

ورشة العقار والوقف

الدكتور محمد الهيني الدكتور نبيل بوحميدي

تكوين لفائدة أطر وزارة الأوقاف والشؤون
الإسلامية

يونيو 2015

تعريف الدعوى .

بعد استقراء نصوص بعض القوانين وخاصة قانون المسطرة المدنية لا نجد تعريفا للدعوى، باستثناء ما جاء في قانون المسطرة المدنية الفرنسي ؛ حيث نص الفصل 30 على أن : " الدعوى هي حق صاحب ادعاء ليستمع له في موضوع هذا الادعاء وذلك من أجل قبوله أو رفضه من طرف القاضي ". ولهذا عمد فقهاء القانون الوضعي إلى تعريفها كل حسب نمطه ؛ فمنهم من قال بأنها: " سلطة الالتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق أو حمايته ". ومنهم من قال بأنها : "السلطة القانونية المخولة إلى الشخص للالتجاء إلى القضاء بقصد حماية حقه " .

ومهما تعددت التعاريف فإن الدعوى هي وسيلة قانونية يمارسها صاحب الحق أو مزعم عن طريق الالتجاء إلى القضاء من أجل تقرير حق أو تثبيته أو حمايته .

التمييز بين المنازعات العقارية والمدنية والإدارية.

● **المنازعات المدنية هي تلك المنازعات التي تنصب:**

✓ الأملك الوقفية المكراة: سواء تعلق الأمر بالتماطل عن أداء الوجيبة الكرائية، أو الزيادة في مبلغه. (دعاوى الفسخ والأداء).

✓ الأملك الوقفية التي تشهد إحتلالات بدون سند ولا قانون:

(دعاوى التعويض عن الإحتلال ودعاوى الإفراغ).

✓ إلى جانب المنازعات الناتجة عن عقود المعاوضة.

● المنازعات الإدارية.

وهي التي تنصب بالخصوص حول موضوع نزع الملكية والإعتداء المادي.

● المنازعات العقارية.

وهي المنازعات المتعلقة:

✓ بضمان الاستحقاق

✓ إثبات الصبغة الوقفية للعقارات المحبسة

✓ تصفية الوقف المعقب بإعتباره من التصرفات الناقلة للملكية.

أقسام الدعاوى

- تنقسم الدعوى إلى أقسام ثلاثة وذلك بالنظر إلى ثلاثة اعتبارات :
- * - فبالنظر إلى طبيعة الحق الذي تحميه تنقسم إلى :
- - دعاوى شخصية : وهي التي يكون الغرض منها تنفيذ التزام ما ، ؛ كأداء دين أو القيام بفعل شيء .
- - دعاوى عينية : وهي التي ترمي إلى حماية حق عيني؛ كدعوى الملكية أو الاستحقاق .
- - دعاوى مختلطة : وهي التي تتعلق في أن واحد بحق عيني وحق شخصي بحيث يكون الحكم الذي يصدر في النزاع على حق شخصي حاسما للنزاع أيضا بالنسبة للحق العيني .
- * - أما بالنظر إلى موضوع الحق؛ أي المحل الذي يهدف المدعي الحصول عليه إما أن تكون عقارية أو منقولة :
- - الدعاوى العقارية هي التي يكون المطلوب بها عقارا أو حقا عينيا على عقار .
- - الدعاوى المنقولة هي التي يكون المطلوب بها منقولا ؛ كالمطالبة بأداء مبلغ مالي كان في الذمة .
- وينشأ عن هذين التصنيفين تصنيف ثالث قاصر على الدعاوى العقارية حيث أن الدعاوى إما أن تهدف إلى حماية أصل الحق فتسمى : دعاوى الملكية ، وإما أن تهدف إلى حماية حيازة الحق العقاري ليس إلا فتسمى : دعاوى الحيازة .

مفهوم الدعوى العقارية

● الفصل الثامن من ظهير العقارات المحفوظة على أن : "الدعوى التي ترمي إلى استحقاق عقار تعتبر دعوى عقارية".

● أنواع الدعاوي العقارية :

● لقد وردت الحقوق العينية العقارية – حسب الرأي الغالب – في القانون على سبيل الحصر ، فكان طبيعيا أن يؤثر ذلك على الدعاوي العقارية نفسها فتعتبر هي أيضا محصورة بهذه الحقوق العقارية ، وعليه فتعتبر من قبيل الدعاوي العقارية ، وبصورة خاصة، الدعاوي الآتية : 1 – دعوى استحقاق العقار التي يرفعها المالك لتثبيت ملكيته واسترداد العقار عند الاقتضاء من حائزه .

● 2 – دعوى تثبيت حق من الحقوق العينية العقارية الأصلي؛ كالسطحية والانتفاع، والكرأ الطويل الأمد ، والارتفاق .

● 3 – دعوى إنكار حق من الحقوق المذكورة التي بها المالك على من يدعي أن له على عقاره حقا من الحقوق.

أنواع الدعاوى

4 - دعوى تثبيت حق من الحقوق العينية العقارية ؛ كالرهن الرسمي ، والرهن الحيازي الواقع على عقار ، والامتياز العقاري الناجم عن المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار وتوزيع الثمن أو عن حقوق الخزينة .

5 - دعوى قسمة الأموال العقارية قسمة نهائية لأن مثل هذه القسمة تتناول أصل الملكية أو أصل الحق العيني المشاع فتقضي نهائيا على الشيوع بين المتقاسمين بحيث يستعيز كل منهم عن حصته الشائعة في الملكية أو في الحق العيني بملكية مستقلة أو بحق عيني مستقل .
أما الدعوى المتعلقة بقسمة المهايأة زمانية كانت أو مكانية ، فهي تعتبر دعوى شخصية لأنها تنصب على منافع الشيء المشترك دون جوهر حق الملكية أو الحق العيني الذي يبقى شائعا فيما بينهم .

6- دعاوى الحيازة التي تحمي وضع اليد كمظهر للملكية والتي يجب اعتبارها في حكم الدعاوى العقارية.

أهمية تقسيم الدعاوي :

تظهر أهمية تقسيم الدعاوي إلى عينية وشخصية ومنقولة وعقارية من حيث الاختصاص المحلي :

● الدعاوي المنقولة سواء كانت شخصية أو عينية تختص بها المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدعي عليه .

● أما الدعاوي العينية العقارية فتختص بها المحكمة التي يقع بدائرتها العقار .

● وبالنسبة للدعاوي الشخصية العقارية تختص بها إما المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه .

● من حيث نوعية القضاء الفردي أو القضاء الجماعي في المحاكم الابتدائية :

● الدعاوي الشخصية :قضاء فردي

● الدعاوي العقارية:قضاء جماعي

● الدعاوي الشخصية العقارية:قضاء جماعي⁸

دعوى التصريح بثبوت الوقف وخصوصياتها

● خصوصية المنازعات المتعلقة بالأحباس

● التوجهات القضائية للبت في هذه المنازعات

خصوصيات المنازعات في مجال الأوقاف

● رفع الدعوى ودور النيابة العامة

● الإثبات وطرق الطعن

رفع الدعوى ودور النيابة العامة

➤ على مستوى رفع الدعوى:

إن أهم النقط المسطرية التي تشهد خصوصيات بالنسبة لردفع دعوى منصبة على عقار وقفي نجد صفة التمثيل أمام المحاكم، والمصاريف القضائية اللازمة لرفع الدعوى

الصفة:

والصفة تعتبر من الشروط الأساسية للتقاضي والتي بانعدامها لا تقبل الدعوى، فهي سلطة مباشرة من طرف صاحب الحق المعتدى عليه، أو المهدد بالادعاء في مواجهة المعتدى أو المهدد بالاعتداء،

وشرط الصفة هذا لا يثير أي إشكال عندما يكون الشخص مدعى باسمه ولحسابه الخاص، خلاف ذلك عندما يتعلق الأمر باسم ولحساب الاغيار كالشخص المعنوي الخاص أو العام، فالصفة تثبت للممثل القانوني، وهذا من الخصوصيات التي تميز المنازعات الوقفية حيث وكما هو منصوص عليه في المادة 56 من مدونة الأوقاف الجديدة أن الذي ينوب عن الأوقاف هو الممثل الحكومي أو من ينتدبه لهذه الغاية والذي جاء كالتالي " :تمثل الأوقاف العامة أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف أو من تنتدبه لهذا الغرض "

وهذا ما سار عليه القضاء في أحد قراراته حيث حصر صفة الإدعاء في وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية أو من ينتدبه لهذا الغرض وفي ما يلي نص القرار "لما كان الثابت من وثائق الملف أن الدعوى مرفوعة حسب مقالها الافتتاحي من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في شخص ناظرها بمكناس، وأن هذا الأخير أدلى ابتدائيا بنسخة طبق الأصل من قرار انتدابه للترافع أمام المحاكم باسم وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية في قضايا المنازعات التي تهم نظارته بصفة عامة، وهو مدرج بالملف، فإن المحكمة التي قبلت الدعوى، وعلت قرارها بان السيد الناظر هو الذي يمثل الوزارة في إقامة الدعوى تكون قد صادفت الصواب.

ويثار السؤال هل يمكن إدراج رئيس الحكومة عند التقاضي لصالح الوقف أو ضده خصوصا وأن جميع الإدارات ترفع الدعاوى باسمه. إلا أنه ونظرا للخصوصيات التي تميز بها الوقف في مجال المنازعات، فإن المؤسسة المكلفة بالوقف إنما تترافع وتتقاضى فهي لا تتقاضى باسم مرفق عام، وإنما باسم النظارة و الولاية على الوقف .

● ينص الفصل التاسع (9) من قانون المسطرة المدنية 1 المعدل والمتمم بمقتضى القانون رقم 72.03 على ما يلي " : يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية :

– 1 القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية والهيآت والوصايا لفائدة المؤسسات الخيرية وممتلكات الأحباس والأراضي الجماعية .

2 يشار في الحكم إلى إيداع مستنجات النيابة العامة أو تلاوتها بالجلسة وإلا كان باطلا . "

بناء على مقتضيات الفصل التاسع سالف الذكر فإنه يتوجب تبليغ كل القضايا المتعلقة بالمنازعات الوقفية إلى النيابة العامة، وهو ما سار عليه القضاء في الكثير من القرارات، حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) ما يلي " :لما كان النزاع يتعلق بعقار محبس وأن الحبس صار لمصلحة حتى من لم يولد بعد، وبعد انقراض المحبس عليهم يرجع لمسجد مولاي علي الشريف فإنه كان يجب أن تبلغ الدعوى إلى النيابة العامة .

● وهذا راجع إلى أن الحكم الخالي من مستتجات النيابة العامة في الحالات التي يوجب القانون تبليغها لها يكون ناقصا ومعرضا للبطلان، وهو ما أقره أيضا المجلس الأعلى في أحد قراراته الذي جاء كالتالي " :خلو الحكم من الإشارة إلى مستتجات النيابة العامة كما تقضي بذلك الفقرة الأخيرة من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية، يؤدي بطلانه، إذ أن عدم إحالة الملف على النيابة العامة طبقا للفصل المذكور في المرحلة الابتدائية يؤدي إلى بطلان الحكم الصادر فيه ولو قامت الهيئة الاستئنائية بإحالته على النيابة العامة لديها لأن ذلك لا يعني عن النقص الحاصل ابتدائيا 1" وهكذا يتضح أنه حتى ولو قدمت النيابة العامة مستتجاتها في مرحلة الاستئناف ولم تقدمها أمام المحكمة الابتدائية فإن الحكم يكون باطلا نظرا لأهمية مستتجاتها بخصوص هذا النوع من النزاعات .
يتضح إذن لتقديم دعوى متعلقة بملك حسي أنه يلزم تمثيل الأوقاف أمام المحكمة من طرف الوزير الوصي أو من ينتدبه لهذه الغاية. ويجب أيضا تبليغ القضية للنيابة العامة حتى تستطيع تقديم مستتجاتها .

