مجلة آفاق علمية ISSN: 1112-9336
المجلد: 12 العدد: 01 السنة 2020 ص 448 - 463

تاريخ الإرسال: 2019/10/01 تاريخ القبول: 2019/10/08
تاريخ النشر: 2020/01/08

الأشكال القانونية للتبرعات العقارية

Legal forms for real estate donations

جمال عياشي
جامعة يحي فارس، المدية (الجزائر)، Dr.DamelAYACHI@Gmail.Com

الملخص:

لا يمكن لأي عقد أن يبرم دون احترام شكل خاص، أقره الفقه له وألزمته النصوص به؛ والتبرعات العقارية من جملة العقود التي تخضع لهذا المبدأ العام، ولكنها تختص مع ذلك وفي بعض الأحيان بأشكال خاصة، كإسقاط الرسمية عنها، أو الاعتماد على أشكال مميزة كالقبض أو الحيازة؛ ولذلك، يكون الغرض من التعرض لهذا الموضوع كشف هذه الاستثناءات والميزات التي تتأثر بالطبيعة الخاصة للتبرعات.

الكلمات المفتاحية: الأشكال القانونية؛ التبرعات العقارية؛ الرسمية؛ الحيازة؛ الآثار القانونية.

Abstract:

No contract can be concluded without respect for a particular form, approved by the jurisprudence and the provisions of the texts, and the real estate donations from the contracts subject to this general principle, but in many cases it is specialized in special forms, as a projection the authentication or rely on a special form Such as possession , therefore the purpose of the exhibition on this subject is to disclose those exceptions

and characteristics affected by the particular nature of the donations.
Keywords: Legal forms - Real estate donations - Authentication - Possession - Legal effects.

المؤلف المرسل: جمال عياشي، الإيميل: Dr.djamelayachi@gmail.com

مقدمة:

تخضع التصرفات التبرعية خلال تنظيمها بالنصوص القانونية لأشكال تصدر بها وتؤثر فيها، ولقد نظمت القوانين هذه الأشكال تنظيما شاملا وارتقت بها إلى درجة الركنية في كثير من الأحوال إلى الحد الذي استقر فيه مبدأ الرسمية في التصرفات القانونية الناقلة لملكية العقارات في التشريعات الجزائرية؛ وبذا، لم يعد من المُتصور تقبّل نقل ملكية عقار إلا إذا احتُرم مبدأ الرسمية فيه.

غير أن الاعتماد على ركن الرسمية ليس مطلقا، كما أنه ليس منفردا، بل تشاركه في صيغ الإعلان عن الإرادة المعتمدة قانونا العديد من الوسائل الأخرى، لاسيما الكتابة العرفية منها وكذا القبض أو ما يصطلح على تسميته قانونا بالحيازة، وعليه يصبح من الممكن لبعض التصرفات أن تنعقد مع تخلف الرسمية وبمجرد وجود بدائل عنها.

تلك البدائل، تتأثر بطبيعة الشيء المتصرف به وبشخص المالك وبطبيعة العقد المبرم وِفْقه أيضا؛ إذ كما تتأثر بالتصرفات الواردة على الأشياء ذوات الطبائع الخاصة مثلا، أو بالتصرفات التي تكون الدولة أو من يمثلها طرفا فيها، فهي تتأثر من باب أولى بالتصرفات التبرعية، خاصة تلك التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار بالغ، وهي التي حصرها المشرع الجزائري في أحكام قانون الأسرة، لتبرز في الوصية، الهبة، والوقف الذي أُردِفت بخصوصه نصوص قانون

الأسرة بنصوص أخرى تساهم في تنظيم الوقف في التشريع الجزائري وهي أحكام قانون الأوقاف.

ولذلك جاءت النصوص القانونية مُبيّنة في كل من التصرفات المذكورة شكلا معينا تنعقد به وتثبت بتوفره، وهذا ما يجسد خرقا في العديد من الأحيان للمبدإ القانونية العام والمفضي إلى أن الشكلية الرسمية ركن في كل عقد يرد على عقار أو حق عيني عقاري.

فكيف تتأثر التبرعات العقارية باستقصاء الشكلية الرسمية واستبدالها بغيرها من الصور الشكلية الأخرى ؟

يقتضي التعرض لتأثر التبرعات العقارية باستقصاء الشكلية الرسمية ومن ثمة مكانة البدائل التشريعية المقترحة، الوقوف على المفاهيم الدقيقة لكل عنصر من العناصر المذكورة (أولا)، وذلك قبل الانتقال إلى الأحكام الخاصة بالأشكال الشرعية للتبرعات العقارية (ثانيا).

