



دار المنظومة  
DAR ALMANDUMAH  
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	إثبات الوقف في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف
المصدر:	منشورات مجلة القضاء المدني - سلسلة دراسات وأبحاث - المغرب
المؤلف الرئيسي:	قرموش، عبدالقادر
المجلد/العدد:	ع8
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2015
الصفحات:	121 - 139
رقم MD:	806728
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	ACI, IslamicInfo
مواضيع:	المغرب، القوانين والتشريعات، الأوقاف الإسلامية، وسائل الإثبات، الأحكام القضائية
رابط:	<a href="http://search.mandumah.com/Record/806728">http://search.mandumah.com/Record/806728</a>

© 2016 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.  
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الإلكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

## إثبات الوقف

### في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف<sup>(1)</sup>

د. عبد القادر قرموش

إطار سابق بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية  
أستاذ باحث بجامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

يتميز الوقف من بين كافة صور التبرعات التي تشكل منظومة الفعل الخيري بأنه يمثل الإحسان المستدام والمتجدد الذي بإمكانه أن يستمر في تغطية حاجات المرافق والوظائف الاجتماعية التي يرصد لها، بحكم أن التبرع الوقفي هو تبرع بالمنافع دون الأعيان<sup>(2)</sup>، لهذا حرص الفقه الإسلامي على إبراز صبغة الاستمرارية في الوقف، فأفتى بعض الفقهاء بتأييد أصله لاستمرار العين المحبسة في إمداد الأوجه التي وقفت من أجلها<sup>(3)</sup>. وإذا كان هذا الحرص قويا فإن ذلك لا يعدله إلا حرص آخر وهو أن يتمكن القيم على الوقف بالمحافظة عليه من الضياع والإهمال وحمایته من كل أنواع الاعتداءات والترامي.

إن حماية الوقف من ما قد يطاله من اعتداءات لا يمكن أن تتأتى إلا من خلال حماية أصل هذا الحق وذلك بتيسير إثباته بكل الوسائل الثبوتية سواء القديمة منها التي تثبت إنشاء الأوقاف القديمة أو تثبت حيازتها والتصرف فيها<sup>(4)</sup>، أو الوسائل الحديثة التي تثبت الأوقاف الجديدة. خاصة وأن الإثبات له تأثير مباشر على

(1) موضوع تمت المشاركة به ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها مجلة القيس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، يومي 5 و6 دجنبر 2012 بفاس، تحت عنوان: «ملامح النظام الوقفي المغربي الجديد في ضوء مستجدات مدونة الأوقاف»، المقال منشور بمجلة القيس المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد الرابع يناير 2013، المطبعة الأورومتوسطية للمغرب بفاس، ص 264-289.

(2) مصطفى بن حمزة، توظيف الوقف، الأسس الفقهية والإمكانات التنموية، منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، الرباط، 30 مارس-01 أبريل 2009.

(3) أما مدونة الأوقاف فلم تقتصر فقط على صفة التأييد في تعريفها للوقف، بل عرفت الوقف بأنه كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعة لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة.

(4) تشكل الأوقاف القديمة وخاصة ما يتعلق منها بالعقار النسبة المهمة من ما يسمى بالثروة الوقفية حاليا. وللوقوف على نماذج هذه الأوقاف وتطورها وتنظيماتها بالمغرب يراجع:

- محمد المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، 1992.

- رقية بلمقدم: الحوالات الحسبية في عهد مولاي اسماعيل، الجزء الأول والثاني، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، 1993.

- مصطفى بنعلة: تاريخ الأوقاف الإسلامية بالمغرب، الجزء الأول والثاني، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر، 2007.

وجود الحق «فالحق بالنسبة لصاحبه لا قيمة له ولا نفع منه إذا لم يقيم عليه دليل، وكثيرون من الذين يخسرون دعاوهم وبالتالي حقوقهم لا شيء إلا لأن الدليل يعوزهم، فالدليل هو قوام الحق ومعقد النفع به»<sup>(5)</sup>.

ويعتبر موضوع الإثبات أهم ما في دعاوى الوقف خاصة أمام قدم أغلب الوثائق التي تتضمن أملاكاً أو حقوقاً حبسية، وتغير موقف القضاء من هذه الوثائق والحجج، في واقع يشهد للأسف تنامي ظاهرة الاعتداء على هذه الأملاك الوقفية بكل أشكالها وأشخاصها وسائلها. لذلك كانت الحاجة ملحة إلى إصدار مدونة للأوقاف تجمع أهم الاجتهادات الفقهية والأحكام القضائية المتميزة لتنظيم مجال ظلت تحكمه ضوابط وشروط بسيطة لكن بحمولة كبيرة وقوية زهاء قرن من الزمن، لم تسعف الآن على مجاراة ما تعرفه الحياة من تطورات خاصة في المجالين التشريعي والقضائي فضلاً عن الجانب القيمي للمجتمع<sup>(6)</sup>.

وطيلة هذه المدة التي سبقت صدور مدونة الأوقاف لم يقيم المشرع المغربي في موضوع الإثبات بالإحالة على القواعد العامة للإثبات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية، وإنما اختار تطبيق قواعد الإثبات المنصوص عليها في الفقه الإسلامي بموجب الإحالة المنصوص عليها في الفصل 75 من ظهير 02 يونيو 1915 المطبق على العقارات المحفوظة. لكن هذه الإحالة على الفقه الإسلامي لم يحل مشكل الفراغ التشريعي في موضوع الإثبات، بالنظر إلى تعدد الآراء الفقهية في هذا الموضوع بين من يقيد وسائل الإثبات ويحصر نطاقها ويحدد وسائلها وشروطها ولو تعلق الأمر برسوم التحسيس، وبين من يوسع من نطاق هذه الوسائل ويخفف من شروطها للوصول إلى حق الحبس وتثبيتته وحمايته<sup>(7)</sup>.

وبناء على هذه الإحالة الصريحة فقد كانت القواعد التي تحكم الوقف تتميز بالتنوع والتشتت ما بين النصوص التشريعية الخاصة المتمثلة في الضوابط الحبسية، وبين العرف والعوائد الإسلامية، والفقه المالكي<sup>(8)</sup>، وهو ما أثر سلباً على عدم توحيد التفسير الفقهي واستقرار التطبيق القضائي من هذه الوسائل المثبتة للوقف.

ولذلك، كان حرياً بالمشرع أن يتفادى هذا الفراغ التشريعي الذي يحكم تنظيم الوقف، بإصدار مدونة للأوقاف تعرف هذا الوقف وتبين أنواعه، وتنظم إنشاؤه وآثاره من خلال تحديد أركانه وشروطه والتصرفات الواردة عليه. كما تنظم إثبات الوقف من خلال سن مجموعة من القواعد والأحكام التي من دون شك ستكون دعامة قوية في المحافظة على الوقف وحمايته من كل مخاطر الاعتداء والتراخي، كما أنها ستساعد على توحيد واستقرار الأحكام القضائية من وسائل إثبات الوقف من حيث حجية هذه الوسائل ونطاقها.

إن البحث في موضوع إثبات الوقف هو بحث في قضية من قضايا الواقع التي تعرض على القضاء بشكل

(5) ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني، مطبعة فضالة، المحمدية، ط1، 1977، ص6.

(6) لقد كان إلى عهد قريب مجرد نسبة عقار ما إلى الأوقاف كاف لردع أي تعد عليه استناداً على القيمة المعنوية والدينية التي كان يحظى بها الحبس، غير أن تغير منظومة القيم وتراجع الوازع الديني أدّى إلى جعل الرصيد الحبسي مهدداً وباستمرار بالتراخي والاعتداء، سواء من طرف الإدارات والمؤسسات العامة أو الأشخاص العاديين ممن يدعون ملكية هذه العقارات.

(7) عبد الرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ص 107-108.

(8) لقد كان للفقه المالكي تأثير كبير في تطور مؤسسة الأقباس سواء بالغرب الإسلامي أو بالمغرب، وذلك لما له من قدرة على التجدد والاستجابة لمستجدات الواقع. للتوضيح أكثر، أنظر: محمد الروكي، المغرب مالكي لماذا؟ منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية، مطبعة طوب بريس، الرباط، ط2003، ص 39-45.

مستمر إن لم نقل متصاعد، لذلك فهو يتجاوز النظري إلى التطبيق في محاولة لرصد ما سيطرحه الموضوع من مشاكل على مستوى العمل القضائي وذلك لرسم بعض معالمه، خاصة وأن العمل بهذه الوسائل ما زال مجمداً إلى حين دخول أحكام المدونة حيز التطبيق ابتداءً من تاريخ صدور جميع النصوص المتخذة لتطبيقها (المادة 166 من مدونة الأوقاف) رغم مرور أزيد من السنتين ونصف السنة على تاريخ نشرها بالجريدة الرسمية.

من هنا يكتسي البحث في موضوع إثبات الوقف أهميته، بالنظر إلى التضارب الفقهي والقضائي الحاصل في هذا الشأن، وبالنظر إلى راهنية الموضوع وخصوصيته، وهو ما فرض على الدراسة في هذا الموضوع أن تنصب على تحليل القواعد القانونية والفقهية وكذا الأحكام القضائية المتعلقة بموضوع إثبات الوقف بكل ما تطرحه من مشاكل في التفسير والتطبيق.

