UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FÈS
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

ⵜⴰⵙⴷⴰⵡⵉⵜ ⵙⵉⴷⵉ ⵎⵓⵃⴰⵎⴻⴷ ⴱⵏ ⵄⴱⴷⵍⵍⴰⵀ ⴱⴰⵙ
ⵜⴰⵖⴻⵡⵍⴰⵀⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⴻⵙⵙⵓⴼⵓⵍⵉⵏ, ⵜⴻⵍⵣⵓⵍⵉⵏ ⴰ ⵜⵓⵣⵔⵉⵏ

مركز الدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: القانون والفلسفة والمجتمع

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع :

خصوصية الإثبات في المادة الوقفية

إعداد الطالب

وليد تويلي

تحت إشراف الأستاذة:

دة: بهيجة فردوس

لجنة المناقشة:

الدكتورة جميلة العماري	أستاذة التعليم العالي، كلية الحقوق، طنجة	رئيسا
الدكتورة بهيجة فردوس	أستاذة التعليم العالي، كلية الحقوق، فاس	مشرفا
الدكتور محمد ناصر متيوي مشكوري	أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، فاس	عضوا
الدكتورة كنزة حرشي	أستاذة التعليم العالي، كلية الحقوق، فاس	عضوا
الدكتور عبد القادر قرموش	أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، فاس	عضوا
الدكتور محمد الزهيري	أستاذ مؤهل، كلية الحقوق، فاس	عضوا
الدكتور مصطفى الطالبي	أستاذ مؤهل، كلية الحقوق، فاس	عضوا

السنة الجامعية: 2021/2020

الإهـــداء

إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من فؤادها،

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء والنجاح،

والدي الكريمين أطال الله في عمرهما وحفظهما بحفظه،

إلى من قيل عنهم: يد يمنى، وضلع ثابت لا يميل، وقطعة من الأم تورد لك الحياة: إخوتي،

إلى العائلة الكريمة

إلى من صاغوا لنا علمهم حروفا، ومن فكرهم منارة تضيء لنا الحياة

إلى أساتذتي الكرام

إليهم جميعا أهدي ثمرة هذا البحث

وليد تويلي

الشـكـر

أتوجه بالشكر الجزيل والعظيم إلى الأستاذة المشرفة الدكتورة الفاضلة **بهيجة فردوس**، على قبولها تأطير هذه الأطروحة، وعلى كل ما أسدته لي من توجيهات قيمة ومعلومات واسعة، وعلى سعة صدرها وصبرها اللامتناهي، وسمة التواضع التي كان لها الأثر البالغ في تتويج هذا العمل، فإني أكن لها كل الاحترام والتقدير، كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة، وأخص بالذكر الدكتور المقتدر محمد **ناصر متيوي مشكوري**، والدكتورة الفاضلة **جميلة العماري**، و الدكتورة الفاضلة **كنزة حرشي**، و الدكتور المقتدر **عبد القادر قرموش**، والدكتور المحترم **محمد ازهيري**، والدكتور المحترم **مصطفى الطالبي**،

الذين تكرموا لقراءة هذا العمل وتقييمه،

فجزاهم الله جميعا خير الجزاء، وأجزل لهم في العطاء، آمين.

فك الرموز

باللغــة العربيــة:

ص	: الصفحة
م س	: مرجع سابق
م	: ميلادية
هـــ	: هجرية
ج ر	: الجريدة الرسمية
ج	: جزء
ق ل ع	: قانون الالتزامات والعقود
ط	: الطبعة
مج	: مجلد

باللغة الفرنسية:

P : page

Éd :edition

Art :Article

N : numéro

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــة :

إن الإنسان محكوم بطبعه بضرورة العيش داخل الجماعة، وذلك لتحقيق حاجياته الفردية، التي لن تتأتى إلا بتظافر جهود جميع الأفراد، فلابد له أن يستفيد من مجهودات غيره، فطبيعته تدعوه إلى الاختلاط، فيشارك ويساهم مع الأخر ويتبادل معه المنافع، فحياة الإنسان في المجتمع عبارة عن أخذ وعطاء، مما يحتم على الفرد ضرورة تحسين شروط التعايش مع الآخر، وهو ما يتحقق لا محالة بتقاسم الخير والعطاء.

لذلك فإن من بين ما يحقق التكافل بين أفراد المجتمع ما حث عليه نبي الهدى ﷺ بقوله: "إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية. أو علم ينتفع به. أو ولد صالح يدعو له"[1]، وقد روى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال: "أصاب عمر أرضا بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها. فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخيبر. لم أصب مالاً قط هو أنفس عندي منه. فما تأمرني به؟ قال: (إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها)..."[2]، فاهتدى الصحابة رضوان الله عليهم ومن تبعهم بحديثه عليه السلام.

ومن تم نشأت بفضل الموقوفات مجتمعات بكافة مقوماتها، فما ترك مجال إلا وكان للوقف نصيب فيه، حتى عد الوقف في الوقت الراهن قطاع ثالث مستقل بذاته إلى جانب كل من القطاع العام والقطاع الخاص[3]، بفضل كون الوقف صدقة تطوعية يبتغي الإنسان منها

---

[1]- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الجزء الأول، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته، رقم 14-(1631)، ص 1255.
- مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: هو أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري اختلف أهل العلم في مولده، يقال أنه ولد سنة 206 هـ، توفي سنة 261 هـ من مؤلفاته: كتاب الطبقات، كتاب مشايخ مالك. انظر ابي عبد الله شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، ترتيب حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، طبعة 2004، الجزء الثالث، ص 3835.

[2]- صحيح مسلم، م س، باب الوقف، رقم 15-(1632)، ص 1255.

[3]- Ahmed Raissoni , LE WAQF ISLAMIQUE , Publication de l'Organisation islamic pour l'Education , les sciences et la Culture -ISESCO- 1422H/2001, Imprimerie Fedala, Mohmmedia, 2002 , page 17.

الثواب في الآخرة، وفي نفس الوقت تحقق نتائج دنيوية مسترسلة في الزمن، وهي ذات مجالات متنوعة تكفل للمجتمع التراحم والتواد بين الأفراد على مر الأجيال.

فلما كان الوقف يعد من الأبواب الخيرية التي سارت عليها الأمة الإسلامية بقصد تحقيق القربات والأعمال الصالحة ابتغاء مرضاة الله تعالى، وفق ما هو مؤصل في المنظومة الفقهية وهو يعكس حكمة الإسلام في وقف الأموال والاستفادة من منافعها مع ما يحقق الحاجيات الضرورية للناس، فإن تحقيقه للغايات المتوخاة منه لن يتأتى إلا عن طريق حمايته. هذه الحماية التي تبرز في الحفاظ على حقوق الأملاك الوقفية وضمان أداء الوقف لوظيفته الدينية والاجتماعية والاقتصادية، ذلك أن استمرار الوقف في أداء رسالته النبيلة لا يمكن أن يتحقق إلا بتحصينه من مختلف أشكال الترامي والاعتداء، هذا التحصين يتمثل في ضبط سبل إثباته حال الجحود به والمنازعة فيه.

حيث إن الإثبات هو الوسيلة العملية التي يعتمد عليها في صيانة الحقوق، كما أنه الأداة الضرورية التي يعول القاضي عليها للتحقق من الوقائع القانونية. ذلك أن ادعاء وجود حق محل نزاع من جانب أحد الأطراف أمام القضاء إن لم يصطحب بتقديم الدليل عليه فإنه لن يكون ملزما، فالقاضي لا يستطيع أن يسلم بصدق هذا الادعاء، لأن الحق بالنسبة إلى صاحبه يعدو بدون قيمة ولا نفع منه إذا لم يقم عليه دليل[4]، لذلك فإن الأوقاف بدورها تحتاج حال المنازعة إلى دليل يظهر طابعها الحبسي (وإن كان الدليل في الوقف لا يطلب فقط حال المنازعة فيه، بل هو مطلوب حتى قبل المنازعة على ما سيظهر في هذه الدراسة بمناسبة بحث دعوى الحسبة).

[4]- ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، المكتبة الثقافية، وجدة، 1977، ص 14

أولا: تحديد الإطار المفاهيمي للموضوع

بالنظر إلى أن الموضوع مركب من شقين، فإنه تبعا لذلك سيتم تعريف كل من الوقف أولا، ثم تعريف الإثبات ثانيا.

أ - تعريف الوقف

للوقف من **الناحية اللغوية** معاني كثيرة منها: الوُقوف: خلاف الجُلوس، وَقف بالمكان وقْفا ووُقوفا، فهو واقف، والجمع وقفٌ ووُقوفٌ، والوَقف مصدر وقَفت الدابة ووقفت الكلمة وقفا، وهذا مجاوز، فإذا كان لازما قلت وَقَفْتُ وُقوفا، وإذا وقّفت الرجل على الكلمة قلت وقّفته توقيفا، ووَقَفَ الأرض على المساكين، وفي الصحاح للمساكين، وَقفا: حبِسها، ووقفت الدابة والأرض وكل شيء[5].

أما الحبس فيعرف لغويا على أنه: حبس: حبَسَه يحْبسُه حبْسا، فهو محبوس وحبيس، واحتبسه وحبّسَه: أمسكه عن وجهه، والحبْسُ: ضد التخلية، واحتبسه واحتبس بنفسه. والحُبُسُ بالضم: ما وُقِفَ، وحَبّسَ الفرس في سبيل الله وأحبسه، فهو مُحَبّسٌ وحَبيسٌ، والحَبيسُ فعيل بمعنى مفعول، وكل ما حُبِسَ بوجه من الوجوه حَبيس[6].

جدير بالذكر أن الفقهاء بعضهم يعبر بالحبس، وبعضهم يعبر بالوقف، والوقف عندهم أقوى في التحبيس، وهما في اللغة لفظان مترادفان، يقال: وقفته وأوقفته، ويقال حبسته، والحبس يطلق على ما وقف ويطلق على المصدر وهو الإعطاء[7].

---

[5]- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، المجلد التاسع، دار صادر بيروت 1300 هـ، ص 360.

[6]- ابن منظور، المجلد السادس، م س، ص 44.

[7]- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1993، ص 539.

- الرصاع: محمد ابن قاسم أبو عبد الله الأنصاري التلمساني التونسي، عرف بابن الرصاع، ولد سنة 831ه، وتوفي سنة 894ه، من تآليفه: شرح حدود ابن عرفة، التسهيل والتقريب والتصحيح لرواية الجمع الصحيح. انظر بدر الدين محمد بن يحيى القرافي، توشيح الديباج وحلية الابتهاج، تحقيق علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004، ص 201.

من الناحية الاصطلاحيـة، اختلف الفقهاء في بيان معنى الوقف في الاصطلاح الشرعي، إذ عرفوه بتعاريف مختلفة تبعا لاختلاف مذاهبهم في الوقف من حيث لزومه وعدم لزومه، واشتراط القربة فيه، والجهة المالكة للعين بعد وقفها، إضافة إلى اختلافهم في كيفية إنشائه[8]، وتأبيده و تأقيته إلى غير ذلك من الأحكام التي تحكم الوقف بالنظر إلى أحكام كل مذهب، لذلك سيقتصر على أهم بعض التعاريف.

فقد جاء عند الحنفية أن الوقف هـو: **"حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة"**[9].

وعند الشافعية بأنه: **"حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"**[10].

وعند الحنابلة بأنه: **"تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه، بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته"**[11].

بالنسبة للمالكية عرف ابن عرفة[12] الوقف بأنه: **"إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا"**[13].

وفي شرح هذا الحد فإن قوله: **"إعطاء"** مناسبة جنسية المعنى المصدري لأنه من مقولته.

---

[8] - جدير بالذكر أن الفقهاء عندما يعرفون الوقف وينسبونه إلى أئمة المذاهب كأبي حنيفة، ومالك، والشافعي وغيرهم من الأئمة، فإن المتبادر إلى الذهن من تعاريفهم أنها منقولة عن هؤلاء الأئمة وصادرة منهم، إلا أن الحقيقة غير ذلك، إذ أن هذه التعاريف ما هي إلا تعاريف لفقهاء المذاهب المتأخرين صاغوها ووضعوها تخريجا على قواعد المذهب الذي ينتسبون إليه، بحيث ينطبق كل تعريف على قواعد الإمام المنسوبة إليه انطباقا تاما – محمد عبير عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الرشاد، بغداد، 1977، ص 60.

[9] - فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط الأولى 1313 هـ، ج 3، ص 325.

[10] - شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط الأولـى 1994، ج الثالث، ص 522.

[11] - منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الرابع، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى 1997، ص 293

[12] - ابن عرفة: هو محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكي، ويعرف بابن عرفة، ولد بتونس سنة (716ه- 1401 م)، تولى إمامة الجامع الأعظم، كان أصوليا بيانيا، منطقيا متكلما، حاسبا، خطبا، توفي بتونس سنة (803ه- 1401م)، من تآليفه: مختصر في الفقه، وآخر في علم الكلام وفي المنطق والفرائض، وآخرها شامل في أصول الدين. انظر بدر الدين محمد بن يحيى القرافي، م س، ص 239

[13] - الرصاع، م س، ص 539.

وقوله: **"منفعة"** أخرج به إعطاء ذات كالهبة. وقوله: **"شيء"** أطلق الشيخ رحمه الله في الشيء ولم يقل: منفعة مال أو متمول لأن الشيء أعم، لكنه رأى تخصيصه بما في كلامه من بقاء ملكه وذلك يخص الشيء بالمتمول.

وقوله **"مدة وجوده"** أخرج به العارية والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه، وخروج العارية والعمرى ظاهر، لأن المنفعة ليست مدة وجود ذلك وأما العبد والخدم مدة حياته بموت هو خارج أيضا لأن اللزوم في بقاء الملك يخرج ذلك، ولذا قال بعدم لزوم بقائه في ملك معطيه، لجواز البيع بالرضى، فخاصية الحبس عدم جواز بيعه مطلقا تحقيقا أو تقديرا، ويمكن أن يكون معناه ولو تقديرا.

وقوله: **"ولو تقديرا"** حذفت منه كان أي ولو كان اللزوم تقديرا أو الملك تقديرا، فلزوم بقاء الملك من خاصية الحبس، وإن كان عدم اللزوم في الملك تقديرا فليس من خاصية الحبس[14].

وقد اعتُرض على هذا التعريف لأنه يفيد تأبيد الوقف، وقد خرج به الوقف المؤقت من هذا التعريف مع أن المالكية يرون صحته، كما أن الوقف هو تمليك انتفاع وليس منفعة. غير أن لفظ الوقف يفيد التأبيد بدون انضمام قرينة إليه، فإنه لا يفيد التأقيت إلا بقرينة، فيكون الوقف حقيقة في المؤبد مجازا في المؤقت، والتعاريف للحقائق لا للمجازات، أما إيراد المنفعة في التعريف أولى من كلمة الانتفاع لأن كلمة المنفعة مصدرا وتطلق على الحاصل من المصدر، وتطلق على الحاصل من المصدر أيضا وهو الناجم عن الانتفاع، فكلمة المنفعة أشمل[15].

من خلال ما سبق، وأمام تعدد التعريفات لدى الفقه فإنه يمكن القول أن أفضل تعريف فقهي، هو التعريف المستقى من حديث ابن عمر رضي الله عنهما –السابق الإشارة إليه– وذلك لأنه مقتبس من قول النبي عليه الصلاة والسلام فصيح الناس لسانا وأفضلهم أخلاقا، إضافة إلى أن هذا التعريف لم يُعترض عليه بما اعترض به على بقية التعاريف الأخرى،

[14] - الرصاع ، م س، ص 340.
[15] - الكبيسي، م س، ج 1، ص 83.

كما أنه لم يدخل في التفاصيل كما فعلت بقية التعاريف[16]، وهو تعريف ابن قدامه[17] رحمه الله والذي عرف الحبس بأنه: **"تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة"**[18].

من الناحية القانونية[19]: بدراسة ميتودولوجية لتعريف الوقف نجد أن الفصل 73 من ظهير 2 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة نص على أن: **"الحبس أموال أوقفها المحبس المسلم ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين يعينهم المحبس"**، وبذلك يكون هذا الفصل عرف الوقف بمعناه الإسمي[20].

وعرفت المادة 281 من مشروع مدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفظة الحبس بأنه: **"إعطاء منفعة عقار أو حق عيني عقاري لفائدة المحبس عليهم مع بقاء ملكية العين للمحبس"**، وبهذا التعريف تم استبعاد منفعة المنقول، لأن هذا التعريف وارد ضمن مشروع مدونة تخص العقارات غير المحفظة فقط[21].

وبإعداد وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لمشروع ظهير يتعلق بمدونة الأوقاف فإن المادة الخامسة منه عرفت الوقف بأنه: **"هو إعطاء شيء مدة وجوده لاستيفاء منافعه**

---

[16]- الكبيسي، م س، ج1، ص 89.

[17]- ابن قدامة: هو موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة بن مقدام ، العدوي، القرشي، المقدسي الجماعيلي، فقيه من أعيان الحنابلة، ولد في دمشق سنة 1147م، توفي سنة 1223 م بها. من تآليفه: المغني، المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، انظر ابي عبد الله شمس الدين الذهبي، م س، الجزء الثاني، ص 2219.

[18]- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، "المغني"، تحقيق طه محمد الزيتي، ج السادس، مكتبة القاهرة، مصر، ط الأولى 1969، ص 3.

[19] - عرف مشرع دولة الإمارات العربية المتحدة الوقف بأنه: "تسبيل منفعة بمفردها أو تسبيل منفعة مع حبس أصل العين الموقوفة والحفاظ عليها من الضياع"، المادة الأولـى من قانون اتحادي رقم(5) لسنة 2018 بشأن الوقف، صدر في قصر الرئاسة بأبوظبي بتاريخ 17 شعبان 1439 هجرية الموافق ل 3 مايو 2018 ميلادية.

- وعرفه قانون دولة جمهورية السنغال بأنه: "هو كل عين حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان أو لمنفعة عامة أو خاصة" المادة الأولى من القانون الخاص بالوقف رقم 11-2015، تبنى المجلس الوطني هذا القانون في جلسته المنعقدة يوم الجمعة 24 أبريل 2015 وصادق رئيس الجمهورية عليه، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 6 مايو 2015، جمهورية السنغال.

- وجاء في توصية مجموعة العمل المالي، التي أرسلت لمجموعة العمل المالي، وصندوق النقد الدولي بأن الوقف هو: "حبس الأصل وتخصيص المنفعة لأوجه البر"، مجموعة العمل المالي لمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا - التوصية 25 والوقف، نونبر 2012، info@monafatf.org ، ص 6.

[20] - محمد الشليح، تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية، مجلة الأملاك الحبسية أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، ص 182

لمزيد من التوسع في شرح مدلولات هذا التعريف انظر عبد الرزاق أصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2006-2007، ص 3.

[21] - محمد الشليح، م س، ص 182.

خاصة"[22]، وهذا التعريف منقول في الحقيقة من حد ابن عرفة السابق الإشارة إليه، والذي يعرف الوقف بمعناه المصدري عكس تعريف الفصل 73 من ظهير 2 يونيو 1915 الذي عرفه بمعناه الإسمي[23]، وقد حاول هذا التعريف (الوارد في المادة الخامسة من المشروع) إخراج الشيء الموقف من ملكية الواقف وانتقاله إلى الموقوف عليه الذي ليس له الحق إلا في الاستفادة من منافع الموقوف[24].

في الأخير استقر المشرع المغربي على تعريف الوقف بمقتضى المادة الأولى من مدونة الأوقاف على أنه: **"كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة"**، هنا فإن المشرع قد عرف الوقف بمعناه الإسمي كما فعل الفصل 73 من ظهير 2 يونيو 1915 السابق الإشارة إليه، عكس مشروع مدونة الأوقاف والحقوق العينية اللذين عرفا الوقف بمعناه المصدري، وقد عبر المشرع بمقتضى هذا التعريف عن الوقف بالمال[25] قاصدا بذلك المفهوم القديم للمال الذي يشمل الأشياء والحقوق المالية التي تقع على الأشياء، بدليل أنه وصف الوقف بالمال في التعريف وتحدث في المادة 16 من نفس المدونة عن جواز وقف العقارات والمنقولات وهي أشياء، وسائر الحقوق الأخرى، والمقصود بها الحقوق المالية، بصرف النظر عن كونها حقوقا شخصية أو حقوقا عينية، مما يفيد أن كل ذلك يدخل في حقيقة المال بمفهومه الضيق[26].

ب – تعريف الإثبات

يعرف الإثبات **لغة** بمعاني عدة، منها: ثَبَتَ الشيء يثبتُ ثباتا وثُبوتا فهو ثابت وثَبِيتٌ وثَبَتْ، وأثبته هو وثبته بمعنى ويقال: ثَبَتَ فلان في المكان يثبت ثبوتا، فهو ثابت إذا أقام به،

---

[22]- مشروع ظهير يتعلق بمدونة الأوقاف، صيغة دجنبر 2005، أورده عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 3 (في الهامش).

[23] - محمد الشليح، م س، ص .182

[24]- عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 3 (في الهامش).

[25] - اختلف العلماء في تعريف المال اختلافا كبيرا، تبعا لاختلافهم في مفهومه، وفيما يدخل تحت مسماه ومشتملاته، فالحنفية قصروا مسمى المال على الأعيان دون المنافع، أما الجمهور فنظروا إلى المال من جهة إمكان الانتفاع به بغض النظر عن كونه عينا أو منفعة، فالحنفية يرون أن المنفعة ليست بمال، أما الجمهور فيرونها مال، لمزيد من التوسع والاستدلال على رأي الفريقين – انظر: مدونة أحكام الوقف الفقهية، ج الأول، إصدار الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، ط الأولى 2017، ص 383.

[26]- محمد المهدي، تكوين عقد الوقف في ضوء مدونة الأوقاف، سلسلة دراسات وأبحاث تحت عنوان: الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، مجلة القضاء المدني، 2015، ص 92.

ويقال أيضا: لا أحكم بكذا إلا بِثَبتٍ أي بحجة، والثَّبَتُ بالتحريك: الحجة والبينة، واثبت حجته: أقامها وأوضحها[27].

من الناحية الاصطلاحية، استعمل الفقهاء الإثبات بمعنى إقامة الحجة وهو أحد المعاني اللغوية لهذا اللفظ، إلا أنه بالنظر إلى استعمالاتهم لهذا اللفظ فإنهم يطلقونه على معنيين، الأول عام والثاني خاص، فالمعنى العام يريدون به إقامة الحجة مطلقا، من غير تقييد لذلك بالقضاء فيشمل ذلك توثيق الحق وتأكيده عند إنشاء الحقوق، ويشمل كذلك إقامة الحجة على وجود بعض الأمور الحسية وعلى تحقق بعض الأمور العلمية إلى غير ذلك، أما المعنى الخاص فهو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية[28].

أو هو إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعى عليه، وهو فعل يصدر من المدعي يبرهن بموجبه على صدق دعواه[29].

ولشرح التعريف الاصطلاحـــي فإن:

(إقامة الحجة): أي تقديم الحجة إلى من يراد إقناعه بالأمــر[30].

(أمام القضاء): هذا قيد ضروري في الإثبات القضائي الذي تترتب عليه آثار من الإلزام، ويفهم منه أن الإثبات ينصب على أمر متنازع فيه، مرفوع أمام القضاء ليبث في شأنه، وإذا لم يكن هناك نزاع أمام القضاء فلا معنى للإثبات[31].

(بالطرق التي حددتها الشريعة): وهذا قيد يخرج الإثبات بالطرق التي لا تتفق مع ما ورد في الكتاب أو السنة أو الإجماع أو ما استنبط الاجتهاد[32].

---

[27] - ابن منظور، المجلد الثاني، م س، ص 20.

[28] - موسوعة الفقه الإسلامي المصرية، المصدر موقع وزارة الأوقاف المصرية، تم إعداد ملفها بواسطة المكتبة الشاملة www.shamela.ws، ص 503.

[29] - أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 8.

[30] - سعد بن تركي الخثلان، الأصول الشرعية لإثبات الأوقاف، دار أطلس الخضراء، الرياض 2017، ص 17.

[31] - محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، الجزء الأول، مكتبة دار البيان دمشق الطبعة الأولى، 1982، ص 23.

[32] - أحمد فراج حسين، م س، ص 8.

(على حق أو واقعــة): هذا بيان لمحل الإثبات فيشمل كل حق يسوغ للمسلم استيفاؤه، وكل واقعة تقع وينشأ عنها حقوق والتزامات[33].

(تترتب عليها آثار شرعية): وهذا هو الهدف والغاية من الإثبات، فلا يصح إثبات أمر أو واقعة لا يترتب عليها أثر من الآثار، مثل إثبات أمور طبيعية أو عادية كإثبات طلوع الشمس[34].

من الناحية القانونية: يعرف الإثبات بأنه هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها "[35].

يستخلص من هذا التعريف، أن الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام، فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة، أما الإثبات القضائي مقيد في طرقه وفي قيمة كل طريق منها، وهو ملزم للقاضي متى استقام، عكس الإثبات غير القضائي، ثم إن ما ثبت عن طريق القضاء يصبح حقيقة قضائية يجب التزامها، ولا يجوز الانحراف عنها وهو ما يسمى بحجية الأمر المقضي به، أما ما ثبت بطريق علمي أو بأي طريق آخر فإنه لا يعتبر حقيقة ثابتة لا تتغير، إضافة إلى أنه لما كان الإثبات القضائي ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعي في دعواه، وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشأ هذا الحق أو هذا الأثــر[36].

من كل ما سبق فإن إثبات الوقف قد يراد به المعنى العام للإثبات، وقد يراد به المعنى الخاص، فإذا كان المقصود بإثبات الوقف توثيقه بكتابته فالمراد بالإثبات هنا المعنى العام الذي يقصد به إقامة الحجة بأن يشهد الواقف العدلين بإنشائه للوقف، وقد يراد بإثبات الوقف المعنى الخاص للإثبات وذلك عندما يقع نزاع حول أحقية أحد الأطراف في المال

---

[33] - سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 17.
[34] - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 24.
[35] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام"، المجلد الثاني، دار النهضة العربية – القاهرة 1968، ص 13.
[36] - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، ص 14.

المنازع فيه[37]، فيصبح تعريف إثبات الوقف هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية لإثبات حبسية المال المتنازع فيــه[38].

ثانيا: الإطار التاريخي للموضوع

بداية لابد من الإشارة إلى أن الوقف له جذور ضاربة في التاريخ، فقد كانت الأمم قبل الإسلام ترصد العقارات لتكون معابد، تمارس فيها عبادتها، وتحجرها عن الملكية الفردية، فعديدة هي المعابد والكنائس اليهودية والنصرانية التي لا تزال قائمة ويعود تاريخها لآلاف السنين، مما يؤكد وجود الوقف الديني عند تلك الأمم حيث كانت تحبس الأراضي والأموال والأدوات لخدمة دور العبادة والكهنة ورجال الدين، وكان الكهنة وسدنة المعابد يوكلون في الكثير من الحالات توزيع الإعانات العينية والنقدية على الفقراء والمعوزين لثقة الناس بهم[39].

وعند العرب فإن أول ما عرف من وقف قبل الإسلام هو الكعبة المشرفة، وهي البيت العتيق الذي بناه إبراهيم عليه السلام، ليكون مثابة للناس وأمنا، وأصبح للعرب مصلى عاما، على اختلاف قبائلهم، يحجون إليه كل عام، ويطوفون به، ويصلون عنده، ثم جعلوه مقرا للأصنام، حتى جاء الإسلام وفتحت مكة، فأمر عليه الصلاة والسلام بهدم الأصنام من الكعبة فطهرها منها، وأخلصها لعبادة الله الحق[40].

إن الوقف بنظرته الشمولية وعمله المنضبط بالنصوص الشرعية والهادف أولا وأخيرا إلى مرضاة الله عز وجل، لم يعرف إلا بعد مبعث المصطفى عليه الصلاة والسلام، حيث تعددت أهدافه السامية ومقاصده النبيلة من خلال الآيات القرآنية، والأحاديث النبوية التي أكدت أن فعل الخير يمثل شعيرة من شعائر الإسلام، كما في قوله عز وجل: **"لن تنالوا**

---

[37]- سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 18.

[38] - هذا وتعرف المادة بأنها: كلُّ شيء يكون مددًا لغيره. وكلُّ جسمٍ ذي امتداد ووزن، ويشغَل حيّزا من الفراغ. (مادَّةُ الشَّيْءِ): أُصولُهُ وعناصرُه التي منها يتكوَّن، حسِّيَّةً كانت أَو معنوية، كمادَّة الخشب، ومادَّة البحث العلمي. (والجمع): موادُّ. و (مَوادُّ اللُّغَةِ) ألفاظُها. و (موادّ العلم): مباحثه. و(مواد القانون):. الجُمَلُ التي تتضمن أحكامه. المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية بالقاهرة 1379هـ/1960م، منشور بالمكتبة الوقفية الشاملة، ص 480.

[39]- مدونة أحكام الوقف الفقهية، ج1، م س، ص 30.

[40]- مصطفى أحمد الزرقا، أحكام الأوقاف، جمعية عمال المطابع التعاونية، الطبعة الثانية، دار عمار الأردن، 1998، ص 11.

البر حتى تنفقوا مما تحبون"[41]، وقوله: **"وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون"**[42]، فجاءت أقول الرسول ﷺ وأفعاله وتقريراته لتؤكد على فضيلة الوقف وعظم أجره، فقال ﷺ "إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته، علما علمه ونشره، وولدا صالحا تركه، ومصحفا ورثة، أو مسجدا بناه أو بيتا لابن السبيل بناه، أو نهرا أجراه أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته يلحقه من بعد موته"[43]، فكان أول وقف ديني في الإسلام هو مسجد **"قباء"** الذي أسسه النبي ﷺ حين قدومه مهاجرا إلى المدينة قبل أن يدخلها، ثم المسجد النبوي في المدينة دار الهجرة الذي بناه عليه السلام في السنة الأولى للهجرة عند مبرك ناقته، لما قدم مهاجرا من مكة إلى المدينة[44]، ثم تتابعت الأوقاف من عهده ﷺ إلى يومنا هذا وقد تنوعت مجالاتها حتى شملت مختلف أوجه الحياة، فلم تترك حاجة إلا ولباها الوقف.

وفي المغرب، فإن أول وقف كان من عقبة بن نافع[45] لما وصل إلى المغرب فاتحا فأسس مسجدا بدرعة ومسجدا بسوس الأقصى، وبنيت مساجد بالأماكن التي كان ينزل بها وسميت باسمه، ومن تم عرف الوقف بالمغرب مع وصول الفاتحين وازداد مع ازدياد الحواضر ونموها[46]، فكان ملوك المغرب عبر مختلف العهود والعصور في مقدمة شعبهم المسلم وأمتهم المغربية المؤمنة، يولون موضوع الوقف عناية فائقة، ويقفون من أموالهم وممتلكاتهم الهامة، ومن المؤلفات على الخزائن العلمية العامة، ويخصصون عطاءات سخية ويمنحون صلاة مستمرة لإنفاقها وصرفها في مجال الأوقاف والشؤون الإسلامية، بوصفهم أمراء المؤمنين، وحماة الوطن والدين في هذا البلد الكريـم[47].

---

[41] - سورة آل عمران، الآيـة 91.

[42] - سورة البقرة، الآيــة 279.

[43] - الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج الأول، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، الباب 20، حديث رقـم 242، ص 88.

[44]- مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 12.

[45]- ابن نافع: هو أبو محمد عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم، المعروف بالطائغ، كنيته أبو محمد كان حافظا أميا لا يكتب، سمع منه سحنون وكبار أصحاب مالك، له تفسير في الموطأ، توفي سنة 186 هـ . انظر ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق مأمون الجنان، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى 1996، ص 213.

[46] - الدرويش عبد العزيز، عرض التجربة الوقفية بالمملكة المغربية، ندوة التجارب الوقفية لدولة المغرب العربي، الرباط، 9 و 10 و 11 نونبر 1999، مطبعة فضالة المحمدية، 2001، ص 149.

[47] - محمد المكي الناصري، الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، طبع بأمر صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني طيب الله تراه ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1992، ص 4.

إن مما تجدر الإشارة إليه كذلك أن عظم مؤسسة الوقف على الحياة الاجتماعية دفع الأوروبيين في القرون الوسطى للأخذ بالخصائص الأساسية للوقف لينشئوا المؤسسات الخيرية الأولى المعروفة بـــ trusts فقد لاحظ المؤرخون للقانون أن مؤسسات الترست الأولى التي أنشئت في انجلترا في القرن الثاني عشر قد استنسخت الخصائص الأساسية للوقف[48]، وبعد ذلك تطور العمل الخيري الغربي، فظهرت له عدة أنظمة وأطلق عليه عدة أسماء منها: القطاع التطوعي، والقطاع غير الحكومي، والقطاع غير الربحي، والقطاع المستقل، والقطاع الثالث، والاقتصاد الاجتماعي، وكمثال على ذلك نظام Endowment [49] والذي يعني التبرع من فرد أو مؤسسة بالأموال أو الممتلكات أو أي مصدر دائم للدخل لصالح جمعية خيرية أو أي مؤسسة أخرى، ونظام Foundation[50] وهي مؤسسة خيرية تجمع التبرعات لفائدة الأعمال الخيرية، ونظام Trust[51] الذي يفيد نقل السيطرة القانونية إلى الأمين الذي يباشر سلطاته بإدارة واستثمار المال لحساب المستفيدين الذين حددهم المالك، وهو ينقسم إلى ترست خاص وترست عام بحسب المستفيدين[52]، ومن تم فإن الأنظمة الخيرية الغربية المستلهمة من الوقف الإسلامي تشبه إلى حد كبير الوقف وهي منتشرة ومزدهرة الآن في الغرب، وما دل ذلك إلا على الأهمية الكبيرة التي حظي ويحظى بها الوقف على مختلف الحضارات والأديان.

إن ما وصل إليه الوقف في الوقت الحالي نابع من الحماية التي كان يتمتع بها على مر العصور، حيث نجد أن مؤسسة الإثبات لعبت دورا محوريا في هذا المجال، والتي

لمزيد من التوسع حول تاريخ الوقف بالمغرب، انظر: مصطفى بنعلة، تاريخ الأوقاف الإسلامية بالمغرب في عصر السعدين من خلال حوالات تارودانت وفاس، الجزء الأول منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية 2007، ص 60.

[48]- محمد بوجلال، الوقف والأنظمة الخيرية الأوروبية: التقنين والمعوقات، مجلة أوقاف، الأمانة العامة للأوقاف- الكويت 2018، ص 14.

[49] - stephen .G. Dimmock and other, The endowment model and modern portfolio theory National Bureau of Economic Research Massachusetts Cambridge 2019, p2.

[50] - samira idllaléne, le habous instrument de protection de la biodiversité? le cas du Maroc dans une approche de droit comparé développement durable et territoires – Vol 4, N1-avril 2013, p10.

[51] - Benedikt Koehler, Muhammad's conception of property as a bundle of rights, Economic affairs , Institute of Economic affairs 2015, p 52.

[52] - محمد عثمان شبير، الوقف الإسلامي والأنظمة الخيرية الغربية المشابهة: نحو شراكة حضارية إنسانية، مجلة أوقاف، م س، ص 79.

بدورها خضعت عبر التاريخ لسنة التطور التي خضعت لها حقوق الناس ذاتها، وتبعت في تطورها بوجه خاص حركة العلم والفن وما لاقته من تقدم وازدهـار، بفضل الاكتشافات والاختراعات، كابتداع الكتابة والرسم والتصوير إلى غير ذلك من أوجه التطور[53]، وجاء الإسلام وأمر الله تعالى بالقضاء وجعله فريضة محكمة وسنة متبعة، لتحقيق العدل بين الناس، وأرشد القضاة بآياته البينات وهداهم بإرشاداته المنثورة في كتابه الكريم وما جاء على لسان رسوله الأمين ﷺ إلى الوسائل والطرق التي تجعلهم على علم بوقائع الخصومة التي يراد الفصل فيها، حتى تأتي أحكامهم مطابقة للحق والواقع، ولقد تتابع الخلفاء الراشدون والتابعون والفقهاء من بعدهم وإلى يومنا هذا على تأصيل هذه الوسائل وجمعها وترتيبها، وقعدوا قواعدها، وفرعوا فروعها، حتى غدت علما مستقلا له أصوله ومبادئه[54]، وقد كانت أول وثيقة وقفية في الإسلام هي وثيقة عمر رضي الله عنه -بمقتضى حديث ابن عمر رضي الله عنهما السابق الإشارة إليه- والتي كتبها في آخر حياته وأشهد عليه، ثم تلا ذلك كتابة موقوفات الصحابة رضوان الله عليهم، واكتفى بعضهم بالإشهاد على أوقافهم وهو نوع من التوثيق، وكان ذلك إدراك منهم لأهميته الكبيرة وأثره العظيم في حفظ الوقف بعد موت الواقف.

وقد روي أن بعض أبناء الصحابة رضي الله عنهم وقع بينهم نزاع فلجؤوا إلى الأمراء وبأيديهم الصكوك الوقفية والشهود فحكم لهم بما في تلك الصكوك[55]، ومن ذلك ما روي أن بعض ورثة سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أرادوا جعل وقفه ميراثا فاختصموا إلى مروان الحكم والي المدينة في عصر بني أمية فجمع لها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنفذها على ما صنع سعد[56].

ومن تم اعتنى العلماء رحمهم الله على مر القرون بإثبات الأوقاف وتوثيقها عناية كبيرة إدراكا منهم لأهمية ذلك في حفظ الوقف واستمرار النفع به، فظهر ذلك عن طريق

---

[53] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 5.
[54] - أحمد فراج حسين، م س، ص 6.
[55] - سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 30.
[56] - الإمام أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاب، أحكام الأوقاف، ضبطه وصححه، محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى 1999، ص 14.

تصنيف الفقهاء لكتب الإثبات والتوثيق ورسومه، وأدرجوا فيها ما يتعلق بالأوقاف، كما أن من الفقهاء من خص صيغ ما يثبته القضاة من محاضر وسجلات مشتملة على الأصول الشرعية لإثبات الأوقاف، وعملوا كذلك على تحرير الوقفيات وإثباتها والعناية بكل ما من شأنه صيانتها والمحافظة عليها من التبديل والاعتداء[57].

لذلك فإن مؤسسة الوقف الإسلامي حظيت بتنظيم فقهي شمل جميع جوانب الوقف، ولم يترك مسألة ترتبط بوجوده ومقاصده وغاياته المرجوة منه إلا بينها وأبرز الحكمة منها، بغية أن تكون مسائله في مجملها مادة لتطوير نظامه حتى يستوعب المستجدات، ويواجه ما تكشف عنه الأيام من حاجات بتطور الزمان[58]، وقد كشفت الأيام عن ابتلاء المغرب بالاستعمار ومحاولاته المتكررة الاستيلاء على الوقف وتخريب نظامه، الأمر الذي استوجب تقنين الوقف.

ثالثا: الإطــار القانوني للموضوع

قبل صدور مدونة الأوقاف سنة 2010[59]، وبمجرد دخول الاستعمار للمغرب عمل هذا الأخير على تقنين بعض الأحكام المتعلقة بالوقف بغرض تحصينه، فصدر أزيد من 15 ظهيرا ينظم الوقف، والتي من بينها:

- الظهير الشريف المؤرخ في 8 شعبان 1331 (13 يوليو 1913) تحدد فيه سلطة إدارة الأحباس العمومية[60].
- الظهير الشريف المؤرخ في 16 من شعبان 1331 (21 يوليو 1913) المتعلق بنظام تحسين حالة الأحباس العمومية[61].

[57] - سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 34.
[58] - صادق حماد محمد محمدين، معوقات الإدارة المالية في نظام المؤسسة الوقفية مقارنة بنظيرتها الخيرية الأوروبية، مجلة أوقاف، م س، ص 186.
[59]- ظهير شريف رقم 1-09-236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 5847 فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154.
[60]- الجريدة الرسمية عدد 20 السنة الأولى 17 شوال 1313 الموافق ل 19 سبتمبر 1913، ص 146.
[61]- الجريدة الرسمية عدد 20 السنة الأولى 17 شوال 1313 الموافق ل 19 سبتمبر 1913، ص 147.

- الظهير شريف المؤرخ في متم ربيع الأول 1336 (3 يناير 1918) المنظم لضبط ومراقبة الأحباس المعقبة[62].
- الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 83-177-1 المؤرخ في 24 شوال 1397 (18 أكتوبر 1977) في شأن الأحباس المعقبة والمشتركة[63].
- الظهير الشريف رقم 164-193 الصادر في 23 جمادى الأولـى 1414 (8 نوفمبر 1993)[64].
- الظهير الشريف رقم 164-03-1 الصادر في 9 شوال 1424 (4 ديسمبر 2003)[65].

بالرغم من صدور كل هذه الظهائر والتي يلاحظ أنه طغى على مقتضياتها التوجس والتشدد، خشية ضياع الأصول الوقفية أو حقوقها[66]، إلا أنها لم تتطرق لموضوع إثبات الوقف، حتى جاءت مدونة الأوقاف التي كانت أول انطلاقة لتدوينها سنة 1997، غير أن البداية الفعلية تأخرت إلى سنة 2001، لتنتهي اللجنة المكلفة بوضع مشروعها التمهيدي الأول سنة 2003، وقد أعيدت صياغته خلال سنتي 2006/2004، فيما تم إعداد الصياغة النهائية سنة 2007 من لدن وزارة الأوقاف والأمانة العامة للحكومة[67]، وتم نشرها بالجريدة الرسمية سنة 2010.

بنشر مدونة الأوقاف بالجريدة الرسمية وبصدور جميع النصوص المتخذة لتطبيقها والتي يتوقف عليها تنفيذ مدونة الأوقاف، نجد أن هذه الأخيرة نظمت موضوع إثبات الوقف في مادة فريدة هي المادة 48 التي جاء فيها أنه: **"يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات.**

---

[62]- الجريدة الرسمية عدد 249 السنة السادسة 4 فبراير 1918، ص 94.
[63] - الجريدة الرسمية عدد 3388 مكرر 26 شوال 1397 الموافق ل 10 أكتوبر 1977، ص 2854.
[64] - الجريدة الرسمية عدد 4236 السنة الثالثة والثمانون 22 رجب 1414 (5 يناير 1994)، ص 14.
[65] - الجريدة الرسمية عدد 5172 فاتح ذي القعدة 1424 (25 ديسمبر 2003)، ص 4389.
للاطلاع على الظهائر الصادرة قبل صدور مدونة الأوقاف، انظر:
- عبد الرزاق أصبيحي، التجربة المغربية في الأوقاف صرفا وتقنينا واستثمارا، منشورات مجلة الحقوق، ع 52 السنة 2017، ص 105.
- المادة 166 من الباب الخامس المعنون بالأحكام الانتقالية والختامية من مدونة الأوقاف.
[66] - عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 109.
[67] - أحمد ادريوش، "حوز المال الموقوف في إطار مدونة الأوقاف"، سلسلة دراسات وأبحاث، تحت عنوان النظام القانوني للأملاك الوقفية – دراسات وأبحاث في ضوء المدونة الجديدة للأوقاف، مجلة القضاء المدني، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2012، ص 13.

وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس. لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته".

رابعا: أهمية الموضوع

تبرز أهمية الموضوع من كونه يتعلق بمؤسسة ذات نفع عام، يعود الفضل في وجودها إلى تعاليم الإسلام وأحكام شريعته الغراء، والتي لعبت دورا فعالا في عملية التطور والنمو الاقتصادي والاجتماعي على مر العصور، ولتضمنها لجوانب تعبدية تربوية واقتصادية، فالوقف بحد ذاته يعد قربة وعبادة متميزة أسهم في تأسيس حضارة مزدهرة على أسس أخلاقية، وأدى ولازال يؤدي دورا فاعلا في نمو المجتمع وتطوره على عدة أصعدة.

بالنظر إلى كون وسم أي ملك بكونه وقفي، كان يعتبر في العصور الأولـــى كافي لإصباغ الحماية عليه، فإنه في الوقت الحالي أصبح هذا الوسم فرصة سانحة للاستيلاء عليه من طرف ذوي النفوس الضعيفة، لذلك تأتي أهمية البحث في هذا الموضوع لتسليط الضوء على واحدة من أبرز المعيقات التي تحول دون الحفاظ على حقوق الأوقاف لضمان أداء الوقف لوظائفه الدينية والاجتماعية والاقتصادية، وهي الاعتراف بالصفة الوقفية للأموال الموقوفة، ومحاولة لتلمس الحدود التي سايرت فيها مدونة الأوقاف للمواقف التي راكمها موضوع تحصين الأملاك الوقفية، سواء من حيث الطرق التي يثبت بها الوقف، أو من حيث الشروط المتطلبة في هذه الطرق حتى تكون منتجة في الإثبات.

إن البحث في موضوع الوقف بصفة عامة ظل حكرا على الجانب الفقهي وما اتسم به هذا الأخير من تعدد الأقوال والفتاوى والآراء اعتبارا لكونه فقه نوازل بالدرجة الأولى، مما انعكس على موضوع إثبات الأوقاف، خاصة وأن الكتابات القانونية المتعلقة بالموضوع مقصورة على بعض المقالات أو اسطر في المراجع القانونية العامة، أما البحوث الأكاديمية، فقد تطرقت لموضوع الوقف دون تخصيص لموضوع إثباته، باستثناء رسالتي

ماستر حيث لم تفصلا في وسائل ثبوت الوقف[68]، لذلك أتت أهمية إغناء النقاش القانوني حول موضوع من الأهمية بمكان يزاوج بين الجانب الفقهي والجانب القانوني، لإبراز الحل الواجب التطبيق على المستوى العلمي، هذا الأخير الذي عرف تضاربا من حيث الأحكام المطبقة على موضوع إثبات الوقف طيلة الفقرة السابقة على صدور مدونة الأوقاف، بل وحتى بعد صدورها، خاصة وأن الرسالة الملكية السامية لصاحب الجلالة المؤرخة في 30 دجنبر 2016 دقت ناقوس الخطر وحذرت من أن جرائم الاستيلاء على عقارات الغير بلغت حد الظاهرة الخطيرة.

خامسا: الإشكالية

بالنظر إلى الفراغ القانوني الذي طبع مجال إثبات الوقف قبل صدور مدونة الأوقاف، مما ترتب عنه ظهور اتجاهين فقهيين متعارضين، حيث رأى الاتجاه الأول أن الوقف يثبت بكافة وسائل الإثبات، في حين رأى الاتجاه الثاني أن الوقف يثبت فقط برسم التحبيس ورد ما عداه من حجج. الأمر الذي انعكس بدوره على الأحكام القضائية التي انقسمت بدورها إلى أحكام تأخذ بالرأي الفقهي المجيز لإثبات الوقف بكافة الوسائل، وأحكام أخرى تأخذ بالرأي الفقهي الذي اشترط فقط إثبات الوقف برسم التحبيس، وهو ما أدى إلى ضياع مجموعة من الأملاك الوقفية طيلة فترة الفراغ القانوني المؤطر لمسألة ثبوت الأملاك الوقفية، وبدخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ، تطرح إشكالية هذا البحث والتي يمكن تلخيصها في السؤال التالي:

هل كان تنظيم المشرع المغربي لوسائل الإثبات في مدونة الأوقاف تنظيما ناجعا يكفل حماية الأملاك الوقفية من الاعتداء والترامي، بما يساعد على تجاوز الإشكالات التي طرحت قبل صدور المدونة والتي أدت إلى ضياع مجموعة من الأملاك الوقفية؟

مما تطرح معه فرضيتين اثنتين:

[68] - عبد العزيز قلالي، إثبات الملك الوقفي بين مواد مدونة الأوقاف والعمل القضائي المغربي، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2013/2012.
- كريمة العظمي، إثبات الوقف في القانون المغربي، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2014/2013.

1- استفادة المشرع المغربي من التطور الذي راكمه موضوع إثبات الوقف طيلة فترة الفراغ القانوني.

2- وسائل الإثبات المعتمدة في ثبوت الأملاك الوقفية موجودة حصرا في مدونة الأوقاف.

للإحاطة بموضوع البحث وجوابا عن إشكاليته تم الاعتماد على:

المنهج التحليلي: من خلال جمع المعلومات وتحليلها وتصنيفها للوصول للنتائج ضمن ثوابت البحث العلمي.

المنهج النقدي: بدراسة توجه المشرع المغربي بخصوص تنظيمه لموضوع إثبات الأملاك الوقفية، وتمحيص هذا التنظيم بما يحقق الحماية اللازمة.

المنهج التاريخي: لرصد توثيق إنشاء الوقف، والمراحل التي قطعها موضوع إثباته، بالإضافة إلى رصد مراحل بعض وسائل إثبات الوقف من قبيل الحوالات والسجلات والكنانيش الوقفية.

من خلال هذه المناهج سيتم الحرص على تتبع المعلومات واستخلاصها وفرزها من مراجعها، والالتزام بمنهج علمي في تقصي الحقائق والنظريات والكليات، للوصول إلى أقصر الطرق وأمثلها لتحقيق النتائج المطلوبة، وسيتم الاستفادة مما توفر من وثائق ومعطيات ميدانية، إضافة إلى استثمار الاجتهادات القضائية المنشورة وغير المنشورة والتي سيتم تخصيص الملحق لهذه الأخيرة.

على ضوء ذلك تم تقسيم موضوع الدراسة تقسيما ثنائيا في بابين:

الباب الأول: خصوصية الأحكام العامة للإثبات في الوقف.

الباب الثاني: خصوصية وسائل ثبوت الأملاك الوقفية.

البـاب الأول:
خصوصية الأحكام العامة للإثبات في الوقف

نظرا لكون الوقف كان خاضعا قبل دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ، إلى أحكام الفقه الإسلامي وذلك بمقتضى المادة 75 من ظهير 2 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة، التي كانت تحيل عليه، ومن تم فإنه بمقتضى هذه الإحالة كانت القواعد التي تحكم الوقف تتميز بالتنوع والتشتت ما بين النصوص التشريعية الخاصة المتمثلة في الضوابط الحبسية، وبين العرف والعوائد الإسلامية، والفقه المالكي، مما أدى إلى تنوع التفسير الفقهي والقضائي للأحكام المتعلقة بالوقف[69]. ثم جاءت مدونة الأوقاف لتحاول قدر المستطاع تنظيم الوقف وذلك بلم شتات الأحكام الفقهية، وحسم التضارب في الأمور المختلفة، وإعادة تنظيم أحكامه القانونية شكلا ومضمونا، بما يضمن تقيدها بأحكام الفقه المالكي، ويضفي عليها طابعا عصريا متميزا[70]، مع الإحالة على المذهب المالكي فقها واجتهادا في كل ما لم يرد به نص في المدونة.

تبعا لذلك وأمام قاعدة عدم رجعية القوانين تكون لدينا أوقاف أنشأت قبل المدونة وأخرى تنشأ بعدها، مما يتحتم معه دراسة الأحكام العامة للإثبات في ظل هذين المعطيين وذلك لمعرفة الأحكام المطبقة على كل مقتضى -فمثلا لا يمكن القول ببطلان الأوقاف القديمة لكونها لا تتوفر على شرط من الشروط التي استوجبتها المدونة- هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الدراسة في ظل هذين المعطيين ستبرز مقصد المشرع وإرادته المضمنة في مواد مدونة الأوقاف. لكل ذلك فإنه سيتم بحث تطور نظام إثبات الوقف في (الفصل الثاني)، لكي يتأتى معه معرفة الوسائل التي يثبت بها الوقف في سياقها الصحيح، غير أن بحث إثبات الوقف يقتضي أولا بحث تكوينه (الفصل الأول)، لكي يمكن القول بوجود وقف صحيح وجب إثباته، ولكي تتجلى الأحكام التي تنظم تكوين الأوقاف المنشأة بعد دخول المدونة حيز التنفيذ حيث يكفي فقط إثبات وجودها أو تخلفها للقول بوجود الوقف أو انعدامه.

69 - عبد القادر قرموش، "إثبات الوقف في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف"، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، م س، ص 122.

70 - تصدير مدونة الأوقاف، م س، ص 3154.

الفصل الأول: تكوين الوقف

لما كان الإنشاء يعرف لغة بأنه إنشاء الله الخلق أي ابتدأ خلقهم، ويفيد كذلك ربا وشَبَّ، وأنشأ دارا بدأ ببنائها[71]. فإنه في هذا المقام هو بداية إنشاء الوقف وتكوينه أي إخراجه من العدم إلى الوجود، ولتحقيق ذلك لابد من إنشائه النشأة الصحيحة وهي تتحقق بصحة أركانه وشروطه، لذلك فللوقف أركان وشروط صحة.

فإذا كان الركن يعرف لغة بأنه رَكِنَ إلى الشيء ورَكَنَ يرْكَنُ و يَرْكُنُ ... أي مال إليه وسكن، ورُكْنُ الشيء: جانبه الأقوى[72].

فإنه اصطلاحا: ركن الشيء ما يقوم به أو كما يقول الأصوليون هو ما كان داخلا في ماهية الشيء[73]، فهو ما يكون به قوام الشيء، بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته، أي أن الركن ما كان داخلا في الماهية، بحيث لا يتصور العقد إلا إذا توفرت أركانه ولا تتحقق ماهيته إلا بها، لكون الركن جزءا من حقيقته[74].

كما أن الشرط يعرف لغة بأنه إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط[75].

واصطلاحا يعرف بأنه ما يتوقف عليه وجود الشيء شرعا، وليس جزءا من حقيقته[76]. فهو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده، ويلزم من عدمه عدم الحكم، والمراد وجوده الشرعي الذي يترتب عليه أثره، فالشرط أمر خارج عن حقيقة المشروط يلزم من عدمه عدم المشروط ولا يلزم من وجوده وجود[77].

71- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، م س، المجلد الأول، ص 170.
72- نفسه، المجلد الثالث عشر، ص 185.
73- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والوقف، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت 1992، ص 26
74- عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الثانية 2012،ص 27.
75- ابن منظور، م س، المجلد السابع، ص 329.
76- محمد مصطفى شلبي، م س، ص 331.
77 - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوى الإسلامية، شباب الأزهر- دار القلم، الطبعة الثامنة، سنة 1956، ص 119

والفرق بين الركن والشرط - مع أن كلا منهما يتوقف الحكم على وجوده – أن الركن جزء من حقيقة الشيء، وأما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقته وليس من أجزائه، فإذا حصل خلل في ركن من الأركان كان خللا في نفس العقد أو التصرف، وإذا حصل خلل في شرط من الشروط كان خللا في وصفه أي في أمر خارج عن حقيقته[78].

ومن تم إذا كان للوقف أركان وشروط صحة، فإن صحة هذه الأركان والشروط تبرز من التعريف الاصطلاحي للصحة شرعا، فهي ترتب أثارها الشرعية عليها، فإذا كان الذي باشره المكلف فعلا واجبا عليه، سقط عنه الواجب، وإن كان الذي باشره المكلف سببا شرعيا واستوفى أركانه وشرائطه الشرعية ترتب على كل سبب أثره الشرعي، وإن كان الذي باشره شرطا واستوفى المكلف شروطها وأركانها أمكن تحقيق المشروط صحيحا، ومعنى عدم صحتها عدم ترتب آثارها الشرعية عليها، ولذلك فإنه إذا صدر عن المكلف من أفعال أو أسباب أو شروط ولم يتفق وما طلبه الشارع أو ما شرعه يكون غير صحيح شرعا، ولا يترتب عليه أثره، سواء كان عدم صحته لاختلال ركن من أركانه أو لفقده شرطا من شروطه[79].

ومنه يتبين أنه لكي ينشأ الوقف صحيحا، وجب أن تكون أركانه وشروطه[80] صحيحة، غير أنه قبل دراسة هذه الأركان والشروط وجب البحث في مصدر الوقف أي السبب الذي ينشؤه، فالمصدر حسب الدكتور عبد الرزاق السنهوري[81]: "هو السبب القانوني الذي أنشئ الالتزام، فالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع، والتزام الأب بالنفقة على أولاده مصدره نص في القانون"[82]. و للوقف مصادر متمثلة في كل من العقد والوصية

78- عبد الوهاب خلاف، م س، ص 119

79- نفسه، ص 125.

80 - سيتقدم الكلام عن مسألة كون المشرع اعتبر شرطي الإشهاد والحوز من شروط صحة الوقف، مسايرا في ذلك المذهب الشافعي والحنفي أما المذهب المالكي فالإمام مالك اعتبر الحوز من شروط التمام لا من شروط الصحة.

- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، الجزء الرابع، تعليق وتحقيق وتخريج محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى 1415 هجرية، ص 162.

81- السنهوري: علي بن عبد الله الشهير بالسنهوري ولد سنة 814 هـ، توفي سنة 889 هـ من مؤلفاته: شرح مختصر خليل، انظر بدر الدين القرافي، توشيح الديباج وحلية الابتهاج، تحقيق علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية القاهرة، الطبعة الأولى سنة 2004، ص 113.

82- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان 1952 ، ص 119.

والقانون، الأمر الذي سيتم إبرازه في المبحث الأول مع أركان الوقف، على أن يتم التطرق لشروط صحة الوقف في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

المبحث الأول: مصادر الوقف وأركانه

للقول بوجود الملك الوقفي وجودا صحيحا ينأى عن بطلانه – بحسب تعبير مدونة الأوقاف- يجب أن تتوفر كافة أركان الوقف على الشروط المتطلبة فيها، وهذه الأركان هي الواقف، والموقوف عليه، والمال الموقوف، والصيغة[83] (المطلب الثاني)، وقبل التطرق إلى هذه الأركان وجب دراسة مصادر الوقف أي تلك الوسائل التي ينشأ بها الوقف، وهي العقد، والوصية، والقانون (المطلب الأول)، والكل أي مصادر وأركان الوقف، لها خصوصيتها التي تنفرد بها عما هو موجود في باقي القوانين الأخرى من قبيل قانون الالتزامات والعقود

المغربي، بالنظر إلى أن منبع مدونة الأوقاف هو الفقه الإسلامي بالدرجة الأولى، لذلك وجب مراعاة هذه الخصوصية التي تتميز بها المادة الوقفية، ليس فقط في بحث هذه المصادر والأركان، وإنما تمتد هذه الخصوصية لتشمل مختلف فروع هذه الدراسة (على ما سيتم إبرازه عند بحث كل نقطة على حدى)، وذلك ليس فقط لخصوصية الفقه الإسلامي وما ينفرد به عن القوانين الوضعية، بل كذلك خصوصية المادة الوقفية حتى داخل الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: مصادر الوقف

نصت المادة الأولى من مدونة الأوقاف على أن **"الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون. يكون الوقف إما عاما أو خاصا، أو معقبا، أو مشتركا"** .

83- أخذ المشرع هنا بما قرره جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية، أن للوقف أركان أربعة هي: الواقف، والموقوف ، والموقوف عليه، والصيغة الدالة على إنشائه بناء على تفسيرهم الركن بأنه يتوقف عليه الشيء، ويذهب الحنفية إلى أن للوقف ركنا واحدا وهو الصيغة المنشئة، وما عداها أمور لازمة لوجود الصيغة بناء على تفسيرهم الركن بأنه ما كان جزء من حقيقة الشيء، أو ما به قوامه ووجوده.
- عبد الكريم شهبون، م س، ص 27.

حسب هذه المادة فإن الوقف يتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون. لذلك سيتم دراسة العقد كمصدر للوقف في (الفقرة الأولى)، على أن يتم دراسة الوصية والقانون كمصدرين للوقف من خلال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العقد كمصدر للوقف

إن اعتبار العقد مصدرا للوقف يقتضي البحث عن معنى العقد المراد به مصدرا للوقف. وبالرجوع إلى التعريف القانوني، نجد أن العقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه[84]، وبتعبير أدق هو توافق إرادتين على إحداث أثر[85] قانوني.

ومن هذا التعريف نستخلص أن العقد يقتضي ضرورة وجود أكثر من ارادة واحدة تجعل العقد يتميز عن التصرفات الصادرة عن الارادة المنفردة. بذلك فإن العقد كمصدر للوقف يقتضي حسب التعريف القانوني وجود إرادتين أو أكثر لانعقاده، وهو ما لا يستقيم مع خصوصية الوقف خاصة مع وجود المادة 17 من مدونة الأوقاف والتي تنص على أنه: **"ينعقد الوقف بالإيجاب..."** ، مما يمكن القول معه بأن مصدر الوقف لا يتمثل في التصرف الصادر من جانبين أي في العقد وإنما في التصرف الصادر من جانب واحد أي في التصرف الانفرادي أو ما يعبر عنه بالإرادة المنفردة[86].

وباعتبار أن العقد يقتضي توافق إرادتين أي تطابق الإيجاب والقبول فإن المادة 18 من نفس المدونة نصت كذلك على أنه: **"لا يكون القبول شرطا لاستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا معينا"**، ومنه إذا كان الموقوف عليه شخصا أو جهة غير معينة فإن القبول لا يعد شرطا لاستحقاق الوقف، وإنما يكتفى بالإيجاب فقط وهو ما يعبر عنه بالإرادة المنفردة، وحتى في الحالة التي يكون فيها الموقوف عليه شخصا معينا، فإن عدم قبوله لا

---

[84]- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات وعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطابع القلم بيروت 1982 ، ص 30.

[85]- يذهب بعض الفقه إلى التمييز بين الاتفاق والعقد، باعتبار أن الاتفاق أعم من العقد، وأن الاتفاق جنس والعقد نوع منه، ذلك أن الاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، أما العقد فهو أخص من الاتفاق إذ هو توافق إرادتين على إنشاء العقد أو نقله، وفي رأي أضيق هو توافق إرادتين على إنشاء الالتزام فحسب، ويذهب الرأي الراجح إلى اعتبار الاتفاق مرادفا للعقد، ويجوز استعمال الاصطلاحين مكان كليهما في جميع الحالات. للمزيد من التوسع انظر أحمد حسن البرعي، "نظرية الالتزام في القانون المغربي مصادر الالتزام"، دار الثقافة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1981، ص 24.

[86]- محمد المهدي، م س، ص 93.

يفضي إلى سقوط الإيجاب وإنما يعود الوقف إلى الأوقاف العامة. مما يتأكد معه أن الوقف -حسب المفهوم القانوني- مصدره الإرادة المنفردة أما العقد في ضوء الفقه الإسلامي[87] فإما أن يكون تصرفا تترتب عليه أحكام شرعية تكون نتاجها إنشاء ارتباط بحقوق متبادلة بين جانبين من الأشخاص، فتتوقف على تبادل إرادتيهما بإيجاب من أحدهما وقبول من الطرف الآخر، وإما أن يكون نتائجه لا تمس إلا حق الشخص المتصرف، وهي تصرفات بإرادة واحدة[88].

ومنه فإن العقد في الفقه الإسلامي يطلق على العقد التبادلي وعلى العقد غير التبادلي الصادر عن إرادة منفردة، لذلك فالوقف حسب المفهوم الفقهي مصدره العقد الصادر عن الإرادة المنفردة.

من هنا يمكن القول أن السبب المنشئ للوقف هو الإرادة المنفردة، سواء كان التعبير عنها بصورة صريحة أو ضمنيا، ذلك أن التعبير الصادر عن الواقف والذي يكون أساسه الرضى ينتج أثره بمجرد صدور الإيجاب عنه إذا كان الموقوف عليه غير معين، ولا ينتج أثره –أي الإيجاب- إلا من وقت وصوله إلى الموقوف عليه إذا كان معينا، حيث يقترن الإيجاب بالقبول الذي يترتب عنه انعقاد العقد، مع ملاحظة أنه في حالة رفض الموقوف عليه ينتج الإيجاب أثره ويعود إلى الأوقاف العامة. لنتسائل عن القوة الإلزامية للإيجاب الصادر عن الواقف؟

يرى البعض أن الإيجاب الصادر عن الواقف ليست له أية قوة إلزامية فله أن يرجع عنه ما دام لم يقترن بقبول الموقوف عليه المعين، حسب ما نصت عليه المادة 26 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي ورد فيها: **"يجوز الرجوع في الإيجاب ما دام العقد لم يتم بالقبول أو الشروع في تنفيذه من الطرف الآخر"**، أما في حالة الموقوف عليه غير

---

[87]- "المعنى العام للعقد والأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة هو كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن. أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقا سواء من شخص واحد أو من شخصين، فالعقد بالمعنى العام ينتظم فيه جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام". وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة ، دار الفكر، سوريا، 1989، ص 80.

[88] - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 37.

المعين، فالإيجاب الصادر عن الواقف في هذه الحالة يكون كافيا لقيام عقد الوقف بشكل صحيح[89].

صحيح أن المادة 26 من قانون الالتزامات والعقود المغربي تتحدث عن الرجوع في الإيجاب مالم يتم القبول أو الشروع في تنفيذ العقد، لكن الأصح أن مدونة الأوقاف والتي هي نص خاص بالإضافة إلى أنها أحالت على الفقه المالكي فقط لم تتحدث عن الرجوع في الإيجاب بل جعلت الإيجاب ملزم في جميع الحالات حتى في حالة رفض الموقوف عليه المعين بمقتضى المادة 19 من مدونة الأوقاف والتي جاء فيها أنه: **"إذا كان الموقوف عليه المعين متمتعا بالأهلية، صح القبول منه أو من وكيله، فإن رفض عاد الوقف إلى الأوقاف العامة..."**.

هذا بالإضافة إلى أن المدونة تطرقت إلى الرجوع في الوقف وليس الرجوع في الإيجاب، وحددت له حالتين بمقتضى المادة 37 من نفس المدونة: **"لا يجوز للواقف الرجوع في الوقف ولا تغيير مصرفه أو شروطه بعد انعقاده إلا في الحالتين التاليتين:**

- إذا تعلق الوقف بموقوف عليه سيوجد مستقبلا، وفوته الواقف قبل وجوده.

- إذا اشترط الواقف في عقد الوقف الرجوع عنه عند افتقاره"

وهنا فإن الرجوع عن الوقف يجب أن يكون قد اشترطه الواقف في عقد الوقف، وإلا لن يستطيع الرجوع عنه وبالأحرى الرجوع عن إيجابه لذلك فإن لمؤسسة الوقف خصوصية تجعل منها نظاما يتميز عن ما هو مسطر في القواعد والقوانين العامة.

ومن ضمن هذه الخصوصية كذلك كون الوقف عقد غير ناقل للملكية وهذا ما جاء في حد ابن عرفة كون الوقف إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا. فالمنفعة أخرج بها إعطاء ذات الشيء، فلزوم بقاء الملك من خاصية الحبس[90].

---

[89]- زهيرة فونتير، منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقهي والحماية القضائية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2014-2015، ص 89.

[90]- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، م س، ص 539.

الفقرة الثانية: الوصية أو القانون كمصدر للوقف

حسب المادة الأولى من مدونة الأوقاف فإن الوقف ينشأ كذلك بالوصية (أولا)، أو بقوة القانون (ثانيا).

أولا: الوصية كمصدر للوقف

الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده[91]. لذلك فهي العهد بالنظر في شيء أو التبرع بالمال ينفذ بعد الوفاة، لقوله تعالى:" كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين"[92].

وهي لا تتعدى الثلث فعن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه أنه قال:" **جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أ فأتصدق بثلثي مالي؟ قال رسول الله ﷺ: لا فقلت فالشطر؟ قال: لا ثم قال رسول الله ﷺ: الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وإنك لن تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله إلا أجرت حتى ما تجعل في امراتك قال فقلت يا رسول الله أأخلف بعد أصحابي فقال رسول الله ﷺ إنك لن تخلف فتعمل عملا صالحا إلا ازددت به درجة ورفعة ولعلك أن تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون اللهم أمض لأصحابي هجرتهم ولا تردهم على أعقابهم لكن البائس سعد بن خولة يرثي له رسول الله صلى الله عليه و سلم أن مات بمكة.**"[93]

والوصية قد تكون عامة تشمل المحبس بعد موته كتخصيص جزء منها على بناء قبره، و جزء على ذريته، وفئات خارجة عنهم كمؤسسات معنوية كالمساجد والأضرحة، أو

---

[91]- أبي عبد الله محمد الأنصاري، م س، ص 681.

[92]- سورة البقرة الآية 180.

[93]- أخرجه البخاري في (الجنائز /باب: رثى النبي صلى الله عليه و سلم سعد بن خولة /1295/فتح)، ومسلم في (الوصية/باب: الوصية بالثلث/1628/عبد الباقي...الإمام مالك بن أنس الموطأ خرج أحاديثه و علق عليه هاني الحاج الجزء الأول المكتبة التوفيقية، بدون سنة النشر، ص195.

اجتماعية كالميراث وغيرها، وقد تكون الوصية خاصة تنحصر في أولاده وأولاد أولادهم أو على مناسبة دينية جليلة كحبس ليلة القدر[94].

ومنه يتبين أن الوقف ينشأ بالوصية، غير أن الإيجاب الصادر عن الواقف الموصي **أيعتبر إيجابا ملزما على غرار الإيجاب في العقد المار بنا أم أنه يمكن الرجوع عن الإيجاب في حالة الوصية؟** بالرجوع إلى مدونة الأوقاف لا نجدها تميز بين الإيجاب في العقد والإيجاب في الوصية فقد سوت بينهما بمقتضى المادتين 17 و18 السالفتي الذكر، وبالتالي يمكن القول في ظل ذلك بأن الإيجاب في الوصية يبقى ساريا إلى غاية الوفاة ورد الموصى له بالقبول، فإن رفض هذا الأخير عاد الوقف للأوقاف العامة، غير أن هذا الفهم لا يستقيم بالرجوع إلى أحكام "الرجوع في الوصية" في الفقه الإسلامي . ذلك أن الفقهاء اتفقوا على أن الوصية عقد غير لازم وأنه يجوز للموصي في حالة حياته الرجوع عنها كلها أو بعضها سواء وقع منه الإيصاء في حال صحته أو مرضه، ولأنها عطية أو تبرع لم يتم، ينجز بالموت، فجاز الرجوع عنها قبل تنجيزها، ولأن القبول يتوقف على الموت، والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع[95].

وهنا يطرح السؤال بخصوص الرجوع إلى الفقه المالكي في حالة الرجوع عن الوصية قبل الوفاة؟ خاصة وأن المادة 37 من مدونة الأوقاف التي حددت حالات الرجوع في الوقف لم تشر إلى حالة الرجوع عن الوصية قبل الوفاة، كما أن المادة السادسة من نفس المدونة والتي تحيل على مدونة الأسرة بخصوص الوصية نصت على أنه: **"يعتبر وقف المريض مرض الموت لازما ويعطى حكم الوصية طبقا لأحكام مدونة الأسرة."**، فبالرجوع إلى مدونة الأسرة نجدها تنص في المادة 284 على أنه **"تنعقد الوصية بإيجاب من جانب واحد وهو الموصي."**، و في المادة 288: **"الوصية لغير معين لا تحتاج إلى قبول ولا ترد برد أحد."**، وفي المادة 289 **"الوصية لشخص معين ترد برده، إذا كان كامل الأهلية، ويرث ورثته هذا الحق عنه."**، مع اعتبار أن الرد من الموصى له لا يكون إلا بعد وفاة

[94]- مصطفى عبد السلام المهماه، المعجم لألفاظ الحبس- الوقف- المعقب والعام بالمغرب، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس، الرباط، 2006، ص197.
[95]- وهبة الزحيلي، م س، ص 54.

الموصي حسب المادة 290 من نفس المدونة. والإشكال الذي يثار هنا هو هل تطبق أحكام الوصية الواردة في مدونة الأسرة على حالة الرجوع عن الوصية بالوقف؟ أم أن الإحالة على أحكام هذه المادة مقتصر فقط على حالة وقف المريض مرض الموت؟ وبالتالي الرجوع إلى مدونة الأوقاف التي لم تتطرق إلى هذه الحالة بما يجلي اللبس والغموض عنها، أم الرجوع إلى الفقه المالكي بمقتضى إحالة المادة 169 منها بالرغم من تنظيم المادة 37 السالفة الذكر لحالات الرجوع في الوقف؟، الأمر الذي يقتضي تدخلا تشريعيا لتحديد الحكم المترتب من هذه الحالة.

ثانيا: القانون مصدرا للوقف

نصت المادة الأولى من مدونة الأوقاف على أنه يتم إنشاء الوقف بالعقد أو بالوصية أو بقوة القانون.

فالقانون يعد مصدرا للالتزام الناشئ عن العقد أو الوصية بالوقف، وهو مصدر غير مباشر ويبقى العقد أو الوصية مصدرا مباشرا للوقف، في حين توجد التزامات يكون القانون مصدرا مباشرا لها، وذلك حينما ينظمها القانون بمقتضى نص خاص، ذلك أن الالتزام إما أن ينشأ عن مصادر الالتزام عامة من عقد وإرادة منفردة وإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع، ويكون القانون مصدرا لها بصفة غير مباشرة، وإما أن يكون القانون مصدرا مباشرا للالتزام حينما ينص على ذلك بنص خاص، وهنا ينشأ الالتزام بمعزل عن أي عمل رضائي مشروع أو غير مشروع يقوم به الإنسان، فالالتزام يستمد كيانه مباشرة من القانون الذي يعتبر مصدرا وحيدا له وسببا كافيا لوجوده وبقائه[96].

ومن ضمن الالتزام الذي نجد القانون مصدرا مباشرا له في المادة الوقفية، ما نصت عليه المادة 50 من مدونة الأوقاف في فقرتها الثانية:"...**تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها...**".

[96]- مأمون الكزبري ، م س، ص 517.

فالمساجد[97] والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها، مصدرها القانون سواء ثم إنشاؤها بمقتضى العقد أو الوصية أم وجدت دون معرفة مصدر إنشائها، فالقانون هنا مصدرا مباشرا لهذه الأوقاف العامة.

فإذا كان الأصل أن مصدر الوقف هو إرادة الواقف فإن الاستثناء هو غياب إرادة الواقف هنا بحيث يكون القانون هو مصدر الوقف في جميع الحالات المحددة بمقتضى المادة 50 من مدونة الأوقاف.

وعيا من المشرع المغربي بالأهمية الكبرى التي تكتسيها هذه الحالات في حياة المسلمين وذلك لتحقيقها للأدوار المنوطة بها على الوجه المطلوب لكي لا يصير المسجد مثلا مكانا يستأثر به أشخاصا دون آخرين لتحقيق أغراضهم ومصالحهم الشخصية، ويكون -المشرع- قد سد باب كل التكييفات والتفسيرات التي قد تعطى للمسجد والتي من شأنها أن تضر به وبالمقاصد التي وجد من أجلها، كما أن المشرع أضفى الصبغة الإلزامية والآمرة على هذا المقتضى وجعله من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته أو الاتفاق على ذلك، بحيث لا يمكن للشخص الراغب في بناء مسجد مثلا أن يدرج في رسم التحبيس شرطا فيه مساس أو تعارض مع مقتضيات الظهير المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة الشعائر الدينية، وكل شرط من هذا القبيل يعد باطلا بطلانا مطلقا والوقف صحيح[98].

كما أنه لا يجوز الرجوع في وقف المسجد ويعد تصرف الواقف لازما، فلا يجوز للواقف ولا لورثته الرجوع والتغيير فيه، لأن وقف المسجد حين يتم يصير خالصا لله تعالى، وأن المساجد لله، وخلوصه لله تعالى يقضي عدم جواز الرجوع فيه[99].

---

[97]- المسجد شرعا: اسم منقول، نقله الشرع للمكان المعين المحدود المتخذ للصلاة وعلى هذا فقد أجمعت الأمة على أن البقعة التي عينت للصلاة بالقول خرجت عن جملة الأملاك المختصة بربها، وصارت عامة لجميع المسلمين بمنفعتها ومسجديتها. انظر الحبيب بن طاهر، "الفقه المالكي وأدلته"، الجزء السادس، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، 2009، ص 378.

[98]- أحمد الريسوني، الطبيعة القانونية للمسجد في ضوء التشريع المغربي والمقارن، مقال منشور بمجلة القضاء المدني، النظام القانوني للأملاك الوقفية، سلسلة دراسات وأبحاث، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2012، ص 142.

[99]- وهبة الزحيلي، م س، ص 173.

إن من آثار اكتساب المسجد[100] صفة الوقف العام على كافة المسلمين، زواله وخروجه من ملك بانيه أو محبسه وانتقاله إلى الأوقاف العامة باعتبارها الجهة القانونية التي يؤول إليها سواء تم تشييد المسجد فوق عقار محفظ أو غير محفظ، ففي الحالة الأولى ينتقل المسجد من ملك محبسه أو بانيه إلى الأوقاف العامة بمجرد التشطيب عليه وتقييده في اسم الأوقاف العامة بالرسم العقاري، وفي الحالة الثانية يعتبر رسم التحبيس كافيا لانتقال المسجد إلى الأوقاف العامة[101].

بالإضافة إلى أن المقابر كذلك تعتبر حبسا بطبيعتها ولا تحتاج إلى وصف المحبس لها، ذلك أن المذهب المالكي يعتبر الصفة الحبسية ثابتة بمجرد الدفن لأن القبر حبس على صاحبه ما دام فيه، وترتيبا على ذلك منعوا الانتفاع بالمقبرة ولو درست ومر عليها سنوات طويلة، إلا لمصلحة ضرورية وبشروط تحفظ للميت حرمته، وبالرغم من كون المقبرة تعتبر من الأوقاف العامة إلا أن مهمة تسييرها أخضعها المشرع للجماعات المحلية والتي من ضمن صلاحياتها تدبير الأملاك الجماعية. ومن ثم فإن المقبرة تبقى خاضعة لنظام الأوقاف العامة بحيث يتم إخراجها من دائرة التداول وتنقل ملكيتها إلى الوقف العام كشخص اعتباري مقابل انتفاع المسلمين من المقبرة بالدفن، فإحداث المقابر حاجة اجتماعية لا يمكن إلغاؤها أو التغاضي عنها فهي من صميم المنفعة العامة التي تبرر نزع ملكية ما يلزم من عقارات الخواص لتغطية الخصاص فيها، ذلك أن بعض الفقه في إطار موازنتهم بين المصالح العامة أجازوا هدم المسجد لضرورة توسيع المقبرة التي ضاقت عن استيعاب الموتى بينما لم يجيزوا هدمه لتوسيع الطرق العامة[102].

---

[100]- كما أن المسجد في الفقه المالكي لا يباع أو ينقل من مكانه وإن هلك. فقد أفتى ابن عتاب بمنع نقل خرب إلى مسجد آخر وبعدم بيعه وذكر ابن أبي زمنين أنه ينتفع به في بناء مسجد ويترك ما يكون علما له لئلا يدرس أثره، فالمساجد لا ملك لأحد فيها لاتفاق العلماء على أنها من باب الإسقاط ولأنها تقام من الجمعة والجماعة والجمعة لا تقام في المملوك. انظر سيدي محمد الأمير المالكي، كتاب ضوء الشموع، الجزء الرابع، تحقيق محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، مكتبة الإمام مالك نواكشط الطبعة الأولى 2005 ص 43. ومالك رحمه الله منع استبدال المسجد منعا باتا وهو متفق عليه من الأئمة ما عدا أحمد فإنه يجيز استبدال مسجد بأرض مسجد، انظر الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي للنشر، الطبعة الثانية، 1971، ص 154.

[101]- أحمد الريسوني، م س، ص 148.

[102]- عبد الرازق اصبيحي، التجربة المغربية في الأوقاف صرفا وتقنينا واستثمارا، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017، ص 144.

حيث جاء في جاء في حكم للمحكمة الإدارية بمكناس رقم 2019/7101/128 بتاريخ 2019/12/25 ما يلي:" حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بإيقاف أشغال البناء التي تقوم بها الجهة المدعى عليها ... بمقبرة لالة الجميلية بباب الجديد بالمدينة القديمة مكناس، والحكم بطرد الجهة المدعى عليها هي ومن يقوم مقامها من المقبرة السالفة الذكر، والحكم بغرامة تهديدية قدرها 1000 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ وتحميل الجهة المدعى عليها جميع الصوائر. وحيث أسس الطلب على أن أشغال الحفر أدت إلى نبش القبور وتعريتها من أساسها دون مراعاة الحرمة الواجبة للموتى، وأن القبر حبس على صاحبه ولا يجوز الحفر عليه أو نبشه كان قديما أو حديثا كما لا يجب التصرف فيه بغير الدفن وأن ما قامت به الجهة المدعى عليها يعد ترام يستوجب وضع حد له. وحيث إن مناط انعقاد اختصاص قاضي المستعجلات يبقى رهين بضرورة توفر الطلب على حالة الاستعجال وعدم المساس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر كما ينص على ذلك الفصلين 149 و 152 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون رقم 41-90 المحدثة بموجبه محاكم إدارية. وحيث أنه في نازلة الحال، وبعد الاطلاع على ظاهر أوراق الملف، وجواب المدعى عليها يتبين ن ما تطلبه الجهة المدعية وإن كان يكتسي طابع الاستعجال إلا أنه لا يشكل منازعة جوهرية تقتضي النظر في تحقق ملكيتها للعقار المدعى الاعتداء المادي عليه لكون المدعية لم تدل بما يفيد ذلك كما يتعين النظر في علاقة المدعى عليها بالعقار وطبيعة تخصيص العقار ومدى مشروعية الأشغال المدعى القيام بها عليه"[103].

هذا إضافة إلى أحباس الزوايا والأضرحة التي تعد من السمات البارزة التي سجلها تاريخ المغرب للمغاربة عامتهم وخاصتهم، حيث توفرت لمعظم الزوايا والأضرحة أحباس خاصة بها وذلك تقربا وزلفى لها وهي منتشرة في المغرب كله، وهي تدرج تحت الأوقاف العامة التي تتولى شؤونها مصلحة الشؤون الاجتماعية بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ومنها المشتركة يتصف فيها بصفة مباشرة عقب دفين الزاوية المحبس عليها أو ممن عينت

[103]- حكم إداري في ملف رقم 2019/7101/128، حكم غير منشور، انظر الملحق رقم 2.

لهم وتتولى الإشراف عليها مصلحة الحبس المعقب بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية[104].

خلاصة يمكن القول أن مصادر الوقف ثلاثة العقد أو الوصية أو القانون، باعتبار أن المصدرين الأوليين بالرغم من كون القانون مصدرا غير مباشر لهما، إلا أنهما يعدان مصدرا مباشرا للوقف ولكل منهما نظام خاص يختلف عن ما هو محدد في القوانين الوضعية على الشاكلة المارة بنا، وهو الأمر الذي يبرز خصوصية المادة الوقفية في إنشاء الوقف والذي يبرز كذلك في الحالة التي يكون فيها القانون مصدرا مباشرا للوقف بحيث يمكن أن يستند في إنشائه إلى العقد أو الوصية ويمكن أن يستقل بمصدريته للوقف.

المطلب الثاني: أركان الوقف

يعتبر الركن قوام الشيء بحيث يعد جزءا داخلا في ماهيته، أي أن الركن ما كان داخلا في الماهية، بحيث لا يتصور العقد إلا إذا توفرت أركانه ولا تتحقق ماهية العقد إلا بها لكون الركن جزءا من حقيقته، وعقد الوقف كغيره من العقود له أركان وشروط يقوم عليها ويتحقق بها[105].

لذلك فحسب الفقه المالكي فإن للوقف أركان أربعة وهي الواقف، والموقوف، والموقوف عليه، والصيغة. باعتبار أن الركن هو ما لا يتم الشيء إلا به سواء أكان جزءا منه أم لا[106]، فقد جاء في التحفة:

أَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ مَعْدُودَةٌ مُحَبِّسٌ حُبُسٌ كَذَاكَ صِيغَةٌ

وَ رَابِعٌ مُحَبَّسٌ عَلَيْهِ وَالْحُبْسُ كَالْوَقْفِ فيمَا عَلَيْهِ[107].

---

[104]- مصطفى عبد السلام المهماه، م س، ص 63.

[105]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 27.

[106]- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، دار الفكر دمشق، الطبعة الثانية 1985، ص 159.

[107]- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، مكتبة دار الزمان المدينة المنورة، الطبعة الأولى 2003، ص 279.

وعليه سيتم الحديث عن الواقف والموقوف عليه في (الفقرة الأولى)، على أن يتم الحديث عن الموقوف والصيغة في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الواقف والموقوف عليه

يعتبر الواقف والموقوف عليه أطراف العلاقة في الوقف لذلك سيتم التطرق للواقف (أولا)، وللموقوف عليه (ثانيا).

أولا: الواقف

هو الشخص الذي يقوم بوقف أو تحبيس أملاكه على مسجد أو أعمال البر والإحسان، أو على عقبه أي هو الذي يؤسس الوقف أو الحبس[108] أي هو المالك للذات أو المنفعة التي أوقفها[109].

والواقف قد يكون شخصا ذاتيا، وقد يكون شخصا معنويا، كما جاء في المادة الرابعة من مدونة الأوقاف، غير أن الشروط المتطلبة في كل منهما تختلف، وذلك للاختلاف القانوني بينهما من حيث مقومات الوجود وأهلية التصرف[110].

فبالنسبة للواقف الشخص الذاتي أو الطبيعي، فهو: "من صح تبرعه وقبوله منه فمن صح تبرعه جنس أخرج بصحة التبرع المضروب على يده من محجور عليه ومن مفلس أو مدين قد أحاط الدين به، أو عبد أو زوجة أكثر من ثلثها[111]، أو مريض مرض مخوفا زائدا على ثلثه، ويصح من الإمام لصحة تبرعه"[112]. فالواقف يجب أن يكون حرا مالكا حيث لا يصح وقف العبد لأنه لا ملك له. ولا يصح وقف مال الغير ولا يصح وقف الغاصب المغصوب، إذ لابد في الواقف أن يكون مالكا للموقوف وقت الوقف ملكا باتا وألا يكون

---

[108]- مصطفى عبد السلام المهماه، م س، ص 25.

[109]- الحبيب بن الطاهر، م س، ص 401.

[110]- محمد المهدي، م س، ص 96.

[111]- هذا الشرط كان معمولا به قبل مدونة التجارة حيث كان يقضي بكون المرأة المتزوجة يجوز لها التصرف في مالها في حدود الثلث فقط، أما ما تعدى الثلث فلا يحق لها التصرف فيه (كيفما كان نوع هذا التصرف) إلا إذا أذن لها زوجها بذلك. هذا الشرط أصبح ملغى بصدور مدونة التجارة الجديدة التي تنص من خلال مادتها 17 على ما يلي:" يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا".

[112]- عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، م س، ص 542.

محجورا عن التصرف، حيث ينقض وقف استحق بملك أو شفعة ووقف مريض أحاط الدين بماله ووقف محجور عليه لسفهه أو دين، أما وقف الفضولي فإن أجازه المالك جاز، كما يجب أن يكون عاقلا، فلا يصح وقف المجنون لأنه فاقد العقل ولا وقف المعتوه لأنه ناقص العقل، ولا وقف مختل العقل بسبب مرض أو كبر لأنه غير سليم العقل لأن كل تصرف يتطلب العقل والتمييز، كما يشترط البلوغ، فلا يصح وقف الصبي سواء أكان مميزا أم غير مميز لأن البلوغ مظنة كمال العقل ولخطورة التبرع[113].

وبالرجوع إلى مدونة الأوقاف[114] نجدها تنص في المادة الخامسة على أنه يجب أن يكون الواقف متمعا بأهلية التبرع وأن يكون مالكا للمال الموقوف، وله مطلق التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلا.

فبالنسبة لأهلية التبرع فهي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وتترتب عليه التزامات وهي أهلية وجوب وأهلية أداء، والمقصود هنا أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وتترتب عليه التزامات بإرادته والإرادة قد تكون معدومة وقد تكون ناقصة وقد تكون كاملة، فلا يصح التصرف في مجال الوقف في من كانت أهليته معدومة أو ناقصة، أما من كانت أهليته كاملة صحت منه جميع التصرفات ضارة كانت أم نافعة، لذلك فأهلية التبرع يتمتع بها الشخص عندما يبلغ سن الرشد القانوني المحدد في 18 سنة شمسية كاملة حسب المادة 209 من مدونة الأسرة ولا يكون قد طرأ على أهليته ما يفضي من العوارض إلى انعدامها أو نقصانها مع مراعاة حالة الترشيد عند بلوغ الشخص 16 سنة من عمره حسب المادة 218 من مدونة الأسرة[115]. وهنا يطرح نفس الإشكال السابق بخصوص المقصود بالأهلية في مدونة الأوقاف هل هي الأهلية المحددة في مدونة الأسرة أم هي الأهلية المحددة في الفقه المالكي بمقتضى الإحالة عليه على اعتبار أن البلوغ

---

[113]- وهبة الزحيلي، م س، ص 176.

[114]- نفس المقتضى جاء في المادة الخامسة من قانون الوقف لدولة الإمارات العربية المتحدة، حيث جاء فيها: "يشترط في الواقف إذا كان شخصاً طبيعيًّا ما يأتي:
أ - أن يكون كامل الأهلية.
ب- أن يكون مالكًا للمال المراد وقفه أو له حق و قفه..."، قانون اتحادي رقم(5) لسنة 2018 بشأن الوقف، صدر في قصر الرئاسة بأبوظبي بتاريخ 17 شعبان 1439 هجرية الموافق ل 3 مايو 2018 ميلادية.

[115]- محمد المهدي، م س، ص 97.

المقصود به فقها هو ظهور العلامات الطبيعية له أو بلوغ سن الخامسة عشرة في رأي الأكثرين أو سبعة عشرة في رأي أبي حنيفة[116].

فبالرغم من عدم إحالة مدونة الأوقاف على مدونة الأسرة[117] إلا أنه من باب المنطق الرجوع إلى الأهلية المحددة في مدونة الأسرة خاصة وأن ديباجة مدونة الأوقاف تنص على أنها جاءت لتنسجم مع القوانين الوطنية.

أما بالنسبة لملكية المال الموقوف فيجب أن يكون الواقف مالكا للشيء الموقوف فلا يصح وقف مال الغير، ولا يصح وقف الغاصب للمال المغصوب، إذ لابد في الواقف أن يكون ملكا للموقوف ملكا باتا، وأن لا يكون محجورا عليه، وينقض وقف استحق بملك أو شفعة، وإن جعله الواقف مسجدا، ولا عبرة بتحبيس الفضولي ولو كان المالك حاضرا في المجلس، فليس التحبيس كالبيع، ولو أجاز المالك وقف فضولي جاز[118]، وهنا إذا كان المال مشاع وكان قابلا للقسمة فإنه يجوز وقف الحصة الشائعة حسب الفصل 973 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والذي جاء فيه:**" لكل مالك على الشياع حصة شائعة في ملكية الشيء المشاع وفي غلته، وله أن يبيع هذه الحصة وأن يتنازل عنها وأن يرهنها وأن يحل غيره محله في الانتفاع بها وأن يتصرف فيها بأي وجه آخر سواء أكان تصرفه هذا بمقابل أم تبرعا..."**

لكن الإشكال يطرح في حالة تعذر قسمة العقار المشاع بحكم طبيعته، وهنا بالرجوع إلى الفقه المالكي فإنه لا يجيز للمالك أن يحبس نصيبه إلا إذا حصل على إذن من شريكه بذلك، فإن حبس نصيبه من غير استئذان شريكه أو بالرغم من رفضه، فإن من الفقهاء من يرى أن هذا الحبس باطل لما فيه من الإضرار بالشريك، في حين يرى آخرون أنه حبس صحيح ويخير الشريك بين أن يبقى شريكا على الشياع مع الأوقاف أو أن يطلب بيع الجزء

---

[116]- وهبة الزحيلي، م س، ص 177.

[117]- نجد أن مشرع دولة جمهورية السنغال نص على هذه الإحالة بشكل صريح في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة والتي جاء فيها: "يطبق على الواقف جميع قواعد القانون العام، بما في ذلك قانون الأسرة التي تنظم أهلية العقد أصالة أو وكالة والحجر وحماية الحظر."، القانون الخاص بالوقف رقم 11-2015، تبنى المجلس الوطني هذا القانون في جلسته المنعقدة يوم الجمعة 24 أبريل 2015 وصادق رئيس الجمهورية عليه، دخل حيز التنفيذ بتاريخ 6 مايو 2015، جمهورية السنغال.

[118]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 29.

الموقوف وحده ويجعل ثمنه في وقف آخر، أو يخرج من الشركة عن طريق بيع ذلك المال المشاع كله وتوزيع ثمنه ويجعل ثمن النصيب الموقوف في وقف آخر[119].

كما أن وقف الفضولي يعتبر باطلا إلا إذا أجازه مالك المال الموقوف شريطة استيفاء جميع أركان الوقف وشروطه (المادة 9 من مدونة الأوقاف). ويعد وقف النائب الشرعي مال محجوره باطلا (المادة 8 من مدونة الأوقاف)، أما إذا كان الواقف حال وقفه مريض مرض الموت فإن تصرفه يأخذ حكم الوصية بحيث تجوز بالثلث لغير وارث[120]، لاعتبار أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة. وعليه فمن حبس في مرض موته يتوقف الزائد عن الثلث لغير وارث على إجازة الورثة، وعن الوصية لوارث على إجازة الورثة فقد نصت المادة السادسة من مدونة الأوقاف على أنه يعتبر وقف المريض مرض الموت لازما، ويعطى حكم الوصية طبقا لأحكام مدونة الأسرة.

أما من أحاطت الديون بماله، فإذا كان مدينا وحجر عليه فوقف أمواله كان الوقف غير صحيح إذا كانت ديونه مستغرقة لجميع أمواله، أما إذا كانت ديونه غير مستغرقة لجميع أمواله صح الوقف في الزائد عن مقدار ديونه، لأن الحجر عليه إنما كان لحق الدائنين وهنا لا تأثير على حقوقهم وصح الوقف، أما إن طرأ الدين على التحبيس أي كان الوقف سابقا على الدين فلا حق لصاحب الدين في فسخ التحبيس[121].

قررت المادة 10 من مدونة الأوقاف أنه إذا استغرق الدين جميع مال الواقف وقت التحبيس أو قبل حوز المال الموقوف بطل الوقف مالم يجزه الدائنون[122]. أما الحالة التي يكون مصدر الوقف الوصية ويطرأ الدين على الوصية بالوقف فإن الحيازة هنا لا تتم إلا بموت الموصي فبالرغم من كون الوقف نشأ سليما من الدين، إلا أن الدين أحاط به قبل

---

[119]- محمد المهدي، م س، ص 98.

[120]- نصت المادة الخامسة من قانون الوقف لدولة الإمارات العربية المتحدة في ه/1 على أنه: "إذا كان الواقف في مرض الموت، فتصح وصيته بالوقف لغير الورثة فيما لا يزيد عن ثلث ماله، وتكون العبرة بقيمة ثلث ماله عند إنشاء الوقف، وفيما زاد على الثلث فيتوقف على إجازة الورثة، أما إذا لم يكن للواقف ورثة عند إنشاء الوقف فيجوز له أن يوقف ما يشاء من ماله على من يريد".

[121]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 30.

[122]- لتفادي الإشكالات التي قد تثار بخصوص إحاطة الدين بمال الواقف اختار مشرع دولة جمهورية السنغال ضرورة حصول الواقف على موافقة خاصة من الدائنين يلتزمون فيها بصورة صريحة بالتنازل عن أية مطالبة وذلك عندما تكون العين المراد وقفها خاضعة لالتزامات (الفقرة الثانية من المادة الخامسة من من القانون الخاص بالوقف رقم 11-2015).

حيازة المال الموقوف بالموت وهنا نصت المادة 299 من مدونة الأسرة على أنه لا تنفذ الوصية في تركة استغرقها الدين إلا بإجازة الدائن الكامل الأهلية أو بسقوط الدين، غير أن الرجوع إلى هذه المادة لا يسعف خاصة وأن مدونة الأوقاف أحالت على مدونة الأسرة في حالة الوصية من المريض مرض الموت ولم تحل على أحكام الوصية بصفة عامة المضمنة بمدونة الأسرة، مما يحيلنا على نفس الإشكال السابق الإشارة إليه والذي يقتضي معه تدخل المشرع لإبراز الحكم والحالة هذه، أو الإحالة على أحكام الوصية وعدم الاقتصار على الإحالة عليها بخصوص حالة المريض مرض الموت فقط.

هذا فيما يخص الواقف الشخص الطبيعي، أما بالنسبة للواقف الشخص المعنوي فيجب أن يكون الوجود القانوني للشخص الاعتباري مكتملا وأن تصح نيابة من يمثله، وأن يثبت الاتفاق بين الشركاء على الإذن بالتبرع، أما مرض الموت هنا فلا تأثير له على التبرع لأن العبرة فيه بالشخص الاعتباري للمتبرع وليس لممثله، كذلك لو أحاط الدين بالممثل في ذمته المالية الخاصة[123]، وأما لو أحاط الدين بذمة الشخص الاعتباري (المتبرع) فلا يصح تبرعه[124].

ثانيا: الموقوف عليه

الموقوف عليه هو ما جاز صرف منفعة الحبس له أو فيه، فالمحبس عليه هو الذي تصرف المنفعة فيه إن كان غير عاقل أو تصرف له إن قبل الملك[125].

---

[123]- فصلت المادة الخامسة من قانون الوقف لدولة الإمارات العربية المتحدة في هذا المقتضى بنصها: "...يشترط في الواقف إذا كان شخصاً اعتباريًّا ما يلي:

أ -أن يكون قرار الوقف صادرًا عن الممثل القانوني للشخص الاعتباري، على أن يكون القرار من ضمن صلاحياته أو بموجب توكيل خاص أو تفويض خطي موثق حسب الأصول.

ب -أن يكون الشخص الاعتباري مالكًا للمال المراد وقفه أو له حق التصرف فيه.

ج -ألا يكون مدينًا بدين سابق على الوقف مستغرق لجميع أمواله، أو لا يفي ما تبقى من ماله بعد الوقف لسداد الدين، ما لم يجز الدائن الوقف.

د -ألا يكون الغرض من الوقف الفرار من الدين، أو التحايل على أحكام القوانين، أو أن يتضمن مخالفة للنظام العام".

[124]- لمزيد من التوسع انظر: عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون دراسة في الهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2015، ص 114.

[125]- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، م س، ص 542.

قال ابن شاس[126]: "لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إلا أن يكون معينا، أهلا للرد والقبول"[127].

فالموقوف عليه هو المستحق لصرف المنافع عليه، سواء كان عاقلا أو غير عاقل، ولا فرق بين من هو موجود مما ذكر في الحال، أو من سيوجد في الاستقبال كمن سيولد في المستقبل، وقد جاء لابن القاسم أنه توقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاها، فإن حصل مانع من موت أو يأس منه رجعت للواقف أو وارثه، كما يصح الوقف على الموجود أو على من سيوجد ولو كان ذميا فيصح الوقف عليه سواء ظهرت فيه قربة بأن كان فقيرا أو قريبا للواقف، أو لم تظهر فيه قربة كما لو كان الموقوف عليه أجنبيا غنيا، أما الوقف على كنائس أهل الذمة فلا يجوز والدليل أن ما يقع فيها باطل ويكون صرف الصدقة في معصية، فإذا عرا الوقف عن المعصية، ولم تظهر فيه قربة صح، لأن صرف المال في المباح مباح، وكرهه الإمام مالك، لأن الوقف باب قربة ومعروف فلا يعمل لغير ذلك[128].

وهنا فالمحبس عليه[129] يصح أن يكون إنسانا أو غيره كالمساجد والمدارس، ويصح على الموجود والمعدوم والمعين والمجهول والمسلم والذمي والقريب والبعيد[130].

---

[126]- ابن شاس: نجم الدين جلال أبو محمد عبد الله بن محمد شاس بن نزار الجذامي السعدي الإمام العمدة، توفي سنة 616 هـ بدمياط مجاهدا في سبيل الله، من مؤلفاته: الجواهر التمينة في مذهب عالم المدينة على ترتيب الوجيز للغزالي. انظر ابن فرحون، الديباج المذهب، م س، ص 229.

[127]- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكرياء عميرات، الجزء السابع، دار عالم الكتب، بدون سنة النشر، بدون مكان النشر، ص 632.

[128]- الحبيب بن طاهر، م س، ص 403.

[129]- لم تعرف مدونة الأوقاف المغربية الموقوف عليه، وقد عرفه مشرع دولة الإمارات العربية المتحدة في المادة الأولى من قانون الوقف بكونه: "المستحق لصرف ريع الوقف عليه، سواء كان شخصاً طبيعيًّا أو اعتباريًّا أو مبادرة أو مشروعًا أو من غيرهم". وعرفت المادة الأولى من قانون الوقف لدولة جمهورية السنغال الموقوف عليه بأنه: "هو كل شخص ذاتي أو اعتباري له أهلية حوز منفعة الوقف". وعرفه نظام الهيئة العامة للوقف للمملكة العربية السعودية بكونه: "المستفيد من الوقف وفق شروط الواقف". نظام الهيئة العامة للأوقاف، مرسوم ملكي رقم م/11 بتاريخ 02/26/ هجرية1437 بالموافقة على القرار رقم 73 بتاريخ 1437/02/25 هجرية المملكة العربية السعودية.

[130]- أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، بدون سنة النشر، ص 100.

جاء في التحفة:

أَمَّا المُحَبَّسُ عَلَيْهِ فَيَكُـونْ مُسْلِمًا أَوْ لِذِمِّـــيٍ يُجَـــوِّزُونْ

وَلِلْمَدَارِسِ وَلِلْمَسَـاجِـــدِ فَكُنْ إِلَى الخَيْرِ سَرِيعًا وَاقْصِدْ

يَكُونُ لِلْمَوْجُودِ وَ الْمَعدُومِ كَذَا عَلَى مُعَـــيَّنٍ مَعْـــلُومِ

وَجَازَ كَوْنُهُ عَلَى الْمَجْهُولِ كَذَا عَلَى الْقَرِيبِ فِي الْمَنْـقُولِ

وَجَوَّزُوا أَيْضًا عَلَى الْبَعِيدِ وَلَفْـظُـــهُ حُدِّدَ بِالتَّـــقْيِيـــدِ[131]

ومن شروط الجهة الموقوف عليها:

أ- أن يكون الوقف عليها قربة في نظر الشرع وفي اعتقاد الواقف معا، وكل وقف يصح من المسلمين من غير المسلمين، ومن القرب المتفق عليها وقف المسلمين على فقراء المسلمين وغير المسلمين ووقف غير المسلمين على فقرائهم وفقراء المسلمين، والشيء المحظور هو الوقف على المعاصي والأشياء المحرمة[132].

ب- أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك: يرى المالكية أنه يصح الوقف على أهل التملك سواء أكان موجودا أم سيوجد كالجنين الذي سيولد، فيصح الوقف على الموجود والمعدوم والمجهول والمسلم والذمي والقريب والبعيد إلا أن الوقف على من سيولد غير لازم بمجرد عقده، بل يوقف لزومه وتوقف غلته إلى أن يوجد، فيعطاها مالم يحصل مانع من الوجود كموت ويأس من وجوده فترجع الغلة للمالك أو ورثته إذا مات، و للواقف بيع الوقف قبل ولادة الموقوف عليه، ويبطل الوقف على نفس الواقف، ولو مع شريك غير وارث، إلا أن يحوزه الشريك قبل المانع، ولا يصح الوقف قطعا على الحربيين والمرتدين لأنهم جهة معصية[133].

---

[131]- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، م س، ص 280

[132]- زهدي يكن، "أحكام الوقف"، منشورات المكتبة العصرية صيدا، بيروت، بدون سنة النشر، ص 111.

[133]- وهبة الزحيلي، م س، ص 193.

نصت المادة 14 من مدونة الأوقاف في فقرتها الأولى على أنه يعتبر باطلا وقف الشخص على نفسه[134]، كما نصت في المادة 13 على أنه يمكن أن يكون الموقوف عليه موجودا وقت إنشاء الوقف أو سيوجد مستقبلا.

ج- أن يكون معينا أو قابلا للتعين: ذلك أنه لا يقبل من الواقف إبهام الجهة الموقوف عليها كأن يقول وقفت مالي ويسكت، على اعتبار أن الأصل في الموقوف عليه أن يكون معينا و التعيين يكون هنا بالذات أو بالوصف المانع للجهالة، فالتعيين بالذات يكون بتحديد هوية الموقوف عليه، أما التعيين بالوصف فيتم بضبط الصفات التي تجعل الموقوف عليه معلوما، على أنه بالنسبة للوقف على الأولاد فإن تخصيص الوقف على الذكور دون الإناث أو العكس وعلى بعض الأولاد دون البعض في إطار تعيين الموقوف اعتبر الوقف صحيحا لهم جميعا ولا يلتفت إلى تعيينه[135].

وقد قال مالك[136] في كتاب محمد: الذكر فيه والأنثى سواء وإن اشترط في أصل الحبس للذكر مثل حظ الأنثيين قال: لأن المرجع ليس فيه شرط ولا هو تصدق بها على من رجعت إليه، ولو لم يكن له يوم يرجع إلا ابنة واحدة كان لها جميعه قال: وإن انقرض المحبس عليهم إلا امرأة واحدة أخذت جميعه وإن شرط أن للذكر مثل حظ الأنثيين[137]*.

---

[134]- نصت المادة السادسة من قانون الوقف لدولة الإمارات العربية المتحدة على أنه: "... - يجوز الوقف على النفس، ويؤول الموقوف في حال وفاة الواقف إلى السلطة المختصة لصرف ريعه عل عموم البر إذا لم يعين الواقف من يليه في الاستحقاق"، وبذلك تكون هذه المادة قد خالفت جمهور الفقهاء، وأخذت برأي أبو يوسف والظاهرية والإمام أحمد بخصوص جواز الوقف على النفس. لمزيد من التوسع حول مسألة الوقف على النفس في الفقه، أنظر: إقبال عبد العزيز المطوع، "مشروع قانون الوقف الكويتي في إطار استثمار وتنمية الموارد الوقفية"، طبعة الأمانة العامة للأوقاف دولة الكويت، الطبعة الأولى، 2001، ص 76.

[135]- محمد المهدي، م س، ص 103.

[136] - مالك: أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن عامر بن عمرو بن الحارث المصبحي، كان إمام دار الهجرة النبوية، ارتحل الناس إليه من كل فج للنهل من معارفه، من مؤلفاته: الموطأ توفي سنة 179 هـ انظر عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دار إحياء الثرات العربي، لبنان، الطبعة الأولى 1957، الجزء 3 ص 9.

[137]- أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، "التبصرة"، دراسة وتحقيق الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، بدون سنة النشر، ص 3456.

* لمزيد من التوسع انظر عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 143.

وهنا نصت المادة 14 من مدونة الأوقاف في فقرتها الثانية على أنه في حالة الوقف على الذكور من أولاد الواقف دون الإناث[138] أو العكس، أو على بعض أولاده دون البعض، اعتبر الوقف صحيحا لهم جميعا والشرط باطلا ويمكن إجمال أحكام الموقوف عليه في ما أورده الشيخ خليل[139] من كون الموقوف عليه: "أهلٍ لِلتَّمَلُّكِ: كبمن سيولد، وذمي وإن لم تظهر قربة أو يشترط تسليم غلته من ناظره ليصرفها... وبطل على معصية وحربي. وكافر لكمسجد، أو على بنيه دون بناته أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام"[140].

جاء في جواهر الإكليل في شرح متن الشيخ خليل: "(للتملك) أي صالح لأن يملك منفعة الموقوف فلا يصح وقف مصحف أو رقيق مسلم على كافر قال الحطاب هذا الضابط ليس بشامل لخروج نحو المسجد والقنطرة منه والصواب ما قاله ابن عرفة، المحبس عليه ما جاز صرف منفعة المحبس له أو فيه وإن كان معينا يصح رده اعتبر قبوله ومثل لأهل التملك فقال (كمن سيولد) قال المتيطي المشهور المعول عليه صحته على الحمل، وكذمي أي كافر ملتزم الجزية وأحكام الإسلام فيجوز وقف المسلم عليه إن ظهرت فيه قربة بأن كان فقيرا أو قريبا للواقف بل (وإن لم تظهر قربة) في الوقف عليه بأن كان أجنبيا غنيا... وبطل وقف مسلم على كافر (حربي) للمسلمين لأنها إعانة له عليهم وبطل وقف (كافر لكمسجد)... أو وقفه الواقف (على بنيه) الذكور (دون بناته) الإناث فهو باطل لأنه من عمل الجاهلية"[141].

وجاء في البهجة في شرح التحفة على أنه يشترط في المحبس عليه أن يكون أهلا للتملك حقيقة كزيد والفقراء، أو حكما كقنطرة ومسجد، ولا يشترط كونه كبيرا ولا موجودا،

---

[138]- في إخراج البنات من الحبس، قال مالك أكره ذلك وقال في العتيبية: إن أخرج البنات إن تزوجن فالحبس باطل، قال: وهو الشأن. وقال ابن القاسم: إن كان المحبس حيا فأرى أن يفسخه ويدخل فيه البنات، وإن حيز أو مات فات، وكان على ما حبسه عليه. وقال ابن شعبان من أخرج البنات بطل وقفه. أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، م س، ص 3460.

[139] - الشيخ خليل: هو خليل بن إسحاق بن موسى بن شعيب، المعروف بالجندي، توفي سنة 767هـ من مؤلفاته: مختصر خليل، انظر بدر الدين القرافي، توشيح الديباج، م س، ص 70.

[140]- خليل بن إسحاق المالكي، "مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك"، اعتنى به و راجعه عبد السلام الشتيوي، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء 2008، ص 189.

[141]- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، الجزء الثاني، مطبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة، بدون سنة النشر، ص 205.

بل للكبار والصغار يعقد وللجنين الموجود في بطن أمه، بل ولمن لم يوجد في البطن ولكن سيولد في المستقبل، والهبة والصدقة والوصية مثل الحبس في ذلك، ويتم ذلك ويلزم باستهلال من في البطن أو سيوجد، وهو غير لازم للمحبس ونحوه حتى يوجد ويستهل[142].

وهنا نصت الفقرة الثانية من المادة 13 من مدونة الأوقاف على أنه في حالة عدم تحقق وجوده أي من سيولد، يحدد الواقف جهة أخرى لصرف منفعة المال الموقوف. لكن المدونة لم تحدد حالة كون الواقف مات قبل أن يتحقق عدم الوجود، وقد جاء في البهجة أنه من مات قبل أن يولد له أو حصل له اليأس من ولادتهما أن الحبس يبطل ويرجع ميراث[143]. غير أن المشرع المغربي بمقتضى التعديل الأخير المجرى على مدونة الأوقاف أضاف فقرة على هذه المادة الأخيرة وقرر أنه إذا مات الواقف ولم يحدد الموقوف عليه في حالة عدم تحقق وجود هذا الأخير فإن الوقف يعود إلى الأوقاف العامة، وبهذا المقتضى تكون هذه الفقرة قد خالفت الأحكام الفقهية القاضية ببطال الوقف حال موت الواقف قبل تحقق وجود الموقوف عليه، كما أنها لم تحدد صيغة عودة الوقف إلى الأوقاف العامة هل هي بمقتضى العقد أم بمقتضى الوصية؟

الفقرة الثانية: الموقوف و الصيغة

لما كان الموقوف والصيغة من أركان الوقف أيضا، ومادام الركن هو ما لا يتم الشيء إلا بدونه، لذلك فإن فقد أو عدم تحقق أحد عناصر الموقوف والصيغة يؤدي لا محالة إلى عدم وجود الوقف من الأساس، لذلك سيتم الحديث عن الموقوف (أولا) على أن تتم دراسة الصيغة (ثانيا).

[142]- أبي عبد الله محمد التاودي، البهجة في شرح التحفة، المكتبة العصرية صيدا، بيروت الجزء الثاني، 2012، ص 411.
[143]- نفسه، ص 412.

أولا: الموقوف

الموقوف أو المحل هو الأملاك التي أوقفها أو حبسها صاحبها، فهو ما ملك من ذات أو منفعة، وهو بحسب المادة الأولى من مدونة الأوقاف، كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة. لذلك سيتم التطرق إلى ما يجوز وقفه من عقار أو منقول، وشروط المحل الموقوف.

أ- ما يجوز وقفه

جاء في التحفة:

يَـــكُـــونُ لِلْـعَـقَـارِ وَالآبَـــارِ وَكَالقَنَاطِـــرِ فـــلاَ ثُمَـارِ

تَـــحْبِيسُـكَ الطَّـعَـــامَ لاَ يُفِيـــدُ لِأَنَّـهُ مُسْتَهْلَـكٌ مَقْصُـودُ

وَالْخُلْفُ فِي الْعُرُوضِ وَالرَّقِيقِ وَحَيَـوَانٌ جَاعَلَى التَّحْقِيقِ

وَوَقْفُكَ الْخُيُولَ لِلْجِـــهَـــادِ أَمْرًا اجزْلَهُ بِلاَ عِنَـــادِ[144].

لذلك يجوز تحبيس الأرض وما يتعلق بها كالديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق، واختلف في الحيوان والثياب، غير أن ابن القاسم أجازها في المدونة، والأصل في تحبيس ما سوى الأرضين قول النبي ﷺ " من حبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا لوعده، فإن شبعه وريه في ميزانه يوم القيامة"[145]فالحيوان يوقف على مستحق للانتفاع بركوبه أو الحمل عليه، أو طعام أو عينا يوقف كل منهما للسلف، وينزل رد بدله منزلة بقاء عينه لأن الوقف يكون فيما ينتفع به مع بقاء عينه، فنزل رد البدل منزلة بقاء العين وجواز وقف الطعام والعين[146].

---

[144]- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، م س، ص 280.

[145]- أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة، تحقيق أحمد عبد الكريم نجيب، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية دولة قطر، ص 3436

[146]- الحبيب بن الطاهر، م س، ص 402.

فقد جاء عن الشيخ خليل: "صَحَّ وَقْفُ مَمْلُوك، وَإِنْ بِأُجْرَةٍ وَلَوْ حَيَوَاناً، وَرَقِيقًا كَعَبْدٍ عَلَى مَرْضَى لَمْ يَقْصِدْ ضَرَرَهُ و فِي وَقْفِ: كَطَعَام: تَرَدُّدٌ عَلَى أَهْلِ لِلتَّمَلُّكِ"[147].

وفي شرح المتن: "فمملوك لواقفه إضافة المصدر لمفعوله من أرض أو دار أو حانوت و قنطرة أو مسجد أو رباط أو مصحف أو كتاب أو رقيق أو دابة أو عرض أو غيرها، قال الباجي تحبيس الرباع جائز اتفاقا إن ملك بشراء أو نحوه بل وإن ملكت منفعته بأجرة في المدونة لا بأس أن يكري أرضه على أن تتخذ مسجدا عشر سنين فإذا انقضت كان النقض الذي بناه إن كان المملوك الذي أريد وقفه عقارا بل ولو كان حيوانا ورقيقا، وفي صحة وقف ما لا يعرف بعينه كطعام ودنانير ودراهم ليسلف لمن يحتاج إليه ويرد مثله وقفا في محله وهذا مذهب المدونة، أما عدم الصحة في هذه المسألة ما قال به ابن شاس وابن الحاجب[148] من كون صح وقف مملوك أي قابل وصالح للتملك"[149]، بحيث أنه لا ينتفع به إلا مع استهلاك عينه، غير أنه في المذهب جواز وقفه للسلف كالعين وينزل ردَّ مثله بمنزلة دوام عينه وتزكي العين على ملك ربها[150].

لذلك يصح وقف المال المتقوم من عقار ومنقول حيث يصح وقف الحلي للبس والإعارة لأنه عين يمكن الانتفاع بها دائما فيصح وقفها كالعقار، فالجمهور باستثناء الحنفية أجازوا وقف المنقول مطلقا كآلات المسجد وأنواع السلاح والثياب والأثاث سواء أكان الموقوف مستقلا بذاته، ورد به النص أو جرى به العرف أو تبعا لغيره من العقار إذ لا يشترط التأبيد لصحة الوقف فيصح كونه مؤبدا أو مؤقتا، أما بالنسبة لوقف المشاع فلا يجوز في المذهب المالكي وقف الحصة الشائعة التي لا تقبل القسمة، لأن الحوز شرط لصحة الوقف، أما المال المشاع الذي يقبل القسمة، فيجوز وقفه[151].

---

[147]- الشيخ خليل بن اسحاق، م س، ص 189.

[148]- ابن الحاجب: أبو عمرو عثمان بن عمر بن بي بكر بن يونس الدويني الأسنائي، المشهور بابن الحاجب، ولد سنة 570ه فقيه مالكي، توفي سنة 646ه، من مؤلفاته: جامع الأمهات، منتهى الوصول في علمي الأصول والجدل. انظر أبي عبد الله شمس الدين الذهبي، م س، ص 264.

[149]- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، م س، ص 205.

[150]- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 410.

[151]- وهبة الزحيلي، م س، ص 165.

وبهذا يجوز أن يكون الموقوف عقارا كما يجوز أن يكون منقولا وهذا في الجملة بالإجماع وكذا يجوز أن يكون منفعة في المذهب المالكي كمن استأجر دارا مملوكة أو أرضا مدة معلومة ووقف منفعتها ولو مسجدا في تلك المدة صح وقفه[152].

ب- شروط الموقوف

يشترط في الموقوف أن يكون مملوكا للواقف وأن يكون معلوما، ومفرزا، ومتقوما.

1- **أن يكون مملوكا للواقف وقت الوقف ملكا باتا**: لا يصح الوقف فيما لو وقف الغاصب المغصوب ثم اشتراه من صاحبه أو صالحه على شيء، أو وقف الموصى له العقار الموصى به قبل موت الموصي، أو وقف الموهوب له الموهوب قبل قبضه، لذلك ينقض الوقف إذا استحق بملك أو أخذ بشفعة لتبين أنه لم يكن مملوكا للواقف وقت الوقف[153]. غير أن المالكية لم يشترطوا كون الموقوف ملكا للواقف وقت الوقف، فلو قال إن ملكت دار فلان، فهي وقف فملكها صح الوقف، وذهب الجمهور إلى أنه يشترط لصحة الوقف أن يكون الموقوف مملوكا للواقف ساعة الوقف ملكا باتا[154].

وهنا نصت المادة 15 من مدونة الأوقاف على أنه يجب في المال الموقوف تحت طائلة البطلان: - أن يكون ذا قيمة ومنتفعا به شرعا، - أن يكون مملوكا للواقف ملكا صحيحا.

2- **أن يكون معلوما**: لصحة الوقف يجب أن يكون الموقوف معلوما علما ينفي الجهالة عنه، منعا للنزاع فلو قال الواقف، وقفت جزءا من أرضي ولم يعينه كان الوقف باطلا مالم يكن المال الموقوف قابلا للتعيين[155]. ومنه فلا يصح وقف المجهول الذي لا تعلم حدوده، فمن قال وقفت جميع أملاكي في البلد المحددة، وهي لا تعرف حدودها لا يوجب قوله حكما، لعدم تعيين الأملاك المحبسة، ويكون جميع ما خلفه ميراثا، فإذا كان مشهورا متميزا بحيث لا يلتبس بغيره جاز وقفه، لأن الجهالة بالمقدار لا تفسد الوقف لأنه من

---

[152]- زهدي يكن، م س، ص85.
[153]- عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، كتاب الوقف، دار الآفاق العربية الطبعة الأولى، سنة 2000 القاهرة، ص 17.
[154]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 34.
[155]- محمد المهدي، م س، ص 108.

التبرعات والتبرعات لا تضر فيها الجهالة[156]. والمقصود بالجهالة هنا الجهالة في المقدار وليس الجهالة في الحدود أو في الموقوف في حد ذاته.

3- **أن يكون الموقوف مفرزا**: أي ألا يكون شائعا مع غيره، والمال الشائع أو المشاع، هو المال المشترك والممتزج بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فتسليم الموقوف شرط جواز الوقف، والشيوع يمنع القبض والتسليم[157]. لذلك لم يجز المالكية وقف الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة لأنه يشترط الحوز لصحة الوقف كما تقدم. أما إذا كان الموقوف مسجدا أو مقبرة فالشيوع فيهما مبطل فوقفهما اتفاقا إذ يمنع الخلوص لوجه الله تعالى ولأن المهايأة فيهما في غاية القبح[158].

4- **أن يكون الموقوف متقوما**: فالوقف لا يعد صحيحا إذا كان الموقوف ليس بمال أصلا، أو لا يحل الانتفاع به شرعا، أي أن يكون المال الموقوف متقوما ومباحا وعليه فإن المتقوم غير المباح كالخمر والنجاسات ومما هو محرم على المسلمين لا يعتبر مالا كما أن المباح غير المتقوم كحبة قمح لا يعتبر مالا كذلك[159].

وعليه فإن الشيء الموقوف هو المال المقوم المملوك للواقف ملكا تاما، بحيث يجوز أن يكون عقارا أو منقولا، فكما يجوز في الأصول يجوز في النقود والطعام والحيوان والعروض، فالطعام والنقود يتسلفها من احتاج إليها، ثم يرد مثلها فيقوم المثل مقام الأصل، كما يجوز تحبيس جزء شائع إذا كان يقبل القسمة ويجبر المحبس على القسمة إذا طلبها الشريك[160].

من علة هذه الأحكام، خاصة جواز وقف المنقول، فإنه يمكن وقف النقود كما هو حال الصناديق الوقفية، كما يمكن وقف الأسهم والسندات، وحتى المواقع الإلكترونية، بل وحتى الوقت بأن يوقف الإنسان وقته للقيام بأعمال تندرج في باب البر والإحسان.

---

[156]- عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الرابع، مؤسسة الريان، بدون سنة النشر، ص 216.
[157]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 36.
[158]- عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س، ص 18.
[159]- محمد المهدي، م س، ص 106.
[160]- محمد برادة غزيول وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد الثاني، مطبعة فضالة، الطبعة الثانية،2007، ص 90

ثانيا: الصيغة

الصيغة هي كل ما يصدر من الواقف دالا على إنشاء الوقف لفظا كان أو فعلا أو إشارة[161]. فهي كل ما يدل على التحبيس ولو تعليقا. وهي كل ما دل على ماهيته قولا أو فعلا، فما "دل" يعني الشيء الدال على الحبس قولا مثل الألفاظ المذكورة في ذلك كحبست وأوقفت وغير ذلك، أو فعلا مثل من بنى مسجدا ثم صلى فيه وأباحه للناس فهذا دلالة فعلية[162].

وتكون الصيغة بوقفت أو حبست أو سبّلت كتصدقت إن اقترن بقيد أو جهة، نحو تصدقت لكن لا يباع ولا يوهب، أو تصدقت به على بني فلان وناب عن الصيغة التخلية بين الذات الموقوفة وبين الناس[163]. وبذلك فالصيغة تكون إما صريحة أو غير صريحة، فالصيغة الصريحة تكون بقول الواقف: وقفت أو حبست أو سبلت، والتحقيق أن حبست ووقفت يفيدان التأبيد مطلقا، قيد اللفظ أو أطلق، كان على معينين أم لا، وكذلك لفظ سبلت، حتى يقيد بأجل بأن يضرب للوقف أجلا أو يقيد بجهة تنقطع والدليل على إفادة لفظ الوقف التأبيد إذا أطلق ولم يقيد، أن مفهومه في العرف يقصد به التسبيل والتأبيد وتمليك منفعته على الدوام، أما لفظ الحبس فلا يفيد بدلالة العرف التأبيد إذا أطلق ولم يقيد، هذا بالنسبة للصيغة الصريحة، أما الصيغة غير الصريحة فتكون بقوله تصدقت ونحلت، ويشترط فيها للدلالة على الوقف إما أن تقترن بقيد يدل على المراد بالوقف، مثل لا يباع ولا يوهب، أو تصدقت به على بني فلان طائفة بعد طائفة فهذه الالفاظ قرينة على الوقف لا على الصدقة، أو يقترن اللفظ غير الصريح بكون الموقوف عليه معينا أو جهة لا تنقطع كالفقراء أو المساجد. ويجب أن يقيد اللفظ هنا بكونه لا يباع ولا يوهب، أو يكون مجهولا حصر، كعلى

---

[161]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 49.
[162]- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، م س، ص 547.
[163]- أبي بكر بن حسن الكشناوي، م س، ص 100.

فلان وعقبه ونسله لأن قوله وعقبه ونسله يدل على التأبيد، مالم يقيد بأجل ووجه كونه مجهولا أن العقب والنسل غير معلومين[164].

جاء في الشيخ خليل: **"بحبست ووقفت، وتصدقت، إن قارنه قيد، أو جهة لا تنقطع، أو لمجهول وإن حصر، ورجع، إن انقطع لأقرب فقراء عصبة المحبس"**[165].

وفي شرحه: "أشار الشيخ خليل للصيغة التي هي أحد أركان الوقف معلقا لها بقوله أول الباب صح وقف مملوك **(بحبست)** وهو يقتضي التأبيد بلا قرينة عند ابن رشد[166] وقال غيره لا يقتضيه إلا بها و ب **(وقفت)** وهذا يقتضي التأبيد بلا قرينة اتفاقا عند بعضهم وبعضهم أجرى فيه الخلاف و ب **(تصدقت)** وهذا يقتضي التأبيد إن قارنه قيد كلا يباع ولا يوهب أو قارنه جهة لا تنقطع كتصدقت على الفقراء أو المساكين أو أبناء السبيل أو طلبت العلم أو المساجد **(أو)** وقف بتصدقت لفريق مجهول وإن حصر واوه المحال وان صلة مؤكدة كفلان وعقبه فإن تجرد تصدقت عما ذكر فلا يقتضي التأبيد"[167].

وينوب عن الصيغة المعبرة عن الوقف بالتخلية بين الموقوف وبين الناس، كالمساجد، والمدارس، وإن لم يتلفظ بها، كما لو بنى مسجدا وخلى بينه وبين الناس ولم يخص قوما دون قوم، فالتخلية هنا معتبرة عرفا كالتصريح في دلالتها على الوقف[168].

جاء عند ابن الحاجب عند حديثه عن الصيغة أو ما يقوم مقامها، حيث بين ما يقوم مقامها بقوله: "ولو أذن في الصلاة مطلقا و لم يخص شخصا ولا زمانا فكالصريح انتهى، وقوله فلو أذن في الصلاة مطلقا أي اذانا مطلقا أو في الصلاة مطلقا ولم يخص به فرضا ولا نفلا، وقال في المسائل الملقوطة: ولو بنى مسجدا وأذن في الصلاة فيه فذلك كالصريح

---

[164]- الحبيب بن طاهر، م س، ص 404.

[165]- الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، م س، ص 189.

[166] - ابن رشد: هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد اشتهر بابن رشد الحفيد ولد سنة 520 هـ بقرطبة، توفي سنة 595 هـ اشتغل طبيبا تم قاضيا، من مؤلفاته: بداية المجتهد ونهاية المقتصد. انظر بدر الدين القرافي، م س، ص 373.

[167]- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، م س، ص 208.

[168]- الحبيب بن طاهر، م س، ص 405.

لأنه وقف وإن لم يخص زمانا ولا شخصا ولا قيد الصلاة فيه بفرض ولا نفل فلا يحتاج إلى شيء من ذلك ويحكم بوقفيته انتهى"[169].

وهو ما نظمه صاحب التحفة:

وَصِيغَــةٌ بِالْـقَــوْلِ أَوْ بِالْفِعْلِ تَكُونُ فَافْهَمْ مَا أَتَى فِي النَّقْلِ

كَحُبْـسٍ أَوْ صَدَقَـةٍ بِالْـقَــوْلِ أَوْ إِذْنِهِ الْمُفِيـدِ فِعْـلَ الْفِعْلِ

كَالْإِذْنِ فِي الصَّلاَةِ فِي الْمَسَاجِدِ صلّ عَلَـى نَبِيِّنَـا الْمُؤَيَّــدِ[170].

أ- شروط الصيغة

لم يشترط المالكية التأبيد في الوقف، فأجازوا الوقف سنة أو أكثر لأجل معلوم، ثم يرجع ملكا للواقف أو لغيره، بخلاف الجمهور من غير المالكية حيث لا يصح الوقف بما يدل على التأقيت بمدة، بحيث يبطل الوقف لفساد الصيغة عندهم، كما لم يشترط المالكية التنجيز في الوقف فيجوز التعلق كأن يقول هو حبس على كذا بعد شهر أو سنة، أو يقول إن ملكت دار فلان فهي وقف، وهذا الشرط كذلك يخالف فيه المالكية الجمهور حيث اشترطوا أن يكون الوقف منجزا في الحال غير معلق بشرط ولا مضاف إلى وقت في المستقبل لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الحال، فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والهبة، كما لا يصح عند الجمهور غير المالكية تعليق الوقف بشرط الخيار وبخيار الشرط، معلوما كان أم مجهولا، بأن يقف شيئا ويشرط لنفسه أو لغيره الرجوع فيه متى شاء، ومن هنا فالمالكية لم يشترطوا التأبيد والتنجيز والإلزام في الوقف، أما إذا اقترنت الصيغة بشرط باطل فيصح الوقف ويلغى الشرط[171].

وبالرجوع إلى المشرع المغربي نجده نص في المادة 23 من مدونة الأوقاف على جواز كون الوقف مؤبدا أو مؤقتا، كما نص في المادة 22 من نفس المدونة على أنه يجوز

---

[169]- الحطاب الرعيني، م س، ص 641.

[170]- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، م س، ص 281.

[171]- وهبة الزحيلي، م س، ص 209.

أن يكون الوقف ناجزا أو معلقا على شرط واقف، وفي هذه الحالة المتعلقة بالشرط الواقف لا يكون الوقف لازما إلا إذا تحقق هذا الشرط[172].

ب- الإيجاب والقبول

باعتبار الصيغة تعبير عن إنشاء الوقف فإن التعبير عنها يتم على شاكلة إيجاب وقبول.

1- الإيجاب: هو التعبير البات عن إرادة شخص يعتزم إبرام تصرف قانوني معين، وهو ما يدل على الرضى بإنشاء الوقف، لذلك فإن الإيجاب بالوقف يوصف به التعبير عن الرضى بغض النظر عما إذا كان تعبيرا صريحا أو تعبيرا غير صريح، وهنا فالتعبير الصريح يكون عندما لا يحتمل إلا معناه المتبادر إلى الذهن، فمتى ثبتت صراحة تعبير الواقف امتنع تأويل تعبيره، والتعبير الصريح كما يكون بالقول يكون بالفعل، فالقول إما منطوق وإما مكتوب، أما الفعل فهو كل سلوك غير قولي وإن استفيد منه القول يصدر عن شخص للدلالة به على نحو قطعي على إنشاء الوقف، وهو يتمثل في الإشارة المفهومة كما قد يتمثل في التخلية كما مر معنا، أما التعبير غير الصريح فهو عندما يحتمل المراد وغيره أي له أكثر من معنى، وهنا وجب البحث عن قصد الواقف، وما يتضمنه التصرف من قرائن لفظية بغية التوفيق بين بنود تعبير الواقف[173].

وهنا نصت المادة 17 من مدونة الأوقاف على أنه **"ينعقد الوقف بالإيجاب، يكون الإيجاب إما صريحا، أو ضمنيا شريطة أن يفيد معنى الوقف بما اقترن به من شروط. ويتم الإيجاب إما بالقول أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالفعل الدال على الوقف"**، أما بخصوص التعبير الصريح أو غير الصريح فنصت المادة 35 من نفس المدونة على أنه إذا كانت ألفاظ عقد الوقف صريحة، وجب التقيد بها، وإذا كانت غامضة تعين البحث عن قصد الواقف، ويمكن الاستعانة في ذلك بالعرف وبظروف الحال. أما إذا كانت بنود عقد

---

[172]- لمزيد من التوسع أنظر: عبد الرزاق حباني، الحماية القانونية للعقارات المحبسة دراسة في الوسائل وفي الآثار، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق-الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2005، ص 55.

173- محمد الشيلح، م س، ص 202.

الوقف متعارضة فيما بينها وأمكن العمل بها جميعا، وجب الجمع بينها، فإن تعذر ذلك لزم الأخذ بما يحقق المصلحة من الوقف (المادة 36 من نفس المدونة).

وبهذا يكون الإيجاب الصادر عن الواقف الدال على إنشاء الوقف ركنا في الوقف باعتبار أن الركن هو جزء الشيء الذي لا يتحقق إلا به، ويكون الوقف بناء عليه تصرفا يتم بإرادة واحدة هي إرادة الواقف وهو المعبر عنه بإيجاب الواقف[174].

2- **القبول**: باعتبار الوقف تصرف انفرادي فإن القبول لا يعتبر إلا لأجل استحقاق الوقف، لأن الحق إن كان لازما لمن التزم به فإنه لا يمكن فرضه على الموقوف عليه، فإن كان هذا الأخير معينا فإن تعبيره بالقول يكون حقيقة أما إذا كان غير معين فإن القبول يفترض حكما[175]، فقبول المعين يكون بالقبول منطوقا أو مكتوبا ويكون بالفعل والذي بدوره يكون بالإشارة المفهومة والقبض[176]، إذا كان أهلا للقبول، فإن لم يكن أهلا فيقبل عنه وليه أو وصيه و مقدمه ومتى قبل هذا وليه صح وثبت الاستحقاق، وإن رده بطل في حقه وانتقل للفقراء والمساكين[177].

غير أنه بالرجوع إلى مدونة الأوقاف نجدها تنص في المادة 19 على أنه إذا كان الموقوف عليه المعين فاقدا للأهلية، تعين على نائبه الشرعي أن يقبل عنه، فإن لم يكن له نائب شرعي عين له القاضي من يقبل عنه فإن كان ناقص الأهلية جاز القبول منه أو من نائبه الشرعي، وهنا فالمدونة لم تتحدث عن الحالة التي يرفض فيها النائب الشرعي قبول الوقف، هل يعود إلى الأوقاف العامة أي إلى جهة بر وإحسان؟[178] أم أن الموقوف يعود إلى

174- وهبة الزحيلي. م س. ص 158.

175- يشترط بقبول المحبس عليه حقيقة أو حكما كما لو قبضه وصار يتصرف فيه لأن ذلك أقوى في الدلالة على الرضى من التصريح به، فإذا سقط لفظ القبول من الوثيقة فإن ذلك لا يضر حيث وجد القبض المذكور، فالقبض يستلزم القبول والقبول لا يستلزم القبض، ولذا إذا لم يقبض الحبس حتى مات المحبس أو المحبس عليه المعين له بخصوصه فإنه يبطل ولو تضمن الرسم القبول، فإن حبس مالا على شخص أو تصدق به عليه، وعرفه بذلك فسكت ولم يقل قبلت وترك ذلك زمانا، ثم قام وأراد قبض ذلك وحيازته فله ذلك حيث لم يكن مانع من موت أو مرض أو فلس. البهجة في شرح التحفة، م س، ص 412.

176 - محمد الشيلح، م س، ص 204.

177- عبد الكريم شهبون، م س، ص 53.

178- وأما المحجور من صغير وسفيه فإنه يقام له من يقبل من وصي ومقدم فإن لم يقبل من له أهلية القبول دفع لغيره ممن يستحق ذلك باجتهاد الحاكم ولا يرد للمجلس، فإن لم تكن فيه أهلية للقبول كمساجد والقناطر فلا يشترط قبولهم، والوصي ونحوه ليس له أن يرد ما وقف على محجوره فإن رد لم يصح رده. البهجة في شرح التحفة م س ص 412

الواقف ويبطل الوقف؟ أم يأخذ حكم رفض المتمتع بالأهلية المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 19 من مدونة الأوقاف؟

هذا ويعبر الموقوف عليه المعين عن قبوله داخل الأجل الذي يحدده الواقف فإن لم يحدد أجلا وجب التعبير عن القبول داخل أجل معقول، فإذا تم القبول متأخرا عن الإيجاب رجعت آثاره إلى تاريخ الإيجاب (المادة 21 من مدونة الأوقاف).

المبحث الثاني: شروط صحة الوقف

لما كانت أركان الوقف هي الواقف، والموقوف عليه، والمال الموقوف، والصيغة، فإن شروط صحة الوقف باعتبارها ما يتوقف على وجودها وجود الوقف، وإن كانت ليست جزءا من حقيقته كما تقدم، هي الإشهاد على الوقف، وحوز الوقف.

فالإشهاد هو أداء للواقف بإرادة توقيفه أمام عدلين منتصبين للإشهاد، أي إفصاحه عن رغبته في التوقيف لدى عدلين مع قصد إشهادهم عليه به، وأداؤه هذا يتحقق موازيا مع تلقي العدلين له -مع التنبيه إلى أن الأداء يمكن أن يحصل في شكل إشهاد أو في شكل شهادة، والمطلوب هنا هو الإشهاد عليه بإنشاء الوقف- والتلقي هنا هو سماع الشهادة من مؤديها من طرف عدلين منتصبين للإشهاد ومختصين زمانيا ومكانيا وإدراجها لفصولها الجوهرية في مذكرة الحفظ لأحدهما وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة[179] فإذا كان الأصل هو إشهاد العدلين على الواقف بتوقيفه فإن لهذا المبدأ استثناء(المطلب الأول)، أما الحوز فهو رفع يد الواقف عن المال المراد وقفه وتمكين الموقوف عليه منه(المطلب الثاني).

[179] - محمد الشتوي، المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2001، ص 100.

المطلب الأول: الإشهاد على الوقف

تجدر الإشارة أولا إلى أن الفقهاء لم يشترطوا في صحة الوقف إلا ما تقدم من أركان بالإضافة إلى الحوز كما سيأتي بعده، فإذا توفر ذلك اعتبر الوقف صحيحا ويترتب عليه اثاره سواء تمت كتابته أو لم يكتب، صدر به إشهاد رسمي أو لم يصدر، غير أن بعض الفقه شرط لصحة التصرف كتابته إلا أن الفقهاء لم يشترطوا لصحة الوقف أو أي تصرف من التصرفات صدور إشهاد رسمي به، باعتبار أن هذا الأخير هو إجراء لا علاقة له بصحة الوقف، بل شرط لسماع الدعوى في حالة الإنكار[180]. ومن تم نجد الفقهاء تطرقوا إلى أركان الوقف المارة بنا بالإضافة إلى الحوز وكل ما نجده في باب الإشهاد على الوقف مرتبط بالحوز أو بحالة الوقف على المحجور.

جاء في أسهل المدارك شرح إرشاد السالك أن ابن الجزي[181] قال: **"ولا بد من معاينة البينة للحوز إذا كان المحبس عليه في غير ولاية المحبس أو كان في ولايته والمحبس في دار سكناه، أو قد جعل فيها متاعه فلا يصح إلا بالإخلاء و المعاينة"**[182].

وجاء في الفقه المالكي وأدلته: أنه لابد من معاينة البينة لحوزه، فلو أقر الواقف في صحته أن الموقوف عليه قد حاز وقبض، وشهدت عليه بإقراره بينت ثم مات، لم يقضى بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز، فالإشهاد على الإقرار بالحوز لا يكفي[183].

وجاء في الذخيرة أنه لا تكفي الشهادة في المرض أنهم حازوا بل حتى تعاين الحوز، لأن الاعتراف بالشيء إنما يقوم مقام الشيء في حق المقر خاصة[184].

وجاء في التحفة:

مــع وجـود بينـات تشهـد وقيل إن طبـع عليــه عـدد

---

[180]- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية بيروت، الطبعة الرابعة، 1982، ص 337.

[181] - ابن جزي: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزي الكلبي يكنى أبا القاسم، كان من أهل المشاركة في العلم، فقيها حافظا ولد سنة 693 هـ، توفي سنة 741 هـ من تآليفه كتاب القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، كتاب المختصر البارع في قراءة نافع. انظر ابن فرحون، الديباج المذهب، م س، ص 388

[182] - أبي بكر بن حسن الكسناوي، م س، ص 102.

[183]- الحبيب بن طاهر، م س، ص 407.

[184]- شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، الجزء السادس، تحقيق سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى 1994، ص 319.

لا بد في الحوز من البينة إن كان من عني بالمنفعة[185].

قال الشيخ خليل: **"إلا لمحجوره إذا أشهد..."**[186].

وفي حاشية الإمام الرهوني[187] على شرح الزرقاني لمختصر الشيخ خليل: "وحوزها الإشهاد وإن كانت دار حاضرة أو غائبة فلم يحزها حتى مات المعطي بطلت وإن لم يفرط لأن لها وجها تحاز به، **(إلا لمحجوره)** أي مالم يشرك معه رشيد فلا بد من حوزه حينئذ كما في التحفة، **(إذا أشهد)** لا يشترط أن يقول في الوثيقة وحاز لهم ذلك حتى يبلغوا مبلغ القبض لأنفسهم فيحوزوا كما في نوازل الأحباس من المعيار"[188].

كما جاء في البهجة: **"(ومن يحبس دار سكناه)** على بنيه أو على غيرهم **(فلا يصح)** الحوز **(إلا أن يعاين الخلا)** منها ويشهد عدلان بمعاينتهما خالية من شواغل المحبس ويستمر على خروجه منها عاما كاملا، وقوله إلا أن يعاين الخلا يعني لكلها أو جلها، أي لابد من إخلائها ولو حبسها على محجوره مع ما فيها من الأمتعة، إضافة إلى إشهاد الوالي بالحبس على محجوره لا بد منه، وذلك حوز لابنه ولا يحتاج إلى أن يقول: رفعت يد الملك وأثبت يد الحوز، ولا إلى أن يقول الموثق وحاز لهم أن يبلغوا مبلغ الحوز كما في المعيار"[189].

ومنه تتبين الحالات التي أوجب فيها الفقه الإشهاد على الوقف وإن لم تتطلب الكتابة الرسمية، غير أن الكتابة والإشهاد وجهان لعملة واحدة وبالتالي فإن الإشهاد على الوقف من باب الضرورة والاحتراز بغية حفظ الحقوق، خاصة وأن الحوادث دلت على اعتبار الوقف صحيحا من غير صدور الإشهاد سبب وجود كثير من الدعاوى الباطلة الكيدية، استعان

---

[185]- المرابط بن محفوظ الشنقيطي، م س، الصفة 479.

[186]- الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، م س ص 189.

[187]- الرهوني: أبو عبد الله محمد فتحا بن أحمد الحاج الرهوني نسبة لرهونة قبيلة بجبال عمارة، أخذ العلم بفاس وكانت حافظا متقنا، توفي سنة 1230 هـ بمراكش من مؤلفاته حاشية على شرح الزرقاني لمختصر خليل. انظر عمر رضا كحالة، م س، الجزء 3، ص 109

[188]- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل وبهامشه حاشية المدني على كنون الجزء السابع، دار الفكر بيروت 1978، ص 138.

[189]- أبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011، ص 416.

أصحابها بشهود الزور حتى ضج الناس بالشكوى، فيدعي الشخص أن هذا العقار موقوف ويؤيد دعواه بشهادة شاهدين ممن اتخذوا شهادة الزور طريقا للكسب غير المشروع[190].

فمشروعية الإشهاد على الوقف تجد مصدرها في باب الإشهاد في الوقف والصدقة **«فعن ابراهيم بن موسى أخبرنا هشام بن يوسف أن ابن جريح أخبرهم قال: أخبرني يعلى أنه سمع عِكرمَة مولى ابن عباس يقول: (أنبأنا ابن عباس أن سعد بن عبادة رضي الله عنه – أخا بني ساعدة- توفيت أمه وهو غائب، فأتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، إن أمي توفيت وأنا غائب عنها، فهل ينفعها شيء إن تصدقت به عنها؟ قال: نعم، قال: فإني أشهدك أن حائطي الخراف صدقة عليها) غير أن الاستدلال ب (أشهدك) يحتمل إرادة الإشهاد المعتبر ويحتمل أن يكون معناه الإعلام، واستدل المهلب للإشهاد في الوقف بقوله تعالى (وأشهدوا إذا تبايعتم)[191] قال فإذا أمر بالإشهاد في البيع وله عوض فلأن يشرع في الوقف الذي لا عوض له أولى، وقال ابن المنير: كأن البخاري أراد دفع التوهم عمن يظن أن الوقف من أعمال البر فيندب إخفاؤه فبين أنه يشرع إظهاره لأنه بصدد أن ينازع فيه ولا سيما من الورثة»**[192].

وبالرجوع إلى مدونة الأوقاف نجدها تنص في الفقرة الأولى من المادة 24 على أنه يشترط لصحة الوقف، الإشهاد على الوقف، وهي بذلك اعتبرت الإشهاد على الوقف شرط صحة، وبينت في المادة 25 الجهة المكلفة بالإشهاد حيث نصت على أنه: « **يتلقى العدول الإشهاد على الوقف. وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون. يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أيا كان نوعه، عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبة بالوثائق المثبتة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة»**، وبذلك نجد أن المشرع انتقل بالوقف من كونه عقد رضائي لا يحتاج إلى شكلية معينة إلى عقد شكلي يستوجب توثيقه، وحدد الجهة المكلفة بذلك خروجا عن المادة الرابعة

---

[190]- محمد مصطفى شلبي ، م س، ص 340.

[191]- سورة البقرة، الآية 282، رواية ورش بن نافع.

[192]- الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله باز، الجزء الخامس، دار المعرفة بيروت، بدون سنة النشر، ص 391.

من مدونة الحقوق العينية وحصرها في العدول، واستثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادق على صحة توقيعها. لذلك سيتم الحديث عن الإشهاد الرسمي في (الفقرة الأولى)، والتوثيق العرفي في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإشهاد الرسمي على الوقف

قال مالك رحمه الله: "لا يكتب الوثائق بين الناس إلا عارفا بها، عدل في نفسه، مأمون عليها، لقوله تعالى: « **وليكتب بينكم كاتب بالعدل**»[193]، لذلك يعتبر في الموثق عشر خصال متى عري عن واحدة منها، لم يجز أن يكتبها، وهي أن يكون مسلما، عاقلا، مجتنبا للمعاصي، سميعا، بصيرا، متكلما، يقظا، عالما بفقه الوثائق، سالما من اللحن المغير للمعنى، وأن تصدر عنه بخط بين يقرأ بسرعة وسهولة، وبألفاظ بينة غير محتملة ولا مجملة"[194].

فالعدل عند الجمهور من يكون مسلما، مكلفا، حرا غير مرتكب كبيرة، ولا مصر على صغيرة، وزاد الشافعي[195] أن يكون ذا مروءة[196].

هذا وقد حدد الفقهاء شروط العدالة فقد جاء في باب شروط الشهادة العدالة: "العدل هو الحر المسلم البالغ العاقل بلا فسقٍ وحَجْرٍ و بَدْعَةٍ كَقَدَرِي ذو المروءة بترك غير لائق من لعب بكَهَمَامٍ وشطرنجَ وسماع غناء وسفاهة وصغير خِسَّةٍ وإن أعمى في القول أو أصمَّ في الفعل وشرطه أن يكون فطنا جازما بما أدى غير متهم فيها بوجه فلا شهادة لمغفل إلا فيما لا يُلْبَسُ ولا لمتأكدٍ القُربِ كوالد وإن علا وولد وإن سفل... ويزكى مبرز معروف عارف فطن لا يخدع معتد على عِشْرَةٍ من أهل سوقه أو مَحِلَّتِهِ إلا لعذر"[197].

---

[193]- سورة البقرة، الآية 282، برواية ورش بن نافع.

[194]- أبي اسحاق ابراهيم بن أحمد بن عبد الرحمان الغرناطي، الوثائق المختصرة، تحقيق ابراهيم بن محمد السهلي، إصدار الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، رقم 150، الطبعة الأولى، 2011، ص 89.

[195] الإمام الشافعي: هو محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن الشافع ابن هشام الشافعي، ولد بالشام (سنة 150)، روى عن مالك ومسلم بن خالد وغيرهما واخذ عن مالك الموطأ، توفي رحمه الله سنة 204 هـ. انظر تاج الدين عبد الوهاب السبكي، طبقات الشافعية الكبرى ، تحقيق محمود الطناحي، مطبعة هجر مصر، الطبعة الثانية، 1993، الجزء الأول، ص 192.

[196]- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، م س، ص 251.

[197]- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب نيجيريا، سنة 2000، ص 130.

وبالرجوع إلى المادة 25 من مدونة الأوقاف نجدها حصرت العدول كأصل في تلقي الإشهاد على الوقف وبالتالي كتابة الإشهاد بالوقف وصيرورة هذه الكتابة رسمية.

و يقصد بالعدول من أذن لهم بتلقي الشهادة وتحرير وثائقها طبقا لقانون خطة العدالة[198] و لما هو مقرر في الفقه المالكي.

لذلك فإن الشهادة يتلقاها عدلان منتصبان للإشهاد في آن واحد، ويجوز عند التعذر التلقي الفردي مع التنصيص على تاريخه لكل منهما وعلى سببه، وإدراج الشهادة في مذكرة الحفظ لأحد العدلين إذا وقع التلقي في آن واحد وفي مذكرة كل منهما إذا وقع التلقي الفردي في أوقات مختلفة مع التنصيص على تاريخ تلقي الشهادة، ويضمن العدول في وثيقة التحبيس الفصول الجوهرية التي ينتفي معها كل غموض أو إبهام ويثبتان بها كل المعلومات والمستندات، مع ذكر إسمي العدلين في طليعة الوثيقة وذكر اسم المحكمة التي تلقى في دائرة نفوذها الوقف، بالإضافة إلى التاريخ بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام بالتقويم الهجري والميلادي، والإشارة فيها إلى مذكرة الحفظ ومالكها من العدلين ورقمها ورقم الشهادة فيها[199]. على أنه يجب أن تبتدأ الوثيقة أولا بالبسملة، فقد تحدث القلقشندي عن البسملة الشريفة وكيفية كتابتها ورأى أنه من شأنها أن تكتب في أول كل ولاية لها شأن. عملا بقوله ﷺ **«كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أجزم»**[200] فالنبي ﷺ قيد ما يبدأ بالبسملة بما يكون له بال من الأمور، ومقتضاه أن ما لا بال له لا يبدأ ببسملة[201].

---

[198]- ظهير شريف رقم 01.06.56 الصادر في 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) تنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 فاتح صفر 1427 (مارس 2006)، ص 566.

[199]- عمر لمين، شروط وثيقة التحبيس، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، تحت عنوان الأملاك الحبسية، بتنسيق محمد مومن ومحمد بونبات، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش الطبعة الأولى 2006، ص 276.

[200]- أخرجه أبو داوود في الأدب ، باب الهدر في الكلام، رقم 48401، ابن ماجة في النكاح، باب خطبة النكاح.

[201]- محمود سعد، الثقافة الإسلامية لكاتب الإنشاء كما تبدو في صبح الأعشى، مطبعة المعارف الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص 19.

فإذا ما ابتدأت الوثيقة بالبسملة و تلتها البيانات السابقة فإنه يتعين بيان موضوع الشهادة والشيء المشهود فيه وذلك بأن يبين العدل الموضوع الذي وقع عليه الإشهاد فيبين نوع المعاملة، فإذا كتب العدلان الحمد لله حبس أو أوقف فلان فالموضوع هنا هو التحبيس، كما يتعين أن يبين المشهود فيه وأن يصفه وصفا تاما بذكر نوعه بكل تدقيق، فإن تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب تحديد مساحته وصفاته وحدوده من الجهات الأربعة مع توضيح هذه الحدود أما إذا كان محفظا تعين ذكر اسمه ورقم رسمه العقاري، أو رقم المطلب إذا كان في طور التحفيظ[202].

فيذكر في وثيقة التحبيس المحبِس والمحبَس وموضعه وتحديده والمعرفة بقدره على خلاف فيه وعلى من حبس وتأبيده، وتعقيبه ومرجعه وتسمية المقدم على قبضه وعقد الإشهاد عليها وتضمنه معاينة الشهود للدفع، والقبض والحيازة في صحة المحبس وجواز أمره ومعرفتهم ملكه له إلى أن بتل في التحبيس، فإن كانت دارا مشغولة أخلاها وضمنت معاينة الشهود لها خالية، كما أن الاسترعاء بمعرفة الحبس يجب أن تذكر فيه أنه يحاز بما تحاز به الأحباس وأنه يحترم بحرمتها، وتذكر السماع من العدول وغيرهم على من حبس وأنه كان مالكا لمن حبسه[203].

كما يجب بيان شهادة العدلين، ذلك أنه من الأمور التي يجب تضمينها في الشهادة العدلية ذكر ما يفيد أن العدلين يشهدان بما ورد في الوثيقة من إشهاد عليه، وهو ما نصت عليه المادة 38 من مدونة الأوقاف حيث نصت على أنه ينتج الوقف آثاره بين الطرفين بمجرد انعقاد العقد المتعلق به والإشهاد عليه مع مراعاة أحكام المادة 25 من نفس المدونة، وبالرجوع إلى هذه المادة نجدها تنص على أن العدول يتلقون الإشهاد على الوقف، والمادة 24 من نفس المدونة نصت كذلك على أنه يشترط لصحة الوقف الإشهاد عليه، ومن تم فإن

[202]- سليمان أدخول، الشرح العملي لمركز الوثائق العدلية في نظام السجلات العقارية دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري بالمغرب، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 2016، ص 51.
[203]- أبي اسحاق ابراهيم بن أحمد بن عبد الرحمان الغرناطي، م س، ص 229.

العدول يشهدون على الوقف ولا يقتصرون على تحرير وثيقة الوقف، فالإشهاد هنا شرط صحة الوقف.

وبالإضافة إلى توقيع الأطراف والعدول فإن خطاب القاضي المكلف بالتوثيق هو الذي يضفي على الوثيقة صبغة الرسمية[204]، حيث يعتبر خطاب القاضي المكلف بالتوثيق على الوثائق العدلية من البيانات الأساسية والجوهرية طبقا لأحكام قانون خطة العدالة حيث نصت المادة 35 منه على أنه يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة والتأكد من خلوها من النقص، وسلامتها من الخلل وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها ويتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل[205] إلا بعد تأديتها، ولا تكون الوثيقة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية[206]. ويجب حسب المادة 25 من مدونة الأوقاف على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أيا كان نوعه، عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبا بالوثائق المثبتة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة.