أولا– مفهوم الأشكال القانونية للتبرعات العقارية:

يقصد بالأشكال القانونية: تلك الصور المضبوطة قانونا والتي تصدر فيها الإرادة بحيث لا يستطيع المتعاقد أن يصدرها في غيرها[1]، أو بالأحرى في وسيلة أقل درجة منها من حيث إثبات التصرف بها؛ والشكلية بين العائق العملي والضامن الحقوقي؛ إذ تجسد عائقا إجرائيا طويلا في جانب المتعاقد أين تلزمه بالمرور عبر العديد من المراحل القانونية التي يتم بها نشوء حق قائم على محل العقد، وهي بذا تثقل كاهل المتعاقد؛ ومن باب الموازاة، فهي تضمن عدم التعدي على الحق متى احتُرمت من قبل المتعاقد[2].

وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وقانون الأوقاف، يتضح أن المشرع الجزائري أقام ركنية الشكلية على طبيعة التصرف من جهة، وعلى أجل سريانه من

جهة أخرى، وعلى أساسه أخضع التبرعات للأشكال القانونية من جانب **(1)** وأسقطها عنها من جانب آخر **(2)**.

1. خضوع التبرع بعقار للشكلية الرسمية:

إن أول ما يجب التنبيه إليه والتأكيد عليه في خضوع التبرعات العقارية للشكلية الرسمية أن هذه الأخيرة تعتمد كركن ركين لا يمكن بحال من الأحوال إسقاطه عن هبه العقار، وهو الحكم المصرح به في المادة 206 من قانون الأسرة[3] التي وردت حاملة لمبدإ بطلان كل هبة عقار لا تخضع في انعقادها لـ"أحكام قانونا لتوثيق".

ولقد أكد واضع القانون على لزوم العنصر الرسمي في الفقرة الثانية من المادة حين نص صراحة على أنه "وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" والتي من بينها طبعا أحكام قانون التوثيق العقاري التي يقصد منها بلا خلاف الشكلية الرسمية والتي على أساسها يمكن الجزم بأن كتابة الهبة على يد موثق أو من يقوم مقامه قانونا شرط لازم لتوفير ركن الشكلية المطلوبة في انعقاد الهبة الذي بدونه تعد باطلة.

وأمام ذلك، لا يمكن نفي إمكانية خضوع التبرعات العقارية الأخرى من وصية ووقف للشكلية الرسمية بصفة مطلقة لما تمثله هذه الأخيرة من درجة إثبات عالية مقارنة بسائر وسائل الإثبات المعتمدة قانونا؛ ولذلك، يكون أي تبرع من التبرعات الثلاثة صادرا في شكل رسمي ثابت بوسيلة أقوى، ومن باب تحصيل الحاصل يعتبر الشكل المطلوب قد تحقق، وهو ما يتضح بالرجوع إلى أحكام الوصية من قانون الأسرة الجزائري.

جاء في نص المادة 191 من قانون الأسرة "تثبت الوصية:

1) بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،

2) وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".

هذا ما يؤكد أن كلا من التصريح المذكور في الفقرة الأولى والحكم المنصوص عليه في الفقرة الثانية، ما هي إلا وسائل إثبات وفقا لما هو مصرح به في بداية النص ذاته؛ ولأن النص وارد بصدد تنظيم أحكام الإثبات، فإن الكتابة الرسمية المعبر عنها في متن النص "بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك" ما هي إلا وسيلة إثبات ولكنها أعلى درجات الإثبات[4]، وعليه فإن وجودها امتياز لا يمكن رده أو القول بعدم قانونيته بل يعتد به وينتج كافة آثاره بأكثر حماية للحق الموصى به، وما يدعم وجود الوصية من غير كتابة رسمية قرار المحكمة العليا الذي جاء في منطوقه: "يمكن، في حالة وجود مانع قاهر، إثبات الوصية بجميع طرق الإثبات"[5].