فإلى أي مدى استطاعت مدونة الأوقاف أن توفر حماية قوية للوقف من خلال تنظيمها لوسائل إثباته؟

إن الإجابة عن هذه الإشكالية وغيرها يقتضي منا التطرق أولاً إلى المبدأ أو النظام الذي أصبح يقوم عليه موضوع إثبات الوقف من خلال مدونة الأوقاف الجديدة، قبل التطرق إلى أهم وسائل الإثبات التي وفرتها هذه المدونة والقواعد القانونية الجديدة التي يمكن أن تؤسس لها.

وعليه، فإن دراسة هذا الموضوع تكون في مبحثين على الشكل الآتي:

**المبحث الأول: تقرير نظام الإثبات الحر في الدعاوى الوقفية من خلال توسيع مدونة الأوقاف الجديدة لنطاق وسائل إثبات الوقف.**

**المبحث الثاني: تقوية مركز الأوقاف العامة في الدعاوى الوقفية من خلال عدم الأخذ ببعض القواعد القانونية في مواجهة الوقف العام.**

**المبحث الأول: تقرير نظام الإثبات الحر في الدعاوى الوقفية من خلال توسيع مدونة الأوقاف الجديدة لنطاق وسائل إثبات الوقف**

اعتباراً لما يمثله موضوع الإثبات في دعاوى الوقف من ضرورة وخطورة في نفس الوقت، خاصة أمام تنامي ظاهرة الاعتداء على الأوقاف وقدم الوثائق التي تثبت حبسيتها وتغير موقف القضاء من هذه الوثائق والحجج وعدم استقرار الأحكام القضائية الصادرة بشأنها، عمل مشروع مدونة الأوقاف أخيراً على تصحيح هذه الوضعية القانونية الهشة بتبني نظام الإثبات الحر من خلال إمكانية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات (المطلب الأول)، سواء تعلق هذه الوسائل بالحوالات الحبسية (المطلب الثاني)، أو بحجج ووثائق أخرى هي من صنع الأوقاف نفسها، استثناءً من قاعدة عدم الاعتداد بحجج هي من صنع الخصم (المطلب الثالث).

**المطلب الأول: تقرير قاعدة لا تعجيز في الحبس، من خلال اعتماد مبدأ حرية إثبات الوقف**

إن الوقف يتميز عن الملكيات الخاصة بكونه يشبه المال العام في تعلق حق المجتمع به، بل يزيد عليه في كونه حق تختلط فيه حقوق الله تعالى، لذلك أجمع أغلب الفقهاء في دواوينهم على 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<sup>(9)</sup>. ويعتبر هذا التوجه الفقهي أضمن للحبس وأكثر حماية له. وهذا ما سارت في اتجاهه بعض القرارات القضائية، كقرار المجلس الأعلى عدد 848 المؤرخ في 17/ 03/ 2004 الذي نقرأ في إحدى حثياته: «أنه بمقتضى قواعد الفقه المالكي المعمول به، يكفي في ملكية الأحباس أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسماً وموقعا، ولا يشترط فيها شروط الملك المعبرة شرعا الواجب توفرها في سائر الملكيات».

إن إثبات الوقف بحسب هذا التوجه الفقهي والقضائي ينصرف إلى التصرف الذي أنشأ الوقف، والوقف ينشأ بحسب منطوق المادة 1 من مدونة الأوقاف إما بعقد أو بوصية<sup>(10)</sup>، أي بإرادة الشخص الواقف. وتبعاً لهذا الاتجاه، فإن إثبات الوقف يكون بوسائل متعددة أهمها ما يأتي:

- الرسوم العدلية ومنها رسوم التحسيس ورسوم الوصايا (المادة 25 من مدونة الأوقاف).

- وثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف بشرط المصادقة على صحة توقيعها طبقاً للقانون، وتعذر تلقي العدول الإشهاد على الوقف (المادة 25 من مدونة الأوقاف).

- خط يد الواقف وهو من المسائل الاستثنائية التي ينفرد بها الوقف عن باقي التصرفات الأخرى. بشرط المصادقة على صحته طبقاً للقانون.

- محاضر السمسرة وتوصلات الكراء بخصوص بعض المكترين الذين ينجزون ملكيات على أراضي حسبية، فيمكن مواجهتهم بهذه التوصلات والمحاضر ولا تقبل حججهم لأن أصل الملك معلوم (حبس)، ووجه مدخل حيازتهم غير ناقل للملكية (كراء).

- الشهادات ولا سيما شهادة السماع، ويقصد بها أن يشهد الشاهد بما في علمه عن طريق حواسه، ويشترط فيها من الشروط الفقهية ما يأتي:

● أن يشهد الشهود بأن الأرض المذكورة بحدودها تحاز بها تحاز به الأحباس، وتحترم بحرمتها. ولا يشترط في شهادة السماع ذكر اسم المالك ولا أسماء ورثته.

● ذكر المدة، بحيث اشترط الفقهاء في هذا الإطار أن تكون مدة طويلة تهلك فيها البيئات وأقلها 20 سنة.

إن هذه الوسائل هي ما تعتمد عليها بعض المحاكم في إثبات الأحباس حيث نقرأ في بعض حثيات أحكامها ما يلي: «إن شهادة العدلين تضمنت معرفتها للرحاتين المدعى فيها معرفة كافية شرعا بها، ومعها يشهدان أنها لجانب أحباس مسجد المنزل وتحترم باحترام الأحباس وتنسب إليه وتوسم بوسمه وتحتم تصرف ناظرها مدة مديدة وسنين عديدة من غير علم منازع في ذلك ولا معارض إلى الآن وحتى الآن. كما أن المستأنف عليه أقر في طلبه الموجه إلى ناظر أوقاف صفرو بملكية المستأنفة للجزء المطلوب شراؤه من أرض النزاع، ويؤيد

(9) سترجع إلى بعض أحكام هذه الدعوى في محور آخر من هذه الدراسة.

(10) ينشأ الوقف أيضاً بحسب المادة 1 من مدونة الأوقاف بقوة القانون، وتعتبر وقفاً عاماً بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها (المادة 50 من المدونة).

هذا الإقرار مع شهادة العدلين ما وجد بخط من قبلهم في حوالة الحبس، لذلك قضت المحكمة باستحقاق الأوقاف للمدعى فيه»<sup>(11)</sup>.

وفي حيثيات قرار محكمة الاستئناف بتطوان جاء فيها: «إن ما جاء في شهادة جماعة من الناس عدد أفرادها ستة وهم من أكابر الجماعة أنهم يعرفون الماء الذي يتنفع به حفظة القرآن، أنه تابع للمسجد قبل أن يملك المستأنف هذه الأرض، وهي حجة قاطعة تضاف إلى الحجة الكتابية التي توجد بحوزة نظارة أوقاف شفشاون ويتعلق الأمر برسم تقييس الأرض منبع الماء محل النزاع باعتبارها مدعية، كما أن السجل الحسبي لنظارة شفشاون يتضمن أن القطعة «فوق المسجد» هي حبس لمسجد «تناعشير» المسجلة بسجلات الأحباس... وأن الماء ينبع من القطعة الحسبية ويدخل إلى المسجد، وحكمت المحكمة باستحقاق الأوقاف لمحل النزاع»<sup>(12)</sup>. وفي قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة جاء فيه: «حيث أثار دفاع المستأنف أن شهادة السماع في شأن إثبات الحبس لا تنفع ولا تكفي، وحيث إنه من المقرر فقها أنه يعمل بشهادة السماع في مسائل معينة، منها الإيصاء والحبس (...). مما يجعل الدفع غير منتج»<sup>(13)</sup>.

وإذا كانت هذه الأحكام اعتمدت في تعليلاتها على قاعدة الاحتياط إلى جانب الحبس التي تفرض على القاضي عند نظره النزاع المتعلق بالأوقاف أن يكون أكثر احتياطاً إعمالاً للقاعدة الفقهية التي تقول بأنه «لا تعجيز في الحبس». فإن بعض الأحكام الأخرى خرجت عن هذه القواعد وضيقت من حرية ونطاق وسائل إثبات الوقف، وشدت من شروط بعضها. جاء في حكم المحكمة الابتدائية بتازة: «أن ما أدلت به المتعرضة- نظارة أوقاف تازة - من إسهاد علي (...) لا يشكل إثباتاً بالمعنى المقصود في باب الاستحقاق، وأن المدعي ملزم بإثبات تملكه لما يدعي ملكيته بشروط الملك التي نص عليها خليل بقوله: وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز طال كعشر أشهر... حتى لو تعلق الأمر بالحبس كما هو الشأن هنا لأنه لا يقضى لجهة الحبس بالحبس إلا بعد إثبات التحبيس، وملك المحبس يوم التحبيس لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه»<sup>(14)</sup>.

وفي حكم آخر صادر عن ابتدائية وجدة: «استبعدت فيه المحكمة رسم الحيازة والتصرف التي أدلت به الأوقاف بعله أنه لا يمكن بأي حال أن يرقى إلى درجة إثبات الملك الحسبي وفقاً للقواعد الشرعية والقانونية المتطلبية لإثبات الملك»<sup>(15)</sup>.

