



المملكة المغربية
جامعة القاضي عياض
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
بمراكش



أصروحة لنيل الدكتوراه
في القانون الخاص

تحت موضوع

منخومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأخير القانوني والفقهي والحماية القضائية



تحت إشراف الدكتور
محمد الربيعي

من إعداد الباحثة:
زهيرة فونتير

لجنة المناقشة

- الدكتور: محمد الربيعي مشرفا ومقرا،
- الدكتور: محمد الكاشور عضوا،
- الدكتور: منير تابش عضوا،
- الدكتور: الحسن الزرداني عضوا،
- الدكتورة: لطيفة قبير شيخ عضوا،

□

وعيا منا بأهمية الوقف، وبكوره الصلائي بلعتبره ثروة وصنية
وعنصر فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاء؛

ورغبة منا في تأكيده تأكييرا قانونيا حديثا، يمكنه من مواكبة
التحولات الشاملة التي تعرفها بلائنا، ويراعي خصوصيته المستمدة من
أحكام الفقه الإسلامي؛

وإيماننا من جلالتنا بأهمية تقنين القواعد الفقهية المتعلقة به، بما يدرأ
تعدا الأقوال واختلاف التأويلات بشأنها، ويجمع شتاتها، ويجقق لها
الانسجام مع مكونات المنصومة التشريعية المغربية؛

ومواصلة منا لمسيرة تحديث القوانين التي انصلقت في عهد جلالته
والكنا المنعم أمير المؤمنين الحسن الثاني كصيب الله ثراه، والتي أوليناها فائق
عنايتنا وكبير اهتمامنا من خلال العرض على مواكبتها لأحدث الأنظمة
القانونية المعاصرة؛

وفقا لهذا المنهج، قرنا إصدار مدونة للأوقاف تجمع الأحكام الفقهية
المتناثرة للوقف، وتقسم التضارب في أموره المختلفة، وتعيد تنصيم أحكامه
القانونية شكلا ومضمونا، بما يضمن تقيدها بأحكام الفقه الإسلامي ويضفي
عليها صابعا عصريا متميزا؛

وتأكيذا من جلالتنا على استقلالية الوقف المستمدة من صابعه
الإسلامي الغالي، فقد أئنا من خلال هذه المدونة الصافضة على خصوصيته،
وتزويده بوسائل قانونية حديثة تضمن له الحماية الناجعة، وبنصم تكبيرية تيسر
حسن استغلاله والاستفادة منه، وبصرق استثمارية تمكنه من المساهمة في

مشاريع التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتعيده له دور الرياء الذي نعرض
به عبر تاريخ بلادنا العبيد.

مقتطف من النصير الشريف رقم 1.09.136، الصادر في 8 ربيع
الأول 1431 الموافق 23 فبراير 2010 المتعلق بمكونة الأوقاف

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ وَبِهِ اللّٰهُمَّ نَسْتَعِیْنُ وَكَلَى اللّٰهُ وَسَلَّمَ عَلٰی اَشْرَفِ الْمُرْسَلِیْنَ

أولاً: تقديم علم

يعتبر الوقف¹ تبرعاً إسلامياً متميزاً ذا طابع اجتماعي منفتح، ليس فقط كوعاء مالي يسخر لخدمة ما، بل له أدوار تنموية بالغة الأهمية في تأسيس ودعم و تقوية نسيج المجتمع

1 الوقف في اللغة معناه: " الحبس أو المنع "، فالوقف بمعنى الحبس هو وقف الشيء وفقاً أي حبسه، بمعنى ليس لأحد تغييره ولا التصرف فيه، لأنه محبوس على ما وقف عليه. أما الوقف بمعنى المنع فلأنه يمنع التصرف في الموقوف. للمزيد من التوسع في معنى الوقف من الناحية اللغوية أنظر:

- أبو الفضل جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، الجزء:9، باب الفاء، فصل القاف، مادة وقف ص:359.
 - الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ببيروت، السنة:1987، الطبعة الثانية، الجزء:3، ص:212.
 - أما في اصطلاح الفقهاء فقد عرفه الفقه الحنفي بأنه: " حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير، وبناء عليه لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف، ويصح له الرجوع عنه، ويجوز بيعه، لأن الأصح عند أبي حنيفة: أن الوقف جائز غير لازم كالعارية، ولا يلزم إلا بحكم القاضي أو يكون معلقاً بموت الواقف، أو يكون على مسجد ويفرزه عن ملكه ويأذن بالصلاة فيه.
 - محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت، السنة:1994، الجزء:3، ص:391.
 - أما الفقه الشافعي فقد عرفه بأنه: " حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح وجهة"
 - أبو بكر المشهور بالسيد البكري: إعانة الطالبين على حل ألفاظ المعين، مطبعة دار إحياء التراث العربي ببيروت، الطبعة الرابعة، دون تاريخ، الجزء:3، ص:158.
 - أما الفقه المالكي فقد عرفه بأنه: " إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً".
 - أبو عبد الله محمد الأنصاري (المشهور بالرصاص التونسي): شرح حدود الإمام الأكبر القدوة الأنور أبي عبد الله بن عرفة، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة المحمدية، السنة 1992.
 - أما الفقه الحنبلي فقد عرف الوقف بما يلي: "تحبيس الأصل وتسييل المنفعة".
 - أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المقنع في فقه إمام السنة أحمد ابن حنبل، المطبعة السلفية بدون تاريخ، الجزء:2، ص:219.
- والملاحظ على هذه التعاريف الاصطلاحية للوقف، أنها تختلف من حيث الصياغة رغم اتفاقها من حيث المضمون ، ويرجع هذا التفاوت في التعريف الاصطلاحى للوقف إلى زيادة قيد أو شرط في تعريف دون آخر، تبعاً لاختلاف مذاهب الفقهاء، من حيث لزومه، وعدم لزومه واشتراط القرية فيه، والجهة المالكة للعين بعد وقفها، إضافة إلى كيفية إنشائه، هل هو عقد أم إسقاط، وما يترتب على ذلك من اشتراط القبول أو التسليم لتمامه. لأن الفقهاء عندما يعرفون الوقف وينسبونه إلى أئمة المذاهب كأبي حنيفة ومالك والشافعي وغيرهم من الأئمة، فإن المتبادر إلى الذهن من تعاريفهم أنها منقولة عن هؤلاء الأئمة (...)

الإسلامي¹، الذي هو اليوم في أشد الحاجة إلى تجديد تقاليد العمل به لكونه يجسد عمقا إنسانيا كبيرا، وتجليا جميلا لإرادة الخير في نفسية المسلم، وذلك وفقا لمنظومة متماسكة من القيم والأخلاقيات الإسلامية الأصيلة، التي تحظ على المشاركة في الشأن العام وتعلي من

وصادرة منهم، إلا أن الحقيقة غير ذلك، إذ إن هذه التعاريف ماهي غالبا إلا تعاريف لفقهاء المذاهب المتأخرين صاغوها ووضعوا لها تخريجا على قواعد المذهب الذي ينتسبون إليه، بحيث ينطبق كل تعريف على قواعد الإمام المنسوبة إليه انطباقا تاما.

للمزيد من التوسع في معنى الوقف من الناحية اللغوية و الاصطلاحية يمكن الاطلاع على ما يلي:

- أحمد الريسوني: الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة ايسيسكو، السنة: 2001، ص: 11.
- عبد المنعم صبحي: نظام الوقف في الإسلام، منشورات دار الجامعة الجديدة بمصر، السنة: 2008، ص: 8 وما بعدها.

¹ في هذا الشأن نورد قصيدة من نظم الشاعر العراقي معروف الرصافي حول الوقف، وأدواره الطلائعية لبناء المجتمع:

للمسلمين علم نوره وفهمهم	كنز يفخر عنون الأوقاف
كنز لو استشفوا به من كائنهم	لتوجروا منه الكاء الشلاف
ولو ابتغوا للنشر فيه ثقافة	لنتفقوا منه بنخير ثقاف
ولو ارتقوا بجناحه في عصرهم	لأنصارهم بقوا لهم وخواف
لكنهم قد أهملوه وأعملوا فر	جانبيه عوامل الاتلاف
فإنما نضرت رأيت ثمة أرضه	تجري الرياح بها وهن سواف
قد تابعوا الموت عليه وما وقوا	أهل الحياة به من الإجماف
وقفوا به عند الشروع لواقف	وتغافلوا عن حكمة الإيقاف
تركوا له في العصر نفعا ضاهرا	وتعاملوا فيه بنفع خلافر
لم يستجدوا فيه شيئا واكتفوا	في كل حال منه بالسفساف
غرسوه غرسا مثمرا لكن جرى	غير الزمان فعلا كالصفاف
قل للذين تقيكوا بشروكه	مأخا التوقف عند رسم عاف
أنريد أن يقفوا الزمان أمورنا	وأمرنا هي للزمان قوافر
هل بين شركه الواقفين وكل ما	نفع العموم تناقض وتنافر

أهمية المبادرة بعمل الخير، ليتحقق من هذا كله اندماج حميم للنفس الإنسانية بالمجتمع، تظهر آثاره الإيجابية في التحرر من حب التملك، وذلك بسد حاجات الآخرين وإغاثتهم من ضيق الحوج إلى سعة الاكتفاء المادي والمعنوي.

والوقف باعتباره صدقة جارية ممتدة في الزمن، ساهم بشكل كبير في إثراء المجتمع الإسلامي بمؤسسات علمية وثقافية مختلفة الأشكال والصيغ والمناهج، مما كان له الأثر الواضح في بناء الحضارة الإسلامية وازدهارها، وهو ما يجعلنا ندرك أن العدالة الاجتماعية التي يحققها الإسلام بصفة عامة، والوقف بصفة خاصة، شيء أكبر من سياسة المال، وأسمى من مجرد توزيع ثروة المجتمع بالمساواة، كما ندرك أيضا أن ميزة الوقف التطوعية تجعل منه أداة لتأكيد الهوية الإسلامية، التي تجعل الإنسان يعبر عن إيمانه بإيجابية وفعالية من أجل تحقيق التضامن الاجتماعي وتعزيز الروابط بين الأفراد.

والمغرب كغيره من البلدان الإسلامية عرف الوقف منذ وصول الفاتحين المسلمين، وما يدل على العناية به عبر التاريخ المغربي ما نعرفه من توالي بناء المنشآت الوقفية، التي وصلت ذروتها إبان حكم الموحدين والمرينيين، اعتبارا لوصول الإسلام في المغرب العربي في ظل هذه الحقبة إلى أوج بهائه حيث خصصت عائدات الأموال الموقوفة لبناء المساجد والمدارس، والمستشفيات وغيرها.

فإذا حاولنا تحليل تاريخ الأحباس الإسلامية بالمغرب لوجدنا أن هذه الأخيرة لم تراع فقط حقوق الإنسان بل حتى حقوق الحيوانات، ففي بعض المناطق كانوا يحبسون على العلجوم إذا انكسرت ساقه، كما كان التحبيس على المارستانات، التي يستعملون فيها كل يوم جمعة الموسيقى لعلاج الأمراض العقلية، كما نجد أوقاف لتعويض كل آنية كسرهما طفل حتى لا ينال عقاب والديه، وكذلك أحباس إغاثة الملهوف وإدخال الفرجة على المكروبين أو الفتاة التي

سوف تزف حتى تظهر لزوجها بمظهر لائق ليلة فرحها، بحيث إن الأحباس تشيد المساجد وتؤدي رواتب الأئمة والمؤذنين، وتفرج الكربة عن الناس، فهي مقياس الحضارة والرقّة، رقة شعور الأمة والشعب الذي يحبس¹.

لكن، نظرا للتقلبات الكثيرة التي عرفتها الدول الإسلامية، وأبرزها التأثيرات السلبية التي تركها المستعمر في تلك البلاد، والتي تعد سببا في تراجعها عن أوجها وازدهارها، جعلت الوقف فيها هو الآخر يعرف ضمورا ملحوظا، خاصة في الأزمنة الحديثة، مما فرض على الحكومات والمنظمات الإسلامية العمل بجد وإخلاص من أجل إعادة النظر في البنية القانونية لنظام الأوقاف، لحمايته والحفاظ على الغاية المتوخاة منه، وتمكينه من الاضطلاع بدوره في تحقيق الأهداف الشرعية المرجوة منه.

ففي المغرب مثلا، كانت إدارة الأوقاف قبل الحماية الفرنسية تقوم بها نظارة الأوقاف بالنيابة عن المسلمين وباسم السلطان، إلا أنه في ظل الحماية، وبالرغم من نجاح الحكومة الشريفة آنذاك في جعل مؤسسة الأحباس خارج نطاق معاهدة الحماية لارتباطها بالشأن الديني للمغاربة، حيث نصت على استثناء المؤسسات الدينية والأحباس من تدخل سلطات الحماية²، وأبقت التصرف المطلق فيها لسلطان المغرب³ وذلك بمقتضى عدة ظهائر شريفة صاحبها

1 مقتطف من خطاب الملك الحسن الثاني بمناسبة عيد الشباب لسنة 1985.

2 طبقا لمعاهدة الحماية المبرمة بين فرنسا والمغرب بتاريخ: 30 مارس 1912، تم التأكيد أن الشؤون الدينية للمغاربة تبقى خارج هذه المعاهدة وهو ما يظهر من خلال البند الأول منها الذي ينص على ما يلي:

« ce régime sauvegardera la situation religieuse, le respect et le prestige traditionnel du sultan. l'exercice de la religion musulmane et des institutions religieuses , notamment de celles des habous.il comportera l'organisation d'un maghzen chérifien réformé »

3 هذا ما جاء على لسان المقيم العام الجنيرال ليوطي أثناء إلقائه لكلمة بمناسبة افتتاح الدورة الثانية للمجلس الأعلى الحبسي: "... أيها السادات بعد تقديم تحياتي إليكم ، أعرب لكم عما أنا مغمور فيه من السرور الذي بلغ الغاية، من أجل ترفي حالة الأحباس بالإيالة الشريفة ، التي التفت نظرها إلى الأحباس ، فأناطت التكليف بها لوزيرها الوقفي ، وستسرون سرورا عظيما بما تشاهدونه وتطلعون عليه في هذا المجلس ، من تحسن حالة الأحباس تحسنا يتسنى لها معه أن تقوم استقبالا بجميع الوظائف الدينية، والمشروعات الإسلامية، ولتعلموا أن الحبس محترم، لا تصرف مداخله إلا في أمور الدين الإسلامي، ولا يغير بحال عن مقصود المحبسين، وأعماله وتنظيماته كلها موكولة لنظر الجلالة الشريفة، وما لنا في أمره إلا المساعدة للحظرة الشريفة، والتعزيد لوزارتها الوقفية".

(...)

عدة قرارات ومنشورات وزارية لتفسيرها وتوضيح العمل بها بالنسبة للنظار، الذين يخضعون إلى البنية الحسبية بدار المخزن¹، إلا أن الحماية الفرنسية في واقع الحال قامت بفصل دواوين الأوقاف الإسلامية عن الحكومات المسلمة ووصلتها مباشرة بالمفوضيات العليا، وجعلت لها مستشارين غير مسلمين يتصرفون في شؤونها الإدارية والمالية بسلطة واسعة ونفوذ مطلق فأرهبوا خزاناتها بالرواتب المستحدثة العظيمة². مما ساهم في ركودها وتراجع مواردها فتعالت أصوات المغاربة للتنديد بما آلت إليه أوضاع الأحباس الإسلامية بالعديد من المدن المغربية³.

• المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1992/1412، ص: 121/120.

1 تم صدور ظهير شريف بتاريخ: 8 شعبان 1331هـ الموافق لـ 13 يوليوز 1913 يحدد سلطة إدارة الأحباس العمومية التي كان على رأسها المدير العام للأحباس السيد أحمد الجاي وفق ما يلي:

- إجراء مراقبة شاملة وتامة للأوقاف العامة بجميع أطراف المنطقة السلطانية؛
- وضع الضوابط التي تتمشى عليها جميع النظارات؛
- إحصاء الأملاك الحسبية الموجودة في سائر النواحي؛
- إصلاح الأحباس وصيانتها بواسطة النظار؛
- تتبع الدعاوى المرفوعة أمام المحاكم فيما له علاقة بالأحباس؛
- إنجاز تقرير سنوي عام عن ميزانية الحبس.

للمزيد من التفصيل حول هذه النقطة أنظر:

• مجيدة الزياتي: مدونة الأوقاف المغربية : دراسة منهجية في الأسس والأبعاد، الطبعة الأولى، السنة: 2014، مطبعة دار الأمان بالرباط، ص: 58.

• المكي الناصري : الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، م، ص: 26/25.

2 عبد العزيز بن عبد الله: الوقف في الفكر الإسلامي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، الجزء: 2، ص: 312/311.

3 بتاريخ يومه الثلاثاء 5 ذي القعدة موافق 20 فبراير 1934 تم رفع عريضة لصاحب الجلالة، مذيلة بتوقيع مجموعة من وجهاء و علماء مدينة الرباط ، عبروا فيها عن موقفهم من تصرفات القائمين على الأحباس، ومما ورد فيها ما يلي: "إن الملة الإسلامية في خطر، وإن رعاياكم المسلمين في غاية القلق والضجر. يا صاحب الجلالة، إن الأحباس التي تركها السلف الصالح والتي أوقف قسما كبيرا منها أجدادكم، قدس الله أرواحهم، أصبحت تصرف في غير مصارفها، وتبذل في غير وجهها، ويحال بينها وبين الوصول إلى أهلها وأصحاب الحق فيها، ويفوت منها في كل سنة عدة أملاك وأراض لا موجب لتفويتها. وقد أصبحت بيوت الله في جميع المدن، سوى فاس والرباط، لا تنار إلا في لحظات معدودة، وتعطلت وسائل الطهارة والنظافة وإقامة الدين، وضيق بكل أنواع التضييق على المدرسين والأئمة والخطباء والقراء والمؤذنين، وتقهقرت المؤسسات الإسلامية إلى الوراء، حتى كادت تشرف على الفناء، فلا علم يدرس بالمدن ولا بالبوادي، ولا دين ينشر بين طوائف العامة، ولا مساجد تقام في القرى والمداشر، ولا خطبة جمعة أو عيد يسمعا أبناء القبائل، فيسمع فيها رعاياكم المسلمون اسمكم الكريم، ويذكر فيها بالتبجيل والتعظيم عرشكم الفخيم. وكيف تعرف العامة دينها وقد أصبحت (...)

بتقشير إدارة الأحباس عن دينها محجوبة، وكيف ترضى أو تظمنن وقد أصبحت، بتصرفات مدير الأحباس وتدخلاته، من جميع حقوقها الدينية مسلوقة؟

(...) يا صاحب الجلالة.

إن مدير الأحباس مسؤول في نظر المسلمين عن عدة أشياء خطيرة نشئت عن تصرفاته وأوامره الخاصة:

- 1- مسؤول عن إهمال المساجد المبنية، بتقليل نورها، وقطع مائها، ورتائة فرشها، وإهمال تنظيفها؛
- 2- مسؤول عن المساجد العديدة التي حال دون بنائها في سائر جهات المملكة؛
- 3- مسؤول عن إسقاط الوعظ في كثير من المساجد؛
- 4- مسؤول عن تقليل عدد الموظفين الدينيين وبخسهم في أجورهم الشهرية؛
- 5- مسؤول عن تعطيل كثير من الدروس الدينية والمدارس العلمية التي لا يسمح لمدرسيها وطلبتها بأجور ومراتب كافية؛
- 6- مسؤول عن عدم تسليم الأحباس المعينة إلى أهله ومستحقها في كثير من الجهات، وتراميه على الأوقاف الخاصة بالأشراف وأبناء الزوايا؛
- 7- مسؤول عن مضايقة ضعفاء الأمة، المكترين من الأحباس، واستغلاله إياهم استغلالا فاحشا؛
- 8- مسؤول عن يؤس الفقراء الذين حال بينهم وبين التمتع بأوقاتهم الخاصة؛
- 9- مسؤول عن التبذير والإسراف في بناء الإدارات، وشراء السيارات وإنشاء عدد كثير من الوظائف التي لا حاجة بالأحباس إليها...؛
- 10- مسؤول عن تفويت الأملاك والأراضي الحبسية، دون موجب لتفويتها، ولا تعويض لها بغيرها في كثير من الأوقات؛
- 11- مسؤول عن عدم تنفيذ شروط المحبسين وتطبيق العقود، وصرف أموال الأحباس في غير مصارفها الشرعية؛
- 12- وهو مسؤول فوق ذلك كله، عن القلق الكبير الذي يسود الآن جميع الأوساط الإسلامية، والهلع العظيم الذي أصاب المسلمين المغاربة، خوفا على مصير ملتهم بهذا الوطن.

يا صاحب الجلالة .

إن مدير الأحباس، بتصرفاته وتدخلاته العجيبة الغربية، أقام الحجة القاطعة على أن مراقبة الأحباس يلزم أن لا تكون بيد غير المسلمين، لأن أحباسنا أمور دينية ملية خاصة، لا يمكن أن يقوم بها، ويخلص لها، ويصرفها في مصارفها، ويحرسها من التفويت والضياع، طبقا للشريعة الإسلامية، إلا من كان يحمل في قلبه نور الهداية المحمدية. وجماعة المسلمين التي هي وحدها صاحبة الحق في الأحباس الإسلامية، ترغب من جلالتم، وأنتم محط أملها وموضوع ثقنتها، إلغاء إدارة الأحباس إلغاء تاما، وإرجاع الأحباس كما كانت في جميع عهودها الماضية إلى يد المسلمين وحدهم، تحت المراقبة الدقيقة والإشراف الأعلى من جلالتم الشريفة، بصفتكم " أمير المؤمنين" والرئيس الروحي الأعلى لجماعة المسلمين، وترغب من جلالتم إعطاء وزارة الأحباس جميع الاختصاصات التي أخذتها الإدارة وانتزعها المدير، ووضعها بين يدي خدام مخلصين، عرفوا من بين رعاياكم بالكفاءة والدين المتين، والعزيمة النافذة، والضمير الحي، والخلق القويم.

● المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، م، س، ص: 87 وما بعدها.

و ما قام به علماء ووجهاء مدينة الرباط تم تعزيده وتأييده من طرف سكان مدينة الدار البيضاء الذين رفعوا بدورهم عريضة إلى جلالة السلطان، بتاريخ: 27 ذي القعدة 1352 الموافق 13 مارس 1934 هذا مقتطف منها: (...)

يا صاحب الجلالة:

أين الأحباس، هل لازالت في الوجود أم صارت إلى العدم..؟

يا صاحب الجلالة.

(...)

إن مسلمي البيضاء يرجون من فضلكم تلبية طلبهم لبناء مسجدين كبيرين داخل المدينة، وآخرين مثلهما بالقربة الحبسية، نظراً لل عمران المتزايد في كل يوم بمدينتنا.

يا صاحب الجلالة.

إن ناظر الأحباس بالبيضاء يتراخى في القيام بواجبه، مع اطلاعه على هذه الحالة الأسفية، حتى أصبحت إقامة شعائر الإسلام متعسرة متعذرة بالدار البيضاء.

• المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، م، س، ص: 94 وما بعدها.

وما سبق ذكره، أعيد تأكيده مرة أخرى من طرف سكان مدينة فاس الذين رفعوا بدورهم عريضة للسلطان بتاريخ: السبت 22 من ذي الحجة الحرام 1352، ومما ورد فيها ما يلي: (...)

أليس مما يقلق البال يا مولانا أن تنزع البلاد من حوالة المحبس لتعطى للمعمر بثمن بخس لا يساوي عشر معشارها؟ أليس مما يبعث الحسرة ويذمي القلب، أن تسمح الإدارة الحبسية بالاستيلاء على كثير من المساجد، وتحويلها إلى إدارات أو قشلات عسكرية يطؤها الجند بنعالهم بعد أن وطئها آلاف المؤمنین بجباههم؟ (كالمسجد الاسماعيلي والسليمانى بقصبة تادلة ومسجد القصبة بالقنيطرة وغيرها).

أليس ما يفتت الكبد أن تعطل كثير من الدروس العلمية والكراسي الوعظية، وتصرف أحباسها المعينة لها في غير مصارفها؟

أليس من العار أن يبنى العديد من القرى الجديدة، ثم يريد سكانها المسلمون بناء مساجد من ماليتهم فتأبى مراقبة الأحباس مساعدتهم عليها؟

أليس مما يندى له الجبين أن تتحول بعض المساجد إلى كنائس؟ (كالمسجد الذي بنيت في موضعه الكنيسة الكبرى بالرباط)، كل هذا وأضعاف أضعافه قد وقع ونفذ تصرفاً من مراقبة الأحباس وعلى مرأى ومسمع من وزيرها، فهل يعقل أن يظل المسلمون ساكتين على هذه الحالة وتحت يدهم من الشواهد والأدلة ما يفوت الحصر ويجاوز العد؟

• المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، م، س، ص: 97 وما بعدها.

وفي شهر صفر الخير 1353 الموافق ل ماي 1934، أذاع المواطنون المغاربة في المنطقة الخليفية، بمناسبة ذكرى الظهير البربري احتجاج شمال المغرب على السياسة البربرية في: " كتاب أسود" مجل بسواد الحداد، ومذيل بإمضاءات نخبة السكان في مختلف المدن، وذلك بعد الاجتماع الأكبر الذي عقدوه بالعاصمة التطوانية لإعلان احتجاجهم الصارخ ضد السياسة المتبعة في المنطقة السلطانية، ورفعوه إلى المقيم العام المسيو بونسو الذي كان إذ كان في باريس ليقدمه إلى وزارة الخارجية بصفتهم جزءاً لا يتجزأ من الأمة المغربية، التي تسعد بالانضواء تحت لواء رمز وحدتها جلالة السلطان أبيه الله.

ومن المسائل التي سجلوا احتجاجهم عليها مسألة: " منع الأوقاف من بناء المساجد"، ومسألة " عرقلة بناء المساجد على المسلمين الذين يتبرعون لبنائها من مالهم الخاص"، و" مسألة وضع الأحباس الإسلامية تحت تصرف مراقبين فرنسيين"، وطالبوا بالمحافظة على إقامة شعائر الدين، وتثبيت الإسلام في الأوساط المغربية، واحترام المؤسسات الإسلامية، وإرجاع الأحباس إلى أيدي المسلمين المغاربة الذين هم أصحابها الشرعيون".

• المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، م، س، ص: 101.

وتزامنا مع هذا الاحتجاج تم تقديم كذلك عريضة القصر الكبير بتاريخ 5 ذي الحجة 1352 الموافق ل 21 مارس 1934، والتي أشار الموقعين عليها أن: " الأحباس مشرفة على الإفلاس بسبب ما انتابها من الضياع، وأن المطوقين بالوظائف الدينية والعلمية أصبحوا لا يتسلموا رواتبهم، وأن للأحباس ديونا على كمبانية كرابية، وعسكر الريبكولارس، والمجلس البلدي" ولفتوا نظر الحكومة إلى العناية بالقضية الحبسية كما يجب.

• المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، م، س، ص: 103.

وبعد حصول المغرب على استقلاله، بقيت الأوقاف خاضعة لنفس الأحكام والضوابط التي كان معمولا بها من قبل، إلا أنه رغم بقاء الأوقاف تحت الإشراف المباشر للملك باعتباره أميراً للمؤمنين، وحمائته لها من الذوبان في أملاك الدولة، وصيانة أموالها من استغلالها في النفقات العمومية للحكومات المتعاقبة، إلا أنها مع ذلك عانت من الضياع والاندثار، مما جعلها منعزلة غير قادرة على منافسة القطاعات الأخرى في تحديث إدارتها، وتجديد تشريعاتها وضوابطها، ومواكبة الحركة الدائمة للمجتمع نحو التقدم والنمو والأخذ بأسباب التحديث، كما ترتب على ذلك بروز إشكالات كثيرة حفت بهذا القطاع المهم من كل جانب، فابتداء من مشكلة البناء القانوني المنظم للأوقاف، ومرورا بطرق الانتفاع بالمال الموقوف، و وصولا إلى وظيفة الناظر، تواجهنا مشكلات كبيرة ومتنوعة تثقل كاهل هذه المؤسسة وتحول بينها وبين مهمتها التنموية، وتجعلها تعاني من سلبيات ليست ناجمة عنها في حد ذاتها، بل عن سوء تدبيرها وعدم حمايتها، ومواكبتها بالرعاية التنظيمية والإدارية من قبل المعنيين، الأمر الذي أدى إلى شيوع ظاهرة الترامي والاعتداء على الأوقاف حتى صار مال الوقف مضربا للأمثال في الإهمال والتسيب.

وللحد من هذا الوضع الذي يرجع بالأساس إلى كون الوقف بقي أسيرا لمنظومة قانونية متقادمة، ومنعزلا عن أي تحديث أو تنمية مما ساهم ضمن عوامل متعددة أخرى في إضعاف الميل الاجتماعي نحو إنشاء أوقاف جديدة، لعدم إمكانية شمولها بالحماية القانونية الناجعة.

من هنا إذا بدأ التفكير جديا في إعادة النظر في المنظومة القانونية لنظام الوقف بالمغرب، لجعلها إطارا قانونيا حديثا يخرج الوقف من عزلته، ويستجيب في الوقت ذاته للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تعرفها البلاد، فنتج عن هذا صدور مدونة للأوقاف، جمعت بين دفتيها جميع الأحكام المتناثرة للوقف، وحسمت التضارب في أموره المختلفة، وأعدت تنظيم أحكامه القانونية شكلا ومضمونا¹.

1 مقتطف من الظهير الشريف رقم: 1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1431، الموافق لـ 23 فبراير 2010، المتعلق بمدونة الأوقاف، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5847 بتاريخ: 14 يونيو 2010، ص: 3154 وما بعدها. والتي دخلت

(...)

ثانياً: موضوع الدراسة

إن الموضوع الذي عنيت به بحثه ودراسته من خلال هذه الأطروحة، يتناول بالأساس منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقهية والحماية القضائية.

ففي هذا السياق، واعتباراً لكون النص القانوني الفاعل في مجال الوقف تضارعه في التأثير قواعد فقهية، اقتضت تقنية التشريع والخلفية التاريخية لمادة الوقف أن تربط النص القانوني بالمصدر الفقهي الذي منه ذلك النص، جعل مجال هذه الدراسة ينصب حول منظومة الأوقاف العامة، والمحكومة - كما قلنا سابقاً - بشئائيه من حيث القواعد والأحكام التي تنظم مسائله، حيث يتقاسم مادة الوقف مجال فقهي متشعب، ومجال قانوني مركب.

إلا أن المشرع المغربي رغم هذه الصعوبة، التي تجعل بنية الوقف تتميز بتداخل عناصرها وتعدد أبعادها، استطاع خلق تفاعل بين أطراف هذه الشئائية و منح الوقف منظومة قانونية تتميز صياغتها بالدقة العلمية والابتكار والتجديد، الذي يجعلها قادرة على أن تكون محينة باستمرار، مع الحفاظ على القواعد الشرعية للوقف، وأحكامه الفقهية التي تنظم مجاله، وذلك دون الإغفال عن ممارسة حق الاجتهاد في المستجدات والنوازل، ضمن ما توفره أصول الفقه ومقاصد الشريعة من آليات وقواعد.

وهو ما نتج عنه صدور مدونة للأوقاف جمعت شتات النصوص التشريعية المطبقة على الوقف، وقننت أحكامه المتناثرة في مؤلفات الفقه الإسلامي، حيث وصلت بذلك إلى درجة المزج المتكامل بين ذلك كله، من أجل تمتيع قطاع الأوقاف بالمغرب بإطار قانوني حديث، يمكنه من مواكبة التحولات الشاملة التي تعرفها البلاد، وبراغي خصوصيته المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، وهو ما يستدعي الوقوف عند هذا التشريع الجديد لتحليل

إلى حيز التنفيذ بتاريخ: 24 أكتوبر 2013، وذلك بعدما صدرت بالجريدة الرسمية جميع النصوص المتخذة لتطبيقها، وسيشار إلى مدونة الأوقاف بين ثنايا هذا البحث فيما بعد باسم المدونة.

مضامينه، ومقارنتها، ومناقشتها، وإبداء الرأي بشأنها، وذلك من خلال أدوات البحث الرئيسية من تشريع وفقه وقضاء.

ثالثاً: دواعي البحث وأهميته

لم تكن فكرة البحث في موضوع هذه الدراسة من باب الصدفة، وإنما هي طموح لهدف علمي تناولته من باب التجديد والتطوير، للمساهمة في إثراء المكتبة العلمية، خصوصاً بعد صدور مدونة للأوقاف تجمع بين دفتيها جميع الأحكام المتعلقة بالوقف العام انطلاقاً من تعريفه، و بيان عناصر إنشائه، وشروط صحته ونفاذه، وصفته وآثاره، مروراً بمقتضيات الحماية المقررة له، والتي تبين الإمكانيات المتاحة لتطويره، من أجل تحقيق الأهداف المرجوة منه، عن طريق تمتيعه بضمانة تشريعية غاية في الأهمية ستحافظ عليه بلا شك، وتيسر استقراره، وتساعد على تنميته، والمتمثلة في الاعتراف له بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وصولاً إلى تفعيل بعض مقتضيات الحماية الأخرى التي كانت مقررة له، والمتعلقة أساساً بالتحفيظ العقاري، وتيسير وسائل إثباته، وذلك عن طريق التوظيف الجيد للاجتهاد القضائي، مع العمل كذلك على إضفاء حماية خاصة على التصرفات الجارية سواء على أصله، أو المتعلقة بطرق الانتفاع به.

من هذا كله انبثق الاهتمام بالبحث في هذا الموضوع، الذي بقدر ما تطبعه الصبغة التقنية أو العملية من حيث اهتمامه بعمل قضائي يتجسد في أحكام وقرارات قضائية، بقدر ما تتجاذبه مواقف الفقه والقانون، باعتبارهما محددتين للثنائية المسيطرة على مجال الوقف.

ومن هنا كذلك، تتحدد أهمية البحث في هذا الموضوع، ذلك أن إقرار المشرع لأحكام خاصة و مهمة لفائدة الأوقاف العامة، كما هو الشأن مثلاً بخصوص: الاعتراف له بالشخصية الاعتبارية، وإقرار رقابة على ماليته عن طريق إحداث مجلس أعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، وعدم قابلية الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في منازعات الكراء للاستئناف، إضافة إلى وقف الطعن بالنقض للتنفيذ في دعاوى الأوقاف العامة، وإمكانية الطعن بإعادة النظر فيها، واستثناء الأملاك الموقوفة وقفاً عاماً من قاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار

وتأسيس الرسم العقاري، وفتح المجال لجميع الوسائل الشرعية والقانونية لإثبات الوقف، وتوقف نزع ملكية العقارات الموقوفة وقفا عاما على موافقة السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، وتمتيعه بوضع امتيازي يوجب عدم جواز حجزه أو التصرف فيه أو كسبه بالحيازة، إضافة إلى تقنين معاوضته، وتدقيق مساطر كرائه، ومحاولة تخليصه تدريجيا من الحقوق العرفية المنشأة عليه، كل ذلك يوضح بجلاء أهمية موضوع هذه الدراسة.

رابعاً: إشكالية البحث

إن موضوع هذا البحث يطرح إشكالية رئيسية وعدة إشكاليات فرعية:

فالإشكالية الرئيسية التي تحاول هذه الدراسة مقاربتها هي إلى أي حد استطاع المشرع المغربي، توفير الحماية اللازمة للأوقاف العامة من خلال منظومة قانونية تجمع بين التشريع والتدبير؟

من هذه الإشكالية الرئيسية تطرح أمامنا كذلك عدة إشكاليات فرعية تتجسد في مجموعة من الأسئلة التي حاولت قدر المستطاع الإجابة عنها من خلال هذه الدراسة، والتي تنبع أساساً من ثنائية القواعد والأحكام التي تنظم مسائل الوقف، والتي تجعلنا نتساءل كيف استطاع المشرع أن يجعل بنية المدونة تضم منظومتين قانونيتين تتمثل الأولى في منظومة قانونية عملت على تأصيل جميع الأحكام العامة المتعلقة بالوقف، وحددت بشكل دقيق قواعد التنظيم ومبادئ رقابة الأموال الموقوفة وقفا عاما، ومنظومة تديرية وضعت للقائمين على شؤون الأوقاف خطة منهجية لحسن تدير هذه الأموال وتنميتها.

خامساً: منهجية البحث وخطة الدراسة

إن تحليل هذا البحث يتناول ثلاثة محاور أساسية: المحور الأول ويخص أحكام إنشاء الوقف العام، والتمثلة في مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي يتطلبها ذلك،

وآثار قيامه بالنسبة لكل من الواقف والموقوف عليه ، والمحور الثاني يتناول خصوصيات نظم حماية الأوقاف العامة، من خلال رصد مضامينها في ضوء مدونة الأوقاف، أما المحور الثالث فيتعلق بتفعيل آليات هذه الحماية من خلال قواعد التحفيظ العقاري ووسائل الإثبات، إضافة إلى التصرفات الجارية على أصله أو على طرق الانتفاع بريعه.

ومن أجل أن يكون هذا التحليل متوازنا في بنائه النظري ، فإن المنهجية التي اعتمدها تقوم على تبني مقارنة تأصيلية تهدف إلى الإحاطة بمختلف جوانب الموضوع وإشكالاته المتعددة، منطلقة من قواعد الفقه المالكي ذات الصلة، و مقارنتها بما أخذ به المشرع المغربي في مدونة الأوقاف .

وتستدعي هذه الدراسة، إضافة إلى مقارنة تأصيلية الاعتماد منهج تحليلي نقدي لمختلف آراء الفقه والنصوص القانونية، والاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع، التي حاولت تطعيم البحث بها من أجل ربط بعض الوقائع المتعلقة بالأوقاف العامة بالنصوص القانونية المتعلقة بها، ومشييرة في الوقت ذاته إلى ما تتسم به بعض هذه النصوص من دقة ووضوح أحيانا، ومن غموض أو خلل أحيانا أخرى.

وبعد ذلك كله توفرت لدينا نظرة بكل الموضوعات المتعلقة بالمنظومة الخاصة بقطاع الأوقاف العامة بالمغرب، وكذا الصعوبات المطروحة في ظل ذلك، للوصول إلى خلاصة لموضوع بحثنا مع إجابة واضحة عن الإشكالية الرئيسية التي طرحناها أول الأمر.

وبهذا اتجه القصد إلى تقسيم البحث على الشكل التالي:

- ◀ باب تمهيدي: أحكام إنشاء الوقف العام وآثاره
- ◀ الباب الأول: خصوصيات نظم حماية الأوقاف العامة
- ◀ الباب الثاني: تفعيل آليات حماية الأوقاف العامة



باب تمهيدى
أحكام إنشاء الوقف العلم وأثاره



باب تمهيدي : أحكام إنشاء الوقف العام وآثاره

إن البنية القانونية لنظام الوقف العام بالمغرب جعلته - وعلى امتداد حقبة من الزمن - أسيرا ومنعزلا وغير قادر على مواكبة التطورات المتلاحقة داخل المجتمع المغربي، كما ساهمت بشكل جلي في إضعاف الميل الاجتماعي نحو إنشاء أوقاف جديدة، وقد نتج عن هذه البنية القانونية المتقادمة تأثير سلبي على حقوق الأوقاف، وازداد الأمر تعقيدا بعد ما وجد الوقف نفسه محاطا بأنظمة عقارية معقدة، وعلاقات قانونية متشابكة، ومنازعات قضائية متنوعة.

وأمام هذا الوضع، كان لابد من تدخل تشريعي يعيد النظر في هذه المنظومة القانونية، ويزودها بأنجح الوسائل الحمائية، وأحسن الوسائل التدبيرية.

ونظرا لخصوصية موضوع هذه الدراسة، والإشكالات الفقهية والقانونية التي يثيرها، وحجم المعلومات، وكثرة التفاصيل التي يتطلبها ارتأيت أن أخصص هذا الباب التمهيدي لتقديم العناصر التعريفية الأولية للوقف العام، من خلال تعريفه، وبيان عناصر إنشائه، وشروط صحته ونفاذه، وصفته وآثاره، و قد جعلته بابا تمهيديا، حتى يتسنى لي تخصيص البابين الآخرين من هذا البحث لمعالجة تحليلية، للقضايا والمستجدات والإشكالات القانونية والفقهية، التي تتعلق بالبحث موضوع الدراسة بكيفية مباشرة ومركزة.

ومن أجل ذلك؛ فإن هذا الباب التمهيدي ينقسم إلى فصلين:

الفصل الأول: أركان وشروط صحة الوقف العام

الفصل الثاني: مصادر إنشاء الوقف العام وآثار قيامه.

الفصل الأول: شروط صحة الوقف العام

إذا رجعنا إلى مقتضيات مدونة الأوقاف نجدها قد أعطت تعريفا للوقف العام من خلال المادة 50 منها باعتباره كل وقف خصصت منفعته ابتداء أو مآلا لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة، كما جمعت شتات ما تناولته الكتب الفقهية، بخصوص تنظيم أحكام هذا الوقف، من حيث إنشاؤه، وأركانه وصيغته، وآثاره وشروط نفاذه، إذ جمعت بين أحكام المذهب المالكي والأحكام المعتمدة في بعض المذاهب الأخرى، وأحكام القانون الوضعي في قضايا مختلفة، وأخرجتها في قالب قانوني عصري يسهل على الباحث الرجوع إليه وتطبيقه تطبيقا يسائر الواقع.

في ضوء أحكام هذه المدونة تتحدد عناصر إنشاء الوقف العام إنشاء صحيحا في صنفين هي عبارة عن أركان وشروط:

- الصنف الأول: الأركان الموضوعية لإنشاء الوقف العام، (الفرع الأول).
- الصنف الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الوقف العام، (الفرع الثاني).

الفرع الأول الأركان الموضوعية لإنشاء الوقف العام



الفرع الأول: الأركان الموضوعية لإنشاء الوقف العام

عقد الوقف كغيره من العقود له أركان وشروط لا يتم إلا بها، وقد حدد جمهور الفقهاء¹ أربعة أركان أساسية لإنشاء الوقف العام إنشاءً صحيحاً، وهي الواقف، والموقوف عليه، والشئ الموقوف، وصيغة الوقف².

ولا يكفي وجود هذه الأركان للقول بصحة الوقف العام، بل لا بد من تحقق شروط معينة في كل ركن من تلك الأركان.

ولتوضيح ذلك، سأتناول شروط الواقف وصيغة الوقف، مخالفة بذلك الترتيب الذي ورد في المدونة على اعتبار أن الواقف هو الذي ينشئ الوقف بصيغته (المبحث الأول). ثم بعد ذلك سأتطرق لشروط الموقوف عليه المنتفع بالمال الموقوف (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ركنا الواقف وصيغة الوقف

لا ينشأ الوقف العام صحيحاً إلا إذا توافرت في الواقف شروط محددة (المطلب الأول)، وصيغة يعبر بها عن إرادته في إنشاء وقفه (المطلب الثاني).

1 يستثنى فقهاء الحنفية من ذلك على اعتبار أن الوقف عندهم له ركن واحد فقط وهو الصيغة التي تفيد معنى الإيجاب، وتدل على إنشاء الوقف. راجع في هذا الشأن:

- عبد الستار أبو غدة وحسين حسين شحاتة: الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، منشورات الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، الطبعة الأولى، السنة: 1998، ص: 57.
 - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته. الجزء 8: مطبعة دار الفكر، السنة: 1989، ص: 159.
 - عبد الكريم شهبون: عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي: مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة: 1992، ص: 82.
- 2 تنص مدونة الأوقاف في مادتها 3 على ما يلي: أركان الوقف أربعة وهي: " الواقف، الموقوف عليه، المال الموقوف، الصيغة".

المطلب الأول: ركن الواقف

يعتبر الواقف أهم ركن من أركان الوقف حيث لا يمكن وجوده إلا به، لأنه المالك للذات أو المنفعة التي أوقفها، وبالتالي يجب أن يكون ممن تصح تصرفاته. لهذا سأتناول في هذه الفقرة الشروط الواجب توافرها في الواقف حتى يكون وقفه صحيحا نافذا (الفقرة الأولى)، ثم سأطرق لأقسام الواقفين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط الواجب توافرها في الواقف

يقصد بشروط الواقف الشروط التي يجب أن تتوفر فيه، إذا كان شخصا طبيعيا، ليكون وقفه صحيحا نافذا. وتنقسم هذه الشروط إلى شروط لصحة الوقف (أولا)، وشروط لنفاذ الوقف (ثانيا).

أولا: شروط صحة الوقف:

حددت المادة 5 من مدونة الأوقاف الشروط الواجب توافرها في الواقف حتى يكون وقفه صحيحا، أن يكون أهلا للتبرع (أ)، وأن يكون مالكا للمال الموقوف (ب).

أ: أن يكون الواقف أهلا للتبرع:

من شروط صحة الوقف أن يكون الواقف "متمتعا بأهلية التبرع، وأهلية التبرع هي أهلية أداء كاملة بمفهوم المادة 208 من مدونة الأسرة، وتتم ببلوغ الشخص سن الرشد القانوني،

وهو سليم العقل غير مجنون¹، ولا معتوه²، ولا سفیه³. وقد أجمع الفقهاء على هذه الشروط لصحة الوقف وانعقاده، لأن صحة أي تصرف ولو كان تبرعا أساسه التمييز الكامل الذي يكون بالعقل بالكامل⁴، والذي به يصح التصرف وبدونه ينعدم، ولا تصرف لمن فقد أو اختل عقله.

كما ينبغي أن يكون الواقف حرا⁵ وراشدا، لأن الصبي ولو كان مميزا لا يملك أن يتبرع من ماله بشيء، ولا يملك أحد إجازة تبرعاته لأنها باطلة صيانة لماله⁶، إلا في حالة ترشيده،

1 الجنون في اللغة مصدر جن يقال جن الشيء جنا وجنونا بمعنى ستره وجن عليه الليل وأجنه الليل إذا أظلم حتى يستتره بظلمته والجنن بالفتح هو القبر لستره الميت والجنن أيضا الكفن وفي الاصطلاح هو فقدان العقل، سمي بذلك لاحتجاب العقل فيه وانطواء الظلام عليه، والمجنون يكون فاقدا لعقله إما باستمرار "الجنون المطبق" أو بانقطاع "الجنون المنقطع". أنظر أبو الفضل جمال الدين ابن منظور: لسان العرب في باب "جنن".

وللتوسع أكثر في هذه النقطة أنظر:

• علي محي الدين علي القرداغي: مبدأ الرضا في العقود، مطبعة دار البشائر الإسلامية ببيروت، الجزء الأول، السنة: 1985، ص: 601 وما بعدها.

2 العته في اللغة: الدهش والركونة: يقال عنه الرجل عثهاً وعثهاً بمعنى دهش والمعتوه المدهوش من غير مس جنون والمعتوه كذلك المخفوق والناقص العقل. وفي الاصطلاح العته هو ضعف العقل المؤدي إلى خلط في الكلام والتدبير والغين: أنظر المرجع السابق باب "عته". وقد عرف المشرع المغربي الشخص المعتوه في المادة 216 من مدونة الأسرة بكونه: "هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته".

3 السفه والسفاه والسفاهة في اللغة من سفه نفسه بمعنى خسرها جهلا والسفه الخفة وتسفّهت الرياح اضطربت وتسفّهت الرياح الغصون حركتها واستخفّتها، وتسفّهت الرياح الشجر أي مالت به وناقاة سفية الزمام إذا كانت خفيفة السير، والسفه الطيش وفي الاصطلاح التبذير. أنظر المرجع السابق باب "سفه".

أما المشرع المغربي فقد عرف السفية من خلال المادة 215 من مدونة الأسرة بما يلي: "السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، وفيما يعده العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته".

4 انظر للمزيد من التفصيل:

• وليد رمضان عبد التواب: الوقف شرعا وقانونا، الجزء الأول، مطبعة دار الشادي، ص: 58.

• عبد المنعم صبحي: نظام الوقف في الإسلام، م، س، ص: 33.

5 لأن الشخص الذي يكون محكوما عليه بعقوبة جنائية يطبق عليه الحجر القانوني بمجرد ما يصبح الحكم حازما لقوة الشيء المقضي به، أو إذا أمرت المحكمة بحجز أمواله.

أنظر للمزيد من التفصيل: قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2 أبريل 2008 والمنشور بمجلة الملف العدد: 13، السنة: 2008، ص: 222.

6 مصطفى أحمد الزرقا: أحكام الأوقاف، الجزء الأول، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الثانية، السنة: 1948، ص: 43.

وذلك ببلوغه سن السادسة عشرة من عمره، وكان الترشيد وفقا للإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة 218 من مدونة الأسرة.

وإضافة إلى ما سبق لكي يكون الواقف أهلا للتبرع يجب بالإضافة إلا رشده، أو ترشيده، أن يتوفر على ما يسمى في صنعة الوثائق بالأتمية، والمقصود بها الصحة والطوع والجواز¹.

ب- أن يكون مالكا للمال الموقوف وله مطلق التصرف فيه:

يشترط جمهور الفقهاء لصحة الوقف أن يكون الواقف مالكا للمال الموقوف ملكية تامة²، وهو ما أكدته مدونة الأوقاف³، فلا قيد أو شرط باستثناء ما يضعه المشرع من ضوابط وإجراءات لتنظيم ممارسة هذا الحق، فالواقف إذا اكتسب ملكية عقار أو منقول، بسبب من الأسباب التي تكتسب بها الملكية شرعا، فإنه يصبح المالك الشرعي له، وعناصر الملكية تنتقل إلى ذمته. وإذ ذاك له أن يستعمل وأن يستغل ويتصرف في ملكه بمختلف أنواع التصرفات المسموح بها شرعا.

والفقهاء المالكية يثيرون بخصوص شرط ملكية الواقف للذات أو المنفعة مسألة وقف ولاة الأمور مع عدم ملكهم لما حبسوه، هل هذا الوقف صحيح أم لا؟ ويجيبون بأنه صحيح،

1 محمد شليح: تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية، موضوع مداخلة ضمن أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش في موضوع: الأملاك الحبسية، وذلك يومي 10 و11 فبراير 2006، ص:193.

2 الملكية التامة هي المستوفية لعناصرها الثلاث: الاستعمال والاستغلال والتصرف والكيفية التي تثبت بها الملكية التامة مسألة ليس فيها خلاف، لأن أحكام الإثبات تطبق عامة، وعليه فالفرق الوارد هو بين العقار والمنقول. كما هو وارد أيضا في العقار بين المحفض وغير المحفض، فالأول مالك ملكية تامة من كان العقار مسجلا باسمه بالرسم العقاري. فلا قيد ولا حجز ولا رهن ولا نزع وفي الثاني يعد مالكا شرعيا للعقار غير المحفض من يدل بثلاثة أصول ملكية سابقة على ما جرى به العمل عند الموتين. للمزيد من التفصيل أنظر:

• أبو الشتاء بن الحسن الغازي الصنهاجي في كتابه: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، الجزء 1، ص:208.

3 تنص المادة 5 من المدونة على ما يلي: "يجب أن يكون الواقف متمتعا بأهلية التبرع، وأن يكون مالكا للمال الموقوف، وله مطلق التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلا".

لأن السلطان وكيل المسلمين، فهو كوكيل الواقف، وذهب القرافي الى أن الملوک إذا حبسوا شيئاً معتقدين أنهم وكلاء الملاك صح الحبس، وإذا حبسوه معتقدين أنه ملكهم بطل¹.

وإلى جانب ملكية الواقف للمال الموقوف، لا بد من أن يكون أهلاً للتصرف فيه، وهذه الأهلية تتحقق عند الشخص ببلوغه سن الرشد القانوني²، وهو سليم العقل، غير سفیه أو مفلس، أو في مرض موت. ويتحدد هذا السن في 18 سنة شمسية كاملة كما نصت على ذلك المادة 209 من مدونة الأسرة، ويثبت هذا السن بدفتر الحالة المدنية في ضوء الأدلة التي يثبت بها السن شرعاً، وبالتالي فبلوغ الشخص لهذه السن تجعله كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، كما يمكنه تسلم أمواله كاملة ليتصرف فيها بإرادته وبمختلف أنواع التصرفات العوضية والتبرعية.

ثانياً: شروط نفاذ الوقف:

لنفاذ الوقف لا بد من توافر شروط معينة وهي:

أ: أن لا يكون الواقف مديناً:

يعتبر تحبیس الواقف عما يفي بحاجة دينه تحبیساً صحيحاً لازماً وناظداً، فهو حق خالص للواقف، وبالتالي لا يتوقف على إجازة من أحد، كما أن تبرعه هذا لا يلحق ضرراً بأحد من دائنيه. لكن إذا استغرق الدين جميع الذمة المالية للواقف قبل تحبیسه وقبل حيازته فهو في

1 الناجي لمين: مخالفة شرط الواقف المشكلات والحلول، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف، المنعقد بالمملكة العربية السعودية، بجامعة أم القرى تحت عنوان الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية، السنة: 2006، ص: 5.

2 يقول ابن عاشر في المرشد المعين:

وكل تكليف بشرك العقل
أو بمنزراً أو بإنبات شعراً
من البلوغ بكم أو حملاً
أو بثمان عشرة حولاً

حالة إعسار، ولحماية دائنيه في هذه الحالة يحجر عليه وتحل جميع ديونه. لأن إحاطة الدين بالمال قبل العطية يبطلها اتفاقاً¹.

يقول ابن عاصم الغرناطي في التحفة:²

ومن بماله أحلك الديار لا يمضيه تبرع إن فعلا
وإن يكن للغرما، في أمره تشاور فلا غنم عن جمره
وحل ما عليه من ديون إن ذاك كالعلول بالمنون

وبالتالي لا مجال للحديث عن نفاذ الوقف لكونه باطل إلا إذا أجازته الدائون، وهذا ما أكدته مدونة الأوقاف في مادتها 10 التي تنص على ما يلي: " إذا استغرق الدين جميع مال الواقف قبل التحسيس أو قبل حوز المال الموقوف بطل الوقف ما لم يجزه الدائون". وإن ردوه كله أو بعضه بطل ما ردوه وجاز ما أجازوه لأن أموال المدين ضمان عام لدائنيه³. والوقف وما في حكمه يبطل إذا أحاط الدين بالواقف، كما يبطل ولو انعقد قبله، إذا لم يحز إلا بعده، لأن الدين واجب، وبالتالي يقدم على مادونه. يقول الشيخ خليل في المختصر: "وبطل على معصية ... أو جهل سبقه لدين⁴". ويقول الخرشي في شرحه: "يعني أن من عليه دين ووقف وقفا على محجوره ولا يدري هل الدين قبل الوقف أو الوقف قبل الدين، فإن الوقف يكون باطلا ويبيع

1 أنظر في هذا الشأن: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب: مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى، السنة: 1416-1995، ج.8، ص:14.

2 أنظر في شأن شرح هذه الأبيات: شرح التحفة لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، تقديم عبد الكريم شهبون، المجلد الثاني، الطبعة: الأولى، السنة: 2010، ص:370.

3 تنص المادة 1241 من ق.ل.ع على ما يلي: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم، ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية." انظر للمزيد من التفصيل:

• مأمون الكزبري: التشريع العقاري والضمانات، طبع بمكتب أكاديمية إخوان، السنة: 1973، ص: 187 وما بعدها.

4 الشيخ خليل ابن إسحاق المالكي: مختصر خليل، مطبعة دار الفكر، السنة: 1995، باب صح وقف مملوك.

في الدين تقديمًا للواجب على التبرع¹. لأن الشرط في العطية بوجه عام يقتضي حصول الحوز قبل مانع الموت، والفلس، والمرض، والجنون والسفه. يقول صاحب التحفة في هذا الشأن:²

صدقة تجوز إلا مع مرض موت وبالخير الصبيح تعترض

ب: ألا يكون الواقف في مرض الموت:

من شروط الواقف أن لا يكون في مرض الموت، والمقصود بذلك المرض الذي يحكم الطب بكثرة الموت به. يقول الخرشي في شرحه: "المعنى أنه يجب الحجر على مريض نزل به مرض حكم أهل الطب بأنه يكثر الموت من مثله... والمراد بالكثرة أن لا يتعجب من صدور الموت عنه"³. ومن تم ليس كل مرض يصيب الشخص يمنعه من التصرف في أمواله، وإنما العبرة بالمرض الذي من شأنه أن يميت وأن يغلب على الظن الهلاك منه، ويتضح ذلك من تقارير الأطباء وذوي الخبرة⁴. والمريض مرض الموت تكون ذمته ضعيفة لتحمل الديون وحقوق الآخرين، وبذلك تتعلق هذه الحقوق والديون بماله وليس بدمته، وبالتالي فجميع تبرعاته من وقف وصدقة وهبة فيما زاد على ثلث ماله غير صحيحة رعاية لحق الورثة في التركة⁵، يقول ابن قدامة: "من وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال وقف بعد موتي، ولم

1 حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، الجزء: 5، ص: 83.

2 شرح التحفة لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 260.

3 الخرشي على خليل. م، س، الجزء: 4 ص: 214.

4 يقول ابن عابدين في حاشيته إن: "العبرة في أن المرض مرض موت أن يغلب الهلاك منه، بحيث أن المريض به لخوفه الموت منه يتصرف تصرفات المشرف على الموت وتكون مظنة التهمة سواء أعجز المريض على القيام بمصالحه خارج البيت أو لا".

• محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، السنة: 1994، الجزء: 2، باب طلاق المريض.

5 في هذا الصدد ورد في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بورزازات ما يلي: "وحيث لئن كان مرض الموت من موانع التصديق فإن التصرف مقبول في حدوث الثلث".

- حكم عدد: 13، صادر بتاريخ: 2011/04/13، في الملف العقاري رقم: 2010/106، حكم غير منشور.

يخرج من الثلث وقف منه بقدر الثلث إلا أن يجزه الورثة¹. " أما في حدود الثلث وما دونه فتبرعه جائز، ومنه وقفه رعاية لمصلحته، بدليل ما رواه البخاري ومسلم عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفا تصدق بثلاث مالي؟ قال لا. فقلت بالشرط؟ قال لا، ثم قال لا، ثم قال: الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء، خير من أن تذرهم عالة يكفون الناس².

وبالرجوع إلى أحكام مدونة الأوقاف، فإننا نجدتها قد اعتبرت كل وقف صدر عن المريض مرض الموت يبقى لازماً ويأخذ حكم الوصية، وهذا ما يستفاد من نص المادة 6 من المدونة التي ورد فيها: "يعتبر وقف المريض مرض الموت لازماً ويعطى حكم الوصية طبقاً لأحكام مدونة الأسرة." وتأسيساً على ذلك، يجب أن لا تتعدى الوصية الثلث إلا بإجازة من الورثة الرشداء، لكون المتبرع محجور عليه لفائدة ورثته، فليس له أن يخرج عنهم أكثر من الثلث بعد موته³، كما يجب اعتبار أحكام الوصية جملة وتفصيلاً⁴.

1 أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلوة، الجزء: 8، مطبعة دار عالم الكتب بالرياض، السنة: 1999، ص: 474.

2 مختصر صحيح الإمام البخاري، لمحمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الشرعية الوحيدة المجلد الأول، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ص: 379.

3 القاضي عبد الوهاب البغدادي. المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق محمد حسن إسماعيل الشافعي، مطبعة دار الكتب العلمية، ط: 1، السنة: 1998، ج: 3، ص: 1602.

4 يمكن تلخيص أحكام الوصية في ارتباطها بمرض الموت في أربعة مسائل هي كالتالي:

- ◀ المسألة الأولى: إذا أجاز الورثة الرشداء عطية في مرض الموت لزمهم هذه الإجازة بعد الموت. جاء في الموطأ: قال "سمعت مالكا يقول في المريض الذي يوصي بعد الموت فاستأذن ورثته في وصيته وهو مريض، ليس له من ماله إلا ثلثه فيأذنون له أن يوصي لبعض ورثته بأكثر من ثلثه إنه ليس لهم أن يرجعوا في ذلك".
- ◀ المسألة الثانية: لا يصح الوقف في مرض الموت إذا ثبت قتل الموقوف عليه للواقف، وحكم الواقف في مرض موته هو حكم الموصي إلا إذا علم هذا الأخير بالمعتدي ولم يتراجع في عطيته، فإنها تصح وهو ما أخذت به مدونة الأسرة.
- ◀ المسألة الثالثة: القبض الذي هو شرط عام يسقط في مرض الموت لأن العطية تكيف وصية ولا قبض في الوصية إلا بعد الموت.

(...)

الفقرة الثانية: أقسام الواقفين

للإحاطة بأقسام الواقفين سأطرق لشروط الواقف كشخص اعتباري (أولا) ثم أتناول أقسام الواقفين باعتبار من يصح وقفه، ومن يبطل وقفه، ومن يحتاج وقفه إلى إجازة غيره (ثانيا).

أولا: الواقف شخص اعتباري¹:

الأصل في الوقف أن ينشئه شخص ذاتي، لكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون الواقف شخصا اعتباريا، وهذا ما نصت عليه مدونة الأوقاف في مادتها 4 التي تنص على ما يلي: "يمكن أن يكون الواقف شخصا ذاتيا كما يمكن أن يكون شخصا اعتباريا ما لم يكن غرضه غير مشروع".

وبالتالي فوقف الشخص الاعتباري يصح بشروط ثلاثة: أولها اكتمال وجوده القانوني، وثانيها: صحة نيابة من يمثله، وثالثها: ثبوت الاتفاق بين الشركاء على الإذن بالتبرع.

فالشرطان الأولان يرجعان بالضرورة إلى الأحكام القانونية والاتفاقية التي يقوم عليها الوجود القانوني

◀ المسألة الرابعة: حق المريض في الرجوع عن الوصية حتى ولو التزم بعدم الرجوع وهذا ما جاءت به المادة 286 من مدونة الأسرة والرجوع عن الوصية يكون بشكل صريح أو ضمنى حسب المادة 287 من مدونة الأسرة.

1 تطلق الشخصية المعنوية في القانون على كل مجموعة من الأشخاص تستهدف غرضا مشتركا أو مجموعة من الأموال ترمي لتحقيق غرض معين، فتصبح هذه المجموعة من الأفراد أو الأموال في حد ذاتها من عداد الأشخاص القانونية لتمتعها بالشخصية المعنوية المستقلة، أي أنها تصبح متمتعة بالأهلية القانونية تماما كالأشخاص الطبيعيين، فتكون أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وعليه فإن الشخص المعنوي يمكنه التملك والتعاقد، والتقاضي، شأنه في ذلك شأن الأشخاص الطبيعيين تماما، كما أنه لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية إلا بنص القانون.

انظر للمزيد من التفصيل حول هذه النقطة:

• مليكة الصروح: التنظيم الإداري: دون ذكر الطبعة والمطبعة، السنة: 1431 2010، ص:10.

للشخص الاعتباري، أما الشرط الثالث فهو شرط خاص جاء به المشرع لحماية لأموال الأشخاص الاعتباريين من العبث¹.

والشخص الاعتباري يمكنه التبرع بأي وجه من أوجه التبرعات المسموح بها في عقد تأسيسه، أو نظامها الأساسي أو ما يلحق به، فإذا تمثل التبرع في الوقف فحكمه الجواز. إذا كان غرضه من الوقف مشروعاً غير مخالف للنظام العام، والأخلاق الحميدة.

واعتقد أن اعتراف المشرع بالواقف كشخص اعتباري مسألة في غاية الأهمية، لأن المفهوم الحديث للشخص الاعتباري لم يكن يصرح به الفقه الإسلامي بشكل واضح رغم اعترافه بفكرة الذمة في حد ذاتها².