ومن باب القياس على الوصية، تخضع التصرفات الوقفية العقارية لنفس الأحكام المذكورة في المادة 191 من قانون الأسرة، وذلك بناء على نص المادة 217 من نفس القانون، والتي تحيل على النص القانوني المذكور فيما يخص إثبات الوقف، أين جاء في متنها: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون"، وهو ما يؤدي إلى إقامة نفس الأحكام في عدم استبعاد الشكل الرسمي عن العقود الوقفية متى التزم بها الواقف وأفرغ تصرفه فيها.

2. إسقاط الشكلية الرسمية عن التبرع بعقار:

تؤثر الطبيعة الخاصة للتبرعات فضلا عن البواعث النفسية التي تبرم لأجلها في الشكلية الرسمية تأثيرا بالغا، بحيث تتنازل العديد من التشريعات القانونية عن ركنية الرسمية في مثل هذه الأوضاع التي تلازم التبرعات وتتناسب وإياها وذلك:

– من حيث توفر الباعث المعنوي فيها والذي غالبا ما يتجسد في نية التبرع[6]، ويلازم كل التبرعات لاسيما الهبة منها؛

– ومن حيث عدم سريان بعضها إلا بتحقق الوفاة وهو شرط الوصية؛

– ومن حيث استمرار الانتفاع بصورته المبرم عليها دون الاستفادة من تملك لحق الرقبة وهذا ما يرتبط بالوقف.

ونتيجة له، أسقط المشرع الجزائري الرسمية على نوعين من أنواع التبرعات العقارية الواردة في قانون الأسرة وهما الوصية والوقف، وذلك راجع إلى الطبيعة الخاصة لكل من التصرفين؛ أين لا تنعقد الوصية بكافة أركانها إلا بعد وفاة الموصي وهو الحكم المصرح به في المادة 197 من قانون الأسرة[7]، بل يكون كل قبول قبل تحقق شرط الوفاة غير معتبر شرعا ولا قانونا.

ورغم ذلك إلا أن الالتزامات الشخصية بين الموصي والموصى له تنشأ بمجرد الإيصاء وما يدعم هذا قرار المحكمة العليا الصادر بذات الحكم والذي جاء نص منطوقه: "تنتج الوصية، حتى ولو كانت غير مشهرة، أثرها بالنسبة للالتزامات الشخصية بين الموصي والموصى له"[8].

ومن ذات السياق، فإن الوقف الوارد على عقار كغيره من الأوقاف الأخرى الواردة على المنقولات أو حتى على المنافع لم يفرق المشرع الجزائري بينها في أحكام انعقادها لا في قانون الأسرة ولا في قانون الأوقاف.

ففي أحكام قانون الأسرة يظهر بالاعتماد على نص المادة 217 من هذا القانون أن النص يحيل على أحكام المادة 191 منه وهو النص الذي يذكر أسلوبين لإثبات الوصية: أولهما التصريح لدى الموثق، وثانيهما اللجوء إلى الحكم القضائي للإثبات، وهذا في الحالات الخاصة جدا والتي عبر عنها القانوني بـ"وجود مانع قاهر"، ومنه يمكن الجزم بأن المشرع الجزائري أسقط الكتابة الرسمية

عن الوقف لإدراجه ضمن وسائل الإثبات فضلا على أنه لم يتعرض للرسمية في انعقاد الوقف في قانون الأسرة وهو الذي يؤدي إلى الجزم بأن الوقف في قانون الأسرة ولو تعلق بعقار ساقطة عنه الشكلية الرسمية.

أما في قانون الأوقاف 91-10 المعدل والمتمم[9]، فإنه يتبين بجلاء كيف أسقط القانون الرسمية عن انعقاد الوقف العام أيا كان محله، وهو ما يتأكد بإجراء قراءة للمواد 9، 12، 35 من ذات القانون:

1- المادة 9 من هذا القانون والحاملة لأركان التصرف لم تتضمن الرسمية كركن، فيما تضمنت الصيغة كأحد الأركان؛

2- المادة 12 والتي تضمنت بيان طرق الصيغة، بدأت باللفظ ثم الكتابة من غير تحديد ولا اشتراط أن تكون رسمية بل وذكرت من جملة الطرق الإشارة أيضا؛

3- المادة 35[10]، جاء فيها حكم التأكيد على أن الوقف يثبت بكل الطرق الشرعية والقانونية.

