تأثر إثبات عقد الوقف
بنظام الإثبات في القانون المدني والقانون التجاري الجزائري

دكتور عبد المنعم نعيمي
أستاذ محاضر (أ) كلية الحقوق- جامعة الجزائر 1

مقدمة:

يَعرف قطاع الأوقاف في الجزائر منذ سنوات قريبة اهتماما متزايدا من الدوائر الرسمية والوصية ذات الشأن، على رأسها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، كذا على المستوى الأكاديمي حيث أصبحت الأوقاف وما تطرحه من إشكاليات وتثيره من انشغالات مثار بحثٍ وتنقيبٍ من الأساتذة والباحثين والخبراء المتخصّصين، وهذا فيه تأكيد على أهمية الأوقاف كميدانٍ خصب للتنمية ومصدر من مصادر التمويل الاقتصادي خاصة في ظلّ الرهانات والتحديّات الاقتصادية الآنية وتداعياتها الاجتماعية، والأهم من ذلك كله إن الاعتناء بالأملاك الوقفية باعتباره ميدانا للتنافس في سبل الخيرات وأبواب البرّ.

أيضا على المستوى التشريعي والتقنيني نجد أن المؤسس الدستوري والمشرع القانوني الجزائري، اهتم بالأوقاف وأولاها عناية بالغة الأهمية؛ بداية من نصوص الدستور المعدل مؤخرا عام 2016 والتي كرّست ما أقرّه دستور 1996 من مكاسب مرتبطة بالأوقاف؛ حيث أقرّت المادة 64/ فقرة 3 حماية الأوقاف من الخصخصة بقولها: «الأملاك الوقفية وأملاك الجمعيات الخيرية مُعترف بها، ويحمي القانون تخصيصها». هذا فضلا عن إقراره الملكية العمومية والخاصة (1).

1 - ينظر المواد 18 و 20 و 64 من القانون رقم 16 – 01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري. الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 53، العدد 14، مؤرخة في 7 مارس 2016، ص 3

من جانب آخر نجد أن سلطة التشريع قد أصدرت بشأن الأوقاف حزمة من القوانين والنصوص التنظيمية [1] على رأسها قانون الأوقاف رقم 91 – 10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 [2] المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 02 - 10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 م وهو آخر تعديل له بعد القانون رقم 01 - 07 المؤرخ في 22 مايو 2001 [3].

ورعايةً للأملاك الوقفية من أشكال الاعتداء والاستيلاء غير المشروع، نص القانون رقم 91 – 10 المعدّل والمتمّم، المشار إليه أعلاه، على إمكانية إثباتها بجميع الطرق المتاحة في الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري؛ حيث جاء التصريح بذلك في المادة 35 بالقول: «يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و30 من هذا القانون».

استنادا إلى هذا النص القانوني، فإن الوقف على غرار غيره من العقود الأخرى يُرتّب التزاماتٍ كما أنه يُنشىء حقوقاً يتطلّب إثباتها بعدد من الطرق التي يُتيحها القانون، وبالنظر إلى ما يتميّز به عقد الوقف من فوائد وفرائد فإن له خصائص إثباتية فريدة تتقاطع مع غيره من طرق الإثبات الأخرى خاصة منها التصرّفات والعقود المدنية والتجارية.

أولا- إشكالية الدراسة وتساؤلاتها:

في سياق ما تقدّم، تستهدف هذه الدراسة الإجابة على التساؤل الرئيسي التالي:

ما هي أهم جوانب تأثّر الإثبات في عقد الوقف بطرق الإثبات المنصوص عليها في كل من القانون المدني والقانون التجاري الجزائري ؟

---

1 - للإطلاع على هذه القوانين والنصوص التنظيمية المتعلقة بالأملاك الوقفية ينظر مثلا: موسى بودهان: النظام القانوني للأملاك الوقفية (نصوص تشريعية وأخرى تنظيمية مدعمة بالاجتهاد القضائي)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د رط، 2011.

2 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 21، العدد 28، مؤرخة في 8 مايو 1991، ص 690.

3 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 38، العدد 29، مؤرخة في 23 مايو 2001، ص 7.

يندرج تحت هذا التساؤل المحوري التساؤلات التالية:

ما ذا نعني بعقد الوقف ؟، وما هي طبيعته القانونية ؟

فيما تتمثل طرق إثبات عقد الوقف ؟، وما هي أهم خصائصها ؟

ثانيا- أهداف الدراسة:

مع أن هذه الدراسة لا تستهدف استعراض طرق إثبات الوقف الشرعية والقانونية على وجه التفصيل فهذا مما استهلكته أبحاث سابقة (1)؛ غير أنها تحرص على تحقيق الأهداف التالية:

1 - المساهمة في تأصيل جانبٍ مميّز من جوانب الإثبات في عقد الوقف من خلال استعراض أهم أوجه تأثّره بنظام الإثبات المدني والتجاري.

2 - تقديم قراءة جديدة لموضوع إثبات عقد الوقف التبرّعي على اختلاف صوره وتنوّع أشكاله، من خلال التركيز على أهم جوانب تأثره بطرق الإثبات المقرّرة مدنيا وتجاريا.

1 - ينظر مثلا: د/ سعد بن تركي الخثلان: الأصول الشرعية لإثبات الوقف، ندوة الوقف والقضاء، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الرياض، 10، 12 صفر 1426 هـ - 20، 22 مارس 2005 م، ص 57 – 94، عبد الإله بن محمد بن إبراهيم العبد السلام: إثبات الوقف في النظام السعودي (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير، إشراف: أ. د/ عبد الله بن محمد ربابعة، كلية العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1438 هـ - 2017 م، ص 75 – 96، قرعاني موسى: عقد الوقف وطرق إثباته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، إشراف: أ. د/ نور الدين لمطاعي، 2013 – 2014، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، ص 69 – 81، مجوج انتصار: إثبات الوقف العام في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، عدد 5 جوان 2011، ص 298 – 312، صورية زردوم: إثبات الوقف في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، عدد 7، سبتمبر 2015، ص 344 – 361.

3 - استعراض أهم خصائص إثبات عقد الوقف وتأثره بالإثبات المدني والتجاري.

4 - التأكيد على أهمية طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية في توسيع هامش إثبات عقد الوقف، وأن ظاهر مدلول نص المادة 35 أعلاه يستوعبها جميعها.

ثالثا- حدود الدراسة:

إن الموضوع الرئيسي لهذه الدراسة يتمحور حول علاقة التأثر القائمة بين إثبات عقد الوقف من جهة والإثبات المدني والتجاري من جهة أخرى، وتحديد طبيعة هذا التأثر ونطاقه، ومن ثَمَّ فإنها لا تستهدف – كما نبّهنا قبلا – التوسّع في استعراض طرق الإثبات في حدّ ذاتها بأشكالها وصورها المنصوص عليها في التشريع الجزائري، ولا تتقصّد بحثها بعينها وتأصيلها والتفصيل فيها إلا في حدود ما يتطلّبه التنبيه إليها بهدف بيان أوجه التأثّر تلك على وجه التحديد.

رابعا- الخطة:

للإجابة على تساؤلات الإشكالية المطروحة، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول- مفهوم عقد الوقف في التشريع الجزائري.

الفرع الأول- تعريف عقد الوقف.

الفرع الثاني- الطبيعة القانونية للوقف.

المطلب الثاني- الإثبات في القانون المدني والقانون التجاري الجزائري.

الفرع الأول- الإثبات في القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني- الإثبات في القانون التجاري الجزائري.

المطلب الثالث- إثبات عقد الوقف في القانون الجزائري.

الفرع الأول- طرق إثبات عقد الوقف.

الفرع الثاني- خصائص إثبات عقد الوقف.

المطلب الأول- مفهوم عقد الوقف في التشريع الجزائري:

يُعتبر المدلول المفاهيمي لعقد الوقف أحد أهم المسائل التي تعرّض لها المشرع الجزائري بالنصّ الصريح؛ فضبطّ حدّه وحدّد معناه في أكثر من نص قانوني. وفي هذا الإطار يستعرض عنوان هذا المطلب تباعا في فرعين اثنين: تعريف عقد الوقف وطبيعته القانونية من وجهة نظر التشريع الجزائري (1)، لصلة ذلك بما نحن بصدد بحثه.

1 - لا يعنينا التطرّق إلى تعريف الوقف في الفقه الإسلامي؛ لأن دراستنا تنطلق من التصوّر الذي طرحه ونصّ عليه واعتمده وانتهى إليه المشرع القانوني الجزائري، مع أن أكثر أحكامه المنصوص عليها في التشريع الجزائري مصدرها هو الشريعة الإسلامية بفهوم فقهائها من المذاهب الفقهية المعتمدة. ولتفصيل أكثر حول المدلول الشرعي للوقف ينظر على سبيل المثال: مصطفى أحمد الزرقا: أحكام الأوقاف، دار عمار، عمان، الأردن، ط 1، 1418 هـ - 1997 م، ص 34 – 36، د/ محمد مصطفى شلبي: أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط 4، 1402 هـ - 1982 م، ص 302 – 308، أ. د/ وهبة الزحيلي: الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1437 هـ - 1996 م، ص 133 – 135، له أيضا: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط 2، 1405 هـ - 1985 م، 153 – 156، د/ عكرمة سعيد صبري: الوقف بين 1405 هـ - النظرية والتطبيق، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2، 1432 هـ - 2011 م، ص 24 – 42، عمر مسقاوي: نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية، تقديم: أ. د/ وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 1، 1431 هـ - 2010 م، ص 73 – 82، د/ منذر قحف: الوقف الإسلامي تطوره، إدارته، تنميته، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1427 هـ - 2006 م، ص 56 – 58، منذر عبد الكريم القضاة: أحكام الفقه الإسلامي (دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 1432 هـ - 2011 م، ص 43 – 46، عبد القادر بن عزوز: فقه استثمار الوقف وتمويله في الإسلام (دراسة تطبيقية عن الوقف الجزائري)، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله، إشراف: د/ محمد عيسى، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 1424 هـ - 1425 هـ / 2003 م – 2004 م، ص 20 – 23، أحمد حطاطاش: النظام القانوني للوقف، بحث لنيل شهادة الدراسات المتخصصة (S.P.G)، إشراف: د/ عبد المجيد زعلاني، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2004 – 2005، ص 42 – 44، بن تونس زكرياء: الإصلاح الإداري لنظام الوقف في

الفرع الأول- تعريف عقد الوقف:

نص المشرع القانوني الجزائري على تعريف عقد الوقف في عدّة مواضع على غرار قانون الأسرة، قانون التوجيه العقاري والقانون المتعلق بالوقف.

