشتراط يفهم من جهة أخرى

أنه تأكيد لقناعة المشرع بأن أفضل وسيلة لحماية الأملاك الوقفية من الضياع وتحقيق مقاصد الوقف تتجسد في اشتراط الشكلية في التصرفات الوقفية، حيث تكون هذه الشكلية مطلوبة للانعقاد لا للإثبات فقط، ويتأكد ذلك بإضفاء المشرع الجزائري للطابع الرسمي على شهادة الشهود، وتحويلها إلى شهادة رسمية تخضع وجوبا للتسجيل والإشهار.

-إن فتح باب إثبات الوقف العام بكافة وسائل الإثبات، لا يكون إلا في إطار حماية الأوقاف العامة التي تعرضت للضياع والاستيلاء، بهدف التمكين من استرجاعها رغم اهتمام المشرع الجزائري بوضع الأحكام المناسبة لحماية الثروة الوقفية.

فالمشرع الجزائري اعطى أهمية بالغة لمسألة إثبات الأملاك لحفظها من الضياع والإهمال والاستيلاء عليها، وهي المبرر الرئيسي والهدف الأساسي الذي ساهم في إعطاء رؤية لصياغة تقنين الأوقاف، فقد جاء بقواعد متنوعة لحماية الأملاك الوقفية، بين آليات الإثبات ووسائلها وبين إجراءات التوثيق،و هذا لتوفير ما يسمى بالحصانة الوقفية، الا أنّ بعض الأحكام قد تميّزت بالغموض وعدم الانسجام أحيانا،، مثال ذلك:

-عدم وجود نصوص تخدم فكرة الوقف بصفة خاصة في القانون المدني والقانون التجاري وقانون العقوبات،، والذي يبقى الوقف مصطلحا مبهما في قاموسها.

-استخراج الشهادة الرسمية للملك الوقفي من مديريات الأوقاف بعد شهادة الشهود، ما طبيعتها القانونية وما مدى حجيتها أمام الغير؟،،

هل هي شهادة قضائية أم عقد تصريحي مع عدم توفر شروط العقود التصريحية فيها؟.

-هل يحق لأوقاف القطاع الخاص استخراج الشهادة الرسمية للملك الوقفي من قبل مديرية الشؤون الدينية والأوقاف، أم هي وثيقة خاصة بأوقاف القطاع العام.

-ما مدى حجّية العقود الوقفية غير المبرمة في الشكل الرسمي،، وهل مسألة الشكلية في عقد الوقف ركن أم شرط صحة.

الملاحق

الملحق رقم 01:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف

الوزيـــــــر

الجزائر في : 11 جوان 2002

مذكرة رقم 188

إلى الســـــادة الولاة

إلى السادة / مديري

الشؤون الدينية والأوقاف بالولايات - للتنفيذ -

الموضوع : السجل الخاص بالملك الوقفي - وثيقة الإشهاد المكتوب - الشهادة الرسمية

المراجـــع : - المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.
- القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.
- القرار الوزاري المؤرخ في 6 يونيو 2001، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي.

I - بالنسبة للسجل الخاص بالملك الوقفي :

في إطار عملية البحث وحصر الأملاك الوقفية، يشرفني أن أضع بين أيديكم نسختين من السجل الخاص بالملك الوقفي.

إن الغاية من هذا السجل هو أن تسجل فيه وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي .

- يرقم السجل ويؤشر عليه من طرف مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا ويمسك من قبله .
- يتم القيد في هذا السجل بعد جمع أكثر من ثلاث (03) إشهادات مكتوبة لإثبات ملك وقفي معين، ولا يتم تسجيل إلا أربعة (04) منها.
- تكون الكتابة بالسجل بكيفية واضحة ومقروءة، ويمنع التجشير والكشط و في حالة الخطأ يتم تشطيبه ويكتب أمامه الصحيح.

- يعطى رقم ترتيبـــي لكل وثيقة إشهاد مكتوب حسب تسجيلها في السجل.
- يسطر خط بالحبر بعد الانتهاء من تسجيل أربع (04) وثائق إشهاد مكتوب متعلقة بملك وقفي معين.