وبذا، لا يمكن قصر انعقاد الوقف على الرسمية، إذ أنها غير منصوص عليها بتاتا في قانون الأوقاف ولا في قانون الأسرة رغم أن البعض اعتبروا سهوا الوقف الوارد على عقار لا يمكن إلا أن يكون رسميا[11]، وذلك ما تجب فيه إعادة النظر، إذ غاية ما في الأمر أن الحكم الوارد في المادة 41 من قانون الأوقاف التي جاء نصها: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، ألبس على أصحاب هذا الرأي، وبناء عليه غلّبوا أحكام القانون المدني وقوانين الشهر العقاري على أحكام قانون الأوقاف، مع غفلتهم عن كل الأحكام القانونية الصريحة الواردة في هذه القانون الأخير.

وبالرجوع إلى نفس نص المادة يتبين أن الغاية من التنصيص لم يأت إلا بغرض حصر الأملاك الوقفية وإحصائها رعاية لها وصيانة لها من الضياع، وما يدعم هذا؛ المبادئ العامة لتفسير النصوص القانونية التي لا تدعم أخذ قاعدة قانونية بمنأى عن غيرها من القواعد الأخرى الواردة في نفس القانون وتفسيرها منعزلة بما ورد فيها من صياغة تقتضي أصلا التفسير، فضلا عن إصدار جملة من النصوص القانونية التنفيذية التي من أهمها وأدعمها للقول بأن الرسمية ليس ركنا، المرسوم التنفيذي رقم 200-336 الذي استحدثت بصدده شهادة الإثبات الوقفي المكتوب وهي وثيقة[12]، مع أنه ليس في هذا القانون ما يوحي أن الإثبات قاصر على الأوقاف الناشئة قبل صدور قانون الأوقاف بل بناء عليه صدر المرسوم.

والخلاصة أن الوقف ولو تعلق بعقار فهو رضائي في التشريع الجزائري، مثله مثل الوصية مع بعض الخصوصية للوصية، وما يدعمه القرار الصادر عن المحكمة العليا والذي جاء في منطوقه: "من المتفق عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا"[13].

ثانيا- أحكام الأشكال الشرعية في التبرعات العقارية:

انطلاقا من الطبيعة الخاصة للتبرعات المالية الواردة على الأملاك العقارية تتميز ببروز قيمة قانونية خاصة سواء تعلق ذلك بشكلية صرح بها المشرع الجزائري أو تم اقتباسها من المصدر الرئيس لقانون الأسرة والمتمثل في الشريعة الإسلامية (1)14، أو تعلق الأمر بقيمة الشكلية الرسمية في نقل ملكية العقارات والحقوق العينية العقارية المتبرع بها وحلولها محل الأشكال الشرعية (2).

1. القيمة القانونية للأشكال الشرعية في التبرع بعقار:

توصف هذه الطرق في التعبير عن الإرادة والتي تتوضح من خلالها الإرادة في التبرعات المالية الواردة على العقارات بالشرعية، للمصدر الشرعي لأحكام هذه العقود من جهة، ولأن الفقه الشرعي قال بها كسبل إيصال إرادة المتبرع إلى الغير وانعقاده بها، وهذه الطرق هي اللفظ والقبض والإشارة فضلا عن العمل الذي لم يجد له مكانة في الأحكام القانونية.

هذا، وقد جاء في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري ذكر القبض من بين العناصر التي تنعقد الهبة بها، ورغم أن المنظومة القانونية لا تعرف مثل هذا العنصر في غير هذا الصنف من التبرعات العقارية، إلا أنه مصرح به في حكم انعقاد الهبة ومعتمد عليه في النص المشار إليه[15].

والتعاقد قبضا أو حيازةً أو بفعل التعاطي، أسلوب ذو مصدر شرعي، وفيه ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز التعاقد بالتعاطي متى كانت الإرادة واضحة الدلالة[16]، ولا يحتاج ذلك إلى اتفاق سابق أو تعارف للناس عليه بل يكفي مجرد نقل الشيء من المعطي إلى المعطى له لما فيه من دلالة رضا بينهما الذي لولاه لما تم التعاطي[17].

ولذلك، فإن القبض كعنصر من عناصر الانعقاد لا يُقصره الفقه الشرعي على الهبة فقط، بل يدرج شرط الانعقاد المذكور في تمام الوقف أيضا، أين يعتبر المالكية الوقف من العقود العينية التي تبطل بتخلف القبض[18]، رغم أن مذهب الجمهور على خلافه؛ أين يكتفون بالإيجاب كركن للوقف، إذ به ينعقد الوقف وبتخلفه يبطل[19]، ولمّا عدل المشرع عن عدم تسمية القبض من جملة الأركان الوقفية في المادة 9 من قانون الأوقاف، فإنه يكون قد أراد الأخذ برأي الجمهور والاكتفاء بالإيجاب كركن وحيد للوقف.