عموما فإن من الأمور الجوهرية التي يجب أن تراعى من قبل العدلين، هي ما نصت عليه المادة الثالثة من مدونة الأوقاف من أركان، وهي الواقف، والموقوف عليه، والمال الموقوف، والصيغة، سواء ما ضمن في مدونة الأوقاف من أحكام أو ما هو مضمن في

---

[204]- تجدر الإشارة إلى أن إشكالية الخطاب على الوثائق العدلية في وقتنا الراهن، أثارت نقاشا فقهيا واسعا في أوساط الفقه القانوني حول إمكانية الاستغناء عن خطاب القاضي خاصة بعدما تغيرت الظروف وصار العدول والقضاة يتقاسمون ثقافة قانونية مشتركة ويحملون درجات علمية متساوية لذلك لم يعد لخطاب القاضي الذي يضفي الصبغة الرسمية على الوثيقة العدلية أي معنى أو جدوى، فإشكالية الخطاب هي من الإشكالات التي لم يوجد لها مبرر واقعي ولا دليل شرعي ولا مسوغ منطقي يحمل على الاعتقاد بجدواها في الوقت الراهن باعتبار أن الوثيقة بدأت بدون خطاب وكانت عاملة يعتد بها وأن الخطاب كإجراء توثيقي مستحدث. لمزيد من التوسع انظر سليمان أدخول، م س، ص 63.

[205]- حسب المادة 105 من قانون المالية لسنة 2007 تستفيد الأوقاف العامة من التكاليف القابلة للخصم. ظهير شريف رقم 1.06.232 صادر في 10 ذو الحجة 1427 (31 ديسمبر2006) بتنفيذ قانون المالية رقم 43.06 للسنة المالية 2007، الجريدة الرسمية عدد 5487-11 ذو الحجة 1427 (فاتح يناير 2007) ص 15.

بالإضافة إلى الظهير الشريف رقم 1.85.101 صادر في 29 من ذي القعدة 1405 (17 أغسطس) بتنفيذ القانون رقم 16.85 المخصومة بموجبه من الأساس المفروضة عليه ضريبة التبرعات لأشخاص معنوية تسعى لتحقيق غرض من الأغراض الإحسانية أو العلمية أو الثقافية أو الأدبية أو التربوية أو الرياضية أو التعليمية أو الصحية، الجريدة الرسمية عدد 3799 بتاريخ 1985/08/21 ص 1018. إضافة إلى المرسوم رقم 2.06.574 الصادر في 10 ذي الحجة 1427، 31 دجنبر 2006 في شأن تطبيق الضريبة على القيمة المضافة المنصوص عليها في القسم الثالث من المدونة العامة للضرائب الجريدة الرسمية 5487 بتاريخ فاتح يناير 2007 ص 181، المادة 16 مكرر.

[206]- سليمان أدخول، م س ص 62.

الفقه المالكي، بالإضافة إلى شروط صحة الوقف والتي من ضمنها الإشهاد على الوقف كما مر معنا، فالإشهاد ليس مجرد توثيق لعقد الوقف، وإنما هو إشهاد على إنشائه بالكيفية التي تجعله ينشأ صحيحا ويرتب آثاره بين الواقف والغير، ولعل ما يبرز كون العدلين يشهدان أكثر مما يوثقان كون الحوز يصح بمعاينة البينة، كما نصت على ذلك المادة 26 من مدونة الأوقاف، بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 29 من نفس المدونة من وجوب الإشهاد على تسليم ما وقفه الحاجر على محجوره فور رفع الحجر عنه، زيادة إلى أنه يشترط لصحة وقف شخص محل سكناه إفراغه إما بمعاينة البينة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما (المادة 31 من مدونة الأوقاف) وهذا ما يظهر خصوصية الأوقاف، ذلك أن توثيقه يمثل خروجا عن ما هو مسطر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، والتي تحدد الجهات التي تتولى توثيق التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها.

وخروجا كذلك عما هو مضمن في المادة 418 من قانون الالتزامات والعقود المغربي من كون الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، هذا بالإضافة إلى مهنة التوثيق طبقا لقانون 32.09 و الذي ينص في المادة 35 منه على أنه يتلقى الموثق – مالم ينص القانون على خلاف ذلك- العقود التي يفرض القانون إعطاءها الصبغة الرسمية المرتبطة بأعمال السلطة العمومية، ولعل هذا الخروج مرده إلى خصوصية الوقف، وإلى قدرة السادة العدول من الرجوع إلى الفقه المالكي في كل ما لم يرد فيه نص في مدونة الأوقاف بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين على العدول عند تلقي الإشهاد تنبيه الواقف إلى أحكام المادة 109 من مدونة الأوقاف والتي تقضي بأنه لا يجوز إنشاء الوقف المعقب إلا في حدود ثلاث طبقات، الموقوف عليه ثم أولاده ثم أولاد أولاده.

فإذا ثبت ذلك طرحت مسألة توثيق المرأة العدلة لعقد الوقف، خاصة إذا علمنا أن العدول يشهدون على الواقف كما تقدم؟

قبل الخوض في مدى جواز تلقي المرأة العدلة الإشهاد على الوقف وتوثيقه، وجب التمييز بين نظامي التوثيق العدلي في الفقه الإسلامي. فالنظام الأول هو نظام الكاتب بالعدل، وهذا النظام يقوم فيه العدل الواحد بعملية كتابة العقود والمعاملات بين المتعاقدين، دون أن يكون شاهدا عليهم بما فيها، وإنما الذي يشهد عليهم بذلك هم شهود أخرون، فالعدل الكاتب هنا إنما يوثق ما اتفق عليه أطراف التعاقد وتحمله الشهود، بينما يقتصر الشهود على التحمل بعلمهم ما ذكره المتعاقدون وما صرحوا به أمامهم، فالشهادة والكتابة في هذا النظام تنفصلان ولا تجتمعان في شخص واحد أو أكثر، فالذي يكتب الوثيقة ليس هو من يشهد عليها، والشهادة التي يتحملها الشاهد أو الشهود الحاضرون في مجلس العقد يوثقها الكاتب بالعدل ويسجلها في الوثيقة دون أداء لدى القاضي إلا إذا احتاط المشهود له وطلب منهم الأداء لدى القاضي[207]، وهذا النظام لا زال معمولا به في بعض الدول منها دول المشرق العربي مع اختلاف محدود في التسمية أو بعض القواعد، ففي مصر مثلا يطلق على الكاتب بالعدل فيها اسم المأذون، وهو الشخص المختص بتحرير الزواج و الطلاق وما يتعلق بهما من أحوال شخصية ويقوم بتحرير ما يتعلق بالوقف[208].

وهنا لما كانت الشهادة منفصلة عن الكتابة فإنه لا إشكال يطرح في تولي المرأة لمهنة الكاتب بالعدل، وهو ما جعل مصر تعين امرأة مأذونة لمهنة الكاتب بالعدل.

وإنما الإشكال طرح في النظام الثاني، وهو نظام الشهود العدول الذي يجمع بين الشهادة والكتابة في آن واحد، أي أن الذي يكتب الوثيقة هو ذاته من يشهد على المتعاقدين بما فيها، ويتعلق الأمر بعدلين اثنين نصبا لذلك، فقد يكتب العدلان معا ويشهدان معا في آن واحد، أو يكتب أحدهما بمحضر الآخر وتحت إشرافه ونظره إلى حين اكتمال الوثيقة فيضع شهادته إلى جانب شهادته[209].

---

[207] - العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة ، ج الأول، مكتبة دار السلام الرباط، ط 2009، ص 56.

[208] - محمد متزعم، مركز التوثيق في الإثبات، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2012-2013، ص 554.

[209] - العلمي الحراق، م س، ص 62.

وهذا النظام هو الذي اختاره المغرب منذ القديم إلى اليوم، وبما أنه في هذا النظام تتحد الشهادة مع الكتابة ودون الخوض في التطور التاريخي له وكيف بدأ تعيين أشخاص بذاتهم لتلقي الشهادة، فإنه في الشق المتعلق بالكتابة فلا إشكال يطرح بالنسبة لتحرير المرأة للرسوم، وإنما طرح في الشق المتعلق بالشهادة، على اعتبار أن الشرع الإسلامي أوجب الذكورة في الإشهاد وأن الآية الثانية من سورة الطلاق جاء فيها: "..... واشهدوا ذوى عدل منكم..."[210]، وأن آية المداينة جاء فيها: " ... واستشهدوا شهيدين من رجالكم..."[211]، وأن تاريخ التوثيق الشرعي على مر العصور، يشهد أنه لم يمارس إلا من قبل العدول الرجال، وأن شرط الذكورة في المترشح لخطة العدالة يبقى هو المنصوص عليه ضمنيا وذكره الصريح يكون من باب تحصيل حاصل[212].

غير أن الأمر ليس على إطلاقه باعتبار أنه وجب بيان المقصد من الآيتين ووجب بيان المواضيع التي تساوي أو تفضل المرأة على الرجل فالأمر ليس فيه انتقاص للمرأة والإسلام كرمها، من جهة ومن جهة أخرى فإن فقهاء الشريعة ومنهم علماء المذهب، لم يجعلوا الذكورة من شروط الشهادة أو الكتابة بين الناس، وذلك لأن شرط الذكورة وإن كان واجبا في توثيق أو إثبات بعض الحقوق، فهو ليس كذلك في حقوق أخرى، إذ تقبل الشهادة فيها من الرجل والمرأة، أي أن المرأة قد تكون شاهدة كاتبة في كثير من الحقوق والمعاملات جنبا إلى جنب مع الرجل، دونما فرق من حيث الجواز والقبول، وقد تستقل لوحدها بالإشهاد في حقوق ووقائع ليس في وسع الرجال أن يشهدوا فيها إلا في حالات خاصة[213] من بينهما حالات لا يطلع عليها الرجال كالحمل....[214].

وآية المداينة جاء فيها : **"... واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما**

---

[210] - سورة الطلاق، الآية 2 (روايــة ورش).
[211] - سورة البقرة، الآيــة 281 (روايــة ورش).
[212] - محمد متزعم، م س، ص 235.
[213] - العلمي الحراق، م س، ص 226.
[214] - بنسالم أوديجا، سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال- الرباط، السنة الجامعية 2014-2015، ص 470
لمزيد من التوسع في الحالات التي تستقل بها المرأة في الشهادة – يراجع: العلمي الحراق، م س، ص 237.

الأخرى...."[215]. والفرق الحاصل هنا بين شهادة المرأة والرجل لا يعني الانتقاص من كرامة المرأة أو المس بأهليتها وإنسانيتها، لأن الإسلام حسم في مسألة كرامة المرأة وأهليتها وإنسانيتها بنصوص كثيرة ومتعددة وبكيفية صريحة لا لبس فيها ولا غموض، وإنما يراعي الإسلام خصوصية حياة المرأة وتواجدها أكثر أوقاتها داخل البيت ومن النادر أن تحضر على واقعة معينة وتشاهد وتسمع ما جرى وحدث فيها بكل تفاصيلها فإن حضرت فإنها قد لا تعيره اهتماما وبالتالي فإن وقع واستدعيت للشهادة كان احتمال نسيانها وعدم تذكرها ورادا فإذا انضمت إلى شهادتها شهادة امرأة أخرى تعززت شهادتها وحصل التثبت والاقتناع[216].

ومن ضمن ما جاء في تفسير آية المداينة أن شهادة النساء منفردات في الأموال ونحوها لا تقبل، لأن الله لم يقبلهن إلا مع الرجل، وقد يقال: إن الله أقام المرأتين مقام رجل للحكمة التي ذكرها، وهي موجودة سواء كن مع رجل أو منفردات، وأن نصاب الشهادة في الأموال ونحوها رجلان أو رجل وامرأتان، ودلت السنة أيضا أنه يقبل الشاهد مع يمين المدعي[217].

من هذا التفسير يستشف أمرين الأول متعلق بمدى قبول شهادة المرأتين مفردات عن الرجال، ومنها شهادتهما في حالة وجود العدلين الذكرين.

يرى الحنفية والشافعية والحنابلة في رأي أن شهادة العدلتين لا تجوز في الأموال أو ما يؤول إليها إلا مع العدول الرجال، أو مع العدل الرجل الواحد على الأقل ولا تقبل شهادة المرأة إذا كانت منفردة عن الرجل، في حين يرى المالكية بجواز شهادة العدلتين مع يمين المشهود له واعتبروها حجة عاملة في الأموال أو ما يؤول إليها، شأنها في ذلك شأن شهادة العدل الواحد مع يمين المشهود له، فكل موضع قبلت فيها شهادة العدل الواحد تقبل فيها شهادة العدلتين كانتا منفردتين على الرجال، أو معهن، ذلك أن القرآن الكريم نص على أن

---

[215] - سورة البقرة، الآية 281.

[216] - العلمي الحراق، م س، ص 227.

[217] - عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان ، تحقيق عبد الرحمان بن معلا اللويحق، دار ابن حزم – بيروت، الطبعة الأولـى 2003، ص 102.

المرأتين تقومان مقام الرجل، ولما قرر علماء الشريعة قبول شهادة العدل الواحد مع العدلتين في الحقوق المالية المحضة أو ما يؤول إلى المال، اختلفوا في هذه الشهادة حول ما إذا كانت لا تقبل إلا إذا تعذر إشهاد العدلين الرجلين، أو تقبل ويحكم بموجبها ولو مع وجودهما[218]. وأجاب عن ذلك ابن العربي[219] المالكي بقوله: " قال علماؤنا قوله تعالى: "فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان"، من ألفاظ الإبدال، فكان ظاهره يقتضي ألا تجوز شهادة النساء إلا عند عدم شهادة الرجال، كحكم سائر إبدال الشريعة مع مبدلاتها، وهذا ليس كما زعمه، ولو أراد ربنا ذلك لقال: "فإن لم يوجد رجلان فرجل: فأما وقد قال: فإن لم يكونا فهذا قول يتناول حالة الوجود والعدم والله أعلم"[220].

أما المسألة الثانية وهي مرتبطة بالمسألة الأولى فتتعلق بشهادة العدل الواحد مع يمين المدعي، هنا يرى أصحاب أبي حنيفة[221] أن الله تعالى قسم أنواع الشهادة وعددها ولم يذكر الشاهد واليمين فلا يجوز القضاء به، لأنه يكون قسما ثالثا وقد قسم الله الشهادة إلى قسمين، أما المالكية فقد ردوا على ذلك وسلكوا مسلكين، الأول أن هذا ليس من قسم الشهادة، وإنما الحكم هنالك باليمين، وحط الشاهد ترجيح جنبة المدعي وهو الذي اختاره أهل خرسان، أما المسلك الثاني، وهو الذي عول عليه مالك، إن القوم قد قالوا يقضي بالنكول، وهو قسم ثالث ليس له في القرآن ذكر، كذلك يحكم بالشهادة واليمين وإن لم يجر له ذكر لقيام الدليل[222].

فإذا ثبت ذلك –أي الأخذ بشهادة العدل الواحد مع اليمين– فإنه وحسب ما جاء عند ابن العربي كذلك: " قال أصحابنا: لما جعل الله تعالى شهادة امرأتين بدل شهادة الرجل

---

[218] - العلمي الحراق، م س، ص 230.

[219]- ابن العربي: هو أبو بكر محمد بن عبد الله، الشهير بابن العربي، المعافري الأشبيلي، العلم المتبحر، له باع طويل في رواية الحديث والفقه والخلافيات والأصول والأدب والشعر، توفي سنة 542 هـ، وقيل 543 هـ. من مؤلفاته: أحكام القرآن، القواصم والعواصم – كتاب القبس شرح موطأ مالك بن أنس. انظر محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، دار الكتب العلمية لبنان، الطبعة الأولى، 2003، الجزء الثاني، ص 136.

[220] - أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، " أحكام القرآن "، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا، القسم الأول، منشورات محمد علي بيضون، لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت، ص 334.

[221] - أبو حنيفة: هو النعمان بن ثابت التيمي بالولاء الكوفي، ابو حنيفة، إمام الحنفية الفقيه المجتهد أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة. ولد بالكوفة 80 هـ ونشأ بها، كان قوي الحجة من أحسن الناس منطقان امتنع عن تولي منصب القضاء في عهد المنصور العباسي، فحبسه حتى مات سنة 150هـ. انظر محيي الدين القرشي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق عبد الفتاح الحلو، هجر للطباعة والنشر، مصر، الطبعة الثانية، سنة 1993، المجلد الأول، ص51.

[222] - أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، م ج س، ص 334.
لمزيد من الاستدلال على قبول شهادة العدل الواحد مع اليمين في مذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل، انظر ما أورده الدكتور العلمي الحراق، م س، ص 232.

وجب أن يكون حكمها حكمه، فكما يحلف مع الشاهد واليمين عندنا وعند الشافعي، كذلك يجب أن يحلف مع شهادة امرأتين بمطلق هذه العوضية"[223].

مما سبق يتبين أنه إذا كان موضع الشهادة [224] يقتضي عدلان فإن المرأتان تقومان مقام الرجل الواحد فيقضى بشهادة العدل الواحد والعدلتان سواء كان العدل الرجل الآخر موجودا أو غير موجود. أما إذا كان موضع الشهادة يقتضي عدلا واحد مع يمين المدعي، فإن شهادة المرأتين العدلين تقوم مقام شهادته ولو كان موجودا مع يمين المدعي.

بقيت الإشارة إلى الحكمة من هذا التمييز في الشهادة فقد جاء في الآية الكريمة : "..... **أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى** ....."[225].

وفي تفسيرها قراءتان، الأولى أن تجعلها ذِكرا، وهذه قراءة التخفيف، والقراءة الثانية، أن تنبهها إذا غفلت وهي قراءة التثقيل وهو التأويل الصحيح226. منه يتبين أن التمييز هنا مرتبط بالنسيان والغفلة عن بعض التفاصيل وكما قال سابقا الدكتور العلمي الحراق، أن المرأة قد لا تعير لبعض الأمور الاهتمام لا لعيب فيها وإنما بحكم طبيعة عيشها سابقا وندرة حضورها لوقائع معينة.

وأضاف ابن العربي في تفسيره:" .... والذي يصح أن يعقب الضلال والغفلة الذكر، ويدخل التأويل الثاني في معناه (أي القراءة الثانية السابق ذكرها) فإن قيل: فهلا كانت امرأة واحدة مع رجل فيذكرها الرجل الذي معها إذا نسيت فما الحكمة ؟ فالجواب فيه أن الله سبحانه شرع ما أراد، وهو أعلم بالحكمة وأوفى بالمصلحة، وليس يلزم أن يعلم الخلق وجوه الحكمة وأنواع المصالح في الأحكام، وقد أشار علماؤنا أنه لو ذكرها إذا نسيت لكانت شهادة

---

223 - أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، م س، ص 334.

224 - قسم العلماء موضع الشهادة إلى ما هو متعلق بالبدن وما هو متعلق بالأموال وما يؤول إليهما فلم يجيزوا شهادتها فيما هو متعلق بالبدن أو ما يؤول إليه.

225 - سورة البقرة، الآيــة 281.

226 - أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، م س، ص 337.

واحدة، فإذا كانت امرأتين وذكرت إحداهما الأخرى كانت شهادتهما شهادة رجل واحد، كالرجل يستذكر في نفسه فيتذكر "[227].

مما سبق إذا كان التفسير الذي أعطي لهذا التمييز في الشهادة مرتبط بنسيان المرأة، وما دام أن التوثيق العدلي عندنا مرتبط بالشهادة والكتابة في آن واحد، فإنه لا مانع من ولوج المرأة لخطة العدالة ما دام أن الشهادة تكتب وتدرج في كناش خاص مباشرة يسمى مذكرة الحفظ، وتوقع من طرف المشهود عليهم قبل أن توقع من طرف العدول وبالتالي فإن علة النسيان أو الوهم قد زالت بحكم التنظيم والواقع ولا يسوغ التذرع بها في عدم قبول شهادة المرأتين العدلتين سواء تلقيتا الشهادة مع العدل الرجل أو وحدهن، مع مراعاة ما هو مقرر عندنا في الفقه المالكي بهذا الخصوص، إضافة إلى أنه لا يوجد مانع لا في قانون خطة العدالة ولا في المرسوم التطبيقي له ولا في القانون الذي كان ينظم المهنة قبل صدور قانون خطة العدالة، من تولي المرأة لمهنة التوثيق العدلي، كما أن فقهاء المذهب المالكي لم يشترطوا الذكورة في الشروط التي يجب أن تتوفر في الموثق العدل الذي يكتب ويشهد في آن واحد.[228] هذا إضافة إلى أن المرأة تولت منصب القضاء الذي قوامه أيضا العدل وتولت عدة مناصب فيه في المغرب وكان أول ولوجها إليه سنة 1961 وقد أثبتت كفاءتها وجدارتها وفتحت لها مناصب المسؤولية القضائية بمختلف أنواعها بناء على الآراء الفقهية كذلك المجيزة لتولي المرأة منصب القضاء وبناء على المواثيق والإعلانات الدولية التي صادق عليها المغرب وما هو مضمن في الدساتير المغربية المتعاقبة من مساواة بين الجنسين[229].

هذا فيما يتعلق بالجهة المخولة لها قانونا تلقي الإشهاد على الوقف غير أن لهذا الأصل استثناء يتمثل في الاكتفاء بالوثيقة الموقعة من قبل الواقف مصادق على صحة توقيعها طبقا للقانون.

---

227 - أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، م س، ص 337.

228 - العلمي الحراق، م س، ص 240.

229 - لمزيد من التوسع في مسألة تولي المرأة لمنصب القضاء والآراء الفقهية في ذلك، انظر: ثريا الحريف، " ولاية المرأة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية"، مجلة الملحق القضائي، العدد 42 ماي 2009- المعهد العالي للقضاء، المغرب، ص 81 وما بعدها.

الفقرة الثانية: الوثيقة العرفية

نصت المادة 25 من مدونة الأوقاف في فقرتها الثانية على أنه إذا تعذر تلقي الإشهاد -أي إشهاد العدول- اكتفي استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون.

وبهذا فإن الأصل هو إشهاد العدلين على إنشاء الوقف، والاستثناء هو الاكتفاء بوثيقة الوقف الموقعة والمصادق على صحة توقيعها، وهذا الاستثناء أملته الضرورة ومن أوجهها تعذر اللجوء إلى التوثيق الرسمي العدلي كعدم وجود العدول في المكان الذي قرر فيه العازم على إنشاء الوقف، أو تعذر حضور العدول إلى مكان الواقف، أو وجود الواقف في وضع صحي لا يسمح له بالذهاب إلى العدول أو انتظار حضورهم كما في حالة المريض مرض الموت[230].

غير أن المشرع لم يحدد حالات الاستثناء وإنما ترك الأمر حسب ظروف كل حالة، وعلى الواقف إثبات وجود هذا الظرف الذي يبرر الاستثناء، على أنه بالنسبة لحالة عدم وجود العدول في مكان إنشاء الوقف فهي مستبعدة إذا علمنا أنه يوجد بدائرة نفوذ كل محكمة ابتدائية[231] وتحت إشراف القاضي المكلف بالتوثيق فيها عدلان أو أكثر، لذلك فإنه يقع على الواقف إثبات حالة الضرورة بالشكل الذي يتقبله المنطق من كون هذه الظروف حالت دون الإشهاد الرسمي على الوقف.

وتجدر الإشارة إلى أن مشروع مدونة الأوقاف كان ينص في المادة 32 منه على أنه في ظروف استثنائية يكتفى بوثيقة الوقف المكتوبة بخط يد الواقف، ذلك أن المشروع كان يشترط كتابة الوثيقة العرفية بخط يد الواقف مختوما بتوقيعه بما يفيد إمضاءه لما تضمنه من وجوب تنفيذ الوقف، ومشهود بنسبته إلى الواقف عن طريق ما يسمى بتصحيح الإمضاءات

---

[230]- محمد الشيلح، تكوين الوقف في ضوء قراء ميتودولوجية لما صيغ من أحكامه في مشروع الظهير بمثابة مدونة الأوقاف ومشروع مدونة الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات غير المحفظة رقم 19.01 نفس الندوة السابقة مراكش ص 224.

[231]- يشمل الاختصاص المكاني للعدل دائرة محكمة الاستئناف التي عين بداخلها(المادة 14 من القانون المتعلق بخطة العدالة 16.03).

أو الإشهاد على صحة الإمضاء[232]. غير أن المادة 25 من مدونة الأوقاف لم تشترط كتابة الوثيقة العرفية بخط يد الواقف وإنما اكتفت بتوقيعه والمصادقة على صحة توقيعه وذلك تفاديا للإشكال الذي قد يثيره عدم قدرة الواقف على الكتابة.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي نجده نص في الفصل 426 منه على أنه يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه، و بالتالي فلا يشترط في الورقة العرفية أن تحرر من قبل الشخص الملتزم بها، وفي حالتنا يكون الواقف غير ملزم بتحريرها وإنما يمكن أن يحررها أي شخص آخر شريطة أن يكون التوقيع بيد الواقف وأن يرد أسفل الورقة العرفية، فالشرط الأساسي هو التوقيع بحيث لا يغني عن الطابع أو الختم ، فالورقة الموقعة هنا تكون دليلا على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه، غير أنها لا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير حسب الفصل 425 إلا:1- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج. 2- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف عمومي. 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 العرفية 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.

وبهذا تكون المادة 25 من مدونة الأوقاف منسجمة مع الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود، بحيث أنها شرطت كون التوقيع في الوثيقة من قبل الواقف وأنه مصادق على صحة توقيعه طبقا للقانون، وزادت على ذلك خطاب قاضي التوثيق حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 25 من مدونة الأوقاف على أنه يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أيا كان نوعه عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبا بالوثائق المثبتة وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ

[232]- محمد الشيلح، م س، ص 225.

المخاطبة. غير أن مصطلح «**أيا كان نوعه**» الوارد في هذه المادة يثير اللبس حول المقصود به، أهو يعود على الوقف أم على المحرر؟

فجانب يرى أن المقصود بذلك الوقف، أي أيا كان نوع الوقف عاما أو معقبا أو مشتركا[233]. و جانب يرى أن المقصود بذلك المحرر العرفي، حيث أن المادة السالفة استلزمت حتى حينما يتعلق الأمر بوثيقة الوقف العرفية ضرورة خطاب قاضي التوثيق عليها الأمر الذي يجعل الاعتداد بهذه الوثيقة متوقفا على المخاطبة المذكورة[234]. غير أنه إذا أخدنا بهذا الفهم الأخير نكون أمام ورقة رسمية عند مخاطبة قاضي التوثيق على الورقة العرفية، بحيث نجد المادة 35 من قانون 16.03 تنص على أنه لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب وتعتبر حينه وثيقة رسمية، وهنا فالمشرع اشترط خطاب قاضي التوثيق على المحررات التي ينجزها العدول طبقا للقانون المنظم للمهنة وطبقا للأعراف والقوانين ذات الصلة وطبقا لمدونة الأوقاف والفقه المالكي حتى إذا اطلع عليها القاضي وكانت سليمة من الناحية الشكلية والموضوعية ومستوفية لجميع الشروط والضوابط خاطب عليها وصارت رسمية، أما الوثيقة العرفية والمحررة في مجال الوقف فلا يمكن بأي حال من الأحوال الخطاب عليها من قبل قاضي التوثيق خاصة إذا علمنا أنها تحرر من غير ذوي الاختصاص وأنها لا تتضمن الشروط الجوهرية وحتى الشكلية، فكيف لقاضي التوثيق أن يخاطب على وثيقة لا تتضمن الأركان الجوهرية في الوقف، من واقف، وموقوف عليه، وموقوف، وصيغة.

وبالتالي فإن المقصود بالعبارة السالفة هي أنواع الوقف من عام ومعقب ومشترك، و قصد المشرع من ذلك، إخبار الجهة الوصية على الوقف بوجود الوقف إضافة إلى أنه لا يوجد نص يلزم الواقف ببعث الرسم العرفي إلى قاضي التوثيق.

---

[233]- محمد نعناني، الاستيلاء على العقارات الحبسية بين الحماية القانونية والنجاعة القضائية، 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 2018 ص 24.

[234]- زكرياء العماري، م س ص 314.

كما تجب الإشارة إلى أن المشرع عند حديثه عن المحرر الرسمي اشترط على العدول الإشهاد[235] على الوقف حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 25 من مدونة الأوقاف، على أنه يتلقى العدول الإشهاد على الوقف، أما بالنسبة للاستثناء الوارد في نفس المادة فلم يشترط المشرع الإشهاد على الوقف إبان تحرير الوثيقة العرفية، وإنما نص في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه إذا تعذر تلقي هذا الإشهاد –أي إشهاد العدول- اكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون، فالمشرع هنا نص فقط على وثيقة الوقف الموقعة ولم يشترط فيها الإشهاد المنصوص عليه كشرط صحة في المادة 24 من نفس المدونة، وبذلك إذا كان الإشهاد بالنسبة للوثيقة العدلية شرط أساسي وأن الوثيقة التي لا تتضمن بيانا بإشهاد العدول على الوقف تكون باطلة فبالأحرى الوثيقة العرفية. وما يعزز ذلك ما جاء في التحفة من أن: "الإشهاد شرط صحة في التبرعات من حيث هي، وفي كل ما كان من غير عوض كالتوكيل والضمان ونحوهما، ولا يختص الإشهاد بالتبرع على الصغير فقط إذ لا معنى لكونه شرطا في الصغير دون الكبير كما قد يتبادر، وحينئذ فإذا قال: حبست أو تصدقت أو وكلت أو وصيت ولم يقل أشهدوا علي بذلك ولم يفهم من حاله أنه قصدهم إلى الإشهاد عليه، فإنه لا يصح شيء من ذلك، وكذا لو كتب ذلك ولم يشهدهم عليه فلا ينفذ شيء منه لأنه قد يقول أو يكتب وهو غير عازم على شيء من ذلك"[236].

[235]- تنص المادة 296 من مدونة الأسرة على أنه " يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه. فإذا عرضت ضرورة ملحة تعذر معها الإشهاد أو الكتابة قبل إشهاد الموصي على وصيته من اتفق حضورهم من الشهود، شريطة ألا يسفر البحث والتحقيق عن ريبة في شهادتهم، وأن تؤدى هذه الشهادة يوم التمكن من أدائها أمام القاضي، الذي يصدر الإذن بتوثيقها، ويخطر الورثة فورا ويتضمن الإخطار مقتضيات هذه الفقرة. للموصي أن يوجه نسخة من وصيته أو تراجعه عنها للقاضي قصد فتح ملف خاص بها".

[236]- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 416.

المطلب الثاني: حوز الوقف

الحوز هو: "حقيقته رفع خاصية تصرف الملك فيه عنه بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه". قال الرصاع: "إنما قلت في الترجمة: الحوز المطلق لأنه كذلك يظهر من قصده رحمه الله لأنه قال: وشرطه كجنسه العطية حوزه، فقوله: «**رفع**» صير الجنس رفعا وهو كذلك، وقوله: «**خاصية تصرف الملك**» خاصية تصرف الملك التمكن من الهبة والصدقة والبيع والاستغلال ووضع اليد بكراء أو غير ذلك، وقوله: «**فيه**» أي في الملك، وقوله: «**عنه**» أي عن المعطي بصرف التمكن متعلق برفع، وقوله: «**منه**» متعلق بالتمكن، وضميره يعود على المعطي، وللمعطي متعلق بالصرف، والضمير في قوله نائبه للمعطي، ويخرج بقوله للمعطي حوز الرهن، ومعناه رفع يد المعطي عن التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المعطَى أو نائبه ، ونائبه، إما وكيله أو وصيه أو مقدم قاض"[237].

فالحوز معناه: تسلم الوقف والتصرف فيه من قبل الموقوف عليه كأن يتسلم مفاتيح العقار ويستغله لصالحه، أو مفاتيح السيارة ويركبها، أو يتسلم الأرض ويحرثها ويحوطها[238]. فهو الوضع الشرعي لليد على الشيء أو الحق بالأصالة أو بالنيابة[239].

وهو حسب المادة 26 من مدونة الأوقاف رفع يد الواقف عن المال الموقوف، ووضعه تحت يد الموقوف عليه.

ودليل اشتراط الحوز، هو سد الذريعة، ذلك أن عدم الحوز طريق إلى أن ينتفع الإنسان بماله في حياته ويخرجه عن ورثته بعد موته، فلا بد من معاينة البينة لحوزه، فلو أقر الواقف في صحته أن الموقوف عليه قد حاز وقبض وشهدت عليه بإقراره بينة ثم مات، لم يقض بذلك إن أنكر ورثته، حتى تعاين البينة الحوز، فالإشهاد على إقراره بالحوز لا يكفي، والدليل على عدم كفاية الإقرار، أن المنازع في ذلك الورثة أو الغرماء، فلو اكتفي بذلك لزم قبول إقرار الإنسان على غيره وهو باطل إجماعا[240]. فالشبهة الموجبة للحوز في

---

[237]- الرصاع التونسي، م س، ص 544

[238]- عبد الرحمان الغرياني ، م س، ص 220.

[239]- عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 296.

[240]- الحبيب بن الطاهر، م س، ص 407.

الوقف هي أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثم يخرجه عن ورثته بعد موته، ويعطل بذلك حدود الله، قال تعالى « تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم ومن يعص الله ورسوله، ويتعد حدوده، يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين»[241].

وجاء في الموطأ «**حدثني مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي ﷺ أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نحلها جادَّ عشرين وَسْقًا من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إليَّ غنىً بعدي منك ولا أعزَّ عليَّ فقرا بعدي منك وإني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا فلو كنت جَدَدْتِيه واحتزتيه كان لك وإنما هو اليوم مال وارث وإنما هما أخواك وأختاك فاقتسموه على كتاب الله... »**، وفي الحديث الذي يلي هذا الحديث «**حدثني مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمان بن عبد القاريِّ أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجالٍ يَنْحَلون أبناءهم نُحْلاً ثم يمسكونها فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي لَم أُعطِهِ أحداً وإن مات هو قال هو لإبني قد كنت أعطيته إياه مَنْ نَحَلَ نِحْلَةً فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون إن مات لورثته فهي باطل.**»[242].

وبذلك فالحوز شرط في الوقف غير أن الخلاف حاصل حول كونه شرط صحة أم شرط تمام؟ جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد: "أما الشروط فأشهرها القبض، أعني أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا؟ فاتفق الثوري والشافعي وأبو حنيفة أن من شروط صحة الهبة القبض وأنه إذا لم يقبض لم يلزم الواهب، وقال مالك ينعقد بالقبول ويجبر على القبض كالبيع سواء. فإن تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى أفلس الواهب أو مرض بطلت الهبة... فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة... وأما مالك فاعتمد الأمرين جميعا، أعني القياس وما روي عن الصحابة، وجمع بينهما فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطا من شروط

[241]- سورة النساء الآيتين 13 و14.
[242]- الموطأ، م س، الباب 33، ص 188.

صحتها القبض، ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التي ذكرها عمر، جعل القبض فيها من شرط التمام..."[243]

فعند مالك الحوز شرط لإتمام الوقف لا لصحته فيصح الوقف بدونه و يجبر الواقف على تسليمه لمستحقه، لكن إذا حصل مانع للواقف من موت أو إفلاس أو مرض، قبل أن يتم الحوز، بطل الوقف[244].

وعند بعض فقهاء المالكية هو شرط صحة جاء في التحفة المرضية:

والشَّرْطُ فِي صِحَّتِهِ حَوْزٌ لَهُ قُبَيْلَ مَوْتِ وَاقِفٍ فَخُذْ لَهُ.[245]

وفي تحفة الحكام:

وَالْحَوْزُ شَرْطُ صِحَّةِ التَّحْبِيسِ قَبْلَ حُدوثِ مَوْتٍ أَوْ تَفْليسِ[246].

ومدونة الأوقاف جعلته من شروط الصحة حسب المادة 24 منها.

والحوز عند الشافعي وأبي حنيفة ليس من شروط الصحة، قال أحمد وأبو ثور: "تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها أصلا، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة، وهو قول أهل الظاهر، وقد روي عن أحمد بن حنبل[247] أن القبض من شروطها في المكيل والموزون فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة تثبيتها بالبيع وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض، وعمدة من اشترط

---

[243]- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الرابع، تعليق وتحقيق وتخريج محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى 1415 هجرية، ص 162.

[244]- عبد الرحمان الغرياني، م س، ص 220.

[245]- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، م س، ص 282.

[246]- أبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، تحقيق محمد بن عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2011، ص 86.

[247] - أحمد بن حنبل: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني الذهلي ولد سنة 146 هـ، توفي سنة 780 هـ، فقيه وصاحب المذهب الحنبلي. من مؤلفاته: المسند، انظر محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية لبنان، الطبعة الأولى سنة 2003، ص 20.

القبض أن ذلك مروي عن أبي بكر رضي الله عنه وعن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الحديثين السابقين"[248].

ومنه يمكن القول أن الحوز في الفقه المالكي شرط تمام العقد وليس شرطا لصحته وهذا لا يناقض ما ورد عن ابن عاصم من كون الحوز شرط صحة التحبيس، لأنه رغم استعمال تعبير صحة التحبيس نجد كافة الشروح له تيسير في تكييفه بكونه شرط تمام الوقف وليس شرط صحته ، وهذا عكس ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 24 من مدونة الأوقاف حيث اعتبره شرط صحة[249].

والمسألة سبق وأن أثيرت لدى المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا، ذلك أنه حتى وهو يستعمل لفظ شرط الصحة في التبرعات فإنه يقصد اعتباره شرط تمام ويظهر هذا من خلال آثار توافر شرط الحوز من عدمه، ذلك أن شرط الصحة يلزم من عدمه العدم، واعتبار الحوز شرط صحة يعني ضرورة توافرها عند انعقاد عقد الهبة أو الصدقة بمعاينة البينة للحوز، إلا أن المجلس الأعلى (سابقا) لم يشترط ذلك وإنما اعتبر أن عدم توافر الحوز عند إبرام عقد الهبة أو الصدقة لا يعني عدم وجود عقد التبرع بالمرة، وإنما يكفي أن يحصل في حياة الواهب قبل حصول المانع مما يعني أنه شرط لتمام التبرع وليس لقيامه، كما اعتبر أنه بإمكان الموهوب له أو المتصدق عليه إجبار المتبرع على الحوز ما دام المانع لم يحصل[250].

---

[248]- محمد ابن أحمد بن رشد الحفيد، م س، ص 163.

[249]- زهيرة فونتير، م س، ص 63.

[250]- القرار عدد 638 الصادر بتاريخ 6 يوليوز 1999 ملف عقاري رقم 94/5362 أورده، امحمد برادة غزيول، م س، ص 99.

الفقرة الأولى: الأحكام العامة للحوز

لدراسة موضوع الحوز باعتباره من شروط صحة الوقف، سيتم التطرق أولا لأنواع الحوز، ثم لشروطه ثانيا، ثم معرفة وقته ثالثا، ليتم بحث متولي الحوز رابعا.

أولا: أنواع الحوز

الحوز نوعان: إما فعلي حسي، وإما حكمي.

أ- الحوز الفعلي

الحوز الفعلي هو رفع تصرف المعطي في العطية بصرف التمكن منه للمعطى أو نائبه. وهو ما كان التسليم فيه فعليا، بأن يمكن الواقف الموقوف عليه من العين الموقوفة بكل وسائل التمكين، ويستولي عليها بحيث تكون تحت سلطانه بحكم الموقوف، ويخرج من يد المحبس إلى يد المحبس عليه[251].

1- وهو في العقار غير المحفظ إذا لم يكن دار سكنى الواقف يتم بالتخلي عن العقار ووضعه رهن تصرف الموقوف عليه الذي يتحقق له القبض بشروعه في التصرف فيه تصرفا ماديا أو قانونيا كالحرث أو الكراء بالنسبة للأرض، ويمكن أن يحصل بتسليم المفاتيح لمن يجوز له القبض[252].

وفي حوز المساجد والقناطر و المواجل والآبار يكون برفع يد المحبس عنها وتخليته بين الناس وبينها، وحوز غيرها على معين يتم برفع اليد وتسليمه لغيره وعدم عوده إليها[253].

أما إذا كانت دار سكناه فيجب إخلاءها من جميع شواغله وأمتعته وألا يعود إليها قبل انقضاء مدة سنة على تاريخ الإخلاء وفي كل يجب أن يعاين الإخلاء.

---

[251]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 63.

[252]- محمد الشيلح، م س، ص 228.

[253]- محمد بن عرفة الورغمي التونسي. المختصر الفقهي. تحقيق حافظ عبد الرحمان محمد خير. مطبعة الفاروق الطبعة الأولى الأمارات العربية المتحدة. 2014. ص 455.

جاء في تحفة ابن عاصم[254]:

ومن يحبس دار سكناه فلا يصح إلا أن يعاين الخلا[255].

وجاء في التحفة المرضية:

رجوع مالك لـدار قبـل أن يكمل العام فسـاده قمـن[256].

وجاء في مختصر الشيخ خليل «... **أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام...**»[257].

وفي شرح الزرقاني[258]: "هذا في الحبس على معين وأما على غيره فقد تقدم أنه لا فرق فيه بين ماله غلة وما ليس له غلة، خلاف الظاهر قوله أو ككتاب عاد إليه، وقوله قبل عام مطلقا لا بعده أي على المشهور خلاف ما يوهمه قوله إلا على محجوره ففيه خلاف من الاتفاق بعده"[259].

فمن يحبس دار سكناه على بنيه أو على غيرهم فلا يصح الحوز إلا أن يعاين الخلا منها، ويشهد عدلان بمعاينتهما خالية من شواغل المحبس ويستمر خروجه منها عاما كاملا فإن رجع لسكناها قبله وبقي فيها حتى مات أو حصل مانع بطل، إلا أن يكون المحبس مريضا أو طريدا فآواه المحبس عليه فمات فذلك لا يعتبر رجوعا، فإن رجع إليها بكراء عقده فيها بأن قومها أرباب المعرفة بكراء قدره كذا وسكنها بذلك الكراء وبه صرح المتيطي في الصدقة[260].

---

[254]- ابن عاصم: هو محمد بن محمد بن محمد أبو بكر ابن عاصم القيسي الغرناطي ،قاضي، من فقهاء المالكية بالأندلس، ولد سنة (760 هـ - 1359م) بغرناطة، وتوفي بها سنة (129هـ - 1426م) ولي قضاء القضاة ببلده، له كتب منها: تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام أرجوزة في الأصول والنحو والقراءات انظر بدر الدين القرافي، توشيح الديباج، م ع س، ص 108.

[255]- ابن عاصم، م س، ص 87.

[256]- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، م س، ص 281.

[257]- الشيخ خليل، مرجع السابق، ص 189.

[258] - الزرقاني: هو محمد بن عبد الباقي بن يوسف بن احمد شهاب الدين بن محمد بن علوان الشهير بالزرقاني، ولد بالقاهرة سنة 1055، فقيه أصولي، توفي سنة 1122 هـ من مؤلفاته: أبهج المسالك بشرح موطأ الإمام مالك. انظر خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة السابعة، سنة 1986، الجزء 6 ص 19.

[259]- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، م س، ص 137.

[260]- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 414

أما إن عاد إلى السكنى بعد عام فلا يبطل، إذا كان الموقوف عليه يحوز لنفسه، أما إذا حاز له الواقف فإنه إن عاد إلى السكنى بطل الحبس، هذا إذا لم يكن على صغار ولده أو من في حجره، فإن كان كذلك فهو الذي يتولى حيازة وقفهم والنظر لهم[261].

وبالرجوع إلى مدونة الأوقاف نجدها استغنت على مدة السنة ولم تتطرق إلى حالة الرجوع في سكنى مسكن الواقف ونصت في المادة 31 منها على أنه «**يشترط لصحة وقف شخص محل سكناه إفراغه، إما بمعاينة البينة لذلك أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما مع مراعاة شرط الواقف**»، وحسنا فعلت، ذلك أن الفقه كان يشترط مدة سنة لحصول استشهار الوقف، غير أن هذا المقتضى لم يعد يساير الوقت الراهن، حيث أن الاشتهار قد يكتفى فيه بالتقييد في المحافظة العقارية بالنسبة للعقار المحفظ (على ما سيأتي الحديث عنه في الفقرة الثانية)، وبتضمين وثيقة الحبس في سجل العقارات غير المحفظة الممسوكة من قبل المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار غير المحفظ بدائرتها[262].

2- الحوز في المنقول يتم بالتسليم والقبض عن طريق المناولة من اليد إلى اليد إما بالأصالة أو بالنيابة، على غرار ما هو مسطر في تسليم المبيع حسب الفصل 500 من قانون الالتزامات والعقود، والذي ينص على أنه تسلم الأشياء المنقولة بمناولتها من يد إلى يد، ذلك أن الواقف حين يخرج المال الموقوف من يده ويضعه في يد الموقوف عليه فإنه يكون قد حوزه إياه[263].

وبالنسبة للقيم المالية المنقولة فإن التخلي يتم بالتنازل المادي عن السندات المثبتة لهذه القيم مع مراعاة النصوص القانونية المنظمة لها[264].

أما الأصول التجارية وإن كانت من المنقولات فإنها تظل ملتصقة بالعقارات التي تمارس عليها، لذلك فالحوز فيها يتم بالانتقال إلى المكان الذي يوجد فيه الأصل التجاري والطواف به والإشهاد بتخلي الواقف عن حيازته وتمكين الموقوف عليه منه، وأنه سلمه

---

[261]- ابن الحطاب، م س، ص 636.
[262]- محمد الشيلح، م س، ص 239.
[263]- محمد المهدي، م س، ص 118.
[264]- محمد الشيلح، م س، ص 231.

المفاتيح ووضع يده على العناصر المادية المكونة له، وأذن له في العناصر المعنوية من اسم تجاري وعلامة تجارية وسمعة و زبناء وبسط له اليد على الأصل التجاري، بالإضافة إلى مراعاة النصوص القانونية المنظمة له، من تقييده بالسجل التجاري. وكذلك هو الشأن بالنسبة للملكية الصناعية حيث يجب تقييد التبرع بمكتب الملكية الصناعية، وتقييده لدى مصلحة مراقبة وتسجيل المركبات أو لدى القيادة البحرية بالنسبة للسيارات والسفن[265]. وبهذا يكون الحوز في المنقول حوزا فعليا بالتسليم والمناولة إضافة إلى الحوز القانوني بالقيام بالإجراءات القانونية التي تتطلبها كل حالة على حدة.

ب- الحوز الحكمي:

هو حوز ذي ولاية لمن هي عليه، فحوز ذي ولاية يدخل فيه حوز الأب والوصي والمقدم، وحقه أن يزيد أو نائبه، وكذا حقه أن يزيد ما أعطاه بعد قوله: ذي ولاية[266].

فالحيازة الحكمية تكون إذا كان الموقوف عليه محجورا تحت ولاية الواقف، وتتحقق الحيازة هنا بإشهاد الولي على الوقف على محجوره. وصرف الغلة كلها أو بعضها على مصالحه وألا تكون العين الموقوفة مشغولة بسكنى الواقف، فإن كانت مشغولة كلها بسكنى الواقف لم تصح الحيازة وكذا إذا كانت مشغولة بأكثرها، أما شغل أقلها فلا تبطل الحيازة، وإذا شغل النصف بطلت في النصف فقط[267].

جاء في تحفة ابن عاصم:

لحائِزِ القَبْضِ وفي المَشْهــورِ إلى الوَصِيّ القَبْضُ للمَحْجُورِ[268].

وفي شرحه جاء في البهجة: "لحائز القبض يتعلق بقوله الحوز أي و الحوز لجائز القبض وهو الرشيد شرط صحة التحبيس ومفهومه أن المحجور عليه من صبي وسفيه لا يصح حوزه وهو مقتضى قوله: وفي المشهور إلى الوصي، يجعل القبض للمحجور وسيأتي

---

[265]- عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص334.
[266]- الرصاع التونسي، م س، ص 547.
[267]- محمد أبو زهرة، م س، ص 58.
[268]- ابن عاصم، م س، ص 86.

قوله ونافد ما حازه الصغير، فما ذكر هنا لا حاجة إليه مع ما يأتي من نفوذ حيازته، قال التيجيبي أنه لا يصح قبض المحجور لنفسه ونحوه للباجي، وقال ابن رشد محل الخلاف إذا كان له ولي وإلا صحت حيازته لنفسه اتفاقا"[269].

وجاء عند الدردير[270]: "إلا لمحجوره إن أشهد على الوقف وصرف له الغلة ولم يكن الموقوف دار سكناه إلا أن يسكن الأقل ويكرى له الأكثر، وإن سكن النصف بطل فقها، وفي الهبة حوز واهب لمحجوره إن أشهد إلا ما يعرف بعينه أو دار سكناه إلا أن يسكن أقلها ويكرى له الأكثر وإن سكن النصف بطل فقط والأكثر بطل الجميع"[271].

وشروط حوز الأب لمحجوره، أن يشهد الواقف على التحبيس على محجوره وأن يصرف الواقف غلة الوقف في مصالح المحجور، وألا يكون الوقف دار سكناه يسكنه فالشرط الأول إذا أشهد، يعني أنه إذا بقي الموقوف بيد الواقف إلى أن حصل له مانع وكان الوقف على محجوره فإنه يصح إذا أشهد الواقف بأصل الوقف ليكون بذلك جائزا لمحجوره، ذلك أنه إذا كان الوقف على معين فإنه لابد فيه من الحوز الحسي إلا أن يكون الموقوف عليه محجورا للواقف فإنه يكفي فيه الحوز الحكمي وهو الإشهاد، ولا بد من معاينة البينة لذلك الإشهاد، فلا يكفي إقرار الواقف لمنازعة الغرماء أو الورثة، ولا يشترط أن يقول الواقف عند الإشهاد على الوقفية رفعت يد الملك ووضعت يد الحوز ونحو ذلك[272]. وفي حوز الأم خلاف، جاء عن مالك لا تكون الأم حائزة لما تصدقت أو وهبت لصغار بنيها وإن أشهدت بخلاف الأب إلا أن تكون وصية الولد أو وصية الوالد فيتم حوزها لهم[273]. وجاء في الشامل حوز الحاضر ثالثها إن كان أما أو جدة أو جدا صح[274].

---

[269]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، م س، ص 379.

[270] - الدردير: هو أبو البركات أحمد بن محمد بن أبي حامد العدوي الملكي الشهير بالدردير، ولد سنة 1127 هـ، توفي سنة 1201 هـ، من مؤلفاته: شرح مختصر خليل، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، انظر محمد بن مخلوف، م س، الجزء الأول، ص 516.

[271]- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، م س، ص 126.

[272]- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، تحقيق وتصحيح دار الرضوان، المجلد الثاني عشر، موريتانا، الطبعة الأولى 2010، ص 398.

[273]- ابن الحطاب، م س، ص 639.

[274]-محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي ، م س، ص 399

أما الشرط الثاني فهو صرف الغلة للمحجور، فبالإضافة إلى الإشهاد يجب أن يصرف الغلة للمحجور، أي يثبت أنه صرف الغلة له أو يحتمل أنه صرفها له، فإن تحقق عدم صرفها له بطل الوقف، فلو شهدت بينة أنه صرف الغلة في مصالح نفسه فالمشهور البطلان[275].جاء في المتيطي[276]: إن أعمر المحبس على ابنه الصغير الحبس لنفسه وأدخل غلته في مصالحه فإنه بموته يبطل الحبس[277].

وبالنسبة للشرط الثالث فهو ألا يكون الوقف دار سكنى الواقف، فإن كان كذلك وحصل المانع قبل أن يخليه من شواغله بطل الوقف ولا تفيد نية حيازته لمحجوره، إلا أن يسكن الواقف أقلها ويكري لمحجوره أكثرها فيصح في الجميع، فإن سكن النصف وأخلى النصف، بطل النصف الذي سكنه إذا حصل المانع، وصح النصف الآخر، وإن سكن الأكثر بطل الجميع . ويضاف شرط رابع وهو ألا يكون ما حبس عليه مشاعا فإن كان مشاعا ولم يعين له حصته حتى مات بطل وصار إرثا بينه وبين إخوته الرشداء[278].

هذا فإذا قدم الأب من يحوز للصغير فليس له – أي الأب- أن يحوز له بعد ذلك لأنه لما قدم الغير على حيازته صرفه عنه وأسقط حقه منها، فإن عاد إلى حيازته بطل[279].

جاء في التحفة:

ويَنْفُذُ التَّحْبيسُ في جميع ما محبِّسٌ لقبضِهِ قد قَدَّمَا[280].

وبهذا نصت المادة 29 من مدونة الأوقاف حيث جاء فيها أنه يعتبر صحيحا حوز الواقف لما وقفه على محجوره من ماله بشرط الإشهاد على تحبيس المال الموقوف لفائدة المحجور وصرف جزء من عائده على الأقل في مصلحة هذا الأخير. وفي هذه الحالة يتعين

---

[275]- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، م س، ص 399.

[276]- المتيطي: هو القاضي أبو الحسن علي بن عبد الله بن ابراهيم الأنصاري السبتي الفاسي، يعرف بالمتيطي كان إماما عالما بالشروط وتحرير النوازل، توفي سنة 570 هـ من تآليفه: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، محمد بن مخلوف، م س، ج1، ص 163

[277]- ابن الحطاب، م س، ص 639.

[278]- عبد الرحمان الغرياني، م س، ص 222.

[279]- عبد الله محمد التاودي البهجة في شرح التحفة، م س، ص 383

[280]- ابن عاصم، م س، ص 86.

على الحاجر أن يسلم ما وقفه إلى محجوره فور رفع الحجر عنه وأن يشهد على ذلك. هذا إضافة إلى أنه يجوز للصغير أن يحوز لنفسه.

جاء في تحفة ابن عاصم:

ونافذٌ ما حازَهُ الصَّغيــرُ لِنَفْسِهِ وبالغٌ مَحْجـورُ[281]

وهو نفس المقتضى بالنسبة للصدقة، فمن تصدق على صغير من أب أو غيره ثم سلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها في صحة المتصدق بها، فإنها حيازة تامة وإن كان الحائز صغيرا وتنفذ الصدقة إلا أنه يكره ابتداء أن يحوز الصغير فإن وقع نفذ[282]. وهو ما ترجمته الفقرة الثانية من المادة 28 من مدونة الأوقاف «... **ويصح حوز ناقص الأهلية إذا تولاه بنفسه**».

أما إذا كان مع الموقوف عليه المحجور، راشد، فإن الراشد يحوز لنفسه و للصغير.

جاء في تحفة ابن عاصم:

والأبُ لا يقْبِضُ للصغِّيرِ مَــعْ كبيرِهِ والحُبْسُ إرْثٌ إنْ وَقَعْ[283]

فالحوز هنا يتم من طرف الكبير أي الأخ لصالح الأخ الصغير فإن لم يحز له بطل في الجميع، وهذا المقتضى لم نجد له نص في مدونة الأوقاف وإنما تطرقت لمسألة الرشيد ولم تتطرق للرشيد الذي يكون أخا للصغير، بحيث أوجبت البطلان بالنسبة للرشيد الذي لم يحز لنفسه وللمحجور، وأبطلت الوقف بالنسبة له فقط أي الراشد (المادة 30 من مدونة الأوقاف) على اعتبار أن الصغير يصح حوزه بنفسه حسب المادة 28 من مدونة الأوقاف، أو يحوز له وليه كما تقدم.

---

[281]- ابن عاصم، م س، ص 87.
[282]- ابن الحطاب، م س، ص 638.
[283]- إبن عاصم الأندلسي. م س. ص 86

ثانيا: شروط الحوز

نصت المادة 26 من مدونة الأوقاف على أنه يصح الحوز بمعاينة البينة أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف، وعليه سيتم التطرق إلى شرطي معاينة البينة، وكل تصرف يجريه الموقوف عليه.

أ- معاينة البينة

المراد بمعاينة البينة التطوف على العقار بالبينة من سائر جهاته وإن لم تعاين البينة 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 وخلى بينها وبين المحبس عليه بقبض مفاتحها ونحو ذلك فذلك حيازة، وإن لم يعاينوا سكنى المحبس عليه فيها[284].

فلا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة لحوزه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى له قد حاز وقبض وشهدت عليه بإقراره بينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز[285]. فلو قالوا في الوثيقة حوزا تاما ولم يقولوا معاينة لم يكف ذلك لأنه محتمل للمعاينة والإقرار، فإن كان الشهود أحياء استفسروا وإن ماتوا بطل الوقف، فلو وجد الحبس بيد المحبس عليه بعد حصول المانع وادعى أنه حازه قبله فإنه لا يصدق اتفاقا إلا أن تقوم له بينة على دعواه[286].

فلا يغني عن المعاينة إقرار المحبس لأن المنازع في صحة الحبس إما الوارث أو الغريم، فلو اكتفى في ذلك بالإقرار لزم قبول إقرار الإنسان على غيره وهو باطل إجماعا[287].

هذا فيما يخص معاينة البينة للحوز أما من يصح معاينته للبينة أو إثبات الإشهاد بمعاينة البينة فهم العدول، على اعتبار أن مدونة الأوقاف خصتهم بتلقي الإشهاد على

---

[284]- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 424.
[285]- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي ، م س، ص 397.
[286]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ضبطه وصححه محمد بن عبد القادر شاهين، الجزء الثاني، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 1998، ص 380.
[287]- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 424.

الوقف، إضافة إلى اللفيف في حالة إعمال الاستثناء الوارد في المادة 25 من مدونة الأوقاف وكذلك الشهادة أمام القضاء على اعتبار أنه مجرد واقعة مادية يمكن أن تثبت كذلك بالقرائن مع اليمين عند الاقتضاء وكذلك المعاينة المسطرة في قانون المسطرة المدنية في الفصل 67 و ما بعده و الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية[288]. بالرغم من عدم إحالة مدونة الأوقاف على الإجراءات المسطرية الواردة في قانون المسطرة المدنية.

ب- أو بكل تصرف آخر:

يقصد به التصرف الذي يغني عن معاينة البينة للحوز والذي يقوم دليل على حوز المال الموقوف، ومن الأمثلة على ذلك ما جاء في البهجة في شرح التحفة: إذا حيز الحبس بإكرائه 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[289].

وجاء في لوامع الدرر أنه: "يصح حوز الحبس بعقد كرائه أو زراعته إن كان بياضا أو مساقاته إن كان سوادا، ويستغنى بذلك عن معاينة الحوز وهذا هو المشهور وبه العمل"[290].

وبذلك فإن أي تصرف يفيد أو يدل على أن الموقوف عليه قد حاز الوقف فإنه يستغنى به عن معاينة البينة للحوز من الوقوف بالعقار مثلا و التطوف به، على اعتبار أن المقصود من الحوز هو أن الواقف أخرج الوقف من يده وتصرفه وسلمه إلى الموقوف عليه، وذلك كله أعمل لكي لا يلتجأ إلى الوقف صورية ويخفى تحت ستاره تصرف أو قصد آخر، فإن تم بما يفيد إخراج المال من حوز الواقف إلى الموقوف عليه تحققت مظنة الوقف بشروطه المشروعة.

---

[288]- عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 302.
[289]- أبي عبد الله محمد التاودي ، م س، ص 424
[290]- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، م س، ص 398.

غير أنه لكل قاعدة استثناء فإذا كان يصح الحوز بمعاينة البينة أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف، فإن الاستثناء يصح فيه الوقف بالرغم من عدم تحقق ما سبق، والحالة الغالبة في الفقه هي تعذر الحوز.

جاء في تحفة ابن عاصم:

ويُكْتَفَى بِصِحَّــةِ الإشهـــادِ إنْ أَعْوَزَ الحوزُ لعذْرٍ بادِ[291].

وفي شرحه: ويكتفى بصحة الإشهاد على الحوز إن أعوز، أي تعذر الحوز الحقيقي من التطوف بالأرض ونحوه لعذر باد، كمن تصدق على رجل بأرض فإن كان لها وجه تحاز به من كراء تكرى 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 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[292].

وفي فتوى لابن رشد لما سئل عمن تصدق على ابن له كبير، بأملاك مشتملة على أرض وحديقة أعناب ودور وأرحى، وأشهد بذلك وحاز الابن بعضها والباقي لم يتطوف عليه، ولا خرج إليه لأنه في قطر مخوف من العدو، أهلكه الله لا يأمن فيه من دخله ولا يجتاز عليه أحد إلا على غرر ومخافة شديدة، والأب المذكور لم يعتمر هذا الموضع المخوف منذ 30 عاما لهذا الغرر، ثم مات الأب قبل أن يحوز الولد هذا الموضع المخوف بتطوف يشهد عليه قال – أي ابن رشد- : إذا حال الخوف اكتفى بالإشهاد ولا تبطل الصدقة إذا مات قبل إمكان الوصول إليها[293].

ومنه يستشف انه إذا تعذر الحوز سواء بوجود عذر واقعي يتقبله المنطق والواقع أو بوجود حالة الضرورة أو ما عبر عنه بالوضع المخوف فإنه يكتفى بالإشهاد فقط على الوقف. وهو ما عبرت عنه مدونة الأوقاف في المادة 27 حيث نصت على أنه يستغنى عن

---

[291]- إبن عاصم. م س. ص 86

[292]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 382.

[293]- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 425.

الحوز في الحالات الآتية: - إذا تعذر الحوز لأسباب لا يد للموقوف عليه فيها، - إذا صرح الواقف بإخراج المال الموقوف من ماله عاش أو مات، - إذا كان الواقف في حالة مرض الموت مع مراعاة أحكام المادة 6 من نفس المدونة – إذا كان الوقف معلقا على عمل ينجزه الموقوف عليه.

بالنسبة للحالة الأولى: فهو ما تقدم بيانه، أما الحالة الثالثة: فهي متعلقة بالوقف في حالة مرض الموت والذي يأخذ حكم الوصية بإحالة على الوصية في مرض الموت المفصلة في مدونة الأسرة، والتي تماثلها في الفقه أنه في حالة المرض فإن الحبس ينفذ منه ما حمله ثلثه، وكذا كل ما يفعله المريض في مرضه الذي مات فهو في ثلثه إلا أن يصح من مرضه فينفذ إن حيز عنه[294]. هذا بالنسبة لغير وارث أما الوارث فكما هو معلوم فلا وصية لوارث، مع مراعاة أحكام الوصية الواردة في مدونة الأسرة.

وبالنسبة للحالة الرابعة فهي المتعلقة بالوقف المعلق على شرط واقف وهو حصول الوقف وتحققه بحصول أمر آخر يحتمل وجوده أو عدمه، فيصح الوقف إذا تحقق الشرط، وكأن الشرط هنا بمثابة حوز حكمي[295].

غير أن الشرط هنا إذا تحقق يتحقق الوقف وليس شرط تمام الوقف الذي هو الحوز فإن تحقق الشرط، قام الوقف غير أنه يفتقر للحوز فلا يمكن القول هنا أن الشرط يقوم مقام الحوز إلا إذا كان الشرط في حد ذاته ينطوي على حوز، وهو ما مثل له الأستاذ عبد الرحمان بلعكيد حينما أعطى مثالا على كون الشرط هو ترميم دار قديمة من قبل الموقوف عليه مثلا، واعتبر أن التعبير في المادة 27 من مدونة الأوقاف يفيد أن العمل المقصود هو العمل المتعلق بذات الوقف[296]. غير أنه بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من نفس المادة نجدها تنص على: «... **إذا كان الوقف معلقا على عمل ينجزه الموقوف عليه**» فالتعبير اللفظي هنا لا يقيد الواقف باشتراط أن يكون العمل متعلق بذات الوقف، وإنما قد يفهم منها أن الواقف قد يشترط عملا لا يدخل في ذات الوقف وإنما قد يكون خارجا عن المال الموقوف،

[294]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 381.
[295]- محمد المهدي، م س، ص 117.
[296]- عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 372.

وحتى لو سلمنا بكون المقصود بالعمل هو عمل داخلي كما في حالة الترميم فإن الشرط هنا لا يقوم مقام الحوز، على اعتبار أن العمل كان قبل قيام الوقف، فكل ما كان هو وعد بالوقف فإن أتم بالوعد صرنا أمام وقف يحتاج إلى حوز، والعمل الذي أجري أي الترميم كان سابقا على الوقف والحوز، وبالتالي وجب القيام بالحوز لتحقق شرط التمام، فماذا لو لم يخرج الواقف المال الموقوف من حوزه بالرغم من كون الموقوف عليه قد نفذ الشرط؟ ومنه يمكن القول أنه لا داعي لإدراج هذه الحالة في الحالات الواردة في المادة 27 من مدونة الأوقاف بالإضافة إلى الحالة الثانية من نفس المادة والتي مفادها أنه يستغنى عن الحوز إذا صرح الواقف بإخراج المال الموقوف من ماله عاش أو مات، بحيث تعتبر هذه الحالة بمثابة إقرار، وهو باطل كما تقدم، ذلك أن هذا المقتضى يفرغ الحوز من مقتضاه والذي اشترط كما تقدم لدفع مضنة الصورية ولحفظ حقوق الورثة كما جاء في حديث عمر وأبي بكر سابقا، فكل الأحكام التي تطرقت إلى الحوز وأنواعه وشروطه يمكن نسفها إذا صرح الواقف بإخراج المال الموقوف من ماله عاش أو مات، وكأني أرى المتلقي للإشهاد بالوقف يقول للواقف صرح بإخراج المال الموقوف عشت أم مت لكي لا أعاين البينة بالحوز، ولكي لا أنتظر للإشهاد على الحوز قبل حدوث المانع، ولذلك على المشرع سحب هاتين الحالتين اللتان لا تنسجمان مع أحكام الحوز. هذا وقد أضاف المشرع حالة أخرى بمقتضى التعديل الأخير على مدونة الأوقاف وهي متعلقة بالاستغناء عن شرط الحوز إذا كان الوقف بقوة القانون.

ثالثا: وقت الحوز

لا يشترط في الحوز أن يتم إبان إنشاء الوقف، كما لا يشترط الإشهاد عليه في وثيقة الوقف، وإنما يجب حصوله قبل حدوث المانع، ويمكن توثيقه في وثيقة مستقلة عن وثيقة إنشاء الوقف وذلك قبل حدوث المانع، وهو كما جاء في التحفة لابن عاصم:

والحَوْزُ شَرْطُ صِحَّةِ التَّحْبِيسِ قَبْلَ حُدُوثِ مَوْتٍ أَوْ تَفْلِيسِ[297].

[297] - ابن عاصم. م س. ص 86

وفي شرحه: **"(قبل)** متعلق بالحوز أي والحوز قبل حدوث موت أو تفليس، فإن لم يحز حتى مات المحبس أو فلس أو مرض ومات منه بطل، قال ابن سلمون: ولا بد من حوزه في حياة المحبس وقبل فلسه ومرض موته وإلا بطل وذلك أي الحوز بالشهادة على المعاينة، ولا يجزي فيه الإقرار، وهذا إذا حبس أو أعطي في صحته ولم يحز عنه حتى مات، فإن حبس في المرض أو في الصحة وأوصى بتنفيذه في المرض نفذ من الثلث وإن لم يحز وكان حكم الوصية قاله مالك**"**[298].

وجاء عند الشيخ خليل: «... **أَوْ لَمْ يَحُزْهُ... أَوْ لَمْ يُخَلِّ بَيْنَ النَّاس، وَ بَيْنَ كَمَسْجِد قَبْلَ فَلْسِهِ، وَمَوْتِهِ وَمَرَضِهِ، إلاَّ لِمَحْجُورِهِ إِذَا أَشْهَدَ...**»[299].

وفي شرحه أن كل حبس في الصحة يموت المعطي أو يفلس ويمرض قل حوز ذلك فهو باطل، إلا أن يصح المريض فتحاز عنه بعد ذلك ويقضى للمعطي بالقبض إن منعه، هذا في الصحة أما إذا حبَّس في مرضه فلا تراد فيه الحيازة وهو نافذ من الثلث إن مات[300].

لذلك يبطل الوقف إذا حصل مانع للواقف، بأن مات أو أفلس أو مرض قبل أن يخرجه من يده ويحوزه الموقوف عليه، حتى لو كان الواقف يتصرف لصالح الموقوف عليهم بأن كان يشرف عليه ويوزع غلته عليهم، فلا يعد ذلك حوزا عنه ما دام لم يخرج من يده، لأن المال بموت الواقف أو مرضه الذي مات منه قبل أن يحاز عنه ينتقل إلى الورثة ، وبتفليسه ينتقل إلى الغرماء[301]، باستثناء الحوز على المحجور بشروطه السابقة. وهو ما نصت عليه المادة 32 من مدونة الأوقاف بإحالتها على المادة 24 من نفس المدونة التي تتحدث عن المانع المقصود به موت الواقف أو إفلاسه، وإحالة هذه الأخيرة على المادة 10 من نفس الدونة والتي نصت على أنه إذا استغرقت الدين جميع مال الواقف وقت التحبيس أو قبل حوز المال الموقوف، بطل الوقف مالم يجزه دائن، والكل مع مراعات أحكام المادة

---

[298]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 379.
[299]- الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، م س، ص 189.
[300]- ابن الحطاب، م س، ص 638.
[301]- وهبة الزحيلي، م س، ص 223.

29 من نفس المدونة المتعلقة بحوز الواقف على المحجور، غير أن المدونة لم تتطرق إلى الحالة التي يجهل فيها سبق الدين على الحوز، أو سبق الحوز على الدين. غير أنه بالرجوع إلى الفقه المالكي، نجد الشيخ خليل قال: «... **أَوْ جُهِلَ سَبْقُهُ لِدَيْن**...»[302].

فمن حبس حبسا على ولد له صغار فمات وعليه دين لا يدري الدين كان قبل أم بعد الحبس وقام الغرماء، فعلى الولد إقامة البينة أن الحبس كان قبل الدين وإلا بطل الحبس[303].

وتفصيل ذلك، أن من وقف على محجوره وقفا وحاز له بالشروط المتقدمة (أي الإشهاد، وصرف الغلة، وكون الوقف غير دار سكناه)، وكان على الواقف دين ولم يعلم هل الدين قبل الوقف أو بعده، فإن الوقف يبطل ويسبق الدين تقديما للواجب على التبرع لأننا نكون أمام جهل، إضافة إلى ضعف الحوز، أما إذا حاز للمحجور أجنبي أو حاز المحجور لنفسه أو كان الموقوف عليه راشدا فإن الوقف لا يبطل عند الجهل بسبق الدين بل يبطل في حالة تحقق سبق الدين، أما إذا تحقق تقدم الوقف على الدين، فالوقف لا يبطل في جميع الأحوال[304].

خلاصة يمكن القول أن وقت الحوز يجب أن يكون من يوم إنشاء الوقف إلى غاية حدوث المانع، وفي هذه الفترة يجب أن يبادر الموقوف عليه بحوز المال الموقوف قبل حصول المانع، فإن حصل بطل الوقف. والمانع هو الموت أو المرض الذي يموت منه كما تقدم – مع العلم أن المدونة لم تتطرق إلى هذه الحالة-، أو الفلس مع الأخذ بعين الاعتبار حالة الحوز على المحجور بشروطه السابقة، إضافة إلى إحاطة الدين بمال الواقف مالم يحزه الدائنون، غير أنه – حسب المادة 33 من مدونة الأوقاف- فإنه إذا توفي الواقف قبل أن يحوز الموقوف عليه المال الموقوف حوزا صحيحا بطل الوقف مالم يطالب به في حياة الواقف، وهذا الاستثناء هو ما عبر عنه الفقه بالجد في طلب الحوز، فإن تحقق كأن يطالب

[302]- الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، م س، ص 189.
[303]- ابن الحطاب، م س، ص 636.
[304]- الحبيب بن الطاهر، م س، ص 412.

به الموقوف عليه و يتحيل الواقف فإن أثبت الموقوف عليه ذلك صح الوقف ولو مع حصول المانع.

رابعا: متولي الحوز

نصت المادة 28 من مدونة الأوقاف على أنه يتولى الحوز من عينه الواقف لذلك، وإلا فالموقوف عليه إذا كان راشدا، أو نائبه الشرعي إذا كان فاقد الأهلية أو ناقصها، أو ممثله القانوني إذا كان شخصيا اعتباريا. ويصح حوز ناقص الأهلية إذا تولاه بنفسه.

فالذي يتولى الحوز هو من عينه الواقف، أي الناظر أو غيره، فإن لم يعينه يحوز الموقوف عليه سواء كان راشدا أو ناقص الأهلية، أو النائب الشرعي لهذا الأخير، فإن كان النائب الشرعي هو الواقف صح حوزه مع ما تقدم من شروط .

ولا يجوز للواقف أن يوقف على نفسه ومنه يبطل كذلك إذا احتفظ الواقف لنفسه بتدبير الأموال التي وقفها إلى غاية حدوث المانع مع استثناء الحوز للمحجور. فإذا كانت المدونة نصت على ناقص الأهلية فإن ذلك يشمل الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، والسفيه[305]، والمعتوه، حسب المادة 213 من مدونة الأسرة، أما فاقد الأهلية فإنه يشمل الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز، والمجنون وفاقد العقل، وهؤلاء يحوز عنهم النائب الشرعي ولو كان فقدان العقل بكيفية متقطع، لعدم العلم بالوقت الذي يؤول فيه إليه عقله. غير أن المدونة لم تنص على التوكيل في الحوز وإنما نصت على التوكيل في إنشاء الوقف، وبالرجوع إلى الفقه نجده تطرق إلى المسألة، حيث جاء في الشامل عن ابن الحطاب: "وصح أي الحوز بوكالة من المحبس عليه وإن بحضوره، وإن قدم الواقف من يحوز له جاز، وفي الهبة و الصدقة يجوز للغائب فقط"[306].

[305]- تجدر الإشارة إلى أن حوز السفيه فيه اختلاف، قال ابن عرفة في بطلان قبض السفيه ما حبس عليه لنفسه و صحته، نقل المتيطي البطلان عن وثائق الباجي، ونقل صحته عن سحنون والأخوين قال: ونزلت أيام القاضي منذر بن سعيد البلوطي فشاور فيها فأجمع له الجميع من فقهاء بلده بصحته إلا إسحاق بن ابراهيم أفتى ببطلانه فحكم بقول الجميع. ابن الحطاب، م س، ص 638.

[306]- ابن الحطاب، م س، ص638

وبالتالي يجوز التوكيل في الحوز على أن يكون بوكالة خاصة قياسا على التوكيل في إنشاء الوقف.

أما الحالة الواردة في المادة 30 من مدونة الأوقاف، فإنه إذا وقف النائب الشرعي مالا مملوكا له على محجوره وعلى راشد مشاركة بينهما وجب أن يحوز الراشد الجميع لفائدته ولفائدة المحجور، وإلا بطل الوقف بالنسبة للراشد، مع مراعات أحكام المادتين 19 و28 من نفس المادة واللتان تفيدان بأنه يجوز لناقص الأهلية أن يحوز لنفسه. غير أن هذه المادة أقرت البطلان بالنسبة للراشد فقط، وبالرجوع إلى الفقه المالكي نجده أقر البطلان لهما معا أي الراشد والمحجور إذا لم يحز الراشد الجميع. جاء عند ابن الحطاب: "من وهب عبدا لابنه الصغير ولأجنبي فلم يقبض الأجنبي حتى مات الواهب فذلك كله باطل لقول مالك فيمن حبس على أولاده الصغار والكبار فلم يقبض الكبار الحبس حتى مات الأب أنه يبطل كله لأن الكبار لم يقبضوا الحبس"[307].

غير أن المدونة خالفت أحكام المذهب بأن أبطلت وقف الشريك الراشد فقط و أجازت وقف ناقص الأهلية إذا حازها بنفسه، و فاقد الأهلية إذا حازها نائبه الشرعي فالفقه نص على حوز الرشيد بدل الولي لكي يتعزز الحوز ولدفع شبهة أن يحوزها الولي لنفسه، وأقروا البطلان للجميع، ولم يوجد من أقره للراشد فقط. وبالرجوع إلى المادة 38 من مشروع مدونة الأوقاف كما أوردها الأستاذ محمد الشيلح، والتي كانت تتماشى مع الفقه المالكي نجدها كانت تنص على أنه: «**إذا وقف الحاجر مالا مملوكا له على محجوره وعلى رشيد شركة بينهما وجب أن يحوز الرشيد الجميع لنفسه ولفائدة المحجور وإلا بطل الوقف**»[308].

والإشكال الثاني يتمثل في أن المادة 30 من مدونة الأوقاف وإن كانت ترى ناقص الأهلية يحوز لنفسه وبالتالي لم تقرر البطلان بالنسبة له، فإنها لم تتحدث عن البطلان بالنسبة لفاقد الأهلية والذي يحوز له نائبه الشرعي الذي هو الواقف في هذه الحالة وبالتالي فالمادة 30 من مدونة الأوقاف يوجد فيها من اللبس ما يقتضي إعادة النظر فيها وإن كان

[307]- ابن الحطاب، م س، ص 638.
[308]- محمد الشيلح، م س، ص 234.

الاكتفاء بما ورد في المادة 38 من مشروع مدونة الأوقاف (السابق الإشارة إليه) يكون أفضل.

الفقرة الثانية: التقييد في الرسم العقاري

تجبت الإشارة أولا إلى أنه قبل صدور مدونة الأوقاف ثار جدال واسع في صفوف الفقه والقضاء حول مسألة كون التقييد في السجل العقاري يغني عن الحوز المادي بين من أقر أن التقييد في السجل العقاري يغني عن الحوز المادي، وبين من أقر أن التقييد في الرسم العقاري لا يغني الحوز المادي، وأن ما بني على باطل فهو باطل، وهو الأمر الذي أثير في القرار الشهير عن محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) رقم 555 الصادر بتاريخ 2003/12/28 في الملف العقاري عدد 95/2/2/596[309].

غير أنه بصدور مدونة الأوقاف أصبح الأمر مختلفا لذلك سيتم التطرق إلى حالة وجود الحوز المادي دون التسجيل في الرسم العقاري (أولا)، ثم إلى حالة وجود التسجيل المذكور دون الحوز المادي (ثانيا).

أولا: الحوز المادي دون الحوز القانوني

إذا كان المال الموقوف عقارا محفظ، أو في طور التحفيظ، فإن عدم القيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بنظام التحفيظ العقاري المتعلقة بشهر المحررات المتضمنة للوقف، والاكتفاء بالحوز المادي، لا يؤدي إلى بطلان الحق وإنما يبقى الحق قائما مستجمعا لكافة أركانه و شروطه. خاصة إذا علمنا أن مدونة الأوقاف تراجعت عن المادة 40 من المشروع التمهيدي للمدونة والتي كانت تنص على وجوب شهر المحررات المتضمنة

[309]- لمزيد من التوسع في المسألة أنظر أحمد ادريوش، الحوز في التبرع بعقار محفظ محاولة لرفع الالتباس والخلط بين شكلية النفاذ ومستلزمات الشرط، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى 2010، مطبعة الأمنية الرباط، ص 109 وما بعدها. وانظر كذلك عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 326 و ما بعدها.

للوقف طبق الكيفيات المنصوص عليها في القانون[310]، والمقصود بذلك الفصول 65 و66 و67 من قانون التحفيظ العقاري[311]، فقد نصت مدونة الأوقاف في المادة 38 منها على أنه ينتج الوقف آثاره بين الطرفين بمجرد انعقاد العقد المتعلق به والإشهاد عليه مع مراعاة أحكام المادة 25 من نفس المدونة والمتعلقة بالإشهاد. ولم تحل المدونة على الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري مما يستفاد معه أن الحوز المادي يغني عن الحوز القانون. فإذا تعلق الأمر بوقف عقار محفظ وتم الحوز الفعلي دون القيام بالتقييد بالرسم العقاري، ومات الواقف، فإن الوقف يقيد بالرسم العقاري ولو بعد وفاة الواقف، حتى إذا سبق الورثة إلى التقييد، فإنه يحق للموقوف عليه طلب التشطيب عليه بحكم قضائي وتقييد الوقف، لأنه لا تركة إلا بعد إخراج الحقوق المتعلقة بها والوقف من ضمن هذه الحقوق على شرط الترتيب[312].

وهذا التوجه هو ما سبق وأكده المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) في القرار عدد 579 المؤرخ في 2002/02/13 ملف مدني عدد 95/9/1/4054 والذي جاء فيه أن عقد التحبيس متى استوفى شروطه المعتبرة فقها وتوثيقا، كان صحيحا، ووجوده ثابتا، وأثر إنشائه يبقى ساريا وفقا لقصد المحبس، وتنفيذ تسجيل مضمونه بالرسم العقاري يجب أن يتم ولو عارض ورثة المحبس في ذلك بعد وفاته، لكون موروثهم طبع تصرفه بطابع ديني محض جرى فيه على مقتضيات أحكام وقواعد ذلك الطابع المحدد فقها وتوثيقا، والمحكمة التي رفضت تسجيل عقد التحبيس في الرسم العقاري الخاص بالعقار المحبس

---

[310]- زكريا العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه المالكي، مجلة القبس المغربية، العدد الرابع يناير 2013، ص 145.

[311] - نص الفصل 65 من قانون التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 على أنه يجب أن تشهر، بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء مجانية كانت أو بعوض، وجميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به، متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه وكذا جميع عقود أكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات، وكل حوالة لقدر مالي يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه. كما نص الفصل 66 من نفس القانون على أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد، في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقاري. إضافة إلى الفصل 67 من نفس القانون كذلك والذي ينص على أن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري.

[312]- عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 370.

بدعوى عدم تسجيله في حياة المحبس، وبذلك يفقد أحد أركانه، وأن الحيازة المعتبر في التبرع الوارد على العقار المحفظ ليست هي الحيازة المادية، بل المعتبر فيها هو نقل حق الملكية الذي لا يتم إلا بتسجيل العقد المنشئ له في الرسم العقاري بالمحافظة طبقا للفصلين 66 و 67 من ظهير 12 غشت 1913، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه مما يعرض للنقض والإبطال[313].

و هذا التوجه هو الذي يبرز خصوصية المادة الوقفية كذلك سواء من حيث الإنشاء والتكوين أو من حيث إشهاره، حيث لا زال التمسك بخاصية الحوز المسطرة في الفقه المالكي وإعطاؤها الأولوية حتى مع وجود نصوص قانونية متعلقة بالإشهار القانوني، وهو ما أكده المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) في القرار عدد 565 ملف شرعي رقم 2001/2/261 الصادر عن المجلس الاعلى بغرفتين بتاريخ 2004/11/24 حيث جاء فيه أن الحيازة شرط صحة في التبرعات وتثبت بمعاينة البينة الشاهدة بالتبرع بحصولها سواء كان العقار محفظا أو غير محفظ، وعقد الصدقة الذي عاين شاهداه حيازة الطالبة للمتصدق به فارغا من شواغل المتصدقة و عدم تسجيله بالرسم العقاري في حياة المتصدقة لا أثر له على صحته ولا يؤدي إلى بطلانه ما دام قد نشأ صحيحا[314].

غير أنه بالرغم مما سبق فإن الإشكال المطروح هنا هو حالة قيام الواقف بتفويت المال الموقوف إلى شخص أخر وقيام هذا الأخير بتقييد عقده بالسجل العقاري، هنا هل يعتد بالحيازة القانونية أو الفعلية على غرار ما سبق خصوصا إذا علمنا أن المادة 38 من مدونة الأوقاف السابق الإشارة إليها تنص على أنه ينتج الوقف آثاره بين الطرفين بمجرد انعقاد العقد المتعلق به والإشهاد عليه. ذلك أن هذه المادة نصت على آثار العقد بالنسبة للطرفين ولم تتطرق إلى الغير خصوصا إذا كان غيرا حسن النية طبقا للحماية المقررة له بمقتضى المادة 66 من قانون التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07 والمادة 2 من مدونة الحقوق العينية. والتي مفادها عدم التمسك بإبطال التقييد في مواجهة الغير حسن النية.

[313]- قرار أورده عبد الرزاق اصبيحي، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، م س، ص 220.
[314]- قرار أورده أحمد برادة غزيول، م س، ص 103.

وهنا فإن المادة 54 من مدونة الاوقاف نصت على أن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين. غير أن هذه المادة وإن كانت لم تميز بين الغير حسن النية وسيء النية، فإنها في صيغتها الأولى أقرت الحماية فقط بالنسبة للأوقاف العامة، وبقي الإشكال مثارا بالنسبة للأوقاف المعقبة والمشتركة، مما استدعى توسيع الحماية المقررة في المادة السابقة لتشمل الأوقاف المعقبة و المشتركة خاصة إذا علمنا أنها تؤول في الأخير إلى أوقاف عامة، مما وجب تقرير الحماية ابتداء حتى توجد انتهاء، وهو الأمر الذي تنبه إليه المشرع بمقتضى التعديل الأخير الذي أورده على مدونة الأوقاف، حيث نص في هذه المادة –أي54-[315] على أنه لا تمنع الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف لعقار محفظ، وبذلك يكون المشرع وسع من الحماية المقررة لفائدة الوقف لتشمل حتى الأوقاف المعقبة والمشتركة.

ثانيا: الحوز القانوني دون الحوز الفعلي

نصت المادة 26 من مدونة الأوقاف في الفقرة الثانية على أنه يصح الحوز بمعاينة البينة، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف. لذلك قيل أن الحوز القانوني يغني عن الحوز الفعلي وأن القيام بإجراءات التسجيل أي التقييد في السجل العقاري يغني عن الحوز الفعلي خاصة وأن المادة 274 من مدونة الحقوق العينية نصت 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.

[315]- ظهير شريف رقم 1.19.46 صادر في 23 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6759، 4 رجب 1440 (11 مارس 2019) ص 1377.

غير أن الأمر ليس على تصوره، ذلك أنه إذا كان المشرع قد تخلى عن الحيازة الفعلية بالحيازة القانونية في مدونة الحقوق العينية، فإنه على العكس من ذلك حيث جعل الحيازة في مدونة الأوقاف صورة من صور الحيازة الفعلية حينما قرر أنه يصح الحوز بمعاينة البينة أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف.

ويتعزز هذا التصور إذا علمنا أن مدونة الاوقاف قيدت الحوز القانوني بالحوز الفعلي في حالتين، الأولى متعلقة بالمادة 31 من مدونة الأوقاف حينما شرطت لصحة وقف شخص محل سكناه إفراغه بمعاينة البينة لذلك أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما، والحالة الثانية متعلقة بالمادة 32 من نفس المدونة والتي تقضي ببطلان الوقف إذا احتفظ الواقف لنفسه بتدبير الأموال التي وقفها، فالمشترط في هاتين الحالتين هو الحوز الفعلي وليس القانوني.

إضافة إلى أن تقييد الوقف بالرسم العقاري يدل على انتقال الاستعمال والاستغلال إلى الموقوف عليه، وهذه عناصر مادية دالة على الحوز الفعلي بلا خلاف لذلك فالعبرة بالحوز الفعلي وأن التقييد الذي لا ينبني عليه هو تقييد باطل وعلى المحافظ اشتراطه لسلامته، فحرص المدونة على عدم احتفاظ الواقف بالتدبير أو البقاء في محل سكناه، دلالة على الأخذ بالحوز الفعلي وإلا بطل الوقف[316] . ومما يعزز هذا التصور كذلك ما كان ينص عليه المشروع التمهيدي لمدونة الأوقاف في المادة 41 منه والتي جاء فيها: «يجب على المحافظ على الأملاك العقارية، تحت طائلة مسؤوليته، ألا يقيد أي وقف متعلق بعقار محفظ إلا بعد التحقق من ثبوت الحوز بمعاينة البينة»[317]، فبالرغم من عدم احتفاظ المدونة بهذا المقتضى الأخير إلا أنها اعتبرت أن الحوز القانوني قرينة أو صورة من حصول الحوز الفعلي وبالتالي انتفاء مضنة الصورية التي أنشئ الحوز الفعلي لمحاربتها.

فإذا ثبت ما سبق كنا أمام وقف مكتمل الأركان والشروط يتعين معه بحث موضوع إثباته وهو ما سيتم التطرق إليه تاليا.

316- عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 367.
317- أورده أحمد ادريوش، سلسلة دراسات وأبحاث، م س، ص 30.

الفصل الثاني: إثبات الوقف

لما جبلت الطبيعة البشرية على حب الذات والأنانية، فإن كثيرا ما يطمع الشخص في ممتلكات غيره ويسعى إلى الاستيلاء عليها بمختلف الطرق والحيل التي يسلكها وهي كثيرة عديدة، أمام ضعف الوازع الديني، لذلك كثرت المنازعات في شتى الميادين والتي من ضمنها ميدان الوقف، لذلك فإن حماية الوقف لن تتأتى إلا بإثباته، هذا الإثبات الذي يولد القناعة لدى القاضي لإصدار حكمه، خاصة وأن كل خصم يدعي أحقيته لما هو منازع فيه، ومنه فإن الإثبات هو الوسيلة الفعالة لإبراز الحق إلى الوجود وإنهاء النزاع.

فالإثبات في الغالب هو المعيار في تمييز الحق من الباطل وهو الحاجز أمام الأقوال الكاذبة والدعاوى الباطلة، كما أن الحق يبقى بدونه ضعيفا مهددا بالضياع، ومجردا من كل قيمة ويصبح عند المنازعة هو والعدم سواء، فلولا الإثبات لضاعت الحقوق[318].

ولأهميته هذه فالإثبات يعد مرفق القضاء وإليه يركن لرفع الظلم وصون الحق، فإذا اعتمده القاضي اطمأنت إليه نفسه وهدأت به جوارحه وابتعد عن الظلم والجور، وعلم أنه يأوي إلى ركن شديد، باعتباره عماد العدالة وعمودها وركنها الذي لا غنى عنه، ولا يمكنها أن تقوم بدونه[319].

لكل ذلك فإن أهميته بالنسبة للوقف تزداد خاصة إذا علمنا أنه في الوقف حق لله والعباد، ولفهم الإثبات في المادة الوقفية لا بد من إبراز السيرورة التي مر منها والتي لها دور مهم فيما انتهت إليه مدونة الأوقاف في هذا الجانب (المبحث الثاني)، هذه السيرورة ليست مجرد إطار تاريخي للموضوع –والذي يكون محله في مقدمة البحث الأكاديمي- وإنما هي دراسة لتوجهين طبعا موضوع إثبات الوقف قبل صدور مدونة الأوقاف (المبحث الأول) كان لهما تأثير مباشر على التوجه الحالي، لتخلص الدراسة في آخر هذا الفصل إلى الخصوصية التي تتسم بها وسائل الإثبات في دعوى الوقف.

---

[318]- محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 34.

[319]- سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار النفائس الأردن، الطبعة الأولى 2012، ص 28.

المبحث الأول: خصوصية الإثبات قبل صدور مدونة الأوقاف

لما كانت الظهائر المنظمة للتشريع الحبسي قبل صدور مدونة الأوقاف والتي تناهز خمسة عشر ظهير شريف لم تتطرق إلى مسألة إثبات الملك الوقفي، ولا إلى كيفية إثباته أو وسائل إثباته، ولم تقم بالإحالة فيما يخص الإثبات إلى القواعد العامة للإثبات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وقانون المسطرة المدنية، فإن القضاء المغربي كان يركن أمام هذا الفراغ التشريعي إلى مقتضيات الفصل 75 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، والذي كان ينص على أن الأحباس الإسلامية تبقى خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الإسلامية التي تجري عليها، مما يحتم الرجوع فيما يتعلق بمسألة الإثبات إلى القواعد المنصوص عليها في الفقه الإسلامي ولا سيما المذهب المالكي باعتباره المذهب الذي اختارته الدولة المغربية[320]. غير أنه بالرجوع إلى المذهب المالكي في هذه المسألة نجده قد تبلور عنه موقفين ومرد ذلك إلى الاختلاف الموجود داخل المذهب بخصوص إثبات الوقف، حيث هناك موقف يقيد من وسائل الإثبات وعليه سيتم الحديث عن الموقف الفقهي المقيد لوسائل الإثبات، والموقف القضائي الذي سار على نهجه (المطلب الأول)، وموقف فقهي وقضائي كذلك غير مقيد لهذه الوسائل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التقييد في وسائل إثبات الوقف

تجب الإشارة إلى أن الموقفين المقيد والمطلق لوسائل إثبات الوقف برزا في نفس الفترة إلى غاية صدور مدونة الأوقاف، وكل موقف متشبث برأيه سواء تعلق الأمر بالعقار غير المحفظ أو العقار في طور التحفيظ، عند الإدلاء بالحجج المتطلبة لتحفيظه، وحتى بالنسبة للعقار المحفظ عند التعرض على حق من الحقوق المراد تقييدها. لذلك قبل دراسة الموقف المقيد لوسائل الإثبات (الفقرة الثانية) ستتم دراسة بعض موجبات دعوى إثبات الوقف والتي تظهر فيها بعض خصوصية المادة الوقفية (الفقرة الأولى).

[320]- زكرياء العماري، م س، ص 292.

الفقرة الاولى: موجبات دعوى إثبات الوقف

تجب الإشارة أولا إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي، كما يجب أن يكون محايدا أمام كلا الخصمين بأن يتلقى أدلة الإثبات كما يقدمها الأطراف دون أي تدخل من جانبه، ليقدر هذه الأدلة بغية تكوين قناعته، فللأطراف إقناع القاضي بقوة حججهم وأدلتهم الشرعية والقانونية المرتبطة بالنزاع، كما أن عبء الإثبات يقع بداية على عاتق المدعي وينتقل أثناء سير الدعوى إلى المدعى عليه، فعبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر، بل يوزع بعد انطلاق الدعوى بين الخصمين وإن كان بدرجات متفاوتة، لذلك فعبء الإثبات في المادة الوقفية هو متبادل بين مدع صحة الوقف وبين من يدعي بطلانه أو إنكاره من الأساس، فعلى مدعي صحته إثبات وجوده وصحته، فمتى عجز عن ذلك كان موقفه ضعيفا قد يؤدي إلى ضياع الوقف[321]. فإذا تبث ذلك نتساءل عن من هو مدعي وجود الوقف؟ و بعبارة أخرى عن صفة مدعي الوقف؟

قبل الإجابة عن ذلك أي عن توافر الصفة باعتبارها شرطا أساسيا لمباشرة الدعوى، وجب تبيان الاختلاف الذي أثير حول تحديد الجهة التي تنتقل إليها ملكية الموقوف.

فقد حاول فقهاء المذاهب الأربعة البحث عن الجهة التي تنتقل إليها ملكية الموقوف بعيدا عن جهة الوقف بذاته باعتبار أن الشخصية التي كانت معروفة عندهم هي الشخصية الطبيعية الملتصقة بالآدمي، وبهذا فالرأي المشهور في المذهب المالكي يقول ببقاء ملكية الموقوف عند الواقف. وهو ما جسده ابن عرفة في تعريفه السابق للوقف باعتباره مصدر إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا، أما الرأي الثاني وهو رأي فقهاء المذهبين الحنفي والشافعي فيقول أن الموقوف ينتقل إلى ملك الله تعالى، وأما الرأي الثالث فيرى أن ملكية الوقف تنتقل إلى الموقوف عليه وهو رأي المذهب الحنبلي، غير أنه بالنسبة للمذهب المالكي حتى وإن أقر ببقاء الوقف على ملك الواقف فإن الذمة

321- محمد خيري، وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقتضيات الشرعية وأحكام القانون الوضعي، مجلة الحقوق المغربية، العدد الخامس 2008، ص 28.

المالية للوقف تبقى مستقلة عن الذمة المالية للواقف ويكون للوقف أهلية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. الأمر الذي يعد جوهر الشخصية المعنوية[322].

ومنه فإن إقرار الشخصية المعنوية للوقف يحقق نتائج بالغة في الأهمية بحيث يكون له ممثل شرعي يتولى إدارته وصيانته، ويرى شروط الواقفين، ويكون ممثلا للوقف في الدعاوى المرتبطة به سواء تعلقت هذه الدعاوى بعين الوقف أو بغلته[323].

لذلك فالاعتراف للوقف بالشخصية الاعتبارية يحدد لنا مهام ومسؤوليات ممثله القانوني والذي هو الناظر[324] بحيث يكون نائبا عن الوقف وهو ولي خاص عليه، ويمثله من الناحية القانونية[325].

وعليه فإن الخصم في الدعوى المرفوعة من الوقف أو عليه هو الناظر القائم بشؤونه سواء كان من الموقوف عليهم أو ليس منهم. كما يمكن أن يكون هو المستحق في الوقف إذا كان مأذونا بالخصومة من جانب القاضي، أما المستحق الذي ليس متوليا ولا مأذونا بالخصومة فليس خصما في دعوى عين الوقف أو غلته، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه ولو انحصر الاستحقاق فيه، هذا إذا كانت الدعوى على غير الناظر فلو كانت عليه صح للمستحق في الوقف ولو لم يكن متوليا أو مأذونا بالخصومة أن يدعي عليه بما هو من حقه سواء كان يدعي أنه من الموقوف عليهم بمقتضى شرط الواقف أو يدعي حقا في الغلة،

---

[322]- لمزيد من التوسع يراجع عبد الرزاق الصبيحي، أطروحة الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م س، ص 57.

[323]- رشيد العمراني، الوضعية القانونية لعقارات الأحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود، السنة الجامعية 2007-2008، ص 42.

[324]- الناظر: ناظر الأحباس أو الأوقاف هو الموظف الذي كان يختار من طرف القضاة الشرعيين بناء على الكفاية، والحزم، والأمانة، والضبط، والتقوى، وأضيفت إليها اليسارة أو الثروة وكان يعين عبر التاريخ من طرف سلاطين المغرب بظهير شريف للسهر على شؤون الوقف في منطقة نظارته. وبعد تأسيس نظام الوظيفة العمومية بظهير شريف رقم 1.58.008 بتاريخ 1377 هجرية الموافق ل 24 فبراير 1958 المحدد لشروط الانخراط في الوظيفة العمومية، وكذا استقلال الأوقاف والشؤون الإسلامية عن القضاء الشرعي أصبح الناظر يختار من طرف وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وكان لفظ الناظر يطلق في المغرب على كل من أسندت إليه أمور الأوقاف في المدينة أو البادية إلى عهد استقلال المغرب حيث اختص هذا اللفظ على ناظر أوقاف المدينة المركزية أما المسؤول عن الوقف بالبادية فسمي بالنائب الحبسي أو الوقفي. أما ناظر الحبس المعقب فهو الشخص الذي يتم اختياره من طرف المحبس عليهم بالتعقيب ليتولى أمر تسيير شؤون حبسهم بتنسيق وإشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وناظر الزاوية هو الشخص الذي يتم اختياره من طرف شرفاء الزاوية ليشرف على تسيير أملاك وشؤون الزاوية والحفاظ على أملاكها وبتنظيم استفادة المنتسبين إليها من الشرفاء والقائمين بها للتعلم أو للإقامة. مصطفى عبد السلام مهماه، م س، ص 188.

[325]- عبد الرزاق أصبيحي م س ص 64.

وينبني عن هذا التحديد أنه لو غصب الوقف غاصب فادعى عليه أحد المستحقين بدون تولية أو إذن من القاضي فإنه لا يجاب إلى طلبه لعدم صحة دعواه بسبب انعدام شرط الصفة[326]. فلا يملك أحد من المستحقين الدعوى لإثبات وقف ما، إذا لم يكن الوقف ثابتا بطريق شرعي[327].

إن تحديد صاحب الصفة في دعوى الوقف له دور مهم في الحفاظ على الأموال الموقوفة سواء من ناحية إنماء المسؤولية الملقاة على عاتقه وبالتالي الدفاع عن الوقف كدفاعه عن مصالحه الشخصية، أو من خلال تحديد الجهة المخول لها ذلك بصفة قانونية تنسجم والإجراءات المسطرية المعمول بها. ومنه فإن النظر الحالي يسند لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية مهمة الصفة في التقاضي باعتبارها صاحبة الإشراف والوصاية على الملك الحبسي.

والقضاء بدوره لعب دورا أساسيا في تحديد صاحب الصفة في دعوى الوقف حيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية بالرباط أنه: "لما عمدت وزارة التربية الوطنية إلى الإعتداء على إحدى القطع الأرضية المحبسة لفائدة المسجد القديم بمدينة الرباط، وقيام جمعية المسجد القديم إلى رفع دعوى تعويض إلى المحكمة الإدارية، فإنه صدر بمقتضاها الحكم بأداء قيمة الأرض المعتدى عليها من طرف الإدارة، وهذا الحكم ألغته الغرفة الإدارية بعلة أن المحكمة لم تجر البحث اللازم للتأكد من الصفة في الإدعاء باعتبار أن القطعة الأرضية المعتدى عليها هي محبسة لفائدة مسجد، وأن الجمعية المدعية هي مجرد مسيرة للمسجد، وليست ممثلا قانونيا عن المسجد، وأن الظهير الشريف رقم 1.84.150 بتاريخ 1984/10/2 ينص في فصله السادس على أن جميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي تعتبر وقفا على عامة المسلمين ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة، وبالتالي فإن صفة المدعية- جمعية المسجد القديم- منتفية في النازلة وأن وزارة الأوقاف والشؤون

[326]- عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، كتاب الوقف، دار الآفاق العربية القاهرة الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 142.
[327]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 124.

الإسلامية هي التي تملك الصفة في رفع الدعوى والمطالبة بالتعويض عن الاعتداء المادي الذي لحق العقار التابع للمسجد المذكور"[328].

وفي قرار لمحكمة النقض فإن وجود شهادة ملكية العقارين موضوع النزاع في إسم نظارة أحباس فاس، وكون ناظرها هو المسير المباشر للأملاك المحبسة الواقعة تحت دائرة نفوذها، وهو الذي يبرم عقود الكراء بإسمها عن طريق السمسرة العلنية، يجعل صفته ثابتة في رفع الدعوى، ولا مجال للتمسك بمخالفة الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية لعدم إدخال وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية باعتباره صاحب الولاية العامة على أملاك الأحباس[329].

بمقتضى هذين القرارين يتضح أن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ممثلة في شخص ناظر الأوقاف هي صاحبة الصفة في الدعوى المتعلقة بالأوقاف العامة، غير أن التساؤل أثير عن صاحب الصفة في الأوقاف المعقبة؟

إجابة على ذلك فإن قرار لمحكمة النقض قضى بأن الصفة في الدعوى تستمد من وثائق الملف وموضوع الدعوى، ولما كانت الأوقاف المعقبة توضع، عملا بالفصل 118 من مدونة الأوقاف، تحت مراقبة إدارة الأوقاف، التي تتولى حسب نفس الفصل تعيين ناظر الأوقاف المعقبة في حالة عدم تعيينه من طرف الواقف، فإن تقديم نظارة الأوقاف لدعوى الطرد للاحتلال بدون سند لعقار أدلت بما يفيد كونه حبسا، يندمج ضمن وظيفة الرقابة المخولة لها قانونا. والتي تلزمها بالحفاظ على الأملاك المحبسة، ومن باب ذلك رفع دعوى الطرد[330].

---

[328]- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، قسم الإلغاء رقم 122 الصادر بتاريخ 2 فبراير 2006 في الملف رقم 04/7/296، أوردته صابرينا البجدايني، القواعد الإجرائية في مدونة الأوقاف، دار نشر المعرفة.الرباط.2015، ص 79.

[329]- قرار محكمة النقض عدد 1755، المؤخر في 2012/04/03 ملف مدني عدد 2011/3/1/4181، منشور ب سلسلة دليل العمل القضائي تحت عنوان: المنازعات الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجهات محكمة النقض، الجزء الثاني، العدد الثاني، 2014 ، ص 13.

[330]- قرار محكمة النقض عدد 166، المؤرخ في 2013/04/02 ملف مدني عدد2011/3/1/4278، منشور سلسلة دليل العمل القضائي ، م س، ص 16.

و منه فإن صاحب الصفة هو ناظر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في حالة عدم تعيين الناظر من طرف الواقف، وإلا ناظر الأوقاف المعقبة في حالة تعيينه من قبل الواقف.

فإذا كانت مدونة الأوقاف نصت صراحة في المادة 50 على أن الوقف العام يتمتع بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام مدونة الأوقاف، وتعتبر ممثله القانوني، وفي المادة 56 نصت على أنه تمثل الأوقاف العامة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف أو من تنتدبه لهذا الغرض، فإنها في نفس السياق نصت في المادة 118 منها على أنه توضع الأوقاف المعقبة تحت مراقبة إدارة الأوقاف، ويتولى النظر في شؤون كل وقف معقب ناظر خاص به يعين من طرف الواقف وإلا فمن طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بعد استشارة الموقوف عليهم، وأضافت المادة 119 إلى أنه يعهد إلى ناظر الأوقاف المعقبة بتسيير المال الموقوف، والمحافظة عليه، ورعاية شؤونه، فالمحافظة هنا تقتضي الدفاع عنه مما يدل على صفته في التقاضي.

الفقرة الثانية: الموقف الفقهي و القضائي المقيد لوسائل إثبات الوقف

أولا: الموقف الفقهي

يمثل الموقف الفقهي المقيد لوسائل إثبات الوقف الفقيه التسولي[331] الذي قيد وتشدد في الوقف سواء في إنشائه أو في إثباته، فقد جاء في البهجة في شرح التحفة أن الإشهاد شرط صحة في التبرعات من حيث هي وفي كل ما كان من غير عوض كالتوكيل والضمان ونحوهما، ولا يختص الإشهاد بالتبرع على الصغير فقط إذ لا معنى لكونه شرطا في الصغير دون الكبير كما قد يتبادر ، وحينئذ فإذا قال حبست أو تصدقت أو وكلت أو أوصيت ولم يقل أشهدوا علي بذلك ولم يفهم من حاله أنه قصدهم إلى الإشهاد عليه فإنه لا يصح شيء من ذلك، وكذا لو كتب ذلك ولم يشهدهم عليه فلا ينفذ شيء منه لأنه قد يقول أو يكتب وهو غير عازم على شيء من ذلك كما صرحوا به في الوصية، واستدل بقول ابن

[331] - التسولي: هو علي بن عبد السلام بن علي ، أبو الحسن التسولي، توفي سنة 1258هـ بفاس، فقيه من علماء المالكية من مؤلفاته: البهجة في شرح التحفة، - شرح مختصر الشيخ بهرام. انظر الزركلي، ج4، م س ، ص 299.0

القاسم: مثله في الرجل يقول لولده أصلح نفسك ولك كذا فإنه إذا لم يشهد لا شيء له لاحتمال أنه يريد التحريض[332]. فحسب الفقيه التسولي فإنه لا يعتد بالوثيقة التي لم تتضمن الإشهاد على الحبس، فهو لم يقتصر فقط على اشتراط وثيقة التحبيس لإثبات الوقف وإنما اشترط في هذه الوثيقة أن تتضمن الإشهاد على الواقف بالوقف، بالإضافة إلى أنه، اشترط تعيين وتحديد الملك المحبس، ونقل رأي العبدوسي[333] في المعيار من أنه يبطل إذا حبس الواقف جميع ما يملكه بقرية كذا من الدور والجنات على صغار بنيه وحازه لهم ثم توفي والبطلان هنا لعدم تعيين الأملاك المحبسة[334].

وفيما يتعلق بتشدده في إثبات التحبيس أيضا جاء عنه، أنه إذا استحقت الدار ونحوها بالحبس فلا يقضي للقائم به إلا بعد إثبات التحبيس وملك المحبس لما حبس يوم التحبيس والإعذار فيه للمقوم عليه لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه كما أن المشتري لا يقضي له بما اشتراه إلا بعد ثبوت الملك لبائعه[335].

أما ما يتعلق بشرط الحوز فإن الفقيه التسولي يرى أنه لا بد فيه من المعاينة ولا يكفي الإقرار بالحوز من المحبس والمحبس عليه، فلو قالوا في الوثيقة حوزا تاما 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، فلو وجد الحبس بيد المحبس عليه بعد حصول المانع وادعى أنه حازه قبله فإنه لا يصدق اتفاقا عند ابن رشد إلى أن تقوم له بينة على دعواه كما في الرهن[336]. وهنا لا تكفي وثيقة التحبيس وإنما يلزم توفر بند الإشهاد على الحوز بالمعاينة من الشهود وليس مجرد الإقرار، كما أن الشك في حالة عدم بيان أن الحوز تم بالإقرار أو بالمعاينة فيبطل في الغالب حسبه الوقف.

---

[332]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 374.

[333] - عبد الله العبدوسي: هو عبد الله بن محمد بن موسى بن معطي، المعروف بالعبدوسي التلمساني أبو محمد كان رباعا، مات سنة 849هـ . له نظم حسن في شهادة السماع وفتاوى كثيرة. انظر بدر الدين القرافي، توشيح الديباج، م س، ص 95.

[334]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص375.

[335]- نفسه، ص 376.

[336]- نفسه، ص 380.

وتبعا للتقييد في إثبات الوقف حسب هذا الموقف فإن الوسائل الأخرى غير رسم التحبيس تبقى غير عاملة في الإثبات، كالحوالة الحبسية و شهادة السماع، والشهادات اللفيفية، وغيرها[337].

وهنا يرى الفقيه التسولي أيضا بخصوص الحوالة الحبسية أنه: "قد عمت البلوى في هذه البلدة بكون الرجل يعاوض أو يستأجر ما خرب من الحبس أو قل نفعه وتمزق رسوم ما عاوض به، ويأخذ رسم المعاوضة ولا يكتب على الحوالة بإزاء ما وقعت فيه المعاوضة أن ذلك المحل انتقل للرجل بالمعاوضة للاستخفاف بحقوق الناس والاتكال على رسم المعاوضة الذي بيد الرجل فيضيع رسم المعاوضة الذي بيده لطول العهد ونحو ذلك، فيقوم ناظر الأحباس عليه أو على ورثته بما في دفتر الأحباس وحوالتها، ويحتج عليه بأن المحل الذي بيده حبس، وأن الحبس، لا يحاز عليه فلا يجد الرجل ما يدفعه به فيأخذ الناظر المحلين، المحل الذي دفع الرجل له لتصرف الحبس فيه المدة الطويلة، والمحل الذي أخذه بالاستحقاق من الرجل، ولا تجدهم يكتبون المعاوضة أو الجزاء والاستئجار بإزاء ما في الحوالة إلا في النزر القليل، وهذا كله لو كان ما قام به الناظر ثابتا في الحوالة بعدلين مع ثبوت ملك المحبس والحيازة عنه وادعى الحائز معاوضته أو لم يدع شيئا، أما إذا كان في الحوالة مجرد زمام فقط كما هو غالبها فإنه لا يقضي به بحال على المعمول به. (واستشهد الفقيه التسولي بقول البرزلي فيما يوجد مكتوبا على ظهر الكتب أنها حبس) قال لا يعمل بذلك على ما به العمل إلا إذا أثبت أصل تحبيسه بعدلين معروفين، وثبت أن الأصل كان ملكا للمحبس إلى أن حبسه وثبتت حيازته عنه، ونظمه في العمل المطلق ولا فرق بين في الحولة من أن المحل الفلاني حبس، وبين ما يكتب من التحبيس على ظهر أوراق الكتاب، أو فخذ الفرس، إذ كل منهما لا يزيد على أن هذا المحل حبس، فالكل محض زمام بغير شهادة"[338]. ويزيد من الموقف المضيق للفقيه التسولي عدم تسليمه وأخذه برأي الشاطبي حينما اعتبر هذا الأخير أن زمام الأحباس يعمل به إذا لم يوجد ما هو أثبت منه. ويرى

[337]- عبد الرزاق اصبيحي، أطروحة الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م س، ص 104.
[338]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 392.

الفقيه التسولي أنه لا يلتفت إلى قول الشاطبي وأنه لم يرى أحدا اليوم يقضي بزمام الحوالة والقضاء به يفتقر إلى الإعذار فيه ولا إعذار في مجرد زمام[339].

وبهذا الخصوص أجاب الأستاذ محمد التاويل على هذا الرأي بأن الحوالات الحبسية ليست كلها مجرد زمام فإن فيها ما هو متضمن لرسم التحبيس- باعتراف منه- فتعميم الحكم مع قصور العلة لا ينبغي[340]. كما أن مسألة ضياع رسم الشراء أو المعاوضة وبقاء الحبس مسجلا في دفتر الحوالة لا يفيد لأن الحائز لما في الحوالة إذا ادعى أنه اشتراه هو أو من ورثه عنه وضاع له الرسم كان ذلك اعترافا منه بأصل الحبس والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت خلافه، فالحيازة وحدها لا تكفي استنادا لخاصية أن الحبس لا يحاز عليه، لأن فيه حق الله وحق الغائبين والغائب لا يحاز عليه كما أن هذا الافتراض أن يكون تسلط عليها بجاهه ونفوذه أو في غفلة عن المسؤولين عن الأحباس[341].

أما شهادة السماع فحسب نفس الرأي المقيد لوسائل الإثبات فإن الأصل أنها غير مقبولة لأنها مبنية على الظن باستنادها إلى علم الغير، والأصل أن يشهد الإنسان بما علم، لذلك تردد فقهاء هذا الاتجاه في قبولها لإثبات الحبس، وهو ما يلاحظ عند التسولي عند قوله أن الشهادة على السماع في الأحباس جائزة لطول زمانها يشهدون أنّا لم نزل نسمع أن هذه الدار حبس تحاز بما تحاز به الأحباس، لكن حملها ابن ناجي[342] على خلاف ظاهرها فقال، قصد بقوله تحاز القطع بذلك، فيقولون: نعلم أنها تحاز بحوز الأحباس على القطع لا أنه داخل تحت السماع، وعلى ذلك حمله ابن رشد، ونقله ابن فتوح[343] وغيره على المذهب وبه العمل، ولننظر كيف أن شهادة السماع التي إنما سميت بذلك لاستنادها إلى السماع، يريدون أن تستند إلى العلم والقطع، وهذا منتهى التضييق لحالات قبولها كوسيلة لإثبات الحبس،

---

[339]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 392

[340]- محمد التاويل، إثبات الحبس في الفقه الإسلامي، مداخلة ضمن أشغال ندوة" الإثبات في المادة الحبسية" المنظمة بمقر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالرباط بتاريخ 28-29 يونيو 2005 ، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، م س، ص 16

[341]- عبد الرازق اصبيحي، أطروحة الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م س، ص 106.

[342]- ابن ناجي: هو أبو الفضل أبو القاسم بن عيسى الشهير بابن ناجي التنوني القرواني، توفي سنة 837 هـ. من مؤلفاته: شرح المدونة وزيادات على معالم الإيمان انظر محمد مخلوف، م س، ج 1، ص 622.

[343]- ابن فتوح: هو أبو محمد عبد الله بن فتوح بن موسى بن عبد الواحد السبتي ثم الأندلسي لفقيه الصالح، توفي سنة 460 هـ من مؤلفاته: الوثائق المجموعة، جمع فيها كتب الوثائق . انظر محمد مخلوف، م س، ج2 ص10.

وفي نفس الاتجاه لا يعتد بالشهادات اللفيفية التي تلجأ إليها الأوقاف لإثبات استحقاق الحبس ولو انبنت هذه الشهادة على الحيازة الطويلة للأوقاف، أما رسم التصفح الذي يصيغه العدول بناء على تصفحهم لكنانيش الأحباس فيعامل على أساس أنه وثيقة من صنع الأوقاف لا تقوم به حجة ولا ينهض به دليل[344].

لكل ذلك فإن هذا الموقف يقيد إثبات الوقف برسم التحبيس المستجمع لكافة أركانه وشروط صحته ويستبعد ما عداه من وسائل لذلك نجد الفقيه التسولي استهل بحث باب التبرعات في كتاب البهجة في شرح التحفة بقوله: "أن الحبس والهبة والصدقة وما يتصل بها من العمرى والإرفاق والحيازة، قال الغرناطي: تذكر في الوثيقة تسمية المحبس والمحبس عليه وموضعه وتحديده والمعرفة بقدره وتوليته الحيازة لبنيه 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 إخلائها وإن كان المحبس عليه مالكا أمره ذكرت قبضه للحبس ونزوله فيه وقبوله وضمنت معاينة القبض، وكذا تعقد في الصدقات والهبات"[345].

على هدى هذا الرأي نجد جانبا مهما في القضاء سار على منواله وقيد بدوره من وسائل الإثبات في المسائل المعروضة عليه، سواء في المرحلة الابتدائية أو الاستئنافية، أو حتى لدى المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا، وهو ما سيتم إبرازه تاليا قبل التطرق إلى الموقف الميسر لوسائل الإثبات.

ثانيا: الموقف القضائي

إن الموقف الفقهي السابق والمقيد لوسائل إثبات الوقف انعكس على جانب مهم من الموقف القضائي وهو بصدد نظره في حل النزاعات المعروضة عليه، وتم التشبث به في مختلف مراحل التقاضي، حيث بنى قضائه على الموقف السابق المستبعد لمختلف وسائل الإثبات والمشترط في وثيقة التحبيس للشروط السالفة الذكر، ومنه يتبين فيما يتعلق باشتراط

[344]- عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، مطبعة الأمنية الرباط 2009، ص 112.
[345]- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 367.

توفر رسم التحبيس على هذه البيانات أن المجلس الأعلى سابقا علل في أحد قراراته بأنه: «... من المقرر فقها وقضاء أن استحقاق الحبس لا يكون إلا بعد إثبات موجباته ومنها ملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس ومعاينة الشهود لحيازته من طرف المحبس عليهم، وبالرجوع إلى أوراق الملف يتبين أن الطالبة لم تدلي بما يفيد ملكية المحبس للشيء المحبس لاسيما والمطلوبون ينكرون في كافة المراحل نسبة محل النزاع إلى المحبس مدعين حوزه وملكه إرثا من أسلافهم واستدلوا على ذلك بموجب رسم التصرف وعقد قسمة ورسوم الشراء، والمحكمة عندما ثبت لها من دراسة وثائق الملف أن شروط الدعوى غير قائمة لعدم إثبات الطالبة ملكية المحبس للشيء المحبس ولعدم معاينة حيازته تكون أقامت قضاءها على أساس صحيح وتكفي هذه العلة في صحة القرار وما ورد بهذا الأخير من أسباب أخرى يعتبر زائدا يستقيم بدونها، وبالتالي فما أثير في الوسائل أعلاه غير مؤسس»[346].

وجاء في قرار آخر« حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أنه اقتصر في تعليل ما قضى به تجاهها على أنها اكتفت بالإدلاء برسم الإحصاء لإثبات ادعائها وهو لا يكون حجة لاعتبار حجيته مقصورة عليها فقط ولا تتعداها إلى غيرها وبذلك فهو لا ينزع به الملك المتنازع فيه من يد حائزته المستأنف عليها التي تحوزه بيقين ولا ينزع منها إلا بيقين كما هو مستقر عليه فقها وقضاء. إنما عليها في هذا المقام أن تثبت- كما جاء في الجزء الثاني من البهجة- التحبيس وملك المحبس يوم التحبيس لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه. وأنها ما دامت لم تدل بأي شيء مما ذكر يبقى تعرضها عاريا عن أي إثبات... »[347].

وفي قرار لنفس المجلس جاء فيه: «لكن ردا على الوسيلة أعلاه فإن الطاعنة باعتبارها متعرضة ملزمة بإثبات تعرضها بحجة قوية، وأن ما أدلى به لإثبات الحبس من حجج المتمثلة في رسم إثبات الحبس ورسم إحصاء المتروك ورسم التقويم، لا تتوفر فيه الشروط والبيانات الواجبة تضمينها في وثيقة الحبس، ومنها أن يذكر فيها اسم وموقع الشيء المحبس وحدوده لنفي الجهالة عنه. وأن المحكمة غير ملزمة بإجراء معاينة إلا إذا

[346]- قرار عدد 333 المؤرخ في 2007/01/31 ملف مدني عدد 2004/3/1/1575، قرار غير منشور.
[347]- قرار المجلس الأعلى (سابقا) عدد 1570 المؤرخ في 2008/04/23، ملف مدني عدد 2006/1/1/1445، غير منشور.

كانت لازمة للفصل في الدعوى، ولا هي ملزمة بمناقشة حجة طالب التحفيظ ما لم يدعم المتعرض تعرضه بحجة مقبولة. وبذلك فإن القرار المطعون فيه حين أورد في تعليله أن رسم التحبيس المعتمد من المتعرضين يذكر اسم العرصة التي بالمنزه، دون ذكر أوصافها من حيث الحدود والموقع، كما أن رسم الإحصاء المذكور أعلاه هو مجرد تقييد لمجموعة من الأملاك نسبت لملاي الطيب بن العربي، ومن ضمنها العرصة بالمنزه دون ذكر أوصافها وحدودها، وهذا الرسم لا يصح الاحتجاج به فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار المطعون فيه معللا سليما ومرتكزا على أساس قانوني والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار»[348].

من خلال هاته القرارات فإنه لا يكفي الإدلاء برسم التحبيس لإثبات الوقف وإنما لا بد من أن يستجمع هذا الرسم لكافة الشروط المعتبرة لإنشاء الوقف بالإضافة إلى الشروط التوثيقية والسابق الإشارة إليها في الفصل الأول من هذا البحث.

أما فيما يتعلق باستبعاد الوسائل الأخرى لإثبات الوقف حسب نفس الفقه، فإنه بالنسبة لشهادة اللفيف. جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالناظور أنه: «وحيث بالنظر لما ذكر يكون ما نعته المستأنفة مردود لأن أسباب الطعن لا تستقيم مع هذه العلل، والتي ارتأت المحكمة تبنيها، خاصة وأنه لا ذكر في الرسم العدلي لإسم المدعى فيه، فضلا عن كون أركان الوقف وهي الواقف والموقوف و الموقوف عليه والصيغة (حسب ذ. شهبون عقود التبرع في الفقه المالكي ص 27) غير متوفرة كلها في اللفيف، ولا تصح الشهادة لإثبات الوقف حسب نفس الفقيه (ص 118) إلا إذا حصل العلم للشاهد بالمشهود له والمشهود عليه والمشهود به، مع معرفة اسم الواقف ولو كان الوقف قديما (ص 125)، كما أن مجلس الاستئناف الشرعي من خلال القرار19 ص 210 من المجلد 07 ذهب إلى أنه لا عبرة بشهادة اللفيف لإثبات الحبس طالما أن رسم الحبس لم يوجد لأجله يتعين رد الطعن»[349].

---

[348]- قرار المجلس الأعلى (سابقا) عدد 3933 المؤرخ في 2011/09/20، ملف مدني عدد 2009/1/1/2545، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 150.

[349]- قرار محكمة الاستئناف بالناظور عدد 288 مؤرخ في 2012/04/24، ملف مدني عدد 11/583، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 121.

ونفس التوجه سارت عليه محكمة الاستئناف بالرشيدية حيث جاء في قرارها « أن شهادة الملكية تتحدث عن ملك محبس دون أن تكلف نفسها عبء إثبات هذا الحبس ومن قدمه لفائدة المسجد المشار إليه أعلاه وأن اللفيف المدلى به مجرد لائحة شهود خال من شروط الملك المنصوص عليها فقها»[350].

وبخصوص الحيازة كوسيلة للإثبات في الدعوى الوقفية فإنه جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالناظور أنه: «حيث إن تمسك المستأنفة بالحيازة وإن كانت أمرا غير ثابت من وثائق الملف، فإن الحيازة المجردة غير كافية...»[351].

ونفس هذا التوجه أخذت به محكمة النقض حينما لم تحترم قاعدة الحبس يحوز ولا يحاز عليه، وأخذت المحكمة برسم الشراء المستند إلى ملكية مؤرخة بتاريخ 29 أبريل 1993 على الرغم من أن نظارة الأوقاف بالناظور أكرت الأرض موضوع النزاع من سنة 1993 إلى سنة 1994 ولكن رغم ذلك فالمحكمة مصدرة القرار عللت بأنه لا مجال لإعمال مجرد ثبوت الحبس بالسماع الفاشي، ولو اقترن بالحيازة، فالحبس لا يثبت إلا بالسماع من الشهود على ألسنة أهل العدل وغيرهم...، وجاء في القرار أيضا أن الحيازة المقرونة بالشهادة اللفيفية لا يمكن الاعتداد بها للإثبات، ولو أن الأوقاف حازت العقار موضوع النزاع لأكثر من عشرين سنة»[352].

هذا فيما يتعلق بالوسائل التقليدية للإثبات، أما فيما يتعلق بالحوالة الحبسية، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بفاس: « وحيث إنه وعلى فرض قيام وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالتعرض على التحديد الإداري بخصوص الملك موضوع مطلبها على الشكل وضمن الآجال القانونية، فإنها وإن أدلت بالشهادة العلمية التي يعود تاريخها إلى فاتح جمادى الثانية 1344 فإنه يثبت من هذه الشهادة أنها تعود لما يزيد عن 83 عاما، لذا وجب

[350]- قرار رقم 408 صادر بتاريخ 9 ماي 2011 في الملف عدد 6/3/402 أوردته صابرينا البجدايني، م س، ص 84.
[351]- قرار رقم 7 صادر بتاريخ 28 يناير 2009 أوردته صابرينا البجدايني، م س، ص 86.
[352]- قرار محكمة النقض عدد 3/522 صادر بتاريخ 12 نونبر 2013 في الملف المدني عدد 2012/3/1/3790 أوردته صابرينا البجدايني، م س، ص 85.

التعريف بهذا الرسم. كما أن الشهادة وعلى علتها فهي لا تفيد إلا اطلاع الشاهدين على صحائف الأحباس أو ما يعرف بالحوالة وشهادتهما أن ما عليه بهذه الصحائف هي لجانب الأحباس دون تعيين الشيء المحبس ووصفه بحدوده ومساحته وموقعه لكي تكون شهادتهما قائمة على الشيء المطالب بموجبه مطلب التحفيظ، إضافة إلى أن ما ثبت لشاهدي الرسم المذكور لا عمل عليه لأنه مجرد اطلاع على صفائح الأحباس وهذه الصفائح لا يثبت بها الحبس عملا بقول المحل المطلق:

وما على ظهر كتاب يوجد من رسم تحبيس بلا من يشهد

ليس بعامـل إلى أن يعلما الواقف بالشهـود أو يثبـت ما

يفيـد أن الخـط للمحبـس وملكـه لأصـل وحـوز الحبـس

وحيث ليس في الرسم المستظهر به من قبل وزارة الأوقاف أي شرط من الشروط المذكورة، وحيث وجب القول بناء على ما ذكر أن الاستئناف غير مؤسس، وأن الحكم المستأنف وارد في محله ووجب تأييده »[353].

وفي حكم لابتدائية القصر الكبير جاء فيه: «حيث إن من شروط صحة الحبس حسبما نص عليه الفقهاء المعتمدون أنه لا يثبت لمدعيه إلا بعد إثبات التحبيس، وملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس، وتعيين الملك المحبس بالحيازة له على ما تصلح فيه الحيازة... وإذا لم يقع الإثبات وفق ما بين أعلاه وإنما اكتفى بمجرد حوالة الأحباس، فلا يقضى بالحبس، ولا تعتبر وحدها. بل نصوا على أن رسم الحبس إذا لم ينص على الحوز للشيء المحبس، وكان الشيء المحبس بيد غير المحبس عليه، فلا يعمل بالحبس... لا فرق في ذلك بين أن يكون الحبس عاما كما في النازلة أو خاصا، لكون الحبس مما يحاز عليه أيضا»[354].

---

[353]- قرار محكمة الاستئناف بفاس عدد 222، مؤرخ في 2006/06/28، ملف عقاري عدد 8/05/471، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 193.

[354]- حكم ابتدائية القصر الكبير عدد 378 بتاريخ 1979/08/30، أورده عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م س، ص 116.

وفي نفس السياق سارت استئنافية مراكش حيث جاء في قرارها: «حيث إن الحوالة الحبسية لا تثبت الحبس لمدعيه، إذ لا بد من إظهار رسم التحبيس المتوفر على شروط الحبس، لأنها مجرد تقييد لا تغني عن رسم التحبيس لما حبس يوم التحبيس، والحيازة على ما تصح به الحيازة... لذلك فإن محكمة الاستئناف تعتبرها مجرد تقييدات من صنع المستأنفة، لا قيمة لها»[355].

إذا كان الموقف المقيد من وسائل الإثبات في المادة الوقفية قد استبعد الوسائل السابق الإشارة إليها فإن كناش الإحصاء بدوره لم يسلم من هذا الاستبعاد، وهو ما جسده قرار المجلس الأعلى سابقا حيث جاء فيه: «إن القرار حين علل بأن الثابت من خلال البحث والمعاينة في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية أن المتعرضين يحوزون الجزء المتعرض على تحفيظه لمدة تفوق عشر سنوات، ومما يؤكد هذه الحيازة علاوة على شهادة الشهود مظاهر الاستغلال بالحرث وتشجير المكان، وأن الحيازة تشكل حجة قانونية، أما حجة طالبة التحفيظ المتمثلة في النسخة المستخرجة من كناش الإحصاء فهي وثيقة من صنع يدها وغير ذات قيمة إثباتية وأن ادعاؤها بأن هذه الوثيقة مستندة في الأصل على رسوم مثبتة لتملكها عجزت عن الإدلاء بها، وأن ما أثير بخصوص الإراثات غير مجد ما دامت حيازة المتعرضين ثابتة وفق ما ذكر، وأن ما ورد بمحضر المعاينة المجراة استئنافيا من التنصيص فيه على تأكيد شهود لما صرح به الشاهد السابق لهم لا يعني أنه لم يتم الاستماع إليهم على انفراد، وإنما يعني تماثل التصريحات المؤداة على انفراد تفاديا لتكرار نفس التضمينات، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا، وغير خارق للفصول المحتج بها والوسائل بالتالي جميعها غير مرتكزة على أساس"[356]، وبذلك اعتبر القرار أن النسخة المستخرجة من كناش الإحصاء لا تنفع في إثبات الحبس.

---

[355]- قرار استئنافية مراكش عدد 4 بتاريخ 2002/1/10 ملف رقم 2000/1590، أورده عبد الرزاق اصبيحي، م س، ص 111.

[356] - قرار المجلس الأعلى عدد 943، المؤرخ في 2008/03/12 ملف مدني عدد 2006/1/1/2763، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 162.

من خلال هذا الموقف القضائي يتبين أن جانبا مهما من القضاء المغربي سار مع الاتجاه المقيد لإثبات الوقف المعبر عنه سابقا، غير أن الأمر ليس على إطلاقه حيث وجد وحتى في نفس الفترة موقف فقهي وقضائي تبنى الإطلاق في إثبات الوقف وأخذ بمختلف وسائل الإثبات، وهو ما سيتم دراسته تاليا.

المطلب الثاني: الإطلاق في إثبات الوقف

يجب التنبيه أولا إلى الفرق الجوهري بين مرحلة إنشاء الوقف ومرحلة إثباته، ذلك أن المرحلة الأولى هي مرحلة ممهدة لوجود الحق ولا ضير في التشدد فيها حتى ينشأ صحيحا غير مخالف للضوابط الشرعية، أما مرحلة إثبات الوقف فهي مرحلة لاحقة لوجود الحق، والهدف منها هي كشف حقيقة وجوده، والاختلاف بين هاتين المرحلتين هو اختلاف في الأحكام والآثار معا، والتشدد المطلوب هو تشدد في الإنشاء وليس في الإثبات وهو ما سقط فيه الاتجاه المقيد لوسائل الإثبات، لذا ينبغي الفصل بين الوسائل التي أمر الشرع الناس باتخاذها لحماية حقوقهم وبين الوسائل المتبعة لاستخراج الحقوق وحمايتها، والقرآن الكريم ذكر الوسائل الواجب اتخاذها لحماية الحقوق فدعا الناس إلى ما يكفل لهم حفظ الحقوق ويجنبهم النزاع في آية المداينة، ففيها الدعوة إلى الإشهاد والكتابة وأخذ الرهن مع ذكر تفصيلات لتلك الوسائل، أما الوسائل المتبعة في استخراج الحقوق وحمايتها فلم يفصل فيها القرآن لذلك كانت الوسائل التي يعتمدها القاضي في إصدار حكمه أوسع وأمرن من الوسائل التي يوثق بها الناس معاملاتهم[357]، وبذلك فالفرق واضح بين مرحلة إنشاء الوقف ومرحلة إثباته وهو الأمر الذي تنبه إليه الاتجاه الميسر لوسائل إثبات الوقف (الفقرة الأولى)، ونحى نحو اتجاه قضائي مهم كذلك (الفقرة الثانية).

[357] - عبد الرزاق اصبيحي، م س، ص 124.

الفقرة الأولى: الموقف الفقهي الميسر لوسائل الإثبات

أولا- التأصيل الفقهي لتيسير إثبات الوقف

على خلاف الرأي السابق، تمت رأي يأخذ بمبدأ الإطلاق في وسائل الإثبات في إثبات الوقف، ومستند هذا الرأي ما هو مقرر فقها من طرق الإثبات، وتجدر الإشارة أولا إلى أنه حتى في هذا الاتجاه الذي يوسع من وسائل الإثبات يوجد رأيان أولهما يحصر وسائل الإثبات في طائفة معينة، والثاني يطلق وسائل الإثبات لتشمل كل ما يبين الحق ويظهره، مما يمكن جعله مستندا لبناء الأحكام، بحيث يجيزون إثبات الحق بأي دليل ممكن ما دام منضبطا لقواعد الشرع، محققا مقصد القضاء في إظهار الحق، فأصحاب حصر طرق الإثبات في طائفة محددة هم الحنفية والمالكية في المعتمد والشافعية والظاهرية، وهم مختلفون فيما بينهم في بعض هذه الطرق، فبعضهم توسع كما هو الحال عند المالكية وبعضهم ضيق حتى حصرها في بضعة طرق هي علم القاضي والإقرار والشهادة، مستندهم أنها ما نصت عليه آيات الكتاب وأحاديث السنة وبينته من طرق الإثبات، فيقتصرون عليها في بناء الأحكام لما فيها من كفاية وسد حاجة، فلا يجوز استحداث وسائل أخرى غيرها مما أنتجه العقل ولم يأت به نص من قبل الشارع الحكيم، أما الرأي الثاني فيقول به ابن تيمية[358] وابن القيم[359] وابن فرحون والشوكاني وآخرون، حيث يطلقون طرق الإثبات ولا يحصرونها في عدد محدد، لعدم وجود نص صريح يحدد طرق الإثبات ويحصرها في عدد محدد، واستدلوا بقصة سيدنا يوسف عليه السلام، وكذلك بفعل الصحابة حيث حكموا بالقرائن التي ظهرت لهم[360].

---

[358] - ابن تيمية: هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن ابي القاسم ابن الخضر بن محمد بن تيمية الحراني ثم الدمشقي الحنبلي، الإمام الفقيه المجتهد المحدث الحافظ المفسر الأصولي الزاهد تقي الدين أبو العباس، (ولد سنة 661 هـ - 1263 م) كان داعية إصلاح في الدين، آية في التفسير والأصول، وقد امتحن وأوذي مرات عدة وحبس، توفي رحمه الله سنة (728 هـ - 1328م) من مؤلفاته: السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية – الفتاوى . انظر عمر رضا كحالة، م س، ج 1 ص 163

[359] - ابن القيم الجوزية: محمد بن أبي بكر ابن جرير الزرعي ثم الدمشقي، الفقيه الأصولي المفسر، النحوي العارف شمس الدين، أبو عبد الله بن قيم الجوزية، ولد سنة 691 هـ، توفي سنة 751 هـ من تأليفه: " تهذيب سنن أبي داوود – زاد المعاد في هدي خير العباد، إعلام الموقعين عن رب العالمين. انظر زين الدين رجب الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة ، تحقيق عبد الرحمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 2005،ج 2 ص 448

[360] - سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 30.

عموما يمكن القول أن البينة – والتي يقصد بها البعض الشهادة – هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، و سمى النبي ﷺ الشهود بينة، لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم، كوقوع البيان بقول الرسول عليه الصلاة والسلام، فلم تأت البينة في القرآن الكريم مراد بها الشهود، وإنما أتت مراد بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، ونقل ابن الفرس في أحكام القرآن عن القاضي اسماعيل أن العمل بالحكم بالقرائن[361].

ومن تم يتبين أن الشارع ترك للقاضي الأخذ بالقرائن واستنباطها كيف ما شاء، وترك له حرية التقصي فلا يحكم إلا وضميره مطمئن هادئ مستريح من الاستنتاج والبحث[362]، وبذلك فالقاضي له الرجوع إلى مختلف وسائل الإثبات التي تبين الحق وتظهره، على أن يتقيد بالطرق التي أقرتها الشريعة سواء ما ورد به نص أو استنبطه الأئمة بالاجتهاد، وتقيده بالشروط الشرعية في وسائل الإثبات عامة[363]، لكل ذلك فقد تصدى الفقهاء لمختلف وسائل الإثبات وأفردوها بأحكام بغية تحصينها وأدائها لدورها المتمثل في إبراز الحق فهي بذلك وسائل تعطي لكل ذي حق حقه ويتلمس من خلالها القاضي الحقيقة الواقعية، غير أن الحديث عن الاتجاهين السابقين لا يفيد في شيء الحديث عن الاتجاه المقيد لوسائل إثبات الوقف وجعلها في رسم التحبيس وفق الشروط المتحدث عنها سابقا، وإنما يفيد في كون الاتجاه الميسر أو المطلق لوسائل الإثبات عموما ينقسم إلى من يريد حصر هذه الوسائل في عدد معين وفي من يطلقها لتشمل كل ما يبين الحق ويظهره والنتيجة بذلك سواء في التوسيع من طرق إثبات الوقف، لذلك نجد رأيا فقهيا مهما سار على نهج الإطلاق في وسائل الإثبات عموما، وحصن بها الوقف خصوصا وجعل الوقف يثبت بمختلف الوسائل التي تظهر الحق وتبينه، ولم يقتصر في ذلك على ما أورده أصحاب الاتجاه المقيد، ومن ذلك نجد ردا على الاتجاه المقيد لوسائل الإثبات والذي قيد حتى في رسم التحبيس من وجوب توفر الشروط كلها بذكر المساحة والتحديد في الوقف، نجد أنه

---

361 - لمزيد من التوسع انظر:

✓ الإمام 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" خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعلي، ج الأول، دار عالم الكتب، الرياض 2003، ص 184.

362 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 622.

363 - نفسه، ص 621.

جاء في فتح الباري أن الغزالي ذكر في فتاويه أن من قال أشهدوا علي أن جميع أملاكي وقف على كذا وذكر مصرفها ولم يحدد شيئا منها صارت جميعا وقفا، ولا يضر جهل الشهود بالحدود[364].

أما فيما يتعلق بوسائل إثبات الوقف فإنه يثبت بالإشاعة بشروطها بأن يطول زمن السماع، قال ابن سهل[365]: وصفة شهادة السماع في الأحباس أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدّها كذا، وأنه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين سنة، متقدمة التاريخ، عن شهادته هذه سماعا فاشيا مستفيضا من أهل العدل وغيرهم، أن هذه الدار حبس على كذا، أو حبس فقط، ويشهد الآخر بذلك[366]، ويثبت بالبينة وبالإشاعة بين الناس وبالكتابة[367].

وجاء في الفروق أنه يثبت الوقف بشاهد ويمين وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية في قول، والحنابلة في رواية، خلافا للحنفية، كما يثبت بشاهدين ذكرين من باب أولى[368].

وجاء في مذاهب الحكام في نوازل الأحكام أن شهادة الشهود في الاسترعاء في الحبس المقيد في نظر هذه الورقة ينبغي أن تعتبر، فإن كانوا من أهل العدالة البينة والتحقيق بالعلم بالشهادة فقد يتوجه حمل شهادتهم على الكمال، وأنهم عرفوا الحبس بالسماع الفاشي المستفيض من أهل العدل وغيرهم، أو من شهادة قوم عدول أشهدوهم على شهادتهم فأضربوا في عقد الاسترعاء عن ذكر معرفتهم للحبس، واقتصروا على ذكر مجرد المعرفة منهم فقط، كما أن الشهادة على الخط جائزة على مذهب من لا يجيز الشهادة على خط الشاهد إلا في الحبس لا في الغلة عند من فرق بين الحبس والغلة[369].

---

364 - الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، م س، ص 396.

365 - ابن سهل: هو ابو الأصبغ عيسى بن سهل الأسدي القرطبي الإمام الفقيه الموثق النوازلي، توفي سنة 486 هـ / 1093م، من مؤلفاته: الإعلام بنوازل الأحكام. انظر ابن بشكوال، الصلة، تحقيق ابراهيم الإبياري، دار الكتاب اللبناني بيروت، الطبعة2، سنة 1989، ج 2،ص 635

366 - الحبيب بن الطاهر، م س، ص 406.

367 - عبد الرحمان الغرياني، م س، ص 220.

368 - القرافي، م س، ص 227.

369- القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تقديم وتحقيق وتعليق محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الثانية، 1997، ص 198.

كما جاء في الوثائق المختصرة لأبي إسحاق الغرناطي أن شهادة السماع تجوز في ثمانية وعشرين موضع من ضمنها الأحباس والصدقات، وذكر نظم القاضي أبو الوليد بن رشد:

أيـــا ســائلــي عمــا ينفـذ حكمــه ويثبت سمعا دون عليم بأصله

ففي العزل والتجريـح والكفـر بعده وفـي سفــه أو ضــد ذلك كـلــه

وفي البيع والأحباس والصدقات مع رضــاع وخلـع ونكـاح وحله[370]

وجاء عند ابن فرحون[371] من استرعى في حبس وكان تاريخ الحبس والاسترعاء واحد كان جائزا، ومن استرعى في حبس على تقية إتّقاها ثم أشهد بعد ذلك بإمضائه جاز، لأنه على ملكه[372].

وجاء في مواهب الجليل فيما يخص اليمين أنه: " ليس له رد اليمين لأن الحبس لا يماثل ملك المبيع لأن مصيره للأعقاب والمرجع ولا يحلف أحد عن أحد، ولو نكل إذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحبس عليه بنكوله فهذه وجوه تمنع رد اليمين في الحبس، والباجي قال اختلف هل على المنكر يمين فقال بعضهم عليه اليمين وبعضهم لا يمين عليه، وقال ابن زرب في رجل حبس مالا وثبت حوزه فادعى بعض ورثته أن الحبس رجع إليه وسكن فيه حتى مات وأراد تعليق المحبس عليهم فقلت لا يمين عليهم، وقال بعض فقهاء عصرنا عليهم اليمين[373].

من خلال ما سبق يتبين أن جانبا مهما من الفقه سار في اتجاه تيسير إثبات الوقف ولم يساير ما ذهب إليه الاتجاه الأول من الأخذ في إثبات الوقف برسم التحبيس المستجمع لكافة شروط إنشاء الوقف فقط، وهم بذلك فرقوا بين ما هو من قبيل متطلبات إنشاء الوقف وما هو من مستلزمات إثباته، فأعملوا البينة في إثباته لإظهار الحق من الباطل وإعطاء لكل ذي

---

[370]- أبي اسحاق الغرناطي، م س، ص 232.

[371]- ابن فرحون: ابراهيم بن علي بن محمد بن محمد بن محمد بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون اليعمري المدني، أبو الوفاء، ولد بالمدينة ونشأ بها من مؤلفاته: طبقات المالكية، التبصرة . انظر بدر الدين القرافي، توشيح الديباج، م س، ص 23.

[372]- ابن فرحون، ج الأول، م س، ص 4.

[373]- الحطاب الرعيني، م س، ص 628.

حق حقه، وبهذا يكون هذا الرأي أخذ بكل الوسائل وتلمس كل الطرق خاصة إذا علمنا أن الحجة مآلها الضياع بتسرب السنين إليها، لذلك التجأوا إلى استنباط الأحكام الكفيلة بصيانة الحقوق من الضياع، ولعل أظهر ما ذهب إليه الاتجاه الميسر لإثبات الوقف هو ما عبر عنه ابن عاصم الأندلسي في تحفة الحكام حيث جاء فيها:

ثالثة لا توجـب الحق نعـم توجب توقيفا به حكم الحكـم

وهْيَ شهادة بقطعٍ ارتُضِـيَ وبقـي الإعـذار فيمـا تقتضي

...

وشاهد عدل به الأصل وقـفْ ولا يـزال مـن يـدٍ بهـا أُلِفْ

وبـاتـفـاق وقـفُ مـا يُـفـادُ منـه إذا مـا أمِنَ الفسـادُ

وحيثمـا يكـون حـال البَيِّنـهْ في حق من يحكم غير بينه

...

والمدعي كالعبد والنِّشْدَانُ ثُبوتـه قـام بـه البـرهـان

أو السمـاع أن عبـده أبِـقْ إن طلب توقيف فهْوَ مستحق

لخمسـة أو فـوقهـا يسيرا حيـث ادعـى بينة حضورا

وإن تكـن بعيـدة المدعـي عليه ما القسم عنه ارتفَعَا

كذاك مع عدلٍ بنِشْدانٍ شهدْ وبعد باقيهم يمينه تـرد[374]

وفي شهادة السماع قال:

وأعملـت شهـادة السماع في الحمل والنكاح والرضاع

[374]- أبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، م س، ص 26.

...

وحبس من حاز من السنينا عليــه مــا يناهـز العشرينـا[375]

ثانيا - الطرق التي يثبت بها الوقف حسب هذا الاتجاه[376]

أ- يثبت الوقف بالدليل الكتابي:

يندرج ضمن الدليل الكتابي:

1– رسم الوقف: الذي هو الوثيقة التي يدون فيها عقد الوقف، وهنا تجدر الإشارة إلى أن المذهب المالكي لم يحط إنشاء الوقف بأي شكل من الأشكال، وعليه يعتبر الوقف قائما بمجرد أن يعبر الواقف صراحة عن إنشائه للوقف بمحضر من يشهد عليه قوله، بشرط أن تكون الألفاظ المستعملة واضحة، فقد جرت العادة بإثبات الوقف في عقد محرر من طرف القاضي[377]، وبعد ذلك تم توثيق عقد الوقف من طرف العدلين المنتصبين للإشهاد، بناء على طلب من المحبس للإشهاد على التحبيس ويتم بموجبه توثيق عملية التحبيس وفق الشروط التي يتم في إطارها تحرير الوثائق العدلية ويخاطب عليها القاضي المكلف بالتوثيق، طبقا لما هو مسطر في قانون خطة العدالة، حيث يعتبر هذا الرسم هو الأصل في الإثبات وأقواه دليلا على وجود الوقف، حيث يجب كما تمت الإشارة إليه سابقا أن يكون مستجمعا لكافة أركانه وشروطه من ذكر المحبس وأصل ملكيته وصيغة التحبيس والمحبس عليه وتعيين الشيء المحبس وحوزه، وإشهاد العدلين على التحبيس ومعاينتهما لحوز المحبس عليه للشيء المحبس.... وذلك حتى يكون هذا الرسم حجة منتجة في الإثبات ترجح على ما عداه من الحجج[378].

---

[375] - ابن عاصم، م س، ص 27.

[376]- سيتم الإقتصار على ذكر هذه الوسائل بدون تفصيل وذلك تبيانا للموقف الذي أخذ بها تيسيرا لإثبات الوقف، على أن يعاد التطرق إليها بتفصيل في الباب الثاني من هذه الدراسة.

[377]- علي بن شقرون، المؤسسة القانونية للوقف من خلال بعض أدوار الاحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1990-1991، ص 63.

[378]- زكرياء العماري، م س، ص 296.

من هنا يتبين أن الخصوصية التي تطبع تحرير الوثيقة في مجال الوقف تتجلى - بالإضافة إلى ما هو مقرر في تحرير باقي أنواع الوثائق- في الإشهاد على الوقف وفي معاينة البينة للحوز وليس الاكتفاء بالإقرار به فقط، كما سبقت الإشارة إليه في بحث تكوين الوقف، ومن تم وجب الإلمام بما هو من خصوصيات المادة الوقفية قصد الإحتراز من مهبة ضياع الملك الوقفي بعدم التنصيص في الوثيقة على ما هو من خصوصيات المادة الوقفية.

وهكذا فإنه في الحالة التي يفقد فيها رسم التحبيس أحد العناصر الأساسية اللازمة لقيام الحبس، فإن القضاء يرفض اعتباره حجة في الإثبات، إما لعدم تعيين موقع وحدود الشيء المحبس، أو إغفال بيان أصل التملك أو لتخلف شرط الحوز في الرسم.... فبيان مثلا أصل ملكية المحبس يعد ضروريا يتوقف عليه صحة رسم التحبيس، فقد ورد في قرار للمجلس الأعلى سابقا أنه من المقرر فقها وقضاء أن استحقاق الحبس لا يكون إلا بعد إثبات موجباته ومنها ملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس ومعاينة الشهود لحيازته من طرف المحبس عليهم، ولما كانت الطالبة لم تدل بما يفيد ملكية المحبس للشيء المحبس، فإن المحكمة عندما اعتبرت أن شروط الدعوى غير قائمة لعدم إثبات الطالبة ملكية المحبس للشيء المحبس، ولعدم معاينة حيازته تكون أقامت قضاءها على أساس صحيح[379]، على أنه تجدر الإشارة إلى عدم إمكانية انتقال المحرر هنا من رسمي إلى محرر عرفي على ما سيتم توضيحه لاحقا في الباب الثاني المتعلق بالوسائل الواجب الأخذ بها في ثبوت الوقف.

2– **الحوالة الحبسية**: لما كان إنشاء الوقف لا يخضع حسب المذهب المالكي لأي شكل من الأشكال حيث يعتبر قائما بمجرد أن يعبر الواقف صراحة عن إنشائه فإنه في غياب توثيقه، أو في الحالة التي يحرر فيها رسم بذلك ويضيع هذا الرسم، فإن إثباته يتم كذلك بالحوالة الحبسية التي تعتبر مرجعا أساسيا لإدارة الأوقاف في إحصاء الممتلكات الوقفية وضبطها والحفاظ عليها، فهي سجلات أحصيت فيها الأملاك الوقفية بحيث تشتمل على توثيق دقيق للمعلومات والمعطيات المتعلقة بالواقفين والموقوف عليهم والصيغة والمحل ومختلف العمليات والتصرفات التي خضعت لها من كراء ومعاوضة ومناقلة

[379]- قرار عدد 333 المؤرخ في 2007/01/31 ملف مدني عدد 2004/3/1/1575 أورده زكرياء العماري، م س، ص 297.

وقسمة كما يوجد من الحوالات الحبسية ما يتضمن أيضا رسوم التحبيس المتعلقة بالأملاك المضمنة فيها، في حالة وجوده، كما يوجد من الحوالات الحبسية كذلك ما هو مخاطب على رسم التحبيس الموجود فيها من قبل القاضي الشيء الذي يكسبها الرسمية[380]. والحوالة الحبسية هي مؤسسة ابتكرها المغاربة منذ عدة قرون، تعد وسيلة فعالة لإثبات الوقف وصيانته، وقد اعتنى الملوك المغاربة بها، ولعل الحوالات الإسماعيلية الكثيرة أكبر دليل على ذلك، حيث تمتاز بدقة معانيها وشمول وصفها وروعة أسلوبها، فكانت تعتمد الصيغة العربية في الأرقام وكان يهيؤها أهم القضاة والنظار والعدول الذين يحضون بثقة السلطان ويتمتعون بقدر كبير من التقوى والزهد والورع والاستقامة، وتجدر الإشارة إلى أن الحوالة الحبسية سميت كذلك لأنها مشتقة من الحول وهو العام، لأنها كانت تجدد كل سنة في الغالب[381].

وبالنسبة لإعمال الحوالة الحبسية في الإثبات فهي لا تعتبر دائما مجرد زمام لا يعمل به كما يقول أصحاب الرأي المقيد من وسائل الإثبات، فالحوالة إذا ما توافرت فيها الشروط المعتد بها شرعا اعتبرت حجة، فهي بالإضافة إلى كونها مكتوبة ويتوفر فيها شرط الكتابة، فإن زادت توفر الشروط الأخرى اعتبرت حجة لما هو مضمن فيها، على غرار الورقة الرسمية التي يجب أن تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية وإلا افتقدت لصفة الرسمية، ومن جهة أخرى فباعتبار الحوالة هي نسخ للرسم المنشأ للوقف أو التصرف المنشأ له خاصة إذا علمنا أن هذه النسخ صدرت من العدول بعد ثبوت أصولها عند القضاة، وقد كان قاضي الجماعة هو المختص بالإشهاد على مطابقة النسخ المسطرة، وتسمى هي المطابقة بالاستقلال، فإن الاعتداد بنسخ الرسوم الأصلية كحجة مكرسا كذلك في قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 440 وما بعده بشرط الإشهاد بمطابقتها لأصولها من قبل المأذون لهم بهذا الإشهاد، وهو ما يتوفر في الحوالات الحبسية، لذلك وجب

[380]- زكرياء العماري، م س، ص 298.
[381]- علي بن شقرون، م س، ص 112.

اعتبارها كالورقة الرسمية وبالتالي إعمالها والقول بما جاء فيها والحكم بمضمونها، ما دامت مسطرة في الحوالة من التصرف الأصلي ومؤشر عليها بالاستقلال[382].

3– **السجلات والكنانيش الحبسية:** إضافة إلى الحوالة الحبسية فإن إدارة الأوقاف تعتمد في إثبات الصبغة الحبسية للعقارات، على التقييدات المضمنة بالسجلات والكنانيش الحبسية[383] هذه الأخيرة عبارة عن دفاتر تتولى إدارة الأوقاف مسكها وتضمن فيها جميع المعاملات المتعلقة بالتصرفات والمعاملات الجارية على الأملاك المحبسة من إحصاء ومعاوضة وكراء وسمسرة وغيرها، وتجد أساسها القانوني في ظهير 8 شعبان 1331 هجرية المتعلق بتحديد سلطة إدارة الأحباس العمومية، والذي ألزم السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بمسك مجموعة من الكنانيش والسجلات الحبسية والتي تقتضيها إدارة الأوقاف[384].