ويخضع هذا السجل إلى الترتيبات الموضحة فيما يلي :

- **الرقم** : ويقصد به الرقم الترتيبـــي الذي يعطى لكل وثيقة إشهاد مكتوب لإثبات الملك الوقفي وهو ترتيب غير منقطع.

- **التاريخ** : هو يوم تسجيل وثيقة الإشهاد في السجل وهو نفس التاريخ الذي تحمله وثائق الإشهاد الأربعة.

- **أسماء الشهود** : تذكر الهوية الكاملة (اللقب – الاسم – اسم الأب – تاريخ ومكان الولادة – العنوان).

- **نوع الملك الوقفي** :يحدد في هذه الخانة طبيعة الملك الوقفي وهي تتمثل سواء في : أرض فلاحية، أرض صالحة للبناء، مسكن أو محل تجاري الخ... .

- **الموقع** : يذكر هنا عنوان الملك الوقفي مع إبراز البلدية والدائرة وحدوده أي ما يحده من الشمال، من الجنوب، من الشرق ومن الغرب.

- **المساحة الإجمالية** : يقصد بها مساحة الملك الوقفي بما فيها المبنية وغير المبنية.

المساحة المبنيـــة : إن كان جزء من الملك الوقفي مبنيا، تذكر مساحته.

المساحة غير المبنية : إن كان جزء من الملك الوقفي غير مبني، تذكر مساحته.

- **تقرير الخبير العقاري** : بعد جمع وثائق الإشهاد المكتوب المطلوبة، يطلب مدير الشؤون الدينية والأوقاف من مكتب الخبرة العقارية المعتمد لدى الوزارة في إطار عملية حصر ممتلكات الأوقاف أن يعد له تقريرا.
ويتم الاستناد عليه في تعيين الملك الوقفي.
وعلى هذا الأساس،يذكر رقم وتاريخ تقرير الخبير في السجل.

- **توقيع المدير** : يوقع مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص اقليميا على السجل، بعد أن تستكمل كل البيانات الخاصة بملك وقفي معين.

- **الملاحظات** : يشار في هذه الخانة إلى رقم ملف الملك الوقفي محل وثائق الإشهاد، ويشار كذلك إلى أي معلومات توضيحية أو ضرورية و لامناص من ذكرها.

II – بالنسبة لوثيقة الإشهاد المكتوب :

تفيد وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بالملك الوقفي، لذا يطلب منكم ما يلي :

أ – توفير وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي بالعدد الكافي وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم رقم 2000 – 336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 بورق من نوع ممتاز.

ب – تسلم وثيقة الإشهاد المكتوب إلى كل شخص يريد الإدلاء بشهادته حول ملك عقاري وقفي.

ج – يجب أن توقع وثيقة الإشهاد من قبل الشاهد، ويصادق عليها من طرف المصلحة المختصة بالبلدية أو أي سلطة أخرى مؤهلة قانونا، وهذا قبل إيداعها لدى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة اقليميا لتسجيلها.

د – تسجل وثائق الإشهاد المكتوب بالسجل الخاص بالملك الوقفي على ضوء المعلومات المطلوبة والموضحة أعلاه، وبالتالي يعطى رقم ترتيبي لكل وثيقة إشهاد.

- و – عند إيداع وثيقة الإشهاد المكتوب بالمديرية تقيد " في سجل للإيداع " قبل تسجيلها في السجل الخاص بالملك الوقفي، ويسلم وصل إيداع للشاهد.

11 – بالنسبة للشهادة الرسمية :

بعد استيفاء الشروط المبينة أعلاه، وتسجيل أربع (04) وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي يعد مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا في ظرف خمسة عشر (15) يوما، شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد.

تخضع الشهادة الرسمية إلى إجراءات التسجيل والشهر العقاري حسب إجراءات سنوافيكم بها في حينها.

- أدعو الجميع إلى الحرص على متابعة العملية والسهر على إنجاحها لما تكتسيه من أهمية في تنمية الأملاك الوقفية.

وزير الشؤون الدينية والأوقاف

أبو عبد الله غلام الله

- النموذج الخاص بوثيقة الإشهاد المكتوب.
- النموذج الخاص بالشهادة الرسمية.

