



الرقم الترتيبي:.....

مركز دراسات الدكتوراه: العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية والشريعة والتدبير
تكوين الدكتوراه: القانون الخاص
الحقل المعرفي: القانون الخاص
التخصص: القانون الخاص
المختبر: القانون والفلسفة والمجتمع

أطروحة لنيل الدكتوراه

الإثبات في الأموال الأسرية

إعداد الطالبة: حنان أفاسي

تاريخ المناقشة: 14 يناير 2023

أعضاء لجنة المناقشة:

الصفة	مؤسسة الانتماء	الاطار	أعضاء لجنة المناقشة
مشرفا ورئيسا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. عمرو لمزرع
عضوا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي سابقا	د. محمد ناصر متيوي مشكوري
مقررا	كلية الحقوق فاس	أستاذ التعليم العالي	د. سعيد البكوري
مقررا	كلية الحقوق مكناس	أستاذ التعليم العالي	د. ادريس اجويلل
مقررا	كلية الحقوق فاس	أستاذ مؤهل	د. أحمد حميوي

كلمة شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وعلى آله وصحبه أجمعين، اللهم لك الحمد حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، ملء السموات والأرض، أهل الثناء والمجد، أحمدك ربي وأشكرك على نعمك التي لا تعد.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " **من لا يشكر الناس لا يشكر الله** "

بعد شكر الله سبحانه وتعالى على توفيقه أتقدم بجزيل الشكر والامتنان والتقدير لأستاذي الفاضل الدكتور: **عمرو لمزرع**، لقبوله الإشراف على بحثي، بالرغم من كثرة مشاغله وتقديمه لي النصح والتوجيهات القيمة، مما يسر أمري وقلل من عثراتي وأنار درب مسيرتي، والتي كانت خير معين على إنجاز هذا البحث، سائلا عز وجل أن يجازيه عني خير الجزاء، فأنا جاد ممتنة له على رحابة وسعة صدره وسمو فكره الذي أنار سبيلي طيلة مدة إنجاز هذا البحث.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى السادة الأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة، لتفضلهم بقبول مناقشة أطروحتي رغم انشغالهم الكثيرة ومساهماتهم في إغناء هذا العمل بملاحظاتهم البناءة و آرائهم السديدة.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من مد لي يد العون وساهم معي في إخراج هذا العمل إلى حيز الوجود في مقدمتهم أفراد أسرتي الكريمة.

إهداء

☞ إلى من قال الحق فيهما: "وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا" والذي
العزيزين حفظهما الله وأطال في عمرهما.

☞ إلى من كانوا خير سند لي أخي وأخواتي.

☞ إلى رفيق الكفاح الذي لم يبخل بوقت أو جهد لمساعدتي زوجي

☞ إلى كل من شدوا أزرني وشاطروني أمري عائلتي وأصدقائي

☞ إلى جميع أساتذتي الكرام ممن لم يتوانوا في مد يد العون لي.

أهدى لكم خلاصة جهدي العلمي

☞ مناه أفاصي

لائحة فك الرموز:

1- باللغة العربية:

- ✓ م.ح.ع : مدونة الحقوق العينية
- ✓ ق.ل.ع : قانون الالتزامات والعقود
- ✓ ق.م.م : قانون المسطرة المدنية
- ✓ م.س : مرجع سابق
- ✓ ج : الجزء
- ✓ ع : العدد
- ✓ ط : الطبعة
- ✓ ص : الصفحة

2- باللغة الفرنسية:

- ✓ **Ed** : Edition
- ✓ **N** : Numéro
- ✓ **Op cit** : ouvrage précité
- ✓ **P** : page

مقدمة:

إن الحق موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الواقعة التي يستند إليها، ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الأشخاص أمام القضاء إن لم يصطحب بتقديم الدليل يبقى ادعاء غير مسموع ومرفوضا، لهذا قيل إن الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء.

وتتجلى أهمية الإثبات في كونه الوسيلة التي تمكن القضاء من القيام بمهمته في تحقيق العدالة، وصيانة المجتمع، عن طريق إيصال الحقوق لأربابها وإيقاع العقوبات على مستحقيها، لأنه لا يتهيأ للقاضي أن يتوصل إلى الحقيقة من بين ما يقدم إليه من إدعاءات، ولا يستطيع أن يميز بين الحق والباطل في القضايا التي تعرض عليه، إلا بواسطة الحجج والبراهين التي يعضد بها كل من المتقاضين دعواهم، إذ بواسطة هذه الحجج، وبالمقارنة بينها، يستخرج القاضي الحق من الباطل، ويميز بين المزيف والصحيح، فيصدر تبعا لذلك، حكما عادلا.

ولما كانت للبيانات كل هذه الأهمية التي تتجلى في كونها وسيلة يحافظ بها الشخص على حقوقه ويثبتها بواسطتها، وفي كونها وسيلة للقاضي يتوصل عن طريقها إلى الحكم بالحق وتحقيق العدالة، لذلك كانت مهمة النظر في الحجج والبيانات التي يقدمها أطراف الدعوى وما يتعلق بها من البحث عن كونها مستجمة لشروطها، ومتوفرة على أركانها، وكونها صحيحة مقبولة، أو باطلة مردودة، وغير ذلك من المقارنة بينها، وترجيح بعضها على بعض عند تعارضها، لا ترجع إلى أطراف الدعوى فقط، ولا تقتصر على الخصوم الذين تقام البينة ضدهم، وإنما ترجع أيضا إلى القاضي الذي ينظر في القضية، وتقام الدعوى عنده، إذ يجب عليه أن يتولى فحص الحجج والبيانات التي يدلي بها المترافعون إليه، ويتعمق في دراسة كل منها على حدة، فلا يقبل إلا ما كان منها مستجما لشروط البينة، صالحا للإحتجاج به، ثم عليه أن يقارن بين الحجج المتعارضة، ليرجح من بينها ما كان منها متوفرا على ما لا تتوفر عليه الأخرى من المرجحات، كما أن للقاضي أن يبدي من الطعون في الحجج ما لم يبده الخصوم فيها، وأن

يستبعد من الدعوى كل حجة تبين له أنها غير متوفرة على شروط القبول، ولو لم يطلب الخصم الآخر ذلك، بل ولو لم يتفطن إلى كونها غير مقبولة¹. وما طلب من القاضي ذلك إلا لأن البيئة هي الأساس الذي ينبني عليه الحكم، ولا يصح أن يكون الحكم مبنياً إلا على أساس سليم و متين².

والأمر يزداد تعقيداً حينما يقع نزاع مالي أسري، ذلك أن العلاقات الأسرية خاصة جداً وذات حساسية مفرطة مرتبطة بالثقة وحسن النية وهو ما يجعل جل العقود والتصرفات التي تتم بين أفرادها بعيدة عن كل وسائل الإثبات. وخطورة هذا الأمر تتضح أكثر عند حصول منازعة، فتضيع بذلك الحقوق ويصعب إثباتها لأنها تكونت في جو من الكتمان والتستر.

إن مؤسسة الأسرة تركز في نشوئها واستمرارها على ثنائية مركزية يتقاسمها مقومان أساسيان: مقوم إنساني اجتماعي، ومقوم مالي. فالمقوم الإنساني الاجتماعي ينطلق من أن الزواج آية من آيات الله مصداقاً لقوله تعالى: " ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون"³، وبإيقاع هذا العقد تنشأ النواة الأولى للأسرة، لتنمو بعد ذلك ويتكاثر أفرادها بمرور الوقت، إذ لا يتصور قيام أسرة واستمرارها إلا بوجود علاقة إنسانية واجتماعية مميزة، يطبعها الود والاحترام والثقة وحسن النية وتحكمها قيم التعاون والمعاشرة بالمعروف، فبدون هذه المشاعر الإنسانية، والأبعاد الاجتماعية، لا تستقيم للأسرة حياة.

¹ زلماط فواد، تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية على ضوء المادة 49 من مدونة الأسرة، بحث لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات، السنة الجامعية 2010-2011م، ص: 148-149

² محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، 1984م، ص: 6

³ سورة الروم الآية 21

أما المقوم المالي الذي تركز عليه الأسرة، فيتطلب احترام مجموعة من الالتزامات والحقوق المفروضة على طرفيها من جهة، ومراعاة بعض الضوابط المحددة للعلاقات المالية بين أفرادها من جهة أخرى⁴.

إن الجانب المالي في العلاقات الأسرية وبين الزوجين بالخصوص له تأثير مباشر على استقرار هذه الرابطة، خصوصا إذا علمنا أن الشؤون المالية للأسرة تعد أكثر التصاقا بالحياة الزوجية سواء في بدايتها أو أثناء استمرارها وخاصة بعد انتهائها. فهذا الجانب يعد مسألة جوهرية مرتبطة ارتباطا وثيقا بأداء مؤسسة الأسرة لأدوارها المتعددة والمختلفة داخل المجتمع.

إن النزاعات داخل الأسرة غالبا ما يعود أصلها إلى المال أو ما يتصل به، ويعتبر الإثبات عصب الخصومة الأسرية بالنظر إلى خصوصية هذه العلاقة وخطورة الآثار المترتبة عن حقوق أفرادها، ولهذا ووعيا من المشرع المغربي بهذه الخصوصية والخطورة، اختار نظاما للإثبات في المجال الأسري يختلف عن نظيره المعتمد في الميدان المدني إذ مزج فيه بين وسائل الإثبات المدنية والشرعية، كما أنه جمع في مدونة واحدة بين الوسائل الموضوعية والشكلية، وفتح فيه الباب على مصراعيه للقاضي الذي يمكن أن يعتمد أو أن يستأنس بأية وسيلة يمكن أن يطمئن إليها ضميره.

أولا: التحديد المفاهيمي للموضوع:

كأي موضوع بحث معين، فلا يجب الخوض في غماره وسبر أغواره ، إلا بعد تعريف مصطلحاته، فعنوان بحثنا " الإثبات في الأموال الأسرية " تتخلله ثلاثة مفاهيم أساسية:

⁴ أحمد أحيدار، الاتفاقات المالية بين الزوجين في ضوء مدونة الأسرة- دراسة نظرية تطبيقية مقارنة- ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2015-2016م، ص: 4

1- الإثبات:

الإثبات لغة⁵: ثبت الشيء يثبت ثباتا وثبوتاً فهو ثابت وثببت وثبت، وأثبتته هو، وثبته بمعنى الثبت، بالتحريك: الحجة والبينة. وثابته وأثبتته: عرفه حق المعرفة. وأثبت حجته: أقامها وأوضحها. وقول ثابت: أي صحيح .

ويقصد بالإثبات في الاصطلاح القانوني، إقامة الدليل أمام القضاء، بطريقة من الطرق التي يحددها القانون، على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها⁶. وهو البينة التي تعتبر اسماً لما يبين الحق ويظهره⁷.

فالإثبات يراد به التدليل على وجود الحق المدعى به. وينصب الإثبات لا على الحق نفسه، ولكن على الواقعة المنشئة له والتي تعتبر مصدراً لوجوده. وسواء كانت هذه الواقعة تصرفاً قانونياً (شراء، هبة...) أو واقعة قانونية (إرث، وصية...) ⁸.

و بهذا يكون الإثبات الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها القانون لتأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو عدم وجودها، ومن ثم إمضاء الآثار القانونية الموضوعية المترتبة على تلك الواقعة. وعليه فإن تأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو نفيها لا يقبل من غير إثبات.

⁵ لسان العرب لابن منظور، المجلد الثاني، دار صادر – بيروت، دون ذكر السنة، ص: 19

⁶ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الإثبات، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان ، ص: 14

⁷ عبد العزيز فتحاوي، طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث، الجزء الأول، مطبعة فضالة-المحمدية، 1996م، ص: 9

⁸ الأستاذ الطيب البواب، وسائل الإثبات في مجال التصرفات العقارية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 87 ، مؤسسة النخلة للكتاب - وجدة ، مارس / أبريل 2001، ص : 34

2- الأموال:

الأموال في اللغة جمع مال، وهو كل ما تملكه الإنسان من الأشياء⁹، أي كل ما يملكه الفرد، أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان، أو هو كل ما يملك من الأشياء المواشي والنقود.¹⁰

أما اصطلاحاً، فقد اختلف الفقهاء في تعريفاتهم للمال إلى فئتين، فئة تعتبر المنافع ضمن المال، وفئة أخرجت المنافع من المال ولم تعتبر مالية المنافع.

فأصحاب القول الأول، هم الحنفية الذين لا يقولون بمالية المنافع وبالتالي لم يدخلوها في تعريفاتهم، وأصحاب الاتجاه الثاني وهم جمهور الفقهاء (المالكية، الشافعية، الحنابلة)، يرون أن المنافع أموالاً ولذا أدخلوها في تعريفاتهم. ولذا سأذكر تعريفات كلا الفريقين كل على حدا:

- تعريف المال عند الحنفية: " المال كل ما يمتلكه الناس من دراهم أو دنانير أو حنطة أو شعير أو حيوان أو ثياب أو غير ذلك"¹¹. كما عرفوه أيضاً: " المال هو ما يتمول ويدخر للحاجة"¹².

- تعريف المال عند الجمهور (المالكية، الشافعية، الحنابلة):

بالنسبة للمالكية، عرفه ابن عبد البر: " والمعروف من كلام العرب أن كل ما تمول وتملك فهو مال"¹³، وهذا التعريف يشمل الأعيان والنافع.

⁹ القاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي، مكتبة النور، دمشق، ج4، (دون ذكر الطبعة والتاريخ)، ص: 53

¹⁰ المعجم الكافي، المركز الثقافي العربي، طبع المستقبل الرقمي، الطبعة الخامسة، سنة 2012-2013، ص: 394
¹¹ كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام الحنفي، شرح فتح القدير، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1995م، ص: 215

¹² أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1997م، ص: 353

¹³ يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ج2، دار الكتب العلمية- بيروت، (دون ذكر السنة)، ص: 5

وعرفه الشافعية بأنه: " ما كان متمولا محترما"¹⁴.

أما الحنابلة، فقال ابن قدامة في باب البيع: " أن يكون المبيع مالا وهو ما فيه منفعة مباحة من غير ضرورة"¹⁵.

أما الأموال في التعريف القانوني فيختلف مفهومها باختلاف النظريات التي تطرقت إليها، ففي النظرية التقليدية لها مفهوم واسع يشمل الأشياء التي لها قيمة اقتصادية سواء كانت منقولة أو غير منقولة وتعرف بالأموال المادية، كما تشمل الحقوق التي يمكن أن تترتب على هذه الأشياء وتعرف بالأموال غير المادية. وفي النظرية الحديثة تعد الأموال القاصرة على الحقوق ذات القيمة الاقتصادية التي يمكن أن تترتب عن الأشياء، أما الأشياء فهي المحال التي تقع عليه الحقوق¹⁶.

3- الأسرة:

تشكل الأسرة في معناها الواسع من عدد من الأفراد تجمع بينهم رابطة تسمى رابطة القرابة¹⁷، وتشمل كل قريب، سواء كان سببها الدم¹⁸ (مثل قرابة الجد والأب والإبن والحفيد،

¹⁴ محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج- بيروت، الطبعة الأولى 2005م، ص: 247

¹⁵ زين الدين المنجي التتوخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهبش، ج 3، دار خضر ، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1997م من ص: 14

¹⁶ للتوسع أكثر أنظر:

-مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، ج2، الهلال العربية- الرباط، 1987م، ص: 201 وما يليها.

¹⁷ تجد القرابة كمفهوم لغوي معناها في كلمة "قرب" التي يقصد بها الدنو، فنقول اقترب من الشيء إذا دنا منه، وقرب الشيء منه أدناه، ومن معانيها الدنو في النسب، فيكون القريب هو الداني في المكان، أو الزمان، أو النسب.

أما المعنى الاصطلاحي للكلمة، فلا نجد له تعريفا في القانون الوضعي، كما أن الفقه الحديث يتناولها غالبا ضمن الحالة العائلية، أو الحالة المدنية للشخص الطبيعي، ويقصد بها تحديد مركز الشخص في أسرة معينة باعتباره عضوا فيها تربطه بباقي أعضائها قرابة نسب أو قرابة مصاهرة، وبهذا يشمل لفظ القرابة كل قريب ، سواء كان بالنسب أو الرحم أو الرضاع، أو المصاهرة، وارثا كان أو غير وارث، وهي بذلك صفة أو مركز قانوني تثبت للشخص بسبب شرعي وترتب آثارا قانونية.

-أنظر: محمد مومن، رابطة القرابة ونتائجها في القانون المغربي، مقال منشور بمجلة الأملاك، العدد السابع، 2010م، ص: 53

¹⁸ تعرف المادة 150 من مدونة الأسرة النسب بأنه لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف ، وتسمى أيضا بقرابة الدم لأنها تتحقق بالمشاركة في الدم ، وهي أصل القرابات جميعا ، وترتبط بين أشخاص يشتركون في أصل واحد سواء

فالجذ أصل، والأب فرع، والإبن فرع له، وهكذا مهما علوا أو نزلوا)، أو المصاهرة¹⁹، أو الرضاع²⁰.

وتختلف النتائج المترتبة على رابطة القرابة حسب نوع هذه القرابة ودرجتها، فبالنسبة لقرابة النسب تنتج عنها مجموعة من الحقوق والالتزامات باعتبارها أصل القرابات جميعا منها: حقوق وواجبات الأبوة والبنوة، والالتزام بالنفقة²¹، والولاية²²، والميراث²³، والحضانة²⁴.

وفيما يخص النتائج المترتبة على قرابة المصاهرة، فقد اقتصر المشرع على ما يتعلق بالتحريم من الزواج²⁵، غير أن هناك آثارا أخرى تترتب على هذا النوع من القرابة كالحق في الإرث والنفقة بين الزوجين.

=من ناحية الأب أو من ناحية الأم، وتقسم إلى قسمين بحسب كيفية الإتصال بهذا الأصل، فهي إما قرابة مباشرة، أو قرابة حواشي أو غير مباشرة.

¹⁹ يترتب على الزواج إنشاء رابطتين: الأولى بين الزوج وزوجته، والثانية بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر. وقرابة المصاهرة هي قرابة تنشأ بتصرف قانوني لا يكون الغرض منه إنشاء القرابة ذاتها، وإنما إنشاء العلاقة الزوجية، وبالتالي فهي قرابة مؤقتة يمكن أن تزول في أي وقت بالطلاق أو التطليق أو الفقد أو الوفاة، وذلك بخلاف قرابة النسب والدم.

-انظر: محمد مومن، م.س، ص: 57

²⁰ قرابة الرضاعة تكون قائمة فقط بين الرضيع والمرأة التي أرضعته وزوجها ونسلهما نسبا ورضاعا. فالمرأة المرضعة تنزل بمنزلة الأم بالنسبة للطفل الرضيع، كما يعتبر زوج هذه المرأة أبا له، ويكون الرضيع ابنا لهما من الرضاع، وأخا لأبناهما، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 38 من مدونة الأسرة بأنه: " يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها".

²¹ جعل المشرع في المادة 187 من مدونة الأسرة القرابة من أسباب وجوب النفقة على الغير، وبذلك تجب النفقة على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما (المادة 197 من مدونة الأسرة) إذا توافرت شروط النفقة.

²² يتولى الأصل ولاية الفرع إذا كان هذا الأخير عديم الأهلية أو ناقصها.

²³ الميراث عبارة عن انتقال ملكية الشيء بوفاة مالكة إلى شخص آخر شريطة أن تكون هناك رابطة قرابة بين المتوفي والشخص الذي تنتقل إليه الملكية، مما يميز الميراث عن سائر أسباب كسب الملكية التي لا تشترط مثل هذه الرابطة، وبالتالي يترتب عن القرابة أن الأقارب يتوارثون فيما بينهم وفقا لترتيب محدد بينهم بقواعد الإرث، يعتمد من بين معايير درجة القرابة وقوتها.

²⁴ من حيث الحضانة التي تعد من واجبات الأبوين، مادامت علاقة الزوجية قائمة، وفي حالة عدم وجودهما تنتقل إلى أحد أقارب المحضون المنصوص عليهم في المادة 171 من مدونة الأسرة.

²⁵ المادة 55 من مدونة الأسرة.

أما فيما يخص النتائج المترتبة على قرابة الرضاع، فبالرغم من أن المشرع المغربي اعتبر الرضيع ولدا للمرضعة وزوجها، فإنه لم ينص في مدونة الأسرة على آثار القرابة الرضاعية إلا في موضوع تحريم الزواج، ولم يشر إلى ما تبقى من آثار.

ثانياً: الإطار التاريخي للموضوع:

إن لزوم الجماعة أمر لازم لعيش الإنسان، ولا يمكنه العيش بدونها، لأنه عاجز بنفسه، مستطيع بغيره. ولا بد لكل جماعة من إيجاد نظام يسودها، وهو القانون الذي نشأ بنشوتها، ولم تعد للإنسان إمكانية اقتضاء حقه بيده من غيره بالقوة والقهر، وإنما عليه اللجوء إلى القانون، لا إلى العدالة الخاصة كنظام يبيح للأفراد القيام بالإجراءات المقترضية اتجاه خصومهم، والوصول إلى حقوقهم، دون اللجوء إلى القضاء كهيئة عهدت إليها الدولة الفصل بين الخصوم، والبينة سلاحهم، وحين تتقارع الدفوعات، وتتصارع المصالح، نحتاج إلى دليل لإثبات الحقوق وحمايتها، لأن الدليل هو قوام الحق²⁶. فالبينة أو الإثبات هو الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد لصيانة حقوقهم كما أنها هي الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية.

وهكذا يكون الإثبات الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها القانون لتأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو عدم وجودها. لذا فتأكيد الحق أو نفيه لا يقبل من غير إثبات، فالحق بالنسبة إلى صاحبه لا قيمة له ولا يجدي إذا لم يثبتته صاحبه، ولم يقم عليه الدليل والحجة. فالإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثراً، ومعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي. فالحق يتجرد من قيمته ما لم يقم الدليل على الحادث المبدئ له، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً. والواقع أن الدليل

²⁶ أحمد الوجدي، الإثبات بشهادة السماع وإعمالها في المادة العقارية، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، العدد 21، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، 2018م، ص: 35

هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه، كما أن نظرية الإثبات من أهم النظريات التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض عليها من أفضية.²⁷

ونظرا لهذه الأهمية التي لوسائل الإثبات، اعتنى بها الإسلام، وتضمنت أصول التشريع الإسلامية أهم القواعد التي تنظم هذه الناحية من التشريع، واشتمل القرآن والسنة على عدد كبير من الأحكام التي تتعلق بالبينات. كما أن الفقهاء استنبطوا كثيرا من القواعد التي تتعلق بهذا الموضوع، تدل على شدة عنايتهم به.

والإسلام لا يشترط أن تكون البينة على شكل معين، وإنما يقبل كل ما يدل على الحق من غير تخصيص بكيفية معينة يقصر عليها، ولا يحكم بغيرها، وإن كان الحق ظاهرا بطريقة أخرى. ولو أنه اشترط ذلك، لضاعت حقوق كثيرة، ولعسر على الناس- في كثير من الأحيان- إثبات دعاويهم.²⁸

ولهذا يتعين على القاضي أن يحكم بالبينة التي يقتنع بها، ويضمن إليها، وتفيده غلبة الظن بأن الحق بجانب من قامت له هذه البينة، بقطع النظر عما إذا كانت هذه البينة عبارة عن إقرار الخصم، أو شهادة عدول، أو اليمين، أو شهادة الحال والقرائن.

وإذا كان الإسلام أمر بالإشهاد على الحقوق على اختلاف أنواعها، من مالية وغيرها، وحدد لكل القضايا نصابا معيناً من الشهود لا يثبت بأقل منه كالزنا مثلا التي لا تثبت بأقل من أربعة عدول، والقتل الذي لا يثبت بأقل من شاهدين، لخطرهما، فإنه اكتفى في إثبات الحقوق

²⁷المحجوب أقدار، شهادة اللئيف العدلي وحجيتها في إثبات التصرفات العقارية، ندوة: المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في

ضوء المستجدات القانونية الجديدة، مطبعة أنفو- برانت، الليدو فاس، 2014م، ص: 221

²⁸ محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، طبعة 1995م، ص: 13-14

المالية بما دون ذلك، كشهادة عدل وامرأتين، أو أحدهما ويمين، أو النكول واليمين، لقلة خطرهما، وكثرة التعامل فيها.²⁹

والبيانات التي تقبل كوسائل للإثبات – حسب الفقه الإسلامي- هي: الإقرار، والشهادة، واليمين، وقرائن الأحوال. ويضاف إلى ذلك نوع آخر هو الإثبات بواسطة الكتابة. وهذه الكتابة إما أن تكون بخط من عليه الحق أو بتوقيعه، فتعتبر حينئذ نوعاً من الإقرار. وإما أن تكون بخط شخص أجنبي عن الطرفين، فتعتبر في هذه الحالة نوعاً من أنواع الشهادة، إذا توفرت على الشروط اللازمة.

ومعلوم أن مجال الإثبات تسوده أنظمة ثلاثة، لكل نظام خصائصه التي تميزه عن غيره، فمن هذه الأنظمة ما يطلق يد القاضي في البحث والتحري عن الحقيقة، وذلك لإعطائه حرية واسعة ويخول للأطراف حرية كاملة في الإدلاء بأية حجة قد تؤدي إلى اقتناع القاضي، بل قد يلجأ القاضي فيه إلى غير الخصوم للحصول على الحقيقة، ويعرف هذا النظام بالنظام الحر أو المطلق. ومن محاسنه إمكانية التقريب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية إلى حد بعيد نظراً لعدم تحديده لوسائل معينة للإثبات³⁰. ومنها أيضاً ما يغل يد القاضي وكذا الأطراف في اعتماد وسائل الإثبات إذ أنها تكون مقيدة ومحددة على سبيل الحصر ولا يتمتع فيها القاضي بأي دور لتقييمها، إذ أن وسائل الإثبات في ظل هذا النظام تكون محددة قانوناً ومعينة تعييناً دقيقاً، وهذا النظام على عكس سابقه يؤدي إلى توسيع الهوة بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، إذ أنه

²⁹ اتفق المسلمون على أن شهادة الرجل والمرأتين تقبل في الأموال وتوابعها " ما يؤول إلى المال، كالبيع، والأجل فيه، والخيار فيه، والرهن، والوصية لمعين، والهبة، والوقف على المعين، وضمان المال، وإتلاف المال، وتسمية المهر، وتسمية عوض الخلع، والغصب، والعارية، والصلح، والإقرار بالمال، والحوالة، والإبراء، والقرض، والوكالة في المال، والإيصاء إليه فيه". كما اتفق القائلون بالشاهد واليمين على أن هذه البيينة لا تقبل إلا في الأموال، أو ما يؤول إلى المال، كالشفعة، والإجارة، والصداق، وعوض الخلع، والوكالة بالمال، والإيصاء بالتصرف بمال وإلى غير ذلك.

ويرى مالك وأصحابه أن شهادة امرأتين ويمين المدعي تثبت بها جميع الحقوق التي تثبت بشاهد ويمين، أي الحقوق المالية، وما يؤول إلى المال مما ذكرنا في الشاهد واليمين. لمزيد من الإيضاح أنظر:

- ابن معجوز، م.س، ص: 193

³⁰ محمد يحيى مطر، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، الدار الجامعية (مكان الطبع غير مذكور)، 1989م، ص:

وفقا لهذا النظام قد تكون الحقيقة بادية للعيان إلا أنه يتعذر إثباتها في حالة الافتقار إلى وسيلة من وسائل الإثبات المحددة سلفا بنص القانون³¹.

وإلى جانب هذين النظامين هناك نظام وسط وهو ما يعرف بالنظام المختلط، حيث يجمع بين خصائص كل من النظامين المطلق والمقيد، إذ أن القاضي في ظل هذا النظام ملزم بأن يقف موقف الحياد لكن في نفس الوقت له الحرية في تقدير وسائل الإثبات وكذلك الاستعانة بأهل الخبرة أو استدعاء الشهود أو استجواب الخصوم³².

وإذا كان المشرع المغربي قد سلك مسلك الإثبات المختلط عند سنه لقانون الالتزامات والعقود³³، عندما حدد وسائل الإثبات المعتبرة قانونا في الباب الأول من القسم السابع³⁴ في الفصول من 399 إلى 460، وترك جانبا من الحرية للخصوم في إثبات ما يدعونه بأية وسيلة يرونها جديرة لذلك، فإن المشرع في المادة الأسرية ومراعاة لخصوصيتها وعظم الآثار المترتبة عن إثبات الوقائع فيها، وصعوبة إعداد أدلة مسبقة فيها وسيادة أنماط تقليدية من الأدلة السهلة الإنشاء فيها، قد وسع هامش الإثبات فيها إذ مزجت مدونة الأسرة بين وسائل الإثبات المدنية والشرعية، كما أنها جمعت بين الوسائل الموضوعية والشكلية وفتحت الباب للقاضي للاعتماد أو الإستئناس بأية وسيلة يمكن أن تشكل قناعته.

وبهذا تكون مدونة الأسرة قد راعت خصوصية العلاقات الأسرية التي غالبا ما تميزها الثقة والمودة بين أفرادها، زد على ذلك أنها من العلاقات الداخلية التي يصعب الإثبات فيها لأنها تكون بمنأى عن إعداد الحجج مسبقا، وذلك لخصوصية هذه العلاقة، لذلك نجد دوما أمام المحاكم صعوبة في إثبات المنازعات المتعلقة بالجانب المالي الأسري.

³¹ إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، 1981م (بدون ذكر بيانات أخرى)، ص: 12

³² إدريس العلوي العبدلاوي، مرجع نفسه، ص: 13

³³ عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، الطبعة الأولى 2016م، ص: 175

³⁴ جاء هذا القسم بعنوان: "إثبات الالتزامات وإثبات البراءة منها..."، حيث تضمن الباب الأول المخصص للأحكام العامة خمسة فروع، الأول عرض للإقرار، والثاني للإثبات بالكتابة، والثالث للإثبات بشهادة الشهود، والرابع للقرائن، والخامس لليمين.

ثالثاً: دوافع اختيار الموضوع:

اختيار الموضوع جاء لاعتبارات عدة، منها:

- الاهتمام الشخصي بقضايا الأسرة- خاصة المالية منها- حفزنا للبحث في مجال الإثبات لما لاحظناه من إشكالات تتعلق بإثبات الحقوق ، خصوصاً في الجانب المالي .

- موضوع الإثبات في الأموال الأسرية له خصوصية، حيث أن العلاقات الأسرية- العلاقة الزوجية خاصة- لا يلجأ فيها في غالب الأحيان إلى إعداد دليل إثبات سابق على وقوع النزاع والشنآن؛ فاستحكام المودة بين الزوجين في بداية الدرب الأسري واستبعاد وقوع شقاق في المستقبل، تحملهم على عدم إنشاء أدلة مسبقة، بل واعتبار ذلك تشكيكا في نوايا الطرف الآخر، وفألاً سيئاً في بداية المسار الأسري والدرب العائلي.

- اطلعنا على مجموعة من الدراسات والرسائل والأطروحات ذات صلة بالموضوع، إلا أن جلها اقتصر على بحث إشكالية من إشكاليات الموضوع، ومنها من تناول الموضوع في عموميته دون التطرق إلى إشكالية الإثبات. لهذا حاولنا جمع شتات الموضوع مركزين بالخصوص على إشكالية الإثبات التي تعتبر عصب الخصومة الأسرية.

- المساهمة في خدمة البحث العلمي .

رابعاً: أهمية الدراسة:

مما لا شك فيه أن الإقدام على البحث في أي موضوع من المواضيع القانونية تكون وراءه دوافع وغايات تتجلى فيما يكتسيه الموضوع من أهمية، وما له من دور على المستوى القانوني والقضائي، وما يطرحه من إشكالات تحتاج إلى التحليل وتتطلب المناقشة، من هذا المنطلق فموضوع " الإثبات في الأموال الأسرية"، يكتسي أهمية خاصة لأنه:

- يمس كل فرد داخل المجتمع دون استثناء، آباء وأبناء وأزواج، وما أحد منا إلا واحد من هؤلاء، فهو بذلك يخرج من دائرة الموضوعات الخاصة بأفراد معينين أو أمكنة معينة أو أزمدة محددة.

- يتناول مؤسسة بالغة الحساسية والأهمية هي الأسرة، النواة الأولى للمجتمع والتي نحاول ما أمكن إبقاءها مستقرة هادئة بعيدة عن كل ما من شأنه أن يكون مصدر عدم استقرار فيها، والعلاقات المالية الأسرية تكاد تكون أهم عوامل عدم الاستقرار داخل الأسرة.

- مرتبط بالعلاقات الأسرية التي غالبا ما تكون مبنية على الثقة وحسن النية، وبالتالي من الصعب إيجاد الأدلة والحجج وتقديمها للقضاء من أجل إثبات الحقوق.

- الكشف عن القواعد الشرعية والأحكام القانونية التي تؤطره، ورصد أهم الإشكالات التي يطرحها الموضوع على مستوى العمل القضائي، بالإضافة إلى محاولة رصد أهم الاجتهادات القضائية الصادرة في الموضوع نظرا لأهميتها في تفسير مجموعة من المقتضيات القانونية الغامضة .

خامسا: إشكالية البحث:

إن الإشكالية الأساسية التي ستتم معالجتها في هذا الموضوع تتمحور أساسا حول كيفية الإثبات في الأموال الأسرية؟

هذا الإشكال الرئيسي تتفرع عنه مجموعة من التساؤلات الفرعية التي يمكن إيجازها فيما يلي:

- هل قواعد الإثبات المدني تتلاءم مع خصوصية العلاقات الأسرية؟ وكيف تعامل القضاء المغربي مع مسألة الإثبات في المنازعات المالية المرتبطة بالأسرة؟

- ماهي وسائل الإثبات التي كفلها المشرع لإثبات الحقوق المالية بين الأقارب (خاصة بين الأصول والفروع) ؟

- كيف يتم إثبات الالتزامات المالية ذات الطابع القانوني أو الاتفاقي بين الزوجين، خاصة ونحن نعرف أن العلاقة بين الزوجين هي علاقة خاصة جدا وذات حساسية شديدة حيث أنها تكون مبنية على الثقة وتكون بعيدة عن الأنظار؟

سادسا: المنهج المعتمد للدراسة:

يقتضي تحليل ودراسة هذا الموضوع بشكل علمي، الاعتماد بالأساس على المنهج الاستقرائي التحليلي من خلال استعراض موقف وأحكام الفقه الإسلامي واستقراء النصوص التشريعية المنظمة للموضوع ثم تحليلها، وكذا استقراء الأحكام والقرارات الصادرة في هذا المجال واستنباط وسائل الإثبات المعمول بها، للوصول إلى نتائج وخلصات في الموضوع.

بالإضافة إلى المنهج الاستدلالي بالاستعانة بمجموعة من القرارات والأحكام القضائية لتأييد أو تفنيد بعض المواقف والآراء الفقهية أو القانونية.

سابعا: التصميم المعتمد للدراسة:

حتى يتسنى لنا دراسة ما يثيره هذا الموضوع من إشكالات، ارتأينا اعتماد التقسيم التالي:

الباب الأول: إثبات التصرفات المالية في المجال الأسري

الباب الثاني: إثبات الحقوق المالية في المجال الأسري

الباب الأول: إثبات التصرفات المالية في المجال الأسري:

إن الإنسان له الحرية التامة في التصرف في أمواله كيف يشاء، ولمن يشاء، مادام أن التصرف ينتج أثره القانوني سواء كان هذا التصرف حال حياته كالبيع والهبة والصدقة... أو بعد وفاته كالوصية³⁵.

ولا شك من أن الإستفادة من أي تصرف قد يجريه الشخص تتوقف على ضرورة إثبات وجود ذلك التصرف، والتصرفات المالية التي يمكن إجراؤها في المجال الأسري لا تخرج عن هذه القاعدة، ذلك أن الإستفادة مما قد ترتبه من حقوق يستتبع ضرورة إقامة الدليل على وجودها. فكل حق مدعى به لا تدعمه وسائل إثباته عند قيام نزاع بشأنه يعتبر عدما محضاً، والادعاء به عبثاً ولددا³⁶. وتبعاً لذلك فإن جميع التصرفات المالية التي تتم بين الأقارب أو بين الأزواج مجانية كانت أو بعوض، لا يعتبر لها وجود عند نشوء منازعة ما بشأنها إلا بقيام الدليل عليها، فمن كان له حق عيني معلوم في عقار وزعم غيره انتقال ملكيته إليه فلا عبرة بزعمه إذا لم يثبت بوجه صحيح الوسيلة التي انتقلت إليه بها ملكية ذلك الحق.

ولهذا اهتم الفقه المالكي بالجانب الإثباتي في مجال التصرفات المالية حيث أولى لهذا الجانب اهتماماً كبيراً نظراً لما يشكله من خطورة على حقوق الأفراد والجماعات، فالقاضي الذي يعرض عليه النزاع لا يتهيأ له الوصول إلى الحقيقة ولا يستطيع أن يميز بين الحق والباطل إلا بواسطة حجج وبراهين يقدمها الأطراف لإثبات ادعاءاتهم³⁷.

³⁵ طهراوي نصيرة، التبرعات الناقلة للملكية دراسة مقارنة (الوصية والهبة) ، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر ، جامعة الدكتور يحي فارس المدية، كلية الحقوق الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012م، ص: 1

³⁶ الأستاذ الطيب البواب ، م.س، ص : 34 .

³⁷ محمد ابن معجوز المزغراني، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة ، طبعة 1984م، ص: 5

ونظرا لتنامي النزاعات المرتبطة بالتصرفات المالية الأسرية وتعاضمها وتكاثرها أمام المحاكم، سواء تعلق الأمر بالمعاملات العوضية أو التبرعية أو غيرها، فإننا سنحاول في هذا الباب دراسة وسائل إثبات التصرفات المالية الأسرية.

وهكذا سنتناول هذا الباب في فصلين كالتالي:

الفصل الأول: إثبات التصرفات المالية الأسرية بالكتابة

**الفصل الثاني: إثبات التصرفات المالية الأسرية وما قد تنطوي عليه من محاباة
وصورية بوسائل الإثبات الأخرى.**

الفصل الأول: إثبات التصرفات المالية الأسرية بالكتابة:

يهدف الإثبات إلى إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني، ويشترك قانون الموضوع مع قانون الشكل في تنظيم وسائل الإثبات من حيث حجيتها، وكيفية استخدامها أمام المحكمة، وتتعدد طرق الإثبات في القضايا المدنية غير أن كل منها منظم في نسق يختلف عن غيره، بل إن المشرع المغربي قيد شكل الإثبات في بعض المجالات وهذا حال التصرفات المالية الأسرية.

فقبل صدور مدونة الحقوق العينية كان القضاء يستمد قواعد إثبات التصرفات العقارية من القانون الوضعي والفقهاء المالكي، حسب نوع العقار المتنازع فيه، وهو ما أدى إلى تباين الأحكام المتعلقة بإثبات التصرفات العقارية لا سيما فيما يخص شكلية الكتابة، مما تسبب في تضارب الاجتهاد القضائي، وأدكى الاختلاف الفقهي، وهذا ما أثر جليا على استحقاق حقوق الناس³⁸. ذلك أن اشتراط الكتابة في إثبات التصرفات العقارية من المواد التي كانت موضع تنازع بين الفقهاء المالكي وقواعد ظهير الالتزامات والعقود، وقد استمر هذا التنازع إلى غاية صدور مدونة الحقوق العينية التي وحدت الأحكام المطبقة على جميع الحقوق العينية، اللهم ما يتعلق بالاستثناءات التي تقررها بنصوص خاصة، وفي هذا الإطار اشترطت مدونة الحقوق العينية الكتابة لإثبات التصرفات العقارية وجعلت منها شكلية للانعقاد، بل وضيقت من نطاق العقود العرفية، إضافة إلى شرط القبض أو الحوز الواجب توفره في التصرفات التبرعية باعتباره شرط صحة أو تمام فيها.

ولقد ارتأينا أن نتناول هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات المالية.

المبحث الثاني: شرط الحوز في إثبات التصرفات التبرعية.

³⁸ يوسف مختري ، إثبات التصرفات العقارية ، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، " المنازعات العقارية دراسات وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية " ، الجزء الرابع ، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، ص : 55 .

المبحث الأول: اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات المالية:

من المبادئ المعروفة في ميدان الإثبات أن الدليل الكتابي يكتسي أهمية كبيرة ومتقدمة بالمقابل مع باقي الأدلة الأخرى، إذ يمكن أن تثبت به جميع الوقائع والتصرفات القانونية، وتمتاز الكتابة عن غيرها من أدلة الإثبات الأخرى بأنها دليل يمكن إعداده مقدما أي عند حدوث الواقعة أو عند إبرام التصرف وقبل حصول النزاع، كما أنه يتجنب عيوب الإثبات بشهادة الشهود من حيث النسيان أو الكذب³⁹.

و نظرا لهذه الميزات التي يتمتع بها الدليل الكتابي فقد أوجبه القانون لإثبات معظم التصرفات القانونية، بما في ذلك التصرفات المالية التي تتم بين الأقارب أو بين الأزواج.

من هذا المنطلق، سنعمل على تناول هذه المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: دور الكتابة الرسمية في إثبات التصرفات المالية.

المطلب الثاني: دور الكتابة العرفية في إثبات التصرفات المالية.

المطلب الأول: دور الكتابة الرسمية في إثبات التصرفات المالية:

تنقسم المحررات التي يمكن استخدامها في إثبات التصرفات المالية إلى محررات رسمية ومحررات ثابتة التاريخ، وقد جعل المشرع لكل من هذين النوعين من المحررات شروطه وقوته في الإثبات.

وسواء كانت محررات رسمية أو محررات ثابتة التاريخ، فإنه لا يخفى علينا الدور الذي تلعبه في إثبات التصرفات المالية سواء كانت تصرفات تبرعية أو عوضية، بل إن المشرع نص على إجبارية توثيق بعض التصرفات العقارية في المحررات الرسمية تحت طائلة بطلانها.

³⁹ فايز أحمد عبد الرحمن، النظرية العامة للإلتزام، دار الكتب القانونية- مصر، 2010م، ص:654

وبناء على ما سبق سنعرض هذا المطلب كالاتي:

الفقرة الأولى: حجية المحررات الرسمية في إثبات التصرفات المالية.

الفقرة الثانية: حجية المحرر الثابت التاريخ في إثبات التصرفات المالية.

الفقرة الثالثة: إجبارية المحررات الرسمية في توثيق بعض التصرفات العقارية.

الفقرة الأولى: حجية المحررات الرسمية في إثبات التصرفات المالية:

إن إقدام الأطراف على توثيق معاملاتهم العقارية في المحررات الرسمية لم يأت من فراغ، وإنما لما تتمتع به تلك المحررات من حجية في الإثبات سواء بين أطراف العلاقة التعاقدية، أو في مواجهة الغير.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الإسلامي لا يشترط الكتابة في إثبات التصرفات، ولو تعلقت بالأصول، وليست لها علاقة بصحة أو بطلان التصرف، انطلاقاً من النص الشرعي المتعلق بآية المداينة⁴⁰ الذي ذكرت فيه كتابة العقد على وجه الإستحباب لا الوجوب⁴¹، وهكذا ينعقد البيع لحظة قبول الإيجاب كما قال الشيخ خليل : " ينعقد البيع بما يدل على الرضى وإن بمعاطاة،

⁴⁰ قال عز وجل في ذكره الحكيم : " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه، ولا يبئس منه شيئاً فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا، ولا تسئموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم" الآية 282 من سورة البقرة .

⁴¹ لقد قام الخلاف بين الفقهاء في الأمر الوارد في قوله تعالى (فاكتبوه) وقوله (واشهدوا إذا تبايعتم) في الآية 282 من سورة البقرة المشار إليها أعلاه . فكثير من الفقهاء قالوا بالوجوب أخذاً بصيغة الأمر الدال عليه، وهو الأصل فيه، غير أن الجمهور، ومنهم المالكية، ذهبوا إلى القول بأنه للندب والإرشاد فقط ، إذ في إيجاب الكتابة والإشهاد مشقة عظيمة على المتعاقدين، لأن المعاملات كثيرة جداً، وفي كل يوم، فإيجاب الكتابة عليهم فيما يتعاملون فيه والإشهاد به على ذوي العدل، فيه حرج شديد لا يطاق، ومن شأنه أن يعرقل نشاط الناس في معاملتهم ، ويعطل أعمال تجارتهم ، والشريعة الإسلامية مبنية على التيسير، لا على التشديد والتعسير . أنظر: الأستاذ الطيب البواب ، م.س، ص : 39.

وبيعني فيقول بعت وابتعت أو بعتك ويرضى الآخر فيهما⁴². إذن كان متاحا إثبات البيع بالكتابة أو بشهادة الشهود، أو عن طريق الإقرار⁴³، وتبقى أهم المبررات التي ساقها القضاء في تطبيق أحكام الفقه المالكي، هو أن هذه الأحكام من النصوص الشرعية التي كانت تطبق على العقار غير المحفظ في عهد الحماية، والتي ظلت سارية المفعول بعد دخول قانون المغربية والتعريب والتوحيد حيز التطبيق طبقا للفصل الثالث منه، ولم يستثن المجلس الأعلى سابقا العقار في طور التحفيظ من الخضوع لأحكام الفقه المالكي⁴⁴.

ومع أن هناك موقف قضائي وفقهي مخالف⁴⁵، كان ينادي بتطبيق ظهير الإلتزامات والعقود على سائر العقارات، إلا أن تأثيره كان محدودا للغاية، حيث استمرت الإزدواجية في تطبيق الأحكام الموضوعية على الحقوق العقارية، ومنها مسألة إثبات التصرفات العقارية.

42 خليل بن اسحاق الجندي، مختصر خليل، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1995 م، ص: 148.

43 حيث أن هناك من رأى جواز الإعتماد في إثبات البيوع الواردة على العقارات المحفظة على بداية الحجة الكتابية إذا عززت بإثباتات أخرى مقبولة قانونا، وهناك من رأى أن هذه البيوع قد تثبت عن طريق الإقرار لأنه سيد الأدلة، والمعروف أن هذا القول يعتبر الكتابة في البيوع العقارية شرط إثبات في حين أن هناك من رأى أن حكم الفصل 489 من ق.ل.ع هو حكم ملزم، لم يترك مجالاً للإستعاضة عن الكتابة بوسيلة أخرى في الإثبات، وهذا الرأي لا معنى له، لأنه يقول بإثبات البيع العقاري بالكتابة على سبيل الإلزام تطبيقا للفصل 489 من ق.ل.ع، لكن صيغة هذا الإلزام توجد في أغلب القواعد المكتملة، وبالرغم من ذلك قد يملك الأطراف مخالفتها باشتراط الإثبات بغير الكتابة، أو يعمد أحدهما إلى هذا الإثبات المخالف للكتابة دون اعتراض الطرف الآخر، كما قد يملكون الإثبات عن طريق الإقرار.

-راجع: عبد السلام بنزروع، دور قضاء النقض في مستجدات مدونة الحقوق العينية، ندوة خاصة بمناسبة الذكرى المئوية لتأسيس محكمة الإستئناف بالرباط بعنوان "حماية الملكية العقارية من خلال قرارات محكمة الإستئناف بالرباط"، العدد السادس، مطبعة الأمنية - الرباط، 2018 م، ص: 198-199.

44 يوسف مختري، إثبات التصرفات العقارية، مجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، 2018 م، ص: 56-57.

45 الأصل هو أن عقد البيع بمقتضى الفصل 488 من ق ل ع هو عقد رضائي، حيث إنه يعتبر مبرما بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين، إلا أن هذا الأصل خرج عليه استثناء ورد في الفصل 489 ق ل ع ويتعلق باشتراط كتابة العقد إن تعلق البيع بعقار أو حقوق عقارية. فلو أبرم المتعاقدين بيعا على أرض زراعية أو شقة أو منزلا أو عمارة أو دكان أو مخزن على سبيل المثال أو على حق من الحقوق العقارية مثل حق الانتفاع أو الكراء طويل الأمد أو حقا من الحقوق العرفية الإسلامية كحق الزينة أو حق الجلسة فإنه حسب الفصل 489 ق ل ع من الواجب كتابة العقد في محرر ثابت التاريخ لكي يكون العقد صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية.

- راجع: محمد بونبات، شرط الكتابة في بيع العقار وفقا لقانون الإلتزامات والعقود والقوانين الخاصة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و 28 فبراير 2004 "العقار غير المحفظ..إلى أين؟"، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، الطبعة الأولى 2004م، ص: 84

ولقد كان من تجليات تطبيق الفقه الإسلامي على العقار غير المحفظ أو الذي في طور التحفيظ أن الحجج والمؤيدات يمكن أن تصاغ بعد نشوء النزاع، وليس أثناء إجراء التصرف، وغالبا ما كان يستعان ببينة من اثني عشر شاهدا، وهو ما استغله البعض لصياغة حجج واهية معتمدا في ذلك على شهود زور، يشهدون بما لا يعلمون أو يعلمون و لا يشهدون بعلمهم.⁴⁶ إلا أن هذا أصبح في زمن الماضي بعد صدور مدونة الحقوق العينية⁴⁷ التي حسمت الإختيار لفائدة اشتراط الكتابة، حيث أقر المشرع من خلال المادة الرابعة من هذه المدونة بأن توثيق التصرفات العقارية يجب أن يرد- تحت طائلة البطلان- إما في محرر رسمي⁴⁸ أو في محرر ثابت التاريخ يحرره محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 2020/10/22 والذي قضى ببطلان عقد بيع بين أم وابنتها لعدم احترامه للشكلية المنصوص عليها في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية⁴⁹.

=كما أن مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع التي تأمر بالكتابة ثم التسجيل ، وكذلك مقتضيات قانون التحفيظ العقاري التي لا تجعل للبيع غير المقيدة بالسجل العقاري أثرا قانونيا بين أطرافها وبين الغير، كل ذلك يدل على أن الكتابة المأمور بها وردت للإنعقاد لا لمجرد الإثبات ، لأن تخلف الكتابة يجعل التسجيل مستحيلا ، فالمحافظ إنما يقوم بتسجيل الوثيقة التي انعقد بموجبها البيع بين طرفيه ، ولا يمكنه إجراء هذا التسجيل إذا كان العقد شفويا.

- أنظر: عبد السلام بنزروع ، م.س، ص: 199 .

ويؤيد هذا التفسير ما ذهب إليه المجلس الأعلى سابقا فقد جاء في إحدى قراراته : " ينص الفصل 489 ق.ل.ع على أن بيع العقار يجب أن يكون كتابة في محرر ثابت التاريخ ولذلك يتعرض للنقض ، لنقص التعليل الحكم الذي يقضي برفض الطلب في نزاع عقاري استند فيه المدعي إلى رسم عدلي لإثبات الشراء واستند فيه المدعى عليه إلى موجب لفيقي يثبت شراؤه وحيازته ". قرار عدد 433 ، بتاريخ 78/12/14 ، مجلة المحاماة عدد 17 ، ص: 115

وفي قرار آخر قضى بأن " المبيع إذا كان عقارا محفظا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ وإذا اختلف هذا الركن الشكلية فإن البيع لا يقوم ، وأن المحكمة لما اعتمدت إقرار قضائي أمام المحكمة الجنحية لإثبات بيع عقار محفظ تكون قد خرقت القانون (الفصل 489 ق.ل.ع) وعرضت قرارها للنقض ". قرار عدد 817 ، بتاريخ 83/4/27 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 32، ص: 52

وبهذا نستخلص أن الكتابة في الفصل 489 ق.ل.ع شرط انعقاد ووجوب وهي شكلية لا بد من استيفائها لقيام عقد البيع الذي لا يجوز أن يعتبر موجودا بدون الكتابة .

⁴⁶ يوسف مختري ، م.س، ص : 57.

⁴⁷ ظهير شريف رقم 1-11-178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011.

⁴⁸ يعرف المشرع المغربي الورقة الرسمية من خلال الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود على النحو التالي: " الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون".

⁴⁹ حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 458 بتاريخ 2020/10/22، ملف عقاري رقم 19/1401/738 (غير منشور).

ومن تم يلاحظ أن المشرع المغربي قيد توثيق التصرفات العقارية في قالب شكلي معين، بعد أن كان الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود يستوجب فقط كتابة هذه التصرفات في محرر ثابت التاريخ دون تحديد لنوع هذا المحرر أو الجهة التي يمكنها تحريره.

وإن كانت هذه الشكلية تقييد لحرية الأطراف المتعاقدة في الميدان العقاري في إبرام تصرفاتهم، بحيث أن عدم مراعاة الشكلية أو استيفائها يترتب عليه انتفاء العقد وبطلانه بطلانا مطلقاً⁵⁰، فهو تقييد تشريعي لا يقلص من دور الإرادة والحرية التعاقدية بقدر ما يحميها استتباباً للأمن العقاري وحفاظاً على استقرار المعاملات⁵¹. ذلك أن تعميم رسمية العقود العقارية يهدف إلى تحقيق جودة المحرر، بجعل التوثيق⁵² بالكتابة بمثابة الشكلية الواجبة مما يوفر ظروف تحرير التفويطات العقارية - كنموذج- وجوباً فضلاً عن استقرار المعاملات وإدماج العقار في عملية التنمية الشاملة بعيداً عن المنازعات حول الملكيات العقارية والحقوق العينية.⁵³

وإذا استخلصنا أن المشرع استوجب ضرورة إبرام التصرفات العقارية العوضية عموماً والبيع العقاري خصوصاً في شكل رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم تحريرها من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقص تحت طائلة البطلان حسب مقتضيات مدونة الحقوق العينية⁵⁴، فإننا نتساءل عن الكتابة المشترطة في التصرفات التبرعية⁵⁵ هل هي للانعقاد أم للإثبات فقط؟

⁵⁰Alex Weill et Francois Terre, Droit civil, les obligations, Dalloz, 4eme Edition, 1986, page : 127-128

⁵¹سليمان المقداد، مركز الإرادة في العقود، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2016-2017م، ص: 232

⁵² يطلق مصطلح التوثيق على مجموعة القواعد التي يجب أن يسير عليها موثق العقود، كما يطلق على مأمورية الموثق نفسه. Ibrahim Najjar- Ahmed Zaki Badraoui et Youssef Chellah, Dictionnaire juridique (Français /Arabe), librairie de Liban, 4ème édition 1995, p :202

⁵³جيهان بونبات، مركز الكتابة والتسجيل في عقود تفويت العقارات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2010-2011م، ص: 2

⁵⁴ تجدر الإشارة إلى أن انتقال الملكية بخصوص العقارات المحفظة سواء تعلق الأمر بالمعاوضات كالبيع أو بالتبرعات كالهبة والصدقة والحبس أو غيرها ، لا يتم بمجرد إبرام العقد كتابة كما هو الشأن بالنسبة للعقارات غير المحفظة ، وإنما ينبغي إضافة لذلك أن يتم تسجيل هذه التصرفات المنصبة على عقارات محفظة في سجلات المحافظة العقارية تطبيقاً لمقتضيات المادتين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري.

بالنسبة لمدونة الأوقاف⁵⁶ نصت على أن الإشهاد شرط صحة في الوقف⁵⁷، ويتلقى هذا الإشهاد العدول، واستثناءا تكفي وثيقة التحبب الموقعة من طرف المحبس⁵⁸. وهذا يعني أن الإختصاص الأصلي في توثيق الحبس ينعقد للعدول وحدهم دون غيرهم عندما يتعلق الأمر بنطاق التوثيق الرسمي، وعليه فإن وثيقة التحبب العدلية⁵⁹ الموثقة من طرف العدول، تلعب دورا بارزا ومحوريا في إثبات الحبس نظرا لما تتمتع به من ضمانات قوية كورقة رسمية في مجال الإثبات بشكل عام، وإثبات الحبس بشكل خاص. لكن نفس المدونة تنص على أن الحبس يثبت بمختلف وسائل الإثبات⁶⁰.

ففي كون الكتابة شرط صحة لا يمكن إثبات الحبس بغير الكتابة لأنها مطلوبة للانعقاد، أما في حالة كون الوقف قابلا للإثبات بجميع وسائل الإثبات فهذا يعني أن الكتابة المطلوبة في الوقف هي للإثبات فقط وليس للانعقاد.

=-أنظر: عبد الرحمان الشرقاوي ، قانون العقود المسماة الكتاب الأول العقود الناقلة للملكية عقد البيع ، سلسلة البحوث والدراسات القانونية المعمقة ، العدد 2 ، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية - الرباط ، نونبر 2011 م ص: 157.
⁵⁵ سنقتصر هنا على الوقف والوصية ، على أن نتطرق في الفقرة الثالثة من هذا المطلب لعقدي الهبة والصدقة.
⁵⁶ ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154
⁵⁷ المادة 24 من مدونة الأوقاف: " يشترط لصحة الوقف شرطان:
- الإشهاد على الوقف

- حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مراعاة لأحكام المادة 10 أعلاه..."
⁵⁸تنص المادة 25 من مدونة الأوقاف على أنه: " يتلقى العدول الإشهاد على الوقف.
وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادق على صحة توقيعها طبقا للقانون"
⁵⁹ وثيقة التحبب العدلية هي تلك الوثيقة العدلية التي يشهد فيها العدول لتلقيهم لتصريحات الواقف بنيتة في تحبب أملاكه أو جملة من أملاكه ، لفائدة جهة من جهات البر والإحسان أو لفائدة عقبه.
-أنظر: محمد خيري، وسائل إثبات الأملاك الحسبية بين المقترضات الشرعية وأحكام القانون الوضعي ، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية الرباط، العدد الخامس، السنة الثالثة، ماي 2008، ص: 31
⁶⁰ جاء في المادة 48 من مدونة الأوقاف: " يمكن إثبات الوقف بمختلف وسائل الإثبات..."

للإجابة عن هذا الإشكال، نجد ثلاثة مواقف متباينة بين من يقول أن الكتابة للانعقاد ،
وبين من يقول أن الكتابة للإثبات فقط ، وبين من يجمع بين هاذين الرأيين⁶¹.

وفي اعتقادنا، فإن الكتابة في الحبس تبقى وسيلة لإثبات الوقف وليس شرط لصحته
مادام أن المشرع المغربي قد أتاح إمكانية إثبات الوقف بمختلف وسائل الإثبات وليس الكتابة
فقط.

أما بخصوص حكم الكتابة في الوصية⁶²، فقد اشترط المشرع المغربي من خلال أحكام
المادة 296 من مدونة الأسرة لصحة الوصية أن يتم الإشهاد بها أمام عدلين أو أي جهة رسمية
مكلفة بالتوثيق أو يقوم الموصي بتحريرها بخط يده ويوقع عليها. وإذا حالت ضرورة ملحة دون
الإشهاد على الوصية أو كتابتها بخط يد الموصي، فقد سمح المشرع بإثباتها استثناء عن طريق
شهادة الشهود الذين حضروا الوصية شريطة أن لا تكون ريبة في شهادتهم، وأن تؤدي هذه
الشهادة يوم التمكن من أدائها أمام القاضي، حيث يقوم هذا الأخير بإصدار الأمر بتوثيقها
وإخطار الورثة بها فوراً. وهذا يعني أن الكتابة في الوصية مستحبة فقط وليست واجبة، ولا
شرطاً في صحتها ولا ثبوتها، غير أن الوثيقة العدلية تبقى الوثيقة الأكثر استيعاباً لعقود الوصايا

⁶¹ الرأي الأول: يرى أن الكتابة في الحبس هي شرط ولا محل لوجود الوقف إلا بوجود عقد التحبيس الذي يتضمن
الإشهاد. أنظر: عمر لمين، شروط وثيقة التحبيس ، مجلة الأملاك الحبسية، أعمال الندوة الوطنية التي تنظمها مركز الدراسات
القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و 11 فبراير 2006، ص: 273
-الرأي الثاني : يرى عدم اشتراط رسم التحبيس لإنشاء الحبس، ولا يشترط لقيام الحبس جميع الشروط المعتمدة في الملكيات
الخاصة لأن الحبس يتميز عنها. وهو رأي الأستاذ عبد الرزاق اصبيحي. راجع: اصبيحي عبد الرزاق، الحماية المدنية للأوقاف
العامة بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة الجامعية 2006-
2007 ص:125

-الرأي الثالث: الذي يرى أن الكتابة تعتبر شرطاً لصحة الحبس وإثباته، ولا يجوز اللجوء إلى الوسائل الأخرى إلا على سبيل
الاستئناس. أنظر: خيرى محمد، وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقترضات الشرعية وأحكام القانون الوضعي، مجلة الحقوق
المغربية، العدد الخامس، ماي 2008، ص:30-31

⁶² تعتبر الوصية تصرفاً قانونياً ينشأ بإرادة منفردة هي إرادة الموصي ، وقد عرفها الفقهاء بأنها " تملك مضاف إلى ما بعد
الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة".

-راجع: نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، المكتبة التوفيقية- مصر، دون
ذكر السنة ، ص:104

توثيقاً وإثباتاً، وهذا ما يفسره المنطق التسلسلي الذي نص عليه المشرع المغربي من خلال المادة 296 من مدونة الأسرة من حيث منحه مركز الصدارة للإشهاد على الوصية للعدلين.⁶³

وعموماً، تعتبر المحررات الصادرة عن الموثق أو العدول⁶⁴ وثائق رسمية لها حجية مطلقة في الإثبات سواء بين الأطراف فيما بينهم أو في مواجهة الغير، بحيث تصبح حجة بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها، بل أكثر من ذلك أنها تكتسب الرسمية التي تجعلها قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها إلا عن طريق دعوى الزور⁶⁵، لكن هذه الحجية لا تنسحب على كل ما تتضمنه الوثيقة الرسمية من بيانات، فهناك بيانات لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور وأخرى قابلة للنفي ويمكن إثبات نقيضها بكل وسائل الإثبات.⁶⁶

فالبيانات التي تكتسب الحجية التامة هي البيانات التي يشهد العدلان أو الموثق أنها وقعت بحضورهم في مجلس الإشهاد أو تلك التي يذكرانها في الوثيقة ويسندانها إلى علمهما

⁶³ سليمان أدخل، م.س ، ص: 120

⁶⁴ يختص الموثق مكانياً بتوثيق جميع التصرفات العقارية بصرف النظر عن موقع العقار محل التصرف، غير أن تلقيه لهذه التصرفات يجب ألا يكون خارج مكتبه إلا في حالات استثنائية وبعد إذن من رئيس المجلس الجهوي للموثقين وإخبار الوكيل العام للملك وذلك بمقتضى المادة 12 من القانون رقم 32-09 المنظم لمهنة التوثيق (الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 179-11-1 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نوفمبر 2011 ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011).

وبخلاف اتساع نطاق الاختصاص الترابي للموثق ، فإن الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 14 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة (الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.56 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006 ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ 2 مارس 2006) ، حصرت الاختصاص المكاني للعدول في تلقي الشهادات المتعلقة بالعقار والتركات في حدود دائرة محكمة الاستئناف التابع لها موقع العقار أو موطن الموروث، باستثناء ما أوردته الفقرة الأخيرة من المادة 14 من خطة العدالة التي اجازت للعدول في حالة الظرف الفاهر تلقي الوصية المتعلقة بعقار، بمكان وجود الموصي، وذلك بعد الحصول على إذن القاضي.

⁶⁵ فقد نص الفصل 419 من ق.ل.ع. على أن : " الورقة الرسمية حجة قاطعة ، حتى على الغير ، في الوقائع والإتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور .
إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي ، فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور .
ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة ."

كما أن الفصل 420 من نفس القانون نص على أن " الورقة الرسمية حجة في الإتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد وهي أيضاً حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفتها وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر ."

⁶⁶ عبد الرفيق السوسي، دور الفقه المالكي في الإجتهد القضائي المغربي في المادة العقارية ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، كلية الشريعة فاس ، السنة الدراسية 2017 - 2018 م ، ص : 107.

ومعرفتهما، فهذه كلها تكون لها الحجية الكاملة وتثبت بثبوت وثيقتهما⁶⁷، وذلك لطبيعتها في كون العدل أو الموثق يشرف عليها في حدود مهمته كالتحقق من وضعية العقار⁶⁸ و التأكد من هوية المتعاقدين وكمال أهليتهما⁶⁹، وتضمينه للبيانات العامة للوثيقة التي ألزم المشرع العدل أو الموثق تضمينها اعتبارا لأهميتها في الإثبات، كتاريخ الوثيقة⁷⁰ واسم العدل أو الموثق ومكان توثيق المحرر وحضور الشهود والترجمان عند الإقتضاء ، ثم الإشارة إلى قراءة العقد وتوقيعه من طرف الأطراف ثم من طرف الموثق أو العدلين معا .

بالإضافة إلى البيانات التي تتصف بالرسمية نجد تلك المتعلقة بالأمر التي وقعت من ذوي الشأن في حضور الموثق أو العدل، والتي تكون في الغالب مرتبطة بموضوع العقد الرسمي الذي قام بتوثيقها، فإذا كانت المعاملة بيعا مثلا فإن العدل أو الموثق يثبت في الوثيقة صيغة التباعد وطريقة دفع الثمن وشروطه وذلك مثل ذكر العدلين في الشهادة أن فلان الفلاني

67 العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، الجزء 2 ، مكتبة دار السلام - الرباط ، 2008 م ، ص : 109.

68 إذا كان التحقق من الوضعية الحقيقية للعقار المحفظ يقتضي فقط من الموثق أو العدل الرجوع إلى السجلات العقارية لدى مصالح المحافظة العقارية، فإن الإحاطة بوضعية العقار غير المحفظ ليست بالأمر السهل، حيث يتعين على هؤلاء التأكد من موقع الملك ومساحته وحدوده، كما ينبغي الانتباه إلى ذكر الحدود الموجودة أثناء إبرام عقد البيع وليس الحدود المشار إليها في أصل الملك، لكون الحدود قابلة للتغيير في أي لحظة ولأهميتها في توضيح معالم الملك موضوع التصرف، خصوصا وأن مساحة العقار غير المحفظ تكون تقريبية مما يستدعي الاستعانة بالحدود لرفع أي تعارض قد يحصل بين الأطراف. وفي الإطار نفسه يتعين على الموثقين والعدول الإشارة في محركات تفويت العقارات غير المحفظة إلى أصل التملك وانتقال الحيازة إلى المشتري وذلك لكون الفقرة الثانية من المادة 3 من م.ح.ع أقرت بأن عقود التفويت المتعلقة بهذه العقارات لا تفيد التملك إذا لم تستند على أصل التملك وعلى حيازة المفوت له للعقار.

-أنظر: بوبكري عبد القادر، م.س، ص: 80-81

69 أوجبت المادة 37 من قانون التوثيق على الموثق التحقق تحت مسؤوليته من هوية الأطراف المتعاقدة، وهو المقتضى نفسه الذي سبق إقراره بموجب الفقرة الأولى من المادة 31 من قانون خطة العدالة، إذ أوجبت هذه الأخيرة على العدول تضمين الشهادة الهوية الكاملة للمشهود عليه وتشمل هوية الأطراف أساسا الأسماء الكاملة للأطراف وبيان موطنهم وتاريخ ومكان ولادتهم وجنسياتهم ومهنتهم ونوع الوثيقة الرسمية التي تثبت هويتهم ومراجعها وحالتهم العائلية .

بعد التحقق من هوية الأطراف، يتعين على الموثقين والعدول التحقق من صفة هؤلاء وأهليتهم للتصرف. جاء في قرار المجلس الأعلى سابقا : " يعتبر الرسم العدلي الذي يشهد فيه العدلين بأتمية المشهود عليه حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإسهاد في مرض الموت ... " قرار عدد 809 بتاريخ 1985/12/25 ملف مدني عدد 47497 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى ، عدد 31، 1982 م ، ص: 45.

70 جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا : " التاريخ الذي يضعه العدل للشهادة تكون له حجية قاطعة ولا يحق إثبات ما يخالفه بأية وسيلة أخرى غير دعوى الزور ، لأن الطعن في صحته مس بئقة وشرف العدلين المحررين الشهادة " . قرار عدد 24 بتاريخ 1960/12/5 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في المواد المدنية ، 1958 - 1961.

اشترى من أخيه فلان الفلاني جميع العقار الواقع بكذا، وأن البائع قبض جميع الثمن بمعاينتهما ذلك.⁷¹

وإذا تعلق الأمر بعقد هبة أم على ولدها مثلاً يذكر العدلين في الشهادة أن " فلانة بنت فلان الفلاني أشهدت على نفسها أنها وهبت على ولدها فلان بن فلان جميع الملك المسمى كذا المتكون من كذا، هبة بثة بتلة قصدت بها وجه الموهوب له وتخلت عنه وحازره بمعاينة شهيديه...." ⁷².

وإذا تعلق الأمر بعقد صدقة أب على ولده المحجور مثلاً فيشهد العدلان أن فلان بن فلان حضر لديهما وأشهد على نفسه أنه تصدق على ولده فلان جميع الملك المسمى كذا، صدقة بثة بتلة قصد بها وجه الله وثوابه الجزيل وبسط لولده فلان اليد على حوز ذلك وحازها حوزاً تاماً معاينة فارغة من شواغل المتصدق وأمتعته كما يجب... ⁷³.

كل هذه البيانات والوقائع التي تمت بحضور العدل أو الموثق وتحت سمعه وبصره والمضمنة في الوثيقة تكون لها حجية قاطعة في الإثبات لا يمكن استبعادها إلا بسلوك مسطرة الزور، لما في ذلك من مساس بشرف وسمعة العدل أو الموثق. ⁷⁴

أما بالنسبة للنوع الثاني من البيانات والوقائع والتي لها حجية عادية، وقابلة لإثبات عكس ما ورد بها فهي البيانات والوقائع الصادرة عن الأطراف اعتماداً على إقرارهم والتي ليس في وسع العدل أو الموثق التأكد من صحتها، وبالتالي فإن هذه البيانات يجوز إثبات ما يخالفها في إطار القواعد العامة للإثبات دون الحاجة إلى سلوك مسطرة دعوى الزور، ومن أمثلة ذلك : ما يذكره العدلان من أن البائع قبض الثمن من المشتري باعتراف كل منهما لدى العدلين بواقعة القبض، فإن ذكر ذلك في وثيقة الشراء لا يفيد في ثبوت واقعة قبض الثمن ولا تكون لها الحجية الكاملة ⁷⁵ على اعتبار أن ذلك يخرج عن قدرة الموثق في معرفة نوايا الأطراف. أو مثلاً كأن

⁷¹ العلمي الحراق ، م.س، ص : 110.

⁷² العلمي الحراق ، م .س، ص : 351-352.

⁷³ العلمي الحراق ، م.س ، ص: 365 - 366.

⁷⁴ عبد الرفيق السوسي ، م . س، ص: 109.

⁷⁵ العلمي الحراق ، م .س، ص: 111.

يهب شخص عقارا لمشتري أجنبي، ويدفع له المشتري مقابل الهبة مبلغا من المال تم الإتفاق عليه، وهذا عمل باطنه بيع وظاهره هبة، وبذلك يحرم من له الحق في الشفعة، فإذا كانت تصريحات المتعاقدين - على أن العقد عقد هبة - واقعة تكتسي حجية قاطعة، حيث لا يسوغ إنكار وقوعها أمام العدلين إلا بدعوى الزور، فإنه يجوز للغير المتضرر من هذه الواقعة إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات، وبصورة خاصة بالشهود والقرائن.⁷⁶

وبذلك يتضح أن البيانات التي تمت أمام العدول أو الموثق وفي حدود مهمتهم، تعد ذات حجية قاطعة، حيث تكتسي الصبغة الرسمية، أما البيانات التي تكون من إملاء الأطراف المتعاقدة، فإنها لا تتمتع بصفة الرسمية ويمكن إثبات ما يخالفها بجميع وسائل الإثبات .

إن البيانات أعلاه تكتسب الصفة الرسمية بمجرد توقيع الموثق على المحرر مباشرة بعد توقيع أطراف العقد⁷⁷، أما الوثيقة العدلية فلا تكتسب الصفة الرسمية إلا من اللحظة التي يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق عليها حسب المادة 35 من القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة.

وحجية هذه الورقة الرسمية تثبت لنسختها الأصلية؛ ذلك أن قواعد التوثيق تقضي بحفظ أصول المحررات الموثقة ويسلم الأطراف صوراً رسمية منها فقط، فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود على أن النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في البلاد التي أخذت فيها النسخ. ويسري نفس الحكم على النسخ المأخوذة عن الأصول بالتصوير الفوتوغرافي.

وبقي أن نشير هنا إلى مدى حجية الوثيقة الرسمية في الإثبات في مواجهة نهائية قرار المحافظ العقاري؟ فمثلاً، لو قام شخص بتحفيظ عقار ثم ظهر بعد ذلك محرر رسمي يثبت تحبب هذا العقار، فهل سيتم إلغاء الرسم العقاري أم سيتم اعتبار الحبس حق من الحقوق، وبالتالي لا يمكن لصاحب هذا الحق إلا طلب تعويض في حالة التدليس؟

⁷⁶ عبد الواحد بويحيوي ، ضمانات المحررات الرسمية في مجال المعاملات العقارية ، بحث لنيل دبلوم الماستر في الشريعة ، جامعة القرويين كلية الشريعة ، فاس ، السنة الجامعية: 2011 م - 2012 م ، ص: 92.
⁷⁷ المادة 44 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق .

هنا نجد اختلاف في المواقف، فهناك من يرى أنه يجب إلغاء الرسم العقاري إذا تبين أن العقار الذي تم تحفيظه هو عقار محبس، فلو فرضنا أن شخصا استطاع أن يحفظ في اسمه الخاص عقارا، ثم تبين أن هذا العقار كان محبسا تحببسا عاما أو خاصا أو تبين أنه من الأملاك العامة فإن هذا التحفيظ لا يطهره من الحبس أو الملك العمومي كون أن كلا من العقار المحبس أو المملوك ملكا عاما لا تنفع فيه الحيازة ولا تكسب حائزه حق ملكيته مهما طال أمدها، وهو رأي الفقيه محمد ابن معجوز⁷⁸. وهو نفس توجه الدكتور مأمون الكزبري⁷⁹.

في حين أن هناك من يرى أن العقار الحبسي سواء كان عاما أو معقبا أو مشتركا، ليس ملك من الأملاك العامة لأن المقصود بتحبس عقار هو إزالة ملكية المحبس للعقار المحبس (بفتح الحاء) دون أن تتملكه الجهة المحبس عليها، والتي يبقى لها الانتفاع بربع المحبس فقط. وبالتالي فإن وثيقة التحبس لا ترقى إلى هدم القرينة القاطعة التي يؤسسها قرار التحفيظ، بحيث أن هذا الأخير يطهر العقار من الحقوق السابقة على التحفيظ والتي لم يتضمنها قرار التحفيظ ولو كانت مؤكدة ومشروعة⁸⁰.

وفيما يخص مشرع مدونة الأوقاف، فقد استثنى الأملاك الحبسية من الخضوع لقاعدة التطهير الناجمة عن تحفيظ العقار بمقتضى المادة 54 منها والتي جاء فيها " إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الشكوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين .

⁷⁸ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1999م، ص:563

وهو ما أكدته قرار للمجلس الأعلى سابقا ، حيث سار بدوره في تكريس مبدأ عدم مواجهة الأوقاف بالأثر التطهيري الناجم عن مسطرة التحفيظ العقاري، فقد جاء في حيثياته ما يلي: " الحبس لا يطهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبس عليها، أن ترفع الدعوى بشأن الحبس ولو كان في طور التحفيظ بل حتى ولو حصل تحفيظه لأن ثبوت حبسيته يبطل تحفيظه". قرار عدد688 بتاريخ 2008/02/20، ملف عدد2006/3/1/2162 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى، العدد 70، 2009، ص75

⁷⁹ محمد مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، ج1، التحفيظ العقاري، نشر شركة الهلال والعربية للطباعة والنشر- الرباط ، الطبعة الثانية 1987، ص:90

⁸⁰ محمد أمغار، حجية وثيقة التحبس في مواجهة الرسم العقاري، مجلة الأملاك الحبسية، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، يومي10 و11 فبراير 2006 ص: 347

وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوف وقفا عاما، بناء على الحكم القضائي الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق ويقيد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الأوقاف العامة".

وما يلاحظ على هذه المادة أنها ضيقت من نطاق الحماية التي كان يوفرها القضاء للأوقاف في مواجهة قاعدة التطهير، حيث حصر هذا الاستثناء على الأوقاف العامة دون الأحباس المعقبة، خلافا لما سار عليه الاجتهاد القضائي الذي كان يسوي بين الأحباس العامة والأحباس المعقبة دون تمييز، وهذا ما يفسر خضوع هذه الأخيرة لقاعدة التطهير وبالتالي فإن المشرع لم يوفر الحماية اللازمة للحبس المعقب .

أما بالنسبة للوصية الواردة على عقار محفظ، فإن المحكمة لا تعند بالإرثاء المسجلة بالرسم العقاري والتي لا تشير إلى الموصى لهم، إذ يتعين إلغاؤها وتسجيل الإرثاء التي تشير إلى الموصى لهم بناء على طلبهم طبعاً، فقد جاء في حكم لابتدائية سيدي بنور " وحيث أن الثابت من وثائق الملف وخاصة رسم الوصية بالثلث المضمن بعدد 525 صحيفة.... بتاريخ 2000 أن المرحوم السيد.... كان قد أوصى قيد حياته لابني ابنه.. بالثلث للواحد..... وحيث أن الإرثاء عدد 265 بتاريخ 2004 المسجلة بالرسم العقاري عدد... لم يتم فيها ذكر الموصى لهما بالثلث... وبالتالي فهذه الإرثاء تكون ناقصة وغير جديرة بالاعتبار ما دام أن الوصية ثابتة ومضمنة وفق الإجراءات الشرعية ولم يتم إدخال الموصى لهم بهذه الإرثاء. وحيث أن الإرثاء عدد 19 بتاريخ 2007 شملت جميع ورثة الإرثاء المذكورة أعلاه وأضافت إليها الموصى لهما بالثلث... وبالتالي فهي شاملة وشهدت بما لم تشهد به الإرثاء المسجلة بالرسم العقاري مما يكون معه طلب التشطيب على الإرثاء عدد 265 مؤسسا عليه وفي مقابله يكون طلب تقييد الإرثاء عدد 19 له ما يبرره وتقرر الاستجابة له ".⁸¹

⁸¹حكم رقم 09/25، بتاريخ 09/02/2009 في الملف المدني رقم 2007/161، أورده: عماد المجاوي، م. س. ص: 43

وإلى جانب المحررات الرسمية، نجد المشرع المغربي تبنى نوع آخر من المحررات في توثيق التصرفات العقارية ألا وهو المحررات الثابتة التاريخ⁸²، فما المقصود بها وما مدى حجيتها في إثبات التصرفات المالية؟

الفقرة الثانية: حجية المحرر الثابت التاريخ في إثبات التصرفات المالية :

لقد استعمل المشرع المغربي مصطلح " محرر ثابت التاريخ " ليس فقط في معرض حديثه عن توثيق عقد بيع العقار من خلال القواعد العامة وبالضبط الفصل 489 من ق.ل.ع⁸³، بل تعداه إلى ما سواه من النصوص الواردة في القوانين العقارية الحديثة⁸⁴، ناهيك عن المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، إلا أنه لم يعرفه ولم يبين طبيعته وهذا ما سيطرح إشكالا عمليا عند المنازعة في هذه العقود أمام القضاء المدني، فهل سيعتبر هذا المحرر محررا رسميا وبالتالي تكون له حجية المحرر الرسمي في الإثبات، أم سيعتبر محررا عرفيا وتكون له الحجية المعتبرة للمحررات العرفية، أم أنه محرر من نوع خاص؟

لقد اختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعة المحرر ثابت التاريخ فمنهم من اعتبره محررا عرفيا لكن مع بعض الخصوصيات التي تمت إضافتها كضرورة كتابة العقد من قبل محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض واستلزام توقيعه والتأشير على جميع صفحاته. فشرط صحة الورقة الرسمية لا تنطبق على هذا النوع من المحررات، من حيث وجوب تحريرها من طرف موظف عمومي، ذلك أن المحامي يمارس مهنة حرة مستقلة عن مؤسسات الدولة الرسمية⁸⁵، كما أن

⁸² جاء في قرار لمحكمة النقض : "... بمقتضى الفصل 489 من ق.ل.ع . إذا كان المبيع واقعا على عقار أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع في محرر ثابت التاريخ ". قرار عدد 30 الصادر بتاريخ 2013/01/29 في الملف رقم 2012-7-1-254 (غير منشور) .

⁸³ ينص الفصل 489 من ق ل ع في الفرع الثاني منه المتعلق بتمام البيع على ما يلي: " إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل التالي المحدد بمقتضى القانون".

⁸⁴ القانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية (المادة 12) والقانون 51.00 المتعلق بالإيجار المقضي لتملك العقار (المادة 4) والقانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز (الفصل 3-618) .

⁸⁵ عبد المجيد بوكير ، مدى حجية وثيقة المحامي الدالة على التصرفات العقارية المشمولة بالنظم القانونية 18.00 و 44.00 و 51.00 ، منشورات مجلة الحقوق المغربية ، الجزء 1 ، مطبعة الأمنية الرباط ، الطبعة الثانية 2011 م ، ص : 66 (بتصرف).

تصحيح إمضائه لدى كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي عمله بدائرتها يثبت أن هذه الوثيقة غير رسمية إذ لو كانت كذلك لما احتاجت لهذا الإجراء، ذلك أن البيان المتعلق بتاريخ المحرر الرسمي الذي يتم تحت مسؤولية الموثق يلحقه وصف الرسمية دون حاجة لمصادقة أي جهة⁸⁶، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة الإستئناف بأكادير والذي جاء فيه : " إن خلو العقد موضوع الدعوى المنجز من قبل المحامي من هذه الأوصاف والشروط (أي شروط الفصل 418 ق.ل.ع) يجعله محررا ثابت التاريخ بحسب تعريف المادة الرابعة من م.ج.ع يسري عليه ما يسري على الورقة العرفية " ⁸⁷. ومنهم من اعتبره محررا رسميا، وذلك استنادا إلى اشتراط المشرع لمجموعة من الشروط كي يكون المحرر الذي يحرره المحامي صحيحا وسليما، فهذا دليل على أن العقود المحررة من طرفه تدخل في خانة المحررات الرسمية التي لها القوة الثبوتية مثلها مثل أي محرر صادر عن موثق أو عدل، وينطبق عليه ما ورد في الفصل 419 من ق.ل.ع⁸⁸ .

والغالب من الآراء يتجه نحو القول أنه محرر عرفي من نوع خاص، لكن هذا الحل الوسط لا يؤدي بالضرورة إلى حل مشكلة التكييف التي تطرح عدة تساؤلات ذات أبعاد اقتصادية⁸⁹.

يتبين لنا أن سكوت المشرع عن تحديد طبيعة المحرر الثابت التاريخ فتح مجالا واسعا لتضارب آراء فقهاء القانون بين من يعتبره محررا رسميا وبين من يدخله في زمرة المحررات العرفية مع بعض الخصوصيات، مما يستدعي معه تدخل المشرع لحسم هذا الاختلاف، وذلك بتعديل مقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية بتحديد المقصود من طبيعة المحرر

⁸⁶ لعبيد محمد ياسين، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية ، بحث لنيل دبلوم الماستر في الشريعة والقانون، جامعة القرويين كلية الشريعة - فاس ، السنة الجامعية 2011 - 2013م، ص: 71.

⁸⁷ قرار محكمة الإستئناف بأكادير ، رقم 393 ، بتاريخ 2013/11/12 (غير منشور) .

⁸⁸ محمد بلهاسمي التسولي ، المحامي وتحرير العقود ، المطبعة والوراقة الوطنية ، الطبعة الأولى ، 2006 م، ص : 66 وما بعدها ، بتصرف .

⁸⁹ عبد الهادي نجار، المحرر الثابت التاريخ في القوانين العقارية الجديدة، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن، العدد 56، سنة 2017م، ص:108

الثابت التاريخ لسد باب التأويلات التي ستؤدي إلى تضارب الآراء بهذا الخصوص وإصدار مرسوم تطبيقي لمدونة الحقوق العينية لا سيما فيما يتعلق بالمادة الرابعة، لتحديد العقود التي يحررها المحامي بدقة، وكذا بيان التزاماته وواجباته بشأن إنشاء هذه العقود وتلقيها حماية للأطراف⁹⁰.

وعموما فإن المحرر الثابت التاريخ يتمتع بقوة ثبوتية ويمكن الإحتجاج به وتقديمه كوسيلة إثبات في التصرفات العقارية وذلك بعد استيفائه لجميع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 4 من م.ح.ع.⁹¹

وإذا كان المشرع المغربي قد منح للمتعاقدین، من خلال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، هامش من الحرية في اختيار شكل العقد لإبرام التصرفات العقارية، حيث أقر أن تكون إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من قبل محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض، فإن هذه الحرية ليست مطلقة، حيث أوجب إبرام بعض التصرفات في محررات رسمية لا غير، وأصبح الخيار كأن لم يكن ويلزم اتباع الطريق الرسمي وحده في الحالات المنصوص عليها في م.ح.ع. أو في قوانين خاصة أخرى⁹².

الفقرة الثالثة: إجبارية المحررات الرسمية في توثيق بعض التصرفات العقارية :

إذا كانت المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية قد أقرت مبدأ الإختيار في توثيق التصرفات العقارية بين المحررات الرسمية والمحررات الثابتة التاريخ، فإن نصوصا أخرى استثنيت توثيق بعض التصرفات من هذا المبدأ واستلزمت توثيقها في المحررات الرسمية فقط،

⁹⁰ عبد الهادي النجار، م.س،ص:109

⁹¹ جاء في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية: " ...يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررتة .

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها ."

⁹² أمينة نايمي، توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض ، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم 39-08، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، منشورات مجلة الحقوق، العدد 6، 2012م، ص:63

هذه الاستثناءات تنحصر في عقدي الهبة⁹³ والصدقة⁹⁴، عقد المغارسة⁹⁵، حق العمرى⁹⁶، والرهن الحيازي⁹⁷. وهو ما يثير مجموعة من التساؤلات المنصبة أساسا حول الخصوصيات التي تنتم بها هذه التصرفات العقارية حتى يتم حصر توثيقها في المحررات الرسمية، هل يمكن تفسير إقرار المشرع لهذه الإستثناءات بعدم اطمئنانه وعدم اقتناعه بالمحررات الثابتة التاريخ الصادرة عن المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض؟ أم أن هذه الإستثناءات تعتبر تمهيدا لتعميم إجبارية رسمية العقود وإقصاء المحررات العرفية بشكل مطلق؟

إن المشرع من خلال مدونة الحقوق العينية تبنى التوثيق الرسمي لعقد الهبة⁹⁸ استثناء من القاعدة العامة الواردة في المادة 4 من هذه المدونة التي تمنح الاختيار بين المحرر الرسمي والمحرر الثابت التاريخ، وذلك بمقتضى المادة 274 منها التي تنص على أنه: "... يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي...".

وتماشيا مع مقتضيات هذه المادة وما تنص عليه المادة 291 من م.ح.ع التي تحيل على أن أحكام الهبة تطبق على الصدقة⁹⁹، فإن هذه الأخيرة يجب أن تبرم في عقد رسمي تحت طائلة

⁹³ يقصد بالهبة "تمليك ذي منفعة لوجه المعطى له بغير عوض".
- انظر: خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - قطر، الجزء 4، الطبعة 1، 2013م، ص: 32
وعرفت المادة 273 من م.ح.ع بأنها: "تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض".
⁹⁴ أما الصدقة فهي "تمليك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض".
- انظر: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتقان والإحكام، دار الحديث - القاهرة، الجزء 2، 2011م ص: 298.
⁹⁵ المادة 268 من م.ح.ع "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه وبيبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر".

⁹⁶ الفقرة الثانية من المادة 106 من م.ح.ع "... يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي".
⁹⁷ الفقرة الأولى من المادة 147 من م.ح.ع "يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة".
⁹⁸ نظرا لكون عقدي الهبة والصدقة من أكثر العقود تداولاً بين أفراد الأسرة، فإننا سنقتصر عليهما في الدراسة.
⁹⁹ تشمل الهبة الهدية والصدقة لأن الهبة والصدقة والهبة والعطية لها معانٍ متقاربة فإذا كان القصد منها التودد إلى المعطى له والمحبة فيه فهي هبة، وإذا حملت إلى مكان الشخص المهداة إليه تعظيماً له وتقرباً منه فهي هدية، وإذا سلمت من والد الزوج لولده في عقد نكاحه أو والد الزوج لابنته في عقد نكاحها سميت بالنحلة وإذا كانت هبة في مرض الموت فهي عطية.
- راجع: عبد الوهاب رافع، الهبات والوصايا، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004 في موضوع "العقاري غير المحفظ إلى أين؟"، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى 2004، ص: 155.

البطلان، وهو ما أكدته قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 2020/06/16 والذي جاء فيه: " يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الصدقة ومثله عقد الهبة في محرر رسمي، والمقرر أن البطلان من مشتقات النظام العام ويثار في أي حالة كانت عليها الدعوى ولو تلقائيا. ولما كان عقد الصدقة المطعون فيه عرفيا أنجز خلال سريان مدونة الحقوق العينية فإنه يعد باطلا ولا ينتج أي أثر"¹⁰⁰. وبذلك فالكتابة شكلية يتعين توفرها في عقد الهبة¹⁰¹، حيث أن المشرع رتب جزاء على عدم احترام هاته الشكلية التي تعد شكلية انعقاد وهو بطلان التصرف الذي لم يحترمها، والمحكمة تكون ملزمة إذا ما رفع إليها النزاع أن تثير هذا الأمر تلقائيا ولو لم يرفع بذلك الأطراف.¹⁰²

فالمشرع المغربي سعى إلى إحاطة عقد الهبة-الصدقة- بأقصى درجات الضبط والإتقان بالنظر للأهمية القصوى لهذا النوع من العقود¹⁰³ وما قد تفرزه من نزاعات في الحياة العملية بين أفراد الأسرة حيث غالبا ما تكون الهبة أو الصدقة بين الأقارب أو بين الأزواج ، ولذلك يعتبر الإشهاد في الفقه المالكي شرطا في صحة التبرعات¹⁰⁴.

¹⁰⁰ قرار محكمة النقض عدد 194، الصادر بتاريخ 2020/06/16، في الملف الشرعي عدد 2018/2/2/51، منشور بالموقع الإلكتروني:

www.juriscassation.cspj.ma

¹⁰¹ تجب الإشارة إلى أنه قبل التنظيم القانوني للهبة خاصة وللتبرعات عامة بمقتضى مدونة الحقوق العينية، كانت هذه التبرعات تخضع لأحكام الفقه الإسلامي ولا سيما الفقه المالكي في جل أحكامها سواء من حيث التوثيق أو من حيث الإعتصار أو من حيث المعاينة الفعلية للحوز من طرف العدلين.

- للإطلاع على هذه الأحكام راجع: عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1992م.

¹⁰² هند بربوشي، تفويت العقار عن طريق الصدقة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- وجدة- السنة الجامعية 2013م - 2014م، ص: 28

¹⁰³ نادية يونس، الشكلية في التصرفات العقارية على ضوء المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، مجلة القانون المدني والاقتصادي والمقارن (مجلة إلكترونية)، العدد الأول، سنة 2020م، ص: 125

¹⁰⁴ الإشهاد معناه أن يتوجه المتعاقدان إلى محكمة التوثيق محل العقد ويمثلان أمام عدلين منتصبين للشهادة تابعين لهذه المحكمة، ليقوم العدلان الرسميان بتوثيق عقد الهبة بعد التأكد من هوية المتعاقدين، وتوفير الشروط اللازمة فيهما ، ويحرر العدلان العقد بدقة وعناية ورعاية، كما رعاها الفقه الإسلامي الذي لم يترك شرطا إلا وضعه في هذه الوثيقة، ولا ركنا إلا أوجبه ليعطي لها مكانتها اللائقة بها ويبعدها من المنازعات والخلافات التي قد تنشأ فيها الخصومات.

- عبد الكريم شهبون، م.س، ص: 211

وما ينبغي الإشارة إليه أنه إذا كان عقد الهبة لا ينعقد إلا بتوفر الشكلية المطلوبة قانوناً تحت طائلة البطلان، فإنها أيضاً لا تكون إلا بالحوز، فلا بد من التنصيص في هذه الوثيقة على وقوع حوز الشيء الموهوب، وقبضه من يد الواهب، ورفع يده عنه والتصرف في الملك ورد ذلك إلى يد الموهوب له أو نائبه الشرعي، وإلا كانت الوثيقة باطلة لأن حوز الشيء الموهوب شرط في صحة الهبة¹⁰⁵، فيجب على العدلين أن ينصا على حيازة الهبة بمعاينتهما للملك المحوز من طرف الموهوب له: أصالة أو نيابة، ولا يكفي الاعتراف بالحوز، فلا بد من معاينة البينة للحوز.

فمثلاً بالنسبة لهبة الوالد إلى ولده يقال فيها: " الحمد لله ، تصدق فلان على أولاده، فلان و فلان و فلان، البالغين في سنهم، المالكين أمر أنفسهم، وعلى ابنه فلان، الصغير في حجره وتحت ولاية نظره، بجميع كذا وكذا، الكائن (ببلدة كذا) بكذا، حده كذا وبماله من المنافع والمرافق وكافة الحقوق كلها داخله وخارجه، هبة تامة، سلط عليها حكم الاعتصار يعترضها متى شاء (أو ما شاء منها) لا يمنعه (منها) مانع (ولا يصدده) عنها صاد، طال الزمان أو قصر، وقبلوا منه ذلك قبولاً تاماً، وحازوه لأنفسهم ولأخيهم فلان الصغير بإذن المتصدق المذكور، حوزاً تاماً، معاينة، إلى أن يبلغ الصغير مبلغ القبض لنفسه، شهد به عليهم، وهو بحال صحة وطوع وجواز وعرفهم وعرف صغر فلان المذكور، وفي كذا..."¹⁰⁶. وتكون هذه الوثيقة رسمية بعد مخاطبة القاضي عليها حجة شرعية، لها أثرها القانوني في مواجهة القائم بالخصومة أمام القضاء.

وبنفس الشكلية يتقيد بها الموثق، عند ما يتقدم إليه المتعاقدان في شأن الهبة والصدقة، فيجب أن تتوفر هذه الوثيقة على جميع الأركان والشروط المتطلبة في الفقه والقانون، وتعتبر هذه الوثيقة كذلك رسمية، وحجة لها أثر قانوني عند وقوع نزاع أو خصام أمام القضاء.

¹⁰⁵ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر - دمشق، ج5، الطبعة الثانية، 1985م، ص: 21

¹⁰⁶ عبد الكريم شهبون، م. س، ص: 213

وبهذا تكون الهبة أو الصدقة المبرمة في عقد رسمي حجة قاطعة لا يطعن فيها إلا بالزور¹⁰⁷، وهو أكدته إحدى القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) والذي جاء فيه: " إن عقد الصدقة المحرر من طرف موثق، والذي يشهد فيه بأتمية المتصدق وقت إبرامه هو وثيقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور..."¹⁰⁸.

إلا أنه من الإشكالات القانونية التي قد تثار في هذا الشأن، حالة الهبة أو الصدقة المتعلقة بعقار خاضع لنظام الملكية المشتركة ، وما إذا كان يجوز توثيقها في محرر ثابت التاريخ يحرره محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض طبقا للمادة 12 من القانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية¹⁰⁹، التي نصت على حرية الاختيار في توثيق جميع التصرفات العقارية المرتبطة بهذا النظام في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ وبالتالي يكون لعقد الهبة حجية المحرر العرفي في الإثبات، أم يجب توثيقها في محرر رسمي طبقا للاستثناءات المذكورة في مدونة الحقوق العينية (المادتين 274 و 291) ؟

جوابا على هذا، يقول الأستاذ بوبكري عبد القادر¹¹⁰، أنه يجب توثيق عقدي الهبة والصدقة في محرر رسمي طبقا لمقتضيات مدونة الحقوق العينية ولو تعلق الأمر بعقار خاضع

¹⁰⁷ حجية المحرر الرسمي في الإثبات تستمد قوتها من الفصل 419 ق.ل.ع. الذي ينص على أن : " الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

إلا أنه إذا وقع الطعن في الورقة بسبب إكراه أو احتيال أو تدليس أو صورية أو خطأ مادي فإنه يمكن إثبات ذلك بواسطة الشهود وحتى بواسطة القرائن القوية المنضبطة المتلائمة دون احتياج إلى القيام بدعوى الزور.

ويمكن أن يقوم بالإثبات بهذه الكيفية كل من الطرفين أو الغير الذي له مصلحة مشروعة."

كما جاء في الفصل 420 من ق.ل.ع: " الورقة الرسمية حجة في الاتفاقات والشروط الواقعة بين المتعاقدين وفي الأسباب المذكورة فيها وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وهي أيضا حجة في الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفة لها. وكل ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر."

¹⁰⁸ قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 8 مارس 2011 تحت عدد 84 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/30، منشور

بمجلس قضاء المجلس الأعلى العدد 73، سنة 2011م، ص: 153

¹⁰⁹ جاء في المادة 12 من القانون 18.00 " يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملك المشترك أو إنشاء حقوق عينية عليها، أو نقلها، أو تعديلها، أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان"

¹¹⁰ بوبكري عبد القادر، توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية وإشكالاته القانونية والعملية ، مجلة القانون المدني،

العدد الأول 2014م، ص: 86

لنظام الملكية المشتركة، وذلك لأن الاستثناءات الواردة في هذه المدونة جاءت بمقتضى نصوص خاصة مقيدة للمبدأ العام الوارد في المادة 4 من نفس المدونة، وطالما أن مقتضيات هذه المادة ما هي إلا تكرار لمقتضيات المادة 12 من القانون 18.00 المذكور فإن الاستثناءات الواردة على الأولى تسري أيضا على الثانية ، أضف إلى ذلك أن مقتضيات مدونة الحقوق العينية لاحقة لمقتضيات القانون المتعلق بنظام الملكية المشتركة، ومن المعلوم أن " اللاحق ينسخ السابق".

ولعل المشرع لما توخى رسمية عقد الهبة كان يرمي إلى تلافى النزاعات التي قد تثيرها عقود الهبة العرفية التي غالبا ما يكتنفها اللبس والغموض وتفتقر إلى تعداد عناصر العقد الأساسي مما يزكي الصراعات والمشاحنات أما القضاء، بالإضافة إلى خلق جو من الثقة والاطمئنان لدى المتعاملين وحماية حقوق الأطراف التعاقدية والأغيار ودعم مبدأ مسؤولية محرر العقد، في اتجاه فرض الرسمية في المستقبل¹¹¹.

وبذلك يكون المشرع سجل خطوة مهمة نحو إقرار الرسمية في إبرام التصرفات الواردة على العقارات، مما يبرز قناعة المشرع المغربي بالدور الهام الذي يقوم به التوثيق بنوعيه العدلي والعصري، ووضع حد نهائي لكل تسبب في تحرير العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية.¹¹²

المطلب الثاني: دور الكتابة العرفية في إثبات التصرفات المالية:

يختلف المحرر العرفي عن المحرر الرسمي من حيث حجتيه وقوته الإثباتية¹¹³. وسميت محررات عرفية لأنها لا تخضع لطريقة معينة في تحريرها ولا لأي إجراء من تلك

¹¹¹ نادية يونس، م.س، ص: 124

¹¹² سليمان المقداد، م.س، ص: 231

¹¹³ جاء في الفصل 423 ق.ل.ع: " الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل ، تصلح لاعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة " .

الإجراءات التي تخضع لها المحررات الرسمية، وإنما تتم كتابتها على ما جرى به العرف بين المتعاقدين¹¹⁴.

وهنا نتساءل عن مدى حجية المحررات العرفية في الإثبات؟ ولماذا ضيق المشرع المغربي من نطاق العقود العرفية في إثبات التصرفات العقارية؟

للإجابة عن هاته التساؤلات، ارتأينا أن نتناول هذا المطلب في فقرتين:

الفقرة الأولى : حجية المحررات العرفية في الإثبات .

الفقرة الثانية: تضيق نطاق العقود العرفية في إثبات التصرفات العقارية.

الفقرة الأولى: حجية المحررات العرفية في الإثبات :

يعتبر المشرع المغربي الكتابة والتوقيع شرطان أساسيان في العمل بالوثيقة العرفية، وبدونهما معا لا تكون لها أي قيمة إثباتية¹¹⁵. فإذا كان العقد ملزما للجانبين كالبيع، وأثبت في ورقة عرفية، وجب توقيع كل من البائع والمشتري، وإذا كان ملزما لجانب واحد كالوصية ، وجب توقيع الموصي.

فالتوقيع هو الذي يعطي للمحررات العرفية القوة الإثباتية لأنه هو أساس نسبة الكتابة إلى موقعها ولو لم تكن مكتوبة بخطه. كما أن القاعدة تقضي بأن التوقيع المجرد على الورقة العرفية كاف وحده لإنتاج أثره القانوني بإعطاء الورقة العرفية حجيتها، خلافا لما تقررته محاكم

¹¹⁴ محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2000م ، ص: 310.

¹¹⁵ جاء في الفصل 426 ق.ل.ع : " يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملزم بها بشرط أن تكون موقعة منه .

ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة ، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه . وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال " .

- و جاء في الفقرة الأولى من المادة 296 من مدونة الأسرة: " يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أي جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه".

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 25 من مدونة الأوقاف على أنه: " يتلقى العدول الإشهاد على الوقف.

وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفي استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون".

الموضوع أحيانا حيث تفرض أن يكون التوقيع مصادقا عليه في الجهات المختصة، وهو ما لا سند له في القانون.¹¹⁶

ولا يشترط في الكتابة أي شرط خاص لامن حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تدوينها. فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلا على موقعها¹¹⁷. وهنا نتساءل عن مدى إمكانية الإستغناء عن التوقيع لفائدة البصمة أم لا بد من التوقيع للقول بصحة المحرر؟

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل 426 من ق.ل.ع¹¹⁸، نجد أن المشرع المغربي حصر التوقيع في الإمضاء باليد، ولا يسمح أن يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع، بل يعتبر وجوده كعدمه¹¹⁹. وبالتالي تم استبعاد كل الأشكال الأخرى من طابع أو ختم أو بصمة. وعدم التعويل على الإمضاء بالبصمة في الإثبات المدني ليس بسبب الشك في نسبتها للشخص، لكن للشك في صحة إرادة صاحب البصمة لمضمون ما في المحرر لأنها يمكن أن توضع (البصمة) سهوا أو تؤخذ دون إعلامه، وحينئذ لا تكون بصمة إبهامه على السند كافية للتأكد من موافقته على الالتزام.¹²⁰

¹¹⁶ نور الدين لعرج ، حجية التوثيق الرسمي في الإثبات وفي التنفيذ ، مقال منشور بمجلة القانون المدني ، العدد 14 ، مطبعة دار السلام - الرباط ، أبريل 2009 م ، ص: 112.

¹¹⁷ جابر الشحري، آفاق الإثبات والتوثيق في المغرب وسلطنة عمان، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية و جدة، السنة الجامعية 2008-2009م، ص: 72

¹¹⁸ جاء في الفصل 426 من ق.ل.ع: "... ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة ، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه".

¹¹⁹ وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا في إحدى قراراته التي جاء فيها: "إن التوقيع بالبصمة لا يعتبر إمضاء ولا يلزم صاحبه طالما أن المشرع لم ينص عليه لا ضمن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات ولا في الفصل 128 من القانون التجاري". قرار عدد 1786، بتاريخ 1989/03/06، ملف عدد 2697/1984، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، الجزء الثاني، 1983-1991م، ص: 675

كما قررت محكمة الإستئناف بالبيضاء " بأن التوقيع بخط اليد هو التوقيع المعمول به وحده قانونا ". قرار محكمة الإستئناف بالبيضاء ، عدد 1414 بتاريخ 1987/12/23 ، ملف عدد 86 - 913 ، مجلة المحاكم المغربية ، العدد 55 ، ص: 122.

¹²⁰ كريمة العظمي، إثبات الوقف في القانون المغربي، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2013-2014 ، ص: 97.

غير أن المشرع المغربي من خلال مستجدات قانون 32.09¹²¹ تدارك وأجاز بصمة اليد، فإذا كان أحد الأطراف لا يحسن التوقيع أو تعذر عليه، فإنه يضع بصمته على العقد ويشهد عليه الموثق بذلك¹²². وحسنا فعل المشرع إذ أن وضع البصمة هو أدق وأبعد من التزوير من الإمضاء، لعدم تشابه بصمات أصابع الناس.¹²³

أما فيما يتعلق بالمحرر العرفي المتضمن للالتزامات العاجز عن الكتابة لأميته أو لإصابته بإعاقة بصرية أو حركية، فلا تكون له قيمة إلا إذا تلقاه موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك¹²⁴. فمثلا الأمي لا يمكنه إنشاء الوقف في شكل محرر عرفي، اللهم إذا شهد الواقف على وقفه ولو في شكل وصية أمام شهود حاضرين، وإما في شهادة السماع المعتمد بها في ميدان الأحباس .

وبشأن خط اليد المعتبر في الكتابة العرفية، فما الحكم مثلا لو أن العازم على الوقف كتب بخط يده وثيقة الوقف ومات أو أنكر قبل تنفيذ الوقف؟

يرى الفقيه محمد شيلح¹²⁵، أنه إذا كان المكتوب بخط يد الواقف مختوما بتوقيع هذا الواقف بما يفيد إمضاه لما تضمنه من وجوب تنفيذ الوقف، وكان هذا التوقيع مشهودا بنسبته إلى الواقف عن طريق ما يسمى بتصحيح الإمضاءات أو الإشهاد على صحة الإمضاء، فإن المكتوب هنا يكون محررا عرفيا ثابت التاريخ لا تقل قيمته عن قيمة المحرر الرسمي العدلي.

¹²¹ ظهير شريف رقم 179.11.1 الصادر بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 09.32 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

¹²² جاء في الفقرة الرابعة من المادة 43 من قانون 32.09: " إذا كان أحد الأطراف لا يحسن التوقيع فإنه يضع بصمته على العقد ويشهد عليه الموثق بذلك، وإذا تعذر عليه التوقيع والإبصام فإن الموثق يشهد عليه بذلك بمحضر شاهدين."

¹²³ محمد جميل بن مبارك ، م.س ، ص: 312.

¹²⁴ ينص الفصل 427 من ق.ل.ع. على أن: " المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك".

¹²⁵ محمد شيلح، تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية لما صيغ من أحكامه في مشروع الظهير بمثابة مدونة الأوقاف ومشروع مدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفظة، مقال منشور بمجلة الأملاك الحسبية ، م.س، ص: 225

وبالمقابل إذا كان المكتوب بخط يد الواقف خاليا من التوقيع المشهود بنسبته إلى صاحبه فهنا يمكن أن ينطبق ما قاله ابن عاصم في تحفته :

وكتب بخطه ما شاءه /// ومات بعد أو أبي إمضاه

يثبت خطه ويمضي ما اقتضى /// دون يمين وبذا اليوم القضاء¹²⁶

وهذا معناه أن الورثة إذا ما أنكروا خط الواقف أو أنكروا هذا الأخير نسبة الخط إليه في حالة عدم موته، فإن صاحب الحق يمكنه إثبات خط الواقف بشاهدي عدل أن الخط إنما هو خط المنكر أو الميت، وهنا يقوم المكتوب حجة تلزم المنكر أو ورثته.¹²⁷

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الأصل أن يتم الإشهاد على الوقف بمحرر رسمي، غير أن المشرع من باب التيسير أجاز على وجه الاستثناء الإعتداد بالمحرر العرفي الموقع عليه من طرف الواقف مصادق على صحة توقيعه طبقا للقانون، وذلك عند تعذر الإشهاد بواسطة العدلين¹²⁸، كما نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 25 من مدونة الأوقاف¹²⁹.

وإذا كان المشرع المغربي في حقيقة الأمر لم يحدد طبيعة العذر وموجباته التي يمكن الأخذ بها للانتقال من المحرر الرسمي العدلي إلى المحرر العرفي المصادق على توقيعه¹³⁰، غير أنه في نظرنا تبقى مسألة تقدير العذر في هذه الحالة خاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة.

¹²⁶ البهجة للتسولي، ج1، م.س، ص: 101

¹²⁷ محمد شليح، م.س، ص: 225.

¹²⁸ من أوجه الضرورة التي يتعذر معها اللجوء إلى التوثيق الرسمي العدلي عدم وجود العدول في المكان الذي قرر فيه العازم على إنشاء الوقف أو تعذر حضور هؤلاء إلى مكان الواقف أو وجود العازم على الوقف في وضع صحي لا يسمح له بالذهاب إلى العدول أو بانتظار حضورهم كما قد يحصل للمريض مرض الموت.

¹²⁹ جاء في الفقرة الثانية من المادة 25 من مدونة الأوقاف: "يتلقى العدول الإشهاد على الوقف، وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون".

¹³⁰ فالبعض لا يتصور تحقق شروط أعمال هذا الاستثناء إلا في الحالة التي لا يتواجد فيها في موطن إقامة الواقف عدلين منتصبين للإشهاد، ويقع على عاتق الجهة الواقعة إثبات وجود هذا الاستثناء، وهو ما يتعذر أو يستحيل إثباته.

- أنظر: زكرياء العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القيس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد خاص، ملامح النظام الوقفي المغربي الجديد في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف، أشغال الندوة

وبذلك فالمحررات العرفية التي حررت ووقعت طبقا لما ذكر تكتسب حجيتها الإثباتية إذا لم ينكرها الموقع عليها أو ورثته أو خلفاؤه، وتكون لها نفس القوة التي للورقة الرسمية بشرطها وحدودها القانونية بحيث نص الفصل 424 من ق ل ع على أن: "الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و 420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد".

وإذا ثبتت صحة التوقيع على محرر عرفي سواء بإقرار الخصم أم بإثبات ذلك بعد الإنكار، فإن هذه الورقة العرفية تحوز الحجية في مواجهة أطرافها وبالنسبة للكافة¹³¹، لكنها لا يكون لها حجة على الغير بالنسبة للتاريخ المدون بها إلا إذا أصبح التاريخ ثابت حسب الفصل 425 ق.ل.ع¹³²، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "إن المحكمة لما قضت

=الوطنية التي نظمتها مجلة القبس المغربية بتعاون مع كلية الشريعة وهيئة المحامين بفاس يومي 5 و 6 دجنبر 2012 بقصر المؤتمرات، المطبعة الأورومتوسطية للمغرب فاس، العدد الرابع، يناير 2013، ص: 315

¹³¹ في إطار حجية المحرر العرفي بين الأطراف يجب أن نميز بين حالتين، فإذا ما تم الإقرار من طرفي المحرر معا فإن للمحرر العرفي حجية قاطعة لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور، أما الحالة الثانية وهي التي يقر فيها أحد الأطراف وينكر الطرف الثاني فإذا صدر الإقرار من التمسك بالمحرر وأنكر الخصم توقيعه مثلا فهنا لا يمكن الإحتجاج به ضده وعلى من يتمسك بالمحرر أن يثبت ما يدعيه ولو باتباع مسطرة تحقيق الخطوط ما لم يكن في وقائع ومستندات الدعوى ما يغني المحكمة عنها، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2020/01/20: "وحيث انه بعدم طعن البائع بالزور في عقد البيع المصحح التوقيع من طرفه يكون طعنه في عقد البيع بإنكار التوقيع غير جدير بالاعتبار ولا مجال لإجراء خبرة تحقيق الخطوط طالما أن صحة التوقيع شهد عليها الموظف العمومي القائم على المصادقة على الامضاءات، والذي ليس إشهاده محل أي طعن قانوني صريح بالزور من طرف المستأنف حسب مقاله الإصلاحي... مع الإشارة إلى أن المستأنف المذكور لم ينازع بتاتا في صحة توقيعه على عقد البيع طيلة مرحلة التقاضي لدى محكمة الدرجة الأولى، واكتفى بالدفع بالتقادم وعدم تسجيل البيع على الرسم العقاري... كما أنه قد اتضح من مضاهاة شكل التوقيع على عقد البيع المتنازع فيه من طرفه، بتوقيعه الذي على الشيك المسحوب من طرفه على البنك... المدلى بصورة طبق الأصل منه في جلسة البحث والذي لم يكن محل منازعة، تطابق التوقيعين في شكلهما، وهو ما لم ينكره المستأنف... وبناء على ذلك يبقى الحكم المستأنف مصادفا للصواب ويتعين تأييده". قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 2020/16 بتاريخ 2020/01/20، ملفين مضمونين رقم 2018-1401/257 و 1401/258-2018، (غير منشور).

¹³² جاء في الفصل 425 من ق ل ع: "المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه .

و لا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا :

- 1- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج.
- 2- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي

برفض طلب الطاعن الرامي إلى الحكم له في مواجهة المطلوب المذكور بإتمام إجراءات البيع معتبرة أن عقد البيع انصب على عقار دون أن يكون ثابت التاريخ، مما يجعل البيع غير قائم وفقا لأحكام الفصل 489 ق.ل.ع تكون قد طبقت مقتضيات هذا الفصل تطبيقا خاطئا ما دام أن خصم الطاعن طرف في العقد، والعقود ملزمة لعاقديها، وخرقت مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 425 من ق.ل.ع الذي لم يجعل من ثبوت تاريخ الورقة العرفية دليلا إلا بالنسبة للغير لا لأطرافه "133.

وبناء على كل ما سبق، فإن المحررات العرفية قد تكون لها قوة المحرر الرسمي في الإثبات، وقد لا يعتد بها في الإثبات بحسب مدى توفر شروط صحتها وهي الكتابة والتوقيع وإقرار أطرافها بها، وإن كان المشرع المغربي قد أقصى هذا النوع من المحررات من اعتماده في بعض التصرفات العقارية¹³⁴، نظرا لما يطرحه من مشاكل وخطورة تهدد استقرار المعاملات العقارية.

=3-من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا
4-من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو الخارج
5-إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة
6-إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل. ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه.
133 قرار محكمة النقض عدد 282 الصادر بتاريخ 9 ماي 2017 في الملف المدني عدد 2015/4/1/3522 ، مجلة محكمة النقض ، العدد 84 ، ص: 19- 21 .
134 فقد جاء في حكم لابتدائية فاس ما يلي: " حيث تبين للمحكمة بأن العقد موضوع الدعوى يخضع لنظام العقارات قيد الإنجاز كما هو مفصل أعلاه، ومن هذا المنطلق يلزم تحرير العقد من طرف مهني تحت طائلة البطلان وذلك بناء على الفصل 3-618 من ق.ل.ع الذي يجري سياقه على ما يلي: " يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة وخول لها قانونا تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.
وحيث إن طرفي العقد لم يحررا العقد بواسطة مهني، بل أنجزاه بطريقة عرفية، حيث ذيل بتوقيعهما، ومن تم لم يفرغ وفق النظام المحدد له، وهو ما جعله باطلا طبقا لأحكام الفصل المذكور أعلاه، وهذا البطلان مقرر بنص قانوني، وعليه فإن هذه المحكمة تكتفي بمعاينة البطلان كجزء تشريعي مقرر بقوة النص القانوني نفسه ولا سلطة لها في هذا المجال طالما أننا أمام نص أمر من النظام العام.

الفقرة الثانية: تضيق نطاق العقود العرفية في إثبات التصرفات العقارية :

على الرغم من الخدمات الجمة التي تسديها المحررات العرفية والإيجابيات التي تتميز بها خاصة فيما يتعلق بسهولة وسرعة إنجازها، وكذلك انخفاض تكلفتها إقامتها بالمقارنة مع المحررات الرسمية¹³⁵، وهذه المزية تعتبر السبب الرئيسي في انتشار التعامل بها بشكل واسع، فإنها كذلك لها العديد من السلبيات، خاصة على مستوى النزاعات التي تثقل بها كاهل المحاكم¹³⁶. فإذا كانت بعض العقود العرفية، وبالأخص المتضمنة لتصرفات متعلقة بعقارات محفظة أو غير محفظة، محررة تحريراً سليماً من طرف أشخاص ذوي معرفة وخبرة ممن يسمون بالكتاب العموميين، فإن كثيراً منها تحرر من طرف أشخاص منهم شبه أميين فتأتي معيبة شكلاً وموضوعاً، ولا تكاد تعثر فيها على جملة صحيحة مستقيمة ومفيدة، الشيء الذي يضر بحقوق المتعاقدين ويعرضها للمنازعة فيها أمام المحاكم لتفسير مضامينها ومقاصدها وبيان المراد من مبانيتها¹³⁷.

وكما هو معلوم فهذا النوع من العقود لا يكتسي الصبغة الرسمية، ما يجعله عرضة للطعن فيه وإثبات ما يخالفه بثتى وسائل الإثبات الممكنة، ولعل التجربة أبانت على أن العقد العرفي قلما يشار فيه إلى الحالة المدنية للأطراف كاملة وبوجه صحيح، وهذا يتعارض مع متطلبات ظهير التحفيظ العقاري، وكثيراً ما لا يعكس الإرادة الحقيقية للأطراف، بحيث يترك مجالاً واسعاً للتأويل والتفسير، مما يفتح الباب أمام طعون لا حصر لها في حالة الاختلاف على تنفيذ العقد، ذلك أن التعبير على تصرف بشأن الملكية العقارية أو الحقوق العينية الواردة عليها،

=وحيث إنه استناداً إلى ما ذكر أعلاه، فإن طلب المدعية يبقى مرتبطاً على أساس ويتعين الاستجابة إليه وبالتالي الحكم ببطلان العقد العرفي المبرم بين المدعية والمدعى عليه المؤرخ في 2011/03/10 والمنصب على الشقة السكنية في طور الإنجاز".
حكم المحكمة الابتدائية فاس عدد 102، بتاريخ 2018/02/1، ملف عقاري عدد 2016/1402/385 (غير منشور).

¹³⁵ رشيد الفرخي، دور المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2007-2008م، ص: 64

¹³⁶ نور الدين لعرج، حجية التوثيق الرسمي في الإثبات وفي التنفيذ، مقال منشور بمجلة القانون المغربي، العدد 14، أبريل 2009، ص: 116-117.

¹³⁷ الطيب البواب، وسائل الإثبات في مجال التصرفات العقارية، م.س، ص: 43.

يقتضي لزوما إحاطة المحرر بقدر مهم من المعرفة القانونية، تؤهله حسن التنزيل المكتوب لاتفاقات الأطراف مع احترام الضوابط والنصوص القانونية الجاري بها العمل¹³⁸.

هذا ما دفع بالمشرع المغربي إلى سن مقتضى جديد لتضييق الخناق على العقود العرفية في مجال التصرفات العقارية، فقد حث على ضرورة تحرير العقد في محرر رسمي، أو محرر ثابت التاريخ شريطة أن يكون هذا الأخير محررا من طرف محامي مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك، أو إذا لم يكن هناك استثناء صريح من مدونة الحقوق العينية نفسها¹³⁹. وهذا الأمر محمود إلى حد ما بالرغم من أنه أتيحت فرصة للمشرع المغربي للتوجه نحو تقييد إرادة وحرية المتعاملين في الميدان العقاري وفرض الرسمية في انعقاد العقود العقارية بشكل مطلق، ولو كان ذلك على حساب الإرادة والحرية التعاقدية للأطراف لأنها السبيل الأمثل لتحقيق الأمن العقاري واستقرار المعاملات¹⁴⁰. فهذا المقتضى الجديد سيضع حدا للواقع الذي كان سائدا فيما يخص تحرير التصرفات العقارية، حيث كان لأطراف العقد حرية كاملة في اختيار نوع المحرر لإبرام عقودهم إلا في بعض الحالات القليلة، وغالبا ما يتولى الأطراف تحرير العقد بأنفسهم أو يختارون كاتباً لهذا الغرض، يحرر إملاءاتهم، وتنتهي العملية بالمصادقة على توقيعاتهم أمام السلطات المحلية¹⁴¹. كما أنه حسم النقاش الفقهي والقضائي حول طبيعة الكتابة المشترطة والمفروضة في البيوع العقارية خاصة، ومختلف المعاملات المنصبة على العقار عامة، حيث أن هذا النقاش لم يعد مبررا بعد أن أكدت المادة الرابعة من م.ح.ع كون الكتابة في المعاملات الواردة على العقار هي للإنعقاد، حيث رتبت على

¹³⁸ يوسف مختري ، م.س ، ص: 60.

¹³⁹ المادة 4 من م.ح.ع. وسعت من النطاق الضيق الذي كان ينص عليه الفصل 489 من ق.ل.ع حيث شملت التصرفات العقارية المرتبطة بالملكية أو الحقوق العينية المنصبة عليها المتعلقة بالعقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة على حد سواء. وقد بدأت أولى خطوات التضييق على العقود العرفية في تحرير التصرفات العقارية في مجالات الملكية المشتركة للعقارات المبنية (المادة 12 من القانون رقم 18.00) وبيع العقار في طور الإنجاز الفصل 3 – 618 من القانون رقم 44.00) والإيجار المفضي على تملك العقار (المادة 4 من القانون 51.00) ، حيث تم اعتماد شكلية للتحرير بصيغة أقل تشددا من المادة 4 من م.ح.ع.

¹⁴⁰ سليمان المقداد، م.س، ص: 231

¹⁴¹ يوسف مختري ، م.س ، ص: 60.

تخلفها جزاء البطلان، وهو جزاء يتقرر في حالة تخلف الركن¹⁴²، مما يعني أن بيع العقار خصوصا وإجراء أي تصرف على العقارات عموما يجعل هذا التصرف كأن لم يكن إذا لم يتم تحريره من طرف عدل أو موثق أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض¹⁴³.

إن استجابة المشرع لدعوات الباحثين والمهتمين، لتنظيم طرق إثبات التصرفات العقارية لمن شأنه أن يوفر أسباب نجاح سياسة الدولة في تأهيل الوعاء العقاري، وحماية أصحاب الحقوق العينية، كما سيساهم في إسدال الستار عن الفوضى التي كانت سائدة في ميدان التحرير، دون أن ننسى أن منح الإختصاص لبعض المهنيين المؤهلين والمدربين دون غيرهم لتحرير التصرفات العقارية سيكفل للدولة مراقبة العمليات العقارية، خصوصا على مستوى تقسيم الملكية، ما سيضع حدا للتجزئات العشوائية وتفتيت الأراضي الفلاحية لا سيما السقوية منها، على اعتبار أن كل التصرفات المؤطرة قانونا يكون المحرر معنيا باحترامها ولا يجوز له مخالفتها، كما يعتبر مسؤولا عن تبصير المتعاقدين، وما تتضمنه تلك الإتفاقات من وقائع شهد عليها، وهذا ما يضمن حدا مقبولا من المراقبة القبلية ويحقق قدرا من الجودة والإتقان¹⁴⁴.

وبالتالي فإن هذا الأمر لا يعتبر تقييدا للإرادة بقدر ما يجعلها في خدمة مصلحة المتعاملين في الميدان العقاري خصوصا والمصلحة العامة بشكل عام، فالمشرع عندما يوجب توفر الشكالية كركن في العقد لا يرمي بذلك إلى تغليب عنصر الشكل على الإرادة، بقدر ما يهدف إلى حماية هذه الإرادة نفسها من الأخطار اللصيقة بنوع معين من العمليات التعاقدية، التي يتطلب الإقدام عليها كثيرا من التروي والحيطه، وهو ما عليه الأمر بالنسبة للعمليات التعاقدية المنصبة على العقارات¹⁴⁵.

¹⁴² وفاء الزهراوي ، رسمية العقود ودورها في استقرار المعاملات العقارية وتشجيع الإستثمار، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ، كلية الشريعة فاس ،السنة الجامعية 2015 – 2016م ، ص: 121.

¹⁴³ لعبيد محمد ياسين ، م.س ، ص: 17.

¹⁴⁴ يوسف مختري ، م.س، ص: 61.

¹⁴⁵ سليمان المقداد، م.س، ص: 231.

وبهذا يكون المشرع قد أوجب ضرورة إبرام التصرفات العقارية في شكل محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض تحت طائلة البطلان للقضاء على ازدواجية المحررات ولخلق جو من الثقة لدى المتعاملين وحماية حقوق أطراف العلاقة التوثيقية والأغيار ودعم مبدأ مسؤولية محرر العقد.

المبحث الثاني: شرط الحوز في إثبات التصرفات التبرعية:

مما لا شك فيه أن إثبات الحوز¹⁴⁶ في التبرع لا يقل أهمية عن التبرع ذاته بل إن هذا الإثبات يعتبر ذا أهمية قصوى، على اعتبار أن عدم وجود الدليل على الحوز قبل المانع يهدد المتبرع عليه بخطر نزع العقار محل التبرع من يده لفائدة من له الحق فيه.

ولهذا حظي الحوز بعناية ودراسة شاملة من طرف الفقهاء، وكان سبب جل النزاعات المعروضة على القضاء بخصوص عقود التبرع، فقد اختلفت التوجهات القضائية بين من يتشبث بشرط الحوز الفعلي ويعتبره أساس صحة التبرع وتمامه، وبين من يكتفي بالتقييد في الرسم العقاري لصحة عقد التبرع اعتباراً أن الحوز القانوني يغني عن الحوز المادي .

أمام هذه الآراء المتضاربة كانت الحاجة إلى جمع ما تفرق من أحكام الفقه بخصوص العقار غير المحفظ، ووجود تشريعات عقارية تشترك مع هذه الأخيرة في تنظيم العقار، دافعا أساسيا جعل المشرع المغربي يفكر في سن مجموعة من النصوص القانونية قصد تجاوز الإشكال المتعلق بالمقتضيات الواجبة التطبيق على التبرعات التي يكون موضوعها عقارا محفظا.

وهكذا تدخل المشرع لوضع نصوص قانونية في إطار مدونتي الحقوق العينية والأوقاف، حاول من خلالهما إيجاد صيغة توافقية بين أحكام الفقه الإسلامي ومقتضيات ظهير التحفيظ العقاري، وذلك من أجل الحد من النزاع المثار بشأن شرط الحوز في عقود التبرع.

إذن ماهي طرق إثبات الحوز في التبرعات في ضوء مقتضيات مدونتي الحقوق العينية والأوقاف؟ وكيف تمثل العمل القضائي موقف المشرع المغربي من شرط الحوز في التبرعات؟

¹⁴⁶ الحوز هو رفع يد المعطي من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المعطى له أو نائبه من وكيل أو مقدم أو وصي".

راجع: التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 380
أما المشرع المغربي فقد عرف الحوز في الفقرة الأولى من المادة 26 من مدونة الأوقاف والتي جاء فيها: " الحوز هو رفع يد الوافق عن المال الموقوف، ووضعه تحت يد الموقوف عليه".

للإجابة على هذه التساؤلات، سوف نقسم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: إثبات الحوز في التبرع بعقار غير محفظ

المطلب الثاني: إثبات الحوز في التبرع بعقار محفظ

المطلب الأول: إثبات الحوز في التبرع بعقار غير محفظ :

لقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في التبرع أن يتم حوزة¹⁴⁷، سواء كان حبسا أو هبة أو صدقة أو عمرى¹⁴⁸، قبل حدوث المانع للمتبرع بموته أو إفلاسه، فإذا لم يتم الحوز حتى حصل هذا المانع فإن التبرع يكون باطلا¹⁴⁹.

¹⁴⁷ تجدر الإشارة هنا إلى أن الفقهاء اختلفوا حول تحديد طبيعة الحوز، فمنهم من اعتبره شرط صحة في عقود التبرع، ومنهم من اعتبره شرط تمام ونفاذ لعقد التبرع:

فبالنسبة للحنفية والشافعية قالوا أن: القبض شرط للزوم الهبة، حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، بدليل ما روت عائشة رضي الله عنها أن أباهما نحلها جداد عشرين وسقا من ماله، فلما حضرته الوفاة، قال: يا بنية: إن أحب الناس عندي بعدي لأنت، وإن أعز الناس علي فقرا بعدي لأنت، وإني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي ولو كنت جددتني وأحرزتيه لكان لك. وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك فاقتموه على كتاب الله، قالت: هذان أخواي، فمن أختاي، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة، فإني أظنها جارية". (أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الاقضية، باب: ما لا يجوز من النحل). فهذا نص في اشتراط القبض للزوم الهبة، وأن الهبة تملك بالقبض لقوله: " لو كنت جددتني وأحرزتيه لكان لك".

وقال الحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد: القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون، لإجماع الصحابة على ذلك، ويظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم، بدليل قول ابن قدامة: إن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض، وهو قول أكثر الفقهاء. أما غير المكيل أو الموزون فتلزم الهبة فيه بمجرد العقد، ويثبت الملك في الموهوب قبل قبضه، لما روي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالوا: الهبة جائزة إن كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض.

- أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج5، دار الفكر - دمشق، ط2، 1985م، ص: 19-21
أما المالكية فلا يشترطون القبض لصحة الهبة ولا للزومها، وإنما هو شرط لتمامها، أي لكامل فائدتها، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد أي القول. ودليلهم في الانعقاد قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة الآية 1)، وقوله صلى الله عليه وسلم: " العائد في هبته كالكلب العائد في قيئه".

- لمزيد من التفصيل أنظر: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج8، دار عالم الكتب- الرياض، ط3، 1997م، ص: 240

148 يستثنى من شرط الحوز في التبرعات حالة الوصية بالحبس، وهي الحالة التي يحبس فيها المحبس حبسا معلقا على وفاته، حيث يأخذ الوقف في هذه الحالة حكم الوصية، ولا يفترق إلى حوز قبل حصول المانع لأن نفاذه أصلا متعلق بوقوع هذا المانع. وهذا ما قرره محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: " والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما استندت في تعليل قضائها إلى أن رسم التحبيس المدلى به باطل لعدم حصول الحوز من المحبس عليهم، مع أن هذا التحبيس لا مجال للحوز فيه لأن المحبس منعه بجعل حبسه لا يخرج إلا بعد وفاته، ويعطى لذلك حكم الوصية لا غير، فإنها عللت قرارها تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه

كما أن المشرع المغربي نص في الفقرة الثالثة من المادة 274 من مدونة الحقوق العينية على أنه: " يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ. فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه". ومن باب المخالفة، إذا كان العقار غير محفظ ولم يدرج مطلب تحفيظه فلا تصح الهبة وفق منطوق المادة 274 من م.ح.ع إلا بالحوز وإخلاء العقار من قبل الواهب قبل حصول المانع. وبذلك يكون العقار غير المحفظ هو العقار الوحيد الذي لا يزال خاضعا لأحكام الفقه المالكي فيما يخص الحوز في التبرعات.

ولقد نص الفقهاء على مجموعة من الوسائل التي يثبت بها تحقق الحوز في التبرع إذا تم وفقها يكون التبرع صحيحا ومنتجا لآثاره الشرعية، ويعتبر الإثبات بمعاينة البيئة للحوز أهم هذه الوسائل وأكثرها شيوعا في الواقع العملي (الفقرة الأولى) ، إلا أنه ما دام الحوز واقعة مادية فيمكن إثباتها بشتى الوسائل (الفقرة الثانية) .

=وعرضته للنقض". قرار رقم 909 بتاريخ 2012/02/21، ملف عدد 2009/3/1/695، منشور بمجلة قضاء محكمة الاستئناف بالرباط في ظل المبادئ الحديثة المعتمدة من طرف محكمة النقض، منشورات محكمة الاستئناف بالرباط، العدد3، سنة 2013م، ص:213

149 فقد سئل سيدي المهدي الوزاني عن نازلة تظهر من الجواب. فأجاب: " حيث كان الحبس أعلاه في دار السكنى خاليا عن شرطه الذي هو الحوز ، وعن ركنه الذي هو القبول ، كان باطلا لا عبرة به، وكان وجوده مكتوبا في هذا الرسم كعدمه، ونصوص الأئمة الدالة على إغائه وافرة لا تحصى، ولا يأتي عليها العد ولا تستقصى. قال القاضي المكناسي في مجالسه: من شرط تمامه القبض والحيازة كالهبة والصدقة، فإن لم يقبض من المحبس ولا خرج عن يده حتى مات فهو باطل، ويكون ميراثا. وفي المدونة: كل صدقة أو حبس أو نحلة أو عمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصحة يموت المعطي أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك فهي باطلة".

- أنظر: أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج8، م.س، ص: 297
كما أن القضاء المغربي اعتبر الحوز شرط لصحة التبرعات بوجه عام، وهو موقف مستقر عليه وبصيغة تكاد موحدة ، إذ جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا): " لكن حيث إن شرط صحة التبرعات هو ثبوت حيازة المتبرع عليه بما وقع التبرع به عليه قبل حدوث المانع للمتبرع". قرار المجلس الأعلى بتاريخ 4 ماي 1976، مجلة القضاء والقانون، العدد 127، سنة 1987م، ص:120

الفقرة الأولى: إثبات الحوز بالمعينة:

يتجلى مظهر الحوز في وضع يد المحبس عليه أو المتصدق عليه أو الموهوب له على الشيء المحبس أو المتصدق به أو الموهوب¹⁵⁰، وفي خروجه من يد المتبرع (بكسر الراء)، بحيث يتمكن المتبرع عليه من التصرف فيما وقع به التبرع عليه بجميع أنواع التصرفات دون أن يكون للمتبرع أي اعتراض عليه في ذلك¹⁵¹.

ويتم إثبات الحوز بمعينة البيينة الشاهدة بالتبرع والإشهاد بذلك¹⁵²، وذلك بالوقوف على عين العقار المتبرع به والتطوف عليه من قبل الشاهدين العدلين، أو إسهادهما على إخلاء المتبرع الدار المعدة للسكنى لمدة سنة، وتضمن قبض المتبرع عليه للعطية في سند التبرع أو في عقد مستقل عنه، شريطة تمام ذلك قبل حصول مانع من الموانع الشرعية التي تحول دون قيام الحوز، وهذه العملية ينبغي أن تتم بحضور المتبرع عليه أو وكيله حتى يتم الإشهاد بمعينة ببسط يده على موضوع التبرع وحلوله محل المتبرع، فيثبت بذلك انتقال الملك.

فلو أقر الأب في صحته أن ابنه قد حاز وشهد عليه بإقراره ببيينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر الورثة حتى تعين البيينة الحوز وهو الذي اعتمده الموثقون، فأشهاد العدلين بمعينة

¹⁵⁰ الأصل أن يحوز المتبرع عليه المال المتبرع به، حتى لو كان ناقص الأهلية بأن كان صغيراً مميّزاً أو سفيهاً، فحوزه صحيح ولو مع وجود النائب الشرعي. أما إذا كان فاقداً الأهلية صغيراً غير مميّز أو مجنوناً، حاز عنه نائبه الشرعي، وإذا لم يكن له نائب شرعي عين له القاضي من ينوب عنه في الحوز (المادة 276 م.ح.ع).

¹⁵¹ أحمد ادريوش، الحوز في التبرع بعقار محفظ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية-الرباط، الطبعة الأولى 2010م، ص: 143

¹⁵² المعينة هي المشاهدة لما يتبلور به الحوز من التخلي أو الأداء أو الدفع و القبض أو وضع اليد أو التسلم.
- راجع: محمد شيلح، تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية، مقال منشور بمجلة الأملاك الحيسية، أعمال الندوة الوطنية التي نظمتها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، المطبعة والوراقة الوطنية، ط1، ص: 235.

أما مرادهم بالمعينة بالنسبة للعقار " التطوف عليه بالبيينة من سائر جهاته وإن لم تعين البيينة حرثه للأرض ولا نزوله فيها ولا قطف ثمار الأشجار ولو مات بعد ذلك قبل إبان الحراثة أو بعده لم يضر، وكذلك الدار إذا عاينوها فارغة وخلي بيئتها وبين المحبس عليه بقبض مفاتها ونحو ذلك فذلك حيازة، وإن لم يعاينوا سكنى المحبس عليه فيها . وإذا حيز الحبس بإكراه أو بعقد المزارعة فيه أو مساقاته إن كان مما يسقى كان حيازة تامة واستغنى بذلك عن الحيازة بالوقوف على الأرض ونزول المحبس عليه فيها على المشهور المعمول به".

- راجع: أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص381.

الحوز وإخلاء العين موضوع الصدقة من طرف المتصدق شرطان لازمان لصحة صدقة دار السكنى، والإخلال بهذين الشرطين يجعل الصدقة باطلة غير منتجة لأي أثر قانوني¹⁵³.

وفي ذلك يقول المتحف¹⁵⁴:

والحوز شرط صحة التحبب قبل حدوث موت أو تقيس
لحائز القبض وفي المشهور إلى الوصي القبض للمحجور
ويكتفى بصحة الإشهاد إن أعوز الحوز لعذر باد¹⁵⁵

و في مذهب مالك رضي الله عنه أن كل تبرع من هبة أو صدقة أو حبس لا يتم إلا بمعاينة البينة حيازته في حياة المعطي وجواز أمره ولا ينفع ذكر الحيازة دون معاينة البينة¹⁵⁶ ، فعن محمد بن جزي الغرناطي قال: "يحوز المالك أمر نفسه لنفسه بمعاينة البينة، ويحوز للمحجور وصية. ويحوز الوالد لولده الحر الصغير ما وهبه له هو، ما عدا الدنانير والدرهم، وما وهبه له غيره مطلقاً"¹⁵⁷. كما سئل الفقيه أبو سالم إبراهيم بن هلال عن الحيازة بماذا تصح فأجاب: " لا تصح الحيازة في الهبات والصدقات والأحباس إلا بمعاينة البينة للحوز إما بطواف المالك أو بقبض شيء من أغصان الثمر أو الشجر، أو بحرث ما يحرث أو بقبض المفاتيح للموهوب أو المتصدق عليه"¹⁵⁸.

¹⁵³ أحمد ادريوش، م. س، ص: 145

¹⁵⁴ أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الأفاق العربية-القاهرة، الطبعة الأولى، 2011م، ص: 86

¹⁵⁵ وهذه الأبيات المتعلقة بالحوز وإن كانت خاصة بالتحبب فإنها عامة في جميع أنواع التبرعات. وقد قال غير واحد من شراح التحفة في شرحهم لهذه الأبيات أن الحبس لا يتم إلا بمعاينة البينة لحوز المحبس عليه أو نائبه وليا أو وصيا أو مقدما للشئ المحوز قبل موت الواقف أو إفلاسه، ولا يكفي إقرار المحبس أو المحبس عليه بالحوز ما لم يتعذر الحوز لعذر باد كخوف المحبس عليه من حوز الحبس فيستغني عنه بالإشهاد.

- لمزيد من التفصيل يراجع: أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، م.س، ص: 298

¹⁵⁶ أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج8، م.س، ص: 637

¹⁵⁷ محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن حزم - بيروت ، الطبعة الأولى 2013م، ص: 607

¹⁵⁸ أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى ، مرجع نفسه، ص: 582

هذا فيما يخص الحوز بصفة عامة ، أما الحوز الخاص بدار السكنى فيتمثل في إخلاءها من المتبرع ومن شواغله مدة معينة حددها الفقهاء في سنة، إلا أنه يجب التمييز هنا بين ما إذا وقع التبرع بدار غير دار سكنى المتبرع ، وبين ما إذا وقع التبرع بدار هي سكنى المتبرع؛ ففي الحالة الأولى يكون الإشهاد وحده كافيا ولا تجب فيها معاينة البينة للحوز، ونورد بيانا توضيحيا في ذلك: "قال المتيطي: إن كان التحبيس في دار لا يسكنها الأب عقد الإشهاد على ما تقدم وكانت حيازته على بنيه بالإشهاد والإعلان نافذة جائزة وكذلك في الأملاك"¹⁵⁹. "كما وجد بخط العلامة سيدي محمد بن عبد السلام بن حمدون بناني ما نصه: الحمد لله، ما وهب الأب لولده الصغير إذا لم يكن دار سكناه صحيح لا يبطله موت الأب إذا كان قد أشهد على نفسه بالهبة، ولا يضرها صرف الأب الغلة لنفسه، وأن إشهاد الأب كاف وحده وإن لم يحضرها ولا عاينوا الحيازة ولا صرف الغلة له على المعتمد كما أفتى به ابن عرفة والغبريني والرصاع"¹⁶⁰.

أما الحالة الثانية، والتي يقع فيها التبرع بدار هي سكنى المتبرع، فإن الحوز هنا لا يتحقق إلا إذا وقع إخلاء الدار المتبرع بها وإفراغها من المتبرع وجميع منقولاته الموجودة بها وأن يعاين هذا الإخلاء عدلان، أما إذا لم تقع المعاينة بهذا الإخلاء فالتبرع باطل، وهو قول ابن عاصم في التحفة : ¹⁶¹

ومن يحبس دار سكناه فلا /// يصح إلا أن يعاين الخلا¹⁶²

ونافذ تحبيس ما قد سكنه /// بما كالاكثرء من بعد السنة

إن كان ما حبس للكبار /// ومثل ذلك في الهبات جار.

¹⁵⁹ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص: 232 وما بعدها

¹⁶⁰ أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج8، م.س، ص: 542

¹⁶¹ البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 372

¹⁶² "قال الشيخ التاودي في شرح هذا البيت: بأن يخرج منها ويشهد عدلان بمعاينتها خالية من شواغل المحبس، ويستمر على خروجه منها سنة، فإن سكنها ولو بكراء قبل السنة وبقي فيها حتى مات بطل الحبس". أنظر: أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، م.س، ص: 289

وقوله أيضا في باب الصدقة والهبة: 163

وإن يكن موضع سكناه يهب/// فإن الإخلاء له حكم وجب 164.

وهذا متفق عليه بين الفقهاء، فقد قال الغرناطي: "تذكر في الوثيقة تسمية المحبس والمحبس عليه والحبس وموضعه وتحديدده والمعرفة بقدره وتوليته الحيازة لابنيه الصغار إلى أن يبلغوا مبلغ القبض وعقد الإشهاد عليه ومعرفة الشهود لملك المحبس، فإن كان ساكنا فيه ضمنت معاينة الشهود لإخلائه إلا أن يحبس بكل ما فيها فلا يحتاج إلى إخراجها وإن كان المحبس عليه مالكا أمره ذكرت قبضه للحبس ونزوله فيه وقبوله وضمنت معاينة القبض، وكذا تعقد في الصدقات والهبات" 165. كما قال: "إن وهب الوالد لابنه دارا فعليه أن يخرج منها، وإن عاد لسكنها بعد عام لم تبطل الهبة. وإن وهب له ما يستغل ثم استغله لنفسه بطلت الهبة" 166.

وقال مالك وأصحابه: "إن ما سكنه الأب لا تصح فيه العطية لابنه الصغير الذي في حجره حتى يخرج عن ذلك سنة أو نحوها، ثم لا يضره رجوعه إليها أو سكناه بها ما لم يمت الأب فيها أو يبلغ الصغير رشيدا فلا يقبضها، فإن مات الأب ساكنا أو بلغ الابن رشيدا فلم يقبضها حتى يموت الأب لم تنفعه حيازته له تلك السنة" 167.

كما قال الشيخ ميارة: "أن من حبس دار سكناه على بنيه (أو غيرهم) فلا بد من خروجه منها ومعاينة الشهود خلاءها منه ومن أثنائه وأسبابه سنة كاملة، فإن رجع إليها قبل كمال السنة واستمر فيها إلى أن مات بطل التحبيس، وإن رجع إليها بعد السنة فإن كان التحبيس على الكبار

163 البهجة في شرح التحفة، ج2، م. س، ص: 401

164 قال الشيخ التاودي في شرحها: وإن يكن الأب يهب موضع سكناه لابنه الصغير أو السفية فإن الإخلاء له، أي لموضع سكناه حكم وجب، فلا بد من معاينة الدار خالية من شواغل الأب وأمتعته ثم لا يعود إليها. راجع: أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج8، م.س، ص: 637

165 التسولي، البهجة، في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 367

166 محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، م.س، ص: 607

167 أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج8، م.س، ص: 544

نقد التحبس وصح وإن كان على الصغار بطل أيضا. وهذا التفصيل بعينه يجري في الهبة والصدقة¹⁶⁸.

وهذا ما سار عليه العمل القضائي، حيث اعتبر المعاينة كقاعدة عامة تثبت الحوز في التبرع¹⁶⁹، واشترط لصحة الصدقة متى تعلقت بدار سكنى المتصدق ثبوت الحيازة بموجبها وإخلاء المتصدق لدار سكناه سنة، فإن عاد لمسكنه بصفة غير عارضة قبل العام بطلت صدقته¹⁷⁰.

كما قضت استئنافية فاس في قرار لها ببطلان عقد صدقة يتعلق بدار سكنى المتبرع والتي تصدق بها لفائدة زوجته، وذلك لعدم إفراغ المتصدق للمتصدق به لمدة سنة من شواغله وحيازتها من المتصدق عليها¹⁷¹.

فإذا تم الإفراغ والحوز ومعاينة ذلك من طرف عدلين فلا يجوز للمتبرع أن يرجع إليها قبل مضي سنة وإلا اعتبر التبرع باطلا، أما إذا رجع بعد سنة من إفراغها فالتبرع صحيح ولا يضر رجوعه إلى الدار المتبرع بها. إلا أنه إذا جهل تاريخ رجوعه إليها فلم يعرف هل هو قبل السنة من وقوع الإفراغ أم بعدها؟ فالحكم في هذه الحالة كما ذهب إليه المالكية أنه يحمل على أنه رجع قبل سنة فيكون التبرع باطلا سواء كان الرجوع بكراء أو بدونه وسواء كان المتبرع عليه كبيرا أو صغيرا¹⁷².

أما إذا لم يتم المتبرع بإخلاء الدار من جميع شواغله أو بعضها فهنا نميز بين ثلاث حالات:

¹⁶⁸ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ص: 232 وما بعدها
¹⁶⁹ قرار المجلس الأعلى عدد08 صادر بتاريخ 06/01/04 في الملف الشرعي عدد2004/1/2/613 منشور بمجلة القصر، العدد20، ص:219
¹⁷⁰ قرار محكمة النقض عدد92 صادر بتاريخ 5 فبراير 2013 في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/762م، منشور بمجلة ملفات عقارية، عدد3، ص:11
¹⁷¹ قرار محكمة الاستئناف بفاس، عدد 2020/33، بتاريخ 2020/02/03، رقمه 2019/1404/415 (غير منشور).
¹⁷² التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 373

الحالة الأولى إذا لم يقع إفراغ محل السكنى بالمرة أو وقع الإفراغ في الأقل من الدار وبقي معتمرا للأكثر، وقد حدد الفقهاء هذا الجزء الأقل بالثلث فما دون، فالتبرع باطل، فقد قال سيدي عمر الفاسي في شرح التحفة: " من حبس على صغار ولده دارا أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم جاز ذلك، وحوزه حوز لهم، إلا أن يكون ساكنا في كلها أو جلها حتى مات فيبطل جميعها وتورث على فرائض الله عز وجل"173.

والحالة الثانية إذا وقع إفراغ جزئي لأكثر من نصف الدار المتبرع بها وبقي الثلث وما دونه لم يشمل إفراغ فالحكم في هذه الحالة هو صحة التبرع، ونورد بيانا توضيحيا في ذلك: " إذا حبس المحبس الدار واستثنى سكنى بيت حياته، وقيمة البيت الثلث من الدار فأقل، ورأى الشهود الدار خالية قد انتقل منها بجميع ثقله إلى البيت الذي استثنى، صح الحبس كله، فإن كان المستثنى أكثر من الثلث بطل الحبس، فإن كان حبس ما عدا البيت وشرط أن يلحق بالحباسة بعد موته جاز ذلك إذا لم يكن على وارث واحتمل ذلك ثلثه، فإن كان على وارث لم يجز حتى يجيزه الورثة، وهو فيهما كالوصية"174.

أما الحالة الثالثة فهي وقوع الإفراغ في النصف فقط واعتماد المتبرع النصف الآخر فالحكم هنا هو صحة التبرع في النصف الذي وقع إفراغه وعدم صحته في النصف الذي لم يشمل الإفراغ، فقد قال التسولي فيما يتعلق بالهبة: " ودارسكناه إلا أن يسكن أقلها ويكرى له الأكثر وإن سكن النصف بطل فقط ، والأكثر بطل الجميع. والهبة والحبس من واد واحد"175.

وهكذا، فإن الإقرار الصادر من المتبرع بكون المتبرع عليه حاز العطية لا يعتد به ولا يمكن أن يثبت به الحوز، والعلة في ذلك أن المنازع في صحة التبرع إما الوارث أو الغريم فلو

173 أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج8، م.س، ص: 298
174 أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، ج8، م.س، ص: 408-409
175 البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 372

اكتفى في ذلك بالإقرار لزم قبول إقرار الإنسان على غيره وهو باطل إجماعاً¹⁷⁶، وهذا ما سار عليه الاجتهاد القضائي¹⁷⁷.

وبهذا تكون المعاينة أحد الطرق الإثباتية المقررة فقها وقضاء والأكثر شيوعاً في إثبات الحوز، ولا يشترط أن ترد في سند التبرع المبرم أول مرة بل قد ترد المعاينة في وقت لاحق قبل حدوث المانع، كما أن الحيابة قد لا تكون فورية بعد الإشهاد مباشرة بل يمكن وقوعها في أي وقت بعد العقد شرط حدوثها قبل المانع.

الفقرة الثانية: إثبات الحوز بوسائل أخرى:

بالرغم من أن المعاينة تعتبر أكثر الوسائل شيوعاً في إثبات الحوز، إلا أن مادام هذا الأخير يعتبر واقعة مادية فإنه يمكن إثباته بوسائل أخرى كالشهادة والقرائن .

¹⁷⁶ فالمذهب " أن الحوز لا بد فيه من المعاينة ولا يكفي الإقرار بالحوز من المحبس والمحبس عليه، فلو قالوا في الوثيقة حوزاً تاماً ولم يقولوا معاينة لم يكف ذلك لأنه محتمل للمعاينة والإقرار، فإن كان الشهود أحياء استفسروا وإن ماتوا بطل الوقف إلا أن يكونوا من العلماء العارفين بما تصح به الشهادة فيصح قوله العبدوسي، فلو وجد الحبس بيد المحبس عليه بعد حصول المانع وادعى أنه حازه قبله فإنه لا يصدق اتفاقاً عند ابن رشد إلا أن تقوم له بينة على دعواه، وظاهره أن الحوز شرط سواء كان على معين أم لا. قال ابن سلمون: ولا بد من حوزة في حياة المحبس وقيل إفلاسه ومرض موته وإلا بطل ذلك أي الحوز بالشهادة على المعاينة، ولا يجزي فيه الإقرار"¹⁷⁶. أنظر: البهجة في شرح التحفة، ج2، م. س، ص: 379-381
كما قال بن جزي الغرناطي: " وإن وهب الوالد لابنه دنانير أو دراهم لم يكف الإقرار بالحوز حتى يخرجها عن يده ويقبضها بمعاينة البينة". راجع: محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، م.س، ص: 607
¹⁷⁷ فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً: " حيث صح ما نعته الوسيلة، ذلك أن الحيابة شرط في صحة الهبة وتثبت بمعاينة البينة لها، أو بأي وسيلة أخرى تفيدها ولا يكفي في ذلك إقرار طرفي العقد، أو أحدهما بحيابة الشيء الموهوب، كما هو مقرر في المشهور من الفقه، والمحكمة عندما اكتفت بإقرار المطلوبين من النقص بحيابتهما للمحل الموهوب تكون قد خالفت القواعد الفقهية المقررة وعرضت قرارها للنقض". قرار عدد 487، ملف شرعي عدد 2005/1/2/221 بتاريخ 2005/10/26، منشور بمجلة القصر العدد 21، شنتبر 2008، ص: 190
كما أكد في قرار آخر على: " أن المحكمة بعد اطلاعها على رسم الهيئة تبين لها أنه مختل وباطل لعدم التنصيص فيه على معاينة العدلين إخلاء الدار من شواغل الواهبة، ولا يكفي في ذلك مجرد اعتراف الموهوب له بتسلم الدار فارغة من شواغل الواهبة وأمتعتها بل لا بد من معاينة الإفراغ والحيابة من طرف العدلين لأن من شروط الهيئة حيابتها في حياة الواهب، خاصة وأن الطاعن أشار في الوسيلة إلى أن الواهبة بقيت تعيش معه في داره ومع أولاده مما يؤكد عدم إخلائها وإفراغها للدار الموهوبة، فيكون القرار قد تأكد من واقع النازلة وأجاب عن دفع الطاعن بما فيه الكفاية والوسيلة على غير أساس". قرار المجلس الأعلى، صادر بتاريخ 20 أكتوبر 1999، أورده: محمد الشافعي، عقود التبرع: الهيئة، سلسلة البحوث القانونية، مراكش، 2015 م، ص: 44

أ) إثبات الحوز بالشهادة:

إذا تعذر الحوز الحقيقي من التطوف بالأرض ونحوه لعذر باد، اكتفي بالإشهاد عليه،
يقول الناظم في هذا الصدد:

ويكتفي بصحة الإشهاد إن أعوز الحوز لعذر باد.

" وقد سئل ابن رشد فيمن تصدق على ابن له كبير بأملك وأشهد الأب بتبئيل الصدقة والابن بقبولها، ووقع القبض في بعضها بالمعينة، وبقي سائرها لم يتطوف عليه ولا خرج إليه لكونه في قطر مخوف من العدو، ولا يدخله أحد إلا على غرر، ولم يعتمر ذلك أحد إلى أن مات الأب، فقال: إذا حال الخوف بين الوصول إلى موضع الأملك المتصدق بها لحيازتها بالتطوف عليها، اكتفي بالإشهاد ولم تبطل الصدقة إن مات المتصدق بها قبل إمكان الوصول إليها"¹⁷⁸.

و في مسألة: " ومن تصدق على رجل بأرض فإن كان لها وجه تحاز به من كراء تكرر أو حرث تحرث أو غلق تغلق، فإن أمكنه شيء من ذلك فلم يفعله حتى مات المعطي فلا شيء له، وإن كانت أرضا قفارا أي خالية مما لا تحاز بغلق ولا إكراء ولا أتى لها إبان حرث تزرع فيه أو تمنح أو يحوزها بوجه يعرف حتى مات المعطي فهي نافذة وحوز هذه الإشهاد، وإن كانت دارا حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات المعطي بطلت وإن لم يفرط لأن لها وجهها تحاز به. وقد فرق ابن القاسم بين الدار الغائبة والأرض التي لا تمكن حيازتها فقال في الدار: إنها باطلة إذا لم يخرج لحوزها. وقال في الأرض: إن مات المتصدق قبل إمكان حيازتها اكتفي بالإشهاد فيها ولو تبطل"¹⁷⁹.

وقد استقر العمل القضائي على قبول الشهادة في إثبات الحوز، فغالبا ما يتم اللجوء إليها عند ما يثار نزاع أمام القضاء، في إطار دعوى ترمي إلى بطلان التبرع لعدم حصول الحوز ومعاينة البيئة، إلا أنه لكي تكون هذه الشهادة فاعلة في الإثبات يتعين أن يكون

¹⁷⁸أبي عبد الله محمد بن محمد الفاسي، الإلتقان والأحكام، م.س، ص: 286

¹⁷⁹البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 382

مضمونها يشير إلى حصول الحوز قبل قيام المانع، وهو ما أكده قرار للمجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) والذي جاء فيه: " أن الإدلاء بلفيف يشهد شهوده بحوز المتصدق عليها للعقار المتصدق به في حياة المتصدق وتصرفها في الكراء والمزارعة كان كافيا لإثبات شرط الحوز ويغني عن الإشهاد بمعينة تلك الحيازة"¹⁸⁰.

كما جاء في قرار آخر¹⁸¹: "... لكن حيث أن محكمة الموضوع قد أجابت عن هذا الدفع المتعلق بالحيازة بكون الليفية عدد 75 المدلى بها من طرف المطعون ضدهم تثبت حيازتهم للمتصدق به عليهم فور وقوع الصدقة، وأنه لا يشترط لصحة الصدقة التنصيص في رسمها على معاينة حيازة المتصدق عليهم للمتصدق به حيث يكفي وقوع الحيازة في حياة المتصدق....".

فالملاحظ على هذه القرارات القضائية أنها أخذت بالفيف كوسيلة لإثبات الحوز، فالقاضي يتمتع بسلطة واسعة فيما يتعلق بشهادة اللفيف حيث يظل حرا في تقييم هذه الشهادة ما دامت حجيتها ليست قاطعة، وبالتالي فإن قناعته تكون انطلاقا من فحوى الشهادة وسن الشهود وسند علمهم وعلاقتهم بأطراف الدعوى وبموضوع النزاع .

وتجدر الإشارة إلى أن البيئة الشاهدة ترجح على شهادة الشهود في إثبات الحوز، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها صادر بتاريخ 2021/07/27 والذي جاء فيه: " من المقرر فقها أن شهادة العدلين مرجحة على شهادة الشهود في إثبات حوز العطية"¹⁸².

¹⁸⁰ قرار عدد 108 صادر بتاريخ 1999/1/2 في الملف العقاري عدد 93/5382، أورده : محمد الخديري، الهيئة والصدقة: إشكالية حوز الموهوب له من خلال أدلة الفقه والقضاء، رسالة نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، الفوج 36، 2009-2011م، ص: 27

¹⁸¹ قرار المجلس الأعلى عدد 98 بتاريخ 1991/01/06، في الملف المدني عدد 94/1355، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 53-54، سنة 1999، ص: 31

¹⁸² قرار محكمة النقض عدد 383 الصادر بتاريخ 2021/07/27، في الملف الشرعي عدد 2020/1/2/124، منشور بالموقع الإلكتروني:

كما أن الشهادة المثبتة للحوز تقدم على الشهادة النافية له، لأن الأولى موجبة لحق ومثمرة لحكم والثانية نافية له، وأن من أثبت شيئاً أولى ممن نفاه، وتثبت شهادة اللقيف وإن تراجع بعضهم عن الشهادة¹⁸³.

وإذا تم الإدلاء بشهادة لنفي الحوز المثبت بمعاينة البينة من العدلين، فإن هذه الأخيرة تدحض الشهادة المدلى بها.¹⁸⁴

ب) إثبات الحوز بالقرائن:

يمكن إثبات واقعة الحوز بجميع أنواع التصرفات الدالة عليه، فإذا عقد المحبس عليه أو الموهوب له في الملك المحبس أو الموهوب كراء أو نزل فيهما لعمارة فذلك حوز¹⁸⁵.
فقد جاء في العمل المطلق القاعدة التالية:

وعن معاينة حوز يكفي /// عقد كراء أو نحوه في الوقف

لذلك فلا مانع من إثبات الحوز استناداً إلى مثل هذه القرائن في حال غياب معاينة البينة، وهذا ما تعامل معه القضاء المغربي بنوع من المرونة حيث أجاز إثبات الحوز بالقرائن، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "... إن إثبات الحوز في التبرعات ليس قاصراً على معاينة العدلين محرري العقد له، بل يمكن إثباته بوسائل الإثبات الأخرى بما فيها القرائن، وأنه أمام تمسك الطاعنين في أسباب الاستئناف بكون توأدهم بالعقار موضوع الدعوى هو من قبيل الملك وبأنهم قد حازوه حيازة فعلية سيما وأنهم أكدوا أثناء جلسة البحث بأن مورثتهم الموهوب لها كانت تتصرف في السطح وهي من أقامت بناء عليه، فقد كان على المحكمة مناقشة ذلك لما

¹⁸³ قرار المجلس الأعلى عدد 31 المؤرخ في 2007/1/10 ملف شرعي عدد 2006/1/2/277 منشور في مجلة المحاكم المغربية عدد 134/133، ص: 397

¹⁸⁴ وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بالعرائش: "وحيث أنه لما ثبت للمحكمة من خلال رسم الصدقة أن العدلان شهدا على الحيازة المتصدق لهم من المتصدق حوزاً تاماً معاينة فارغة من شواغل المتصدق وأمتعته فإن احتجاج المدعين بلقيف إثبات حال لنفي الحيازة عن المدعى عليهم لا يمكن أن يناهض هذه الشهادة ما دام أن المثبت مقدم على النفي...". حكم للمحكمة الابتدائية بالعرائش عدد 423 صادر بتاريخ 2008/04/29 في الملف عدد 423/07/5 (غير منشور).

¹⁸⁵ محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، م.س، ص: 610

له من تأثير في قضاءها وأنها لما لم تفعل جاء قرارها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه وغير مرتكز على أساس قانوني مما عرضه للنقض والإبطال".¹⁸⁶

ومن بين القرائن الدالة على واقعة الحوز تصرف المتبرع عليه في المتبرع به بالكراء، فقد جاء في قرار لنفس المحكمة: "... ذلك أن المحلات المتصدق بها كانت مكثرة للغير، وبالتالي فإن تخلي المتصدق عنها لفائدة المتصدق عليه الطاعنة كان عن طريق تخلي المتصدق عن مقابل كرائها للمتصدق عليها فهي التي تولت تسلمه مباشرة من المكثرين ولمدة ثماني سنوات خلت من تاريخ الصدقة وأن هذا التصرف القانوني بقبض الكراء من لدن الطاعنة كان وقت حياة المتصدق واستمراره أيضا بعد وفاته بدون معارض، يقر بأن الحيابة تثبت وتحقق بكل تصرف يدل على حصولها"¹⁸⁷.

وفي قرار آخر: "... إن البين من الوثائق المدلى بها أن الطاعنة أدلت بما يفيد أنها تملك وتتصرف في الدارين موضوع الهبة... إلا أن المحكمة لم تناقش هذه الحيابة إضافة إلى أن المعاينة المتحدث عنها في قرارها يغني عنها الكراء لقول صاحب العمل الفاسي:
وعن معاينة حوز يكفي/// عقد كراء ونحوه في الوقف

بحيث أن الطاعنة أدلت أيضا بنسخة حكم ابتدائي قضى لها بواجب الكراء ومن ثم فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم ترد على ذلك بشيء مما كان معه قرارها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه ومعرضا للنقض"¹⁸⁸.

من خلال هذين القرارين، نلاحظ أن قيام الواهب له أو المتصدق عليه بكراء الشيء موضوع الصدقة أو الهبة يعتبر قرينة على ثبوت واقعة الحوز.

¹⁸⁶ قرار محكمة النقض عدد 1/36، المؤرخ في 2014/01/28، ملف مدني عدد 2013/7/1/292، منشور بالمجلة المغربية

للدراستات القانونية والقضائية، العدد 10، دار الأفاق المغربية، ماي 2014م، ص: 290-292

¹⁸⁷ قرار المجلس الأعلى عدد 197، صادر بتاريخ 2005/04/06، في ملف شرعي عدد 2003/1/2/333، منشور بمجلة

القصر العدد 21، شتنبر 2008م، ص: 174.

¹⁸⁸ قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 9 مارس 2005، مجلة القصر، العدد 25، 2010م، ص: 132 .

وقد يثبت الحوز بإبرام عقد مغارسة أو مزارعة أو مساقاة ، فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا : " ...وقد تبين بالفعل أن المتصدق عليها بعد أن حازته أبرمت فيه، عقد مغارسة... وبذلك يكون تعليل المحكمة لقرارها بثبوت حيازة الصدقة تعليلا سليما... "189.

كما قد يثبت الحوز بكل تصرف دال عليه كثبوت أداء واجبات الماء والكهرباء مثلا فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا: " لئن كان الحوز شرطا في صحة التبرعات فإن إثبات تحققه تتم بكافة وسائل الإثبات المقررة فقها وليس بمعاينة البيئة وحدها، والطالب استدل على حيازته للمحل الموهوب له بموجب لفيفي معززا بمجموعة من الوصلات، تفيد أنه يسكن المحل ويؤدي واجبات الماء والكهرباء المترتبة عليه، منذ إبرام عقد الهبة وقبل وفاة الواهب... الأمر الذي يجعل ما استخلصته المحكمة غير سائغ ولا يبرر ما انتهت إليه " 190.

من خلال هذه القرارات، نستنتج أن القضاء المغربي وسع من الوسائل المثبتة لواقعة الحوز حيث اعتبر كل تصرف دال عليه كالإبراء والمغارسة والمساقاة ومصارييف الانتفاع بالماء والكهرباء قرينة دالة على ثبوته، وهذه نقطة مهمة تبرز مدى مساهمة القضاء للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها المجتمع.

المطلب الثاني: إثبات الحوز في التبرع بعقار محفظ:

تخضع عقود التبرع لقواعد الفقه الإسلامي، ولقد سبق القول بأنها تنعقد بالقول وتتم بالحوز، ويشترط أن يحصل الحوز قبل حصول المانع وإلا بطل التبرع.

وإذا كان الحوز في العقارات غير المحفظة لا يطرح إشكالا كبيرا، حيث يكفي فيها الحوز الثابت بالمعاينة أو بأي وسيلة أخرى تقوم مقام ذلك، فإن الحوز الذي يكون موضوعه

¹⁸⁹ قرار المجلس الأعلى عدد 641 بتاريخ 2000/06/13 في الملف عدد 95/2/2/438 (غير منشور).
¹⁹⁰ قرار المجلس الأعلى رقم 20 بتاريخ 2005/09/12 في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/290 (غير منشور) .

عقارا محظا آثار ويثير إشكالات عديدة لعل أهمها هو ذلك المتمثل في مدى ضرورة توفر كل من الحوز المادي إلى جانب الحوز القانوني، أم أن أحدهما يغني عن الآخر؟

لمعالجة هذه الإشكالية نجد اتجاهين مختلفين سواء تعلق الأمر بالفقه أو بالقضاء، فهناك من يتشبث بضرورة تحقق الحيازة المادية إلى جانب التسجيل ليكون التبرع صحيحا (الفقرة الأولى)، وهناك من يعتبر تسجيل التبرع بالسجلات العقارية حيازة قانونية تغني عن الحوز الفعلي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإتجاه المتشبث بالحوز المتطلب فقها:

ينطلق هذا الإتجاه من مسلمة عامة وهي أن عقود التبرع لا ينظمها ظهير التحفيظ العقاري، وإنما تنظمها وتطبق عليها قواعد الفقه الإسلامي، وهي التي تحكمها صحة وبطلانها.

فأنصار هذا الإتجاه يرون أن التسجيل في الرسم العقاري ما هو إلا وسيلة شهر للتصرفات العقارية، وأن تمام التصرف أو صحته تابعة للسند المنشئ له صحة وبطلانها، فإذا ما تم تسجيل سند مشوب بعيب أو كان من السندات التي يمكن أن يلحقها العيب ولو بعد إنشائها، فإن التسجيل والحال هذه لا يحصنها¹⁹¹. وفي هذا الصدد يقول الأستاذ محمد الدردابي¹⁹²: "ليست الغاية من الحيازة الشرعية مجرد الإشهار، وإنما هو فعل مادي حاصل في دنيا الواقع، هو معاينة التحويز للموهوب له للعقار الموهوب فارغا من شواغل الواهب، أي أن العقار قد انتقلت حيازته المادية وملكيته الشرعية للموهوب له فصار في مسؤوليته، فإذا تم إشهار عقد الهبة ولو بالنشر في الجرائد وأقيم لذلك مهرجان، ولكن ظلت مع ذلك الحيازة في يد الواهب فإن عقد الهبة لا يقوم شرعا لافتقاره إلى شرط أساسي هو حيازة الموهوب له للشيء الموهوب كما

¹⁹¹ محمد الأجرأوي، الحيازة الفعلية في التبرعات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما، مجلة المحاكم المغربية، عدد84، شتنبر/أكتوبر 2000م، ص:25.

¹⁹² محمد الدردابي (رئيس غرفة الأحوال الشخصية والميراث بالمجلس الأعلى سابقا)، الحيازة الشرعية في التبرعات بين الفقه الإسلامي وقانون التحفيظ العقاري، أشغال الندوة المشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية 16 و17 يناير 2002 حول دور القضاء في حماية حقوق الإنسان بالمجلس الأعلى، سلسلة دقاتر المجلس الأعلى، العدد5، سنة 2005م، ص: 307-308.

يجب شرعا. وبالتالي فإن حيازة الشيء المتبرع به لا تتحقق بمجرد تسجيل عقد التبرع بالرسم العقاري بل لا بد كذلك من حيازة العقار ماديا بمعايينة البيينة والإشهاد عليها أو بإثبات التصرف فيه، وذلك قبل حصول مانع للمتبرع من موت أو غيره حتى تعتبر حيازة شرعية أو قانونية¹⁹³. فالحكمة من الحوز المادي أو الفعلي هي قطع الطريق أمام تصرفات الشخص في أمواله طول حياته تصرفا مستترا يلحق الضرر بالورثة والدائنين وحتى يكون الكل على بينة وعلم من التبرع الحاصل بخلاف التسجيل وحده فهو لا يحقق هذا الغرض الشرعي¹⁹⁴.

فحسب أنصار هذا الاتجاه، فإنه لا بديل عن شرط الحوز المتطلب فقها لصحة التبرع، فتسجيل هذا الأخير بالرسم العقاري أو عدم تسجيله لا تأثير له في صحة أو بطلان عقد التبرع، فإذا ما توفر شرط الحوز الفقهي كان التبرع صحيحا أما إذا اختلف شرط الحوز فيكون التبرع باطلا، وهو ما أكدته محكمة النقض في مجموعة من قراراتها من بينها القرار الصادر بتاريخ 2011/05/10 والذي جاء فيه: "...إن المعتبر في كافة التبرعات هو تحقق الحيازة المادية قبل حصول المانع من موت أو تفتليس وأن عدم تسجيل الهبة بالسجل العقاري لا تأثير له على صحتها..."¹⁹⁵. وكذلك القرار الصادر بتاريخ 2013/02/26 الذي ورد فيه: "إن الحيازة الفعلية للدار المتصدق بها المستقاة من معاينة المحكمة لرسم الصدقة يثبت بموجبها عنصر الحوز المشترط لصحة التبرعات، حيث أن الحوز شرط في صحة التبرعات ويثبت بمعايينة البيينة أو ما يقوم مقامها، وكان البين من رسم الصدقة المطعون فيه أن شاهديه عاينا حيازة المتصدق عليهما للمتصدق به الذي هو عبارة عن دار سفلية تقع بمزارع توريرت، وبالتالي فإن هذه المعاينة تكون قد تمت على الوجه المقرر لها ويثبت بها الحوز الموجب لصحة الصدقة خصوصا وقد

¹⁹³ العبودي علال، الحيازة في التبرعات في الفقه الإسلامي وموقف المجلس الأعلى من التبرع بالعقارات المحفظة خاصة، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 149، سنة 2004م، ص: 143

¹⁹⁴ عمر السكتاني، دور التحفيظ العقاري في حماية العقارات الموقوفة، منشورات المنبر القانوني، أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع القضاء المدني يوم 05 ماي 2012 بتبزنيت حول موضوع: "قانون لتحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14-07." سلسلة ندوات وأبحاث، العدد 1، ص: 97.

¹⁹⁵ قرار محكمة النقض عدد 2185، مؤرخ في 10 ماي 2011، في الملف المدني عدد 2009/1/1/15، مجلة ملفات عقارية، العدد الأول، سنة 2012م، ص: 193.

ورد بعقد الصدقة أن المتصدقة بسطت للمتصدق عليهما اليد على حوز المتصدق به حوزا تاما، وأن المحكمة مصدره القرار لما استندت على الحيازة الفعلية المستقاة من معاينة رسم الصدقة تكون قد بنت قضاءها على أساس مقبول¹⁹⁶.

كما قررت محكمة النقض أن "عدم إخلاء دار السكنى موضوع الصدقة من شواغل المتصدق بدليل رسم العمرى الذي أنجزته المتصدق عليها لفائدة المتصدق على نفس الدار وفي نفس اليوم الذي تمت فيه الصدقة، يجعل هذه الأخيرة باطلة لعدم توفرها على شرط الحيازة الفعلية ولو تم التنصيص على ذلك في صلب الرسم"¹⁹⁷.

وبهذا يصح التبرع ولو تم تسجيله بعد حصول مانع ما دام قد تم مستوفيا لأركانه وشروطه، ذلك أن التسجيل لا يتقادم ويمكن أن يتم في أي وقت، سواء في حياة المتبرع أو بعد وفاته، وهو ماجاء في قرار لمحكمة النقض: "... إن المحكمة ثبت لها أن الموهوب له كان يعتمر المحل الموهوب له ويتصرف فيه، وأن وضع اليد يحقق الحوز فيه مستخلصة أن المحل الموهوب المذكور الذي لم يكن سكنى الواهبة سبق اعتماره من الموهوب له بالكراء قبل الهبة وبعدها بمقتضى رسم الهبة وذلك كاف لصحته إذ أن تحقق الحيازة الفعلية قبل حصول المانع يجزئ ولو تأخر تسجيل رسم الهبة على الرسم العقاري كما هو مقرر قضاء وفقها"¹⁹⁸.

وكخلاصة، فإن منظور محكمة النقض عبر هذا الاتجاه القضائي، يؤكد أن عقد التبرع من حيث تكوينه وتوفره على أركانه وشروطه، جانب مستقل عن التسجيل، وأن هذا الأخير ليس له أي أثر أو تأثير سواء بكيفية إيجابية أو سلبية على عقد التبرع، وأن واقعة التسجيل تتم في أي وقت سواء في حياة الواهب أو بعد مماته، إذ التقييد لا يسقط بالتقادم.

¹⁹⁶ قرار عدد 176، صادر بتاريخ 26 فبراير 2013، في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/362، مجلة ملفات عقارية، العدد الثالث، سنة 2013م، ص:16

¹⁹⁷ قرار عدد 228، بتاريخ 19 مارس 2013، في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/538، مجلة ملفات عقارية، م.س، ص: 2

¹⁹⁸ قرار محكمة النقض عدد 318، مؤرخ في 16 أبريل 2013، في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/304، مجلة ملفات عقارية، م.س، ص:36

الفقرة الثانية: الاتجاه الذي انتصر للمفهوم الجديد للحوز:

يعتبر أنصار هذا الاتجاه أن تسجيل عقود التبرع من هبة أو صدقة أو حبس... في الرسوم العقارية، يشكل بديلا عن الحوز الشرعي المعتبر في الفقه، وأن القانون الواجب التطبيق، حيث يكون محل التبرع عقارا محفظا هو قانون التحفيظ العقاري.

فالحوز في العقار المحفظ لا يثبت إلا بتسجيل التبرع في الرسم العقاري قبل حصول المانع، بحيث إذا مات المتبرع قبل التسجيل (أو أفلس) فإن التبرع يبطل ولو ثبت بشهادة عدلين- أو لفيف- أن المتبرع عليه قد حاز المتبرع به قبل حصول ذلك المانع وذلك تطبيقا لمقتضيات الفصلين 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري¹⁹⁹. وفي هذا الصدد يقول أستاذنا محمد شيلح²⁰⁰: "... في تقديرنا، فإن التقييد في الرسم العقاري بالنسبة للعقار المحفظ أو في سجل العقارات غير المحفظة بالنسبة للعقار غير المحفظ يمكن الاستغناء به ليس فقط عن شرط مرور العام على الحوز بل أيضا على هذا الحوز بمفهومه الحسي والمادي. وإذا قيل إن هذا الاستغناء يخالف ما جرى به العمل في المذهب المالكي، قلنا من جهة إن قول الفقهاء ليس وحيا حتى لا يخالف لتحقيق مصلحة عامة معتبرة ثم إن قول الفقهاء كان مسايرا لذهنيات وعوائد عصرهم ونعتقد أن هذه الذهنيات والعوائد قد تغيرت وإلا فمصلحة تشجيع التكاثر من الأوقاف تقتضي هذا التغيير الذي يرمي إلى الاستغناء عن الحوز الحسي كما استغني عنه استثناء حتى في الفقه المذكور".

فتسجيل رسم الهبة في الرسم العقاري للعقار الموهوب يعتبر حيازة قانونية تغني الموهوب له عن إثبات حيازته المادية وتغني عن الإشارة في رسم الهبة إلى معاينة شاهدي العقد حيازة الموهوب له للموهوب، لأن المشرع اعتبر التسجيل في الرسم العقاري حيازة مكسبة،

¹⁹⁹ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الثانية

1999م، ص: 343

²⁰⁰ محمد شيلح، تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية لما صيغ من أحكامه في مشروع الظهير بمثابة مدونة الأوقاف ومشروع مدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفظة، مقال منشور بمجلة الأملاك الحسبية، م. س، ص: 239-240

أقوى من الحيابة المادية، ولو لم يشر في العقد إلى شهادة شاهديه حيازة الموهوب له للشيء الموهوب في عقد الهبة لأن الحيازة القانونية تفرض وجود الحيازة المادية²⁰¹.

وهذا ما يستشف من بعض القرارات؛ فقد جاء في قرار لمحكمة النقض: " أن تسجيل عقد الهبة بالرسم العقاري قيد حياة الواهب يعد حيازة قانونية منذ تاريخ تسجيله تغني عن إشهاد العدلين بمعاينة الحوز"²⁰². كما أن تضمين عقد الهبة (هبة والد لأولاده وزوجته) شرط حيازة العقار بعد وفاة الواهب يبقى دون تأثير ما دامت الحيازة القانونية بتسجيل العقار الموهوب بالسجلات العقارية قد تحقق قبل حصول مانع الموت²⁰³.

ولقد أيدت نفس المحكمة قرار محكمة الاستئناف بالمحمدية الذي قضى بصحة عقد الصدقة الذي بموجبة تصدق أخ (المدعي) لأخيه (المدعى عليه) بشقة موضوع الرسم العقاري عدد 26/8328 مقابل أن يتنازل هذا الأخير عن واجباته في العقار موضوع الصدقة ذات الرسم العقاري عدد 11181 في القطعة المسماة "طالع بن موسى " غير أن المدعى عليه لم ينفذ الاتفاق المبرم بينه وبين أخيه (المدعي) مما أدى بهذا الأخير إلى طلب إبطال عقد الصدقة والتشطيب عليها من الرسم العقاري وهو الطلب الذي رفضته المحكمة وأيدته محكمة النقض التي جاء في تعليلها: " طبقا لمقتضيات الفصل 1 من قانون الالتزامات والعقود فإن الالتزامات تنشأ عن الاتفاقات. والمحكمة لما رفضت طلب إبطال الصدقة بعلّة عدم وجود ما يفيد التزام المطلوب بأداء مقابل الصدقة وقد تحققت الحيازة القانونية بتسجيل المتصدق به في الرسم العقاري، واستبعدت ما تضمنه الإشهاد بعدم الحيازة لعدم تضمنه الالتزام المدعى به والذي

²⁰¹ عبد العزيز توفيق، الحيازة الشرعية في التبرعات بين الفقه الإسلامي وقانون التحفيظ العقاري، دفاتر المجلس الأعلى، سنة 2005م، ص: 308

²⁰² قرار عدد 163، بتاريخ 12 ماي 2011، في ملف الشرعي عدد 2009/1/2/584، منشور بمجلة ملفات عقارية، عدد 2، 2012م، ص: 23

- قرار محكمة النقض عدد 94، الصادر بتاريخ 26 يناير 2016، في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/379، نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، السلسلة 7، العدد 34، سنة 2018م، ص: 131-133

²⁰³ قرار محكمة النقض عدد 164، الصادر بتاريخ 16 فبراير 2016، في الملف الشرعي عدد 2015/2/2/46، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 82، سنة 2018م، ص: 5

ينكره المطلوب، واعتبرت الادعاء بعدم الحيازة على فرض وقوعه غير فاقد المطلوب حقه في المتصدق به حيث يبقى له وفق ما هو مقرر فقها وقانونا حق طلب التحوز قبل حصول المانع من موت أو فليس للمتصدق، ولا سيما أن المطلوب حاز المتصدق به حيازة قانونية بتسجيله بالمحافظة العقارية حسب شهادة الملكية والإشهاد بالسكنى وتواصل أداء الضريبة وعددها أربعة عشر توصيلا، فإنها جعلت لما قضت به أساسا " 204.

إن الملاحظ على هذه القرارات أنها اعتبرت تسجيل سند التبرع على الرسم العقاري كاف بالنسبة للتبرع بالملك المحفظ، فهو يحقق الملكية ويبرز وجودها القانوني وفي نفس الوقت يعتبر بمثابة الحيازة القانونية وإن لم تتحقق الحيازة المادية والفعلية التي اعتبرها الفقهاء شرطا في تمامه. وهكذا تكون محكمة النقض قد أرست مفهوما جديدا للحوز في مجال التبرعات بالأخص في مجال العقار المحفظ بعد أن ظل العمل القضائي مترددا ومختلفا بين الاقتصار على مفهوم الحوز كما حددته النصوص الفقهية خاصة المشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي أي الحوز المادي الفعلي، أو التوسع في مفهوم الحوز لمسايرة ومواكبة المستجدات التي أصبح يفرضها العصر والواقع خاصة مؤسسة السجل العقاري التي تعتبر بأن الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب على عقار محفظ لا توجد بين الأطراف ولا تسري إزاء الغير إلا إذا جرى تسجيلها في السجل العقاري وابتداء من تاريخ هذا التسجيل .

أمام هذا الاختلاف الفقهي والقضائي الذي تقدم عرضه فيما يخص الحوز في التبرعات، خاصة في العقار المحفظ، نتساءل عن موقف المقنن المغربي وما إذا أخذ بأحد الاتجاهات المتقدمة أم ابتكر حولا قانونية أخرى؟

204 قرار محكمة النقض عدد 380، الصادر بتاريخ 4 يوليوز 2017، في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/301، نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 34، م.س، ص: 107-108

لقد تدخل المشرع بمقتضى مدونة الأوقاف²⁰⁵ لحسم النقاش على مستوى القضاء والفقهاء أيضا، حيث اعتبر تسجيل الوقف في الرسم لعقاري صورة من الصور التي يصح بها الحوز مثله مثل الحوز الفعلي بشرط تحققه قبل المانع، وتعتبر هذه الصورة من المستجدات التي جاءت بها مدونة الأوقاف، حيث انحازت إلى الرأي القائل بأن تسجيل الوقف في الرسم العقاري يعتبر حوزا صحيحا²⁰⁶.

وهذا ما أكده أيضا من خلال مدونة الحقوق العينية حيث اكتفى بتقييد عقد التبرع في الرسم العقاري باعتبار أن الحوز القانوني يغني عن الحوز المادي²⁰⁷، فمتى تحقق الحوز القانوني اعتبرت العطية قائمة ونافذة في مواجهة الأطراف والغير، كما أن تحقق الحوز الفعلي دون حصول الحوز القانوني لا يؤثر في صحة العطية حيث يبقى من حق المستفيد إجبار

²⁰⁵ نصت المادة 23 من مدونة الأوقاف على ما يلي : " يشترط لصحة الوقف شرطان: - الإشهاد على الوقف -حوز المال الموقوف قبل حصول المانع...". ولتحديد طبيعة الحوز المطلوب لصحة الوقف نصت المادة 26 من نفس المدونة على أن : " الحوز هو رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه. يصح الوقف بمعاينة البيعة، أو تسجيل الوقف في الرسم العقاري أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف..". كما جاء في المادة 31 من مدونة الأوقاف: " يشترط لصحة وقف شخص محل سكناه إفراغه، إما بمعاينة البيعة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما".

²⁰⁶ إلا أن هناك من يرى أن الحوز المقصود في مدونة الأوقاف هو الحوز الفعلي وأن المدار عليه، وأنه مثلما يثبت بالمعاينة فإنه يثبت بالتقييد بالرسم العقاري أو بأي تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف، أي أن التقييد الذي يعتد به هو التقييد الدال على حصول الحوز الفعلي من قبل، لأن تقييد الوقف بالرسم العقاري يدل على انتقال الاستغلال والاستعمال إلى الموقوف عليه وهذه عناصر مادية دالة على الحوز الفعلي بلا خلاف، فسياق المادة 26 من مدونة الأوقاف وردت على الترتيب وهي تبين الوسائل التي يثبت بها الحوز الفعلي، وبهذا المعنى تكون العبرة بالحوز الفعلي، وأن التقييد الذي لا ينبي عليه هو تقييد باطل، وعلى المحافظ اشتراطه لسلامة التقييد وأن حرص مدونة الأوقاف على عدم احتفاظ الواقف بالتدبير أو البقاء في محل السكنى، دلالة منها على الأخذ بالحوز الفعلي لا غير. راجع: عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون - دراسة الهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي-، الطبعة الثالثة، 2015م، ص: 367.

ورغم وجهة هذا الرأي وقوة أسسه، فإنه إذا تحقق أحد الحوزين سواء الفعلي أو القانوني قبل المانع كاف في صحة التبرع ويقوم أحدهما مقام الآخر، إذ أن المشرع حاول التوفيق بين كل الآراء الفقهية السابقة حيث سوى بين الحوز الفعلي والحوز القانوني، وبالتالي تحقيق الانسجام بين قواعد التحفيظ العقاري وخصوصيات المادة الوقفية من غير مخالفة لقواعد الفقه الإسلامي الذي يعتبر المنبع المباشر لنظام الوقف بالمغرب حسب ما جاء في ديباجة مدونة الأوقاف.

²⁰⁷ الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 274 من مدونة الحقوق العينية: " يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيابة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محظا أو في طور التحفيظ فإذا كان غير محظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه، يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه".

الطرف المعطي وورثته بالتبرع وذلك استنادا إلى مقتضيات المادة 26 من مدونة الأوقاف والمادة 274 من م. ح.ع شريطة أن يتم الحوز المادي قبل المانع²⁰⁸.

وبالرغم من أهمية هذه المستجدات في كونها وضعت حدا للجدل الفقهي والقضائي بشأن معاينة الحوز الفعلي في عقود التبرعات، فإنها قد تطرح مشاكل عملية خصوصا في حالة وفاة المتبرع قبل تقييد عقد التبرع في السجل العقاري، ففي هذه الحالة كيف يمكن للمتبرع له أن يضمن حقه في مواجهة ورثة المتبرع، إذا لم يشهد في عقد التبرع بالحوز الفعلي؟

إن المحكمة التي تعرض عليها مثل هذه القضية ستكون مضطرة إلى الحكم لفائدة ورثة الواهب لعدم وجود ما يثبت الحوز قبل حصول المانع (وفاة الواهب)، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض صادر بتاريخ 2018/10/16 ما يلي: " لئن كانت الصدقة تنعقد بالإيجاب والقبول، فإنها لا تصح إلا بالحوز الفعلي أو القانوني في حياة المتصدق، والحوز الفعلي المعتبر في التبرع، هو وضع اليد على الشيء المتبرع به أو الانتفاع به أو التصرف فيه قبل حدوث المانع، ويستفاد من رسم الصدقة المضمن بعدد 958 وخلافا لما جاء في تعليل القرار المطعون فيه أن العدلين لم يشهدا فيه بحياسة المتصدق عليها موضوع الصدقة وإنما شهدا فقط بحضور المتصدق عليها وإشهادها هي بحياسة ما ذكر، وأن تصريح المتصدق أو المتصدق عليه بالحوز لا يكفي لتحقيق

²⁰⁸ وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: " لئن كانت الصدقة تنعقد بالإيجاب والقبول، فإنها لا تصح إلا بالحوز الفعلي أو القانوني في حياة المتصدق وصحته وكمال أهليته وعدم إحاطة الدين بماله، والحوز الفعلي المعتبر في التبرع هو وضع اليد على الشيء المتبرع به أو الانتفاع به أو التصرف فيه قبل حدوث المانع، فعلا التلقي لم يشهدا بذلك وإنما أشهدا بمعاينة العقار فارغا من متاع وشواغل المتصدق وقبول الصدقة من طرف المتصدق عليها وذلك لا يفيد الحوز ولا يقتضيه. كما أن قبول الصدقة لا يستلزم القبض وبذلك تكون المحكمة قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وكان حريا بها أن تبحث مع شهود الطرفين حول الحوز الفعلي للعقار موضوع الصدقة قبل حدوث مانع موت المتصدق ثم تقضي بما ثبت لها". قرار عدد 106، صادر بتاريخ 11 فبراير 2014، في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/282، مجلة محكمة النقض عدد 77، 2014 م ص: 124 وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة: " ... حيث تبين صحة ما ورد في هذه الوسيلة ذلك أنه بمقتضى المادة 274 من م.ح.ع فإنه يعني التقييد بالسجلات العقارية عن الحياسة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يعني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه.... والمحكمة المطعون في قرارها لما ألغت الحكم الابتدائي القاضي برفض طلب بطلان الصدقة وقضت تبعا لذلك ببطلان رسم الصدقة دون أن ترد على ما أثارته الطاعنة المؤيد بالحجة وكذلك ما عللت به المحكمة الابتدائية الموافق لنص المادة 274 من م.ح.ع.... تكون قد عرضت قرارها للنقض". قرار محكمة النقض رقم 184، المؤرخ في 11 مارس 2014، في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/504، مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 77، 2014 م، ص: 117

شرط الحوز قبل حصول المانع. فكان على المحكمة أن تبحث مع شهود الطرفين حول الحوز الفعلي للعقار موضوع الصدقة، قبل موت المتصدق، ثم تقضي بما ثبت لها، فكان القرار بذلك غير مرتكز على أساس قانوني، مما عرضه للنقض والإبطال"²⁰⁹.

لذلك ينبغي على الموثقين والعدول السهر على الإشهاد بالحوز في عقود التبرع تفاديا لمثل هذه الإشكالات²¹⁰.

²⁰⁹ قرار محكمة النقض عدد 1/573، المؤرخ في 2018/10/16، ملف مدني عدد 2016/1/1/5033، دفاتر محكمة النقض الغرفة الإدارية، عدد 37، ص: 174-171

²¹⁰ بوبكري عبد القادر، توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية وإشكالاته القانونية والعلمية، مجلة القانون المدني، العدد الاول، 2014، ص: 88

الفصل الثاني: إثبات التصرفات المالية الأسرية وما قد تطبعها من محاسبة وصورية بباقي وسائل الإثبات:

إن الأصل هو قبول كل وسائل الإثبات لأية واقعة ما لم يقض القانون بغير ذلك .

وقد نص الفصل 404 ق.ل.ع على أن وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي :

1- إقرار الخصم؛

2- الحجة الكتابية ؛

3- شهادة الشهود ؛

4- القرينة ؛

5- اليمين والنكول عنها.

ونص الفصل 401 من نفس القانون على أنه لا يلزم، لإثبات الإلتزامات، أي شكل خاص، إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلا معيناً.

وهذه المقترضات تتفق مع الأحكام الواردة في الفقه الإسلامي، إذ أجاز المالكية إثبات التصرفات المالية بشهادة الشهود - إلى جانب ما ذكر من وسائل - أو ما يسمى بالبيئة الشرعية .

ولأن التصرفات المالية التي تتم بين الأقارب أو بين الزوجين قد تطبعها في كثير من الأحيان المحاسبة والصورية خاصة عندما يكون هذا التصرف صادر من شخص في مرض الموت، وحفاظاً على حقوق المريض وورثته ودائنيه ، فإنه يمكن إثبات هذه الواقعة المادية (أي المحاسبة أو الصورية) بكافة وسائل الإثبات.

وهكذا سنتناول هذا الفصل في مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: إثبات التصرفات المالية بوسائل الإثبات الأخرى.

المبحث الثاني: إثبات المحاسبة والصورية في التصرفات المالية الأسرية.

المبحث الأول: إثبات التصرفات المالية بوسائل الإثبات الأخرى :

إن وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا ليس لها نفس الحجية في إثبات التصرفات المالية الأسرية، فهناك بعض التصرفات المالية التي لا تقبل الإثبات إلا بالكتابة، وهناك تصرفات أخرى تقبل الإثبات بكافة الوسائل.

وبالنسبة لوسائل الإثبات في مجال التصرفات العقارية فإنها تتفق أحيانا وتختلف أحيانا أخرى حسب كون العقار المراد إثبات التصرف في الحق المتعلق به محفظا أو غير محفظ. فمن المعلوم أن العقارات غير المحفوظة تجري عليها أحكام الفقه الإسلامي، وبالأخص المذهب المالكي الجاري به العمل في المغرب، وبالتالي فإن التصرفات العقارية التي تتم بين أفراد الأسرة يمكن إثباتها بالكتابة، بشهادة الشهود، بالإقرار القضائي، وباليمين المتممة للنصاب أو يمين النكول.

وإذا كان المشرع قد نظم أحكام الإقرار واليمين في قانون الإلتزامات والعقود والمسطرة المدنية بحيث يسهل الرجوع إلى أبرز أحكامها، فإنه لم يسر على ذات النهج بالنسبة لشهادة اللفي، الأمر الذي جعل الإجتهد القضائي يتضارب عند إعماله لكثير من أحكام هذه الشهادة في مجال التصرفات المالية الأسرية.

على ذلك، سندرس هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: حجية اللفي العدلي في إثبات التصرفات المالية

المطلب الثاني: مدى اعتماد الإقرار واليمين كوسيلتين للإثبات في مجال التصرفات المالية

المطلب الأول: حجية الليف العدلي في إثبات التصرفات المالية :

تعتبر شهادة الليف²¹¹ من الشهادات التي دأب الأشخاص على اعتمادها في إثبات تصرفاتهم المالية²¹². وتعد هذه الشهادة اجتهادا فقهيا عن متأخري فقهاء المالكية، كما أنه تراث فقهي أصيل وصرح اكتمل بناؤه على يد الفقه والقضاء²¹³.

لكن الملاحظ أن هذه القيمة التي أعطيت للشهادة في ظل الشريعة الإسلامية قد خفنت في ظل التقنين المغربي، حيث أصبح لا يعمل بها ولا يؤخذ بمقتضاها في مجال التصرفات المالية إلا في أحوال خاصة وفي حدود ضيقة. فكثرة المواقف الفقهية والآراء القانونية التي تزخر بها شهادة الليف، أدت إلى الإختلاف والتباين حول حجية هاته الشهادة ومكانتها ضمن وسائل الإثبات، الأمر الذي انعكس على الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم المغربية .

وبناء على هذا، سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: موقف الفقه المالكي من شهادة الليف كوسيلة للإثبات

الفقرة الثانية: القيمة الإثباتية لليف العدلي في القضاء المغربي

²¹¹ وصورة العمل الجاري فيه: أن المشهود له يأتي باثني عشر رجلا ، إلى عدل منتصب للشهادة، فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه.

- لمزيد من الإيضاح يراجع: أبي حامد محمد العربي الفاسي الفهري، شهادة الليف، مركز إحياء التراث المغربي، الرباط، دون ذكر السنة، ص: 15

²¹² ليس كل شخص أهل للشهادة بل إن القانون اعتبر بعض الأشخاص غير مؤهلين لتأدية الشهادة كالصغار الذين لم يبلغوا 16 سنة أو أصحاب السوابق العدلية وحالة وجود قرابة، وأشخاص آخرين معفون من أداء الشهادة كلما برزت مصلحة مشروعة كالمحافظة على السر المهني.

-JEAN-PAUL RAZON,les institutions judiciaires et la proedure civile du Maroc.1^{ère} édition 1988.P 182

²¹³ المحجوب أقدار، شهادة الليف العدلي وحجيتها في إثبات التصرفات العقارية، ندوة المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة، مطبعة أنفوجبرانت، فاس، 2014م، ص: 222

الفقرة الأولى: موقف الفقه المالكي من شهادة اللفيف كوسيلة للإثبات:

من المعلوم شرعا أن القاعدة العامة في الشهادة أنها لا تقبل إلا من الشهود الذين تتوفر فيهم شروطها المعتبرة²¹⁴، وعلى رأسها شرط العدالة، غير أن الحاجة قد تدعو إلى إسهاد غير العدول، أو أن الشهادة قد لا توجد إلا في علم غير الشهود المنتصبين، فيلتجأ إليها استثناء للضرورة، حفاظا على حقوق الناس وأعراضهم ومراعاة لعدم تعطيل الأحكام الشرعية، وتقبل لذلك شهادة غير العدول، ويصار إليها على اعتبار أنها بدل عن الأصل، وحينئذ تقوم شهادة اللفيف مقام شهادة العدول - عموما- في إثبات الحقوق والأموال وتكون بدلا عنها في كل ذلك، فتأخذ أحكامها وتترتب عنها نفس الآثار التي تترتب عنها، ويسري عليها ما يسري على شهادة العدول²¹⁵. ومن ثم فإن حجية شهادة اللفيف هي بوجه عام نفس حجية شهادة العدول عند فقهاءنا، وذلك إذا تلتقيت وحررت وفقا للكيفية المقررة فقها وعملا وموضوعا²¹⁶.

ورغم أن قاعدة الإثبات بواسطة الشهود تعتبر قاعدة عامة معمول بها في الفقه الإسلامي، فإنه قد وردت نصوص فقهية تحد من تطبيقها في مجال التصرفات العقارية،

²¹⁴ لكل واحد من شاهدي الأداء والتحمل شروط بحيث لا تقبل شهادته إلا بها فشاهد الأداء يشترط فيه أن يكون بالغاً عاقلاً حراً مسلماً عدلاً متيقضاً بحيث لا تتمشى عليه الحيل وإلها أشار الناظم بقوله: وشاهد صفته المرعية /// عدالة تيقظ حرية -راجع: عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية- تونس، الطبعة الأولى 1339، ص:66

²¹⁵ العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، مكتبة دار السلام - الرباط، طبعة 2009م، ص: 118

²¹⁶ غير أن هذه الحجية تتفاوت قوة وضعفا بحسب البيانات والوقائع التي تشمل عليها شهادة اللفيف، وذلك أن البيانات التي ترد فيها عادة، ليست على درجة واحدة من الأهمية والاعتبار؛ إذ منها ما يرجع إلى طالب الشهادة نفسه؛ ومنها ما يكون مصدره شهود اللفيف؛ ومنها ما مصدره العدلان الكاتبان؛ ومنها ما مصدره القاضي فضلا عما يأتي فيها من حكاية أو أوصاف أو تلفيف. وهكذا فبالنسبة إلى ما يذكر في شهادة اللفيف على لسان طالب الشهادة، فإنه لا يثبت بثبوت الوثيقة، ولا تكون له الحجية التامة، لاسيما التصريحات التي يتم بها شهادة الشهود والتي تكون مجردة من أي وسيلة إثبات.

وبالنسبة إلى البيانات والأمور الراجعة إلى شهود اللفيف التي هي موضوع شهادتهم، فلا شك أنها تثبت بثبوت الوثيقة، وتكتسب الحجية الكاملة والصبغة الرسمية التامة، إلى أن يثبت عكسها، شأنها في ذلك شأن شهادة العدلين الأصلية أو العلمية.

أما البيانات التي تعود إلى العدلين المتلقين المحررين لشهادة اللفيف فتثبت بثبوت وثيقتها وتكتسب الحجية الكاملة. وبالنسبة إلى البيانات والأمور التي ترجع إلى القاضي فهي الأخرى تثبت بثبوت الوثيقة وتكتسب الصبغة الرسمية.

أما ما يذكر في وثيقة اللفيف من حكايات وأوصاف وتلفيف، فلا يثبت بثبوت الوثيقة الأصلية، ولا تكون له الحجية الكاملة، مالم يشهد بذلك العدلان أو يشهد به غيرهما. لمزيد من التوضيح راجع: العلمي الحراق، م.س، ص: 119-122

وبالأخص في المجتمعات التي يتوفر فيها العدول، وجرت العادة بأن يلتجئ إليهم غالبية الناس لتوثيق حقوقهم وكتب عقودهم، لا سيما إذا كانت تكتسي أهمية كبرى عندهم، كعقود بيع العقارات والرهن العقاري وإجراء المقاسمة في العقارات المشتركة²¹⁷.

والمشهور في المذهب المالكي أن من فقد شروط العدالة أو أحدهما لا تقبل شهادته ولو في بلد لا عدول فيه²¹⁸، " فقد سئل الشيخ أبو محمد بن أبي زيد عن أهل القرية ليس فيهم عدول يجري بينهم و بين من يطراً عليهم البيع والنكاح والطلاق والشركة والجراحات في العمدة والخطأ والدعاوى وفي الرباع وغيرها، وغير ذلك مما يجري بين الناس، فكيف الأمر في شهادتهم؟

فأجاب: إن لم يبلغ أحد منهم مبلغ العدالة لم يجز أن تجري الأمور بينهم لا في نكاح ولا غيره، فإن اصطلحوا فيما بينهم وإلا لم يحز إلا لمن اشترى منهم أو عاوض أو قاسم استباحتها صار إليه، وقد أشهد هؤلاء أو لم يشهدهم.

وأما النكاح فإن أشهد من يظن به العدالة فله استباحة الوطء بذلك، وإن كان يعلم أن من شهد على النكاح غير عدل فلا يستباح الوطء بذلك حتى يشهد عدلين فيما يعلم أو لا يعلم فيهما جرحه"²¹⁹.

" وحكي عن أبي عمران أيضاً أنه قال لا يقبل في شيء من الحقوق والأحكام والمواريث وغيرها إلا العدول، مالم يكن من ذلك ما يشتهر اشتهاراً من عدد يقع العلم بخبرهم لمن سمعهم حتى لا يرتاب فيه"²²⁰.

²¹⁷ الطيب البواب، م.س، ص: 39

²¹⁸التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، م.س، ص: 141

²¹⁹أبي العباس أحمد بن يحيى الوئشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء

10، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية -الرباط، 1981م، ص: 143

²²⁰أبي العباس أحمد بن يحيى الوئشريسي، م.س، ص: 144

إلا أن هناك من الفقهاء من يجيزون شهادة اللفيف فيما إذا لم يوجد العدول، أو تعذر إشهداهم، ومعنى هذا أنه إذا أمكن إشهداد العدول فإن شهادة اللفيف لا تقبل، فلو فرضنا أن شخصا أثبت معاملة بينه وبين شخص بشهادة اللفيف، وتبين أنه كان قادرا على إشهداد العدول على تلك المعاملة لوجودهم في ذلك المكان وتيسر الإشهداد بواسطتهم، فإن شهادة اللفيف لا تقبل حينئذ نظرا لإمكان إشهداد العدول الذين هم الأصل في الشهادة، وعدم إثبات الدعوى بواسطة العدول مع وجودهم وإمكانية إشهدادهم يبعث على الظن بأنها دعوى لا أساس لها من الصحة، ولذلك لا تقبل²²¹.

أما إذا تبين أن المشهود له لم يكن قادرا على إشهداد العدول، إما لأن المعاملة وقعت في مكان لا عدول فيه، أو لأن الواقعة حدثت بمحضر غير العدول، فإن شهادة اللفيف تقبل حينئذ للضرورة الداعية إلى قبولها نظرا لكون المشهود له لم يكن قادرا على إشهداد العدول، فقد نص "ابن أبي زيد في النوادر، على أننا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلهم وأقلهم فجورا للشهادة، ويلزم ذلك في القضاء وغيره لئلا تضيع المصالح، قال: وما أظن أحدا يخالف في هذا لأن التكليف شرطه الإمكان"²²².

كما" قال أبو عمرو: وكل موضع يتعذر فيه حضور الشهود، من الملاهي وغيرها، فشهادة بعضهم على بعض جائزة بلا مراعاة لشرط العدالة، للضرورة الداعية إلى ذلك"²²³.
وبهذا عمل المتأخرون من المالكية، "فقد حكى بعض الشيوخ المتأخرين من الثقات أن أهل البادية إذا شهدوا في حق لامرأة أو غيرها ولم يكن فيهم عدل، أن يستكثر منهم ويقضي بشهادتهم.

²²¹ محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م.س، ص: 238

²²² التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، م.س، ص: 141

²²³ الإمام العلامة برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، الجزء الثاني، دار عالم الكتب-الرياض، طبعة خاصة 2003م، ص: 25-26

وسئل بعض الشيوخ المفتيين عن القرى البعيدة من المدن على الثلاثين ميلا والأربعين، وفيها الثلاثون رجلا والأكثر من ذلك أو الأقل، وليس فيهم عدل مشهور بالعدالة، وفيهم مؤذنون وأئمة وقوم موسومون بخير، غير أن القضاة لا يعرفونهم بالعدالة، ولا يجدون من يعرفهم، يجتمعون على الشهادة عندهم في الأملاك والديون والمهور والنكاح وغير ذلك، ولا يخالف منهم أحد، هل تجوز شهادتهم ويقضي بهم أو يتركون من غير أن ينظر في أمرهم؟

فكتب في الجواب: لكل قوم عدول لهم ولا بد من معرفة القاضي لهم بنفسه، يعني بذلك التوسم فيهم. ونحو ذلك لأبي إبراهيم صاحب النصائح أن شهادة الأمتل فالأمتل منهم جائزة، ويستكثر منهم ما استطاع ويقضي بهم في ذلك. وقال غيره: لولا ذلك ما جاز لهم بيع ولا تم لهم نكاح ولا عقد في شيء²²⁴.

وشهادة الغرباء بعضهم على بعض جائزة فيما بينهم في الأموال لا في الجراح وإن لم يعرفوا بالعدالة، ويقبلهم الحاكم بالتوسم إذا لم يسترب منهم شيئا، مثل قطع اليد، أو رجل، أو ضرب ظهر، أو ما أشبه ذلك، ولا يسمع فيهم من المشهود عليه تجريح، لأن شهادتهم إنما جازت للضرورة، يعني لا يجرحهم بأنهم غير عدول²²⁵.

ومما أجزت فيه الشهادة للضرورة شهادة البدوي على القروي في بعض المواضع، "قال اللخمي: يجوز في المال والنكاح إذا قال: مررت بهما، أو كنت جالسا فسمعته يقر له بكذا، أو: باع منه كذا، أو: تنازعا في النكاح فأقر بالعقد، ولا تجوز في الوثائق والصدقات، ولا فيما يقصد فيه الاستعداد في الشهادة، لأن هذا ليس محل ضرورة، وشهادتهم في مثل ذلك والعدول عن أهل العدول إليهم ريبة، إلا أن يعلم مخالطته لهم أو يجمعهم وإياه سفر، فتجوز"²²⁶.

²²⁴ الامام العلامة برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، تبصرة

الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الثاني، م.س، ص: 21

²²⁵تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الثاني، م.س، ص: 25

²²⁶تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الثاني، م.س، ص: 25

وعلى هذا الأساس، يتضح أن شهادة اللفييف لا يلجأ إليها فيما يخص المعاملات إلا عندما تدعوا إليها الضرورة التي يجب بيانها، فإذا توفر العدول في مكان الواقعة القانونية وتم اللجوء إلى الإثبات بواسطة اللفييف فإن ذلك يعد ريبة في شهادتهم توجب إبعادها وعدم العمل بها.

هذا كان باختصار موقف الفقه المالكي من شهادة اللفييف كوسيلة للإثبات، فإما ترى موقف القضاء من هذه الشهادة؟

الفقرة الثانية: القيمة الإثباتية للفييف العدلي في القضاء المغربي :

أمام غياب النصوص الواضحة لتنظيم اللفييف²²⁷ فتح الباب أمام الاجتهادات المختلفة للقضاء إلى حد التضارب، بحيث لم يستقر المجلس الأعلى - باعتباره الساهر على حسن تطبيق وتأويل النصوص القانونية سواء تعلق الأمر بالنصوص التشريعية أو القواعد الفقهية الإسلامية - على رأي واحد في شهادة اللفييف ، حيث أصدر عدة قرارات مضطربة بخصوص قيمتها الإثباتية، فبعضها حاول اعتمادها كوسيلة إثبات منتجة وإعطائها مكانة خاصة، وأخرى جردتها من كل قيمة إثباتية.

فتقدير قيمة اللفييف كدليل إثبات قد يختلف بين غرف المحكمة الواحدة ، ذلك أن الغرف التي تطبق قواعد الفقه الإسلامي، وهي التي تنتظر خاصة في قضايا الأسرة والعقار غير المحفظ، تعطي لهذه الشهادة القيمة التي ينص عليها فقهاء المذهب المالكي بالمغرب والأندلس ، فهي عندهم بمثابة شهادة عدلين عند فقدان شهادتهما، حيث تعد دليلاً لإثبات جميع الحقوق على

²²⁷- إن المشرع المغربي لم ينظم شهادة اللفييف لا في قانون الإلتزامات والعقود، ولا في قانون المسطرة المدنية ، كما أن القانون رقم 16.03 المنظم لخطة العدالة لم ينظم بدوره شهادة اللفييف وإنما نص على الشهادة بصفة عامة ، باستثناء بعض المناشير الصادرة عن وزارة العدل ، التي تحدثت عن شهادة اللفييف ، ومنها منشور وزارة العدل عدد 14714 الصادر بتاريخ 1959/11/03 ، الذي يعتبر المرجع الأساسي في تنظيم شهادة اللفييف. وتجدر الإشارة إلى أن وزارة العدل والحريات قد وضعت مشروع قانون لتنظيم شهادة اللفييف سنة 2004م، إلا أنه حسب المهنيين لم يكن في مستوى التطلعات ليتلاءم مع المستجدات على مستوى المهنة.

اختلاف أنواعها، عينية وشخصية، ومهما كانت قيمتها، وحجة مقبولة لإثبات التصرفات القانونية والوقائع المادية²²⁸.

فاللغيف يفرض نفسه كأداة للإثبات²²⁹ سواء كان التصرف بعوض أو بدونه، فمثلا في اتحاد الذمة ؛ تحول العلاقات العائلية والظروف دون إقامة رسم الشركة بين أفراد العائلة إذ

228 عادل حاميدي ، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية ، الطبعة الأولى ، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط ، 2016 م ، ص: 203.

229 هناك من حاول إعادة الثقة في هذه المؤسسة الفقهية، وذلك بإبراز بعض الأسباب التي جعلت اللغيف محط انتقاد من قبل بعض الفقه المعاصر، وفي هذا الشأن يرى البعض أن شهادة اللغيف أصبحت تتم بطريقة معيبة، لا تحترم فيها الأحكام الفقهية. راجع: محمد الربيعي، موقف الفقه والقضاء من اللغيف قديما وحديثا، مجلة الأملك، العدد الثامن، السنة 2010م، ص: 39. فأصحاب هذا الرأي يرون أن لشهادة اللغيف أدوارا توثيقية لا تجدد، ذلك أنها أنشأت في القرن التاسع الهجري لسد فراغ مهول كانت تعاني منه وسائل الإثبات في ذلك العصر ؛ ومن فوائدها الظاهرة: - كونها وسيلة إثبات سهلة الإنشاء إذ لا يتطلب استصدارها إجراءات معقدة أو تكبد مبالغ مالية هامة . - اعتبارها وسيلة فعالة لحماية حقوق عينية أو شخصية لا يطلع عليها العدول عادة و لا يمكن إثباتها في أحوال معينة إلا بها ، فهي السبيل الفريد لإثباتها .

- أن شهادة اللغيف وإن كان الأخذ بها مخالفا للقواعد العامة المقتضية الإقتصار على شهادة العدول ، إلا أنه يؤدي إلى دفع مفسدة محققة ، فكان من الراجح العدول عن تطبيق القاعدة العامة استدفاعا للمفسدة التي يعد دفعها مقدما دائما على جلب المصلحة وفق ما تقتضيه قواعد فقه الموازنات المعروفة أصوليا .

- أن مناط العمل بشهادة اللغيف وهي الضرورة والحاجة باقية ، طالما أن الإشهاد على العدول غير متأت في كل مكان . - أن هذه الوسيلة الإثباتية مترسخة في سائر المجالات القضائية والاجتماعية والثقافية والدينية بشكل يعسر معه الإستغناء عنها . - أن ثقافة توثيق العقود بالكتابة لم تترسخ بعد ، مما يجعل اللغيف معولا عليه إلى حين انتفاء علة إنشائه .

ورغم أن هذه الشهادة تعزيرها قواعد إجرائية متعددة ، متمثلة في عدم أداء الشهود شهادتهم أمام المحكمة ، بل أمام العدول دون خضوع الشهود لقيود إجرائية حافظة للشهادة من الإرسال والإجمال والتضارب ، وقوادح موضوعية متمثلة في ضعف الوازع الديني لدى بعض الشهود واستسهالهم أداء الشهادة دون وجل من عقاب دنيوي أو خوف من جزاء أخروي ، لكنه على الصعيد العملي يعد دليلا لكل من يعوزه دليل إثباتي معد سلفا ، خاصة إذا كان اللغيف واضحا ومستفسرا .

- لمزيد من التوضيح راجع عادل حاميدي ، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية ، م.س، ص: 208-206

إلا أن استاذنا أحمد الخمليشي يرى أن اللغيف ينطوي على مساوئ كثيرة، وأن مغارمه أكثر من مغانمه، وأن دواعي العمل به قد انتفت في عصرنا، الأمر الذي يقتضي استبعاده تماما من دائرة وسائل الإثبات والاقتصار على تلك المعول عليها فقها وقانونا، وتتجلى مجمل مساوئ اللغيف في نظرهم في أمرين مستهلها انتفاء الصلة بين اللغيف ونصوص الشريعة، بمعنى افتقاره إلى السند الشرعي المجيز، وثانيهما افتقاره للضمانات الموضوعية والإجرائية خلافا لباقي وسائل الإثبات الأخرى. أنظر:

أحمد الخمليشي، قيمة اللغيف الإثباتية، مجلة المحاماة، العدد 13 أكتوبر 1987، ص: 72

كما يرى الأستاذ محمد غزبول أنه تم التساهل كثيرا في أمر اللغيف من جميع الجوانب سواء في الإذن بإقامته أو سماعه أو تدوينه من العدول أو قبوله من طرف المحاكم، لا سيما في نزاعات خطيرة كالعقار، كما أنها شهادة ضعيفة وهشة نظرا للإرتياب الحاصل حول شهودها. ومما يزيد من ضعفها كونها لا تبأشر من طرف القاضي المفروض فيه أن يسمع الشهادة ويقارن بين أقوال الشهود ، ويسألهم عن أساس علمهم على غير ذلك. أنظر: محمد غزبول ، الإثبات ومسالك الترجيح بين البيئات في المنازعات العقارية ، مطبعة وراقه بلال - فاس ، الطبعة الأولى 2019 م ، ص: 114-115 .

كثيرا ما يتصرف أحدهم في أموال الجميع بالبيع والشراء للعقارات في إسمه ويفعل شريكه نفس الشيء وكثيرا ما يحصل النزاع في حياتهم أو عند موت أحدهم ويعتمد على اللفيف لإثبات اتحاد الحالة²³⁰. فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا أن: " ما نعته الوسيلة على القرار المطعون فيه صحيح ذلك أن الطاعن أدلى بلفيف لاتحاد الحالة مع أخيه المطلوب ضده وأن شهوده شهدوا بأنهما يعيشان على مائدة واحدة وفي حالة متحدة مجتمعين وأنهما يعملان جنبا إلى جنب إلى أن شيئا الدار التي يسكنانها ... وأن المحكمة لما استبعدت اللفيف لافتقاره لشروط الملك تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وعرضته للنقض"²³¹. كما جاء في قرار آخر أنه: " لا تثريب على المحكمة إذا أخذت بلفيف أثبت شهوده أن أطراف الدعوى إخوة وأن الأرض من متخلف والدهم وأنهم كانوا على الحالة واحدة."²³²

و من المقرر أن التصرفات العقارية موضوع العقارات الغير المحفظة تخضع لقواعد الفقه المالكي وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا من خلال عدة قرارات منها قرار عدد 666 والذي جاء فيه : " حيث إنه طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية فإن بيع العقار غير المحفظ يمكن إثباته بصفة استثنائية بشهادة الشهود وأن المحكمة لما استبعدت اللفيف المدلى به لإثبات هذا البيع بعله أنه لا يثبت بشهادة الشهود ولا بد فيه من الدليل الكتابي الثابت التاريخ تكون قد طبقت الفصل 489 من ق.ل.ع المتعلق ببيع العقار والذي لا مجال لتطبيقه في النازلة واستبعدت الفقه الإسلامي الواجب التطبيق والذي يجيز في الأحوال الخاصة إثبات البيع بشهادة الشهود ومنها شهادة اللفيف مما جعل قرارها غير مؤسس ومعرض للنقض"²³³.

كما أن اللفيف يعتبر دليلا من أدلة الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ وليس مجرد قائمة للمصرحين²³⁴.

²³⁰ عدي وردا ، م.س، ص: 96.

²³¹ قرار المجلس الأعلى عدد 495 ، صادر بتاريخ 1991/02/03 ، مجلة القضاء والقانون ، عدد 146 ص: 63.

²³² قرار عدد 1827 صادر بتاريخ 96-3-26 ، عبد العزيز توفيق ، قضاء المجلس الأعلى ، م.س، ص: 320

²³³ قرار عدد 666 صادر بتاريخ 1978/09/27 ملف رقم 60876 ، منشور بمجلة محاكم فاس ، العدد الأول ، ص 168 .

²³⁴ قرار عدد 88 بتاريخ 2001/01/24 ، منشور بمجلة القضاء والقانون ، عدد 145 ، ص: 150

ونفس الشيء بالنسبة للقسمة، فهي تعد بدورها بمنزلة البيع ويمكن إثباتها باللفيف إذا تعلق بعقار غير محفظ، وهو ما يستشف من قرار للمجلس الأعلى سابقا والذي جاء في حيثياته: "إن القسمة يمكن أن تثبت بعقد مكتوب كما يمكن أن تثبت بالبينة الشرعية على وقوعها إذا كان مستند علم اللفيف هو المستند الخاص"²³⁵.

ولقد أخذ القضاء المغربي أيضا بشهادة اللفيف العدلي لإثبات مجموعة من التصرفات المالية بدون عوض كالوصية²³⁶، سيرا على نهج مدونة الأسرة التي أجازت إثبات الوصية بشهادة الشهود²³⁷. كما أقر بإمكانية إثبات الوقف بشهادة اللفيف²³⁸، وهو نفس التوجه الذي سارت عليه مدونة الأوقاف التي حسمت الموضوع وذلك بنصها في المادة 48 على أنه "يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات"، وهو موقف سليم، لما فيه من تيسير للإثبات، وبالتالي حماية الوقف وتحقيق مصالحه الفضلى.

بل إن هناك مجموعة من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى سابقا كرست حجية شهادة السماع الفاشي في إثبات الحبس متى كانت مقرونة بالحيازة، وذلك من خلال مجموعة من القرارات الصادرة عنها، منها قرار صادر بتاريخ 4 يونيو 2008 والذي جاء فيه "أنه طبقا للقواعد الفقهية المعمول بها أن الحبس يمكن إثباته ولو ببينة السماع عندما يشهد شهودها أنهم لا زالوا يسمعون من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة بأن المشهود فيه حبس، ويحترم بحرمة

²³⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 2156 ، الصادر بتاريخ 2012/04/24 في الملف رقم 369-1-2011-8 (غير منشور).
²³⁶ قرار محكمة النقض عدد 54، الصادر بتاريخ 2015/02/10، في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/726، منشور بالموقع الإلكتروني:

www.juriscassation.cspj.ma

²³⁷ تنص الفقرة الثانية من المادة 296 من مدونة الأسرة على أنه: "...إذا عرضت ضرورة ملحة تعذر معها الإشهاد أو الكتابة قبل إشهاد الموصي على وصيته من اتفق حضورهم من الشهود، شريطة أن لا يسفر البحث والتحقيق عن ريبة في شهادتهم، وأن تؤدي هذه الشهادة يوم التمكّن من أدائها أمام القاضي، الذي يصدر الإذن بتوثيقها، ويخطر الورثة فورا ويتضمن الإخطار مقتضيات هذه الفقرة."

²³⁸ جاء في قرار لاستئنافية الناظور: "حيث إنه بالرجوع إلى وثائق الجهة المدعية ، فإنه كان من أركان الوقف عند المالكية الواقف والموقوف والموقوف عليه والصيغة، بحيث يتعين التحقق منها جميعا، إلا أنه من جهة لا يوجد عند الفقهاء ما يستوجب الكتابة أو التوثيق لإنشاء الوقف، وبالتالي يبقى جائزا إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات أو الأدلة المقبولة شرعا ومنها شهادة اللفيف". قرار عدد 279، بتاريخ 29 يوليوز 1986 في الملف المدني رقم 86/062 ، أورده عبد الرزاق اصبيحي، دور محكمة الاستئناف بالرباط في حماية الملكية العقارية للأوقاف، سلسلة الندوات بمحكمة الاستئناف بالرباط، العدد السادس، مطبعة الأمنية- الرباط، سنة 2013م، ص:126.

الأحباس"²³⁹. وفي قرار آخر أكد أن: "الحبس يثبت ببينته على أنه حبس، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس، يحترم بحرمتها ويكفي ذلك فيه عن موجب الملكية التام، والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما قيمت ملكية الطالبة عدد 310 بأنها لا تتوفر على شروط الملك فردت تعرضها، مع أنها عبارة عن ملكية حبس، شهد شهودها بأن المشهود به هو حبس ويحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها. ويكفي ذلك فيها عن موجب الملكية التام، لم تجعل لقضائها من أساس، وعللت قرارها تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه، وعرضته للنقض"²⁴⁰.

والملاحظ أن المحكمة أخذت بشهادة السماع في إثبات الأملاك الحبسية نظرا لطول أزمنتها، فمستند علم الشهود أنهم لم يزالوا يسمعون أن هذا العقار حبس، يحاز بما تحاز به الأملاك الحبسية، وإن لم يسموا عن نقلوا، إلا أنهم يقولون: سمعنا وبلغنا.

ولقد حدد الفقهاء نوع المستند الذي ينبغي أن يحصل به العلم في كل حالة وإلا كانت الشهادة باطلة²⁴¹، والمجلس الأعلى سابقا سار بدوره في هذا الإتجاه وقضى ببطلان كل شهادة

²³⁹ قرار محكمة النقض عدد 2102 ، صادر بتاريخ 4 يونيو 2008 في الملف المدني رقم 2006/1/1/2808 ، منشور في المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الإستئناف والمحاكم الابتدائية، نشر دار الفكر العربي، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الأولى 2011م، ص:147.

²⁴⁰ قرار عدد 2244، بتاريخ 2010/05/18، ملف مدني عدد 2008/4/1/1493 ، منشور في: المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الإستئناف والمحاكم الابتدائية ، م.س، ص: 148.

²⁴¹ عرف الامام ابن عرفة شهادة السماع بانها لقب يصرح الشاهد فيه باسناد شهادته لسماع من غير معين". انظر: عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية- تونس، الطبعة الأولى 1339، ص: 116²⁴¹ وتجدر الإشارة إلى أن الفقه المالكي توسع في مجال أعمال شهادة السماع نظرا لما لها من أثر في تحقيق مصالح الناس ، وحل لكثير من المنازعات ذات الطابع الاجتماعي والإنساني، حيث عمل بها في مواطن كثيرة، من ذلك: إثبات الأحباس، والملك المتقادم، والنسب، والموت، والحمل، والولادة، والترشيد، والسفه، والصدقة، والهبة، والوصية، والبيع في حالة التقادم، والرضاع، والزواج، والطلاق... فهذه مواطن يمكن تحمل الشهادة بالظن الغالب، كل هذا ما لم يوجد سبيل إلى وجود البينة على أصولها، عند تقادم الأزمنة، واتقطاع البينة، فإن شهادة السماع في ذلك قاطعة في المعاضات ، والتبرعات، وقضايا الأسرة من لفيف الرجال والنساء.

- أنظر: أحمد الوجدي، الإثبات بشهادة السماع وإعمالها في المادة العقارية، مجلة القضاء المدني، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد 21، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، 2018م ص: 51

= وبالنسبة لقبول شهادة التسماع في أصل الحبس، جاء في النوازل الجديدة الكبرى " إن شهادة السماع في الحبس جائزة معمول بها شرعا ، قال في التحفة عطفًا على ما تجوز فيه شهادة السماع: وحبس من جاز من السنين /// عليه ما يناهز العشرين".

لم يحترم بشأنها نوع المستند المطلوب، فقد جاء في قرار له : " أن شهادة الشهود لا تسمح في إثبات التصرفات إلا إذا كان مصدر علم الشهود المستند الخاص، والقرار المطعون فيه لما لم يأخذ بتصريح إدارة الأوقاف بأكمله، واستند على شهادة الشهود دون التأكد من توفرهم على المستند الخاص يكون ناقص التعليل " 242.

كما جاء في قرار آخر: " إن الفقه المعمول به يقرر أن بيع العقار لا يثبت باللفيف إلا عند الضرورة التي يجب توضيحها مع توفر شرط المستند الخاص، ولذلك فإن محكمة الاستئناف لما استبعدت اللفيف المدلى به لإثبات البيع بعله أن شهوده لم يحضروا مجلس العقد كانت على صواب" 243.

=- راجع: أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، ج9، دار الكتب العلمية-بيروت لبنان، دون ذكر السنة، ص: 274.

كما جاء في مواهب الجليل " كيفية الشهادة بالسماع في الأحباس أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدها كذا، وأنه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين عاما متقدما لتاريخ شهادته هذه سماعا فاشيا مستقيضا من أهل العدل وغيرهم أن هذه الدار وهذا الملك حبس على مسجد كذا أو على المرضى بحاضرة كذا وعلى فلان وعقبه، أو حبس لا غير وأنها كانت محترمة بحرمة الأحباس وتحوزهما بالوقف إليها والتبئين لها".

-أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 8، دار الكتب العلمية- لبنان، ص: 230 وفي التحفة" إنما يعمل السماع بالحبس فيما بيد المشهود له أو لا يد لأحد عليه إذ السماع لا ينزع به من يد حائزه كما مر، وظاهر ابن عرفة وغيره أنه ينزع به". التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، م.س، ص: 218

و لقد جرى عمل القضاة والعدول على اعتبار شهادة السماع في إثبات الملك، ولا يستفيد من شهادة السماع في مجال العقار إلا من كان بيده المشهود فيه، وحائزا له المدة الطويلة، ولا يقضى لأحد بشهادة السماع إلا بعد يمينه، فشهادة السماع تنفع الحائز، ولا ينتزع بها من يد الحائز، أو فيما ليس عليه يد.