وأمام تضارب هذه الأحكام القضائية الصادرة في مادة إثبات الحبس وعدم استقرارها، نصت مدونة الأوقاف أخيراً على أنه: «يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات» (المادة 48). هذه الحرية في الإثبات لا تقتصر فقط على الوقف العام، وإنما تمتد لتشمل باقي الأنواع الأخرى من الوقف أي كل من الوقف الخاص والمشارك. وذلك لصراحة منطوق المادة المذكورة ووضوح مدلولها.

(11) قرار محكمة الاستئناف بفاس عدد 94/278، صادر بتاريخ 15/02/1994، ملف رقم 93/2009.

(12) قرار محكمة الاستئناف بتطوان رقم 94/401، صادر بتاريخ 25/02/1994.

(13) قرار عدد 363، صادر بتاريخ 13/10/1983.

(14) حكم عدد 405، صادر بتاريخ 15/10/2003، حكم غير منشور.

(15) حكم رقم 02/36، صادر بتاريخ 24/04/2004. حكم غير منشور.

## المطلب الثاني: تقرير قاعدة الحبس يثبت بالظن ولا ينتفي إلا باليقين، من خلال الاعتداد بالحوالات الحبسية في إثبات الأوقاف

الحوالات الحبسية هي دفاتر سجلت بها الأملاك الحبسية العقارية وغير العقارية، ومستفاداتها، وصوائرها، إضافة إلى نصوص عدلية تثبت ملكيات المحبسين لما وقفوه، وما إلى ذلك من الوثائق المرتبطة بالأحباس<sup>(16)</sup>، وقد سميت الحوالة الحبسية بهذا الاسم لأن الحبس نقل وحول من أصل تحييسه إليها<sup>(17)</sup>.

وتنقسم هذه الحوالات الحبسية إلى قسمين: فمنها ما يعتبر مجرد لوائح إدارية أي عمل إداري هو عبارة عن تقييد لمعلومات خاصة بمحل الوقف، ومنها ما يعتبر نقلا حرفيا لرسم التحييس وتعتبر حجة قوية على الوقف إلى أن يثبت العكس.

وتذهب بعض الآراء الفقهية في المذهب المالكي ومعها بعض الأحكام القضائية إلى استبعاد الحوالات الحبسية من إثبات الوقف، فالفقيه التسولي يرى أن الحوالة الحبسية لا تصلح كحجة لسببين:

- لأنها مجرد زمام وأن القضاء بها يتوقف على الإعذار ولا إعذار في زمام (...)، ثم يقول في آخر كلامه: وما رأينا أحدا اليوم يقضي بزمام الحوالة<sup>(18)</sup>.

لكن هذا التعليل وكما يقول العلامة محمد التاويل غير دقيق، لأن الحوالات ليست كلها زمام، فإن فيها ما هو متضمن لرسم التحييس باعتراف منه. أي باعتراف التسولي نفسه<sup>(19)</sup>.

- أن الذي عمت به البلوى أن الرجل يعاوض أو يستأجر ما خرب من الحبس أو قل نفعه، وتمزق رسوم ما عاوض به، أو يأخذ 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 بها في دفتر الأحباس وحوالتها، ويحتج عليه بأن المحل الذي بيده حبس، وأن الحبس لا يجاز عليه، فلا يجد الرجل ما يدفع به فيأخذ الناظر المحلين، المحل الذي دفع الرجل له لتصرف الحبس فيه المدة الطويلة، والمحل الذي أخذه بالاستحقاق من الرجل<sup>(20)</sup>. وقد حمل المهدي الوزاني على كلام التسولي هذا واعتبره قصورا منه خرج به عن المذهب إذ لم يقله أحد سواه، فهو من تفقهاته وأنه لا يلزم من جري العمل بالمعاوضة والبيع في الحبس أنه يجاز عليه، بل لا حيازة على الحبس وإن طال وقول ابن عاصم في التحفة: (وانقطعت حجة مدعيه...) مقيدة بحق الأدمي، أما

(16) رقية بلمقدم، الحوالات الحبسية في عهد مولاي اسماعيل، مرجع سابق، ج1، ص103.

(17) المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، ج8، ص362.

انظر أيضا الونشريسي، المعيار، ج7، ص107.

(18) التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج2، ص450-451.

(19) محمد التاويل، إثبات الحبس في الفقه الاسلامي، مداخلة ضمن أشغال ندوة الإثبات في المادة الحبسية، مقر وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، الرباط، 28-29 يونيو 2005، مداخلة غير منشورة.

(20) التسولي، مرجع سابق، ص450.

ما كان لله تعالى فلا<sup>(21)</sup>. كما أن هذا التعليل غير مقنع لأنه بناه على أن حائز الحبس اشتراه أو عاوضه وضاع له رسم الشراء أو المعاوضة وبقي الحبس مسجلا في دفتر الحوالة وهذا 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<sup>(22)</sup>.

وإذا كانت هناك بعض الأحكام القضائية التي حاولت الخروج عن هذا الاجتهاد الفقهي المتشدد للفقهاء التسولي والرافض للحوالة الحبسية في مجال إثبات الحبس، وأخذت بحججة الحوالة في مجال إثبات الوقف، كالقرار الصادر عن المحكمة الاستئنافية بالرباط بتاريخ 28/12/2004 الذي أخذ بحجج الأوقاف المدلى بها في النزاع - دعوى تحفيظ -، وهي عبارة عن كناش الإحصاء منقول من حوالة حبسية. فإن هنالك بالمقابل العديد من الأحكام والقرارات القضائية التي استبعدت الحوالة الحبسية من إثبات الوقف ولم تأخذ بها. ومن بين هذه الأحكام نجد على سبيل المثال ما يأتي:

- حكم المحكمة الابتدائية بتازة رقم 02/70 الصادر بتاريخ 01/04/2002، الذي جاء فيه: «أن الجهة المدعية - الأوقاف - اتكأت في إثبات تملكها للمدعى فيه على وثيقة هي عبارة عن حوالة حبسية... وهي بذلك وثيقة لا تفيد تملك المدعية للمدعى فيه...» (قرار غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بتطوان رقم 97/1142، ملف عدد 95/1584 الذي جاء فيه: «...أنه بالرجوع إلى رسم الحوالة الحبسية يلاحظ أنه عبارة عن نسخة لرسم الوصية. وحتى تكون لها حججة الوثيقة الرسمية كان يتعين إحيائها، والمتعرضة لم تدل بما يفيد أنه وقع ذلك، وحيث درج الفقه والعمل القضائي على اعتبار أن الرسوم القديمة حتى تبقى لها قيمتها في ميدان الإثبات يتعين إحيائها فضلا على توفرها على إجراءاتها الشكلية. وبانعدام ما ذكر تبقى باطلة والباطل لا يحتج به لأنه غير منتج لأي أثر وهو ينطبق على رسم حوالة الحبس. (قرار غير منشور).

- قرار محكمة الاستئناف بفاس رقم 03/231، الصادر بتاريخ 04/06/2003، الذي قضى بعدم قبول دعوى الأوقاف بعلية عدم إثبات ملكية المحبس لما حبسه يوم التحسيس وتعيين الملك بالحيازة جاء في حيثيات القرار: «... من المقرر شرعا أن الحوالة الحبسية وفي غياب إثبات ملك المحبس بالحيازة له على ما تصح فيه الحيازة، لا يثبت بها استحقاق الحبس ولا تنتزع الأرض ممن بيده». (قرار غير منشور).

إن تضارب هذه الأحكام والقرارات القضائية في الأخذ بالحوالات الحبسية في مجال إثبات الوقف أو عدم الأخذ بها، وبين ما إذا كانت تفتقد إلى الإشهاد - أي مجرد زمام -، أو كانت تتضمن رسم التحسيس بكل أركانه وشروطه. لاشك أنها ستنتضب لقاعدة واحدة وهي جواز إثبات الوقف بالحوالات الحبسية بعد صدور مدونة الأوقاف التي قررت في مادتها 48 على أنه: «يمكن إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات. وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس».

(21) المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى، ج8، ص362.

(22) عبدالرزاق اصبيحي، الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2009، ص111.



إن هذه المادة القانونية هي انعكاس للاتجاه الفقهي والموقف القضائي الذي يسر من قاعدة إثبات الوقف بالحوالات الحبسية استناداً إلى القاعدة الفقهية التي تقول بـ «لا تعجيز في الحبس». وفي اعتقادنا أن هذا الموقف الأخير لمدونة الأوقاف أسس لقاعدة جديدة في مجال إثبات الوقف، وهي أن «الوقف يثبت بالظن ولا يتنفي إلا باليقين»، لأن الحبس حق اختلط فيه حق الله تعالى كما يقول بذلك الفقيه المهدي الوزاني.