الإثبات وطرق الطعن

الإثبات في الأحباس

الإثبات هو إقامة الحجة والدليل أمام القضاء بالطرق والوسائل التي حددها القانون هذا ويأخذ المغرب فيما يتعلق بإثبات الأملاك الحبسية بالمذهب المالكي، هذا الأخير انقسم الفقه فيه إلى اتجاهين: اتجاه أول ذهب إلى التشدد في قبول وسائل إثبات الحبس وذلك بحصره لها في رسم التحبيس، وفي ذلك يذهب الفقيه التسولي إلى القول "رد 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 شرط في الصغير دون الكبير كما قد يتبادر."1

ثم إن هذا الرأي لا يقبل شهادة السماع اعتباراً لكونها مبنية على الظن بإسنادها إلى علم الغير وفق هذا الاتجاه علاوة على عدم قبول الشهادة اللفيفية التي تلجأ إليها الأوقاف لإثبات استحقات الحبس.

● وفي مقابل هذا الاتجاه، ذهب اتجاه ثان من الفقه إلى إطلاق وتيسير وسائل الإثبات في المادة الوقفية،

● وقد نصت مدونة الأوقاف في المادة 48 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 "وعليه يمكن إثبات الحبس بجميع وسائل الإثبات .

● ومن بين هذه الوسائل الإقرار، سواء كان قضائيا بأن صدر بمجلس القضاء بمناسبة نزاع حول الأحباس، أو غير قضائي وهو الذي يصدر عن الشخص وقد يكون خط يده، أو بخط غيره لكن موقع من لدنه .
ويشترط في الإقرار لينتج آثاره القانونية على قيام الحبس ووجوده أن يكون صادرا عن رضاء وأن يكون المقر متمتعا بكامل أهلية الإدراك والتمييز وأن تكون إرادته خالية من العيوب التي يمكن أن تشوبها .

● كما يمكن الإثبات أيضا بالحيازة والتي تنتج آثارها في حقل الحبس ولو تمت دون إذن المحبس أو رضاه، هذا وإن كان بإمكان إدارة الأوقاف إثبات الحيازة لصالحها فلا يمكن للطرف الآخر الاستناد على الحيازة لإثبات تملك العقار المحبس، لان الأحباس لا تسقط ملكيتها بالتقادم أو الحيازة² ولا تعد سببا لكسب الملكية في الفقه الإسلامي³.

وهذا ما نص عليه المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية في المادة 261 بقوله " : لا تكتسب بالحيازة :

- أملاك الدولة العامة والخاصة .

- الأملاك المحبسة .

- أملاك الجماعات السلالية .

- أملاك الجماعات المحلية .

- العقارات المحفظة .

- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون . "

وهو ما سار عليه القضاء في العديد من قراراته التي أقرت بعدم جواز تملك الأملاك المحبسة بالحيازة

● وفيما يتعلق بالعقار المحفظ فإن التقييد بالرسم العقاري كاف لإثبات الحوز. كذلك يمكن إثبات الحبس بالشهادة، والأصل في الشهادة العيان أي أن يشهد الشاهد على ما رأى بعينه ولا يشهد بما سمعه إلا في الزواج والحبس، والفقهاء الإسلامي يقبل شهادة السماع في إثبات الحبس ولا يشترطون علم الشاهد بموضوع الشهادة علما خاصا، وعليه فإذا كانت الشهادة بالقول تتطلب الإبصار والقول فإن الشهادة بالتسامع يتعطل فيها الإبصار¹، وقد تبنى المجلي الأعلى العديد من القرارات في هذا الشأن حيث جاء في احد قراراته² ما يلي " :الحبس يثبت ببينة على أنه حبس، وإنما يحاز بما تحاز به الأعباس، يحترم بحرمتها ويكفي ذلك فيه عن موجب الملكية التام، والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما قيمت ملكية الطالبة عدد 310 بأنها لا تتوفر على شرط الملك فردت تعرضها مع أنها عبارة عن ملكية حبس، شهد شهودها بأن المشهود به هو حبس ويحاز بما يحاز به الأعباس، ويحترم بحرمتها ويكفي ذلك فيها عن موجب الملكية التام، لم تجعل لقضائها أساس، وعلت قرارها تعليلا فاسدا ينزل منزلة انعدامه، وعرضته للنقض

● كما يثبت الحبس بواسطة الحوالة الحبسية وقد كرس هذا القضاء في أحد قراراته حيث أنه 4 "الحوالة الحبسية دليل على الحبس إذا لم يوجد ما يعارضها .
الحبس لا يمكن تفويته ولا اكتسابه بالتقادم أو غيره .
الإدعاء بأن الملك أنجز للمدعي عليه إرثا لا يمكن سماعه ما لم يدل بما يفيد موت المورث وعدة الورثة وتناسخ الإرثات لقول أبي الحسن الزقاق في لاميته :
ومن يدعي حق لميت ليثبتن له الموت والوارث بعد لتفصلا
هذا فيما يتعلق بالإثبات في المادة الوقفية أمام القاضي فماذا
عن طرق الطعن في الأحكام التي يصدرها القضاء في هذا
الشان؟ وهو ما سنحاول التطرق إليه في الفقرة الموالية .

طرق الطعن

● طرق الطعن في المسطرة المدنية على نوعين، عادية وتشمل التعرض والاستئناف، وغير عادية: وتضم النقض كأهم طريق من طرق الطعن غير العادية ثم تعرض الغير الخارج عن الخصومة، وإعادة النظر .

ودرجات التقاضي على مرحلتين كما أن المغرب لم يعرف ما يسمى بجهات قضائية كما في فرنسا، لأنه ليس لدينا إلى محكمة واحدة للنقض وهي المجلس الأعلى سابقا (محكمة النقض حاليا) والتي تبت في الطعون الموجهة للقرارات التي تصدرها محاكم الاستئناف بالمملكة على اختلافها (مدنية، تجارية، إدارية...)، فلو كان في المغرب محكمة للنقض خاصة لكل نوع من القضايا لأمكن لنا القول بأننا نتوفر على جهة قضائية، وعلى اعتبار أن ما يهمنا في هذا الإطار هو الطعن في القرارات والأحكام التي تصدر في المادة الوقفية، وبالأخص الاستئناف والنقض .

فالمنازعة في الأوقاف تتميز فيما يخص الطعن عن ما هو عليه الحال في القواعد العامة وبالضبط قانون المسطرة المدنية، لذلك يتعين توضيح أوجه الفرق بينهما بالنسبة للاستئناف، والنقض، وإعادة النظر .

فالمتعارف عليه هو أن الأحكام التي تصدرها التي تصدرها المحكمة الابتدائية المختصة التي تتجاوز قيمتها 20.000 درهم وفقا للتعديل الذي لحق الفصل 19 من ق م م تكون ابتدائية، ويحق لطرفي الدعوى في الحالة التي لا يرضى فيها الحكم أي منهما كما في الحكم الجزائي لكل منهما بمطلبه أو لأحدهما أن يطعن في ذلك الحكم بالاستئناف أمام محكمة الاستئناف المختصة باعتبارها محكمة موضوع، يحق لها عرض الدعوى من جديد، ولا يمكن تنفيذ الحكم الصادر ابتدائيا وهو بين أيدي محكمة الاستئناف .

وما يميز الأحكام التي تصدر في المادة الوقفية وبالضبط في كراء الأملاك الجبسية عن ما هو مضمن في المسطرة المدنية أن المحكمة عندما تبت في نزاع من النزاعات المثارة بين المكري (الأحباس) والمكثري ولو تجاوزت قيمة النزاع 20.000 درهم لا يمكن الطعن في الأحكام التي تصدر بشأنها بالاستئناف ويكون حكمها حكما نهائيا، وهو ما نص عليه الفصل 113 من الظهير المتعلق بتحسين حالة الأحباس العمومية والذي ينص على أنه "يحكم القاضي حكما نهائيا في شأنه النزاع الناتج عن هذا الاتفاق ولا يطلب المكثري استئناف الحكم في أي محكمة كانت وإن صدر عليه الحكم فلا يطلب استئنافه ."

هذا ويجدر القول على أن مدونة الأوقاف أكدت على أنه لا يجوز الطعن في الأحكام الصادرة في موضوع الكراء بالاستئناف وهي أحكام نهائية عندما قررت في مادتها 93 بأنه "تكون الأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في النزاعات المتعلقة بالكراء المنصب على الأملاك الحبسية نهائية، ولا يجوز للمكتري الطعن فيها بالاستئناف".

وما يفهم من المادة 93 من مدونة الأوقاف أن المشرع لا يقصر الصفة النهائية على الأحكام. وإنما أضاف إليها الأوامر القضائية ولكن على شرط أن تكون لصالح الأوقاف وبمفهوم المخالفة أنه إذا صدر حكم في نزاع حول كراء حبسي لصالح المكتري فإنه يكون من حق الأوقاف الاستئناف. وهذا ففي رأينا إخلال بمبدأ المساواة في التقاضي رغم أن الأوقاف غايتها الأساسية خدمة الصالح العام لكن لا يجب أن ننسى أن هناك مبدأ يقضي بالمساواة أمام القضاء .

هذا فيما يتعلق بالاستئناف، أما الطعن بالنقض فكما هو معلوم أن للمتقاضي مباشرة الدعوى والسير فيها إلى نهايتها إذا كانت تتوفر الشروط المتطلبة لذلك.

● محكمة النقض تعتبر محكمة قانون وليست محكمة موضوع، لذلك فعندما يطعن أمامها في قرار صادر عن محكمة الاستئناف فهي لا تعيد البت في القضية والتحقيق فيها من جديد وإنما تراقب محكمة الاستئناف هل طبقت القانون الواجب التطبيق تطبيقاً سليماً أم لا. علماً أنه في التعديل الأخير أصبحت جميع القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف تقبل الطعن بالنقض، لأن اختصاص هذه الأخيرة معلق على أن تكون قيمة نزاع الحكم الابتدائي أكثر من 20.000 درهم، وحتى يقبل النقض يجب أن تكون قيمة النزاع الذي تبث فيه محكمة الاستئناف أكثر من 20.000 درهم، وهو ما يتوافر في جميع القرارات الاستئنافية .

● وما يهمنا في الطعن بالنقض هو التنفيذ إذ أنه وكما هو معلوم أن الطعن في قرار محكمة الاستئناف لا يوقف التنفيذ. إلا ما استثناه الفصل 3612 من الظهير المتعلق بالمسطرة المدنية وعليه يمكن للمحكوم له بقرار صادر عن محكمة الاستئناف أن يطالب بتنفيذ القرار، ويترتب بالتالي على التنفيذ عدم إمكانية إرجاع الحال إلى ما كان عليه في حال نقض محكمة النقض للقرار لكن اعتباراً لأهمية الوقف في المجتمع المغربي، وما يؤديه من خدمات، ارتأى واضعو مدونة الأوقاف أن توجد استثناء وتضيفه إلى الفصل 361 ق.م.م ليصبح الطعن بالنقض، في القضايا الوقفية بوقف التنفيذ وهذا دون أدنى شك

قواعد الترجيح بين الحجج

تعتبر الدعوى الوسيلة القانونية لاستصدار حكم قضائي منشأ للحق المدعى فيه، أو كاشف لهذا الحق. ومجرد الادعاء، لا يخول المدعي اقتضاء الحق موضوع النزاع، إذ لا بد من تعزيز الطلب بما يثبت، من مختلف وسائل الإثبات تطبقاً للمبدأ القانوني، إثبات الالتزام على مدعيه، والمنصوص عليه في الفصل 399 من ق.ل.ع.

ويشكل الإثبات الوجه الايجابي للحق، يدور معه وجودا وعلما، فالحق من الناحية القانونية يعتبر موجودا بوجود ما يثبته، ويعتبر غير قائم بانعدام ما يثبته، والحق غير الثابت يبقى حقا غير جدير بالحماية القانونية، ويبقى في دائرة الالتزام الأخلاقي والأدبي وموكل تنفيذة إلى ضمير الملزم به. ولإثبات الحق موضوع الدعوى، يتعين الالتجاء إلى إحدى وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا في الفصل 404 من ق.ل.ع وهي: الإقرار، الحجة الكتابية، شهادة الشهود، القرنية، اليمين والنكول عنها.

وتعتبر هذه الوسائل حصرية، لا يمكن اللجوء إلى غيرها من الوسائل، خلاف الإثبات في الميدان الزجري، حيث تطبق قاعدة حرية الإثبات والاقتناع الوجداني للقاضي، ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة أعلى درجة، إلا في جانب التعليل وتبيان كيفية استخلاص قناعته، من خلال أدلة وقعت مناقشتها بمحضر المتهم ويمكن من الإطلاع عليها، وتقديم وسائل دفاعه بخصوصها.