ثانياً: الأقسام الأخرى من الواقفين

أ: الواقف الأصيل والواقف الوكيل:

يقصد بالواقف الأصيل الواقف المالك للمال الموقوف، أما الواقف الوكيل فهو الواقف الذي له وكالة خاصة³، وهو ما نصت عليه المادة 7 من مدونة الأوقاف التي تنص على ما

1 ينص الفصل 1019 من ق. ل. ع. المغربي على ما يلي: "لا يجوز للشريك في شركة المفاوضة، بغير إذن خاص في عقد الشركة أو في عقد لاحق:

أ - التفويت على سبيل التبرع، مع استثناء التبرعات البسيطة التي يسمح بها العرف؛

ب - كفالة الغير؛

ج - إجراء عارية الاستعمال أو الاستهلاك على سبيل التبرع؛

د - التعاقد على إجراء تحكيم؛

هـ - بيع المحل أو الأصل التجاري أو براءة الاختراع التي تكون محلاً للشركة؛

و - التنازل عن الضمانات، ما لم يكن في مقابل استيفاء الدين".

2 انظر الفرع المتعلق بالشخصية الاعتبارية للوقف العام في ما يلي من هذا البحث.

3 الوكالة في اللغة اسم مصدر بمعنى التوكيل، والتوكيل هو تفويض التصرف إلى الغير، وسمي الوكيل وكيلاً، لأن موكله قد فوض إليه القيام بأمره، فهو موكل إليه الأمر، ويشترط في هذا التصرف القانوني أن يكون ممكناً غير مستحيل، وأن (...)

يلي: "يجوز التوكيل في إنشاء الوقف على أن يكون بوكالة خاصة". وأعتقد أن هذه المادة تكريس للفصلين 891 و894 من ق.ل.ع لأن الوقف باعتباره من التبرعات يحتاج إلى إذن خاص (وكالة خاصة)، وهذا الإذن الخاص ينبغي أن تحترم فيه الشكليات المنصوص عليها قانوناً.

ب: الواقف الذي يبطل وقفه ولا يترتب عليه أي أثر:

هو من اختل فيه شرط من الشروط السابق ذكرها، والواجب توافرها لصحة الوقف ونفاذه، ومن ذلك:

❁ فاقد الأهلية أو ناقصها¹: فوقفه غير صحيح، ولو وافق وليه على وقفه، لأن إنشاء الوقف في هذه الحالة يعتبر باطلاً. يقول الدردير في هذا الشأن "وشرط صحة وقفه أن

يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً، فإذا لم تتوفر هذه الشروط بطلت الوكالة، ويترتب على ذلك اعتبارها كأن لم تكن، ويستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بهذا البطلان مع ما يترتب على ذلك من آثار. أنظر للمزيد من التفصيل:

- أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، مطبعة دار العلم للملايين ببيروت، السنة: 1990، ج: 5، ص: 1845.
- أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد سيد كيلاني، مطبعة دار المعرفة ببيروت، ص: 532 وما بعدها.
- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مطبعة إحياء التراث العربي ببيروت، السنة: 1964، ص: 544.

1 يعتبر فاقداً للأهلية حسب المادة 217 من المدونة:

"أولاً: الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛

ثانياً: المجنون وفاقده العقل.

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها.

الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية".

أما ناقص الأهلية فهو حسب المادة 213 من المدونة:

- 1 - الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد؛
- 2 - السفه؛
- 3 - المعتوه.

يكون الواقف ... أهلا للتعز، وهو البالغ الحر، الرشيد المختار، فلا يصح من صبي ولا مجنون، ولا عبد ولا سفيه ولا مكره¹.

🌸 النائب الشرعي²: إذا قام هذا الأخير بتحييس مال محجوره فوقفه باطل، لأنه لا يملك القدرة على إنشائه، وهو ما يستفاد من نص المادة 8 من مدونة الأوقاف التي ورد فيها ما يلي: "وقف النائب الشرعي لمال محجوره باطل".

🌸 الفضولي³: هو من يحبس مال غيره بدون توكيل منه ولو كان شديد القرابة من المالك، كأب، أو زوج، لأنه لا يملك ما حبسه، فإن أجازته المالك فلا يعتد بعقد الفضولي، وهذا ما يستفاد من نص المادة 9 من مدونة الأوقاف حيث ورد فيها ما يلي: "يعتبر وقف

1 الشرح الصغير للرددير بهامش الصاوي، الجزء: 2، ص: 298. أنظر كذلك أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب، من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب، الجزء: 7، ص: 290 وما بعدها.

2 نظم المشرع المغربي أحكام الولاية على المال في إطار مدونة الأسرة تحت عنوان النيابة الشرعية، وأساس هذه الولاية هو الشرع لأنها تأخذ قوتها مباشرة من الشرع. للمزيد من التفصيل أنظر:

• عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي: مطابع إفريقيا الشرق بالدار البيضاء، السنة: 1996، ص: 32.

كما قد يكون مصدر هذه النيابة هو القضاء، لأن القاضي هو الذي يختار الشخص المناسب، ويضفي عليه صفة النائب ليقوم بإجراء تصرفات قانونية في مصلحة شخص آخر يلتزم القضاء أن يهتم به ويحمي حقوقه ومصالحه. للمزيد من التفصيل أنظر:

• أحمد حمد: نظرية النيابة في الشريعة والقانون، مطبعة دار الفكر بالكويت، السنة: 1981، الطبعة الأولى، ص: 21. ، وقد سميت هذه النيابة التي مصدرها الشرع أو القضاء بالشرعية فقط لأن الشرع أو القانون هو الذي يفرضها، وذلك بتعيينه للولي وتحديد مهمته، وتنظيم القواعد التي يسير عليها للمزيد من التفصيل أنظر:

• محمد ابن معجوز: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة: 1994، ص: 226.

• مليكة الغنام: إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة الجامعية: 2006/2007، ص: 75 وما بعدها.

3 الفضولي حسب الفصل 943 من قانون الالتزامات والعقود المغربي هو: "الشخص الذي إذا باشر باختياره أو بحكم الضرورة، شؤون أحد من الغير، في غيابه أو بدون علمه، وبدون أن يخصص له في ذلك منه أو من القاضي، قامت هناك علاقة قانونية مماثلة للعلاقة الناشئة عن الوكالة".

الفضولي باطلا إلا إذا أجازته مالك المال الموقوف شريطة استيفاء جميع أركان الوقف وشروطه".

ج: الواقف الذي يتوقف وقفه على إجازة غيره:

هو المدين الذي استغرق الدين جميع ماله قبل تحييسه أو قبل حيازته، فحبسه صحيح لكنه متوقف على إجازة أصحاب الديون فإن أجازوه جاز وإن ردوه رد. وهو ما يؤيده نص المادة 10 من المدونة.

المطلب الثاني: صيغة الوقف

يقصد بصيغة الوقف: الصورة الدالة على إرادة الواقف في إنشاء وقفه¹. وقد تنوعت صيغ المحبسين واختلفت تعابيرهم اختلافا كبيرا باختلاف رغباتهم وتنوع مقاصدهم التي يريدون تحقيقها من الحبس.

وبالنظر إلى صيغة الوقف من زاوية وصفها القانوني فهي إيجاب، يقوم به الواقف لأنه تصرف انفرادي، كما هي بالمقابل قبول يشترط لاستحقاق الواقف من قبل الموقوف عليه.

وقد اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية بعض الشروط الواجب توافرها في الصيغة لتكون صحيحة (الفقرة الأولى)، كما اعتبروا أن الواقف يمكن أن يقترن وقفه بشروط أخرى يعبر بها عن إرادته يصطلح عليها بشروط الواقف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاعتداد بصيغة الوقف

بالرجوع إلى شروط صيغة الوقف نجد أنها إيجابا لأنها تصرف انفرادي (أولا)، كما هي بالمقابل قبول يشترط لاستحقاق الواقف من قبل الموقوف عليه (ثانيا).

¹ ينعقد الحبس بكل ما يدل على أن المالك أوقف ملكه وتنازل عن منفعه بصفة دائمة أو مؤقتة للمحبس عليه.

أولاً: الإيجاب:

الإيجاب ركن ضروري لا ينعقد الوقف إلا به، ويتم بعبارة تدل عليه دلالة واضحة إما بالقول¹، أو بالكتابة، أو الإشارة المفهومة²، أو الفعل الدال عليه³.

وقد يكون صريحاً لا يحتاج إلى قرائن توضح المراد منه، كما قد يكون ضمناً⁴.

ومتى ثبتت الصراحة في تعبير الواقف المشهود عليه في وثيقة التحيس، امتنع تأويل هذه الوثيقة، لأن الحبس يصح وبصير لازماً، إلا إذا كانت ألفاظ عقد الوقف غامضة وتحتل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة يتعين البحث عن قصد الواقف من خلال ما يتضمنه من قرائن لفظية، أو حالية لأنها كالنص على مراده⁵، كما يمكن الاستعانة بالعرف وظروف الحال، وفي هذا الصدد ورد في المادة 35 من المدونة ما يلي: " إذا كانت ألفاظ عقد الوقف صريحة وجب التقيّد بها، وإذا كانت غامضة تعين البحث عن قصد الواقف، ويمكن الاستعانة بالعرف وظروف الحال".

1 القول يمكن أن يكون صريحاً كوقفت وحبست وسبلت أو غير صريح كأن يكون على جهة لا تنقطع أو جاء في صورة الصدقة. لكن بالنسبة لهذه الحالة الأخيرة وحتى تعتبر الصدقة وقفاً، لا بد أن تقترن بقيد يخرجها عن ظاهرها الذي هو تملك الذات إلى تملك المنفعة مع استمرار ملكية الرقبة للمتبرع وذلك كقوله:

• صدقة موقوفة أو مسبلة.

• تصدقت به ابتغاء وجه الله العظيم.

للمزيد من الإيضاح راجع حيثيات قرار المجلس الأعلى عدد: 6560، الصادر بتاريخ 12 دجنبر 1995، والمنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 50/49، السنة: 1997، ص: 290 و291.

2 ينعقد كذلك الوقف بالإشارة وبشروط فيها أن تكون مفهومة ومعروفة، وصادرة عن الواقف غير القادر على الكتابة أو الكلام (أخرس أو أكم) فأشارة الأخرس مثلاً المعهودة ينعقد بها الوقف لأن إشارته المعروفة كالبيان باللسان.

3 يصح الوقف أيضاً بفعل دال على الوقف كان يبدأ الموقوف عليه باستغلال المال الموقوف دون تعرض.

4 تنص المادة 17 من المدونة على ما يلي: " يكون الإيجاب إما صريحاً أو ضمناً شريطة أن يفيد معنى الوقف بما اقترن به من شروط".

5 أنظر الوشرسي، م، ص، ص: 290 وما بعدها.

وعدم الصراحة في الإيجاب أو ما يمكن تسميته بالإيجاب الضمني، يمكن أن لا يفيد معنى الوقف إلا بما اقترن به من شروط وقرائن، تدل على إرادة الوقف به¹.

كما أن نطاقه واسع لا يسمح المقام بضبطه²، فقد تكون بنود عقد الوقف مهمة، كما يمكن أن تكون متعارضة فيما بينها، وهنا ينبغي إعمال الوقف عن طريق التوفيق بين البنود المتعارضة، وفي حالة الاستحالة يجب الأخذ بما يحقق المصلحة من الوقف³.

والإيجاب قد يكون ناجزا غير معلق على شرط⁴، وقد يكون معلقا على وقوع شيء مضاف إلى المستقبل، فالمالكية لا يشترطون التنجيز لصحة الوقف⁵، ومن ثمة إذا قال المالك إذا جاء فلان أو حل الوقت الفلاني فداري وقف صح وقفه⁶. وكلاهما صحيح، إلا أن الوقف الناجز يلزم بمجرد وجود الإيجاب، والوقف المعلق موقوف ومعلق لا يلزم ولا يترتب عليه أثره إلا إذا تحقق الشرط المعلق عليه، لأن الشرط يلزم من عدمه العدم، وهو ما أكدته المادة 22

1 أنظر نص المادة 17 المشار إليها سالفًا.

2 أنظر في هذا الشأن محمد شليح: تأويل العقود في قانون الالتزامات والعقود المغربي: أطروحة لنيل دكتوراه دولة من كلية الحقوق بالرباط أگدال، السنة الجامعية: 1995 - 1996 المجلد الأول من ص: 371 إلى 486.

3 تنص المادة 36 من المدونة على ما يلي: "إذا كانت بنود عقد الوقف متعارضة فيما بينها وأمكن العمل بها جميعا وجب الجمع بينها، فإن تعذر ذلك لزم الأخذ بما يحقق المصلحة من الوقف".

4 هذا ما يشترطه جمهور الفقهاء -باستثناء المالكية- في أن تكون صيغة الوقف منجزة في الحال وأن لا تكون معلقة على شرط ولا مضافة إلى أجل في المستقبل وإلا بطل الوقف، لأن الوقف عندهم يقتضي نقل الملك الموقوف في الحال. للإطلاع على المزيد أنظر:

• سامح عاطف الزين: موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة، العقود، دار الكتاب اللبناني بيروت الطبعة الأولى، السنة: 1994 ص: 287.

5 الصيغة المنجزة هي: التي تدل على إنشاء الوقف وترتب آثاره في الحال أي في وقت صدورها. أما الصيغة المعلقة فهي التي لا تدل على إنشاء الوقف من حين صدورها، بل تدل على تعليق التصرف بأمر يحدث في المستقبل. للمزيد من الإيضاح أنظر:

• عبد المنعم صبحي: نظام الوقف في الإسلام، م، س، ص: 53.

• مختصر خليل: م. س، ص: 252.

6 أحمد بن محمد الدردير: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المكتبة الثقافية، بدون تاريخ، ص: 165.

من مدونة الأوقاف التي ورد فيها ما يلي: "يجوز أن يكون الوقف ناجزا أو معلقا على شرط واقف، وفي الحالة الأخيرة لا يكون الوقف لازما إلا إذا تحقق هذا الشرط".

ثانيا: القبول:

القبول مثل الإيجاب يتم بالقول، والكتابة، والإشارة، والفعل الدال عليه¹ وقد يكون القبول صريحا، أو ضمنيا²، والقبول ليس بشرط ولا بركن في صحة الوقف، فيصح إيجاب الواقف وحده لإنشاء الوقف دون توقف ذلك على قبول الموقوف عليه إلا إذا كان هذا الأخير شخصا معينا، وهذا ما أخذ به المالكية، فاعتبروا أن القبول من الموقوف عليه المعين شرط في صحة الوقف، وهو ما أكدته مدونة الأوقاف في مادتها 18 التي ورد فيها ما يلي: "لا يكون القبول شرطا لاستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا معينا".

و يتحقق الاستحقاق إذا كان الموقوف عليه أهلا للقبول هو أو من يوكله على ذلك، وله حق الرفض إلا أنه إذا رفض لا يبطل الوقف بل يعود إلى الأوقاف العامة، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من المدونة حيث ورد فيها ما يلي: "إذا كان الموقوف عليه المعين متمتعا بالأهلية، صح القبول منه أو من وكيله، فإن رفض عاد الوقف إلى الأوقاف العامة".

أما إذا كان ناقص الأهلية فإنه يصح قبوله أو قبول وليه وكلاهما صحيح³، أما إذا كان الموقوف عليه المعين فاقدا للأهلية، فوليه هو الذي يقبل عنه، أما إذا لم يكن له ولي عين له القاضي ولها يقبل له ولا يحق له رفضه.

1 اعتبرت مدونة الأوقاف حوز المال الموقوف من صور الفعل الدالة على القبول.

2 تنص المادة 20 من المدونة على ما يلي: "يكون القبول صراحة أو ضمنا ويعتبر حوز المال الموقوف وفق أحكام المادة 26 بعده دليلا على القبول".

3 تنص المادة 19 من المدونة على ما يلي: "إذا كان الموقوف عليه المعين متمتعا بالأهلية، صح القبول منه أو من وكيله، فإن رفض عاد إلى الأوقاف العامة".

وإذا كان الموقوف عليه المعين فاقدا للأهلية، تعين على نائبه الشرعي أن يقبل عنه، فإن لم يكن له نائب شرعي عين له القاضي من يقبل عنه.

(...)

ولا يشترط فورية القبول عند الإيجاب، بل يجوز تأخيره لأجل معقول، لكن إذا حدد الواقف أجلا للقبول من طرف الموقوف عليه، وجب القبول داخل الأجل المحدد. وفي حالة تأخير القبول عن الإيجاب، فإن آثار الوقف تبدئ من تاريخ الإيجاب لا من تاريخ القبول، وهو ما أشارت إليه المادة 21 من المدونة.

الفقرة الثانية: شروط الواقف

يقصد بشروط الواقف ما يمليه الواقف في عقد وقفه من شروط لتنظيم الوقف وتوزيع ريعه ومن يتولى شؤونه، ولا يمكن حصر هذه الشروط لتعذر حصر أغراض الواقفين، ومن أشهرها ما يطلق عليه الفقهاء الشروط العشرة¹. وللواقف أن يشترط في وقفه أي شرط يراه ما دام مشروعاً، يقول ابن القيم: "...إنما ينفذ من شروط الواقفين ما كان لله طاعة، وللمكلف مصلحة، وأما ما كان بضد ذلك فلا حرمة له..."². وفي ذلك يقول ابن عاصم في التحفة³:

وكل ما يشتره المبرس
من سائغ شرعاً عليه المبرس
مثل التساوي وحول الأسفل
وبيع حصه من بفقرا بتلي

وإذا كان الموقوف عليه المعين ناقص الأهلية، جاز القبول منه أو من نائبه الشرعي".

1 هذه الشروط هي: الزيادة والنقصان، الإخراج والإعطاء، الحرمان والتغيير، التبديل والاستبدال، التخصيص والتفضيل. أنظر بتفصيل هذه الشروط فيما يلي:

- عبد الستار أبو غدة و حسين حسين شحاته: الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، م، س، ص: 83.
- فؤاد عبد الله العمر: استثمار الأموال الموقوفة، الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف، منشورات الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، الطبعة الأولى، السنة: 2007، ص: 51 وما بعدها.

2 ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق وتعليق عصام الدين الصبابي، دار الحديث بالقاهرة، ط: 3، السنة: 1993، ص: 81.

3 شرح التحفة، لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 246.

وحيث جاء مصلق لفض الولد
فولد الذكور داخل فقـ
ولا ولد الإناث إلى حيثما
بنت لصلب ذكرها تقدم
ومثله في ما بني والعقب
وشامل في بنتي فمنسحب

قال ميارة وغيره في شرحه لهذه الآيات أنه يتعين الأخذ بشروط المحبس الجائزة، لأن ألفاظه كنص الشارع يجب اتباع مدلولاتها باعتبار نصوصها وظواهرها¹، كاشتراطه عدم التساوي بين أولاده في غلة الوقف بقوله للذكر مثل حظ الأنثيين، أو أن يشترط التساوي بينهم فحظ الذكر كحظ الأنثى، أو دخول الطبقة السفلى مع الطبقة العليا، أو أن يشترط البيع لمن أصابه الفقر من الموقوف عليهم، فكل هذه الشروط جائزة شرعا²، وهذا ما ورد في أحد قرارات المجلس الأعلى³ أن " ألفاظ المحبس لا يجوز تجاوزها، لهذا تكون المحكمة قد جانبت الصواب لما قضت برد دعوى الطاعنين لعدم إدخال أخواتهم كمدعيات دون أن تناقش دفعهم من أن المحبس اشترط لاستفادتهن من المال المحبس أن يتأيمن، وأن هذا الشرط لم يتحقق بعد".

1 محمد بن أحمد ميارة الفاسي: الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام لابن عاصم. الجزء: 2، ص: 139.

2 أنظر في هذا الشأن :

- الونشروسي: م، س، ، ص: 285.
- محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام ، شرح وتعليق مأمون بن محيي الدين الجنان ، مطبعة دار الكتب العلمية ببירות ، ص: 15.
- التسولي أبو الحسن: البهجة في شرح التحفة وبحاشيته على المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام محمد التلودي: الجزء الثاني- طبعة دار الرشد الحديثة الدار البيضاء السنة: 1991، ص: 433-434.
- 3 قرار عدد: 293 صادر بتاريخ 21 فبراير، 1989 في الملف الشرعي عدد: 86-6977 منشور في: مجموعة قرارات المجلس الأعلى -مادة الأحوال الشخصية- (1965- 1989) ص: 46_47.

أما إذا اشترط المحبس شرطا فاسدا فيصح الوقف ويبطل الشرط¹، لأن الشروط الصحيحة عند العلماء هي التي فيها طاعة الله عز وجل وقربة، وقد حلل ابن تيمية ذلك فقال: "إن الإنسان ليس له أن يبذل ماله إلا لما فيه منفعة في الدين، أو الدنيا. فما دام الرجل حيا فله أن يبذل ماله في تحصيل الأغراض المباحة، لأنه ينتفع بذلك. فأما الميت، فما بقي بعد الموت ينتفع من أعمال الأحياء إلا بعمل صالح قد أمر به، أو أعان عليه، أو قد أهدي إليه، ونحو ذلك. فأما الأعمال التي ليست طاعة لله ورسوله فلا ينتفع بها الميت بحال". ثم قال: "فإذا اشترط الموصي أو الواقف عملا، أو صفة لا ثواب فيها، كان السعي فيها بتحصيلها سعيا فيما لا ينتفع به في دنياه وآخرته. فمثل هذا لا يجوز، وإنما مقصوده بالوقف التقرب إلى الله تعالى، والشارع أعلم من الواقفين بما يتقرب به إلى الله تعالى، فالواجب أن يعمل في شروطهم بما شرطه الله ورضيه في شروطهم..."².

وبالرجوع إلى مدونة الأوقاف، نجد أنها قد اعتبرت في مادتها 14 أن وقف الشخص على نفسه باطل، وفي حالة الوقف على الذكور من أولاد الواقف دون الإناث أو العكس أو على بعض أولاده دون البعض، فقد اعتبرت الوقف صحيحا لهم جميعا والشرط باطلا.

وعليه، فشرط الواقف الحرام أو المستحيل مردود³، وهو ما أكده قرار المجلس الأعلى¹ الصادر بتاريخ 13 يونيو 1967، حيث ورد في حيثياته: "... يجب اتباع شرط المحبس إذا جاز شرعا".

1 التسولي أبو الحسن: م:س، ص: 432 . أنظر كذلك.

• محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء: 2، السنة: 1986، ص: 247-248.

2 تقي الدين ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، تحقيق وتعليق وتقديم: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت دون ذكر تاريخ، ج:4، ص:266.

3 لأن الشرط الحرام أو المستحيل يضر بالموقوف عليهم، أما الوقف فيبقى صحيحا وهذا ما أخذ به الإمام مالك. أنظر في هذا الشأن: ابن جزى الكلبي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص: 381.

والسؤال المطروح في هذا المقام هو: هل يمكن مخالفة شرط الواقف حتى ولو كان

جائزا شرعا؟

الأصل أن شرط الواقف كنص الشارع، ما لم يكن مخالفا للكتاب ولا للسنة. يقول القرافي المالكي في هذا الشأن "يجب اتباع شروط الواقف... لأنه ماله ولم يأذن في صرفه إلا على وجه مخصوص والأصل في الأموال العصمة². ولهذا الاعتبار نص الفقهاء على وجوب مراعاة شرط الواقف، قال الخطيب الشربيني الشافعي: "فصل في أحكام الوقف اللفظية. والأصل فيها أن شروط الواقف مرعية، ما لم يكن فيها ما ينافي الشرع³". وقد استدل المالكية على ذلك بقوله تعالى في الآية 181 من سورة البقرة: ﴿فمن بخله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الخبز يبخلونه﴾⁴.

لكن نجد العديد من المجالات التي سمح الفقهاء فيها بالابتعاد عن شرط الواقف، وذلك بغرض تحري النظر والمصلحة للوقف⁵ نفسه، والمحافظة عليه واستمرار تميمته.

ومن بين هذه المجالات الوقف على البنين دون البنات، ومما جاء في مدونة الإمام مالك: "...و بالجملة فحرمان النساء من الوقف والميراث داء قديم عضال قد أعيا الطبيب مداوي، فإن روح الجاهلية الشريرة قد انتظمت العالم قديما وحديثا حتى آثر الرجال أنفسهم على النساء في الوقف والميراث، وتمردوا أيما تمرد على تعاليم الدين الإسلامي، حتى كبارهم

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 540 الصادر بتاريخ 13 يونيو 1967 والمنشور : بمجموعة قرارات المجلس الأعلى -مادة الأحوال الشخصية- (1965- 1989) ص:25- 26.

2 شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة. تحقيق محمد حجي وأحمد سعيد أعراب ومحمد بوخبزة. مطبعة دار الغرب الإسلامي. السنة 1994، الجزء: 6، ص: 326.

3 محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، مطبعة دار الفكر، دون تاريخ، الجزء: 2، ص: 386.

4 الونشريسي، م:س، ص: 139.

5 ناصر بن عبد الله الميمان. ديون الوقف، مقال منشور مجلة أوقاف، السنة الثالثة، العدد السادس ربيع الآخر 1425 يونيو 2004، ص: 39.

فقد حرموا بناتهم وقصروا الوقف على أبنائهم وكذلك الميراث، حذو النعل بالنعل، وما ذلك عنا ببعيد، بل له كل يوم ما لا يحصى من الشواهد، ولا حل لهذه المشاكل إلا بتقييد تلك الحرية المطلقة بما ينطبق على غايات الشرع الحكيم ومقاصده النبيلة، ولو في الأوقاف فقط¹. وهذا ما جعل العلماء، رغم اهتمامهم كثيرا بمسألة احترام شرط الواقف، إلا أنهم سمحوا بمخالفته إذا توفرت مصلحة معتبرة تقتضي المخالفة، وهو ما عبر عنه الشيخ أبو زهرة بقوله: تجوز مخالفة إرادة الواقف إذا تم التقييد بأن تكون في دائرة المصرف المنصوص عليه، وأن تكون هناك ضرورة للتغيير، كتنمية الأصل مثلا ولو لم يشترطها الواقف².

وقد شرح شيخ الإسلام ابن تيمية هذه المسألة حيث قال: "المقصود إجراء الوقف على الشروط التي يقصدها الواقف ولهذا قال الفقهاء: إن نصوصه كنصوص الشارع، يعني في الفهم والدلالة فيفهم مقصود ذلك من وجوه متعددة كما يفهم مقصود الشارع"³.

والحاصل من هذا كله أن الوقف شرع للتقرب إلى الله، ومخالفة شرط الواقف يجب الرجوع فيها إلى مبادئ الشرع، لأن القاعدة أن الشارع أعلم من الواقفين بما يتقرب به إلى الله تعالى⁴.

1 أحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، موسوعة أحكام الوقف على المذاهب الأربعة، المطبعة: المكتبة الأزهرية للتراث، دون ذكر الطبعة، ص: 123.

2 محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، مطبعة دار الفكر العربية بالقاهرة، السنة: 1391، ص: 142.

3 ابن تيمية أحمد بن عبد السلام: مجموع فتاوى ابن تيمية، الجزء: 31، مطبعة دار الفكر، السنة 1983، ص: 361.

4 تقي الدين ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، م: س، ص: 266.

المبحث الثاني: الموقوف عليه والمال الموقوف

يجب من أجل إنشاء الوقف إنشاء صحيحا، بالإضافة إلى ما سبق، أن يحدد الواقف الموقوف عليه المستفيد من الوقف، كما يجب أن يكون هناك مال موقوف هو محل تصرف الواقف، وقد حددت مدونة الأوقاف الشروط الواجب توافرها في كل من الموقوف عليه (المطلب الأول) والمال الموقوف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الموقوف عليه

الموقوف عليه هو المستفيد من الوقف والمستحق لربعه أو منفعته بحسب الأحوال، ولا يصح الوقف إلا إذا توفرت في الموقوف عليه بعض الشروط وهي:

الفقرة الأولى: أن يكون الموقوف عليه مما يجوز صرف منفعة المال الموقوف

لفائده¹

الأصل في الوقف أنه تبرع غايته التقرب إلى الله تعالى طمعا في غفرانه ورضوانه.

يقول ابن قدامة في كتاب المغني: "إذا لم يكن الوقف على معروف أو بر فهو باطل²" والبر اسم جامع للخير وأصله الطاعة لله تعالى، والمراد اشتراط معنى القرية في الصرف إلى الموقوف عليه، لأن الوقف قرية وصدقة، فلا بد من وجودها فيما لأجله الوقف إذ هو المقصود³، مثل الوقف على الفقراء أو على المساجد والمدارس وغيرها. وبالتالي لا يصح الوقف على أية جهة يحرم صرف فوائد الوقف فيها لأنه من باب التعاون على المنكر الذي

1 هذا ما أشارت إليه المادة 11 من مدونة الأوقاف بنصها التالي: "يصح الوقف على كل ما يجوز صرف منفعة المال الموقوف لفائده".

2 ابن قدامة المقدسي: المغني: م. س، ص: 239.

3 وهبة الزحيلي: الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر بيروت لبنان، ص: 169.

نهى الله عنه في قوله تعالى: ﴿وتعلمونوا على البر والتقوى ولا تعلمونوا على الإثم والعكوان واتقوا الله إن الله شديد العقاب﴾¹.

ويصح الوقف على الموجود والمعدوم والمجهول والمسلم والذمي² والقريب والبعيد³ ولهذا أشار ابن عاصم في التحفة بقوله⁴:

وللكبار والصغار يعقد
وللجنين ولمن سيولد

كما يجوز الوقف على شخص اعتباري إذا تأسس لأغراض البر والإحسان أو تنمية التربية والثقافة وما إلى ذلك من الأغراض المشروعة، ولا يهم أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة خاصة أو عامة.

الفقرة الثانية: أن يكون الموقوف عليه أهلاً للتملك

اتفق جمهور الفقهاء على أن الوقف لا يعد صحيحاً إلا إذا كان الموقوف عليه أهلاً للتملك حقيقة أو حكماً. لأن الوقف يترتب عليه حق الموقوف عليه في الانتفاع بغلة الوقف، لكن لا يشترط فيه أن يكون معينا بل يجوز أن يكون غير معين لا بالشخص ولا بالصفة، ولكن قابل للتعين، وفي هذه الحالة الأخيرة، يبقى للمحبس الحق في تعيينه ما دام حياً، فإذا قال وقف ولم يعين الموقوف عليه حتى مات، عاد الوقف إلى الأوقاف العامة وهو ما أشارت إليه المادة 12 من مدونة الأوقاف: "يجوز أن يكون الموقوف عليه معينا حال إنشاء الوقف إما بذاته أو بصفته، ويجوز أن يكون قابلاً للتعين. وفي حالة ما إذا لم يعين الواقف الموقوف

1 الآية الثانية من سورة المائدة.

2 الذميون: هم أهل الذمة من النصارى واليهود ودليل جواز الوقف على الذمي ما روي أن صفية بنت حي إحدى زوجات الرسول صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي: راجع في هذا الشأن، وهبة الزحيلي، م.س: ص 90.

3 وهبة الزحيلي، م.س، ص: 165.

4 شرح التحفة، لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م.س، ص: 245.

عليه، وقت إنشاء الوقف جاز له تعيينه طيلة حياته، فإذا مات ولم يعينه عاد الوقف إلى الأوقاف العامة".

كما لا يشترط في الموقوف عليه أن يكون موجودا وقت إنشاء العقد، بل يجوز أن يكون موجودا أو منتظر الوجود كمن سيولد، وعلى هذا نصت المادة 13 من المدونة: " يمكن أن يكون الموقوف عليه موجودا وقت إنشاء الوقف أو سيوجد مستقبلا". وفي حالة عدم تحقق وجوده يحدد الواقف جهة أخرى لصرف منفعة المال الموقوف".

المطلب الثاني: المال الموقوف

المال¹ هو كل عين مباحة وكل حق له قيمة مادية في التعامل²، وهذا معناه أن المال هو كل متقوم يبيح الشرع الانتفاع به في حالة الاختيار، وكان في حوزة الواقف³. وبناء عليه، فالمال المتقوم غير المباح لا يجوز وقفه⁴، كما أن المباح غير المتقوم لا يمكن وقفه كذلك.

وحسب المادة 16 من المدونة فإنه: " يجوز وقف العقار والمنقول وسائر الحقوق الأخرى". فمن خلال هذه المادة يتبين أن المال الموقوف قد يكون عقارا أو منقولا مع ما قد يتصل بهما من الحقوق القابلة للتفويت.

1 المال في اللغة : هو ما يملكه الإنسان من كل شيء. وفي الفقه: كل ما يمكن أن يملكه الإنسان وينتفع به على وجه معتاد، سواء كان مملوكا بالفعل، أو كان قابلا للتملك كالطير في الهواء والسماك في الماء. ونستنتج من هذا أن المال يطلق على الأشياء التي تقوم ، بمعنى أن كل مال يعتبر شيئا، في حين أنه ليس كل شيء يعتبر مالا، لأن هناك أشياء لا تكون مملوكة لأي شخص، ولا تكون موضوع الحق المالي، وذلك كالشمس والهواء والنور. للمزيد من التفصيل أنظر:

• محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، دون ذكر الطبعة، السنة:1990،ص17 وما بعدها.

2 محمد شيلح. تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية، م:س، ص: 211.

3 وليد رمضان عبد التواب : م،س، ص: 128.

4 لا يمكن مثلا وقف عقار ليكون محلا للقمار أو للدعارة أو يكون حانة لبيع الخمر.

الفقرة الأولى: وقف العقار

العقار هو المثل الأول للأموال التي يجوز تحبيسها، ويقصد به ما يعرف عند الفقهاء بالأصل¹، وفي هذا الصدد جاء في تحفة ابن عاصم: " الحبس جائز في الأصول" ومن ذلك الأراضي غير المزروعة، والبساتين، والرباع، والحوانيت، والأرحية، والمساجد، والمقابر، والآبار، والمصانع، ونحو ذلك².

والعقار بهذا المعنى يجب أن يكون معلوما، وأعني بذلك أن على الواقف أن يعين المال الموقوف إن كان عقارا تعيينا كافيا مانعا للجهاالة، من حيث موقعه، وحدوده، ومساحته، ورقم رسمه، إن كان محفضا، أو رقم مطلبه إن كان في طور التحفيظ³، كما اتفق جمهور الفقهاء من مالكية وحنابلة وشافعية⁴، أن المال الموقوف إن كان عقارا يجب أن يكون مفرزا لأن حياة المال الموقوف من طرف الموقوف عليه شرط لجواز الوقف.

1 أصبح مدلول العقار لا يختلف كثيرا بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، فحسب الفقه الإسلامي يطلق العقار على الأرض الخالية من البناء، في حين تطلق كلمة أصل على الأرض وما بها من بناء وشجر، وجمعه أصول، وينقسم إلى رباع وعقار فالرباع جمع ربع وهو اسم لكل ماله عتبة أي فيه البناء. والعقار اسم للأرض الخالية من البناء مثل البلاد والجنان. ويطلق العقار على جميع الأصول. ويرى بعض الفقه أن الشريعة الإسلامية حصرت الصفة العقارية بالأرض وحدها دون ما عليها من بناء أو غرس معتبرة إياها من المنقولات.

أما المادة 5 من مدونة الحقوق العينية فإنها تنص على أن: " الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص". والعقار بطبيعته حسب المادة 6 من نفس القانون: " هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته"، في حين أن العقار بالتخصيص حسب المادة 7: " هو المنقول الذي يضعه مالكة في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله، أو يلحقه به بصفة دائمة". للمزيد من التفصيل حول مفهوم العقار وتمييزه عن المنقول أنظر:

• أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، الشهير بالصنهاجي: مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، الطبعة الثانية، السنة: 1955، ص: 199.

• مأمون الكزبري: التشريع العقاري والضمانات، م، س، ص: 7.

• عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، دار النهضة العربية بالقاهرة، السنة: 1967، ص: 11 وما بعدها.

2 محمد شليح: م، س، ص: 212.

3 سامح عاطف الزين، م، س، ص: 294 - 295.

4 بخلاف الحنفية الذين لا يشترطون مثل هذا الشرط، ومن ثمة فإنه يجوز عندهم وقف المشاع لأن التسليم ليس بشرط عندهم.

لكن السؤال المطروح في هذا الصدد هو: هل يجوز وقف حصة في عقار مشاع؟

بالرجوع إلى أقوال الفقهاء، نجد أن الجمهور، باستثناء المالكية، يجيزون وقف حصة في عقار مشاع سواء كان هذا الأخير يحتل القسمة أو لا¹، فبالنسبة للمالكية فإنه لا يجوز ذلك عندهم إلا إذا كان الملك المشاع يقبل القسمة².

أما إذا كان غير قابل للقسمة كالفرن والحمام والدار فلا يصح إلا بإذن الشركاء³.

لكن إذا جاز للواقف وقف حصته في العقار المشاع القابل للقسمة وفق المذهب المالكي، هل يبقى له حق ممارسة الشفعة إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار المشاع ذاته؟ وإذا كانت المنفعة في الوقف تنتقل إلى الموقوف عليه، هل يحق لهذا الأخير ممارسة الشفعة كذلك كلما كانت له مصلحة في ذلك؟

بالنسبة لحق الواقف في ممارسة الشفعة انقسم رأي الفقه بشأنها إلى قسمين:

• الرأي الأول⁴: يقول بجواز شفعة الواقف لما يبيع من العقار الذي كان شريكا فيه بالحصة التي أوقفها، إلا أنه يشترط أن تمارس هذه الشفعة لمصلحة الموقوف ذاته.

• الرأي الثاني⁵: يرى أن تحبيس الواقف لنصيبه في عقار مشاع يجعل ما حبسه خارجا عن ملكه ولذلك لا يبقى له الحق في ممارسة الشفعة في ذلك العقار، لأنه لم يعد شريكا فيه.

1 وهبة الزحيلي، م: س، ص: 164-165-189.

2 التسولي، م: س، ص: 441 ومحمد يوسف الكافي: م: س، ص: 217.

3 التسولي، م: س، ص: 442. ومحمد ابن معجوز: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء السنة: 1993، ص: 66.

4 محمد المهدي الجم: التحفيظ العقاري في المغرب، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، السنة: 1986، ص: 137.

5 محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الطبعة: الأولى، السنة: 1410-1990، ص: 66.

وفي هذا يقول ابن عاصم في التحفة¹:

وشفعة في الشكر يعرض عرض والمنع في التبرعات مفترض

وقد قضى المجلس الأعلى سابقاً² في قرار له بتاريخ 4 مارس 1980 بما يلي: "لا تقبل الشفعة في عقد تبرع ما لم يطعن فيه بشبهة بيع أو معاوضة".

أما بخصوص أحقية الموقوف عليه للمطالبة بشفعة الحصة المبيعة، فالثابت أن ليس له الحق للمطالبة بها لأنه ليس شريكاً في الرقبة مع البائع، وإنما يستحق المنفعة، فقط والشفعة لا تكون إلا للشريك في الأصل ولا عبرة للشريك بالمنفعة³.

وهنا يواجهنا سؤال آخر ذو أهمية هو: هل يمكن قسمة الوقف قسمة بتية؟

بالرجوع إلى أغلب الآراء الفقهية، التي تناولت هذه المسألة نجدها متفقة على عدم قسمة أعيان الوقف قسمة بتية⁴ وهذا ما أكدته المجلس الأعلى⁵ في قراره عدد: 83 الصادر بتاريخ فبراير 1998 حيث ورد في تعليقه ما يلي: "إذا ثبت التحبيس فإن الحبس لا يمكن تفويته ولا قسمته قسمة بتية لأن ذلك يتنافى مع طبيعة الحبس الذي هو تمليك المنافع وليس تمليك الثروات".

1 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 141.

2 قرار المجلس الأعلى رقم: 149 في الملف الشرعي عدد: 6879 بتاريخ 4 مارس 1980، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى مادة الأحوال الشخصية، السنة: 1965-1989، ص: 151-152.

3 محمد ابن معجوز، م: س، ص: 68.

4 زكي الدين شعبان وأحمد العتود: أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفلاح، الطبعة: الأولى، السنة: 1984، ص: 585.

5 قرار عدد: 83، ملف شرعي عدد: 96/601 صدر بتاريخ 10 فبراير 1998، منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد: 52 يوليو 1998، ص: 146.

من هنا يتبين أن الموقوف عليهم لا يملكون سوى عنصر المنفعة، وبذلك لا يستطيعون إلا إجراء قسمة نفع أي قسمة المهايأة المكانية أو الزمانية¹.

وفي هذا يقول ابن عاصم في التحفة²:

ولا تبت قسمة في حبس
وكلاب قسمة نفع لم يسرى

وهذا ما أكدته قرار المجلس الأعلى³ عدد 1289 بتاريخ 21 دجنبر 1986: حيث ورد فيه ما يلي: "تخضع القسمة الاستغلالية في الأملاك المحبسة للقواعد الفقهية التي تقضي بأنه إذا كانت هذه الأملاك مغروسة بالأشجار فإنها لا تقسم قسمة استغلال، لما قاله التسولي في شرحه للتحفة في باب الحبس".

أما بالنسبة للعقار الموقوف، فإننا نرى أن وقفه يعني التنازل عن منفعته التي قد تنفرع عن ملكيته لتصير حقوقا عينية أخرى، لكن المقصود من هذه الأخيرة هي الحقوق العينية الأصلية⁴، وليس التبعية لأن هذه الأخيرة لا يملك الواقف مطلق التصرف فيها، وبالتالي لا يمكن أن يقع عليها الوقف. وهذا ما يستفاد من نص المادة 5 من مدونة الأوقاف.

كما نجد ما يماثل هذه الحقوق العينية الأصلية وهو ما يعرف بالحقوق العرفية الإسلامية كالجزاء والاستئجار والجلسة والزينة، باستثناء الحق في الهواء الذي اعتبرته مدونة الأوقاف في مادتها 104 حقا خالصا للأوقاف العامة⁵.

1 محمد الكشيبور: القسمة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1996، ص: 67.

2 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 259.

3 قرار المجلس الأعلى عدد: 1289 ملف عقاري عدد: 84/4746 صدر بتاريخ 21 دجنبر 1986، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى مادة الأحوال الشخصية، السنة: 1992/1983 ص: 149.

4 كحق السطحية وحق الكراء الطويل الأمد وحق الانتفاع.

5 تنص المادة 104 من المدونة على ما يلي: "لا تشمل الحقوق العرفية المنشأة على أملاك وقفية عامة الحق في الهواء، ويعتبر هذا الأخير حقا خالصا للأوقاف العامة".

الفقرة الثانية: وقف المنقول

قد يقع الوقف على ما هو ثابت كالعقارات من مساجد ومزارع وغيرها، وقد يقع على ما هو منقول كوقف الكتب والعتاد وما إلى ذلك مما يمكن نقله، أو تحويله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله¹.

والأصل في جواز وقف المنقول ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال²: " من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله، وتصديقا بوعدده، فإن شعبه، وريه، وروثه، وبوله، في ميزانه يوم القيامة".

ومن أمثلة المنقولات التي يمكن تحييسها: القيم المنقولة³ سواء المقيدة في جدول أسعار البورصة، أو سندات الديون القابلة للتداول⁴،

1 المنقول هو ما عدا العقار من كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر باستثناء المنقولات التي يخصصها مالكاها لاستغلال عقاره، وينقسم إلى ما يلي:

- المنقول بحسب طبيعته: هو كل شيء يمكن نقله من مكان إلى آخر دون أن يصيبه تلف، سواء كان ينتقل بنفسه كالحيوان، أو بغيره كالأدوات، مالم تكن قد رصدت من قبل مالكاها لخدمة عقاره، حيث تصبح حينئذ عقارا بالتخصيص.
 - المنقول بحسب المأل: هو عقار بحسب الأصل لأنه عبارة عن أشياء ثابتة، ولكن نية المتعاملين بشأنها تنصرف إلى فصلها عن مكانها، وذلك كما هو الحال بالنسبة للبناء الذي يبيعه صاحبه لمن يأخذ أنقاضه.
- لكن لا يمكن للشخص أن يعتبر شيئا منقولا بحسب المأل بمجرد إرادته المنفردة، بل لا بد من إتفاق المتعاقدين على ذلك. أنظر للمزيد من التفصيل:

• محمد إبن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م، س، ص: 44/43.

2 الونشريسي: م، س، ص: 104.

3 القيم المنقولة أو الأوراق المالية هي عبارة: عن أدوات أو مجالات استثمار وتمويل طويلة وقصيرة الأجل يتم التداول عليها في سوق منظم خاص بها يسمى بسوق الأوراق المالية، أو بورصة الأوراق المالية وبمعنى آخر هي: " أدوات الاستثمار المالي وهي تعد أصولا مالية من وجهة نظر المستثمرين فيها، وهذه الأوراق هي صكوك أو مستندات تعطي لحاملها أو صاحبها الحق في الحصول على عائد محدد مسبقا، كما أنها تضمن حق أصحابها في استرداد القيمة المقابلة لها في ظروف معينة، وكذلك حق التصرف في الورقة ذاتها في أي وقت.

أنظر للمزيد من التفصيل: مصطفى يوسف كافي: بورصة الأوراق المالية، مطبعة دار مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع بدمشق، السنة: 2009، ص: 147.

4 السندات هي صكوك متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية، وتمثل قروضا جماعية قصيرة أو طويلة الأجل، وتصدرها الدولة أو شركة أو هيئة عامة أو خاصة، وتعقد عن طريق الاكتتاب العام أو المفاوضات العامة بين المصدر (...)

والجدير بالذكر أن هذه المنقولات متى تم تحبيسها يمكن للموقوف عليه أن ينتفع بفوائدها وأرباح استغلالها.

لكن الإشكال يطرح إذا كان المال الموقوف عبارة عن نقود أو طعام على اعتبار أن هذه الأخيرة لا يمكن الانتفاع بها إلا باستعمالها. وهو ما أكده الونشريسي بقوله: " إن التحبيس إنما يصح فيما ينتفع به مع بقاء ذاته كالأرض والدار والدابة وما أشبه ذلك. أما مثل الطعام الذي لا ينتفع به إلا مع ذهاب ذاته فليس هذا حبس وإنما هو هبة أو صدقة".

وفي هذا يقول ابن عاصم في التحفة¹:

ولا يصح في الصعلم واختلف في الحيوان والعروض من سلف

وأظن أن الإشكال الذي يطرحه تحبيس مثل هذه المنقولات قد تم تجاوزه عندما نصت مدونة الأوقاف في مادتها 16 على جواز وقف المنقول، واللفظ هنا يفيد العموم، بمعنى جواز تحبيس جميع أنواع المنقولات، وبهذا يكون المشرع قد حسم الخلاف الحاصل في جواز وقف بعض المنقولات دون البعض، وحسنا فعل لأن هذا يجعل الأوقاف تسترجع دورها الريادي للتخفيف من الضوائق الاجتماعية، والمساهمة في التنمية الاقتصادية بكل أشكالها.

والمقرض. ويحصل المكتتبون في السندات على فائدة ثابتة بغض النظر عما إذا كانت الشركة تحقق أرباحا أو تلحق بها خسائر.

للمزيد من التفصيل حول السندات القابلة للتداول، وأنواعها والنتائج المترتبة عن إصدارها أنظر:

• سوزي عدلي ناشد: مقدمة في الاقتصاد النقدي والمصرفي، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، السنة: 2005، ص: 188 وما بعدها.

1 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 244.

الفرع الثاني
الشروط الشكلية لإنشاء الوقف العام



الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الوقف العام

انطلق المشرع المغربي في تناوله للشروط الشكلية لقيام الوقف العام قياما صحيحا، من قاعدتين أساسيتين:

🌀 أولهما: تركيزه على الوحدة الموضوعية والعلاقة التلازمية بين الكتابة والشهادة، وهو ما دفع به إلى التنصيص على ضرورة الإشهاد على إقرار الواقف لوقفه كتابة، وأكد على أن هذه الكتابة يجب أن تكون من حيث المبدأ وثيقة عدلية رسمية، لكن في حالة الضرورة يمكن الاكتفاء بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف، والمصادقة على صحة توقيعه (المبحث الأول).

🌀 ثانيهما: الوقف باعتباره تصرف شكلي، يستوجب - من حيث المبدأ - حوز المال الموقوف قبل حصول المانع، والحكمة من ذلك أن الوقف تبرع يستدعي إخراج المال الموقوف من يد الواقف بدون عوض، وفي ذلك ضرر محتمل بالغير الذي قد تنشأ له حقوق على هذا المال، لهذا قيد المشرع المغربي¹ الواقف بضرورة إخراج المال الموقوف وحوزه من طرف الموقوف عليه، لأن الوقف يقع باطلا إذا وقع الحوز بعد حصول المانع². وفي هذا يقول ابن رشد الجدي: "إنما كانت الحيازة من شرط الهبة والصدقة، لأنهما لو أجزيا دون حيازة لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثم يخرج من ورثته بعد وفاته، وذلك ممنوع لأن الله فرض الفرائض لأهلها وتوعد على تعديها فقال: ﴿ تَلَا حَكْوًا اللَّهُ فَلَآ

1 تنص مدونة الأوقاف في مادتها 24 على ما يلي: "يشترط لصحة الوقف شرطان: حوز المال الموقوف قبل حصول المانع...."

2 تنص المادة 33 من المدونة على ما يلي: "إذا توفي الواقف قبل أن يحوز الموقوف عليه المال الموقوف حوزا صحيحا، بطل الوقف ما لم يطالب به في حياة الواقف."

وإذا توفي الموقوف عليه قبل أن يحوز المال الموقوف حوزا صحيحا انتقل الاستحقاق إلى من يليه إن وجد، وإلا عاد المال الموقوف إلى الأوقاف العامة."

تعتكوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون¹». وبذلك ورد الخبر أيضا عن أبي بكر الصديق وعمر ابن الخطاب وعثمان ابن عفان¹ (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الإشهاد على الوقف كتابة

إن مشروعية الوقف تجعله يحتكم لضوابط شرعية وقانونية لازمة لصحته، ومن تلك الشروط الإشهاد عليه وتوثيقه أمام شاهدين عدلين في وثيقة رسمية، تكون دليلا على مشروعيته وإثباته (المطلب الأول) لكن في حالات معينة يمكن اعتبار الوقف صحيحا ولو لم تتحقق هذه الرسمية في وثيقة التحسيس (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التوثيق الرسمي لعقد التحسيس

حسب الفقرة الأولى من المادة 25 من مدونة الأوقاف، فإن الإشهاد على الوقف لا يتلقاه إلا العدلين المنتصبين للإشهاد²، وفي هذا السياق يقول الشاعر³:

1 محمد ابن رشد: المقدمات الممهديات: تحقيق سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي: الجزء: 2، ص: 411/410.

2 تنص المادة 27 من القانون 16-03 المتعلق بخطة العدالة الصادر الأمر بتنفيذه بالظهير الشريف رقم 1.06.56، المؤرخ في 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006، والمنشور بالجريدة الرسمية رقم: 5400 الصادرة بتاريخ: فاتح صفر 1427 الموافق ل 2 مارس 2006. على ما يلي: " يتلقى الشهادة في آن واحد عدلان منتصبان للإشهاد. غير أنه يسوغ للعدلين عندما يتعذر عليهما تلقي الإشهاد مثنى في آن واحد، أن يتلقياه منفردين بإذن من القاضي في آحاد متفوتة، إلا إذا نصت مقتضيات خاصة على خلاف ذلك.

إذا تعذر الحصول على إذن القاضي تعيين على العدلين إشعاره بذلك داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التلقي.

يجب على العدلين- في حالة التلقي الفردي- أن ينصا على تاريخ تلقي الإشهاد بالنسبة لكل منهما، مع الإشارة دائما إلى سبب ذلك. كما يجب النص في ضلع الملاحظات على مراجع الشهادة بمذكرة الحفظ لكل منهما...".

3 في هذا السياق يقول أبو محمد بن عطية مميزا بين الشهود المنتصبين وغير المنتصبين: " فإن كان غير منتصب يجوز للصبى وللعبد وللمسخوط كتبها، إذا أقاموا فقهها...وأما المنتصب لكتابتها فلا يجوز للوالة أن يزكوهم إلا عدولا مرضيين".

• الطيب لمنوار: القوة الإثباتية في الوثيقة العدلية، فقها وتشريعا وقضاء، مقال منشور مجلة الحقوق المغربية، عدد مزدوج: 3/2 السنة الثانية، ماي 2007، ص: 147.

سوق الوثيقة عند قوم نافق وأنا أعالج منه سوقا كاسدا

لا خير في كتب الوثيقة وحدها إلا إذا كان الموثق شاهدا

ومن المعلوم أن الوثائق العدلية بما فيها وثيقة التحبب تشمل في طبيعتها على اسم عدلي التلقي، ومكانه مع ذكر تاريخه بالساعة واليوم والشهر والسنة بالحروف والأرقام وفق التقويم الهجري مع بيان ما يوافق من التقويم الميلادي، وذلك يوما فيوم بتتابع الشهادات حسب ساعات وتواريخ تلقيها.

يضمن العدلان في الشهادة فصولها الجوهرية التي ينتفي معها كل غموض أو إبهام، ويشتان بها كل المعلومات والمستندات التي يتعين استيفاؤها دون بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب إلا ما اعتذر عنه بالنسبة لغير البشر، أما البشر فلا يقبل الاعتذار فيه.

وإذا تعلقت الشهادة بعقار وجب تعيينه، بذكر اسمه ورقم الصك العقاري إن كان ورقم مطلب التحفيظ إن كان في طور التحفيظ، وصفاته، ومساحته، وقيمته، وموقعه، وحدوده، مع توضيح هذه الحدود بما يميزها من الأشياء الطبيعية أو بكل وسيلة أخرى.

يتعين إذا كان العقار محفضا أو في طور التحفيظ أن تكون المعلومات المذكورة في الشهادة مطابقة لما يتضمنه الصك العقاري أو المطلب مع بيان جميع التحملات المذكورة فيهما.

تحدد بالأرقام والحروف المساحات التي يجب تعيينها بالمقاييس الرسمية أو المصطلح عليها، وكذا الأمر بالنسبة للمبالغ المالية.

ينص في الشهادة على المستندات اللازمة طبقاً للقواعد المعمول بها مع ذكر رقمها وتاريخها والدائرة التي أقيمت فيها، ومراجع التسجيل.

يقوم العدلان بتلاوة مضمون الشهادة فور الانتهاء من إدراجها بمذكرة الحفظ على المتعاقدين والشهود والترجمان عند الاقتضاء مع الإشارة في الشهادة إلى ذلك، وتوقع من طرفهم بإمضائهم أو بصمتهم إن تعذر الإمضاء، وذلك دون ترك بياض أو مسافة بين التوقيعات وبين نص الشهادة.

يتعين أن يكون الاعتذار في الشهادة بمذكرة الحفظ قبل التوقيعات، فإن وقع ما يدعو إلى الاعتذار بعدها، وجب أن يكون قبل انتهاء مجلس الإشهاد وتعاد التوقيعات¹.

كما يجب أن تتضمن وثيقة التحبیس الرسمية اسم المحبس، والمحبس عليه²، والمحبس، وموضوعه، وحدوده، والإشهاد عليه، ومعرفة الشهود لملك المحبس³.

ولا تكون تامة إلا إذا كانت مذيلة بخطاب قاضي التوثيق عليها، الذي يفحصها ويتأكد من خلوها من النقص، وسلامتها من الخلل لتصبح بذلك ورقة رسمية وحجة قاطعة بقوة القانون⁴. غير أنه يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف أيا

1 أنظر نص المادة 19 من المرسوم رقم : 2.08.378، الصادر في 28 من شوال 1429 الموافق ل 28 أكتوبر 2008، والمتعلق بتطبيق أحكام القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5687 الصادرة بتاريخ 2 ذو الحجة 1429 الموافق ل: فاتح ديسمبر 2008.

2 تعتبر تسمية المحبس عليه في وثيقة التحبیس من أهم أركانها، لكن إذا خلت منها الوثيقة فلا تبطل ويكون الحبس مصروفاً إلى الفقراء و المساكين.

3 نص القرار 848 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ: 17/ 3/ 2004 على أنه " بمقتضى قواعد الفقه المعمول به يكفي في ملكية الأحباس أن يشهد شهودها بمعرفتهم للملك اسماً وموقعا وبأنه حبس على جهة معينة".

4 ينص الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود على أن: " الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

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

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

كان نوعه، عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبة بالوثائق المثبتة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة¹.

لكن ما حكم الوثيقة الناقصة أو المختلة شكلا والمخاطب عليها من طرف القاضي؟ في هذه الحالة نقول إن خطاب القاضي في حد ذاته لا يصح الوثيقة الناقصة أو المختلة، إلا أنه يمكن لهذه الأخيرة أن تصلح كمحرر عرفي، متى كانت موقعة من طرف المشهود عليه، وذلك طبقاً لأحكام الفصل 423 من ق.ل.ع.م.

المطلب الثاني: التوثيق العرفي لعقد التحبیس

إذا كان الإشهاد على الوقف يتم كتابة من خلال عقد تتوافر فيه الشكليات المتطلبية شرعاً وقانوناً، فإن الفقرة الثانية من المادة 25 من المدونة تنص على أنه: " إذا تعذر تلقي هذا الإشهاد اكتفى استثناءً بوثيقة الوقف الموقعة من قبل الواقف، مصادقاً على صحة توقيعها طبقاً للقانون".

من خلال هذه الفقرة، يتبين أنه في حالة الضرورة التي تحول دون الإشهاد على الوقف كتابة، يمكن الاكتفاء بوثيقة التحبیس العرفية الموقعة من قبل الواقف، وفي هذا المعنى ورد في تبصرة ابن فرحون أن: "الخط شخص قائم ومثال مماثل تقع العين عليه ويميزه العقل كما يميز سائر الأشخاص والصور"². إلا أن وثيقة التحبیس الموقعة بخط يد الواقف يجب أن تكون مصادقاً على صحة توقيعها عن طريق ما يسمى بتصحيح الإمضاءات، لتكون بذلك قيمة

1 تنص الفقرة الأخيرة من المادة 25 من المدونة على ما يلي: "...يجب على قاضي التوثيق أن يبعث نسخة من المحرر المتضمن للوقف، أياً كان نوعه عند مخاطبته عليه إلى إدارة الأوقاف، مصحوبة بالوثائق المثبتة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المخاطبة".

2 برهان الدين ابراهيم بن علي بن فرحون اليعمري: تبصرة الحكام في أصول الأقضية، ومناهج الأحكام، الجزء 1، ص: 284.

هذه الوثيقة العرفية، لا تقل عن قيمة الوثيقة الرسمية، من حيث ثبوت تاريخها ورسمية التوقيع محل المصادقة¹.

لكن إذا كانت وثيقة التحبيس خالية من توقيع الواقف، يمكن تطبيق ما قاله ابن عاصم في التحفة²:

وكاتب بخطه ما شاءه ومات بعد أو أبو إمامه
يثبت خطه ويمضيه ما اقتضوا لكون يمين وبدا اليوم القضا

ومعنى ذلك أن صاحب الحق يمكنه إثبات خط الواقف بشاهدي عدل على أن الخط إنما هو خط المنكر أو الميت، وهنا يكون المكتوب حجة تلزم المنكر أو ورثته³.

1 هذا ما نستنتجه من مضمون الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على ما يلي: "المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه.

ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا:

- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج؛

- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف رسمي؛

- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجزا عن الكتابة عجزا بدنيا؛

- من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج؛

- إذا كان التاريخ ناتجا عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة.

- إذا كان التاريخ ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل. ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه".

2 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س، ص:101.

3 محمد بن أحمد ميارة الفاسي: م:س، الجزء: 1، ص: 66.

المبحث الثاني: حوز المال الموقوف قبل حصول المانع

إن التبرعات بوجه عام تقتضي إخراج محلها من يد المتبرع، وتمكين المتبرع عليه من ذلك في حياة الأول، وأي إخلال أو تحايل على هذه القاعدة يجعل التبرع باطلاً.

لذا فالحوز كشرط شكلي لصحة الوقف¹، جاء أولاً لنفي التهمة لئلا ينتفع الإنسان بماله خلال عمره ويخرجه عنه ورثته عند الموت²، وثانياً لسد الذريعة التي ذكرها سيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه³، وإظهار عزم الواقف على تحقيق واقعة التبرع.

لكن إذا كانت صحة الوقف كتصرف شكلي تتوقف على شرط الحوز قبل حصول المانع، فإنما يكون ذلك من حيث المبدأ، لأن الوقف قد يصح استثناءً - حسب مدونة الأوقاف - ولو لم يتوفر الحوز. فما هي إذن الأحكام العامة لهذا الشرط (المطلب الأول) وما هي حالاته وصوره (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأحكام العامة لشرط الحوز قبل حصول المانع

الحوز حسب الفقرة الأولى من المادة 26 من المدونة هو: "رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه".

1 هناك من يرى أن الحوز شرط تمام ونفاذ وليس شرطاً لصحة الوقف. للمزيد من التفصيل أنظر:

• أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الاستنكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، وشرح ذلك كله بالإيجاز، والاختصار، الطبعة الأولى: 1993/1414، المجلد: 22، ص: 302.

• عبد الوهاب البغدادي، المعونة، م:س، الجزء: 3، ص: 1607 و 1608.

• أبو عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني: متن الرسالة في الفقه المالكي، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الرابعة، السنة: 2007/1428، ص: 111.

2 شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، م:س، ص: 245.

3 أبو الوليد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد: بداية المجتهد، ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية ببيروت الطبعة العاشرة 1988/ 1428، المجلد: 2، ص: 329.

والمانع حسب مفهوم المدونة هو موت الواقف أو إفلاسه، فالمانع الأول يجعل القبض غير ممكن لأن تمام العطية قد فلت¹، وأن ما حبس إن بقي تحت يد المحبس إلى حصول موته يبطل الحبس. كما جاء في تحفة ابن عاصم بقوله²:

وبانسحاب نكص الحبس للموت لا يثبت حكم الحبس

أما مانع الإفلاس، ففي هذه الحالة يكون الواقف عاجزاً عن الوفاء بديونه لأن الدين استغرق جميع ماله، وبالتالي فالتبرع الذي يجريه الواقف وهو في هذه الحالة يكون مصيره البطلان. ولهذا أشار ابن عاصم في التحفة³:

والحوز شركة كحة التحميس قبل حدوث موت أو تقليص

ولالإحاطة بالأحكام العامة لشرط الحوز يقتضي الأمر التطرق للطبيعة القانونية لهذا الشرط (الفقرة الأولى) ثم الكيفية التي يمكن بها إثباته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لشرط الحوز

إن تحديد مكانة وموقع شرط الحوز ضمن عقود التبرع، من شأنه توضيح طبيعة هذا الشرط، وهذا التحديد سأطرق له في نقطتين هما:

1 ورد في الموطأ ما يلي: "حدثني مالك عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير عن عبد الرحمن بن عبد القادري: أن عمر ابن الخطاب قال ما بال رجال ينحلون أبنائهم نحلاً ثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم: قال مالي بيدي لم أعطه أحداً. وإن مات: قال لابني كنت أعطيته إياه من نحلة فلم يحزها الذي نحلها، حتى يكون إن مات لورثته فهو باطل". للمزيد أنظر:

• أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، الطبعة: الأولى مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، الجزء: 8.

2 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س،ص:253.

3 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س،ص:249.

أولاً: الحوز دليل على القبول:

إن الوقف كتبرع ينعقد بالإيجاب والقبول، إلا أن مدونة الأوقاف جعلت الوقف ينعقد بالإيجاب فقط، ولم تشترط القبول لاستحقاق الوقف، إلا إذا كان الموقوف عليه شخصاً معيناً، واعتبرت الحوز دليلاً عليه¹. وأساس ذلك ما نص عليه الفقه الإسلامي: قال ابن عبد السلام، بنقل الخرخشي في شرحه لمختصر الشيخ خليل: "القبول والحيازة معتبران إلا أن القبول ركن والحيازة شرط".