إن هذه القاعدة الجديدة يمكننا أن نستشفها من نص المادة 48 من المدونة، من خلال الاستنتاجين الآتيين:

الاستنتاج الأول: هو أن الحوالات الحبسية هي حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة، والحجة هنا لم تأت فقط بمعنى البينة القاطعة التي تفيذ «معنى اليقين»، وذلك عندما يتعلق الأمر بحوالة حبسية تتوفر على شروط ملكية المحبس لما حبس يوم التحسيس، وتعيين الملك المحبس بدقة وحدوده الواضحة، وحياسة الموقوف عن الواقف، والإشهاد على الحبس من طرف عدلين في رسم يخاطب عليه القاضي، والتي لا يمكن دحضها إلا بحجة مبينة أقوى منها. وإنما تمتد لتشمل أيضاً تلك الحجة البسيطة التي تفيذ «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 مشروع مدونة الأوقاف وعلى غرار الموقف الفقهي وبالأساس القضائي الذي لا يميز بين أنواع هذه الحوالات الحبسية، هو الآخر لم يميز بين أنواعها، واعتبر أن الحوالات الحبسية هي حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس. ولأن ناظر الأحباس وحسب القواعد الفقهية: «كما يحاط أن لا يضيع من الحبس شيء، يحاط أن لا يدخل ما ليس منه» سواء في الحوالات الحبسية أو في غيرها. وهذا هو الأصل، وعلى من يدعي خلاف الأصل أن يثبت عكس ذلك.

الاستنتاج الثاني: هو أن الحوالات الحبسية حجة في إثبات الوقف هي قاعدة أصلية، سواء أكانت الحيازة للحبس أو لغير الحبس، ما دامت حيازة الغير للحبس لا يعتد بها ولا تنتج أي أثر، لأن الحبس يجوز ولا يجاز عليه. ومن يدعي خلاف هذا الأصل عليه أن يثبت العكس، لأن حجج الإثبات ترجح على حجج النفي، ولأن حجج الأصل ترجح على حجج الضد، ولأن الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت عكس ذلك حسب قواعد الترجيح المتفق عليها فقها وقانوناً<sup>(23)</sup>.

إن هذه التبريرات تجعل في اعتقادنا مركز الأوقاف قوي في الدعوى، بحيث لا يطلب ممن يريد إثبات الوقف، أو يريد منع الغير من الاعتداء عليه، إثبات شروط الملكية التي تتعلق بالأساس بدعوى الاستحقاق، وإنما يكفي أن يثبت فقط أن المال موقوف بجميع وسائل الإثبات الممكنة ومنها بطبيعة الحال الحوالات الحبسية، حتى ينقلب عبء الإثبات على الخصم ويثبت خلاف ذلك.

وفي الأخير فإن الحوالات الحبسية تعتبر حجة في إثبات الوقف بغض النظر عن نوع هذا الوقف هل هو وقف عام أو خاص أو مشترك، فالمادة 48 من مدونة الأوقاف لم تخصص وسائل إثبات الوقف بنوع معين، وإنما جاءت صياغتها عامة تشمل كل هذه الأنواع السابقة.

(23) راجع أحكام المادة 3 من مدونة الحقوق العينية فيما يتعلق بقواعد الترجيح بين حجج الخصوم.

### المطلب الثالث: جواز إثبات الحبس بحجج هي من صنع الأوقاف استثناء من القواعد العامة في الإثبات

يتعلق الأمر هنا بحجج هي من صنع الأوقاف، وليس المقصود بهذه العبارة هو ما درجت على فهمه بعض المحاكم من أن الأوقاف عندما تحتاج إلى إثبات وقف أو دفع اعتداء عليه تلجأ إلى صنع حجج ملفقة، أو غير مبنية على وقائع أو تصرفات حقيقية لتقدمها في النزاع التي هي طرف فيه. فهذا أمر غير صحيح ومخالف لحقيقة هذه الحجج وما يجري به إعدادها من عمل النظار وفق ما سنه الفقهاء في ذلك من ضوابط وأحكام.

إن المقصود بحجج هي من صنع الأوقاف، هو ما تمسكه الأوقاف من كنانيش وسجلات وحوالات ومحاضر ممسوكة بانتظام، وخاضعة في ذلك إلى ضوابط إدارية وقانونية صارمة<sup>(24)</sup>، وهي سابقة في وجودها عن نشوء أي نزاع. فهي وثائق لم تحدث بغرض الاحتجاج بها في الدعاوى والنزاعات، وإنما لضبط الأحباس وتنظيمها وضبط كل ما يجري عليها من تصرفات حتى لا تضيع حقوق الأوقاف كما لا تضيع حقوق الأغيار. ولكن عندما ينشأ نزاع يتعلق بالأموال الوقفية لا نرى أن هناك ما يمنع من الاحتجاج بها أمام القضاء، لرسميتها من جهة حسب القواعد القانونية (ف418-423 ق ل ع)، ومن جهة أخرى كونها مجردة من كل الشبهات والمظنات لافتقادها نية الاحتجاج بها في النزاعات ابتداء.

إن اعتماد الحجج التي تمسكها الأوقاف في إثبات حقوقها أمام القضاء قاعدة لا تنفرد بها وحدها، فهناك العديد من المجالات والممارسات التي تقر هذه القاعدة وتعتمد بالحجج التي يصنعها الخصم في الدعوى. فمثلا نجد مدونة التجارة تعتمد هذه القاعدة وتقبل بإثبات المحاسبة الممسوكة بانتظام أمام القضاء (المادة 19 مدونة التجارة). فالمرجع لما أقر بقيمة هذه الحجج كقاعدة في الإثبات وضع لها شروطها، وافترض فيها حسن النية كمبدأ في المعاملات، حتى إذا ما اختلت هذه الشروط أو ثبت عكس هذه الوثائق فإنه يتم استبعادها من الإثبات.

إن هذه المبررات المنطقية في اعتقادنا هي التي جعلت بعض المحاكم تأخذ بهذه الحجج التي هي من صنع الأوقاف في إثبات حسيبة ممتلكاتها، كالحكم الصادر عن ابتدائية وزان تحت عدد 1206، الصادر بتاريخ 1996، في الملف العقاري عدد 419-420/91/6 الذي اعتد برسم تصفح سجلات الإحصاء المعزز بشهادة الشهود للحكم بصحة تعرض الأوقاف. وأيضا الحكم عدد 171 الصادر عن نفس المحكمة في الملف العقاري عدد 105/2000، بتاريخ 23/07/2003 الذي رجح رسم تصفح سجلات الإحصاء في الحكم بصحة التعرض المقدم من طرف النظارة على رسم ملكية طالب التحفيظ<sup>(25)</sup>.

(24) راجع أحكام الظهير الشريف الصادر بتاريخ 8 شعبان 1331، الذي يحدد سلطة إدارة الأحباس العمومية والذي يلزمها بمسك عدد من الكنانيش لتقييد جميع أملاك الأحباس في كل مكان، ولضبط حسابات النظار السنوية، ولضبط الجلسات والجزاءات السابقة، والأكرية لأجل بعيد، ومطالب المعاوضة بالسمسرة...

(25) راجع أيضا الحكم الصادر عن ابتدائية وزان في الملف المدني عدد 02/75 الذي قضى بالأداء والإفراغ وفسخ العلاقة الكرائية والذي جاء في تعليقه: «حيث إن الكنانيش ممسوكة بانتظام من طرف الإدارة تعتبر قريبة كافية لإثبات العلاقة الكرائية مما يكون معه الدفع المثار لا أساس له، وإنما محقة في فسخ العلاقة الكرائية وإفراغ المدعى عليه». وفي ملف مدني آخر صدر قرار عن المجلس الأعلى تحت عدد 1792 بتاريخ 09/05/2001 قضى بنقض وإبطال القرار المطعون فيه وإحالة القضية على نفس المحكمة لثبت فيها طبق القانون، جاء فيه: «أن نفي محكمة الاستئناف على النظارة صحة تصفح كناش الأحباس جعل قرارها مشوبا بعبع فساد التعليل الموازي لانعدامه».

لكن هذه المبررات لم تسعف في خلق وحدة انسجام المحاكم على موقف واحد فيما يتعلق بحجية هذه الحجج التي هي من صنع الأوقاف خاصة عندما يتعلق الأمر بالنزاعات العقارية. وهكذا نقرأ في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بطنجة بتاريخ 22/04/2003 عدم صحة المتعرضة -نظارة أوقاف طنجة- بعللة أن تعرض النظارة جاء عاريا من أي إثبات، وأن ما أدلت به من صور لكنائشها لا يرقى لدرجة إثبات حبس». وفي الملف العقاري عدد 93/2 أيد القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بورزازات تحت عدد 335 بتاريخ 14/05/1997 الحكم الابتدائي الصادر بتاريخ 09/03/1994 تحت عدد 211: «لعدم اعتبار النسخة المستخرجة من كناش الإحصاء المستدل بها من طرف طالبة التحفيظ، لكونها لا تتضمن حجة على التملك خاصة وأنها من صنعها، وحيث إن الحيازة التي يتوفرون عليها تشكل حجة قانونية بصفتهم كمدعين، أما حجة طالبة التحفيظ المتمثلة في النسخة المستخرجة من كناش الإحصاء فهي وثيقة من طالبة التحفيظ نفسها وغير ذات قيمة إثباتية، وحيث إنه للأسباب المذكورة فإن الحكم المطعون فيه قد صادف الصواب». وفي قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 31/01/2001، تحت عدد 01/64 جاء فيه: «وحيث ثبت كذلك من خلال وثائق الملف خاصة الإشهاد العدلي عدد... والإشهاد عدد... أن المستأنفين يجوزان الأجزاء المتعرض عليها بالبناء وباقى أنواع التصرفات الأخرى فحجتها مؤيدة بالحيازة الشرعية، وأن حجة طالبة التحفيظ -نسخة من كناش الإحصاء- المستأنف عليها هي حجة مجردة عن الحيازة».