بالإضافة إلى الطعن بالاستئناف والنقض. فالطعن بإعادة النظر بتمييز ببعض الخصوصية في مجال المنازعات الوقفية، والطعن بإعادة النظر هو طريق غير عادي يستطيع أحد الخصوم في الدعوى أن يسلكه في حالة معينة للطعن في الأحكام الابتدائية غير القابلة للتعرض والاستئناف، وذلك أمام نفس المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ابتغاء رجوع هذه المحكمة عنه والقيام بالتحقيق في القضية من جديد تلافياً لخطأ غير مقصود كان يشوب الحكم المطلوب إعادة النظر فيه.

هذا وقد نص الفصل 4021 من قانون المسطرة المدنية على حالات إعادة النظر على سبيل الحصر مما يؤكد عدم إمكانية اللجوء إلى هذا النوع من طرق الطعن في أي حالة أخرى، لكن مدونة الأوقاف جاءت بمقتضى جديد يعطي إمكانية اللجوء إلى الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى قامت حجة على حبسيته حيث تنص المادة 58 على أنه " :يمكن الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى قامت حجة على حبسية المدعى فيه، وذلك داخل أجل خمس (5) سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا . "

يتضح إذن أنه يمكن الطعن بإعادة النظر في الأحكام المتعلقة بالوقف العام بصريح النص، لكن السؤال المطروح ماذا عن الوقف الخاص؟ نعتقد أن النص واضح وبالتالي لا يمكن سلوك هذا الطريق من الطعن بخصوص الوقف الخاص .

ومن الخصوصيات أيضا الأجل الذي يمكن داخله الطعن بإعادة النظر حيث عمد المشرع على وضع أجل خمس سنوات وهو عكس ما تبناه المشرع في القواعد العامة المضمنة بالمسطرة المدنية في الفصل 4031 في فقرتها الثانية و 4042 و 4053 .

التوجهات الأساسية للقضاء في منازعات تحفيظ العقارات الوقفية

يقصد من التحفيظ العقاري وفق الفصل الأول من قانون 14.071 المغير والمتمم لظهير 1913 جعل "العقار المحفظ خاضعا لمقتضيات هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه" وذلك بعد سلوك مجموعة من الإجراءات الإشهارية وكذا القيام بعمليات تحديد وضبط معالم العقار وتتويج كل ذلك بصدور رسم للملكية وتطهير العقار من كل الشوائب .

وبالرغم من المزايا الجمة التي تحققها عمليات تحفيظ الأملاك واعتبارا لكون المعاملات الوقفية أصبحت تشكل جزءا مهما من مجموع الوعاء العقاري المغربي، أضف إلى ذلك كون الوقف مصدرا مهما من مصادر قوة المجتمع الإسلامي، كان من اللازم ضرورة حماية الأملاك الوقفية وذلك بالتعامل معها بنوع من الخصوصية في ميدان التحفيظ العقاري

ولا تتوقف التوجهات القضائية الخاصة بالأحكام، الحبسية عند حد
المسائل المرتبطة بالتحفيز وإنما تتجاوز ذلك إلى توجهات مختلفة
تخص كراء الأملاك الحبسية خصوصا فيما يتعلق بتفسير مقتضيات
الفصل 13 من ظهير 21/7/1913 المتعلق بتحسين حالات الأعباس
العمومية

أضف إلى ذلك توجهات مرتبطة بخصوصيات المادة الوقفية فيما يتعلق
بمدى إمكانية تطبيق مقتضيات قوانين الأكرية الخاصة عليها

التوجهات القضائية فيما يخص تقديم مطلب التحفيظ، والتعرض على مطلب التحفيظ

● وفقا لمقتضيات الفصل 13 من قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ يجب على من يرغب في تحفيظ عقار له أن يقدم مطالبا بذلك الى المحافظ على الأملاك العقارية و يجب أن تتوفر في هذا المطلب مجموعة من البيانات إضافة إلى وسائل إثبات العقار المراد تحفيظه .

وكما سبقت الإشارة فالفقه المالكي المعمول به في بلدنا انقسم فيما يتعلق بوسائل إثبات الوقف إلى اتجاهين فقهيين: أحدهما تشدد في قبول هذه الوسائل وذلك بضرورة توفر رسم التحبيس المستجمع لجميع أركانه وشروطه، بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى التعامل بمرونة وبالتالي قبول جميع وسائل الإثبات للحكم بملكية الأوقاف بما في ذلك شهادة السماع، واللفائف العدلية والقرائن ونظرا لكون أن أغلب الأوقاف يرجع تاريخها إلى ماضي بعيد، مما سيؤدي لا محالة إلى اندثار الحجج والوثائق المتبنة لها مع احاطة علم الناس بنسبتها الى الأحياس واحترامهم لها تبعا لذلك فإن التعامل بخصوصية ومرونة في إثبات المادة الوقفية أمر ضروري سواء كانت جهة الاحباس طالبة التحفيظ أو متعرضة .

● وهذا ما صار عليه القضاء في مجموعة من القرارات الصادرة عن محكمة النقض في هذا المجال:

● ونذكر من ذلك مثلا القرار عدد 2667 والذي يعالج مطلباً للتحفيظ قدم من طرف أحباس مسجد آيت بن سليمان بوسلام، بتاريخ 26-07-1995 وقوبل بالتعرض الكلي المتبادل مع العقار الجماعي... وقضت المحكمة الابتدائية لبولمان بميسور بعدم صحة تعرض نظام الأوقاف إقليم بولمان مما جعل نظارة الأوقاف والشؤون الإسلامية تستأنف الحكم بدعوى خرق القواعد الفقهية وسوء التعليل وبالتالي انعدام الأساس القانوني لحكم المحكمة الابتدائية، إلا أن محكمة الاستئناف أيدت المحكمة الابتدائية واستندت في ذلك إلى اعتبار تعرضها _ نظارة الأوقاف _ خالياً من الإلتبات إلا أنه عندما عرض النزاع على مجلس الأعلى نقض حكم محكمة الاستئناف إذ اعتبر أن "بينة الحبس التي لا تسمى محبسا بعينه يكفي في شهادة شهودها بان الملك حبسي يحاربها الأحباس ويحترم بحرمتها .

● ذا ويرى بعض الفقه إلى أنه وتفاديا لما يمكن أن يترتب على طلب التحفيظ من قبل الغير في مواجهة الأوقاف من مخاطر، إن لم يكن ممكنا اعتبار الأوقاف مدعى عليها في جميع الأموال، على الأقل مقارنة حجتها بالحجج التي يدلي بها خصمها في الدعوى، وإن كان هو المبادر بتقديم مطلب التحفيظ، حماية للعقارات الوقفية من تأسيس رسوم عقارية عليها تفقدها الصفة الحبسية نتيجة ترامي الغير عليها

قاعدة التطهير والحوز في المادة الوقفية

لقد سبق القول بأنه من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام التحفيظ العقاري مبدأ تطهير الملك المحفظ إلا أنه ونظراً لخصوصيات الأملاك الحبسية ودفاعاً عن أحباس المسلمين لا يجب أن تسري هذه القاعدة في مواجهة الأملاك الحبسية

ثم إن حوز الملك المحبس المتعلق بعقار محفظ طرح عدة إشكالات قضائية وفقهية أدت إلى اختلاف الأحكام وكذا اختلاف آراء الفقه

أولاً: قاعدة التطهير والأملك الحبسية

يترتب على تقديم طلب تحفيظ بشأن عقار ما مجموعة من العمليات تتوج بقرار من المحافظ على الملكية العقارية بتأسيس رسم عقاري للعقار المطلوب تحفيظه وبعد التحفيظ العقار تصبح باطلة جميع الحقوق التي لم يطالب بها أصحابها يوم كان باب المطالبة بها مفتوحاً¹. لذلك يتحملون تبعه إهمالهم وتقصيرهم وليس لهم إلا المطالبة بالتعويض في حالة تدليس طالب التحفيظ أو المحافظ، والغريب في هذا أن المشرع يتحدث في التدليس ولا يمنح للمدلس عليه إمكانية استرداد عقاره إلا استثناءً وقبل أن تصدر مدونة الأوقاف إلى حيز الوجود فإن الإشكال كان يطرح بخصوص عقارات الواقف هل تطبق عليها قاعدة التطهير الوارد النص عليها في الفقرة 2 من الفصل 1 وكذلك الفصل 62 من ظ.ت.ع كما عدل وتمم أم أنها تشكل استثناءً عليها؟

● فالثابت فقها هو أن الحبس "لا يعجز ولا يحاز عليه" بمعنى أنه حتى ولو حاز شخص عقارا للوقف واستجمع شروط الحيابة فإنها لا تفيد في تملك العقار. وقد أكد هذا "المهدي الوزاني" في نوازله على أنه لا حيابة على الحبس وإن طالة² وبهذا نستطيع القول أنه ما دام لا يمكن اكتساب عقارات الاحباس بالحيابة فلا يمكن لقاعدة التطهير أن تسري بشأنها لأنه لا يمكن لطالب التحفيظ ملك موقوف أن يستند على الحيابة لإثبات تملكه لذلك العقار لأنها – الحيابة – هنا لا تنتج أي أثر .

وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى عندما قرر "أنه لا يمكن الاحتياج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار المذكور تجاه حقوق محبسة، لأن العقارات الحبسية المعقبة مثلها في ذلك ممثل العقارات الحبسية العامة غير قابلة للتصرف إلا بإذن جلالة الملك عملا بمقتضيات الفصل الثامن من ظهير 13 يناير 1913 المتعلق بضبط مراقبة الأحباس المعقبة مما يجعل تحفيظ العقار محل النزاع – وهو عقار حبسي معقب – في اسم الغير باطلا

● وانطلاقاً من القرار المشار إليه ومجموعة من القرارات التي سارت في نفس الاتجاه يمكن القول بان المجلس الأعلى يسير وفق ما يجب السير عليه، إذ الوقف في جل أهدافه يخدم المصلحة العامة لذلك فهو أولى بالرعاية من غيره وذلك حتى لو تطلب الأمر خرق قاعدة قانونية خاصة باعتبار لكون المصلحة العامة تقدم على المصلحة الفردية كما هو معلوم .

لذلك فمدونة الأوقاف أبت إلا أن تنص بصفة صريحة على أن قاعدة التطهير الوارد عليها النص في ظهير التحفيظ العقاري (قانون 14.07) ونخص بالذكر الفصل 1 في فقرته الثانية، وكذلك الفصل 62 منه) لا تسري على الأوقاف العامة وذلك بموجب المادة 54 من مدونة الأوقاف .

وبالتمعن في مقتضيات المادة الموماً إليها أعلاه نستخلص أن المشرع جعل تحفيظ وقف عام في اسم الغير يخول الأوقاف المطالبة بتقييده من طرف المحافظ على الأملاك العقارية في اسم هذه الأخيرة وذلك بعد التشطيب على الشخص الذي حفظ الوقف في اسمه وبذلك يكون المشرع أحسن صنعا إذ وفر على الجهة المسؤولة (ناظر الأوقاف) إجراءات تقديم مطلب التحفيظ من جديد وانتظار مسطرة التحفيظ وتعقيدها في بعض الأحيان .

ثانياً: إشكالية حوز الملك المحبس المتعلق بعقار محفظ

● يعتبر الحوز المال الموقوف عن الواقف شرطاً ضرورياً لانعقاد الحبس وقيامه صحيحاً في المذهب المالكي، وفي ذلك يذهب آيت عاصم في التحفة بقوله " :والحوز شرط صحة التحبيس

ويتحقق الحوز " برفع يد المعطي من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المعطي له أو نائبه من وكيل أو مقدم أو وصي . "

إلا أن الإشكال الذي يطرح بهذا الشأن مدى إمكانية تحقق الحوز ووقوعه صحيحاً بأحد الوجهين المادي أو القانوني؟ ومعنى ذلك بشكل أكثر تفصيلاً هل الحيابة القانونية (تقييد الوقف بالرسم العقاري) تغني عن الحيابة المادية وهل الحيابة المادية تغني عن الحيابة القانونية؟

فبالعودة إلى مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري في الفصول 65 و 66 و 67 منه نستفيد أن الحوز في عقار محفظ إسوة بكل حق عيني متعلق بالعقار المحفظ لا يعترف به قانونا ولا يكون موجودا ولا يرتب آثاره سواء بين الواقف والموقوف عليه أو في مواجهة الغير إلا إذا تم تقييده بالمحافظة على الأملاك العقارية وابتداء من تاريخ هذا التقييد .