أولا- تعريف قانون الأسرة رقم 84 – 11:

عرّفته المادة 213 من قانون الأسرة رقم 84 – 11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 (1) بالقول: «الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق».

وهذا التعريف قد أقرّه الأمر رقم 05 – 02، المؤرخ في 27 فبراير 2005 (2)، المعدّل والمتمم للقانون رقم 84 – 11.

ثانيا- تعريف قانون التوجيه العقاري رقم 90 – 25:

عرّفته المادة 31 من قانون التوجيه العقاري رقم 90 – 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 (3) بالقول: «الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما. تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور».

الجزائر دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، إشراف: أ. د/ كمال لدرع، كلية الشريعة والإقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2013 – 2014، ص 4 – 11، د/ محفوظ بن الصغير: نظام الوقف في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، عدد 7، سبتمبر 2015، ص 81 – 84، محمد كنازة: الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د رط، 2006، ص 12 – 14.

1 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 21، العدد 24، مؤرخة في 12 يونيو 1984، ص 910.

2 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 42، العدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005، ص 18.

3 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 27، العدد 49، مؤرخة في 18 نوفمبر 1990، ص 1560.

وقد أقرّ هذا التعريف الأمر رقم 95 – 25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 (1) المُعدّل والمُتمّم للقانون رقم 90 – 25.

ثالثا- تعريف قانون الوقف رقم 91 – 10:

قريبا من تعريف قانون الأسرة عرّفته أيضا المادة الثالثة من قانون الأوقاف رقم 91 – 10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 (2) بالقول: «الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البرّ والخير».

وهذا التعريف قد أقرّه الأمر رقم 02 – 10 المعدّل والمتمم للقانون رقم 91 – 10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 (3).

استنادا إلى تعريفات الوقف المذكورة نسجّل عددا من الملاحظات والتنبيهات:

1 - إن تعريف الوقف في نص المادة 213 والمادة 3 ينطبق على كل من الوقف العام والوقف الخاص ويستوعبها ويشملهما (4)؛ ويُراد بالوقف العام أو الوقف الخيري: ما كان غرضه في وجه من وجوه البرّ العامة كالمساجد والمدارس ودور العجزة.

أما الوقف الخاص أو الوقف الأهلي أو الذّرّي: ما كان لمنفعة الواقف وأهله وذريّته أو لأشخاص بأعيانهم وذرياتهم، بغض النظر عن وصف الغنى والفقر والصحة والمرض وما شابهها (5).

1 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 32، العدد 55، مؤرخة في 27 سبتمبر 1995، ص 11.

2 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 28، العدد 21، مؤرخة في 8 مايو 1991، ص 690.

3 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 39، العدد 83، مؤرخة في 15 ديسمبر 2002، ص 3.

4 - ينظر: محمد كنازة: المرجع السابق، ص 11.

5 - يُقسِم الوقف من حيث الغرض إلى وقف عام (خيري)، وقف خاص (أهلي أو ذري)، وقف مشترك، ويُقسِم من حيث التوقيت إلى وقف مؤبد ووقف مؤقت، ومن حيث نوع استعمال المال الموقوف إلى وقف مباشر ووقف استثماري... وغيرها من التقسيمات. حول أقسام الوقف ينظر: د/ منذر قحف: المرجع السابق، ص 158 – 160، 114، د/ عكرة سعيد صبري: المرجع السابق، ص 89 – 136، د/ محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، ص 318 – 321، د/ وهبة الزحيلي: الوصايا والوقف في

-2 الوقف هو عقد من عقود التبرعات طبقا لنص المادة الرابعة من قانون الأوقاف. في المقابل نجد أن المشرع القانوني الجزائري في القانون المدني لم يصطلح صراحة على وصف الوقف بالعقد، واكتفى بوصفه بأنه شخص اعتباري (معنوي) كما في نص المادة 49.

-3 في سياق متصل، أشار المشرع القانوني الجزائري إلى الصفة التعاقدية المنفردة التي تُميّز عقود التبرعات عن عقود المعاوضات خاصة في قوله من نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري: «الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته...».

فقوله: «بمحض إرادته» تصريح بالطابع الانفرادي في إنشاء عقد الوقف، والذي لا يتطلّب انعقاده رضا الطرف الآخر كما هو الحال في عموم عقود التبرعات.

-4 اتفقت التعريفات السابقة على فكرة التأبيد في الوقف وطابعه الخيري، غير أنها اختلفت حول محلّ الوقف؛ فقد عبّر عنه قانون الأسرة بكلمة: «المال» التي تشمل المنقول والعقار، في حين حصره قانون التوجيه العقاري في العقار دون غيره، بينما جاء قانون الأوقاف شاملا للمنقول والعقار والمنفعة (1).

الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 140، له أيضا: الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، 8/ 160 – 161، منذر عبد الكريم القضاة: المرجع السابق، ص 54 – 58، د/ عبد الودود محمد السريتي: الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، ج 1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د رط، 1997، ص 166 – 175، عبد القادر بن عزوز: المرجع السابق، ص 30 – 32، أحمد حطاطاش: المرجع السابق، ص 56 – 65، صورية زردوم بن عمار: النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون العقاري، إشراف: د/ عبد القادر بوهنتالة، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009 – 2010، ص 24 - 33، بن مشرنن خير الدين: إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، إشراف: د/ عزاوي عبد الرحمان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2011 – 2012، ص 72 – 74.

1 - ينظر: صورية زردوم بن عمار: النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 10.

5 - إن المقصد التشريعي (والشرعي أيضا) من إنشاء عقد الوقف هو تحقيق المنفعة العامة، وما تتضمنه من تحصيل الأجر والثواب المأمورين من جهة الشرع الإسلامي والتشريع الوضعي بتحصيله من وجوه البرّ والخير، على غرار عقد الوقف مثلا، كما أشار ذيل نص المادة الرابعة من قانون الوقف، وأيضا نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري.

6 - يختلف الوقف عن سائر عقود التبرعات المالية الأخرى على غرار الهبة والوصية [1] من عدّة جوانب نذكر منها: أنه يحبس العين (محل الوقف) عن التملك لأي شخص بعينه مع تعميم الانتفاع من ريعها لمن يستحقه ويستأهله، أما في عموم عقود التبرع الأخرى فإن العين تحبس على تمليكها إلى شخص بعينه طبيعيا كان أو معنويا كما في الهبة والوصية...وغيرها.

الفرع الثاني- الطبيعة القانونية للوقف:

يراد بها: التوصيف أو التكييف القانوني لعقد الوقف؛ أي أوصافه وخصائصه المعتبرة من وجهة نظر المشرع القانوني الجزائري [2]؛ أي التي قرّرها التشريع الجزائري. وأكتفي بذكر جانبٍ منها:

1 - حول تمييز الوقف عن غيره من عقود التبرعات كالصدقة والحبس والهبة والوصية والعمرى ينظر مثلا: رمول خالد: الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2006، ص 29 – 40، أحمد حطاطاش: المرجع السابق، ص 65 – 77، لخضر ولد الشيخ: حماية الأملاك الوقفية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عقاري، إشراف: د/ غنية خيار لحلو، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013 – 2014، ص 30، صورية زردوم بن عمار: النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 33 – 39، د/ محفوظ بن الصغير: المرجع السابق، ص 85 – 87.

2 - عن خصائص الوقف في القانون الجزائري بالتفصيل يراجع مثلا: أحمد حطاطاش: المرجع السابق، ص 53 – 56، محمد كنازة: المرجع السابق، ص 33 – 36، رمول خالد: المرجع السابق، ص 50 – 62، صورية زردوم بن عمار: انظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 10 – 24، بن تونس زكرياء: المرجع السابق، ص 38.

أولا- الوقف عقد تبرعي من نوع خاص:

على ضوء التعريفات السابقة للوقف؛ اتضح أنه من عقود التبرعات التي تنعقد بالإرادة المنفردة، ويُقابلها عقود المعاوضات في القانون المدني مثل: عقد البيع، عقد الإيجار، عقد القرض وعقد المضاربة... وقد جاء النص على ذلك صراحة كما في المادة الرابعة من قانون الوقف رقم 91 – 10 التي لم يلحقها تعديل 2001 و2002: «الوقف عقد التزام تبرع عن إرادة منفردة».

هذا ويُرجى من إبرام عقود التبرع تحصيل رضا الله تعالى ونيل ثوابه الأخروي، وأيضا تحقيق المنفعة لعموم المسلمين المنتفعين من ريع الوقف [1].