ويضيف الشارح: "إلا أن القبول ركن أي داخل الماهية فعند عدمه تبطل الهبة، وظاهر المذهب جواز تأخير القبول عن الإيجاب لما سيأتي من إرسال الهبة للموهوب له مع الرسول وقوله: الحيازة شرط: أي شرط الصحة أي على تقدير وجود مانع، وإنما كانت الحيازة شرطاً له فيما ذكر من العطايا لئلا يكون ذريعة إلى حرمان مستحق المال بعد موت الواهب بأن يقول الواهب عند موته: "ادفعوا المال لزيد فإنني كنت وهبته له أو نحو ذلك"².

ويترتب على ما سبق أثر مهم يتمثل في كون الحوز لا يتوقف على إذن الواقف فقد يجبر عليه إن امتنع عن ذلك، لأن النتيجة الحتمية لانعقاد الوقف هي صيرورته لازماً للموقوف عليه، حيث لا يمكن للواقف التحلل من التزامه الذي يمكن أن يقتصر بالإجبار، وهو ما قرره الفقه الإسلامي بهذا الخصوص³.

1 تنص المادة 20 من المدونة على ما يلي: "يكون القبول صراحة أو ضمناً، ويعتبر حوز المال الموقوف وفق أحكام المادة 26 بعده، دليلاً على القبول".

2 أحمد أدريوش: حوز المال الموقوف في إطار مدونة الأوقاف، عرض مقدم خلال اللقاء التحسيبي الأول حول أحكام مدونة الأوقاف الذي نظمته الوزارة يوم 4 نونبر 2010، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، ص: 14.

3 أنظر أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني. النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1993/1413، الجزء: 4، ص: 179.

وفي نفس السياق أورد الشيخ خليل في مختصره¹ و "حيز وإن بلا إذن وأجبر عليه"
والمستنتج من هذا المتن قاعدتان أساسيتان هما:

• القاعدة الأولى:

جواز حيازة المال الموقوف دون إذن الواقف: ومعنى ذلك أن الموقوف عليه يجوز له
حوز المال الموقوف من الواقف ولو لم يأذن له هذا الأخير في ذلك، سواء حصل الحوز وتم
استرجاع المال الموقوف دون مبرر، أو لم يتم الحوز أصلاً. وفي ذلك قضى المجلس الأعلى
في أحد قراراته² بما يلي: "... إنه من المقرر فقها أن الصدقة وكذا سائر التبرعات تنعقد
بالإيجاب ولا تتم إلا بالحيازة ويحق للمتصدق عليه أن يحوز المتصدق به ولو بدون إذن
المتصدق..."

• القاعدة الثانية:

إجبار الواقف المتبرع على نقل الحيازة إلى الموقوف عليه إن امتنع: ويكون ذلك عن
طريق دعوى قضائية موضوعها إجبار المتبرع على التحويل من قبل المتبرع عليه، تنتهي بصدور
حكم يقضي بإجبار المتبرع على الحوز ينفذ في بعض الحالات عن طريق التنفيذ الجبري،
عندما يصبح الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي به، وفي ذلك قضى المجلس الأعلى بما
يلي³: "... يحق للمتبرع عليه أن يحوز المتبرع به ولو بدون إذن المتبرع كما يحق له إجبار
المتبرع على ذلك لقول الشيخ خليل "وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه..."

1 مختصر خليل، م: س، باب الهبة.

2 قرار رقم: 386 صادر بتاريخ 99/5/11 في الملف رقم: 92/5952، قرار غير منشور.

3 قرار رقم: 200 صادر بتاريخ 2002/03/13 في الملف رقم: 2001/1/2/405، قرار غير منشور.

ويؤكد ابن عاصم ذلك في تحفته بقوله¹ :

وللمعنيين بالحوز تصح وجبره ملغما أبلاه متضح

ثانياً: الحوز شرط في صحة التبرع:

إن المتفق عليه بين فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحوز ليس ركناً في التبرعات وإنما هو مجرد شرط فيها، لكن الخلاف الحاصل بينهم يدور حول اعتبار الحوز شرطاً لتمام التبرع أو شرطاً لصحته؟

بالرجوع إلى مدونة الأوقاف، نجد المشرع المغربي اعتبر الحوز شرطاً لصحة الحبس² بصفة خاصة، والتبرعات بوجه عام³.

وهذا ظاهر قول ابن عاصم في تحفته⁴ :

والحوز شركه كحة التحميس قبل حدوث موت أو تفليس

وهو ما أكده أحد قرارات المجلس الأعلى ورد في حيثياته ما يلي⁵ : "... الحيازة شرط صحة في التبرعات بوجه عام وتثبت بمعاينة البينة الشاهدة بالتبرع بحصولها سواء كان العقار محفوضاً أو غير محفظ".

1 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س، ص:262.

2 حسب الفقرة الثانية من المادة 24 من المدونة التي تنص على ما يلي: "يشترط لصحة الوقف: ... حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه".

3 أضاف التسولي والتاودي عبارة: " وكذا سائر التبرعات من هبة أو صدقة أو نحلة إلا أن ينعقد النكاح عليها كما مر في قوله: "ونحلة ليس لها افتقار إلى حيازة". أنظر:

• البهجة في شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س، ج: 2 ص:231 إلى 233.

4 شرح التحفة : لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س، ص:249.

5 قرار عدد: 565 المؤرخ في 2004/11/24، الملف الشرعي عدد: 2001/1/2/261، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 61 ص 34. تعليق ابراهيم باحماني.

لكن السؤال المطروح هو هل افتقار عقد الوقف للحوز يجعل هذا الأخير غير صحيح؟

إن المقرر في هذه المسألة أن التبرع، ومنه الوقف، ينعقد بالإيجاب والقبول، وأساس ذلك ما ورد في القرآن الكريم حيث قال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُوبِ ﴾¹ ، فالأمر يتعلق بعقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه، ولأنها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية².

من هنا يظهر أن الحوز ليس ضروريا لانعقاد الوقف، بل هو ضروري لنفاذه قبل حصول المانع وهذا ما يجعل الفقه المالكي يكيّفه على أنه شرط تمام وليس شرط صحة، ولا شك أن وصفه بشرط تمام هو تحديد للطبيعة الحقيقية له وفق منظور الفقه المالكي: "... ولا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة..."³.

ومن هنا نستنتج أن الحوز شرط تمام العقد وليس شرطا لصحته ولا أرى في هذا ما يناقض ما ورد في التحفة من قول ابن عاصم: " والحوز شرط صحة التحسيس..." لأنه رغم استعمال تعبير صحة التحسيس في هذا المتن نجد كافة الشروح له تسيّر في تكيّفه بكونه شرط لتتمام الوقف وليس شرطا لصحته. وهذا عكس ما نص عليه المشرع المغربي من خلال مدونة الأوقاف.

وفي هذا الصدد ورد في أحد قرارات المجلس الأعلى⁴ ما يلي: "لكن حيث من المقرر فقها أن الحيازة شرط تمام الصدقة قبل حصول المانع وتثبت بمعاينة البيئة أو ما يقوم مقامها وفق ما هو جار على سائر التبرعات..."

1 الآية الأولى من سورة المائدة.

2 عبد الوهاب البغدادي، المعونة، م:س، الجزء:3، ص: 1607 و 1608.

3 أبو عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني: متن الرسالة في الفقه المالكي، م:س، ص:111.

4 قرار عدد: 581 صادر بتاريخ: 2002/07/25، في الملف رقم 00/1/2/307، قرار غير منشور.

وهو ما أكده قرار آخر صادر عن نفس المجلس كذلك¹ ورد فيه "... علما بأن الحوز في الصدقة شرط تمام وليس شرط صحة..."

كما ورد في حيثيات قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة ما يلي²: " إن الحوز في العطايا هو شرط نفاذ... يجب أن يقع قبل حصول المانع".

الفقرة ثانياً: طرق إثبات الحوز

من أفضل وأحسن حالات الحيابة هي التي تتم عن طريق حيابة المتبرع عليه للمتبرع به فور وقوع التبرع وتشهد البيئة الشاهدة له بمعابنتها للحيابة الفعلية، وتقترن شهادتهم بالتبرع بشهادتهم بمعابنة الحيابة في نفس العقد المنشئ للتبرع³.

غير أن مدونة الأوقاف وإن لم تخالف ما عليه الفقه المالكي في هذا الصدد، فإنها لم تجعل معابنة البيئة الوسيلة الوحيدة اللازمة لإثبات الحيابة، بل توسعت في طرق إثباتها، وذلك تكريسا لما صدر من اجتهادات قضائية تهم هذه المسألة، ووعيا بالظروف العامة التي أصبحت تحكم عملية التبرع بصورة إجمالية. وعليه، سأقدم في هذه الفقرة الطرق المنصوص عليها في المدونة لممارسة الحوز، والمتمثلة في معابنة البيئة (أولاً). ثم تسجيل الوقف في الرسم العقاري (ثانياً)، وكذلك تصرف الواقف في المال الموقوف (ثالثاً).

1 قرار عدد: 423 صادر بتاريخ: 2000/04/25، في الملف رقم، 95/2/2/200، قرار غير منشور.

2 قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة، ملف رقم: 6/90/2082 صادر بتاريخ 10 يونيو 1991، منشور بمجلة الإشعاع عدد: 6، السنة: 1991، ص: 83.

3 محمد الأجرأوي: الحيابة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد: 84، السنة: شتنبر/أكتوبر 2000، ص: 17.

أولاً: معاينة البينة:

إن إثبات الحيازة بمعاينة البينة الشاهدة بالمتبرع هو المأثور عن الإمام مالك وأصحابه¹، والمراد بها طواف الشهود على الملك المتبرع به من جميع جهاته، وتعيين حدوده، ومشمولاته، وشهاداتهم بوضع المتبرع عليه يده عليه، وإن لم يشهدوا تصرفه فيه، كما تتم بالنسبة لدار المتبرع ومثلها مما له أبواب تغلق بوقوف العدلين أو الموثق على معاينتها فارغة من شواغل الواقف، وأمتعته. وقبض الموقوف عليه مفاتيحها وجعلها رهن إشارته وحوزها حيازة فعلية وإن لم يسكنها².

ومما ورد في العمل المطلق ما يلي³:

وإن تصوف مع الشفوع في الوقف كالأرض على الحكوم
وقد نقل عنه بالكلام ميسر فالكوزة وتمام

وبالتالي فالإخلال بشروطي المعاينة والإخلاء بالنسبة للدار المتبرع بها يجعل الوقف باطلاً، غير منتج لأي أثر قانوني، اللهم إذا تم تحبيس الدار بجميع شواغل الواقف وأمتعته، ففي هذه الحالة لا يحتاج إلى الإخلاء ولا إلى معاينته.

ومما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد هو أن الإقرار أو الاعتراف الذي ينص عليه الواقف والموقوف عليه في عقد التحبيس دون القيام بالمعاينة، لا يكفي للقول بحصول الحوز والإشهاد عليه بالمعاينة⁴.

1 محمد الأجرأوي، م: س، ص: 17.

2 أبو الحسن التسولي: م: س، ص: 436-437.

3 عبد الله سيدي محمد بن قاسم السجلماسي الرباطي: شرح على نظمه المسمى بالعمل المطلق، بدون تاريخ الطبع، ص: 240.

4 محمد ابن معجوز: م: س، ص: 386.

وفي هذا السياق قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته¹ بما يلي: " لا يقضى بالحيازة إلا بمعينة البينة لحوزه في حبس... ولو أقر المعطي في صحته أن المعطي له قد حاز وشهدت عليه بإقرار بينة. ثم مات لم يقض ذلك -إن أنكر الورثة- حتى تعين البينة الحوز (...). تكون المحكمة قد خالفت هذه القاعدة الفقهية المعمول بها لما صرحت بأن الإقرار بحوز الأملاك المعطاة كاف لصحة العطية..." وقد ورد في قرار آخر ما يلي²: "... إن المحكمة لما لم تناقش دفع الطاعنين بأن رسم الصدقة خال من الحيازة بالمعينة الذي يشترطه الفقه في التبرعات... يكون قضاؤها ناقص التعليل، وينزل بمنزلة انعدامه".

ومن خلال الاجتهادات القضائية أعلاه، يمكن أن نستنتج أن الوقف لا يتم إلا بالحوز الفعلي للشيء الموقوف، والإشهاد بالمعينة عليه. إلا أن قاعدة معينة البينة للحوز ليست شرطاً في حد ذاتها، وإنما الغرض منها التأكد من رفع يد المعطي وحلول يد المعطي له محلها، وهذا ما ذهب إليه قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة ورد فيه ما يلي³: "إن الحيازة في التبرعات لا تكون فقط بالمعينة والإشهاد بها، بل يمكن إثباتها ببينة أخرى أو بأي تصرف يقع على الشيء المتبرع به".

وهو ما أكدت عليه مدونة الأوقاف التي لم تعتبر معينة البينة الوسيلة الوحيدة اللازمة لإثبات الحوز، بل توسعت في طرق إثباته اعتباراً لاختلاف الأحوال التي يتم فيها التبرع، وهو ما نستطرق إليه فيما سيأتي.

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 359 بتاريخ 22 مارس 1983، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى - مادة الأحوال الشخصية - (1965-1989) ص: 366 وما بعدها.

2 قرار المجلس الأعلى عدد: 499، صادر بتاريخ 28 مارس 1989، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المشار إليها أعلاه ص: 48 وما بعدها.

3 قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة، صادر بتاريخ 10-06-1991، منشور بمجلة الإشعاع، العدد: 6، السنة: 1991، ص: 83.

ثانياً: التقييد بالرسم العقاري:

يعتبر تقييد سند التبرع بالرسم العقاري من الصور المستجدة للحوز التي تبنتها مدونة الأوقاف وجاءت بها من خلال ما كرسته الممارسة القضائية لهذا الموضوع.

فمن خلال نص المدونة يظهر أن المشرع المغربي قد أعطى لواقعة التقييد بالرسم العقاري بعداً يرتبط بصحة العقد، ويبرر وجوده القانوني، واعتبره بمثابة حيازة قانونية.

لكن السؤال الذي يمكننا طرحه هنا هو: هل تقييد سند التبرع بالرسم العقاري يعني عن معاناة البيئة للحيازة المادية؟

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 26 من مدونة الأوقاف نجد أنها تعتبر الحوز صحيحاً سواء بمعاناة البيئة أو بتقييد الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف، وبالتالي جعلت التقييد بالرسم العقاري كافٍ لصحة الحوز، في حين يبدو الأمر عكس ذلك، على اعتبار أن الوقف العام إذا اختل فيه الحوز الفعلي استحال فيه الحوز القانوني.

وعليه، فالحوز سواء كان فعلياً أو قانونياً، فأحدهما لا يقوم مقام الآخر ولا يغني وجود أحدهما عن وجود الآخر، لأن الأول شرط يترتب عن عدم حصوله قبل حدوث المانع بطلان التبرع. والثاني يضيف صيغة الوجود القانوني على السند موضوع التبرع¹.

1 انظر للمزيد من التفصيل حول هذه المسألة المبحث الأول من الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثاني من هذا البحث.

ثالثاً: تصرف الموقوف عليه في المال الموقوف:

إن تصرف الواقف في المال الموقوف من صور الحوز التي جاءت بها المدونة نظراً لتوسع الفقه فيها، حيث اعتبرت أن الحيابة تثبت بكل تصرف يجريه الموقوف عليه على المال الموقوف، كأن يثبت أنه يسكن أو يكرى العقار الموقوف، أو يزرعه ويحرثه إن كان أرضاً وله أن يثبت ذلك بكافة وسائل الإثبات¹.

قال صاحب كتاب المتبعية: " إذا حيز الحبس بإكرائه أو عقد المزارعة فيه أو بالمساقاة فيه صح ذلك وكان حوزاً تاماً، واستغنى به عن الحيابة بالوقوف على الأرض ومعاينة نزول المحبس عليه فيها".

وفي هذا يقول الشيخ أبو عيسى محمد المهدي الوزاني²: "إن حوز الأرض المحبسة يكون بالحرابة و بالتطوف عليها من جميع جهاتها وبعقد إكرائها وبغير ذلك، لكن الحوز بالحرابة أقوى".

ويقول شارح العمل المطلق³: إن ما جرى به العمل في حوز التبرع هو أنه إذا أكرى المتبرع عليه للغير ما وقع التبرع به عليه أو عقد المزارعة فيه، أو عقد المساقاة فيه، إن كان مما سيبقى، فإن هذا الحوز يكون كافياً وتاماً، يستغنى به عن الوقوف على المتبرع به ومعاينة نزول المتبرع عليه فيه فقال:

وعن معاينة حوز يكفر عقد الكراء ونحوه في الوقف

1 أبو الحسن التسولي: م: س، ص: 437.

2 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو و القرى المسماة بالمعيار الجديد عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية: الجزء 8: ص: 540.

3 عبد الله سيدي محمد بن قاسم السجلماسي الرباطي: شرح على نظمه المسمى بالعمل المطلق، م، س، ص: 240.

وإلى هذا ذهب المجلس الأعلى الذي ورد في أحد قراراته ما يلي¹: " لما اعتمدت المحكمة فيما قضت به من رفض دعوى الصدقة على القول بأن رسم الصدقة خال من معاينة حيازة المتصدق عليه قبل حدوث المانع، والحالة أن الطاعن قد أدلى برسم يفيد تصرفه في الصدقة المتصدق بها عليه. ولم تناقش المحكمة هذه الوسيلة الدفعية وتستنتج منها ما إذا كانت وثائق الملف تفيد حيازة المتصدق عليه حيازة قانونية قبل حدوث المانع أو بعده، وأن المحكمة التي لم تبت في الدعوى على هذا النحو تكون قد أخلت بحقوق الدفاع، وكان قضاؤها ناقص التعليل مما يعرض قرارها للنقض."

المطلب الثاني: حالات وصور الحوز

الوقف كما سبق بيانه يكون مهددا بالإسقاط إذا لم يحزه من عينه الواقف سواء كان الموقوف عليه بنفسه، أو نائبه، أو الغير، وذلك قبل حصول المانع. وتأكيذا لذلك، تناولت مدونة الأوقاف مختلف حالات وصور الحوز، وهو ما سأنتظر إليه من خلال عرض حالات الحوز سواء من حيث الأشخاص (الفقرة الأولى)، أو من حيث الأموال (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الحوز حسب الأشخاص

الأصل أن الموقوف عليه كامل الأهلية هو الحائز للمال الموقوف باعتباره أحد طرفي العقد إلى جانب الواقف، وحوزه هو المطلوب أساسا قبل حصول المانع (أولا)، لكن في حالات معينة يتعذر على الموقوف عليه الحوز ليحل محله نائبه الشرعي إذا كان شخصا ذاتيا أو ممثله القانوني إذا كان شخصا اعتباريا (ثانيا).

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 284 صادر بتاريخ: 1980/04/22 ملف عدد: 83584، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد: 84، السنة: شتنبر/أكتوبر 2000، ص: 13.

أولاً: حوز الموقوف عليه:

حسب الفقرة الأولى من المادة 28 من مدونة الأوقاف. يتولى الموقوف عليه الحوز بنفسه إذا كان راشداً، والرشد حسب المادة 209 من مدونة الأسرة، هو بلوغ الشخص لسن الرشد القانوني، المحدد في 18 سنة شمسية كاملة، ليصبح بمقتضاها أهلاً لممارسة حقوقه الشخصية والمالية، وذلك ما لم يعتريه سبب من أسباب نقصان هذه الأهلية أو انعدامها. وبالتالي فالموقوف عليه الكامل الأهلية، يحوز المال الموقوف، وحوزه صحيح يعتد به وذلك قبل حصول المانع.

لكن السؤال المطروح هنا هو ما حكم حوز ناقص الأهلية إذا تولاه بنفسه ؟

بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 28 من المدونة نجد أنها تعتبر حوز ناقص الأهلية¹ حوزاً صحيحاً ومعتداً به، بخصوص المال المتبرع به عليه.

وهذا الأمر هو المقرر في قواعد الفقه الإسلامي، حيث يعتبر أن حكم قبض الصبي للعطية المتبرع بها عليه هو الجواز، وذلك مراعاة منه لوضع قائم يتجلى في كون الناس يتصدقون على الصبيان في سائر الأعصار². وذلك إذا كان الصغير يعقل أمره³. وهذه مسألة في نظري ذات أهمية بالغة لأنها تبين بحق عبقرية فقهاءنا المسلمين في وجود حلول موضوعية لما كان يعرض عليهم من نوازل.

1 ناقص أهلية الأداء حسب المادة 213 من مدونة الأسرة هو:

- ◀ الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد.
- ◀ السفیه.
- ◀ المعتوه.

2 شهاب الدين أحمد ابن ادريس القرافي: الذخيرة، م: س، ص: 249.

3 أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيق: معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن قاسم بن عياد، مطبعة دار الغرب الإسلامي، السنة: 1989، الجزء: 2، ص: 752.

وفي هذا يقول ابن عاصم في تحفته¹ :

ونافذ ما حازه الصغير لنفسه وبالغ محجور

وفي شرح هذا البيت يقول ميارة الفاسي: "يعني أن من حبس أو وهب أو تصدق على صغير غير بالغ محجور، وقبض ذلك الصغير أو المحجور البالغ، ما حبس عليه أو تصدق به عليه أو وهب له، فإن قبضه كاف والحوز تام".

أما بالنسبة لحوز السفية والمعتوه فهو صحيح على القول الراجح ، وهو ما أكدته المادة 225 من مدونة الأسرة التي تعتبر تصرفات ناقص الأهلية نافذة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً. كما ينص الفصل 5 من ق.ل.ع.م في هذا الشأن على ما يلي: "يجوز للقاصر وناقص الأهلية أن يجلبا لنفسهما نفعاً ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى أنه يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملهما أي تكليف".

ثانياً: حوز النائب الشرعي² :

تعد النيابة الشرعية وسيلة لتغطية حالات انعدام الأهلية أو نقصانها، ومناطق ذلك أن الشخص يعجز عن حفظ أمواله وصيانتها، ولا يصلح لأن يباشر بنفسه بعض أو كل التصرفات

1 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 253.

2 النائب الشرعي حسب المادة 230 من مدونة الأسرة هو:

- الولي: وهو الأب والأم والقاضي؛

- الوصي: وهو وصي الأب أو وصي الأم؛

- المقدم هو الذي يعينه القضاء.

المالية. لذا فحسب أحكام النيابة الشرعية فإن للولي صلاحية إدارة أموال من تحت ولايته، وفي نطاق الحدود المعينة له في النصوص الشرعية والقانونية¹.

وإذا كانت النيابة الشرعية تقتضي أساساً رعاية شؤون المولى عليه المالية والشخصية، فحوز ما تم التبرع به على هذا الأخير يدخل بطبيعة الحال في هذا الإطار، على اعتبار أن النائب الشرعي هو المخول له قبول التبرع وحيازته نيابة على المولى عليه.

وهذا ما نص عليه ابن عاصم في التحفة بقوله²:


بمائن القبر وفي المشهور إلى الوصي القبر للمحجور

ورعياً لمصلحة المتبرع عليه، فإن النائب الشرعي ليس له رد ما تم التبرع به على محجوره، سواء كان أباً أو وصياً أو مقدم قاض³.

إلا أن التساؤل يطرح حول حكم حوز النائب الشرعي المتبرع على محجوره؟ ومدى جواز حوز غير النائب الشرعي لعطية الغير؟ وهو ما سأحاول الإجابة عنه.

1: حوز النائب الشرعي المتبرع:

هنا نميز بين حالتين:

 **الحالة الأولى:** إذا كان المال الموقوف المتبرع به من طرف النائب الشرعي نفسه قيماً أي معروفاً بذاته متميزاً عن غيره، فإنه يكفي إسهاد المتبرع بالتبرع والإعلان به¹، لأنه هو الحائز له دون وجوب إخراج المال الموقوف من يده.

1 مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، الجزء: الثاني، مطبعة دار القلم بدمشق، السنة: 1998، ص: 216.

2 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 249.

3 أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، الطبعة الأولى، السنة: 1968-1387، الجزء: 2، ص: 595.



الحالة الثانية: إذا كان المال الموقوف المتبرع به من الأشياء المثلية التي لا تكون معروفة بذاتها ولا متميزة عن غيرها، وجب إخراجها من يد المتبرع إلى من يقبضها للمحجور بمحضر البينة وفي هذا يقول ابن عاصم²:

وللأب القبر لما قد وهبا ولله الصغير شرعا وجبا
إلا الذي يهب من نكديه فشركه الفروج من يديه

فإن لم يخرج المال الموقوف من يد الواقف إلى أن مات فإن واقعة التبرع تقع باطلة. لأن الأمر يستوجب لنفاذ الوقف عدم تحويزها من الغير وبقائها بيد الواقف، لأن ذلك يعتبر بمثابة استرجاع لها من طرفه ممن كانت في يده³. إلا في حالة وجود عارض لحق أهلية الحائز من سفه، أو سوء ولاية، فيجوز أنذاك أخذها⁴.

2: حوز الغير للمال الموقوف:

يقصد بحوز الغير من عينه الواقف لذلك، سواء كانت الأم أو غيرها، وهو ما سمحت به قواعد الفقه المعمول بها في هذا المجال، وأكدته مدونة الأوقاف كذلك في مادتها 28 التي تنص على ما يلي: "يتولى الحوز من عينه الواقف لذلك".

1 أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة: الثالثة السنة: 1442-2002، ص: 530 و 531.

2 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س، ص: 264.

3 أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيغ، المرجع السابق، ص: 748/749.

4 المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبغي: رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ، الجزء: 4، ص: 334.

فلأب مثلا حق توكيل الغير في الحوز- إذا كان هو المتبرع- وله أن يقدم ابنه الأكبر ليحوز نصيب الأصغر عنه، وفي هذا يقول ابن عاصم في التحفة¹:

ولأب التقديم للكبير لقبض ما يئتم بالصغير

ويقول كذلك²:

والأخ للصغير قبضه وجب مع اشتراك وبتقديم من أب

والأب لا يقبض للصغير مع كبيره والحبس إن وقع

إلا إذا أمكن التلافي وصح الحوز بوجه كاف

وفي معنى ذلك يقول ميارة في شرحه للتحفة: "يعني أن الأب إذا تصدق، ولديه الصغير والكبير، فإن للأب أن يقدم الكبير لقبض نصيب الصغير، وإذا لم يقبض الراشد حتى مات الأب فإن ابن قاسم قال لا تجوز جميع الصدقة والهبة وتبطل، وكذلك الحبس أيضا، ويرجع ذلك كله إلى ورثة المتوفى³". إلا إذا تم تدارك الخلل بوجه صحيح.

إلا أن مدونة الأوقاف أجازت للصغير نصيبه، وذلك حسب المادة 30 منها التي تنص على ما يلي: "إذا وقف النائب الشرعي مالا مملوكا على محجوره، وعلى راشد مشاركة بينهما، وجب أن يحوز الراشد الجميع لفائده، ولفائدة المحجور، وإلا بطل الوقف بالنسبة للراشد".

ويبدو واضحا أن حكم المال الموقوف على الموقوف عليه المحجور، هو الجواز رغم بطلان الوقف بالنسبة للراشد.

1 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س،ص:263.

2 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س،ص:252.

3 ميارة في شرحه على التحفة: م:س، الجزء:2، ص:165.

ومن حالات حوز الغير للمال الموقوف حالة حوز الحاضر للغائب، سواء باعتبارهما شريكين في العطية، أو صادرة لفائدة الغائب فقط، وهو ما سكتت عنه مدونة الأوقاف رغم صحة هذا الحوز ولو في غياب أي توكيل أو نيابة اتفاقية بين الحاضر والغائب. وفي هذا يقول ابن عاصم¹:

وينفذ التحبير في جميع ما ميسر لقبضه قد قداما

ولعل ما يبرر صحة حوز الحاضر للغائب هو إخراج المال الموقوف من يد الواقف وحوزه من طرف الحاضر الذي قدمه المحبس، باعتبار ذلك ضرورة عملية ترجع أحيانا لطبيعة المال الموقوف الذي قد يكون غير معين أو لم يوجد بعد. وفي هذا يقول ابن عاصم²:

وحوز حاضر لغائب إذا كانا شريكين بها قد أنفذا

الفقرة الثانية: الحوز حسب الأموال

المال هو كل ما له قيمة اقتصادية تقدر بالنقود³، وينقسم إلى عقار ومنقول، ويترتب على تقسيمه بهذا الشكل اختلاف في أوجه حوزة، الذي ينبنى بشكل عام على شرط يتمثل في اقتران القول بعمل مادي هو صرف التبرع به وتسليمه للمتبرع عليه. وعليه سأحاول من خلال هذه النقطة إظهار صور حوز العقار مع بيان كيفية ممارسة هذا الحوز (أولا)، ثم سأتطرق بذلك إلى حوز المنقول (ثانيا).

1 شرح التحفة : لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س،ص:263.

2 شرح التحفة : لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م:س،ص:252.

3 محمد ابن معجوز: م: س، ص:17.

أولاً: حوز العقار¹:

في الوقف لابد من التمييز في حوز العقار بين العقار المبني، والعقار غير المبني. الأمر الذي ينبغي معه تقسيم هذه الفقرة إلى نقطتين تخصص الأولى لحوز دار المتبرع (1) والثانية لحوز الأرض العارية (2) مع بيان كيفية ممارسة هذا الحوز في كليهما.

1. حوز دار المتبرع:

الدار- كعقار مبني - بخلاف الأرض لها وجه تحاز به، إلا أنه في هذه الحالة ينبغي التمييز بين حالتين تهم الأولى حوز الدار غير المخصصة لسكنى الواقف، و تهم الثانية تلك المخصصة لسكناه، مع توضيح أوجه حوز هذا النوع من العقار.

الحالة الأولى: حوز دار الواقف غير المخصصة

لسكناه:

1 الأشياء العقارية حسب المادة 5 من مدونة الحقوق العينية هي: "إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص". والعقار بطبيعته: " هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته". (المادة 6 من مدونة الحقوق العينية). أما العقار بالتخصيص هو: " المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة". (المادة 7 من مدونة الحقوق العينية).

وقد انقسم الفقهاء المسلمون في تحديد معنى العقار بطبيعته إلى قسمين:

1- يرى غير المالكية من حنفية وشافعية وحنابلة، أن العقار هو كل شيء لا يمكن نقله أبدا. وهذا يعني أن كلمة العقار لا تنطبق إلا على الأرض ، أما الشجر والبناء فلا تسمى عقارات، لأنها يمكن نقلها.

2- يرى المالكية أن العقار هو كل شيء لا يمكن نقله أبدا، أو لا يمكن نقله إلا بتغيير هيئته. وهذا يعني أن كلمة عقار كما تطلق على الأرض، تطلق أيضا على الأشجار والبناءات وما يتصل بها مما لا يمكن نقله إلا بتغيير هيئته. ويفهم من هذا التعريف أن كل ما من شأنه أن يستقر ولا ينقل أبدا، أو لا ينقل إلا إذا تغيرت هيئته ولحقه تلف يعتبر عقارا بطبيعته.

أنظر للمزيد من التفصيل حول هذه النقطة:

- محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م، ص، ص:23 وما بعدها.
- فوزي كمال أدهم: أبحاث في القانون المدني، الأموال والحقوق العينية، دون ذكر الطبعة ، السنة:2002، ص:17 وما بعدها.

في هذه الحالة إذا اجتمع الواقف والموقوف عليه في مكان توجد فيه الدار محل التبرع، فتسليم مفاتيحها إلى الموقوف عليه قصد حيازتها يعتبر حوزاً¹، لأن دفع المفتاح والبراءة منها كاف في حوز الدار². لكن الإشكال يطرح إذا كانت الدار محل التبرع بعيدة عن مكان وجود الواقف والموقوف عليه، وهنا تعددت الآراء بشأن الحوز في هذه الحالة.

فهناك من يرى صحة الحوز في هذه الحالة بضرورة توجه الموقوف عليه إلى الدار محل التبرع، وذلك قبل حصول المانع وإحكام القفل عليها ل يتم الحوز بشكل فعلي، وهناك من يعتبر الحيازة صحيحة تامة إذا ثبت أن الموقوف عليه لم يفرط في توجهه إلى الدار محل التبرع لقبضها قبل وفاة الواقف إلا أنه لم يدرك قبضها³.

🌟 الحالة الثانية: حوز دار سكنى الواقف:

باستقراء أقوال الفقهاء حول حوز دار سكنى الواقف، نلاحظ موقفهم المتشدد بخصوص التبرع بدار السكنى، نظراً لأهمية هذه الأخيرة في حياة الإنسان، فاشتروا لصحة التبرع بها ثبوت استغناء المتبرع بها عنها بما يدل على هذا الاستغناء، وذلك بإخلائها من جميع شواغله وأمتعته، وخروجه منها ليقع الوقف صحيحاً، وذلك حسب نص المادة 31 من مدونة الأوقاف التي ورد فيها ما يلي: "يشترط لصحة وقف شخص محل سكناه إفراغه إما بمعاينة البينة لذلك، أو بكل ما يفيد الإفراغ حكماً". ومتن هذه المادة يتوافق مع ما جاء به ابن عاصم في التحفة حيث يقول⁴:

1 أبو الوليد ابن رشد القرطبي الجد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي، الطبعة: الثانية، السنة: 1404-1988، مطبعة دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، ج: 14، ص: 15.

2 شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، م، س، ج، 6، ص: 235.

3 أبو الوليد ابن رشد القرطبي الجد: م، س، ص: 15.

4 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 246.

ومن يجبر حارس سكناه فلا يصح إلا أن يعاين الخلاء

وإضافة إلى هذا الشرط حدد الفقهاء مدة معينة لهذا الإخلاء تتمثل في سنة.

يقول ابن عاصم في هذا الشأن¹:

وإذا تقييس ما قد سكنه بما كالأكثر من بعد السنة

إن كان ما حبس للكبار ومثل ذلك في العبات جـ

يقول ميارة في شرحه لهذه الأبيات: "لابد من خروجه منها ومعاينة الشهود خلاءها منه

ومن أثاثه وأسبابه سنة كاملة. فإن رجع إليها قبل السنة، واستمر فيها إلى أن مات بطل

التحيس، وإن رجع إليها بعد السنة، فإن كان التحيس على الكبار نفذ التحيس وصح، وإن

كان على الصغار بطل وهذا التفصيل بعينه يجري في الهبة والصدقة"².

وفي هذا نظم للإمام المزوري حيث يقول:

رجوع واقف لما قد وقفا بعد مضي سنة قد خفقا

على صير كان أو غير رشدا واعترضت صريقة ابن رشدا

والرجوع بعد السنة يصح معه الحبس والهبة حتى مع الصغار وبه العمل حتى مع رجحانه

.... وأما إن وقع قبل السنة فالبطالان مطلقا، وقعت العطية لأجنبي أو لولد مطلقا صغيرا كان

أو كبيرا. هذا هو الحق في النازلة، ومن ارتاب فلينظر كلام الناس³.

1 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م: س، ص: 246.

2 شرح ميارة على تحفة الحكام: م: س، ج: 2، ص: 138.

3 شرح ميارة على تحفة الحكام: م: س، ج: 2، ص: 139.

وبمفهوم المخالفة، فإن رجوع الواقف إلى الانتفاع بالعقار الذي حبسه قبل مرور الحول على الحوز ولو بكراء يبطل الوقف، وهو ما ورد في مختصر الشيخ خليل بقوله: " وبطل أن عاد لسكنى ممكنه قبل عام...¹ وتكريسا لهذا صدر قرار لمحكمة الاستئناف بالقنيطرة² قضى بما يلي: "لابد لصحة العطية المنصبة على دار من معاينة إخلاء المعطي لأمتعته منها، وإشهاد عدلين على ذلك، ولا يعود لسكناها ولو بكراء قبل مضي سنة على الأقل من تاريخ الحيازة، فإن عاد إليها قبل ذلك ومات بطلت العطية، إلا أن يكون طريدا، أو مريضا، فأواه الموقوف عليه. ولا يضر إن رجع بعد السنة المذكورة".

والملاحظ بهذا الصدد أن مدونة الأوقاف أبقّت على شرط معاينة البينة كإحدى طرق ممارسة الحوز، وتخلت عن شرط مرور السنة المشار إليها آنفا، والمعمول به في قواعد الفقه، ولعل سبب تخليها عن هذا الشرط راجع لكونها أحاطت الوقف بما يكفي من الضمانات في أكثر من موضع، ومن أمثلة ذلك اشتراطها الإشهاد لصحة الوقف المنصوص عليه في المادة 24 من المدونة، وتكريسها لقاعدة عدم جواز الرجوع فيه بعد انعقاده، وأنه ينتج آثاره بمجرد هذا الانعقاد حسب المادتين 37 و38.

ويبدو أن تخلي المدونة عن شرط مرور السنة ليس فيه أي تعارض مع قواعد الفقه المعمول بها في هذا الشأن، ولا يضر الوقف العام في شيء، نظرا لإعطائه جميع الضمانات القانونية التي تحقق له الحماية.

1 مختصر الشيخ خليل، م: س، ص: 252.

2 قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة: ملف عقاري عدد: 89/118، صادر بتاريخ: 1990/1/29، منشور بمجلة الإشعاع العدد: 3، ص: 126 وما بعدها.

2. حوز الأرض:

من المعلوم أن الأرض مال مستقر في مكانه غير قابل للنقل¹. وحوز الأرض من المسائل التي سكتت عنها مدونة الأوقاف، لتسري عليها بذلك أحكام الحوز المبسوط في كتب الفقه، وبالتالي فحوزها يقتضي التوجه إلى مكان وجودها للإشهاد على الطرفين بالحوز ومعاينته، وذلك بوقوفهم عليها والتطواف بها، وتبيان حدودها، والتأكد من فراغها من شواغل الواقف وأمتعته، ورفع يده عنها وتمكين الموقوف عليه من وضع يده عليها وبسطها له بدون معارض.

ثانياً: حوز المنقول:

الأموال المنقولة تتمثل في الأشياء التي لها قيمة اقتصادية، وكذا الحقوق التي يمكن أن تنصب على هذه الأشياء، وهي بذلك لا تقع تحت حصر²، وبالرجوع إلى مقتضيات مدونة الأوقاف نجد أنها قد سكتت على كيفية حوز المنقول، لكن عموماً يمكن القول بأن حوزة يتم بالتخلي عنه بمناولته لمن يجوز له القبض حينما يكون محل تبرع، وذلك يدا بيد من المتبرع إلى المتبرع عليه ليتم بذلك التبرع، وهذا هو الأصل في الحوز الفعلي للمال الموقوف المنقول. وفي هذا الصدد ينص الفصل 500 من ق.ل.ع.م.على ما يلي: "... تسلم الأشياء المنقولة بمناولتها من يد إلى يد أو بتسليم مفاتيح العمارة، أو الصندوق الموضوعة فيه، أو بأي وجه آخر جرى به العرف..."

وهكذا يقتضي حوز بعض المنقولات الانتقال إلى مكان وجودها، والطواف بها على غرار ما عليه الأمر بالنسبة للعقار، وذلك للإشهاد بتخلي الواقف عن حيازته لها. وتمكين الموقوف عليه منها، كما سيتوجب الأمر بالنسبة لهذه المنقولات اقتران الحوز الفعلي بالحوز القانوني،

1 عمر الأبييض: شرط الحوز في التبرعات، الطبعة: الأولى، مطبعة الأمنية بالرباط، السنة: أكتوبر 2011، ص: 117.

2 عمر الأبييض: م،س، ص: 130.

ومن الأمثلة على ذلك تسجيل الوقف بالسجل التجاري إذا كان المال الموقوف أصلاً تجارياً¹، أو تسجيله بالمكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية إذا كان حقاً من حقوق الملكية الصناعية²، أو لدى مصلحة مراقبة وتسجيل السيارات إذا كان هذا المال عبارة عن ناقلة مثلاً. لكن بحكم التطور الذي عرفه المجتمع خصوصاً في الميدان التجاري، جعل تسليم البضاعة يقوم مقام حيازتها أحياناً كما هو الشأن بالنسبة للقيم المنقولة التي يتم حوزها عن طريق التنازل المادي عن السندات المثبتة لها، على أن تراعى في عملية تسليمها ما تقتضيه النصوص القانونية المنظمة لها³، أما بخصوص الديون فحيازتها تتم بوجه عام بتسليم سند الدين، والإشهاد على ذلك معاينة قبل حصول المانع للمتبرع عليه، كما أن حيازة هذا الأخير لرسم إثبات الدين تعتبر كافية في حوزة.

1 عرف المشرع المغربي الأصل التجاري في المادة 79 من مدونة التجارة بأنه: "مال منقول معنوي يشمل جميع الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري أو عدة أنشطة تجارية".

كما عرفه بعض الفقه بكونه: "مال معنوي منقول يتكون من مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المملوكة للتاجر والتي يخصصها لمزاولة نشاطه التجاري، وهو يشكل مفهوماً قانونياً مستقلاً عن العناصر المكونة له.

• علي سليمان العبيدي: دراسات في القانون التجاري المغربي، مطبعة الأمنية بالرباط، السنة: 1966، دون ذكر الطبعة، ص: 184.

• عبد اللطيف مشبال: الأصل التجاري في التشريع المغربي، مقال منشور بالمجلة القانون، العدد: 15، السنة: 1987، ص: 252.

• أحمد اليوسفي البرقي: المضامين المعبرة عن الأصل التجاري والمفاهيم الأخرى المجاورة له، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد: 24، السنة: 1995، ص: 31.

• عبد اللطيف أعمو: تطور الأصل التجاري: مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد: 17، السنة: 1998، ص: 95.

هذا وينشأ الأصل التجاري كوحدة قانونية مستقلة بمجرد توفر عنصرَي الزبناء والسمعة التجارية، اللذين يعتران أساسيين بحسب القانون المغربي، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 80 من مدونة التجارة على أنه: "يشتمل الأصل التجاري وجوباً على زبناء وسمعة تجارية". وهو ما يفيد ضمناً أنه بتوفر هذين العنصرين تكتمل مقومات الأصل التجاري بغض النظر عن وجود العناصر الأخرى أم لا. للمزيد من التفصيل أنظر:

• فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، مطبعة دار الآفاق المغربية بالدار البيضاء، السنة: 2009، الطبعة الثالثة، ص: 153 وما بعدها.

2 للمزيد من التفصيل حول عملية تسجيل حق من حقوق الملكية الصناعية، وشروط ذلك أنظر:

• محمد محبوبي: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر بالرباط، السنة: 2011، ص: 63 وما بعدها.

3 محمد شيلح: تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية، م: س، ص: 231.

جاء في المدونة الكبرى: " قلت: أرأيت إن وهبت لرجل ديناً لي عليه كيف يكون قبضه. قال: إذا قال قبلت فذلك جائز له، وهذا قبض لأن الدين عليه وهو قول مالك وإذا قبل سقط. قلت: فإن وهبت لرجل ديناً على رجل آخر. قال: قال مالك إذ أشهد له وجمع بينه وبين غريمه ودفع إليه ذكر الحق فهو قد قبض. فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق كيف يضع. قال: إذا أشهد له وأحال عليه فهذا قبض في قول مالك. قلت: فإن كان الغريم غائباً فوهب لرجل ماله على غريمه وأشهد بذلك ودفع إليه ذكر الحق وأحال عليه أن يكون هذا قبضاً في قول مالك. قال نعم قلت أرأيت الدين إن كان على الرجل وهو لرجل معي بالفسطاط وأشهدت له وقبل أترى ذلك جائزاً قال نعم. قلت لم أجزته في قول مالك. قال لأن الديون هكذا تقبض وليس هو شيئاً بعينه يقبض وإنما هو دين على رجل فقبضه أن يشهد له ويقبل الموهوب له الهبة"¹.

لكن الحوز في المنقول لا يقف عند هذا الحد بل يجب أن يعزز بتسليم الوثائق المثبتة لملكية المال الموقوف، حتى تبرأ ذمة الموقوف عليه في مواجهة الغير عند الاقتضاء، وهنا ينص الفصل 456 من ق.ل.ع.م. على ما يلي: "يفترض في الحائز بحسن نية شيئاً منقولاً أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه. ولا يفترض حسن النية في من كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه أن من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه."

ويقودنا - ما سلف - إلى مسألة غاية في الأهمية تهم موضوع الحوز حيث سأطرح السؤال التالي:

هل يعتبر الوقف باطلاً إذا تعذر حصول الحوز لسبب ما؟

¹ المدونة الكبرى: م. س، المجلد: 15، ص: 126 و 127.

بالرجوع إلى كتب الفقه، فإننا نجدها قد أولت هذه المسألة العناية الكافية والاهتمام الكبير، ذلك أن إجماع الفقهاء قائم على أن الوقف صحيح، إذا وجدت قوة القاهرة¹، منعت الموقوف عليه من الحوز، وبالتالي فالإشهاد بالتبرع في هذه الحالة يغني عن الحيابة التي تعذر تحقيقها، وهذا استثناء من وجوب ثبوت الحيابة بمعاينة البينة الشاهدة بالتبرع².
وقد أشار ابن عاصم إلى ذلك في التحفة بقوله³:

ويكتفر بصحة الإشهاد إن أعوز الحوز لعذر بلاء

وفي نفس السياق ورد في فتاوى ابن رشد: "... إذا حال الخوف بين الوصول إلى موضع الأملاك المتصدق بها لحيابتها بالتطوف عليها اكتفى بالإشهاد، ولا تبطل الصدقة إذا مات المتصدق قبل الوصول إليها..."⁴.

والذي يمكن أن نستخلصه مما سبق أن الأصل في الحوز هو معاينة البينة له قبل حصول المانع، لكن الاستثناء الوارد على هذا الأصل هو الاكتفاء بالإشهاد على الحبس دون معاينته حيث يعتبر صحيحا وينفذ في هذه الحالة.

و بالرجوع إلى مقتضيات مدونة الأوقاف، نجد أن المادة 27 منها نصت على حالات

يمكن الاستغناء فيها عن شرط الحوز وهي كالتالي:

🌀 إذا تعذر الحوز لأسباب لا يد للموقوف عليه فيها؛

1 للتوسع في معنى القوة القاهرة وشروط تحقيقها وآثارها: راجع:

• محمد الكشيبور: نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1993، ص: 21 وما بعدها.

2 أبو الحسن التسولي: م، س، ص: 328.

3 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 251.

4 أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الجد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي، مطبوعات دار الغرب الإسلامي ببيروت، الطبعة الثانية، الجزء: 14، السنة: 1988، ص: 13.

❁ إذا صرّح الواقف بإخراج المال الموقوف من ماله عاش أو مات؛

❁ إذا كان الواقف في حالة مرض الموت مع مراعاة أحكام المادة 6 أعلاه؛

❁ إذا كان الوقف معلقاً على عمل ينجزه الموقوف عليه.

وهذه الحالات تقودنا إلى القول إن المشرع المغربي قد خلق الانسجام بين ما جرى به

العمل من المذهب المالكي في هذه المسألة، وما أفرزته الممارسة الواقعية وما كرسه القضاء.

الفصل الثاني:
مصادر إنشاء الوقف العام
وأثار قيامه.

الفصل الثاني: مصادر إنشاء الوقف العام وآثار قيامه

إن البحث في مصادر إنشاء الوقف العام، وآثار قيامه من خلال منهجية مقارنة بين الفقه الإسلامي، ومقتضيات مدونة الأوقاف لمن شأنه أن يسלט الضوء على هذه المصادر التي جاءت محددة في ثلاثة مصادر رئيسية وهي العقد، الوصية، و القانون، والتي يظهر من خلال تحليلها الترابط بين مقدماتها والآثار المترتبة عنها سواء المتعلقة بالواقف أو الموقوف عليه. و لإبراز أحكام مصادر إنشاء الوقف العام، وصفته، وآثار قيامه، سأقسم هذا الفصل على الشكل التالي:

- الفرع الأول: مصادر إنشاء الوقف العام
- الفرع الثاني: صفة الوقف العام وآثار قيامه.

الفرع الأول مصادر إنشاء الوقف العام



الفرع الأول: مصادر إنشاء الوقف العام

الوقف حسب المادة الأولى من مدونة الأوقاف هو: كل ما حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لجهة بر وإحسان عامة أو خاصة. ويتم إنشاؤه بعقد أو بوصية أو بقوة القانون.

من هنا يظهر لنا بشكل جلي أن المصدر الأساسي للوقف هو العقد، والمقصود هنا بالعقد -في مفهومه الفقهي- في هذه الحالة التصرف الرامي إلى إحداث أثر قانوني بإرادة منفردة، صادرة عن الواقف وهي المعتبرة حقيقة مصدرا للوقف، في حالة الموقوف عليه غير المعين. أما إذا كان الموقوف عليه معينا، فاتحاد الإرادتين المبني على التراضي يكون هو المصدر في تكوين العقد.

أما الوصية كمصدر ثاني لتكوين عقد الوقف فلا تمثل إلا وصفا يؤكد عدم نفاذ العقد إلا عند موت الموصي بالوقف.

وحسب المادة المشار إليها أعلاه، نجد المشرع قد أضاف القانون كمصدر آخر لتكوين الوقف العام وقد حددها المشرع من خلال المادة 50 من مدونة الأوقاف التي ورد فيها: " تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأماكن الموقوفة عليها."

ولإحاطة بهذه المصادر جميعها يقتضي الأمر تقسيم هذا الفرع إلي ما يلي:

• المبحث الأول: الوقف العام مصدره عقد أو وصية

• المبحث الثاني: الوقف مصدره القانون.

المبحث الأول: الوقف العام مصدره عقد أو وصية

من المعلوم أن المشرع المغربي لم يعمل على تنظيم أحكام عقد الوقف رغم شهرته وكثرة تداوله، وبالتالي إذا كان العقد مصدرا من مصادر الوقف العام، فلا بد من الوقوف على طبيعة هذا العقد وخصائصه، وذلك بالاستناد إلى قواعد الفقه الإسلامي من جهة، وإلى الأحكام العامة لنظرية الالتزامات والعقود من جهة ثانية، وذلك ليصير عقد الوقف معلوما غير مجهول.

أما الوصية كمصدر ثاني من مصادر تكوين الوقف العام، فهي عقد تبرع لا ينفذ إلا بعد وفاة الواقف لانعدام حيابة المال الموقوف قبل حصول المانع.

وللإحاطة بجوانب هذه المصادر سأقسم هذا المبحث على الشكل التالي:

• المطلب الأول: عقد الوقف

• المطلب الثاني: الوصية بالتحبيس

المطلب الأول: عقد الوقف

حسب الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من مدونة الأوقاف يمكن إنشاء الوقف العام بعقد، أي أن هذا الأخير يمكن أن يكون مصدرا للوقف العام.

والعقد حسب تعريف الفقهاء هو الارتباط الحكمي بين الإيجاب الصادر من أحد العاقدين والقبول الصادر من العاقد الآخر، إذا صدرا مستوفين لشرائطهما الشرعية، بمعنى ارتباط القبول بالإيجاب، ارتباطا يظهر أثره في المعقود عليه على وجه مشروع¹.

1 علي محمد جعفر: تاريخ القوانين ومرآحلت التشريع الإسلامي، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السنة: 1986، ص: 304. أنظر كذلك:

• محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، م، س، ص: 199 وما بعدها.

وحسب بعض الفقه فالعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني¹.

وتراضي الإرادتين أو توافقهما يقتضي حصول الإيجاب من جهة والقبول من جهة ثانية.

لكن بالرجوع إلى مقتضيات مدونة الأوقاف نجد أن العقد بمعناه الأخير يمكن أن لا نعتبره مصدرا للوقف لأن هذا الأخير ينعقد بالإيجاب وحده، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 17 من المدونة. ولا يكون القبول شرطا لاستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا معيناً (المادة 18 من المدونة) ولتناول عقد الوقف بشيء من التفصيل سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين، تخصص الأولى للحديث عن طبيعة عقد الوقف، والثانية للخصائص المميزة لهذا العقد.

الفقرة الأولى: طبيعة عقد الوقف

إن أي تصرف قانوني يبني على اتجاه إرادة شخص واحد إلى إحداث أثر قانوني، هو تصرف بإرادة منفردة دائماً، وهذا يعني أن الإرادة، باعتبارها هذا هي مصدر الالتزام، حتى ولو كان لزوم الآثار الناشئة عنها، يقتضي ارتباطها بإرادة أخرى، لإنشاء العقد الذي يمثل الصورة الأصلية لأي تصرف قانوني، ذلك أن ضرورة العقد للزوم الآثار، أمر يتحدد في إرادة المتعاقد نفسها، أي أن تمام العقد يكون ضروريا لنشوء الالتزام قانونا إذا كان هذا هو قصد صاحب الإرادة، ولكن إن تبين أن شخصا يعبر عن إرادته في الالتزام دون أن يجعل ذلك متوقفا على

1 لم يعرف المشرع المغربي العقد خلاف المشرع الفرنسي، لكن مجموعة من فقهاء القانون أعطوا له تعريفات تصب في نفس المعنى، للاطلاع على ذلك أنظر:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، م، س، ص: 138.
- ادريس العلوي العبدلاوي: النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة: الأولى، السنة: 1996، ص: 105.
- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول: مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية، السنة: 1976، ص: 30.

ارتباطه بأي شخص آخر، أي دون حاجة إلى عقد، فإنه يلتزم التزاما نهائيا بإرادته المنفردة، والتي تصبح في هذه الحالة مصدرا للالتزام¹.

من هنا يمكن القول إن تعبير الواقف بإرادته المنفردة يكون هو السبب المنشئ لعقد الوقف سواء كان هذا التعبير صريحا أو ضمنيا. لأن الوقف في حد ذاته كتصرف قانوني بإرادة منفردة لا يصنف فقها ضمن أبواب العبادات وإنما ضمن المعاملات المالية²، وهي العلة التي جعلته ضمن مجموعة التصرفات بإرادة منفردة، وهو ما أخذت به بعض التشريعات كالتشريع الموريتاني مثلا³.

والإرادة الصادرة عن الواقف والتي أساسها الرضا تكون إيجابا ويكون لها وجود من وقت التعبير عنها، لكنها لا تنتج أثرها إلا من وقت وصولها إلى الموقوف عليه إذا كان معينا. والأثر الناتج عن ذلك هو اقتران الإيجاب بالقبول الذي يترتب عنه انعقاد العقد.

والإيجاب الصادر عن الواقف هنا ليست له أية قوة إلزامية، فله أن يرجع عنه مادام لم يقترن بقبول الموقوف عليه المعين. وهذا ما نصت عليه المادة 26 من ق. ل. ع. م التي ورد فيها: "يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو الشروع في تنفيذه من الطرف الآخر".

1 اعتبر قانون الالتزامات والعقود المغربي الإرادة المنفردة مصدرا للالتزام إلى جانب العقد .

و هذا ما يتضح من نص المادة الأولى من قانون الالتزامات والعقود التي جعلت المصدر الرئيسي للالتزام هو العقد، ثم يليه التصريحات الأخرى المعبرة عن الإرادة، وهذا يفيد أن العقد هو المصدر الأصلي للالتزام ، أما الإرادة المنفردة فهي مصدر ثانوي . للمزيد من التوسع في هذه النقطة أنظر:

• ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2000، ص:10 وما بعدها.

2 أنور الفزيع : الإطار التشريعي لنظام الوقف في البلدان العربية: شبه الجزيرة العربية، ورقة مقدمة لندوة: " نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي:،بيروت،السنة:2001،ص:4.

3 اختار المشرع الموريتاني إدراج أحكام الوقف ضمن قانون الالتزامات والعقود بدلا من تنظيمه بنص خاص، للمزيد من التفصيل حول هذه النقطة أنظر:

• مجيدة الزياتي: مدونة الأوقاف المغربية: دراسة منهجية في الأسس و الأبعاد، م،س،ص:41.

أما في حالة الموقوف عليه غير المعين، فالإيجاب الصادر عن الواقف في هذه الحالة يكون كافيا لقيام عقد الوقف بشكل صحيح.

الفقرة الثانية: خصائص عقد الوقف

لعقد الوقف خصائص يتميز بها عن غيره تتمثل فيما يلي:

أولاً: الوقف عقد تبرع:

إن الواقف من خلال تبرعه بالمال الموقوف لا ينتظر مقابلا لما يعطي، والتبرع كوصف يعطى لفعل الواقف فقط دون الموقوف عليه، لأن الوقف بالنسبة للواقف من أعمال التبرع، أما بالنسبة للموقوف عليه فليس كذلك لأن دوره يقتصر فقط على استقبال المال الموقوف والانتفاع به دون صدور أي مقابل من جهته.

ثانياً: الوقف عقد مسمى:

المقصود بالعقد المسمى العقد الكثير التداول في الحياة العملية حتى يعرف باسمه الخاص به¹. وقد خصها المشرع المغربي بتنظيم خاص ضمن الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي تحت عنوان " في مختلف العقود المسماة وفي أشباه العقود التي

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، ص: 1، وما بعدها. أنظر كذلك:

- عبد الرحمان الشرقاوي: قانون العقود المسماة، مطبعة الأمنية بالرباط، السنة: 2011، ص: 6 وما بعدها
- محمد محبوب: الوجيز في العقود المسماة، مطبعة دار القلم بالرباط، السنة: 2002، ص: 6 و 7.

- - Moumami Saad : Droit civil, droit des obligations en droit compare français et marocain, Edition Elbadii, Marrakech, 2000,p : 37.

ترتبط بها". وتظم هذه العقود : عقد البيع والمعاوضة والكراء، والوديعة والعارية، والوكالة، والاشتراك والغرر والصلح والكفالة والرهن الحيازي¹.

لكن ما ينبغي الانتباه إليه أن قائمة العقود المسماة تختلف من دولة إلى أخرى، وتزيد أو تنقص مع مرور الزمن، بحسب زيادة أو نقصان أهمية هذه العقود، ومدى شيوعها في المعاملات بين الناس². فالعبرة إذا بواقعة العقد ومدى تسمية المجتمع له، وليس تنظيم المشرع لأحكامه، مما يستدعي أن يقوم القاضي بالتحري عن الطبيعة القانونية لحقيقة العقد، استنادا إلى الضوابط القانونية التي تميز كل عقد من العقود³. فعقد الوقف مثلا رغم شهرته وكثرة تداوله لم يكفله المشرع المغربي بتنظيم خاص لأحكامه، على غرار باقي العقود الأخرى

1 نظم المشرع المغربي الأحكام العامة لهذه العقود، والآثار المترتبة عنها ضمن الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود وفق ما يلي:

- عقد البيع من الفصل: 478 إلى الفصل 618؛
- عقد المعاوضة من الفصل: 619 إلى الفصل 625؛
- عقد الكراء من الفصل: 627 إلى الفصل 722؛
- عقد الوديعة والحراسة من الفصل: 781 إلى 828؛
- عقد العارية من الفصل: 829 إلى 869؛
- عقد الوكالة من الفصل: 879 إلى 958؛
- عقد الاشتراك من الفصل: 959 إلى 1091؛
- عقود الغرر من الفصل 1092 إلى 1097؛
- عقد الصلح من الفصل 1098 إلى 1116؛
- عقد الكفالة من الفصل 1117 إلى 1169؛
- الرهن الحيازي من الفصل 1170 إلى 1240.

2 محمد العروصي: المختصر في بعض العقود المسماة، مطبعة مرجان بمكناس، الطبعة الثانية، السنة: 2012، ص: 4 وما بعدها.

3 للمزيد من الاطلاع أنظر:

- رمضان محمد أبو السعود: شرح أحكام القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، السنة: 2010، ص: 17.
- أحمد أدريوش: مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مطبعة البوكيلي للطباعة والنشر والتوزيع بالقنيطرة، السنة: 1995، ص: 78.

والسبب في ذلك راجع إلى كون الوقف بقي خاضعا لأحكام الفقه الإسلامي شأنه شأن باقي عقود التبرع الأخرى.

ثالثا: الوقف عقد رضائي:

الأصل في الشرع والقانون رضائية العقود¹. والرضا هو الركن الأصيل للعقد الذي لا يقوم بغير توافره، إذ هو قوام العقود وأساسها².

فعملية التبرع الصادرة عن الواقف تكون برضاه وعن طيب خاطره، يقول الله تعالى: «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن يكون قبالة عزة تراخي منكم»³.

وعن مسألة التراخي يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "... ففي التبرعات علق الحكم بطيب النفس وفي المعاوضات علق الحكم بالتراخي، لأن كلا المتعارضين يطلب ما عند الآخر ويرضى به، بخلاف المتبرع فإنه يبذل له شيء يرضى به، ولكن قد تسمح نفسه بالبذل وطيب النفس وفي الحديث: " لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه" والتراخي

1 التراخي هو جوهر العقد، لذلك أعطاه فقهاء الشريعة والقانون العناية اللازمة له نظرا لكونه يعبر عن الإرادة بشكل فعال وإيجابي، وللتوسع في مفهومه يمكن الاطلاع على ما يلي:

- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات، م:س،ص:76.
- أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، مطبعة عكاظ بالدار البيضاء، السنة:1987،ص:137 وما يليها.
- خالد عيد الله عيد: مبادئ التشريع الإسلامي، مطبعة شركة الهلال العربية للطباعة والنشر بالرباط، السنة:1986،ص:344 وما يليها.
- صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء الأول، مطبعة دار العلم للملايين ببيروت، الطبعة الثالثة، السنة:1983،ص:263 وما بعدها.

2 ادريس العلوي العبدلاوي: م:س،ص:168.

3 سورة النساء الآية 29.

والطيب يعتبران ممن له العقد وهو المالك أو وليه أو وكيله"¹. من هنا يظهر أن عقد الوقف لا يتم إلا بالتراضي وذلك تبعا لأحكام النظرية العامة للعقد.

وفي هذا ينص الفصل 19 من ق. ل. ع. م على ما يلي: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية. والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه"

رابعا: عقد الوقف عقد ملزم لجانب واحد على سبيل التبرع:

الوقف كعقد ملزم لجانب واحد ينشأ بإرادتين، ولا تلتزم فيه سوى إرادة منفردة، ذلك أن الواقف هو من يلتزم بالتبرع بالمال الموقوف، ولا التزم فيه للموقوف عليه، باستثناء الشروط التي قد يقيد بها الواقف الموقوف عليه. وهنا نميز بين حالتين:

● الحالة الأولى:

حالة الموقوف عليه المعين: في هذه الحالة ليس عقد الوقف من الالتزامات الناشئة بإرادة منفردة، بل يتوقف في النشأة على الإرادتين معا، إرادة الواقف من جهة وإرادة الموقوف عليه من جهة أخرى شأنه شأن باقي أنواع العطايا، وفي هذا الصدد ينص الفصل 18 من ق. ل. ع. م: "الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلتزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له"، ومن هنا متى التزم شخص بتحبيس مال له على شخص معين في تاريخ معين لزمه ما التزم به عند حلول الأجل وللموقوف عليه أن يطالب بالتنفيذ.

قال خليل في هذا الشأن: "وصح إن قبض ليتروى أوجد فيه". لأن الوقف لا يقع صحيحا إلا إذا تمت حيازة المال الموقوف في حياة الواقف أو أثبت الموقوف عليه أنه كان

1 عبد الرحمن بلعكيد: الهيئة في المذهب والقانون، الطبعة: الثانية، السنة: 2001/1422، ص: 30.

جادا في طلب الحيازة إلا أن فاجأته وفاة الواقف، وليس من شرط الوقف أن يقترن بالإيجاب بالقبول لتوه بل يصح لمدة.