وبالتالي فإذا تم إهمال تسجيل الحبس وتوفي المحبس أو قام بتفويته فإن هذا الحبس لا يعتد به حتى لو تحققت أركانه وشروطه ولو حيز عن الواقف حيازة مادية .

وانطلاقا من مقتضيات الفصول الموماً إليه أعلاه من جهة وأراء الفقه المالكي المطبقة على الحوز في الأحباس من جهة ثانية نجد أنفسنا أمام حجتين متعارضتين. حجية المذهب المالكي الذي يذهب على أن الحبس متى استوفى شروطه وأركانه وحيز ماديا عن المحبس قبل موته أو تفليسه اكتسب الحجية الكاملة في مواجهة أطرافه والغير، وحجية قانونية تقضي بان العبرة في القول بوجود الحوز في العقار المحفظ بتقييده في الرسم العقاري. فما الاتجاه الذي ينبغي السير عليه هذا أو ذلك؟

اختلف القضاء بهذا الخصوص إلى اتجاهين فالأول يذهب إلى القول بان التقييد في السجل العقاري يعني عن الحيابة المادية الشرعية .
وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى بجميع غرفه 1 في قرار عدد 555 المشهور. بينما ذهب اتجاه اخر الى القول بان التقييد في الرسم العقاري لا يعني عن الحوز المادي للمال الموقوف

وقد تأثر الفقه هو الآخر بهذا الاختلاف اذ نجد فريق يذهب على القول بان التقييد في الرسم العقاري لا يعني عن الحوز المادي هو المال الموقوف اذ يميز هذا الفريق بين شكلية الانعقاد وشكلية النفاذ ويجعل من التقييد في الرسم العقاري شكلية للنفاذ لا تعني عن الحوز المادي، وتبعا لذلك يعتبر أن التقييد في الرسم العقاري باطلا لعدم توفر شرط الصحة إذ ما بني على باطلا فهو باطلا وفق هذا الاتجاه

فيما ذهب فريق آخر من الفقه الى أن التقييد في الرسم العقاري يعني عن الحوز المادي وكذلك الحوز المادي يعني عن التقييد في الرسم العقاري ويرد على أصحاب الرأي الأول فيما يخص شكلية النفاذ وشكلية الانعقاد إلى أن قاعدة ما بني على باطلا فهو باطلا لا تنطبق على هذا الموضوع إذ أن التقييد في الرسم العقاري دون الحوز المادي لا يعني عدم وجود الحوز وإنما يعني وجوده بطريقة أخرى تلتقي وشرط الحوز المادي من حيث الغاية هي الحياة القانونية الناتجة عن التقييد

ونرى أن هذا الاتجاه الأخير هو الذي يستحق التأييد ما دامت الغاية واحدة سواء من التقييد في الرسم العقاري أو الحوز المادي وهي إخراج الملك الموقوف من ذمة الواقف وقطع تصرفه فيه بشكل يجعل نفاذ الحبس متأثراً في مواجهة الواقف والغير على حد سواء

توجهات القضاء في الكراء الحبسي

يعد الكراء من العقود الرضائية المسماة والمحددة المدة فهو ينصب على منافع العين مقابلة وجيبة كرائية يمنحها المكتري للمكري مالك العين، وبالتالي فالأملك الحبسية يمكن أن تكون محل الكراء تراول فيه التجارة أو الحرف أو الصناعة، ولما كان من الممكن أن ينشأ نزاع بين المكري / الاحباس والمكتري فإن ذلك يتطلب الفصل في النزاع بحكم قضائي فهل هذا الحكم القضائي يكون قابلا للاستئناف أم لا هذا ما سنحاول معرفته عند وقوفنا عند موقف القضاء من الفصل 13 من ظهير 7/21/1913، ثم هل الظهير 49/5/1955 و ق.ل.ع قابلين للتطبيق على الكراء الحبسي أم لا .

يعد الكراء من العقود الرضائية المسماة والمحددة المدة
فهو ينصب على منافع العين مقابلة وجيبة كرائية يمنحها
المكتري للمكري مالك العين، وبالتالي فالأملك الحبسية
يمكن أن تكون محل الكراء تزاوّل فيه التجارة أو الحرف أو
الصناعة، ولما كان من الممكن أن ينشأ نزاع بين المكري /
الاحباس والمكتري فإن ذلك يتطلب الفصل في النزاع بحكم
قضائي فهل هذا الحكم القضائي يكون قابلاً للاستئناف أم لا
هذا ما سنحاول معرفته عند وقوفنا عند موقف القضاء من
الفصل 13 من ظهير 7/21/1913، ثم هل الظهير
49/5/1955 و ق.ل.ع قابلين للتطبيق على الكراء
الحبسي أم لا .

موقف القضاء من الفصل 13 من ظهير

21/7/1913

ينص الفصل أعلاه على أنه "يحكم القاضي حكماً نهائياً في شأن النزاع الناتج عن هذا الاتفاق، ولا يطلب المكثري استئناف الحكم في أي محكمة كانت وإن صدر عليه الحكم فلا يطلب استئنافه".

فالأشكال الذي يطرحه الفصل 13 هو هل يسري على جميع النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحبسية أم أنه لا يحكم إلا العلاقة بين المكثري (الأحباس) والمكثري بالأخص عند توليته للكراء أو التخلي عنه دون توفر الشروط المطلوبة قانوناً؟

● اختلف القضاء في شأن ذاك الفصل، بالرجوع إلى القرارات الصادرة في الموضوع والتي تمكنا من الإطلاع عليها نجد أن للمجلس الأعلى اتجاهين فالأول يذهب فيه إلى أن الفصل 13 لا يحكم إلا العلاقة بين الأحباس والمكتري عند توليته الكراء أو تخليه عنه 1 لأن ذلك الفصل يتعلق بالفصل 122 من ظهير تحسين الأحباس العمومية، ومن بين القرارات التي ذهبت في هذا الاتجاه نجد قرار المجلس الأعلى الذي قضى فيه "بان مقتضيات الفصل 13 من ظهير 21/7/1913 بشأن عدم القابلية للاستئناف تنحصر في المنازعات المتعلقة بتولية الكراء، والتخلي عن العين المؤجرة المشار إليها في الفصل 12 قبله، لا تسري على كافة المنازعات المتعلقة بعقد الكراء المنصب على محل حبسي كما هو الحال المنازعات المتعلقة بأداء الوجيبة الكرائية، مما يكون الحكم المطعون فيه الصادر في شأن أداء واجبات الكراء ابتدائيا وقابلا للطعن بالاستئناف اعتمادا على الفصل 19 من ق.م.م.

● اما الاتجاه الثاني للمجلس الأعلى فهو يذهب فيه إلى أن الفصل 13 المذكور يتعلق بجميع النزاعات الكراء الحبسي وإذا ما فصلت فيها المحكمة الابتدائية المختصة بحكم فانه يكون حكما نهائيا غير قابل لأي طعن ومن بين القرارات التي تذهب في اتجاه ذلك نجد قرار قضى فيه المجلس الأعلى بأن ' مقتضيات الفصل 13 من ظهير 21/7/1913 المتعلق بنظام تحسين حالة الأحياس العمومية تطبق على جميع النزاعات المتعلقة بعقد كراء ملك حبسي، مما يجعل من الأحكام الابتدائية الصادرة فيها نهائية وغير قابلة للاستئناف، والمحكمة التي قبلت استئناف حكم من هذا القبيل تكون قد خرقت تلك المقتضيات، وعرضت قرارها للنقض 2 .

وما يمكن لنا ملاحظته على هذه القرارات هو تضاربها في تحديد نطاق تطبيق الفصل 13 فنجدها توسع من نطاق تطبيقه في بعض القرارات وفي أخرى تضيق من نطاق تطبيقه الأمر الذي يتطلب معه تدخل المشرع لحسم الخلاف وهو قامت به مدونة الأوقاف في مادتها 933 حسب اعتقادنا .

فالمتمعن في المادة أعلاه يجدها تضمنت مصطلح "النزاعات المتعلقة بالكراء " عكس الفصل 13 من ظهير 21/7/1913 إذ كان يتضمن "النزاع الناتج عن هذا الاتفاق "فهذا التعبير الذي استعملته المادة 93 يفيد أن كل ما يصدر من أحكام في النزاعات المتعلقة بالكراء الحبسي تكون نهائية شرط إن تكون في مصلحة الأعباس العامة، أما إذا لم تكن في مصلحة الأوقاف فلها حق استئنافها، وهذا كما سبق وأشرنا يخل بمبدأ المساواة أمام القضاء وما يؤكد ما ذهبنا إليه ان المشرع لم يقصر الصفة النهائية على الأحكام وحدها وإنما أضاف إليها الأوامر القضائية التي لا يمكن الطعن فيها بدورها بالاستئناف الأمر الذي يؤدي إلى إغلاق باب القضاء بوجه المكثري عند صدور حكم نهائي .

وان سلمنا ان الاحكام والاورامر القضائية المتعلقة بنزاعات حول الكراء الحبسي تكون نهائية ولا تقبل الطعن بالاستئناف اذا كانت في مصلحة الاوقاف يبدوا أمرا منطقيا ,فان مشرع المادة 93 من مدونة الاوقاف أضاف الى تلك المادة بعض الكلمات ما كان عليه ان يدرجها في صلب المادة و هي "لايجوز للمكثري الطعن فيها بالاستئناف"فالمشرع اعتبر أن تلك الأحكام نهائية فكيف يمكن الطعن فيها بالاستئناف أو حتى النقض ولعل المشرع ظل رهينا في صياغته للمادة 93 بصياغة الفصل 13 من ظهير 21/7/1913 الذي تضمن ما استعملته المادة

موقف القضاء من القانون المنظم للكراء الحبسي

يعتبر عقد الكراء من عقود المعاوضة فادارة الاحباس تمنح للمكتري العين لانتفاع بها لمدة معينة ويلتزم في مقابل ذلك بوجيبة كرائية فاذا تخلف عن القيام بذلك فانه يكون مسؤولا عن ذلك وقد حرص ظهير 21/7/1913 على أن يبين موقفه من ذلك في فصله 5 اذ نص على "ان لم يدفع المكتري كراء أي ثلاثة اشهر كانت بعد تأجيله ثمانية أيام فلإدارة الحق في فسخ كرائه زيادة على محاكمته عن التقاعس عن الدفع "

فعدم وفاء المكتري بالوجيبة الكرائية لثلاثة أشهر يخول للإدارة أن تفسخ العقد الذي يربطها بالمكتري، فلا يحول دون ذلك تأديته لما بذمته بعد تقييد إدارة الأحباس للدعوى وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى اذ قضى بأنه "يحق للأحباس طلب الإفراغ في حالة امتناع المكتري من أداء الكراء، ان أداء المكتري ثمن الكراء بعد تقييد الدعوى بالإفراغ بسبب عدم الأداء لا يمنع التمتع بالحق المخول للأحباس للمطالبة بالإفراغ استنادا على السبب المذكور "

● ولما كان عقد الكراء ينصب على منفعة الشيء لا على الرقبة فان
المكتري يتمتع عليه احدات تغييرات في المحل إلا بموافقة إدارة
الاحباس وفقا لما أكد عليه الفصل 9 من ظهير 21/7/1913 وهو ماسار
عليه المجلس الأعلى عندما قضى بأنه "لا يسوغ للمكتري أن يبدل أو
يغير في المحل المكري له من طرف الاحباس ،ولو بماله الخاص إلا
بإذن كتابة من طرف المكري .ولذلك يتعرض للنقض الحكم الذي رفض
دعوى الاحباس الرامية إلى هدم البناء الذي اعترف المكتري باحداته
بدون إذن ورد المحل المكري إلى الحالة التي كان عليها "وما ينبغي
الإشارة إليه هو أن ظهير 21/7/1913 لا يعطي الحق لإدارة الاحباس
فسخ عقد الكراء في حال ادخال المكتري تغييرات على المحل دون إذن
من ادارة الأحباس وهو ماتداركته مدونة الأوقاف في مادتها 85 عندما
منحت لإدارة الاحباس إمكانية فسخ عقد الكراء او إرجاع الحالة إلى ما
كانت عليه .