ونشير إلى أن مدة الحيابة بين الأقارب الذين لا توجد بينهم عداوة فهو بما يجوز الأربعين سنة، أما مدة الحيابة بين الأقارب الذين بينهم عداوة هي عشر سنوات حيث يعتبرون كالأجانب. أما الحيابة بين الأصول والفروع فلا تنفع فيها طول المدة. ومن القرارات التي تصب في هذا الإطار ماجاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا عدد 1265 صادر بتاريخ 1988/11/1م في الملف الشرعي رقم: 86/6307: "إن الحيابة التي لا تعتبر أصلا بين الأقارب هي التي تكون بين الأب وابنه، أما بين الأقارب الآخرين فهي عاملة وهي عشر سنين إذا كان بينهم تشاجر وإلا أربعون سنة سواء كانوا شركاء أو لا".

- لمزيد من التفصيل أنظر: عبد المجيد الكتاني، شروط إثبات الملك في ضوء مدونة الحقوق العينية وأحكام الفقه المالكي، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العدد التاسع، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، 2014م، ص: 59

242 قرار عدد 2389 بتاريخ 2007/07/4 ملف مدني عدد 2004/1/1/1438 منشور بمجلة القضاء المدني، عدد 04، السنة الثانية 2011م، ص: 132.

243 قرار المجلس الأعلى عدد 3975 الصادر بتاريخ 10 يونيو 1998 منشور في كتاب التقرير السنوي للمجلس الأعلى 1998م، ص: 116

وإذا كان هذا الاتجاه القضائي يعطي اللفيف حجيته في ميدان الإثبات، فإن هناك اتجاها آخر يرفض أن تكون لمثل هذه الشهادة أية حجية في الإثبات في كافة المجالات ، وذلك بعلّة لا تذكر عادة في الأحكام ولا يجهر بها في ثناياها، حاصلها أن المسوغات والأسس التي من أجلها تم إقرار اللفيف ضمن وسائل الإثبات، بصفة استثنائية قد اندثرت ولم يبق لها أي أثر في ظل تعاضم وسائل الإثبات، فإذا زال الأصل تبعه الفرع، وإذا انتفى السبب تبعه المسبب²⁴⁴.

وسيرا على هدي هذا الاتجاه، اعتبرت محكمة النقض أن اللفيف يعد ورقة رسمية من الناحية الشكلية فقط أما موضوعا فهو مجرد شهادة، فقد اعتبرت في قرارها " أن عقد الشراء المدلى به الذي استندت إليه المحكمة في قضائها للقول بعدم صحة تعرض الطاعنين باعتباره رسما يشهد فيه العدلان بأتمية المشهود عليه هو حجة رسمية على أنه لم يكن وقت الإشهاد مصابا بخلل عقلي، وهي حجة لا يمكن إثبات عكسها بشهادة اللفيف الذي وإن كان يعتبر من حيث الشكل من الأوراق الرسمية، فإن محتواه يبقى مجرد شهادة"²⁴⁵. إلا أن هذا الموقف لم يدم طويلا، حيث اعتبرت محكمة النقض في قرار صادر عنها أن شهادة اللفيف كالعديلين²⁴⁶، ولعل حاجة الناس إلى هذه اللفيفيات لإثبات حقوقهم وممتلكاتهم هو ما جعل محكمة النقض تعدل عن قرارها وتعيد الاعتبار لشهادة اللفيف .

وفيما يتعلق بإعمال شهادة اللفيف واعتمادها في إثبات التصرفات المالية، فقد أكدت في مجموعة من قراراتها على أنه لا يمكن إثبات واقعة بيع عقار بشهادة الشهود، فقد جاء في إحدى

²⁴⁴ عادل حامدي ، الدليل الفقهي والقضائي ، م.س، ص: 204.

²⁴⁵ قرار محكمة النقض عدد 253، الصادر بتاريخ 2016/05/03، في الملف المدني عدد 2015/8/1/5204، نشرة قرارات محكمة النقض-الغرفة المدنية-، العدد 33، ص: 105-107

²⁴⁶ قرار محكمة النقض عدد 363، الصادر بتاريخ 2018/05/15، في الملف المدني عدد 2018/4/1/939، نشرة قرارات محكمة النقض-الغرفة المدنية- العدد 39، ص: 111-112

كما نجد مجموعة من القرارات الأخرى الصادرة عن المجلس الأعلى سابقا و التي أعطت اللفيف كامل حجيته، باعتباره شهادة خاصة تطبق عليها الأحكام الفقهية ومنها :

- قرار رقم 354 بتاريخ 1987/03/21، ملف عقاري عدد 84/4218، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40، ص:

149

- قرار عدد 295 بتاريخ 9 فبراير 1988 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42، ص : 168 .

- قرار عدد 2950 بتاريخ 4 يناير 1991 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46، ص: 65.

قراراتها:" لما تبين للمحكمة أنه لا يوجد من ضمن وثائق الملف ما يثبت وجود أي وعد بالبيع كتابية، وأن تسلم مبلغ مالي بواسطة شيك لا يمكن اعتباره كعربون للبيع، كما لا يمكن إثبات واقعة إثبات عقار بشهادة الشهود، ورتبت على ذلك أن واقعة بيع العقار لا تثبت إلا بالحجة الكتابية الثابتة التاريخ عملا بالفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود، تكون قد عللت قرارها تعليلا كافيا وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار"²⁴⁷.

كما أكدت أن الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ، أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق التي يتجاوز مبلغها عشرة آلاف درهم لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية²⁴⁸.

من خلال القرارات السالفة الذكر، يتضح أن موقف محكمة النقض كان متذبذب ولم يستقر على موقف واحد وهذا راجع بالأساس إلى اختلاف المرجعية التي انطلقت منها محكمة النقض في كل مرة، وذلك ما بين المرجعية الفقهية على قواعد المذهب المالكي والمرجعية الوضعية التي سنها المقنن المغربي.

وعلى الرغم من الإشكالات العديدة التي يثيرها اللبيب في النوازل المعروضة على القضاء، فإن الواقع الحالي في المغرب ما يزال يحتاج إلى هذا النوع من الشهادات لأن الأفراد لا يستطيعون إثبات حقوقهم وتصرفاتهم في بعض الحالات إلا بواسطة، كما هو الأمر مثلا في ميدان الأحوال الشخصية وفي مجال العقار غير المحفظ. إلا أن الإعتماد عليها في ميدان الإثبات، يتطلب الاحترام الدقيق لأحكامها الفقهية أما الإستمرار في الأخذ بها مع التغاضي عن بعض هذه الأحكام، فهذا من شأنه أن يجعلها تحيد عن الهدف الذي استحدثت من أجله الذي هو مساعدة الأفراد في إثبات حقوقهم، لتتحول إلى وسيلة لقلب الحقائق وضياع الحقوق.

²⁴⁷قرار عدد 2637، الصادر بتاريخ 2010/06/08، في الملف المدني عدد 2009/7/1/1592، منشور بالموقع الإلكتروني:

www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع على الموقع: 2022/05/12)

²⁴⁸ قرار محكمة النقض عدد 434، الصادر بتاريخ 2019/09/19، في الملف التجاري عدد 2017/2/3/3295، نشرة قرارات محكمة النقض- الغرفة التجارية-، العدد 47، ص: 124-125

المطلب الثاني: مدى اعتماد الإقرار واليمين كوسيلتين للإثبات في مجال التصرفات المالية :

لقد نظم المشرع المغربي أحكام الإقرار واليمين في قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية ، بحيث يسهل الرجوع إلى أبرز أحكامها²⁴⁹. ويعتبر الإقرار واليمين من وسائل الإثبات الإحتياطية التي يلجأ إليها الخصم عندما تستعصى عليه كل الطرق الأخرى، خاصة في مجال التصرفات المالية حيث لا يتم اللجوء إليها إلا في حالات جد نادرة، وذلك إما في حالة تعذر تقديم الدليل من وسائل الإثبات الأخرى أو عدم كفاية هذا الدليل.

وعلى ذلك، سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: حجية اليمين في إثبات التصرفات المالية

الفقرة الثانية:حجية الإقرار في إثبات التصرفات المالية

الفقرة الأولى: حجية اليمين في إثبات التصرفات المالية:

تعتبر اليمين²⁵⁰ وسيلة من وسائل الإثبات التي يلجأ إليها الخصوم، إلا أن طبيعتها تخالف غيرها من طرق الإثبات، كالشهادة والكتابة، ولقد أكدت الشريعة الإسلامية هذه الوسيلة ودعت إلى اعتمادها، فهي أحد أعمدة الإثبات وقاعدة فقهية ثابتة²⁵¹، مستمدة من قول الرسول صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعي واليمين على من أنكر ".

²⁴⁹ لقد تناول المشرع المغربي الإقرار في الفصول من 405 إلى 415 من قانون الالتزامات والعقود، أما اليمين فقد أحال على قانون المسطرة المدنية (من الفصول 85 إلى 88) لتنظيمها طبقا لما جاء في الفصل 460 من قانون الالتزامات والعقود.
²⁵⁰ اليمين هي إشهد الله تعالى على صدق ما يخير به الحالف ويكلف الشهود باليمين قبل تأدية شهادتهم إشعارا لهم بوجود قول الحق ويكلف بها أحد الخصوم لتأييد ادعائه عندما يعوزه الدليل عليه ولذا أمكن أن تعتبر اليمين من وسائل الإثبات أمام القضاء.

- أنظر : ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة - المحمدية ، الطبعة الأولى 1977 م، ص: 174.

²⁵¹ خالد سعيد ، الإثبات في المنازعات المدنية - دراسة علمية وعملية على ضوء القانون المغربي والإجتهد القضائي لمحكمة النقض - الطبعة الأولى ، دار السلام - الرباط ، يناير 2014، ص: 216.

ولقد قسم الفقهاء اليمين على أربعة أقسام وهي: يمين التهمة، يمين القضاء، يمين الإنكار واليمين مع الشاهد، فقد جاء في التحفة:

وهي يمين تهمة أو القضا /// أو منكر أو مع شاهد رضا²⁵²

فيمين الإنكار²⁵³، ويمين التهمة²⁵⁴ تتوجهان على المدعى عليه. واليمين مع الشاهد²⁵⁵ ويمين القضاء²⁵⁶ تتوجهان على المدعي.

ويلحق بهذه الأنواع يمينان أخريان يحلفهما المدعي وتسميان يمين الاستظهار، ويمين الاستحقاق²⁵⁷.

²⁵² التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، م.س، ص: 248
²⁵³ يمين الإنكار وهي المتوجهة لرد دعوى محققة، لا تتوجه على المدعى عليه إلا في الدعاوى المالية التي تقتضي عمارة الذمة أو إخلاء الذمة، كأن يدعي المدعي على المدعى عليه أنه باعه، أو اشترى منه، أو أجره، أو استأجره، أو أعاره، أو استعار منه، أو غير ذلك من العقود التي تثبت بشاهد ويمين. ويستثنى من الدعاوى المالية: دعاوى التبرعات، كأن يدعي شخص على آخر أنه وهبه داره أو أعاره إياها، أو حبسها عليه، أو غير ذلك من أنواع التبرعات " النحلة، العمرى الإسكان، الإخدام، الوصية" فإذا انكر المدعى عليه التبرع ولم يثبت المدعي دعواه فلا تتوجه يمين الإنكار على المدعى عليه، إلا إذا كان الشيء الذي يدعي المدعي أن المدعى عليه تبرع به عليه في يد هذا المدعي، فإن اليمين تتوجه على المدعى عليه المنكر حينئذ. ويظهر أن السبب الذي جعل الفقهاء المالكيين يقولون أن يمين الإنكار لا تتوجه على المدعى عليه في التبرعات، هو أن الإنسان في الغالب لا يتبرع على غيره ولهذا كانت دعوى المدعي بها ضعيفة جدا، فإذا عجز صاحبها عن الإتيان بالدليل عليها بطلت، من غير أن تحتاج إلى يمين المدعى عليه في تقرير هذا البطلان.

-للتوسع في هذه النقطة انظر: محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م،س، ص: 257-258 (بتصرف).

²⁵⁴ يمين التهمة هي اليمين التي يحلفها المدعى عليه بدعوى غير المحققة.
- للمزيد من التفصيل أنظر: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإقتان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد سالم، الجزء الأول، دار الحديث القاهرة، 2011م، ص: 208
²⁵⁵ اليمين مع الشاهد أو ما يقوم مقامه وهي ما كانت متممة لنصاب البيينة.

-أنظر: عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، م.س، ص: 143
و الجمهور-ماعدا الحنفية- يقولون بأن الدعاوى المالية تثبت بشاهد ويمين، أو امرأتين ويمين، أو بالشاهد العرفي واليمين. وعلى هذا فإذا رفع المدعي دعواه على آخر بمال أو بما يؤول إلى المال وأتى بشاهد واحد، أو امرأتين أو شهد له العرف، أي كانت هناك قرينة تصدقه. فإن اليمين تتوجه عليه لتتم حجته وتكمل بيمينه بينته.

-أنظر: محمد ابن معجوز، م.س، ص: 261
²⁵⁶ يمين القضاء استحسنها الفقهاء احتياطا على حفظ مال من لا يمكنه الدفع عن نفسه، إما في الحال كالعائيب والصغير، أو في المال كالميت، فهي لرد دعوى مقدرة لا حاصلة.

- راجع: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، م،س، ص: 208.
²⁵⁷ يمين الإستظهار هي التي تجب على المشهود له فيما إذا اعتمد الشاهد على ظاهر الحال على شهادته. أما يمين الاستحقاق فهي التي تجب على المدعي أيضا عندما تشهد له بينته بملك شيء غير العقار: " أو بملك العقار أيضا على ما به العمل" وقد

أما المشرع المغربي فقد ميز بين نوعين من اليمين: اليمين الحاسمة واليمين المتممة؛ فاليمين الحاسمة هي تلك التي يوجهها أحد الخصوم إلى الآخر عندما يفتقر إلى الدليل، فلا يكون للقاضي توجيهها، وهي تحسم النزاع وتقطع دابره، فيكون القاضي ملزماً بالأخذ بنتيجتها²⁵⁸. وهي تعد طريق غير عادي للإثبات، فمن يوجهها لا يقيم الدليل على شيء، وإنما هو يلجأ إليها كسهم أخير في جعبته، فقد يصيب من خصمه ذمته أو ضميره أو عقيدته²⁵⁹، وهي وسيلة تنتطوي على مجازفة، لأن من وجهت إليه اليمين إن أداها كسب الدعوى، ولذلك لا يلجأ إليها الخصم إلا عند تجرده من الدليل. وإذا لم يشأ من وجهت إليه اليمين أن يؤديها فله أن ينكل عنها أو يردّها على خصمه، فإن ردها كان على من وجهها أن يحلف أو ينكل²⁶⁰. وإذا تم أداء اليمين الحاسمة ممن وجهت إليه، أو نكل عنها أو قلبها، فحلف موجهها، فإن سلطة القاضي في تقدير قيمة اليمين الحاسمة في الإثبات تضحل أمام الصفة الحاسمة والمنهية للنزاع باليمين²⁶¹، حتى إن تبين للقاضي بعد أداء اليمين أنها كاذبة، بثبوت ما يخالفها²⁶²، إلا أن اليمين حجة قاصرة، لأنها لا تلزم إلا من كان طرفاً فيها، وخلفهما العام والخاص، فهي لا تنشئ حقاً في مواجهة الغير

=سبق أن الشاهد بالملك يقول: ولا أعلم أنه خرج من ملكه. فلا تتم هذه الشهادة إلا إذا حلف المشهود له أن ذلك الشيء لم يخرج فعلاً من ملكه.

-أنظر: ابن معجوز، م.س، ص: 262-263

²⁵⁸ نص الفصل 85 من قانون المسطرة المدنية على أنه: " إذا وجه أحد الطرفين اليمين إلى خصمه لإثبات ادعاءه أو ردها هذا الأخير لحسم النزاع نهائياً فإن الخصم يؤدي اليمين في الجلسة بحضور الطرف الآخر أو بعد استدعائه بصفة قانونية . يؤدي الطرف اليمين بالعبارة الآتية: "أقسم بالله العظيم" وتسجل المحكمة تأديته لليمين".

²⁵⁹ يجب أن تتوافر فيمن يوجه اليمين أهلية التصرف، أي بالغاً سن الرشد القانوني وغير محجور عليه. كما أن اليمين الحاسمة توجه إلى الخصم الآخر، ولا يجوز توجيهها لثانته، لأن الحلف أمر شخصي لا تجوز النيابة فيه، ويشترط أن يكون الموجه إليه اليمين ذا أهلية للتصرف، كموجهها، حتى يعتبر رده اليمين على موجهها، أو نكوله عن حلفها.

-راجع: ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م.س، ص: 176 .

كما يجب أن لا يكون توجيه اليمين من أحد الخصوم مشوباً بإحدى عيوب الإرادة، الغلط أو التدليس أو الإكراه، فإذا ثبت ذلك كان توجيه اليمين الحاسمة غير صحيح، وبالتالي جاز لمن وجه اليمين لإحدى الأسباب السابقة أن يبطله حتى بعد أن يقبل خصمه، بل وحتى بعد أن يحلف. أخيراً يجب أن تكون اليمين موجهة على من هو طرف الدعوى وعن وقائع متعلقة بشخصه.

-أنظر: رشيد العراقي، طرق إثبات الإلتزام، مجلة الملحق القضائي، العدد 30، مطبعة الأمنية - الرباط، أكتوبر 1995. ص:

36

²⁶⁰ جابر الشحري، م.س، ص: 105-106

²⁶¹ قرار محكمة النقض عدد 259، الصادر بتاريخ 2013/04/30، في الملف المدني عدد 2012/1/1/4999، مجلة ملفات

عقارية، العدد 3، ص: 108-109

²⁶² ادريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص: 177.

ممن لم يكن طرفا في توجيهها أو أدائها أو النكول عنها أو ردها، فإذا كانت الدعوى مرفوعة في مواجهة أكثر من مدعى عليه، فمن نكل عنها لا يلزم بنكوله باقي الخصوم الذين قاموا بأدائها، أو قلبوها على موجهها فنكل عن أدائها، فمن صدر عليه حكم بناء على يمين فإن ذلك الحكم ملزم لورثته ولخلفه الخاص، أي من يخلفه في مال معين، وهنا تلتقي اليمين مع الإقرار، أما الأغيار فلا يواجهون بالحكم الذي بني على اليمين، فهو لا ينشئ أي حق في مواجهتهم²⁶³.

ومن مظاهر الحجية القاطعة لليمين بالنسبة للخصوم أن توجيهها من أحد الخصمين إلى الآخر (أوردها من وجهت إليه على من وجهها) يعني عدم جواز العودة لإثبات ما تم الحلف عليه بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات بقصد تكذيب دلالة اليمين، ومن أجل ذلك فلا يجوز لمن وجه اليمين أوردها أن يرجع عنها متى قبل خصمه حلفها، وهو ما يستتشف من قرار لمحكمة النقض والذي جاء فيه: "اليمين الحاسمة ملك أطراف النزاع لا ملك المحكمة، فللخصوم وحدهم الحق في توجيهها لحسم النزاع. إذا وجه خصم اليمين الحاسمة لخصمه، وأداها هذا الأخير، خرجت تلك الواقعة أو التصرف عن دائرة الإثبات، وامتنع على من وجهها الاستدلال بوسيلة إثبات أخرى لنفي مضمونها"²⁶⁴.

أما اليمين المتممة فهي التي يوجهها القاضي تلقائيا إلى الطرف الذي لم يعزز مزاعمه بالحجج الكافية، ومن ثم لا توجه إلا مع الدليل الناقص، ولا يتقيد القاضي بنتيجتها، فقد يحكم بخلاف مدلولها إذا ظهر له دليل آخر أو تشكك في صحتها، كما لا يمكن لمن وجهت إليه ردها على خصمه²⁶⁵، وتوجه دائما بمقتضى حكم تمهيدي يوضح مضمونها والطرف الذي وجهت

²⁶³ خالد سعيد، م.س، ص: 237 .

²⁶⁴ قرار محكمة النقض عدد 639، الصادر بتاريخ 2009/02/25، في الملف عدد 2007/2/1/1729، منشور بالموقع الإلكتروني: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع على الموقع: 2022/05/12)

²⁶⁵ عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي، م.س، ص: 190 - 191 .

إليه²⁶⁶. وبهذا فإن اليمين المتممة تختلف اختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة ، ذلك أن الأولى إنما توجه لاستكمال دليل ناقص ، أما الثانية فهي دليل قائم بذاته يستبعد أي دليل آخر²⁶⁷.
وسواء كانت يمين حاسمة أو متممة، فإنها تعد طريقا غير عادي للإثبات في مجال التصرفات المالية لكونها لا يتم اللجوء إليها إلا في حالات جد نادرة، وذلك إما في حالة تعذر تقديم الدليل من وسائل الإثبات الأخرى أو عدم كفاية هذا الدليل. وفي هذا الصدد وردت عدة اجتهادات فقهية وقضائية منها : ما أورده ابن رشد في مسألة شراء الدار وبها نخل : " أخبرنا عن ابن وهاب أيضا قال : أخبرني يزيد بن عياض ، أنه بلغه أن مروان بن الحكم اشترى من إبراهيم بن نعيم النجم نخلا له كانت في دار مروان أو بعضها؛ فقال إبراهيم إنما بعثك النخل، وقال مروان إنما اشتريت النخل والبقعة، فاختلفا فجعلا بينهما ابن عمر، فقاضى بينهما ابن عمر باليمين على إبراهيم بن نعيم ، فنكل إبراهيم عن اليمين فأسلم البيع لمروان "²⁶⁸.

فمن خلال هذه المسألة يتبين أن المشتري يدعي أنه اشترى النخل والبقعة معا ولا يتوفر على أي دليل يستند عليه في دعواه، بينما يدعي البائع أنه باعه النخل فقط ، الأمر الذي دفع بابن عمر إلى توجيه اليمين للبائع من أجل حسم النزاع، فكانت النتيجة هي نكوله وبالتالي تم الحكم لصالح المدعي (المشتري). وفي هذا الشأن، ورد في قرار لمحكمة النقض " أن المقرر فقها وقضاء هو أن ادعاء الشخص الشراء من القائم ومورثه مع ثبوت الحيازة للمشتري يجعل قول المشتري مع يمينه عملا بقول المتحف:" ويحلف القائم واليمين له إن ادعى الشراء منه معمله"، والمحكمة لما ثبت لها أن المستأنف أدى اليمين القانونية بجلسة البحث القضائي على كون الخصم فوت له المدعى فيه، فإن تملكه للعقار المدعى فيه واقتترانه بالحيازة المدة المعتبرة شرعا يكون منتجا لكافة آثاره القانونية ومنازعة الخصم له في ذلك غير متسمة بالجديّة، وقضت وفق

²⁶⁶ قرار محكمة النقض عدد 205، الصادر بتاريخ 2018/03/13، في الملف المدني عدد 2015/4/1/3458، نشرة قرارات محكمة النقض -الغرفة المدنية-، العدد 39، ص: 91-93
قرار محكمة النقض عدد 1415، الصادر بتاريخ 2011/03/29، في الملف المدني عدد 2010/2/1/1537، قضاء محكمة النقض، عدد 75، ص: 11

²⁶⁷ رشيد العراقي، م.س، ص : 37.

²⁶⁸ أبي الوليد ابن رشد القرطبي ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ، دار الغرب الإسلامي - بيروت لبنان، ج 7، الطبعة الأولى 1984 م، ص: 501.

ما جرى به منطوق القرار، تكون قد أقامت قضاءها على أساس قانوني سليم وعلت قرارها تعليلا كافيا "269 .

كما اعتبرت المحكمة الابتدائية بالعرائش أنه تطبيقا لمقتضيات الفصل 87 من ق.م.م، فإنه للمحكمة إذا تبين لها أن أحد الأطراف لم يعزز ادعاءاته بالحجة الكافية أن توجه اليمين تلقائيا إلى هذا الطرف بحكم يبين الوقائع التي ستلقى اليمين بشأنها.²⁷⁰ وعلى هذا الأساس يمكن القول أن للقاضي السلطة التقديرية في تقييم وسائل الإثبات المعروضة أمامه، وله أن يتدخل من أجل تكملة النقص الذي اعترى الدليل وذلك بتوجيه اليمين إلى أحد الخصمين، فهذه الوسيلة تبقى الملاذ والمنفذ للقاضي عندما تشتد الخصومة ويستعصى الدليل ويتعذر، فتكون هي الخلاص لفك النزاع والفصل فيه.

كما ورد في مسألة أخرى : " سئل عن رجل اشترى من رجل دارا بكل ما فيها وكل حق هو لها فهدم المشتري الدار إلا حائطا واحدا، فلما أراد هدمه منعه جاره وقال هو لي وأقام على ذلك بينة أنه له، قال: لا شيء للمشتري فيه، قال السائل: فإنه يقول للبائع احلف لي أنك لم تبغني هذا الحائط فيما بعته، قال ليس عليه يمين إلا أن يدعي أنه باعه ذلك الحائط بنفسه وينكر ذلك البائع فإن له عليه اليمين في ذلك، وأما قول المشتري إنني اشتريت منك جميع الدار وإن هذا الحائط ليس من الدار فليس عليه بذلك يمين لأنه إنما باعه كل حق كان للدار، فهذا ليس من حقاها، قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن الرجل إذا باع الدار بجميع حقوقها فلا يقع البيع على جدرانها الأربع إلا أن يشترط ذلك، وإنما يقع على ما كان منها من حقوقها، فإذا وجد شيئا منها ليس من حقوقها لم يكن له بذلك على البائع قيام إذا لم يبعه إلا ما كان من حقوقها "271.

فمن خلال هذه النازلة يتبين أنه يمكن للمدعي توجيه اليمين إلى خصمه في حالة افتقاره لدليل يثبت صحة ما يقول من أجل حسم النزاع، وفي هذا الإطار نقضت المحكمة القرار

²⁶⁹ قرار محكمة النقض عدد 248، الصادر بتاريخ 2019/04/30، في الملف المدني عدد 2018/4/1/2323، مجلة ملفات عقارية، العدد 9، ص: 61-64

-قرار محكمة النقض عدد 8/403 الصادر بتاريخ 2014/10/14، ملف مدني عدد 2105/1/8/2014 (غير منشور) .

²⁷⁰ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالعرائش، بتاريخ 12_01_2009 ملف مدني عدد 8/860 (غير منشور).

²⁷¹ أبي الوليد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ج 8، دار الغرب الإسلامي - بيروت لبنان، ط 1، 1984 م، ص: 60.

الإستئنافي الصادر عن محكمة الإستئناف بتازة حيث أساء تطبيق القاعدة الفقهية التي تقتضي عدم جواز حلف أحد ليستحق غيره، لكون المشتري قد عبر عن رغبته في أداء اليمين المكملة لملكية البائع من أجل أن يستحق هو المبيع لا البائع، فكان من الجائر أن يحلف المشتري تكملة لحجة البائع، لكونه سينتفع هو بيمينه، وتكون مصلحة البائع قاصرة على سقوط الضمان عليه إن حكم لمصلحة المشتري، وإلا كان للمشتري الرجوع عليه²⁷².

وفيما يتعلق بجواز إثبات التصرفات التبرعية باليمين، " قال الباجي في مسألة عدم جواز الوصية لو ارث إلا إن أجازها بقية الورثة: تجوز الوصية لابن وارثه أو لأحد من قرابته ممن يظن أنه يردها للوارث. روى ذلك يحيى عن ابن القاسم وقاله مالك في المجموعة، ووجهه أنه وصية لغير وارث وما يظن به من صرف ذلك للوارث لا يمنع الوصية لأن مقتضى ملكه لمن أوصى له به أنه يعطيه لمن يشاء، فإن قصد ذلك الموصي فهو أثم قال: ولا يمين على الموصى له أن الوصية على وجه التوليج لأنها يمين تهمة فيما لا يمكن الاحتراز منه ولا المنع ثم قال: وإذا صرفه الموصى له إلى الوارث جاز ذلك وكان للوارث أخذه أو تركه. وما ذكره من عدم اليمين نحوه في ابن سلمون عن أصبغ، لكن قال ابن رشد: هو جار على الخلاف في يمين التهمة يعني: والمشهور توجيهها.

قال: وإن قطع الوارث بأن ذلك كان توليجا ووجه الدعوى بذلك فاليمين واجبة باتفاق. ونقل عن أوائل وصايا المعيار إنه إذا اتهم أن يكون اتفق مع الموصى له أن يردها على الوارث وأن ذلك تحيل على الوصية لو ارث فإن الموصى له يحلف للتهمة المذكورة، فإن لم يحلف لم يعط الوصية فهو جار على توجيه يمين التهمة"²⁷³.

"كما سئل ابن رشد عن رجل تصدق على ابنته الصغيرة في حجره وولاية نظره بعقار وعقد لها بذلك عقدا وحدد فيه العقار المذكور واحتازه لها كما يجب وأمسك العقد عند نفسه ولم

²⁷² قرار محكمة النقض عدد 2487 الصادر بتاريخ 2002/07/11 ملف عدد 07/99/1704 أشار إليه : عادل حاميدي ، القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الإلتزامات والعقود والفقهاء الإسلامي ، الطبعة الثانية ، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، 2015 م، ص: 203.

²⁷³ البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 516

يشعر به أحد، ثم أنه باع بعض العقار من ابن له ونسبه إلى نفسه وكبرت الابنة وتزوجت والأب حي، ثم مات الأب المذكور فوجد زوج الابنة المذكورة العقد المذكور في تركة والدها المذكور، فقام به وأثبتته عند حاكم البلد وأراد أخذ العقار المذكور ما بيع منه وما لم يبيع، فقال أخوها : هذه الصدقة لم تحزها في حياة أبيها، وقالت المتصدق عليها : إن أبي لم يطلعني عليها وجدني إياها، فهل يا ترى – وفقك الله- الصدقة جائزة لكتمان الوالد إياها وجوده لها، أم لا؟ الجواب: إذا ثبتت الصدقة والحياسة كما ذكرت وعلم عدم معرفة الابنة بذلك فلها القيام بصدقها وتحلف على جهلها بها وأنها ما علمت بها إلا الآن حين قيامها ويصح لها ذلك. وأما البيع فمأض وتطلب تركته بالثمن، قاله : ابن عياض."274

وفي مسألة من تصدق على ابنه بدار، وعمل له فيها، ومات وهي في يديه " قال ابن رشد: إن الصدقة له باطلة، قيل له: فإن أنفذها له الورثة، ثم أرادوا الرجوع فيها، قال: الناس في هذا مختلفون. أما أنا فأرى أن يحلفوا إن كانوا ممن يعرفون بالجهالة، أنهم إنما أنفذوها له وهم يرون أن ذلك عليهم قد لزمهم، ويرجون فيها فيأخذونها.

قال محمد بن رشد: قوله: الناس في هذا مختلفون، في مثل يريد: المخاصمين في مثل هذا وشبهه مختلفون، منهم من يجهل فيصدق إذا ادعى الجهالة، ومنهم من لا يجهل فلا يصدق إذا ادعى الجهالة... إذا كانوا ممن يعرف بالجهالة أن يحلفوا أنهم إنما أنفذوها، وهم يرون أن ذلك عليهم قد لزمهم، وهي يمين تهمة، فيختلف فيها، إلا أن تحقق عليهم الدعوى بأنهم إنما أنفذوها بعد أن علموا أن ذلك لا يلزمهم ، فيجب عليهم اليمين قولاً واحداً"275.

من خلال هذه المسألة يتبين أن من شروط صحة الهبة القبض وأن الموهوب له إذا لم يحز الشيء الموهوب سواء كان داراً أو غيرها حتى حدث مانع فليس له أي حق في هذا العقار إلا في حالة الجهالة كما هو واضح من خلال هذه المسألة بحيث أنفذوها له ظناً منهم

²⁷⁴القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق الدكتور محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي-

بيروت، الطبعة الثانية 1997م، ص: 210

²⁷⁵ أبي الوليد ابن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي-

بيروت لبنان، الجزء 13، الطبعة الأولى 1975م، ص: 435-436

أنها تلزمهم وأرادوا الرجوع ففي هذه الحالة تلزمهم اليمين فإن حلفوا أخذوا الدار وإن نكلوا فلا شيء لهم²⁷⁶.

وقد اتفق الفقهاء على ثبوت التبرعات العقارية باليمين مع الشاهد، حيث أن المتبرع عليه عندما لا يستطيع أن يقيم إلا شاهدا واحدا، فإنه يحلف ليثبت له المتبرع به، ويؤكد هذا ما أورده القاضي عياض عند سؤاله عن وهب لابنة ربحا ليعتصره ثم توفي وعن إسهاده بدين وبغلة هذا الربع "جوابك - أدام الله عزك وتوفيقك - في رجل توفي وترك زوجة وابنة منها وابن عم، وكان المتوفى قد وهب لابنته في صحته وجواز أمره ربحا: دارين وثلاثة حوانيت وسلط عليها حكم الاعتصار ولم يترك من الربع حاشا دار سكناه وترك ما لا حصر له خارجا عن المدينة وأشهد لابنته المذكورة أن أمها تصدقت على ابنتها المذكورة بمائة مثقال واحدة وأنه تجر بها فربح فيها ثلاثين مثقالا وأنه اجتمع بيده لها من غلة الربع الذي وهبه لها سبعون مثقالا ثم توفي الرجل بعد سنين ولم يوجد له من المال سوى دار سكناه ومن الناض نحو عشرة مثاقيل ووجد له أثاث من ثياب ظهره وغيرها لا تبلغ ما أقر به لابنته، وترك أيضا ثيابا وحليا وماعونا من نحاس كان وهبه لها وسلط على ذلك كله الاعتصار ووجد جميع العقود بالهبات والإقرارات في خزانته فقام العاصب يدفع هذه الهبات والإقرارات بحكم التوليج للبتت بها واحتج بأن بينه وبين الميت منافرة فهل ترى له في هذا حجة تفدح في هذه الهبات وتكون توليجا أم لا؟

جوابا على هذا: تأملت سؤالك هذا والهبتان اللتان وهبهما الأب لابنته في صحته واحتازها لها من نفسه لكونها في حجره جائزة لها إذا ثبتت ثبوتا لا مدفع فيه وكذلك ما أشهد به على نفسه أنه قبضه من نحلة الهبة إذا كان يشبهه فهو نافذ لها والثلاثون مثقالا منها الموجودة بخط الأب هو كإقراره بها إذ ثبت الخط بشاهدين وإن لم يشهد عليه إلا واحد عدل

²⁷⁶أشير هنا إلى أنه حسب علمي وإطلاعي على بعض القرارات القضائية، أنه لا توجد اجتهادات قضائية تقضي بإثبات الهبة أو الصدقة عن طريق اليمين، وذلك لكون المشرع المغربي كان واضحا في هذه المسألة حيث نص على إجبارية تحرير هاته العقود في محرر رسمي وإلا اعتبر التصرف باطلا (المادتين 274 و 291 من مدونة الحقوق العينية).

حلفت الإبنة وحكم لها بها وإن لم تكن الإبنة في البلوغ فتؤخر اليمين عنها إلى أن تبلغ ويكون حكمها في ذلك كحكم الصبي يقوم له شاهد واحد عدل على حق له، وأما إقرار الأب بالمائة الموهوبة من قبل أم الصبية لها فلا ينفذ إلا أن تثبت الهبة، وأما إنفاق الأب عليها وما ذهب إليه العاصب من محاسبتها عن ذلك في الذهب الذي استقر لها عند أبيها من غلة الربع الموهوب فليس له ذلك إلا أن يقول حاسبوها بذلك. قاله محمد بن أحمد بن الحاج"277.

و جاء في التبصرة: " وإذا قام جماعة في صدقة تصدق بها عليهم، ومنهم الحاضر والغائب، والصغير والكبير، فقاموا يطلبون صدقتهم من ورثة الموصي، ولم يجدوا عليها إلا شاهدا واحدا، فإنه يحلف رجل منهم ممن حضر مع شاهدهم ويستحق الصدقة لجميعهم، وليس عليهم أن يحلفوا كلهم كما يحلف الورثة في ذكر الحق وليس هذا مثل ذلك. قاله فضل في مختصر الواضحة. وفي (المتيضية): إن كانت الصدقة أو الحبس على بني فلان، فروى ابن الماجشون عن مالك أنه يحلف الجل معه، أي مع الشاهد وتنفذ لجميعهم، والجل ما زاد عن النصف."278

كما سئل أحد الفقهاء عن حبس ماله على أولاده ولم يقع ذلك إلا بشاهد واحد، هل ذلك سائغ أم لا؟

فأجاب: " أن الوقف على معين يثبت بالشاهد واليمين على المشهور، وأن وقف المريض ماض في ثلثه كسائر تبرعاته، فإذا حلف المحبس عليها المذكور مع شاهده إن كان عدلا ثبت الحبس ولزم فيما حمله ثلث المحبسة المذكورة مما حبسته من غير توقف على موافقة أحد من الورثة، إذ ليس لهم في تبرعات المريض رد إلا أن تزيد على الثلث، كما يثبت أيضا، ويلزم فيما زاد على الثلث من واجب من وافق من الورثة عليه من ذلك دون من لم يوافق إن حلف المحبس عليه أيضا مع شاهده على الموافقة المذكورة، ولا يبطله عدم

277 القاضي عياض وولده محمد، م، ص: 220-223

278 الإمام العلامة برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون البيعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، دار عالم الكتب- الرياض، طبعة خاصة 2003م، ص: 241

الحيازة قبل موت المحبسة، لأن الحيازة إنما تشترط فيما حبس في حال الصحة دون المحبس في المرض²⁷⁹.

وبهذا تكون اليمين طريقا من طرق الإثبات، بحيث يستعملها المدعي لإثبات حقه في الدعاوى المالية التي له عليها شاهد واحد، ويستعملها المدعى عليه المنكر لرد دعوى المدعى في بعض الأحيان.

وتجدر الإشارة إلى أنه فيما يخص المنازعات التي تترتب عن التصرفات التي يكون قد أجراها المورث قيد حياته، فإن اليمين التي يمكن لورثته أدائها تنصب على علمهم فقط، لأن التصرف أجراه مورثهم، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: " من القواعد المقررة فقها وقضاء أن اليمين شخصية وتتعلق بذمة الحالف ومن ثم لا يجوز أن تنصب اليمين على وقائع لا تتعلق بشخص الحالف مهما كانت علاقة ذلك الشخص الآخر به. وأنه لما كان المتعاقد في نازلة الحال هو موروث المطلوبين في النقض، فإنه لا يجوز توجيه اليمين عن صحة العقد للورثة إلا إذا أريد تحليفهم على عدم العلم بالوقائع المدعى بها في الحلف وقد تكون على البت وقد تكون على نفي العلم وفي ذلك يقول المتحرف:

ومثبت لنفسه ومن نفي عنها على البتات يبدي الحلفا
ومثبت لغيره ذلك اقتفى وإن نفي فالنفي للعلم كفى

لذلك فإن المحكمة ولما لها من سلطة في تقييم الأدلة واستخلاص قضائها منها، فإنها حين عللت قضاءها بأن: " مورثة طالبي التحفيظ قد فوتت فعلا الدار للهالك موروث المتعرضين بعقد صحيح ومنتج لآثاره بين الطرفين وخلفائهما وظل يتصرف فيه إلى أن توفي وتركه لورثته، وبالتالي يكون التعرض مبني على أساس سليم واقعا وقانونا ولا ينفع الطرف المستأنف توجيه اليمين الحاسمة للورثة بشأن صحة العقد المذكور مادام أن تلك اليمين لا يمكن توجيهها إلا لمن

²⁷⁹أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، الجزء الثامن، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-المغرب، 1998م، ص:336-337

كان شخصيا طرفا في العقد وهو في نازلة الحال قد توفي فلا يلزم ورثته بأدائها عنه اعتبارا لارتباطها بضميره ووازعه الديني الذي تعذر التحقق منه بوفاته"، فإنه نتيجة لذلك يكون قرارها معللا " 280.

الفقرة الثانية: حجية الإقرار في إثبات التصرفات المالية

يعتبر الإقرار²⁸¹ من أقوى أدلة الإثبات التي حظيت بتنظيم تشريعي²⁸²، لأن احتمال الصدق فيه أرجح من احتمال الكذب، فالعقل لا يقر عادة ولا يرتب حقا للغير على نفسه إلا إذا كان صادقا في إقراره²⁸³، ولذلك قيل: الإقرار سيد الأدلة²⁸⁴. وهو نوع من الشهادة لأن الشخص يقر بواقعة منتجة لأثر قانوني على عاتقه، أي أنه يشهد على نفسه بأن ما يدعيه صاحب الحق هو صحيح²⁸⁵.

وحجية الإقرار في إثبات التصرفات المالية تستدعي منا التمييز بين الإقرار القضائي وغير القضائي؛ فالإقرار القضائي²⁸⁶ حجته قاطعة في مواجهة المقر، لا يجوز له العدول

²⁸⁰ قرار محكمة النقض عدد 392، الصادر بتاريخ 2021/05/10، في الملف المدني عدد 2019/8/1/5033، منشور بالموقع الإلكتروني:

www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع على الموقع: 2022/05/18)

²⁸¹ الإقرار حسب ابن عرفة "خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط، بلفظه، أو بلفظ نائبه".
-أنظر: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1/2000م، ص:377
ويشترط في الإقرار بالمال أن يكون المقر مكلفا، رشيدا، طائعا، وأن يكون ممن لا يتهم على أنه أراد أن ينفع المقر له. وأن يكون المقر له أهلا للاستحقاق، وأن لا يكذب المقر فيما أقر له به.

-أنظر: ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، م.س، ص: 32
²⁸² لقد أعطى المشرع المغربي للإقرار مركز الصدارة ضمن وسائل الإثبات الخمسة في قانون الالتزامات والعقود وقد خصه بعشرة فصول (الفصول 405 إلى 415 من قانون الالتزامات والعقود).

²⁸³ زهيرة فونتيير، منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقه والحماية القضائية، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، السنة الجامعية 2014-2015م، ص: 271

²⁸⁴ قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 8724، بتاريخ 26 دجنبر 2000، أورده: حموي ادريس، دعوى استحقاق العقار العادي، بحث لنيل دبلوم الماستر في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس، الموسم الجامعي 2011-2012م، ص: 97
²⁸⁵ ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة فضالة، المحمدية، ط1/1977 ص: 161
²⁸⁶ "إن الإقرار هو ذلك الاعتراف الذي يقوم به الخصم أو نائبه المأذون له إذنا خاصا طبقا للفصل 405 من قانون الالتزامات والعقود، أما إقرار الخصوم لبعضهم لبعض فلا يلزم إلا من صدر منه لصالح المقر له ولا يلزم غيرهما".

-قرار محكمة النقض عدد 458، الصادر بتاريخ 2021/06/01، في الملف المدني عدد 2019/3/1/3243، منشور بالموقع الإلكتروني: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع على الموقع: 2022/05/12)

عن إقراره²⁸⁷ ولا تجزئته²⁸⁸، على نحو لا يمكن للقاضي أن يستبعده إلا إذا ثبت ما يخالفه بحجة لا سبيل لدحضها²⁸⁹.

أما الإقرار غير القضائي²⁹⁰ فهو الذي يصدر عن الشخص وقد يكون بخط يده أو بخط غيره لكنه موقع من لدنه²⁹¹، ويمكن للمدعي أن يثبت إنكار المقر لإقراره غير

²⁸⁷ متى صدر الإقرار في مجلس القضاء، لا يحق للمقر أن يسحب إقراره بعد صدوره، غير أنه لما كان الإقرار عملاً قانونياً يشترط فيه ما يشترط في العمل القانوني من شروط الإنعقاد والصحة، بما يتبع هذه الشروط من جزاء البطلان أو القابلية للإبطال، وجب أن يكون للمقر بعد صدور الإقرار منه في مجلس القضاء أن يتمسك ببطلانه إذا وجد ما يبرر ذلك. وعلى هذا يستطيع المقر أن يطالب عدم أخذه بإقراره على أساس ما وقع فيه من غلط دافع إلى إصداره، على أن يكون الغلط الذي يستند إليه في الطعن غلطاً في الواقع لا في القانون، وذلك على أساس أن طبيعة الإقرار أنه إخبار بواقعة، وأن القصد إلى الإقرار نفسه يكفي لا اعتباره كذلك، ولو لم تتضح للمقر كل النتائج التي يربطها القانون باعترافه بهذه الواقعة، ولذا لا يجوز للمقر أن يطلب عدم أخذه بإقراره على أساس غلطه في نتائج قانونية للواقعة المقر بها مهما كان هذا الغلط جوهرياً.

- انظر: ادريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص: 169

²⁸⁸ مبدأ عدم جواز تجزئة الإقرار يستمد أساسه من كون المقر هو مدعى عليه، والإقرار الذي يصدر عنه هو الحجة الوحيدة التي يواجه بها نفسه، لذلك فإنه من غير المنطقي وليس عدلاً أن نقوم بتجزئة الإقرار في مواجهته، ونلقي عليه عبء إثبات أحد أجزاء الإقرار الصادر بعدما يكون المدعي قد استفاد منه.

وقد منع الفصل 414 من ق.ل.ع تجزئة الإقرار ضد صاحبه، إذا كان هو الحجة الوحيدة عليه، وأجازها في ثلاث حالات:

1- إذا كانت إحدى الوقائع ثابتة بحجة أخرى غير الإقرار.

2- إذا ثبت كذب جزء من الإقرار.

3- إذا انصب الإقرار على وقائع متميزة ومنفصلة بعضها عن بعض.

- للتفصيل أنظر: خالد سعيد، م.س، ص: 95-96

²⁸⁹ إذا حصل الإقرار أمام القاضي، ولو بواسطة النائب القانوني المأذون له بذلك إذنا خاصاً بالإقرار، أو بواسطة المحامي، وضمن ذلك الإقرار في محضر الجلسة، بإرادة سليمة غير مشوبة بالعيوب فإن ذلك المحضر يكون له قوة الوثيقة الرسمية، والأمر نفسه يسري على الإقرار المشار إليه في وقائع المقرر القضائي، بل إن الإقرار القضائي يكون منتجاً لآثاره ولو تم أمام قاضي غير مختص لا نوعياً ولا مكانياً، أو صدر في دعوى أخرى.

- أنظر: خالد سعيد، م.س، ص: 94

²⁹⁰ عرفت الفقرة الأولى من المادة 407 من ق.ل.ع الإقرار غير القضائي بأنه الإقرار الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي، ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه.

ويشترك الإقرار غير القضائي مع الإقرار القضائي في طبيعته من حيث أنه عمل قانوني إخباري من جانب واحد وأنه يعتبر بمثابة عمل من أعمال التصرف وأنه حجة قاصرة، ويختلف عنه في أنه لا يصدر في مجلس القضاء في القضية المتعلقة بالمقر به ذاتها. غير أنه لما كان الفرق بين نوعي الإقرار لا يمس طبيعتهما في شيء وإنما يتعلق بظروف صدور الإقرار في مجلس القضاء أو في غيره، ولما كان ظرف صدور الإقرار في مجلس القضاء ليس من شأنه سوى توفير الثقة في جدية الإقرار، كان من الصعب التسليم باختلاف آثار الإقرار غير القضائي- متى ثبت جديته- عن آثار الإقرار القضائي، وتعينت المساواة بينهما في أحكامهما.

-انظر: ادريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص: 172

²⁹¹ إذا كان الإقرار غير القضائي مكتوباً تكون له قوة الورقة التي تضمنته رسمية كانت ام عرفية، ويمكن استخلاص هذا من الفصل 416 من ق.ل.ع.

القضائي بجميع وسائل الإثبات²⁹². كما قد يكون شفويا حيث يمكن للمدعي إثبات إقرار المدعي عليه المنكر الذي وقع خارج مجلس القضاء بالبيننة، ومتى أثبتته حكم له²⁹³. وهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي من حيث استنباطه، لأنه لا يحصل أمام القاضي، وإنما يستنتج من خلال ما يقدم إليه من أدلة، فالإقرار غير القضائي يجب إثباته²⁹⁴، لكن إذا قرر القاضي بعد إعمال هذه السلطة المضبوطة بالتعليل اعتباره إقرارا لتوفر شروطه، وانعدام ما يقدح فيه، فإنه يكون حجة قاطعة على المقر وخلفه العام والخاص، دون أن يكون له أثرا في مواجهة الغير إلا إذا نص القانون على ذلك صراحة، وهو حجة على المقر ولو أدلى هذا بحجة تعارض ما أقر به، شرط أن تكون هذه الحجة يكذبها الإقرار، لا هي التي تكذبه²⁹⁵.

وترجع حجية الإقرار بوجه عام إلى أن صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه، ويزداد رجحان هذا الاحتمال إذا كان الإقرار صادرا في مجلس القضاء، لأن الحضور أمام القضاء من شأنه أن ينبه المقر إلى وزن كل كلمة قبل أن يتفوه بها لذلك كان من الطبيعي أن يكون الإقرار الصادر في مجلس القضاء حجة على المقر يتعين على القاضي أن يأخذ بها. ويشبه الإقرار القضائي الدليل الكتابي من حيث قوة الإثبات فكلاهما له حجية ملزمة لمن صدر منه وحجية ملزمة للقاضي²⁹⁶.

ومع كون الإقرار حجة كاملة، فإنها قاصرة على المقر نفسه، ولا تتعداه إلى غيره²⁹⁷، لأن المقر يتمتع بالأهلية التامة فكأنه شاهد على نفسه وكفى به شاهدا، ولكن ليس له ولاية على

²⁹²المختار عطار، م.س، ص:267

²⁹³رشيد العمراني، الوضعية القانونية لعقارات الأحياس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية: 2007-2008، ص:33

²⁹⁴ يخضع إثبات الإقرار غير القضائي للقواعد العامة للإثبات، فإذا كان مبلغ الإلتزام محل الإثبات لا يتجاوز 10000 درهم، فإن الإقرار بشأنه قابل للإثبات بشهادة الشهود ممن عاينوا الإقرار، أما إذا تجاوز ذلك لم تقبل شهادة الشهود لإثباته، وهذا الحكم أكده الفصل 413 من ق.ل.ع، عندما نص على أنه " لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتمتع بموجب القانون إثباته بالكتابة".

²⁹⁵خالد سعيد، م.س، ص: 105-106

²⁹⁶ ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، م.س، ص: 168-169

²⁹⁷ جاء في الفصل 410 من ق ل ع: " الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه وعلى ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون".

غيره²⁹⁸، فإذا أقر بحق في جسمه أو ماله صح ولزمه ما أقر به، وإذا أقر على آخر فلا عبرة لإقراره، ولا قيمة له في الإثبات والقضاء، كما أنه إذا أقر بحق عليه وعلى آخر صح ما أقر به على نفسه وبطل الثاني، ويكون شهادة لغيره²⁹⁹. والحكمة من الحجية القاصرة للإقرار تجاه المقر، هي المنع من صدور الإقرار تواطئاً وغشاً وإضراراً بالغير.³⁰⁰

ولقد سئل العلامة المقدس سيدي محمد المير رحمه الله "عمن أشهد لزوجته قيد صحته وجواز أمره أنه أنفذ البيع الصحيح وأمضاه في جميع الجنان الفلاني، واعترف بقبضه منها جميع الثمن، هل يمضي لها ذلك؟ فأجاب: الذي حققه طفى في حواشيه وارتضاه أن من أشهد في صحته ببيع شيء وقبض ثمنه لا تلحقه فيه تهمة ولا يظن به تولى ولا يحتاج فيه إلى معاينة القبض والوارث والأجنبي والقريب والبعيد في ذلك سواء"³⁰¹.

وسئل العلامة سيدي محمد بن إبراهيم الدكالي ثم الفاسي عن نازلة عقد الشراء حوله، وذلك أن الأب المذكور كان فيما سلف عن التاريخ، حيث أشير بنحو ستة أعوام اشتراه بخمسة وستين مثقالاً، وقاص بئعه بخمسة وثلاثين مثقالاً كانت بذمته له، ثم أنفذ بيعه في التاريخ حوله لولده المذكور بخمسين مثقالاً في حال صحته وتام أمره واعترف بقبض ثمنه، وحاز الولد

²⁹⁸ محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان- دمشق، الطبعة الأولى 1982م، ص: 255

²⁹⁹ فإذا أقر الإنسان في مجلس القضاء- في حالة صحته - بأن حبس أرضه، ثبت حبسه بإقراره ويقضي به ويصبح ملزماً للمحبس ولورثته من بعده متى كان مستوفياً لشروطه. وإذا أقر بأن الدار التي في يده هي وقف عليه وعلى أخيه وأولادهما ونسلهما أبداً ومن بعدهم للفقراء وكذبه أخوه تكون حصة المقر وقفاً عليه وعلى أولاده، وتنتقل حصة المنكر إلى أولاده ولا يبطل حقهم في الوقف بإنكار أبيهم لأن إنكاره يقتصر على حق نفسه.

كما أن إقرار الورثة بأن موروثهم وقف العقار في حال حياته صحيح، ويثبت به الوقف. أما إذا أقر أحد الورثة بأن أباه قد وقف عقاره حال حياته في حين أن الوارث الآخر أنكر الوقف فإن حصة المقر تكون وقف بينما حصة المنكر تبقى ملكاً له. وإذا كان على الواقف دين، أو كانت له وصية أو مال له غير العقار المذكور، فإنه يباع منه ما يوفى به دينه، وتنفيذ وصيته وما فضل يكون وقفاً لأن إقرار الورثة لا يسري على الدائنين والموصى لهم.

- راجع: عبد الواحد علاوي، الوقف في الفقه المالكي من خلال كتب النوازل في عهد الدولة العلوية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص الأحوال الشخصية والتبرعات- جامعة القرويين، كلية الشريعة-فاس، السنة الجامعية 2006-2007م ص:

256

³⁰⁰ أنوار بوهلال، التنظيم القانوني للإقرار باعتباره وسيلة إثبات في المادة المدنية واقتراحات لتحسين هذا التنظيم، مقال منشور

بمجلة المنارة، العدد الرابع عشر/ يوليو، دار السلام- الرباط، 2016م، ص: 100

³⁰¹ أبي عبد الله سيدي محمد المهدي ابن محمد بن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسيني، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، الجزء الثالث، مطبعة فضالة- المحمدية، سنة 1993، ص: 362

مشتراه، ولم يزل يخدم فيه بنفسه صنعة الدباغة إلى أن مات الوالد المذكور قبل اليوم بنحو خمسة أشهر عن وراثته، منهم المشتري المذكور، وقد ماتت أمه قديما وتزوج أبوه غيرها، وولدت معه أولادا ذكورا وإناثا، وخلفهم بعد موته صغارا يعلم عادة ميله إليهم، لا لولده المشتري المذكور، لصغرهم وحياة أهمهم وموت أم المشتري، فقام عليه الآن من عداه من ورثة الأب المذكور مدعين أن ذلك توليج منه له أو أنه حاباه حيث كان اشتراه الأب بئمن وباعه له بأنقص منه بخمسة عشر مثقالا، وراموا أن يردوه ميراثا أو يأخذوا منه ما وقعت به المحاباة، فنازعهم الولد المذكور في مرامهم، محتجا عليهم بأن كلا من عقد البيع والاعتراف بالقبض وحياسة المبيع الأمد المذكور كان في صحة البائع وتمام أمره، ولا هنالك قرينة تدل على ميل الأب له، بل هناك ما يدل على الميل للأولاد الصغار لوجود أهمهم، وبأنه لا محاباة في الثمن، لكون الأب كان أخذ المبيع فيما له على بائعه من الدين وأكمل له باقيه، وذلك مؤذن باشترائه بأكثر من ثمنه، وبأن الأسواق تزيد وتنقص فيما بين العقدين من السنين المذكورة، فهل القول في ذلك قول الورثة في دعوى التوليج فيه أو في المحاباة فيجري ذلك على ما هو معلوم عند أهل العلم في فروعه، أم القول قول المشتري فيقبل منه ما احتج به من الوجوه، وعليه فيصح ذلك العقد ولا يمين عليه لعدم ثبوت الميل، ويستدل حينئذ على صحة ذلك وأن لا يمين، بمنطوق قول ابن سلمون ومفهومه: فإن ثبت ميل البائع إلى المشتري فيلزم المشتري اليمين، أنه اشترى إلى آخر نصه الذي نقله الشيخ ميارة عند قول اللامية: وميل تحصلا، وسلمه. وكيف الحكم لو فرضنا ثبوت ميل الأب له، فهل يصح العقد ويلزم الإعراف، لوقوع ذلك في الصحة ولكن مع اليمين كما في نص ابن سلمون المذكور واللامية كذلك، أم الحكم خلاف ذلك؟ أجبوا ولكم الأجر والسلام ورحمة الله.

فأجاب: الحمد لله، والله الموفق بمنه.

إن البيع المشار إليه صحيح لازم للأب ولورثته من بعده، ولا يمين على الولد ولو ثبتت المحاباة، حيث كان في حال صحة الأب. ففي طرر ابن عات ما نصه: سعيد بن مالك عن بعض شيوخه فيمن باع من ابنه أرضا وأشهد أنه قبض الثمن ولم يحضر المال ولا رآه الشهود، ثم قام

فيه ورثته بعد موته وادعوا التوليح، أنه ماض إذا أقر بالقبض، وكان الابن كبيرا وإن كانت الأرض بيده إلى أن مات. بل لو كان البيع في حال مرض موت الأب، وكان فيه محاباة لكان صحيحا أيضا لازما إذا دفع الولد ما حوبي به، وأتمه كما في المعيار عن ابن سراج في جواب له، نصه: بيع الأب من بنته في مرض موته صحيح إذا لم يحاب، ومعنى المحاباة أن يبيع منها بأقل من القيمة، فإن ردت المحاباة وكملت الثمن تم البيع"³⁰².

وجاء في الكافي لابن عبد البر: "وكل من أقر لوارث أو غير وارث في صحته بشيء من المال أو الدين أو الميراث أو قبض أثمان المبيعات فأقراره عليه جائز لا تلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليح، والأجنبي والوارث في ذلك سواء، وكذا القريب والبعيد والعدو والصديق في الإقرار في الصحة سواء، ولا يحتاج من أقر على نفسه ببيع شيء وقبض ثمنه إلى معاينة قبض الثمن"³⁰³.

باستقراءنا لهذه النوازل، نجد أن الفقهاء يجيزون إثبات البيوع بالإقرار، وهو ما سار عليه المجلس الأعلى سابقا حيث جاء في إحدى قراراته: "... لا فرق بين ثبوت البيع بالإقرار أو بالبينة..."³⁰⁴. وورد في قرار آخر: "الثابت من المقال الافتتاحي أن الدعوى تتعلق بالتجاوز من طرف الطالب إلى أرض المطلوبين، ومادام أن التجاوز قد ثبت للمحكمة من الخبرة المنجزة في القضية، فإن ما أثاره من وقوع القسمة بين الورثة وشراؤه من أحدهم، يعتبر إقرارا منه بملكيتهم للمدعى فيه، وأنه والحالة هذه، لا موضوع لتمسكه بأن شرائه مرجح على مناقلتهم، طالما أنه ثبت للمحكمة تجاوز الطالب من أرضه إلى أرض المطلوبين"³⁰⁵.

³⁰² أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، م.س، ص: 362-364

³⁰³ أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، م.س، ص: 374

³⁰⁴ قرار عدد 393 بتاريخ 1961/03/27، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 44/43، ص: 28

³⁰⁵ قرار المجلس الأعلى رقم 1095 الصادر بغرفتين بتاريخ 01-2009-04، في الملف المدني رقم 2007/4/1/1190، مجموعة قرارات المجلس، الجزء السادس، ص: 276

فالمحكمة هنا أخذت بالإقرار كوسيلة إثبات، حيث اعتبرت تمسك المدعي عليه بأن العقار المتنازع فيه، كان ملكا للمدعين، وأنه اشتراه من أحدهم بعد القسمة، إقرارا صريحا بالملك لهم، إذ ثبت أن شراءه لا ينطبق على موضوع النزاع.

بل إن من الفقهاء من يقول أن الإقرار أبلغ من الشهادة وأقوى منها في الحجية، فقد سئل الشيخ الوزاني "عمن استظهر بعد موت أبيه برسم على رجل، فيه لوالده عليه (أي على هذا الرجل)، عشرة آلاف ريال ثمن صوف حازها منه بالثمن المذكور، وعلى ظهر الرسم أن هذا المدعى عليه دفع من العدد المذكور ثلاثة آلاف ريال إلا مائتين واثنين وعشرين.

فأجاب المدعى عليه بالإقرار إلا أنه استظهر برسم أيضا فيه أنه اصطلح مع الهالك على أن سامحه في تسع عشرة مائة ريال وبقي له عليه مثلها برسم الحلول، وفي يده بطائق بخط يد الهالك أنه أبرأ المدعى عليه ولم يبق بينهما مخالطة من ثمن الصوف، لكن شهد الآن أربعة عدول أن المدعى عليه أقر بعد موت الهالك بأن الدين المذكور لازال في ذمته سوى ما هو مدفوع بظهر الرسم.

فأجاب: الحمد لله، اتفقت كلمة العلماء أن المكلف إذا أقر طائعا أنه يلزمه إقراره ويؤاخذ به، وأن الإقرار أقوى من قيام البينة ببقاء الحق في ذمة المقر، قال ابن فرحون في تبصرته نقلا عن أبي راشد ما نصه: حقيقة الإقرار، الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير، وحكمه اللزوم، وهو أبلغ من الشهادة، وعليه فلا إشكال في أن المقر المذكور مؤاخذ بإقراره، وأما الشهود إن كان القاضي أراد أن يلزمهم ذلك بالإقرار هنا، فلا يلزمهم بيان الوقت ولا الشهر الذي أقر فيه المقر، ولا التصريح بأنه كان بمحضهم³⁰⁶.

³⁰⁶أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، م.س، ص: 364-365

"كما قال ابن هارون في اختصار المتيضية: ويجوز إقرار ورثة المحبس بحبس، ويلزمهم ذلك، ويكون محبسا عليهم على حسب ما أقروا به، إلا أن يظهر كتاب الحبس يوما ما ويكون فيه خلاف ما أقروا به من التعقيب والمرجع فينتقض إقرارهم في ذلك"³⁰⁷.

هذا ويمكن أن يستنتج الإقرار ليس فقط من العبارات الواضحة الصادرة به، بل أيضا من فحوى الكلام، فإذا قال المدعى عليه بأن المدعي لم يعد مالكا، فذلك إقرار منه بأنه كان مالكا³⁰⁸، فقد وقع الجواب عن ادعت ملكية فدان فادعى من هو بيده أنها وهبته عليه بما نصه: " الحمد لله، قيام المقوم عليه في الفدان المذكور حوله بالهبة حيث أشير على وجه الاحتجاج بها على الواهبة حوله، إقرار منه لها بملكها للفدان المذكور ضمنا، وهو معمول به في الربيع كالصريح على القول الصحيح كما في اللامية وغيرها، لأن القائم برسم، قائل بما فيه كما لعياض وغيره، وذلك مغن لها عن إثبات ملكها للفدان المذكور أو لبعضه فلا حاجة إلى إثباته وهو ثابت، لأن الهبة إنما تقع من المالك في الغالب، والحكم للغالب منصوص عليه، فلم يبق النظر إلا من حيث صحتها وبطلانها، فإن بطلت وهو معمول عليه قضى لها بحقها وبشفعة ما عداه، وإن صحت ولا قائل به في البدوية وجب إبعادها عن المقوم عليه والله أعلم"³⁰⁹.

ولقد قرر المجلس الأعلى سابقا بأن " تصريح المطلوب في النقض في مقال استئنافه بأن القسمة وقعت بين المستأنف عليه وإخوته اعتراف ضمني بتملك المستأنف عليه للحصة التي يريد الشفعة بسببها وبناء على قول الزقاق في لاميته: مضمن إقرار كتصريح انجلا"³¹⁰

³⁰⁷أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المغرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، الجزء الثامن، م.س، ص: 303

³⁰⁸ الإقرار الصريح هو الإقرار الذي تتجه فيه إرادة المقر بكيفية مباشرة إلى الاعتراف بالواقعة مصدر الحق محل النزاع، أما الإقرار الضمني فهو ما تستخلصه المحكمة من دلائل مرتبطة بأقوال المدعى عليه أو ما يدل به من وثائق، تثبت ما يدعيه المدعي في دعواه، والقاعدة أن الإقرار الضمني كالصريح من حيث الحجية بشرط أن تكون تلك الدلالة واضحة ومقنعة.

-انظر: عبد السلام بنزوع، إثبات دعوى استحقاق العقار غير المحفظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس أكدال، السنة الجامعية 2012-2013م، ص: 463-464

³⁰⁹أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، م.س، ص: 371

³¹⁰ قرار المجلس الأعلى رقم 1318 الصادر بتاريخ 21-86-10 في الملف العقاري 84/4431، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، ص: 147

وغني عن البيان، أنه يشترط في الإقرار لينتج آثاره القانونية أن يكون صادرا عن رضا وأن يكون المقر متمتعا بكامل أهلية الإدراك والتمييز وأن تكون إرادته خالية من العيوب التي تشوبها، فقد سئل الشيخ الوزاني " عن نازلة شريف من أهل صفرو، كان أهله قاموا على المزوار بفاس وأرادوا عزله ورفعوه للسلطان بفاس، فاستدعاه بعض الناس للمزوار بفاس في هذه المدة، وخاف إن تبعه لفاس يسجنه ويضيق عليه، فأراد أن يهرب من صفرو إلى الصحراء حتى ينظر ما يحكم الله به، ولم يكن عند المدعي إلا مجرد الدعوى، فلما فر الشريف المذكور من صفرو قبض عليه المدعي المذكور بالقنطرة التي بين صفرو وقلعته، فأقر له الشريف المذكور بخمسين ريالاً في ذمته من مخالطة تقدمت بينهما وذهب إلى الصحراء ثم رجع منها بعد عزل المزوار المذكور، فقام هذا المدعي يطلبه بالخمسين ريالاً.

فأجاب: الحمد لله، حيث ثبت بالبينة أن الشريف مولاي علي أعلاه كان خائفاً من المزوار وقت الإقرار بالخمسين ريالاً فإنه لا يلزمه منها شيء لأنه مكره على ذلك الإقرار، إذ لو لم يقر بذلك وتبعه للدعوى للحقه من السجن والتضييق به ما لا يكيف. وقد نص الأئمة على أن الإقرار من المكره باطل.

قال الشيخ أبو علي في حاشية التحفة: وإقرار المكره لغو، وهو قول خليل عاطفاً على ما يلزم في كتاب الطلاق ما نصه: وكذا العتق والنكاح والإقرار واليمين.

وقال الشيخ التاودي على قول التحفة: ومالك لأمره أقر، أي بالغ رشيد غير مكره ولا خائف، لأن هذا لا يملك أمره ولا يلزمه إقرار كما لا يلزم الصبي والسفيه³¹¹.

وهكذا يتضح أن الإقرار القضائي له ضمانات أكيدة من حيث الإثبات ويستبعد بشأنه أي نزاع، وهو ما لا يتوفر في الإقرار غير القضائي الذي يمكن أن يكون محل نزاع أو إنكار من طرف من صدر عنه، وعلى من يدعي صدوره أن يقيم دليلاً على ذلك.

³¹¹أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، م.س، ص: 379

المبحث الثاني : إثبات المحاباة والصورية في التصرفات المالية الأسرية:

تطرح المحاباة والصورية في التصرفات المالية الأسرية، خاصة تلك الصادرة عن المريض مرض الموت، إشكالات عديدة على مستوى العمل القضائي، حيث أن غالبية التصرفات التي تتم بين الأقارب أو بين الأزواج، بعوض أو بغير عوض، تطبعها شبهة المحاباة والصورية.

ولهذا سنتطرق في هذا المبحث إلى وسائل الإثبات الممكنة والتي يمكن اللجوء إليها من أجل إثبات المحاباة أو الصورية في هذه التصرفات، وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول: المحاباة في بيع المريض مرض الموت.

المطلب الثاني: التوليج وصورية التبرع.

المطلب الأول : المحاباة في بيع المريض مرض الموت :

إن المريض مرض الموت له أن يتصرف في أمواله بجميع أنواع التصرفات مادام في كامل قواه العقلية وغير سفيه، لكنه مقيد بعدم المحاباة³¹²، باستثناء الوصية في حدود الثلث. وسبب ذلك أن المريض مرض الموت، قد يشعر بدنو أجله، فيبدأ في تسوية وضعيته المالية وهو بذلك قد يمس بحقوق الورثة أو الغير فيما لو حابى أحد الورثة.

وعليه، سنتناول في هذا المطلب كيفية إثبات المحاباة في بيع المريض مرض الموت (الفقرة الأولى)، ثم آثار هذا البيع بعد ثبوت المحاباة فيه (الفقرة الثانية).

³¹² عبد السلام أحمد فيغو، التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت – دراسة فقهية قانونية- مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الثانية 2010م، ص: 362.

الفقرة الأولى : إثبات المحاباة في بيع المريض مرض الموت :

المحاباة مفاعلة من حابي إذا أعطى، ويطلقها الفقهاء على البيع بأقل من القيمة بكثير قصدا لنفع المشتري، وعلى الشراء بأكثر كذلك قصدا لنفع البائع، فما نقص عن القيمة في البيع أو زاد عليها في الشراء عطية وهبة من المريض للمشتري أو البائع، فإن لم يكن ذلك بقصد نفع من ذكر بل للجهل بالثمن فهو الغبن³¹³.

وقد سئل أحد الفقهاء عن: "الرجل المريض في الفراش يبيع من ولده ويموت وشهد عليه بالبيع وهو في ذهنه وعقله؟"

فأجاب : وقفت على المكتوب فوقه، وبيع الأب من بنته المعز في مرض موته صحيح إذا كان البيع في قيمته ولم يحاب البنت، ومعنى المحاباة أن يبيع منها بثمن أقل من القيمة، فإن حاباها ردت المحاباة وكملت منها ثمن المعز ويتم البيع³¹⁴.

وتكون المحاباة إما في المبيع وإما في الثمن، " فإذا حابى المريض ولده في عين المبيع مثل أن يبيع منه خيار دياره أو غيره بمثل الثمن أو أكثر فللورثة نقض البيع في ذلك، وإن حاباه في ثمنه فقط مثل أن يبيع منه بمائة ما يساوي مائتين، فعند ابن القاسم للورثة نقض البيع كله لأنه أراد به التوليج، ولو أتم هو بقية الثمن ما كان ذلك له لأن أصل البيع وقع على التوليج، وقيل إن أتم بقية الثمن فلا كلام للورثة إذ لو باع منه بمثل القيمة فلا حجة لهم³¹⁵.

ويخضع إثبات المحاباة في مرض الموت للقاعدة العامة القائلة بأن البينة على المدعي، وبناء على ذلك يتحمل الورثة أو الدائنين عبء إثبات المحاباة بمختلف وسائل الإثبات، وإلا فإن البيع يظل صحيحا وإن وقع في مرض الموت، فالأصل أن جميع التصرفات المبنية على

³¹³ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتفاق والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج2، دار الحديث - القاهرة، 2011 م، ص: 57.

³¹⁴ أبي العباس أحمد بن يحيى الوشيري، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، ج5، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية - الرباط، 1981 م، ص: 243.

³¹⁵ شرح ميازة الفاسي، ج2، م.س، ص: 29.

المعاوضة من المريض في مرض موته نافذة ما دام تام العقل والتمييز، مالم تكن مشوبة بالمحاباة أو التوليج³¹⁶. وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا: "... لكن ردا على على ما ورد في هذه الوسيلة (أن ثمن البيع زهيد جدا ولا يناسب القيمة الحقيقية للعقارات المبيعة مما يبرز عنصر المحاباة التي نص عليها الفصل 479 من قانون الالتزامات والعقود) فإن المحكمة مصدررة القرار المطعون فيه نصت فيه على أن موروث طرفي النزاع باع لزوجته المستأنف عليها بعضا من أملاكه موضوع دعوى القسمة بثمن قدره 2000 درهم قبضه البائع المذكور من المشتريّة المذكورة قبضا تاما اعترافا أبرأها من درك القبض وأشهداه به وبأتمه بعد أن حازت المشتريّة ما اشترته حوزا تاما وأن الطاعنين لم يثبتوا كون موروثهم كان على فراش الموت وأن العدلين شهدا بأتمية البائع ومادام أنهم لم ينازعوا عدم حيازة المستأنف عليها لما اشترته من موروثهم فإنه لا مجال لمناقشة موضوع المحاباة من حيث ثبوته أو عدم ثبوته وبذلك اعتبرت البيع صحيحا وقدرته في نطاق سلطتها التقديرية مما تبقى معه الوسيلة على غير أساس".³¹⁷

كما ورد في قرار آخر لمحكمة النقض: "أن الفصل 479 من ق.ل.ع يستلزم أن يكون البائع مريضا مرض الموت، وأن يكون البيع بقصد المحاباة، والمحكمة لما لم يثبت لها أن البيعين المطلوب إبطالهما أنجزا والبائعة في مرض الموت بناء على ما أفادته التقارير الطبية المدلى بها، والتي لم تتضمن نوع المرض الذي أصاب الهالكة وأدى إلى وفاتها، فإن ما خاض فيه القرار المطعون فيه وتناوله النعي بخصوص الخبرة وشكلياتها وما أسفرت عنه لتحديد ثمن المبيع من أجل التحقق من وجود محاباة هو إضافة زائدة يستقيم القرار بدونها"³¹⁸.

³¹⁶ قرار محكمة النقض عدد 2013/07/26، بتاريخ 2013/01/22، ملف مدني عدد 2011/7/1/1701، منشور بالموقع الإلكتروني: www.mahkamaty.com (تاريخ الاطلاع: 2021/03/12)

³¹⁷ قرار عدد 385، المؤرخ في 2003/09/10، ملف عقاري عدد 2002/1/2/215، منشور بالموقع الإلكتروني: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع على الموقع: 2022/05/02).

³¹⁸ قرار عدد 2/306، المؤرخ في 2017/05/16، ملف مدني عدد 2015/2/1/1250، منشور بالموقع الإلكتروني: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع على الموقع: 2022/05/02).

وفي حالة ما إذا عجز المدعي عن الإثبات وجب على القاضي توجيه يمين التهمة إلى المدعى عليه ، يقول ابن عاصم :

ومع ثبوت ميل بائع لمن /// منه اشترى يحلف في دفع الثمن.

أي أن المشتري يحلف أنه دفع الثمن وأنه اشترى شراء صحيحا ويصح البيع، فإن نكل بطل البيع بمجرد نكوله لأنها يمين تهمة لا ترد، وظاهره أنه لا فرق بين وارث وغيره، وظاهره أيضا أنه يحلف ولو عاينت البينة دفعه وهو الظاهر لأنه مع الميل قد يدفع إليه الثمن ليرده إليه وينتفي اليمين عنه³¹⁹. وتعتبر هذه اليمين يمين تهمة لأن المشتري مع ثبوت ميل البائع له متهم بالتوليح، فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بالرباط: " أن نازلة الحالة تندرج ضمن أركان التوليح المظنون، بناء على أن المشتري هي ابنة البائع ووقع قبض الثمن اعترافا وهو ما يجعل البيع لازما ولا بد من اليمين"³²⁰. كما ورد في قرار للمجلس الأعلى سابقا: " حيث يتبين من عناصر الحكم المطعون فيه أن الطاعن دفع في جميع المراحل بأن عقد شراء الزوجة المدعى عليها من زوجها للدار المدعى فيها إنما هو بيع صوري ولا حقيقة له وأن البائع كان ملازما للفراش مدة خمسة أعوام وأثبت ذلك بلفيف الشيء الذي كان يتعين الحكم على الزوجة المدعى عليها بيمين التهمة بأنها دفعت الثمن حقيقة إلى زوجها ولم يرجعه إليها طبقا للقواعد الفقهية المعمول بها في المحاباة والتوليح التي أشار إليها ابن عاصم"³²¹.

كما تثبت المحاباة بالقرائن الدالة على وجودها، وهو ما يستشف من قرار للمجلس الأعلى سابقا والذي جاء فيه: "... إن القرار المطعون فيه علل ما قضى به إلى أن ثمن البيع يقل بكثير عن الثمن الحقيقي للعقار.... وأن القرار المطعون فيه من خلال هذه العناصر اعتبر أن البيع المنجز من طرف الهالك لفائدة أحد ورثته - ابنته الطاعنة - كان بقصد المحاباة، وأن تقييم المكونات المفضية إلى محاباة الوارث من خلال المقومات الدالة عليه تخضع للسلطة التقديرية

³¹⁹ البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص : 536.

³²⁰ قرار محكمة الإستئناف بالرباط عدد 42 ، الصادر بتاريخ 05/03/2009 ، في الملف المدني عدد 128-07 (غير منشور)

³²¹ قرار عدد 836 ، بتاريخ 21/07/1987 ، منشور بمجلة المحاماة ، العدد 28، سنة 1988م ، ص : 91.

لقضاة الموضوع مما يعتبر معه القرار المطعون فيه مرتكزا على أساس قانوني ومعللا بما فيه الكفاية³²².

إضافة إلى الخبرة القضائية³²³ التي تعتبر أهم وسيلة لإثبات المحاباة، لأنها تعتمد على أبحاث ميدانية مؤسسة على قواعد فنية وعلمية وتقنية ينتج عنها إنجاز تقرير من طرف الخبير القضائي، يكون الأساس في توصل القاضي لحل النزاع المطروح عليه، وهو ما يتضح من خلال قرار لمحكمة الإستئناف بمراكش جاء فيه: "... لما كان ثمن العقار المبيع كما حدده الخبير المنتدب في الطور الإبتدائي هو مبلغ 421700 درهم ، فإن الثمن الوارد بعقد البيع والمحدد في مبلغ 270000 درهم ، دليل على محاباة المستأنفة التي هي زوجة ثانية للهاك ما دام يقل بكثير عن ثمنه الحقيقي، وبهذا يكون عقد البيع باطل استنادا لمقتضيات الفصل 479 من ق.ل.ع³²⁴."

وبهذا يتضح أن المحاباة عبارة عن واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات المتاحة بما في ذلك اليمين والقرائن والخبرة القضائية، فالورثة المتضررون من البيع الذي أبرم في مرض الموت والذي ينطوي على عنصر المحاباة ما عليهم إلا أن يثبتوا عنصر المحاباة بكافة الوسائل لكي يتسنى لهم الإستفادة من المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 479 من ق.ل.ع.

الفقرة الثانية : آثار بيع المريض مرض الموت بعد ثبوت المحاباة :

إذا ثبتت المحاباة فإن الحكم يميز بين أن تكون المحاباة لأحد الورثة، أو الغير، يقول الناظم: وما اشترى المريض أو ما باعا /// إن هو مات يأبى الإمتناعا
فإن يكن حابي به فالأجنبي /// من ثلثه يأخذ ما به حبي

³²² قرار رقم 539 ، الصادر بتاريخ 2001/02/07 ، في الملف المدني عدد 428/1/2/98 ، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض ، العدد المزدوج 57 - 58 ، سنة 2004 م ، ص : 11 - 14 .

³²³ تعتبر الخبرة القضائية إجراء من إجراءات التحقيق نظمها المشرع المغربي في الفصول من 59 إلى 66 من قانون المسطرة المدنية وهي عبارة عن استشارة تقنية تطلبها المحكمة من شخص ذي كفاءة علمية تؤهله لمعاينة وقائع عادية يصعب على المحكمة معاينتها لافتقادها لتلك الكفاءة .

³²⁴ قرار محكمة الإستئناف بمراكش رقم 1149 ، الصادر بتاريخ 15/06/2007 ، في الملف رقم 2008/01/06(غير منشور)

وما به الوارث حابى منعاً /// وإن يجزه الوارثون اتبعاً³²⁵.

يعني أن المريض ولو كان مرضه مخوفاً إذا اشترى شيئاً أو باعه من ماله في مرضه الذي مات منه فلا يمتنع شراؤه ولا بيعه ، بل يجب تنفيذ كل منهما، لأن المريض لا يحجر عليه في معاملته بالعوض، بل ينظر في فعله، فإن حابى فيه بأن اشترى بأكثر من الثمن المتعارف، أو باع بأقل كذلك، ففيه تفصيل، فإن حابى أجنبياً أخذ ذلك الأجنبي ما وقعت به المحاباة من ثلث الميت، وإن حابى وارثاً منع ما به وقعت المحاباة، وإن يجزه الوارثون غيره اتبع فعلهم في الإجازة وهي : عطية منهم³²⁶ .

وهو ما نص عليه المشرع المغربي، حيث اعتبر بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته بقصد محاباته إبراء منه من كل أو بعض ما هو مستحق عليه، ولا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة، فإن أجازوه نفذ وأصبح صحيحاً ، أما إذا لم يجيزوه فإن هذا البيع يعتبر باطلاً³²⁷ . فالمريض إذا باع لأحد ورثته أو بعضهم شيئاً يملكه يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية أو يشتري منه أو منهم شيئاً يملكونه بثمن يزيد عن قيمته الحقيقية ، يعتبر خاضعاً لأحكام الإبراء، فلا تجوز محاباته إلا إذا أجاز ذلك الورثة، إذا كان مقدار المحاباة يجاوز ثلث التركة، وإن كان مديناً بدين مستغرق كان بيعه المشتمل على الغبن الفاحش موقوفاً على الإجازة³²⁸، بحيث لا يصح إلا بإجازة الورثة الرشداء وفي حدود الأنصبة الشرعية، على أن تصدر الإجازة بعد الوفاة لا قبلها لأن الإجازة الصادرة قبل الوفاة هي عبارة عن تصرف يهم تركة مستقبلية يحرمه الفصل 61

³²⁵ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميازة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج2، م.س، ص: 29.

³²⁶ محمد بن يوسف الكافي ، أحكام الأحكام على تحفة الحكام ، دار الفكر- بيروت، الطبعة الأولى ، 1991 م ، ص : 158.
³²⁷ جاء في الفصل 479 من قانون الالتزامات والعقود: " البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبيق عليه أحكام الفصل 344، إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بثمن يقل كثيراً عن قيمته الحقيقية ، أو اشترى منه شيء بثمن يجاوز قيمته .

أما البيع المعقود من المريض لغير وارث ، فتطبق عليه أحكام الفصل 345 " .
وينص الفصل 344 من نفس القانون على: " الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه، لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة".

³²⁸ عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص : 281.

من ق.ل.ع . وهذا ما سار عليه الإجتهد القضائي، حيث أوقف نفاذ البيع المجري في مرض الموت لصالح أحد الورثة على قرار ما تبقى منهم وذلك معاملة للمريض بنقيض قصده، حيث كانت غايته تفضيل أحد الورثة عن الآخرين وهذا من شأنه أن يزرع الحقد والكرهية بين أفراد الأسرة ، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا ما يلي : " حيث تبين صحة ما عاب به الطالب القرار المطعون فيه، ذلك أن المطلوب أدلى برسم اعتراف ببيع عدد 550 يتضمن النص على إبراء والدته له، وتمسك حسب مذكرته التعقيبية برسم إبراء عام عدد 600 يتضمن النص على أن لا شيء لها عنده لا مال ولا وديعة ولا أمانة، وأنه مادام الفصل 344 من ق.ل.ع ينص على أن الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة، فإن محكمة القرار المطعون فيه كان عليها البت في القضية في هذا الإطار، وإنها لما لم تفعل تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا بمثابة انعدامه وعرضته بالتالي للنقض والإبطال"³²⁹ .

ولكي يكون بيع المريض مرض الموت لأحد ورثته صحيحا، لا بد من توافر الشروط الآتية:

- الشرط الأول: أن يتم البيع من قبل المريض في وقت يعتبر فيه مرضه من قبيل مرض الموت .

- الشرط الثاني: أن يكون البيع قد تم إبرامه بين المريض مرض الموت و أحد ورثته سواء كان هذا الوارث من أصحاب الفروض أو العصبات .

- الشرط الثالث: أن يكشف البيع عن نية محاباة المريض بأن يستر البيع عقد هبة أو صدقة من خلال تفاهة الثمن أو انحطاط قيمة المبيع بالنسبة لارتفاع الثمن، إذا كان المريض

³²⁹ قرار رقم 1083 ، بتاريخ 2004/04/14 في الملف المدني رقم 2000/9/1/787 ، منشور بمجلة محكمة النقض عدد 62، سنة 2004 م ، ص: 56 - 58 .

مشتريا والوارث بائعا للمبيع، فالتصرفات القولية عقودا أو إقرارات إذا ثبت التوليح فيها كانت باطلة لاغية³³⁰.

- الشرط الرابع: أن يحصل إقرار كافة الورثة بعد الوفاة لأن حق الوارث لا يثبت إلا بها.

- الشرط الخامس: قيد المشرع المغربي نفاذ البيع لوارث إذا كان القدر المحابي زائدا عن ثلث التركة بإجازة الورثة أو رد المشتري ما يفي بتكملة الثلثين، والإجازة يجب أن تصدر ممن يكون كامل الأهلية، أي أهلا للتبرع وهو البالغ العاقل الرشيد، وعلى هذا لا تصح إجازة الصبي والمجنون والمحجور عليه بسبب السفه والعتة، كما لا تصح من أوليائهم لأن تصرفاتهم منوطة بمصلحة من في ولايتهم³³¹.

أما إذا كانت المحاباة لأحد الأغيار، أي لأجنبي غير وارث، فتصح في حدود ثلث ما يبقى في تركة الهالك بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته³³².

وهو ما جرى به العمل في الفقه المالكي، يقول التسولي: " فإذا كانت المحاباة المذكورة لأجنبي فالأجنبي من ثلثه لأن المحاباة عطية والعطية في المرض المخوف حكمها حكم الوصية تجري على حكمها، وأما في غير المخوف فحكمها حكم العطية في الصحة تفتقر للحيازة قبل حصول المانع وإلا بطلت، وعليه فإذا زادت المحاباة في المخوف على الثلث فإنه ينفذ منها ما حمه الثلث ويبطل الزائد، ولو حاز الأجنبي قبل الموت إذ لا حكم لحيازة العطية في المخوف، فإن أجاز الورثة له ذلك الزائد فهو ابتداء عطية تفتقر للحوز على المشهور"³³³.

³³⁰ عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص: 282 - 284 (بتصرف).

³³¹ عبد السلام أحمد فيغو، م.س، ص: 394.

³³² تخضع المحاباة لأجنبي من حيث الجزاء المقرر لها للحكم المنصوص عليه ضمن الفصل 345 من ق.ل.ع، المتعلق بالإبراء الحاصل من المريض مرض الموت لأجنبي.

³³³ البهجة في شرح التحفة، ج 2، م.س، ص: 134.

وبناء على هذا، فالمحابة في بيع المريض مرض الموت بالنسبة لأجنبي تكون صحيحة إذا لم تتجاوز ثلث التركة، أما إذا زادت على الثلث بعد أداء الديون ومصاريف الجنازة فتتوقف على إجازة الورثة³³⁴.

وخلاصة لما سبق، يمكن القول أن المقنن المغربي ساير الراجح في الفقه المالكي وما استقر عليه العمل، فأجاز بيع المريض مرض الموت ما دام قد تم بالقيمة الحقيقية للمبيع لكون المريض غير محجور في ماله، وقرر إمكانية إبطال هذا التصرف إذا لم يجزه الورثة بإثبات المحابة التي يمكن استخلاصها من وقائع النازلة أو بأية وسيلة إثبات أخرى .

المطلب الثاني : التوليج وصورية التبرع :

الأصل أن الإنسان حر في أن يستغل ملكه وأن يتصرف في أمواله كلها أو بعضها بتصرفات عوضية أو تبرعية بدون اعتراض من أحد، إلا أن هذه الحرية تنقيد في مرضه حماية للورثة والدائنين ، ذلك أن من المحتمل أن يكون الموروث قد تصرف في مرض موته بتبرعات في صورة معاوضة أو تبرعات محضة لفائدة أشخاص مقربين منه³³⁵، إذن كيف يمكن لذوي حقوق الهالك أن يثبتوا ذلك ويجبروا الضرر الذي لحقهم من جراء تصرف موروثهم ؟

³³⁴ بالرجوع إلى الفصل 479 والفصل 345 من ق.ل.ع ، يتضح أنه لصحة بيع المريض مرض الموت لغير وارث وجب توفر الشروط الآتية :

- **الشرط الأول :** أن يتم بيع المريض في وقت يعتبر المرض من قبيل المرض المخوف ، فلا يكون التصرف في هذه الحالة إلا إذا تغيرت حالة الشخص واشتدت وطأته ، وأعقب ذلك الموت .

- **الشرط الثاني :** أن يكون هذا البيع قد تم إبرامه بين المريض مرض الموت وبين أحد الأغيار من غير الورثة .

- **الشرط الثالث :** أن يتم البيع بثمن بخس مما يفيد نية التبرع من المريض لهذا الغير الأجنبي كأن يتستر البيع عقد هبة أو تبرع ، أما لو كان البيع لهذا الأجنبي قد تم وفقا لثمن يعادل قيمة المبيع ، فلا يخضع حينئذ لأحكام الفصل 345 من ق.ل.ع .

- **الشرط الرابع :** أن تنحصر جميع تصرفات المريض التي تخفي تبرعا مغلفا يتستر فيه المتبرع وراء عقد صوري من المعاوضات مع المتبرع عليه في حدود ثلث التركة بعد تصفية الديون ومصروفات الجنازة .

- أنظر: عبد السلام أحمد فيغو ، ، م.س،ص: 294-297

³³⁵ تبرعات المريض مرض الموت إما منجزة وإما مضافة لما بعد الموت:

- التبرعات المنجزة: مثل المحابة والهبة المقبوضة والصدقة والعق والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجناية الموجبة للمال. وحكمها: أنه لا خلاف بين العلماء في أنها إن صدرت في حالة الصحة من غير محجور عليه، فهي من رأس المال. وإن

للإجابة على هذا التساؤل، سوف نقسم هذا المطلب إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: التوليج

الفقرة الثانية: صورية التبرع

الفقرة الأولى : التوليج:

التوليج هو الهبة في صورة البيع لإسقاط كلفة الحوز في البيع والإفتقار إليه في الهبة³³⁶، ومناسبة استعماله عند الفقهاء أن مالك الدار أو غيرها يريد إدخالها في ملك غيره مجاناً بهبة أو صدقة في صورة المعاوضة لإسقاط حوز أو دفع معرفة، في تخصيصه بعض أولاده بالعتاء دون بعض مثلاً ، ويثبت ذلك بالبينة أو الإقرار أو دلالة القرائن³³⁷.

والتوليج على ثلاثة أقسام معلوم ومظنون وموهوم، فالمعلوم يوجب الرد والمظنون يوجب اليمين إلا أن يقوى الظن فيصير كالمعلوم ، والموهوم لا رد فيه ولا يمين³³⁸ .

فإذا شهدت البينة بأن البيع وقع على وجه التوليج أو أقر المشتري بذلك أو دلت القرائن عليه فالحكم حينئذ فسخ البيع، لأن التوليج معلوم فيبطل، وإلا فإن كان هناك ميل من البائع للمشتري ولم يعاين الشهود قبض الثمن، وإنما وقع الإعراف به، فالتوليج حينئذ مظنون لا يبطل، ولكن يحلف المشتري على نفيه .

=صدرت في مرض مخوف اتصل به الموت، فهي من ثلث المال في قول الجمهور لأن الظاهر من هذه الحال الموت، فكانت عطيته فيها في حق ورثته كالوصية، فلا تتجاوز الثلث.
-أما التبرعات أو العطايا المضافة لما بعد الموت: فلها حكم الوصية، يتوقف نفاذها على الثلث، أو على إجازة الورثة إن زادت على الثلث، بالاتفاق.

- أنظر: وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر -دمشق، الطبعة الثانية 1996م، ص: 113-114
336 الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام، ج2، م.س، ص: 57.

337 عبد الله بن عبد الصمد كنون الحسني ، محاذي الزقاقية ، مطبعة أكدال - الرباط ، دون ذكر السنة ، ص: 68 .

338 علي التسولي، محمد التودي شمس الدين، علي بن قاسم التجيبي الزقاق، الحواشي الشريفة والتحقيقات المتيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية ، سنة 1303 هـ ، ص: 142.

ومفهوم ذلك أنه لا يمين إن لم يكن هناك ميل ولو مع عدم المعاينة للقبض أو كان الميل مع وجود المعاينة فأحرى إن لم يكن، وهو كذلك، لأن التوليح حينئذ موهوم ، والحاصل أن مجرد دعوى التوليح لا يلتفت إليها حتى يحتف بها من القرائن القوية ما يوجب استرابة أو يحصل إقرار أو تقوم بينة³³⁹. وإلى ذلك أشار الناظم بقوله :

ويثبت توليح بإقرار مشترك /// وبينه أو لم تفسر وقيل لا

وإلا فلا لكن يحلف إن جرى /// نزاع بتوليح وميل تحصلا

إذا لم يعاين قبض حق وإن بدا /// فلا وخلاف فيه مع تهمة جلا

كأن لم يكن ميل ولم يعرف أصله /// أو القبض لم يبصر وبالنفي فاعملا³⁴⁰.

وقد اشتمل كلام الناظم على ست صور:

الأولى: أن يثبت التوليح، وإليه أشار بالبيت الأول، فأخبر أنه يثبت بأحد شيئين: إما بإقرار المشتري بذلك، وإما بالبينه³⁴¹؛ أي يشهد البائع والمشتري الشهود بالتوليح وقت انعقاد البيع فيقولان لهم وقت العقد: أشهدوا علينا بأن هذا البيع لا حقيقة له، وبمنزلة الإشهاد ما إذا حضروا معهما على وجه الاتفاق وسمعوا منهما ذلك من غير إسهادهم إياه³⁴².

" قال ابن سلمون: وكيفية ثبوت التوليح أن يقول الشهود: توسطنا العقد، وانفقا جميعا على أن ما عقده من البيع أو التصيير، سمعة لا حقيقة له، أو يقولوا: أقر لنا بذلك المشتري بعد

³³⁹ عبد الله بن عبد الصمد كنون الحسني، م.س، ص: 68 - 69.

³⁴⁰ خالد عبد الله الكرمي، جامع مهمات المتون، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، دون ذكر السنة، ص: 591.

³⁴¹ فالواو في قوله: وبينه. بمعنى أو، أي: بشهادة الشهود الذين شهدوا بالبيع، يشهدون أن ما عقده المتبايعان سمعة وتوليح لا حقيقة له، فإن ثبت ببينه فهل تقبل، سواء فسرت أو أجملت، أو لا تقبل إلا مفسرة؟ قولان.

وأشار الناظم إلى الأول منهما بقوله: أو لم تفسر، وكأنه معطوف على مقدر، أي: فسرت أو لم تفسر. وإلى الثانية بقوله: وقيل لا. أي: لا تقبل إذا لم تفسر، بل إن فسرت، وعلى هذا القول الثاني، ناسب أن تعد هذه المسألة مع النظائر التي لا تقبل الشهادة فيها مجملة، ولا تقبل إلا مفسرة كما تقدم.

- أنظر: الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، دار الرشد الحديثة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2008م، ص: 405-406

³⁴² التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، م.س، ص: 535

البيع، فإن أرسل الشهود الشهادة وقالوا: نعرف أنه كان توليحا، ولم يقولوا شيئا من الوجهين المذكورين، ففي ذلك اختلاف، هل تصح هذه الشهادة أم لا؟ فالذي عليه الأكثر، أن تلك الشهادة باطلة، وقال ابن زرب: الشهادة هكذا تامة، لأن الشاهد العدل يحمل من ذلك ما تحمل، مما لا يتبين فيه كذبه "343.

" وسئل مالك عن أشهد في صحته: إني قد بعت منزلي هذا من امرأتي، أو ابني، أو ابنتي، أو وارثي بمال عظيم، ولم ير أحد من الشهود الثمن، ولم يزل بيد البائع إلى أن مات؟ فقال: لا يجوز هذا، وليس بيعا، وإنما توليح وخدعة ووصية لوارث، وكذلك إن ثبت أنه كان توليحا بالشهادة فيبطل باتفاق "344.

الصورة الثانية: أن لا يثبت التوليح، ولكن ثم قرينة ترجحه، فإذا ادعى على المشتري أنه توليح فيحلف ويبرأ، وإلى هذه الصورة أشار الناظم بقوله:

وإلا فلا لكن يحلف إن جرى نزاع بتوليح وميل تحصلا

" يعني: وإن لم يثبت التوليح بإقرار ولا بينة، فلا حكم له ويبقى الشيء لمشتريه، لكن إن نوزع في ذلك، وقامت على كونه توليحا قرينة من ميل البائع للمشتري، وكون قبض الثمن بالاعتراف لا بالمعاينة فيه، فيستظهر على صحة البيع بيمين المشتري، أن ذلك بيع حقيقة لا توليح، وأنه دفع الثمن.

قال ابن سلمون : (فإن ثبت ميل البائع إلى المشتري، فيلزم المشتري اليمين أنه اشترى شراء صحيحا، ودفع الثمن حسبما ذكره في عقده ، وسواء كان ذلك في الصحة أو في المرض، فإن حلف ثبت البيع ولم يبطل، إلا أن يثبت فيه توليح أو محاباة فعلى ما تقدم).

³⁴³الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م.س، ص: 296-297
³⁴⁴ علي التسولي، محمد التاودي شمس الدين، علي بن قاسم التجيبي الزقاق، م.س، ص: 145-146

فقول ابن سلمون: إلا ان يثبت فيه تولى... إلخ، هو إشارة إلى فرع آخر - والله أعلم - وهو أنه إذا لم يثبت التولى، ولكن قامت قرينة عليه، وحلف المشتري وصح شراؤه كما تقدم الآن، ثم ظهر بعد ذلك أنه تولى، وثبت بما يثبت به، فإنه يعمل عليه، ولا تنفعه اليمين المتقدمة.

وفهم من قوله: وميل تحصلا، ومن قول ابن سلمون: فإن ثبت ميل البائع... إلخ، أنه إن لم يثبت التولى ولا ميل، والمسألة بحالها من كون القبض بالاعتراف، وليس إلا مجرد دعوى التولى، فلا التفات إليها، ولا توجب يمينا ولا غيرها³⁴⁵.

"كما سئل أبو محمد بن عتاب عن رجل باع من زوجته أو أم ولده نصف دار له في صحته بمائة وخمسين مثقالا عبادية، وأشهد على قبض جميعها ثم توفي فقام أخوه فقال إنه تولى، وأثبت عقد استرعاء أنه لم يزل ساكنا في الدار إلى عقد موته، وعقدا آخر بأنه كان معاديا معه، وأنه كان في حياته يقول لا يورثه من ماله درهما .

فأجاب: أبو محمد بن عتاب وأصبغ بن محمد بأنه إذا ثبت في السكنى إلى وفاته، فذلك البيع باطل، ولا حق لها في دار ولا في ثمن، لأنه قصد الهبة، وزاد أن عقد البيع لم يتضمن معاينة القبض، وذلك مما يقوي القصد إلى التولى والخذعة والوصية للوارث³⁴⁶. وهذا ما تم تأكيده من خلال حكم للمحكمة الابتدائية بفاس: " وحيث أنه بالرجوع إلى رسم الشراء فقد شهد العدلان محرري هذا العقد أن البائع أثناء الإشهاد كان جالسا بفرشه... وحيث أن المشتري هي زوجة البائع وأن ثمن البيع لم يؤد للبائع عينا وإنما اعترافا منه، كما لم يتبين للمحكمة أن البائع عند بيعه للمدعى عليها قد غادر الشقة المباعة لها، وهو ما يفيد على وجود قرائن قوية على وجود تبرع مستتر عن طريق عقد البيع، الهدف منه لا يحاز عنه، وما دام البيع صدر عن البائع وهو مريض طريح الفراش وللظروف أعلاه مجتمعة تفيد قيام قرائن قوية تثبت كون البيع تولى خاصة وأنه توفي في مدة أقل من شهر من تاريخ إشهاده بالبيع، يكون البيع باطلا

³⁴⁵الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م.س، ص: 407
³⁴⁶ أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، ج6، م.س، ص: 79 .

لصدوره في مرض الموت لكون التوليج فيها معلوم وقد ورد في لامية الزقاق من اعتبار أن التوليج المعلوم يثبت بالإقرار والإشهاد كما يثبت بالقرائن القوية جدا ويترتب على ثبوتها فسخ العقد "347.

كما جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بالقنيطرة بتاريخ 2013/07/01³⁴⁸: " لما كان التوليج يثبت بالإقرار أو البينة أو بما يرتقي إليهما من القرائن القوية الدالة عليه، فإن معطيات النازلة تعد صورة من صور التوليج، بدليل أن البيع تم للزوجة وبالتالي فيه مظنة الميل... إضافة إلى كون الموثق الشاهد على إبرام العقد لم يعاين دفع الثمن من المشتري للبائع وإنما أقر البائع بقبضه، والإقرار الحاصل في مرض الموت دون بينة يكيف على أنه وصية، وأنه لا وصية لوارث إلا بإجازة الورثة، والمستأنف عليهم لم يجيزوا هذا التصرف من مورثهم لفائدة المستأنفة زوجة أبيهم، مما استوجب استبعاد هذا التصرف مسaire لما جاء في تحفة ابن عاصم:

وما اشترى المريض أو باع /// إن هو مات يأبى الإمتناعا

فإن يكن حابى به فالأجنبي /// من ثلثه يأخذ ما به حابى

وما به الوارث حابى منعا /// وإن يجزه الوارثون اتبعا " .

وقد ثمنت محكمة النقض بدورها هذا التوجه، حيث جاء في قرار لها: "... لما كانت محكمة الموضوع قد ناقشت الرسمين عدد 239 وعدد 154 المحتج بهما من طرف الطاعنة على ملكيتها لمحطة السكنى والعرصة المتصلة بها، وملكية الماشية وانتهت إلى القول عن صواب باستبعادهما معا لكون البيع الصادر في الرسم الأول من الهالك لزوجته قد قامت حوله قرائن ثلاثة في منتهى القوة كافية في اعتباره توليجا، وهي البيع للزوجة التي هي مظنة للميل والإيثار، وعدم حيازتها للمبيع في حياة زوجها البائع وعدم معاينة شهود البيع لدفع الثمن، وقد ذكر الفقهاء أن التوليج يثبت بالإقرار والإشهاد كما يثبت بالقرائن القوية ويترتب على ثبوته فسخ

³⁴⁷ حكم المحكمة الابتدائية بفاس ، عدد 283 صدر بتاريخ 2008/04/24، (غير منشور) .

³⁴⁸ قرار محكمة الإستئناف بالقنيطرة رقم 912 ، صادر بتاريخ 2013-07-01 في الملف رقم 402-12 - 17 (غير منشور)

البيع ، فإن القرار المطعون فيه يكون مصادفا للصواب وما عابته عليه الوسيطتان معا في غير محله " . 349

الصورة الثالثة: " إذا كان قبض الثمن بالمعينة ولا تهمة، فالبيع صحيح ولا إشكال، وإلى هذه الصورة أشار الناظم بقوله: وإن بدا فلا. أي: وإن ظهر قبض الحق وكان معينة. يعني: ولا قرينة تهمة بدليل ما بعده يليه فلا، أي: فلا توليج في هذه الصورة ولا يمين والبيع نافذ، قال ابن سلمون: (فإن لم يثبت في ذلك محاباة، ولا أنه كان توليجا، فهو جائز باتفاق سواء كان في الصحة أو في المرض، إلا أنه إن كان في المرض، فلا بد من معينة الثمن في الشراء، وإلا اختل البيع). وإذا صح البيع الواقع في المرض مع معينة الثمن، فأحرى أن يصح الواقع في الصحة مع المعينة أيضا، والله أعلم"350.

الصورة الرابعة: إذا دفع الثمن بالمعينة، والبيع لمن يتهم عليه، فالبيع نافذ أيضا، وفي اليمين خلاف، وإلى هذه الصورة أشار الناظم بقوله: وخلاف فيه مع تهمة جلا³⁵¹. فقد سئل ابن لبابة عن "رجل يبيع في المرض ممن يتهم عليه جل ماله بقيمته أو أكثر، ويحضر شهودا لقبض المال، فينظر إلى قيمة المال، ثم لا يعيش بعد ذلك إلا شيئا، لا يمكن أن ينفق فيه ذلك المال لقلّة ما عاش. فأجاب: هذا مما لا شك فيه، أنه جائز للمشتري بلا يمين، وأجاب عنها ابن أيمن فقال: هذه ريبة، وأرى اليمين على المشتري"352.

"وجاء في المتطية : من باع من بعض أولاده وذكر في عقد التباع أنه باع ذلك بيعا صحيحا بثمن قبضه منه ثم مات البائع فقام سائر بنيه فذكروا أن ذلك البيع توليج وأنه لم يدفع له ثمنا فلا تجب عليه يمين إلا أن يثبت أن الأب كان يميل إليه دون غيره فتجب اليمين أنه ابتاع بيعا صحيحا ودفع الثمن إلا أن تشهد بينة التباع بمعينة قبض الثمن فلا يحلف وإن ثبت أن الأب

³⁴⁹ قرار محكمة النقض رقم 1007، بتاريخ 03/06/1995، في الملف العقاري رقم 55760/91، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 47، ص: 268 - 271.

³⁵⁰الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م.س، ص: 408

³⁵¹الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، مرجع نفسه، ص: 408

³⁵²الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، ج6، م.س، ص: 186-187

يميل إليه وتتقطع بذلك دعواهم " 353. وفي هذا الصدد جاء في حيثيات قرار لمحكمة النقض ما يلي: " لما كانت الدعوى المرفوعة من طرف الورثة ترمي إلى إبطال بيع عقار أجراه المورث أثناء مرض موته لفائدة أحد الورثة، ولأن البيع صوري ينم عن هبة، فإن المحكمة تكون قد استعملت سلطتها الموضوعية في تقدير الأدلة لما اعتبرت أن وفاة المورث لم تكن بسبب مرض مخوف وكيفت التصرف بأنه يتعلق بتوليح مظنون، وهو ما يجعل البيع لازماً، ولا بد من اليمين" 354.

الصورة الخامسة: إذا لم يظهر من البائع ميل إلى المشتري، لكن لا يعرف للمشتري مال، ولا من أين اكتسبه، ففي صحة هذا البيع وفسخه قولان، فالخلاف في هذه الصورة في الصحة والفسخ، وفي التي قبلها في لزوم اليمين فقط، مع الجزم بصحة البيع، وإلى هذه الصورة أشار الناظم بقوله: كأن لم يكن ميل ولم يعرف أصله.

"وأجاب القاضي أبو قاسم بن زيتون عن قريب من هذه بما نصه: إقرار الأم لابنتها بدين عليها في صحتها نافذ، إلا أن تكون الابنة المقر لها غير معروفة بكسب ولا فائدة من ميراث أو غيره، وأقر لها بما لا يشبه حالة البنت، فأقرارها توليح. وإن أقرت بما يشبه حال البنت، ووقع البيع بما لا يشبه أن يكون ثمناً للمبيع أو يشبهه ولم تعين البينة الثمن كما في السؤال، ولم يزل المبيع في يد البائعة إلى موتها فهو توليح.

وعن ابن القاسم فمن باع من ولده الصغير أرضاً بعشرة دنانير وثمانها مائة دينار فلا تزال في يد الأب إلى موته، فهو موروث عن الأب وللولد العشرة. وقال من أشهد في صحته: إنني بعت منزلي هذا من امرأتي أو ابني أو ولد ابني ولم ير الشهود الثمن، ولم يزل المنزل في يد الأب حتى مات، إنه لا يجوز وهو توليح.

353 الحواشي الشريفة والتحقيقات المنيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق، م.س، ص: 143 - 144.

354 قرار عدد 221، الصادر بتاريخ 2011/01/18، في الملف عدد 2009/2/1/2433، مجلة ملفات عقارية، العدد الأول، ص: 200-202

وأجاب: الشيخ أبو محمد عن قريب منها أيضا بما نصه: إذا كان للولد مال معروف، وما باعه منه الوالد بثمن لا غبن فيه، وأقر بقبض الثمن في صحته، فالبيع تام. وإن شاء باقي الورثة يعينه أن ما جرى على الصحة ونقد الثمن صحيح، لا على الهبة، فذلك لهم. وإن لم يعرف للولد مال فالبيع باطل وليجة لا تصح إلا بالحياسة من جائز الأمر. وحياسة الأب مع سكنه باطل في الصغير، إلا أن يسكن بيتا من دار عظمى فيمضي الجميع" ³⁵⁵.

" وسئل عبد الملك بن الحسن عن رجل يبيع في صحة من بدنه، وجواز من أمره من ولده بائن منه مالك لأمره جميع ماله أو بعضه، وينقده الثمن، ويشهد على ذلك رجال، ثم يهلك البائع ويدعي ورثة البائع الهالك، أن ذلك إنما كان منه تأليجا. ولم يبيع من ابنه شيئا وترك إخوة المشتري ذلك في يد الأب إلى أن هلك، هل يتم له الشراء؟ وكيف لو كان الولد صغيرا؟ هل الأمر مثله في الكبير؟

فأجاب: قد اختلف فيما يشبه هذا، فقال بعض أهل العلم: يحمل الأب في ذلك ما تحمل، ويكون البيع جائزا وهو في الصغير والكبير واحد، وقد قال بعض من يرضى من أهل العلم: إن كان يعرف للولد مال، فالإقرار بالبيع منه جائز وإن كان لا يعرف له مال فهو تاليج، ولا أرى له ذلك جائزا" ³⁵⁶.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى سابقا في قرار له جاء فيه: " إن اعتراف الأم لابنتها بمقتضى الوثيقة المشار إليها إنما هو تبرع لما بعد موت الأم مغلف، تستتر فيه المتبرعة وراء شكل صوري، هو الإقرار المذكور وأن سكوت البنت وعدم مطالبتها بما اعترفت لها به أمها إلا بعد الوفاة بسبعة أعوام من تاريخ الإقرار، يؤكد أن القصد من الإقرار هو الوصية، وأن الإبنة غير معروفة بكسب، ولا أي مردود، كل ذلك يكون القناعة، ويدل دلالة قطعية، على أن

³⁵⁵ الونشريسي، المعيار المعرب، ج6، م.س، ص: 82

³⁵⁶ الونشريسي، المعيار المعرب، ج6، نفسه، ص: 219

اعتراف الأم لابنتها إنما هو تولىج وخديعة ووصية لوارث، فلا عبرة بهذا الإقرار فهو باطل"357.

فالملاحظ على هذا القرار أنه استند على قرائن مهمة منها اعتراف الأم وكون الابنة غير معروفة بكسب ولا أي مردود، وذلك من أجل الحكم ببطلان الإقرار موضوع القرار لكونه من قبيل التولىج المعلوم.

الصورة السادسة: " إذا لم يكن ميل، واعترف البائع بالبيع، فيها قولان أيضا: بصحة البيع وبطلانه كالتي قبلها، وإلى هذه الصورة أشار الناظم بقوله: أو القبض لم يبصر. أي: والمسألة بحالها من عدم الميل.

أما القول بصحة البيع ونفوذه، فهو أحروي من صحته في الصورة الثانية من الصور المتقدمة، لأنهما اشتركا في كون القبض بالاعتراف، وزادت تلك بوجود الميل فيها للمشتري، فإذا صح له البيع مع وجود الميل له في ذلك، فأحرى مع عدمه في هذه والله أعلم؛ على أن الصورة الثانية المذكورة قد قيل فيها أيضا ببطلان البيع، وكونه تولىجا.

وعلى صحة البيع ونفوذه وكونه ليس تولىجا، بل بيعا حقيقيا في الصور كلها ما عدا الأولى، نبه الناظم بقوله آخر الأبيات: وبالنفى فاعملا. أي: اعمل على نفي كونه تولىجا بل بيعا حقيقيا، والله أعلم"358.

وأما القول ببطلان البيع في هذه الصورة وكونه تولىجا، "ففي آخر نوازل الدعاوى والأيمان من المعيار ما نصه: وسئل ابن لب: عن امرأة توفيت عن ابن عم لها، فلما فرغ من موارثها، أخذ العاصب في طلب متروكها وحصره، فاستظهر رجل أجنبي منها بالرسوم الثلاثة الواصلة لسيادتكم، فلکم الفضل في تصفحها، والأسباب التي وقع الشراء فيها في أحد الرسوم، لم

³⁵⁷ قرار رقم 758 صدر بتاريخ 1987/06/30 ، ملف تجاري عدد 84/5817 ، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى - مادة الأحوال الشخصية ، الجزء الثاني، ص: 152 - 153.