● الحالة الثانية:

حالة الموقوف عليه غير المعين من طرف الواقف. هنا عقد الوقف ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف وحده. وفي هذا تنص المادة 18 من مدونة الأوقاف على ما يلي: "لا يكون القبول شرطا لاستحقاق الوقف إلا إذا كان الموقوف عليه شخصا معيناً".

خامسا: عقد الوقف عقد غير ناقل للملكية:

يعتبر عقد الوقف من العقود غير الناقلة للملكية. لكونه لا يشمل سوى منافع الشيء أو الحق أي الاستعمال والاستغلال ليس إلا. أما أصل المال فيصير محبسا، والتحبيس هنا معناه إنهاء حق المالك، وحق من كان يمكن أن يؤول إليه الملك، بمعنى إنهاء حقه في هذا الملك ومنعه من التصرف فيه. والتسبيل معناه جعل منفعتة واستعماله والانتفاع به مفوتا في سبيل الله لفائدة الذين حبس عليهم المحبس¹.

وهنا يقول ابن عرفة في تعريفه للوقف: "الحبس إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطية ولو تقديرا"².

1 أحمد الريسوني: الوقف الإسلامي: مجالاته وأبعاده، م، س، ص: 13.

2 أبو عبد الله محمد الأنصاري (المشهور بالرصاص التونسي): شرح حدود الإمام الأكبر القدوة الأنور أبي عبد الله بن عرفة، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة المحمدية، السنة: 1992، ص: 581.

وليس للموقوف عليه أن يتصرف في المال الموقوف بالبيع أو الهبة أو المعاوضة أو غيرها من التصرفات، وإنما يقتصر تصرفه على الانتفاع به عن طريق الاستعمال والاستغلال، وهو الأمر الذي حددته مدونة الأوقاف بشكل تسلسلي من المادة 40 إلى المادة 46 منها.

المطلب الثاني: الوصية بالتحبيس

للإحاطة بجوانب الموضوع سأقسم هذا المطلب إلى فقرتين. أخصص الأولى للحديث

عن مفهوم الوصية بالتحبيس والثانية لعرض مختلف صور وحالات تكييف عقد الوقف على أنه وصية.

الفقرة الأولى: مفهوم الوصية بالتحبيس

عبارة الوصية بالتحبيس مركبة من كلمتين اثنتين: كلمة وصية وكلمة تحبيس، وبيان معنى العبارة يقتضي تحليل كل كلمة على حدة .

• أولاً: الوصايا جمع وصية كالهدايا، وتطلق على فعل الموصي (بالكسر) وعلى ما يوصي به من مال أو غيره من عهد ونحوه فتكون بمعنى المصدر وهو الإيضاء، وتكون بمعنى المفعول وهو الاسم أي الموصى به... وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته¹.

¹ ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء:5، ص:373.

والوصية تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية، وتعد من العقود الجائزة التي تنشأ بالإرادة المنفردة، وتمتاز بتراخي القبول عن الإيجاب على مدى زمنين متناقضين. إيجاب الموصي قيد حياته، وقبول الموصى له أو من ينتزل منزلته بعد مماته¹.

ويعرفها ابن عرفة التونسي وهو من فقهاء المالكية بأنها: " عقد يوجب حقا في ثلث عاقديه يلزم بموته أو نيابة عنه بعده". وهذا التعريف تبنته مدونة الأسرة في المادة 277 منها باستثناء العبارة الأخيرة التي تفيد وصية النيابة².

• ثانيا: الوقف أو التحبيس كلمتان مترادفتان تفيدان نفس المعنى، فالفقهاء يعبرون أحيانا بالوقف وأحيانا بالحبس إلا أن التعبير بالوقف عندهم أقوى³. والوقف لغة هو الحبس عن التصرف، يقال: وقفت كذا أي حبسته ولا يقال أوقفته إلا في لغة تميمية وهي رديئة ومنه: الموقف لحبس الناس فيه للحساب ثم اشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو يعبر عن الوقف بالحبس⁴.

1 عبد السلام حادوش: شذرات في الوصية بين الممارسة والنظرية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، ص: 7.

2 وصية النيابة هي: طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وموضوعها: العمل نيابة عن الموصي مثل الإيضاء على تربية الأطفال وعلى قبض الديون وعلى تفرقة التركة. أنظر في هذا الشأن: عبد الله ابن الطاهر السوسي التناهي: شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الوصية، الجزء 5: ص: 21.

3 عمر عبد الكريم الجبدي: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومها لدى علماء المغرب، مطبعة فضالة بالمحمدية، السنة: 1984، ص: 466.

4 وهبة الزحيلي: الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، م: س، ص: 133؛

• عبد الكريم شهبون: عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، م، س، ص: 26 وما بعدها؛

• أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي ابن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، م، س، ص: 496 وما بعدها؛

• محمد الحبيب التجكاني: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري، مطبعة دار النشر المغربية بالدار البيضاء، السنة: 1983، ص: 121 وما بعدها؛

• ابن جزى: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، م، س، ص: 243 وما بعدها.

والحبس بضم الحاء وضم الباء الموحدة بمعنى الوقف: هو كل شيء وقفه صاحبه من أصول أو غيرها، يحبس أصله وتسبل غلته¹.

أما في الاصطلاح فهو حبس العين عن تمليكها لأحد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر². وقد عرفه ابن عبد البر بقوله: "أن يتصدق الإنسان المالك لأمره بما شاء من ربه ونخله وكرمه وسائر عقاره لتجرى غلات ذلك وخراجه ومنافعه في سبيل الذي سبلها فيه مما يقرب إلى الله عز وجل ويكون الأصل موقوفاً لا يباع ولا يوهب ولا يورث أبداً ما بقي شيء منه³."

والوقف حسب المادة الأولى من مدونة الأوقاف هو: "كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة وخصصت منفعته لجهة بر وإحسان عامة أو خاصة".

والمستخلص من تعاريف الوصية المشار إليها سالفاً أن لهذه الأخيرة في اللغة مفاهيم متنوعة يرجع في التمايز بينها إلى قرنية السياق الموضوعي، أي إلى عبارة الاستعمال ذاتها، فمنها يستشف المعنى المراد ويفهم المقصد.

ومن هنا أستطيع القول إن الوصية بالتحبیس ليست وصية بمعناها الحقيقي، وإنما تعتبر كذلك في حق اعتبار الثلث.

1 الطاهر أحمد الزاوي: مختار القاموس، الدار العربية للكتاب ليبيا، تونس، الطبعة: الثانية، السنة: 1977، ص: 667.

2 زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية بيروت، السنة: 1388هـ، ص: 7.

3 الحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، دار الكتب العملية بيروت، الطبعة: الأولى، السنة: 1407-1987، ص: 536.

الفقرة الثانية: حالات تكييف عقد الوقف على أنه وصية

أولاً: حالة تحبب المريض مرض الموت:

إن التبرعات بوجه عام، ومنها الوقف إذا وقع في حالة صحة الشخص، فإنه يخرج من جميع أمواله ولا خوف في ذلك، أما إذا صدر من المريض مرض موت يجري عليه حكم الوصية، أي ينفذ في الثلث لغير الوارث وذلك إذا استجمع شروطه المعتبرة في تمامه، وقد جاء في الشرح الصغير للدردير: "... وأما من حبس في مرضه فهو كالوصية يخرج من الثلث إذا كان لغير وارث و إلا بطل"¹، ومما جاء في النوازل الكبرى كذلك: " وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتلها مريض لرجل يعنيه أو للمساكين فلم تخرج من يده حتى مات فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه، لأن حكم ذلك وحكم ما أعتق الإيقاف ليصح المريض فيتم ذلك، أو يموت فيكون في الثلث، ولا يتم فيه لقابض في المرض قبض ولو قبضه كان للورثة إيقافه، ولا رجوع للمريض فيه لأنه بتل، بخلاف الوصية"²، وعلة ذلك أن حرية الشخص في الإيضاء في هذه الحالة تكون مقيدة بحيث لا تنفذ فيما زاد على النصاب المقرر. والحجة على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"، وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث³.

وما زاد عن ذلك موقوف على إجازة الورثة. فإن أجازوه نفذ وأصبح تحبباً جديداً وإن لم يجيزوه بطل في الزائد على الثلث⁴. وفي هذا يقول ابن عاصم⁵:

1 الشرح الصغير للدردير بهامش الصاوي، م: س، ج: 2، ص: 300.

2 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، م، س، الجزء: 8، ص: 592.

3 عبد السلام فيغو: التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، الطبعة: 2، السنة: 2010، ص: 172.

4 شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت، السنة: 1418-1997، الجزء: 3، ص: 50.

5 محمد رياض: أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء (دون ذكر سنة الطبع)، ص: 203.

إنفلاء باقري الوارثين ثبتا

وامتنعت لوارثي إلا متوا

ثانيا: حالة الوقف المضاف إلى ما بعد الموت:

إذا تبين من رسم التحييس أن الوقف غير ناجز وأنه مضاف إلى ما بعد الموت - أي معلق عليه - فإنه والحالة هذه يعتبر صحيحا بالاتفاق، وبالتالي يلزم من الثلث بالموت لا قبله. ومثال ذلك إذا قال الشخص وقفت داري بعد موتي على الفقراء، فهذا تبرع مشروط بالموت، وبالتالي تسري عليه أحكام الوصية التي يجب اعتبارها جملة وتفصيلا.

وفي هذا الشأن، ورد في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بالمجلس الأعلى ما يلي¹: "حيث ينعي الطالبون على القرار المطعون فيه سوء التعليل، ذلك أن المحبسة عبرت عن رغبتها بوضوح في جعل الدار موضوع الرسم حيسا، ولم تبغ بذلك الإيضاء إذ لو كان هذا قصدها لأشهدت بذلك، ولكنها أرادت أن يكون تبرعها حيسا، وأن تأويل رسم الحبس إلى وصية هو انحراف بمعناه إلى غير ما قصدته المحبسة، وعليه يكون الرسم حيسا وليس وصية، وأن من شرط التحييس الحوز والقبض وهو مفتقد في النازلة، مما يجعل القرار منعدم التعليل ومعرضا للنقض.

لكن حيث إنه لما كان مقررا فقها أن كل تبرع مضاف إلى بعد الموت يعتبر وصية، وكان البين من أوراق الملف أن الهالكة صفية بنت أحمد وإن عبرت بلفظ الحبس في العقد موضوع النزاع فإنها ربطت تنفيذه بوفاتها، والمحكمة لما اعتبرته وصية وطبقت عليها أحكامها تكون

1 قرار عدد: 163، المؤرخ في 2008/4/2، ملف شرعي عدد: 2007/1/2/415، منشور بسلسلة دليل العمل القضائي، تحت عنوان المنازعات الوقفية: مطبعة الفكر العربي للنشر والتوزيع، الطبعة: الأولى، السنة: 2011، ص: 159.

طبقت القواعد الفقهية التطبيق الصحيح وعللت قرارها تعليلا سليما مما يجعل الوسيلة بدون أساس"¹.

ونفس الموقف تبناه المجلس الأعلى مرة أخرى في أحد قراراته حيث ورد في حيثياته ما يلي²: " لكن حيث إن المقرر فقها أن من حبس في صحته وقال ينفذ بعد الموت، فإن ذلك يكون في الثلث إذا كان المحبس عليه غير وارث، قاله في الوثائق المجموعة (البهجة في شرح التحفة ج2. ص:384 دار الكتب العلمية بيروت. لبنان. الطبعة الأولى 1418 هـ 1998). والمحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما عللت قرارها بأن تعليق نفاذ التحسيس بعد ممات المحبسة يجعل الرسم المستدل به من طرف المستأنفتين يخرج من دائرة التحسيس وآثاره إلى الوصية وما يترتب عنها من آثار. وذلك يجعل حق المستأنفة نظارة أوقاف العرائش مقتصرًا على الثلث مما خلفته الهالكة فاطنة بنت عبد الله المرابط في الدار الواقعة بحي كليطو، جنان المساري بدون رقم، العرائش عملا بالفصل 309 من ق. ل. ع.، فإنها بذلك رتبت نفس أثر الرأي الفقهي أعلاه القائل بخروج الحبس المعقود من لدن المحبس الذي يوقف نفاذه إلى ما بعد موته، مخرج الوصية، وذلك بحصره في الثلث لغير الوارث المحبس عليه. وتحل هذه العلة المنتقدة التي ردت بها المحكمة الدفع بأن التزام المحبسة الذي لم يصح منها لتعليقه على وفاتها، يصح به التزامها بالوصية وبذلك يكون الدفع بانعدام شرط الحوز مجابا عنه خلاف ما ورد في الوسيلة".

1 للمزيد من التوضيح حول التداخل بين الوصية والحبس يمكن أنظر:

• حسن منصف: تأصيل الوصية بين النظر الفقهي والنص القانوني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة: 2004/2005، ص:53 وما بعدها.

² قرار عدد: 2794، مؤرخ في: 2009/07/15، ملف عدد: 2008/3/1/2730، منشور بالمرجع السابق، ص:161.

المبحث الثاني: الوقف بقوة القانون

لما أدرك المسلمون حقيقة الوقف ومقاصده الشرعية، ورسالته الدينية والاجتماعية، وتعرفوا على فضله ونفعه وأحكامه، تسابقوا إليه وتنافسوا فيه طمعا في فضل الله ومرضاته، فأصبحوا يحبسون جزءا من ممتلكاتهم التي يخصص ريعها لمختلف جهات البر والإحسان.

وقد كان في مقدمة هذه الجهات الوقف على المساجد، وكيف لا وقد أذن الحق سبحانه أن ترفع ويذكر فيها اسمه، فهي ضرورة ملحة لكل مكان يتجمع فيه المسلمون باعتبارها مركز إشعاع روحي وعلمي وأخلاقي وتشريعي وحضاري، إذ فيه تؤدي الصلوات وتعد الندوات وتلقى المواعظ، ويدرس الفقه والتشريع الإسلامي.

وإلى جانب المساجد نجد المقابر، المرفق الحيوي الذي لا محيد عنه، حيث خصص لها الواقفون هي الأخرى الأوعية العقارية اللازمة لإنشائها إيمانا منهم بأهميتها.

وإضافة إلى هذه الوقوف، نجد كذلك الأضرحة والزوايا ومضافاتهما باعتبارهما أوقافا على عامة المسلمين ذات أهداف دينية وتعبدية بالدرجة الأولى.

وهذا ما جعل مسألة اعتبار هذه الأوقاف جميعها أوقافا على عامة المسلمين لم تكن يوما محل نقاش، لكن تدخل المشرع المغربي لتكريس مزيد من الحماية القانونية لهذه الوقوف جعله ينص في المادة 50 من مدونة الأوقاف على أنها أوقافا بقوة القانون. ولهذا سأتناول هذا المبحث على الشكل التالي:

• المطلب الأول: المساجد والزوايا

• المطلب الثاني: الأضرحة والمقابر.

المطلب الأول: المساجد والزوايا

تحتل المساجد طليعة المؤسسات الوقفية بالمغرب، حيث يرجع تاريخها إلى أيام عقبة بن نافع، وسرعان ما نالت منزلة الإكبار والإجلال في نفوس المغاربة حيث سارعوا إلى إقامتها وتعميرها لأداء رسالتها.

ولم تكن الزوايا أقل حظا من المساجد بل حظيت هي الأخرى بكامل الرعاية والعناية من العامة والخاصة. إذ غالبا ما تقام الزوايا وتقام لها أوقافها التي تسمح بالإنفاق عليها لتضمن استمرار وظائفها.

ولتحديد الطبيعة القانونية لهذه الأنواع من الوقوف سأقسم هذا المطلب على الشكل التالي:

• الفقرة الأولى: المساجد

• الفقرة الثانية: الزوايا

الفقرة الأولى: المساجد

المساجد جمع مسجد، ويسمى كذلك لأنه مكان السجود لله تعالى¹ حيث فيه تتجلى أسمى معاني العبودية حيث يخلق الاتصال المباشر بين الداعي والمدعو، ويحقق بينهما الترابط الروحي ويخلق لرواده مسالك النور والخير².

1 يطلق على المسجد أيضا اسم "جامع" وذلك إذا كان كبيرا ويجمع الناس لأداء صلاة الجمعة والعيد، فكل جامع مسجد وليس كل مسجد جامع.

2 يقول الله تعالى في كتابه العزيز: "إنما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر وأقام الصلاة وآتى الزكاة ولم يشتر إلا الله فعسى أولئك أن يكونوا من المهتكرين".

سورة التوبة الآية: 18.

(...)

ومما لا شك فيه، وعلى امتداد تاريخ الأمة الإسلامي ظل المسجد يلعب دوره العظيم في بناء المسلم - عقيدة وعبادة وأخلاقا - .

وهذا ما جعل الشاعر يمدح صومعة مسجد ويبالغ في ذلك حيث قال¹:

وعلى أشفا شه البحيرة علامة هيفاء قد لمست ستار عنان

تختال في حلل الفخار كأنها حوراء ترفل في رياض جنان

وقفت تناجي العاشقين بصمتها الله أكبر صاحب الغفران

أو أنها بلقيس من سبأ وقد نبذت هناك عبادة الأوثان

في نخوة الملأ العنصيم وأعلنت إسلامها للواحد الديان

ذلك أنه بدون المسجد لا يتعلم عامة المسلمين أحكام دينهم وتنظيم أمور دنياهم، واستبصار الحلال والحرام في حياتهم. فهو البيت المشترك لهم².

وقد عمل الرسول صلى الله عليه وسلم على الترغيب في بناء المساجد وعمارتهما وتطهيرها، حيث وردت أحاديث كثيرة تحض على وقف المسجد وبناءه، واحترامه، وتوقيره، وتطيبه، وتبخيره، وتوفير اللوازم الضرورية له.

فعن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه قال، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "من بنى مسجدا يبتغي به وجه الله تعالى بنى الله له بيتا في الجنة".

وعن أبي قرصافة قال أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "ابنوا المساجد وأخرجوا القمامة منها فمن بنى لله مسجدا بنى الله له بيتا في الجنة: فقال رجل يا رسول الله وهذه المساجد التي تبنى في الطريق. قال نعم وإخراج القمامة منها مهور الحور العين. أنظر مختصر الإمام البخاري: لمحمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الشرعية الوحيدة، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المجلد الأول، ص:162.

1 محمد بن أحمد حكم: الإيجاز في الردود الفقهية على المطالب النسائية، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، السنة:2001، ص:19.

2 أحمد الريسوني: الوقف الإسلامي مجالاته وأبعاده، م، س، ص:29.

ومن هنا يمكن القول إن المسجد هو محور سياسة الوقف في مجال الدعوة الإسلامية بامتياز. وبالمغرب كغيره من البلدان، كان المسجد ولازال في طليعة المؤسسات الوقفية التي ظهرت واستقرت به. حتى أصبح من النادر أن يخلو حي أو زقاق من مسجد أو عدة مساجد، خاصة وأن المبادرات الفردية أو الجماعية للمحسنين ساهمت بحظ وافر في التكثير من عددها سواء بما رصدوه لها من هبات مالية، أو ما أوقفوه عليها من ربايع وعقارات¹.

ومن هنا تلازم الوقف مع المسجد حتى أصبح الهدف الأسمى من الوقف هو حياة المسجد قبل أي شيء آخر، وهذا التلازم جعل جمهور الفقهاء يتفقون على أن وقف المسجد يكون حقا خالصا لله تعالى رقبة ومنفعة، وهو ما يجعل تصرف الواقف هنا لازما له، لكونه تجرد عن حق العبد وصار خالصا لله تعالى لا ملك لأحد فيه، فلا يجوز له ولا لورثته من بعده الرجوع في هذا الوقف ولا التغيير فيه. وهذا ما يتفق مع نصوص الكتاب حيث قال تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَادًا﴾².

لذا فإجماع الفقهاء منعقد على أن وقف المسجد إسقاط للملكية كالعقود تماما، فتكون ملكية الرقبة لله تعالى والمنفعة للموقوف عليه، لأن الجماعات لا تقام في المملوكات واختلف العلماء في غيرها³.

وهنا نسجل اختلاف رأي المالكية حيث يعتبرون ملكية العين الموقوفة تبقى للواقف ولا تزول ملكيتها عنه، ولا تكون في حكم ملك الله تعالى، لأن معنى الوقف لديهم يقتضي تحبيس الأصل، بمعنى بقاءه في ملك معطيه، والتصرف يكون للموقوف عليه تصرفا يقتصر على

1 رقية بلمقدم: أوقاف مكناس في عهد المولى اسماعيل، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة بالمحمدية، السنة: 1993، ص: 43.

2 سورة الجن الآية: 18.

3 القرافي: الدخيرة، م:س، الجزء: 6، ص: 327.

الاستعمال والاستغلال فقط ودليلهم على ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه: " إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها".

لكن على الرغم من هذا الرأي، فهم لا يختلفون مع جمهور الفقهاء حول اعتبار المساجد خالصة لله تعالى ومضافة إليه وفي هذا الصدد يقول مطرف وهو أحد فقهاء المالكية بأنه لا خلاف في المساجد أنها لا تباع، لأن المسجد لله لا يباع ولا يغير، ومعنى ذلك أن المسجد من جملة الأحباس اللازمة، بل هي أوكدها لأنها خالصة لله تعالى ومضافة إليه¹ لقوله تعالى: ﴿ ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وسعى في خرابها أولئذ ما كان لهم أن يدخلوها إلا خائفين لهم في الدنيا خزي ولهم في الآخرة عذاب عظيم ﴾². وينبني على هذا أنه من بنى مسجدا في قرية وحبسه وصلى فيه، ثم باعه أو تصدق به على من هدمه وبناه دارا، فإن البيع أو التصرف يفسخ، ويرد البناء إلى ما كان عليه من الحبس، لأن المسجد خرج لله، فلا يباع ولا يغير لأنه من الأحباس اللازمة، بل هي أوكدها، لأن الله أضافها إليه³.

وبالرجوع لمقتضيات مدونة الأوقاف⁴، نجد أن المشرع المغربي قد أبان من خلالها عن وعيه التام بالأهمية التي يكتسبها المسجد داخل المجتمع المغربي، حيث جاء موقفه مؤكدا

1 جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، الجزء الثالث، دار الغرب الإسلامي، ص: 974.

2 الآية 114 من سورة البقرة.

3 الحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، الجزء: 6، مؤسسة المعرفة ببيروت لبنان، الطبعة: الأولى: 2009/1430، ص: 389.

4 تجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع المغربي قد تبني توجها موحد قبل صدور مدونة الأوقاف، بخصوص اعتبار المساجد أوقافا على عامة المسلمين، ولا يمكن بأي حال أن تكون محل ملكية خاصة، ذلك أن جميع الظواهر الصادرة بهذا الشأن جاءت لتفيد نفس التوجه ومنها:

☀ ظهر 22 ربيع الثاني 1336 الموافق ل 11 فبراير 1918 المتعلق بإخضاع الأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامية لمراقبة وزارة الأوقاف، المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 254 بتاريخ: 28 جمادى الأولى عام 1336 الموافق ل 11 مارس 1918، والذي ينص الفصل الثاني منه على ما يلي: " إن جميع المحلات الإسلامية كالمساجد والجوامع، والزوايا، والأضرحة، وما يلحق بها الآن، والتي سيحدثها الأفراد أو جماعات الناس في المستقبل تكون حبسا (...)

على قوة وقف المسجد- الذي لم يكن يوما محل نقاش- حيث نص في المادة 50 من المدونة على أن المسجد وقف عام على جميع المسلمين بقوة القانون، وأظن أن استعمال المشرع لهذه العبارة الأخيرة جاء موفقا لأنها شارحة لمعناها ولا تحتاج إلى تحليل.

والجدير بالذكر كذلك أن المسجد في ظل التشريع المغربي يكتسي صبغة الوقف العام، من تاريخ تعيين، وتحديد القطعة المزمع بناء المسجد فوقها وتحسيسها لهذه الغاية، وذلك تحت إشراف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية التي يرجع لها الاختصاص في هذا الشأن.

وفي هذا الصدد، ورد في حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي¹: " لكن من جهة أولى حيث إن المسجد وكل وقف عليه هو بطبيعته وقف عام، والمحكمة حينما نصت بأن موضوع رفع اليد عبارة عن مسجد ومضافاته وبالتالي فهو حسب مقتضيات الفصل السادس أعلاه، وقف عام، وأن طلب رفع اليد وضم وتسليم المسجد لا يحتاج إلى إذن أو تكليف اللجنة المسيرة للمسجد وأملاكه، وذلك بقوة القانون رقم: 84/150 تكون قد ردت كل مزاعم الطالب فيما يخص واقعتي الضم والتسليم".

وإضافة إلى ما سبق، نجد المشرع المغربي لم يكتف باعتبار المسجد وقفا على عامة المسلمين، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حينما أضفى الصبغة الإلزامية والآمرة على هذا

على جماعة المسلمين وتبقى دائما مفتوحة لعامتهم لإقامة الدين وأداء واجباتهم بها، ولا يجوز لأحد أن يملك شيئا منها بوجه من الوجوه.

🌟 الظهير الشريف بمثابة قانون رقم: 1.84.150 الصادر في 6 محرم 1405 الموافق لـ 2 أكتوبر 1984 ،المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد:3753 بتاريخ : 7 محرم 1405 الموافق لـ 3 أكتوبر 1984 ، والذي تم تغييره وتنميمة بالقانون رقم 29.04 المنفذ بالظهير الشريف رقم: 1.07.56 الصادر في ربيع الأول 1428 الموافق لـ 23 مارس 2007 ،والذي ينص في الفصل 6 منه على ما يلي: "تعتبر وقفا على عامة المسلمين. ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة، جميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي، سواء منها ما هو موجود الآن أو ما سيشيد في المستقبل من زوايا وأضرحة ومضافاتها".

1 قرار عدد: 688، ملف مدني عدد: 2006/3/1/2162، صادر بتاريخ 20/02/2008 ،والمنشور بمجلة القضاء المدني العدد:1، السنة فبراير 2010، ص: 100 إلى 102.

المقتضى، وجعله من النظام العام الذي لا يمكن مخالفته أو الاتفاق على ذلك¹.

وهو الأمر الذي كرسه الاجتهاد القضائي حيث ورد في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي²: "حيث ذهب إلى صحة ما عابه الطاعن من كون أن مقتضيات الفصل السادس من ظهير 2 أكتوبر 1984 تعتبر آمرة ومن النظام العام المغربي. ذلك أن الفصل السادس من الظهير المذكور جعل المساجد والأماكن المعدة للعبادة وملحقاتها وقفا عاما للمسلمين سواء المشيدة قبل صدور الظهير أو بعده".

ومما ينبغي الإشارة إليه كذلك أن إجماع الفقهاء منعقد مرة أخرى على عدم جواز التراجع عن وقف المسجد ذلك أن التزام الواقف في هذه الحالة هو التزام قطعي لا رجوع فيه.

ورغم سكوت المدونة على هذه النقطة إلا أن القضاء تبناها وهذا يظهر من خلال أحد قرارات محكمة الاستئناف بوجدة الذي ورد ضمن حثياته ما يلي³: "حيث إن الحبس يعتبر من عقود التبرع، بشروط خاصة حددها الشارع الحكيم، ومنها حوز الشيء المحبس في حياة المحبس وقبل وفاته لقول صاحب التحفة:

والحوز شركه كمة التحبيس قبل حكوث موت أو ثقلبيس

وهو ما حصل حسب الثابت من رسم التحبيس، كما أن الجهة الحائزة للشيء المحبس قد احترمت إرادة المحبس وهدفه من الحبس، مادام قد شيدت في القطعة محل النزاع

1 أحمد الريسوني: الطبيعة القانونية للمسجد في ظل التشريع المغربي والمقارن، مقال منشور في سلسلة دراسات وأبحاث تحت عنوان: النظام القانوني للأماكن الوقفية، ج:1، ص: 143.

2 قرار عدد: 1771 ملف مدني عدد: 2004/6/1/2798، صادر بتاريخ 2005/06/15، منشور في سلسلة دليل العمل القضائي العدد الأول تحت عنوان: المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية، الطبعة الأولى، السنة: 2011، مطبعة الأمنية بالرباط، ص: 15/13.

3 قرار عدد: 1516، ملف عقاري عدد: 07/1248، صادر بتاريخ 2008/11/26، منشور بمجلة القضاء المدني العدد: الثاني، السنة: 2010، ص: 151 إلى 153.

مسجدا حسب محضر المعاينة المنجز بتاريخ 2008/03/25، ومجموعة من الدكاكين المحاطة بالمسجد. الهدف منها هو عمارة المسجد وإصلاحه من مدخول ريعها، وهو أمر ظل ابتغاء وجه الله، لأن المساجد لله يذكر فيها اسم الله دون سواه تقريبا منه وابتغاء الدار الآخرة، وهو ما توجهت إليه إرادة المحبسين في رسم التحسيس، ومن ثم فإن الحبس كالصدقة لا يجوز التراجع عنها مادام الغرض منها ابتغاء وجه الله، وهو ما حصل في نازلة الحال وعليه يكون ما نفاه الطرف المستأنف غير مؤسس، وحيث إنه اعتبارا لما ذكر يكون ما قضى به الحكم المستأنف مصادفا للصواب مما يتعين تأييده وتحميل المستأنفين الصائر".

وأخيرا وارتباطا مع ما سبق بيانه فالمساجد لا تنزع ملكيتها، ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة¹.

الفقرة الثانية: الزوايا

الزوايا² أحباس بطبيعتها، وهي مؤسسات تركيبية³، شكلت في حقيقتها ظاهرة اجتماعية نشأت في ظروف تاريخية استجابة لحاجات، وكانت جوابا عن أسئلة ملحة طرحت بتلقائية وبشكل طبيعي.

وظاهرة الزاوية اخترقت المجتمع المغربي أفقيا وعموديا⁴، حيث كانت ولا زالت تقوم بعدة وظائف سواء على المستوى الثقافي، أو

1 ينص الفصل السادس من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم: 1.84.150 الصادر في 6 محرم 1405 الموافق لـ 2 أكتوبر 1984، والمتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي فيها على ما يلي: "تعتبر وفقا على عامة المسلمين، ولا يمكن أن تكون مح ملكية خاصة، جميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي سواء منها ما هو موجود الآن أو ما سيشتد في المستقبل من مساجد وزوايا و أضرحة ومضافاتها".

2 لفظ الزاوية: لفظ أعجمي مستحدث حيث عوضت تدريجيا كلمة الرباط أنظر للمزيد من التفصيل: محمد حجي: الحركة الفكرية أيام السعديين الجزء: 1، ص: 25.

³ Abdellah LAROUÏ : les origines sociales et culturelles du nationalisme marocain, MASPERO 1977 p :154

⁴ Mohammed KABLY : Pouvoir société et religion au moyen âge- Maisonneuve et LAROUSSE, Paris :1986 p :307

السياسي، الشيء الذي كان يؤهلها دائما لأن تكون قوة قائمة بذاتها، كأنها دول داخل الدولة¹.

وللزوايا جذور ضاربة في أعماق تاريخ المغرب، وذات سجل ثري في تأطير المجتمع، وإلى جانب هذا كله كانت ولا زالت أمكنة متميزة تحظى بالاحترام والتبجيل، ذلك أن المغاربة كانوا ولا يزالون يزورون شيوخها أحياء وأمواتا لنيل البركات، قصد قضاء الحاجيات أو تجنب النوائب.

وبالرجوع إلى تاريخ المغرب، نجد أن السلاطين المغاربة جعلوا معظم الزوايا بعيدة عن أي تهديد سياسي بل إنهم تحلوا في كثير من الأحيان بشيء من الليبرالية في تعاملهم مع نشاط هذه الزوايا، فكانوا كلما فقدت الزاوية أتباعها أو مريديها، يتدخلون لضمها إلى أملاك الحبس القائم في تلك المنطقة أو تمنح لناظر يعين عليها، حتى اندمجت في مفهوم المباني الدينية التي تعد حيسا على عامة المسلمين، وهنا ينص الفصل السادس من الظهير المتعلق بالأماكن المخصصة لإقامة شعائر الدين الإسلامي على ما يلي: "تعتبر وقفا على عامة المسلمين ولا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة لجميع الأبنية التي تقام فيها شعائر الدين الإسلامي، سواء منها ما هو موجود الآن أو ما سيشتد في المستقبل من مساجد وزوايا وأضرحة ومضافاتها".

وهذا ما أكدته مدونة الأوقاف التي اعتبرت الزوايا أوقافا بقوة القانون حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 50 منها على ما يلي: "تعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية ومضافاتها والأماكن الموقوفة عليها".

1 خير مثال على ذلك الزاوية الدلائية في الأطلس المتوسط نواحي خنيفرة التي نجحت في إخضاع وسط الغرب ومناطق فاس ومكناس وكذلك سلا، قبيل انهيار الحكم السعودي.

المطلب الثاني: الأضرحة والمقابر

سأقسم هذا المطلب إلى فقرتين سأخصص الأولى إلى الأضرحة والثانية إلى المقابر.

الفقرة الأولى: الأضرحة

يمتاز الإسلام في المغرب بكونه ديانة الصالحين الذين يطلق على أحدهم اسم "الولي" أو "السيد" وهؤلاء الأولياء والأسياذ كثيررون لا حصر لهم. وقد شيد على معظمهم أضرحة خاصة تتفاوت أهميتها حسب مكانة الولي أو السيد، وإشعاعه والمحيط الذي يوجد فيه. وهذا ما يجعل المغرب يتميز بخاصيتين أساسيتين يكاد ينفرد بهما عن غيره من بلدان الأمة الإسلامية. الأولى هي كثرة أوليائه وصلحائه، حتى قيل إن المغرب بلد مائة ألف صالح، وقيل عن بعض الأقاليم مثل تادلة ودكالة بأنها تنبت الأولياء والصالحين كما تنبت الأرض الكلاً. أما الخاصية الثانية فهي الظهور المبكر للولاية والصلاح في المغرب¹، مما جعل الأضرحة سواء كانت كبيرة أو صغيرة تصير بتوالي الأحقاب مركزاً لتجمع العديد من رجال التصوف، الذين يعكفون على العمل التربوي والاجتماعي متى كان الاطمئنان والاستقرار سائداً، ويحملون لواء الجهاد والدفاع عن الإسلام والبلاد متى عم الاضطراب وانتشرت الفوضى وانعدم الأمن.

وإذا بحثنا في الطبيعة القانونية للأضرحة نجدها أحباساً ذات معنى خاص يدل على ملك غير تجاري مخصص للجماعة المسلمة، غير قابل للتصرف ولا يمكن أن يكون محل ملكية خاصة، مما يضفي عليه صبغة الوقف العمومي التي تؤهله للانضمام لقائمة الأوقاف العمومية بقوة القانون².

1 أحمد الوارث: رباطات وزوايا في المغرب، سلسلة أعمال التكوين والبحث، عدد: 2، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالجديدة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، ص1.

2 تنص المادة 50 من مدونة الأوقاف على ما يلي: "...تعتبر وقفا على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها..."

الفقرة الثانية: المقابر

تعتبر المقابر الإسلامية أملاكا حبسية، تقوم بأدوار اجتماعية كبيرة، حيث تخلق نوعا من التوازن لاستقرار الحياة الاجتماعية للأفراد. لكن بالرجوع إلى الطبيعة القانونية للمقابر الإسلامية نجد المشرع المغربي نص في المادة 50 من مدونة الأوقاف على أن المقابر تعتبر أوقافا على عامة المسلمين بقوة القانون، مسيرا بذلك مواقف فقهاء المذهب المالكي في هذا الشأن، ومكرسا لاجتهادات القضاء أيضا حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي¹: "حيث إنه بالرجوع لتقرير الخبرتين اللتين أنجزتا في المرحلة الابتدائية، استقرتا على أن الجزء المتعرض عليه من طرف نظارة أوقاف القصر الكبير، هو عبارة عن مقبرة لأموات المسلمين، وحطام مسجد مولاي عبد السلام ابن مشيش، وعشرة أشجار زيتون، وقد عاينت الخبرتين ثلاثة أشياء وبحضور أفراد الجماعة، لكن المستأنفة في عرض مناقشتها لم تتطرق إلا لموقع المسجد دون الإشارة إلى المقبرة وأشجار الزيتون، وحيث إنه مادام قد ثبت بالتقريرين المذكورين أن الجزء محل التعرض هو عبارة عن مقبرة تحيط بأثر مسجد وما اشتملت عليه من أشجار الزيتون، فإن المقبرة في حد ذاتها وقف على أموات المسلمين حتى ولم ينجز بشأنها رسم الوقف، وطبيعتها تضي عليها صبغة الوقف، والجهة المشرفة على الأوقاف هي وزارة الأوقاف بما خول لها القانون من صلاحيات في هذا الشأن".

وعليه، يمكن القول مما سبق إن أي بقعة تم تعيينها لإحداث مقبرة عليها، وإنشاء رسم تحسيس بشأنها تصير وفقا بقوة القانون على كافة المسلمين، مما يستدعي عدم جواز التصرف فيها بالبيع، أو المعاوضة، كما لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة، ولا يمكن أن

1 قرار عدد: 702 مؤرخ في 2008/07/10، ملف شرعي عدد: 8/07/200، منشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي، م: س، ص: 189.

تنزع ملكيتها لأجل المنفعة العامة¹. كما يترتب على ذلك أن الجهة المشرفة عليها هي وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

لكن من الناحية الواقعية، نجد أن إحداث المقابر يقتضي تخصيص ميزانية لتجهيزها وصيانتها، وهذا يدخل ضمن اختصاصات المجالس الجماعية²، التي يلقي على عاتقها توفير الوعاء العقاري الضروري لإحداث هذه المرافق والسهر على إدارتها وتنظيمها والمحافظة عليها وصيانتها، وهو ما يجعلنا نقول إن الإطار القانوني المنظم للمقابر يتسم بنوع من الازدواجية التي تضعف لا محالة من جوانب الحماية المقررة له.

وهنا يطرح أماننا سؤال حول الجهة المسؤولة عن تغيير طبيعتها إذا نفذت طاقتها الاستيعابية؟ خصوصا أننا أصبحنا نرى تحول العديد من فضاءات المقابر، حتى تلك التي مازالت معالمها بادية، إلى مرافق عمومية؟

يمكن القول إن من له صلاحية إحداث المقبرة، له صلاحية إغلاقها وتغيير طبيعتها بناء على قاعدة مبدأ توازي الشكليات والاختصاص.

وإذا سلمنا بأن المجالس الجماعية هي الجهة المسؤولة عن إحداث المقابر، وبالتالي عن تغيير طبيعتها نجد أن هذا الأمر يصطدم بفتاوى الفقهاء المتشددة في هذه المسألة حيث جاء في فتاوى العلامة عبد الله كنون رئيس المجلس العلمي بطنجة: "فنبش القبور لا يجوز بحال قديمة كانت أو حديثة لأنها حبس على أصحابها، ولا يجوز التصرف فيها بغير الدفن

1 ينص الفصل 4 من القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت على ما يلي: " لا يجوز نزع ملكية المباني ذات الصبغة الدينية المعدة لإقامة مختلف الشعائر، وكذا المقابر والعقارات التابعة للملك العام والمنشآت العسكرية".

2 تنص المادة 37 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.08.153 الصادر في 22 من صفر 1430 الموافق لـ 18 فبراير 2009 لتنفيذ القانون رقم 17.08 المغير والمتمم بموجبه القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5711 الصادر في 23 فبراير 2009 على ما يلي: "... يقوم (أي المجلس الجماعي) بالأعمال اللازمة لإنعاش وتشجيع الاستثمارات الخاصة ولاسيما إنجاز البنيات التحتية والتجهيزات وإقامة مناطق للأنشطة الاقتصادية وتحسين ظروف المقاولات... المقابر ومرافق نقل الجثث."

لأن ذلك لا يجوز إطلاقاً ويعد غصبا وتعديا يحرمه الشرع، إذن المقبرة لا يجوز تغييرها أبداً حسب مذهب الإمام مالك..."

وجاء في فتوى العلامة مولاي عبد السلام المراني رئيس المجلس العلمي بمكناس: "... لا نرى جواز إحداث مشاريع عمرانية أو اجتماعية في القبور، وقد ورد هذا في أحاديث كثيرة كلها تفيد المنع..."

وجاء في فتوى العلامة أحمد الغازي الحسيني نائب رئيس المجلس العلمي بفاس بتاريخ 16/02/1998 ما يلي: "يحرم شرعاً حفر ثلث مقبرة سيدي حجاج 2 (مقبرة بالرباط) والدفن فيه من جديد لأنه تعد على حرمة أصحابها حتى ولو بقي في بعضها عظام قليلة ولكل قبر فيها حكمه الخاص به..."¹.

من هنا يتبين لنا سند اعتبار المقابر أوقافاً على عامة المسلمين، لكن بالمقابل نجد وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية باعتبارها الوزارة الوصية على القطاع لا تملك إلا حق الرقابة إذا تعلق الأمر بالمقابر، وهذا ما يجعل خاصية عدم القابلية للتصرف التي تطبع الأملاك الموقوفة وقفاً عاماً تتلاشى بخصوص المقابر.

وفي هذا الصدد، يقول جوزيف لوسيني: "وهكذا وباجتهاد من السلطان سيدي محمد تم بناء مدرسة حرة تضم عشرة أقسام على مقبرة تم استغلالها وكانت توجد بداخل باب شالة بالرباط، وقد كانت معالم بعض قبورها لا زالت ظاهرة، وقد تمت العملية نفسها بمقابر رياض العروس بمراكش². وهذه الظاهرة لا نزلنا نراها إلى اليوم رغم أن موقف القضاء هو عكس ذلك

¹ عبد الرحمن دريوش: الحماية القانونية للأملاك الحسبية - المقابر نموذجاً - مقال منشور ضمن أعمال الندوة التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، في موضوع الأملاك الحسبية، وذلك يومي: 10 و 11 فبراير 2006.

² نجيبية أغرابي: المؤسسات الحسبية في المغرب من النشأة إلى سنة 1956 لجوزيف لوس يوني، الطبعة: الأولى، السنة: 2010، ص 139.

لأنه يسعى إلى تكريس مزيد من الحماية للمقابر حيث صدر عن المجلس الأعلى قرار يقضي بكون: "حرم المقبرة هو جزء منها يحظى بالحماية اللازمة لها قانوناً، والمحكمة لما ردت الدعوى بناء على انتفاء الضرر دون أن تبحث فيما إذا كانت الطريق المحدثه تتخلل حرم المقبرة من عدمه ثم تقضي وفق ما ثبت لها، فإنها تكون قد عللت قرارها تعليلاً ناقصاً وعرضته للنقض"¹.

مما سبق نستنتج أن ازدواجية النظام القانوني الذي يحكم المقابر، يجعله لا يستجيب لمتطلبات الحماية التي يحتاجها هذا النوع من المرافق. ذلك أن المشرع رغم تنصيبه في مدونة الأوقاف على كون المقابر وقف بقوة القانون إلا أن تدخله واجب مرة أخرى لتوحيد الجهاز المشرف على هذا المرفق، وذلك لتفادي الوضع الذي تعيشه مقابرنا الآن.

¹ قرار عدد: 3681 مؤرخ في: 2007/11/28، ملف مدني عدد: 2006/5/1/2690، منشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي، م: س، ص: 188.

الفرع الثاني
صفة الوقف العام وأثار قيامه



الفرع الثاني: صفة الوقف العام وآثار قيامه

إن الوعي التام للمشرع المغربي بكون الوقف كتبرع ينشأ عن عقد بإرادة منفردة هدفه تحقيق غاية دينية لها أبعاد اقتصادية، يمكن أن يشكل نظاما اجتماعيا واقتصاديا متينا، دفعه إلى التنصيص على مسألة التأقيت في الوقف إلى جانب التأييد، مكرسا بذلك موقف المذهب المالكي في هذه المسألة (المبحث الأول). وإلى جانب ذلك نجده قد حدد بدقة آثار قيام الوقف العام سواء المتعلقة بالواقف أو بالموقوف عليه (المبحث الثاني).

المبحث الأول: صفة الوقف العام

بعد التسليم بصحة الوقف، أي قيامه قياما صحيحا، لا بد أن نقف عند صفته التي يمكن لنا من خلالها استجلاء قصد المحبس من خلال وثيقة التحبيس.

والصحيح أن الوقف كما يجوز أن يكون مؤبدا يجوز أن يكون مؤقتا، وإلى هذا جنح المشرع المغربي حيث نص في المادة 23 من المدونة على ما يلي: "يجوز أن يكون الوقف مؤبدا أو مؤقتا".

ولهذا سأقسم هذا المبحث إلى ما يلي:

المطلب الأول: الوقف المؤبد

المطلب الثاني: الوقف المؤقت.

المطلب الأول: الوقف المؤبد

يكون الوقف عادة مؤبدا، فإذا سكت الواقف على ما يفيد صحة وقفه اعتبر مؤبدا لأن هذا هو الأصل. ويرى جمهور الفقهاء - ما عدا المالكية - أن التأييد شرط في صحة الوقف،

فلا يجوز توقيفه لمدة محدودة ذلك أن صيغة الوقف إذا اقترنت بما يدل على الوقف المحدد كقول الواقف

"وقفت داري هذه لمدة سنة أو شهر" فالوقف باطل عند الجمهور¹، ودليلهم على ذلك أن المقصود من شرعية الوقف هو التصديق الدائم مما يتطلب إنشاء الوقف على سبيل التأييد².

والمقصود وضع أصل ثابت ذي عطاء دوري مستمر لمصلحة غرض الوقف³، ولتحقيق مسألة التأييد في الوقف ينبغي أن تتوفر له ثلاثة شروط:

1- أن يكون الأصل الموقوف مما يحتمل التأييد، إما بسبب طبيعته المادية المطلقة، وإما بسبب الطبيعة القانونية الاقتصادية التي يصنعها التنظيم القانوني السائد، وإما بسبب أسلوب المعالجة المحاسبية.

2- أن تتجه إرادة الواقف للتأييد: حيث لا يكفي أن يكون الأصل الموقوف ذا طبيعة مؤبدة بل لابد أن يقصد الواقف معنى التأييد.

3- استمرار الغرض أو الهدف من الوقف، أي ارتباط الوقف بغرض مؤبد بطبيعته⁴. وهو ما دفع بالحنفية إلى اشتراط أن يكون الموقوف عقارا لكونه لصيق بصفة التأييد، ولم يجيزوا وقف المنقول إلا إذا كان تابعا للعقار أو نص عليه في عقد الوقف.

أما المالكية، فلم يشترطوا فكرة التأييد بل أجازوا التحبيس لفترة محددة وأجل معلوم ليعود الوقف بعد ذلك ملكا للواقف أو غيره¹. غايتهم في ذلك التوسعة على الناس في عمل الخير.

1 وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، م: س، ص: 205.

2 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري، الجزء: 4، ص: 76.

3 منذر قحف: الوقف الإسلامي، تطويره، إدارته، تنميته، دار الفكر دمشق سورية، ص: 102.

4 منذر قحف: م: س، ص: 103.

أما المشرع المغربي فقد تبني رأي المالكية في هذه المسألة، واعتبر الوقف صحيحا سواء كان مؤبدا أو مؤقتا.

ويلاحظ رغم تنصيب المشرع المغربي على أن الوقف يمكن أن يكون مؤبدا أو مؤقتا، أن هناك أوقافا لا يمكن أن تكون إلا مؤبدة كالمسجد، ذلك أنه إذا اقترنت صيغة وقف المسجد بما يفيد التوقيت فلا يمكن اعتبارها إلا لغوا. ويعتبر وقف المسجد في هذه الحالة صحيحا مؤبدا، لأن شرط التأييد هنا ضروري لحماية حرمة المسجد وقدسيته اللازمتين له باعتباره بيتا لله في الأرض حيث يجب أن يصاب بما يناسب قدره.

ومما ذكره السرخسي² أن أبا يوسف ومحمد بن الحسن وهم من فقهاء الأحناف كانا على خلاف في هذا الموضوع، فكان أبو يوسف يرى بقاء المسجد ولو انقطعت به الصلاة إبقاء على الوقف، وكان محمد بن الحسن يرى أن انقطاع الصلاة في ذلك الوقف يسمح برجوع الملك إلى صاحبه، وقد حكى أن محمد بن الحسن مر بمزبلة فقال هذا مسجد أبي يوسف، يقصد أن مال المسجد إذا انقطعت الصلاة به يمكن أن يصير مزبلة إذا لم يعد إلى ملك صاحبه، ومر أبو يوسف بإصطبل فقال هذا مسجد محمد بن الحسن، يقصد أن من حبس مسجدا ثم جاز له أن يسترجعه فإنه يمكنه أن يحوله إلى إصطبل.

وإذا حاولنا تحليل قول هذين الفقيهين، نجد الصواب قد جانب مذهب أبي يوسف دون مذهب محمد بن الحسن لأنه متى رجع الوقف إلى الواقف وخرج عن كونه مسجدا فلا قبح في اتخاذه مزبلة وهو على ملك صاحبه، إنما القبح في اتخاذه إصطبلا مع بقائه مسجدا.

1 محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، ص: 103-104.

2 أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، الجزء: 13، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت، ص: 43. وأنظر كذلك: المغني: لابن قدامة، ج: 6، ص: 251.

ولكن، رغم هذا فشرط تأييد المسجد هو شرط واجب في اعتقادنا، وذلك لضمان استقلالية أماكن العبادة، ومنع تصرف الواقفين بما يربطها بمصالحهم ورغباتهم وتصوراتهم. وهذا يجعل الدولة ممثلة في الوزارة الوصية على القطاع مسؤولة عن صيانة بيوت الله والحفاظ عليها لكونها من مصالح الأمة العامة الأولى بالاعتبار، وذلك إما بتمويل أعمال الصيانة من ميزانية الأوقاف، أو تأمين ذلك من أموال المحسنين الذين يشرفون على تسيير بعض المساجد.

المطلب الثاني: الوقف المؤقت

إن أهمية التوقيت في الوقف لا تقل عن أهمية التأييد، لأن توقيت الوقف في حقيقته ليس تراجعاً عنه إنما هو تضيق لزمان الصدقة من أول الأمر. لكن هذا الوقف لا يصح عند الجمهور - غير المالكية - بما يدل على تأقيته أي حصره بمدة معينة، لأن الوقف عندهم هو إخراج مال على وجه القرية، فلم يجز لمدة محددة، وإنما لا بد من اشتماله على معنى التأييد، فإن اقترنت الصيغة بما يفيد التوقيت فالوقف في هذه الحالة باطل لفساد الصيغة.

أما المالكية¹ فلم يشترطوا التأييد في الوقف، حيث قالوا بجواز تعليق الوقف على وصف يزول الوقف بزواله، وهو ما يجعل الأوقاف المؤقتة تقدم أشكالاً عديدة من الوقوف تستجيب لرغبات المحسنين في عمل الخير، يكون أساسها المرونة والتيسير، وهذا الموقف الأخير هو ما تبناه المشرع المغربي في مدونة الأوقاف وحسناً فعل، لأنه لا مانع من توقيت الوقف بزمان الاستفادة من الموقوف لأن هذا يشجع على إحداث أوقاف جديدة ويوسع على الواقفين. وهذا كله باستثناء وقف المسجد الذي يجب أن يكون - في اعتقادنا - مؤبداً.

¹ زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، م، س، ص: 17.

المبحث الثاني: آثار قيام الوقف العام

لترتيب الآثار الشرعية للوقف العام، لابد من تسليمه إلى الجهة الموقوف عليها، شأنه في ذلك شأن سائر التبرعات، وعقد الوقف متى استوفى شروطه المعتبرة شرعا فهو صحيح، ووجوده ثابت، وأثر إنشائه يبقى ساريا وفق قصد المحبس، وهذا ما أكدته مدونة الأوقاف بمقتضى المادة 38 منها والتي تنص على ما يلي: "إن عقد الوقف يعتبر منتجا لآثاره بمجرد انعقاده والإشهاد عليه".

وعليه، فآثار قيام الوقف العام بالنسبة للأطراف، تتمثل فيما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات، ويستدعي ذلك تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لحقوق الواقف والتزاماته، والثاني لما للموقوف عليه من حقوق وما عليه من التزامات.

المطلب الأول: آثار قيام الوقف العام بالنسبة للواقف

تبقى آثار قيام الوقف العام بالنسبة للواقف متمثلة في عدم تراجعه عن وقفه، إلا في حالات استثنائية حددتها مدونة الأوقاف (الفقرة الأولى). كما يبقى غير ملزم بضمان الاستحقاق، والعيوب الخفية للمال الموقوف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم التراجع عن الوقف

يعرف ابن عطية الرجوع في التبرع بقوله: "الاعتصار هو ارتجاع المعطي عطية بدون عوض لا بطوع المعطي". وهو كذلك إسقاط لحق بعد ثبوته، وبالتالي لا يؤخذ بغير اللفظ الصريح، ذلك أن ابن عطية يقول في صيغته "ما دل عليه لفظاً"¹، لأن الاعتصار لا يؤخذ بغير اللفظ الصريح لأنه إسقاط لحق بعد ثبوته.

1 أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاص التونسي: م:س، ص: 605.

وقد استعمل الفقهاء الرجوع بمعنى الإبطال، ومن ذلك قولهم: "الرجوع في الوصية إبطال لها"¹. وقولهم تبطل الوصية بقول الموصي "رجعت في وصيتي أو أبطلتها" أنه صريح في الرجوع². وفي هذا يقول ابن عاصم في التحفة³:

وللذي أوصى الرجوع ما يرى من غير ما بتل أو ما كبر

وهنا يطرح أمامنا السؤال التالي: إذا كان الوقف تبرعا يلزم الواقف بما تبرع به، هل التزام الواقف في هذه الحالة التزام قطعي لا رجوع فيه للواقف؟ أم أنه التزام ظني يحتمل الرجوع؟ بعد الوقوف على آراء الفقهاء، نجد أن مسألة التراجع عن الوقف بعد إنشائه صحيحة مستوفيا لكل شروطه الشرعية والقانونية عرفت اختلافا بينهم. فالرأي عند الحنابلة والشافعية أنه إذا صح الوقف صار لازما لا يفسخ بإقالة ولا غيرها، وينقطع تصرف الواقف فيه ولا يملك الرجوع عنه، ويزول ملكه عن العين الموقوفة.

أما الأحناف فالأصل عندهم عدم لزوم الوقف. وبالتالي يبقى للواقف حق الرجوع في وقفه كله أو بعضه متى شاء. أما المالكية فالرأي عندهم أنه إذا صح الوقف فهو لازم. ولا يمكن الرجوع فيه أبدا إلا إذا اشترط الواقف ذلك لنفسه⁴. وما يؤكد هذا ما جاء في الموطأ: "وسمعت مالكا يقول الأمر المجتمع عليه عندنا فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء. ليس بصدقة إن له أن يعتصر ذلك ما لم يستحدث الولد دينا يدانيه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء"⁵.

1 الكاساني: بدائع الصنائع: الجزء: 7، ص: 394.

2 منصور بن يونس بن ادريس البهوتي: كشف القناع عن متن القناع. مطبعة دار عالم الكتب بيروت. الجزء: 4 ص: 348.

3 شرح التحفة: لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م: س، ص: 336.

4 وهبة الزحيلي: الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، م: س، ص: 137.

5 الإمام مالك بن أنس: الموطأ، منشورات دار الأفاق الجديدة، الطبعة: الأولى، السنة: 1419 - 1998، كتاب الأفضية: باب الاعتصار في الصدقة.

ويبدو مما سبق أن مبعث الخلاف حول مسألة التراجع عن الوقف يرجع إلى كون مبدأ من "التزم بشيء لزمه"، باعتباره مبدأ يكرس قاعدة قانونية راسخة منذ القدم سواء في القضاء أو القانون وفي فقه المعاملات على السواء مما يجعل إهدار مفعول هذه القاعدة محل جدل ونقاش.

وهنا نجد المشرع المغربي فضل الخروج من دائرة الخلاف وذلك بتقريره في المادة 37 من مدونة الأوقاف إمكانية رجوع الواقف عن وقفه استثناء في حالتين هما:

❁ **الحالة الأولى:** إذا تعلق الوقف بموقوف عليه سيوجد مستقبلا وفوته الواقف قبل وجوده.

❁ **الحالة الثانية:** إذا اشترط الواقف في عقد الوقف الرجوع عنه عند افتقاره. وأخيرا نشير إلى مسألة التراجع عن الوقف تتطلب نفس شكلية إنشاء الوقف، وذلك عن طريق توثيق الرجوع والإشهاد عليه أمام شاهدين عدلين في وثيقة خاصة، تكون دليلا عليه يرجع إليها عند الاقتضاء. أما إذا تعلق الأمر بوقف مقام على عقار محفظ، فلا بد من تسجيل التراجع في الرسم العقاري ليكون حجة بين الأطراف وتجاه الغير.

الفقرة الثانية: عدم إلزامية ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية

الضمان بمعنى ضمن الشيء، أي جزم لصلاحيته وخلوه مما يعيبه¹. والضمان في فقه العقود إما ضمان استحقاق أو ضمان عيوب. وكلا الحالتين تجعل الضمان يتصل بمقومات ذاتية وخصوصية تجعله ليس تطبيقا محضا للقواعد العامة.

1 علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، منشورات درا الفكر العربي بالقاهرة، السنة: 1997، ص: 4.

والوقف باعتباره عقد تبرع يجعل الواقف غير ملزم بضمان استحقاق المال الموقوف وعيوبه الخفية، لكنه ملزم بضمان حيازة الموقوف عليه للمال الموقوف حيازة هادئة ونافعة، ولا تكون كذلك إلا إذا خلا المال الموقوف عند تسلمه من كل عيب قد يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له، أو ينقص من الانتفاع به، وعلى هذا الأساس سأناقش هذه النقطة في المحورين التاليين:

أولاً: عدم إلزامية ضمان الاستحقاق

ثانياً: عدم إلزامية ضمان العيوب الخفية.

أولاً: عدم إلزامية ضمان الاستحقاق:

يقصد بالاستحقاق لغة: طلب الحق، وفي الاصطلاح الفقهي هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله¹، والاستحقاق بذلك لا يكون إلا بحجة عادلة يسعى المدعي للإدلاء بها، وضمانه يعني الملكية الشرعية لمحل الالتزام وتمكين المستفيد من التمتع به دون منازع².

والأصل أن الواقف غير ملزم بضمان استحقاق المال الموقوف للجهة الموقوف عليها. كما أنه تبرع ينعدم فيه المقابل، والمبدأ العام أن ما لا عوض فيه لا ضمان فيه إلا ما استثنى، وهذا ما تبناه المشرع المغربي حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 39 على ما يلي: "الواقف غير ملزم بضمان استحقاق المال الموقوف من يد الموقوف عليه، ولا بضمان عيوبه الخفية".

لكن، رغم اعتماد المشرع المغربي لمبدأ عدم ضمان الاستحقاق باعتباره من تطبيقات القواعد العامة التي تطبق بدون نص أو شرط، نجده قد جعل الواقف مسؤولاً إذا كان العيب مؤثراً أي بلغ قدراً من الجسامة يضر بالمال الموقوف. حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 39

1 أبو الفضل جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، الجزء: 2، مطبعة دائرة المعارف، ص: 940

2 عبد الرحمن بلعكيد: م: س، ص: 230.

المشار إليها سالفا إلى ما يلي: "ويعتبر مسؤولا عن كل فعل - أي الواقف - عمدي أو خطأ جسيم صادر عنه ألحق ضررا بالمال الموقوف".

ومناطق مسؤولية الواقف هنا ترجع إلى سوء نيته حيث تعمد إلحاق الضرر بالمال الموقوف بسبب فعل عمدي أو خطأ جسيم صادر عنه، ومسؤوليته في هذه الحالة تعتبر مسؤولية تقصيرية مبنية على العمد والخطأ، وبالتالي فالمرجع هنا هو قانون الالتزامات والعقود المنظم لأحكام هذه المسؤولية، حيث ينص في الفصل 77 على ما يلي: "كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح له به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير. التزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول ذلك الضرر، وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر"¹.

أما الفصل 98 من ق. ل. ع فقد حدد الضرر الذي يجب تعويضه حيث ينص على ما يلي: "الضرر في الجرائم وأشبه الجرائم هو الخسارة التي لحقت المدعي فعلا والمصروفات الضرورية التي اضطر أو سيضطر إلى إنفاقها لإصلاح نتائج الفعل الذي ارتكب أضرارا به، وكذلك ما حرم من نفع في دائرة الحدود العادية لنتائج هذا الفعل. ويجب على المحكمة أن تقدر الأضرار بكيفية مختلفة، حسبما تكون ناتجة عن خطأ المدين أو عن تدليسه".

ثانيا: عدم الزامية ضمان العيوب الخفية:

يقصد بالعيب الخفي العيب غير الظاهر الذي يستطيع الموقوف عليه أن يتبينه لو أنه فحص المال الموقوف بعناية الرجل العادي. والمبدأ العام هو لا ضمان على الواقف، باستثناء

¹ ينص الفصل 78 من نفس القانون على ما يلي: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط، ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف يكون عديم الأثر". والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وكذلك من غير قصد لإحداث الضرر."

ما تعمد إخفائه من العيوب والتي يعلم أنها تسبب أضرارا بالمال الموقوف، حيث يعتبر في هذه الحالة مسؤولاً، ومناطق مسؤوليته ليس هو الإخفاء، وإنما تعمد إحداث الضرر. و ذلك استناداً إلى أحكام الفصل 77 من ق. ل. ع. م المشار إليه سابقاً ومقدار التعويض في هذه الحالة لا يجب أن يتعدى الضرر الحاصل، حيث يعرض الموقوف عليه عما سببه العيب من الضرر، بناءً على معيار موضوعي يحدد جسامته الخطأ، دون الإغفال عن كون الوقف يقوم على أساس التبرع.

المطلب الثاني: آثار قيام الوقف العام بالنسبة للموقوف عليه

تنصرف آثار الوقف بالنسبة للموقوف عليه إلى حق استعماله واستغلاله تبعاً لشرط الواقف (الفقرة الأولى) كما يجب عليه بذل العناية بالمال الموقوف. وذلك بعمل كل ما يجلب فائدة له ومنع أي ضرر عنه في إطار التقيد بشروط الواقف والقواعد القانونية الخاصة به (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: استعمال المال الموقوف واستغلاله

يعطي القانون للموقوف عليه حق استعمال المال الموقوف استعمالاً شخصياً كاتخاذ مسكناً إذا كان العقار الموقوف داراً، كما يتمتع بجميع الحقوق المقررة لفائدة هذا العقار. وهنا تنص المادة 41 من مدونة الأوقاف على ما يلي: "إذا انصب الوقف على عقار فإن للموقوف عليه أن يتمتع بجميع الحقوق المقررة لفائدة العقار الموقوف، وبكل الزيادات التي تلحق به عن طريق الالتصاق". كما يحق له الانتفاع بشماره إن كان أشجاراً أو حرثه إن كان أرضاً.

ويعطي القانون للموقوف عليه حق استغلال المال الموقوف سواء بصفة مباشرة أو يفوت حقه إلى الغير، وهنا تنص المادة 40 من المدونة على ما يلي: "يحق للموقوف عليه أن

يستعمل المال الموقوف وأن يستغله وفق شرط الواقف بكيفية تتوافق مع الأغراض المتوخاة من الوقف. ويجوز له أن ينتفع بالمال الموقوف بنفسه، أو يفوت حق الانتفاع به إلى الغير ما لم يكن حق الوقف مقصورا على شخصه"¹.

وإضافة إلى هذا يمكن للموقوف عليه أن يرتب لفائدة العقار الموقوف حقوقا عينية تزيد من قيمته وتعتبر في هذه الحالة وقفا مثله"².