وقد إعتمدت وزارة الأوقاف في ضبط أملاك الوقف وتسييرها في التاريخ الوسيط من تاريخ المغرب على وضع الحوالات الحبسية لإحصاء أملاك الوقف والحفاظ عليه من الضياع، وإبتدأ ذلك من الدولة المرابطية والموحدية والإمارة الوطاسية والدولة السعدية، وإزدهرت في عهد الدولة المرينية، وإنتظمت وإنتشرت وعمت في عهد الدولة العلوية، لترتقي بعد ذلك في عهد ملوك الدولة المغربية فقد تم إحداث كنانيش وسجلات أكثر دقة وتنظيمها في ضبط شؤون الوقف العام والمعقب[385].

وكان الكناش ذو الإثنى عشرة ضلعا هو الأساس لتقييد مداخيل النظارة فيتعين أن يطبق إستعماله بدقة وإهتمام، وذلك بإثبات جميع الأملاك الحبوسية بهذا الكناش بالضلع رقم 2 سواء كانت مهدمه أو فارغة أو منفذة، هذا بالنسبة للمدن أما بالنسبة لأحباس القبائل فإن

---

[382]- محمد الشيلح، القيمة القانونية للحوالة الحبسية من خلال قراءة في حوالة أحباس الضعفاء والمارستان بفاس، مجلة محاكمة، العدد 2 مارس/ ماي، 2007، ص 26 وما يليها.

[383]- مصدر اللفظ كنش الثوب فتل أطرافه، المسواك الخشن لين رأسه أكنش من الأمر أعجله، الكناشة مجموعة كالدفاتير تدرج فيها الشوارد والفوائد الكناشة، الواحدة كناشة ويجمع الكناش في النطق العام على وزن الكنانيش – مصطفى عبد السلام المهماه، م س، ص 155.

[384]- زكرياء العماري م س ص 301.

[385]- للاطلاع على أنواع وعدد الكنانشي يرجع، مصطفى عبد السلام المهماه، م س، ص 156.

كناش النتائج الفلاحية، هو أساس المداخيل الفلاحية سواء منها التي بالقبائل أو المدن وذلك فيما يخص إكراء الأراضي وبيع الغلل[386].

ويعد كناش لقيد جميع أملاك الأحباس في كل مكان، وكناش مطالب الأكرية لأجل بعيد، من بين الكنانيش الثمانية الممسوكة لدى السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، من الكنانيش المهمة، ذلك أن الكناش الأول يعرف بكناش الإحصاء يحتوي على التقييدات المتعلقة بإحصاء وضبط الأملاك الحبسية، ولا سيما الإحصاء الأول للأملاك الوقفية الذي أجري في بداية عهد الحماية بناء على الظهير الشريف المؤرخ في فاتح محرم 1331 الموافق لـ 11 ديسمبر 1915، المتعلق بتكوين لجان للبحث عن أملاك الأوقاف وتقويمها، أما الكناش الثاني والذي يعرف بكناش الكراء فتدون فيه جميع المعاملات المتعلقة بعمليات الكراء التي تخضع لها الأملاك الحبسية سواء تعلق الأمر بالرباع أم بالأراضي الفلاحية، ويتم الإعتماد على هذين الكنانيش كحجة في الإثبات وكدليل على حبسية الأملاك المضمنة فيها، إما بموجب الإحصاء أو بموجب عمليات الكراء وذلك عن طريق انتداب عدلين للإطلاع على هذين الكناشين وتحرير وثيقة يوثقون فيها ما يعاينونه من خلال تصفحهم لهذه السجلات والمتعلقة بالأملاك موضوع النزاع[387].

وعلى هذا فإنه إذا علم أن عقارا وقف واشتهر ذلك ولكن تقادم عهده وماتت شهوده ولم تعلم مصارفه ولا مقدار ما يصرف إلى المستحقين ولا شروط الصرف إليهم يرجع إلى صك الوقف إن كانت له صورة في سجلات القضاة المصونة وإن لم توجد له صورة فيها يرجع إلى ما كان يفعله النظار من قديم الزمان في هذا الوقف فيتبع لأن الظاهر من حالهم أنهم كانوا يفعلون ما يفعلونه موافقين لشروط الواقف[388]، وبالأحرى ما هو مضمن بالحوالة الحبسية والسجلات الممسوكة لدى السلطة الحكومية المكلف بالوقف، فحسب الظهائر السلطانية الشريفة يتبين أن الإثبات بالحوالة الحبسية أمر مسلم به إذ القضاة أنفسهم كانوا

386 - علي بن شقرون، م س، ص 178.
387 - زكرياء العماري، م س، ص 301.
388 - عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س، ص 141.

يطالبون بهذه الحوالات[389]، كما أن الكنانيش والسجلات يجب اعتبارها وسيلة كاملة في الإثبات باعتبار أن الأساس الشرعي لها يكمن في الأوامر والظهائر السلطانية التي صدرت في شأن الإلزام بمسكها من قبل المأذون لهم بذلك، لذلك وجب أن توصف بسجلات الدولة ومن ثم تعتبر دليلا كتابيا ذات طبيعة رسمية[390].

ب- يثبت الوقف بغير الكتابة

لما كانت العديد من الأملاك الوقفية لا يتوفر فيها رسم التحبيس إما لعدم إنجازه أصلا لكونه أنشأ شفويا أو لكون الرسوم والوثائق المتعلقة بالوقف قد ضاعت أو تلفت لعدة أسباب أبرزها تسرب السنين إليها، كان لابد من الالتجاء إلى الدليل غير المكتوب والذي من ضمنه:

1- الإقـــرار

بإعتبار الإقرار اعتراف وإخبار عن ثبوت حق الغير على المقر أي هو إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر، فإنه يعتبر أقوى الأدلة ما لم يظهر بطلانه، لأن الظن المستفاد منه مقدم على الظن المستفاد من غيره كالشهادة وغيرها من وسائل الإثبات وأقوى منها، لأن مهمة الكذب وريبة الإفك لا يتطرقان إليه، كما أن وازع المقر عن إقراره هو طبيعي بخلاف الشاهد الذي يكون وازعه شرعي، والوازع الطبيعي أقوى من الوازع الشرعي، فمتى توفرت في الإقرار شروطه وأركانه وجب على القاضي الحكم به وتقديمه على ما يعارضه[391].

والإقرار بالوقف إما أن يكون إقرار قضائيا أو إقرار غير قضائي، فإذا أقر الإنسان في حال صحته بأن مالا من أمواله وقف، ثبت وقفه بإقراره ويقضى به ويصبح ملزما للواقف ولورثته من بعده متى كان مستوفيا شروطه بأن يكون الواقف المقر غير محجور عليه لصغر أوجنون أو سفه أو دين، ولا مدينا بدين يستغرق ماله، وأن يكون في مجلس

[389] - محمد الشيلح، "القيمة القانونية للحوالة الحبسية من خلال قراءة في حوالة أحباس الضعفاء والمارستان بفاس"، م س، ص 20.
[390] - زكرياء العماري، م س، ص 303.
[391] - سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 134.

القضاء، لأن الإقرار الذي يتم أمام القاضي هو المعول عليه في الحكم، وهو المعتبر والملزم للمقر لانتفاء شبهة التزوير والتلفيق وهو الذي يتمتع بالحجية القاطعة[392].

أما الإقرار غير القضائي فهو الذي يقع خارج مجلس القضاء، أو في مجلس القضاء ولكن في دعوى بعيدة عن محل الإقرار، فهذا النوع من الإقرار لا يتمتع بالحجية التي يتمتع بها الإقرار القضائي فهو غير ملزم للقاضي، وله فيه سلطة تقديرية، فهو بمنزلة الواقعة التي يعود تقديرها إلى القاضي[393]، غير أنه إذا دعم هذا الإقرار بالبينة حكم له بمقتضاه سواء كانت هذه البينة هي الشهادة أو توجيه اليمين إليه بعدم الإقرار[394].

على أنه يجب التنبيه إلى أن الإقرار حجة قاصرة على المقر ملزمة له فيما أقر ولا يتعداه إلى غيره ما لم يصدقه، فالقوة الإثباتية التي يتمتع بها الإقرار فقها وقانونا تقتصر على المقر نفسه ولا تتعداه إلى غيره، وهنا الإقرار يخالف غيره من طرق الإثبات بكونه لا يتعدى حدود المقر[395]، ومثاله أنه إذا ادعى شخص ملكية وقف فصدقة ورثة الواقف على الملكية فإنه لا يعتبر تصديقهم ولا يسري على الوقف، ويمكن أن يكون تصديقهم حجة عليهم يلزمون بدفع قيمته إلى المدعي، كما أن إقرار الناظر على الوقف بما لا يملك إنشاءه يعتبر غير صحيح[396].

ومنه فإن الإقرار ينصرف إلى الإقرار على النفس وليس على الغير ويكون فيما يملك المقر وليس فيما لا يملك حتى ولو كان وصيا أو مشرفا، فإذا أقر الشخص بطوعه واختياره بأن الأرض التي في يده هي وقف صح إقراره وأصبحت الأرض وقفا على الفقراء إذا لم يعين واقفها ولا الجهة الموقوفة عليها، ولا يعتبر أنه هو الواقف لهذه الأرض ما لم يثبت أنها كانت ملكا له وقت الإقرار، ومثل ذلك ما إذا أقر بأن الأرض التي في يده هي وقف وعين الجهة الموقوف عليها صح إقراره وأصبحت الأرض وقفا على الذين عينهم ولو لم ينسب الأرض إلى واقف معين، أما إذا ذكر المقر واقفا للأرض وسماه عند الإقرار،

---

392 - عبد الكريم شهبون، م س، ص 116.
393 - سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 136.
394 - عبد الكريم شهبون، م س، ص 116.
395 - سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 137.
396 - عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س، ص 140.

كأن يقول المقر أن هذه الأرض موقوفة وأن الواقف فلان فإنه لا يثبت الوقف ما لم يصدقه الواقف إن كان حيا، أو يصدقه ورثته إن كان ميتا، لأن الإقرار لا يتعدى إلى غير المقر ما لم يصدقه ذلك الغير، إذا لم تكن الأرض في يد المقر[397]، عموما يعد الإقرار وسيلة إثبات مهمة في الوقف ثم إعمالها لحماية الوقف وصونه وفقا للشروط المتطلبة فيه والإستثناءات الواردة عليه.

2- الشهـــادة:

تعد الشهادة أكثر طرق الإثبات تداولا وشيوعا فقد حظيت باهتمام كبير من طرف الفقه الإسلامي، حتى اعتبرت من أهم طرق الإثبات باعتبارها أكثر البينات اشتهارا وانتشارا وقبولا، لتيسيرها وسهولة الوصول إليها، غير أنه ليس المعنى أنها أكثر حجية من باقي وسائل الإثبات الأخرى وإنما حجيتها تكمن في أنه يمكن أن يتوصل بها إلى إثبات كل ما يحتاج إلى إثبات، لأنها تفيد غالب الظن ولا تفيد العلم اليقين[398].

وللشهادة التي يثبت بها الحبس عدة أنواع، كما أن لكل نوع تفريعات، ولكل فرع توجد آراء فقهية متعددة وحتى متعارضة داخل نفس المذهب الفقهي، لذلك ستقتصر الدراسة هنا سيرا على النهج السابق، على الشهادة كوسيلة إثبات إجمالا مع ما يعضض الأخذ بها في إثبات الوقف حسب الاتجاه الميسر لوسائل إثبات الوقف.

وعليه فإن من ضمن أنواع الشهادة المثبتة للوقف، الشهادة بالحبس بتا، وشهادة السماع، فالشهادة الأولى يقصد بها شهادة عدلين أو من يقوم مقامهما بأنهما يعرفان المحل الفلاني ويعرفان أنه حبس – ولا يشهدون على المحبس بالتحبيس – معتمدين في شهادتهم على السماع المتواتر أو المستفيض المفيد للعلم أو الظن القوي، ولا يصرحون بالسماع، ويكفي أن يقولوا نعلم أنه حبس يحاز بما تحاز به الأحباس، حتى ولو كان بين الشاهد والمحبس مآت السنين، لأنه يستند إلى العلم أو الظن القوي الحاصل له من السماع البالغ حد

[397] - عبد الكريم شهبون، م س، ص 117.
[398] - سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 154.

التواتر أو الاستفاضة أن المحل الفلاني حبس والشاهدين في هذه الشاهدة لا يلزمهم تعيين المحبس ولا الشهادة بثبوت ملكه لما حبسه، وهذه الشهادة ينزع بها من يد الحائز[399].

أما شهادة السماع فهي أن تشهد بينة السماع على حبس شيء بأن تقول لا زلنا نسمع من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة أن الشيء الفلاني حبس ونعلم أنه يحترم بحرمة الأحباس فتتم حبسيته بشهادتهما[400].

ومن شروط هذه الشهادة أن يصرح الشهود بالسماع الفاشي من العدول وغيرهم وأن يصرحوا في شهادتهم بأنها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمتها، غير أنه اختلف في هذه الأخيرة أي ما تشتمل عليه من بيان أنها تحاز بما تحاز الأحباس وتحترم بحرمتها، اختلف فيها في اكتفاء السماع بذلك وعدم القطع، أو لابد من القطع بذلك بحيث يقولون نعرف أو نعلم بأنها تحاز بما تحاز به الأحباس، فإن لم يقطعوا بذلك بطلت شهادتهم، وهو الراجح في المذهب[401]، كما أن لهذه الشهادة موجبات أخرى، وآثار مختلف فيها لا يسع ذكرها هنا وإنما يقتصر على أن المالكية والحنابلة قبلوا الأخذ بها للضرورة لأن شهود الأصل قد يموتون، وإن لم تقبل شهادة السماع تعرضت الأحباس للنهب والضياع[402]، كما أن الفقه أخذ في إثبات الوقف وهو ما يبرز خصوصيته حتى بالشهادة على الشهادة بشرائطها، والشهادة حسبة والشهادة على الخط، ومنه يتبين أن الفقه تلمس حماية الوقف وصيانته من الضياع ببحث مختلف الطرق المؤدية إلى إثباته ومنه إلى إحقاق الحق، ولعل بحث الفقه لمختلف أنواع الشهادات العاملة في الوقف والتحوط عليها بعديد من الشروط والأحكام دليل على وجوب الأخذ بها كوسيلة إثبات في دعوى الوقف.

399 - محمد التاويل، " وسائل إثبات الحبس في الفقه الإسلامي"، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، م س، ص 16.
400 - عبد الكريم شهبون، م س، ص 119.
401 - محمد التاويل، م س، ص 16.
402 - نفسه، ص 16.

3- الحيـــــازة[403]

باعتبار الحيازة هي سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على الشيء أو على حق عيني على منقول أو عقار، فإنها تنقسم بمعنى وضع اليد إلى حيازة استحقاقية بحيث يستحق بها الحائز الشيء المحوز ويتملكه بتوفر شروطها، وتعد بهذا المعنى ضمن أسباب كسب الملكية، وإلى حيازة عرضية التي يطلق عليها الحيازة التصرفية والتي تتيح لصاحبها التصرف في الشيء والإنتفاع به، فهو لا يحوز هنا الشيء الذي بيده إلا بمقتضى سند قانوني يخول له ذلك كعقد الكراء مثلا، وهذه الحيازة القانونية المادية تفتقد للركن المعنوي الذي هو نية التملك، بحيث يكون الحائز ملزما بردها إلى صاحبها عند زوال سند الحيازة، والحيازة المقصودة هنا هي الحيازة الاستحقاقية التي تنقسم بدورها بحسب العقار المنصب عليه إلى حيازة يثبت بها تملك العقار، وإلى حيازة تقطع النزاع وترد دعوى القائم، فالأولى تنصب على عقار يجهل أصله لمن كان قبل الحائز كإحياء أرض الموات والثانية هي الحيازة القاطعة لحق الغير على العقار المحاز بعد إثبات موجباتها الشرعية[404].

وبهذا تعتبر الحيازة الطويلة غير المنازع فيها قرينة قوية على صحة الملكية وبالتالي سببا مشروعا لاكتسابها، و الوقف يستفيد من هذه الحيازة لإثبات نسبة الملك إليه، حيث تعتبر الحيازة عشرة سنين بشروطها إحدى الوسائل المثبتة للحبس، سواء سمى شهود الحيازة المحبس أم لم يسموه، وسواء كان المنازع للحبس غير من سماه الشهود أو كان هو، إذا ما ضمن الشهود سماعهم للتحبيس منه، أو أنها حيزت عليه عشر سنين فأكثر وهو حاضر عالم ساكت بلا عذر، وصورتها أن حاز ناظر الأوقاف ملكا بإسم الوقف وتصرف فيه عشر سنين ثم قام من يدعي ملكيته لم تسمع بينته ويقضى به للحبس[405].

---

[403] - يجب التنبيه أولا إلى الفرق بين الحوز والحيازة في المادة الوقفية:
فالمقصود بالحوز: كما تقدم بيانه في هذه الدراسة هو شرط تمام إنشاء الوقف بحيث تشهد البينة أن الموقوف عليه قد حاز الملك الموقوف معاينة وذلك حتى يتم إنشاء الوقف على الوجه الصحيح، فهو أي الحوز مطلوب ابتداء في حين أن الحيازة: وباعتبارها هي وضع اليد على الملك وباعتبار تشابهها مع الحوز في هذه الخاصية إلا أن المقصود بها في المادة الوقفية هو اعتبارها وسيلة إثبات ومثالها أن الأوقاف تضع يدها على ملك بالشروط المعتبرة ليثبت بعد ذلك بواقعة الحيازة أن هذا الملك هو للأوقاف، وبالتالي يمكن أن يتحول الحوز إلى حيازة وليس العكس صحيح.

[404] - أحمد برادة غزيول، م س، ص 14.

[405] - عبد الرزاق أصبيحي، " الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب "، م س، ص 128.

مع التنبيه إلى أنه في الحالة المعاكسة التي يحوز فيها شخص حبسا عشر سنين الحيازة الشرعية ثم يقوم مدعي الحبس عليه ويثبته فإنه يقضى به للحبس، ولا تنفع الحائز حيازته ولو طالت لأكثر من عشر سنين، لأن الوقف يحوز ولا يحاز عليه، وهنا يخالف أصحاب الرأي الميسر لوسائل الإثبات ممثلا في ابن رشد وغيره، يخالف أصحاب الرأي المقيد بحيث يرى الفقيه التسولي أن الحبس يحاز عليه كغيره من الأملاك[406].

ويرد على هذا الموقف المقيد بأن الحبس يتعلق به حق الله تعالى وحق الغائب، والغائب لا يحاز عليه، كما أن علة القضاء بالحيازة هو اعتبار سكوت المحوز عليه مع حضوره وعلمه وعدم المانع بمثابة اعتراف للحائز بما يدعيه بناء على أن السكوت يدل على الرضا، والحبس ليس له مستحق معين حتى يعتبر سكوته رضا، وسكوت ناظر الأحباس لا يعتد به، لأنه لو أقر للخصم بملكية ما يدعيه لم يصح إقراره لأنه إقرار على الغير، والإجماع على أنه لا يؤاخذ أحد بإقرار غيره[407].

ويمكن إيراد هذه الحيازة في شهادة لفيف الحيازة والتصرف والتي هي شهادة يشهد شهودها بأن إدارة أو نظارة الأوقاف تحوز الأرض مثلا موضوع الشهادة المدة المعتبرة شرعا وتتصرف فيها تصرف المالك في ملكه والناس ينسبونها إليها وهي تنسبها لنفسها، من غير منازع وتدون هذه الشهادة في رسم يحرره العدول ويخاطب عليه قاضي التوثيق، ويعرف هذا الرسم برسم الحيازة والتصرف أو موجب إثبات الملكية، ويدخل في حكمه أيضا رسم الاستمرار[408].

بهذا يتبين أن هذا الموقف أخذ بمختلف وسائل الإثبات والتي تم إيرادها باقتضاب، والغاية هو إيراد ما يأخذ به هذا الرأي من توسيع وتيسير وسائل إثبات الوقف، فإذا ما ثبت ذلك، توجهت الدراسة إلى الموقف القضائي من هذا الاتجاه خصوصا إذا علمنا أن جانبا منه نحا نحو الرأي الأول المقيد من وسائل إثبات الوقف، والقصد من إيراده مستقلا هو إبراز التوجه القضائي الميسر للأخذ بوسائل الإثبات المخالف للتوجه القضائي المؤيد للاتجاه

406 - محمد التاويل، م س، ص 19.
407 - نفسه، ص 19.
408 - زكرياء العماري، م س، ص 304.

المقيد لوسائل الإثبات، وهذا التعارض ليس في تطور تاريخي أو تدرج في اجتهاد قضائي وإنما هو تعارض طبع نفس الفترة الزمنية وحتى في نفس الوقت على مختلف درجات التقاضي خصوصا لدى محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا).

الفقرة الثانية: الموقف القضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف

على غرار الموقف الفقهي السابق الآخذ بمختلف وسائل إثبات الوقف سار جانب مهم من القضاء في اتجاه التيسير مرتكزين على ما قرره الموقف الفقهي السابق، وبذلك يكون هذا الموقف القضائي قد عاكس ما تبناه الموقف الفقهي والقضائي المقيد لوسائل إثبات الوقف، ويتلمس ذلك في القرارات والأحكام العديدة التي تبنت الأخذ بالدليل الكتابي (أولا) وبما عداه من أدلة في حالة عدم وجوده (ثانيا).

أولا - إثبات الوقف بالأدلة المكتوبة

ستعتمد الدراسة على نفس التقسيم السابق وبالتالي سيتم البحث هنا في كل من رسم التحبيس وإن كان لا يثير إشكالا كبيرا عدى ضرورة التوفر على كافة أركانه، إضافة إلى الحوالة الحبسية والسجلات والكنانيش الممسوكة لدى الإدارة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

أ- رسم التحبيس

جاء في قرار للمجلس الأعلى (سابقا): **"لكن ردا على السبب أعلاه، فإن الطاعنين باعتبارهم متعرضين ملزمون بإثبات ما يدعونه من حبس وثائق صحيحة، وأن ما أدلوا به من حجج لإثبات ذلك، والمتمثلة في رسم إثبات الحبس وإحصاء المتروك ورسم تقويم أملاك خالية من البيانات اللازم توفرها في وثيقة الحبس من ذكر اسم الشيء المحبس وموقعه وحدوده لنفي جهالة عنه، وأن المحكمة غير ملزمة بمناقشة حجة طالب التحفيظ إلا بعد تدعيم المتعرض لتعرضه بحجة مقبولة شرعا، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين أورد في تعليله أن رسم التحبيس المعتمد من المتعرضين ذكر اسم العرصة التي بالمنزه دون ذكر أوصافها من حيث الحدود والموقع، كما أن رسم الاحصاء المذكور هو مجرد تقييد لمجموعة من الأملاك نسبة لـ..... ، ومن ضمنها العرصة بالمنزه دون ذكر**

أوصافها وحدودها وهذا الرسم لا يصح الاحتجاج به، فإنه نتيجة لذلك يكون القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا، وغير خارق لحق الدفاع، والسبب بالتالي غير جدير بالاعتبار..."[409].

وهنا فإنه إذا كان رسم التحبيس يعد وسيلة إثبات فعالة فإنه وبالعكس من ذلك إذا فقد أحد عناصره الأساسية فإنه يفقد حجيته وبالتالي يصبح هو والعدم سواء على خلاف تحول الورقة الرسمية إلى عرفية في حالة فقد أحد عناصر الرسمية فيها، وما يزيد من خصوصية المادة الوقفية في هذا المجال كون رسم التحبيس إذا لم يشر إلى أركان وشروط إنشاء الوقف السابق دراستها فإنه يفقد حجيته بالمرة وكأنه لم يكن، تبعا لبطلان التصرف ذاته، وهو ما ذهبت إليه استئنافية طنجة حينما استبعدت رسم التحبيس الذي لا ينص على شرط الحوز حيث نصت على أنه: **"من المقرر فقها وقضاء أنه يشترط لتمام الحبس أو الوقف حصول الحوز باعتبار أن الحوز شرط أساسي في كل التبرعات ومنها الحبس، وهو ما أشار إليه ابن عاصم: والحوز شرط صحة التحبيس قبل حصول موت أو تفليس"**[410]، وفي قرار للمجلس الأعلى (سابقا) جاء فيه: **"لا يقضى للقائم بالحبس إلا بعد إثبات التحبيس، ملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه، فإثبات ملكية المحبس لما حبسه شرط لاستحقاق الحبس، ويتم الإشهاد عليه في رسم الحبس باعتبار الإشهاد شرط لازما في التبرعات، وفي كل ما كان من غير عوض، فإذا قال المحبس حبسته ولم يقل أشهدوا علي بذلك، ولم يفهم من حاله أنه قصدهم إلى الإشهاد عليه فلا يصح شيء من ذلك والحبس باطل، ولا يسأل من بيده الشيء المدعى فيه، ولا من أين صار له، إلا بعد أن يثبت القائم بالحبس ملك المحبس لما حبسه وحيازة المحبس عليه للشيء المحبس حيازة صحيحة شرعا، لقول المتحف: والحوز شرط صحة التحبيس قبل حدوث موت أو تفليس، والمحكمة لما اكتفت بالقول بأن الملك موضوع الدعوى هو ملك محبس وأن عقارات الحبس لا تحاز بطول المدة، دون أن تبرز في قرارها بأن الحبس تم وفق قواعد الفقه الإسلامي التي تنظم الوقف إنشاء وحيازة**

[409] - قرار عدد 3935 المؤرخ في 2011/09/20 ملف مدني عدد 2009/1/1/1228، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 159.

[410] - قرار عدد 420 مؤرخ في 2008/04/24 ملف شرعي رقم 08/06/11، أورده زكرياء العماري، م س، ص 296.

وإشهادا ردا على ما تمسك به الطالب من أن الحبس لا يكون نافذا ومنتجا لأثاره القانونية إلا إذا اقترن بالحيازة المادية للعين المحبسة، فإنها تكون قد خرقت قواعد الفقه بشأن الحبس وعرضت قضاءها للنقض"[411].

ب- الحوالة الحبسية

جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة: **" وحيث إن المستأنف لم يدعم طلبه بأية وثيقة تثبت تملكه للمدعى فيه بخلاف المستأنفة التي أدلت بنسخ من حوالة تتضمن مجموعة من الأوقاف على الجامع السعيد بالقصر الكبير بحي..... كما أدلت بوصل الكراء صادر عن نظارة أوقاف القصر الكبير يتعلق بكراء حانوت رقم.... والواقع ب....، كما أدلت بشهادة صادرة عن نظارة الأوقاف بالعرائش تحت عدد.... بتاريخ..... يشهد فيها ناظر أوقاف العرائش بأن الحانوت رقم ... هو نفس الدكان الحبسي الواقع بالعنوان.... على اعتبار أن أوقاف القصر الكبير كانت تابعة إداريا لأوقاف العرائش، وبالتالي فإن المستأنف لاحظ له من الدكان المذكور، ويلزمه رد ذلك الملك الحبسي لصاحب الحق فيه"[412].**

من هذا القرار يتبين أن حوالة الحبس المعززة بوصل كراء صادر عن نظارة الأوقاف تعتبر حجة في إثبات الحبس وينزع بها من يد الحائز للملك الوقفي.

وفي حكم للمحكمة الابتدائية بفاس جاء فيه: **"ما دامت الحوالة الحبسية المدلى بها في القضية تتضمن كون العقار المتنازع فيه هو حبس يحاز بما تحاز به الأملاك الحبسية وتحت تصرف الأوقاف وتنطبق عليه كليا سواء من حيث الموقع أو الوصف فإنها تعد من وسائل إثبات الملك الحبسي"[413].**

---

[411] - قرار عدد 2832 المؤرخ في 2006/09/27 ملف مدني عدد 2005/3/1/2217 – أورده زكرياء العماري، م س، ص 297 (أورده في الهامش).

[412] - قرار عدد 92 مؤرخ في 2011/01/27 ملف شرعي رقم 1401/2010/250، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 219.

[413] - حكم عدد 35 مؤرخ في 2011/12/10 ملف رقم 09/13/31 أورده زكرياء العماري، م س، ص 300.

وفي قرار للمحكمة الإقليمية بالرباط: **"ونظرا لحوالة الأحباس، فقد نقل الشيخ الوزاني في حاشيته على التحفة عدة نقول (ج 3 ص 393) كلها تؤيد العمل بحوالة الأحباس.... فقد حكمت المحكمة الاستئنافية الشرعية لإقليم الرباط حضوريا بحبسية القطعة الموجودة تحت يد المدعى عليهم... وعليهم بالتخلي عنها للأحباس وتحويزها لناظرها ليجريها مجرى الأملاك المحبسة"**[414].

وجاء في قرار للمجلس الأعلى (سابقا): **"لا مجال للترجيح بين ملكية مال بيت المسلمين المعززة بالحوالة الحبسية ورسوم ملكية الخواص ولو كانت مبنية على رسوم أشرية، والثابت من الحوالة الحبسية المدلى بها في الملف أن الأرض موضوع التحبيس بيد المحبس وتحت حيازته بالكراء للقبيلتين... وأن عدم أداء من ذكر واجب الكراء في وقت ما لا يفيد في استحقاق الأرض المحبسة وإنما تبقى على صبغتها ولو طال الزمن لأن الحبس لا يملك بالحيازة ويجب أن يحترم، والمحكمة التي اعتبرت بأن: (الادعاء بكون عقار محبس يجب أن يثبت للمحكمة وجود الحبس وملكية الحبس في تاريخ التحبيس ووضع المحبس يده على العقار المحبس ويبطل التحبيس إذا لم يتبعه التسليم.....) يكون القرار فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه ومعرضا للنقض"**[415]، كما جاء في نفس هذا القرار أنه لما كانت الخبرة المنجزة ابتدائيا أفادت بأن الأرض موضوع النزاع تدخل في إطار العقارات المحبسة المنصوص عليها في الحوالة الحبسية فإن مخالفة هذا الواقع لا يتأتى إلا بإجراء محكمة الاستئناف معاينة ولو بمساعدة مهندس طبوغرافي أو أكثر وذلك لتطبيق رسوم الطرفين على المدعى فيه قبل وبعد عملية الضم.

وفي قرار آخر عن نفس المجلس جاء فيه: **" تصرف الأوقاف المستمر والحيازة الطويلة والمعززة بالحوالة الحبسية الخاصة بنيابة أحباس غياثة الشرقية المصادق عليها من طرف قاضي التوثيق بمدينة تازة سنة 1913، تعتبر حجة في إثبات الحبس مما**

---

[414] - قرار بتاريخ 1969/6/30 ملف عدد 65/185 أورده عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 127 (سنة 2009).

[415] - قرار عدد 2586 المؤرخ في 2012/05/22 ملف مدني عدد 2011/8/1/2788، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 190.

يقضي من المحكمة تطبيقها على الجزء المدعى فيه وإعمال أسباب الترجيح بينها وبين الحجج الأخرى المدلى بها في الدعوى إن كان له موجب"[416].

إضافة إلى أنه: **" بعد أن قررت محكمة الاستئناف أن الرسم لا يفيد إطلاع الشاهدين على صحائف الأحباس وما يعرف بالحوالة وشهادتهما أن ما تم التنصيص عليه بهذه الصحائف هي بجانب الأحباس دون تعيين الشيء المحبس ووصفه وحدوده ومساحته وموقعه لكي تكون شهادتهما قائمة موضوع مطلب التحفيظ وأن هذه الصحائف لا تثبت الحبس عملا بقول العمل المطلق:**

ومـا على ظهر كتـاب يوجـد من رسم تحبيس بلا من شهد

ليـس بعامـل إلـى أن يعلـم الواقـف بالشهـود أو يثبت ما

يـفيـد أن الـخـط لـمحبـس وملكـه لأصـل وحوز الحبـس

وأن الرسم المستظهر به من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ليس فيه أي شرط من الشروط المذكورة، أجاب المجلس الأعلى (سابقا) عن ذلك بأن بينة الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه يكفي في شهادة شهودها بأن الملك حبسي يحاز بما تحاز به الأحباس ومحترم بحرمتها "[417].

من خلال ما سبق يتبين أن جانبا مهما من القضاء يعتمد على الحوالة الحبسية في إثبات الملك الوقفي ويعتبرها وسيلة إثبات، سواء كانت مؤيدة بوسائل إثبات أخرى أو باعتبارها وسيلة فريدة لوحدها ومن تم اعتبارها وسيلة فعالة في الإثبات.

[416] - قرار عدد 3568 المؤرخ في 2012/08/28 ملف مدني عدد 2011/1/1/2218، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 140.

[417] - قرار 4759 المؤرخ في 2010/11/09 ملف مدني عدد 2008/1/1/2941، نفسه، ص 197.

ج- السجلات والكنانيش

فيما يخص السجلات والكنانيش باعتبارها وسيلة من وسائل إثبات الملك الوقفي والتي تطبع خصوصية الإثبات في المادة الوقفية نجد محكمة الاستئناف بمراكش قد عللت قرارها للأخذ بهذه الوسيلة بـــ: **"وحيث إن حوالة الأحباس يعمل بها كوسيلة إثبات الوقف وصيانته في الكنانيش الموجودة بالنظارات متى ثبت التحبيس وحيازته، ولم يوجد بالملف ما هو أثبت منه، وأنه كما يحتاط للحبس أن لا يدخل ما ليس منه، يحتاط أن لا يضيع منه شيء... وحيث إن هذه الحجة لما بها من تفصيل، وما هو مقرر بخصوصها فقها وقضاء من قيمة ثبوتية أرجح من رسم استغلال أرض المضمن بعدد 99 صحيفة 103 من الكناش الأول رقم 5 بتاريخ 1997/03/25 المدلى به من طرف المتعرضة "**[418].

وجاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا : **"حيث يتجلى من القرار المطعون فيه أنه بنى قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه باستحقاق المطلوبين للمدعى فيه على ما أدلوا به من حجج، وعلى أن الطالبة لم تدل بما يعارضها مكتفية بالمنازعة في الاستحقاق، وحيث يتجلى من وثائق الملف، وخاصة مذكرة جواب الطالبة عن المقال الافتتاحي للدعوى المقدمة بصفة صحيحة بتاريخ 1996/04/05، أن الطالبة المذكورة أدلت رفقة مذكرتها بصورتين مشهود بمطابقتها للأصل من رسم تصفح كناش الأحباس عدد 85/7414 ومن موجب تصرف عدد 86/1341 وعليه فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما نفت على الطالبة إدلاءها بما ذكر، تكون قد جعلت قرارها مشوبا بعيب فساد التعليل الموازي لانعدامه وعرضته بالتالي للنقض والإبطال"**[419].

ونفس التوجه ذهب فيه المجلس الأعلى سابقا في قرار بتاريخ 2010/03/23 والذي جاء فيه أن: **"المحكمة التي اعتمدت على رسم الإحصاء وعلى الخبرة التي أثبتت**

---

[418] - قرار استئنافية مراكش صادر بتاريخ 2006/05/04 في الملف رقم 05/06/3325، أورده محمد الجرموني، "الوقف المعقب بالمغرب بين المعيقات الواقعية ومحدودية الحماية القانونية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مجموعة البحث في الدراسة الميتودولوجية لقانون الالتزام ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية 2014/2013، ص 189.

[419] - قرار المجلس الأعلى عدد 1792 بتاريخ 2001/05/09 ملف مدني عدد 2000/4/1/2405 أورده عبد الرزاق أصبيحي، "الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب"، م س، ص 128.

الحيازة الطويلة الامد للأحباس مسجد ... للقطعة الفلاحية محل النزاع وتصرفها فيها بإيجارها للغير لمدة تفوق 80 سنة إلى تاريخه، للقول بأن المدعى فيه ذو صبغة حبسية يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها يكون قراراها معللا تعليلا سليما"[420].

واعتبر كذلك المجلس الأعلى سابقا: **"أن القرار موضوع الطعن بالنقض يكون معللا تعليلا كافيا ومرتكزا على أساس قانوني، عندما عللت الهيأة مصدرته قضاءها بأن الهيأة من خلال استقرائها لمستندات الملف سيما المعاينة المجراة خلال المرحلة الابتدائية، وبحث القاضي المكلف أثناء المرحلة الابتدائية تبين أن الحيازة لطالبة التحفيظ، وأن العقار المطلوب تحفيظه مسجل بكناش إحصاء الأملاك الكبرى بالصحيفة 79 تحت عدد 418 ومرقوم تحت عدد 305"**[421].

من خلال هذه القرارات يتبين أن القضاء اعتبر ما هو مضمن في السجلات والكنانيش الممسوكة لدى السلطة الحكومية المكلفة بمسكها، حجة في إثبات الملك الوقفي سواء كانت مدعمة بالحيازة الطويلة الأمد أو كانت فريدة لوحدها كما يتجلى من القرار عدد 1792 السابق الإشارة إليه، وبالتالي يظهر الجانب القضائي المعارض للتوجه القضائي الذي يرفض هذه الحجة في الإثبات، والذي لم يكن يأخذ بخصوصية الإثبات في المادة الوقفية.

ثانيا- عدم الاقتصار على الدليل الكتابي

يندرج كذلك ضمن الوسائل التي أخذ بها هذا التوجه القضائي كل الحجج غير المكتوبة، وعليه سيراعى في إيرادها نفس النهج المتبع في الفقرة الأولى المتعلقة بالتوجه الفقهي الميسر لوسائل الإثبات.

---

[420] - قرار عدد 1320 المؤرخ في 2010/03/23 ملف مدني عدد 2008/1/1/2626، أورده زكرياء العماري، م س، ص 303.

[421] - قرار عدد 3146 صادر بتاريخ 2004/11/3 في الملف المدني عدد 2004/1/1/1427، أورده محمد الجرموني، م س، ص 190.

أ- الإقـــرار

سبق الحديث عن بعض شروط الإقرار وممن يجب أن يصدر عنه باعتباره حجة قاصرة على المقر ولا تتعدى إلى غيره، وبالتالي يمكن القول أن الإقرار في هذا الخصوص يوصف إما بإقرار إيجابي عامل في الإثبات، أو إقرار سلبي لا ينهض به وسيلة للإثبات، ففي الإقرار العامل في إثبات الملك الوقفي نجد استئنافية فاس قررت أنه: **"حيث إن المحكمة بعد رجوعها للرسم المشار إلى تضمينه أعلاه تبين لها بأن الأمر يتعلق بشهادة علمية يشهد بمقتضاها العدلان الواضعان شكلهما بمعرفة الأرحيين: الأولى بالمغاسل بحدودها، والثانية بجنان المزوري بحدودها، معرفة كافية شرعا بها ومعها يشهدانهما لجانب أحباس مسجد المنزل، وتحترم باحترام الأحباس، وتنسب إليه وتوسم بوسمه، وتحت تصرف ناظرها هذه مدة مديدة وسنين عديدة من غير منازع في ذلك ولا معارض إلى الآن وحتى الآن: 7 ربيع النبوي 1345، وحيث إن الرسم المذكور على الصيغة الواردة به يثبت بقاطع كون ما ذكر به حبس على اعتبار أن العدلين شهدا بكون المشهود به كان يحترم بحرمة الأحباس، وبالتالي فهي شهادة عاملة، خاصة وأن المستأنف عليه أقر بمقتضى طلبه الموجه لناظر أحباس صفرو بملكية المستأنفة للجزء المطلوب شراؤه من أرض النزاع الحالي، ويؤيد هذا الإقرار مع شهادة العدلين ما وجد بخط من قبلهم في حوالة الحبس"**[422].

أما فيما يتعلق بالإقرار غير العامل في الإثبات فقد جاء في قرار لاستئنافية مكناس أنه: **"وما عللت به المحكمة الابتدائية من أن جواب ناظر الأحباس بأن الحبس لا يحاز عليه يعد إقرارا للمتعرضين بالحيازة غير صواب، لأن الجواب المذكور ليس بإقرار لا ضمني ولا صريح، ثم إن إقرار ناظر الوقف على الحبس لا يلزم ولا يعتبر، لأن الحبس كمصلحة المحاجير، كما لا يجوز إقرار المقدم على محجوره، لا يجوز إقرار ناظر الحبس**

[422] - قرار استئنافية فاس عدد 278 بتاريخ 1994/02/15 ملف رقم 93/2009 أورده عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 122.

على الحبس، وهذه قاعدة شرعية مقررة ومنصوص عليها في دواوين الفقه والأحباس، تتعلق بحق الله تعالى فلا يجوز اعتماد الإقرار ضدها".[423]

ب- الشهـــادة

بخصوص اعتبار الشهادة وسيلة إثبات الملك الوقفي ذهبت استئنافية طنجة إلى أنـــه: **"إذا كان لا يمكن الحكم بالتحبيس إلا بعد ثبوت التحبيس بثبوت ملك المحبس يوم التحبيس وبعد أن تثبت الأملاك المحبسة بالحيازة لها على ما تصح فيه الحيازة، فإنه يمكن إثبات عقد التحبيس بالشهادة ومنها شهادة السماع ولا يحتاج الأمر إلى إثبات الملك (شرح ميارة الفاسي[424] على تحفة الحكام الجزء الثاني، ص 137) ما دامت المستأنفة أدلت عند رفع دعواها برسم الحيازة والتصرف مستفسر يشهد شهوده بأنهم يعرفون القطع الأرضية الواقعة.... ويشهدون أن نظارة الأوقاف بالعرائش تحوزها وتتصرف فيها وتستغلها بالإيجار عن طريق السمسرة العمومية منذ تمييزهم وإدراكهم إلى الآن وحتى الآن، فإنها بذلك تكون قد أثبتت أن العقار موضوع الدعوى ملك محبس، ويكون الحكم الذي قضى بعدم قبول الدعوى بعلة أن من يدعي الحبس يجب عليه أن يثبت وجود الحبس وملكية المحبس من تاريخ التحبيس وحيازة المحبس عليه للعقار المحبس معرضا للإلغاء"**[425].

وهو نفس التوجه تبناه المجلس الأعلى سابقا، فقد جاء في قراره أنه: **"حيث صح ما عابه الطاعنان على القرار، ذلك أنه علل قضاءه تجاههما بأنه لا يكفيهم إثبات وقفية العقار المدعى فيه عليهم بالحوز والتصرف في المنفعة واسترعائية ضياع ظهير التحبيس، إذ لابد لثبوت الوقف عليهم من توفر بينة الحبس ومن حبس وتملك المحبس والحوز ومعاينته، في حين أن حبسية الشيء تثبت حتى بشهادة السماع من الثقات**

---

[423] - قرار استئنافية مكناس عدد 710 بتاريخ 1993/3/18 أورده عبد الرزاق أصبيحي، كتاب، م س، ص 130.

[424] - ميارة الفاسي: هو أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، ولد سنة 999 هـ بفاس، فقيه مالكي توفي سنة 1072 هـ من مؤلفاته: فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق – الاتقان والحكام في شرح تحفة الحكام، انظر محمد مخلوف، م س، ج1 ص 220.

[425] - قرار محكمة الاستئناف بطنجة مؤرخ في 2008/10/23 ملف شرعي رقم 08/08/19 أورده زكرياء العماري في الهامش، م س، ص 307.

وغيرهم أنه منذ عشرين سنة حبس يحترم بحرمة الأحباس، فتتم حبسيته بها لمن أثبت صفته في التحبيس المذكور وهو ما عناه المتحف بقوله:

وحبس من حاز من السنين عليــه مــا يناهــز العشريــن

الأمر الذي يعتبر معه القرار خارقا للقاعدة الفقهية المذكورة مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال"[426].

وفي قرار آخر له جاء فيه: **"حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه اعتبر ملكيتها عدد 101 ناقصة شرعا لخلوها من شروط الملك، وأنه لا يكفي في الاستحقاق الاستدلال بالحبس دون اشتمال رسمه على الشروط المذكورة، وأنه لا وجه لمقارنة الملكية المذكورة مع ملكية المتعرضين عدد 290 التي ثبت انطباقها على المدعى فيه بموجب الخبرة المنجزة في المرحلة الابتدائية، وتتوفر على شروط الملك المنصوص عليها بقول خليل: " وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشرة أشهر"، في حين أنه بمقتضى قواعد الفقه المعمول به، يكفي في ملكية الأحباس أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسما وموقعا، وبأنه حبس على جهة معينة، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها، ولا يشترط فيها شروط الملك المعتبرة شرعا الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة، الأمر الذي يعتبر معه بذلك القرار المطعون فيه فاسد التعليل، وغير مرتكز على أساس قانوني وخارقا لحقوق الدفاع، مما عرضه للنقض والإبطال"**[427].

و بهذا يكون المجلس الأعلى سابقا طبع إثبات الوقف بخصوصيته حيث اعتبر أن موجب إثباته يختلف عن موجب إثبات الأملاك الخاصة واعتبر الشهادة وسيلة في إثباته ولو لم تعزز بوسيلة أخرى.

---

[426] - قرار عدد 2747 المؤرخ في 2006/09/20 ملف مدني عدد 2005/1/1/3751، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 213.

[427] - قرار المجلس الأعلى عدد 848 الصادر بتاريخ 2004/03/17 في الملف المدني عدد 2003/1/1/2275 أورده محمد الجرموني، م س، ص 186.

ونجده أخذ أيضا بشهادة اللفيف حيث جاء في قراره أنه: **"لما كان الحكم الابتدائي اعتمد أساسا فيما قضى به من استحقاق المطلوبين ورثة... على أن مدعي الحبس يقع عليه أن يثبته بمسوغ لملك منفعة الشيء المحبس، وليس من ذلك شهادة السماع اللفيفية الذي لا ينتزع به من يد حائز، فإن محكمة الاستئناف التي رغم أنها لم تنف بصفة جازمة عدم انطباق موجب السماع الفاشي بالحبس على المدعى فيه، لم تناقش ما تضمنه المقال الاستئنافي للطالبة من أن الشهادة التي أدلت بها هي شهادة لفيف بالسماع الفاشي بين الناس أن القطعة الأرضية المتنازع عليها هي من ممتلكات الأحباس التي تتصرف فيها وتؤجرها للغير، وأن المطلوبين في النقض يقرون بأنها هي الحائزة للمدعى فيه عند تقديم الدعوى، يكون قرارها المطعون فيه حين أيد الحكم الابتدائي الذي أبعد شهادة السماع في الحبس مشوبا بعيب خرق قاعدة فقهية هي جواز إثبات الحبس بشهادة السماع الفاشي ما دام مقرونا بالحيازة عملا بقول صاحب التحفة:**

وأعملـت شهـادة السمـاع في الحمل والنكاح والرضاع

وحبس من حاز من السنينا عليـه ما يناهـز العشرينـا[428]

ج- الحيـــازة

كما سبقت الإشارة فإنه إذا كانت الحيازة المستجمعة لكافة شروطها سببا لكسب الملكية وقرينة لإثبات الملك، فالوقف يستفيد بدوره من هذه الخاصية وتكون بالتالي الحيازة لصالح الوقف دالة على تملكه له، وهنا نجد قرار لاستئنافية الجديدة جاء فيه: **"حيث يدعي كل طرف أنه يحوز العقار موضوع النزاع، وحيث إن المحكمة بتصفحها للرسوم والسندات والرسائل ووصولات الكراء المدلى بها من قبل الأوقاف والسابق الإشارة إليها يتبين أن العقار المطلوب تحفيظه هو في الحقيقة تحت حيازة الأوقاف قبل العشرينات، وأنها تنسب هذا العقار لنفسها والناس كذلك ينسبونه إليها، بما في ذلك ممثلي الجماعات المتعرضة باعترافهم تارة، وباكترائهم العقار من الأوقاف تارة أخرى، هذا بالإضافة إلى**

[428]- قرار عدد 3828 المؤرخ في 2007/11/28 ملف مدني عدد 2005/4/1/2442 أورده زكرياء العماري، م س، ص 309.

أن الجماعات المتعرضة حسب محتويات الملف لم يثبت أنها نازعت الأوقاف في حيازتها، ولا سبق لها أن رفعت دعوى ضدها في شأن هذه الحيازة الطويلة الأمد أمام المحاكم، وهي حاضرة بالبلد ساكتة منذ 1916، مما يثبت للأوقاف الحيازة القاطعة لحجة القائم ... الأمر الذي يترتب عنه كسب حق الملكية بطريق دلالة القرينة المعروفة قانونا"[429].

وفي قرار للمجلس الأعلى سابقا جاء فيه: **" مجرد الحيازة الهادئة للأحباس تضفي على العقار الصبغة الحبسية، والحال أن العقار موضوع النزاع تحوزه إدارة الأحباس منذ مدة طويلة وتتصرف فيه بالكراء لما يزيد عن ثمانين سنة، وبالتالي فإن ما تدعيه طالبة النقض – وزارة الداخلية – من كون العقار موضوع النزاع يكتسب الصبغة الجماعية لمجرد بدء مسطرة إجراء تحديد إداري له، كما أنه لا مجال للاستدلال فيها بالفصل 11 من الظهير الشريف المؤرخ في 1924/02/18 الذي يهم فقط جانب التدبير لشؤون الأراضي المشتركة بين القبائل الجاري عليها التحديد وكذا القطع المتنازع فيها من تلك العقارات إلى نهاية الفصل في النزاع بشأنها، وبالتالي فإن قواعد الفقه الإسلامي هي الواجبة التطبيق في النازلة، وبما أن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية كانت تتصرف في العقار الفلاحي عن طريق الإكراء للغير لأكثر من اثنين وثمانين سنة وبالتالي فالقطعة الأرضية المتنازع عليها ذات صبغة حبسية تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمتها، وأن ما أثارته المستأنف عليها من كونها هي الحائزة الفعلية للمتنازع فيه لا يستند إلى أي أساس، ذلك أن التحديد الإداري المستند إليه لم يصبح بعد نهائيا حتى تكون له الحجية القطعية في مواجهة الكافة، وأن المتعرضة قد أثبتت تعرضها بموجب شهادة الإحصاء المضافة إلى الملف والتي عززتها الحيازة الطويلة الأمد التي أسفرت عنها الخبرة المذكورة"**[430].

وجاء في قرار آخر لنفس المجلس: **"لكن ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها فإن إجراء المحكمة بحثا بواسطة الخبير لمعرفة من بيده الحيازة إنما هو مجرد تحقيق**

---

[429] - قرار استئنافية الجديدة عدد 40 بتاريخ 2001/02/15 ملف عدد 97/1242/5 – أورده عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 129.

[430] - قرار عدد 3122 مؤرخ في 31 غشت 2010 في الملف المدني عدد 2009/1/1/186 أوردته صابرينا البجدايني ، م س، ص 88.

في الدعوى ولا يعتبر بمثابة صنع حجة للخصم، وأنه لا يستفاد من مستندات الملف أن الطاعنة طالبت أمام المحكمة بإجراء معاينة بدل الخبرة التي أمرت بها، وأنه ما دام قد ثبت للمحكمة أن المطلوبة هي الحائز للمدعى فيه، فإن الطاعنة هي الملزمة بإثبات استحقاقها له، ولا يعفيها من ذلك مجرد كونها صاحبة التحديد الإداري الذي هو محل النزاع، وأنه ليس في مستندات الملف ما يفيد أنها أثبتت أمام المحكمة أن المدعى فيه يكتسي الصبغة الجماعية بأي دليل، وأن قواعد الفقه الإسلامي هي الواجبة التطبيق في النازلة.... وأن القرار لم يعتمد فقط رسم الإحصاء وإنما اعتمد أيضا وبالأساس حيازة المطلوبة للمدعى فيه، ولذلك فإن القرار حين علل بأن: "من جملة الوسائل التي اعتمدتها المستأنفة في المطالبة بالقطعة الأرضية موضوع الدعوى كونها تحوزها حيازة طويلة الأمد دون معارض، وأن الخبرة المجراة على عين العقار أفادت أنها تحوز العقار المذكور وتتصرف فيه منذ أمد طويل لأنه يدخل ضمن الملك الحبسي، وأنها تتصرف فيه بالإكراء للغير عن طريق المزاد العلني، وأنه ثبت من تقرير الخبرة وكذا من تصريح القائد.. الذي تضمن أن المستأنفة تحوز الأرض موضوع التحديد الإداري والتي هي موضوع مطلب التحفيظ المقدم من طرفها وتتصرف فيه منذ أمد طويل عن طريق تأجيره للغير بواسطة السمسرة العمومية، مما وجب معه الاعتداء بهذه الحيازة لأنها تقوم قرينة على الملك وتدل عليه، فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معللا تعليلا سليما وغير خارق للمقتضيات القانونية المحتج بها، والوسائل الأربع جميعا بالتالي غير جديرة بالاعتبار"[431].

يتبين من خلال هذا القرار أن المجلس اعتبر الخبرة المجراة هي مجرد بحث إثبات لمعرفة من يحوز العقار موضوع النزاع وليس إجراء لصنع وسيلة إثبات للخصم، فهو وسيلة يتحقق بموجبها وجود وسيلة الإثبات من عدمه والمتمثل في هذه الحالة بالحيازة، فإن ثبت توفرها لمصلحة الأوقاف بموجباتها الشرعية اعتبرها حين ذاك حجة في إثبات الصفة الحبسية وبالتالي قرينة على الملك ودالة عليه .

[431] - قرار عدد 3707 المؤرخ في 2010/04/13 ملف مدني عدد 2008/1/1/2705، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 216.

هذا فيما يتعلق باستفادة الوقف من قرينة الحيازة لإثبات الصفة الوقفية على الملك، أما فيما يتعلق بمواجهة الوقف بالحيازة فإنه لا ينظر إلى ذلك ولا تعتبر من وسائل الإثبات لأن الوقف يحوز ولا يحاز عليه، وبالتالي فإذا ما ادعى شخص ملكيته لأرض موقوفة واستند في ذلك على الحيازة فإنه لا ينظر إليه ولا يؤخذ بدليله حتى ولو طالت الحيازة مئات السنين، وهنا نجد استئنافية طنجة عللت قرارها بأنه: **"لكن حيث إن أملاك الأحباس لا تسري عليها الحيازة، ولا تملك بطول المدة ولا يجري عليها التفويت بين الخواص، سواء حول رقبتها أو حول مدة كرائها والانتفاع بها حسبما يقتضيه الظهير المنظم للأملاك الأحباس، أو رهنها بل إن قاعدة التطهير بالتحفيظ لا تسري على الملك الحبسي الأمر الذي يجعل رسم شراء منفعة ملك حبسي لا يخوله حق التعرض على مطلب تحفيظ ملك جماعي...."**[432].

وجاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا: **"حيث إن الحيازة مدة عشر سنوات وإن كانت تكسب فعلا الحائز ملكية العقار إذا توافرت شروطها من هدوء وعلنية واستمرار، فإن هذه القاعدة لا أثر لها إن تعلق الأمر بحيازة عقار محبس كما هو الشأن في النازلة، وكما أشارت إلى ذلك محكمة الاستئناف المطعون في قرارها، إذ الحبس لا يحاز عليه دائما وأبدا سواء قبل تنظيم الأحباس أو بعد تنظيمها، وحيث إن الحبس وإن كان يجري عليه ما يجري على الغير ويمكن لإدارة الأحباس أن تصفيه وأن تجري مناقلة بشأنه، فإن ذلك لا يغير من الأمر شيئا "**[433].

الأمر الذي اعتمدته كذلك محكمة النقض حينما اعتبرت أن المعمول به فقها وقضاء أنه لا يعتد بالحيازة في الملك الحبسي مهما طالت[434].

---

[432] - قرار عدد 237 المؤرخ في 2012/02/23 ملف عقاري عدد 78 و 8/07/204، مجلة المنازعات العقارية، م س، ص 153.

[433] - قرار عدد 220 بتاريخ 1996/3/21 ملف إداري عدد 95/1/5/446 أورده عبد الرازق أصبيحي، م س، ص 131. هذا وقد سبق للمحكمة الإقليمية بالرباط بتاريخ 1969/6/30 ملف عدد 65/185 أن قررت بأن الأحباس لا يحاز عليها، وهذا هو المشهور الراجح الذي لا يصح الحكم بغيره كما نقل ذلك سيدي المهدي الوزاني في نوازله الصغرى ج 3، ص 395. والزرقاني ج 7 ص 284 وسيدي المهدي في حاشيته المذكورة ج 3 ص 249، عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 130.

[434] - قرار عدد 1220 المؤرخ في 2012/03/06 ملف مدني عدد 2010/1/1/353، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 146.

من خلال ما سبق يتبين أن جانبا مهما من القضاء كذلك نحى نهج الاتجاه الفقهي الميسر لوسائل إثبات الوقف، وفي حقيقة الأمر فإن مسألة الاختلاف الفقهي بين مقيد ومطلق لوسائل إثبات الوقف هو اختلاف محسوم سلفا، ذلك أن أصحاب الاتجاه المقيد يستندون إلى ما ذهب إليه الفقيه التسولي والمعبر عنه سابقا من حجج غير أنه بالعودة إلى ابن عاصم صاحب التحفة التي يشرحها التسولي يتبين أن الفقيه التسولي تحدث عن إنشاء الوقف وتكوينه وتشدده لم يقصد منه إلا تحصين الأوقاف إبان تكوينها، ليبقى أمر الإثبات بمعزل عن التكوين والإنشاء، ودراسته هي دراسة تكون بمعزل عن دراسة التكوين.

وحقا ما ذهب إليه – أي الفقيه التسولي – فمرحلة التكوين تستوجب من الصرامة والتقييد ما يحقق الوصول إلى الهدف المنشود من الوقف وينأى به عن الصورية المتحدث عنها سلفا.

صحيح قد يقال أن الفقيه التسولي قد استبعد شهادة السماع، غير أنه بالعودة إلى ابن عاصم وإقراره لها يتبين أن الفقيه التسولي لم يستبعدها وإنما أقرها إلا أن ابن ناجي حمل قوله على خلاف ظاهره كما عبر عنه كذلك سابقا، بقي تشدد الفقيه التسولي واضحا في الحوالة وقد أجاب عنه في ذلك الفقيه الشاطبي والأستاذ محمد التاويل السابق الإشارة إليه.

ومن تم فما على المتردد في الأخذ بتيسير إثبات الوقف إلا العودة رأسا إلى الفقيه ابن عاصم الأندلسي وإلى باقي الفقهاء المستدل بهم في هذا المجال لمعرفة الوسائل التي قال بها الفقهاء لإثبات الوقف، إضافة إلى الحجج والمبررات التي استند إليها التوجه القضائي السابق في تيسير إثبات الوقف.

فكيف يعقل القول أن الفقه الإسلامي الذي توسع في وسائل الإثبات بصفة عامة وأطلقها دون أن يحصرها في وسيلة واحدة، ونأتي إلى المؤسسة التي فيها حق دنيوي وحق ديني ونقول بتقييد وسائل إثباتها ويضيع بالتالي حق عظيم متفرع عنه عدة حقوق بل وسوأته عظيمة بعظم أجرها، فما هو الحل الذي ارتضته مدونة الأوقاف لتجاوز هذا الاختلاف الذي عمر طويلا؟.

المبحث الثاني: الإثبات في ظل مدونة الأوقاف

اعتبارا لكون المشرع المغربي لم يكن يحيل على قواعد الإثبات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وقانون المسطرة المدنية، فإن القضاء كان يركن إلى المقتضى الوحيد الموجود في المادة 75 من ظهير 02 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة والذي كان يحيل على الفقه الإسلامي، وبمقتضى هذه الإحالة على الفقه الإسلامي ظهر توجهين قضائيين مختلفين الأول مقيد والآخر ميسر لوسائل الإثبات، بسبب وجود توجهين في الفقه الإسلامي بخصوص إثبات الوقف، كما سبقت الإشارة إلى ذلك مما ترتب عنه ضياع مجموعة من الحقوق والأملاك الحبسية، على اعتبار أن أغلب الأملاك الوقفية قديمة المنشأ ذات رسوم تعرضت للضياع، موازاة مع تنامي ظاهرة الاعتداء على الأملاك الوقفية، بكل أشكالها ووسائلها، فقد كان إلى عهد قريب وسم الملك بأنه وقفي كاف لردع أي تعد عليه، استنادا إلى القيمة المعنوية والدينية التي كان يحظى بها الحبس، غير أن تغير منظومة القيم وتراجع الوازع الديني أديا إلى جعل الرصيد الحبسي معرضا للترامي والاعتداء، مما كانت معه الحاجة ملحة إلى إصدار مدونة الأوقاف[435]، تراعي ما راكمه الاجتهاد الفقهي والقضائي في مجال إثبات الحبس، وباستقراء ما جاءت به المدونة يتبين أنها تبنت مبدأ الانفتاح على كافة وسائل الإثبات، مما يدعو إلى العمل على تقييم هذا المبدأ لمعرفة ما إذا راعى خصوصية الوقف والعمل على تحصينه (المطلب الأول)، على أن يتم التطرق إلى مقتضى آخر متعلق بعدم تطبيق الأثر التطهيري للرسم العقاري على الملك الوقفي، بما سيبرز الخصوصية التي تطبع المادة الوقفية، وسيوضح القوة الثبوتية التي إرتضاها المشرع لوسائل إثبات الوقف (المطلب الثاني).

[435] - عبد القادر قرموش، مجلة الأملاك الوقفية، ج الثاني، م س، ص 122.

المطلب الأول: انفتاح المدونة على كافة وسائل الإثبات

سيتم التطرق إلى كل من المبدأ (الفقرة الأولى) وتقييم هذا المبدأ في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مبدأ الانفتاح على كافة وسائل الإثبات

نصت المادة 48 من مدونة الأوقاف على أنه: **"يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس، لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته"**، ومن قبلها نصت المادة 25 المتعلقة بشروط صحة الوقف على أنه: **"يتلقى العدول الإشهاد على الوقف، وإذا تعذر تلقي هذا الإشهاد، اكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون. يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أيا كان نوعه، عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف مصحوبة بالوثائق المثبتة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة"**، ونصت كذلك المادة 62 من نفس المدونة على أنه: **" تعتبر محاضر السمسرة أو فتح العروض المتعلقة بالتصرفات الجارية على الأوقاف العامة حجة قاطعة على الوقائع المضمنة بها لا يطعن فيها إلا بالزور"**.

وعليه ستتم دراسة وسائل الإثبات التي نص عليها المشرع في مدونة الأوقاف (ثانيا)، غير أنه قبل ذلك وجب التطرق أولا إلى الوقف الثابت بطبيعته (أولا).

أولا: الوقف الثابت بطبيعته

تعتبر بعض الأملاك وقفا بطبيعتها لا تحتاج إلى أي وسيلة لإثباتها وإنما هي ثابتة بوجودها المادي، ومن جملة هذه الأملاك ما نص عليه الفصل السادس من ظهير 2 أكتوبر 1984[436]، المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، حيث جاء فيه: "تعتبر وقفا على عامة المسلمين ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة جميع الأبنية التي

[436] - ظهير شريف معتبر بمثابة قانون رقم 1/84/150 صادر في 6 محرم 1405 الموافق لـ 2 أكتوبر 1984 يتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، الجريدة الرسمية عدد 3753 بتاريخ 7 محرم 1405 الموافق لـ 1984/10/03، ص 927.

تقام فيها شعائر الدين الإسلامي سواء منها ما هو موجود الآن أو ما سيشيد في المستقبل من مساجد وزوايا وأضرحة ومضافاتها".

وبهذا الفصل فإن جميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي تعتبر وقفا بطبيعتها على كافة المسلمين، فبمجرد تحقق واقعة إقامة الشعائر الدينية حتى ولو لم يحرر رسم بوقفيتها أو يثبت توقيفها، فهي موقوفة بقوة القانون وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل الأول كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 29.04 [437]على أنه من أجل تطبيق أحكام هذا النص، تعتبر أماكن مخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، المساجد والزوايا وجميع الأماكن الأخرى التي يمارس فيها المسلمون شعائرهم الدينية.

وبصدور مدونة الأوقاف أكد المشرع المغربي من خلالها على خصوصية إثباتها واعتبرها ثابتة بقوة القانون حيث نص في الفقرة الثانية من المادة 50 على أنه تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها.

إن من آثار اعتبار الأماكن المخصصة لإقامة الشعائر الدينية وقفا بقوة القانون، ثبوت وقفيتها بحسب طبيعتها، فيكفي إثبات أن محل النزاع هو مسجد أو مقبرة مثلا حتى تكون هناك قرينة قاطعة على الصبغة الحبسية للمدعى فيه، وهو ما يتيسر الوصول إليه عن طريق إجراء المحكمة معاينة للأرض محل النزاع أو الأمر بخبرة في الموضوع إما تلقائيا أو بطلب من الجهة المكلفة بالدفاع عن الوقف، فإن خلصت المحكمة من خلال المعاينة التي تجريها أو الخبرة أو حتى الاستماع إلى الشهود إلى أن الأمر يتعلق بإحدى الأماكن المعتبرة وقفا عاما بحكم طبيعتها، فإنها تحكم باستحقاق جهة الأوقاف للمدعى فيه، بغض النظر عن الحجة التي يستند إليها الخصم[438].

[437] - قانون رقم 29.04 المنفذ بالظهير الشريف رقم 01/07/56 الصادر في 3 ربيع الأول 1428 الموافق لـ 23 مارس 2007 الجريدة الرسمية عدد 5513 بتاريخ 13 ربيع الأول 1428 الموافق لـ 2 أبريل 2007، ص 1105.
[438]- زكرياء العماري، مجلة قبس، م س، ص 294.

وهنا نجد ابتدائية ميدلت عللت حكمها بأنه: "طبقا للفصل 6 من ظهير 1984/10/02 فإن جميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي سواء تلك التي كانت موجودة أو التي ستشيد في المستقبل من مساجد، وزوايا، وأضرحة، ومضافاتها تعتبر وقفا على عامة المسلمين ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة، مما يضفي على القطعة موضوع مطلب التحفيظ صبغة الوقف طالما أنها من مضافات المسجد، ويبقى دفع المتعرضين بكون المسجد لم يكن أثناء واقعة البيع تحت تصرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وإنما كان تحت تصرف القبيلة، وعلى فرض صحته لا تأثير له على النزاع طالما أنه وطبقا للفصل 7 من نفس الظهير فإن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية هي التي تتولى إدارة وتسيير الأبنية المشار إليها في الفصل أعلاه وفق الشروط المحددة في الأنظمة المعمول بها في هذا الشأن دون تمييز بين ما هو تحت تصرفها وغيره، وحيث إنه تبعا لما ذكر، يكون البيع الذي استند عليه المتعرضون والمبرم بين مقدم المسجد ومورث المتعرضين والذي انصب على القطعة موضوع النزاع، وعلى فرض ثبوته باطلا ولا ينتج أي أثر، ويجعل بالتالي تعرض المتعرضين على مطلب التحفيظ تعرضا غير مؤسس قانونا، ويتعين التصريح بعدم صحته"[439].

الأمر الذي أكدته محكمة النقض التي جاء في قرار لها: **"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه بالرغم من إقراره بأن المدعى فيه قاعة للصلاة بإقرار الطرفين وشهادة الشهود، وأن بناءه وتجهيزه ومصاريفه يؤديها المحسنون، فقد رفض الطلب المقدم من طرف الأحباس، مع أنه بمقتضى ظهير 1984/10/2 المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي تضفي صفة المسجد على جميع الأماكن التي يمارس فيها المسلمون شعائرهم الدينية، الأمر الذي كان معه القرار خارقا للمقتضيات المذكورة، مما عرضه للنقض والإبطال"**[440].

[439]- حكم عدد 09 بتاريخ 2013/05/21 ملف عقاري رقم 05/2013/16 مجلة الأملاك الوقفية، م س، ص 282.
[440] - قرار عدد 5731 المؤرخ في 2012/12/25 ملف مدني عدد 2011/06/1/3594 مجلة الأملاك الوقفية، م س، ص 234.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه يستثنى من تطبيق هذه الأحكام القاعات المعدة للصلاة المرخص لها داخل المحلات العمومية أو الخصوصية[441]، بحيث يعمد صاحب مشروع مثلا إلى تخصيص قاعة من مشروعه لإقامة الصلاة فيها بمقتضى ترخيص بذلك، وهذه القاعة تستثنى من الأحكام السابقة بمقتضى المادة التاسعة من المرسوم رقم 2.08.74 الصادر في 9 يونيو 2008 القاضي بتطبيق أحكام الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 الصادر في 2 أكتوبر 1984 السابق الإشارة إليه، حيث جاء فيها: **"لا تطبق أحكام هذا المرسوم على بناء القاعات المعدة للصلاة والمرخص لها بصفة قانونية داخل المحلات العمومية أو الخصوصية"**[442].

إذا ثبت ما سبق واعتبر المسجد موقوف بحسب طبيعته المادية ويكفي في إثباته تحقق وجوده المادي، فإن الإشكال الذي قد يثار يتعلق بالحالة التي يتم فيها بناء المسجد فوق أرض هي ملك للغير، وبالتالي يصبح المسجد ثابت بطبيعته فوق أرض ثابتة بمقتضى قانوني للغير منازع في صحة وقفية المسجد.

و للخروج من هذا الإشكال فإنه بمقتضى الفصل الأول من الظهير المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 كما غير بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 29.04، فإنه يفرض في جميع أنحاء المملكة الحصول على رخصة البناء المنصوص عليها في المادة 40 من القانون 12.90 المتعلق بالتعمير[443]، قبل القيام ببناء أو توسيع أي مكان من الأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، وهذه الرخصة تسلم حسب الفصل الثاني من نفس الظهير من طرف الوالي أو عامل العمالة أو الإقليم المعني بالأمر.

---

[441] - أحمد الريسوني، " الطبيعة القانونية للمسجد في ضوء التشريع المغربي والمقارن"، مجلة النظام القانوني للأملاك الوقفية، م س، أورده في الهامش، ص 143.

[442] - مرسوم رقم 2.08.74 الصادر في 5 رجب 1429 الموافق لـ 9 يوليوز 2008 القاضي بتطبيق أحكام الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.84.150 الصادر في 6 محرم 1405 الموافق لـ 2 أكتوبر 1984 المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، الجريدة الرسمية عدد 5646 بتاريخ 6 رجب 1429 الموافق لـ 10 يوليوز 2008، ص 2063.

[443] - كما غيرت وتممت بالمادة الأولى من القانون المتعلق بمراقبة وزجر المخالفات في مجال التعمير والبناء الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.124 بتاريخ 21 ذي القعدة 1437 (25 أغسطس 2016)، الجريدة الرسمية 6501 بتاريخ 17 ذو الحجة 1437 (19 سبتمبر 2016)، ص 6630.

إن هذه الرخصة حسب الفصل الثالث من نفس الظهير لا تعطى إلا إذا كان صاحب الطلب يملك أو تعهد أن يبني أو يقتضي، قبل الانتهاء من بنائها، عقارات يحبسها على الأبنية المذكورة وذلك لصيانتها وأداء أجور المنصبين لإقامة الشعائر الدينية فيها.

حتى إذا تم البناء فإن العامل أو من ينوب عنه يتحقق حسب الفصل الرابع من نفس الظهير من مطابقة الأبنية لما تقضي به رخصة البناء ومن الوفاء بالشرط السابق الإشارة إليه في الفصل السابق، ويسلم شهادة المطابقة إن اقتضى الحال ذلك.

أما إذا تم البناء بشكل عشوائي ولم يحترم في بناءه الأحكام القانونية وتم البناء في أرض مملوكة للغير بشكل غير قانوني، فإنه حسب الفصل الخامس من نفس الظهير كذلك يأمر عامل العمالة أو الإقليم فورا بالرغم من كل طعن بوقف الأشغال أو هدم الأبنية موضوع المخالفة ويكلف من يقوم بتنفيذ ذلك على نفقة المخالف، هذا بالإضافة إلى العقوبات المقررة في الباب الرابع من القانون 12.90 المتعلق بالتعمير[444].

وكأصل عام فإن أماكن إقامة الشعائر الدينية ومضافاتها لا تحتاج في إثباتها إلى ما يمكن أن تحتاجه باقي الأملاك الموقوفة الأخرى من وسائل إثبات سواء كانت ميسرة أو مقيدة، وإنما يكفي معاينة وجودها المادي فقط للقول بثبوت وقفيتها، وقد سبق للشيخ خليل أن قال بشأن المقابر بأن "والقبر حبس: لا يمشى عليه، ولا ينبش ما دام به، إلا أن يشح رب

[444] - حسب الفصل السابع من نفس الظهير فإنه تفتح الأبنية المشار إليها في الفصل الأول من هذا الظهير في وجه عامة المسلمين لإقامة شعائر الدين الإسلامي بها، وتتولى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إدارتها وتسييرها وفق الشروط المحددة في الأنظمة المعمول بها في هذا الشأن، ويعين وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية الخطباء والأئمة والوعاظ المنصبين بها، بعد استطلاع رأي عامل العمالة أو الإقليم واستشارة المجلس العلمي الإقليمي الذي يعنيه الأمر. وبهذا فإن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية هي المكلفة بإدارة وتسيير الأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، وقد ثار تساؤل حول الحالة التي ترفض فيها هذه الوزارة تسلم المسجد الذي لا يتوفر على محلات قد تدر دخلا على المسجد وقد ساد الاعتقاد بأن الوزارة تنظر إلى الجانب المادي الذي قد يدره المسجد ولا تنظر إلى الجانب التعبدي فيه، غير أنه بالرجوع إلى الظهير السابق الإشارة إليه كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى المادة الأولى من القانون 29.04 فإنه لبناء مسجد يجب استصدار ترخيص بذلك طبقا لقوانين التعمير إضافة إلى اشتراط بناء أو اقتناء عقارات يتم تحبيسها على المسجد وذلك لصيانته وأداء أجور المنصبين لإقامة الشعائر الدينية فيها، هذا بالإضافة إلى البرنامج العام لبناء المساجد ودفتر التحملات النموذجي الذي تحدده وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بالإضافة إلى الضوابط الأخرى المحددة في هذا الظهير ومن تم فإن عملية تسليم المسجد لوزارة الأوقاف بغية تسييره وإدارته لا يمكن أن تتم بالكيفية المخالفة لأحكام هذا الظهير وإلا عدت بدورها مخالفة لأحكام هذا الظهير، ومن ثم يمكن القول بضرورة إعادة النظر في الفصل الخامس من الظهير السالف الذكر خاصة في حالة هدم الأبنية موضوع مخالفة توفير عقارات تحبس على المسجد لصيانته وأداء أجور المنصبين لإقامة الشعائر الدينية فيه، في أفق اطلاع الدولة ممثلة في مصالحها اللامركزية بالمساهمة في تكاليف المساجد التي لا تتوفر على مداخيل لتغطية الاحتياجات.

كفن غصبه، أو قبر بملكه أو نسي معه مال"[445]، وفي شرحه جاء في جواهر الإكليل: "(والقبر حبس) على الدفن فإن نقل الميت منه أو فنى فلا يجوز التصرف فيه بغير الدفن كزرع وبناء"[446].

وعليه فالمقبرة بوجودها المادي دالة على تحقق وجودها القانوني، الأمر الذي أكدته محكمة النقض لما قضت في قرار لها: " **إن المقابر تعتبر من الأحباس العامة بطبيعتها ولا تحتاج في إثباتها كملك حبسي لأية بينة شرعية، ولا تكتسب ملكيتها بالحيازة ولو طال أمدها لأن الحبس لا يحاز عليه، والثابت من وثائق الملف أن إدارة الأوقاف طالبت بتحفيظ العقار المتنازع فيه على أساس أنه مقبرة، إلا أن المحكمة اعتبرت الموجب الحبسي المدلى به غير مستجمع للشروط الواجبة في شهادة السماع المعتبرة لقيامه بأن يكون السماع بالقطع على أنه يحاز ويحترم بما تحترم به الأحباس، وقضت بعدم صحة تعرضها دون أن تتخذ التدابير التكميلية المنصوص عليها في الفصل 43 من قانون التحفيظ العقاري وذلك بالوقوف على عين المكان بمساعدة مهندس إن اقتضى الحال للتأكد مما إذا كان عقار النزاع هو جزء من المقبرة أم لا، فجاء بذلك قرارها مخالف للقواعد الشرعية وغير مرتكز على أساس مما يعرضه للنقض والإبطال"**[447].

وقد سبق للمجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا أن قرر بأنه: " **لئن كان المشهور في الفقه الإسلامي أن القبر حبس على صاحبه إلى يوم القيامة (العلمي في نوازله)، وأن القبر حبس على صاحبه لا يمشى عليه ولا ينبش ما دام به (الشيخ خليل في مختصره)، قال الزرقاني معلقا على "لا ينبش" أي يحرم ما دام به شيء ولو ظنا، وفي المعيار للونشريسي "أما المقبرة فلا يجوز تغييرها أبدا"، وقال ابن الحجاج في مدخله: "اتفق العلماء رحمة الله عليهم أن الموضع الذي دفن فيه المسلم وقف عليه ما دام شيء موجود فيه حتى يفنى، فإن فنى حينئذ يدفن فيه غيره، فإن بقي شيء ما من عظامه فالحرمة باقية لجميعه ولا يجوز أن يحفر عليه ولا يدفن معه غيره"، وعليه فإن**

---

[445] - الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، م س، ص 48.
[446] - صالح عبد السميع الآبي الأزهري، م س، ص 116.
[447] - قرار عدد 4045 المؤرخ في 2012/09/18 ملف مدني عدد 2011/8/1/446 سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 239.

اقتطاع جزء من المقبرة وإضافته إلى الطريق العمومية المحدثة بعد تقديم مطلب التحفيظ يعد باطلا بطلانا مطلقا في القوانين الوضعية وفي أحكام الشريعة الإسلامية"[448].

منه يتبين أن المقبرة لا تحتاج في إثباتها إلى أي وسيلة من وسائل الإثبات سواء تعلق الأمر بالشهادة أو الكتابة أو اليمين... وإنما تكفي المعاينة للقول بوجود المقبرة المادي، لتصير من زمرة الأملاك الوقفية والمحمية بمقتضى القانون ومن تم تنأى عن غصبها أو الاستيلاء عليها، وهي لا يمكن أن تكون محلا للمعاوضة أو البيع أو التفويت، وهو ما سبق للمجلس الأعلى سابقا أن قرره حينما علل قراره بأنه: **" لئن كان العمل القضائي جرى بجواز المعاوضة في العين المحبسة متى توفرت شروطها، ومنها أن تصبح خرابا لا تغل ولا يرجى عودتها إلى حالتها، فإن الطاعنة سبق لها أن تمسكت في مقالها الاستئنافي بكون البيع انصب بالإضافة إلى الأرض المحبسة المشتملة على بناء فإنه شمل كذلك مقبرة سيدي الحاج عبد الله، ومعلوم أن المقابر، والأماكن المعدة للشعائر الدينية لا يجوز تفويتها أو المعاوضة بشأنها، وأن المحكمة عندما بتت في الدعوى ولم تجب على الدفع المذكور أو تبدي وجهة نظرها فيه، يكون قرارها قد خرق قواعد الفقه الإسلامي، مما عرضه للنقض والإبطال في هذا الشق منه"**[449].

بل الأكثر من ذلك فإنه لا يجوز نزع ملكية المقبرة أو المسجد وكل المباني ذات الصبغة الدينية المعدة لإقامة الشعائر الدينية من أجل المنفعة العامة، وهو ما أكده الفصل الرابع من القانون 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت حيث جاء فيه: **" لا يجوز نزع ملكية المباني ذات الصبغة الدينية المعدة لإقامة مختلف الشعائر وكذا المقابر والعقارات التابعة للملك العام والمنشآت العسكرية"**[450].

---

[448] - قرار عدد 3017 المؤرخ في 2011/06/21 ملف مدني عدد 2010/1/1/4475 سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 207.

[449] - قرار عدد 1276 المؤرخ في 2011/03/22 ملف مدني عدد 2009/1/1/4349، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 210.

[450] - القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 الموافق لـ 15 يونيو 1983، ص 980.

جدير بالذكر أن اعتبار المقابر وقفا عاما بقوة القانون يستتبع بالضرورة المحافظة على حرمة هذه المقابر وتوفير مقابر أخرى لائقة وحرمة دفن أموات المسلمين خاصة وأن أغلب المقابر الحالية استنفذت طاقتها الاستيعابية بل وتشهد وضع كارثي ناتج عن التوسع العمراني والبشري الذي تعرفه العديد من المدن المغربية، وتواجد العديد من المقابر في وسط المدار الحضري محاطة بالمباني والطرقات العمومية[451]، مما يجعلها ملاذا لبعض المنحرفين ينتهكون حرمتها، وذلك ناتج عن سوء المراقبة والحماية اللازم أن تتوفر فيها ومن جهة أخرى تحملها لما لا طاقة لها به حيث تكاد لا ترى ممراتها ولا حتى مكان من دفن فيها من قبل بسبب نفاذ المساحة المخصصة لها.

بالرجوع إلى التنظيم القانوني للمقابر الإسلامية نجده يتسم بالازدواجية، فبعض القواعد مستمدة من الفقه الإسلامي باعتبار الطابع الديني والروحي للمقابر وبعضها الآخر يجد مرجعيته في القانون الوضعي المرتبط بتوفير المقبرة وتدبيرها[452]، وهو بدوره أوكل مهمة تدبير المقابر وصيانتها وإحداثها للجماعات المحلية بحيث نجد المادة 83 من القانون التنظيمي رقم 113.14 [453]المتعلق بالجماعات ينص على أنه تقوم الجماعات بإحداث وتدبير المرافق والتجهيزات العمومية اللازمة لتقديم خدمات القرب في الميادين التالية: ... – نقل الأموات والدفن – إحداث وصيانة المقابر.

وفي نفس الوقت تبقى المقابر الإسلامية تندرج ضمن الأملاك الحبسية العامة بمقتضى المادة 50 من مدونة الأوقاف، وتتولى إدارة الأوقاف كذلك تدبير شؤونها وفقا لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني. الأمر الذي يجعل المقابر الإسلامية تخضع في تدبيرها إلى ازدواجية الجهة المشرفة، مما يطرح صعوبة معرفة الجهة المسؤولة عن الوضع الذي تؤول إليه المقابر الإسلامية، وعن الجهة المخاطبة بتوفير مقابر جديدة وإدارة شؤونها، وحتى إلى من يعود الاختصاص في إقفال المقابر المستنفذة إلى غير ذلك من أوجه

[451] - لمزيد من التوسع ينظر: عبد الرحمان دريوش، الحماية القانونية للأملاك الحبسية المقابر نموذجا، مجلة الأملاك الحبسية، م س، ص 377 وما بعدها.

[452] - ينظر أيضا عبد الرزاق اصبيحي، التجربة المغربية في الأوقاف صرفا وتقنينا واستثمارا، منشورات مجلة الحقوق، دار نشر المعرفة الرباط، ط 2017، ص 130-140 وما بعدها.

[453] - ظهير شريف رقم 1.15.85 صادر في 20 رمضان 1413 (7 يوليوز 2015) بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 113.14 المتعلق بالجماعات ، الجريدة الرسمية عدد 6380 بتاريخ 6 شوال 1436 (23 يوليوز 2015)، ص 660.

التدخل في موضوع المقابر الإسلامية، الأمر الذي يستدعي توحيد الاختصاص بشأن هذا الموضوع حتى لا تتملص كل جهة من اختصاصها – الذي يعد مشتركا مع الجهة الأخرى – وذلك حتى تتضح الرؤية، ويعلم المسؤول والمشرف عن الوضعية القانونية لهذه المقابر[454].

وبالعودة إلى الأملاك الوقفية الثابتة بطبيعتها، وكما سبقت الإشارة بخصوص كل من المساجد والمقابر الإسلامية، فإن الزوايا والأضرحة ومضافات كل ما سبق والأملاك الموقوفة عليها تعد بدورها من الأملاك العامة بقوة القانون ويسري عليها ما سبق الإشارة إليه بخصوص إثباتها، ويستدل على ذلك فقط بما جاء في حكم ابتدائية مراكش الذي جاء فيه: **"لما كانت الغرفة محل النزاع من المرافق التابعة لضريح مول القصور، وكانت الأضرحة بقوة القانون من الأماكن التي تمارس فيها شعائر الدين الإسلامي مثل المساجد والزوايا وغيرها، فإنها تعتبر وقف على عامة المسلمين، وليست وقفا خاصا يستفيد منه أعقاب المحبس، ويكون إقرار المدعى عليها باستغلالها كمقر لجمعية تنشط تحت رئاستها بمثابة استيلاء على ملك حبسي عام له حرمته وطابعه الروحي بالنسبة لعامة المسلمين، واحتلال بدون سند قانوني ولا واجب حق، مما يستوجب الحكم بطردها، وبموجب الفصل السابع من ظهير 2 أكتوبر 1984، فإن وزارة الأوقاف هي التي تتولى إدارة وتسيير الزوايا والأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية، وحيث أن شهادة ناظر الأحباس بمراكش التي يصرح فيها بأنه لم يتصرف في أحباس الوالي الصالح مول القصور، وبأنه ليس لديه حق الإشراف عليها، هذه الشهادة ليست لها أية قيمة قانونية لأنها تتعارض مع نص قانوني يعتبر من النظام العام هو الفصل 7 من ظهير 1984/10/2 المنوه عنه أعلاه،**

---

[454] - لم لا يتم تعميم تجربة إحداث المقابر النموذجية على باقي ربوع المملكة على غرار ما صرح به رئيس المجلس البلدي لمدينة الحسيمة القاضي بإحداث مقابر نموذجية مشتركة بين عدة جماعات بإقليم الحسيمة، على مساحة بلغت 17 هكتار سيتم تخصيص الأمكنة المناسبة لحفر القبور فيها وإعداد وتجهيز ممرات السيارات وإعداد وتجهيز ممرات للراجلين وبناء حائط وسياج ومدخل للمقبرة وبناء سكنية للحراسة ومرافق صحية وإعداد فضاء مناسب للصلاة، وسيتم ربط المشروع بشبكات التطهير والكهرباء والماء الصالح للشرب وتوفير الإنارة العمومية، وهذه المقبرة سيتم تعبئتها بتعاون بين وزارة الداخلية ووكالة تنمية وإنعاش أقاليم الشمال والمجلس الإقليمي وجماعة الحسيمة، مع لجنة للتنسيق والتتبع على مستوى عمالة الحسيمة ترأسها السلطة المحلية وتضم إضافة إلى ممثلي الأطراف المتعاقدة، مثلين عن مصالح مندوبية الأوقاف والشؤون الإسلامية، ونظارة الأوقاف، والمجلس العلمي المحلي والوكالة الحضرية، موقع: https://rue20.com/297914.html الجمعة 17 مايو 2019، 22.30.

والذي يجعل على عاتق وزارة الأوقاف واجب الإشراف على الأحباس العامة من مساجد وزوايا وأضرحة..."[455].

يستشف من هذا الحكم مسألتين، الأولى تتعلق بالغرفة التابعة للضريح، والمعبر عنها بالمضافات والأملاك الموقوفة عليها، وبالتالي فما يطبق على الفرع ينصرف إلى الأصل أصالة، أما المسألة الثانية فهي شهادة ناظر أحباس مراكش وهي تعتبر إقرارا، وكما سبقت الإشارة في هذه الدراسة وما سيأتي بعده فإن المال الوقفي كمال المحاجير لا يجوز الإقرار عليه، وهو ما أخذ به الحكم عندما أبعد شهادة الناظر ولم يعطي لها أية قيمة قانونية.

وأيضا في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط جاء فيه: **"... وحيث يستفاد من مرفقات المقال الاستئنافي أو تلك المدلى بها من طرف المطلوب حضورها أن الدار المدعى فيها محبسة على ضريح الوالي الصالح سيدي العربي بن السايح، حسب عقد التحبيس المضمن تحت عدد 856 بتاريخ 27 مارس 2009 كناش النسخ 2، وبالتالي أصبحت تحت إشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية نظارة أوقاف الرباط، ولا يمكن تبعا لذلك أن تكون محل ملكية خاصة عملا بالمادة السادسة من الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.84.150 الصادر بتاريخ 1984/10/2 المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي، مما يبقى إدعاء ملكيتها من طرف المستأنف عليهم مردودا، وهو ما يرتب على ذلك إلغاء الأمر المستأنف، وتصديا بعدم قبول دعواهم لانعدام صفتهم وعليهم بالصائر ..."[456].**

ثانيا: طرق الإثبات حسب مدونة الأوقاف[457]

بحسب المواد السابقة المشار إليها من مدونة الأوقاف فإن الوسائل موضوع الدراسة ستكون وفق نفس النهج متمركزة حول الإثبات الكتابي (أولا)، والإثبات بغير الكتابة أي بكافة وسائل الإثبات الأخرى حسب تعبير المدونة (ثانيا).

---

[455] - حكم عدد 690 مؤرخ في 2012/6/26 ملف عدد 2012/1401/328، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 174.

[456] - القرار عدد 351 المؤرخ في 2010/11/08 ملف استعجالي عدد 4/2009/352، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 187.

[457]- ستقتصر الدراسة هنا على هذه الوسائل كما جاءت بها مدونة الأوقاف دون الدخول في تفاصيل هذه الوسائل المخصص لها الباب الثاني.

أ- الكتـــابة

سيندرج في خانة الإثبات بالكتابة كل من المحرر الرسمي، والمحرر العـرفي.

1- المحرر الرسمي

بتنصيص المادة 48 من مدونة الأوقاف على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات يكون المحرر الرسمي من بين هذه الوسائل، والمقصود بهذا المحرر ما نصت عليه المادة 25 من نفس المدونة بالمحرر المتضمن للوقف الذي ينجزه السادة العدول بمناسبة تلقيهم للإشهاد على الوقف، والذي يعتبر بدوره شرط من شرطي صحة الوقف حسب المادة 24 من نفس المدونة كذلك.

من خلال المادة 25 من مدونة الأوقاف المتعلقة بتوثيق عقد التحبيس يتبين أن الاختصاص الأصلي والوحيد في إبرام وثيقة التحبيس الرسمية ينعقد للسادة العدول دون غيرهم، وبذلك تلعب وثيقة التحبيس العدلية دورا بارزا في إنشاء الوقف وفي إثباته لما تتمتع به من ضمانات قوية كورقة رسمية[458].

وتعتبر وثيقة التحبيس العدلية تلك الوثيقة التي يشهد فيها العدول تلقيهم لتصريحات الواقف بنيته في تحبيس أملاكه أو جملة من أملاكه لفائدة جهة من جهات البر والإحسان أو لفائدة عقبه أو أعقاب غيره – في حدود ثلاث طبقات – أو لفائدة البر والإحسان والعقب في نفس الوقت، مع حرص العدول على تضمين رسم التحبيس كل الشروط المقررة شرعا، سواء ما تعلق منها بالواقف أو الموقوف عليه أو الشيء الموقوف، وإبراز نية المحبس بصيغته الصريحة في التحبيس حتى لا يختلط رسم التحبيس بغيره من عقود التبرع، فالمطلوب هنا من السادة العدول هو العمل بمقتضيات قانون خطة العدالة والمرسوم التطبيقي له، إضافة إلى مقتضيات مدونة الأوقاف والفقه المالكي خصوصا بإحالة هذه

[458]- سليمان أدخول، الشرح العملي لمركز الوثائق العدلية في نظام السجلات العقارية ، م س، ص 118.

الأخيرة عليه، ولهذا فوثيقة التحبيس تعتبر ذات أهمية بالنسبة لكل الأطراف للاحتجاج بها على وجود الوقف وبيان شروطه وآثاره[459].

وبتنصيص المادة 25 السالفة الذكر على مؤسسة قاضي التوثيق، ومن قبلها قانون خطة العدالة والمرسوم التطبيقي له، وسيرورة الوثيقة العدلية رسمية بمقتضى خطاب قاضي التوثيق، تنشأ رقابة قبلية على الوثيقة العدلية المنشئة للوقف، فهذه الرقابة تنصب على توفر الوثيقة على الأركان المنصوص عليها في المادة الثالثة من مدونة الأوقاف إضافة إلى شروط صحة الوقف السابق الإشارة إليهما في الفصل المتعلق بتكوين الوقف، ولعل أبرزها الواقف والموقوف عليه والشيء الموقوف والصيغة، زيادة على الإشهاد بالوقف والحوز المنصب على الشيء الموقوف، دون إغفال مقتضيات قانون خطة العدالة والمرسوم التطبيقي له، فالرقابة القضائية القبلية على الوثيقة العدلية في هذا المقام نابعة من خطورة وثيقة التحبيس مع ما تكتسيه الأموال المتعلقة بها من حرمة تستتبع أيضا خطورة الوثائق المرتبطة بها، لكونها تؤثر سلبا أو إيجابا في طبيعة النزاعات القضائية المثارة بشأنها[460].

هذه الرقابة هي محمودة متى تعلق الأمر بوثيقة التحبيس العدلية، وإن كانت قد سبقت الإشارة في هذه الدراسة إلى الدعوة لإلغاء مخاطبة قاضي التوثيق على الوثيقة العدلية بصفة عامة حتى تصير رسمية، مساواة للتوثيق العدلي مع التوثيق طبقا لقانون 32.09 وإن كانت الدعوة تنصب في الأساس إلى توحيد محرري المحررات الرسمية، غير أن خصوصية الوثيقة الحبسية وخطورتها على ما سيتم دراسته لاحقا، تستدعي إيلاء المزيد من الاهتمام بها، فإن ثم إلغاء الرقابة القبلية التي يقوم بها السيد قاضي التوثيق، وجب تعويضها بالتكوين والتكوين المستمر للسادة العدول يشتمل على مواد خاصة بفقه التبرعات، حتى لا يتم الاكتفاء مثلا بالإشهاد على الحوز إقرارا دون معاينة تحققه، أو وجود الحوز القانوني والحكمي المنصوص عليه في مدونة الأوقاف.

[459]- محمد خيري، وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقتضيات الشرعية وأحكام القانون الوضعي، مجلة الحقوق المغربية، العدد الخامس، السنة 2008، ص 31.

[460] - مصطفى زروقي، الوظيفة الرقابية لقاضي التوثيق على الوثيقة الوقفية، مجلة القبس المغربية، م س، ص 199.

2- المحرر العــرفي

كذلك من خلال المادة 25 من مدونة الأوقاف المتعلقة بشروط صحة الوقف، فإنه يمكن إبرام وثيقة الوقف – المحرر العرفي – الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون وذلك استثناء من تلقي العدول الإشهاد على الوقف، عند تعذر تلقي هذا الإشهاد.

وبهذا تكون المدونة أخذت بعين الاعتبار صعوبة اعتماد الوثيقة الرسمية كأداة وحيدة لتوثيق الوقف، فأجازت إنشاء الوقف بوثيقة عرفية[461]، هذه الوثيقة العرفية مصادق على صحة توقيعها طبقا للقانون وذلك في حالة الضرورة التي تحول دون إمكان حصول التوثيق الرسمي العدلي، هذه الحالة أي حالة الضرورة والتي لم يعمل المشرع المغربي على تبيانها، فإنه يمكن تمثيل أوجه هذا التعذر بعدم وجود العدول في المكان الذي قرر فيه العازم على إنشاء الوقف، أو تعذر حضور العدول إلى مكان الواقف في حالة وجود الواقف في وضع صحي لا يسمح له بالذهاب إلى العدول[462].

وإن كان من الناحية العملية لا يتصور عدم وجود عدلان منتصبان للإشهاد في موطن إقامة الواقف خصوصا إذا علمنا أنه يوجد في دائرة نفوذ كل محكمة ابتدائية وتحت إشراف قاضي التوثيق عدلان أو أكثر ينتصبون للإشهاد على مختلف التصرفات، ليقع على عاتق الجهة الواقفة إثبات وجود هذا الاستثناء المتمثل في عدم وجود العدول في مكان الواقف[463].

وما يستتبع ذلك من تغير الظروف والأحوال عند الرغبة بالاحتجاج بهذه الوثيقة العرفية، فماذا لو طعن الطرف المنازع في صحة وجود الوقف، بكون عدم وجود الضرورة

---

461 - أشرف جنوي، استثناء الأوقاف العامة من الأثر التطهيري للرسم العقاري، مجلة الأملاك الوقفية، ج الثاني، م س، ص 192.

462 - محمد المهدي، تكوين عقد الوقف في ضوء مدونة الأوقاف، مجلة الأملاك الوقفية، ج الثاني، م س، ص 112.

463 - زكرياء العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي، مجلة القبس المغربية، م س، ص 315.

التي تدعوا إلى إبرام المحرر العرفي وأن مكان إبرام هذا المحرر يتواجد به أكثر من عدلان؟

إن الكتابة باعتبارها أقوى وسائل إثبات الوقائع والتصرفات القانونية بما لها من أهمية في حماية الحقوق، لا يشترط فيها في هذا المقام ما يشترط في الكتابة الرسمية لا من حيث الصيغة أو كيفية التدوين، فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلا على موقعها، وإن لم تكن بخط يده، فالمطلوب هو التوقيع إضافة إلى ما اشترطته مدونة الأوقاف من ضرورة المصادقة على هذا التوقيع لدى الجهات المكلفة بذلك قانونا تلافيا لإنكار التوقيع المذيلة به الوثيقة العرفية[464].

هذا ويعد اللجوء إلى المحرر العرفي في حالة الضرورة استثناء من مشرع مدونة الأوقاف للتوجه العام الذي ينحو نحو إلغاء المحرر العرفي في التصرفات العقارية، هذا التوجه الذي ترجمه المشرع في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه يجب أن تحرر- تحت طائلة البطلان – جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو اسقاطها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

فالتوجه نحو الرسمية سيضع حدا لما كان سائدا، حيث كان للأطراف كامل الحرية في اختيار نوع المحرر لإبرام العقود المتعلقة بالتصرفات العقارية، حيث كانوا يتولون تحرير العقد بأنفسهم أو يختارون كاتبا عموميا لتحرير إملاءاتهم، ليقوموا بعد ذلك بالمصادقة على توقيعاتهم أمام السلطات المختصة، مما كان يجعل هذا العقد العرفي عرضة للطعن، على اعتبار أنه قلما يشار فيه إلى الحالة المدنية للأطراف كاملة وبوجه صحيح، كما لا يعكس إرادتهم الحقيقية لغياب البيانات الأساسية الواجب تضمينها في العقد، حتى ينهض دليلا قاطعا في الإثبات، فعملية التحرير غالبا ما يقوم بها شخص غير مختص في

[464] - كريمة العضمي، "إشكالية تثبيت الوضعية القانونية للأوقاف المعقبة على ضوء مدونة الأوقاف وظهير التحفيظ العقاري"، سلسلة دراسات وأبحاث، تحت عنوان: المنازعات العقارية، الجزء 4، العدد 21، السنة 2018 ، ص 146.

القانون مما يحجب عنه الدراية بما هو غير جائز من التعاملات المنصب عليها هذا العقد[465].

لكل ذلك عمل المشرع في مدونة الحقوق العينية على إقرار الرسمية كخيار أساسي لتحقيق الأمن العقاري، ونص على الحالة الوحيدة المتعلقة بالمحرر الثابت التاريخ وألزم تحريره من قبل محام مقبول للترافع لدى محكمة النقض، الشيء الذي يحصن هذا المحرر الثابت التاريخ لكون محرره قد راكم خبرة كبيرة تجعله يصوغه كما لو حرره الشخص المكلف بتحرير الوثيقة الرسمية.

وفي مجال الوثيقة الوقفية العرفية يقول الدكتور محمد خيري: **" ونظرا لما قد يحيط الوثيقة العرفية من مخاطر، فإنه من المفضل اللجوء إلى تحريرها لدى عدلين منتصبين للإشهاد تلافيا لكل خلل"**[466].

ب- باقي وسائل الإثبات

بمقتضى المادة 48 من مدونة الأوقاف المتعلقة بإثبات الوقف، فإنه ستتم دراسة المستجدات التي أتى بها المشرع بمقتضى هذه المادة، وعليه سيتم التطرق إلى كل من الحوالة الحبسية، والإقرار، ومختلف وسائل الإثبات التي نصت عليها الفقرة الأولى من هذه المادة.

1- الحوالــة الحبسيــة

لما كانت الحوالة الحبسية في شكلها المادي عبارة عن دفاتر من الحجم الكبير ذو صفحات متعددة تسجل بها شؤون الأوقاف من إحصاء مضبوط للممتلكات العقارية ومداخلها وما ينفق من هذه المداخيل على مختلف المشاريع وعليها، ويوجد بها وثائق متنوعة المواضيع، إضافة إلى نصوص متعلقة بإثبات ملكيات المحبسين لموقوفاتهم وألفاظهم وشروطهم، فهي عبارة عن وعاء مادي وضعت فيه معلومات حول الوقف من

[465] - يوسف مختري، إثبات التصرفات العقارية، مجلة المنازعات العقارية، ج 4، م س، ص 60.
[466]- محمد خيري، وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقتضيات الشرعية وأحكام القانون الوضعي، مجلة الحقوق المغربية، م س، ص 34.

حيث الواقفين والموقوف عليهم، والشيء الموقوف، والصيغة، وما يرمي إليه المحبسون من وقفهم، مع شهادة الشهود وتوقيع العدول وإمضاء القاضي في بعض الأحيان، فوظيفة الحوالة الحبسية بالتالي هي حماية الممتلكات وصيانتها فهي المرجع الأساسي الذي تؤخذ نصوصه بعين الاعتبار عندما يراد إثبات حق من الحقوق نظرا لقيمتها[467].

فإن مسك النظارة لهذه الحوالات الحبسية لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتباره حجج من صنع الأوقاف، تعمل السلطة الحكومية المكلفة بالوقف بصنعه لتقديمه كحجة في النزاع التي هي طرف فيه، بحيث تلجأ إلى صنع حجة ملفقة وغير مبنية على وقائع وتصرفات حقيقية للاحتجاج بها، وإنما الأصح أن الأوقاف والنظارات تمسك هذه الحوالات والكنانيش والسجلات والمحاضر بانتظام ويخضع هذا المسك إلى ضوابط إدارية وقانونية صارمة[468]، وهي سابقة في وجودها عن نشوء أي نزاع، فهي لم تنشأ بين ليلة وضحاها في فترة النزاعات، وإنما نشأت سلفا لتنظيم الأحباس وضبط كل ما يجري عليها من تصرفات لكي لا تضيع كل من حقوق الأوقاف وحقوق الأغيار[469].

فقد جاء في صك إنشاء الحوالة الإسماعيلية مثلا: **"توجهت وجهته – المقصود هنا المولى إسماعيل – وجهة حذر وتحر وتوخ وتبر للنظر في جملة الأحباس وما عسى أن**

---

[467] - عبد الحق ابن المجدوب الحسني، الحوالات الحبسية ودورها في حفظ الممتلكات الوقفية، مطبعة أنفو – برانت، فاس، الطبعة الأولى، 2003، ص 10 و 73.

[468] - حسب الظهير الشريف رقم 1.16.38 صادر في 17 من جمادى الأولى 1437 (26 فبراير 2016) في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجريدة الرسمية عدد 6448 بتاريخ 17 مارس 2016، ص 2691، فإنه تختص مديرية الأوقاف التابعة للإدارة المركزية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، تختص بتتبع مختلف الدعاوى والمنازعات المتعلقة بالممتلكات الوقفية وتشتمل على قسم خاص بالمحافظة على الأصول الوقفية الذي يتألف بدوره من مصلحة المحافظة على الأملاك، ومصلحة المعاملات العقارية للأوقاف ومصلحة الأحباس المعقبة وأحباس الزوايا والأضرحة (المادة 7 و 8)، وتتألف المصالح الخارجية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية من نظارات الأوقاف ومندوبيات جهوية للشؤون الإسلامية ومندوبيات إقليمية للشؤون الإسلامية، تكلف نظارات الأوقاف بالسهر على المحافظة على ممتلكات الأوقاف وتدبيرها وتنميتها وتحسين مداخيلها، والعمل على تتبع المنازعات المتعلقة بالأوقاف (المادة 24 و 25)، وبحسب قرار لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم 679.16 صادر في فاتح جمادى الأخرة 1437 (10 مارس) 2016 في شأن التنظيم الداخلي لنظارات الأوقاف ومندوبيات الشؤون الإسلامية وعددها ودوائر نفوذها الترابي – الجريدة الرسمية عدد 6448 بتاريخ 17 مارس 2016 ص 2699، فإن لنظارات الأوقاف مصلحة خاصة تقوم بتسيير الأملاك الوقفية وتختص بإحصاء وضبط الأملاك الوقفية (المادة 3) ويمارس مكتب الشؤون الدينية التابع للمندوبيات الإقليمية للشؤون الإسلامية، الإشراف على المكتبات الوقفية والمحافظة على المخطوطات الحبسية.

[469]- عبد القادر قرموش، مجلة الأملاك الوقفية، م س، ص 129.

يعرض فيها من التلف والاختلاس والالتباس بأملاك الناس سيما مع طول الزمان وضعف الأمان وخصوصا أوقاف مدينة فاس لكثرة أوقافها واختلاف أصنافها"[470].

كما أن مسك الأوقاف لهذه الحوالات واعتمادها عليها في إثبات حقوقها، إجراء لا تنفرد به الأوقاف لوحدها، وإنما هناك عدة مجالات يعتمد فيها الخصم على الحجج التي يمسكها، فمدونة التجارة مثلا تقبل حسب المادة 19[471] منها بإثبات المحاسبة الممسوكة بانتظام أمام القضاء، فالمشرع لما أقر بقيمة هذه الحجج كقاعدة في الإثبات وضع لها شروطها، وافترض فيها حسن النية كمبدأ في المعاملات، ليتم استبعادها إذا اختلت شروطها أو ثبت عكسها[472]، ونفس الأمر ينصرف إلى الحوالة الحبسية التي تمسكها النظارات.

وبخصوص كيفية الإدلاء بما في الحوالة والاحتجاج به لدى القضاء، فإنه يقوم الناظر باستدعاء أحد العدول أو استدعاء كاتب أمين معروف بخبرته في مجال استنساخ الرسوم وضبطها، فينقل النص المطلوب بخطه وبحضور الناظر أو أحد أعوانه، لأن سجل الحوالة لا يسمح بإخراجه من مقر النظارة حفاظا عليه وإمعانا في صيانته وحراسته[473]، وفي الغالب يتم تحرير ما يوجد في الحوالة من طرف السادة العدول ويخاطب عليها السيد قاضي التوثيق وقد عمدت نظارة فاس حسب البحث الميداني المجرى في الموضوع، إلى تصوير السجل الذي يشمل على الحوالات وإيداعه لدى قاضي التوثيق، ليركن إليه كلما أراد التثبت من نسخ الحوالة المراد المخاطبة عليها والمقدمة إليه من طرف السادة العدول، وذلك حتى لا يضيع السجل الأصلي من كثرة التصفح فيه.

وبهذا فإن نسخ الرسوم المدرجة في الحوالات الحبسية تتوفر على جميع شروط الورقة الرسمية من توقيع العدلين وخطاب قاضي التوثيق، هذا وينص الفصل 441 من

---

[470]- عبد الحق ابن المجدوب الحسني، م س، ص 70.

[471]- تنص المادة 19 من مدونة التجارة على أنه: "يتعين على التاجر أن يمسك محاسبة طبقا لأحكام القانون رقم 9.88 المتعلق بالقواعد المحاسبية الواجب على التجار العمل بها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.138 بتاريخ 30 من جمادى الآخرة 1413 (25 ديسمبر 1992) إذا كانت تلك المحاسبة ممسوكة بانتظام فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارتهم"، مدونة التجارة صيغة محينة بتاريخ 19 ديسمبر 2016، القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص 2187.

[472]- عبد القادر قرموش، م س، ص 129.

[473]- عبد الحق ابن المجدوب الحسني، م س، ص 75.

قانون الالتزامات والعقود على أن النسخ المأخوذة وفقا للقواعد المعمول بها، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) بواسطة أمين هذه الخزائن، تكون لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، ويسري نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة، إذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لأصولها.

مما يستشف منه أن النسخ المستخرجة من سجل الحوالات الحبسية يأخذ نفس حكم وقيمة ما هو وارد في الحوالة الحبسية نفسها.

وإذا استحضرنا التوجهين اللذين سبق التطرق إليهما في هذه الدراسة أي الاتجاه الفقهي والقضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف، والاتجاه الفقهي والقضائي المقيد لوسائل إثبات الوقف، فإننا نجد أن مدونة الأوقاف قد اختارت الاتجاه الفقهي والقضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف، وذلك بنصها في المادة 48 منها على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، وأن الحوالات الحبسية تعتبر حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس.

وبهذا تكون مدونة الأوقاف قد راعت خصوصية الوقف ونصت بشكل صريح على إثباته بالحوالة الحبسية، الأمر الذي يعد من أهم المستجدات التي أتت بها هذه المدونة، مما سيجعل القضاء يتجاوز الموقف السلبي الذي كانت تركن إليه بعض المحاكم من رفض الاعتداد بالحوالة كحجة على وجود الحبس[474].

2- الإقـــرار

سبق التمييز بين الإقرار للوقف وبين الإقرار عليه، فالإقرار باعتباره خبرا يوجب الحكم صدقه على قائله بلفظه أو لفظ نائبه، فإنه يعد من أهم وسائل الإثبات وأقواها يلزم صاحبه ويعتبر حجة عليه وعلى ما أقر به[475]، لأنه يقع بإرادة المقر وحده وينتج أثره دون حاجة إلى قبول من المقر له، وهو يعتبر حجة قاصرة على المقر ملزم له فيما أقر به، لا

[474]- زكرياء العماري، م س، ص 313.
[475]- محمد نعناني، الاستيلاء على العقارات الحبسية بين الحماية القانونية والنجاعة القضائية، مجلة المنازعات العقارية، ج 4، م س، ص 27.

يتعداه إلى غيره ما لم يصدقه فيه، لذلك فإن الإقرار للوقف إن صدر عن رضى المقر وهو كامل أهلية الإدراك والتمييز خالية إرادته من العيوب فإن إقراره يلزم للوقف[476].

والإقرار حسب قانون الالتزامات والعقود يقسم بدوره إلى إقرار قضائي وإقرار غير قضائي، فالأول هو الاعتراف الذي يقوم به المقر أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا أمام المحكمة، ويستوي في ذلك أن يتم أمام قاض مختص أو غير مختص ولو صدر كذلك في دعوى أخرى، فيكون له نفس أثر الإقرار القضائي (الفصل 405 من قانون الالتزامات والعقود)، أما الإقرار غير القضائي فهو الذي لا يقوم به المقر أمام القاضي، كأن ينتج من كل فعل يحصل من الخصم المقر وهو مناف لما يدعيه (الفصل 407 من قانون الالتزامات والعقود) كما يمكن أن يكون الإقرار كذلك منتجا من الأدلة الكتابية (الفصل 416 من نفس القانون).

ومن ذلك يمكن القول أن الإقرار للوقف يمكن أن يكون أمام مجلس القضاء أو خارجه كما يمكن أن ينتج من الدليل الكتابي[477] وهو ملزم للمقر فيما أقره لا يتعداه إلى الغير إلا بمقتضى قانوني.

والإقرار كوسيلة إثبات للوقف أورده مشرع مدونة الأوقاف في المادة 48 في الفقرة الأولى التي تنص على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات.

وقد أجمل الأستاذ محمد التاويل الإقرار للحبس بقوله: **" – هو اعتراف الحائز أن ما بيده حبس على غيره، وهذا يؤاخذ باعترافه ويقضي عليه بتسليم الحبس لمن يستحقه، ويلزمه كراء المثل في المدة التي استغل فيها الحبس.... – اعتراف الحائز بأن ما في يده حبس عليه وعلى عقبه من قبل أبيه وهو اعتراف لا يثبت به الحبس إلا فيما لا يعرف ملكه للمعترف ولا لأبيه وأما ما يعرف ملكه له أو لأبيه فلا يلزم فيه الحبس، ولا من**

[476]- كريمة العضمي، م س، ص 154.
[477] - الدليل الكتابي الصادر عن ناظر الأوقاف، الذي يصرح فيه بعدم حبسية عقار غير محفظ بمناسبة تسليمه الشهادة الإدارية لا يعد إقرار منه على ما سيتم توضيحه تاليا.

حوزه... – اعتراف المالك بأنه حبس داره أو أرضه، وهو اعتراف لا يثبت به الحبس حتى يثبت حوزه في حياته قبل حدوث المانع"[478].

هذا فيما يخص الإقرار للوقف، أما الإقرار عليه فيتصور في الحالة التي يقر فيها متولي الوقف وهو الناظر بأن الشيء المتنازع عليه ليس وقفا، وهنا فإن هذا الإقرار غير عامل، لأن الإقرار لابد وأن يصدر من خصم له حق الإقرار في الدعوى، والناظر وإن كان له حق تمثيل الأوقاف إلا أنه لا يملك حق الإقرار على الوقف، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا على الغير، فإذا ادعى شخص ملكية العين الموقوفة وصدقه الناظر فلا يعتبر تصديقه ولا قيمة قانونية له، وكذا لو أقر بدين على الوقف أو استحقاق للغير لا يصح، فإقرار المتولي على الوقف فيما يضره لا يسري عليه[479].

إضافة إلى كون الوقف يعد كمصلحة المحاجير، فكما لا يجوز إقرار المقدم على محجوره، لا يجوز إقرار ناظر الحبس على الحبس، وهذه قاعدة شرعية مقررة ومنصوص عليها في دواوين الفقه والأحباس، تتعلق بحق الله تعالى فلا يجوز اعتماد الإقرار ضدها[480].

ويتمثل إقرار الناظر على الوقف بشكل جلي في تلك الشواهد الإدارية التي يسلمها للغير بخصوص عدم حبسية بعض العقارات[481] عندما يريد الغير إنجاز شواهد تثبت عدم

---

[478] - محمد التاويل، م س، ص 19.

[479] - محمد رافع يونس الحيالي، "إلتزامات متولي الوقف"، مجلة الأملاك الوقفية، ج 2، م س، ص 148.

[480] - حيثيات قرار استئنافية مكناس عدد 710 بتاريخ 1993/3/18 – أورده عبد الرزاق أصبيحي، "الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب"، م س، ص 131. وقد جاء في البهجة في شرح التحفة أن: "كل من الوصي والمقدم إذا وكلا وغيرهما ليس لهما أن يجعلا الإقرار للوكيل، كما أنهما ليس لهما الإقرار على المحجور، وقد وقعت نازلة في هذا الأوان وهي: أن رجلا ادعى على وصي أو مقدم أن أبا محاجيره كان تولى قبض متروك والده بوكالة منه وزمم له زمامات تركة أبيه أحدها بإسكندرية وآخر بالجزائر وآخر بفاس... وسئلت عن ذلك فأجبت بأن نائب المحاجير من وصي ومقدم ووكيل لا يأمر واحد منهم بجواب المدعي على موروثهم، إذ من شرط صحة الدعوى الذي يكلف المطلوب بجوابها... فإن المحجور ونائبه لا يكلف واحد منهما بجوابها، إذ إقرارهما بها لا يفيد كما في التبصرة وشرح اللامية... فكما لا يؤاخذ المحجور بإقراره كذلك لا يؤاخذ نائبه، فتكليف نائب المحجور بالجواب خطأ ممن فعله". للمزيد من التوسع بشأن الإقرار على المحاجير يراجع : أبي عبد الله محمد التاودي، " البهجة في شرح التحفة "، ج 2، م س، ص 562.

[481] - المقصود العقار غير المحفظ، أما العقار المحفظ فلا يحتاج إلى استصدار مثل هذه الشواهد، لأنه مطهر من كل شبهة قد تحوم حوله بمناسبة تحفيظه، غير أن هذا المبدأ ليس على إطلاقه، والاستثناء سيتم دراسته في الباب الثاني من هذه الدراسة، والمقصود في هذا المقام أن العقار المحفظ لا يحتاج إلى الشواهد الإدارية التي تنفي الصفة الحبسية عنه بمناسبة تفويته إلى الغير.

حبسية العقار المراد إقامة شهادة ملكيته لهذا الغير، وذلك في حالة عدم وجود نزاع مع الأوقاف[482].

فالمادة 18 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة تنص على أنه يتعين على العدل عند تلقي الشهادات مراعاة الشروط المقررة وكذا استحضار المستندات اللازمة، وإذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ وجب على العدل التأكد بواسطة شهادة صادرة عن السلطة المحلية من كونه ليس ملكا جماعيا أو حبسيا وليس من أملاك الدولة وغيرها.

ولتطبيق هذه المادة صدرت دورية مشتركة في 17 ديسمبر 2012 [483] بين عدة وزارات نصت على أن الهدف من مقتضيات المادة 18 السالفة الذكر هو حماية الأملاك الجماعية والحبسية وأملاك الدولة وغيرها من التصرفات غير المشروعة، وذلك بوجوب تأكد العدل قبل تلقيه أي شهادة متعلقة بعقار غير محفظ، بكون العقار موضوع الشهادة المطلوبة ليس ملكا من الأملاك المشار إليها بواسطة شهادة إدارية صادرة عن السلطة المحلية باعتبارها الجهة المؤهلة قانونا لتسليمها بعد التنسيق مع الممثلين المحليين للقطاعات المعنية.

وقد صدرت بعد هذه الدورية مذكرة تكميلية بتاريخ 05 يناير 2017 [484]في شأن المساطر المعمول بها في تسليم شواهد إدارية موضوعها عقارات غير محفظة، ولعل أهم ما جاء فيها هو مراعاة مختلف القوانين قبل استصدار هذه الشواهد الإدارية، إضافة إلى وجوب التأكد من كون العقار موضوع الشهادة ليس محل نزاع مطروح على أنظار القضاء، فالشهادة المسلمة من طرف ناظر الأوقاف هنا، والتي ينفي فيها الصبغة الحبسية

---

[482] - عبد القادر قرموش، م س، ص 130.

[483] - دورية مشتركة 50/ س 2 – 17 ديسمبر 2012 حول تطبيق مقتضيات المادة 18 من المرسوم رقم 2.08.378 الصادر في 28 من شوال 1429 (28 أكتوبر 2008) بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.56 بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006)، وهذه الدورية مشتركة بين كل من وزير الداخلية، وزير العدل والحريات، وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وزير الاقتصاد والمالية، وزير التجهيز والنقل، وزير الطاقة والمعادن والماء والبيئة، المندوب السامي للمياه والغابات ومحاربة التصحر، وموجهة إلى الولاة وعمال عمالات وإقليم وعمالات ومقاطعات المملكة، القضاة المكلفون بالتوثيق، نظار الأوقاف، المديرين الجهويين والإقليميين للتجهيز والنقل، مديري وكالات الأحواض المائية، المديرين الجهويين للمندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر.

[484] - مذكرة رقم 112 بتاريخ 05 يناير 2017 الرباط وهي مذكرة تكميلية للدورية الوزارية المشتركة رقم 50 س ودورية السيد وزير الداخلية عدد 14 في شأن توحيد المساطر المعمول بها في تسليم شواهد إدارية موضوعها عقارات غير محفظة.

عن العقار المراد تأسيس ملكيته للغير، تعتبر من حيث الشكل حجة رسمية تأخذ حكم الوثيقة الرسمية الصادرة عن موظف عمومي مختص، وتعتبر حجة رسمية على تاريخها وتوقيعها لا يطعن فيها شكلا إلا بالزور، ومن حيث الموضوع تعتبر إقرارا مكتوبا بأن الملك غير مسجل ضمن الأملاك الحبسية العامة[485]، غير أن إقراره هذا يعتبر حجة بسيطة مؤقتة يجوز إلغاؤها متى تبتت حبسية هذه العقارات، وليست لها قيمة ثبوتية أمام القضاء[486] عند قيام المنازعة للاعتبارات السالفة الذكر، ولكون المشرع حسم المسألة بالمستجد الذي أتى به في المادة 48 من مدونة الأوقاف، التي تنص على أنه لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته[487].

وصفوة القول أن الإقرار نظمه المشرع بمقتضيين، الأول يتعلق بالإقرار للوقف وهو يندرج في عموم عبارة الفقرة الأولى من المادة 48 من مدونة الأوقاف التي تنص على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، أما الثاني فيتعلق بالإقرار على الوقف والذي يندرج في الفقرة الثالثة من نفس المادة التي تنص على أنه لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته. وهو عكس ما قد فهمه البعض بكون الإقرار غير عامل في المادة الوقفية كوسيلة من وسائل الإثبات وبالتالي استبعاد الإقرار جملة وتفصيلا من الإثبات في دعوى الوقف، وإنما قصد المشرع تحصين الوقف وقد ساير التوجه الذي سبق ونادى بأن إقرار الناظر على الوقف لا يجوز، وبالتالي عمل المشرع على تقنين هذا المقتضى بنصه على أن الإقرار على الوقف لا ينتج أي أثر في مواجهته، في حين أن الإقرار للوقف لا زال قائما عاملا، وهو يندرج في الفقرة الأولى من المادة 48 السالفة الذكر، وإلا قال المشرع عوضها بأنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات باستثناء الإقرار.

---

485 - أشرف جنوي، م س، ص 194.

486 - عبد القادر قرموش، م س، ص 130.

487 - لذلك نجد السيد الناظر يورد تحفظا صريحا في الشواهد الإدارية المسلمة من قبله، يصرح بمقتضاه بأن العقار المذكور غير مسجل حاليا في سجلات الأملاك الحبسية، وقد سلمت هذه الشهادة لطالبها مع حفظ حق الأوقاف في الرجوع عليه بما قد يظهر أنه عائد إليها، أورده أشرف جنوي، م س، ص 195.

3- مختلف وسائل الإثبات

بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة 48 من مدونة الأوقاف، التي نصت على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، فإنه -بالإضافة إلى ما تم التنصيص عليه منفصلا عن هذه الفقرة والذي شمل كل من المحرر الرسمي والمحرر العرفي، والحوالة الحبسية، وعدم الأخذ بالإقرار على الوقف- يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات من إقرار الخصم، والحجة الكتابية[488]، وشهادة الشهود، والقرائن واليمين[489].

وبذلك فإنه يمكن إثبات الوقف ب:

- ♦ الرسوم العدلية ومنها رسوم التحبيس ورسوم الوصايا.
- ♦ وثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف بشرط المصادقة على صحة توقيعها طبقا للقانون، وتعذر تلقي العدول الإشهاد على الوقف.
- ♦ محاضر السمسرة وتوصيلات الكراء بخصوص بعض المكترين الذين ينجزون ملكيات على أراضي حبسية، فيمكن مواجهتهم بهذه التوصيلات والمحاضر، فلا تقبل حجتهم لأن أصل الملك معلوم ووجه مدخل حيازتهم غير ناقل للملكية.
- ♦ الشهادات ولاسيما شهادة السماع.
- ♦ الحوالات الحبسية والكنانيش وسجلات الأحباس.
- ♦ الحيازة والتقادم متى كان لصالح الوقف، فالحبس يحوز ولا يحاز عليه، حيث تعتبر الحيازة بشروطها، إحدى الوسائل المثبتة للوقف العام[490].

ويمكن أيضا أن تشمل عبارة كافة وسائل الإثبات ما نص عليه الفصل 404 من قانون الالتزامات والعقود من كون وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

---

[488] - الفقرة الأولى من المادة 48 السالفة الذكر والتي تنص على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، تشمل حتى الوسائل التي تم التنصيص عليها منفصلا عن هذه الفقرة، وسيتم التطرق إلى ذلك في حينه.

[489] - محمد خيري، م س، ص 30.

[490] - عبد القادر قرموش، م س، ص 124-130-132. وحسب الدكتور محمد التاويل يمكن إثبات الوقف بـ :- شهادة عدلين على أصل التحبيس. - شهادة عدلين بالحبس بتا. - شهادة عدلين بالسماع. - شهادة عدل واحد واليمين. -شهادة العدل والنكول. - النكول. -الشهادة على خط الشهود. - الشهادة على خط المحبس. - اعتراف الحائز أن ما بيده حبس. - الحيازة. - الحوالة. - الكتابة والوسم على الحبس.م س، ص 13.

- ♦ إقرار الخصم.
- ♦ الحجة الكتابية.
- ♦ شهادة الشهود.
- ♦ القرينة.
- ♦ اليمين والنكول عنها.

كما يمكن أن تشمل ما نص عليه الفصل 55 من قانون المسطرة المدنية والذي جاء فيه أنه يمكن للمحكمة بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا أن تأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوطا أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق.

لذلك يمكن القول أن الفقرة الأولى من المادة 48 السابق الإشارة إليها يمكنها أن تستوعب كل من وسائل الإثبات المنصوص عليها فقها، والوسائل المنصوص عليها قانونا، والوسائل التي هي من خصوصية الوقف.

فأي من هذه الوسائل معني بمقتضيات هذه الفقرة؟ وأي حل ارتضاه المشرع لمعالجة إشكالية الإثبات في المادة الوقفية؟ وهو الأمر الذي سيتم التطرق إليه تاليا.

الفقرة الثانية: تقييم المبدأ

بعد أن تم التطرق إلى إثبات الوقف قبل صدور مدونة الأوقاف، وكيف كان عليه الأمر في ظل غياب تنظيم قانوني يأطر الموضوع. وبعد التطرق كذلك إلى المستجدات التي جاءت بها مدونة الأوقاف بعد صدورها بخصوص إثبات الأملاك الوقفية، وتبيان وسائل الإثبات التي نص عليها المشرع في المدونة، والتي يمكن الإرتكان إليها والأخذ بها من طرف القضاء لتثبيت وضعية الملك الوقفي، فإنه من اللازم تقييم هذه المستجدات في مجملها لمعرفة ما إذا كان هذا التقنين لموضوع إثبات الوقف لمن شأنه أن يعمل على تجاوز الإشكالات التي طرحت قبل صدور مدونة الأوقاف (أولا: الوجه الإيجابي)، ام أن هذه المستجدات بما أتت به من تنظيم لموضوع إثبات الوقف غير قادرة لوحدها على تجاوز تلك

الإشكالات التي طرحت قبل صدور مدونة الأوقاف مما يؤدي إلى استمرار نفس الوضع حتى بعد تقنين وسائل إثبات الملك الوقفي (ثانيا: الوجه السلبي) وكل ذلك مع الاقتصار فقط على سياق هذه المستجدات في مجملها وبما سيتيح البحث في الباب الثاني من هذه الدراسة.

أولا: الوجه الإيجابي لمستجدات الإثبات

اعتبارا لكون موضوع الإثبات قبل صدور مدونة الأوقاف اتسم بالفراغ التشريعي بالرغم من صدور أزيد من خمسة عشرة ظهيرا تنظم الوقف، إلا أنها لم تتطرق إلى إثباته لا من قريب ولا من بعيد، إلا ما استثني بمقتضى الإحالة على الفقه الإسلامي بمقتضى المادة 75 من ظهير 02 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفظة، وهذه الإحالة بدورها أفرزت تعدد الآراء وتضارب الأحكام المبنية على الفقه الإسلامي في مجال إثبات الوقف، لكون الفقه الإسلامي هنا والذي هو فقه النوازل بالدرجة الأولى، تعددت فيه الأقوال والفتاوى والآراء، مما فتح المجال للتضارب والاختلاف والتناقض، الأمر الذي انعكس على غير مصلحة الوقف[491]، وهو ما سبق التطرق إليه في هذه الدراسة، وبصفة عامة فإن النظام القانوني للأوقاف بما كان يتميز به من تعدد النصوص والأحكام القانونية المطبقة عليها وتشتتها وصعوبة الرجوع إلى مصادرها، اضحى يقف حجرة عثرة في سبيل المحافظة على الأملاك الوقفية، بفعل تقادم النصوص وعدم مواكبتها للمستجدات المجتمعية والتطورات الاقتصادية المتسارعة خاصة فيما يتعلق بحماية الأموال الموقوفة[492].

لذلك جاءت مدونة الأوقاف لتسد الثغرات التي سادت مجال الوقف عامة وموضوع إثباته خاصة، فلا يمكن فهم ما جاء به المشرع في المدونة دون فهم التطور الذي مر به إثبات الوقف قبل المدونة، وهنا لابد أن ننوه بالمدونة على اعتبار أنها – كما جاء في تصريح السيد وزير الأوقاف – تعتبر أول مدونة في العالم العربي والإسلامي عملت على تجميع أحكام الوقف الفقهية المتناثرة في قالب قانوني عصري متميز يضمن الشمول في

[491] - عبد الرزاق أصبيحي، "قراءة في مدونة الأوقاف"، مجلة القبس المغربية، العدد الرابع، م س، ص 30.

[492] - أهم مستجدات وخصائص ومميزات الأوقاف كما جاءت بالندوة المنعقدة تحت إشراف السيدان أحمد التوفيق وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وسعيد بلبشير رئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، يوم الأربعاء 25 دجنبر 2013، بمقر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمشور السعيد، الرباط، منشور في موقع: www.habous.gov.ma تاريخ الزيارة 03/08/2019 على الساعة 11 h 16.

مقتضياتها والانسجام في مبادئها والوحدة في مرجعيتها بما من شأنه الحد من الاختلاف والتأويل عند التطبيق وانعكاساته على مستوى العمل القضائي بصفة أساسية[493].

لذلك كان الحرص شديدا أثناء إعداد مشروع مدونة الأوقاف على أن يكون تنظيم الوقف فيها شاملا، ومستدركا للنقص الذي عانت منه الأحباس قبل المدونة، ولأجله فقد حسمت مدونة الأوقاف حماية للوقف وأخذا بعين الاعتبار تعلقه بالمصلحة العامة، حسمت لصالح الاتجاه الميسر للإثبات فأجازته بجميع الوسائل، بما في ذلك الحوالات الحبسية التي تعتبر قرينة على أن ما فيها وقف، وحماية كذلك للوقف، اعتبرت الإقرار الصادر ضده غير منتج، بالنظر إلى أن هذا الأخير لا يتصور إلا من طرف من له الولاية على الوقف، وهو يعتبر غيرا بالنسبة للوقف، والقاعدة تقول أنه لا يؤاخذ شخص بإقرار غيره[494].

ومما يمكن استنتاجه أن المشرع المغربي كرس قابلية الوقف للإثبات بجميع الوسائل، ونص على حجية الحوالة الحبسية، والوثيقة العرفية في إثبات الحبس، وبالتالي فإن إثبات الوقف لا يقتصر على الكتابة فقط وإنما يتعداها إلى باقي وسائل الإثبات الأخرى[495] ويكون المشرع أقر نظام الإثبات الحر في الدعاوى الوقفية من خلال توسيعه لنطاق وسائل إثبات الوقف، فالاتجاه الذي يأيده المشرع هو الذي كان يذهب إلى أنه لا ينبغي أن يشترط في وثيقة الحبس ما يشترط في سائر الملكيات الخاصة، ولا يطلب ممن يريد إثبات الحبس، إثبات شروط الملكية من يد ونسبة وتصرف وعدم المنازع وطول المدة المقررة فقها، وإنما يكفي لمدعي الوقف أو لمن يريد دفع اعتداء عليه أن يثبت فقط أن المال موقوف بجميع وسائل الإثبات الممكنة والمتوفرة من خلال ممارسة دعوى الوقف[496].

وقد سبق للدكتور محمد ابن معجوز في معرض تبيانه للمقصود بالبينة وعدم حصرها في وسيلة واحدة للإثبات أن قال: **"ولو أن الإسلام اشترط أن تكون البينة على شكل معين لا يقبل غيره، ولا يحكم إلا بمقتضاه، لضاعت حقوق كثيرة، ولعسر على الناس – في**

---

493 - الموقع: www.habous.gov.ma تاريخ الزيارة 03/08/2019 على الساعة 16h11.
494 - عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 31-34.
495 - زكرياء العماري، م س، ص 312.
496 - عبد القادر قرموش، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، م س، ص 123.

كثير من الأحيان – إثبات دعاويهم، وهذا ما وقع فعلا عندما ظن بعض الناس أنه لابد من طريق معين لإثبات الحقوق، حيث إن كثيرا من الظلمة والفجار تمكنوا من أن يفعلوا ما يشاؤون وهم في مأمن من أن يثبت عليهم ذلك بالبينة التي انحصرت عند فقهائهم في الشاهدين، وبذلك ضاعت حقوق كثيرة لله وللعباد، ولو أن هؤلاء الفقهاء طبقوا ما جاء به الرسول الأكرم على وجهه من اعتبار البينة شاملة لكل ما يظهر الحق، لكان فيه تمام المصلحة المغنية عن التفريط والعدوان"[497].

وبتنصيص المشرع على الحوالة الحبسية كوسيلة إثبات في المادة الوقفية يكون قد انتصر كذلك للاتجاه الفقهي والقضائي الذي ييسر من قاعدة إثبات الحبس ويعتمد على الحوالات الحبسية[498]، استنادا إلى القاعدة الفقهية التي تقول بلا تعجيز في الحبس، كما أن المشرع راعى خصوصية الوقف وقرر أن الوقف يثبت بالظن ولا ينتفي إلا باليقين، ويستشف ذلك من كون المشرع عندما اعتبر في المادة 48 من مدونة الأوقاف أن الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة، لم يميز في ذلك بين الحوالات الحبسية التي تتوفر على شروط ملكية المحبس لما حبس يوم التحبيس، وتعيين الملك المحبس بدقة وبحدوده الواضحة، وحيازة الموقوف عليه، والإشهاد على الحبس، وحوزه من طرف عدلين في رسم يخاطب عليه القاضي، لم يميز بين هذه الحوالات، والحوالات التي اعتبرها الفقيه التسولي مجرد زمام (كما مر عند دراسة الموقف الفقهي المقيد لوسائل إثبات الوقف) والتي تقتصر على مجرد تقييد لمعلومات خاصة بمحل الوقف، أي تلك الحوالات ذات الحجة البسيطة التي تفيد معنى الشك، فمشرع مدونة الأوقاف على غرار الموقف الفقهي والقضائي الميسر، الذي لا يميز بين أنواع هذه الحوالات الحبسية، لم يميز بدوره بين أنواعها، واعتبر أن الحوالات الحبسية هي حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى

---

[497] - محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1984، ص 14.

[498] - جاء في معرض جواب العلامة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي على نازلة متعلقة بغرس أرض للمسجد، قولـــه: "و كما يحتاط للحبس أن لا يضيع شيء منه يحتاط أيضا أن لا يدخل فيه ما ليس منه". أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، الجزء الثامن، قابله وصححه على النسخة الأصلية، الأستاذ عمر بن عباد، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1998، ص 43، وفي جواب لأبي اسحاق الشاطبي حسبما في المعيار، أن العمل على ما في زمام تكبير الأحباس إلا ان يوجد ما هو أثبت وزمام تكبير الأحباس هو المعبر عنه اليوم بالحوالة، لأنه نقل وحول من أصل تحبيسه إليها، قاله بعض شيوخنا قال: فإذا لم يوجد بيد الخصم ثبوت أقوى مما فيها فالعمل فيها متعين، نفس المرجع، ص 362.

أن يثبت العكس[499]، وهو بذلك لم يلتفت أيضا إلى القول الذي يقول بأنها حجج من صنع الأوقاف أو حجة من صنع الخصم، وقد تقدم الإجابة على هذا القول والادعاء فيما سبق.

من خلال ما سبق تظهر خصوصية الوقف في الإثبات سواء بأخذ المشرع بمختلف وسائل الإثبات والمقصود هنا إن صح التعبير هو أخذه بالاتجاه الميسر لوسائل إثبات الوقف، فوجه التمييز هنا يكمن في النتائج الذي يفضي إليها هذا التمييز، فلو قلنا أنه أخذ بكافة وسائل الإثبات دون معرفة السيرورة التاريخية التي انتهت إليها هذه المادة – أي 48 من مدونة الأوقاف – لقلنا أن المشرع قصد وسائل الإثبات المسطرة في قانون الالتزامات والعقود (الأمر الذي سيتم التطرق إليه تاليا).

فليس على من يريد إثبات الوقف أو يريد منع الغير من الاعتداء عليه، إثبات شروط الملكية التي تتعلق بالأساس بدعوى الاستحقاق، وإنما يكفيه أن يثبت فقط أن المال موقوف بجميع وسائل الإثبات الممكنة ومنها بطبيعة الحال الحوالات الحبسية، حتى ينقلب عبئ الإثبات على الخصم ويثبت خلاف ذلك[500].

أما فيما يتعلق بالحيازة وعلى غرار ما سبق فإن الوقف يستفيد من قاعدة نسبة الحيازة إليه، وتعتبر بذلك وسيلة من وسائل إثبات ملكية الوقف، وهي تندرج في عموم صياغة المادة 48 من مدونة الأوقاف التي تقرر أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، ودون التفصيل في شروطها المعتبرة شرعا، فإن ما يجدر الإشارة إليه هو تنصيص المشرع في مدونة الأوقاف (المادة 50 منها) على أنه يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في المدونة.

[499] - عبيد القادر قرموش، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، م س، ص 128.
[500] - نفسه، ص 128.

فإذا كان المشرع حصن الوقف من الإقرار عليه، فإنه في مجال الحيازة خص تحصينه للوقف العام فقط[501]، وجعل الحيازة غير عاملة في مواجهة هذا الأخير ولو توفرت شروطها وطال أمدها، فالوقف يستفيد من الحيازة ولا يواجه بها.

فإذا حاز شخص وقفا عاما ولو طالت مدة حيازته فما على مدعي وقفية الوقف العام إلا أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات، حتى ينقلب عبئ الإثبات على الخصم الحائز، دون أن يتعدى الأمر إلى إثبات ملكيتها بشروطها الفقهية الصارمة[502]، وصورة ذلك إذا تعلق الأمر بمسجد أو مقبرة مثلا فيكفي طلب معاينتها المادية، ووجودها وتمثلها الواقعي لإثبات صفة الوقف العام عليها وبذلك تدحض حجة الخصم المستند إلى الحيازة وفي الواقع فإن تصور حيازة المسجد لا تجوز وإنما الذي يقع هو حيازة إحدى ملحقاته أو ما عبر عنه بالمضافاة وهنا تكفي أي حجة ولو بسيطة تثبت أنه وقف عام ليستبعد الأخذ بالحيازة المدعى بها من الخصم

إن هذا التحصين يعد انعكاس بدوره للتوجه الفقهي والقضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف، فقد جاء في النوازل الجديدة الكبرى **"وظاهر أنه لا يلزم من جري العمل بالمعاوضة والبيع في الحبس أنه يحاز عليه، بل لا حيازة على الحبس وإن طالت، وقول ابن عاصم في التحفة (وانقطعت حجة مدعيه ... إلخ) مقيد بحق الآدمي، أما ما كان لله تعالى فلا، قال الزرقاني على قول المختصر في الحيازة (لم تسمع ولا بينته)"**[503].

وجاء في النوازل الصغرى : **"... ومن عرف وجه دخوله لا تنفعه حيازة على غير الحبس كما لإبن رشد وغيره، فكيف على الحبس الذي طول الحيازة لا تنفع معه، كما لإبن رشد وغيره أيضا "**[504].

---

[501] - اعتبارا لكون الدراسة في هذه الفقرة متعلقة بالجانب الإيجابي فإنه ليس من اللائق إثارة الوجه السلبي لهذا المقتضى هنا، وإنما سيتم تأجيل دراسته كما تم تأجيل مجموعة من المقتضيات إلى المكان المخصص لها، لتجنب التكرار من جهة – وإن كان في كثير من الأحيان يفرض نفسه – ورعيا للمنهج المتبع في البحث العلمي الأكاديمي من جهة ثانية.

[502] - عبد القادر قرموش، م س، ص 132.

[503] - أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، م س، ص 304.

[504] - أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية ، الجزء الرابع ، طباعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1933، ص 154.

هذا وقد سبق للمحكمة الإقليمية بالرباط أن قررت: **"وحيث إن الأحباس لا يحاز عليها، وهذا هو المشهور الراجح الذي لا يصح الحكم بغيره كما نقلا ذلك سيدي المهدي الوزاني في نوازله الصغرى ج 3 ص 395 والزرقاني ج 7 ص 284 وسيدي المهدي في حاشيته المذكورة ج 3 ص 249"**[505].

إضافة إلى ذلك فإن من النتائج الأساسية المرتبطة بعدم جواز اكتساب الوقف العام بالحيازة، عدم جواز اكتساب ملكية الوقف بالتقادم ولو طالت أمدها فإذا كانت حيازة الوقف العام ولو توافرت شروطها القانونية لا تنتج أي أثر في مواجهة الوقف العام، فإن عدم جواز اكتساب ملكيته بالتقادم هو نتيجة منطقية لذلك، على اعتبار أن التقادم لا يعدو أن يكون سوى مرور مدة من الزمن على وضع اليد على الوقف العام وهو بذلك يشكل شرطا واحد من شروط الحيازة، والوقف العام لا يكتسب بالحيازة أو بالتقادم حسب المادة 51 من مدونة الأوقاف[506].

فإذا ثبت ما سبق يكون المشرع قد راعى خصوصية الإثبات في المادة الوقفية، ونهج نهج الاتجاه الفقهي[507] والقضائي الذي ييسر من وسائل إثبات الوقف، ويراعي خصوصيته، وهو بذلك يكون قد عمل على تحصين الأملاك الوقفية من الاعتداء والترامي ومن كل ما من شأنه أن يعرقل أدائها للدور المنوط بها، فهل تستطيع هذه المستجدات تحقيق ذلك فعلا ؟

---

[505] - قرار المحكمة الإقليمية بالرباط بتاريخ 1969/06/30 ملف عدد 65/185، أورده عبد الرزاق أصبيحي، م س، ص 130.

[506] - عبد القادر قرموش، م س، ص 134.

[507] - سبق وقرر الفقهاء قاعدة فقهية لا تقل أهمية عما سبق مفادها لا تعجيز في الحبس، فالتعجيز يعني أنه إذا انقضى الأجل ولم يأت المؤجل سواء كان طالبا أو مطلوبا، بما ينفعه شرعا فيما تأجل فيه حكم عليه القاضي بالحق أو نفيه، وعجزه أي حكم عليه بعدم سماع حجة يأتي بها بعد ذلك، إلا في خمسة مسائل، فإنه يحكم عليه فيها ولا يعجز، ومنها الوقف، فمن إدعى حبسا، فكلف بإثباته وأجل له فعجز ثم أتى بعد ذلك بحجة فإنها تقبل منه ولا يعجز، مع ملاحظة أنه قيد الحبس بأن لا يكون على معين، أما إذا كان على معين كزيد، فإنه يعجز ولا يقبل منه إثباته بعد التعجيز على المعتمد، خلافا للتسولي، محمد القدوري، "موسوعة قواعد الفقه والتوثيق مستخرجة من حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق"، بدون دار الطبع، الطبعة الأولى 2004، ص 156.

وجاء في لامية الزقاق:

به الشخص مع عجز عن الدفع عجزن ... بغير طلاق مع عتاق دم جـــلا

كذا نسب وقف فقط واكتبـــنـــــــــه ... وراج شهيدا غاب بالقرب أجلا

قال في التبصرة وإذا انقضت الآجال والتلوم واستوفيت الشروط، ولم يأت الشخص المؤجل بشيء مما يوجب له النظر عجزه القاضي، وأنفذ القضاء عليه وسجل وقطع بذلك شغبه عن خصمه في ذلك المطلب ثم لا يسمع منه بعد ذلك حجة إن وقع عليها ولا تقبل منه بينة إن أتى بها، كان هذا المعجز طالبا أو مطلوبا.

الإمام أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، "فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"، تحقيق رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2008، ص 203.

ثانيا: الوجه السلبي

بتنصيص المشرع في المادة 48 من مدونة الأوقاف المتعلقة بصفة مباشرة بالإثبات في المادة الوقفية، على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات فإن أول سؤال يطرح نفسه متعلق عن المقصود بهذه الوسائل؟ أهي الوسائل المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود المغربي ؟ أم تلك الوسائل المكملة المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية؟ أم هي الوسائل المنظمة بمقتضى الفقه الإسلامي وتحديدا الفقه المالكي؟ أم هي الموجودة في الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي؟ ام هي الوسائل التي تراعي خصوصية الوقف الموجودة في كل ما ذكر؟.

لما كان الرجوع إلى الفقه قبل صدور مدونة الأوقاف لم يحل مشكلة الإثبات في المادة الوقفية، على اعتبار أن الآراء الفقهية ولو مع حصرها داخل المذهب المالكي باعتباره المذهب الرسمي للبلاد، اختلفت هذه الآراء في موضوع إثبات الوقف بين من يتشدد في وسائل إثبات الوقف، ولا يقبل إلا رسم التحبيس المستوفي لجميع أركانه وشروط صحته، وبين من ييسر من وسائل إثبات الوقف ويأخذ بعين الاعتبار ضرورة حماية الوقف المتصل بالمصلحة العامة للمجتمع، وخصوصيته المتمثلة في تعلقه بحق الله تعالى وحق الغائب، ولكون أغلب العقارات الحبسية يعود تاريخ تحبسيها إلى مئات السنين مما يصعب معه في كثير من الأحيان إيجاد وثيقة التحبيس المنشئة له إن لم تكون موجودة من الأصل، لكون التحبيس كان يتم شفويا دون سلوك طريق كتابته، مما انعكس هذا الاختلاف الفقهي على القضاء فانقسم بدوره إلى مقيد و ميسر لوسائل إثبات الوقف[508]، وما ترتب عن ذلك من ضياع مجموعة من الأملاك الوقفية مما حدى بالمشرع إلى تنظيم وسائل إثبات الوقف.

فإن تنظيم المشرع لوسائل إثبات الوقف اقتصر على ما جاء في المادة 48 بصفة مباشرة، وما جاء بصفة غير مباشرة في المادة 25 من نفس مدونة الأوقاف، وللإجابة على ما طرح كتساؤلات أعلاه يمكن القول أن المادة 169 من مدونة الأوقاف تنص على أنه: "كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا

[508] - عبد الرزاق أصبيحي، اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الوقف، مجلة أوقاف، العدد 18 السنة 2010، ص 222.

بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف "مما يتبين معه أن المصدر الأساسي لموضوع إثبات الوقف هو النصوص المضمنة في مدونة الأوقاف، وأن الاجتهادات الفقهية داخل المذهب المالكي هي المصدر المكمل للنصوص القانونية ومصدرا احتياطيا لهذه النصوص، الأمر الذي يفيد معه استبعاد قانون الالتزامات والعقود من دائرة الاعتماد أو الركون إليه لتكملة ما نقص من تنظيم داخل مدونة الأوقاف، لأنه انطلاقا من المنطوق الحرفي للمادة 169 من مدونة الأوقاف يمكن القول أن المشرع لا يعترف صراحة لقانون الالتزامات والعقود المغربي بصفة المركز التكميلي حتى يلزم القاضي بالرجوع إليه كلما لم يجد حلا في مدونة الأوقاف، وبالتالي فكل ما لم يرد به نص أو به غموض بخصوص الإثبات يتعين ظاهرا الرجوع فيه إلى الاجتهاد الفقهي وتحديدا الفقه المالكي مع عدم تقييد هذا الرجوع بالراجح والمشهور وما جرى به العمل من هذا الفقه[509].

وبذلك فإن القواعد الواجبة التطبيق بخصوص وسائل إثبات الوقف هي تلك المعتمدة في الفقه المالكي وليس قانون الإلتزامات والعقود، ولا يخلو ذلك من مفارقة غريبة تؤدي إلى استمرار نفس الوضعية التي كانت قبل صدور مدونة الأوقاف، وهي تعدد الآراء الفقهية وصعوبة الاستقرار على رأي موحد منها[510]، حيث يقول الدكتور عبد الرزاق اصبيحـــي: **"إن الإحالة على الفقه الإسلامي – ولو مع حصره في المذهب المالكي، لا يحل مشكل الفراغ التشريعي في موضوع بأهمية موضوع الإثبات، بالنظر إلى تعدد الآراء الفقهية في هذا الموضوع، والتي تنعكس سلبا على أداء القضاء لمهمته في الفصل في النزاعات المتعلقة بإثبات الوقف، حيث نجد تضاربا في الأحكام الصادرة بهذا الخصوص، يصعب معه تحديد أي اتجاه يسير عليه القضاء المغربي في تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليها في الفقه الإسلامي على الأوقاف"[511].**

مما سيستمر معه الوضع كما كان عليه الأمر قبل صدور مدونة الأوقاف بالنسبة للعديد من الوسائل المعتمدة على أرض الواقع للإثبات في المادة الوقفية، كما هو الشأن

---

[509] - محمد المهدي، مركز قانون الالتزامات والعقود في كل ما لم يرد به نص في غيره من القوانين ذات الصلة – مدونة الأسرة ومدونة الأوقاف نموذجا، مجلة القضاء المدني، العدد 13، السنة 2016، ص 48-54.

[510] - زكرياء العماري، مجلة قبس، العدد 4 يناير 2013، م س، ص 312.

[511] - عبد الرزاق اصبيحي، مجلة أوقاف، العدد 18 السنة 2010، م س، ص 48.

بالنسية للكنانيش والسجلات الحبسية وشهادة اللفيف بنوعيها، فتنصيص المشرع على حرية الإثبات في المادة الوقفية لا يفيد قابلية الوقف للإثبات بأي وسيلة كانت، وإنما المقصود هو عدم حصر الوسائل التي يثبت بها الوقف في الكتابة وحدها، والاعتراف أيضا بحجة الشهادة أو الإقرار – على التحديد السابق– أو اليمين والقرائن... كوسيلة تقبل لإثبات الملك الوقفي، على أن تخضع كل وسيلة في شروط الاعتداد بها، لتلك المتفق عليها في الفقه المالكي[512].

مما يعني أن المشرع أخذ بالرأي الفقهي الميسر لوسائل إثبات الوقف ولم يأخذ بالرأي الفقهي الذي يأخذ فقط برسم التحبيس المستجمع لكافة أركانه، غير أنه وحتى داخل هذا الرأي الميسر يوجد تعدد للآراء بخصوص كل وسيلة من وسائل إثبات الوقف، وهي مسألة اجتهادية بالدرجة الأولى، فلو مثلا – وهذا ما يفيد ضرورة معرفة السيرورة التاريخية لموضوع الإثبات في المادة الوقفية –عرضت على القضاء مسألة متعلقة بإثبات الوقف، فإنه بمقتضى الإحالة على الفقه المالكي، سيعتد مثلا بالفقيه التسولي في القضية المعروضة عليه، وهذا الفقيه له توجه يمكن القول عنه أكثر تشددا في وسائل إثبات الوقف من الفقيه الشاطبي[513] أو المهدي الوزاني وهكذا، أما إذا ثم الرجوع إلى وسائل الإثبات الموجودة في الفقه المالكي بصفة عامة، دون الأخذ بعين الإعتبار خصوصية الوقف في الإثبات، لتم الأخذ بالوسائل جميعا ولحصل التيه فيها من جهة، ولضربة مصلحة الوقف في العمق من جهة أخرى، وكمثال على ذلك أن الوسائل الموجودة في الفقه الإسلامي على الاختلاف الموجود داخله في حصرها من عدمه، يمكن القول أن بعضها يتمثل في الشهادة والإقرار واليمين والحيازة... وهنا سيتم الأخذ بالإقرار على الوقف أو الأخذ بالحيازة في مواجهته إذا لم تراعى خصوصية الوقف في هذا المجال كما مر سابقا بأن الوقف يحوز ولا يحاز عليه، وأنه لا يجوز الإقرار على الوقف، ولا يجوز لمتولي الوقف أن يؤدي اليمين عليه، ومن ثم فإن الذي يتوجب الرجوع إليه والأخذ به هو الفقه الذي يراعي خصوصية

[512] - زكرياء العماري، م س، ص 313.

[513] - الشاطبي: هو محمد بن عبد الرحمان بن يعقوب الخزرجي، الأنصاري الشاطبي، ولي القضاء ببجاية، من مؤلفاته: شرح على الجزولية. انظر بدر الدين القرافي، توشيح الديباج، م س، ص 243.

الوقف في الإثبات، ولعل هذا ما جعل المشرع يقول في المادة 169 من مدونة الأوقاف: "بما يراعي فيه تحقيق مصلحة الوقف".

إضافة إلى أن الرجوع إلى الفقه المالكي بإطلاقه هو عودة إلى اختلاف الفقهاء في تحديد طرق الحكم فالبعض يحصرها في طائفة معينة، والبعض يطلقها لتشمل كل ما يبين الحق ويظهره مما يمكن جعله مستندا لبناء الأحكام، فأجازوا إثبات الحق بأي دليل ممكن ما دام منضبطا ضمن قواعد الشرع محققا مقصود القضاء في إظهار الحق والحكم بالعدل، وقد قال بحصر طرق الإثبات، الحنفية والمالكية في المعتمد والشافعية والظاهرية، وأصحاب هذا الرأي مختلفون فيما بينهم في بعض طرق الإثبات، وبعضهم توسع في ذلك كما جاء عند القرافي[514] في كتابه الفروق، وبعضهم ضيق حتى حصرها في بضعة طرق، واستدلوا بذلك بما جاء في الكتاب والسنة من طرق الإثبات من قبيل الشهادة والإقرار واليمين ونحوه، كأنهم يقولون بوجوب الاقتصار عليها في بناء الأحكام لما فيها من كفاية وسد حاجة، فلا يجوز استحداث أخرى غيرها مما أنتجته عقول البشر ولم يأت به نص من قبل الشارع الحكيم، واتجاه ثاني يقول بإطلاق طرق الإثبات وعدم حصرها في عدد محدد وقد قال به ابن فرحون والشوكاني وآخرون[515].