وأمام تضارب موقف القضاء من اعتماد الحجج التي تمسكها الأوقاف في الإثبات أو عدم الاعتداد بقيمتها الشبوتية، قرر مشرع مدونة الأوقاف الانتصار للموقف القضائي الذي يقر بحجية الوثائق التي تمسكها الأوقاف في إثبات ممتلكاتها الوقفية، وخاصة متى تعلق الأمر بكنايش أو سجلات الأحباس أو تعلق الأمر بالحوالات الحبسية كما سبقت الإشارة إلى ذلك عندما اعتمد قاعدة حرية إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات إلى أن يثبت العكس (المادة 48 من المدونة). أما المادة 62 من المدونة فقد نصت صراحة على اعتبار محاضر السمسرة أو فتح العروض المتعلقة بالتصرفات الجارية على الأوقاف العامة حجة قاطعة على الوقائع المضمنة بها لا يطعن فيها إلا بالزور.

وإذا كان موقف مدونة الأوقاف واضحا في جواز إثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات بما فيها تلك الحجج التي هي من صنع الأوقاف، فإن الإقرار على الوقف كمظهر من مظاهر هذه الحجج التي هي من صنع الأوقاف لا ينتج أي أثر في مواجهته (المادة 48/فقرة 2 من المدونة). وهذه قاعدة يتميز بها الوقف عن غيره من الأموال. ويتمثل هذا الإقرار على الوقف بشكل واضح في تلك الشواهد الإدارية التي يسلمها نظار الأوقاف للأغيار بخصوص عدم حبسية بعض العقارات عندما يريدون إنجاز شواهد ملكيتها في حالة عدم وجود نزاع مع الأوقاف. فحجية هذه الشواهد بسيطة ومؤقتة يجوز إلغاؤها متى ثبتت حبسية هذه العقارات. أما قيمتها الشبوتية أمام القضاء في مواجهة الأوقاف فليس لها أي أثر، لأن إقرار الناظر على الوقف لا يلزم ولا يعتبر، ولأن الوقف كمصلحة المحاجر، وكما 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<sup>(26)</sup>.

(26) قرار محكمة الاستئناف بمكناس، عدد 710، بتاريخ 18/03/1993. القرار أشار إليه عبد الرزاق اصبيحي، مرجع سابق،

## المبحث الثاني: تقوية مركز الأوقاف العامة في الدعاوى الوقفية من خلال عدم الأخذ ببعض القواعد القانونية في مواجهة الوقف العام

إلى جانب تقرير مبدأ الإثبات الحر فيما يتعلق بإثبات صفة الأموال الموقوفة بجميع وسائل الإثبات، عملت مدونة الأوقاف أيضا على تقوية مركز الأوقاف العامة في الدعاوى الوقفية من خلال عدم الاعتراف ببعض القواعد القانونية في مواجهة الوقف العام، كعدم جواز اكتساب الوقف العام بالحيازة أو بالتقادم (المطلب الأول)، وعدم سريان قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري على الأملاك الوقفية العامة (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: عدم جواز اكتساب الوقف العام بالحيازة أو بالتقادم

تعرف الحيازة بوجه عام وضع المرء يده على عقار وحوزه، والتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وكذا نسبته إلى نفسه ونسبة الناس إليه بلا منازع ولا خصم، طول المدة المقررة قانونا، (المادة 240 من مدونة الحقوق العينية). ويترتب على هذه الحيازة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار (المادة 260 من مدونة الحقوق العينية). ولقد ميز الفقهاء بين نوعين من الحيازة:

- الحيازة المكتسبة للملك: هي الحيازة التي يكون فيها أصل الملك مجهولا، والتي يعتبر فيها الحائز مالكا للمال الذي جهل أصل ملكه. وسندها قوله صلى الله عليه وسلم: «من أحبب أرضا ميتة فهي له». (بناني 65/7) فالهدف من هذا الحديث هو إحياء الأرض وتعميرها، والإحياء يكون بالتعمير ويجعل الأرض صالحة للزراعة أو للسكن أو ما شبه ذلك. لكن الفقه المالكي سلك مسلكا مهما وهو أنه ربط الإحياء بالحيازة واعتبر أن حيازة ملك مجهول الأصل تكون لمدة عشرة أشهر، فهذه المدة تكسب الملكية بصورة نهائية، ولذلك لم يكتف بالإحياء بالمعنى الوارد في الحديث، وإنما أضاف إليه استمرار التصرف في الأرض لمدة عشرة أشهر على الأقل<sup>(27)</sup>. وفي ذلك يقول قول الشيخ خليل: «وصح ملك بتصرف وحوز طال عشرة أشهر بلا منازع».

- ثم الحيازة المسقطه لدعوى القائل والقاطعة للنزاع أو ما تسمى بالحيازة الاستحقاقية التي تقوم على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه (المادة 239 من مدونة الحقوق العينية)، وسندها قوله صلى الله عليه وسلم: «من حاز على خصم شيئا عشر سنين فهو أحق به منه». فمن يدعي الحيازة يفترض فيه أنه المالك إلى أن يثبت الطرف الآخر دعواه<sup>(28)</sup>.

والحيازة الاستحقاقية تكون متى كان أصل الملك معلوما ولكن وجه مدخل الحائز مجهولا، أو كان أصل الملك معلوما ولكن ناقل للملكية.

وعند الحديث عن أصل الملك المعلوم ووجه المدخل المجهول، أو أصل الملك المعلوم ولكن ناقل

ص 131. وهو نفس الحكم الذي سبق أن قرره المحكمة الإقليمية بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 30/06/1969. أشار إليه عبد الرزاق اصبيحي، نفس المرجع السابق، ص 73.

(27) هذا الحديث تقابله المواد من 222 إلى 225 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على الإحياء كسبب من أسباب اكتساب الملكية.

(28) المادة 3/فقرة 1 من القانون رقم 39/08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

للملكية، فهذا يعني أن الحيازة لا تبني على عمل غير مشروع (المادة 241 من مدونة الحقوق العينية) ولذلك قال صاحب التحفة:

إن حاز أجنبي أصلا بحق عشر سنين به الملك استحق

فكلمة بحق تعني أن الحيازة لا تبني على عمل غير مشروع، ولذلك أكد الفقهاء أن الحائز عندما يقول حوزي وملكي يفترض أنه المالك ولا يكلف بيان سبب تملكه ولا وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه (المادة 243 من مدونة الحقوق العينية). ومدخل الحائز هو سبب التملك، ووضع اليد على ملك معين، وهو يعني التصرف القانوني لوضع اليد على ملك معين، ومتى كان هذا التصرف ناقل للملكية كالبيع والشراء فيجب أن يعزز بالحيازة. أما إذا كان غير ناقل للملكية كالكرء وغيره فإن الحيازة لن تجدي ولو طل أمدها. نصت المادة 246 من مدونة الحقوق العينية على أن: «الحيازة لا تقوم ولا يكون لها أثر إذا ثبت أن أصل مدخل الحائز غير ناقل للملكية، ولا يحق لوضاع اليد أن يغير بنفسه لسبب وضع اليد على الملك محل ادعاء الحيازة ولا الأصل الذي تقوم عليه».

والوقف يستفيد من قاعدة نسبة الحيازة إليه، فالجس يجوز ولا يحاز عليه، حيث تعتبر الحيازة بشروطها إحدى الوسائل المثبتة للوقف العام. أما حيازة الوقف العام فلا تنتج أي أثر في مواجهته، نصت المادة 50 من مدونة الأوقاف على أنه: «يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق مقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة».

ولا نحتاج إلى تذكير بأن المال الموقوف الذي تقصده المادة 51 من المدونة لا يتعلق إلا بالعقارات أو الحقوق العينية العقارية غير المحفظة، رغم أن نص المادة جاء عاما لا يميز بين الأموال العقارية والأموال المنقولة. لكن بالرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لأحكام الحيازة، نجد أن هذه الأخيرة لا يمكنها أن تطال إلا هذه الأموال العقارية غير المحفظة، نصت المادة 3 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «يترتب على الحيازة المستوفية للشروط القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس». أما العقار المحفظ والحقوق العينية العقارية المحفظة فلا يمكن أن تكتسب بالحيازة ولو طال أمدها، نص الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري على أن: «التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري»، وكذلك فإن الحيازة لا تحمي المنقول لأنه غير مستقر وغير ثابت كالعقار يتيسر تمييز الحيازة عن الملكية بشأنه، فحيازة المنقول إذا اقترنت بحسن النية تعتبر سندا للملكية.

وإذا كانت الحيازة والتصرف قرائن في إثبات الوقف بالنسبة لإدارة الأوقاف في مواجهة الأغيار، فإن المقابل هو العكس في حالة اعتدادهم بالحيازة في مواجهة الوقف العام. فإذا حاز شخص وقفا عاما ولو طالت مدة حيازته، ثم قام عليه مدعي الوقف العام وأثبتته، فإنه يقضى به للوقف العام لأن القاعدة الفقهية والقانونية هو أن الوقف العام يجوز ولا يحاز عليه ولا يكتسب بالتقادم.