الفقرة الثانية: العناية بالمال الموقوف

يقتضي الوقف قيام الموقوف عليه ببذل ما في وسعه من جهد لحماية المال الموقوف، من أي اعتداء باعتباره حارسا للمال الموقوف، وهنا تنص المادة 45 من المدونة على ما يلي: "يجب على الموقوف عليه أن يبذل في حفظ المال الموقوف العناية التي يبذلها في حفظ أمواله، ويسأل عن كل ضرر يصيب المال الموقوف بخطئه أو إهماله أو تقصيره. ويعتبر حارسا للمال الموقوف، ويتحمل مسؤولية الأضرار المترتبة عن الإخلال بواجب الحراسة". كما تجب عليه عمارة الوقف وإصلاحه، وهذه أهم واجباته، لأن إهمال الوقف يؤدي لا محالة إلى خرابه والإضرار به، مما يعرض الموقوف عليه في هذه الحالة لتحمل مسؤوليته وهنا تنص المادة 46 من المدونة على ما يلي: "إذا تهدم العقار الموقوف كلاً أو جزءاً فلا يلزم الموقوف عليه بإعادة بنائه، ما لم يكن ذلك ناتجاً عن خطئه أو إهماله أو تقصيره".

وفي الأخير نشير إلى أن حق الموقوف عليه في الانتفاع بالمال الموقوف قد يمارسها في حالات حددها المشرع في المادتين 47 و49 من المدونة.

1 نظم المشرع المغربي أحكام كراء الأموال الموقوفة وقفا عاما سواء الكراء الفلاحي، أو كراء الرباع بمقتضى المواد 80 إلى 102 من المدونة.

2 تنص المادة 43 من المدونة على ما يلي: "يجوز للموقوف عليه أن يرتب لفائدة العقار الموقوف حقوقا عينية تزيد في قيمته، وتعتبر في هذه الحالة وقفا مثله".



الباب الأول
خصوصيات نظم حماية
الأوقاف العامة



الباب الأول: خصوصيات نظم حماية الأوقاف العامة

إن البحث في خصوصيات نظم حماية الأوقاف العامة يجعل الباحث متأكدا من راهنية وضع منظومة تشريعية خاصة بالوقف، كما أن بحث هذه الخصوصيات يوضح بجلاء استحالة الاعتماد على الأنظمة الغربية وتطويرها من أجل حل القضايا والإشكالات التي يطرحها موضوع الوقف، ذلك أن هذا أمر لا يمكن تصوره، وهو ما حدا بالمشرع المغربي إلى البحث في ذخائر الفقه الإسلامي، واعتماد أهم القواعد الفقهية المعتبرة، واستخراج كنوز قواعده، إضافة إلى توظيفه لبعض الاجتهادات القضائية المتواترة، وبعض التشريعات الجاري بها العمل، خصوصا ما يتعلق بجانب الرقابة المالية.

وما جعلني أربط نظم الحماية بالأوقاف العامة، هو محاولة الوقوف على مقتضيات هذا النوع من الحماية المقررة للوقف العام، والتي أرى أنها ستساعده على الخروج من دائرة المشاكل التي تحيط به، كما أنها ستعمل على بعث النشاط والحيوية في مؤسساته، إضافة إلى بيان الإمكانيات المتاحة لتطويره، وتنميته لأجل تحقيق الأهداف المرجوة منه، ولاشك أن مدونة الأوقاف قد جاءت بمقتضيات حمائية جديدة جديرة بالاعتبار.

وللوقوف على كل هذه المقتضيات سأقسم هذا الباب على الشكل التالي:

الفصل الأول: خصوصيات القواعد الموضوعية لحماية الوقف العام

الفصل الثاني: خصوصيات القواعد الإجرائية لحماية الوقف العام.

الفصل الأول:
خصوصيات القواعد الموضوعية
لحماية الوقف العام

الفصل الأول: خصوصيات القواعد الموضوعية لحماية الوقف العام

تتمثل أهم خصوصيات القواعد الموضوعية لحماية الوقف العام في الاعتراف بالشخصية الاعتبارية له، والتي تجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وبالتالي فالوقوف عند عناصر هذه الشخصية وتحليلها للوصول إلى النتائج المترتبة عنها كان ضرورة لا محيد عنها، كما أن استعراض وتحليل مبادئ تنظيم مالية الأوقاف العامة ومراقبتها يبقى أمرا ذا أهمية كبيرة، خصوصا عندما نعلم أن المدونة نصت على تدابير وآليات جديدة تبقى الغاية منها المحافظة على مؤسسة الوقف وحمايتها، وملاءمتها مع مستجدات التغيرات الاقتصادية وتطورات الحياة الاجتماعية، والاستفادة من الإمكانيات المتاحة في مجال الاستثمار لانخراطها في عجلة التنمية .

ومن أجل الإحاطة بجوانب هذه القواعد سوف أقسم هذا الفصل على الشكل التالي:

الفرع الأول: الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف العام

الفرع الثاني: مالية الأوقاف العامة: مبادئ التنظيم وضبط آليات الرقابة.

الفرع الأول
الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف العام



الفرع الأول: الإعراف بالشخصية الاعتبارية للوقف العام

إن فكرة الشخصية الاعتبارية للوقف العام فكرة فرضت نفسها بحدّة، لأن عملية التحسيس في حد ذاتها تقتضي خروج العين الموقوفة عن ذمة الواقف، حيث تصبح لها مكانتها الخاصة التي تميزها عن بقية أملاكه الأخرى، وذلك بدخولها في نظام الوقف الذي يكسبها شخصية أخرى متميزة عن الواقف والموقوف عليه.

وباعتراف المشرع المغربي بهذه الشخصية للوقف العام منذ إنشائه، فإنه يكون قد أضفى عليه ضمانات تشريعية تحافظ عليه، وتيسر استقراره، وتساعد على تنميته، وتؤهله لدخول نطاق الحماية القانونية. كما أن هذا الاعتراف يشكل الوسيلة التي يتحقق عن طريقها المشرع من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الاجتماعي، وذلك بالتحقق من هدفه وقدره في ميزان القيم الاجتماعية، ومدى حاجته إلى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه¹.

وقد تبنى المشرع المغربي طريقة الاعتراف القانوني لاكتساب الوقف العام للشخصية الاعتبارية، حيث يقتضي هذا الاعتراف إنشاء الوقف بعقد أو بوصية أو بقوة القانون، مع ضرورة الإشهاد عليه وحيازته قبل حصول المانع.

و سأحاول في هذا الفرع تلمس مقومات الشخصية الاعتبارية للوقف العام وذلك من خلال البحث في عناصرها، مبرزة أحكامها وقواعدها، ثم استعراض النتائج المترتبة عن اكتساب الوقف العام لهذه الشخصية. وعليه سأقسم هذا الفرع على الشكل التالي:

المبحث الأول: عناصر الشخصية الاعتبارية للوقف العام

المبحث الثاني: نتائج الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف العام.

¹ F.Benac-shmidt, Essai sur la notion d'être personne morale nouveau. Réflexions sur son aspect fiscal D;1992, chr.37.

المبحث الأول: عناصر الشخصية الاعتبارية للوقف العام

يتمتع الوقف العام بالمغرب بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وذلك حسب الفقرة الأخيرة من المادة 50 من مدونة الأوقاف التي تنص على ما يلي: "يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني".

وبهذا يكون المشرع المغربي قد حسم الجدل القائم حول مدى إمكانية اكتساب الوقف العام لهذه الشخصية، وقد سبقته إلى هذا عدة تشريعات مقارنة منها المشرع الليبي، والمشرع المصري، اللذان اعتبرا الوقف من الأشخاص الاعتبارية، كما اعتبرت محكمة النقض السورية الوقف سواء كان خيريا أو ذريا شخصا اعتباريا¹، وفكرة الشخص المعنوي بمفهومها الحديث صفة يمنحها القانون لمجموعة من الأشخاص أو الأموال قامت لغرض معين، بمقتضاها تكون هذه المجموعة شخصا جديدا متميزا عن مكوناتها، ويكون أهلا لتحمل الواجبات واكتساب الحقوق².

وهي بذلك لا تتنافى مع أحكام الفقه الإسلامي، بل تؤكد بها بصورة واضحة ومكتملة، لأن الفقه الإسلامي رغم عدم تعريفه بشكل واضح ودقيق لفكرة الشخص الاعتباري، إلا أن آراء الفقهاء في مختلف المذاهب الإسلامية تبين بجلاء تام مقومات الشخصية الاعتبارية للوقف العام والتي من عناصرها: الأهلية اللازمة له، ووجود ذمة مستقلة، وممثل قانوني يعبر عن إرادته.

لهذا سأحاول من خلال هذا المبحث دراسة عناصر الشخصية الاعتبارية للوقف العام،

1 جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوى الإسلامية، الطبعة الأولى، السنة: 2001، ص: 67.

2 عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج: 1، م، س، ص: 288.

وذلك من خلال نصوص القانون، وآراء الفقهاء، وأحكام القضاء، وذلك لاستجلاء أحكامها العامة. وعليه سأقسم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: الأهلية والذمة المالية للوقف العام

المطلب الثاني: اسم وموطن الشخص الاعتباري وتمثيله القانوني.

المطلب الأول: الأهلية والذمة المالية للوقف العام

إن من أبرز سمات اكتساب الوقف العام للشخصية الاعتبارية تمتعه بأهلية تؤهله لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وذمة مالية تختلف تماما عن ذمم الأشخاص المكونين له، ذلك أن من يملك الذمة يملك الأهلية وهذا من أهم عناصر الشخصية الاعتبارية.

ولإحاطة بجوانب هذين العنصرين سأقسم هذا المطلب على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: أهلية الوقف العام

الفقرة الثانية: الذمة المالية للوقف العام.

الفقرة الأولى: أهلية الوقف العام

تنقسم الأهلية بصفة عامة إلى أهلية وجوب وأهلية أداء¹.

فالأولى يكتسبها الوقف العام منذ نشأته، أي من تاريخ الاعتراف به، لكنها محدودة لا تتجاوز الغرض الذي أنشئ من أجله. أما أهلية الأداء فهي ترتبط بالتمييز والإدراك، وهما صفتان لصيقتان بالإنسان، حيث يستحيل تمتع الشخص الاعتباري بهما، فليس له تمييز بحكم طبيعته

1 الأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، فالأولى حسب المادة 207 من مدونة الأسرة هي: "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها"، أما الثانية فهي حسب المادة 208: "صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاد تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها".

إذ ليست له بذاته إرادة، وهو ما يقتضي أن يقوم عنه أشخاص طبيعون بمباشرة نشاطه القانوني ويعملون لحسابه، حيث تنصرف الآثار القانونية لهذه الأعمال للشخص الاعتباري مباشرة. وهذا ما جعل المشرع المغربي يقرر أن الممثل القانوني للوقف العام هي إدارة الأوقاف حيث تعبر عن إرادته كما تباشر جميع الأنشطة القانونية المختلفة الخاصة به ولحسابه.

الفقرة الثانية: الذمة المالية للوقف العام

لعل من أبرز عناصر الشخصية الاعتبارية للوقف العام تمتعه بالذمة المالية، وهذه الذمة تبقى للوقف العام بقاء الشخصية الاعتبارية، فإذا انقضت هذه الأخيرة انقضت الذمة المالية بالضرورة، لأنها تعبير عن المضمون المادي لهذه الشخصية.

وتعريف الذمة المالية لم يحظ كثيرا باهتمام التشريعات، إلا أن الفقه اختلف في ذلك والتعريف الذي تؤيده استعمالات الفقهاء لتعريف الذمة هو أنها " ما للشخص - سواء كان طبيعيا أو اعتباريا - وما عليه من حقوق والتزامات مالية، وهي بهذا تكون وحدة متماسكة مترابطة من الحقوق والتزامات المالية المتقابلة¹ .

ومن هنا يمكن القول إن الذمة المالية للوقف العام - باعتباره شخصا اعتباريا - هي

1 الذمة المالية هي مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية، فالذمة هي مجموع الحقوق والتزامات. فالحقوق تكون الجانب الإيجابي، أما الالتزامات فإنها تكون الجانب السلبي لها، ذلك أن ما للشخص من حقوق يكون في مجموعة قيمة معينة بصرف النظر عن العناصر المكونة له هذه القيمة التي يتكون منها الجانب الإيجابي تضمن تنفيذ الالتزامات المكونة للجانب السلبي. بمعنى أنه يمكن للدائنين الحجز على هذا الجانب الإيجابي والتنفيذ لاستيفاء حقوقهم منه. ولهذا فإن الجانب السلبي ينقص من الجانب الإيجابي، وقد يزيد الجانب الإيجابي على السلبي، أي تزيد حقوق الشخص على التزاماته فيكون موسرا. وقد يحدث العكس أي تزيد الالتزامات على الحقوق فيكون الشخص معسرا.

والذي يدخل في الاعتبار هنا هو مجموع الحقوق والتزامات التي لها قيمة مالية، فلا يدخل في الذمة المالية ما للشخص من حقوق غير مالية مثل الحقوق العامة، للمزيد من الاطلاع أنظر:

- فوزي كمال أدهم: أبحاث في القانون المدني، م، س، ص: 91.
- عبد الكريم الطالب: مركز الفقه الإسلامي في القانون المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة الجامعية: 1995/1996، ص: 117.
- ابراهيم فكري: المدخل لدراسة القانون، الطبعة: الأولى، السنة: 2001/1422، ص: 233.

مجموع الحقوق والالتزامات المالية التي تكون له أو عليه، والتي لا تدخل فيها حقوق أو التزامات، الأفراد الطبيعيين الذين قاموا بإنشائه¹.


غير أنه، ومما يحتاج إلى توضيح في هذا الصدد هو: هل الذمة المالية للوقف العام ذمة مالية واحدة أم هي مجموعة من الذمم المتفرقة؟

هذا السؤال من الأهمية بمكان لأن بداية كل وقف عام تتم بتخصيص منفعة ابتداءً أو مآلاً لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة، والجهات بطبيعة الحال كثيرة ومتعددة، ووحدة الذمة المالية تعني انفراد كل واحدة منها بذمة مالية مستقلة تعمل على أساس استقلال شخصيتها، حتى ولو اجتمعت كلها أو بعضها تحت إشراف مؤسسة واحدة، وبالتالي انفراد كل منها بحقوقها والتزاماتها.

الأصل هو الحفاظ على خصوصية كل وقف، وكل جهة وإن كانت تحت إشراف إدارة واحدة، وذلك لصرف ريع الوقف للجهة التي وقف عليها الوقف.

لكن السؤال المطروح هنا هو: هل جهات الوقف العام لو اجتمعت كلها أو بعضها تحت إشراف مؤسسة واحدة يكون لكل جهة منها ذمة مستقلة، وبالتالي لا يجوز التداخل بين حقوقها والتزاماتها وبين حقوق والتزامات جهة أخرى؟

باستقراء آراء الفقهاء حول هذه المسألة نجد أنها تنقسم إلى ثلاثة آراء:

 الرأي الأول: يقول بجواز صرف الفائض من أموال الوقف إذا اتحدت الجهة الموقوف عليها والوقف، وفي غير ذلك لا يجوز الإنفاق².

1 محمود جمعة الزريقي: م: س، ص: 65.

2 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، م الجزء: 8، ص: 401.

☀️ الرأي الثاني: عدم جواز إنفاق الفائض من أموال الوقف على وقف آخر مطلقاً، وأن يستغل الفائض في عمارة الوقف أو التوسعة فيه ¹.

☀️ الرأي الثالث: جواز صرف الفائض في المساجد التي تزيد عن حاجتها لصالح مساجد أخرى لاتحاد الجهة الموقوفة عليها ووحدة غرضها على الرغم من تعدد الواقفين ².

والذي يظهر رجحانه من هذه الآراء، هو جواز التصرف في جميع الأموال المرصودة لجهة واحدة كالمساجد مثلاً، حيث ينظر إلى جميع موقوفاتها الواقعة تحت إدارة الوقف كذمة واحدة حسب المصلحة الراجحة.

لكن تقديم مصالح الموقوف عليه من وقفه الخاص به على غيره يبقى أولى، وإذا فضل أو اقتضت المصلحة غير ذلك، صرف منه إلى بقية الموقوف عليه من نفس الجهة. وبالتالي فنص الواقف هنا كنص الشارع في الفهم والدلالة، أي أن مقصوده يفهم من وجوه متعددة، كما يفهم مقصود الشارع.

وفي السياق نفسه، يطرح تساؤل آخر هو: هل يمكن أن ينظر إلى جهات الخير كلها كأنها جهة واحدة، يصرف من ريعها على الجميع حسب أولوية المصالح؟

1 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: م:س، ص:391.

2 سئل أبو عبد الله القوري رحمه الله عن جواز الانتفاع بما قصد به وجه الله ببعضه ببعض فأجاب بما نصه: "الجواب والله الموفق للصواب بمنه وفضله أن المسألة ذات خلاف في القديم والحديث، وأن الذي به الفتيا إباحة ذلك وجوازه، وتسويغه وحليته لأخذه . وهذا مروى عن ابن القاسم، رواه عنه ابن حبيب بن أصبغ، وبه قال عبد الملك بن الماجشون وأصبغ، وأن ما قصد به وجه الله يجوز أن ينتفع ببعضه فب بعض إن كانت لذلك الحبس غلة واسعة، ووفر بين كثير، يؤمن من احتياج الحبس إليه حالاً ومآلاً. وبالجملة أفنى ابن رشد رضي الله عنه برم مسجد من وفر مسجد غيره، ولهذا ذهب الأندلسيون خلاف مذهب القرويين، وبه قال ابن القاسم والأصح الجواز".

المرجع السابق نفسه.

بالرجوع إلى فتاوى فقهاء المالكية يمكن أن نخلص إلى استنتاج الآراء التالية:

☀️ الرأي الأول: الأحباس كلها - إذا كانت لله - بعضها من بعض، وذلك مقتضى فتوى أبي محمد العبدوسي¹.

☀️ الرأي الثاني: نقل فتوى بهذا الشأن للبرزلي وابن ماجشون وغيرهم، وجاء فيها أيضا " قال أصبغ وابن ماجشون: إن ما يقصد به وجه الله يجوز أن ينتفع ببعضه من بعض، وروى أصبغ عن ابن القاسم مثل ذلك في مقبرة قد كفت فيني قوم عليها مسجدا: لم أر به بأسا، قال وكذلك ما كان لله فلا بأس أن يستعان ببعضه على بعض، وقد رأى بعض المتأخرين أن هذا القول أرجح في النظر لأن استفاء الزائد في سبيل الخير أنفع للمسجد وأنى لأجره².

☀️ الرأي الثالث: في الجواب عن جمع أحباس فاس: يجوز جمعها وجعلها نقطة واحدة وشيئا واحدا لا تعدد فيه³.

من هذه الفتاوى كلها نستنتج جواز النظر إلى جميع جهات الوقف نظرة واحدة قائمة على ذمة واحدة حسب المصالح المعتبرة، و لعل الراجح هو ما قال به شيخ الإسلام ابن تيمية في أن يربط التصرف في أموال الوقف بالمصالح الراجحة أكثر من غيرها، حيث قال - بعد تقريره جواز تغيير الوقف وبيعه: "فتتبع مصلحة الوقف ويدار مع المصلحة حيث كانت وقد ثبت عن الخلفاء الراشدين كعمر وعثمان أنهما غيروا صورة الوقف للمصلحة، بل فعل عمر ما هو أبلغ من ذلك حيث حول مسجد الكوفة القديم فصار سوق التمارين وبنى لهم مسجدا آخر في مكان آخر والله أعلم⁴.

1 حسني العلمي: كتاب النوازل، الجزء:2، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1989، ص: 114/113.

2 حسني العلمي: المرجع السابق، ص: 344-345.

3 المرجع السابق نفس الصفحة.

4 ابن تيمية أحمد بن عبد السلام: مجموع فتاوى ابن تيمية، م:س، ص:361.

(...)

ويبدو أن هذه الآراء تنسجم تماما مع روح الوقف، لأن نقل بعض مال الوقف من جهة لجهة أخرى أكثر نفعاً، أو صرف فائض وقف معين على وقف آخر يحتاج إلى ذلك، يحقق ولا شك المصالح المعتبرة من الوقف. ولعل هذا ما جعل المشرع المغربي يتبنى وحدة الذمة المالية للوقف العام، حيث تنص المادة 133 من مدونة الأوقاف على ما يلي: "تشكل مجموع الأوقاف العامة ذمة مالية واحدة مستقلة، تشمل على جميع الأموال الموقوفة وقفا عاما، وعائداتها وكل الأموال الأخرى المرصودة لفائدتها".

وحسنا فعل المشرع من خلال هذا الموقف لأن وحدة الذمة تجعل الجانب الإيجابي لهذه الذمة مسؤولاً عن الجانب السلبي وضامناً له، ذلك أنه ليس لجميع الأوقاف العامة بالمغرب من الربيع ما يكفي لسد جميع احتياجاتها.

المطلب الثاني: اسم وموطن الشخص الاعتباري وتمثيله القانوني

إضافة إلى أهلية الوقف العام وذمته المالية، نجده كذلك يحمل اسماً يميزه عن باقي الأشخاص الاعتبارية الأخرى، وموطناً مستقلاً به، وممثلاً قانونياً له كامل الصفة في التعبير عن إرادته.

وللإحاطة بهذه العناصر، سأقسم هذا المطلب على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: اسم وموطن الشخص الاعتباري

الفقرة الثانية: الصفة في التقاضي.

الفقرة الأولى: اسم وموطن الشخص الاعتباري

لاستكمال عناصر الشخصية الاعتبارية للوقف العام لا بد له من اسم وموطن خاص به يتميز بهما عن غيره.

أولاً: اسم الشخص الاعتباري:

يصنف الاسم على أنه من حقوق الشخصية في الفقه الحديث، تأسيساً على أنه يعتبر الوسيلة الأساسية التي تميز ذات الشخص عن غيره¹، والاسم بهذا الاعتبار لا يعتبر حقاً مالياً، لأنه لا يجوز التعامل فيه. والقانون يشترط أن يتخذ كل شخص اعتباري اسماً يميزه عن غيره، ويتعين أن يختار المؤسسون الاسم عند إنشائه، أو ينص عليه في السند المنشئ له².

والاسم عادة هو اللفظ الذي يستخدم لتحديد شخص اعتباري بعينه ويميزه عن غيره، وبهذا يكون الوقف العام متميزاً باسمه عن باقي الأشخاص الاعتبارية الأخرى بمجرد إنشائه، لأن لفظ الوقف يعبر بشكل واضح عن معناه والغاية من إنشائه.

ونظراً لأهمية هذا العنصر في القانون فإنه يقرر له نفس الحماية التي يقرها لاسم الشخص الطبيعي، وأن إغفال ذكره في السند المنشئ يؤدي إلى عدم الاعتراف بالشخصية القانونية له.

1 حول ماهية الاسم، ووظائفه أنظر:

- محمد الشافعي: الاسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، السنة: 2004، ص: 6 وما بعدها.
- عز الدين مرزا: الاسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة، مطبعة الحامد للنشر والتوزيع بعمان، الطبعة الثانية، السنة: 2007، ص: 18 وما بعدها.

2 - M. Dagat. Le nom des personnes morales. J.C. P,92,I/ 3579 ,R. plaisant, les dénominations des associations, gaz.pal.1982, I, doctr,34.

ثانياً: موطن الشخص الاعتباري:

يتمتع الوقف العام بصفته شخصاً اعتبارياً بموطن خاص به ومستقل عن موطن أعضائه، وهذا الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته.

ويتميز موطن الوقف عن باقي الأشخاص الاعتبارية الأخرى في كونه لا يشكل عائقاً تشريعياً، كما لا يحد من خلق أوقاف جديدة خارج حدود الموطن الذي ينتمي إليه، وما يعزز هذا القول هو وجود أوقاف في المغرب مثلاً لصالح مكة المكرمة أو القدس الشريف، وهي نماذج عملية تفاعل من خلالها المسلمون مع الوقف خارج الأطر الجغرافية المحلية.

والسبب في ذلك أن عنصر الموطن كان متوافراً في النظام الإسلامي قبل تبنيه من طرف

القانون الوضعي، حيث نجده أشمل وأرقى من النظام القانوني الضيق المعروف بإقليميه¹.

وتتجلى أهمية الموطن كأحد عناصر الشخصية الاعتبارية في كونه المقر المعتبر قانوناً لمخاطبة الشخص الاعتباري فيما يتعلق بنشاطه القانوني²، حيث يسهل التعامل معه سواء عند تبليغ أو تلقي المراسلات الواردة عليه أو الصادرة عنه، أو حتى معرفة المحاكم المختصة في الدعاوى المرفوعة من قبله أو ضده، كما يساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق في حال النزاع.

الفقرة الثانية: الصفة في التقاضي

أصبح الوقف العام -باكتسابه للشخصية الاعتبارية- مالكا لحق التقاضي الذي يخول له رفع الدعاوى للدفاع على مصالحه أمام القضاء سواء كان مدعياً أو مدعى عليه.

1 جمعة محمود الزريقي: م:س، ص:101.

2 نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم: المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، السنة: 2005، ص: 185.

ولممارسة هذا الحق لابد من التوفر على الصفة -باعتبارها ولاية مباشرة الدعوى- والتي يستمددها المدعي من كونه صاحب الحق، أو ممثله القانوني، الذي يثبت صفته في تمثيل الشخص الاعتباري الذي ترفع الدعوى باسمه.

وشرط الصفة يثيره القاضي تلقائيا حسب الفقرة الثانية من الفصل الأول من ق.م.م.¹

وهذا الشرط لا يتعلق بالمدعي وحده بل يشمل المدعى عليه أيضا، لأن الدعوى ترفع من ذي صفة على ذي صفة كما يقال.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 50 من مدونة الأوقاف، نجد أن إدارة الأوقاف هي

الممثل القانوني للأوقاف العامة بالمغرب. وعليه، إذا رفع وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية أو من ينوب عنه دعوى باسم الأوقاف العامة، ففي هذه الحالة تتوفر الصفة في الدعوى للأوقاف العامة، والصفة في التقاضي لوزير الأوقاف²، أو من ينوب عنه، الذي ليس عليه سوى إثبات صفته في تمثيل الشخص الذي ترفع الدعوى باسمه.

وفي هذا الصدد، ورد في أحد قرارات المجلس الأعلى ما يلي:

"حيث تبين صحة ما عابته الطاعنة على القرار، فطالبو التحفيظ اعتمدوا في طلب تحفيظ العقار محل النزاع على عقد الحبس، وهم بذلك يقرون بأن هذا العقار محبس، لأن من أدلى بحجة فهو قائل بما فيها، كما أن ناظر الأحباس له الصفة في المحافظة على الأصول

¹ يجب التمييز بين الصفة في الدعوى، والصفة في التقاضي: فالأولى تعني: أن الدعوى لا تقبل إلا إذا كان المدعي يدعي حقا أو مركزا قانونيا لنفسه، أما الثانية فهي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات باسم غيره. للمزيد من التوسع أنظر:

- محمد بفقير: قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، العدد: 5، الطبعة الثانية، السنة: 2009، ص: 16 و17.
- عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، السنة: 2009، ص: 157.

² ورد في أحد قرارات المجلس الأعلى ما يلي: إن الفقرة الثانية من الفصل الأول من ق.م.م تنص على أن القاضي يثير تلقائيا انعدام الصفة أو الأهلية أو المصلحة أي الإذن بالتقاضي إن كان ضروريا وينذر الطرف بتصحيح المسطرة.

قرار عدد: 528 صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ: 1982/02/26 ملف مدني عدد : 2790، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد: 46، السنة: نونبر/ دجنبر 1986، ص: 69.

المحسنة، والتعرض على العقارات المراد تحفيظها كأمالك خاصة، وأن القرار المطعون فيه لما اعتبر ناظر الأحباس لا صفة له في التعرض على المطلب فقد جاء غير مرتكز على أساس"¹.

وورد في حكم آخر صادر عن المحكمة الابتدائية بشفشاون ما يلي²:

"وحيث دفع الطرف المدعى عليه بأن الدعوى في مواجهة نظارة الأوقاف، وليست في مواجهة ممثلها القانوني، وعقب الطرف المدعي بأنه لا ضرر في ذلك مادامت قد عرفت الجهة المعنية بالدعوى، غير أن هذا الدفع مردود عليه بأن عدم إدخال الممثل القانوني في الدعوى من شأنه أن يخلق صعوبة في التنفيذ، إذا ما صدر حكم على نظارة الأوقاف، الأمر الذي تبقى معه الدعوى معيبة شكلا للأسباب المذكورة أعلاه، ويتعين بالتالي التصريح بعدم قبولها وإبقاء الصائر على رافعها".

ونفس هذه القاعدة تطبق على ممثلي الأشخاص الاعتبارية الأخرى، كالدولة والبلديات والجماعات المحلية، حيث ترفع الدعوى ضد الدولة في شخص رئيس الحكومة، وضد الخزينة العامة في شخص الخازن العام، والجماعات الترابية في شخص العامل بالنسبة للعمال والأقاليم، ورئيس الجماعة بالنسبة للجماعة³. وعليه فإن الشخص الاعتباري هو الطرف الأصلي في الدعوى، وإن كانت القاعدة أن الشخص المعنوي يتقاضى عن طريق ممثله

¹ قرار رقم: 2923 صادر بتاريخ: 2000/06/13 ملف مدني عدد: 9/1/1642، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج: 60/59 يناير/يوليوز 2002، ص: 24.

² حكم عدد: 01/173 مؤرخ في 21/11/2001 ملف رقم: 10/01/57 منشور ضمن سلسلة دراسات وأبحاث تحت عنوان: النظام القانوني للأمالك الوقفية، الجزء الأول، جمع وتنسيق زكرياء العماري، ص: 225.

³ ينص الفصل 515 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "ترفع الدعوى ضد:

- الدولة، في شخص الوزير الأول وله أن يكلف بتمثيله الوزير المختص عند الاقتضاء؛
- الخزينة، في شخص الخازن العام؛
- الجماعات المحلية، في شخص العامل بالنسبة للعمال والأقاليم، وفي شخص رئيس المجلس القروي بالنسبة للجماعات؛
- المؤسسات العمومية، في شخص ممثلها القانوني؛
- مديرية الضرائب، في شخص مدير الضرائب فيما يخص النزاعات المتعلقة بالقضايا الجبائية التي تدخل ضمن اختصاصاتها".

القانوني، فإن هذا الممثل لا يعتبر طرفاً في الدعوى، وأن الإجراءات التي يباشرها تعتبر صادرة مباشرة من الشخص الاعتباري.

وحسب المادة 56 من المدونة فإن الأوقاف العامة، تمثل أمام القضاء مدعية أو مدعى عليها من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف أو من تنتدبه لهذا الغرض، وهنا تمثل أمام القضاء كطرف أصلي، كما يمكنها أن تمثل كطرف مدخل، وذلك في دعوى ضمان الاستحقاق التي يرفعها المعاوز له لإمكانية إعمال الخيار بين الاسترداد الجزئي للثمن، وبين فسخ العقد واسترداد كامل الثمن، وهذا ما يستفاد من نص المادة 71 من المدونة.

المبحث الثاني: نتائج الاعتراف للوقف العام بالشخصية الاعتبارية

بعد استجلاء عناصر الشخصية الاعتبارية للوقف العام، لا بد من الوقوف على نتائج الاعتراف بهذه الشخصية، التي أصبح الوقف العام بمقتضاها شخصاً قانونياً لديه الأهلية لاكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات بمعزل عن من يقوم بإدارته.

وتحدد نتائج الاعتراف للوقف العام بالشخصية الاعتبارية من خلال تحديد قواعد المسؤولية بشكل يؤصل لهذه القواعد، كما أن مسألة التعويض عن الاعتداء المادي على الأملاك الموقوفة وفقاً مما تندرج هي الأخرى ضمن هذه النتائج، إضافة إلى تمتيع الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة بحق الامتياز.

ولإحاطة بهذه النتائج جميعها ارتأيت تقسيم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: تحديد قواعد المسؤولية

المطلب الثاني: التعويض عن الاعتداء المادي

المطلب الثالث: تمتيع الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة بحق الامتياز.

المطلب الأول: تحديد قواعد المسؤولية

يمكن القول إن المشرع المغربي، قد وضع نظاما قانونيا شاملا وواضح المعالم لمختلف قواعد المسؤولية، سواء المتعلقة بأطراف عقد الوقف، أو الأجهزة المكلفة بتدبيره أو المتعاقدة معه، أو الغير.

وبهذا يكون قد أكمل بناء الإطار القانوني لمؤسسة قانونية في غاية الأهمية، ستشكل لا محالة المرجع القانوني، ومحطة الانطلاقة الوحيدة لأي تأصيل نظري أو تأسيس لدعوى في الوقف العام كشخص اعتباري معترف له بهذه الشخصية قانونا، أو في حق ناظر الوقف باعتباره من أهم الأشخاص الموكول إليهم أمر تدبير قطاع الأوقاف العامة.

وبالرجوع إلى الفصلين 79 و 80 من ق.ل.ع.م، والمادتين 50 و 145 من مدونة الأوقاف نجد المشرع المغربي قد أسس لنوعين من المسؤولية أولهما: المسؤولية التقصيرية الشخصية لناظر الوقف، وأساسها التدليس والخطأ الجسيم. والثانية: المسؤولية الإدارية للوقف العام كشخص اعتباري، والمبنية أساسا على الخطأ وتحمل التبعة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المسؤولية الشخصية لناظر الوقف

نظرا للدور الحيوي الذي يقوم به المال الموقوف، كان لا بد من إقرار ولاية خاصة عليه ترعاه وتضمن بقاءه، وتعطي الحق لمن تثبت له في القيام برعاية شؤونه، تسييرا وضبطا وتنمية.

وتتجلى أهمية الولاية على الوقف في كونها تربط الوقف بنتائجه، وبدونها لا تكون هناك فوائد أو ثمار تجتنى من ورائه¹.

والولاية على الوقف العام بالمغرب تعهد -تحت الإشراف المباشر لجلالة الملك باعتباره الناظر الأول، إلى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، التي تنتدب بدورها لهذا الغرض

¹ محمد المهدي: الوجيز في أحكام الولاية على الوقف العمومي، مجلة دعوة الحق، العدد: 17، مطبعة فضالة بالمحمدية، السنة: 2004/1425، ص: 13.

نظارا للأوقاف حسب التقسيم الترابي للمملكة¹.

وناظر الوقف بذلك يكون المسؤول الأول داخل منطقة نفوذه الترابي على جميع الأملاك الحسبية، حيث يعهد إليه باعتباره موظفا عموميا أمر تمثيل الوزارة، كما يعتبر حارسا على أوقافها، مما يجعله عنصر تنفيذ، وتنظيم ومخاصمة². وبالتالي فجميع تصرفاته يجب أن تكون مقترنة بما فيه النظر والمصلحة للوقف، ولا مجال لارتكاب أخطاء شخصية أو مخالفات تأديبية ينتج عنها ميلاد مسؤوليته الشخصية.

وفي هذا الصدد، سئل العلامة سيدي المهدي الوزاني عن ناظر للحبس: ثبت بشهادة عدد كثير من العدول بغضه للمحبس عليهم ومقاطعته لهم، لم تظهر منه مصلحة ولا جلب منفعة، يبخس أكرية الحبس وغلله، ويستأصل ذلك، ويستبد به، ولازال على ذلك مع التقاطع والعداوة للمحبس عليهم، وأن بقاءه ناظرا هو ضرر عليهم، هل يجب تأخيره عن النظر في الحبس وإبداله بغيره أولا؟

فأجاب بما يلي: الحمد لله حيث ثبت بالعدد الكثير من العدول أن الناظر أعلاه لا مصلحة فيه ولا جلب منفعة، وأنه يبخس أكرية الحبس وغلله، ويستأصل ذلك ويستبد به، ولازال على ما هو عليه إلى الآن، وأن بقاءه ناظرا هو من الضرر البين... إلخ. فالجواب عزله وتأخيره عن النظر في ذلك الحبس والوصية فورا، إذ لا خفاء أن الناظر هو من جملة الأمناء، والأمين إذا لم يكن فيه مصلحة يعزل، فأحرى إذا كان فيه ضرر كما هنا، وقد اجتمع في هذا الناظر على مقتضى هذه الشهادة أمور، كل واحد منها انفراده يوجب عزله، فكيف بها كلها؟³.

1 تنص المادة الثانية من مدونة الأوقاف على ما يلي: "يعتبر الناظر في شؤون الأوقاف العامة من صلاحيات جلالتنا الشريفة بصفتنا أميرا للمؤمنين، ويقوم بهذه المهمة تحت سلطتنا المباشرة وزيرنا في الأوقاف والشؤون الإسلامية، في إطار التقيد بأحكام هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها".

2 محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الوضعي، مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى، السنة: 2002، ص: 327.

3 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، م:س، ص: 305.

والحقيقة أن المشرع المغربي قد أسس لقواعد هذه المسؤولية، منذ صدور قانون الالتزامات والعقود في سنة 1913، والذي أبان من خلاله عن وعي تام بكون مبدأ المسؤولية الشخصية للموظفين العموميين هي ضرورة لا محيد عنها، إلا أن المسؤولية الشخصية لناظر الوقف - باعتباره موظفا عموميا - لم تكتمل حلقاتها إلا بصدور مدونة الأوقاف، التي كانت مقتضياتها على قدر كبير من التفصيل والتدقيق.

وهكذا نستطيع القول إن مسؤولية الناظر عن الوقف تستند إلى القواعد العامة المنصوص عليها في الفصلين 79 و 80 من ق.ل.ع.م، كما تركز على القواعد الخاصة المنصوص عليها في المادة 145 من مدونة الأوقاف، مما يجعلها مسؤولية ذات خصوصية ترجع إلى الوضعية المتميزة له عن باقي الموظفين العموميين والمستمدة من طبيعة عمله، والتي تلزمه ببذل الجهد واستفراغ الوسع وتفقد ما تحت يده وتعهده¹، لأنه ليس الرجل العادي وإنما هو الحريص المتبصر. يقول سيدي عبد الله العبدوسي في هذا الشأن: "تطوف ناظر الحبس... على ريع الأحباس أكيد ضروري لا بد منه، وهو واجب على الناظر فيها لا يحل له تركه، إذ لا يتبين مقدار غلاتها، ولا عامرها، ولا غامرها، إلا بذلك، وما ضاع كثير من الأحباس إلا بإهمال ذلك، فيأخذ الناظر وفقكم الله بالكد والجد والاجتهاد"².

وعليه، فالمسؤولية الشخصية لناظر الوقف على ضوء التأصيل القانوني سواء في شقه العام (قانون الالتزامات والعقود) أو الخاص (مدونة الأوقاف) هي مسؤولية تقصيرية بالدرجة الأولى، ناتجة عن التزام قانوني يفرضه القانون، تجسده علاقة سببية تربطه بضرر يبقى على المتضرر منه عبء إثباته³.

¹ عبد الرزاق اصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، أكادال، جامعة محمد الخامس بالرباط، من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة الأمنية، السنة: 2009، ص: 69.

² المعيار للونشريسي: م، س، ج: 7، ص: 301.

³ يلزم لقيام المسؤولية أن تتوافر علاقة سببية بين الخطأ الذي وقع من المسؤول، وبين الضرر الذي لحق المضرور، بمعنى أن يكون الضرر هو النتيجة الطبيعية المباشرة للخطأ، وبعبارة أخرى يلزم أن يكون خطأ المسؤول هو الذي سبب الضرر للمضرور، فإن لم تقم علاقة سببية بين الخطأ والضرر فلا مسؤولية، فتوافر علاقة سببية بين الخطأ والضرر، (...)

وبالتالي فكل تدليس، أو خطأ، يصدر عن ناظر الأوقاف يكون مطبوعاً بطابعه الشخصي وعلى قدر من الجسامه، يحدث ضرراً بالغير يؤدي به إلى تحمل مسؤوليته الشخصية، وهو ما سنوضحه بشيء من التفصيل على الشكل التالي:

أولاً: المسؤولية الشخصية لناظر الوقف المنبئة على التدليس:

يعتبر ناظر الوقف موظفاً عمومياً يسأل مسؤولية شخصية، إذا ارتكب خطأً من شأنه الإضرار بالآخرين وكان هذا الضرر نتيجة تدليسه.

والتدليس حسب الفصل 52 من ق.ل.ع.م يعادل الحيلة، غير المشروعة والكذب، والتواطؤ¹، مما قد يؤدي إلى إبطال أي تصرف بني عليه².

وعبارة التدليس حسب الفصل 80 من ق.ل.ع.م. جاءت عامة مما يمكن معه القول بأن هذه العبارة يمكن أن تكون معياراً لتقييم الخطأ الشخصي الصادر عن الناظر، والذي يشمل التصرفات الصادرة منه أثناء قيامه بوظيفته، والدالة على سوء نيته. وفي هذا الصدد يقول ابن عرفة المالكي: "إن قام دليل على تفريط الناظر، فله تضمينه حسب القاضي أبي عبد الله بن عبد السلام"³.

يعني ضرورة ترتب الضرر على الخطأ، حتى يكون المخطأ مسؤولاً عن تعويضه، وهو شرط بديهي لقيام المسؤولية: للمزيد من التوضيح حول هذه النقطة أنظر:

- ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2000، ص: 181 وما بعدها.
- فريدة اليوموري: علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2009، ص: 15 وما بعدها.

1 هناك ألفاظ أخرى قد تلتبس بالتدليس وهي: الغش والتغريب والخداع والحيلة والخلافة، أنظر للتوسع حول الموضوع:

- علي محي الدين علي القرداغي: مبدأ الرضا في العقود، م، ص، ص: 601 وما بعدها.
- 2 تنص المادة 52 من ق.ل.ع.م. على ما يلي: التدليس يخول الإبطال، إذا كان ما لجأ إليه من الحيل أو الكتمان أحد المتعاقدين أو نائبه أو شخص آخر يعمل بالتواطؤ معه قد بلغت في طبيعتها حداً بحيث لولاها لما تعاقد الطرف الآخر، ويكون للتدليس الذي يباشره الغير نفس الحكم إذا كان الطرف الذي يستفيد منه عالماً به.

3 المعيار للونشريسي: م، ص، ج، 7، ص: 221.

وتطبيقا لهذه القاعدة فكل تدليس نسب إلى ناظر الوقف والثابت بوسائل الإثبات القانونية، في إطار قيام مسؤوليته الشخصية بعناصرها الثلاثة من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية بينهما يؤدي إلى إمكانية رفع دعوى التعويض أمام القضاء ضد الناظر بصفته الشخصية، إلا أن إثارة هذه المسؤولية من الناحية العملية يبقى قليلا إن لم نقل منعدما لصعوبة إثبات عنصر التدليس.

ثانيا: المسؤولية الشخصية لناظر الوقف في إطار المادة 80 من ق،ل،ع،م:

تعرض المشرع المغربي لفكرة الخطأ الشخصي في المادة 80 من قانون الالتزامات والعقود حيث نص على أن: "مستخدمو الدولة والبلديات مسؤولون شخصيا عن الأضرار الناتجة عن تدليسهم، أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منهم في أداء وظيفتهم.

ولا تجوز مطالبة الدولة والبلديات بسبب هذه الأضرار، إلا عند إعسار الموظفين المسؤولين عنها".

وبالتالي يعتبر ناظر الوقف مسؤولا وتجاوز مساءلته، إذا ثبت في حقه أنه أحدث ضررا نتيجة تدليس أو خطأ جسيم.

إلا أنه في هذا الصدد، نجد المشرع المغربي لم يحدد بوضوح معالم تمييز الخطأ الجسيم عن الخطأ اليسير، مما حدا ببعض الفقه إلى تعريفه بكونه الخطأ الذي لا يمكن تصور وقوعه إلا من شخص عديم الاكتراث، أو الخطأ الذي لا يمكن أن يرتكبه إلا أقل الناس حيلة¹، إلا أن البعض الآخر من الفقه اعتبر مسألة تحديد جسامة الخطأ تدخل في صميم السلطة التقديرية للقضاء، حيث قال "إن القاضي هو الذي يقدر درجة جسامة الخطأ أخذا

¹ ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، م،س: ص: 154.

ويميز الفقه عادة بين عدة أنماط من الخطأ فهناك مثلا الخطأ العقدي، والخطأ التقصيري، والخطأ العمدي، والخطأ اليسير والخطأ الفادح، والخطأ الجسيم.

ويطلق على الخطأ المكون للتدليس: الخطأ التدليسي، أنظر حول شرح هذه المصطلحات:

- G.CORNU, vocabulaire juridique, puf, delta, 1987, p, 350 et351.

بعين الاعتبار على الخصوص ظروف العمل ودرجة صعوبته وتعقيده، والصعوبات الخاصة التي يطرحها، وطابع الاستعجال، ووسائل العمل المتوفرة، مما يتضح معه أن القضاء يميل أحيانا إلى التساهل مع الموظف، فلا يعتد ببعض الأخطاء التي يرتكبها في إطار قيامه بمهامه رغم أنها لا تخلو من جسامة¹.

وفي هذا السياق جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى ما يلي²: "إذا كان الخطأ شخصا بأن كانت له علاقة بعمله الوظيفي، أو كان الفعل يندرج ضمن واجبات الموظف، إلا أنه على قدر من الجسامة أو صدر عنه عمدا أو بنية الإضرار بالغير، فإن الموظف هو المسؤول".

وتقرر هذه المسؤولية إعمالا للفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود أعلاه.

وإلى جانب رأي الفقه في هذه المسألة، وبغض النظر عن تساهل القضاء من عدمه في حق الموظف عامة، وناظر الوقف بشكل خاص، نجد المشرع المغربي وهو بصدد تنظيم المسؤولية الشخصية لناظر الوقف، لم يقتصر على النصوص المنظمة لقواعد هذه المسؤولية في إطار قانون الالتزامات والعقود بل أضاف إليها أحكاما خاصة ساهمت في تأطير خطأ الناظر ووضع حدود واضحة له، وذلك نظرا لما تطلبه مسألة تدبير الأموال الموقوفة وحمايتها من حزم وتبصر، وهو ما نصت عليه مدونة الأوقاف في مادتها 145 التي حددت أخطاء الناظر على سبيل الحصر في حالات أربعة وهي:

❁ عدم التقيد بقواعد الالتزام والنفقات المدرجة في الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة، والأمر بصرفها وتصفيتها؛

¹ عبد الحفيظ أبو الصير: مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالمغرب، بحث لنيل دبلوم السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية بالرباط، السنة: 1992-1993، ص: 59.

² قرار المجلس الأعلى عدد: 3035، صادر بتاريخ: 17/09/1986 ملف مدني عدد: 95676، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد: 138، السنة 1988، ص: 143 وما بعدها.

❁ عدم التقيد بأحكام مدونة الأوقاف والنصوص المتخذة لتطبيقها المتعلقة بتدبير أموال الأوقاف العامة والحفاظ عليها، وتنمية مداخيلها، ولاسيما ما يتعلق بالتصرفات القانونية التي يجري عليها أو لفائدتها؛

❁ عدم التقيد بالنصوص المتعلقة بإبرام الصفقات؛

❁ عدم تحصيل المداخيل الخاصة بجميع الأموال الموقوفة وقفا عاما التي يشرفون على تدبيرها.

وخلاصة القول، إن ما جاءت به هذه المادة يوضح لنا أن المشرع المغربي قد وضع تأصيلا قانونيا خاصا للمسؤولية الشخصية لناظر الوقف، وذلك بتكامل تام مع نص الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود. والذي يفضي لا محالة إلى كون عدم التقيد بما جاءت به المادة المذكورة أعلاه، يشكل خطأ جسيما يعاقب عليه.

و بالتالي فناظر الوقف -عموما- يبقى مسؤولا عن عدم تقيده بأحكام تدبير أموال الأوقاف العامة سواء تعلق الأمر بإخلاله بالتزام النفقات المدرجة في الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة، أو عدم احترامه للنصوص المتعلقة بإبرام الصفقات، أو تحصيل المداخيل الخاصة بجميع الأموال الموقوفة وقفا عاما.

إلا أن الخطأ الجسيم الصادر عن ناظر الوقف لا يقف عند هذا الحد، لأن الخطأ لا يخلو من جسامة حتى ولو ارتكبه الناظر وكان خطأ منفصلا عن ممارسة الوظيفة الإدارية، إما انفصالا نفسيا كأن يرتكبه الناظر داخل وظيفته ليس باعتباره رجل إدارة ولكن باعتباره إنسانا ضعيفا بشهواته وعدم تبصره.

وبناء على ما سبق، فقيام مسؤولية ناظر الوقف لا تقف عند حد ارتكابه لخطأ جسيم، بل لابد أن يكون هذا الخطأ هو الذي أدى إلى ضرر حقيقي، أي وجود علاقة سببية مباشرة بين الخطأ المرتكب من طرف الناظر والضرر الذي أصاب المتضرر، مما يفيد اتصال العلاقة السببية بالضرر أكثر من اتصالها بالخطأ الذي يبقى نسبيا.

بقيت الإشارة أخيراً إلى أن الخطأ قد يتخذ طبيعة جنائية، كاختلاس أموال تعود إلى الأوقاف العامة مثلاً، حيث لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، أن تنصب نفسها مطالبة بالحق المدني، في إطار المواد 7 إلى 14 من قانون المسطرة الجنائية¹.

الفقرة الثانية: مسؤولية الوقف العام كشخص اعتباري

إن المستقر عليه فقها وقضاء هو جواز مساءلة الشخص الاعتباري عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه.

وبكفي لتحديد ما إذا كان الشخص الاعتباري قد أخطأ أن يقاس تصرفه بتصرف شخص اعتباري مجرد في الظروف الخارجية التي تصرف فيها، فإذا انحرفت عن هذا المقياس المادي كان هناك خطأ وتحققت المسؤولية² على النحو الذي تتحقق به مسؤولية الأفراد والهيئات الخاصة، لأن قواعد المسؤولية التقصيرية هي واحدة بخصوص الطرفين سواء كان طبيعياً أو معنوياً. ولإبراز جوانب مسؤولية الوقف العام كشخص اعتباري عن أخطاء ممثله سنقسم هذه الفقرة إلى نقطتين أتناول من خلال الأولى مفهوم الخطأ المنسوب للوقف العام (أولاً) ثم نتطرق إلى حدود مسؤوليته عن أخطاء ممثليه (ثانياً).

أولاً: مفهوم الخطأ المنسوب للوقف العام كشخص اعتباري:

حسب الفصل 79 من ق.ل.ع.م. فإن الدولة والبلديات مسؤولة عن الأضرار الناتجة مباشرة عن تسيير إدارتها، وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها.

1 تنص المادة 7 من قانون المسطرة الجنائية على ما يلي: "يرجع الحق في إقامة الدعوى المدنية للتعويض عن الضرر الناتج عن جنائية أو جنحة أو مخالفة، لكل من تعرض شخصياً لضرر جسماني أو مادي أو معنوي تسببت فيه الجريمة مباشرة.

يمكن للجمعيات المعلن أنها ذات منفعة عامة أن تنتصب طرفاً مدنياً، إذا كانت قد تأسست بصفة قانونية منذ أربع سنوات على الأقل قبل ارتكاب الفعل الجرمي، وذلك في حالة إقامة الدعوى العمومية من قبل النيابة العامة أو الطرف المدني بشأن جريمة تمس مجال اهتمامها المنصوص عليه في قانونها الأساسي.

يمكن للدولة وللجماعات المحلية أن تتقدم بصفتها طرفاً مدنياً، لمطالبة مرتكب الجريمة بأن يرد لها المبالغ التي طلب منها دفعها لموظفين أو لذوي حقوقهم طبقاً للقانون الجاري به العمل".

2 عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، م، س، ص: 1083.

ويستنتج أن الخطأ المصلحي هو الخطأ الصادر عن الموظف أو المستخدم بمناسبة ممارسته لنشاطه الوظيفي، وذلك دون قصد إحداث ضرر بالغير، حيث يكون هذا الخطأ غير متعمد ولا متسم بطابع شخصي، وإنما ينتج عن تقصير في أحد الالتزامات الملقاة على عاتق الإدارة، وهو ما يصطلح على تسميته غالباً باسم الخطأ الإداري.

ويميز مجلس الدولة الفرنسي بين الخطأ العادي، والخطأ الجسيم أو الأخطاء الظاهرة ذات خطورة استثنائية، فهناك الأخطاء العادية لبعض المصالح لا تؤدي إلى المسؤولية الإدارية، نظراً لصعوبة عمليات تلك المصالح كمصالح مكافحة الحريق أو مصلحة الشرطة، أو المصالح الطبية أو المستشفيات، ويشترط القضاء خطأ تلك المصالح لتقرير مسؤولية الإدارة¹.

وفي هذا الصدد، صدر قرار عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش يقضي بما يلي²:
"حيث يستفاد من وثائق الملف ومن الحكم المطعون فيه أن السيد مبارك كدي نيابة عن ابنه حمزة تقدم بدعوى أمام المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ 2006/11/24 بواسطة نائبته، عرض فيها أن ابنه القاصر حمزة كان ضحية حادث انهيار حائط المسجد الكائن بدرب أصبان بحي روض العروس بمراكش، حيث أصيب بجروح بليغة نقل على إثرها إلى المستشفى، وأن المسجد تعود ملكيته لنظارة الأحباس والشؤون الإسلامية بمراكش، مما تكون معه هذه الأخيرة مسؤولة عن الحادث هي وشركة التفنوتي المكلفة ببناء المسجد المذكور، ملتمسا الحكم عليهما بأدائهما لفائدته تعويضا مسبقا قدره (5000,00 درهم)، وبإجراء خبرة على الضحية مع حفظ حقه في تقديم مطالبه النهائية على ضوءها.

فأجاب المدعى عليه، وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، بمذكرة جاء فيها أن نظارة الأوقاف كلفت شركة التفنوتي للبناء بإصلاح حائط مسجد درب أصبان، وأن هذه الشركة هي

¹ المصطفى خطابي: القانون الإداري والعلوم الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة: 1995، ص: 239.

² قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد: 955 الصادر بتاريخ: 2009/06/17 ملف رقم: 08/6/399، قرار غير منشور.

التي تولت هدم حائط المسجد من أجل إعادة بنائه، وبذلك فهي المسؤولة عن الهدم وما نتج عنه من ضرر للغير، ملتمسا إخراج النظارة من الدعوى وتطبيق القانون في مواجهة باقي الأطراف. وبعد إنجاز خبرة قضائية وتعقيب الطرفين، وبعد أن باشر السيد القاضي الإجراءات، أصدرت المحكمة حكمها القاضي بأداء الدولة المغربية في شخص السيد الوزير الأول (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية) لفائدة المدعي تعويضا قدره (20.000,00 درهم) ورفض باقي الطلبات وتحميل المحكوم عليه الصائر.

فاستأنفه كل من المدعي السيد مبارك كدي والسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية، حيث ركز الطرف الأول استئنافه على كون الحكم المستأنف منعدم التعليل لعدم الجواب على الدفع المثار بشأن ملتمسه الرامي إلى إجراء خبرة مضادة، ولأن التعويض المحكوم به جد ضئيل، والحال أن صائر الخبرة الطبية بلغت (5000,00 درهم) ملتمسا تأييد الحكم الابتدائي مع تعديله جزئيا، وذلك بالحكم أساسا بإجراء خبرة طبية مضادة مع حفظ حقه في الإدلاء بمستنتاجاته على ضوءها، واحتياطا بالحكم بالتعويضات المطالب بها ابتدائيا وقدرها 156.994,00 درهم.

وبالنسبة للسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية فقد ركز استئنافه على أن الحكم المستأنف قد خرق القانون، على اعتبار أن الإطار الذي يحكم النازلة هو الفصل 89 من ق.ل.ع. وليس الفصل 79 من نفس القانون، كما أن الحكم المطعون فيه فاسد التعليل على اعتبار أن مقابلة التفتوتي هي المسؤولة عن الحادث باعتبارها حارسه البناء طبقا لمقتضيات الفصل 89 من ق.ل.ع ومع ذلك لم تحملها المحكمة المسؤولية بدعوى عدم وجود اتفاق صريح بذلك، إضافة إلى أن الحكم المستأنف لم يحترم حقوق الدفاع عندما أغفلت المحكمة الجواب عن الدفع المثار المتعلق بإخراج المستأنف من الدعوى والحكم بعدم الاختصاص، على اعتبار أن الدعوى لا تتعلق بالتعويض عن الأضرار التي تسببها أشخاص القانون العام المنصوص عليها في المادة 8 من القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، ملتمسا التصريح بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي بالحكم بعدم الاختصاص وفي

الموضوع أساسا الحكم بتحميل شركة التفنوتي للبناء كامل المسؤولية، واحتياطيا إجراء خبرة مضادة، وحفظ حق الأوقاف في تقديم مستنتاجاتها على ضوءه.

....ثانيا: بالنسبة للاستئناف المقدم من طرف السيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية حيث عاب المستأنف على الحكم المطعون فيه خرقه للقانون، على اعتبار أن الإطار الذي يحكم النازلة هو الفصل 89 من ق.ل.ع. وليس الفصل 79 من نفس القانون، على اعتبار أن مقابلة التفنوتي هي المسؤولة عن الحادث باعتبارها حارسة البناء، ومع ذلك لم تحملها المحكمة المسؤولية بدعوى عدم وجود اتفاق صريح بذلك، إضافة إلى أن الحكم المستأنف لم يحترم حقوق الدفاع عندما أغفلت المحكمة الجواب عن الدفع المثار المتعلق بإخراج المستأنف من الدعوى، والحكم بعدم الاختصاص على اعتبار أن الدعوى لا تتعلق بالتعويض عن الأضرار التي تسببها أشخاص القانون العام.

لكن حيث إنه ولما كانت الأضرار التي تعرض لها ابن المدعي قد حصلت -حسبما يتضح من وثائق الملف، وخاصة محضر الضابطة القضائية- بمناسبة تنفيذ شركة التفنوتي للبناء للأشغال المسندة إليها من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية باعتبارها هي المكلفة بتسيير المرفق العمومي المتعلق بإقامة المساجد وصيانتها، ومن تم تبقى الوزارة المعنية هي التي تتحمل تبعات الأضرار التي تترتب عن ذلك، وبالتالي فإن ما أثاره المستأنف من كون الأشغال المسببة للأضرار قامت بها الشركة المذكورة وتحمل تبعات ذلك المسؤولية عن الحادث وما نتج عنه من ضرر للغير غير مقبول، لعدم إدلائه بما يفيد ذلك، وفي هذا المنحى سار الحكم المستأنف في تعليقه عند إجابته على الدفع المثار بهذا الشأن، مما يكون معه ما أثاره المستأنف غير مرتكز على أساس قانوني.

وحيث إنه، تبعا لكل ما سبق، يكون الحكم المطعون فيه مصادفا للصواب فيما قضى به ويتعين بالتالي التصريح بتأييده".

وهو ما دفع بوزير الأوقاف -عن طريق دفاعه- الطعن بالنقض في هذا القرار حيث صدر عن المجلس الأعلى قرار يقضي بما يلي¹:

حيث يعيب عن القرار المطعون فيه فساد التعليل الموازي لانعدامه، وبخرق مقتضيات الفصلين 79 و 89 من ق.ل.ع ذلك أن الحادث الذي تعرض له ابن المطلوب في الطعن وقع أثناء إنجاز الأشغال من طرف شركة التفنوتي المتعلقة بإصلاح حائط المسجد، وأن نظارة الأحباس وإن كانت هي المشرفة على المساجد وإصلاحها، فالخطأ صادر عن الشركة التي لم تتخذ الاحتياطات اللازمة لتفادي حصول الضرر للضحية ولذلك فإن مسؤوليتها قائمة ومقتضيات الفصل 89 من ق.ل.ع هي الواجبة التطبيق، وأن الشركة المذكورة لا تنف الواقعة وتعرض الضحية للأضرار ولا ضرورة للإدلاء بالعقد الرابط بين وزارة الأوقاف والشركة، وأن مسؤولية الإدارة غير قائمة.

لكن حيث إن محكمة الاستئناف لما تبين لها من محضر الضابطة، وتقدير الخبرة المنجزة في القضية بأن الضرر الذي لحق بالضحية إثر انهيار حائط مسجد تابع لنظارة الأوقاف بمراكش بسبب إهمال الشركة المكلفة من طرف النظارة المذكورة بأشغال الهدم والبناء، وعدم اتخاذها الاحتياطات اللازمة لدرء الأضرار المحتملة، ورتبت مسؤولية الدولة عن الأضرار المذكورة من جهة لكون الدولة مسؤولة عن تدبير مرفق المساجد وصيانتها، ومن جهة أخرى لعدم الإدلاء بالعقد الذي تنتقل بمقتضاه حراسة الحائط من نظارة الأوقاف إلى شركة التفنوتي، فجاء قرارها معللاً تعليلاً كافياً ولم تخرق أي مقتضى قانوني وما أثير غير جدير بالاعتبار لهذه الأسباب:

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب وتحميل رافعه الصائر".

¹ قرار المجلس الأعلى عدد: 508 المؤرخ في: 2010/06/24 ملف إداري عدد: 2010/1/4/423 قرار غير منشور.

المستفاد إذن من قرار المجلس الأعلى، أن شركة التفتوتوي كانت ستكون مسؤولة عن الضرر لو أثبتت الوزارة من خلال العقد المبرم معها انتقال حراسة المسجد إليها¹، لكن في هذه الحالة نجد أن المسؤولية قد وقعت على عاتق إدارة الأوقاف.

وبهذا المعنى فإن الإدارة تتحمل المسؤولية تلقائياً متى نسب إليها خطأ تم إثباته، يكون نتيجة تقصير أو إخلال بواجبات والتزامات قانونية من خلال تسيير مرافقها أو عمل موظفيها ومستخدميها، أو حتى المتعاقدين معها، والتي تختلف -بحكم المنطق- من مرفق إداري لآخر تبعاً في ذلك لإطاره القانوني والتنظيمي ونوعية الخدمات التي يقدمها.

والنتيجة المنطقية لكل هذا أن الوقف كشخص اعتباري يسأل عن خطأ ممثليه طالما كانوا يعملون لحسابه، أما إذا صدر منهم خطأ وهم يعملون لحسابهم الخاص فلا قيام هنا لأية مسؤولية.

ثانياً: حدود مسؤولية الوقف العام كشخص اعتباري عن أخطاء ممثليه:

إن ممارسة أي مرفق عمومي لمهامه يمكن أن تترتب عليه أخطاء تكون السبب المباشر لقيام مسؤوليته. وقطاع الأوقاف العامة -كمرفق عمومي- ليس بمنأى عن هذه المسؤولية التي يمكن أن تتحقق بفعل خطأ من الواجب إثباته، يرجع إلى تسيير ممثلي المصالح التابعة له، أو يرتكب من طرف أحد مستخدميها.

وتتضح معالم هذا الخطأ من خلال نص الفصل 78 من ق.ل.ع.م. الذي يعرفه بأنه "ترك ما كان يجب فعله أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر".

¹ راجع حول انتقال الحراسة القانونية المرتبة للمسؤولية:

• محمد الكشور: حراسة، الأشياء طبيعتها وأثارها مطبوعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1992.

وعلى هذا الأساس، فتحديد مسؤولية الوقف العام - كشخص اعتباري- عن أخطاء ممثليه تبدأ منذ ظهور أي خلل أو تقصير أو إهمال في التسيير الإداري الذي يحدث ضررا يستوجب لا محالة التعويض إلا أن حدود مسؤولية الوقف العام هنا لا تقف عند هذا الحد، بل تتحقق هذه المسؤولية في حق الوقف العام حتى مع انتفاء الخطأ عنه، وتنبي المسؤولية في هذه الحالة عن وجود علاقة سببية بين الضرر والعمل الإداري، المادي أو القانوني، الذي يستوجب التعويض حسب خطورة العمل الإداري موضوع الدعوى، دونما حاجة إلى ركن الخطأ.