● وعقد كراء الأملاك الحبسية له من الخصوصيات ما يميزه عن باقي الأكرية من بينها مراجعة الوجيبة الكرائية فهي ليست من اختصاص القضاء و إنما تخضع للسمسرة وهو ماكدته المحكمة الابتدائية بمراكش اذ قضت "كراء الاملاك الحبسية تنظمه مقتضيات قانون خاص هو الظهير المنظم لتحسين حالة الاحباس العمومية المؤرخ في 21/7/1913 ،الذي ينص على كيفية إجراء سمسرة كراء الأملاك الحبسية لعم أو عامين ولأمد بعيد وسمسرة المعاوضة وبيع الغل و عليه فان مراجعة السومة الكرائية لهذه المحلات يتعين أن تتم في نفس الإطار،أي ظهير 21/7/1913 مع ما ينص عليه من سمسرة عمومية.وبذلك فان القضاء يبقى غير مؤهل للبت في طلب مراجعة السومة الكرائية لمحل وضع قانون خاص ضوابط خاصة لتحقيق هاته المراجعة،الأمر الذي لا يسمح معه للمحكمة إلا أن تصرح بعدم الاختصاص للبت فيه "لكن مدونة الأوقاف لم تبقي على المراجعة

والكراء من العقود التبادلية التي تلقي على عاتق الطرفين التزامات متبادلة ومن بين التزامات المكري عدم توليته للكراء أو تخليه عنه إلا بموافقة إدارة الأحياس وإذا ما أخل المكري بهذا الالتزام فإنه يتعرض لفسخ كرائه وهو ما أكد عليه المجلس الأعلى في أحد قراراته عندما قرر "فان المحكمة عندما استخلصت في نطاق سلطتها... يمنع على المكري أن يحيل أو يكري إلى الغير... إلا بإذن كتابة من إدارة الأحياس، وإلا فإدارة تفسخ كرائه.... وحكمت بإفراغ المدعى عليها من المحل الحبسي تكون قد عللت قضاءها تعليل كافيا "وقد سارت مدونة الأوقاف في نفس المنوال ومنعت على المكري تولية الكراء أو التخلي عنه دون إذن كتابي من إدارة الأوقاف

موقف القضاء من علاقة القوانين المنظمة للاكرية بالبراءة الحبسي

لما كان عقد الكراء الأماكن المحبسة يمكن أن يكون محل
لمزاولة التجارة أو الصناعة فإن الإشكال الذي يطرح نفسه
هو أيمن أن تطبق القوانين التي تنظم تلك الاستعمالات
على الأماكن المحبسة؟ ثم هل القواعد العامة بدورها يمكن
تطبيقها على الحبسي أم لا؟ و عليه سنبين موقف القضاء
من تلك الإشكالات .

المتعارف عليه هو أن الكراء الحبسي ينضمه ظهير 21/07/1913 و بالتالي فهو نص خاص ، و هناك قاعدة فقهية تقول بان الخاص يقيد العام ، و عليه فالأولى بالتطبيق هو القانون الخاص (المنظم للكراء الحبسي) و ليس القانون العام (قانون الالتزامات و العقود) و هو ماسار عليه المجلس الأعلى عندما قضى بأنه "ظهير الالتزامات و العقود لا يطبق على عقود الكراء المبرمة مع الاحباس و إنما تطبق عليها القوانين الخاصة . "

و الملاحظ على هذا القرار انه استبعد تطبيق قانون الالتزامات و العقود نهائيا و الحال انه يمكن تطبيقه عندما لا يوجد نص خاص يحكم مسألة ما تتعلق بالكراء الحبسي ولعلي أهمها ما تضمنه الفصل 698 من ق.ل.ع إذ هذا النص قابل للتطبيق على الكراء الحبسي و هذا أكدت عليه المحكمة الابتدائية إذ قضت " طبقا للمقتضيات 698 من ق.ل.ع فان الكراء الذي يبرمه المستحق في ملك محبس يفسخ وجوبا بموته . ولما كان الثابت من وثائق الملف إن العقد موضوع الدعوة قد انصب على كراء ملك محبس ، و ان مكتريه قد وافته المنية فان العلاقة الكرائية قد انتهت و تفسخ بقوة القانون، و يصبح تواجد ورثة المكترى بالملك المكري احتلالا بدون سند يوجب الحكم بإفراغهم . "

جدير بالذكر أن الفصل أعلاه يتعلق بالحبس المعقب و ليس الحبس العام الذي لا يرجع إلى أشخاص معينين و إنما يرجع إلى أشخاص غير معينين كالمساجد و المستشفيات و بالتالي لايمكن تصور وفاته ، أما الحبس المعقب الذي يرد على شخص معين و هو من يمكن تصور وفاته ، و بوفاته يفسخ عقد الكراء و ليس بوفاة المكثري كما ذهب إليه الحكم أعلاه الذي اعتبر ان موت المكثري يؤدي إلى فسخ عقد الكراء .

نخلص اذا ان ق.ل.ع قابل للتطبيق على الكراء الحبسي عند غياب نص خاص ، لكن و اعتبارا لكون الكراء الحبسي يمكن أن ينصب على الأماكن المستعملة للتجارة أو الصناعة أو الحرف كباقي الاكزية العادية فالتساؤل المثار هنا هو مدى إمكانية تطبيق ظهير 24 ماي 1955 المتعلق بالكراء التجاري على الكراء الحبسي ؟ و ما موقف القضاء من هذه المسألة ؟

و البرجوع الى الفصل 4 من ظهير 24 ماي 1955 يمكن تطبيق هذا الظهير على الكراء الحبسي اذا كانت الأملاك المحبسة مثقلة بحقوق المنفعة (حق الجاسة ، الزينة ، الجزاء ، الاستئجار) أما إذا كانت خالية من تلك الحقوق فلا يمكن تطبيق هذا الظهير و هو ما ذهبت اليه محكمة الاستئناف بفاس اذ قضت "لما كان المحل المزاول فيه التجارة تعود ملكيته للاعباس ، فانه لا يمكن إنشاء أصل تجاري عليه أعمالا للفصل الرابع من ظهير 24/05/1955 ، و لا تصور قيام رهن عليه لأنه يمنع التصرف بالعين الموقوفة " ...

● و قد أكد المجلس الأعلى ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف عندما قرر ما يلي "بمقتضى الفصل 4 من ظهير 1955 فإن أحكام الظهير لا تطبق على الأملاك التابعة للاحباس دون تحديد الاحباس العامة أو الخاصة ، و نتيجة لذلك لا تكتسب عليها ملكية الأصل التجاري و لا يستفيد مكتريها من أحكام الظهير المذكور ."

إذا فالمجلس الأعلى و من ورائه محاكم الموضوع لا تسمح بتطبيق أحكام ظهير 24/05/1955 على الكراء الحبسي المزاوول فيه النشاط التجاري الذي يبقى خاضعا لظهير 21/07/1913 و ذلك ما أكدت عليه مدونة الأوقاف .

سبق و اشرنا إلى أن عقد الكراء الحبسي ينصب على الأماكن المستعملة للتجارة و الصناعة و الحرف و بالتالي إذا كان لا يمكن إخضاعه لظهير 24 ماي 1955 ، فهل يمكن لظهير 5 يناير 1953 المتعلق بمراجعة كراء الأماكن المعدة للتجارة أو الصناعة أو الحرف أن تسري على الأماكن المحبسة ؟ .

● انقسم العمل القضائي بخصوص هذه المسألة إلى اتجاهين، الأول يرى إن رئيس المحكمة مختص بمراجعة السومة الكرائية المعدة للتجارة و الصناعة و الحرف التي هي موضوع الكراء الحبسي و القاضي يرى عكس ذلك أي أن القوانين الخاصة بالكراء الحبسي هي واجبة التطبيق ، و من بين أوامر التي ذهبت في هذا الاتجاه – أي أن القوانين الخاصة هي التي تطبق – نجد الأمر الصادر في الملف رقم 1077 69 بتاريخ 2 دجنبر 1996 الذي قضى بعدم اختصاصه بعلّة إن طلب مراجعة السومة الكرائية للأملك الحبسية في إطار ظهير 5 يناير 1953 خارج عن اختصاص رئيس المحكمة لكون هذا الكراء منظم بقوانين .

و على خلاف ذلك ذهبت محكمة الاستئناف عندما قررت "المكتري ينتفع لمقتضيات ظهير 24 ماي 1955 إذا تم الاجار من طرف صاحب حق الجلسة في عقار تملكه إدارة الاحباس و انه لا تلازم بين الظهيرين معنى لا يمكن تطبيق ظهير 5 ماي 1953 على المحلات الخاضعة له و لو لم يكن ينطبق عليها ظهير 24 ماي 1955 ."

فهذا القرار يذهب مع الاتجاه القائم بخضوع الكراء الحبسي المعد للتجارة لأحكام قانون 05/01/1953 المتعلق بمراجعة السومة الكرائية بل حتى المجلي الأعلى أكد على ذلك عندما قرر ... " إذا كانت الأملاك الحبسية لا تخدع لمقتضيات ظهير 24 ماي 1955 فإن ما قضى الحكم المطعون فيه من مراجعة سومة كراء محل التجاري المتنازع فيه يجد أساسه في ظهير 5 يناير 1953 الذي تسري مقتضياته على الأماكن المستعملة للتجارة من غير استثناء . وعلى خلاف ذلك ذهبت محكمة الاستئناف عندما قررت "المكتري ينتفع بمقتضيات ظهير 24/5/55 اذا تم الايجار من طرف صاحب حق الجلسة في عقار تملكه ادارة الأحباس، و انه لا تلازم بين الظهيرين بمعنى انه يمكن تطبيق ظهير 5/1/1953 على المحلات الخاضعة له ولو لم يكن يطبق عليها ظهير 24/5/1955 "

● فهذا القرار يذهب مع الاتجاه القائل بخضوع الكراء الحبسي المعد للتجارة لإحكام ظهير 5/1/1953 المتعلق بمراجعة السومة الكرائية، بل حتى المجلس الأعلى أكد على ذلك عندما قرر.... "إذا كانت الأملاك الحبسية لاتخضع لمقتضيات ظهير 24 ماي 1955 فإن ما قضى به الحكم المطعون فيه من مراجعة سومة كراء المحل التجاري المتنازع فيه يجد أساسه في ظهير 5 يناير 1953 الذي تسري مقتضياته على الأماكن المستعملة للتجارة من غير استثناء "

يتبين لنا ان هناك خلاف في العمل القضائي بين من يحد تطبيق ظهير 5 يناير 1953 و بين من يستبعده من التطبيق ، و ان كان المجلس الأعلى ضم موقفه إلى الاتجاه الذي يقول بسريان ذلك القانون على الكراء الحبسي المعد للتجارة و الصناعة أو الحرف .

مبادئ البت في نزاعات التعرض:

● من حيث التعرضات: إستقر القضاء المغربي على مجموعة من المبادئ التي يتم وفقها البت في نزاعات التعرض و التي إستخلصها من الفصل 37 ممن ظهير التحفيظ العقاري

● البت في حدود التعرض: أي أن القضاء يقتصر دوره على البت في صحة التعرض أو عدم صحة التعرض ولا يمتد نظره إلى التقرير بشأن مطلب التحفيظ إذ أن ذلك يدخل ضمن الإختصاص الكامل للمحافظ على الأملاك العقارية و الذي له وحده الصلاحية في قبول أو رفض مطلب التحفيظ في إطار الصلاحيات الكاملة التي خولها له المشرع

● المحكمة تبت بين طالب التحفيظ و المتعرض: أي أن المحكمة لا تبت في النزاع بشكل شمولي بل إنها تبت بين طالب التحفيظ من جهة و كل متعرض من جهة ثانية .