الملحق رقم 02:

الملحـــق

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة الشؤون الدينية والأوقاف
مديرية الشؤون الدينية والأوقاف

ولاية : .....
رقـــم : .....

وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي

المرجع : المرسوم التنفيذي رقم 2000 - 336 المؤرّخ في 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر سنة 2000 والمتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

أنا الممضي أسفله :

السيّد(ة) : .....
المولود (ة) بتاريخ : .....بـ: .....
ابن (ة) : ..... و: .....
الساكن (ة) في : .....
بطاقة التعريف الوطنية رقم : .....الصادرة بتاريخ : .....
عن : .....
المهنة : .....
أشهد بشرفي أن العقار المتمثّل في : .....
الواقع بالعنوان التالي : .....
بلدية : ..... دائرة : .....
المتكوّن من : .....
مساحته : .....
يحدّه :
من الشمال : .....
من الجنوب : .....
من الشرق : .....
من الغرب : .....

ملك وقفي.

وإثباتا لذلك وقّعت هذه الشهادة، وأنا في كامل قواي العقلية، واللّه على ما أقول شهيد.

حرّر بـ: .....في.....
الموافق.....

التصديق : إمضاء الشاهد

الملحق رقم03:

إطار خاص بالمحافظ العقاري
Cadre réservé au conservateur foncier

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

مديرية الشؤون الدينية والأوقاف
لولايـــة :
رقـــم :

شهـــادة رسميـــة
خاصـــة بالملـــك الوقـــفي

استنادا إلى :

– المرســـوم التنفـــيذي رقـــم 2000-336 المؤرخ في 28 رجب عام 1421 الموافق 26 أكتوبر سنة 2000 والمتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

– القـــرار المؤرخ في 2 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 26 مايو سنة 2001 الذي يحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

– وبعـــد الإطـــلاع على وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي المسجلة والمودعة على التوالي:

الأولى:
رقم التسجيل:
تاريخ الصدور: هـــ الموافق م

الثانية :
رقم التسجيل:
تاريخ الصدور: هـــ الموافق م

الثالثة:
رقم التسجيل:
تاريخ الصدور: هـــ الموافق م

الرابعة:
رقم التسجيل:
تاريخ الصدور: هـ الموافق م

أصدر السيد (ة) ، بصفته مدير الشؤون الدينية والأوقاف، ولاية:

هذه الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي المتمثل في:

الواقع بالعنوان التالي:

بلدية: ولاية:

المتكون من :

مساحته الإجمالية: المبنية منها: غير المبنية:

يحده :

من الشمال :

من الجنوب:

من الشرق :

من الغرب :

أصل الملكية: (عقد – شهادة موثقة – حكم قضائي)[1].

مسجل بـ: بتاريخ:

مشهر بالمحافظة العقارية: بتاريخ:

مجلد: ، رقم:

حرر بـ: في الموافق

توقيع مدير الشؤون الدينية والأوقاف

(1) تملأ هذه الفقرة إذا كان للعقار المعني عقد ملكية مشهر، سابقا، بالمحافظة العقارية.

– الصفحة الثانية –

قائمة المراجع

الكتب:

1. جندي عبد المالك ، الموسوعة الجنائية، الجزء الاول، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة، 1931.
2. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام – الإثبات اثار الالتزام، الجزء الثاني،دار احياء التراث العربي بيروت لبنان ،الجزء الثاني ،1937.
3. محمد عطية راغب، النظرية العامة للاثبات في التشريع الجنائي العربي المقارن، القاهرة، مطبعة المعرفة، سنة 1960
4. عبد العزيز بديوي، القضاء في الاسلام و حماية الحقوق، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1980.
5. جمال الشرقاوي، الأثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ، القاهرة، 1982.
6. الفتاح محمد ابو العينين، القضاء و الاثبات في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة، مطبعة الامانة، مصر ، سنة 1983
7. محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، طبعة 1985.
8. يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي-المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، طبعة 2، سنة 1988.
9. محمد زهدور، الوجيز في طرق الإثبات المدنية في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة1991.
10. حلو أبو حلو، القانون التجاري الجزائري، طبع ديوان المطبوعات الجامعية 1992 .
11. أحمد نشأت، رسالة الإثبات ،الجزء الثاني ، الطبعة السادسة ، دار الفكر العربي ،مصر ، سنة 1997.
12. محمد حسين منصور ، قانون الاثبات و طرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون بلد النشر،سنة 1998.
13. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات المدني، الطبعة2 ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، سنة 1999.
14. نبيل إبراهيم و سعد وهمام، محمود زهران، أصول للإثبات في المواد المدنية والتجارية، نشر دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة2001.