ويرجع أساس هذه المسؤولية إلى فكرة المخاطر غير العادية التي ينشئها النشاط الإداري أو إلى مبدأ المساواة بين المواطنين أمام التكاليف العامة¹.

وحتى تتحقق مسؤولية الوقف العام طبقا لنظرية المخاطر يجب أن يتوفر عنصر السببية بين الضرر والعمل أو النشاط الإداري، كما يجب أن يكون الضرر مباشرا ومحققا، إضافة إلى إخلاله بمركز يحميه القانون، وأن يكون قابلا للتقدير بالنقود، لأن التعويض يكون نقديا لا عينيا². وعليه فمسؤولية الوقف العام المبنية على أساس المخاطر يمكن أن تتحقق في حالات كثيرة لا تقع تحت حصر، وترجع بالضرورة إلى إحداث أضرار غير عادية قد تنتج عن الأشغال العامة أو عن استعمال الإدارة لأشياء خطيرة.

والاختصاص في هذا كله ينعقد للقضاء الإداري، الذي تبقى له الكلمة الفصل في النزاع وتحديد المسؤولية من عدمها.

¹ المصطفى خطابي: القانون الإداري والعلوم الإدارية، م.س. ص: 241.

² مليكة الصروخ: القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط: 2010، مطبعة النجاح الجديدة، ص: 463..

المطلب الثاني: التعويض عن الاعتداء المادي على الأملاك الموقوفة وقفا عاما

من البديهي أن الاعتراف بالتملك لا يمكن أن يكون بشكل مطلق¹، وأهم صور الحد من التملك هو نزع هذا الحق، الذي بدأنا نألفه أمرا طبيعيا لكون تدخل الدولة لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق منفعة عامة² تعود بالصالح العام على الجماعة، ومرد سلوك هذه المسطرة هو تطور وتنوع الحاجات التي يتعين إشباعها، وقلة أو انعدام الرصيد العقاري اللازم لذلك.

إلا أن الأمر يجب ألا يبتعد عن محاولة خلق نوع من التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وذلك بسلوك الإجراءات والمساطر المنصوص عليها قانونا³.

وتصرف الإدارة خارج هذا الإطار يعتبر اعتداء ماديا⁴، ينبي ولاشك عن خطأ جسيم ترتكبه الإدارة عن طريق تنفيذ فعل مادي ينتج عنه غضب لحق الملكية خصوصا.

وواقع الحال يبين أن الأملاك الموقوفة وقفا عاما ليست بمنأى عن هذا الاعتداء الصارخ الموصوف بعدم مشروعيته، والذي لا يمت بصلة في أي حال من الأحوال إلى تطبيق نص قانوني أو تنظيمي أو حتى بإحدى الصلاحيات المسندة للإدارة، لأنه العمل الذي يستعصى اعتباره ذي طبيعة إدارية، ولا يمكن إدراجه ضمن ممارسات السلطات الإدارية، لكونه ليس

³ محمد ضريف: حقوق الإنسان بالمغرب، دراسة في القانون العام المغربي، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، ط: 1994، ص: 158.

² تجدر الإشارة إلى أن القضاء العادي لم يتعرض لتعريف محدد للمنفعة العامة اقتناعا منه بأن هذه الأخيرة تعرف تغييرات وتطورات لا يمكن تحديد إطارها، مكتفيا في كل مرة بالإشارة إلى أن المشروع يبرر نزع الملكية، مقتديا في ذلك نهج القضاء الفرنسي، الذي لم يسبق له بدوره أن عرف هذه الفكرة، من منطلق أنها تتحدد من عناصر كل قضية على حدة.

¹ انظر الفصل الأول من القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت الصادر الأمر بتنفيذه لمقتضى الظهير الشريف رقم: 1.81.254 المؤرخ في 11 رجب 1402 الموافق ل 6 ماي 1982، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 3685 بتاريخ: 15 يونيو 1985.

⁴ للتوسع في مفهوم الاعتداء المادي انظر:

-René Chapus, Droit administratif, Tome2, Edition Montchrestien, 1998, p, 539 et Suivant.

عملا صادرا في إطار تسيير المصالح الإدارية ولا خطأ مرفقيا لأحد الموظفين¹، بل هو أكبر من ذلك بكثير.

لهذا يبقى طرق باب القضاء أمرا لا مفر منه للحصول على تعويض مادي عن هذا الاعتداء والذي يبقى أحد السبل أمام المتضرر، مادامت سلطة القضاء الفعلية لا تمتد في غالب الأحيان إلى الحكم على الجهة المعتدية بهدم ما بنته ولا تجبرها على تنفيذ حكم صدر في مواجهتها (الفقرة الأولى)، كما أن فتح باب النقاش للحصول على تعويض اتفاقي، يغني عن سلوك المسطرة القضائية يبقى من الحلول الواردة كذلك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التعويض القضائي عن الاعتداء المادي

من المسلم به أن الاعتداء المادي عمل يتسم بعدم مشروعيته الجسيمة، التي تفقده كل علاقة بالسلطة التقديرية المخولة للإدارة، وهذا ما كرسه الاجتهاد القضائي المغربي في العديد من الأحكام والقرارات الصادرة عنه². وعليه فسلوك المسطرة القضائية لوقف الاعتداء المادي عن الأوقاف أو التعويض عنه يبقى أمرا محسوما في أغلب الأحيان، وذلك إما عن طريق دعوى استعجالية يبقى الغرض من ورائها هو وقف الأشغال وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه (أولا)، أو عن طريق دعوى المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي نتج عن الاعتداء المادي وفق المبادئ العامة التي تحكم مسؤولية السلطة العامة.

³ آمال المشرفي: الاعتداء المادي للإدارة في العمل القضائي في المحاكم الإدارية، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد المزدوج: 23 و 24، السنة: مارس 2005، ص: 56.

² كمثال على ذلك نورد مقتظفا من الحكم عدد: 134 الصادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ: 2002/06/16، الموافق ل 7 ربيع الثاني 1423، والمنشور بسلسلة الدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الإدارية منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ج: 3، ط، الأولى، السنة: 2004، ص: 276.

"وحيث من جهة أخرى فإذا كان للدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية حق اللجوء بصفة استثنائية-الى نزع ملكية العقارات كلما كانت في حاجة الى ذلك من أجل تحقيق المنفعة العامة فإنها تبقى ملزمة بسلوك الإجراءات والمساطر المنصوص عليها بمقتضى القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة، والاحتلال المؤقت وقد دأب العمل القضائي في هذا الصدد على اعتبار تصرف الإدارة خارج الإطار القانوني السالف الذكر من قبيل الاعتداء المادي، والذي يعرفه الفقه بأنه "ارتكاب الإدارة لعدم مشروعية جسيم وظاهر أثناء قيامها بنشاط مادي تنفيذي يتضمن اعتداء على حق الملكية أو مساسا بحرية من الحريات العامة، ويكون في حد ذاته منعدم الاتصال بتطبيق أي نص قانوني أو تنظيمي أو حتى بإحدى السلطات المخولة للإدارة وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في القرار رقم 74 الصادر بتاريخ 1992/03/12 حيث اعتبر أن الاعتداء المادي هو: "عمل مادي غير مرتبط بأي نص تشريعي أو تنظيمي"

أولاً: اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لوقف الاعتداء المادي:

إن صاحب المصلحة المعتدى على ملكه يستطيع أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة في إطار المبادئ القانونية التي تحكمه¹، الأمر بوقف الاعتداء المادي أو إزالته متى تم الشروع فيه أو منع القيام به إذا لم يتم بعد.

وعليه فمتى تأكد رئيس المحكمة -بصفته المختص- من توفر عنصر الاستعجال يأمر بإيقاف الأشغال. وهذا ما أكده الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالدار البيضاء والذي ورد فيه ما يلي: "حيث إن الطلب يرمي إلى الحكم بإيقاف أشغال البناء الجارية فوق البقعة ذات المطلب عدد 55/2942 المملوكة للمدعية وإصدار الأمر للمقاولة بعدم مواصلة الأشغال مع النفاذ المعجل... وحيث يستفاد من وثائق الملف:

" أن وزارة التربية الوطنية عمدت دون سلوك مسطرة نزع الملكية لحيازة عقار وشرعت في عملية البناء، الأمر الذي يكون معه عنصر الاستعجال متوفر في النازلة، وحيث إن من شأن استمرار هذه الأشغال أن يعرض مصالح الطالب لأضرار يتعذر تداركها مستقبلاً، مما يكون معه الطلب وجيهاً ويتعين الاستجابة له"².

وتتميز الأوامر الصادرة عن قاضي المستعجلات بقابليتها للتنفيذ المعجل بقوة القانون إذا لم يتم تقييده من طرف القاضي بكفالة³، إلا أن واقعة التنفيذ إذا تأخرت لسبب ما، يفتح

¹ في هذا الصدد ينص الفصل 149 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "يختص رئيس المحكمة الابتدائية وحده بالبيت بصفته قاضياً للمستعجلات كلما توفر عنصر الاستعجال في الصعوبات المتعلقة بتنفيذ حكم أو سند قابل للتنفيذ أو الأمر بالحراسة القضائية أو أي إجراء آخر تحفظي سواء كان النزاع في الجوهر قد أحيل على المحكمة أم لا، بالإضافة إلى الحالات المشار إليها في الفصل السابق والتي يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يبيت فيها بصفته قاضياً للمستعجلات.

- إذا عاق الرئيس مانع قانوني أسندت مهام قاضي المستعجلات إلى أقدم القضاة.
- إذا كان النزاع معروضاً على محكمة الاستئناف مارس هذه المهام رئيسها الأول.
- تعين أيام وساعات جلسات القضاء المستعجل من طرف الرئيس".

¹ أمر استعجالي رقم: 727 صادر بتاريخ: 2002/5/16 /ملف رقم: 2002 /298 س. أشير إليه في كتاب: عبد الرزاق اصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة، م:س ص163.

³ تنص الفقرة الأولى من الفصل 153 من ق.م.م على ما يلي: "تكون الأوامر الاستعجالية مشمولة بالتنفيذ المعجل بقوة القانون ويمكن للقاضي مع ذلك أن يقيد التنفيذ بتقديم كفالة". و انظر حول تحليل هذا المقتضى:

(...)

الباب أمام الجهة المعتدية للاستئناف أمام محاكم الاستئناف الإدارية، وبالموازاة مع ذلك تكون الأشغال التي يرجى إيقافها قد تقدمت بشكل يجعل السلطة القضائية الفعلية لمحاكم الاستئناف الإدارية لا تمتد إلى الحكم على الجهة المعتدية بهدم ما بنته، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه وهو ما تتضرر منه الأوقاف العامة بشكل ملحوظ، وهذا ما أكدته الأمر الاستعجالي الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط الذي ورد فيه ما يلي¹: "حيث إنه بالرجوع إلى ظاهرة الوثائق المدلى بها خصوصا محضر العون القضائي... المنجز في 25/4/2002... أن بعض أشغال الحفر جارية في كل من مقبرة مولاي التهامي وضريح سيدي علي بن أحمد مقبرة للالهة وضريح سيدي الحاج عبد الله، وحيث يتبين أيضا بأنه لا يوجد حسب ظاهر ما أدلي به ما يفيد أن هذه الأشغال تنجز بناء على سند قانوني، الشيء الذي يكون اعتداء على الأضرحة والمقابر المذكورة وضررا يتعين وقفه".

وقد تم استئناف هذا الأمر أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى² التي لم يصدر قرارها إلا بعد أن كانت الأشغال من بناء محطة طريقية ومرافقها قد انتهت، فقضت الغرفة الإدارية بإلغاء القرار المستأنف على أساس أن: "ظاهر وثائق الملف، وخاصة المعاينة المنجزة بناء على أمر قضائي بتاريخ 25/04/2002 موضوع الملف التنفيذي عدد 9/2002/203 أثبتت أن المحطة الطريقية بوزان بما فيها من بنايات ومحلات تجارية هي قائمة البناء، كما أن أشغال إحداث الطرق قد تم تشييدها، وبالتالي لم يبق هناك أي استعجال"³.

وغالبا ما يقف القضاء هذا الموقف، وتبريره هو خلق توازن بين المصلحتين العامة والخاصة، ومراعاة الحفاظ على المال العام، واتخاذ قرار قد يفرض استمرار المنشأة لكونها

• عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1998، ص: 580 وما بعدها.

¹ أمر استعجالي عدد: 191 صادر بتاريخ 8/7/2002 ملف عدد: 02/108 حي مشار إليه في المرجع السابق.

² كان ذلك قبل صدور القانون رقم: 80.03 المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.06.07 بتاريخ 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5398 الصادرة بتاريخ: 24 محرم 1427 الموافق ل 23 فبراير 2006، والمحين بتاريخ 26 أكتوبر 2011.

³ قرار عدد: 661 بتاريخ: 29/9/2004 ملف إداري عدد: 2072 / 2002/2/4، مشار إليه بالمرجع أعلاه نفس الصفحة.

أصبحت مرفقا عاما يستفيد منه العموم، بالرغم من كونه أقيم على عقار الغير غصبا وذلك لكون هدمها وإزالتها من شأنه أن يؤدي إلى أضرار تفوق الأضرار الناتجة للمعتدى على عقاره، وهذا ما أكده حكم صادر عن المحكمة الإدارية بفاس ورد في حثياته ما يلي¹: " وحيث إنه من المبادئ المقررة في حقل القانون العام والمجمع عليها فقها وقضاء أن المنشأة العامة متى أحدثت فعلا دون تدخل من المالك للعقار لحماية عقاره قبل إحداثها، فإنه لا يجوز إزالتها مطلقا، لأنها تصبح ملكا عاما ولا يؤثر فيها ما يمكن أن ينسب للإدارة من غضب واعتداء على العقار المقامة عليه، وأن الاستجابة لطلب رفع اليد هذا يستتبع لا محالة إزالة تواجد الإدارة به، والمتمثل في المرفق المحدث به، وهو ما لا يستقيم ومبدأ عدم إمكانية إزالة أو هدم المنشأة العامة المنجزة فعلا مما يتعذر تنفيذه، ومعلوم أن الغاية من إصدار الأحكام هو إمكانية تنفيذها، وما دام أن تنفيذ الحكم برفع اليد عن عقار يحتوي على منشأة عامة متمثلة في مرفق يؤدي خدماته يعتبر مستحيلا بالضرورة، فإن طلب رفع اليد يكون غير مؤسس وحليف الرفض"، ومن تم لا يبقى أمام الجهة المعتدى عليها سوى المطالبة بالتعويض.

وهذا ما يعبر عنه أحيانا بنزع الملكية غير المباشر المبرر للاعتداء المادي، والمعطل لنصوص قانون نزع الملكية لأجل المنفعة، والمتصل بجوهر النظام العام.

ثانيا : دعوى المطالبة بالتعويض عن الاعتداء المادي:

عندما يكون الضرر الناتج عن الاعتداء المادي على الأملاك الموقوفة وفقا عاما محققا ومؤكدا فإنه في حد ذاته يصبح سببا للتعويض.

ولما يشكل الاعتداء المادي على الأملاك الموقوفة وفقا عاما في حد ذاته ضررا ماديا، فإن تقدير التعويض عنه كضرر مادي يدخل في إطار السلطة التقديرية للقضاء، حيث تلجأ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية إلى إقامة دعوى في الموضوع أمام القضاء الإداري، الذي

1 حكم المحكمة الإدارية بفاس عدد:132، صادر بتاريخ 1998/3/4، والمنشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد: 25، السنة: أكتوبر/ دجنبر 1998، ص:176.

ينعقد له الاختصاص للنظر في هذا النوع من القضايا للحصول على تعويض أساسي لجبر الضرر الناتج عن فعل الاعتداء والذي تتجاوزه - باعتباره تعويضا موضوعيا - إضافة إلى الخطأ والضرر المحكومين بقواعد القانون المدني، قواعد أخرى مضمنة في القانون العام تأخذ بعين الاعتبار كمبدأ عدم جواز الحكم على الشخص العام بأداء مبلغ غير ملزم به أو مبدأ التعويض المانع¹ أو غيرها من المبادئ التي تجعل القاضي يأخذ بعين الاعتبار كل معطيات الضرر الخاصة لأجل تكييفها مع التعويض الذي يرى بعض الفقه بأنه يجب أن يكون متطابقا مع قيمة الأضرار وقت صدور الحكم لا قبله².

وغالبا ما يستجاب لها بعد الثبت من ملكيتها للعقار المعتدى عليه وتحميل المسؤولية للجهة المعتدية.

وإضافة إلى التعويض عن فعل الاعتداء المادي غالبا ما تطلب وزارة الأوقاف تعويضا آخر عن الحرمان من الاستغلال، الذي لا تخلو أي دعوى مرتبطة بالاعتداء المادي من المطالبة به، والذي أعطته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تعريفا حيث ورد في أحد قراراتها ما يلي: " هو تعويض على ما فات المستأنف عليهم من كسب وما حرموا منه من نفع في حالة ما إذا بقي العقار في حوزتهم"³.

إلا أن تحديد المدة الواجبة للاستفادة من التعويض عن الحرمان من الاستغلال يبقى أمرا مشوبا بنوع من الشطط، حيث إن الغرفة الإدارية اعتبرت الفترة الفاصلة بين تاريخ وضع اليد وتاريخ إنشاء المرفق العام يجب أن تفوق السنة⁴ ليتسنى لها التعويض عن الحرمان من الاستغلال، وهذا اجتهاد قضائي لا يمكن تأييده، لأن الجهات التي يسند إليها إنشاء المرافق العامة غالبا ما تكون شركات كبرى لها من التجهيزات والمعدات ما يجعلها قادرة على بناء

¹ ابراهيم زعيم الماسي : تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، ط : الأولى، السنة: 2010 / 1431، ص 20.

² مليكة الصروح : القانون الإداري : م:س، ص:627.

³ قرار عدد: 700 ، صادر بتاريخ: 2005/12/28 ملف عدد: 2005/3/4 /1058 ، قرار غير منشور.

⁴ قرار عدد: 446 ، صادر بتاريخ: 2004/07/28، قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد : 47، ص: 27.

أكبر المرافق في وقت وجيز، وهذا ربما ما جعل الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى تغير رأيها حيث أو ضحت في قرار آخر صادر عنها ما يلي¹ :

"إن تحديد فترة زمنية للتعويض عن فوات الكسب تجعل قاضي التقدير ملزم بحصر مبلغ التعويض في الفترة الممتدة ما بين وقوع الاحتلال وتاريخ إنشاء المرفق العام".

وإلى جانب التعويض المقرر عن الاعتداء المادي، يمكن طلب تعويض تكميلي غالباً ما يكون عبارة عن ترتيب فوائد قانونية عما يلحق المحكوم عليه من ضرر بسبب التأخير في التنفيذ، كما أن الغرامة التهديدية تعتبر كذلك أحد مضافات تقدير التعويض والتي تخضع هي الأخرى لدرجة الضرر الحاصل².

وإضافة إلى التعويض المادي، ليس هناك ما يمنع الجهة المعتدى عليها من المطالبة بتعويض عن الضرر المعنوي رغم أن مسألة تقدير هذا النوع من التعويض ليست بالأمر الهين وذلك لصعوبة التأكد من حقيقته إلا أنه يجد سنده في الفصل 77 من ق.ل.ع.م الذي كان السبب في إقرار القضاء الإداري المغربي للحق في هذا النوع من التعويض عن الضرر حيث ورد في قرار صادر عن ما يلي³ : " حيث إن التعويض عن الضرر المعنوي على غرار التعويض عن الضرر المادي يجب أن يكون عاملاً لا رمزياً وحيث إن قضاة الاستئناف عندما اقتصروا على منح درهم رمزي للطاعن على أساس أن التعويض عن الضرر المعنوي ليس الغاية منه النفع المادي، يكونون قد خرقوا مقتضيات الفصل 77 من ق.ل.ع.م وعرضوا قرارهم للنقض".

¹ انظر في هذا الشأن : محمد الكشور: نزع الملكية لأجل المنفعة العامة: قراءة في النصوص وفي مواقف القضاء، ط:2، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، السنة: 2007، ص: 72.

² نظم المشرع المغربي الغرامة التهديدية في الفصل 448 من ق،م، حيث ينص على ما يلي: " إذا رفض المنفذ عليه أداء التزام بعمل أو خالف إلزاماً بالامتناع عن عمل، أثبت عون التنفيذ ذلك في محضره، وأخبر الرئيس الذي يحكم بغرامة تهديدية ما لم يكن سبق الحكم بها.

يمكن للمستفيد من الحكم أن يطلب علاوة على ذلك التعويض من المحكمة التي أصدرته".

³ قرار عدد: 125 صادر بتاريخ: 1986/07/10، ملف إداري عدد: 89639 قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 40، السنة: دجنبر 1987 ص: 204.

من هذا كله، يمكن القول إن الاعتداء المادي لا يخول للجهة المعتدية حق التملك¹ إلا أنه لا شيء يمنعها كذلك من تصحيح وضعيتها، من مجرد معتدية على الملكية إلى صاحبة مالكة للعقار الذي كانت مجرد معتدية عليه، ولا يتم ذلك إلا بوسيلتين: التعاقد أو سلوك مسطرة نزع الملكية، وذلك عن طريق استصدار مرسوم بذلك النزع، ولجئها إلى مسطرة نقل الملكية أمام المحكمة الإدارية المختصة، لتصبح المالك الشرعي للعقار الذي كانت مجرد معتدية عليه، لأن الاعتداء لا يخول لها حق التملك، وهو ما أكده قرار صدر عن المجلس الأعلى ورد في حشياته ما يلي²: " لكن حيث إن نقل ملكية عقار إلى الإدارة في إطار نزع الملكية الجبري لا يتم إلا في إطار المسطرة القانونية المنصوص عليها في القانون رقم: 81.7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت استنادا إلى أحكام الدستور التي تقضي بأن حق الملكية مضمون وأن القانون وحد هو الذي يحد من مداه، وأن الإدارة حينما تقوم بالاستيلاء على ملك الغير خارج الإطار القانوني المشروع، فإن عملها هذا يشكل اعتداء ماديا لا يمكن للقضاء أن يكرسه ويضفي المشروعية عليه، وذلك من خلال نقل ملكية العقار المستولى عليه إلى الإدارة المسؤولة عن هذا العمل المادي على إثر الحكم بالتعويض عن الرقبة لفائدة المالك، الذي هو في الأصل تعويض عن فقدانه لعقاره بعد أن خرج من حيازته القانونية وانتقل إلى الإدارة التي أصبحت تملك فقط حيازته المادية والفعالية.

وحيث يستنتج مما ذكر أن الحيازة المادية للعقار موضوع النزاع قد انتقلت إلى الإدارة المستأنفة بفعل اعتدائها المادي عليه وأصبحت تملكه فعليا بعد أن أنشأت مرفقا عموميا عليه، إلا أنه لا يمكن الحكم لها بنقل ملكيته إليها مقابل التعويض عن الرقبة المحكوم به

¹ هذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته حيث ورد ما فيه ما يلي : "حيث يستنتج مما ذكر أن الحياة المادية للعقار موضوع النزاع قد انتقلت إلى الإدارة المستأنفة بفعل اعتدائها المادي عليه، وأصبحت تملكه فعليا بعد أن أنشأت مرفقا عموميا عليه، إلا أنه لا يمكن الحكم لها بنقل ملكيته إليها مقابل التعويض عن الرقبة المحكوم به لفائدة مالك العقار، إلا إذا تم ذلك وفقا للمسطرة والإجراءات القانونية الجاري بها العمل والمشار إليها أعلاه، وأن المحكمة الإدارية حينما لا تلقت للطلب الاحتياطي المقدم من قبل الإدارة المستأنفة في مذكرتها بعد الخبرة تكون وكأنها سارت في هذا الاتجاه بصفة ضمنية، مما يجعل السبب غير جدير بالاعتبار".

قرار عدد: 698 صادر بتاريخ: 2005/12/28 منشور بمجلة محاكمة، العدد: 2، السنة: مارس / ماي 2007، ص: 229.

² قرار المجلس الأعلى عدد: 698 بتاريخ: 2005/12/28، منشور بمجلة محاكمة عدد 2، السنة: مارس/ ماي 2007، ص: 229.

لفائدة مالك العقار، إلا إذا تم ذلك وفقا للمسطرة والإجراءات القانونية الجاري بها العمل والمشار إليها أعلاه، وأن المحكمة الإدارية حينما لم تلتفت للطلب الاحتياطي المقدم من قبل الإدارة المستأنفة في مذكرتها بعد الخبرة تكون وكأنها سارت في هذا الاتجاه بصفة ضمنية، مما يجعل السبب غير جدير بالاعتبار".

وهكذا يكون هذا القرار المبدئي قد وضع حدا لما كان يعرف بنزع الملكية غير المباشر.

الفقرة الثانية: التعويض الاتفاقي عن الاعتداء المادي

نظرا لما تستغرقه المرحلة القضائية للحكم بالتعويض عن الاعتداء المادي من وقت قد يضر بالطرفين، قد يفضل في بعض الأحيان حسم النزاع دون انتظار ما ستسفر عنه تلك المرحلة، وذلك بسلوك مسطرة مبنية على المراعاة للوصول إلى تحديد تعويض اتفاقي يمكن الطرفين من تجاوز الآثار السلبية المترتبة على مباشرة المسطرة القضائية، وما ينبثق عنها من قيود مجانية تطل هذه العقارات، وتحد من حرية التصرف فيها من قبل مالكيها.

إلا أن الملاحظ أن مسطرة تحديد تعويض اتفاقي عن الاعتداء المادي على الأملاك الموقوفة وفقا عاما تبقى مقيدة، بقيود قانونية وأخرى واقعية، فأما القيود القانونية فترجع بالأساس إلى طريقة معالجة قضايا الاعتداء المادي عن طريق الاتفاق إذا كان الطرف المتنازع معه وزارة، أو جماعة محلية، أو مؤسسة عمومية، حيث يتم الخضوع إلى منشور الوزير الأول عدد 4 المؤرخ في 27 مارس 2002 الذي يلزم الأطراف الحكومية المتنازعة فيما بينها إلى اللجوء إلى التفاوض للوصول إلى حلول تبقى وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية باعتبارها الوزارة الوصية على قطاع الأوقاف العامة بالمغرب غير راضية عنه في أغلب الأحيان، نظرا لتغييب الطبيعة الخاصة للأموال الموقوفة وفقا عاما على طاولة التفاوض.

أما القيود الواقعية فهي تلك التي تحد من نجاعة مسطرة التعويض الاتفاقي لأن الجهة المعتدية تتمسك في التسوية الرضائية بأن تعوض الأوقاف على أراضيها المنتزعة جبرا دون

التعويض عن الحرمان من الاستغلال¹، بالإضافة إلى بخس الأوقاف حقوقها عند تقدير الثمن المستحق للأراضي الوقفية محل الاعتداء.

ومن هنا نستنتج أن تجنب المسطرة القضائية للحصول على تعويض اتفاقي عن الاعتداء المادي الذي يطال الأملاك الموقوفة وفقا عاما يبقى في أحسن أحواله مجحفا للأوقاف العامة، مما يستدعي إعادة النظر في هذه المسطرة ككل.

المطلب الثالث : تمتيع الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة بحق امتياز

إن إعطاء صفة امتياز لدين يجعله ذا أولوية على سائر الديون الأخرى، بمقتضى نص قانوني صريح، وتمتيع دين بهذا الامتياز يحقق لصاحبه الأولوية في استيفاءه حيادا عن قاعدة المساواة بين الدائنين²، وهو ما أصبحت تتمتع به الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة بمقتضى نص المادة 55 من المدونة التي تنص على ما يلي : " تعتبر الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة ديونا ممتازة، لا تسقط بالتقادم، ويكون لاستيفائها حق الأولوية بعد أداء الديون الناشئة عن مهر الزوجة، وامتعتها، ونفقتها، ونفقة الأولاد والأبوين وغيرهم ممن تجب عليه نفقتهم، طبقا لأحكام مدونة الأسرة".

فما هو أساس تمتيع هذه الديون بحق امتياز (الفقرة الأولى) وما هي حدود الامتياز كوسيلة لحماية ديون الأوقاف العامة من الضياع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : أساس تمتيع الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة بحق امتياز

إن الأصل العام هو أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات تجعل بعض الديون تتمتع بحق امتياز، يجعلها ذات أولوية في استيفائها عن غيرها.

¹ عبد الرزاق اصبيحي : الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م،س، ص : 173 و 174.

² سمير سيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة المعارف الإسكندرية، ط : 1970، ص: 380.

وقد عرف القانون المغربي حق الامتياز في الفصل 1243 من ق.ل.ع.م حيث نص على ما يلي: "الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب في الدين".

وعرفته المادة 142 مدونة الحقوق العينية كما يلي: "الامتياز حق عيني تبعي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين".

وبالمقارنة بين التعريفين أعلاه يلاحظ أن مدونة الحقوق العينية جعلت حقوق الامتياز لها الأسبقية عن الرهون وهو ما لم يذكره قانون الالتزامات والعقود.

والامتياز¹ حق عيني تبعي سواء وقع على عقار أو منقول وهو حق يقرره القانون ضمانا لدين معين، نظرا لما يتصف به من خاصية تجعله أولى بالحماية من غيره.

ونظرا لطبيعة الأموال الموقوفة وقفا عاما والخصوصية التي تميزها، عمد المشرع من خلال المادة 55 من المدونة المشار إليها أعلاه إلى إضفاء ضمانه أخرى من شأنها أن تحول دون ضياع هذه الأموال وتحسينها وتأمين استخلاص الديون المستحقة لفائدتها.

والأساس الذي يبنى عليه تمتيع هذه الديون بهذا الامتياز تعود في نظري إلى محددات ترجع بالضرورة إلى صفة الدين وأسبابه، والتي تكشف ارتباطه بمال موقوف يشكل في حد ذاته ضرورة شرعية ومصلحة جماعية أولى بالاعتبار، لأن أموال الوقف تهدف في حقيقتها إلى تحقيق منفعة عامة، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وهو ما جعل فقهاء الشريعة الإسلامية يصرحون بالمنع من إجراء أي تصرف من شأنه الإخلال بالغرض الذي خصص له المال الموقوف.

¹ تنص المادة 10 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "الحق العيني التبعي هو الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به، والحقوق العينية التبعية هي:

- الامتيازات؛

- الرهن الحيازي؛

- الرهن الرسمي.

وللمزيد من الإيضاح حول مفهوم الامتياز أنظر:

- عبد الوهاب عرفة: الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الناشر: المكتب الفني للموسوعات القانونية بالأسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر، ص: 192 وما بعدها.

ولا شك أن تعاضم الديون المستحقة لفائدة المال الموقوف وفقا عاما، يشكل عائقا كبيرا أمام هذه الأموال لتحقيق الأهداف المنشودة منها وتنميتها.

لذا فالاعتراف لهذه الديون بحق أولوية من شأنه أن يحمل الناس على أن يولوا عناية خاصة لسداد ديون الوقف العام، مما يساعد على تنمية هذه الأموال، والصرف من ريعها على الأوجه التي حبست من أجلها، والتي نجد في صدارتها خدمة مصالح الدين وتحقيق المنفعة للمسلمين.

وحسب المادة 143 من مدونة الحقوق العينية فإن حقوق الامتياز تنتج أثرها ولو لم يتم تقيدها بالرسم العقاري كما أن رتبتهما تحدد بالقانون.

الفقرة الثانية: حدود الامتياز كوسيلة لحفظ الأموال الموقوفة وفقا عاما

سبق القول إن إعطاء الديون المستحقة لفائدة الأموال الموقوفة وفقا عاما يرجع إلى اعتبارات تراعي خصوصية المال الموقوف الذي تتحقق المنفعة في ريعه كقاعدة، وتتحقق في أصله كاستثناء¹، وهو ما يجعل طبيعة هذا المال والخصائص والأهداف التي تميزه عن غيره كالأموال العامة مثلا تؤثر بشكل كبير في تباين القواعد التي يجب أن يتعامل بها، وعليه فالامتياز المقرر لديون الأوقاف هو امتياز عام يرد على جميع منقولات المدين دون استثناء وقد حدد المشرع المغربي الديون الممتازة العامة في الفصل 1248 حيث نص على ما يلي :

الديون الممتازة على كل المنقولات هي التي ستذكر فيما بعد، وهي تباشر وفقا للترتيب التالي:

أولا : مصروفات الجنازة أي نفقات غسل الجثة، وتكفينها، ونقلها ودفنها مع مراعاة المركز المالي للمدين الميت؛

¹ عبد الرزاق اصبيحي : الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م.س، ص:80.

ثانيا : الديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت سواء كانت قد أنفقت في منزل المريض، أو في مؤسسة علاجية عامة أو خاصة، وذلك خلال الستة أشهر السابقة على الوفاة، أو على افتتاح التوزيع؛

ثانيا مكرر : الديون الناشئة عن مهر الزوجة وامتعتها، المراعى في تقديرها ما قد يلحق الزوجة من أضرار بسبب الطلاق غير المبرر، ونفقتها ونفقة الأولاد والأبوين..." وهنا نجد أن المشرع المغربي لم يغفل عن تحديد مرتبة امتياز ديون الأوقاف، حيث جعلها حسب المادة 55 من المدونة في مرتبة بعد مهر الزوجة وامتعتها ونفقتها ونفقة الأولاد وغيرهم، ومسألة إعطاء هذه الديون لهذه المرتبة تبقى ذات أهمية كبرى تظهر بوضوح عند تراحم هذه الحقوق التي تحدد صاحب الحق الذي له الأولوية للحصول على دينه خاصة عندما يكون المنقول أو العقار الواقع عليه حق الإمتياز لا يكفي لسداد الديون الممتازة، وفي هذا الشأن نصت المادة 1131 من القانون المدني المصري على ما يلي : مرتبة الامتياز يحددها القانون، فإن لم ينص صراحة في حق ممتاز على مرتبة امتيازه، كان الحق متأخرا في المرتبة عن كل امتياز ورد في هذا الباب، فإن كانت الحقوق الممتازة في مرتبة واحدة فإنها تستوقف بنسبة قيمة كل منها، ما لم يوجد نص يقضي بذلك"¹.

وأتمنى أن يحقق هذا الامتياز حماية حقيقية لديون الأوقاف العامة نظرا للطبيعة الخاصة للأموال الموقوفة، التي تبقى جديرة بالحماية.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج: 10، ص: 933.

الفرع الثاني
مالية الأوقاف العامة : قواعد التخصيم وضوابطه
آليات الرقابة



الفرع الثاني: مالية الأوقاف العامة : قواعد التنضيم وضبطه

آليات الرقابة

تشكل مالية الأوقاف العامة حسب المادة 133 من مدونة الأوقاف من جميع الأموال الموقوفة، وقفا عاما، وعائداتها، وكل الأموال الأخرى المرصودة لفائدتها، وتشكل هذه الأموال جميعها الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة، التي تبقى مستقلة عن الميزانية العامة للدولة، وتقوم أساسا على التوازن المالي بين الموارد و النفقات.

ومن أجل وضع نظام حديث لتدبير¹ مالية الأوقاف العامة يراعي خصوصية المال الموقوف وقفا عاما تم وضع نظام مالي ومحاسبي خاص بالأوقاف العامة، يسعى المشرع من ورائه إلى تحرير هذه الأموال من الجمود، وتوفير الآليات القانونية والتنظيمية التي ستمكن من تطبيق الاتجاهات المعاصرة للتدبير المالي على أموال الوقف العام، كما أن التفكير في صيغ جديدة تراعي خصوصية أموال الوقف العام تمكنه من الإسهام في النشاط الاقتصادي المناسب أصبح واجبا لإثمار السيولة النقدية وفتح آفاق جديدة أمام مؤسسة الوقف لتنمية الأموال الموقوفة واستثمارها.

إلا أن هذا كله يبقى، رهينا بآليات رقابية² تتابع هذه الأعمال كلها، وتتأكد من أنها في مسارها الطبيعي، كما يهدف الكشف عن الأخطاء والانحرافات من أجل تصحيحها ليظهر أثرها الحسن على كل ذلك.

¹ لقد حث الله تعالى عن حسن التدبير في مواضع كثيرة في كتابه العزيز من قوله تعالى: ﴿ولا تبكر تكبرا، إن المبكرين كانوا إخوان الشياطين﴾. (الآية 26 و 27 من سورة الإسراء)

وقوله تعالى: ﴿ولا تجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتتعد ملوما مسورا﴾. (الآية 29 من سورة الإسراء). - وقوله تعالى: ﴿والذين إنما أنفقوا لم يفسفوا ولم يفتروا﴾. (الآية 67 من سورة الفرقان).

² ثبت عن الرسول صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة تفيد مشروعية الرقابة المالية ومنها ما رواه كل من البخاري ومسلم عن أبي حميد الساعدي قال: " استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الأذن على صدقات بني سليم يدعى ابن اللبينة، فلما جاء حاسبه قال: هذا مالك، وهذا هدية، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلا جلست بين أبيك وأمك حتى تأتيتك هديتك إن كنت صادقا؟ ثم خطبنا فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد فإني استعمل ال رجل منكم منه شيئا بغير حقه إلا لقي الله تعالى يحمله يوم القيامة فلا عرفني أحدا منكم لقي الله يحمل بعيرا له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تعير". أنظر محمد بن اسماعيل البخاري صحيح البخاري ج9 ص88، باب هدايا العمال.

ومن أجل الإحاطة بمبادئ تنظيم مالية الأوقاف العامة، وآليات رقابتها سأقسم هذا الفرع على الشكل التالي:

المبحث الأول: قواعد تنظيم مالية الأوقاف العامة وطرق استثمار عائداتها

المبحث الثاني: ضبط آليات رقابة مالية الأوقاف العامة.

المبحث الأول: قواعد تنظيم مالية الأوقاف العامة وطرق استثمار عائداتها

يرتكز تدبير الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة على مبدأ استقلاليتها عن الميزانية العامة للدولة، ويخضع لتنظيم مالي ومحاسبي يشتمل على مجموعة من القواعد تحدد طريقة وضع وتنفيذ ومراقبة هذه الميزانية، والأشخاص المؤهلين للقيام بالعمليات المالية والمحاسبية، وتبني هذه الميزانية على أساس التوازن المالي بين الموارد والنفقات، التي تنقسم بدورها إلى شقين يتعلق الأول بالتسيير، والثاني بالاستثمار، ويضم كل منهما أقساما، و أبوابا، وفصولا، توزع إلى مواد وفقرات و سطور، حسب مجالات تخصيصها أو الغرض منها أو طبيعتها وتحدد وفق ذلك كله مصنفة المساطر المحاسبية خاصة بهذه الميزانية بموجب قرار للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف العامة، وباقتراح من المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة. ونظرا لكون المشرع المغربي قد أخضع الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة لتدبير مالي حديث، يراعي خصوصية أموال الوقف، فإنه لم يغفل كذلك عن وضع طرق جديدة لتوظيف هذه الأموال واستثمارها.

وللإحاطة بمبادئ التنظيم المالي والمحاسبي، وكذا الصيغ الجديدة لاستثمار السيولة النقدية للأموال الموقوفة وقفا عاما، سأقسم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: قواعد التنظيم المالي والمحاسبي للأوقاف العامة

المطلب الثاني : طرق استثمار عائدات الوقف العام

المطلب الأول : قواعد التنظيم المالي والمحاسبي للأوقاف العامة

سبق القول بأن الأوقاف العامة تشكل ذمة مالية واحدة مستقلة، تشمل جميع الأموال الموقوفة وقفا عاما، وعائداتها وكل الأموال الأخرى المرصودة لفائدتها.

وبشكل التنظيم المالي، الهيكل البنوي للميزانية الخاصة بالأوقاف العامة، وطريقة إعدادها وتنفيذها (الفقرة الأولى).

أما التنظيم المحاسبي، فهو يشمل القواعد المنظمة لتنفيذ ومراقبة العمليات المالية والمحاسبية، ويبين مسؤولية الأشخاص المؤهلين للقيام بها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قواعد التنظيم المالي للأوقاف العامة

حسب المادة 135 من المدونة فإن الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة تشمل على ميزانية رئيسية تنقسم إلى جزئين : يتعلق الأول بالموارد والثاني بالنفقات،¹ كما تشمل كذلك على ميزانية ثانوية عبارة عن حسابات خصوصية تحدث بموجب قرار للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، وغالبا ما تتعلق هذه الحسابات بمشاريع وقفية ذات طابع خاص ومحدد.

فكيف يتم إعداد الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف (أولا) وكيف يتم تنفيذها (ثانيا).

¹ تنص المادة 136 من المدونة على يلي:

أ: في باب الموارد:

- مداخيل المعاوضات؛
- عائدات بيع منتوجات الأشجار والغلل و مواد المقالع الوقفية وغيرها؛
- عائدات التوظيفات المالية؛
- مداخيل الاككتاب في السندات الوقفية؛
- الإعانات المالية التي تقدمها الدولة والهيئات الأخرى؛
- الهبات والوصايا؛
- موارد مختلفة؛

ب: في باب النفقات:

- تكاليف الأملاك الموقوفة وصيانتها؛
- النفقات المخصصة للجهات الموقوف عليها حسب شروط الواقف؛
- نفقات تسبير الأملاك الموقوفة؛
- النفقات المرصودة لخدمة مصالح الدين ونشر الثقافة الإسلامية؛
- تكاليف بناء وتجهيز المؤسسات الوقفية؛
- مبالغ التوظيفات المالية المخصصة لتنمية عائدات الوقف؛
- المبالغ المرصودة لاقتناء أملاك جديدة لفائدة الأوقاف العامة؛
- الإعانات الممنوحة لخدمة أغراض الوقف العام؛
- الاعتمادات المرصودة لتغطية النفقات الطارئة؛
- نفقات مختلفة.

أولاً : إعداد الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة:

حسب المادة 142 من المدونة فإن السنة المالية للميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة تبتدئ في فاتح يناير وتنتهي في 31 دجنبر من نفس السنة.

وتتولى إدارة الأوقاف إعداد هذه الميزانية التي تشمل الاعتمادات المتعلقة بالنفقات، والموارد المرصودة لتغطيتها، كما تحدد المدة الزمنية التي يمكن خلالها إنجاز عمليات تحصيل المداخيل، وصرف نفقات التسيير، وذلك لعرضها على المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، مرفقة بمذكرة تقديمية وبالوثائق والبيانات قصد المصادقة عليها.

وفي حالة عدم المصادقة، يتم العمل فيما يخص المداخيل بجميع أنواعها، ونفقات التسيير طبقاً لميزانية السنة المنصرمة، إلى حين المصادقة على مشروع الميزانية، ويتم ذلك بمقرر للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

ثانياً: تنفيذ الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة:

بعد مصادقة المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة على مشروع الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة يتم الشروع في تنفيذها، ولا يجوز إدخال أي تعديل عليها إلا وفق الشروط والإجراءات المتعلقة بالمصادقة عليها.

وفي حالة الحصول على موارد إضافية خلال السنة، يتم تخصيص هذه الموارد لفتح اعتمادات جديدة من أجل تغطية نفقات للتسيير، أو للاستثمار حسب الحالة.

وفي حالة إذا كانت الموارد المرصودة لتغطية نفقات التسيير غير كافية، يمكن للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف الإذن بمقرر خاص لإجراء تحويلات من باب لآخر أو من فصل لآخر داخل نفس القسم.

ويجوز لإدارة الأوقاف أثناء السنة المالية، وقف تنفيذ بعض نفقات الاستثمارات إذا استلزمت مصلحة الوقف ذلك، وكان الهدف من هذا الإجراء حماية أموال الوقف، وفي هذه

الحالة يتعين إحاطة المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة علماً خلال الثلاثين يوماً المالية لتاريخ اتخاذ هذا الإجراء.

الفقرة الثانية : التنظيم المحاسبي للأوقاف العامة

يشمل التنظيم المحاسبي للأوقاف العامة، كل العمليات المالية والمحاسبية المتعلقة بالميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة. والهدف من هذا التنظيم هو تدقيق الحسابات، والتأكد من مشروعيتها إضافة إلى تقييم الجدوى منها ومدى فعاليتها.

ويساهم هذا النظام كذلك في حماية أموال الوقف عن طريق ضبط حركة الموارد والنفقات، وتحليلها حسب مصادرها وطبيعتها ومجالاتها، مما يساعد على التخطيط والرقابة وتقويم الأداء عن طريق توجيه الموارد وترشيد النفقات.

كما يبين هذا النظام أثر المعاملات المالية التي وقعت على حركة أموال الوقف وما نتج عن ذلك من فائض أو عجز. ليتسنى تقييم صيغ الاستثمار المتاحة ومدى نجاعتها.

وبعهد للقيام بتسيير هذه العمليات، وتحديد القواعد المتعلقة بتنفيذها على مستوى الإدارة المركزية إلى الأمر بالصرف، وإلى المراقب المالي المركزي ومساعديه، وعلى مستوى الإدارات الجهوية إلى مراقبين ماليين محليين.

ويتم تقديم حصيلة جميع العمليات المالية المنجزة برسم السنة المالية المعنية، والمبالغ النهائية للموارد المقبوضة، والنفقات المأمور بصرفها، للحصول على نتيجة الوضعية المالية للميزانية في نهاية السنة المقدم بشأنها.


المطلب الثاني: طرق استثمار عائدات الوقف العام

المال من الكليات الخمس¹ التي أوجب الله تعالى العناية بها، قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقوهم فيها﴾².

والعناية بالمال تقضي العمل على تسميره، وتقويته وتنميته عن طريق استثماره.

وأموال الوقف العام تدخل ضمن هذا الإطار، ذلك أن حسن التصرف في أموال الوقف يجب أن يتجاوز حسن التصرف في الأموال الأخرى، وهذا جعل فقهاء الشريعة الإسلامية حريصين عليه حيث وضعوا له الأحكام التي تضبط معاملاته بهدف المحافظة عليه، وتنميته، واستمراره في تقديم منافعه للمستفيدين وفقا لمقاصد الواقف، دون الإغفال عن تمكينه من فرص النمو المتاحة التي تقتضيها طبيعته.

والمشرع المغربي بدوره تبنى نفس التوجه من خلال مدونة الأوقاف وعيا منه بأن الوقف العام بمعناه ومضمونه يشكل مؤسسة اقتصادية، واجتماعية قادرة على أن تؤدي دورها التنموي داخل المجتمع. وسعيا منه كذلك لتحرير هذه الأموال من الجمود، وتنميتها سواء كانت أموالا أو ريعا بوسائل استثمارية مباحة شرعا وهنا لا بد من التمييز بين حالتين:

 الحالة الأولى : تكون فيها مؤسسة الوقف في حالة عجز، لكون معظم ممتلكاتها عبارة عن أراضي أو دور تحتاج إلى إعمار، حيث تكون المؤسسة في هذه الحالة طالبة للتمويل بغرض تنمية ممتلكاتها.

1 الكليات الخمس هي: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل وحفظ المال: راجع حول مفهوم هذه الكليات:

• أبو اسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول (1،2)، دار الكتب العلمية ببيروت، لبنان، بدون تاريخ، ص:7 وما يليها من كتاب المقاصد.

² سورة النساء الآية 5. وللاطلاع على تفسير هذه الآية أنظر:

• تفسير ابن كثير، المجلد الثاني، مطبعة دار الفاروق عمان الأردن، الطبعة الأولى، السنة:2008، ص:720 وما بعدها.
• تفسير ابن عربي: ظبطه وصححه وقدم له الشيخ عبد الوارث محمد علي: المجلد الأول، الطبعة الأولى، السنة:2008، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت، ص:162.
• أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، المجلد الثالث، السنة:1999، الطبعة الثالثة، ص:586 وما بعدها.



الحالة الثانية: استثمار الوقف بمعنى وجود فائض من السيولة لدى المؤسسة

الوقفية، حيث تصبح ممولة¹ لمختلف حاجات المجتمع والحالة هذه هي موضوع هذا المطب فما هي إذن السبل الجديدة لاستثمار أموال الوقف المنصوص عليها في المدونة (الفقرة الأولى)، وكيف يمكن تطويرها وتنميتها (الفقرة الثانية).

1 إن تمويل المشاريع الاستثمارية بالمغرب يتوزع بين عدة أنواع من التمويلات هي كالتالي:

أولاً- التمويل الذاتي: ويشتمل هذا التمويل على ما يلي:

- مداخيل المعاضات؛
- تعويضات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة؛
- فائض مداخيل التسيير؛
- عقود كراء على أساس الغرس والاستصلاح؛
- عقود مع إدارة المياه والغابات لتشجير الأراضي المنحدرة.

ثانياً- التمويل الخارجي: يتمثل فيما يلي:

- اتفاقية مع صندوق أبو ظبي للإنماء الاقتصادي العربي بتاريخ 28 يناير 1976 تم بموجبها إقراض الأوقاف 40 مليون درهم إماراتي لبناء برج الأوقاف بالدار البيضاء على مساحة 2500 م². يسدّد القرض على أقساط نصف سنوية خلال 15 سنة تبتدئ بعد تنفيذ المشروع بسنتين برسم خدمة يبلغ 3% سنويا يحتسب على المبالغ المسحوبة من القرض ابتداء من تاريخ سحبها. القرض كان بضمان الدولة.
- بروتوكول تنفيذي لاتفاق تعاون بين وزارة الحج والأوقاف بالمملكة العربية السعودية ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمملكة المغربية موقع بتاريخ 7 يونيو 1978 تم بموجبه منح هيئة مالية قدرها 30 مليون ريال سعودي (حوالي 46 مليون درهم مغربي)، لتمويل عدة مشاريع استثمارية ووقفية عبارة عن 7 عمارات سكنية و3 تجزئات عقارية بعدة مدن مغربية.
- تم إبرام عقد مشاركة في الأرباح بين البنك الإسلامي للتنمية ووزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتاريخ فاتح رمضان 1403 الموافق 11 يونيو 1983 لإقامة مشروع تجزئة عقارية على قطعة حبسية بمراكش مساحتها حوالي 30 هكتار؛
- ✓ حددت مساهمة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية في قيمة العقار الحبسي حوالي 40 مليون درهم
- ✓ حددت مساهمة البنك الإسلامي للتنمية في تكاليف التجهيز والذي حدد في : 17.355.123,00 درهما؛
- ✓ تم الاتفاق بالعقد المذكور على توزيع العائدات من المعاضات على أساس:
- نسبة 69,73% من مداخيل المعاضة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية؛
- نسبة 30,27% من مداخيل المعاضة للبنك الإسلامي للتنمية .

ثالثاً: التمويل عن طريق خلق شركات: في إطار تنوع مصادر التمويل اقدمت وزارة الأوقاف المغربية على عقد مجموعة من الشركات لتمويل مشاريعها الاستثمارية ومن بين هذه الشركات ما يلي:

- عقد شراكة مع منعش عقاري بمدينة مكناس، لإنشاء مجمع تجاري وسكني، بلغت تكلفته 80 مليون درهم، وقد انتهت الأشغال بهذا المشروع وهو يستغل حالياً؛
- عقد شراكة مع القطاع الخاص من أجل بناء عمارة سكنية بمراكش، بلغت تكلفتها 12 مليون درهم، وقد انتهت الأشغال بالمشروع ويستغل حالياً؛
- إنجاز تجزئة سكنية وتجارية بأرض سيدي مكدول بالصويرة على مساحة تقدر بـ 10 هكتارات.
- محمد الكوراري: التجربة المغربية في الاستثمارات الوقفية، بحث مقدم للندوة الدولية لمجلة أوقاف الكويتية، تحت عنوان: الاستثمارات الوقفية بين المردود الاجتماعي والضوابط الشرعية والقانونية، والمنعقدة بتاريخ 25/24 مارس 2014، بالعاصمة المغربية الرباط

الفقرة الأولى : الصيغ الجديدة لاستثمار أموال الوقف من خلال المدونة

إن انخفاض القيمة الاقتصادية لأموال الوقف يؤدي للانتقاص من السيولة المالية للأوقاف، ويحد من التدفقات النقدية إلى أرصدها، ولتفادي هذا الوضع أصبح استثمار جزء من عوائد الوقف العام مطلباً جوهرياً لإثمار الممتلكات الوقفية، والزيادة في أصولها.

ولا شك أن تطبيق الاتجاهات المعاصرة للتدبير المالي على الاستثمار الوقفي، سيساهم في الحفاظ على أموال الوقف العام، وبلاتمها في الوقت نفسه مع التغيرات الاقتصادية، وتطورات الحياة الاجتماعية، ويفتح أمامها آفاق تنموية جديدة.

وسبل استثمار أموال الوقف عديدة لكل منها طبيعته الخاصة التي تجعله يختلف عن الصيغ الأخرى، ويرجع هذا الاختلاف إلى درجة مرونتها في مجال إدارة المخاطر، وطرق توزيع الأرباح والخسائر وغيرها.

والمشروع المغربي اختار المجال المالي كأحد المجالات الجديدة لاستثمار أموال الوقف، إلى جانب الصيغ الأخرى المعمول بها¹، وذلك لتحقيق أفضل التوظيفات المالية لأموال الوقف العام² وفضل السندات¹ كأحد الأساليب المتاحة في هذا المجال، حيث سماها

1 صيغ استثمار أموال الوقف المعتادة كثيرة ومتنوعة منها: الكراء بشقيه الفلاحي وغير الفلاحي، إلى جانب بيع مواد المقالع، والغلل ومنتوج الأشجار، والمعاوضة بهدف تنمية الأصل، إضافة إلى السندات كأحد الأساليب الجديدة .

2 قامت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية وعلى امتداد سنوات بمجموعة من التوظيفات المالية من أجل تنمية عائداتها ومن هذه التوظيفات نذكر ما يلي:

- تأسيس شركة التنمية العقارية المقام بشراكة مع المجموعة المغربية الكويتية بتاريخ يوليوز 1977 برأسمال 15,6 سهم تملك الأوقاف نصفها، وذلك بهدف إحداث تجزئة عبارة عن 120 بقعة من صنف فيلات، إضافة إلى مرافق اجتماعية و مساحات خضراء و وقد تم بناء المشروع على عقار وقفي يوجد بالدار البيضاء تبلغ مساحته حوالي 13 هكتار، وقد بلغ مجموع نصيب الوزارة ما يناهز 50 مليون درهم كأرباح من هذا المشروع؛
- المساهمة في رأس مال شركة شالة العقارية الذي يبلغ 20.732.500,00 درهم، والموزع على الشكل التالي:
 - وزارة المالية: 66,6 %
 - الأوقاف: 21,7 % (9000 سهم بقيمة 4,5 مليون درهم)
 - الصندوق الوطني للاستثمار: 3,32 %
 - المكتب الوطني للسياحة: 2,41 %
 - مساهمون مختلفون: 4,1 %

وللإشارة فإن هذه الشركة هي في طور التصفية، ويبلغ نصيب الأوقاف منها 29 مليون درهم؛

- اقتناء 51 % من أسهم شركة مطبعة فضالة سنة 1959 بقيمة 350.100,00 درهم، ثم اقتنت، باقي الأسهم سنة 1965 بقيمة 500.000,00 درهم لتصبح المطبعة ملكاً خالصاً للأوقاف؛

(...)

"سندات الوقف" وحسب المادة 140 من المدونة، فإن مداخيل هذه السندات ستخصص لإقامة مشاريع ذات صبغة دينية أو علمية أو اجتماعية، كما أن تحديد شكلها، وكيفية إصدارها، وطريقة الاكتتاب فيها، وكذا كيفية جمع التبرعات سيتم بموجب قرار للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، وذلك بعد استشارة المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة.

وهذا يدفني لإبداء بعض الملاحظات بخصوص هذه السندات:

الملاحظة الأولى: تتعلق بإطلاق اسم على هذه السندات، ذلك أن تسميتها هو اختيار تشريعي موفق، لأن اسمها سيساعد في الحصول على مصادر تمويلية تغطي عجز الموازنات وتدفع عجالات الاقتصاد للأمام، كما أنها لن تتعرض للمخاطر الاستثمارية²، المرتبطة بتقلبات أسعار الفائدة لأنها في الأصل لا تتعامل بها نظرا لثبوت فساد هذه الآلية في إدارة النشاط الاقتصادي المعاصر، كما أن التضخم³ سينعكس عليها بشكل إيجابي لأنها تمثل أصولا

• محمد الكوراري: التجربة المغربية في الاستثمارات الوقفية، بحث مقدم للندوة الدولية لمجلة أوقاف الكويتية، م، س، ص: 53 وما بعدها.

¹ السندات في أصلها عبارة عن دين تمنحه المؤسسة مع عائد ثابت، وتتسم هذه السندات بطول آجال استحقاقها، وقد تكون مضمونة أو غير مضمونة، كما يمكن تقسيمها إلى عدة أنواع حسب الحقوق التي تغطيها، والصيغة التي تم بها الإصدار، كما تمكن المكتتبين الدائنين من الحصول على فوائد ثابتة في تاريخ محدد.

• انظر عبد القادر أزيرار: آفاق التوظيفات المالية للسيولة النقدية على ضوء مدونة الأوقاف المغربية، مداخلة ضمن اللقاء التحسيبي حول أحكام مدونة الأوقاف لفائدة النظار بتاريخ 3/2 نونبر 2010 بمقر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

ويترتب على إصدار السندات عدة نتائج:

أن حامل السند دائن ومن ثم لا يحق له التدخل في إدارة المؤسسة، كما أنه الحق في فائدة ثابتة، وله ضمان عام على أموال المؤسسة وحقه مقدم على حامل الأسهم، فأصحاب الأسهم لا يحصلون على قيمة أسهمهم إلا بعد استيفاء أصحاب السندات لحقوقهم.

وأخيرا يجب الوفاء لحامل السند في الميعاد المتفق عليه. أما السهم فلا ترد قيمته طالما أن المؤسسة مازالت تمارس نشاطها. انظر للمزيد من التفصيل:

- سوزي عدلي ناشد: مقدمة في الاقتصاد النقدي والمصرفي، م، س، ص: 189 وما بعدها.
- مصطفى يوسف كافي "بورصة الأوراق المالية، م، س، ص: 148 وما بعدها.

² حسن شحاتة: استثمار أموال الوقف، مقال منشور بمجلة أوقاف، السنة: الثالثة، العدد: 6، السنة: يونيو 2004، ص: 77.

³ عادة ما يؤدي التضخم عند تنزيله على أرض الواقع إلى انخفاض قيمة عائدات هذه الاستثمارات لكونها عوائد قارة لكن الأمر يختلف بالنسبة لسندات الوقف لأنها أصول حقيقية.

حقيقة، كما أن أسعارها يمكن أن تشهد تطورا إيجابيا يتماشى مع الارتفاع العام لمستوى الأسعار، وهذا يؤدي لا محالة إلى ارتفاع عائداتها¹.

الملاحظة الثانية: وهي تضيق المجالات الواسعة لتطبيق هذه السندات وحصصها في التماس الإحسان العمومي لإقامة مشاريع ذات صبغة دينية أو علمية أو اجتماعية كما أن صيغة السندات المقررة في المدونة قد لا تتناسب ومبتغى جمع التبرعات، والتماس الإحسان العمومي، وتحضير المواطنين للاكتتاب وبالتالي تشجيع حركة الاقتصاد الوطني، وربما كان إحداث صندوق أو بنك للاستثمار في ممتلكات الأوقاف أنسب لاستقطاب التبرعات على شاكلة بعض الصناديق المفتوحة لهذا الغرض².

الفقرة الثانية: الأساليب الأخرى الممكنة لتطوير استثمار أموال الوقف العام

تبقى المجالات الأوفر حظا للاستفادة من ريع الأوقاف العامة هو تغطية بعض الوظائف الدينية، مثل توفير الموارد المالية لأجور القيمين الدينين، والقائمين على المؤسسات الدينية عموما، وهذا يجعل الوقف العام خاضع لمنط محدد من التصرف لا يؤهله لأن ينخرط في النشاط الاقتصادي، كما أن النص في مدونة الأوقاف على صيغة لاستثمار أموال الوقف العام عن طريق إصدار سندات باسمها ليست الطريقة الوحيدة، بل هناك صيغ أخرى للاستثمار تراعي الطبيعة الخاصة لأموال الوقف، وتراعي الضوابط الشرعية التي تحكمه، و غالبا ما تنبني على فكرة التفويض المؤسسي ومنها:

❖ خلق مؤسسة استثمارية متخصصة لتوظيف السيولة النقدية للوقف العام بتدبير حديث خاضع لنظم المحاسبة في القطاع الخاص، ومستقل عن التسيير الإداري والمالي للوزارة لكن تحت وصايتها ورقابتها، لأن هذا النوع من المؤسسات المالية يكون قادرا على تحقيق معدلات نمو جيدة نظرا لدراسة الجدوى الاقتصادية بشكل متكامل ودقيق يؤدي

¹ عبد القادر أزيرار، م.س، ص : 11.

² هناك مثلا صندوق للاستثمار في ممتلكات الأوقاف يشرف عليه البنك الإسلامي للتنمية.

لتفادي المخاطر الاستثمارية. كما أن أساس عمل مثل هذه المؤسسات ينبغي على إحلال منطق المشاركة في الربح والخسارة بدل القروض بفائدة.

❖ خلق صندوق أو بنك للاستثمار في ممتلكات الأوقاف، وذلك حسب السيولة المراد استثمارها، ويكون شكل المؤسسة خاضع للقانون الخاص بمؤسسات الائتمان، على أن تقوم بالإشراف على التوظيفات المالية، وإثمارها وذلك عن طريق إعداد نشرات الاكتتاب والإهدار وفق الضوابط الشرعية. كما تعمل على توحيد التدفقات المالية لجميع الحسابات المصرفية لنظارات الأوقاف في حساب تابع لها، وكل هذا يتم بالتنسيق مع وزارة الأوقاف على أن تبقى هذه المؤسسة خاضعة للرقابة المالية من طرف المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة.

❖ أخذ المبادرة لتأسيس أول بنك إسلامي بالمغرب: ولا ريب في ذلك لأن المؤسسة الوقفية بالمغرب بما لها من مؤهلات، يمكنها إرساء نظام التمويل الإسلامي داخل المملكة، عن طريق تأسيس أول بنك إسلامي مغربي يستفيد من الدعم المعنوي للدولة، ويكسب ثقته لارتباطه بأحد أجهزتها وهي وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، إضافة إلى استفادته من مجانية المؤهلات المتخصصة، والموارد البشرية التي تتوفر عليها الوزارة، كما سيخضع عمل هذا البنك للرقابة من الناحية التنظيمية لبنك المغرب، ومن الناحية المالية للمجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، ومن الناحية الشرعية للمجلس العلمي الأعلى¹ وهنا تجدر الإشارة إلا أن المجال المالي ليس المجال الوحيد المناسب لاستثمار أموال الوقف العام بل يمكن الدخول في مجالات كثيرة منها²:

❖ الاستثمار العقاري : وذلك عن طريق بناء عقارات على أراضي الوقف بنظام المشاركة مثلاً.

❖ الاستثمار في إنشاء المشروعات الإنتاجية: التي تسهم في التنمية الاجتماعية والاقتصادية كالمشروعات الحرفية والمهنية.

1 عبد القادر أزيرار: المؤسسة الوقفية بالمغرب وتبني مشروع إنشاء أول مصرف إسلامي بالمملكة ، مقال منشور بمجلة أوقاف ، العدد:24، السنة: ماي 2013،ص: 164 وما بعدها.