وإذا كان من القواعد العامة أن الحيازة لها تأثير على تحديد صفة أطراف الدعوى، بحيث إن من يدعي الحيازة يفترض فيه أنه المالك إلى أن يثبت الطرف الآخر دعواه، بمعنى أن الحائز يعتبر دائما هو المدعي عليه.

فإننا نعتقد أن هذه القاعدة تفقد أثرها ومفعولها متى تعلق الأمر بحيازة الأموال التي تعتبر وقفا عاما بقوة القانون حسب أحكام المادة 50 من مدونة الأوقاف، لأن لهذه الأموال الوقفية قوة ثبوتية قاطعة بقوة القانون، ومن يدعي خلاف ذلك وجب عليه إثباته ولو كان حائزاً له. بل الأكثر من ذلك فإن دعوى الحوز والملك تجاه هذه الأملاك الوقفية تكون غير مسموعة. ونعتقد أن هذا الاستنتاج يمكننا أن نعززه بما ذهب إليه المجلس الأعلى في قرار سابق له حيث نص على أن: «الحبس لا يحاز، لذا فدعوى الحوز والملك تجاه الملك الحسبي غير مسموعة، وناظر الأوقاف الحسبية غير ملزم بالإدلاء باستمرار التصرف»<sup>(29)</sup>. وإذا كان هذا القرار يتعلق بكافة الأملاك الوقفية فإن تخصيصه بالأموال الوقفية بقوة القانون يكون أكثر قوة من حيث قيمته وحجتيه.

أما باقي الأموال الوقفية العامة الأخرى فيكفي لمدعي وقفيته أن يثبت لها هذه الوقفية بجميع وسائل الإثبات حتى يتقلب عبء الإثبات على الخصم الحائز، دون أن يتعدى الأمر إلى إثبات ملكيتها بشروطها الفقهية الصارمة.

ونعتقد أنه لم يكن حرياً بمشرع مدونة الأوقاف أن يقصر قاعدة عدم جواز حيازة المال الموقوف فقط على الوقف العام، دون أن يمددها إلى باقي الأنواع الأخرى أي الوقف المعقب والمشارك. فهذا الأخير أي المشارك يتضمن نسبة من الوقف العام ابتداءً، لأنه وقف مختلط بين العام والخاص، أي وقف على جهة عامة وعلى شخص بذاته أو عليه وعلى عقبه (المادة 108 من مدونة الأوقاف)، وانتهاءً عند تصفية حصة الوقف المعقب أو عند انقراض المستفيدين منه<sup>(30)</sup>. أما الوقف المعقب فرغم أنه وقف خاص يوقف على ولد أو عقب أو نسل أو ذرية المحبس أو غيره<sup>(31)</sup>، إلا أن هذا الوقف المعقب قد يصير عاماً بحسب المآل في حالة تحديد المحبس لجهة خير وإحسان يؤول إليها المحبس عند انقراض الأعقاب المحبس عليهم، أو في حالة انقراض المستفيدين من المحبس الذي يوقفه المحبس على أعقابه وعلى شخص معين وأعقابه، ولو لم يعين المحبس جهة بر وإحسان يؤول إليها المحبس<sup>(32)</sup>. بالإضافة إلى ذلك فإن المادة 261 من مدونة الحقوق العينية نصت على أن الأملاك الحسبية لا تكتسب بالحيازة من غير أن تميز في ذلك بين أنواع الوقف.

ولهذا، فإذا كان المشرع قد وفر حماية جزئية ومتأخرة لهذه الأموال من خلال تقريره قاعدة عدم جواز حيازتها انتهاء عندما تنقلب أوقاف عامة، فإنه كان عليه أن يمدد هذه الحماية وهذه القاعدة إلى كل هذه الأموال ابتداءً من خلال حماية أصلها ومصدرها المتمثل في الوقف المعقب والمشارك، لأن هذه الأنواع من الأموال الوقفية هي الأكثر عرضة للاعتداء والتراخي، وما يسري على كل هذه الأموال التي هي أوقاف معقبة أو مشتركة، يسري على جزئها الذي هو وقف عام بحسب المآل، فضلاً عن أن الصفة المحددة للوقف العام هي ليست بالجهة الموقوف عليها ولا بالألغاز التحبب، وإنما هي بالمقصد من المحبس وبنية الواقف في تخصيص

(29) قرار عدد 220 بتاريخ 21/03/1996، ملف إداري عدد 446/1/5/95. منشور في دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2011، ص150-152.

(30) راجع أحكام الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 83، 77، 1 بتاريخ 24 شوال 1397 (08 أكتوبر 1977) في شأن الأعباس المعقبة والمشاركة. ثم المادة 132، والمواد من 122 إلى 128 من مدونة الأوقاف المتعلقة بتصفية الوقف المشترك والمعقب.

(31) المادة 108 من مدونة الأوقاف. راجع أيضاً في تعريف الوقف المعقب: عبد الرزاق اصبيحي، مرجع سابق، ص10.

(32) الفصل 1 من نفس الظهير الشريف المتعلق بالأعباس المعقبة والمشاركة. راجع أيضاً المواد من 108 إلى 128 من مدونة الأوقاف المتعلقة بالوقف المعقب.

منفعة المال الموقوف ابتداءً أو مآلاً لوجوه البر والإحسان حسب منطوق المادة 50 من مدونة الأوقاف، وهذه خاصية متوفرة كذلك في الوقف المعقب والمشارك<sup>(33)</sup>. وبه كان العمل في الغرب الإسلامي والعمل الفاسي، فقال صاحب العمل:

وروعي المقصود في الأحباس لا اللفظ في عمل أهل فاس<sup>(34)</sup>

<sup>(34)</sup> لذلك، نعتقد أن المادة 50 من المدونة كان يجب أن تدرج في الفصل الثاني من مدونة الأوقاف المتعلق بآثار عقد الوقف إلى جانب الأحكام المتعلقة بحرية إثبات الوقف بصفة عامة، وليس في الباب الثاني المتعلق بأحكام الوقف العام على وجه التخصيص، وإلا فإن منطوق المادة 51 من المدونة الذي لا يميز حيازة الوقف العام، لا ينضبط لمدلوله إلا من خلال أحكام المادة 50 التي تعرف الوقف العام بخاصية وجه البر والإحسان وبالتالي فهي تشمل حتى الوقف المعقب والمشارك كما سبق وأشرنا أعلاه.

إن هذه التعديلات التشريعية هي في الحقيقة انعكاس للرأي الفقهي الذي يقول بعدم جواز اكتساب الأحباس بالحيازة<sup>(35)</sup>، ومن خلاله الأحكام القضائية التي نحت منحى هذا الرأي في تعليلاتها، كالحكم الصادر عن ابتدائية مكناس الذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: «وحيث إن دفع المدعى عليها بالحيازة لا يغني شيئاً أمام ما أدلت به المدعية من حجج قديمة التاريخ لإثبات ملكيتها، لم تدل المدعى عليها بما يخالفها شرعاً، خاصة وأن أملاك الأحباس لا تحاز بطول المدة»<sup>(36)</sup>. وكالقرار الصادر عن المجلس الأعلى الذي نقرأ في حيثياته ما يلي: «حيث إن الحيازة مدة عشرة سنوات وإن كانت تكسب فعلاً الحائز ملكية العقار إذا توافرت شروطها من هدوء وعلمية 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 دائماً وأبداً 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 شيئاً...»<sup>(37)</sup>.

إن من النتائج الأساسية المرتبطة بقاعدة عدم جواز اكتساب الوقف العام بالحيازة، نجد عدم جواز اكتساب ملكيته بالتقادم ولو طال أمدته حسب ما نصت عليه المادة 50 من مدونة الأوقاف. فإذا كانت حيازة الوقف العام ولو توافرت شروطها القانونية لا تنتج أثراً في مواجهته كقاعدة أصلية، فإن عدم جواز اكتساب ملكيته بالتقادم تكون نتيجة منطقية لهذه القاعدة بالضرورة. على اعتبار أن التقادم لا يعدو أن يكون سوى مرور مدة من الزمن على وضع اليد على الملك الحبسي حسباً عاماً، أي يمثل فقط شرطاً من شروط هذه الحيازة. وفي هذا الإطار جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه: «لا يمكن إجراء أي تصرف في أرض حبسية إلا بالموافقة الكتابية لوزارة الأوقاف

(33) راجع أحكام المادة 1 من مدونة الأوقاف.

(34) المهدي الوزاني، المعيار الجديد، مرجع سابق، ج 8، ص 402.

أنظر أيضاً: مصطفى بن حمزة، توظيف الوقف، الأسس الفقهية والإمكانات التنموية، منتدى قضايا الوقف الفقهية الرابع، الرباط، 30 مارس - 01 أبريل 2009.

(35) راجع المهدي الوزاني، النوازل الصغرى، ج 3، ص 395. وأيضاً الزرقاني، ج 7، ص 284.

(36) حكم عدد 444، صادر بتاريخ 14/02/1981. أشار إليه اصبيحي، مرجع سابق، ص 130.

(37) قرار عدد 410، صادر بتاريخ 23/12/1989. ملف رقم 87/7017. القرار أشار إليه اصبيحي، مرجع سابق، ص 131.