ثانيا- الوقف عقد شكلي (رسمي):

عرّفت المادة 324 من القانون المدني رقم 75 – 58 المُعدّل والمُتمّم بالقانون رقم 88 – 14 المؤرخ في 3 مايو 1988 [2] العقد الرسمي بالقول: «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقّاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه».

استناد إلى هذا التعريف، يتعيّن تحرير الوقف في وثيقة رسمية تأخذ صورة عقد كإجراءٍ لصحة إنشائه، إضافة إلى إخضاعه للإجراءات الشكلية الخاصة بالتسجيل لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري حتى يقع نافذا؛ كما صرّحت بذلك المادة 41 من قانون الوقف 91 – 10 بالقول: «يجب على الواقف أن يُقيّد الوقف بعقد لدى الموثق، وأن يُسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك بإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف».

1 - يُحقق الوقف أغراضا وأهدافا وغايات عديدة في غاية الأهمية، تستهدف الارتقاء بالمجتمعات والدول وتحسين وضعها ومركزها الاجتماعي والاقتصادي والحضاري... بهذا الصدد ينظر مثلا: د/ منذر قحف: المرجع السابق، ص 156 – 158، 70 – 72، لخضر ولد الشيخ: المرجع السابق، ص 39 – 42.

2 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 18، العدد 25، مؤرخة في 4 مايو 1988، ص 749.

وفي ذات السياق جاء نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 المؤرخ في 1 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك [1] مؤيّدا ومؤكدا ومعزّزا مضامين نص المادة 41 أعلاه بقولها: «تُسوّى وضعية الأملاك والعقارات الوقفية التي ضُمّت إلى أملاك الدولة أو منح إيّاها أشخاص طبيعيون أو معنويون، تسوى وتقيّد رسميا لدى مصالح الشهر العقاري بالمحافظات العقارية...».

فضلا عن ذلك يُمكننا الاستناد أو الاستئناس على الأقل بالقواعد والأحكام العامة الواردة في القانون المدني المعدّل بالقانون رقم 88 – 14 نحو المادة 324 مكرر 1، التي نصّت على شرط الرسمية أو الشكلية في العقود في معرض استعراضها للكتابة كوسيلة إثبات في المواد المدنية، وأيضا المادة 793 التي تناولت نقل الملكية والحقوق العينية المرتبطة بالعقار، واشترطت مراعاة القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

ثالثا- الوقف شخص معنوي (اعتباري) (2):

إن «الوقف شخصية معنوية مستقلة عن شخصية المستحقين فيه» [3]. وقد صرّحت بذلك المادة الخامسة من القانون 91 – 10 بقولها: «الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا للاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها».

وتبعا لذلك عُدّلت المادة 49 من الأمر رقم 75 – 58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني [4] التي حدّدت الأشخاص الاعتبارية؛ وذلك بمقتضى المادة 21

1 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 35، العدد 90، مؤرخة في 2 ديسمبر 1998، ص 15.

2 - حول اكتساب الوقف للشخصية القانونية المعنوية وما يترتب عنها من آثار يُراجع: د/ جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، الجماهيرية الليبية، ط 1، 2001.

3 - ينظر: زهدي يكن: أحكام الوقف، منشورات المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ط 1، د س ن، ص 26.

4 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 12، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975، ص 990.

من القانون رقم 05 – 10 المعدل والمُتمّم [1] للأمر رقم 75 – 58، المؤرخ في 20 يونيو 2005؛ حيث اعتبرت الوقف شخصا معنويا له وجود قانوني، ومن ثمّ فإنه يكتسب خصائص الشخص المعنوي وتسري عليه آثاره المنصوص عليها في المادة 50 من القانون المدني رقم 75 – 58 المعدّل والمتمّم.

من الناحية التنظيمية والهيكلية، فإن الوقف في الجزائر كنظامٌ مؤسساتيٌّ قائم بذاته؛ يملك ذمة مالية مستقلة (Patrimoine)؛ أي يتمتع بالاستقلال المالي وما يتصل به من استقلال إداري؛ أي الاستقلالية في الأجهزة والتسيير، وهو أيضا من لوازم ونتائج وآثار اكتساب الشخصية المعنوية كما نصت المادة 50.

هذا إضافة إلى أن الوقف يتمتع بالأهلية (La Capacité)، وله الحق في أن يكون له موطن (Domicile)، كما يكتسب خاصية التمثيل القانوني (وجود نائب يُعبّر عن إرادته)، فضلا عن حقه في التقاضي... [2]. وجميعها من نتائج اكتساب الوقف للشخصية المعنوية.

هذا وقد أشارت إلى الذمة المالية لنظام الوقف في الجزائر نحو المادة 26 مكرر المستحدثة بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 01 – 07 المعدّل والمتمّم لقانون الوقف رقم 91 – 10، والمادة السادسة المعدلة بالمادة الثالثة من القانون رقم 02 – 10، والمادتين الخامسة والثامنة من القانون رقم 91 - 10.

وبالرجوع إلى التنظيم القانوني الخاص بنظام الوقف المؤسساتي؛ نجد أن الوقف يُديره ويُسيّره يُمثله على المستوى المركزي (الإدارة المركزية): وزارة الشؤون الدينية

1 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 42، العدد 44، مؤرخة في 26 يونيو 2005، ص 17.

2 - لتفصيل أكثر في خصائص الشخص المعنوي ينظر: أ. د/ عمار بوضياف: الوجيز في القانون الإداري، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 1434 هـ – 2013 م، ص 152 – 153، أ. د/ محمد الصغير بعلي: المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون، نظرية الحق)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د رط، 1427 هـ – 2006 م، ص 165 – 168، له أيضا: القانون الإداري (التنظيم الإداري)، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د رط، 1432 هـ – 2002 م، ص 30 – 31.

والأوقاف، وتعمل تحت إشرافها لجنة مركزية للأوقاف يُنشئها وزير الشؤون الدينية والأوقاف بقرار يُحدّد تشكيلتها ومهامها وصلاحيتها طبقا للمادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 المؤرخ في 1 ديسمبر 1998، يُحدّد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

أما على المستوى المحلي (الإدارة المحلية): فيمثل الوقف الملكي (العام) على التوالي والترتيب من حيث المراكز القانونية: ناظر الشؤون الدينية، ثم وكيل الأوقاف، وأخيرا ناظر الملك الوقفي طبقا للمادتين 11 و 12 من المرسوم التنفيذي رقم 98 – 381 المشار إليه أعلاه، والمادتين 33 و34 من القانون رقم 91 – 10 الآنف الذكر (1).

المطلب الثاني- الإثبات في القانون المدني والقانون التجاري الجزائري:

يُقصد بالإثبات بمعناه القانوني: الوسائل التي حدّدها ونظّمها القانون ويلجأ إليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدّعونها، وقد تكون هذه الوقائع تصرّفا قانونيا كعقد مثلا، أو واقعة مادية كفعل غير مشروع، أو إثراء بلا سبب...(2)، وهذا المعنى هو أحد المعاني الثلاثة التي يَرِدُ بها اصطلاح الإثبات القضائي أو الإثبات القانوني ويُطلق عليها (3).

1 - حول نظام إدارة وتسيير الوقف في الجزائر ينظر: خير الدين بن مشرنن: المرجع السابق، ص 83 وما بعدها ، محمد كنازة: المرجع السابق، ص 129 – 157، صورية زردوم بن عمار: النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مرجع السابق، ص 115 – 132، ص 104 – 112.

2 - ينظر: د/ سمير السيد تناغو: النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د ر ط، 1997، ص 91، د/ محمد حسن قاسم: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د ر ط، د س ن، ص 7 – 8، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 2 (نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات- آثار الالتزام)، أضاف في حواشيها فقها وقضاء: د/ عبد الباسط جميعي، مصطفى محمد الفقي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 2009، ص 14 – 15.

3 - يطلق اصطلاح الإثبات القضائي على ثلاثة معان: المعنى الأول: الفعل الذي بمقتضاه يتقدِم أحد الخصوم إلى القاضي بالوسائل اللازمة لإقناعه، المعنى الثاني: الوسيلة أو الطريقة التي تؤدي

ومن خلال هذا المطلب سنتناول على وجه الاختصار والإجمال: طرق الإثبات التي نص عليها المشرع الجزائري في كل من القانون المدني والقانون التجاري، بهدف إيضاح ملامح تأثر إثبات عقد الوقف بها في المطلب الثالث والأخير.

الفرع الأول- الإثبات في القانون المدني الجزائري:

يستعرض هذا الفرع الإثبات المدني في القانون الجزائري من خلال مُعالجة مُختصرة لطرقه وأهمّ خصائصه.

أولا- طرق الإثبات في القانون المدني الجزائري:

يتحقّق الإثبات المدني بعدّة طرقٍ نص عليها ونظّمها المشرع الجزائري في المواد (323 – 350) من القانون المدني، تحت عنوان: « إثبات الالتزام»، وهو الباب السادس من الكتاب الثاني الخاص بالالتزامات والعقود؛ وهي بترتيب ورودها في هذه المواد: الكتابة (الإلكترونية أو على الورق)، الشهود، القرائن، الإقرار واليمين [1]، وفيما يلي عرضٌ مُختصر لهذه الطرق الإثباتية من حيث مواضع ورودها من نصوص القانون المدني.