2 حسين شحاتة : م.س، ص 87.

❁ الاستثمار في المشروعات الخدمائية، سواء التعليمية أو الطبية أو غيرها كالمراكز الصحية والمعاهد الدينية.

❁ الاستثمار في الأنشطة الزراعية خصوصا أن المغرب بلد يعتمد على الفلاحة بشكل كبير.

وفي الأخير نجد أن المضمون الاقتصادي للوقف يساعد على تحويل الأموال من مجال الاستهلاك إلى الاستثمار في رؤوس أموال منتجة، تمثل إيرادا أو منفعة يستفيد منها عموم الناس لأنها تمثل فرصا مجتمعية، تدعم الأفراد تدريجيا لرفض التواكل الاقتصادي سواء على الدولة أو على المحسنين. وهو ما يدعونا إلى ضرورة المرور بالوقف من التركيز على المفهوم إلى الاهتمام بالآلية.

المبحث الثاني : ضبط آليات رقابة مالية الأوقاف العامة

إن موضوع الرقابة¹ من أهم الموضوعات التي تمس الكيان التنظيمي للمال الموقوف وقفا عاما، وبالتالي فإقرار سياسة رقابية محكمة لفائدة هذه الأموال ضرورة لازمة للمحافظة عليه من سوء التصرف، وحمايته من العبث والضياع.

وفعالية الرقابة تقتضي أن تبتدئ مع العمل لتراقب مراحل تنفيذه، من أجل تجنب الأخطاء والقصور والإهمال، ووضع الحلول المناسبة قبل فوات الأوان.

وهي بذلك قد تكون سابقة، غرضها محاولة تجنب الأخطاء قبل وقوعها وهو ما تبنته المدونة من خلال المواد 153/143/74/64 منها كما قد تكون لاحقة تهدف الكشف عما

¹ الرقابة في اللغة وردت في معاني عدة تفيد الحفظ والانتظار، والإشراف والحراسة (أنظر جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار الطباعة والنشر بيروت، السنة 1955، ج 2، ص 424).

والرقابة المالية عند علماء المالية المعاصرين هي منهج علمي شامل، يتطلب التكامل بين المفاهيم القانونية والاقتصادية، والمحاسبية، والإدارية، ويهدف إلى التأكد من المحافظة على الأموال العامة ورفع كفاءة استخدامها، وتحقيق الفعالية في النتائج المحققة على أن يقوم بهذه المهمة جهاز مستقل بنوب عن السلطة التشريعية، وغير خاضع للسلطة التنفيذية (أنظر حسين راتب يوسف ريان، الرقابة المالية في الفقه الإسلامي، طبعة دار النفائس للنشر والتوزيع بالأردن ط 1 السنة 1914/1999 ص : 18).

قد يقع من مخالفات مالية وهو ما نستشفه كذلك من خلال المواد 150/119/82/74/65 من المدونة.

وحتى يضمن المشرع المغربي للوقف العام المزيد من الرعاية لم يكتف بهيئة المراقبة الداخلية التقليدية التي تقوم بها المفتشية العامة التابعة للوزارة (المطلب الأول)، بل تعدى ذلك إلى الارتكاز على عملية التقويم والافتحاص، وذلك بخلق مجلس أعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المراقبة الداخلية

يخضع التدبير الإداري والمالي للأوقاف العامة، لمراقبة داخلية يناط بها للمفتشية العامة التابعة مباشرة لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية. وتتشكل هيئة المفتشية العامة من مفتشين ومفتشين مساعدين إضافة إلى هيئة المراقبين الماليين بصفتهم محاسبين خاصين بالأوقاف العامة.

فما هي إذن طبيعة هيئة المراقبة الداخلية (الفقرة الأولى) وما هي المهام الموكولة إليها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : طبيعة هيئة المراقبة الداخلية

تتألف المفتشية العامة لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية من مفتش عام ومفتشين (أولا) إضافة إلى مراقبين ماليين (ثانيا).

أولا : هيئة التفتيش:

بناء على مرسوم وزير الأوقاف رقم 2.05.1241 الصادر في 3 ماي 2006¹، تم تحديد وضعية المفتشين العاملين بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، وشروط تعيينهم حيث

¹ الجريدة الرسمية عدد: 5425، الصادرة في: 29 ماي 2006.

أصبحت المفتشية العامة للوزارة تشمل بالإضافة إلى المفتش العام، على صنفين من المفتشين هم صنف المفتشين، وصنف المفتشون المساعدون. ويخضع تعيين المفتشين لنفس المسطرة المتبعة في تعيين رؤساء الأقسام بالإدارات المركزية، كما يعين المفتشون المساعدون وفق الشروط وطبقا لنفس المسطرة المتبعة في تعيين رؤساء المصالح بالإدارات المركزية. ويحدد عدد هيئة التفتيش بالوزارة بمقتضى قرار لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية.

ثانيا: هيئة المراقبين الماليين:

تحددت وضعية المراقب المالي المركزي، والمراقبين الماليين المساعدين، والمراقبين الماليين المحليين المكلفين بمراقبة حسابات الأوقاف، و كيفيات شروط تعيينهم بمقتضى قرار لوزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم: 367.11 الصادر في 3 جمادى الأولى 1432 الموافق ل 7 أبريل 2011.

فعلى صعيد الإدارة يتم تعيين المراقب المالي المركزي من بين المتصرفين من الدرجة الأولى أو في وضع مماثل، الذين يتوفرون على تجربة لا تقل عن خمس سنوات في التدبير المالي، بينما يعين المراقبان الماليان المساعدان من بين المتصرفين من الدرجة الثانية أو المنتمين لوضعية مماثلة والمتوفرين على تجربة لا تقل عن ثلاث سنوات في تدبير الوقف. أما على صعيد الإدارات الجهوية سيتم تعيين المراقبين المحليين من بين المتصرفين من الدرجة الثالثة، أو المنتمين لوضعية مماثلة، والمتوفرين على أقدمية خمس سنوات من الخدمة الفعلية، كما يجب توفرهم على تجربة لا تقل عن ثلاث سنوات في تدبير الوقف.

الفقرة الثانية: مهام هيئة المراقبة الداخلية

أولا : مهام هيئة المفتشين :

بالرجوع إلى مقتضيات الظهير الشريف رقم 193-03-1 الصادر في 9 شوال 1424 الموافق ل 4 دجنبر 2003 في شأن اختصاصات وتنظيم وزارة الأوقاف، يناط بهيئة التفتيش

بالمفتشية العامة مهمة إطلاع الوزير على سير مصالح الوزارة، وبحث كل طلب يعهد به إليها، والقيام بناء على تعليماته بجميع أعمال تفتيش مصالح الإدارة المركزية والمصالح الخارجية، خصوصا على مستوى التدبير الإداري، ومراقبة سير الأعمال الإدارية، وتحديد المشاكل واقتراح الحلول المناسبة.

ثانيا : مهام هيئة المراقبين الماليين

يعتبر المراقب المالي المركزي محاسب خاص للأوقاف العامة يعمل بمعية محاسبين خاصين تابعين له تحت الإشراف المباشر للمفتشية العامة للوزارة.

وتحدد المهام الأساسية لهيئة المراقبين الماليين طبقا لأحكام المادتين 152 و 153 من المدونة في التأكد من سلامة العمليات المتعلقة بتنفيذ الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة والحسابات المتعلقة بها، وتتبعها ومسك محاسبتها، ومراقبة مطابقتها للنصوص الجارية عليها، كما تناط بهذه الهيئة الاختصاصات التالي:

- التأكد من توفر الاعتماد اللازمة لتغطية النفقات، وصحة تقييدها في الأبواب المتعلقة بها، في الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة؛
 - التأكد من مطابقة إجراءات إبرام الصفقات للنصوص المنظمة لها؛
 - التحقق من صفة الشخص المؤهل للتوقيع على مقترحات الالتزام بالنفقات والأمر بصرفها؛
 - تتبع وضعية الحسابات المعهود إليهم بمراقبتها؛
 - التأشير على مقترحات الالتزام بالنفقات والأوامر الصادرة بصرفها في حدود الاعتمادات المسجلة في الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة والسهر على التأكد من مطابقتها للأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل؛
- وعلاوة على ذلك، يكلف المراقبون المحليون بممارسة الاختصاصات التالية:
- المشاركة في لجان السمسرة أو طلب العروض المتعلقة بالمعاوضات؛

• التأشير على جميع الوثائق المتعلقة بعمليات تحصيل الموارد بجميع أنواعها، وتتبع هذه العمليات وإعداد قوائم تركيبة شهرية وسنوية خاصة بها.

وعلاوة على الاختصاصات المذكورة أعلاه، يعد كل من المراقب المالي المركزي وكذا المراقبين المحليين العاملين تحت سلطته، كل منهم على حدة تقريراً سنوياً حول حصيلة نشاطه، يرفع إلى المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، ويوجه نسخة منه إلى إدارة الأوقاف قصد الإخبار.

المطلب الثاني: المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة

نظراً لما يمكن أن تقوم به الأموال الموقوفة وفقاً عاماً من دور حيوي بالغ الأهمية في تحريك عجلة التنمية، ثم إحداث مجلس أعلى¹ أسندت له مهمة مراقبة² وافتحاص وتتبع التدبير المالي للأوقاف العامة قصد تحسين أساليب هذا التدبير للحفاظ على الأموال الموقوفة وفقاً عاماً وتنمية مداخيلها.

وللإحاطة بكيفية عمل هذا المجلس سوف أتطرق إلى كيفية تنظيم المجلس وتسييره (الفقرة الأولى) ثم سأحاول تحليل جميع اختصاصاته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تنظيم المجلس و كفاءات تسييره

بالرجوع إلى أحكام المادتين 159 و 161 من المدونة فإن أجهزة المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة. تتكون بالإضافة إلى رئاسته، من لجان المجلس، والجمع العام،

¹ تنص المادة 157 من المدونة على ما يلي : يحدث بجانب جلالتنا مجلس لتتبع شؤون التدبير المالي للأوقاف، يسمى المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، وسأشير إليه فيها بعد باسم المجلس.

² في هذا الصدد أود الإشارة إلى كون ثقافتنا الشعبية المغربية لا تخلو من أمثال وحكم تحمل بين ثناياها الكثير من العبر حول أهمية المال وحسن تدبيره، وفي هذا الصدد يرجى الاطلاع على بعض ما ذكره الأستاذ إدريس الخدي في كتابه الإسلام وافتحاص المال العام ، في هذا الشأن والتي تجعلنا نتساءل حقا هل نستطيع تحيين التراكمات السسيولوجية لتتماشى مع متطلبات التدبير والافتحاص؟ أم لا يمكننا ذلك.

والكتابة العامة، (أولا) إضافة إلى مصالح مالية، وإدارية، وتقنية، تشكل الهيكلية الإدارية المسيرة للمجلس (ثانيا).

أولا: أجهزة المجلس

1. رئاسة المجلس:

يقوم رئيس المجلس بالإشراف العام على سائر أجهزة المجلس، وإدارته واتخاذ جميع التدابير اللازمة لتنظيم أشغاله، فهو يمارس جميع الصلاحيات اللازمة لإدارة شؤونه وضمان حسن سيره، ويتولى لهذه الغاية مهمة التمثيل القانوني للمجلس ويعتبر الناطق الرسمي باسمه.

كما يتأسس الجمع العام للمجلس واجتماعات اللجان الدائمة والمؤقتة كلما اقتضت الضرورة ذلك، كما يسهر على وضع البرنامج السنوي لأشغال المجلس، وإعداد مشاريع التقارير والتوصيات و المقترحات، والاستشارات التي يصدرها المجلس في مجال اختصاصه، كما يتكفل الرئيس بتبليغ السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بقرارات الجمع العام للمجلس، وكذا التقارير المنجزة من طرف البعثات الخاصة حول عملية افتتاح وضعية التدبير المالي للأوقاف العامة، وبالموازاة مع ذلك يعرض مشاريع النصوص المالية والمحاسبية على السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف لاعتمادها أو إدخال تعديلات عليها، وكذا نتائج افتتاح التدبير المالي للأوقاف العامة.

2. لجان المجلس:

تعقد لجان المجلس اجتماعاتها وفق برنامج يحدده رئيس المجلس، وتتألف كل لجنة من 3 أعضاء على الأقل من بينهم منسق للجنة ومقرر لها، ويمكن أن تضم كل لجنة خبراء أو أشخاص يمكنهم أن يساهموا في إغناء عمل هذه اللجان أو تسهيل مأموريتها، أو مساعدتهم على القيام بمهامها، وليس للأشخاص المستعان بهم أي صفة تقريرية.

وتنقسم لجان المجلس إلى لجان دائمة وأخرى مؤقتة.

1.2: لجان المجلس الدائمة :

حسب المادة 161 من المدونة والمادة 6 من النظام الداخلي للمجلس¹

تحدد اللجان الدائمة فيما يلي :

أ: لجنة الإفتحاص والتدقيق المالي :

تتمثل المهام الأساسية لهذه اللجنة ما يلي :

- ◀ دراسة مشروع الميزانية السنوية للأوقاف العامة؛
- ◀ دراسة التقارير السنوية التي يرفعها المراقب المالي المركزي والمراقبون المحليون للمجلس؛
- ◀ دراسة حساب التسيير المتعلق بحصيلة تنفيذ الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة؛
- ◀ القيام بالافتحاص السنوي لوضعية التدبير المالي للأوقاف العامة؛
- ◀ إعداد مشروع التقرير السنوي الخاص بوضعية التدبير المالي للأوقاف العامة.

ب: اللجنة الاستشارية الشرعية :

يناط باللجنة الاستشارية الشرعية دراسة طلبات الموافقة المسبقة المتعلقة بإجراء المعاوزات الخاصة بالعقارات والمنقولات، وكذا إعطاء جميع الاستشارات الشرعية والقانونية المتعلقة بقضايا الوقف، وأساليب تديره، وحمائته، والحفاظ عليه وتنميته، كما تبين الوجهة الشرعية لكل قضية من قضايا الوقف التي يحيلها إليها رئيس المجلس، أو جمعه العام، أو إحدى لجانه الدائمة أو المؤقتة، وإبداء رأي معلل بشأنها.

¹ تمت المصادقة على النظام الداخلي للمجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة بمقتضى الظهير الشريف رقم 139-11 الصادر في 8 رمضان 1432 الموافق 9 غشت 2011 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 5982 بتاريخ فاتح ذو القعدة 1432 الموافق ل 29 شتنبر 2011.

ج: لجنة تنمية الوقف وتحسين أساليب التدبير:

تقوم هذه اللجنة بإنجاز أو طلب إنجاز أي بحث أو دراسة حول مختلف مجالات تنمية الوقف العام وتحسين مردوديته وأساليب تدبيره، كما تقوم هذه اللجنة بإعداد توصيات المجلس ومقترحاته.

ويبقى عمل هذه اللجان رهين بمصادقة الجمع العام عليه لإحالة على السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف .

2.2: لجان المجلس المؤقتة :

أ: لجنة إعداد مشاريع النصوص المالية والمحاسبية المرجعية:

حسب المادة 12 من النظام الداخلي للمجلس يناط بهذه اللجنة إعداد مشاريع النصوص التالية:

- ◀ مشروع مصنفة الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة؛
- ◀ مشروع التنظيم المالي والحاسبي الخاص بإعداد الميزانية ومراقبة تنفيذها؛
- ◀ مشروع مصنفة المساطر المحاسبية لتدبير مالية الأوقاف العامة؛
- ◀ مشروع النظام الخاص بالصفقات لإنجاز الأشغال والخدمات والتوريدات.

وإضافة إلى ما سبق يمكن لهذه اللجنة - عند الاقتضاء -مراجعة وتحسين النصوص أعلاه بمبادرة من المجلس أو بطلب من السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، وعمل هذه اللجنة كذلك يبقى خاضعا لمصادقة الجمع العام عليه لإحالة على السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف العامة.

ب: لجنة البحث والتحري والمعاينة:

حسب المادة 13 من النظام الداخلي للمجلس تقوم هذه اللجنة بجميع أعمال البحث والتحري والمعاينة اللازمة لجمع المعطيات والمعلومات، كما يمكنها أن تدقق في ملابسات أي قضية من القضايا المتعلقة بتدبير مالية الأوقاف العامة، وعند انتهاء هذه اللجنة من مهمتها

تعد تقريراً خاصاً عن هذه المهمة يقدم للجمع العام للمجلس قصد المصادقة عليه ورفعها إلى جلالته الملك.

3. الجمع العام للمجلس:

حسب النظام الداخلي للمجلس يمارس الجمع العام مجموعة من الاختصاصات تهم بالأساس دراسة مشروع الميزانية السنوية للأوقاف العامة، ومشاريع توصيات ومقترحات لجنة تنمية الوقف وتحسين أساليب التدبير، وكذا التقرير السنوي الخاص بنتائج افتتاح وضعيات التدبير المالي للأوقاف العامة، وكذا حصيلة نشاط المجلس وآفاق عمله والمصادقة على ذلك، كما يبتث الجمع العام في طلبات إجراء المعاوزات التي تحيلها السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف على المجلس، كما يقر نتائج التقرير الخاص الذي تعده لجنة الافتتاح والتدقيق المالي، وكذا الاستشارات الشرعية والقانونية والدراسات الفقهية التي تعدها اللجنة الاستشارية الشرعية، ومشاريع النصوص التي تعدها اللجنة المؤقتة المكلفة بإعداد النصوص المالية والمحاسبية المرجعية، كما يمكنه إصدار توصيات أو مقترحات تهم حسن أداء عمل المجلس وتطويره.

4. الكتابة العامة:

حسب المادة 159 من المدونة والمادة 22 من النظام الداخلي للمجلس يضطلع الكاتب العام تحت سلطة رئيس المجلس بتسيير جميع مصالح المجلس وتنسيق عملها، وتوفير الوسائل المادية اللازمة لذلك، والسهر على تنسيق العمل بين اللجان الدائمة والمؤقتة، وإعداد المستندات اللازمة لأشغال اجتماعاتها، كما يعمل على مسك وثائق ومستندات المجلس والعمل على صيانتها وحفظها، كما يمكن للكاتب العام -عند الاقتضاء- أن يقوم بتفويض من الرئيس بالتوقيع على بعض الوثائق والقرارات ذات الصبغة الإدارية.

ثانياً: الهياكل الإدارية المسيرة للمجلس:

تشكل الهياكل الإدارية المسيرة للمجلس من مصالح إدارية ومالية وتقنية منتظمة على الشكل التالي:

1. شعبة كتابة الضبط:

تتولى هذه الشعبة تسجيل جميع الوثائق والمستندات الواردة على المجلس و الصادر عنه، كما تقوم بتوثيق اجتماعات المجلس، وإعداد محضارها، ومسك السجلات المتعلقة بها، والسهر على حفظها كما تقوم أيضا بحفظ أرشيف المجلس وتديره وصيانتها.

2. شعبة الموارد البشرية والمالية والمنظومة المعلوماتية:

تضطلع هذه الشعبة بتدبير الموارد البشرية العاملة بالمجلس، وتحضير مقترح الاعتمادات المالية السنوية اللازمة لسير المجلس، والسهر على تنفيذ ميزانيته، كما تقوم بتدبير جميع ممتلكات المجلس والعمل على صيانتها، كما تضطلع كذلك بتدبير المنظومة المعلوماتية للمجلس.

3. شعبة الدراسات وتتبع أعمال اللجان وإعداد التقارير:

تتولى هذه الشعبة مهمة تقديم الدعم والمساعدة لمختلف أجهزة المجلس، وإعداد التقارير المطلوبة منها، كما تعمل على تنسيق وتتبع أعمال اللجان ومواكبتها.

القفرة الثانية : اختصاصات المجلس

تحدد الاختصاصات الجوهرية للمجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة في دراسة مشروع الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة والمصادقة عليها (أولا) كما يعهد إليه إفتحاص وتدقيق مالية الأوقاف العامة (ثانيا).

أولا : دراسة مشروع الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة والمصادقة

عليه

حسب نص المادة 143 من المدونة يتم إحالة مشروع الميزانية الخاصة بالأوقاف العامة على المجلس مرفقا بمذكرة تقديمية.

وبمجرد توصل المجلس بهذا المشروع، تتم إحالته من طرف رئيس المجلس على لجنة الإفتحاص والتدقيق المالي لعمل دراسة إجمالية له، وفي نفس الوقت يحدد الرئيس مع السلطة الحكومية برنامجا زمنيا لدراسة مشروع الميزانية، ومناقشته ودراسة التعديلات المقترح إدخالها عليه، بعد ذلك تقدم السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف عرضا عاما عن المشروع أمام لجنة الإفتحاص.

على أن تخصص جلسة المناقشة العامة للمشروع بحضور ممثل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف للإجابة عن أي استفسار أو غموض، ثم بعد ذلك يتم عقد اجتماعات للمناقشة التفصيلية لجميع أجزاء وأقسام الميزانية، والتي يمكن تعديلها باقتراح من لجنة الإفتحاص والتدقيق المالي، أو من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، على أن يكون التعديل المقترح مبررا، وذلك لدراسة وتحديد المقبول منه تمهيدا لعرضه على الجمع العام للمجلس قصد المصادقة عليه.

ثانيا: إفتحاص وتدقيق مالية الأوقاف العامة

يرتكز إفتحاص وتدقيق مالية الأوقاف العامة على ثلاثة أسس تتمثل في دراسة تقارير المراقبين الماليين والبت فيها (1) ودراسة حساب التسيير المتعلق بتنفيذ الميزانية السنوية والمصادقة عليه (2) ثم الإفتحاص السنوي لوضعية التدبير المالي للأوقاف العامة (3).

1- دراسة تقارير المراقبين الماليين والبت فيها:

تطبيقا لأحكام المادة 153 من المدونة يرفع إلى المجلس كل مراقب على حدة تقريرا سنويا مرفقا بمذكرة تقديمية حول حصيلة نشاطه في السنة المنصرمة.

وبمجرد توصل المجلس بهذه التقارير يتم إحالتها من طرف الرئيس على اللجنة الدائمة للإفتحاص والتدقيق المالي لدراستها، وإعداد تقرير خاص حولها، وتقديم اقتراح اللجنة بالإشهاد على سلامة عمليات المراقبين، أو إبداء توصيات في حالة وجود خلل في التقارير.

ولا يمكن إقرار النتائج التي جاء بها تقرير لجنة الإفتحاص والتدقيق المالي إلا بعد مصادقة الجمع العام للمجلس عليه.

2- دراسة حساب التسيير المتعلق بتنفيذ الميزانية السنوية والمصادقة عليه:

تطبيقاً لأحكام المادة 150 من المدونة يسهر المجلس من خلال لجنة الإفتحاص والتدقيق المالي على دراسة حساب التسيير ومناقشته بتنسيق مع السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، التي تقدم عرضاً عاماً عن هذا الحساب، ليتم بعد ذلك إعداد تقرير خاص عن حصيلة الأشغال المتعلقة به، يرفع للجمع العام للمجلس قصد المصادقة عليه لتنفيذه.

3- الإفتحاص السنوي لوضعية التدبير المالي للأوقاف العامة::

بناءً على نص المادة 158 من المدونة يقوم رئيس المجلس بوضع برنامج سنوي لإجراء عملية الإفتحاص تحدد فيه الجهات المعنية بالإفتحاص، وتاريخ إجراء الإفتحاص وقائمة المسؤولين، عن الجهات المعنية للتنسيق معها لإجراء الإفتحاص.

وتتم إحالة هذا البرنامج من طرف رئيس المجلس على السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف لإجراء عمليات الإفتحاص، الذي يمكن أن تقوم به حتى خارج البرنامج الزمني المتفق عليه لكن بموافقة رئيس المجلس.

وفي الآن نفسه يمكن لرئيس المجلس تعيين بعثة خاصة من بين أعضاء المجلس لإجراء عملية الإفتحاص خارج البرنامج الزمني المحدد بطلب من السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف.

وفي نهاية كل عملية إفتحاص تعد البعثة تقريراً عن عملها يتضمن أعمالها والوثائق التي اعتمدها والمقابلات التي أجرتها استنتاجاتها ومقترحاتها، يقدم بعد ذلك هذا التقرير إلى رئيس المجلس الذي يحيله على اللجنة الدائمة للإفتحاص من أجل إعداد تقرير عن ذلك يعرض على الجمع العام قصد المصادقة عليه.

وفي نهاية كل سنة تقدم اللجنة الدائمة للإفتحاص والتدقيق المالي تقريرا حول حصيلة عمليات الإفتحاص السنوي، وعلى حصيلة نشاط المجلس وآفاق عمله إلى رئيس المجلس، الذي يرفعه بدوره إلى علم جلالة الملك، مع بعث نسخة منه إلى السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف قصد الإخبار.

مما سبق يتبين أن رقابة التدبير المالي للمال الموقوف بالمغرب بدأت تسعى لتحقيق رقابة خاضعة لمنهجية أكثر إحكاما مما كان عليه الأمر، إلا أن سعيها هذا يقتضي إتباع أسلوب التخطيط الشامل الذي تتكامل فيه أدوار جميع أجهزة الرقابة الداخلية و الخارجية، وتتعاون فيما بينها، ولا تتردد في كشف مكامن الخلل لتجاوزها، وهذا يقودنا إلى القول أن عمل المجلس في مجال رقابة التدبير المالي للأموال الموقوفة وفقا عاما يبقى عملا إيجابيا جدا، مما يستوجب منطقيًا تمتيع هذه المؤسسة باستقلال مالي عن الجهة التي تمارس عليها هذه الرقابة، ليتسنى لها تطوير عملها بشكل جيد، إذ لا يمكن أن يمارس مجلس تابع للأوقاف الرقابة ضد الأوقاف !

الفصل الثاني
خصوصيات القواعد الإجرائية
لحماية الوقف العام

الفصل الثاني: خصوصيات القواعد الإجرائية لحماية الوقف العام

من أجل استكمال حلقات حماية الأوقاف العامة، لم يقف المشرع المغربي عند مقتضيات القواعد الموضوعية الخاصة بحماية الأموال الموقوفة، وإنما سعى كذلك إلى وضع قواعد إجرائية خاصة ، ترمي إلى تأطير الوقف العام، وتراعي خصوصياته، وتحميه في حالة النزاعات التي تثار بشأنه.

وتتمثل أهم المقتضيات الإجرائية المنصوص عليها من خلال مدونة الأوقاف، في جعل الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في منازعات الكراء نهائية، بمعنى عدم إمكانية ممارسة أي طعن فيها من طرف المتضرر منها، في حين تم حفظ حق إدارة الأوقاف في استئناف هذه الأحكام إذا صدرت في غير صالحها.

وقد جعل المشرع المغربي الطعن بالنقض المقدم من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف العامة يوقف التنفيذ ، كما أعطى لهذه السلطة الحق في طلب إعادة النظر كلما ثبت لديه حجية المدعى فيه.

وللإحاطة أكثر بخصوصيات القواعد الإجرائية لحماية الوقف العام، سوف يتم تقسيم هذا الفصل على الشكل التالي:

الفرع الأول: نهائية الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في منازعات الكراء

الفرع الثاني: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ وإمكانية الطعن بإعادة النظر

الفرع الأول: نهائية الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف العامة

منازعات الكراء

يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من أهم مرتكزات التنظيم القضائي المغربي، وتتجلى أهميته في كونه يدخل في إطار حقوق الدفاع التي تمكن المحكوم عليه من عرض الحكم الذي صدر في حقه أمام محكمة أخرى أعلى درجة، كما يساعده على استدراك تقديم ما فاتته من دفوع وأدلة أمام محكمة الدرجة الأولى.

وممارسة الطعن بالاستئناف كقاعدة عامة، حسب الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية حق في جميع الأحوال، عدا إذا قرر القانون خلاف ذلك، حيث يصنف الأمر في خانة الاستثناء، وهو ما ينطبق على الأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة الأوقاف العامة، في النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحسبية.

وهذا الامتياز الممنوح لإدارة الأوقاف يرجع سببه إلى الظروف العامة التي كانت عليها الأحباس العمومية في بداية القرن، من إهمال وتشتت نتج عنه عزوف عن كراء هذه المحلات، مما اقتضى تدخلا تشريعيًا، تم تفعيله بصدور عدة ظهائر شريفة، صاحبها قرارات ومنشورات وزارية تفسرها وتوضح كيفية العمل بها.

لكن، إذا كان لهذا الامتياز ما يبرره في ظل ما سبق، رغم ما تولد عنه من تضارب سواء على مستوى الفقه، أو القضاء، فإن التطورات المتلاحقة التي عرفها المجتمع المغربي وانعكاسها كذلك على الأموال الموقوفة وقفا عاما، جعل الاقتناع تام بأن التشريع المتعلق بالأوقاف لم يعد مواكبا لهذه التطورات، وهو ما نتج عنه صدور مدونة للأوقاف جمعت القواعد التي تحكم الوقف، وتبين كيفية استغلاله، وكراءه وكيفية التصرف فيه، والإجراءات القانونية اللازمة لحمايته.

لكن، خروج المشرع ببعض هذه القواعد عن المؤلف، لتحقيق الامتياز لجانب الأوقاف قد يكون غير صائب في بعض الأحيان، وهو ما يدعونا إلى التساؤل حول مدى جدوى

تكريس التعارض مع مبادئ التنظيم القضائي والمسطرة المدنية، والتي أصر المشرع المغربي على الاحتفاظ بها في مدونة الأوقاف؟.

ونتساءل أيضا عن جدوى تدخل المشرع المغربي لمنع المكثري من سلوك مرحلة من مراحل التقاضي، للحصول على حكم نهائي من المرحلة الابتدائية، خصوصا أن جانبا من القضاء لم يسلم بما جاءت به هذه النصوص القانونية، فكانت القراءة مختلفة، نتجت عنها مواقف قضائية متباينة سواء على مستوى المنازعات المعنية بعدم القابلية للاستئناف (المبحث الأول)، أو على مستوى أطراف العلاقة الكرائية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المنازعات المعنية بقاعدة عدم القابلية للاستئناف

بالرجوع لمضامين التشريع الحسبي نجد أن موقف المشرع المغربي لم يتغير على امتداد قرن من الزمن، ابتداء من صدور ظهير 21 يوليوز 1913 الخاص بتحسين حالة الأحباس العمومية والذي ينص في الشرط الثالث عشر من الباب الأول المتعلق بالأكرية المعتادة على أنه: "يحكم القاضي حكما نهائيا في شأن النزاع الناتج عن هذا الاتفاق، ولا يطلب المكثري استئناف الحكم في أي محكمة كانت، وإن صدر عليه الحكم فلا يطلب استئنافه"، كما نص على نفس المقتضى في الشرط السابع عشر من الباب الثاني من نفس الظهير، والمتعلق بالأكرية لأجل بعيد حيث نص على ما يلي: "يفصل القاضي فصلا نهائيا في النزاع الناتج عن هذا الاتفاق ولا يطلب المكثري الحكم في محكمة أخرى وإن صدر عليه الحكم فلا يطلب استئنافه".

ومعنى هذه النصوص المشار إليها أعلاه هو ما كرسته مدونة الأوقاف في مادتها 93 التي تنص على ما يلي: "تكون الأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحسبية نهائية، ولا يجوز للمكثري الطعن فيها بالاستئناف".

وبالتالي فتدخل المشرع المغربي لمنع المكثري من سلوك مرحلة من مراحل التقاضي، للحصول على حكم نهائي من المرحلة الابتدائية، جعل العمل القضائي الصادر بشأن المنازعات المعنية بقاعدة المنع من الاستئناف المتعلقة بعقود كراء الأملاك الحسبية، منقسم

بين اتجاه متشبث بحرفية النص، حيث يشمل جميع الأحكام الصادرة في المنازعات المتعلقة بأكرية الأملاك الحسبية (المطلب الاول)، في حين يعتمد اتجاه آخر الى تضيق نطاق الأحكام الابتدائية غير القابلة للاستئناف في المنازعات الخاصة بعقود كراء الأملاك الموقوفة وقفا عاما(المطلب الثاني).

المطلب الاول: الاتجاه القضائي المتشبث بحرفية النص

إن المقصود بالاتجاه القضائي المتشبث بحرفية النص، هو صدور العديد من الأحكام والقرارات القضائية التي تطبق النص القانوني المانع لاستئناف الأحكام الصادرة في المنازعات المتعلقة بعقود كراء الأملاك الموقوفة وقفا عاما، دون تأويل لمضمونه أو وضع قيد عليه، وهذا ما كرسه قرار صادر عن المجلس الأعلى¹ ورد في حيثياته ما يلي: "حيث يتبين من مراجعة أوراق الملف وتنقيحات القرار المطعون فيه أن النزاع الحالي يعني بالدرجة الأولى أن الأعباس والمطعون ضده الأصلي، مادام يدور محوره حول العلاقة الكرائية التي كانت تربط وزارة الأوقاف بالمكتري الأصلي، وهل يجب استمرارها أو فسخها وإبرام عقد كراء جديد مع الطرف الثالث.

وحيث إن كل هذه العناصر تدخل في إطار النزاعات المتعلقة بعقد كراء ملك حسبي وتندرج تبعا لذلك في نطاق الفصل 13 من ظهير 1913/07/12 المشار إليه، وبالتالي فإن الحكم الابتدائي عندما صدر كان نهائيا وغير قابل للاستئناف.

وحيث إن محكمة الاستئناف بقبولها استئناف الحكم تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 13 المذكور وعرضت بالتالي قضاءها للنقض".

وعلى نفس المنوال صدرت عدة قرارات تنهج نفس التوجه ومن ذلك: قرار صادر عن المجلس الأعلى ورد في حيثياته ما يلي²: "إن المحكمة لما صرحت بأن الحكم المستأنف لا

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 151، صادر بتاريخ: 1988/06/22، ملف إداري عدد: 86/7226، قرار غير منشور.

2 قرار المجلس الأعلى عدد: 1620، صادر بتاريخ: 1996/03/19، ملف مدني عدد: 93/654، منشور بكتاب المنازعات الوقفية، م، ص، ص: 86.

يجوز الطعن فيه بالاستئناف طبقاً للفصل 13 من ظهير كراء المحلات الحسبية المؤرخ في 1913/07/21، والذي يستفاد من الأحكام الصادرة في شأن النزاع الناتج عن هذا الظهير تكون نهائية وغير قابلة للطعن فيها بالاستئناف، تكون قد طبقت القانون الواجب التطبيق في النازلة تطبيقاً صحيحاً".

وفي نفس الاتجاه صدر قرار آخر عن محكمة الاستئناف بطنجة ورد فيه¹: "حيث إن الحكم المستأنف صدر وفقاً للقواعد المنظمة لكراء الأراضي والعقارات الحسبية في ظهير 1913/07/02، حيث أنه بالرجوع للفصل 13 من القانون المذكور فإنه ينص على أن النزاعات المتعلقة بعقد الكراء يبت فيها القاضي بحكم نهائي غير قابل للاستئناف الأمر الذي يكون معه الطعن المقدم من طرف المستأنف غير مقبول".

مما سبقت الإشارة إليه يتبين أن نطاق المنع من الاستئناف الذي ارتكزت عليه هذه القرارات لتعليل ما وصلت إليه هو مقتضيات الشرط 13 الوارد في الباب الأول من ظهير 21 يوليوز 1913، والمتعلق بالأكرية المعتادة، والشرط 17 الوارد في الباب الثاني من نفس الظهير المتعلق بالكراء الطويل، وهذا يعني أن النزاعات المتعلقة بعقود الكراء المبرمة للأمد المتوسط يمكن قبول استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة بشأنها.

لكن هذا الطرح لا يمكن الأخذ به بعد دخول مدونة الأوقاف إلى حيز التنفيذ لأن المادة 93 منها تنص على أن الأحكام والأوامر القضائية الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في النزاعات المتعلقة بكراء الأملاك الحسبية تصدر نهائية ولا يجوز للمكتري الطعن فيها بالاستئناف، وذلك دون تمييز بين أنواع الكراء أو مدده.

وأظن أن نص المادة 93 من المدونة المشار إليه أعلاه هو نص قانوني سلمي لن يحقق بتاتا بتقريبه مع النصوص القانونية الأخرى الأمن القانوني المرجو، لأنه من جهة أولى هو نص غير دستوري لخرقه للفقرة الأولى من الفصل 6 من دستور المملكة والتي تجعل كل الأشخاص

1 قرار صادر عن الغرفة المدنية بمحكمة الاستئناف بطنجة تحت عدد: 1084، بتاريخ 1996/05/13، ملف عدد 4/93/1201، قرار غير منشور.

الذاتيين والاعتباريين، بما في ذلك السلطات العمومية متساويين أما القانون¹، كما أن هذه المادة تكرر من جهة ثانية عدم المساواة أمام القضاء، كما أن أخذ المشرع بمقتضى هذه المادة يبين أنه لم يحاول تجاوز ثغرات الضوابط الحسبية بخصوص هذه النقطة، والتي انعكست على مواقف القضاء على امتداد قرن من الزمن، وجعلتها مستعصية عن التوحيد مما يؤكد أن النصوص القانونية المؤطرة ليست في مسارها الصحيح، لكن الأغرب من كل هذا هو الأخذ بها من جديد بين ثنايا المدونة.

المطلب الثاني: الاتجاه القضائي الذي يضيق من نطاق أعمال النص

باستقراء مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في الموضوع نجد أن هناك اتجاها قضائيا لم يتشبت بحرفية النص، بل حاول التراجع عن موقفه السابق وذلك بالتضييق من نطاق تطبيق قاعدة المنع من استئناف الأحكام الابتدائية الصادرة بخصوص المنازعات المتعلقة بعقود كراء الأملاك الحسبية، وما يؤكد ذلك ما نقرأه في حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى ورد ضمن حيثياته ما يلي²: "إن دعوى أداء كراء عقار حسبي يقبل الحكم الصادر بشأنها الاستئناف وأن ما تم النص عليه في الفصل 13 من ظهير 21 يوليوز 1913 يقتصر أثره فيما يخص عدم قابلية الحكم الأولي للاستئناف على الدعاوى المنصوص عليها في الفصل 12 قبله، وهي التي موضوعها التخلي أو تولية الكراء للغير".

وفي نفس السياق صدر قرار آخر عن المجلس الأعلى ورد فيه ما يلي³: "إن مقتضيات هذا الفصل أي الفصل 13 من ظهير 21 يوليوز تنحصر في المنازعات المتعلقة بتولية الكراء

1 تنص المادة 6 من دستور المملكة على ما يلي: "القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة. والجميع، وأشخاصا ذاتيين أو اعتباريين، بما فيهم السلطات العمومية، متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له.

تعمل السلطات العمومية على توفير الظروف التي تمكن من تعميم الطابع الفعلي لحرية المواطنين والمواطنات، والمساواة بينهم، ومن مشاركتهم في الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية (...).

2 قرار المجلس الأعلى عدد: 4662، في الملف عدد: 98/1524، صادر بتاريخ: 1999/10/12، والمنشور ضمن التقرير السنوي للمجلس الأعلى، السنة: 1999، مطبعة الامنية بالرباط، السنة: 2000، ص: 81/80.

3 قرار المجلس الأعلى عدد: 2322، ملف مدني عدد: 01/3/1/3522، منشور ضمن كتاب المنازعات الوقفية، م، س، ص: 60.

والتخلي عن العين المؤجرة المشار لها في الفصل 12 قبله، ولا تسري هذه المقتضيات على كافة المنازعات المتعلقة بعقد الكراء المنصب على محل حسي كما هو في النازلة، مما يكون الحكم المطعون فيه ابتدائياً، وقابلاً للطعن بالاستئناف اعتماداً على الفصل 19 من ق،م،م".

وإذا كان التأييد هو موقف من هذا الاتجاه، نظراً لاحترامه مبدأ التقاضي على درجتين، فإنه على الرغم من ذلك يبقى تأييداً جزئياً، لأنه حصر إمكانية الاستئناف فيما كان موضوع الدعوى هو تولية الكراء، أو التخلي عنه، دون إذن إدارة الأوقاف مما يبقى غير كاف لتصحیح وضع معتل وغير منطقي.

المبحث الثاني: نطاق عدم القابلية للاستئناف من حيث الأطراف

بالرجوع إلى أحكام الشرطين 13 و17 من ظهير 21 يوليوز 1913، والمادة 93 من مدونة الأوقاف، نجد أن عدم قابلية الأحكام الابتدائية الصادرة في المنازعات المتعلقة بعقود كراء الأملاك الحسبية تسري في مواجهة المكثري وحده (المطلب الأول)، في حين يبقى المجال مفتوحاً أمام وزارة الأوقاف للطعن بالاستئناف في هذه الأحكام (المطلب الثاني)

المطلب الأول: منع المكثري من الطعن بالاستئناف

بالرجوع إلى بعض قرارات المجلس الأعلى، نجدها قد منعت المكثري وحده من إمكانية الطعن بالاستئناف في المنازعات المتعلقة بعقود كراء الأملاك الحسبية، دون إدارة الأوقاف التي يبقى لها الحق في ذلك متى تم صدور حكم في غير صالحها، ومن هذه القرارات نذكر قرار المجلس الأعلى الذي قضى بما يلي¹: "إن جميع الأحكام التي تصدر بشأن المنازعات المتعلقة بالحالات التي نظمها ظهير 1913/07/21 تكون نهائية بالنسبة للمستأجر، الذي لا يمكنه اللجوء إلى أي جهة قضائية أخرى، أو ممارسة حقه في الاستئناف".

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 1849، صادر بتاريخ 1996/03/26، ملف مدني عدد: 91/4135، منشور بكتاب المنازعات الوقفية، م، س، ص: 63.

ويبدو من خلال هذا القرار أن طلب استئناف الحكم من طرف المكثري، عن طريق عرضه للنزاع على جهة قضائية أخرى غير المحاكم المغربية المتمثلة في القضاء الشرعي أمر غير ممكن، لأن في الفترة التي بدأ العمل بالضوابط الحبسية كان مسموحاً للأجانب بالتقاضي أمام القضاء العصري كذلك.

ويبدو أن هذا التوجه لديه ما يؤيده وهو ما يؤكدته قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى ورد كذلك فيه ما يلي¹: "إن الفصل 17 من الباب الثاني من ظهير 21 يوليوز 1913، يقضي بأن القاضي الابتدائي يبت في النزاعات حول كراء الأملاك الحبسية بصفة نهائية، ولا يحق للمكثري استئناف حكمه، وأن المحكمة لما قبلت استئناف المكثري للملك الحبسي تكون قد خرقت الفصل المذكور".

المطلب الثاني: استثناء إدارة الأوقاف من قاعدة المنع من الاستئناف

يبدو من خلال الضوابط الحبسية، وما نصت عليه مقتضيات مدونة الأوقاف أن كافة المنازعات المتعلقة بعقد الكراء المنصب على محل حبسي، تعطي الحق لإدارة الأوقاف فقط للاستفادة من مبدأ التقاضي على درجتين، وذلك حفظاً لحقها كاملاً في عرض النزاع على محكمة أعلى درجة إذا تضررت مصالحها، اعتباراً من المشرع أن القول بغير هذا لا يخدم مصالح إدارة الأوقاف .

لكن نجد من العمل القضائي من خالف إرادة المشرع، وذهب إلى تمديد نطاق المنع من الطعن ليشمل الطرفين معاً، أي المكثري وإدارة الأوقاف، مستنداً في ذلك على المبادئ العامة التي تقضي بأن وصف الحكم يسري في مواجهة جميع الأطراف. وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بفاس بما يلي: "إن الفصل 13 المذكور لا يمكن أن يكون محصوراً

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 4042، الصادر بتاريخ 2000/10/26، ملف مدني عدد: 97/212/1741، قرار غير منشور.

على المكتري، باعتبار أن وصف الحكم بكونه نهائيا لا يمكن أن يكون إلا شاملا للطرفين
معا"1.

1 زكرياء العماري: حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الاجتهادات القضائية والاختيارات الفقهية في مجال الوقف بالمغرب، مقال منشور ضمن أشغال الندوة التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، تحت عنوان نحو تشريع عقاري جديد، وذلك أيام 30/29 ابريل 2011.

الفرع الثاني:
إيقاف الشعر بالنقص للتنفيذ
وإمكانية الشعر بإعادة النقص



الفرع الثاني: إيقاف الصعر بالنقض للتنفيذ وإمكانية الصعر

بإعلامه النضر

إن التقاضي بحسن نية يفرض على أطراف النزاع أن يقدموا لدى المحكمة جميع الوثائق و المستندات والحجج التي يخولها القانون، حتى تكون قناعتها دون تضليل من أحد الأطراف، وتصادف أحكامها الصواب.

لكن إذا وقع ونزل فالطعن في الأحكام هو السبيل لاستدراك ما قد يكون القاضي قد وقع فيه من خطأ في القانون، أو في الواقع، بغية إصلاحه أو رفعه عن المتضرر.

و تعتبر طرق الطعن وسائل اختيارية ينظمها القانون لمراجعة الأحكام، ومراقبة صحتها، وقد تكون عادية أو غير عادية في بعض الحالات حددها المشرع على سبيل الحصر.

كما لا يقبل الطعن بطريق غير عادي ما دام الحكم قابل للطعن العادي، وعليه لا يجوز الجمع بين طريق عادي للطعن وطريق غير عادي حيث أن الطعن بالنقض والتماس إعادة النظر لا يقبلان إلا إذا كان الحكم محل الطعن نهائياً.

ويشترك الطعن بإعادة النظر مع الطعن بالنقض في اتحاد بعض الأسباب المبررة لتقديم الطعنين، إلا أنهما يختلفان من حيث هدفهما، وكذا سلطة المحكمة المرفوعة إليها الطعن، كما يختلفان من حيث المحكمة التي يرفع إليها كل طعن، فالطعن بالنقض لا يقدم إلا أمام محكمة النقض، أما طلب إعادة النظر فيمكن تقديمه أمام المحكمة الابتدائية، أو أمام محكمة الاستئناف بل حتى أمام محكمة النقض، وإن كان طلب إعادة النظر في قرارات محكمة النقض يخضع لأسباب وشروط خاصة.

ولما أدخلت المدونة نزاعات الوقف العام ضمن الحالات الاستثنائية التي تجعل الطعن بالنقض المقدم من طرف السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف العامة يوقف التنفيذ، وأعطت الحق لهذه السلطة كذلك في الطعن بإعادة النظر في الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى قامت حجة على حبسية المدعى فيه، فإن الأمر يقتضي الوقوف عند هذه النقطة والإحاطة بكل ما يتعلق بها مما يقتضي تقسيم هذا الفرع على الشكل التالي:

المبحث الأول: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف العامة

المبحث الثاني: إمكانية الطعن بإعادة النظر في دعاوى الأوقاف العامة.

المبحث الأول: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف

العامة.

على خلاف طرق الطعن العادية، لا يترتب على تقديم طلب النقض وقف تنفيذ الحكم المطعون فيه، وإنما يبقى التنفيذ قائماً، غير أن المشرع المغربي جعل من الطعن بالنقض مبرراً يوجب إيقاف التنفيذ في بعض الحالات التي تستدعي طبيعتها المركبة ذلك، والتي يصعب معها عملياً إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل تنفيذ الحكم¹.

وهكذا جعل الطعن بالنقض المقدم من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف العامة، مضافاً إلى الحالات الاستثنائية التي يوقف فيها الطعن بالنقض التنفيذ، والواردة على سبيل الحصر في الفصل 361 من ق،م،م.

ولالإحاطة بما يتعلق بجوانب وقف تنفيذ الأحكام المطعون فيها بالنقض إذا تعلق الأمر بالأوقاف العامة سوف أقسم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ

المطلب الثاني: إجراءات وقف التنفيذ عن طريق الطعن بالنقض في دعاوى الأوقاف

العامة.

المطلب الأول: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ في قضايا الأوقاف العامة

الطعن بالنقض هو طعن غير عادي يهدف إلى عرض الحكم المطعون فيه على محكمة النقض من أجل إلغاء لمخالفته للقانون، وقد نشأ هذا الطعن في الأصل من أجل تصحيح الاختلالات القانونية التي ترد في الأحكام، وبهذا توصف محكمة النقض بأنها محكمة قانون

¹ تم تحديد الحالات التي يصعب معها عملياً إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بمقتضى الفصل 361 من ق،م،م.

وليس محكمة واقع¹. ولا يمكن أن يتم قبول هذا الطعن إلا إذا كان يرتكز على سبب من الأسباب المحددة من طرف المشرع²، فمتى تم الابتعاد عن هذه الأسباب فإن طلب النقض سيكون مآله بالتأكيد هو الرفض، لأن سلطة محكمة النقض محصورة مبدئياً في البحث عن موافقة الحكم المطعون فيه لأحكام القانون أو خروجه عنها، فإذا وجد أن الحكم متفق وأصول القانون شكلاً وموضوعاً قضت برد الطعن، وإلا قضت بنقض الحكم، وإعادة الملف إلى المحكمة التي أصدرت الحكم، أو إلى محكمة أخرى من نفس الدرجة لتنظر فيه من جديد، وفق المبادئ والأسس التي قررتها محكمة النقض.

والطعن بالنقض ليس له أي أثر موقف للتنفيذ باعتباره طعناً غير عادي، غير أن المشرع استثنى من تطبيق هذه القاعدة العامة ثلاث حالات يكون فيها للطعن بالنقض أثر موقف للتنفيذ، ونص عليها في المادة 361 من ق،م،م، التي تقضي بأنه لا يوقف الطعن أمام محكمة النقض التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

1 يتمثل دور محكمة النقض في الإشراف على التطبيق والتأويل الموحد والسليم لنصوص القانون، وهو دور يجب أن تمارسه -حسب رأي بعض الفقه- دون أن تمد رقابتها إلى وقائع النزاع، وإن فعلت تكون قد نظرت الدعوى من جديد، وهو ما يحظر عليها القيام به، لأنها لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي.

المبدأ إذن هو أن محكمة النقض تأخذ الوقائع كمسلمات، ليقصر دورها في النهاية على التحقق من شرعية الحكم، فهي تنتظر هل طبق قاضي الموضوع النصوص القانونية وفسرها بكيفية صحيحة على الوقائع الثابتة لديه أو لا، حيث تعتبر الحكم مبرراً في الحالة الأولى، وتنقصه ثم تحيله إلى محكمة أخرى أو إلى المحكمة التي أصدرت الحكم في الحالة الثانية.

إن رقابة محكمة النقض تقف عند حدود ما يتعلق بالحكم من أخطاء هي بالحثم أخطاء في القانون وليست أخطاء في الواقع، ومن هنا جرى القول بأنها محكمة قانون وليست محكمة موضوع أو واقع، أو بعبارة أخرى لا تعتبر درجة من درجات التقاضي. للمزيد من التفصيل أنظر:

- محمد الكشور: رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1985، ص: 82 وما بعدها.
- عبد القادر الرفاعي: المجلس الأعلى كمحكمة للنقض المدني، الطبعة الأولى، السنة: 2005، ص: 6

² وهي الحالات المحددة بمقتضى الفصل 359 من ق،م،م، الذي ينص على ما يلي:

يجب أن تكون طلبات نقض الأحكام المعروضة على محكمة النقض مبنية على أحد الأسباب الآتية:

- خرق القانون الداخلي؛
- خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف؛
- عدم الاختصاص؛
- الشطط في استعمال السلطة؛
- عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل.

• الأحوال الشخصية؛

• الزور الفرعي؛

• التحفيظ العقاري.

يمكن علاوة على ذلك للمحكمة بطلب صريح من رافع الدعوى وبصفة استثنائية أن تأمر بإيقاف تنفيذ القرارات والأحكام الصادرة في القضايا الإدارية، ومقررات السلطات الإدارية التي وقع ضدها طلب الإلغاء¹.

من خلال نص المادة أعلاه، يتبين من حيث المبدأ عدم جواز وقف التنفيذ بخصوص الطعن بالنقض، على اعتبار أن الحكم المطعون فيه بالنقض قد اكتسب صفة النهائية، وهذا ما حدا ببعض رجال القضاء إلى القول إن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف واجب النفاذ منذ إعلانه، وذلك لصدوره عن محكمة ذات درجة من درجات التقاضي العالية، وأن الطعن بالنقض على هذا الحكم هو درجة غير عادية من درجات الطعن على الأحكام، ولعل سبب هذا القول يرجع إلى كون الوظيفة التي تقوم بها محكمة الاستئناف تمكنها من أخذ فكرة شاملة على القضية المعروضة، لكونها تنظر في الجوانب المتعلقة بالوقائع إلى جانب الأمور القانونية، عكس ما هو عليه الأمر بخصوص محكمة النقض التي تقتصر وظيفتها على البت في الجوانب القانونية فقط خصوصا بعدما تم إلغاء إمكانية التصدي من طرفها².

1 نسخت الفقرة الأخيرة من الفصل 361 أعلاه، بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 04.82 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.87.16 بتاريخ 22 من ربيع الأول 1414 (10 شتنبر 1993)، الجريدة الرسمية عدد 4225 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1414 (20 أكتوبر 1993)، ص 2037.

2 ورد في التقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2008، مجموعة من الاقتراحات لتعديل مقتضيات قانونية من بينها حق التصدي الذي كان موكولا للمجلس بمقتضى الفصل 368 من قانون المسطرة المدنية، والذي تم إلغاؤه بمقتضى القانون 82/04، المشار إلى مراجعه أعلاه، ومن بين الملاحظات الواردة على هذا الإلغاء ما يلي: (...) كان الفصل 368 من قانون المسطرة المدنية يعطي للمجلس الأعلى بصفته محكمة نقض صلاحية التطرق لموضوع النزاع، إذا كانت القضية جاهزة للبت فيها، بدل إحالتها إلى محكمة الموضوع للبت فيه من جديد، وبالرغم مما قد يوجه من انتقاد لهذه الصلاحية المخولة لمحكمة النقض والتي تخرجها عن دورها كمحكمة قانون، فإنه من الأكيد أن تخول للمجلس الأعلى صلاحية البت في النزاع والحسم فيه لا ينقص من ضمانات المحاكمة العادلة، ولا يلحق ضررا بأطراف الدعوى بل إن من شأنه تقصير أمد المنازعات بين الخصوم، غير أنه يجب منح هذه الصلاحية في حدود ما تقتضيه المصلحة، وذلك بحضر الحالات التي يخول فيها المجلس الأعلى حق التصدي كالاتي:

• إذا تبين للمجلس الأعلى أن المحكمة غير مختصة ولن يترتب على النقض والإحالة إلا التصريح بعدم الاختصاص وتعيين المحكمة المختصة عند الاقتضاء؛

(...)

لكن استثناء من المبدأ العام يمنح لمحكمة النقض بصفة استثنائية وقف تنفيذ الأحكام المعروضة عليه إذا ما تعلق الأمر بالحالات الواردة على سبيل الحصر في المادة المشار إليها أعلاه، وذلك خشية الوقوع في ضرر جسيم يتعذر تداركه، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، لذلك كان حكم وقف التنفيذ حكماً وقتياً مرهوناً بالظروف التي صدر فيها، ولا تتناول فيه محكمة النقض موقع الطعن، وإنما يقتصر بحثها فيه على الضرر الذي يترتب عن تنفيذ الحكم، وما إذا كان مما يتعذر تداركه في حالة نقض الحكم.

وتحقيق هذه الغاية هو ما جعل الطعن بالنقض المقدم من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف يوقف تنفيذ الأحكام المطعون فيها إذا تعلق الأمر بدعاوى الأوقاف العامة، نظراً لتعلقها بمجال من نوع خاص تحكمه قواعد استثنائية تتماشى مع طبيعته، كما سيساعد القضاء والأطراف على تجنب كل الأوضاع القانونية والمادية التي لا يمكن إرجاع الحال فيها إلى ما كانت عليه قبل التنفيذ، لينضاف بذلك الوقف العام بمقتضى المادة 57 من المدونة إلى قائمة الاستثناءات الواردة في المادة 361 من ق،م،م.

المطلب الثاني: إجراءات وقف التنفيذ عن طريق الطعن بالنقض في دعاوى

الأوقاف العامة:

حددت المادة 358 من ق،م،م أجل الطعن بالنقض في ثلاثين يوماً تبدأ من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص نفسه أو في موطنه الحقيقي.

ويقدم طلب النقض إلى كتابة ضبط المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه بمقال تراعى فيه شروط وبيانات المقالات، وموقعا من طرف محام مقبول لدى محكمة النقض، مالم

-
- إذا تبين أن الدعوى غير مقبولة ولن يترتب على النقض والاحالة الا التصريح بعدم القبول؛
 - إذا كان الطعن للمرة الثانية، فإنه يمكن للمجلس التصدي والبت في الموضوع، أما إذا كان الطعن للمرة الثالثة، فإنه يجب على المجلس الأعلى البت في القضية بغرفتين أو بجميع الغرف والتصدي للبت في الموضوع.

يكن طالبه هو الدولة أو إحدى الإدارات العمومية، حيث يكفي بتوقيع الوزير أو موظف مفوض لهذا الغرض¹.

ويترتب على نقض الحكم من طرف محكمة النقض إحالة القضية إما إلى محكمة أخرى من نفس درجة المحكمة التي أصدرت الحكم المنقوض، أو أمام نفس المحكمة التي أصدرته لتنظر فيه بهيئة أخرى على أساس المبادئ والقواعد التي أقرتها المحكمة².

ويؤدي نقض الحكم المطعون فيه إلى إلغاء وإزالة جميع الإجراءات التي اتخذت لأجل تنفيذه بحيث يفقد الصلاحية بأثر رجعي وهو ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته حيث ورد فيه³: "حيث إنه من آثار قرارات النقض إعادة الأطراف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل صدور الحكم المنقوض وبطلان جميع الإجراءات، وكل الأوامر التنفيذية التي تكون قد تمت أو اتخذت استنادا للحكم الذي وقع نقضه"

1 ينص الفصل 354 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "ترفع طلبات النقض والإلغاء المشار إليها في الفصل السابق بواسطة مقال مكتوب موقع عليه من طرف أحد المدافعين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض.

يمكن للمحكمة عند عدم تقديم مقال أو تقديمه موقعا عليه من طرف طالب النقض نفسه أو من طرف مدافع لا تتوفر فيه الشروط المقررة في الفقرة السابقة أن تشطب على القضية تلقائيا من غير استدعاء الطرف.

يبقى مع ذلك مبلغ الوجيبة القضائية التي قد يكون تم أدائها ملكا للدولة.

تعفى الدولة من مساعدة المحامي طالبة كانت أو مطلوبا ضدها وذلك خلافا لمقتضيات الفقرتين 1 و2 أعلاه.

يوقع في هذه الحالة على مقالاتها ومذكراتها الوزير المعني بالأمر أو موظف منتدب لهذا الغرض ويمكن أن يكون هذا الانتداب عاما يشمل نوعا من القضايا".

2 ينص الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "إذا قضت محكمة النقض بنقض حكم أحالت الدعوى إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي نقض حكمها أو بصفة استثنائية على نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم المنقوض ويتعين إذ ذاك أن تتكون هذه المحكمة من قضاة لم يشاركووا بوجه من الوجوه أو بحكم وظيف ما في الحكم الذي هو موضوع النقض.

إذا بنت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تنقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة".

3 قرار المجلس الأعلى عدد: 2651 صادر بتاريخ: 1982/12/25، ملف مدني عدد: 86/1456، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد: 142، السنة: 1990، ص: 91.

المبحث الثاني: إمكانية الطعن بإعادة النظر في دعاوى الأوقاف العامة

يقتضي الطعن في الأحكام القضائية عرض الحكم الصادر في دعوى معينة على مراقبة محكمة أعلى درجة، اعتبارا لكون القاضي الذي أصدر الحكم معرض للخطأ و النسيان، ولا يمكن مطالبته بمراقبة نفسه، كما يمكن أن تظهر عناصر أجنبية مستجدة في الدعوى لم يكن باستطاعة القاضي التعرف عليها، والإلمام بها ويكون لها الوقع السيء على تكوين قناعته في موضوع الدعوى فكان لابد من صيغة لعدول القاضي عن خطئه، وهي الطعن بإعادة النظر.

ويتميز هذا الطعن بكونه طعن غير عادي، يعطي الحق لأحد أطراف الدعوى سلوكه في حالات محددة على سبيل الحصر ضد الأحكام الإنتهائية غير القابلة للتعرض أو الاستئناف. ويقدم هذا الطعن أمام نفس المحكمة المصدرة للحكم، أو القرار المطعون فيه، إبتغاء الرجوع عنه وإعادة المحاكمة من جديد، كما لا يجوز ممارسة هذا الطعن ضد الأحكام التمهيدية، والقرارات الاستعجالية نظرا لطابعها الوقتي، وكذا ضد الأحكام القابلة للتعرض و الاستئناف¹.

ورغم عدم تمتع هذا النوع من الطعون بالشهرة التي تتمتع بها الطعون الأخرى كالطعن بالاستئناف، فإن أهميته لا تخفى باعتباره يمكن من إعادة النظر في الحكم النهائي غير القابل للطعن غالبا بأية وسيلة كانت.

وهذا ما حدا بالمشرع المغربي إلى إتاحة الفرصة أمام السلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف العامة إلى الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى قامت حجة على حبسية المدعى فيه، وذلك داخل أجل خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا.

1 العربي مياد: قانون المسطرة المدنية في العمل الفقهي و الاجتهاد القضائي، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الاول، فبراير:2009،ص:171.

وللإحاطة أكثر بأسباب هذا النوع من الطعون في قضايا الأوقاف العامة، وكذا إجراءات تقديمه سوف أقسم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: أسباب الطعن بإعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة

المطلب الثاني: إجراءات تقديم طلب إعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة

المطلب الأول: أسباب الطعن بإعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة

حدد المشرع المغربي الأحكام القابلة للطعن بإعادة النظر في الفصل 402 من ق،م،م¹، بأنها الأحكام التي لا تقبل الطعن بالتعرض أو الاستئناف، كما حدد الحالات التي يجوز فيها

¹ ينص الفصل 402 من ق،م،م،م على ما يلي: "يمكن أن تكون الأحكام التي لا تقبل الطعن بالتعرض والاستئناف موضوع إعادة النظر ممن كان طرفاً في الدعوى أو ممن استدعى بصفة قانونية للمشاركة فيها وذلك في الأحوال الآتية:

- إذا بت القاضي فيما لم يطلب منه أو حكم بأكثر مما طلب أو إذا أغفل البت في أحد الطلبات؛
- إذا وقع تدليس أثناء تحقيق الدعوى؛
- إذا بني الحكم على مستندات اعترف أو صرح بأنها مزورة وذلك بعد صدور الحكم؛
- إذا اكتشفت بعد الحكم وثائق حاسمة كانت محتكرة لدى الطرف الآخر؛
- إذا وجد تناقض بين أجزاء نفس الحكم؛
- إذا قضت نفس المحكمة بين نفس الأطراف واستناداً لنفس الوسائل بحكمين انتهائيين ومتناقضين وذلك لعلّة عدم الإطلاع على حكم سابق أو لخطأ واقعي؛
- إذا لم يقع الدفاع بصفة صحيحة على حقوق إدارات عمومية أو حقوق قاصرين".

لكن إعادة النظر في الحالات السابق ذكرها لا يقع إلا مع مراعاة المقتضيات الخاصة المنصوص عليها في الفصل 379 المتعلقة بمحكمة النقض وهي كما يلي:

(أ) يجوز الطعن بإعادة النظر:

- 1 - ضد القرارات الصادرة استناداً على وثائق صرح أو اعترف بزوريتها؛
- 2 - ضد القرارات الصادرة بعدم القبول أو السقوط لأسباب ناشئة عن بيانات ذات صبغة رسمية وضعت على مستندات الدعوى ثم تبين عدم صحتها عن طريق وثائق رسمية جديدة وقع الاستظهار بها فيما بعد؛
- 3 - إذا صدر القرار على أحد الطرفين لعدم إدلائه بمستند حاسم احتكره خصمه؛
- 4 - إذا صدر القرار دون مراعاة لمقتضيات الفصول 371 و372 و375.