مما يستفاد معه أن العودة إلى الفقه المالكي إن كانت عودة إلى المنبع ليستقى منه ما يشبع الحاجة، وباعتباره الأصلح والأنسب، إلا أن هذه العودة هي عودة محفوفة بالمخاطر سينجى منها من خبر أسرارها، ومن توفر له من الوقت والجهد والعلم ما يوصله إلى الطريق الصحيح، ولأدل على ذلك ما قاله الدكتور ابن معجوز: **"غير أن كتب الفقه الإسلامي وإن كانت زاخرة بالنظريات الفقهية في مختلف نواحي التشريع، وبالرغم من كونها تشمل على جميع القواعد التي تنظم كل ما يتعلق بالعبادات والمعاملات إلا أن فهم هذه الكتب والاستفادة منها واستخراج تلك القواعد التي فيها، يحتاج إلى البحث الطويل الشاق، والتدرب على أساليب الفقهاء التي لم تعد تستعمل في هذا العصر، كما تحتاج إلى**

[514] - القرافي: هو أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان، أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية، أخذ العلم عن علماء أجلاء كابن الحاجب والعز بن عبد السلام، توفي (684 هـ) من مؤلفاته: الفروق، شرح التهذيب، شرح الجلاب انظر محمد مخلوف، م س، ج1 ص 188.

[515] - سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 30.

الصبر وطول الأناة، نظرا إلى أن الفقهاء الأقدمين لم يتبعوا في كتاباتهم منهجا موحدا الشيء الذي يسمح لكل مؤلف بأن ينظم كتابه على النحو الذي يريده، أو أن يكتب كما تهيأ له، وذلك ما جعل الكتب الفقهية مختلفة في الترتيب والتبويب، وبهذا أصبح من يريد البحث في هذه الكتب يجد مشقة في الحصول على بغيته، ويحتاج إلى أن ينقب كثيرا وفي أبواب عديدة ليظفر بما يطلب"[516].

هذا وإن عدم الإحالة على قانون الالتزامات والعقود، لمن شأنه ألا يجعل عنصر التوقع حاضرا والذي يجب أن تتميز به القواعد القانونية أي أن يتوقع الفرد مقدما نتائج أفعاله وتصرفاته من حيث ماله وما عليه، خاصة أمام الاختلاف المتوقع بين أفهام القضاة فيما يتراءى لهم أنه يحقق قيم العدل والمساواة ويخدم مصلحة الوقف، كما سيكبد المحكمة عناء البحث في كتب المذهب المالكي والحال أنه توجد قواعد قانونية في قانون الالتزامات والعقود قد تحقق المطلوب وتوفر الوقت والجهد، مع ملاحظة أن فئة ليست قليلة من القضاة لا يتقنون التعامل مع الفقه الإسلامي ونظرياته، بحكم كثرة الملفات، أو بحكم تخصصهم أو بحكم النظام الجامعي الذي درسوا فيه لكون هذا الأخير لم يعد يخصص للفقه الإسلامي أي حيز ضمن المواد التي تدرس في مسلك القانون[517].

لذلك كان على المشرع الإحالة على قانون الالتزامات والعقود مع مراعاة خصوصية الوقف في الإثبات في ما لم يرد فيه نص، أو اعتباره مصدرا مكملا ما لم يتعارض مع خصوصية الإثبات في المادة الوقفية، فالدعوة لاعتبار قانون الالتزامات والعقود قانون مكملا لمدونة الأوقاف بما يراعي خصوصية الوقف تنبع من كون هذا الأخير يعتبر الشريعة العامة أو القانون الأصل بالنسبة لعلاقات الناس، بمعنى أنه يرجع إليه كلما كان هناك نقص أو غموض في فرع من فروع القوانين الأخرى، ليكمل هذا النقص أو يزيل الغموض، كما أنه لا يتعارض من حيث المبدأ مع قواعد الفقه الإسلامي بصفة عامة ومع

---

[516] - محمد ابن معجوز، م س، ص 7.

[517] - محمد المهدي، مركز قانون الالتزامات و العقود في كل ما لم يرد به نص في غيره من القوانين ذات الصلة، مدونة الأسرة ومدونة الأوقاف نموذجان، مجلة القضاء المدني، العدد 13، السنة 2016، ص48، 54.

الفقه المالكي بصفة خاصة، لا سيما وأنه مستمد في الأصل من مدونة الموجبات والعقود التونسية لسنة 1906 وهي عبارة عن قواعد توفيقية بين التشريعات الأوربية الحديثة آنذاك والشريعة الإسلامية وعلى الخصوص الفقه المالكي[518].

ومع ذلك لا يمكن القول أن مدونة الأوقاف تحيل فقط على الفقه المالكي في كل ما لم يرد به نص، فكثيرة هي النصوص التي تحيل على قوانين خاصة أخرى بصفة غير مباشرة، فلو قلنا بأن المشرع أراد استبعاد كل القوانين الأخرى والإحالة على الفقه المالكي فقط، لقلنا مثلا أن قانون خطة العدالة مستبعد من التطبيق، فإذا تحدثنا عن الإشهاد على الوقف وتوثيقة، لتم التساؤل عن إجراءات هذا التوثيق وكيفيته، وهو منظم بمقتضى قانون خطة العدالة والرجوع إليه واجب، بالرغم من عدم إحالة المشرع صراحة على هذا القانون في نهاية مدونة الأوقاف، وما قيل هنا يقال على المحرر العرفي وعلى الأهلية وعوارضها من إكراه وتدليس وغيره، وبالتالي يمكن القول أنه ليس هناك ما يمنع من الاستئناس بقانون الالتزامات والعقود في كل ما لم يرد فيه نص في مدونة الأوقاف، مع مراعاة خصوصية الوقف، وإن كانت الدعوة قائمة للتنصيص على هذه الإحالة صراحة، خاصة وأنه جاء في تصدير مدونة الأوقاف: **" .... ورغبة منا في تأطيره تأطيرا قانونيا حديثا، يمكنه من مواكبة التحولات الشاملة التي تعرفها بلادنا، ويراعي خصوصيته المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، وإيمانا من جلالتها بأهمية تقنين القواعد الفقهية المتعلقة به، بما يدرأ تحدد الأقوال واختلاف التأويلات بشأنها، ويجمع شتاتها، ويحقق لها الانسجام مع مكونات المنظومة التشريعية المغربية...."[519].**

مما يمكن القول معه أن المدونة ليست بمعزل عن باقي القوانين المغربية، غير أنها اختارت الإحالة على الفقه المالكي بما يراعي مصلحة الوقف في كل ما لم يرد فيه نص بالمدونة مع الأخذ في الاعتبار مختلف القواعد القانونية التي تتلاءم مع خصوصية الوقف،

---

[518] - محمد المهدي، م س، ص 53.
[519] - تصدير ظهير مدونة الأوقاف.

وبذلك يكون إثبات الوقف معتمدا على ما استقر عليه – فقها وقضاء – الرأي الذي يأخذ بخصوصية الإثبات في المادة الوقفية.

فإن صح هذا الفهم واعتبرنا أن المشرع قد قصد بعبارة مختلف وسائل الإثبات الواردة في المادة 48 من مدونة الأوقاف، أن المراد بهذه الوسائل هي الوسائل الموجودة في الفقه المالكي وخصوصا الاتجاه الفقهي ومعه القضائي، الذي يراعي خصوصية الوقف في هذا المجال، فإن صح هذا تم التساؤل عن السجلات والكنانيش التي تمسكها نظارات الأوقاف، وقد سبق وأن تم تبيان الاتجاه الذي يأخذ بهذه الوسائل كوسائل إثبات الوقف[520]، فهل يصح الأخذ بها كوسائل إثبات الوقف؟ خاصة وأن المشرع في مدونة الأوقاف نص على الحوالة الحبسية فقط، فهل يفيد ذلك أن المشرع قرر الأخذ بهذه الحوالات الحبسية واستبعاد ما عداها من الوسائل التي تمسكها نظارت الأوقاف من كنانيش وسجلات، ورسوم تصفح كناش الأحباس ورسوم الإحصاء؟ أم أن هذه الوسائل تندرج في عموم صياغة الفقرة الأولى من المادة 48 من مدونة الأوقاف التي تنص على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات؟ وإن كان كذلك واعتبرت من عموم الفقرة الأولى من هذه المادة، فلماذا نص المشرع على الحوالة الحبسية فقط في الفقرة الثانية من نفس المادة، ولم يترك التنصيص عليها صراحة، لتعتبر بدورها من عموم صياغة الفقرة الأولى السالفة الذكر؟ أم أن المشرع أراد التنصيص عليها لتبيان خصوصية هذه الوسيلة في الإثبات وليظهرها للعموم، خاصة وأنها معروفة للمختصين والمهتمين بمجال الوقف، وفي نفس الوقت يعطيها الحجية ويوضح بالملموس أنه اختار الاتجاه الميسر لوسائل إثبات الوقف؟ ومع ذلك كان من اللازم التنصيص صراحة على هذه السجلات والكنانيش لأنها بدورها هي من خصوصية المادة

[520] - سبق وأن جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا أنه: " حيث يتجلى من القرار المطعون فيه أنه بنى قضاءه بتأييد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه باستحقاق المطلوبين للمدعى فيه على ما أدلوا به من حجج، وعلى أن الطالبة لم تدل بما يعارضها مكتفية بالمنازعة في الاستحقاق، وحيث يتجلى من وثائق الملف، وخاصة مذكرة جواب الطالبة عن المقال الافتتاحي للدعوى المقدمة بصفة صحيحة بتاريخ 05/04/1996 أن الطالبة المذكورة أدلت رفقة مذكرتها بصورتين مشهود بمطابقتها للأصل من رسم تصفح كناش الأحباس عدد 85/7414 ومن موجب تصرف عدد 86/1341 وعليه فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه عندما نفت على الطالبة إدلائها بما ذكر، تكون قد جعلت قرارها مشوبا بعيب فساد التعليل الموازي لانعدامه، وعرضته بالتالي للنقض والإبطال". قرار المجلس الأعلى عدد 1792 بتاريخ 09/05/2001، ملف مدني عدد 2405/1/4/2000 أورده عبد الرزاق اصبيحي، اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الوقف، مجلة أوقاف، العدد 18 السنة 2010، م س، ص 58.

الوقفية، ولأنه ينصرف عليها ما ينصرف على الحوالات الحبسية من عدم اشتهارها لدى العموم، كما أنها تؤدي الدور الذي تؤديه الحوالات الحبسية، وفي نفس الوقت فإن عدم الأخذ بها يؤدي إلى وضعية شاذة تتجلى في الحالة التي يكون فيها الشخص المستولي على عقار الأحباس سبق وأن كان مكتري لهذا العقار من نظارة الأوقاف، وتوجد وصولات الكراء في السجل الذي تمسكه النظارة، فهل يعتد بهذا الوصل للقول بأنه لاحق له في هذا العقار وأنه عقار حبسي؟ أم أن هذا الوصل الموجود في السجل لا يعتد به كوسيلة إثبات ما لم يكن موجود في الحوالات؟

فإن تم استبعاده في هذه الحالة استبعد بالتبعية في الحالة التي يواجه بها الغير عن العلاقة الكرائية، وتستظهر النظارة بوصولات كراء العقار موضوع النزاع مع طرف آخر، الأمر الذي لا يحقق من العدالة شيء، مما يستدعي التنصيص عليها صراحة واعتبارها ذات حجية كباقي وسائل الإثبات، وإلا تم العودة كذلك إلى نفس الإشكال الذي طرح قبل صدور مدونة الأوقاف.

وحتى بالنسبة للحوالات الحبسية، فبالرغم من تنصيص المشرع عليها في المادة 48 من مدونة الأوقاف، إلا أن العبارة التي جاءت بها يكتنفها الغموض، فقد نصت الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه تعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس، وهنا يطرح التساؤل عن المقصود بالعكس، هل يقصد به عكس ما هو مدرج في الحوالات الحبسية ؟ كأن يكون قد طرأ على العقار المدرج في هذه الحوالات عدة تغييرات تخرجه من نطاق التحبيس مثلا، أم أن المقصود بالعكس هو وجود حجة أقوى لدى الخصم؟ وهنا تثار مسألة الحجية التي أعطاها المشرع لهذه الحوالات، هل هي تامة تضاهي رسم التحبيس؟ أم هي حجة بسيطة يمكن دحضها بما هو أقوى منها من الحجج، أم أن المشرع قصد التفريق بين أنواع الحوالات الحبسية التي تمسكها النظارات؟.

جاء في الندوة المنعقدة تحت إشراف السيدان وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، ورئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، كما هو منشور في موقع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، أن المقصود بذلك هو أن الحوالات الحبسية تعتبر قرينة على

أن ما فيها وقف، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات العكس بحجة قوية[521]، وهو ما ذهب إليه الأستاذ عبد الرزاق اصبيحي لما اعتبر أن المدونة حسمت لصالح الاتجاه الميسر للإثبات، فأجازته بجميع الوسائل بما في ذلك الحوالات الحبسية التي تعتبر قرينة على أن ما فيها وقف وعلى من يدعي خلاف ذلك إثبات العكس بحجة قوية[522].

إن السبب في اعتبار الحوالة الحبسية مجرد قرينة على حبسية ما دون فيها من أملاك هو أن هناك نوعين من الحوالات الحبسية، فهناك حوالات دونت فيها معطيات عن الأملاك المحبسة في شكل تقييدات إدارية، وهناك حوالات متضمنة لرسوم التحبيس عليها إمضاءات العدول ومخاطبة القضاة، ولا تختلف بالتالي من حيث الحجية عن رسوم التحبيس، ومن أجل اتخاذ موقف وسط يحافظ على الأوقاف دون أن يمس حقوق الناس تم اعتبار الحوالة الحبسية قرينة على حبسية ما دون فيها من أملاك لكنها قرينة قابلة لإثبات العكس[523].

وهو الأمر الذي قد يفيد أن الحوالات الحبسية ليست لها الحجة القوية التي يمكن أن تدحض حجة الخصم كيفما كانت، واعتبارها قرينة فقط مع احتمال وجود ما قد يبعدها عن الاعتبار.

غير أن المشرع لم يعتبرها قرينة وإنما حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة، فلو أراد المشرع التفرقة بين أنواع الحوالات لنص على ذلك صراحة، لأنه ولأول مرة ثم التنصيص على الحوالات الحبسية كوسيلة إثبات، وهنا يقول الأستاذ عبد القادر قرموش: "... وإنما تمتد لتشمل أيضا تلك الحجة البسيطة التي تفيد (معنى الشك) وذلك عندما يتعلق الأمر بالحوالات الحبسية التي تعتبر مجرد زمام حسب تعبير الفقه، أي تقتصر على مجرد تقييد لمعلومات خاصة بمحل الوقف والتي نرى أنها تقوم حجة في إثبات الوقف إلى أن يثبت العكس بحجة أقوى منها، لأن مشرع مدونة الأوقاف وعلى غرار الموقف الفقهي

---

[521] - الندوة المنعقدة تحت إشراف السيدان أحمد التوفيق وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، وسعيد بلبشير رئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، يوم الأربعاء 25 دجنبر 2013، بمقر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمشور السعيد، الرباط، منشور في موقع: www.habous.gov.ma تاريخ الزيارة 03/08/2019 على الساعة 16h11.

[522] - عبد الرزاق أصبيحي، مجلة القبس، العدد الرابع – سنة 2013، م س، ص 34.

[523]- عبد الرزاق أصبيحي، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الثامن، الجزء الثاني، السنة 2014، م س، ص 227.

وبالأساس القضائي الذي لا يميز بين أنواع هذه الحوالات الحبسية، هو الأخر لم يميز بين أنواعها، واعتبر أن الحوالات الحبسية هي حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس"[524].

ومن جهة أخرى فإن عدم تفريق المشرع بين أنواع الحوالات وفي المقومات والخصائص التي ينبغي أن تتوفر فيها لكي تكون حجة منتجة في الإثبات، سيترك للقضاء سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بهذه الحوالات في حالات واستبعادها في حالات أخرى كما كان الشأن عليه قبل صدور مدونة الأوقاف، وذلك لكون الحوالات الحبسية منها ما يقتصر العمل فيها على توثيق الأملاك الوقفية ببيان المعلومات والمعطيات المتعلقة بالواقفين والموقوف عليهم والصيغة والأملاك الموقوفة ومختلف العمليات والتصرفات التي جرت عليها، ومنها ما تتضمن أصل رسوم التحبيس بعدما تم نقلها إليها للحفاظ عليها من الضياع، ومنها ما هو محرر من طرف العدول ومخاطب عليها من طرف القضاة الشرعيين، ومنها أيضا ما هو محرر من طرف موظفي الأحباس[525].

وللاستدلال على أن عدم تمييز المشرع بين أنواع هذه الحوالات لمن شأنه أن يؤثر على الاعتداد بهذه الحوالات ومن شأنه أن يعيد الإشكالات التي طرحت قبل صدور مدونة الأوقاف إلى ما بعد صدورها، بما جاء في قرار استئنافية طنجة والذي جاء فيه: ".... إن المادة 48 من مدونة الأوقاف جعلت الملك الحبسي ممكن الإثبات بجميع وسائل الإثبات، واعتبرت الحوالة الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس[526]... فإن الحوالة الحبسية التي يمكن اعتبارها كحجة شرعية لها قوتها الثبوتية فلابد من تضمينها شروط الحبس من إثبات التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس وتعيين الملك الحبسي وحيازته من طرف المحبس عليه أو من يتولى النيابة عنه، على ما تصح فيه الحيازة وأنه عند افتقارها لذلك لا تعدو أن تكون مجرد تنفيذ لا يثبت بها استحقاق

[524] - عبد القادر قرموش، مجلة الأملاك الوقفية ، الجزء الثاني، م س، ص 128.
[525] - زكرياء العماري، مجلة القبس العدد الرابع السنة 2013، م س، ص 313.
[526] - القرار عدد 1286 المؤرخ في 2012/12/06 ملف شرعي عدد 1401/12/66 قرار منشور في سلسلة دليل العمل القضائي، ج 2، م س، ص 200 . لاحظ أن القرار اعتمد على مدونة الأوقاف بالرغم من أن وقت صدوره لم تكن مدونة الأوقاف قد دخلت حيز التنفيذ لعدم صدور جميع النصوص المتخذة لتطبيقها في تلك الفترة على أن يتم العودة إلى هذا القرار في الباب الثاني من هذه الدراسة.

التحبيس ولا تنزع بها الأرض ممن هي بيده وهو ما أكد عليه التسولي والبرزلي وأحمد بن المواز ونظمه العمل صاحب المطلق بقوله:

وما على ظهر كتاب يوجـــــد من رسم تحبيس بلا من يشهد

ليس بعامل إلى أن يعلـــــــما الواقف بالشهود أو يثبت ما

يفيد أن الخط للمحبـــــــس وملكه الأصل وحوز الحبس"[527]

من خلال ما سبق كله يتبين أن مشرع مدونة الأوقاف لم يعطي لموضوع الإثبات الأهمية التي يستحقها، فكان من اللازم تفصيل النقاط المتعلقة بإثبات الملك الوقفي على اعتبار أن عدم إحالته الصريحة على قانون الالتزامات والعقود ليستأنس به كمصدر تكميلي، وعدم تبيانه بشكل صريح الخصوصية التي يتميز بها الوقف من حيث إثباته حتى يتم مراعاتها أثناء البحث عن الحكم الواجب التطبيق على النوازل المعروضة على القضاء، فعدم امتلاك ناصية البحث في الفقه الإسلامي بما يزخر به من تشعبات، وعدم معرفة السيرورة التاريخية للإثبات الذي جاءت به مدونة الأوقاف لمن شأنه أن يؤدي إلى ضياع العديد من الأملاك الوقفية ويجعلها عرضت للترامي والاعتداء، فمعرفة السيرورة التاريخية تفيد أن المشرع اختار الرأي الميسر وليس المقيد لوسائل إثبات الوقف، فإن تم البحث بمقتضى الإحالة على الفقه المالكي وليس قانون الالتزامات والعقود، وجب البحث والتنقيب بما يراعي خصوصية الوقف، أما وأن الإحالة على الفقه المالكي والعودة رأسا إلى الفقيه التسولي والأخذ بموقفه بخصوص الحوالات الحبسية (كما هو وارد في القرار السابق) فإن مقتضيات المدونة لن يبقى لها معنى، وسيتم العودة إلى نفس الإشكال السابق، فما قاله الفقيه التسولي بخصوص الحوالة دحضه الفقه المؤيد للعمل بهذه الحوالات كما مر سابقا.

لذلك فإن المفارقة العجيبة والغريبة هي أن المشرع تبنى الرأي الميسر لوسائل الإثبات، وأحال على الفقه المالكي في كل ما لم يرد به نص في المدونة، فيتم العودة إلى

[527] - قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 1286 المؤرخ في 2012/12/06 ملف شرعي عدد 1401/2012/66 سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 200.

الفقه المقيد لوسائل إثبات الوقف، وكأن المشرع لم ينص على أن الوقف يثبت بجميع وسائل الإثبات، وكأنه لم ينص أيضا بخصوص العودة إلى الفقه المالكي على عبارة بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف، الأمر الذي يؤكد ما تم اقتباسه سابقا عن الدكتور ابن معجوز في شأن البحث في الفقه الإسلامي، وعن الدكتور محمد المهدي بخصوص ضرورة الإحالة على قانون الالتزامات والعقود، ومسألة عدم إدراج مواد الفقه الإسلامي في مسلك القانون الخاص وما يستتبع ذلك من كون فئة غير قليلة من القضاة لا يتقنون التعامل مع الفقه الإسلامي ونظرياته.

وللتأكيد فقد جاء عند الفقيه أبي عبد الله سيدي محمد المهدي: "الحمد لله، إن الحائز لما ثبت في حوالة الحبس أنه حبس على كذا، يكلف ببيان وجه حوزه له، ولا يكفيه قوله حوزي وملكي، لأن الحوالة المذكورة يعمل بما فيها إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه، ففي جواب لأبي اسحاق الشاطبي حسبما في المعيار أن العمل على ما في زمام تكبير الأحباس إلا أن يوجد ما هو أثبت... وزمام تكبير الأحباس هو المعبر عنه اليوم بالحوالة لأنه نقل وحول من أصل تحبسيه إليها، قاله بعض شيوخنا، قال: فإذا لم يوجد بيد الخصم ثبوت أقوى مما فيها، فالعمل بما فيها متعين"[528].

المطلب الثاني: تحصين الوقف من نهائية الرسم العقاري

إن ما يعزز التوجه السابق، والمتعلق باختيار المشرع المغربي في المادة الوقفية للتوجه الفقهي والقضائي الذي يأخذ بتيسير إثبات الوقف بالانفتاح على كافة وسائل الإثبات، إن ما يعزز اختيار المشرع لهذا التوجه هو تنصيصه كذلك في المادة 54[529] من مدونة الأوقاف على أنه: "لا تمنع الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف لعقار محفظ شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين. وإذا ثبت أن العقار المذكور موقوفا، بناء على الحكم القضائي

[528]- أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، "النوازل الصغرى"، الجزء الثالث، م س، ص 514.

[529]- ظهير شريف رقم 1.19.46 صادر في 23 من جمادى الآخرة 1440 (فاتح مارس 2019) بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 6759 (4 رجب 1440) الموافق لـ (11 مارس 2019)، ص 1377.

الصادر بذلك والحائز لقوة الشيء المقضي به، فإن المحافظ يشطب على كل تسجيل سابق، ويقيد العقار بالرسم العقاري المتعلق به في اسم الوقف المعني"، وهو الأمر الذي يفيد احتياط المشرع لفائدة الوقف بأن جعل أي وسيلة من وسائل إثبات الوقف تهدم القوة التطهيرية للرسم العقاري، ولتوضيح ذلك سيتم التطرق في (الفقرة الأولى) إلى الأثر التطهيري للرسم العقاري، ليتم تبيان خصوصية الوقف المتجلية في استثنائه من هذا الأثر التطهيري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأثر التطهيري للرسم العقاري

إن قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري تستمد من الفصلين 2 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر بظهير 12 غشت 1913 قبل تعديله وتتميمه بالقانون 07-14[530]، فقد كان هذا الظهير قبل التعديل والتتميم ينص في الفصل الثاني على أنه: "يترتب عن التحفيظ إقامة رسم الملكية مسجل بكناش عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة الغير المضمنة بالكناش العقاري"، وينص في الفصل 62 منه على: "إن رسم الملك له صفة نهائية ولا يقبل الطعن وهو يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق والتكاليف العقارية الكائنة على العقار، وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة"، فمن هذين النصين المترابطين اللذين يكمل أحدهما الآخر ويفسره، يتبين أنه يترتب على قرار التحفيظ، تطهير العقار من جميع الحقوق السابقة عليه، واكتساب رسم الملك صفة نهائية غير قابلة لأي طعن كيفما كان نوعه، ومن تم فإن تحفيظ العقار يطهره من جميع الحقوق السابقة عنه وغير المدلى بها أثناء مسطرة التحفيظ، والتي تتلاشى بصفة نهائية وتصبح معدومة لا يمكن الاعتداد بها بأي وجه من الوجوه، فيتحصن رسم الملك ويصير ذا صفة نهائية غير قابل لأي طعن كيفما كان نوعه، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية المقررة على العقار وقت تحفيظه، وبالنتيجة فأثر التطهير يسري على كل من لم يبادر إلى التعرض على مطلب التحفيظ أو إشهار حقوقه خلال

[530]- الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 07-14 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5575.

جريان المسطرة الإدارية وقبل قيام المحافظ باتخاذ قراره القاضي بالتحفيظ، فصاحب الرسم العقاري لا يعد مالكا للعقار المحفظ اعتماد على العقود والوثائق التي يتوفر عليها أو التي أدلى بها أمام المحافظ أو أمام القضاء، وإنما هو مالك للعقار المحفظ اعتماد على الأثر القانوني الناتج عن قرار التحفيظ[531].

إن هذه القاعدة تعكس في الحقيقة الهاجس الذي كان لسلطات الحماية في التشدد في تطبيق قاعدة التطهير، والتي كان يقصد بها المغاربة أساسا، على اعتبار أن الأجانب لم يكن لهم من حيث الأصل حقوق على العقارات بالأراضي المغربية إلا بعدما هيأوا الظروف لذلك مدعومين بالسلطات الاستعمارية، وقد كانت هناك محاولات لإعادة التوازن في أحكام القانون العقاري لاسيما على مستوى قاعدة التطهير ونهائية الرسم العقاري، لقي بعضها صدى في قبة البرلمان، من أبرزها مشروع قانون التحفيظ العقاري لسنة 1997 الذي لم يكتب له النجاح والذي جاء فيه أنه لا تقبل أية دعوى ترمي إلى المطالبة بحق عيني أو تحمل عقاري وقع تطهيره بفعل التحفيظ ما عدا في الحالات الآتية:

1. إذا كان هذا الحق لا يقبل التفويت أو كان قد استفاد من التطهير بمقتضى تشريع خاص.
2. إذا كان صاحب هذا الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله، شريطة أن ترفع الدعوى داخل أجل سنة من اتخاذ قرار التحفيظ.
3. إذا كان هذا الحق قد تم تلقيه من يد المستفيد من التحفيظ.

فهذا النص كان قد حاول التصدي لأبرز الصور التي تنزع العدالة من قاعدة التطهير، وتظهرها في تجلياتها السيئة، فقد كان من شأن هذه المادة أن تفتح المجال أمام معالجة بعض هفوات مسطرة التحفيظ والتصدي للممارسات غير المشروعة من المتربصين وذوي النيات السيئة[532].

---

[531]- محمد الكشبور، "التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي – قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999"، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد الثامن، الطبعة الأولى 2005، ص 15.

[532] - محمد نعناني، "المقتضيات الجديدة لمدونة الأوقاف ومتطلبات الحماية القانونية والقضائية"، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى 2020، ص 25.

وبتعديل ظهير 12 غشت 1913 بمقتضى القانون 07-14 يتبين أن المشرع اكتفى بإعادة صياغة وترتيب المقتضيات التشريعية المتعلقة بقاعدة التطهير العقاري، حيث نجده نسخ الفصل الثاني وألغاه وضمن مقتضاه بالفصل الأول والذي جاء فيه: " يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به.

تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له."، كما أبقى المشرع على الفصل 62 وغير صياغته فأصبح ينص بمقتضى التعديل والتتميم بالقانون رقم 07-14 على: "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المقيدة"، وبذلك يكون المشرع قد أقر قاعدة التطهير بجميع نتائجها السابقة المستفادة من الفصلين 2 و 62 من ظهير 12 غشت 1913 السابق الإشارة إليها.

وبذلك فإن التحفيظ العقاري يعتبر ميلادا جديدا للعقار المحفظ من حيث كونه يكشف عن حالة هذا العقار، فيما يخص نوعه وموقعه ومساحته وحدوده ومشتملاته والحقوق العينية العقارية المترتبة عليه، ومن تم فإن مالم يرد في الرسم العقاري يعتبر كأنه لن يكن، وهذا ما يسمى بالأثر التطهيري للرسم العقاري أي إن هذا الرسم يطهر العقار من كل ما لم يشمله[533]، ويتم تبرير هذا الأثر التطهيري بمختلف الإجراءات المعقدة التي تلابس مسطرة التحفيظ العقاري، وخاصة ما يتعلق منها بالإشهار والنشر وبفتح باب التعرضات لأصحاب الحقوق العينية التي قد تكون مترتبة على العقار وتنكر لها طالب التحفيظ[534]، غير أنه إذا تم تحفيظ عقار وقفي في اسم الغير، نتيجة للاحتيال أو لكون العقار فوت إليه بطريقة كان

[533] - عبد القادر قرموش، "إثبات الوقف في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف"، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، م س، ص 135.
[534] - محمد الكشبور، م س، ص 18.

يجهل معها بأنه وقفي، فإن الإشكال الذي قد يثار هو مواجهة مدعي الصفة الوقفية للعقار المعني بنهائية الرسم العقاري؟ وهو الأمر الذي تم التنبه إليه قبل وبعد صدور مدونة الأوقاف، وهو ما سيتم التطرق إليه تاليا.

الفقرة الثانية: استثناء الوقف من قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري

للإجابة عن الإشكال السابق لابد من التذكير أنه قبل صدور مدونة الأوقاف برز اتجاه فقهي وقضائي متشبث بحرفية الفصلين السابق الإشارة إليهما، وفي المقابل ظهر اتجاه فقهي وقضائي كذلك يرى ضرورة استثناء الأوقاف من قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري، حيث كان الاتجاه الأول يرى أن استثناء الحبس من الأثر التطهيري للرسم العقاري أو أي استثناء آخر، لهذا الأثر يعد خرقا للقانون لا مبرر له، وأن قرار المحافظ بتحفيظ العقار يشكل الإعلان عن دخول العقار في نظام قانوني جديد من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد، وذلك لأن إجراءات تحفيظ أي عقار تصاحبها عملية إشهار واسعة قصد إعلام أو إخبار من يدعي حقا على ذلك العقار من أن يتقدم إلى المحافظ للإدلاء به والتعرض على مطلب التحفيظ وإحالة التعرض على القضاء من أجل البث فيه، ومن تم فإن بقاء مدعي الحق طيلة المدة التي تستغرقها عملية التحفيظ ساكتا عن المطالبة بهذا الحق يعد قرينة قوية على عدم صدق دعواه[535].

إن التمسك بحرفية الفصلين السابقين المتعلقين بقاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري هو ما ذهبت في اتجاهه العديد من الأحكام القضائية حيث جاء في إحدى الأحكام الصادرة عن ابتدائية مراكش ما يلي: "إن العقار المطلوب نقل ملكيته إلى المدعية قد تم تحفيظه بالفعل باسم شركة... وأصبح له رسم عقاري خاص به، وتبعا لذلك فهو أصبح خاضعا لنظام الظهير المؤرخ في 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري ولا يمكن إخراجه منه لتنتقل ملكيته إلى الأحباس أو غيرها عملا بأحكام الفصل الأول من هذا الظهير، كما أنه وبمقتضى الفصل الثاني من الظهير يترتب عن التحفيظ إقامة رسم للملكية مسجل بكناش

[535] - محمد أمغار، "حجية وثيقة التحبيس في مواجهة الرسم العقاري" مساهمة ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق مراكش، يومي 10 و 11 فبراير 2006، تحت موضوع الأملاك الحبسية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2006، ص 350.

عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة بالكناش العقاري، ثم إن رسم الملك حسب الفصل 62 من نفس الظهير له صفة نهائية ولا يقبل الطعن وهو يكشف نقطة الانطلاقة الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداه من الحقوق غير المسجلة وحيث إن رسما لحبس وباقي الوثائق المرتبطة به فضلا عن استبعادها قضاء لعدم حجيتها فإنها أصبحت في حكم العدم بمجرد تحفيظ العقار المتعلقة به فتحولت بذلك من مجرد مستندات ناقصة عن درجة الاعتبار إلى رسوم باطلة بطلانا مطلقا مما يجعل الاحتجاج بها من قبيل اللغو"[536]، كما جاء في حكم ابتدائية طنجة أنه: "لا وجود لأي استثناء يخص قاعدة التطهير سواء لأشخاص ذاتيين أو اعتباريين ولو كانت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ذلك أن قوة التحفيظ المطلقة تخول للمدعية التي ادعت التدليس خلال عملية التحفيظ صياغة دعواها في إطار الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري والمطالبة بالتعويض فقط عند ثبوت التدليس"[537].

وفي مقابل هذا التوجه ظهر توجه آخر يرى أنه لاعتبارات قانونية تتصل بالمصلحة العامة غالبا، ولخروج بعض العقارات من دائرة التعامل الخاص، فقد تقرر تشريعا أن بعض العقارات لا يمكن أن تكون محلا لتصرفات ناقلة للملكية، وبالتبعية عدم خضوعها لقاعدة التطهير والتملك النهائي المنصوص عليها ضمن ظهير التحفيظ العقاري، ومن هذه العقارات نجد عقارات الأحباس التي تخرج من دائرة التعامل الخاص، فحسب ظهير 7 يوليوز 1914 فإن الأملاك المحبسة لا تقبل التصرف فيها كقاعدة، فالأملاك المحبسة أو الموقوفة تتميز بأنها كالأملاك العامة لا يجوز التصرف فيها ولا يمكن اكتساب ملكيتها عن طريق التقادم، وعليه لا يمكن أن ينال منها التحفيظ، فلو أن عقار محبسا قد جرى تحفيظه على اسم شخص، أو لو أن مالك أرض قد تجاوز على أرض محبسة مجاورة وحصل على قرار بتحفيظ أرضه مضافا إليها الجزء المتجاوز عليه من الأرض الموقوفة فإن قاعدة

[536] - حكم ابتدائية مراكش بتاريخ 2011/02/22، ملف رقم 10/9/375 ، أورده زكرياء العماري، "خصوصية التحفيظ العقاري للأملاك الوقفية – دراسة في ضوء مستجدات القانون رقم 07-14 ومقتضيات مدونة الأوقاف"، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، دفاتر محكمة النقض، العدد 26، مطبعة الأمنية – الرباط، 2015، ص 136.

[537] - حكم ابتدائية طنجة، عدد 1038 بتاريخ 2008/04/03، ملف رقم 13/207/716 أورده زكرياء العماري، م س، ص 137.

التطهير واكتساب رسم التمليك صفة نهائية لا تطبق في هذه الحالة[538]، كما يرى الدكتور محمد ابن معجوز أنه: "إذا كان للتحفيظ أثرا مطهرا يتجلى في أن الحقوق السابقة على التحفيظ والتي لم يشر إليها في الرسم العقاري تلغى، ولا يمكن المطالبة بها، فإنه يستثنى من هذه القاعدة بعض الحالات التي لا يعتبر فيها التحفيظ مطهرا للعقار من الحقوق التي كان متحملا بها قبل التحفيظ ومن هذه الحالات، العقار المحبس أو المملوك ملكا عاما، حيث أنه لو أن شخصا استطاع أن يحفظ في اسمه الخاص عقار ثم تبين أن هذا العقار كان محبسا تحبيسا عاما أو خاصا، أو تبين أنه من الأملاك العامة فإن هذا التحفيظ لا يطهره من الحبوس أو الملك العمومي وذلك لأن كلا من العقار المحبس أو المملوك ملكا عاما لا تنفع فيه الحيازة ولا تكسب حائزها حق ملكيته مهما طال أمدها"[539].

بالإضافة إلى أن قاعدة التطهير تتناقض كليا مع خصوصية الوقف –وفقا للمبادئ السابق دراستها– من قبيل أن الحبس لا يعجز ولا يحاز عليه، فقاعدة عدم تعجيز الوقف تعني أنه متى قامت الحجة على وقفية المال، فإنه ينتزع ممن هو تحت يده، مهما طالت مدة حيازته له، لأن الحبس لا يحاز عليه، والعلة في ذلك هي أنه يتعلق به حق الله تعالى وحق الغائب، وأن العلة في القضاء بالحيازة هو اعتبار سكوت المحوز عليه مع حضوره وعلمه وعدم وجود ما يمنعه، فيعتبر سكوته حينئذ بمثابة اعتراف للحائز بما يدعيه علما بأن سكوت ناظر الأحباس لا يعتد به، لأنه لو أقر للخصم بملكية ما يدعيه لم يصح إقراره إذ هو إقرار على الغير، والإجماع ماض على أنه لا يؤاخذ أحد بإقرار غيره[540].

إن هذا الموقف الفقهي الذي يقول باستثناء الوقف من قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري، وجد تأييدا قضائيا مهما، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) أن: "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 حبسية يبطل

---

[538] - محمد الكشبور، م س، هامش ص 39.

[539] - محمد ابن معجوز، "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، 1990، ص 563

[540] - عبد الرزاق اصبيحي، "التجربة المغربية في الأوقاف صرفا وتقنينا واستثمار"، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2017، ص 83.

تحفيظه "[541]، وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالناظور: "حيث أن الثابت من رسم التحبيس عدد.... العائد لمورث الواهب للمدعى عليهم قد طال كل الوعاء العقاري العائد للمورث المذكور مع شريكه مما يعني أن ملكية رقبة العقار قد آلت إلى إدارة الأحباس من يوم التحبيس، وحيث أن أصل التملك الذي انبثق عنه رسم التحفيظ لا يمكن مواجهة الأحباس به... لهذه الأسباب قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم الابتدائي وباستحقاق ناظر الأوقاف بإقليم الناظور للقطعة الأرضية المدعى فيها وإلزام المدعى عليهم بالتخلي عنها واقتطاعها من وعاء الرسم العقاري عدد ... وعلى السيد المحافظ العقاري بالناظور تسجيل هذا المقتضى في الرسم المذكور...."[542].

في خضم هذين التوجهين المتعارضين جاءت مدونة الأوقاف لتنتصر لخصوصية الوقف فنصت في المادة 54 منها على استثناء العقارات الحبسية من مفعول الأثر التطهيري للرسم العقاري، وقد صدرت هذه المادة في صيغتها الأولى لسنة 2010 قبل تعديل سنة 2019 بعبارة "إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام...."، موظفة فيها أداة التأكيد "إن" التي توحي بزيادة التأكيد على قوة الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير، وهي صياغة لا تستقيم في معرض تقرير الاستثناء الذي يفيد ضعف ووهن الأصل في الموضع الذي دخل عليه الاستثناء، لذلك غيرت الصياغة في التعديل المجرى على المدونة لتبدأ بالنفي: "لا تمنع الرسوم العقارية"، مما يدل على تجريدها من أي أثر مانع من إقامة ونظر الدعوى في مواجهة من أسس له الرسم العقاري متى ثبت أو ترجحت أو حتى شك في حبسيته[543]، وبذلك يكون المشرع قد أعطى لوسائل إثبات الوقف حجة قوية ترجح على ما يقابلها من الحجج حتى على الرسم العقاري وما يمثله من قوة ثبوتية الناتجة عن قاعدة أثره التطهيري، وذلك متى استوفت حجج الأوقاف شروطها ومتى روعي في ذلك إطارها والنتيجة التي وصلت إليها المتمخضة عن خصوصية المادة الوقفية.

---

[541] - قرار عدد 688، صادر بتاريخ 2008/02/20 ملف مدني عدد 2006/3/1/2162، أورده عبد الرزاق أصبيحي، "حجية الرسم العقاري في مواجهة الوقف"، مجلة القضاء المدني، العدد الأول 2012، ص 63.

[542] - قرار رقم 378 صادر بتاريخ 27 يونيو 2012 في الملف المدني، عدد 2006/4/1/4341، أوردته صابرين البجدايني، م س، ص 96.

[543] - محمد نعناني، م س، ص 28.

فإذا كان المشرع بمقتضى التعديل الذي أجراه على مدونة الأوقاف قد راعى صياغة المادة 54 كما سبق، فإنه بمقتضى هذا التعديل الأخير قد راعى مسألة أخرى في غاية الأهمية والتي ما فتأ ينادي بها كل باحث في الشأن الوقفي وهي ضرورة إدخال الوقف المعقب والمشترك ضمن الاستثناء من قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري، ذلك أن المشرع كان ينص في صيغة 2010 على الوقف العام فقط في حين أصبح بمقتضى الصيغة المعدلة ينص على الوقف دون تخصيصه ليندرج تحت مقتضى الاستثناء كل من الوقف العام والمعقب والمشترك.

من كل ما سبق يتبين أن المشرع المغربي في المادة الوقفية اختار الاتجاه الذي يأخذ بتيسير إثبات الوقف ويراعي خصوصيته التي راكمها على مر التاريخ، لذلك فإن بحث وسائل إثبات الوقف لن يستقيم إلا في ظل هذا التوجه، دون التوجه الآخر المقيد لوسائل إثبات الوقف، أو التوجه الذي يمزج بينهما والذي ينتج عنه نتائج معيبة تتعارض مع ما ينبغي له أن يكون، الأمر الذي سيتم مراعاته في معالجة الباب الثاني، وذلك ببحث الوسائل الواجب الأخذ بها لإثبات الوقف بما يراعي خصوصية الإثبات في المادة الوقفية، مع التقيد بكل ما هو متعلق بالوقف وبخصوصيته، دون التطرق إلى وسائل الإثبات التي ليست لها علاقة بالمادة الوقفية ولا تنفعها في شيء.

البـاب الثـانــي:
خصوصية وسائل ثبوت الأملاك الوقفية

نظرا لكون الإثبات هو المعيار في تمييز الحق من الباطل وهو الحاجز أمام الأقوال الكاذبة والدعاوى الباطلة، فإن كل ادعاء يحتاج إلى دليل وكل قول يحتاج إلى الحجة والبرهان وكل حق يبقى ضعيفا مهددا بالضياع، مجردا عن كل قيمة إذا لم يدعم بالإثبات، فيصبح الحق عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، لذلك قيل بأن الدليل هو فدية الحق، فلولاه لضاعت الحقوق، وقد لمس الشارع الحكيم أهمية الإثبات ومكانته، فنظم أحكامه ونص على الوسائل الشرعية للإثبات وطرق استعمالها[544]، عمل المشرع المغربي على إفراغ الإثبات في نظام قانوني تنظمه قواعد مقررة في القانون، بعضها مستمد من الشريعة الإسلامية، وحدد لهذه القواعد مكانها في قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية، وأخذ في سبيل ذلك بمذهب الإثبات المختلط، وعمل المشرع على حصر الأدلة التي يجوز استخدامها للإثبات أمام القضاء، أي أنه قد حدد طرق الإثبات، ذلك أن الخصم لا يسعه أن يثبت ادعاءه إلا بالدليل الذي يحدده القانون كما يتعين على القاضي ألا يبني حكمه إلا على أدلة يقررها القانون، وبذلك فإن الطرق التي ذكرها المشرع المغربي هي الكتابة، وشهادة الشهود والقرائــن، والإقرار، واليمين، والمعاينة، والخبرة، وهي وسائل ليست كلها من طبيعة واحدة، فبعضها يتعلق بالتنظيم الموضوعي، والبعض الآخر يتعقل بالشكل والإجراءات[545]، وبهذا تكون لنا وسائل منظمة بمقتضى الشريعة الإسلامية، ووسائل منظمة بمقتضى القانون مستمدة في بعضها من هذه الأخيرة، وبالنظر إلى الخصوصية التي تطبع المادة الوقفية فإن الوسائل التي يثبت بها الوقف ليست على شاكلة معينة، وإنما تتميز كل وسيلة من وسائل إثباته بتنظيم معين تبعا للخصوصية التي تطبع الوقف، مما يقتضي معه البحث عن الوسائل تبعا لدورها الحيوي في إثبات الأملاك الوقفية، وعليه سيتم التطرق إلى الأدلة الكتابية في الفصل الأول، والأدلة غير الكتابية في الفصل الثانـي.

[544] - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 34,
[545] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 32

الفصل الأول: الأدلة الكتابية في إثبات الوقف

يعتبر الأصل في إثبات أي واقعة هو قبول كافة وسائل الإثبات، أي اعتبار وسائل الإثبات مطلقة، ما لم يقضى القانون بغير ذلك أي إذا لم يقيد القانون الأدلة ويعتد بدليل معين، ومن ذلك نجد أن المشرع في المادتين 24 و 25 من مدونة الأوقاف أخذ بالكتابة في إنشاء الوقف، واعتبرها من شروط صحة الوقف، وهنا يجب أن نميز بين الكتابة الشكلية والكتابة المطلوبة للإثبات، فالأولـى تعتبر شرط ضروري لصحة إنشاء الوقف، وتخلفها يعني تخلف شرط من شروط الصحة، مما يؤدي إلى عدم إنتاج الوقف لأثاره بين الطرفين (بمفهوم المادة 38 من نفس المدونة)، فالكتابة هنا تعتبر شرط شكليا وبالتالي فالعقد لا يقوم إلا إذا ورد الرضاء به في الشكل المتطلب قانونا، أما الكتابة المطلوبة للإثبات، فلا أثر لانعدامها على وجود العقد، فالعقد ينشأ ويوجد وينتج آثاره، فإذا كان معترفا به من طرفيه لم يكن في حاجة إلى إثباته بالكتابة، كما أن الإقرار أو اليمين الحاسمة يحلان محل الدليل الكتابي في الإثبات[546]، مما يفيد أنه إذا كانت الكتابة هي شكلية انعقاد، فإن إثبات الالتزام هنا يتحد ويندمج مع وجوده، فلا يمكن للمنازع أن يتقدم إلى القضاء للمطالبة بحق استلزم القانون إفراغه في عقد معين دون أن يدلي بهذا العقد، ومن تم إذا كان المشرع نص في المادة 48 من مدونة الأوقاف على أنه يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، فهل الشكلية هنا شكلية إثبات أم شكلية انعقاد؟ والإجابة على ذلك تكمن أنه قبل مدونة الأوقاف فإن المشرع لم يكن يعتبر الكتابة شكلية انعقاد، بل والفقه بدوره لم يكن يدرج الإشهاد في شروط صحة الوقف، وإنما كان يكتفى بشرط الحوز كما تقدم، فإن لم تكن الكتابة هنا شكلية انعقاد فإنه يثبت الوقف بكافة الوسائل من ضمنها الكتابة، أما وأن المشرع جاء بمقتضى المدونة ونص على الكتابة واعتبرها شكلية انعقاد فإنه لا يمكن إثبات الوقف الذي ينشأ بعد دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ إلا بمقتضى الشكل الذي تطلبه القانون أي الكتابة، أما

[546] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 53

الأوقاف التي نشأت قبل دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ فإنه يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات بما فيها الكتابة إن وجدت، لذلك فالكتابة كدليل للإثبات تصلح لإثبات الأوقاف المنشأة قبل دخول المدونة وبعد دخولها حيز التنفيذ. ومن تم سيتم التطرق إلى كل من المحرر الرسمي والعرفي في المبحث الأول، على أن يتم التطرق لكل من الحوالات والسجلات الوقفية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: المحرر الرسمي والعرفي

اعتبارا للأهمية التي يكتسيها الدليل الكتابي باعتباره معد سلفا قبل وقوع النزاع أو الجحود بالحق المتنازع فيه، وباعتباره يسهل على القضاء الفصل في النزاع، واعتبارا لكونه سيد الأدلة في الوقف المعاصر، فإن الدليل الكتابي بدوره ليس على نوع واحد، وأن حجيته تختلف باختلاف أنواعه، لذلك سيتم بحث المحرر الرسمي في المطلب الأول، والمتمثل بوثيقة التحبيس العدلية، على أن يتم بحث وثيقة التحبيس العرفية في المطلب الثاني، وذلك ببحث المراحل والشروط الواجب توفرها في كلا الوثيقتين حتى نتبين القوة الثبوتية لكل واحد منهما.

المطلب الأول: الإثبات بوثيقة التحبيس العدلية

نص الفصل 417 من ق ل ع م على أن الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية – بالإضافة إلى الأنواع الأخرى التي يشملها الدليل الكتابي–، ونص الفصل 418 من نفس القانون على أن الورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، لذلك فإنه للقول بوجود ورقة رسمية وجب أن يتوفر في هذه الأخيرة كل من شرط الشخص المحرر لها، وشرط اختصاصه بتحريرها، إضافة إلى تحريرها وفق الشكل الذي يحدده القانون.

فبالنسبة **للشرط الأول** المتعلق بالشخص المحرر للورقة الرسمية فهو الموظف العام[547]، وهو شخص تعينه الدولة لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها سواء آجرته على هذا العمل أو لم تؤجره، ولا يشترط فيه أن يكون من موظفي الدولة بالذات، وإنما يكفي أن يكون موظفا بإحدى الهيئات التابعة لها، ويتنوع الموظفون العامون بتنوع الأوراق الرسمية، فالموظف الذي يقوم بتحرير التصرفات التي ينشئها الأفراد هو الموثق، والموظف الذي يقوم بكتابة الأحكام هو القاضي، والموظف الذي يساعد القاضي في أداء مهمته ويثبت ما يدور في جلسة القضاء من إجراءات هو كاتب الجلسة وهكذا[548]، والمقصود هنا أن من يقوم بتحرير التصرفات التي ينشئها الأفراد في المغرب هم العدول حسب قانون خطة العدالة والمرسوم التطبيقي له، والموثق حسب قانون 09-32.

وفي القانون المصري[549]، فإن المادة 390 من القانون المدني المصري تنص على أن المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

---

[547] - يعرف الفصل الثاني من الظهير المعتبر بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية، الموظف بأنه كل شخص يعين في وظيفة قارة ويرسم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة التابعة للدولة، وفي تعريف أعم جاء في الفصل 224 من مجموعة القانون الجنائي على أنه يعد موظفا عموميا في تطبيق أحكام التشريع الجنائي، كل شخص كيفما كانت صفته يعهد إليه، في حدود معينة بمباشرة وظيفة أو مهمة ولو مؤقتة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بذلك في خدمة الدولة، أو المصالح العمومية أو الهيئات البلدية أو المؤسسات العمومية أو مصلحة ذات نفع عام. وبالرغم من التعريف الضيق للموظف العمومي في الظهير المعتبر بمثابة النظام الأساسي للوظيفة العمومية، فإن وسم محرر الورقة الرسمية بالموظف العمومي في قانون الالتزامات والعقود المغربي لا يتماشى واستيعاب الأشخاص المكلفين بتحرير الورقة الرسمية بالمغرب حيث أن المادة 418 السالفة الذكر نقلت حرفيا من المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي حيث التوثيق ومن اختصاص الضباط العموميون الذين يمارسون مهامهم بمكاتب عمومية، وقد أخذت هذه المادة على أساس أن المغرب سيعرف أيضا هذا النوع من المحررين غير أن اللجنة المكلفة بإعداد قانون المسطرة المدنية لسنة 1913 عارضت بشدة إدخال فئة الضباط العموميون إلى المغرب حيث أسندت مهامهم في تحرير العقود إلى كتاب الضبط لدى المحاكم الفرنسية، وقد حافظ ظهير فانتوز 4 ماي 1925 على نفس المبدأ عندما أناط التوثيق الفرنسي بموظفين عموميين -على ما سيشهده هذا الظهير من تحول بمقتضى قانون 09-32 لاحقا حيث مهنة التوثيق بموجبه أصبحت مهنة حرة-. كما أن الخطأ الوارد في ترجمت الفصل 418 السابق تشمل أيضا فئة القضاة حيث أن الفصل الفرنسي المستند إليه في الترجمة كان ينص على التوثيق الشرعي وهو ما يستفاد من مصطلح (les cadis)، فمهمة تلقي الشهادات في التوثيق الشرعي كانت من اختصاص العدول وليست من اختصاص القضاة – في تلك الفترة –. لمزيد من التوسع أنظر : جيهان بونبات، " مركز الكتابة والتسجيل في عقود تفويت العقارات"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2012/2011، ص 164.

[548] - إدريس العلوي العبدلاوي، "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، عمالة وجدة، مركز التكوين الإداري، الخزانة، 1981، ص 68.

[549] - المستشار عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، " التعليق على قانون الإثبات "، نادي القاهرة، ط الخامسة 1991، ص 28.

وفي القانون السوري[550]، فإن المادة الخامسة تنص على أن الأسناد الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطاته واختصاصه ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوي الشأن.

بمقتضى هذين الفصلين، يتبين أن القانون المصري والسوري كانا أكثر دقة في تحديد الشخص المكلف بتحرير الورقة الرسمية، حيث نصا على أنه هو الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة، وذلك حتى يستوعب الشخص المكلف بالخدمة العامة الأشخاص الذين لا يتلقون أجورهم من الدولة كما هو حال الأنظمة التوثيقية التي تزاوج بين الوظيفة العمومية من حيث التعيين والمهن الحرة من حيث الأجرة عن التوثيق، هذا من جهة ومن جهة أخرى اعتبرتها سند أو محرر، وليس ورقة رسمية كما في القانون المغربي وذلك حتى تستوعب كذلك كل من المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني.

بالنسبة **للشرط الثاني** – وهو شرط ثالث حسب ترتيب الفصل 418 من ق ل ع م - فهو مراعاة الشكل الذي يحدده القانون في تحرير الورقة، ذلك أن لكل نوع من المحررات الرسمية أوضاع وإجراءات معينة يجب مراعاتها عند تحرير الورقة الرسمية فيجب في هذه الأخيرة أن تستجمع كل البيانات التي أوجب القانون أن تتوفر فيها، ومن ذلك العقود الرسمية التي يجب أن تكون مكتوبة بلغة معينة وبخط واضح دون إضافة أو كشط، وأن يذكر في المحرر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق بالأحرف واسم الشخص الذي له صلاحية التوثيق ولقبه ووظيفته وأسماء شهود العقد وأصحاب الشأن[551]، إلى غير ذلك من البيانات الواجب توفرها في كل نوع من أنواع الأوراق الرسمية حسب تنظيم القانون لها.

فقانون خطة العدالة مثلا نص في مادته 33 على أنه تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب، وحدد هذا القانون ومعه المرسوم التطبيقي له الشكل والبيانات

[550] - محمد مصطفى الزحيلي، "وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية "، ج 2، مكتبة دار البيان، دمشق، ط الأولى 1982، ص 482.
[551] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 71.

التي يجب أن تستوفيها الورقة الرسمية حتى تعتبر صحيحة ويعتد بها كورقة رسمية. لذلك فلكل نوع من أنواع المحررات الرسمية تنظيم قانوني خاص يجب مراعاته للقول بوجود الورقة الرسمية.

أما بالنسبة **للشرط الثالث** فهو متعلق بالاختصاص في تحرير الورقة الرسمية، وهو يتفرع إلى اختصاص مكاني وزماني وموضوعي أو نوعي حسب نوع الورقة الرسمية والجهة المكلفة بتحريرها.

فمن حيث الاختصاص المكاني فإن لكل شخص مكلف بتحرير الورقة الرسمية نطاق ترابي يشتغل فيه، فبالنسبة لضابط الحالة المدنية الذي يكون معينا على صعيد جماعة قروية أو حضارية معينة، لا يمكنه أن يتولى تحرير رسم ولادة لشخص يولد خارج نطاقه الترابي[552]، وبالنسبة للعدل فإنه يتقيد في ممارسة الخطة بحدود دائرة محكمة الاستئناف المنتصب فيها مع بعض الاستثناءات من قبيل الزواج والطلاق والوصية حسب المادة 14 من قانون خطة العدالة، فالعدول لا يستطيعون أن يحرروا عقودا أو الشهادات غير تلك التي تدخل في اخصاصهم المكاني، وكل تحرير لوثيقة خارج نطاق اختصاصهم المكاني لا تكتسب صفة الورقة الرسمية[553].

ومن حيث الاختصاص الزماني، فهو المعبر عنه بالولاية، ومفاد ذلك أن يقوم الشخص بتحرير الورقة الرسمية أثناء ولايته، أي بعد تعيينه ومباشرته العمل وفق الضوابط القانونية، وليس قبل ذلك أو بعد عزله من وظيفته أو نقله منها[554]، أو استقالته، فالاختصاص الزماني يثبت بالنسبة للعدل مثلا من يوم ترسيمه في الخطة، إلى غاية انتهاء هذا الترسيم كما هو محدد في الفرع الثالث من قانون خطة العدالة المعنون بالاختصاص والواجبات والحقوق، فإن تمت مخالفة هذه الولاية يكون المحرر باطلا، مع استثناء حالة

---

[552] - خالد سعيد، الإثبات في المنازعات المدنية دراسة علمية وعملية على ضوء القانون المغربي والاجتهاد القضائي لمحكمة النقض، دار السلام للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الأولى، 2014، ص 139.

[553] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 70.

[554] - نفسه، ص 70

صدور الورقة قبل أن يبلغ الشخص المحرر لها بقرار العزل أو النقل أو إنهاء العمل[555]، وحالة الموظف الفعلي المعروفة بشروطها في القانون الإداري، وهو الشخص الذي تعينه سلطة غير شرعية لتوثيق المحررات فيعتبر مختصا بتحريرها، فلا يؤثر هنا كون التعيين جاء مخالفا للقوانين التي تبين شروط التعيين في هذه الوظيفة[556].

أما من حيث الاختصاص الموضوعي أو النوعي فهو صلاحية محرر الوثيقة الرسمية لتحريرها حسب نوع كل وثيقة، ويكون هذا التحرير مما يدخل في عمله من حيث نوع الورقة، فكل نوع من الأوراق الرسمية تختص بتحريرها طائفة معينة من الأشخاص والموظفين، فالأحكام مثلا يختص بكتابتها القضاة، ومحاضر الجلسات يختص بكتابتها كتاب الضبط[557]، وفي الوقف يختص العدلان بتحرير وثيقة التحبيس، فإذا صدر المحرر عن غير مختص نوعيا بتحريره، لا يكون للمحرر صفة الرسمية[558].

وبتنصيص المادة 25 من مدونة الأوقاف على أنه يتلقى العدول الإشهاد على الوقف في فقرتها الأولى، وبتنصيصها في الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف أيا كان نوعه، فإن الاختصاص النوعي لتحرير الوثيقة الرسمية هنا ينعقد فقط للعدول دون غيرهم، ولعل أبرز ما يستبعد هنا هو الموثق طبقا لقانون 09-32، فإذا كان الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود قد حدد الشروط والأركان العامة للورقة الرسمية فإن المادة 25 من مدونة الأوقاف قد حددت الشروط الخاصة لهذه الورقة وبالتالي فإن كل الشروط السابق الإشارة إليها في الفصل 418 من ق ل ع م باعتباره الإطار العام للورقة الرسمية، وجب بحثها في إطارها الخاص الذي هو المادة 25 من مدونة الأوقاف والتي تحيل بصفة مباشرة على القانون المنظم لخطة العدالة والمرسوم التطبيقي له، حتى نكون أمام وثيقة وقفية رسمية، لذلك سيتم

---

555 - عابد فايد عبد الفتاح فايد، "نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية – القاهرة، ط الأولى 2006، ص 101.

556 - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 70.

557 - نفسه، ص 69.

558 - محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2005، ص 158.

بحث تكوين الوثيقة العدلية في الفقرة الأولى على أن يتم بحث مشتملات الوثيقة الوقفية المحررة من طرف العدول في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تكوين الوثيقة العدلية

للقول بوجود وثيقة عدلية رسمية يراد الاحتجاج بها لإثبات الصفة الوقفية للأموال المنازع في شأنها، فإن الوثيقة العدلية يجب أن تستجمع كل الشروط الواجب توفرها فيها لكي تكتسب صفة الورقة الرسمية بدءا من تلقي الإشهاد من طرف العدلين إلى غاية خطاب قاضي التوثيق عليها، وهي تمر في سبيل ذلك من عدة مراحل وهــي:

أولا - تلقي الإشهاد

اعتبارا لكون تعريف تلقي الشهادة هو: **"سماعها من مؤديها من طرف عدلين منتصبين للإشهاد، ومختصين زمانيا، ومكانيا، وإدراجهما لفصولها الجوهرية في مذكرة الحفظ لأحدهما وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، بعد التأكد من التوفر على المستندان اللازمة لها مقابل أجرة يحددها القانون"**[559].

فإنه من خلال هذا التعريف واعتبارا لكون التلقي هو المرحلة الأولى لتكوين الوثيقة العدلية سيتم بحث كل من اختصاص المتلقي للإشهاد، وكيفية هذا التلقي، وإدراجه في مذكرة الحفظ.

أ- الاختصاص

بتنصيص المشرع في المادة 25 من مدونة الأوقاف السابق الإشارة إليها على أنه يتلقى العدول الإشهاد على الوقف، يكون المشرع قد حسم في الاختصاص النوعي بتلقي الإشهاد على الوقف، وحصره فقط في العدول المنظوين ضمن قانون خطة العدالة، واستبعد الموثقين المنظمين بمقتضى قانون 09-32، وهذا الاستبعاد وإن كان له ما يبرره في السابق اعتبارا لكون العدول لهم تكوين فقهي أكثر منه قانوني، فإنه في الوقت الحالي ومع صدور كل من القانونين 03-16 و 09-32، أصبح من حق الحاصل على شهادة الإجازة

[559] - محمد الشتوي، م س، ص 100.

في القانون أن يترشح لكل من مباراة التوثيق العدلي (المادة 6 من قانون 03-16)، ومباراة التوثيق طبقا لقانون 09-32 (المادة 3 من نفس القانون).

ومنه إذا كان المنخرط الناجح في مباراة الانخراط يتوفر على نفس المؤهل العلمي بالنسبة لنفس المهنتين، فإنه وإنصافا لمهنة التوثيق طبقا لقانون 09-32، وجب السماح للموثق بتوثيق الوثيقة الوقفية مع مراعاة خصوصية هذه الوثيقة من حيث هي إشهادا وتوثيقا، فإن كان الموثق طبقا لقانون 09-32 يزاول مهامه بصفة منفردة واعتبارا لكون الوقف هو إشهاد عليه من طرف عدلين، فإن الحل في ذلك يمكن أن يكمن في إدراج شهادة شاهدين منفصلين عن محرر الوثيقة الوقفية، كأن يحظر مع الراغب في توثيق تبرعه بالوقف، شخصين يشهدان بذلك عليه، كما هو الشأن بالنسبة لنظام الكاتب بالعدل الموجود في المشرق (كما تم إيضاحه سابقا)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن بعض المؤسسات الراغبة في التوقيف، تشترط أن يتم توثيق توقيفها أمام الموثق المنظم بقانون 09-32 لاعتبارات متعلقة بهذه المؤسسة من قبيل أنه يمسك معاملاتها، أو أنها تثق فيه أكثر، أو لكثر التعامل معه، فإخراجه من توثيق عقد الوقف فيه ضرر وحرمان لمجموعة من الأموال كانت في طريقها إلى التوقيف لولا وجود هذه الازدواجية في التوثيق.

فإذا كان الاختصاص النوعي[560] منعقد للسادة العدول فإن الاختصاص المكاني والزماني يحدد صحة الوثيقة من عدمه حال القيام بتلقي الإشهاد على الوقف، ومنه فإن الاختصاص المكاني للعدول كأصل عام محدد حسب المادة 14 من قانون خطة العدالة في حدود دائرة محكمة الاستئناف المنتصب فيها على أنه يجب على العدل أن يتلقى الإشهاد بمكتبه كلما تعلق الأمر بشهادات خارجة عن دائرة نفوذ المحكمة الابتدائية المحدث مكتبه بدائرتها، ولا يجوز له التوجه لتلقي هذه الشهادات في حدود دائرة محكمة الاستئناف إلا بعد إشعار القاضي المكلف بالتوثيق التابع لدائرة نفوذه من طرف طالبي الشهادات.

[560] - لمزيد من التوسع بخصوص الاختصاص الموضوعي للسادة العدول، يراجع الدكتور العلمي الحراق، م س، ص من 280 إلى 291.

فاختصاص العدول وإن كان يحدد مكانيا بدائرة محكمة الاستئناف المنتصبين فيها فإنه محدد مكانيا أيضا بمقر المكتب كلما كان تلقي الشهادة يتجاوز دائرة نفود المحكمة الابتدائية التابعة لدائرة نفوذ محكمة الاستئناف المنتصبين فيها، مع جواز عدم التقيد بالتلقي داخل مقر المكتب بإشعار قاضي التوثيق من طرف طالبي الشهادة، وإذا كان هذا هو الأصل فإن له عدة استثناءات تتمثل حسب ماله علاقة بموضوع الوقف فيما أوردته الفقرة السادسة من نفس المادة والتي جاء فيها أنه يشهد العدل على من هو حال وقت الإشهاد بالدائرة المنتصب فيها ولو كان يسكن بغيرها، باستثناء الشهادات المتعلقة بالعقار والتركات، التي يراعى فيها حدود دائرة محكمة الاستئناف التابع لها موقع العقار أو موطن الموروث. ومعنى هذا الاستثناء أنه يسوغ للعدل أن يتلقى ممن هو حال بالدائرة أي شهادة، سوى ما استثنى، فإن حل المتعاقد بالدائرة الابتدائية المعين فيها العدل فإنه يسوغ له أن يتلقى منه بمكتبه أو خارج مكتبه، وإن حل بدائرة محكمة ابتدائية أخرى داخل نفس دائرة محكمة الاستئناف، وجب على طالب الشهادة إشعار قاضي التوثيق ثم لهذا العدل التوجه إلى هذا الشخص للتلقي منه كذلك[561].

أما فيما يخص العقار، فإذا كان ينسجم والأصل العام للاختصاص المكاني للعدول والمحدد بدائرة نفوذ محكمة الاستئناف التابع لها موقع العقار، ويستثنى منه الاستثناء السابق الإشارة إليه المتعلق بإشهاد العدل على من هو حال وقت الإشهاد، فإذا كان ينسجم والأصل العام فإن الإشكال الذي يطرح هو حالة عدم قدرة طالب الإشهاد، التوجه إلى عدول الاستئناف التي يتواجد فيها العقار المراد توقيفه، أي الحالة التي يكون موطن الشخص غير مكان وجود العقار من حيث دائرة نفوذ محكمة الاستئناف كل منهما، خاصة إذا علمنا أن عدول الدائرة الموجود بها المشهود عليه، يمنع عليهم تلقي الإشهاد بتوقيف عقار موجود بدائرة نفوذ محكمة استئنافية أخرى. فأمام وجود فراغ قانوني بخصوص هذه الإشكالية فإنه وللإجابة عن ذلك وحسب الدكتور العلمي الحراق، فمن حق العدول المنتصبين في دائرة نفوذ محكمة استئناف وجود العقار، أو من الواجب عليهم التوجه إلى خارج دائرة محكمة الاستئناف المنتصبين بنفوذها، لتلقي الشهادة بالعقار إذا تعذر على المشهود عليه الحضور

[561] - العلمي الحراق، م س، ص 268.

إلى دائرة العقار، وعليهم أن يطلبوا من القاضي إذنا مكتوبا بذلك عند الإمكان، مع الاكتفاء بالإشهاد إذا تعذر هذا الإذن، لأن الفهم الذي يبدو منسجما مع فلسفة المشرع في وضعه للمقتضيات الواردة في المادة 14، ولأنه إذا امتنع العدول المختصون ترابيا في توثيق العقار من التوجه إلى دائرة محكمة الاستئناف حيث يوجد المشهود عليه، ربما أضر بمصالحه وعرض حقوقا للضياع بسبب عدم الإشهاد عليها، الشيء الذي يتنافى ومقصد المشرع من التوثيق أساسا[562].

إذا ثبت ما سبق فإن لهذا الأصل بدوره استثناءين الأول متعلق بالوصية بعقار والثاني متعلق بتنازع الاختصاص، فبالنسبة للاستثناء الأول فقد جاء في الفقرة السابعة من المادة 14 السابق الإشارة إليها: **"غير أنه يجوز في حالة الظرف القاهر تلقي الوصية بعقار بمكان وجود الموصي بإذن من القاضـــي"**، إن أول ما يلاحظ هنا كون المشرع أعطى حلا للإشكال السابق، غير أنه قصره على الوصية فقط، ولم يعممه ليشمل الوقف مع وضوح الفارق بينهما، ومع ذلك واعتبارا لكون الوقف ينشأ حسب المادة الأولى من مدونة الأوقاف بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون، فإنه إذا تعلق الأمر بوصية بعقار في حالة وجود الظرف القاهر يجوز التلقي بمكان وجود الموصي، بعد الحصول على إذن قاضي التوثيق، وهذا الاستثناء أوجب صدور إذن قاضي التوثيق حتى يتم السماح للعدول بالتوجه لمكان وجود الموصي، على خلاف الحالة السابقة التي يقوم فيها العدل بالتلقي خارج نفوذ المحكمة الابتدائية وداخل نفوذ محكمة الاستئناف والتي تتطلب فقط إشعار قاضي التوثيق من قبل طالبي الشهادة.

هذا الأمر قد يؤدي إلى فوات المصالح على أصحابها سيما وأن الظرف قاهر لا يسمح باتخاذ أي إجراء من الإجراءات، وأن إذن القاضي لا يتأتى في كل الأحوال فقد يصادف يوم عطلة وقد تكون ساعة تلقي الإشهاد خارج أوقات العمل الرسمية، لكون

[562] - العلمي الحراق، م س، ص 269.

العدول وعلى عكس قاضي التوثيق غير ملزمين لا شرعا ولا قانونا بالتقيد في مزاولة عملهم بساعات وأوقات العمل الإداريـــة[563].

أما الاستثناء الثاني فنصت عليه المادة 15 من قانون خطة العدالة التي جاء فيها أنه إذا كان موضوع الإشهاد يتعلق بعقار أو عقارات تتنازعها دائرتان أو أكثر، ولم يتفق أرباب الشهادة، عين الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الذي رفع إليه الأمر أولا، الدائرة التي يقام فيها الإشهاد بأمر مبني على طلب الطرف الذي بادر برفع المشكل إليه. وهنا إذا كان العقار أو العقارات موجودة في أكثر من دائرة نفوذ محكمة الاستئناف الواحدة فإن الحل هو ما أوردته هذه المادة، ويشمل هذا الحل أيضا الحالة التي يرفع الطلب إلى عدة رؤساء أولين لمحاكم الاستئناف التابع لنفوذها العقار أو العقارات ويكون هو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الذي رفع إليه الأمر أولا، بناء على طلب الطرف الذي بادر أولا برفع المشكل إليه. وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء المالكية جعلوا الاختصاص بشأن العقار، للعدول الشهود العاملين بالبلدة الموجودة فيها تلك الدور والأراضي، وذلك بغض النظر عن مكان تواجدهم وقت الإشهاد بها، وهذا ما ذهب إليه قانون خطة العدالة[564].

هذا فيما يخص الاختصاص المكاني، أما الاختصاص الزماني كما سبق الحديث عنه فإنه لصحة التلقي يجب أن يكون كل من العدلين المتلقيين معين بقرار وزيري، وأن يكون في حالة مزاولة قانونية بمهامه أي ألا يكون أثناء التلقي قد صدر قرار بعزله أو توقيفه أو باستقالته أو إعفائه، فالتلقي يكون باطلا إذا تحقق ذلك، مع الأخذ بعين الاعتبار تاريخ إبلاغ العدل بذلك، لأن ما يتلقاه ما بين صدور قرار مهني وإبلاغه به يبقى صحيحا مع اشتراط حسن النية، لأن العدل هنا عدلا فعليا ضمانا لاستقرار التعامل قياسا على فكرة الموظف الفعلي[565].

---

563 - العلمي الحراق، م س، ص 274.

564 - علال حمداش، التوثيق بين الفقه المالكي والتقنين المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة فاس – سايس، السنة الجامعية 2010/2009، ص 51

565 - محمد بن الطالب، التوثيق العدلي وقواعد الإثبات في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة قرطبة، أكادير المغرب، الطبعة الأولى 2016، ص 80.

وقد نظم قانون خطة العدالة هذه الحالات –أي التوقيف والعزل والاستقالة والإعفاء– بمقتضى المادة السابعة وما بعدها، فإذا تبث ذلك، وجب البحث عن كيفية تلقي الإشهاد على الوقف ما دام أن الاختصاص منعقد صحيحا.

ب- كيفية تلقي الإشهاد على الوقف

بعد أن يحضر الأطراف أو أحدهما لدى العدلين المنتصبين للإشهاد -على ما تم تبيانه في الباب الأول من هذه الدراسة المتعلق بتكوين الوقف حيث يمكن أن يكون الموقوف عليه موجودا أو سيوجد مستقبلا، ومع مراعاة ما تم بحثه في ذلك الباب من أركان وشروط صحة الوقف- فإنه وبعد تصفح العدلين للوثائق والمستندات والتأكد من كونها صالحة فإنهما يسمعان الإيجاب والقبول، أو الإيجاب فقط حسب الأحوال ويتحقق من كون ذلك يتطابق تمام التطابق مع الوثائق والمستندات المدلى بها، فإن حصل التطابق شرع العدلان في التلقي مباشرة، وإن لم يحصل توقف العدلان عن التلقي لاستفسار الأطراف عن التناقض الحاصل بين الأقوال والتصاريح وبين المستندات، لذلك ففي هذه المرحلة يتحقق العدلان من كون موضوع الشهادة ليس خارجا عن دائرة التعامل (المادة 32 من قانون خطة العدالة)، ويتم التأكد من شخصية الأطراف بالاستناد إلى أوراق التعريف الشخصية أو أي وثيقة إدارية تفيد التعريف (المادة 25 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة)، ولهم الأهلية الكافية لإبرام التصرف، والمطلوب هنا في الواقف أهلية التبرع (المادة 31 من قانون خطة العدالة والمادة 5 من مدونة الأوقاف)، والتوفر على المستندات اللازمة للشهادة وتصفحها ومراقبتها (المادة 18 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة السابق دراستها المتعلقة بالشهادة الصادرة عن السلطة المحلية)، فإن تم التحقق مما سبق شرعا بعد ذلك في عملية التلقي بصفة فعلية وذلك بإدراج الشهادة في مذكرة حفظ أحدهما إذا كان التلقي مثنى وفي آن واحد، وفي مذكرة كل منهما إذا وقع التلقي في أوقات متفاوتة[566].

قبل التطرق إلى مذكرة الحفظ والبيانات التي يجب أن تدرج فيها، وجب التطرق إلى مسألة التلقي الثنائي أو الفردي.

[566] - العلمي الحراق، م س، ص 329.

1- الأصل والاستثناء في التلقي:

جاء في الفقرة الأولى من المادة 27 من قانون خطة العدالة: **"يتلقى الشهادة في آن واحد عدلان منتصبان للإشهاد"**، وجاء في المادة 28 من نفس القانون أنه يتلقى العدلان الشهادة أولا في مذكرة الحفظ، وتدرج في مذكرة أحدهما فقط إذا وقع التلقي في آن واحد، وجاء أيضا في المادة 19 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة، أنه تدرج الشهادة في الإطار المخصص لها بمذكرة الحفظ بخط يد أحد العدلين المتلقيين لها.

من خلال هذه المواد يتبين أن الأصل في تلقي الإشهاد هو التلقي الثنائي للعدلين في آن واحد، أي أن يتلقيا الإشهاد في نفس المكان والزمان، فإذا تلقيا هذا الإشهاد معا، أدرج أحد العدلين الشهادة في مذكرة حفظه دون الحاجة إلى إدراجها في مذكرة حفظ العدل الآخر، مع الإشارة إلى أن هذا الإدراج يتم بخط اليد دون اللجوء إلى كتابتها بالحاسوب أو بأي طريقة أخرى ما عدا خط اليد، وسيأتي أن المرحلة الموالية أي تحرير الوثيقة يوجد فيها الخيار بين خط اليد أو الكتابة بالحاسوب، غير أنه إذا كان هذا هو الأصل في التلقي، فإن الاستثناء منه يتجلى في التلقي الفردي، وليس معنى ذلك أن يتم تلقي الإشهاد بعدل واحد، وإنما أن يتم التلقي بعدلين غير أن الاستثناء هنا يتجلى في تلقيهم منفردين في آماد مختلفة، وهنا نصت الفقرة الثانية من المادة 27 من قانون خطة العدالة على أنه يسوغ للعدلين عندما يتعذر عليهما تلقي الإشهاد مثنى في آن واحد، أن يتلقياه منفردين بإذن من القاضي في آماد متفاوتة، إلا إذا نصت مقتضيات خاصة على خلاف ذلك، وإذا تعذر الحصول على إذن القاضي تعين على العدلين إشعاره بذلك داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التلقي، ويجب على العدلين في حالة التلقي الفردي، أن ينصا على تاريخ تلقي الإشهاد بالنسبة لكل منهما، مع الإشارة دائما إلى سبب ذلك، كما يجب النص في ضلع الملاحظات على مراجع الشهادة بمذكرة الحفظ لكل منهما. ونصت المادة 28 من نفس القانون على أنه إذا وقع التلقي الفردي تدرج الشهادة في مذكرة حفظ كل واحد منهما.

من خلال ما سبق يتضح أن الأصل في التلقي هو عدلان إثنان، وأما التلقي الانفرادي في آماد مختلفة هو مجرد استثناء للضرورة، فإذا انعدمت هذه الأخيرة لا يجوز التلقي

الفردي، والشيء الجديد الذي أتت به المادة 27 من قانون خطة العدالة هو أنه على العدلين في حالة التلقي الفردي أن يطلبا إذن القاضي، الأمـر الذي لم يكن ينص عليه القانون القديم.

أوجبت الفقرة الثالثة من القانون الجديد في التلقي الانفرادي التنصيص على تاريخ تلقي الإشهاد بالنسبة لكل من العدلين، مع الإشارة دائما إلى السبب الداعـي إلى التلقي الانفرادي، والوجوب يرتب عند المخالفة البطلان[567].

بالإضافة إلى وجود حالة التعذر[568] لإعمال الاستثناء المتمثل في التلقي الانفرادي في آماد مختلفة، قيد المشرع إعمال هذا الاستثناء بعدم وجود مقتضيات خاصة تنص على خلاف ذلك، كوجود نص قانوني يفرض التلقي الثنائي في آن واحد، وهنا يجب أن يكون التلقي ثنائيا في آن واحد حتى ولو توفر التعذر، وصورة ذلك، أي عدم وجود مقتضيات خاصة تنص على خلاف ذلك، ما أورده الأستاذ محمد الشتوي من قبيل ما كان ينص عليه الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية والذي كان يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه أو من الولي، وكذلك الفصل 48 من نفس المدونة الملغاة الذي كان ينص على أنه يجب الإشهاد

---

[567] - علال حمداش، م س، ص 119.

[568] - في مفهوم حالة التعذر، ذكر الدكتور العلمي الحراق، على أنها الحالة التي يجد فيها العدل الواحد نفسه أمام واقعة اضطرارية لا يستطاع معها بحال من الأحوال إحضار العدل الثاني ليتلقى معه الإشهاد في آن واحد، ومن صورها كأن يكون العدلان معينان في مركز من المراكز التوثيقية النائية، وتوجد ظروف طبيعية حالت دون حضور العدل الثاني بالرغم من وجوده في منطقة تلقي الإشهاد كحدوث فيضانات أو كوارث طبيعية أو بشرية، أو كان التعذر راجعا إلى التخوف من فوات مصلحة المشهود له أو عليه، كأن يجد العدل الواحد نفسه أمام واقعة احتضار شخص يريد أن يوصي أو يتصدق. وبخصوص الحصول على الإذن يرى الدكتور، أنه إجراء ليس له مبرر منطقي لأن الحالة التي يوجد فيها القاضي الذي يأذن بالتلقي الفردي أو بعدمه، لا يمكن اعتبارها حالة التعذر بكل المقاييس، وكل حالة يوجد معها القاضي إلا ويوجد معها العدول، وحالة التعذر التي فرضت عدم وجود العدل الثاني أحرى أن تفرض عدم وجود القاضي، لاسيما أن عدد العدول بأقسام التوثيق يتجاوز بكثير عدد قضاة التوثيق. (العلمي الحراق، م س، ص 337).
وإن كان البعض يدعوا إلى إلغاء مسطرة التلقي الثنائي في الإشهاد العدلي لأنه لا مسوغ منطقي وواقعي يقتضيه، وتبني نظام الكاتب بالعدل الذي يعتمد تقنية الإشهاد الفردي كبديل لنظام العدلين الذي يرتكز على التلقي الثنائي، على اعتبار أنه أي التلقي الثنائي لم يعد يساير التطور الحاصل في المجتمع، علاوة على كونه متجاوز واقعيا من طرف العدول الموثقين. (سليمان أدخول، "الشرح العملي لمركز الوثائق العدلية في نظام السجلات العقارية"، م س، ص 78). صحيح أنه يمكن الدعوة إلى التحول من نظام الشهود العدول إلى نظام الكاتب بالعدل، غير أنه من غير الصحيح أن تتم هذه الدعوة بمزج خصائص النظامين للخروج بنظام يلائـم البعض، فنظام الكاتب بالعدل وإن كان فيه التلقي فردي إلا أنه مقتصر على الكتابة وليس الإشهاد، ففي داخل هذا النظام إذا كان الأمر يقتضي الإشهاد، فعلى الطرفين إحضار الشاهدين وما على الكاتب إلا توثيق إشهادهما. فمن الضروري التمييز بين الإشهاد والكتابة كما أنه من الضروري معرفة خصائص كل من النظامين. ليبقى أمر اختياري أي منهما جائز ما داما بدورهما جائزان شرعا.

بالطلاق لدى عدلين منصبين للإشهاد في دائـرة اختصاص القاضي التي يوجد بها بيت الزوجية[569].

وبذلك كان في ظل هذين النصين، من غير المقبول إعمال الاستثناء المتعلق بالتلقي الفردي حتى ومع وجود حالة الضرورة، وهنا يطرح التساؤل حول ما إذا كانت المادة 25 من مدونة الأوقاف تعتبر بدورها من قبيل الشرط اللازم عدم توفره –أي عدم وجود مقتضيات خاصة تنص على خلاف ذلك – لإعمال الاستثناء المتعلق بالتلقي الفردي؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تكمن أولا في تبيان الجديد الذي أتت به مدونة الأسرة بعد إلغاء مدونة الأحوال الشخصية، وهنا فمن بين الشروط التي أوجبت المادة 13 من مدونة الأسرة أن تتوفر في عقد الزواج، سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه، كما أن المادة 67 من نفس المدونة نصت على أنه من بين ما يجب أن يتضمن عليه عقد الزواج، توقيع الزوجين والولي عند الاقتضاء واسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته وتاريخ الإشهاد على العقد.

بذلك لم تنص مدونة الأسرة على ما كان منصوص عليه في مدونة الأحوال الشخصية من ضرورة حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد، ومع ذلك لا يمكن القول بأن المدونة سمحت بالتلقي الفردي في آماد متفاوتة بالرغم من حذف ذلك المقتضى الصريح الذي كان ينص على مجلس واحد، لكون أن مدونة الأسرة أولا تقيد قانون التوثيق العدلي، بدليل أن المادة 67 منها أوجبت أن يتضمن عقد الزواج توقيع الزوجين، في حين أن توقيع الأطراف في قانون خطة العدالة يكون في مذكرة الحفظ وليس في العقد المحرر الذي يشتمل فقط على توقيع العدلين. وثانيا لكون المجلس الذي يتم فيه التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين هو مجلس واحد ومن غير المقبول إعادة المجلس وإعادة نفس الإيجاب ونفس القبول الذي تم التصريح بهما في المجلس الأول، لذلك اشترطت المدونة سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول، وهو ما يفيد التلقي الثنائي في آن واحد

[569] - محمد الشتوي، م س، ص 102.

ضمنيا[570]، كما أنه لو كان المشرع أراد ذلك أي سمح بالتلقي في آماد مختلفة، لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للوصية حيث جاء في المادة 295 من مدونة الأسرة أنه يشترط في صحة الوصية أن يصدر بها إشهاد عدلي أو إشهاد أية جهة رسمية مكلفة بالتوثيق أو يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه، كما نصت نفس المادة على أنه في حالة الضرورة يكتفى بمن اتفق حضورهم من الشهود.

أما بالنسبة إلى مدونة الأوقاف، فلو أن المشرع نص فقط في المادة 25 منها على أنه (يتلقى العدول الإشهاد على الوقف)، لكان من الممكن اعتبار هذا المقتضى من قبيل وجود مقتضيات خاصة تنص على خلاف السماح بالتلقي الفردي في آماد مختلفة، وبالتالي إلزام العدلين بالتلقي الثنائي في آن واحد، غير أنه وما دام المشرع نص على العدول بصيغة الجمع ولم يستعمل مصطلح العدلين الوارد في مدونة الأسـرة ومن قبلها مدونة الأحوال الشخصية، فإنه يكون قد قصد بذلك تحديد المهنة التي تتلقى الإشهاد على الوقف، ولم يدخل في تفاصيل تنظيمها وكيفية عملها من جهة، ومن جهة ثانية وما دام أضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه إذا تعذر تلقي الإشهاد اكتفي استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف، فإنه يكون بذلك مقرا لوجود حالة التعذر غير أنه ذهب مباشرة إلى الوثيقة العرفية كحل لحالة التعذر، ومن باب أولى الأخذ بالتلقي الفردي في آماد مختلفة من طرف العدلين والعمل بالاستثناء المقرر في قانون خطة العدالة من التلقي الثنائي في آماد مختلفة، لأنه أكثر تحصينا من العقد العرفي.

[570] - يرى الدكتور العلمي الحراق أن مدونة الأسـرة أخذت برأي المذهب المالكي الذي يجيز الشهادة على عقد الزواج ولو لم تكن من طرف عدلين اثنين في وقت واحد، حيث إنها لم توجب على العدلين سماع الإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه في مجلس واحد، بمعنى أنه يمكن للعدلين سماع ذلك في وقتين مختلفين وفي مجلسين متباعدين لأن المادة 11 من مدونة الأسـرة إنما نصت على أن تطابق الإيجاب والقبول هو الذي يشترط فيه أن يكون في مجلس واحد، كما أنه لو أراد المشرع هذا المعنى أي التلقي الثنائي في آن واحد، لأبقى الحكم السابق على حاله في هذه المسألة ولنص بكيفية صريحة على وجوب سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول وتوثيقه في مجلس واحد، غير أن الدكتور وإن كان يتبنى الرأي الذي يجيز التلقي الفردي في آماد متفاوتة إلا أنه مثل له بأنه يمكن إشهاد عدل واحد في مجلس تطابق الإيجاب والقبول، ثم بعد ذلك وقبل تفرق الطرفين يشهدان عدلا آخر في نفس المجلس. (العلمي الحراق، م س، ص 341)، الأمر الذي يعد من الصعوبة بمكان بقاء المجلس قائما إلى حين حضور العدل الثاني الذي تعذر عليه الحضور مع العدل الأول، من البداية. فلا يمكن إلزام الزوجين بالبقاء في نفس المجلس إلى حين زوال حالة التعذر ليتلقى العدل الثاني منهما.

2- لغــة التلقي:

بداية لابد من التمييز بين لغة تلقي الشهادة وبين لغة كتابتها، سواء في مذكرة الحفظ أو في المحرر الذي يخاطب عليه ويسلم للأطراف، فبالنسبة للغة الكتابة فهي تكون دائما باللغة العربية (الفقرة الرابعة من المادة 30 من قانون خطة العدالة تنص على أنه تكتب الشهادة وجوبا باللغة العربية، وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي يتم بها التلقي إذا تعلق الأمر بغير لغة الكتابة)، أما بالنسبة إلى لغة التلقي، فإنه يتم بأي لفظ يفيد الرغبة في إبرام التصرف سواء كان اللفظ فصيحا باللغة العربية أو عاميا وبأي لهجة كانت، أو حتى بلغة أجنبية ما دام العدلان يفهمان الأطراف وقصدهم من الإشهاد عليهم، حتى وإن عجز الأطراف عن الكلام أو السمع إن كان بوسعهم الكتابة وإلا فبالإشارة التي يفهمها العدلان.

وعليه فما دام العدلان يفهمان الأطراف جاز التلقي منهم بأي لغة كانت، وإذا لم يستطع العدلان معرفة لغة الأطراف فإنه يتم الاستعانة بالترجمان، وهذا ما جاء في المادة 29 من قانون خطة العدالة التي تسوغ تلقي الإشهاد مباشرة من العاجز عن الكلام أو السمع بالكتابة، وإلا فبالإشارة المفهمة، مع التنصيص على ذلك في العقد، ونصت المادة 30 من نفس القانون على أنه يستعين العدل بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة من المشهود عليهم، وفي حالة انعدام الترجمان يستعان بكل شخص يراه العدل أهلا للقيام بهذه المهمة بعد قبول المشهود عليه له، ويشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به أن لا يكون له مصلحة في الشهادة.

قد يرى البعض أن العدل لا يتلقى الشهادة من المشهود عليه بغير اللغة العربية إلا بواسطة الترجمان ولو كان العدل يعرف اللغة التي يتكلم بها المشهود عليه، غير أن ذلك لا يستند إلى أي أساس، لأن عبارة المادة السابقة تنص على الاستعانة بالترجمان عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة باللغة العربية من المشهود عليهم، وبمفهوم المخالفة لعبارة "عند وجود صعوبة" أنه إذا لم توجد صعوبة في فهم مراد المشهود عليه، فلا يحتاج إلى الاستعانــة بالترجمان، فالعدل هنا يترجم لنفسه، لأن الشاهد العدل لا يكتب في شهادته ألفاظ

المشهود عليه وإنما يكتب في الغالب مضمونها ومعناها، وإن كانت باللغة العربية[571]. كما أن نفس المادة أجازت الاستعانة بأي شخص يكون أهلا للقيام بالترجمة إذا لم يوجد الترجمان، إضافة إلى المادة 29 من نفس القانون التي أجازت للعدل التلقي من الشخص الذي لا يستطيع السمع أو الكلام فأجازت له أن يتلقى بالإشارة المفهومة، وبالأحـرى تلقيه بلغة أخرى يفهمها العدل.

بقيت الإشارة إلى أن المادة 30 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة تنص على أنه إذا كانت المستندات محررة بلغة أجنبية ضم إلى الشهادة نص تعريبها منجزا من لدن ترجمان مقبول لدى المحاكم. وهنا هذه المادة جاءت في سياق إجراءات تحرير الشهادات، وليست في التلقي، وهي تتحدث على الرسم الذي يسلم إلى الأطراف ومن الطبيعي إذا تعلق الأمر بمستند فإنه من اللازم ترجمته لدى ترجمان محلف، لأن هذه الترجمة تلحق بالرسم ويطلع عليها العموم لذلك ليس من الصائب الاكتفاء هنا بفهم العدل من هذا المستند.

ت– مذكـرة الحفـظ:

هي عبارة عن كناش متوسط الحجم، يحدد شكله وعدد صفحاته بقرار لوزير العدل[572]، ويمسكه كل عدل منتصب للشهادة، يتولى فيه كتابة ما يتلقاه من شهادات صحبة العدل الآخر، وذلك يوما بيوم وساعة بساعة وبالتتابع، وهو يخضع لمراقبة قاضي التوثيق، ولمراقبة كل متفقد قضائي أو مفتش مالي أو للتحقيق القضائي عند الاقتضاء[573]، ويقوم بطباعته وتوزيعـه المكتب التنفيذي للهيئة الوطنية للعدول.

قبل أن يقوم العدل بتقييد ملخص الشهادة في مذكرة الحفظ، يقدم هذه الأخيرة إلى قاضي التوثيق للتأشير عليها، فيكتب القاضي على الصفحة الأولى الإذن باستعمال المذكرة مع توقيعه وطابع المحكمة، ويضع طابعه في أعلى جميع صفحات المذكرة ولا يستعمل

---

[571] - علال حمداش، م س، ص 120.

[572] - حدد قرار وزير العدل رقم 09.978 بتاريخ 2009/4/8 شكل ومضمون مذكرة الحفظ التي يمسكها العدل من حيث الطول 26 سنتمترا، والعرض 22 سنتيمترا، وعدد أوراقها 100، وما يجب أن تشتمل عليه كل صفحة، فيتولى العدل ملئ تلك الأضلاع المكونة للجدول المسطر على صفحاتها عند كل عملية تلقي (محمد بن الطالب، م س، ص 84)

[573] - العلمي الحراق، م س، ص 333.

العدل مذكرته الجديدة إلا بعد تقديمه المذكرة التي فرغ منها إلى القاضي المكلف بالتوثيق قصد مراجعتها وختمها (المادة 17 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة)، وتقييد الشهادة في مذكرة الحفظ يكون بحسب الخانات الموجودة فيها، وهـي تشمل العدد بالتتابع وتاريخ التلقي الهجري والميلادي باليوم والساعة، وتاريخ التحرير الذي يترك موضعه إلى ما بعد تحرير الشهادة في الرسم، ونوع الشهادة، و رقم الوصل، وملخص الشهادة، بالإضافة إلى ضلع الملاحظات. والتقييد هنا في مذكرة الحفظ لا يشتمل على الشهادات برمتها وتلفيفاتها، ولا يتم نسخ الرسوم فيها بعد تحريرها، وإنما يتم تقييد روح الشهادة ومتعلقاتها قبل التحرير وليس بعده[574]، فمذكرة الحفظ وضعت أساسا لحفظ الشهادة من الضياع ومن النسيان لذلك يتم تحرير الشهادة أولا في مذكرة الحفظ وبعد ذلك يتم تحريرها في الوثيقة النهائية التي يخاطب عليها قاضي التوثيق وتسلم إلى الأطراف، وهذا التحرير الأخير يتم بالاستناد إلى ما هو مدرج في مذكرة الحفظ.

عموما فإنه من البيانات الواجب تظمينها في مذكرة الحفظ ما نصت عليه المادة 19 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة والتي جاء فيها:

- تدرج الشهادة في الإطار المخصص لها بمذكرة الحفظ بخط يد أحد العدلين المتلقيين لها.
- تشتمل الشهادة في طليعتها بمذكرة الحفظ على اسمي عدلي التلقي ومكانه مع ذكر تاريخه بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافقه من التقويم الميلادي، وذلك يوما فيوما بتتابع الشهادات حسب ساعات وتواريخ تلقيها.
- يضمن العدلان في الشهادة فصولها الجوهرية التي ينتفى معها كل غموض أو إبهام، ويثبتان بها كل المعلومات والمستندات التي يتعين استيفاؤها دون بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب إلا ما اعتذر عنه بالنسبة لغير البشر، أما البشر فلا يقبل الاعتذار فيه .

[574] - علال حمداش، م س، ص 126.

- إذا تعلقت الشهادة بعقار وجب تعيينه، بذكر اسمه ورقم الصك العقاري إن كان ورقم مطلب التحفيظ إن كان في طور التحفيظ وصفاته ومساحته وقيمته وموقعه وحدوده مع توضيح هذه الحدود بما يميزها من الأشياء الطبيعية أو بكل وسيلة أخرى[575].
- يتعين إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ أن تكون المعلومات المذكورة في الشهادة مطابقة لما يتضمنه الصك العقاري أو المطلب مع بيان جميع التحملات المذكورة فيهما .
- تحدد بالأرقام والحروف المساحات التي يجب تعيينها بالمقاييس الرسمية أو المصطلح عليها، وكذا الأمر بالنسبة للمبالغ المالية.
- ينص في الشهادة على المستندات اللازمة طبقا للقواعد المعمول بها مع ذكر رقمها وتاريخها والدائرة التي أقيمت فيها، ومراجع التسجيل.
- يقوم العدلان بتلاوة مضمون الشهادة فور الانتهاء من إدراجها بمذكرة الحفظ على المتعاقدين والشهود والترجمان عند الاقتضاء مع الإشارة في الشهادة إلى ذلك، وتوقع من طرفهم بإمضائهم أو بصمتهم إن تعذر الإمضاء، وذلك دون ترك بياض أو مسافة بين التوقيعات وبين نص الشهادة .
- يتعين أن يكون الاعتذار في الشهادة بمذكرة الحفظ قبل التوقيعات، فإن وقع ما يدعو إلى الاعتذار بعدها، وجب أن يكون قبل انتهاء مجلس الإشهاد وتعاد التوقيعات .

ونصت المادة 31 من قانون خطة العدالة على أنه يتعين أن تشتمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه في التصرف في المشهود فيه، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف، ويتعين أن تشتمل الشهادة أيضا على تعيين المشهود فيه تعيينا كافيا.

[575] - يترتب على عدم انطباق العقار على المشهود فيه عدم صحة المطالبة به، فقد جاء عن محكمة النقض " بأن محكمة الاستئناف عاينت أن رسم التحبيس الذي يشهد بحبسية البقعة الأرضية...، لا ينطبق في ما يشهد به على المدعى فيه الذي تم تحفيظه لفائدة المطلوب...". القرار عدد 4/122 المؤرخ في 5-3-2019 ملف مدني عدد 2018/4/1/8158 (قرار غير منشور أنظر الملحق رقم 7).

وبذلك تكون هاتين المادتين قد حددتا البيانات اللازمة التي يجب أن تدرج في مذكرة الحفظ وطريقة إدراجها، وكيفية الاعتذار عما قد يشوبها باستثناء البشر[576]، كما تم التنصيص على تلاوة نص الشهادة على الأطراف أو الطرف الواقف في هذا الموضوع وإلى توقيعه، مع التقييد بأركان وشروط صحة الوقف (السابق دراستها في الباب الأول)، مع الإشارة إلى أن شروط الواقف يجب التقيد بها.

وقد عد الفقهاء مجموعة من الشروط التي يمكن أن يشترطها الواقف ونصت المادة 34 من مدونة الأوقاف إلى أن هذه الشروط يجب أن تكون مشروعة وقابلة للتنفيذ وإلا بطل الشرط وصح الوقف بدونه، ما عدا حالة وقف الشخص على نفسه الذي يبطل الوقف من أساسه، أما حالة الوقف على الذكور دون الإناث من أولاد الواقف، أو على بعضهم دون الآخريــن فإن الشرط يبطل ويبقى الوقف صحيحا لهم جميعا.

إضافة إلى أنه يتعين على العدول عند تلقي الإشهاد، تنبيه الواقف إلى أحكام المادة 109 من مدونة الأوقاف التي تقضي بحصر الوقف المعقب في ثلاث طبقات، فإن زاد عنها عد الوقف باطلا.

ثانيا- التحرير

يقصد بهذه المرحلة، تحرير الرسوم العدلية أي كتابتها في صكها، وفق الشكل المتطلب قانونا، وذلك بنقل محتواها المدرج بمذكرة الحفظ إلى هذا الصك، ونقل الشهادة المدرجة في مذكرة الحفظ إلى هذا الصك يشمل المضمون دون الشكل الذي يطاله بعض الاختلاف إما زيادة أو نقصانا[577]،

هنا فإن العدلين بعد أن يفرغا من تلقي الإشهاد على الواقف ويدرجانه في مذكرة حفظ أحدهما إذا كان التلقي ثنائيا في آن واحد، أو في مذكرة كل منهما إذا كان التلقي فردي في آماد مختلفة، فإنه يتم نقل هذا الإشهاد بمضمونه إلى الوثيقة، بغية أدائها.

[576]- البشر بفتح الباء – القشر، والمقصود تقشير الكلمة بآلة حادة وكتابة غيرها فوقها (لامية الزقاق،ج2، م س، ص 493).
[577] - محمد الشتوي، م س، ص 122.

وإذا كان أداء الشهادة هو أن يعلم الشاهد الحاكم بما علمه استنادا إلى أحد مستندات العلم بالشهادة، أي أن الأداء يستوجب أن يكون المعلم بشهادته عالما تمام العلم بما رآه أو سمعه أو اطلع عليه، وإعلام القاضي قد يكون باللسان فقط مباشرة وبأي لفظ كان، وقد يكون باللسان والكتابة معا، وقد يكون بالكتابة والإشارة المعتادة دون لسان ولفظ، كما قد يكون بالإشارة المفهمة فقط، فمتى وقع إعلام القاضي بأي وسيلة من هذه الوسائل تم أداء الشهادة، فإن تحرير الشهادة صيغة من صيغ أدائها وشكل من أشكال هذا الأداء وليس هو الأداء نفسه، فتحرير الشهادة وسيلة من وسائل أدائها، ومرحلة من مراحله[578*].

لذلك ففي مرحلة تحرير الشهادة وقبل أدائها لقاضي التوثيق للخطاب عليها، فإنه يجب احترام مجموعة من الضوابط لعل من أبرزها:

أ- كيفية التحريــر

نصت المادة 33 من قانون خطة العدالة على أنه: **"تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب"**. فإذا كانت الوثيقة العدلية تحرر باللغة العربية على غرار ما تم التنصيص عليه بالنسبة لتحرير الشهادة في مذكرة الحفظ، فإنه في هذه المرحلة وعلى خلاف مذكرة الحفظ فإنه يمنع الاعتذار في الوثيقة عما قد يلحق بها من انقطاع أو بياض أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو بشر وقد تقدم أنه يمكن الاعتذار عن ذلك في مذكرة الحفظ باستثناء البشر. ومرد ذلك إلى أنه يمكن إعادة تحرير الوثيقة التي قد يطرأ عليها أحد هذه العوارض بسهولة على عكس مذكرة الحفظ، إضافة إلى أنه ومع التطور الحاصل فإن الوثيقة تكتب في الحاسوب ويسهل تغيير ما قد يشوب الوثيقة.

هنا نجد المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة قد فصل في إجراءات تحرير الوثيقة ونص في المادة 25 منه على أنه تحرر الشهادة اعتمادا على ما هــو مدرج بمذكرة الحفظ

---

578 - العلمي الحراق، م س، ص 356

*- الشروط التي أقرها الفقه في التحمل غير تلك المقررة في الأداء، فبالنسبة للتحمل فليس من شروط الشاهد إلا كونه على صفة واحدة، وهي الضبط والميز، صغيرا كان أو كبيرا، حرا كان أو عبدا، مسلما كان أو كافرا، عدلا كان أو فاسقا، أما الأداء فمن شرط جواز شهادته أن تجتمع فيه خمسة أوصاف متى عري عن واحد منها لم تجز شهادته وهــي: البلوغ – والعقل – والحرية – والإسلام – والعدالة وزاد ابن راشد المروءة واختلف في الرشد (لامية الزقاق،ج2، م س، ص 488).

المتلقاة بها، وفي المادة 27 منه أنه تحرر الشهادة بأكملها دون انقطاع في ورق جيد بكيفية واضحة مخطوطة باليد بمداد أسود غير قابل للمحو أو مطبوع بالحاسوب، ويوقعها العدلان اللذان قاما بتلقيها. وقد سبق للفقه أن فصل في مسألة كتابة الوثيقة واستوجب الفقهاء مجموعة من الشروط على العدل التوفـر عليها، وهنا نجد عند الونشريسي[579] أنه: " **يجب في المتعرض لهذه الصناعة –المقصود العدول– أن يكون حسن الخط، ويقيم الهجاء، ويضع الحروف على أحسن صورها حتى لا يدخل في ألفاظ الوثيقة إشكال، ولا يتصور في شيء منها احتمال، لاسيما في الأسماء والتواريخ وعند ذكر الأعداد، وهـي أكدها وأحوجها إلى البيان، فينبغي أن يكتب الوثيقة بخط واضح لا دقيق خاف، ولا غليظ جاف، وليتوسط في السطور بين التوسيع والتضييق، ولتكن بعبارة واضحة صحيحة تفهمها العامة، ولا تزدريها الخاصة، وينبغي له إذا فرغ من كتابتها أن يعيد النظر فيها لتفقد ألفاظها وأحكام فصولها، وعليه أن يتجنب الألفاظ المحتملة والمشتركة والمجملة حسما لوقوع الإبهام وتوفية لأوضح وجوه الإفهام، فيختار من العبارات أعذبها مساقا ويفي لكل مقام بمقالة تقييدا أو إطلاقا**"[580]، والمقصود بالألفاظ المشتركـة تلك التي يتداخل معها غيرها، فالمطلوب في الوثيقة أن تكون بألفاظ بينة ولذلك طلب الفقهاء من العدل أن يكون له حظ من اللغة وعلم الفرائض والعدد ومعرفة الإشهاد، وألا يكتب وألا يشهد إلا بما تحققه وكان عنده كالشمس، فلا تصح للشاهد شهادته بشيء حتى يحصل له العلم به، إذ لا تصح إلا بما علم وقطـع بمعرفته[581*].

لذلك فكتابة الوثيقة يجب أن يتم بأسلوب سهل وسلس يراعى فيه ما تم الإشهاد عليه وتوضيحه، وتجنب كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تغيير المقصد من الشهادة، فيجب إدراج مجموعة من البيانات في الوثيقة منها ما نص عليه المرسـوم التطبيقي لقانون خطة العدالة

---

[579] - الونشريسي: هو أبو علي الحسن بن عثمان بن عطية الونشريسي القاضي المكناسي، كان فقيها عدلا من أهل الحساب والقيام على الفرائض والعناية بفروع الفقه، توفي سنة 781 هـ وله فتاوى مذكور بعضها في المعيار للونشريسي، وله أرجوزة في الفرائض ، بدر الدين القرافي، توشيح الديباج، م س، ص 66

[580] - أبـي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، م س ، ص 82.

[581] - الإمام أبـــي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، م س، ص 492.

*- أسهب الفقهاء في طريقة كتابة الوثيقة وما يجب على العدل أن يتجنبه وتطرقوا إلى كيفية كتابة الأعداد والحروف في الوثيقة وذكروا ما قد يمكن أن يدخل عليه من تغيير فيها فيغير معناها ومقصدها لذلك نبهوا إلى أخذ الحيطة إبان كتابتها – للمزيد من التوسع يراجع: أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، م س، ص 82-89-165-207.

في الفقرة الثانية من المادة 25، حيث جاء فيها أنه تشتمل الوثيقة في طليعتها على اسمي عدلي التلقي ودائرة انتصابهما والمكتب المعينين به، مع ذكر تاريخ التلقي بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام، وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافقه من التقويم الميلادي، وكذا رقم مذكرة الحفظ وصاحبها وعدد الشهادة فيها، وجاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه تشتمل الوثيقة أيضا على الحالة المدنية الكاملة للمشهود عليهم وجنسيتهم ومهنتهم وعنوانهم الكامل، وكذا رقم بطاقة التعريف الوطنية وتاريخها إن وجدت، أو أي وثيقة إداريــة تفيد التعريف، ونصت المادة 26 من نفس المرسوم على أنه: **"تتضمن الوثيقة المحررة جميع الأركان والشروط والمستندات المتعلقة بها، وفق ما هو مثبت بمذكرة الحفظ"**.

ومنه فبعد أن يدرجا البيانات المتعلقة بالتعريف بهم لما لذلك من أهمية في تحديد الاختصاص، والبيانات المتعلقة بالأطراف، وتاريخ تلقي الشهادة، وتاريخ تحريرها (الفقرة الثانية من المادة 33 من قانون خطة العدالة) – والمحددة في ستة أيام ما لم ينص على خلاف ذلك (المادة 27 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة)– فإنه يتم تحرير مضمون الشهادة المدرجة في مذكرة الحفظ من واقف، وموقوف[582]، وموقوف عليه[583]، وفق البيانات المتطلبة والسابق الإشارة إليها في مذكرة الحفظ. وقبل تذييل الوثيقة بتوقيع عدليها مقرونا باسميهما، فإنهما يعملان على تسجيل وتضمين الوثيقة.

[582] - ينبغي له في كل عقد يتقيد في الرباع وسائــر العقار من بيع وما في معناه، أو هبــة أو حبس أو غير ذلك، أن يتعرض لإثبات الحدود المحيطة به، والذرع الحاصر للمساحة فيمن يمكن ذلك فيه، ولابد له من تقييد الموقع بذكر جهته وما يلاصقه لاختلاف الأرض في الطيب والخبث واللؤم والكرم والصواب في الحدود أن يقول ينتهي الحد في كذا من هذا الملك إلى كذا، لأن في قوله حده كذا لبسا في دخول الحد في المحدود أو خروجه عنــه. أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، م س، ص 132.

[583] - تقدم الكلام في هذه الدراسة عن الحوز والمعتبر في الحوز الفعلي هو المعاينة وليس الإقرار به، لذلك يعد بدوره من البيانات الجوهرية في الوثيقة إذا تم أثناء الإشهاد على الوقف على يد العدلين وإلا إدراجه في وثيقة مستقلة عن الوثيقة العدلية ما لم يكن الحوز حكميا أو قانونيا، حيث يكفي في الأول كل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف، وفي الثاني تسجيل الوقف في الرسم العقاري. وجاء عند الونشريسي : "اعلم أن من الاحتياط والحزم ذكر معاينة القبض لكل من قبض لغيره كالأب، والوصي، والوكيل والحاضن ... ولا ينفعه اعتراف الأب بقبضه في مرضه، لأنه بمنزلة المريض يقر بقبض دين له من وارث فإنه لا ينفذ إقراره إلا بمعاينة الدفع وكذلك في الرهان وفي الأحباس، والصدقات، والهبات، وفي كل ما ليس فيه عوض من سائر التبرعات لما يتعلق بذلك من أحكام الغرماء وحقوق الورثة"، أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، م س، ص 349.

ب- تسجيل الرسوم العدلـية

تسجيل الرسوم العدلية هو عبارة عن أداء رسوم عنها إما في شكل ثابت بالنسبة لبعضها، أو في شكل متحرك بالنسبة للبعض الآخر على أساس نسبة مئوية معينة من الثمن أو القيمة المالية للمشهود به، وذلك لدى جهة خاصة أوكل لها القانون هذه الصلاحية وهي مصلحة التسجيل والتمبر[584]، وقد نصت المادة 28 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة على أنـه: **"يتعين على العدل إذا تعلق الأمر بشهادات تخضع لواجبات التسجيل :**

- ✓ **إشعار المتعاقدين بذلك وحثهم على أداء الواجبات لدى الجهة المختصة بذلك داخل الأجل القانوني، ما لم يكلف من طرف المتعاقدين بإجراء التسجيل،**
- ✓ **تحرير العقد بمجرد تلقي الإشهاد وتوجيهه إلى مكتب التسجيل المختص مرفقا بنسخة منه".**

ونصت المادة 17 من قانون خطة العدالة على أنه: "للمتعاقدين الخيار بين أن يقوموا بأنفسهم بالإجراءات المتعلقة بإدارة التسجيل والتمبر وإدارة الضرائب والمحافظة العقارية وغيرها، أو أن يكلفوا أحد العدلين المتلقيين بالقيام بالإجراءات المذكورة بمقتضى تصريح موقع عليه من الطرفين بكناش يحدد شكله بنص تنظيمي"، وعليه فإن للأطراف الخيار بين أن يقوموا بأنفسهم بهذه الإجراءات أو أن يكلفوا أحد العدلين بذلك، على أنه في جميع الأحوال هي إجراءات ملزمة تستتبع عدم القيام بها، عدم المخاطبة على الوثيقة العدلية من طرف قاضي التوثيق وبالتالي عدم اكتسابها الصفة الرسمية (المادة 35 من قانون خطة العدالة).

ومن العقود التي تخضع لإجراءات التسجيل ما نصت عليه المادة 127 من المدونة العامة للضرائب لسنة 2019، حيث جاء فيها أنه: **"تخضع وجوبا لإجراءات وواجبات التسجيل، ولو كانت بسبب ما يشوبها من عيب شكلي، عديمة القيمة. جميع الاتفاقات المكتوبة أو الشفوية وكيفما كان شكل المحرر المثبت لها، عرفيا أو ثابت التاريخ بما في ذلك العقود المحررة من طرف المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، أو رسميا**

[584] - محمد الشتوي، م س، ص 128

توثيقي أو عدلي أو عبري، قضائي أو غير قضائي"، والتي من بين ما تتعلق به هذه الاتفاقات، نجد نفس المادة تنص على التفويتات بين الأحياء، بعوض أو بغير عوض، مثل البيع أو الهبة أو المعاوضة فيما يتعلق بالعقارات المحفظة أو غير المحفظة أو الحقوق العينية الواقعة على العقارات المذكورة. مع مراعاة الإعفاءات من واجبات التسجيل والتي منها ما نصت عليه المادة 129 من نفس المدونة، بأنه تعفى الاقتناءات المنجزة من طرف الدولة والمعاوضات والهبات والاتفاقات التي تعود عليها بالنفع، وعقود التحبيس وجميع أنواع الاتفاقات المبرمة بين الأحباس والدولــة[585].

وعليه فإنه إذا كلف الأطراف العدل بالقيام بإجراءات التسجيل فإنه يكون مسؤولا عن ذلك وإلا تحمل تبعة الغرامات التي قد يتعرض لها الأطراف نتيجة تأخرهم، أما إذا قرر الأطراف القيام بأنفسهم بإجراءات التسجيل فعلى العدلين إخبار الأطراف بإجبارية التسجيل وحثهم على أداء الواجبات المستحقة داخل الأجل القانوني والمحددة في 30 يوما من تاريخ تلقي الإشهاد، بمقتضى المادة 128 من المدونة العامة للضرائب، ويكون الأداء بمكتب التسجيل المختص بالمدن التي بها مكاتب للتسجيل، ولدى عدل أو موظف تابع لوزارة العدل يعينهما وزير المالية باقتراح من وزير العدل بالمدن والمراكز والمناطق التي لا تتوفر على هذه المكاتب (المادة 29 من قانون خطة العدالة)، مع توجيه العقد ونسخة منه إلى مكتب التسجيل من طرف العدلين.

أما فيما يتعلق بالمحافظة العقارية وأمام الخيار الذي أقرته المادة 17 من قانون خطة العدالة فإن الأمر هنا يتعلق بإجراءات بعدية لتحرير الرسوم العدلية والمخاطبة عليها، أما ما هو من قبيل الإجراءات المصاحبة لعملية التوثيق العدلي فما تم التنصيص عليه في مرحلة تلقي الشهادة حيث يتعين إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ أن تكون المعلومات المذكورة في الشهادة مطابقة لما يتضمنه الصك العقاري أو المطلب مع بيان جميع التحملات المذكورة فيهما (المادة 19 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة).

585 - لمزيد من التوسع – انظر المادة 92 من المدونة العامة للضرائب المتعلقة بالإعفاء مع الحق في الخصم التي تشمل عمليات بناء المساجد – والمادة 243 من نفس المدونة المتعلقة بالتمبر.

وفي كل الأحوال وأمام الخيار بالقيام بإجراءات التقييد لدى المحافظة العقارية التي وضعته المادة 17 من قانون خطة العدالة، فإنه من واجب العدلين طبقا لواجب النصح الذي تفرضه عليهما طبيعة وأعراف مهنة التوثيق، أن ينصحا المتعاقدين بضرورة الإسراع في القيام بهذا الإجراء وأن يطلعاهم عن الآثار الخطيرة التي قد تترتب عن عدم القيام بعملية التقييد أو التراخـــي في القيام بها[586].

ت- التضمين

تضمين الشهادة العدلية هو نسخ[587] محتواها من طرف النساخ بأحد سجلات التضمين بعد الحصول على إذن بذلك من القاضي المكلف بالتوثيق، فالعدلان يقدمان الشهادة أولا إلى قاضي التوثيق للاطلاع عليها والتأكد من أداء الرسوم عنها إذا كانت خاضعة للتسجيل، والتأكد من سلامتها من الخلل الشكلي فيضع علامة مميزة له – ككتابة كلمة أو إشارة – بطرة الصك تدل على الترخيص للنساخ بتضمين الوثيقة بالسجل المخصص لها[588]، وبعد هذا الترخيص يقوم الناسخ[589] بعملية النقل الحرفي لمحتويات الوثيقة العدلية وتضمينها بأحد السجلات الموجودة في المحكمة ليقوم بعد ذلك العدلين بإعادتها إلى قاضي التوثيق قصد المخاطبة عليها.

والسجلات التي تضمن فيها الشهادة العدلية هي حسب المادة 31 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة: - سجل الأملاك العقارية لتضمين الوثائق المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، -سجل التركات والوصايا، - سجل خاص بتضمين نصوص عقود الزواج، -سجل رسوم الطلاق، - سجل باقي الوثائق. وتحدد نماذج هذه السجلات بقرار لوزير

---

586 - محمد الربيعي، م س ، ص 202.

587 - النسخة: تطلق ويراد بها في التوثيق العدلي نقل الشهادة بحروفها وفصولها من أصل إلى فرع، والإشهاد على ذلك بالمطابقة والمماثلة (العلمي الحراق، م س، ص 428).

588 - محمد الشتوي، م س، ص 143.

589 - الناسخ هو ذلك المهني الذي يزاول مهنة حرة طبقا لأحكام القانون رقم 49.00 المتعلق بتنظيم مهنة النساخة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.01.124 صادر في 9 من ربيع الأول 1422 الموافق لـ 22 يونيو 2001، الجريدة الرسمية، عدد 4918 بتاريخ 27 ربيع الثاني 1422 الموافق لـ 19 يوليوز 2001، ص 1864. والناسخ يعمل على تضمين الوثائق العدلية بسجلات التضمين، كما يعمل على استخراج النسخ من هذه السجلات مقابل أجرة يؤديها له العدلان بعد استخلاصها من المتعاقدين أصحاب الوثائق المعنية (سليمان أدخول، م س، هامش ص 91).

العدل[590]، ويؤشر على صفحاتها القاضي المكلف بالتوثيق بعد ترقيمها ووضع الطابع على كل صفحة منها قبل الشروع في استعمالها، باستثناء السجل الخاص بتضمين نصوص عقود الزواج، والسجل الذي له علاقة بموضوع هذه الدراسة هو كل من سجل الأملاك العقارية، وسجل باقي الوثائق.

فسجل الأملاك العقارية يستخدم لتضمين الوثائق المتعلقة بالحقوق العينية العقارية ويعرف عند الممارسين بالسجل الأول، والناسخ يضمن فيه الشهادات التي يتعلق موضوعها بانتقال أو تعديل أو إنهاء حق عيني عقاري كالبيع أو الصدقة أو الهبة أو الوقف متى تعلق محله بالعقار. أما سجل باقي الوثائق والذي كان يدعى بالسجل الثاني، أو سجل المختلفات، فهو السجل الحر الذي لا حصر لأنواع الشهادات التي يتضمنها[591]، فإذا تعلق الأمر بوثيقة وقف المنقول فإن هذه الوثيقة تضمن في هذا السجل.

وكل هذه السجلات تحمل أرقاما متتابعة وتشتمل كل صفحة على: - ضلع العدد المتتابع، الذي يرقم فيه كل شهادة على حدة بشكل تسلسلي الواحدة تلوى الأخــرى، - ضلع نوع الشهادة، ويكتب فيه اسم الإشهاد أو العقد الذي سيضمن في هذا السجل، وهذا الاسم يكون العدل قد حدده مسبقا كعنوان لمضمون الشهادة، - ضلع تاريخ التضمين، يكتب فيه تاريخ تضمين الرسم، ويستحسن أن يكون بالهجري وما يوافقه بالميلادي على غرار تاريخ التلقي، - ضلع مراجع التسجيل بالنسبة إلى السجلات، ويسجل فيه الأرقام والحروف التي تشكل مراجع وعنوان تسجيل كل رسم، - ضلع نص الشهادة، يكتب فيه الناسخ الشهادة المحررة من طرف العدلين من أولها إلى آخرها حرفا بحرف من غير زيادة ولا نقصان بخط واضح وبمداد أسود غير قابل للمحو، دون انقطاع أو بياض أو إصلاح أو إلحاق أو تشطيب، إلا ما اعتذر عنه باستثناء البشر الذي يمنع مطلقا، - ضلع الملاحظات، وخانة هذا الضلع عادة ما تبقى احتياطية لكل طارئ فمثلا إن ضمن الناسخ عقد الوقف المتعلق

[590] - نظمت بقرار لوزير العدل رقم 09.979 الصادر في 8 أبريل 2009 بتحديد نماذج سجلات تضمين الشهادات العدلية المادة الأولــى والتي جاء فيها أنه يجب أن يكون طول كل سجل من السجلات المذكورة أربعة وثلاثين سنتمترا، وعرضــه ثمانية وعشرين سنتمترا وأن يبلغ عدد صفحاته خمسمائة صفحة تحمل أرقاما متتابعة (محمد بن الطالب، م س، ص 97).

[591] - محمد بن الطالب، م س، ص 97.

بالمنقول في السجل الأول المتعلق بالعقار، فإنه يعتذر على هذا التضمين الخاطئ في خانة الملاحظات ويعيد تضمينه في سجل باقي الوثائق، بكل شروط التضمين وحيثياتــه[592].

هذه السجلات لا يشرع في استعمالها إلا بعد ترقيم صفحاتها ووضع طابع المحكمة على كل صفحة منها، ويؤشر رئيس المحكمة على الصفحتين الأولى والأخيرة ويعطى لها رقم في سجل مراقبة سجلات المحكمة، وعند الانتهاء من أي سجل منها يحتفظ به في أرشيف قسم التوثيق بعد توقيع كل رسم منه من طرف العدلين وخطاب القاضي عليه، حيث يتم ترتيب السجلات حسب الأرقام التسلسلية لكل نوع منها على حدة، وتعتبر بعد ذلك المرجع الوحيد لأخذ نسخ منها[593].

وهنا نصت المادة 32 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة على أنه: "تضمن الشهادة بأكملها طبقا لمقتضيات المادة 11 من القانون رقم 49.00 المتعلق بتنظيم مهنة النساخة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.01.124 الصادر في 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001). يوقع العدلان في سجلات التضمين أسفل الشهادات التي تلقياها داخل أجل 20 يوما من تاريخ تضمينها. يخاطب القاضي في تلك السجلات داخل أجل شهر من تاريخ التضمين على الشهادات المضمنة بها، كل شهادة على حدة بعد توقيع العدول شهودها عليها"[594].

وبذلك فبعد أن يقدم العدلان الشهادة إلى قاضي التوثيق وإعطاء هذا الأخير الإشارة إلى الناسخ قصد تضمينها في السجل المخصص لها، وبعد قيام هذا الأخير بنسخ الشهادة في

---

592 - محمد بن الطالب، م س، ص 99.

593 - علال حمداش، م س، ص 156.

594 - جاء في المادة 11 من القانون المنظم لمهنة النساخة أنــه: " يعهد إلى الناسخ تحت مسؤوليته بما يلي :

- ✓ أن يضمن بخط يده وبمداد أسود غير قابل للمحو الشهادة بأكملها طبق أصلها المحرر من طرف العدلين بتتابع الشهادات حسب أرقام وتواريخ تضمينها دون انقطاع أو بياض أو إصلاح أو إلحاق أو تشطيب إلا ما اعتذر عنه، أما البشر فيمنع مطلقا. تضمن الشهادات حسب نوعها خلال ثمانية أيام من تاريخ تسليمها إلى الناسخ – ما لم ينص على خلاف ذلك– بعد مراقبتها من طرف القاضي، في أحد السجلات المنصوص عليها في الفصل 25 من المرسوم رقم 2.82.415 الصادر في 4 رجب 1403 (18 أبريل 1983) بشأن تعيين العدول ومراقبة خطة العدالة وحفظ الشهادات وتحريرها وتحديد الأجور كما وقع تغييره وتتميمه.
- ✓ أن يستخرج من السجلات المذكورة نسخ الشهادات المضمنة والمخاطب عليها.

وجاء في المادة 14 من نفس القانون أنه: "يتعين على الناسخ الذي قام بعملة التضمين أو بعملية النسخ أن يكتب بطرة الشهادة المضمنة بالسجل والنسخة المستخرجة اسمه الكامل، مذيلا بتوقيعه".

السجل الذي يوقع عليه العدلان أسفل الشهادة التي تلقياها داخل أجل 20 يوما من تاريخ تضمينها وخطاب القاضي في ذلك السجل على الشهادة المضمنة به داخل أجل شهـر من تاريخ التضمين، فإنه يجب – حسب المادة 33 من المرسـوم التطبيقي لقانون خطة العدالة – أن ينص بهامش الشهادات وبنسخها قبل الخطاب عليها على اسم السجل المضمنة به ورقمه والعدد الترتيبي والصفحة وتاريخ التضمين، وكذا مراجع التسجيل بالنسبة إلى نسخ الرسوم الخاضعة له، بمعنى أن هذه البيانات يجب أن تضمن في الشهادة المحررة والتي ستعود إلى قاضي التوثيق قصد المخاطبة عليها لتصبح وثيقة رسمية تعد بذلك دليلا كتابيا رسميا متعلق في مجال الدراسـة بالوقف.

ثالثا - خطاب قاضي التوثيق

نصت المادة 34 من قانون خطة العدالة على أنه: **"يؤدي العدلان الشهادة لدى القاضي المكلف بالتوثيق بتقديم وثيقتها إليه مكتوبة وفق المقتضيات المقررة في هذا القانون وفي النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه بقصد مراقبتها والخطاب عليها"**، لذلك سيتم التطرق إلى الأداء قبل التطرق إلى خطاب القاضي.

أ- أداء الشهـــادة

لما كان الأداء هو أن يعلم الشاهد الحاكم بما علمه استنادا إلى أحد مستندات العلم بالشهادة، وهو يعد من أوجب الواجبات المفروضة على العدل الشاهد المتلقي للشهادة، لأن الأداء هو روح الشهادة وثمرتها، فتحرير الشهادة ووضع العدلين المتلقيين لها علامتيهما في أسفل رسمها لا يكفي في أدائـها ولو قدم رسمها للقاضي، ولكي تكون الشهادة مؤداة كما يجب فقها وعملا وقانونا، فلابد للعدلين بعد تحرير الوثيقة أن يؤدياها لدى القاضي بعد مراقبتها وتضمينها ويكون ذلك بأن يحضرا لديه مصحوبين بشهادتهما، ويقولا له بلسانيهما هذه شهادتنا، أو يفهم ذلك من إشارتهما المعتادة، أو من خلال حضورهما الاعتيادي لدى

مكتب القاضي وتسليمهما الملف الحامل للشهادات والرسوم، بعد أن يتأكد القاضـــي من صحة علامتيهما الموضوعتين أسفل الرسوم والشهادات[595].

فالأداء يأتي بين مرحلتين، مرحلة تحرير الشهادة ومرحلة المخاطبة عليها، فإذا لم تتم عملية الأداء تبقى الشهادة بدون قيمة، وإذا تمت من قبل العدلين، فإن الشهادة تمر إلى مرحلة المخاطبة التي تضفي عليها الصفة الرسمية وتمنحها الحجية في الإثبات[596].

غير أنه قد يتعذر أداء الشهادة أو الخطاب عليها، كأن يتلقى العدلان الشهادة ويدرجان ملخصها بمذكرة الحفظ ويضعان عليها علامتيهما، وقد تظل حبيسة في مذكرة الحفظ فلا تكتب في رسم، وقد يحررها العدلان في وثيقة ويضعان أسفلها شكليهما بغية دفعها للقاضـــي لمراقبتها والعمل على تضمينها وقبل أن يؤدياها لدى القاضي، سواء حررت أو لم تحرر، يحصل لهما أو لأحدهما مانع يحول دون ذلك[597]، كأن يموت أو يغيب أو يعزل الشاهد، فإن شهادته هذه لا تكون لها قيمة إلا إذا تم التعريف بها من قبل عدلين[598].

والتعريف أو كما كان يطلق عليه الرفع على الخط والشكل، هو أن يشهد عدلان آخران عارفان بهما معرفة تامة، بأن الخط والعلامة الموضوعين أسفل الشهادة هما للعدلين الميتين أو الغائبين أو المعزولين أو أحدهما، وتقدم وثيقة التعريف هذه إلى القاضي لأدائها والخطاب عليها لتصبح الشهادة بعد ذلك تامة وكاملة، فيعمل بموجبها ويحكم بمقتضاها، وكأن العدلين المعرّفين يؤديان هذه الشهادة بالنيابة عن العدلين المعرّف بهما أو العدل المعرّف بـــه[599].

وعن كيفية التعريف نصت المادة 21 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة على أنـه: **" إذا توفي عدل أو زالت عنه الصفة أو انتقل أو فقد أهليته أو عاقه عائق آخر عن**

---

595 - العلمي الحراق، م س، ص 361.
596 - محمد الربيعي، م س، ص 280.
597 - العلمي الحراق، م س، ص 364.
598 - محمد الربيعي، م س، ص 286.
599 - العلمي الحراق، م س، ص 364.

الأداء بعد أن تلقى شهادة بصفة قانونية وأثبتها في كناش الجيب المعمول به سابقا أو في مذكرة الحفظ، كلف القاضي المكلف بالتوثيق – بناء على طلب يقدم إليه من ذوي المصلحة – عدلين للتعريف به مع إدراج نص الشهادة موضوع التعريف في مذكرة الحفظ لأحد العدلين المعرفين ضمن شهادة التعريف، ثم يحرر رسم بذلك ويضمن بسجل التضمين. يعتبر رسم التعريف بعد الخطاب عليه بمثابة أصل. تطبق نفس المسطرة بالنسبة للتعريف فيما يخص الشهادة المضمنة بسجل التضمين المذيلة بشكل العدلين المتلقيين لها عند تعذر الوقوف على كناش الجيب أو مذكرة الحفظ ".

وبذلك فإنه على صاحب المصلحة أن يقدم طلبا إلى قاضي التوثيق يعبر فيه عن رغبته في الحصول على رسم بشهادته التي لم تؤدى أمام قاضي التوثيق، فيقوم بالاطلاع على هذه الشهادة المدونة في مذكرة الحفظ أو المضمنة بسجل التضمين، للتأكد من كونها تتوفـر على جميع الشروط المطلوبة بما فيها توقيع العدلين[600] فيكلف عدلين للقيام بالتعريف بالعدل صاحب الشهادة غير المؤداة[601]، فيحرران رسم بذلك بعد التعريف به وإدراجه في مذكرة حفظ أحدهما ويضمن بالسجل الخاص به في أحد سجلات التضمين ويؤدى لقاضي التوثيق قصد الخطاب عليه، كما أنه يؤدى الرسـم الذي لا يحتاج إلى تعريف والذي لم يتعذر على محرراه الأداء.

ب- الخطاب على الرسـم العدلي

بعد أن تؤدى الشهادة المحررة في الرسم إلى قاضي التوثيق، فإن هذا الأخير يعمل على المخاطبة عليها، وفي تعريف المخاطبة، جاء في البهجة أن خطاب القضاة: **"هو أن يكتب قاضي بلد إلى قاضي بلد آخر بما تبث عنده من حق الإنسان في بلد الكاتب على آخر في بلد المكتوب إليه ليحكم عليه هنالك عملا بقولـه (والمقصود ابن عاصم في تحفته) :**

[600]- أما إذا كانت الشهادة غير متوفرة على الشروط الضرورية للتعريف بها، أشر القاضي على الطلب بالرفض مبينا أسباب رفضه ويحفظ الطلب، وغالبا ما يتظلم أصحاب الشأن من ذلك إلى وزير العدل الذي يأمر بإجراء بحث في الموضوع والقيام بالدراسة اللازمة وعلى ضوء نتيجة الدراسة يتقرر ما ينبغي اتخاذه وكذلك تحفظ القضية إذا لم يجد المعني بالأمـــر أو القاضي من العدول من يعرف العدل أو العدلين اللذين يريد الرفع على شكليهما، فلا يبقى أمام طالب التعريف إلا إنشاء رسم جديد بواسطة الشهادة العدلية العلمية أو بواسطة شهادة اللفيف إن أمكن (العلمي الحراق، م س، ص 395).

[601] - محمد الربيعي، م س، ص 289.

والحكم في المشهور حيث المدعى عليه، وهذا التعريف يشمل الإنهاء بالكتابة ويشمل الخطاب على الرسوم الذي هو المراد هنا "[602].

ومن هذا التعريف فإن أصل نشأة خطاب القاضي كان يفيد أمرين، الأول أن يخبر القاضي غيره من القضاة في البلاد الأخرى بالحكم الذي حكم به على المدعى عليه، الذي يوجد وقت الخطاب بمكان القاضي المخاطب، لينفذه عليه هذا الأخير على اعتبار أنه يحكم على المدعى عليه بمكان وجوده وليس بمكان وجود المدعي، أما الأمر الثاني وهو المقصود هنا، فإنه يعني أن يخبر القاضي غيره من القضاة في البلاد الأخـرى، بما ثبت عنده من صحة الرسوم العدلية وعدالة شاهديها للحكم بمقتضاها، كما أنه يمكن أن يكون الخطاب شاملا الأمرين معا، أي أن يكون شاملا للحكم القضائي وصحة الرسوم وعدالة شهودها في آن واحد، كما أن القاضي المخاطب قد يكون واحدا ومعينا بذاته ومكان ولايته، وقد يكون أكثر من واحد، ودون تعيين لأشخاصهم ولمكان ولايتهم[603].

وجدير بالذكر أنه قبل ظهير 7 يوليوز 1914 المتعلق بتنظيم العدلية الأهلية وتفويت الملكية العقارية[604]، كانت الوثائق العدلية تأتي خالية من خطاب القاضي[605]، حيث كان العدول في المغرب يكتفون بتحرير الشهادة في وثيقتها ويضعون أسفلها أشكالهم، ثم يسلمونها إلى أصحابها بدون أداء لدى القاضي وبدون خطابــه، ما لم يطلب أصحابها من القاضــي الخطاب عليها بعد ثبوتها وأدائــها لديه من طرف متلقيها.

فخطاب القاضي من الناحية الفقهية ليس فعلا واجبا ولا أمرا مفروضا على القاضي، وإنما هو المندوب أو المباح، ولا يصبح واجبا إلا إذا طلب منه أن يخاطب على الرســم[606].

---

602 - الإمام أبــي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 132.
603 - العلمي الحراق، م س، ص 396.
604 - ظهير شريف بشأن تنظيم العدلية الأهلية وتفويت الملكية العقارية، الجريدة الرسمية، السنة الثانية، عدد 63 في 23 شعبان سنة 1332 الموافق لــ 17 يوليوز 1914، ص 292.
605 - محمد الربيعي، م س، ص 280.
606 - العلمي الحراق، م س، ص 400.

فقد جاء عند ابن عاصم:

ثُمّ الخِطاب للرّسومِ إن طُـــــــلبْ حَتْمٌ على القاضي وإلا لمْ يَجِبْ

والعملُ اليومَ على قُبُـــــــولِ ما خاطبه قاضٍ بِمَثلِ: أَعلَـــــما[607]

وفي شرحــه **"أن صاحب الرسـم إذا سأل من القاضي أن يخاطب له رسمه بما ثبت عنده من صحته وعدالة شهوده وجب على القاضي أن يفعل وإن لم يسأل منه ذلك كان في سعة "**[608*].

غير أنه ومع صدور الظهير السابق الإشارة إليه فإنه أصبح من الواجب الخطاب على الوثائق العدلية، واعتبر كل وثيقة خالية منه بعد صدوره غير تامة ولا يمكن الاحتجاج بها[609]، وهو الأمر الذي أكده قانون خطة العدالة حيث جاء في المادة 34 منه أن: **"يؤدي العدلان الشهادة لدى القاضي المكلف بالتوثيق بتقديم وثيقتها إليه مكتوبة وفق المقتضيات المقررة في هذا القانون، وفي النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه بقصد مراقبتها والخطاب عليها"**.

لذلك فقاضي التوثيق يراقب الوثيقة ويتأكد من سلامتها من أي خلل شكلي أو موضوعي وما إذا كانت مستوفية لكافة الشروط القانونية، قبل أن يخاطب عليها، وقد ساد الاعتقاد أن القاضي يضع خطابــه على المحررات ولا يراقب مدى صحتها، وإنما يفيد خطابه أن العدول الذين حرروا الرسم مقبولون من طرفه، غير أن الأمــر ليس على تصوره وإنما من اللازم على قاضي التوثيق مراقبة المحررات العدلية والتأكد من خلوها من كل عيب ونقص ولا يمكنه التحلل من المسؤولية المناطة به[610]. فقد جاء في البهجة أن الخطاب على رسم ناقص لا يجب، إذ الحجة لا تقوم به لأنه ساقط الاعتبار كما لا تعطى

---

[607] - ابن عاصم الأندلسي، م س، ص 22.

[608] - الإمام أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 133.

*- الأمــر الذي يزيد من تأكيد الدعوة السابقة إلى إلغاء خطاب قاضي التوثيق على المحررات العدلية إذا ما قابله التكوين والتكوين المستمر للسادة العدول خاصة في مجال فقه التبرعات.

[609] - محمد الربيعي، م س، ص 280

[610] - نفسه، ص 211.

منه نسخة[611]. وأكدت هذا المقتضى المادة 35 من قانون خطة العدالة حيث نصت على أنه: **"يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة، والتأكد من خلوها من النقص، وسلامتها من الخلل، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها. يتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها...".**

هذا وقد سبق لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء أن رفضت دفع أحد قضاة التوثيق المتمثل في كونــه لم يقرأ الوثيقة المخاطب عليها بسبب كثرة الرسوم المعروضة عليه وضغط العمل اليومي واعتبرت عمله هذا تقصيرا جسيما وإخلالا بواجبه المهني[612].

وينبغي التنبيه إلى أن خطاب قاضي التوثيق هنا على الوثيقة ليس حكما، فخطابــه على الوثيقة لا يترتب بالضرورة إعطائها قوة ثبوتية قاطعة للحق الذي تشهد بمضمنه، وإنما تسليمها لصاحبها قد ينفعه في الاحتجاج بها دون ضمان لنتيجة الحكم الذي أدليت فيه كوسيلة إثبات[613]. وقد جاء في البهجة: **"أن إشهاد الحاكم بصحة الرسم أو ثبوتــه ونحوهما أو إعلامه بذلك من غير إشهاد على ما به العمل ليس حكما بالحق وإلا ما احتاج المكتوب إليه إلى البناء بل ينفذ ذلك الحكم فقط، وما ذلك إلا لكون اللفظ المذكور محتملا للحكم بالحق وللحكم بتعديل البينة ونحوه دون إيقاع حكم"**[614].

فخطاب القاضي لا يعني أكثر من أن الرســم تام وكامل من حيث الشروط الموضوعية والشكلية الظاهــرة، ولا يعني صحة الوقائع ومطابقة ما شهد به العدلان للواقــع، فقاضي التوثيق مكلف بالتأكد من كون الشهادة أديت كما يجب وكون الرســم سالما من العيوب والنقائص التي قد تأتي على إبطاله مستقبلا، وعليه أن يحرص على ألا تأسس الرسوم العدلية إلا وهي صحيحة في فصولها وأركانها وتامة في شروطها وضوابطها[615].

---

611 - الإمام أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 135.

612 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء صادر بتاريخ 10 يناير 1984، غرفة الجنايات ملف جنائي عدد 433/1983 رقم الحكم 11-84- أورده محمد الربيعي، م س، ص 215.

613 - محمد الشتوي، م س، ص 152.

614 - الإمام أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 134.

615 - العلمي الحراق، م س، ص 412.

وبالنسبة للرسوم العدلية المتعلقة بالوقف والمؤسسة قبل صدور ظهير 7 يوليوز 1914 السابق الإشارة إليه، والتي لم تكن تحمل خطاب القاضي، فإنه لابد للاعتداد بها من التعريف بخطوط وأشكال عدولها[616]. فقد جاء في تحفة ابن عاصـم:

ومنعُـه فيه الخطاب المُرتضـى وسَوّغ التعريفَ بعضُ من مَضى

وعندمـا ينْفَذُ حكمٌ وطُـــــلِبْ تسجليه فإنه أمـــــــــرٌ يَجِبْ

وساغَ معْ سُؤَاله تسجـــيل ما لم يواقِعِ النـــــــــزَاعُ فيه كَلِما[617]

وفي شرحه جاء في البهجة: **"وساغ له تسجيل الشيء الذي لم يوقع النزاع فيه كل زمان يسئل منه ذلك. قال الشارح: وذلك مثل رسوم الأحباس التي يهلك شهودها ويشهد على خطوطهم وغير ذلك مما ثبت عنده ولم يقع فيه خصام... فمعنى التسجيل هنا إشهاده بصحة تلك الرسوم وكتب ذلك الإشهاد فليس فيه حكم، إذ الحكم يستدعي محكوما عليه، وإنما هو للتحصين والاستعداد"** [618].

وعن كيفية الخطاب على الوثائق العدلية نصت المادة 38 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة على أنه: **"يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادة المنجزة طبقا للقانون بمداد أسود غير قابل للمحو بصيغة: الحمد لله أعلم بأدائها ومراقبتها، مع توقيعه مقرونا باسمه ووضع الطابع والتنصيص على تاريخ الخطاب وذلك في أجل لا يتعدى ستة أيام من تاريخ التضمين"**.

ومن هذه المادة تستشف العناصر التالية:

- **صيغة الخطاب**: وهي الصيغة التي يضعها قاضي التوثيق على الرسم بعد تمحيصه وتأكده من استيفائه لجميع الشروط والأركان وتأتي بحسب المادة السابقة بعبارة **"الحمد لله أعلم بأدائها ومراقبتها "**. وهو ما جاء في التحفة:

---

[616] - محمد الربيعي، م س، ص 283.
[617] - ابن عاصم الأندلسي، م س، ص 22.
[618] - الإمام أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 149.

وإنما الخطـاب مثــل أعلمــا إذ معلما به اقتضى ومُعلِما[619]

وفي شرحه جاء في البهجة **"ولذا أتــى الناظم بالحصر فقال (إنما) حرف تأكيد وحصر (الخطاب) مبتدأ خبره (مثل أعلما) بصحته أو استقلاله أو استقل وأعلم به ونحو ذلك مما يقتضي أن المخاطب بالكسر أذن لمن يقف عليه أن يعمل بمقتضاه واقتصارهـم على لفظ أعلم مجرد اصطلاح فلو تغير الاصطلاح إلى سواها مما يؤدي معناها كأخبر ونحوه لصح، ولذا قال الناظم يمثل أعلم أي بأعلم أو مثله مما اصطلح قضاة الوقـــت عليه "**[620].

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل صدور هذه المادة الأخيرة فإن صيغة الخطاب كانت تختلف باختلاف نوع الشهادة فيما إذا كانت استرعائية، أو لفيفية، أو أصلية أو إذا كان التلقي فردي...، غير أن هذه المادة وحدت صيغة الخطاب في جميع الرسوم وجعلتها بالإعلام والأداء والمراقبة، وقد استعاضت هذه المادة بالأداء والمراقبة عن الثبوت الذي كان يفيد أن الشهادة أديت من طرف الشاهدين على الكيفية المشروعة، ولم تبق حبيسة صدريهما أو ذاكرتيهما أو مذكرة حفظ أحدهما، وتم الاكتفاء بالأداء مع تعزيزه بالمراقبة ليكون القاضي ملزم قانونا بتلقي الأداء من العدلين وملزم أيضا بمراقبة الوثيقة بشكل صريح وواضح[621].

- **التوقيع:** يدعى في لغة التوثيق شكل القاضي المكلف بالتوثيق ويقصد به إمضاؤه ويكون بمداد أسود، ويقترن التوقيع باسم القاضي المخاطب، حتى يتم التعرف عليه وتحدد المسؤوليات[622].

- **التاريخ:** هو بيان جوهري يتم من خلاله التعرف على تاريخ سيرورة الوثيقة وثيقة رسمية كما أنه يحدد ما إذا كان الخطاب صحيحا من أساسه، فقد جاء في التحفة:

---

[619] - ابن عاصم، م س، ص 22.
[620] - الإمام أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 139.
[621] - العلمي الحراق، م س، ص 405-411.
[622] - محمد بن الطالب، م س، ص 104.

وإن يمــت مخاطـبٌ أو عُـزلا رُدّ خطابــه سِوى ما سُجلا[623]

وفي شرحه جاء في البهجة: **" ثم الأحوط تاريخ الخطاب لاحتمال عزل القاضي الكاتب لأن خطابه بعد عزله وقبل العلم به ساقط على أحد القولين في الوكيل يتصرف بعد العزل، وقبل العلم.... وفي عزله بعزله ولم يعلم خلاف، ولأن البينة التي خاطب بقبولها قد ينقلب حالها إلى جرحة لم تكن فإذا تأخر العمل بالخطاب ثم أعذر للخصم فيها ولم يكن تاريخ أمكنه إبطالها بالجرحة الثابتة الآن.. والتعليل الأخير يقتضي وجوب التاريخ وهو يؤيد ما مــر عند قوله وحقه إنهاء ما في عمله ... من أن الفسق الطارئ بعد الأداء لا يبطل الشهادة فتأمله، وفي نوازل الزياتي أن القاضي أبا عبد الله المكناسي سئلا عمن استظهــر برسم عليه خطاب قاض معروف مات معزولا، فادعى المطلوب أن القاضي خاطب عليه بعد عزله، وخالفه الطالب فقال: إن لم يكن للخطاب تاريخ يعلم به قدمه على عزله لم يعمل به"**[624].

وهذه المادة نصت فقط على التاريخ ولم تشر إلى ما نصت عليه المادة 25 من نفس المرسوم المتعلقة بذكر تاريخ التلقي في الشهادة بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافقه من التقويم الميلادي، وقد درج العمل على التنصيص على التاريخ بالتقويمين الهجري وما يقابله من الميلادي، وهو الذي تصير الوثيقة العدلية ابتداء منه وثيقة رسمية مكتملة من الناحية القانونية[625].

- **الطابــع:** المقصود به طابع المحكمة الذي يشير إلى صفة صاحب التوقيع، ويوجد فيه عبارة قاضي التوثيق أو القاضي المكلف بالتوثيق، بعد عبارة المملكة المغربية، وزارة العدل، اسم المحكمة الابتدائية وأحيانا قســم التوثيق بها حسب الأحوال[626].

---

[623] - ابن عاصم الأندلسي، م س، ص 22.
[624] - الإمام أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 135.
[625] - سليمان أدخول، م س، ص 63.
[626] - محمد بن الطالب، م س، ص 104.

وعن مكان الخطاب فقد نصت المادة 35 من قانون خطة العدالة، في فقرتها الثالثة على أنه لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية، مما يفيد أن هذه الفقرة حددت موقع الخطاب من الرسم، وجعلته أسفله لا عرضه أو حوله أو في جهة أخرى من الوثيقة[627]، كما أنها حددت البيان النهائي الذي تصير من حينه الوثيقة وثيقة رسمية[628].

بعد أن يخاطب قاضي التوثيق على الوثيقة المتعلقة بالوقف هنا فإنه يوجه إلى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية نظائر من عقود التحبيس وعقود اعتناق الإسلام، حسب المادة 38 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة مما يؤكد ما سبق التنبيه إليه سابقا من كون البعض اعتبر أن قاضي التوثيق يبعث نسخة من المحرر الرسمي والعرفي إلى إدارة الأوقاف، وهو فهم خاطئ لعبارة **"أيا كان نوعه"** الموجودة في المادة 25 من مدونة الأوقاف والتي تنص في فقرتها الثالثة " **يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أيا كان نوعه، عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبة بالوثائق المثبتة وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة"**، وقد تقدم أن المقصود بعبارة أيا كان نوعه، هو نوع الوقف من وقف عام أو وقف معقب أو وقف مشترك، وتقدم أن قاضي التوثيق لا يخاطب على العقود العرفية، فالمادة 38 من المرسوم التطبيقي لخطة العدالة سبق ونصت على مقتضى توجيه نسخة إلى وزارة الأوقاف سنة 2008 وجاءت مدونة الأوقاف وأكدت هذا المقتضى سنة 2010 مع بيان تاريخ هذا التوجيه والذي حددته في ثمانية أيام على أبعد تقدير من تاريخ المخاطبة على الرسم المتضمن للوقف.

مما سبق كله لكي يمكن الاعتداد بالوثيقة العدلية الرسمية فإنها يجب أن تتضمن كل ما سبقت الإشارة إليه، وإلا سقطت من الاعتبار مع ملاحظة أنه إذا كانت الورقة الرسمية في مذلول قانون الالتزامات والعقود يمكن أن تتحول إلى ورقة عرفية عندما تفقد أحد

---

627 - العلمي الحراق، م س، ص 407.

628 - للاطلاع على كيفية استخراج النسخ يراجع المواد من 36 إلى 38 من قانون خطة العدالة والمادة 35 من المرسوم التطبيقي له.

عناصرها، فإنه في مجال الوثيقة العدلية لا تتحول هذه الأخيرة إلى ورقة عرفية، لأن الوثيقة العدلية لا تتضمن توقيعات الأطراف، فتوقيع الأطراف يكون في مذكرة الحفظ وليس في المحرر الذي يأخذ شكل المحرر الرسمي حيث يكتفى فيه بتوقيع عدليها وخطاب قاضي التوثيق، اللهم إلا إذا تم اللجوء إلى مسطرة التعريف السابق الإشارة إليها ليصير محررا رسميا من جديد، أما وأن يعتبر على حاله محررا عرفيا، فلا يصح مع عدم وجود توقيع الأطراف، الأمــر الذي سبق وأن أكده المجلس الأعلى سابقا محكمة النقض حاليا في قراراه حيث جاء فيه: "لكن حيث إن رسم الإقالة الذي اعتمده المدعيان لإثبات دعواهما لا عمل به ولا يصح الاحتجاج به على الطرف الآخر لأمور منها أنه لم ينص فيه على أنه مدرج بكناش جيب العدل (مذكرة الحفظ حاليا) المتوفى الشاهد فيه مع أن التنصيص على ما ذكر أوجبه الفصل الثاني من الظهير الشريف المؤرخ بـ 12 رجب 1963 المنظم للمحاكم الشرعية ومنها أنه لم ينص بهامشه على تاريخ تضمين الرسم وعلى الرقم الذي جعل لكناش الرسوم (سجلات التضمين) مع أن التنصيص على ما ذكر أوجبه الفصل السابع من الظهير المذكور، وعدم التنصيص على ما ذكر في هذا الرسم يدل على أنه غير مدرج بكناش جيب العدل الشاهد فيه وغير مسجل بأحد كنانيش المحكمة ... وبذلك فالصبغة الرسمية التي تعطى للرسوم العدلية فقدها هذا الرسم لكونه جاء على خلاف الشكل الذي يحدده القانون (الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود) كما أنه لا يعتبر محررا عرفيا لعدم التوقيع عليه من الطرفين (الفصل 423 من نفس القانون)[629].

ولتبيان ما يجب أن تشتمل عليه الوثيقة العدلية المتعلقة بالوقف سيتم تاليا إيراد نموذج لوثيقة عدلية متعلقة بالوقف، وتحليله.

[629] - قرار المجلس الأعلى سابقا رقم 150 في الملف الشرعي رقم 78427 الصادر بتاريخ 27 مايو 1981، مجلة الاجتهاد القضائي المغربي، المجموعة الكاملة لمجلة قضاء المجلس الأعلى – العدد 27 السنة 1981، ص 71.

الفقرة الثانية: مشتملات الوثيقة العدلية المتضمنة للوقف

لإبراز هذه المشتملات سيتم إيراد نموذج لوثيقة عدلية أولا ليتم تحليلها ثانيا.

أولا- نموذج وثيقة عدلية متعلقة بالوقف[630]

بسم الله الرحمان الرحيم

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمة الاستئناف بتطوان
المحكمة الابتدائية بتطوان
قسم قضاء الاسرة

ضمن بكناش الأملاك رقم:.....
تحت عدد: .....
صفحة: .....
بتاريخ: ../../...
موافق: ../../..

عقد الحبس

الحمد لله وحده نحن العدلين .... و .... المنتصبين للإشهاد والتوثيق بدائرة نفوذ محكمة الاستئناف بتطوان قسم قضاء الأسرة شعبة التوثيق بالمحكمة الابتدائية بتطوان تلقينا بمكتبنا الإشهاد بتوثيق عقد الحبس المدرج بمذكرة الحفظ للعدل الأول رقم ... عدد .... صفحة .... الآتـــي: في الساعة الثالثة مساء يوم الأربعاء عشرين صفر عام سبعة وثلاثون وأربعمائة وألف هجرية الموافق لثاني دجنبر سنة خمسة عشر وألفين ميلادية (1437/02/20 موفق 2015/12/02) حضر لدينا السيد .... ولد في ../../.. مغربي الجنسية حالته متزوج مهنته ... سكناه بـــ..... بطاقته الوطنية للتعريف رقم .... و أشهد على نفسه أنه حبس على أولاده هم فلان .... وفلان ..... وفلانة.... وأعقابهم وأعقاب أعقابهم الذكر والانثى فيه سواء فإن انقرض عقبه فيرجع الحبس المذكور لطلبة كلية الحقوق بـــ..... المكفوفين وحدهم دون غيرهم جميع الملك المسمى "تجزئة الهناء 1" ذي الرسم العقاري عدد 19/16112 الكائن ببلدية الفنيدق عمالة المضيق – الفنيدق ولاية تطوان مساحته 1 آر و 15 سنتيار المتكون من أرض بها بناء متكون من طابق سفلي وثلاث طوابق علوية حسب شهادة الملكية عدد... مسلمة من مصلحة المحافظة العقارية بالمضيق بتاريخ... التي تفيد أن الملك المذكور مقيد في اسم المالك المحبس المذكور وأنه لا يوجد لحد الآن بالرسم العقاري المذكور أي تقييد لحق عيني أو لتحمل عقاري المنجر للمحبس بمقتضى عقد شراء عدلي مضمن بكناش الأملاك رقم ....عدد ... صفحة ... بتاريخ ../../.. توثيق تطوان ومسجل بمكتب التسجيل والتمبر بالمضيق بتاريخ ../../.. سجل 15/أ/4296 وصل عدد 255508 قائمة س م 13 رقم ترتيبي 5227 مراجع الاداء 21354/5034 بمنافعه ومرافقه وكافة حقوقه الداخلة فيه والخارجة عنه حبسا مؤبدا ووقفا مخلدا إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ومن بدل أو غير فالله رقيبه وحسيبه ويلتمس الطرفان من السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالمحافظة بالمضيق تقييد هذا العقد على الرسم العقاري المذكور وقد فوض المتعاقدان للعدل الأول القيام بإجراءات التقييد لدى المحافظة العقارية المذكورة وسحب نظير الرسم العقاري المذكور بعد إجراء التقييد المذكور عرفا قدره شهد به عليهما وهما بأتمه وعرف بهما بما ضمن صلبه ووقعا معا أسفل الشهادة بمذكرة الحفظ المشار إليها أعلاه بعد تلاوتنا عليهما مضمون الإشهاد ووافقا عليه الموافقة التامة وحرر بتاريخه توقيع العدل الأول ..... توقيع العدل الثاني .....