³⁵⁸الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م.س، ص:410

تزل بيد البائعة حتى توفيت، (وكذلك الأملاك أيضا لم تزل في اعتمار البائعة حتى توفيت)، وكثر على السنة الناس، أن البائعة لم تقبض شيئا من أثمان ذلك، وإنما فعلت ذلك توليحا لأجل العاصب، ويقوي قول الناس أنه تجمل في أثمان المبيع، حسبما تضمنته الرسوم المذكورة مال كثير، وكانت البائعة وحدها لا تحتاج لكبير مؤنة ولا نفقة، ولم يوجد لها درهم واحد، ولا أعلم أنه أصاب المال المبيع به جائحة من سرقة ولا من غيرها، ولم يكن بين تاريخ البيع وموت البائعة غير ثلاثة أعوام.

فأجاب: وقفت على الرسوم الثلاثة المشار إليها، فرأيت في مضمونها مخايل الربية وموجب قوة التهمة، أما الأسباب التي ذكر انعقاد البيع فيها وقبضها، والإبراء من ثمنها، فإن ثبت ما تقيد في السؤال من بقاء تلك الأسباب تحت يد البائعة إلى وفاتها، فمن الواجب سقوط حق المشتري في الثمن والمثمن، لظهور الكذب في قبض الأسباب، لأن العادة تقضي بأن مشتري أسباب أو حيوان لا يدفع الثمن ويبقى المشتري بيد البائع السننتين أو الثلاث، إذ من المعلوم في ذلك الاستهلاك والتغيير ونفاذ جل الفائدة، فتحققت فيه الدلسة وتعين أعمال الحيلة، فيحلف العاصب أنه لا يعلم صحة ما تقيد بين موروثه ومن ذكر معها في رسم الأسباب ويرد ذلك. وأما ما تقيد من بيع الدار والأملاك ففي ذلك شيان، ظهور صحة وقوة تهمة بذكر الاستثناء أربعة أعوام وبما تعاقدا عليه في الأسباب، فيظهر قصد الحيلة في الجميع، فينظر في الثمن هل ثمن المثل مع الاستثناء المشترط أو هو تافه كالثلث ونحوه، فإن ظهر أنه من التفاهة بالمكان الموصوف وجبت للمثمن أحكام الموهوب وهو لم يخرج عن يد المرأة إلى وفاتها فيبطل ويحلف المشتري أنه دفع ما ذكر من الثمن التافه ويرجع به في التركة. وإن ظهر أن الثمن ثمن المثل مع اعتبار الشرط فيجب أعمال الصحة وتعلق اليمين لأجل التهمة، فيحلف يمينا بالله لقد وقع الشراء في ذلك بينه وبين البائعة فلانة ولقد دفع إليها الثمن المسمى وقدره كذا فقبضته منه ولم تصرفه عليه بعد ذلك إلى وفاتها، فهذا حكم النازلة³⁵⁹.

³⁵⁹ الوثنريسي، المعيار المعرب، ج 10، م.س، ص: 284-285

"والشاهد لمطلوبنا وهو القول ببطلان البيع، كونه حكم ببطلان بيع ما بقي بيد البائعة إلى أن ماتت من الأسباب والأملاك، إذ هو مبني على بطلان البيع، وكونه توليحا فلذلك أجراه مجرى الهبة، وحكم فيه بالبطلان إن لم يجز، وهو أحد قولين في المسألة كما تقدم عن ابن سلمون في الصورة الأولى.

قلت: وفي هذه النازلة أيضا دليل على القول بصحة البيع، وهو قوله آخر الكلام: وإن ظهر أن الثمن ثمن المثل... إلخ. وفي جوابها أيضا كيفية اليمين حيث يصح البيع، وأن من جملة ما ينص عليه فيها أنها قبضت الثمن، ولم تصرفه عليه بعد ذلك إلى وفاتها³⁶⁰.

وإذا كان التوليح الذي هو تبرع في صورة البيع المستجمع لأركانه يبقى صحيحا نافذا تبعا لظاهر عقد البيع ما لم يثبت التوليح بأحد طرق الإثبات المذكورة على سبيل الحصر، فإن هو ثبت فلا محالة أن عقد البيع الصوري يكون باطلا ولا أثر للهبة المغلفة بهذا العقد³⁶¹.

وتجدر الإشارة إلى أن التوليح والمحاباة متباينان، لأن التوليح هو العطية في صورة البيع، والمحاباة هي البيع بأقل من القيمة أو بأكثر كما مر، فالمحاباة لا فرق بين الوارث وغيره، فإذا باع من أجنبي أو ابنه أو زوجته أو أم ولد له ما يساوي مائة بعشرة ويشهد بذلك أرباب البصر ولم يخرج من يده ولا حيز عنه حتى حصل المانع فبيعه مردود، وليس للمشتري إلا ثمنه، وأما التوليح فلا يرد البيع فيها إلا بأحد الأمرين: إما بإقرار المشتري بذلك، وإما بالبينة. فإن ثبت التوليح بأحد الأمرين فلا إشكال، وإن لم يثبت بما ذكر وثبت ميل البائع للمشتري، فإن المشتري يحلف بأنه دفع الثمن وأنه اشترى شراء صحيحا ويصح البيع، فإن نكل بطل البيع بمجرد نكوله لأنها يمين تهمة لا ترد، وظاهره أنه لا فرق بين وارث وغيره³⁶².

³⁶⁰ الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م.س، ص: 411

³⁶¹ يقول الناظم: وبيع من حابي من المردود /// أو ثبت التوليح بالشهود

إما بالإقرار أو الإشهاد /// لهم في وقت الإنعقاد

ومع ثبوت ميل بائع /// لمن اشترى يحلف في دفع الثمن

- راجع: البهجة في شرح التحفة، ج 2، م.س، ص: 534 - 536.

³⁶² البهجة في شرح التحفة، ج 2، م.س، ص: 535 - 536.

إلا أنه قد يحصل العكس فتكون المعاملة بيعا حقيقيا إلا أن الأطراف يتواطؤون على سترها ويعطونها صورة هبة وهذا ما سنتناوله في الفقرة الموالية.

الفرقة الثانية : صورية التبرع :

ترتكز الصورية في ميدان العقود على التفاهم الحاصل بين الطرفين حول التستر على الحقيقة المخالفة للتعبير من أجل إيهام الغير أو التبرير به. ومن هنا يتبين أن الصورية تقوم بوجه عام عندما تتوافق الإرادتان على التظاهر بإحداث أثر قانوني لم تنصرف إليه هذه الإرادة المشتركة إما بصفة مطلقة أو نسبية. ومهما كانت دوافع الصورية³⁶³ كضرب من تواطؤ المتظاهرين بالتعاقد على الكذب، فإنها إما أن تكون مطلقة أو تكون نسبية³⁶⁴.

ولا شك أن إضفاء الصورية على عقد التبرع يكون لعدة أغراض، منها التهرب الضريبي، ذلك أن الإعلان عن نوع المعاملة والقول بأنها بيع يثقل كاهل البائع بالضرائب، مما يجعل صاحب العقار يخفي بيعه في صورة هبة، ومنها التحايل على قواعد الشفعة، بهدف حرمان الشفيع من ممارسة حقه في الشفعة باعتبار أن الأمر لا يتعلق ببيع وإنما بتبرع وهذا لا شفعة فيه. وفي هذا الصدد يقول ابن عاصم :

ومن له الشفعة مهما يدعي /// بيعا لشقص حيز بالتبرع

³⁶³ قد يكون الدافع إلى الصورية مشروعا كما لو عمد الواهب والموهوب له إلى ستر الهبة تحت غطاء البيع لتفادي ما قد ينجم من توتر في علاقة الواهب ببعض أفراد أسرته لو أنه اختار إبرام عقد الهبة مباشرة دون تستر.

وقد يكون الدافع إلى الصورية غير مشروع عندما تستعمل للغش أو التحايل إما على الدائن قصد الإضرار به مثلا من خلال إخراج بعض أموال المدين مما يشكل الضمان العام للدائنين، أو للتحايل على القواعد المتعلقة بالنظام العام.

³⁶⁴ الصورية تكون مطلقة عندما يقصد بالمحرر السري شل كافة آثار العقد الظاهر مع نفي وجود أي تعاقدي بين الطرفين " كما إذا أراد شخص أن يمنع دائنيه من التنفيذ على شيء مملوك له، فيبيع هذا الشيء بيعا صوريا إلى شخص يتفق معه على ذلك. ويكتبان به عقدا ظاهرا، ويكتبان في الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ". وبما أن المتعاقدين في الظاهر في هذه الفرضية لا يعطيان العقد أية قيمة قانونية، إذ يهدفان إلى استخدامه كحيلة لمواجهة أحد من الأعداء ليس إلا، لذلك يكون العقد هنا وهميا.

وبالمقابل فإن الصورية تكون نسبية عندما لا يقصد بالمحرر السري نفي وجود التعاقد وشل كافة آثار العقد الظاهر، وإنما إخفاء الطبيعة الحقيقية للعقد المبرم فعلا أو إخفاء حقيقة شرط من شروط العقد المتفق على إبرامه سرا وعلنا أو إخفاء شخص المتعاقد حقيقة، بمعنى أن الصورية النسبية لا يقصد بها إلا إخفاء حقيقة الآثار المراد ترتيبها على العقد السري في مجموعها كما لو كان العقد الظاهر بيعا والعقد المستتر هبة، أو في جزء منها كما لو كان الثمن المتفق عليه في البيع السري يفوق الثمن المتفق عليه في البيع الظاهر.

فما ادعاه فعليه البيئنة /// وخصمه يمينه معيننة³⁶⁵.

" يعني إذا وقع نزاع بين من له الشفعة والذي تملك الشقص من شريكه فادعى الشفيع أن الشقص تملكه بالشراء وطلب أخذه بالشفعة وادعى حائزه أنه ملكه بالتبرع بهبة لغير ثواب ونحوها، فعلى الشفيع البيئنة أنه حازه بمعاوضة مبيئة لا إجمال فيها، فإن أثبت ما ادعاه على الوجه الأتم وعجز المدعى عليه عن الطعن فيها كانت له شفעתه، وإن لم تكن له بيئنة على دعواه فعلى الحائز المدعى عليه اليمين أنه صار إليه بدون عوض وتسقط شفعة الشريك، فإن نكل عنها وجب الشفعة للمدعي بمجرد نكوله ولا تنقلب هذه اليمين لأنها للتهمة وتكون بقيمة الشقص وحينئذ يكون له الأخذ أو الترك هذا كله إذا لم يكثر التحايل على إسقاط الشفعة بإظهار التبرع وإلا وجب الحكم بالشفعة على القول بأن التبرعات فيها الشفعة بالقيمة كما مر والمدار في ذلك على قرائن الأحوال"³⁶⁶.

وهذا ما أكدته محكمة الإستئناف بالدار البيضاء فقد أبطلت عقد هبة عقد بين شخصين، وطعن فيه الغير الذي له مصلحة في الشفعة بعله أن الصورية في النازلة نسبية بطريقة التستر، إذ أنها تناولت نوع العقد (أي تكييفه) دون وجوده، وقصد بها إخفاء حقيقة التصرف المعقود بين المطعون ضدها، إذ جاء بيعا في صورة صدقة بقصد حرمان الشريك من طلب الشفعة، وبالتالي لا يتوقف قيامها (الصورية) على العقد المستتر، ذلك أن العقد المستتر مرتبط بالصورية المطلقة التي تتناول وجود العقد ذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ولا تتضمن الورقة المستترة عقداً آخر حقيقياً يختلف عن العقد الظاهر بل تقتصر هذه الورقة على أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له ويتعين بطلان العقد والتشطيب عليه من الرسم العقاري³⁶⁷.

³⁶⁵ أبي بكر محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الأفاق العربية - القاهرة، الطبعة الأولى 2011 م، ص: 73.

³⁶⁶ عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية - تونس، الطبعة الأولى، سنة 1339 هـ، ص: 107.

³⁶⁷ قرار محكمة الإستئناف بالدار البيضاء رقم 14220 بتاريخ 2008/10/9، ملف مدني عدد 2007/1/518 (غير منشور).

وقد طعن في هذا القرار لدى محكمة النقض وقامت هذه الأخيرة بنقضه، بعلّة أن " طالب الإبطال عليه تقديم دعوى الشفعة رغم صورية العقد على شرط الإثبات، استناداً على قول ابن عاصم : ومن له الشفعة مهما يدعي /// بيعا لشقص حيز بالتبرع .

فما ادعاه فعليه البينة /// وخصمه يمينه معينة "368.

³⁶⁸ قرار رقم 286 بتاريخ 2010/05/25 ملف شرعي عدد 2009/1/2/209 (غير منشور) .

الباب الثاني: إثبات الحقوق المالية في المجال الأسري.

الأسرة هي الخلية الأساسية والوحدة الأولى في تكوين المجتمع، تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة التي ترتب مجموعة من الحقوق والواجبات المتبادلة بينهم. ولقد دعت جميع الشرائع من قديم الزمان إلى تنظيم طرق إثبات هذه الحقوق وإن اختلفت فيما بينها في هذا التنظيم، ذلك أن الإثبات هو المحور الذي تدور حوله الخصومة و الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الدعوى لاسيما في مجال العلاقات الأسرية التي غالبا ما تميزها الثقة والمودة بين أفرادها، زد على ذلك أنها من العلاقات الداخلية التي يصعب الإثبات فيها لأنها تكون بمنأى عن إعداد الحجج مسبقا، وذلك لخصوصية هذه العلاقة، لذلك نجد دوما صعوبة أمام المحاكم في إثبات المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية الأسرية.

ولتسليط الضوء حول الموضوع ارتأينا تناوله عبر فصلين على الشكل التالي:

الفصل الأول: إثبات الحقوق المالية بين الأقارب (الأصول والفروع)

الفصل الثاني: إثبات الحقوق المالية بين الزوجين

الفصل الأول : إثبات الحقوق المالية بين الأقارب (الأصول

والفروع):

تتشكل الأسرة في معناها الواسع من عدد من الأفراد تجمع بينهم رابطة تسمى رابطة القرابة، وتشمل كل قريب، سواء كان سببها الدم، أو المصاهرة، أو الرضاع. وبما أن القرابة درجات، فإن الفقهاء فرقوا بين الأب والأم، والابن والبنت وبين سائر الأقارب، فالأول أصل والثاني فرع، وهذان هما أقرب الأقارب ولهما الخصوصية.

وتتعدد النتائج المترتبة على قرابة النسب المتعلقة بالحقوق والالتزامات باعتبارها أصل القرابات جميعاً، وهي تكون مناطاً لتقرير بعض الحقوق والالتزامات المالية، حيث جعل المشرع في المادة 187 من مدونة الأسرة القرابة من أسباب وجوب النفقة على الغير وبذلك تجب النفقة على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما إذا توافرت شروط النفقة.

كما أن الميراث عبارة عن انتقال ملكية الشيء بوفاء مالكه إلى شخص آخر شريطة أن تكون هناك رابطة قرابة بين المتوفي والشخص الذي تنتقل إليه الملكية، مما يميز الميراث عن سائر أسباب كسب الملكية التي لا تشترط مثل هذه الرابطة، وبالتالي يترتب عن القرابة أن الأقارب يتوارثون فيما بينهم وفقاً لترتيب محدد بينهم بقواعد الإرث، يعتمد من بين معاييرها درجة القرابة وقوتها.

ولا شك أن هذه الحقوق المالية تنشأ حولها مجموعة من الخصومات والنزاعات بين مستحقيها والذين غالباً ما يصطدمون بصعوبة الإثبات فيها.

وعليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول : نفقة الأقارب بين وجوبها وصعوبة إثباتها .

المبحث الثاني: الإثبات في النزاعات المالية الإرثية.

المبحث الأول : نفقة الأقارب بين وجوبها وصعوبة إثباتها :

اهتمت الشريعة الغراء بالنفقة باعتبار دورها المحوري في تحقيق المصالح وتيسير سبل المعيشة واستمرار دفة الحياة، وهذا الأمر يستدل عليه من خلال اهتمام الفقه الإسلامي بالنفقة والحث عليها سعيا إلى تحقيق الأمن الاقتصادي والأسري للمجتمع، والحفاظ على استقراره وتحقيق مبدأ التكافل الاجتماعي³⁶⁹. ولما كان الإنسان اجتماعيا بفطرته ولا يصبر على إكراهات الحياة فريدا، وكان في حاجة موصولة ودائمة إلى مساعدة بني جنسه، دعا الشارع الأعظم إلى وجوب الإنفاق على الزوجة والأبناء والوالدين عند حاجتهما، حيث إن في الإنفاق على الزوجة تكريس لواجب القوامة، وفي الإنفاق على الأولاد تأسيس لعمارة الكون، وسبيل إلى تكريس سنة الاستخلاف واستمرار الجنس البشري، وفي الإنفاق على الوالدين بر بهما ورد لجميلهما، وفي الإنفاق على ذوي القرابة صلة عظيمة، فيها توطيد لأواصر المحبة والألفة والتكافل والتراحم³⁷⁰.

ولاشك أن نفقة الأقارب تطرح إشكالات قانونية وعملية حقيقية، تكون عادة مثار منازعة بين أقرب الخصوم لتعلقها بالمال اللازم لمعاش الأبناء والوالدين، ففي حماة الصراع بين الحق والواجب، يحاول الملتزم تخفيض هذا المستحق أو التحلل منه، في حين يحاول المستفيد الاستفادة من هذا الحق كاملا غير منقوص وعلى وجه السرعة، فيقع الركون في سبيل ذلك إلى مؤيدات فقهية وقانونية وأدلة إثباتية متنوعة. من هنا نتساءل عن كيفية الإثبات في دعوى نفقة الأقارب ؟

للإجابة على هذا التساؤل، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين كالتالي:

المطلب الأول: تحديد القرابة الموجبة للنفقة

المطلب الثاني: إثبات نفقة الأقارب

³⁶⁹ كما أن المشرع المغربي نظم أحكام النفقة من خلال مقتضيات مدونة الأسرة في القسم الثالث من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها، من المادة 187 إلى المادة 205، حيث عرض للأحكام العامة للنفقة في الباب الأول، ولنفقة الزوجة في الباب الثاني، ولنفقة الأقارب في الباب الثالث، وللالتزام بالنفقة في الباب الرابع.

³⁷⁰ عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س، ص: 498-499

المطلب الأول : تحديد القرابة الموجبة للنفقة:

تعتبر القرابة، بالإضافة إلى الإلتزام والزوجية، من الأسباب الموجبة للنفقة. والقرابة لفظ عام يشمل أصول الملزم بالنفقة وفروعه، كما قد يشمل غيرهم من ذوي القربى والحواشي .

ولقد اختلف في نوعية المستفيدين من إحسان القرابة بين المذاهب الفقهية، فالمذهب المالكي يقصر هذه الاستفادة على الأصل والفرع المباشرين، والمذهب الشافعي يوسع هذه الاستفادة، فيدخل ضمن المستفيدين الجد والحفيد (الفقرة الأولى)، بينما يوسع هذا النطاق المذاهب الثلاثة : الحنفي، والحنبلي والظاهرى ، مع الإختلاف في أساس التوسيع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مذهب المضيقين في تحديد مفهوم القرابة .

يعتبر المالكية والشافعية من المذاهب المضيقية لمفهوم القرابة³⁷¹.

أ) مذهب المالكية : يرى أن القرابة الموجبة للنفقة هي قرابة الولادة المباشرة ولو مع إختلاف الدين، وعلى هذا تجب النفقة للأب والأم دون الجد والجدة وللإبن والبنات دون الأحفاد³⁷².

ومذهب المالكية هذا هو أضيق المذاهب في تحديد القرابة الموجبة للنفقة، لأنه حدد القرابة في الآباء والأولاد فقط ولا يلزم الرجل النفقة إلا على أبويه الفقيرين وعلى صغار ولده الذين لا مال لهم، على الذكور حتى يحتلموا ولا زمانة بهم وعلى الإناث حتى ينكحن ويدخل بهم أزواجهن، ولا نفقة لمن سوى هؤلاء من الأقارب كالجدة وأولاد الأولاد لأن نفقة القرابة إنما تجب ابتداء لا انتقالا ونفقة الجد لازمة للإبن فلا تنتقل إلى بنيه ونفقة أولاد الأولاد لازمة

³⁷¹القرابة في الأصل نوعان: قرابة الولادة وقرابة غير الولادة، وقرابة غير الولادة نوعان أيضا : محرمة للنكاح كالأخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات

-أنظر: الإمام الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، دار الكتب العلمية- لبنان، ط2، 1986م، ص: 30
³⁷² بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة - دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية - دار الفكر والقانون
مصر، ط1، 2010م، ص96.

لأبيهم فلا تنتقل إلى جدهم³⁷³، فقد جاء في شرح الزرقاني على مختصر خليل: "... لا تجب نفقة جد وجدة على ابن ابنه وسواء كانا من جهة الأب أو من جهة الأم . ولا تجب نفقة ولد ابن على جد وأولى ولد البنت لأنه ولد الغير " ³⁷⁴.

ولقد استدلوا على ذلك بما يلي :

بالنسبة لوجوب النفقة على الآباء، قوله تعالى: "وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا"³⁷⁵. وجه الاستدلال أي أحسنوا إلى الوالدين إحسانا برا بهما وعظفا عليهما لأن الله جعلهما سببا لخروجك من العدم إلى الوجود وربيبك³⁷⁶. وقوله تعالى: "ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن اشكر لي ولوالديك إلي المصير وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من أناب إلي ثم إلي مرجعكم فأنبئكم بما كنتم تعملون"³⁷⁷. وقوله تعالى: " واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا "³⁷⁸.

كما توجد في السنة عدة أحاديث نبوية منها : ما روى أبو داود والحاكم وصححه عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : >> إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولد من كسبه << ورواه الترمذي وصححه بلفظ >> إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم <<³⁷⁹.

³⁷³ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية بيروت، دون ذكر السنة، ص: 413 - 414.

³⁷⁴ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، دار الكتب العلمية- بيروت لبنان، ج4، ط1، 2002 م ص : 464.

³⁷⁵ سورة لإسراء الآية 23 .

³⁷⁶ بلقاسم شتوان، م .س، ص 96.

³⁷⁷ سورة لقمان الآية 14-15.

³⁷⁸ سورة النساء الآية 36.

³⁷⁹ سنن أبي داود : 288/3، سنن الترمذي : 639/3 .

كما أن نفقة الأولاد والبنات تجب على الأب بنصوص القرآن والسنة، فمن القرآن الكريم قوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين، لمن أراد أن يتم الرضاعة، وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف"³⁸⁰. فالآية تدل عن طريق دلالة الإشارة على أن نفقة المولود تجب على الوالد³⁸¹. وقوله تعالى: "فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن"³⁸². فقد أوجب الله، عز وجل، أجره الرضاع على المولود له، وهو الأب، كما أوجب عليه النفقة للمرضع؛ وإذا وجبت نفقة المرضع كانت نفقة نفس الرضيع واجبة بالأولى، وعلى وجوب نفقة الفرع المباشر هي الولادة³⁸³.

ومن السنة نجد عدة أحاديث توجب النفقة للفرع منها: حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: >> دينار أنفقته في سبيل الله، ودينار أنفقته في رقبة، ودينار تصدقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك؛ أعظمهما أجرا الذي أنفقته على أهلك <<³⁸⁴. ويكفي في هذا الحديث أن يقدم نفقة الأهل على نفقة الجهاد في سبيل الله.

وحديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها أن هند أم معاوية بن أبي سفيان أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: "يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وبني إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فهل علي ذلك من جناح؟ فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"³⁸⁵. فالرسول عليه الصلاة والسلام، أذن لزوجته أبي سفيان أن تأخذ من ماله بقدر ما يكفي لنفقتها، ونفقة ولدها، وذلك دليل على وجوب نفقة الولد على أبيه، ويبدو من

³⁸⁰ سورة البقرة الآية 233 .

³⁸¹ عبد الله السوسي التتاني، شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته - دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة، ج3، دون ذكر السنة، ص:170.

³⁸² سورة الطلاق الآية 6

³⁸³ محمد الحبيب التجكاني، الإحسان الإلزامي في الإسلام وتطبيقاته في المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة - المحمدية، 1990 م ص:180 .

³⁸⁴ صحيح مسلم (995).

³⁸⁵ أخرجه البخاري في الصحيح (3825)، وأخرجه مسلم (1714)

النصوص السابقة، أن نفقة ولد الصلب واجبة على الأب وحده، دون مشاركة الأم، ولو كان لها مال³⁸⁶.

ب (مذهب الشافعية): أما بالنسبة لهذا المذهب فقد حدد الحالات الموجبة للنفقة في الأصول من الآباء والأجداد وإن علوا، وفي الفروع من الأبناء والأحفاد وإن سفلوا³⁸⁷.

وقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى: " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا"³⁸⁸. فوجه الدلالة أن الله تعالى أمر بالإحسان إليهما ومن الإحسان: الإنفاق عليهما عند حاجتهما، والجد داخل في ذلك؛ لأنه يدخل في مطلق اسم الوالد.

وقوله تعالى: " وصاحبهما في الدنيا معروفا"³⁸⁹. ووجه الدلالة هنا أن الله أمر بصحبتهما في الدنيا بالمعروف، ومن المعروف: القيام بكفائتهما عند حاجتهما، والجد داخل في ذلك؛ لأنه يدخل في مطلق اسم الوالد؛ بدليل قوله تعالى: " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"³⁹⁰. فيدخل فيهم ولد البنين، وقال تعالى: " ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد"³⁹¹. وقال: " ملة أبيكم إبراهيم"³⁹².

ونلاحظ هنا أن مذهب الشافعية أوسع من مذهب المالكية بتوسعهم في مفهومي الوالدين ليشمل الأجداد، والأولاد ليشمل أولاد الأولاد وإن سفلوا .

³⁸⁶الإمام أبي بكر بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج7، دار الكتب العلمية - لبنان، الطبعة الثالثة، 2003م، ص:784-785.

³⁸⁷أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج4، دار الشامية - بيروت، ط1، 1996م، ص:626 - 627.

³⁸⁸سورة الإسراء الآية 23

³⁸⁹سورة لقمان الآية 15

³⁹⁰سورة النساء الآية 11

³⁹¹سورة النساء الآية 11

³⁹²سورة الحج الآية 78

الفقرة الثانية : مذهب الموسعين في تحديد مفهوم القرابة

يعتبر الحنابلة والحنفية من الموسعين في تحديد مفهوم القرابة في النفقة.

أ) الحنابلة : يرون أن القرابة الموجبة للنفقة هي القرابة التي توجب الإرث على التقابل مع إيجاب النفقة، بحيث يكون القريب وارثا لقرابه المحتاج بالفرض أو التعصيب وعلى أساس هذا المبدأ تجب النفقة على الأصول لفروعهم، وعلى الفروع لأصلوهم، كما تجب أيضا على سائر الأقارب سواء كانوا ذا رحم محرم كالأعمام، أو غير ذي رحم محرم كأبناء العم بشرط التوارث فقط، بمعنى متى كانوا وارثين تجب لهم النفقة، وتجب عليهم بحسب اليسار والإعسار³⁹³.

ودليل الحنابلة على رأيهم هذا من القرآن الكريم قوله تعالى: " وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف، لا تكلف نفسا إلا وسعها لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك " ³⁹⁴ . والإستدلال بهذه الآية إنما يتأتى في تفسير (الوارث) بوارث المولود، وتفسير (مثل ذلك)، بجميع ما ذكر قبلها من النفقة، وتحريم الإضرار، عطا على المولود له³⁹⁵.

ومن السنة ما روى أبو داود عن كليب بن منفعة عن جده أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: >> يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك وأباك، وأختك وأخاك، ومولاك الذي يلي ذاك، حق واجب ورحم موصولة<<³⁹⁶.

وعن طارق المحاربي قال: >> قدمنا المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول: يد المعطي العليا، وابدأ بمن تعول: أمك وأباك، وأختك

³⁹³ بلقاسم شتوان، م.س، ص:107.

³⁹⁴ سورة البقرة الآية 233

³⁹⁵ عبد الله السوسي الثاني، م.س، ص: 172.

³⁹⁶ سنن أبي داود، كتاب الأدب، أبواب النوم، حديث رقم 4539

وأخاك، ثم أدناك أدناك»³⁹⁷. فهذا الحديث يدل على أنه ينبغي للإنسان أن تكون يده عليا بحيث يكون منفقاً محسناً على قدر حاله واستطاعته، لا أن يكون آخذاً سائلاً؛ لأن البذل والإنفاق يجعل اليد عليا، كذلك عليه أن يبدأ بالإنفاق على أقاربه وأرحامه ويواسيهم بما يستطيع، وأن يبدأ بالأهم فالأهم، فيبدأ بالأم؛ لأنها مقدمة في البدء على الأب، والأخت مقدمة على الأخ، وهكذا يراعي الأقرب فالأقرب من أقاربه إذا لم يكن عندهم ما يكفيهم.

ويلاحظ على مذهب الحنابلة أنهم يقولون بوجود اتحاد الدين بين القريبين حتى في نفقة الأول (الأصول والفروع) لأنه لا توارث عندهم بين المسلم وغير المسلم فلا بد أن يكون كلاهما مسلماً لكي تجب النفقة لفقيرهم على غنيهم³⁹⁸.

وعلى هذا، فالنفقة على وارث المستحق للنفقة، فإذا تعدد الوارث لزم كل واحد من النفقة قدر نصيبه من الإرث؛ فإذا افترضنا أن لمستحق النفقة عما وابن عم، كانت النفقة على العم وحده، لأن ابن العم محجوب عن الإرث بالعم، ولو افترضنا أن المستحق عمين، كانت النفقة بينهما نصفين، وهكذا³⁹⁹.

(ب) مذهب الحنفية: يرى أنه لا توجب القرابة النفقة إلا إذا كانت محرمة للزواج، فإن كانت القرابة غير محرمة للزواج كقرابة أولاد العم والعلمات وأولاد الأخوال والخالات فلا توجب النفقة وعلى هذا لا تجب نفقة الفقير على ابن عمه أو ابن خاله⁴⁰⁰.

وسيرا على هذا المذهب تجب النفقة لسائر الأقارب إذا كانوا من المحارم سواء كانوا أصولاً أو فروعاً أو حواشي⁴⁰¹، لقوله تعالى: "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله

³⁹⁷ صحيح النسائي (2531)

³⁹⁸ بلقاسم شتوان، م.س، ص: 108.

³⁹⁹ محمد الحبيب التيجاني، م.س، ص: 186.

⁴⁰⁰ عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، دار القلم - الكويت، ط2، 1990 م ص: 202.

⁴⁰¹ إذا كانت الصلة بين الأقارب جزئية بعضهم من بعض تسمى قرابتهم قرابة الولادة كقرابة الأصول والفروع المنحصرة في عمود النسب، وإذا كانت الصلة ليست كذلك كقرابة الأقارب الخارجيين عن عمود النسب تسمى قرابتهم قرابة غير الأولاد أو

إن الله بكل شيء عليم"402. وقوله: "وبالوالدين إحسانا وبذي القربى"403. وقوله أيضا: "وعلى الوارث مثل ذلك"404. فقد فسروا (الوارث) في الآية بالوارث إذا كان ذا رحم محرم، بحيث إذا كان ذا رحم غير محرم، كابن العم مثلا، لا يلزمه شيء405.

كما روى مسلم والنسائي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل: >> ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل من أهلك شيء، فلذي قرابتك، فإن فضل من ذي قرابتك شيء فهكذا و هكذا، يقول: بين يديك، وعن يمينك، وعن شمالك<<406.

وعن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنهم، قال: >> قلت: يا رسول الله، من أبر؟ قال: أمك. قلت: ثم من؟ قال: أمك. قلت: ثم من؟ قال: أباك، ثم الأقرب فالأقرب<<407. وذكر القرابة في الحديثين دليل على وجوب النفقة على الأقارب، سواء كانوا وارثين أم لا408.

يظهر لنا من هذه المذاهب أن الفقهاء أجمعوا على وجوب النفقة للأباء والأمهات، والأولاد والبنات واختلفوا فيما عدا ذلك من الأجداد والأحفاد وغيرهم من الوارثين وذو الأرحام المحارم، فأراءهم تتفاوت فيما بينها ضيقا واتساعا في تحديد مدى القرابة الموجبة للنفقة، فأضيقتها مذهب المالكية، ثم الشافعية، ثم الحنفية، ثم الحنابلة409.

=قرابة الحواشي أو قرابة ذوي الأرحام ومن أمثلة الحواشي: فروع الأب وفروعهم وإن نزلوا / فروع الجد وإن علوا وفروعهم وإن نزلوا .

402 سورة الأنفال الآية 75

403 سورة النساء الآية 36

404 سورة البقرة الآية 233

405 محمد الحبيب التجكاني، م.س، ص:187.

406 أخرجه مسلم (997)، والنسائي (2546).

407 سبق تخريجه.

408 عبد الله السوسي التتاني، م.س، ص:173.

409 والراجح حسب الأستاذ عبد الله السوسي التتاني هو مذهب الشافعية الذي أوجب النفقة للأباء والأجداد، والأولاد والأحفاد دون بقية القرابة كما يلي:

1- لأن الأجداد في حكم الآباء، والأحفاد في حكم الأولاد، فإسم الأب يطلق على الجد لقوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج ملة أبيكم إبراهيم" (الحج:78). كما يطلق إسم الإبن على إبن الإبن لقوله تعالى: "يا بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج

أما بالنسبة لمدونة الأسرة فقد ساءرت المذهب المالكي، حيث حددت القرابة الموجبة للنفقة في الآباء والأولاد فقط⁴¹⁰.

المطلب الثاني : إثبات نفقة الأقارب:

الأصل أن كل إنسان يقوم بحاجاته الحيوية متى كان في استطاعته القيام بها، والإسلام حين أوجب نفقة الإنسان على نفسه إنما راعى معنى عظيما ومبدأ ساميا وهو أن يكون كل إنسان مسؤولا عن نفسه حتى لا يكون عالة على غيره وعلى المجتمع فإن عجز عنها عجزا كليا أو جزئيا فقد أوجب الشرع الإسلامي على غيره أن يمد إليه يد المعونة وينهض بشؤونه بقدر ما هو في حاجة إليه سدا لعوزه، وقد نصت المادة 197 من مدونة الأسرة على ما يلي: " النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقا لأحكام هذه المدونة"، وانطلاقا من هذا سنتناول هذا المطلب في فقرتين:

الفقرة الأولى: شروط وجوب النفقة على الأقارب

الفقرة الثانية: إثبات الإنفاق.

=أبويكم من الجنة " (الأعراف: 27). لأن ولد الإنسان وحفيده بعضه، وهو بعض والده وجده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله، كذلك على فرعه وأصله .

2 - لأن النفقة على الأصول والفروع عموما واجب يفرضه واجب البر والإحسان، ولا يجوز بحال أن يتمتع الأب بنعمة النفقة، ويعاني الجد وهو أب الأب من نقمة الفاقة، وليس في العقوق أكثر من أن يكون الابن غنيا ذا حال، ويترك أباه أوجده يكس الكنف، أو الزبل، أو يغسل الثياب للناس، ويدع أمه أو جدته تخدم الناس وتسقي الماء في الطريق، فما خفض لهما جناح الذل من الرحمة من فعل ذلك بلا شك، وإذا كان الإحسان للوالدين واجبا لأنهما سبب الإيجاد، فإن سبب السبب له حكم السبب، وبر الوالدين لا يتم إلا ببر آبائهم، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

3-لأن النفقة إذا وجبت للآباء والأولاد باتفاق الفقهاء، فإن نفقة الأجداد والأحفاد واجبة عند جمهور المذاهب الثلاثة : الشافعية والحنفية والحنابلة، والأخذ برأي الجمهور أولى .

- أنظر: عبد الله السوسي التتآن، م.س، ص:173-174 .

⁴¹⁰ جاء في المادة 197 من مدونة الأسرة: " النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقا لأحكام لهذه المدونة " .

الفقرة الأولى: شروط وجوب النفقة على الأقارب

إن أساس نفقة الأقارب الضرورة والحاجة، فإذا كان طالب النفقة معسرا، وجبت نفقته على أقاربه لدفع ضرورة الهلاك، ولدفع الحاجة، أما إذا كان له مال، فلا ضرورة ولا حاجة، وحينئذ لا تجب له نفقة على كاهل أحد، وإنما ينفق على نفسه من ماله⁴¹¹. وبالمقابل يشترط في المنفق أن يكون قادرا على الإنفاق على الغير، بأن يكون موسرا، فإن كان معسرا، فحفظ نفسه أولى. إذن ما هي الحدود الفاصلة بين حالتي الإعسار واليسار، وكيف يمكن إثباتهما؟

أولاً: إثبات إعسار المحسن إليه (المنفق عليه) ويسار المحسن (المنفق):

اتفق الفقهاء على أنه يشترط في وجوب إنفاق الشخص على قريبه أن يكون القريب محتاجا إلى النفقة؛ بأن يكون معسرا بالمال وعاجزا عن الكسب، كما يشترط في المنفق أن يكون قادرا على الإنفاق.

أ) نفقة الأب على الأولاد :

تعتبر النفقة على الأولاد من الحقوق التي نص عليها ديننا الحنيف ومن أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الأبوين، والتي تستمر حتى في حالة انفصام العلاقة الزوجية، وتجب نفقة الأبناء على الأب باعتباره رب الأسرة والملزم بالإنفاق على جميع أفرادها. ولقد اشترط فيها الفقهاء شرطان:

-**الشرط الأول**، أن يكون الفرع فقيرا، فإن لم يكن فقيرا فنفقته في ماله لأن الأصل في نفقة الإنسان على نفسه متى يجد مقدار الكفاية في ماله أو في كسبه إن كان ممن يستطيع التكسب ولا يلزم غيره بنفقته، وهذه هي أقوالهم :

⁴¹¹ الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، م، س، ص:34.

فالمالكية قالوا: تجب نفقة الولد الحر على أبيه، أي الفقير العديم الصنعة، وأما لو كان له مال أو صنعة لا معرفة فيها عليه ولا على أبيه لم تجب على أبيه، فإن طرأ له كساد صنعة أو ضياع مال قبل بلوغه وجبت للبلوغ⁴¹².

وقال الحنفية: لا تجب لموسر على غيره نفقة في قرابة الولادة وغيرها من الرحم المحرم لأن وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج، فالولد الصغير إذا كان له مال كانت نفقته في ماله لا على الأب وإن كان الأب موسرا، فإن كان المال حاضرا في يد الأب أنفق منه عليه وينبغي أن يشهد على ذلك إذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبي إذا بلغ فيقول للأب أنك أنفقت من مال نفسك لا من مالي فيصدقه القاضي لأن الظاهر أن الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وإن كان لولده مال فكان الظاهر شاهد للولد فيبطل حق الأب، أما إن كان المال غائبا ينفق من مال نفسه بأمر القاضي إياه بالإئناق ليرجع أو يشهد على أنه ينفق من مال نفسه ليرجع به في مال ولده ليتمكن الرجوع⁴¹³.

كما أوجب الشافعية النفقة للولد على أبيه إذا كان فقيرا لا مال له، فإن كان له مال كانت نفقته في ماله لا على أبيه، لأنها مواساة لا تجب إلا مع الفقر⁴¹⁴.

وكذلك الحنابلة، حيث اشترطوا فيمن تجب له النفقة أن يكون فقيرا، لا مال له، ولا كسب يستغني به عن إنفاق غيره، فإن كان موسرا، أو له كسب يكفي، فلا نفقة له وإن لم يكف وجب إكمالها له⁴¹⁵.

⁴¹² أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، دار المعارف - القاهرة، دون ذكر السنة، ص: 753.

⁴¹³ علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج4، م.س، ص: 34.

⁴¹⁴ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ج11، دار الكتب العلمية - لبنان، ط1، 1994م، ص: 478.

⁴¹⁵ علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج5، م.س، ص: 181.

وهذا ما ذهبت إليه مدونة الأسرة حيث اشترطت في الفرع المستحق للنفقة أن يكون فقيرا لا يملك ما ينفق به على نفسه⁴¹⁶، وهو ما سار عليه الإجتهد القضائي إذ جاء في قاعدة لقرار المجلس الأعلى سابقا - محكمة النقض حاليا- " في نفقة الأب على الابن تراعى أموال الابن، فلا يلزم الأب بالنفقة إلا في حدود ما لم تف به أموال الابن. يتعرض للنقض الحكم الذي لم يراع المنحة التي يتقاضاها الولد من الإدارة والتي تعتبر مالا من أمواله"⁴¹⁷.

-**أما الشرط الثاني**، فهو أن يكون الأب قادرا على الإنفاق، فإن كان معسرا بالنفقة لا تجب عليه لقوله تعالى: " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها"⁴¹⁸. وتكليف الإنسان بنفقة غيره مع عدم قدرته على نفقة نفسه تكليف له بما ليس في وسعه، وللقاعدة: " فاقدر الشيء لا يعطيه" فمن افتقد نفقة نفسه، لا يكلف بنفقة غيره⁴¹⁹. وهو ما أجمع عليه الفقهاء⁴²⁰، وهذه أقوالهم:

- المالكية: يقولون في حالة إفسار الوالد، أن نفقة ولده تسقط عنه ولا يجبر الأب المعسر أن يكتسب لينفق على ولده المعسر، " قال ابن شاس في الجواهر: "يشترط في المستحق عليه - يعني المطلوب بنفقة القريب - يسره بما يزيد على حاجته ولا يباع عليه عبده وعقاره إذا لم يفضل عن حاجته، ولا يلزمه الكسب لأجل نفقة القريب"⁴²¹.

- الحنفية: اشترطوا أن يكون الأب قادرا على نفقة أولاده بأن يكون غنيا أو كسوبا يكسب من عمله ما يفي بحاجته وحاجتهم⁴²². ويفرق الحنفية هنا بين أب فقير قادر على الكسب وأب فقير عاجز عن الكسب؛ فإذا كان الأب فقيرا وقادرا على الكسب ولكن لم يبسر له عمل يكتسب

⁴¹⁶ فقد جاء في المادة 187 من مدونة الأسرة: "أن نفقة كل إنسان في ماله إلا ما استثنى بمقتضى القانون".
⁴¹⁷ قرار عدد 69، بتاريخ 4 صفر 1391 هجرية الموافق ل 1972 ميلادية، في الملف الاجتماعي عدد 33366، منشور ضمن كتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة من سنة 1957 إلى 2012م لعبد العزيز توفيق، مكتبة الرشاد، سطات، ط1، 2013 م، ص: 209.

⁴¹⁸سورة البقرة الآية: 286

⁴¹⁹ عبد الله السوسي الثاني، م.س، ص: 175.

⁴²⁰ أبي محمد على ابن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى، ج10، إدارة الطباعة المنيرية بمصر، دون ذكر السنة، ص: 203.

⁴²¹أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، ج 4، 1997، ص: 506.

⁴²² علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج 5، م.س، ص: 183-184.

منه أو يسر له عمل يكتسب منه ولكن كسبه قليل لا يفي بحاجته وحاجة من تجب عليه نفقتهم من أولاده ففي هذه الحالة تجب عليه النفقة لأولاده ولكن لا يؤمر هو بأدائها بل تؤمر بأدائها لهم أهمهم إذا كانت موسرة ويكون ما تؤديه الأم ديناً لهما ترجع به على أبيهم إذا أيسر وإذا كانت الأم غير موسرة أمر أب الأب الموسر بالأداء، ويكون ما يؤديه ديناً على الأب إذا أيسر. أما إذا كان الأب فقيراً وعاجزاً عن الكسب لمرض أو كبر سن أو أي عاهة تعجزه عن الكسب يعتبر كالمعدوم وتجب النفقة على من عداه من أقارب الأولاد عند عدم أبيهم⁴²³.

- الشافعية: اشترطوا في المنفق - سواء كان أصلاً أو فرعاً - أن يكون موسراً بفاضل عن مؤونته، ومؤونة عياله في يومه وليله، والمراد بالعيال زوجته وخدمها، وأم ولده، فإن لم يفضل شيء فلا وجوب، لخبر مسلم >> ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك <<⁴²⁴.

- الحنابلة: اشترطوا في المنفق، أن يكون له ما ينفق منه على أصله أو فرعه، أو مورده فاضلاً عن نفقة نفسه وزوجته، ورقيقة يومه وليلته، فأما من لا يفضل عنه شيء، فليس عليه شيء⁴²⁵، لما روى جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: >> إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن كان فضلاً فعلى عياله، فإن كان فضلاً فعلى قرابته، أو على ذي رحمه، فإن كان فضلاً فما هنا وما هنا <<⁴²⁶.

وطبقاً لما هو مقرر من أن الإنسان لا يكلف إلا بالميسور، فإن مبدأ وجوب النفقة بالأسباب المذكورة لا يعني أنها تجب على المكلف بها ولو لم يكن لديه ما يسددها به، لأن في هذا حرجاً وتكليفاً لربما لا يطاق، وإنما وجوبها عليه رهين بوجود مال لديه زائداً على نفقة

⁴²³ عبد الوهاب خلاف، م.س، ص: 204 - 205 .

⁴²⁴ الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج5، م.س، ص: 183

⁴²⁵ بدائع الصنائع، ج5، مرجع نفسه، ص: 183-184.

⁴²⁶ السنن الصغرى للنسائي، كتاب البيوع، بيع المدبر، حديث رقم 4621

نفسه، لقوله تعالى: " لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا "427 .

ولأن المكلف بالنفقة قد يدعي عدم وجود مال زائد لديه، قررت مدونة الأسرة⁴²⁸ مبدأ افتراض ملاءة ذمة الملتزم بها حتى يثبت العكس، وذلك لتفادي أي تحايل من شأنه التملص من أداء النفقة المؤدي إلى إلحاق الضرر بمن تجب له، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بطنجة في قرار لها جاء فيه: " إن الإنسان الملتزم قانونا وشرعا بنفقة غيره تفترض فيه الملاءة إلى أن يثبت العكس وفق المادة 188 من مدونة الأسرة"⁴²⁹.

لكن في حالة إثبات الأب عسره وعدم قدرته على الإنفاق، فهل تصبح نفقة الأبناء واجبة على الأم أم لا؟

إذا كان الأب فقيرا معسرا، بحيث لا يكون قادرا عن العمل والاكتساب، أو يكون عاجزا، فإن كان قادرا على العمل عليه أن يعمل ويكتسب وينفق على ولده أي لا تنتقل عنه إلى الأم لأنه لا يجبر المعسر عن العمل للإنفاق على أحد إلا الزوج عن زوجته والأب عن ولده الصغير أو الكبير العاجز عن العمل، وإذا كان العمل غير ميسر للأب مع القدرة عليه أو كان الأخير غير قادر عن العمل لعجزه جسميا عنه هنا تجب نفقة ولده المحتاج لها على الأم الموسرة⁴³⁰، غير أن

⁴²⁷سورة الطلاق الآية:7

⁴²⁸ المادة 188 من مدونة الأسرة: " لا تجب على الإنسان نفقة غيره إلا بعد أن يكون له مقدار نفقة نفسه، وتفترض الملاءة إلى أن يثبت العكس".

⁴²⁹ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 241، صادر بتاريخ 2020/09/14، ملف رقم 1620/19-721 (غير منشور).

⁴³⁰ عبد الله الرقيق، أسباب وجوب النفقة على الغير وطرق إثباتها، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 72، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، يناير 2019م، ص: 98

مالك قال: "ليس على الأم الإنفاق على ولدها مطلقاً"⁴³¹، وخالفه الأئمة الثلاثة، فاتفقوا على وجوب إنفاقها على ولدها في الجملة وإن اختلفوا في شرط الوجوب⁴³².

واستدل المالكية: "- أولاً - بحديث هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان المشهور ووجه الدلالة: أنه لو وجب على الأم أن تنفق على ولدها، لما أباح لها الرسول صلى الله عليه وسلم أن تأخذ من مال أبي سفيان جميع ما يكفي ولدها. (ويرد عليه) أن من أوجب النفقة على الأم، لا يوجبها حال يسار الأب، وأبو سفيان كان موسراً بدليل الاستفتاء.

- ثانياً - بحديث أم سلمة رضي الله عنها، قالت: " يا رسول الله، هل لي من أجر في بني أبي سلمة أن أنفق عليهم، ولست بتاركتهم هكذا وهكذا، إنما هم بني. قال: نعم لك أجر ما أنفقت عليهم .

وجه الدلالة: أنها لم تعتقد الوجوب، وإلا لما سألت عن حصول الأجر، وقد أقرها النبي صلى الله عليه وسلم على عقيدتها إذ بين لها حصول الأجر، ولم يصرح بالوجوب، فدل هذا على أن نفقة الأولاد لا تجب على الأم، ولو كانت غنية، ولو كان الأب ميتاً من غير أن يترك مالا. (ويرد عليه) أن السؤال عن الأجر لا يستلزم اعتقاد عدم الوجوب لجواز أن تكون أم سلمة

⁴³¹ عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة "الامام مالك بن أنس"، ج1، المكتبة التجارية- مكة المكرمة، دون ذكر السنة، ص: 938

⁴³² بالنسبة لمذهب الشافعية: يوجب نفقة الولد على الأم، لقوله تعالى: " ولا تضار والدة بولدها " (البقرة: 233)، ولأنه إذا وجبت على الأب، وولادته من جهة الظاهر، فلأن تجب على الأم، وولادتها من جهة القطع، أولى. وتجب عليها نفقة ولد الولد لما ذكرناه في الأب.

- أنظر: أبي الحسن الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه الامام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج11، الطبعة الأولى 1994م، ص: 449

وقال الحنفية: إذا كان الأب معسراً، فإنه يكلف بالتكسب والإنفاق، فإن عجز عن التكسب والإنفاق، وجب الإنفاق على أقارب الأولاد، وأقربهم إليهم أهم، فإن كانت موسرة أمرت بالإنفاق عليهم، على أن يكون ما تنفقه ديناً على الأب، إذا أيسر لها حق الرجوع عليه بما أنفقته، فإن لم تكن لهم أم موسرة وكان لهم جد موسر فإن نفقتهم تجب عليه، ثم إن كان أبوهم زمناً به عاهة تمنعه من التكسب، سقطت عنه النفقة نهائياً فلا يرجع عليه والده بشيء، لأن نفقة الكبير الزمن على أبيه.

- راجع: عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، دار الكتب العلمية - لبنان، ط2، 2003م، ص: 512. وقال الظاهرية: ما دام الأب قادر على نفقة أولاده فليس على المرأة من ذلك شيء، أما إن عجز الأب عن ذلك أو مات ولا مال لهم فحينئذ يقض بنفقتهم وكسوتهم على أهم لقول الله عز وجل " لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده " (البقرة الآية 233)، وليس في المضارة شيء أكثر من أن تكون غنية وهم يسألون على الأبواب.

- أنظر: أبي محمد علي بن حزم، المحلى، ج10، إدارة الطباعة المنيرية- مصر، دون ذكر السنة، ص: 109.

معتقدة وجوب الإنفاق عليهما، بحيث تعاقب على تركه، وتشك في حصول الأجر؛ لأنه قد يكون الداعي إليه الميل القلبي، لا امتثال أمر الشرع ، فأخبرها النبي صلى الله عليه وسلم بحصول الأجر عليه .

- ثالثا- بأن الأم ليست عسبة لولدها فلا تجب عليها النفقة. (ويرد عليه) أنه لا دخل للعسوبة في وجوب النفقة، وإلا لما وجب على البنت أن تنفق على أبيها، مع أن إنفاقها عليه واجب اتفاقا "433.

وللجمهور في الإستدلال على وجوب إنفاق الأم على ولدها مسلكان: فمن أوجب منهم الإنفاق على الموروث أو على ذي الرحم المحرم استدلت على الوجوب على الأم بالأدلة العامة التي توجب على الوارث أو ذي الرحم المحرم، ومن خص الوجوب بالأصول والفروع فإنه يستدل بالقياس على الأب بجامع البعضية فإنه إنما وجب على الأب الإنفاق على ولده؛ لأنه بعضه فكذلك الأم .

ولقد خالفت مدونة الأسرة رأي المالكية في ذلك واتبعت رأي غيرهم، فقررت وجوب النفقة على الأم عند عجز الأب عن الإنفاق عن ولده، بشرط أن تكون الأم غنية وموسرة ومفهوم الشرط أنه إذا لم تكن الأم غنية فهي غير ملزمة بالإنفاق على ولدها من الأب العاجز عن الإنفاق، فقد جاء في المادة 199 منها على أنه: " إذا عجز الأب كلياً أو جزئياً عن الإنفاق على أولاده، وكانت الأم موسرة ، وجبت عليها النفقة بمقدار ما عجز عنه الأب " .

إلا أنه يجب على الأب الذي يدعي العجز عن الإنفاق على أولاده أن يثبت العجز وأن يثبت كذلك بأن الأم موسرة، وبالنسبة للعجز يجب أن يثبت للمحكمة أنه كلياً أما إذا كان جزئياً فقط فإن الأم تكون ملزمة بالإنفاق في حدود ما عجز عنه الأب⁴³⁴، وهو ما أكدته محكمة النقض

⁴³³ حاشية ابن عابدين، ج5، م.س ، ص : 340.

⁴³⁴ إن عجز الأب عن النفقة ينقسم إلى قسمين :

حيث جاء في قرارها: "مادام قد عجز الأب عن الإنفاق على ولده الموجود تحت حضانتها، وثبت أن الأم موسرة تنفق على ولدها، فإن الحكم لها بنفقته يقتضي التحقق مما إذا كانت هذه النفقة جزئية بمفهوم المادة 199 من مدونة الأسرة بحيث تلتزم الزوجة بالإنفاق في حدود مقدار ما عجز عنه الأب، أم أنها شاملة لكل مستلزمات المنفق عليه من غذاء وكسوة وتعليم طبقا لما ورد في المادة 189 من مدونة الأسرة"⁴³⁵.

ب) نفقة الأبوين :

إن النفقة على الوالدين هو أمر واجب بالإجماع⁴³⁶؛ لأن النفوس الطاهرة قد جبلت على حب من أحسن إليها، والقلوب المؤمنة تتعلق بمن كان له فضل عليها، ولا يوجد مخلوق أعظم إحسانا ولا أكثر فضلا من الوالدين⁴³⁷.

فلقد قرن الله تعالى حقهما بحقه، وشكرهما بشكره، وأوصى بالإحسان إليهما بعد الأمر بعبادته، بقوله: " أن اشكر لي ولوالديك "⁴³⁸. وقوله أيضا: " وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه

=1- إما أن يكون العجز كلياً، كأن يكون مصاباً بمرض أقعده عن العمل والحركة ، فهذا لا تجب عليه النفقة إذا كان معسراً لأن وجوده كعدمه ، وفي هذه الحالة حسبما ذهبت إليه المادة 199 من مدونة الأسرة فإن الزوجة الموسرة يجب عليها أن تنفق على أبنائها الإنفاق الكلي .

2- إما أن يكون العجز جزئياً، بحيث لا يستطيع أن يقوم إلا بأعمال بسيطة لا توفر ما تستوجبه متطلبات النفقة على الأولاد، وفي هذه الحالة حسبما ذهبت إليه المادة 199 من مدونة الأسرة - فإن الزوجة الموسرة يجب عليها أن تنفق على أبنائها في حدود الخصاص ، وبالقدر الذي لا يستطيع الأب أن يغطيه بالإنفاق .

⁴³⁵ قرار عدد 186 بتاريخ 2011/04/19 ملف شرعي عدد 2009/1/2/306 ، منشور بالموقع الإلكتروني:

www.juriscassation.cspj.ma (تاريخ الاطلاع: 2022/05/17)

⁴³⁶ قال الفندلاوي رحمه الله تعالى: " وأما نفقة الوالدين والأولاد فإنما وجبت بالإجماع، والإجماع معدول به عن القياس ، أو بنص الكتاب وهو قوله عز وجل : << وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف >>، ولأن الوالدين والأولاد في بعض بعضهم من بعض، والبعضية وصف مؤثر لأنه متى كان بينهم بعضية، فإنه يصير أحدهما كالآخر، فكما يجب على الإنسان نفقة نفسه، يجب عليه نفقة بعضه، وهذا المعنى معدوم فيما سوى الوالدين والأولاد من القرابات كلها ".

- أنظر: أبي الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي ، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، ج2 ، دار الغرب الإسلامي - تونس ، ط1 ، 2009 ، ص: 534 - 535.

⁴³⁷ عبد الله السوسي التتاني، م.س، ص: 185 .

⁴³⁸ سورة لقمان الآية: 14

وبالوالدين إحساناً"⁴³⁹. فقوله تعالى: " وبالوالدين إحسانا " فيه دليل على وجوب مؤونة الوالدين المعسرين على ولدهما الموسر لأن ذلك من الإحسان إليهما⁴⁴⁰.

ولقد اشترط الفقهاء جميعا في وجوب النفقة على الأقارب شرطي العسر في المنفق عليه واليسر في المنفق⁴⁴¹؛ أي أن يكون الوالدان فقيرين لا مال لهما، فإن إن كان لأحدهما مال يكفيه وجبت نفقته من ماله لا على غيره⁴⁴².

وأن يكون الولد قادرا على الإنفاق، فإن كان معسرا لا تجب عليه نفقة غيره لما تقدم في المادة 188 من مدونة الأسرة أن من أعسر بالنفقة تكون نفقته على نفسه مقدمة على النفقة على

⁴³⁹ سورة الإسراء الآية: 23

⁴⁴⁰ بلقاسم شتوان، م.س، ص:132.

⁴⁴¹ قال الشافعي رحمه الله: " إذا كان الوالد زنا لا يغني نفسه ولا عياله ولا حرفة له فينفق عليه ولده وولد ولده وإن سفوا لأنهم ولد وحق الوالد على الولد أعظم ، ومن أجبرناه على النفقة بعنا فيها العقار".

-أنظر: الإمام أبي إبراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل المصري المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان ، ط1، 1998 م ، ص:308.

- كما أن الحنفية قالوا أيضا بوجوب نفقة الأباء على أبنائهم وإن علوا فعلى الولد الإنفاق على أبيه وجده لأبيه وجده لأمه بشرط الإعسار و لا يلزم الأب بالتكسب وكذلك الأم ، وإن كان الإبن الموسر يقدر على إحضار قوتها معا (الأب والأم) فعل ، وإذا لم يستطيع إلا على قوت أحدهما قدمت الأم على الأب، وإن ادعى الإبن الموسر أن أباه الفقير موسرا كان عليه أن يثبت ذلك بالبينة فإن لم تكن له بينة فالقول للأب .

وإن كان الولد معسرا وهما معسران فليس عليه نفقتهما لأنهما لما استويا في الحال لم يكن أحدهما بإيجاب نفقته على صاحبه بأولى من الآخر، إلا أنه روى عن أبي يوسف قال إذا كان الأب زنا وكسب الإبن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يضم الأب إلى نفسه لأنه لو لم يفعل ضاع الأب ولو فعل ذلك لا يخشى الهلاك على الولد والإنسان لا يهلك على نصف بطنه قال وكذلك الجد أب الأب والجدة أم الأم وأم الأب لأنهم من الوالدين وحالهم في استحقاق النفقة كحال الأبوين.

- راجع: شمس الدين السرخسي، المبسوط ، ج5 ، دار المعرفة ، بيروت - لبنان - دون ذكر السنة ، ص: 222.

ونفس الشيء بالنسبة للحنابلة فقد قالوا بوجوب النفقة للوالدين على أولادهما وإن علوا بثلاثة شروط وهي:

1- أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم، فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به فلا نفقة لهم لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة .

2- أن تكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فضلا عن نفقة نفسه إما عن ماله وإما من كسبه فأما من لا يفضل عنه شيء فليس عليه شيء .

3- أن يكون من تجب عليه النفقة وارثا للمنفق عليه بفرض أو تعصيب إن كان من غير عمود النسب، أما عمود النسب فإنها تجب ولو لم يرث.

- لمزيد من التوضيح يراجع: بلقاسم شتوان، م.س، ص: 135-136.

⁴⁴² قال ابن عاصم: والفقر شرط الأبوين والولد \\\ عدم مال واتصال للأمد.

- التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، م.س، ص: 609

غيره. ويستوي في ذلك اتفاقهما في الدين واختلافهما فيه لأن نفقة الأب وجبت على ابنه بحق الولادة، ولا فرق بين الذكر والانثى، ولا بين الموافق في الدين والمخالف فيه⁴⁴³.

وعند المالكية في القول الراجح والمعتمد أن النفقة توزع حسب اليسار في كل حال، أي أن النفقة الواجبة على الأبناء للوالدين لا توزع عليهم بحسب إرثهم وإنما توزع عليهم بحسب يسرهم وغناهم وإذا كان كلهم موسرين وجبت عليهم موزعة بالسوية، وقيل على قدر التفاوت في الثروة⁴⁴⁴، وهذا بخلاف باقي المذاهب⁴⁴⁵.

أما مدونة الأسرة فقد قررت أن نفقة الوالدين تجب على الولد إن كان واحداً، وإن تعددوا وزعت عليهم ذكورا كانوا أو إناثاً، صغاراً أو كباراً حسب يسارهم وغناهم، لا على حسب رؤوسهم، ولا على قدراتهم⁴⁴⁶، وهو ما أكدته محكمة الإستئناف بفاس حيث جاء في إحدى قراراتها: "... حيث حدد المستأنف أسباب استئنافه من كونه ليس الولد الوحيد للمستأنف عليه بل

⁴⁴³ قال القاضي الوهابي البغدادي: " يجب على الولد الموسر النفقة على أبويه المعسرين لقوله تعالى: " وصاحبهما في الدنيا معروفاً ". وقوله عز وجل: " وبالوالدين إحساناً ". ويلزمه النفقة على الفقير منهما، وإن كان صحيحاً اعتباراً بالزمانه ، ولأن أمرهما أوكد من أمر الولد ، والمسلم والكافر في ذلك سواء " .

- انظر: عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة' الامام مالك بن أنس، ج1، المكتبة التجارية-مكة المكرمة، دون ذكر السنة، ص:938

⁴⁴⁴ فعن ابن جزى الغرناطي قال: " إذا كان للأب الفقير جماعة من الأولاد وجبت نفقته على الموسر منهم، فإن كانوا كلهم موسرين وجبت عليهم موزعة بالسوية ، وقيل: على قدر يسارهم " .

-أنظر: محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، دار ابن حزم ، لبنان ، ط1، 2013 م، ص: 381.

⁴⁴⁵ فالحنفية قالوا: توزع عليهم بالتساوي مطلقاً، ذكورا وإناثاً، وإن تفاوتوا في اليسار. فإذا كان الأصل فقيراً سواء كان أباً أو أما أوجداً أو جدة وله فروع قادرون على الإنفاق عليه تجب نفقته على أقربهم له درجة، فإن تساوا في القرب فنفقته عليهم جميعاً بالتساوي من غير نظر إلى الإرث لأن علة وجوب النفقة هنا الجزئية فكلمة تحقق السبب وهو الجزئية تحقق المسبب وهو الوجوب بصرف النظر عن الإرث وكلما قوى السبب بقرب الدرجة ترجح.

- أنظر: عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، م.س، ص: 206.

وعند الحنابلة توزع عليهم حسب أنصبتهم في الميراث لقوله تعالى: " وعلى الوارث مثل ذلك " (البقرة 233) ، والنفقة بين الذكور والإناث للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة نوي الأرحام⁴⁴⁵.

- راجع: السرخسي، المبسوط، م.س، ص: 222.

وعند الشافعية وجهان: الأول وافقوا فيه الحنفية وهو الأصح ، والثاني وافقوا فيه الحنابلة يقول الشريبي: " ومن استوى فرعاه أنفقا ، وإلا فالأصح أقربهما، فإن استوى فبالإرث في الأصح ، والثاني بالإرث ثم القرب " .

- أنظر: مغني المحتاج ، م.س، ص: 189.

⁴⁴⁶ جاء في المادة 203 من مدونة الأسرة: " توزع نفقة الآباء على الأبناء عند تعدد الأولاد بحسب يسر الأولاد لا بحسب إرثهم " .

له أولاد آخرون... لكن حيث إن نفقة الآباء توزع على الأبناء بحسب يسرهم لا بحسب إرثهم طبقا للمادة 203 من مدونة الأسرة وما دام المستأنف قد صرح خلال المرحلة الابتدائية بأن دخله يصل الى 3200 درهم فإن المبلغ الذي حددته المحكمة في 400 درهم كنفقة لوالده يبقى مناسباً ... مما يبقى معه وجه الإستئناف غير قائم "447.

وبهذا يكون شرط الفقر والحاجة كاف لوجوب نفقة الأصل على الفرع، إلا أن الإشكال يطرح عندما يطالب الأبوان بنفقتهم في مواجهة ولدهما فينازع الأخير في كون أبويه موسرين ولا يحتاجان إلى من ينفق عليهما، ففي هذه الحالة على الأبوين أن يثبتا فقرهما وإذا لم يثبتاه فلا يستجاب لطلبهما. وفي هذا الإطار جاء في حكم لابتدائية فاس بتاريخ 2021/05/02: "... وحيث إن مناط استحقاق الأبوين للنفقة هو الفقر والعدم، وذلك تطبيقاً لقول ابن عاصم في تحفته وشرحه أبو الحسن التسولي في كتابه البهجة في شرح التحفة بقوله يعني أن الشرط لوجوب نفقة الأبوين على أولادهما الفقر فلا يحكم بها إلا بعد إقرار الأولاد المالكين أمرهم به أو بعد ثبوته ببينة وبالقرابة على الموسر نفقة الوالدين المعسرين وإثباتا لعدم لا بيمين.

وحيث أدلت المدعية إثبات العسر بشهادة إدارية عدد 29 صادرة عن قيادة سيدي حرازم بتاريخ 2021/2/11 تفيد أن حالتها الاجتماعية ضعيفة.

وحيث أنه واستناداً إلى المادة 197 من مدونة الأسرة فإن النفقة على الأقارب تجب على الأولاد للوالدين وعلى الأبوين لأولادهما طبقاً لأحكام هذه المدونة.

وحيث إنه وأمام إثبات المدعية لواقعة العسر يكون طلبها مؤسسا ويتعين الاستجابة

له" 448.

447 قرار محكمة الإستئناف بفاس عدد 2017/271، رقم 16/1202/1606 بتاريخ 2017/03/07 (غير منشور).

448 حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 1136، صادر بتاريخ 2021/05/02، ملف رقم 2021/1606/1119، (غير منشور). ونفس الشيء جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً (قرار صادر بتاريخ 2006/04/05 في الملف عدد 2005/1/2/249، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، م.س، ص: 379)

كما جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بفاس:" و حيث إن نفقة الآباء لازمة في مال الأبناء بنص المادة 203 من مدونة الأسرة .

وحيث إن حالة العوز والإحتياج التي يدعيها المستأنف أصليا ثابت بمقتضى الشهادة الإدارية المستدل بها ابتدائيا... وحيث لاحظت هذه المحكمة وخلافا لما أثاره المستأنفون جميعا أنما انتهى إليه الحكم المستأنف في تقديره لواجب النفقة جد مناسب ... مما ارتأت معه تأييد الحكم المستأنف لمصادفته الصواب"⁴⁴⁹ .

فالملاحظ هنا أن المحكمة اعتمدت على الشهادة الإدارية لإثبات حالة الفقر والعوز التي توجب النفقة على الآباء. إلا أننا نجد أن نفس المحكمة أصدرت قرارا آخر لا يعترف بالشهادة الإدارية كوسيلة لإثبات العوز بل اشترط في إثباته الحجة العدلية⁴⁵⁰، فقد جاء في إحدى حيثيات قراراتها ما يلي:" وحيث إن نفقة الآباء وإن كانت في مال الأبناء بنص المادة 203 من مدونة الأسرة فإنه تعين إثبات العوز لاستحقاقها شرعا، وحيث ثبت للمحكمة صحة ما أثارته المستأنفة ذلك أن ما تم الإدلاء به من قبل المستأنف عليه والمتمثل في شهادة إدارية لا يقوم حجة قطعية على احتياجه المادي بل يتعين إثبات ذلك بحجة عدلية مما يبقى معه الطلب على حاله غير مؤسس والحكم المستأنف فيما سار عليه جانب الصواب ويتعين القول بإلغائه " ⁴⁵¹.

وبالتالي فإننا نجد تناقض على مستوى البيئة المقبولة أمام القضاء لإثبات العوز والحاجة، فتارة نجد العمل القضائي يعتمد على الشهادة الإدارية، وتارة أخرى لا يقبلها كوسيلة للإثبات، وهو ما يتحتم على القضاء توحيد البيئة المقبولة لإثبات الفقر والعوز صونا وحماية لحق النفقة.

⁴⁴⁹ قرار لمحكمة الإستئناف بفاس عدد 2012/645، رقم 11/808 بتاريخ 2012/06/26 (غير منشور).

⁴⁵⁰ وهو ما قال به أحد الفقهاء أيضا:" لكي يستحق الأصل نفقة فرعه لابد له من إثبات فقره واحتياجه، فإذا ادعى الوالدان الفقر وطلبا من الولد النفقة وأنكر الولد فقرهما لزم الوالدين الإثبات بعدلين ، ولا يكلف الأبوان اليمين مع العدلين ".
- أنظر: الدردي، الشرح الصغير ، م.س، ص:752.

⁴⁵¹ قرار لمحكمة الإستئناف بفاس عدد 2013/388 ، رقم 12/1028 ، بتاريخ 2013/04/16.(غير منشور).

وتجدر الإشارة إلى أنه اختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة، قيل: هو الذي يحل له أخذ الصدقة و لا تجب عليه الزكاة، وقيل: هو المحتاج⁴⁵²، ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر؟ فيه اختلاف الرواية:

" في رواية لا يستحق حتى لو كان أختا لا يؤمر الأخ بالإنفاق عليها، وكذلك إذا كانت بنتا له أو أما في رواية يستحق .

وجه الرواية الأولى: أن النفقة لا تجب لغير المحتاج، وهؤلاء غير محتاجين، لأنه يمكن الإكتفاء بالأدنى بأن يبيع بعض المنزل أو كله ويكتري منزلا فيسكن بالكراء، أو يبيع الخادم .

أما وجه الرواية الأخرى: أن بيع المنزل لا يقع إلا نادرا، وكذا لا يمكن لأي أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك، وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار، بل يؤمر القريب بالإنفاق عليه"⁴⁵³.

وإذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذي الرحم، فلا بد من معرفة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هذه النفقة، وقد اختلفوا في ذلك على أقوال⁴⁵⁴، والأرجح في

⁴⁵² علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج 5، م.س، ص 182

⁴⁵³ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 5، م.س، ص: 225.

⁴⁵⁴ بالنسبة للحنفية: يستعمل أبو يوسف نفس معيار الإعسار واليسار المستعمل في الزكاة، بينما يعتمد محمد الشيباني معيار الفاضل عن الكفاية مهما كان: فأما نفقة الأقارب استحقاقها بطريق الصلة فتكون على الموسرين دون المعسرين كالزكاة وعلى هذا قال أبو يوسف: " من لم يكن له فضل على حاجته مقدار ما تجب فيه الزكاة لا تلزمه نفقة الأقارب ". وقال أيضا: " لا أجبر على نفقة ذي الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة، ولو كان معه مائتا درهم إلا درهما، وليس له عيال وله أخت محتاجة، لم أجبره على نفقتها، وإن كان يعمل بيده، ويكسب في الشهر خمسين درهما ". ومعنى هذا أن معيار اليسار في النفقة هو النصاب الذي تجب به الزكاة .

إلا أنه يروي هشام عن محمد الشيباني قوله: " إذا كان كسبه كل يوم درهما ويكفيه لنفقتة ونفقة عياله أربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل إلى أقاربه لأن الإستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدى لتيسير الأداء ويسر الأداء موجود إذا كان كسبه يفضل عن نفقته ". ومعنى هذا أن من يكتسب دخله يوميا يقدر فضله باليوم، فإذا كان له فضل يوميا، وجبت عليه نفقة أقاربه، وإذا لم يكن له فضل لم يطالب بشيء، لأنه في الحالة الأخيرة، يعتبر معسرا . لمزيد من الإيضاح أنظر:

- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج 5، م.س، ص: 224.

- علاء الدين الكاساني الحنفي: بدائع الصنائع، م.س.ص: 182

المذاهب الثلاثة الحنابلة والشافعية والمالكية، أن الإعسار واليسار مرتبطان بالفاضل عن الكفاية، وبالحاجة، فالمنفق الموسر هو من له فاضل عن حاجته وحاجة من يعوله، سواء كان الفاضل عن مال أو كسب، ويقدر الفاضل حسب توقيت الدخل، باعتبار الأجر، أو الدخل اليومي أو الشهري، وباعتبار السنة في الغلات الفلاحية. والمنفق عليه المعسر هو المحتاج، الذي يجد كفايته حسب العرف، والوضع الإجتماعي العام.⁴⁵⁵

وهكذا، يستحق الوالدين نفقة أبنائهم بمجرد إثبات الفقر والحاجة إليها، أي لا يشترط العجز عن العمل والكسب، الذي هو شرط أيضا في استحقاق الفرع النفقة على أهله، فيكفي مثلا أن يكون الأب فقيرا محتاجا لتجب نفقته على ابنه، لأنه لا يجوز شرعا إجبار الأب على التكسب وابنه قادر على الإنفاق عليه.

ثانيا: إثبات عجز المحسن إليه عن الكسب :

أوجب الإسلام العمل وجعله معادلا للجهاد في سبيل الله، لقوله تعالى: "وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون"⁴⁵⁶. وقوله أيضا: "علم أن سيكون منكم مرضى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله وآخرون يقاتلون في سبيل الله"⁴⁵⁷. وفي هذا السياق لم تجب النفقة للقريب القادر على الكسب، إذن ما هو مجال اشتراط العجز عن الكسب؟ وكيف يمكن للمحسن إليه إثبات العجز عن الكسب وبالتالي استحقاقه للنفقة؟

⁴⁵⁵ علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج5، ص:184

⁴⁵⁶ سورة التوبة الآية: 105

⁴⁵⁷ سورة المزمل الآية:20.

أ) مجال اشتراط العجز عن الكسب :

اختلفت المذاهب الأربعة في مجال اشتراط العجز، إلا أنه رغم هذا الإختلاف، فالإتجاه العام في نفقة الوالدين هو عدم اشتراط العجز، وعكسه هو السائد في نفقة الأولاد والحواشي، ونفصل القول في ذلك :

إن الراجح في المذهب الحنفي أنه يشترط العجز عن الكسب في النفقة الواجبة للفروع والحواشي، ولا يشترط ذلك في النفقة الواجبة للأصول لأن الشرع نهى الولد عن إلحاق أدنى الأذى بالوالدين، وهو التأفيف، ومعنى الأذى في إيكال الأب إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى: " ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما"⁴⁵⁸ . وأما الأم فتجب نفقتها على ولدها متى كانت فقيرة ولو كانت قادرة على الكسب، والأجداد والجدات وإن علا كل منهما في ذلك كالأبوين سواء كان الجد أو الجدة من قبل الأم أو من قبل الأب⁴⁵⁹ .

وبهذا يكون المذهب الحنفي أوجب نفقة الأصول بمجرد الإحتياج والفقر ولو كانوا قادرين عن العمل والكسب، أما نفقة الفروع والحواشي فلا تجب إلا بشرط الإحتياج (العسر) وشرط العجز عن الكسب معا .

ويتفق المذهب الحنبلي مع مذهب أبي حنيفة في عدم اشتراط العجز عن الكسب في نفقة الأصول الواجبة على الأبناء وأبنائهم، وذلك دون خلاف، إلا أن مذهب أحمد يزيد على ذلك بعدم اشتراط هذا العجز في نفقة الفروع الواجبة على الأصول، أما في نفقة غير الأصول والفروع فيشترط فيها العجز عن الكسب ، كما هو الشأن عند أبي حنيفة⁴⁶⁰ .

⁴⁵⁸ سورة الإسراء الآية 23

⁴⁵⁹ علاء الدين الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع، ج4، م.س، ص: 35

⁴⁶⁰ المبسوط، ج5، م.س، ص: 222

أما بالنسبة للشافعية فقد اشترطوا، بالنسبة لنفقة الفرع الواجبة له على الأصول، أن يكون الفرع عاجزا عن الكسب وعجزه عنه يكون بأحد أمرين: إما بنقصان خلقه أو بنقصان أحكامه، أما نقصان خلقه فكالعمى والزمانة، وأما نقصان أحكامه فكالصغر والجنون⁴⁶¹.

وفيما يخص نفقة الوالدين ففيه قولان: أظهرها: أنه يستحق النفقة لأنه محتاج؛ فاستحق النفقة على ولده ولا يكلف كسبا لعظم حرمة الأصل، ولأن فرعه مأمور بمصاحبته بالمعروف، وليس منها تكليف الكسب مع كبر السن، والقول الثاني: لا يستحق؛ لأن القوة كالياسار.⁴⁶²

ونفس الشيء بالنسبة للمالكية حيث أوجبوا نفقة الأولاد بشرط العجز عن الكسب بسبب الصغر أو المرض أو غيرهما⁴⁶³.

أما نفقة الوالدين الواجبة لهما على الأولاد ففي اشتراط عجزهما عن الكسب خلاف: "قال الباجي: لا يشترط فيهما ذلك، فتجب نفقتهما ما لم يكتسبا بالفعل. وقال اللخمي: يشترط قياسا على الولد، فلا تجب نفقتهما إن قدرا على الكسب، ولو بصنعة تزري بالولد، وقول اللخمي هو المعتمد"⁴⁶⁴.

(ب) إثبات المنفق عليه عجزه عن الكسب:

تجب نفقة الأبناء على الآباء كلما توفرت فيهم شروط الإنفاق وذلك بإثباتهم لإحدى هاتاه الأسباب:

1-العجز بسبب الصغر:

يلزم الرجل النفقة على صغار ولده الذين لا مال لهم، أما لزوم النفقة على الأولاد الصغار الذكور الأحرار ولو كانوا كفار فإنها مستمرة عليهم حتى يحتلموا والحال أنه لا

⁴⁶¹ أبو الحسن الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج 11، م. س، ص: 478.

⁴⁶² أبو الحسن الماوردي البصري الحاوي الكبير، ج 11، مرجع نفسه، ص: 488

⁴⁶³ محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، م. س، ص: 380

⁴⁶⁴ بدائع الصنائع ج 5، م. س، ص: 181.

زمانة أي لا آفة بهم تمنعهم من الكسب وأما لو بلغ مجنوناً أو زماً أو أعمى فتستمر نفقته على الأب. وأما لزومها على الإناث الأحرار فهي مستمرة عليهن حتى ينكحن ويدخل بهن أي يطأهن أزواجهن أو يدعى إلى الدخول وهو بالغ و الزوجة ممن يوطأ مثلها، فإذا طلقها زوجها أو مات عنها فلا تعود نفقتها على الأب إن كانت بالغة وتعود إن كانت غير بالغة، وهذا رأي المالكية⁴⁶⁵. قال ابن عاصم رحمه الله :

والفقر شرط الأيوين والولد /// عدم مال واتصال للأمد

ففي الذكور للبلوغ يتصل /// وفي الإناث بالدخول ينفصل⁴⁶⁶.

أما في نظر الشافعية، فالرجل ينفق على ولده حتى يبلغوا الحلم أو المحيض ثم لا نفقة لهم إلا أن يكونوا زماً فينفق عليهم إذا كانوا لا يغنون أنفسهم، وكذلك ولد ولده وإن سفلوا ما لم يكن لهم أب دونه يقدر على أن ينفق عليهم، وإن كانت لهم أموال فنفقتهم في أمواله⁴⁶⁷. وبهذا يرى الشافعية أن النفقة تسقط بالبلوغ مع الصحة، البنت والولي في ذلك سواء.

في حين أن الحنفية يرون أن نفقة الغلام الصغير الفقير تجب على أبيه بأنواعها من طعام وكسوة وسكنى وأجرة رضاع وحضانة وكل ما يحتاج إليه الصغير مما يقدر عليه أبوه. فإذا بلغ الغلام الفقير سناً يكون فيه أهلاً للكسب سواء كانت سن البلوغ أو قبله فإن كان قادراً على الكسب وليس به مانع يمنعه منه فلا تجب نفقته على أبيه بل تكون نفقته في كسبه وللأب أن يضعه في عمل أو حرفة يكتسب منه وينفق عليه من كسبه، فإن لم يف كسبه بنفقته فعلى الأب تكميل كفايته. وإن كان عاجزاً عن الكسب لشلل أو عاهة أو أي مرض يعجزه عن

⁴⁶⁵ صالح عبد السميع الأبي الأزهرى، الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، المكتبة الثقافية-بيروت، دون ذكر السنة ص: 414.

⁴⁶⁶ التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، م.س، ص: 610

⁴⁶⁷المزني، مختصر المزني في فروع الشافعية م.س، ص: 308

الكسب فنفقته بأنواعها واجبة له على أبيه لأن عجز الكبير عن الكسب يجعله في حكم الصغير، أما نفقة البنت فتسقط بعقد زواجها، لا بالدخول، ولا بالدعوة إليه⁴⁶⁸.

وأما الحنابلة، فقال أحمد: " لا تسقط نفقة الولد على أبيه وإن بلغ إذا لم يكن له مال ولا كسب وإذا بلغ الإبن مريضا تستمر نفقته على أبيه " ⁴⁶⁹.

وإذا كان المالكية والشافعية والحنفية يربطون سقوط النفقة في الذكر بالبلوغ صحيحا، كقرينة على زوال الحاجة، فإن الحنابلة يربطون ذلك بتوفر المال أو الكسب الفعلي، أي بزوال الحاجة فعلا، مما يجعل هذا المذهب متفقا أكثر مع مقاصد الشرع في حماية المحتاج .

ولقد تناولت مدونة الأسرة فترة وجوب إنفاق الأب على أبنائه:

- فإذا تعلق الأمر بأولاد صغار فتجب نفقتهم على أبيهم إلى أن يبلغوا سن الرشد القانوني (18 سنة شمسية كاملة)، ومن كان منهم يتابع دراسته فتستمر نفقته على والده إلى أن يتم الخامسة والعشرين سنة من عمره، وذلك لإتاحة الفرصة له لإتمام دراسته.

- وإذا تعلق الأمر بنفقة البنت فإنها لا تسقط عن والدها إلا إذا أصبح لها مال تنفق منه على نفسها، أو توفرت على عمل تكسب منه نفقتها، أو أصبحت نفقتها واجبة على زوجها.

- أما إذا تعلق الأمر بأولاد مصابين بإعاقة جسدية أو ذهنية تحول دون قدرتهم على الكسب، فتستمر نفقتهم على الأب ماداموا في هذه الحالة كيفما كان سنهم⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ عبد الوهاب خلاف، م.س، ص: 203 - 204 .

⁴⁶⁹ أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ، المكتبة التوفيقية، دون ذكر السنة، ص: 233

⁴⁷⁰ جاء في المادة 198 من مدونة الأسرة: " تستمر نفقة الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد، أو إتمام الخامسة والعشرين بالنسبة لمن يتابع دراسته . وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجود نفقتها على زوجها.

وهذا ما سار عليه العمل القضائي حيث نجد أن شرط القصر، يعد شرطاً أساسياً في وجوب نفقة الأبناء حتى ولو كانوا يعملون في عمل معين فذلك لا يعفي الأب من الإنفاق عليهم ، فقد جاء في حيثيات أحد قرارات محكمة الاستئناف بفاس: " وحيث إن الكسب الذي يحصل عليه الأبناء القاصرين من عملهم بسبب إهمال والدهم لهم لا يعفي هذا الأخير من الإنفاق عليهم وبالتالي فإن التلقية المدلى بها من طرف المستأنف عليه والتي يشهد شهودها بأن الأبناء علي وكوثر ورشيد يعملون بالفلاحة ورعي المواشي لا تسقط عنه نفقتهم المتعلقة بفترة قصورهم مما يبقى معه الحكم المستأنف القاضي بالإنفاق عليهم مصادفاً للصواب مما يوجب تأييده."⁴⁷¹

فالملاحظ على هذا القرار أنه لم يلتفت لادعاء الأب المعزز بشهادة الشهود بأن أبنائه يشتغلون من أجل تحلله من التزامه بنفقتهم، وحسناً فعل لأن هذا الادعاء سيفتح الباب أمام كل من تسول له نفسه التهرب من نفقة أبنائه القاصرين بزعمه أنهم يشتغلون لاسيما وأن ظاهرة تشغيل القاصرين أصبحت متفشية في وقتنا الحاضر.

وتثبت صفة الأبناء القاصرين في دعوى النفقة بإدلاء الأم بعقود ازديادهم التي يمكن من خلالها للمحكمة التأكد من علاقة البنوة بين طرفي الدعوى. و إذا بلغ الأبناء سن الرشد القانوني فلا يحق للأب رفع الدعوى باسمهم للمطالبة بنفقتهم إلا بعد إدلائها بما يفيد توكيلهم لها وذلك تحت طائلة الحكم بعدم قبول الدعوى شكلاً ، وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض: "... وحيث ثبت صحة ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن المطلوبة في النقص تقدمت بمقال النفقة لها ولبناتها اللواتي بلغن سن الرشد القانوني دون الإدلاء بما يفيد توكيلها عنهن وهو ما يجعل الطلب معيباً ، كما أن المحكمة المصدرة للقرار لم تناقش ما أثاره الطاعن من قيامه بالإنفاق لوجود

=ويستمر إنفاق الأب على أولاده المصابين باعاقة والعاجزين عن الكسب ".
⁴⁷¹قرار محكمة الاستئناف عدد 2016/ 1251 ، رقم 840 - 016، بتاريخ 2016/12/6 (غير منشور).

الزوجة والبنات ببيت الزوجية ومن التحقيق في مسألة توفر البنات المطلوب نفقتهن على الكسب أم لا وهو ما يشكل نقصانا في التعليل يعد بمثابة انعدامه ويعرض القرار للطعن".⁴⁷²

وهو ما أكدته نفس المحكمة في قرار آخر جاء فيه: "إذا كانت البنت بالغة سن الرشد فإنه لا يصح للأمم رفع الدعوى باسمها للمطالبة بنفقتها في مواجهة الأب دون ثبوت نيابتها عنها اتفاقا، وليس من شأن مقال تدخل البنت الراشدة في الدعوى أمام محكمة الدرجة الثانية أن يجيز أو يصحح الدعوى، والحال أنها قدمت بالنسبة إليها معيبة منذ البداية"⁴⁷³.

2-العجز بسبب الأنوثة:

أعطى الإسلام للمرأة مكانة متميزة من ناحية الحقوق والتحملات المالية، فأوجب لها حق النفقة على الغير بمجال أوسع من مجال حق النفقة للرجل، كما أعفاها من عدد من الواجبات، فهي لا تؤمر لدى المالكية بالنفقة على الولد إلا على سبيل الإقراض للأب عند إيساره. من هذه النظرة، اعتبرت الأنوثة قرينة غير قاطعة على العجز عن الكسب سواء كانت الأنثى صغيرة أو كبيرة، صحيحة أو مريضة، فمجرد الأنوثة كاف في إيجاب النفقة على الولد، أو الوالد، أو غيرهما، حسب المذاهب. إلا إذا وجد المال فعلا لدى المرأة، أو وجد الاكتساب الفعلي، هنا يسقط حق النفقة في حدود علاقة الاكتساب الفعلي بالكفاية؛ بمعنى أن يتحمل المزم بالنفقة الفارق بين المال المتوفر فعلا أو المكتسب، وحد الكفاية⁴⁷⁴.

فبالنسبة للحنفية، قالوا أن نفقة الأنثى الفقيرة تجب على والدها سواء كانت صغيرة أو كبيرة، سواء كانت قادرة على الكسب أو عاجزة عنه، لكن إذا اكتسبت فعلا من وظيفة أو حرفة فلا تجب نفقتها على أبيها بل تكون نفقتها فيما كسبته لأنها استغنت به، إلا إذا كان ما كسبته لا يفي بحاجتها فعلى أبيها تكميل كفايتها. فإذا تزوجت سقط وجوب نفقتها عن أبيها

⁴⁷² قرار عدد 512، بتاريخ 10/10/2007 ملف شرعي عدد 2005/1/2/552 منشور ضمن كتاب: عبد العزيز توفيق، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2013 م، ص: 197-198

⁴⁷³ قرار عدد 313 الصادر بتاريخ 31 ماي 2011، في الملف الشرعي عدد 753 /2/ 2009، منشور ضمن: نشرة قرارات محكمة النقض، ج 10، مطبعة ومكتبة الامنية - الرباط، يونيو 2012 م ص: 104.

⁴⁷⁴ محمد الحبيب التجكاني، م.س، ص: 215.

ووجبت نفقتها على زوجها، فإذا طلقت وانقضت عدتها من مطلقها وصارت لا نفقة لها على زوجها عاد وجوب نفقتها على أبيها وكذلك إذا كانت زوجيتها قائمة وسقط وجوب نفقتها على زوجها بسبب نشوزها مثلا تجب نفقتها على أبيها ما دامت ناشرا⁴⁷⁵.

كما أن الشافعية يرون أن الولد إذا كان أنثى فإن نفقتها تجب على أبيها إلى أن تنزوج وتصبح النفقة على الزوج، قال الشربيني: " لو قدرت الأم أو البنت على النكاح لا تسقط نفقتها كما جزم به ابن الرفعة، فإن قيل: هلا كان ذلك كالقدرة على الكسب؟ أجيب: بأن حبس النكاح لا نهاية له بخلاف سائر أنواع الاكتساب، فلو تزوجت سقطت نفقتها بالعقد، ولو كان الزوج معسرا إلى أن يفسخ لئلا تجمع بين نفقتين "476.

في حين أن المالكية قالوا بأن الولد إذا كان أنثى حرة فإن نفقتها على أبيها حتى يدخل بها زوجها أو يدعي للدخول بها وهي مطيقة، فإذا دخل بها أو دعاها للدخول تجب النفقة على الزوج، لقول ابن عاصم: ولدخول الزوج بالأنثى كما // يدعى له مطيقة محتملا.

و في شرح هذا البيت: " ينفق الأب على ابنته إلى دخول الزوج بالأنثى أو يدعى له أي للدخول مطيقة على الوطاء، وأما إن كانت غير مطيقة للوطء فإن النفقة تبقى مستمرة على الأب إلى إطاقتها على الوطاء وتسقط النفقة على الأب إذا كان الزوج محتملا أي بالغا، وأما إن كان صبيا فإن النفقة تبقى مستمرة على الأب ولو كانت مطيقة"477.

و قيل في رواية أخرى: " أن النفقة على الأب لابنته إن عادت له صغيرة دون البلوغ، أو بكرا ولو بالغا، أو زمنا وقد دخل بها كذلك، فإن دخل بها صحيحة ثم طرأت عليها الزمانة

⁴⁷⁵ عبد الوهاب خلاف، م.س، ص: 204.

⁴⁷⁶ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج3، دار المعرفة- بيروت، الطبعة الأولى 1997م، ص: 587 .

⁴⁷⁷ محمد باي بلعالم ، زاد المسالك شرح أسهل المسالك ، دار بن حزم- بيروت، ط1، 2008 م، ص: 382 - 383 .

وعادت لأبيها زمناً لم تجب عليه، وكذا إذا صحت بعد الدخول بها ثم عادت زمناً لم تعد النفقة على الأب"⁴⁷⁸.

والذي يمكن استخلاصه، أن فقهاء المالكية متفقون على أن نفقة الأنثى على أبيها سواء بلغت أو لم تبلغ ما دامت في بيت أبيها، فإن تزوجت وبنى بها زوجها سقطت نفقتها، أما إن لم يدخل بها وطلقها، فإن نفقتها تعود على أبيها باتفاق.

وفيما يخص مدونة الأسرة، فإن نفقة البنت لا تسقط عن والدها إلا إذا أصبح لها مال تنفق منه على نفسها، أو توفرت على عمل تكسب منه نفقتها، أو أصبحت نفقتها واجبة على زوجها⁴⁷⁹. وهذه المقتضيات نجدها مترجمة في العمل القضائي المغربي، إذ جاء في حيثيات أحد قرارات محكمة النقض بتاريخ 2020/01/07⁴⁸⁰: " أن النفقة بمقتضى المواد 168، 189، 198 من مدونة الأسرة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات والتعليم، ومن جملة مشتملاتها تكاليف السكن التي تقدر بشكل مستقل عنها، ومادام ذلك كذلك، فإنها تأخذ حكم النفقة الواجبة للبنت، فيستمر الأب في صرفها لها ولو بلغت سن الرشد وخرجت من إطار الحضانة، ولا تسقط عنه إلا بتوفرها على الكسب أو بوجود نفقتها على زوجها، وهما الشرطان المنعدمان في النازلة، والمحكمة لما قضت بإعفاء المطلوب من تكاليف سكنى الطاعنة بعلّة أنه لا موجب للإبقاء عليها لتجاوزها سن الثلاثين من عمرها، فإنها خرقت المواد المذكورة، وأسأت تعليل قرارها"⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ أبي البركات أحمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، ج2، دار المعارف - القاهرة، دون ذكر السنة، ص: 753

⁴⁷⁹ المادة 198 من مدونة الأسرة.

⁴⁸⁰ قرار عدد 2/07 صادر بتاريخ 2020/01/07 في الملف الشرعي عدد 1/2/599 /2018، منشور بالنشرة المتخصصة لمحكمة النقض، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث، مطبعة الأمنية حسان- الرباط، 2021م، ص: 95-97

⁴⁸¹ وهو ما سبق أن أكده المجلس الأعلى سابقاً في مجموعة من قراراته، من بينها قرار عدد 491، بتاريخ 29 /10/ 2008 والذي جاء فيه "...حيث إن نفقة البنت وسكنها تقع على والدها وتستمر إلى أن تجب على زوجها ولا تبرأ ذمته إلا بالأداء، ولا وجه لتطبيق القاعدة الفقهية التي تقضي بيمين الزوج الحاضر في ادعائه الإنفاق ما دامت المحكمة قد قضت بالنفقة من تاريخ الطلب...، ومن جهة أخرى فقد ثبت صحة مانعته الوسيلة في جزئها الآخر، ذلك أن أجرة الحضانة تستحق من تاريخ الطلب ما لم يثبت الإمتناع عن أدائها والمحكمة لما قضت بها من تاريخ انتهاء المدة لم تجعل لقضائها أساساً وعرضت قرارها للنقض في

وهذا توجه محمود ومشرف للمرأة مادامت أنها لا تتوفر على مال تنفق منه على نفسها أو عمل تكسب منه نفقتها، أما إذا كانت تكتسب عن طريق عمل أو حرفة أو لها مال ففي هذه الحالة تسقط نفقتها عن أبيها، وهذا ما أكدته نفس المحكمة في قرار لها جاء فيه: " ... أما بخصوص ما عابه الطالب على القرار في الفرع الثاني من الوسيلة فإنه على أساس ذلك أن المطلوبة بجلسة البحث السابقة الذكر أقرت بأن بنتيها نعيمة والكبيرة راشدتان وتشتغلان بأجر لدى الغير مما يسقط نفقتهما لتوفرهما على الكسب طبقا للمادة 198 من مدونة الأسرة والمحكمة حينما قضت بنفقتهما بالرغم من ذلك تكون قد خرقت القانون ولم تركز قرارها في هذا الجزء على أساس مما يعرضه للنقض الجزئي" 482.

وورد في قرار آخر: " حيث تبين صحة ما عاب به الطالب القرار، ذلك أن تقدير واجب النفقة ومشتملاتها وواجب الحضانة يجب أن تراعى فيه تصريحات الطرفين وحججهما، ولو عن طريق إجراء الخبرة، طبقا للمادة 190 من مدونة الأسرة والطالب دفع أمام المحكمة بأن بناته المذكورات يشتغلن ويتقاضين رواتب مهمة من السلطات الهولندية، بالإضافة إلى أن البنت المعاقة قد تزوجت بموجب عقد الزواج المشار إليه، والتمس إجراء بحث في الموضوع للتأكد من ذلك في حالة عدم تأييد الحكم الابتدائي، والمحكمة لما ألغت الحكم المستأنف وحكمت عليه بمبالغ إضافية دون أن تستجيب لمتمسه المذكور، للتأكد مما أثاره أمامها والإطلاع على المستندات التي يتوفر عليها، التي تشير إلى زواج البنت المعاقة، وإلى تقاضي كل من البنات المذكورات راتبا شهريا يتجاوز 900 أورو، واكتفت في تعليق قرارها بأن ما دفع به الطالب

= هذا الشق من قضائها وبرفض الطلب في الباقي ". قرار عدد 491 ، بتاريخ 29 /10/ 2008 ، ملف شرعي عدد 421 /2 /1/ 2007 ، منشور في كتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س، ص:145-146
482 قرار للمجلس الأعلى عدد 250، بتاريخ 10 ماي 2011، في الملف الشرعي عدد 620 /1/ 2009. منشور ضمن نشرة قرارات محكمة النقض ، م.س، ص:100.

عديم الأساس، تكون قد خرقت مقتضيات المادة 190 المذكورة، وعللت قرارها تعليلا ناقصا الذي هو بمثابة انعدامه، وعرضته للنقض.⁴⁸³

وهذا ما سارت عليه محاكم الموضوع أيضا، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة ما يلي: "وحيث استنادا على مقتضيات المادة 198 من مدونة الأسرة فإن نفقة الأب تستمر على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين لمن يتابع دراسته ولا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها وبحصول البنت حسناء على عمل يدر عليها أجرا شهريا محددًا في مبلغ 1500 درهم شهريا عفي والدها المستأنف من أداء النفقة"⁴⁸⁴.

كما جاء في حكم لابتدائية فاس: "وحيث إن نفقة الأولاد الصغار العاجزين عن الكسب في مال والدهم يقضى بها من تاريخ التوقف ويستمر إنفاق الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين لمن يتابع دراسته وفي كل الأحوال لا تسقط نفقة البنت إلا بتوفرها على الكسب أو بوجوب نفقتها على زوجها عملا بالمادتين 198 و 200 من مدونة الأسرة. وحيث إنه بالرجوع إلى الوثائق المدلى بها من طرف وكالة المدعى عليهم فقد ثبت للمحكمة بأن البنت سارة عازبة بمقتضى شهادة العزوبة عدد 726 / 2016 والمؤرخة في 2016/12/28 والصادرة عن مكتب الحالة المدنية نرجس، ولا تشتغل بمقتضى شهادة عدم العمل عدد 2122 الصادرة بتاريخ... مما يبقى معه طلب إسقاط نفقتها غير مؤسس ويتعين رفضه"⁴⁸⁵. فالملاحظ أن المحكمة أقرت بوجوب نفقة البنت على والدها وعدم سقوطها إلا بزواجها أو توفرها على الكسب.

ويقع عبء الإثبات في هذه الحالة على البنت التي يتعين عليها إثبات عدم زواجها أو عدم توفرها على كسب وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "أن الطاعنة التي

⁴⁸³قرار محكمة النقض، عدد 275، بتاريخ 3 / 5 / 2006، ملف شرعي عدد 278 / 1 / 2 / 2005. منشور في كتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س، ص: 250.

⁴⁸⁴ قرار محكمة الاستئناف رقم 445، صادر بتاريخ 2020/12/07، ملف رقم 2019/1606/757 (غير منشور).

⁴⁸⁵ حكم ابتدائية فاس عدد 8752، ملف نفقة رقم 17 / 1606 / 4642، بتاريخ 2017/10/31. (غير منشور).

أدركت سن الرشد هي الملزمة بإثبات عدم زواجها أو توفرها على كسب أو دخل، بناء على قاعدة (البيئة على من ادعى)، وهو ما لم تقم عليه دليلا ولا بيينة، والمحكمة لما رفضت طلبها فقد أقامت قضاءها على أساس⁴⁸⁶.

كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة: "إن المحكمة لما عللت قرارها بأن الطاعنة سبق أن اشتغلت واستفادت من منحة البطالة مما يدل على أنها تتوفر على كسب وبالتالي فلا أحقية لها في مطالبة والدها بالنفقة ولاسيما أنها لم تدل بما يفيد أنه لا دخل لها، تكون قد ركزت قضاءها على أساس⁴⁸⁷".

وتجدر الإشارة، إلى أن البنت قد تتزوج وتصبح نفقتها واجبة على زوجها ثم يقع طلاق بينهما ولم تكن تتوفر على كسب، ففي هذه الحالة هل تصبح نفقتها واجبة على والدها من جديد أم لا؟

الفقه والقضاء ميز بين حالتين: الحالة الأولى إذا طلقت قبل البلوغ، والحالة الثانية إذا طلقت بعد البلوغ؛ ففي الحالة الأولى تصبح نفقتها واجبة على والدها من جديد، أما في الحالة الثانية فإن نفقتها لم تعد واجبة عليه⁴⁸⁸ وبالتالي لا يستجاب لطلب نفقتها الموجه ضده. وهذا ما أكده قرار لمحكمة النقض بتاريخ 2021/02/02 والذي جاء فيه: "المقرر فقها أن البنت إذا تزوجت وطلقت أو مات عنها زوجها وعادت بالغة صحيحة قادرة على الكسب تسقط نفقتها عن والدها حسب الفقه المحرر في المسألة. المحكمة لما قضت على الطالب بنفقة ابنته المطلوبة في النقض وتوسعة أعيادها رغم أنها مطلقة وبالغة، مستندة في تعليلها على مقتضيات المادة 198

⁴⁸⁶ قرار عدد 416 الصادر بتاريخ 2020/10/20 في الملف الشرعي عدد 2019/2/2/622 ، منشور بالموقع الرسمي لمحكمة النقض: www.juriscassation.cspj.ma (تاريخ الاطلاع: 2022/5/3).

⁴⁸⁷ قرار محكمة النقض عدد 16، الصادر بتاريخ 2017/01/10، في الملف الشرعي عدد 2016/&/2/168، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض- غرفة الأحوال الشخصية والميراث-، العدد 34، ص: 53-54

⁴⁸⁸ محمد بن جزي الغرناطي، م.س، ص: 381 .

من مدونة الأسرة، دون الفقه الموماً إليه، وهو بمثابة قانون، فإنها جردت قرارها من الأساس"489.

الملاحظ أن المحكمة قضت بعدم إلزامية الأب النفقة على بنته البالغة في حالة طلاقها أو موت زوجها مادامت صحيحة وقادرة على الكسب، وبهذا تكون قد خلقت نوعاً من المساواة بين الإبن والبنت على مستوى لزوم نفقة الوالد على أولاده. لكن ماذا عن البنت التي تحصل على عمل وتتقاضى أجراً مقابلته ولسبب ما تتوقف عن العمل وتفقد الأجر الذي تتقاضاه هل تصبح نفقتها واجبة على والدها من جديد أم لا؟

في نظرنا، أنها من حقها مطالبة والدها بالنفقة عليها من جديد إذا فقدت عملها نتيجة ظروف خارجة عن إرادتها.

3-العجز بسبب العاهة:

العاهة نوعان: عقلية كالجنون، وبدنية كالإصابة بالأمراض المزمنة، وكل منهما قرينة على العجز عن الكسب توجب النفقة على الغير. فالمجنون تجب نفقته على قريبه، وكذا الأعمى والمقعّد، والمصاب بالشلل في اليدين أو الرجلين، أو إحداهما، وكذلك مقطوعهما، ومفقود العينين، وغيرهم من المصابين بالعوارض التي تمنع الإكتساب⁴⁹⁰. والمصاب بهذه العاهات، إذا كان صغيراً، تجب نفقته بإسم الصغر وباسم العارض، وإذا كان بالغاً تجب له النفقة باسم العارض وحده، وهذا محل اتفاق بين الأئمة الأربعة:

⁴⁸⁹ قرار عدد 1/90 الصادر بتاريخ 2021/02/02 في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/1070 منشور بالنبشرة المتخصصة لمحكمة النقض، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث، مطبعة الأمنية حسان- الرباط، 2021م، ص: 84-86 وهذا ما سبق أيضاً أن قرره المجلس الأعلى سابقاً في إحدى قراراته والتي جاء فيها: "... لكن حيث إن قرار المحكمة معطل بما فيه الكفاية ولم يخرق القانون عندما استند إلى رأي ابن عاصم بأن النفقة تستمر على الإناث إلى حين الدخول على الأزواج وتنقطع بذلك، فإن تأييمت قبل البلوغ رجعت لها النفقة، أما إذا كانت بالغة فتتقطع نفقتها على والدها". قرار صادر بتاريخ 2005/04/27 في الملف عدد 2004/1/2/432، منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، م.س، ص: 382

⁴⁹⁰ الحبيب التجكاني، م.س، ص: 215 - 216.

فالمالكية قالوا بأن الذكر إذا بلغ سليما سقطت نفقته على الأب، وإن بلغ مجنونا أو أعمى أو مريضا بزمانة⁴⁹¹ يمتنع الكسب معها لم تسقط نفقته بالبلوغ على المشهور، بل تستمر وهذا ما لم يكن يعرف صنعة تقوم به يمكن تعاطيها مع العمى وإلا سقطت عن الأب وصار كغير الأعمى⁴⁹². جاء في المدونة الكبرى: " (قلت) رأيت الزمنى والمجانين من ولده الذكور المحتملمين قد بلغوا وصاروا رجالا هل يلزم الأب نفقتهم (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئا وأرى أن يلزم ذلك الأب لأن الولد إنما أسقط عن الأب فيه النفقة حيث احتلم وبلغ الكسب وقوى على ذلك ألا ترى أنه قبل الإحتلام إنما ألزم الأب نفقته لضعفه وضعف عقله وضعف عمله فهو لاء الذين ذكرت عندي أضعف من الصبيان ألا ترى أن من الصبيان من هو قبل الإحتلام قوي على الكسب إلا أنه على كل حال على الأب نفقته ما لم يحتلم إلا أن يكون للصبى كسب يستغني به عن الأب أو يكون له مال فينفق عليه من ماله فكذلك الزمنى والمجانين بمنزلة الصبيان في ذلك كله أولا ترى أن النساء قد تحيض المرأة وتكبر وهي في بيت أبيها فنفتها على الأب وهي في هذا الحال أقوى من هذا الزمن ومن هذا المجنون وإنما ألزم الأب نفقتها كحال ضعفها في ذلك فمن كان أشد منها ضعفا فذلك أحرى أن يلزم الأب نفقته إذا كانت زمانته تلك قد منعته من أن يقوى على نفسه مثل المغلوب على عقله والأعمى والزمن والضعيف الذي لا حراك به." ⁴⁹³

ونفس الشيء بالنسبة للشافعية فقد قالوا بوجوب نفقة الولد على أبيه متى كان عاجزا عن الكسب، وعجزه عنه يكون بأحد أمرين: إما بنقصان خلقه وإما بنقصان أحكامه، أما نقصان خلقه كالعمى والزمانة، وأما نقصان أحكامه فكالصغر والجنون ⁴⁹⁴

⁴⁹¹ زمانة : "زمن من باب تعب وهو مرض يدوم زمانا طويلا".

- راجع: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، المطبعة الكبرى الأميرية - مصر، الطبعة الأولى، 1313 هـ، ص: 64.

⁴⁹² العلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، دار إحياء الكتب العربية، دون ذكر السنة، ص: 524.

⁴⁹³ الإمام سحنون، المدونة الكبرى م.س، ص: 44 - 45.

⁴⁹⁴ أبو الحسن الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج11، م.س، ص: 478.

وكذلك الحنفية يرون أن الغلام الفقير إذا بلغ وكان عاجزا عن الكسب لشلل أو عاهة أو أي مرض يعجزه عن الكسب فنفقته بأنواعها واجبة له على أبيه لأن عجز الكبير عن الكسب يجعله في حكم الصغير.⁴⁹⁵

أما الحنابلة فلم يشترطوا في وجوب نفقة الولد نقص الخلقة (كالزمن والأعمى) ولا نقص للأحكام (كالصغير والمجنون) فقد أوجبوا نفقتهم مطلقا إذا كانوا فقراء وللأب ما ينفق عليهم. قال أحمد: "لا تسقط نفقة الولد عن أبيه وإن بلغ إذا لم يكن له مال ولا كسب، وإذا بلغ الإبن مريضا تستمر نفقته على أبيه بالإنفاق".⁴⁹⁶

إلا أن الفقهاء اختلفوا فيما إذا صح الولد بعد المرض، فسقطت نفقته لذلك، ثم عاوده المرض، فهل تعود النفقة لوجود سببها أم تسقط نهائيا؟

يرى المالكية أن الذكر إذا بلغ صحيحا فسقطت نفقته ثم طرأ عليه جنون أو عجز كعمى أو زمانة، لم تعد النفقة، نظرا لقاعدتهم في عدم عودة الحق بعد سقوطه⁴⁹⁷، جاء في المدونة: "قلت رأيت إن كانوا قد بلغوا أصحابا ثم أزمنا أو جنوا بعد ذلك وقد كانوا قد خرجوا من ولاية الأب، قال: لا شيء لها على الأب ولم أسمع من مالك فيه شيئا وإنما قلته على البنت الثيب".⁴⁹⁸

وهذا بخلاف الأئمة الثلاث (الشافعية والحنابلة والحنفية) الذين يقولون بعودة النفقة لوجود سببها، وهو العجز بسبب العارض⁴⁹⁹.

ويبدو أن المالكية تمتنع عن إيجاب النفقة للمصاب بإحدى العوارض المتجددة لمبرر غير كاف، وهو الانقطاع في الحق، مع أن المهم هو وجود السبب الذي يوجد العجز، ومن ثم الذي يوجد الاحتياج، والشارع ربط وجوب النفقة بالحاجة فقط، دون أن يشترط الإتصال في

⁴⁹⁵ شمس الدين بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، م.س، ص: 587.

⁴⁹⁶ أبي عبد الله محمد بن الدمشقي العثماني، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، م.س، ص: 233.

⁴⁹⁷ محمد بن جزى الغرناطي، م.س، ص: 380.

⁴⁹⁸ الإمام سحنون، المدونة الكبرى، م.س، ص: 45.

⁴⁹⁹ أبي عبد الله بن الدمشقي العثماني، رحمة الأمة في اختلاف الأئمة، م.س، ص: 233.

وجود السبب، أصل الحاجة⁵⁰⁰، ولهذا قال ابن الماجشون المالكي بوجوب النفقة، وإن عاد المريض بعد الصحة⁵⁰¹.

ولقد أكدت مدونة الأسرة في المادة 198 منها أن نفقة الابن المعاق العاجز عن العمل والكسب لا تسقط ببلوغه سن الرشد، بل يستمر الأب بالنفقة عليه سواء كانت إعاقته حركية أو ذهنية، وفي هذه الحالة إذا نازع الملمزم بالنفقة في كون ولده غير مصاب بأية إعاقة أو أن الإعاقة لا تحول دون قدرته على الكسب فإن المحكمة تأمر بإجراء خبرة طبية على الولد لمعرفة ما إذا كان مصابا بإعاقة أم لا وإذا كان معاقا هل الإعاقة تحول دون قدرته على الكسب، وإذا أثبتت الخبرة بأن الولد مصاب بإعاقة، وأن الإعاقة المصاب بها تحول دون قدرته على الكسب فإن والده يستمر في الإنفاق عليه طالما أنه في هذه الحالة، وإذا أثبتت الخبرة عكس ذلك فإن نفقته لم تعد واجبة على والده. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 2019/12/03 أنه: "بمقتضى المادة 198 من مدونة الأسرة، فإن استمرار الأب في الإنفاق على أولاده الرشداء المصابين بإعاقة رهين بأن يكونوا عاجزين عن الكسب، والمحكمة لما قضت برفض طلب الطاعن الرامي إلى إسقاط واجبات النفقة والسكن وأجرة الحضانة المقررة للمطلوبة عن ابنها المذكور، بعلّة أن أباه الطاعن الملمزم بالإثبات، لم يدل بما يفيد عمل الابن وقدرته على الكسب أو توفره على مال ينفق منه، وذلك من غير أن تجري بحثا مع شهوده، لتتحقق مما أثاره فيها من أن الولد يشتغل ميكانيكيا، وتقضي على نحو ما يسفر البحث، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه"⁵⁰². وهو ما سبق أن قرره المجلس الأعلى سابقا في مجموعة من قراراته⁵⁰³.

⁵⁰⁰ التجكاني، م.س، ص: 216 .

⁵⁰¹ محمد بن جزي الغرناطي، م.س، ص: 380 .

⁵⁰² قرار محكمة النقض عدد 779، صادر بتاريخ 2019/12/03، في الملف التشريعي عدد 2019/1/2/4، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض- غرفة الأحوال الشخصية والميراث-، العدد 46، ص: 105-106

⁵⁰³ من بينها القرار الصادر بتاريخ 2009/06/10 والذي جاء فيه: "يستمر واجب سكنى المحضون على الملمزم بالنفقة ولو بعد بلوغه سن الرشد القانوني إذا كان معاقا وعاجزا عن الكسب قياسا على ما ينص عليه القانون من استمرارية نفقته في هذه

كما جاء في إحدى حيثيات قرار محكمة الاستئناف بفاس: "...لكن وخلافا لما أثاره المستأنف فإن الشهادة الطبية المدلى بها من خلال المرحلة الابتدائية والصادرة عن مستشفى ابن الحسن بفاس تفيد أن الحالة الصحية للإبن المذكور محتاجة للتتبع مدة طويلة وأنه غير قادر على قضاء حاجاته المادية بنفسه وأنه محتاج إلى من يتحمل به من العائلة... وحيث يتعين تبعا لذلك تأييد الحكم المستأنف لمصادفته للصواب"⁵⁰⁴.