إلى اقتناع القاضي وهو المشار إليه أعلاه، أما المعنى الثالث: فهو النتيجة التي يتم الحصول عليها بعد التقدِم إلى القاضي بطريقة أو طرق الإقناع أي الإثبات التي ينصّ عليها المشرع. ويُمكن أن تؤدي هذه المعاني في مجموعها إلى تعريف واحد للإثبات القضائي وهو: إقامة الدليل أمام القاضي بطريقة من طرق الإقناع التي يُحدِدها ويُنظِمها القانون على صحة واقعة مُتنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة. ينظر: د/ سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 3.

1 - حول طرق الإثبات في المعاملات المدنية ينظر بتفصيل أكثر: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، ج2/ 105 وما بعدها، د/ سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص 61 وما بعدها، د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 103 وما بعدها، بكوش يحيى: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 2، 1982، ص 77 وما بعدها.

-1 الكتابة:

وهي من أهم طرق أووسائل الإثبات جميعا وأقواها؛ لما توفّره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة [1]. تناولها القانون المدني في المواد (323 – 332) تحت عنوان: «الفصل الأول: الإثبات بالكتابة»، من الباب السادس. والإثبات بالكتابة يتحقّق بشكلها الإلكتروني (الكتابة الإلكترونية) [2]، وشكلها العادي (على الورق). طبقا لنص المادة 323 مكرر 2.

ويشمل الإثبات بالكتابة جميع العقود المكتوبة الرسمية (المواد 324 – 326 مكرر 1) والعقود غير الرسمية أو العرفية، وغيرها من المحررات المكتوبة التي يُمكن أن يُستند إليها في إثبات الحق كالرسائل والبرقيات، الدفاتر التجارية، الدفاتر والأوراق المنزلية. (المواد 326 مكرر 2 - 332).

-2 الشهادة:

وهي البيّنة [3]، أو ما اصطلح القانون المدني الجزائري على تسميتها في الفصل الثاني

1 - تصلح الكتابة لإثبات جميع الوقائع سواء كانت تصرفات قانونية أووقائع مادية، وتحرّر متعاصرة مع قيام التصرف، وفي وقت لا تكون فيه للخصوم مصلحة في تحوير الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية، ورغم أهمية الكتابة في الإثبات إلا أنها لا تحوز حجية وقوة مطلقة في الإثبات؛ إذ يجوز إثبات عكسها إلا بكتابة أخرى مثلها أو عن طريق الطعن فيها بالإنكار والتزوير وغيرها من الطرق بحسب نوع الورقة أو المحرّر. ينظر: محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص ، 109، سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص 61.

2 - «يعتبر الإثبات بالكتابة في شكلها الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق من حيث قيمته وأثره، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون مِعدة ومحفوظة في ظروف تمن سلامتها». طبقا لنص المادة 323 مكرر 1.

3 - يرد الإثبات بالشهود أو الشهادة بمعنى: البينة، وهو أحد أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية، وهو رأي جمهورهم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة؛ لأن الحق يتبيّن بالشهود أو لأن الأغلب في البيّنات الشهادة لوقوع البيان بقول الشهود وارتفاع الإشكال بشهادتهم، ويرى جانب من الفقه الإسلامي أن البيّنة اسم لكل ما يُبين الحق ويُظهره أمام القاضي من وسائل وحجج وطرق، ومن القائلين بهذا الرأي: ابن فرحون وابن تيمية وابن القيم وصديق حسن خان... وغيرهم، في حين يرى

من الباب السادس: «الإثبات بالشهود» [1]، وتناولها بالنصّ والتنظيم في المواد (333 – 336). وعلى خلاف المبدأ المقرر في القانون التجاري وهو: جواز الإثبات بالشهادة مهما كانت قيمة الدين [2] أو إذا لم يكن مُحدّد القيمة، مع جواز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة عن طريق الشهادة، مراعاة لطابع السرعة والثقة الذي تتميّز به المعاملات التجارية.

نجد أن المعاملات المدنية التي تتميّز بطابع التروّي، تتطلّب – كقاعدة عامة - الإثبات عن طريق أدلة كتابية سواء بورقة رسمية أو غير رسمية، ومع ذلك فإن المشرع الجزائري يقبل الإثبات بالشهادة إذا لم تزد قيمة الالتزام موضوع النزاع عن مائة ألف (100.000) دينار جزائري [3] طبقا لأحكام نص المادة 333.

3- القرائن Les présomptions:

هي طريق غير مباشر من طرق الإثبات. وهي استنباط أمر غير ثابت أو مجهول من أمر ثابت أو معلوم. أو هي اعتبار الواقعة الأصيلة المطلوب إثباتها، قد ثبتت من مُجرّد إثبات واقعة أخرى بديلة. وتظهر فائدة القرينة في أن الواقعة البديلة يسهل إثباتها عادة، بينما الواقعة الأصيلة تكون عسيرة الإثبات [4]. وقد نصّ المشرع الجزائري على القرائن في القانون المدني تحت عنوان: «الفصل الثالث: القرائن» ونظّمها في المواد (337 – 340).

فقهاء آخرون أن البينة: أن البينة تشمل الشهود وعلم القاضي وهو رأي ابن حزم. ينظر: د/ مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق، 1402 هـ - 1982 م، ص 25 – 26.

1 - الإثبات بالشهود هو ما اعتمده المشرع الجزائري في القانون رقم 05 – 10 المعدِل والمتمِم للأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني، بدلا من الإثبات بالبيّنة الذي كان ينصّ عليه هذا الأخير.

2 - أي ولو تجاوزت مائة ألف (100.000) د ج كما يُشير إليه مفهوم المخالفة لنص المادة 333/ فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

3 - مع جواز عدم قبول الإثبات بالشهادة ولو لم تزد القيمة على مائة ألف (100.000) د ج طبقا لنص المادة 334 من القانون المدني الجزائري.

4 - ينظر: د/ سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 92، 117، د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 245.

والقرائن من نوعين: قرائن قانونية: وهي التي نصّ عليها، فهي من عمل المشرع القانوني ذاته الذي يُحدّد الواقعة الثابتة، وقد تقبل نقضها بالدليل العكسي فتكون قرائن بسيطة، وقد لا تقبل ذلك فتكون قرائن قاطعة، فقوة القرائن القانونية في الإثبات تتحدّد بمقتضى النص القانوني الذي يُقرّرها [1].

وقرائن قضائية: وهي التي يُقرّرها القاضي، وهي دائما قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس، ولا تقبل إلا في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهود [2]؛ لأنها تقوم على استنباط عقلي يحتاج إلى دقة، وهي بذلك لا تُحقّق درجة كبيرة من الاطمئنان [3].

-4 الإقرار:

عَالَجَهُ المشرع الجزائري في الفصل الرابع في المادتين 341 و342 من القانون المدني، وعرّفه في المادة 341 بقوله: «الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مُدّعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة».

وتجدر الإشارة إلى أن الإقرار عند التدقيق ليس دليلا في حدّ ذاته يُؤدّي عمل طرق الإثبات الأخرى، ولكنه يُؤدي فقط إلى الإعفاء من الإثبات؛ أي إعفاء المدعي من إقامة الدليل على ما يدّعيه؛ لأنه بمجرّد الإقرار تصبح الواقعة المطلوب إثباتها غير متنازع فيها، ومثل هذه الواقعة لا تكون محلا للإثبات فيُعفى الخصم من ذلك، ومن ثمّ فإنه يُغني عن الإثبات سواء بالنسبة للتصرفات القانونية أو الوقائع المادية.

لا يُؤدي الإقرار إلى يقين كامل شأنه في ذلك شأن أدلة الإثبات؛ لأن الشخص قد يكذب في إقراره إلحاقا للضرر بغيره أو توقّيا لضرر أكبر قد يلحق به، ولذلك فإن الإقرار

---

1 - وهو ما أشارت إليه المادة 338 من القانون المدني.

2 - وعلى ذلك نصت المادة 340 من القانون المدني: «يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يُقرّرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يُجيز فيها القانون الإثبات بالبينة».

3 - ينظر: د/ سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 92، 117 – 118، د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 245 - 255.

لا يكون حجة إلا على المقرّ وحده [1]، وهو ما نصّ عليه المشرع في المادة 342/ فقرة 1 بالقول: «الإقرار حجة قاطعة على المقرّ».

-5 اليمين Le Serment:

نصّ عليها المشرع في الفصل الخامس والأخير من الباب السادس: «إثبات الإلتزام»، ونظّم أحكامها في المواد (343 – 350) من القانون المدني؛ ومعناها: «أن يحتكم الخصم الذي يعوزه دليل الإثبات إلى ذمة خصمه. فإذا حلف الخصم اليمين فيكون قد كسب الدعوى بدليلٍ اصطنعه بنفسه على خلاف الأصل ولكن بموافقة الخصم الذي وجّه إليه اليمين. أما إذا نكل عن اليمين فهو يكون قد خسر الدعوى، ويكون النكول في هذه الحالة في حكم الإقرار، فلا يُعتبر طريقا للإثبات، بل وسيلة للإعفاء منه» [2].

واليمين إما أن تكون حاسمة (Le Serment Décisoire) وهي: التي يُوجّهها أحد الخصوم إلى خصمه ليحسم النزاع [3]، وقد نصّ عليها المشرع الجزائري بقوله في نص المادة 343/ فقرة 1: «يجوز لكل من الخصمين أن يُوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم مُتعسّفا في ذلك...».

وإما أن تكون متمّمة (Le Serment Supplétoire) وهي التي يُوجّهها القاضي إلى أحد الخصوم من تلقاء نفسه إلى أيّ من الخصمين ليكمل بها اقتناعه، عندما يُقدّر عدم كفاية الأدلة التي يُقدّمها الخصم [4]، وجاء النصّ عليها في المادة 348/ فقرة 1: «للقاضي أن يُوجه اليمين تلقائيا إلى أيٍّ من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به». واليمين التلقائية هنا هي اليمين المتمّمة التي صرّح بها في المادتين (349 – 350).