خطاب القاضي المكلف بالتوثيق مع التوقيع والتاريخ وطابع المحكمة

[630] - أورده سليمان أدخول، م س، ص 291

ثانيا- تحليل الوثيقة

لما كان رسم التحبيس يعد هو الأقوى دليلا على وجود الوقف، فإن إنشائه والاعتداد به، تم إحاطته بمجموعة من الشروط تعد في جوهرها ضمانا لصيانة الوقف وملجئا يركن إليها عند كل منازعة، ولما كانت الشهادة العدلية تنقسم بحسب أصل المعرفة بها، إلى شهادة أصلية، واسترعائية لفيفية، فإن الوثيقة العدلية يمكن أن تشتمل عليهم جميعا لتكوين دليل كتابي رسمي يحتج به لإثبات الصفة الحبسية على المال المنازع فيه، فإن مدار البحث هنا في هذه الوثيقة مركز على الشهادة الأصلية، التي يحررها العدول بناء على طلب المحبس، الذي يطلب من العدلان الإشهاد عليه بتحبيس مال من أمواله وفقا لشروطه، ليعمل العدلين بعد ذلك بتوثيق عملية التحبيس، وبعبارة أدق فإن الإشهاد هنا يكون في المرحلة الأولى لتكوين الوقف، ليعتد بهذه الوثيقة عند الحاجة إلى إثباته، في حين أن الشهادة الاسترعائية اللفيفية تأتي في مرحلة إثباته فقط وليس إنشائه، مع ملاحظة أنه في كل الأحوال فالطريقة واحدة في الإشهاد والتوثيق مع بعض الاختلاف، خاصة من حيث مصدر المعرفة بالشهادة، لذلك فإن لهذه الوثيقة ضوابط وشروط سواء كانت شكلية أو موضوعية من اللازم أن تشتمل عليها.

أ- من الناحية الشكلية

ابتدأت الوثيقة بالحمد لله، طلبا للتيمن والتبرك، فقد جاء عن القلقشندي[631] **"وإنما افتتح الكلام بالحمد، لأن النفوس تتشوق للثناء على الله تعالى، والافتتاح بما تتشوق النفوس إليه مطلوب "**[632].

واشتملت الوثيقة على اسمي العدلين المتلقيين الإشهاد بالوقف، ومكان تنصيبهما للإشهاد بدائرة نفوذ محكمة الاستئناف بتطوان، شعبة التوثيق بالمحكمة الابتدائية من نفس المدينة، كما تمت الإشارة إلى مكان التلقي، وتاريخه – وفي ذلك بيان لتحديد الاختصاص

---

[631]- القلقشندي: شهاب الدين أحمد بن علي بن أحمد القلقشندي ثم الفزازي ولد سنة 1355م مؤرخ وأديب، توفي سنة 1418م من مؤلفاته: صبح الأعشى، نهاية الأرب في معرفة أسباب العرب. انظر خير الدين الزركلي، م س، ج 1 ص 177.

[632] - محمود سعيد، م س، ص 28.

– بالساعة واليوم والشهر والسنة، بالتقويم الهجري وما يوافقه من التقويم الميلادي بالحروف والأرقام، وتمت الإشارة إلى مذكرة حفظ العدل الأول، التي أدرجت فيها الشهادة برقمها وعددها وصفحتها، وأشير في الوثيقة إلى تلاوة مضمون الإشهاد المدرج في مذكرة حفظ العدل الأول على الأطراف ووقعا عليها في هذه المذكرة، وتضمنت الوثيقة في طليعتها بيان السجل الذي ضمنت فيه الشهادة وهو كناش الأملاك مع ذكر بياناته من عدد وصفحة وتاريخ بالتقويمين الهجري والميلادي، وتم التعريف بالمحبس بالبيانات الواردة في بطاقة تعريفه الوطنية بالإضافة إلى حالته العائلية ومهنته، وعرف أيضا بالموقوف عليهم بما ينفي عنهم الجهالة، وقد تم تحديد العقب في ثلاث طبقات، الذكر والأنثى فيه سواء (حسب المادة 109 و 110 من مدونة الأوقاف)، مع بيان الجهة التي يؤول إليها الوقف عقب انقراض الوقف المعقب.

كما تمت الإشــارة إلى المستندات التي أسست عليها الوثيقة، بذكــر رقم الرسم العقاري، وشهادة ملكيته المستخرجة من المحافظة العقارية بتاريخ تسلمها، مع ذكر أصل تملك المحبس للملك المراد تحبسيه بذكر رسمه وسجل تضمينه وكذا مراجع تسجيله بمكتب التسجيل والتمبر.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا حاجة إلى الشهادة الإدارية المنصوص عليها في المادة 18 من المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة لأن الأمــر يتعلق هنا بعقار محفظ.

وعن طريقة كتابة الوثيقة يظهر أنها محررة بالحاسوب بطريقة مسترسلة بكيفية واضحة، وفي وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب (المادة 33 من قانون خطة العدالة والمادة 27 من المرسوم التطبيقي له).

وفي الأخير تمت الإشارة إلى تاريخ تحرير الوثيقة وتوقيع عدليها وخطاب قاضي التوثيق بشكله واسمه وتوقيعه وتاريخ مخاطبته على الرسم مع طابع المحكمة.

ب- من الناحية الجوهـرية

تمت الإشارة في الوثيقة إلى أركان الوقف وشروط صحته، فاشتملت على المحبس والمحبس عليه والشيء المحبس والصيغة، والإشهاد والحوز، فمن حيث المحبس فقد تم التعريف به بواسطة بطاقته الوطنية التي تفيد أنه راشد إضافة إلى الإشهاد عليه بالأتمية والتي تعني الصحة والطوع والجواز أي أنه جائز التصرف، وله أهلية التبرع، ويجري تصرفه هذا طواعية بدون إكراه أو تدليس، وأنه ظاهريا معافا لا يظهر عليه المرض المخوف، و قيل ظاهريا لأن العدول لا يستطيعون أن يقفوا على جميع أعراض المرض، وما إذا كان مخيفا أم لا، لأن ذلك من اختصاص الأطباء، أما شهادتهم بأن المتعاقد كان بأتمه فهو استنتاج منهم فقط في ضوء الحالة الظاهرة، وذلك قابل لإثبات العكس. فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى سابقا أن الأتمية التي يضمنها العدلان في الرسم إنما تتعلق بصحة المتعاقد ظاهريا ولا تثبت عدم إصابة المتصدق بمرض الموت الذي يمكن الاستعانة بالأطباء المختصين لإثباته[633].

وبخصوص المحبس عليه فقد تمت الإشارة إليه، وشملته عبارة الأتمية وتفيد هنا أنه جائز القبض، وجوازه هنا غير جواز المحبس، على اعتبار أنه يصح التحبيس على الكبير والصغير المميز وغير المميز، وعلى الجنين في بطن أمه، وعلى من سيولد، كما أنه يصح الوقف على الإنسان وغير الإنسان. وتمت الإشارة إلى الشيء المحبس بذكر نوعه وهو عبارة عن أرض بها بناء متكون من طابق سفلي وثلاث طوابق علوية مع بيان مساحتها، ورسمها العقاري الذي يغني عن تحديد الحدود لأنه يشتمل عليها، وتضمن تحبيس هذا العقار منافعه وكافة حقوقه الداخلة فيه والخارجة عنه.

أما الصيغة فقد اشتملت على عبارة **"حبس"**، بمنافعه، **"حبسا مؤبدا ووقفا مخلدا"**، وهي صيغة صريحة تفيد معنى التحبيس حقيقة، وأن للموقوف عليه منفعة المال الموقوف

[633] - قرار المجلس الأعلى – سابقا – عدد 165 بتاريخ 16-03-2005، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 64-65، ص 155.

لما تقدم أن الوقف ينصب على المنفعة وليس الرقبة التي تبقى محبسة، فلهم الاستعمال والاستغلال وليس التصرف الأمر الذي يميز الوقف عن سائر التبرعات.

وبخصوص شروط صحة الوقف من إشهاد وحوز، فإن الوثيقة اشتملت على ما يفيد أن الواقف قصد العدلين بغية الإشهاد بالتوقيف وهو ما اشتملته عبارتي **"أشهد على نفسه"** و **"شهد به عليهما"**، أما بخصوص الحوز فقد تم الاكتفاء بالحوز القانوني حيث فوض المتعاقدين العدل الأول بالقيام بإجراءات التقييد لدى المحافظة العقارية، وهو ما يوافق المادة 26 من مدونة الأوقاف في فقرتها الثانية: **"يصح الحوز بمعاينة البينة، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف"**، مع الإشارة هنا إلى أنه إذا تعلق الموقوف بدار سكنا الواقف، فإنه يتعين إفراغه ومعاينة الشهود هذا الإفراغ أو بكل ما يفيد الإفراغ حكما (المادة 31 من مدونة الأوقاف).

كذلك تجب الإشارة إلى التفريق بين إثبات الوقف وإثبات حوز هذا الوقف، فإذا كان إثبات الوقف هنا يتم بوثيقة رسمية، فإن إثبات معاينة حوزه يمكن أن يتم إثباته بكافة وسائل الإثبات[634]، سواء من طرف العدول في الرسم أو بمقتضى شهادة لفيفية أو الشهادة أمام القاضي المعروض عليه النزاع أو بمقتضى القرائن مع اليمين عند الاقتضاء، أو بمقتضى المعاينة القضائية فالمدار هنا ألا يكون الوقف صوريا ومن ثم لا يصح الإقرار بالحوز وإنما معاينة حدوثه إما فعليا أو حكميا الأمر الذي سيظهر عند بحث الوثيقة العرفية.

وبخصوص شروط الواقف فقد تم تحديدها في الوثيقة وهــي شروط مشروعة، أما عن عبارة **"عرفا قدره"** فالضمير فيها راجع إلى الواقف والموقوف عليهم، فقد عرفوا قدر ومقدار وحالة المال الموقوف، فرضيها الواقف وقبلها الموقوف عليهم.

---

634 - الأمر الذي أكدته محكمة النقض لما قررت أنه: "حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه لئن كان من المقرر فقها وقضاء أن الحيازة في دار السكنى في الحبس تتمثل في معاينة إخلائها من شواغل المحبس وأمتعته وعدم عودته إليها قبل انقضاء مدة سنة على تاريخ الإخلاء...وأن العين المحبسة بعد أصبحت تستغلها جهة الحبس لفائدة الجهة المحبس عليها بالكراء لمدة طويلة حسبما بتواصل الكراء ... مما يعزز الحيازة المومأ إليها أعلاه لما في العمل المطلق (وعن معاينة حوز يكفي***عقد الكراء ونحوه في الوقف). والمحكمة لما لم تتحقق من الحيازة المدعى بها عن طريق الكراء قبل حصول المانع فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعرضت قرارها للنقض". القرار عدد 1/55 المؤرخ في 2015/02/10 ملف شرعي عدد 2013/1/2/731 ، قرار غير منشور، انظر الملحق رقم 8.

بذلك تكون الوثيقة مشتملة على كافة شروطها وأركانها القانونية والشرعية، فقد جاء عند الغرناطي في معرض بيانه لمشتملات الوثيقة: "تذكر فيه المحبس، والمحبس عليه، والحبس، وموضعه، وتحديده وتأبيده، وتعقيبه، ومرجعــه، والمعرفة بقدره – على خلاف فيه – وتولية الحيازة لبنيه إلى أن يبلغوا مبلغ القبض، وعقد الإشهاد عليه، وصحته، ومعرفة الشهود ملك المحبس لما حبسه، وصغر البنين، فإذا كانت دار مشغولة (بأسبابه)، أخلاها وضمنت معاينة الشهود لها خالية من ذلك، وإن كان المحبس عليه مالك لأمره ذكرت قبضه لما حبس عليه، ونزوله فيه، وقبوله، وله أن يقدم قابضا لذلك غير المحبس عليه، بخلاق الصدقة، وتضمن في الإشهاد معاينة القبض وتذكر أنه على نسخ، ولابد من ذكر عددها... ومن وهب أو حبس أو تصدق على من في حجره، فهو القابض له، إلا في ثلاثة أشياء: أحدها ما لا يعرف بعينه، فلا بد أن يقبض ذلك غيره، والثاني: أن يكون ذلك دار سكناه فلا بد أن يخليها عاما، وتعاين البينة ذلك، فإن وهبها له بكل ما فيها، لم يحتج إلى إخلائها، وإذا بلغ أحدهم في (حياة) المحبس، فلا بد من أن يقبض لنفسه، وإذا كان في المحبس عليهم من ملك أمره، فلا يجوز قبض المحبس لهم، ولابد من أن يعين من يقبض ذلك منه، سواء كان المقدم المالك لأمره، أو غيره، وأجاز غير ابن القاسم ذلك في الهبة، والصدقة فقط، لأنهما ينقسمان، ولا يجوز شيء من ذلك بشرط التوظيف، ويبطل الحبس، والصدقة والهبة بعد انعقادها بأحد أربعة أشياء وهي: ترك الحيازة، أو بدين يثبت قبلها، أو باستغلال المحبس، وإدخاله في مصالحه بمعاينة البينة لذلك، وإذا كان في أكثر الحبس زرع أو ثمر، ولم يبتعــه (المحبس)، ومات المحبس قبل جذاذ ذلك، بطل في المحجورين[635*].

فإذا استجمعت الوثيقة الوقفية العدلية كافة شروطها وأركانها، عدة ورقة تتمتع بقرينة الرسمية، تصير معها حجة بذاتها تستغني عن الإقرار بها، فلا يمكن دحضها إلا عن طريق

---

[635] - أبي إسحاق إبراهيم بن أحمد بن عبد الرحمان الغرناطي، م س، ص 223

*- وفي جواب التسولي عن الغرناطي عن ذلك: " أما تسمية المحبس والمحبس عليه والشيء المحبس فهــي أركان لابد من ذكرها فإن سقط واحد من الأول والثالث بطل، وإن سقط المحبس عليه وقال: دراي حبس وسكت فإنه يصح وتكون وقفا على الفقراء والمساكين عند مالك كما في البرزلي، وأما تحديده فسيأتي عند قوله: ونافذ تحبيس ما قد سكنه أنه شرط في الحكم به لا في صحة التحبيس، وأما معرفة قدره فإنه محمول على معرفته بلا هبة المجهول أو تحبيسه جائز، وأما تولية الحيازة لبنية فسقوطه من الوثيقة لا يضر كما يأتي في التنبيه الثالث عند قوله: ونافذ تحبيس ما قد سكنه، وأما عقد الإشهاد عليه فهو شرط في الصغير والكبير كما يأتي في المحل المذكور أيضا، وأما معرفة الشهود لملك المحبس فإن عدم ذكره لا يضر كما مر في شهادة السماع ....." أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولــي، م س، ص 367.

إثبات التزوير أو الطعن في الوثيقة بالإكراه أو الاحتيال أو التدليس أو الصورية أو الخطأ المادي، لأن هذه العيوب عبارة عن وقائع مادية، وقد سمح المشرع استثناء إثباتها بكافة وسائل الإثبات[636]. مع الإشارة إلى أن الحجية التي أضفاها المشرع على الورقة الرسمية، لا تسري على كل ما يتضمنه المحرر من وقائع وبيانات، وإنما أضفى المشرع الرسمية على الوقائع والاتفاقات التي يشهد العدول بحصولها في محضرهم، والتي لا يطعن فيها إلا بالزور، أما ما عداها فلا تشمله الرسمية وإنما يمكن للأطراف إثبات ما يخالفها بكافة وسائل الإثبات دون اللجوء إلى دعوى الزور[637].

المطلب الثاني: الإثبات بوثيقة التحبيس العرفية

بتنصيص المشرع في المادة 25 من مدونة الأوقاف على أنه إذا تعذر تلقي العدول الإشهاد على الوقف، اكتفي استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون. بهذا التنصيص تكون هذه الوثيقة من مستلزمات تكوين الوقف وإثباته، وهي تعد من زمرة الورقة العرفية المعدة للإثبات حسب تصنيف قانون الالتزامات والعقود، لذلك سيتم بحث الورقة العرفية في الفقرة الأولى على أن يتم إيراد نموذج لمحرر عرفي وتحليله في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولـى: الوثيقة العرفية

تعتبر الوثيقة العرفية المعدة للإثبات في مدلول القانون المدني هــي الأوراق التي يكتبها الأفراد وتوقع ممن هي حجة عليه، ويكون المقصود بها أن تكون أداة إثبات فيما قد

---

[636] - نص الفصل 419 من ق ل ع م على أنه: "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.

[637] - لمزيد من التوسع في حجية المحررات الرسمية، ومنها العدلية، أنظر:

- ✓ محمد الربيعي، محررات الموثقين وحجيتها في الإثبات في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 1988/1987، ص 258.
- ✓ سالم أوديجا، م س، ص 29.
- ✓ محمد متزعم، م س، ص 617.

يثور من منازعات حول مضمونها وعندئذ تكون وسيلة إثبات معدة سلفا[638]. أو هـي تلك الورقة الصادرة من ذوي الشأن، دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها، لتكون دليلا كاملا لإثبات تصرف قانوني معين عقدا كان أو غير عقد[639]. وبذلك فالورقة العرفية هي التي تصدر من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصا عاديين ويوقع عليها أحدهم لأن تكون دليلا كتابيا[640].

ووسم هذه الورقة بالعرفية لا يفيد أنها حررت وفق الأعراف أو كما جرى العرف على تحريرها، وإنما المقصد أنه ليس لمحررها الصفة التي اشترطها المشرع[641]، هذا الأخير نص في الفصل 423 من قانون الالتزامات والعقود على أن 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 –وقد سبقت الإشارة إلى أن الوثيقة العدلية لا تنقلب إلى ورقة عرفية لعدم تضمنها على توقيعات الأطراف–، ونص الفصل 424 من نفس القانون على أن المحررات 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 سيذكـر فيما بعد، وعليه لكي يمكن الاعتداد بالوثيقة العرفية في إثبات الوقف سيتم التطرق إلى شروط هذه الورقة أولا ثم إلى الأحكام الفقهية المتعلقة بهذا النوع من وسائل الإثبات ثانيا ليتم بحث قيود اللجوء إلى هذه الوسيلة ثالثا، والعقد الالكتروني رابعا.

---

[638] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 83.

[639] - مصطفـى أحمد أبو عمرو، ونبيل إبراهـيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2011، ص 97.

[640] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 84.

[641] - عبد اللطيف الودناسي، أطروحة، ص 44.

أولا- شروط الوثيقة العرفية

انطلاقا من التعريف السابق للورقة العرفية فإن من شروطها:

أ- الكتـــابـــة

يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يتضمن كتابة تدل على الغرض الذي أعد من أجله، بأن تكون الكتابة واردة على الواقعة التي أعد هذا المحرر ليكون دليلا عليها[642]، فالكتابة هنا يجب أن تنصب على إنشاء الوقف، غير أن هذه الكتابة لا يشترط فيها –عكس الوثيقة العدلية– أي شرط خاص لا من حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تدوينها، فيمكن أن يكتب المحرر باللغة العربية أو بأية لغة أخرى على أن تترجم عندما يراد استعمالها للإثبات، ويجوز أن تكون الكتابة خطية سواء كانت بخط موقعها أو بخط غيره وسواء أكان الخط بالمداد أو بالرصاص أو بخط اليد أو مطبوعة بالحاسوب[643]. فالمحرر العرفي يخضع لمبدأ الحرية في كتابته، فهو لا يخضع لأي شكل أو قيد في إعداده، فيمكن إدراج المبالغ بالكتابة والأرقام ويمكن أن يتم الاقتصار على أحدهما، كما لا يلزم ذكر مكان التحرير، ولا قراءته ممن وقعه والإشارة إلى ذلك في المحرر، ودون أن يؤثر في صحة المحرر العرفي وجود تحشير أو إضافات بين السطور أو في الهامش وحتى أن يوجد به كشط، كما لا يلزم توقيع الإضافات أو التحشيرات، ليترك ذلك لتقدير القضاء، فإن كانت بخط من ينازع فيها جاز الأخذ بها، وإذا كانت العبارات المضافة لا يستقيم المعنى إلا بها، وتدل باقي عبارات المحرر على ضرورتها أخذ القاضي بها[644].

صفوة القول أنه ليس هناك تحديد لما يجب أن يرد في الورقة العرفية من بيانات، فليس من الضروري ذكر مكان تحرير الورقة العرفية ولا ذكر تاريخها فلأصحاب الشأن كامل الحرية في كيفية كتابتها، وإن كان عليهم اتخاذ الاحتياطات اللازمة بالحرص على

642 - محمد حسين قاسم، م س، ص 221.
643 - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 84.
644 - محمد حسين قاسم، م س، ص 222.

استكمال كل البيانات اللازمة[645]، لذلك فالكتابة وإن كانت مطلوبة في المحرر العرفي فهي غير محددة بأي ضابط، وإنما المطلوب أن تكون موقعة ممن هي حجة عليه.

ب- التوقيع

يعد التوقيع الشرط الأساسي والجوهري في الورقة العرفية المعدة للإثبات، اعتبارا لكونه أساس نسبة ما تضمنته الكتابة إلى موقعها ولو لم تكن مكتوبة بخط يده، كما أنه هو الذي يدل على اعتماد موقع المحرر عليه، واتجاه إرادته إلى الالتزام بمضمونه، لذلك فإن خلو هذه الورقة العرفية من توقيع من تنسب إليه لا يجعلها دليلا كتابيا كاملا ولو كانت مكتوبة بخط يده[646].

والتوقيع يتم عادة بالإمضاء وذلك بكتابة اسم الموقع ولقبه إن وجد، غير أنه من الممكن أن يتم التوقيع بالاسم فقط أو باللقب فقط إذا اعتاد المعني بالأمر التوقيع به، فكل ما يهم هو دلالة التوقيع على شخص صاحبه مما يفيد صدور المحرر الموقع منه شخصيا، كما أنه إذا كان التوقيع يتم عادة بالاسم الأصلي فليس هناك مانع من توقيع الشخص بالاسم الذي اعتاد التوقيع به ولو لم يكن مطابقا لاسمه الرسمي الوارد في بطاقته الوطنية، إنما يكفي أن يكون ذلك بالاسم الذي اشتهر به، ويصح التوقيع بعلامة رمزية أو باختصار بحيث يتكون التوقيع من الأحرف الأولى للاسم واللقب، فالتوقيع بذلك عبارة عن علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه[647].

وعن مكان التوقيع فإنه يرد أسفل الورقة العرفية، وبذلك نص الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود كما عدل وتمم بالقانون رقم 53.05: **"يسوغ أن تكون الورقة العرفية مكتوبة بيد غير الشخص الملتزم بها بشرط أن تكون موقعة منه. ويلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقة. ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع**

---

[645] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 85.
[646] - نفسه، ص 85.
[647] - محمد حسين قاسم، م س، ص 227.

ويعتبر وجوده كعدمه. وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال".

جدير بالذكر أنه إذا كان التوقيع يعد شرطا أساسيا في الورقة العرفية فإن خلو هذه الأخيرة منه وإن كان يؤدي إلى عدم جعلها دليلا كتابيا كاملا، فإنها إذا كانت مكتوبة بخط يد الخصم أي ممن يحتج بها عليه، فإنها تعتبر والحالة هذه بداية حجة كتابية[648]، فإذا كان المحرر يتضمن كتابة بخط الخصم ولكنها غير موقعة منه وتوافرت فيها الشروط التي استلزمها القانون لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة فما على من يحتج عليه بالخط إلا أن ينكر صدوره منه حتى يمكن إهدار حجيته لمبدأ ثبوت بالكتابة[649]، لذلك فإن المحرر الذي لا يتضمن توقيعا وكان محررا بخط يد من يحتج به عليه، اعتبر ذلك بداية حجة كتابية استلزم تعضيدها بباقي الحجج وإن كان هذا المبدأ أي الكتابة بدون توقيع يعتبر حجة كاملة في الفقه الإسلامي على ما سيأتي بعده، كما أن المشرع اليمني استعاض بمقتضى المادة 103 من قانون الإثبات عن التوقيع عندما اعتبر أن هناك ثلاث أنواع للمحرر العرفي المعد للإثبات، الأول منها يكتب بخط الشخص الملتزم ويتضمن التوقيع من قبله، والثاني فإن الغير هو الذي يتولى كتابة الوثيقة ويقتصر دور الملتزم على الإمضاء، أما النوع الثالث فيتم كتابة المحرر من طرف الغير ولا يتم التوقيع عليه، وبمقتضى هذا النوع الثالث من المحرر العرفي المعد للإثبات فإن المشرع اليمني وعلى خلاف المشرع المغربي لم يجعل التوقيع شرطا أساسيا لصحة المحرر، وإنما عوض التوقيع بالشهادة إذا لم يكن كاتب المحرر معروفا بعدالته ولم يكن خطه معروفا لدى القاضي حيث جاء في المادة 106 من نفس القانون أنه إذا كان المحرر العرفي مكتوبا بخط الغير وغير موقع من الخصم فيجب الإشهاد عليه للأخذ بما جاء فيه، غير أنه إذا كان كاتب المحرر معروفا بالعدالة والأمانة وحسن

[648] - مصطفى أحمد أبو عمرو، ونبيل إبراهيم سعد، م س، ص 97

[649] - عز الدين الدناصورى، وحاد عكاز، م س، ص 57.

السيرة وكان خطه معروفا للقاضي لشهرته أو كان قد أقر أمامه أنه كاتب المحرر وشهد بصحة ما جاء فيه، يجوز الأخذ بما جاء منه في المحرر كشاهد بصحته مع التتميم[650].

هذا وإذا كان التوقيع يتم من قبل الشخص الملتزم بالورقــة العرفية، فإنه يجوز أن يتم التوقيع عن طريق الوكالة متى كان سند الوكالة يسمح بذلك، ويشترط في هذه الحالة أن يوقع الوكيل بإمضائه هو وباسمه ويذكر صفته وأنه يوقع بصفته وكيلا، أما إذا قام الوكيل بالتوقيع باسم الموكل عن طريق كتابة اسمه أو تقليد توقيعه، فلا يكون لمثل هذا التوقيع أي أثر قانوني، لأن التوقيع أمــر شخصي لا يجوز التوكيل فيه ولا يمكن أن يقوم به إلا صاحبه[651]، كما يجب أن تكون الوكالة خاصة مسلمة من الواقف ما دام أن المادة 7 من مدونة الأوقاف قد أجازت التوكيل في إنشاء الوقف على أن يكون بوكالة خاصة.

بقيت الإشارة إلى أنه إذا كان المشــرع نص في الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود كما عدل وتمم بالقانون رقم 53.05 في فقرته الثانية على أنه يلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم نفسه وأن يرد في أسفل الورقــة، ولا يقوم الطابع أو الختم مقام التوقيع ويعتبر وجوده كعدمه، فإنه بذلك يكون المشــرع المغربي أبعد الطابع أو الختم عن الاعتبار، ذلك أن بصمة الإصبع إذا وردت مكان التوقيع في الورقة العرفية لم يتم استبعادها صراحة من قبل المشرع، كما فعل بالنسبة للختم أو الطابع، على اعتبار أن البصم مثله مثل التوقيع يتم بيد الملتزم وهو الشرط الوحيد في التوقيع حينما اعتبر المشرع في الفصل السابق أنه يلزم أن يكون التوقيع بيد الملتزم به، لذلك فإنه من الناحية القانونية لا يوجد أي مانه من اعتماد البصم كتوقيع، لأن الغاية من استبعاد الطابع أو الختم هي احتمال وضعه من قبل الشخص غير الملتزم بالمحرر، كأن يتم سرقة أو تزوير الطابع أو الختم، أما البصمة فلا يمكن سرقتها ولا يمكن تقليدها[652].

---

[650] - نبيل عبد الله الطاهري، " حماية المتعاقد في البيع العقاري في التشريعيين المغربي واليمني دراسة مقارنة: الكتابة نموذجا"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، السنة الجامعية 2011/2010، ص 271.

[651] - محمد حسين قاسم، م س، ص 227.

[652] - خالد سعيد، م س، ص 174.

غير أن المجلس الأعلى – سابقا – محكمة النقض حاليا، كان له موقف آخر من هذه المسألة، على اعتبار أن من لا يجيد التوقيع فهو أمي، وأن تصرفات الأمي لها شكلية أخرى نص عليها الفصل 427 من قانون الالتزامات والعقود[653]، فقد اعتبر المجلس الأعلى سابقا أن الأمي هو من يجهل الإمضاء بخط يده على العقود[654]. ثم عاد بغرفتيه المدنية والإدارية واعتبر أن الأمي هو الشخص الذي لا يعرف اللغة التي تم استعمالها في كتابة العقد[655]. ومع ذلك نحى المجلس الأعلى التوجه الذي يرفض الاعتداد بالبصمة واعتبر أن التوقيع الذي يتم بخط اليد هو المعتبر توقيع، وهو المعتد بـه قانونا، فقد جاء عنه: "أن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه التي عللت قراراها .....بأن العقد أساس الدعوى معدوم أصلا، عملا بالفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود، لأن التوقيع الذي ينسب به فحوى العقد لصاحبه متخلف، وبالتالي لا يمكن إعمال العقد الحامل للبصمة، التي لا تشكل إمضاء أو توقيعا الذي يلزم لوحده صاحبه، تكون قد رتبت وعن صواب أن التوقيع بالبصمة لا يعتبر إمضاء، ما دام المشـرع لم ينص عليه في معرض قواعد الإثبات، ولأنها لا تقبل المصادقة أصلا، فجاء قراراها غير خارق لأي مقتضى"[656].

إذا كان المجلس الأعلى (سابقا) قد أسس استبعاده للبصمة بدل التوقيع على كون الشخص الذي لا يستطيع التوقيع فهو أمي وأن تصرفات الأمي يجب أن يتلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك، فإنه عاد واعتبر أن الشخص الأمـي هو الذي لا يعرف اللغة التي حرر بها العقد، مما يفيد أن البصمة يمكن أن يضعها حتى الشخص غير الأمي، كما أنه إذا كان قد أسس -أي المجلس الأعلى سابقا- استبعاده للبصمة بكون القانون لم ينص عليها في الفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود، فإنه يمكن القول أنه لو أراد المشرع استبعادها لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للطابع أو الختم، وسكوته عن

---

653 - نص الفصل 427 من ق ل ع م على أن: "المحررات المتضمنة لالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك".

654 - قرار المجلس الأعلى سابقا، حكم مدني عدد 198 بتاريخ 15 أبريل 1970، مجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 17 ماي 1970، ص 20.

655 - قرار المجلس الأعلى سابقا، عدد 77 بتاريخ 1976/12/15، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 39.

656 - قرار المجلس الأعلى سابقا عدد 142 صادر بتاريخ 2006/02/08 في الملف عدد 05/678 قضاء المجلس الأعلى عدد 66 ص 106، أورده خالد سعيد، م س، ص 175، وعن نفس التوجه يراجع قرار بتاريخ 11 يونيو 1980، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30، أكتوبر 1982، ص 15، وقرار 6 مارس 1989، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 45 سنة 1991، ص 55.

البصمة إنما قد يفيد الجواز وليس المنع، فقد يحصل أن يكون الشخص غير أميا وغير قادر في نفس الوقت على التوقيع لوجود عائق جسدي مثلا يمنعه عن التوقيع ويسمح له بالبصم، فعديدة هي العوائق الجسدية التي تحول دون القدرة على التوقيع، لذلك وجب عدم حرمان هذه الفئة من استعمالها لحقها بالشكل الذي يضمنه من الناحية القانونية.

هنا نجد القانون المصري يجيز التوقيع بالبصمة ويعتبرها كالتوقيع بالإمضاء، فقد جاء في المادة 14 من قانون الإثبات المصري، أن المحرر العرفـي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة[657]، فلا يشترط لصحة الورقة العرفية وإضفاء الحجية عليها، إلا توقيع من نسبت إليه بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع، إذ يكتفي المشرع المصري بإحدى هذه الطرق ويسوي بينها في الحكم بصحة التوقيع على الورقة العرفية باعتبار أن التوقيع ينصب في مدلوله إلى الإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الإصبع[658].

نفس التوجه نحاه المشرع اللبناني –مع استثنائه للختم من الاعتبار– لما نص في المادة 1/150 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد، على أن السند العادي هو السند ذو التوقيع الخاص ويعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة إذا كان يجهل التوقيع[659].

وكذلك هو الأمر بالنسبة للقانون اليمني حيث نجد المشرع اليمني خالف المشرع المغربي لما أجاز أن يحصل التوقيع بالخط أو بالختم أو ببصمة الإصبع حسب ما نصت عليه المادة 103 من قانون الإثبات اليمني[660].

مما سبق يتضح أن التوقيع هو الشرط الجوهري في الورقة العرفية، فبدونه لا يمكن القول بوجود ورقة عرفية كاملة، فقد يستغنى مبدئيا عن الكتابة ولا يستغنى عن التوقيع، كما

---

[657] - عابد فايد عبد الفتاح فايد، م س، ص 117.
[658] - أنور طلبة، "طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية"، دار الفكر العربي، مصر 1987، ص 189.
[659] - محمد حسين قاسم، م س، ص 229.
[660] - نبيل عبد الله الطاهري، م س، ص 273.

هو الشأن بالنسبة للتوقيع على بياض والذي مفاده أن يوقع الواقف على ورقة بيضاء ويسلمها إلى شخص آخر يعمل على ملئها وفقا لما عبر عنه الواقف من إرادة في التوقيف، فالتوقيع على بياض جائز قانونا ويكسب البيانات التي توضع فوق التوقيع حجية كاملة في الإثبات، ذلك أن الشرط الجوهري في الورقة العرفية هو التوقيع وليس الكتابة، والتوقيع هو الذي يكسب الورقة العرفية حجيتها في الإثبات[661]، غير أنه قد يقال أنه من سلمت إليه الورقة الموقعة على بياض بغية ملئها قد يكون سيء النية ويعمل على تضمين بيانات غير صحيحة وغير ما أراد الواقف هنا تدوينها، أو قد يتم الحصول على الورقة الموقعة على بياض بطريق السرقة، أو العثور عليها من الغير الذي لم تتجه نية صاحب التوقيع إلى تسليمها إليه ويدون فيها هذا الأخير ما شاء من بيانات.

والحل هنا إذا تعلق الأمـر بالحالة الأولـى، فإن الشخص الذي ملأ الورقة الموقعة على بياض ببيانات غير صحيحة يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، ويستطيع الشخص الموقع على الورقة إثبات ذلك وفقا للقواعد العامة في الإثبات، فإذا ثبت ذلك زالت حجية الورقة العرفية فيما بين طرفيها أي الواقف والموقوف عليه، أما الغير حسن النية فله الحق في التمسك بحجية هذه الورقة تجاه من وقعها ليبقى لهذا الأخير الرجوع على من خان الأمانة وملئ الورقة ببيانات غير مطابقة للواقع[662]، أما بالنسبة للحالة الثانية والتي قد يحدث فيها أن تضيع الورقة بعد توقيعها على بياض، أو تسرق، ويكتب فيها أجنبي كتابة وينسبها إلى صاحب التوقيع، فإنه يجوز هنا لصاحب التوقيع أن يثبت ذلك بكافة الطرق بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن، ويتابع من أساء استخدام هذه الورقة الموقعة بتهمة التزوير، فإن ثبت ذلك فقد المحرر حجيته وأصبح باطلا بالنسبة للجميع بما في ذلك الغير حسن النية[663].

فإذا ثبت ما سبق فإن الورقة العرفية هنا تكون دليلا على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه، ولا تكون دليلا على تاريخها في

---

661 - محمد حسين قاسم، م س، ص 230.
662 - عابد فايد عبد الفتاح فايد، م س، ص 119.
663 - حمد حسين قاسم، م س، ص 231.

مواجهة الغير إلا :1- من يوم تسجليها، سواء كان ذلك في المغرب أو في الخارج، 2- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف عمومي، 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 في 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 إذا كان لا يعمل باسم مدينه، (حسب الفصل 425 من ق ل ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 53.05).

ت- التصديق على التوقـيع الوراد في المحرر العرفي

قد يخشى من حرر المحرر العرفي لصالحه من احتمال إنكار الموقع لتوقيعه، أو قد يتطلب القانون صراحة المصادقة على التوقيع كما هو الشأن بالنسبة للمادة 25 من مدونة الأوقاف، لذلك يعمل الموقع على المحرر العرفي على التصديق على توقيعه لدى الجهات المختصة قانونا بذلك[664]، ويتم التصديق على التوقيع بمحضر رسمي، يترتب على ذلك أن التوقيع المصادق عليه لا يمكن إنكاره، وليس أمام الموقع إذا أراد نفي صحة توقيعه إلا طريق الطعن بالتزوير، على اعتبار أن التصديق على التوقيع يعتبر بمثابة محرر رسمي،

---

[664] - تتولى مجموعة من الجهات العمل على التصديق على صحة الإمضاء، كل في مجال اختصاصه، ومن ضمنهم نجد:
- رئيس المجلس الجماعي بمقتضى المادة 51 من الميثاق الجماعي رقم 78.00 والذي يمكنه تفويض هذا الاختصاص إلى الكاتب العام للجماعة، ورؤساء الأقسام والمصالح بالجماعـة.
- رئيس مجلس المقاطعة ونوابه بمقتضى المادة 105 من الميثاق الجماعي.
- العامل بمقتضى المادة الأولى من المرسوم المؤرخ في 24 يناير 1995 الصادر بتعديل ظهير 1915.
- السلطات القضائية: وكيل الملك بمقتضى الفصل الثالث من الظهير الشريف الصادر في 3 شتنبر 1955 المعدل لظهير 25 يوليوز 1915، – رئيس كتابة الضبط حسب الفصل 12 من الظهير الشريف رقم 1.02.298 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية.
- الأعوان الدبلوماسيون والقناصل بالنسبة للمغاربة المقيمين بالخارج حسب الفصل 27 من المرسوم رقم 2.66.646 الصادر في 29 يناير 1970 بتطبيق الظهير الشريف المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العاملين بالخارج.
- وزير الشؤون الخارجية والتعاون بمقتضى الفصلان 29 و 30 من المرسـوم التطبيقي للظهير الشريف المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل. لمزيد من التوسع مع الإطلاع على الظهائر والمراسيم السابقة

انظر: دليل حول مسطرة تصحيح الإمضاء ومسطرة الإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها، الصادر عن وزارة الداخلية – المديرية العامة للجماعات المحلية، منشورات مركز التوثيق للجماعات المحلية، الرباط، سنة 2005، ص 12.

وتقتصر الصفة الرسمية هنا على التوقيع المصادق عليه فقط، دون مضمون أو فحوى المحرر الذي يظل عرفيا والذي يجوز المنازعة فيه وإثبات عكسه وفقا للقواعد العامة في الإثبات[665].

وعملية التصديق على الإمضاء منظمة بمجوعة من الظهائر، أبرزها في هذا المقام ظهير 25 يوليوز 1915 المتعلق بالإشهاد على صحة الإمضاء[666]، كما ثم تعديله وتتميمه بالظهير الشريف الصادر في 10 يونيو 1921[667]، والظهير الشريف الصادر في 10 أكتوبر 1931 [668]، والظهير الشريف الصادر في 03 شتنبر 1955[669]، والتي تفيد أن عملية تصحيح الإمضاء تكمن في الإشهاد على صحة الإمضاء المتواجد في الوثيقة، دون التطرق إلى مضمونها، فتقوم السلطة المعنية بالتوقيع خطيا على الوثيقة مع وضع الخاتم الخاص بذلك وكذا التاريخ بالإضافة إلى عبارة أطلع على صحة التوقيع، مع تبيان هوية الشخص الراغب في تثبيت إمضاءه وتصحيحه، والذي عليه أن يتقدم شخصيا إلى المصلحة المختصة ويدلي بهويته بواسطة بطاقة التعريف الوطنية أو بجواز السفر أو برخصة السياقة، وفي حالة الشك في هويته أو توقيعه فإن المصلحة تطلب من المعني بالأمر إحضار شاهدين تعرفهما حق المعرفة ليشهدا على صحة وحقيقة التوقيع إذا تعرفا عليه، ويجب الإشارة في الوثائق المعنية بالإشهاد على الإمضاءات إلى أن الإشهاد على توقيع المعني بالأمر ثم بحضور شاهدين، ويشار إلى ذلك في السجل الخاص، مع ذكر هوية الشاهدين فيه، هذا السجل الذي تمسكه المصلحة يجب أن يتضمن أيضا توقيع المعني بالأمر وبياناته الفردية من رقم بطاقة التعريف والعنوان، إضافة إلى نوع الوثيقة والتاريخ[670].

أما بخصوص المصادقة على البصمة الواردة مكان التوقيع فقد ورد في دليل حول مسطرة تصحيح الإمضاء الصادر عن وزارة الداخلية السابق الإشارة إليه عبارة: "يتعين

---

665 - محمد حسين قاسم، م س، ص 231.

666 - ظهير شريف صادر في 12 رمضان 1333 الموافق لـ 25 يوليوز 1915 – الجريدة الرسمية عدد 148 بتاريخ 23 أكتوبر 1915.

667 - ظهير شريف صادر في 10 يونيو 1921 – الجريدة الرسمية عدد 454 بتاريخ 25 يوليوز 1921، ص 104.

668 - ظهير شريف صادر في 10 أكتوبر 1931 – الجريدة الرسمية عدد 992 بتاريخ 30 أكتوبر 1931، ص 2114.

669 - ظهير شريف صادر في 15 محرم 1375 الموافق لـ 3 شتنبر 1955، المعدل لظهير 25 يوليو 1915، الجريدة الرسمية عدد 2239، 5 صفر 1375 (23 شتنبر 1955) ص 2743

670 - دليل حول مسطرة تصحيح الإمضاء ومسطرة الإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها، م س، ص 15.

على السلطة المختصة الامتناع عن الإشهاد على البصمة لأن الاجتهاد القضائي المغربي لا يعترف بالبصمة كتوقيع (القرار رقـم 534 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 11 يونيو 1980)"[671].

مما سبق فإنه لا يوجد أي مقتضى قانوني يمنع من استعمال البصمة مكان التوقيع في المحرر العرفي ولا يوجد كذلك نص قانوني يمنه من المصادقة على البصمة، وإنما يتم الاستناد في هذا المنع إلى توجه المجلس الأعلى (سابقا) كما سبقت الإشارة إليه أعلاه.

وبخصوص المصادقة على توقيع الشخص المكفوف الذي لا يستطيع تكرار نفس التوقيع بالوثيقة المعنية والسجل المعد للإشهاد، فإنه يطلب منه إحضار شاهدين ليوقعا على الوثيقة بعد قراءتها أمامه إلى جانب توقيع العون المكلف عليها، فإن تعذر إحضار شاهدين فلا تتم عملية الإشهاد، ويتم دعوة المعني بالأمر إلى اللجوء إلى موثق أو إلى العدول قصد إنجاز الوثيقة التي يرغب فيها[672]، قياسا على تصرفات الأمي كما هي واردة في الفصل 427 من ق ل ع م، وفي ذلك حيف كبير لهذه الفئة من الأشخاص، فالحيف الأول متعلق بعدم مراعاة خصوصية إعاقتهم، والثاني متعلق بمطالبتهم بما ليس مطلوب منهم قانونا، فهو إن كان كفيف إلا أنه ليس بالضرورة أمي حتى يتم مطالبته بسلوك مسطرة الأمــي.

أما بخصوص غياب إجراء التصديق على الإمضاء من المحرر العرفي، فإن التساؤل يطرح حول مدى وجوب الأخذ بالمحرر العرفي من عدمه؟

للإجابة على هذا السؤال فإنه يجب التمييز بين الحالة التي يتم اللجوء إلى التصديق على الإمضاء اختيارا، وبين الحالة التي يفرض القانون هذه الشكلية. ففي الحالة الأولى أي الحالة التي يخشى فيها من حرر العقد العرفي لصالحه من احتمال إنكار الموقع لتوقيعه في المستقبل، ويطلب منه أن يصادق على توقيعه فلا يؤثر غياب هذا الإجراء على صحة الورقة العرفية، وهو ما تبناه المجلس الأعلى (سابقا) محكمة النقض حاليا حينما قرر: "إن استبعاد المحكمة للعقد العرفي بعلة أنه لا يتوفر على القيمة الثبوتية لعدم المصادقة على

671 - دليل حول مسطرة تصحيح الإمضاء ومسطرة الإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها، م س ، ص 24.
672 - نفسه، ص 18.

التوقيع، مع أن المصادقة لا أثـر لها في ثبوت العقد العرفي أو عدم ثبوته، مما يجعلها تخرق الفصل 431 من ظهير الالتزامات والعقود (الذي ينص على أنه يجب على من لا يريد الاعتراف بالورقة العرفية التي يحتج بها عليه، أن ينكر صراحة خطه أو توقيعه. فإن لم يفعل، اعتبرت الورقة معترفا بها، ويسوغ للورثة وللخلفاء أن يقتصروا على التصريح بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق منه) وتعرض قرارها للنقض"[673]، كما أن الفصل 426 من ق ل ع كما عدل وتمم بالقانون رقم 53.05 المتعلق بشروط المحرر العرفي لم ينص على ضرورة تصحيح الإمضاء حتى يمكن الاعتداد بالورقة العرفية. أما الحالة الثانية وهي التي يفرض فيها القانون شكلية المصادقة على التوقيع فإنه يجب تحت طائلة البطلان أن يتم القيام بهذه الشكلية وهنا نجد أن الفصل 489 من ق ل ع نص على أنه إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون. ومن بعد قانون الالتزامات والعقود نجد مجموعة من القوانين السائرة[674] في طريق الرسمية نصت على التصديق على الإمضاء ومن ذلك نجد أن الفصل 73 من القانون رقم 14.07[675] ينص على أنه تعتبر هوية كل طرف وصفته وأهليته محققة إذا استند الطلب على محررات رسمية وتعتبر هويته محققة إذا كانت التوقيعات الموضوعة بالطلب وبالعقود المدلى بها مصادق عليها من طرف السلطات المختصة.

673 - قرار المجلس الأعلى – قرار مدني صادر بتاريخ 22 مارس 1989، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 46، السنة 1992 ص 125.

674 - ثم استعمال مصطلح السائرة على اعتبار أنه في ظل النظام القانوني المؤطر للبيوع العقارية الحالي لا زال الاعتماد على المحرر الثابت التاريخ، فلم يتم القطع بالمرة مع المحرر العرفي وإنما استلزم أن يكون محررا ثابت التاريخ وهو في مرتبة وسطى بين المحرر العرفي والمحرر الرسمي، ومن ذلك نجد أنه حتى بالنسبة للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، فإنه يمكن اللجوء إلى المحرر الذي يحرره المحامي المقبول للترافع لدى محكمة النقض، وهو ليس محررا رسميا.

675 - الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.111.177 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 الموافق لـ 22 نونبر 2011 – الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 الموافق لـ 24 نونبر 2011 ص5575.

ونص الفصل 3/618 كما وقع تتميمه بالقانون رقم 44.00 [676] المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز على أنه يجب أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقارات في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة و يخول لها قانونا تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان، ويتم تصحيح جميع الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها في سجل خاص يحدد بمقتضى قرار صادر عن وزير العدل.

ونصت المادة 12 من القانون رقم 18.00 [677] المتعلق بالملكية المشتركة على أنه يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة 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. ويجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من لدن الأطراف ومن الجهة التي حررته، كما يجب تصحيح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المختصة، ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط التي يمارس بدائرتها.

ونصت المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، على أنه يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك، ويجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف

[676] - القانون رقم 44.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.102.302 المؤرخ في 25 رجب 1423 الموافق لـ 13 أكتوبر 2002 تتميما للظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود – الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 02 رمضان 1423 الموافق لـ 07 نونبر 2002، ص 3183.

[677] - القانون رقم 18.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.022.98 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق لـ 03 أكتوبر 2002 الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 02 رمضان 1423 الموافق 07 نونبر 2002، ص 3175 وقد تم تغيير المادة 12 منه بمقتضى المادة الأول من القانون رقم 106.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.49 بتاريخ 19 رجب 1437 الموافق لـ 24 أبريل 2016 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية – الجريدة الرسمية عدد 6465 بتاريخ 9 شعبان 1437 الموافق لـ 16 ماي 2016 ص 3781.

ومن الجهة التي حررته وتصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها.

من هذه النصوص القانونية يمكن القول أنه إذا كان المحرر العرفي لا يستلزم فيه توفر شكلية المصادقة على التوقيع، فإن المشرع المغربي عمل بشكل تدريجي على الزيادة من تحصين الورقة العرفية وخاصة في مجال العقار، وتطلب أن تتم المصادقة على التوقيع زيادة إلى أن يحرر المحرر من طرف مهني مخول له ذلك قانونا، لتنتهي المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية في الأخير إلى قطع الصلة مع جميع الأشخاص الذين كانوا يحررون العقد العرفي واستبعدت العقود العرفية التي كان ينجزها الكتاب العموميون بصفة نهائية، وأبقت على العقد العرفي على شرط أن يتم تحرير العقد العرفي الثابت التاريخ من طرف المحامي المقبول لدى محكمة النقض، وأن يتم تصحيح إمضاءات أطراف العقد لدى السلطات المحلية، وأن يتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها[678].

وبذلك يكون قد تم الانتقال من المحرر العرفي الذي يتطلب التوقيع فقط إلى المحرر الثابت التاريخ الذي يتطلب بالإضافة إلى التوقيع التصديق على هذا الأخير، وأن يحرر من الجهة المخول لها ذلك قانونا، غير أنه بالنسبة للوقف وهنا تظهر كذلك خصوصية إثباته، فإن المشرع تطلب فقط في المحرر العرفي أن يتم توقيعه من طرف الواقف وأن تتم المصادقة على هذا التوقيع، بمعنى أنه لم يتطلب أن يحرر عقد الوقف من جهة معنية، وهو بذلك يكون قد مزج بين العقد العرفي المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود والعقد الثابت التاريخ المنصوص عليه في القوانين الخاص، وأحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بخط يد الواقف.

[678] - محمد بن الطالب، م س، ص 55.

ثانيا- خط اليد في الفقه الإسلامي

خط اليد أو ما يعرف بالشهادة على الخط، معناها أن توجد وثيقة مكتوبة بحق كبعث لفلان أو وقفت، أو أوقف فلان، فيأتي من يعرف الخط، خط المقر إذا كانت مكتوبة بخطه، أو خط الشاهد الذي شهد على الوثيقة ويشهد على ذلك[679]، فالخط في الفقه المالكي سواء كان بيد المقر، أي بيد من عليه الحق بأن قال: وقفت، أو بيد الشاهد الذي شهد على المقر الذي وقف، فإنه يعمل به، فالخط شخص قائم ومثال مماثل تبصره العين ويميزه العقل كتمييزه سائر الأشخاص والصور[680]، والدليل على جواز الأخذ به من حيث النظر أن البصر يميز الخطوط ويميز الاشخاص مع جواز تشابههم، فلما جازت الشهادة على الأشخاص مع جواز الاشتباه بينهم جازت الشهادة على الخط كذلك[681].

وبذلك فإنه إذا كان مدار الوثيقة العرفية في القانون هو التوقيع، فإن المدار عليها في الفقه المالكي هو الخط، وللأخذ به فإنه يتم اللجوء إلى الشهادة على الخط وهي بمثابة التعريف (السابق الإشارة إليه في الوثيقة العدلية)، مع بعض الاختلاف، وفي تفصيل الشهادة على الخط نجد أنه جاء في مختصر الشيخ خليل: "وجازت على خط مقر بلا يمين، وخط شاهد مات، أو غاب ببعد، وإن بغير مال فيهما، إن عرفته: كالمعين، وأنه كان يعرف مشهده، وتحملها عدلا، لا على خط نفسه حتى يذكرها، وأدى بلا نفع، ولا على من لا يعرف، إلا على عينه ".

وجاء في تحفة ابن عاصم

وشاهد بَرّز خَطّهُ عَرفْ نَسِي ما ضَمّنَهُ فيما سَلَفْ

لابُدّ من أدائِه بذلك إلا مع اسْتِرابة هنالك

والحكم في القاضي كمَثلِ الشاهد وقيل بالفَرْقِ لمَعْنَى زائِد

679 - عبد الرحمان الغرياني، م س، ص 429.
680 - صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ج2، م س، ص 241.
681 - عبد الرحمان الغرياني، م س، ص 429

وخَـطّ عـدْل مـاتَ أو غـابَ اكْتُـفي فيـه بعدليـن وفي المال اقْتُـــفي

والحَبــسُ إن يَقـدمْ وقيـل يُعْتـــمَل في كل شـــيء وبه جرى العملْ

كـذاكَ في الغيبــة مُطلقـــا وفـــــي مسافـــة القَصْرِ أُجيزَ فاعْـرِفِ

وكـاتـبٌ بخطــهِ مـا شـــــــــاءه ومـــات بعـد أو أبــى إمضَـاءه

يثبتُ خطّـــه ويمضــي مـــا اقْتَضى دونَ يمين وبِدا اليومَ القضـا[682]

يظهر من الاعتماد على الخط، أن الفقهاء اعتبروا أن الخط المجرد كافيا في إثبات ما ورد فيه، مع أن هذا الخط صدر من شخص عادي لا يقوم بوظيفة معينة، فقد يكتب الشخص وصية بما عليه من ديون، ويسجل ما قبض من أموال، فهذه الكتابة تعتبر حجة عليه وكل ما يشترط فيها أن يعرف خط الكاتب[683]. ولمعرفة خط الكاتب وشرحا لما ورد أعلاه عن الشيخ خليل، وتحفة ابن عاصم، فإن للشهادة على الخط ثلاثة أنواع: (أ) الشهادة على خط نفس الشاهد، (ب) الشهادة على خط شاهد مات أو غاب، (ج) الشاهدة على خط المقر.

أ. الشهادة على خط نفســه

جاء في شرح مختصر خليل أنه إذا كتبت وثيقة بحق وكتب شخص بخطه أنه شهد بما فيها ثم نسي شهادته به وعرف خطه الذي كتبه بشهادته بما فيها فلا يشهد بما فيها معتمدا على خط نفسه الذي عرفه وتيقن أنه خطه، حتى يذكرها أي يتذكر ما فيها وأنه شهد به وإن لم يتذكر ذلك أداها أي الشهادة فيشهد عند القاضي بأن هذا خطه وأنه نسي ما في

682 - ابن عاصم، م س، ص 24.
683 - الزحيلي، م س، ص 477.

الوثيقة أي نسي شهادته، ويرى الإمام مالك أنه إن لم يكن في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد بما في الوثيقة معتمدا على خطه ولا يخبر الحاكم بنسيانه وبه أخذ عامة أصحابه[684].

وفي شرح تحفة ابن عاصم جاء في البهجة: "(وشاهد) مبتدأ سوغ الابتداء به الوصف بقوله: (برز) وبقوله: (خطه عرف) وبقوله (نسي ما ضمنه) وفاعل الأفعال الثلاثة ضمير مستتر يعود على الشاهد، وما، واقعة على القصة ويجوز أن تكون الجملتان الأخيرتان معطوفتين على جملة برز بخذف العاطف، ولكن المعطوف على الوصف وصف فهو راجع للمعنى الأول (فيما سلف) يتعلق بما قبله يليه، وما الثانية واقعة على الزمان، يعني أن الشاهد إذا عرف خطه في الوثيقة، والشكل الذي يكنى به الشاهد عند تسمية نفسه أو في الشكل فقط ونسي القضية التي تضمنتها الوثيقة في الزمان السالف (لابد من أدائه) عند القاضي (بذلك) المعنى الذي تضمنته الوثيقة معتمدا على خطه أو شكله جازما بذلك غير ذاكر للقاضي أنه نسي القصة"[685].

مفاد هذا النوع أي الشهادة على خط نفسه، أن يجد عدل وثيقة كتبها بيده يشهد فيها بشيء، كأن يكون أشهد على الوقف، ويعرف أنه خطه، غير أنه لم يتذكر الشهادة التي شهدها في هذه الوثيقة، فإنه يعتمد على ما كان قد كتبه بما في الوثيقة ولو لم يتذكر الشهادة بحيث يستند في شهادته بما في الوثيقة على العلم الذي حصل له بالاطلاع على كتابته وهذا هو الرأي الراجح في المذهب المالكـــي[686].

---

[684] - صالح عبد السميع الآبي الأزهـري، م س، ص 241، لاحظ أن هذا النوع من الشهادة على الخط هو النوع الثالث حسب ترتيب الشيخ خليل والنوع الأول حسب ترتيب ابن عاصم في التحفة، وهي واردة في متن الشيخ خليل بعبارة : وتحملها عدلا لا على خط نفسه حتى يذكرها.

[685] - أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 162.

[686] - محمد ابن معجوز، م س، ص 82.

تم استعمال الرأي الراجح على اعتبار أنه وقع اختلاف في الأخذ بشهادة من نسي شهادته في الوثيقة المكتوبة باسمه داخل المذهب المالكي نفسه وذلك على خمسة آراء، الرأي الأول يقول بأداء الشهادة إذا لم يكن في الرسم من محو أو بشر لم يعتذر عنه فيه، لأنه يؤدي إلى الاسترابة في الرسم فيمنع الاداء لقائم العذر من الريبة زيادة على النسيان، وحيث يؤديها يحكم بها القاضي، وهو مراد المصنف وهذا قول مالك الأول، وبه أخذ عامة أصحابه مطرف وابن الماجشون والمغيرة وابن وهب وابن دينار وابن أبي حازم، واختاره سحنون في نوازله وبه العمل، قال اللخمي لو وكل الناس اليوم إلى الحفظ لما أدى واحد شهادته ولضاعت حقوق الناس. الرأي الثاني قاله مالك لما رجع عن قوله الأول وقال لا يشهد وإن عرف خطه حتى يذكرها، وبه أخذ ابن القاسم وأصبغ واقتصر عليه الشيخ خليل فقال: لا على خط نفسه حتى يذكرها وأدى بلا نفع أي ذاكرا له أنه نسيها. والرأي الثالث: وقيل لا تجوز ولا يؤديها ولا يحكم بها. والرأي الرابع: يشهد إن كانت في بطن رق لا في ظهره أو في كاغد لسهولة البشر. والرأي الخامس، وأن كانت الوثيقة بخطه. الإمام أبي عبد الله محمد التاودي، م س=

ب- الشهادة على خط الشاهد

جاء في شرح مختصر الشيخ خليل "وجازت على خط شاهد كتبه في وثيقة ومات الشاهد أو غاب ببعد أي بمحل بعيد وتجوز على خط المقر والشاهدان كانت بمال بل وإن كانت بغير مال فيهما، أي المقر والشاهد هذا الذي اختاره المصنف رحمه الله تعالى أن الشهادة على الخط جائزة في الطلاق والاعتاق ونحوهما.... ومحل جواز الشهادة على خط المقر أو الشاهد إن عرفته أي إن عرفت البينة الخط معرفة تامة متقنة[687].

وفي شرح تحفة ابن عاصم: "وخط عدل مات أو غاب ببعد، بما يدرك فيه الشاهد مشقة لو أراد أداء شهادته، اكتفي فيه بعدلين يشهدان على الخط الواحد أو أكثر فيشهد عدلان على خط أو خطوط في رسوم متعددة إن عرفاه وأنه أوقعها في حال العدالة وقبول الشهادة ولم يزل على ذلك في علمه إلى أن مات أو إلى الآن إن كان غائبا ولا يشترط إدراك صاحب الخط لإمكان معرفته دون صاحبه، في شرط معرفة أنه كان يعرف مُشهده لاستلزام العدالة إياه، قولان الأول نعم لابد أن يكون فطنا عارفا بالخطوط ممارس لها، ومفهوم عدل أن غير العدل لا يشهده على خطه، والثاني إنما يعمل بالشهادة على الخط فيما يجوز فيه الشاهد واليمين فقط، وقيل في الحقوق المالية والأحباس القديمة، وقيل يعتمل أي يعمل بها في كل شيء وبه جرى الأن العمل، قال ابن حارث[688] جرى العمل من القضاة ببلدنا يعني قرطبة بإجازة الشهادة على خط الشاهد ولا أعلم أحدا من أهل العلم فرق في ذلك بين الأحباس وغيرها في حال من الأحوال، قال ابن رشد: لم يختلف في الأمهات المشهورة قول مالك في إجازتها وإعمالها، كذلك تجوز الشهادة على الخط في الغيبة للشاهد مطلقا في

=ج 1، ص 183، والراجح من هذه الأقوال هو القول الأول وهو قول مالك فقد قال: إن عرف خطه، ولم يذكر الشهادة ولا شيئا منها وليس في الكتاب محو ولا ريبة فليشهد وبهذا القول أخذ عامة أصحابه. محمد ابن معجوز، م س، ص 82.

687 - صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ج 2، م س، ص 241.

688 - ابن حارث: هو شريح بن حارث بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر بن الرائش بن الحارث بن معاوية بن ثور بن عمرو، وهو كندة أبو أمية القاضي، ولاه عمر القضاء وله أربعون سنة قبل أنه مات بعد سنة 121 من مولده وقبل 80 وقبل 120 وقيل غير ذلك انظر أحمد بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1995، الجزء الثاني، ص 146.

المال وغيره، وهذا كله تكرار مع قوله أو غاب وإنما أعاده ليفيد قدر الغيبة، وهي كما قال سحنون عدم التحديد إلا بما تنال الشاهد فيه مشقة"[689].

والمقصود بهذه الحالة أي الشهادة على خط الشاهد، أن يكتب عدل ذكرا أو أنثى، وثيقة تحتوي على شهادة تتعلق بالوقف هنا، ثم مات أو غاب غيبة بعيدة أو جهل مكانه وأحضرت تلك الوثيقة، وشهد عدلان بأن ذلك الخط هو خط الشاهد الغائب أو الميث، فإن شهادتهما تقبل، ويعمل بمقتضى ما في الرسم، ولو كان العدلان لم يعاصرا الكاتب، وقد جرى العمل على الاكتفاء بشهادة عدل واحد فقط على أن تلك الوثيقة بخط فلان، ولا يتوقف الأمر على شاهدين اثنين، كما لا يحتاج إلى يمين المشهود له على أن ذلك الخط لفلان لأنه من باب الخبر فهو بمنزلة المقوم والقاسم، والمخبر بالعيب[690].

وفي شروط الرفع على خط الشاهد نبه الفقيه التسولي إلى "ست تنبيهات:

الأول: ما تقدم عن الشيخ خليل والمتيطي وغيرهما من أنه لابد أن يقول الشاهد أنه وضعها في حال العدالة ولم يزل على ذلك إلى موته، هو المنقول المنصوص لغير واحد كالإمام وغيره، غير أن ناظم العمل المطلق ذكر أن العمل جرى بعدم اشتراطه فقال:

وشاع في الرفع الشهادة على مـوتٍ برسـم ما عليـه عـوّلا

إلى قوله:

فـإننـا نعـرف خطهـم ولا نعـرف مِن أحوالهـم مـا جهلا

ونقل كلام ابن سودة فقال: علم حال الشاهد وقت شهادته من عدالة وجرحة والاستمرار على ذلك من المتعذر، فإنا نشهد على خط من قبلنا ولا ندري هل كان عدلا حين الشهادة، وهل استمر على ذلك أم لا، قال ابن رحال في شرح المختصر: وفي هذا العمل نظر، فقوله لم يزل على العدل، لعله شرط كمال فقط لأن العدالة إذا ثبتت فالأصل بقاؤها.

---

[689]- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 185.
[690]- محمد بن معجوز، م س، ص 83.

الثاني: لابد للرافع على الخط من تسمية نفسه ووضع علامته ليتمكن الخصم من الإعذار فيه.

الثالث: لا يجوز الرفع إلا على الخطوط المعروفة التي لا يقدر على الضرب عليها قاله في المعيار ونحوه لابن عرضون قائلا: إذا كانت العلامة يمكن الضرب عليها من الفجار لعدم قوة تشكيلها، فلا يجوز لحاكم أن يقبل الرفع عليها لأن الشك يتطرق إليها، وحيث يتطرق سقط الحكم.

الرابع: لابد أن يكون الخط المرفوع عليه حاضرا، لأن الخط عين قائمة فلا بد من الشهادة على عينه عند القاضي.

الخامس: إذا تعارضت الشهادتان في أنه خطه وغير خطه فالمثبتة أولى من النافية.

السادس: إذا لم يضع ذو الخط علامته فلا يرفع عليه لأنه ربما كتب ولم يتم الأمر، قاله البرزلي عن الطرر، ورد عليه التسولي، وتأمله مع ما يقع كثيرا من عدول فاس يقيدون الحقوق حتى يتفرغون لكتابتها ثم يطرأ موت قبل الكتابة"[691].

ت- الشهادة على خط المقر

ابتدأ الشيخ خليل متنه كما تقدم بـ: وجازت على خط مقر بلا يمين. أي جازت الشهادة على خط مقر بحسب دلالة خطه بأن كتب بخطه دينا لفلان أو وقف المال الفلاني، بلا يمين على المشهود له المقر له[692].

وجاء في تحفة ابن عاصم كما تقدم أيضا:

وكـاتـــب بخطـــه مـا شـاءه ومـات بعـد أو أبـى إمضـاءه

يثبت خطه ويمضي ما اقتضـى دون يمين وبذا اليوم القضا[693]

[691] - أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 168.
[692] - صالح عبد السميع الآبي الأزهـري، م س، ص 241.
[693] - ابن عاصم، م س، ص 24.

وفي شرحه: "(وكاتب) مبتدأ سوغ الابتداء به عمله في قوله: (بخطه) وقوله: (ما شاءه) مفعول لكاتب وجملة – شاءه – صلة ما، وهي واقعة على حقوق الغير من ديون وأمانات وطلاق ونحوها. والجملة في قوله: (ومات بعد) معطوفة على كاتب، أي بعد أن كتب ما ذكر مات وأنكر ذلك وارثه (أو) لم يمت وأنكر هو أن يكون خطه و (أبى إمضاءه) مفعول بقوله أبى، والجملة معطوفة على كاتب أو على مات (يثبت) بضم أوله وفتح ثالثه مبني للمفعول (خطه) نائب، والجملة خبر (ويمضي) بالبناء للمفعول ونائبه قوله (ما) وهي موصولة صلتها (اقتضى) والعائد محذوف أي يمضي الحق الذي اقتضاه خطه، ويجوز بناؤه للفاعل أي يمضي القاضي المفهوم من السياق ما اقتضاه خطه، (دون يمين) على الطالب"[694].

وصورة هذا النوع أنه إذا كتب شخص بخطه إقرار بحق لآخر، وثم الاحتجاج بهذه الوثيقة، فأنكر المقر أن تكون بخطه، أو أنكر ورثته ذلك بعد أن مات الكاتب، وتم الاحتجاج بما تضمنه السند الذي كتبه الكاتب قبل موته، فإن شهد عدلان بأن ذلك الخط هو خطه بناء على معرفتهما لخطه، فإن الحق الذي في الوثيقة يثبت بذلك، ويحكم على الكاتب بمقتضاه.

كما أنه إذا أدلى شخص بوثيقة وادعى أنها بخط المدعى عليه، وأنكر هذا الأخير أن تكون بخطه، ولم يجد من أدلى بالوثيقة شاهدين يشهدان له بأن الخط هو خط المدعى عليه، فإنه يجبر المنكر على أن يكتب وأن يطيل فيما يكتب حتى لا يستعمل خط غير خطه، ثم تقع المقابلة بين الخطين، فإن أدرك العارفون أن الخطين متماثلان لزمه ما أقر به في الوثيقة[695]، –الأمر الذي يقابله في قانون المسطرة المدنية بتحقيق الخطوط – **"وهل يجبر حينئذ المطلوب على الكتابة ويطول عليه فيها بحيث لا يمكنه استعمال غير خطه لتقابله بالخط الذي عند الطالب، أو لا يجبر؟ قولان للخمي[696] وعبد الحميد، واستظهر ابن عرفة الثاني، ورجح بعض الشيوخ الأول كما في التبصرة"**[697]. ويقاس على هذا المقتضى، ما إذا

---

694 - أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 180

695 - محمد ابن معجوز، م س، ص 84.

696 - اللخمي: هو أبو الحسن علي بن محمد الربعي المعروف باللخمي، أصله من القيروان، كان متفننا في علوم الفقه والحديث والدب، وهو أحد الأئمة الأربعة المعتمدة ترجيحاتهم في مختصر خليل توفي سنة 478 هـ. له تعليق على المدونة شهر بالتبصرة، وقد نقل المعيار عن المقري ان اللخمي لم يحرره في حياته انظر محمد مخلوف، م س، ج 2 ص362.

697 - أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 181.

تعذر على المنكر الكتابة أو كان قد مات و أنكر وارثه أن تكون بخطه ولم يوجد شاهدان يثبتان أنها بخطه، فإنه يمكن أن تقارن الوثيقة بأية كتابة يتفق الأطراف على أنها بخط من ادعى أنه هو كاتب الوثيقة المتنازع فيها، أو يثبت أنها بخط شاهدين عدلين، ومن هذه المقارنة يستنتج ما إذا كانت الكتابتان بخط واحد أو لا ويحكم بما تفضي إليه الخبرة في ذلك[698].

وبهذا فإنه يجوز للإنسان أن يعتمد على خطه، وأن يشهد بما كان قد كتبه ونسيه، كما أنه يجوز له أن ينسب الخطوط لأصحابها وأن يشهد بذلك، لأن لكل كاتب خطا معينا، لا يتشابه مع خطوط غيره إلا نادرا جدا، كما أنه يصعب على أي شخص تقليد خط غيره تقليدا متقنا يصل إلى الدرجة التي يعسر معها التفرقة بينهما، ولذلك فإن أغلب المالكية أجازوا الشهادة على الخط سواء كان خط الشاهد نفسه، أو خط شاهد آخر، أو خط المقر[699].

فإذا كان المكتوب بخط يد الواقف مختوما بتوقيعه بما يفيد إمضاءه لما تضمنه من وجوب تنفيذ الوقف، وكان التوقيع مشهودا بنسبته إلى الواقف عن طريق ما يسمى بتصحيح الإمضاءات أو الإشهاد على صحة الإمضاء فإن هذا المكتوب يكون محررا عرفيا ثابت التاريخ لا تقل قيمته عن المحرر الرسمي العدلي، أما إذا لم يكون المكتوب مصحح الإمضاء، فإنه يمكن لصاحب الحق إثبات خط الواقف بشاهدي عدل على أن الخط إنما هو خط المنكر أو الميت، إذا أنكـر الواقف ذلك في حياته أو أنكره الورثة في حال موته، وهنا يقوم المكتوب حجة تلزم المنكر أو ورثته[700].

وبنص المادة 25 من مدونة الأوقاف على وثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها، فإنها أخذت من المحرر العرفي شرط التوقيع ومن المحرر الثابت التاريخ شرط المصادقة على التوقيع، ولم تشترط أن يتم تحرير هذا المحرر من جهة معينة كما هو حال المحرر الثابت التاريخ. ومن جهة أخرى يثبت الوقف كذلك بالشهادة على الخط بالنسبة للأوقاف المنشأة قبل دخول مدونة الأوقاف حيز التنفيذ.

---

[698] - محمد ابن معجوز، م س، ص 86.
[699] - نفســه، ص 84.
[700] - محمد الشيلح، " تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية "، م س، ص 226

بقيت الإشارة إلى أنه بالنسبة لشروط صحة الوقف، وحتى إن لم يتم تضمينها في المحرر العرفي فإنه يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات سواء بالشهادة أمام القاضي المعروض عليه النزاع أو بواسطة اللفيف أو القرائن مع اليمين أو حتى المعاينات[701]، المهم هو تحققها قبل حصول المانع من موت أو تفليس، وليس معنى عدم إدراجها في المحرر العرفي هو سقوطها وعدم أخذها بالاعتبار، على اعتبار أن المحرر العرفـي يشترط فيه فقط التوقيع وإنما يبقى المضمون قائما ويحتاج إن لم يضمن في المحرر العرفي، إلى إثباته بكافة وسائل الإثبات، الأمر الذي يظهر التحصين التي توفره الوثيقة العدلية.

ثالثا- قيود اللجوء إلى المحرر العرفـي

بتنصيص المشرع في المادة 25 من مدونة الأوقاف على أنه يكتفى استثناء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف مصادقا على صحة توقيعها طبقا للقانون، فإن مجال إعمال الوثيقة العرفية ينحصر في الاستثناء من الإشهاد بها لدى العدلين، وهذا الاستثناء يخضع بدوره لكافة وسائل الإثبات ليبقى لقضاء الموضوع سلطة تقديره حسب كل نازلة، فمقصد المشرع هنا من إقراره لهذا الاستثناء هو محاولته تحقيق نوع من التوزان بين حماية الأملاك الوقفية والتيسير عليها من حيث إنشاءها أولا قبل إثباتها، وبين الذهاب في الرسمية خاصة في المجال العقاري وإن لم نصل بعد إلى الرسمية.

غير أنه إذا كان المثال الأبرز على وجود حالة الضرورة الداعية إلى الاكتفاء بالمحرر العرفي يكمن في عدم وجود العدول في المكان الذي قرر فيه العازم على إنشاء الوقف، أو تعذر حضور العدول إلى مكان الواقف أو وجود العازم على الوقف في وضع صحي لا يسمح له بالذهاب إلى العدول[702]، فإن هذا الاستثناء قد يتعذر إثباته، خاصة إذا علمنا أنه يوجد بدائرة نفوذ كل محكمة ابتدائية عدلان أو أكثر ينتصبون للإشهاد على مختلف التصرفات[703].

---

[701] - عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 302 وما بعدها.
[702] - محمد الشيلح، م س، ص 224.
[703] - زكرياء العماري، " إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه الإسلامي "، م س، ص 315.

كما أنه يوجد أكثر من عدلان في مكان تواجد الجماعة الحضرية أو القروية التي يطلب من الواقف تصحيح إمضاءه فيها، وبذلك فالتعذر يحصل هنا بالنسبة لوجود حالة الضرورة وبالتبعية إثبات وجودها حال اللجوء إلى الوثيقة العرفية.

وإذا كانت المحررات العرفية تمتاز بالبساطة وبحرية التعاقد وبكونها تستمد قوتها الثبوتية من مجرد التوقيع وسرعة إنجازها وقلة التكاليف وسهولة الإجراءات، فإنه بالمقابل لها مخاطر أكثر من مزاياها، فنظرا لأنها يمكن أن تحرر من قبل الواقف أو من قبل أي شخص آخر، وعدم اشتراط إيرادها في شكل معين لعدم وجود ضوابط قانونية تحدد بياناتها الشكلية والجوهرية، ولا لأشخاص مؤهلين قانونا بتحريرها، فإن الغالبية العظمى من هذه الوثائق سيكتنفها الغموض والنقض وانعدام الدقة في الصياغة كما أن جل البيانات الأساسية في الوقف لن تراعى في تحرير الورقة العرفية ليحتاج بعد ذلك إلى البحث عن وسائل إثبات أخرى للاحتجاج بها وتدعيمها، فمحرر الورقة العرفية وإن كان الواقف نفسه، ليس له دراية بكون الوقف المعقب في حدود ثلاث طبقات، ولا بكون أن شروطه يجب أن تكون مشروعة، ولا بكون الوقف يجب الإشهاد عليه وحوزه قبل حصول المانع، وقد لا يبرز في المحرر حدود العقار المراد توقيعه بدقة ولا يعمل على استصدار الشهادة الإدارية التي تنفي عن العقار الصبغة الجماعية وأنه ليس ملكا للدولة أو سبق تحبسيه. هذا إن لم يطعن فيها الواقف نفسه، كما يمكن لخلفه المطالبة باستبعادها لمجرد التصريح بعدم معرفتهم لخط أو توقيع من تلقوا الحق عنه[704]، عملا بالفصل 431 من ق ل ع، الأمر الذي يفضي إلى كثرة النزاعات.

في معرض رفض الاعتداد بالأوراق العرفية التي يكتنفها الاختلالات، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بوجدة: "وحيث إن الاختلالات الشكلية.... والتي مست العقود أعلاه لا تبرر الاستجابة لطلب التقييد وإن الحكم الابتدائي لما تحاشى ما استند إليه المحافظ في قرار رفضه واعتبر العقود صحيحة قابلة للتقييد على حالتها يكون قد جانب الصواب

[704] - جيهان بونبات، م س، ص 93.

وخالف المقتضيات القانونية والاجتهادات القضائية في هذا الشأن، لذا وجب إلغاء الحكم المستأنف[705].

لكل ما سبق فإنه لا مناص من إقرار الرسمية في إنشاء الوقف، حتى يتسنى حماية إثباته، ويخفف العبء عن المحاكم، ويسهل الاهتداء إلى الحق في المحرر الرسمي، وتحارب تبعا لذلك ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير ومنها ظاهرة الاستيلاء على عقارات الأوقاف، فإذا كان للمحرر العرفي دور في صيانة الأملاك الوقفية سابقا، فإنه في الوقت الحالي ونظرا لتغير أحوال الناس، وغياب الورع في عدد منهم، أصبح من السهل التلاعب في المحرر العرفي بما يخدم أطماعهم.

فإن كان في السابق مجرد وسم الملك بأنه حبسي يكفي الحفاظ عليه، فإنه في الوقت الحالي يشكل هذا الوسم بالنسبة للبعض فرصة يسهل الاستيلاء عليها، لذلك فلابد من الرسمية حتى تتسنى الحماية اللازمة للوقف، وفي ذلك نجد أن المشرع الجزائري قد تبناها سلفا بمقتضى المادة 217 من قانون الأسرة الجزائري وأكدها بمقتضى المادة 41 من القانون رقم 10.91 المتعلق بالأوقاف، حيث جاء في هذه الأخيرة أنه يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، ويستشف من ذلك أن المشرع الجزائري ألزم الواقف بضرورة تحرير الوقف في ورقة رسمية مع إشهاره على مستوى المحافظة العقارية متى تعلق الأمر بالعقار وذلك لترتيب الأثر العيني ولانتقال حق الانتفاع إلى الموقوف له، وبذلك فإنه منذ تاريخ 27 أبريل 1991 فإنه لا يمكن قيام الوقف الوارد على العقار إلا بالكتابة الرسمية، وذلك تحت طائلة البطلان، ويجوز لكل ذي مصلحة إثارة ذلك وللمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها نظرا للفائدة التي تعود بها الورقة الرسمية للأفراد وللدولة كذلك[706]، على أن الأوقاف التي نشأة قبل هذا التاريخ لا تخضع

[705] - قرار رقم 26 صادر عن الغرفة العقارية باستئنافية وجدة بتاريخ 2003/314 أورده نبيل عبد الله الطاهري، م س، ص 294.

[706] - رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 15 مارس 2014، ص 88.

لأيــة صيغة شكلية، ويمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات بما في ذلك المحرر العرفي شريطة أن يكون محررا كامل، ومؤرخ وموقع من طرف الواقف. وسبب الاعتداد بالورقة العرفية قبل هذا التاريخ فقط هو لعدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة وقانون الأوقاف الجزائريين بأثر رجعي[707].

الأمر الذي أكدته المحكمة العليا الجزائرية لما اعتبرت بأن عقد الحبس العرفي الذي أقامه المحبس سنة 1973، بأنه عقد صحيح، وأن لقضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور، على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي، بأنهم أخطئوا في قضائهم، وعرضوا قرارهم للنقض، لانعدام الأساس القانوني، لعدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي[708].

لذلك فما على القاضي في الجزائر سوى تصفح تاريخ إبرام التصرف لمعرفة ما إذا كان سيعتد بالمحرر العرفـي أو بالمحرر الرسمي في إثبات الوقف، حتى لا يصطدم بعدم رجعية القوانين[709*].

---

[707] - خير الدين موســى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، ج الأول: الوقـف، دار زهران للنشر والتوزيع عمان، ط الأولى 2012، ص 126.

[708] - قرار رقم 234655 مؤرخ في 1999/11/16، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص 2001، ص 314 – أورده خير الدين موسى فنطازي، م س، ص 126.

[709] - رمضان قنفود، المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي – في إطار القانون الموضوعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015/2014، ص 112.

*- مـر إثبات الوقف في الجزائـر بعدة مراحل وهــي:

- ✓ مرحلة ما قبل صدور قانون التوثيق الصادر في 1970/12/15: قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ لم يكن يشترط في الوقف الرسمية، فكانت تحرر على الشكل العرفي، كما كان يمكن أن تحرر على الشكل الرسمي، وكليهما يعد مقبولا.
- ✓ الفترة الممتدة بين 1970/12/15 إلى غاية 1984/06/09: هنا تطبق المادتين 12 و 13 من قانون التوثيق حيث لا يعتد إلا بالعقد الرسمي فقط غير أن المحكمة العليا خالفت نص المادة 12 من قانون التوثيق والتي تشترط الرسمية في كل المعاملات العقارية، واستثنت الحبس من هذه الرسمية – كما سبقت الإشارة إليه في القرار أعلاه – لأنه من أعمال البر والإحسان.
- ✓ الفترة الممتدة بين 1984/06/09 إلى غاية 1991/04/27: أصبحت تطبق المادة 217 من قانون الأسـرة التي نصت على أن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية، وترتيبا على ذلك يثبت الحبس إما: + بتصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. + في حالة وجود مانع قاهر، يثبت الحبس بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.
- ✓ مرحلة ما بعد تاريخ 1991/04/27: نصت المادة 41 من قانون الأوقاف على أنه يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف (رمضان قنفود، م س، ص 114).

نفس المقتضـــى المتعلق بالرسمية نجده في القانون الأردنـــي حيث جاء في المادة 1237 من القانون المدني الأردني المتعلقة بطرق إثبات الوقف على أنه يتم الوقف أو التغيير في مصارفه وشروطه بإشهاد رسمي لدى المحكمة الشرعية المختصة وفقا للأحكام الشرعية، ويلزم تطبيقا للقانون التسجيل في دائرة الأراضي إذا كان الموقوف عقارا. وبهذا يكون المشرع الأردني أخذ بالإشهاد الرسمي والتسجيل في إثبات الوقف قانونا[710].

إذا ثبت ما سبق، طرح التساؤل عن إمكانية إثبات الوقف بالعقد الإلكترونـي؟

رابعا- العقد الإلكترونـــي

نظم المشرع المغربي العقد الإلكتروني بمقتضى القانون رقم 53.05[711] المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وأدخل بموجبه تعديلات على الفصول 417 و 425 و426 و 440 و 443 من ق ل ع م، ونظم بمقتضى هذا القانون الإجراءات الواجب إتباعها لتكوين عقد إلكترونـــي. غير أنه لم يعمل على تعريف هذا العقد كما فعلت بعض التشريعات العربية حيث نجد أن المشرع التونسي اعتبره بمقتضى الفصل 453 من مجلة الالتزامات والعقود بأنه: **"الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى، بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال، تكون ذات محتوى يمكن فهمه، ومحفوظـة على حامل إلكترونـــي يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"**[712]*. وعرفت المادة الأولـــى من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري، عرفت المحرر الإلكتروني بأنه **"رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو**

---

[710] - منذر عبد الكريم القضاة، "أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2011، ص 112.

[711] - الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3879.

[712] - الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، أضيف بالقانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000.

*- وعرفه القانون العماني بأنه العقد أو القيد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو تسلمها بوسائل إلكترونية على وسيط ملموس أو أي وسيط أخر ويكون قابلا للتسلم بشكل يمكن فهمه (المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية مرسوم سلطاني رقم 69 لسنة 2008 بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية، صادر في 11 جمادى الأولى سنة 1429 الموافق لـ 17 ماي 2008 – الجريدة الرسمية، ع 864).

ترسل، أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"[713].

بذلك يتمثل المحرر غالبا في صورة سند يتم إنتاجه وحفظه من خلال الحاسب، مثل الرسالة، أو العقد أو الصورة، وقد يتم إرسال المحرر الإلكتروني عن طريق التلكس أو الفاكس، والكتابة الواردة في العقد الإلكتروني هي عبارة عن كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أيــة وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك. وهي بذلك تختلف عن الكتابة التقليدية على الورق من حيث أنها تكون مسجلة على دعامة مغناطيسية لا يمكن قراءتها أو الاطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي أو طبعها على الورق بواسطة الطابعة الملحقة بالحاسب[714]. كما أن التوقيع الإلكتروني يختلف عن نظيره العادي على الورق باعتباره – أي التوقيع الإلكتروني – هو كل ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره[715].

وبالرجوع إلى المادة 2 من قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية نجدها تنص على أنه عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1/417 و 2/417 من ق ل ع م، وبالعودة إلى الفصل 1/417 نجده ينص على أنه تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بقوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق. وتقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة

---

713 - محمد حسين قاسم، م س، ص 233.

714 - نفسه، ص 232.

715 - سالم أوديجا، م س، ص 388.

وعرفه القانون الكويتي: البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في مستند أو سجل إلكتروني أو مضافة عليها أو مرتبطة بها بالضرورة ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره. (المادة 1 من قانون رقــم 20 لسنة 2014 في شأن المعاملات الإلكترونية الكويتي صادر في 11 ربيع الآخر 1435 الموافق لــ 11 فبراير 2014).

المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف، بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها.

وبذلك يكون المشرع المغربي أعطى مفهوما واسعا للكتابة من أجل مجاراة التطور التكنولوجي الذي شهده العالم في العقود الأخيرة، واعترف بالكتابة الإلكترونية كدليل كتابي، وسمح بأن تندرج ضمنه أي دعامة أخرى قد تظهر في المستقبل، وبهذا الفصل يكون قد وضع حدا للجدل الذي ثار حول الكتابة الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات، كما أنه لم يميز بين المحرر الذي تم تحريره على الورق وبين المحرر الذي تم تحريره إلكترونيا وإنما عمل على المساواة بين المحررين بغض النظر عن الدعامة التي حررا عليها[716].

وكالدليل الكتابي الذي يميز فيه بين الورقة الرسمية والورقة العرفية عمل المشرع على التمييز في العقد الإلكتروني بين العقد الإلكتروني الرسمي والعقد الإلكتروني العرفي، وجعل بمقتضى المادة 2/417 من ق ل ع م كما أضيفت بالقانون رقم 53.05، جعل الوثيقة الإلكترونية رسمية عندما يوضع التوقيع أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق والمقصود هنا العدول والموثق طبقا لقانون 32.09. ونص في الفصل 426 من ق ل ع المتعلق بالورقة العرفية في فقرته الثالثة كما عدل وتمم بالقانون رقم 53.05 على أنه إذا تعلق بتوقيع إلكتروني مؤمن وجب تضمينه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال. وبذلك يكون المشرع استلزم كما هو حال الورقة العرفية العادية، أن تشتمل الورقة الإلكترونية العرفية على التوقيع فقط شريطة أن يكون مؤمن، الشيء الذي يتيح التعرف على الشخص الموقع وعن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة الموقع عليها إلكترونيا. كما أنه وكالعقد العرفي المصحح الإمضاء، نجد المشرع نص في الفصل 3/417 من ق ل ع م كما أضيف بالقانون 53.05 على أنه تتمتع كل وثيقة مذيلة بتوقيع إلكتروني مؤمن والمختومة زمنيا بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المصادق على صحة توقيعها والمذيلة بتاريخ ثابت.

716 - محمد أحمد سيف بني غازي، التنظيم القانوني للعقود التجارية المبرمة عبر الأنترنت – دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011/2010، ص 308.

وعليه يمكن القول أن المشرع اعتبر العقد الإلكتروني كالعقد الورقي، واستلزم في أصنافه – رسمي وعرفي– ما استلزمه في العقد الورقي، وتطلب في العقد العرفي الإلكتروني أن يكون موقعا إلكترونيا، وأن يكون هذا الأخير مؤمنا بحيث يكون هذا التوقيع خاصا بالموقع، وأن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية، وأن يضمن وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق أدخل عليها، ويجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة، كما يتعين الإشارة إلى معطيات التحقق من التوقيع الإلكتروني المؤمن في الشهادة الإلكترونية المؤمنة (المادة 6 من قانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية).

أما العقد الإلكتروني الرسمي فتطلب المشرع أن يوضع التوقيع الإلكتروني أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق، وهنا طرح التساؤل عن عمل الموظف العمومي، هل يقتصر على تأكيد صحة التوقيع أم أنه يعمل على إنشاء العقد الإلكتروني الرسمي؟

بالرجوع إلى الفصل 2/417 من ق ل ع م كما أضيف بالقانون رقم 53.05، يتبين أن العقد الإلكتروني يصير رسميا إذا وضع التوقيع الإلكتروني أمام موظف عمومي له صلاحية التوقيع، وبذلك يظهر الاختلاف بين الوثيقة الورقية والإلكترونية بحيث أن الأولى تكون رسمية بتوقيع الموظف المكلف بالتوثيق في حين أن الوثيقة الإلكترونية تصبح رسمية بتوقيع أطرافها أمام هذا الموظف. لكن لا يمكن القول أن مهمة هذا الأخير تقتصر على الإشهاد على هذا التوقيع، فبالرجوع إلى المقصود بالموظف المكلف بالتوثيق نجد كل من العدلين والموثق طبقا لقانون 32.09، وبالعودة إلى القانونين المنظمين لهتين المهنتين، فإنه لا يمكن القول أن الممارسين في إطارهما يكتفيان بالإشهاد على توقيع الأطراف وإنما يلزمهما القانون المنظم لكل مهنة بمجموعة من الإجراءات المترابطة في ما بينها تصاحب إنشاء الوثيقة إلى غاية إضفاء صفة الرسمية عليها.

ودون الدخول إلى باقي مشتملات العقد الإلكتروني والتنظيم القانوني له[717] وما أفرزه من إشكالات على أرض الواقع[718]، فإنه ورعيا لخصوصية هذه الدراسة سيكتفى بهذه التوطئة للعقد الإلكتروني ليتم العودة إلى السؤال المطروح أولا والمتعلق بمدى جواز إثبات الوقف بالعقد الإلكتروني؟.

ذهبت بعض الدراسات المتخصصة في مجال الوقف إلى أنه يمكن الاعتداد بالعقد الإلكتروني لإثبات الوقف شريطة أن يكون ممكننا التحقق من هوية الشخص الذي صدرت عنه وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تسمح بضمان سلامتها[719]، وأن المشرع المغربي بمقتضى المادة 48 من مدونة الأوقاف فتح المجال أمام جميع الوسائل الشرعية والقانونية لإثبات الوقف، وموقف المشرع المغربي هذا يوجب علينا أن لا نقف بعيدا عن وسائل التقدم العملي، وأن لا نتردد في الاعتماد عليها في إثبات الوقف، لأنها أدلة مقبولة شأنها شأن باقي وسائل الإثبات الأخـرى[720].

غير أن الأمر ليس على تصوره، على اعتبار أنه إذا كان الإشهاد على الوقف يتم بمقتضى المادة 25 من مدونة الأوقاف والتي تتحدث عن الأصل والاستثناء في الإشهاد على الوقف، فإن الوثيقة الإلكترونية بدورها يجب أن تخضع لهذا الأصل والاستثناء. فإذا كان الأصل أن العدلين يتلقيا الإشهاد بالوقف ولا يتلقاه أي شخص آخر مكلف بالتوثيق ويصدر أوراق رسمية، فإن الوثيقة الإلكترونية الرسمية في مجال الوقف يجب أن تصدر عن العدلان باعتبار أن المادة 2/417 من ق ل ع م كما أضيفت بالقانون رقم 53.05 نصت

---

[717] - للتوسع في هذه المسألة – انظـر:
- ✓ محمد أحمد سيف بني غازي، م س، ص 300 وما بعدها.
- ✓ محمد متزعـم، م س، ص 453 وما بعدها.
- ✓ جابر الشحري، م س، ص 190 وما بعدها.
- ✓ مولاي حفيظ العلوي القادري، "حجية المستخرجات الإلكترونية في الإثبات"، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون، ع 55 – 2016، ص 87.
- ✓ محمد محروك، م س، ص 30.
- ✓ محمد بن سليمان بن عبد الله الراشدي، "وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية والتجارية "، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2013/2012، ص 58.

[718] - للاطلاع على هذه الإشكاليات – انظر : سالم أوديجا، م س، ص 391.

[719] - إدريس بلمحجوب، "مسار العمل القضائي في مجال إثبات الوقف"، مجلة النظام القانوني للأملاك الوقفية، ج الأول، ع الأول 2012، ص 96.

[720] - زهيـرة فونتير، م س، ص 268.

على أنه تصبح الوثيقة الإلكترونية رسمية إذا وضع التوقيع المذكور عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق، وما هذا الأخير في مجال الوقف إلا العدول، لذلك يجب أن يصدر العقد (الإلكتروني) الوقفي عن السادة العدول، وهو أمر غير محقق لعدة اعتبارات منها، أن العدل له اختصاص مكاني معين يتقيد به، والعقد الإلكتروني يخترق عنصر المكان فهو ليس وطنيا فقط وإنما دوليا، يصعب معه حضور الأطراف إلى العدل قصد التأكد من صحة توقيعهم، وهويتهم وأتميتهم وصحة إجراء التحبيس، كما أنه يتقيد بمجموعة من الضوابط كأن يحرر الإشهاد في مذكرة الحفظ بخط اليد وليس بالحاسوب ويتحقق من الأطراف ومن أهليتهم ومن توفر الرضى، فإن تعلق الأمر بالعقار تأكد من رسمه إذا كان محفظا واستصدر الشهادات الإدارية إذا كان غير محفظ، ناهيك عن التضمين في سجلات المحكمة ومخاطبة قاضي التوثيق، فكيف يمكن القول في ظل قانون خطة العدالة بتحرير العدول للعقد الإلكتروني؟ صحيح أنه يمكن الاهتداء إلى الرقمنة، والمحكمة رائدة في هذا المجال، كما أن العدول يستحسنونها ويشتغلون وفقها بعلاقتهم مع الإدارات المعينة، إلا أن العقد الإلكتروني بعيد المنال في ظل النظام القانوني المؤطر للمهنة.

أما عن العقد الإلكتروني العرفي المتعلق بالوقف فإنه لا يمكن تصوره إلا في ظل استثنائيين، الأول متعلق بذات المادة 25 من مدونة الأوقاف والتي تجعل الأصل في الإشهاد على الوقف لدى عدلين والاستثناء الاكتفاء بوثيقة الوقف الموقعة، والمصادق على توقيعها، ففي ظل هذا الاستثناء والذي بدوره يجب توفر حالة الضرورة التي تمنع من اللجوء إلى العدول، كعدم تواجد العدول في مكان الواقف، وهنا يمكن اللجوء إلى العقد العرفي الإلكتروني شريطة توفر حالة الضرورة، وإثبات توفرها، مع عدم تحقق الاستثناء الثاني والمتعلق بالمادة 2 من قانون 53.03 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، والتي تنص في فقرتها الأخيرة على أنه : "غير أن الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسـرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري لا تخضع لأحكام هذا القانون، ما عدا المحررات المنجزة من لدن شخص لأغراض مهنته". بمقتضى هذه الفقرة استثنى المشرع من تطبيق القانون 53.05 أحكام مدونة الأسرة من زواج وطلاق ووصية وميراث...، لأنها عقود تتطلب الإشهاد

والحضورية في مجلس العقد، وكذلك استثنى المحررات العرفية المنصبة على الضمانات الشخصية أو العينية، ذلك أن الحقوق العينية المرتبطة مثلا بنقل الملكية والتصرفات الشخصية المتعلقة بالأحوال الشخصية تكتسي أهمية وخطورة مما دفع المشرع إلى استثنائها وعدم إخضاعها لمجالات تطبيق التوقيع الإلكتروني، ذلك أنه من غير المستساغ تصور إبرام عقود زواج أو عقود ناقلة أو منشئة لحقوق عينية من وصية أو وقف بصورة إلكترونية، أو على الخط[721]. وبذلك يكون من الصعب مراعاة هذا الاستثناء، والاستثناء الوارد في المادة 25 من مدونة الأوقاف، لإبرام عقد إلكتروني عرفي متعلق بالوقف، لذلك فالعقد الإلكتروني بنوعيه خارج عن مجال الوقف للخصوصية التي يتميز بها، وإن كان عدم الاعتداد به هذا بشكل غير مباشر، فإن القانون الأردني نص عليه بصفة مباشرة حيث جاء في المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني أنه: "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي:.... 2) إنشاء الوقف وتعديل شروطه....."[722]. ونصت المادة الثالثة من قانون المعاملات الإلكترونية العماني على أنه: "..... ولا يسري هذا القانون على ما يلي: أ – المعاملات والأمور المتعلقة بقانون الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا والهبات. ب – إجراءات المحاكم والإعلانات القضائية والإعلانات بالحضور وأوامر التفتيش و أوامر القبض والأحكام القضائية. ج – أي مستند يتطلب القانون توثيقه بواسطة الكاتب بالعدل". ونصت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي على أنه: **"... ولا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي: أ – المعاملات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والوصية. ب – سندات ملكية الأموال العقارية وما ينشأ عنها من حقوق عينية أصلية أو تبعية. ج – السندات الأدنية والكمبيالات القابلة للتداول. د – أي**

---

721 - سالم أوديجا، م س، ص 393-381.

722 - تنص هذه المادة على أنه: " لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي: أ – العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

1) إنشاء الوصية وتعديلها.
2) إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
3) معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.
4) الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
5) الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.
6) لوائح الدعاوى والمرافعات واشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب – الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول " المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 الأردني.

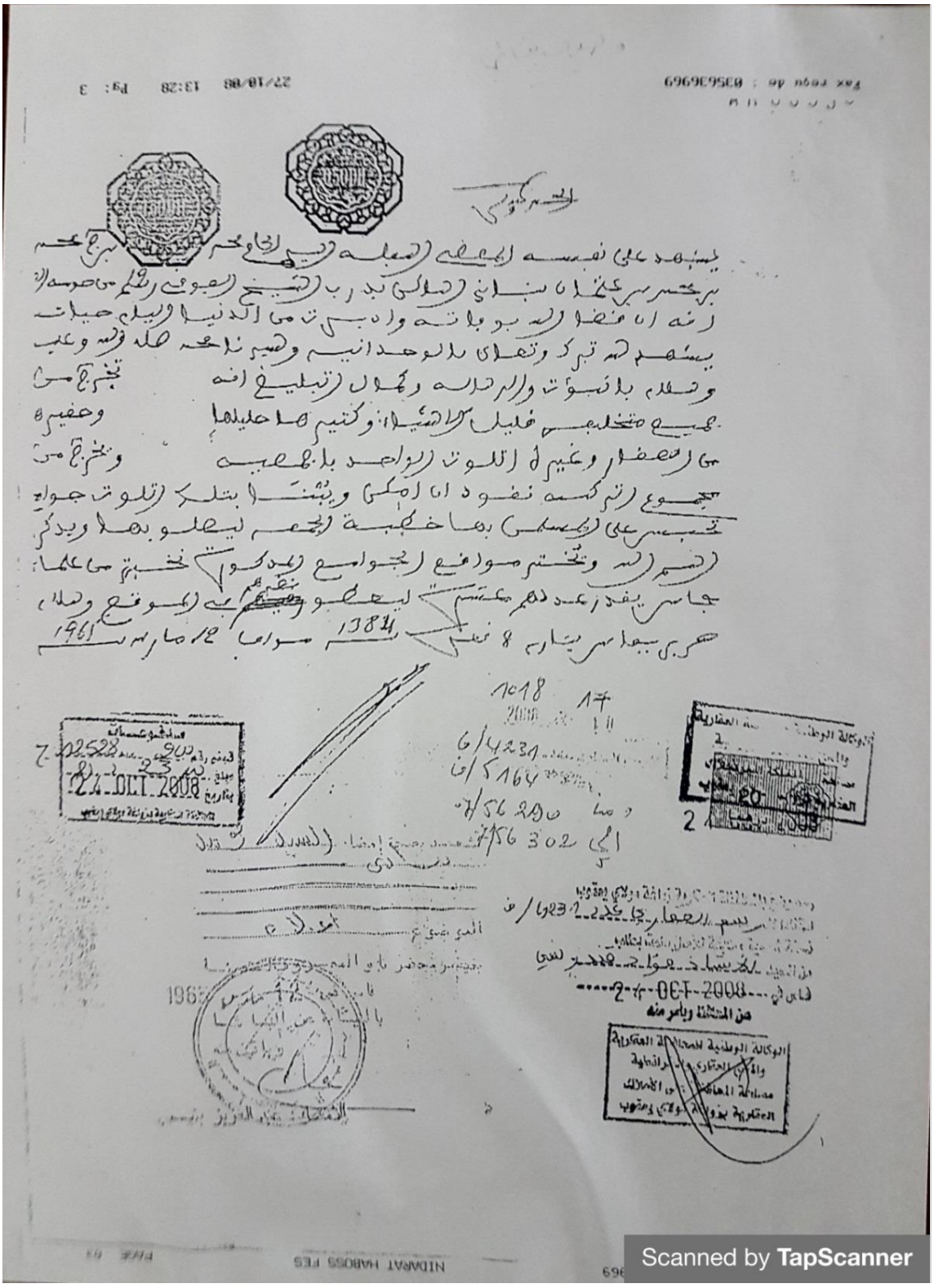
مستند يستلزم القانون إفراغـه في محرر رسمي أو توثيقي أو ورد في تنظيمه نص خاص في قانون آخر".

لكل ذلك وإن كان لا يمكن عمليا توثيق عقد إلكتروني متعلق بالوقف سواء كان رسميا أو عرفيا، وذلك راجع إلى خصوصية المادة الوقفية، فإنه لا ضير من التنصيص على هذا الاستثناء زيادة في الإيضاح والاحتراز في القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي كما هو الشأن بالنسبة لمدونة الأسرة، التي تم استثنائها من هذا القانون بكيفية صريحة، لاتحاد الغاية من هذا الاستثناء بالنسبة لمدونتي الأسرة والوقف.

الفقرة الثانية: نموذج للورقة العرفية المتعلق بالوقف

على غرار المنهج المتبع في الفقرة الثانية من المطلب الأول فإنه سيتم إيراد نموذج للورقة العرفية المتعلقة بالوقف (**أولا**)، على أن يتم تحليلها (**ثانيا**).

أولا - صورة عقد عرفي متعلق بالوقف



Scanned by TapScanner

ثانيا- تحليل العقد

قبل العمل على تحليل هذا العقد العرفــي المتعلق بالوقف، سيتم إعادة إيراد هذا العقد بما يؤدي إلى سهولة فهــم محتواه نظرا إلى الصعوبة التي قد يطرحها هذا العقد في استجلاء فهم كتابته التي حررت بأسلوب فقهــي أكثر منه قانوني، ونظرا لقدم هذه الكتابة وأنها مخطوطة باليد، لذلك فهو على الشكل التالي: "الحمد لله يشهد على نفسه الممضي أسفله السيد فلان... الساكن .... بـــ..... أنه إن قضى الله بوفاته وأدبرت من الدنيا أيام حياته يشهد لله تبارك وتعالى بالوحدانية ولسيدنا محمد ﷺ بالنبوءة والرسالة وكمال التبليغ أنه تخرج من جميع متخلفه قليل الأشياء وكثيرها جليلها وحقيرها من العقار وغيره التلوث الواحد بأجمعيه ويخرج من مجموع التركة نقود إن أمكن ويبنى بتلك التلوث جوامع تحبس على المسلمين بها خطبة الجمعة ليصلوا بها ويذكر اسم الله ويختر مواقع الجوامع المذكورة نخبة من علماء فاس يقدر عددهم عشرة ليعطوا نظرهم في الموقع والسلام، حرر بفاس بتاريخ 08 قعدة 1384 موافق 12 مارس سنة 1965...".

يتضح من خلال هذا العقد أنه من الناحية الشكلية كتب بخط اليد وأنه كتب بخط يد غير الشخص الواقف، وأنه اشتمل على بعض البيان في منتصفه إضافة إلى الضرب على كلمة وكتابة كلمة أخرى فوقها وهي "نضرهم"، كما أنه اشتمل على كلمة "قعدة" والمقصود بها "ذي القعدة" وكلمة "التلوث"، والمقصود بها "الثلث"، وهما كلمتين كانتا تكتبان على تلك الشاكلة، كما أن العقد موقع من طرف الواقف، وهو ما يوازي الورقة العرفية التي يطلب فيها التوقيع فقط، كما أن هذا العقد مؤرخ ومصحح الإمضاء، مما يجعله بمنزلة العقد الثابت التاريخ في مفهوم قانون الالتزامات والعقود، بالإضافة إلى طابع وإمضاء السلطة المصحح لديها الإمضاء، كما أن هذا العقد يشتمل على طابع وإمضاء المحافظة العقارية مما يفيد أن هذا العقد حرر في 12 مارس 1965 وصحح إمضاءه بنفس اليوم، وثم تحفيظه بتاريخ 24 أكتوبر 2008 وأديت عنه رسوم المحافظة العقارية.

أما من الناحية الموضوعية فإن الواقف أشهد على نفسه بهذا التوقيف وقصد كاتب المحرر للإشهاد عليه به، غير أن المحرر لم يذكر من كتب الوثيقة ولا من أشهد عليها، وإنما اقتصر على ذكر رغبة الواقف في الإشهاد عليه، بما يمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات الأخرى، مع بيان الحوز كما تقدم. إضافة إلى أن مصدر إنشاء الوقف بمقتضى هذا العقد هو الوصية، الأمر الذي تفيده عبارة "أنه إن قضى الله بوفاته وأدبرت من الدنيا أيام حياته.... أنه تخرج من جميع متخلفه.... التلوث (المقصود الثلث)...."، وقد تقدم في بداية هذه الدراسة أن الوقف ينشأ بالعقد أو بالوصية أو بالقانون، وفي هذا المقام ينشأ هذا الوقف بالوصية، و يخرج من ثلث أموال الواقف بعد موته، (وفي بيان التفليس قبل الحوز يراجع الفصل الأول من الباب الأول)، أما عن أركان الوقف فقد اشتمل الرسم على بيان الواقف باسمه الكامل وعنوانه، أما الموقوف عليه، فهو جهة بر وإحسان أي الوقف العام، وأما الشيء الموقوف، فهو محدد في الثلث من جميع تركته سواء كان عقارا أو منقولا، مما يفيد أن جميع ممتلكاته تجمع ويطرح منها الثلث، وهذا الثلث يوقف على المساجد، وهنا تدخل شروط الواقف التي عبر عنها بأن هذا الثلث يبنى به المساجد ليصلي فيها المسلمون ويذكروا اسم الله وتقام فيها خطب الجمعة، وعن موقع هذه المساجد اشترط الواقف أن يختار نخبة من علماء فاس -ويحدد عددهم بعشرة عالم- موقع إقامة هذه المساجد، وكل هذه الشروط مشروعة. وجدير بالذكر أن قيمة ما هو محبس في هذه الوثيقة يقدر في وقتنا هذا بالمبالغ الطائلة وأن الواقف ابتغى من هذا الوقف وجه الله وأوقفها في سبيله. وأما من حيث الصيغة، فإن العقد اشتمل على عبارة **"تحبس على المسلمين"** مما يفيد القصد إلى التحبيس ولا يدخل أو يتشابه مع الأنواع الأخرى للتبرعات من هبة وصدقة وغيرها.

من خلال هذه الوثيقة يمكن القول أنها إن كانت تخدم الوقف وتحصنه وتحميه حال المنازعة، وفي الفترة التاريخية التي أنشأت فيها، إلا أنه وفي الوقت الحالي، وأمام ما يطرحه مشكل غياب الضمير لدى البعض وتفشي ظاهرة الاستيلاء على عقارات وممتلكات الغير، فإنه من السهل عليهم تزوير وتحريف مثل هذه العقود، كما أنه من السهل عليهم

استعمالها كغطاء للصورية التي يقدمون عليها، مما يهدم ما أقر الفقهاء من أجله الحوز في التبرعات، لذلك وكدعوة لتحصين ممتلكات الوقف فإنه من الضروري اشتراط الرسمية في ما قد ينشأ من أوقاف في المستقبل.

بقيت الإشارة إلى أن المشرع المغربي بتنصيصه في الفصل 424 من ق ل ع على أن المحررات 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، وبذلك يكون المشرع أعطى للورقة العرفية نفس حجية الورقة الرسمية إذا اعترف بها من يقع التمسك بها ضده أو كانت معتبرة قانونا في حكم المعترف بها منه، فلا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، أما إذا لم يعترف بها بأن أنكر توقيعه أو خطه، أو صرح الورثة والخلفاء بأنهم لا يعرفون خط أو توقيع من تلقوا الحق منه (حسب الصل 431 من ق ل ع م) فإنه يتم اللجوء إلى مسطرة تحقيق الخطوط[723]، غير أنه مادامت الوثيقة العرفية المتعلقة بالوقف مصححة الإمضاء، فما على الراغب في إنكار التوقيع إلا اللجوء إلى دعوى الزور[724]، فإن تبين أن الخط صحيح أو أن التوقيع صحيح، فإن الورقة العرفية هنا تأخذ حجية الورقة الرسمية في الإثبات.

فإذا ثبت ما سبق فإن الأملاك الوقفية تثبت كذلك بكل من الحوالات والسجلات الحبسية الأمر الذي سيتم التطرق إليه تاليا.

---

[723] - للتوسع في مسطرة تحقيق الخطوط أنظر: - إدريس شلبي، مسطرة تحقيق الخطوط في القانون المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2015/2014، ص 40.

[724] - لمزيد من التوسع في حجية المحررات العرفية، أنظر:
- ✓خالد سعيد، م س، ص 176.
- ✓سالم أوديجا، م س، ص33.
- ✓محمد متزعم، م س، ص 302.

المبحث الثاني: الحوالات والسجلات الحبسية

اعتبارا لكون الدليل الكتابي يشمل حسب القانون المدني على المحرر الرسمي والمحرر الثابت التاريخ والمحرر العرفي، فإنه حسب المادة الوقفية وما يطبعها من خصوصية يشتمل كذلك بالإضافة إلى ما سبق على الحوالات والسجلات والكنانيش الحبسية، لذلك سيتم بحث هذه الوسائل من الدليل الكتابي في المطلب الأول تحت عنوان الحوالات الحبسية، ليخصص المطلب الثاني للسجلات والكنانيش الوقفية.

المطلب الأول: الحوالات الحبسية

لبحث القوة الثبوتية للحوالات الحبسية، فإنه سيتم إيراد ثلاثة عناصر تبتدأ بالتعريف بالحوالة، وإيراد نموذجا لها، ثم بيان الأخذ بها كحجة ليخلص المطلب ببيان حجيتها.

الفقرة الأولى: مفهوم الحوالات الحبسية

لبيان مفهوم الحوالة الحبسية باعتبارها مفهوما غريبا على غير المهتمين بالمادة الوقفية، فإنه سيتم تعريفها (**أولا**)، تم إيراد نموذج لها (**ثانيا**).

أولا- التعريف بالحوالات

تعتبر الحوالات من ناحية شكلها عبارة عن دفاتر ذات حجم كبير متعددة الصفحات، تتكون من ملفات من الورق المقوى العتيق، ذات صفحات تميل إلى اللون الأصفر، شد بعضها إلى بعض بمادة لزجة لاصقة تارة وخيوط سميكة أو هما معا تارة أخرى خاصة تلك الحوالات التي خضعت للترميم[725].

سجل في هذه الحوالات كل ما يتصل بالوقف، فهي إحصاء دقيق ومضبوط للممتلكات العقارية ودخلها وما ينفق من هذه المداخيل على المشاريع الاجتماعية أيا كان نوعها، فهي عبارة عن وعاء مادي وضعت فيه معلومات حول الوقف من حيث الواقفون

[725] - عبد الحق ابن المجدوب الحسني، الحوالات الحبسية ودورها في حفظ الممتلكات الوقفية، مطبعة آنفو- برانت فاس، ط الأولى 2003، ص 10.

والموقوف عليهم[726]، والصيغة وما يرمي إليه المحبسون من وقفهم مع شهادة الشهود وتوقيع العدول وإمضاء القاضي في بعض الأحيان[727]، وبذلك فهي عبارة عن دفاتر سجلت بها شؤون الأوقاف من ممتلكات عقارية وغيرها، مع دخلها والنفقات عليها، فضلا عن وثائق موضوعية مختلفة، وبينها نصوص بإثبات ملكيات المحبسين لموقوفاتهم[728]. ولعل تسميتها بهذا الاسم، أي "الحوالات" يعود لكونها حولت إليها وثائق فردية وضمت إلى ديوان شامل لها، أو لكونها – أي التسمية – آتية من الحول أي السنة، لملاحظة أنها كانت تتجدد في كل سنة في أكثر الظروف التي مرت بها الأوقاف، كما أنها تعرض باستمرار للمراجعات والمتابعات، الأمر الذي يدل على اشتقاقها من الحول إلى التحويل، لأن وثائق التحبيس تحول وتنقل إلى هذه السجلات[729].

إن كل حوالة من الحوالات بالإضافة إلى اشتمالها على إثبات الوقف فإنها تشتمل أيضا على ذخائر نفيسة، ومواضيع فقهية هامة ونماذج باهرة من التعاون الإنساني والتكافل الاجتماعي والتضامن الديني مما يؤكد أن أسلافنا رحمهم الله كانوا سباقين إلى تثبيت الحضارة المغربية المثالية المستمدة من روح الإسلام ونظمه الرائدة[730]، وقد جاء عن الشيخ محمد المكي الناصري: "أن الأوقاف الإسلامية في المملكة الشريفة، تراث خالص للمسلمين المغاربة، تركه السلف ضمانة مادية لاستقرار الإسلام واستمرار تعاليمه بين المغاربة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها، فلما عرف ملوك هذه الدولة الشريفة قدسية الأوقاف وحرمتها الدينية، وتيقنوا أنها خير ضمانة ثابتة تحفظ مصير الملة الإسلامية مما يهددها من أخطار، جعلوا أنفسهم أكبر حراسها، وأحرص الناس حفظها من العدوان"[731].

---

[726] - محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، "الوقف في الفكر الإسلامي"، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بأمر من صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني رحمه الله، ج الأول، ص 196.

[727] - عبد الحق ابن المجدوب الحسني، م س، ص 10.

[728] - محمد المنوني، المصادر العربية لتاريخ المغرب من الفتح الإسلامي إلى نهاية العصر الحديث، ج الأول ،مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر، الدار البيضاء 1983، ص 130.

[729] - محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، ج الأول، م س، ص 197.

[730] - عبد الحق ابن المجدوب الحسني، م س، ص 23.

[731] - محمد المكي الناصري، "الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية"، طبع بأمر من صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني رحمه الله، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،1992 ص 17.

بدأ التفكير في الحوالات في عصر المرنيين، إذ أن أقدم المعروف منها يرتقي إلى أيام المرينيين، ثم تكاثرت تدريجيا، وتكاثرت مع العصر العلوي، فبعض الحوالات المرينية تتحدث عن وثيقة يرجع تاريخ كتابتها إلى عام 64 هجرية، وهذه الحوالة تقع في 596 صفحة بنظارة أوقاف القرويين[732]، غير أن أقدم الأصول الباقية من الحوالات إنما ترجع لأيام الوطاسيين، ومنها حوالة أحباس المارستان بفاس حيث يرد بها تاريخ عام 905 هجرية، وحوالة أحباس فاس العليا، وبها نفس التاريخ، والجزء الأول من أحباس القرويين ويشتمل على تاريخ 961 هجرية، فهذه الحوالات تشتمل على معلومات بالغة الأهمية، تكشف في بلد الحوالة عن أسماء الخطط والآثار والأشخاص والأسـر، كما تتحدث عن النظام الإداري لقطاع الأوقاف وأسماء القائمين بها ومرتباتهم، فضلا عن الأنظمة الدينية والتعليمية والاجتماعية للمدارس والمساجد والمؤسسات الاجتماعية المندثرة، هذا إلى أن كثيرا من وثائق الحوالات يثبت بها تسلسل عدد من العائلات المغربية مع مجموعة من أسماء الشهود والقضاة وتوقيعاتهم بأشكالها المعقدة، مضافا إلى ذلك بعض لوائح الكتب الموقوفة على المؤسسات التعليمية ومجموعات من الفتاوى مذيلة بأسماء المفتين[733].

وقد كان أول اهتمام معاصر بهذه الحوالات، حوالة رقم 1052 على عهد السلطان سيدي محمد الأول، وتعتبر هذه الحوالة أول حوالة على عهد الدولة العلوية، وكان يعتمد فيها على أواقي النقرة وكسورها، وهناك الحوالة السليمانية رقم 1219[734]، ونجد أن المولى اسماعيل اهتم بشؤون الوقف، فلما رأى كثرة الأوقاف بالمملكة وخشي عليها من الضياع والنسيان، أمر النظار في كل جهة من الجهات بإحصاء الأوقاف وتسجيلها في دفاتـر خصوصية، رسمية تكون وثيقة قانونية وتاريخية بين أيدي الأجيال القادمة، حتى يتعرفوا منها على أملاك الأحباس ومقاصد المحبسين، وكان من ذلك ما يسمى بالحوالات الحبسية، كما أن النظر في الأوقاف كان من اختصاصات القضاة الشرعيين الموكول إليهم تطبيق الشريعة والذود عن العقيدة فكان النظار بمنزلة نواب عن القضاة يديرون الأوقاف تحت إشرافهم ومراقبتهم الشرعية، وكانوا ملزمين أمامهم وأمام الملوك وجماعة المسلمين

[732] - محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، ج الأول، م س، ص 197.
[733] - محمد المنوني، ج الأول، م س، ص 130.
[734] - محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، ج 1، م س، ص 198.

بصرف مداخيلها طبقا لإرادة الواقفين، ولما كثر عدد النظار في كثير من المدن والنواحي، حيث كان في بعض الجهات لكل وقف ناظر خاص معين إما من قبل صاحبه أو من قبل القاضي أو باختيار جماعة المسلمين، عمل السلطان سيدي محمد بن عبد الله على جمع أوقاف الجهة الواحدة في يد ناظر واحد، وتبعه في ذلك المولى عبد الرحمان، فقلل عدد النظار وجعل في كل مركز من المراكز ناظرا أو ناظرين، سعيا في لم شتاتها وتشديدا في حراستها[735]، وكان الاهتمام المعاصر بهذه الوثائق تناول حوالة أحباس طنجة، ونشرت مصورة في نصها العربي بباريس سنة 1914 م في 330 لوحة بعناية المستشرق الفرنسي ميشو –بلار، وخلال الخمسينيات من القرن الماضي عملت الخزانة العامة بالرباط بالتصوير على الشريط لمعظم الحوالات المغربية في 75 مصورة[736*].

وقد استمر ملوك الدولة العلوية في السير على النهج الذي رسمه المولى إسماعيل رحمه الله، والمتمثل في صيانة المكتسبات الحبسية وتوثيقها بواسطة الحوالات والظهائر الشريفة، فكانت الحوالة بمثابة عقود محفوظة، ورسوم عقارية يسهر على تصنيفها عدلان يعينهما القاضي، وكان الإشراف، والتوجيه، والسهر، يعود للسلطان حفاظا على قدسية الوقف[737].

ونجد ممن عمل على حماية الأوقاف وضبطها، وتنظيم حوالاتها، ومسك دفاترها القاضي أبو العباس أحمد بن عرضون الغماري[738] قاضي شفشاون ونواحيها[739]، حيث اعتبر أول من نظم الأوقاف بشمال المملكة، فقد أحصى أملاك الأوقاف الشفشاونية وما

---

[735] - الشيخ محمد المكي الناصري، م س، ص 17-18-19.

[736] - محمد المنوني، ج 1، م س، ص 130.

*- من هذه الحوالات الموجودة في الخزانة العامة بالرباط حسب المدن: -حوالة أحباس فاس والقرويين رقم 113 – حوالة أحباس الزاوية العلمية بمكناس رقم 115 – حوالة أحباس كبرى مراكش رقم 119 – الجزء الأول من حوالة أحباس تازا (تازة حاليا) رقم 128 – الجزء الثاني من حوالة أحباس مولاي بوشعيب أزمور رقم 138 – الجزء الثاني من حوالة أحباس الجديدة رقم 139 – حوالة أحباس دكالة رقم 144 – حوالة أحباس تارودانت رقم 145.. للاطلاع على هذه الحوالات، انظر محمد المنوني، ج 1، م س، ص 130 وما بعدها. وللاطلاع على باقي الحوالات من غير المصورة المجودة في الخزانة العامة بالرباط، انظر محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، ج 1، م س، ص 203.

[737] - علي بن شقرون، م س، ص 118.

[738] - ابن عرضون: هو أبو العباس أحمد بن الحسن بن يوسف بن عمر بن يحيى المعروف بابن عرضون ولد سنة 947 هـ، توفي سنة 992 هـ من مؤلفاته: اللائق المعلم الوثائق – مختصر مقنع المحتاج في آداب الأزواج والوادان. انظر عمر رضا كحالة، م س، ص 125

[739] - محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، ج 1، م س، ص 198.

حولها من القبائل التابعة لها، ودونها بخطه في سجلات خاصة، وجعل على رأس كل مسجد ناظرا يقوم على شؤونه ويطوف على رباعه وأملاكه، وكان ابن عرضون يتحرى الدقة والضبط في عمله هذا، فهو يتثبت من الوثيقة ويتحرى في وصفها، حيث يورد عبارة : **"والحبس أعلاه صحيح لا يجوز بيعه وقد حضر صاحبه"**، ويصف الموقوف رباعا كان أو عقارات أو ثياب، وإذا كانت كتبا يحدد اسم الكتاب وأجزائه وبدايته ونهايته ومؤلفه ونوع المادة التي احتواها وقيمتها، إلى غير ذلك من الأوصاف الكاشفة التي تطبع نوع الموقوف وتزيده تعريفا وتخصيصها[740].

فلما كان لابد للأملاك الموقوفة من يد تراعاها، حتى تبقى مصونة ومستمرة في أداء الأدوار والمهام الاجتماعية التي أنيطت بها، عمل ملوك الدولة المغربية على حمايتها، ووكلوا أمرها إلى نظر القضاة الذين كان اختيارهم يخضع لمجموعة من الشروط، منها سعة ثقافتهم في الفقه والأحكام، ومنها إدراكهم للمذهب المالكي، كما يجب أن يكونوا من أهل الورع والتقوى، وكان من اختصاصهم الإشراف على الأحباس نظرا لما لها من حرمة دينية، وتعيين النظار والعدول، فقد جاء في نوازل ابن عبد السميع أن للقاضي تقديم صاحب الأحباس للنظر في حبساته، ويتضح من ذلك أن تعيين النظار كان من أهم اختصاصات القضاة، ولهم الحق في عزلهم إذا ما خالفوا الشروط العامة للوقف، كما أن الانتصاب للشهادة كان أيام السعديين يتم على يد القضاة، يرخصون لمن عرفوا فيه الكفاية والعدالة بتلقي الشهادات، ونتيجة لذلك كان القاضي يمارس مراقبة دائمة على الناظر، وعلى العدول بمناسبة مخاطبته على عقود التحبيس ومختلف الوثائق التي لها صلة بالأحباس[741].

لكل ذلك يمكن القول أنه بفضل الحوالات الحبسية بقية معظم الأحباس مصونة محفوظة وإلا كان مصيرها إلى الزوال والاندثار.

---

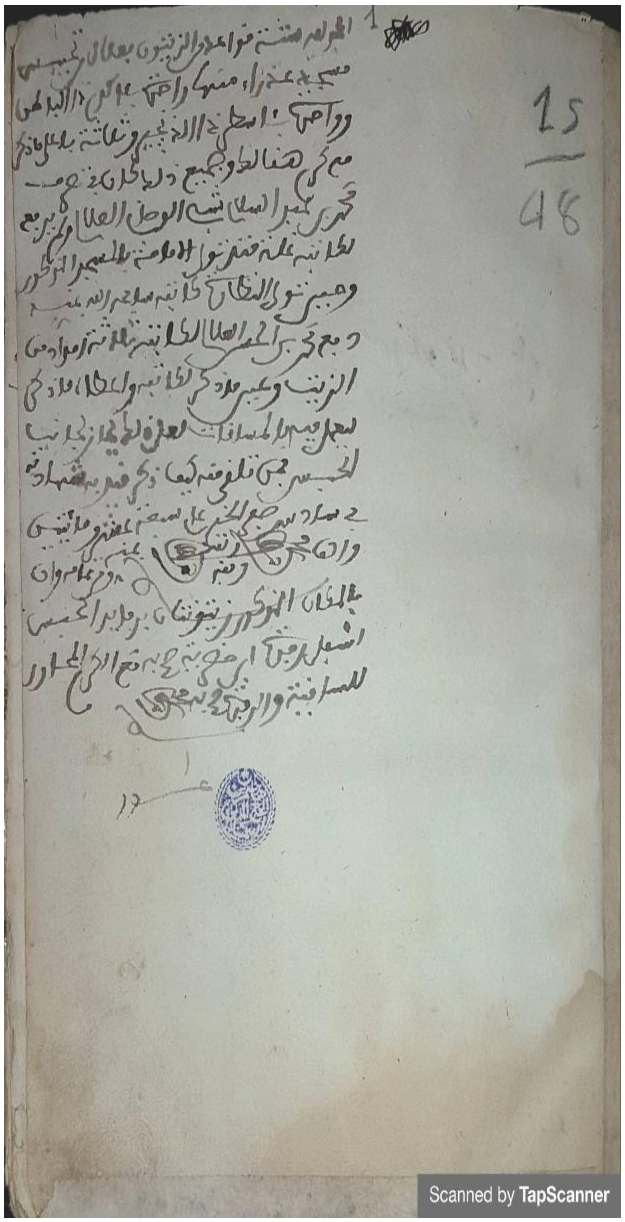
[740] - مصطفى بنعلة، تاريخ الأوقاف الإسلامية بالمغرب في عصر السعديين من خلال حوالات تارودانت و فاس، ج الأول، منشورات زارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، ط الأولى 2007، ص 329.

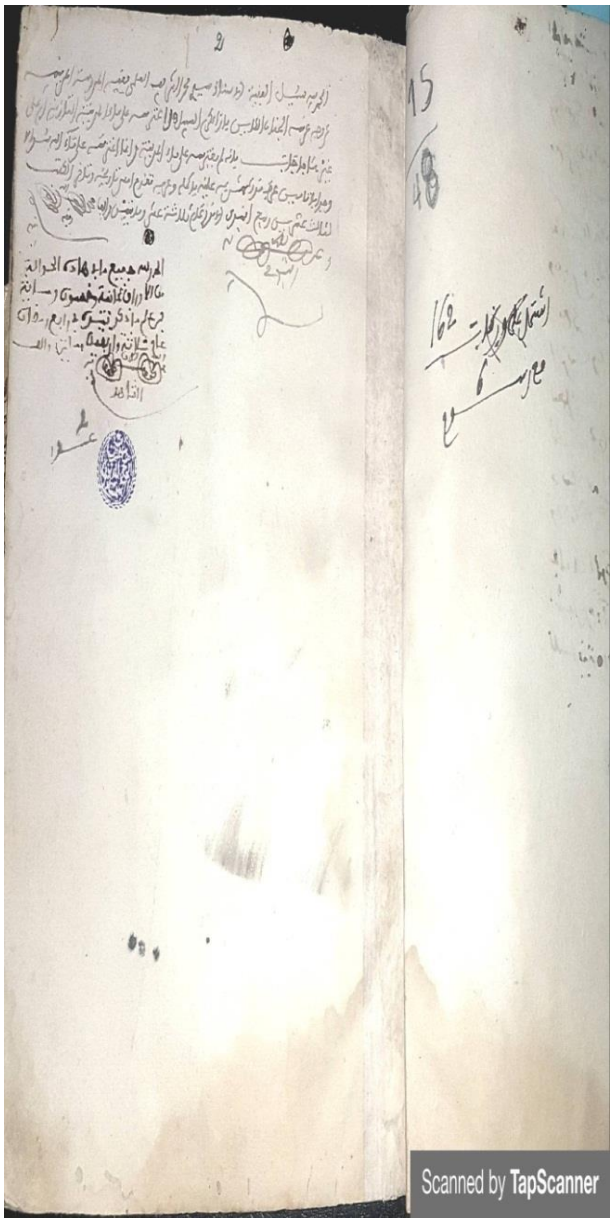
[741] - نفسه، م س، ص 91.

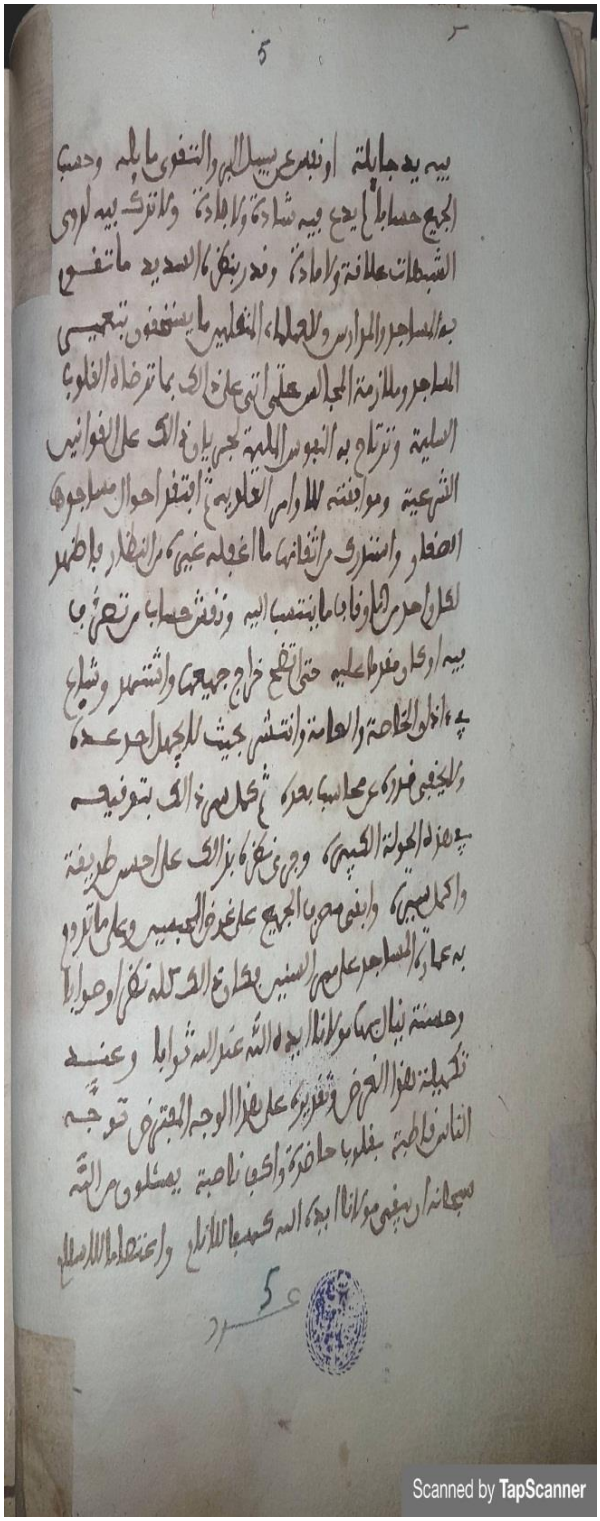
فمن خلال هذا التعريف الموجز، ومن خلال ما سيأتي بعده ستتضح القوة الثبوتية لهذه الحوالات، فما شكلها المادي وما تضمنته من موضوعات، وقدمها في التاريخ، واعتناء الملوك بها، وبيان طريقة إنشائها وحفظها، ما هو إلا دليل يعزز حجيتها وقوتها في الأخذ بها، وعليه سيتم إيراد نموذج لهذه الحوالات وتحليله تاليا.

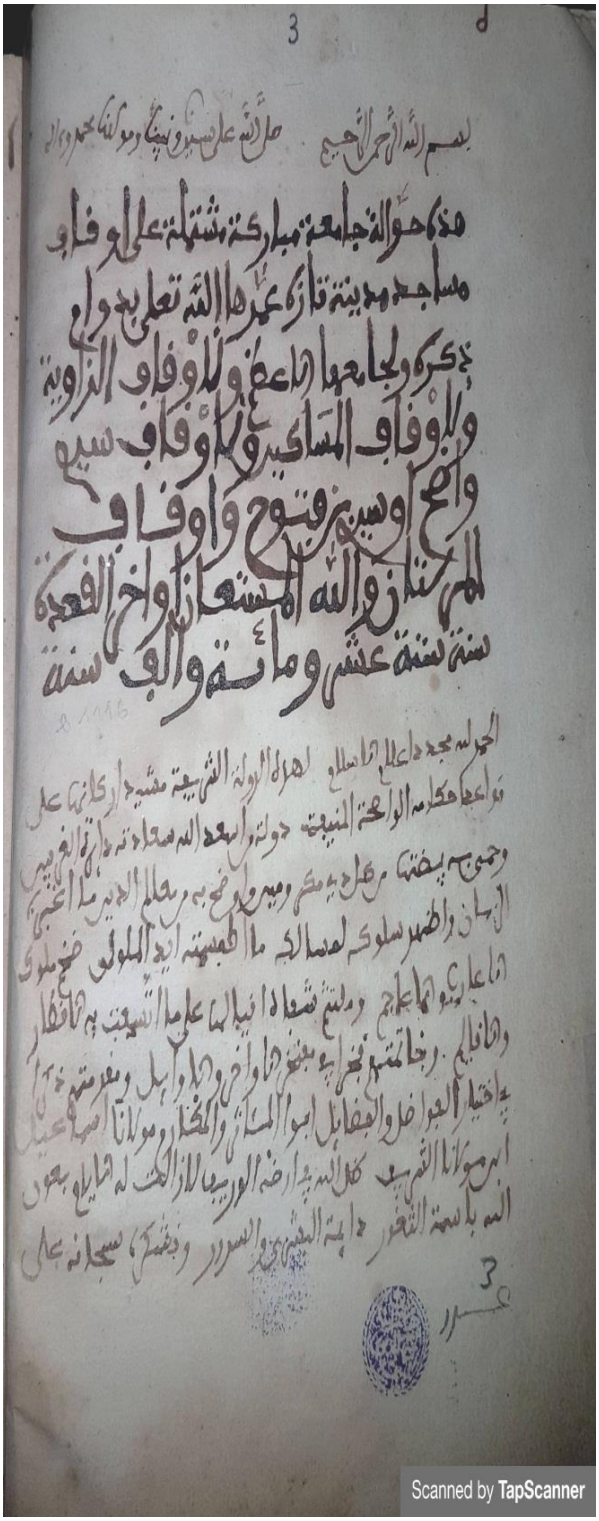
ثانيا – نموذج حوالة حبسية

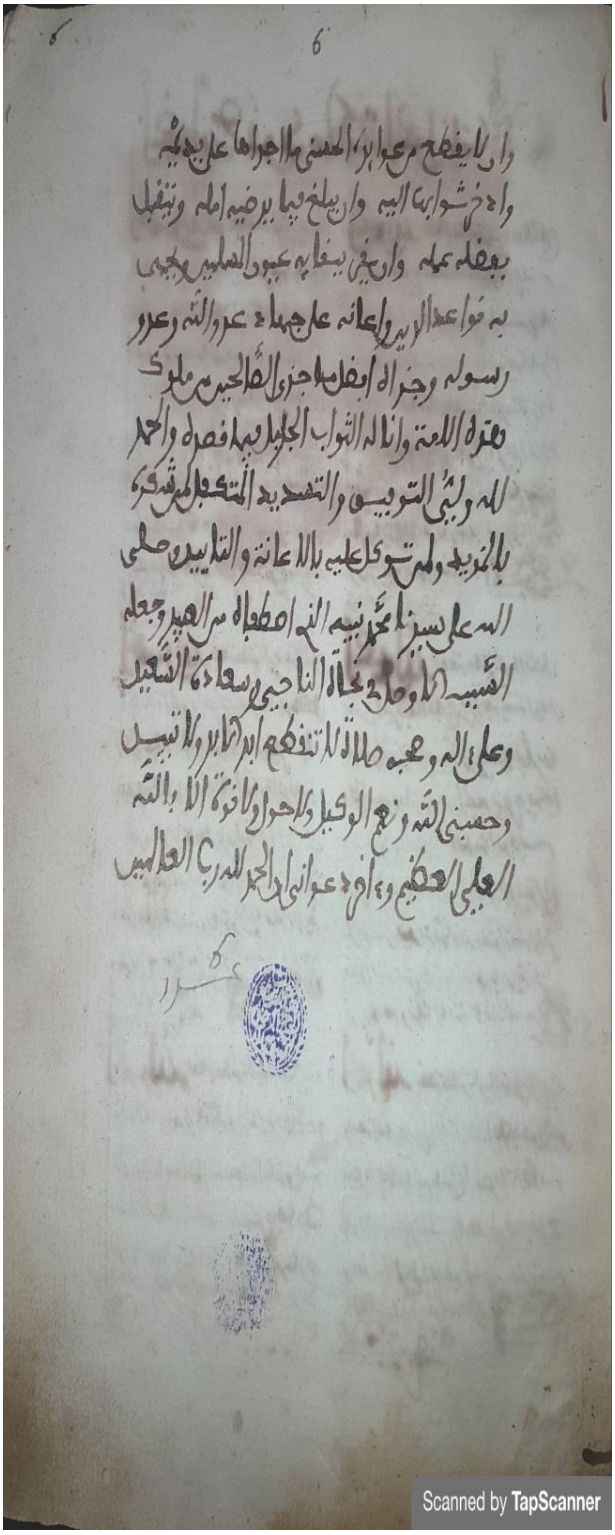
أ- حوالة أحباس تازا

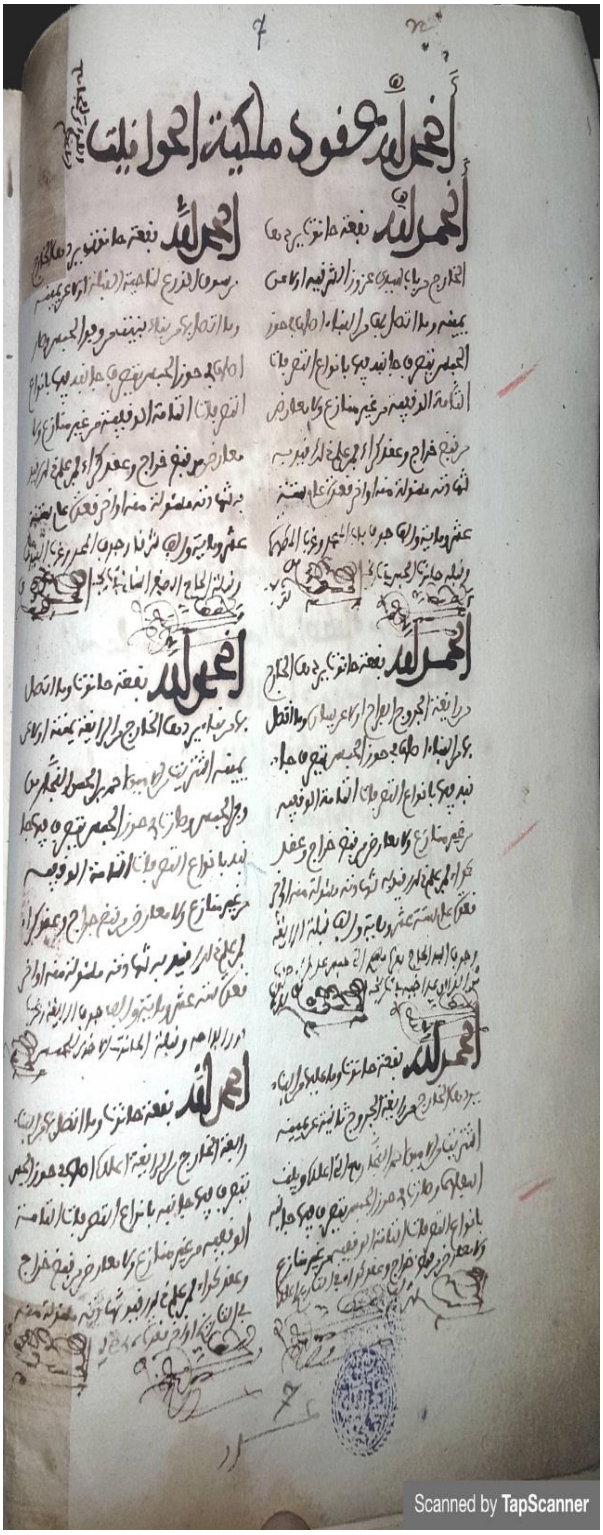












ب- وصف الحوالــة

من الناحية الشكلية فإن هذه الحوالة عبارة عن سجل يحتوي على مجموعة من الأوراق، في كل ورقة منه توجد حوالة أو عدة حوالات، مما يفيد بأن مجموعة من الحوالات جمعت وضمت في هذا السجل الذي سمي بحوالة أحباس تازا رقم 15، وحالة هذه الأوراق متوسطة بها تآكل خفيف في الحواف نظرا لقدم الزمان عليها، وشدت بخيوط، وضمت في هذا السجل واستعملت المادة اللزجة واللاصق لضمان تباتها في هذا السجل، وبالنسبة لأرقام الصفحات فهي تبدأ برقم واحد وتنتهي برقم مائة وثمانية وخمسون كما هو وارد في إشهاد العدل في الورقة الثانية من هذه الحوالة، وهي ترقم بالأوراق وليس بالصفحات، ويتكرر الترقيم في الورقة الواحدة مرتين، الأول في أعلى الورقة والثاني في أسفلها تحت مسمـى **"عدد"** الذي أورده كاتب هذه الحوالة.

فيما يخصى الكتابة فهي ترد في واجهة الورقة دون ظهرها غير المرقم الذي يبقى دائما فارغا، وقد خطت واجهة كل ورقة بأقلام مختلفة، فأحيانا تكتب بخط دقيق جدا غير واضح، وأحيانا بخط غليظ يظهر للعيان على ظهر الورقة، وكتبت هذه الحوالات بمادة الصماق الأسود المائل في بعض الأحيان إلى اللون البني، كما يلاحظ أنه توجد حوالة واحدة في الورقة، وتوجد كذلك عدة حوالات في الورقة الواحدة، علاوة على أن بعض الحوالات يستوعب واجهة الورقة بأكملها في حين تستغرق بعض الحوالات بضعت أسطر من الورقة، كما هو الشأن بالنسبة للورقة الثانية.

أما من حيث الأسلوب فقد كتبت بأسلوب تواظب الأقدمون عليه وصعب على المتأخرين فهمه، مما اضطررت معه إلى الاستعانة بالسادة العدول ذوي الخبرة الكبيرة في المجال التوثيقي، لفك رموز هذه الحوالات. ومن حيث تاريخ كتابة هذه الحوالة أي حوالة تازا رقم 15 فإنه يعود إلى تاريخ رابع رمضان عام 1243، أما ما اشتمل عليه هذا السجل فنجد حوالة وقفية بتاريخ سادس صفر الخير عام 1217.

ومن الملاحظ انعدام الترتيب الزمني فيما يخص الأسبقية، حيث نجد الحوالة اللاحقة أقدم تاريخا من السابقة. جدير بالذكر أن أوراق هذه الحوالة لا تخلو في بعضها من تعاليق، تسجل تارة على الجانب الأيمن وتارة أخرى على الجانب الأيسر، ومن هذه التعاليق نجد ما يمكن أن يطرأ على الوقف من تغيير فإن تم تعويض الوقف كتب ذلك، كما هو واضح في الصفحة 48 الواردة أعلاه، وهو ما ينسف مقولة الشيخ التسولي التي استند إليها عندما قرر أن الحوالات مجرد زمام كما تمت الإشارة إليه سابقا وكما سيتم توضيحه لاحقا.

من ناحية المضمون نجد أن هذه الحوالة تشتمل على عدة موضوعات منها ما يتعلق بموقوفات بعددها من مساجد وحوانيت...، إضافة إلى التطرق لمن عمل على حفظ هذه الموقوفات وإحصائها والطريقة التي نهجها في سبيل ذلك، علاوة على بعض الفتاوى في مجال الوقف، وكيفية المحاسبة فيه، وقد ابتدأت الحوالات بالحمد لله جريا على عادة العدول في هذا المجال، تيمنا باسمه في كل أمر ذي بال، وقد اشتملت الحوالة مثلا على وصف دقيق للموقوف، والواقف والموقوف عليه والصيغة الواردة بعبارة تحبيس، والمشرف على الوقف، وقد ورد في الورقة الأولى مثلا الإشارة إلى الحيازة ومن تلقى الإشهاد بتوقيعه مع ما أضيف إلى هذا الوقف حيث وردت عبارة "ومن تمامه" إضافة إلى التعريف به من قبل العدل وتوقيعه مع خطاب القاضي، منه يمكن القول أن هذه الحوالات حررت من قبل العدلين ومخاطب عليها من قبل القاضي، حيث نجد في كل ورقة توقيع العدلين بأسمائهم، مع ملاحظة أنه كان يدمج الاسم مع التوقيع وتذكر العبارة التي تفيد الاشهاد كما هو واضح في الورقة الثانية مثلا بعبارة "عرف قدره وشهد به على أكمله"، مع ذكر التاريخ ليأتي في الأخير خطاب القاضي.

تجدر الإشارة إلى أنه عندما ينتهي العدل من كتابة موضوع معين من الحوالة ويضع توقيعه فإنه يشتمل هذا التوقيع على حرف هاء مقلوبة، وهي تفيد هاء الانتهاء، فإن أضاف شيئا في الورقة وإن بموضوع مختلف وضع توقيعه مع هذه الهاء، إيذانا بانتهاء كتابته، فلاحظ في الورقة الثانية أنه عند انتهائه من الوقف وضع التوقيع لكل عدل مع هذه الهاء بالنسبة لكليهما، ولما أضاف في الأسفل جانب اليسار أن : "الحمد لله جميع ما في هذه

الحوالة ...."، أعاد وضع التوقيع مع هاء الانتهاء. وخطاب القاضي على جميع أوراق الحوالة، مما يفيد أن هذه الحوالة راعت شروط التوثيق وزيادة، واشتملت على الخطاب الذي يضفي الرسمية على الأوراق العدلية.

الفقرة الثانية: اعتماد الحوالة في إثبات الأملاك الوقفية

أولا: الأخذ بالحوالة

تقدم في الباب الأول بحث الاتجاه الفقهي والقضائي المقيد لوسائل إثبات الوقف والاتجاه الفقهي والقضائي الميسر لوسائل إثباته، قبل صدور مدونة الأوقاف، وتقدم بحث التوجه الذي نهجه المشرع بهذا الخصوص بمقتضاها، لذلك سيقتصر العمل هنا على إيراد قرار لمحكمة الاستئناف والتعليق عليه وهو قرار متعلق بالحوالة الحبسية، وذلك لإبراز أنه وحتى بعد صدور مدونة الأوقاف فإن الإشكال لا زال قائما من جهة، ومن جهة أخرى توضيح الأخذ بالحوالة الحبسية وبيان المقصود بعبارة "إلى أن يثبت عكسها" الواردة في المادة 48 من مدونة الأوقاف.

أ- قرار استئنافية طنجة[742]:

القرار عدد 1286 المؤرخ في 2012/12/06 ملف شرعي عدد 1401/12/66: "..... في جميع أسباب الاستئناف مجتمعة: صحيح، إن أملاك الأحباس لا تسري عليها الحيازة ولا تملك بطول المدة ولا يجري عليها التفويت بين الخواص أو رهنها بل إن قاعدة التطهير بالتحفيظ لا تسري على الملك الحبسي، كما أن إثبات تمليكه لا يشترط فيه شروط الملك المعتبرة شرعا الواجب توفرها في سائر الملكيات الخاصة وإنما يكفي فيها وفقا لقواعد الفقه المالكي المعمول به أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسما وموقعا وأنه حبس على جهة معينة، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها، بل إن المادة 48 من مدونة الأوقاف جعلت الملك الحبسي ممكن الإثبات بجميع وسائل الإثبات، واعتبرت الحوالة الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس.... فإن الحوالة

[742] - قرار منشور في سلسلة دليل العمل القضائي، ج 2، م س، ص 200 .

الحبسية التي يمكن اعتبارها كحجة شرعية لها قوتها الثبوتية، فلا بد من تضمينها شروط الحبس من إثبات التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس وتعيين الملك الحبسي وحيازته من طرف المحبس عليه أو من يتولى النيابة عنه، على ما تصح فيه الحيازة وأنه عند افتقارها لذلك لا تعدو أن تكون مجرد تنفيذ لا يثبت بها استحقاق التحبيس ولا تنزع بها الأرض ممن هي بيده وهو ما أكد عليه التسولي والبرزلي وأحمد بن المواز ونظمه صاحب العمل المطلق بقوله:

ومـا على ظهر كتـــاب يوجـد من رسم تحبيس بلا من يشهد

ليـس بعامـل إلـى أن يعلمـا الواقف بالشهـود أو يثبت ما

يفيـد أن الحـــظ للمحبـس وملكـه الأصل وحوز الحبـس

... وحيث إن لائحة الكراء المستدل بها من طرف المستأنف لا تقوم حجة على إثبات التعرض لكونها تخص أفرادا من جماعة ما، ولا تخص الجماعة بكاملها وبالتالي فإن عدم تحديد أسماء الأفراد من كل جماعة التي ترتبط معهم بعلاقة كرائية يجعل القائمة المستدل بها غير عاملة في النزاع اعتبارا لكون أثر العقد ينحصر بين طرفيه إذا ما صح عقد الكراء بتوقيع طرفيه على عقد الكراء..... وحيث إن القول بكون رسم شراء البائع لطالب التحفيظ يفتقر إلى سند تملك البائع له، فإن الظهير المنظم لخطة العدالة لسنة 1944 كان يسمح للمتعاقدين بإبرام عقودهم دون الإشارة إلى سند التملك ولو لم يكن البائع متوفرا عليه عند البيع، كما أن عدم الإدلاء بالشهادة الإدارية التي تفيد كون العقار غير جماعي أو حبسي لا يؤثر في صحة العقد بين الطرفين. وحيث تبعا لذلك يتعين تأييد الحكم المستأنف لعدم ثبوت ما يستدعي تعديله أو إلغاؤه....".

ب- التعليق على القرار

إن مسألة النظر في القضايا المتعلقة بالوقف تقتضي التقصي والبحث عن الخصوصية التي تطبع المادة الوقفية، وعدم الانسياق مع الأحكام العامة، وإنما لكل تشريع خصوصيته يظهر بشكل جلي مع بحث تطوره التاريخي. لذلك فمن خلال هذا القرار الذي

تتلخص وقائعه في أنه لما قدم مطلب التحفيظ أمام السيد المحافظ العقاري بالعرائش من أجل إنشاء رسم عقاري للملك المسمى "....."، تعرض عليه كليا السيد ناظر أوقاف القصر الكبير نيابة عن الأحباس العامة، لكون الملك المراد تحفيظه يدخل ضمن الوعاء العقاري للأحباس الكبرى التابعة لمسجدي الأعظم والسعيد بمدينة القصر الكبير، مستندا في ذلك على صورة شمسية لحوالة حبسية، وبعد أن أحيلت القضية على المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير، من طرف السيد المحافظ العقاري، تقدم دفاع وزارة الأوقاف بمذكرة ببيان أسباب التعرض، ذكر فيها أن طالب التحفيظ استند على رسم شراء لا يتضمن أصل تملك البائع، كما أن رسم الشراء المتعاقب له، لم يشر فيهما إلى تأكد العدل من كون العقار موضوعهما ليس ملكا جماعي أو حبسي أو غير ذلك، وأن هذا العقار كان موضوع كراء من طرف وزارة الأوقاف لفائدة دواوير قبيلتي الخلوط والطليق، وأوضح أن الحوالة الحبسية المستدل بها تثبت ذلك وأن السلطان عبد العزيز أصدر ظهيرا –وارد في الحوالة– يتضمن أن بلاد الحبوس التي بيد الخلوط والطليق لاتباع ولا ترهن، فأجاب المدعى عليه طالب التحفيظ بواسطه دفاعه، بكون رسم شرائه مستند على رسم شراء البائع له وأن خطاب القاضي على رسم شرائه لا يفنده الحجية، وأن الحوالة الحبسية لا تنطبق على أرض النزاع لا من حيث الموقع ولا من حيث الحدود، وبعد حجز القضية للمداولة أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها بتاريخ 2012/01/19 القاضي بعدم صحة تعرض السيد ناظر الأوقاف، بعلة أن المتعرض استند في تعرضه على رسم الحوالة الحبسية، وأن هذا الرسم خال من ذكر الجهة المحبسة ورسم التحبيس، مما يكون معه غير عامل في النزاع. فاستأنفه السيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بواسطة محاميه. وركز أسباب استئنافه في قصور في الاستدلال وضعف التعليل وانعدام الأساس القانوني، لكون أن عدم ذكر الحوالة للمحبس عليه وحيازته للشيء المحبس من يد المحبس هو تعليل بعيد كل البعد عن الحقيقة والواقع. وأن الحكم لم يعط أي اهتمام أو اعتبار للوثائق المدلى بها وذكر أنه بمقتضى هذه الحوالة يتبين أن الأحباس كانت تتصرف تصرف المالك في ملكه عن طريق الإيجار للقبيلتين المذكورتين، وأن البائعين ومن قبلهم هم من ضمن المستفيدين من أرض الأحباس في إطار العقد المذكور، وأن الحكم الابتدائي لم يرد على جميع الدفوع والتي أشارت إلى أن رسم شراء

طالب التحفيظ مؤسس على رسم شراء البائع له، وأن حوالة الأحباس صادرة عن السلطان المولى إسماعيل الذي قرر تحبيس أراضي الخلوط والطليق وتمت حيازتها بواسطة قائد الجيش وبحضور قاضي القصر الكبير وعدلين لإشهاده. وبعد استدعاء الجميع من طرف محكمة الاستئناف تقدم المستأنف عليه بمذكرة جوابية أكد فيها أن الحوالة الحبسية التي اعتمدها المتعرض لا تتوفر فيها الشروط الشرعية المنصوص عليها فقها والمعمول بها قضاء، وأنها مجرد تقييد لا يثبت به الاستحقاق ولا تنزع الأرض ممن هي بيده بسببها، وأن الحبس لا يثبت لمدعيه إلا بإظهار رسم التحبيس المؤشر على شروط الحبس من ملكية المحبس لما حبس يوم التحبيس والحيازة على ما تصح به فيه الحيازة، واستدل على ذلك بقرار منشور بمجموعة الأحكام الصادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، وبعد حجز القضية للمداولة قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي معللة قرارها بما هو وارد أعلاه في القرار. لذلك ما هي الوسائل التي يثبت بها الملك الوقفي ؟ وهل الحوالة الحبسية عاملة في إثبات الأملاك الوقفية؟

للإجابة عن ذلك سيتم بحث موقف القانون المغربي من هذا الإشكال في نقطة أولى (1) ثم بحث الحل الذي أعطاه القرار لهذا الإشكال في نقطة ثانية (2).