والشؤون الإسلامية، أو بإجراء سمسة عمومية طبقاً للضوابط والقوانين الجاري بها العمل في كراء وتفويت أراضي الأقباس، ولا يمكن أبداً إنشاء أي حق عليها باتفاق شفوي، أو محاولة إثبات ذلك بموجب لفيقي، ولا حتى الادعاء بالحيازة والتقدم، لأن الأموال المحبسة لا تحاز بالتقدم مهما طال مدته»<sup>(38)</sup>.

إن هذا الاتجاه القضائي والتشريعي الجديد يمثل دعماً قوياً في حماية الأوقاف من كل ما قد يقع عليها من اعتداءات أو ترامي، لكونه لا يعترف بحيازة الأملاك الوقفية ولا اكتساب ملكيتها بالتقدم. بالإضافة إلى أنه سيخفف من الصعوبات المسطرية الكثيرة التي تطرحها صفة الأوقاف في الدعوى عندما تجعل منها مدعية ملزمة بالإثبات كلما وقع اعتداء أو ترامي على عقاراتها الوقفية. وفي حالة الاعتداء عليها يمكن لإدارة الأوقاف استصدار أمر استعجالي بطرد المحتل، وذلك إما لأن العقار محفظ لا يقبل التملك بالتقدم حسب مقتضيات الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري، أو لأن العقار غير محفظ ولكنه موقوف وقفاً عاماً لا يقبل الحيازة أو التقدم حسب منطوق المادة 50 من مدونة الأوقاف. أو اللجوء إلى دعاوى الحيازة المنصوص عليها في الفصل 166 وما يليه من قانون المسطرة المدنية التي تتصف هي الأخرى بالاستعجال لحماية حيازته ومن خلالها ملكيته، وذلك عوض رفع دعوى الملكية التي هي طويلة وصعبة الإثبات مقارنة مع الدعويين السابقين، ولأن المدعي إذا رفع دعوى الملكية يعتبر متنازلاً عن دعوى الحيازة لا يستطيع رفعها من جديد إلا إذا استند في دعوى الحيازة إلى أعمال وقعت بعد رفعه لدعوى الملكية.

### المطلب الثاني: عدم سريان قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري على الأملاك الوقفية العامة

ينص الفصل 1 الفقرة 2 من ظهير التحفيظ العقاري على أن: «تحيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به». وينص الفصل 62 من نفس الظهير على أن: «الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة».

وبناء على هذين الفصلين فإن التحفيظ العقاري يعتبر ميلاداً جديداً للعقار المحفظ من حيث كونه يكشف عن حالة هذا العقار، فيما يخص نوعه وموقعه ومساحته وحدوده ومشملاته والحقوق العينية العقارية المترتبة عليه، ومن ثم فإن ما لم يرد في الرسم العقاري يعتبر كأن لم يكن، وهذا ما يسمى بالأثر التطهيري للرسم العقاري أي إن هذا الرسم يظهر العقار من كل ما لم يشمل.

ولا شك أن صياغة الفصلين السابقين جاءت عامة وصریحة على تطهير العقار المحفظ من كل ما لم يشمل من الحقوق غير المقيدة. وهذا ما دفع البعض قبل صدور مدونة الأوقاف إلى القول بأن هذا القاعدة لا تقبل استثناءات، وأن أي استثناء غير ذلك يعد خرقاً غير مبرر للقانون، وأن قرار المحافظ بتحفيظ عقار يشكل الإعلان عن دخول العقار في نظام قانوني جديد من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد<sup>(39)</sup>. وفي

(38) قرار محكمة الاستئناف بتطوان رقم 295، صادر بتاريخ 13/02/2004، ملف مدني عدد 01/897، منشور في دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، مرجع سابق، ص 216.

(39) محمد أمغار، حجية وثيقة التحسيس في مواجهة الرسم العقاري، مداخلة ضمن أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بمرآش يومي 10 و11 فبراير 2006 في موضوع الأملاك الحسبية، المطبعة والوراقة الوطنية، مرآش، ط 1، 2006، ص 351.



هذا الاتجاه ذهب المحكمة الابتدائية بطنجة حينما قضت بأنه: «لا وجود لأي استثناء على قاعدة التطهير سواء أشخاص ذاتيين أو اعتباريين ولو كانت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ذلك أن قوة التحفيظ المطلقة تخول للمدعية (الأوقاف) التي ادعت التدليس خلال عملية التحفيظ صياغة دعواها في إطار الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري والمطالبة بالتعويض فقط عند ثبوت التدليس»<sup>(40)</sup>.

وفي مقابل هذا الرأي الفقهي والموقف القضائي الذي كان لا يستثني الأوقاف من قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري، نجد بعض الفقه المغربي الذي كان يرى أن الأملاك الحسبية لا تقبل التصرف فيها كقاعدة كالأموال العامة، ولا يمكن اكتساب ملكيتها عن طرق التقادم، لا يمكن أن ينال منها التحفيظ. فلو أن عقارا محبسا 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 التطهير واكتساب رسم التمليك صفة نهائية لا تطبق في هذه الحالة<sup>(41)</sup>. ويعضد هذا المقتضى القانوني مقتضى آخر هو الفصل 75 من ظهير 02 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، الذي ينص على أنه: «تبقى الأحباس خاضعة للقوانين والضوابط والعوائد الإسلامية التي تجري عليها»، بمعنى أن الحبس إنما تحكمه القواعد الفقهية كنص خاص. وبالرجوع إلى هذه القواعد نجدها تقرر أن الحبس متى استوفى أركانه وشروطه المعتمدة فقها وتوثيقا، وحيز ماديا عن الحبس قبل موته أو تفليس، كان صحيحا، ووجوده ثابتا، وأثر إنشائه يبقى ساريا وفقا لقصده المحبس، وتكون له الحجة الكاملة في مواجهة أطرافه والغير معا<sup>(42)</sup>.

إن هذا الموقف الفقهي الأخير الذي يقول بضرورة استثناء الأوقاف من قاعدة الأثر التطهيري للرسم العقاري على غرار الأملاك العمومية، وذلك بالاستناد إلى التفسير الذي أعطاه للنصوص القانونية المؤطرة للموضوع، هو الآخر وجد تأييدا قضائيا مهما قرر نفس القاعدة. ففي قرار للمجلس الأعلى جاء فيه 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 حبسيته يظل تحفيظه»<sup>(43)</sup>. كما نقرأ في قرار محكمة الاستئناف بطنجة أنه: «لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار المذكور (حبس معقب) تجاه حقوق محبسة، لأن العقارات الحسبية المعقبة مثلها في ذلك مثل العقارات الحسبية العامة غير قابلة للتصرف إلا بإذن جلالته الملك عملا بمقتضيات الفصل الثاني من ظهير 13 يناير 1918 المتعلق بضبط مراقبة الأحباس المعقبة. مما يجعل تحفيظ العقار محل النزاع في اسم الغير باطلا»<sup>(44)</sup>.

(40) حكم المحكمة الابتدائية بطنجة رقم 1083، صادر بتاريخ 03/04/2008، ملف رقم 716/2007/13. حكم غير منشور أشار إليه عبد الرزاق اصبيحي، في تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 688 الصادر بتاريخ 20/02/2008، ملف مدني عدد 2162/1/3/2006. مجلة القضاء المدني، العدد 1، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، فبراير 2010، ص 106.

(41) محمد الكشور، التطهير الناتج عن تحفيظ العقار، تطور القضاء المغربي، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 8، ط 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005، ص 39.

(42) عبد الرزاق اصبيحي، التعليق على قرار المجلس الأعلى، مرجع سابق، ص 106.

(43) قرار المجلس الأعلى عدد 688، صادر بتاريخ 20/02/2008، ملف مدني عدد 2162/1/3/2006. منشور في دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، مرجع سابق، ص 163. وللقوف أكثر على هذا القرار انظر تعليق عبد الرزاق اصبيحي في مجلة القضاء المدني، العدد 1، مرجع سابق، ص 106.

(44) قرار محكمة الاستئناف بطنجة، عدد 363، صادر بتاريخ 13/10/1983، ملف شرعي عدد 82/358/2. منشور في دليل العمل القضائي في المنازعات الوقفية، مرجع سابق، ص 166.

إن هذا الموقف الفقهي والقضائي المتميز، من غير شك أثر بشكل إيجابي في صياغة مدونة الأوقاف فيما يتعلق بالأثر التطهيري للرسم العقاري في مواجهة الأوقاف العامة، حيث إن الأمر أصبح واضحاً وبعيداً عن أي تناقض أو غموض في استثناء الأوقاف العامة من هذا الأثر. نصت المادة 54 من المدونة 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».