فالملاحظ على هذا القرار أنه أيد الحكم القاضي باستمرار نفقة الإبن على والده رغم بلوغه سن الرشد معتمدا في ذلك على شهادة طبية تفيد عدم قدرة الإبن على قضاء حاجاته المادية بنفسه. وبالمقابل، فإنه في حالة ما إذا لم يثبت الابن عجزه وعدم قدرته على العمل فإن نفقته تسقط عن والده، وهو ما أكده قرار لمحكمة الاستئناف بفاس والذي جاء فيه: "...وحيث أنه

=الحالة". القرار عدد 293، الصادر بتاريخ 2009/06/10، في الملف عدد 2007/1/2/237، منشور بالموقع الرسمي لمحكمة النقض: www.juriscassation.cspj.ma (تاريخ الاطلاع: 2022/5/3).

والقرار عدد 419 الصادر بتاريخ 2007/ 7/ 25 الذي جاء فيه: " إن نفقة الأولاد لا تستمر بعد بلوغ سن الرشد إلا بالنسبة للعاجزين والمصابين بالإعاقة التي تمنع من العمل والتكسب ، فصدور حكم بالتحجير على الابنين عادل و عبد الحكيم لإصابتها بمرض انفصام الشخصية لا يعتبر وحده دليلا كافيا على عجزهما وعدم قدرتهما على العمل والكسب، لأن الأمراض النفسية لا تمنع عادة المصاب بها من العمل ولا تشكل بمجرد إعاقته تبرر تطبيق المادة 198 من مدونة الأسرة إذا لم يثبت برأي الأطباء أنهم كذلك والذين كان على المحكمة أن تستشيرهم عن طريق إجراء خبرة لتحديد مدى تأثير ذلك المرض على قدرة الابنين على العمل، وهي إذا لم تفعل تكون قد أساءت تطبيق الفصل 198 المذكور وعرضت قرارها للنقض". قرار عدد 419، بتاريخ 2007/ 7/ 25، ملف شرعي عدد 2007 /1/2/3، منشور في كتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س، ص:189-191.

و القرار عدد 409 الصادر بتاريخ 2008 /9/3 الذي ورد فيه: " حيث تنعى الطالبة على القرار المطعون فيه عدم الارتكاز على أساس وانعدام التعليل ، ذلك أن المحكمة عللت ما قضت به بأن الإبن محمد من مواليد سنة 1969 فهو قادر على الكسب ولا يستحق النفقة، وهذا تعليل غير سليم لأن القدرة على الكسب لا تثبت ببلوغ سن الرشد القانوني ، وإنما يلزم لتحقيقها السلامة البدنية والعقلية، والإبن محمد الذي رفضت المحكمة الحكم له بالنفقة يعاني من مرض عصبي ونفسي مزمن وقد أثبتت ذلك بشهادة طبية صادرة من مستشفى الأمراض العقلية بتازة وقدرتها المحكمة بالقول بأنها غير كافية لإثبات المرض من غير أن تبين سندها في ذلك لأن الحكم بوجود المرض من عدمه من الأمور الفنية التي لا يمكن للمحكمة أن تفصل فيها وكان عليها أن تحيل المريض على خبرة طبية عندما لم تقتنع بالشواهد الطبية، مما يجعل قرارها منعدم التعليل. لكن حيث إن تقدير الأدلة وتقويمها مما تستقل به محكمة الموضوع ولا رقابة عليها إلا فيما تستخلصه من تلك الأدلة وإذ هي اعتبرت أن الشهادة الطبية المستدل بها غير منتجة في إثبات ما تدعيه الطالبة تكون قد استعملت سلطتها وعللت قرارها تعليلا سليما ما دام لا يوجد في تلك الشهادة ما يفيد أن المرض النفسي الذي يعاني منه الابن محمد من شأنه أن يمنعه من الكسب ، مما يجعل الوسيطتين بدون أساس ويتعين معه رفض الطلب". قرار عدد 409 بتاريخ 2008/9/3 ملف شرعي عدد 2007/1/2/422 ، منشور في كتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س، ص:141-142.

⁵⁰⁴قرار رقم 807 / 15 ، صادر بتاريخ 2 / 2 / 2016 ، ملف عدد 112 / 2016 (غير منشور).

من جهة أولى وبخصوص نفقة الأبناء فالثابت من وثائق الملف أنهم كلهم رشداء وأن المستأنفة لم تدل بما يفيد نيابتها عنهم، وأن الابن يوسف ليس بالملف ما يفيد مرضه وعدم قدرته على العمل، وأن الشهادة الطبية المستدل بها من طرف المستأنفة المؤرخة في 2019/10/24 الصادر عن المستشفى الرازي بطنجة تتعلق بالمسمى زروحي عيسى وليس بالمسمى زريوحي يوسف فيكون الحكم المستأنف لما قضى بعدم قبول طلب نفقة الأبناء المذكورين للعلة أعلاه مصادفاً للصواب مما تقرر معه تأييده⁵⁰⁵.

4-العجز بسبب طلب العلم :

لقد اختلف الفقهاء في نفقة طالب العلم، فهناك من اعتبر أن الاشتغال بطلب العلم يوجب النفقة على الغير من الأقارب⁵⁰⁶، وهناك من يرى عكس ذلك⁵⁰⁷.

ولقد خالفت مدونة الأسرة مذهب المالكية في هذه المسألة، فقد جاء في المادة 198 منها أن نفقة من يتابع دراسته من الأولاد تستمر إلى إتمام الخامسة والعشرين سنة، وذلك حتى يتسنى لهم التحصيل العلمي دون إرهاق، وتتاح له فرصة التركيز والتفرغ لإتمام الدراسة على أحسن الأحوال، وحسنا فعل المشرع لأهمية طلب العلم في حياة الفرد والمجتمع .

وهذا ما سار عليه العمل القضائي، فقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقاً: "... لكن حيث أنه طبقاً للمادة 198 من مدونة الأسرة فإن نفقة الوالد تستمر على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين، بالنسبة لمن يتابع دراسته، والمحكمة التي ثبت لها من البحث الذي أجرته مع الطرفين ومن الشهادة المؤرخة في 04/ 5/ 21 المسلمة من

⁵⁰⁵ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 256، صادر بتاريخ 2020/09/21، ملف عدد 2020/1606/52 (غير منشور).

⁵⁰⁶ وهو رأي الحنفية والشافعية، فقد قالوا بوجود النفقة على طالب العلم وعدم تكليفه بالكسب.

- لمزيد من التفصيل راجع: العلامة أبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن العرف بالله السيد محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين، ج4، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، دون ذكر السنة، ص: 98

⁵⁰⁷ وهو رأي المالكية، حيث لم يوجبوا نفقة من يتابع دراسته على الآباء، بل حددوا وجوب النفقة للولد ببلوغه سن الرشد عاقلاً غير عاجز عن الكسب.

- لمزيد من الإيضاح يراجع: شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، م، س، ص: 524

مكتب التكوين المهني وإنعاش الشغل بالدار البيضاء، أن المطلوب في الطعن لا مورد له خاص ولا يعمل وأنه يتابع دراسته، وحكمت له بناء على ذلك بالنفقة وتذاكر الأعياد تجاه والده الطاعن، تكون قد طبقت المادة المحتج بخرقها وعللت قرارها تعليلا سليما وكافيا "508.

وجاء في حيثيات أحد الأحكام الابتدائية بفاس: "وحيث يستمر إنفاق الأب على أولاده إلى حين بلوغهم سن الرشد أو إتمام الخامسة والعشرين لمن يتابع دراسته... وحيث إنه بالرجوع إلى الوثائق المدلى بها من طرف وكالة المدعى عليهم فقد ثبت للمحكمة أن الابن محمد أمين يتابع دراسته في... حسب شهادة التسجيل المدلى بها مما يبقى معه طلب إسقاط نفقته غير مؤسس ويتعين رفضه." 509

نلاحظ أن المحكمة اعتمدت في حكمها القاضي باستمرار نفقة الابن على أبيه مادام أنه يتابع دراسته على شهادة التسجيل بالكلية أو المؤسسة التي يتابع فيها الابن دراسته وكذا البحث الذي تجريه بين الأطراف. وبالمقابل، فإنه في حالة ما إذا كان الابن راشدا ولم يثبت متابعته للدراسة بإحدى المؤسسات أو الكليات فإن نفقته تسقط عن أبيه، وهو ما أكدته قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة والذي جاء فيه: "...وحيث أن المحكمة حسب مقتضيات المادة 85 من مدونة الأسرة بعد تعذر الصلح تحدد نفقة الأطفال الملزم بالنفقة عليهم، أما وأن الابن أيمن أصبح راشدا منذ 2018/06/12 وليس بالملف ما يثبت أنه يتابع دراسته فضلا على أن المستأنف عليها لم تدل بما يفيد نيابتها عنه فإنها غير ذات صفة بها للمطالبة بمستحقته المنصوص عليها قانونا وأن المحكمة المصدرة للحكم المطعون فيه لما قضت بنفقة الابن وواجب سكناه رغم ما ذكر فضلا على أن الابن راشدا فلا يستحق أجره الحضانة فإن لم يصادف الصواب فيما قضى به مما تقرر معه إلغائه فيما قضى به في هذا الشق وتصديا للحكم بعدم قبول الطلب." 510

⁵⁰⁸قرار المجلس الأعلى، ملف عدد 381 / 1/2 / 2006، بتاريخ 22 / 11 / 2006، منشور ضمن كتاب المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م. س، ص: 382- 383 .

⁵⁰⁹حكم رقم 87/ 52 ، ملف نفقة رقم 4642 / 17/1606، بتاريخ 2017/10/31. (غير منشور).

⁵¹⁰قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 417، صادر بتاريخ 2020/11/23، ملف عدد 2019/1606/656 (غير منشور).

وبهذا تكون فترة وجوب إنفاق الأب على أولاده قد حددت، فإذا تعلق الأمر بأولاد صغار فتجب نفقتهم على أبيهم إلى أن يبلغوا سن الرشد القانوني الذي هو 18 سنة كاملة، ومن كان منهم يتابع دراسته فتستمر نفقته على والده إلى أن يتم الخامسة والعشرين سنة من عمره، وذلك لإتاحة الفرصة له لإتمام دراسته، وإذا تعلق الأمر بنفقة البنت فإنها لا تسقط عن والدها إلا إذا أصبح لها مال تنفق منه على نفسها أو توفرت على عمل تكسب منه نفقتها، أو أصبحت نفقتها واجبة على زوجها، أما إذا تعلق الأمر بأولاد مصابين بإعاقة جسدية أو ذهنية تحول دون قدرتهم على الكسب، فتستمر نفقتهم على الأب ماداموا في هذه الحالة كيفما كان سنهم.

الفقرة الثانية: إثبات الإنفاق:

يعد واجب الإنفاق على الأبناء من أوكد الواجبات الملقاة على عاتق الأب، فأحكام الشرع ومقتضيات الوضع توجب النفقة عليهم، ويستوي في ذلك أن تكون العلاقة الزوجية قائمة أو منتهية، لعدم تأثيرها على علاقة البنوة التي هي سبب النفقة، لكن إثبات الإنفاق على الأبناء يختلف بحسب ما إذا كانت العلاقة الزوجية سارية أو منقصة.

أولاً: إثبات نفقة الأبناء أثناء قيام العلاقة الزوجية:

إن حكم الزوجة إذا أنفقت على أولادها الصغار من زوجها الغائب كحكم إنفاقها على نفسها، فإن رفعت أمرهم للحاكم وأمرها بالإنفاق عليهم من مالها كان القول قولها من حين الرفع مع يمينها، وإلا فالقول قوله مع اليمين، هذا كله إن غاب وهي في عصمته. أما إن طلقها بئنا ثم غاب فإن القول قولها في النفقة، رفعت للقاضي أو لم ترفع، لأنها ليست في حوزة حتى يمضي عليها قوله، ومحل قبول قولها مطلقاً إذا حلفت وأثبتت حضانتها للأولاد⁵¹¹.

⁵¹¹ سئل أحد الفقهاء عن امرأة قامت على زوجها فادعت أنه لم ينفق عليها سنين، "فقال مالك: القول قول الزوج، ويحلف إن ادعى الإنفاق وكان موسراً مقيماً معها بالبلد، وإن كان غائباً فلما قدم قامت عليه، فقال: قد كنت أبعث إليها بالنفقة. فالقول قوله، إلا أن تكون المرأة قد رفعت ذلك إلى السلطان واسترعت عليه في مغيبه، فإن ذلك يلزمه من يوم رفعت، ولا يبرئه إلا أن يأتي بمخرج من ذلك، وفيه أيضاً قال محمد: وإذا أنفقت امرأة على أولاد لها صغار في مغيب زوجها، ثم قدم فطالبته بذلك، فحالفها

وهو ما أشار إليه ابن عاصم في تحفته :

وحكم ما على بنيه أنفقت /// كحكم ما لنفسها قد وثقت

فإن يكن قبل المغيب طلقا /// فالقول قولها بذاك مطلقا

إن أعملت في ذلك اليميننا /// وأثبتت حضانة البنينا.⁵¹²

وفي شرحه للأبيات الأولى يقول التسولي: " والمعنى أن حكم الزوجة إذا أنفقت على أولادها الصغار من زوجها الغائب كحكم إنفاقها على نفسها، فإن رفعت أمرهم كان القول قولها من حين الرفع مع يمينها، وإلا فالقول قوله مع اليمين ومحل رجوعها بنفقتها وبنفقة بنيتها إن ثبت يسره في غيبته أو خرج موسرا، وأما إن ثبت عسره في غيبته أو جهل حاله فيها ولكن خرج معسرا وقدم كذلك فلا تتبعه لا بنفقتها ولا بنفقة أولادها ولا تحاص بها الغرماء"⁵¹³. هذا كله إن غاب وهي في عصمته.

وفي هذا الصدد، صدر قرار عن محكمة النقض جاء فيه: " حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن المحكمة مصدرته لما عللت ما قضت به من نفقة الإبن أشرف على والده المدة المطلوبة بكونه صرح في جلسة البحث في 2015/04/30 بأن ابنه أشرف كان يزوره خلال العطل فقط، واستنتجت من هذا التصريح عدم إنفاقه عليه لعدم وجوده لديه خارج العطل المذكورة والحال أنه صرح بجلاسة البحث في 2015/04/02 وكذا في جوابه على المقال الافتتاحي بأنه ظل ينفق على ولده المذكور تارة ببيت أهله وتارة ببيت أهل المستأنفة، مما يعتبر

=فيما تدعي من الإنفاق عليهم من مالها كحال من تدعي أنها أنفقت على نفسها، كذلك روى عيسى عن ابن القاسم، وفي الوثائق المجموعة ، فإن كانت المرأة مطلقة كان القول قولها في نفقتها ونفقة بنيتها إن كانت حاضنة لهم. قال ابن الحاجب: فإن تنازعا في إعطائها وإرسالها فثالثها المشهور إن كانت رفعت أمرها إلى الحاكم، فالقول قولها من يومئذ، وأما الحاضر فالقول قوله للعرف".

-أنظر: أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج1، دار الحديث- القاهرة، 2011م، ص: 478-479

⁵¹²أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتيان والإحكام، ج1، م.س، ص: 478

⁵¹³التسولي، البهجة، ج1، م.س، ص: 725

معه منازعا في الإنفاق على المدة المطلوبة، ويكون بالتالي القول قوله مع يمينه لكون هذه القاعدة الفقهية تطبق سواء عند النزاع في نفقة الزوجة أو في نفقة الأبناء، لقول ابن عاصم في التحفة: " وحكم ما على بنيه أنفقت كحكم ما لنفسها قد وثقت"، والمحكمة لما لم تراعى هذا الفقه فإنها لم تجعل لقضائها أساسا وعرضت قرارها للنقض⁵¹⁴.

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة ما يلي: " وحيث أن الزوج إذا ادعى الإنفاق وكان حاضرا بالبلد فالقول قوله بيمينه، سيما وأن المستأنف بالرغم من ادعائه الإنفاق إلا أنه لم يدل ببينة مثبتة لما يدعيه مما ارتأت معه المحكمة أمام التنازع حول واقعة الإنفاق تطبيق القواعد الشرعية واعتبار القول قول الزوج بيمينه لكون الزوجة كانت بحوزه.

وحيث أن المحكمة تبعا لما ذكر تقرر تأييد الحكم المستأنف مع تعديله وذلك بجعل النفقة المحكوم بها للزوجة والأبناء عن المدة من 2018/02/01 إلى متم شهر يوليوز 2018 بيمين المستأنف فإن حلف سقطت عنه نفقتهم، وإن نكل تحلف المستأنف عليها وتستحق نفقتها ونفقة أبنائها خلالها"⁵¹⁵.

وبناء على هذا، فإن الأب الملزم بالنفقة في حالة عدم إدلائه ببينة تثبت إنفاقه على أبنائه، وكان حاضرا بالبلد، فإن القول قوله بيمينه، وإن نكل تحلف الأم وتستحق نفقتها ونفقة أبنائها خلالها. فحضور الأب مظنة على الإنفاق والغياب مظنة على الإمساك، والمقصود بحضور الأب المكلف بالإنفاق حضوره الفعلي والعيش مع أبنائه تحت سقف واحد، إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا: " لكن حيث إن المحكمة لما قضت بتأييد الحكم المستأنف القاضي على الطالب بأداء النفقة المطلوبة بدون يمين، فإنها عللت قرارها بأن وجود المطلوبة وأبنائها ببيت الزوجية لا يكون قرينة على إنفاق الطالب عليهم، إلا إذا كان حاضرا ويعيش معهم تحت سقف واحد ، أما وأنه يسكن بعيدا عنهم فإن استغلالها لممتلكاته لا يفيد كليا من التزامه بعدم ثبوت أي

⁵¹⁴ قرار عدد 583 بتاريخ 2016/09/20 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/785 ، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض

غرفة الأحوال الشخصية والميراث عدد 28، ص: 102

⁵¹⁵ قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 254، صادر بتاريخ 2020/09/21، ملف رقم 179 و 2019/1620/236 (غير منشور).

ريع قار يمكن الإعتماد عليه لتغطية حاجياتها منه من عدمه، والطالب لم يثبت خلاف ذلك كما أنه لم يثبت بأنه كان ينفق فعلا على المطلوبة وبذلك يكون قرار المحكمة مبنيا على أساس من القانون وما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار"516.

فالملاحظ على هذا القرار أن المحكمة اعتبرت حضور الأب وعيشه ببيت الزوجة مع أولاده قرينة على إنفاقه عليهم أما وأنه يسكن بعيدا عنهم فذلك مظنة على عدم الإنفاق.

كما أن تواجد الزوجة بمعية أبنائها خارج بيت الزوجية يعتبر قرينة قضائية على عدم الإنفاق، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا: " مادام قد ثبت أن الزوجة تطالب بالنفقة كانت بمنزل والديها مع أبنائها ولم يثبت الزوج ادعاءه الإنفاق، فإن القول قولها مع يمينها، وأن المحكمة لما اعتبرت قول الزوج مع يمينه ورفضت دعوى النفقة تكون قد تجنبت الصواب مما يعرض قرارها للنقض."517.

ثانيا: إثبات نفقة الأبناء بعد انتهاء الزوجية:

إن الأحكام الصادرة في ملفات الطلاق أو التطلق أصبحت تحدد نفقة الأبناء المحضونين بخصوص الفترة الموالية لتاريخ إنهاء العلاقة الزوجية، وإذا توقف والدهم عن أداء نفقتهم فما على الحاضنة للحصول على نفقتهم إلا المطالبة بتنفيذ الحكم القاضي بها، وبالتالي لا يمكنها استصدار حكم آخر يقضي بأداء نفقتهم، إلا أنه أحيانا قد لا تحدد الأحكام نفقة الأبناء لسبب من الأسباب كأن لم يتم الإدلاء بنسخ موجزة من رسوم ولادتهم، أو أن الأبناء لم يزدادوا إلا بعد إنهاء العلاقة الزوجية، إذن في الحالتين يمكن للحاضنة أن تطالب بنفقة أبنائها المحضونين بخصوص الفترة الموالية لتاريخ إنهاء العلاقة الزوجية، بعلة أن والدهم لا ينفق عليهم"518.

⁵¹⁶قرار عدد 2006/1/2/240، بتاريخ 2006/11/15، منشو بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، م.س، ص: 384

⁵¹⁷قرار عدد 117، ملف اجتماعي عدد 64250، بتاريخ 78/2/14، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص: 140.

⁵¹⁸ عبد الله الربيق، م.س، ص: 110-111

وإذا نازع الأب في عدم الإنفاق وادعى أنه ينفق على أبنائه فعليه أن يثبته لأنه هو الملزم بالإنفاق على أبنائه، ولا مجال هنا لتطبيق القواعد الفقهية المتعلقة باليمين لأن العلاقة الزوجية والحوز الذي كان يعد شاهدا عرفيا لصالحه قد انتهى، ومن ثم لا يجزئه إلا الإثبات العامل، لأن ذمته عامرة بيقين، فلا تبرأ إلا بيقين مثله، وهذا الأمر يتحقق من خلال إدلائه بكل ما يفيد توصل الأبناء المستحقين بالنفقة، كالحوات البريدية أو الاقتطاع من الأجر، أو الإيداع بصندوق المحكمة بعد رفض المستحق للعرض العيني⁵¹⁹. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة: "...وحيث انه بخصوص نفقة الابنة سهام عن المدة من 2018/06/01 إلى متم سنة 2017 فان المستأنف تمسك في جوابه بكونه كان ينفق على ابنته ببلاد المهجر بهولندا عن طريق التحويلات البنكية لفائدة زوجته بصفة دورية ومنتظمة حسبما هو ثابت من وثائق الملف وهو ما أكده بجلسة البحث خلال هذه المرحلة من التقاضي مضيفا أنه استمر في أداء نفقة البنت إلى غاية بلوغها 21 سنة، فيكون الحكم المستأنف لما قضى بأداء النفقة لابنته من جديد عن المدة من 2015/06/01 إلى متم يناير 2017 رغم أنه كان يؤدي نفقتها لم يرتكز على أساس مما تقرر معه فيما قضى به من نفقة للبنت عن المدة المذكورة وتصديا الحكم برفض الطلب بخصوصها"⁵²⁰.

وفي حالة ما إذا كان الأبناء راشدين، كأن يرفع ابن بلغ سن الرشد القانوني دعوى في مواجهة والده يطالبه فيها بنفقاته ويدعي أنه توقف عن الإنفاق عليه رغم أنه لا زال يتابع دراسته ويعزز ادعاءه بشهادة مدرسية تثبت ذلك، ويجيب والده بأنه ينفق على ابنه ولا دليل لأحدهما، ففي هذه الحالة إذا كان الابن يقيم مع والده فالأصل أن ينفق عليه وعلى الابن أن يثبت خلاف هذا الأصل أي يثبت أن والده لا ينفق عليه، وإذا لم يثبت ذلك فلا يستجاب لطلبه، أما إذا كان

⁵¹⁹ عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س، ص: 522-523.
⁵²⁰ قرار محكمة الاستئناف عدد 223، صادر بتاريخ 2020/07/27، ملف عدد 2019/1606/635 (غير منشور).

الابن لا يقيم مع والده فعلى الأخير أن يثبت الإنفاق وإن لم يستطع ذلك فيقضى عليه بأداء نفقة ابنه، وما قيل في إثبات نفقة الابن الراشد يقال عن إثبات نفقة البنت الراشدة⁵²¹.

ونشير في الأخير إلى أن تقدير فرض النفقة وإن كان أمر تحديده موكولا للسلطة التقديرية للمحكمة فإن ذلك مرهون ببناء حكمها على مسوغات مقبولة قانونا وواقعا حسبما هو منصوص عليه من خلال المادتين 189 و 190 من مدونة الأسرة⁵²². فالمحكمة عند تقديرها لفرض النفقة تأخذ بعين الإعتبارات مجموعة من الأمور من بينها التوسط ودخل الملزم بالنفقة وحال مستحقيها ومستوى الأسعار، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بطنجة في قرار لها جاء فيه: "حيث إن المحكمة تعتمد عند تقدير النفقة وتوابعها دخل الملزم بها ومستوى الأسعار وباقي عناصر التقدير المنصوص عليها في المادة 189 من مدونة الأسرة مع اعتبار التوسط، ولما كان دخل المستأنف هو المذكور أعلاه فإن المحكمة المصدرة للحكم المطعون فيه عند تحديد نفقة البنيتين في مبلغ 1800 درهم شهريا لكل واحدة منهما وواجب سكناهما في مبلغ 2000 درهم في الشهر فضلا عن 200 درهم في الشهر لكل واحدة منما عن أجره الحضانة أي ما مجموعه 6000 في الشهر ، فإنها بذلك تكون قد راعت الوضع المادي للمستأنف والمستأنف عليها في آن واحد وجاء تقديرها متناسبا مع مستوى الأسعار"⁵²³.

كما أن المحكمة تراعي عند تقديرها لمستحقات الأبناء الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق، وهو ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس: "وحيث إن مستحقات الأبناء واجبة على الأب، يراعى في تقديرها الوضعية المعيشية والتعليمية التي كانوا عليها قبل الطلاق وتعتبر تكاليف سكناهم مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجره الحضانة، وتعتمد المحكمة في تقديرها على تصريحات الطرفين وحججهما طبقا لمقتضيات المادة 85 من مدونة الأسرة.

⁵²¹ عبد الله الريق، م.س، ص: 111

⁵²² جاء في الفقرة الثانية من المادة 189 من مدونة الأسرة: "يراعى في تقدير النفقة، التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقيها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

كما نصت الفقرة الأولى من المادة 190 من نفس المدونة على أن "المحكمة تعتمد في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما ، مراعية أحكام المادتين 85 و 189 أعلاه، ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك".

⁵²³ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 247، صادر بتاريخ 2020/09/14، ملف عدد 2020/1620/187 (غير منشور).

وحيث إن تقدير المستحقات يعتمد بالأساس على مبدأ التوسط والاعتدال دون ضرر ولا
ضرار فإن الحكم المستأنف لما قضى بها على النحو المفصل أعلاه يكون قد صادف الصواب
لمراعات التوازن بين مصالح الطرفين مما يتعين تأييده".⁵²⁴

⁵²⁴ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد454، صادر بتاريخ 2020/12/7، ملف رقم 1620/19-257 (غير منشور).

المبحث الثاني : الإثبات في النزاعات المالية الإرثية :

ترتب الشريعة الإسلامية عن واقعة الموت انتقال الملكية من الموروث إلى الوارث بحكم القانون بلا تبرع ولا معاوضة. ويعتبر الوارث خلفا عاما لموروثه ويحل محله في حقوقه والتزاماته إلا أنه لا ينتقل إليه إلا صافي التركة⁵²⁵، أي إذا تجاوزت الالتزامات الحقوق فلا يلتزم إلا في حدود أموال التركة وبنسبة ما آل إليه إرثا تطبيقا للقاعدة الشرعية المعروفة لا تركة إلا بعد سداد الدين⁵²⁶.

ونظرا لتعدد أسباب ووجوه النزاعات المالية في التركات الإرثية بفعل تصرف الورثة الطائش وضعافي الإيمان ومن عميهم الطمع، وما تقتضيه من استحضار أدلة ثبوتية لإثبات الحق لأصحابه، فإننا ارتأينا تفصيل الكلام في هذا الموضوع على النحو التالي:

المطلب الأول: القرابة كسب للميراث

المطلب الثاني: إثبات الحقوق المالية في الميراث

⁵²⁵ التركة هي مجموعة الأموال التي يخلفها المورث عند موته. وفي اصطلاح الفقهاء هناك من ضيق من مدلول التركة وهناك من أعطى معنى واسع للتركة.

فبالنسبة للفقهاء الحنفي فإنه يضيق في مدلول التركة ويعتبر التركة هي الأموال والحقوق المالية الخالصة عن تعلق الغير بها. فلا يندرج فيها ما يتعلق به حق الغير كالحقوق الشخصية ذات الطابع المالي ولا الأعيان المالية التي تعلق بها حق الغير كالعين المرهونة التي تعلق بها حق الدائن المرتهن.

أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فهم يعتمدون معنى واسعا للتركة، فالتركة عندهم هي " ما يتركه الميت من أموال وحقوق مالية لا تتعلق بشخص الموروث نفسه".

- أنظر: حاتم محمدي، دروس في القانون المدني، الجزء الثاني: الموارث والتبرعات، الكتاب الأول الموارث، مجمع الأطرش- تونس، الطبعة الأولى 2017م، ص: 121

⁵²⁶ عبد اللطيف الودناسي، إثبات ملكية العقار في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2000-2001م، ص: 127

المطلب الأول: القرابة كسب للميراث :

تعتبر القرابة أقوى أسباب الإرث⁵²⁷، والمراد بها القرابة النسبية وتشمل فروع الهالك من الأولاد وأولادهم وإن نزلوا، وأصول الهالك من الأبوين والأجداد وإن علوا، وإخوته وأولادهم وأعمامه وأولادهم ممن يرثون، ما لم يكن هناك مانع أو حاجب. وهذه الأسباب هي أسباب شرعية، لاكتسب بالتزام أو وصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث ولا التنازل عنها للغير⁵²⁸. يقول الناظم:

الإرث يستوجب شرعا ووجب /// بعصمة أو بولاء أو نسب

جميعها أركانها ثلاثة /// مال ومقدار وذو الورثة⁵²⁹.

ولكي يتحقق الميراث لا بد من توفر مجموعة من الشروط (الفقرة الأولى) وانتقاء مجموعة من الموانع (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : شروط استحقاق الإرث:

يشترط في استحقاق الإرث⁵³⁰ ثلاثة شروط وهي : موت المورث، حياة الوارث، والعلم بجهة الإرث⁵³¹.

⁵²⁷ بالإضافة إلى القرابة ، تعتبر الزوجية سببا من أسباب الإرث ، حيث يرث كل من الزوجين في الآخر عند وفاته ولو لم يقع البناء طالما أن العصمة الزوجية قائمة بينهما حتى الوفاة ، ويشترط في الزواج - ليكون سببا للإرث بين الزوجين - أن يكون صحيحا وهو ما توافرت في عقده اركانه وشروط صحته وانتقت الموانع ، فإن كان باطلا فلا يعتبر سببا للإرث .
⁵²⁸ دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية لسلسلة المعلومة للجميع ، العدد 1- أبريل 2007 ، مطبعة إلبت ، سلا ، ص: 187.

⁵²⁹ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي ، الإقتان والأحكام شرح تحفة الحكام ، م.س، ص: 546.
⁵³⁰ الإرث لغة: بقاء شخص بعد موت آخر بحيث يأخذ الباقي ما يخلفه الميت. وفقها: ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي.

- راجع: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1985م، ص: 243
⁵³¹ المادة 330 من مدونة الأسرة: " يشترط في استحقاق الإرث ما يلي:

1-تحقق موت الموروث حقيقة أو حكما؛

2-وجود وارثه عند موته حقيقة أو حكما؛

3-العلم بجهة الإرث."

1- موت المورث :

موت المورث إما أن يكون موتاً حقيقياً ويثبت برؤية أو سماع أو شهادة اتصل بها القضاء، وبهذا الموت يرث من كان حياً من ورثة المتوفى وقت وفاته بلا خوف. وإما أن يكون موت المورث موتاً حكماً وهو ما يحكم به القاضي مع تيقن حياة من يحكم بموته واحتمالها⁵³². فكمثال للموت الحكمي: المفقود⁵³³، وهو الغائب الذي انقطع عنا خبره ولم تعلم حياته ولا موته، فإنه يجب انتظار عودته مدة معينة في الشريعة الإسلامية، ومتى انقضت هذه المدة رفع أمره إلى القاضي ليحكم بموته، ومتى حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة، وقسمت أمواله بين الأحياء من ورثته وقت الحكم⁵³⁴. ومثال الحالة الثانية: المرتد الذي يلحق بدار الحرب فيحكم القاضي بلحوقه بها مرتداً فمن تاريخ صدور الحكم يعتبر ميتاً ولو مع تيقن حياته، ومن هذا الوقت تقسم تركته بين ورثته.

وأما الموت التقديري، كما في حالة الجنين الذي تسقطه أمه نتيجة الإعتداء عليها فموته ليس حقيقياً لأن حياته قبلها ليست متحققة وليس حكماً لأنه لم يصدر حكم قضائي به ويسميه الفقهاء موتاً تقديرياً⁵³⁵.

2 - حياة الوارث :

حياة الوارث حقيقة أو تقديراً، فالحياة الحقيقية هي الثابتة بالمشاهدة، أو بالبينة المقبولة شرعاً. والحياة التقديرية، كالحمل يكون في بطن أمه في الوقت الذي يموت فيه أبوه، حتى ولو

⁵³² نبيل كمال الدين طاحون ، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الخدمات الحديثة – جدة ، 1974م ، ص: 31.
⁵³³ نصت المادة 327 من مدونة الأسرة على أنه : " يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته .أما في جميع الأحوال الأخرى ، فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة ، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين ."

⁵³⁴ زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح - الكويت ، ط1 ، 1984 م ، ص: 247.

⁵³⁵ نصير فريد محمد واصل ، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، المكتبة التوفيقية - مصر ، بدون ذكر سنة النشر ، ص: 45.

كان الحمل في الوقت الذي مات فيه أبوه لا يزال علقة أو مضغة لم تدب فيه الحياة، وتقدر حياة الجنين في بطن أمه، فيوقف له ما يستحق على فرض حياته، فإن ظهر حيا أخذه، وإلا فلا شيء⁵³⁶.

وقد أشار المشرع المغربي إلى اشتراط حياة الوارث في المادة 330 من مدونة الأسرة، كما بينت المادة 331 من نفس المدونة أن استحقاق الإرث يستلزم ثبوت حياة المولود، وهو يكون إما بصراخ أو رضاع أو عطاس أو تنفس أو تحرك أو نحو ذلك، فإذا ثبتت حياته ورث وإلا فلا⁵³⁷.

هذا، وإذا مات جماعة بينهم قرابة ولا يدري أيهم مات أولاً، كما إذا عمهم مصاب في وقت واحد بغرق أو وقوع جدار عليهم أو بموت في حرب واحدة، فهؤلاء وأمثالهم لا توارث بينهم لانقضاء التيقن من حياة الوارث بعد موت الموروث، بحسب العلم والواقع، ومال كل واحد منهم لورثته الأحياء، ولا يرث بعضهم بعضاً إلا إذا علم ترتيب موتهم، فيرث الميت المتأخر من الميت المتقدم، وبهذا قال جمهور الفقهاء منهم أبو حنيفة، ومالك، والشافعي⁵³⁸. وعليه جرى القانون، فنصت مدونة الأسرة في مادتها 328 على أنه: " إذا مات عدة أفراد، وكان بعضهم يرث بعضاً، ولم يتم التوصل إلى معرفة السابق منهم، فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر، سواء كانت الوفاة في حادث واحد أم لا".

3- العلم بجهة الإرث:

أي التأكد من السبب الذي به يستحق الوارث حق الميراث⁵³⁹، ولقد اشترط المشرع لكي يستحق الوارث نصيبه من التركة ألا يكون ممنوعاً من الميراث .

⁵³⁶ زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، م.س، ص: 248.

⁵³⁷ جاء في المادة 331 من مدونة الأسرة: " لا يستحق الإرث، إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراخ أو رضاع ونحوهما".

⁵³⁸ عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والميراث، دار النهضة العربية، بيروت، 1997م، ص: 235.

⁵³⁹ دليل عملي لمدونة الأسرة، م.س، ص: 188.

الفقرة الثانية : موانع الإرث :

الموانع جمع مانع وهو لغة الحائل، واصطلاحاً ما يلزم من وجوده عدم الحكم مع قيام السبب وتحقق الشرط، فإذا قام بشخص سبب من أسباب الإرث كالزوجة والقرابة وتوافرت فيه شروطه كموت المورث وحياة الوارث، ولكن وجد به مانع من موانع الإرث كالقتل واختلاف الدين، فلا يرث هذا الشخص من مورثه لوجود المقتضي للشيء والمانع منه لأنه حسب القاعدة المقررة أنه إذا اجتمع المقتضي للشيء والمانع منه ترجح المانع فلا يعمل المقتضي عمله والشخص الذي قام به المانع من الإرث بعد وجود سبب من أسبابه وتحقق شروطه يسمى ممنوعاً ومحروماً ويسمى عدم إرثه منعاً وحرماناً ويعتبر وجوده كعدمه فلا يؤثر على غيره من الورثة⁵⁴⁰.

وموانع الإرث ثلاثة وهي: الرق⁵⁴¹، القتل، اختلاف الدين، لقول الإمام الرحيمي:

ويمنع الشخص من الميراث /// واحدة من علل ثلاث

رق وقتل واختلاف دين /// فافهم فليس الشك كاليقين⁵⁴².

1- قتل العمد:

فمن قتل مورثه عمداً لم يرث من ماله ولا ديته، ولم يحجب وارثاً. وإن قتله خطأ ورث من المال دون الدية، وحجب. وهما يرثان الولاء⁵⁴³. وهو قول مالك، خلافاً للبقية⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ عبد الودود محمد السريتي، م.س، ص: 236.

⁵⁴¹الرق لغة : العبودية واصطلاحاً: عجز حكمي يقوم بالإنسان سببه الكفر، فلا يرث الرقيق بجميع أنواعه ولا يرث لأن الرقيق وما ملكت يده لسيده. يقول الناظم : الكفر والرق لإرث منعاً /// وأنهما بعد الممات ارتفعاً. أنظر: مصطفى مسلم، مباحث في علم الموارث، دار المنارة- السعودية، ط5، 2004م، ص: 13

ولم تنص مدونة الأسرة على هذا المانع رغم اتفاق الفقهاء عليه لعدم الجدوى لأن الرق محظور في وقتنا هذا .
⁵⁴² عبد العزيز بن عبد الله بن باز، متن الرحبية والفوائد الجلية في المباحث الفرضية، مطابع الفرزدق التجارية-الرياض، الطبعة الخامسة، 1989 م، ص: 6.

⁵⁴³محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، م.س، ص: 651

⁵⁴⁴اختلف الفقهاء في تحديد القتل المانع من الإرث:

ولقد عالجت مدونة الأسرة حكم قتل الوارث لموروثه، وفرقت بين القتل العمد والقتل الخطأ . فقاتل العمد لا يرث من تركة المقتول شيئاً ولا في ديته، ولا يحجب وارثاً. ولو أتى بشبهة كمن ضرب ولده قصد تأديبه بشيء لا يقتل به فمات الولد، لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله، ولذلك يمنع من إرثه طبقاً للقاعدة الفقهية: " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه " .

وأما القتل الخطأ - وهو ما كان دون عمد - فلا يعد مانعاً من الإرث في مال المقتول، غير أنه يمنع فقط من الإرث في ديته، ويبقى القاتل حاجباً لغيره من الميراث⁵⁴⁵ . وبهذا تكون مدونة الأسرة قد أخذت برأي المالكية .

2- اختلاف الدين :

لا يرث كافر مسلماً إجماعاً، ولا يرث مسلم كافراً عند الجمهور، ولا يرث كافر كافراً إذا اختلف دينهما خلافاً لهما ولداود. وإذا أسلم الكافر بعد موت موروثه المسلم لم يرثه، وكذلك مازال مانعه بعد موت موروثه⁵⁴⁶. وهو ما نصت عليه مدونة الأسرة⁵⁴⁷، فالمقرر شرعاً عدم جواز التوارث بين المسلم والكافر للحديث الشريف (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)، والمشترط هو اتفاق الوارث والموروث في الدين حين موت الموروث، لأنه وقت استحقاق الميراث، فإذا أسلم الشخص بعد وفاة الموروث وقبل قسمة التركة فلا يرث، والمقرر أيضاً عدم

= عند الحنفية: القتل الذي يمنع من الإرث هو القتل العمد ، والخطأ، وشبه العمد، والجاري مجرى الخطأ، والقاعدة عندهم أن كل قتل أوجب الكفارة منع من الإرث ، وإلا فلا يمنع .

- عند الحنابلة: كل قتل مضمون بقصاص، أو بدية، أو بكفارة يمنع من الإرث وأما غير ذلك فلا يمنع.
- وعند الشافعية القتل بجميع أنواعه، يمنع من الإرث، حتى ولو كان القاتل مكرهاً أو صبياً أو مجنوناً، فدائرة المنع عندهم تتسع لتشمل كل أنواع القتل .

- راجع: محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة ، دار الحديث، مكتبة المكرمة ، دون ذكر السنة والطبعة ، ص: 43

⁵⁴⁵ جاء في المادة 333 من مدونة الأسرة: " من قتل موروثه عمداً، وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله، ولا ديته، ولا يحجب وارثاً.

من قتل موروثه خطأ ورث من المال دون الدية وحجب."

⁵⁴⁶ محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، م.س، ص: 650-651

⁵⁴⁷ المادة 332 من مدونة الأسرة : " لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، و لا بين من نفى الشرع نسبه " .

جواز التوارث بين من نفى الشرع نسبه وبين من نفاه عنه، حيث لا يرث أحدهما في الآخر، كما في اللعان.⁵⁴⁸

المطلب الثاني : إثبات الحقوق المالية في الميراث :

إن التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة⁵⁴⁹. وهذا الحكم العام في الإرث يخلق لنا مجموعة من النزاعات في التركات الإرثية تتعدد أسبابها ووجوهها، والتي تقتضي إيجاد حلول ناجعة لها باعتبار أن تقسيم ما يتركه الميت لورثته بشكل عادل وإعطاء كل ذي حق حقه هو ما أمرت به الشريعة الإسلامية بنصوص القرآن والسنة. فالشريعة السمحاء التي تحرم الضرر وتأمّر بإزالته وتنتهي عن مقابلة الضرر بالضرر جعلت في اللجوء للقضاء حلاً ملائماً للفصل في الخصومات وحسم التداعي بطريق عادل يعيد الحقوق لأصحابها، والحكم القضائي إذا ما لجأ إليه المتخاصمين يتوقف على إقامة الدعوى وإن المدعى به لا بد أن يستند إلى دليل ثابت يقتنع به القاضي ليصدر الحكم في ضوئه وإلا كان مجرد ادعاء، وإن ما تنطوي عليه غالب مواطن النزاع الإرثي من وجوه للتلاعب والتحايل وما تخفيه من مقاصد يبين أهمية استحضار أدلة الإثبات للكشف والبيان عن ماهية التصرف وبيان موضع الإستحقاق الإرثي وإثباته لأصحابه .

وعلى هذا، سأقسم هذا المطلب لفقرتين:

الفقرة الأولى: حجية الوثائق العدلية في إثبات الحقوق الإرثية

الفقرة الثانية: حجية باقي الأدلة الثبوتية في إثبات الحقوق الإرثية

⁵⁴⁸ الدليل العملي لمدونة الأسرة ، م.س ، ص: 189.

⁵⁴⁹ يعتبر الإرث سبباً من أسباب كسب الملكية، بحيث تنتقل ملكية الأموال التي خلفها الهالك إلى ورثته، والانتقال يتم وجوباً بحكم الشرع والقانون، فهو ليس تبرعاً من المورث لفائدة الوارث ولا يستحق عنه عوضاً، ومن تم فمنذ وفاة الشخص فإن تركته تنتقل إلى ورثته.

الفقرة الأولى : حجية الوثائق العدلية في إثبات الحقوق الإرثية :

تتفرد الوثيقة العدلية بإثبات بعض التصرفات والوقائع القانونية بحيث لا يمكن تصور إقامتها سوى عن طريق الوثائق العدلية معززة غالبا بشهادة الشهود أي اللفيف، ومعنى هذا أنه في حالة وقوع أي نزاع أو جحود لهذ العقود أو الحقوق المرتبطة بها والمترتبة عنها تكون الوثيقة العدلية هي الوسيلة المقبولة لإثبات ذلك⁵⁵⁰.

ففي مجال الإرث، تتفرد وحدها دون غيرها من المحررات بإثبات الموت وعدة الورثة عن طريق رسم الإرث بالإضافة إلى جرد وإحصاء مخلف الهالك الموروث عن طريق رسم الإحصاء. فالورثة يتعين عليهم القيام بمجموعة من الإجراءات من أجل إثبات صفتهم وإحصاء متروكهم ومعرفة من يرث ومن لا يرث حتى تصان حقوقهم وحقوق الغير من الدائنين والموصى لهم، وتحفظ الأموال ولا تصير عرضة للهلاك والإتلاف، وتتجلى هذه الإجراءات في إقامة ثبوت الموت وعدة الورثة أو ما يسمى برسم الإرث (أولا) بالإضافة إلى رسم إحصاء متروك الهالك (ثانيا).

أولا: الإرث تثبت الموت وعدة الورثة :

لقد نص الفقهاء على أن الدعوى لميت أو عليه لا تكون مسموعة إلا بعد إثبات موته وعدة ورثته وتناسخ الإراثات، فقد سئل الشيخ الرهوني عن مسائل وقعت فيها مناظرة بين بعض الفقهاء منها: "إذا قام أحد يدعي حضا من دار أو غيرها من جهة ميت وأثبت الموت والوارثات إلى أن تبين مقدار حقه وبقيت هناك مناسخات من غير الجهة التي وصل هو منها هل يكلف بإثباتها وإن لم يتوقف بيان حقه عليها وبه قال أحد المتناظرين محتجا بإطلاق الإمام المشاور ونصه: ولا يوقف المدعى عليه على الجواب إلا بعد إثبات المدعى موت من يقوم عنه وعدة ورثته وتناسخ الوراثات، فإن لم يثبت ذلك لم يكن له يمين على المطلوب لأن من حجه أن يقول:

⁵⁵⁰ سليمان أدخل، المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية- دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري بالمغرب- ، دار السلام- الرباط، الطبعة الأولى 2015م، ص: 93-94

إن أباك أو من تدعي عنه حي وسيقدم ويقر أنه لا حق له عندي، فإن قال المدعي أنت عالم بموته وعدة ورثته. قال وإن أقر بذلك لم يقبل لما فيه من إلزام الحقوق، وإنما يكون شاهدا الخ... وقال مناظره إن كلام المشار وما يوافقه محله إذا كان حق القائم يتوقف معرفة مقداره عليه لا على غير ذلك، والكلام يحمل على ما يليق به الخ...

فأجاب: إن الصواب مع من قال إنه لا يكلف إلا بموت من يطلب الإرث فيه، وحصر عدد ورثته ولا حجة في تعبير من عبر بالوراثات، وقد وقع ذلك في عبارة ابن رشد وغيره لأن مرادهم ما ذكروا وتعليقهم صريح في ذلك، فإنهم عللوا تكليفه بإثبات الموت باحتمال أن يكون من نسب إليه الملك حيا، وعللوا تكليفه بإثبات حصر ورثته باحتمال أن يكون له على غير ثبوت موته في متروكه جزء من اثنين، أو جزء من عشرة أو جزء من مائة مثلا، والعلتان منتفيتان فيمن لا إرث له فيه"551.

و من المعلوم أن الإرث لا يستحق إلا بسبب وشروط، وانتفاء الموانع، ومن أجل معرفة ذلك كان لا بد من إثبات رسمي في وثيقة يرجع إليها، فيها تعيين الوارث بصفته والإدلاء بوثائقه الإدارية الدالة على حياته بعد موت مورثه، وذكر الهالك بتاريخ وفاته وكل ذلك من شروط الإرث، ومن أحاط بإرثه ودرجة قرابته، ومن أوصى له إن وجد، كما تشتمل هذه الوثيقة على تأصيل الفريضة وتصحيحها، ومضمن ما ذكر يطلق عليه رسم الإرثة 552، والعدلان المنتصبان

551 أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، ج4، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية، 1993م، ص: 569-570

552 محمد رياض، أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي وفق مدونة الأسرة الجديدة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2009 م ص: 257.

كما عرف الدكتور محمد الكشور رسم الإرثة بقوله: " هو رسم عدلي يكشف عن موت الموروث وعن عدد الورثة، وعن علاقتهم بالموروث ". أنظر: محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2011 م، ص: 180.

للإشهاد هما اللذان يحررانها إما مباشرة أو عن طريق شهود اللفيف الذين يعلمون حال الهالك والوارث معا⁵⁵³.

وبذلك يكون دور الإرثة هو بيان وفاة الهالك الموروث وتحديد تاريخ الوفاة وحصر عدد الورثة، وهو ما جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بطنجة: " ...وحيث أن الثابت من أوراق الملف أن المستأنفتين أثبتتا موت موروثهما وعدد ورثته بمقتضى رسم الإرثة... مما تكون معه موجبات القسمة ثابتة " ⁵⁵⁴. وفي قرار آخر لنفس المحكمة : " ...إن رسم الإرثة عدد 02 بتاريخ 2016/03/16 المضمن بكناش التركات رقم 136 توثيق طنجة يشهد شهوده بأن ورثة المرحوم أحمد اليزمي هما شقيقه محمد اليزمي و ارحيمو اليزمي، والمحكمة تبعا لذلك لا ترمي مبررا لإجراء بحث مع الطرفين للتأكد من ورثة المرحوم أحمد اليزمي، ويبقى الدفع المثار من طرف المستأنف عليه غير مرتكز على أساس ويتعين رده " ⁵⁵⁵.

كما قرر أنه : " إذا كان النزاع متعلقا بالإرث فإن الأرملة التي تطالب بحقها في الشركة لا تلزم بالإدلاء بعقد زواجها من الهالك متى ورد اسمها بإرثته كزوجة له " ⁵⁵⁶.

⁵⁵³ أعطى المشرع المغربي الاختصاص بإقامة رسم الإرثة للعدول المنتصبين للإشهاد وحدهم دون غيرهم من الجهات الأخرى المخول لها صلاحية تحرير العقود كالمحامين والموثقين ووكلاء الأعمال والكتاب العموميين وغيرهم ... بحيث يقوم العدلان بتحرير هذه الوثيقة إما مباشرة أو عن طريق شهود اللفيف الذين يعلمون حال الهالك والوارث معا، ويخاطب عليها السيد قاضي التوثيق ويتخذ هذا الرسم شكل شهادة عدلية علمية أو شهادة استرعائية. وتجدر الإشارة إلى أن رسوم الإرثة تتنوع إلى ثلاثة أنواع وليست على شكل واحد، فإما أن تأخذ صيغة وثيقة إرثية عدلية وهي الوثيقة التي يشهد فيها العدلان من علمهما بثبوت موت الهالك وعدد ورثته ، أو صيغة وثيقة إرثية مثلية وهي عبارة عن شهادة مختلطة يشهد فيها عدل واحد مع ستة من اللفيف بثبوت الموت وعدد الورثة ، وتسمى بالشهادة المثلية، أو صيغة وثيقة إرثية لفيفية وهي الوثيقة التي يشهد فيها اثنا عشر شاهدا أمام عدلين منتصبين للإشهاد بواقعة وفاة الهالك وعدد ورثته . وهي الوثيقة الغالبة والشائعة في المجال العملي .

- راجع: سليمان أخول ، م.س ، ص : 113 – 114.

⁵⁵⁴ قرار محكمة الإستئناف بطنجة عدد 457 ، ملف عدد 1615/350 / 2019 بتاريخ 2020/12/14 ، (غير منشور) .

⁵⁵⁵ قرار محكمة الإستئناف بطنجة عدد 295 ، ملف عدد 1615/78 / 2019 ، بتاريخ 2020/10/5 ، (غير منشور) .

⁵⁵⁶ قرار عدد 156 ، صادر بتاريخ 6 فبراير 1996 ، ملف الأحوال الشخصية عدد 5060/01 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من سنة 1957 إلى سنة 2000 ، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002م، ص: 65

فالإدلاء بوثيقة الإرثة بمثابة إثبات صفة المدعي في دعوى الإرث أو غيرها من الدعاوى المتعلقة بالموضوع وإن لم تسجل هذه الإرثة بالرسم العقاري، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض: "... بمفهوم الفصل 65 من ظهير التحفيظ العقاري، فإن الحقوق الناشئة عن الإرث ترتب آثارها حتى قبل إشهارها بالرسم العقاري، ولما كان الطاعن قد دفع بأنه شريك مع الشفيعا باعتبارها وارثا في والدته المسجلة بالرسم العقاري وأدلى بإراثتها، فإن المحكمة لما ردت دفعه بعلّة أن الحق المزعوم انتقل إليه إرثا غير مقيد بالرسم العقاري وأن العبرة في العقار المحفظ بتقيد الحق العيني لترتيب أثره بين الأطراف، ولم تبحث في ما هو مثبت بشهادتي الملكية والإرثة المستدل بهما لترتيب آثارهما على دعوى الشفيعا، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه"⁵⁵⁷. كما جاء في قرار آخر: "...حقا ما عابه الطاعنون على القرار المطعون فيه من كونه قضى بعدم قبول استئنافهم للحكم عدد 398 لانعدام صفتهم بسبب عدم تسجيل إرثهم بالرسم العقاري المذكور، مع أن مجرد إثباتهم لصفتهم الإرثية في الهالك مورثهم المذكور المحكوم ضده بالحكم المذكور بمقتضى الإرثة المشار إليها أعلاه يخولهم وحده حق الطعن بالاستئناف في ذلك الحكم ولو لم تسجل الإرثة بالرسم العقاري إذ من مات عن حق فلوارثه"⁵⁵⁸.

إن رسم الإرثة قد ينجز بمبادرة من الوارث نفسه صاحب المصلحة، وقد ينجز بأمر من القاضي المكلف بشؤون القاصرين إذا كان في الورثة قاصرا أو غائبا، حيث ينص الفصل 267 من مدونة الأسرة على أنه: "يأمر القاضي المكلف بشؤون القاصرين بإقامة رسم عدة الورثة وبكل إجراء يراه مناسبا للمحافظة على حقوق ومصالح القاصرين المالية والشخصية."

وغني عن البيان أن الإرثة تتضمن أمرين رئيسيين: أولهما ثبوت الموت وثانيهما حصر عدد الورثة، ويمكن جمعهما في وثيقة واحدة إن كانت الواقعتان معا في علم الشهود، أما إن كان

⁵⁵⁷ قرار عدد 659 الصادر بتاريخ 2017/11/28، في الملف المدني عدد 2016/4/1/131، منشور بمجلة قضاء محكمة

النقض، العدد 84، سنة 2018م، ص: 32

⁵⁵⁸ قرار المجلس الأعلى عدد 734 بتاريخ 7 مارس 1995 في الملف المدني عدد 87/3905، منشور ضمن مجلة قضاء

المجلس الأعلى عدد 47، يوليو 1995، ص: 36

شهود اللفييف (الإثنى عشر) يعلمون موت الموروث و لا يعلمون عدد وراثته، وشهود آخرون يعلمون عدد الورثة و لا يعلمون وفاة مورثهم ، فتكتب كل وثيقة على حدة، وتلفق الوثيقتان، ويتم بهما الإرث⁵⁵⁹. إلا أن ما يجب التنبيه عليه أن شهادة شهود الإرثة يجب أن تكون على سبيل العلم إذا كانت لفييفية فيما يتعلق بالإشهاد على حصر الورثة، لأنه من المحتمل ظهور وارث لا علم للشهود به، فيكون التقييد بالعلم من باب الاحتياط في الوثيقة⁵⁶⁰.

وبالنسبة للنزاعات حول العقارات المحفظة فإن دعوى صحة البيع ضد الورثة لا تباشر إلا من تاريخ تسجيلهم كورثة في الرسم العقاري، إذ إن صفتهم كورثة لا تثبت إلا بعد تسجيل الإرثة في الرسم العقاري، وحلولهم محل مورثهم الهالك كمالكين للملك موضوع الرسم العقاري، ولا اعتداد بغير ما دون فيه، لكون الحجة الوحيدة الدالة على ملك العقار المحفظ⁵⁶¹.

أما فيما يتعلق بإشكالية التنازع بين عدة إراثات، بأن ينص رسم إرثة على عدد الورثة وينص رسم إرثة آخر على ورثة آخرين بزيادة أو نقصان، فهل يعتد بتاريخ الرسم الأول أم بتاريخ الرسم الثاني علما أن الرسم الأول متأخر عن الرسم الثاني في تاريخ الإنشاء؟

⁵⁵⁹ محمد الكشور، م. س، ص: 180.

⁵⁶⁰ وهو ما تختصره عبارة : " لا وارث لها سوى من ذكر في علمه "، وهذه الجملة الإسمية تتضمن أمورا ثلاثة كل واحد منها شرط صحة في الإرثة وهي :

❖ استقصاء الوارثين وحصر وتحديد عددهم ، ويترتب على ذلك أنه إذا قال شهود الإرثة " لا نعلم عدد الورثة " فليس للوارث شيء لعدم التعيين ، وكذلك لا تكفي الشهادة لشخص بأنه ابن الميت ، كما لا تكفي إذا قال الشهود : إن فلانا من ورثة الهالك و لا نعرف عدد الوارثين ، و لا يستحق بها الوارث المشهود له شيئا لعدم حصر عدد الورثة .

❖ التعميم المكاني ، وهو ما تعنيه عبارة " لا وارث له سوى من ذكر في علمهم " و لا مانع أيضا من التوسل بعبارة " لا وارث له في كافة أنحاء المعمور " فإن قالوا غير ذلك من الألفاظ الدالة على التعميم ، فإن الإرثة باطلة كقول شهود الإرثة " لا وارث له في المغرب سوى ما ذكر في علمهم " فالتعميم المقبول يكون حال قولهم في جميع الأرض، أو حال سكوتهم عن تعيين المكان، أي الشهادة بإطلاق.

❖ كون الشهادة بحصر الورثة على سبيل العلم، ومعناه وجوب التوسل بعبارة " لا وارث له سوى ما ذكر في علمهم"، أما غيرها من العبارات الدالة على القطع فتندح في الإرثة وتجعلها حليفة البطلان، والسبب في ذلك أن حصر الورثة من المسائل التي لا يقبل فيها الجزم والقطع بل التعويل فيها على الظن الغالب.

- راجع: عادل حاميدي، القواعد الفقية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقهاء الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2015م، ص: 595-596.

⁵⁶¹ عادل حاميدي، م. س، ص: 597

القاعدة المعروفة في الوثائق، أن الوثيقة الأقدم تاريخاً ترجح على الأحدث منها، إلا أنه في رسم الإرث اعتبرت محكمة النقض أن الأولوية تعطى للرسم الذي يضيف ورثة آخرين اعتماداً على قاعدة شهود الإثبات مقدمون على شهود النفي، وأن الإرث المثبتة مقدمة على الإرث النافية.⁵⁶²

كما قرر القضاء أن الإرث التي تتضمن الوصيتين الواجبة والاختيارية راجحة على الإرث التي لا تتضمن الوصيتين لأنها أفادت ما لم تفده هذه الأخيرة.⁵⁶³

مما سبق، يتبين أن رسم الإرث من الوسائل اللازمة لتصفية التركة والتي لها حجة في الإثبات، فبه يثبت موت الموروث و عدة الورثة، كما تثبت به صفة المدعي في دعوى الإرث أو غيرها من الدعاوى المتعلقة بالتركة.

ثانياً: رسم إحصاء التركة يثبت مخلف الهالك :

بعد إقامة رسم الإرث تكتمل الصفة التي تخول للورثة الحق في المطالبة بإحصاء التركة تمهيداً لتصفيتها، وهي مرحلة جد هامة من مراحل التصفية، خاصة إذا كانت التركة متشعبة الأصول، بحيث لا يتم ضبط المال المتروك إلا بإجراء إحصاء شامل وعام من أجل الوقوف على ما للموروث من حقوق وما عليه من واجبات، وهو ما يطلق عليه رسم إحصاء التركة.⁵⁶⁴ فقد جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بطنجة: "... وخلافاً لما ورد بالحكم المستأنف من عدم تحديد المستأنفة المدعى فيه، فقد أدلت رفقة مقالها برسم إحصاء المتروك

⁵⁶² قرار رقم 845، ملف مدني عدد 14644 صادر بتاريخ 18/06/1979، منشور بمجلة المحامي، العدد 8، ص: 93

⁵⁶³ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18/1/1997، في ملف الأحوال الشخصية عدد 92/5649، أشار إليه: عبد الجبار البكري، م.س، ص: 65

⁵⁶⁴ رسم إحصاء التركة يطلق عليه أيضاً إثبات متخلف أو زمام التركة أو موجب متخلف، فهذه كلها مصطلحات لمعنى واحد، ومعناه الوثيقة الرسمية التي تحصى فيها ممتلكات الهالك.

- محمد الكويط، حجية رسم إحصاء المتروك في إثبات الملكية العقارية، مجلة القضاء المدني، العدد السابع، السنة الرابعة، شتاء/ربيع 2013م، ص: 84

عدد 304 بتاريخ 2019/10/17 يتضمن سائر تركة جدها الهالك بأسماء القطع الأرضية ومساحاتها وحدودها " 565.

ويعتبر العدول الجهة الوحيدة المختصة بتلقي رسوم الإحصاء المتعلقة بتركات المغاربة المسلمين الموجودة على أرض الوطن⁵⁶⁶. وكذلك الأمر بالنسبة إلى تركات المغاربة غير المسلمين وغير اليهود الموجودة داخل أرض الوطن، حسبما يستفاد من نص المادة الثانية من مدونة الأسرة⁵⁶⁷.

وفيما يخص تركات المغاربة اليهود الموجودة على أرض الوطن فيختص في إحصائها الموثقون العبريون. أما تركات المغاربة الموجودة خارج أرض الوطن فالمختص بإحصائها وتصفياتها هم السفراء والقناصل والأعوان الدبلوماسيون العاملون بالخارج الذين أناط بهم المشرع بعض اختصاصات العدول، ومن أهمها القيام بإحصاء تركات المغاربة الموجودة خارج أرض الوطن⁵⁶⁸.

وفي كل الأحوال، فإن تحديد الجهة المختصة يثير التساؤل حول مدى شرعية الإحصاء المقام بواسطة الوثائق العرفية؟

⁵⁶⁵ قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 416 ، ملف رقم 2020/1615/146 بتاريخ 2020/11/16. (غير منشور) .
⁵⁶⁶ وذلك تطبيقا لمقتضيات المواد 377 من مدونة الاسرة في فقرتها الأولى: "على المصفي بمجرد تعيينه أن يقوم بإحصاء جميع ممتلكات الهالك، بواسطة عدلين طبقا لقواعد الإحصاء الجاري بها العمل" .
و المادة 252 منها: "يقوم العدلان بأمر من القاضي المكلف بشؤون القاصرين وتحت إشرافه، بالإحصاء النهائي والكامل للأموال والحقوق والالتزامات...".
و الفصل 241 من ق. م. م في فقرته الثانية: "يعين القاضي تلقائيا أو بطلب كل من له مصلحة عدلين للقيام بالإحصاء بحضور الأطراف أو ممثليهم...".

⁵⁶⁷ المادة الثانية من مدونة الأسرة: "تسري أحكام هذه المدونة على :
- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى؛
- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة ب 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئيين؛
- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا؛
- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم .
أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية."
⁵⁶⁸ العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الاسرة، ج2، مكتبة دار السلام- الرباط، طبعة 2009م، ص: 64

على الرغم من وضوح المقترضات السابقة، فإن الأطراف والكتاب العموميين ظلوا يكتبون رسوم الإحصاء في تطاول صريح على اختصاصات العدول بالأساس، كما أن البعض استنبط من المادة 4 من مدونة الحقوق العينية أنها تبيح لغير العدول – من موثقين ومحامين مقبولين للترافع أمام محكمة النقض وغيرهم – تحرير رسوم الإحصاء، وهذا الفهم مردود من جهة أن مدونة الحقوق العينية تدخل في إطار الأحوال العينية، بينما يدخل الإحصاء في نطاق الأحوال الشخصية؛ ومن جهة أن المادة المذكورة تتحدث عن التصرفات المتعلقة بإنشاء الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، والحال أن الإحصاء لا يدخل في نطاق هذه التصرفات المذكورة⁵⁶⁹.

وفي نظرنا، أن الإحصاء المقام بواسطة الوثائق العرفية باطل ولا يسوغ قبوله لأن المشرع كان واضحا عندما حدد الجهة المختصة لإقامة إحصاء المتروك في العدول وحدهم دون سواهم.

وسبق القول، أن رسم الإحصاء يكون عندما تكون التركة متشعبة الأصول يتوقف ضبطها والإحاطة بها على إحصاء عام وشامل من أجل الوقوف على ما للهالك، ويثبت تملكه له، لكن إذا كان للهالك سند تملك فهل يمكن الاستغناء عن إحصاء التركة، وبالتالي انتقال التركة إلى الورثة اعتمادا على سند الملك؟ أم أن الإحصاء ضروري سواء كان هناك ما يفيد الملك للهالك أم لا؟

هناك من يرى أن فائدة رسم الإحصاء تظهر فقط في انتقال ملكية العقار غير المحفظ عن طريق الإرث متى كان العقار المتروك لا يتوفر على وثائق ملكية، علما أن رسم الإحصاء يكون في هذه الحالة ذو حجية في العلاقة القائمة بين الورثة ولا يواجهه بالأغيار ولا يستحق به العقار من يدهم، بل أكثر من ذلك فهو حجة على من أقامه من الورثة، دون من نازع فيه منهم. أما بالنسبة للعقار المحفظ فليست له فائدة في الإثبات لأن ملكية العقار المحفظ للهالك تثبت من

⁵⁶⁹ محمد الكويط، م.س، ص: 92-93

خلال الشهادة العقارية، ولذلك فلا حاجة لإنجاز رسم الإحصاء، متى كان المتروك عبارة عن عقار محفظ.⁵⁷⁰

كما جاء في الفصل 241 من قانون المسطرة المدنية أن الإحصاء يتم إذا كان له ما يبرره⁵⁷¹، ونصت مدونة الاسرة على حالات بعينها تقتضي إقامة رسم الإحصاء، أما في غير هذه الحالات فليس هناك ما يقتضي إجراءه⁵⁷². ويفهم من هذه المقتضيات القانونية أن انتقال التركة إلى الورثة المستحقين لها، لا يتوقف دائما على إقامة إحصاء المتروك بها؛ وأنه يمكن أن تنتقل التركة إليهم ولو بدون إحصائها؛ وهذا في رأي الأستاذ العلمي الحراق⁵⁷³، ليس صحيحا ولا مقصودا للمشرع، ففي نظره قصد المشرع بتلك المقتضيات التي جاءت في معرض حديثه عن الإحصاء بكونه تدبيراً احترازياً وواجبا من الواجبات الملقة على القاضي المكلف بشؤون القاصرين وليس القصد منها قصر الحالات التي لا تنتقل فيها التركة إلا بعد إحصائها على هذه فقط، لأن الهدف من الإحصاء هو جمع شتات التركة وضم بعضها إلى بعض وجعلها في رسم واحد ليسهل الرجوع إليها عند الحاجة، كما أن إحصاء التركة قد يتضمن الإشارة إلى أن الهالك لم يفوت شيئا من أملاكه إلى أن توفي وورثه ورثته؛ وبالتالي يكون الإحصاء ملازما في كل الأحوال وبدونه لا يتأتى للورثة تفويت أي جزء من التركة أو قسمتها فيما بينهم؛ لأنهم يكونون

⁵⁷⁰ يونس الزهري ووفاء جوهر، م.س، ص: 36-37

⁵⁷¹ جاء في الفصل 241 من قانون المسطرة المدنية: " يتم الإحصاء إذا كان له ما يبرره وفق الإجراءات التالية: يعين القاضي تلقائياً أو بطلب كل من له مصلحة عدلين للقيام بالإحصاء بحضور الأطراف أو ممثليهم. وإذا لم يتأت استدعاء أحد الأطراف لبعد أو غيبة أو غير ذلك عين القاضي من يمثله. يشمل الإحصاء على:

1- التاريخ؛

2- بيان من قام به ومكانه والأطراف الذين طلبوه؛

3- تعيين وتقويم الأموال العقارية إن وجدت والسندات والمنقولات والقيم والنقود."

⁵⁷² -إذا كان من بين الورثة الذين يستحقون التركة قاصر لا أب ولا أم له (المادة 249 من مدونة الأسرة)

- إذا كان من بين الورثة غائب (المادة 374 من مدونة الأسرة).

وفي هاتين الحالتين يعين القاضي تلقائياً عدلين للقيام بالإحصاء (الفصل 241 من ق.م.م)

- إذا كان بيد الهالك شيء من ممتلكات الدولة، وفي هذه الحالة تطلب النيابة العامة من القاضي القيام بذلك (المادة 374 من مدونة الأسرة)

- إذا تم تعيين مصف للتركة (المادة 377 من مدونة الأسرة)

⁵⁷³ العلمي الحراق، م.س، ص: 65-66 (بتصرف)

في وضعية من ملك أن يملك؛ ومعلوم أن من ملك أن يملك لا يعد مالكا حتى ينتقل إليه الملك ويثبت ذلك بوسيلة من وسائل التملك؛ وهي هنا الإحصاء الذي يشهد فيه أن الهالك خلف تركته لورثته. ومن ثم فإنه ولكي تنتقل التركة إلى من يستحقها شرعا أو قسمتها بين من يستحقها من الورثة؛ لابد من ثبوت تملك الهالك لها قيد حياته أو بعد مماته؛ فإذا لم يوجد ما يثبت تملكه لها في حياته؛ فينبغي لورثته بعد مماته أن يثبتوا تملكه لها؛ وأنها انتقلت إليهم عن طريق الإرث؛ وهذا لا يتأتى إلا بواسطة الإحصاء؛ وهذا دليل آخر على أن وجوب حالات إقامة الإحصاء ليست محصورة فيما أشارت إليه المقتضيات القانونية المشار إليها؛ وإلا فالقول بخلاف هذا يفضي إلى القول بجواز تفويت الأشياء ولو بدون سندات تملكها؛ وفي هذا من الخطر على حقوق الناس ما لا يخفى على أحد⁵⁷⁴. وهذا التوجه هو الذي سار عليه القضاء المغربي حيث اعتبرت محكمة النقض أن إحصاء التركة ضروري لقيام الورثة بالإبراء فيما بينهم.⁵⁷⁵

وجدير بالذكر، أن الإحصاء لا يعني تملك الهالك للمشهود فيه موضوع الإحصاء، بل هو محض جرد لمخلفه بقطع النظر عن سند تملكه ودليل تحوزه، لذلك فإن الإحصاء لا يعول عليه لإثبات التملك للهالك بل محض زمام لمخلف الهالك، وهو ما قرره محكمة النقض في أحد قراراتها حيث نصت على أن: "رسم الإحصاء هو مجرد زمام لا يثبت به الملك، وحقته تنحصر بين المشهود لهم فيه والمقرين به، ولا يمكن أن يواجه به الغير".⁵⁷⁶

إلا أنه إذا كانت للتركة أصول تملك ومستندات معتبرة، كرسوم الأثرية والهبات التي تكون في اسم الموروث، أو أي رسوم أخرى مكسبة للملكية وناقلة لها، فإن إحصاء التركات المؤسسة عليها تفيد الملكية ويمكن تركيب رسوم ناقلة للملكية عليها، سواء نقلت الملكية إلى الورثة فيما بينهم خاصة، أو فيما بينهم والغير، وبالتالي فإنه لا مانع يمنع العدلين

⁵⁷⁴ العلمي الحراق، م.س،ص: 67

⁵⁷⁵ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1994/09/27م، رقم 1156 ملف عقاري عدد 88/6233، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 47، ص: 155

⁵⁷⁶ قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2014/04/08، عدد 155 في الملف رقم 2013/8/1/4385، منشور على الرابط التالي:

<https://www.mahkamaty.com/blog/2014/07/20> (تاريخ الاطلاع: 2021/3/12)

من تلقي الشهادة بالتفويت استنادا إلى رسوم الإحصاء هذه؛ كما ينبغي للقاضي المكلف بالتوثيق الخطاب عليها⁵⁷⁷.

غير أن الإشكال يطرح في حالة ما إذا لم يكن للتركة رسوم تملك، بحيث توفي الموروث دون أن يكون له سند ملك معتبر على أملاكه التي خلفها لورثته، فكيف يمكن للورثة أن يثبتوا ملكية موروثهم للتركة؟

يمكن للورثة أن يثبتوا ملكية موروثهم للتركة بناء على إقرارهم واعترافهم، إلا أنه في هذه الحالة لا يعتبر رسم إحصاء التركة مستندا كافيا في إفادته للملكية المقر بها ولا في نقل هذه الملكية إلى غير الورثة المقرين بها، لأن الإقرار وسيلة إثبات قاصرة على المقر ولا تتعداه إلى غيره، وبالتالي لا يجوز للعدلين تلقي الشهادة بالتفويت استنادا إلى هذا الإحصاء إلى غير الورثة المقرين به، إلا إذا علم هذا الغير بحقيقة المستند وقبله على علته، وهذا لا يتناسب في وقتنا الراهن مع ما تتطلبه قواعد التوثيق من الضبط والإحكام وذلك لإعتبارات كثيرة⁵⁷⁸، فلا بد من الإدلاء بما يثبت ملكية الموروث لما خلفه لورثته من عقار أو منقول إما بمستندات رسمية مكتوبة، أو بواسطة شهادة الشهود العدول، أو شهادة اللفي⁵⁷⁹.

ويعتبر رسم إحصاء التركة عن طريق شهادة اللفي - بصفة عامة- شهادة رسمية تامة كسائر الشهادات التي يتلقاها العدول من حيث الحجية والإثبات، وبالتالي يعتبر الرسم مستندا صحيحا كافيا في إفادة الملكية وإثبات الملك للموروث ومن خلاله إثبات الملك لورثته الذين

⁵⁷⁷العلمي الحراق، م.س، ص:70

⁵⁷⁸ من بين هذه الاعتبارات:

- فساد الزمان وقلة التدين في الناس، وبالتالي لا مجال للثقة في مجرد تصريحات الورثة بملكية موروثهم لما يذكرونه على لسانهم في الإحصاء.

- القول بجواز الاعتماد على هذه الطريقة في إحصاء التركات ربما أفضى إلى إمكانية إقامة الإحصاء بواسطة الرسوم العرفية التي يغيب فيها عنصر الإشهاد العدلي؛ وهو أمر غير مقبول من الناحية القانونية.

- قبول الإحصاء الذي يتأسس على مجرد تصريحات الورثة يؤدي إلى إنشاء وثيقة رسمية في الظاهر؛ فارغة المحتوى في الباطن؛ مادام أنها غير صالحة لأن تكون مستند تملك كافيا يمكن أن يبنى التفويت عليها للغير.

- لمزيد من الإيضاح أنظر: العلمي الحراق، م.س، ص: 71-74

⁵⁷⁹ يمكن للورثة أو أحدهم طلب إقامة الإحصاء بواسطة شهادة اللفي التي تقوم مقام شهادة العدول عند التعذر.

أحاطوا بإرثه بعد موته، كما يعتبر هذا المستند كافياً في نقل هذه الملكية مطلقاً، أي سواء للورثة فيما بينهم أو بينهم وبين غيرهم، لأن الشهادة وسيلة إثبات يتعدى أثرها المشهود لهم والمشهود عليهم إلى الغير⁵⁸⁰.

وبهذا تكون للرسوم العدلية حجة في إثبات الحقوق الإرثية، فالرسم بعد المخاطبة عليه من لدن قاضي التوثيق يصير قرينة قاطعة على صحته، إذ أن قاضي التوثيق لا يخاطب على الرسوم إلا بعد مراقبة سائر الشروط الشكلية والموضوعية، لتصبح وثائق رسمية لا يجوز الطعن فيها إلا بالزور. ومن ثم فإن على مدعي عدم الصحة عبء إثبات مدعاه، فقرينة صحة الرسوم هي قرينة قابلة لإثبات العكس من لدن كل ذي مصلحة أو من لدن المحكمة تلقائياً وذلك من أجل المحافظة على استقرار الأوضاع القانونية والتوثيقية القائمة.

الفقرة الثانية : حجية باقي الأدلة الثبوتية في إثبات الحقوق الإرثية:

يستعين القاضي في إصدار حكمه القضائي بأدلة الإثبات والبراهين التي يقتنع بسلامتها من المطاعن، فأهمية أدلة الإثبات تبرز في أن القاضي لا يجوز له الحكم وإعطاء كل ذي حق حقه دون الاستناد إلى دليل يثبت ما ادعاه المدعي أو ما أراد دفعه المتهم، وباستحضار الأدلة الثبوتية إن صدقت يعرف الحق ويتحقق العدل.

ومن بين أدلة الإثبات التي يمكن للقاضي الاستعانة بها لبيان موضع الإستحقاق الإرثي وإثباته لأصحابه الإقرار، والشهادة، واليمين، والقرائن.

⁵⁸⁰ العلمي الحراق، م.س،ص: 75

أولاً: الإقرار:

الإقرار الذي يؤخذ به كدليل إثبات في دعاوى الحقوق الإرثية، هو الإقرار الصادر من البالغ العاقل⁵⁸¹، ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها، ولهذا كان أكد من الشهادة⁵⁸². ومن أقر على نفسه وعلى غيره لزمه الإقرار على نفسه ولم يلزمه إقرار على غيره، ولكنه يكون شاهداً فيه، ولذلك لا يقبل إقرار الوصي على محجوره، ولا الأب على ولده الصغير أو الكبير، ويكونان شاهدين، ومن أقر بما له وما عليه قبل إقراره فيما عليه دون ماله⁵⁸³.

ويعتبر الإقرار وسيلة من الوسائل التي يثبت بها الإرث⁵⁸⁴، وقد ذكر الفقهاء أمثلة لذلك فقالوا في الإقرار بوارث: " يثبت الميراث دون النسب بثلاث أشياء: أحدهما: إقرار موروث غير الأب والابن بوارث وليس له وارث غيره. قال سحنون: لا يثبت به ميراث ولا نسب.

الثاني: شاهد عدل ويمين في ميراث من لا وارث له.

الثالث: إقرار وارث بوارث آخر معه: فقال مالك وأبو حنيفة: يعطي المقر للمقر به من ماله ما نقصه الإقرار، ولا يثبت نسبه. وقال الشافعي: لا يستحق ميراثاً ولا نسباً؛ إلا إذا كان المقر به محيطاً بالمال كله؛ فيثبت به الميراث والنسب عنده."585

581 كل مقر يقبل إقراره، إلا ستة، وهم: الصبي، والمجنون، فلا يقبل إقرارهما مطلقاً.

والثالث: العبد، يقبل إقراره فيما يرجع إلى بدنه كالحدود، دون ما يرجع إلى المال.

والرابع: السفه فيقبل إقراره في الجنايات والحدود دون المال.

والخامس: المفلس.

والسادس: المريض، فلا يقبل إقرار لمن يتهم بمودته من قريب أو صديق ملاطف، سواء كان وارثاً أو غير وارث، إلا أن يجيزه الورثة، فيقبل فيما سوى ذلك.

- أنظر: محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، م.س، ص: 519 - 520.

582 موفق الدين بن قدامة، المغني، ج 7، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، ط1997، م 3، ص: 262.

583 ابن جزى الغرناطي، م.س، ص: 520.

584 أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، ج3، مطبعة فضالة المحمدية،

1993م، ص: 370

585 ابن جزى الغرناطي، م.س، ص: 665

فإذا أقر أحد الورثة فقط بوارث فله ما نقصه الإقرار، وهذا النقصان لا يأخذه المقر به على جهة الإرث بل على جهة الإقرار⁵⁸⁶.

فقد جاء في مسألة " (لو مات، فخلف ولدين، فأقر أحدهما بأخ أو أخت، لزمه أن يعطي الفضل الذي في يده لمن أقر له به). وجملة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث، مشارك لهما في الميراث، لم يثبت النسب بالإجماع؛ لأن النسب لا يتبعض، فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقهما؛ لأن أحدهما منكر، ولا توجد شهادة يثبت بها النسب، ولكنه يشارك المقر في الميراث، في قول أكثر أهل العلم.

وقال الشافعي: لا يشاركه. وحكي ذلك عن ابن سيرين. وقال إبراهيم: ليس بشيء حتى يقرؤا جميعاً؛ لأنه لم يثبت نسبه، فلا يرث، كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا، أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه، فلزمه المال، كما لو أقر ببيع أو أقر بدين، فأنكر الآخر. وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب؛ فإنه محكوم ببطلانه. ولأنه يقر له بمال يدعيه المقر له، ويجوز أن يكون له، فوجب الحكم له به، كما لو أقر بدين على أبيه، أو أقر له وصية، فأنكر سائر الورثة. إذا ثبت هذا، فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه. وبهذا قال ابن أبي ليلى، ومالك، والثوري، والحسن بن صالح، وشريك، ويحيى بن آدم، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: إذا كان اثنان، فأقر أحدهما بأخ، لزمه دفع نصف ما في يده، وإن أقر بأخت، لزمه ثلث ما في يده؛ لأن المنكر أخذ ما لا يستحقه من التركة، فصار كالغاصب، فيكون الباقي بينهما، كما لو غصب بعض التركة أجنبي. ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة، كما يتعلق بجميعها، فإذا هلك بعضها، أو غصب، تعلق الحق بباقيها، والذي في يد المنكر كالمغصوب، فيقتسمان الباقي بالسوية، كما لو غصبه أجنبي.

ولنا، أن التركة بينهم أثلاثاً، فلا يستحق مما في يده إلا الثلث، كما لو ثبت نسبه ببينة. ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصه أخيه، فلا يلزمه أكثر مما يخصه، كالإقرار بالوصية،

⁵⁸⁶أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، ج3، م.س، ص: 360

وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين. ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته؛ لكونه يجر بها نفعاً، لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه، ولأنه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك، كالوصية. وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان، لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة، وهاهنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة.

ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى، هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه؟ على وجهين؛ أحدهما، يلزمه. وهو الأصح، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه؟ فيه وجهان.⁵⁸⁷

وبهذا يكون الإقرار وسيلة من وسائل إثبات الحقوق الإرثية، حيث أن الملكية أجازوا إقرار الوارث بوارث آخر معه، وبالتالي يستحق هذا الأخير حصته من الميراث وإن لم يثبت نسبه.

وفيما يخص إقرار الوارث بدين على التركة، قال أحد الفقهاء: " (قلت) رأيت إن هلك أبي وترك ألفي درهم وتركني وأخا لي فأقر أحدنا أن لهذا الرجل على أبينا ألف درهم وأنكر الأخ الآخر (قال) قال مالك يحلف مع هذا الذي أقر له ويستحق حقه إذا كان الذي أقر له عدلاً ويكون الميراث فيما بقي بعد حقه (قال مالك) وإن أبي أن يحلف أخذ من حق هذا الذي أقر له نصف دينه وهو خمسمائة درهم لأن الذي أقر بما أقر إنما أقر أن دينه في حقه وحق أخيه".⁵⁸⁸

وفي مسألة أخرى: " أن الوارث إذا أقر بدين على موروته، قبل إقراره، ويتعلق ذلك بتركة الميت، كما لو أقر به الميت قبل موته، فإن لم يخلف تركة، لم يلزم الوارث بشيء، وإن خلف تركة، تعلق الدين بها، فإن أحب الوارث تسليمها في الدين، لم يلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمنزلة الجاني، وإن كان الوارث واحداً، فحكمه ما ذكرنا: وإن كانا اثنين أو

⁵⁸⁷ موفق الدين بن قدامة، المغني، ج7، م.س، ص: 314-316

⁵⁸⁸ سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، المجلد الثالث عشر، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد-

المملكة العربية السعودية، دون ذكر السنة، ص: 64

أكثر وثبت الدين بإقرار الميت، أو ببينة، أو إقرار جميع الورثة، فكذاك وإذا اختار الورثة أخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم، فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه، وإن أقر أحدهم، لزمه من الدين بقدر ميراثه "589.

ما نستشفه من هاتين المسألتين أن إقرار الوارث بدين على التركة ينفذ على نفسه وبقدر حصته من التركة لا على بقية الورثة .

وفيما يتعلق بإقرار الموروث بدين في صحته فيكون لازما لجميع الورثة، فإذا أقر الموروث على نفسه بأن ولده أنفق عليه وعلى زوجته التي هي أمه، وعلى أبنائه الذين هم إخوته مدة ثمانية عشر عاما قاصدا محاسبة الورثة بعد موته، ولما مات الأب المذكور وأراد محاسبة أولئك الورثة نازعوه في ذلك، وظنوا أن إقرار موروثهم لا يفيد، فأقراره صحيح ويلزم ورثته، " لقول ابن الحارث: كل من أقر في صحته بدين فإنه يلزمه إقراره كان المقر له أجنبيا أو وارثا"⁵⁹⁰، و"قول أبو عمر بن عبد البر في كافيته: وكل من أقر لوارث أو غير وارث في صحته بشيء من المال أو الديون أو البراءات أو قبض أثمان المبيعات فأقراره جائز عليه لا تلحقه فيه تهمة و لا يظن به تولي، والأجنبي في ذلك والوارث سواء وكذا القريب والبعيد والعدو والصديق في الإقرار في الصحة سواء"⁵⁹¹.

كما قال الشيخ التسولي: " إن ما درج عليه الناظم من نفاذ إقرار الصحيح لورثته هو المشهور. ثم محل الخلاف في إقرار الصحيح للوارث إن كان لا يعرف وجه ما أقر به ولا سببه، وأما إن عرف ذلك ككون أم المقر له ماتت وتركت مالا وأقر أبوه له به، أو أقر بقدر كالي صداقها، أو أقر لابنته بعدد يعلم منه أنه كان يلبسها ويبيع لها ما اكتسبته بيدها، فهو جائز نافذ، وإقرار المريض للوارث مع علم السبب كذلك يجوز اتفاقا أيضا. وهذا كله إن كان المقر له ممن يشبه أن يملك مثل المقر به لكونه معروفا بالتكسب والإرث من أمه ونحو ذلك فإن كان ممن لا

⁵⁸⁹ المغني، م.س، ص: 328.

⁵⁹⁰ أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، ج6

م.س، ص: 7.

⁵⁹¹ التسولي، البهجة، ج2، م.س، ص: 604

يشبه أن يكون تكسب أو وراث مثل هذا المال المقر به بل ما أقر به أكثر مما يشبه تكسبه أو إرثه أو كان لا يعرف بتكسب ولا إرث أصلا فلا يعمل بذلك الإقرار. قال أبو الفضل البرزلي في مسائل البيوع من ديوانهما نصه: إقرار الأم بدين للإبنة في صحتها نافذا لا أن تكون الإبنة غير معروفة بتكسب ولا فائد من ميراث أو غيره فأقرارها حينئذ بما لا يشبه أن يكون لها محض توليغ.⁵⁹²

وبهذا يكون الإقرار وسيلة من الوسائل التي يمكن أن تثبت بها الحقوق الإرثية، حيث أن المقر يكون ملزما بما أقر به ولا يجوز الرجوع عن إقراره وإسقاط حقوق الناس المترتبة على ذلك أو إنكارها.

ثانيا: الشهادة:

تعتبر الشهادة من الوسائل الفعالة التي يستعان بها في النزاعات الإرثية لإثبات حق أو اعتداء عليه، إذ يحكم القاضي بموجب هذه البيئة لصالح المدعي الذي أتى بها . ومن الأمثلة على الإشهاد بحق إرثي: شهادة بوارث، فإذا مات رجل وادعى آخر أنه وارثه فشهد شاهدان أنه وارثه ولا يعلمان له وارثا غيره استحق الإرث⁵⁹³. فمن موجبات ثبوت نسب الوارث وميراثه: " ذكران عدلان؛ سواء كانا من الأقارب والورثة أو من غيرهم. ومن موجبات ثبوت الميراث دون النسب: شاهد عدل ويمين في ميراث من لا وارث له".⁵⁹⁴

وقد سئل أحد الفقهاء " عن ادعى على رجل أن زوجته ماتت عند الظهر وجدتها ماتت في ذلك اليوم قرب الغروب، وهو وارث الجدة فيطلب ميراثها في حفيدتها فأجابه الرجل المدعى عليه بالإنكار فأثبت المدعي دعواه باللفيف.

⁵⁹² التسولي ، البهجة، ج2، م.س، ص: 604

⁵⁹³ برهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح، المبدع شرح المقنع، ج10، دار عالم الكتب الرياض، 2003م، ص:

157

⁵⁹⁴ محمد بن جزي الغرناطي ، م.س ، ص: 665-666

فأجاب: الحمد لله، ما شهدت به البينة من تأخر وفاة الجدة عن حفيدتها لا يفيد شيئاً إذا لم يشهدوا بأنها وارثة فيها ولا يلزم من تأخر وفاتها عن حفيدتها ثبوت إرثها فيه لأن الجدة قد تسقط من الميراث في بعض الأحوال بل لو شهدوا بأنها وارثة فيها ما أفاد شيئاً أيضاً حتى يشهدوا بحصر ورثتها وتغيبهم، وأنه لا وارث سواهم.

قال الشيخ التاودي في شرح الزقافية: ولا بد في الشهادة في عدة الورثة أن يقولوا إنهم لا يعلمون وارثاً غيرهم ولا يكفي أنه ابن الميت كما في نص التهذيب.

وقال سيدي عمر الفاسي نقلاً عن المدونة: من قامت له بينة أنه ابن فلان الميت لم يستحق ميراثه حتى يقولوا لا نعلم له وارثاً غيره. فإذا لم تفد الشهادة بأنه ابن الميت مع أن الإبن لا يسقط من الميراث بحال فكيف الشهادة بتأخر وفاة الجدة عن حفيدتها والله أعلم. "595

كما وقع سؤال " عن رجل توفي عن زوجة وحفيد غائب فتوارثت الزوجة في متروك زوجها مع ولد أخي زوجها، فلما قدم ابن الإبن أقرت له بالبنوة، وأن زوجها الهالك جده للأب وله بينة سماع تشهد له بابن ابن الهالك، فهل يلزمها أن ترد له ما نقصه الإقرار، وهل إذا شهدت له بينة السماع يرد ابن الأخ ما أخذه أم لا؟

فأجاب: نعم، يلزمها (أي الزوجة المقررة) أن ترد للمقر له ابن الابن ما نقصه الإقرار، وكذلك يقضي للقادم المذكور بالرجوع على ابن عمه، إذا شهدت له بينة بالقطع على عينه أنه هو ابن الابن". 596

وما نستنتج من هذه النازلة أن الوارث (ابن الابن) له أن يرجع على ابن عمه ويستحق نصيبه من الميراث مادام قد شهد الشهود أنه وارث.

و كما تثبت الشهادة الحقوق الإرثية، فإنه يمكن أن يثبت بها أيضاً كل اعتداء أو تجاوز على هذه الحقوق، فمثلاً: إذا أوصى الموروث لوارث أو غير وارث وكان في مضمون وصيته

595 أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، ج4، م.س، ص: 570
596 أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى، ج3، م.س: 353-354

إضراراً بحقوق بقية الورثة فلجأ الورثة للقضاء وجاءوا بشهود عدول لتعزيز دعواهم وبيان أن مورثهم هذا قصد بتلك الوصية الإنقاص من أنصبتهم من التركة، فإن للقاضي أن يحكم ببطلان وصيته، ففي مسألة: " إذا شهد على الموصي أنه قصد الإضرار بما أوصى به، بطلت وصيته ولو أوصى لغير وارث " 597.

كذلك ذكر الفقهاء أمثلة أخرى على الإتيان بشهادة العدول كبينة للمدعي لدى القضاء لإثبات وجود تجاوز إرثي كمحاباة المورث لو ارث معين بهبة أو بيع بأقل من القيمة الحقيقية للمبيع بكثير ونحو ذلك بما يضر بحقوق بقية الورثة، فللقاضي أن يحكم لصالح المدعي بموجب هذه الشهادة 598.

وبهذا تكون شهادة الشهود وسيلة فعالة لإثبات الحقوق الإرثية، إلا أنه من جانب آخر لا يجوز أن تكون بعض الشهادات وسائل لتمرير وشرعنة التصرفات التي تنطوي على تجاوز ضار بحقوق الورثة .

ثالثاً : القرائن :

تتعدد القرائن الدالة على وجود تلاعب وغش قصد الإضرار بحقوق الورثة، وللقاضي أن يستدل بها في الإثبات والحكم حسبما يراه ويتوفر لديه من معطيات ويستقر عنده من قناعات، ومن بين هذه القرائن نذكر: اقتران التصرف بالإشراف على الهلاك، كالبيع المعقود من المريض في مرض موته لأحد ورثته بقصد محاباته، فمثلاً: " إذا حابي المريض ولده في ثمن المبيع مثل أن يبيع منه بمائة ما يساوي مائتين فللورثة نقض البيع كله لأنه أراد به التوليج " 599.

فتبوت الصورية والمحاباة في البيع لو ارث قرينة على قصد الموروث الإضرار بحقوق باقي

597 برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن فرحون البيعمري المالكي ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ، ج2 ، دار عالم الكتب ، الرياض ، 2003 م ، ص: 174 .

598 التسولي، ج2، م.س، ص: 155

599 أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي ، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام ، م.س، ص:

الورثة، وهذه القرينة يمكن أن يأخذ بها القاضي ويرجح بها دعوى الورثة الذين شككوا وطعنوا في تصرف مورثهم.

ونفس الشيء بالنسبة للزواج والطلاق الواقع في المرض المخوف، حيث يعتبر قرينة دالة على قصد الإضرار بحقوق الورثة. ومما يدل على أن التهمة تؤثر في الميراث في الإدخال والإخراج، أن المتزوج في المرض المخوف يفسخ نكاحه، ولا ترثه زوجته للتهمة بإدخال وارث على ورثته إضراراً لهم، وكذلك إذا تزوج مريضة، فإنه يفسخ النكاح ولا يرثها إن ماتت، لأنها تتهم بإدخال وارث للضرر⁶⁰⁰. وكذلك إذا طلق زوجته بالثلاث في مرضه ثم مات، ورثته، لأنه يتهم أنه أراد إخراجها من الميراث، فعوقب بنقيض مقصوده⁶⁰¹، فإذا طلق رجل زوجته طلاقاً بائناً ثم مات قبل أن تنتضي عدتها فقامت الزوجة بعد موته برفع دعوى كونها تستحق ميراثها من تركة الزوج المطلق وأن هذا الأخير طلقها في مرضه كي يحرمها من الميراث، بينما ادعى بقية الورثة أنه طلقها بائناً وهو في صحته ولم يقصد حرمانها من الميراث وبذلك فإنها لا تستحق شيئاً من تركته، فإنها ترثه لأن الطلاق في مرض الموت قرينة على أن الزوج المتوفى قصد به حرمانها من الميراث، فيعاقب بنقيض مقصوده .

ومن القرائن الدالة كذلك على نية الإضرار بحقوق الورثة قيام المورث المشرف على الهلاك كالمريض مرض الموت ومن في حكمه بالإقرار بدين أو عين لصالح وارث مثلاً، فتصرفه هذا موضع تهمة إذ يرجح هنا سوء قصده فلا يقبل منه هذا التصرف، لقول أحد الفقهاء: "إذا أقر الرجل في مرضه بدين لو ارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة"⁶⁰².

وجاء في المدونة: " (قلت) أرأيت إن أقر لو ارث بدين في مرضه الذي مات فيه أيجوز ذلك في قول مالك (قال) قال مالك لا يجوز ذلك إلا ببينة (قال) فقيل له فالرجل يقر لامرأته في مرضه بالمهر يكون عليه أو بالدين (قال) ينظر في ذلك فإن كان لا يعرف منها إليه ناحية ولا

⁶⁰⁰ برهان الدين بن فرحون اليعمري المالكي ، تبصرة الحكام ، ج2، م.س ، ص: 177.

⁶⁰¹تبصرة الحكام ، ج2 ، مرجع نفسه ، ص: 177.

⁶⁰² ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، ج8 ، دار عالم الكتب ، الرياض، 2003 م ، ص : 380.

انقطاع وله ولد من غيرها جاز ذلك وإن كان يعرف منه انقطاع إليها ومودة وقد كان الذي بينه وبين ولده متفاقماً ولعل لها الولد الصغير قال مالك فلا أرى أن يجوز ذلك (قلت) رأيت الورثة أهم بهذه المنزلة على ما وصفت لي من أمر المرأة يكون بعضهم له إليه الانقطاع والمودة وآخر قد كان يعرف منه إليه البغضاء أيكونون بحال ما وصفت لي في المرأة (قال) لم أسمع من مالك فيه شيئاً وأرى أن يجوز ذلك وإنما رأى ذلك مالك في المرأة وقال لا يتهم إذا لم يكن له منها ولد ولا ناحية مودة يعرف أنه يقر بماله من ولده إلى غيرهم فأما الولد والإخوة كلهم إذا كانوا هم ورثته فلا أرى ذلك ولو كان يترك ابنته ويترك عصبته يرثونه بولاء أو قرابة يلقونه فأقر لهم بمال لم يتهم ان يقر إلى العصبه دون إبنته ويترك عصبه يرثونه بولاء أو قرابة (قال ابن القاسم) وأصل ما سمعت من مالك بن أنس انما يريد بذلك التهمة فإذا لم تقع التهمة لقرار يقر به إليه دون من يرثه معه لم يتهم وجاز"603.

كما أن ثبوت سبق عداوة وخصومة بين المورث وأحد ورثته يعد قرينة على تصرف المورث باتجاه حرمان هذا الوارث من نصيبه من التركة كلها أو بعضها بطريق إعطاء المورث شيئاً كبيراً من ماله لورثة آخرين أو غير ورثة ممن لا عداوة له معهم .

رابعاً: اليمين:

اتفق الفقهاء على جواز توجيه اليمين في الأموال وما يؤول إلى المال، فيستحلف المدعى عليه على إثباتها أو نفيها⁶⁰⁴، وهذه اليمين التي يحلفها تكون على البت والقطع إن كانت على فعل نفسه، لقول ابن راشد: " شرط صحة اليمين المطابقة وأن يحلف على البت، إلا فيما

⁶⁰³ سحنون ، المدونة الكبرى، المجلد الثالث عشر، م.س، ص: 63

⁶⁰⁴ محمد مصطفى الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ، مكتبة دار البيان ، دمشق ، ط1، 1982م ، ص: 381.

نسبه إلى غيره من النفي"605. فمثلا لو اتهم الموروث بمحاباته في البيع لو ارث آخر أو لأجنبي، فإنه يحلف ويقول: " والله ما بعث بمائة بل بألف، أو يقول ما اشتريت بألف بل بمائة".606

وفي اليمين مع الشاهد في الوراثة، مثل أن يشهد شاهدان على تسمية ورثة ميت، فيقول أحد الشاهدين: لا أعلم له وارثا غيرهم، ويقول الآخر: لا أدري هل له وارث غيرهم أم لا، فإن الورثة يحلفون: بالله لما له وارث غيرنا، ثم يستحقون الميراث. وكذلك الحكم في الرجل يهلك عن مال وولد، فيثبت نسبه من أبيه بشاهدين، فيسأله الحاكم البينة على عدة ورثة أبيه، فيقول: لا وارث له غيري، ويأتي على ذلك بشاهد واحد يشهد له أنه لا يعلم له وارثا غيره، فإنه يحلف مع شاهده ويستحق المال، ولو لم يثبت نسبه إلا بشاهد واحد لم يحلف معه، كما تقدم من أنه لا يثبت إلا بشاهدين.607

أما إذا لزم تحليف المدعى عليه على فعل غيره فإنه يحلف على البت والجزم في ما نسبه على غيره من الإثبات إذا غلب على ظنه صدقه608. ومثال ذلك أن يحلف الوارث على أن لموروثه على فلان دينا إن تيقن ذلك أو غلب على ظنه ما حلف عليه .

و إذا حلف المدعى عليه على نفي فعل الغير فيكفي حلفه على نفي العلم، فيقول مثلا: والله لا أعلم أن موروثي باع بكذا، أو لا أعلم على موروثي، و لا أعلم منه إسلافا أو بيعا609. "قال ابن سهل: وإذا شهد لرجل شاهدان على دين لأبيه، حلف أنه لا يعلم أن أباه اقتضى من ذلك شيئا، وإن كان شيئا معيننا فاستحقه بشاهدين، حلف أنه ما يعلم أن أباه باع، ولا وهب، ولا خرج من يده بوجه من وجوه الملك. واليمين في ذلك على من يظن به علم ذلك، ولا يمين على من لا

605 برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الحكام ، ج1، دار عالم الكتب، الرياض ، طبعة خاصة 2003 م ، ص: 256.

606 أبي المعطي محمد بن عمر نوري الجاوي، نهاية الزين في أرشاد المبتدئين ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002م، ص: 234.

607 ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، م.س ، ص: 230-231

608 محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، م.س، ص: 506.

609 ابن فرحون، تبصرة الحكام ، ج 1 ، م.س، ص : 256

يظن به علم ذلك، ولا على صغير، ومن نكل ممن تلزمه اليمين منهم سقط من الدين حصته فقط".⁶¹⁰

وبهذا يمكن القول، أن الإقرار، والشهادة، والقرائن، واليمين، وسائل فعالة يستعان بها في النزاعات الإرثية لما لا من حجية قوية في إثبات الحقوق الإرثية .

⁶¹⁰ ابن فرحون، ج1، م.س، ص: 234

الفصل الثاني: إثبات الحقوق المالية بين الزوجين :

الزواج ككل عقد ينشأ عنه حقوق وواجبات متبادلة يلزم بها كل من الزوج والزوجة، وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ، قال تعالى: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"⁶¹¹، أي للنساء من الحقوق على الرجال مثل ما للرجال عليهن من واجبات، وأن أساس تقرير هذه الحقوق والواجبات هو العرف المستند على فطرة كل من الرجل والمرأة.

ولقد نظمت مدونة الأسرة العديد من الحقوق و الالتزامات المالية المرتبطة بعقد الزواج، سواء ذات المصدر الإتفاقي، والتي يعد تدبير الأموال المشتركة أبرز مثال لها، أو التي تجد مصدرها في القانون مثل الصداق، النفقة، والتعويض عن الضرر الذي قد يلحق أحد طرفي العلاقة الزوجية.

وكثيرا ما يحدث نزاع بين الزوجين أو ورثتهما، فتدعي الزوجة حقها الكامل، ويدعي الزوج براءة ذمته لسبب من الأسباب ومنه يثور مشكل الإثبات باعتباره عصب الخصومة الأسرية، نظرا لما لهذه العلاقة من خصوصية، فالعلاقة الزوجية تكون مبنية على الثقة والمودة، كما أنها من العلاقات الداخلية بحيث تكون بعيدة عن كل الأنظار، وبالتالي فإن النزاعات المالية التي قد تنشأ بين الزوجين يصعب الإثبات فيها لأن الزوجان يكونان بمنأى عن إعداد الحجج مسبقا.

وللإحاطة أكثر بهذا الموضوع، سوف أقسم هذا الفصل على الشكل التالي:

المبحث الأول: إثبات الالتزامات المالية ذات الطابع القانوني.

المبحث الثاني: إثبات الالتزامات المالية ذات الطابع الإتفاقي (إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة أثناء الزواج نموذجاً).

⁶¹¹ سورة البقرة الآية 228

المبحث الأول: إثبات الالتزامات المالية ذات الطابع القانوني:

يترتب على الزواج أضرار هامة، أولهما يتعلق بالحالة الشخصية للإنسان، وثانيهما بحالته المالية، فالزواج يربط آثار مالية خالصة من أبرزها الصداق، النفقة، المتعة، والتعويض في حالة إلحاق أحد الزوجين ضرراً بالآخر. ولأجله أفرد المشرع طائفة من المقتضيات القانونية تنظيماً للالتزامات المالية للزوجين إبان إنشاء عقد الزواج وخلال قيام العلاقة الزوجية وعقب إنهائها.

ولاشك أن هذه الالتزامات المالية تطرح مجموعة من النزاعات بين الزوجين والتي غالباً ما تطبعها إشكالية صعوبة إثباتها وترتيب الآثار القانونية عنها، نظراً لخصوصية الرابطة الزوجية التي تكون مبنية على الثقة وحسن النية وبالتالي بمنأى عن إعداد أي حجة مسبقة.

وعليه، سنخصص هذا المبحث للحديث عن كيفية الإثبات في مسائل الصداق والنفقة (المطلب الأول)، وكذا إثبات الضرر المبرر للتعويض (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإثبات في مسائل الصداق والنفقة :

إن الشرع الحنيف رتب بمقتضى عقد الزواج حقوقاً للزوجة على زوجها وللزوج على زوجته، وحقوقاً مشتركة بينهما، وحرص على عدم الإختلال بين الحقوق من خلال حثه على المعاشرة بالمعروف والعدل، ومن ضمن هذه الحقوق الواجبة على الزوج اتجاه زوجته، الصداق والشوار والنفقة. غير أن هذه الحقوق قد تنشأ حولها مجموعة من الخصومات بين الزوجين أو بين ورتتهما وبالتالي يثور مشكل صعوبة إثباتها.

ولإبراز الوسائل المعتمدة في إثبات هذه الحقوق، سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: إثبات الصداق والشوار

الفقرة الثانية: إثبات نفقة الزوجة

الفقرة الأولى: إثبات الصداق والشوار:

لعل أهم ما يقع فيه التنازع بين الزوجين هو الصداق الذي قد يقع حول قيمته أو مقداره أو قبضه، لكن الخلاف الذي ما يزال هاما من الناحية العملية اليوم هو الاختلاف المتعلق بقبض الصداق خصوصا المؤجل منه. هذا وقد ينشأ النزاع أيضا بين الزوجين حول الشوار أو متاع البيت الذي يدعيه كل منهما لنفسه. إذن ماهي الوسائل المعتمدة في إثبات كل من الصداق والشوار؟

أولا: إثبات الصداق:

الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين⁶¹²، وأساسه الشرعي هو قيمته الرمزية والمعنوية⁶¹³. قال تعالى: " وآتوا النساء صدقاتهن نحله"⁶¹⁴. وقوله سبحانه " فما استمتعتم به منهن فاتوهن أجورهن فريضة"⁶¹⁵.

والصداق هو حق مالي للزوجة تتصرف فيه كما تشاء ولا يحق لزوجها أن يطالبها باسترداده أو صرفه لتأنيث بيت الزوجية أو لأي مبرر أو سبب آخر إلا برضاها وموافقتها⁶¹⁶.

⁶¹² وقد عرفه الفقهاء على الشكل التالي:

- المالكية: هو ما يجعل للزوجة في نظير الأستمتاع بها.
- الشافعية: ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهرا، كرضاع ورجوع شهود.
- الحنابلة: العوض في النكاح، سواء سمي في العقد أو فرض بعده بتراضي الطرفين أو الحاكم، أو العوض في نحو النكاح كوطء الشبهة ووطء المكروهة.
- بعض الحنفية: ما تستحقه المرأة بعقد النكاح أو الوطاء.

- لمزيد من التوضيح أنظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية، 1985م، ص: 251

⁶¹³ المادة 26 من مدونة الأسرة.

⁶¹⁴سورة النساء الآية 4

⁶¹⁵سورة النساء الآية 24.

⁶¹⁶ المادة 29 من مدونة الاسرة" الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه".

ومن الناحية العملية، فإن أغلب المنازعات حول الصداق تتعلق بقبضه خصوصا المؤجل منه، فقد يدعي الزوج أنه دفع الصداق وتنكر الزوجة أو وليها ذلك، خاصة عندما لا يدفع الصداق أمام العدلين لاسيما المؤجل منه .

أ) الإختلاف حول قبض معجل الصداق:

لا يخلو أن يكون الاختلاف حول قبض معجل الصداق إما قبل البناء أو بعده، فإذا اتفق الزوجان على تسمية الصداق، وكذا على قدره، ثم اختلفا في قبض المهر أو المعجل منه، فيدعيه الزوج وتنكره الزوجة، كأن قال الزوج : أقبضتك مهرك، وقالت الزوجة: لم أقبضه، فإن كان لم يدخل بها فالقول قولها مع اليمين اتفاقا، وإن كان دخل بها فالمشهور من قول مالك أن القول قول الزوج مع يمينه⁶¹⁷. وإلى هذا الحكم أشار الناظم بقوله:

وإن هما قبل البناء اختلفا في القبض للنقد الذي قد وصفا

فالقول للزوجة واليمين أو للذي في حجره تكون

والقول قول الزوج بعد ما بنى ويدعي الدفع لها قبل البناء

وهو لها فيما ادعى من بعد أن بنى بها والعرف رعيه حسن.

" فهذا يعني أن الزوجين إذا اختلفا قبل البناء فادعى الزوج أنه دفع الحال من الصداق وأنكرت الزوجة وزعمت أنها لم تقبضه فالقول في ذلك قول الزوجة مع يمينها أو يمين حاجرها إن كانت محجورة. أما إذا اختلف الزوجان في دفع الحال من الصداق وكان اختلفهما بعد البناء

⁶¹⁷ولقد قال بعض أصحابه " إنما قال ذلك مالك؛ لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف؛ كان القول قولها أبدا، والقول بأن القول قولها أبدا، أحسن؛ لأنها مدعى عليها، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج " .

-أنظر: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج3، مكتبة ابن تيمية القاهرة، الطبعة الأولى

فإن ادعى الزوج دفعه قبل البناء فالقول قوله مع يمينه، وإن ادعى دفعه بعد البناء فالقول قولها مع يمينها أيضا"⁶¹⁸.

وهذا بخلاف الجمهور الذين قالوا: أن القول قول الزوجة مع يمينها أنها لم تقبضه سواء كان هذا الاختلاف قبل الدخول أو بعده⁶¹⁹. وهذا ما لم يثبت الزوج أنه أوفأها كل المهر أو المعجل منه ببينة، لأن الزوج بمجرد العقد الصحيح صار مدينا للزوجة بالمهر فلا تبرأ ذمته إلا بالبينة. وحجتهم في ذلك: أن الزوج مدع فكلف البينة، والزوجة منكرا فكلفت اليمين، ولأن من ثبت في ذمته حق لغيره لم يقبل قوله في دفعه كالديون⁶²⁰.

ب) الإختلاف حول قبض مؤجل الصداق (الكالى):

إن النزاع بين الزوجين حول قبض الصداق المؤجل قد يثار في حالتين⁶²¹، يقول الناظم :

والقول واليمين للذي ابتنى في دفعه الكالى قبل الابتنا

إن كان قد حل وفي الذي يحل بحد بنائه لها القول جعل

ثم لها امتناعها أن يدخلها أو تقبض الحائن مما أجلا.⁶²²

⁶¹⁸أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، ج1، م.س، ص: 298

⁶¹⁹أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني ، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد التاسع، دار المنهاج ، الطبعة الأولى، 2000م، ص: 469-468.

⁶²⁰أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني ج 9، دار الكتب العلمية ، بيروت، ط1 ، 1994 م ، ص: 501.

⁶²¹" قال في المقرب : قلت : فإن تزوجها بصداق بعضه معجل وبعضه مؤجل ودخلا واختلفا في قبض المؤجل ، فقال : سئل مالك عن رجل تزوج بمائة دينار وخادم إلى سنة، فنقدها المائة ودخل عليها بعد السنة من يوم تزوجها ، ثم اختلفا في قبض الخادم ، فقال مالك : إن كان دخل بها بعد مضي السنة فالقول قول الزوج، وإن كان دخل بها قبل مضي السنة فالقول قول المرأة ، فكذاك مسألتك. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: قال مالك: لا تقبل دعوى المرأة بعد البناء أنها لم تقبض صداقها إلا فيما يحل منه قبل البناء. وفي النوادر من كتاب ابن المواز عن رواية أشهب: من تزوج بعاجل وأجل فله البناء يدفع المعجل، فإن لم يدخل حتى حل المؤجل ، فله منعه حتى تقبض جميعه".

- راجع: أبي عبد الله محمد المالكي، ج1، مرجع نفسه، ص: 298-299

⁶²²أبي عبد الله محمد المالكي، ج1، م.س، ص: 298

وفي شرح هذه الأبيات يقول أحد الفقهاء: " يعني أن الزوج إذا بنى بزوجه وادعى أنه دفع لها أو لحاجرها الكالئ قبل البناء وأنكرت ذلك، فإنه إن كان قد حل عليه قبل البناء فالقول قوله مع يمينه، وإن كان لم يحل إلا بعد البناء، فالقول قولها مع يمينها، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين، وأشار بالبیت الثالث إلى أن الكالئ إذا حل قبل البناء فللمرأة أن تمتنع من الدخول حتى تقبضه، لأنه صار من جملة الحال"623.

وبهذا يكون المالكية قد قرروا قاعدة حاكمة مفادها أن القول قول الزوجة قبل الدخول، والقول قول الزوج بعده، ومبنى التمييز، أن ظاهر الحال يشهد للزوجة بعدم تحوزها المهر قبل الدخول، فكان القول قولها بيمينها لجريان الغالب على عدم تمكين الزوجة زوجها من نفسها إلا بعد إمهارها. وبعد الدخول يشهد ظاهر الحال للزوج بإصداق زوجته، ومن شهد له من الزوجين ظاهر الحال عليه تعضيده بيمينه، ما لم يدل أحدهما بحجة تثبت مزاعمه فيقضى له وفقها.