1- موقف القانون المغربي من إثبات الوقف:

نص المشرع في المادة 48 من مدونة الأوقاف على أنه : **"يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، وتعتبر الحوالة الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس. لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثـر في مواجهته."**، وبذلك يكون المشرع المغربي قرر أنه يمكن الارتكان إلى كافة وسائل الإثبات لإثبات الوقف، وزاد في التخصيص ونص على أنه تعتبر الحوالة الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس، اعتبارا إلى كون هذه الوسيلة لم تكن معروفة لدى غير المختصين في مجال الوقف وإلا اكتفـى بأنه يمكن إثبات الوقف بجميع الوسائل، كما أنه بتنصيصه عليها يكون قد رسم التوجه في إثبات الوقف، وأخذ بالرأي الفقهي والقضائي الميسر لإثبات الوقف، واستبعد من الاعتبار الرأي الفقهي والقضائي المقيد لوسائل إثباته،

والذي من ضمنه الفقيه التسولـــي، والذي سيتم إيراد موقفه لفهم سبب تشدده في عدم الأخذ بالحوالة الحبسية، والجواب الذي أعطاه الرأي الفقهي الذي يرى ضرورة الأخذ بها في الإثبات، ومن جهة أخرى لفهم العبارة التي أوردها المشرع المغربي إبان تنصيصه على الحوالة الحبسية والمتمثلة في: **"إلى أن يثبت العكس"**.

لفهم رأي الفقيه التسولي وجب إيراده كاملا دون اجتثاث والاقتصار على قوله أن الحوالة مجرد زمام لا يعمل بها، فقد قال: "وقول العامـــة: الحبس لا يحاز عليه إنما ذلك حيث لم يجز العمل بالمعاوضة فيه والبيع، وإلا فهو كغيره ما لم يكن الحائز معلوما بالجاه والكلمة وإلا فلا يعمل بحيازته كما يوجد من بعض أهل هذه البلدة أيضا وبالجملة، فيجب التثبيت في مثل هذا التثبيت، وقد عمت البلوى في هذه البلدة بكون الرجل يعاوض أو يستأجـــر ما خرب من الحبس، أو قل نفعه وتمزق رسوم ما عاوض به، ويأخذ رسم المعاوضة ولا يكتب على الحوالة بإزاء ما وقعت فيه المعاوضة أن ذلك المحل انتقل للرجل بالمعاوضة للاستخفاف بحقوق الناس والاتكال على رســم المعاوضة الذي بيد الرجل فيضيع رسم المعاوضة الذي بيده لطول العهد ونحو ذلك، فيقوم ناظر الأحباس عليه أو على ورثته بما في دفتر الأحباس وحوالتها، ويحتج عليه بأن المحل الذي بيده حبس، وأن الحبس لا يحاز عليه فلا يجد الرجل ما يدفعه به فيأخذ الناظر المحلين المحل الذي دفع الرجل له لتصرف الحبس فيه المدة الطويلة، والمحل الذي أخذه بالاستحقاق من الرجل، وهذا كثير وقوعه في هذه البلدة، ولا تجدهم يكتبون المعاوضة أو الجزاء والاستئجار بإزاء ما في الحوالة إلا في النزر القليل، هذا كله لو كان ما قام به الناظر ثابتا في الحوالة بعدلين مع ثبوت ملك المحبس والحيازة عنه وادعى الحائز معاوضته، أو لم يدع شيئا على ما مر بيانه، أما إذا كان في الحوالة مجرد زمام فقط كما هو غالبها فإنه لا يقضي به بحال على المعمول به كما قال البرزلـــي[743]، فيما يوجد مكتوبا على ظهر الكتب أنها حبس أو على فخذ الفرس أنها حبس قال: لا يعمل بذلك على ما به العمل إلا إذا ثبت أصل تحبيسه بعدلين معروفين، وثبت أن الأصل كان ملك للمحبس إلى أن حبسه وثبت حيازته عنه، ونظمه في

[743] - البرزلي: هو أبو القاسم بن أحمد البرزلي البلوي القيرواني ثم التونسي، مفتي تونس وفقيها وحافظها شيخ الشيوخ وعمدة أهل التحقيق والرسوخ، أخذ عن ابن عرفة نحو أربعين سنة وأجازه، إجازة عامة، توفي سنة 841 أو 843 أو 844 له ديوان كبير في الفقه وله الحاوي في النوازل وله فتاوى كثيرة . انظر بدر الدين القرافي، توشيح الديباج، م س، ص 275

العمل المطلق ولا فرق بين ما في الحوالة من أن المحل الفلاني حبس، وبين ما يكتب من التحبيس على ظهر أوراق الكتاب أو فخذ الفرس، إذ كل منهما لا يزيد على أن هذا المحل حبس فالكل محض زمام بغير شهادة وما في أحباس المعيار عن الشاطبي من أن زمام الأحباس يعمل به إذا لم يوجد ما هو أثبت منه لعله مقابل لما به العمل فلا يلتفت إليه أو يقال ذلك مع الشهرة كما في (ح) عند قوله: بحبست ووقفت إلخ. وما رأينا أحدا اليوم يقضي بزمام الحوالة والقضاء به يفتقر إلى الإعذار فيه ولا إعذار في مجرد زمام كما مر في فصل الإعذار، وتقدم في شهادة السماع ما يؤيد هذا والله أعلم "[744].

أجاب الفقيه محمد التاويل على هذا الرأي بقوله: "وغير خاف أن تعليله الأول غير دقيق فإن الحوالات ليست كلها مجرد زمام فإن فيها ما هو متضمن لرسم التحبيس باعتراف منه فتعميم الحكم مع قصور العلة لا ينبغي، كما أن تعليله الثاني غير مقنع فإنه بناه على أن حائز الحبس اشتراه أو عاوضه وضاع له رسم الشراء أو المعاوضة وبقي الحبس مسجلا في دفتر الحوالة وهذا لا يفيد، فإن الحائز لما في الحوالة إذا ادعى أنه اشتراه هو أو من ورثه عنه وضاع له الرسم كان ذلك اعترافا منه بأصل التحبيس، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت خلافه. فالحيازة وحدها لا تكفي طبقا لقاعدة الحبس لا يحاز عليه، لأن فيه حقا لله وحقا للغائبين والغائب لا يحاز عليه. والشيخ التسولي تضارب قوله فهـو يعترف في أول كلامه بأن الناظر يحتج بما في دفتر الحوالة على الحائز للحبس ويأخذ ما في يده، وأن هذا كثر وقوعه في هذه البلدة وهذا معناه أنه يقضى بما في الحوالة، لأنه لا يأخذه عنوة ودون قضاء، وهذا معناه أيضا جريان العمل في وقته بالقضاء بما في الحوالة بينما يقول في آخر كلامه، وما رأينا اليوم أحدا يقضي بزمام الحوالة. كما يقول في رد فتوى الشاطبي السابقة: لعله مقابل لما به العمل، أو يقال ذلك مع الشهرة، هكذا يتردد في موقفه منها. ويؤخذ من هذا التردد أنه يرى القضاء بما في الحوالة مع الشهرة"[745].

[744] - الفقيه التسـولي، " البهجة فـي شرح التحفة "، ج 2، م س، ص 436.
[745] - محمد التاويل، م س، ص 20.

وعن الرأي الذي يأخذ بالحوالة جاء عند المهدي الوزاني[746] "وقال المحقق الزرهوني في نوازله: الحمد لله، جواب عن مسألة تظهر من الجواب، ونصه: الحمد لله، إن الحائز لما ثبت في حوالة أي زمام الحبس أنه حبس على كذا يكلف ببيان وجه حوزه له، ولا يكفيه قوله: حوزي وملكي لأن الحوالة المذكورة يعمل بما فيها إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه، ففي جواب لأبي اسحاق الشاطبي حسبما في المعيار أن العمل على ما في زمام تكبير الأحباس، إلا أن يوجد ما هو أثبت.... وزمام تكبير الأحباس هو المعبر عنه اليوم بالحوالة، لأنه نقل وحول من أصل تحبيسه إليها، قاله بعض شيوخنا، قال: فإذا لم يوجد بيد الخصم ثبوت أقوى مما فيها فالعمل فيها متعين.. "[747]، وبهذا الرأي الأخير أخذ المشرع المغربي بمعرض تنصيصه على أنه تعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس. والمقصود هنا بالعكس ليس إعطاء الحوالة حجة نسبية بمفهوم المخالفة، أي وجود ما هو أقوى منها في الإثبات – فالعمل في هذا البحث يتجه إلى كشف أن لها حجية الورقة الرسمية – وإنما المقصد يتضح من دراسة سياقها التاريخي أي دراسة رأي الاتجاه الذي رفض الأخذ بها والسابق إيراده أعلاه، والذي بنى رأيه أنه قد يتم بيع أو معاوضة الملك الحبسي ولا يقوم الناظر بالإشارة إلى ذلك في الحوالة، ودون الخوض إلى أنه يشار إلى ذلك فيها كما تقدم إيراده في نموذج لحوالة تازا وفي الوصف الذي أعطي لها. وإنما المقصد هنا التدليل على أن المشرع أراد التوفيق بين الاتجاهين السابقين، وكأنه يقول إذا تبين من البحث والتحري أنه تمت معاوضة الملك الحبسي الوارد في الحوالة وفق الضوابط الشرعية وأن الخصم يتوفر على ثبوت بذلك، فإنه يأخذ بدليل الخصم. أما إذا لم يثبت تغيير فإن الحوالة وسيلة إثبات، وصورة ذلك أن الذي يحتج برسم البيع يجب أن يبين وجه مدخله ويرى في هذا المدخل ما إذا كان صحيحا وذو حجية تدحض حجية الحوالة، بعد الأخذ بوسائل الترجيح بين الحجج.

---

[746] - المهدي الوزاني: هو محمد المهدي بن محمد بن محمد بن خضر بن قاسم العمراني الوزاني الفاسي أبو عيسى، مفتى فاس وفقيها في عصره، ولد بوزان (1266 هـ - 185 م) توفي بها سنة 1342 هـ - 1929 م من مؤلفاته: المعيار الجديد، ويعرف بالنوازل الجديدة الكبرى – المنح السامية من النوازل الفقهية. انظر عمر رضا كحالة، م س، ج 3 ص 740.

[747] - أبو عيسى المهدي الوزاني، الجزء 8، م س، ص 262.

بذلك فالمقصود بالعكس هو عدم وقوع تغيير على هذه الحوالة موضوع الإثبات وليس احتمال وجود دليل أقوى منها في الحجية. وهو ما قصده الفقه عند قوله فإذا لم يوجد بيد الخصم ثبوت أقوى مما فيها، فقوله **"مما فيها"** وليس **" أقوى منها"**، يفيد وجود ثبوت أقوى مما في الحوالة أي ما استند إليه الرأي المخالف الذي اعتبر أنه قد يعوض الملك الوارد في الحوالة.

2- الحل الذي أعطاه القرار لهذا الإشكال

بما أن المشرع المغربي نص على أن الحوالة الحبسية تعتبر حجة، فإنه لا مجال لاستبعادها، خاصة وأن المشرع المغربي لم يميز بين الحوالات أي بين تلك التي تتوفر على كافة الشروط وتلك التي لا تتضمن توقيع العدلين وخطاب القاضي، وإن كان لهذه الأخيرة حجيتها واعتبارها على الأقل مساوية للسجلات والكنانيش –على ما سيأتـــي بعده في هذا البحث– وبالتالي كان يجب أن ينصب البحث على حجة الخصم وبيان وجه مدخل البائع، فإن كان بموجب بيع أو معاوضة من الأحباس وبإشهاد رسمي مكتمل الأركان والشروط حكم لصالحه، وإلا فالحق يبقى لصاحبه بما هو وارد في الحوالة. وهنا نجد أن قرار محكمة الاستئناف جانب الصواب لما استبعد الحوالة بالحجج الوارد فيه، والتي من خلالها يتبين أن المحكمة أقرت بالرأي الفقهي الذي يأخذ بالحوالة ومع ذلك اختارت الرأي الذي يرفض الأخذ بها، فهي تارة تورد تعليلا بالرأي الذي يأخذ بالحوالة، وتارة تأخذ بالرأي المعاكس، مما يفيد أن دراسة التطور التاريخي لإثبات الوقف من الأهمية بمكان، فالمزاوجة بين الاتجاهين المتعارضين ليس من الصواب، خاصة وأن المشرع اختار الرأي الميسر، كما سبق، كما أن القرار مزج بين شروط إنشاء الوقف وشروط إثباته حينما اعتبر أنه لابد من تضمين الحوالة شروط الحبس من إثبات التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس وتعيين الملك الحبسي وحيازته من طرف المحبس عليه أو من يتولى النيابة عنه على ما تصح فيه الحيازة، علاوة على أنه أسيئ فهم نظم العمل المطلق: وما على ظهر كتاب يوجد من رسم تحبيس بلا من يشهد ...، فليس المقصود هنا بالكتاب، الرسم الذي يحتوي على الإشهاد بالوقف أو الحوالة أو غير ذلك، وإنما المقصود أنه كان حين يتم وقف

منقول ما، فإنه يكتب عليه أنه حبس، أي حينما تم وقف ذلك الكتاب، كتب عليه أنه وقف، فقد كان يتم وقف الكتب والفرس إلى غير ذلك من المنقولات، وحكم ذلك سيتجلى من نازلة أوردها المهدي الوزاني ردا على الاختلاف الحاصل بشأنها لحظة الرغبة في إثباتها: "وفيه أن القاضي ابن السليم كتب إلى ابن زرب في رجل من أهل التغرة وجد بيده فرس (موسوم) في فخذه حبس لله تعالى، رفع إلى القاضي فسئل عن وجه تملكه للفرس، فقال: اشتريته ببلاد البربر، فلما أتيت سجلماسة خفت أن أغرم عليه أو ينزع مني فوسمته بهذا رجاء أن يطلق لي، فكتب إليه ابن زرب، إن عرف ملكه للفرس قبل هذه الوسمة، وإلا أقام بينة وخلي بينه وبينه، وإن لم تقم بينه بما ادعاه فأمضه في سبيل الله على ما ظهر من وسمه، لا يصدق الثغري في هذا إلا ببينة... ونحوه في المعيار وإثبات الشيء المعين في حوالة الأحباس لا يقصر عن الوسم عليه أنه حبس، فيكشف من وجد بيده، زاد في التبصرة: ويؤيد ذلك ما روي أنه ﷺ كان يسم إبل الصدقة وحدها، وإبل الجزية وحدها، فدل ذلك على أن الوسم يعمل به ما لم يعارضه معارض، والله أعلم.."[748].

من كل ذلك كان من الواجب البحث في حجة الخصم لمعرفة ما إذا كان وجه مدخله صحيح وليس الاقتصار بالاستدلال أن وقت رسم الخصم لم يكن يطلب إبراز وجه مدخل البائع. فبالرجوع إلى ذلك الظهير المستدل به أي ظهير تنظيم المحاكم الشرعية بالإيالة الشريفة[749]، نجد أن الفصل الثالث عشر منه ينص على أنه: " **يجب على القاضي أن يأمر الراغب في إقامة ملكية بإحضار الرسوم المثبتة لأصل الملك ويطلب في ذلك شرعا إن كانت لديه رسوم ثم يأمر بتحرير رسم ثبوت الملك المطلوب منه وأن يسأل الراغب ليتحقق أن الملك بحيازته – وأن يسجل تصريح الراغب في ضمن الرسم**"، وجاء في الفصل التاسع عشر على أنه على القاضي أن يخير المتعاقدين بين سلوك إما الطريق الشرعية في التعاقد وبالتالي سلوك مسطرة الفصل 13 السابق الذكر وإما الاقتصار على الإشهاد عليهما من غير إطلاع على رسوم الملك ويأمر بالتالي العدول بتلقي الإشهاد عليهما

[748] - أبو عيسى المهدي الوزاني، ج8، م س، ص 363.
[749] - الجريدة الرسمية عدد 1634-18 فبراير 1944 السنة الثالثة والثلاثون، ص 153.

مع إلزام العدول بأن ينصوا على أن الرسم وقع تحريره على الكيفية التي هو عليها بطلب من المتعاقدين، ونص نفس الظهير في الفصل الثاني والعشرون على : " أن رسوم نقل الملكية تحرر بمجرد إقامة الملكية"، وإقامة الملكية واردة في الفصل 13 أعلاه مما يفيد أن هذا الرسم يبقى بدون أثر في مواجهة الغير إلا إذا استكمل إقامة شروط الملكية. لكل ذلك وأمام عدم وجود ما يفيد وجه مدخل البائع وأنه تلقاه من الأوقاف، يبقى للحوالة الحبسية الحجية التي تقضي بأن الحق يجب أن يرد إلى أصحابه، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في أحد قراراتها بنقض قرار محكمة الاستئناف بطنجة، (نازلة هذا القرار مشابهة لنازلة القرار موضوع التعليق من حيث كون العقار المنازع فيه يقع في قبيلتي الخلوط والطليق، المعتبر ملكا حبسيا كما هو حال النازلة موضوع التعليق، كما أن الحجج المحتج بها في هذا القرار هي نفس حجج القرار موضوع التعليق أي أن نظارة الأوقاف تحتج بالحوالة الحبسية وطالب التحفيظ يستند إلى رسم بيع، وبالتالي نجد نفس موضوع النازلتين ونفس الوسائل مع اختلاف الأشخاص) والذي جاء فيه: "أن ملكية بيت مال المسلمين المعززة بالحوالة الحبسية أرجح من غيرها. لا مجال للترجيح بين ملكية مال بيت المسلمين المعززة بالحوالة الحبسية ورسوم ملكية الخواص ولو كانت مبينة على رسوم أشرية، والثابت من الحوالة الحبسية المدلى بها في الملف أن الأرض موضوع التحبيس بيد المحبس وتحت حيازته بالكراء للقبلتين الخلوط والطليق وأن عدم أداء من ذكر واجب الكراء في وقت ما لا يفيد في استحقاق الأرض المحبسة وإنما تبقى على صبغتها ولو طال الزمن لأن الحبس لا يملك بالحيازة ويجب أن يحترم، والمحكمة التي اعتبرت بـأن: (الادعاء بكون عقار محبس يجب أن يثبت للمحكمة وجود الحبس وملكية الحبس في تاريخ التحبيس ووضع المحبس يده على العقار المحبس ويبطل التحبيس إذا لم يتبعه التسليم وأنه تبت من خلال الرسم المذكور أن شهادة الملكية لبيت المسلمين جاءت لاحقة بعشرين سنة على تحبيس الأرض المذكور على الجامع السعيد، مع العلم أن المحبس يجب أن يكون مالكا للشيء المحبس عند التحبيس، وأنه ليس بالملف ما يثبت وضع يد المحبس عليه على العقار موضوع الحبس وتسلمه إياه وقبض

كرائه من الغير وفي المقابل فإن طلب التحفيظ يتوفر على رسوم ملكية ورسوم أشرية مبنية عليها الأمر الذي يكون معه تعرض المستأنف غير مؤسس وغير معزز بدليل)، يكون القرار فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه ومعرضا للنقض "[750].

ثانيا: حجية الحوالة الحبسية

استنادا إلى ما سبق كله في هذا المطلب، وبما أن للحوالة الحبسية جذور ضاربت في التاريخ، وبما أن السلاطين اهتموا بها أشد عناية وقد وكلوا القضاة والعدول بالإشراف والعمل عليها، وبما أن هؤلاء يتصفون بالعلم والورع والتقوى... – كما هو الشأن بالنسبة للقاضي ابن عرضون كمثال– وبما أنها حفظت في أكثر من جهة حيث نجد لها أصل بالنظارة وصور بالخزانة العامة.....، وبما أنه يوجد في كل حوالة إشهاد عدلين بتوقيعهما وخطاب القاضي، فإنه لا يسع إلا اعتبارها ورقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالزور. وقد يطرح تساؤل على أنه توجد حوالات لا تتوفـر على شروط الورقة الرسمية؟ على اعتبار أن الحوالات تنقسم إلى قسمين، حيث يوجد منها ما يعتبر مجرد لوائح إدارية أي عمل إداري هو عبارة عن تقييد لمعلومات خاصة بمحل الوقف، ويوجد منها ما يعتبر نقلا حرفيا لرسم التحبيس[751].

إن الإجابة على ذلك تكمن في أنه إذا كانت الورقة الرسمية يتطلب فيها أن تتوفر على مجموعة من الشروط كما هو حال سائر وسائل الإثبات الأخـرى، وإلا اعتبرت غير عاملة في الإثبات إن لم تكن تصلح لاعتبارها ورقة عرفية، فإن نفس المنطق ينطبق على الحوالة الحبسية، حيث أنها إذا توفرت على شروط اعتبارها ورقة رسمية ولعل الشرط الأساسي الذي يضفي الرسمية على المحررات العدلية هو خطاب قاضي التوثيق، عدت الحوالة الحبسية المشتملة عليه ورقة رسمية يبحث فيها في تمام باقي الشروط، وإلا عدت

[750] - قرار محكمة النقض، الغرفـة المدنية، القسـم الثامن، القرار عدد 2586 المؤرخ في 2012/05/22 ملف مدني عدد 2011/8/1/2788، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 190.
[751] - عبد القادر قرموش، مجلة القبس المغربية، ع الرابع، م س، ص 270.

ورقة عرفية حال خلوها من توقيع عدليها وخطاب القاضي، وتأخذ بالتالي حكم الورقة العرفية المنصوص عليها في الفقه الإسلامي، أي خط الشاهد بمقتضى الشهادة على الخط، السابق دراستها[752].

أما القول بأن الحوالة مجرد نسخة عن رسم التحبيس فإن الإجابة تكمن من جانبين، الأول فقهي والثاني قانوني، فأما الجانب الفقهي، فقد جاء عند الونشريسي: "أنه سئل بعض شيوخ الموثقين بتلمسان عمن ابتاع جنانا من ورثة، طلب منهم موجبات الجنان فمكنوه من نسخة رسم مسجل على القاضي وشهد عليه عدلان مبرزان، فوقع التنازع بعد ذلك إلى القاضي، فاستظهر المشتري بهذه النسخة، واستظهر الخصم بشاهد واحد مبرز من غير شهود الأصل والنسخة، فقال للقاضي إني اطلعت على الأصل الذي انتسخت منه ورأيت به تقطيعا وترقيعا ولصقا فقبله القاضي وأوجب عنده التهمة ورد النسخة ... فبحث المشتري عن أصل النسخة فلم يجده. فهل يحكم القاضي بما تضمنت النسخة لأجل صحتها وثبوتها عند من له ذلك مع إحضار أصلها أم لا؟ فأجاب: الحمد لله شهادة شهيدي النسخة المسجلة على القاضي بالصحة بعد المقابلة مع اتصافهما بصفة العدالة والمعرفة بما تقتضيه ألفاظ التسجيل وتصحيح النسخة من أصلها ماضية ومعمول بها، ويجب على القاضي الذي استظهر صاحبها عنده الحكم بها... فيجب العمل بالنسخة والله الموفق بفضله"[753].

---

[752] - إن عدم اشتمال الحوالة على بعض البيانات لا زال يؤدي إلى تضارب في قرارات محكمة النقض، إما بالأخذ بالحوالة على حالتها، وإما باستبعادها من الأساس وعدم إعطائها أدنى اعتبار، ومن ذلك نجد أنها قررت: " لكن، ردا على الوسيلة أعلاه فإن تطبيق المقتضيات القانونية التي تنظم الحبس رهين بإثبات الصبغة الحبسية للمدعى فيه،...كما تبين أن رسم الحوالة الحبسية المضمنة بعدد...جاء مطابقا للمدعى فيه من حيث الاسم، أما من حيث الحدود المشار إليها برسم الحوالة فقد تبين أنها غير موجودة بعين المكان باستثناء...من جهة الشمال، وأنه تبعا لذلك تكون الحوالة الحبسية المدلى بها من طرف طالب التحفيظ غير مطابقة للمدعى فيه...". القرار عدد 1/579 المؤرخ في: 2014/11/25 ملف مدني عدد: 2187-1-2014 (قرار غير منشور أنظر الملحق رقم 6). مما يفيد أن المحكمة لم تأخذ بعين الاعتبار تغير الحدود والمساحة بسبب الظروف الطبيعية لطول السنين وطرحت الحوالة من الاعتبار. وبالمقابل نجدها قررت في قرار آخر: "حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أنه علل بأن (ما اعتمدته المتعرضة هو الحوالة الحبسية التي لا تحدد العقار موضوع التحبيس من حيث الموقع والحدود ...)، في حين، أنه لم يثبت أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تأكدت مما إذا كان العقار المدعى فيه من ضمن الأراضي التي كانت مشمولة بعقود الإيجار...فجاء بذلك قرارها منعدم الأساس القانوني ومعرضا بالتالي للنقض والإبطال" القرار عدد 8/26 المؤرخ في 2016/01/12 ملف مدني عدد 2015/8/1/4699 (قرار غير منشور أنظر الملحق رقم 14)، مما يفيد أن محكمة النقض أخذت -عكس القرار الأول- بالحوالة بالرغم من عدم اشتمالها على الحدود والموقع، وعززتها بالأدلة الأخرى من قبيل قرينة الكراء للغير.

[753] - أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب، ج 10، م س، ص 169.

لذلك فالنسخة في الحوالة صدرت من العدول بعد ثبوت أصولها عند القضاة فأعلموا بذلك، كما أن العادة في هؤلاء العدول أنهم شهود مبرزون[754].

أما من الجانب القانوني، فإن الاعتداد بنسخ الرسوم الأصلية كحجة مكرس أيضا في قانون الالتزامات والعقود المغربي حيث جاء في الفصل 440 منه، 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. وجاء في الفصل 441 من نفس القانون، أن النسخ المأخوذة، وفقا للقواعد المعمول بها، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) بواسطة أمين هذه الخزائن تكون لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها، ويسري نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة، إذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لأصولها. والأكثر من ذلك فإن الفصل 442 من نفس القانون كذلك نص على أنه: "لا يسوغ للخصوم في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين السابقين أن يطلبوا تقديم أصل الوثيقة المودع في الأرشيف إلى المحكمة. ولكن لهم دائما الحق في أن يطلبوا مقابلة النسخة بأصلها وإن لم يوجد الأصل فبالنسخة المودعة في الأرشيف، ويجوز لهم أيضا أن يطلبوا على نفقتهم تصويرا فوتوغرافيا لما هو مودع في الأرشيف من أصل أو نسخة. إذا لم يوجد في الأرشيف العام لا أصل الوثيقة ولا نسخته، فإن النسخ الرسمية المأخوذة طبقا لأحكام الفصلين 440 و 441 تقوم دليلا بشرط ألا يظهر فيها شطب ولا تغيير ولا أي شيء أخر من شأنه أن يثير الريبة".

بما أن القاضي في الحوالة الحبسية هو الذي يشهد بمطابقة النسخ للرسوم الأصلية، فإن الوصف القانوني الملائم لكل نسخة في الحوالة الحبسية تدل على تصرف قانوني هو

[754] - محمد الشليح، م س، ص 33.

الورقة الرسمية، وهذه الورقة الرسمية يجب إعمالها ما دام تسطيرها في الحوالة والتأشير عليها بالاستقلال لم يكن إلا لغرض التمسك بها، والتمسك بها معناه القول بما جاء فيها وطلب الحكم بمضمونها[755].

المطلب الثاني: السجلات والكنانيش

سيستهل بحث هذا المطلب بالتعريف بهذه الحجة، وإيراد نموذجا لها في فقرة أولى، ثم بحث حجيتها في الإثبات في فقرة ثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم السجلات والكنانيش

أولا ـ التعريف بالسجلات والكنانيش

تعتبر السجلات والكنانيش عبارة عن دفاتر تتولى إدارة الأوقاف مسكها وتضمن فيها جميع المعاملات المتعلقة بالتصرفات والمعاملات الجارية على الأملاك المحبسة من إحصاء ومعاوضة وكراء وسمسرة وغيرها، وهي تجد سندها وأساسها في ظهير 8 شعبان 1331 المتعلق بتحديد سلطة إدارة الأحباس العمومية، والذي ألزم السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بمسك مجموعة من الكنانيش والسجلات الحبسية التي تقتضيها إدارة الأوقاف[756]، ولفهم كنه هذه السجلات والكنانيش سيتم إيراد هذا الظهير الشريف كاملا، وهو ظهير استغرق ما يقل عن الصفحتين من الجريدة الرسمية، كما أنه ظهير خاص بهذه الوسيلة، مما يبرز أهميتها في الإثبات: "الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وأله وصحبه، ظهير شريف يحدد فيه سلطة إدارة الأحباس العمومية. خادمنا الأنجد الاحظى الأرشد مدير عموم الأحباس بإيالتنا الشريفة الطالب أحمد اللجائي سددك الله وسلام عليك ورحمة الله وبعد فقد كنا ولينالك بظهيرنا الشريف المؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1330 الموافق 31

[755] ـ محمد الشليح، م س، ص 35.
[756] ـ زكرياء العماري، مجلة القبس، ع الرابع، م س، ص 301.

أكتوبر 1912 ثم اقتضى تقسيم نظرنا الشريف كيفية اللازم لإدارة عموم الأحباس أن تكون إدارة الأحباس مكلفة بمباشرة الحراسة التامة على تصرف جميع النظار في أملاك الأحباس وسائر شؤونها. وأن تعد الإدارة مجلسا من عدة علماء ويحضره الكاتب العام أو نائبه وأن تتخذ الإدارة عددا من الكنانيش التي تقتضيها الخدمة وأما الكنانيش الآتي ذكرها فالعمل بها واجب: أولا – كناش لتقييد جميع أملاك الأحباس في كل مكان. ثانيا – كناش لضبط حسابات النظار السنوية ويتعين عليهم أن يقدموا في أقرب وقت ممكن جميع الكنانيش والأوراق التي ربما تطلبها الإدارة منهم. ثالثا – كناش لضبط الجلسات والجزاءات السابقة. رابعا – كناش مطالب الأكرية لأجل بعيد. خامسا: كناش مطالب المعاوضة بالسمسرة. سادس: كناش استعمال إحالة الأحباس إلى صلات خصوصية كأعمال خيرية أو مصلحة عمومية. سابعا – كناش لتقييد جميع الوارد من المكاتيب والأجوبة على اختلاف أنواعها. ثامنا – كناش لتقييد جميع الصادر من المكاتيب والأجوبة على اختلاف أنواعها. ثم إن الإدارة تراقب التصرف في الأحباس العمومية مراقبة تامة كما تحافظ على أحباس الزوايا والأحباس الخاصة. وهي التي تعطي الإرشادات للمراقبين والنظار وتحدد تصرفهم وتشتغل بنمو الأحباس. وأما المراقبون والنظار فلجنابنا الشريف ولا يتهم وعزلهم. ويسوغ للإدارة أن تنيب عنها بعض المراقبين أو القاضي أو المفتي أو غيرهم في إثبات حسابات النظار والبحث والتفتيش في كنانيشهم للاطلاع على كيفية تصرفاتهم في أي وقت كان. كما لها أيضا أن تنيب عنها مفتشا عاما يجول في كل سنة في أحباس إيالتنا الشريفة. وكما لها أن تأذن في الأكرية لأجل بعيد وتأذن في المعاوضة بالسمسرة إن كانت فيها مصلحة والإحالات والأكرية الخاصة لأعمال خيرية أو لمصلحة عمومية وتعويض الملك المبيع وضبط صلات الأحباس التي بيد الغير. وتكون على بال من الدعاوي المرفوعة لدى الشرع في شأن جميع الأملاك المتغلب عليها. وتكلف النظار بمباشرة إصلاح وصيانة أملاك الأحباس ما عدى إنشاء البناءات فإنه يتعين بناؤها بالسمسرة. ويقيد الناظر الصوايز بواسطة عدلين في كناش خصوصي ويعرضه على المراقب ليوافق عليها بشرط إن كانت

لا تتجاوز ثلاثمائــة بسيطة وإن زادت على هذا القدر فيبقيها الناظر في الكناش المذكور ويعرضه على المراقب. وعلى المراقب أن يعلم برأيه في ذلك الإدارة لأجل أن تنظر فيه ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا البناء الذي أشرف على السقوط فإنه يجب إصلاحه فورا ويتعين حينئذ توحيد قائمة الصوائر للإدارة مع موجب القاضي متضمنا أن الإصلاحات التي وجبت عنها تلك الصوائر لا تقبل التأخير. وتجعل الإدارة في آخر كل سنة تقييدا عاما لمدخول الأحباس ليتحقق شأن الحالة التي عليها أملاك الأحباس. وتكتب للحكام بإيالتنا الشريفة بأن يكونوا يعلموا الإدارة بكل خطأ أو غفلة وقعت من نظار منطقتهم وطرحت آذانهــم والله يعينك ويسددك. في 8 شعبان عام 1331"[757].

وفيما يتعلق بإحياء أملاك الأحباس، صدر ظهير شريف يتعلق بإحياء الأملاك الحبسية[758]، كالأكرية المعتادة، والأكرية لمدة طويلة، والمعاوضات النقدية، وبيع الثمار والغلال غير المجنية وتخصيص العقارات والتخلي عنها. ونص في الشرط الرابع عشر من الباب الأول، على أنه يتخذ الناظر كناش لتغيير الكراء عن سنة والكراء عن سنتين، أما كراس الشروط فإنه يقرأ قبل المناداة باللغة العربية واللغة الفرنسية، ويقيد عدلا الأحباس نتيجة السمسرة ثم يمضي عليها أعضاء اللجنة والمكتري إن كان المكتري لا يحسن الكتابة فينص على ذلك. ونص الشرط الثامن عشر من الباب الثاني، على أنه يتخذ كناش لتقييد الأكرية لأجل بعيد يوضع عند ناظر الأحباس، أما كراس الشروط فإنه يقرأ قبل المناداة باللغة العربية واللغة الفرنسية وتقيد أعضاء اللجنة نتيجة السمسرة ويمضي الجميع عليها مع المكتري وإن كان المكتري لا يحسن الكتابة فينص عليه العدلان. ونص الباب الثالث من نفس الظهير على أنه تقيد الأملاك التي تشتريها الإدارة في كناش الأحباس. وجاء في الشرط العاشر من هذا الباب، أنه يتخذ الناظر كناش لتقييد المعاوضات الواقعة في أملاك الأحباس.

---

[757] - ظهير شريف يحدد فيه سلطة إدارة الأحباس العمومية، الجريدة الرسمية، السنة الأولــى، العدد 20 – رباط الفتح في 17 شوال عام 1331 الموافق لــ 19 سبتمبر 1913، ص 146.

[758] - ظهير شريف حول على نظام تحسين حالة الأحباس العمومية، نفس عدد الجريدة الرسمية، ص 148.

من هذين الظهرين يتضح أن إدارة الأوقاف تمسك مجموعة من الكنانيش يقيد في كل واحد منها جميع العناصر التي استدعت المصلحة ايجاده، وهي تخضع لمجموعة من الضوابط الصارمة، كما أن مسكه والتقييدات الواردة فيه تخضع لعدة أوجه من الرقابة، وقد استمر العمل بهذه الكنانيش حتى بعد استقلال المغرب، حيث كانت تخضع في كل مرة للتحسين، وإدخال إصلاحات جديدة في كيفية توثيقها، حيث تم إحداث مكتب للحسابات مهمته مسك الكناش ذي الإثنى عشر ضلعا وتعمير قائمة الديون، والقوائم التي سترفع للوزارة، ومسك كناش المداخيل الفلاحية، ومسك الكناش الأصفر...، وقد نبهت الوزارة النظار إلى اجتناب أي بتر أو تشطيب على الكلمات أو الأرقام، حيث يتنافى ذلك مع النظام الإداري المعمول به، ويتم التسجيل بخط واضح وبارز لجميع الأراضي وأسماء الغلل، سواء القديمة والتي وقع العثور عليها[759].

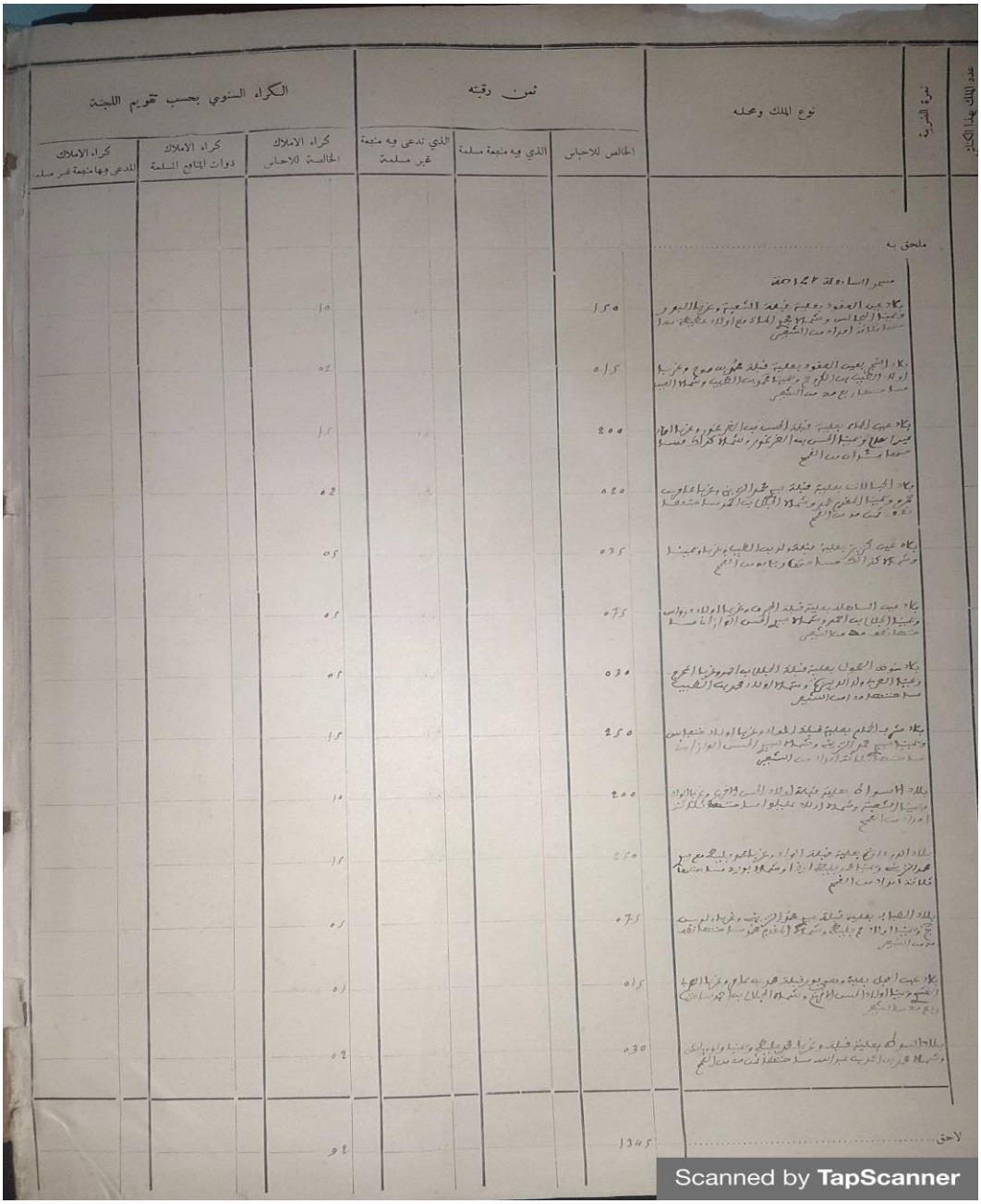
من مجموع الكنانيش التي تمسكها إدارة الأوقاف، يوجد كناشان إثنان يستعملان في الإثبات عند المنازعة في ملكية الأحباس –كما سبقت الإشارة إلى ذلك– وهما الكناش الأول المتعلق بتقييد جميع أملاك الأحباس في كل مكان، والكناش الرابع المتعلق بمطالب الأكرية لأجل بعيد. فالكناش الأول منهما يعرف بكناش الإحصاء، يحتوي على التقييدات المتعلقة بإحصاء وضبط الأملاك الحبسية، ولاسيما الإحصاء الأول الذي أجري في سنة 1915، أما الكناش الثاني والذي يعرف بكناش الكراء، فتدون فيه جميع المعاملات المتعلقة بعمليات الكراء التي تخضع لها الأملاك الحبسية[760].

ثانيا – نموذج السجلات والكنانيش

سيتم إيراد نموذج لسجل كراء الأراضي، ثم نموذج آخر لسجل كراء الأراضي الفلاحية.

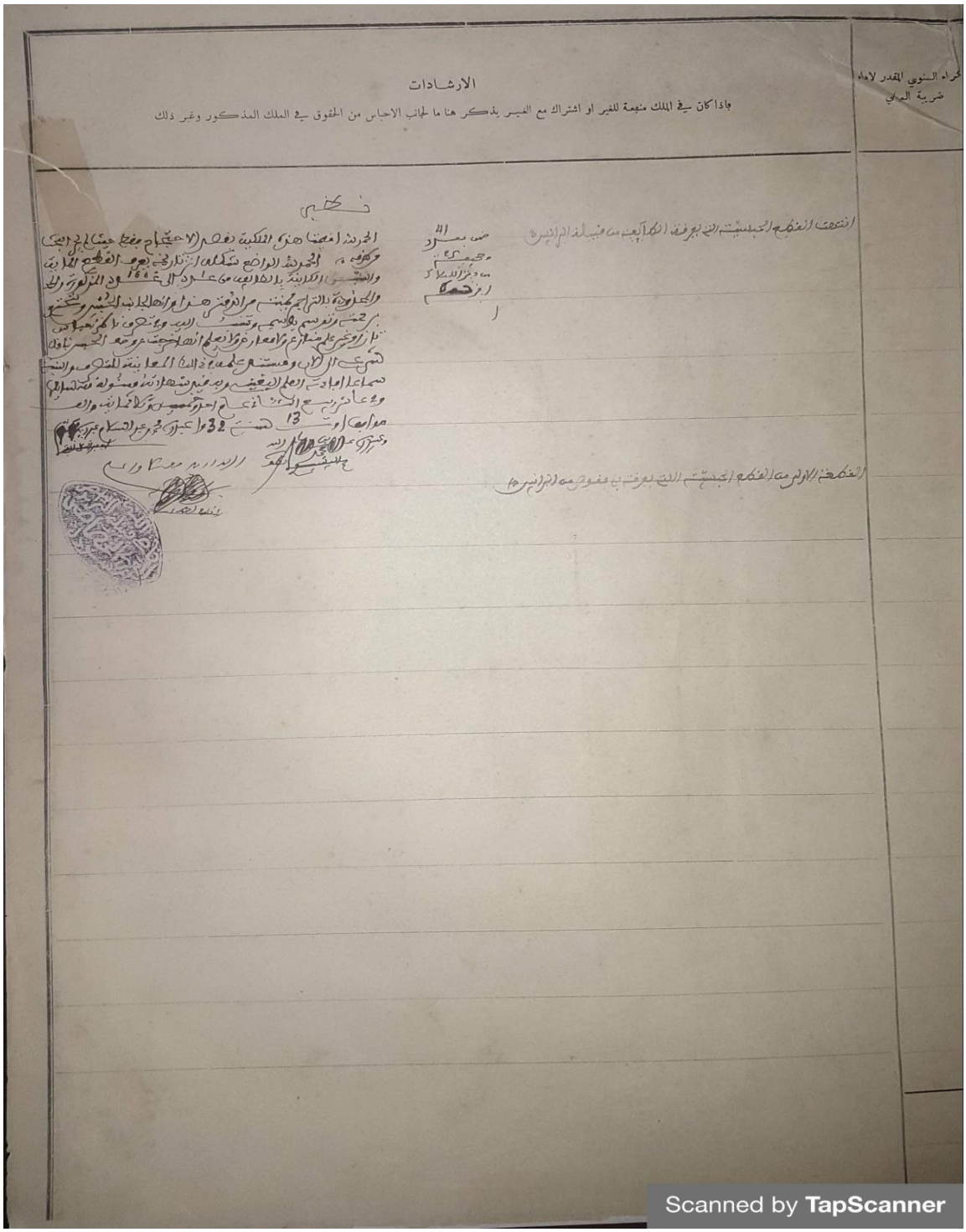
[759] - علي بن شقرون، م س، ص 177.
[760] - زكرياء العماري، مجلة القبس، ع الرابع، م س، ص 302.

أ- نموذج لسجل كراء الأراضي



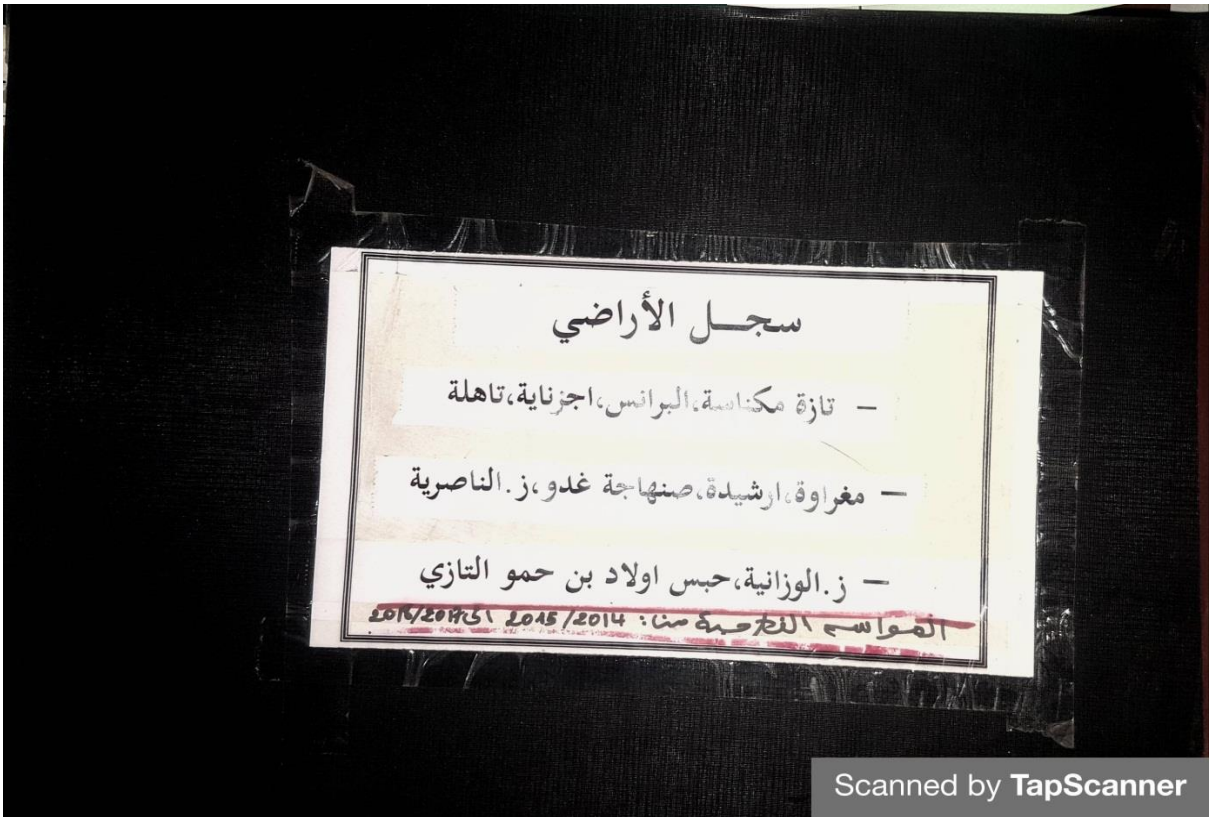
عدد الملك بهذا الكشف	نمرة الحوض	نوع الملك ومحله	ثمن رقبته			الكراء السنوي بحسب تقويم اللجنة		
			الخالص للاحباس	الذي فيه منفعة مسلمة	الذي تدعى فيه منفعة غير مسلمة	كراء الاملاك الخالصة للاحباس	كراء الاملاك ذوات المنافع المسلمة	كراء الاملاك المدعى فيها منفعة غير مسلمة
		ملحق به	238820			12202		
738		بلد حبلان من بالبل سفوبت قبلة الشعب وغربا كذلك وشمالا الجنينة وشرقا ولاد الاكحل مع زيتونة تحريب بوعزة مساحتها (ثمن مدادين) الصحيح	150			0/0		
739		بلد النخالة بالوكما بعينة قبلة عين ولاد الاكحل وغربا قحربت النشطار وشمالا ولاد الاكحل المذكور وشرقا عين الله وبرعكيش مساحتها مدادين الصحيح	150			0/0		
740		بلد الرتيط بالوكما بعينة قبلة الشعب وغربا ملوى ساقية بهيم بعينة ولاد عبد الدايم ج و شمالا الشعب مساحتها اربعة اعشار مد الصحيح	400			040		
741		بلد السبع بالوكما سفوب قبلة الحريق وغربا الحرش والزاكيب وشمالا حبس مسجد المعدة وشرقا مسجد الطواهر مساحتها مدان من الصحيح	300			0/0		
742		بلد حبلان الشعران بالوكما بعينة قبلة اولاد الجلاج وغربا تراب زميا الشعب وشمالا الغيض عمرو مساحتها خمسة اعشار مد الصحيح	750			0/0		
743		بلد الغبة بالجبل سفوبت وجهان حروف من الجوابي الاربعة اولاد جوعة مساحتها اربع امداد الصحيح	050			002		
744		بلد المنعة بالوكما بعينة قبلة اكرم وغربا الشاهد وبدا مسجد وشمالا كذلك وشرقا اولاد الجليد مساحتها اللثة اعشار مد الصحيح	300			0/0		
745		بلد ولاد الغم بسيد بوسنوبر من الاعظم مخفت قبلة مجر الفهيد وغربا الزيتونة وشمالا اولاد ولاس وشرقا مجر الفهيد المذكور مساحتها اعشار مد الصحيح	200			005		
746		بلد عرفة بالوكما بعينة ومذ الولد موسى مخفت مسجد الطواهر قبلة اولاد بن دار وغربا اولاد فواز وشمالا الزيتونة وشرقا اولاد الحاج السبع وشمالا الغارة واولاد البدلي مساحتها	1000			005		
747		بلد [illegible] مخفت قبلة الجرد وشمالا [illegible] اولاد بن الشاهد وغربا اولاد عبد الدايم مساحتها	050			005		
748		بلد دسدرت على مخفت مسجد الطواهر من الجوانب الاربعة الكلاهر الجوازة مساحتها عشر اعشار مد الصحيح	200			0/0		
749		بعض الزيت مخفت مسجد السنهوس الجوانب الاربعة بلاد اهل السوق	300			030		
750		الملك بلاد عبد النوار مخفت مسجد الطواهر الجوانب الاربعة المسجد المذكور	150			005		
		لاحق	238820			12334		

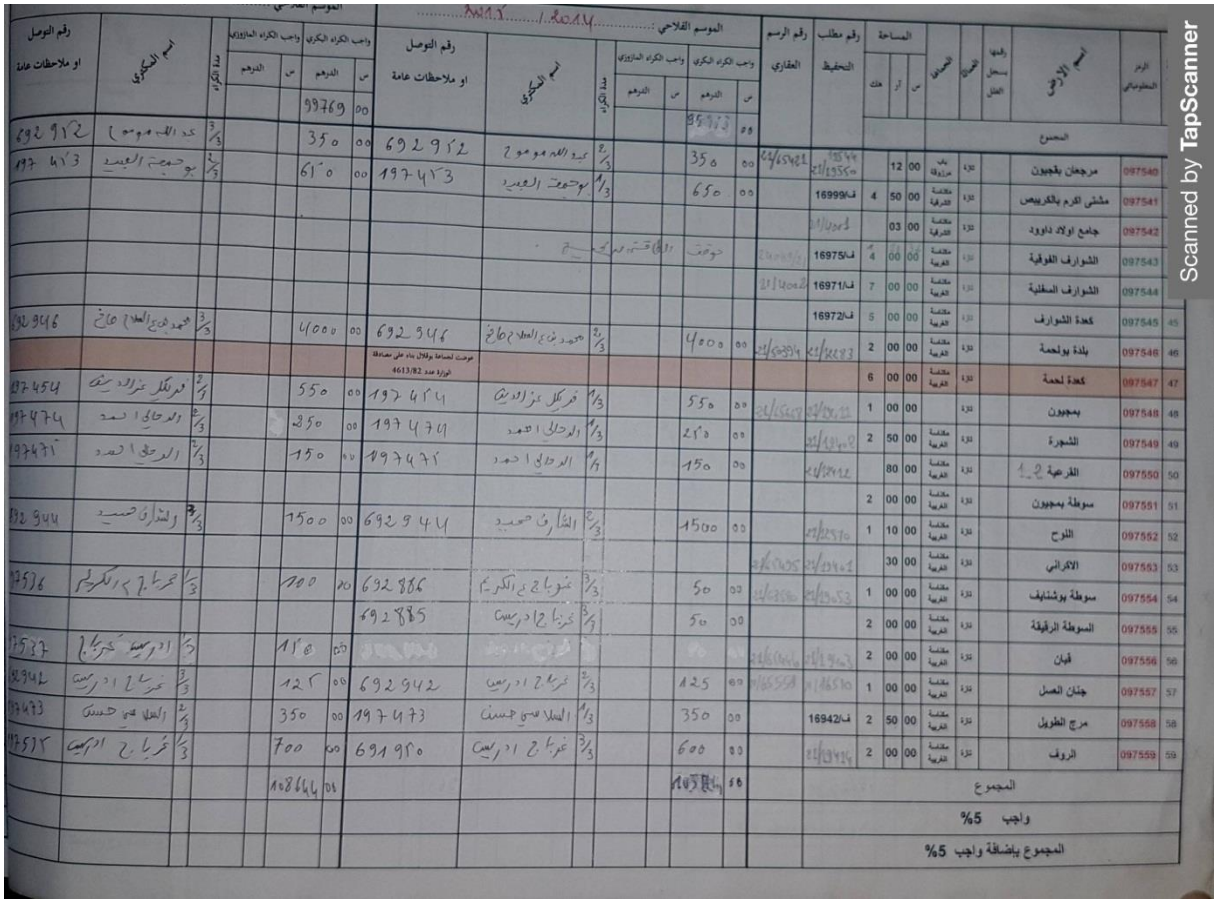
Scanned by TapScanner



يتضح من هذا النموذج أن هذا السجل يحتوي على عدد الملك الحبسي وهو مرقم من الملك رقم 1 إلى الملك رقم 750، ويتضمن نوع الملك ومحله، مع الإشارة في هذا السجل إلى أنه يدرج فيه ما للغير من منفعة أو إشراك مع ما لجانب الأحباس من حقوق في الملك، وهذا السجل مذيل في آخره بإشهاد عدليه سنة 1933، وخطاب القاضي.

ب- نموذج لسجل الأراضي الفلاحية للموسم 2015/2014





على الرغم من أن هذا السجل تم مسكه حديثا إلا أن أهم ما يميزه هو ارتكانه إلى مزيد من الضبط والدقة يسهل معها معرفة مآل الملك بكل سهولة، وهو يتضمن على ما قد تمت معاوضته من الأملاك الوقفية بشكل واضح لا يدع مجالا للاحتجاج بكون هذه السجلات هي من صنع الخصم وأنه قد يعوض أو يباع الملك دون الإشارة إلى ذلك في السجل، -كما هو قول التسولي في باب الحوالة السابق الإشارة إليه-، مما يصدق القول الفقهي القائل: **"وكما يحتاط للحبس أن لا يضيع شيء منه يحتاط أيضا أن لا يدخل فيه ما ليس منه "**[761].

الفقرة الثانية: حجية السجلات والكنانيش

تقدم أن الكناشين الأول والرابع المنصوص عليهما في الظهير الشريف السابق الإشارة إليه، يتم الاعتماد عليهما لإثبات الملك الحبسي، لذلك فإنهما يعتبران حجة في الإثبات لمصلحة الأوقاف وكدليل على حبسية الأملاك المضمنة فيهما، إما بموجب الإحصاء أو بموجب عمليات الكراء، وذلك عن طريق انتداب عدلين للاطلاع على هذين الكناشين وتحرير وثيقة يوثقون فيها ما يعاينونه من خلال تصفحهم للسجلات المذكورة، والمتعلقة بالأملاك موضوع النزاع، ويسمى هذا الرسم برسم الإحصاء إذا تعلق الأمر بكناش الإحصاء، وبرسم تصفح كناش الأحباس متى تعلق الأمر بأحد الكنانيش التي تدون فيها المعاملات المتعلقة بالكراء، غير أنه من الناحية العملية نجد أن جانبا مهما من القضاء ينحو منحى رفض حجية رسوم التصفح في إثبات الصبغة الحبسية للأملاك موضوع النزاع، ويتعامل معها على أنها من صنع إدارة الأوقاف ويستبعدها بالتالي من الإثبات بدعوى أنه لا يجوز للشخص أن يصنع دليلا لنفسه[762].

لذلك ولإبراز حجية هذه الوسيلة في الإثبات، فإنه سيتم الاستدلال عليها على ثلاث مستويات:

---

761 - أبو عيسى المهدي الوزانـــي، ج الثامن، م س، ص 43

762 - زكرياء العماري، مجلة القبس، ع الرابع، م س، ص 302.

أولا – اعتبارها دليلا على الحيازة

إن التقييدات الموجودة في السجلات والكنانيش والمتعلقة بالأملاك الوقفية تعتبر قرينة قانونية على حيازة الأوقاف لهذه الأملاك، خاصة متى توفر لديها وصولات بكراء هذه الأملاك للغير، فكما تقدم فالحوز يتحقق بالحوز الفعلي وبالحوز الحكمي الذي يندرج فيه التصرف في الملك بالكراء، فحيازة الأوقاف لمحلاتها يكون في الغالب عن طريق الكراء الذي يعتبر أكثر وسيلة يتم بها استثمار الممتلكات الوقفية لاستخلاص ريعها، فالأوقاف عندما تدلي بوصولات الكراء للغير، لا ترمي من وراء ذلك إلى إثبات الملكية، وإنما تقصد إقامة الحجة على حيازتها[763] الطويلة والهادئة للمحل الذي نوزع فيه لاحقا، وبما أن الحيازة الهادئة لمدة عشر سنوات والتصرف بدون وجود أي منازع يعتبر سندا للملكية[764] – على ما سيأتي بخصوص الحيازة كوسيلة للإثبات – لذلك يمكن اعتبار ما هو مدون في هذه الكنانيش وما تتوفـر عليه الإدارة من وصولات الكراء دليل على الحيازة المكسبة للملك، وبالتالي متى تقررت الصفة الحبسية للملك فإنه لا مجال لدحضه حتى ولو فقدت الأوقاف هذه الحيازة لأي سبب كان ما لم يدل الطرف الآخر بانتقال الملك إليه بالطرق الشرعية، والحالة هنا يجب أن يكون أصل مدخله مستمدا من الأوقاف نفسها كما في حالة المعاوضة التي تجريها الأوقاف، لأن ثبوت الصفة الحبسية للملك، لا يسقط إلا إذا تم وفق الضوابط الشرعية لذلك، ومنها ضرورة أن يكون أصل مدخل الغير من الجهة المشرفة على الوقف وليس من أي جهة أخرى لا تتولى الإشراف عليه، خاصة إذا علمنا أن الوقف لا يباع، ولا يحاز عليه، ولا يملك بالتقادم، ولا يقر عليه، فإن انتقل إليه من إدارة الأوقاف كان له في رسمه ما يفيد أرقام مراجع هذه السجلات أو مراجع الحوالات أو أي سند ارتكزت إليه الإدارة لنقل الملكية إلى الغير، أما عدا ذلك فما هو مدون في السجلات والكنانيش دليل قوي على حيازة الأوقاف لهذا الملك وبالتالي اعتباره ملكا حبسي.

---

[763] - أدل على ذلك على سبيل المثال بـ: - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط والذي اعتبر أن وصولات الكراء من صنع الأوقاف وبالتالي لا يمكن قبولها لإثبات حيازتها لمحل النزاع. – القرار رقم 69 الصادر بتاريخ 2012/06/07 ملف رقم 87/2011/1403 أورده عبد الرزاق أصبيحي، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، العدد 8، م س، ص 225.
- قرار المجلس الأعلى الذي اعتبر أن حجة طالبة التحفيظ المتمثلة في النسخة المستخرجة من كناش الإحصاء تعتبر حجة من صنع يدها وغير ذات قيمة إثباتية، قرار عدد 943 المؤرخ في 2008/03/12 ملف مدني عدد 2006/1/1/2763، سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 162.

[764] - عبد الرزاق أصبيحي، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، ع 8، م س، ص 225.

وفي هذا الصدد نجد أن محكمة النقض انتصرت أخيرا لهذا التوجه في قضية راوحت المحاكم قرابة ثلاثة عقود، حيث تتلخص وقائع هذه القضية، في أنه: "بناء على التحديد الإداري بشأن الملك الجماعي، وبناء على مطلب التحفيظ الذي قدم بتاريخ 1995/07/20 لدى المحافظة العقارية من طرف ناظر الأوقاف، فسجل المحافظ على الأملاك العقارية التعرض الكلي المتبادل مع التحديد الإداري، وبعد إحالة الملف على المحكمة الابتدائية أصدرت حكما بعدم صحة تعرض ناظر الأوقاف، فاستأنفته هذه الأخيرة، فقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف، ثم نقضه المجلس الأعلى سابقا بعلة أنه من الثابت فقها أن الحبس يمكن إثباته ولو ببينة السماع عندما يشهد شهودها أنهم لا زالوا يسمعون من الثقاة وغيرهم منذ عشرين سنة، بأن المشهود فيه حبس ويحترم بحرمة الأحباس وأن الطاعنة اعتمدت حيازتها للمدعى فيه، وتمسكت بها إلا أن القرار اعتبر الحيازة بيد المطلوبة في النقض دون أن يبين من أين استقـى ذلك، فجاء فاسد التعليل، وبعد الإحالة وإدلاء الطرفين بمستنتجاتهما قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بصحة تعرض نظارة الأوقاف على التحديد الإداري وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض حاليا من الطاعنة مرتكزة في ذلك على وسيلتين: حيث تعيب الطاعنة القرار في الوسيلة الأولى بسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنه علل بأنه يكتفي في بينة الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه، أن يشهد شهودها بأن الملك حبسي يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها، إلا أن الطرف المتعرض لم يدل بأية بينة يشهد شهودها بالصفة الحبسية للملك موضوع النزاع، وأن المدلى به من طرف النظارة المتعرضة، هو مجرد رسم إحصاء من صنعها، ولا يرقى إلى درجة بينة الحبس التي يتحدث عنها القرار في تعليلاته، ولا يتضمن صيغة الشهادة المطلوبة في بينة الحبس المعتبرة قانونا، وتعيبه في الوسيلة الثانية بسوء التعليل الموازي لانعدامه ذلك أنه علل بأن وزارة الأوقاف تمسكت بالحيازة الطويلة والهادئة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق إكرائه للغير، وأن الحيازة تعد قرينة على الملك ولا ينتزع الشيء من يد حائزه إلا بحجة قوية، إلا أن النظارة المتعرضة لم تدل بأية حجة تفيد حيازتها وتصرفها في المدعى فيه وفق الشروط المتطلبة قانونا، ومع ذلك فإن المحكمة مصدرته اعتبرتها الحائزة والمتصرفة في المدعى فيه لمجرد

تمسكها بالحيازة والتصرف، ودون تكليفها بإثبات ذلك، وكان عليها أن تتحقق من هوية الحائز وسلفه بالعقار وهوية الجهة الواقفة ومن مدة الحيازة عن طريق الأمر بإجراء معاينة ميدانية في إطار تحقيق الدعوى، فردت محكمة النقض في قرارها هذا ب: لكن، ردا على الوسيلة الأولى فإنها غير مؤسسة ما دام أنه لم يرد في تعليل القرار المطعون فيه ما ورد فيها، وبخصوص الوسيلة الثانية فإن المحكمة غير ملزمة بإجراء أي تحقيق إلا إذا كان ضروريا للفصل في النزاع، وأن الطاعنة لم تدع حيازة المدعى فيه أمام محكمة الموضوع، وأنه رغم تمسك المطلوبة في النقض بحيازة المدعى فيه حيازة طويلة عن طريق الكراء للغير بدون معارض يعارضها، فإن الطاعنة لم تثبت عكس ذلك أمام محكمة الموضوع، ولذلك فإن القرار حين علل بأن النظارة تمسكت في تعرضها على القطعة موضوع التحديد الإداري، والتي تشكل مطلب تحفيظها على حيازتها الطويلة الأمد عن طريق الكراء للغير بدون معارض عارضها، وأنه بالمقابل لم يدل الطرف الآخر صاحب التحديد الإداري بأي حجة تدل على تملكه لذلك العقار، وأن تمسكه بمقتضيات الظهير المؤرخ في 1924/02/18 لا يمكن الالتفات إليه مادام أن ذلك التحديد لم يصبح بعد نهائيا، وأن عملية التحديد في مرحلتها هاته لا ترق في قيمتها إلى قيمة حيازة النظارة للعقار الحيازة الطويلة والهادئة والتصرف في المدعى فيه عن طريق الكراء مع سكوت المستأنف عليها الجماعة السلالية دون عذر مقبول وأن الحيازة قرينة على الملك، وتدل عليه ولا ينتزع الشيء من حائزه إلا بحجة أقوى، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار المطعون فيه معلل تعليلا كافيا، والوسيلة أعلاه على غير أساس"[765].

من هذا القرار يتبين أن محكمة النقض استندت إلى رسم الإحصاء –وهو الرسم الذي يستخرج من كناش الإحصاء أي الكناش الأول بحسب ترتيب الظهير الشريف السابق الإشارة إليه– للقول بوجود الحيازة الطويلة، إضافة إلى رابطة الكراء للغير التي تعضد حيازة الملك من طرف الأوقاف، ما دام ذلك يدل على الحيازة وما دام أنه لا يوجد ما يعارض هذه الحيازة أو يقدح في أحد شروطها – كقصر المدة المتطلبة فيها مثلا– فإنها

[765] - قرار محكمة النقض، الغرفة المدنية، القسم الأول، قرار عدد 1/811 المؤرخ في 2017/12/05، ملف مدني عدد2016/1/1/3744 قرار غير منشور، انظر الملحق رقم 5.

قرينة على الملك ولا ينزع من حائزه إلا بحجة أقوى، ويقتضي المنطق أن تكون هذه الحجة مستمدة من الأوقاف نفسها، ذلك أنه إذا ثبت أن الأوقاف تتصرف في الملك بالكراء لما يفوق القرن من الزمن، فإن رسم الشراء الذي يستند إليه الغير والذي يكون حديث العهد حتى وإن كان ورقة رسمية، فإن المنطق يقتضي أن أصل مدخله يجب أن يستمد من الأوقاف، وإلا عد ما هو في الكنانيش أقوى حجة من حجة الغير، فكثيرا ما يستند الغير على حجج غير صحيحة، كما هو الحال مثلا في قرار استئنافية مكناس لما محصت في حجة الغير المستند عليها ابتدائيا وقررت: **"وحيث أن ما قضت به المحكمة من صحة تعرض المسمى المدون بالكناش 11 عدد 1477 معللة بأنه أدلى برسم شرائه، وبالاطلاع على رسم شراء المدلى به من طرف المتعرض المذكور تبين أنه رسم لا يحمل عددا وغير مخاطب عليه، ولا وضع عدلا الإشهاد شكلهما عليه فهو محض زمام لا تنهض به حجة فما قضى به الحكم المستأنف من صحة تعرض المسمى... في غير محله"**[766*].

وما دام أن الإدارة لا ترمي بمقتضى هذه الكنانيش إلى إثبات الملكية بداية، فإنه سيتم مضاهاتها بالوسائل غير المعدة للإثبات في القانون المدني، على مستوى آخر.

ثانيا: المقارنة بين هذه السجلات وبين ما يشاكلها في القانون المدني

بالعودة إلى القانون المدني نجده قد نص على مجموعة من وسائل الإثبات والتي من ضمنها المحررات العرفية غير المعدة للإثبات ابتداء والتي تصلح للإثبات حسب كل حالة من الحالات التي تدور في فلكها، هنا نجد أن المشرع نص في الفصل 428 من ق ل ع على أنه تكون البرقية دليلا كالورقة العرفية، إذا كان أصلها يحمل توقيع مرسلها أو إذا ثبت أن هذا الأصل قد سلم منه إلى مكتب البرقيات ولو لم يكن توقيعه عليه.

---

[766] - قرار رقم 710 مؤرخ في 1993/03/13 ملف عقاري عدد 6/90/2644، مجلة الأملاك الوقفية، ج 2، م س، ص 258.

*- للاطلاع على القرارات التي تعتبر شهادة الإحصاء دليل على الحيازة الطويلة الأمد، وتعتبر بذلك حجة في الإثبات، مما يعضض التوجه السابق الذي يأخذ بهذه الكنانيش كوسائل إثبات انظر:

- القرار عدد 200 المؤرخ في 2010/01/13 ملف مدني عدد 2008/1/1/3444 (مجلة الأملاك الوقفية، ج 2، م س، ص 199).
- القرار عدد 3707 المؤرخ في 2000/04/13 ملف مدني عدد 2008/1/1/2705(نفس المرجع، ص 206).
- القرار عدد 2174 المؤرخ في 2010/05/11 ملف مدني عدد 2008/1/1/2708 (نفس المرجع، ص 216)

فإذا كان المشرع قد اشترط التوقيع في الورقة العرفية، فإنه لم يشترط ذلك إذا كان أصل البرقية قد سلم إلى مكتب البرقيات، كما أن التاريخ في البرقية يحدد بتاريخ تسليمها أو إرسالها إلى مركز توزيع البرقيات، وبالتالي تكون للبرقيات حجية الورقة العرفية متى توافرت على هذين الشرطين[767].

كما يوجد في ميدان الإثبات بالكتابة في ضوء قانون الالتزامات والعقود ما يسمى بالدفاتر التجارية حسب الفصل 433 منه، أو ما يمكن تسميته في ضوء المادة 19 من مدونة التجارة بسجلات المحاسبة، حيث تعتبر هذه الدفاتر حجة فيما بين التجار، كما أن هذه السجلات تعتبر مقبولة أمام القضاء كوسيلة إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارتهم[768]، ذلك أن المشرع اعتبر هذه السجلات عاملة في الإثبات بين التجار إن كانت ممسوكة بانتظام، بل الأكثر من ذلك فبالرغم من عدم مسكها بانتظام تظل للقضاء سلطة تقديرية واسعة في اعتمادها كحجة إذا تمت مقارنتها بدفاتر الخصم، خاصة وأن الأعمال التجارية لا تتم بين التجار إلا في إطار طلبات للبضائع ووصولات بتسلمها، كما يمكن اعتماد وسائل أخرى لإثبات قيام المعاملة موضوع النزاع كأذونات التسليم أو الفواتير، فبالرغم من كون هذه الفواتير هي من صنع الطرف المدعي، فإنه يعتد بها كوسيلة إثبات متى كانت مرفقة بوصولات التسليم الموازية لها، فيكون التوقيع المضمن بوصولات التسليم بمثابة إقرار ضمني بالتوصل وحيازة البضائع المشار إليها بتلك الوصولات[769].

وعليه فإن الدعاوى التجارية التي تكون بين التجار، تشكل دفاتر التاجر المنتظمة فيها حجة عليه في جميع الاحوال، أي تصلح أن تكون دليلا كاملا يبني القضاء عليها حكمه، أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فإنه لا يجوز أن يستخلص منها دليلا لنفسه أو يجزأ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه، والأكثر من ذلك إذا كان الأصل هو عدم جواز الاحتجاج بدفاتر التاجر على غير التاجر، فإن الاستثناء هو جواز ذلك إذا كانت البيانات المثبتة فيها عما ورده التاجر، حيث تصلح أساسا وتجيز للقاضي أن يوجه اليمين

---

767 - خالد سعيد، م س، ص 185.
768 - محمد الشليح، مجلة الحقوق المغربية، ج الثالث، م س، ص 43.
769 - سعيد كوكبي، م س، ص 57.

المتممة إلى أي من الطرفين على اعتبار أن الدفاتر التجارية في هذه الحالة تعد قرينة قضائية على ما ورد فيها، تتيح للقاضي أن يستكمل دلالتها بتوجيه اليمين المتممة لأي من الطرفين[770].

بالإضافة إلى الفواتير والسجلات التي يمسكها التجار، فإن المؤسسات البنكية تعتمد بدورها لإثبات الديون المترتبة في ذمة زبنائها، على كشوفات الحساب والتي تعتبر حجة في الإثبات طبقا للفصل 492 من مدونة التجارة، متى توافرت على الشروط المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان[771] وتأسيس على ذلك نظم هذا القانون حجية كشوف الحساب في المادة 18 منه والتي بدورها أحالت على منشور لوالي بنك المغرب، حيث جاء فيها، أنه تعتمد كشوف الحساب التي تعدها مؤسسات الائتمان وفق الكيفيات المحددة بمنشور يصدره والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان في المجال القضائي باعتبارها وسائل إثبات بينها وبين عملائها في المنازعات القائمة بينهما إلى أن يثبت ما يخالف ذلك، ومن ذلك يلاحظ أن المشرع لم يحدد طبيعة هذه الكشوف هل هي أوراق رسمية أم عرفية[772].

وفي مجال القانون الاجتماعي فإن المشرع المغربي جعل لبعض الوثائق الكتابية حجة قوية في الإثبات كما هو الشأن بالنسبة لبطاقة الشغل وشهادة العمل ووصل صافي الحساب، فهذا الأخير مثلا اعتبره المقنن المغربي حجة في الإثبات متى توافرت فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 745 مكرر ثلاث مرات من قانون الالتزامات والعقود، أما إذا نقضه على وجه قانوني أو اختلت شروطه اعتبر مجرد توصيل بسيط[773].

والأكثر من ذلك نجد أنه جاء في المادة 18 إثبات مصري على أنه لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في حالتين، الأولى: إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا، والثانية، إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام

---

[770] - مصطفى أحمد أبو عمرو، م س، ص 124.

[771] - الظهير الشريف رقم 147.93.1 الصادر في 15 محرم 1414، الموافق ل 06 يوليوز 1993، المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها. الجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006، ص 449.

[772] - للمزيد من التوسع، انظر خالد سعيد، م س، ص 186.

[773] - سعيد كوكبي، م س، ص 59.

السند لمن أثبتت حقا لمصلحته، وهو نفس المقتضى نجده في المادة 165 أصول محاكمات مدنية من القانون اللبناني، غير أن قصر حجية الدفاتر والأوراق المنزلية على هاتين الحالتين لا يحول دون اعتداد القاضي في غيرهما بهذه الدفاتر والأوراق، باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو إلى عناصر أدلة سبق تقديمها وفقا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن سواء كان ذلك لإثبات حق لصاحب تلك الدفاتر والأوراق أو لإثبات حق عليه للغير[774].

من كل ما سبق وكمحاولة للتدليل على وجود عدة وسائل للإثبات لها أوجه تشابه بين الكنانيش والسجلات الوقفية على الأقل من ناحية ما اصطلح عليه بأنه حجة من صنع الخصم، ومع ذلك فهي معتبرة في الإثبات على خلاف التوجه القضائي –السابق الإشارة إليه– الذي يستبعد السجلات والكنانيش الوقفية من الإثبات، لذلك يمكن وصف هذه الأخيرة حسب الدكتور محمد الشليح بالدفتر أو السجل المدني لحقوق الأحباس والتزاماتها، فمتى جاز هذا الوصف صح القول بوجود التشابه بين الدفاتر أو السجلات التجارية، وبين الحوالات[775] والسجلات والكنانيش الوقفية.

لذلك فإنه أقل ما يجب أن تتمتع به هذه الكنانيش من حجية، هو إعطاءها نفس حجية الدفاتر والسجلات التجارية أو باقي أنواع وسائل الإثبات السابق الإشارة إليها، وذلك لدحض الرأي الذي يستبعدها جملة وتفصيلا من الإثبات، وإلا فإن لها في حقيقة الأمـر حجية الورقة الرسمية على ما سيتم توضيحه تاليا.

ثالثا- اعتبار السجلات والكنانيش الوقفية سجلات الدولـة

اعتبارا لكون النظارات تمسك السجلات والكنانيش فإنه يجب النظر إلى هذه الكنانيش المحلية على أنها جزء من الكناش الوطني، حيث يلعب هذا الكناش المحلي نفس الدور الذي يلعبه سجل التضمين الذي تمسكه المحكمة في قسم التوثيق، حيث تعتبر المحررات التي تستخرج منه محررات رسمية، ذلك أن كلا السجلات سواء تعلق الأمر بسجل التضمين أو

[774] - مصطفى أحمد أبو عمرو، م س، ص 126.
[775] - محمد الشليح، مجلة الحقوق المغربية، ج 3، م س، ص 44.

الكنانيش والسجلات الوقفية، تعتبر أرشيفا عموميا[776]، ينطبق عليها فحوى الفصل 441 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه أن النسخ المأخوذة وفقا للقواعد المعمول بها، عن المحررات الخاصة أو العامة المودعة في خزائن المستندات (الأرشيف) بواسطة أمين هذه الخزائن تكون لها نفس قوة الإثبات التي لأصولها.

ويسري نفس الحكم على نسخ الوثائق المضمنة في سجلات القضاة إذا شهد هؤلاء القضاة بمطابقتها لأصولها. ويجد هذا الفصل أصله في الفصل 527 من المشروع التمهيدي للمجلة التونسية للإلتزامات والعقود لدواوود سانتيانا، وحسب هذا الأخير في تعليقه على هذا الفصل فإن هذا الفصل الأخير مستمد بدوره من الفصل 1339 من القانون المدني الإيطالي لسنة 1865 وكذلك المواد 1737 و 1738 و 1739 من مجلة الأحكام العدلية العثمانية، ورد المحتار[777]، وقد ذكر سليم رستم باز اللبناني في شرحه للمادة 1737 المتعلقة بالقيمة الإثباتية للدفتر الخاقاني المسمى أيضا بالطرة السلطانية أنه لو وجد في الدفاتر أن المكان الفلاني وقف على المدرسة الفلانية مثلا يعمل به من غير بينة وبذلك يفتي مشايخ الإسلام كما هو مصرح في بهجة عبد الله أفندي وغيرها[778].

فإذا سلمنا بذلك كان لمسك النظارة لهذه الكنانيش حكم مسك الإدارة للأوراق الإدارية، ومعاملة النظارة على أساس أن لها شخصية مستقلة وحياة متميزة عن الحياة الخاصة للعاملين بها، وهذه الشخصية لا تتغير ولا تنتهي بانتهاء أو تغير حياة العاملين بها، فحياة الإنسان وإن طالت تعتبر محدودة في عمومها، لذلك كانت حاجة الإدارة إلى تكوين ذاكرتها المستقلة تتمثل في إعداد ذاكرة إدارية – السجلات والكنانيش – متميزة لها تظل باقية محتفظة بالوقائع بعيدة عن النسيان أو التلف، بحيث يرجع إليها للكشف عن حقيقة التصرفات ومضمونها وتاريخها، وتكون مرجعا ثابتا على مر العصور بغض النظر عن

---

[776] - محمد الشليح، مجلة الحقوق المغربية، ج 3، ص 47.

[777] - جاء في مواد مجلة الأحكام العدلية العثمانية كما ذكرها الدكتور محمد الشليح أن المادة 1737 نصت على أنه: " يعمل بالبراءات السلطانية وقيود الدفتر الخاقاني لأنها أمينة من التزوير "، ونصت المادة 1338 على أنه " يعمل أيضا بسجلات المحاكم إذا كانت قد ضبطت سالمة من الفساد والحيلة"، كما نصت المادة 1339 من نفس المجلة على أنه:
"لا يعمل بالوقفية وحدها إلا إذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه"، وجاء رد المحتار: " إن كان للوقف كتاب في سجل القضاة وهو في أيديهم اتبع ما فيه استحسانا"، اورده الدكتور محمد الشليح، م س، ص 48.

[778] - أورده، محمد الشليح، م س، ص 48.

الأشخاص العاملين بها، لذلك فظروف عمل الإدارة وقرينة سلامة قرارات الإدارة وما تتمتع به من امتياز سواء على مستوى طريقة اختيار الموظفين ومراقبتهم أو تكوينهم[779] أو امتياز حيازة الأوراق الإدارية، يجعل طريق الإثبات بالكتابة عن طريق السجلات التي تمسكها الطريق الأول للإثبات أمام القضاء الإداري[780]، ومنه إلى القضاء المدني كلما تعلق الأمر بإثبات ملكية الأملاك المنازع فيها.

لكل ذلك إذا تم التسليم بكون ما عرف في الإيالة العثمانية، حتى في القطر التونسي الذي كان تابعا لها، بالدفتر الخاقاني أو الطرة السلطانية، يسمى في المغرب بالحوالة الحبسية وما يتصل فيها بالتقييدات الإحصائية، والسجلات والكنانيش، وتم التسليم أيضا بأن القيمة الإثباتية لهذا الدفتر الخاقاني قد انتقلت إلى الفصل 441 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، جاز القول كنتيجة منطقية إلى أن حجية الحوالة الحبسية والكنانيش قد كرسها هذا الفصل الأخير، الذي لو التفت إليه القضاء وفهمه فهما سليما في ضوء مصادره المستفادة من الأعمال التحضيرية لقانون الالتزامات والعقود المغربي لوفر عناء البحث عما يحمل على الاقتناع بالقيمة الإثباتية لهذه الوسائل في الإثبات[781].

لذلك فعلى المشرع الوقفي النص عليها صراحة حتى تستجلى حقيقتها وحتى تتكشف قيمتها التي لعبتها وستلعبها في إثبات الأملاك الوقفية، بوصفها سجلات الدولة مما يستتبع ذلك من كونها أوراق رسمية تتمتع بحجية الورقة الرسمية في الإثبات.

---

779 - " لقد كانت الدولة المغربية تفرض رقابة شديدة على أموال الوقف، وتحرص كل الحرص على رعايته وتنميته، وتلاحق النظار ملاحقة صارمة، وتفرض عليهم رقابة بأن تكون حساباتهم مضبوطة دقيقة، كما تتعقب كل ناظر يبخس بأمانته، ويخون ما عهد إليه، فتحاسبه حسابا عسيرا، فإذا تبين إخلاله تنبذه نبذ النواة، وتطرحه طرح القشر، وتلفظه لفظ الغثاء لذلك كان لا يختار لهذه الوظيفة السامية إلا من كان مشهودا له بالفضل والاستقامة والكفاية وأصالة الرأي وحسن الأحدوثة ولسان الصدق..." .محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، ج الأول، م س، ص 314.

780 - إلياس جوادي، الإثبات القضائي في المنازعات الإدارية – دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم القانون العام، جامعة محمد خضيرة بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013، ص 41.

781 - محمد الشليح، م س، ص 49.

الفصل الثاني: الأدلة غير الكتابية في إثبات الوقف

يراد بالأدلة غير الكتابية في إثبات الوقف في محرر مكتوب، والتي يقدمها الخصوم أمام القضاء عند نظر الخصومة، لإثبات دعوى المدعي أو دفع المدعى عليه لهذه الدعوى، أو إثبات واقعة معينة يتصل إثباتها بالفصل في الدعوى، ذلك أنه إذا كان الدليل الكتابي يفيد القطع متى استجمع كافة شروطه، فإن الشريعة أجازت بناء الأحكام على الحجج الظنية كذلك، وإلحاق ما يفيد الظن من الأدلة بما يفيد القطع بعد أخذ الاحتياط في ذلك وبذل أقصى الوسع في التثبت والتحري، فأجازت للقضاء بناء الحكم على شهادة الشهود وإقرار المدعى عليه بالحق المدعى به وذلك لرجحان الصدق على الكذب فيهما، ولم تقف الشريعة عند هذا الحد، وإنما توسعت في رعاية الضرورة وتقدير مواضعها فأجازت بناء الأحكام على الشهادة بالتسامع، والشهادة على الشهادة، وشهادة امرأة واحدة إلى غير ذلك من الحجج والأدلة[782]، ولعل تقدير المواضيع يندرج ضمنه الوقف لما يتميز به من خصوصية الأمر الذي يستدعي بحث خصوصية الوسائل غير الكتابية في إثباته (المبحث الأول)، فإن خلص هذا المبحث بإبراز أهم الوسائل التي يثبت بها الوقف من وسائل كتابية، وأخرى غير كتابية تعين بحث سبل الترجيح بين هذه الحجج متى عرضت على القضاء وما يرافق هذا الترجيح من خصوصية المرتبطة بالمادة الوقفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الأدلة الغير الكتابية المعمول بها في ميدان الوقف

ككل الدعاوى لا بد لإثبات الوقف من تقديم البينة بمفهومها العام من قبل المدعي لتأييد صدق دعواه، ومن بين الأدلة الغير الكتابية التي يستند إليها المدعي في إثبات دعواه ما هو محل اتفاق بين الفقهاء، ومنها ما هو محل خلاف.

لذلك سيتم إبراز أهم الوسائل لإثبات الوقف، حيث سيتم التطرق إلى الحيازة (المطلب الأول)، ليتم بحث الإقرار والشهادة (المطلب الثاني).

[782]- أحمد فراج حسين، م س، ص 14

المطلب الأول: إثبات الوقف بالحيازة

تعتبر الحيازة[783]، في الفقه الإسلامي مظهرا من مظاهر الملك وقرينة عليه، وليست سببا مباشرا فيه، حيث يبحثها جل الفقهاء في باب الشهادة[784] باعتبارها دليلا إلى جانب الحائز على أنه هو المالك للمال المحوز، وهذه الحيازة تتم عن طريق استغلال عقار معين دون سبب لذلك الاستغلال وسكوت صاحب الملك عن المطالبة به مدة معينة حيث تعتبر قرينة على الملك[785]، ولا تكون سببا للملك إلا فيما يتعلق بإحياء أرض الموات التي لم يسبق عليها ملك لأحد[786]، وهي كمن استولى على ملك غير مملوك لأحد لمدة عشرة أشهر.

و بالرغم من كون الأملاك الوقفية لا تمتلك بالحيازة، إلا أنها في المقابل يمكنها أن تحوز لفائدتها، مما ينبغي معه معرفة الشروط الواجب توافرها في الحيازة لكي تكون حجة قاطعة في ذاتها(الفقرة الأولى)،وآثار هذه الشروط على الملكية الوقفية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط الحيازة

إن من خصوصيات الأملاك الوقفية هو عدم قابليتها للحيازة وهذا ما أكدته المادة 51 من مدونة الأوقاف حيث جاء فيها:" يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة" ، إلا أنه في المقابل يمكن أن تتم الحيازة لفائدة الوقف تبعا لكون الحبس يحوز ولا يحاز عليه مما يتعين معه معرفة شروط الحيازة، وبالرجوع إلى الفقه المالكي نجد الفقهاء وضعوا جملة من الشروط وهي نفسها التي نصت عليها مدونة

---

[783]- الحيازة: لغة: حاز فلان الشيء ضمه وملكه، يقال حاز إليه، أي ضمه وامتلكه، ويقال احتازه إلى نفسه، والحوز الجمع، وكل من ضم إلى نفسه شيئا فقد حازه، حوز، وحيازة، والحوز: الملك من الأرضين: ما يحتازه إنسان لنفسه ويبين حدوده ويقيم عليه الحواجز فلا يكون لأحد حق فيها. انظر ابن منظور، م س، ص 206.
واصطلاحا: هي وضع اليد على الشيء والاستلاء عليه بقصد التملك، والتصرف يكون بواحد من أمور: سكنى أو إسكان أو زرع أو غرس أو استغلال أو هبة أو صدقة أو بيع ، أو هدم أو بناء، أو قطع شجر أو عتق، أو كتابة أو وطء في رقيق. انظر أحمد الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، م س، ج 4، ص 207.

[784]- نجد من بين الفقهاء الذين ذكروا الحيازة في باب الشهادة:
- خليل ابن إسحق المالكي، أوردها في موضعين باب إحياء أراضي الموات، وباب الشهادة، م س، الصفحات250، 270، وهو ما أكده الشيخ عبد السلام التسولي بقوله: " ذكر خليل وغيره مسألة الحيازة آخر الشهادات لأنها بينة لصاحبها على تصديق دعواه"، انظر الحسن علي بن عبد السلام التسولي، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام لابن عصم الأندلسي، البهجة في شرح التحفة، دار الفكر، الطبعة الثانية، 1951، ص 252.

[785] - محمد ابن معجوز، وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى 1984، ص 388.

[786] - محمد القدوري، حيازة العقار وحيازة المنافع، دار الأمان الرباط، 2005، ص 63.

الحقوق العينية من خلال المادة 240، والتي ترتكز أساسا على وضع اليد على العقار والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، ونسبته لنفسه، ونسبة الناس إليه بدون منازع طيلة المدة المحددة قانونا، وقد أجملها الفقيه الزقاق فيما يلي:

حُضُــورٌ وعِلْــمٌ ثمَّ رُشْدٌ وَ نِسْبَــةْ وَوَضَــعُ يَـدِ حَــوْزٍ بُلُــوغُ تَصَــرُفْ

وَطُولُ المُدَّةِ أَوْ السَّكْتُ مِنْ غَيْرِ مَانِعْ فَهَا ذِي شُرُوطُ الْحَوْزِ إِنْ كُنْتَ تَعْرِفْ[787].

وقد بين الشيخ أبو الصنهاجي أن المقصود ب "الحَوْزِ" الوارد أعلاه هو الحيازة حيث ورد فيه: " وأراد بالحوز الحيازة"[788].

وعليه فإن شروط الحيازة التي يعتد بها هي كالتالي:

أولا: وضع اليد

المراد باليد أن يضع الحائز يده بوجه شرعي على العقار المحوز فقد جاء عند القرافي[789]: "اليد عبارة عن القرب والاتصال وأعظمها ثياب الإنسان الذي عليه ويليها البساط الذي هو جالس عليه والدابة التي هو ساكنها"[790].

فاليد والحوز مترادفان، وقد جعل الفقهاء الحوز شرط في الملك لكون المفروض في كل مالك أن يكون ماله بيده، لا بيد غيره إلا أن يكون هذا الغير نائبا عنه[791].

ووضع اليد يمكن أن يتم من طرف المحوز نفسه أو عن طريق الغير متى كان هذا الغير نائبا أو ممثلا عنه أو وكيلا، والفرق بين حوز الأصيل وحوز غيره هو أن المحوز

---

787 - شهاب الدين أبو العباس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الأول، م س، ص 107

788 - أبو الشتاء بن الحسن الغازي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، الجزء الثاني، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، 1968، ص 14

789 - القرافي: هو أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان، أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي القرافي من علماء المالكية، أخذ العلم عن علماء أجلاء كابن الحاجب والعز بن عبد السلام، توفي (684 هـ) من مؤلفاته: الفروق، شرح التهذيب، شرح الجلاب انظر محمد خلوف، م س ، ج1، ص 188

790 - شهاب الدين أبو العباس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق ، م س، الجزء السابع، ص 130.

791 - محمد القدوري، م س، ص 30

الأصلي يملك حق التوجيه و التصرف فيما حازه، بينما حيازة الغير هي حيازة عرضية لا يملك صاحبها حق التصرف بل يتصرف لصالح المحوز الأصلي[792].

والأصل أن الحائز يفترض فيه أنه حائز لنفسه إلى أن يثبت عكس ذلك. إلا أنه يمكن للحائز العرضي أن ينقلب إلى حائز بنية التملك، ولكي يعتر وضع اليد صحيحا سواء، بالنسبة للحائز الأصلي أو العرضي لا بد من خلوها من الإكراه و التدليس، فقد ورد عند الحطاب[793] في الحائز: " أن تكون اليد مثل أن يكون غاصبا وذا سلطان"، وقوله في المحوز عليه والحائز " الخوف أي خوف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستند لذي سلطان"[794]، فالعقار أو غيره الذي في ثم الاستلاء عليه بطريق غير مشروع فإنه يجب رده، فيد الغاصب باطلة[795].

فالفقهاء قد أجمعوا على كون وضع اليد المشوب بإكراه أو خوف تعتبر باطلة، ويجب إرجاعها لصاحبها، وإذا ما استمرت الحيازة فلا يكون لها أي أثر في مواجهة من وقع عليه الإكراه.

ثانيا: العلنية

إن المقصود بشرط العلنية في الفقه الإسلامي ليس فقط علنية الحيازة للغير بمشاهدتهم ومعرفتهم بها، بل يجب حضور المحاز عليه في بلد العقار الواقع عليه الحيازة، ومشاهدته لتصرفات وأعمال واضع اليد وقد رتب الفقهاء على انعدام هذا الشرط انعدام الحيازة.

---

[792] - محمد بادن، دعوى الاستحقاق العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011/2019، ص 248

[793] - الحطاب: هو محمد بن محمد بن عبد الرحمان الشهير بالحطاب المغربي أصلا، المكي مولدا، أخذ الفقه عن أبيه وحضر بعض دروس شيخ المالكية في زمانه الشيخ علي نور الدين السنهوري توفي سنة 953 هـ وقبل 954 هـ. من مؤلفاته: شرح مختصر خليل – شرح نظائر الرسالة التي نظمها ابن غازي وسماه "تحرير المقالة وتفريج القلوب بالخصال المكفرة لما تقدم وتأخر من الذنوب. بدر الدين القرافي،م س، ص 216.

[794] - محمد عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مطبعة السعادة القاهرة، طبعة 1329، الجزء السادس، ص 792.

[795] - عدلي أسير خالد، "تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقوانين البلاد العربية مع مقارنة بالفقه الإسلامي"، منشأة معارف الإسكندرية، طبعة 1992، ص 276.

حيث قال خليل: " ... ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته"[796] ، ويفهم من هنا أن المحاز عليه إذا كان حائزا يرى ويعلم أن الحائز يتصرف أو يستغل العقار المحاز، المملوك له هو، لا الحائز، تصرف المالك لما يملكه وليس هناك مانع يمنعه من المطالبة بحقه أو الالتجاء إلى السلطة المختصة مطالبا بحقه بل ظل ساكتا لا يعترض فهو بذلك لا يستحق الحماية[797].

أما إذا كان المحاز عليه غائبا عن البلد الكائن به العقار فلا يمكن مواجهته بالحيازة مهما توفرت باقي شروطها حيث جاء في التحفة:

وقائـــم ذو غيبـــة بعيـــدة حجتـــه باقيـــة مفيـــدة"[798]

والغيبـة[799] حسـب الفقهاء تختلـف باختـلاف المسافـة التـي يتم قياسهـا بالأيـام التـي يستغرقها السفر.

أ- الغيبة القريبة

تعتبر الغيبة القريبة بنحو اليومين، فإما أن يعلم الغائب بحيازة الأجنبي أو لا يعلم، فإن لم يعلم فهو على حقه طال الزمن أو قصر، وإن علم فلا مقال له وسقط حقه[800].

ب- الغيبة البعيدة

تختلف الغيبة البعيدة عن الغيبة القريبة في كون المحاز عليه يبقى حقه قائم سواء علم بتاريخ الحيازة أم لم يعلم، فقد جاء في التحفة:

والبعـد كالسبـع وكالثمـان وفـي التـي توسطـت قـولان[801].

---

796 - خليل ابن اسحق، م س، ص 272

797 - عدلي أسير خالد، م س، ص 293.

798 - ابن عاصم الأندلسي، م س، ص 68

799 - الغيبة: لغة : من غاب غيبا، وغيبة وغيابا، خلاف شهد وحضر بقال غاب فلان : بَعُدَ، وغاب فلان عن بلاده سافر. والمقصود بالغياب هنا هو الغياب الذي يترتب عنه عدم علم الغائب أن ملكه حازه شخص آخر. لمزيد من التوسع انظر عدلي أسير، م س، ص 294.

800 - عبد العلي العبودي، الحيازة فقها وقضاء، المركز الثقافي العربي، بيروت، الطبعة الأولى،1996، ص 68

801 - ابن عام الأندلسي، م س، ص 68.

وقد أوضح الشيخ التسولي هذا البيت من خلال: "...(والبعد كالسبع)، مراحل (وكالثمان)، وظاهر بلغه العلم بالحيازة عليه أم لا، كانت الحيازة عليه بالهدم والبناء أو بالاستغلال والسكنى ثبت عجزه عن القدوم والتوكيل أم لا"[802]، هذا فيما يخص غيبة الرجل، أما غيبة المرأة فقد اعتبر الفقهاء غيبتها دائما بعيدة سواء كانت غيبتها قريبة أو متوسطة أو بعيدة، سواء علمت بالحيازة أو لم تعلم، وذلك لكون المرأة لا يمكن لها السفر بدون محرم عملا بقول الرسول الكريم ﷺ: " لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر يوما وليلة إلا مع ذي محرم"

وقد أكد ذلك ابن عاصم حيث ورد في التحفة استكمالا للأبيات السابقة:

وكالحضـور اليـوم واليومـان بالنسبة للرجال لا النسـوان[803].

ج- الغيبة المتوسطة

وهي الغيبة التي تكون دون السبع والثمان والتي قدرها الفقهاء بالثلاثة والأربعة فما فوقها فالقول هنا قولان الأول وهو لابن قاسم، حيث يرى أنه يسقط حقه إذا لم يثبت عجزه عن القدوم أو التوكيل، والثاني لا يسقط حقه ولو لم يثبت عجزه ويصدق فيما يدعيه من العجز عن القدوم والتوكيل لأنه قد يكون معذورا كمن لم يتبين عذره وهو القول المعتمد[804].

فالغائب غيبة متوسطة تبقى حجته قائمة سواء علم بالحيازة أم لم يعلم، و زيادة في حماية حق المحاز عله فإن الغيبة بجميع أنواعها هي مبطلة للحيازة، ليس فقط غيبة المحاز عليه وإنما أيضا غيبة الحجة سواء كانوا شودا أو رسوما يبتون ملكية المحاز للمحاز عليه.

وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بالناظور في قرارها 346:" وحيث لم تثبت غيبة المدعين بأي وجه كان، فهم حاضرون بالبلد طيلة المدة المذكورة ولما كان من شروط الحيازة المكسبة للملك أن تطول عشر سنين مع حضور المدعي وسكوته بلا مانع طول المدة المذكورة وأن الأصل في الأجنبي الذي لا قرابة له وليس شريكا إذا حاز الشيء عشر سنين فهو كيفما كان نوع الحيازة ولو بإضعافها وهذه الحيازة تعتبر دليلا على الملك

802 - أبي الحسن علي التسولي، م س، ص 473.
803 - ابن عاصم الأندلسي، م س، 68
804 - أبي الحسن علي التسولي، م س، ص 608

ومسقطة لحق من يدعي ملكيته لذلك الشيء وفي النازلة موضوع الدعوى وقد أثبت الطاعن بموجب محضر إثبات حال المنجز من طرف الخبير... أنه يحرز القطعة الأرضية موضوع النزاع منذ شرائها سنة 1978 وتم تحويطها من جهاتها الأربع بحائط ...فإن حيازته للمدعى فيه وتصرفه فيه طيلة المدة المشار إليها وبحضور المدعين يكفيه لرد دعواهم الرامية إلى استحقاقهم للمدعى فيه لأن دعوى الاستحقاق لا يمكن سماعها ولا تقبل البينة المؤيدة لها بمرور عشر سنين فما فوق وهو المقرر فقها والمعمول به قضاء لقول الشيخ خليل" وإن حاز أجنبي غير شريك عشر سنين ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع لم تسمع ولا بينته" "[805].

ثالثا: تصرف الحائز

إن شرط وضع اليد على العقار المحوز لا يكفي لادعاء الحيازة، بل لا بد من تصرف الحائز في الشيء المحوز تصرف المالك في ملكه، وظهوره بمظهر المالك الشرعي الذي يباشر عملا مبنيا على أساس قانوني بطريقة علنية لا خفاء فيها حيث ورد عند الشيخ خليل: " وصحة الملك بالتصرف"[806].

وأعمال التصرف كثيرة، منها الرعي والزرع، و السكنى، أو الهدم والبناء فإذا حاز رجل دارا أو مزرعة أو غيرها من العقارات وصاحبها حاضر ساكت ، وهو يتصرف فيها بغير الاصلاح، ويدعي الملكية لها، ويتصرف فيها تصرف المالك في ملكه، ولو لمرة واحدة من غير مانع له، فلا تسمع دعواه[807].

ويثبت التصرف بالشهادة به من طرف الشهود الذين شاهدوا الحائز يتصرف في ذلك الشيء تصرف المالك في ملكه بكل أنواع التصرفات والشهادة هنا يجب أن تكون على القطع، لا على مجرد نفي العلم[808].

---

[805] - قرار عدد 346 بتاريخ 2009/06/24، منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية، قضايا المنازعات العقارية، مطبعة المعارف الجديدة، عدد 22 ، الرباط 2014، ص 339.

[806] - خليل بن إسحاق، م س، ص 270.

[807]- أحمد خالد، الحيازة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مطبعة دار هومة، الجزائر 2014، ص 69

[808] - محمد القدوري، م س، ص 78.

رابعا: النسبة

الحيازة هي وضع اليد على الشيء والاستلاء عليه بنية التملك[809]، ولتمام الحيازة فلابد من أن ينسب الحائز الملك المحوز لنفسه، وأن ينسبه الناس إليه، وذلك بقول الحائز: "ملكي وحوزي"، ولو لم يبين سبب الملك، ويقول الغير في حقه "حوز فلان وملكه"، فلايكفي النسبة بل يجب زيادة على النسبة، النص في وثيقة الشهادة بالحيازة على أن الشيء المحوز ملك للحائز، إذ ليس من المستبعد أن يكون الملك لشخص وغيره من الأشخاص ينسبونه لآخر[810]، وهذا ما جعل الفقهاء يتحرون الحيازة حيث على الشهود أن يضيفوا عبارة " مال من أمواله"، وملك صحيح خالص له من جملة "أملاكه"[811].

فالواجب في الحيازة هو إثبات صفة الملكية، تلك الصفة التي يتصرف بها المالك في ملكه بأن ينسبه لنفسه وينسبه الناس له[812].

يضاف إلى هذه الشروط شرط معرفة مدخل الملك بحيث إذا عرف سبب دخول الملك كثبوت كون الحائز اكترى العقار المحوز من مالكه فلا تقبل دعوى الحيازة مهما طالت مدتها، الأمر الذي قررته محكمة الاستئناف بمراكش في قرارها رقم 4762 الذي جاء فيه:" وحيث أن محكمة الإحالة قضت بتأييد الحكم الابتدائي بمقتضى قرارها أعلاه الذي أصبح نهائيا والذي اعتبر أن الحيازة لا تسعف المستأنف وإن طالت لثبوت وجه مدخل حيازته وهي التصرف بالخبزة نيابة عن المالك. ولكون الشهود المتراجعين في رسم الاستمرار... تم تعويضهم بغيرهم وأمام عدم إدلاء المستأنف بأية حجة لتدحض حجة المستأنف عليه ترى المحكمة تأييد الحكم الابتدائي"[813].

---

809 - عبد العالي العبود، م س، ص 52.
810 - محمد القدوري، م س، ص 80.
811 - أحمد الخالدي، م س، ص 71.
812 - قرار عدد 9417، بتاريخ 1959/12/24، مجلة القضاء والتشريع عدد 3 سنة 1960، ص 25.
813 - قرار رقم 4762، ملف قضايا العقار رقم 2012/1401/4008، بتاريخ 2016/12/16، قرار غير منشور، انظر الملحق رقم 3.

خامسا: المـدة

تختلف مدة الحيازة حسب نوع المحوز، فإذا كان أرض موات فهذا النوع، يكفي فيه مدة عشرة أشهر لاكتسابها، والنوع الثاني من الحيازة الناقلة للملكية يتم تحديد مدتها وفق الآتي:

فحسب الفقه المالكي نجد الإمام مالك لم يحدد مدة الحيازة فقد ورد بمدونة الإمام مالك ما يلي:" هل كان مالكا يؤقت للحيازة بغير سنين؟ قال: ما سمعت مالكا يحدد عشر سنين ولا غير ذلك ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد كان حاز ما دون الآخر[814]، حيث أورد الإمام مالك سلطة تقدير مدة الحيازة للإمام أو الحاكم، فقد ورد في حاشية الدسوقي[815]:" قال مالك تحدد باجتهاد الحاكم"[816].

كما ورد عند الحطاب: "قول مالك في المدونة أنها لا تحد بسنين مقدرة بل باجتهاد الإمام[817]، وقد ورد في تبصرة الحكام " وكان يرى ذلك على قدر ما ينزل من الأمر ويرى الإمام برأيه"[818].

وهذا بخلاف بعض الفقهاء الذين أوردوا بأن مدة الحيازة التي تبطل دعوى المدعي هي عشر سنين استنادا إلى الحديث الشريف، حيث ذكر ابن المسيب وزيد ابن أسلم أن النبي ﷺ قال: " من حاز شيئا عشر سنين فهو له"[819]، وتختلف مدة الحيازة باختلاف الصلة بين الحائز و المحوز عليه فهي تختلف فيما بين الأقارب أو بين الأجانب سواء كانوا شركاء أو غير شركاء.

---

[814] - مدونة الإمام مالك، م س، ص 192.

[815] - الدسوقي: هو محمد بن عرفة الدسوقي المالكي، ولد سنة 1230 هـ، درس بالأزهر، توفي سنة 1815م، من مؤلفاته: حاشية على مغني اللبيب، حاشية على شرح محمد السنوسي على مقدمة أم البراهني، انظر محمد مخلوف، م س، ج 2، ص 292.

[816]- محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1993،ص 234.

[817] - الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء 6 ، م س، ص 223.

[818] - شمس الدين ابن فرحون، الجزء الثاني، م س، ص 80.

[819] - محمد بن عبد الرحمان الحطاب، مواهب الجليل في مختصر خليل، م س، ص 224.

أ- حيازة الأجانب فيما بينهم

إن قيام النزاع بين أجنبيين ، حول حيازة عقار حيث يدعي أحدهما ملكيته لذلك العقار و يتمسك الآخر بالحيازة، فإن المدة تختلف باختلاف ما إذا كان بينهما شراكة حول العقار أو الشيء المتنازع حوله أو كونهما غير شريكين.

❖ **حيازة الأجنبي غير الشريك**

تعتبر حيازة الأجنبي غير الشريك سواء بالتصرف كالبناء والهدم ونحوه، دليل على صحة الحيازة متى توفرت شروطها(السابق ذكرها)، ومرور مدة عشر سنين استنادا لقول الشيخ خليل: " وإن حاز أجنبي غير شريك عشر سنين"[820].

بل يكفي سماع المدعي التصرف وعدم المنازعة لسقوط حقه ولو لم يمضي على حيازة الحائز عشر سنين، لأن ذلك قرينة على أنه غير مالك لما يدعيه، فلو كان مالكا حقيقيا لبادر لإيقاف الحائز[821].

أما إذا كان الأجنبي الحائز غير الشريك لم يقم بالتصرف في المحوز وإنما استغله كالسكنى والحرث فلا بد أن تكون حيازته استوفت عشر سنين ، فقد جاء في التحفة:"

والأجنبي إن لم يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق[822].

وهو ما نصت عليه مدونة الحقوق العينية في المادة 250 :" إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضر ساكت بلا مانع وعذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار".

820 - خليل ابن اسحق، م س، ص 272.
821 - محمد ابن معجوز، م س، ص 400
822 - ابن عاصم الأندلسي، م س، ص 68.

❖ **حيازة الأجنبي الشريك**

حيازة الأجنبي الشريك يجب أن يكون التصرف فيها بالهدم والبناء والغرس أي تصرف يغير الشيء المحوز، تغييرا بينا أو يغير في صفته وشكله[823]، وهو ما أشار له الشيخ خليل: " كشريك أجنبي حاز فيها إن هدم وبنى"[824]، كما أن الشركاء أيضا ممن لا تربطهم صلة قرابة تكفي في حيازتهم مدة عشر سنين وإن لم يكن هدم ولا بنيان[825].

ب- حيازة الأقارب فيما بينهم

تنقسم القرابة إلى شقين الأول يتعلق بقرابة الدم، والثاني بقرابة النسب

❖ **حيازة الآباء والأبناء**

يقول الشيخ خليل: "لا بين أب وابنه إلا بكهبة إلا أن يطول معهما ما تهلك البنات وينقطع العلم"[826]. فلا تعتبر الحيازة بين الآباء والأبناء ولا يؤثر حوز أحدهما على حق الآخر إلا في حالتين:

1. إذا تصرف أحدهما في الشيء المحوز بالتفويت له ونقل ملكيته للغير كالهبة، والبيع، أما التصرف بالهدم والبناء أو بمثلهما فلا أثر له ولا يعتبر حيازة لأحدهما ضد الآخر.
2. إذا طالت مدة الحيازة طولا تهلك فيه البينات، وينقطع معه العلم، وقدر الفقهاء ذلك الطول بنحو الستين عاما فما فوق، والحائز يهدم ويبني[827].

حيث جاء عند ابن رشد: " أما حيازة الأب على ابنه والابن على أبيه فلا خلاف في أنها لا تكون بالسكنى و الازدراع ولا في أنها تكون بالتفويت من البيع والهبة"[828]، واختلف هل يحوز كل واحد منهما على صاحبه بالهدم والبنيان والغرس قال مالك أنه لا يحوز عليه

---

823 - عبد العالي العبودي، م س، ص 59.
824 - خليل ابن اسحق، م س، ص 272.
825 - عدلي أسير، م س، ص 397.
826 - خليل بن اسحق، م س، ص 272.
827 - عبد العلي العبودي، م س، ص 60
828 - محمد عليش، م س، ص 235.

بذلك وإن ادعاه ملكا لنفسه قام عليه في حيازته أو بعد وفاته إلا أن يطول الأمد حدا إلى ما تهلك فيه البينات وينقطع العلم، والقول الثاني أنه يحوز عليه فالحاصل في الحيازة لا تعتبر بين الأب وابنه ولا خلاف في أنها لا تكون بالسكنى والازدراع وإنها تكون بالتفويت من البيع والهبة والصدقة[829].

❖ حيازة باقي الأقارب و الأصهار

إن بقية الأقارب من الإخوة، وأبنائهم، والأعمام، وأبنائهم، والأخوال، وأبنائهم، والأصهار، سواء كانوا شركاء مع الحائز أم لا فإن مدة الحيازة تختلف حسب ما يلي:

1- إذا ثبت أن الحائز يتصرف بالهدم والبناء من غير إضرار لهما، أو بكراء العقار للغير في اسمه وقبض كرائه، أو بغرس الأشجار في الأرض ففي هذه الحالة إذا استمرت هذه الحيازة على مسمع بقية الأقارب دون اعتراض أحدهم لمدة عشر سنوات، فإن الحيازة تصبح قاطعة.

2- إذا كان الحائز يتصرف بالسكنى في الدار، أو بحرث الأرض فإن مدة الحيازة هي عشر سنوات إذا ثبت أن بين الأقارب خصومة، أما في حالة عدم وجود خصومة أو مشاحنة بينهما فإن مدة الحيازة تصبح أربعين سنة فأكثر[830].

وللحيازة بعد توافر شروطها عنصران، الأول مادي يتجلى في السيطرة المادية والثاني معنوي يتجلى في نية استعمال حق من الحقوق[831]، فالحيازة تكتسب باجتماع عنصريها في شخص الحائز، وإذا ما اكتسبت فإنها تنتقل إلى الخلف سواء كان الخلف عاما كالوارث أو خاصا كالمشتري[832]. قياسا على ذلك فإنه إذا ما توفرت الشروط القانونية للحيازة مع عنصريها لفائدة الأوقاف يكون كنتيجة لذلك ثبوت الملكية الوقفية، إعطاء

---

829 - عدلي أسير، م س، ص 399.
830- محمد ابن معجوز، م س، ص 402.
831 - مصطفى مجدي هرجة، الجديد في الحيازة، دار محمود للنشر والتوزيع، الطبعة 11، بدون سنة النشر، ص 234.
832 - فوزي رضوان العربي، نظام الحيازة في المجتمع البدوي، دار المعرفة الجامعية، 1989، ص 37.

الحصانة للحيازة الوقفة على الملك المحوز أثناء مدة الحيازة، ضد جرائم انتزاع العقار من حيازة الغير[833]

الفقرة الثانية: آثار الحيازة لفائدة الوقف

أجمع فقهاء المذهب المالكي على كون الوقف لا يحاز عليه، فلا يمكن تملكه بالتقادم مهما طالت مدة حيازته حيث جاء في نظم جواهر الفقه:

"والحوز لا يفيد عنـد النـاس في كل مغصوب وفي الأحباس"[834]

والعلة في ذلك ترجع:

- لكون الحبس يتعلق به حق الله تعالى وحق الغائب، والغائب لا يحاز عليه.
- كما أن علة القضاء بالحيازة هو اعتبار سكوت المحوز عليه مع حضوره وعلمه لكون السكوت يدل على الرضا، والحبس ليس مستحق معين حتى يعتبر سكوته رضا، كما أن سكوت ناظر الأحباس لا يعتد به لأنه لو أقر للخصم بملكية ما يدعيه لم يصح إقراره لأنه إقرار على الغير[835].

بالرغم من كون الأملاك الوقفية محصنة ضد الاستلاء عليها عن طريق حيازتها، إلا أنه وبالمقابل يمكن الطعن في دعوى الاستحقاق المرفوعة في مواجهة ملك وقفي عن طريق الحيازة، فمتى ثبتت الحيازة المستجمعة لكافة شروطها والتي هي الأخرى يمكن إثباتها بجميع وسائل الإثبات[836] يصبح المحوز فيه وقفا تابعا للجهة الوقفية، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض: " لكن، ردا على الوسيلتين معا لتداخلهما، فإن الحيازة قرينة دالة على الملك وليس في مستندات الملف ما يفيد أن الطاعنة ادعت الحيازة لنفسها، ولا نازعت في حيازة المطلوبة في النقض التي تمسكت بها أمام محكمة الموضوع، ولذلك فإن القرار حين

---

[833] - لمزيد من التوسع، انظر حسن البكري، الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع الجنائي المغربي، مكتبة الرشاد، سطات، الطبعة الأولى 2001، ص 20.

[834]- جمعة محمود الزريقي، أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في التشريع الليبي، مجلة أوقاف، العدد 16، ماي 2009، ص 17.

[835] - محمد نعناني، م س، ص 117.

[836] - لمزيد من التوسع انظر نبيلة الكراي الوريمي، حائز العقار، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، الطبعة الأولى، سنة 2015، ص 464

علل بأن "وزارة الأوقاف تمسكت بالحيازة الطويلة والهادئة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق إكراءه للغير، وأن الحيازة تعد قرينة على الملك ولا ينتزع الشيء من يد حائزه إلا بحجة أقوى وأن الجماعة السلالية تمسكت بالتحديد الإداري، والحال أنه لا ينهض حجة على الملكية في غياب ما يفيد أنه أصبح نهائيا، ولا يرقى للحيازة الطويلة والهادئة والتصرف في المدعى فيه عن طريق إكرائه للغير مع سكوت المستأنف عليها عن ذلك دون عذر مقبول". فإنه نتيجة لما ذكر، يكون معللا تعليلا كافيا، والوسيلتان بالتالي غير جديرتين بالاعتبار"[837].

فوزارة الأوقاف من خلال القرار السابق تمسكت بحيازة المدعى فيه حيازة مستوفية كافة شروطها، مع سكوت المستأنف عليها دون عذر وعدم إدلائها بما يفيد تملكها للعقار موضوع النزاع مما يجعل الحيازة ثابتة لوزارة الأوقاف.

وهو نفس ما كرسته محكمة النقض قرار آخر جاء فيه:" لكن ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فإن المحكمة غير ملزمة بإجراء أي تحقيق في الدعوى إلا إذا كان ضروريا للفصل في النزاع، وأنه لا مجال للاحتجاج بمقتضيات المادة 261 من م ح ع طالما أن الصبغة الجماعية للمدعى فيه غير ثابتة، وأن الطاعنة لا تدعي حيازة المدعى فيه، وأن الحيازة الطويلة والهادئة حجة على الملك، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل بأنه (عملا بمقتضيات الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الثانية فإن محكمة النقض إذا بتت في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تفيد بقرارها في هذه النقطة . وأن المستأنف عليها، الجماعة السلالية... تمسكت في إثبات ملكيتها للمدعى فيه بالتحديد الإداري، والحال أن هذا التحديد لا ينهض حجة على الملكية في غياب ما يفيد أنه أصبح نهائيا، ولا يرقى للحيازة الطويلة والهادئة والتصرف في المدعى فيه عن طريق إكرائه للغير، مع سكوت المستأنف عليها عن ذلك دون عذر مقبول، وأنه يستخلص مما سبق عرضه أن الحكم المستأنف حين قضى بعدم صحة تعرض الطاعنة يكون قد جانب الصواب، الشيء الذي قررت معه هذه المحكمة إلغاءه والحكم من جديد بما هو مضمن في المنطوق أدناه). فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار المطعون فيه، معللا تعليلا

[837] - القرار عدد 1/145، ملف مدني عدد 1/1/3743/ 2016، تاريخ 2018/03/06، قرار غير منشور، أنظر الملحق رقم 11.

كافيا، وغير خارق للقانون ولمقتضيات الفصول المحتج بها، والوسائل أعلاه على غير أساس"[838].

خلاصة القول فإن الوقف يمكن إثباته عن طريق الحيازة متى كانت هادئة وعلنية طيلة مدة الحيازة القانونية، وثبوت التصرف فيها وكونها منسوبة للوقف والناس ينسبونه له، وكان خاليا من موانع الحيازة المتمثلة في عدم الاستمرار في الحيازة والخفاء، والإكراه والغموض أو اللبس[839].

المطلب الثاني: إثبات الوقف بالشهادة والإقرار

إن من بين الوسائل غير الكتابية التي تعتبر دليلا على ثبوت الملك الوقفي نجد الشهادة (الفقرة الأولى)، و الإقرار (الفقرة الثانية)، لذا يتعين الوقوف على خصوصية وأثر كل منهما على مستوى الإثبات الوقفي.

الفقرة الأولى: الشهادة

لإثبات الوقف لابد من تقديم البينة من قبل المدعي، لتأييد صدق دعواه، سواء كان ذلك في خصومة على الوقف أو كان ذلك بقصد حفظ الوقف[840]، والبينة في الشرع هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وفي اصطلاح الفقهاء أطلقت على الشهادة، وبذلك أصبح للفظ

---

[838]- القرار عدد 1/126، ملف مدني عدد 2016/1/1/4281، بتاريخ 2018/02/27، قرار غير منشور، انظر الملحق رقم 13.

[839] - لمزيد من التوسع في موانع الحيازة انظر فاطمة الزهراء علاوي، أطروحة لنيل الدكتوراه، دار الحديث الحسنية الرباط، السنة الجامعية 2006 -2007، ص 182،183.

[840] - علاوة على ما سيتم الإشارة إليه بعد بخصوص دعوى الحسبة، فإنه يجدر الذكر هنا أنه وخلافا للنظام المعمول به في المغرب، والذي يقضي بضرورة رفع دعوى للمطالبة بالحق حال المنازعة، أي أن المطالبة بالملك الوقفي يكون دائما في إطار دعوى الاستحقاق، فخلافا لذلك نجد أن نظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودي تبنى منحى آخر يمكن القول عنه أكثر تيسيرا ومراعاة لخصوصية الوقف، حيث نجد أن المادة 18 منه نصت على أن الأوقاف التي ليس لها صكوك استحكام مسجلة، يجري إثبات وقفيتها وفق القواعد والإجراءات المقررة لإجراء الاستحكام. (إعداد شركة الخضيري والهزاع محامون ومستشارون، الأنظمة والقرارات الإدارية المتعلقة بالأوقاف في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 2016، ص 44)، وقد عرفت المادة 151 من نظام المرافعات الشرعية بالمملكة العربية السعودية الاستحكام، بأنه طلب صك بإثبات تملك عقار في غير مواجهة خصم ابتداء. أي أن الاستحكام هو طلب بإثبات تملك عقار الوقف ابتداء في غير مواجهة خصم، وذلك عندما لا يكون للوقف حجة مسجلة مبنية على استحكام أو على صك، فإذا كانت هناك خصومة وليس للوقف حجة فإن المحكمة تجري معاملة استحكام أثناء نظرها في القضية وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الفصول اللاحقة، ومن تم يتبين أنه يمكن اللجوء لإثبات عقار وقفي حتى وإن لو توجد منازعة أو استيلاء عليه، كما أنه إذا وقعت المنازعة ولم يتوفر الوقف على وسائل إثبات فإنه يتم اللجوء أولا للبحث عن الوسائل التي تثبته قبل الفصل في المنازعة. الشيخ عبد الله بن محمد بن سعد آل فنين، "الأصول الإجرائية لإثبات الأوقاف"، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2015، ص 37.

البينة معنيان، الأول يفيد الدليل بوجه عام، كما في القول بأن البينة على من ادعى، والثاني هو الذي يدل على الشهادة كوسيلة من وسائل الإثبات، فالبينة في كلام الله ورسوله ﷺ وكلام الصحابة هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وفي اصطلاح الفقهاء اقتصرت على الشاهدين أو الشاهد واليمين[841].

هذا وتعد الشهادة أهم وسيلة من وسائل الإثبات وأعظمها مكانة، وأقدمها استعمالا، فهي تقرير للواقع ودحض للافتراء، وإنارة لسبيل العدالة، وهي حجة متعدية لا تقتصر قوتها الثبوتية على من أقيمت عليه –كما هو الشأن بالنسبة للإقرار واليمين– بل تتجاوزه إلى الكافة، لأنها برهان يكشف الواقع ويظهره، فإذا توفرت شروطها، وانتفت موانعها فإنها تثبت الحق عند إنشائه وتظهره عند التنازع فيه فيصبح كالثابت بالعيان، ويجب الحكم بموجبها لأنها عند استجماع شرائطها تظهر الحق للقاضي، وهو ملزم بالحكم به.

وعليه سيتم بحث مفهوم الشهادة (**أولا**)، والأنواع التي يثبت بها الوقف من الشهادات (**ثانيا**)، تم حجية الشهادة في إثبات الملك الوقفي (**ثالثا**).

أولا ـ التعريف بالشاهدة

يقتضي التعريف بالشهادة التطرق إلى بيانها في كل من المعنى اللغوي والاصطلاحي وتمييزها عما قد يتشابه معها، لذلك فإنه من الناحية اللغوي، نجد أن لها عدة معاني، منها الحضور، والاطلاع على الشيء ومعاينته، وإدراك الشيء والإخبار به، والحلف والإعلام، فقد جاء عند ابن منظور[842] : "أن الشهيد من أسماء الله الأمين في شهادته، وقيل الشهيد الذي لا يغيب عن علمه شيء، والشهيد: الحاضر والشاهد العالم الذي يبين ما علمه، شهد شهادة. والشهادة خبر قاطع تقول منه: شهد الرجل على كذا، وقولهم: إشهد بكذا أي إحلف... وشهد فلان على فلان بحق فهو شاهد وشهيد. واستشهد فلان فهو شهيد. والمشاهدة: المعاينة، وشهده شهودا أي حضره..."[843].

---

[841] ـ إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 118.

[842] ـ ابن منظور: أبو عبد الله محمد بن منظور القيسي الشبيلي، الإمام الفقيه المحدث الراوية، طلب الفقه والحديث ببلده، توفي سنة 469ه. انظر، محمد مخلوف، م س،ص 120.

[843] ـ ابن منظور، لسان العرب، الجزء 3، م س، ص 239

ومن الناحية الاصطلاحية فقد عرّف الحنفية الشهادة بأنها هي الإخبار عن أمر حضره الشاهد وشاهده[844]. وعرفها الشافعية بأنها إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد[845]. وعرفها الحنابلة بأنها إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص[846]. وعرفها المالكية بأنها "قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه"[847]، وفي شرح هذا الحد قول الشيخ رحمه الله : "قول" القول في اللغة معلوم ما فيه وأنه أعم من الكلام، والكلمة والكلم والخبر أخص منه، لأنه أخص من الكلام الذي هو أعم من الخبر وأخص من القول، وقوله: "هو بحيث" جملة اسمية صفة للقول، وإنما عبر بذلك وأتى بالحيثية ليدخل فيه الشهادة قبل الأداء والشهادة غير التامة، وقوله: "يوجب على الحاكم"، يخرج به الرواية والخبر القسيم للشهادة، ولم يقل القاضي، لأن الحاكم أعم من القاضي لوجوده في التحكيم، والأمير وشبه ذلك، وقوله: "إن عدل قائله" شرط في ايجاب الحكم، والجملة حال أخرج بها مجهول الحال، وقوله "مع تعدده" أخرج به إخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيا آخر، فإنه يوجب عليه الحكم بمقتضاه لكن لا يشترط فيه تعدد أو حلف[848].

ومن الناحية القانونية فقد عرف الشهادة الدكتور العبدلاوي بقوله:" **الشهادة هي تقرير حقيقة أمر توصل الشاهد إلى معرفته بعينه أو بأذنه**"[849].

من هذه التعاريف يتبين أنه لا يصح لشاهد شهادة بشيء، حتى يحصل له به علم، إذ لا تصح الشهادة إلا بما علم وقطع بمعرفته لا بما شك فيه، ولا بما يغلب على الظن معرفته، لأنها مأخوذة من المشاهدة والمعاينة، لقوله تعالى في محكم كتابه: "وما شهدنا إلا بما علمنا"[850]، وقوله تعالى: "ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل

---

844 - أحمد الحصري، علم القضاء – أدلة الإثبات (الشهادة – الإقرار – اليمين – المستندات الخطية – الخبرة – المعاينة في الفقه الإسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1977، ص 59.

845 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 104.

846 - أحمد فراج محسن، م س، ص 33.

847 - أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، م س، ص 582.

848 - نفسه، ص 583.

849 - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 96.

850 - سورة يوسف، الآية 81.

أولئك كان عنه مسؤولا"[851]، وقوله عز وجل: "إلا من شهد بالحق وهم يعلمون"[852]، والعلم يتحقق إما برؤية أو سماع أو استفاضة فيما يتعذر علمه بدونها[853].

ويتبين أيضا أن الفرق بين الشهادة والإقرار والدعوى، أن الشهادة إخبار الشخص بحق لغيره على غيره، والإقرار إخبار الشخص بحق لغيره على نفسه، والدعوى إخبار الشخص بحق لنفسه على غيره[854]، مع ما يترتب على هذه الفروق من اختلاف في الأحكام. وعن الفرق بين الشهادة والرواية ما جاء في شرح حدود ابن عرفة أنه: "أتى الشيخ رحمه الله بكلام القرافي[855]، وحاصله معنى أنه قال: أقمت ثماني سنين أطلب الفرق بين الشهادة والرواية، وأسأل الفضلاء عنه فيقولون: الشهادة يشترط فيها العدد والذكورية والحرية بخلاف الرواية، فأقول لهم: اشتراط ذلك فرع تصورها فلو عرفت بأحكامها لزم الدور، ثم قال: ولم أزل في شدة قلق حتى طالعت شرح البرهان للمازري[856] فوجدته حقق ذلك وميز بين الأمرين، فقال: هما خبران عن أن المخبر عنه إن كان عاما لا يختص بمعين فهو الرواية كقوله عليه السلام (الأعمال بالنيات) وغير ذلك، فإن ذلك لا يختص بشخص معين بل هو عام في كل الخلق، بخلاف قول العدل عند الحاكم: لهذا عند هذا دينار، فإنه إلزام معين لا يتعداه والأول هو الرواية والثاني هو الشهادة، ثم أورد بعد سؤالا، قال: ما قررته من أن الشهادة حقيقتها التعلق بجزئي والرواية حقيقتها التعلق بكلي منقوض،....."[857]، وعقب الدكتور عبد الرحمان بلعكيد، بأنه: "لا حاجة إلى عقد هذا الفرق، فلا قياس مع وجود الفارق، فالشهادة لها خصائصها تمييزها عن غيرها، والرواية لها خصائص تميزها عن غيرها....."[858].

---

[851] - سورة الإسراء، الآية 36.
[852] - سورة الزخرف، الآية 86
[853] - أحمد فراج محسن، م س، ص 35.
[854] - سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 65.
[855] - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، كتاب الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق، دراسة وتحقيق محمد أحمد السراج وعلي جمعة سعيد، المجلد الأول، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، القاهرة،2001، الفرق الأول بين الشهادة والرواية، ص 74.
[856] - المازري: هو أبو عبد الله محمد بن علي بن عمر بن محمد التميمي المازري، إمام المالكية في عصره ولد سنة 453 هـ، بتونس من مؤلفاته: المعلم بفوائد مسلم، ايضاح المحصول، شرح التلقين. توفي سنة 536 هـ. انظر الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، الطبعة 15 سنة 2002، الجزء 6، ص 277.
[857] - أبي عبد الله محمد الأنصاري، م س، ص 579.
[858] - عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 18.

هذا وقد فصل الفقهاء في شرائط وأحكام الشهادة، فمنها ما يعود إلى صحة التحمل والأداء، كاطلاع الشاهد على الأمور التي هي موضوع الشهادة وقيام الشاهد بأداء الشهادة فعلا أمام القضاء، وعدم مخالفة الشهادة للدعوى، وعدم اختلاف بعضها عن البعض، واستيفائها لأركانها من شاهد ومشهود له ومشهود عليه ومشهود به وصيغة، إلى غير ذلك من الأحكام التي يعسر ذكرها في هذا البحث[859]، حيث سيتم التطرق إلى خصوصية إثبات الوقف بالشهادة[860]، وهو ما سيتم بيانه تاليا.

ثانيا- أنواع الشهادة التي يثبت بها الوقف

قبل التطرق إلى أنواع الشهادة التي يثبت بها الوقف وما يستتبع ذلك من خصوصية يتميز بها الوقف، وجب التطرق إلى خصوصية أخرى يتميز بها هذا الأخير في مجال الإثبات بالشهادة من الناحية الفقهية، ذلك أنه إذا كان الفقهاء قد اشترطوا لقبول الشهادة في حقوق العباد أن تقام أولا دعوى بالحق من قبل المدعي أو وكيله، لأن الشهادة تتوقف على مطالبة صاحب الحق، وهذه المطالبة لا تقوم إلا بدعوى يقدمها صاحب الحق إلى القاضي. فإن الشهادة على ثبوت أصل الوقف، تقبل إقامتها حسبة ولو بدون سبق دعوى من أحد

859 - لمزيد من التوسع في أحكام الشهادة، انظر :
- الشيخ خليل بن اسحاق المالكي، م س، ص 198.
- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الجزء 2، م س، ص 239.
- الشنقيطي، م س، ص 221.
- ابن عاصم، م س، ص 23.
- أبي عبد الله محمد التاودي، م س، ص 155.
- الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المجلد الثالث عشر، م س، ص 2.
- محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 100.
- رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي، العدد 30 أكتوبر 1995، ص 15.
- عبد الرحمان بلعكيد، الشهادة في الإثبات دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016، ص 77.
- إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 100.

860 - جدير بالذكر أنه لا مجال للاحتجاج بالفصل 443 من ق ل ع م كما عدل وتمم بالقانون رقم 53.05، والذي يفيد أنه لا يجوز إثبات الاتفاقات والأفعال القانونية التي تتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم بشهادة الشهود. ودون الحاجة إلى الالتجاء إلى الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ لتطبيقها على الوقف، لأن للوقف خصوصية تجعله يثبت بشهادة الشهود مهما بلغت قيمته، لأن الوقف على صوره واقعة مادية مسترسلة في الزمن سواء على التأبيد أو التوقيت (كما ذكر الدكتور: عبد الرحمان بلعكيد في كتابه، الهبة في المذهب والقانون، م س، ص 230)، ولأن المشرع حسم الأمر بمقتضى المادة 48 من مدونة الأوقاف.

بذلك، لأن الوقف من الحقوق التي يرجح فيها حق الله تعالى، والتي لا يشترط لقبول الشهادة فيها سبق الدعوى لوجوب إقامتها على كل أحد، فكل أحد خصم كأن الدعوى موجودة[861].

فشهادة الحسبة هي شهادة بأمر من حقوق الشرع أو العامة، من قبل العالمين به، ليس فيه مدع مستشهد سوى الشهود، ومعنى الحسبة فيها أنها لوجه الله تعالى منعا لتعدي حدود الشرع الدينية، كالشهادة على رجل بأنه تزوج إحدى محارمه، أو أنه طلق زوجته، أو تجاوز على طريق عام إلى غير ذلك من الأمور التي يثبت فيها حق عام مالي أو جزائي، فشاهد الحسبة يقوم في ذلك مقام مدع وشاهد معا، بينما في غير مواضع الحسبة، يجب أن تبنى الشهادة على طلب من مدع سابق، غير الشهود، ذي علاقة بالموضوع، حيث لا تقبل الشهادة حسبة بدين لأحد على أحد مثلا، عكس الحسبة في الوقف، التي يعتبر فيها كل إنسان شرعا ذا علاقة بصيانة حقوق الشرع والعامة، لأنه مكلف بهذه الصيانة ومراقبة طرقها، وعلى هذا الأساس يقوم الواجب العام الشرعي في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، على كل مستطيع، فتقبل الشهادة حسبة على منكر الوقف أو غاصبه، لإثبات وقفية المال، ويثبت بها الوقف، وينزع من يد الذي يزعم ملكيته[862].

فإذا كان هذا المقتضى على أهميته مسطر ومنظم بمقتضى الأحكام الفقهية، لكي يحقق الحماية اللازمة للوقف من الاعتداء والاستيلاء، فإنه للأسف الشديد غير منظم وغير منصوص عليه بمقتضى القوانين المسطرية، وبالخصوص القوانين المنظمة للأملاك الوقفية بالمغرب، بالرغم من النص عليه في قرار أعمال منتدى الوقف الفقهية الثالث حيث جاء فيه أن رفع الدعوى إلى القاضي واجب كفائي، والمحافظة على الوقف واجب شرعا، وعلى من اطلع على أي تعد على الوقف تبليغ الناظر المختص، أو الجهة المختصة، وإذا لم يقم بإزالة التعدي يجب عليه كفاية رفع دعوى الحسبة للقاضي[863].

---

861 - محمد عبد الله الكبيسي، الجزء 2، م س، ص 346.

862 - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 124.

863 - ناصر إبراهيم ناصر بن عنيق، حماية الأوقاف في الفقه الإسلامي وإجراءاتها القضائية في المملكة العربية السعودية، دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف للنشر، الرياض، 2018، ص 480.

هنا فبالرغم من وجود فراغ قانوني ينظم المسألة في المغرب يبقى السبيل –إضافة إلى اقتراح تنظيمه بنص تشريعي– هو الاهتداء إلى الإحالة على الفقه الإسلامي بمقتضى مدونة الأوقاف، الأمر الذي يحتاج إلى جرأة قضائية تعمل على تكريس ما سبقت الإحالة عليه في هذا الخصوص، مع الإشارة إلى أن قبول الشهادة في الوقف حسبة يكون قاصرا على أصل الوقف، وعليه لا تقبل الشهادة حسبة في إثبات المستحقين في الوقف، بل لابد من تقديم الدعوى ممن يدعي الاستحقاق فيه، حيث يقدم الشاهد شهادته على ذلك حين يطلب منه ذلك أمام القاضي، فإذا ثبت ذلك حكم القاضي بموجب الشهادة، وليس له أن يحكم في موضوع الاستحقاق في الوقف بناء على الشهادة مباشرة إلا إذا قدمت دعوى من المستحق بالوقف لأن موضوع الدعوى يتعلق به حق العباد، ذلك أن بعض الفقهاء خاصة المالكية ميزوا بن موضوع الدعوى المتعلق بالوقف إذا كان على معين وبين موضوع الدعوى إذا كان على غير معين، حيث أنه في الحالة الأولى لا يؤخذ بالشهادة مباشرة إلا إذا قامت دعوى بذلك من قبل الموقوف عليه لأن حق الآدمي فيها يرجح على حق الله تعالى، أما في الحالة الثانية التي يكون الوقف فيها على غير معين فإن حق الله تعالى يرجح على حق الآدمي، ويجب المبادرة فيها للشهادة[864].

إذا تبث ما سبق فإن للشهادة على الوقف عدة أنواع سيتم التطرق إليها تبعا للخصوصية التي يتميز بها في مجال الوقف، وهــي:

أ- الشهادة الأصلية

الشهادة الأصلية هي الشهادة التي يعتمد فيها الشهود في شهادتهم على إشهاد المحبس لهم على تحبيسه ما حبسه من أملاك، وتعتبر هذه الشهادة هي الأصل في ثبوت الحبس وأقواها، لأن الشهود تلقوا الإشهاد بالتحبيس من المحبس مباشرة ويشهدون فيها بالقطع[865]، وهذا النوع من الشهادة لا خلاف فيها وهي معتبرة إذا استكملت شرائط الشهادة المعروفة،

[864] - عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 410. / عبد الكريم شهبون، م س، ص 121.
[865] - محمد التاويل، م س، ص 14.

وتكون منتجة ويجب على القاضي العمل بها[866]. غير أن الذي يثار في باب هذه الشهادة هو مدى توفر شروطها، من ثبوت ملك المحبس لما حبسه واستمراره إلى يوم التحبيس وتعيين الأملاك المحبسة بحيازتها.

فالتثبت من توفر هذه الشروط يثير الكثير من الصعوبات في وجه مدعي الحبس عندما يقع الإخلال ببعضها سيما مع طول السنين على وفاة المحبس ولتجاوز ذلك يمكن الاهتداء إلى الحلول التي أوردها الدكتور محمد التاويل والتي جاء في بعضها، أن إثبات الملك واستمراره إنما هو شرط كمال وليس شرط صحة، وأن عدم تعيين الأملاك المحبس وتحديدها من الجهات الأربع يمكن تداركه أيضا بشهادة أخرى غير بينة التحبيس تشهد بثبوت ملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس، أو الاستغناء عن ذلك وعدم الاحتياج إليه عندما يكون الحبس محوزا في يد المحبس عليهم أو ناظر الأحباس، حيث لا يكلف هنا مدعى الحبس إثبات ملك المحبس لما حبس واستمراره ليوم التحبيس، كما أن عجز منكر الحبس عن إثبات ملكيته للمدعى فيه، يثبت الحبس بشهادة الحبس وإن لم تثبت ملكية لما حبسه[867].

ب- شهادة السماع

جاء في حدود ابن عرفة أن شهادة السماع هي: "لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع من غير معين"، فقوله "لقب" كأنه قال شهادة السماع لفظ مركب موضوع على معنى، وقوله "لما يصرح به"، أي قول يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غيره، فاللقب صادق على لفظ الشاهد في شهادة السماع واسم له، وقوله "من غيره"، أخرج به ما صرح فيه الشاهد بعلمه ومثاله قول الشهود: سمعنا سماعا فاشيا من الثقاة وغيرهم، وقوله "من غير معين" ليخرج النقل عن المعين، ولذا قال فتخرج شهادة البت والنقل[868].

---

[866] - ناصر إبراهيم ناصر بن عنيق، م س، ص 140.
[867] - محمد التاويل، م س، ص 14.
[868] - أبي عبد الله محمد الأنصاري، م س، ص 594.

فالشهادة بالسماع أو بالتسامع أن يشهد الشخص بما لم يعانيه بناء على إخبار جمع يؤمن تواطؤهم على الكذب أو شاهدة عدلين عنده بذلك[869]، فهي الشهادة التي تصل وقائعها إلى علم الشاهد بما شاع من خبر لدى عامة الناس من بينهم عدول، ويسميها الفقه بالسماع الفاشي، وخاصيتها أن السماع لا يكون من شخص معين ومعروف بذاته، كما أن الشاهد لا يؤدي شهادته استناد إلى ما بلغ إلى عمله بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، بل هي شهادة بما سمعه من خبر شايع بين الناس، لا يدري مصدره[870].

فإذا كان الأصل في الشهادة شرعا لإثبات الحقوق أنه يشترط في الشاهد أن يكون متوفرا على العقل والبلوغ والعدالة ولا يصح له أن يشهد في قضية معينة إلا إذا حصل له العلم بثلاثة أشياء، وهي المشهود له والمشهود عليه والمشهود به، وذلك لأنه لا يجوز للإنسان أن يشهد إلا بما عمله وقطع بمعرفته وعاين الشيء المشهود به[871]، أي أن تكون شهادته قائمة على العلم واليقين وليس الظن والتخمين، فلا يجوز أن يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع[872]. فإذا كان هذا هو الأصل فإن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل الشهادة بالسماع - كما هي واردة في التعريف السابق– في بعض الأمور المحصورة والتي من ضمنها الوقف، فقد جاء في التحفة:

وأعملت شهـــادة السمـــــــــــاع في الحمـل والنكـاح الرضـاع.....

وحبـس من جـــــــــاز من السنينـا عليه ما يناهـز العشرينـا .....[873]

فمعنى شهادة السماع في الوقف أن يكون الشاهد تحمل العلم بوقفية المال سماعا من الناس بأنه وقف، ولم يكن حاضرا عندما وقفه واقفه، ولم يسمح لفظ الوقف من فمه، فيجوز لكل من علم بوقفية المال سماعا من الناس، أن يشهد بوقفيته، وتقبل شهادته قضاء، سواء

869 - عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س، ص 151.
870 - خالد سعيد، م س، ص 195
871 - عبد الكريم شهبون، م س، ص 118.
872 - عكرمة سعيد صبري، م س، ص 411
873 - ابن عاصم، م س، ص 27

صرح في شهادته بأنه إنما يشهد عن تسامع، أم لم يصرح، بل اقتصر على مجرد الشهادة بأنه وقف[874].

فإذا شهدت بينة السماع[875] على حبس شيء بأن تقول لازلنا نسمع من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة أن الشي الفلاني حبس على جهة عامة ونعلم أنه يحترم بحرمة الأحباس فإنه تتم حبسيته بشاهدتها[876].

ويعود سبب استثناء إعمال شهادة السماع في الوقف إلى الخصوصية التي تسم الوقف، ذلك أنه لو اشترط لصحة الشهادة على الوقف، أن يكون الشاهد قد حضر مجلس الوقف بنفسه، وسمع عبارته بنفسه، لأدى ذلك إلى انقطاع ثبوت الأوقاف القديمة التي انقرضت فيها طبقات واقفيتها ومعاصريهم، فقد يمضي على بعض الأوقاف مئات السنين، ثم يختلف على وقفيتها وتكون مشهورة بين الناس، ويحتاج إلى إثباتها قضاء عند الاختلاف عليها أو غصبها، فلو لا قبول إثباتها بشهادة السماع لأدى ذلك إلى بطلان سائر هذه الأوقاف القديمة، لانقراض شهود الواقفين الأصليين، كما أن الوقف يتعلق به حق العامة، لأن به حياة جهة بر دينية أو خيرية، إما حالا أو مالا، فيحتاط في إثباته، ويفتى بما هو أنفع فيه[877].

وللاستدلال على الأخذ بشهادة السماع في إثبات الوقف، فإنه جاء في المدونة الكبرى أنه: "(قال مالك) والأحباس يكون من شهد عليها قوما قد ماتوا ويأتي قوم من بعدهم يشهدون على السماع بأنهم لم يزالوا يسمعون أنها حبس وأنها كانت تحاز بما تحاز به الأحباس فتنفذ في الحبس ويمضي وإن لم يكن الذين شهدوا على الحبس أحياء، (قال مالك) وليس عندنا أحد ممن شهد على أحباس أصحاب رسول الله ﷺ إلا على السماع (قال ابن

874 - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 122.
875 - يستعمل اصطلاح الشهادة بالاستفاضة تعبيرا عن الشهادة بالتسامع، وبعضهم يسميها شهادة السماع وكلها بمعنى واحد. سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 22 – 163.
876 - عبد الكريم شهبون، م س، ص 119.
877 - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 122.

القاسم[878]) ونزلت بالمدينة وأنا عند مالك فقضى بها (قلت) وسؤاله عن مالك إذا شهدوا على السماع فقالوا سمعنا أنها حبس ولم يشهدوا على قوم أشهدوهم ولا على قوم بأعيانهم إلا أنهم قالوا بلغنا ذلك أنها حبس(قال) ذلك جائز قال والذي سألنا مالكا عنه إنما سألناه عن السماع ولم نسأله عن شهادة قوم على قوم بأعيانهم إلا أنهم قالوا بلغنا أنها حبس فقال مالك ذلك جائز ... (وسئل مالك) عن دار لم يزالوا يسمعون أنها حبس ولم يزل الناس ... ولا يشهدون على أصل الحبس بعينه إلا على السماع....(قال مالك) أراها حبسا ثابتا وإن لم يشهدوا على أصل الحبس (قلت) أرأيت أن شهدوا على السماع ولم يشهدوا على شيء مما وصفت لي مما ذكرت من المواريث أيكون حبسا أم لا (قال) قد أخبرتك أن مالك قال شهادة السماع شهادة جائزة في الأحباس مثل ما وصفت لك من أحباس أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لأنها قد حيزت عن نسائهم وعمن لاحق له في الحبس فإذا جاء من ذلك من السماع ما يستدل به جازت شهادة السماع في ذلك"[879]

ومنه يتبين أن شهادة السماع تعمل في الوقف سواء كان السماع من قوم معينين أو غير معينين، أو كان من سمع عنهم عدول أو غير عدول، سواء تم الإشهاد على أصل التحبيس أو لم يتم الإشهاد عليه.

وجاء عند الشيخ خليل: "وجازت بسماع فشا عن ثِقاتٍ وغيرهم بملك لحائز متصرف طويلا. وقدمت بينة المِلكِ، إلا بسماع: أنه اشتراها من: كأبي القائم، ووقف، وموت ببعد إن طال الزمان..."[880].

في شرحه جاء: "(وجازت) الشهادة (بسماع فشا) أي شاع واشتهر وكثر (عن ثقات) أي من يوثق بكلامهم ويعتمد عليه (وغيرهم) قال ابن عرفة شهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع غير معين فتخرج شهادة البث والنقل بأن يقول الشاهد لم

878 - ابن القاسم: هو أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري، كان أعلم الناس بأقوال مالك وأثبتهم في ذلك حتى أنه لم يرو عن مالك الموطأ من هو أثبت منه، توفي سنة 191 بمصر وهو أن 63 سنة . انظر محمد مخلوف، م س، ج 1 ص 98.

879 - سحنون، م س، ص 21.

880 - الشيخ خليل بن إسحاق المالكي، م س، ص 200.

أزل أسمع من الثقات وغيرهم سماعا فاشيا كذا فإن لم يجمع بينهما لم تصح فالجمع بين الأمرين هو الذي عليه معظم الشيوخ... وتجوز شهادة السماع بـ (وقف) على جائزه فتشهد بينة السماع بأنه حبس على حائزه أو على بني فلان ولا يشترط فيها تسمية المحبس ولا إثبات ملكه بخلاف شهادتهما على الحبس بالقطع فإنه لا يثبت الحبس حتى يشهدوا بالملك للمحبس"[881].

وجاء في شرح منظومة ابن عاصم السابق الإشارة إليها: "و أعلمت أيضا في (حبس من) نعته (جاز من السنين عليه ما يناهز) أي يقارب (العشرين) سنة .... وكيفية وثيقته أن يقولوا لم يزالوا يسمعون سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم أن الدار الفلانية مثلا محبسة على مسجد كذا أو على بني فلان وعقبهم ويعرفونها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمتها واتصل ذلك في علمهم إلى الآن ويحوزونها بالوقوف إليها والتعيين لها متى دعوا إلى ذلك، فإن سقط من الوثيقة أنها تحاز، أو المعرفة بأنها تحاز فالشهادة غير عاملة، وفي المدونة ما ظاهره أنها تامة إذا سقطت المعرفة فقط ففيها والشهادة على السماع في الأحباس جائزة لطول زمانها يشهدون أن لم نزل نسمع أن هذه الدار تحاز بما تحاز به الأحباس..."[882]، وفي نفس الشرح جاء في الجزء الثاني منه "وكيفية وثيقة ذلك أن تقول: يعرف شهوده المحل الفلاني المحدود بكذا ومعها يشهدون بأنه حبس على مسجد كذا، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها إلى الآن أو إلى وقت كذا، فإن كانت شهادة سماع قلت ومعها يشهدون بأنهم لم يزالوا يسمعون سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم أنه حبس على بني فلان أو على مسجد كذا ويعرفونه. يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرمتها إلى الآن أو إلى وقت كذا....وإذا ثبتت الشهادة بالقطع فلا إشكال أنه ينزع بها من يد الحائز، وكذا السماع على ظاهر ابن عرفة"[883].

881 - صالح عبد السميع الآبـي الأزهري، ج 2، م س، ص 242.
882 - أبي عبد الله محمد التاودي، ج 1، م س، ص 242.
883 - أبي عبد الله محمد التاودي، ج 2، م س، ص 478.

فإذا ثبت وجوب الأخذ بشهادة السماع لإثبات الوقف ومنه نزع ملكيتها من حائزه، فإنه يجب التمييز بين الأخذ بشهادة السماع لإثبات أصل الوقف وبين الأخذ بها لإثبات شروط الواقف، ذلك أن أصل الوقف عند الفقهاء هو كل ما تتوقف عليه صحته من شروط في الصيغة أو في الواقف أو في الموقوف أو الجهة الموقوف عليها، والمراد بشرائط الوقف ماعدا ذلك من كل ما يشتمل عليه كتاب الوقف من الشروط التي يشترطها الواقف في الولاية على وقفه أو في صرف الغلة كاشتراط أن تكون الولاية للأرشد فالأرشد، واشتراط أن يعطى الإمام من الغلة كذا والمؤذن كذا تم يصرف الباقي إلى جهة كذا إلى غير ذلك من الشروط[884].

فالشروط على اختلافها لا تثبت إلا بشهادة من سمعوا لفظ الواقف عندما وقف، أو بإقرار الواقف، إن كان حيا، أو برسم وقفه الثابت، وذلك لأن قبول شهادة التسامع بأصل الوقف، إنما يستند إلى الضرورة، ولا ضرورة في إثبات هذه الشروط الخاصة، لأن صحة الوقف لا تتوقف عليها، بل يصح الوقف المطلق عن الشروط، ويصرف إلى الفقراء، عند عدم وجود شروط من الواقف في مصارفه وطرق توزيع غلته، ومن تم فإن المدار المتفق عليه في الإثبات بشهادة السماع هو أصل الوقف، وقد ألحق الفقهاء المصرف الأصلي للوقف بأصل الوقف، فتقبل في إثباته الشهادة المدنية على التسامع تبعا لإثبات أصل الوقف، والمصرف الأصلي الذي يأخذ حكم أصل الوقف في الإثبات بالتسامع هو كل مصرف مما تتوقف عليه صحة الوقف، أي هو جهة البر الدائمة، فإن لم يكن مما تتوقف عليه الصحة، فهو من شروط الواقف الخاصة، فالوقف على الفقراء أو المسجد مثلا هو مما تتوقف عليه صحة الوقف، فيقبل إثباته بشهادة السماع، أما اشتراط صرف الغلة لشخص معين أو للذرية جميعا أو طبقة بعد طبقة فهو من الشروط غير الملحقة بأصل الوقف فلا تقبل في إثباته شهاد السماع[885].

---

[884] - عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س، ص 151.
[885] - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 123.