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

إن نص المادة 54 من المدونة واضح في أن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ. وهذه القاعدة تمثل استثناء من الفصلين 1 و 62 من الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، فهو نص خاص يحكم هذه المسألة، وهو أولى في التطبيق عن الفصلين المذكورين لأنها يمثلان نصوصاً عامة، والقاعدة أنه في حالة تعارض النص العام والنص الخاص يقدم النص الخاص على النص العام في التطبيق. إذن، فرغم تأسيس الغير لرسم عقاري على وقف عام، فإن هذا الرسم لا ينتج في مواجهته أي أثر من آثار التطهير للرسم العقاري، وذلك متى صدر عن المحكمة حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به قضى بأن العقار المحفظ في اسم الغير هو عقار موقوف وفقاً عاماً. والدعوى التي ترفعها إدارة الأوقاف في هذا الشأن حسب نص المادة 54 من المدونة هي دعوى «إثبات صفة الوقف العام»، أو ما تسمى حسب تعبير بعض الفقه بـ «دعوى الوقف»، وهي تهدف إما إلى تثبيت حق الوقف، أو نفي أي حق آخر على هذا الوقف. وهي تختلف عن دعوى الاستحقاق، لذلك لا يطلب ممن يريد إثبات الوقف إثبات شروط الملكية من (يد ونسبة وتصرف وعدم منازع وطول المدة المقررة قانوناً)، وإنما يكفي لمن يريد رفع دعوى الوقف أن يثبت فقط أن المال موقوف بجميع وسائل الإثبات حسب ما أشرنا إليه سابقاً.

ويعتبر الإثبات أهم ما في دعوى الوقف، وقد سبق وأشرنا أن من بين أهم قواعد الإثبات في مجال الوقف، أن الوقف لا يعجز لأنه حق اختلط به حق الله تعالى، وفي هذا المنحى قرر الفقهاء أنه لا تعجز في الوقف بمعنى أنه حتى ولو حكم ضد الوقف في قضية ما ثم ظهرت حجة بعد ذلك، فيمكن للأوقاف أن تقيم الدعوى مجدداً وتطلب استحقاق الملك بناء على الحجة الجديدة. لكن هذا الموقف الفقهي نعتقد أنه إذا كان بالإمكان الأخذ به متى تم تأسيس رسم عقاري لفائدة الغير على وقف عام من غير حكم قضائي قضى بهذا التأسيس، فإنه وبالمقابل إذا كان تأسيس الغير لهذا الرسم العقاري بناء على دعوى في الموضوع، فإن مبدأ سبقية البت في الدعوى وما يفرضه من ضرورة استقرار الأحكام القضائية وضمان حجيتها وإلزاميتها، تمنع من معاودة رفع دعوى الوقف أو غيرها على نفس العقار المحفظ كلما ظهرت للأوقاف حجة جديدة وهذا ما يمكننا أن نستنتجه من نص المادة 54 من مدونة الأوقاف. فقط يبقى لإدارة الأوقاف الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام -سواء تعلق الأمر بدعاوى التحفيظ أو غيرها- متى قامت حجة على حبسية المدعى فيه، وذلك داخل أجل خمس (5) سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائياً (المادة 58 من مدونة الأوقاف).

وتجدر الإشارة إلى أن تنظيم مدونة الأوقاف لهذا الطعن بإعادة النظر قد يطرح معه العديد من الإشكاليات القانونية المتعلقة بتطبيقه، ومع ذلك وكتيجة أولية نقول بأنه لا يمكن أن نفهم معه أن تنظيم مدونة الأوقاف لهذا الطعن بإعادة النظر يقتضي معه استبعاد تطبيق الطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية (الفصل 379 والفصول من 402 إلى 410)، وذلك للاعتبارات الآتية:

- أن قانون المسطرة المدنية هو القانون المسطري الذي يطبق في دعاوى الأوقاف في غير ما لم يستثنى بنص خاص من هذه المدونة سواء في ما يتعلق بالتنظيم أو بالاختصاص أو بالمسطرة أو بالأحكام وطرق الطعن.

- أن تنظيم مدونة الأوقاف للطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية النهائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام (المادة 58) لا يمكن أن يمثل استبعادا للطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية من التطبيق على الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف، لأنه لم يتم التنصيص على ذلك صراحة في مدونة الأوقاف، ولأنه طعن متعلق فقط بالأحكام القضائية النهائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام. وليس كل الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام هي نهائية، بل قد تكون غير ذلك قبل أن تكتسب هذا الوصف القانوني، وبذلك تقبل الطعن بإعادة النظر متى كانت لا تقبل الطعن بالتعرض والاستئناف بحسب مقتضيات قانون المسطرة المدنية. كما أنه ليس كل دعاوى الأوقاف هي متعلقة فقط بالوقف العام حتى تقبل الطعن بإعادة النظر كما هو منظم في مدونة الأوقاف، بل هنالك أيضا الدعاوى المتعلقة بالوقف المشترك والمعقب التي تقبل الطعن بإعادة النظر حسب فصول قانون المسطرة المدنية وليس بحسب نص المادة 58 من مدونة الأوقاف.

- أن تنظيم مدونة الأوقاف للطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية النهائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام لا يخالف ولا يتعارض في أحكامه مع الطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية لا مخالفة كلية ولا جزئية، وبالتالي لا يمثل نصا خاصا عنه حتى يقيد في التطبيق.

- أن تنظيم مدونة الأوقاف للطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية النهائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام لا يمثل تكملة في أحكامه للطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية، لأنه لا يقتصر سوى على الأحكام القضائية النهائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام. أما الطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية فهو نص عام غير خاص لا بالأوقاف ولا بغيرها، وإنما يسري على كل المنازعات المدنية بصفة عامة بما فيها دعاوى الأوقاف، وبالتالي ليس من المنطقي أن يمثل تكملة له مع وجود هذا الفارق الجوهرية إضافة إلى فوارق أخرى مرتبطة بالأسباب والشروط والآجال.

انطلاقا من هذه الملاحظات السابقة يمكننا أن نستنتج أن تنظيم مدونة الأوقاف للطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية النهائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام هو طعن خاص فقط بهذه الدعاوى دون غيرها، وبالأحكام القضائية النهائية الصادرة بشأنها دون غيرها. لكن هذا لا يمنع من ممارسة الطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية سواء تعلق الأمر بالأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف المشترك والمعقب، أو تعلق الأمر بالأحكام القضائية الصادرة في نفس الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى لم تصر بعد نهائية، ومتى كانت لا تقبل الطعن بالتعرض والاستئناف. ونعتقد أن تخصيص مدونة الأوقاف الوقف العام بهذا الطعن لا يمكن أن يكيف إضافة وصف جديد للطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون

المسطرة المدنية، بقدر ما يمكن أن يستتج منه رغبة المشرع في تمديد حماية قانونية من خلال هذا الطعن إلى الأوقاف العامة حتى بعد صيرورة الأحكام القضائية الصادرة بشأنها نهائية أي لا تقبل أي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية، لأن هذه الإمكانية القانونية لا يوفرها الطعن بإعادة النظر كما هو منظم في قانون المسطرة المدنية لأنه يقتصر فقط على الأحكام التي لا تقبل التعرض والاستئناف (الفصل 402 ق م م)، وكذا القرارات الصادرة عن محكمة النقض (الفصل 379 ق م م).

ونعتقد أن ممارسة هذا الطعن هو نتيجة للقاعدة الفقهية التي تقول بأنه لا تعجيز في الحبس، بمعنى أنه حتى ولو حكم ضد الوقف العام في قضية ما بحكم قضائي نهائي ثم ظهرت بعد ذلك حجية على حبسية المدعى فيه، فيمكن للأوقاف أن تقدم طعنا بإعادة النظر بناء على هذه الحجة الجديدة، لكن بشرط ممارسة هذا الطعن داخل أجل خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا. ونعتقد أن هذا الأجل شرط لازم لممارسة الطعن وإلا سقط الحق فيه وهذا أمر يختلف فيه هذا الطعن عن قاعدة عدم تعجيز الحبس التي لا تتقيد بأجل، كما أنه أجل قلما يسعف في إيجاد أو اكتشاف ما يثبت حبسية المدعى فيه خاصة بالنسبة للأوقاف العامة القديمة، لذلك نعتقد أنه كان حريا بمشرع مدونة الأوقاف أن يجعل من هذا الأجل أجلا تفضيلا وليس أجل سقوط يترك معه الأمر للقاضي لقبول هذا الطعن حتى بعد فوات أجل الخمس سنوات متى ظهرت له في ذلك أسباب ومبررات مقبولة وهذا فيه حماية أكثر للوقف العام.

وفي الأخير نشير إلى أنه إذا كانت هذه الإمكانية القانونية التي توفرها مدونة الأوقاف للوقف العام من خلال إمكانية الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية النهائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى ظهرت حجية على حبسية المدعى فيه، من شأنها أن توفر حماية قانونية وقضائية إضافية لهذا الوقف، فإن تخصيص الوقف العام وحده بهذه الإمكانية دون غيره من الوقف المشترك والمعقب لا يصمد على الرد لكثرة التبريرات التي أشرنا إلى بعضها سابقا والتي تجعل من هذه المفارقة غير مبنية على أسس مقبولة وسليمة. لذلك نعتقد أنه كان حريا بمشرع مدونة الأوقاف أن يمدد هذا الطعن حتى بالنسبة للوقف المشترك والمعقب، كما كان حريا به أيضا أن يمدد قاعدة عدم الاحتجاج بالأثر التطهيري للرسم العقاري كدعوى إلى كل من الوقف المشترك والمعقب وأن لا يقصر الأمر فقط على الوقف العام خاصة وأنه قد سبق لقضاء الموضوع أن قضى بعدم الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ عقار تجاه الحبس المعقب كما في قرار محكمة الاستئناف بطنجة المشار إليه أعلاه.