وفيما يتعلق بمدونة الأسرة، فقد نصت في المادة 33 منها على أنه: " إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج. إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل، فعلى الزوج إثبات أدائه. لا يخضع الصداق لأي تقادم". وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض أنه: " لما ثبت للمحكمة بأن تاريخ الشيكات المسلمة للزوجة سابق عن تاريخ الزواج، واعتبرت بأنها لا تتعلق بالصداق، واستخلصت أن الزوجة لم تتوصل بصداقها وقضت به، تكون قد ركزت قضاءها على أساس وجاء قرارها معللا تعليلا كافيا"624.

623 التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 1، م.س، ص: 542-544
624 قرار محكمة النقض عدد 669، صادر بتاريخ 2016/10/25، في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/836 منشور بالموقع الرسمي لمنصة محكمة النقض: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/5/12).

كما أكدت نفس المحكمة في قرار لها⁶²⁵، أن إدلاء الزوج بما يثبت أداء كالي صداق زوجته على دفعات، ومنازعة الزوجة في كون المبالغ لا تخص كالي صداقها رغم أنه لا دخل لها، وتصديق المحكمة للزوج بيمينه فيه أعمال لقواعد الفقه التي هي بمثابة قانون، وهذه هي حيثيات القرار: "... لكن حيث إنه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 33 من مدونة الأسرة، والبين من أوراق الملف أنه بقي للزوجة (الطالبة) بذمة زوجها (المطلوب) مبلغ الصداق 40000 درهم كله مؤجلا، وأن الزوج - الموظف - أدلى بأربع وصولات بنكية بمبلغ 10000 درهم لكل واحد منها لإثبات أدائه للطالبة التي لا مهنة لها - حسب عقد زواج الطرفين- مؤخر صداقها، والتي نازعت في تعلقها بكالي صداقها، موضحة أنها هي من أودعتها بحسابها البنكي، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من تعليق أداء كالي الصداق على نكول الزوج من أداء اليمين، وأدائها من طرف الزوجة، كما لقول ابن عاصم في تحفته:

وإن هما قبل البناء اختلفا في القبض للنقد الذي وصفا

فالقول للزوجة واليمين أو للذي في حجره تكون

والقول قول الزوج بعد ما بنى ويدعي الدفع لها قبل البنا

وهو لها فيما ادعى من بعد أن بنى بها والعرف رعيه حسن

والقول واليمين للذي ابتنى في دفعه الكالي قبل الابتنا.

وجاء أن القول للزوج بيمينه إذا بنى بزوجته وادعى أنه دفع كالي الصداق، فإنها طبقت القواعد الفقهية أعلاه، وهي بمثابة قانون، وردت على ما أثير بشأن طبيعة اليمين بأنها يمين شرعية يجوز تعليق الحكم على أدائها ولا تستوجب صدور حكم تمهيدي لها وجعلت لما قضت به أساسا وكان ما بالنعي على غير أساس".

⁶²⁵ قرار محكمة النقض عدد 160 الصادر بتاريخ 2021/03/23 في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/950 منشور في النشرة المتخصصة لمحكمة النقض، قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث، مطبعة الأمانة حسان- الرباط، 2021، ص: 40-42

والملاحظ على هذا القرار أن المحكمة قضت بأداء الزوج اليمين المتممة على أنه أوفى المدعية كالي صداقها مع تطبيق قاعدة النكول لتكملة حجته مستندة في ذلك على مجموعة من الوصلات التي أدلى بها.

ويمكن للزوج أن يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى الزوجة في شأن استيفاء مؤخر صداقها، وهو ما أكده قرار لمحكمة النقض والذي جاء فيه: " إن اليمين الحاسمة حق للخصم، له أن يوجهها متى تعذر عليه الدليل على ادعائه ولا تمتنع المحكمة عن توجيهها إلا إذا ظهر لها أن طالبها متعسف في طلبه. ولما كان الزوج قد طلب توجيه اليمين الحاسمة إلى الزوجة في شأن استيفاء مؤخر صداقها، فإن المحكمة عندما قضت بمؤخر الصداق دون الرد على طلبه ومناقشته، يكون قرارها ناقص التعليل وخارقاً للفصل 85 من ق.م.م"626.

ثانياً: إثبات الشوار:

إن الشوار هو كل ما تأتي به الزوجة إلى بيت زوجها من أفرشة وأغطية وأواني وغير ذلك ليكون جزء من متاع بيت الزوجية⁶²⁷، وعادة ما تشور المرأة نفسها بمبلغ صداقها رغم أن هذا الأخير ملك لها تتصرف فيه كيفما تشاء وذلك بمقتضى المادة 29 من مدونة الأسرة⁶²⁸.

في حالة التنازع بين الزوجين في ملكية متاع بيت الزوجية، فإن القول قول من أدلى ببينة تدل على تملكه المتاع⁶²⁹، فإذا أثبت الزوج المدعي ملكية شيء ما داخل البيت بأية وسيلة من الوسائل المعتمدة شرعاً من كتابة وشهادة شهود وإقرار الطرف الآخر والنكول عن اليمين حكم له بها، أما في حالة انتفاء البينة فإن الفقهاء حكموا قرينة بسيطة، حاصلها أن ما للرجال

⁶²⁶ قرار محكمة النقض عدد 277، صادر بتاريخ 2015/06/06، في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/396، منشور ضمن مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 80، ص: 184-186

⁶²⁷ محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول: الزواج، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006، ص: 368

⁶²⁸ تنص المادة 29 من مدونة الأسرة على أن: "الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره، مقابل الصداق الذي أصدقها إياه".

⁶²⁹ عادل حاميدي، م.س، ص: 217

عادة يكون للزوج يمينه كملابس الرجال ومستلزمات عمله حسب طبيعة وظيفته أو صناعته، وما كان معتادا للنساء فيكون للزوجة يمينها كملابس النساء وما يخص عملها أو وظيفتها إن كانت تعمل، وما كان لهما سوية فيقتسمانه بعد الحلف، وهو ما تبنته مدونة الأسرة نصا بمقتضى المادة 34 منها⁶³⁰. وهذا الحكم هو الذي قرره المذهب المالكي، إذ يقول ابن عاصم الغرناطي⁶³¹:

وإن متاع البيت فيه اختلفا ولم تقم بينة تقتفى
فالقول قول الزوج مع يمين فيما به يليق كالسكين
وما يليق بالنساء كالحلي فهو لزوج إذا ما تأتلي
وإن يكن لاق بكل منهما مثل الرقيق حلفا واقتسما
ومالك بذالك للزوج قضى مع اليمين وبقوله القضا
وهو لمن يحلف مع نكول صاحبه من غير ما تفصيل.

⁶³⁰ جاء في المادة 34 من مدونة الأسرة: "كل ما أنت به الزوجة من جهاز وشوار يعتبر ملكا لها. إذا وقع نزاع في باقي الأمتعة، فالفصل فيه يخضع للقواعد العامة للإثبات. غير أنه إذا لم يكن لدى أي منهما بينة، فالقول للزوج بيمينه في المعتاد للرجال، وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه ما لم يرفض أحدهما اليمين ويحلف الآخر فيحكم له." وقد جاء في الدليل العملي لمدونة الأسرة شرحا للمقتضى المذكور: "تعرضت هذه المادة لأثاث المنزل، واعتبرت أن كل ما تحمله الزوجة من جهاز وفراش من بيت والديها إلى بيت الزوجية ملك خالص لها، أما باقي أمتعة بيت الزوجية فالفصل فيه إن وقع نزاع حول ملكيتها يرد إلى القواعد العامة للإثبات. أما في الحالة التي لا يتوفر فيها الزوجان معا على بينة الإثبات لهذه الأمتعة، فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات:
- فإن كانت هذه الأمتعة من المعتاد للرجال فيستحقها الزوج بعد أدائه اليمين.
- وإذا كانت من المعتاد من النساء فتستحقها الزوجة بيمينها.
- أما إذا كانت هذه الأمتعة من المعتاد للرجال والنساء معا، فيحلفان ويقتسمانه بالتساوي.
وتطبق هذه الأحكام ما لم توجد في الدعوى قرائن قوية تؤيد ادعاء أحد الزوجين تقتنع المحكمة ببناء الحكم عليها". دليل عملي لمدونة الأسرة، م.س، ص: 34
⁶³¹ محمد بن يوسف الكافي، أحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الفكر- بيروت، الطبعة الأولى 1991م، ص: 86

وهذا يعني أن: "الزوجين، ولو كانا رقيقين أو كافرين أو أحدهما، إذا اختلفا في شيء من متاع البيت فادعاه كل منهما لنفسه ولا بينة لأحدهما، فما كان منه مختصا بالرجال شأنًا: كالسلاح وثياب الرجال وخاتم الفضة قضى به للزوج بيمينه، وما كان من ذلك مختصا بالنساء شأنًا: كالحلي وثياب النساء التي لا تصلح للرجال قضى به للزوجة بيمينها، وأما ما يكون لائقًا بهما: كالرقيق والثياب التي تليق بالرجال والنساء، فقال المغيرة: يكون بينهما بعد حلفهما، وقال مالك وابن القاسم: يكون للزوج بعد يمينه وبقبولهما القضاء، إلا إذا قامت بينة للمرأة بذلك، أو كان الزوج معروفًا بالفقر، فيكون القول قولها، ويقضى الحلف على الناكل من غير تفصيل بين ما يصلح للرجال وما يصلح للنساء"⁶³².

وهذا ما سار عليه العمل القضائي، حيث قررت محكمة النقض "أن المحكمة لما أجرت بحثًا مع الطرفين، ولم يثبت لها بقاء الحوائج المطالب بها من قبل الطاعنة بحوزة المطلوب باستثناء ما أقر به، ووجهت لكل منهما اليمين فيما يخصه، ولهما معا فيما يخصهما معا، وقدرت في إطار سلطتها ما يلزم المطلوب رده للطالبة من قيمة تجهيزات وأثاث المنزل محل النزاع، فإنها من جهة طبقت مقتضيات المادة 34 من مدونة الأسرة تطبيقًا سليمًا، وتقيدت من جهة ثانية بالنقطة التي بنت فيها محكمة النقض"⁶³³. فالملاحظ هنا أن المحكمة طبقت مقتضيات المادة 34 تطبيقًا صحيحًا، حيث وجهت اليمين للزوج في المعتاد للرجال، ووجهت اليمين للزوجة في المعتاد للنساء، ووجهت لهما اليمين معا في المعتاد للرجال والنساء معا، ويبقى تحديد ما يختص به كل واحد من الزوجين من مسائل الوقائع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون خضوع لرقابة محكمة النقض، شرط تعليل النتيجة التي ينتهي إليها.

كما جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "المحكمة لما وجهت اليمين الحاسمة للمطلوب الذي التمتت الطاعنة توجيهها إليه في حال إنكاره فأنكر الأثاث - الشوار - ووجهتها له المحكمة

⁶³² التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج1، م.س، ص: 559

⁶³³ قرار محكمة النقض عدد 453، الصادر بتاريخ 2018/07/24، في الملف الشرعي عدد 2017/1/2/311، منشور ضمن قرارات محكمة النقض - غرفة الأحوال الشخصية والميراث-، العدد 40، ص: 31-33

وأدائها، واعتبرت بذلك النزاع قد حسم في الموضوع، لم تكن في حاجة إلى إثبات بوثائق أو شهود، وقضت تبعا لذلك برفض الطلب، فإنها جعلت لما قضت به أساسا".⁶³⁴

الملاحظ على هذا القرار أنه خرق مقتضيات المادة 34 من مدونة الأسرة ذلك أن أداء اليمين يكون عند عدم وجود بينة، والحال هنا أن الزوجة قد أثبتت ملكيتها للأثاث موضوع النزاع بوثائق وشهود، ولكن رغم ذلك لم تأخذ بها المحكمة وقررت اعتماد اليمين الحاسمة لحسم النزاع.

ومن القواعد التي قررها القضاء في مسألة الشوار، أن ما ضمن في عقد الزواج وأشير فيه على أنه متاع للزوجة فهو لها، ويكون لها أن تسترده حال الطلاق⁶³⁵، أما ما لم يضمن في العقد أو زاد على ما ضمن في العقد من الشوار، فإن على الزوجة أن تثبت أنه في ملكيتها وإلا كانت دعواها حليفة عدم القبول⁶³⁶، بل إنه وحتى مع وجود رسم الشوار المحدد للحوائج التي تعود ملكيتها للزوجة، اعتبرت المحكمة أن الزوج غير ملزم بإرجاع الشوار أو قيمته إلا أن يشار في الرسم صراحة أنها في ضمانه، فيؤاخذ بما تعهد بضمانه وإلا فلا ضمان لكون الزوجين يعمران معا بيت الزوجية، ويدهما رائجة في الحوائج والأمتعة الموجودة به، فيكون لزاما إثبات استيلاء أحد الزوجين على حوائج أو أمتعة الزوج الآخر. فقد جاء في قرار لمحكمة النقض: "لئن كان من حق الزوجة استرداد حوائجها وأمتعتها، فإن ذلك منوط باعتراف الزوج بها والتزامه بضمانها، ولا يلزم إلا بأداء اليمين في حال إنكاره، طبقا لما هو مقرر فقها.

⁶³⁴ قرار محكمة النقض عدد 395، صادر بتاريخ 2020/12/08، في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/182، منشور بالموقع الرسمي لمنصة محكمة النقض: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/06/1).

⁶³⁵ وهو ما أكدته محكمة الابتدائية بتازة والذي جاء فيه: "حيث تروم الدعوى الحكم على المدعى عليه بتمكين المدعية من حوائجها المفصلة بالمقال. حيث لئن تمسك بعدم إقامة الحجة على صحة ادعاء المدعية فإن البين من رسم الشوار المضمن تحت عدد 406 بتاريخ 2000/09/28 أن والد المدعية شور لابنته الحوائج المسطرة بالمقال بمحض المدعى عليه واعترافه بملكيتها لها مما لا يسع معه على المحكمة إلا الحكم عليه بتمكينها من هاته الحوائج طالما أنه لم يقيم الحجة على ادعائه".

-حكم المحكمة الابتدائية بتازة قسم قضاء الأسرة، حكم عدد 528، بتاريخ 2010/07/01، ملف عدد 10/537 (غير منشور).
⁶³⁶ في هذا الصدد أيد قرار لمحكمة الاستئناف بتازة حكم للمحكمة الابتدائية قضى برفض طلب الزوجة الرامي إلى الحكم لها بحوائجها المفصلة في المقال أو قيمتها إن ضاعت، لكونها لم تدل بأية حجة تفيد تواجد هذه الحوائج أو حيازة المستأنف لها دون وجه حق.

- قرار محكمة الاستئناف بتازة عدد 106، بتاريخ 2010/04/28، ملف عدد 2010/22 (غير منشور).

والمحكمة لما عللت ما قضت به في الشوار بأنه بيد الزوج حسبما برسم الشوار، والحال أن الطاعن نفى ابتدائيا واستثنافيا وجود الشوار موضوع الدعوى عنده، وأثار أن المطلوبة قد حملته عند مغادرتها بيت الزوجية، وأن ما نسب إليه من اعتراف برسم الشوار غير صحيح لعدم الإشارة فيه إلى حضوره لدى عدلي الإشهاد في هذا الرسم وتوقيعه، فإنها قد بنت قرارها على غير أساس⁶³⁷.

كما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بتازة: "حيث تهدف المدعية في طلبها الحكم على المدعى عليه بإرجاعه لها حوائجها حسب المسطر أعلاه.

وحيث صرح المدعى عليه أن المدعية أخذت معها جميع المتاع عند خروجها من بيت الزوجية وفي غيابه.

وحيث إنه ومن المعلوم شرعا وقانونا أن إقرار الزوج بحيازته حوائج زوجته وضمانه لها ببيته يجعله ملزما بها ولا يتحلل من هذا التكليف إلا بإرجاعها لها بعينها أو بقيمتها في حالة الضياع وعند المطالبة بهذه القيمة.

وحيث إنه وأمام إقرار المدعي بجلسة 2009/10/15 بأن حوائج المدعية كان يحوزها ببيت الزوجية وعدم إثباته بمقبول قانونا أنها أخذتهم في غيبته فإن طلبها يكون مبررا ويتعين الاستجابة له⁶³⁸.

أما إذا لم يلتزم الزوج بضممان الشوار فلا يمكن أن يردده في حال ضياعه، وهو ما أكده الحكم الصادر عن ابتدائية فاس الذي قضى برفض طلب المدعية معللا ذلك بما يلي: "وحيث أدلت من جهة أخرى بموجب عدلي مضمن بعدد 784 توثيق فاس مستنفسر حوله شهد شهوده

⁶³⁷ قرار محكمة النقض عدد 364 ، صادر بتاريخ 2019/05/28، ملف شرعي عدد 2017/1/2/468، نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث ، العدد 46، ص: 22-23

⁶³⁸ حكم المحكمة الابتدائية بتازة قسم قضاء الأسرة، رقم 1204، بتاريخ 2009/10/22، ملف رقم 14/09/1424 (غير منشور).

بأنهم يعرفون المدعية وبأنه منذ أن طردها زوجها من بيت الزوجية تركت ملبوسها ومفروش بيتها وأثاث المنزل الذي جاءت به في تجهيزها.

وحيث إنه بالمقارنة مع الحوائج المضمنة بصحيفة الادعاء فإن ما ورد عن لسان الشهود جاء عاما ومبهما ولا يمكن مطابقته مع الحوائج المفصلة نوعا وعددا بالمقال لا عينا ولا نقدا. وحيث إنه فضلا عن عدم دقة الموجب في حصر الحوائج المفصلة بالمقال، فقد تواتر اجتهاد المجلس الأعلى على ضرورة التزام الزوج بضمان الجهاز حتى يمكن مطالبته برده حال ضياعه... وحيث أضحى الطلب بالبناء على العلل المبسطة أعلاه عديم الأساس فوجب لأجل ذلك القضاء برفضه"⁶³⁹.

كما جاء في حكم لابتدائية تازة: "حيث إنه ومعلوم شرعا أن الزوج لا يلزم بإرجاع حوائج زوجته إلا إذا أقر بها أو ثبت حيازته وضمانه لها.

وحيث أنه وأمام عدم إثبات المدعية بمقبول قانونا حيازة وضمان المدعى عليه لحوائجها يبقى الطلب حليف عدم القبول لعدم تعزيره بوثائقه وحججه اللازمة ويتعين عدم قبوله."⁶⁴⁰

وهذا ما سارت عليه محكمة النقض حيث قضت في قرار لها أن: "تأييد الحكم المستأنف القاضي للزوجة بالحوائج مع اليمين والحال أن القرار المطعون فيه لم يجب الزوج على إنكاره ادعاء الزوجة وعدم وجود ما يفيد ضمانه للحوائج، مما يشكل خرقا للفقهاء المحررين في المسألة وهو بمثابة قانون عند قول المتحرف: ولا ضمان في سوى ما أتلفت /// مالكة لأمرها العلم اقتفت"⁶⁴¹.

⁶³⁹ حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بفاس، رقم 5346، صادر بتاريخ 2007/11/19، في الملف رقم 07/1/1361. (غير منشور).

⁶⁴⁰ حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بتازة، رقم 1260، بتاريخ 2009/11/05، ملف رقم 14/09/1068 (غير منشور).

⁶⁴¹ قرار محكمة النقض عدد 109، الصادر بتاريخ 2014/2/11، في الملف الشرعي عدد 2012/2/1/349، منشور ضمن نشرة قرارات محكمة النقض- غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 16، سنة 2014م، ص: 63-64

وبهذا، يكون الفصل في النزاع حول الشوار والحوائج خاضع للقواعد العامة للإثبات، وفي حال غيابها يكون القول قول الزوج بيمينه في المعتاد للرجال وللزوجة بيمينها في المعتاد للنساء، أما المعتاد للرجال والنساء معا فيحلف كل منهما ويقتسمانه.

الفقرة الثانية : إثبات نفقة الزوجة :

إن من أبرز آثار الزوجية الصحيحة وجوب إنفاق الزوج على زوجته سواء كانت فقيرة أو غنية، وذلك بمجرد البناء أو الدعوة إليه⁶⁴². قال سبحانه و تعالى: " الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم"⁶⁴³.

ولا شك أن مدار المنازعة القضائية المتعلقة بنفقة الزوجة يتمحور حول الإثبات، لذلك عني الفقهاء ببيان أحكامه، التي تعد المصدر المرجوع إليه في هذه القضايا، كون المشرع لم يوجد له حلا شافيا في مدونة الأسرة، ولم ينظم بمواد معلومة. إذا ثبت هذا، فإن المنازعة في نفقة الزوجة قد تتعلق بواقعة الإنفاق على الزوجة أو بمقدار النفقة.

أولا: المنازعة في عدم الإنفاق :

إثبات واقعة الإنفاق على الزوجة يختلف بحسب ما إذا كان الزوج حاضرا أو غائبا، وبحسب ما إذا كانت الزوجة ببيت الزوجية أو خارجه.

ففي حالة غياب الزوج⁶⁴⁴، اختلف الفقهاء على مذهبين:

- **المذهب الأول:** ذهب إلى أن الزوجان إذا اختلفا في قبض النفقة، فادعى الزوج أنها قبضت، وأنكرت الزوجة، ولا بينة للزوج، فالقول قول الزوجة مع يمينها سواء كان الزوج معها

⁶⁴² المادة 194 من مدونة الأسرة: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعت للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها".

⁶⁴³ الآية 34 من سورة النساء.

⁶⁴⁴ إن الغياب الذي عالجته كتب الفقه الإسلامي هو الغياب الفعلي الذي يبتعد فيه الزوج عن زوجته.

- راجع: عبد العزيز فتحاوي، طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث، ج1، مطبعة فضالة المحمدية، 1996م، ص: 52

أو غائبا عنها، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد⁶⁴⁵. لقوله عليه السلام: "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"⁶⁴⁶، ولأن الأصل عدم القبض⁶⁴⁷.

ومحل قبول قول المرأة هنا: إذا لم يكن للزوج بينة على قبضها النفقة، أو على إقرارها بالقبض، أما إذا أقام الزوج بينة على أنه كان ينفق عليها، أو على إقرارها بالقبض، فالقول قول الزوج، وترفض دعوى المرأة في هذه الحالة، لأن الأصل التمكين من النفقة⁶⁴⁸.

وإذا ادعى الزوج الإعسار ودفع نفقة معسر وادعت الزوجة يساره وطالبته بنفقة موسر، فالقول قول الزوج مع يمينه ما لم يتحقق يساره، لأن الأصل في الناس العدم حتى يوجد اليسار، ولأن الأصل براءة الذمة حتى يعلم الإستحقاق، فلهذين قبل قوله في الإعسار وأحلف عليه لجواز أن يطرأ عليه اليسار⁶⁴⁹.

أما المذهب الثاني، فقد ميز بين الحالة التي يكون فيها الزوج موسرا وبين الحالة التي يكون فيها معسرا، وهو مذهب المالكية. ففي حالة يسر الزوج، ذهب الفقهاء إلى القول بأن الرجل إن غاب عن امرأته مدة ثم انصرف فادعى أنه كان يبعث إليها نفقتها أو أنه خلف عندها ما تنفق منه وأنكرت ذلك المرأة وطالبته بالنفقة ولم تكن رفعت أمرها في غيبته إلى الحاكم فالقول قوله مع يمينه، ولو رفعت أمرها إلى الحاكم في غيبة زوجها ففرض لها الحاكم نفقتها ثم قدم زوجها فادعى أنه خلف عندها نفقتها وأنه كان يبعث بها إليها فلمالك في ذلك قولان، أحدهما

⁶⁴⁵ أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، المجلد الحادي عشر، دار المنهاج، الطبعة الأولى، 2000م، ص: 227.

⁶⁴⁶ أخرجه الترمذي، كتاب الأحكام: باب البينة على المدعي، حديث رقم 1341.

⁶⁴⁷ أبي إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الرابع، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى 1996م، ص: 619.

⁶⁴⁸ إسماعيل محمد عبد الحميد الشندي، اختلاف الزوجين في الدعوى وأثره في الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية مصر، 2011م، ص: 342-341.

⁶⁴⁹ أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج11، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى 1994م، ص: 447.

أن القول قول المرأة مع يمينها، ولو اختلفا في مدة مضت وهو حاضر في تلك المدة كلها فالقول قوله مع يمينه⁶⁵⁰. وهو ما قاله ابن عاصم في تحفته :

ومن يغيب عن زوجة ولم يدع نفقه لها وبعد أن رجع
ناكرها في قولها في الحين فالقول قوله مع اليمين
ما لم تكن لأمرها قد رفعت قبل إيباه ليقوى ما ادعت
فيرجع القول لها مع الحلف والرد لليمين فيهما عرف

وفي شرح هذه الأبيات: " أن الرجل إذا غاب عن زوجته ولم يترك لها نفقة، فلما قدم وطالبته بما أنفقت على نفسها، ادعى أنه ترك لها نفقتها، فإن القول في ذلك قول الزوج أنه ترك النفقة، ويحلف على ذلك ما لم تكن رفعت أمرها للحاكم في مغيبه، فتقوى دعواها، ويرجع القول قولها مع يمينها أيضا".⁶⁵¹

وفي هذا الإطار صدر قرار للمجلس الأعلى سابقا جاء فيه: " حيث صح ما عابه الطاعن في الوسيلة ذلك أنه من المقرر فقها في باب التنازع في النفقة أن القول قول الزوج بيمينه حيث كان حاضرا أو غائبا وهي بمنزله ما لم ترفع الزوجة دعواها بالنفقة حال غيبته، فيكون القول قولها بيمينها، والطاعن أثار أن عودته من الغيبة كان بتاريخ 2007/04/27 وادعى الإنفاق طيلة المدة، وأن الزوجة المطلوبة لم ترفع دعواها بالنفقة إلا بعد عودته وبتاريخ 2007/06/09 ومع ذلك قضت عليه المحكمة بأداء النفقة مدة غيبته معتبرة القول قول الزوجة بيمينها دون أن تفصل في القضية على ضوء القاعدة الفقهية المذكورة فجاء قرارها خارقا لقاعدة فقهية بمثابة نص قانوني مما يستوجب نقضه"⁶⁵². كما جاء في قرار آخر: " لئن كان من المقرر فقها أن

⁶⁵⁰ أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مكتب الرياض الحديثة-الرياض، الطبعة الأولى 1978م، ص: 560.

⁶⁵¹ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام، ج1، م.س، ص: 478.

⁶⁵² قرار عدد 390 بتاريخ 2009/07/08 في الملف عدد 2009/1/2/103، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى- محكمة النقض حاليا- غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 4، ص: 138.

القول قول الزوج الحاضر في ادعائه الإنفاق على زوجته بيمينه فإن الزوجة برفعها دعوى النفقة يعتبر القول قولها عن المدة اللاحقة لتقديمها دعواها⁶⁵³.

وبهذا تكون محكمة النقض قد طبقت قاعدة القول قول الزوج الحاضر مدعي الإنفاق ما لم تكن الزوجة قد رفعت دعواها بالنفقة حال غيبته، فيكون القول قولها بيمينها، إلا أن تطبيق هذه القاعدة الفقهية مشروط بعدم وجود دليل يثبت الإنفاق، وهو ما أكدته محكمة النقض في إحدى قراراتها: "تطبيق قاعدة اليمين عند المنازعة في الإنفاق يصار إليها حينما لا تكون هناك بينة"⁶⁵⁴. كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة: "أن المستأنف وإن كان غاب عن بيت الزوجية، عن الفترة من 2018/10/1 إلى شهر يناير 2019، فإن إقرار المستأنفة بكونها كانت تقتني بعض حاجياتها من محل للمواد الغذائية وأن زوجها من كان يؤدي مصاريف هذه المقتنيات وتأكيد الشاهد مالك محل المواد الغذائية لذلك، فإن المحكمة لما قضت برفض طلب النفقة لثبوت إنفاقه خلال المدة المذكورة تكون قد طبقت القواعد الشرعية تطبيقاً سليماً"⁶⁵⁵.

وفي حالة ما إذا قدم الزوج من غيبته وادعى العسر مدة مغيبه لتسقط عنه النفقة، وكانت حاله في الغيبة ووقت خروجه مجهولة لا يدري أكان معسراً وقتئذ أو موسراً ولم تصدقه الزوجة في دعواه، فالمشهور وهو مذهب ابن القاسم أنه ينظر في حال قدومه، فإن قدم معسراً صدق مع يمينه، ولا يصدق إن قدم موسراً⁶⁵⁶. وأما إن علمت حاله يوم خروجه من ملاء أو عدم، فهو محمول على ما علم به من ذلك، فتستصحب تلك الحال؛ أي أنه إذا خرج موسراً ثبت أن الإنفاق واجب عليه، فلا يسقط عنه إلا بيقين، وإذا خرج معدماً فقد ثبت أن الإنفاق قد سقط عنه، فلا يعود إلا بيقين⁶⁵⁷. وإلى هذا أشار ابن عاصم في تحفته :

⁶⁵³قرار رقم 69 صادر بتاريخ 2011/02/22 في الملف الشرعي رقم 2009/1/2/400، منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء 10، سنة 2012، ص: 91

⁶⁵⁴ قرار عدد 422، صادر بتاريخ 2020/12/22، في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/544، منشور بالموقع الرسمي لمنصة محكمة النقض: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/6/12)

⁶⁵⁵ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 227، صادر بتاريخ 2020/7/27، ملف رقم 2010/1606/147 (غير منشور).

⁶⁵⁶ التسولي، ج1، م.س، ص: 726

⁶⁵⁷أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، ج1، م.س، ص: 481-480

فان يكن مدعيا حال العدم طول مغيبه وحاله انبهم
فحالة القدوم لابن القاسم مستند لها قضاء الحاكم
فمعسر مع اليمين صدقا وموسر دعواه لن تصدقا
وقيل باعتبار وقت السفر والحكم باستصحاب حاله حر
وقيل بالحمل على اليسار والقول بالتصديق أيضا جار⁶⁵⁸.

أما في حالة حضور الزوج، فقد ترفع الزوجة دعوى في مواجهة زوجها للمطالبة بنفقتها ولا ينازع هذا الأخير في ادعاء عدم الإنفاق، كما قد يتوصل بالإستدعاء بصفة قانونية ولا يحضر أمام المحكمة ليجيب عن مقال الدعوى ولا يدلي بالجواب، ففي هذه الحالة يعتبر إقرارا منه بعدم الإنفاق طبقا لمقتضيات الفصل 406 من قانون الالتزامات والعقود⁶⁵⁹، فيقضى للزوجة بنفقتها دون تكليفها بأداء اليمين بخصوص عدم الإنفاق. وفي هذا الإطار صدر قرار عن محكمة النقض جاء فيه: " لكن حيث إن القاعدة الفقهية المنوه إليها في الوسيلة تجد محلا لها في التطبيق حينما تكون المنازعة واردة في الإنفاق من عدمه بحيث يدعيه الزوج وتنفيه الزوجة، أما وقد تبين أن الطالب قد حصر دفاعه في أن زوجته توجد ببيت الزوجية والتمس التخفيض من المحكوم به ابتدائيا، فإن المحكمة لما اعتبرته بناء على ذلك مدينا بالنفقة من تاريخ الإمساك في 2009/09/16 مادام أنه لم يدع الإنفاق ولم ينازع في المدة المستحقة، ولم تحتكم إلى القاعدة الفقهية المحتج بها بخرقها لعدم وجود مقتضاها وهو الادعاء بالإنفاق تكون قد ركزت قضاءها على أساس وعلته تعليلا سليما ولم تخرق أي مقتضى فقهي، وكان ما بالوسيلتين غير معتبر" ⁶⁶⁰.

وهو ما سارت عليه محاكم الموضوع، فقد جاء في حيثيات حكم لابتدائية فاس: " وحيث أفادت المدعية أن المدعى عليه أمسك عن الإنفاق عليها منذ 2017/11/1 الشيء الذي لم يكن

⁶⁵⁸أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي ، ج1، م.س،ص: 479

⁶⁵⁹ الفصل 406 من ق.ل.ع: " يمكن أن ينتج الإقرار القضائي عن سكوت الخصم عندما يدعوه القاضي صراحة إلى الجواب عن الدعوى الموجهة إليه فيلوذ بالصمت ولا يطلب أجلا للإجابة عنها".

⁶⁶⁰ قرار عدد 89 صادر بتاريخ 2015/03/03، في الملف الشرعي عدد 2004/1/2/305 ، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 22 ، ص: 94

محل منازعة من قبل المدعى عليه مما تكون معه المدعية محقة في طلبها ويتعين الاستجابة له".⁶⁶¹

أما في حالة ما إذا كان الزوج حاضرا وينازع في طلب النفقة المقدم من طرف زوجته في مواجهته، فهنا نكون أمام حالتين:

الحالة الأولى، وهي حالة إثبات الزوج إنفاقه على زوجته بجميع وسائل الإثبات المقررة قانونا، وأغلب الحالات الراجعة أمام المحاكم يلجأ فيها الزوج إلى الإدلاء بحجة كتابية كوصولات أو شواهد بريدية تفيد توصل الزوجة بالمبالغ المرسلة لها من طرف زوجها كما قد يدلي بتحويلات بنكية تفيد أنه يحول مبالغ النفقة إلى حسابها البنكي، أو شيكات تفيد الإنفاق، وهنا قد تقوم المحكمة بأخذ هذه الوثائق بعين الاعتبار كحجة إنفاق ما لم تنازع فيها الزوجة بمقبول وتحكم بخصم المبالغ المضمنة بها من مجموع مبالغ النفقة التي تحكم بها لفائدة الزوجة. وفي هذا الإطار جاء في حيثيات الحكم الابتدائي الصادر عن المحكمة الابتدائية بأسفي: "وحيث أنه يتبين للمحكمة من خلال مجموع التوصيلات المدلى بها من طرف المدعى عليه أن سبعة منها تحمل اسم المدعية وأن تاريخ إرسالها كان خلال المدة المطالب بها الشيء الذي تعتبر أداء المدعى عليه لفائدة المدعية والتي يبلغ مجموعها 5520 درهم و التوصيلات الأخرى لا تحمل اسم المدعية مما قررت معه المحكمة استبعادها وعدم الأخذ بها".⁶⁶²

⁶⁶¹ حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 7561، بتاريخ 2019/07/17، ملف رقم 19/1606/1606 (غير منشور). وفي نفس التوجه، جاء في حيثيات الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالحسيمة بتاريخ 2016/07/14: "...وحيث أفادت المدعية أن المدعى عليه أمسك عن الإنفاق عليها منذ شهر ماي 2015 الأمر الذي لم يكن محل منازعة من طرف المدعى عليه. وحيث إن رفع الزوجة للدعوى مطالبة زوجها بالنفقة أمام المحكمة حجة لها عن عدم إنفاقه لا يكفيها لدحضها إدعاء الإنفاق ما لم يثبت أنها قبضت نفقتها منه...". حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة عدد 579، بتاريخ 2016/07/14، ملف عدد 16/207 (غير منشور).

وفي حكم آخر لنفس المحكمة: "وحيث أكدت المدعية بجلسة البحث أعلاه بأن زوجها أمسك عن الإنفاق عليها منذ تاريخ 2016/07/26، وهو الأمر الذي لم يكن محل منازعة من طرف المدعى عليه الذي تخلف رغم سابق الحضور والإعلام...". - حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة عدد 508، بتاريخ 2017/06/08، ملف عدد 2016/1620/557 (غير منشور).
⁶⁶² حكم المحكمة الابتدائية بأسفي بتاريخ 2016/02/29 في الملف رقم 2016/1606/89 (غير منشور).

بالإضافة إلى هذا، فإن الزوج يمكنه إثبات إنفاقه على زوجته بمقتضى حكم أجنبي صادر في الموضوع، فقد جاء في حيثيات قرار لمحكمة النقض بتاريخ 2020/12/22: " حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه طبقاً للفصل 418 من ق.ل.ع، فإن الأحكام الأجنبية لها الحجية على الوقائع التي تثبتها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ. والمحكمة مصدر القرار لما عللت ما قضت به بأنه لا حجة للمستأنف على الإنفاق خلال الحقبة الزمنية كلها كما ادعى، والحال أن الطاعن أثار ابتدائياً واستئنافياً أن موضوع النفقة سبق أن بت فيه القضاء الفرنسي، وأدلى بحكم ابتدائي قضى ب 2500 فرنك فرنسي من 1989/1/1، وأثار في جلسة البحث أنه كان ينفق على زوجته إلى حدود 2016/1/26، خاصة وأن المطلوبة نفسها صرحت بجلسة البحث أنها كانت تتوصل بحوالات بريدية منه، وأنه كان يرسل لها مبلغ 500 فرنك فرنسي بصفة منتظمة، وأن آخر حوالة توصلت بها كانت بتاريخ 2001، وأن المحكمة لما وجهت له اليمين عن المدة كلها مع أن تطبيق قاعدة اليمين عند المنازعة في الإنفاق يصار إليها حينما لا تكون هناك بينة. وأما وأن الطاعن أدلى بالأحكام الموماً إليها أعلاه، والتي لها الحجية على الوقائع التي تثبتها وترتب آثارها عليها دون أن تبحث فيما أثار الطاعن وتناقش ما أدلى به من غير تأثير بلفظ المساهمة التي يعبر بها في الأحكام كما يعبر بالمنحة والإعانة والمساعدة والرعاية والتي تصب في قالب النفقة مادامت ترصد لتسديد حاجيات الأسر كالمستحقات، فإنها لم تجعل لما قضت به أساساً وعرضت قرارها للنقض".⁶⁶³

⁶⁶³ قرار محكمة النقض عدد 422، الصادر بتاريخ 2020/12/22، في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/544، منشور بالموقع الرسمي لمنصة محكمة النقض: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/6/13). كما صدر قرار للمجلس الأعلى سابقاً في هذا الإطار والذي جاء فيه: " حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أن المطلوب ضدها لا تنفي كونها لم تتوصل بالحوالات المدلى بصور شمسية منها من طرف الطاعن والقاعدة أن الإثبات متفرع عن الإنكار، والمحكمة لما عللت قرارها بأن الصور الشمسية لا يمكن أن تكون حجة ثبوتية لأنها مجرد أوراق تنقصها الحجية التي يتطلبها الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود، والحال أن المطلوبة لم تنازع في حجيتها تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس".

- قرار صادر بتاريخ 2005/05/10 الملف عدد 2005/1/2/309، منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الشروح والدلائل، العدد 10، فبراير 2009، ص: 368

كما قد يثبت واقعة إنفاقه بمقتضى شهادة الشهود، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً: "حيث تبين صحة ما عاب به الطالب القرار، ذلك أنه أدلى بلائحة تتضمن عدداً من الشهود بأنه كان ينفق على المطلوبة منذ سنة 2001 إلى تاريخ رفع الدعوى، والتمس إجراء بحث للتأكد من كونه مستمراً في النفقة على المطلوبة إلى تاريخ رفع هذه الدعوى، والمحكمة لما اكتفت بتطبيق القاعدة الفقهية، بعلّة أن الطالب لم يكن مقيماً مع المطلوبة ببيت الزوجية دون أن تجري بحثاً في الموضوع للتأكد من ادعاء الطالب فإنها تكون بذلك قد عللت قرارها تعليلاً فاسداً وهو بمثابة انعدامه وعرضته للنقض"⁶⁶⁴.

أما الحالة الثانية، فهي عجز الزوج الحاضر عن إثبات ادعاء الإنفاق، فقد ترفع الزوجة دعوى النفقة في مواجهة زوجها ويجيب الأخير بأنه ينفق عليها ولا بينة لأحدهما على الآخر، وفي هذه الحالة يتم إعمال القواعد الفقهية المعمول بها لدى المالكية⁶⁶⁵ بعد أن تتأكد المحكمة من عنصر مهم وهو تواجد الزوجة ببيت الزوجية من عدمه. فإذا ثبت للمحكمة تواجد الزوجة ببيت الزوجية، فإن ذلك يشكل شاهداً عرفياً لفائدة الزوج يثبت حوزة للزوجة، فيكون القول قول الزوج مدعي الإنفاق يعضده بيمينه، إذ الغالب أن ينفق الزوج الحاضر على زوجته وأبنائه المتواجدين معه ببيت الزوجية وفي ذلك يقول ابن عاصم:

ومن يغيب عن زوجة ولم يدع نفقة لها وبعد أن رجع
ناكرها في قولها في الحين فالقول قوله مع اليمين.⁶⁶⁶

⁶⁶⁴ قرار صادر بتاريخ 2006/11/22 الملف عدد 2005/1/2/680 منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، م.س، ص: 374 وهو ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة رقم 227، صادر بتاريخ 2020/7/27، ملف رقم 2020/1606/147. غير منشور (سبقت الإشارة إليه).

⁶⁶⁵ وذلك استناداً إلى المادة 400 من مدونة الأسرة التي تنص على ما يلي: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

⁶⁶⁶ وقد قال أحد الفقهاء في شرحه لهذه الأبيات: "ومفهوم ومن يغيب أن الحاضر يكون القول قوله من غير تفصيل، وإنما كان القول قوله حيث كان حاضراً أو غائباً ولم ترفع لأنها في حوزة، والقول قول الحائز قاله البرزلي".

- أنظر: التسولي، ج1، م.س، ص: 724

وهو ما كرسته محكمة النقض في العديد من القرارات، من ذلك القرار الصادر بتاريخ 2020/12/8 والذي جاء فيه: " المحكمة مصدرة القرار لما اعتبرت القول للزوج مع يمينه الذي صرح بجلسة البحث أنه كان يوجد ببيت الزوجية مع زوجته وابنيه خلال المدة المطلوبة النفقة عنها، وأنه كان ينفق عليهم، فقد طبقت الفقه المحرر المعمول به في نازلة الحال".⁶⁶⁷

والقرار الصادر بتاريخ 2017/04/11 والذي ورد فيه: " بمقتضى قواعد الفقه فإنه إذا تنازع الزوجان حول الإنفاق من عدمه خلال فترة الزوجية والزوج حاضر أو غائب وزوجته ببيت الزوجية ولا بينة لأحدهما فإن المحكمة تعتمد قول الزوج مع يمينه لأنه يعتبر حائزا لزوجته بموجب عقد الزوجية ما لم ترفع دعواها بالنفقة حال غيبته فيقضى لها من تاريخ الرفع لقول ابن عاصم في تحفته:

ومن يغيب عن زوجة ولم يدع /// نفقة لها وبعد أن رجع

ناكرها في قولها في الحين /// فالقول قوله مع اليمين

ما لم تكن لأمرها قد رفعت /// قبل إياها ليقوى ما ادعت

فيرجع القول لها مع الحلف /// والرد لليمين فيهما عرف

والمحكمة لما اعتمدت قول الزوجة بعدم الإنفاق عن المدة السابقة على رفع الدعوى حال تمسك الطاعن بالإنفاق وبحوز زوجته وبإقامته ببيت الزوجية، فإنها خرقت الفقه المذكور الذي هو بمثابة قانون، مما يعرض قرارها للنقض بهذا الخصوص"⁶⁶⁸.

⁶⁶⁷ قرار عدد 395، صادر بتاريخ 2020/12/8، في الملف الشرعي عدد 2018/1/2/182، منشور بالموقع الرسمي لمنصة محكمة النقض: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/06/18)

⁶⁶⁸ قرار عدد 230 صادر بتاريخ 2017/04/11 ملف شرعي عدد 2016/1/2/192 منشور بمجلة المحامي، العدد 72 ، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، يناير 2019م، ص: 502
و في قرار آخر: " حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه من المقرر فقها وقضاء أن القول عند المنازعة بين الزوجين في الإنفاق ولا بينة لأحدهما قول الزوج الحاضر مدعي الإنفاق مع يمينه. والمحكمة مصدرة القرار لما قضت بالنحو الوارد في منطوق قرارها بعلّة أن الطاعن لم ينازع في المدة المطلوبة والحال أنه صرح ابتدائيا في مذكرته الجوابية المدلى بها بجلسة

وسيرا على نفس النهج، جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة: "إن ادعاء الزوج الإنفاق على زوجته وابنيه خلال المدة المذكورة وتواجهه ببيت الزوجية، وإن لم يدل ببينة مثبتة لما يدعيه إلا أن حضوره بالبلد والزوجة بحوزه يجعل القول قوله بيمينه".⁶⁶⁹

وبهذا يكون تواجد الزوجة ببيت الزوجية قرينة قضائية مقررة لمصلحة الزوج يعضدها بيمينه، إلا أن تثبت الزوجة خلاف ذلك، فتتنقضي القرينة المقررة لفائدة الزوج، أو يقر الزوج بعدم إنفاقه على زوجته، وقلما يقع هذا الأمر.

أما إذا ثبت للمحكمة تواجد الزوجة خارج بيت الزوجية، فإن القول قولها بيمينها من تاريخ الخروج من بيت الزوجية، قال التسولي في شرحه للتحفة: "لو كانت في غير داره وحوزه فالقول قولها"⁶⁷⁰. ذلك أن تواجدها خارج بيت الزوجية قرينة على عدم إنفاق الزوج عليها تفسر لمصلحتها ركونا إلى الأصل المستصحب، وهو عدم الإنفاق لكون خروج الزوجة من بيت الزوجية إنما كان للعلة المذكورة، وهذه القرينة تعضد بيمينها، ما لم يثبت الزوج خلاف ذلك

=2011/05/12 واستئنافيا في مذكرته الجوابية المؤرخة في 2013/10/07 بأنه كان يعيش حياة عائلية مع زوجته وينفق عليها ويؤدي صوائر علاجها حسب إمكانياته، وأنها كانت تزاول مهنة الخياطة وتملك عدة عقارات، وأنها لم تكن في حاجة لأمرها لتتفق عليها ولم يعارض المطلوبون فيما صرح به من مقبول، وأن الليف المضمن بعدد 638 ليس فيه ما يفيد أن والدة المطلوبة أنفقت عليها لترجع على الملزم بالنفقة عليها كما هو مقرر فقها أمام ادعاء الطاعن بأنه كان يعيش معها وينفق عليها، مما يبقى معه غير عامل في نازلة الحال، ويكون القول للطاعن بيمينه، عملا بما جاء في البهجة على التحفة لدى قول التسولي: (ومفهوم من يغيب أن القول قول الزوج الحاضر بدون تفصيل) لكونه يعتبر حائزا لها بمقتضى عقد الزواج، والمحكمة لما لم تناقش القضية في هذا الإطار وتطبق القواعد الفقهية التي توطرها، وهي بمثابة قانون فإنها عرضت قرارها للنقض".

- قرار عدد 236 بتاريخ 2015/05/12 في الملف عدد 2014/1/2/266 ، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 22، ص: 96

⁶⁶⁹ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 225، صادر بتاريخ 2020/07/27، ملف عدد 868 و 2019/1606/951 (غير منشور).

نفس الشيء جاء في القرارات والأحكام التالية:

- قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 258، صادر بتاريخ 2020/09/21، ملف عدد 97/2020/1620 (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 275، صادر بتاريخ 2020/09/21، ملف رقم 120-20/1620 (غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 255، صادر بتاريخ 2020/09/21، ملف عدد 2019/1620/849 (غير منشور).

- حكم المحكمة الابتدائية بالحسيمة رقم 1238، صادر بتاريخ 2017/7/23 في الملف عدد 7/11/99 (غير منشور).

⁶⁷⁰ التسولي، ج1، م، س، ص: 724

بدليل معتبر ينقض الأصل المذكور المفترض، ويقع عليه تبعة ذلك، ولا يلتفت عندئذ إلى يمين الزوجة لأن اليمين إنما توجه حال عجز الخصوم عن الإثبات⁶⁷¹.

وهذا ما سارت عليه محكمة الاستئناف بطنجة حيث جاء في إحدى قراراتها: "إن البين من أوراق الملف أن المستأنف يسكن بمدينة القصر الكبير وأن المستأنف عليها تسكن بمدينة العرائش أي أن الزوجة خارج بيت الزوجية فيكون القول قولها بيمينها بخصوص واقعة عدم إنفاق المستأنف عليها فإن حلفت استحقت نفقتها وإن نكلت حلف هو وسقطت عنه نفقتها"⁶⁷². وهو ما قضى به المجلس الأعلى سابقا في قرار له جاء فيه: "لكن حيث إنه إذا كانت الزوجية قائمة والزوجة خارج بيت الزوجية فالقول قولها في ادعاء عدم الإنفاق مع يمينها كما قال التسولي (ولذا لو كانت في غير داره وحوزه فالقول قولها)"⁶⁷³.

الملاحظ هنا أن المحكمة جسدت قواعد الإثبات التي سبق تأكيدها، إذ أن الغالب والعرف قدما على الأصل، وأن حوز الزوج لزوجته الذي كان سيرجح جانب الزوج منعدم في هذه الحالة طالما أن الزوجة تتواجد خارج بيت الزوجية.

وفي بعض الحالات قد تطالب الزوجة بنفقتها وتدعي أن زوجها غادر بيت الزوجية بدون مبرر وأمسك عن الإنفاق عليها، ويجب الزوج بأن زوجته هي التي طردته من بيت الزوجية ورغم ذلك استمر في الإنفاق عليها ولم يثبت الإنفاق، ففي هذه الحالة تصدق الزوجة بيمينها لغياب الحيابة الفعلية لزوجها لها. ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتطوان جاء فيه: "... وحيث إن المستأنف عند حضوره بجلسة البحث صرح بأن زوجته طردته من بيت الزوجية، وأنه رغم ذلك استمر في الإنفاق عليها وعلى ولديها، وحيث يفهم مما ذكر أن المستأنف كان فعلا خارج بيت الزوجية بإقراره، وأن ما ادعاه من إنفاق لم ينهض له دليل

⁶⁷¹ عادل حامدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س، ص: 521
⁶⁷² قرار عدد 263، صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2020/9/21، ملف عدد 2020/1620/259 (غير منشور).
نفس الشيء جاء في حكم لابندائية فاس رقم 1396، صادر بتاريخ 2020/7/28، ملف نفقة رقم 20/1606/629 (غير منشور).
⁶⁷³ قرار عدد 2003/1/2/467 بتاريخ 2006/02/08 منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج، م.س، ص:

يدعمه، مما يبقى معه القول قول الزوجة- المستأنف عليها بيمينها- ، فإن حلفت استحقت نفقتها ونفقة ولديها، وإن نكلت حلف المستأنف بأنه كان ينفق على الزوجة والولدين ولا شيء عليه⁶⁷⁴.

و في بعض الحالات، قد يزعم الزوج أن مغادرة الزوجة لبيت الزوجية كان في تاريخ معين، فتدفع هي أن خروجها إنما كان في تاريخ سابق، ولا بينة لأحدهما. ففي هذه الحالة يتم اعتماد قول الزوج بيمينه إلى التاريخ الذي يحدده لخروج زوجته من البيت باعتباره حاضرا بالبلد، وأن واقعة الحوز ببيت الزوجية التي تعتبر هي الأصل تقوم شاهدا عرفيا لصالحه يعضده بيمينه⁶⁷⁵، ويتم اعتماد قول الزوجة بيمينها عن المدة اللاحقة للتاريخ الذي يدعي فيه الزوج الخروج باعتبار أن تواجد الزوجة خارج بيت الزوجية يعتبر شاهدا عرفيا لصالحها تعضده بيمينها⁶⁷⁶.

وهكذا، يصبح القاضي في الحالة التي ينعدم فيها الإثبات ملزما بتوجيه اليمين للطرف الذي يعزز جانبه بشاهد عرفي يقوي ادعائه، فإذا ادعى الزوج الإنفاق طيلة المدة المطلوبة وكانت الزوجية قائمة فالمحكمة تعتمد قوله بيمينه، إذا كان حاضرا في البلد، بدليل أن حضوره يشكل شاهدا عرفيا لفائدته يعضده بيمينه، كما يجب أن تكون الزوجة في حوزته، بأن يثبت تواجدها ببيت الزوجية. أما إذا كانت الزوجة خارج بيت الزوجية وطالبت بالنفقة فإن القول قولها بيمينها من تاريخ الخروج من بيت الزوجية، ما لم يثبت الزوج خلاف ذلك.

⁶⁷⁴ قرار صادر بتاريخ 2004/11/04 في الملف عدد 2003/200، منشور بالمنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، م.س، ص: 350

⁶⁷⁵ قرار عدد 496 بتاريخ 2009/10/07 في الملف عدد 2009/1/02/22، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 4، ص: 130

⁶⁷⁶ قرار عدد 81 بتاريخ 2006/02/08 في الملف رقم 2003/1/2/467، منشور بنشرة قرارات المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 4، ص: 137

ثانيا: المنازعة في مقدار النفقة:

إن القانون لم يحدد مقدارا معيناً للنفقة، حيث ترك الأمر موكولا للقضاء، غير أن التقدير القضائي للنفقة ليس جزافيا ولا متروكا لمطلق إرادة القضاة، بل حدد له القانون ضوابط عامة استقاها من الفقه الإسلامي، فقد نصت المادة 189 من مدونة الأسرة في فقرتها الثانية على أنه: "يراعى في تقدير كل ذلك - أي في مشتملات النفقة - التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة".

إلا أنه غالبا ما يعاب على القضاء التقدير في تقدير النفقة، وتكون أحكامه مثار تذر وشكوى، بعلة عدم كفاية ما تفرضه من مبالغ لتلبية أساسيات الحياة لمستحقها، فالزوجة لا تقبل بالمبلغ المحدد لها كنفقة وذلك بعلة أنه مبلغ هزيل لا يتناسب مع الوضعية المالية للزوج الذي تدعي أنه شخص موسر، في حين أن الزوج ينفي هذا الأمر ويحاول جهد الإمكان إثبات إعساره. ففي هذه الحالة، غالبا ما تعتمد المحكمة في تحديد دخل الملزم بالنفقة⁶⁷⁷ على الحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية كالإدلاء بشهادة الأجرة أو شهادة الدخل، فقد جاء في قرار لمحكمة النقض: "... أن المحكمة لما قضت على الطاعن بأدائه لفائدة المطلوبة ما مجموعه 950 درهم في الشهر والحال أن دخله محدد في مبلغ 1939 درهما في الشهر حسب شهادة الأجر المدلى بها، فإنها لم تراعى ما ورد في المادة المحتج بها فجاء قرارها غير مبني على أساس ومعرضا للنقض"⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ تجدر الإشارة إلى أن الأجر الصافي للملزم بالنفقة هو المعتبر في تحديد النفقة، وهو ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "إن الأجر الصافي للملزم بالنفقة هو المعتبر في التحديد أو الزيادة في النفقة، والمحكمة لما اعتمدت الدخل الخام المثبت بمحضر المعاينة والاستجواب دون اعتبار شهادة الدخل الصافي الشهري ورتبت على ذلك الزيادة في نفقة البنات، فإنها لم تراعى الوضعية المادية للطاعن وخرقت مقتضيات المادتين 189 و 190 من مدونة الأسرة".

- قرار محكمة النقض عدد 207، صادر بتاريخ 2017/04/04، في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/48، منشور بنشرة قرارات محكمة النقض - غرفة الأحوال الشخصية والميراث-، العدد 34، ص: 68-69

⁶⁷⁸ قرار عدد 13 بتاريخ 2006/1/4 في الملف الشرعي عدد 2005 /1/ 2 /321 ، منشور في كتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة، م.س.ص:214-215

و في قرار آخر لنفس المحكمة: " بمقتضى المادة 190 من مدونة الأسرة فإن المحكمة تعتمد في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما مع مراعاة أحكام المادتين 85 و 189 من المدونة ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بنفقة البنت... حسب 1000 درهم شهريا وأجرة سكنها حسب 800 شهريا وأجرة حضانتها حسب مبلغ 100 درهم شهريا، والحال أن الطاعن يتمسك بتضرره من آثار الأزمة الاقتصادية التي تعاني منها الدولة الاسبانية، كما أن دخله الشهري لا يتجاوز مبلغ 200 أورو، وعزز ذلك بأربع بيانات أجر وترجمتها للغة العربية، ولم تدل المطلوبة بما يخالفها بمقبول، دون أن تتحقق المحكمة من وجود مداخل أخرى للمطلوب غير ما أدلى به، وتبرز عناصر التقدير المعتمدة من قبلها، فجاء قرارها ناقص التعليل وهو بمثابة انعدامه ومعرضا للنقض"⁶⁷⁹.

كما يمكن للمحكمة إجراء بحث مع الطرفين لاستقصاء الدخل الحقيقي للزوج، إذ قد يتحايل هذا الأخير على المحكمة، ويدلي لها بدخل أقل من الدخل الحقيقي، وهو ما يعززه قرار لمحكمة الاستئناف بفاس: "... وحيث تبين للمحكمة من خلال الاطلاع على وثائق الملف أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أجرت بحثا من الطرفين وخلالها صرح المستأنف أنه يعمل مياوما بأجر يتراوح ما بين 70 و 100 درهم في اليوم وأنه يتوفر على أوراق الإقامة بالديار الاسبانية ويشغل بها لأشهر معدودة في السنة خلال الموسم الفلاحي، في حين صرحت المستأنفة بأنه يعمل بالديار الاسبانية، وأنه لذلك لا ترى مبررا لإجراء البحث من جديد بخصوص نفس النقطة النزاعية.

وحيث أنه تبعا لما ذكر ولما كانت النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة والتعليم للأولاد فإن المحكمة عند تحديد نفقة الأبناء في مبلغ 300 درهم في الشهر لكل واحد منهم وواجب سكنهم جميعا في مبلغ 500 درهم في الشهر

⁶⁷⁹قرار عدد 189 صادر بتاريخ 2017/03/21 ملف شرعي عدد 2015/1/2/820 ، منشور بمجلة المحامي، العدد 72، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء يناير 2019م، ص: 488-496

فضلا عن مبلغ 100 درم في الشهر لكل واحد عن أجره الحضانة فإن المبالغ المحكوم بها تبقى في حدها المتوسط وتتناسب مع مستوى الأسعار والوضع المادي للمستأنف ولا ترى مبررا للرفع منها أو خفضها".⁶⁸⁰

ويجوز للمحكمة أيضا في إطار تقدير النفقة والإطلاع على أحوال الطرفين أن تستعين بالخبراء ذوي الإختصاص العارفين بالأسعار والأعراف حسب الأوساط الإجتماعية، حتى يكون تقديرها على أسس سليمة ، وهو ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس: " وحيث إن المحكمة في إطار تحقيق الدعوى للوقوف على الدخل المادي الحقيقي للمستأنف أصليا من مؤسسة طيور الجنة أمرت بإجراء خبرة عهد بها للخبير...وحيث إن الخبرة جاءت مستوفية لكافة الشروط الشكلية المنصوص عليها في الفصل 63 من ق.م.م كما أنها جاءت واضحة ومنسجمة مع دفعات المستأنف أصليا.

وحيث إن المستأنفة فرعيا عجزت عن دحض ما جاء في الخبرة بحجج دامغة مكتفية بادعاءات غير معززة بأدلة قوية... فإن الحكم المستأنف يكون مصادفا للصواب" ⁶⁸¹.

ومن الملاحظ أن هذه الإمكانية لا يتم اللجوء إليها إلا نادرا لما تكتسبه إجراءات الخبرة من ببطء وما تتطلبه من مصاريف.

و بما أن الوضعية المادية للزوج قد تكون غير قارة إذ قد تتغير من فترة لأخرى، فليس هناك ما يمنع الزوجان، من طلب إعادة النظر في التقدير الذي سبق أن قرره المحكمة، وذلك بعد مرور سنة ⁶⁸². ففيما يتعلق بدعاوى الزيادة في النفقة، فإن عبء الإثبات يقع على عاتق الزوجة وذلك إعمالا لنص الفصل 399 ق.ل.ع والذي ينص على أن " إثبات الإلتزام على

⁶⁸⁰ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 257، صادر بتاريخ 2020/09/21، ملف عدد 2020/1620/74 ضم إليه ملف عدد 2010/1620/134 (غير منشور).

⁶⁸¹ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد454، صادر بتاريخ 2020/12/7، ملف رقم 1620/19-257 ،غير منشور (سبق الإشارة إليه).

⁶⁸² جاء في المادة 192 من مدونة الأسرة: " لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية"، هذه الظروف التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي تنظر في النزاع .

مدعيه"، وبالتالي وجب على الزوجة الإدلاء بالحكم المحدد للنفقة المراد الزيادة فيها، وبما يفيد تحسن الوضعية المادية للزوج، وهو ما يستشف من القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة والذي جاء فيه: "وحيث أنه ليس بالملف ما يفيد الوضعية المادية للمستأنف عليه، ولا بما يفيد أن تغييرا بالإيجاب قد طرأ على وضعيته المادية منذ فرض النفقة، كما أن المستأنفة لم تدلي بما يثبت ذلك فيكون الحكم المستأنف لما قضى برفض طلب الزيادة في النفقة لعدم حدوث أي تغيير إيجابي على الوضع المادي للمستأنف عليه قد صادف الصواب".⁶⁸³

كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة: "بالرجوع لمعطيات الملف يتبين أن المستأنفة لم تدل بأي حجة تفيد دخل زوجها الملزم ولا بما يفيد يسره، مما يكون معه الحكم المستأنف قد صادف الصواب في ما قضى به ويتعين تأييده".⁶⁸⁴

ويمكن للمحكمة أن تستعين بجميع وسائل الإثبات المتاحة قانونا من بحث أو خبرة للتأكد من تحسن دخل الملزم بالنفقة الذي يبقى المؤشر الرئيسي في طلبات الزيادة في النفقة، وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض: "... حيث إن المحكمة قد اعتمدت في تحديد الزيادة في النفقة على تصريحات الطرفين وعلى ما ثبت لها من خلال بطاقة التعريف للطاعن التي تفيد أنه يتوفر على وحدة سياحية بدوار تاسكي جماعة تلوات حسب الثابت من شهادة التسجيل في السجل التجاري ومن الملصق التجاري للوحدة. وأنه طالما أن آخر حكم بالزيادة في النفقة قد مر عليه أكثر من ست سنوات، فإن المحكمة عندما حددت الزيادة في النفقة بخصوص المطلوبة تكون قد راعت دخل الطاعن ويسره ومستوى الأسعار مع التوسط، مما يبقى معه القرار غير خارق للمادة 189 من مدونة الأسرة المحتج بها، والوسيلة بالتالي غير جديرة بالإعتبار في هذا الشق منها".⁶⁸⁵

⁶⁸³ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 483 صادر بتاريخ 2020/12/21، ملف عدد 2020/1620/493 (غير منشور).

⁶⁸⁴ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 210 صادر بتاريخ 2020/7/13، ملف عدد 2020/1606/197 (غير منشور).

⁶⁸⁵ قرار محكمة النقض عدد 50 الصادر بتاريخ 2015/02/03 في الملف الشرعي عدد 559 /1/2/ 2014 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 79، مطبعة الأمنية - الرباط، 2015م، ص: 114-116.

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة: " أنه استنادا على محضر المعاينة والاستجواب المدلى به خلال هذه المرحلة من التقاضي والذي يستفاد منه أن المستأنف عليه صرح براتبه الشهري وهو غير الأجر المصرح به ابتدائيا، ومراعاة من المحكمة لعناصر التقدير أعلاه مع التوسط فقد ارتأت أن المبلغ المحكوم به كنفقة للمستأنفة جاء غير ملائم لدخل المستأنف ، مما يتعين معه رفعه إلى المبلغ المحدد بمنطوق الحكم".⁶⁸⁶

أما فيما يتعلق بدعوى التخفيض في النفقة، فإن عبء الإثبات ينقلب على الملزم بالنفقة، الذي يتعين عليه إثبات تدهور وضعيته المادية، كأن يثبت الزوج مثلا أنه كان موظف وفصل من وظيفته وأصبح معسرا، أو أن دخله أصبح ضعيفا. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة: " وحيث أنه إذا كان الإشهاد المستدل به من طرف المستأنف يفيد على أن عقد العمل الذي كان يربطه بشركة المعهد الدولي للغات ينتهي في 2019/12/2 فإنه لم يدل بما يثبت أنه أصبح عاطل عن العمل بعد إنهاء عقد عمله بالشركة المشغلة وأن ادعائه العطالة يعوزة الإثبات... ولهذا فإن المحكمة لا ترى مبررا لخفض النفقة".⁶⁸⁷

كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة: " إن المستأنفة لم تعزز مزاعمها بكون المستأنف عليه يتقاضى أجره شهرية محددة في 6000 درهم بأي حجة قاطعة على ذلك، واكتفت بالإدلاء بمحضر استجواب أنجزه المفوض القضائي والذي يفيد أن المستأنف عليه المذكور إلى حدود شهر أكتوبر 2019 كان يتقاضى 5183 درهم في الشهر، إلا أن هذه الوثيقة تظل حجيتها ضعيفة أمام ورقة الأداء التي أدلى بها المستأنف عليه من حيث التاريخ فالمحضر يتحدث عن الأجرة التي كان يتقاضاها بين شهر 2018 إلى شهر 2019 في حين أن ورقة الأداء تشير إلى أجرته الشهرية في شهر يونيو 2020، علاوة على أن البيانات المدرجة في هذه الأخيرة مفصلة بالمقارنة مع ما ضمن بمحضر الاستجواب، كما أن ورقة الأداء التي أدلت بها المستأنفة

⁶⁸⁶ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 226 صادر بتاريخ 2020/07/27، ملف عدد 2020/1620/78 (غير منشور).
⁶⁸⁷ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 214 صادر بتاريخ 2020/07/20، ملف عدد 2020/1606/154 (غير منشور).

المذكورة تفتقد للحجية لكونها عبارة عن صورة شمسية فقط إلى جانب أن التاريخ المضمن بها سابق على حجة المستأنف عليه ، فهي الأولى بالأخذ بها كحجة أمام المحكمة.

وحيث إنه تأسيسا على ما تم بسطه، يتعين تأييد الحكم المستأنف مبدئيا مع تعديله بخفض النفقة إلى الحد المسطر في منطوق القرار أدناه".⁶⁸⁸

وعموما، فإن المشرع اعتمد مبدأ حرية الإثبات كأساس للبت في دعاوى النفقة وذلك بسكوته عن تحديد وسائل الإثبات المعتمدة في هذا النوع من الدعاوى، وترك المجال مفتوحا أمام قضاة الحكم لإعمال جميع وسائل الإثبات سواء المنصوص عليها في قانون الإلتزامات والعقود أو المعتمدة من قبل فقهاء المذهب المالكي تماشيا مع مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة.

المطلب الثاني: إثبات الضرر المبرر للتعويض:

إذا كانت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لم تستطع الأخذ بالتعويض بصريح نصوصها، فإن مدونة الأسرة على عكس ذلك، جاءت أكثر انفتاحا على قواعد المسؤولية المدنية، خاصة في مجال التعويض عن الضرر وذلك في أكثر من مادة، وهو ما يتجلى في تقرير إمكانية التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة، وكذا الزواج المقترن بإكراه أو تدليس، فضلا عن الضرر الذي قد يلحق بأحد الزوجين نتيجة انحلال الرابطة الزوجية، لكن شريطة إثبات الضرر المبرر له.

وعليه سنتناول هذا المطلب في فقرتين على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: التعويض في مجال الخطبة والزواج .

الفقرة الثانية: التعويض عن حل الرابطة الزوجية.

⁶⁸⁸قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 456 صادر بتاريخ 2020/12/7، ملف عدد 1620/20-579 و 1620/20-664 (غير منشور).

الفقرة الأولى: التعويض في مجال الخطبة والزواج :

نصت مدونة الأسرة على إمكانية التعويض عن الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة (أولا) وعن الضرر الناتج عن الزواج المشوب بإكراه أو تدليس (ثانيا)، كلما أثبت مدعي الضرر من الطرفين ذلك.

أولا: إثبات الضرر الناتج عن العدول على الخطبة:

إن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر من أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض⁶⁸⁹، وفي هذه الحالة يتعين عليه إثبات الضرر للحصول على التعويض، لكن قبل ذلك يجب عليه إثبات صفته في الادعاء وذلك عن طريق إثبات الخطبة.

أ) إثبات الخطبة :

إن الخطبة هي تواعد رجل وامرأة على الزواج، إلا أن هذا التواعد ليس ملزما⁶⁹⁰، ولقد رتب المشرع أثارا مهمة عليها، غير أنه لا يمكن الحكم بهذه الآثار إلا إذا كانت هناك خطوبة فعلية، مما يطرح إشكالية إثبات الخطبة و الفترة التي يعتبر فيها الطرفان في حالة خطبة من عدمها خصوصا إذا أنكر الخاطب أو المخطوبة الخطبة، وفي هذه الحالة لمن يدعيها أن يثبتها بكافة الوسائل طبقا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأن البينة على المدعي، إذ أن رضائية الخطبة تفرض استعمال كافة الوسائل الثبوتية وفي مقدمتها الإقرار والكتابة وشهادة الشهود واليمين والقرائن القوية⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ المادة 7 من مدونة الأسرة.

⁶⁹⁰ جاء في المادة 5 من مدونة الأسرة: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج، تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا".

⁶⁹¹ عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، مطبعة المعاريف الجديدة- الرباط، 2013م، ص:

وفي الواقع العملي، نجد أن الوسائل المعتمدة بكثرة هي شهادة الشهود الذين عايشوا الواقعة إما كمدعويين أو جيران، والقرائن القوية الدالة عليها كالصور. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض: "لما ثبت للمحكمة المطعون في قرارها بأن الخاطب لم يدل بما يقدر في شهادة الشاهدين المستمع إليهما أثناء البحث، واللتين أكدتا على وجود خطبة اشتهرت بين الطرفين ... وأن هذه الشهادة منتجة في النازلة لإثبات الخطوبة وما يترتب عنها من آثار، تكون قد أقامت قضاءها على أساس ولم تخرق القانون".⁶⁹²

وهو ما سبق أن جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً: "البيان من تصريحات الشهود وجود الخطبة واشتهارها بين الناس دون أن تكون في هذه التصريحات ما يفيد انعقاد الزواج بحصول الإيجاب والقبول وبالشكل المقرر قانوناً"⁶⁹³.

ب) إثبات ضرر فسخ الخطبة:

إن الأصل هو الأحقية في العدول عن الخطبة دون أداء تعويض، وهذه القاعدة كباقي القواعد لها استثناء، وهو عدم التعسف في استعمال حق العدول، وإلا أجبر من عدل على أداء التعويض جبراً للضرر⁶⁹⁴. فالعبرة بحدوث الضرر ولحوقه بالطرف الآخر لا بمجرد العدول عن الخطبة، ذلك أن القاضي وهو يكيف طلب التعويض عن العدول عن الخطبة، فإنه يلزمه أن يبحث عن حصول الخطأ المسبب للضرر وعن ثبوت هذا الأخير لا عن واقعة العدول عن الخطبة⁶⁹⁵، وبالتالي يتعين على المتضرر إثبات الضرر، وقبله إثبات خطأ الطرف العادل عن الخطبة، وبيان العلاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الذي أصابه.

⁶⁹² قرار محكمة النقض عدد 422، الصادر بتاريخ 2014/06/3، في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/876، منشور ضمن نشرة قرارات محكمة النقض- غرفة الأحوال الشخصية والميراث-، العدد 16، سنة 2014، ص: 92-93

⁶⁹³ قرار محكمة النقض صادر بتاريخ 2009/03/18، نشرة قرارات المجلس الأعلى- غرفة الأحوال الشخصية والميراث- العدد 4 سنة 2010، ص: 56

⁶⁹⁴ عبد اللطيف الودناسي، قراءة في المادة 156 من مدونة الأسرة، مجلة المحامي، عدد 72 يناير 2019، ص: 59

⁶⁹⁵ محمد نعاي، ضوابط تكليف قضايا الخطبة والزواج، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، سنة 2014، ص: 80 - 81.

1- إثبات خطأ الطرف العادل عن الخطبة:

يمكن تعريف ركن الخطأ الموجب للتعويض في الخطبة بأنه كل فعل إيجابي أو سلبي يصدر عن أحد الخطيبين بعدوله عن الخطبة ويسبب ضررا للطرف الآخر⁶⁹⁶.

ويشترط لاستحقاق التعويض، أن يقوم هذا الأخير على أفعال خاطئة ملازمة للعدول وأن تكون هذه الأفعال مستقلة عن العدول تمام الإستقلال⁶⁹⁷، فالتعويض عند العدول عن الخطبة مبني على أساس الخطأ التقصيري لأن الخطبة ليست عقدا كما سلف بيانه، والخطأ الموجب للمسؤولية في هذه الحالة ليس هو مجرد العدول الذي لا يمكن أن يشكل بحد ذاته خطأ موجب للتعويض ما دام لم توجد أفعال مستقلة عن العدول كان من شأنها أن تلحق ضررا بالطرف الآخر⁶⁹⁸.

وهو ما أكدته حكم لابتدائية الحسيمة والذي جاء فيه: "... حيث تقدمت المدعية بطلب ترمي من خلاله إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه لها تعويضا قدره 10000 درهم بسبب الضرر الناتج عن العدول عن الخطبة (عدول الخاطب عن الخطبة بطريقة فجائية وزواجه من فتاة أخرى تسبب في صدمة حادة للمدعية استلزمت بقاءها بالمستشفى لعدة أيام تحت العناية المركزة).

وحيث تنص المادة السابعة من مدونة الأسرة على أن: " مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض، غير أنه إذا صدر من أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض".

⁶⁹⁶ خالد بن مومن ، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة أعمال جامعية ، مطبعة المعاريف الجديدة-الرباط ، طبعة 2016م، ص:125.

⁶⁹⁷ البشير عدي، قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس دراسة لقضايا الخطبة والزواج والطلاق على ضوء أحكام مدونة الأسرة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة أكادير، السنة الجامعية 2011-2012، ص:94 .

⁶⁹⁸ صلاح الدين ضحوش، بعض الإشكالات العملية لمدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 72 ، يناير 2019، ص: 17

وحيث إن التراجع عن الخطبة لا يرتب الحق في التعويض، وإن لم يكن له مبرر ظاهر، إلا عند صدور فعل من المتراجع عن الخطبة ألحق ضررا بالمخطوبة كحملها على الإنقطاع عن الدراسة، أو الإستقالة من الوظيفة أو تحملها نفقات معينة....

وحيث إنه لم يثبت للمحكمة من خلال الإطلاع على مستندات الملف ووثائقه، صدور أي فعل سبب ضررا للمدعية، ماعدا العدول عن الخطبة، الذي لا يكفي وحده لثبوت الحق في التعويض ما لم يكن مصحوبا بفعل آخر ألحق ضررا بالمدعية من قبيل ما ذكر سافا .

وحيث يكون طلب المدعية تبعا لذلك منعدم الأساس القانوني ويتعين رفضه⁶⁹⁹.

فمن خلال هذا الحكم نلاحظ أن المحكمة رفضت طلب التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، كون أن الخاطب مارس حقه في العدول وأن الضرر الذي أصاب المخطوبة (المدعية) لا يرتب أي تعويض على أساس أنه لا يمثل أفعالا أو أقوالا مستقلة عن ضرر العدول.

وهذا يعني أن حق العدول عن الخطبة مضمون كأصل، لكن إذا صدر عن أحد الطرفين فعل أو تصرف ألحق ضررا بالطرف الآخر، ثم اختار التراجع عن الخطبة أمكن للمتضرر مطالبته بالتعويض طبقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية⁷⁰⁰، ومن ذلك أن يحمل الخاطب مخطوبته على الإنقطاع عن الدراسة أو الإستقالة من الوظيفة ثم يفسخ الخطوبة بدون سبب، أو تطلب المخطوبة من خطيبها إعداد مسكن بيت الزوجية أو الانتقال من مكان لآخر ثم تتراجع دون أي سبب عن الخطبة، أو أن يكون اليوم الذي وقع فيه العدول من أحد الطرفين قريب من يوم الزفاف. وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بالرباط والذي جاء في حيثياته " أن عدول الخاطب الغير مبرر أدى إلى تكبد المخطوبة وأسرته تكاليف السفر والاستقرار بالمغرب، وهذه

⁶⁹⁹ حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالحسيمة، رقم 503، بتاريخ 7/7 2008، في الملف رقم 7/651. غير منشور.
⁷⁰⁰ محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، الزواج، مطبعة النجاح الجديدة - بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006م،

التكاليف والمصاريف الباهضة مستقلة عن حق العدول عن الخطبة في حد ذاته، وتستوجب التعويض طبقاً للقواعد العامة⁷⁰¹.

كما أن الخطأ قد يأخذ صورة سلبية كما في حالة كتمان أحد الخطيبين عن الآخر بعض الوقائع الصحيحة وإخفائها عنه بهدف تضليله ككتمان الخطيب عن خطيبته إصابته بمرض عضال، ففي هذه الحالة يلحق العادل عن الخطبة ضرر محقق بالطرف الآخر .

ويبقى إثبات الخطأ في العدول عن الخطبة متاحاً بجميع وسائل الإثبات، ويقع عبء هذا الإثبات على عاتق المدعي المطالب بالتعويض إلا أنه في بعض الحالات يصعب إثبات الفعل المسبب للضرر خصوصاً إذا أدلى الطرف المدعى عليه بحجج قوية على مساهمة الطرف الأول بأفعال في حدوث الضرر، وفي هذه الحالة يتعين على المحكمة الإستماع للطرفين أو لغيرهما من الشهود⁷⁰² .

2 - إثبات حصول الضرر:

إن العدول عن الخطبة قد يتم وفق إرادة الطرفين معاً، كأن يكتشف كل واحد منهما عيوب الآخر، ففي هذه الحالة لا يمكن القول أن أحد الخطيبين أصابه ضرر من جراء العدول عن الخطبة، غير أن العدول عن الخطبة قد يقع من طرف واحد ، ويوصف بكونه عدولاً تعسفياً اقترن بوجود أفعال خاطئة مستقلة عن العدول في حد ذاته، مما يتسبب للطرف الآخر بأضرار مادية ومعنوية⁷⁰³.

⁷⁰¹ حكم للمحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 1992/11/22 ، أشار إليه فرانسوا بول بلان، قانون الالتزامات والعقود، ترجمة رابحة زدكي، سوشيريس الدار البيضاء، 1988، ص: 76

⁷⁰² عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2008 / 2009 م، ص: 169 .

⁷⁰³ خالد بن مومن، إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال الرباط ، السنة الجامعية 2019 / 2014 م ، ص: 121.

ولقد أعطى المشرع المغربي من خلال المادة 7 من مدونة الأسرة الحق لأحد الخطيبين المطالبة بالتعويض إذا كان هناك ضرر للآخر⁷⁰⁴، كما في حاله قيام المخطوبة بناء على طلب من الخاطب بترك وظيفتها أو الإنقطاع عن الدراسة أو إنفاق مصاريف باهظة إعدادا لحفل الزفاف، أو ما قد يصيب الطرف الآخر من إحباط ويأس يمس الشعور، و ما قد يشاع و ينشر من أقوال و تأويلات، كما أن هذا العدول قد يفوت على المخطوبة فرص الزواج من آخرين⁷⁰⁵. وهو ما أكدته حكم لابتدائية مراكش والذي جاء فيه: "... حيث يكون بذلك تضرر المدعية من عدول المدعى عليه من خطبتها ثابتا وهو التضرر الحاصل من فقد مورد رزقها على المستوى المادي (التوقف عن العمل) وعلى المستوى المعنوي، فإن تضررها من عدول المدعى عليه عن خطبتها دون سبب ولمجرد أنه متزوج، ومرافقته لها بصفة دائمة ومستمرة علنا مما يشكل لها إحباطا ويقلل من فرص تقدم الغير للمطالبة بزواجها"⁷⁰⁶.

وهنا ينبغي التمييز بين الأضرار المادية التي تكون واجبة الإثبات من المضرور والأضرار المعنوية التي هي من أساسها مفترضة ولا تحتاج إلى إثبات⁷⁰⁷.

3 - إثبات العلاقة السببية :

لقد نصت مدونة الأسرة في مادتها السابعة على ضرورة توافر العلاقة السببية بين الخطأ الصادر عن الطرف العادل عن الخطبة والضرر الذي أصاب الطرف الآخر، ومن ثم لا يمكن المطالبة بتعويض عن ضرر ناتج عن قوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل المضرور أو فعل

⁷⁰⁴الضرر هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر وسيظهر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي رتبته الإضرار به، والضرر قد يكون ماديا كما قد يكون معنويا .

- موحى أسدي عمر، المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، مطبعة دار القلم - الرباط، العدد الخامس، ماي - يونيو 2015 م، ص: 198.

⁷⁰⁵خالد بن مؤمن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، منشورات مجلة القضاء المدني سلسلة "أعمال جامعية" مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2016، ص: 129-130.

⁷⁰⁶حكم صادر عن ابتدائية مراكش بتاريخ 2009/6/17، أشار إليه صلاح الدين ضحوش، م.س، ص: 18

⁷⁰⁷صلاح الدين ضحوش، م.س، ص: 18

الغير. وعليه يتعين على المدعي إثبات العلاقة بين الفعل الضار والنتيجة أي تحقق الضرر بكافة وسائل الإثبات.

ثانياً: إثبات الضرر المبرر للتعويض في الزواج المشوب بإكراه أو تدليس:

الأصل في عقد الزواج أن ينشأ عن إرادة سليمة لكلا الطرفين، وفي حالة ما إذا شاب هذه الإرادة عيب من عيوب الرضا⁷⁰⁸، خول المشرع للطرف المتضرر إمكانية طلب فسخ الزواج مع حقه في طلب التعويض⁷⁰⁹.

ولثبوت المسؤولية واستحقاق التعويض لأبد من إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما⁷¹⁰، إذ أن الخطأ التقصيري يتمثل في الإكراه والتدليس المتوفرين على الشروط اللازمة بذلك إضافة إلى الضرر الذي يتمثل في إبرام عقد الزواج تحت وطأة الإكراه وما يلحقه من خسارة مادية أو ضرر معنوي في نفسية الطرف المكره أو المدلس عليه، إضافة إلى العلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

⁷⁰⁸ عيوب الإرادة هي الإكراه والتدليس والغبن والغلط حسب قانون الالتزامات والعقود (الفصول 39 إلى 56) ، إلا أن مدونة الأسرة نصت على مظهرين فقط من مظاهر عيوب الإرادة وهما، الإكراه والتدليس.

⁷⁰⁹ نص مشرع مدونة الأسرة في المادة 12 على أنه: "تطبق على عقد الزواج المشوب بإكراه أو تدليس الأحكام المنصوص عليها في المادتين 63 و66 بعده".

وتنص المادة 63 من المدونة على أنه: "يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض".

في حين نصت الفقرة الأخيرة من المادة 66 من المدونة على أنه: "... يخول للمدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب عن ذلك من التعويضات عن الضرر".

⁷¹⁰ لقد اختلف فقهاء القانون المدني، عند بحثهم لموضوع تعويض الضرر الناتج عن إبطال العقد بسبب الإكراه أو التدليس حول أساس هذا التعويض، فرأى البعض منهم أن هذا الأساس ليس سوى المسؤولية العقدية، بينما اتجه البعض الآخر إلى القول بأن المسؤولية التقصيرية هي أساس ذلك التعويض، وهذا الرأي الأخير هو الذي يكاد ينعقد عليه إجماع الفقه والقضاء، فهذا الرأي يعتبر العقل الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض، ويكون العقد الباطل في هذه الحالة أيضاً، قد أنتج أثراً عرضياً، لا باعتباره عقداً، ولكن باعتباره واقعة مادية.

- لمزيد من الإيضاح راجع: خالد بن مومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، م. س، ص: 158 - 159 .

أ) التعويض في عقد الزواج المقترن بإكراه:

يمكن تعريف الإكراه⁷¹¹ بأنه عبارة عن ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص، فيولد لديه حالة من الرهبة والخوف الأمر الذي يحمله على التعاقد⁷¹². وهكذا فالمدونة وحماية منها لعقد الزواج ولأطرافه من أي ممارسات أو سلوكيات، تتنافى ومبدأ الرضائية والحرية في الاختيار، خولت للزوج الذي كانت إرادته معيبة بإكراه لحظة إبرام العقد⁷¹³، إمكانية طلب فسخه مع الحق في طلب التعويض متى توفرت شروطه⁷¹⁴، والتي يمكن إجمالها في ما يلي:

- أن يكون الإكراه هو السبب الدافع إلى إبرام عقد الزواج، بحيث يكون هذا التعاقد قد تم تحت تأثير الرهبة التي تولدت في نفس أحد الزوجين.

- أن يقوم الإكراه على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألما جسيما، أو اضطرابا نفسيا، أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم.

- أن يتقدم الزوج الراغب في فسخ عقد زواجه للإكراه بطلب الفسخ داخل أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، وإلا اعتبر مستحسنا الأمر وأصبح ذلك تعبيراً عن رغبته في إتمام هذا الزواج واستمراره.

⁷¹¹ نص الفصل 46 من ق.ل.ع. على أن: "الإكراه إجباري مباشر من غير أن يسمح به القانون، يحمل بواسطة شخص شخصا آخر على أن يعمل عملاً بدون رضاه."

⁷¹² عبد القادر العرعاري، نظرية العقد، الكتاب الأول، نظرية العقد دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة الكرامة- الرباط، الطبعة الثانية 2005، ص: 125

⁷¹³ ينقسم الإكراه من حيث الوسائل المستعملة إلى إكراه مادي يقع على جسم المكره وإكراه معنوي وهو عبارة عن تهديد بإيقاع أذى بالنفس أو الشرف أو المال، ويلتقي كل من الإكراه المادي والمعنوي في الإضطراب النفسي والخوف اللذين تحدثهما الوسيلة المستعملة والتي تجعل الشخص في مركز ضعف يضطر معه إلى قبول الزواج لمنع الأذى المادي أو المعنوي.

- راجع: عبد القادر قرموش، م.س، ص: 170.

⁷¹⁴ ينص الفصل 47 من ق.ل.ع: "الإكراه لا يخول إبطال الإلتزام إلا:

1- إذا كان هو السبب الدافع إليه.

2 - إذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه إما ألما جسيما أو اضطرابا نفسيا أو الخوف...أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله لضرر كبير مع مراعاة السن والذكورة والأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم".

ولقد عمل القضاء المغربي على تفعيل مقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة على المستوى العملي، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بورزازات ما يلي: "... حيث إنه أثناء البحث المجرى في النازلة بتاريخ يومه أفادت المدعية بأنها أكرهت على الزواج بالمدعى عليه دون موافقتها على ذلك من طرف والدها الذي أكد تصريحاتها مضيفاً أنه زوجها دون الإستشارة معها ودون الأخذ برأيها حول موضوع زواجها من المدعى عليه وحيث فضلاً عن ذلك أفاد وكيل المدعى عليه الحاضر أنه لا يمانع في الإستجابة لطلب المدعية... وحيث تأسيساً على ما ذكر ووفقاً للمادة 63 مدونة الأسرة فإنه يمكن للمكره أن يطلب فسخ عقد الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من زوال الإكراه كما في نازلة الحال... وحيث ارتأت المحكمة الإستجابة للطلب لارتكازه على أساس قانوني سليم"⁷¹⁵.

كما جاء في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية بالرباط: "...حيث أن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استناداً إلى عقد الزواج الموماً إليه .

وحيث قدمت دعوى الفسخ داخل الأجل المقرر لرفعها طبقاً للمادة 63 من مدونة الأسرة.

وحيث أوضحت المدعية بأنها كانت ضحية إكراه تمثل في تهديد أستاذها لها بالرسوب إذا لم تقبل الزواج به، فقبلت بهذا الزواج تفادياً للرسوب المتوقع إذا لم يتم قبولها له.

وحيث أجاب المدعى عليه بأن ما تدعيه زوجته لا أساس له من الصحة، موضحاً بأن تصريحها لدى العدلين بالموافقة على الزواج وتوقيعها في مذكرة الحفظ وكذا على عقد الزواج دليل على موافقتها ورضاها .

⁷¹⁵حكم المحكمة الابتدائية بورزازات الصادر بتاريخ 2005/04/27 في الملف عدد 90 /2005 ، أشار إليه خالد بن مومن ،المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، منشورات مجلة القضاء المدني، م. س، ص: 153 - 154 .

وحيث أجابت الزوجة بأن كل ذلك صدر منها تحت الإكراه، وأنها لو كانت لها الرغبة في ذلك لما أخرت الدخول للمدة المذكورة، وأنها لو كانت غايتها إنهاء العلاقة فقط لالتجأت إلى وسيلة أخرى كالتطليق للشقاق ولكن أرادت إنصافها ، مضيفة بأن ما أدلت به يؤكد ادعاءها .

وحيث إن المحكمة باطلاعها على وثائق الملف، وكذا شهود اللفيف الذين أكدوا أن الزواج تم تحت إكراه الزوج .

وحيث استنادا إلى ماذا ذكر، وكذا البحث الذي أجرته المحكمة مع بعض أفراد الأسرتين الذين وإن جاءت تصريحاتهم متباينة، فإن اتفاقهم على أنه تم التغلب في البداية على احتواء الموقف يجعل قول المدعية راجحا، ويؤكد أيضا قرينة تأخير الدخول إلى الأمد المذكور، وقرينة لجوئها إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ قصد إنصاف دون وسيلة أخرى كالشقاق، يتبين أن إرادة الزوجة كانت معيبة فعلا بإكراه زوجها آنذاك لها، ويعتبر بالتالي طلبها مؤسسا ويتعين قبوله⁷¹⁶ . لهذه الأسباب، قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج للإكراه، وتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر جراء هذا الزواج ، وقدرت هذا التعويض في مبلغ 20000 درهم.

الملاحظ على هذا الحكم أنه طبق مقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة، حيث قضى بفسخ عقد الزواج وتعويض الزوجة عما لحقها من أضرار، لأن المدعية أرغمت على الزواج بالمدعى عليه تحت تأثير التهديد لها بالرسوب، ولولا هذا الأخير لما تزوجت به . ولقد اعتمدت المحكمة على مجموعة من الوسائل لإثبات واقعة الإكراه انسجاما مع روح المدونة في هذا المجال لإنصاف الزوجة المكرهة وهي شهادة اللفيف و البحث الذي أجرته المحكمة مع بعض أفراد الأسرة، بالإضافة إلى القرائن (قرينة تأخير الدخول وقرينة لجوئها إلى إنهاء العلاقة الزوجية بالفسخ دون وسيلة أخرى كالشقاق).

⁷¹⁶ حكم محكمة الابتدائية بالرباط ، قسم قضاء الأسرة ، رقم 17/ 2005 ، بتاريخ 14 يناير 2005، في الملف رقم 101 / 2005 ، (أشار إليه: محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، أحكام الزواج ، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2004،ص: 207)

وهكذا يتبين لنا، أن الإكراه واقعة قانونية يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات ويقع عبء الإثبات على الطرف المضرور أو المطالب بالتعويض .

(ب) التعويض للتدليس في عقد الزواج:

يقصد بالتدليس استعمال وسائل احتيالية لتضليل المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالمتعاقد تحت وطأة التدليس تكون إرادته معيبة فهو لا يتعاقد إلا نتيجة للوهم الذي أثاره في ذهن المدلس وكذا نتيجة للغلط الذي أوقعه فيه ⁷¹⁷.

وقد خصص المشرع المغربي للتدليس الفصلين 52 و 53 من قانون الالتزامات والعقود⁷¹⁸، حيث أوضح مختلف الشروط الواجب توفرها لقيام هذا العيب، وتتلخص هذه الشروط في استعمال المدلس وسائل احتيالية لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد، وكون هذه الوسائل الاحتيالية هي التي دفعت المدلس عليه إلى التعاقد، كما يشترط في التدليس أن يكون صادرا من العاقد صاحب المصلحة، أو ممن له صلة به على أن يكون عالما به .

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة، نجدها تنص في المادة 63 على أنه: " يمكن للمدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشتراطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض". وهذا الأمر لم تتطرق إليه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وهكذا فإن تنصيب المدونة الجديدة على التدليس كعيب من عيوب الإرادة، يؤكد رغبة المشرع في حماية إرادة الزوجين في الزواج، بأن تكون هذه الإرادة إرادة حرة سليمة من أي عيب من

⁷¹⁷ موحى اسدي عمر، المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، م.س، ص: 204.

⁷¹⁸ ينص الفصل 52 ق.ل.ع: على أن " التدليس يخول الإبطال إذ كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حدا بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر. ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالما به ". وجاء في الفصل 53 من ق.ل.ع: " التدليس الذي يقع على توابع الالتزام من غير أن يدفع إلى التحمل به لا يمنح إلا الحق في التعويض".

العيوب، فقد أعطى للطرف المدلس عليه من الزوجين الحق في طلب فسخ الزواج مع حقه في طلب تعويض عما يصيبه من ضرر⁷¹⁹، إذا ما توافرت مجموعة من الشروط التي يمكن استنتاجها من مقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة، ومن القواعد العامة المنظمة للتدليس، وهذه الشروط كالتالي:

- استعمال أحد الزوجين لوسائل احتيالية تخفي الحقيقة عن الزوج الآخر وتولد الغلط في ذهنه، وهذا العمل الذي يقدم عليه المدلس يقوم على عنصرين، عنصر مادي وهو عبارة عن الوسائل والسبل التي استعملها المدلس، وعنصر معنوي هو عبارة عن نية التضليل لتحقيق غرض غير مشروع⁷²⁰.

- أن تكون الوقائع التي وقع بها التدليس هي التي دفعت الزوج المدلس عليه إلى إبرام عقد الزواج ولولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، وهو ما يسمى بالتدليس الدافع⁷²¹.

- أن يتقدم الزوج ضحية التدليس بطلب فسخ عقد الزواج داخل أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ العلم بالتدليس.

⁷¹⁹التدليس الذي يقع في عقد الزواج وغيره لا يخرج عن ثلاثة أنواع وهي :
- التدليس الفعلي : وهو إحداث فعل من قبل أحد الزوجين ليظهر بصورة غير ما هو عليه في الواقع، كما في حالة تزوير رسم ولادة الزوجة بتخفيض سنها الحقيقي .
- التدليس القومي : وهو الكذب الصادر من أحد المتعاقدين أو ممن يعمل لحسابه حتى يحمل المتعاقد الآخر على التعاقد، كادعاء أحد الزوجين أن نسبه رفيع أو وصل درجة علمية.
- التدليس بكتمان الحقيقة، ويكون بإخفاء أحد الزوجين عيبا فيه تغريرا وخداعا للوصول إلى غايته ، وهو الارتباط بعقد زواج كقيام أحد الزوجين بإخفاء عيب فيه كعجزه الجنسي أو مرضه العضال .
-انظر: خالد بنمومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، م.س، ص: 142- 143
⁷²⁰ عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مكتبة الرشاد، طبعة 2002، ص: 254
⁷²¹ طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، فإن التدليس نوعان، تدليس دافع أو أصلي وهو الذي يخول إلى جانب إبطال العقد، الحق في التعويض، وتدليس غير دافع أو عارض وهو الذي يخول الحق في التعويض فقط دون الحق في إبطال العقد ، وبالرجوع إلى المادة 63 من مدونة الأسرة نجدها اقتصر على التدليس الدافع دون غيره.
- أنظر: خالد بنمومن، م.س، ص: 157.

وتطبيقاً لهذه الشروط، جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بسطات: "... حيث تهدف الدعوى إلى فسخ الزواج للتدليس.

وحيث ادعى الزوج المدعي أن زوجته ترفض معاشرته دائماً، وهو الأمر الذي أكدته الزوجة خلال جلسات البحث التي أجريت معها.

وحيث أن من أهم أسباب الزواج التنازل وتحقق الرغبة الجنسية، لتهدأ النفوس وتستقيم، مما يشكل معه عدم تمكين الزوجة نفسها ضرراً بالغاً لا يمكن أن تستمر معه العلاقة الزوجية. وحيث إن رفع هذا الضرر يستلزم الإستجابة لطلب الزوج"⁷²².

وبهذا قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج للتدليس، حيث اعتبرت علم الزوجة السابق على إبرام العقد بعدم رغبتها في معاشرة الرجال وإخفائها هذا العيب عن الزوج الذي لم يكتشفه إلا بعد إبرام عقد الزواج صورة من صور التدليس المتجلية في إخفاء وقائع على الطرف الآخر المتعاقد بحيث لو كان على علم بها لما قام بإبرام هذا العقد.

كما قررت محكمة الإستئناف بالجديدة أن "عدم الإشارة إلى كون الزوج متزوجاً بأولى يعتبر تدليساً يخول للزوجة حق طلب فسخ الزواج"⁷²³.

و بالنسبة لقيام حق الزوج المدلس عليه في التعويض، فإنه يتطلب بالضرورة قيام عناصر المسؤولية المدنية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، فرغم أن المشرع الأسري لم ينص على ذلك صراحة إلا أن مقتضيات قانون الالتزامات والعقود تكون واجبة التطبيق، خاصة أنه لا يمكن إلزام شخص بالتعويض رغم أن خطأه لم يترتب عليه أي ضرر للغير، أو أن هذا الخطأ ليست له علاقة بما قد يكون أصاب الغير من أضرار، لأجل

⁷²²حكم عدد 08/ 29، بتاريخ 2008/01/03، في الملف الشرعي رقم 7 / 1383، أشار إليه خالد بنمومن، إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة، م.س، ص: 152.
⁷²³قرار صادر بتاريخ 19 شتنبر 2006. أورده خالد بنمومن، م.س، ص: 154 .

ذلك فإن قيام عناصر المسؤولية المدنية يكون لازماً من أجل تقرير الحق في التعويض للزوج المدلس عليه .

فبالنسبة لخطأ الزوج المدلس، والمتمثل في استعمال وسائل احتيالية قصد إيقاع الزوج الآخر في غلط يدفعه إلى قبول الزواج منه، فيشكل خطأ عمدياً يوجب قيام مسؤولية تجاه الزوج المتضرر، والخطأ هنا لا يفترض بل يتعين إثباته من قبل المطالب بالتعويض⁷²⁴، بحيث يجب إثبات الطرق الإحتيالية التي أخفت الحقيقة عن المتعاقد الآخر، لأن التدليس هو تضليل وخداع بشتى أنواع الوسائل والمشرع في المادة 63 من مدونة الأسرة عبر عن هذه الوسائل بالوقائع وهذا يترتب عليه أن الزوج المدلس عليه يمكنه إثبات التدليس بجميع وسائل الإثبات، وعليه فلا يكفي المطالبة بفسخ عقد الزواج وكذا المطالبة بالتعويض لمجرد وجود وسائل التدليس بل لابد للطرف المتضرر أن يثبت أمام المحكمة أن هذه الوسائل هي التي دفعت المدلس عليه إلى قبول الزواج ولولاها لما تعاقد⁷²⁵.

أما بالنسبة للضرر اللاحق بضحية التدليس، فيتجلى فيما لحق الزوج المضروب من خسارة مادية جراء ما أنفقته من مصروفات وكذا ما حرم من نفع، وأيضاً ما لحقه من أضرار معنوية بعدما تم فسخ الزواج⁷²⁶، والضرر المادي إذا كان واجب الإثبات من طرف المضروب، فإن الضرر المعنوي هو ضرر مفترض باعتباره يصيب الزوج المدلس عليه في نفسيته وكرامته، خاصة أنه ارتبط بالزواج عن حسن نية منه، استناداً إلى ما تتميز به هذه العلاقة من خصوصية، ثم إن ثبوت التدليس يؤسس لسوء نية مرتكبه، وهو ما يجعل الضرر المعنوي ثابتاً وواجب التعويض، لذلك فإن الزوج ضحية التدليس يكفي أن يثبت أنه تعاقد تحت تأثير ما التجأ

⁷²⁴ خالد بنمومن، المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة، م.س، ص: 160 .

⁷²⁵ إدريس الفاخوري، تعويض المضروب في العلاقات الأسرية، مجلة الحقوق، العدد المزدوج 16-17، السنة التاسعة، فبراير-دجنبر 2014، ص: 51.

⁷²⁶ خالد بنمومن، م.س، ص: 160 .

إليه الزوج الآخر من وسائل التضليل لتتم الإستجابة لطلب الفسخ وبالتالي التعويض دون تكليفه بإثبات الضرر المعنوي⁷²⁷.

وفيما يتعلق بقيام العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فهو مفترض، حيث أن مدونة الأسرة لم تلزم الزوج المتضرر بإثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر عكس ما هو مقرر في قانون الالتزامات والعقود خاصة الفصلين 77 و78 منه الذي أكد على ضرورة قيام العلاقة السببية بين الفعل الضار والضرر، وذلك راجع بالأساس إلى أن الوسائل الإحتيالية التي قام بها أحد الزوجين هي التي دفعت الزوج الآخر إلى القبول بالزواج نتيجة للغلط الذي ولدته لديه ، مما تكون العلاقة قائمة بين التدليس وما أصاب الزوج الآخر من أضرار مادية أو معنوية نتيجة لقبوله الزواج .

ومن بين التطبيقات القضائية المرتبطة بتعويض المضرور من أحد الزوجين في حالة التدليس نجد: حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة بوجدة جاء فيه: "... وحيث إن المدعى عليها فرعيا بإخفائها واقعة كونها كانت قبل زواجها متزوجة بغيره، وأنها طلقت من ذلك الزوج، يكون باعتمادها شهادة الخطوبة الدالة على أنها عازبة والحال أنها ليست كذلك قد استعملت الإحتيال معه... وحيث أصيبت إرادة الزوج نتيجة تدليسها عليه بغلط في شخصها فعاب بذلك إرادته، مما يكون معه طلب فسخ عقد الزواج بسبب التدليس والذي تقدم به الزوج مستندا على أساس قانوني ويتعين الإستجابة له"⁷²⁸. وبهذا قضت المحكمة بفسخ عقد الزواج المشوب بتدليس وتحميل الزوجة تعويضا قدره 20,000 درهم واستأنست في إثبات التدليس بشهادة إدارية ورسم طلاق خلعي صادر عن قنصلية المملكة المغربية ببوردو.

⁷²⁷ موحى أسيدي عمر، خصوصيات القواعد المدنية في مدونة الأسرة من خلال الزواج وانحلال ميثاقه، م.س، ص: 122-

123.

⁷²⁸ حكم المحكمة الابتدائية بوجدة- قسم قضاء الأسرة- ، عدد 2005/105 ، صادر بتاريخ 5 / 9 / 2005 ، في الملف رقم 2340/04 . (حكم غير منشور) أشار إليه: هشام العلالى ، خصوصية الإثبات في المادة الأسرية، منشورات مجلة الحقوق ، سلسلة المعارف القانونية والقضائية ، قضايا الأحوال الشخصية والميراث، ج2، الإصدار 62 ، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، 2018، ص: 67 .

كما قررت المحكمة الابتدائية ببركان في حكم لها بتعويض زوجة كانت ضحية تدليس من طرف زوجها الذي أخفى عليها واقعة كونه متزوج من امرأة أخرى وجاء في الحكم المذكور: "... ما دام المدعى عليه قد احتال على المدعية وأخفى عنها واقعة زواجه من غيرها بعد تقديمه شهادة الخطوبة على أساس أنه عازب خلافا للحقيقة، فإنه يكون من حق المدعية طبقا لمقتضيات المادة 63 من مدونة الأسرة المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة بها من جراء واقعة التدليس والإحتيال التي تعرضت لها من طرف المدعى عليه الذي أوهمها بأنه عازب" 729.

والملاحظ من خلال هذا الحكم أن المحكمة عندما قررت تعويض الزوج ضحية التدليس ركزت فقط على إثبات ركن الخطأ لتقرير المسؤولية المدنية أماركن الضرر والعلاقة السببية فهما مفترضان.

وفيما يتعلق بمدى اعتبار مسألة العذرية تدليسا يخول للطرف المتضرر الحصول على تعويض، جاء في قرار لاستئنافية الرباط ما يلي: "... وحيث إن الزوج إذا دخل بزوجه فوجدها ثيبا لا يحق له أن يردها لذلك أو يدفع بكون إرادته كانت أثناء التعاقد مشوبة بعيب التدليس، إلا إذا اشترط ذلك عليها في صلب العقد أنها عذراء." 730

الملاحظ على هذا القرار أنه لم يعتبر مسألة العذرية تدليسا مادام أن الزوج لم يشترطها في العقد، إلا أنه في حالة ما إذا صرحت المرأة أنها عازبة- عذراء- والحال أنها ليست كذلك، فلا شك أنه يعتبر تدليسا يستحق معه المدلس عليه تعويضا.

وبهذا يمكن القول، أن الإكراه والتدليس يعتبران واقعتين ماديتين، وبالتالي فإنهما يخضعان لمبدأ حرية الإثبات، حيث يمكن إثباتهما بجميع وسائل الإثبات القانونية، كما أن عبء

⁷²⁹حكم المحكمة الابتدائية ببركان، عدد 969-05، الصادر بتاريخ 24 نونبر 2005، ملف شخصي عدد 205 أ 04. (حكم غير منشور).

⁷³⁰قرار رقم 05/525 في الملف عدد 756 /11 /2005 بتاريخ 07/03/2006 (غير منشور).

الإثبات يخضع للقواعد العامة، إذ يقع على المدعي عبء إثبات كونه تعرض للإكراه أو التدليس، فالمكره أو المدلس عليه يكفيه فقط إثبات فعل الإكراه أو التدليس، أما الضرر فهو مفترض أي غير واجب الإثبات، فمجرد وقوع التدليس أو الإكراه يعتبر قرينة قوية على حصول الضرر، يبقى فقط على المتضرر إثبات مقدار هذا الضرر.

الفقرة الثانية : التعويض عن حل الرابطة الزوجية :

خولت مدونة الأسرة الحكم بالتعويض في مواضع متعددة، سيما خلال انحلال ميثاق الزوجية، عندما أساغت لكل واحد من الزوجين الحق في التعويض عن الضرر الحادث جراء الطلاق أو التظليق للشقاق أو للضرر، كلما استطاع الطرف المتضرر إثبات هذا الأخير (أولاً).

كما أنها منحت للزوجة حق المتعة جبراً لخاظرها، وتعويضاً لها عما يمكن أن يلحقها من ضرر، إلا أن هذا الحق قد لا يخلو من نزاع بين الزوجين خاصة فيما يتعلق بمقداره، فالمطلقة قد تدعي هزلة القدر المستحق لها من المتعة فتطالب بالزيادة فيها عن طريق القضاء، وفي نفس الوقت يطالب الطرف الآخر بالتقليل منها لعدم اتفاقها مع وضعيته المالية (ثانياً).

أولاً: إثبات الضرر المبرر للتعويض عن الإنهاء التعسفي للعلاقة الزوجية:

خولت نصوص مدونة الأسرة سيما النصوص المنظمة لمسطرتي التظليق للضرر والشقاق⁷³¹ للطرف المتضرر الحق في تقديم طلب التعويض عما لحق به من ضرر، حال تعسف خصمه في استعمال حقه، حيث عد هذا الأمر من مظاهر انفتاح المدونة وأخذها بأحكام

⁷³¹ من خلال قراءة أولية للمواد المنظمة لإنهاء العلاقة الزوجية بالطلاق والتظليق في مدونة الأسرة نجد أن هذه الأخيرة لم تنص على التعويض المدني بكيفية صريحة إلا في حالة التظليق للشقاق وحالة التظليق للضرر. فبالنسبة للتظليق للشقاق، أشارت مدونة الأسرة إلى إمكانية الحكم بالتعويض في المادة 97 منها حيث جاء فيها: "في حالة تعذر الإصلاح واستمرار الشقاق، تثبت المحكمة ذلك في محضر، وتحكم بالتظليق وبالمستحقات طبقاً للمواد 83 و 84 و 85 أعلاه، مراعية مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر..." أما التظليق للضرر، فالتعويض المدني مشار إليه بوضوح في المادة 101 من مدونة الأسرة: "في حالة الحكم بالتظليق للضرر، للمحكمة أن تحدد في نفس الحكم مبلغ التعويض المستحق عن الضرر".

قانون الالتزامات والعقود، خصوصا تلك المتعلقة بالمسؤولية، لكن مع مراعاة خصوصية المادة الأسرية. والتعويض يقضى به في الحالات التالية:

- إذا تعسف المدعي في استعمال مسطرة التظليق للشقاق دون داع مقبول.
- إذا أثبتت طالبة التظليق للضرر بأن ضررا فادحا قد وقع عليها وحقا بها.

• إثبات مسؤولية أحد الأطراف عن سبب الفراق:

إن الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر ضد الطرف المسؤول عن الشقاق في إنهاء العلاقة الزوجية يتمثل في الخطأ التقصيري الناتج عن الإخلال بالتزامات مفروضة قانونا على الزوجين معا من أجل الحفاظ على دوام استمرار العلاقة الزوجية بينهما واستقرار كيان الأسرة ووحدتها في المجتمع⁷³².

فمصطلح المسؤولية الوارد عليه النص في المادة 97 من مدونة الأسرة يستغرق جميع الأخطاء والأفعال التي يستحيل معها استمرار العلاقة الزوجية سواء كان لهذا الخطأ طابع جرمي كالخيانة الزوجية، وهو ما جاء في قرار لمحكمة النقض " : بمقتضى المادة 97 من مدونة

⁷³² وهو ما أكدته قرار صادر عن حكمة الاستئناف بالجديدة والذي جاء فيه: "... وحيث إن الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الضرر ضد الطرف المسؤول عن الشقاق في إنهاء العلاقة الزوجية، يتمثل في الخطأ التقصيري الناتج عن الإخلال بالتزامات مفروضة قانونا على الزوجين معا من أجل الحفاظ على دوام استمرار العلاقة الزوجية بينهما وبالتالي فإن الإطار القانوني لطلب التعويض، أساسه المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية ، بدليل أن الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والمنصوص عليها في المادة 51 من المدونة، لا يجوز قانونا للطرفين الاتفاق على مخالفتها لورودها في نص أمر من جهة، ولتعلقها برباط مقدس يندرج في إطار النظام العام المغربي من جهة أخرى".

- قرار مؤرخ في 2006/12/12 ملف عدد 2006/101/34 و 2006/635/34 منشور بالمنتقى من عمل القضاء، م.س، ص: 118.

فالمسؤولية الموجبة للتعويض ليست مسؤولية عقدية ، لأن مباشرة الطلاق هي ممارسة لا مكانية مخولة شرعا وقانونا ، فلا تتحقق المسؤولية المذكورة إلا حال الإخلال ببند عقد معين عملا بمقتضيات الفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود، وألا يكون الإخلال المذكور مشروعا قانونا، فعقد الزواج ليس عقدا عاديا بل له خصوصيات متفردة تميزه عن العقود المدنية باختلاف أنواعها كونه ميثاقا غليظا خاضعا لأحكام الشرع، ويترتب عليه حقوقا وواجبات متبادلة بين الزوجين والتي لا يسوغ لهما الاتفاق على مخالفتها لورودها في نص أمر، وكونها نتاج عقد مقدس مندرج في نطاق النظام العام ورتب المشرع على الإخلال بها بمقتضى المادة 52 من المدونة تخويل الزوج المتضرر مطالبة الآخر بتنفيذ واجباته أو طلب التظليق للشقاق.

راجع: عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي، م.س، ص: 427-428.

الأسرة، فإن التعويض يحكم به في الفراق الذي يطلبه أحد الزوجين بسبب مسؤولية الزوج الآخر فيه. والمحكمة لما قضت بالتعويض استنادا إلى مسؤولية الزوج في إنهاء العلاقة الزوجية بسبب ما أقدم عليه من ارتكاب الخيانة الزوجية في حق زوجته حسبما تلمسته في إطار سلطتها من الوقائع المادية المثبتة بالحكم الجزري وهي كافية لاستخلاص مسؤوليته في الفراق دون توقف على صدور حكم نهائي بالإدانة، فإنها تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الدليل من جهة وطبقت المادة المشار إليها أعلاه من جهة⁷³³. أو كان سلوك الزوج الموجب للتعويض تم في خرق للحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين والمنصوص عليها في المادة 51 من نفس المدونة⁷³⁴، كما يستشف من حيثيات قرار محكمة النقض: "... حيث صح مانعته الوسيلة على القرار، ذلك أنه طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة فإن التعويض يترتب عن مسؤولية كل زوج عن الفراق، وأنه بمقتضى المادة 51 من نفس المدونة أن من بين الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وتبادل المودة والإحترام، والطالب عزا مسؤولية الفراق إلى المطلوبة لأنها غادرت بيت الزوجية وامتنعت عن الرجوع إليه رغم الحكم عليها بذلك، ومحكمة الموضوع لما رفضت طلب التعويض الذي تقدم به الطالب بصفة نظامية بعلّة أن الضرر غير ثابت في حين أن إصرار الزوجة على عدم مساكنة زوجها يشكل إخلالا منها بالتزاماتها الزوجية يؤدي إلى حرمان زوجها من ممارسة حقوقه الزوجية عليها مما يتضرر منه، فإنها تكون قد خرقت المادتين المذكورتين وعرضت بذلك

⁷³³ قرار محكمة النقض عدد 2، صادر بتاريخ 2015/1/6، في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/469، منشور ضمن مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 79، سنة 2015م، ص: 87-89

⁷³⁴ جاء في المادة 51 من مدونة الأسرة: "الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

- (1) المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد، وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل؛
- (2) المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة؛
- (3) التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل؛
- (4) تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال؛
- (5) حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف؛
- (6) حق التوارث بينهما".