وإن كان أنه في إثبات شروط الوقف بشهادة التسامع رأيين، الأول يرى أنه لا تقبل الشهادة بالتسامع لإثبات شرائط الوقف لأنها لا تشتهر كأصله وهو رأي الحنفية والحنابلة والراجح من مذهب الشافعية[886]، والرأي الثاني جاء في المجتبى المختار: "قبولها لإثبات شرائط الوقف أيضا واعتمده في المعراج وأقره الشرنبلالي وعزاه إلى العلامة قاسم وقواه في الفتح بقوله، إذا عرفت قولهم في الأوقاف التي انقطع ثبوتها ولم تعرف لها مصارف وشرائط أنه يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة، إذا عرفت هذا لم تتوقف عن تحسين ما في المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسامع"[887]، وهو الراجح من مذهب الحنابلة أيضا[888].

بقيت الإشارة إلى شروط الشهادة بالتسامع والتي أجملها ابن عاصم في تحفة الحكام بقولـــه:

وشرطـها إستعـاضـة بحيـث لا يُحصـر مـن عنـه السمـاع نُقِـلا

مـع السلامـة مـن إرتِيـــــــابِ يُفضـي إلـى تغليـطٍ و إكـــذابِ

ويُكتفـى فيهـا بعدليـن علـــــى مـا تابعَ النـاسُ عليه العمَـل[889]

فشروط شهادة السماع التي لا تقبل إلا بهـــا هي:

- ✓ أن يصرح الشهود بالسماع الفاشي من العدول وغيرهم على المشهور المعمول به في المذهب.
- ✓ السماع من العدول وغير العدول.
- ✓ التصريح في الشهادة بأنها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم بحرمتها.

886 - عبد الجليل عبد الرحمان عشوب ، ص 252.
887 - نفسه، م س، ص 153.
888 - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 252.
889 - أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، م س، ص 27.

- ✓ أن يشهد بالسماع عدلان فأكثر ولا تقبل شهادة النساء بالسماع، ولا شهادة عدل وامرأتين، كما لا يقبل شاهد واحد بالسماع وشاهد بالقطع.
- ✓ أن يكون الحبس معقبا أو على غير ميعن كالمساجد والفقراء، فإن كان الحبس على معين لم تقبل فيه شهادة السماع على الاختلاف السابق الإشارة إليه.
- ✓ لا يشترط فيها تعيين المحبس كما لا يشترط شهادتهم بثبوت ملك المحبس واستمراره إلى يوم التحبيس على الراجح والمعمول بــه[890].

ت- الشهادة على الشهادة

تعرف الشهادة على الشهادة أو شهادة النقل كما جاء في حدود ابن عرفة أن: ("النقل عرفا إخبار الشاهد عن سماعه شهادة غيره أو سماعه إياه لقاضي"، فالنقل لغــة معلوم وقد قصره الشرع في عرفه على بعض مدلوله، وعرفا نُصبَ على اسقاط الحافظ، كأحد الأوجه في الدليل لغة، وقوله إخبار، صير الجنس للنقل والإخبار وهو مصدر أخبر وهو مناسب له معنى، وقال في الأداء: إعلام ... وقوله :" إخبار الشاهد "، أخرج به من ليس بشاهد إذا أخبر بسماع لا على وجه الشهادة، وأطلق الشاهد على من تحمل السماع، قوله: "عن سماعه شهادة" معناه أنه أخبر عن الذي سمعه يذكر شهادة عنده، وعن سماعه متعلق بالإخبار، والضمير يعود على الشاهد، وشاهدة غيره مفعول لسماعه.... وقوله: "أو سماعه إياه" عطف على السماع، والضمير المضاف إليه يعود على الشاهد، وإياه عائد على الإخبار وذكر هذه الزيادة ليدخل نقل النقل، وفي نسخة إياها، وعلى هذه النسخة ضمير سماعه يعود على غيره في قوله: "شهادة غيره"، وضمير إياها على الشهادة، وأدخل بها أيضا نقل النقل، وقوله "الشاهد" معناه من نسيت له الشهادة ليصدق على الذكر والأنثى، ويدخل فيه عموم الشهادة لكي يدخل نقل النساء على الخلاف في ذلك...)[891].

---

[890] - محمد التاويل، م س، ص 17.
[891] - أبي عبد الله محمد الأنصاري، م س، ص 601.

فالشهادة على الشهادة هي شهادة غير مباشرة حيث يشهد فيها الشاهد على ما سمعه من الشاهد الأصلي، الذي يشهد بما رآه بنفسه، أو بما رآه وسمعه من المشهود عليه، ويسمى الشاهد الأول الأصل، والشاهد الثاني يسمى الشاهد الفرع[892].

وتسمى هذه الشهادة أيضا بالشهادة في الدرجة الثانية، وهي تختلف عن الشهادة الأصلية أي الشهادة المباشرة في أن الشاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره، فالشاهد لم ير الواقعة المراد إثباتها ولم يسمعها مباشرة، بل اتصلت إلى علمه عن طريق شخص آخر، ذلك أنه يشهد هنا على واقعة معينة، ولكنها مختلفة عن الواقعة التي تكون مدار الشهادة الأصلية، ففي الشهادة المباشرة يشهد الشاهد بأنه رأى الواقعة بعينه أو سمعها بأذنه، أما في الشهادة غير المباشرة فهو يشهد أنه سمع الواقعة عن لسان شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه، ومن تم فإن شهادة النقل هي التي تكون بواقعة وصل خبرها إلى علم الشاهد عن طريق غيره، كما أن هذه الشهادة أي شهادة النقل تختلف عن شهادة السماع السابق الإشارة إليها، في كونها -أي شهادة- النقل إذا كان الشاهد فيها قد حصل له العلم من شاهد معين، فإن شهادة السماع لا يروي فيها الشاهد عن شخص معين ولا عن واقعة معينة بالذات بل عما هو شائع بين الناس عن هذه الواقعة، ولا يكون مسؤولا عن صحة ما يشهد به لعدم إمكان التحري عن صدق ما يقول[893].

بخلاف شهادة النقل التي تكون مبنية على شهادة شاهد أو شهود معينين، كما أن الاختلاف بينهما سيظهر كما سيأتي في أن شهادة السماع يثبت بها أصل الوقف دون شروطه كمبدأ عام، في حين أن شهادة النقل يثبت بها أصل الوقف وشروطه.

فإذا ثبت الفرق بين شهادة النقل والشهادة الأصلية، وثبت مفهوم شهادة النقل، فإن الفقهاء قد أجازوا هذه الشهادة استحسانا للضرورة ولقيام الحاجة إليها، لأن الشاهد الأصل قد يتعذر عليه أداء الشهادة بنفسه أمام القاضي لمرض أو سفر أو نحو ذلك، ولأن الشهادة حق لازم فيشهد عليها كسائر الحقوق، لأنها طريق تظهر الحق كالإقرار، فعدم قبولها قد

892 - محمد عبير عبد الله الكبيسي، ج 2، م س، ص 354.
893 - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 154.

يفوت كثيرا من الحقوق على أصحابها[894]، فالضرورة هي المبرر للخروج عن الأصل العام الذي يجب أن يؤدي الشاهد الشهادة بنفسه.

وعن مجال الأخذ بشهادة النقل، يرى جمهور الفقهاء باستثناء المالكية، أن الشهادة على الشهادة تقبل في كل موضع باستثناء الحدود والقصاص فلا تقبل فيها الشهادة على الشهادة لأن الحدود تدرأ بالشبهات[895]، أما المالكية فإنهم يرون جواز إثبات أي حق من الحقوق بشهادة النقل، سواء كان ذلك حق الله أو حق الآدمي[896]، فقد جاء في المدونة الكبرى: ("قلت" لابن القاسم أتجوز الشهادة على الشهادة في الطلاق في قول مالك "قال" نعم "قلت" وتجوز الشهادة على الشهادة في قول مالك في الحدود والفرية (قال) قال لي مالك الشهادة على الشهادة جائزة في الحدود و الفرية والطلاق وكل شيء من الأشياء الشهادة على الشهادة فيه جائزة كذلك قال مالك (قلت) أرأيت الشهادة على الشهادة أتجوز في الولاء في قول مالك (قال) نعم قال مالك وشهادة الرجلين تجوز على شهادة عدد كثير)[897].

ومنه فإن الفقهاء أجازوا إثبات الوقف بالشهادة على الشهادة، سواء في ذلك إثبات أصله أو إثبات شرائطه، وعلى الشاهد أن يؤدي الشهادة على الصفة التي تحملها، فيقول: أشهد أن فلانا يشهد أن الأرض الفلانية هي موقوفة من قبل فلان على الفقراء والمساكين، أو على أولاده، ومن بعدهم على وجوه البر، مثلا[898].

ولقبول الشهادة على الشهادة يشترط بالإضافة إلى الشروط العامة للشهادة:

- ✓ تعذر حضور الشاهد الأصلي، إما لموت أو سفر أو غيبة أو مرض ونحو ذلك، لأن جواز هذه الشهادة للحاجة والضرورة.

---

894 - محمد عبير عبد الله الكبيسي، ج 2، م س، ص 355.
895 - عكرمة سعيد صبري، م س، ص 413.
896 - محمد عبير عبد الله الكبيسي، ج 2، م س، ص 355.
897 - الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، المجلد الثالث عشر، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، بدون سنة النشر، ص 9.
898 - محمد عبير عبد الله الكبيسي، ج 2، إثبات الوقف، م س، 356

- ✓ أن يعين شاهد الفرع شاهد الأصل، وذلك ليتمكن القاضي من معرفة عدالة شهود الأصل، فقد يكون شاهد الفرع عدلا بخلاف شاهد الأصل.
- ✓ ألا يكذب شاهد الأصل شاهد الفرع قبل الحكم بشهادة الفرع، وذلك بأن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع أنت كاذب فيما أمرتك، أو حكما بأن يشك في أصل شهادته[899].

ج- الشهادة من حيث العدد

تنقسم الشهادات من حيث العدد، إلى شهادات بالعدد الأصلي، وأخرى بعدد استثنائي، وثالثة بعدد اللفيف، ومادام الوقف يثبت بالعدد الأصلي ويثبت بشهادة اللفيف كما تم التطرق إليه سابقا، فإن المدار هنا بالعدد الاستثنائي للشهادات في إثبات الوقف.

ويقصد بالشهادات بالعدد الاستثنائي، الشهادة استثناء من أصل الإثبات في الشرع برجلين عدلين، وهي والحالة هذه شهادة العدل وامرأتين، والشاهد العدل مع يمين المدعي أو امرأتين عدلتين مع يمين المدعي[900].

إن مدار التمييز في نصاب الشهادة هو التفريق بين ما لا يدخل في المال أو ما يؤول إليه، وبين ما يدخل في المال أو يؤول إليه، ذلك أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن نصاب الشهادة في المال أو ما يؤول إليه، بالإضافة إلى الأصل في الإثبات أي عدلين رجلين، فإنه يقبل رجل عدل واحد وامرأتين وذلك في البيع والقرض والإجازة والهبة والوصية والوقف...، وقد دل على ذلك قوله تعالى في آية المداينة: "... **فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان**..."[901]، وقيس على المداينة كل ما يتعلق بالمال، ولأن المال وما يقصد به المال

---

[899] - عبد الرحمان بلعكيد، الشهادة في الإثبات، م س، ص 308.
- ناصر إبراهيم ناصر بن عنيف، م س، ص 141.

[900] - لمزيد من التوسع في صور العدد والإستدلال عليهما أنظر عبد الرحمان بلعكيد، الشهادة في الإثبات، م س، ص 246 إلى 261.

[901] - سورة البقرة، الآية 282.

مما يدخله البدل ويكثر فيه التعامل ويطلع عليه الرجال والنساء، فتيسرا على الناس ورفعا للحرج عنهم، أجاز الشارع الحكيم شهادة النساء مع الرجال[902].

فإذا ثبت حكم شهادة العدل والمرأتين مجتمعين، فإن شهادتهم منفردين جائزة مع اليمين، وذلك في كل ما يتعلق بالمال وآيل إليه، فقد جاء في المختصر للشيخ خليل: "والشاهد: حر، مميز، ذكر تعدد... ولما ليس بمال ولا آيل له: كعتق، ورجعة، وكتابة: عدلان، وإلا فعدل، وامرأتان، أو أحدهما بيمين: كأجل، وخيار، وشفعة....."[903].

في شرحه، أنه إذا كان المشهود به مالا أو آيلا إليه فيكفي فيه عدل وامرأتان بلا يمين أو أحدهما، أي العدل والمرأتين بيمين يحلفها المشهود له، أن ما شهد به العدل أو المرأتان حق صحيح[904].

ومنه فإن الحبس على معين في مذهب مالك على المشهور أن المحبس عليه يحلف ويثبت الحبس، وفي الحبس المعقب فإن المشهور في مذهب مالك أن من حلف تبث حقه، ومن نكل ردت اليمين على المشهود عليه، فإن حلف بطل الحبس، وإن نكل ثبت الحبس عملا بقاعدة النكول بالنكول تصديق للناكل الأول، ويرى بعض المالكية أنه إذا حلف بعضهم ثبت الوقف للجميع، كما يرى آخرون أنه لا يثبت بالشاهد واليمين ولا يثبت إلا بعدلين أو عدل وامرأتين[905].

الأمر الذي يعكس ما سبق التطرق إليه من تعدد الآراء، بحيث يجب تلمس المصلحة الفضلى للوقف للأخذ بالتوجه الميسر لإثباته.

---

[902]- أحمد فراج محسن، م س، ص 148.
[903]- الشيخ خليل بن إسحاق، م س، ص 200.
[904] - صالح عبد السميع الآبي الأزهري، ج 2، م س، ص 239.
للاستدلال على القضاء باليمين والشاهد – انظر الموطأ للإمام مالك بن أنس باب القضاء باليمين مع الشاهد، م س، ص 170.
[905] - أورده محمد التاويل، م س، ص 17.

وفي الحبس على غير معين، إذا قام شاهد أو من يقوم مقامه وشهد بأن فلانا حبس داره أو أرضه على مسجد أو على الفقراء توجهت اليمين[906] على المشهود عليه فإن نكل ثبت الحبس بالشاهد ونكوله ولا تقبل اليمين لتعذرها، أما إذا كان الحبس على معين والحبس المعقب فإن نكل المحبس عليه عن اليمين المكملة للنصاب ونكل المدعى عليه فإن الحبس يثبت بنكوله، أما إذا لم يكن لمدعي الحبس شاهد وكان الحبس بيده يحوزه أقل من مدة الحيازة الشرعية فإن المالك يحلف ويبرأ، وإن نكل ثبت الحبس بمجرد نكوله[907].

ثالثا – حجية الشهادة في إثبات الملك الوقفي

تعتبر الشهادة حجة شرعية في إثبات الحقوق وقد دل عليها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، فمن الكتاب قوله جل وعلا: **"واستشهدوا شهدين من رجالكم"**[908]، وقوله تعالى:

---

[906] - كما يثبت الوقف بالوسائل السابق الإشارة إليها، فإنه يثبت كذلك باليمين والنكول عنها، على اعتبار أن اليمين طريق من طرق القضاء، ينقضي بأدائها الحق وتقطع الخصومة بين المتداعين، فإذا وجه اليمين إلى المدعى عليه المنكر وحلف، قضى برد الدعوى وذلك لأن المدعي بتوجيهه اليمين إلى المدعى عليه قد تنازل عما سواها من الأدلة، أما النكول فهو الامتناع عن اليمين إذا وجهت من القاضي إلى المدعى عليه المنكر، بناء على طلب المدعي، فإذا وجهت اليمين إلى المدعى عليه ونكل عن ذلك فما على القاضي إلا أن يلزمه بالمدعى به، واعتبارا لكون اليمين هي إشهاد الله تعالى على صدق ما يخبر به الحالف، يكلف بها أحد الخصوم لتأييد إدعائه عندما يعوزه الدليل عليه، واعتبار لكونها طريق غير عادي للإثبات، لا يحصل الالتجاء إليها إلا نادرا وذلك عند تعذر تقديم الدليل أو عدم كفاية ما قدم من أدلة لاقناع القاضي، فإنه سيكتفى بالإحالة على المراجع التي تتطرق إليها وتبرز الشروط والأحكام التي تتضمن عليها، فللمزيد من التوسع انظر:

- أحمد فراج حسين، م س، ص 393.
- مدونة أحكام الوقف الفقهية (إصدار الأمانة العامة للأوقاف – الكويت)، م س، ص 233.
- سعيد بن تركي الخثلان، م س، ص 82.
- محمد عبير عبد الله الكبيسي، ج 2، م س، ص 362.
- رشيد العراقي، طرق إثبات الالتزام، مجلة الملحق القضائي، العدد 30 أكتوبر 1995، ص 40.
- محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 316.
- إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 172.
- أبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، م س، ص 29.
- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الجزء الأول،م س، ص 239.
- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، القسم الأول، م س، ص 205.
- محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد، ج4، م س، ص 440.
- بوعبيد الترابي، دور اليمين في الإثبات – دراسة تحليلية وعملية لليمين كآلية للإثبات والتحقيق في ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن، مطبعة الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016، ص 17.

[907] - محمد التاويل، م س، ص 18.

[908] - سورة البقرة، الآية 282.

"واشهدوا ذوي عدل منكم"[909]، وقوله عز وجل : **"ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قبله"**[910].

ومن السنة، أن النبي عليه الصلاة والسلام قال للأشعث بن قيس حين خاصم يهوديا جحده: "شاهداك أو يمينه"[911]، ذلك أن النبي ﷺ طلب من الأشعث تقديم البينة، وهي الشهادة للحكم له بمقتضى دعواه، بدليل ما ورد في بعض الروايات أنه عليه السلام قال له (ألك بينة) قال، لا، قال (فلك يمينه)[912].

وأما الإجماع فإن الأمة الإسلامية اتفقت منذ عهد رسول الله ﷺ وإلى يومنا هذا، اتفقت على اعتبار الشهادة حجة لإثبات المشهود به، والعمل على ذلك من غير نكير من أحد فكان إجماعا، وأما المعقول فإن وجود التجاحد بين الناس، وإنكار الحقوق وخراب الذمم وفسادها قد أدى إلى ضرورة اعتبار الشهادة في إثبات الحقوق، إذ لولاها لضاع كثير من الحقوق، ولما استطاع أصحابها من إثباتها خاصة فيما لا يمكن إثباته إلا بها[913].

هذا وتعتبر الشهادة هي أول وسيلة من وسائل الإثبات التي لجأ إليها الخصوم وعرفتها البشرية قديما، فهي كانت في القديم تعد من أفضل البينات، وأسمى الحجج القاطعة، والبراهين الدامغة، إذ كانت لها الصدارة الأولى، والمكانة العالية في الإثبات وكان القاضي لا يعتمد إلا عليها في إصدار الحكم، فقد كانت تعد من أقوى الأدلة، وأفضل البينات والدليل الغالب، ولها المكانة الأولى في الإثبات وهي التي تستأثر باسم البينة، دلالة على أنها المقام الأول في الإثبات، غير أنه في العصور الحديثة لم تعد لها تلك الصدارة وذلك نتيجة لشيوع الكتابة، واعتمادها في التعامل، وفي تدوين الاتفاقات والالتزامات ولما تنطوي عليه من ضمانات تحول دون النسيان، وعدم الصدق الذي يعتري بعض الشهادات، فبدأت

---

[909]- سورة الطلاق، الآية 2.
[910]- سورة البقرة، الآية 283..
[911]- أخرجه البخاري (2417)، ومسلم (138)، وأبو داود(3621)، والترمذي (1269)، ابن ماجة (2322) واللفظ له، وأحمد (21837).
[912]- ابن ماجة، الجزء 7، ص 778.
[913]- محمد عبير عبد الله الكبيسي، الجزء 2، م س، ص 344.

الكتابة تسود في المعاملات بين الناس وأخذت المكانة الأولى في الإثبات، وبالتالي نزلت الشهادة إلى المرتبة الثانية[914].

بالنظر إلى مقارنة الفقهاء القانونيين بينها وبين الكتابة، حيث يرون أنه بانتشار التعليم وتقلص ظل الأمية انتشرت الكتابة وبدأت تسود في المعاملات بين الناس، وبذلك أخذت المكان الأول في الإثبات، واحتلت الشهادة المكان الثاني، لما تنطوي عليه من عيوب ظاهرة، فلا غرابة أن يكون القانون قد أنزل الشهادة منزلة دون الكتابة ليس فحسب من ناحية أنه جعل الشهادة ذات قوة محدودة في الإثبات، بل أيضا بأن جعل للقاضي بالنسبة للشهادة سلطة تقديرية واسعة هي أكبر بكثير من سلطته بالنسبة للكتابة، وذلك للعيوب التي تعتري شهادة الشهود من محاباة وانتقام ورشوة وفساد ذمة وكذب ومبالغة، وخطأ ونسيان وعدم دقة الملاحظة إلى غير ذلك من الأمور التي تقدح من الشهادة[915]، ومن تم اعتبار الشهادة حجة مقنعة أي غير ملزمة تختلف اختلافا جوهريا عن الدليل الكتابي، كونه تم إعداده مسبقا فيعتبر وفقا لذلك حجة بذاته، يفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس، في حين تترك البينة لتقدير القاضي فيكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها أيا كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهم، دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، كذلك اعتبارها حجة غير قاطعة بعكس الإقرار واليمين، أي أن ما ثبت بها يقبل النفي بشهادة أخرى أو بأي طريق آخر من طرق الإثبات، فيعتبر ما أثبت بالشهادة صحيحا إلى أن يثبت عكسه قبل الحكم به، إضافة إلى كونها دليل مقيد لا يجوز الإثبات به في جميع الأحوال لأن المشرع قدر احتمال الكذب فيها فحد من مخاطرها بتفضيل الكتابة عليها، فلا يقبل الإثبات بها فيما أوجب القانون إثباته بالكتابة[916].

غير أن عقد المقارنة بين الكتابة والشهادة وإبراز الفروق بينهما، وذكر مثالب الشهادة، ليس على إطلاقه، ولا ينقص من الشهادة قيمتها، ذلك أنه لا يصح القول بأن الشهادة أضعف من الكتابة، على اعتبار أن الشهادة تنبثق من وسط الجماعة، وتنبض

---

[914] - محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، م س، ص 380.
[915] - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 171-178.
[916] - محمد وحيد دحام، الإثبات بشهادة الشهود، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الأولى 2015، ص 134.

بحياتها وتلهج بتاريخها، وما لا تقوى الكتابة على إثباته تقوى الشهادة عليه، والعكس صحيح، ومن تم يمكن القول بأن أدوات الإثبات يكمل بعضها البعض الآخر، ولكل نطاقه ومجال تخصصه، كلما كانت على الصحة والتمام، والقاضي يهتدي بها ويستلهم منها طريق العدل، لذلك فقوة الشهادة لا مراء فيها، متى كانت صحيحة وتامة، والسر فيها أنها نابعة من الجماعة، فالناس في جماعتهم عيون وآذان يراقب بها البعض البعض الآخر، حتى لا يخرج عن نهج الصلاح والإصلاح، ومنه فالشهادة وسيلة من وسائل الإثبات في نطاقها المحدود متى كانت صحيحة وتامة، وتمامها بالحلف على قول الحقيقة أمام القاضي المختص، والقاضي له أن يقلب الشهادة ويستفسر الشهود فيها عند الاقتضاء، قصد التأكد من صحتها، وتوضيح الغامض منها[917].

وهنا نجد أن القضاء أخذ بالشهادة في إثبات الوقف في عدة منازعات، ومنه نجد أن المجلس الأعلى سابقا قرر أنه: **"حيث صح ما عابه الطاعنان على القرار، ذلك أن قضاءه تجاههما بأنه: (لا يكفيهم إثبات وقفية العقار المدعى فيه عليهم بالحوز والتصرف في المنفعة واسترعائية ضياع ظهير التحبيس، إذ لابد لثبوت الوقف عليهم من توفر بينة الحبس ومن حبس وتملك المحبس والحوز ومعاينته)، في حين أن حبسية الشيء تثبت حتى بشهادة السماع من الثقات وغيرهم أنه منذ عشرين سنة حبس يحترم بحرمة الأحباس، فتتم حبسيته بها لمن أثبت صفته في التحبيس المذكور، وهو ما عناه المتحف بقوله:**

وحبس من جاز من السنينـا عليـه ما ينـاهــز العشريــن

الأمر الذي يعتبر معه القرار خارقا للقاعدة الفقهية المذكورة مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال"[918].

---

[917] - عبد الرحمان بلعكيد، م س، ص 33.

[918] - القرار عدد 2747 المؤرخ في 2006/09/20 ملف مدني ، عدد 2005/1/1/3751 – سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 213.

وفي قرار لمحكمة النقض جاء فيه: **"حيث تبين صحة ما عابته به الطالبة القرار المذكور، ذلك أن الأحباس القديمة كما في النازلة تثبت بواسطة شهادة الشهود، ويكفي الشهود في شهادتهم أن يصرحوا بأن الملك يحاز بما تحاز به الأحباس، وأنه يحترم باحترامها، والثابت من رسم الوقوف المدلى به من قبل الطالبة أن يتوفر على ما سبق ذكره إذ جاء فيه ما يلي: (... شهد الأعيان المذكورون أن البلاد المذكورة هي حبس لـــ... وتحترم بحرمة الأحباس وتحاز بما تحاز به الأحباس ولا زالت محترمة قديما وحديثا إلى أن ترامى في وسطها...) لذلك فإن رسم الوقوف المذكور مثبت للحبس خلافا لما ذهبت إليه المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه، التي اعتبرته لا يفيد الملك وإنما هو لائحة شهود تفيد الترامي، مما تكون معه المحكمة بذلك قد جعلت قرارها المطعون فيه مشوبا بعيب فساد التعليل المنزل منزلة انعدامه وعرضته بالتالي للنقض والإبطال"**[919].

الفقرة الثانية: الإقرار بالوقف

اعتبار لكون المنازعة في دعوى الوقف تحتاج ككل المنازعات إلى وسائل الإثبات لإظهار الحق وإبرازه إلى الوجود، فإن الإقرار يعد بدوره من الوسائل التي يؤيد بها المدعي صدق دعواه، ويثبت به الوقف حال الجحود به، ومن تم سيتم التطرق (أولا) إلى التعريف به، ثم تبيان حالات الإقرار التي يثبت بها الوقف (ثانيا)، قبل التطرق إلى قوته الثبوتية في مجال الإثبات (ثالثا).

أولا ـ التعريف بالإقرار

الإقرار لغة هو الاعتراف والثبوت، وهو ضد النكران، يقال: أقر بالحق اعترف به وأثبته كما يقال: أنكر الحق أي جحده[920]، كما أنه هو وضع الشيء في قراره يقال: قر الشيء في مكانه إذا ثبت وسكن، ويقال: قر فلان في مكان كذا إذا أقام فيه[921].

---

[919] ـ القرار عدد 5059 المؤرخ في 2012/11/20 ملف مدني عدد 2011/4/1/1042 – سلسلة دليل العمل القضائي، م س، ص 242.

[920] ـ أحمد فراج حسين، م س، ص 277.

[921] ـ سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 60.

قال في الذخيرة: وهذه المادة هي الإقرار والقرار والقر والقارورة ونحو ذلك من السكون والثبوت، لأن الإقرار يثبت الحق، والمقر أثبت الحق على نفسه والقرار السكون، والقر البرد وهو يسكن الدماء والأعضاء، والقارورة يستقر فيها مائع[922].

والإقرار اصطلاحا حسبما جاء عن ابن عرفة أنه: "لم يعرفوه وكأنه عندهم بديهي، ومن أنصف لم يدع بداهته لأن مقتضى حال مدعيها أنه قول يوجب حقا على قائله، ولا شك أن تصور ماهيته العرفية ليست ضروريا فإن كثيرا من مسائله يتردد فيها هل هي من باب الإقرار أم لا؟ فلو كان الإقرار ضروري التصور لما وقع الشك في تصور فرد من مصدوقاته، وما أثمره حال مدعي الضرورة، إنما أوجب له تصور أمر عام، والنزاع في مسماه العرفي الخاص به، والحق نظيري، فيعرف بأنه: **(خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه)** "[923].

فقوله: "خبر" يشمل كل خبر سواء أكان يوجب حكم صدقه على قائله أم لا يوجب حكم صدقه على قائله، وسواء كان بلفظه أو بلفظ غيره، ويخرج به الإنشاء لفظ ومعنى، كألفاظ الدعاء، والحمد والإنشاء معنى ولو كان خبرا لفظ مثل بعث وطلقت وأسلمت، لأن الإنشاء قسيم الخبر، ويدخل فيه الشهادة والروايـة[924].

وقوله: **"يوجب حكم صدقة على قائله فقط"**، أخرج به الرواية والشهادة، لأنه إذا قال الصلاة واجبة فذلك خبر أوجب صدقه على مخبره وغيره، وإذا شهد على رجل بحق، فإنه خبر أوجب حكم صدقه على غيره فقط، وإذا قال في ذمتي كذا فهو خبر أوجب حكم صدقه على المخبر وحده، وهو معنى قوله فقط[925].

وقوله "بلفظه أو لفظ نائبه"، أخرج به خبر غيرهما، وأدخل به خبر الوكيل[926].

---

[922] - أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، م س، ص 215.
[923] - أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة – القسم الأول، م س، ص 443.
[924] - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 234.
[925] - أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، م س، ص 443.
[926] - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 234.

وبالتالي فالإقرار حقيقته هو الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير، وحكمه اللزوم وهو أبلغ من الشهادة، فقول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره، ومن لم يجز إقراره على نفسه من صغير وشبهه لم تجز شهادته على غيره[927].

غير أن وصف الإقرار بالإخبار يؤدي إلى تشابهه مع الدعوى والشهادة لأن كل منها اخبارات، إلا أن الفرق بينهما أن الإخبار إن كان يقتصر حكمه على قائله فهو الإقرار، وإن لم يقتصر فإما ألا يكون للمخبر فيه نفع فهو الشهادة، أو يكون وهو الدعوى[928].

ومن تم فإن الإقرار هو إخبار الإنسان بحق ملزم له، وشرط صحته و نفاده أن يكون المقر عاقلا بالغا طائعا، وقاعدته العامة أنه حجة على المقر قاصرة على ذاته لا تسري على غيره، فإذا أقر على نفسه بشيء نفذ عليه، وإن أقر على غيره، لم ينفذ على ذلك الغير إلا بتصديقه وإن أقر على نفسه وغيره، نفذ في حق نفسه، وتوقف في حق غيره على تصديقه، وعلى هذا الأساس تبنى مسائل الإقرار وأحكامه[929]. وعلى غرار المنهج السابق فلن يتم التطرق إلى شروط الإقرار وأحكامه وإنما سيتم الاقتصار على ما هو متعلق بإثبات الوقف بالإقرار[930].

---

927 - برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الثاني، دار عالم الكتب الرياض، 2003، ص 56.

928 - أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 524.

929 - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 112.

930 - جاء في التبصرة أن للإقرار أربعة أركان الصيغة والمقر والمقر له، والمقر به – لمزيد من التوسع أنظر برهان الدين أبي إبراهيم، م س، ص 57.
جاء في التحفة:

ومالك لأمره أقر فـــــي صحته لأجنبـــي إقتفـي
وما لوارث ففيه إختلفـــا ومنفذ له لهمة نفـــــى
ورأس متروك المقر ألزما وهو به في فلس كالغرما...

(إبن عاصم، م س، ص 99).
وفي شرحه: (مالك لأمره) أي بالغ رشيد غير مكره لأن المكره لا يملك أمره ولا يلزمه إقرار كما لا يلزم المحجور من صبي وسفيه...لمزيد من التوسع أنظر:
- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 524.
- محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 236.
- أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان المغربي، الجزء 7، م س، ص 215.

ثانيا- حالات الإقرار التي يثبت بها الوقف

سبق الحديث عن الإقرار على الوقف في معرض بحث إقرار الناظر على الوقف وقد تبث أنه لا يجوز الإقرار على الوقف لأن الوقف كمصلحة المحاجير، لذلك سيتم التطرق هنا إلى الأنواع التي يثبت بها الإقرار للوقف وليس عليه، ومن ذلك أن الإقرار بالوقف إما أن يصدر من الواقف المالك نفسه، وإما أن يصدر من الغير، فإن صدر عن هذا الأخير فإما أن يكون وارثا للوقف أو يكون أجنبيا عن الواقف، وهو ما سيأتي تفصيله تاليا.

أ- إقــرار الواقــف

إن إقرار الواقف بدوره ينقسم إلى إقراره حال صحته وإقراره في حالة مرضه ومن تم فإن:

1- إقرار الواقف حال صحته

مفاده أنه إذا أقر الإنسان في حالة صحته بأنه وقف مالا معينا من أمواله وقفا صحيحا، فإن الوقف يثبت بإقراره ويلزم بالنسبة للواقف وورثته من بعده إذا كان في مجلس القضاء، ويلحق الإقرار بأصل الوقف، الإقرار بشروطه، فإنها تأخذ حكم الإقرار بالأصل إذا انتظمت في الإقرار واحد أي ألا يكون أصل الواقف ثابتا من قبل مع شروط معينة، ويأتي هذا الإقرار ويلحق ضررا بالغير، فلا يمكن الاعتداد به إلا إذا كان هذا الإقرار يؤثر على المقر وحده فيعتبر في حق نفسه فقط لأن الإقرار حجته قاصرة على المقر[931].

ومن تم فإن إقرار الواقف يلزمه إذا استوفى شرائطه بـأن يكون الواقف غير محجور عليه لسفه أو دين وليس مدينا بدين مستغرق ماله وإن لم يكن محجورا عليه، وذلك لأنه إذا كان محجورا عليه لسفه، لن يصح إقراره بالوقف، كما لا يصح أصل وقفه، لنقص أهليته، وإذا كان محجورا عليه لدين، توقف نفاذ إقراره على إجازة المدينين كما هو الشأن بالنسبة لأصل وقفه، وكذلك هو الشأن إذا أحاط الدين بماله حتى ولو لم يكن محجورا عليه، وذلك

931 - محمد عبير عبد الله الكبيسي، الجزء 2، م س، ص 333.

لأن حكم الإقرار بالوقف كحكم الوقف نفسه، فمن لا يصح وقفه أو لا ينفذ، لا يصح إقراره به، أولا ينفذ[932].

2- إقرار الواقف حال مرضه

المقصود بالمرض هنا هو المرض المخوف أو مرض الموت، وهو المرض الذي يخاف منه الهلاك غالبا ويعقبه الموت، فشرط مرض الموت أمران، أحدهما أن يغلب فيه الهلاك عادة، والثاني أن يعقب مرض الموت مباشرة سواء أكان الموت بسببه أم بسبب آخر خارجي كقتل أو غرق أو حدوث مرض أشد فتكا من الأول، ويلحق بمرض الموت كل ما يقرب الشخص إلى الهلاك كما لو وجد الصحيح في حالة يغلب فيها الهلاك عادة، وذلك كمن يحكم عليه بالإعدام نهائيا، فإذا تصرف الشخص وهو في هذه الحالة ثم مات فعلا، كان تصرفه كتصرف المريض مرض الموت، أما إذا لم يمت بأن أعفي عنه أو شخص المريض فإنه يعتبر وكأنه أبرم في حالة الصحيح[933].

ومن ذلك فإنه إذا أقر المريض مرض الموت بأنه وقف عقاره الفلاني، فإن الوقف يثبت بإقراره، ويعتبر من ثلث ماله (من حيث المبدأ)، بشرط أن لا يكون في الموقوف عليه وراث، وإلا كان متوقفا في حق الزيادة عن الثلث وحق الوارث، على إجازة الورثة[934]، وهنا فإن الإقرار بالوقف يأخذ حكم إنشاء الوقف في مرض الموت فتسري عليه أحكام وقف المريض مرض الموت من حيث تقييد نفاده بثلث المال.

إن تقييد نفاذ تصرفات المريض بثلث المال يستند إلى قياس إقرار المريض على التبرع والوصية، فكما أن التبرع والوصية يخرج من ثلث المال فكذلك إقرار المريض يصح من الثلث، غير أن هذا القياس مع وجود الفارق لا يجوز لأن الإقرار هو إخبار عن ثبوت الحق عند المقر لآخر بسبب يقتضيه من تعامل، كما أن الشرع يقيد الوصية والتبرع في حدود الثلث فيما يتعلق بماله الخالص له لتعلق حق الورثة به أما المقر به فهو من حقوق

---

[932] - مصطفى أحمد الزرقا، م س، ص 113.
[933] - أحمد فراج حسين، م س، ص 346.
[934] - محمد عبير عبد الله الكبيسي، م س، ص 333.

الآخرين ولا تدخل في تركته، ولا تقسم بين الورثة إلا بعد قضاء الديون[935]، زيادة إلى أن الواقعة محل الإقرار كانت سابقة على وقت الإقرار الذي كان فيه المقر في مرض المخوف، لذلك فإن حكم إقرار المريض مرض الموت لا يأخذ دائما بالمبدأ العام الذي يقول بأن تصرفات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية، ومن تم فإن أبرز الحالات هنا هي إما إقراره في مرضه لغير وارث أو إقراره لوارث، فبالنسبة للحالة الأولى، فقد اختلف في قبول إقراره لغير وارث على قولين:

- القول الأول: أن إقرار المريض لغير وارث صحيح نافذ ولو بكل تركته وهو ما ذهب إليه الحنفية، والشافعية، والحنابلة على المشهور من الروايات، والمختار عند الأصحاب، والظاهرية، وجمهور أهل العلم، كما ذهب إليه المالكية إذا كان المقر غير متهم في إقراره[936]، والمقصود بالتهمة ألا يكون قد قصد حرمان الورثة من الإرث.

- القول الثاني: أن إقرار المريض لغير وارث غير صحيح، وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة، لأن إقرار المريض لغير وارث يشبه الإقرار لوراث، فكل منهما فيه مجال للتهمة لتعلق حق الورثة بالمال حال المرض، فيحجر على أقواله وتصرفاته كالمفلس رعاية لحق الورثة[937].

ومنه يمكن ترجيح قول الجمهور في صحة إقرار المريض لغير وارث، لأن أهلية المريض وولايته كاملتان على ماله وجسمه، مع استبعاد التهمة في إقراره لأجنبي، وأن القول بعدم صحة إقراره يوقع الناس في الحرج والمشقة في التصرفات، كما يرجح قول الجمهور بتنفيذ الإقرار لأجنبي من جميع المال، لأن الديون تتقدم على توزيع الإرث[938].

أما الحالة الثانية: المتعلقة بإقرار المريض للوارث، فهي بدورها اختلف فيها الأئمة على قولين، مع التنبيه أنه لا خلاف بين الفقهاء على أن إقرار المريض لوراث بدين أو عين أنه يكون صحيحا نافذا، إذا صدقه بقية الورثة بعد موت المقر، لأن تصديقهم إقرار منهم

---

935 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 297.
936 - أحمد فراج حسين، م س، ص 347.
937 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 298.
938 - نفسه، ص 298.

بتقدمه عليهم فيلزمهم، أما إذا لم يصدقه الورثة فهنا القول الأول، يرى أن إقرار المريض مرض الموت لأحد ورثته لا يصح، وهو قول الحنفية والحنابلة والشافعية في قول والمالكية إذا كان المقر متهما في إقراره، والقول الثاني أن إقرار المريض مرض الموت لأحد ورثته صحيح نافذ أجاز الورثة أم لم يجيزوا وهو قول الشافعية في الصحيح من المذهب والحنابلة في رواية والمالكية إذا لم يكن متهما في إقراره[939]، وهنا يمكن كذلك ترجيح القول الأول الذي يرى صحة إقرار المريض لوراث، لأن الدين الثابت بإقرار المريض في قوة إقرار الصحيح والأدلة التي استند إليها الحنفية والحنابلة ومن معهما لا تقوى على الاحتجاج، وذلك لأن القياس مع وجود الفارق لا يجوز كما تقدم، وأن النظر العقلي يمكن تلافيه باشتراط منع التهمة التي أشار إليها المالكية[940].

ب- إقـرار غيـر الواقـف

إن إقرار غير الواقف يشتمل بدوره على نوعية، الأول منهما يختص به إقرار الورثة، والنوع الثاني يختص به إقرار الأجنبي.

1- إقـرار الورثـة

إقرار الورثة بأن مورثهم وقف مالا من أمواله يثبت به الوقف إذا وقع الإقرار من جميع الورثة[941]، وذلك بأن أقروا أن مورثهم قد وقف المال حال حياته فيصح إقرارهم، فإن زادوا بأنه أوصى بوصية وليس له مال غير الذي وقفه أو كان له دين، فإنه يباع من المال الذي وقفه سدادا للدين أو تنفيذا للوصية ويكون الباقي وقفا[942]، أما إذا أقر بعض الورثة بالوقف وجحده البعض الآخر، فإن الوقف يثبت في حصة من أقر دون من أنكر[943]، فإن أقر أحد الورثة بأن مورثهم أوقف أرضا عليهم وأنكر البعض الأخر، فإن حصة المقر تكون وقفا عليه، وحصة المنكر تصير ملكا له، ولا حق له في الوقف، لأن إنكاره له بمنزلة رده،

939 - لمزيد من التوسع في أدلة الفريق الموجز لإقرار المريض لوارث والفريق غير المجيز، انظر أحمد فراج حسين، م س، ص 354.
940 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 306
941 - سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 62.
942 - الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، مدونة أحكام الوقف الفقهية، الطبعة الأولى، الكويت، 2017، ص 177.
943 - سعد بن تركي الخثلان، م س، ص 63.

فإن زاد المقر وقال بأن مورثهم وقفها عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا من بعدهم على المساكين، تكون حصة المقر وقفا وتكون حصة المنكر ملكا له ولأولاده إن وافقوا أبيهم على إنكاره، أما إن جحدوا أبيهم على إنكاره وأقروا بأنها وقف صارت كلها وقفا، فإن كانت موافقتهم على وقفيتها حال حياة أبيهم المنكر، ثم جحدوا وقفيتها بعد موت أبيهم المنكر، صارت كلها وقفا لإقرارهم السابق[944].

وهذه الأحكام هي التي وردت في النوازل الجديدة الكبرى والتي جاء فيها: "وقال ابن هارون في اختصار المتيطية: فرع: وإذا قام وراث في ملك بأيديهم يزعمون أن أباه حبسه عليهم، فطلب ميراثه منه وقال: لا تحبيس فيه، وأنكره إخوته، ثم اصطلحوا على أن يسلموا له صحته منه جاز، وبقي ما بأيديهم حبس، وما بيده مطلقا، فإن ثبت الحبس يوما ما انفسخ الصلح... 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 "[945].

2- إقـرار الأجنبـي

يقصد بالأجنبي هنا، من ليس له علاقة بالوقف، وحكم إقراره يختلف باختلاف حالات الإقرار، ذلك أنه إذا لم يكن المال الموقوف في يده، فإن إقراره غير معتبر ولا يعتد به، أما إذا كان الوقف في يد المقر الأجنبي، ووقع الإقرار في حالة صحته، فأقر بأن المال الذي في يده وقف وقد وقفه مالكه مع تعيين المالك، فإنه يرجع إلى الواقف الأصلي أو إلى ورثته إن كان ميتا، فإن صدقوا إقراره ثبت الوقف من جميع المال لأنه مظهر بإقراره لا منشئ وإن أنكروا لم يثبت الوقف، أما إذا لم يعين الواقف بأن أقر بأن الملك الذي في يده وقف ولم يزد على ذلك وليس هناك منازع له في الملكية، صح إقراره ويصير وقفا على من عينهم، فإن لم يعين المستحقين صار الوقف على الفقراء والمساكين، أما إذا وقع إقرار الأجنبي في مرض الموت، فإن كان قد سمى الواقف في إقراره فيرجع كما الحالة السابقة

944 - الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، مدونة أحكام الوقف الفقهية، م س، ص 178.
945 - أبي عيسى سيدي المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى بما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، الجزء الثامن، م س، ص 303.

إلى المالك إن كان حيا أو إلى ورثته إن كان ميتا، فإن صدقوه ثبت الوقف من جميع المال وإن أنكروا لم يثبت الوقف، وإن كان لم يعين الواقف -أي المالك- وعين الموقوف عليه نفذ إقراره من كل ماله لأن الإقرار هنا يعتبر من قبيل الإقرار لأجنبي، والإقرار لأجنبي ينفذ من جميع المال، فإن لم يعين لا الواقف ولا الموقوف عليه، فإن لم يكن له وارث نفذ الإقرار من كل ما له، وإن كان له ورثة فإن إقراره لا ينفذ إلا من ثلث ماله وذلك لأنه في هذه الحالة يكون كأنه هو الذي وقف في مرض موته فيصير من قبيل الإنشاء وليس من قبيل الإقرار[946].

بقيت الإشارة إلى أن الإقرار بالوقف يمكن أن يكون داخل المحكمة ويمكن أن يرد خارجها، فإذا وقع الإقرار داخل مجلس القضاء[947]، وكان مستوفيا لكافة شروطه ثبت الوقف بالإقرار، لأن الإقرار الذي يتم أمام القاضي هو المعول عليه في الحكم، والمتفق عند الفقهاء، وهو المعتبر والملزم للمقر لانتفاء شبهة التزوير والتلفيق، أما إذا ورد الإقرار بالوقف خارج المحكمة[948]، فإما أن يكون الإقرار شفويا وإما أن يكون كتابيا، فإن كان شفويا فإنه يمكن للمدعي إثبات إقرار المدعى عليه المنكر الذي وقع خارج مجلس القاضي بالبينة، فإن أثبته سواء بالشهادة أو بتوجيه اليمين حكم له بمقتضاه[949]، فإن ورد الإقرار كتابة فلا خلاف بين العلماء الذين يرون صحة الإثبات بالخط –السابق دراسته– في جواز الإثبات بالإقرار الكتابي الواقع في غير مجلس القضاء سواء كان الإقرار بخط يده أو كان بخط غيره، وعليه توقيعه[950].

ومن تم يتبين أنه لا فرق بين الإقرار القضائي وغير القضائي من حيث طبيعة الإقرار، وإنما يبرز الفرق في ظروف صدور الإقرار، وهذه الظروف ليس من شأنها إلا

---

[946]- سعيد بن تركي الخثلان، م س، ص 63.

[947]- عرف الفصل 405 من ق ل ع م الإقرار القضائي بأنه: "الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون في ذلك إذنا خاصا".

[948]- عرف الفصل 407 من ق ل ع م الإقرار غير القضائي بأنه: "الإقرار الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي، ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه".

[949]- تجب الإشارة إلى أن المشرع المغربي نص في الفصل 413 من ق ل ع م على أنه: "لا يجوز إثبات الإقرار غير القضائي بشهادة الشهود إذا تعلق بالتزام يوجب القانون إثباته بالكتابة"، غير أن هذا الاستثناء لا يمكن تطبيقه على المادة الوقفية للخصوصية التي يتمتع بها الوقف على اعتبار أنه يمكن إثبات الوقف بكافة وسائل الإثبات حسب المادة 48 من مدونة الأوقاف السابق دراستها.

[950]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 116.

توفير الثقة في جدية الإقرار من عدمه، فمتى توفرت هذه الجدية بأن قام القاضي بالتحري عن قصد صاحب الإقرار غير القضائي فوجد عناصر العمل القانوني الصحيح متوافرة، اعتد بالإقرار وتساوى في حكمه مع الإقرار القضائي[951].

ثالثا ـ حجية الإقرار

يعد الإقرار سيد الأدلة والفيصل الحاسم في إنهاء النزاع، لأن المدعى عليه إما أن ينكر، فيتوجب على المدعي القيام بإحضار الدليل و تهيئة الحجج والبيانات لإثبات حقه، وإما أن يقر فيقطع النزاع ويعفي المدعي من عبئ الإثبات لعدم الحاجة إليها، ويصبح الحق المدعى به ظاهرا، لذلك أجازت الشريعة الإسلامية الإقرار، وجعلته وسيلة من وسائل الإثبات[952].

فالإقرار حجة مشروعة وقد ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

فمن الكتاب يدل على حجيته:

قوله تعالى: **"وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه"**[953]، فالله تعالى أمر من عليه الحق بالإملاء، والإملاء لا يتحقق إلا بالإقرار، فلو لم يكن الإقرار حجة على المملي ومؤاخذا به لما كانت له فائدة ولما أمر الله تعالى به، فأمره به ونهيه عن كتمانه دليل على حجيته[954].

قوله تعالى: "أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا"[955]، إن الله سبحانه وتعالى يسأل الأنبياء: هل أقررتم بذلك وقبلتم على ذلك عهدي؟ فيجيبون بأنهم أقروا واعترفوا به[956].

---

951 ـ سعيد كوكبي، م س، ص 18.
952 ـ محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 241.
953 ـ سورة البقرة، الآية 281.
954 ـ أحمد فراج حسين، م س، ص 279.
955 ـ سورة آل عمران، الآية 80.
956 ـ عكرمة سعيد صبري، م س، ص 397.

قوله تعالى: "وإذا أخذنا ميثاقهم لا تسفكون دماءكم ولا تخرجون أنفسكم من دياركم ثم أقررتم وأنتم تشهدون"[957]، إن الله تعالى أقام الحجة عليهم بإقرارهم بأخذ الميثاق، فالإقرار حجة في إثبات الحق، والتزام صاحبه به[958].

قوله تعالى: "كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم"[959]، الشهادة على النفس هنا تكون بالإقرار بما عليها من الحقوق، والإقرار كالشهادة في كونه موجبا إلزام الحق، وقمة العدل أن يشهد المسلم على نفسه بأن يقر ويعترف على نفسه[960].

ومن السنة النبوية:

ما رواه الصحابي أبو هريرة رضي الله عنه من أن ماعز بن مالك الأسلمي قد أقر بالزنا فأمر الرسول ﷺ برجمه لأنه محصن[961].

عن عمران بن حصين أن امرأة من جهينة أتت النبي ﷺ وهي حبلى من الزنى فقالت: يا رسول الله أصبت حدا فأقمه علي، فدعا نبي الله ﷺ وليها فقال أحسن إليها، فإذا وضعت فأتني بها، ففعل، فأمر بها رسول الله ﷺ فشدت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت[962].

فإذا كان الإقرار حجة ودليلا في الحدود التي تدرأ بالشبهات، فكونه وسيلة للإثبات في غيرها أولى[963].

---

957 - سورة البقرة، الآية 83.
958 - تفسير ابن كثير، ج 1، م س، ص 121.
959 - سورة النساء، الآية 134.
960 - عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمان بن معلا اللويحق، دار ابن حزم بيروت، ط الأولى 2003، ص 187.
961 - صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الحادي عشر – كتاب الحدود الباب الخامس، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1994، ص 282 الحديث رقم 1694.
962 - صحيح مسلم، كتاب الحدود، الباب الخامس، م س، ص 287 الحديث رقم 1695.
963 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 245.

أما الإجماع:

فإن الأمة الإسلامية قد أجمعت من عهد النبي ﷺ إلى يومنا هذا على اعتبار الإقرار حجة شرعية في حق المقر من غير نكير[964].

وأما المعقول:

فلأن العاقل لا يقر على نفسه كذبا بما فيه ضرر على نفسه أو ماله، ذلك أن النفس البشرية مجبولة على حب ذاتها، والعمل على جلب جميع المصالح لها، ودفع جميع ما يمسها، كما أن الذات البشرية مفطورة على جمع المال واقتنائه وهي دوافع خلقية وطبيعة، فإذا أقدم شخص على الاعتراف بحقوق الغير عليه مخالفا هواه ومقدما مصلحة الأخرين وحقوقهم، فإن العقل يرجح جانب الصدق حتى يكاد يقرب من اليقين ويبعد احتمال الكذب والتهمة والزور، لأن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضرها لذلك يكون إقراره دليلا وحجة للقضاء ووسيلة لإلزام المقر بمقتضى إقراره[965].

فمتى صدر الإقرار مستوفيا لشروطه الشرعية ترتب عليه إظهار الحق وإلزام المقر بما أقر به، وإلزام القاضي الحكم بموجبه، لأن الإقرار إذا صدر على لسان المقر فإنه يظهر الحق، ويبين أن هذا الحق كان ثابتا من قبل، وأن الواقعة المنشئة له قد وقعت من قبل وجاء الإقرار ليكشفها ويبين وقوعها، فيصبح الحق ثابتا لا يحتاج إلى دليل يؤيده ولا إلى حجة تثبته، وبذلك يقطع الإقرار النزاع وينهي الخلاف، ويجعل المدعى به غير منازع فيه، لهذا فقد اعتبر الفقهاء الإقرار وسيلة للإثبات مجازا وليس حقيقة، لأن البينات والحجج وضعت لإثبات الحق المتنازع فيه، وفي الإقرار أصبح الحق ثابتا بنفس الإقرار فارتفع مناط النزاع والخلاف فالإقرار حجة كاملة في الإثبات، ولكنه حجة قاصرة على صاحبه في نفس الوقت[966].

---

964 - الكبيسي، ج 2، م س، ص 328.
965 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 246.
966 - نفسه، م س، ص 254.

إن اعتبار الإقرار حجة كاملة يرجع إلى أن صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه [967]– كما سلف – كما أنه لا يحتاج إلى ما يؤيده ويدعمه في إظهار الحق لذلك أطلق عليه سيد الأدلة، لصدوره ممن له الولاية الكاملة على نفسه وماله دون أن يتوسط عامل ثان يمكن أن يتطرق إليه الاحتمال أو أن تحوم حوله التهمة والارتياب لعداوة أو بغض أو تحامل أو نسيان أو تزوير أو غيره، فالمقر يعترف وهو كامل العقل والإدراك ويلزم نفسه بنفسه[968].

لذلك جاء في التبصرة: "قال ابن رشد: حقيقة الإقرار الإخبار عن أمر يتعلق به حق للغير، وحكمه اللزوم، وهو أبلغ من الشهادة. قال أشهب[969]: قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره"[970].

أما اعتبار الإقرار حجة قاصرة، فذلك لأن المقر لا ولاية له على غيره، فيسري كلامه على نفسة دون غيره[971]، ولأن المقر يتمتع بالأهلية التامة كأنه شاهد على نفسه وكفى به شاهدا، وليس له ولاية على غيره فإذا أقر بحق لزمه ما أقر به، وإذا أقر على آخر فلا عبرة لإقراره ولا قيمة له في الإثبات والقضاء، كما أنه إذا أقر بحق عليه وعلى غيره صح ما أقر به على نفسه وبطل ما أقر به على غيره[972] ما لم يصدقه هذا الغير في إقراره.

لكل ما سبق يتبين أنه يمكن إثبات الأوقاف التي لا تتوفر على وثائق رسمية إما لقدم تاريخ التوقيف أو لعدم الالتجاء لتوثيق إنشاء الوقف، فيمكن الارتكان إلى الإقرار كوسيلة ناجعة لإثبات الأملاك الوقفية، وهو الأمر الذي تبنته محكمة النقض حيث جاء في قرار لها أنه: " لكن، ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها فإنه لا مجال لتمسك الطاعنة

---

967 - إدريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 167.
968 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 255.
969 - أشهب: هو أشهب بن عبد العزيز بن داود بن ابراهيم أبو عمر القيسي العامري الجعدي، من الطبقة الوسطى من أصحاب مالك، كان ففيها بارعا حتى قال الشافعي: " ما رأيت افقه من أشهب"، روى عن علماء أجلاء كمالك، ولد في وقبل 150 م، توفي 204 بمصر. انظر محمد مخلوف، م س، ص 59.
970 - برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم، م س، ص 56.
971 - أحمد فراج حسين، م س، ص 281.
972 - محمد مصطفى الزحيلي، م س، ص 256.

بمقتضيات الفصل 20 من المرسوم الملكي رقم 240-62-2 المتعلق بتطبيق الظهير الشريف بشأن ضم الأراضي الفلاحية لأن مقتضياته لا تحول دون إمكانية التعرض على مطلب التحفيظ، ولا تسقط الحقوق المتعلقة بعقار المطلب الثابتة للمطلوبة في النقض بإقرار الطاعنة في مطلبها بملكية الأحباس للقطعتين محل التعرض حسب ما هو ثابت من خلال ما هو مدون بالصفحة الثالثة من وثيقة المطلب التي تضمنت في خانة بيان الحقوق العينية والتحملات العقارية كون طالبة التحفيظ تعترف للمتعرضة بملكيتها لقطعتين أرضيتين توجدان داخل العقار المراد تحفيظه مساحته...، ولذلك فإن القرار حين علل: (أن المحكمة بعد استقرائها لوثائق الملف وخاصة مطلب التحفيظ بصفحته الثالثة والذي يتضمن أن القطعتين الأرضيتين واللتين توجدان داخل عقار المطلب جارية ملكيتها للأحباس بإقرار المستأنف عليها إقرارا صريحا وواضحا)، فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معللا وغير خارق للمقتضيات المحتج بها "[973].

نفس المقتضى أكدته محكمة النقض كذلك في قرار لها جاء فيه أنه: ".. في حين أنه طبقا لمقتضيات ظهير 12 ربيع الثاني 1336 هجرية، المستدل به من الطاعنة في مطلب التحفيظ أعلاه، وكذا الفصلين الأول والسادس من ظهير 1984/10/2 المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، فإن الزوايا تعتبر من الأوقاف العامة، وتدخل في زمرة المحلات المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي، وهذه لا تملك بالحيازة مهما طالت، وأنه يتجلى من وثائق الملف أن الطاعنة تمسكت بهذه المقتضيات القانونية، وبسطت في مقال استئنافها نص الفصلين... إلا أن القرار المطعون فيه لم يعمل بالمقتضيات القانونية المذكورة، والتي لا يكفي لاستبعاد أثرها ما علل به قضاءه أعلاه، لأن مجرد إقامة أبنية ومتاجر مكرية من المتعرضين لا ينزع عن الملك طابعه الحبسي (كزاوية)، وأن

[973] - قرار محكمة النقض عدد 5475 المؤرخ في 2011/12/13 ملف مدني عدد 2010/1/1/3044 (قرار غير منشور، أنظر الملحق رقم 9).

المطلوبين في النقض يقرون في ملكيتهم بأن موضوعه هو الزاوية... والقاعدة أن من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها، وأن المقر يلزم بإقراره...."[974].

وفي إطار القضاء المقارن نجد أن استئنافية المملكة العربية السعودية قررت أنه: "...طالما أن الكروكي أعد من قبل مكتب هندسي متخصص وقدم من قبل جهة حكومية فإنه يمكن الأخذ به دون الحاجة إلى تطبيقه ولعدم تجاوب المدعى عليه ومماطلته ولإلحاقه الضرر الظاهر بالمسجد ومنافعه مما أدى إلى تعطيل منافع المسجد وهجران المصلين له ولوقوفنا على المسجد ولحضور الواقف وإقراره بوقفيته للمسجد ولكل ما ذكر فلم يظهر لي سوى ما حكمت به سابقا من إثبات وقفية المسجد المذكور في الدعوى وإفراغ الجزء المقام عليه حال تصديق الحكم من الاستئناف وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه وسلم. حرر في 1433/10/9 (تمت المصادقة على الحكم والموافقة عليه من دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة الاستئناف)"[975].

يتبين من هذا القرار الذي عرض على القاضي الابتدائي واستأنف لدى نفس المحكمة وحكم نفس القاضي في المرحلة الاستئنافية بنفس الحكم لصالح الأوقاف واعتمد على إقرار الواقف بأنه وقف المسجد فوافقت محكمة الاستئناف بعد إحالة الملف عليها على الحكم الابتدائي بمرحلتين لتكون محكمة الاستئناف هي المرحلة الثالثة في التقاضي.

فإذا برزت الوسائل التي يثبت بها الوقف، تعين بحث إشكالية إدلاء الأطراف المتنازعة بحجج تدعم ادعاءاتهم، وهو ما سيتم التطرق إليه تاليا.****

[974] - قرار محكمة النقض عدد 90 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2015 في الملف المدني عدد 2014/8/1/4849 – منشور في نشرة قرارات محكمة النقض، العدد 21 سنة 2015.

[975] - قرار دائرة الأحوال الشخصية بمحكمة الاستئناف بمنطقة عسير، المملكة العربية السعودية، رقم 348689 المؤرخ في 1434/1/11 هـ، منشور عند ناصر إبراهيم ناصر بن عنيق، "حماية الأوقاف في الفقه الإسلامي"، أطروحة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، منشورة من طرف دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى 2018، ص 619.

المبحث الثاني: الترجيح بين الحجج

نظرا لكون وسائل الإثبات في المادة الوقفية يطبعها التعدد والتنوع، فإن الدعوى الوقفية تعتبر مجالا واسعا لتعارض الحجج، حيث ان مدعي كون العقار وقفا أو ملكا خاصا، أو كون الوقف موقوف على جهة غير الجهة الموقوف عليها أثناء عرض النزاع أمام القضاء ملزم بالإدلاء بالحجج الدالة على صحة ادعائه، مما يجعل المدعى عليه سواء كان جهة عامة أو خاصة ملزم بتقديم حججه المدحضة لادعاء خصمه. الأمر الذي قد يجعل القاضي في بعض الحالات، أمام حجتين متقابلتين، مما يستوجب اللجوء إلى سلك سبل الترجيح للفض في النزاع المعروض، وذلك بعد استحالة الجمع بين هاتين البينتين، لذلك سيقع بحث خصوصية الترجيح بين الحجج المتعارضة لإثبات الوقف ، خاصة على مستوى قواعد الترجيح (المطلب الثاني)، لكن قبل ذلك لا بد من توضيح ماهية الترجيح (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأحكام العامة للترجيح بين الحجج

إن النزاع حول ثبوت أحقية الوقف بين خصمين، وإدلاء كل منهما بحججه التي تثبت ادعاءه، والتي تكون في بعض الحالات متقابلة بأن تشهد بينة أحدهما عكس ما تشهد به بينة الآخر، مما يجعل القاضي ملزم بالاحتكام إلى قواعد الترجيح حسب مفهومه (الفقرة الأولى) متى توفرت شروطه (الفقرة الثانية) للفصل في النزاع محل الدعوى.

الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح

لتوضيح معنى الترجيح لا بد من معرفة مدلوله في المعنى اللغوي (أولا)، وكذا المعنى الاصطلاحي (ثانيا).

أولا: الترجيح في اللغة

من رجح الميزان رجوحا ورجحانا ورجاحة، أي: ثقل ومال، وترجحت الأرجوحة بالغلام، أي: مالت، ورجح ويَرْجَحُ ويَرْجِحُ رُجوحاً ورَجَحاناً ورُجِحاناً بمعنى واحد[976].

وتأتي الرجاحة بمعنى الحِلْم، وهم بهذا يصفون الحِلْم بالثقل كما يصفون ضده بالخفة و العجل[977]. ومن هذا المعنى يقال للحليم: الثقيل، فيصفون الحلم به، كما يصفون ضده بالخفة، ومنه جاء قوله ﷺ لجويرية أم المؤمنين رضي الله عنها : " لقد قلت بعدي كلمات، لو وزن لرجحت بما قلت، سبحان الله رضا نفسه، سبحان الله زنة عرشه، سبحان الله مداد كلماته"[978].

ثانيا: الترجيح في الاصطلاح

اختلفت نظرة العلماء في تحديد مفهوم الترجيح، فالبعض نظر إلى وجود سمة في أحد الدليلين تظهره على معارضه، من ذلك ما جاء في البحر المحيط:" بيان اختصاص الدليل بمزيد قوة عن مقابلة"[979].

وهذا التعريف يعتمد في غالبيته على وجود قوة في أحد الإمارتين ترجحها على الأخرى، ولكن ثمة تعارض بين الأمارات يمكن إبعاده بما هو خارج كلا الإمارتين، كما هو الحال في النسخ حالة تعارض أدلة الشرع، وكما هو الحال في جميع المرجحات الخارجية بالنسبة لطرق الإثبات[980].

وقد عرفه الآمدي[981]: " اقتران أحد الدليلين على المطلوب مع تعارضهما بما يوجب العمل به وإهمال الاخر"[982].

976- ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثاني، م س، ص 444 وما بعدها.
977- اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تحقيق أحمد عطار، الجزء الأول، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ص 364
978- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار الفكر ، دمشق، سوريا الطبعة الأولى 2009، ص 318.
979- محمد بن بهادرالزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج8، دار الكتيبي، عمان، الطبعة الأولى 1994، ص 145.
980 - سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 63.
981 - الآمدي: هو أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي، سيف الدين الآمدي، فقيه أصولي، توفي سنة 631 هـ، من مؤلفاته: الأحكام في أصول الأحكام، منتهى السول في الأصول. انظر أبي عبد الله الذهبي، م س، ج 1، ص 639.

من خلال هذين التعريفين يمكن القول بأن الترجيح لا يكون إلا في حالة التعارض بين الأدلة فالدليل الراجح هو دليل متعارض قبل الترجيح.

الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين الأدلة

قبل الحديث عن شروط الترجيح فإن القاضي ملزم أولا بالجمع بين الأدلة المتعارضة حيث إن المذهب المالكي قدم الجمع على الترجيح بين الأدلة في حال تعارضها، فلا يلجأ إلى بحث شروط الترجيح إلا إذا استحال الجمع بين البينات والجمع هنا هو التوفيق بينها، فإن تعذر العمل بها من كل وجه، أو أمكن العمل بها من وجه واحد وجب العمل بها، لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان[983]، فقد جاء عند الشيخ خليل:" **وإن أمكن الجمع بين البينتين جمع"**[984]، فالجمع بين الأدلة يقصد به العمل بهما معا وكأن لا تعارض بينهما فيحكم بما شهده به كل منهما دون تصرف فيهما أو في واحد منهما، لا بترجيح ولا بإسقاط، كما جاء في لامية الزقاق:

بأسباب الملك رجحن إن تعـارض بدا من شهود وانتفى الجمع أولا[985].

---

[982]- علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 2003، ص 216

[983]- جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 3065، الصادر بتاريخ 2006/10/11: " ... لكن ردا على الأسباب مجتمعة لتداخلها، فإن إجراء بحث إنما هو إمكانية مخولة للمحكمة لا تلجأ إليه إلا عندما يكون ضروريا وأن البت في النسب يستلزم قيام دعوى بنفيه ولا يتأتى من مجرد الدفع به وأن المحكمة غير ملزمة بتتبع الخصوم في جميع مناحي أقوالهم التي لا تأثير لها على قضائها وأن ما اعتمده القرار من قواعد فقهية هو الواجب التطبيق في النازلة. و ذلك لما للمحكمة من سلطة في تقييم الأدلة واستخلاص قضائها منها فإنها حين عللت قرارها بأن الإراثة المتمسك بها من طرف المستأنفين وتلك المتمسك بها من طرف المستأنف عليهما غير متعارضتين فالأولى شهدت بأن المستأنفين شقيقات و أبناء شقيق الهالكة بينما الأخرى شهدت بأن المستأنف عليهما هما ابنان للهالكة والموصى له حفيدها وأن إشارتها إلى طفل بالحفيد يقتضي مبدئيا أن والده هو المدعي بذلك. وأنه أمام تعارض الإرثتين فإن الجمع بينهما واجب بقول خليل(وإن أمكن الجمع بينهما جمع) وأن الإبن يحجب الإخوة والأخوات عن الإرث وأن الإراثة المستدل بها من طرف المستأنف عليهم صدرت عن شهود في موطن سكنى الهالكة خلاف المتعلق بالمستأنفين وأن المستأنف عليهما دعما دعواهما علاوة على ذلك برسوم الولادة و أن الترجيح بالإثبات على النفي لا يعمل به إلا عند تعارض البينات والأمر خلاف ذلك في النازلة فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار معللا بما فيه الكفاية وغير خارق بقاعدة مسطرية والدفع المستدل بهما والأسباب معها غير جدير بالاعتبار" . انظر قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، منشورات دار القضاء بالمغرب، الطبعة الأولى 2014، ص 37.

[984]- خليل بن إسحاق المالكي، مختصر العلامة خليل، مؤسسة الكتب الثقافية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 2008، ص 270.

[985]- أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، م س، ص 303.

ففي حالة إمكانية الجمع بين طرق الإثبات المتعارضة يتم الحكم بكل الحجج دون إسقاط أحدهما وفي حالة استحالة الجمع بين الحجج يتم اللجوء إلى الترجيح إذا توفرت الشروط الآتية:

أولا: صحة الدليل موضوع الترجيح

إن اللجوء إلى مسطرة الترجيح بين الحجج يتطلب أن تكون الأدلة المدلى بها من قبل المتخاصمين في دعوى الاستحقاق، تتوفر على كافة الشروط الشكلية التي تقتضيها قواعد التوثيق، وإلا اعتبرت باطلة.

ففي حالة كون أحد الدليلين المقدمين من أجل استحقاق عقار غير مستوف للشروط القانونية والشكلية[986]، مثل تقديم دليل الحيازة غير مستوفية لمدتها المنصوص عليها قانونا، فهنا لامجال لإعمال الترجيح حيث يتم استبعاد الدليل ناقص الحجية من دائرة الدعوى.

كما أن الدليل المقدم يجب ألا يكون قد سبق تقديمه في دعوى تم الفصل فيها وإلا اعتبر خرقا لقاعدة حجية الأمر المقضي به، وهنا جاء في قرار صادر لمحكمة الاستئناف بمراكش رقم 4727 بتاريخ 15 دجنبر 2016 : "وحيث إنه بقراءة موضوع الدعوى فإن يدعون كون المحافظ العقاري قد أنشأ صكا عقاريا لما يدعون تملكه وذلك قبل انتهاء المساطر القضائية بينهم وبين طالبي التحفيظ لكن هذا الأمر أن يكون مثار طلب تعويض ضد المحافظ والذي يحتم أن يكون خلال السنة من إنشاء الصك وقبل انتهائها أما والحالة أن المدعى فيه كان موضوع تعرض وأحيل من المحكمة على المحافظ وأنشأ له صك فإن المطبق في نازلة الحال هو مقتضيات الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري والذي يقرر تطهير كل عقار من أي حق لم يسجل فيه وبالتالي فإن العقار المدعى فيه أصبح مطهرا كما أن المستأنفين صرحوا في مقالاتهم أنهم دعاويهم وتعرضهم انتهت بعدم القبول و أصبحت مبرر من طرف محكمة النقض وإنما علقوا ما لهم فقط على إجراءات صديقهم في النزاع وصديقهم هذا هو من كان عليه أن يعرب عن رأيه ومتطلباته وأن لا يمكن الاحتجاج

7-"...أهم طرق الإثبات الشرعية هي الإقرار والشهادة واليمين والكتابة والقرائن والخبرة." لمزيد من التوسع، انظر محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، الجزء الأول، م س ص 59 .

بحقوق الغير للوصول إلى حق مزعوم تبين أن القضاء فصل فيه من قبل بأحكام باتة ونهائية"[987]. فحسب مقتضى هذا القرار فإن المحكمة اعتبرت صدور حكم بات ونهائي في الدعوى موضوع النزاع مانعا من سماع الدعوى تطبيقا للقاعدة القانونية التي تقضي بكون الحكم القضائي بعد اكتسابه لقوة الشيء المقضي به لا يمكن إعادة إثارته من جديد أمام المحكمة.

فالدليل المكتسب قوة الأمر المقضي به لا يمكن النظر فيه من جديد و ترجيحه، إلا إذا كان الدليل المقدم يتضمن إثبات عدة عقارات متفرقة وكان الدليل من أجل إثبات استحقاق عقار معين لم يتم فصل النزاع حوله، أو كان من أجل إثبات استحقاق عقار في مواجهة خصم جديد حيث يرجح الدليل المتضمن لقوة الأمر المقضي به[988].

ثانيا: تعارض الأدلة

التعارض لغة: من عرض يعرض عرضا إذا ظهر وبرز، والتعارض بمعنى التقابل، تقول: عارض الشيء بالشيء معارضة، أي قابله، وفلان يعارضني أي: يباريني وفي الحديث: أن جبريل يعارضني بالقرآن كل سنة وأنه عارضني العام مرتين ولا أراه إلا حضر أجلي"[989]، والمعارضة هنا بمعنى المقابلة[990].

ويقصد **بالتعارض اصطلاحا**:"... تعارض الدليلين كونهما بحيث يقتضي أحدهما ثبوت أمر والاخر انتفاءه في محل واحد في زمان واحد بشرط تساويهما في القوة، أو زيادة أحدهما بوصف هو تابع"[991].

---

[987]- قرار رقم 4727، ملف عقاري رقم 2014/1401/359، مؤرخ في 15 دجنبر 2016، قرار غير منشور انظر الملحق رقم 1.

[988]- لمزيد من التوسع انظر حسن بن أحمد الحمادي، تعارض الأدلة القضائية في الفقه الإجرائي الإسلامي، منشورات معهد التدريب والدراسات القضائية عجمان، الطبعة الأولى 2014، ص 289 وما بعدها.

[989]- الحديث رقم 4811، باب كان جبريل يعرض القران على النبي ﷺ، محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، مطابع دار الشعب ، القاهرة، ج 4 ص 1911.

[990]- ابن منظور، لسان العرب، باب الضاد، فصل العين، الجزء 7، ص 167 الجوهري، واسماعيل بن حماد، الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار بيروت، دار العلم للملايين، الجزء 3، ص 1082، وابراهيم أنيس واخرون الوسيط، مجمع اللغة العربية، القاهرة مصر، الطبعة الثانية، 1972 ص 592.

[991]- سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 56

من خلال هذا التعريف يتبين أنه لقيام التعارض لابد أن يدل كل من الدليلين على ما ينافي ما يدل عليه الدليل الاخر، كأن يدل أحدهما على النفي بينما يدل الاخر على الإثبات، وقد أجمل الفقهاء شروط التعارض في ما يلي:

- أن يكون كلا الدليلين المتعارضين بينة كاملة لو انفردت وجب الحكم بها، فلا تعارض بين بينتين ناقصيتين، لا توجب كل واحدة منها الحكم بمفردها لو سلمت من المعارض.

- أن تكون البينتان المتعارضتان متحدتي المحل[992]، والوقت[993] ، والقوة[994]، الأمر الذي نقضته محكمة النقض في قرارها عدد 3797 بتاريخ 2004/01/13:

" ... لكن حيث إن اعتماد قواعد الترجيح بين الحجج لا يعمل به إلا إذا تعلقت بموضوع نزاع واحد، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما وقفت على عين المكان استمعت فيه إلى الشهود، فثبت لها أن رسم ملكية مسجد مولاي مستعين هو الذي ينطبق عليه اسما و حدودا وأن رسم ملكية الطاعن لا ينطبق عليه إلا في الاسم فحسب، وهو ما أكده الشهود المستمع إليهم أثناء المعاينة المذكورة تكون ركزت قضاءها على أساس، ولم تكن في حاجة إلى الأخذ بقاعدة الترجيح بين الحجتين مادام مكان انطباقهما مختلف وما بالوسيلة على غير أساس"[995].

فمن خلال هذا القرار يتضح أن اشتمال الدليل في هذه النازلة على رسم ملكية لا ينطبق على موضوع الطعن، لا مجال معه لإعمال قواعد الترجيح لكون الدليلين المتعارضين متعلقين بموضوعين مختلفين.

---

[992]- اتحاد المحل: أي أن يكون موضوع البينتين واحدا كأن تقوم بينة على أن العين ملك زيد، وتقوم بينة أخرى على أن نفس العين ملك لعمرو. لمزيد من التوسع انظر سليم الرجوب، م س، ص 60.

[993]- اتحاد الوقت: هو شرط عند من يرى أن التعارض هو التقابل من كل وجه، وقد جاء في كتاب الأصول للسرسخي: " وأما الشرط: فهو أن يكون تقابل الدليلين في وقت واحد، وفي محل واحد، لأن المضادة والتنافي لا يتحقق بين الشيئين في وقتين ولا في محلين حسا، وحكما..." لمزيد من التوسع انظر محمد بن أبي السهل السرسخي، أصول السرسخي، الجزء الثاني، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، دار الكتب العلمية، بدون طبعة، بدون سنة النشر، ص 12 وما يليها.

[994]- اتحاد القوة: يقصد به كون البينتين لهما نفس القوة الثبوتية، فالبينة القوية لا تعارضها بينة ضعيفة. لمزيد من التوسع انظر سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 61.

[995]- قرار عدد 3797، ملف مدني عدد 2004/3/1/3014، بتاريخ 2006/12/13، منشور بقضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، م س، ص 108.

ففي حالة التعارض يتم الجمع بين البينات إن أمكن، لكي لا يتم الإضرار بأي طرف من الأطراف، وإلا اعتماد الترجيح طبقا لقواعد الترجيح. أما في وضعية البينات المتعارضة التي تساوت قيمتها الثبوتية وانعدم أي مرجح بينها، فهنا يتم تطبيق قاعدة تهاتر الحجج[996]، وقد ميز الفقهاء في هذه الحالة الأخيرة بين أربع فرضيات تتعلق الأولى بسقوط البينتين والملك بيد أحدهما، والثانية تتعلق بسقوط البينتين والملك بأيدي الطرفين معا ، أما الحالة الثالثة فتتعلق بسقوط البينتين والملك بيد الغير، والرابعة مرتبطة بسقوط البينتين الملك لا يد عليه، ولكل فرضية من هذه الفرضيات أحكام خاصة[997].

المطلب الثاني: قواعد الترجيح بين الحجج

بالرجوع إلى مدونة الأوقاف باعتبارها الإطار المنظم للوقف بالمغرب نجدها أغفلت الحديث عن سبل الترجيح بين الحجج المتعارضة، مما يستوجب الرجوع إلى استقصاء وسائل الترجيح في الفقه المالكي استنادا للمادة 169 من مدونة الأوقاف التي تنص على أن: **"كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف"**.

وقد بحث الفقهاء سبل الترجيح التي على القاضي استقصاءها في حالة استعصاء الجمع بين أدلة الخصوم المتنازعة وسطروا قواعد تعتبر بمثابة معايير ومقاييس تزن أدلة الخصوم حتى إذا ما ثقلت إحداهما على الأخرى رجحت عليها، وقد حددها الزقاق في لاميته من خلال الأبيات التالية:

"بأسباب ملك رجحن إن تعارض بدا من شهود وانتفى الجمع أولا

كنسج لنفس أو نتاج ورجحن على الملك إلا من مقاسم فأقبلا

وملك على حوز وزيد عدالة وبالنقل والإثبات أو ما قد أصلا

---

[996] - محمد الربيعي، تعارض البينات اللفيفية و قواعد الترجيح بينها في مجال العقار غير المحفظ، مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد 37-38، 2010، ص 32.

[997]- لمزيد من التوسع انظر سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 289 وما بعدها.

وباثنين والتاريـخ أو سبقـه ومن يفصل فمختار على ما قد أجملا"[998].

كما حصرها الشيخ خليل في ثمان مرجحات من خلال قوله: **"وإلا رجح بسبب ملك (كنسج ونتاج) إلا بملك من المقاسم أو تاريخ، أو تقدمه وبمزيد عدالة، لا عدد، وبشاهدين على شاهد: ويمين، أو امرأتين وبيد إن لم ترجح بينة مقابله فيحلف وبالملك على الحوز وبنقل على بينة مستصحبة"**[999].

بالاعتماد على هذين النصين يتضح أن قواعد الترجيح بين وسائل الإثبات المتعارضة متعددة ومتنوعة، وقد حاول البحث تصنيفها إلى المرجحات المرتبطة بالبينة (الفقرة الأولى)، والمرجحات المرتبطة بشهادة الشهود (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرجحات المرتبطة بالبينة

إذا قدم الخصوم المتنازعون حول موضوع الدعوى بينتين متقابلتين لا يمكن جمعهما فإن القاضي ملزم بتقصي أسباب الترجيح بين هاتين البينتين بالاعتماد على المرجحات المرتبطة بموضوعيهما (أولا)، وكذا من خلال المرجحات المتعلقة بشكلياتهما (ثانيا).

أولا: المرجحات المتعلقة بموضوع البينة

تتجلى المرجحات المرتبطة بموضوع البينة فيما يلي:

1- الترجيح بقوة الدليل

يعتبر قوة الدليل وسيلة للترجيح بين وسائل الإثبات، فالشهادة أقوى في الإثبات من اليمين، والكتابة أقوى من الشهادة ، والإقرار أقوى من الشهادة، والشهادة أقوى من القرائن وهو ما يصطلح عليه بترجيح الدليل الكامل على الدليل الناقص، أي أن تكون مرتبة دليل أعلى من مرتبة بينة أخرى في قوتها الثبوتية في محل القضية[1000].

---

[998]- محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، تحقيق رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى 2008، ص 303، 304

[999]- خليل ابن اسحاق، م س، ص 270.

[1000]- محمد مصطفى الزحيلي، الجزء الأول، م س، ص 59.

2- الترجيح بسبب الملك

يقصد بسبب الملك هو بيان وجه المدخل للملك ويكون إما بالشراء أو الهبة أو بالإرث، فإذا تساوت حجج الطرفين من حيث القوة الثبوتية وعدم إمكانية الجمع بينهما، وذكرت إحداهما سبب الملك، في حين أن البينة الأخرى أتت مطلقة ولم تبين سبب التملك، في هذه الحالة فالقاضي ملزم بترجيح الحجة التي بينت سبب الملك على تلك الخالية منه والتي أتت مطلقة فقد اعتبر فقهاء المذهب المالكي البينة المسببة أرجح من البينة المطلقة، حيث يقول ابن فرحون: "وأما سبب الملك فمثل أن تذكر إحدى البينتين سبب الملك من نتاج أو زراعة، وتكون هذة البينة الأخرى مطلقة لا تذكر سوى مجرد الملك، فإنه يرجح من ذكر السبب"[1001].

كما ورد في لامية الزقاق:

وبأسبـــاب الملــك إن تعــارض بدا من شهود وانتفى الجمع أولا[1002] .

وهو نفس ما أكده الشيخ خليل بقوله: **"وإن أمكن الجمع بين البينتين جمع، وإلا رجحن بسبب ملك"**[1003].

ويأتي في المرتبة الثانية مذهب الشافعية في الاعتداد بالبينة المسببة، ونفس الأمر عند الحنفية حيث يعطون البينة ذاكرة السبب الأولوية في الترجيح على باقي وسائل الترجيح بين البينات المتعارضة[1004].

أما الحنابلة فلا يعتدون بسبب الملك، سواء كان المدعى بيدهما، أو بيد أحدهما، أو بيد غيرهما، أو بغير أحد، فلو شهدت بينة بالملك وسببه كنتاج، بأن شهدت أنها نتجت في ملكه، أو شهدت بينة أحدهما بالملك له منذ غيره كشراء أو هبة وشهدت بينة بالملك وحده،

[1001]- شمس الدين محمد بن فرحون، م س، الجزء الأول، ص 265.
[1002]- محمد بن أحمد ميارة الفاسي، م س ، ص 303.
[1003]- خليل ابن اسحاق، م س، ص 270.
[1004]- سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 267.

أو شهدت بينة أحدهما بالملك له منذ سنة وشهدت بينة الآخر بالملك منذ شهر ولم تقل اشتراه منه فهما سواء، لأن البينتين تساوتا فيما يرجع إلى المختلف فيه وهو ملك العين الان فوجب تساويهما في الحكم"[1005].

وبالرجوع إلى القانون المغربي نجد أن مدونة الحقوق العينية خاصة الفقرة الثالثة من المادة الثالثة منها تنص على ما يلي: "... - ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه"[1006]، وهي بذلك تكون قد ذهبت مذهب الفقه المالكي حيث رجحت البينة التي تذكر سبب الملك على تلك التي لم تبين مدخل الملك.

3- الترجيح بالملك على الحوز

تعتبر الحيازة المستوفية لشروطها قرينة على الملكية، فإذا تخاصم المدعيان على ملكية عقار فإن القول قول واضع اليد والبينة تكون على الخارج، فلو أثبت هذا الخارج ملكية العقار في حين لم يكن للداخل سوى وضع اليد، فإن بينة الخارج ترجح على بينة الداخل حيث جاء عند ابن فرحون: " لو شهدت إحداهما بالملك والأخرى بالحوز قدمت بينة الملك لأن الملك أقوى والحوز قد يكون لغير ملك، فيقضى ببينة الملك وإن كان تاريخ الحوز متقدما"[1007].

[1005]- منصور بن يونس البهوتي، م س، ص 498.
البهوتي: هو منصور بن يونس صلاح الدين البهوتي شيخ الحنابلة بمصر، وخاتمة علمائهم بها، ولد سنة 1000 هـ، كان عالما متبحرا محررا للفروع الفقهية، توفي رحمه الله سنة 1051 هـ له تأليف منها: شرح الاقناع المسمى بكشف القناع، شرح على منتهى الإرادات، شرح زاد المستقنع ، انظر عمر رضا كحالة، م س ، ج 3، ص 920.

[1006]- جاء في الفقرة من المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية رقم 39.08 ما يلي:" إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها : ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه؛ تقديم بينة الملك على بينة الحوز؛ زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد؛ تقديم بينة النقل على بينة الاستصحاب؛ تقديم بينة الإثبات على بينة النفي؛ -تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها؛ تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد؛ تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة؛ تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا؛ تقديم بينة التفصيل على بينة الإجمال".

[1007]- محمد بن أحمد ميارة الفاسي، م س ، ص 303

وقد قال خليل:" وبالملك على الحوز"[1008]. كما ذكر القرافي أن ثمة أوجه ثمانية يقع بها الترجيح بين البينات المتعارضة، وأن الخلاف حاصل في الترجيح بها تقديما وتأخيرا، يقول: " فعندنا يقدم صاحب اليد عند التساوي، أو هو مع البينة الأعدل..."[1009]

فإذا لم يدفع المدعى عليه سوى ببينة اليد مقابل دليل الملكية الصحيحة للمدعي، فإن بينة الملك تقدم على بينة الحوز[1010]، وهو ما سار عليه القضاء المغربي من خلال القرار عدد 2153 المؤرخ في 2006/06/20 والذي جاء فيه: "حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أن كل حكم يجب أن يكون معللا تعليلا صحيحا و إلا كان باطلا، وأن نقصان التعليل يوازي انعدامه، وأن دعوى نازلة الحال تهدف إلى الاستحقاق التي تعني دفع ملك شيء بثبوت ملك قبله، وأن الملك لمن أقام عليه البينة، وأن بينة ثبوت الملك مقدمة على بينة ثبوت الحوز إن تعارضتا لقول خليل:" وبالملك على الحوز"، و لما كان الثابت من مستندات الدعوى أن الطالبين أدلوا برسم شراء موروثهم.... كما عززوا ادعاءهم بملكية مستفسرة... تضمنت ملكية موروثهم ... مستوفية للشروط الشرعية من يد وحوز وملك وتصرف دون منازع مدة تزيد على 10 أعوام و لا يعلمون أنه أحدث فيه فوتا ولا تفويت إلى أن توفى مدة 12 سنة وتركه لورثته يتصرفون فيه إلى تاريخ إنشاء الشهادة، وأن المطلوبين في أجوبتهم لم يدعوا الحوز والملك وإنما يتمسكون بأن ما يحوزونه يختلف اسما وحدودا عن ما جاء في المقال ... وأن المعاينة التي قامت بها المحكمة أثبتت أن ما يحوزه المطلوبان يتطابق مع ما جاء في مقال الادعاء ورسم شراء الطالبين، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما عللت قرارها بأن المطلوبين يتصرفون في المدعى فيه والطالبين حاضرين ساكتين مدة الحيازة الطويلة ولم توازن بين حجج الطرفين وتقارن بين الحجة التي تشهد بالملك والحوز وبين التي تشهد بالحوز والتصرف فحسب مدة الحيازة في كل منهما وما أسفرت عنه المعاينة وما تمسك به المطلوبان من كون المدعى فيه لا يوجد تحت

[1008]- خليل ابن اسحاق، م س، ص 270.
[1009]- شهاب الدين أبو العباس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الرابع، م س، ص 138.
[1010] - محمد بن الطالب، م س، ص 326.

حوزهما، فإنها لم تركز قضاءها على أساس وعللت قرارها تعليلا ناقصا ينزل منزلة انعدامه وعرضته للنقض"[1011].

من خلال هذا القرار فإن الطاعنين قدموا بينة الملكية للمتنازع حوله والتي حسب النازلة هي رسم شراء تقدم به الطاعنين لموروثهم، مقابل عدم إدلاء المطلوبين للنقض بأي حجة لإثبات ملكيتهم أو حيازتهم مما يكون معه دليل الملكية هو الراجح.

ودعوى الوقف تعتبر كدعوى الملك المطلق على الراجح فتقدم فيها بينة الخارج على بينة ذي اليد سواء كان الخارج هو مدعي الوقف أو الملك فلو ادعى شخص على ناظر وقف أن العين التي في يده ملك له وأقام البينة على ذلك قبلت بينته وثبتت كونها ملكا له تقدم على بينة الناظر إنها وقف لأنها أثبتت خلاف الظاهر وقد شرعت البينات لإثبات ذلك، ولو كان الخارج هو الذي يدعي الوقف قدمت بينته على بينة ذي اليد أنه مالك لها[1012].

4- الترجيح ببينة الإثبات على النفي

إذا أدلى أحد الخصوم بحجة تثبت واقعة معينة وأدلى الخصم الاخر بحجة تنفي ما أثبته الخصم الأول، فإنه طبقا لقواعد الترجيح تسبق الحجة المثبتة للواقعة على تلك النافية لها كما لو أثبتت إحدى البينتين أن الدار موضوع النزاع قد بيعت، في حين نفت البينة الثانية أن تكون الدار قد بيعت ففي هذه الحالة يتم ترجيح بينت البيع، لقول الزقاق: " ومثبت أولى من الذي نفى"[1013].

وهو ما أشار له صاحب التحفة بقوله:

وقـول من يثبتـــه مقـــدم على مقال مـن بنفي يحكـم[1014]

[1011]- قرار عدد 2153، ملف مدني عدد 2006/3/1/1594، بتاريخ 2007/06/20، قرار منشور بمنشورات قضاء محكمة النقض، م س، ص 40.

[1012]- عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س، ص 156.

[1013]- شمس الدين محمد ابن فرحون، م س، ص 561.

[1014]- علي بن عبد السلام التسولي، ج 2،م س، ص 561.

وقد جاء في شرح التسولي أن البينة: " المثبتة للحكم كشهادة إحداهما بأنه خطه... وشهدت الأخرى أنه غير خطه... فإن المثبتة للخط والكفاءة وغيرهما أولى لأنها أثبتت حكما و أوجبته أي أوجبت حقا لم يكن وأثبتته"[1015].

والسبب أن الشهادة لإثبات خلاف الظاهر، ولهذا تقدم إحدى البينتين على الأخرى إذا كانت أكثر إثباتا[1016].

كما أورد المعيار في إحدى الفتاوي: " من أثبت شيئا أولى ممن نفاه، هذا الذي تقرر عليه مذهب الإمام مالك وأصحابه وقال به حذاقهم وبه العمل"[1017].

وقد صدر عن محكمة النقض في قرارها عدد 1575 المؤرخ في 2008/04/23 ما يلي: " حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه علل قضاءه بأن رسم الصدقة المعتمد في مطلب التحفيظ المضمن بعدد... يعتبر غير كاف لكون الأمر يتعلق بمحل يتضمن دار سكنى المتصدق فلا بد ليصبح الحوز من معاينة العدلين إخلاء المتصدق لموضوع الصدقة من جميع شواغله، وأن اللفيف المدلى به من طرف الطاعنة عدد... يثبت بقاء المتصدق في المدعى فيه إلى أن توفي وأن تصرف المتصدق في المدعى فيه ثابت كذلك بمقتضى الحكم المدني عدد... ، وأن ما أدلت به الطاعنة يثبت بشكل لا لبس فيه كون موروث الطرفين ظل ماسكا يده على المدعى فيه وأن المستأنف عليها لم تطعن في الحكم المذكور رغم ما تضمنه من وثائق عقده الاشتراك مع المكتب الوطني للماء والكهرباء ولم تدل بأية حجة تثبت حيازتها الفعلية، في حين فإن رسم الصدقة الذي يشهد به العدلان بحيازة المتصدق عليه للمتصدق به وأن معاينة وتطوافا لا يمكن أن يناهض باللفيف لنفي هذه الحيازة لعدم تكافئهما ولكون المثبت مقدم على النافي لأنه علم ما لم يعلمه الآخر سيما وأن الدار ما هي إلا جزء المتصدق به المقصود بالمعاينة هو حوز المتصدق عليه للمتصدق

[1015]- علي بن عبد السلام التسولي، الجزء الأول، م س، ص 233.
[1016]- سليم علي مسلم، م س، ص 271.
[1017]- أبو الشتاء الغازي الصنهاجي، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، الجزء الثاني، م س، ص 606.

به وأن العدلان شهدا بالحوز. الأمر الذي يكون معه القرار خارقا للقواعد المستدل بها مما عرضه للنقض والإبطال."[1018]

5- الترجيح بالبينة المفصلة على المجملة

مفاد هذه القاعدة أن البينة التي فصلت موضوع الشهادة ترجح على البينة التي جاءت شهادتها مجملة، والإجمال عند الفقهاء هو احتمال اللفظ لمعنيين أو أكثر، وقيل بأنه الشهادة الخالية من التفصيل المشترط في صحة الشهادة الموصل إلى غالب الظن[1019].

ففي حالة تنازع شخصان حول ملكية عقار، وحددوا شهود الأول مدة الحوز بالتفصيل كأن يشهدوا بحوزه مدة عشرين سنة، في حين يشهد شهود الخصم الثاني على أنه حاز الملك المدة المعتبرة شرعا دون أن يحددوا عدد السنوات، فإن البينة الأولى تعتبر مفصلة في حين أن الثانية مجملة فتقدم التي فصلت على التي أجملت مضمون الشهادة[1020]

فقد ورد في اللامية:

"وباثنين والتاريخ أو سبقه ومن يفصل فمختار على من قد أجملا "[1021].

و جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 52 بتاريخ 2005/01/26:" لكن حيث تقدير الأدلة موكول لسلطة المحكمة إن هي أقامت قضاءها على أسباب سائغة وإذ ناقشت الموجب عدد... الذي استدلت به المطلوبة في النقض والذي أفاد شهوده بأن الواهب موروث الطرفين ظل يسكن بالطابق السفلي قبل ثلاث سنوات عن وفاته لمرضه وعجزه بعد أن وهب لابنته الطابق العلوي ورجحته على ما أدلى به الطالبون للبيان والتفصيل الذي ورد به تكون قد طبقت القاعدة الفقهية التي تقضي بأن البينة المفصلة مرجحة على البينة المجملة

[1018]- قرار عدد 1575، ملف مدني عدد 2006/1/1/3075، بتاريخ 2008/04/23، منشور بمنشورات قضاء محكمة النقض في قضايا التعارض والترجيح بين البينات والحجج، م س، ص 64.

[1019]- المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات و أسباب الترجيح بين الحجج، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002، ص 173.

[1020]- خالد مداوي، م س، ص 81.

[1021]- أحمد ميارة الفاسي، م س، ص 305.

وأجابت ضمنا عما أثير في هذا الشأن من دفوع وقدرت وثائق الملف تقديرا صحيحا مما يجعل الوسيلتين بدون أساس."[1022]

6-الترجيح بالبينة الناقلة على البينة المستصحبة

الاستصحاب[1023] عبارة عن إبقاء ما كان على ما كان عليه لانعدام المغير. وهو مرجح في الدفع وإبقاء الحال على ما كان عليه، ولا يصلح حجة للاستحقاق ولذلك فمن ثبت له حق في حالة فيحكم باستمرار هذه الحالة له بناء على ثبوتها في وقت سابق، لأن ما ثبت ولم يظهر زواله ظن بقاؤه، فهو حجة ظنية شأنه شأن باقي المرجحات التي تقوي جانب المدعى عليه، حتى يثبت عكس ذلك[1024].

فإذا أدلى المدعي ببينة تشهد أنه هو الذي بنى المدعى فيه، وأن الشهود يشهدون أنهم لا يعلمونها خرجت عن ملكه إلى الآن، ثم تقدم المدعى عليه بجواب مرفق ببينة تشهد أنه اشترى المدعى فيه من المدعي، فالبينة الأخيرة تعتبر ناقلة والأخرى مستصحبة، والناقلة ترجح على المستصحبة ولا تعارض بينهما[1025]، وهو ما ورد عند الشيخ خليل: **" وبنقل على مستصحبة"**[1026]، وجاء في لامية الزقاق:

وملك على حوز وزيد عدالــة وبالنقل والإثبات أو ما قد أصلا[1027]

[1022]- قرار عدد 52، ملف شرعي عدد 2004/1/2/228، المؤرخ في 2005/01/26، قرار منشور بمنشورات محكمة النقض في قضايا التعارض والترجيح بين البينات والحجج، م س، ص 86.

[1023]- الاستصحاب لغة: من صحب و الصاد والحاء والباء أصل واحد يدل على مقارنة شيء ومقاربته... وكل شيء لائم شيئا فقد استصحبه . أحمد بن فارس بن زكرياء، تحقيق عبد السلام هارون، معجم مقاييس اللغة، الجزء الثالث، دار الفكر،دمشق، سوريا، 1979، ص 335.

واصطلاحا: استصحاب الماضي إلى الحاضر، وأما استصحاب الحاضر إلى الماضي، فهو الاستصحاب المقلوب، وهو اعتقاد كون الشيء الماضي أو الحاضر يوجب ظن ثبوت وجوده قبل ذلك. وهذا الظن حجة عند الأكثرين منهم الإمام مالك وأحمد بن حنبل. انظرعبد القادرابن بدران، المدخل إلى مذهب أحمد بن حنبل، تحقيق عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، 1981، ص 133.

[1024]- مصطفى الزحيلي، م س، ص 662.

[1025]- 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 2000-2001، ص 263.

[1026]- خليل ابن إسحاق، م س، ص 270

[1027]- أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م س، ص 304.

وهو نفس ما جاء في تبصرة الحكام حيث ورد فيها: **" وتقدم البينة الناقلة على المستصحبة... فالناقلة علمت والمستصحبة لم تعلم، فلا تعارض بين الشهادتين"**[1028].

وقد أكدت محكمة الاستئناف بالحسيمة هذه القاعدة من خلال قرارها عدد 394، بتاريخ 2006/07/12 : "حيث إن المحكمة وبعد اطلاعها على أوراق الملف ابتدائيا واستئنافيا وبعد دراستها لها وللحكم المستأنف وعلله تبين لها أن ما أثاره المستأنفون ضده غير مؤسس ذلك أن ادعاء كون المستأنفين مالكين ويتصرفون في المدعى فيه استنادا للرسوم المدلى بها استئنافيا غير مؤثر في النازلة لكون الرسوم المدلى بها تهم أشخاص آخرين وليس فيها أية إشارة إلى اسم المستأنفين ولم يتم الإدلاء بحجة تفيد علاقة المشهود لهم بمقتضى تلك الرسوم بالمستأنفين، فضلا عن كون إقرار المدعى عليهما الرابع والخامس بشراء المستأنف عليه ... يتعارض مع ادعاء ملكية المدعى فيه برمته فضلا عن كون الحجة الناقلة للملك مرجحة على حجة استصحاب الحال وكون سند البيع يتوفر على شروط الملك وانطباقه على العقارات المضمنة به مرجح على حجج المستأنفين اللاحقة عن البيع بغض النظر عن اختلاف الحدود عما ضمن بالملكية حسب الخبرة لأن العبرة في العقارات غير المحفظة بالموقع لا بالمساحة والحدود، فضلا عن كون البراءة جنحيا من أجل الترامي تتماشى وكون المستأنفين مالكين لجزء من المدعى فيه سيما وأن البيع انصب على حظ البائعين المشاع في المدعى فيه لأجله يتعين رد الطعن"[1029].

7- الترجيح ببينة الأصالة على خلافها

إذا تعارضت بينتان إحداهما تشهد بالأصل والأخرى بالفرع، تقدم بينة الأصل على بينة الفرع ككون بينة شهدت بأن شخصا أوصى بعقار معين أو جزء منه وهو في صحته،

[1028]- برهان الدين محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، الجزء الأول، م س، ص 265.

[1029]- قرار رقم 394، ملف مدني عدد 05/579، المؤرخ في 2006/07/12، منشور بسلسلة المعارف القانونية والقضائية، قضايا المنازعات العقارية، دار نشر المعرفة الرباط، المغرب، الإصدار الثاني والعشرون 2014، ص 386.

وشهدت أخرى بأن ذات الشخص أوصى بنفس العقار أو جزء منه، وهو في حالة مرضه، فتقدم بينة الصحة على بينة المرض في الترجيح، حيث جاء في التحفة:

القول قـول مـدع للأصـل أو صحـة في كـل فعلٍ فعـلٌ[1030]

وهو ما أكده الزقاق في لاميته: "... أو ما قد أصلا"[1031].

فالأصل أن الصحة تثبت على المرض ويتم الترجيح بالأصل على الفرع فالمتعاقدان حسب ابن فرحون: **" محمولان على المعرفة حتى يثبت الجهل، وعلى جواز الأمر حتى يثبت السفه، وعلى الرضا حتى يثبت الإكراه، وعلى الصحة حتى يثبت السقم، وعلى الملاء حتى يثبت الفقر، وعلى الحرية حتى يثبت الرق، وعلى الإسلام حتى يثبت الكفر، وعلى العدالة حتى يثبت الجرح، والغائب محمول على الحياة حتى يثبت الموت"**[1032].

فبينة مدعي فساد الوقف أولى من بينة صحته إن كان الفساد لشرط مفسد وذلك لأن الأصل عدم الشرط المفسد فالقول لمن يدعي الصحة والبينة لمن يدعي الفساد. وإن كان الفساد لمعنى في الموقوف أو الواقف أو غيرهما فبينة الصحة مقدمة على بينة الفساد لأن الفساد في هذه الحالة معناه عدم تحقق الوقف وهو الأصل فلذلك قدمت بينة الصحة لأنها أثبتت وجود الوقف وهو خلاف الأصل.

وكذلك بينت مدعي أن الوقف في حال الصحة ترجح على بينة مدعي أنه في المرض لأن الأصل إضافة الحادث إلى أقرب الأوقات وأقرب الأوقات للموت هو المرض، والبينة شرعت لإثبات خلاف الأصل ولأن مدعي الوقف في الصحة يدعي نفاذ الوقف في الكل ومدعيه في المرض ينكر نفاذه فيما زاد عما يخرج الثلث والبينة على المدعي والقول للمنكر بيمينه[1033].

[1030]- علي عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، ص 149.
[1031]- أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، م س، ص 304.
[1032]- علي عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، م س، ص 10 .
[1033]- عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س، ص 157.

ثانيا: المرجحات المتعلقة بشكليات البينة

1- الترجيح بالتاريخ على الخالية منه

إذا كانت إحدى البينتين مطلقة والأخرى مؤرخة، بأن ذكرت إحدى البينات المتعارضة تاريخا في حين لم تذكر البينة الثانية أي تاريخ، فإن الأولى ترجح على الثانية[1034] حسب قواعد الترجيح وهو ما قال به المالكية[1035]، والشافعية[1036]، وقد استدل هؤلاء الفقهاء بأن البينة بالملك المؤقت أظهرت الملك في وقت لا تعارضها فيه بينة الملك المطلق بيقين، لأنها لم تتعرض للوقت، فيحتمل المعارضة وعدمه، ومع الاحتمال لا تثبت المعارضة، فالبينة المؤرخة ترجح على البينة المطلقة في الدعوى القضائية، لأن الدليل المؤرخ أفاد وقت دخول الحق في الملك بيقين دون الدليل العاري عن التاريخ، بشرط ألا يكون الحق المدعى به في يد أحدهما[1037].

2- الترجيح بالبينة الأقدم تاريخا

إذا تعارضت بينتان مؤرختان بأن كانت إحداهما سابقة، والأخرى لاحقة التاريخ ترجح البينة الأقدم تاريخا على البينة ذات التاريخ الحديث فقد ورد عند الشيخ خليل: " **... أو تقدمه** "[1038]، وهو جاء في التحفة، قال ابن عاصم:

"وقدم التاريخ ترجيح قبــل .....

بمعنى أن البينتين إذا أرختا، وكان تاريخ إحداهما أقدم رجحت بذلك القدم"[1039].

[1034]- عبد اللطيف الودناسي، م س، ص 264.

[1035]- لمزيد من التوسع انظر، محمد أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، بدون طبعة وبدون تاريخ النشر، ص 220.

[1036]- لمزيد من التوسع انظر شمس الدين محمد بن أحمد الشربيني، مغني المحتاج، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1994، ص 482.

[1037]- حسن ابن أحمد الحمادي، م س، ص 244.

[1038]- خليل ابن إسحاق المالكي، م س، ص 270.

[1039]- عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، م س، ص 233.

إلا أن الفقهاء[1040] لم يتركوا هذه القاعدة على إطلاقها، وإنما قيدوها ببعض الضوابط التي يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن تكون البينتان المتقدمة والمتأخرة تاريخا، شاهدتين بملك مطلق مستصحب إلى الحال، أو في حال شهدت إحداهما بسبب الملك و كانت الأخرى مطلقة، في هاتين الحالتين تسبق البينة الأقدم تاريخا، أما لو قيدت الأسبق تاريخا بسبب وأطلقت البينة المتقدمة فترجح البينة الأحدث تاريخا.

- ألا يكون المدعى فيه نتاجا، فإن كان كذلك ترجح بينة النتاج على سبق التاريخ[1041].

وقد اتفق الفقهاء على ترجيح البينة الأقدم تاريخا على البينة الأحدث متى توفر هذان الشرطان، إلا أنهم اختلفوا في حال تعارض البينتان المختلفة التاريخ وتضمن إحداهما مرجح آخر زيادة على التاريخ، حيث اعتبر المذهب الحنفي أن بينة الخارج سواء كانت متقدمة أو متأخرة ترجح على غيرها، واحتج بأنه لا تقبل بينة اليد على الوقت وغيره، وعليه لو كان المدعى في أيديهما فإن التاريخ يسقط و يجعل المدعى فيه بينهما[1042]، أما عند المالكية فقد ورد في التبصرة: **" والترجيح يحصل بوجوه... اشتمال إحدى البينتين على زيادة تأريخ متقدما وسبب ملك مرجح، مثل أن تشهد بينة أنه ملكه منذ سنة، وتشهد الأخرى للآخر أنها ملكه منذ سنتين فتقدم السابقة"**[1043]. و بالرغم من أن ابن فرحون وفقهاء المالكية في تصنيفهم للمرجحات، لم يعتمدوا على قوة المرجح وضعفه، وإنما صنفوها على سبيل التعداد حيث جاء في منح الجليل: **" أقضي ببينة أبعد التاريخ إن عدلت**

[1040]- الفقهاء الذين قالوا بترجيح البينة الأقدم تاريخا على اختلاف التاريخ في البينتين المتعارضتين هم: الحنفية، والمالكية، والشافعية في الصحيح، والحنابلة في الجملة، حيث حضي المرجح باتفاق أغلب الفقهاء، وإن لم يسلم من المعارض في الذين قالوا بالتسوية بين البينتين بالرغم من اختلاف تاريخيهما وهم الحنابلة في بعض الحالات والشافعية في قول مرجوح.
لمزيد من التوسع انظر أبو بكر بن مسعود الكاساني، الجزء السادس ، م س، ص 357. و شهاب الدين أبو عباس القرافي، أنوار البروق في أنواء الفروق، الجزء الرابع، م س، ص 137. ومنصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، الجزء 6، م س، ص 502.

[1041]- سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 243.

[1042]- نفسه، ص 244.

[1043]- شمس الدين محمد ابن فرحون اليعمري ، م س، الجزء الأول، ص264.

وإن كانت الأخرى أعدل"[1044] ، فإن البينة ذات السبب تقدم في جميع الأحوال على البينة الخالية منه ولو كانت ذات تاريخ متقدم[1045].

أما فقهاء المذهب الشافعي فقد اعتبروا أن بينة الداخل ترجح سواء كانت متقدمة أو متأخرة تاريخا، فإذا ادعى شخص عينا في يد آخر وأقام بينة مؤقتة، وأقام من العين بيده بينة مؤقتة بوقت سابق أو متأخر عن وقت الخارج، قدمت بينة الداخل مع يده، أما إذا كانت العين بيد من شهدت بينته بالملك المتقدم فإنها تقدم عندهم، لأن معه ترجيحين: اليد، والشهادة بتقادم الملك[1046].

في حين ذهب فقهاء المذهب الحنبلي إلى تقدم البينة الأسبق تاريخا حال كون المدعى بيد ثالث، أو بغير يد أحد، فلا يرجح بقدم التاريخ إذا كانت البينة مقترنة بوضع اليد[1047].

ففي حالة ادعاء أحد الناظرين على آخر أن ما في يده وقف لفلان على جهة كذا مع جواب المدعى عليه بأنه وقف لغيره على جهة أخرى فإن البينة بينة الخارج إذا لم يؤرخا أو أرخا تاريخا واحدا، فإن أرخا واختلف تاريخهما فالبينة لمن كان تاريخه أسبق ولو كان واضع اليد لأنها تضمنت دعوى الخارج[1048].

وهو ما ورد في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش رقم 4732 بتاريخ 15 دجنبر 2016: " حيث تبين للمحكمة بعد الاطلاع على التصميم الطبوغرافي المرفق بتقرير الخبرة والذي لا ينسب إلى تصريح الطرف وجود منطقة الرجوع على الجزء الأمامي للعقار موضوع مطلب التحفيظ أي الموالي لجهة اليمين و المحدود بالطريق، ولما

[1044]- محمد بن أحمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، الجزء الثامن، دار الفكر بيروت، بدون طبعة 1989، ص 536.

- الشيخ عليش: هو محمد بن أحمد بن محمد عليش أبو عبد الله، فقيه، من أعيان المالكية، مغربي الأصل، ولد بالقاهرة عام (1217 هـ 1802 / م) وتعلم في الأزهر، توفي سنة (1302 م – 1882 م) من مؤلفاته: فتح الجليل على مختصر خليل- فتح العلى المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك- هداية السالك - حاشية على الشرح الصغير للدردير. انظر محمد مخلوف، م س ،ج 1، ص 152.

[1045]- لمزيد من التوسع، أنظر: مراد دهام، "حماية الوقف العام في ضوء العمل القضائي المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط- السويسي، السنة الجامعية 2019/2018. ص 239.

[1046]- سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 246.

[1047]- يونس بن صلاح الدين البهوتي، كشف القناع، الجزء الثاني، م س، ص 498.

[1048]- عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، م س ص 165.

كان مطلب التحفيظ يضم البقعة موضوع التعرض حسب إفادة الخبير بعد تطبيقه لحجتي الطرفين على أرض الواقع، فالثابت من هذا حصول اقتطاع لمساحته منطقة الرجوع من عقار المتعرض وأصبح تبعا لذلك مطلب التحفيظ مستغرقا للعقار المذكور، وبالتالي لا يعمل بمبدأ ترجيح رسمي الشراء أي الأقدم تاريخا للعلة المذكورة مما يتعين معه تأييد الحكم المستأنف"[1049].

الفقرة الثانية: المرجحات المرتبطة بالشهود

أولا: الترجيح بزيادة العدالة على العدد

إذا تنازع خصمين حول المدعى فيه، وقدم كل منهما بينته التي تثبت صحة ما يدعيه وتعارضتا لكون أحد هذين البينتين تتوفر على شهادة أكثر من شاهد في حين كانت بينة الآخر تتضمن أقل عدد من الشهود إلا أن شهودها تتوفر فيهم صفة العدالة[1050] فكيف سيتم الترجيح بين هذه البينات؟

ذهب جمهور الفقهاء[1051] من غير المالكية إلى عدم الاعتداد بالترجيح بالعدالة، واستدلوا بذلك على أن الشهادة مقدرة بالشرع، فلا تختلف بالزيادة، كالدية لا تختلف بزيادة المأخوذ فيه، ثم إن المقصود أصل العدالة، فمتى تحققت وقعت بها الكفاية، ولا حد لأكثرها

[1049]- ،قرار رقم 4732 ، ملف قضايا العقار رقم 2015/1403/4086، قرارغير منشور، انظر الملحق رقم 4.

[1050]- العدالة لغة: الاستقامة، والعدل بفتح العين وسكون الدال، ما قام في النفس أنه مستقيم، كما يدل على الإنصاف زهو إعطاء المرء ما له وأخذ ما عليه، أنيس واخرون، الوسيط، ص 577، ابراهيم مصطفى واخرون، المعجم الوسيط ، الجزء الثاني، دار إحياء الثرات العربي، بيروت لبنان، بدون سنة النشر، ص 594.
واصطلاحا: اتفق المسلمون على اشتراط العدالة في الشهادة، واختلفوا فيما هي العدالة، فقال الجمهور هي: صفة زائدة على الإسلام ، وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته، مجتنبا للمحرمات والمكروهات، وقال أبو حنيفة : يكفي في العدالة ظاهر الإسلام، وألا تعلم منه جرحة, انظر ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت- لبنان، الطبعة السادسة 1982، ص 462.

[1051]- الحنفية، الشافعية، الحنابلة، الظاهرية انظر ابن عابدين، الحاشية، الجزء الخامس، ص 576. والشربيني، المغني المحتاج، م س ، الجزء الرابع، ص 482. و ابن قدامة، المغني، م س، الجزء 12، ص 188. و علي ابن أحمد ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، تحقيق عبد الغفار البنداري، الجزء 8، دار الكتب العلمية- بيروت، بدون طبعة، بدون سنة النشر، ص 539.

فلا ترجح بها، واعتبروا زيادة العدد أولى لأنها معتبرة شرعا، والعدالة صفة[1052]، وإذا لم يعتبر العدد فالصفة بعدم الاعتبار أولى[1053].

وقد استدل أصحاب هذا المذهب على:

- كون البينتان كاملتان، وهما متساويتان في إثبات الحق، وكل منهما علة فلا موجب لترجيح إحداهما على الأخرى.
- وأن العدالة ليست بذي حد، فلا يقع الترجيح بها.
- أن المطلوب شرعا هو عدالة الشهود مع النصاب، فإذا توفرت في كل منهما فلا فضل لأحدهما على الأخرى، كما يلزم من الترجيح بالعدالة قبول شهادة الشخص الواحد إذا كانت عدالته بقوة شخصين، وهذا لم يقبل به أحد، فلو شهد أفضل صحابي بطلاق مثلا فلا يقضى بذلك، ولو شهد به رجلان عدلان من عامة الناس قضى به.
- قياس الشهادة على الدية بجامع أن كلا منهما مقدر بالشرع، فكما أن الدية لا تختلف من شخص لآخر، ولو اختلف الأشخاص فضلا وعدالة، فكذلك الشهادة لا تختلف من عدل إلى آخر[1054].

وعلى خلاف ذلك فإن العدالة في المذهب المالكي (وكذا بعض الحنابلة، والشافعي[1055]) تحتل مكانا متقدما على سائر المرجحات، فقد منحت قوة مطلقة في الترجيح بين البينات المتعارضة عندهم، وقد جعل المالكية زيادة العدالة بشاهد واحد قدرا، لذا أوجبوا على المدعي اليمين، فإن زادت بينة أحدهما عدالة وجب عليه يمين، بناء على أن مزيد العدالة كشاهد واحد ولكن الترجيح بها مقصور على دعاوى المال وما يؤول إليه[1056]، و قد وضعوا للترجيح بزيادة العدالة في الشهود شروط وهي:

[1052]- العدالة والعدل صفة في الشاهد حيث جاء عند الشيخ خليل:" العدل: حر، مسلم، عاقل، بالغ، بلا فسق، وحجر، وبدعة (وإن تأول كخارجي وقدري) لم يباشر: كبيرة أو كثير كذب أو صغيرة خسة وسفاهة ولعب نرد، ذو مروءة بترك غير لائق: من حمام وسماع غناء ودباغة وحياكة اختيارا...". انظر خليل ابن اسحاق المالكي، م س، ص 262.

[1053]- سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 263.

[1054]- مصطفى الزحيلي، م س، ص 818.

[1055]- لمزيد من التوسع انظر، ابن قدامة، المغني، م س، الجزء 12، ص 177. وكذا المطيعي، تكملة المجموع، الجزء 26، ص 703.

[1056]- سليم علي مسلم، م س، ص 235.

- أن يكون في المال وما يقصد به المال كالبيع والإجارة والرهن ونحوه مما يثبت بالشاهد و اليمين[1057]. (هناك من اعتبر أن الترجيح بهما يكون في غير المال).

- أن يكون المدعي بغير يد المتداعيين[1058]، فلا ترجح البينة بزيادة العدالة حالة كون المدعى بيدهما، أو بيد أحدهما، والمذهب عندهم ترجيح أعدل البينتين سواء أكان المدعي بيد المتخاصمين، أم بيد غيرهما، أم كان بيد أحدهما، أم بغير يد أحد، فمن كان شهوده أعدل كانت بينته أرجح وحكم له[1059].

- أن يكون الترجيح في البينة الأصلية لا المزكية، حيث لا اعتداد في البينة المزكية، وجرحت بينة وكان المزكون أكثر عدالة فلا يرجح بها[1060].

وقد اعتمدوا أصحاب هذا المرجح على قياس الشهادة على الرواية بجامع أن كلا منهما خبر فكما ترجح رواية الأعدل، كذلك ترجح شهادة الأعدل، كما اعتبروا أن زيادة العدالة تقوي غلبة الظن بالمشهود به، فيكون الظن أقوى، والعمل بالأقوى أولى[1061].

بالرغم من اعتبار المالكية أن زيادة العدالة تعتبر من المرجحات إلا أنهم اختلفوا في الحكم بالبينة الراجحة بمقتضى هذا المرجح، حيث ذهب أكثر المالكية إلى تحليف صاحب البينة الراجحة بزيادة العدالة بناء على أن زيادة العدالة كشاهد واحد، فكأن البينتين تعارضتا وتساقطتا، وبقيت زيادة العدالة بمثابة شاهد فيحلف المشهود له مع الشاهد الواحد ويحكم له، في حين ذهب البعض الآخر من المالكية إلى اعتبار الترجيح بالعدالة لا يحتاج إلى اليمين، حيث اعتبروا زيادة العدالة بمثابة شاهدين فلا يحتاج إلى حلفان[1062].

والترجيح عموما المرتبط بعدالة الدليل يقتصر على الشهود، فعندما يكون شهود إحدى البينتين أكثر عدالة من البينة الأخرى، فترجح بينة العدالة ولو كانت البينة الأقل عدالة تتوفر على زيادة عدد الشهود لقول خليل: "وبمزيد عدالة، لا عدد"[1063]. مالم تكن

[1057]- ان بعض الفقهاء فقط هم من اعتمدوا هذا الشرط . لمزيد من التوسع انظر الحطاب، مواهب الجليل، الجزء الثامن، ص 537.

[1058]- اعتمد بعض المالكية هذا الشرط دون غيرهم. لمزيد من التوسع انظر الدسوقي، الحاشية، الجزء الرابع، ص 220.

[1059]- ابن فرحون، التبصرة، الجزء الأول، م س، ص 263.

[1060]- سليم علي مسلم الرجوب، م س، ص 262.

[1061]- محمد علي ابن حسين المكي، تهذيب الفروق، الجزء الرابع، ص 139.

[1062]- مصطفى الزحيلي، م س، ص 818.

[1063]- خليل ابن اسحاق، م س، ص 270.

كثرت الشهود بلغت حد التواتر، بحيث يستحيل تواطؤهم على الكذب وتفيد شهادتهم العلم لكثرتهم فتقدم حينئذ الحجة ذات العدد على الحجة ذات العدالة[1064].

إن العبرة من اعتماد مزيد العدالة على العدد هو كون كلا الخصمين بإمكانهما زيادة عدد الشهود عكس العدالة فقد يتعذر على أحد الخصمين إشهاد من هو أكثر عدالة من غيره، وعليه فإن شهادة اللفيف لا يعتد بها في مواجهة الشهادة العلمية التي يشهد فيها العدلان المنتصبان للإشهاد، كما أن وجود العدالة في إحدى الحجتين يبعث على الطمأنينة أكثر مما تبعثه شهادة حجة الآخر[1065].

وهو نفس ما جاء في القرار عدد 503 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2005/11/09: " حيث إن محكمة الموضوع غير ملزمة بتعقب أقوال الخصوم والرد على كل منها استقلالا متى كانت غير منتجة في النزاع والقرار المطعون فيه حينما لم يناقش الدفع المثار بشأن الوكالة عدد 131 فلأنه غير مؤثر وقضاء ضمني برده ذلك أنه ورد التنصيص بالوكالة المذكورة على أتمية الوكيل وقت إبرام الوكالة وهي تعني الشهادة ظاهرا بكونه صحيح العقل والبدن و طائعا رشيدا ومعلوم فقها أن الأظهر في الترجيح البينة العادلة على شهادة الشهود ولذلك فشهادة عدلي التلقي بأتمية الموكل أرجح من شهادة اللفيف عدد... التي تشهد بمرضه... ومرجحة كذلك بناء على أنها تشهد بصحة العاقدين وبينة الصحة في العقود مقدمة فقها على بينة المرض أو عدم الصحة لأنها هي الأصل لقول المتحف:

القول قول مـدع للأصـل أو صحـة فـي كـل فعل فعـل

ومادام أن بينة الصحة مقدمة وهي حالة مستصحبة وفق الثابت أصلا إلى تاريخ إبرام الموكل للبيع للغير فإن ما قضى به القرار من عدم قبول طلب قسمة الدار.... بعلة أنها

[1064]- سعاد المعروفي، إثبات استحقاق العقار عن طريق إعمال قواعد الترجيح، مقال منشور بمجلة القانون المدني، العدد الرابع 2017، ص191.
[1065] - محمد ابن معجوز، م س، ص 188.

مباعة من الهالك بواسطة وكيلته... قائم على أساس قانوني وفقهي وما جاء في السبب غير جدير بالاعتبار"[1066].

ثانيا: الترجيح بتعدد الشهادة على شهادة الواحد

إذا تعارضت بينتان وكانت إحداهما مكونة من شاهدين والأخرى من شاهد واحد، ترجح شهادة الشاهدين على بينة الشاهد الواحد، وذلك مصداقا لقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم"[1067] .

ويتم ترجيح بينة الشاهدين ولو كان صاحب الشهادة الواحدة أعدل أهل زمانه لقول خليل: " وبشاهدين على شاهد"[1068].

وبشهادة رجل و امرأتان على شهادة رجل واحد مصداقا لقوله تعالى " فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان"[1069].

ختاما يمكن القول أنه بالرغم من تنظيم القانون المغربي لقواعد الترجيح من خلال المادة الثالثة[1070] مدونة الحقوق العينية[1071]، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه
- تقديم بينة الملك على بينة الحوز
- زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد

[1066]- قرار عدد 503، ملف شرعي عدد 2004/1/2/66، المؤرخ في 2005/11/09، منشور بمنشورات قضاء محكمة النقض، م س، ص 260.

[1067]- سورة البقرة، رواية ورش عن نافع، الآية 282.

[1068]- خليل ابن إسحق، م س، ص 254.

[1069]- سورة البقرة، رواية ورش عن نافع، الآية 282.

[1070]- تنص المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية رقم 39.08 على ما يلي:" ... إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها: ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه، - تقديم بينة الملك على بينة الحوز، - زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد، - تقديم بينة الأصل على بينة الاستصحاب، - تقديم بينة الإثبات على بينة النفي، - تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها، - تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد، - تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة، - تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا، - تقديم بينة التفصيل على الإجمال".

[1071]- القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 ذي الحجة 1432(22 نوفمبر2011)، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432(24 نوفمبر 2011).

- تقديم بينة الأصل على بينة الاستصحاب
- تقديم بينة الإثبات على بينة النفي
- تقديم بينة الأصالة على خلافها أو ضدها
- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد
- تقديم البينة المؤرخة على البينة غير المؤرخة
- تقديم البينة السابقة على البينة اللاحقة تاريخا
- تقديم بينة التفصيل على الإجمال.

يتضح ان مدونة الحقوق العينية جمعت[1072] قواعد الترجيح بين البينات المتقابلة بالاستناد على الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي[1073]. إلا أنه لا يمكن الاستناد في الترجيح بين البينات المتعارضة حول دعاوى استحقاق الوقف على المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية في ظل وجود المادة 169 من مدونة الأوقاف التي تنص على الرجوع لأحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه مصلحة الوقف. لذلك كان أولى على المشرع أثناء إحالته في تحقيق كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة، إضافة الرجوع إلى القوانين السارية المفعول و جعلها في مقام أول قبل الرجوع للفقه المالكي متى كانت تراعي خصوصية الوقف ومصلحته (وذلك للاعتبارات التي أوضحها هذه الدراسة).

[1072]- ذكرت المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية قواعد الترجيح على سبيل المثال، حيث جاء في هذه المادة عبارة " ومن بينها" التي تفيد كون المرجحات ذكرت على سبيل المثال لا الحصر، مما يتعين معه اللجوء إلى الراجح والمشهور من الفقه المالكي إذا لم تسعف هذه القواعد في الترجيح بين الحجج استنادا إلى المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية

[1073]- تنص المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية رقم 39.08 على أنه تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار .تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود في كل ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

خـــــــــــــاتـمـــــــــــــة :

من خلال البحث في موضوع خصوصية الإثبات في المادة الوقفية، والذي تناول في بابه الأول طرق إنشاء الوقف ببحث أركان الوقف وشروط صحته، حتى يمكن القول بوجود وقف صحيح يبحث في وسائل ثبوته، وقد أشير إلى أن إنشاء الوقف كما جاءت به مدونة الأوقاف إنما يطلب بالنسبة للأوقاف المنشأة بعد دخول المدونة حيز التنفيذ، أما ما أنشأ قبلها فالمطلوب الرجوع إلى الفقه المالكي بما يراعي خصوصية المادة الوقفية ويراعي عنصر الزمن الذي عمرت فيه بعض الأوقاف لسنين عديدة، مما يعد قرينة على ضياع وسائل ثبوت إنشائها بالكيفية المتطلبة فقهيا، وما يستتبع ذلك من ضياع وسائل إثبات صفتها الحبسية.

أما الفصل الثاني من الباب الأول، فقد تناول تطور إثبات الوقف، حتى يظهر جليا قصد المشرع إبان تنظيمه لموضوع إثبات الوقف، فإن استجلى التوجه الذي نحاه المشرع، تم التطرق في الباب الثاني إلى ما يجب أن يكون، وذلك ببحث الوسائل التي يجب أن يثبت بها الوقف، سواء الوسائل الكتابية منها أو غير الكتابية، ليخصص مبحث أخير لدراسة الترجيح بين الحجج المثارة من قبل الأطراف، مع بيان خصوصية المادة الوقفية في كل ما سبق.

لكل ذلك يمكن تلخيص أهم النتائج التي لمسها هذا البحث فيما يلي:

النتائــج:

- بالرغم من أن الإثبات المنصوص عليه في الفقه الإسلامي بمقتضى إحالة الفصل 75 من ظهير 02 يونيو 1915، كان فيه متسع لبعض الأحكام والقرارات القضائية لإثبات صحة الوقف بأي وسيلة اقتنعت بها المحكمة، رغم أنه لم يقيدها حتى بحدود المذهب المالكي، إلا أنه لم يمنع من وقوع اختلافات في الموضوع بل حصل ما يمكن أن يسمى

فوضى قضائية على مستوى قبول أو رفض وسائل إثبات الأوقاف وهذا ما تشهد به أحكام وقرارات المحاكم المغربية بما فيه قرارات المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) التي تناقضت أكثر من مرة، فجاءت مدونة الأوقاف بتاريخ 23 فبراير 2010 متبنية الاتجاه الميسر في وسائل الإثبات، وذلك بالترخيص بالاعتماد في إثبات الوقف على القواعد والأعراف التي كان معمولا بها وقت إنشائها، ويتلمس هذا القصد في صيغة العموم الواردة في المادة 48 من الفصل الثاني المتحدث عن آثار عقد الوقف، حيث نصت على أنه: **"يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس، ولا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته"**.

- إن المادة 48 من مدونة الأوقاف يعتريها كثير من النقص لأنها جاءت حاسمة نسبيا لموضوع الحوالات الحبسية دون غيرها من وسائل الإثبات الأخرى المختلف في حجيتها ومعنى ذلك استمرار اختلاف المحاكم المغربية في الأخذ بها أو رفضها واستمرار تضارب الأحكام القضائية لأن الأمر راجع إلى سلطة القاضي التقديرية في قبولها أو رفضها، على غرار ما كان معمولا به قبل صدور مدونة الأوقاف، لأن مدونة الأوقاف لم تحل على وسائل الإثبات الموجودة في قانون الالتزامات والعقود بل أحالت على الفقه المالكي في كل مالم يرد به نص مما سيؤدي إلى العودة إلى الاتجاهين الفقهيين المتعارضين في موضوع إثبات الوقف خاصة إذا لم تتم دراسة التطور التاريخي لموضوع إثبات الوقف.

- إن المادة 169 من مدونة الأوقاف، التي يحيل بموجبها المشرع على الفقه الإسلامي في كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة من شأنها أن تفيد بكون القواعد الواجبة التطبيق بخصوص وسائل إثبات الوقف، هي تلك المعتمدة في الفقه الإسلامي، وليس قانون الالتزامات والعقود، ولا تخلو هذه الوضعية من مفارقة تؤدي إلى استمرار نفس الوضعية السابقة لوجود المدونة، وذلك لتعدد الآراء الفقهية وصعوبة الاستقرار على

رأي موحد منها، إضافة إلى أنه حتى بالنسبة لوسائل الإثبات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود لا تصلح لتطبيقها على المادة الوقفية لأنها لا تراعي خصوصية الوقف.

- إذا كان الاعتراف بحجية الحوالة الحبسية في إثبات الصبغة الوقفية وذلك بمقتضى المادة 48 التي جاء في الفقرة الأولى منها أنه: **"تعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس"**، يعتبر في حد ذاته أمرا محمودا، من شأنه أن يدفع القضاء إلى تجاوز الموقف السلبي التي كانت تركن إليه بعض المحاكم من رفض الاعتداد بالحوالة الحبسية كحجة على وجود الحبس، فإن ذلك لا يعني بأن الأمر قد حسم بهذا الخصوص، وذلك نتيجة عدم حسم المشرع في المقومات والخصائص التي ينبغي أن تتوفر في الحوالة الحبسية حتى تكون حجة منتجة في الإثبات، مما سيترك للقضاء سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بهذه الحوالات في حالات واستبعادها في حالات أخرى، وذلك نتيجة الاختلاف والتنوع الذي يطبع هذه الحوالات، فمن بين هذه الحوالات الحبسية ما يقتصر العمل فيها على توثيق الأملاك الوقفية ببيان المعلومات والمعطيات المتعلقة بالواقفين والموقوف عليهم والصيغة والأملاك الموقوفة والعمليات والتصرفات التي خضعت لها من كراء ومعاوضة ومناقلة وقسمة، ومنها ما تتضمن أصل رسوم التحبيس بعد ما تم نقله إليها للحفاظ عليها من الضياع، ومن هذه الحوالات أيضا ما هو محرر من طرف العدول ومخاطب عليها من طرف القضاة الشرعيين ومنها ما هو محرر من طرف موظفي الأحباس.

- إذا كان المشرع قد أشار للحوالة الحبسية في مدونة الأوقاف، فإن الوضع سيستمر كما كان عليه الأمر من قبل بالنسبة للعديد من الوسائل المعتمدة على أرض الواقع للإثبات في المادة الوقفية، كما هو الشأن بالنسبة للكنانيش والسجلات الحبسية وشهادة اللفيف بنوعيها: لفيف السماع الفاشي ولفيف الحيازة والتصرف لجانب الأحباس، وعليه سيبقى الأمر مطروحا لتضارب القضاء واختلاف أحكامه بخصوص تقدير قيمتها القانونية.

- إذا كان مقتضى عدم اكتساب الوقف العام بالحيازة والتقادم يمثل دعما قويا في حماية الأوقاف من كل ما قد يقع عليها من اعتداء أو ترامي لكونه لا يعترف بحيازة الأملاك الوقفية ولا اكتساب ملكيتها بالتقادم، كما أنه سيخفف من الصعوبات التي تطرحها صفة الأوقاف في الدعوى عندما تجعل منها مدعية ملزم بالإثبات، فإن اقتصار قاعدة عدم جواز حيازة المال الموقوف فقط على الوقف العام دون أن تمدد إلى باقي الأنواع الأخرى أي الوقف المعقب والمشترك يشكل تهديدا على الوقف المعقب والمشترك بل وحتى على الوقف العام، باعتبار أن الوقف المشترك يتضمن نسبة من الوقف العام، لأنه وقف مختلط بين العام والخاص، أي وقف على جهة عامة وعلى شخص بذاته أو عليه وعلى عقبه، كما أن الوقف المعقب قد يصير وقفا عاما بحسب المآل في حالة تحديد المحبس لجهة خير وإحسان يؤول الحبس عند انقراض الأعقاب المحبس عليهم، أو في حالة انقراض المستفيدين من الحبس الذي يوقفه المحبس على أعقابه وعلى شخص معين وأعقابه ولو لم يعين المحبس جهة بر وإحسان يؤول إليها الحبس.

- إن الاعتداد بوثيقة الوقف العرفية الموقعة من طرف الواقف هو استثناء من الأصل المقرر في ضرورة الإشهاد على الوقف من طرف العدول، وهذا الاستثناء مقيد بتعذر إشهاد العدول، ولا يتصور تحقق إعمال هذا الاستثناء إلا في الحالة التي لا يتواجد فيها في موطن إقامة الواقف عدلان منتصبان للإشهاد، ويقع على عاتق الجهة الواقفة إثبات وجود هذا الاستثناء، وهو ما يتعذر إن لم يكن مستحيلا، لاسيما إذا علمنا أنه يوجد بدائرة نفوذ كل محكمة ابتدائية وتحت إشراف القاضي المكلف بالتوثيق فيها عدلان أو أكثر ينتصبان للإشهاد على مختلف التصرفات، فكيف سيتوصل الواقف إلى إثبات تعذر إشهاد العدول، الأمر الذي يفرغ الاستثناء المتعلق بالاعتداد بالوثيقة العرفية من محتواه.

- عدم التنصيص على الجزاء الجنائي في مدونة الأوقاف لردع كل اعتداء يطال الأملاك الوقفية.

من خلال النتائج التي توصلت إليها هذه الدراسة يمكن طرح الاقتراحات التالية:

الاقتراحــات:

لحماية الأموال الوقفية والمحافظة عليها من الغصب والضياع يتعين:

▪تقنين المقتضيات المتعلقة بإثبات الوقف بما يعين على الاهتداء إليها بيسر، أو إصدار دليل توضيحي لمقتضيات المادة 48 من مدونة الأوقاف، وتحديد التوجه الفقهي الواجب الركون إليه.

▪الإحالة على مقتضيات القانون المدني والتي تراعي خصوصية المادة الوقفية لتخفيف العبء عن المحاكم من البحث في كتب الفقه المالكي بما يشتمل عليه من تعدد الآراء من جهة، ومن صعوبة في التنقيب داخله من جهة أخرى.

▪السماح للموثق طبقا لقانون 32.09 بتوثيق الإشهاد على الوقف، متى تم تقديم التكوينات للمهنة في مجال عقود التبرعات وخاصة مجال الوقف، أخذا بعين الاعتبار أن نظام الكاتب بالعدل يعين على ذلك، علاوة على ضرورة الدعوة إلى توحيد مهنة التوثيق بالمغرب.

▪إقرار الرسمية في إنشاء الأوقاف الجديدة، حتى تتحقق لها الحماية، والاستغناء عن الوثيقة العرفية المصححة الإمضاء، نظرا للإشكالات الكثيرة التي تطرحها من جهة، ولانتفاء الظروف الاستثنائية الموجبة لإعمالها من جهة أخرى.

▪الإحالة على أحكام الوصية المضمنة في مدونة الأسرة، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الفقه المالكي بما يراعي خصوصية الوقف، وذلك في جميع المقتضيات المتعلقة بالوصية، وبالتالي عدم الاقتصار على هذه الإحالة في حالة المريض مرض الموت فقط.

▪اعتبار وصولات الكراء التي تمسكها النظارات قرينة على الحيازة ومن تم اعتبارها دليلا على الصفة الحبسية للأملاك المتنازع عليها.

▪التنصيص في مدونة الأوقاف على الوسائل الأخرى التي يثبت بها الوقف، من قبيل السجلات والكنانيش الوقفية واعتبارها من قبيل سجلات الدولة وبالتالي إعطاؤها حجية الورقة الرسمية في الإثبات.

▪التنصيص في مجال الحوالات الحبسية على حجية هذه الأخيرة، بمساواتها مع حجية الأوراق الرسمية، حتى لا تؤدي العبارة الواردة في المادة 48 من مدونة الأوقاف "إلى أن يثبت العكس"، إلى اعتبار الحوالات الحبسية أقل درجة في حجيتها من الأوراق الرسمية.

▪توضيح الفرق بين الحوالات الحبسية وإعطاء الحوالات التي تتضمن على إشهاد العدلين وخطاب القاضي، حجية الوثيقة الرسمية، أما الحوالات التي تفتقد إلى خطاب القاضي فإن لم يستطع معه اللجوء إلى مسطرة التعريف بالخطوط، فيمكن اعتبارها دليلا عرفيا، أو إعطاؤها الحجية التي يتمتع بها الإثبات بالخط في الفقه المالكي.

▪التنصيص على عدم جواز حجز الوقف أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم الاقتصار على توفير هذه الحماية فقط بالنسبة للوقف العام، على اعتبار أن الوقف المعقب والمشترك يؤول في الأخير إلى الوقف العام.

▪التنصيص على دعوى الحسبة في مجال الوقف، والالتجاء إلى دعوى إثبات صفة الوقف حتى وإن لم تكن هناك منازعة، كما هو الشأن بالنسبة للمملكة العربية السعودية.

▪القيام بحملات تحسيسية لحث الناس على الانخراط في عملية التعرف على الأملاك الوقفية الضائعة أو المنقطعة، بإيفادهـم بكل وسيلة تدل عليه.

إذا ثبت ما سبق وبعد العمل على تحصين الأملاك الوقفية، يمكن طرح التساؤل عن الكيفية التي يتم بها تدبير الأملاك الموسومة بأنها وقفية؟

الـــمـــــلاحـــــــق

الملحق رقم 1

ملف عقاري (اب) رقم 2014-1401-359 ب ا

المملكة المغربية

وزارة العدل

محكمة الاستئناف بمراكش

الغرفة العقارية

قرار رقم: 4727

صدر بتاريخ:

موافق:2016/12/15

ملف رقم بالمحكمة الابتدائية

07/1100

رقم بمحكمة لاستئناف:

2014/1401/359

المستأنف:

المستأنف عليه :

بمحكمة الاستئناف بمراكش
باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 15 دجنبر 2016 وهي تبت في مادة القضايا العقارية مؤلفة من السادة:

ذ/ رئيسا و مقررا

ذ/ مستشارا

ذ/ مستشارا

وبمساعدة السيدة كاتب الضبط

القرار التالي:

بين : ورثة بوتمزين وهم :

وأبناؤه بوتمزين : - - - -

الساكنون مراكش

موطنه المختار بمكتب الأستاذ و ا المحامي بهيئة مراكش

بوصفه مستأنفا من جهة و مستأنف عليها من جهة أخرى

و المحافظ العقاري بتحناوت ينوب عنه الاستاذ المحامي بهيئة الرباط – الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية بالرباط – وزير الفلاحة بالرباط – الدولة المغربية في شخص الوزير الأول – الوكيل القضائي للمملكة بالرباط

الساكن بدوار اوريكة مراكش

موطنه المختار بمكتب الأستاذ المحامي بهيئة مراكش

بوصفه مستأنفا عليه من جهة أخرى و مستأنفين

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 134 و ما يليه و الفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

وبعد الاستماع إلى مستنتجات النيابة العامة والمداولة طبق القانون

<u>في المرحلة الابتدائية</u> :

تقدم المدعي بمقال يعرض فيه أن أجداده و والده من بعدهم كانوا يتصرفون و يتحوزون أرضا فلاحية في عناوينهم وأن جد المدعى عليه و والده كان قائدين في عهد الاستعمار وبعد الاستقلال وأنهما استغلا نفوذهما و استولوا على أرضه وأنه قاضاهم أمام المحاكم فصدرت أحكام لصالحه إلا أن المدعى عليهم عمدوا إلى طلب تحفيظ الملك المدعى فيه فتح له مطلب 23104 وأصبح صكا عقاريا عدد 04/55510 وأن المحافظ العقاري لم يلتفت إلى كل الدعاوي و الأحكام التي لم تصبح نهائية بعد أنشأ للمدعى فيه الصك العقاري المشار إليه مما يعتبر معه هذا إخلالا منه خرقا للقانون ملتمسا الحكم بإلغاء وإبطال قرارات المحافظ بالتحفيظ و بالتشطيب على اسم السيد حسن زعبول خلف ورثة القائد و القائد ،

وتسجيل ورثة الحاج به

مع النفاذ والصائر على من يجب وأرفق مقاله بوثائق.

وأجاب المدعى عليه بأن الدعوى غير مقبولة لكونها موجهة من طرف أجنبي والمدعي لا تتوفر فيه شروط الفصل 33 م م وأن الدعوى وجهت ضد الخلف وليس ضد من باعوا المدعى فيه باعتبارهم المالكين و المسجلين بالصك العقاري والمقال فيه اضطراب مصرحا أن التحفيظ يطهر العقار من كل حق للغير لم يسجل بالصك طبقا للفصل 62 من ظهير التحفيظ ملتمسا الحكم برفض الطلب بعلة أن قرار المحافظ أصبح مكتسبا لقوة الشيء المقضى به.

وبعد التعقيب وتبادل الردود وتامه أصدرت المحكمة الحكم المستأنف

في مرحلة الاستئناف :

استأنف المدعون لما يلي : انعدام التعليل والأساس القانوني السليم.

ذلك أنه وإن كانت هناك أحكاما نهائية بين أطراف الدعوى فإن هناك أحكاما أخرى لازالت جارية بينهم وتتعلق بنفس مطلب التحفيظ وأن المحافظ أهمل ما أثاره المستأنفون ومن معهم فعمد إلى إنشاء الصك العقاري للمدعى فيه رغم عدم نهائية الأحكام وأن ما علل به الحكم الابتدائي مجانبة للحقيقة و الصواب ملتمسين إلغاءه والحكم من جديد وفق مقال الدعوى.

واجاب المحافظ العقاري بأن مقال الاستئناف مضطرب وغير واضح ولا تام مما يجعله غير مقبول وأن دعوى التعويض ضد المحافظ تتقادم بمرور سنة عن إنشاء الرسم العقاري

ملتمسا عدم قبول الاستئناف أساسا و احتياطيا سقوط الحق بالتقادم.

و أجاب المستأنف عليه بواسطة محاميه الاستاذ

بأن الاستئناف سبق البث فيه بمقتضى القرار 511 بتاريخ 2010/05/27 في الملف 09/7/2985 والقاضي بعدم قبول الاستئناف ملتمسا الحكم بعدم قبول الاستئناف الحالي وفي الموضوع فإن الحكم الابتدائي معلل بما يكفي .

وأجاب عن كل الدفوع وجاء مصادفا للقانون ملتمسا تأييده وبعد تمام الردود وتقديم النيابة العامة مستنتجاتها حجزت القضية للمداولة.

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليل

من الناحية الشكلية :

حيث أن الاستئناف نظامي فهما مقبول شكلا

وموضوعا :

حيث تمسك المستأنفون بالأسباب المسطرة أعلاه

وحيث إنه بقراءة موضوع الدعوى فإن يدعون كون المحافظ العقاري قد أنشأ صكا عقاريا لما يدعون تملكه وذلك قبل انتهاء المساطر القضائية بينهم وبين طالبي التحفيظ لكن هذا الأمر أن يكون مثار طلب تعويض ضد المحافظ و الذي يحتم أن يكون خلال السنة من إنشاء الصك وقبل انتهائها اما والحالة أن المدعى فيه كان موضوع تعرض وأحيل من المحكمة على المحافظ و أنشأ له صك فإن المطبق في نازلة الحال هو مقتضيات الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري و الذي يقرر

تطهير كل عقار من أي حق لم يسجل فيه وبالتالي فإن العقار المدعى فيه أصبح مطهرا كما أن المستأنفين صرحوا في مقالاتهم أنهم دعاويهم وتعرضهم انتهت بعدم القبول وأصبحت مبرر من طرف محكمة النقض وإنما علقوا ما لهم فقط على إجراءات صديقهم في النزاع وصديقهم هذا هو من كان عليه أن يعرب عن رأيه و متطلباته وأن لا يمكن الاحتجاج بحقوق الغير للوصول إلى حق مزعوم تبين أن القضاء فصل فيه من قبل بأحكام باتية و نهائية.

وبما أن الحكم الابتدائي المستأنف كان معللا تعليلا جيدا و وافيا ومستوفيا وشافيا وكافيا فإن هذه الغرفة قد قررت تبنيه بعلله وأسبابه وحيثياته وتأييده في كل ما قضى به

وبما أن الصائر يبقى على الخاسر.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا و حضوريا و انتهائيا تصرح:

في الشكل: بقبول الاستئناف

وفي الموضوع: بتأييد الحكم المستأنف وإبقاء الصائر على الطرف المستأنف

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بمراكش دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

إمضاء

الرئيس المستشار المقرر كاتب الضبط

المملكة المغربية
وزارة العدل والحريات
محكمةالإستئناف بمراكش

قرار رقم 785

صدر بتاريخ 2017/2/14

ملف رقمه بالمحكمة الابتدائية
2015/1607/3376
رقمه بمحكمة الاستئناف
2016/1622/1103

اصل القرار المحفوظ بكتابة الضبط
بمحكمة الاستئناف بمراكش

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بمراكش
بتاريخ 2017/2/14
وهي تبت في مؤلفة من السادة

رئيسا

مستشارا ومقررا

مستشارا

وبمساعدة السيدة كاتبة الضبط

القرار التالي :

بين السيد:

موطنه المختار بمكتب الأستاذان و
المحاميان بهيئة مراكش
بوصفه مستأنف من جهة

وبين السيدة :

موطنها المختار بمكتب الأستاذ المحامي بهيئة مراكش

بوصفها مستأنف عليها من جهة أخرى

الملحق رقم 2

الحمد لله وحده

المملكة المغربية

السلطة القضائية

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

المحكمة الإدارية بمكناس

القضاء المستعجل

2019/7101/128

2019/7101/130

تاريخ صدوره :2019/12/25

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

عمالة مكناس ومن معها

بالمحكمة الإدارية بمكناس

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نحن عن رئيس المحكمة الإدارية بمكناس

بصفتنا قاضيا للمستعجلات وبمساعدة السيد كاتب الضبط

وبناء على المادة 19 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية .

أصدرنا الأمر الآتي نصه :

يوم 04 جمادى الأولى 1441 موافق 2019/12/25

بين: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص ممثلها القانوني ينوب عنه السيد ناظر أوقاف مكناس

من جهة.

وبين: السادة:

- عمالة مكناس- المبادرة الوطنية للتنمية البشرية-
- ينوب عنها: الأستاذ . المحامي بهيئة مكناس
- الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة بالرباط.
- وزارة الداخلية بمكاتبه بالرباط.
- الوكالة القضائية للمملكة بمكاتبه بالرباط.

من جهة أخرى.

الوقـــائع

بناء على المقال الاستعجالي المقدم من لحرف المدعية المعلن عن الرسوم القضائية بتاريخ 2019/12/12، تعرض فيه أن عمالة مكناس قامت بالترامي على المقبرة المسماة "للاة الجميلية" الكائنة بباب الجديد بالمدينة القديمة بمكناس وذلك بمباشرة أشغال الحفر من أجل تهيئة سوق الباعة المتجولين حسب ما يظهر من لوحة البيانات الخاصة بالمشروع. وأن أشغال الحفر أدت إلى نبش القبور وتمريتها من أساسها دون مراعاة الحرمة الواجبة للموتى وأن القبر حبس على صاحبه ولا يجوز الحفر عليه أو نبشه كان قديما أو حديثا كما لا يجب التصرف فيه بغير الدفن. وأن ما قامت به الجهة المدعى عليها يعد ترام على مقبرة يستوجب وضع حد له. وأن واقعة الترامي والحفر ثابتة بمقتضى محضر مشاهدة واستجواب أنجزه مفوض قضائي في الموضوع.

لذلك تلتمس إصدار أمر بالحكم بإيقاف أشغال البناء التي تقوم بها الجهة المدعى عليها عمالة مكناس المبادرة الوطنية للتنمية البشرية- بمقبرة للاة الجميلية بباب الجديد بالمدينة القديمة بمكناس والحكم بطرد الجهة المدعى عليها هي ومن يقوم مقامها من المقبرة السالفة الذكر والحكم بغرامة تهديدية قدرها 1.000 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ وتحميل الجهة المدعى عليها جميع الصوائر.

وأرفق المقال بمحضر مشاهدة واستجواب، صور فوتوغرافية، نسخة انتداب وزيري لحبق الأصل ومنشور رقم 2016/8 بإعفاء الأوقاف العامة من الضرائب والرسوم.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بجلسة 2019/12/25 من لحرف نائب المدعى عليها والتي يلتمس من خلالها بصفة أصلية عدم اختصاص رئيس المحكمة بصفته قاضي المستعجلات نوعيا لعدم توفر الاستعجال من جهة ولكون الفصل في الطلب يفرض الخوض في النزاع والمساس بجوهره من جهة ثانية. وبصفة احتياطية الحكم بعدم قبول الطلب شكلا وفي أقصى الاحتياط الحكم برفض كافة مطالب المدعية.

وبناء على إدراج القضية بجلسة 2019/12/25 تخلف عنها الأطراف رغم سابق الإعلام وتقرر اعتبار القضية جاهزة وحجزها للتأمل لجلسة 2019/12/30.

وبعد التأمل طبقا للقانون:

التعليل

حيث يهدف الطلب إلى استصدار أمر بإيقاف أشغال البناء التي تقوم بها الجهة المدعى عليها عمالة مكناس المبادرة الوطنية للتنمية البشرية - بمقبرة للاة الجميلية بباب الجديد بالمدينة القديمة بمكناس والحكم بطرد الجهة المدعى عليها هي ومن يقوم مقامها من المقبرة السالفة الذكر والحكم بغرامة تهديدية قدرها 1.000 درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ وتحميل الجهة المدعى عليها جميع الصوائر.

وحيث أسس الطلب على أن أشغال الحفر أدت إلى نبش القبور وتمريتها من أساسها دون مراعاة الحرمة الواجبة للموتى وأن القبر حبس على صاحبه ولا يجوز الحفر عليه أو نبشه كان قديما أو حديثا كما لا يجب التصرف فيه بغير الدفن. وأن ما قامت به الجهة المدعى عليها يعد ترام على مقبرة يستوجب وضع حد له.

وحيث إن مناط انعقاد اختصاص قاضي المستعجلات يبقى رهين بضرورة توفر الطلب على حالة الاستعجال وعدم المساس بما يمكن أن يقضى به في الجوهر كما ينص على ذلك الفصلين 149 و152 من قانون المسطرة المدنية المحال عليه بموجب المادة 7 من القانون رقم 41-90 المحدثة بموجبه محاكم إدارية.

وحيث إنه في نازلة الحال، وبعد الإطلاع على ظاهر أوراق الملف، وجواب المدعى عليها يتبين أن ما تطلبه الجهة

المدعية ولو كان يكتسي طابع الاستعجال إلا أنه يشكل منازعة جوهرية تقتضي النظر في تحقق ملكيتها للعقار المدعى الإعتداء المادي عليه لكون المدعية لم تدل بما يفيد ذلك، كما أنه يتعين النظر في علاقة المدعى عليها بالعقار وطبيعة تخصيص العقار ومدى مشروعية الأشغال المدعى القيام بها عليه.

وحيث إن النظر في النقط أعلاه يبقى من صميم اختصاص محكمة الموضوع ويخرج عن نطاق اختصاص قاضي المستعجلات.

وحيث إنه للعلة أعلاه يتعين التصريح برفض الطلب.

المنطوق

وتطبيقا للمادتين 7 و19 من القانون رقم 41-90 المحدثة بموجبه المحاكم الإدارية.

لهذه الأسباب

علنيا ابتدائيا حضوريا:

نصرح برفض الطلب.

بهذا صدر في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

الإمضاء

قاضي المستعجلات

كاتب الضبط

الملحق رقم 3

ب ا

المملكة المغربية
وزارة العدل
محكمة الاستئناف بمراكش
الغرفة العقارية

قرار رقم: 4762
صدر بتاريخ:

موافق: 2016/12/16
ملف رقمه بالمحكمة الابتدائية

رقمه بمحكمة الاستئناف: 2012/1401/4008
المستأنف:

المستأنف عليهم :

بمحكمة الاستئناف بمراكش
باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 2016/12/16 وهي تبت في المادة العقارية بعد النقض مؤلفة من السادة:

ذة/ رئيسا

ذ/ مستشارا مقررا

ذ/ مستشارا

وبمساعدة السيد كاتب الضبط

القرار التالي:

بين : السيد الساكن بدوار زاوية مجاط دائرة مجاط إقليم شيشاوة موطنه المختار بمكتب الأستاذ المحامي بهيئة مراكش

بوصفه مستأنفا من جهة

وبين ورثة وهم و و والسادة ورثة و وهم أرملته أصالة عن نفسها ونيابة عن ابنتها القاصر والداه الرشدان و السادة ورثة وهم زوجته وبنتاها

الساكنون بدوار زواية مجاط قيادة مجاط شيشاوة موطنهم المختار بمكتب الأستاذ المحامي بهيئة مراكش

بوصفهما مستأنفا عليهما من جهة أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي وقعت تلاوته في الجلسة (1) أو لم تقع تلاوته بإعفاء من الرئيس وعدم معارضة الأعضاء (1)

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 134 و ما يليه و الفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

بناء على قرار محكمة النقض عدد 3048 المؤرخ في 2012/06/19 في الملف المدني عدد 2010/4/1/3121 والقاضي بنقض القرار رقم 397 الصادر بتاريخ 2010/04/22 في الملف عدد 09/7/1361 عن محكمة الاستئناف بمراكش وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيه من جديد طبقا للقانون

وبعد الاستماع إلى مستنتجات النيابة العامة و المداولة طبقا للقانون

يستفاد من مستندات الملف أن المدعين ورثة
ومن معهم تقدموا أمام المحكمة الابتدائية بامينتانوت بمقال يعرضون فيه أن مورثيهم الهالكين
و كان يملكان قيد حياتهما ويتصرفان شياعا بينهما في جميع البقع الواردة في رسم الاستمرار عدد 96 ص 84 كناش الأملاك رقم 2 بتاريخ 1995/02/21 المرفق ، ومن ضمن هذه البقع البقعة المسماة (جنان) مساحتها وحدودها مذكورة بالمقال، وأن المدعى عليه
تم انزاله في هذه البقعة على وجه الخبزة كما هو ثابت من

رسم الاستمرار عدد 96 المذكور وطالما أن المدعيين هم الخلف العام حسب الثابت من الارثات المرفقة فإنهم يلتمسون الحكم باستحقاقهم للقطعة الأرضية المذكورة أعلاه وبتخلي المدعى عليه وإفراغه هو ومن يقوم مقامه أو بإذنه منها تحت طائلة غرامة تهديدية لا تقل عن 500 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ.