واللفظ هو من طرق التعبير عن الإرادة وصيغ الوقف التي تم التصريح بها في المادة 12 من قانون الأوقاف والتي يصلح إبرام الوقف بها منفصلة عن أي شكل رسمي ولو تعلق الوقف بعقار وهو أقوى ما يستدل به على رضائية الوقف في التشريع الجزائري، لاسيما إن كانت هذه الأخيرة صريحة كقول المالك: وقفت وسبلت أو حبست، فكل هذه ألفاظ يعتد بها شرعا[20] واقتباسا منه قانونا لانعقاد الوقف وتمامه، ذلك أن اللفظ شرعا أقوى من الكتابة في الإثبات فهو مناط الإبرام والبطلان[21].

والإشارة التي جاء التصريح بها في نفس نص المادة (12 من قانون الأوقاف)، فهي من السبل التي يعبر بها عن إبرام الوقف لاسيما العام منه وسواء تعلق بمنقول أم بمنفعة أم حتى بعقار لعدم التخصيص في النص القانوني المشار إليه، ومنه يصلح إبرام الوقف بمجرد الإشارة لاسيما في الظروف القاهرة كالمالك الذي يريد الوقف ولا يمكنه الحراك ولا الكلام فتكفي منه الإشارة لتحقيق إرادته الوقفية[22].

أما الفعل فهو من الأشكال الشرعية التي يكون للوقف بواسطتها الوجود الشرعي فينعقد به، ورغم أن القانون لم ينص من قريب ولا من بعيد عن مثل هذا العنصر إلا أنه أحال في المادتين 222 من قانون الأسرة و2 من قانون الأوقاف على "أحكام الشريعة الإسلامية" في كل ما لم يرد فيه نص.

والفقه أكد على إمكان انعقاد الوقف بمجرد الفعل، وهذا ما يدل عليه قول المالكية[23]، بحيث يذهبون إلى انعقاد الوقف بمجرد الفعل، وأن الأمثلة على ذلك كثيرة، من أظهرها: بناء مسجد والإخلاء بينه وبين المصلين لأداء الصلاة فيه، وبناء سور لقطعة أرضية والمبادرة بالدفن فيها وغيرها.

من ثم صح انعقاد الوقف ولو تعلق بعقار بمجرد الفعل، لاسيما إن كان المحل للعبادة: كالمسجد أو المصلى مثلا أو دور تحفيظ القرآن، أو كمن أخلى بينه وبين أرض للدفن فيها أو بادر هو بالفعل؛ ففي كل هذه الحالات وأمثالها يكون الفعل أدل من اللفظ في انعقاد الوقف، وبه قال الجمهور[24]، وعليه يعتمد للقول بصحة الوقف بالفعل في القانون الجزائري.

2. حلول الشكلية الرسمية محل الأشكال الشرعية في التبرع بالعقار:

تعتبر القيمة القانونية في نقل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية في التبرعات مختلفة باختلاف المرحلة التي يسري خلالها التصرف والحياة المفترضة لطرفي العقد؛ فإن كان التبرع من التصرفات الفورية والتي تسري بين الأحياء كانت الرسمية فيها ركن ركين لا يمكن إسقاطه، وإن تحقق، بطل التصرف برمّته. وهذا الحكم هو المنصوص عليه في حق إبرام الهبة وفق المادة 216 من قانون الأسرة.

أما إذا كان التبرع مؤجل اللزوم كالوصية التي لا تلزم إلا بوفاة الموصي كأول شرط لزوم فيها، أو كانت المصلحة العامة في التبرع أكبر من المصلحة الخاصة كالوقف، فإن الرسمية تتحول إلى وسيلة إثبات لا غير، وهذا هو الحكم الذي تم إيضاحه وبجلاء بالاعتماد على النصوص القانونية من قانون الأسرة وقانون الأوقاف.