قرارها للنقض بخصوص ما ذكر⁷³⁵. فالمحكمة اعتبرت أن مغادرة أحد الزوجين لبيت الزوجية قرينة قاطعة على إخلاله بواجب المساكنة الشرعية المنصوص عليه في المادة 51 من مدونة الأسرة ، وبالتالي الحكم عليه بالتعويض لفائدة الطرف الآخر⁷³⁶.

وهو ما سارت عليه أيضا محاكم الموضوع، حيث جاء في قرار لمحكمة الإستئناف بوجدة: "... إن تمسك الزوج بزوجه وصدور حكم لفائدته بالرجوع إلى بيت الزوجية يجعل مسؤولية إنهاء العلاقة الزوجية قائمة في حق الزوجة دون الزوج الأمر الذي يشكل سببا يبرر طلب التعويض عن الضرر وأن محكمة أول درجة لما لم تراخ ذلك وقضت برفض الطلب تكون قد جانبت الصواب مما توجب إلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به في هذا الشق وتصديا للحكم لفائدة المستأنف بمبلغ 2500 درهم كتعويض عن الضرر وذلك مراعاة لوضع الطرفين المادي ومسؤولية كل منهما في فك العلاقة الزوجية وأسباب التطلاق"⁷³⁷.

ويمكن للطرف الذي غادر بيت الزوجية أن يدفع عنه المسؤولية إذا أثبت خطأ من جانب الزوج الآخر، كأن يكون مثلا الزوج هو الذي طرد الزوجة من بيت الزوجية، وهنا ينتقل عبء الإثبات إلى الزوجة التي تكون ملزمة بإثبات هذا الأمر. وهو ما جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بفاس: "... وحيث إنه بالرجوع إلى وثائق الملف ومحتوياته وما راج بجلسات الصلح ثبت أن

⁷³⁵ قرار عدد 27 الصادر بتاريخ 12 يناير 2016 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/393، نشرة قرارات محكمة النقض غرفة الأحوال الشخصية والميراث ، السلسلة 7، العدد 34، ص: 49.

⁷³⁶ وهو ما أكدته محكمة النقض في مجموعة من القرارات الأخرى من بينها:

- قرار عدد 234 بتاريخ 2015/5/12 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/387 والذي جاء فيه: "إن إصرار الزوجة على الإقامة بالخارج والحال أن زوجها بالمغرب يجعل المعاشرة الزوجية مستحيلة ويساهم في الشقاق ويرتب مسؤوليتها عن إنهاء العلاقة الزوجية والتعويض طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة ". منشور بنشرة قرارات محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث ، عدد 22، 2015 ، ص: 46 وما يليها .

- وقرار عدد 504 بتاريخ 2007/10/10 ، ملف شرعي عدد 2007/1/2//200: "... لكن حيث أن المساكنة الشرعية من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين طبقا لمقتضيات المادة 51 من مدونة الأسرة فإن المحكمة لما اعتبرت رفض الطالب إلحاق المطلوبة في النقض للسكن معه حيث يقيم إخلالا بواجب المساكنة وحملته كامل المسؤولية عن الطلاق تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما ..". منشور ضمن: عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة ، الطبعة الأولى، 2014، ص: 49.

⁷³⁷ قرار محكمة الإستئناف بوجدة بتاريخ 2007/09/19 ملف شرعي 07/306. ادريس الفاخوري ، قضايا الأسرة في ضوء العمل القضائي رصد لأهم التوجهات الصادرة عن محاكم الموضوع و محكمة النقض، م.س ، ص: 321.

الحياة الزوجية تعثرها العديد من الخلافات على اعتبار أن المدعية طردها زوجها من بيت الزوجية.... مما تكون معه المدعية غير متعسفة ويكون حالة التعويض غير مؤسس ويتعين رفضه⁷³⁸. فالمحكمة قضت برفض طلب الزوج القاضي بالتعويض عن الضرر في دعوى التطلق المقدمة من طرف الزوجة بعد أن ثبت لديها طرد الزوج لزوجته من بيت الزوجية.

كما أن عدم التزام أحد الزوجين بواجب الإحسان والإخلاص بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل يجعل الطرف الآخر مستحقا للتعويض عن الضرر الذي أصابه، وهو ما جاء في حيثيات حكم لابتدائية وجدة⁷³⁹: "... حيث إن طلب المدعية يهدف إلى الحكم على المدعى عليه بأدائه لها تعويضا عن الضرر الذي ألحقه بها من جراء ربط علاقات غير شرعية مع كل من... وحيث نفى المدعى عليه من خلال مذكراته ربطه لأي علاقات غير شرعية مع المذكورات أعلاه مؤكدا أن نيته كانت الزواج بالأولى في إطار التعدد، ومجرد علاقة مالية مع الثانية باعتبارها صديقة العائلة.

وحيث إنه من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معايشة زوجية وإحسان كل منهما وإخلاصه للآخر بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.

وحيث إنه بالرجوع لوثائق الملف ومستنداته خاصة الصور الفوتوغرافية التي يظهر فيها مع المسماة "... والتي لم تكن محل منازعة منه، بل أقر بها في جلسة الصلح وفي جميع مذكراته أن المدعى عليه أخل بواجب الإحسان والعفاف لزوجته المدعية خاصة وأنه يظهر مع المذكورة في وضعية مخلة بالحياء ولا تليق بشخص محصن، وأن ما دفع به من كونه كان ينوي الزواج بالمسماة"... في إطار التعدد هو محاولة منه التملص من مسؤولية الأفعال المرتكبة من جانبه.

⁷³⁸ حكم المحكمة الابتدائية بفاس رقم 4550 بتاريخ 2007/20/11 في الملف رقم 07/2/774 أورده خالد بنمو، م.س، ص: 196.

⁷³⁹ حكم للمحكمة الابتدائية بوجدة قسم قضاء الاسرة ، الصادر بتاريخ 2014/03/04 في الملف رقم 2336/2013، منشور بالموقع الإلكتروني: www.marocdroit.com (تاريخ الاطلاع 2021/7/12)

وحيث إن ما يؤكد هذا الإخلال مناقشة المدعى عليه لمواضيع جنسية مع المسماة ... عبر شبكة الأنترنت حسب الثابت من مقتطف الرسائل الإلكترونية الملفاة بالملف الشيء الذي أحدث ضررا معنويا للمدعية تستحق عنه التعويض حددته المحكمة في إطار سلطتها التقديرية بما قدره 60000 درهم". فالمحكمة اعتبرت مناقشة الزوج لمواضيع جنسية مع امرأة عبر شبكة الأنترنت و الثابت من مقتطف رسائل إلكترونية، إضافة إلى ظهوره في وضعية مخلة بالحياء في صور فوتوغرافية، إخلالا منه بواجب الإحسان والعفاف وصيانة العرض والنسل المنصوص عليه في المادة 51 من مدونة الأسرة وهو ما أحدث ضررا معنويا للزوجة يجعلها مستحقة للتعويض.

ونفس الشيء بالنسبة للواجبات الأخرى كواجب المعاشرة بالمعروف، وتبادل الإحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة، حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بالرباط في إحدى قراراتها أن اعتداءات الزوج المتكررة على زوجته وإهانته لها، ومضايقتها، يشكل إخلالا بالإلتزام المتمثل في المعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام والمودة، تستحق معه الزوجة المتضررة تعويضا، قدرته المحكمة المذكورة بعشرون ألف درهم⁷⁴⁰.

وقد لا يرتكب الزوج أو الزوجة أي خطأ حيث يلجأ أحدهما إلى استعمال حقه في إنهاء العلاقة الزوجية ولكن استعمال هذا الحق قد يكون بشكل تعسفي وأن إقدامه على إنهاء الرابطة الزوجية كان بدون مبرر معقول مما يوجب عليه التعويض للطرف الآخر ويكون أساس التعويض هنا في مثل هذه الصور مبني على نظرية التعسف في استعمال الحق⁷⁴¹. وفي هذا الصدد جاء في حيثيات حكم لابتدائية فاس: "... وحيث أن الضرر المزعوم من قبل الزوجة لم يثبت للمحكمة وجوده سيما وأنها هي من أصرت على رغبتها في إنهاء العلاقة الزوجية متذرة بأسباب عدة لم تستطع إقامة الدليل عليها... وبالنسبة للطلب المضاد المتعلق بالتعويض

⁷⁴⁰ قرار محكمة الاستئناف بطنجة، عدد 405، صادر بتاريخ 2020/11/16، ملف رقم 60-1620/20 (غير منشور).

- قرار رقم 444 في الملف عدد 11/2006/842 بتاريخ 2007/06/13. (غير منشور).

⁷⁴¹ ادريس الفاخوري، تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة، مجلة الحقوق، العدد المزدوج 16-17، السنة التاسعة، فبراير - دجنبر 2014، ص: 43.

المقدم من قبل الزوج ضد زوجته، حيث التمس المدعى فرعياً الحكم على المدعى عليها فرعياً بأدائها له تعويضاً عن الضرر اللاحق به جراء طلب التطلق للشقاق التعسفي من قبل الزوجة... فقد قضت المحكمة على المدعى عليها فرعياً بأدائها لفائدة المدعي فرعياً تعويضاً مدنيا قدره 20.000 درهم⁷⁴².

ويبدو أنه لا يمكن تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية في مجال التطلق للشقاق على اعتبار أن الضرر الموجب للتعويض عند الطلاق أو التطلق هو ضرر مفترض لا يكلف المتضرر بإثباته، فيكفي ثبوت التعسف في دعوى الطلاق أو التطلق للقول بتضرر الزوج المدعى عليه، والذي يعفى من إثبات الضرر الذي لحقه جراء ذلك .

فالمحكمة غالباً ما لا تخوض في مناقشة إثبات الضرر في دعوى الشقاق، إذ أنها تكتفي من التثبت من جدية الأسباب التي اعتمدها المدعي في طلبه، ومن هو المسؤول عن الشقاق المدعى فيه معتبرة أن التطلق في ذاته يشكل ضرراً⁷⁴³.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "... إن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير المسؤول عن سبب الفراق، وما يمكن أن تحكم به عليه لفائدة الزوج الآخر، إلا أنه يتعين عليها أن تبرز في قرارها ما اعتمده من وقائع ودلائل، وكيفية استخلاصها ما انتهت إليه حتى تتمكن محكمة النقض من بسط رقابتها على تعليل قرارها، فالمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت برفض طلب التعويض الذي تقدم به الزوج بعلّة عدم إثباته الضرر رغم أن التطلق في ذاته ضرر ودون أن تبرز مدى مسؤولية كل من الزوجين عن سبب

⁷⁴² حكم رقم 04/2785 في الملف رقم 04/2479 بتاريخ 2005/6/6، أورده ادريس الفاخوري، مرجع نفسه، ص: 45.
⁷⁴³ نشير إلى أن بعض المحاكم تعتمد إلى تحديد نسب المسؤولية بشكل واضح حال لزوم تشطيرها، وتحمل الطرفين لها إما بنسب مئوية محددة، أو عن طريق تشطيرها إما خمسا أو ربعاً أو ثلثاً أو نصفاً، وأساس قاعدة التشطير أن الشخص إنما يسأل في حدود نسبة مسؤوليته ومساهمته في وقوع الخطأ.

-مصطفى مصباح شليبيك، الضرر المعنوي والتعويض عنه في المسؤولية التقصيرية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997-1998، ص: 34

الفراق وترتب عن ذلك ما يمكن أن يحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا وهو بمثابة انعدامه⁷⁴⁴.

كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة صادر بتاريخ 2021/4/13: "... بمقتضى المادة 97 من مدونة الأسرة، تراعي المحكمة عند الحكم بالتطليق للشقاق، مسؤولية كل من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به لفائدة الزوج الآخر. والبين من أوراق الملف أن المطلوب لم يكن يرغب في التطليق وظل متشبثا بالطاعة وباستمرار العلاقة الزوجية بينهما، وأنها هي التي رغبت في الفراق وظلت متمسكة به، بل ورفضت بشدة جلسة الصلح. والمحكمة لما اعتبرت الطالبة مسؤولة عن إنهاء العلاقة الزوجية وقضت عليها بأدائها للمطلوب تعويضا حددته في إطار سلطتها التقديرية في مبلغ 50000 درهم، معللة ما انتهت إليه بأن الطاعة تقدمت بطلب التطليق بعد مرور مدة قصيرة على زواجها بالمطلوب، وبأنها لم تقم أي سبب على طلب التطليق، وبأن المطلوب كانت له الرغبة في الالتحاق بالطالبة بالديار.. حيث تقيم لتكوين الأسره هناك، فإنها أسست لقضائها، وعللت قرارها تعليلا كافيا"⁷⁴⁵.

ولقد جرى العمل القضائي في العديد من المحاكم على تحميل مسؤولية الفراق للزوجة واعتبار تشبثها بطلب التطليق قرينة على ثبوت مسؤوليتها، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا أنه: "في حالة الحكم بالتطليق للشقاق فإن المحكمة تراعي مسؤولية كلا من الزوجين عن سبب الفراق في تقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، والثابت أن الزوج تشبث بزوجه ورفع ضدها دعوى الرجوع إلى بيت الزوجية، وأنها هي التي أصرت على التطليق للشقاق، والمحكمة لما قضت بأدائها لفائدة الزوج تعويضا عما لحقه من ضرر وحددته في إطار سلطتها التقديرية، معتمدة في ذلك على مسؤوليتها الكاملة في التطليق للشقاق، وما تكبده الزوج من مصاريف لإقامة حفل الزواج وتجهيز العروس والضرر المعنوي الذي

⁷⁴⁴ قرار عدد 315 الصادر بتاريخ 2013/04/24 في الملف الشرعي عدد 2010/1/472 ، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 76 ، ص: 76.

⁷⁴⁵ قرار عدد 201 ، صادر بتاريخ 2021/4/13، في الملف الشرعي عدد 2020/1/2/231، منشور بالموقع الرسمي للمنصة الرقمية محكمة النقض: www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/5/122)

أصابه تكون قد بنت سلطتها على الوثائق المدرجة بالملف، وعلى البحث الذي أجرته في القضية⁷⁴⁶.

كما ذهبت استئنافية وجدة إلى اعتبار إصرار الزوجة على المطالبة بالتطليق رغم تمسك الزوج بالصلح يجعل هذا الأخير محقا في طلب التعويض لقيام مسؤولية الزوجة⁷⁴⁷.

والرأي فيما نعتقد، أن استناد المحكمة في منح الحق في التعويض للزوج لكون هذا الأخير ظل متشبثا بالعلاقة الزوجية في حين أصرت الزوجة على التطليق يعتبر تبريرا غير ذي أساس، إذ أن تصرف الزوج قد يكون هو الدافع للزوجة إلى طلب التطليق، حيث ثبت من الناحية العملية أن بعض الأزواج وإن كانت لهم رغبة في الطلاق فإنهم لا يلجؤون إلى المحكمة بقصد الحصول على الإذن بالإشهاد على الطلاق وذلك للتمكن من الحصول على تعويض أو التخفيض من مستحقات مفارقتها خاصة المتعة، فيعمدون إلى الضغط على زوجاتهم من أجل أن تكون المبادرة منها في طلب التطليق للشقاق، ويتقدمون بطلبات مضادة للحصول على تعويض كون أن الزوجة يستعصي عليها غالبا إثبات كون طلب التطليق يعود للزوج.

لذلك فإن تحديد مسؤولية الزوجة في التطليق لا ينبغي أن يستشف فقط من إصرارها على التطليق وتمسك الزوج بها، إذ أن المشرع عندما نص في المادة 97 منمدونة الأسرة على ضرورة مراعاة مسؤولية كلا من الزوجين عن سبب الفراق لتقدير ما يمكن أن تحكم به على المسؤول لفائدة الزوج الآخر، إنما كان يقصد مراعاة الأسباب التي أدت بأحد الزوجين إلى تقديم الطلب فيما إذا كانت جدية أم لا، فالمحكمة ملزمة ببذل مجهودها للتعرف على المتسبب الحقيقي في الشقاق والمسؤول عنه، ولا يكفي أن تأخذ بظاهر الأمور فقط.

⁷⁴⁶ قرار عدد 427، بتاريخ 2008/09/10، في الملف المدني عدد 2008/1/2/61، منشور بمجلة القضاء المدني، العدد 3،

ص: 176

⁷⁴⁷ قرار محكمة الاستئناف بوجدة، رقم 794، بتاريخ 2007/72/12، في الملف رقم 07/197، (غير منشور).

• إثبات الضرر المبرر للتعويض في التطلاق للضرر:

إن إثبات الضرر يكون ضروريا للاستجابة لطلب الزوجة المتعلق بالتطلاق للضرر، كما أن إثباته يكون ذو أهمية بالغة فيما يخص إمكانية الحصول على تعويض تقدره المحكمة لفائدة أحد الزوجين في بعض الحالات. فبخلاف مسطرة التطلاق للشقاق، فإن الزوجة في التطلاق للضرر ملزمة بإثبات الضرر الذي تدعيه لاستحقاق التعويض، وفي حالة عجزها عن ذلك فإن المحكمة ترفض طلبها الرامي إلى التطلاق، وبالتالي ترفض طلب التعويض .

عمليا تطرح إشكالية إثبات الضرر أمام القضاء كأحد المعوقات الأساسية في الحصول على التطلاق، بل كانت تشكل أحيانا تعجيزا للمتضررة التي كانت مطالبة بنوعية محددة من وسائل الإثبات خاصة وأن مكان الضرر يكون داخل بيت الزوجية، وهو فضاء مغلق يصعب اطلاع الغير على ما يجري فيه، فضلا عن استنكاف الشهود عن أداء الشهادة فيما يتعلق بعلاقة الزوجين بصفة خاصة⁷⁴⁸. وفي هذا الصدد جاء في حكم قضائي: "... وحيث إن المدعية لم تثبت الأضرار اللاحقة بها والتي تطالب من أجلها بالتعويض وما إذا كانت هذه الأضرار مادية أو معنوية حتى تتمكن المحكمة من تقدير التعويض المناسب لجبر هذه الأضرار مما يكون معه طلبها سابقا لأوانه ويتعين رفضه."⁷⁴⁹

فعمومية مفهوم الضرر من الناحية الفقهية والقانونية يخلق صعوبة من حيث إثباته، والحال أن مرونة مفهوم الضرر تستلزم وسائل إثبات تلائم هذه المرونة وتخول للقاضي التقدير الصحيح للوقائع التي تثار أمامه.

وباستقراء موقف الفقهاء في هذا المجال يتبين أن الإضرار من الزوج لزوجته يثبت بأحد أمرين: بشهادة عدلان فأكثر يشهدان بالقطع لمجاورتهم أو قرابتهم من الزوجين أو نحو

⁷⁴⁸ نبيل البكري، فقه النوازل والإجتهاد القضائي في قضايا الأسرة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2015 - 2016 م، ص: 426 - 427.

⁷⁴⁹ حكم المحكمة الابتدائية بركان عدد 04/1091 في الملف عدد 04/ 458 بتاريخ 2004/10/14. أورده: ادريس الفاخوري، العمل القضائي الأسري " الزواج - انحلال ميثاق الزوجية "، الجزء 1، دار الأفاق المغربية - الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2009 ص: 113.

ذلك، وإما بالسماع الفاشي المستفيض على السنة الجيران من النساء والخدم وغيرهما بأن فلانا يضر بزوجته بضرب أو شتم في غير حق أو تجويع أو عدم كلام أو نحو ذلك مما يقضي العرف أنه ضرر⁷⁵⁰، لقول ابن عاصم الغرناطي :

ويثبت الإضرار بالشهود أو بسماع شاع في الوجود⁷⁵¹.

وهكذا فالشهادة إما أن تكون قطعية وإما أن تكون شهادة سماع⁷⁵²، وتعتبر الشهادة القطعية من أقوى وسائل الإثبات لكون الشهود فيها يستندون في علمهم على المعاينة والمجاورة والإطلاع على الأحوال، وهي المعهودة في الشريعة لترتيب الأحكام عليها، ويشترط لإثبات الضرر بها أن يشهد فيها عدلان فأكثر لا رجل واحد وامرأتان ولا أحدهما مع اليمين.

وهو ما سار عليه العمل القضائي حيث اتخذ من الشهادة وسيلة أساسية في إثبات الضرر المدعى به من طرف الزوجة، ذلك أن معظم الأحكام القضائية المتعلقة بالتطليق للضرر كانت تعتمد على شهادة الليف والسماع الفاشي معتمدة على ماجاء به الفقه المالكي، فقد جاء في قرار لاستئنافي البيضاء مايلي: "... إن إضرار الزوج بزوجته يثبت بأحد أمرين، إما بشهادة عدلين فأكثر أو بالسماع الفاشي المستفيض"⁷⁵³.

⁷⁵⁰ جاء في التبصرة : " وأما الشهادة بالسماع على الضرر، فإن شهد به بالسماع الفاشي من قول النساء وغيرهن من الرجال جاز، وكذلك إن شهد لها شاهد واحد بمعرفة الضرر، وشهد لها به بالسماع مع الشهادة بعد ذلك إذا لم يكن عند الزوج فيه مدفع ولا يمين عليها . قال ابن القاسم : سألت مالكا عن شهادة السماع في ذلك ، فقال: لا أرى ذلك يخفى على جيرانهما ، فإذا كان إضراره بها مشهورا معروفا حتى تواطأ سماعهم على ظلمه لها في إساءة عشرتها في غير ذنب منها تستوجب به مثل ذلك ، وشهد على ذلك النساء العدول ، أو غيرهن من الرجال على سماعهم من النساء طلقها عليه السلطان".
-أنظر: برهان الدين بن فرحون البعمري المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، الجزر الأول، دار عالم الكتب- الرياض، طبعة خاصة 2003م، ص: 300

⁷⁵¹ أبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، م.س، ص: 370
⁷⁵² ولقد أشير في هذا الصدد إلى تنبيهان: "الأول: لا بد أن يضمن الشهود في الوجهين أنهم لا يعلمون أن المضر منهما رجع عن الإضرار بصاحبه وأقلع عنه وإلا لم تعمل كما في المعيار وغيره فإن ادعى الزوج أنها مكنته من نفسها بعد قيامها بالضرر وصدفته سقط حقها كانت جاهلة أو عالمة فإن ادعت الجهل لم يعذر قاله في المتيطية. الثاني: لا يشترط في شهادة السماع أن ينصوا في وثيقته عن الثقات على المشهور قاله ابن رحال بخلاف غير الضرر فلا بد منه."

-أنظر: التسولي، ج1، م.س، ص: 564

⁷⁵³ قرار عدد 756، في الملف الشرعي عدد 89/21035، بتاريخ 1990/06/20، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 64-65، ص: 180 وما يليها ..

وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا في إحدى قراراته: " تكون المحكمة قد صادفت الصواب لما استخلصت من الليف المستفسر وجود الضرر المبرر للتطبيق الحاصل للزوجة"⁷⁵⁴.

إلا أن ما يعاب على هذه الشهادة أنها كانت تؤدي أمام العدلين وهو ما يخالف ما قرره الفقه الإسلامي من أن الشاهد يؤدي شهادته أمام القاضي الذي له كامل السلطة في قبولها أو رفضها إذا لم يطمئن ضميره إليه (الشاهد)⁷⁵⁵، كما أن القضاء درج على اشتراط أن يكون الضرر اللاحق بالزوجة من غير ذنب جنته. فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا⁷⁵⁶: " يجب أن يشهد الشهود بأن إساءة الزوج لزوجته تكون من غير ذنب جنته فقد نص الزرقاني كأن يشهدوا بالسماع الفاشي أن فلانا يضر بزوجته بالإساءة إليها من غير ذنب جنته ". وجاء أيضا في حكم عن ابتدائية البيضاء⁷⁵⁷: "أن إثبات الضرر بموجب لم يبين ما إذا كان هذا الضرر بذنب جنته الزوجة". وهو ما كان يعتبر من أهم المعوقات التي كانت تقف في وجه المرأة وتمنعها من ممارسة حقها في طلب التطبيق للضرر، فغالبا ما تتعرض الزوجة للضرر من طرف زوجها دون أن تتمكن من إثباته لعدم وجود شهود يمكنهم معاينة هذا الضرر داخل بيت الزوجية، و أحيانا يكون الأذى نفسيا صرفا وهنا يكون الإثبات أكثر صعوبة.

إلا أنه بصور مدونة الأسرة أصبح من حق الزوجة الركون إلى أي وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية والقانونية لإثبات الضرر الذي تدعيه، وهو ما نستشفه من منطوق المادة 100 من هذه المدونة والتي جاء فيها: " تثبت وقائع الضرر بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود، الذين تستمع إليهم المحكمة في غرفة المشورة... " .

⁷⁵⁴ قرار عدد 178 ، بتاريخ 2002/03/06 ، في الملف العقاري عدد 01/503 ، أورده نبيل البكري، م.س، ص : 430.
⁷⁵⁵ أحمد الخليلي ، التعليق على قانون الحوال الشخصية ، الزواج والطلاق ، ج 1 ، مطبعة دار النشر والمعرفة، الطبعة الثالثة 1994 م، ص: 401.

⁷⁵⁶ قرار عدد 2543 ، صادر بتاريخ 1994/3/20 ، أورده هشام العلامي، م.س، ص: 62
⁷⁵⁷ حكم عدد 795 ، في الملف عدد 98/364 ، بتاريخ 1999/04/21 ، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 82 ، ص: 223.

والملاحظ هنا أن المشرع لم ينص على شرط إثبات الزوجة عدم وجود سبب للضرر الذي ألحقه بها زوجها لما في ذلك من إرهاب للزوجة، كما أنه وسع من وسائل الإثبات حيث أقر حرية الزوجة المتضررة من أفعال وسلوكات زوجها في إثبات الضرر بشتى الوسائل الموضوعية الواردة في صلب قانون الإلتزامات والعقود كشهادة الشهود والقرائن والإقرار واليمين، هذا فضلا عن إمكانية اعتماد كافة وسائل التحقيق التي تراها المحكمة مفيدة كإجراء البحث والمعاينة والخبرة، وللمحكمة السلطة التقديرية في تقييم الحجج والأدلة المعروضة عليها .

وهذا التوجه الجديد هو ما عكسه العمل القضائي الأسري، حينما اعتمد على محاضر الشرطة القضائية الموثوق بمضمونها⁷⁵⁸ والمقررات القضائية القاضية بالإدانة في إثبات الضرر اللاحق بالزوجة، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة الصادر بتاريخ 2020/11/16⁷⁵⁹: "... وحيث أن الثابت من أوراق الملف أن المستأنف سبق له أن حكم أمام القضاء الإسباني من أجل جريمة التهديد للمستأنف عليها داخل الوسط الأسري، كما سبق أن تمت مؤاخذته من أجل الاتجار في المخدرات لمدة 4 سنوات.

وحيث إن وقائع الضرر ثابتة بموجب إفادات صادرة عن السلطات الإسبانية، فإنها تكون بذلك مستحقة للتعويض، ذلك أن تواجد المدعى عليه بالسجن من أجل الاتجار بالمخدرات يشكل ضررا للمدعية تستحق عليه بعد التطليق الحق في التعويض".

إضافة إلى وسائل أخرى حديثة والتي يمكن لإحدى الطرفين الإستعانة بها لإثبات الضرر الحاصل له من بينها الصور الفوتوغرافية، حيث جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور⁷⁶⁰: "... حيث تقدمت المدعية بطلب ترمي من خلاله الحكم بتطليقها من زوجها المدعى عليه طلاقه بئنه للضرر، حيث تبين للمحكمة بعد رجوعها إلى مستندات الملف ووثائقه

⁷⁵⁸ جاء في المادة 290 من قانون المسطرة الجنائية: " المحاضر والتقارير التي يحررها ضباط الشرطة القضائية في شأن التثبت من الجرح والمخالفات ، يوثق بمضمونها إلى أن يثبت العكس بأي وسيلة من وسائل الإثبات " .

⁷⁵⁹ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة، عدد 405، بتاريخ 2020/11/16، ملف رقم 60-1620/20 (غير منشور).

⁷⁶⁰ حكم عدد 2007/31 صادر بتاريخ 2007/03/22 مدرج في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م. س. ص:

ولما راج أمامها من مناقشات... أن الزوج المدعى عليه اعتدى على زوجته المدعية بالضرب، وأن الآثار البادية عليها في الصور الفوتوغرافية هو من تسبب بها... حيث إنه تطبيقاً للمادة 99 من مدونة الأسرة فإنه يعتبر ضرراً مبرراً لطلب التطليق.... حيث يكون طلب التطليق للضرر تبعاً لذلك مؤسساً قانوناً ومبرراً من الناحية الواقعية، مما يتعين الإستجابة له، والحكم تبعاً لذلك بتطليق المدعية من عصمة زوجها المدعى عليه طليقة واحدة بائنة تملك بها أمر نفسها...". إلا أن هذه الوسيلة يجب التعامل معها بحذر لأنه يمكن فبركة الصور وإدخال أشياء عليها هي في الواقع غير موجودة.

هذا فضلاً عن الوسائل الأخرى التي درج القضاء المغربي على الأخذ بها في كثير من أحكامه وقراراته ومنها شهادة الشهود، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقاً⁷⁶¹: "لكن حيث إن تقدير الأدلة من شأن السلطة التقديرية للمحكمة ولا رقابة عليها إلا فيما استخلصت منها وهي لما ناقشت موجب إثبات الضرر الذي أفاده شهود عن طريق السماع على السنة أهل العدول وغيرهم أن الطالب يسيء إلى زوجته وقضت بالتطليق لهذا السبب تكون قد بنت في حدود الطلب، وقدرت الموجب المذكور تقديراً سائغاً مادام أن الضرر يمكن إثباته بشهادة السماع كما هو مقرر فقها".

وهكذا فإن وسائل الإثبات المستند إليها في ظل مدونة الأسرة صارت متعددة ومتنوعة وتتمتع فيها الزوجة بهامش من الحرية في اختيار الأنسب لها، كما أن المحكمة أصبح لها دور فعال في إثبات الضرر إذ أن الزوجة تكفي بمجرد إثبات الوقائع أما تكييفها وتقدير التعويض المناسب لها فقد صار من اختصاص المحكمة التي لها الحرية الكاملة في تقدير مدى جدية ادعاء الزوجة وكذا تقدير التعويض المناسب.

⁷⁶¹قرار عدد 2004/1/2/317، بتاريخ 2006/4/5، مشار إليه في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س،ص:

وتجدر الإشارة إلى أنه عند تقدير التعويض⁷⁶²، فالمحكمة ليست ملزمة بأن تقدر مبلغ التعويض عن كل عنصر من عناصر الضرر بشكل منفصل، وإنما يجوز لها أن تقدر تعويضا عاما يشمل جميع عناصر الضرر دون تحديد، لكن تجب الإشارة إلى التمييز بين تحديد عناصر الضرر (المادي والمعنوي)، وبين التقدير المالي لكل من هذه العناصر بعد إثباته، فإذا كانت المحكمة تتمتع بسلطة مطلقة في تقدير التعويض لأي عنصر من عناصر الضرر فإنها لا تتمتع

⁷⁶² إن المقنن المغربي لم يبين المعايير أو المحددات التي يتعين على القاضي أن يستعين بها أثناء تقدير التعويض، الأمر الذي جعل هذه التعويضات متباينة من حكم لآخر، فهناك من يعتقد عند تقدير التعويض بجسامة الخطأ من خلال التأكيد على وجود مسؤولية كاملة ومطلقة للمسؤول عن الضرر في إنهاء العلاقة الزوجية، ومن تطبيقات هذا التوجه القضائي نجد قرار لمحكمة النقض جاء فيه أنه : " إذا كان تقدير التعويض عن الفراق بنسبة خطأ كل طرف في الفراق ما لم يكن خطأ أحدهما مستغرقا بخطأ الآخر، فإن إصرار الزوجة على الإقامة بالخارج والحال أن زوجها بالمغرب يجعل المعاشرة الزوجية مستحيلة ويساهم في الشقاق ويرتب مسؤوليتها عن إنهاء العلاقة الزوجية والتعويض طبقا للمادة 97 من مدونة الأسرة. " (قرار بتاريخ 2015/05/12 في الملف الشرعي عدد 387 /2014/1/2 منشور بنشرة قرارات محكمة النقض ، غرفة الأحوال الشخصية - عدد 22 سنة 2015 ص : 46 وما يليها .)

وفي المقابل هناك عدة أحكام وقرارات قامت بتقدير التعويض على أساس الضرر ومنها القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة والذي جاء فيه ".....أن محكمة الدرجة الأولى لما اعتبرت الزوج متضررا من ذلك الفراق وقضت له بتعويض تكون قد طبقت مقتضيات الفصل 97 من مدونة الأسرة تطبيقا سليما ، إلا أن التعويض الذي حددته المحكمة اتسم بنوع من الغلو الأمر الذي يتعين التخفيض منه إلى القدر المناسب ومدى الضرر الحاصل للزوج ". (قرار عدد 329 /2007 بتاريخ 2007/04/19 ملف شرعي رقم 425 -07/06 منشور بكتاب ادريس الفاخوري ، العمل القضائي الأسري ، ج 2 ، التطبيق للشقاق ، مطبعة الأمانة بالرباط ، ط 1 - 2009 ، ص : 18 وما يليها .)

وتجدر الإشارة إلى أن أقسام قضاء الأسرة بالمملكة تأخذ بعين الاعتبار خطأ المضرور أثناء تقدير التعويض، أي مدى مساهمة هذا الأخير في إنهاء الرابطة الزوجية وهو ما يؤدي إلى التخفيض من مبلغ التعويض المستحق أو حرمان المضرور من التعويض وذلك حسب درجة جسامة خطأ الضحية، ومن تطبيقات القضاء الأسري بخصوص هذه النقطة ، الحكم الصادر عن ابتدائية الناظور حيث قضى بتعويض لفائدة الزوجة طالبة التطلق للشقاق، كما حكم أيضا بتعويض لفائدة الزوج ، وقد راعى في الطلبين معا جسامة خطأ المضرور والذي كان له تأثير على قدر التعويض المحكوم به . (حكم ابتدائية الناظور بتاريخ 2006/04/19 في الملف الشرعي عدد 05/806 ، منشور بكتاب العمل القضائي الأسري ، الجزء 2 ، م.س ، ص : 269 ما يليها)

وقد جرى العمل في بعض المحاكم على أن تقدير التعويض المخول للزوج يكون بناء على مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة المتعلقة بالمتعة، فقد جاء في حكم لابتدائية البيضاء ما يلي : " ...الفعل المرتكب من طرف المدعى عليها يشكل إخلالا ببنود عقد الزواج الذي غايته الإحصان والعفاف ، وقد ألحق ضررا ماديا ومعنويا بالمدعي مما تكون معه مسؤولية الزوجة كاملة في النزاع الحاصل بين الطرفين يستوجب جبره، وذلك بتعويض الزوج عن الضرر اللاحق به مع مراعاة فترة الزواج التي دامت 28 سنة وكذا سبب الطلاق، وحيث إن المحكمة وبما لها من سلطة تقديرية واستنادا إلى العناصر المذكورة أعلاه، فقدت أرأت تحديد التعويض في مبلغ 100,000 درهم ". (حكم بتاريخ 2005/02/21 في الملف عدد 1024 /2004 منشور بكتاب العمل القضائي ، ج 2 ، م.س ، ص : 126 وما يليها .)

كما جاء في حكم لابتدائية بركان : " ... وحيث إنه بالإطلاع على وثائق الملف ومستنداته ولأقوال الطرفين في جلسات الصلح تبين أن الزوجة هي المتمسكة بإنهاء العلاقة الزوجية، وحيث إن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية وبعد مراعاتها لمستوى الأسعار والعادات والأعراف في الوسط الذي يعيشون فيه أرأت تحديد مبلغ التعويض في 5000 درهم ". (حكم بتاريخ 2011/12/12 ملف رقم 11/925 منشور في كتاب قضايا الأسرة ، ج 1 ، ص : 275 وما يليها .)

بنفس السلطة بالنسبة لعناصر الضرر فلا تملك المحكمة رفض التعويض عن أحد هذه العناصر مادام أنه لا ينازع في إثباته⁷⁶³.

ثانيا: المنازعة في مقدار المتعة:

من المعلوم أن المشرع المغربي أشار للمتعة بشكل صريح في المادة 84 من مدونة الأسرة في معرض بيانه لمشتملات مستحقات الزوجة⁷⁶⁴، غير أنه لم يحدد تعريفا لها⁷⁶⁵، وإنما أورد ضوابط تقديرها.

وتجدر الإشارة إلى أن من بين الإشكالات القانونية التي أثارت اختلاف الفقه والقضاء بخصوص المتعة هو الحد الفاصل بينها وبين التعويض عن الضرر، هل المتعة تستغرق التعويض عن الضرر وتشمله، أم يجب أن تحدد استقلالا عن التعويض عن الضرر؟

يتنازع هذا الموضوع اتجاهان فقهيان وقضائيان، أولهما يرى أن المتعة والتعويض سيان ومترادفان كونهما يفيدان معنى واحداً، فكلاهما يراد به تعويض الزوجة وجبر خاطرهما، فكانت المتعة والحالة ما ذكر تستغرق التعويض، وغني عن البيان أنه لا يسوغ التعويض عن ذات الضرر مرتين. ثم إن أهم محددات وعناصر المتعة، وهي وجوب مراعاة الطرف المتعسف في إيقاع التطليق تراعى أيضاً عند تحديد التعويض، الأمر الذي يفضي إلى الحكم به مرتين الأولى عند المتعة والثانية عند التعويض، مما يستلزم بداهة التصريح برفض طلب

⁷⁶³ عبد القادر قرموش، الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي، م.س، ص: 186.

⁷⁶⁴ جاء في المادة 84 من مدونة الأسرة: " تشمل مستحقات الزوجة: الصداق المؤخر إن وجد، ونفقة العدة، والمتعة التي يراعى في تقديرها فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعه...".
⁷⁶⁵ جاء في الموطأ أن " المتعة يراد بها ما يعطيه الرجل للمرأة المطلقة زيادة على صداقها لجبر خاطرهما".

- الإمام مالك، الموطأ، تعليق وتحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، الطبعة الثانية، دون ذكر تاريخ الطبع، الهامش 588 من الصفحة 199.

فالمتعة حق من حقوق المطلقة يجد سنده الشرعي في القرآن الكريم، حيث ذكر في الكثير من الآيات منها قوله تعالى: "لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة، ومتعهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين" (سورة البقرة الآية 236)، وقوله تعالى: " وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين" (سورة البقرة الآية 241).

التعويض⁷⁶⁶. وبناء على ذلك، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة: "إن المحكمة مصدرة الحكم لما قدرت واجب المتعة أعلاه التي شرعت أصلاً لجبر الضرر اللاحق بالمطلقة من جراء التطلاق مراعية أسباب التطلاق ومدة العلاقة الزوجية ومدى التعسف في توقيع الطلاق، فإنه لا يمكن الحكم بتعويض عن الضرر مرتين، وهو الاتجاه الذي أقرته محكمة النقض في قرار عدد 538 بتاريخ 2014/7/8 في الملف عدد 2014/2/1/179 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2014، ويكون بذلك الحكم الابتدائي الذي نحى إلى تعويض المستأنف عليها بناء على نفس المبررات المعتمدة في تحديد واجب المتعة قد جانب الصواب ويتعين إلغاؤه⁷⁶⁷.

بينما يرى اتجاه فقهي⁷⁶⁸ وقضائي⁷⁶⁹ ثان، أن واجب المتعة مختلف كلياً عن التعويض، بدليل أن المشرع ميز بين المتعة والتعويض عن الضرر وجعل كل واحد منهما مستحقاً على حدة، فالمتعة تكون بقوة القانون وبغير طلب⁷⁷⁰، أما التعويض فلا يكون إلا حال الطلب مع وجوب إثبات الطالب لمزاعمه بوقوع ضرر عليه جراء طلب الفراق المقدم دون وجه حق.

و تقدير واجب المتعة يتم بناء على مجموعة من المعايير المنصوص عليها في المادة 84 من مدونة الأسرة وهي فترة الزواج والوضعية المالية للزوج، وأسباب الطلاق، ومدى تعسف الزوج في توقيعها. وهذا التقدير قد لا يخلو من نزاع بين الزوجين، فالمطلقة قد تدعي هزلة وضعف القدر المستحق لها من المتعة فتطالب بالزيادة والرفع من قيمتها عن طريق القضاء، وفي نفس الوقت يدعي الطرف الآخر عجزه عن تلك الزيادة فيلجأ للقضاء من أجل المطالبة

⁷⁶⁶ عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية، م.س، ص: 421
⁷⁶⁷ قرار محكمة الاستئناف بطنجة، رقم 442، صادر بتاريخ 2020/11/30، ملف رقم 2020/1620/395 (غير منشور).
⁷⁶⁸ محمد الكشور وبنوس الزهري وحسن فتوخ، التطلاق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006م، ص: 167 وما بعدها.

⁷⁶⁹ جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش: "المتعة تستحقها الزوجة كتعويض عن التطلاق وتقدر على أساس دخل الزوج ومدة الزواج ومدى تعسفه في إيقاع الطلاق، أما بخصوص طلب التعويض، فإن المحكمة وبعد اطلاعها على وثائق الملف، وما صرح به الشاهد أخ المدعى عليه، تبين لها أن الزوج مسؤول عن طلب التطلاق، ويكون طلبها مؤقتاً مؤسساً قانوناً".

-حكم مؤرخ في 2005/10/12، ملف عدد 05/1586 غير منشور، أشار إليه: عادل حاميدي، م.س، ص: 421
⁷⁷⁰ حسبما نتيجته مقتضيات المادة 84 من مدونة الأسرة بالنسبة للطلاق والمادة 97 منها بالنسبة للتطلاق. ما لم تتنازل عنها الزوجة صراحة.

للتقليل منها وعدم اتفاقها مع مؤهلاته المادية . وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالناظور: "... وحيث إنه وبمراجعة وثائق الملف ومستنداته يتبين لهذه المحكمة أن المبلغ المحكوم به برسم واجب المتعة غير مناسب بالنظر لطول فترة الزواج (16 سنة) ودخل الزوج ، مما ارتأت معه المحكمة مراعاة لعناصر التقدير المنصوص عليها قانونا تعديل الحكم المستأنف بالرفع من مبلغ المتعة من 35000 درهم إلى 50000 درهم..."⁷⁷¹.

و إذا كان طول فترة الزواج قرينة على تعسف الزوج في الطلاق ويمكن أن يرفع من مقدار المتعة، فإن القضاء اعتبر في أحكام عديدة أن قصر مدة الزواج دلالة على كون الطلاق تعسفيا، فالزوجة التي دخلت في علاقة زوجية منذ أشهر وفوجئت بالطلاق أو التطلق لا شك أنها تضررت ضررا كبيرا ولو أن العلاقة الزوجية كانت قصيرة. وهو ما سار عليه حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالناظور والذي جاء فيه: "... ولقد حددت متعة الزوجة في مبلغ 60.000 درهم وروعي في تقديرها فترة الزواج التي لم تدم إلا سنة واحدة و مدى تعسف الزوج في إيقاع الطلاق لعدم ذكر أسباب جدية لذلك ودخله باعتباره عاملا بمليئية"⁷⁷².

و خلافا لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي كانت تراعي في تقدير المتعة يسر الزوج وحال الزوجة⁷⁷³، فإن مدونة الأسرة الحالية تراعي حال الزوج وحده في تقدير المتعة، وتبعا لذلك كلما كان الزوج ميسورا كلما كان احتمال الزيادة في المتعة قائما، وهو ما طبقت المحاكم في العديد من الأحكام والقرارات. فقد جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: " إذا كان تقدير مستحقات الزوجة من سلطة محكمة الموضوع، فإنه يتعين عليها أن تبرز في قرارها العناصر المنصوص عليها في المادة 84 من مدونة الأسرة، فاعتماد المحكمة على الأنشطة المهنية للزوج وقيامه بتنشيط عدة ملتقيات ثقافية للقول بالرفع من المتعة دون بيان المداخل حتى يمكن

⁷⁷¹ قرار محكمة الاستئناف بالناظور، صادر بتاريخ 2014/03/10 ، في الملف عدد 2013/1622/457 (غير منشور).

⁷⁷² حكم رقم 04/80 بتاريخ 2004/11/23 في ملف عدد 529/04 (غير منشور).

⁷⁷³ حيث كان ينص الفصل 52 مكرر من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه: "يلزم كل مطلق بتمتع مطلقته إذا كان الطلاق من جانبه بقدر يسره وحالها".

اعتبارها جزءا من وضعيته المالية، ولو عن طريق إجراء خبرة أو بحث يجعل قرارها خارقا للقانون".⁷⁷⁴

ولهذا يكون من مصلحة الزوجة تقديم الوثائق المثبتة لدرجة يسر الزوج، ومظاهر معيشتها أثناء الحياة الزوجية، لتمكين المحكمة بكافة العناصر الكفيلة بتقييم كل الأضرار التي يمكن أن تصيبها من جراء الطلاق خاصة وأن المشرع قد نص صراحة في المادة 80 من مدونة الأسرة على إرفاق طلب الإذن بالطلاق بالحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية.

وفي حالة ما إذا نازعت الزوجة في الوثائق والحجج التي يدلي بها الزوج لإثبات دخله، مدعية بأن ما تتضمنه تلك الوثائق كدخل له أقل بكثير من دخله الحقيقي، فإنه يمكنها إثبات ما يخالف ذلك بجميع وسائل الإثبات التي تكشف عن الوضعية المادية الحقيقية له .

وتراعي المحكمة أيضا عند تقديرها للمتعة أسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في إيقاعه، وما إذا كانت هذه الأسباب منسوبة للزوج أو الزوجة أو مشتركة بين الطرفين ، وبالتالي على المدعى عليه إثبات عدم التعسف وإثبات مشروعية الأسباب والبواعث التي دفعته إلى طلب الطلاق أو التخليق. وفي هذا الصدد جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة: "... وحيث يراعى في تقدير المتعة فترة الزواج والوضعية المالية للزوج وأسباب الطلاق ومدى تعسف الزوج في إيقاعه، وحيث يتحمل الزوج الجزء الأوفر من مسؤولية فشل الحياة الزوجية بينه وبين زوجته... وحيث أن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية حددت واجب المتعة في مبلغ 150.000 درهم"⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ قرار عدد 236 الصادر بتاريخ 2014/03/25 الملف الشرعي عدد 2003/121/143، أشار إليه: صلاح الدين ضوضوش، بعض الإشكالات العملية لمدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي، مجلة المحامي، العدد 72، يناير 2019، ص: 43

⁷⁷⁵ حكم المحكمة الابتدائية بوجدة، بتاريخ 2007/04/28، رقم 06/1278، أشار إليه: موحى اسديدي عمر، م.س، ص: 73.

المبحث الثاني : إثبات الإلتزامات المالية ذات الطابع الإتفاقي (إثبات

المساهمة في الأموال المكتسبة أثناء الزواج

نموذجاً):

إن ما حصل من تطور على مستوى شتى مناحي الحياة كان له أثر على الأسرة كذلك، ومن ثم لم تعد هذه الأخيرة تعيش وفق ذلك النمط التقليدي الذي يتحمل حسبه الزوج كل المسؤوليات، خاصة ما يتعلق بالجانب المالي منها، فقد بات خروج المرأة إلى العمل أمراً عادياً ومقبولاً لدى الكثيرين، ونتيجة لذلك، ومن الناحية الواقعية، فإنها أصبحت غالباً ما تساهم في تحمل العديد من النفقات إلى جانب الزوج، وبالتالي، قد يكون لها دور في تكوين أموال الأسرة⁷⁷⁶. غير أن ما يحدث في الواقع المعاش، أن الزوجين غالباً ما يتفقان على كيفية إدارة شؤون الحياة العائلية ويشتركان في اتخاذ القرارات المتعلقة بالأموال الخاصة بكل واحد منهما، فهما في غمرة تحابهما ورفاهها يسعيان إلى التعاون على ما يريان أن مصلحتهما تقتضيه، كما أن الزوجة انطلاقاً من الثقة المفترضة بين الزوجين غالباً ما تمكن زوجها من أموالها الخاصة أو جزء منها خاصة عندما ينوي شراء تجهيزات أو أملاك معينة دون أي سند أو وثيقة تثبت حقوقها.⁷⁷⁷

⁷⁷⁶ لمساهمة الزوجة تجليات متعددة ، فقد تكون مساهمة مالية ، سواء عبر التبرع النقدي المباشر، أو عبر الإسهام في مصاريف البيت واقتناء المنقولات والعقارات حال توفرها على مهنة خاصة أو وظيفة عامة أو ريع دوري، وقد تكون المساهمة بدنية بكدها وعملها البدني ، كما في أغلب البوادي المغربية، حرثاً وحصاداً ونسجاً وحكاية وتربية للماشية وإشرافاً مباشراً أو غير مباشر على مختلف العمليات الفلاحية. وقد تتحقق المساهمة بمراقبة أعمال البناء واستخلاص واجبات الكراء من المكترين وتمكين الأجراء من أجرتهم والإشراف على عملهم ، وبكل مساعدة تقدمها الزوجة لزوجها في أعماله التجارية وغير التجارية. وقد تكون المرأة من ذوات الحجاب لكن لها إسهام معنوي بالغ في زيادة وتعاضم الأموال المكتسبة خلال الزواج ، بتربية الأبناء ورعاية الزوج وإشاعة المودة والرحمة، لينتقل الزوج بمجابهة إكراهات الحياة المختلفة بطمأنينة وثقة.

-أنظر: عادل حاميدي، الدليل الفقهي والقضائي، م، ص: 223-224

⁷⁷⁷ ين مسعود لبنى، حق الزوجة في مقابل العمل المنزلي بين الفقه الإسلامي والقانون المغربي، المجلة المغربية للطفل والأسرة، مطبعة البلايل- فاس، العدد 3، سنة 2015 م ، ص: 242-243

هذه الأوضاع لا تثير إشكالا عند استمرار الحياة الزوجية، ولكن المشكل عندما يقع الطلاق أو الفراق فتخرج المرأة خالية الوفاض ولا تستفيد مما تعبت وشقت في تكوينه وتنميته خلال سنوات عديدة من عمرها⁷⁷⁸، وهذا ليس عدلا في حقها .

ولما كان الواقع كذلك، فقد كان من اللازم إيجاد إطار قانوني يهدف إلى عدم حرمان الزوجة من نصيبها فيما ساهمت في تكوينه إلى جانب الزوج خلال الحياة الزوجية. وفي هذا الصدد نصت المادة 49 من مدونة الأسرة على أنه: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن الآخر غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

يضمن هذا الاتفاق في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج.

يقوم العدلان بإشعار الطرفين عند زواجهما بالأحكام السالفة الذكر.

إذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة ".

والراغب من الزوجين من الاستفادة من مقتضيات المادة المذكورة⁷⁷⁹، وحصوله على نصيبه في الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية، ملزم بضرورة إثبات مساهمته في تلك الأموال، وهو أمر لا يخلو من احتمالين هما؛ حالة وجود اتفاق، وحالة عدم وجود الاتفاق⁷⁸⁰،

⁷⁷⁸ إن المادة 49 من مدونة الأسرة لم تحدد أجلا معيناً لإقامة دعوى اقتسام الممتلكات، وبالتالي يمكن إقامتها في فترة الزواج أو بعد انتهائه بطلاق أو وفاة .

-محمد حاتمي، تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الأسرة ورقابة محكمة النقض عليها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2016-2017م، ص: 144

وهو ما أكدته محكمة الابتدائية بالرباط عدد 1301 بتاريخ 2015/10/19، ملف عدد 15/1615/1400. (غير منشور).
⁷⁷⁹ ما يلاحظ على هذه المادة، هو أنها مجرد تقنين لأحكام سابقة سننها الفقه المالكي وكرسها القضاء من بعده، ويتعلق الأمر بحق الكد والسعاية. إذ كل ما سمحت به هو إمكانية إبرام اتفاق بين الزوجين ينصب على كيفية تدبيرهما لما سيكتسبانه من أموال خلال الحياة الزوجية وهو أمر كان من الممكن إجراؤه في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة طالما أنه لا ينافي مقتضيات النظام العام.

ولما كانت مطالبة أحد الزوجين بنصيبه في الثروة المكونة خلال الزواج تعتبر من المسائل الواقعية⁷⁸¹، فإنه يجوز إثبات هذا الحق بكل وسائل الإثبات، على أنه جرى العمل في

=لكن رغم ذلك، فلا ينبغي إغفال مسألة أساسية، وهي أنه وإن كانت تلك المادة مجرد تقنين لأحكام سابقة، خاصة حق الكد والسعاية، فإن الجديد هو أنها جاءت عامة، إذ تخاطب الزوجين معاً، كما أنها تخاطب الزوجة سواء كانت في البادية أو المدينة، وذلك على خلاف حق الكد والسعاية الذي كان يهم المرأة فقط، وكان مسألة خلافية فيما إذا كان قاصراً على البدوية أو أنه يشمل الحضرية أيضاً. أنظر في الموضوع:

- عبد اللطيف الأنصاري، مفهوم السعاية ونطاق تطبيق أحكامها في الفقه المالكي والقضاء المغربي، مجلة الملحق القضائي العدد 39، دجنبر 2005، ص: 149
- الرحماني عبد الله بن محمد الجشتمي، العمل السوسي في الميدان القضائي، ج1، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى 1984، ص: 281-282

- MOLAY R'CHID ABDERRAZAK : La femme et la loi au Maroc, collection dirigée par Fatima Mernissi, éd le Fennec, 2^{ème} éd 1993 , p : 57-58

-ونشير هنا إلى أن النظام المالي للزوجين في قوانين الدول الغربية يركز على وجود مجموعة من الأنظمة المالية، فالقانون الفرنسي مثلاً يضم أربعة أنظمة مالية مختلفة وهي:

-نظام الإشتراك القانوني le régime de la communauté légale: حيث تصبح بموجب كل الأموال المكتسبة بين الزوجين ابتداء من تاريخ الزواج إلى حين انحلاله، مشتركة بينهما ، وتشكل كتلة واحدة لا تنقسم.

- نظام الإشتراك الاتفاقي le régime de la communauté conventionnelle: وهو نظام يقوم على أساس إمكانية قيام الزوجين بإدراج مجموعة من الشروط الاتفاقية التي بموجبها يتفقان على تغيير نظام الإشتراك القانوني.

-نظام فصل الأموال le régime de la séparation des biens: وهو نظام يقوم على أساس احتفاظ كل زوج بإدارة أمواله والتصرف بها بكل حرية وباستقلال تام عن الآخر.

-نظام المساهمة في المكتسبات le régime de la participation aux acquets: وهو نظام يقوم على أساس فصل أموال الزوجين خلال الحياة الزوجية إلا أنه عند انحلال الزواج يمكن لكل زوج الحصول على نصف الأملاك التي للزوج الآخر أثناء الزواج.

وللتوسع حول مضمون هذه الأنظمة وقواعدها المختلفة في القانون المدني الفرنسي راجع:

- COLOMER ANDRE : Droit civil , régime matrimoniaux, litec, éd du juris classeur, Paris 11 ème éd . , 2002 , p : 233

- MALAURIE PILIPPE et AYNES LAURENT : Droit civil, les régime matrimoniaux, defrénois, Ed. juridiques associées- Paris, 2004, p :125

⁷⁸⁰ وهذه الحالة الأخيرة هي الغاية من الحماية المقررة بمقتضى المادة 49 ، و هي التي سنركز عليها في هذه الدراسة لأنها هي التي تطرح لنا إشكالية إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة خلال الزواج.

⁷⁸¹ إن مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة خولت مكنة رفع دعوى اقتسام الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية للزوج والزوجة معاً وليس الزوجة فقط، وهذا ما أكدته حكم لابتدائية الرباط والذي جاء فيه: " وحيث تبين للمحكمة عند تمحيصها لطلب المدعي، بأنه يرمي إلى اقتسام الأموال المكتسبة من طرف المدعى عليها أثناء قيام العلاقة الزوجية، وهو الطلب الذي يجد سنده القانوني في المادة 49 من مدونة الأسرة، مما يتعين معه رد دفع المدعى عليها المتعلق بمنح مكنة رفع دعوى اقتسام الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية للزوجة فقط".

-حكم رقم 357 بتاريخ 2016/03/7، ملف شرعي عدد 2015/1620/436. (غير منشور).

أغلب القضايا أن يكون الإثبات أساسا بشهادة الشهود⁷⁸²، أو بالقرائن، إذ نادرا ما يقر الزوج أو المفارق بمزاعم زوجته جملة وتفصيلا، فإما أن ينازع في مبدأ المساهمة أساسا أو في مقدارها.

وعليه ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: حجية اللفيف العدلي في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة خلال الزواج

المطلب الثاني: حجية القرائن في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة خلال الزواج.

المطلب الأول : حجية اللفيف العدلي في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة خلال الزواج:

إذا لم يبرم الزوجان عقد تدبير الأموال المكتسبة خلال الزواج ووقع نزاع بينهما فيرجع للقواعد العامة للإثبات⁷⁸³، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهود وما

⁷⁸² هذه الشهادة قد يتم تضمينها في شهادة لفيقية عدلية، كما قد يتم الإستماع إلى الشهود من قبل المحكمة. (أمال ناجي، المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والإتفاقات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015م، ص: 178)

⁷⁸³ إن مشروع مدونة الأسرة لم يحدد لنا في الفقرة الأخيرة من المادة 49 المقصود بالقواعد العامة للإثبات، ولا طبيعتها، ولا مصدرها، كما أن الإستعانة بالأعمال التحضيرية للمادة، لا تسعف في بيان إرادة المشرع بخصوص هذه النقطة، ولذلك فقد نتج عن تفسير هذا الغموض من الناحية الفقهية رأيان :

- **الرأي الأول** : يرى أن المقصود بالقواعد العامة للإثبات، هي القواعد المضمنة بقانون الالتزامات والعقود، وهذا في نظرنا يتعارض مع مقتضيات الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود والذي ينص على ضرورة إبرام الإتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنتهي الالتزامات أو الحقوق والتي تتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم في محرر رسمي أو عرفي، و لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

- أنظر في هذا الرأي: محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية رقم 8، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، الطبعة الأولى، دون ذكر السنة، ص: 82

- **الرأي الثاني** : يرى أن المشرع في إطار الفقرة الأخيرة من المادة 49، منح الحق لكل زوج في رفع الدعوى أمام المحكمة للمطالبة بحقه، والمحكمة ملزمة بالنظر في النزاع حتى لو كان الإثبات غير كتابي، ورغم عدم موافقته لأحكام الفصل 443 من ق.ل.ع، على اعتبار أن هذا الأخير هو نص عام، لذلك يجب أن يقع الإثبات وفقا لأحكام النص الخاص الذي هو نص المادة 49، ومن ثم يمكن للزوجين اعتماد كافة وسائل الإثبات دون التقيد بمقتضيات الفصل 443 ق.ل.ع، خاصة وأن المشرع أعفى الزوجين من الإثبات بالكتابة من خلال إدراجه لمجموعة من العناصر التي يجب على القاضي الاستعانة بها في إطار سلطته التقديرية.

- أنظر في هذا المعنى: محمد الكشيبور، شرح مدونة الأسرة، ج2، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006م، ص: 390

تحمله من أعباء. وبذلك يكون كل طرف ملزم بأن يثبت للمحكمة مدى مساهمته في تنمية الأموال المكتسبة خلال العلاقة الزوجية⁷⁸⁴، وكثيرا ما يقع التعويل على شهادة اللفيف لإثبات هذه المساهمة. فما هي إذن حدود اعتماد شهادة الشهود في إثبات المساهمة في تنمية أموال الأسرة؟ وما هي قيمتها الثبوتية في هذه المنازعات؟ وكيف تعامل القضاء مع هذه الوسيلة من خلال القضايا المعروضة عليه؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، سنقسم هذا المطلب إلى فقرتين على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: اعتماد اللفيف العدلي في إثبات المساهمة الفعلية في النماء المالي

الفقرة الثانية: حالات استبعاد اللفيف العدلي من طرف القضاء

الفقرة الأولى : اعتماد اللفيف العدلي في إثبات المساهمة الفعلية في النماء المالي:

تعتبر شهادة الشهود من وسائل الإثبات المتداولة في النزاعات الأسرية، خاصة عندما يتعلق الأمر بإثبات المساهمة الفعلية في الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية حال غياب الاتفاق، حيث نجد مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية التي أخذت باللفيف العدلي سواء المعزز بقرائن أو المرتكز على مستند خاص. ويرجع اعتماد القضاء على الشهادة كوسيلة إثبات في المنازعات الخاصة بتنمية الأموال المكتسبة بين الزوجين إلى تأثير الأعراف المحلية، فقد جرت العادة على الإعتماد أساسا على شهادة الشهود، وذلك إما في شكل لفيفية عدلية أو عن طريق إحضار الشهود والإستماع إليهم من طرف المحكمة⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفصل في الادعاء لن يشمل ما كان يملكه كل من الزوجين قبل إبرام عقد الزواج، وإنما ينحصر البيت في الأموال المكتسبة خلال مدة الزواج فقط وذلك على ضوء ما قام به المدعي من أعمال ومجهودات وأعباء ساهمت في تنمية المال ووسعت من استثماره، وذلك في حالة عدم وجود اتفاق حول كيفية توزيع الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية. -راجع: أحمد يعقوبي، مدونة الأسرة بين الخطاب الشرعي والخطاب القانوني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهراس- فاس، السنة الجامعية 2009-2010م، ص: 179

⁷⁸⁵ نظرا لكون السعاية من المسائل الواقعية فإنه يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، والقرائن، على أن الذي جرى به العمل في أغلب القضايا هو أن يكون الإثبات بشهادة الشهود، يتم تضمين تصريحاتهم في شهادات لفيفية عدلية، أو يتم الإستماع إليهم من طرف المحكمة، وتنصب وسائل الإثبات تلك على بيان المال المستفاد، ومساهمة المدعي

وفي هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض:"... إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها من اللغيف المضمن بعدد... الذي شهد شهوده بأن المطلوبة منذ أن تزوجت وهي تعين وتساعد زوجها الطاعن ماديا من مدخول وريع عملها الذي هو الخياطة والطرز، ومن عطايا وهبات كانت قطعاً أرضية من طرف أمها، وتصريح كل من الشاهدات(...) بأنهن يزودن المطلوبة بالثوب لخياطته وطرزه وإرجاعه لأصحابه، وأنها تخطط لهن ولزبناء آخرين، واعتبرت بذلك بينتها المثبتة مقدمة على بينة الطاعن التي بها أنه هو من بنى الدار المذكورة، ولم يشاركه في ذلك أحد، لكون شهود الأولى علموا ما لم تعلمه الثانية، وخلصت إلى أن المطلوبة ساهمت في الدار المذكورة، وحددت في إطار سلطتها التقديرية للمطلوبة ثلث العقار، فإنها جعلت لما قضت به أساساً⁷⁸⁶. كما ورد في قرار آخر لنفس المحكمة:" إن محكمة الموضوع لما ثبت لها من خلال البحث الذي أجرته مع الطرفين والشهود الذين أكدوا مساهمة المطلوبة في النقض في تنمية أموال الطاعن، وأن ذلك مؤيد بالصور الفوتغرافية، التي تفيد تواجدها إلى جانبه بخصوص التجارة في الملابس التقليدية المعروضة في المعارض الدولية، وقضت تبعاً لذلك بالمبلغ المحدد في منطوق قرارها، ولم يدل الطاعن بما يؤكد ادعاءه تكون قد عللت قرارها تعليلاً كافياً وأقامت قضاءها على أساس وطبقت المادة 49 من مدونة الأسرة تطبيقاً صحيحاً"⁷⁸⁷.

=الساعي بعمله في تكوين أو تنمية ذلك المال ، وبيان فترة السعي والعمل وبيان تاريخ حصول المال المستفاد وبيان ما كان للزوج مثلاً قبل حصول السعي والكسب، ثم يقع الأداء بوثائق أخرى مكتملة كرسوم الأنكحة أو شواهد الميلاد لمعرفة تواريخ بداية الكسب، وكرسوم الوفيات والطلاقات لمعرفة تواريخ انتهاء فترة الكسب..وقد يتم إثبات كل ذلك بواسطة الاستماع إلى الشهود أمام المحكمة.

- انظر: الصديق بلعربي، السعاية، مجلة المرافعة، العدد 6، كارطو بريس ، الدار البيضاء، 1997، ص:70
⁷⁸⁶ قرار عدد 780، صادر بتاريخ 20/12/2016، ملف شرعي عدد 2015/1/2/469، منشور بالموقع الرسمي للمنصة الرقمية محكمة النقض www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/6/12)
⁷⁸⁷ قرار محكمة النقض عدد 2/300، بتاريخ 2015/06/23، في الملف الشرعي عدد 756، أورده: يوسف الشكر، الإثبات في المنازعات الخاصة بالأموال المكتسبة من الزوجين على ضوء العمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال - الرباط، السنة الجامعية 2016 - 2017 م، ص:13.

وهو نفس التوجه الذي سارت عليه محاكم الموضوع، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة الإستئناف بالحسيمة: "وحيث إن ادعاء المستأنف يفنده ما جاء في اللقيف العدلي المدلى به من قبل المستأنف عليها، وكذا تصريحات بعض شهوده المستمع إليهم طبقا للقانون من قبل المحكمة أول درجة، والذين صرحوا أن المستأنف عليها قد ساهمت فعلا مع المستأنف مساهمة فعلية في بناء وإصلاح الدار، وذلك بفضل عملها في الفلاحة وتربية الماشية، وهو العمل الذي كان يدر عليهما مدخولا كان يستغل في أداء مصاريف البناء، علما أن الشاهد... أكد أنه شخصيا قام بعملية البناء رفقة شخص آخر، وأنه قبض منها مباشرة أجره اليومي.

وحيث إن المستأنف اكتفى بالطعن المجرد في تصريحات هؤلاء الشهود، دون الإدلاء بما يثبت عكس ما صرحوا به، مما يبقى معه دفعه الرامي إلى إجراء بحث تكميلي وتفصيلي، غير جدير بالاعتبار، سيما وأن تصريحات الشهود كانت منسجمة فيما بينها ومكاملة لبعضها البعض، مما تكون معه المحكمة قد صادفت الصواب عندما أخذت بما خلص إليه (أي أداء المدعى عليه للمدعية مبلغ 12000 درهم عن كدها وسعايتها)".⁷⁸⁸

كما أن محكمة الإستئناف بالرباط استندت على شهادة الشهود المعززة بمجموعة من الوثائق التي أدلت بها الزوجة (المدعية) للحكم باستحقاق هذه الأخيرة ثلث العقار مقابل ما ساهمت به من مجهودات، وقد جاء في تعليها: "لئن كان المستأنف يعمل كسائق سيارة أجرة وله مداخيل أخرى تدرها عليه بعض أملاكه، فإن المستأنف عليها أثبتت بدورها وبموجب شهود أدوا اليمين القانونية أمام محكمة الدرجة الأولى بأنها كانت تعمل إلى جانب زوجها وتشاركه في تحمل أعباء الحياة وتساعده في تسيير المحلين التجاريين وهو الشيء الذي أكده شهود الموجب الذي أدلى به المستأنف نفسه، كما أثبتت بموجب ذات الشهادة أنها كانت تشرف على عملية بناء الدار المتنازع حولها..."⁷⁸⁹.

⁷⁸⁸قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة، صادر بتاريخ 2014/01/21، ملف رقم 13/1607/297، (غير منشور).
⁷⁸⁹قرار لمحكمة الإستئناف بالرباط تحت رقم 91 بتاريخ 2010/03/24 في الملف عدد 10/9/258، منشور بمجلة ملفات عقارية، العدد 2، مطبعة الأمنية- الرباط، سنة 2012م، ص: 188

إن أهم ما يمكن استخلاصه من القرارات المشار إليها أعلاه، أن المحكمة - في إطار سلطتها التقديرية- غالبا ما تأخذ بشهادة الشهود المعززة بقرائن قوية لإثبات مساهمة أحد الطرفين في تكوين وتنمية أموال الأسرة، وبالتالي استحقاقه لنصيب فيها.

وجدير بالذكر، أن اللفيف العدلي المرتكز على مستند خاص كالمشاهدة والمعينة هو الذي تكون له حجية في إثبات مساهمة أحد الزوجين في تنمية الأموال المكتسبة، على عكس اللفيف الذي يكون مبنيا على مستند عام. وفي هذا الإطار أيد قرار لمحكمة الإستئناف بطنجة الحكم الابتدائي القاضي باستحقاق المدعية نصف العقار المملوك للمدعي عليه استنادا إلى تصريحات الشهود المرتكزة على مستند خاص، وجاء في تعليقه: " .. و يرجوع هذه المحكمة لمجمل وثائق الملف وخاصة ما راج بجلسة البحث المأمور بها ابتدائيا وتصريحات الشهود المستمع إليهم والتي أجمعت على أن المستأنف عليها كانت تكذب وتساهم في تحمل أعباء المتاجرة في الملابس في الأسواق والمنازل وهو ما يقوم دليل يثبت قيام المستأنف عليها بكدها وسعايتها في تنمية أموال الأسرة وما اكتسبته من ثروة خلال قيام العلاقة الزوجية "790.

وبهذا يكون اللفيف العدلي وسيلة من وسائل إثبات المساهمة في تنمية أموال الأسرة ، والأطراف غالبا ما يلجؤون إليه باعتباره أداة فعالة في هذا المجال، خاصة عندما يرتكز على مستند خاص كالمشاهدة والمعينة، بخلاف الطرق الأخرى التي يصعب إحضارها أثناء الوقائع والتعرضات بل يستحيل أحيانا وفيها ضيق وتعقيد .

الفقرة الثانية: حالات استبعاد اللفيف العدلي من طرف القضاء :

لقد اعتد القضاء بشهادة الشهود المعززة بقرائن أو المرتكزة على مستند خاص للحكم لإحدى طرفي العلاقة الزوجية باستحقاقه نصيبا من الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، إلا أنه في حالة ما إذا كانت تصريحات الشهود غير كافية أو متضاربة أو غامضة، أو مبنية على مستند عام، فإنه يقوم باستبعاد هذه الوسيلة ويحكم برفض الطلب. فشيوع الإثبات بالشهادة

⁷⁹⁰ قرار محكمة الإستئناف بطنجة، رقم 59 ، بتاريخ 2017/01/16 ، ملف رقم 1620/817 ، 2016 ، (غير منشور) .

لا يعني أنها تفيد في كل وقت وحين في إثبات مساهمة أحد الزوجين في الأموال المكتسبة بينهما، كما لا يعني أيضا أن هذه الوسيلة في منأى عن جملة من الصعوبات والعراقيل، نظرا لما قد يعترىها من نقض أو تضارب.

إن العمل القضائي في كثير من أحكامه وقراراته، قضى برفض الطلب رغم استناد المدعية فيه على شهادة الشهود، وهكذا جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بأكادير أنه: "لا اعتماد لفيف الكد والسعاية كوسيلة إثبات يتعين أن يشير محتواه إلى نوع الأنشطة والأعمال التي كانت المدعية تمارسها ونسبة مساهمتها في تنمية رأسمال مطلقها ونوع المساهمة التي ساهمت بها في ذلك، وهي أمور كان يجب تضميها في رسم استفسار الشهود من طرف العدلين"⁷⁹¹. كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط أن: "شهادة الشهود المستمع إليهم لا تستند إلى سند خاص وجل الشهود، وإن أفادوا أن السيدة ... كانت تقوم بأداء أجور العمال في غياب المدعى عليه، فإنهم أكدوا وأجمعوا أنهم يجهلون مصدر تلك النقود، أهي لها أم للمستأنف عليه، ومن تم فإن ما تدعيه المستأنفة من كون ما حققه المستأنف عليه، قد ساهمت فيه ماديا، غير مرتكز على أساس"⁷⁹².

وهو ما سارت عليه محكمة القضا في قرار لها جاء فيه: "إن المحكمة استمعت في إطار تحقيقها إلى شاهدين بجلسة 2010/7/28 فلم يثبت من خلال تصريحاتهما ما يفيد كون المستأنفة ساهمت بأي عمل أو مجهود فيما تطلب به كدا وسعاية، فضلا على التضارب الحاصل في شهادتهما حول مهنة المطلق لذلك يتعين عدم قبول الطلب، وبذلك تكون المحكمة قد ردت على دفع الطاعنة ولم تخرق القانون وعللت قرارها تعليلا كافيا"⁷⁹³.

⁷⁹¹ قرار محكمة الاستئناف بأكادير مؤرخ في 2007/10/30، ملف رقم 2007/322، أشار إليه عادل حاميدي، س، ص:

226

⁷⁹² قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 278، صادر بتاريخ 2016/12/05، ملف رقم 7-1620-2014. (غير منشور).

⁷⁹³ قرار لمحكمة النقض عدد 87 الصادر بتاريخ 2015/2/5 في الملف الشرعي عدد 2011/1/2/528 أورده : يوسف الشكر،

م.س، ص : 21.

وبهذا تكون المحكمة قد استبعدت الليف العدلي بسبب تضارب تصريحات الشهود أو لكونها غير كافية، مما يجعل الدعوى مفتقرة إلى السند القانوني وبالتالي عجز أحد الزوجين عن إثبات مساهمته في الأموال المكتسبة .

ويمكن للمحكمة أيضا أن ترفض طلب أحد الزوجين بحجة انعدام الإثبات، في حالة ما إذا كان الليف العدلي المستدل به غامضا و غير واضح . فقد جاء في حكم لابتدائية الرباط: "... وحيث إن الإشهاد الصادر عن السيد ... بصفته بناء، والمصادق على صحة إمضائه بتاريخ 2014/10/9، والذي يصرح فيه بأنه رمم مكتب المدعى عليها الكائن بحي أكدال الرباط وكذا مكتبها الكائن بشارع مدغشقر الرباط، يشوبه غموض، لكون المصرح لم يبين تاريخ القيام بعملية الترميم ونوعيته، والمصاريف التي تطلبها، لتمكين المحكمة من معرفة مدى مساهمة المدعي في إنماء قيمة العقار موضوع الترميم، وأمام الغموض المذكور وتأكيد المدعى عليها تحملها لمصاريف الترميم، فإنه يتعين استبعاد التصريح المذكور".⁷⁹⁴

وهذا ما أكده أيضا قرار لمحكمة الإستئناف بطنجة⁷⁹⁵ : "... بالرجوع للإشهاد العرفي المصحح الإمضاء الصادر عن الشهود المدلى به من طرف المدعية في الملف يفيد أنهم يشهدون بكون هذه الأخيرة كانت تشتغل منذ حوالي 20 سنة بهولندا وكانت تمنح زوجها المال أي أن ذلك يعود إلى سنة 1994 وهو تاريخ كانت العلاقة الزوجية قد انفصمت بين الطرفين، فضلا عن عدم توضيح سند شهادتهم، مما لا يمكن الإعتماد بها... وبالتالي تبقى دعوى المستأنفة غير مؤسسة".

وهو ما سارت عليه محكمة النقض، إذ جاء في حيثيات قرار لها بتاريخ 2015/12/01⁷⁹⁶: "إن المحكمة لما استخلصت أن شهادة الشهود المحتج بهم من طرف الطالبة

⁷⁹⁴ حكم للمحكمة الابتدائية بالرباط قسم قضاء الأسرة، رقم 357، صادر بتاريخ 2015/03/07، ملف شرعي عدد 2015/1620/436. (غير منشور).

⁷⁹⁵ قرار لمحكمة الإستئناف بطنجة ، رقم 782 ، بتاريخ 2017/10/16 ، ملف رقم 2017/1615/382 ، (غير منشور) .

⁷⁹⁶ قرار لمحكمة النقض عدد 604 /1 الصادر بتاريخ 2015/12/1 في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/299 ، أورده : يوسف الشكر، م.س ، ص 17.

غير منتجة في الإثبات، لأنها لم تحدد طبيعة ومقدار مساهمتها في بناء الدار موضوع الدعوى ثم قضت برفض الطلب، فإنها قد طبقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة تطبيقا سليما وعللت قرارها بما فيه الكفاية مما يستوجب رفض الطلب".⁷⁹⁷

ونفس الشيء تحكم به في حالة ما إذا كانت شهادة الشهود مرتكزة على مستند عام وليس خاص، وهو ما نستشفه من حيثيات قرار لمحكمة النقض والذي جاء فيه: "إن تقدير الكد والسعاية وشهادة الشهود في شأنهما مما يستقل به قضاة الموضوع متى أقاموه على أسباب سائغة، والمحكمة لما استخلصت من الليف المحتج به من الطاعة أنه لم يؤسس على المستند الخاص لعلم شهوده، وأن شهادة الشهود الذين تم الاستماع إليهم بجلسة البحث جاءت عامة وغير دقيقة في إثبات مساهمة الطاعة الفعلية في إنماء مال مفارقتها أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما، واعتبرت بذلك حجة الطاعة غير منتجة في الإثبات واستبعدتها وقضت بالنتيجة بعدم قبول الطلب فإنها من جهة قد استعملت سلطتها في تقدير الدليل، ومن جهة أخرى عللت قرارها تعليلا كافيا"⁷⁹⁸. كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه خرقه لقواعد الإثبات ومقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، ذلك أنه من شروط إثبات مشاركة الزوجة لزوجها في ماله الذي اكتسبه حين قيام الزوجية أن يقع الإثبات وفق القواعد العامة للإثبات عند غياب حجة مبرمة بينهما تثبت تدبير أموالهم، وأن الليف عدد 42

= وهذا ما سار عليه المجلس الأعلى سابقا، حيث قضى بنقض قرار لمحكمة الاستئناف بالعيون مكن المدعية من حقها في نصيبها من العقارات المتنازع عليها، معللا ذلك بكون أن رسم السعاية المقدم كوسيلة إثبات لا يشكل حجة كافية إلا إذا تضمن الإشارة إلى النظام المالي للزوجين ودرجة مساهمة الزوجة في مال الزوج وكونه مستفسرا وبذلك يكون الرسم المذكور غير كاف للبت في الطلب لكونه غامضا وغير مستفسر، كما أن شهوده لم يوضحوا ثروة الطاعن هل كانت قبل الزواج أو بعده.

- قرار المجلس الأعلى غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 1 المؤرخ في 2011/01/4، ملف شرعي عدد 2008/1/2/226. (غير منشور).

⁷⁹⁷ كما جاء في قرار آخر لنفس المحكمة: "إن المحكمة لما ناقشت رسم الليف وردته لكون شهادة شهوده لا تتضمن المساهمة الفعلية بالمجهود والمال للطاعة في امتلاك المنزلين، وأن زوجها من المطلوب قبل امتلاكه لها ليس دليلا على التملك المشترك وأنه لم يثبت لها من خلال تصريحات شهود جلسة البحث ما يفيد المساهمة المدعى فيها ... وبذلك تكون المحكمة قد أسست قرارها على مقتضى قانوني سليم وعللته تعليلا كافيا".

- قرار محكمة النقض عدد 944 الصادر بتاريخ 2013/12/24 في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/430. (غير منشور).

⁷⁹⁸ قرار محكمة النقض عدد 1/858، صادر بتاريخ 2014/12/9، في الملف الشرعي عدد 2013/1/2/740، منشور بالموقع الرسمي للمنصة الرقمية محكمة النقض www.juriscassaton.cspj.ma (تاريخ الاطلاع 2022/5/2)

ص 299 الذي أخذ به القرار المطعون فيه لم يثبت أن المطلوبة شاركت في تنمية ثروته، وإنما أتى عاما غير مرتكز على مستند خاص، وبالتالي فحجة المطلوبة ناقصة عن قوة الإثبات والقرار خرق هذه القاعدة وبالتالي فهو معرض للنقض "799".

انطلاقا من هذه القرارات، نستنتج أن المحكمة تحكم برفض طلب استحقاق نصيب في الأموال المشتركة كلما تبين لها أن مستند الشهود هو مستند عام وليس خاص.

يستشف من كل ما سبق، أن القضاء لا يستجيب إلى طلب أحد الأزواج في استحقاق نصيب من أموال الزوج الآخر كلما كان اللفيف العدلي غامضا، أو كانت تصريحات الشهود غير كافية أو متناقضة، أو أن مستند علم الشهود عاما وليس خاصا. وعموما، يبقى تقدير الشهادة ومدى الإعتداد بها من عدمه، خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي له أن يأخذ بالشهادة متى اطمأن إليها، أو لا يأخذ بها متى ارتأى له ذلك.

المطلب الثاني: حجية القرائن في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة خلال الزواج:

تعد القرائن⁸⁰⁰ من أهم وسائل الإثبات في موضوع اقتسام الممتلكات بين الزوجين نظرا لصعوبة الإثبات في جل هذه القضايا، وبالتالي فإنها خففت من عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي، ويبقى على عاتق المدعى عليه دحض الدليل الذي استنبطته المحكمة باعتمادها على القرائن⁸⁰¹، وبالتالي تكون دلالة القرينة غير قاطعة وتسمح للمدعى عليه بدحضها بكافة وسائل

⁷⁹⁹ قرار المجلس الأعلى عدد 674، الصادر بتاريخ 2011/11/22، في الملف الشرعي عدد 377-2011/1/2، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، عدد 75، ص: 116 وما بعدها.

⁸⁰⁰ القرائن في تعريف القانونيين هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، وبذلك تكون مقسمة إلى قرائن قانونية وقرائن قضائية، فالقرائن القانونية هي تلك التي يستخلصها المشرع من حالات يغلب وقوعها وينص عليها وهي التي سماها المشرع المغربي بالقرائن المقررة بقوة القانون، أما القرائن القضائية فهي تلك التي يستنبطها القاضي من ظروف وملابسات كل قضية على حدة وهي التي يطلق عليها المشرع المغربي عبارة القرائن التي لم يقرها القانون.

- للتوسع أكثر في الموضوع أنظر: ادريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص: 436

⁸⁰¹ لقد حول المشرع- بمقتضى المادة 49 من مدونة الأسرة- للقاضي دورا إيجابيا يتجاوز المقتضيات العامة، ويندرج في إطار استمرارية الدور الذي كان له بالنسبة لتطبيق حق الكد والسعاية في غياب النص القانوني، والذي يتجلى في سلطته التقديرية الواسعة التي لا تقتصر بالاستعانة فقط بما أثبتته الطرفان وإنما تراعي عمل كل واحد من الزوجين ونوعه وما قدمه من

الإثبات المتاحة لديه⁸⁰². ومن بين أهم القرائن التي تعتمد عليها المحكمة في هذا المجال، المعاملات البنكية (الفقرة الأولى) وعمل الزوجة سواء داخل البيت أو خارجه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حجية المعاملات البنكية في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة:

يعتمد الزوجان في بعض الأحيان على المعاملات البنكية كحجة في إثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة خلال الزواج، وذلك عند وقوع نزاع حول هذه الأموال، حيث قد يلجأ الطرف المدعي إلى إثبات وجود حساب بنكي مشترك بينه وبين المدعى عليه (أولاً)، أو اقتراضه من البنك من أجل اقتناء العقار أو المنقول موضوع النزاع (ثانياً).

أولاً: حجية الحساب البنكي المشترك في الإثبات:

يعد الحساب المشترك⁸⁰³ بين طرفي العلاقة الزوجية آلية للحد من النزاعات المالية بين الزوجين، ووسيلة للحفاظ على الاستقرار الاقتصادي للأسرة، من خلال إتاحة الفرصة لكليهما في معرفة الوضعية المالية للأسرة وتدبير نفقاتها وحاجياتها، كما يعتبر قرينة على مساهمة الطرفين في الأموال المكتسبة وحجة في إثبات هذه المساهمة ودليلاً لإثبات وجود شراكة في

=مجهودات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، وأثر ذلك على ما تحقق من كسب مال خلال فترة الزواج مما يجعل الإثبات وحده غير كاف لتحصيل الادعاء أو نفيه.

- راجع: عبد الكبير كيدي، استثمار وتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2015-2016م، ص: 203

⁸⁰² سلمى الترنيتي، م.س، ص: 297

⁸⁰³ - يمكن تعريف الحساب المشترك بأنه الحساب الذي يفتح باسم شخصين أو أكثر بصرف النظر عن العلاقة التي تربطهم (نسب أو عمل)، بحيث يصبحون جميعاً أصحاب الحساب، إذ يمكن إنشاؤه من قبل الشركاء وغير الشركاء، كما يمكن إنشاؤه من قبل الآباء مع أبنائهم أو بين الإخوة في ما بينهم، أو حتى بين الزوجين.

- عائشة الشرفاوي المالقي، الوجيز في القانون البنكي المغربي، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2004م، ص: 89

وقد تم الترخيص بفتح هذا النوع من الحسابات البنكية بالتضامن أو بدونه من قبل مدونة التجارة المغربية عبر المادة 490 منها التي جاء فيها مايلي: "يمكن للمؤسسة البنكية فتح حسابات جماعية مع أو بدون تضامن."

سائر الأموال منقولات أم عقارات⁸⁰⁴. فوجود حساب مشترك يقوي ويفعل مساهمة الزوجين في تحمل الأعباء الأسرية⁸⁰⁵.

ولهذا اعتبر القضاء المغربي الحساب المشترك بين الزوجين قرينة قوية على المساهمة في الأموال المستفادة مدة الزواج، ودليلا لإثبات الشراكة في الأموال بين الزوجين، وفي هذا الإطار قضت المحكمة الابتدائية بالمحمدية بتمكين المدعية من نصف العقار بعد إدلائها بما يفيد وجود حساب بنكي مشترك مع المدعى عليه وقد جاء في حيثياته: "... وحيث أدلت المدعية بما يفيد وجود حساب مشترك بنكي مع المدعى عليه فرعيا وأنها كانت تضع فيه مبالغ مالية تتحصل عليها من عملها بالخارج كما أدلت بوثائق تثبت توصلها بمبالغ مالية كتعويضات عن أبنائها... وحيث إنه لتحديد نسبة مساهمة المدعية فرعيا في تنمية الأموال المكتسبة أمرت بإجراء خبرة حسابية وتقويمية عهد القيام بها للخبير الذي خلص في تقريره المؤرخ في 2012 /9/7 بأن نسبة مساهمة كل واحد من الطرفين في الملكين تبقى منصفة لأنه لا يمكن لأي طرف أن يشتري أو يقوم بإصلاح هذه العقارات اعتمادا على المبالغ التي يتوصل بها كل واحد منهما على حده"⁸⁰⁶.

كما قضت المحكمة الابتدائية بالرباط برفض طلب المدعي الرامي إلى اقتسام الأموال المكتسبة من طرف المدعى عليها أثناء قيام العلاقة الزوجية بحجة أنه لم يدل للمحكمة بما يثبت وجود حساب مشترك بينه وبين المدعية، أو بما يثبت مساهمته في تنمية الأرصدة المالية

⁸⁰⁴ أحمد أحيدار، الاتفاقات المالية بين الزوجين في ضوء مدونة الأسرة- دراسة نظرية تطبيقية مقارنة-، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2015-2016، ص: 224-225
⁸⁰⁵ راجع في هذا الصدد :

-CASEY JEROME , les régimes matrimoniaux , Ellips, octobre 2000, p :25

⁸⁰⁶ حكم المحكمة الابتدائية بالمحمدية رقم 1464 صادر بتاريخ 28 /11/ 2012 في الملف رقم 740 /2008 أوردته: حياة الصابري، تدبير الأموال المكتسبة بين النص القانوني والعمل القضائي ، بحث نهاية التكوين في المعهد العالي للقضاء، الرباط، 2013- 2015م، ص: 36-37.

كما جاء في حكم لابتدائية الرباط: "... وحيث إن المدعي لم يدل للمحكمة بما يثبت وجود حساب مشترك بينه وبين المدعية، أو بما يثبت مساهمته في تنمية الأرصدة المالية للمدعى عليها، مما يتعين معه رفض طلب المدعي الرامي الحكم له بنصف أموال المدعى عليها والمودعة في حسابه البنكي".

-حكم رقم 375 بتاريخ 2015/03/7، ملف شرعي عدد 2015/1620/436. (غير منشور).

للمدعى عليها، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم: " ... وحيث ثبت للمحكمة أن ممتلكات المدعية موضوع طلب الاقتسام اكتسبتها بعد عملها كموتقة، ولم يثبت المدعي أنه كان يشاركها في عملها، ليستفيد مما كانت تستفيد منه من مداخيل مكتبها كأتعاب تخصصها وحدها عن عملها المبني على كفاءتها المهنية والخبرة العملية والسمعة التي تتمتع بها لدى زبائها، فعلمها يعتمد على ثقافتها القانونية ودرايتها المهنية.

وحيث إنه تبعا لما تم تفصيله أعلاه، فإنه ثبت للمحكمة أن للمدعى عليها دخل مالي مستقل عن المدعي ودمتها المالية مليئة وتتوفر على عدة مصادر لتمويل وشراء الممتلكات، سواء عن طريق الإقتراض من البنوك أو بواسطة دخلها الناتج عن مهنتها وباقي ممتلكاتها ، مما سمح لها بتكوين ثروة خاصة بها ومستقلة عن ثروة المدعي، والذي لم يثبت بحجج قوية مدى مساهمته في تكوين أموال المدعى عليها.

وحيث إن المدعي لم يدل للمحكمة بما يثبت وجود حساب مشترك بينه وبين المدعية، أو بما يثبت مساهمته في تنمية الأرصدة المالية للمدعى عليها، مما يتعين معه رفض طلب المدعي الرامي الحكم له بنصف أموال المدعى عليها والمودعة في حسابه البنكي".⁸⁰⁷

واعترفت محكمة الاستئناف بوجود مشاركة الزوجة في الحساب المشترك إلى جانب زوجها، وعدم إثبات الزوج تصرف الزوجة في أموالها في أمور تخصصها بعيدة عن أمور الأسرة، قرينة قاطعة على أن أموالهما مشتركة، وقد عللت قرارها بما يلي: " حيث إن المحكمة تبين لها صحة ما نعتة الطاعنة مبدئياً، ذلك أن الطرفين منذ زواجهما وهما يعملان معا في الديار الهولندية ولهما دخلا قارا، خاصة بالنسبة للزوجة التي ظلت تعمل منذ 1982 إلى غاية سنة 2000، كما أنها قد أثبتت مشاركتها في الحساب المشترك إلى جانب زوجها، وأنها كانت تصرف جزء منها لفائدة الأسرة والأولاد والجزء الآخر في استثماره كأموال مشتركة للمستقبل، مما يعني قطعاً أن أموالهما مشتركة.

⁸⁰⁷ حكم رقم 375 بتاريخ 2015/03/7، ملف شرعي عدد 2015/1620/436. (غير منشور).

وحيث إن شراء القطعة الأرضية وبنائها من نتاج استثمار تلك الأموال، لاسيما أن الزوج لم يثبت تصرف الزوجة في أموالها في أمور تخصها بعيدة عن أمور الأسرة، وحيث إن المستأنفة عابت على الحكم المستأنف عدم صوابه في تقدير التعويض والحال أن بذل السعاية والكد عند ثبوته لا يقاس بالشيء المستثمر بقدر ما يقاس بدرجة كد المرأة وسعايتها ومدخولها الخاص الذي ساهمت به في استثمار تلك الأموال ومادام أن المنزل المذكور شيد سنة 1990 فإن هذه المحكمة قررت اعتبارا للقيمة الاقتصادية والأسعار عند تقديم الطلب، تحديد المبلغ المستحق عن مساهمتها في تنمية الأموال المكتسبة خلال قيام العلاقة الزوجية في مبلغ 200000 درهم، علما بأن دعوى الكد والسعاية تدخل في دعاوى المال التي تستوجب إقرارها باليمين على صحة المساهمة في استثمار الأموال".⁸⁰⁸

وهو القرار الذي أيدته محكمة النقض، حيث جاء في حيثيات قرارها: "إن المطلوبة أثبتت للمحكمة أنها اشتغلت بأجر منذ سنة 1982 إلى غاية 2000 وكان لها حساب مشترك مع الطاعن، وأن أموالها المشتركة كان جزء يعود على العائلة وما بقي تم استثماره في شراء قطعة أرضية بالمغرب وتشبيد بناء فوقها، والمحكمة لما قضت للمطلوبة بعد أدائها اليمين على ادعائها بتعويض عن مساهمتها في تنمية الأموال المكتسبة تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما وطبقت المادة 49 من مدونة الأسرة تطبيقا سليما".⁸⁰⁹

⁸⁰⁸قرار محكمة الاستئناف بوجدة عدد 2013/1130 في ملف عدد 2012/1620/1149، صادر بتاريخ 2013/11/13. (غير منشور).

كما اعتبرت محكمة الاستئناف بأكادير الحساب المشترك دليلا قويا على ثبوت المساهمة في الأموال المستفادة حيث عللت قرارها بما يلي: "... وحيث إن ثبوت توفر الزوجة على دخل قار وثبوت وجود حساب مشترك وانعدام أي دليل على تخصيص الزوجة نفسها أية منفعة مادية تحميها من تقلبات الزمن الذي لا يرحم، كل ذلك يجعلها محقة في طلبها لنصيبها في الأملاك المستفادة في هذا الحساب، وحيث إن ثلث قيمة المنزل المحكوم به يعتبر مناسبة بالنظر إلى أن الأصل هو أن الزوج هو الذي يتحمل أعباء الأسرة، وأن كل مشاركة له في تلك الأعباء من طرف الزوجة يعتبر من قبيل التبرع من جانبها مالم يتجاوز الحد المعقول". قرار محكمة الاستئناف بأكادير مؤرخ في 2004/03/23 ملف عدد 03/287، منشور في المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، م.س، ص: 58

⁸⁰⁹قرار محكمة النقض عدد 866 الصادر بتاريخ 2014/ 12 16/ في الملف الشرعي عدد 2014/ 2/499، أورده: يوسف الشكر، م.س، ص: 27.

نستنتج من خلال هذه الأحكام والقرارات أن بعض المحاكم استجابت لطلب أحد الزوجين بناء على وجود حساب بنكي مشترك بينهما، وكذا الكشوفات الحسابية باعتبارها من بين القرائن المعتمدة كحجة في إثبات مساهمة في تنمية الأموال المكتسبة بين الزوجين .

ورغم أن هذا التوجه يعتبر وجود حساب بنكي مشترك بين الزوجين قرينة على المساهمة والمشاركة في الأموال المكتسبة مدة الزواج، فإن هناك توجه آخر لبعض المحاكم يستبعد الحساب المشترك ويعتبره غير كاف لإثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة بين الزوجين، كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الابتدائية بأكادير والتي قضت برفض طلب المدعية القاضي باستحقاقها نصيب من الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية رغم وجود حساب مشترك بينها وبين زوجها، معللة ذلك بما يلي: "... وحيث أسست المدعية طلبها على أنها كانت تقيم مع المدعى عليه بفرنسا وكانت تشتغل بأحد المراكز التجارية وأنها قدمت مجهودات وأعباء من أجل تنمية أموال الأسرة وأن العقارات المملوكة للمدعى عليه اشتراها أثناء فترة الزوجية بعد أن أنشأت حسابا مشتركا معه .

وحيث أجاب المدعى عليه أن العقار المدعى فيه اشتراه هو من ماله الخاص ولم تساهم فيه وأنهما اشتريا عقارا باشتوكة آيت باها وأنه باعته نصيبها وأن عناصر الكد والسعاية منتفية في نازلة الحال .

وحيث أنه طبقا للمادة 49 من مدونة الأسرة فإنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ويجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية الإتفاق على استثمارها وتوزيعها، وإذا لم يكن هناك اتفاق فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة. وأن المحكمة تحققت منها للدعوى أمرت بإجراء بحث بالجلسة المنعقدة بتاريخ 2017/11/27 والتي صرحت فيها المدعية أنها تنازلت للمدعى عليه عن العقار الكائن باشتوكة مقابل تمكينها من عقار آخر بأكادير وأنهما أقاما حسابا مشتركا بفرنسا وأنها تشتغل بفرنسا

وتضع المبالغ المالية في الحساب المشترك وأنها توقفت عن وضع المبالغ المالية بالحساب المشترك وقفله بتاريخ 2016/3/10 عندما تبيلغت باستدعاء الطلاق.

وحيث تبين للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف وتصريحات الطرفين في جلسة البحث أن ادعاء المدعية إنشاء حساب مشترك مع المدعي عليه بفرنسا قد كان فقط من أجل المنح العائلية للأطفال وليس لاقتناء العقارات التي تطالب بنصيبها منها هذا فضلا على أن من ادعى شيئا عليه إثباته والمدعية في نازلة الحال لم تثبت للمحكمة بمقبول بأنها ساهمت مع المدعى عليه في شراء العقارات موضوع مطالبتها الحالية، الأمر الذي يبقى معه طلبها بهذا الخصوص غير مؤسس ويتعين رفضه.⁸¹⁰

كما قضى قرار لمحكمة النقض بتاريخ 2014 /5 /27 بنقض القرار المطعون فيه بعلّة أن محكمة الموضوع قضت بالحكم للطاعن بتمكين مفارقتة المطلوبة من نصف الفيلا، اعتمادا على أنه كان لهما حساب مشترك دون جوابها على الدفوع المثارة من الطاعن ودون مناقشة الحجج والرد عليها.⁸¹¹

نستنتج من خلال هذه الأحكام والقرارات أن التوجه القضائي بخصوص حجة الحساب البنكي في إثبات المساهمة في تنمية أموال الأسرة يختلف من محكمة لأخرى، فهناك توجه يعتمد الحساب البنكي المشترك ويعتبره وسيلة لإثبات المساهمة في الأموال المكتسبة، وتوجه قضائي آخر يستبعد هذه الوسيلة ولا يعتبرها حجة كافية للقول بأن أحد الزوجين ساهم بمجهوده أو تحمل عبئا لتنمية أموال الأسرة.

في نظرنا، أن الحساب البنكي المشترك يمكن اعتباره قرينة على مساهمة الطرفين في الأموال المكتسبة وحجة في إثبات هذه المساهمة، فوجود حساب مشترك يقوي ويفعل مساهمة الزوجين في تحمل الأعباء الاسرية.

⁸¹⁰حكم للمحكمة الابتدائية بأكادير، عدد 271، بتاريخ 22 /2 /2018، ملف رقم 2016 /953 غير منشور.
⁸¹¹قرار محكمة النقض عدد 471 بتاريخ 27 /5 /2014 في الملف الشرعي عدد 2013/ 1 /2 /383، أورده: يوسف الشكر م. س. ص: 28 / 29.

ثانيا: حجية القروض البنكية في إثبات المساهمة:

إن الزوجان يقومان غالبا بالاقتراض من البنك من أجل شراء منقول أو عقار، إلا أنه في كثير من الأحيان يعمد أحدهما إلى تسجيله باسمه الخاص، وعند انتهاء العلاقة الزوجية تثار إشكالية إثبات المساهمة في هذه الأموال أمام القضاء.

ومن خلال الوقوف على بعض القرارات القضائية في هذا الإطار، يتضح أن هناك توجهين قضائيين، الأول يقضي لأحد الزوجين بنصيبه في الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج بناء على تحمله لقرض بنكي من أجل اقتناء العقار أو المنقول موضوع النزاع، وفي هذا الإطار جاء في قرار قضائي: "إن الزوج الذي تحمل أداء قرض بنكي ليقتني عقارا في اسم زوجته، له الحق في مطالبتها بما دفعه لتنمية أموال الأسرة، والقرار المطعون فيه الذي رد مطالبته بعلّة عدم وجود دليل كاف على اتفاق الزوجين لتدبير الأموال المكتسبة خلال الزواج، دون أن يجري تحقيقا بشأن وقائع النزاع، يكون قد خرق مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة".⁸¹²

أما التوجه القضائي الثاني، فيستبعد القرض البنكي في إثبات المساهمة خاصة إذا لم يثبت المدعي أنه وظف لشراء العقار أو المنقول موضوع النزاع، وهذا ما نستشفه من قرار لمحكمة النقض بتاريخ 2017/2/7 والذي جاء فيه: "إن المحكمة لما لم يثبت لها أمام إنكار المطلوب ما ادعته الطاعنة التي تقيم بإسبانيا، ومن ما أدلت به من عقود الشغل لها في المنازل، وعقد القرض في اسمها مع المطلوب الذي حصلت عليه في إسبانيا... ومن جراء البحث أنها ساهمت إلى جانب المطلوب في الأملاك المسطرة في مقالها بالمغرب، واستخلصت من ذلك أن الطاعنة لم تثبت أن القرض وظف في شراء العقارات موضوع الدعوى بالمغرب وقضت على النحو الوارد في منطوق قرارها، فإنها لم تخرق المادة 49 المحتج بها".⁸¹³

وفي رأينا، أنه يمكن اعتبار القرض البنكي قرينة على مساهمة الطرفين في الأموال المكتسبة خاصة إذا أثبت المدعي أنه وظف لشراء العقار أو المنقول موضوع النزاع.

⁸¹² قرار المجلس الأعلى عدد 566، صادر بتاريخ 2008/12/3، في الملف عدد 2007/1/2/28، منشور : بالموقع الرسمي للمنصة الرقمية محكمة النقض www.juriscassaton.cspj.ma
⁸¹³ قرار محكمة النقض عدد 67، الصادر بتاريخ 2017/2/7، في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/810 (غير منشور).

الفقرة الثانية: حجية عمل الزوجة في إثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة:

إن عمل الزوجة يختلف باختلاف المهنة التي تمارسها الزوجة، فهناك الزوجة التي لا تمارس أي نشاط لإنتاج المال، ويحصر دورها في العمل المنزلي والإشراف عليه، وهناك الزوجة العاملة في القطاع الخاص أو العام وهناك الزوجة التي تشارك زوجها في تنمية أمواله واستثماره أو تشاركه في العمل المؤجر عليه بأجرة مشترك، وهناك الزوجة التي يستغل الزوج مالها، أو تقدمه له بيدها راضية أو مكرهة.⁸¹⁴

إن مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، بخلاف ما سار عليه العرف⁸¹⁵، تشمل كل من الزوج والزوجة، كما أنها جاءت عامة وغير مقيدة بمجال معين أو بنشاط معين، ولا ينحصر تطبيقها على المرأة القروية التي تشتغل خارج البيت، بل يشمل كذلك الزوجة الموظفة وغيرها. ولقد جاءت هذه المادة استجابة للواقع المعيش للأسرة المغربية التي عرفت تغييرات وتحولات كبرى أدت إلى تطور العلاقات بين أفرادها وتعقيدها وأحيانا إلى تبادل الأدوار إذ أصبحت مساهمة المرأة في مدخول الأسرة وتحسين أوضاعها الاقتصادية أمرا مفروضا لا

⁸¹⁴ عمرو لمزرع، تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية من الناحية القانونية والقضائية والاجتماعية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2010-2011م، ص: 240-241

⁸¹⁵ يرى بعض الفقه أن أساس تقسيم الثروة المكتسبة خلال الزواج يوجد في تراثنا الفقهي المغربي، أي في العديد من النوازل والفتاوى عند فقهاء المصامدة وجزولة، وخاصة ما اصطلح عليه في جنوب المغرب عند أهل سوس بحق الكد والسعاية (أو ما يسمى تامازالت أو التغراد) أو حق الشفا كما هو معمول به في الشمال. غير أنه بالرجوع إلى هذه النوازل والفتاوى نلاحظ أن المرأة الساعية في المال المستفاد على قدر عملها، أي أن لها الحق في هذا المال إذا شاركت فعلا زوجها في تكوين وتنمية الثروة الزوجية نتيجة عملها وسعيها خارج البيت، كقيامها بأعمال الزرع والحصاد والدرس، أو جلب الماء من السواقي والآبار أو الاحتطاب في الغابات وتربية المواشي... كما أنها تستفيد من سعايتها وكدها إذا قامت بأعمال داخل البيت كالخياطة والطرز والغزل وغيرها من الأعمال التي تنمي الثروة الزوجية سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا. فالزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها تستحق حق السعاية الذي يمكن أن يتمثل في النصف أو الثلث أو الربع حسب عملها وجهدها وكذلك حسب ما إذا كان المال المستفاد أشجارا أو أرضا أو غرسا، فالمرأة التي تستفيد من هذا المال هي تلك التي شاركت في تنمية الثروة الزوجية جزاء لها عما قامت به من أعمال لا تلزمها أصلا، في حين لا تستفيد المرأة المحجبة (أي التي بقيت في البيت) من حق الكد والسعاية، ولقد ساير الاجتهاد القضائي هذا العرف (أي حق المرأة التي سعت وكدت خارج المنزل) سواء على صعيد محاكم الموضوع (أكادير، تزنيت، تارودانت) ، أو على مستوى المجلس الأعلى.

- محمد الشافعي، قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة، سلسلة الندوات، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 15 و16 مارس 2007 بكلية الحقوق بوجدة تحت عنوان: " مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيلي والمعوقات"، مطبعة الجسور- وجدة، الطبعة الأولى 2008م، ص: 268-269

يمكن تجاهله ولا غض الطرف عن الآثار المترتبة عنه⁸¹⁶. فالمرأة سواء في البادية أو المدينة تقوم بمجهودات طيلة حياتها الزوجية سواء بالعمل خارج البيت أو داخله وأحيانا تضطر للقيام بأعمال شاقة للمساهمة في رفع دخل الأسرة وتحسين وضعها المالي بكل الوسائل والسبل لمواجهة متطلبات الحياة الكثيرة. هذا ما يدفعنا إلى التساؤل التالي: ما مدى اعتبار عمل الزوجة داخل البيت أو خارجه عملا مساهما في تنمية الأموال المكتسبة خلال الزواج؟

أولا: حجية العمل المنزلي في إثبات المساهمة في النماء المالي:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول حكم عمل الزوجة داخل بيت الزوجية أو ما يطلقون عليه "بالخدمة الباطنة"⁸¹⁷، بين من يرى بالزامية خدمة المرأة لبيتها ومن ثم فهي لا تستحق عليه أي مقابل، وبين من يرى بعدم إلزامية ذلك لها، في حين هناك من يتوسط الاتجاهين ويرى بأنها ملزمة في أحوال دون أخرى.

بالنسبة للإتجاه الأول، والذي أوجب الخدمة، فقد اعتبر أبو ثور، وأبو بكر ابن أبي شيبة، وأبو إسحاق الجوزجاني، أن على المرأة خدمة زوجها وبيتها في كل شيء وذلك بتنظيف البيت وإنجاز جميع أشغاله من طهي وعجن وكنس وفرش⁸¹⁸، واحتجوا بأن هذا هو المعروف عند من خاطبهم الله سبحانه بكلامه، وأما ترفيه المرأة، وخدمة الزوج، وكنسه، وطحنه، وعجنه، وغسيله، وفرشه، وقيامه بخدمة البيت، فمن المنكر، والله تعالى يقول: "ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف"⁸¹⁹. وقال سبحانه: "الرجال قوامون على النساء"⁸²⁰، وإذا لم تخدمه المرأة، بل يكون هو الخادم لها، فهي القوامة عليه⁸²¹.

⁸¹⁶ زهور الحر، حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، ندوة خاصة بمدونة الأسرة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر، شتنبر 2004، ص: 102

⁸¹⁷ "قال ابن حبيب: والخدمة الباطنة: العجين، والطبخ، والفرش، وكنس البيت، واستقاء الماء، وعمل البيت كله.

-أنظر: ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير الميعاد، ج5، مؤسسة الرسالة - بيروت، الطبعة الثالثة 1998م، ص: 169

⁸¹⁸ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج10، دار عالم الكتب- الرياض، الطبعة الثالثة 1997م، ص: 225

⁸¹⁹ سورة البقرة الآية 228.

⁸²⁰ سورة النساء الآية: 34

⁸²¹ ابن القيم الجوزية، م.س، ص: 170-171

كما استدلوا على ذلك بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بين علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وبين زوجته فاطمة رضي الله عنها حين اشتكيا إليه الخدمة، فحكم على فاطمة بالخدمة الباطنة خدمة البيت، وحكم على علي بالخدمة الظاهرة. ونص الحديث أن فاطمة رضي الله عنها أتت النبي صلى الله عليه وسلم تشكو إليه ما تلقى في يدها من الرحي وبلغها أنه جاءه رقيق فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة، فلما جاء، أخبرته عائشة، قال: فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا فذهبنا نقوم فقال: على مكانكما، فجاء، فقعد بيني وبينها حتى وجدت برد قدميه على بطني، فقال: ألا أدلكما على خير مما سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما أو أويتما إلى فراشكما، فسبحا ثلاثا وثلاثين، واحمدا ثلاثا وثلاثين، وكبرا أربعاً وثلاثين، فهو خير لكما من خادم"822.

وأيضاً أن العقود المطلقة تنزل على العرف، والعرف خدمة المرأة، وقيامها بمصالح البيت الداخلة⁸²³، فالنبي صلى الله عليه وسلم لما رأى أسماء رضي الله عنها والعلف على رأسها، والزيير معه، لم يقل له: لا خدمة عليها، وأن هذا ظلم لها، بل أقره على استخدامها، وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية.⁸²⁴

أما بالنسبة للإتجاه الثاني، فقد ذهب كل من أهل الظاهر ومالك والشافعي وأبو حنيفة، إلى أن الزوجة لا يجب عليها القيام بأي شيء من أعمال البيت لأنها غير ملزمة بذلك، لا في طبخ، ولا عجن، ولا فرش ولا كنس، ولو أنها فعلت لكان أفضل لها، ذلك أن عقد النكاح إنما اقتضى الاستمتاع، لا الاستخدام وبذل المنافع، وقالوا: أن الأحاديث المذكورة إنما تدل على التطوع ومكارم الأخلاق⁸²⁵. وفي هذا يقول ابن قدامة: " وليس على المرأة خدمة زوجها، في العجن، والخبز، والطبخ، وأشباهه. نص عليه أحمد. ولنا، أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع، فلا يلزمها غيره، كسقي دوابه، وحصاد زرعه. فأما قسم النبي صلى

⁸²² رواه البخاري، كتاب النفقات، باب عمل المرأة في بيت زوجها، حديث رقم 5361

⁸²³ ينظر في هذا الإطار بعض الإحصاءات التي أجراها بعض الباحثين حول هذا الموضوع:

- MOLAY R'CHID ABDRAZAK , La condition de la femme au Maroc , thèse pour doctorat d'Etat, université Mohammed 5, faculté de droit, Rabat 1981, p : 33

⁸²⁴ ابن القيم الجوزية،،م.س،ص: 171

⁸²⁵ ابن القيم الجوزية،،مرجع نفسه،ص: 171

الله عليه وسلم بين علي وفاطمة، فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية، ومجرى العادة، لا على سبيل الإيجاب، كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر، أنها كانت تقوم بفرس الزبير، وتلتقط له النوى، وتحمله على رأسها. ولم يكن ذلك واجبا عليها، ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت، ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة، ولكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به؛ لأنه العادة، ولا تصلح الحال إلا به، ولا تنتظم المعيشة بدونها⁸²⁶.
أما **الإتجاه الثالث** يمثله المالكية، فقد ذهبوا – متوسطين للرأيين السابقين- إلى أن قيام الزوجة بشؤون البيت، ينظر إليه من زاوية ما إذا كانت من عادة الزوجة الخدمة، أو أن الزوج فقير لا قدرة له على الإخدام، حيث تجب عليها الخدمة في هذه الحالة، أما إذا كانت الزوجة غنية وذات قدر وشرف، أو كان الزوج كذلك، فإن الزوج ملزم في هذه الحالة بإخدامها⁸²⁷. ونورد بيانا توضيحيا في ذلك: "إن كانت الزوجة ذات منصب وحال والزوج مليء فليس عليها من خدمة بيتها شيء، ولزمه إخدامها. وإن كانت بخلاف ذلك والزوج فقير فعليها الخدمة الباطنة من عجن وطبخ وكنس وفرش واستقاء ماء إذا كان معها في البيت؛ وليس عليها غزل ولا نسج. وإن كان معسرا فليس عليه إخدام وإن كانت ذات منصب وحال، ولا تطلق عليه بذلك"⁸²⁸.

وخلاصة لكل ما سبق، يتبين بأن أغلب الفقهاء أقرروا بعدم إلزامية الخدمة المنزلية على الزوجة خصوصا وأنه ليس هناك بالنصوص القرآنية آية يمكن أن يستفاد منها صراحة أو تأويلا أن المرأة ملزمة بالخدمة المنزلية.

⁸²⁶ بن قدامة، المغنى، ج10، م.س، ص: 225-226

⁸²⁷ أبو عبد الله محمد الخرشي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، المطبعة الكبرى الأميرية-مصر،

الطبعة الثانية 1317هـ، ص: 186-187

⁸²⁸ محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، م.س، ص: 379

وفيما يتعلق بموقف القضاء، فلم يستقر هو الآخر على رأي موحد، ففي الوقت الذي تتجه فيه بعض المحاكم إلى رفض طلب استحقاق الزوجة مقابلا عن الأعمال المنزلية⁸²⁹، تقضي بعض المحاكم الأخرى بقبول الطلب .