● حيث إنه في بعض القضايا تحكم بصحة تعرضين كليين ينصبان على نفس العقار في مثل هذه الأحوال و في حالة تقدم أحد المتعرضين طبقا للفصل 37 من ظ.ت.ع قبل التعديل هنا كان يضطر الطرف الآخر الذي حكم هو أيضا بصحة تعرضه يضطر إلى تقديم تعرضه من جديد تبعا للأحكام القضائية التي حصل عليها و يحال الملف من جديد على أنظار القضاء.

● هذا هو الوضع أثناء الحماية الفرنسية و إستمر القضاء المغربي على هذا الحال إلى غاية 2011 مع التعديل ظهير 1913 ب قانون 14.07 تنبه المشرع إلى هذه الحالة و عدل المادة 37 من ظهير التحفيظ العقاري و أعطى للمحكمة الحق في الفصل بين المتعرضين ولو أن صياغة المادة لم توضح ذلك بهذا الشكل هذا الحل و لكن مع تفسير القضاء أصبح المحكمة الفصل و البث فيما بين المتعرضين.

■ المتعرض هو المكلف بالإثبات: و هذا المبدأ يثير إشكالات خطيرة خصوصا في الحالة التي يكون فيها المتعرض هو الحائز بحيث يكلف بالإثبات ولو كان حائزا خلافا للقاعدة الشرعية القاضية " أن كل من سبقت يده على شيء فإنه لا يخرج من يده إلا بيقين إذ أن وضع اليد يعتبر حجة و يجب أن يعارض بحجة أقوى".

● ولكن مع ذلك فإن القاعدة تبقى هو أن المتعرضين هم
● المكلفين بالإثبات ولا تناقش حجج طالب التحفيظ إلا اذا عند
● معارضتها بحجج صحيحة يدلي بها الطرف المتعرض .
● لهذا هناك من الفقه يأمل في إعفاء الحائز من عبئ الإثبات
● تماشيا مع القاعدة الشرعية الأنفة الذكر.

تنفيذ الأحكام القضائية في مادة التعرضات :

- تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مادة التعرضات :
- يختلف تنفيذ الأحكام في مادة التحفيظ العقاري على غيره وذلك نظرا للطبيعة الخاصة التي تميز نظام التحفيظ العقاري بحيث يعتبر المحافظ هو الساهر على تطبيق النظام و بناء على ذلك فإن المحافظ العقاري هو الذي يسهر على تنفيذ الأحكام و هو ما يختلف طبعا عن طرق تنفيذ الأحكام القضائية في المادة المدنية.

• بصفة عامة في إطار خصوصيات التنفيذ هناك نقطتين :

أ. في ما يخص طبيعة الأحكام القابلة للتنفيذ نشير إلى أن المادة 361 من قانون المسطرة المدنية يلاحظ أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في قضايا التحفيظ العقاري ومن ثم فإن نزاعات التعرض لا تكون قابلة للتنفيذ بمجرد أن تكون مكتسبة لقوة الشيء المقضي به أي استنفذت حتى طريق الطعن بالنقض وعليه فإن المحافظ العقاري لا يقدم على تنفيذ حكم ابتدائي إلا بعد الإدلاء أمامه بشهادة عدم التعرض و الاستئناف وإذا تم الإدلاء أمامه بحكم ابتدائي و قرار استئنافي فلا يتم التنفيذ إلا بعد الإدلاء بشهادة عدم الطعن بالنقض أو بالقرار الصادر عن محكمة النقض و هذا الأمر يختلف عن طبيعة الأحكام القضائية التي تكون في باقي القضايا المدنية حيث أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ و يكون الحكم نافذا بمجرد ما أن يكتسب قوة الشيء المقضي به.

● ب. أما فيم يتعلق بطريقة تنفيذ الحكم القضائي: فإن المحافظ العقاري يكون ملزما بتطبيق مقتضيات المادة 83 من ظهير التحفيظ العقاري أي نشر خلاصة و إعلان جديد عن إنتهاء التحديد النهائي يعلن عن الحقوق الجديدة المحكوم بصحتها و التي تجعل صاحبها طالبا جديدا للتحفيظ و من ثم تفتح أجال جديدة للتعرض تصل إلى شهرين من تاريخ نشر الإعلان الجديد عن إنتهاء التحديد بالجريدة الرسمية.

● و لهذا بسن المشرع المغربي لهذه المقتضيات جعل من التحفيظ في هذه الحالة إجباريا في حالة الحكم بصحة التعرض الكلي ولم يبقى إختياريا كيفما كان عليه الوضع في المادة 37 من ظهير التحفيظ العقاري قبل التعديل لسنة 2011. مما كان لا يساهم في تعميم نظام التحفيظ العقاري في بلادنا أما الوضعية الآن مع التعديل ظهير 1913 بقانون 14.07 فقد تغيرت الصورة.

وقائع عملية بخصوص طريقة إجراء التعرضات

1 ممارسة التعرض ضد طالب التحفيظ لا ضد متعرض آخر :

لا تنظر المحكمة إلا في العلاقة الموجودة بين المتعرضين وطالب التحفيظ ولا تفصل بين المتعرضين ضد بعضهم البعض، وعليه فإن المحكمة لا تبت سوى في وجود الحق الذي يدعيه المتعرض، وفي طبيعته ومداه، ولا حق لها أن تنظر في أحقية مطلب التحفيظ الذي يستطيع المحافظ وحده أن يقبله أو يرفضه وفي هذا الاتجاه نجد أن المجلس الأعلى قد أكد هذه القاعدة من خلال قرارات حيث أكد أنه بمقتضى الفصل من ظهير التحفيظ العقاري الموافق ل 12 غشت 1913، فإن محكمة التحفيظ إنما تفصل في النزاع الذي يثيره المتعرض ضد طالب التحفيظ ولا تختص بالنظر في النزاع الذي يثيره المتعرضون فيها بينهم"

من هنا نستنتج على أن الاجتهاد القضائي أكد المبدأ الذي يقضي بأن المحكمة المختصة لا تبت في النزاعات القائمة بين المتعرضين. ونتيجة لذلك فإن كل نزاع يجب أن يفحص ويحكم فيه بصفة مستقلة، إذ أن المحكمة تبت فقط في حقوق كل متعرض في مواجهة طالب التحفيظ لا في مواجهة المتعرضين الآخرين. كما أكد الاجتهاد القضائي مبدأ آخر مفاده أن استئناف المتعرضين لا يمكن أن يكون مقبولاً إلا إذا كان موجهاً ضد طالب التحفيظ على أساس أن آثار الحكم تنحصر بين المتعرضين وطالب التحفيظ.

لكن هذا الحل كما أشير إليه لم يفتأ أن خلق بعض الصعوبات الدقيقة فالقرار الصادر في مادة التحفيظ العقاري ليس له قوة الشيء المقضي به في العلاقة ما بين المتعرضين، وحتى يمكن إنهاء النزاع بصفة قطعية يجب أن يتقدم أحد المتعرضين بمطلب جديد للتحفيظ يمكن لباقي المتعرضين الآخرين أن يتعرضوا عليه. وهكذا فإن المسطرة الجديدة تؤدي إلى تأخر طويل في تصفية الحالة، بينما كان بالإمكان فحص النزاع المتعلق بمطلب التحفيظ الأول،

● والمحكمة تتوفر على كل العناصر المفيدة بأن تبت بصفة نهائية بين جميع الأطراف. ولعل هذا الجانب هو الذي يجب انتقاده في الاجتهاد القضائي، ذلك أنه من الصعب من الناحية العملية أن يقتصر دور المحكمة عندما تكون هناك عدة تعرضات موضوعها واحد، على فحص حق كل متعرض في مواجهة طالب التحفيظ دون حق كل متعرض في مواجهة المتعرض الآخر .

2 بقاء التعرض محصورا في نطاق مطلب التحفيظ :

من البديهي أن يقدم تعرض على ملك لم يكن محل تحفيظ، وبالتالي فإن حقوق المتعرض يجب ألا تستعمل إلا في نطاق العقار المزمع تحفيظه، ومنه فإن المتعرض لا يملك حق توسيع تعرضه بقدر ما يملك حق تقليصه أو رفعه طبقا للفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري.

3 ليس للمحكمة أن تفحص حقوق طالب التحفيظ وتقرر بشأنها ،

4 لا تملك المحكمة حق الفصل بين المتعرضين انطلاقا من قاعدة حصر دور محكمة التحفيظ في البت في حدود التعرض، استنتج الاجتهاد القضائي بأنه عندما تكون هناك تعرضات كثيرة ومختلفة في مواجهة نفس مطلب التحفيظ وتحال على المحكمة المختصة فإنه في واقع الأمر لا يوجد هناك نزاع واحد بل هناك عدد من النزاعات بعدد التعرضات، حتى ولو كان موضوع هذه التعرضات جميعا واحدا، باعتبار أن كل تعرض يشكل دعوى مستقلة في مواجهة مطلب التحفيظ،

أثر قاعدة عدم البت فيما بين التعرضات على إستثمار الأملاك الوقفية

تم تغييب هذه النقطة في إطار التعديلات التي طرأت مؤخرا على قانون التحفيظ العقاري بالرغم من ان موقف المجلس الأعلى بخصوص هذه النقطة، أصبح يشكل أكثر من أي وقت مضى أمرا سلبيا، ومناط السلبية المتحدث عنها تتجلى في النظر إلى الموضوع من زاوية الأوراش الاستثمارية والاجتماعية، سواء المفتوحة أو الموعود بها من طرف الدولة

ونتيجة ذلك نجد أن الكثير من عقاراتها التي يمكن أن تشكل أساسات لاستثمارات سوسيو إقتصادية، مقيدة نتيجة المبادئ المعمول بها في إطار صلاحية المحكمة للبت بين المتعرضين الواقع على عاتقهم عبء الإثبات،

تفاصيل صلاحية المحكمة للبت في حدود إدعاءات المتعرضين

أستلهه بالإشارة إلى أنه، في إطار اختلاف وتسلسل الصيغ التعبيرية التي نشر بها قانون التحفيظ العقاري، منذ 1913، فإن الفصل 37 (...و تبت المحكمة في وجود الحق الذي ادعاه المعارضون وكذا في نوعه وثبوته ومداه ثم توجه الخصوم إلى المحافظ الذي له وحده النظر في القضية...) الذي يعتبر البنية التحتية لهذه المداخلة، كان في بداية الأمر (بتاريخ 12 سبتمبر 1913) يسمح للقضاء بالنظر في مدى ومحتوى ونوع الحق الذي يطالب به طالب التحفيظ إلى جانب المتعرضين، حيث كان يدخل ضمن صلاحية القاضي العقاري النظر في صحة طلب التحفيظ ورفضه أو قبوله كلياً أو جزئياً،

● وهذا في حقيقة الأمر هو ما يعتبر منطقيا وفق المعادلات القانونية، عكس ما أصبح عليه بعد إدخال ثلاث تعديلات على الصياغة الأصلية هذه التعديلات التي بدأت سنة 1917، ثم 1938، لتنتهي سنة 1954، تاركة لنا بعد مرور ما يقارب 56 سنة قضاء ممنوعا من البت في ادعاءات طالب التحفيظ، وذي سلطة محدودة في إتجاه المتعرضين،

● وبالرغم من اجتهاد المجلس الأعلى في إتجاه إعطاء صلاحيات أوسع لهذا القضاء إلا أنها إنحصرت في تمديد سلطة القاضي العقاري لتقييم حقوق طالب التحفيظ، ولم يجد المجلس السبيل إلى إعطاء الصلاحية في التقرير بشأن هذا الحق إلى جانب النظر في حقوق المتعرضين فيما بينهم،

● فبالنسبة لسلطة القاضي في إتجاه المتعرضين، فإن إجتهد المجلس الأعلى لازال يكرس من خلال قرارات حديثة ضرورة احتراز المحكمة من البت في النزاعات المثارة بين المتعرضين ضد بعضهم البعض و إكتفائها بالبت في التعرض الموجه لمطالب التحفيظ،

● إن مرد هذا التوجه إلى جانب محدودية النص القانوني هو إقتناع المجلس الأعلى ن كل تعرض يعتبر من حد ذاته دعوى مستقلة في مواجهة مطالب التحفيظ، وهذا الاقتناع يؤدي منطقيا إلى قطع الطريق على قضاة الموضوع بخصوص حق الفصل بين المتعرضين، مادامت الدعوى في أساسها لم توجه من متعرض ضد متعرض و إنما من متعرض ضد طالب التحفيظ،