ويبقى أن قيمة الشكلية الرسمية متعدية في إطار إحلالها محل كافة تلك الطرق الشرعية المذكورة وفي كل التبرعات محل الدراسة؛

– فالشكلية الرسمية تحل محل القبض في الهبة، وهذا الحكم موضح ومصرح به في المادتين 207، 208 من قانون الأسرة اللتان تنصان عن حالتين: حالة كون الموهوب بيد الموهوب له قبل العقد، وحالة كون الموهوب بيد الغير مع

توفير الرسمية، بشرط إخبار الموهوب له بذلك؛ ففي كلتا الحالتين تعتبر الرسمية حالة محل القبض بصريح الحكم القانوني؛

– والرسمية تحل قانونا محل اللفظ والإشارة وحتى الفعل الذي ينعقد به الوقف شرعا، لأن القانون يعتبر الكتابة الرسمية ذات حجية مطلقة في التعاقد على خلاف الطرق الشرعية الأخرى المذكورة التي يعتبرها أقل حجية، بل إن القاعدة[25] أن لا يعترف بأي منها لاسيما في العقود الواردة على العقارات أو الحقوق العينية العقارية، ولمّا تحول الاعتماد عليها في الوقف استثناء عن القاعدة، صار إنزال الرسمية منزلة العوض القانوني المناسب لها لما تجسده هذه الأخيرة من حماية للحقوق وإعلان لها وحفظ للمصالح العامة والخاصة على حد سواء[26].

خاتمة:

يقتضي العرف القانوني توحيد الأحكام العامة في النصوص حول موضوع معين أو ظاهرة محددة، وهذا ما يؤدي إلى القول بأن الحكم العام في نقل ملكية العقارات في التشريعات المختلفة للنظام القانوني الجزائري يقضي باعتبار الكتابة الرسمية ركنا من أركان أي تصرف ناقل لملك عقار أو حق عيني عقاري[27].

ذات الحكم يتخلف كلما تخلف أساس من الأسس التي يبنى عليها الحكم بحيث قد تتخلف ركنية الكتابة الرسمية بورود العقد على غير رقبة العقار كحال عقد الإيجار الذي لا تعتبر الكتابة الرسمية ركنا من أركانه ولو كان واردا على حقوق عقارية لاسيما السكنية منها.

كما يتخلف حكم ركنية الكتابة الرسمية في التصرف الوارد على التصنيفات الأخرى للأشياء والتي لا تكيف على أنها عقارات أو حقوق عينية عقارية، فبيع المنقول مثلا لا يقتضي كتابة رسمية كقاعدة، وبذا يكون الحكم العام في اعتبار الكتابة الرسمية ركنا قائما على:

– العقود الناقلة للملكية، أي الواقعة على حق الرقبة دون غيره من عناصر الملكية؛

– العقود الواقعة على الأشياء المصنفة بأنها عقارات أو حقوق عينية عقارية، ما يخرج كل تصرف وارد على غير عقار من لزوم الكتابة الرسمية.

وبالرجوع للتبرعات العقارية، يتضح أن مثل هذه العناصر المذكورة متفاوتة نظرا لطبيعة التصرف من جهة وحكمة المشرع الجزائري في تنظيمها من جهة أخرى، وذلك راجع إلى عدة أسباب من أهمها على الإطلاق:

– المصدر الشرعي لمثل هذه التصرفات يضفي عليها نوعا من التّميز في تنظيمها، ما يجعلها مستعصية قِبل العديد من الأحكام القانونية الصرفة والتي من بينها الكتابة الرسمية؛

– الجانب التعبدي المربوطة به كل هذه التبرعات يحول دون تقييده بضابط قانوني حائل دون اعتماد الوجود القانوني للتبرع الناشئ دون كتابة رسمية؛

– إقامة كل التبرعات المالية العقارية على الكتابة الرسمية فيه تضييق على المتبرع الذي قد لا يلتجئ إليه إلا وهو في ظروف خاصة جدا تمنعه من إفراغ تصرفه في الشكل الرسمي؛

– ارتباط الوصية –ولو كان محلها عقارا– بشرط وفاة الموصي، فيه امتناع بالطبيعة عن اعتبار الكتابة الرسمية ركنا؛

– اندراج الوقف ضمن الإسقاطات الجزئية للحقوق يمنع إقامته على الكتابة الرسمية كركن من أركان انعقاده لما فيه من عدم تناسب وتناسق مع العقود الأخرى الناقلة للملكية التي ينظمها القانون.