1 - ينظر: د/ سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 93، د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 269.

2 - ينظر: د/ سمير السيد تناغو: المرجع نفسه.

3 - ينظر: د/ سمير السيد تناغو: المرجع نفسه، د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 282.

4 - ينظر: د/ سمير السيد تناغو: المرجع نفسه، د/ محمد حسن قاسم: المرجع نفسه، ص 291.

ثانيا- خصائص الإثبات في القانون المدني الجزائري:

يتميّز الإثبات في القانون المدني الجزائري بشكل عام بعدّة خصائص أهمها: خاصية التقييد وخاصية الشكلية.

-1 خاصية التقييد:

وهي أهم خاصية؛ ففي إطار تنظيم الإثبات على اختلاف وسائله وتنوّع طرقه؛ يأخذ المشرع الجزائري – وغيره - في القانون المدني تحديدا وعلى خلاف القانون الجنائي [1] بنظام الإثبات المقيّد أو القانوني (Système de la preuve légale) أو نظام الأدلة القانونية: وفيه يُحدّد القانون طرق الإثبات الجائز قبولها أمام القضاء، مع تحديد قيمة كل طريقة منها، وترتيبها وتدرّجها من حيث هذه القيمة.

استنادا إلى نظام الإثبات المقيّد أو القانوني؛ لا يستطيع الخصوم ولا يجوز لهم إثبات حقوقهم بغير الطرق التي حدّدها القانون، كما أن القاضي لا يجوز له أن يسمح لهم بذلك أو أن يتخذ طريقا آخر للإثبات غير هذه الطرق القانونية، أو أن يُعطي لها قيمة غير القيمة التي حدّدها القانون [2].

1 - إجمالا استقرّ عمل المشرع الجزائري على الأخذ بنظام الإثبات المختلط (Système mixe) الذي يجمع بين نظام الإثبات الحرّ أو المطلق (Système de la preuve libre) أو نظام الأدلة المعنوية ونظام الإثبات المقيّد (Système de la preuve légale)؛ ففي نطاق المسائل الجنائية يعتمد على حرية الإثبات، وفي نطاق المسائل المدنية يعتمد على التقييد. ويأخذ بهذا النظام معظم القوانين الحديثة كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والقانون البلجيكي، كما يأخذ به أيضا أكثر قوانين الدول العربية على غرار القانون المصري والقانون اللبناني والقانون الجزائري. ينظر: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، 2/ 29 – 30، د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 12 – 13، د/ سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 8، بكوش يحيى: المرجع السابق، ص 39، د/ محمد الزحيلي: المرجع السابق، ص 618، زبدة مسعود: الإقتناع الشخصي للقاضي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د رط، 1989، ص 20، د/ نبيل إسماعيل عمر: سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية وتطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، د ر ط، 2002، ص 45، 438 – 456.

2 - ينظر: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 11 – 12، د/

في ظلّ هذا النظام نجد أن القاضي يتخذ موقفا سلبيا؛ فليس له إكمال أدلة الخصوم إذا كانت ناقصة، ولا يدع له مجالا لممارسة أي شكل من أشكال السلطة التقديرية، كما لا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي، وإنما يقتصر دوره على سماع الخصوم وتقدير الأدلة التي يُقدّمونها، ويلتزم إعطاءها القيمة التي يمنحها لها القانون ويتقيّد بها، وهذا يُحدث مفارقة بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية، فلا تتحقق العدالة المأمولة.

ومن ثَمَّ كانت ميزته أنه يبعث الثقة والطمأنينة في النفوس، ويُحقق الاستقرار في المعاملات، ويحول دون تعسّف وتحكّم القاضي في حلّ المنازعات (1)، وهذا – من وجهة نظري - يُعزّز من تكريس مبدأ الأمن القانوني والقضائي.

وبالرجوع إلى أحكام ونصوص القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري – كما تقدّم - قيّد الإثبات المدني بخمس وسائل، حصره فيها وقصره عليها؛ نصّ عليها حصرا لا مثالا في المواد: 323 – 350؛ وهي ترتيبا: الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار واليمين.

وعليه، فإنه لا يُمكن إثبات أيّة واقعة مدنية إلا بإحدى هذه الوسائل، بمفهوم المخالفة إن أيّ طريقٍ لإثبات واقعة أو تصرّف... يقع خارج نطاق هذه الوسائل من جهة الخصوم أو من جهة القاضي؛ فإنه يُعدّ تجاوزا لنصوص القانون المدني ويُرتّب بطلان الاستدلال به.

وهنا قد يُعترض على هذا الطرح استدلالا بنص المادة الأولى من القانون المدني: «يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. وإذا لم يُوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يُوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يُوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة».

سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 7 – 8، بكوش يحيى: المرجع السابق، ص 39، زبدة مسعود: المرجع السابق، ص 20 – 22.

1 - ينظر: د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 11 – 12، د/ سمير السيد تناغو: المرجع السابق، ص 8، بكوش يحيى: المرجع السابق، ص 37 – 39.

فاستنادا إلى هذا النص، قد يُستشكل ويثور التساؤل حول جواز الاستناد إلى طرق الإثبات المقرّرة شرعا (في فقه الشريعة الإسلامية)؛ إذا لم يتمكن الخصوم من إثبات حقوقهم بأحد وسائل الإثبات المدني الخمس المشار إليها، بحجة أن مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرٌ من مصادر قواعد القانون المدني بنص المادة الأولى أعلاه.

وهذا من وجهة نظرنا في حاجة إلى تفصيل، فحكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية إنما يكون في حالة غياب نص من نصوص في القانون المدني باعتبارها مصدرا، ومعلوم أن طرق الإثبات المدني قرّره المشرع على سبيل الحصر كما نبّهنا، وليس للقاضي أنْ يُمكّن الخصوم من وسائل إثبات أخرى عدا تلك الوسائل المنصوص عليها على وجه التقييد والتحديد.

من ناحية أخرى، لا يُثار هذا الإشكال إذا كان الإثبات في الشريعة الإسلامية من إحدى الطرق التي قرّرها القانون المدني، ومعلوم أن جميعها قد نصّت عليها الشريعة الإسلامية نصا وفقها، مع تفرّدها بخصوصيتها الشرعية التي تميّزها عن الخصوصية الوضعية القانونية (1).

1 - هذا فضلا على أن من المعاصرين من يرى أن الفقه الإسلامي يغلب عليه الأخذ بنظام الإثبات المقيد أو القانوني، فطرق الإثبات محصورة في العدد الذي ورد به نص شرعي شراحة أو استنباطا، وهو رأي الجمهور الذي أخذت به المحاكم الشرعية في بعض البلاد العربية الإسلامية، في حين يرى آخرون أن الفقه الإسلامي يُطلق الإثبات فيما يشبه نظام الإثبات الحر؛ فلا يحصرها في عدد معين بل تشمل كل ما يمكن أن يثبت به الحق ويطمئن به القاضي، ويلزم الحكم بموجبه، وهذا الرأي قال به ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون وغيرهم، وهو ما رجّحه الدكتور محمد الزحيلي. في حين يُمكن الانتهاء إلى رأي ثالثٍ بأن الفقه الإسلامي - وإنْ غلب القول بالتقييد في طرق الإثبات - إلا أنه مختلط من حيث استناده إلى إطلاقها في بعض أحكامه. تفصيل أكثر ينظر: د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع السابق، 2/ 29، د/ محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 12، بكوش يحيى: المرجع السابق، ص 38. زبدة مسعود: المرجع السابق، ص 26 - 31. د/ محمد الزحيلي: المرجع السابق، ص 605 – 616، جميل بسيوني: أصول الإثبات شرعا ووضعا، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، الكتاب الأول، السنة 11، 1401 هـ - 1980 م، ص 11 – 34.

من ناحية أخرى، ودائما في إطار توضيح خاصية التقييد في الإثبات المدني، فإن صريح المادة 333 من القانون المدني يُقيّد الإثبات كلما زادت قيمة الالتزام عن مائة ألف (100.000) دينار جزائري، أو كانت قيمته غير مُحدّدة، ويعود ذلك إلى ثبات واستقرار المعاملات المدنية التي تتميّز بطابع التروّي، فيضع المشرع قيودا بقصد إعطاء المتعاقد فرصةً للتريّث والتفكير قبل الإقدام على تحمّل الالتزام أو العمل المراد تحقيقه [1]، وهذا على خلاف مبدأ حرية الإثبات المقرّر في المعاملات التجارية التي تتميّز بطابع السرعة والثقة.

-2 خاصية الشكلية:

يلاحظ البعض أن نظام الإثبات المقيّد أو القانوني الذي اعتمده القانون المدني هو نوع من الشكلية في القانون، بينما ينسجم نظام الإثبات الحرّ مع مبدأ الرضائية؛ ذلك أن اشتراط القانون طريقا خاصا من طرق الإثبات كالكتابة مثلا يكاد لا يقل أثرا من الناحية العملية عن اشتراط شكل خاص لانعقاد التصرّف؛ لأنه إذا تخلّف الطريق المحدد للإثبات فإن التصرف يكون موجودا من الناحية النظرية ولكن قد يستحيل إثبات وجوده من الناحية العملية إذا لم ينجح صاحب المصلحة في العثور على طريق آخر يقوم مقام الكتابة كالإقرار أو اليمين [2].