● اعتقد أن الأمر يتعلق بتجزئء لدعوى تشهد وحدة الأطراف،
والموضوع والسبب، ومن الناحية العملية هي دعوى ذات ملف يحمل
نفس الرقم على مستوى المحكمة المحال عليها الملف ويتم دراستها
من طرف نفس القاضي المقرر و يبت فيها من طرف هيئة واحدة،
ومن خلال حكم أو قرار واحد،

● إن النتيجة الحتمية لهذا التوجه في ملف يشهد وجود عدة
متعرضين، حكم بصحة تعرضاتهم أو بحصة تعرض أحدهم هو عودة
هؤلاء المتعرضين إلى القضاء مرة أخرى، لأن المتعرضين أو
المتعرض الذي حكم له بصحة تعرضه سيتقدم بطلب تحفيظ بناء على
هذا الحكم وسيتعرض عليه الباقيون، ويستمر النزاع بالرغم من أن
جميع هؤلاء الأشخاص كانوا من المعنيين في مسطرة التحفيظ
السابقة بخصوص نفس المدعى فيه

● بل الأكثر من ذلك إذا افترضنا أن القضاء قضى بصحة تعرض واحد فقط، و عدم صحة باقي التعرضات فإنه يكون قد بت بشكل ضمني في مجموع النزاع، إلا انه أمام منعه من البت في المنازعات القائمة بين المتعرضين فإن هذا الحكم لن يكتسب قوة الشيء المقضي به في علاقة هؤلاء المتعرضين بعضهم ببعض، الشيء الذي سيظل معه العقار المدعى فيه مقيدا و غير مؤهل لولوج الحركية الاقتصادية بغض النظر عن نوعية الأفعال و التصرفات التي تهدف إلى الانتفاع بهذا العقار،

● إن القاعدة التي يتم مناقشتها الآن ليس لها سند صريح في قانون التحفيظ العقاري و الاعتماد في استنتاجها على الفصل 37 من القانون المذكور أمر فيه نظر،

● وإذا كان من الممكن تفهم عدم تخلص المجلس الأعلى من هذه القراءة لما عهد فيه من ارتباط بمدرسة الشرح على المتن، و تشبثه بما كرسه فقه و قضاء فترة الاستعمار،

فإن ما لا يمكن فهمه هو عدم اخذ مشروع قانون التحفيظ العقاري الحالي قصور هذا التوجه بعين الاعتبار، و بالتالي التنصيص على أحقية القضاء في البت في ادعاءات المتعرضين إزاء طالب التحفيظ و فيما بينهم، رغم أن المشروع الذي طرح سنة 1997 لتعديل القانون المذكور كان قد اقترح تعديل الفصل 37 لصالح هذا التوجه،

• إن ضمان استقرار الملكية و تشجيع الائتمان العقاري من الأمور المستهدفة من نظام التحفيظ العقاري،

و لكن مثل هذه المبادئ تعرقل تحقق هذه الأهداف لأنها تخرج العقار برمته من دائرة التعامل، مدة زمنية طويلة و طويلة جدا

إذن خلاصة القول أن تكريس المجلس الأعلى للتوجه المعمول به حاليا يحمل في طياته تكريسا للانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه طوال المدة الزمنية التي اعتمد فيه، لأنه يتاح للمحكمة فحص النزاع المتعلق بمطلب التحفيظ ككل، و الحسم فيه بصفة نهائية مادامت تتوفر على جميع العناصر المفيدة للبت بين جميع الأطراف،

هذا إضافة إلى انه عمليا يؤدي أعمال هذا التوجه إلى صدور أحكام متناقضة عند معالجة كل تعرض على حدة في مواجهة طالب التحفيظ و بمعزل عن ادعاءات باقي المتعرضين الآخرين، إذ يمكن الحكم بنفس الحق لعدة متعرضين ما يؤدي إلى امتناع المحافظ نفسه عن الحسم في ملف التحفيظ،

هذا ناهيك عن أن المعمول به واقعا هو أن القاضي عندما يعرض على أنظاره ملف ذي تعرضات عدة فإنه لا يقتصر على فحص حق كل متعرض على حدة في مواجهة طالب التحفيظ، دون فحص حق كل متعرض في مواجهة المتعرضين الآخرين، بل هناك حالات عديدة تسلم فيها المحكمة مذكرة احد المتعرضين للمتعرضين الآخرين مع تمتيعهم بمهلة قصد الجواب، كما أنها تعتمد على هذا الجواب عند تحرير الحكم أو القرار.

مفهوم الإثبات وخصوصيات الدعوى

العقارية المنصبة على الأملاك الوقفية

الإثبات لغة هو الدليل الذي يستبين به الحق ويظهر، وفي الاصطلاح القانوني، هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها والقاضي لا بد له من الركون إلى وسائل الإثبات، ولا يمكنه الحكم بعلمه الشخصي بخصوص واقعة معينة. والإثبات لا ينصرف إلى الحق في ذاته، وإنما إلى الواقعة التي تعتبر مصدرا له. فمحل الإثبات هو الواقعة، لا الحق

. ويشترط في الواقعة محل الإثبات، أن تكون محل نزاع، محددة، متعلقة بالحق المنازع فيه، منتجة في الإثبات، وجائزة القبول

أثناء سريان الدعوى، قد ينقلب عبئ الإثبات بين المدعي والمدعى عليه، فإذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على المدعى عليه، إذا ادعى انقضاء هذا الالتزام بأية وسيلة من وسائل الانقضاء المشار إليها في الفصل 317 من ق.ل.ع فإنه يقع عليه عبئ إثبات هذا الانقضاء.. وهو ما يسمى بقلب عبئ الإثبات، ويخضع الإثبات لبعض القواعد، منها مبدأ حياد القاضي، ومبدأ لا يجوز إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه.

تقسيم طرق الإثبات

● - طرق إثبات ذات قوة مطلقة، تصلح للإثبات جميع الوقائع، سواء كانت وقائع مادية، أو تصرفات قانونية، وبغض النظر عن قيمة الحق المراد إثباته، ومثالها الكتابة.

● - وهناك طرق ذات قوة محدودة في الإثبات، وهي التي تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض، وهي : الشهادة، والقرائن القضائية، واليمين المتممة.

● - أما الطرق المعفية من الإثبات، فهي : الإقرار، واليمين الحاسمة، والقرائن القانونية.

● هذا التقسيم يخص تصنيف مختلف وسائل الإثبات، غير أنه قد يقع أن يتوفر كل طرف في النزاع على نفس وسيلة الإثبات، كالحجة الكتابية، أو شهادة الشهود. وكل حجة تنسب الحق لطرف دون آخر، مما يستلزم اللجوء إلى الترجيح بين الحجج. وهي تقنية يلجأ إليها القاضي عند تعارض حجتين من نفس الصنف والقوة الإثباتية.

موضوع الترجيح بين الحجج

● دراستنا ستقتصر على وسائل الترجيح بين الحجج في ميدان العقار غير المحفظ، من حيث إثبات الملكية، باعتباره المثال الأكثر تداولاً في الميدان القضائي، سواء في مجال مسطرة التحفيظ حين البث في التعرضات، أو في إطار دعاوي الاستحقاق، والحياسة، مع الإشارة إلى أن أول خطوة في ميدان الترجيح بين الحجج، هو النظر في إمكانية الجمع بين الحجتين، فإذا أمكن الجمع فلا إشكال، حيث ينمحي التنازع بين الحجتين، أو وارثتين آخريين، هنا يجمع بين الأرائات لعدم التعارض، وتصبح الأرائة المتضمنة لأكثر عدد من الورثة هي الصحيحة، سيما وأن الإشهاد في الأرائة يكون بالعلم، لا بالقطع. حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى: " لا مخالفة بين الأرائة التي تشهد بكون المطلوب من جملة أبناء الهالك، وبين الأرائة التي تدلي بها الطاعنة أرملة الهالك النافية لوجوده ضمن

ورثته، فكل منهما شهدت بما في علم شهودها

أسباب الترجيح الشكلية

- البينة المؤرخة تقدم على العارية من التاريخ: إذا أدلى كل من الخصمين بحجة، وكانت الحجتان متعارضتان، إلا أن إحداها مؤرخة فتقدم هذه الأخيرة على البينة التي لم تؤرخ، ولا سيما في عقود المعاوضة، أو النكاح، أو التبرعات عند تعدد التبرع، لأنه مع عدم تحديد التاريخ، لا يعلم السابق من اللاحق منها. أما إذا لم تؤرخا، أو ذكرتا وقتا واحدا، فهما ساقطتان معا، ويبقى الشيء في يد حائزه
- قدم التاريخ: المقصود هنا ليس تاريخ تحرير البينات، وإنما تاريخ الشيء المشهود به، والمراد بقدم التاريخ، ما يكشف عن طول مدة الحياة. فإذا شهدت بينة بان حياة صاحبها ترجع لعام 2000، وشهدت أخرى بان حياة صاحبها ترجع لعام 1990، كانت هذه الثانية، أقدم تاريخا، ورجحت بقدم التاريخ.
- والترجيح بقدم التاريخ موضوع زلل، لان الكثيرين يظنون أن المراد بقدم التاريخ، هو التاريخ الأقدم بالنسبة للوثيقتين، فإذا أرخت إحدى البينتين في عام 1980، والثانية في عام 1985، اعتبرت الأولى هي الأقدم تاريخا، وهو خطأ شائع، لان المراد بقدم التاريخ، هو مدة الحياة بالنسبة للوثيقتين، وليس تاريخ تحريرهما، ووضع اليد على المدعى فيه قرينة على الملكية تؤيد باليمين، ويستحق صاحبها مع يمينه، عملا بقول صاحب التحفة :

واليد مع مجرد الدعوى وأن تكافأت بينتان فاستبن.

موقف محكمة النقض

وتطبقا لذلك جاء في قرار للمجلس الأعلى: "إن قدم التاريخ الذي يقع به الترجيح بين البيئات، يعني قدم تاريخ الشيء المشهود به، لا تاريخ تحرير البيئات، فإذا ما شهدت بيئة بأن فلانا تصرف منذ أربع وأربعين سنة، وأخرى شهدت بان خصمه تصرف منذ أربعين سنة، فإن الأولى مرجحة بقدمها

وفي قرار آخر أورد المجلس الأعلى: "... كما أن المحكمة من جهة أخرى، قبلت تعرض السيد ناظر أحباس وزان اعتمادا على حجة عدد 1232، بدعوى أن شهودها يشهدون بأن أحباس وزان كان يتصرف في البقعة محل النزاع مدة أربعين سنة سلفت، مع العلم انه بالرجوع إلى هذه الحجة، نجد أنها حررت بتاريخ 24/12/1970، بينما الحجة عدد 228 التي استند عليها طالبوا التحفيظ، حررت بتاريخ 5/5/1956، وان شهودها يشهدون لمورثهم بالتصرف في حياته مدة عشرين سنة ثم تركها لورثته طالبي التحفيظ الذي استمروا في التصرف فيها مدة 10 سنوات، ولا زالوا يتصرفون فيها لحد الآن. وبمقارنة تاريخي الحجتين ببعضهما، ومدة التصرف فيهما، نجد أن حجة طالبي التحفيظ أقدم من حجة أحباس وزان، كما أن مدة تصرف الأولين استمرت 44 سنة إلى تاريخ تحرير الحجة الأولى، وهو أطول من تصرف أحباس وزان، الأمر الذي يجعل حجة طالبي التحفيظ طبقا للقواعد الفقهية، أقدم من حجة المتعرض

غير أنه لا يعتبر الترجيح بقدم التاريخ، إلا إذا كانت البيئتان معا مستوفيتين لجميع الشروط المتفق عليها، أما إذا كانت إحداها ناقصة فلا. فقد جاء في مبدأ قرار صادر عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، أن البيئة المستوفية لشروط الملك، لا ترجح عليها البيئة الناقصة، ولو كانت قديمة التاريخ. لأنه لا يلجأ إلى الترجيح، إلا عند تساوي البيئتين

من حيث العدالة والعدد

● سبب الترجيح استنادا الى العدالة: إذا وقع وكانت إحدى البيئات المتعارضة المستوفية لشروطها الشكلية، تتضمن عدولا يشهد لهم بالمروءة والتقوى أكثر من عدول البيئة المعارضة، فإن الأولى ترجح على الثانية، استنادا الى ما لعدولها من خاصية إضافية، تنتفي في عدول البيئة الأخرى. وتبقى خاصية المروءة والتقوى، نسبية ويصعب الركون إليها في الوقت الحاضر، لصعوبة إيجاد شهود عدول، فما بالك بشهود عدول أكثر تقوى و مروءة. ولعل هذا ما دفع بالمشرع إلى تنظيم خطة العدالة، بتكليف رجالها بتلقي الشهادات الاسترعاية، أو تدوين الشهادات الأصلية، بما علم به العدول أنفسهم، مع ما يعرفه هذا الميدان من مشاكل تتمثل أساسا في حجية شهادة اللفيف، التي تبقى خاضعة لتقدير المحكمة، بالنظر لخطورة آثار الأخذ بها في بعض المجالات، خاصة في ميدان العقار غير المحفظ. أما إذا كان الترجيح بين البيئة المشتملة على شهادة العدول على قلتهم، وبين بيئة مشتملة على شهادة العوام على كثرتهم، فإنه في جميع الحالات ترجح بيئة شهادة العدول، مهما بلغ عدد شهود شهادة العوام.