وأمام كل هذا وجد المشرع الجزائري نفسه مضطرا للرجوع إلى المصدر الشرعي واحترام الجانب التعبدي والطبائع الخاصة للتبرعات المالية ولو وقعت

على عقارات واحترام كل ذلك ونص أحيانا صراحة على اعتماد أشكال خاصة كالقبض في الهبة فيما تنازل أحيانا أخرى عن الحكم العام في المنظومة القانونية ولم ينص على اعتماد الكتابة الرسمية ركنا من أركان الوقف ولو ورد على عقار.

فيما أقر قيام الوقف على مجرد اللفظ أحيانا والكتابة على إطلاقها أحيانا أخرى بل تجاوز إلى حد الاعتداد بالوجود القانوني للوقف الناشئ بمجرد الإشارة، ومع عدم تمييزه بين المحال التي يقع عليها الوقف في اعتماده الإشارة كصيغة عقدية في الوقف يكون قد خالف تماما الحكم القانوني العام والذي يشترط فيه الكتابة الرسمية ركنا.

ورغم ذلك إلا أن كتابة التبرعات الواردة على العقارات لا يمكن إنكاره بحال، ولكن ليس إلى الحد الذي يكون فيه التبرع باطلا بتخلف هذا الشرط، وإنما يتوجب على المشرع الجزائري إيجاد بدائل قانونية وآليات إجرائية يحافظ فيها على حرية التبرع في أي وقت وعلى أي ظرف، ويحفظ بها العقارات المتبرع بها وحقوق المتبرع لهم.

المراجع:

[1].علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مطبعة الكاهنة، سنة 1997، ص 232، هـ 7.

[2]. وهذه من بين الأمور التي تتحقق مع احترام الشكلية الرسمية. Serge Guinchard, Thierry Debard, Lexique des termes juridiques, 2014-2015, DALLOZ, PARIS, p476.

[3]. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة.

[4]. يحي بكوش، الإثبات في القانون المدني والفقه الإسلام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، 1988، ص 112 وما يليها.

[5]. قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 413209، بتاريخ 2008/01/16، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008، ص 303.

[6]. عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الخامس، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة، ص 132.

[7]. جاء في النص القانوني: "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

[8]. قرار صادر عن غرفة شؤون الأسرة والمواريث، ملف رقم 581896، بتاريخ 2010/12/09، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012، ص 276.

[9]. القانون رقم 91-10 ممضى في 12 شوال 1411، جريدة رسمية عدد 21، 1991.

[10]. وقد ورد في النص القانوني: "يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية...".

[11]. والذين نذكر منهم الأستاذ الدكتور علي فيلالي والدكتور خير الدين فطنازي. راجع بهذا الصدد: علي فيلالي، نظري الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 306. خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الوقف، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار زهران، الأردن، 2011، ص 96.

[12].مؤرخ في 26 رجب 1421 الموافق 21 أكتوبر سنة 2000، صادر بالجريدة الرسمية، العدد 64، سنة 2000.

[13]. غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 234655، بتاريخ 1999/11/16، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 314.

[14]. فركوس دليلة، جمال عياشي، محاضرات في قانون الأسرة –انعقاد الزواج– دار الخلدونية، الجزائر، 2016، ص 12، هـ 1.

[15]. عبد العزيز محمودي، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2006، ص 52.

[16]. خلا منهم الإمام محمد بن إدريس الشافعي الذي لا يرى المعاطاة طريقة معبرة عن إرادة المتعاقدين. أحمد محمد علي داود، أحكم العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني (الجزء الأول)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، ص 46.

[17]. ولقد قال الحنفية والشافعية بخلاف ما قال به المالكية والحنابلة في حكم تعارف الناس على التعاقد بالتعاطي. نفس المرجع.

[18]. صادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، المجلد الرابع، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2002، ص 219.

[19]. محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي للنشر، بيروت، لبنان، 1971، ص 62 و63.

[20]. زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت–لبنان، 1388 هـ، ص 40.

[21]. منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف، دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 67، 68.

[22]. نفس المرجع.

[23]. محمد عبيد الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1977 م، ص 157.

[24]. منذر عبد الكريم القضاة، المرجع السابق، ص 68 و69.

[25]. وهي التي تجسدها المادة 342 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

[26]. Serge Guinchard, Thierry Debard, Op.cit, p 476.

[27]. راجع بهذا الصدد على الخصوص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، المادة 15 من 75–74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري فضلا عن المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري أيضا.