15. المستشار محمد احمد عابدين، حجية الاوراق الرسمية والعرفية وطرق الطعن عليها" التزوير. الإنكار، الجهالة، المكتب العربي الحديث، دون طبعة، سنة 2002.
16. محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، سنة 2005.
17. كنازة محمد،الوقف العام في التشريع الجزائري،دار الهدى،الجزائر،2006.
18. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.
19. مجيد خلفوني ،شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري،دار هومه،الجزائر،الطبعة الأولى،2008.
20. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحداث التعديلات ومزيد بأحكام القضاء، ط1، دار هومه، الجزائر، سنة 2008.
21. عمر حمدي باشا، القضاء العقاري في ضوء احدث القرارات الصارة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الطبعة العاشرة، الجزائر، سنة 2010.
22. عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة السابعة ، الجزائر 2011 .

الاطروحات:

1. مرجي دليلة، طرق الإثبات في القانون المدني الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة الدراسات الجامعية التطبيقية، فرع قانون عقاري، جامعة التكوين المتواصل بالبويرة 1999-2000.
2. مزعاش عبد الرحيم، قواعد الاثبات في الامور التجارية، رسالة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية بن عكنون، سنة 2001-2002
3. أرميس عائشة ، الإثبات في العقود الإلكترونية ،رسالة ماجستير ، كلية بن عكنون ، الجزائر ، سنة 2006-2007 .
4. براهيمي صالح، الاثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري دراسة مقارنة في المواد المدنية و الجنائية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه تخصص قانون،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، سنة2012.

المقالات:

1. سليمان مرقس ، قوة المحررات العرفية في الإثبات و حجية تاريخها على الوارث الذي يطعن فيها بصدورها في مرض الموت ، مجلة القانون و الاقتصاد ، كلية الحقوق ، مصر ، العدد 1 و 2 ، مطبعة الاعتماد، سنة 1944

القوانين:

1. القانون 11/84 المؤرخ في 05 رمضان 1404 الموافق : 1984/06/09 المتضمن قانون الاسرة النعدل و المتمم من المادة 213 الي 220 الجريدة الرسمية رقم 31 ،بتاريخ 1984/07/31.
2. القانون09/08 المتضمن القانون المدني، المؤرخ 2008/02/25.
3. و قانون91/10 يتضمن قانون الأوقاف، المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق: 1991/04/27، الجريدة الرسمية رقم 21، بتاريخ 1991/05/08
4. قانون رقم90-25 ، يتضمن قانون التوجيه العقاري ، المؤرخ في18-11-1990، الجريدة الرسمية رقم 49، سنة 1990.
5. الامر 75-74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل.
6. الامر 70/91 المتضمن قانون التوثيق، المؤرخ 1970/12/15، ج.ر العدد 92، المؤرخة 1975/11/18.
7. المرسوم 76-63، المؤرخ في 25 مارس ، 1976 المتعلق بتاسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 30.
8. المرسوم التنفيذي 336/200، يتضمن اعداد وثيقة الاشهاد المكتوب لاثبات الملك الوقفي و شروط وكيفيات استصدارها، الجريدة الرسمية رقم 64، بتاريخ 2000/10/31.
9. المذكرة رقم 188 المؤرخة في 11 جوان 2002 موجهة الي الولاه و الي مديري الشؤون الدينية و الأوقاف بالولاية تخص احداث و ثيقة السجل الخاص بالملك الوقفي و وثيقة الاشهاد المكتوب و الشهادة الرسمية.
10. **القرارات و الاحكام:**
11. قرار المحكمة العليا، تحت رقم 136156، بتاريخ 1997/02/18، مجلة قضائية عدد 01، السنة 1997.