من حيث العدالة والعدد

● معيار العدد عند التساوي في العدالة

● عند تساوي درجة العدالة في المروءة والتقوى، بالنسبة

للبينتين المتعارضتين، واختلف عدد الشهود في كل بيئة، فإن

المعيار العددي يلعب دور الترجيح بين البيئات، حيث ترجح البيئة

المشتملة على أكبر عدد من الشهود العدول. مع أن الواقع العملي

يفترض الحد الأدنى في بعض الشهادات، حيث يشترط في شهادة

اللفيف المثبتة للحقوق المالية، بما في ذلك الملكية، والحيارة،

والإرث، على عدد 12 شاهداً، ويمكن أن يزداد هذا العدد عندما

يتعلق الأمر بالأهلية وعوارضها، من تحجير، وتسفيه، حيث

يشترط الفقهاء ما لا يقل عن 16 شاهداً، ومنهم من زاد عن ذلك.

أسباب الترجيح الموضوعية

سبب الترجيح من حيث التملك

1- سبب التملك أو أصل المدخل: المقصود بسبب التملك، أو أصل المدخل، هو جملة الوثائق التي توضح الطريقة التي توصل بها الحائز إلى حيازة هذا الملك، وهو غير أصل الملك، الذي يرصد التطورات التي لحقت، من غرس وبناء والزيادة والنقصان. ولما كان البيع من العقود التي تنصب على الملكية طبقا للفصل 478 من ق.ل.ع، فقد أوجب القانون على البائع، أن يكون مالكا ملكية تامة للمبيع، ويرجع في ذلك إلى مختلف الوثائق الرسمية والعرفية. فقد ورد في الفصل 519 من ق.ل.ع "ويشمل بيع العقار كذلك الخرائط وتقدير المصروفات والحجج والوثائق المتعلقة بملكيته، وإذا تعلق حجج الملكية بالمبيع وبغيره من الأشياء التي لا تدخل في المبيع، لم يكن البائع ملتزما إلا بان يسلم نسخة رسمية للجزء المتعلق منها بالعين المبيعة". كما نص الفصل 19 من مرسوم 28/10/2008 بتطبيق أحكام قانون خطة العدالة، في فقرته السابعة، على أنه، ينص في الشهادة على المستندات اللازمة طبقا للقواعد المعمول بها، مع ذكر رقمها، وتاريخها، والدائرة التي أقيمت فيها، ومراجع التسجيل، كما جاء في المادة 30، على أنه ترفق أصول المستندات التي أسست عليها الشهادة مع وثيقتها وتسلم لأصحابها. وهو نفس المقتضى التي تضمنته المادة 36 من قانون رقم 09/32 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق

حجية رسوم الأثرية

الموثقين يعملون على استحضار أصل الملكية في العقود التي يتولون كتابتها، بغية إثبات مشروعية الحيازة، وتبيان صحة سبب التملك من خلال أدراج مراجع هذا السبب، من حيث التاريخ، والرقم، ومراجع التسجيل بالوثيقة المثبتة للتصرف، الذين يتولون الإشهاد عليه.

رسوم الأثرية المجردة من سبب التملك، لا ينتزع بها من يد الحائز الذي يدعي التملك، إلا إذا كان الحائز هو البائع، أو كان الحائز وارثاً للبائع، فينزع الشيء من يده ويعطي للمدعي كان بينهما حوزاً أو لا. لأن من قال بان رسوم الأثرية لا تفيد الملك ولا يستخرج بها من يد حائز، مراده الحائز مدعي الملكية غير المشهود عليه بالبيع، أما إن كان الحائز، هو البائع فتقوم عليه وعلى ورثته الحجة برسم الشراء، ويستخرج به المبيع من يده.

نخلص في ذلك إلى قاعدة الترجيح مفادها، أنه إذا شهدت بينة بالملك مع بيان سبب التملك من شراء أو هبة أو صدقة أو غيره، وشهدت بينة الخصم بالملك دون بيان سبب التملك، ترجح الأولى على الثانية.

بينه الملك أرجح من بينه الحوز والحيارة بشروطها مرجحة على بينه الملك

لقد تناول المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية الحيارة كسبب لكسب الملكية في المواد من 239 إلى 263، ويبقى نطاقها محصورا في العقارات غير المحفظة، دون المحفظة، التي تعتبر فيها رسوم الملكية نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية، والتكاليف العقارية المترتبة على هذا الصنف من العقار دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة، حيث ينص الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري، على أن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه، ولا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك.

فالحياة تكون مكسبة للملكية، بالنسبة للعقارات التي لا مالك لها، بشروط نصت عليها المادة 240 من مدونة الحقوق العينية وهي: 1- أن يكون واضعا يده على الملك. 2- أن يتصرف فيه تصرف الملك في ملكه. 3- أن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه كذلك. 4- ألا ينازعه في ذلك منازع. 5- أن تستمر الحياة طول المدة المقررة في القانون 6- وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت.

موقف القضاء

المجلس الأعلى: خلو الليف من الإشارة إلى ملكية المشهود له للمشهود به بشروط الملك المعتبرة شرعا، يفقد الليف قيمته الثبوتية، كما ورد في قرار آخر: أن المنصوص عليه فقها أنه لا يقضي بسقوط البينتين إلا إذا تعادلتا وتعذر الترجيح بينهما بأي وجه من أوجه الترجيح، وأن مجرد وضع اليد وحده، غير كاف لسماع دعوى المدعي المعززة بالملكية. وما دامت ملكية المتعرضين مستوفية لكل شروط الملك، وحجة طالب التحفيظ مجرد موجب تصرف، لا يشمل كل شروط الملك، فإنه كان يتعين على المحكمة أعمال قاعدة الترجيح بين الحجتين"

وفي قرار آخر ورد انه لما كان المدعى عليه قد أثبت حيازته للعقار المدعى فيه لأكثر من عشر سنوات، فإن هذه الحيازة تكسبه الملك عملا بقول المتحف:

والأجنبي إن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق وانقطعت حجة مدعيه

من حيث التفصيل و الإثبات مع النفي

ترجيح البينة المفصلة على المجملة: الإجمال عند الفقهاء هو احتمال اللفظ لمعنيين فأكثر، وقيل انه الشهادة الخالية من التفصيل المشترط في صحة الشهادة الموصل إلى غالب الظن. فقد قال ابن عاصم: وغالب الظن به الشهادة. فقد يقع الإدلاء بحجج متعارضة من طرفي النزاع، غير أن حجة إحداهما مفصلة في مضمونها، والآخر مجملة، فتقدم المفصلة على الحجة التي أجملت، لان الإجمال قدح من القوادح التي ترد به الشهادات، فمع الإجمال يأتي الاحتمال، ومن القواعد المتداولة أنه لا قضاء مع الاحتمال، وإن ما احتمل واحتمل سقط به الاستدلال، وفي نفس هذا الإطار ورد في الفصل 403 من ق.ل.ع أنه لا يجوز إثبات الالتزام إذا كان يرمي إلى إثبات وقائع غير منتجة. وفي ذلك صدر قرار عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى ورد فيه، أن البينة المفصلة تقدم على المجملة، والشهادة بالمعين تقدم على الشهادة بالمطلق، كما جاء في قرار للمجلس الأعلى أن الإجمال في بيان مدة الحيابة، واقتصار الشهود على القول بأنها مدة تزيد على أمد الحيابة المعتبرة شرعا، يعد عيبا في الرسم، وتكون المحكمة على صواب لما قضت بعدم صحة تعرض الطاعنين على مطلب التحفيظ، لعدم توافر شروط ممارسة حق الشفاعة التي يتعرض بها، لان موجب الاستمرار الذي استدل به لإثبات التملكى الشيع، غير عامل لإجماله في بيان مدة الحيابة

البينة المثبتة أرجح من النافية

الحجة المثبتة للحقوق والأشياء تقدم على الحجة النافية لها، فإذا أدلى كل من الخصمين بحجة، وكانت إحدى الحجتين تثبت بالنسبة للمدعى فيه، والبينة الأخرى تنفي بالنسبة لنفس الموضوع، كالبيع في الإثبات وعدم البيع في النفي، فإن الحجة المثبتة للبيع مثلا ترجح على النافية للبيع، وكذلك في سائر المعاملات، لأن الحجة المثبتة علم شهودها ما لا يعلمه شهود النفي. فشرط الصحة مثلا في التبرعات هو الحوز. وقد يحدث أن ينازع من له مصلحة بعد موت المتبرع، بعدم حوز المتبرع عليه، في حين يتمسك المتبرع عليه بالحوز قبل حصول المانع وهو الموت، وأدلى كل منهما بما يثبت ادعاءه، بحجتين متعارضتين. طبعا ففي مثل هذه الحالة، تقدم وترجح حجة الحوز على عدمه، وفي ذلك صدر قرار عن المجلس الأعلى، جاء فيه أن شهادة شهود الإثبات مقدمة على شهادة النفي، والواقعة موضوع النزاع هي القسمة التي وقع الدفع بها لرد دعوى الشفعة، وليست الشفعة التي لا نزاع فيها بين الطرفين، في الحكم الشرعي الذي يرتبه على حالة الشيعاء^[1]، كما جاء في حكم مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، أن ترجيح البينة العدلية على الليفية لا يعمل به إذا كانت الليفية مثبتة والعدلية نافية، إذ من المعلوم أن المثبت مقدم على النافي من غير نظر لمزيد عدالة، ولأنه لا تعارض في الحقيقة بين تينك الليفية والعدلية لإمكان الجمع بينهما، لقول خليل وإن أمكان الجمع بين البينتين جمع.

بعض القواعد الأخرى

إن المعرفة بأسباب الترجيح بين الحجج تشكل البوصلة التي يسترشد بها القاضي عند فصله في الحقوق وإدلاء كل طرف بحجة تتسبب الحق إليه وفي غياب العلم بها يخطب القاضي خبط عشواء ويتأرجح بين حجة هذا وبينه ذاك لا يعلم ما يقدم ولا ما يؤخر ويستعصي عليه أي من الحجتين هي الأولى بالتطبيق وأي منها توجب الإبعاد وإن دراستنا حاولت ملامسة بعض تلك القواعد دون الإحاطة بها لكثرتها ونشير في الختام إلى بعضها والتي لم تتناوله الدراسة وهي:

- شهادة التجريح تقدم على شهادة التعديل.

- شهادة الضرر تقدم على عدم الضرر.

- النقل عن الاستصحاب.

- تقدم بينة الأصالة على الفرعية.

- بينة الإكراه مقدمة على بينة الطوع.

- بينة الصحة مقدمة على بينة المرض.

- بينة السفه مقدمة على بينة الرشد.

- بينة اليسر مقدمة على بينة العدم.

- البينة بالمعرفة أولى من البينة بالتعريف أو الوصف.

ملحق بأحكام وقرارات في المادة الوقفية

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

شكرا على انتباهكم



مناقشة