(أ) التوجه القضائي برفض الطلب :

حسب هذا التوجه القضائي، فإنه لا مجال للمطالبة بالحق في الثروة الأسرية بدون عمل ومساهمة حقيقية في ذلك، لذا على المدعي أن يثبت أولا أنه سعى وكد إلى جانب الآخر، وعمل وضحي وثابر، وأي طلب خال من هذا الإثبات سيعتبر عديم الفائدة والجدوى وسيكون مصيره الرفض⁸³⁰. وفي هذا الصدد جاء في حيثيات حكم صادر عن

⁸²⁹وفي هذا الإطار يرى الأستاذ عبد اللطيف البغيل، أنه ليس في المادة 49 ولا في الفقرة الأخيرة منها ما يفيد أن عمل المرأة المعتاد في البيت الذي تقوم به عامة النساء بحكم العادة أو بحسب ما يعتبر من مظهر عناية المرأة بالبيت، من تنظيف، وطبخ وما إلى ذلك يمكن اعتباره من مبررات طلب نصيب في هذه الأموال، أو يكون إثباتها مبررا للحكم لها بحظ أو نصيب في هذه الأموال وذلك لما يلي:

- أن هذه الأعمال غير منضبطة، لأنها قد تقل، وقد تكثر، كما أن هذه الأعمال إطلاقا لم تكن مبررا للقول بنظام الكد والسعاية ولا كانت مقصودة للفقهاء بالقول بهذا النظام.

- أن كثيرا من النساء لا يقمن بالعمل المنزلي بأنفسهن، خاصة إذا كانت المرأة في أسرة ميسورة الحال، لأنها غالبا ما يكون لها خدم يتولون غالب هذه الأعمال.

- أن هذه المادة قيدت المجهودات المبذولة بأمرين:

- الأول، أن يكون العمل المبذول من طرف الزوجين، من أعمال الكسب، كأن يكون معا عاملين في القطاع الخاص أو العام.

- الثاني، أن تكون هذه الأعمال والمجهودات والأعباء، منصبة على تنمية أموال الأسرة، بمعنى أنه يجب أن يثبت من يدعي المشاركة من الزوجين في الأموال أنه بذل مجهودا معتبرا في تنمية هذه الأموال.

- أنظر: عبد اللطيف البغيل، تدبير الأموال المكتسبة بعد الزواج: مقارنة حول إمكانية الالتقاء بين مقتضيات الشرع ونص القانون وعمل القضاء، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، يناير- فبراير 2012م، ص92

⁸³⁰ لكي يحكم القاضي بأحقية أحد الزوجين في الثروة المكتسبة، ينبغي عليه أن يتأكد من توفر العناصر التالية والتي تواترت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية على وجه الخصوص الأخذ بها، في محل الإثبات في حق الكد والسعاية:

1- إثبات العمل : حتى يمكن لأحد الزوجين المطالبة بنصيبه من الثروة المكتسبة خلال الحياة الزوجية ، لا بد أن يثبت أنه كان يعمل ويكد في سبيل تنمية ثروة الأسرة.

2- إثبات نوع العمل: يجب أن يبين ويثبت نوعية العمل الذي قام به وأدى إلى تنمية هذه الثروة.

3- إثبات قدر المساهمة: أي النصيب الذي ساهمت به لتكوين تلك الثروة.

4- بيان مردودية هذه المساهمة: بمعنى بيان ما ترتب عن هذه المساهمة من ثروة تستوجب الحكم باستحقاقها.

5- بيان ما كان يملكه الزوج الآخر قبل حصول المساهمة.

6- بيان فترة المساهمة أو العمل: سواء من حيث بدايتها أو نهايتها، لكي تتم معرفة الحجم الحقيقي للمال المكتسب أثناء تلك الفترة حتى يتحدد على أساسه نصيب الزوجة .

المحكمة الابتدائية بالقنيطرة:"...حيث إن الحكم بالتعويض للطاعة الأصلية لم يكن مطلوباً أو مبرراً، وهو لا يدخل في الكد والسعاية... وحيث إن العناية بشؤون البيت والأولاد من صميم التزام الزوجة التي عقدت العقد مع الطرف الآخر لهذه الغاية في مقابل التزام هذا الأخير بواجبات ظلت الزوجة في حل منها رغم سعة ذمتها المالية..."⁸³¹.

كما رفضت إحدى المحاكم منح الزوجة نصيباً فيما ادعته في أملاك زوجها من منطلق أنها " كانت تكذب وتسعى إلى جانب زوجها أثناء قيام العلاقة الزوجية، وتقوم بجميع شؤون بيت الزوجية وجميع متطلبات أولادها، كما تقوم به مثيلاتها في البلد... وأن الشهود لم يذكروا نوع الكد والسعاية ولم يبينوا ما إذا كانت من ذوات الحجاب أم لا... وعليه استناداً إلى ما ذكر تكون الدعوى المنظورة مفتقرة للإثبات القاطع..."⁸³². فالملاحظ على هذا الحكم، أنه رفض طلب الزوجة لعدم إثبات نوع العمل الذي ساهم في نماء أموال الأسرة، فهذا النوع من الإثبات سيمكن المحكمة من تقدير قيمة العمل وتأثيره على الثروة الزوجية.

وفي نفس التوجه، نجد بعض المحاكم اعتبرت عجز الزوجة عن تحمل أعباء المنزل مسوغاً لإعطاء الزوج الحق في التعدد على الرغم من أنه غني يستطيع إخدام زوجته، وهذه هي حيثيات الحكم:" .. وحيث ثبت للمحكمة من خلال الوثائق المدلى بها من طرف الطالب أن دخله كاف لإعالة أسرتين، كما أن السبب المبرر للتعدد والمصرح به من طرفه والذي أكدته الزوجة والمتمثل في عدم قدرة هذه الأخيرة على تحمل الأعباء المنزلية يبقى مبرراً موضوعياً للتعدد وما دام أن الزوجة لم تعد قادرة على النهوض بأهم الواجبات الملقاة على عاتقها تجاه

=- للتوسع أكثر أنظر: أحمد المراني، السلطة التقديرية للقاضي في مستحقات الزوجة- دراسة تحليلية مقارنة- ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2016-2015م، ص: 299-301

⁸³¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة عدد 247 بتاريخ 2014/04/1، ملف رقم 230 /1620/ 2013 (غير منشور).
⁸³² حكم المحكمة الابتدائية بتزنيث عدد 123 في ملف أسري عدد 2007/89 صادر بتاريخ 2008/05/08، (غير منشور).

زوجها بمقتضى عقد الزواج... لهذه الأسباب تصرح المحكمة في جلستها المنعقدة بغرفة المشورة انتهائيا بالإذن للطالب بالتعدد...⁸³³

كما قضى المجلس الأعلى سابقا برفض طلب الزوجة القاضي باستحقاقها جزء من الدار موضوع النزاع بحجة أن " الطاعنة دون مهنة ومشرفة على بيتها وأن فاقد الشيء لا يعطيه، وأن موجب المساهمة المدلى به غير معتبر لعدم إثبات المشاركة المادية والفعلية لإنجاز المال المشترك علاوة على خلوه من المستند الخاص عن العلم وأن المستأنفة لم تدل بأي دليل يثبت مساهمتها المادية في ممتلكات المستأنف عليه."⁸³⁴

ونفس الشيء قضت به محكمة النقض في قرار لها جاء فيه: "...لكن ردا على ما ورد في السبب الوحيد المستدل به للنقض فإن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه قومت مختلف الوثائق المعروضة عليها من الطرفين واستخلصت منها ومن البحث الذي قامت به بحضورهما أن الطاعنة لم تثبت مساهمتها في المنزل الذي تطلب الحكم لها بنصفه مصرحة في تعليل قرارها بأن المستأنف عليه استدل بنسخة من عقد بيع تفيد أنه اشترى العقار موضوع الدعوى وبما يفيد أنه حصل على قرض من البنك الشعبي بمبلغ 130000 درهم لأجل إتمام بنائه... وأن المستأنفة لم تستطع إثبات ما تدعيه من أنها كانت تعمل أثناء شراء العقار المذكور أو خلال فترة بنائه ولا إثبات مساهمتها بعملها أو مجهوداتها أو شرائه أو بنائه طبق ما تنص عليه المادة 49 من مدونة الأسرة وأن عملها داخل البيت لا يمكن اعتباره مساهمة في المجهود المدعى به وإنما يعتبر من الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين طبقا للمادة 51 من مدونة الأسرة، الأمر

⁸³³ حكم المحكمة الابتدائية بالعرائش عدد 394، قسم قضاء الأسرة في ملف عدد 04/56، صادر بتاريخ 2004/12/27 (غير منشور) أشارت إليه: فاتحة الطلحاوي، تدبير المال المكتسب في فترة العلاقة الزوجية وفق المادة 49 من مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، عدد خاص تحت موضوع " مدونة الاسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية"، ج1، عدد مزدوج 5/4، مطبعة الأمنية، الرباط، ص:126

⁸³⁴ قرار عدد 3064، صادر بتاريخ 2006/18/10، ملف عدد 1/3452 /4 /2005، منشور بمجلة الإشعاع، عدد 32 ص: 245.

الذي يستوجب رد استئنافها، وبذلك تكون المحكمة قد ردت على دفع الطاعة ولم تخرق القانون وعللت قرارها تعليلا كافيا "835.

ب) التوجه القضائي بقبول الطلب :

بخلاف التوجه القضائي السابق الذي اعتبر العمل المنزلي من الواجبات الملقاة على عاتق الزوجة، اعتبرت بعض المحاكم عمل الزوجة اليومي، ولو داخل البيت هو مساهمة منتجة عند التقييم، على أساس أن عقد الزواج للعشرة الزوجية لا يلزم الزوجة بخدمة البيت، إذ جاء في حيثيات حكم لابتدائية الدار البيضاء: "... إن عمل الزوجة ولو داخل البيت هو مساهمة منتجة عند التقييم، خاصة إذا علمنا أن من الفقهاء من اعتبر أن عقد الزواج لا يلزم الزوجة بخدمة البيت.

وحيث إنه إذا كان الشرع قد أعطى للمرأة التي لم يقع الدخول بها نصف الصداق فكيف تكون وضعيتها الزوجة التي قضت مع الزوج مراحل العمر بخلوها ومرها وساهمت في تكوين ثروته وممتلكاته بمجهودها؟

وحيث إن حق المدعية في الثروة التي كونها الزوج خلال فترة الزواج والتي ساهمت وكادت وعملت من أجل تكوينها هو حق يجد سنده في الشريعة الإسلامية ومستمد من الفقه الإسلامي عبر قرون، وهو الحق الذي يحقق للزوجة نوعا من الاستقرار المادي إذا ما انتهت العلاقة الزوجية، مقابل مجهوداتها وعنايتها إلى جانب الزوج ، الشيء الذي ينسجم مع الشريعة الإسلامية السمحاء وقواعد العدل والانصاف والذي يعتبر من الحقوق المعترف بها في الفقه الإسلامي والتي ترجمتها واقعة قضى فيها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وحيث إنه يمكن القول أن فتوى الفقيه ابن عرضون قد وضحت كثيرا أهمية عمل الزوجة في بيتها.

وحيث تكون بذلك، وكما تبين للمحكمة من خلال ما ذكر أعلاه، المدعية قد ساهمت بعملها وكدها في تنمية الأموال المكتسبة خلال فترة الزواج... وذلك على ضوء ما قامت به

⁸³⁵ قرار محكمة النقض، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 866 صادر بتاريخ 2014/12/16، ملف شرعي عدد 2014/1/2/499.(غير منشور).

المدعية من أعمال ومجهودات وأعباء في تنمية المال، وتحدد المحكمة بالتالي قدر المجهود الذي بذلته في مبلغ قدره 150.000 درهم...⁸³⁶

كما اعتبرت إحدى المحاكم أن تحمل المدعية لأعباء بيت الزوجية خلال مدة الزوجية ووضعها لخدماتها اليومية رهن إشارة الزوج والأولاد مساهمة في تنمية أموال الأسرة، الأمر الذي يجعلها محقة في الحصول على جزء منها إعمالاً لقيم العدل والإنصاف، وهذه هي حيثيات الحكم: "... وحيث إن قيام المدعية بما ذكر اتجاه أولادها وزوجها يعتبر عملاً ومجهوداً كبيرين يساهمان في تنمية أموال الزوج أثناء قيام العلاقة الزوجية... وحيث وبالنظر إلى طول فترة الزواج التي استمرت لأربعين سنة والأعباء المادية والمعنوية التي تكبدها المدعية في تنمية أموال الأسرة لذلك فهي محقة، والمحكمة لما لها من سلطة تقديرية ومراعاة منها لما سبق ذكره فإنها تحدد قدر المجهود الذي بذلته في مبلغ 200.000 درهم".⁸³⁷

وبهذا تكون إشكالية العمل المنزلي من أوضح المسائل التي تكشف تردد المشرع وعجزه عن الحسم القانوني وغلبة منطق التوافق في صياغته لنص المادة 49 من مدونة الأسرة، فلا هو وافق على التنصيب الصريح على اعتبار العمل المنزلي عنصراً من عناصر تقييم مجهود كلا الزوجين في إنشاء أو تنمية الثروة الأسرية، ولا هو رفض ذلك رفضاً صريحاً. بل اختار صياغة تصلح لهذا وذلك، فتحدث عن "مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة" وهي عبارة فضفاضة جداً مغرقة في التعميم قابلة للتأويلات المتعددة والمتضادة، وهو ما سيثقل كاهل القاضي، ويجعل المتقاضين خاضعين لقناعات القضاة التي تختلف قطعاً بين من يرى العمل المنزلي أحد العناصر المساهمة

⁸³⁶ حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 4478، ملف شرعي رقم 685/4، صادر بتاريخ 24/4/2006. منشور

بمجلة محاكمة، العدد 6، أبريل-يونيو 2009، ص: 305 وما بعدها.

⁸³⁷ حكم المحكمة الابتدائية بالرباط عدد 1382 ملف عدد 06/5745، صادر بتاريخ 21/2/2008. منشور على الموقع

الإلكتروني : www.startimes.com

في تكوين ثروة الأسرة، ومن يعتبره واجبا على الزوجة فقها وقانونا وعرفا، وبالتالي فلا حق لها في المطالبة بتعويض عنه ولا اعتباره مساهمة في إنشاء وتنمية أموال الأسرة.⁸³⁸

ثانيا: حجية عمل الزوجة خارج البيت في إثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة

خلال الزواج:

عرفت الأسرة المغربية تطورا ملحوظا على مستوى الوظائف والمهام أدى إلى تغيير الأدوار داخلها، فلم تعد تعيش وفق ذلك النمط التقليدي الذي يتحمل فيه الزوج كل المسؤوليات، خاصة فيما يتعلق بالجانب المادي، إذ أصبح خروج المرأة إلى العمل أمرا مقبولا اجتماعيا⁸³⁹، فأصبحت بذلك تتحمل مشقة العمل المأجور، بالإضافة إلى مشقة الأعمال المنزلية المتكررة، ولذلك كانت الزوجة ومازالت منتجة للثروة، الأمر الذي حتم على المشرع إيجاد إطار قانوني يحمي الزوجة، ويهدف إلى عدم حرمانها من نصيبها في الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية، وبالتالي منحها الحق في جزء من هذه الأموال.⁸⁴⁰

ويجد هذا الحق أساسه في ما يعرف بحق الكد والسعاية⁸⁴¹، وهو الحق الذي يخول للمرأة حسب التقاليد السائدة الحصول على نصيب من الممتلكات بعد الطلاق أو الوفاة، والتي ساهمت

⁸³⁸ عبد الوهاب محسن، النظام المالي للأسرة بين الاجتهاد الفقهي والتحكيم العرفي والتقنين الوضعي والعمل القضائي، أطروحة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة القاضي عياض، كلية الآداب والعلوم الإنسانية مراكش، السنة الجامعية 2013-2014م، ص: 246

⁸³⁹ إن المرأة العاملة خارج البيت تحظى بتقدير أكثر داخل المجتمع خلافا لربة البيت التي يتم تجاهل دورها كزوجة وأم نظرا للمساهمة الاقتصادية الضئيلة التي تنجم عنه.

-SOUAD TIZIKT : « la valorisation du travail domestique de l'épouse à la lumière du droit du Kad et de la siaya », mémoire de fin d'étude en droit privé Master : genre et droits des femmes des deux rives de la méditerranée , université Abdelmalek Essaadi, faculté des sciences juridiques,économiques et sociales, Tanger. Année universitaire : 2013-2014, P : 52

⁸⁴⁰ يوسف الشكر، م.س، ص: 39-40

⁸⁴¹ ظهر هذا الحق في القرن الثامن الهجري، وهو مرتبط بتاريخ صدور الفتاوى في الموضوع خاصة فتاوى الفقهاء بالشمال، ومنهم أبو القاسم بن خجو المشهور بالقوري وأحمد بن عرضون وكذا أخوه محمد، وقد انتشر العمل بمقتضيات هذا الحق في منطقة اعمارة وامتد إلى بعض المناطق المجاورة مثل سبتة وأنجرة بتطوان إلى حدود استعمار المغرب حيث تشهد بعض الوثائق والرسوم العدلية المحررة إبان فترة الإستعمار بجريان العمل به في هذه المناطق.

وبالموازاة مع ذلك جرى العمل بهذا الحق كذلك في منطقة سوس، حيث اشتهر الفقهاء السوسيون به من خلال نوازلهم الفقهية.

- يراجع: محمد المختار السوسي، المعسول، الجزء 17، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، طبعة 1961م، ص: 42

الزوجة في تنميتها بجهدا وسعيها وعملها⁸⁴². هذا الحق الذي ينطلق من مرتكزات الشريعة الإسلامية ومن الفقه الإسلامي عبر قرون، والذي تبلور في عدة فتاوى ونوازل⁸⁴³ حكم فيها القضاء عملا بقواعد الإنصاف والعدالة والقسط وأنه لا يجوز لمسلم أن يأكل مال وجهد وسعي الغير بالباطل⁸⁴⁴.

إن مساهمة المرأة المغربية في تنمية الأموال الأسرية ليست حديثة العهد بل إن الزوجة كانت ولا تزال تساعد زوجها بشتى الوسائل، فهي في البادية تساعده في نشاطه الفلاحي، وفي المدينة تساعده في نشاطه التجاري والإداري، إضافة إلى أنها أصبحت تمارس كل أنواع الأنشطة الاقتصادية والتجارية و المهنية. وهذا الأمر يستدعي منا التساؤل عن مدى استحقاق المرأة العاملة خارج البيت لنصيبها من الأموال المكتسبة، خصوصا إذا لم يكن هنالك عقد أو اتفاق على تدبير الثروة المشتركة والمتركمة أثناء قيام العلاقة الزوجية؟

=- ويراجع كذلك: محمد العثماني، ألواح جزولة والتشريع الإسلامي، دراسة لأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فيد بيرانت، الطبعة الأولى 2004م، ص: 70

⁸⁴² وفي هذا الصدد يقول الأستاذ عبد اللطيف البغيل أنه " ليس صحيحا ما قاله بعض الباحثين من أن المادة 49 من مدونة الأسرة - لاسيما الفقرتان الأولى والأخيرة- صيغتا بشكل جعلهما متضمنتين للعناصر الأساسية لنظام الكد والسعاية إن لم نقل للنظام برمته تحت تسمية عصرية حديثة هي " الأموال الأسرية". ذلك أن هذه المادة في الفقرة الأولى، أوجت بجواز الاتفاق على تدبير الأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية ، والاتفاق على استثمارها وتوزيعها، وهذا يعني أن الأمر هنا يتعلق بالتراضي بين الطرفين من خلال الاتفاق على طريقة تدبير هذه الأموال، واستثمارها، وكذا توزيعها، وحيثما كان هناك اتفاق كنا أمام وضع يحكمه الاتفاق ولا شيء آخر، بناء على أن القاعدة هنا ان العقد شريعة المتعاقدين، بيد أن نظام الكد والسعاية منشؤه العرف وليس الاتفاق. وأما الفقرة الأخيرة التي تنص على أنه " إذا لم يكن هناك اتفاق ، فيرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة" فيفهم منها ما يليك:

1- أن المجهودات المبذولة والمعتبرة كعنصر لإثبات استحقاق نصيب من هذه الأموال هي التي تكون منصبة أساسا على تنمية أموال الأسرة.

2- أن ما جاءت به هذه الفقرة هو نظام عام شامل لكل الحالات التي لا يكون فيها اتفاق بشأن تدبير أموال الأسرة، سواء كان الأمر يتعلق بنساء البادية أو الحاضرة، أو ما بينهما. والحال أن نظام الكد والسعاية كما يفهم من نصوص الفقهاء، هو نظام خاص نشأ حيث نشأ مستندا على العرف المحلي الخاص، وقد أفتى الفقهاء بمراعاة هذا العرف الخاص إنصافا للمرأة، واعترافا بمجهودها الواضح في تنمية أموال الأسرة. ومن له أدنى معرفة بواقع المرأة البدوية يعلم عن يقين أنها أساس كل تنمية وتطور يطرأ على أموال الأسرة".

- راجع: عبد اللطيف البغيل، م.س، ص: 91

⁸⁴³ الحسن العبادي، فقه النوازل في سوس قضايا وأعلام، منشورات كلية الشريعة بأكادير، دار النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 1999، ص: 36

⁸⁴⁴ زهور الحر، م.س، ص: 103

إن موضوع المنازعة بشأن الممتلكات الأسرية من الموضوعات التي أثارت ولازالت تثير الكثير من الإختلاف في وجهات النظر من طرف العمل القضائي وذلك بصفة أساسية، لكون المادة 49 في الفقرة الأخيرة منها، أقرت قاعدة ربما جديدة وخاصة في موضوع الإثبات بشأن الممتلكات الأسرية. في حين تنص القاعدة العامة المعروفة للإثبات على أن: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر". نجد هذه المادة تنص على أنه "يرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة".

وهكذا، فإنه لو توقف المشرع عند عبارة "يرجع للقواعد العامة للإثبات" لما استوجب الأمر هذا النقاش، لكنه بإضافة عبارة "مع مراعاة" يجعل الإثبات وحده غير كاف لتحصين الادعاء أو نفيه، وأنه حتى عند وجود وسيلة إثبات التملك في اسم أحد الزوجين، فإن ذلك الإثبات قابل للنقاش بناء على عبارة "مع مراعاة عمله وما قدمه... أو تحمله..." مما يجعل الحجة المعتمدة في إطار موضوع الأموال الأسرية غير متسمة بالحجة القطعية، وقد تكون مجرد قرينة قابلة لإثبات العكس.⁸⁴⁵

وفي هذا الإطار، نجد مجموعة من الأحكام والقرارات التي خولت للمرأة العاملة خارج البيت نصيبا في الأموال المكتسبة أثناء الزواج شريطة إثبات مساهمتها الفعلية في تنمية الأموال الأسرية، ومن بينها حكم للمحكمة الابتدائية بالراشدية والذي استجاب لطلب المدعية الرامي إلى استحقاقها نصيبا في الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، والذي جاء في حيثياته: "إن مراقبة المدعية لأشغال البناء قرينة على أنها ساهمت في تنمية أموال الأسرة تستحق عنها التعويض مادام أن الملف خال مما يثبت عكس ذلك"⁸⁴⁶.

كما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط: "... لكن حيث لئن كانت المستأنفة لاحق لها في العقارين المشار إليهما في مقالها، فإنها بخلاف ذلك وتأسيسا على ما جاء على لسان الشهود المشار إليهم بعد أدائهم اليمين وعلى ما جاء ببعض الوثائق التي أدلت بها والتي لم تكن

⁸⁴⁵ عمرو لمزرع، م.س، ص: 292

⁸⁴⁶ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالراشدية (لم يشر إلى رقمه)، صدر بتاريخ 2016/10/6. (غير منشور).

موضوع أية منازعة من طرف المستأنف عليه فإنها كانت تنوب عن زوجها في مراقبة أشغال البناء وتجلب كل ما تحتاجه الأسرة من السوق وتنقل الأبناء من البيت إلى المدارس التي يتمدرسون فيها وتحضر الاجتماعات الخاصة بهم في المدارس نيابة عن والدهم وتلازم هذا الأخير في فترة مرضه وتنتقل معه خارج أرض الوطن الشيء الذي مكنه وساعده على تحقيق ما اكتسبه وكل هذا يشفع لها في الحصول على تعويض مقابل كدها وسعايتها.

وحيث إنه ومادام أن عرى الزوجية قد انصمت بين الطرفين فإن المدعية تستحق تعويضا عن المجهودات التي بذلتها في تنمية أموال الأسرة استنادا إلى مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة، وهذا التعويض تقدره المحكمة بما لها من سلطة تقديرية ومراعاة للمجهودات التي قدمتها للأسرة وما تحملته من أعباء.

وحيث إن محكمة الدرجة الأولى لما غضت الطرف عن هذا الجانب ولم تعتبر مجهوداتها تكون قد أجمعت في حقها وجانبت الصواب مما يتعين معه إلغاء الحكم المستأنف، وتصديا الحكم للمستأنفة بتعويض قدره 200.000 درهم مقابل كدها وسعايتها".⁸⁴⁷

وفي نفس السياق، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة: "... وحيث ولما كان الأصل في دعوى الكد والسعاية أنها مبنية على الإثبات وفق القواعد العامة .

وحيث أنه برجوع هذه المحكمة لمجمل وثائق الملف وخاصة ما راج بجلسة البحث المأمور بها ابتدائيا وتصريحات الشهود المستمع إليهم والتي أجمعت على أن المستأنف عليها كانت تكد وتساهم في تحمل أعباء المتاجرة في الملابس في الأسواق والمنازل، وهو ما يقوم دليل يثبت قيام المستأنف عليها بكدها وسعايتها في تنمية أموال الأسرة وما كسبته من ثروة خلال قيام العلاقة الزوجية، فضلا على أن المستأنف نفسه أقر بجلسة البحث المنعقدة بتاريخ 2013/3/21 أن المستأنف عليها كانت فعلا تساعده في تسويق السلع بالأسواق وبيوت الزبناء، والحكم الابتدائي الذي علل قضاءه بكون كد وسعاية المستأنف عليها في إنماء ثروة الأسرة ثابت

⁸⁴⁷قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 278، صادر بتاريخ 2016/12/05، ملف رقم 7-1620-2014. (غير منشور).

ورتببت عن ذلك ما قضت به من استحقاقها لنصف العقار المدعى فيه يكون مصادفا للصواب ومعلل تعليلا سليما مما يتعين معه تأييده"848.

كما اعتبرت محكمة الاستئناف بطنجة أن: "إدلاء المدعية بلفيف عدلي يشهد شهوده بمعرفتهم للمستأنف عليها التي كانت تعمل في الفلاحة والبيت وتكد وتجتهد بتفان وإخلاص في خدمة بيت الزوجية إلى جانب المستأنف وقد استمرت على ذلك إلى أن وقع الانفصال بينهما، كما أن المحكمة وفي إطار تحقيق الدعوى خلال هذه المرحلة من التقاضي عرضت اللفيف المذكور على المستأنف فلم ينازع فيه منازعة جدية بل أقر في معرض تصريحاته بكون المستأنف عليها كانت تساعده من أجل توفير المأكل والمشرب وأنه لما كون رأسمال بعد أربع سنوات لم تعد تشتغل معه، مؤكدا أنه كانت تساعده أحيانا في حلب الأبقار، كما ساعدته أيضا في أشغال بناء المنزل على القطعة الأرضية التي يستغلها والمسلمة له- بعد زواجه من المستأنفة- من طرف المكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي وذلك عن طريق حمل الياجور ومواد البناء، وهو ما يشكل قرائن قوية ودلالات كافية على أن المستأنف عليها كدت وسعت لتنمية أموال الأسرة منذ سنوات الثمانينات إلى غاية وقوع التطليق بين الطرفين سنة 2014... مما تكون معه هذه الأخيرة محقة في الحصول على تعويض على ضوء ما قامت به من أعمال ومجهودات وأعباء في تنمية المال واستثماره إلى جانب الزوج المستأنف، ويكون الحكم المستأنف لما قدر لها تعويضا (قدره 220000 درهم) عن ذلك في إطار المادة 49 من مدونة الأسرة قد صادف الصواب فيما قضى به ويتعين تأييده"849.

والملاحظ على هذين القرارين الأخيرين، أن المحكمة بنت قرارها القاضي باستحقاق المدعية نصيبا في الأموال المكتسبة كمقابل عن كدها وسعايتها، على إقرار زوجها (المستأنف) بمساعدتها له في عمله، إضافة إلى تصريحات الشهود، وهذا الأمر نادر الوقوع من الناحية العملية لأن الزوج غالبا ما ينكر مساهمة الزوجة في نماء ثروته المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية.

⁸⁴⁸قرار محكمة الاستئناف بطنجة، رقم 59، صدر بتاريخ 2017/01/16، ملف رقم 2016/1620/817. (غير منشور).

⁸⁴⁹قرار محكمة الاستئناف بطنجة، صادر بتاريخ 2017/12/25، ملف رقم 2017/1620/300. (غير منشور).

أما بالنسبة لمحكمة النقض فقد أصدرت العديد من القرارات التي سارت في اتجاه اعتماد حق استفادة الزوجة العاملة خارج البيت من الأموال التي تم جمعها أثناء الحياة الزوجية إذ جاء في إحدى قراراتها: "... لكن حيث إن المطلوبة أثبتت للمحكمة بأنها اشتغلت بأجر منذ سنة 1982 إلى غاية 2000، وكان لها حسابا مشتركا مع الطاعن وأن أموالهما المشتركة كان جزء منها يصرف على العائلة وما بقي تم استثماره في شراء قطعة أرضية بالمغرب وتشبيد بناء فوقها. والمحكمة لما قضت للمطلوبة بعد أدائها اليمين على ادعائها بتعويض عن مساهمتها في تنمية الأموال المكتسبة خلال قيام العلاقة الزوجية والذي حددته في مبلغ 200000 درهم بما لها من سلطة تقديرية بناء على الحجج المدرجة بالملف تكون قد طبقت مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة التطبيق السليم وما بالنعي غير قائم"⁸⁵⁰. كما جاء في قرار آخر: "... لكن حيث إن مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة نصت على أنه يحق للمحكمة مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، والمحكمة الابتدائية المؤيد حكمها استئنافيا لما أجرت بحثا في القضية، استمعت خلاله إلى مجموعة من الشهود أكدوا على أن الطاعن كان يسكن مع المطلوبة بمنزل والدها مجانا لمدة ثماني سنوات، وأن هذا الأخير ساعد في بناء المنزل موضوع النزاع، وأن المطلوبة كانت تشتغل كطباخة في الأعراس والأفراح وتتقاضى عن ذلك مبالغ مالية تتراوح بين 500 و 1000 درهم، واعتبرت تبعا لذلك أن المطلوبة ساهمت في ثروة زوجها وتستحق عن كدها هذا الجزء من ثروته، والذي حددته في الثلث تكون قد استعملت سلطتها في تقدير الحجج، وبنتها على المعطيات السالف ذكرها وطبقت مقتضيات المادة المحتج بها تطبيقا سليما وجاء بذلك قرارها سليم التعليل..."⁸⁵¹.

وفي نفس الإطار قضت المحكمة ذاتها في قرار لها صادر بتاريخ 2016/12/27 بنقض القرار المطعون فيه من طرف الزوجة، واعتبرت أن طهي الطاعنة للعمال يعتبر من صميم

⁸⁵⁰ قرار محكمة النقض- غرفة الأحوال الشخصية والميراث- ، عدد 866، المؤرخ في 2014/12/16، ملف شرعي عدد 2014/1/2/499 . (غير منشور)

⁸⁵¹ قرار عدد 479 بتاريخ 2011/11/09، في ملف شرعي عدد 2010/1/2/626، (غير منشور) .

أعمال الكد والسعاية حيث جاء فيه: "... المحكمة لما عللت ما انتهت إليه في منطوق قرارها، بأن ما تقوم به الطاعنة من طهي للعمال يدخل في الأشغال المنزلية وبالتالي لم تعتبره من ضمن أعمال الكد والسعاية، والحال أنه من صميم ذلك لكونها فقها غير مجبرة للطبخ لهؤلاء، فإنها أقامت قضاءها على تعليل ناقص وهو بمثابة انعدامه"⁸⁵². كما اعتبرت أن الزوجة الموظفة التي تمكن زوجها من أجرتها الشهرية من ذوات الكد حيث جاء في قرار صادر عنها ما يلي: "المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ذهبت إلى أن المطلوبة أثبتت أنها من ذوات الكد بدليل عملها كموظفة، وتمكينها مطلقاً من أجرتها الشهرية بحيث أفادت الخبرة بأن المبالغ التي سحبها الطالب من حساب المطلوبة، وأن تشييد العقار المحكوم به لم يتم إلا بعد الوكالة، مما يفيد مساهمتها قطعاً في تشييده، تكون قد أسست لقضائها وبنته على ما يحمله"⁸⁵³.

والملاحظ على هذه القرارات أنها لم تفرق بين المرأة الموظفة العاملة بالقطاع العام أو الخاص، وبين المرأة العادية التي تقوم بالعمل خارج البيت (أي العمل الذي لا يدخل في إطار الأعمال المنزلية المتعارف عليها) سواء كان عملاً فلاحياً أو تجارياً أو غير ذلك، كما أنها لم تفرق بين المرأة القروية والمرأة التي تسكن بالمدينة، فالعبرة بإثبات الزوجة مساهمتها في الأموال المكتسبة بكدها وعملها. لكن في حالة ما إذا لم تثبت الزوجة ذلك، فإنه لا يستجاب لطلبها، وهو ما أكدته المحكمة الابتدائية بتمارة في حكم لها جاء فيه: "... حيث تهدف المدعية من طلبها الحكم لفائدتها بنصيبها في الأموال الأسرية على ألا يقل عن نصف ممتلكات المدعى عليه العينية والمالية كمقابل لكدها وسعايتها أو بنصف ثمنها إذا استحالت قسمتها.

وحيث لئن أدلت المدعية تعزيزاً لدعواها بإشهاد صادر عن المدعى عليه يشهد فيه بأنها تدير التجارة بالدكان المستخرج من منزلها وذلك لمدة 17 سنة، فإن الإشهاد المذكور لا ينهض حجة على كونها – كما أشارت إلى ذلك في طلبها- كانت تسلم الأموال التي تجنيها من تجارتها للمدعى عليه.

⁸⁵² قرار محكمة النقض عدد 801، صدر بتاريخ 2016/12/27، في الملف الشرعي عدد 2015/1/2/306. (غير منشور).
⁸⁵³ قرار محكمة النقض عدد 149 الصادر بتاريخ 2014/02/25 في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/786 (غير منشور).

وحيث إن النظام المالي للزوجين في الشريعة الإسلامية يقتضي استقلال الذمة لكل واحد منهما، وبما أن المدعية لم تثبت كونها تسلم أموال تجارتها للمدعى عليه، كما أن الإشهاد المدلى به غير كاف للبت في الطلب، مما يقتضي التصريح برفضه⁸⁵⁴.

كما قضى حكم آخر برفض طلب الزوجة الرامي إلى استحقاقها نصف الشقة رغم أن المدعى عليه صرح أنها كانت شريكة له في محل بيع الملابس الجاهزة بعلة أنها لم تثبت أنها ذات ساعد في مال زوجها وذات جهد في شراء الشقة المتنازع بشأنها، وهذه حيثيات الحكم: "... حيث التمسست المدعية الحكم لها وفق ما هو مضمن في مقالها مفيدة أنها ساهمت ماديا إلى جانب المدعى عليه في شراء شقة سكنية والمشار إلى رقمها العقاري في الوقائع.

وحيث إنه إذا لم يكن هناك اتفاق بين الزوجين يرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وذلك عملا بمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة.

وحيث إنه تبعا لما ذكر فإن الأمر لا يستدعي وجود اتفاق مسبق حتى تكون للمرأة إمكانية المطالبة بحقها في الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، وإنما ذلك مشروط بضرورة إثبات كدها وعملها ومساهمتها في تنمية أموال الأسرة، وهو أمر لا يقتصر فيه على مضي المدة وطول فترة العلاقة الزوجية، وإنما ينبغي إثبات الجهود والأعباء التي قام بها الطالب لتنمية المال.

وحيث إن أقوال المدعية بقيت مجردة من الإثبات إذ أنها لم تثبت أنها ذات ساعد في مال زوجها وذات جهد في شراء الشقة المتنازع بشأنها.

وحيث إن الإثبات فدية الحق.

⁸⁵⁴ حكم المحكمة الابتدائية بتمارة – قسم قضاء الأسرة- ، رقم 742 بتاريخ 2011/04/26 ، ملف رقم 660/10/31. (غير منشور).

وحيث إن ما ذكر يجعل دعوى المدعية مفتقرة للإثبات، وعاجزة عن إبراز مساهمتها في شراء الشقة محل النزاع مما يكون معه طلبها غير مقبول"855.

وفي نفس الاتجاه، قضت نفس المحكمة برفض طلب الزوجة رغم أنها عاملة بالشركة بحجة عدم إثباتها مساهمتها في تنمية الأموال المكتسبية، وهذه حيثيات الحكم: "... وحيث أسست المدعية طلبها على كون المدعى عليه عند زواجه بها لم يكن يمتلك أي شيء وبسبب كدها ومجهودها وتسييرها للأمور المعيشية وكذا عملها بالشركة بأجر زهيد أصبح المدعى عليه يعيش في غنى ويسر.

وحيث إن الأملاك موضوع الدعوى اكتسبها المدعى عليه بعد قيام العلاقة الزوجية حسب الثابت من الوثائق المرفقة بالطلب، لكن المدعية لم تدل بأي اتفاق يوضح طريقة اقتسام الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية.

وحيث إنه في حالة انعدام الاتفاق أعلاه يرجع للقواعد العامة للإثبات، مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، عملاً بمنطوق الفقرة الأخيرة من المادة 49 أعلاه.

وحيث إن الوثائق البنكية المحتج بها من طرف المدعية، وباقي الوثائق المبينة أعلاه، فعلاوة على كونها مجرد صور شمسية نازع فيها المدعى عليه، فإنها لا تثبت وجود حساب بنكي مشترك بينها وبين المدعى عليه، ومساهمتها في تنمية الأرصدة المالية لهذا الأخير، كما لا تثبت تحملها لمبالغ مالية من أجل مساعدته لتملك الباخرة أو اليخت، واكتساب وتنمية باقي أملاكه من عقارات ومنقولات والتي لم تدل المدعية بما يفيد عن وجودها، مما يبقى معه طلبها غير ذي سند من القانون ويتعين رفضه"856.

855 حكم المحكمة الابتدائية بالرباط، رقم 1635 بتاريخ 2015/12/14 ملف رقم 2015/1615/1644. (غير منشور).

856 حكم رقم 428 بتاريخ 2016/03/14، ملف شرعي عدد 2015/1620/475. (غير منشور).

وعلى نفس المنوال، قررت محكمة الاستئناف بطنجة إلغاء حكم ابتدائي قضى للمدعية بمبلغ قدره 100000 درهم كواجب مستحق لها عن كدها وسعايتها وعملها خارج البيت أثناء قيام العلاقة الزوجية معللة ذلك بعدم إدلاء المدعية بما يفيد مساهمتها في تنمية أموال المستأنف، وهذه هي حيثيات القرار: "... وحيث إنه من جهة ثانية فلما كان الأصل في دعوى الكد والسعاية أنها مبنية على الإثبات وفق القواعد العامة، فإنه يرجوع هذه المحكمة إلى وثائق الملف والبحث المجرى ابتدائياً بين الطرفين وما أدلت به المستأنفة من وثائق يتبين أنها لم تدل بما يفيد مساهمتها في تنمية أموال المستأنف ولا بما يفيد تسليمها لجزء من مالها أو أجرتها للمستأنف قصد شراء العقارات التي تطالب بنصفها بل بقيت ادعاءاتها مجرد تصريحات غير مدعمة بأية وسيلة إثبات خاصة أمام تأكيد المستأنف أن المستأنفة لم تكن تسلمه أي مبلغ مالي كما لم تكن تساهم في مصاريف البيت بدولة الإقامة في النرويج وأنه كان يترك لها بطاقته البنكية قصد الإنفاق على البيت، هذا فضلاً عن أن تمسك المستأنفة بكونها هي من كانت تعمل بعد تقاعد المستأنف عن العمل بسبب العجز سنة 1985 حسب الشهادة المدلى بها في الملف لا يفيد أنه لم يعد له مدخول مالي بل إن الشهادة المحتج بها نفسها تفيد أنه يتلقى تقاعد العجز منذ سنة 1985 حدده المستأنف في جلسة البحث الابتدائي في مبلغ 15500 درهم وهو ما لم تنازع فيه المستأنفة.

وحيث إنه من جهة ثالثة فإنه بالرجوع إلى وثائق الملف وما أدلى به الطرفان من وثائق يتبين أن الطرفين كانت ذمتها المالية مستقلة إذ بموازاة مع تنمية المستأنف لأمواله بشرائه للعقارات المحددة في طلب المستأنفة فإن هذه الأخيرة سعت بدورها إلى تنمية ثروتها مستقلة عن الذمة المالية لمطلقها... وحيث إنه تبعاً لذلك يكون الحكم الابتدائي قد جانب الصواب في الشق المستأنف ويتعين التصريح بإلغائه وبعد التصدي التصريح برفض الطلب"⁸⁵⁷.

⁸⁵⁷ قرار محكمة الاستئناف بطنجة رقم 91، صادر بتاريخ 2016/02/01، رقم الملف 2014/1620/1020 و 2014/1620/1079 (ملفين مضمومين). (غير منشور).

وجدير بالذكر، أن إثبات قيمة العمل وقدره في بعض الحالات أمر مهم للغاية، فكثيرا ما يعتبر البعض مجرد إثبات عمل الزوجة وتضحيتها إلى جانب زوجها كاف لاستحقاقها مقابل ذلك العمل، لكن الأمر ليس كذلك، خاصة وأن عملها لا علاقة له بالعمل المأجور، وعليه فلا عبرة بالمساهمة التي لا تؤثر، ولا بالتنمية الضئيلة التي لا تزيد عن الحاجيات الشخصية، وهو ما قضت به محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها جاء فيه: "... حيث إن الثابت من وثائق الملف أن المستأنفة لم تكن ذات دخل هام أثناء زواجها بموروث المستأنف عليهم، اللهم أجرها من وظيفتها كعون تنفيذ بجهاز الأمن، والذي لا يتجاوز آنذاك 1000 درهم شهريا وهو مبلغ ضئيل لا يسعفها في المساهمة مع زوجها في شراء كل العقارات موضوع الدعوى سيما وأن هذا الأخير كان إطارا كبيرا في الدولة ومليء الذمة سواء بالأجر الذي كان يتقاضاه أو بالإرث من والده، وكان في غنى عن مساهمتها فيما جمعه من ثروة.

وحيث إن مقال الاستئناف لم يرفق بأية وثيقة تثبت ادعاءات المستأنفة بتملكها للبقعة الأرضية الموجودة بحي السويسي الرباط وبكونها هي من شيدت عليها الفيلا من مالها الخاص، الشيء الذي يبقى معه طلبها المقدم في إطار الكد والسعاية، يعوزه الإثبات والحكم المستأنف كان صائبا ومرتكزا على أساس لما قضى بعدم قبوله ويتعين تأييده بهذا الخصوص."⁸⁵⁸

ويتعين على المحكمة في أغلب الأحوال أن تستعين ببعض إجراءات تحقيق الدعوى للإستدلال على حقيقة وجود مساهمة فعلية لتنمية المال المشترك، فلها أن تجري أبحاثا مع طرفي الدعوى وشهود الإثبات حال المنازعة وعند كل غموض للوقوف على صحة ادعاءات الأطراف ومعرفة تجليات وأوجه المساهمة، وتحديد وقتها وما إذا كانت واقعة خلال الزواج، أو قبله أو عقبه، من خلال مضاهاة رسوم وحجج التملك برسوم الزواج والطلاق وأحكام التطليق وشواهد الوفاة، والأمر بتكملة الحجج، ولها أن تجري خبرة حسابية للوقوف على مقدار الأموال المكتسبة وتاريخ اكتسابها ومساهمة كل واحد منهما فيها ونسبته تلقائيا أو بطلب من صاحب

⁸⁵⁸ قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 34، صادر بتاريخ 2016/2/1، ملف رقم 13-1620-2014. (غير منشور).

المصلحة⁸⁵⁹. وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض: " أن المحكمة لم تبرز العناصر التي استقت منها استحقاق المطلوبة ثلث العقار مقابل ما ساهمت به من مجهودات أو تجري إجراء من إجراءات التحقيق اللازمة بالنظر للوثائق المستدل بها من الطرفين لتحديد ما تستحقه المطلوبة مقابل ما بذلته من مجهود لتنمية ثروة الزوج وترتب على ذلك أثره مما يكون معه قرارها مشوبا بنقصان التعليل وغير مرتكز على أساس وعرضه للنقض"⁸⁶⁰.

كما جاء في قرار لاستئنافية الرباط: "... حيث علل الحكم الابتدائي مقتضاه بقوله أن ما استظهرت به المدعية من وثائق تفيد اقتطاع جزء من راتبها لا تنهض حجة على أن تلك الاقتطاعات تتعلق بالسكن موضوع دعوى الكد والسعاية.

وحيث إن المحكمة للتحقق من ذلك أجرت بحثا وأقر المستأنف عليه أن المستأنفة فعلا ساهمت بمبلغ في حدود 50000 درهم كضمانة لدين البنك لاقتناء العقار ولم يدل للمحكمة بما يفيد أنه رد المبلغ المذكور لها مما يؤكد مما لا يدع مجالا للشك أن مقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة متوفرة شروطها في نازلة الحال.

وحيث إن المحكمة تقدر واجب الكد والسعاية في حدود سلطتها التقديرية باعتبار المدة وقيمة المساهمة بالمستوى الحالي للأسعار لذلك فإنها قدرت مدى مساهمة المستأنفة في مالية الأسرة بوجه عام والعقار المتنازع بشأنه بوجه خاص في مبلغ 80000 درهم.

وحيث يتعين إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم على المستأنف عليه بأدائه لفائدة المستأنفة مبلغ 80000 درهم إعمالا للمادة 49 من مدونة الأسرة كنصيبتها في مالية الأسرة."⁸⁶¹

وتجدر الإشارة، إلى أن تسجيل عقار محفظ باسم أحد الزوجين لا يمنع الآخر من المطالبة بنصيبه فيه، وبناء عليه يسوغ للمحكمة أن تحكم لأحد الزوجين بنصيب معين من عقار

⁸⁵⁹ عادل حاميدي، م.س، ص: 226-227

⁸⁶⁰ قرار محكمة النقض عدد 1031 الصادر بتاريخ 2012/02/28، في الملف المدني عدد 2010/4/1/4784. منشور بمجلة محكمة النقض، ملفات عقارية، العدد 2، مطبعة الأمنية الرباط، السنة 2012م، ص: 187-189

⁸⁶¹ قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 337 صادر بتاريخ 2015/12/16، ملف رقم 20141620/161. (غير منشور).

محفظ بعد إثبات مساهمته فيه⁸⁶². وتأسيسا على ذلك، جاء في قرار لمحكمة النقض: "... حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار المطعون فيه، أن الفقرة الأخيرة من المادة 49 من مدونة الأسرة تنص على أنه إذا لم يكن هناك اتفاق على استثمار الأموال التي ستكتسب أثناء قيام العلاقة الزوجية وتوزيعها، فيرجع للقواعد العامة للإثبات مع مراعاة عمل كل واحد من الزوجين، وما قدمه من مجهودات، وما تحمله من أعباء لتنمية أموال الأسرة، ويدخل في هذا الإطار المبالغ المالية التي تقدمها الزوجة للزوج للتصرف فيها، والطاعنة أثبتت بأنها كانت تملك نصف الدار التي باعها المطلوب بفرنسا بتاريخ 2006/2/20 بمبلغ 385.000 أورو، وقد توصل بجميع ثمن البيع بعدما أذنت له الطاعنة في ذلك، الشيء الذي لم ينكره المطلوب الذي اشترى بعد ذلك بتاريخ 2006/07/25 العقار موضوع الرسم العقاري عدد... بثمان قدره 1150.000 درهم، والمحكمة لما قضت برد طلب الطاعنة الرامي إلى تمكينها من نصف العقار المذكور بعلّة أنها لم تدل بما يفيد مشاركتها في الرفع من قيمة المدعى فيه، أو تنميته كما تقضي بذلك المادة 49 من مدونة الأسرة مع أنها أثبتت بأن المطلوب حاز مبلغ بيع دارهما بفرنسا الذي يفوق 4000.000 درهم قبل شرائه العقار المطلوب نصفه، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا، وهو بمثابة انعدامه ومعرضا للنقض".⁸⁶³

وقد تبنت محاكم الموضوع نفس التوجه، حيث قضت المحكمة الابتدائية بإنزكان بقبول دعوى الزوجة الرامية إلى استحقاقها نصف الأموال موضوع الدعوى، رغم أن هذه الأموال

⁸⁶² هجيرة بن عزي، إكراهات العمل القضائي في إنهاء الرابطة الزوجية، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 6، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، أبريل 2014م، ص: 212

⁸⁶³ قرار محكمة النقض عدد 868، ملف عدد 2014/1/2/503، بتاريخ 2014/12/16، (غير منشور).
كما نقض المجلس الأعلى سابقا قرار صادر عن محكمة الإستئناف والقاضي برفض طلب قسمة الأموال بين الزوجين اعتبارا لكون العقارات التي يطالب الزوج بنصيبه فيها هي رسوم مسجلة في إسم الزوجة وأن الصك يظهر الملك، وبالتالي فهو ملك خالص لها، وعلى أساس أن وسائل الإثبات المطلوبة هي الإدلاء بالرسوم العقارية التي تعتبر حجة نهائية على التملك، ولقد علل قراره بما يلي: "... إن الرجوع إلى وسائل الإثبات العامة يقترن بمراعاة عمل كل واحد من الزوجين وما قدمه من مجهودات أو تحمله من أعباء رغم وجود الرسوم العقارية، وأنه في حالة عدم وجود اتفاق بين الزوجين لتدبير الأموال المكتسبة أثناء العلاقة الزوجية فيتعين على المحكمة أن تقوم بإجراء بحث أو خبرة للتحقق مما إذا كانت المبالغ التي كانت تقطع من حساب الطاعن قد ساهمت فعلا في تنمية أموال الأسرة أو لا، وفيما إذا كان قد استرجعها من المطلوبة وهي إن لم تفعل تكون قد خرقت مقتضيات المادة 49 وعرضت قرارها للنقض". قرار المجلس الأعلى عدد 566، صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بتاريخ 2008/12/03، ملف عدد 2007/02/28. (غير منشور)

تحمل رسوما عقارية مسجلة في إسم الزوج ولفائدته⁸⁶⁴، وهو ما يعتبر إعمالا لقواعد الإثبات وفق الفقه الإسلامي، وليس القانون الوضعي.

وما يسجل على هذا التوجه القضائي أنه يؤكد لا محالة بأن وجود اسم أحد الزوجين في الرسوم العقارية لا يكفي ليكون حجة نهائية على تملكه لها وحده ، بل إن الباب مفتوح بحكم خصوصية العلاقة بين الزوجين للبحث والتحقيق في مصدر ومقدار مساهمة كل طرف، ومن ثم فلا موجب للقول بكون تحفيظ العقار في إسم أحد الزوجين يمنع الزوج الآخر من ادعاء المساهمة فيه والمطالبة بحقه.

إلا أن هناك توجه قضائي مخالف يرى أن التحفيظ أو التسجيل ينفيان أي حق لأحد الزوجين للمطالبة بنصيب من العقار الذي حفظ أو سجل في إسم الزوج الآخر من منطلق أن تحفيظ العقار يظهره من كل الحقوق والتحملات غير المسجلة بالرسم العقاري كما أنه لا عبرة بالحقوق إلا بما هو مسجل في الرسم العقاري. وبهذا الخصوص جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بخريكة: "... وحيث إن المدعية لم تدل بأية حجة مقبولة شرعا وقانونا تعزز بها ادعاءاتها للمطالبة بتحديد مدى مساهمتها في تنمية ثروة زوجها لشراء العقار موضوع النزاع هذا فضلا عن أنه أصبح عقارا محظا ومسجلا بالرسم العقاري باسم مطلقها كمالك وحيد له كما يتجلى من الشهادة العقارية المستدل بها (رسم رقم 20312) وبذلك فلا أثر لما تدعيه من حقوق عليه ما دامت غير مسجلة على الشياخ فيه لأن العقار المحفظ لا يمكن أن ينسب إلا لمن سجل في اسمه بالسجل العقاري وفقا لمقتضيات الفصول 02/67/62 من ظهير 9 رمضان 331 الموافق

⁸⁶⁴حكم للمحكمة الابتدائية إنزكان عدد 447 ، ملف رقم 2004//38 ، بتاريخ 2005/3/23 (غير منشور)، أورده : عمر المزكلي ، تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين : قراءة في مضمون المادة 49 من مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، عدد خاص تحت عنوان: " مدونة الأسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الإجهادات القضائية " ، ج1، عدد مزدوج 5/4، مطبعة الأمنية - الرباط ، ص:، ص: 40.

ل12/8/1913 بشأن التحفيظ العقاري، وحيث تبعا لكل ما ذكر تبقى الدعوى غير مبنية على أساس قانون سليم ويتعين التصريح برفضها" ⁸⁶⁵.

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا: "... لكن حيث يتجلى من القرار المطعون فيه ومن بقية وثائق الملف أن العقار المدعى فيه محفظ وأن المطلوب هو المسجل برسمه العقاري كمالك وحيد، وبذلك فلا أثر لما تدعيه الطالبة من حقوق عينية أي نصف العقار المدعى فيه، ما دامت غير مسجلة على الشياخ في الرسم العقاري عملا بمقتضيات الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري" ⁸⁶⁶.

وبهذا يكون موقف القضاء المغربي متذبذب في هذا الخصوص، فهناك اتجاه يتمسك بتطبيق القواعد العامة للإثبات على النزاعات المتعلقة بالأموال المكتسبة أثناء قيام الزوجية وذلك بالرغم من أنها تحرم الطرف المدعي (الزوج أو الزوجة) من حقه في الممتلكات المقيدة في إسم الطرف الآخر، ومن ثم إفراغ نص المادة 49 من مدونة الأسرة من محتواه، وهناك اتجاه آخر مخالف يعتبر أن تقييد الممتلكات في إسم أحد الزوجين ليس حجة نهائية على أنها ملكا خالصا له، وبذلك يكون قد راعى عمل الزوجة وما قدمته من مجهودات لتنمية أموال الأسرة .

وهكذا نخلص، إلى أن المحكمة وبما لها من سلطة تقديرية، يمكن أن تقضي للزوجة بنصيبها في الأموال المشتركة وذلك كلما ثبت أنها تمارس عملا يدر دخلا، أو أنها تقوم بجهد أو تتحمل عبئا إضافيا. ذلك أن المشرع لم يحدد نوع العمل، ولا نوع المجهودات والأعباء التي يتحملها الزوجين، مما يترك المجال مفتوحا أمام القضاة كل حسب قناعاته وتوجيهاته وتقديراته الشخصية لاعتبار هذا العمل دون ذلك، بل والاختلاف حول نفس العمل، وهو الأمر الحاصل

⁸⁶⁵ حكم المحكمة الابتدائية بخريكة رقم 23 بتاريخ 2005/12/29 ، في الملف عدد 05/123، منشور بمجلة محكمة، العدد أكتوبر - دجنبر ، 2006 م، ص: 353.

⁸⁶⁶ قرار المجلس الأعلى عدد 1520 صادر بتاريخ 1998/3/5، ملف عدد 97/2276 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52 ، ص: 120-121 .

فعلا فيما يتعلق على سبيل المثال بالعمل المنزلي، حيث هناك من اعتبره من الواجبات الملقاة على الزوجة وبالتالي لا تستحق عليه أي نصيب من الثروة المنشأة خلال الحياة الزوجية، بينما اعتبره آخرون عملا منتجا تستحق عليه الزوجة مقابلا، والخلاف حول هذه المسألة ليس رهين القضاء كما هو معروف بل إن أصله يرجع إلى الفقه كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

والرأي فيما نعتقد، أن المرأة التي تقوم بأي عمل خارج البيت كيفما كان نوعه والذي يساهم في تنمية الأموال المكتسبة أثناء قيام العلاقة الزوجية، تستحق عنه مقابلا تقدره المحكمة في إطار سلطتها التقديرية. أما إذا كانت لا تقوم بأي عمل خارج البيت، وكانت قادرة على أداء الأعمال المنزلية، فنرى أن خدمة الزوجة في بيتها، حق تلزم به هي نفسها تجاه زوجها، لأنه بحكم الفطرة والتقاليد الموروثة، فإن المرأة المسلمة لم تمتنع على مر العصور عن خدمة بيتها وزوجها دون أن تنتظر مقابلا عن ذلك، إضافة إلى أن منح الزوجة نصيبا في الأموال التي راكمتها مع زوجها نتيجة عملها وكدها داخل البيت سيجعل العلاقة الزوجية علاقة مادية عوض أن يكون أساسها المودة.

خاتمة:

يتبين من خلال هذه الدراسة، أن الإثبات يكتسي أهمية بالغة حيث يعد قوام الحق، ويعتبر الوسيلة الوحيدة التي تمكن الشخص من الاستفادة مما يدعيه.

وسيرا على نهج باقي التشريعات أوجد المشرع المغربي نظاما للإثبات المدني، حينما أدرج القواعد الموضوعية للإثبات في صلب قانون الالتزامات والعقود أما القواعد الشكلية فقد أدرجها ضمن نصوص قانون المسطرة المدنية، وإذا كان المشرع حدد وسائل الإثبات المقبولة قانونا ولم يترك للخصوم الحرية في الإثبات بأية وسيلة كما هو الحال بالنسبة لبعض التصرفات المالية، فإن القضاء بالتالي لا يتمتع بهامش من الحرية في التعامل مع وسائل الإثبات والبحث عن الحقيقة.

لكن إذا كان هذا هو حال نظام الإثبات الذي يحكم الأحوال العينية بصفة عامة، فإنه لا يمكن لنا أن نسبغه على تنظيم المجال الأسري نظرا لخصوصيته ولنوعية الآثار المترتبة عن الحقوق في هذا المجال. ولعل هذا ما تنبه له المشرع حينما قرر التوسيع في وسائل الإثبات، حيث اختار نظاما للإثبات في المجال الأسري يختلف عن نظيره المعتمد في الميدان المدني إذ مزج فيه بين وسائل الإثبات المدنية والشرعية، كما أنه جمع في مدونة واحدة (مدونة الأسرة) بين الوسائل الموضوعية والشكلية وفتح الباب على مصراعيه للقاضي الذي يمكن أن يعتمد أو أن يستأنس بأية وسيلة يمكن أن يطمئن إليها ضميره، وهذا ما اتضح لنا عند دراستنا لوسائل الإثبات في الحقوق المالية الأسرية.

وبعد هذا العرض لموضوع " الإثبات في الأموال الأسرية"، يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة في:

1- تفرد مدونة الأسرة بالأخذ ببعض وسائل الإثبات كشهادة اللفيق وشهادة السماع تيسيرا في الإثبات وعدم التشدد في سبله من أجل توفير حماية خاصة لحقوق الأبناء والزوجات

من الهدر والضياع. إلا أن اعتماد هذا النوع من الشهادة (شهادة اللفيف وشهادة السماع) كوسيلة للإثبات، بالرغم من دورها الهام في تسهيل إقامة الدليل على وقائع معينة، قد يؤدي إلى التلاعب بحقوق الأفراد كون أن شهادة اللفيف وسيلة ضعيفة لسهولة جمع شهودها، وإمكانية تواطئهم وكذبهم خدمة لمصلحة المشهود له، أو نكاية في المشهود عليه، واستناد الشهود في أغلب الأحيان على المستند العام المرسل المتمثل في المخالطة والمجاورة والإطلاع على الأحوال، كما أن إغفال المشرع تنظيم هذه شهادة اللفيف بقانون خاص جعل الاجتهاد القضائي يتضارب بخصوص قيمتها الإثباتية، حيث كانت الأحكام والقرارات القضائية تلج في هذا الموضوع، فبعضها حاول اعتمادها كوسيلة إثبات منتجة وإعطائها مكانة خاصة، وأخرى جردتها من كل قيمة إثباتية. أما شهادة السماع فيعمل فيها شهودها على مجرد السماع الفاشي الذائع بين الناس، وقد يكون سند السماع صحيحا مؤسسا على وقائع حقيقية، وقد يكون مجرد إشاعة كاذبة، وما احتمل واحتمل سقط به الاستظهار، بخلاف ما إذا عول الشهود على المستند الخاص المتمثل في معاينة الواقعة المشهود فيها، أو حضور مجلس العقد.

2- قبول الاعتماد على الأيمان تعزيزا للدعاءات كونها الملاذ الأخير للخصوم وللقاضي عندما يعدم الدليل، فتكون المنفذ للفصل في النزلة. وهذا الدليل يعرف ذيوعا واسعا في قضايا الأسرة، لكون طرفي العلاقة الزوجية يكونان في منأى عن تهيبء الحجج وإعداد البراهين تحسبا لكل طارئ، إذ الغاية من الزواج دوام العشرة وبقاء المودة والرحمة.

واليمين في المادة الأسرية لها خصوصية حاكمة، إذ غالبا ما توجه لمن رجح جانبه بشاهد تقرر لمصلحته، وهكذا نصت المادة 33 من المدونة على أنه في حالة اختلاف الزوجين في قبض حال الصداق فإنه يتم تصديق الزوجة بيمينها قبل البناء، وإذا وقع البناء فإن القول قول الزوج بيمينه، فعدم البناء يعتبر شاهدا عرفيا يؤيد صدق قول الزوجة في عدم قبضها الصداق يعضد بيمينها، والبناء بمفهوم المخالفة يعد شاهدا عرفيا لفائدة الزوج على كونه قد أصدق زوجته يؤيده بيمينه، لجريان العرف على عدم تمكين الزوجة نفسها لزوجها إلا بعد قبض حال صداقها. كما أن تقديم الزوجة دعوى النفقة في مواجهة الزوج الغائب يعد شاهدا عرفيا مقررا

لفائدتها، فيكون القول قولها بيمينها، ذلك أن غياب الزوج يعتبر شاهدا عرفيا مقررا لفائدة الزوجة يؤكد عدم إنفاقه عليها.

وبهذا، فإن اليمين في القضايا الأسرية هي يمين شرعية خاصة، تخضع لأحكام الفقه الإسلامي، أي لا يمكن اعتبارها يمينا حاسمة فرغم أنها تحسم النزاع، إلا أن القاضي هو من يوجهها من تلقاء نفسه، ولا تعتبر يمينا متممة لأنها ملزمة للقاضي، كما لا توجه لتكملة الدليل الناقص بل لتكملة النصاب الشرعي غير التام، وتكون قابلة للرد والنكول، خلاف اليمين المتممة العادية. إلا أن الأخذ بالأيمان قد ينطوي على مجازفة، لفساد ذمم بعض الناس واستغلالهم سهولة هذه الوسيلة والتي لا تتطلب سوى الحلف.

3- تشتت المقتضيات القانونية المتعلقة بالإثبات، ذلك أن الإثبات في القضايا الأسرية يخضع إلى ازدواجية مرجعية بين القانون المتمثل في قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية ومدونة الأسرة، وبين الفقه من خلال الإحالة المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة.

4- الإحالة على القواعد العامة للإثبات في بعض المواضع (كمثال المادة 49 من مدونة الأسرة)، دونما أدنى توضيح للمقصود بها، فهل قصد المشرع الإحالة على القواعد العامة للإثبات المضمنة في إطار قواعد القانون المدني أم تلك المنصوص عليها في الفقه المالكي، عملا بالإحالة المنصوص عليها في المادة 400 من مدونة الأسرة، ذلك أن الإحالة على الفقه المالكي تقتضي بالضرورة اعتماد وسائل الإثبات المضمنة في أحكامه، والمتمثلة في البيئة الشرعية، وما توفره من حرية في الإثبات تمكن كل من الطرفين من إثبات ادعائه شرط أن تكون البيئة الشرعية مستوفية لشروط صحتها، الشيء الذي نتج عنه عدة آراء وتأويلات مختلفة لكل مبرراته وحججه.

5- غموض وعمومية بعض النصوص القانونية مما نتج عنه تضارب صارخ في الاجتهادات القضائية.

بعد هذا العرض لأهم نتائج البحث، فإنه من اللازم - إتماما للفائدة - أن ننبه على معالجة بعض جوانب القصور في هذا الموضوع في صورة للاقتراحات التالية:

1- تنظيم شهادة اللفيق وتقنين أحكامها وقواعدها المقررة فقها، وتوحيد العمل بها توثيقا وقضاء، والقضاء على كل أشكال الازدواجية والتناقض في العمل القضائي المغربي في هذا المجال، باعتبارها وسيلة فعالة للإثبات في مجال الأسرة رغم ضعفها، حيث تكاد تكون الوسيلة الوحيدة لإثبات بعض الحقوق أمام القضاء، كما أضحت تعتمد في إثبات أمور أسرية هامة، وكثير من الوقائع والتصرفات.

2- تحصين اليمين بمحصات موضوعية وإجرائية تحفظها من الضلال والزيغ.

3- تجميع المقترضات المنظمة للإثبات في قانون مستقل سواء تعلق الأمر بالوسائل الموضوعية أو الشكلية، وذلك حتى يسهل الرجوع إليها، وكذلك من أجل سد باب الاختلاف الذي من شأنه أن يخلق تضاربا في الاجتهاد ينعكس سلبا على العمل القضائي.

4- وضع قانون خاص يعنى بالعلاقات المالية الأسرية يتم الإحاطة فيه بكل الجوانب المتعلقة بها ويحدد فيه القواعد واجبة التطبيق في حال وقوع نزاع ويوضح بشكل جلي دور القضاء في التعامل مع هذه النزاعات مع إبراز المعايير التي سيعتمد عليها بعبارات واضحة لا تترك المجال لكثرة التأويلات وبالتالي اختلاف وتضارب العمل القضائي.

5- تعديل بعض مواد مدونة الأسرة التي أبانت الممارسة العملية أنها قاصرة عن تطبيق الهدف المتوخى من تنزيلها، بشكل يجعلها تخدم مصلحة المتقاضين من جهة، وتسهل عمل الممارسين للعمل القضائي من جهة أخرى (كمثال المادة 49 من مدونة الأسرة).

6- منح الأطراف الاحتكام إلى جميع وسائل الإثبات نظرا لما تتميز به العلاقات الأسرية من مودة وثقة يكون الأطراف في منأى عن تهيبء الدليل، لأن الحياة الزوجية لا تنبني على

وثائق وعقود وإثباتات، بل يجب أن يسودها تسامح وتعاون ومعاشرة بالمعروف، خاصة أن مدونة الأسرة جاءت لحماية الأسرة في مجموعها لا لحماية طرف على حساب آخر.

7- التركيز على توحيد العمل القضائي في مجال الأخذ بأدلة الإثبات في قضايا الأسرة حتى تسود الطمأنينة بين الناس، ويتحقق الأمن القضائي الذي ينشده الجميع.

لائحة المراجع :

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1- المصادر:

القرآن الكريم
السنة النبوية

2- المعاجم:

1. ابن منظور، "لسان العرب"، المجلد الثاني، دار صادر- بيروت، دون ذكر السنة.
2. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، "القاموس المحيط"، مكتبة النور، دمشق، الجزء الرابع، (دون ذكر الطبعة والتاريخ).
3. المعجم الكافي، "المركز الثقافي العربي، طبع المستقبل الرقمي"، الطبعة الخامسة، سنة 2012-2013.

3- الكتب الفقهية:

1. ابن عابدين، "رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار"، ج 8، دار عالم الكتب، الرياض، 2003 م .
2. ابن قيم الجوزية، " زاد المعاد في هدي خير الميعاد"، ج5، مؤسسة الرسالة – بيروت، الطبعة الثالثة، 1998م.
3. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، " الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وهو شرح مختصر المزني"، ج 9، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994 م.

4. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، " الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي"، وهو شرح مختصر المزني ج11، دار الكتب العلمية - لبنان ، الطبعة الأولى، 1994م.
5. أبي إبراهيم اسماعيل بن يحيى بن اسماعيل المصري المزني، " مختصر المزني في فروع الشافعية"، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، الطبعة الأولى، 1998 م.
6. أبي إسحاق الشيرازي، " المهدب في فقه الإمام الشافعي"، ج4 ، دار القلم دمشق، الطبعة الأولى، 1996م.
7. أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، " الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك"، ج2 ، دار المعارف - القاهرة، (دون ذكر السنة).
8. أبي الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي، " تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك" ، ج2 ، دار الغرب الإسلامي - تونس ، الطبعة الأولى، 2009 م .
9. أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، " البهجة في شرح التحفة" ، دار الكتب العلمية ، بيروت - لبنان ، ج 1 و ج 2 ، الطبعة الأولى، 1998 م.
10. أبي الحسن علي محمد بن حبيب الماوردي البصري، " الحاوي الكبير" ، ج11، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، 1994م.
11. أبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، " البيان في مذهب الإمام الشافعي"، المجلد التاسع ، دار المنهاج ، الطبعة الأولى، 2000م.
12. أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، " المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب"، ج5 ، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية - الرباط 1981 م.
13. أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، " المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب"، ج6، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، الرباط ، 1981 م .

14. أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، " المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب"، ج 10، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية - الرباط، 1981م.
15. أبي المعطي محمد بن عمر نوري الجاوي، " نهاية الزين في إرشاد المبتدئين"، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 2002 م .
16. أبي الوليد ابن رشد القرطبي، " البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة"، ج 7، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1984 م.
17. أبي الوليد بن رشد القرطبي، " البيان والتحصيل"، ج 8، دار الغرب الإسلامي - بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1984 م.
18. أبي الوليد ابن رشد القرطبي، " البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة"، ج 13، دار الغرب الإسلامي- بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1984م.
19. أبي بكر المشهور بالسيد البكري ابن العرف بالله السيد محمد شطا الدمياطي، " إعانة الطالبين"، ج 4، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، (دون ذكر السنة).
20. أبي بكر محمد بن محمد بن بن عاصم الأندلسي، " تحفة الحكام في نكت العقود و الأحكام"، دار الآفاق العربية- القاهرة، الطبعة الأولى، 2011م.
21. أبي عبد الله بن أحمد بن محمد الفاسي، " الإتيان والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام"، ج 1، دار الحديث - القاهرة، 2011م.
22. أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد الفاسي، " الاتفاق والإحكام شرح تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام"، ج 2، دار الحديث - القاهرة، 2011 م .
23. أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، " النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية"، ج 3، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1993م.
24. أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، " النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية"، ج 4، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، 1993م.

25. أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي، " مواهب الجليل لشرح مختصر خليل " ، ج 8، دار الكتب العلمية- لبنان، (دون ذكر السنة).
26. أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي، " شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام"، ج1، دار الكتب العلمية- بيروت، الطبعة الأولى، 2000م.
27. أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي ، " شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام"، ج2، دار المكتب العلمية ، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2000م.
28. أبي عبد الله سيدي محمد المهدي ابن محمد بن الخضر الوزاني الشريف العمراني الحسيني، " النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية"، ج3، مطبعة فضالة- المحمدية ، سنة 1993.
29. أبو عبد الله محمد الخرشي، " الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي"، المطبعة الكبرى الأميرية- مص، الطبعة الثانية، 1317هـ.
30. أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، " النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب"، ج 4، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، 1997.
31. أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، " النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب"، ج8، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- المغرب، طبعة 1998م.
32. أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، " النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب"، ج9، دار الكتب العلمية- بيروت لبنان، (دون ذكر السنة).
33. أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، " الكافي في فقه أهل المدينة المالكي"، مكتب الرياض الحديثة-الرياض، الطبعة الأولى، 1978م.

34. أبي البركات عبد الله بن أحمد النسفي، "البحر الرائق شرح كنز الدقائق في فروع الحنفية"، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.
35. أبي محمد علي ابن أحمد بن سعيد بن حزم، "المحلى"، ج10، إدارة الطباعة المنيرية بمصر، (دون ذكر السنة).
36. الإمام أبي بكر بن علي البيهقي، "السنن الكبرى"، ج7، دار الكتب العلمية- لبنان، الطبعة الثالثة، 2003 م.
37. الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، دار الرشاد الحديثة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008 م.
38. الإمام العلامة برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، الجزء الأول، دار عالم الكتب- الرياض، طبعة خاصة 2003م.
39. الإمام العلامة برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم ابن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون اليعمري المالكي، "تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام"، الجزء الثاني، دار عالم الكتب-الرياض، طبعة خاصة 2003م.
40. الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، "المدونة الكبرى"، المجلد الثالث عشر، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد- المملكة العربية السعودية، (دون ذكر السنة).
41. الإمام الكاساني الحنفي، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، ج4، دار الكتب العلمية- لبنان، الطبعة الثانية، 1986م.
42. الإمام مالك، الموطأ، "تعليق وتحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف"، المكتبة العلمية، الطبعة الثانية، (دون ذكر تاريخ الطبع).
43. الحسن العبادي، "النوازل في سوس قضايا وأعلام"، منشورات كلية الشريعة بأكادير، دار النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 1999.

44. برهان الدين أبي إسحاق إبراهيم بن محمد بن مفلح، " المبدع شرح المقنع"، ج10، دار عالم الكتب - الرياض، 2003م.
45. برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، " تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام"، ج1، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة 2003 م .
46. برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن فرحون اليعمري المالكي، "تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام"، ج2، دار عالم الكتب، الرياض، 2003 م .
47. خالد بن علي بن محمد المشيخ، " الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا"، إصدارات وزارة الأوقاف و الشؤون الاسلامية - قطر، ج 4، الطبعة الأولى، 2013م.
48. خالد عبد الله الكرمي، " جامع مهمات المتون"، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، (دون ذكر السنة).
49. خليل بن اسحاق الجندي، " مختصر خليل"، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، 1995 م.
50. زين الدين المنجي التنوخي الحنبلي، "الممتع في شرح المقنع"، دراسة وتحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ج3، دار خضر- بيروت، الطبعة الثانية، 1997م.
51. شمس الدين السرخسي، " المبسوط"، ج5، دار المعرفة، بيروت - لبنان، (دون ذكر السنة).
52. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، " حاشية الدسوقي على الشرح الكبير"، ج2، دار إحياء الكتب العربية
53. شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، " مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، ج3، دار المعرفة- بيروت، الطبعة الأولى، 1997م.
54. الشيخ صالح عبد السميع الأبى الأزهرى، " الثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني"، المكتبة الثقافية - بيروت، (دون ذكر السنة).

55. عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، "شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل ومعه الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني"، دار الكتب العلمية-بيروت، ج4، الطبعة الأولى، 2002م.
56. عبد الرحمان الجزيري، "الفقه على المذاهب الأربعة"، ج4، دار الكتب العلمية - لبنان، الطبعة الثانية، 2003م.
57. عبد العزيز بن عبد الله بن باز، "متن الرحبية والفوائد الجليلة في المباحث الفرضية"، مطابع الفرزدق التجارية-الرياض، الطبعة الخامسة، 1989م.
58. عبد الله بن عبد الصمد كنون الحسني، "محادي الزقاقية"، مطبعة أكدال - الرباط، (دون ذكر السنة).
59. عبد الوهاب البغدادي، "المعونة على مذهب عالم المدينة الامام مالك بن أنس"، ج1، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، (دون ذكر السنة).
60. عبد الوهاب البغدادي، "المعونة على مذهب عالم المدينة" الامام مالك بن أنس"، ج1، المكتبة التجارية-مكة المكرمة، دون ذكر السنة.
61. عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، "توضيح الأحكام على تحفة الحكام"، المطبعة التونسية، تونس، ط الأولى 1339.
62. علي التسولي، محمد التودي شمس الدين، علي بن قاسم التجيبي الزقاق، "الحواشي الشريفة والتحقيقات المتيفة على شرح التاودي على لامية الزقاق"، المطبعة التونسية، الطبعة الأولى، 1303هـ.
63. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق"، ج3، المطبعة الكبرى الأميرية - مصر، الطبعة الأولى، 1313هـ.
64. كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن الهمام الحنفي، "شرح فتح القدير"، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1995م.

65. القاضي عياض وولده محمد، " مذاهب الحكام في نوازل الأحكام"، تحقيق الدكتور محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي-بيروت ، ط الثانية 1997م.
66. محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، " القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية"، دار ابن حزم - لبنان ، الطبعة الأولى، 2013م.
67. محمد باي بلعالم، " زاد المسالك شرح أسهل المسالك"، دار ابن حزم- بيروت ، الطبعة الأولى، 2008 م.
68. محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، " بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، ج3، مكتبة ابن تيمية- القاهرة، الطبعة الأولى، 1415هـ.
69. محمد بن يوسف الكافي، " أحكام الأحكام على تحفة الحكام"، دار الفكر- بيروت، الطبعة الأولى، 1991 م .
70. محمد المختار السوسي، "المعسول"، الجزء 17، مطبعة النجاح الجديدة – الدار البيضاء، (دون ذكر الطبعة)، 1961م.
71. محيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، "منهاج الطالبين وعمدة المفتين"، دار المنهاج- بيروت، الطبعة الأولى، 2005م.
72. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، " المغني"، ج8، دار عالم الكتب- الرياض، الطبعة الثالثة، 1997 م.
73. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، "المغني"، ج10، دار عالم الكتب- الرياض، الطبعة الثالثة، 1997م.
74. يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري الأندلسي، " التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد"، ج2، دار الكتب العلمية- بيروت، (دون ذكر السنة).

4- الكتب العامة والخاصة:

أ- الكتب العامة:

1. أبي حامد محمد العربي الفاسي الفهري، شهادة الليف، مركز إحياء التراث المغربي، الرباط، دون ذكر السنة.
2. أحمد الخليشي، " التعليق على قانون الأحوال الشخصية"، الزواج والطلاق ، ج 1 ، مطبعة دار النشر والمعرفة، الطبعة الثالثة، 1994 م.
3. ادريس الفخوري، "العمل القضائي الأسري : الزواج - انحلال ميثاق الزوجية " ، ج 1، دار الآفاق المغربية - الدار البيضاء ، الطبعة الأولى، 2009 م.
4. ادريس الفخوري ، " العمل القضائي الأسري: التطبيق للشقاق " ، ج 2 ، مطبعة الأمنية بالرباط ، الطبعة الأولى، 2009 م.
5. إسماعيل محمد عبد الحميد الشنديدي، " اختلاف الزوجين في الدعوى وأثره في الأحكام المتعلقة بنظام الأسرة في الفقه الإسلامي"، دار الكتب القانونية- مصر، 2011 م .
6. بلقاسم شتوان، " نفقة الأقارب والزوجة - دراسة مقارنة في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين الوضعية"، دار الفكر والقانون، مصر، ط1، 2010م.
7. خالد سعيد، " الإثبات في المنازعات المدنية - دراسة علمية وعملية على ضوء القانون المغربي والاجتهاد القضائي لمحكمة النقض"، دار السلام - الرباط، الطبعة الأولى، يناير 2014م.
8. زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، " أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية"، مكتبة الفلاح -الكويت، الطبعة الأولى ، 1984 م .
9. عائشة الشرقاوي المالقي، " الوجيز في القانون البنكي المغربي " ،دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2004م.

10. عادل حاميدي، " الدليل الفقهي والقضائي للقاضي والمحامي في المنازعات الأسرية"، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط، الطبعة الأولى، 2016 م.
11. عادل حاميدي، " القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقہ الإسلامي"، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2015م
12. عبد الرحمان بلعكيد، " الهبة في المذهب والقانون - دراسة الهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي"، الطبعة الثالثة، 2015م.
13. عبد الرحمان الشرقاوي، " قانون العقود المسماة الكتاب الأول العقود الناقلة للملكية عقد البيع" ، سلسلة البحوث والدراسات القانونية المعمقة ، العدد2، مطبعة الأمنية - الرباط ، الطبعة الأولى ، نونبر 2011 م.
14. عبد الرزاق السنهوري، " الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام"، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي- بيروت لبنان (دون ذكر السنة).
15. عبد الرزاق وورقية، " مدخل إلى علم التوثيق في المذهب المالكي"، مطبعة أنفو-برانت، فاس، 2005م.
16. عبد السلام أحمد فيغو، " التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت- دراسة فقهية قانونية"، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الثانية، 2010 م.
17. عبد القادر العرعاري، " نظرية العقد"، الكتاب الأول، نظرية العقد دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود المغربي، مطبعة الكرامة- الرباط، الطبعة الثانية، 2005م.
18. عبد القادر قرموش، " الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2013م.

19. عبد الكريم شهبون، " الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الكتاب الأول، الالتزامات بوجه عام، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، مكتبة الرشاد، 2002 م.
20. عبد الكريم شهبون، " عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي"، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1992م.
21. عبد الوهاب خلاف،" أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم"، دار القلم - الكويت ، الطبعة الثانية، 1990 م .
22. فايز أحمد عبد الرحمن،" النظرية العامة للالتزام"، دار الكتب القانونية- مصر، 2010م.
23. العلمي الحراق، " التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة"، ج 1، مطبعة دار السلام ، طبعة 2009.
24. العلمي الحراق،" التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الاسرة"، ج2، مكتبة دار السلام- الرباط، 2009م.
25. مأمون الكزبري، "التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي"، ج2، الهلال العربية- الرباط، 1987م.
26. محمد الشافعي، " عقود التبرع بعد الوفاة : الوصية"، سلسلة البحوث القانونية، العدد 28، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى، 2016م.
27. محمد الشافعي، "عقود التبرع: الهبة"، سلسلة البحوث القانونية، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش 2015 م.
28. محمد الشافعي، " مدونة الأسرة والاجتهاد القضائي"، حصيلة ست سنوات من التطبيق العملي ، سلسلة البحوث القانونية 19، المطبعة الوراقة الوطنية ، مراكش ، 2011م.
29. محمد علي الصابوني، " الموارد في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة"، دار الحديث ، مكتبة المكرمة ، (دون ذكر السنة والطبعة).

30. محمد العثماني، "ألواح جزولة والتشريع الإسلامي- دراسة لأعراف قبائل سوس في ضوء التشريع الإسلامي-"، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فيد بيرانت، الطبعة الأولى 2004م.
31. محمد مصطفى الزحيلي، " وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية"، مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى، 1982م .
32. مصطفى مسلم، "مباحث في علم المواريث"، دار المنارة - السعودية، الطبعة الخامسة، 2004م .
33. محمد ابن معجوز، " الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الثانية 1999م.
34. محمد الأزهر، " شرح مدونة الأسرة"، أحكام الزواج، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2004م.
35. محمد الحبيب التجكاني، " الإحسان الإلزامي في الإسلام وتطبيقاته في المغرب"، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة -المحمدية 1990 م.
36. محمد الشافعي، " قانون الأسرة المغربي بين الثبات والتطور"، سلسلة البحوث القانونية رقم 8، المطبعة والوراقة الوطنية-مراكش، الطبعة الأولى، (دون ذكر السنة).
37. محمد بلهاشمي التسولي، " المحامي وتحرير العقود"، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، 2006 م.
38. محمد رياض، " أحكام المواريث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي وفق مدونة الأسرة الجديدة"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2009 م.
39. محمد عثمان ثبير، " المدخل إلى فقه المعاملات المالية"، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثانية، 2010م.
40. محمد عثمان شبير، " المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي"، دار النفائس- الأردن، الطبعة السادسة، 2007م.

41. محمد الكشبور، " القسمة القضائية في القانون المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2011م.
42. محمد الكشبور، " شرح مدونة الأسرة" ، الجزء الأول: الزواج، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006م.
43. محمد الكشبور، "شرح مدونة الأسرة"، الجزء الثاني، انحلال ميثاق الزوجية، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006م.
44. محمد الكشبور ويونس الزهري وحسن فتوخ، " التظليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة"، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2006م.
45. محمد مأمون الكزبري، " التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي"، الجزء الأول: التحفيظ العقاري، نشر شركة الهلال والعربية للطباعة والنشر- الرباط ، الطبعة الثانية، 1987م.
46. محمد المهدي، " فلسفة نظام الأسرة مقاربات في ضوء الفقه والقانون والعمل القضائي"، دار السلام- الرباط، الطبعة الأولى، 2011م.
47. محمد يحيى مطر، "مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية"، الدار الجامعية (مكان الطبع غير مذكور) ، 1989م.
48. نبيل كمال الدين طاحون، " أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية"، مكتبة الخدمات الحديثة - جدة، 1974م.
49. نصير فريد محمد واصل، " فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة" ، المكتبة التوفيقية - مصر ، (بدون ذكر سنة النشر).
50. وهبة الزحيلي، " الفقه الاسلامي وأدلته"، ج5، دار الفكر-دمشق، الطبعة الثانية ، 1985م.
51. وهبة الزحيلي، " الفقه الإسلامي وأدلته"، ج7، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية، 1985م.
52. وهبة الزحيلي، " الفقه الإسلامي وأدلته"، ج8، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1985م.

53. وهبة الزحيلي، " الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي"، دار الفكر -دمشق، الطبعة الثانية، 1996م.

ب)الكتب الخاصة:

1. ادريس العلوي العبدلاوي، " وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، مطبعة فضالة - المحمدية، الطبعة الأولى، 1977 م .

2. رعد مقداد الحمداني، " النظام المالي للزوجين: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية"، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع - عمان، ط 1 ، 2003م.

3. سليمان أذحول، " المركز القانوني للوثيقة العدلية في نظام السجلات العقارية - دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري المغربي"، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى، 2015 م.

4. عبد العزيز توفيق، " قضاء محكمة النقض في مدونة الأسرة"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2013 م .

5. عبد العزيز توفيق، " كتاب قضاء محكمة النقض في مدونة الاسرة من سنة 1957 إلى 2012م"، مكتبة الرشاد- سطات، الطبعة الأولى، 2013 م .

6. عبد العزيز فتحاوي، " طرق الإثبات في ميدان الأحوال الشخصية والميراث"، الجزء الأول، مطبعة فضالة- المحمدية، 1996م.

7. محمد غزيول، " الإثبات ومسالك الترجيح بين البيئات في المنازعات العقارية"، مطبعة وراقبة بلال - فاس، الطبعة الأولى، 2019 م.

8. محمد ابن معجوز المزغراني، " وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، مطبعة النجاح الجديدة، 1984م.

9. محمد جميل بن مبارك، " التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 2000م.

10. محمد مصطفى الزحيلي، " وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية"، مكتبة دار البيان- دمشق، الطبعة الأولى، 1982م.

5- الأطر والرسائل:

أ- الأطر:

1. أحمد أحيار، " الاتفاقات المالية بين الزوجين في ضوء مدونة الأسرة- دراسة نظرية تطبيقية مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2015-2016م.
2. أحمد الأمراني، " السلطة التقديرية للقاضي في مستحقات الزوجة- دراسة تحليلية مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2015-2016م.
3. أحمد يعقوبي، " مدونة الأسرة بين الخطاب الشرعي والخطاب القانوني"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ظهر المهراز- فاس، السنة الجامعية 2009-2010م.
4. اصبيحي عبد الرزاق، " الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة الجامعية 2006-2007م.
5. أمال ناجي، " المركز القانوني للزوجين من خلال مدونة الأسرة والاتفاقات الدولية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2014-2015م.
6. البشير عدي، " قضايا الأسرة من خلال النوازل الفقهية في سوس دراسة لقضايا الخطبة والزواج والطلاق على ضوء أحكام مدونة الأسرة"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة أكادير، السنة الجامعية 2011-2012م.

7. جابر الشحري، "آفاق الإثبات والتوثيق في المغرب وسلطنة عمان"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2008-2009م.
8. جيهان بونبات، " مركز الكتابة والتسجيل في عقود تفويت العقارات"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2010-2011م.
9. خالد بن مومن، " إعمال قواعد المسؤولية المدنية في مدونة الأسرة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2019 / 2014م.
10. زلماط فؤاد، " تدبير الأموال المكتسبة أثناء فترة الزوجية على ضوء المادة 49 من مدونة الأسرة"، بحث لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسطات، السنة الجامعية 2010-2011م.
11. زهيرة فوننير، " منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقه والحماية القضائية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية 2015-2014م.
12. سلمى التزني، " الأموال المكتسبة بين الزوجين أثناء قيام الزوجية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال – الرباط، السنة الجامعية 2016-2017م.
13. سليمان المقداد، " مركز الإرادة في العقود"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2016-2017م.
14. عبد السلام بنزروع، " إثبات دعوى استحقال العقار غير المحفظ"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2012-2013م.

15. عبد القادر قرموش، " الدور القضائي الجديد في قانون الأسرة المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2008 / 2009 م.
16. عبد الكبير كبدي، " استثمار وتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2015-2016م.
17. عبد اللطيف الودناسي، " إثبات ملكية العقار في القانون المغربي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2000-2001م.
18. عبد الواحد علاوي، " الوقف في الفقه المالكي من خلال كتب النوازل في عهد الدولة العلوية"، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه تخصص الأحوال الشخصية والتبرعات، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس- سايس، السنة الجامعية 2006-2007م.
19. عبد الوهاب محسن، " النظام المالي للأسرة بين الاجتهاد الفقهي والتحكيم العرفي والتفتين الوضعي والعمل القضائي"، أطروحة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة القاضي عياض، كلية الآداب والعلوم الإنسانية مراكش، السنة الجامعية 2013-2014م.
20. عمرو لمزرع، " تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية من الناحية القانونية والقضائية والاجتماعية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2010-2011م.
21. محمد حاتمي، " تطبيقات محاكم الموضوع للقواعد القانونية المستجدة في قضايا الأسرة ورقابة محكمة النقض عليها"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2016-2017م.

22. مصطفى مصباح شليبيك، " الضرر المعنوي والتعويض عنه في المسؤولية التقصيرية"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997-1998م.
23. نبيل البكوري، " فقه النوازل والاجتهاد القضائي في قضايا الأسرة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2015 - 2016 م.

ب) الرسائل الجامعية:

1. خالد الحبيب، " الشهادة كوسيلة إثبات في الميدان المدني، تقرير لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة"، وحدة القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية -الدار البيضاء، السنة الجامعية 1998-1999م.
2. محمد الربيعي، " محررات الموثقين وحجبتها في الإثبات في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1987-1988م.
3. بسمة لشقر، " الاشكالات الفقهية والقانونية للحوز في التبرعات العقارية - دراسة على ضوء النوازل الفقهية والاجتهادات القضائية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الشريعة- فاس، 2015-2016م.
4. حاج احميدة العميمي، " دور التوثيق في تحقيق الأمن التعاقدى"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2018 - 2019 م.
5. حماوي ادريس، " دعوى استحقاق العقار العادي"، بحث لنيل دبلوم الماستر في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة فاس، الموسم الجامعي 2011-2012م.
6. حياة الصابري، " تدبير الأموال المكتسبة بين النص القانوني والعمل القضائي"، بحث نهاية التكوين في المعهد العالي للقضاء، الرباط، 2013 - 2015م.

7. رشيد العمراني، " الوضعية القانونية لعقارات الأحباس في المغرب"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2007-2008م.
8. رشيد الفرخي، " دور المحافظ العقاري في مراقبة المحررات وتقييد الأحكام في السجلات العقارية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2007-2008م.
9. طهراوي نصيرة، "العقود الناقلة للملكية دراسة مقارنة (الوصية والهبة)" ، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر، جامعة الدكتور يحي فارس المدينة، كلية الحقوق الجزائر، السنة الجامعية 2011-2012م.
10. عبد الجبار البكري، " تصفية التركة وقسمتها دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي"، رسالة لنيل دبلوم ماستر القضاء والتوثق، جامعة سيدي محمد بن عبد الله كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2017-2018م.
11. عبد الصمد صبر، " قواعد الإثبات في المادة الأسرية " الزواج والطلاق نموذجاً" ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2017-2018م
12. عبد الواحد بويحياوي، " ضمانات المحررات الرسمية في مجال المعاملات العقارية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في الشريعة، جامعة القرويين كلية الشريعة – فاس، السنة الجامعية 2011 - 2012 م.
13. فيصل المزدوكي، " الإثبات بشهادة الشهود في المنازعات العقارية بين النظرية والتطبيق"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة ، السنة الجامعية 2013 – 2014م.

14. كريمة العظمي، " إثبات الوقف في القانون المغربي"، بحث لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية طنجة، السنة الجامعية 2013-2014م.
15. لعبيد محمد ياسين، " توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية"، بحث لنيل دبلوم الماستر في الشريعة والقانون، جامعة القرويين كلية الشريعة - فاس، السنة الجامعية 2011 - 2013م.
16. محمد التاقي، " الرقابة القضائية على المحررات العدلية"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل مكناس، السنة الجامعية 2012-2013م.
17. محمد الخديري، " الهبة والصدقة: إشكالية حوز الموهوب له من خلال أدلة الفقه والقضاء"، رسالة نهاية التدريب بالمعهد العالي للقضاء بالرباط، الفوج 36، السنة 2009-2011م.
18. محمد أوزيان، " الرقابة القضائية على أدلة الإثبات في المادة المدنية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2004-2005م.
19. مراد الهواري، " اشكالات الاثبات في مدونة الأسرة"، بحث نهاية التمرين بالمعهد العالي للقضاء، الفوج 35، السنة 2008م.
20. مصطفى مسكار، " إثبات الزواج في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي"، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية الشريعة فاس، السنة الجامعية 2017-2018م.
21. هند بربوشي، " تفويت العقار عن طريق الصدقة"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- وجدة، السنة الجامعية 2013 - 2014م.

22. وفاء الزهراوي ،"رسمية العقود ودورها في استقرار المعاملات العقارية وتشجيع الاستثمار"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ،جامعة القرويين كلية الشريعة فاس ،السنة الجامعية 2015 – 2016م.

23. يوسف الشكر، " الإثبات في المنازعات الخاصة بالأموال المكتسبة من الزوجين على ضوء العمل القضائي"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال - الرباط ، السنة الجامعية 2016 - 2017 م.

6- الندوات:

1. زكرياء العماري، " إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي"، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها مجلة القبس المغربية بتعاون مع كلية الشريعة وهيئة المحامين بفاس يومي 5 و 6 دجنبر 2012 بقصر المؤتمرات، مجلة القبس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، عدد خاص" ملامح النظام الوقفي المغربي الجديد في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف"، العدد الرابع، المطبعة الأورو- متوسطة للمغرب فاس، ، يناير 2013.

2. زكرياء العماري، " حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الاجتهادات القضائية والاختيارات الفقهية في مجال الوقف بالمغرب"، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية " نحو تشريع عقاري جديد"، لتكريم الاستاذ الدكتور محمد خيري يومي 29 و30 أبريل 2011، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 38، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش، الطبعة الأولى، 2011م.

3. زهور الحر، "حق الزوجة في الاستفادة من الثروة بين السند الشرعي والرأي الفقهي والعمل القضائي"، ندوة خاصة بمدونة الأسرة، سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر، شتنبر 2004م.

4. عبد الرزاق اصبيحي، " دور محكمة الاستئناف بالرباط في حماية الملكية العقارية للأوقاف"، سلسلة الندوات بمحكمة الاستئناف بالرباط، العدد السادس، مطبعة الأمنية- الرباط، سنة 2013م.
5. عبد السلام بنزوع، " دور قضاء النقض في مستجدات مدونة الحقوق العينية"، ندوة خاصة بمناسبة الذكرى المئوية لتأسيس محكمة الاستئناف بالرباط بعنوان "حماية الملكية العقارية من خلال قرارات محكمة الاستئناف بالرباط"، العدد السادس، مطبعة الأمنية - الرباط 2018 م.
6. عبد الوهاب رافع، " الهبات والوصايا"، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و 28 فبراير 2004 في موضوع " العقاري غير المحفظ إلى أين؟"، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية - مراكش - الطبعة الأولى، 2004.
7. عمر السكتاني، " دور التحفيظ العقاري في حماية العقارات الموقوفة"، أعمال الندوة العلمية التي نظمتها مجلة المنبر القانوني بشراكة مع الفضاء المدني يوم 05 مايو 2012 بتيزنيت حول موضوع: " قانون لتحفيظ العقاري بين روح ظهير 1913 ومستجدات قانون 14.07"، منشورات المنبر القانوني، سلسلة ندوات وأبحاث، العدد 1.
8. عمر لمين، " شروط وثيقة التحسيس"، أعمال الندوة الوطنية التي تنظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و 11، مجلة الأملاك الحبسية، فبراير 2006.
9. محمد الدردابي، " الحيازة الشرعية في التبرعات بين الفقه الإسلامي وقانون التحفيظ العقاري"، أشغال الندوة المشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية 16 و 17 يناير 2002 حول دور القضاء في حماية حقوق الإنسان بالمجلس الأعلى، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 5، سنة 2005 م.

10. محمد الشافعي، " قراءة في المادة 49 من مدونة الأسرة " ، أشغال الندوة الدولية المنظمة من طرف مجموعة البحث في القانون والأسرة يومي 15 و16 مارس 2007 بكلية الحقوق بوجدة تحت عنوان: " مدونة الأسرة بعد ثلاث سنوات من التطبيق الحصيله والمعوقات" ، سلسلة الندوات، مطبعة الجسور- وجدة، الطبعة الأولى، 2008م.
11. محمد أمغار، " حجية وثيقة التحبيس في مواجهة الرسم العقاري" ، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، يومي 10 و11 فبراير 2006، مجلة الأملاك الحبسية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى ، فبراير 2006.
12. محمد بونبات، " شرط الكتابة في بيع العقار وفقا لقانون الالتزامات والعقود والقوانين الخاصة" ، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و 28 فبراير 2004 "العقار غير المحفظ: إلى أين؟" ، منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، المطبعة والوراقة الوطنية- مراكش، الطبعة الأولى، 2004م.
13. محمد شيلح، " تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية" ، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، مجلة الأملاك الحبسية، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى، فبراير 2006.

7- المقالات:

1. أحمد ادريوش، " الحوز في التبرع بعقار محفظ" ، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية- الرباط، الطبعة الأولى، 2010 م.
2. أحمد الخليلي، " قيمة اللفيف الإثباتية" ، مجلة المحاماة، العدد 13، أكتوبر 1987.

3. أحمد الوجدي، " الإثبات بشهادة السماع وإعمالها في المادة العقارية"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، سلسلة "دراسات وأبحاث"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، العدد 21 سنة 2018.
4. ادريس الفاخوري ، " تعويض المضرور في العلاقات الأسرية بين نصوص قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة"،مجلة الحقوق ، العدد المزدوج 16-17، السنة التاسعة، فبراير – دجنبر 2014م.
5. أمينة ناعمي،" توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض"، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم 08-39، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية ، منشورات مجلة الحقوق، العدد 6، 2012م.
6. أنوار بوهلال، " التنظيم القانوني للإقرار باعتباره وسيلة إثبات في المادة المدنية واقتراحات لتحسين هذا التنظيم"، مقال منشور بمجلة المنارة، العدد الرابع عشر، دار السلام- الرباط ، يوليو 2016م.
7. بوبكري عبد القادر، " توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية وإشكالاته القانونية والعملية"، مجلة القانون المدني، العدد الأول، 2014م.
8. خالد بن مومن ، " المسؤولية المدنية في قضايا الأسرة"، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة أعمال جامعية ، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط ، 2016.
9. خالد كتاري، " التطبيق القضائي لمقتضيات المادة 49 من مدونة الأسرة المتعلقة بتوزيع الأموال المكتسبة بين الزوجين"، مقال منشور بمجلة قضاء الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، العدد الرابع والخامس (عدد مزدوج)، فبراير 2009م.
10. خيرى محمد، " وسائل إثبات الأملاك الحسبية بين المقتضيات الشرعية وأحكام القانون الوضعي"، مجلة الحقوق المغربية، العدد الخامس، ماي 2008.
11. رشيد العراقي، " طرق إثبات الالتزام"، مجلة الملحق القضائي، العدد 30، مطبعة الأمنية - الرباط، أكتوبر 1995.

12. الصديق بلعربي، "السعاية"، مجلة المرافعة، العدد6، كارطوبريس، الدار البيضاء1997م.
13. صلاح الدين ضوش، " بعض الإشكالات العملية لمدونة الأسرة على ضوء العمل القضائي"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 72 ، يناير 2019.
14. الطيب البواب، " وسائل الإثبات في مجال التصرفات العقارية"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 87، مؤسسة النخلة للكتاب - وجدة، ، مارس / أبريل 2001.
15. عبد العزيز توفيق، " الحيابة الشرعية في التبرعات بين الفقه الإسلامي وقانون التحفيظ العقاري"، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، السنة 2005م.
16. عبد اللطيف البغيل، " تدبير الأموال المكتسبة بعد الزواج: مقارنة حول إمكانية الالتقاء بين مقتضيات الشرع ونص القانون وعمل القضاء"، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، يناير- فبراير 2012م.
17. عبد الله الريق، " أسباب وجوب النفقة على الغير وطرق إثباتها"، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 72، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، يناير 2019 م.
18. عبد الله الكرجي، " الإثبات في المنازعات الكرائية"، مجلة القانون المدني، العدد الأول 2014م.
19. عبد المجيد الكتاني، " شروط إثبات الملك في ضوء مدونة الحقوق العينية وأحكام الفقه المالكي"، منشورات مجلة القضاء المدني، سلسلة "دراسات وأبحاث"، العددالتاسع، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، 2014م.
20. عبد المجيد بوكير، " مدى حجية وثيقة المحامي الدالة على التصرفات العقارية المشمولة بالنظم القانونية 18.00 و 44.00 و 51.00"، منشورات مجلة الحقوق المغربية، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، ج 1، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الثانية، 2011 م.

21. عبد الهادي نجار، " المحرر الثابت التاريخ في القوانين العقارية الجديدة"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 56، سنة 2017م.
22. عمر المزكدي، "تدبير الأموال المكتسبة بين الزوجين : قراءة في مضمون المادة 49 من مدونة الأسرة"، مجلة العلوم القانونية ، ج1، عدد مزدوج 5/4، مطبعة الأمنية - الرباط.
23. العبودي علال، " الحيازة في التبرعات في الفقه الإسلامي وموقف المجلس الأعلى من التبرع بالعقارات المحفوظة خاصة"، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 149، سنة 2004.
24. فاتحة الطلحاوي، " تدبير المال المكتسب في فترة العلاقة الزوجية وفق المادة 49 من مدونة الأسرة"، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية، عدد خاص تحت موضوع " مدونة الاسرة بين القانون والممارسة على ضوء أهم الاجتهادات القضائية"، ج1، عدد مزدوج 5/4 ، مطبعة الأمنية، الرباط .
25. فؤاد مسرة، " إشكالات النفقة بين القانون والممارسة "، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 22، مكتبة دارالسلام الرباط، سنة 2018م.
26. محمد الأجرأوي، " الحيازة الفعلية في التبرعات بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما"، مجلة المحاكم المغربية، العدد 84، شتنبر/أكتوبر 2000م.
27. محمد الربيعي، " موقف الفقه والقضاء من الليف قديما وحديثا"، مجلة الأملاك، العدد الثامن 2010م.
28. محمد الكويط، " حجية رسم إحصاء المتروك في إثبات الملكية العقارية"، مجلة القضاء المدني، العدد السابع، السنة الرابعة، شتاء/ربيع 2013م
29. محمد بفقير، " مدونة الأسرة والعمل القضائي"، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربيين، ط2، 2011م.

30. محمد خيرى، "وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقتضيات الشرعية وأحكام القانون الوضعي"، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية الرباط، العدد الخامس، السنة الثالثة، ماي 2008.
31. محمد مومن، "رابطة القرابة ونتائجها في القانون المغربي"، مقال منشور بمجلة الأملاك، العدد السابع، 2010م.
32. محمد نعاى، "ضوابط تكييف قضايا الخطبة والزواج"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، سنة 2014 م.
33. موحى أسيدى عمر، "المسؤولية المدنية والتعويض من خلال الزواج وانحلال ميثاقه"، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد الخامس، مطبعة دار القلم-الرباط، ماي - يونيو 2015م.
34. نادية يونسى، "الشكلية في التصرفات العقارية على ضوء المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي"، مجلة القانون المدني والاقتصادي والمقارن، العدد الأول، سنة 2020م.
35. نور الدين لعرج، "حجية التوثيق الرسمي في الإثبات وفي التنفيذ"، مقال منشور بمجلة القانون المدني، العدد 14، مطبعة دار السلام- الرباط، أبريل 2009 م.
36. هجيرة بن عزى، "إكراهات العمل القضائي في إنهاء الرابطة الزوجية"، مقال منشور بمجلة المنبر القانوني، العدد 6، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، أبريل 2014م.
37. هشام العلالى، "خصوصية الإثبات في المادة الأسرية"، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، قضايا الأحوال الشخصية والميراث، ج2، الإصدار 62، مطبعة المعارف الجديدة- الرباط، 2018
38. يوسف مختري، "إثبات التصرفات العقارية"، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، سلسلة دراسات وأبحاث، "المنازعات العقارية دراسات وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ

العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية "، الجزء الرابع، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط ، 2018م.

8- المواقع الإلكترونية:

www.marocdroit.com

<https://www.mahkamaty.com/blog/2014/07/20>

www.juriscassaton.cspj.ma

ثانيا: مراجع اللغة الفرنسية:

Ouvrages :

1. IBRAHIM NAJJAR- Ahmed ZAKI BADRAOUI et Youssef CHELLAH, **Dictionnaire juridique (Français /Arabe)**, libraire de Liban,4ème édition 1995
2. Alex Weill et François Terre, « **Droit civil** », Les obligations,Dalloz,4eme Edition ,1986
3. JEAN-PAUL RAZON, « **les institutions judiciaires et la procédure civile du Maroc** ».1^{ère} édition 1988.
4. COLOMER ANDRE : Droit civil, régime matrimoniaux, litec, éd du juris classeur, Paris 11^{ème} éd , 2002
5. MALAURIE PILIPPE et AYNES LAURENT : « **Droit civil** », les régime matrimoniaux, déferions, Ed. juridiques associées- Paris, 2004,

6. MOLAY R'CHID ABDERRAZAK : « **La femme et la loi au Maroc** », collection dirigée par Fatima Mernissi, éd le Fennec, 2^{ème} éd 1993

7. CASEY JEROME, « **les régimes matrimoniaux** », Ellipse, octobre 2000

Les thèses:

1. Magdalena TEKELY-**le particularisme des modes de preuve en droit de travail** , mémoire en vue de l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit privé – 2001-2002, faculté de droit, sciences et gestion, université Nancy 2.

2. MOLAY R'CHID ABDERRAZAK, « **La condition de la femme au Maroc** », thèse pour doctorat d'Etat, université Mohammed 5, faculté de droit, Rabat 1981

الفهرس :

2	مقدمة:
16	الباب الأول : إثبات التصرفات المالية في المجال الأسري:
18	الفصل الأول : إثبات التصرفات المالية الأسرية بالكتابة:
19	المبحث الأول : اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات المالية:
19	المطلب الأول: دور الكتابة الرسمية في إثبات التصرفات المالية:
20	الفقرة الأولى: حجية المحررات الرسمية في إثبات التصرفات المالية:
32	الفقرة الثانية: حجية المحرر الثابت التاريخ في إثبات التصرفات المالية :
35	الفقرة الثالثة: إجبارية المحررات الرسمية في توثيق بعض التصرفات العقارية
39	المطلب الثاني: دور الكتابة العرفية في إثبات التصرفات المالية
40	الفقرة الأولى: حجية المحررات العرفية في الإثبات :
46	الفقرة الثانية: تضييق نطاق العقود العرفية في إثبات التصرفات العقارية :
50	المبحث الثاني: شرط الحوز في إثبات التصرفات التبرعية:
51	المطلب الأول: إثبات الحوز في التبرع بعقار غير محفظ :
53	الفقرة الأولى: إثبات الحوز بالمعينة:
59	الفقرة الثانية: إثبات الحوز بوسائل أخرى :
64	المطلب الثاني: إثبات الحوز في التبرع بعقار محفظ:
65	الفقرة الأولى: الإتجاه المتشبه بالحوز المتطلب فقها:
68	الفقرة الثانية: الإتجاه الذي انتصر للمفهوم الجديد للحوز:

الفصل الثاني: إثبات التصرفات المالية الأسرية وما قد تطبعها من محاسبة وصوريتها بباقي

- 74 وسائل الإثبات:
- 75 المبحث الأول: إثبات التصرفات المالية بوسائل الإثبات الأخرى:
- 76 المطلب الأول: حجية اللفيف العدلي في إثبات التصرفات المالية:
- 77 الفقرة الأولى: موقف الفقه المالكي من شهادة اللفيف كوسيلة للإثبات:
- 81 الفقرة الثانية: القيمة الإثباتية للفييف العدلي في القضاء المغربي:
- 89 المطلب الثاني: مدى اعتماد الإقرار واليمين كوسيلتين للإثبات في مجال التصرفات المالية:
- 89 الفقرة الأولى: حجية اليمين في إثبات التصرفات المالية:
- 100 الفقرة الثانية: حجية الإقرار في إثبات التصرفات المالية:
- 109 المبحث الثاني: إثبات المحاسبة والصورية في التصرفات المالية الأسرية:
- 109 المطلب الأول: المحاسبة في بيع المريض مرض الموت:
- 110 الفقرة الأولى: إثبات المحاسبة في بيع المريض مرض الموت:
- 113 الفقرة الثانية: آثار بيع المريض مرض الموت بعد ثبوت المحاسبة:
- 117 المطلب الثاني: التوليج وصورية التبرع:
- 118 الفقرة الأولى: التوليج:
- 129 الفقرة الثانية: صورية التبرع:
- 132 **الباب الثاني: إثبات الحقوق المالية في المجال الأسري.**
- 133 **الفصل الأول: إثبات الحقوق المالية بين الأقارب (الأصول والفروع):**
- 134 المبحث الأول: نفقة الأقارب بين وجوبها وصعوبة إثباتها:
- 135 المطلب الأول: تحديد القرابة الموجبة للنفقة:

135	الفقرة الأولى : مذهب المضيقيين في تحديد مفهوم القرابة .
139	الفقرة الثانية : مذهب الموسعين في تحديد مفهوم القرابة .
142	المطلب الثاني : إثبات نفقة الأقارب: .
143	الفقرة الأولى: شروط وجوب النفقة على الأقارب .
175	الفقرة الثانية: إثبات الإنفاق: .
182	المبحث الثاني : الإثبات في النزاعات المالية الإرثية : .
183	المطلب الأول : القرابة كسب للميراث : .
183	الفقرة الأولى : شروط استحقاق الإرث: .
186	الفقرة الثانية : موانع الإرث : .
188	المطلب الثاني : إثبات الحقوق المالية في الميراث : .
189	الفقرة الأولى : حجية الوثائق العدلية في إثبات الحقوق الإرثية : .
200	الفقرة الثانية : حجية باقي الأدلة الثبوتية في إثبات الحقوق الإرثية: .
212	الفصل الثاني : إثبات الحقوق المالية بين الزوجين .
213	المبحث الأول: إثبات الالتزامات المالية ذات الطابع القانوني: .
213	المطلب الأول : الإثبات في مسائل الصداق والنفقة : .
214	الفقرة الأولى : إثبات الصداق والشوار: .
225	الفقرة الثانية : إثبات نفقة الزوجة : .
242	المطلب الثاني : إثبات الضرر المبرر للتعويض: .
242	الفقرة الأولى: التعويض في مجال الخطبة والزواج .
259	الفقرة الثانية : التعويض عن حل الرابطة الزوجية : .

المبحث الثاني : إثبات الإلتزامات المالية ذات الطابع الإتفاقي (إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة أثناء الزواج نموذجاً):.....	278
المطلب الأول : حجية اللفيف العدلي في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة خلال الزواج:.....	281
الفقرة الأولى : اعتماد اللفيف العدلي في إثبات المساهمة الفعلية في النماء المالي:.....	282
الفقرة الثانية: حالات استبعاد اللفيف العدلي من طرف القضاء :.....	285
المطلب الثاني:حجية القرائن في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة خلال الزواج:.....	289
الفقرة الأولى: حجية المعاملات البنكية في إثبات المساهمة في الأموال المكتسبة:.....	290
الفقرة الثانية: حجية عمل الزوجة في إثبات المساهمة في تنمية الأموال المكتسبة:.....	297
خاتمة:.....	322
لائحة المراجع:.....	327
الفهرس :.....	356