هذا فضلا على أن الإثبات عن طريق الكتابة يطرح خاصية الشكلية سواء بمدلولها الرسمي أو العرفي، وهذا ما يجعل من خاصية الشكلية تشمل الكتابة الرسمية والكتابة العرفية؛ أي العقود الرسمية والعقود العرفية وغيرها من المحرّرات المكتوبة التي أقرّها المشرع الجزائري ونصّ عليها.

1 - ينظر: نادية فضيل: القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 10، 2008، ص 64.

2 - ينظر: د/ سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص 8، 10.

الفرع الثاني- الإثبات في القانون التجاري الجزائري:

يستعرض هذا الفرع طرق الإثبات التجاري التي نص عليها المشرع الجزائري، وأهم خصائصه.

أولا- طرق الإثبات في القانون التجاري الجزائري:

على غرار الإثبات المدني اعتنى المشرع الجزائري بطرق الإثبات في المسائل التجارية؛ حيث تطرّق إليها في القانون التجاري تحت الفصل الأول الخاص بالأحكام العامة من باب العقود التجارية، وهو الباب الرابع من الكتاب الأول الخاص بالتجارة عموما.

وتحديدا نصّ عليها ورتّبها المشرع في المادة 30 من القانون التجاري رقم 75 – 59، المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المعدّل والمتمّم [1]: «يثبت كل عقد تجاري:

-1 بسندات رسمية،

-2 بسندات عرفية،

-3 فاتورة مقبولة،

-4 بالرسائل،

-5 بدفاتر الطرفين،

-6 بالإثبات بالبينة أو بأيّة وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها».

من وجهة نظرنا، يطرح هذا النص نوعين من طرق الإثبات التجاري:

- طرق إلزامية وجوبية: يلتزم بها الأطراف وكلّ من له مصلحه في إثبات الحق والالتزام التجاري، ويتعيّن وجوبا على القاضي قبولها، وفق متطلّبات التشريع وما ينص عليه من شروطٍ وأحكامٍ، ولا يملك سلطة تقدير الأخذ بها من عدمه، وهي: السندات الرسمية، السندات العرفية، الفواتير المقبولة، الرسائل، دفاتر الطرفين، البينة أو الشهادة.

1 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 12، العدد 101، مؤرخة في 19 سبتمبر 1975، ص 1306.

- وطرق اختيارية جوازية: من جهة القاضي، فاستنادا إليها يُمكن إثبات المعاملات التجارية وما يتّصل بها من حقوق والتزامات بأيّ وسيلة أخرى عدا تلك المنصوص عليها والمصرّح بها، شريطة أن يقبلها القاضي المختص ويرى وجوب الأخذ بها.

إذاً، قبول هذه الطرق يخضع إلى تقدير القاضي أو ما عبّر عنه نص المادة 30/ فقرة 6 برأي المحكمة بقولها: «إذا رأت المحكمة...». وفي هذا الإطار، نصّ المشرع الجزائري في المادة 18 من القانون التجاري على اليمين كطريق آخر يجوز للقاضي اللجوء إليه في الإثبات التجاري؛ إذا رفض الطرف الذي يُعرض عليه الإثبات بالدفاتر تقديم هذه الأخيرة.

ثانيا- خصائص الإثبات في القانون التجاري الجزائري:

على غرار الإثبات في القانون المدني فإن الإثبات في القانون التجاري يتميّز بعددٍ من الخصائص أهمها: خاصية الحرية والإطلاق وخاصية الشكلية.

-1 خاصية الحرية والإطلاق:

ما يُلاحظ بشأن نص المادة 30 أن المشرع افتتحها بعبارة: «يثبت كل عقد تجاري بـ...»؛ وهي عبارة تُوحي بأن طرق الإثبات التجاري منصوص عليها على وجه التقييد والتحديد كما هو الحال بالنسبة للإثبات المدني، وهذا مُخالف تماما لخاصية الإطلاق والحرية في الإثبات التي تتميز بها المعاملات التجارية.

لكن الفقرة الأخيرة منها، استدرك من خلالها المشرع الجزائري فأطلق حرية الإثبات وعبّر على ذلك بعبارة: «أو بأيّة وسيلة أخرى...»؛ وهي عبارةٌ صريحةٌ في الدلالة على أن الإثبات التجاري غير مُقيدٍ أو محصورٍ في وسائل بعينها أو مقصور عليها دون غيرها كما في الإثبات المدني؛ فيُمكن إثبات المعاملات التجارية بأيٍّ من طرق الإثبات المتاحة قانونا في التشريع القانوني الجزائري.

في سياق متصل، يجوز الاحتجاج بالأوراق العرفية في المسائل التجارية على الغير حتى لو لم تكن ثابتة التاريخ، ولا يحتج في المسائل التجارية بقاعدة عدم جواز إثبات

عكس الكتابة إلا بالكتابة ما لم يشترط القانون في حالات خاصة ضرورة كتابة العقد كما هي الحال في عقود الشركات، كما يجوز للتاجر أن يستند إلى دفاتره التجارية في الإثبات لمصلحته وذلك خلافا للأصل العام الذي يقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يُنشئ دليلا لنفسه والعكس جائز [1].

أيضا يستطيع خصم التاجر أن يستند إلى دفاتر هذا الأخير في الإثبات لمصلحته وذلك عن طريق إجبار التاجر على تقديمها للقضاء حتى يطّلع عليها، وهذا يُعدّ بمثابة استثناء يرد على القاعدة العامة التي تقضي بعدم إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه» [2].

وهكذا فإن الإثبات في القانون التجاري لا يقتصر على المحرّرات الرسمية، بل يشمل أيضا المحررات العرفية وغيرها من الدفاتر والأوراق والسندات والوسائل التي يُمكن أن تكون طريقا للإثبات، وهذا الإطلاق جاء التصريح به في نص الفقرة السادسة والأخيرة: «...بأيّة وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها».

غير أن هذا الإثبات التجاري كقاعدة عامة يجري عليه الاستثناء؛ إذْ يبقى مقصورا على وسائل الإثبات القانونية دون غيرها من طرق الإثبات الشرعية المتاحة في فقه الشريعة الإسلامية [3]، ويبقى الأخذ بها مقيّدا بموافقة المحكمة المختصة وتقديرها في غير الإثبات بكلّ من السندات الرسمية، السندات العرفية، الفاتورة المقبولة، الرسائل، الدفاتر والبينة.

معنى هذا أن المحكمة قد ترى وجوب قبول وسيلة أخرى من طرق الإثبات عدا تلك المنصوص عليها في المادة 30 أعلاه، حتى وإن كان طريقة (وسيلة) مقرّرة في الشريعة الإسلامية، شريطة أن يُجيزها القاضي المختص إقليميا وموضوعيا ويرى وجوبه الأخذ

1 - ينظر: نادية فضيل: المرجع السابق، ص 65 – 66، بكوش يحيى: المرجع السابق، ص 166، 217.

2 - ينظر: نادية فضيل: المرجع نفسه، ص 66.

3 - أي الفقه الإسلامي تأكيدا على التفريق بين مصطلح الشريعة الإسلامية كمصادر وأصول وأدلة ونصوص، وفقهها كفهوم ومدارك واستنباطات واستنتاجات.

بها، فيجري قبولها هنا مجرى الإستثناء، كما قد يُقدّر عدم جدوى قبولها لاعتبارٍ من الاعتبارات، فللقاضي سلطة تقدير قبول العمل بها من عدمه.

-2 الشكلية:

على غرار الإثبات في القانون المدني؛ فإن الإثبات التجاري أيضا يُراعى فيه جانب الشكلية سواء من طريق رسمي أو عرفي أو غيره. وهذا واضحٌ من وسائل الإثبات التي نصت عليها المادة 30 أعلاه وإقرارها مبدأ حرية الإثبات بما اتفق من وسائل ترى المحكمة وجوب الأخذ بها.

المطلب الثالث- إثبات عقد الوقف في القانون الجزائري:

إن الوقف على غرار غيره من العقود والتصرّفات يعوزه الإثبات رعايةً لمقاصده ووظائفه، وحمايةً لملكيته من أشكال الاعتداء والتملك غير المشروع التي تتنافى ومقاصده الشرعية والتشريعية، ومن خلال هذا المطلب نستعرض إجمالا في ثلاثة فروعٍ: طرق إثبات الوقف ثم أهمّ خصائصه وأخيرا أوجه تأثّر عقد الوقف بالإثبات المدني والتجاري.

الفرع الأول- طرق إثبات عقد الوقف:

استنادا إلى نص المادة 35 من قانون الأوقاف رقم 91 – 10 المعدّل والمتمّم فإن طرق إثبات الوقف مُتنوعة ومُتعدّدة: «يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية...».

ومن خلال هذا الفرع نستعرض فقط جانبا من أهم الطرق القانونية لإثبات الوقف وهي الكتابة والشهادة؛ ذلك أن المقام لا يتسّع لمعالجة جميع طرق إثباته المقرّرة قانونا (1) على وجه التفصيل والتأصيل فضلا عن طرقه الأخرى المقرّرة شرعا (2).

1 - منها أيضا: الأرشيف الوثائقي والأرشيف الإداري والقضائي. ينظر:محمد كنازة: المرجع السابق، ص 103.