اجاب المدعى عليه بأن النزاع في الدعوى سبق للقضاء أن حسم فيه بمقتضى عدة أحكام وقررات نهائية حائزة لقوة الشيء المقضى به في الموضوع منها : القرار الاستئنافي عدد 376 بتاريخ 1995/04/11 في الملف العقاري عدد 94/4832 و القرار الاستئنافي عدد 14 بتاريخ 1999/01/02 في الملف العقاري 97/5742 و الحكم الجنحي عدد 88/1098 بتاريخ 1995/04/14 القاضي ببراءة العارض من جنحة الترامي مما تكون معه شروط الفصل 451 من ق.ل.ع متوفرة وأنه بالرجوع إلى رسم الاستمرار عدد 96 المدلى به من طرف المدعين يتبين أن مستند علم شهوده في السماع وليست المعاينة سواء فيما يتعلق بالتصرف أو فيما يتعلق في الخبزة المنسوبة للعارض وأن أحد شهود الرسم المذكور والمسمى ضرير لا يبصر، وأن محكمة الاستئناف قالت كلمتها في نفس الرسم بمقتضى قرارها عدد 97/5742 المشار إليه أعلاه كما أن ذلك الرسم يشهد شهوده بأن الملك المشهود به لفائدة المدعين لازال بيدهم حتى الآن ثم أضافوا أن كل بقعة من البقع الأرضية المذكورة به لا توجد بيد المدعين وإنما تحت يد أشخاص منفردين من بينهم العارض من غير ذكر وجود هذا الأخير في المدعى فيه وأن إدعاء الخبزة مع العارض يتنافي مع النزاع الطويل الذي استمر لأكثر من 30 سنة وقد شهد

شهود الأحكام السابقة بتصرف والد العارض في المدعى فيه حتى وفاته وتصرف العارض فيه إلى الآن.

وبعد إتمام الإجراءات في القضية أصدرت المحكمة حكما قضى فيه باستحقاق الطرف المدعي للمدعى فيه المحدود و الموصوف بالمقال الإفتتاحي وبتخلي المدعى عليه عنه وإفراغه هو ومن يقوم مقامه أو بإذنه منه ، فاستأنفه المدعي معززا استئنافه بثلاثة إشهادات بالرجوع في رسم الاستمرار عدد 96 المذكور أعلاه ، وأصدرت محكمة الاستئناف قرارا قضت فيه بتأييد الحكم المستأنف.

طعن فيه المستأنف بالنقض وعاب على القرار المذكور بمخالفة الفصلين 353 من ق.م.م و 451 من ق.ل.ع ذلك أن القرار المطعون فيه حل محل محكمة النقض التي هي أعلى درجة قضائية في البلاد و التي تنقض الأحكام النهائية المخالفة للقانون و أن هيئة القرار المذكور نصبت نفسها محكمة أعلى درجة على هيئة من نفس الدرجة ونفس المدينة إذ أنها أبطلت القرار الاستئنافي عدد 14 وتاريخ 1999/01/12 في الملف 97/5742 وأبطلت حيثياته وعلته المؤسس عليها واستعلمت حق التصدي لنقض حيثياته دون أن يكون لها حق التصدي في القانون المغربي و و صدت بمخالفته جهارا واعتبرت يد العارض يد غاصب ينازع منذ أواخر سنة 1987 فكان بذلك قرارها مخالفا للقرار السابق القاضي باستحقاق العارض لموضوع النزاع منذ 1999 (اي بتملكه له) مستنكفا عن وجوب احترام علل وحيثيات الأحكام السابقة من بينها القرار الاستئنافي عدد 97/5742 بين نفس الأطراف ونفس الموضوع وبنفس السبب وبنفس رسم المطلوبين عدد96 وتاريخ 1995/02/21 وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي:

إن محكمة الاستئناف برجوعها إلى رسم الاستمرار عدد 96 وجدت شهوده يشهدون بأن الملك المشهود به لازال بيد هؤلاء الأخيرين(المطلوبين) حتى الآن ثم أضافوا أن كل بقعة من البقع المذكورة لا توجد تحت يد المستأنف عليهم (المطلوبين) وإنما تحت يد أشخاص منفردين ومن بينهم المستأنف (العارض) من غير ذكر وجود هذا الأخير ..... على أنه يتمسك بتصرفه وإنكار ملكية المدعين وأن الإشهاد بالخبزة لم ينصب سوى على الأشخاص المذكورين بالصفحة الثانية من الرسم بعد المستأنف من غير بيان مسندهم الخاص بشأنها وأن شهادتهم تنطلق من إدراكهم وأن رسم استمرار المدعين المستأنف عليهم ورد به ما يكذب ادعاءهم وهم عدم خروج الملك من يدهم وأن الحيازة توجد بين المستأنف (العارض) بالنسبة للمدعى فيه ويتضح أن حيثيات القرار الذي أصبح نهائيا تعتبر حاسمة في مسألة الحيازة للعارض وفي حجية رسم الاستمرار عدد 96 ص 84 وبنقصانه عن درجة الاعتبار.

إلا أن القرار المطعون فيه قلب كل تلك الحيثات و العلل رأسا على عقب وأبطالها وقضى بعكسها تماما و اعتبر حيازة العارض مجرد يد غاصب و اعتبر المطلوبين هم أصحاب الحيازة الفعلية و الملكية الحقيقية مما يجعله مخالفا للقانون المذكور و حريا بالنقض

وبعد تمام الإجراءات أصدرت محكمة النقض قرارها أعلاه بالنقض و الإحالة وبعد الإحالة وضع المستأنف بواسطة محاميه مستنتجاته بعد النقض أكد فيها على أن النقطة القانونية التي بثت فيها محكمة النقض المتعلقة بمقتضيات الفصل 451 من ق.ل.ع وعلى تراجع رسم الاستمرار عدد 96 ص 84 عن شهادتهم . و

التمس الحكم بإلغاء الحكم المطعون فيه وبعد التصدي الحكم برفض الطلب .

ووضع المستأنف عليهم بواسطة محاميهم مستنتجاتهم بعد النقض أوضح فيه أن القرار عدد 14 الصادر بتاريخ 1999/01/12 في الملف 97/5742 لازال لم يحز قوة الشيء المقضى به لكونه غير نهائي لكنهم طعنوا فيه بالنقض والتمسوا إيقاف البت في القضية حتى يتم الفصل في الطعن المقدم أمام محكمة النقض .

ثم وضعوا مذكرة مرفقة بقرار محكمة النقض عدد 4/106 المؤرخ في 2016/02/23 في الملف المدني عدد 2014/4/1/800 قضت بمقتضاه بنقض القرار الاستئنافي عدد 20 المؤرخ في 1999/01/12 و اصبح بذلك لاغيا

و المستجد الحاصل بعد صدور قرار النقض الذي احيلت بموجبه هذه القضية على المحكمة للبت فيها من جديد يتمثل في إبطال ونقض القرار الاستئنافي عدد 20 الصادر بتاريخ 1999/01/12 وهي واقعة لم تكن موجودة عندما ما بثت محكمة النقض في طلب النقض المرفوع من طرف المستأنف أمليح علي بن عبد السلام الذي أثار فيه سبقية البت اعتمادا على القرار الاستئنافي عدد 20 الصادر بتاريخ 1999/01/12 و استجابت له محكمة النقض لان العارضين لم يكونوا في ذلك الوقت قد طعنوا فيه بالنقض . وبعد أن صار القرار الاستئنافي عدد 20 باطلا فقد انتقت شروط الدفع بسبقية البت في القضية و بذلك يكون الحكم الابتدائي القاضي باستحقاق العارضين للمدعى فيه على صواب لأنهم أثبتوا تملكهم بموجب رسم الاستمرار عدد 96 ص 84 المستوفي لجميع شروط الملك والذي لم

يعارضه المستأنف بأية حجة مقبولة شرعا في إثبات الملك والتمسوا تأييد الحكم الابتدائي .

وعقب المستأنف بمذكرة أوضح فيها ان محكمة الاستئناف لم تقل كلمتها بعد وأن القضية قد عينت بجلسة 2016/10/7 لمناقشة القضية من جديد . ذلك أن قرار محكمة النقض المذكور لم يقض للمستأنف عليهم بشيء وإنما أرجع الملف لمناقشة مدى توفر رسم الاستمرار عدد 96 على شروط الملك المتطلبة شرعا من عدمه و النظر في حجج العارض ... وهاته العلة لا تفيد المستانف عليهم في شيء و بالتالي فان الدفوع المثارة من طرف العارض لا زالت قائمة ومنتجة . وأضاف المستأنف أن بعض شهود رسم الاستمرار عدد 96 رجعوا في شهادتهم وباقي الشهود مستند علمهم الارسال و الاجمال و بذلك يكون المستأنف عليهم متناقضين مع حججهم ومن تناقض قوله لا حجة له . وأشار المستأنف الى الأحكام الجنحية السابقة بين الطرفين والتمسا إلغاء الحكم الإبتدائي وبعد التصدي الحكم برفض الطلب .

وعقب المستأنف عليهم بمذكرة أكدوا فيها على أن القرار العتمد عليه للقول بسبقية البث قد تم نقضه بالقرار عدد 04/106 المؤرخ في 2016/02/23 وناقشوا حجية رسم الإستمرار عدد 96 و التمسوا تأييد الحكم الابتدائي .

وحيث أدرجت القضية في جلسات أخرها جلسة 2016/11/11 اعتبرت خلالها القضية جاهزة وحجزت للمداولة لجلسة 2016/12/02 مددت فترته لجلسة 2016/12/16

المحكمة

حيث أسست محكمة النقض قرارها على صحة ما عاب به الطالب القرار المذكور ، ذلك أن الثابت من وثائق الملف خاصة مقال استئنافه أن تمسك فيه بسبقية البث في القضية بمقتضى القرار الاستئنافي عدد 14 بتاريخ 1999/01/12 في الملف عدد 5742 /97 الذي علل قضاءه بما يلي : (إن محكمة الاستئناف برجوعها إلى رسم الاستمرار عدد 96 وجدت شهوده يشهدون بأن الملك المشهود به لفائدة المستأنف عليهم (المطلوبين) لازال بيد هؤلاء الأخيرين حتى الآن ثم أضافوا أن كل بقعة من البقع الأرضية المذكورة به لا توجد تحت يد المستأنف عليهم (المطلوبين) وأنها تحت يد أشخاص منفردين من بينهم المستأنف (الطالب) من غير ذكر وجه وجود هذا الأخير في القطعة الأرضية على أنه يتمسك بتصرفه وإنكار ملكية المدعين (المطلوبين) وأن الإشهاد الخبزة لم ينصب سوى على الأشخاص المذكورين الصفحة الثانية بعد المستأنف (الطالب) من غير مستند علمهم الخاص بشأنها وأن شهادتهم تنطلق من إدراكهم وأن رسم استمرار المدعين المستأنف عليهم (المطلوبين) ورد به ما يكذب إدعاءهم وهو عدم خروج الملك من يدهم وأن الحيازة توجد بين المستأنف (الطالب) بالنسبة للمدعين وبناء على ذلك تكون حجة المدعين غير مطابقة لمقالهم من حيث وجود المستأنف أي الطالب في المدعى فيه ولا من حيث المستند الخاص وبذلك يكون هذا القرار قد اعتبر رسم استمرار المطلوبين عدد 96 غير كامل في الدعوى الرامية إلى الاستحقاق ورغم ذلك عاد نفس المدعين (المطلوبين) إلى تقديم نفس الدعوى في مواجهة نفس المدعى عليه (الطالب) معتمدين فيها على نفس رسم الاستمرار عدد 96 الذي اعتبره القرار السابق الصادر في الملف عدد 97/5742 المذكور غير عامل في دعوى الاستحقاق إلا أن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه بدلا من أن تقول بسبقية الفصل في موضوع النزاع اعتبرت رسم الاستمرار عدد 96 المذكور عامل في الدعوى الحالية ورتبت على ذلك الحكم للمطلوبين باستحقاق العقار المدعى فيه، مع أن الشيء المطلوب في هذه الدعوى هو نفس ما سبق طلبه في الدعوى السابقة وأنها مؤسسة على

نفس سببها وأنها قائمة بين نفس الخصوم ومرفوعة منهم وعليهم بنفس الصفة مما تكون معه المحكمة والحالة هذه قد خرقت مقتضيات الفصل 451 من ق.ل.ع وعرضت بالتالي قرارها المطعون فيه بالنقض و الإبطال .

وحيث أن محكمة الإحالة مقيدة بالنقطة القانونية التي بثت فيها محكمة النقض .

وحيث أن محكمة النقض بنت قرارها بالإحالة على سبقية البت في الموضوع بمقتضى القرار الاستئنافي عدد 14 بتاريخ 1999/01/12 في الملف 97/5742.

لكن حيث القرار عدد 14 قد تم نقضه وإبطاله بمقتضى قرار محكمة النقض عدد 4/106 المؤرخ في 2016/02/23

وحيث فتح لهذا القرار بعد النقض و الإحالة ملف بهذه المحكمة تحت عدد 2016/1401/1735 حكم بتاريخ 2016/11/25 بتأييد الحكم الابتدائي القاضي باستحقاق المدعين للمدعى فيه .

وحيث إنه اعتبارا لذلك وأمام قرار محكمة النقض عدد 4/106 الأخير الذي أكد على ضرورة البحث في مدى توفر رسم الاستمرار على شروط الملك المتطلبة شرعا والنظر في حجج المطلوب بغاية الترجيح متى كان له محل

وحيث أن محكمة الإحالة قضت بتأييد الحكم الابتدائي بمقتضى قرارها أعلاه الصادر في 2016/11/25 الذي أصبح نهائيا و الذي اعتبر أن الحيازة لا تسعف المستأنف وإن طالت لثبوت وجه مدخل حيازته وهي التصرف بالخبزة نيابة عن المالك. ولكون الشهود المتراجعين في رسم الاستمرار عدد 96 تم تعويضهم بغيرهم وأمام عدم إدلاء المستأنف بأية حجة لتدحض حجة المستأنف عليهم ترى المحكمة تأييد الحكم الابتدائي

لهذه الأسباب

إن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا و حضوريا و انتهائيا تصرح:

في الشكل: بقبول الاستئناف.

و في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف وتحميل المستأنف الصائر .

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات بمقر محكمة الاستئناف بمراكش دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

إمضاء

الرئيس المستشار المقرر كاتب الضبط

الملحق رقم 4

أصل

المملكة المغربية

وزارة العدل

محكمة الاستئناف بمراكش

الغرفة العقارية

قرار رقم: 4732

صدر بتاريخ:

موافق:2016/12/15

ملف رقم بالمحكمة الابتدائية

2014/1403/1

رقم بمحكمة الاستئناف:

2015/1403/4086

المستأنف:

المستأنف عليه :

بمحكمة الاستئناف بمراكش

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

أصدرت محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 15 دجنبر 2016 وهي تبت في المادة – قضايا العقار مؤلفة من السادة:

ذ/ رئيسا

ذ/ مستشارا ومقررا

ذ/ مستشارا

وبمساعدة السيدة كاتبة الضبط

القرار التالي:

بين : السيد

الساكن بالحي الإداري المواريد 283 تمصلوحت ولاية مراكش

موطنه المختار بمكتب الأستاذين و

المحاميين بهيئة مراكش

بوصفها مستأنفين من جهة

والسيدين :

(1) : موطنه بأسكجور الازدهار 2 عمارة 9 المحاميد 9 رقم 18 مراكش

(2) : موطنه بحومة العسيري تمصلوحت ولاية مراكش

موطنهما المختار بمكتب الأستاذ المحامي بهيئة مراكش

بوصفهما مستأنفا عليهما من جهة من أخرى

بناء على مقال الاستئناف والحكم المستأنف ومستنتجات الطرفين ومجموع الوثائق المدرجة بالملف.

وتطبيقا لمقتضيات الفصل 134 و ما يليه و الفصل 328 وما يليه والفصل 429 من قانون المسطرة المدنية.

<u>في الشكل:</u>

حيث بمقتضى مقال مؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2015/08/04 استأنف الأستاذ نيابة عن السيد الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2015/06/29 في الملف عدد 2014/1403/01 والقاضي بعدم صحة التعرض المسجل بكناش 4 عدد 244 بتاريخ 2013/06/04 المقدم من طرف المتعرضين أعلاه وبإحالة الملف على السيد المحافظ على الأملاك العقارية للحوز لاتخاذ ما يراه مناسبا بعد صيرورة الحكم نهائيا وتحميل المتعرض الصائر.

وحيث تم تبليغ المستأنف بالحكم المطعون فيه بتاريخ 2015/07/24 حسب طي التبليغ المرفق، واعتبارا لتوفر الاستئناف على الشروط القانونية يجب قبوله.

<u>في الموضوع:</u>

حيث يؤخذ من وثائق الملف و الحكم المستأنف أن السيد المصطفى لكبيدة تقدم بمطلب لتحفيظ الملك المدعو " الكائن بمركز تمصلوحت بتاريخ 2013/04/02

وسجل تحت عدد 65/7175 و تعرض عليه السيد المستأنف عليهما بتاريخ 2013/06/04 وسجل تعرضهما بالكناش 04 عدد 244 تعرضا جزئيا مطالبين بقطعة من الملك مساحتها 100 م^2، وبعد إحالة ملف التحفيظ على المحكمة للبث في التعرض وبيان أوجه التعرض وجواب طالب التحفيظ أمرت بإجراء خبرة عقارية قام بها الخبير

وبعد تمام الإجراءات أصدرت المحكمة الحكم المذكور أعلاه ، فاستأنفه طالب التحفيظ بواسطة محاميه الاستاذ ملاحظا بأن المحكمة خرجت عن مقتضيات القرار التمهيدي فالخبير المعين أنجز تقريره بكيفية دقيقة ومهنية بشكل يتطابق وروح القرار التمهيدي لما تبين له أن حجج الطرفين تنطبق على واقع الحال وأنه إعمالا للأحقية و المشروعية فإن العقار موضوع رسمي الطرفين عقار واحد مساحة و حدودا وأن العارض طالب التحفيظ يملك المدعى فيه منذ 2003/01/31 بموجب رسم الشراء عدد 330 ص 244 من المالك الأصلي وأن شراءه كان مقرونا بالحيازة ، ولا أدل على ذلك فإن المبيع كان مسيجا من طرفه بالاسمنت و الحديد المسلح كما تبت ذلك من الخبرة ، في حين أن الطرفين المتعرض المستأنف عليهما يرجع شراءهما لنفس العقار لتاريخ 2011/02/25 ولم يسبق لهما أن حازا ما اشترياه مطلقا ، وأنه حجته مرجحة على حجة المستأنف عليهما إلا أن المحكمة أخطأت و نسبت تصريح أحد المستأنف عليهما إلى

الخبير وقضت بناء عليه والذي مفاده أن سبب النزاع القائم بين الطرفين هو أن العارض (المستأنف) لم يستغل الجزء الأمامي من العقار و الذي مساحته هي الفرق بين المساحة المشتراة 200م^2 مع مساحة بقعة المتعرضين والتمس إلغاء الحكم الابتدائي و الحكم بعد التصدي بعدم صحة المتعرضين ثم تقدم المستأنف بواسطة محاميه الاستاذ بمستنتجات جاء فيها بأن تعليل المحكمة لا ينبني على أساس فقد بنته على واقعة غير ثابتة لا وجود لها أصلا وإنما هي مجرد استنتاج خاطئ من طرف الخبير بناه على مجرد أقوال المتعرضين فالخبير لم يعتمد في اعتبار وجود منطقة التراجع على معلومة مؤكدة من طرف الإدارة التي تسلم تراخيص البناء ولا على تصميم التهيئة للمنطقة الموجودة فيها البقعة المذكورة وإنما اعتمد على أقوال المتعرضين وأن التصميم الطبوغرافي المنجز أثناء عملية تحديد مطلب التحفيظ لا يشير بتاتا إلى وجود مساحة منه تدخل ضمن الملك العمومي بل أن التصميم تضمن أن حد ملك العارض الموالي للطريق العمومية الواقعة من جهة الغرب واقع مباشرة على حد طريق ما بين ما بين العلامتين ب4 و ب 5 وأن الحكم بنى قضاءه على مجرد تخمين غير مستمدة من أي دليل يثبت بأن عقاره قد انتزعت منه 100م من جهة الطريق كمنطقة تراجعية وبذلك يكون الجزء المتعرض عليه والبالغ 100 م^2 داخل ضمن ملكه وليس ملكا

مستقلا بذاته يعود للمتعرضين و التمس الإلغاء و الحكم بصحة التعرض.

وأجاب المستأنف عليهما بواسطة محاميهما وبعد استعراضهما لوقائع النازلة لاحظا بأن المستأنف أسس مطلبه على عقار لا يملكه كما يثبت ذلك إعلان انتهاء التحديد المنشور بالجريدة الرسمية والذي ينسجم مع ما أدليا من وثائق من محضر المعاينة المجردة و الوثائق الصادرة عن المحافظة العقارية وأن عقد طالب التحفيظ يتعلق بنفس العقار موضوع البيع كما هو وارد بوثائق المحافظة العقارية وأن عقد طالب التحفيظ يتعلق بنفس العقار موضوع البيع كما هو وارد بوثائق المحافظة وشرائهما المبني على شراءين سابقين وأنهما يدليان بأمر بالهدم رقم 84 ضد المستأنف شأن العقار المدعى فيه وأدليا بصورة من الأمر المذكور.

وبناء على مستنتجات النيابة العامة عدد 16/455 الرامية إلى تطبيق القانون.

وبعد تعقيب المستأنف بواسطة محاميه الاستاذ والأستاذ عن الاستاذ عن المستأنف وتخلف الاستاذ عن المستأنف عليهما رغم الإعلام فقررت المحكمة حجز الملف للمداولة و النطق بالحكم فيه بجلسة 2016/12/08 تم تمديدها لجلسة 2016/12/15

وبعد المداولة طبقا للقانون

التعليل

حيث تبين للمحكمة بعد الإطلاع على التصميم الطبوغرافي المرفق بتقرير الخبرة و الذي لا ينسب إلى تصريح الطرف وجود منطقة الرجوع على الجزء الأمامي للعقار موضوع مطلب التحفيظ أي الموالي لجهة اليمين و المحدود بالطريق، ولما كان مطلب التحفيظ يضم البقعة موضوع التعرض حسب إفادة الخبير بعد تطبيقه لحجتي الطرفين على أرض الواقع ، فالثابت من هذا حصول اقتطاع لمساحتهٔ منطقة الرجوع من عقار المتعرض وأصبح تبعا لذلك مطلب التحفيظ مستغرقا للعقار المذكور ، وبالتالي لا يعمل بمبدأ ترجيح رسمي الشراء أي الأقدم تاريخا للعلة المذكورة مما يتعين معه تأييد الحكم المستأنف

وحيث أن خاسر الدعوى يتحمل صائرها .

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا حضوريا و انتهائيا تصرح :

في الشكل: بقبول الاستئناف.

وفـــي الموضـــوع: بتأييـــد الحكـــم المســـتأنف ويتحميـــل المســـتأنف الصائر .

بهـــذا صـــدر القـــرار فـــي اليـــوم والشـــهر والســـنة أعـــلاه بالقاعـــة العاديـــة للجلســـات بمقـــر محكمـــة الاســـتئناف بمـــراكش دون أن تتغير الهيئة الحاكمة أثناء الجلسات.

إمضاء

الرئيس المستشار المقرر كاتب الضبط

الملحق رقم 5

المملكة المغربية

—

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد: 1/811

المؤرخ في: 2017/12/05

ملف مدني

عدد : 2016/1/1/3744

وزارة الداخلية بصفتها الوصية عن الجماعة السلالية لشرفاء ا

ضد

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ومن معها

بتاريخ : 2017/12/05

إن الغرفة المدنية (القسم الأول) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: وزارة الداخلية بصفتها الوصية عن الجماعة السلالية لشرفاء ، في شخص وزير الداخلية بمكاتبه بالرباط، والجماعة السلالية لشرفاء في شخص نائبها عنوانه إقليم بولمان قيادة ودائرة ميسور. ينوب عنهما الأستاذ المحامي بفاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبة – من جهة –

وبين: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص وزيرها بمكاتبه بالرباط، ينوب عنها الأستاذ المحامي بفاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض. ونظارة أوقاف يمثلها ناظر أوقاف الكائن مقره بنظارة أوقاف ، ونظارة أوقاف صفرو (سابقا) يمثلها ناظر أوقاف صفرو الكائن مقره بنظارة أوقاف صفرو.

المطلوبات – من جهة أخرى–

وبحضور: - المحامي العام للملك لدى محكمة النقض بالرباط.

- الدولة المغربية في شخص الوزير الأول الكائن مقرها بالرباط
- المحافظ على الأملاك العقارية
- العون القضائي للمملكة بمكاتبه بالرباط.

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2016/04/29 من طرف الطالبة أعلاه بواسطة نائبها المذكور والرامي إلى نقض القرار رقم 86 الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 2009/02/18 في الملف عدد 8/08/214.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2017/04/06 من طرف المطلوبة في النقض وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بواسطة نائبها المذكور والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2017/10/30.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2017/12/05.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر محمد ، والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد .

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف انه بناء على التحديد الإداري رقم 400 المعلن عن انطلاق عملية التحديد بمقتضى المرسوم رقم 171-92-2، الصادر بتاريخ 1992/03/24 بشان الملك الجماعي المسمى " و" " والكائن بإقليم بولمان دائرة ، قيادة دوار اعياط.

وانه بناء على مطلب تحفيظ قدم بتاريخ 95/07/20 لدى المحافظة العقارية تحت عدد 41/1286 طلب ناظر أوقاف إقليم بولمان نيابة عن احباس مسجد اعياط تحفيظ الملك المسمى " " الكائن بجماعة القصابي، إقليم بولمان المحددة مساحته في آرين اثنين و20 س، بصفتها مالكة له حسب الحيازة الطويلة والهادئة بدون منازع، وهو المطلب المعتبر تأكيدا للتعرض على التحديد الإداري المذكور أعلاه.

فسجل المحافظ على الأملاك العقارية خ 2001/10/02 (كناش 4 عدد 4) التعرض الكلي المتبادل مع التحديد الإداري رقم 400.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية ، وإجرائها بحثا بتاريخ 2003/01/22، أصدرت حكمها رقم 113 بتاريخ 2003/04/02 في الملف 2002/89 بعدم صحة تعرض ناظر أوقاف إقليم بولمان. فاستأنفته نظارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. فقضت محكمة الاستئناف المذكورة بتأييد الحكم المستأنف، وذلك بمقتضى قرارها عدد 22 بتاريخ 2005/06/15 في الملف عدد 8/04/75 والذي نقضه المجلس الأعلى سابقا بمقتضى قراره عدد 1571 وتاريخ 2008/04/23 في الملف عدد 2006/1/1/1146 بعلة "انه من الثابت فقها ان الحبس يمكن إثباته ولو ببينة السماع عندما يشهد شهودها أنهم لازالوا يسمعون من الثقاة وغيرهم منذ عشرين سنة، بان المشهود فيه حبس، ويحترم بحرمة

م.ح

2016-1-1-3744
2017-12-05
811

الاحباس وان الطاعنة اعتمدت حيازتها للمدعى فيه، وتمسكت بها، إلا أن القرار اعتبر الحيازة بيد المطلوبة في النقض دون أن يبين من أين استقى ذلك، فجاء فاسد التعليل".

وبعد الإحالة وإدلاء الطرفين بمستنتجاتهما قضت محكمة الاستئناف المذكورة بإلغاء الحكم المستأنف، والحكم من جديد بصحة تعرض نظارة الأوقاف بصفرو على التحديد الإداري رقم 400. وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض حاليا من الطاعنة **بوسيلتين**.

حيث تعيب الطاعنة القرار **في الوسيلة الأولى** بسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك انه علل بأنه "يكتفي في بينة الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه، أن يشهد شهودها بان الملك حبسي يحاز بما تحاز به الاحباس ويحترم بحرمتها". إلا أن الطرف المتعرض لم يدل بأية بينة يشهد شهودها بالصفة الحبسية للملك موضوع النزاع، وان المدلى به من طرف النظارة المتعرضة، هو مجرد رسم إحصاء من صنعها، ولا يرقى إلى درجة بينة الحبس التي يتحدث عنها القرار في تعليلاته، ولا يتضمن صيغة الشهادة المطلوبة في بينة الحبس المعتبرة قانونا.

وتعيبه **في الوسيلة الثانية** بانعدام التعليل – سوء التعليل الموازي لانعدامه ذلك انه علل بان "وزارة الأوقاف تمسكت بالحيازة الطويلة والهادئة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق اكرائه للغير، وان الحيازة تعد قرينة على الملك ولا ينتزع الشئ من يد حائزه إلا بحجة قوية"، إلا أن النظارة المتعرضة لم تدل بأية حجة تفيد حيازتها وتصرفها في المدعى فيه وفق الشروط المتطلبة قانونا، ومع ذلك فان المحكمة مصدرته اعتبرتها الحائزة والمتصرفة في المدعى فيه لمجرد تمسكها بالحيازة والتصرف، ودون تكليفها بإثبات ذلك، وكان عليها أن تتحقق من هوية الحائز وسلفه بالعقار وهوية الجهة الواقفة ومن مدة الحيازة عن طريق الأمر بإجراء معاينة ميدانية في إطار تحقيق الدعوى.

لكن، ردا على الوسيلة الأولى فإنها غير مؤسسة ما دام انه لم يرد في تعليل القرار المطعون فيه ما ورد فيها، وبخصوص الوسيلة الثانية فان المحكمة غير ملزمة بإجراء أي تحقيق إلا إذا كان ضروريا للفصل في النزاع، وان الطاعنة لم تدع حيازة المدعى فيه أمام محكمة الموضوع، وانه رغم تمسك المطلوبة في النقض بحيازة المدعى فيه حيازة طويلة عن طريق الكراء للغير بدون معارض يعارضها، فان الطاعنة لم تثبت عكس ذلك أمام محكمة الموضوع، ولذلك فان القرار حين علل بان "النظارة تمسكت في تعرضها على القطعة موضوع التحديد الإداري، والتي تشكل مطلب تحفيظها على حيازتها الطويلة الأمد عن طريق الكراء للغير بدون معارض عارضها، وانه بالمقابل لم يدل الطرف الآخر صاحب التحديد الإداري بأية حجة تدل على تملكه لذلك العقار، وان تمسكه بمقتضيات الظهير المؤرخ في 1924/02/18 لا يمكن الالتفات إليه ما دام أن ذلك التحديد لم يصبح بعد نهائيا، وان عملية التحديد في مرحلتها هاته لا ترق في قيمتها إلى قيمة حيازة النظارة للعقار الحيازة الطويلة والهادئة والتصرف في المدعى فيه عن طريق الكراء مع سكوت المستأنف عليها الجماعة السلالية دون عذر مقبول، وان الحيازة قرينة على الملك وتدل عليه ولا ينتزع الشئ

من حائزه إلا بحجة أقوى". فانه نتيجة لما ذكر كله، يكون القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا، والوسيلة أعلاه على غير أساس.

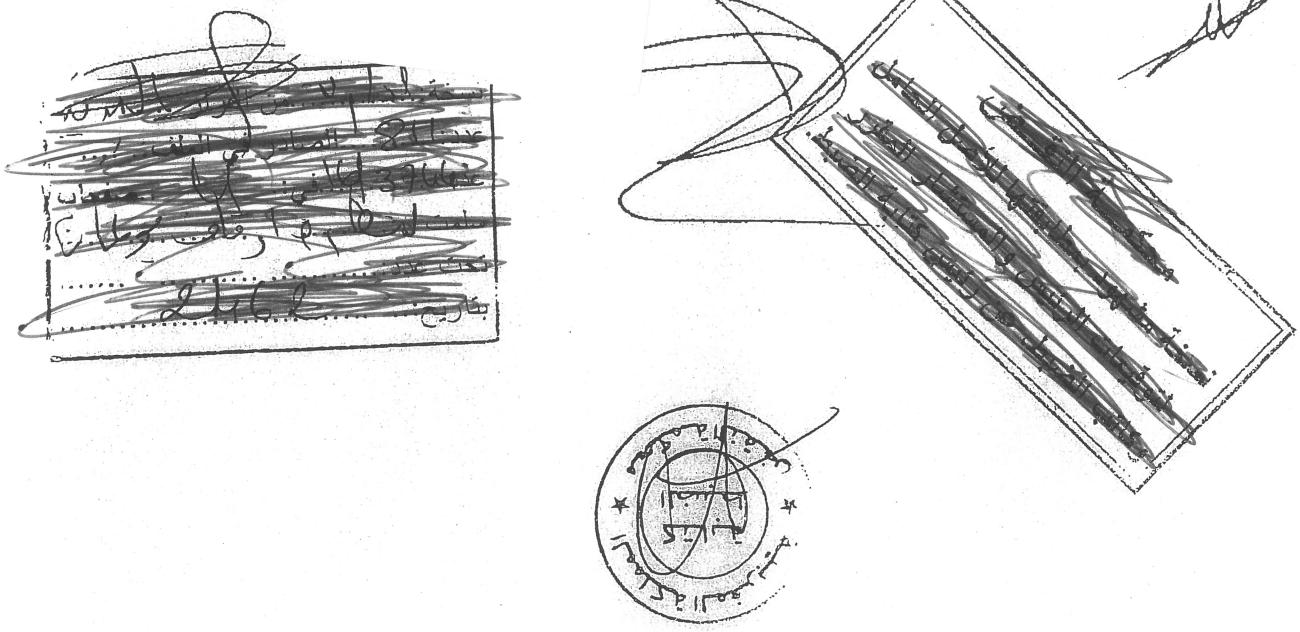
لهـذه الأسباب

قضت المحكمة برفض الطلب وبتحميل صاحبه الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: . رئيسا. والمستشارين:

. مقررا. و ، و ، و . أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد . وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة .

الرئيس المستشار ال كاتبة الضبط



منتدبـــة قضائيـــة

الملحق رقم 6

المملكة المغربية الحمد لله وحده باسم جلالة الملك وطبقا للقانون	القرار عدد: 1/579 المؤرخ في: 25-11-2014 ملف مدني عدد : 2187-1-1-2014 ناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية بتازة ضد الدولة المغربية ومن معها

بتاريخ : 25-11-2014

إن الغرفة المدنية (القسم الأول) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين : ناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية بتازة، الكائن مقره بشارع سيدي محمد بلحاج تازة العليا، ينوب عنه الأستاذ "حامي" والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

طالبا من جهة-

وبين: الدولة المغربية في شخص الوزير الأول بمكاتبه بالرباط، والمندوبية السامية للمياه والغابات في شخص المندوب السامي لدى الوزير الأول بمكاتبه بالرباط، والمديرية الجهوية للمياه والغابات في شخص المدير الجهوي بتازة، ورئيس المصلحة الاقليمية للمياه والغابات بتازة، والوكيل القضائي للمملكة بمكاتبه بوزارة المالية بالرباط. ينوب عنهم الأستاذ حسن عصام المحامي بهيئة تازة والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

مطلوبين- من جهة أخرى -

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2014/03/03 من طرف الطالب أعلاه بواسطة نائبه المذكور والرامي إلى نقض القرار رقم 51 الصادر عن محكمة الاستئناف بتازة بتاريخ 2013/04/15 في الملف عدد 2012/140.

وبناء على مذكرة جواب المطلوبين في النقض بواسطة محاميهم المودعة بتاريخ 2014/06/26 والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2014/10/20.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2014/11/25.

و بناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما وعدم حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد . والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد .

و بعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف أنه بمقتضى **مطلب تحفيظ** قيد بالمحافظة العقارية بتازة بتاريخ 2000/01/25 تحت عدد 21/4573 طلب ناظر الأوقاف والشؤون الإسلامية بتازة تحفيظ الملك المسمى " الكائن بإقليم تازة ملحقة ، حددت مساحته في 25 آرا و34 سنتيارا باعتباره ملكا حبسيا عن طريق الحيازة الطويلة والهادئة، **فتعرض** على المطلب المذكور بتاريخ 2003/01/13 (كناش 7 عدد 789) رئيس المصلحة الإقليمية للمياه والغابات مطالبا بكافة الملك باعتباره ملكا غابويا حسب القرار الوزيري المؤرخ في 1932/11/19 والإعلان بالجريدة الرسمية عدد 1051 بتاريخ 1932/12/26 وإعلان تحديد الملك الغابوي ومحضر التحديد بتاريخ 1931/09/30.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بتازة ، وإجرائها معاينة على محل النزاع رفقة الخبير عبد القادر بوزيان ، أصدرت حكمها رقم 36 بتاريخ 2011/11/10 في الملف عدد 22/10/16 **بصحة التعرض** المذكور. **فاستأنفه** طالب التحفيظ **وأيدته محكمة الاستئناف** المذكورة بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض من الطاعن أعلاه **بست وسائل.**

<u>فيما يخص الوسيلتين الأولى والثالثة.</u>

حيث يعيب الطاعن القرار **في الوسيلة الأولى** بخرق الفصل 342 من قانون المسطرة المدنية ذلك أن المقرر لم ينجز أي تقرير في الملف وبالتالي لم تتم تلاوته دون إعفاء من الرئيس أو استشارة للأطراف في غياب تحرير المقرر لتقريره.

نسخة ادارية

2014-1-1-2187
2014-11-25
1/.579.....

م.ح

ويعيبه **في الوسيلة الثالثة** بخرق مقتضيات الفصل 45 من ظهير التحفيظ العقاري التي تنص على أن مناقشة القضية تبتدئ بتقرير المستشار المقرر والحال بالرغم ما أشير إليه من إعفاء من طرف الرئيس من هذه التلاوة وعدم معارضة الأطراف فإنه لا وجود لأي تقرير بالملف.

لكن ، ردا على الوسيلتين أعلاه معا لتداخلهما، فإن نص الفصل 45 من ظهير التحفيظ العقاري ــ الواجب التطبيق في النازلة ــ لا يتحدث عن وجوب إعداد تقرير مكتوب يتعين إيداعه بالملف وإنما عن تقرير المستشار المقرر الذي يعرض القضية والمسائل المطلوب حلها عند بداية المناقشات ، وهو إجراء مسطري لا يشكل الإخلال به سببا للنقض إلا إذا أضر بأحد الأطراف وهو ما لا يدعيه الطاعن ، والوسيلتان بالتالي غير جديرتين بالاعتبار.

<u>وفيما يخص الوسيلة الثانية.</u>

حيث يعيب الطاعن القرار فيها بخرق مقتضيات الفصلين 34 و 43 من ظهير التحفيظ العقاري ذلك أن المحكمة مصدرته اعتبرت الوقوف على عين المكان المنجز ابتدائيا بمؤازرة الخبير السيد

قد أنجز طبقا للفصل 34 ، والحال أن الخبير المذكور ليس مهندسا طبوغرافيا كما يقتضيه الفصلان 34 و43 وبالتالي لم يكن له أن يصاحب القاضي في المعاينة ولا أن يقوم بمطابقة الحجج على العقار وإجراء الخبرة .

لكن، ردا على الوسيلة أعلاه، فإن استعانة المحكمة بمهندس مساح طبوغرافي خلال المعاينة ليس إلزاميا طبقا للفصلين 34 و43 المذكورين حيث استعمل المشرع اصطلاح "عند الاقتضاء"، وبالتالي لا يضير المعاينة الاستعانة بخبير ترى المحكمة أنه يفي بما تحتاجه من معلومات تقنية، والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار.

<u>وفيما يخص الوسيلة الرابعة.</u>

حيث يعيب الطاعن القرار فيها بخرق الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود ذلك أنه اعتمد محضر التحديد الذي هو مجرد صورة لا ترقى إلى درجة الاعتبار القانوني ولم تتم المصادقة عليها من طرف الجهات المختصة، وهي بالتالي وثيقة لا تلزمه ولم يكن في حاجة إلى الطعن في مضمونها.

لكن ، ردا على الوسيلة أعلاه ، فإن نشر القرار الوزيري بشأن المصادقة على تحديد غابة " باب أزهار" الذي تتمسك مصلحة المياه والغابات بكون العقار موضوع المطلب المتعرض عليه يقع داخل وعائه بالجريدة الرسمية عدد 1051 وتاريخ 1932/12/16 أغنى المحكمة عن البحث في حجية الصور الشمسية لمحضر التحديد والوثائق المرفقة به من تصميم ومرسوم المصادقة والوسيلة بالتالي على غير أساس.

نسخة إدارية

وفيما يخص الوسيلة الخامسة.

حيث يعيب الطاعن القرار فيها بخرق الفصل 5 من الدستور ذلك أنه خلافا لما عللت به فإن جميع الوثائق المدلى بها أمامها يجب أن تكون محررة باللغة العربية لتي هي اللغة الرسمية للدولة بموجب الدستور، كما أن الفصل 5 من القانون 64-3 بتاريخ 1965/01/26 المتعلق بتوحيد المحاكم ينص على أن العربية هي وحدها لغة المداولات والمرافعات والأحكام في المحاكم وهو ما أكده الفصل 1 من قرار وزير العدل رقم 65-414 بتاريخ 1965/06/29 وكذا منشور الوزير الأول رقم 98-58 بتاريخ 1998/12/11 وأيضا ما واكبه الاجتهاد القضائي.

لكن، ردا على الوسيلة أعلاه، فإن قانون 26-1-1965 المتعلق بتوحيد المحاكم كما ينص في فصله الخامس حسب ما أشير إليه في الوسيلة أعلاه فهو لا يوجب على المتقاضين الإدلاء بحججهم باللغة العربية. الأمر الذي يكون معه القرار غير خارق للمقتضيات المحتج بها. والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار.

وفيما يخص الوسيلة السادسة.

حيث يعيب الطاعن القرار فيها بنقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك أنه دفع بعدم إمكانية الاحتجاج بنهائية التحديد الغابوي في مواجهة الأوقاف إلا أن المحكمة لم تجب عن الدفع مكتفية برد مبهم، وهو ما يتمسك به قياسا على عدم إمكانية مواجهتها بقاعدة التطهير الناجمة عن تأسيس الرسم العقاري واستنادا على الفصل 75 من ظهير 1915/06/02 المطبق على العقارات المحفظة في أن الأحباس تبقى خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الإسلامية، كما أن المحكمة لم تعتبر حيازة الأوقاف للمدعى فيه (باب إسرافيل) وتصرفها فيه منذ زمن بعيد يمتد لما قبل سنة 1931 وإلى الآن بدون منازع بواسطة الكراء للغير بمقتضى رسم حوالة الحبسية الموجود طي الملف، وقبل التحديد الغابوي نفسه، وأن محضر المعاينة المجراة ابتدائيا وعلى علته لما سبق بسطه أكد الوجود الفعلي للقطعة (ب [illegible]) باسمها وأوصافها وأيضا انطباق رسم الحوالة الحبسية عليها اسما ومساحة وحدودا مع اختلاف طفيف في أسماء الجوار بفعل الزمن ، وأنه مما يقوي موقفهم أن الأرض الحبسية فلاحية وتحد بأراضي أشخاص ذاتيين وليس بالغابة .

لكن، ردا على الوسيلة أعلاه، فإن تطبيق المقتضيات القانونية التي تنظم الحبس رهين بإثبات الصبغة الحبسية للمدعى فيه، وأن الحجة التي لا تنطبق على محل النزاع لا عمل بها، وأن المعاينة المجراة خلال المرحلة الابتدائية ــ خلافا لما أثاره الطاعن ــ لا تفيد انطباق الحوالة الحبسية على العقار المدعى فيه، وأن المحكمة حين تأييدها للحكم الابتدائي تكون قد تبنت حيثياته التي جاء فيها إن "المعاينة المضمنة بالمحضر المؤرخ في 2011/04/20 أفادت أن المدعى فيه يدخل ضمن الوعاء الغابوي المحدد بمقتضى التحديد النهائي المشار إليه، كما تبين أن رسم الحوالة الحبسية المضمنة بعدد 891 ص 304

2014-1-1-2187
2014-11-25
نسخة ادارية
1/579.....

جاء مطابقا على المدعى فيه من حيث الإسم، أما من حيث الحدود المشار إليها برسم الحوالة فقد تبين أنها غير موجودة بعين المكان باستثناء أولاد صالح من جهة الشمال ،..وأنه تبعا لذلك تكون الحوالة الحبسية المدلى بها من طرف طالب التحفيظ غير مطابقة للمدعى فيه خلافا للتحديد الإداري الذي جاء مطابقا" فإنه نتيجة لما ذكر كله كان القرار معللا تعليلا كافيا، وتبقى العلة الأخرى المنتقدة علة زائدة يستقيم قضاء المحكمة بدونها، والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار.

لهـذه الأسباب

قضت المحكمة برفض الطلب وبتحميل صاحبه الصائر.

و به صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من **السادة:** رئيس الغرفة ـ رئيسا. والمستشارين: – **عضوا مقررا.** و ، و ، و – **أعضاء.** وبمحضر **المحامي العام** السيد . وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة

الرئيس **المستشار المقرر** **كاتب الضبط**

محكمة النقض
نسخة مشهود بمطابقتها
الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار
المقرر وكاتب الضبط
عن رئيس كتابة الضبط

محكمة النقض
نسخة طبق الأصل

25 نونبر 2014

نسخة ادارية

الملحق رقم 7

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد : 4/122
المؤرخ في : 5-3-2019
ملف مدني
عدد 2018/4/1/8158

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

ضد

ومن مع

بتاريخ : 5-3-2019

إن الغرفة المدنية القسم الرابع

بمحكمة النقض

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه :

بين :

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص السيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بمكتبه بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمشور السعيد بالرباط.

– السيد ناظر أوقاف ، بصفته ممثلا للنظارة بمكتبه بنظارة الأوقاف بطنجة.

ينوب عنها الأستاذ المحامي بهيئة الرباط، المقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبة

نسخة عادية

وبين :

–

الساكن بزنقة الياسمين رقم 4 ساحة موزار عمارة اوريدا طنجة.

ينوب عنه الأستاذان و المحاميين بهيئة طنجة، المقبولين للترافع أمام محكمة النقض

- المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بطنجة بني مكادة.

المطلوبين

بحضور: الوكيل القضائي للمملكة بوزارة الاقتصاد والمالية بالرباط

المملكة المغربية
كتابة الضبط
محكمة النقض

بناء على المقال المودع بتاريخ 2018/12/13 من طرف الطالبة بواسطة نائبها الأستاذ المحامي بهيئة الرباط المقبول للترافع أمام محكمة النقض، الرامي إلى اعادة النظر في قرار محكمة النقض عدد 4/399 الصادر بتاريخ 2017/7/4 في الملف رقم 2016/4/1/4482.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2019/1/18 من طرف المطلوب الأول بواسطة نائبه الأستاذين و المحاميين بهيئة طنجة، المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، الرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على مستندات الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ : 2019/1/29

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ: 2019/3/5.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم .

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد الرامية إلى رفض الطلب.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يؤخذ من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه أن الطاعنة تقدمت بمقال أمام المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 2007/02/16 عرضت فيه أن لها مجموعة من الأملاك الحبسية الموصوفة بالمقال، وأنها طلبت تحفيظ ثلاثة منها، هي " و" و"، لكن المحافظ على الأملاك العقارية ألغى المطلب عدد 61/629 المتعلق بولجة العاقل، لدخوله في الملك موضوع الرسم العقاري عدد 61/4140 العائد للمطلوب الأول الذي اعتمد في مطلب تحفيظه على شراء عرفي يفتقد أصل التملك، ولم يذكر في المطلب المذكور الحدود الغربية المتمثلة في ملك الأحباس فحرم الطاعنة من التعرض على تحفيظ ملكها، والتمست الحكم بأن الأرض موضوع رسم المطلوب المذكور حبسا عاما يحاز بما تحاز به الأحباس وتقييد ذلك على نفس الرسم العقاري، وأجاب المطلوب الأول عبد السلام بولعيش بأن المدعى فيه ملكه، محفظ باسمه، ولا حق للطاعنة في مناقشة ذلك وفقا للفصل 64 من قانون التحفيظ العقاري وأن مقال الدعوى على غير أساس، وبعد انتهاء الأجوبة والردود أصدرت المحكمة الابتدائية حكما تحت رقم 1038 بتاريخ 2008/04/03 في الملف رقم 13/207/716 قضى "**برفض الطلب**"، واستأنفته الطاعنة مصممة على طلبها، وبعد البحث والوقوف على عين المكان، أصدرت محكمة الاستئناف قرارا تحت رقم 120 بتاريخ 2010/06/16 في الملف رقم 1201/09/871 "**بتأييد الحكم المستأنف**"، تم الطعن فيه بالنقض من طرف الطاعنة فقضت محكمة النقض بقرارها رقم 4843. وبعد إحالة القضية على محكمة الاستئناف وقفت على

عين المكان، ثم أمرت بخبرة أنجزها الخبير ، الذي خلص في تقريره إلى أن الطاعنة تطالب بجميع القطعة الأرضية المسماة " " البالغة مساحتها 7 هكتارات و65 آرا. وبعد معاينة ثانية، أصدرت محكمة الاستئناف قرارا رقم48 الصادر بتاريخ 2016/02/16 في الملف رقم 13-2013/1401 **"بتأييد الحكم المستأنف"**، تم الطعن فيه بالنقض من طرف الطاعنة فأصدرت محكمة النقض قرارا **"برفض الطلب"**، وهو القرار المطعون فيه بإعادة النظر بمقال تضمن سببا وحيدا، والتمس المطلوب الأول رفض الطلب.

في السبب الوحيد

حيث تعيب الطاعنة القرار بخرق القانون، ذلك انه خرق الفصل 379 من قانون المسطرة المدنية، فالطاعنة أثارت في مقال الطعن بالنقض سابقا خرق المادة 48 من مدونة الأوقاف التي تنص على إمكانية إثبات الحبس بكراء الملك المحبس للغير، كما أثارت خرق المادة 50 من نفس القانون والفصلين 66 و67 من قانون التحفيظ، والقاعدة القاضية بأن حيازة التبرعات تثبت بكراء المتبرع به من طرف المتبرع له وأن المحافظ مؤسس الرسم العقاري كان إما مفرطا او متواطئا وكلا الأمرين يبرران النقض. وأثارت خرق قواعد الفقه المالكي القاضية بأنه يكفي لإثبات الحبس وملكية المحبس عليه للشيء موضوع التحبيس أن يشهد الشهود بمعرفة المحبس والمحبس عليه والملك المحبس، وأنه يحاز بما تحاز به الأحباس، والقرار المطلوب إعادة النظر فيه لم يجب عن هذه الوسائل واكتفى بأن المحكمة مصدرة القرار المطلوب نقضه وقفت على عين المكان صحبة خبير وتبين لها أن الرسم الذي تستدل به الطاعنة لا ينطبق على المدعى فيه، فلم تتناول هذه العلة ما تمسكت به الطاعنة ولم تطبق عقود الكراء ولم تستمع للمكترين. كما أن القرار المطعون فيه صدر خارقا للفصل 9 من قانون المسطرة المدنية فيما لعدم استدعائه النيابة العامة وعدم تقديمها مستنتجاتها، مما يوجب إعادة النظر فيه.

لكن، حيث إن انعدام التعليل المعتبر سببا لإعادة النظر في قرارات محكمة النقض هو الحالة السلبية المتمثلة في عدم الجواب عن وسيلة أو جزء من وسيلة أو دفع بعدم القبول، وقرار محكمة النقض المطلوب إعادة النظر فيه قد أجاب عما أثير في وسائل النقض المستدل بها في سبب إعادة النظر بأن محكمة الاستئناف عاينت أن رسم التحبيس الذي يشهد بحبسية البقع الأرضية الثلاث: [illegible] ، لا ينطبق في ما يشهد به على المدعى فيه الذي تم تحفيظه لفائدة المطلوب، والمجادلة في تعليل محكمة النقض لا يعد من أسباب إعادة النظر، وباقي ما أثير بشأن النيابة العامة لم يسبق إثارته ضمن وسائل النقض فكان بذلك جديدا لا يشكل سببا لإعادة النظر، وما به غير جدير بالاعتبار.

المملكة المغربية
كتابة
محكمة النقض

2019-03-05

2019-1-122

"لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب، وعلى الطاعنة المصاريف، وتبقى الغرامة المودعة ملكا للخزينة العامة.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد .

رئيسا والمستشارين السادة : مقررا، و و و

أعضاء وبمحضر المحامي العام السيد ، وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة

الرئيس المستشار المقرر

محكمة النقض كتابة الضبط
نسخة مشهود بمطابقتها للأصل الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط، عن رئيس كتابة الضبط.

المملكة المغربية كتابة الضبط محكمة النقض

نسخة مدفوعة الجزاء ملف
عدد 6/12
عدد 48 في صفحات
سلمت وزارة العدل
قبضت مبلغ
بتاريخ

19 يونيو 2019

الملحق رقم 8

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

نسخة عادية

القرار عدد : **1/55**
المؤرخ في : 2015/02/10
ملف شرعي
عدد : **2013/1/2/731**

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية ومن معه

ضد

ورثة ومن معهم

بتاريخ: 2015/02/10.

إن غرفة الأحوال الشخصية والميراث – القسم الأول

بمحكمة النقض.

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه :

بين : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية بمكتبه بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمشور السعيد بالرباط.

-ناظر أوقاف الرباط، بصفته ممثلا للنظارة، بمكتبه بنظارة أوقاف الرباط.

ينوب عنهما الأستاذ محمد القدوري المحامي بهيئة الرباط والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبين

وبين : ورثة وهم:

و

الساكنين بدرب سيدي العربي بن السايح، رقم 7 المدينة القديمة الرباط

ينوب عنهم الأستاذ المحامي بهيئة الرباط والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

المطلوبين

بحضور:

الساكن بزنقة سيدب إبراهيم التاديلي، رقم 3 مكرر، الطابق العلوي بالرباط

بناء على عريضة النقض المودعة بتاريخ 07 غشت 2013 من طرف الطالبين المذكورين حوله بواسطة نائبهما الأستاذ والرامية إلى نقض القرار رقم 81 الصادر بتاريخ 2013/04/03 في الملف عدد 1620/2012/223 عن محكمة الاستئناف بالرباط.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 27 يناير 2014 من طرف المطلوبين في النقض بواسطة نائبهم الأستاذ والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 2014/12/30 .

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2015/02/10 .

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد الرامية إلى نقض القرار المطعون فيه.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من وثائق الملف والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه أن المطلوبين و و و و ورثة ، وهم و و و تقدموا بتاريخ 11 مايو 2010 بمقال الى المحكمة الابتدائية بالرباط، عرضوا فيه أنه سبق لهم أن باشروا دعوى الإفراغ للاحتلال بدون سند في مواجهة المدعى عليه ، إلا أنه أدلى بعقد حبس يتضمن أن المرحوم بن بن حبس قيد حياته جميع الدار المملوكة لهم الكائنة بالرباط سيدي ابراهيم التادلي بمقتضى عقد الحبس المضمن تحت عدد 798 كناش النسخ 2 بتاريخ 23 مارس 2009 توثيق الرباط، وأوضحوا بأن عقد الحبس المذكور باطل لعدم توفر شروط الحوز وعدم معاينة البينة على إخلاء الدار من جميع شواغل

لمحبس وأمتعته ولانعدام شرط استمرار الإخلاء لمدة سنة من تاريخ الإشهاد بالمعاينة، والتمسوا طلان عقد الحبس المنجز من طرف لفائدة ضريح الوالي الصالح سيدي العربي بن السايح بالرباط والتشطيب عليه من سجلات وزراة الأوقاف ونظارة الأوقاف.

وأجابت نظارة أوقاف الرباط بأن المحبس عليه حاز الشيء المحبس، وأن العدلين المحررين لعقد الحبس شهدا بقبض الدار من يد المحبس وحوزها منه فارغة من شواغله وأمتعته، وأنه من الناحية الواقعية فالدار يستغلها المحبس عليه الذي هو الولي الصالح سيدي العربي بن السايح بواسطة ناظره، وذلك عن طريق كرائها وقبض واجبات الكراء والتمست أساسا عدم قبول الطلب واحتياطيا رفضه.

وأجاب المدعى عليه بأن صفة المدعين غير ثابتة طبقا للفصلين 1 و 32 من ق.م.م وأن الدار موضوع النزاع يشغلها عن طريق الكراء منذ سنة 1967 والتمس عم قبول الطلب واحتياطيا رفضه.

وبعد انتهاء الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية المذكورة بتاريخ 2011/6/3 برفض الطلب، فاستأنفه المدعون. وبعد جواب وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وإجراء المسطرة قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض الطلب وتصديا الحكم بعدم صحة عقد الحبس المنجز بتاريخ 2009/3/23 والمضمن تحت عدد 789 كناش النسخ رقم 2 بشعبة التوثيق بقسم قضاء الأسرة بالرباط. وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال أجاب عنه المطلوبون بواسطة دفاعهم والتمسوا رفض الطلب.

وحيث تعيب الطاعنة القرار في الوسيلة الأولى والثانية مجتمعتين للارتباط بخرق القانون وقواعد الفقه وانعدام الأساس القانوني، ذلك أن المدعين لم يثبتوا صفتهم في الادعاء وكذا علاقتهم بالمحبس، مما كانوا معه غير متوفرين على الصفة، وأن الحبس ينعقد بالإيجاب والقبول وينفذ بالقبض، وأن الثابت من رسم الحبس أن العدلين تلقيا الإشهاد بالتحبيس شهدا بأن السيد حضر وقبض الدار من يد المحبس العدل لجانب المحبس عليه الضريح المذكور فارغة من شواغله وأمتعته كما يجب، وأن هذا الإشهاد يعتبر شهادة رسمية لا يمكن إثبات عكسها إلا بحجة موازية ولا يمكن الطعن فيها إلا بالزور عملا بالفصل 419 من ق.ل.ع. وما تضمنه القرار من ما يرد في رسم التبرع من معاينة الحوز وتسليم المال للمحبس عليه فارغا من شواغله يعتبر واقعة مادية يمكن إثبات ما يخالفها بكل وسائل الإثبات الممكنه، وهذا ما

المملكة المغربية
محكمة النقض

حبس التي أثبتت انها هي التي تقبض كراء الدار موضوع النزاع من مكتريها باعتبارها دارا بسية، ومن ثم، فإن القبض لواجب الكراء يغني عن معاينة الحوز وفق ما هو مقرر فقها، وأن قرار لما لم يعتبر غلة الدار الحبسية وسيلة لإثبات حوزه يكون خارقا لقاعدة فقهية استقر عليها ضاء محكمة النقض، وهو ما أكدته المادة 130 من مدونة الحقوق العينية وكذا المادة 26 من مدونة لأوقاف، وأن الثابت من رسم التحبيس وكذا من الرسم العقاري عدد 03/145883 أن الدار وضوع الدعوى حفظت في اسم الجهة المحبس عليها، وأنها هي التي تستغلها، وأن مكريها تمسك ذلك، وأن المحكمة لما لم تعتبر ما ذكر وتناقشه وترد عليه جاء قرارها فاسد التعليل يتنزل منزلة نعدامه ومعرضا للنقض.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه لئن كان من المقرر فقها وقضاء أن الحيازة في دار السكنى في الحبس تتمثل في معاينة إخلائها من شواغل المحبس وأمتعته وعدم عودته إليها قبل انقضاء مدة سنة على تاريخ الإخلاء، فإن المحكمة مصدرة القرار لما عللت ما انتهت اليه في منطوق قرارها بعدم الحوز لعدم إخلاء العين المحبسة من شواغل المتصدق وأمتعته وعدم عودته إليها مدة تزيد على سنة والحال أن شرط الحوز على نحو ما هو مقرر فقها وقضاء متوفر في نازلة الحال بمعاينة العدلين المحررين لرسم الحبس المضمن بعدد 798 بتاريخ 23 مارس 2009 كناش النسخ رقم 2 اللذين شهدا " بأن حضر لديهما وقبض الدار من يد المحبس العدل بن لجانب المحبس عليه الضريح المذكور وحازها منه فارغة من شواغله وأمتعته كما يجب، وأن العين المحبسة بعد أصبحت تستغلها جهة الحبس لفائدة الجهة المحبس عليها بالكراء لمدة طويلة حسبما بتواصل الكراء التي بإحدى تواصيلها سنة 1967 وما بعدها، مما يعزز الحيازة الموما إليها أعلاه لما في العمل المطلق " وعن معاينة حوز يكفي *** عقد الكراء ونحوه في الوقف". والمحكمة لما لم تتحقق من الحيازة المدعى بها عن طريق الكراء قبل حصول المانع فإنها لم تجعل لما قضت به اساسا وعرضت قرارها للنقض.

لهـــذه الأسبـــاب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية وطرفيها على نفس المحكمة للبت فيها من جديد طبقا للقانون وتحميل المطلوبين المصاريف.

و به صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيسا و المستشارة

المستشارين: و و و أعـضاء. وبمحـضر

المحامي العام السيد وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة .

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

نسخة عاريه.....من القرار المرخص..
عدد.....الصادر في الملف.....
عدد.....13/1/431.....
.....
سلمت لك.....
تحت عدد.....

11 نونبر 2015

محكمة النقض
نسخة مشهود بمطابقتها للأصل
الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار
المقرر وكاتب الضبط
عن رئيس كتابة الضبط

المملكة المغربية
كتابة الضبط
محكمة النقض

الملحق رقم 9

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد: 5475
المؤرخ في : 13-12-2011
ملف مدني
عدد 3044-1-1-2010

الدولة "الملك الخاص"

ضد

الأوقاف العامة في شخص وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية

بتاريخ : 13-12-2011

إن محكمة النقض ـ الغرفة المدنية القسم الثامن ـ في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: الدولة "الملك الخاص" يمثلها مدير أملاك الدولة والكائن مقره بالحي الإداري أكدال الرباط ينوب عنه رئيس دائرة أملاك الدولة بالحسيمة .

طالبا- من جهة-

وبين: الأوقاف العامة في شخص السيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية الكائن بمكاتبه بالوزارة بالرباط ينوب عنه ناظر أوقاف الحسيمة .

ينوب عنه الأستاذ ا- حامي بهيئة الناظور والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

مطلوبة – من جهة أخرى –

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2010/06/22 من طرف الطالب أعلاه. والرامي إلى نقض القرار رقم 157 الصادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة بتاريخ 2010/03/09 في الملف عدد 08/8/649 .

وبناء على مذكرتي الجواب المدلى بهما من طرف المطلوبة في النقض بواسطة نائبها الأولى بتاريخ 2011/02/18 والثانية بتاريخ 2011/06/06 والراميتين إلى رفض الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على الأمر بالتخلي الصادر بتاريخ 2011/10/31 وتبليغه.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2011/12/13.

و بناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما وعدم حضورهما.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد .

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بمقتضى **مطلب تحفيظ** قيد بالمحافظة العقارية بالناظور بتاريخ 1974/07/04 تحت عدد 2899/ن، طلبت الدولة (الملك الخاص) تحفيظ الملك المسمى "مزرعة امزورن ، م م رقم 43/ري " الواقع بعمالة الحسيمة قبيلة امزورن دائرة أجدير منطقة ضم الأراضي قطاع رقم 1 ب الضفة اليسرى للنكور ، والمحددة مساحته في 13هكتارا بصفتها مالكة له حسب سجل الأملاك الخاصة للدولة. وبتاريخ 1990/01/22 كناش 3 عدد 64 تعرض على المطلب المذكور ناظر أوقاف الحسيمة مطالبا بقطعة أرضية تبلغ مساحتها 97 آرا و34 سنتيارا .

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بالحسيمة، أدلت نظارة الأوقاف بمذكرة أكدت فيها أنها تملك قطعتين سقويتين بالمحل المدعو "الموج حوز امزورن " وأن مطلب التحفيظ شملهما دون وجه حق، وأرفقت مذكرتها برسمين بتقويم قطعتين أرضيتين الأولى تابعة لمسجد آيت مسعود والثانية تابعة لمسجد المجاهدين، الأول مدرج بالكناش الثاني صحيفة 77 عدد 127 بتاريخ 17 غشت 1938 والثاني مدرج بنفس الكناش صحيفة 76 عدد 129 بتاريخ 17 غشت 1938 . كما أدلت الدولة المغربية بمذكرة أكدت فيها أن العقار المطلوب تحفيظه مكون من مجموعة من القطع الأرضية التي اقتنتها في أوائل الخمسينات، وأنها خضعت لعملية الضم، الذي تمت المصادقة عليه بموجب المرسوم رقم 254-83-2 المؤرخ في 1983/03/29، وأن المتعرضة لم تتقدم بتعرضها إلا بعد مرور حوالي سبع سنوات على تاريخ صدور المرسوم القاضي بالمصادقة على عملية الضم، رغم أن الفصل 20 من المرسوم يحدد أجل ستة أشهر لتقديم أي تعرض أو طلب تقييد يبتدئ من يوم نشر المرسوم الصادر بالمصادقة على تصميم الضم وأرفقت مذكرتها بصورة للجريدة الرسمية، وبعد إجراء خبرة بواسطة الخبير

قضت المحكمة المذكورة بعدم صحة التعرض فاستأنفته المتعرضة فألغته محكمة الاستئناف

وقضت بصحة التعرض وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض من طرف طالبة التحفيظ **بثلاث وسائل** .

حيث تعيب الطاعنة القرار في **الوسيلة الأولى بخرق مقتضيات الظهير الشريف رقم 105-62-1 المؤرخ في30 يونيه 1962**، ذلك أن الثابت من وثائق الملف وخاصة الشهادة العقارية بتاريخ 2001/10/14 وتقرير الخبرة المنجزة من طرف الخبير بأن العقار المدعى فيه يقع بمنطقة ضم الأراضي قطاع رقم 1 ب، الضفة اليسرى للنكور التي تم تحديد نطاقها الترابي بموجب قرار وزير الفلاحة رقم 933 – 75 بتاريخ 1975/07/23 كما تمت المصادقة عليه بموجب المرسوم رقم 254-83-2 بتاريخ 1983/03/29 ، وعلى أساس ذلك أصبح العقار خاضعا للتشريع المتعلق بالاستثمار الفلاحي وأن الفصل 18 ينص على أن " المرسوم المصادق بموجبه على مشروع الضم يعتبر نشره بالجريدة الرسمية بمثابة نقل ملكية العقارات المضمومة .

ولا تجري على هذه العقارات ابتداء من تاريخ النشر المذكور إلا الحقوق والدعاوي الناشئة عن الملاك الجديد " وأن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لم تناقش دفوع الطاعنة .

وتعيبه في **الوسيلة الثانية بخرق مقتضيات الفصل 20 من المرسوم الملكي** رقم 240-62-2 المتعلق بتطبيق الظهير الشريف بشأن ضم الأراضي الفلاحية والذي ينص " لا يقبل – بعض مضي ستة أشهر تبتدئ من يوم نشر المرسوم الصادر بالمصادقة على تصميم الضم – أي تعرض أو طلب للتقييد عدا الطلبات المتعلقة بمسائل الضم والمقدمة طبق الكيفيات المنصوص عليها في الظهير الشريف الصادر بتاريخ 12غشت 1913 " . وأن منطقة ضم الأراضي الفلاحية التابع لها العقار المدعى فيه تمت المصادقة عليها بموجب المرسوم المؤرخ في 1983/03/29، وأن المطعون ضدها لم تتقدم بتعرضها داخل الأجل وأن المحكمة لما قضت بصحة التعرض تكون بذلك قد خرقت المقتضيات القانونية المشار إليها وهذا ما أقره المجلس الأعلى في قراره عدد 360 بتاريخ 1989/11/16 .

وتعيبه في **الوسيلة الثالثة بسوء التعليل الموازي لانعدامه**، ذلك أنه استبعد دفوع العارضة والنصوص القانونية التي تثبت خضوع المدعى فيه للضم بموجب الظهير المؤرخ في 1962/06/30 واعتمدت في تعليل قرارها على مجرد مطبوع مطلب التحفيظ وما دون به والذي لا يمكن أن يرقى لدرجة الاعتبار القانوني، كما لا يمكن للمعلومات المدونة به على وجه الاستئناس – والتي لا تصبح ثابتة ونهائية إلا بعد انتهاء مسطرة التحفيظ – أن تثبت الملك، وأن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه لم تناقش الوثيقتين المعززتين للتعرض واللتين اعتبرتهما المحكمة الابتدائية لا تتوفران على شروط الملك، كما أن المحكمة لم تنتبه إلى كون تاريخ مطلب التحفيظ الذي هو 1974/07/23 أنه سابق لقرار وزير الفلاحة المؤرخ في 1975/07/23 الذي يحدد المجال الترابي لمنطقة الضم . وتكون المطعون ضدها قد فقدت ملكيتها للمدعى فيه والتي انتقلت إلى الطاعنة بحكم القانون وخاصة الفصل 18 من ظهير 1962/06/30 .

لكن، ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها فإنه لا مجال لتمسك الطاعنة بمقتضيات الفصل 20 من المرسوم الملكي رقم 240-62-2 المتعلق بتطبيق الظهير الشريف بشأن ضم الأراضي الفلاحية لأن مقتضياته لا تحول دون إمكانية التعرض على مطلب التحفيظ، ولا تسقط الحقوق المتعلقة بعقار المطلب الثابتة للمطلوبة في النقض بإقرار الطاعنة في مطلبها بملكية الأحباس للقطعتين محل التعرض حسب ما هو ثابت من خلال ما هو مدون بالصفحة الثالثة من وثيقة المطلب التي تضمنت في خانة بيان الحقوق العينية والتحملات العقارية كون طالبة التحفيظ تعترف للمتعرضة بملكيتها لقطعتين أرضيتين توجدان داخل العقار المراد تحفيظه مساحة الأولى 7.770 متر ومساحة الثانية 2.370 متر، ولذلك فإن القرار حين علل "أن المحكمة بعد استقرائها لوثائق الملف وخاصة مطلب التحفيظ بصفحته الثالثة والذي يتضمن أن القطعتين الأرضيتين واللتين توجدان داخل عقار المطلب جارية ملكيتها للأحباس بإقرار المستأنف عليها إقرارا صريحا وواضحا ." فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معللا وغير خارق للمقتضيات المحتج بها .

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض، برفض الطلب وتحميل الطالبة الصائر .

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: رئيس الغرفة ــ **رئيسا**. والمستشارين: ــ **عضوا مقررا**. و **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد و وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة .

الرئيس **المستشار المقرر** **كاتبة الضبط**

نسخة مشهود بمطابقتها للأصل
الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار
المقرر وكاتب الضبط المنتدب
عن رئيس كتابة الضبط

الملحق رقم 11

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد: 1/145

المؤرخ في: 2018/03/06

ملف مدني

عدد: 2016/1/1/3743

وزارة الداخلية ومن معها

ضد

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ومن معها

بتاريخ : 2018/03/06

إن الغرفة المدنية (القسم الأول) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: وزارة الداخلية بصفتها الوصية عن الجماعة السلالية شرفاء ، في شخص وزير الداخلية بمكاتبه بالرباط، والجماعة السلالية ... في شخص نائبها عنوانه بإقليم بولمان قيادة ودائرة ميسور، ينوب عنهما الأستاذ علي رابحي المحامي بهيئة فاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

طالبتين – من جهة –

وبين: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص وزيرها بمكاتبه بالرباط ينوب عنها الأستاذ المحامي بهيئة فاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض. ونظارة أوقاف يمثلها ناظر أوقاف ، الكائن مقره بنظارة أوقاف ، ونظارة أوقاف (سابقا) يمثلها ناظر أوقاف الكائن مقره بنظارة أوقاف .

مطلوبات – من جهة أخرى –

وبحضور:- المحامي العام للملك لدى محكمة النقض بالرباط.

- الدولة المغربية في شخص الوزير الأول الكائن مقره بالرباط.
- المحافظ على الأملاك العقارية بميسور.
- العون القضائي للمملكة بمكاتبه بالرباط.

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2016/04/29 من طرف الطالبتين أعلاه بواسطة نائبهما المذكور. والرامي إلى نقض القرار رقم 212 الصادر عن محكمة الاستيناف بفاس بتاريخ 2009/05/20 في الملف عدد 8/08/259.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2017/04/06 من طرف المطلوبة في النقض وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الأوقاف العامة ببولمان حاليا صفرو سابقا بواسطة نائبها المذكور والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2018/01/29.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2018/03/06.

و بناء على المناداة على الأطراف ومن ينوب عنهم وعدم حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر ، والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام .

و بعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمه الاستئناف بفاس بتاريخ 2009/05/20 في الملف العقاري رقم 8/08/259 تحت رقم 2009/212 انه بناء على التحديد الاداري رقم 400 المعلن عن انطلاق عملية تحديديه بمقتضى المرسوم رقم 171-92-2 الصادر بتاريخ 1992/03/24 بشأن الملك المسمى ( )والمتواجد بإقليم دائرة قيادة .

وبناء على مطلب التحفيظ المقيد بتاريخ 1995/07/25 لدى المحافظة العقارية تحت عدد 41/1350 باعتباره تأكيدا للتعرض على التحديد الإداري المذكور أعلاه. طلب ناظر أوقاف إقليم نيابة عن احباس مسجد ، تحفيظ الملك المسمى "، الكائن بجماعة دوار إقليم ، المحددة مساحته في 8 آرات 27 سنتيارا، بصفتها مالكة له حسب الحيازة الطويلة والهادئة بدون منازع.

فسجل المحافظ على الأملاك العقارية بصفرو بتاريخ 2001/10/02 (كناش 4 عدد 4) التعرض الكلي المتبادل مع التحديد الإداري رقم 400.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية لبولمان ، وإجرائها بحثا بتاريخ 2003/03/19، أصدرت حكمها رقم 161 بتاريخ 2003/04/30 في الملف 2003/31 بعدم صحة تعرض ناظر أوقاف إقليم . استأنفته نظارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لبولمان . فقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وذلك بمقتضى قرارها عدد 290 بتاريخ 2005/09/21 في الملف عدد 8/04/81، والذي نقضه المجلس الأعلى بمقتضى قراره عدد 1814 بتاريخ 2008/05/14 في الملف رقم 2006/1/1/872 بعلة "أن القرار المطعون فيه اقتصر في تعليل ما قضى به اتجاه الطاعنة

على أنها اكتفت بالإدلاء برسم الإحصاء لإثبات ادعائها، وهو لا ينزع الملك المتنازع فيه من يد حائزته التي تحوزه بيقين، وبان على الطاعنة أن تثبت التحبيس وملك المحبس يوم التحبيس". في حين أن الحبس يمكن إثباته ولو ببينة السماع عندما يشهد شهودها أنهم لازالوا يسمعون من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة بان المشهود فيه حبس ويحترم بحرمة الاحباس، وان الطاعنة اعتمدت حيازتها للمدعى فيه وتمسكت بها إلا أن القرار اعتبر الحيازة بيد المطلوبة في النقض دون أن يبين من أين استقى ذلك، فجاء بذلك فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه، وخارقا للقواعد الفقهية.

وبعد الإحالة وإدلاء الطرفين بمستنتجاتهما قضت محكمة الاستئناف المذكورة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم صحة تعرض ناظر أوقاف إقليم بولمان، والحكم من جديد بصحة تعرضه، وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض حاليا من الطاعنة **بوسيلتين اثنتين:**

حيث تعيب الطاعنة القرار **في الوسيلة الأولى** بسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك انه علل قضاءه بأنه "يكتفي في بينة الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه، أن يشهد شهودها بان الملك حبسي يحاز بما تحاز به الاحباس ويحترم بحرمتها". إلا أن المدلى به من طرف النظارة المتعرضة هو مجرد رسم إحصاء من صنعها، ولا يرقى إلى درجة بينة الحبس التي يتحدث عنها القرار في تعليلاته، ولا يتضمن صيغة الشهادة المطلوبة في بينة الحبس المعتبرة قانونا.

وتعيبه **في الوسيلة الثانية** بانعدام التعليل وسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك انه علل قضاءه بان "وزارة الأوقاف تمسكت بالحيازة الطويلة والهادئة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق اكرائه للغير، وان الحيازة تعد قرينة على الملك ولا ينتزع الشئ من يد حائزه إلا بحجة قوية"، إلا أن الوزارة المتعرضة لم تدل بما يفيد حيازتها وتصرفها في المدعى فيه، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تتحقق من تلك الحيازة وكان عليها إجراء معاينة ميدانية في إطار تحقيق الدعوى، أما تمسك الوزارة المتعرضة بالحيازة الطويلة والتصرف في العقار موضوع النزاع.

لكن، ردا على الوسيلتين معا لتداخلهما، فان الحيازة قرينة دالة على الملك وليس في مستندات الملف ما يفيد أن الطاعنة ادعت الحيازة لنفسها، ولا نازعت في حيازة المطلوبة في النقض التي تمسكت بها أمام محكمة الموضوع، ولذلك فإن القرار حين علل بان "وزارة الأوقاف تمسكت بالحيازة الطويلة والهادئة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق اكرائه للغير، وان الحيازة تعد قرينة على الملك ولا ينتزع الشئ من يد حائزه إلا بحجة أقوى وان الجماعة السلالية تمسكت بالتحديد الإداري، والحال أنه لا ينهض حجة على الملكية في غياب ما يفيد انه أصبح نهائيا، ولا يرقى للحيازة الطويلة والهادئة والتصرف في المدعى فيه عن طريق اكرائه للغير مع سكوت المستأنف عليها عن ذلك دون عذر مقبول". فإنه نتيجة لما ذكر، يكون معللا تعليلا كافيا، والوسيلتان بالتالي غير جديرتين بالاعتبار.

لهـــذه الأسباب

قضت المحكمة برفض الطلب وتحميل صاحبته الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: . رئيسا. والمستشارين: . مقررا. و و . أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد . وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة .

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

نسخة مشهود بمطابقتها للأصل الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط، عن رئيس كتابة الضبط.

2018 يونيو 05

منتدبـــة قضائيـــة

الملحق رقم 12

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد: 1/125

المؤرخ في: 2018/02/27

ملف مدني

عدد: 2016/1/1/4280

وزارة الداخلية ومن معها

ضد

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ومن معها

بتاريخ : 2018/02/27

إن الغرفة المدنية (القسم الأول) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: وزارة الداخلية بصفتها الوصية عن الجماعة السلالية لشرفاء [illegible] في شخص وزير الداخلية بمكاتبه بالرباط، والجماعة السلالية [illegible]، في شخص نائبها عنوانه بإقليم بولمان قيادة ودائرة ميسور، ينوب عنهما الأستاذ [illegible] المحامي بفاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

طالبتين – من جهة –

وبين: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص وزيرها بمكاتبه بالرباط ونظارة أوقاف يمثلها ناظر أوقاف [illegible] الكائن مقره بنظارة أوقاف، [illegible] نظارة أوقاف (سابقا) يمثلها ناظر أوقاف [illegible] الكائن مقره بنظارة أوقاف [illegible]. ينوب عنهما الأستاذ المحامي بفاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

مطلوبتين – من جهة أخرى –

وبحضور:- الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بالرباط.

- الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة الكائن مقره بالرباط.
- المحافظ على الأملاك العقارية بميسور.
- العون القضائي للمملكة بمكاتبه بالرباط.

جاء في الجزء الثاني من البهجة – التحبيس وملك المحبس يوم التحبيس لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه، وأنها ما دامت لم تدل بأي شئ مما ذكر يبقى تعرضها عاريا عن أي إثبات)). في حين انه طبقا للقواعد الفقهية المعمول بها أن الحبس يمكن إثباته ولو ببينة السماع عندما يشهد شهودها أنهم لازالوا يسمعون من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة بان المشهود فيه حبس ويحترم بحرمة الاحباس وان الطاعنة اعتمدت حيازتها للمدعى فيه وتمسكت بها إلا أن القرار اعتبر الحيازة بيد المطلوبة في النقض دون أن يبين من أين استقى ذلك فجاء بذلك فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه وخارقا للقواعد الفقهية المذكورة.

وبعد الإحالة وإدلاء الطرفين بمستنتجاتهما، قضت محكمة الاستئناف المذكورة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم صحة تعرض ناظر أوقاف إقليم بولمان، والحكم من جديد بصحة تعرضه، وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه من الطاعنتين **بخمس وسائل**.

حيث تعيب الطاعنتان القرار **في الوسيلة الأولى** بسوء التعليل الموازي لانعدامه ذلك انه بنى تعليله على انه "يكفي في بينة الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه، أن يشهد شهودها بان الملك حبسي يحاز بما يحاز به الاحباس ويحترم بحرمتها" إلا أن الطرف المتعرض لم يدل بأية بينة يشهد شهودها بالصبغة الحبسية للملك موضوع النزاع، وان المدلى به هو مجرد إحصاء لا يرقى إلى درجة بينة الحبس.

وتعيبانه **في الوسيلة الثانية** بسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك انه بنى قضاءه على أن "وزارة الأوقاف تمسكت بالحيازة الطويلة والهادئة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق اكرائه للغير، وان الحيازة تعد قرينة على الملك، ولا ينتزع الشئ من يد حائزه إلا بحجة أقوى" إلا أن الوزارة المتعرضة لم تدل بما يفيد حيازتها وتصرفها في المدعى فيه، وكان على المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أن تتحقق من هوية الحائز وسلفه بالعقار، وهوية الجهة الواقفة، ومن مدة الحيازة، عن طريق الأمر بإجراء معاينة ميدانية في إطار تحقيق الدعوى.

وتعيبانه **في الوسيلة الثالثة** بخرق القانون خرق المادة 261 من م . ح ع ذلك أن الفصل المذكور ينص على أن حيازة العقار الجماعي غير مكسبة للملكية، ومن تم فان الحيازة [illegible] القرار المطعون فيه تكون غير مكسبة للملكية طبقا لمقتضيات الفصل المذكور.

وتعيبانه **في الوسيلة الرابعة** بخرق القانون، خرق المادتين 5 و 15 من مدونة الأوقاف، ذلك أن المحكمة مصدرته انطلاقا من حيازة طالبة التحفيظ اعتبرت العقار وقفا، وقضت بصحة تعرضها في الوقت الذي كان لزاما عليها وبعد تمسك العارضة بالصبغة الجماعية البحث في مدى توفر الملك الموقوف على الشروط المنصوص عليها في الفصل 15 المذكور وما إذا كان الواقف مالكا للمال الموقوف (الفصل 5 المذكور) إلا انه في غياب أي وثيقة تثبت الوقف كان لزاما البحث في صحة ملكية الواقف للملك الموقوف وتوفر الوقف على الشروط المنصوص عليها في الفصل 5 المذكور.

وتعيبانه **في الوسيلة الخامسة** بخرق مقتضيات الفصلين 34 و 43 من ظهير 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك انه كان على المحكمة مصدرته أن تأمر بإجراء معاينة أو خبرة على عين المكان للتأكد من طريقة استغلالها ومن صبغته الجماعية كما تقضي بذلك مقتضيات الفصلين المذكورين.

م.ح

2016-1-1-4280
2018-02-27
125

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2016/06/03 من طرف الطالبتين أعلاه بواسطة نائبهما المذكور.

والرامي إلى نقض القرار رقم 213 الصادر عن محكمة الاستيناف بفاس بتاريخ 2009/05/20 في الملف عدد 8/08/261.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2017/04/06 من طرف المطلوبتين في النقض بواسطة نائبهما المذكور والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2018/01/22.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2018/02/27.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر محمد طاهري جوطي، والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد محمد فاكر.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، انه بمقتضى مسطرة التحديد الإداري رقم 400 المعلن عن انطلاقها بموجب المرسوم رقم 171-92-2 المؤرخ في 1992/03/24، قصد تحديد العقار الجماعي المسمى (مكترية)، التابع لقيادة ، عمالة إقليم بولمان باشوية . وانه بمقتضى **مطلب تحفيظ** قيد بالمحافظة العقارية بصفرو بتاريخ 1995/07/20 تحت رقم 41/1298 طلبت احباس مسجد اعياط بواسطة ناظر أوقاف تحفيظ الملك الفلاحي الواقع بدوار اعياط جماعة القصابي دائرة ميسور تحت اسم ( )، حددت مساحته في 14 آر و43 سنتيارا بصفتها مالكة له بالحيازة الطويلة والهادئة بدون منازع. وأنه بتاريخ 2001/10/02 سجل المحافظ أن الملك موضوع مطلب التحفيظ أعلاه يوجد بأكمله داخل وعاء العقار الجماعي موضوع التحديد الإداري المذكور استنادا إلى شهادة قائد قيادة ، عدد 85/م/ق/ق ش ق، وتاريخ 2001/08/03 والمسلمة في إطار الفصل 5 من ظهير 1924/02/18 المتعلق بتحديد الأراضي الجماعية.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية أدلت المتعرضة على التحديد الإداري بصورة لرسمين عدليين مؤرخين في فاتح جمادى الثانية عام 1344 هجري الأول موجب بتقويم الأملاك الحبسية والثاني إشهاد علمي بالصبغة الحبسية للأملاك المشار إليها فيه. وبعدما ذكر كله أصدرت المحكمة المذكورة حكمها عدد 158 بتاريخ 2003/04/30 في الملف رقم 03/28 بعدم صحة التعرض المذكور. استأنفته المتعرضة، وأيدته محكمة الاستئناف المذكورة بقرارها رقم 376 بتاريخ 2005/11/23 في الملف رقم 8/04/126، والذي نقضه المجلس الأعلى سابقا، بطلب من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بمقتضى قراره رقم 1812 بتاريخ 2008/05/14 في الملف رقم 2006/1/1/870 بعلة أن القرار المطعون فيه اقتصر في تعليل ما قضى به اتجاه الطاعنة على أنها ((اكتفت بالإدلاء برسم الإحصاء لإثبات ادعائها، وهو لا يكون حجة لاعتبار حجيته مقصورة عليها فقط، ولا تتعداها إلى غيرها وبذلك فهو لا ينزع به الملك المتنازع فيه من يد حائزته المستأنف عليها التي تحوزه بيقين ولا ينزع منها إلا بيقين كما هو مستقر عليه فقها وقضاء. إنما عليها في هذا المقام أن تثبت – كما

لكن، ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فان المحكمة غير ملزمة بإجراء أي تحقيق في الدعوى إلا إذا كان ضروريا للفصل في النزاع، وانه لا مجال للاحتجاج بمقتضيات المادة 261 من م ح ع طالما أن الصبغة الجماعية للمدعى فيه غير ثابتة، وان الطاعنة لا تدعي حيازة المدعى فيه، وان الحيازة الطويلة والهادئة حجة على الملك، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل بأنه ((عملا بالفصل 369 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الثانية فان محكمة النقض إذا بتت في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرارها في هذه النقطة. وأن المستأنف عليها، الجماعة السلالية لشرفاء لقصابي تمسكت في إثبات ملكيتها للمدعى فيه بالتحديد الإداري، والحال أن هذا التحديد لا ينهض حجة على الملكية في غياب ما يفيد انه أصبح نهائيا، ولا يرقى للحيازة الطويلة والهادئة والتصرف في المدعى فيه من طرف المستأنفة عن طريق اكرائه للغير، مع سكوت المستأنف عليها عن ذلك دون عذر مقبول، وأنه يستخلص مما سبق عرضه أن الحكم المستأنف حين قضى بعدم صحة تعرض المستأنفة يكون قد جانب الصواب، الشئ الذي قررت معه هذه المحكمة إلغاءه والحكم من جديد بما هو مضمن في المنطوق أدناه)) . فانه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار المطعون فيه، معللا تعليلا كافيا، وغير خارق للقانون ولمقتضيات الفصول المحتج بها، الوسائل أعلاه على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت المحكمة برفض الطلب وتحميل صاحبتيه الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: . **رئيسا**. والمستشارين: . **مقررا**. و ، وه ، و . **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد . وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة .

الرئيس **المستشار المقرر** **كاتبة الضبط**

نسخة مشهود بمطابقتها للأصل الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط، عن رئيس كتابة الضبط.

الملحق رقم 13

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد: 1/126

المؤرخ في: 2018/02/27

ملف مدني

عدد: 2016/1/1/4281

وزارة الداخلية ومن معها

ضد

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ومن معها

بتاريخ : 2018/02/27

إن الغرفة المدنية (القسم الأول) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: وزارة الداخلية بصفتها الوصية عن الجماعة السلالية لشرفاء في شخص وزير الداخلية بمكاتبه بالرباط، والجماعة السلالية لشرفاء لقصابي في شخص نائبها عنوانه بإقليم بولمان قيادة ودائرة ميسور، ينوب عنهما الأستاذ بفاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض.

طالبتين – من جهة –

وبين: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص وزيرها بمكاتبه بالرباط ينوب عنها الأستاذ المحامي بفاس والمقبول للترافع أمام محكمة النقض. ونظارة أوقاف يمثلها ناظر أوقاف الكائن مقره بنظارة أوقاف ، نظارة أوقاف (سابقا) يمثلها ناظر أوقاف الكائن مقره بنظارة أوقاف .

مطلوبتين – من جهة أخرى –

وبحضور:- الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بالرباط.
- الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة الكائن مقره بالرباط.
- المحافظ على الأملاك العقارية بميسور.
- العون القضائي للمملكة بمكاتبه بالرباط.

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2016/06/03 من طرف الطالبتين أعلاه بواسطة نائبهما المذكور.

والرامي إلى نقض القرار رقم 254 الصادر عن محكمة الاستيناف بفاس بتاريخ 2009/06/03 في الملف عدد 8/08/323.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 2017/04/06 من طرف المطلوبة في النقض وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بواسطة نائبها المذكور والرامية إلى رفض الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر في 2018/01/22.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2018/02/27.

وبناء على المناداة على الطرفين ومن ينوب عنهما وعدم حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر ، والاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد .

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، انه بمقتضى مسطرة التحديد الإداري رقم 400 المعلن عن انطلاقها بموجب المرسوم رقم 171-92-2 المؤرخ في 1992/03/24، قصد تحديد العقار الجماعي المسمى (مكترية وتمدافلت)، التابع لقيادة ا عمالة إقليم بولمان باشوية . وانه بمقتضى **مطلب تحفيظ** قيد بالمحافظة العقارية بتاريخ 1995/07/20 تحت رقم 41/1282 طلبت احباس مسجد اعياط بواسطة ناظر أوقاف تحفيظ الملك الفلاحي الواقع بإقليم دوار اعياط دائرة جماعة المسمى (

)، حددت مساحته في 08 آرات 94 سنتيارا بصفتها مالكة له بالحيازة الطويلة والهادئة بدون منازع. وأنه بتاريخ 2001/10/02 سجل المحافظ أن الملك موضوع مطلب التحفيظ أعلاه يوجد بأكمله داخل وعاء العقار الجماعي موضوع التحديد الإداري المذكور استنادا إلى شهادة قائد قيادة القصابي عدد 85/م/ق/ق ش ق، وتاريخ 2001/08/03 المسلمة في إطار الفصل 5 من ظهير 1924/02/18 المتعلق بتحديد الأراضي الجماعية.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية ببولمان أدلت المتعرضة على التحديد الإداري بصورة لرسمين عدليين مؤرخين في فاتح جمادى الثانية عام 1344 هجري الأول موجب بتقويم الأملاك الحبسية والثاني إشهاد علمي بالصبغة الحبسية للأملاك المشار إليها فيه. وبعدما ذكر كله أصدرت المحكمة المذكورة حكمها عدد 105 بتاريخ 2003/04/02 في الملف رقم 02/81 بعدم صحة التعرض المذكور. استأنفته المتعرضة، وأيدته محكمة الاستئناف المذكورة بقرارها رقم 392 وتاريخ 2005/12/07 في الملف رقم 8/04/134، والذي نقضه المجلس الأعلى سابقا، بطلب من وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بمقتضى قراره رقم 2069 بتاريخ 2008/05/28 في الملف رقم 2006/1/1/1451 بعلة أن القرار المطعون فيه اقتصر في تعليل ما قضى به اتجاه الطاعنة على أنها ((اكتفت بالإدلاء برسم الإحصاء لإثبات ادعائها، وهو لا يكون حجة لاعتبار حجيته مقصورة عليها فقط، ولا تتعداها إلى غيرها وبذلك فهو لا ينزع به الملك المتنازع فيه من يد حائزته المستأنف عليها التي تحوزه بيقين ولا ينزع منها إلا بيقين كما هو مستقر عليه فقها وقضاء. إنما عليها في هذا المقام أن تثبت – كما

جاء في الجزء الثاني من البهجة – التحبيس وملك المحبس يوم التحبيس لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه، وأنها ما دامت لم تدل بأي شئ مما ذكر يبقى تعرضها عاريا عن أي إثبات)). في حين انه طبقا للقواعد الفقهية المعمول بها أن الحبس يمكن إثباته ولو ببينة السماع عندما يشهد شهودها أنهم لازالوا يسمعون من الثقات وغيرهم منذ عشرين سنة بان المشهود فيه حبس ويحترم بحرمة الاحباس وان الطاعنة اعتمدت حيازتها للمدعى فيه وتمسكت بها إلا أن القرار اعتبر الحيازة بيد المطلوبة في النقض دون أن يبين من أين استقى ذلك فجاء بذلك فاسد التعليل المنزل منزلة انعدامه وخارقا للقواعد الفقهية المذكورة.

وبعد الإحالة وإدلاء الطرفين بمستنتجاتهما، قضت محكمة الاستئناف المذكورة بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم صحة تعرض ناظر أوقاف إقليم ، والحكم من جديد بصحة تعرضه، وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه من الطاعنتين **بخمس وسائل**.

حيث تعيب الطاعنتان القرار **في الوسيلة الأولى** بسوء التعليل الموازي لانعدامه ذلك انه بنى تعليله على انه "يكفي في بينة الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه، أن يشهد شهودها بان الملك حبسي يحاز بما يحاز به الاحباس ويحترم بحرمتها" إلا أن الطرف المتعرض لم يدل بأية بينة يشهد شهودها بالصبغة الحبسية للملك موضوع النزاع، وان المدلى به هو مجرد إحصاء لا يرقى إلى درجة بينة الحبس.

وتعيبانه **في الوسيلة الثانية** بسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك انه بنى قضاءه على أن "وزارة الأوقاف تمسكت بالحيازة الطويلة والهادئة وبالتصرف في المدعى فيه عن طريق اكرائه للغير، وان الحيازة تعد قرينة على الملك، ولا ينتزع الشئ من يد حائزه إلا بحجة أقوى" إلا أن الوزارة المتعرضة لم تدل بما يفيد حيازتها وتصرفها في المدعى فيه، وكان على المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أن تتحقق من هوية الحائز وسلفه بالعقار، وهوية الجهة الواقفة، ومن مدة الحيازة، عن طريق الأمر بإجراء معاينة ميدانية في إطار تحقيق الدعوى.

وتعيبانه **في الوسيلة الثالثة** بخرق القانون خرق المادة 261 من م . ح ع ذلك أن الفصل المذكور ينص على أن حيازة العقار الجماعي غير مكسبة للملكية، ومن تم فان الحيازة المعتمدة في القرار المطعون فيه تكون غير مكسبة للملكية طبقا لمقتضيات الفصل المذكور.

وتعيبانه **في الوسيلة الرابعة** بخرق القانون، خرق المادتين 5 و 15 من مدونة الأوقاف، ذلك أن المحكمة مصدرته انطلاقا من حيازة طالبة التحفيظ اعتبرت العقار وقفا، وقضت بصحة تعرضها في الوقت الذي كان لزاما عليها وبعد تمسك العارضة بالصبغة الجماعية البحث في مدى توفر الملك الموقوف على الشروط المنصوص عليها في الفصل 15 المذكور وما إذا كان الواقف مالكا للمال الموقوف (الفصل 5 المذكور) إلا انه في غياب أي وثيقة تثبت الوقف كان لزاما البحث في صحة ملكية الواقف للملك الموقوف وتوفر الوقف على الشروط المنصوص عليها في الفصل 5 المذكور.

وتعيبانه **في الوسيلة الخامسة** بخرق مقتضيات الفصلين 34 و 43 من ظهير 1913/08/12 بشأن التحفيظ العقاري ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك انه كان على المحكمة مصدرته أن تأمر بإجراء معاينة أو خبرة على عين المكان للتأكد من طريقة استغلاله ومن صبغته الجماعية كما تقضي بذلك مقتضيات الفصلين المذكورين.

م.ح

2016-1-1-4281
2018-02-27
126

لكن، ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فان المحكمة غير ملزمة بإجراء أي تحقيق في الدعوى إلا إذا كان ضروريا للفصل في النزاع، وانه لا مجال للاحتجاج بمقتضيات المادة 261 من م ح ع طالما أن الصبغة الجماعية للمدعى فيه غير ثابتة، وان الطاعنة لا تدعي حيازة المدعى فيه، وان الحيازة الطويلة والهادئة حجة على الملك، ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل بأنه ((عملا بمقتضيات الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية في فقرته الثانية فان محكمة النقض إذا بتت في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرارها في هذه النقطة. وأن المستأنف عليها، الجماعة السلالية لشرفاء لقصابي تمسكت في إثبات ملكيتها للمدعى فيه بالتحديد الإداري، والحال أن هذا التحديد لا ينهض حجة على الملكية في غياب ما يفيد انه أصبح نهائيا، ولا يرقى للحيازة الطويلة والهادئة والتصرف في المدعى فيه عن طريق اكرائه للغير، مع سكوت المستأنف عليها عن ذلك دون عذر مقبول. وأنه يستخلص مما سبق عرضه أن الحكم المستأنف حين قضى بعدم صحة تعرض الطاعنة يكون قد جانب الصواب، الشئ الذي قررت معه هذه المحكمة إلغاءه والحكم من جديد بما هو مضمن في المنطوق أدناه)) . فانه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار المطعون فيه، معللا تعليلا كافيا، وغير خارق للقانون ولمقتضيات الفصول المحتج بها، الوسائل أعلاه على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت المحكمة برفض الطلب وتحميل صاحبتيه الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: . رئيسا. والمستشارين: . مقررا. و ، و ، و . أعضاء. وبمحضر المحامي العام السيد . وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة .

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

نسخة مشهود بمطابقتها للأصل الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط، عن رئيس كتابة الضبط.

05 يونيو 2018

الملحق رقم 14

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد: 8/26

المؤرخ في: 2016/01/12

ملف مدني

عدد : 2015/8/1/4699

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

ضد

بتاريخ : 2016/01/12؛

إن الغرفة المدنية (القسم الثامن) بمحكمة النقض في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه:

بين: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالرباط في شخص ممثلها القانوني السيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية وبالتبعية والتفويض ناظر الأوقاف بالقصر الكبير، الجاعل محل المخابرة معه بنظارة أوقاف القصر الكبير شارع محمد الخامس القصر الكبير. ينوب عنها الأستاذ المحامي بهيئة طنجة والمقبول للترافع أمام محكمة النقض؛

طالبة – من جهة؛

وبين: الساكن بزنقة عباس محمود العقاد رقم 5 الغرانش ينوب عنه الأستاذ المحامي بهيئة القنيطرة والمقبول للترافع أمام محكمة النقض؛

مطلوبا – من جهة أخرى.

بحضور: السيد الوكيل العام للملك لدى محكمة النقض بالرباط.

- عدم اتخاذ المحكمة لاجراءات التحقيق الفاحصة بعرضها للنقض

بناء على المقال المرفوع بتاريخ 2015/06/30 من الطالبة أعلاه بواسطة نائبها المذكور، والرامي إلى نقض القرار عدد 362 الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2014/12/18 في الملف رقم 1404/2014/318؛

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من المطلوب في النقض بتاريخ 2015/12/02 بواسطة نائبه المذكور والرامية إلى رفض الطلب؛

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف؛

وبناء على الأمر بالتخلي الصادر بتاريخ 2015/12/07 وتبليغه؛

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2016/01/12؛

وبناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما وعدم حضورهم؛

وبعد تلاوة المستشار المقرر السيد لتقريره والاستماع إلى ملاحظات المحامية العامة ؛

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بمقتضى **مطلب تحفيظ** قيد بتاريخ 2008/10/20 بالمحافظة العقارية بالعرائش تحت رقم 36/14794 طلب **تحفيظ** الملك الفلاحي المسمى . الكائن بمدينة القصر الكبير بالمحل المدعو دوار أولاد احميد إقليم العرائش، حددت مساحته في آر واحد (1 آرا) و01 سنتيارا، لتملكه له بالشراء العرفي المصحح الإمضاء بتاريخ 1995/05/05 من البائع له المشار فيه الى ان اصل التملك هو عقد الصلح بقسمة المصحح الإمضاء بتاريخ 1992/01/15 مع المسمى

وبتاريخ 2011/09/29 (كناش 20 عدد 384) **تعرض** على المطلب المذكور ناظر أوقاف القصر الكبير مطالبا بكافة الملك لكونه يدخل ضمن أراضي الأحباس الكبرى المحبسة من طرف السلطان مولاي إسماعيل على المسجد السعيد بالقصر الكبير بحسب رسوم التحبيس ذي التاريخ الثابت في 1999/09/27 و رسم استحضار الحوالة الحبسية للقاضي الشرعي بالقصر الكبير والخريطة الهندسية لبيان موقع الملك موضوع النزاع.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير، وإجراء المحكمة خبرة بواسطة الخبير ثم معاينة بمساعدة نفس الخبير تبين من خلالها لهيئة المحكمة أن المدعى فيه هو عبارة عن قطعة ارضية توجد ضمن مجموعة مساكن مجهزة بالماء والكهرباء. بعد ذلك كله أصدرت المحكمة المذكورة حكمها عدد 83 بتاريخ 2014/04/17 في الملف رقم 1403/13.48 **بعدم صحة التعرض** المذكور، فاستأنفته المتعرضة وزارة الأوقاف **وأيدته** محكمة الاستئناف المذكورة بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض أعلاه من المستأنفة في **الوسيلتين الثانية والثالثة مندمجتين بخرق الفصلين 34 و43 من قانون التحفيظ العقاري وانعدام الأساس القانوني وخرق قاعدة الترجيح**، ذلك أنه لم يتخذ أي قرار تمهيدي للوصول إلى الحقيقة والتطبيق السليم للقانون خاصة وأن العمل القضائي استقر على ضرورة وقوف المحكمة على عين المكان المتنازع عليه قصد قراءة الرسوم وإجراء البحث والتقصي وأن الحوالة تضمنت ظهائر شريفة وأحكام قضائية وإشهادات بالحبس وحيازة المحبس حيازة مادية وقانونية، وأن خبرات سابقة في عدة قضايا مماثلة امام المحكمة أثبتت تطابق الحدود مع ما تضمنته الحوالة الحبسية، وأن الحكم الابتدائي اعتمد خبرة فاقدة المحتوى والمدلول ومتضاربة رغم الإدلاء برسم هندسي يبين

بتفصيل وتدقيق الحدود الأصلية للحوالة الحبسية التي لا زالت قائمة إلى الآن لكونها اعتمدت أودية وهضابا وجبالا، وبالتالي تم تحيينها عن طريق الاستفادة من الخرائط الهندسية المنجزة من طرف المكتب الوطني للاستثمار الفلاحي والتي حددت بكيفية دقيقة الحدود العامة للحوالة الحبسية والتي يستفاد منها تحديد نقطة الملك المطلوب تحفيظه والذي يقع ضمن الوعاء العقاري للأحباس، وأن هذه النقطة لم يلتفت لها الحكم، وأن حيازة طالب التحفيظ حيازة عرضية استنادا لعقد الصلح المبرم بين الأوقاف وممثلي قبيلة الخلوط حسب رسم التعريف المضمن بعدد 390 بتاريخ 1996/04/09 الذي عرف بالرسم الأصلي المؤرخ في 1946/09/17 والذي يتضمن بشكل واضح وجلي أن جميع عقارات أرض الخلوط ملك للأوقاف ومستغل جزء منها عن طريق الإيجار.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار ذلك أنه علل بأن "ما اعتمدته المتعرضة هو الحوالة الحبسية التي لا تحدد العقار موضوع التحبيس من حيث الموقع والحدود على الأقل حتى يمكن للمحكمة أن تعمل على إجراء التحقيق في معلوم والتأكد عندها مما إذا كان العقار موضوع مطلب التحفيظ يندرج ضمنها أم لا، وأنه لئن كانت مدونة الأوقاف قد جعلت من حوالة الحبس حجة في الإثبات فإن ذلك مرهون بالحوالة التي تحدد العقار اسما وموقعا وحدودا وليس الحوالة التي جاءت في صيغة تعداد مجموعة من العقارات خاصة وان هذه الحوالة غير مدعمة بالحيازة، وأن المتعرضة باعتبارها مدعية لم تدل بوثائق حاسمة لإثبات حبسية العقار موضوع المطلب وحيازتها له لا سيما وأن محكمة الدرجة الأولى وقفت على أرض المطلب ووجدت حيازتها بيد المستأنف عليه"، **في حين**؛ أنه يتجلى من مستندات الملف أن الطاعنة تتمسك بأن جميع الأملاك التي بيد قبيلتي الخلوط والطليق هي أملاك حبسية تستغل من طرف الجماعات المذكورة عن طريق الكراء، معتمدة في تحديدها على الخرائط الطوغرافية المنجزة من طرف المكتب الوطني للاستثمار الفلاحي، إلا أنه لم يثبت أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تأكدت مما إذا كان العقار المدعى فيه من ضمن الأراضي التي كانت مشمولة بعقود الإيجار المدلى بها من طرف الطاعنة أو بعقد الصلح المدلى بتعريفه. فجاء بذلك قرارها منعدم الأساس القانوني ومعرضا بالتالي للنقض والإبطال.

وحيث إن حسن سير العدالة ومصلحة الطرفين يقتضيان إحالة الدعوى على نفس المحكمة.

لهذه الأسباب

وبصرف النظر عن باقي الوسائل المستدل بها أيضا على النقض.

قضت محكمة النقض، **بنقض وإبطال** القرار المطعون فيه وبإحالة الدعوى على نفس المحكمة للبت فيها من جديد بهيئة أخرى طبقا للقانون. وبتحميل المطلوب في النقض المصاريف.

كما قررت إثبات قرارها هذا بسجلات المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه إثره أو بطرته.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: [redacted] ـ **رئيسا**. والمستشارين: [redacted] ـ **مقررا**. و [redacted] **أعضاء**. وبمحضر **المحامية العامة** السيدة [redacted] وبمساعدة **كاتبة الضبط** [redacted].

الرئيس | **المستشار المقرر** | **كاتبة الضبط**

محكمة النقض
نسخة مشهود بمطابقتها للأصل
الحامل لصيغة التنفيذ
الرئيس والمستشار
المقرر وكاتب الضبط
عن رئيس كتابة الضبط

2015/8/1/4699
2016/01/12
8/26

الملحق رقم 15

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

القرار عدد 3/375
المؤرخ في : 2017/7/04
ملف مدني
عدد : 2016/3/1/7433

جمعية
ضد
الأوقاف العامة

بتاريخ : 2017/7/04

إن الغرفة المدنية القسم الثالث

بمحكمة النقض

في جلستها العلنية أصدرت القرار الآتي نصه :

المملكة المغربية كتابة الضبط محكمة النقض

بين : جمعية في شخص ممثلها القانوني الكائن مركزها الاجتماعي .

ينوب عنها الأستاذان اسماعيل الهلالي وبلقاسم كربيع المحاميان بهيئة الناظور و المقبولان للترافع أمام محكمة النقض

الطالبة

وبين : الأوقاف العامة في شخص وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية ينوب عنه ناظر اوقاف الحسيمة يمثله الكائن عنوانه بشارع عمارة الاحباس

المطلوبة

معاد

بناء على العريضة المرفوعة بتاريخ 2016/10/14 من طرف الطالب المذكور حوله بواسطة نائبيه الأستاذين و و الرامية إلى نقض قرار محكمة الاستئناف بالحسيمة الصادر بتاريخ2016/3/10 في الملف عدد:2015/1401/186.

و بناء على مذكرة الجواب المدلى بها بتاريخ 2017/03/13 من طرف المطلوب ضدها النقض بواسطة نائبها ناظر أوقاف الممثل من طرف و الرامية إلى رفض الطلب.

و بناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

و بناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر 1974.

و بناء على الأمر بالتخلي و الإبلاغ الصادر في 2017/05/30.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 2017/07/04.

و بناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما و عدم حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد و الاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد .

و بعد المداولة طبقا للقانون.

في شأن الوسيلة الوحيدة

حيث يؤخذ من محتويات الملف والقرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة تحت عدد:235 و تاريخ2016/3/10 في الملف المدني عدد:2015/1401/186 أن الأوقاف العامة في شخص وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية (المطلوبة) ادعى أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة أن الأوقاف العامة ضمت مسجد الرحمة ومرافقه الكائن بالشاطئ الجميل بالحسيمة إلى حظيرة الأوقاف العامة وحيازته حوزا تاما ابتداء من2010/7/29 بمقتضى رسم إشهاد بإثبات الحيازة مؤرخ في2011/02/08 وأن لا زال يتدخل في شؤون تدبير المسجد المذكور ومرافقه بدون أي مسوغ قانوني وقد وجهت له إنذارا بتاريخ2011/9/30 تشعره بأنها أصبحت الجهة الوحيدة المسؤولة عن تسييره وتدبير شؤونه وبتاريخ2011/10/06 أجاب عن الإنذار مقرا بأنه المسؤول عن تسيير المسجد ومرافقه طالبة الحكم بطرد المدعى عليه للاحتلال بدون سند وبأدائه لها تعويضا قدره10.000 درهم عن الحرمان عن الاستغلال، وأدلى المدعى عليه بجواب مع مقال إدخال الغير في الدعوى عرض فيه أن لاعلاقة له بشكل شخصي بموضوع النزاع وأن التي يعتبر أحد أعضائها هي من بنت المسجد وأشرفت عليه والتمس إدخالها في الدعوى والحكم برفض الطلب، وأجابت المدخلة في الدعوى بأنها باعتبارها جمعية خيرية قامت باقتناء العقار الذي بني فيه المسجد وقامت بتوفير الإمكانيات المادية والمعنوية لبنائه ثم أشرفت على تجهيزه تكون وحدها لها الصلاحية في تسيير مرافق المسجد التي هي مستقلة عن مكان الصلاة وأن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أخطأت لما حاولت المطالبة بمرافق المسجد لأنها لاعلاقة لها به وأضافت بموجب مذكرة أسباب جديدة للاستئناف أن ادعاء المستأنف عليها

2017-3-1-375

معاد

تملكها للكراجات باعتبارها تابعة للمسجد يوجب عليها الإثبات لأنه ليس كل ما جاور المسجد يعتبر تابعا له وأن هذه التبعية لا تتحقق إلا إذا كان المضاف بطبيعته هيء لخدمة المسجد، والتمست الحكم برفض الطلب، وبعد تمام الإجراءات قضت المحكمة بطرد المدخلة في الدعوى في شخص ممثلها القانوني من المدعى فيه، وهو الحكم الذي كان محل استئناف من طرف المحكوم عليها مثيرة مجانبة الحكم المستأنف للصواب لأن الفصل السادس من ظهير 1989/10/02 الذي اعتمده حدد العقارات التي تكون محل ملكية خاصة في الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي فقط وعلى سبيل الحصر ولم يضف الأماكن الخاصة بممارسة الأعمال التجارية التي تبقى مستقلة ولا تدخل في ملك وزارة الأوقاف والتمست إلغاء الحكم المستأنف والحكم برفض الطلب، وبعد انتهاء الردود قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطلوب نقضه.

وحيث تعيب الطاعنة على القرار نقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أنها أثارت بمقالها الاستئنافي وبمذكرتها ببيان أسباب جديدة للاستئناف أن ادعاء المستأنف عليها تملكها للكراجات باعتبارها تابعة للمسجد يوجب عليها الإثبات لأن القاعدة أن البينة على المدعي، وأن رسم إثبات الحيازة يناقضه ما ورد في مقال المطلوبة التي تقر بأنها لا تحوز المدعى فيه وتطلب طرد الطالبة منه وأن المحكمة لما اعتبرت ان إثبات الحيازة حجة قانونية صحيحة وبنت على ذلك قرارها يكون تعليلها ناقصا يوازي انعدامه.

لكن حيث إنه بمقتضى المادة50 من مدونة الأوقاف تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها، فالأصل أن المضافات تعد وقفا عاما وعلى من يدعي خلاف الأصل إثباته. والبين من مستندات الدعوى المعروضة على قضاة الموضوع أن الكراجات الملحقة بمسجد الرحمة بالشاطئ الجميل بالحسيمة تعد من مضافاته، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرت أن الدكاكين من مضافات المسجد وهي قرينة قانونية قاطعة وأيدت الحكم الابتدائي القاضي بالطرد، تكون عللت قرارها تعليلا سائغا وسليما وما بالوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب و تحميل الطالبة المصاريف.

و به صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. و كانت الهيئة الحاكمة متركبة من **رئيس الغرفة** السيد **رئيسا** والمستشارين السادة : **مقررا**– – –

أعضاء بحضور **المحامي العام** السيد و بمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة .

الرئيس **المستشار المقرر**

محكمة النقض

نسخة مشهود بمطابقتها للأصل الحامل لتوقيعات الرئيس والمستشار المقرر وكاتب الضبط

2017-3-1-375

عن رئيس كتابة الضبط

رجاء بنداوود

Notes

5 (مارس 2019

لائـحة الـمصـادر و الـمـراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

➢ كتب الحديث

- أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ج الأول، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991.

- أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب نيجيريا، سنة 2000

- اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تحقيق أحمد عطار، الجزء الأول، دار العلم للملايين، بيروت لبنان.

- الإمام مالك بن أنس الموطأ خرج أحاديثه و علق عليه هاني الحاج الجزء الأول المكتبة التوفيقية، بدون سنة النشر

- الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سن ابن ماجة، ج الأول، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة دار إحياء الكتب العربية.

- صحيح مسلم بشرح النووي، الجزء الحادي عشر – كتاب الحدود الباب الخامس، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1994.

- محمد بن اسماعيل البخاري ، الجامع الصحيح، مطابع دار الشعب ، القاهرة

- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار الفكر ، دمشق، سوريا الطبعة الأولى 2009.

1- المصـــادر

- أبي اسحاق ابراهيم بن أحمد بن عبد الرحمان الغرناطي، الوثائق المختصرة، تحقيق ابراهيم بن محمد السهلي، إصدار الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، رقم 150، الطبعة الأولى، 2011

- أبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، **البهجة في شرح التحفة**، ضبطه وصححه محمد بن عبد القادر شاهين، ج الثاني، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى 1998.

- أبي الحسن علي بن محمد اللخمي، التبصرة، دراسة وتحقيق الدكتور أحمد عبد الكريم نجيب، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، بدون سنة النشر

- أبـي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، " المنهج الفائق والمنهل الرائـق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق"، دراسة وتحقيق عبد الرحمان بن حمود بن عبد الرحمان الأطرم، ج الأول، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، حكومة دبـي، ط الأولـى 2005.

- أبي بكر بن حسن الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، الجزء الثالث، دار الفكر، الطبعة الثانية، دمشق، بدون سنة النشر

- أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، " أحكام القرآن "، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلق عليه محمد عبد القادر عطا، القسم الأول، منشورات محمد علي بيضون، لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت

- أبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، **تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام**، تحقيق محمد بن عبد السلام محمد، دار الآفاق العربية، القاهرة، ط الأولى 2011.

- أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، **"النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية "**، ج الرابع ، طباعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1933.

- أبي عبد الله سيدي محمد المهدي، **"النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية "**، الجزء الثالث، طباعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1933.

- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، "شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية"، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، القسم الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى 1993.

- أبي عبد الله محمد التاودي، البهجة في شرح التحفة، المكتبة العصرية صيدا، بيروت الجزء الثاني،

- أبي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، **" فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق"**، تحقيق رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، ط الأولى 2008.

- أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ضبط وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكرياء عميرات، الجزء السابع، دار عالم الكتب، بدون سنة النشر، بدون مكان النشر.

- أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، "المغـــني"، تحقيق طه محمد الزيتي، ج السادس، مكتبة القاهرة، مصر، ط الأولى 1969،

- الإمام أبـــي عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي، " فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق "- تحقيق رشيد البكاري، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، ط الأولـــى 2008.

- الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، تحقيق عبد العزيز بن عبد الله باز، ج الخامس، دار المعرفة بيروت، بدون سنة النشر.

- الإمام 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"** خرج أحاديثه وعلق عليه وكتب حواشيه الشيخ جمال مرعثلي، ج الأول، دار عالم الكتب، الرياض 2003.

- الإمام سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، المجلد الثالث عشر، من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، بدون سنة النشر

- حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل وبهامشه حاشية المدني على كنون الجزء السابع، دار الفكر بيروت 1978.

- الحبيب بن طاهر، **الفقه المالكي وأدلته**، ج السادس، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت 2009.

- خليل بن إسحاق المالكي، **مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك**، اعتنى به و راجعه عبد السلام الشتيوي، دار الرشاد الحديثة الدار البيضاء 2008.

- سيدي محمد الأمير المالكي، **كتاب ضوء الشموع**، ج الرابع، تحقيق محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي ، مكتبة الإمام مالك نواكشط الطبعة الأولى 2005.

- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، "مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، دار الكتب العلمية، ط الأولـى 1994، ج الثالث.

- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، كتاب الفروق أنوار البروق في أنواء الفروق، دراسة وتحقيق محمد أحمد السراج وعلي جمعة سعيد، المجلد الأول، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الطبعة الأولى، القاهرة،2001.

- شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، **الذخيرة**، ج السادس، تحقيق سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، ط الأولى 1994.

- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة خليل، الجزء الثاني، مطبعة دار إحياء الكتب العربية القاهرة، بدون سنة النشر

- عبد الرحمان الغرياني، **مدونة الفقه المالكي وأدلته**، ج الرابع، مؤسسة الريان، بدون سنة النشر.

- عبد الرحمان بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان، تحقيق عبد الرحمان بن معلا اللويحق، دار ابن حزم بيروت، ط الأولى 2003

- عبد الوهاب خلاف، **علم أصول الفقه**، مكتبة الدعوى الإسلامية، شباب الأزهر- دار القلم، ط الثامنة 1956.

- العلامة الشيخ عبد الرحمان بن ناصر السعدي، **" تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان "**، تحقيق عبد الرحمان بن معلا اللويحق، دار ابن حزم – بيروت، ط الأولـى 2003.

- فخر الدين عثمان بن علي بن محجن البارعي الزيلعي الحنفي، "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي"،الجزء الثالث، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، ط الأولى 1313 هـ،

- القاضي عياض وولده محمد، **مذاهب الحكام في نوازل الأحكام**، تقديم وتحقيق وتعليق محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، ط الثانية 1997.

- محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، 1993.

- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج الرابع، تعليق وتحقيق وتخريج محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط الأولى 1415 هـ.

- محمد بن أحمد عليش، "منح الجليل شرح مختصر خليل"، الجزء الثامن، دار الفكر بيروت، 1989.

- محمد بن الطالب، التوثيق العدلي وقواعد الإثبات في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة قرطبة، أكادير المغرب، الطبعة الأولى 2016.

- محمد بن بهادرالزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ج8، دار الكتيبي، عمان، الطبعة الأولى 1994.

- محمد بن عرفة الورغمي التونسي، **المختصر الفقهي**، تحقيق حافظ عبد الرحمان محمد خير، مطبعة الفاروق الطبعة الأولى الأمارات العربية المتحدة. 2014.

- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، **لوامع الدرر في هتك أستار المختصر**، تحقيق وتصحيح دار الرضوان، المجلد الثاني عشر، موريتانا، ط الأولى 2010.

- المرابط بن محفوظ الأنصاري الشنقيطي، التحفة المرضية لنظم القوانين الفقهية، مكتبة دار الزمان المدينة المنورة، الطبعة الأولى 2003.

- منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، "كشاف القناع عن متن الإقناع"، ج الرابع، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى 1997.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة ، دار الفكر، سوريا، 1989.

2- المراجع العامة

- ابراهيم مصطفى واخرون، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، دار إحياء الثرات العربي، بيروت لبنان، بدون سنة النشر.

- ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق مأمون الجنان، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى 1996.

- أبو الشتاء بن الحسن الغازي، "التدريب على تحرير الوثائق العدلية"، الجزء الثاني، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى، 1968.

- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، "لسان العرب"، المجلد التاسـع، دار صادر بيروت 1300 هـ.

- ابي عبد الله شمس الدين الذهبي، سير أعلام النبلاء، ترتيب حسان عبد المنان، الجزء الثالث ، بيت الأفكار الدولية، طبعة 2004.

- أحمد ادريوش، **الحوز في التبرع بعقار محفظ محاولة لرفع الالتباس والخلط بين شكلية النفاذ ومستلزمات الشرط**، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة الأمنية الرباط، ط الأولى 2010.

- أحمد الحصري، "علم القضاء – أدلة الإثبات (الشهادة – الإقرار – اليمين – المستندات الخطية – الخبرة – المعاينة) في الفقه الإسلامي"، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1977.

- أحمد بن حجر العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1995.

- أحمد حسن البرعي، نظرية الالتزام في القانون المغربي مصادر الالتزام، دار الثقافة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى،1981.

- أحمد خالد، "الحيازة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري"، مطبعة دار هومة، الجزائر 2014.

- أحمد فراج حسن، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2004.

- إدريـــس العلوي العبدلاوي، "وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي"، عمالة وجدة، مركز التكوين الإداري، الخزانة، 1981.

- امحمد برادة غزيول، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، مطبعة فضالة، الرباط، 2007.

- أنور طلبة، "طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية"، دار الفكر العربي، مصر 1987.

- بدر الدين محمد بن يحيى القرافي، توشيح الديباج وحلية الابتهاج، تحقيق علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004.

- بوعبيد الترابي، دور اليمين في الإثبات – دراسة تحليلية وعملية لليمين كآلية للإثبات والتحقيق في ضوء العمل القضائي المغربي والمقارن، مطبعة الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016.

- حسن البكري، الحماية القانونية لحيازة العقارات في التشريع الجنائي المغربي، مكتبة الرشاد، سطات،2001.

- خالد سعيد، "الإثبات في المنازعات المدنية دراسة علمية وعملية على ضوء القانون المغربي والاجتهاد القضائي لمحكمة النقض"، دار السلام للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الأولى، 2014.

- خير الدين الزركلي، الأعلام، الجزء 6، دار العلم للملايين، لبنان، الطبعة السابعة، سنة 1986.

- خير الدين موســى فنطازي، "عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية"، ج الأول: الوقـف، دار زهران للنشر والتوزيع عمان، ط الأولى 2012.

- زين الدين رجب الحنبلي، الذيل على طبقات الحنابلة ، تحقيق عبد الرحمان العثيمين، ج 2، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، سنة 2005.

- سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات دراسة فقهية قانونية مقارنة، دار النفائس الأردن، الطبعة الأولى 2012.

- سليمان أدخول، الشرح العملي لمركز الوثائق العدلية في نظام السجلات العقارية دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتشريع العقاري بالمغرب، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط 2016.

- عابد فايد عبد الفتاح فايد، "نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية – القاهرة، ط الأولى 2006.

- عبد الرحمان بلعكيد، "الشهادة في الإثبات دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2016.

- عبد الرحمان بلعكيد، "الهبة في المذهب والقانون دراسة في الهبة وما في حكمها في المذهب المالكي والتشريع المغربي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة، 2015.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام"، الجزء الأول، دار إحياء الثراث العربي، بيروت لبنان 1952.

- عبد العلي العبودي، "الحيازة فقها وقضاء"، المركز الثقافي العربي، بيروت، الطبعة الأولى،1996.

- عبد الكريم شهبون، "عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي"، مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الثانية 2012.

- عدلي أسير خالد، "تملك العقارات بوضع اليد في القانون المدني المصري وقزانين البلاد العربية مع مقارنة بالفقه الإسلامي"، منشأة معارف الإسكندرية، طبعة 1992.

- عز الدين الدناصوري وحامد عكاز، " التعليق على قانون الإثبات "، نادي القاهرة، ط الخامسة 1991.

- العلمي الحراق، " التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة "، ج الأول، مكتبة دار السلام الرباط، ط 2009.

- علي بن محمد الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى 2003.

- عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، الجزء 3 دار إحياء الثرات العربي، لبنان، الطبعة الأولى 1957 .

- فوزي رضوان العربي، نظام الحيازة في المجتمع البدوي، دار المعرفة الجامعية، 1989

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات وعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطابع القلم بيروت 1982.

- محمد ابن معجوز، " وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي"، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1984.

- محمد ابن معجوز، **"الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي"**، مطبعة النجاح الجديدة، 1990.

- محمد الأمير المالكي، كتاب ضوء الشموع، الجزء الرابع، تحقيق محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي ، مكتبة الإمام مالك نواكشط الطبعة الأولى 2005.

- محمد الربيعي، " الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم – دراسة على ضوء التوثيق العدلي والتوثيق العصري "، مكتبة المعرفة - مراكش، ط الأولى 2008.

- محمد الشتوي، **المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة**، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ط الأولى 2001.

- محمد القدوري، **"موسوعة قواعد الفقه والتوثيق مستخرجة من حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق"**، بدون دار الطبع، ط الأولى 2004.

- محمد المنوني، "المصادر العربية لتاريخ المغرب من الفتح الإسلامي إلى نهاية العصر الحديث"، ج الأول ،مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر، الدار البيضاء 1983.

- محمد بن أحمد بن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الرابع، تعليق وتحقيق وتخريج محمد صبحي حسن حلاق، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الأولى 1415 هجرية.

- محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية، الجزء الأول و الثاني، دار الكتب العلمية لبنان،الطبعة الأولى، 2003

- محمد حسين قاسم، "قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2005.

- محمد علي ابن حسين المكي، تهذيب الفروق، الجزء الرابع.

- محمد مصطفى الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ج الأول، مكتبة دار البيان دمشق، ط الأولى، 1982.

- محمد وحيد دحام، "الإثبات بشهادة الشهود"، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة، الطبعة الأولى 2015.

- محمود سعد، الثقافة الإسلامية لكاتب الإنشاء كما تبدو في صبح الأعشى، مطبعة المعارف الإسكندرية، بدون سنة النشر.

- مصطفـى أحمد أبو عمرو، ونبيل إبراهـيم سعد، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2011.

- مصطفى الزحيلي، "وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية "، ج 2، مكتبة دار البيان، دمشق، ط الأولى 1982.

- مصطفى عبد السلام المهماه، "المعجم لألفاظ الحبس- الوقف- المعقب والعام بالمغرب"، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بريس، الرباط،2006.

- مصطفى مجدي هرجة، الجديد في الحيازة، دار محمود، الطبعة 11، بدون سنة النشر.

- المعطي الجبوجي، "القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات و أسباب الترجيح بين الحجج"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2002.

- نبيلة الكراي الوريمي، حائز العقار، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.

3- المراجع الخاصة

- أبي بكر أحمد بن عمرو الشيباني المعروف بالخصاب، "أحكام الأوقاف"، ضبطه وصححه، محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى 1999.

- إقبال عبد العزيز المطوع، "مشروع قانون الوقف الكويتي في إطار إستثمار وتنمية الموارد الوقفية"، طبعة الأمانة العامة للأوقاف دولة الكويت، الطبعة الأولى، 2001.

- الدرويش عبد العزيز، "عرض التجربة الوقفية بالمملكة المغربية"، ندوة التجارب الوقفية لدولة المغرب العربي، الرباط، 9 و 10 و 11 نونبر 1999، مطبعة فضالة المحمدية، 2001.

- زهدي يكن، "أحكام الوقف"، منشورات المكتبة العصرية صيدا، بيروت، بدون سنة النشر.

- سعد بن تركي الخثلان، الأصول الشرعية لإثبات الأوقاف، دار أطلس الخضراء، الرياض 2017.

- صابرينا البجدايني، القواعد الإجرائية في مدونة الأوقاف. دار نشر المعرفة.الرباط.2015.

- عبد الجليل عبد الرحمان عشوب، كتاب الوقف، دار الآفاق العربية الطبعة الأولى، سنة 2000 القاهرة.

- عبد الحق ابن المجدوب الحسني، الحوالات الحبسية ودورها في حفظ الممتلكات الوقفية، مطبعة آنفو- برانت فاس، ط الأولى 2003.

- عبد الرزاق اصبيحي، "الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب"، مطبعة الأمنية الرباط 2009.

- عبد الله بن محمد بن سعد آل فنين، "الأصول الإجرائية لإثبات الأوقاف"، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، 2015.

- عكرمة سعيد صبري، الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي للنشر، ط الثانية 1971.

- محمد المكي الناصري، "الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية"، طبع بأمر صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني طيب الله تراه ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1992.

- محمد بن عبد العزيز بنعبد الله، "الوقف في الفكر الإسلامي"، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بأمر من صاحب الجلالة أمير المؤمنين الحسن الثاني رحمه الله، ج الأول.

- محمد عبير عبد الله الكبيسي، أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، مطبعة الرشاد، بغداد، 1977.

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية بيروت، ط الرابعة 1982.

- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والوقف، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، ط الأولى 1992.

- محمد نعناني، "المقتضيات الجديدة لمدونة الأوقاف ومتطلبات الحماية القانونية والقضائية"، مكتبة الرشاد، سطات، ط الأولى 2020.

- مصطفى أحمد الزرقا، "أحكام الأوقاف"، جمعية عمال المطابع التعاونية، دار عمار الأردن، ط الثانية 1998.

- مصطفى بنعلة، "تاريخ الأوقاف الإسلامية بالمغرب في عصر السعديين من خلال حوالات تارودانت و فاس"، ج الأول، منشورات زارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، ط الأولى 2007.

- منذر عبد الكريم القضاة، "أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2011.

-ناصر إبراهيم ناصر بن عنيق، حماية الأوقاف في الفقه الإسلامي وإجراءاتها القضائية في المملكة العربية السعودية، دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف للنشر، الرياض، 2018.

4- الأطـاريـــح:

-إدريس شلبي، **مسطرة تحقيق الخطوط في القانون المغربي**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2015/2014

-إلياس جوادي، **"الإثبات القضائي في المنازعات الإدارية – دراسة مقارنة"**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم القانون العام، جامعة محمد خضيرة بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013

-إلياس جوادي، **"الإثبات القضائي في المنازعات الإدارية – دراسة مقارنة"**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية – قسم القانون العام، جامعة محمد خضيرة بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2014/2013

-بنسالم أوديجا، **"سلطة القاضي في الإثبات في المادة المدنية"**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال- الرباط، السنة الجامعية 2014-2015

-جيهان بونبات، **"مركز الكتابة والتسجيل في عقود تفويت العقارات"**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2012/2011.

-رحايمية عماد الدين، **"الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري"**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تاريخ المناقشة 15 مارس 2014.

-رمضان قنفود، **"المنازعات المتعلقة بالمال الوقفي – في إطار القانون الموضوعي"**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2015/2014.

-زهيرة فونتير، **منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقهي والحماية القضائية**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2014-2015.

- عبد الرزاق أصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال الرباط، السنة الجامعية 2006-2007.

- عبد الرزاق حباني، **الحماية القانونية للعقارات المحبسة دراسة في الوسائل وفي الآثار**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية عين الشق- الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006/2005.

- 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 2000-2001.

- علال حمداش، **التوثيق بين الفقه المالكي والتقنين المغربي**، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة فاس – سايس، السنة الجامعية 2010/2009.

- فاطمة الزهراء علاوي، أطروحة لنيل الدكتوراه، حيازة العقار في الفقه المالكي عند علماء الغرب الإسلامي، دار الحديث الحسنية، الرباط، السنة الجامعية 2006-2007.

- محمد أحمد سيف بني غازي، **"التنظيم القانوني للعقود التجارية المبرمة عبر الأنترنت – دراسة مقارنة"**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011/2010.

- محمد الجرموني، **"الوقف المعقب بالمغرب بين المعيقات الواقعية ومحدودية الحماية القانونية"**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، مجموعة البحث في الدراسة الميتودولوجية لقانون الالتزام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس، السنة الجامعية 2014/2013.

- محمد بادن، "دعوى الاستحقاق العقارية"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2011/2019.

- محمد بن سليمان بن عبد الله الراشدي، **"وسائل الإثبات الحديثة في المعاملات المدنية والتجارية "**، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2013/2012

- محمد متزعم، مركز التوثيق في الإثبات، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، السنة الجامعية 2012-2013.

- مراد دهام، "حماية الوقف العام في ضوء العمل القضائي المغربي"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط- السويسي، السنة الجامعية 2019/2018.

- نبيل عبد الله الطاهري، **" حماية المتعاقد في البيع العقاري في التشريعيين المغربي واليمني دراسة مقارنة: الكتابة نموذجا"**، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، شعبة القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، السنة الجامعية 2011/2010.

5- دبلوم الدراسات العليا المعمقة

- رشيد العمراني، الوضعية القانونية لعقارات الأحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود، السنة الجامعية 2007-2008.

- علي بن شقرون، المؤسسة القانونية للوقف من خلال بعض أدوار الاحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 1990-1991.

- محمد الربيعي، محررات الموثقين وحجيتها في الإثبات في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 1988/1987.

6- دبلوم الماستر:

- عبد العزيز قلالي، "إثبات الملك الوقفي بين مواد مدونة الأوقاف والعمل القضائي المغربي"، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، السنة الجامعية 2013/2012.

- كريمة العظمي، "إثبات الوقف في القانون المغربي"، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، طنجة، السنة الجامعية 2014/2013.

7- المقـالات:

- أحمد الريسوني، **الطبيعة القانونية للمسجد في ضوء التشريع المغربي والمقارن،** مقال منشور بمجلة القضاء المدني، النظام القانوني للأملاك الوقفية، سلسلة دراسات وأبحاث، ج الأول، مطبعة المعارف الجديدة الرباط 2012.

- ادريس الفاخوري، قضايا المنازعات العقارية، سلسلة المعارف، العدد 22، دار نشر المعرفة الرباط،2014.

- إدريس بلمحجوب، **"مسار العمل القضائي في مجال إثبات الوقف"**، مجلة النظام القانوني للأملاك الوقفية، ج الأول، ع الأول 2012.

- أشرف جنوي، "استثناء الأوقاف العامة من الأثر التطهيري للرسم العقاري"، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، العدد الثامن، 2015

- ثريا الحريف، **"ولاية المرأة للقضاء بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية"**، مجلة الملحق القضائي، ع 42 ماي 2009- المعهد العالي للقضاء، المغرب.

- جمعة محمد الزريقي، أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في التشريع الليبي، مجلة أوقاف، العدد 16،ماي 2009.

- دليل حول مسطرة تصحيح الإمضاء ومسطرة الإشهاد على مطابقة النسخ لأصولها، الصادر عن وزارة الداخلية – المديرية العامة للجماعات المحلية، منشورات مركز التوثيق للجماعات المحلية، الرباط، سنة 2005

- رشيد العراقي، **"طرق إثبات الالتزام"**، مجلة الملحق القضائي، العدد 30 أكتوبر 1995

- زكريا العماري، إثبات الوقف العام بين مدونة الأوقاف وأحكام الفقه المالكي، مجلة القبس المغربية، العدد الرابع يناير 2013

- زكرياء العماري، **"خصوصية التحفيظ العقاري للأملاك الوقفية – دراسة في ضوء مستجدات القانون رقم 07-14 ومقتضيات مدونة الأوقاف"**، منشورات مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض، دفاتر محكمة النقض، ع 26، مطبعة الأمنية – الرباط، 2015

- سعاد المعروفي، إثبات استحقاق العقار عن طريق إعمال قواعد الترجيح، مقال منشور بمجلة القانون المدني، العدد الرابع 2017

- سلسلة دليل العمل القضائي تحت عنوان: المنازعات الوقفية بين مواقف محاكم الموضوع وتوجهات محكمة النقض، الجزء الثاني، العدد الثاني، 2014

- صادق حماد محمد محمدين، "معوقات الإدارة المالية في نظام المؤسسة الوقفية مقارنة بنظيرتها الخيرية الأوروبية"، مجلة أوقاف، الأمانة العامة للأوقاف – الكويت 2018

- عبد الرازق اصبيحي، **التجربة المغربية في الأوقاف صرفا وتقنينا واستثمار**، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط 2017.

- عبد الرحمان دريوش، **"الحماية القانونية للأملاك الحبسية المقابر نموذجا"**، مساهمة ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق مراكش، يومي 10 و 11 فبراير 2006، تحت موضوع الأملاك الحبسية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط الأولى 2006

- عبد الرزاق أصبيحي، **" اتجاه القضاء المغربي في موضوع إثبات الوقف "**، مجلة أوقاف، العدد 18 السنة 2010

- عبد الرزاق أصبيحي، **"حجية الرسم العقاري في مواجهة الوقف"**، مجلة القضاء المدني، ع الأول 2012

- عبد الرزاق أصبيحي، **"قراءة في مدونة الأوقاف"**، مجلة القبس المغربية، العدد الرابع، يناير 2013

- عبد القادر قرموش، **"إثبات الوقف في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف"**، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، ، العدد الثامن، 2015

- عمر أزوكار، قضاء محكمة النقض في الترجيح بين البينات والحجج، منشورات دار القضاء بالمغرب، الطبعة الأولى 2014.

- عمر لمين، **شروط وثيقة التحبيس**، أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006، تحت عنوان **الأملاك الحبسية**، بتنسيق محمد مومن ومحمد بونبات، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، ط الأولى 2006.

- كريمة العضمي، "إشكالية تثبيت الوضعية القانونية للأوقاف المعقبة على ضوء مدونة الأوقاف وظهير التحفيظ العقاري"، سلسلة دراسات وأبحاث، تحت عنوان: المنازعات العقارية، الجزء 4، العدد 21، السنة 2018

- مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 46، السنة 1992.

- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، أكتوبر 1982.

- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 45، سنة 1991.

- مجلة القضاء والتشريع عدد 3 سنة 1960.

- محمد التاويل، **إثبات الحبس في الفقه الإسلامي**، مداخلة ضمن أشغال ندوة" **الإثبات في المادة الحبسية"** المنظمة بمقر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالرباط بتاريخ 28-29 يونيو 2005.

- محمد الربيعي، تعارض البينات اللفيفية و قواعد الترجيح بينها في مجال العقار غير المحفظ، مجلة الإشعاع، العدد 37-38، 2010.

- محمد الشليح، **"القيمة القانونية للحوال الحبسية من خلال قراءة في أحوال أحباس الضعفاء والمارستان بفاس"**، مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار الثالث يناير 2012.

- محمد الشيلح، **"القيمة القانونية للحوالة الحبسية من خلال قراءة في حوالة أحباس الضعفاء والممارستان بفاس"**، مجلة محاكمة، ع 2 مارس/ ماي، 2007.

- محمد الشيلح، **تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية**، مساهمة ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق مراكش، يومي 10 و 11 فبراير 2006، تحت موضوع الأملاك الحبسية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط الأولى 2006.

- محمد الكشبور، **"التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي – قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999"**، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ع الثامن، ط الأولى 2005.

- محمد المهدي، **"مركز قانون الالتزامات والعقود في كل ما لم يرد به نص في غيره من القوانين ذات الصلة – مدونة الأسرة ومدونة الأوقاف نموذجا"**، مجلة القضاء المدني، ع 13، السنة 2016.

- إعداد شركة الخضيري والهزاع محامون ومستشارون، الأنظمة والقرارات الإدارية المتعلقة بالأوقاف في المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية 2016.

- محمد المهدي، **"تكوين عقد الوقف في ضوء مدونة الأوقاف"**، سلسلة دراسات وأبحاث تحت عنوان: الأملاك الوقفية، الجزء الثاني، العدد الثامن، 2015

- محمد أمغار، **"حجية وثيقة التحبيس في مواجهة الرسم العقاري"** مساهمة ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق مراكش، يومي 10 و 11 فبراير 2006، تحت موضوع الأملاك الحبسية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط الأولى 2006.

- محمد برادة غزيول وآخرون، **الدليل العملي للعقار غير المحفظ**، سلسلة الدراسات والأبحاث، ع الثاني، مطبعة فضالة، ط الثانية 2007.

- محمد بوجلال، **"الوقف والأنظمة الخيرية الأوروبية: التقنين والمعوقات"**، مجلة أوقاف، الأمانة العامة للأوقاف – الكويت 2018

- محمد خيري، **"وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقتضيات الشرعية وأحكام القانون الوضعي"**، مجلة الحقوق المغربية، العدد الخامس، السنة 2008.

- محمد رافع يونس الحيالي، **"إلتزامات متولي الوقف"**، مجلة الأملاك الوقفية، الجزء 2، العدد الثامن، 2015

- محمد عثمان شبير، **"الوقف الإسلامي والأنظمة الخيرية الغربية المشابهة: نحو شراكة حضارية إنسانية"**، مجلة أوقاف، الأمانة العامة للأوقاف – الكويت 2018

- محمد نعناني، **الاستيلاء على العقارات الحبسية بين الحماية القانونية والنجاعة القضائية**، سلسلة دراسات وأبحاث، المنازعات العقارية دراسات وأبحاث في ضوء نظام التحفيظ العقاري ومدونة الحقوق العينية والمستجدات التشريعية في المادة العقارية، ج الرابع، مطبعة المعارف الجديدة ،الرباط 2018.

- مدونة أحكام الوقف الفقهية، ج الأول، إصدار الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، ط الأولى 2017.

- مصطفى زروقي، " الوظيفة الرقابية لقاضي التوثيق على الوثيقة الوقفية"، مجلة القبس المغربية، العدد الرابع يناير 2013

المغربية للاقتصاد والقانون، ع 55 – 2016.

- موسوعة الفقه الإسلامي المصرية، المصدر موقع وزارة الأوقاف المصرية، تم إعداد ملفها بواسطة المكتبة الشاملة www.shamela.ws.

- مولاي حفيظ العلوي القادري، **"حجية المستخرجات الإلكترونية في الإثبات"**، المجلة.

- يوسف مختري، "إثبات التصرفات العقارية"، مجلة المنازعات العقارية، سلسلة دراسات وأبحاث، تحت عنوان: المنازعات العقارية، الجزء 4، العدد 21، السنة 2018.

7- القوانيــن

♦ القوانين الوطنية

- القانون 103.12 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها
- القانون 113.14 المتعلق بالجماعات
- القانون 12.90 المتعلق بالتعمير
- القانون 32.09 المتعلق بالتوثيق
- القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية
- القانون رقم 1.84.150 المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها
- القانون رقم 15.95 المتعلق مدونة التجارة
- القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة
- المرسوم التطبيقي لقانون خطة العدالة
- القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية.
- القانون رقم 27.95 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود المغربي
- القانون رقم 43.06 المتعلق بالمدونة العامة للضرائب
- القانون رقم 43.06 المتعلق بقانون المالية
- القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز

- القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت
- القانون رقم 78.00 المتعلق الميثاق الجماعي
- مدونة الأوقاف
- مدونة الحقوق العينية
- مدونة الأسرة
- قانون التحفيظ العقاري
- قانون المسطرة المدنية
- المرسوم الملكي رقم 240-62-2 المتعلق بتطبيق الظهير الشريف بشأن ضم الأراضي الفلاحية

♦ **القوانين الدولية**

- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد
- قانون الإثبات المصري
- قانون الإثبات اليمني
- قانون الأسرة الجزائري
- القانون المدني الإيطالي
- القانون المدني المصري
- قانون الوقف لدولة الإمارات العربية المتحدة

- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري
- القانون رقم 10.91 المتعلق بالأوقاف الجزائري
- القانون رقم 11-2015 الخاص بالوقف جمهورية السنغال
- مجلة الالتزامات والعقود التونسي
- مدونة الموجبات والعقود التونسية
- قانون الهيئة العامة للأوقاف المملكة العربية السعودية

8- المراجع باللغة الأجنبية:

- Benedikt Koehler, Muhammad's conception of property as a bundle of rights, Economic affairs, Institute of Economic affairs 2015

- stephen .G. Dimmock and other, The endowment model and modern portfolio theory National Bureau of Economic Research Massachusetts Cambridge 2019.

- samira idllaléne, le habous instrument de protection de la biodiversité? le cas du Maroc dans une approche de droit comparé développement durable et territoires – Vol 4, N1-avril 2013.

- Ahmed Raissoni , LE WAQF ISLAMIQUE , Publication de l'Organisation islamic pour l'Education , les sciences et la Culture -ISESCO-1422H/2001, Imprimerie Fedala, Mohmmedia,2002.

الـفـهـرس

مقدمة 3
الباب الأول: خصوصية الأحكام العامة للإثبات في الوقف 21
الفصل الأول: تكوين الوقف 23
المبحث الأول: مصادر الوقف وأركانه.....25
المطلب الأول: مصادر الوقف.....25
الفقرة الأولى: العقد كمصدر للوقف.....26
الفقرة الثانية: الوصية أو القانون كمصدر للوقف.....29
أولا: الوصية كمصدر للوقف.....29
ثانيا: القانون مصدرا للوقف..... 31
المطلب الثاني: أركان الوقف..... 35
الفقرة الأولى: الواقف والموقوف عليه.....36
أولا: الواقف..... 36
ثانيا: الموقوف عليه..... 40
الفقرة الثانية: الموقوف و الصيغة.....45
أولا: الموقوف..... 46
ثانيا: الصيغة..... 50
المبحث الثاني: شروط صحة الوقف.....55
المطلب الأول: الإشهاد على الوقف.....56
الفقرة الأولى: الإشهاد الرسمي على الوقف..... 59
الفقرة الثانية: الوثيقة العرفية..... 70
المطلب الثاني: حوز الوقف..... 74
الفقرة الأولى: الأحكام العامة للحوز.....78
أولا: أنواع الحوز..... 79
ثانيا: شروط الحوز..... 85
ثالثا: وقت الحوز..... 89

رابعا: متولي الحوز..... **92**
الفقرة الثانية: التقييد في الرسم العقاري..... **94**
أولا: الحوز المادي دون الحوز القانوني..... **94**
ثانيا: الحوز القانوني دون الحوز الفعلي..... **97**
الفصل الثاني: إثبات الوقف 99
المبحث الأول: خصوصية الإثبات قبل صدور مدونة الأوقاف..... **100**
المطلب الأول: التقييد في وسائل إثبات الوقف..... **100**
الفقرة الاولى: موجبات دعوى إثبات الوقف..... **101**
الفقرة الثانية: الموقف الفقهي و القضائي المقيد لوسائل إثبات الوقف..... **105**
أولا: الموقف الفقهي..... **105**
ثانيا: الموقف القضائي..... **109**
المطلب الثاني: الإطلاق في إثبات الوقف..... **115**
الفقرة الأولى: الموقف الفقهي الميسر لوسائل الإثبات..... **116**
أولا – التأصيل الفقهي لتيسير إثبات الوقف..... **116**
ثانيا– الطرق التي يثبت بها الوقف حسب هذا الاتجاه..... **121**
الفقرة الثانية: الموقف القضائي الميسر لوسائل إثبات الوقف..... **132**
أولا – إثبات الوقف بالأدلة المكتوبة..... **132**
ثانيا – عدم الاقتصار على الدليل الكتابي..... **138**
المبحث الثاني: الإثبات في ظل مدونة الأوقاف..... **146**
المطلب الأول: انفتاح المدونة على كافة وسائل الإثبات..... **148**
الفقرة الأولى: مبدأ الانفتاح على كافة وسائل الإثبات..... **148**
أولا: الوقف الثابت بطبيعته..... **148**
ثانيا: طرق الإثبات حسب مدونة الأوقاف..... **157**
الفقرة الثانية: تقييم المبدأ..... **171**
أولا: الوجه الإيجابي لمستجدات الإثبات..... **172**
ثانيا: الوجه السلبي..... **178**
المطلب الثاني: تحصين الوقف من نهائية الرسم العقاري..... **189**

الفقرة الأولى: الأثر التطهيري للرسم العقاري.....190
الفقرة الثانية: استثناء الوقف من قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري.....193
الباب الثاني:خصوصية وسائل ثبوت الاملاك الوقفية 198
الفصل الأول: الأدلة الكتابية في إثبات الوقف..... 200
المبحث الأول: المحرر الرسمي والعرفي.....201
المطلب الأول: الإثبات بوثيقة التحبيس العدلية.....201
الفقرة الأولــى: تكوين الوثيقة العدلية.....206
أولا – تلقي الإشهاد.....206
ثانيا – التحرير.....220
ثالثا – خطاب قاضــي التوثيق.....229
أولا – نموذج وثيقة عدلية متعلقة بالوقف.....240
ثانيا – تحليل الوثيقة..... 241
المطلب الثاني: الإثبات بوثيقة التحبيس العرفية.....246
الفقرة الأولــى: الوثيقة العرفية.....246
أولا – شروط الوثيقة العرفية.....248
ثانيا – خط اليد في الفقه الإسلامي.....261
ثالثا – قيود اللجوء إلى المحرر العرفــي.....269
الفقرة الثانية: نموذج للورقة العرفية المتعلق بالوقف.....280
أولا – صورة عقد عرفي متعلق بالوقف.....280
ثانيا – تحليل العقد.....282
المبحث الثاني: الحوالات والسجلات الحبسية.....285
المطلب الأول: الحوالات الحبسية.....285
الفقرة الأولى: مفهوم الحوالات الحبسية.....285
أولا – التعريف بالحوالات.....285
ثانيا – نموذج حوالة حبسية.....290
الفقرة الثانية: اعتماد الحوالة في إثبات الأملاك الوقفية.....295
أولا: الأخذ بالحوالة.....295

ثانيا: حجية الحوالة الحبسية.....305
المطلب الثاني: السجلات والكنانيش.....308
الفقرة الأولى: مفهوم السجلات والكنانيش.....308
أولا – التعريف بالسجلات والكنانيش.....308
ثانيا – نموذج السجلات والكنانيش.....311
الفقرة الثانية: حجية السجلات والكنانيش.....316
أولا – اعتبارها دليلا على الحيازة.....317
ثانيا: المقارنــة بين هذه السجلات وبين ما يشاكلها في القانون المدني.....320
ثالثا – اعتبار السجلات والكنانيش الوقفية سجلات الدولـة.....323
الفصل الثاني: الأدلة غير الكتابية في إثبات الوقف 326
المبحث الأول: الأدلة الغير الكتابية المعمول بها في ميدان الوقف.....326
المطلب الأول: إثبات الوقف بالحيازة.....327
الفقرة الأولى: شروط الحيازة.....327
أولا: وضع اليد.....328
ثانيا: العلنية.....329
ثالثا: تصرف الحائز.....332
رابعا: النسبة.....333
خامسا: المدة.....334
الفقرة الثانية: آثار الحيازة لفائدة الوقف.....338
المطلب الثاني: إثبات الوقف بالشهادة والإقرار.....340
الفقرة الأولى: الشهادة.....340
أولا – التعريف بالشاهدة.....341
ثانيا – أنواع الشهادة التي يثبت بها الوقف.....344
ثالثا – حجية الشهادة في إثبات الملك الوقفي.....359
الفقرة الثانية: الإقرار بالوقف.....363
أولا – التعريف بالإقرار.....363
ثانيا – حالات الإقرار التي يثبت بها الوقف.....366

ثالثا – حجية الإقرار.....**372**
المبحث الثاني: الترجيح بين الحجج.....**377**
المطلب الأول: الأحكام العامة للترجيح بين الحجج.....**378**
الفقرة الأولى: مفهوم الترجيح.....**378**
أولا: الترجيح في اللغة.....**379**
ثانيا: الترجيح في الاصطلاح.....**379**
الفقرة الثانية: شروط الترجيح بين الأدلة.....**380**
أولا: صحة الدليل موضوع الترجيح.....**381**
ثانيا: تعارض الأدلة.....**382**
المطلب الثاني: قواعد الترجيح بين الحجج.....**384**
الفقرة الأولى: المرجحات المرتبطة بالبينة.....**385**
أولا: المرجحات المتعلقة بموضوع البينة.....**385**
ثانيا: المرجحات المتعلقة بشكليات البينة.....**395**
الفقرة الثانية: المرجحات المرتبطة بالشهود.....**398**
أولا: الترجيح بزيادة العدالة على العدد.....**398**
ثانيا: الترجيح بتعدد الشهادة على شهادة الواحد.....**402**
خـــــــــاتمـــــة: 404
الملاحـــــق 410
لائحة المصادر والمراجع..... 411