12. قرار رقم 85535 ، بتاريخ 1992/05/27، المجلة القضائية ، العدد الثالث، السنة 1994.
13. قرار المحكمة العليا ، رقم 62624 ، بتاريخ في 1990/09/24 ، مجلة قضائية ، عدد 2 ،سنة 1992.
14. قرار المحكمة العليا رقم 234655، الصادر في16-11-1999،مجلة الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص،2001 سنة .

الـــــــــــــفهرس

الفصل الاول إثبات الملك الوقفي عن طريق الكتابة

المبحث الأول: إثبات الملك الوقفي عن طريق الكتابة الرسمية 6

المطلب الأول: مفهوم الكتابة الرسمية المُثبتة للملك الوقفي..... 6

الفرع الاول: تعريف الكتابة الرسمية..... 6

الفرع الثاني: حجية الكتابة الرسمية في اثبات الملك الوقفي..... 7

المطلب الثاني: دور الكتابة الرسمية في إثبات الملك الوقفي..... 09

الفرع الاول: مكانة الكتابة الرسمية المثبتة للملك الوقفي..... 09

الفرع الثاني: أهمية اشهار الكتابة الرسمية..... 10

المبحث الثاني: إثبات الوقف عن طريق الكتابة العرفية.....11

المطلب الاول: مفهوم الكتابة العرفية كوسيلة إثبات..... 11

الفرع الاول: تعريف الكتابة العرفية.....11

الفرع الثاني: حجية الكتابة العرفية.....14

المطلب الثاني: دور الكتابة العرفية في إثبات الملك الوقفي 17

الفرع الاول: مكانة الكتابة العرفية في إثبات الملك الوقفي..... 17

الفرع الثاني: الكتابة الالكترونية كوسيلة عرفية لاثبات الملكية الوقفية.....20

الفصل الثاني: اثبات الملك الوقفي عن طريق حكم قضائي.

المبحث الاول: إثبات الوقف عن طريق الإقرار.....23

المطلب الاول: مفهوم الاقرار المثبت للملك الوقفي..... 23

الفرع الأول: تعريف الإقرار..... 23

الفرع الثاني: شروط الإقرار المثتب للملك الوقفي..... 25

المطلب الثاني: حجية الاقرار في إثبات الملك الوقفي..... 26

الفرع الأول: حجية الإقرار القضائي في إثبات الملك الوقفي..... 27

الفرع الثاني: حجية الإقرار غير القضائي في إثبات الملك الوقفي..... 28

المبحث الثاني: إثبات الوقف عن طريق شهادة الشهود..... 29

المطلب الاول: مفهوم شهادة الشهود المثبتة للملك الوقفي..... 29

الفرع الاول: تعريف شهادة الشّهود المثبتة للملك الوقفي..... 30

الفرع الثاني: شروط شهادة الشّهود المثبتة للملك الوقفي..... 31

المطلب الثاني: دور شهادة الرسمية الإثبات للملك الوقفي.....33

الفرع الاول: مفهوم الشهادة الرسمية لإثبات للملك الوقفي..... 33

الفرع الثاني: وثيقة الاشهاد المكتوب.....36

الفرع الثالث: السجل الخاص بالملك الوقفي 37

خاتمة..... 41

الملحق رقم 01 44

الملحق رقم 02 48

الملحق رقم 03 49

خاتمة..... 52

اهـــــداء

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما

إلى والدي العزيزين أدامهما الله لي

و أخواتي إلى إخوتي

و الى زوجي و ابني العزيزين

إلى كل من سقط من قلمي سهوا

أهدي هذا العمل

كلمة شكر

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد

وقبل أن نمضي تقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة...

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة...

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.....

"كن عالما.. فإن لم تستطع فكن متعلما، فإن لم تستطع فأحب العلماء ،

فإن لم تستطع فلا تبغضهم"

وأخص بالتقدير والشكر:

الدكتور جمال عياشي

الذي نقول له بشراك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"إن الحوت في البحر ، والطير في السماء ، ليصلون على معلم الناس الخير "

وكذلك نشكر كل من ساعد على إتمام هذا البحث وقدم لنا العون ومد لنا يد المساعدة وزودنا بالمعلومات اللازمة لإتمام هذا البحث .