2 - عن الطرق الشرعية لإثبات الوقف ينظر: مصطفى أحمد الزرقا: المرجع السابق، ص 111 – 125، د/ سعد بن تركي الخثلان: المرجع السابق، ص 57 – 94، عبد الإله بن محمد بن إبراهيم العبد

أولا- الكتابة:

«اشترط المشرع الجزائري الكتابة صراحة في الوقف وذلك تطبيقا لنص المادة 41 من قانون الأوقاف التي نصت على: «يجب على الواقف أن يُقيّد الوقف بعقد...». والعقد بهذا المفهوم هو تلك الوثيقة التي تثبت العلاقة التعاقدية أو التصرف المنشئ للوقف، والعقد الذي تثبت به التصرّفات القانونية بما فيها الوقف» (1).

ويثبت الوقف بالكتابة من طريق خمسة أنواع من العقود (2):

-1 العقد الرسمي (التوثيقي):

وعرّفته المادة 324 من القانون المدني المعدّل والمتمّم بالقانون رقم 88 – 14، المؤرخ في 3 مايو 1988، وقد تقدّم الاستدلال بها في معرض الكلام عن خصائص عقد الوقف.

-2 العقد العرفي:

«وهو ذلك العقد الذي يتمّ تحريره خارج الإطار الرسمي، وعقد الوقف العرفية اعتبرها المشرع وسيلة للإثبات في المسائل التي لا يشترط فيها القانون الكتابة الرسمية سواء في المنقول أو العقار.

-3 العقد الشرعي:

وهو ذلك العقد الذي يُحرّره القاضي الشرعي، والعقود الشرعية تكتسي قوة ثبوتية بما في ذلك عقود الوقف.

السلام: المرجع السابق، ص 75 – 96، أحمد حطاطاش: المرجع السابق، ص 147 – 148.

1 - ينظر: محمد كنازة: المرجع السابق، ص 94، صورية زردوم: إثبات الوقف في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 347.

2 - ينظر: محمد كنازة: المرجع السابق، ص 94 – 99، صورية زردوم: إثبات الوقف في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 347 – 350، أحمد حطاطاش: المرجع السابق، ص 145 – 146، قرعاني موسى: المرجع السابق، ص 70 – 71، 81 – 83.

-4 العقد الإداري:

الحالة التي يثبت فيها الوقف بالعقد الإداري، وهي الحالة التي يكون فيها مدراء ملاك الدولة ورؤساء البلديات مُحرّرين لعقود وقف تكون فيها المؤسسات الوقفية مسيدة أو يُراد تشييدها على أرض تابعة لأملاك الدولة، وتمّ تخصيصها لإنجاز مشاريع دينية، وهذا تطبيقا للمادة 43 من قانون الأوقاف.

وكذلك تعتبر عقودا إدارية مُثبتة للوقف؛ عقود استرجاع الأملاك الوقفية التي كانت موضوع تأميمٍ في إطار الثورة الزراعية طبقا لنص المادة 38.

-5 العقد القضائي:

وهو المحرّر الذي يُحرّره أعوان القضاء وكتاب الضبط بناء على أحكام أو قرارات قضائية، مثل: الحالة التي يصدر فيها حكم أو قرار قضائي بأحقية الموقوف عليه بمنفعة عقار موقوف أو حكم بانعدام العقب أو انقراضه... في الوقف الخاص، وذلك تطبيقا لنص المادة 22 من قانون الأوقاف – الملغاة - [1]، والتي نصت على: «تبقى الأوقاف الخاصة تحت تصرف أهلها الشرعيين المحدّدين حسب شروط الواقف أو الذين صدر حكم القاضي بإلحاقهم الوقف».

ثانيا- الشهادة:

أخذ المشرع الجزائري بالشهادة كوسيلة إثبات واعتراف بطبيعة الملك الوقفي العام من خلال المادة 08/ فقرة 05 من قانون الأوقاف التي نصت على ذلك بقولها: «الأوقاف المصونة العامة هي: ...الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار».

وقد نظّم المقنّن الجزائري مسألة الشهادة ليُعطيها طابعها الرسمي فأحدث وثيقة الإشهاد المكتوب والشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي [2].

1 - ألغيت بموجب نص المادة 6 من القانون 02 – 10 المعدِل والمتمِم لقانون الأوقاف.

2 - حول وثيقة الإشهاد المكتوب والشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقف ينظر: محمد كنازة:

-1 وثيقة الإشهاد المكتوب:

أحدثها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000؛ يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها [1]. ولم يتعرّض هذا المرسوم إلى تعريف وثيقة الإشهاد المكتوب، واكتفى بتحديد جانبها الشكلي وتنظيم جانبها الإجرائي؛ أي شروطها والقواعد الإجرائية لإصدارها وتسليمها [2].

لكن بالنظر إلى طابعها الشكلي ووظيفتها الثبوتية؛ يُمكن تعريفها بأنها: وثيقة أو مُحرّر أو سند مكتوب يُحرّر وفق وضعيات ومقتضيات وشروط شكلية معينة حدّدها النص التنظيمي (المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336)؛ بحيث لو تخلفت هذه الشروط الشكلية أو لم يُراع الأنموذج الشكلي لشهادة الإثبات المكتوب؛ فقدت الوثيقة قميتها القانونية في الإثبات كما يبدو من ظاهر نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي المشار إليه أعلاه [3].

-2 الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي:

وهي الوثيقة التي تتوج بها شهادات الشهود، وتصدر هذه الشهادة في شكل رسمي وتخضع للتسجيل والإشهار العقاري طبقا للقانون، وقد تمّ إحداث هذه الشهادة الرسمية بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 2000 – 336، وحدّد شكلها

المرجع السابق، ص 100 - 103، صورية زردوم: إثبات الوقف في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 354 – 358، قرعاني موسى: المرجع السابق، ص 73 – 81، د/ عبد المنعم نعيمي: قراءة تحليلية وتقييمية في وسائل إثبات الملك الوقفي، وثيقة الإشهاد المكتوب أنموذجا، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة زيان عاشور بالجلفة، بالتنسيق مع مركز ابن خلدون للدراسات والأبحاث بالأردن، السنة 8، العدد 25، ربيع الأول -1438 ديسمبر 2016، ص 57.

1 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 37، العدد 64، مؤرخة في 31 أكتوبر 2000 ، ص 26.

2 - عن تعريف وثيقة الإشهاد المكتوب ينظر: محمد كنازة: المرجع السابق، ص 100، زهدي يكن: المرجع السابق، ص 77.

3 - ينظر: د/ عبد المنعم نعيمي: المرجع السابق، ص 57.

ومُحتواها القرار الوزاري الصادر عن وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، المؤرخ في 26 مايو 2001 (1).

الفرع الثاني- خصائص إثبات عقد الوقف:

استنادا إلى نص المادة 35 من قانون الأوقاف التي تقول: «يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و 30 من هذا القانون»؛ فإن إثبات عقد الوقف يتميّز ويتفرّد بعددٍ من الخصائص مُقارنة بالإثبات المدني والإثبات التجاري، ومن خلال هذه الخصائص نُشير إلى ملامح التقاطع بينها، والتي تكشف عن أهم جوانب تأثر الإثبات في عقد الوقف بنظام الإثبات المدني والتجاري.

أولا- حرية الإثبات:

على خلاف الرأي المتغلّب في الفقه الإسلامي القائل بتأثّره بنظام الإثبات القانوني أو المقيّد؛ يتميّز الإثبات في عقد الوقف – وأحكام فقه الشريعة الإسلامية أهمّ مصادره - بخاصية الحرية؛ إذ يُمكن إقامة أدلة إثبات بما اتفق من طرق الإثبات الشرعية والقانونية، وهكذا فإن نظام الإثبات الوقفي حرّ ومطلق غير مُقيّد بطرق معينة أو محصورٍ في وسائل مُحدّدة كما هو الشأن بالنسبة إلى الإثبات المدني، وهو بهذا الخاصية يكون قد تأثّر بنظام الإثبات في القانون التجاري الذي يقوم على مبدأ حرية الإثبات بطرقه المصرّح بها في نص المادة 30، بما فيها تلك التي يُقدّر القاضي إمكانية الأخذ بها.

ثانيا- تنوّع الإثبات:

إن حرية الإثبات في عقد الوقف يطرح خاصية أخرى وهي تنوّعع من حيث وسائل إثباته؛ فنصّ المادة 35 يطرح عديد الخيارات المتنوعة لإثبات عقد الوقف إنْ من خلال طرق الإثبات المقرّرة في فقه الشريعة الإسلامية (الفقه الإسلامي) أو طرقه المقرّرة في التشريع القانوني الجزائري، ولا غرو في أن هذا التنوّع يُعزّز من تحصين الأملاك الوقفية من أيّ سلوك تعسّفي أو تصرّف غير مشروع يُمكن أن يحيق به، ويُلحق أضرارا بحقوق الغير، ويُعيق تحقيق وظائفه وغاياته الاجتماعية والاقتصادية والحضارية...

1 - ينظر: الجريدة الرسمية الجزائرية، السنة 38، العدد 31، مؤرخة في 6 يونيو 2001، ص 22.

إن خاصية التنوع في طرق الإثبات تكشف تأثّر الإثبات في عقد الوقف بالإثبات التجاري الذي يتميّز هو الآخر بالحرية والتنوّع لكن في حدود نطاق السلطة التقديرية للقاضي استنادا إلى المادة 30/ فقرة 06 من القانون التجاري، فيما عدا ما صرّح به من طرقٍ وُجوبية للإثبات (1) نص عليها في ذات المادة.

ثالثا- ازدواجية الإثبات:

إن نص المادة 35 وإن لم يُصرّح بخاصية الازدواجية في إثبات عقد الوقف؛ غير أنه نص على أنّ طرقه إثباته ذات طبيعة شرعية وقانونية، فيُمكن الاستناد إلى نظام الإثبات في الفقه الإسلامي الذي يتميّز بالتقييد والتحديد، كما يُمكن الاستناد إلى نظام الإثبات في التشريع الجزائري الذي يتميّز بالتقييد في شقه المدني والحرية والإطلاق في شقه التجاري.

هذه الخاصية ربما نلمس منها تأثّر إثبات عقد الوقف بنظام الإثبات في القانون التجاري؛ ذلك أن الإثبات التجاري وإنْ لم يُصرّح بشأنه المشرع الجزائري بخاصية الازدواجية عبر توسيع وتنويع وسائله حتى تشمل طرقه الشرعية والقانونية، غير أن للقاضي أنْ يرى وجوب الأخذ بكل ما من شأنه أن يُساعد عى إثبات المعاملات التجارية وإنْ كان من خلال طرقه الشرعية، لكن الأخذ بها يظلّ رهن رأي القاضي وتقديره، وهكذا فإن خاصية الازدواجية في الإثبات التجاري قرّرها المشرع جوازيا استنادا إلى السلطة التقديرية التي منحها للقاضي، بخلاف الإثبات الوقفي الذي صرّح بشأنه المشرع بخاصية الازدواجية، فيأخذ القاضي بجميع طرقه المقرّرة شرعا وقانونا وجوبيا لا جوازيا.

ومن نافلة القول أن نُشير - على وجه الاستئناس لا الاستدلال - إلى أن تقديم الإثبات بالطرق الشرعية على الإثبات بالطرق القانونية كما هو منصوص عليه في نص المادة 35 أعلاه؛ فيه مُؤشّر على اعتراف المقنّن الجزائري بالقيمة التشريعية لقواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية، وفيه تأكيد على مصدرية الشريعة الإسلامية لأحكام الوقف في التشريع الجزائري.

1 - هي: السندات الرسمية، السندات العرفية، الفاتورة المقبولة، الرسائل، دفاتر الطرفين، البينة.

رابعا- الشكلية:

وهي من خصائص نظام الإثبات المدني والإثبات التجاري التي تأثّر بها عقد الوقف، سواء كانت الشكلية في صورةٍ تعاقدية عرفية أو رسمية أو شرعية...وغيرها، وما يُميّز الشكلية في إثبات عقد الوقف أنها تشمل الشكلية الشرعية التي تُقرّرها نصوص الشريعة الإسلامية (العقود الشرعية).

من ناحية أخرى، رأينا أن الشهادة من طرق الإثبات التي أخذ بها المشرع في القانون المدني على وجه التصريح في نص المواد (333 – 336)، وأيضا أخذ بها في القانون التجاري في المادة 30/ فقرة 06 على وجه التقدير إذا ارتأت المحكمة الأخذ بها ووجوب العمل بها؛ غير أنه في عقد الوقف أعطاها طابعا رسميا خاصا من خلال إحداث وسيلة إثبات جديدة: وثيقة الإشهاد المكتوب والشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي، فنحن أمام نوع جديدٍ من الشهادة وهي الشهادة المكتوبة وفق مُتطلّبات الكتابة الرسمية وبمواصفات جديدة.

في سياق متصل، إن تأثّر إثبات عقد الوقف بالإثبات المدني، ليس من ناحية تقييده في طرقٍ معينة ومُحددة، ولكن تظهره ملامحه في أهم طريقة من طرق الإثبات التي نص عليها التشريع الوقفي وهي: وثيقة الإشهاد المكتوب؛ التي اكتسبت أهميتها وقيمتها الثبوتية من خصوصيتها في الجمع بين الشهادة والكتابة وهما إحدى وسائل الإثبات المدني وأيضا الإثبات التجاري.

ولا غرو أن توثيق الشهادة بالكتابة فيه مزيد إثباتٍ للملك الوقفي من مجرّد كتابته أو الإشهاد عليه فحسب، مع الإقرار بالقيمة الشرعية والقانونية في مجال الإثبات لكلّ من الكتابة والشهادة، على الرغم من أن الكتابة قد يلحقها التبديل أو التزوير، وكذلك الشاهد قد يتراجع عن شهادته، أوربما تخونه ذاكرته أوتختلط عليه الأمور، وقد يتعمّد الكذب ويُدلي بشهادة زور.

أيضا تظهر القيمة الثبوتية لوثيقة الإشهاد المكتوب؛ إذا تعلق الأمر مثلا بإثبات الحقوق الفكرية والمعنوية (مثل براءات الاختراع) الموجهة للنفع العام عن طريق حبس عينها عن التملك وتسبيل نفعها وريعها، فمثل هذه الحقوق تثير إشكالات من حيث الإثبات، وتتطلّب تقنيات تكنولوجية معينة تحفظ جميع بياناتها ومعطياتها من أيّ شكل من أشكال التملك غير المشروع، وتضمن إثباتها بكل سهولة ويسر.

خاتمة:

في خاتمة هذه الدراسة ننتهي إلى تسجيل أهم النتائج التالية:

-1 يُعتبر عقد الوقف أحد أهم عقود التبرعات المالية بالنظر إلى عموم المنفعة التي يُحقّقها للمجتمع من خلال حبس العين عن التملك الفردي وتسبيل المنفعة العمومية، مقارنة بعقود التبرعات الأخرى التي غالبا ما تكون الملكية والمنفعة فيها خاصة بآحاد الأفراد الذين لهم حرية التصرف فيها.

يتميّز الإثبات في القانون المدني والقانون التجاري بخاصية الشكلية (الكتابة الرسمية وغير الرسمية) وهو ما تأثر به الإثبات في عقد الوقف إذ تعتبر الكتابة أحد أهم طرقه.

-3 من أهم جوانب تأثر الإثبات في عقد الوقف بالإثبات في القانون المدني – وحتى الإثبات في القانون التجاري-: وثيقة الإشهاد المكتوب والشهادة الرسمية للملك الوقفي التي تعتبر أحد أهم طرق الإثبات الإجرائية والتطبيقية لعقد الوقف؛ حيث جمعت بين الكتابة والشهادة اللتان تعتبران أحد طرق الإثبات في المواد المدنية خاصة.

-4 يستوعب الإثبات في عقد الوقف جميع طرق الإثبات المقرّرة قانونا إنْ في القانون المدني أو القانون التجاري فضلا عن طرق إثباته الشرعية طبقا للمادة 35 من قانون الوقف؛ وهكذا فإنه يختلف عن الإثبات في القانون المدني الذي يتميّز بخاصية التقييد فلا يصح إلا عبر طرقه المنصوص عليها حصرا في نصوص المواد 323 – 350 وهي: الكتابة، الشهود، القرائن، الإقرار واليمين.

-5 من حيث إطلاق الإثبات في عقد الوقف يكون هذا الأخير قد تأثّر بالإثبات في القانون التجاري الذي يتميّز هو الآخر بخاصية الحرية والإطلاق طبقا للمادة 30/ فقرة 6 منه؛ لكن مكمن الفرق بينهما أن إطلاق الإثبات في عقد الوقف أقرّه النص القانوني (المادة 35) بصريح عبارته: «يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية...»، أما إطلاق الإثبات في القانون التجاري فيما عدا طرقه التي صرّح بها في المادة 30 فهو

مُقيّد بالقبول الوجوبي للقاضي المختص طبقا لفقرتها السادسة والأخيرة: «...أو بأيّة وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها».

في سياق متصل، نجد أن نصّ المادة 35 من قانون الوقف، وإن صرّح بإمكانية إثبات عقد الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية وهو بهذا يطرح ضمنيا خاصية الإزدواجية؛ غير أن القانون التجاري في المادة 30/ فقرة 6 – كما نبّهنا - لم يُصرّح بذلك، واكتفى برأي المحكمة وتقديرها في الأخذ بجميع طرق الإثبات الأخرى عدا تلك التي نصّ عليها صراحة (السندات الرسمية، السندات العرفية، الفاتورة المقبولة، الرسائل، دفاتر الطرفين، البينة). وهذا يطرح فكرة إمكانية إثبات المعاملات التجارية حتى بالطرق الشرعية والقانونية الأخرى شريطة أن ترى المحكمة وجوب الأخذ بها.

في ذات السياق، نجد أن الإثبات في القانون التجاري وإن لم يُصرّح فيه بجواز الاستناد إلى طرق الإثبات الشرعية، غير أن القاعدة العامة تقرّ بمبادئ الشريعة الإسلامية كأحد مصادر قواعد القانون الوضعي الجزائري (مصدر رسمي احتياطي).

-8 مع أن القانون التجاري وهو من فروع القانون الخاص لم يتطرّق إلى الوقف بخلاف القانون المدني؛ غير أننا قد نستند إلى أحكامه إذا تعلّق الأمر مثلا بتأجير الأوقاف للنشاط التجاري، وما قد يُبرّره من مسائل إجرائية تتطلّب الرجوع إلى أحكام عقد الإيجار التجاري، فضلا على أن إثبات عقد الوقف والعقد التجاري غير مقيد كما نبّهنا مع ملاحظة الفارق بينهما المشار إليه.

-9 إن تقديم الإثبات بالطرق الشرعية على الإثبات بالطرق القانونية كما هو منصوص عليه في نص المادة 35 أعلاه؛ نجد فيه اعترافا ضمنيا من المقنّن الجزائري بالقيمة التشريعية لقواعد ومبادئ الشريعة الإسلامية، وفيه تأكيد على أن الشريعة الإسلامية مصدرٌ رئيسي لأحكام الوقف في الشريع الجزائري وإن كانت مصدرا رسميا احتياطيا في غيره.