(ب) يمكن أن يطعن من أجل طلب تصحيح القرارات التي لحقها خطأ مادي من شأنه أن يكون قد أثر فيها.

(ج) يقبل تعرض الخارج عن الخصومة ضد القرارات الصادرة عن محكمة النقض في طعون إلغاء مقررات السلطات الإدارية.

طلب إعادة النظر، و هو تحديد وارد على سبيل الحصر، وبالتالي لا يمكن قبول إعادة النظر إلا إذا كان مستندا إلى سبب من الأسباب التي نص عليها المشرع.

وبالرجوع إلى أحكام مدونة الأوقاف، نجدتها تنص على أن الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام، ممكن متى قامت حجية على حبسية المدعى فيه، وذلك داخل أجل خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا¹.

والملاحظ أن المشرع المغربي قد ضيق من نطاق إمكانية الطعن بإعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة، حيث جعلها تهم فقط الأحكام النهائية أي الباتة دون غيرها، وهو عكس ما عليه الأمر بالنسبة للقواعد العامة، كما أمد كثيرا في المدة التي يمكن خلالها ممارسة هذا الطعن، وهو ما ليس متاحا كذلك في القواعد العامة.

وبناء على ذلك، فإن قبول الطعن بإعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة، متوقف إذن على كون الحكم القضائي الصادر في هذه القضايا قد بني على وضع ظاهر أدى إلى صدور قرار يقضي مثلا بعدم إثبات صفة الوقف العام لعقار، ثم تبين بعد صدور هذا القرار أن هناك حجية على حبسية المدعى فيه.

إلا أن إثبات حبسية المدعى فيه يقتضي الاعتماد على وثيقة رسمية، لأنه لا يمكن الاعتماد بوثيقة عرفية من أجل دحض ما تضمنته الوثيقة الرسمية المعتمدة في صدور القرار المطعون فيه، ولا حتى بشهادة الشهود لأنه لا بد من احترام توازي الأشكال.

كما يشترط في طالب إعادة النظر أن تتوفر فيه شروط الادعاء عموما، من صفة و مصلحة وأهلية ويتحقق شرط الصفة لطالب إعادة النظر إذا كان طرفا في الدعوى التي صدر بشأنها الحكم المطعون فيه بنفسه، أو بواسطة من يمثله تمثيلا صحيحا، كما يشترط أيضا ألا يكون قد صدر عن طالب إعادة النظر ما يفيد قبوله صراحة أو ضمنا للحكم المطعون فيه .

1 تنص المادة 58 من المدونة على ما يلي: " يمكن الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام متى قامت حجية على حبسية المدعى فيه، وذلك داخل أجل خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا" .

وبديهي أن قبول محكمة النقض لطلب إعادة النظر، ورجوع المحكمة عن قرارها السابق يرجع الأطراف إلى الوضع الذي كانوا عليه قبل صدور القرار المطعون فيه، وهذا ما أشار إليه الفصل 408 بنصه: "إذا قبلت إعادة النظر وقع الرجوع في الحكم ورجع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدور هذا الحكم وردت المبالغ المودعة وكذا الأشياء التي قضى بها، والتي قد يكون تسلمها بمقتضى الحكم المرجوع فيه".

وهو ما أكده قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ورد في حيثياته ما يلي¹: "إنه بقبول طلب إعادة النظر و الرجوع عن القرار المطلوب إعادة النظر فيه، فإن الطرفين قد رجعا إلى الحالة التي كانا عليها قبل صدوره ويتعين البت في طلب النقض".

المطلب الثاني: إجراءات تقديم طلب إعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة

يقدم طلب إعادة النظر بمقال تراعى فيه شروط وبيانات افتتاح الدعوى أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، كما يستوجب حسب نص الفصلين 354 و355 من ق،م،م توفر بعض الشروط لقبول هذا الطعن، بما فيها تقديم مقال الطعن بواسطة محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، كما يتعين أن يتضمن المقال أسماء الأطراف وموطنهم الحقيقي وملخص الوقائع والوسائل، وكذا المستنتجات، ونسخة من القرار المطعون فيه، كما تم التأكيد على ضرورة إرفاق المقال بوصل يبين إيداع مبلغ مالي لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة، يساوي الحد الأقصى للغرامة التي يمكن الحكم بها طبقا لمقتضيات الفصل 407 من ق،م،م، على من رفض طلبه، وقد جعلها المجلس الأعلى سابقا مستثناة من نظام المساعدة القضائية، إذ ورد في أحد قراراته إنه: "لا يقبل طلب إعادة النظر إذا لم يصحب بوصل يثبت إيداع مبالغ الغرامة التي يمكن الحكم بها فيما إذا خسر الطالب إعادة النظر والتي لا يمكن اعتبارها من مشمولات المساعدة القضائية المنسحبة فقط على الرسوم القضائية"².

1 قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد: 155، صادر بتاريخ: 30 ماي 1991، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد: 9، ص: 145.

2 قرار المجلس الأعلى عدد: 1280 بتاريخ: 29 يونيو 1983، قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 37، 38، ص: 49.

أما بخصوص آجال الطعن بإعادة النظر فإنها تتحدد حسب الفصل 403 و 404 من قانون المسطرة المدنية أمام المحاكم الابتدائية والاستئنافية، خلال 30 يوما ابتداء من تاريخ الحكم المطعون فيه، مع مراعاة أحكام الفصول 136 و 137 و 199 من نفس القانون، حيث تضاعف الآجال ثلاث مرات لمصلحة الأطراف، الذين ليس لهم موطن ولا محل إقامة بالمملكة، ليصبح آجال الطعن بذلك هو 90 يوما ابتداء من تاريخ التبليغ، بينما يتوقف آجال 30 يوما لصالح الورثة إذا توفي أحد الأطراف ولا تقع مواسلته إلا بعد مرور 15 يوم التالية لتبليغ الحكم للورثة بموطن الشخص المتوفى طبقا لمقتضيات الفصول 37/38/39 من قانون المسطرة المدنية مع إرفاق طي التبليغ بنسخة الحكم مصادق على مطابقتها.

وتجب الإشارة هنا إلى أنه إذا وقع أثناء أجل الطعن بإعادة النظر تغيير في أهلية أحد الأطراف أوقف الأجل، ولا يبتدىء سريانه من جديد إلا بعد مرور 15 يوما من تبليغ الحكم لمن له الصفة في تسليم التبليغ أما آجال الطعن بإعادة النظر أمام محكمة النقض فقد اكتفى المشرع الإحالة بشأنها على القواعد الخاصة بمحاكم الاستئناف وذلك حسب الفصل 380 من ق،م،م الذي ينص على ما يلي: " يطبق المجلس الأعلى القواعد العادية الخاصة بمحاكم الاستئناف، فيما يخص جميع مقتضيات المسطرة الغير المنصوص عليها في هذا الباب".

لكن تقديم الطعن بإعادة النظر الذي يهيم الأحكام الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالوقف العام، خرج بها المشرع عن القواعد العامة متى قامت حجة على حبسية المدعى فيه، حيث حدد أجل تقديم هذا الطعن في خمس سنوات، من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا، وبديهي أن هذا الأجل سيخضع لما تخضع له آجال الطعون من أحكام، كما أن سريانه يبتدأ من تاريخ اكتشاف الحجة التي تثبت حبسية المدعى فيه. كما أن تقديم هذا الطلب لا يترتب عليه أي أثر موقوف للتنفيذ حسب القواعد العامة.



الباب الثاني
تفعيل آليات حماية الأوقاف
العامّة



الباب الثاني: تفعيل آليات حماية الأوقاف العامة

إن تأسيس رسم عقاري لملك موقوف وقفا عاما يجعل العقار قد انفصل عن ماضيه، وينطلق في وضعية جديدة نحو الأمام¹، كما يساعد على معرفة وضع هذا العقار ماديا وقانونيا، فهو بذلك الوسيلة الفعالة لصيانة الثروة العقارية، وتثبيتها وفق نموذج يؤسس لملكية عقارية مستقرة، محمية من كل تسلط²، ولعل من بين حسنات مدونة الأوقاف استفادتها الكبيرة من تجربة العمل القضائي في ما يخص قواعد التحفيظ العقاري، وذلك بتفعيلها لاجتهادات قضائية عملت على توفير حماية متميزة للوقف، مراعية لمقاصد الشريعة وغير ناكرة لمتغيرات الحياة الاجتماعية.

كما أن تبني المشرع المغربي للموقف الميسر لإثبات الوقف، والذي يعتمد أصحابه - سواء فقهاء أو قضاة- على مستندات فقهية قوية لا يمكن أن يكون إلا محل اعتبار وتأييد (الفصل الأول).

وإضافة إلى هذا نجد المشرع المغربي لم يكتف بما سبق، وإنما سعى إلى إضفاء حماية خاصة حتى على التصرفات الجارية سواء على أصل المال الموقوف، أو المتعلقة بحق الانتفاع به (الفصل الثاني).

1 ينص الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي: "يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفض خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به؛

- تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له".

كما يؤكد الفصل 62 من نفس القانون على ما يلي: "إن 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".

2 محمد الوكاري: "العقار بين الإزدواجية وتعدد الأنظمة، ومتطلبات التنمية الحضرية" مقال منشور بندوة الأنظمة العقارية بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة: الأولى، السنة: 2003، ص: 241.

الفصل الأول:
تكريس حماية الوقف العام من خلال
قواعد التحفيز العقاري،
ووسائل الإثبات

الفصل الأول: تكريس حماية الوقف العام من خلال قواعد التحفيظ العقاري، ووسائل الإثبات

إن تفعيل مقتضيات الحماية المدنية للوقف العام، جعلت قانون التحفيظ العقاري يتجاوب مع الطبيعة الخاصة للأموال الموقوفة وقفا عاما، وذلك بتمتعها بمجموعة من الامتيازات كالإعفاء من صوائر إيداع مطلب التحفيظ، عندما يتعلق الأمر بتحفيظ الأملاك الموقوفة وقفا عاما¹، وإجبارية التحفيظ عند معاوضة هذه العقارات بغيرها²، وعدم مواجهة الأوقاف بقاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار متى ثبت أن العقار محبس (الفرع الأول).

كما أن تفعيل مقتضيات الحماية المدنية للوقف العام لم يقف عند قواعد التحفيظ العقاري فحسب، بل شمل أيضا وسائل إثبات الوقف، والتي أبان المشرع المغربي من خلال مدونة الأوقاف عن موقفه المرن، حيث فتح الباب واسعا أمام جميع الوسائل الشرعية والقانونية قصد إعمالها لإثبات الوقف (الفرع الثاني).

1 تم إعفاء الأوقاف العامة من صوائر إيداع مطلب التحفيظ بناء على الظهير الشريف رقم 1.62.102 الصادر بتاريخ 17 ربيع الثاني 1383 (7 شتنبر 1963)، وذلك بمقتضى فصله الفريد الذي نص على ما يلي: "خلافا للمقطع الرابع من الفصل 15 من الظهير الشريف المؤرخ في 21 رجب 1333 (4 يونيو 1915) فإم مسطرة تحفيظ الأملاك الحسبية، باستثناء الحبس العائلي، التي يطلب النظر إجراءها بعد موافقة وزير الأحباس تعفى من صوائر إيداع مطلب التحفيظ"

2 يقول الشاعر حول إجبارية التحفيظ:

﴿ وقد يكون موضع الإجمار فيما يفوت من العقار ﴾

﴿ تملكه الكولة أو يعوض أو حبس عمر وفيه العوض ﴾

محمد بن أحمد حكم : مسالك الأحجار إلى المحفض من العقار: أرجوزة في التحفيظ العقاري، مطبعة ياديب بالرباط، الطبعة الأولى، السنة: أبريل 2011، ص:14.

الفرع الأول:

المقتضية السمائية للوقف العلم

المتعلقة بالتحفيز العقاري



الفرع الأول: المقتضيات العمائية للوقف العام المتعلقة بالتحفيظ

العقار

عمل المشرع على إضفاء صبغة الاستقرار والثقة على جميع التصرفات العقارية عبر صيرورة قانونية، انتقلت من تطبيق الشريعة الإسلامية قبل عهد الحماية، إلى العمل بظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، الذي أدخلته سلطات الحماية الفرنسية أثناء فترة الحماية و الذي يستمد مبادئه من نظام الشهر العيني، ويقوم على أساس العقار نفسه بصرف النظر عن مالكه، أو أصحاب الحقوق العينية عليه، وبقي العمل بالظهير السالف الذكر إلى أن تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 14.07 الذي تم تنفيذه بموجب الظهير الشريف رقم 1.7.177 الصادر في 25 ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نونبر 2011.

ويعتبر نظام التحفيظ العقاري أحد الأنظمة القانونية التي تهدف إلى تثبيت الحقوق العقارية، والمحافظة عليها من الضياع والاحتيال، لأنه يقوم على مبادئ التطهير والتصفية والإشهار، والقوة الثبوتية لما ضمن بالرسوم العقارية، والتي تعتبر بحق الحالة المدنية للملك المحفّض¹. والتي يصبح العقار بمقتضاها ذا هوية يعرف بها من حيث مساحته وحدوده ومشمولاته، وارتباطه بصاحبه وطريقة انتقاله إليه، والتصرفات التي تبرم بصدد².

1 رجاء المطواع: دور التحفيظ العقاري في تنمية السلف الرهنى: رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص: وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة: 2004/2003، ص:6.

2 تجب الإشارة الى أن أهم المؤيدات التي يجب الإدلاء بها عند كل طلب لتحفيظ ملك حبسي هي:

- سند التحبيس الذي يجب أن يكون محررا وثابت التاريخ؛
 - سند ملكية العقار الموقوف بالنسبة للواقف، أي السند الذي يثبت ملكية المحبس للعقار عند إنشائه لعقد التحبيس؛
 - إثبات أن الوقف صادر عن محبس مسلم؛
 - أن تكون الجهة قد تسلمت العقار المحبس.
- للمزيد من التفصيل أنظر محمد خيرى: الملكية ونظام التحفيظ العقاري، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، الطبعة الثالثة، السنة 1997، ص:133.

وفي هذا يقول الشاعر¹ :

حقيقة التحفيظ حيث وضعها جعل العقار للتصغير خاضعاً
من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه بأيّ إن
والغرض المقصود مما حفّضها أحداث رسم للعقار حفّضاً
بدفتر وغير ما قد بسببها من الرسوم والحقوق بصلاً
وان نزاع في العقار يقع من أي نوع قد يكون يرفع
الربح لكم الترفيق وضعها هذا التصغير وسواها منعاً

ويترتب عن تأسيس الرسم العقاري أثران هاما ن يتمثلان فيما يلي:

- 1- بطلان ما عداه من الرسوم وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة الغير المضمنة بالكتاش العقاري²؛
- 2- أن الرسم العقاري له صفة نهائية، ولا يقبل الطعن³.

1 محمد بن أحمد حكم : مسالك الأحجار إلى المحفض من العقار، م:س،ص:14.

2 ينص الفصل الأول من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) على ما يلي:

يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفض خاضعاً للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

"- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به؛

- تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له".

3 ينص الفصل 62 من القانون السالف الذكر على ما يلي:

(...)

إلا أن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا الصدد أن هذه القاعدة لم تبقى مطلقة وإنما تولدت عنها بعض الاستثناءات، نادى بها الفقه وأقرها القضاء وكرسها المشرع تشمل بعض الحقوق المتعلقة بال عقار الموقوف وقفا عاما.

لهذا سوف أعمل على توضيح أهم النقط التي تجاوب فيها قانون التحفيظ العقاري مع الخصوصيات والأهداف التي تميز الرصيد العقاري الوقفي، والتي طرحت إشكالا كبيرا في أوساط الفقه والقضاء، والمتعلقة من جهة أولى بمدى خضوع الوقف لمبدأ التطهير الناتج عن تحفيظ العقار وتأسيس الرسم العقاري؟ ومن جهة ثانية بمسألة كفاية الحوز الفعلي، والإشهاد عليه للقول بصحة الوقف الواقع على العقار المحفض، أم لا بد من تقييده بالرسم العقاري؟ وهل الحوز القانوني يغني عن الحوز الفعلي؟ وللإحاطة بكل ما سبق سوف أقسم هذا الفرع على الشكل التالي:

المبحث الأول: اعتبار التقييد بالرسم العقاري صورة من صور حوز الوقف العام

المبحث الثاني: عدم مواجهة الأوقاف العامة بقاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار.

"إن 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".

المبحث الأول: اعتبار التقييد بالرسم العقاري صورة من صور حوز الوقف

العام

من المقرر فقها وقانونا أن من بين شروط صحة الوقف حصول الحوز قبل المانع، وهذا ما أكدته المدونة في مادتها 24 التي تنص على ما يلي: يشترط لصحة الوقف شرطان: "...حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 أعلاه"، والمقصود هنا الحوز المادي الذي يختلف حسب طبيعة المال الموقوف.

لكن إذا كان حوز العقار الموقوف غير المحفّض لا يشير أي إشكال لأنه لا يتصور بخصوصه إلا الحوز المادي، فإنه على العكس من ذلك يطرح الإشكال بحدّة، إذا تعلق الأمر بعقار محفّظ، ومرد هذا الإشكال ليس فراغا تشريعيًا، وإنما تضارب فقهي نتج عن القراءات المتباينة لبعض مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري، وكذا مدونة الحقوق العينية¹، وهذا الموقف الفقهي انعكس على الاجتهاد القضائي الذي انقسم كذلك إلى اتجاهين يرى الأول منهما أن الحوز صحيحًا كلما تم تسجيل التبرع بالرسم العقاري، وهذا يعتبر حيازة قانونية كافية تغني عن الحيازة الفعلية أو المادية (المطلب الأول)، في حين يرى الاتجاه الثاني أن الأمر على العكس مما سبق تمامًا، ذلك أن التبرع لا يمكن أن ينشئ صحيحًا إلا بحيازته فعلا قبل حصول المانع وفقا لقواعد الفقه الإسلامي (المطلب الثاني).

1 تنص المادة 2 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على ما يلي: "إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها".

المطلب الأول: الاستغناء عن الحوز المادي بتسجيل الوقف بالرسم العقاري

سبق القول فيما تقدم من هذه الأطروحة، بأن الحوز شرط لتمام عقد الوقف¹، لكن عندما يتعلق الأمر بعقار محفظ له رسم عقاري فإن السؤال الذي يطرح هو هل يمكن الاستغناء عن الحوز المادي بتسجيل الوقف بالرسم العقاري؟

بالرجوع الى الفصل 66 من ظهير 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري والذي وقع تغييره وتتميمه بالقانون 14.07 نجده ينص على ما يلي: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

ولا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

كما أن الفصل 67 من نفس الظهير ينص على ما يلي: "إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض، وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

وبناء على هذين الفصلين، نجد أن الوقف كحق عيني عقاري متى انصب على عقار محفظ، فإنه لا يعترف به ولا ينتج آثاره إلا إذا تم تقييده بالرسم العقاري، وهذا رأي يدعمه قرار صادر عن المجلس الأعلى ورد في حيثياته ما يلي²: "لا ينتج أي حق عيني يتعلق بعقار محفظ حتى بين المتعاقدين، إذا لم يكن مسجلا بالرسم العقاري، وأن شهادة الموثق لا تكفي ولو بين المتعاقدين لإثبات تملك حق عيني لم يقع تسجيله بالرسم العقاري لعقار محفظ"، كما

1 يوضح ابن رشد الحفيد موقف المذهب المالكي من القبض بقوله: "فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة، وهو عند الشافعي وأبو حنيفة من شروط الصحة، وقال أحمد وأبو ثور: تصح الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلا، لا من شرط تمام ولا من شرط صحة وهو قول أهل الظاهر وقد روي عن أحمد ابن حنبل أن القبض من شروطها في المكيل والموزون". للمزيد من التفصيل أنظر: أبو الوليد ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج:2، م،س، ص:323 وما يليها.

2 قرار المجلس الأعلى عدد: 640، صادر بتاريخ: 20 شتنبر 1978، و المنشور بمجلة المحاماة، عدد: 14، ص:205.

يخضع لقاعدة الشهر والعلانية، ولا يكون له أثر قانوني بين الأطراف وتجاه الغير إلا من يوم تسجيله في السجل العقاري¹.

وهذا ما نجده في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بفاس نص على ما يلي²: "من المقرر قانوناً أن السجل العقاري هو سند كل حق عيني، وكل حق عيني لم يسجل يعتبر غير موجود قانوناً، ومن المقرر عند علماء الأصول أن المعدوم قانوناً كالمعدوم حساً...".
وقد أدى هذا التوجه بالمؤيدين له إلى اعتبار تسجيل سند التبرع بالرسم العقاري هو الصحيح الذي يعتبر حجة قاطعة أمام الكافة، ذلك أن حقيقة الحق هي المعبر عنها بالتسجيل³، أما ما لم يقيد بالرسم العقاري فلا عبرة به لأنه هو والعدم سواء.

1 مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، مطبعة شركة الهلال للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، السنة: 1987، ص: 275.

2 قرار عدد: 90/1183 صادر بتاريخ: 1991/7/16، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون، العدد: الأول، بدون ذكر السنة، ص: 124 وما بعدها.

3 هناك العديد من القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى والتي تسير في هذا الاتجاه: منها القرار عدد: 233، الصادر بتاريخ: 15 ماي 1968، والمنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد الثاني، ص: 30. والذي ورد في حيثياته ما يلي: "لا يكون أثر حتى بين المتعاقدين للاتفاقات الرامية الى انشاء أو نقل حق عيني عقاري الا من تاريخ تسجيلها في الرسم العقاري، ولا يمكن حصول حماية الحق العيني حتى بين المتعاقدين الا عن طريق اشهاره بتقييده في الرسم العقاري المخصص لكل عقار....".

وهذا الموقف يزكيه أيضا قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى ورد في حيثياته ما يلي: "لكن حيث إن موضوع النزاع عقار محفظ يخضع لقانون التحفيظ العقاري، والفصل الثاني من الظهير المطبق على العقارات المحفظة فإن الأفعال الإدارية الرامية الى نقل حق عيني الى الغير لا تنتج أي أثر الامن تاريخ التسجيل في الرسم العقاري المخصص لكل عقار، وعليه فإن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه طبقت القانون الواجب التطبيق، وركزت قرارها على أن موضوع الصدقة عقار محفظ، وأن الحيازة بشأنه لا تتم فيما يخص النزاع الحالي إلا بتسجيل عقد الصدقة في الرسم العقاري للأرض موضوع الدعوى، وهو ما لم يقع في النازلة، وأن فقدان الشرط المذكور يجعل الصدقة معدومة، وأن المحكمة طبقت الفصيلين المذكورين في الوسيلة تطبيقاً سليماً ولم تخرقهما".

- قرار رقم: 2341 صدر بتاريخ: 1989/11/22 في الملف المدني عدد: 86/4214. أورده: محمد الأبييض ضمن مؤلفه: شرط الحوز في التبرعات، م، س، ص: 233.

ويكرس ما سبق قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى ورد في حيثياته ما يلي: "لما كان الثابت من الأوراق أن المطلوبة في النقض قد تمكنت من تسجيل عقد الصدقة بالرسم العقاري للفيلا المتصدق بها في حياة زوجها المتصدق، فإن هذا التسجيل يعتبر في حد ذاته حيازة قانونية للعقار تغني عن إشهاد العدول بمعاينة الحيازة أو إثباتها بأي وسيلة أخرى".

- قرار المجلس الأعلى عدد: 174 صادر بتاريخ: 1996/2/13 في الملف عدد: 92/6258، والمنشور بقضاء المجلس الأعلى خلال أربعين سنة، لعبد العزيز توفيق، الطبعة الأولى، السنة: 1999/1419، ص: 314.

أما موقف القضاء من هذه المسألة فقد كان متباينا ينم عن خلاف حاد بين غرف المجلس الأعلى، مما حدا برؤساء غرفه - نظرا لدقة الموضوع- إلى عقد عدة اجتماعات أسفرت عن تعيين لجنة خاصة ليتسنى لمجلس الرؤساء اتخاذ القرار الملائم والذي من شأنه أن يحقق توحيد اجتهاد المجلس بهذا الصدد". وفعلا تم تعيين لجنة متخصصة في مجال الفقه والقانون لدراسة الإشكال المطروح. إلا أن هذا الأمر لم يكن بالهين نظرا لتضارب الآراء، وهو ما يستشف من خلال بعض ما ورد في محاضر اجتماعات هذه اللجنة:

- بتاريخ 20 شتبر 1995 عقد الاجتماع الثالث لرؤساء غرف المجلس الأعلى وعرضت اللجنة المشكلة بتاريخ 19 أبريل 1995 والمكلفة بدراسة مشكل الحيازة في التبرعات ما توصلت إليه، إلا أنه من خلال محضر الاجتماع الثالث لرؤساء غرف المجلس، يتضح أن الآراء بقيت منقسمة، فرأي يرى بأن التسجيل وحده كاف لصحة التبرع، ورأي آخر يرى بأن الحل يكمن في توفر الحوزين معا: الحوز الفعلي والحوز القانوني وأن أحدهما لا يغني عن الآخر¹.

- وبتاريخ 20 دجنبر 1995 انعقد الاجتماع الرابع لرؤساء غرف المجلس الأعلى، ومما ورد في محضر هذا الاجتماع نذكر ما يلي: "...لم يتوصل إلى اتفاق فيما يتعلق بإشكالية اعتبار تسجيل سند التبرع بالملك المحفّض على رسمه العقاري يغني عن الحيازة المادية، أم لا بد منها، إلا أن اللجنة الموسعة أشعرت أن أعضاءها يقترحون اعتبار تسجيل سند التبرع بالملك المحفّض يغني عن الحيازة الشيء الذي كان محل توافق..."².

وهذا التوافق تمت ترجمته عمليا بإصدار القرار الشهير عدد 555 الصادر عن المجلس الأعلى بجميع غرفه³، والذي اعتبر تسجيل التبرع قبل حصول المانع حيازة قانونية

¹ يمكن الرجوع للمزيد من التفصيل حول هذا الاجتماع إلى مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48، السنة: 1997، ص: 417/418.

² يمكن الرجوع للمزيد من التفصيل حول هذا الاجتماع إلى مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 50/49 السنة: 1997، ص: 346-347.

³ هذا القرار صدر بتاريخ 2003/12/08 في الملف عدد 95/2/2/596، والمنشور بمجلة القضاء والقانون عدد 149، السنة: 31، ص: 259. ومما ورد في حيثياته مايلي: "لكن ردا على ما أثير في الوسائل مجتمعة، فإنه لما كان الثابت من (...)

تغني عن الحيابة الفعلية¹.

والحيابة القانونية المعبر عنها من خلال هذا الموقف تعني التسجيل بالرسم العقاري قبل حصول المانع، وهذه التسمية ليست إلا ابتكارا يعبر عن موقف قضائي يعتبر أن للتسجيل أثرا منشأ للحق العيني، ويحقق في الوقت ذاته الغاية من المعاينة وهي سد الذريعة التي ذكرها سيدنا عمر رضي الله عنه²، كما أنه يحل وبشكل أقوى وأضمن في العقار

أوراق الملف وبالأخص شهادة المحافظ العقاري بالمحمدية زناته، أن المطلوبين في النقص، قد تمكنا من تسجيل عقد الصدقة عدد 292ص 434 كناش التركات 3 تاريخ 1988/03/23 بالرسم العقاري عدد 37140 للفيل المتصدق بها عليهما في حياة المتصدق، وبالتالي فإن هذا التسجيل يعتبر في حد ذاته حيابة قانونية تغني عن إشهاد العدلين بمعاينة الحيابة وإخلاء الفيل موضوع الصدقة وإثباتها بوسائل أخرى، مادام التسجيل يخرج الملكية والحيابة من يد المتصدق الى يد المتصدق عليهما بشكل قانوني لا جدال فيه، ويمكنهما من التصرف في العين المتصدق بها عليهما بجميع أنواع التصرفات دون منازع، فالصدقة نافذة في حق المتصدق وغيره إضافة الى أن قيام المتصدق بإجراءات تسجيل الصدقة في الصك العقاري يعتبر تنفيذا للصدقة. ومعلوم أن تنفيذ المتصدق للصدقة يجعلها صحيحة ونافذة في حقه وحق خلفه، ما لم تكن هناك دعوى صورية، أما بخصوص قبول المتصدق الصدقة الصادرة منه نيابة عن المتصدق عليه الذي كان وقت القبول راشدا بالغاسن الرشد القانوني فإن ذلك لا يشكل سببا لإبطالها طالما أن المتصدق عليه تمسك أمام قضاة الموضوع بأن عقد الصدقة قد تم تنفيذه منذ أن سجل بالرسم العقاري وتملك العقار المتصدق به عليه ووضع يده عليه وانتفع به لأن القبض يدل على القبول، كما لا تعتبر نيابة الغير عن الولي أو الوصي أو المقدم في قبول الصدقة سببا لإبطالها طالما أنها تحقق نفعاً محضاً للقاصر، ولم تقترن بشرط أو التزام، وفضلاً عن ذلك كله، فإنه لما كانت غاية الفقه في اشتراط الحيابة في عقود التبرعات هو خروج العين المتصدق بها من يد المتصدق الى يد المتصدق عليه، فإن تسجيل عقد الصدقة في الرسم العقاري يحقق الغاية المذكورة ويوثقها بشكل أضمن لحقوق المتصدق عليه لأنه بمجرد تسجيل الصدقة في الرسم العقاري وإشهارها للعموم يصبح المتصدق عليه مالكا وحائزا للعقار المتصدق به عليه دون منازع، ويضمن لنفسه الاحتفاظ به والتصرف فيه بجميع أنواع التصرف والقرار المطعون فيه لما اتير تسجيل الصدقة في الصك العقاري قبل حدوث المانع حيابة قانونية تغني عن الحيابة الفعلية فإنه يكون قد طبق القانون ولم يشطط في استعمال السلطة، ولم يحرف وثائق الملف وعلل قضاءه تعليلا كافيا وما بالوسائل يبقى على غير أساس".

1 هناك العديد من القرارات التي صدرت عن المجلس الأعلى والتي كانت تسير في هذا الاتجاه قبل صدور القرار 555 منها القرار الصادر عنه تحت عدد: 1097 بتاريخ: 94/9/13 في الملف العقاري عدد: 93 /5713 المنشور بمجلة القسطاس العدد الأول، السنة: 1997، ص: 108 وما بعدها، والذي ورد في حيثياته ما يلي:

"...والقرار المطعون فيه لما اعتبر أن الحيابة التي يعتد بها في الهبة بالنسبة للعقار المحفض هي الحيابة المادية للموهوب فيه، ونص على أنه لا يعتد في هذا المجال بمقتضيات الفصل 66 من القانون العقاري يكون غير مرتكز على أساس وفساد التعليل الموازي لانعدامه، وتعرض بسبب ذلك للنقض...".

ومما ورد في قرار آخر صادر كذلك عن المجلس الأعلى تحت عدد : 174 بتاريخ: 13 فبراير 1996 موضوع الملف العقاري عدد : 92/6259، والمنشور بالعدد المزدوج لمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 50/49، السنة: 1997، ص: 108 وما بعدها:

"إن تسجيل عقد الصدقة بالرسم العقاري قيد حياة المتصدق يعتبر حيابة قانونية، يغني عن إشهاد العدول بمعاينة الحيابة وإثباتها".

2 قال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: " ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحل اثم يمسونها، فإن مات ابن أحدهم قال مالي بيدي لم أعطه أحدا وإن مات هو قال هو لابني قد كنت أعطيته إياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذي نحلها -وأبقاها- حتى تكون إن مات فهي لورثته فهي باطلة".

المحفظ محل شرط الحوز، كما أن اعتباره موازيا للحوز أو يغني عنه بالنسبة لعقار غير محفظ ليس فيه ما يناقض قواعد الفقه، وفتاوى الصحابة¹.

إلا أن هذا التوجه يبقى محل نظر لأن مفهوم الحيابة في الفقه الإسلامي هو وضع اليد على شيء والتصرف فيه تصرفا ماديا مدة من الزمن، وهي شرط في التبرعات بوجه عام والشرط الشرعي هو ما يضعه الشارع مكملا لأمر شرعي لا يتحقق إلا بوجوده كالطهارة بالنسبة للصلاة، لذا يجب أن يدرك الشرط في إطار علم الأصول باعتبار أن الشرط يلزم من عدمه العدم ولا يلزم في وجوده وجود ما تعلق به ولا عدمه²، وهو ما لا يمكن أن يتحقق بما اصطلح عليه بالحيابة القانونية، لأن مجرد تسجيل عقد الوقف بالرسم العقاري، وبقاء العقار الموقوف في حوزة وتصرف واستغلال الواقف، أمر يجعل واقعة التحييس في حد ذاتها غير تامة، ولا يمكن للتسجيل أن يتممها أو يضيف أو ينقص أي عنصر صحة أو إبطال لها، والنتيجة المنطقية لذلك أن تسجيل عقد التبرع دون حيابة فعلية تجعل العقد في إطار المعدوم شرعا وفقا للقاعدة الفقهية القائلة: "المعدوم شرعا كالمعدوم حقيقة"، والقاعدة التي تقول: "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب".

وبالتالي لا يمكن بتاتا تأييد موقف المشرع المغربي في هذا الصدد والقاضي باعتبار التسجيل في الرسم العقاري كافيا وحده لاعتبار الحوز صحيحا³. لأن موقف المشرع هذا فيه خرق واضح للقواعد الفقهية المستقر عليها في المذهب المالكي بخصوص هذه الإشكالية، كما أن التسجيل بالرسم العقاري لا يمكن أن يطهر عقدا باطلا من إبطاله لأنه لا يتعدى حدود إثبات الهوية المدنية للملك المحفظ، والتي وإن كانت تعطي لهذا الأخير القوة الشبوتية المستمدة مرجعيتها من التشريع فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يضيف إلى

1 أحمد بنكيران: تعليق على القرار 555 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد: 149، ص: 307.

2 عمر الأبيض: شرط الحوز في التبرعات، م:س، ص: 263.

3 تنص المادة 26 من المدونة على ما يلي: "...يصح الحوز بمعاينة البينة، أو بتسجيل الوقف في الرسم العقاري، أو بكل تصرف يجريه الموقوف عليه في المال الموقوف".

مضمونه حجة زائدة¹. كما أن عدم تسجيله بالرسم العقاري قبل حصول المانع لا يجعله باطلا إذا تمت حيازته مادية ثابتة بشروطها المقررة فقها، لأنه في هذه الحالة يكون صحيحا نافذا منتجا لكافة آثاره القانونية.

المطلب الثاني: الحيازة المادية وصحة الوقف

إن الحيازة المتطلبة فقها شرط لتمام التبرع ونفاذه، وهذه القاعدة التي أقرها الفقه الإسلامي لا ينبغي بأي حال تجاهلها لأن عقود التبرع محكمة بقواعد هذا الفقه ولا يمكن للتسجيل أو عدمه للعقد بالرسم العقاري أن يغير من هذه القواعد.

كما أن للحوز المادي أو الفعلي حكمة تتحقق من ورائه هي إشهار التبرع حتى يكون الجميع على علم به، وهذا يفيد في قطع الطريق أمام تصرفات الشخص في أمواله طول حياته تصرفا مستترا يلحق الضرر بالورثة والدائنين، يقول القرافي في هذا الشأن: "القبض إنما اشترط عندنا لنفي التهمة لئلا ينتفع الإنسان بماله طول عمره، ويخرجه عن ورثته عند الموت"².

ولا يضر الوقف في شيء إذا تم بشأنه الحوز المتطلب فقها وتأخر تسجيله بالرسم العقاري حتى بعد وفاة الواقف، لأنه صحيح ويمكن تسجيله في هذه الحالة وفق الفقرة الأولى من الفصل 82 من ظهير التحفيظ العقاري التي تنص على ما يلي: "لتقييد الحقوق العينية العقارية المترتبة عن الإرث يجب على الورثة أو الموصى لهم أن يقدموا للمحافظ على الأملاك العقارية طلبا للتقييد مدعما بكل الوثائق المثبتة لانتقال الحق لفائدتهم بصفة قانونية". وهذا ما نقرأه في قرار صادر عن المجلس الأعلى بغرفتين ورد في حياضته ما يلي³: "إن عدم تسجيل عقد التحسيس بالرسم العقاري لا يمكن أن يؤثر على صحة موضوعه أو يحد من أثره في نقل

1 سعيد المعتصم: طبيعة الحوز في التبرعات فقها وقضاء وقانونا، مقال منشور بمجلة القبس المغربية، العدد 3، السنة 2012، ص: 136.

2 شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، ج: 6، م، س، ص: 245.

3 القرار عدد 579 المؤرخ في 13/02/2002، ملف مدني: عدد 95/9/1/4054، والمنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 57-58، السنة دجنبر 2004، ص: 308.

الحق للأحباس، خاصة وأن الحيازة المادية للملك المحبس قد تمت فعلا، وكانت بصفة علنية كافية وثابتة باعتراف الورثة أنفسهم، المدعين احتلال القطعة الأرضية من طرف السيد القادري، واستغلالها كملحقة لمدرسة النهضة قبل وفاة الطرف المحبس وبعده ولمدة غير يسيرة بذكرهم".

والعكس صحيح، أي أن تسجيل الوقف دون حصول الحيازة المتطلبة فقها إلى أن حصل المانع تجعل منه وقفا باطلا، ويمكن لمن له مصلحة طلب التشطيب عليه، لأن التسجيل في حد ذاته لا يصحح رسما باطلا. كما أن قواعد الفقه الإسلامي لا توجب أي قيد بخصوص حيازة الحبس كاقتران صحة التحبيس بتسجيله بالرسم العقاري، لأن عقد التحبيس متى استوفى شروطه المعتبرة فقها و توثيقا كان صحيحا، ووجوده ثابتا، وأثر إنشائه يبقى ساريا وفقا لقصد المحبس، وتنفيذ تسجيل مضمونه بالرسم العقاري يجب أن يتم ولو عارض ورثة المحبس في ذلك بعد وفاته، لكون موروثهم طبع تصرفه بطابع ديني محض، جرى فيه على مقتضيات أحكام وقواعد ذلك الطابع المحدد فقها وتوثيقا، حيث نص عقد التحبيس المذكور على كونه: " تحبيسا مؤبدا ووقفا مخلدا، ما بقيت الدنيا وقصد بذلك وجه الله العظيم وثوابه الجسيم والدار الآخرة والله لا يضيع أجر من أحسن عملا ، وتخليا عن الأمتار المذكورة لمن ذكر وحازها منهما سيدي بوبكر القادري المذكور بتقديمهما له ذلك" مما يتعين معه الإشارة إلى أن ذلك يعتبر حبسا عاما وحمائته من النظام العام¹.

وبالتالي لا يعقل استبعاد قواعد الفقه الإسلامي التي لا يستقيم التبرع بدونها و تطبيق قواعد التحفيظ العقاري، لأن التسجيل بالرسم العقاري لا يمكنه أن يظهر التبرع من العيوب التي نص عليها المشرع وجعلها تحول دون صحة الشيء، أو بوجودها يقع البطلان وعليه فإن صحة الوقف حسب فقهاء المالكية تتوقف على معاينة شاهدي عدل للحيازة²، أي وضع اليد على العقار قبل المانع. وإذا تعذر ذلك حتى حصل المانع فإن الوقف يقع باطلا ويمكن لمن له مصلحة طلب التشطيب عليه، لأن التسجيل في حد ذاته لا يصحح رسما باطلا.

1 القرار المشار إلى مراجعه أعلاه.

2 قرار رقم: 238 صادر بتاريخ: 1988/02/16 في الملف عدد: 2963، قرار غير منشور.

لذا يمكن القول إن ما اشترطه الفقه الإسلامي من حياة مادية للتبرع هي الحياة المتطلبية دون غيرها، سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ، وبالتالي لا يستساغ إقحام التسجيل ضمن ماله علاقة بصحة أو بطلان عقد التبرع¹.

¹ عمر الأبييض: شرط الحوز في التبرعات، م:س، ص:218.

المبحث الثاني: عدم مواجهة الأوقاف العامة بقاعدة التطهير الناتجة عن

تحفيظ العقار

يتميز نظام العقارات المحفوظة بنوع من الاستقرار في الملكية، و الثبات في المعاملات، وهذا التميز يستمد من العقار من خلال تأسيس رسم عقاري خاص به، غير قابل للطعن و خالي من جميع الحقوق غير المضمنة فيه بفعل قاعدة التطهير¹. هذه الأخيرة تتمتع بقوة إثباتية تجعلها أهم الآثار الناتجة عن التحفيظ (المطلب الأول).

لكن بالمقابل وعلى الرغم من اكتساب الرسم العقاري للصفة النهائية التي يكتسبها بفعل قاعدة التطهير، والتي تجعل العقار يقطع كل صلة بماضيه، ويؤسس لحالة مدنية جديدة منظمة ومطهرة للعقار من كل الشوائب²، فإنها تتلاشى عند مواجهة الأملاك الموقوفة وفقا عاما، نظرا للطبيعة الخاصة والتميزة لهذه الأملاك، وهو الأمر الذي جعل الشرع يقر بضرورة استثنائها من الأثر التطهيري للرسم العقاري (المطلب الثاني).

المطلب الأول : القوة الإثباتية لقاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار في

إطار القواعد العامة

ينص الفصل الأول من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، والذي تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم: 14.07³ على أنه: "يرمي التحفيظ إلى جعل العقار المحفوظ

1 يقصد بهذه القاعدة حسب حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوجدة ما يلي: "تطهير العقار من جميع الحقوق التي كانت عالقة به قبل التحفيظ، و لم يطالب بها أثناء جريان مسطرة التحفيظ".

- حكم عدد: 93/464 بتاريخ: 1993/05/04 ملف رقم: 89/1362، منشور بمجلة المناظرة، العدد الثاني، السنة: يونيو 1997، ص: 149.

2 عبد العالي العبودي: "نظام التحفيظ العقاري"، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة: 1، السنة: 2008، ص: 84.

3 تم تنفيذ هذا القانون المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913)، المتعلق بالتحفيظ العقاري، بمقتضى الظهير الشريف رقم: 1.11.177 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5998 بتاريخ: 24 نوفمبر 2011.

خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراجه منه فيما بعد ويقصد منه:

- تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به؛
 - تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك، في الرسم العقاري المؤسس له".
- وينص الفصل 62 من نفس على ما يلي: "إن 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".

من خلال ما سبق، يتبين أن مقتضيات الفصلين المذكورين أعلاه تجعل الرسم العقاري بعد إنشائه يتسم بقوة تقطع كل نزاع حول ما سجل به. ذلك أن التقييدات المبينة فيه هي عنوان الحقيقة، فالشخص الذي يستطيع تحفيظ العقار باسمه، يصبح حائزا على سند مطلق للملكية باعتباره الحجة الوحيدة التي تؤكد صحة جميع البيانات المدونة بها، كما أن حجية هذا الرسم في الإثبات لا تتوفر عليها غيره من المستندات سواء كانت أحكاما قضائية نهائية¹، أو وثائق رسمية والتي تكون قابلة لإثبات ما يخالفها². ذلك أنه بمجرد صدور قرار التحفيظ وتأسيس الرسم العقاري، يصبح العقار مطهرا من جميع الحقوق غير المتعرض عليها أثناء جريان مسطرة التحفيظ و لو كانت حقوقا مشروعة، مقابل إضفاء صفة المشروعية على

1 يمكن للمتضرر من حكم قضائي نهائي الطعن فيه بالنقض حسب البند الأول من الفصل 353 من ق،م،م، أو بإعادة النظر حسب الفصل 402 وما يليه، والفصل 379 من نفس القانون.

2 ينص الفصل 419 من ق،ل،ع،م على ما يلي: "الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والإتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور.

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

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

الحقوق المدلى بها أثناء المسطرة ولو كانت غير مشروعة¹، لأن قرار التحفيظ يطهر العقار لينسبه لمن حفظ باسمه، ليس باعتباره وارثا أو موهوبا له أو مالكا، وإنما فقط نتيجة للأثر التطهيري الناتج عن تأسيس الرسم العقاري² و الذي لا يعترف بعد ذلك إلا بالتصرف المقيد به حيث يصبح الحق بمقتضاه موجودا وثابتا.

ولكن بالمقابل، فإن هذه القوة الإثباتية التي تفرضها قاعدة التطهير، كانت و لا تزال محط نقاش بين مؤيد و معارض على مستوى الفقه أو القضاء.

فالاتجاه المؤيد لهذه القاعدة يرى بأن لنظام السجل العقاري الحجية المطلقة، وعليه فأى طعن في حجية الرسم العقاري يجعل العقار محل ادعاءات من قبل الأطراف مما سيفقد مسطرة التحفيظ كل أهميتها³، كما أنه سيؤدي بالضرورة إلى شرح المناعة القانونية المطلقة التي أضفاها المشرع على الصك العقاري، فالمتضرر من التحفيظ يكون قد ضيع فرصة الدفاع عن نفسه من خلال المسطرة الطويلة للتحفيظ وما صاحبها من عمليات إشهارية فيتحمل بالتالي تبعات إهماله⁴، وهذا الاتجاه كرسه القضاء كذلك حيث اعتبر في العديد من القرارات أن قرار التحفيظ يصبح نهائيا بمجرد صدوره في مواجهة الكافة، دون إمكانية مراجعته بالطعن، كما أن قاعدة التطهير يواجه بها الخلف الخاص والعام والغير على حد سواء⁵، وهذا التوجه استقر عليه المجلس الأعلى منذ تأسيسه بكيفية مطلقة، وهو ما أكده قرار صادر عنه ورد في حيثياته ما يلي: "...إقامة الرسم العقاري له صبغة نهائية لا تقبل

³ محمد خيرى: حماية الملكية العقارية و نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة دار نشر المعرفة، السنة: 2001، ص:167.

² عبد الكريم السريغيني: قاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار وتطبيقاتها العملية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بوجدة، السنة: 2007-2008، ص:7.

³ سعاد عاشور: حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، المطبعة و الوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى، السنة: 1997 ص: 211.

⁴ مأمون الكزبري " التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي، م، س، ص: 87.

⁵ أنظر قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2 مارس 1935، والذي ورد ضمن كتاب:

- Paul Decoux :droit foncier marocain ,imprimerie el maarif al Jadida rabat , 2002, p:106.

الطعن، ويحسم كل نزاع يتعلق بال عقار، ولا يمكن الاحتجاج بأي حق عيني سابق على التحفيظ لم يسجل على الرسم العقاري"¹، كما أقر أنه لا وجود لأي حق عيني يتعلق بعقار محفظ حتى بين المتعاقدين إذا لم يكن مسجلا بالرسم العقاري، واعتبر أن شهادة الموثق لا تكفي لإثبات تملك حق عيني لم يتم تسجيله بالرسم العقاري².

وفضلا عن ذلك، اعتبر المجلس الأعلى أن الفصل 2 -سابقا- من ظهير التحفيظ العقاري يتضمن قواعد آمرة مرتبطة بالنظام العام العقاري، ومن تم يجب أن تشيرها المحكمة من تلقاء نفسها كلما تبين لها أن الحق المدعى به تظهر منه العقار نتيجة التحفيظ³، وبالتالي لا يبقى لصاحب حق في حالة التدليس طبقا للفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري سوى المطالبة بالتعويض⁴، وبالتالي فالنتيجة المنطقية حسب هذا الاتجاه هي المخالفة التامة للرأي القائل بضرورة التخفيف من آثار التطهير النهائية بوضع استثناءات عليها لأن ذلك يزعزع الملكية و يفقد من قيمتها⁵.

إلا أن هذا الأمر لا يحول دون المطالبة بتقييد حقوق جديدة لاحقة على تأسيس رسم عقاري، لأن مبدأ التطهير لا يؤثر إلا في الحقوق السابقة على التحفيظ.

أما الاتجاه المعارض لهذه القاعدة، فيعتبر أن السند القانوني لها و المتمثل في الفصلين 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري قد جاءا بمقتضيات ظالمة، كان الهدف

1 قرار المجلس الأعلى عدد:87 صادر بتاريخ 1972/04/21، ملف إداري عدد 18271، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد:26، ص:36.

2 قرار المجلس الأعلى عدد: 2673 صادر بتاريخ: 2005/10/12، ملف مدني عدد: 2004/3/1/1980، منشور بمجلة القصر، العدد:14، السنة: ماي 2006، ص:32.

3 قرار المجلس الأعلى في الملف المدني عدد: 87/2075، صادر بتاريخ: 29 يناير 1992، منشور بمجلة الإشعاع، العدد:7، ص:69.

4 قرار صادر عن الغرفة العقارية باستئنافية الرباط تحت عدد: 1711، صادر بتاريخ:19 مارس 1992، منشور بمجلة الإشعاع، العدد:26، ص:244.

5 محمد أحمد بونبات: نظام التحفيظ العقاري"، المطبعة و الوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الثانية، السنة: 2005، ص: 79.

الأساسي من ورائها هو زرع المستعمر، و إقرار السياسة الاستيطانية الفرنسية بالمغرب إبانها، و بالتالي ضرورة إعادة النظر في هذه المقتضيات¹.

وهذا التوجه يؤيده رأي آخر يرى بأن هذه القاعدة لا تتلاءم بالبث و المطلق مع واقع المجتمع المغربي، وأن الأسباب الحقيقية من وراء سنها هي تسهيل تملك الأراضي للأجانب من أجل توطيد السلطة الاستعمارية بالمغرب، كما يرجع هذه الأسباب إلى صعوبة تطبيق القانون المغربي و جهله من قبل المستعمر، ومن ثم ضرورة إبعاده و استبداله بقانون آخر، وينادي في الوقت ذاته بإحلال مفهوم جديد لقاعدة التطهير يتلاءم و بيئة الشعب المغربي من خلال تجميد مفعولها في حالة الغش والغلط وكذا أثر التطهير في حدود صحة تقييدات الدفاتر العقارية². وهو ما دفع بعض المحاكم إلى عدم الأخذ بمقتضيات الفصلين 2 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري، إذا أنشئ الرسم العقاري بصفة غير قانونية، ذلك أن المحكمة الابتدائية بوجدة استجابت لطلب المدعي الرامي إلى التشطيب على الرسم العقاري وتوجيه الأمر إلى المحافظ العقاري قصد القيام بالتشطيب عليه³.

وهذا الخروج عن القاعدة القانونية المطلقة يعد استثناء له ما يبرره، يرجع في غالب الأحيان لطبيعة العقارات المستثناة .

المطلب الثاني: استثناء الاملاك الموقوفة وقفا عاما من الأثر التطهيري للرسم

العقاري

إذا كان التحفيظ يكرس بشكل مطلق حقوق المالك المضمنة بالرسم العقاري، ويؤسس الحالة المدنية للعقار المحفّض، حيث يسهل معرفة وضعه القانوني المادي وأصوله وتاريخه

1 محمد الكشور: التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ: 29 دجنبر 1999، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى السنة: 2005، ص: 29.

2 محمد شنان : عبثية الإبقاء على الأثر المطلق لقرار التحفيظ بعد الاستقلال، مقال منشور بالندوة المشتركة حول نظام التحفيظ العقاري بالرباط بتاريخ: 1990/05/04 ص : 97 و ما يليها.

3 حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد: 93/1464، ملف عدد: 89/1362، صدر بتاريخ: 1993/5/4، والمنشور بمجلة المناظرة، العدد: 2، يونيو: 1997، ص: 139.

بشكل دقيق ومضبوط¹. فإن المبدأ التطهيري والصفة النهائية للرسم العقاري تضحل قوتها في مواجهة الأملاك الموقوفة وقفا عاما²، وذلك حسب ما أكدته مدونة الأوقاف في مادتها 54 التي تنص على ما يلي: "إن الرسوم العقارية المؤسسة لفائدة الغير لا تمنع المحكمة من النظر في كل دعوى ترمي إلى إثبات صفة الوقف العام لعقار محفظ، شريطة أن ترفع الدعوى في مواجهة جميع ذوي الحقوق المقيدين.

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

ومضمون هذه المادة هو في أصله نتاج لقواعد اجتهادية صاغها العمل القضائي، وكرسها اتجاه فقهي. مما جعل المشرع المغربي لا يتردد في تبني هذا الاتجاه و إعطاء هذا الامتياز للأوقاف العامة، على غرار الأملاك العامة المنظمة بموجب ظهير 1914/7/1، التي تستعصي هي الأخرى على الأثر التطهيري، والأملاك العامة المائبة المنظمة بالقانون 95-10³، وبالتالي فهذه الأملاك جميعها غير قابلة للتملك الشخصي، ولا للتفويت أو الحجز وصامدة في مواجهة التقادم⁴. ومخصصة للانتفاع العام ومن تم لا ينفع الاستدلال على

¹ Jaques caille : la procédure juridique de l'immatriculation foncière au Maroc, LGDJ , Paris, 1956 p : 17/18.

² يستفيد الوقف المشترك من هذا الامتياز أيضا لأنه يخضع حسب المادة 129 من المدونة لنفس الأحكام المطبقة على الأموال الموقوفة وقفا عاما، أما الأوقاف المعقبة فهي لا تشكل استثناء من المبدأ المذكور، ولا يمكن التمسك بها للتشطيب على الحق العيني المقيد بالرسم العقاري على ضوء عملية التحفيظ.

³ دخل القانون 10-95 المتعلق بالماء حيز التنفيذ بمقتضى الظهير الشريف رقم:1-95-154، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد:4325 بتاريخ:20 غشت 1995.

انظر للمزيد من التفصيل حول مسألة تحفيظ الحقوق المائبة:

• أحمد إذ الفقيه: نظام المياه والحقوق المرتبطة بها، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة:2002، ص:275 وما بعدها.

⁴ على العكس مما ورد أعلاه، نجد المشرع الألماني قد جعل إمكانية اكتساب العقار المحفض بالتقادم واردة من خلال المادة 972 من القانون الألماني، مع تطلبه لشرط حيازة الغير لذلك العقار مدة 30 سنة مقابل رفع دعوى لتقرير سقوط حق المالك السابق، وهذه الإمكانية مخولة في الحالة التي يكون فيها المالك الأصلي توفي أو كان غائبا ولم يجر أي تصرف بموافقة في السجل العقاري منذ 30 سنة، وهدف المشرع الألماني من هذا المقتضى يتجلى في استغلال ذلك العقار وعدم تركه عرضة للجمود بسبب غياب أو وفاة المالك، في الوقت الذي يكون الناس في حاجة إليه

(...)

تملكها بقاعدة التطهير، ولا يمكن أن ينال منها التحفيظ¹، فلو أن عقارا محبسا قد جرى تحفيظه على اسم شخص فإن قاعدة التطهير واكتساب رسم الملك صفة نهائية لا تحول دون تمكين إدارة الأوقاف من المطالبة بالعقار الموقوف، ولا يمكن لصاحب رسم التملك الحيلولة دون إعادة هذه الأرض لصاحبها الشرعي بحجة أنها قد حفظت على اسمه². كما أن التحفيظ لا يمكن أن يكون مطهرا للعقار من هذه الحقوق إذا كان متحملا بها قبل التحفيظ، لذا كان الحل الناجع هو استثناء هذه الأملاك من مبدأ الصفة النهائية للرسم العقاري المنصوص عليها في إطار الفصل 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري، ليكون المشرع بذلك أضفى حماية قانونية على هذه الأملاك، تهدف إلى استغلالها في ظل ظروف ملائمة ومحققة لمقصود المشرع، و تقيها من تصرفات السلطة المركزية والإدارية، وبالتبعية من تصرفات الخواص، كما أن التحفيظ يصبح عديم الأثر بشأنها إذ تظل محتفظة بصفتها العامة³.

ويعتبر الفقيه الفرنسي بول ديكرول أول من قال من الفقه باستثناء الأملاك الحسبية من نطاق قاعدة التطهير، مؤسسا رأيه بهذا الخصوص على قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 فبراير 1934 نقضت بموجبه قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط قضى بمواجهة التطهير الناجم عن التحفيظ العقاري، وذلك بناء على طعن لفائدة القانون⁴، وهذا الاستثناء كرسه

للمزيد من التفصيل انظر:

• محمد أحمد بونبات: نظام التحفيظ العقاري، م، س، ص: 73.

1 في هذا الشأن، ورد في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1923/01/23: "أن حقوق الأملاك العامة بسبب تحصنه بميزة عدم قابليتها للتفويت، وعدم سريان التقادم عليها، لا يمكن انتهاكها بالتحفيظ العقاري، ويستمر وجودها على الرغم من تغيير النظام العقاري الذي يقع تحته العقار المحفص".

للمزيد من التفصيل أنظر:

• محمد المهدي الجم: التحفيظ العقاري في المغرب، م، س، ص: 174.

2 مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، م، س، ص: 90.

3 محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المقارن، م، س، ص: 263.

4 زكرياء العمري: حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الاختيارات الفقهية والاجتهادات القضائية في مجال الوقف بالمغرب، مقال منشور ضمن كتاب النظام القانوني للأملاك الوقفية، الجزء الأول، ص: 57.

القضاء من خلال عدة قرارات صادرة عنه كالقرار عدد 363 والذي ورد في حيشياته ما يلي¹: "وحيث أنه لا يمكن الاحتجاج بالتطهير الناتج عن تحفيظ العقار المذكور تجاه حقوق محبسة غير قابلة للتصرف إلا بإذن جلاله الملك، مما يجعل تحفيظ العقار المذكور في اسم المدعى عليه باطلا، وبالتالي فإن الدفع غير منتج".

والاتجاه نفسه كرسه قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى ورد في حيشياته ما يلي²: "الحبس لا يظهر بالتحفيظ، فيمكن للجهة المحبس عليها، وفي نازلة الحال وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، أن ترفع الدعوى بشأن الحبس ولو حصل كان في طور التحفيظ بل حتى ولو حصل تحفيظه، لأن ثبوت حبسيته يبطل تحفيظه".

مما سبق يظهر لنا أن اتحاد الفقه والقضاء مع التشريع حول الاتفاق على استثناء الأوقاف العامة من قاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار، يضيفي بعض المرونة على القوة المطلقة للرسم العقاري، لأجل ضمان حماية قصوى للعقارات الموقوفة وقفا عاما .

1 قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد: 363 صادر بتاريخ: 13/10/1983 في الملف عدد: 2/358.82 منشور بمجلة الندوة ، العدد 3، ص:108 وما بعدها.

2 قرار المجلس الأعلى عدد: 688، في الملف المدني عدد: 2006/3/1/2162، منشور ضمن كتاب المنازعات الوقفية، م:س،ص:165.

الفرع الثاني
إثبات الوقف العلم



الفرع الثاني: إثبات الوقف العلم

من المعلوم أن كل تنظيم قانوني يقتضي حتما وجود نظام للإثبات خاص به يتفق مع طبيعته، إذ لا يمكن للأفراد والمجتمع اقتضاء حقوقهم بغير الإثبات، لأن الحق يتجرد من كل قيمه إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، لأن تجرده من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء.

ومفهوم الإثبات في اللغة هو تأكيد الحق بالبينة، والبينة اسم لكل ما يظهر الحق ويبينه¹، وهو الدليل وسلاح الأطراف في معركة الخصومة القضائية، وحسب فقهاء القانون، الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون، لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني². إلا أن الإثبات في حقيقته لا ينصب على الحق ذاته ولكن على الواقعة المنشئة له، والتي تعتبر مصدرا لوجوده، سواء كانت هذه الواقعة تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية.

وعليه، لا يمكن لأحد أن ينكر أهمية الإثبات لشدة الحاجة إليه، فهو نافع للوصول إلى الحقيقة، والاعتماد عليه لتحقيق العدل أمر مسلم به، حتى لا تضيع الحقوق وتتعلل الأحكام والادعاء بدونه يعتبر عبثا، وجميع التصرفات العقارية التي تتم بين الأحياء مجانية أو بعوض لا يعتبر لها وجود عند نشوء منازعة بشأنها إلا بقيام الدليل عليها³.

والنظام القانوني للإثبات لا يتخذ صورة واحدة، فمنها ما يضع من القيود على حرية القاضي في تلمس الدليل، ومنها ما يقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب بين الحقيقة القضائية، والحقيقة الواقعية⁴.

1 محمد ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، مطبعة النجاح الجديدة، السنة: 1984، ص: 13.

2 ادريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، المطابع الفرنسية المغربية، الطبعة: الثانية، السنة: 1971، ج: 1، ص: 12.

3 الطيب البواب: وسائل الإثبات في مجال التصرفات العقارية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد: 87، ص: 83.

4 ادريس بلمحجوب: مسار العمل القضائي في مجال اثبات الوقف: مقال منشور ضمن سلسلة دراسات وأبحاث: م، ص: 96.

وبالرجوع إلى أحكام مدونة الأوقاف، يبدو أن المشرع المغربي لم يقيد التنظيم القانوني لإثبات الوقف العام بوسائل معينة، بل ترك تحديد ما يعتبر من الأدلة وقوة كل واحدة منها خاضعا للسلطة التقديرية للقضاء، كما أصر على إحياء وسائل إثبات الوقف العام المنصوص عليها في الفقه الإسلامي، وتنظيمها تنظيما محكما، دون إغفال إمكانية الأخذ بالقواعد العامة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات و العقود وقانون المسطرة المدنية.

وعلى هذا الأساس، يمكن اعتبار الموقف المرن للمشرع المغربي لإثبات الوقف العام أضمن له وأكثر حماية له من غيره.

ولالإحاطة أكثر بالمبادئ العامة التي يمكن الاستناد إليها لتيسير إثبات الوقف، وكذا طرق إثباته، سوف أقسم هذا الفرع على الشكل التالي:

المبحث الأول: المبادئ العامة لتيسير إثبات الوقف العام

المبحث الثاني: طرق إثبات الوقف العام.

المبحث الأول: المبادئ العامة لإثبات الوقف العام

إن مساهمة الفقه الإسلامي في إثبات الحبس تبقى مساهمة متميزة جدا، لأن فقهاء الأمة الإسلامية أدركوا فضل التحبيس وأهميته، فسهروا على العناية بتوثيقه، لضبط الأحباس وتنظيمها استنادا إلى قاعدة الاحتياط إلى جانب الحبس حتى لا يضيع منه شيء، ولا يدخل فيه شيء ليس منه، وهو مقصد معتد به في الشرع.

ووعيا من المشرع المغربي بما سبق ذكره، فإنه اعتمد حرية إثبات الوقف استنادا إلى المبادئ التي أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص إثبات الوقف والتي تشمل أساسا في قاعدة لا تعجيز في الحبس (المطلب الأول)، وقاعدة الحبس يحوز ولا يحاز عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: لا تعجيز في الحبس

قاعدة لا تعجيز في الحبس معناها: " التيسير في إثبات حقوق الوقف بمختلف الوسائل أمام القضاء". والتعجيز هو قطع حجة المعجز، ومعنى ذلك أنه إذا انتهى الأجل المضروب لإحضار البينة بالنسبة للقائم أو للطعن فيها بالنسبة للمطلوب، ولم يدل المؤجل بما تأجل له، فإن القاضي يحكم بتعجيزه طالبا كان أو مطلوبا¹.

وفائدة الحكم بالتعجيز، أما على القائم فعدم سماع ما يأتي به من البيئات على إثبات دعواه، وأما على المطلوب فعدم سماع قده في بيئة المدعي². والحكم عليه بنقيض مقصوده، إستنادا على ما نص عليه الأئمة كإبن سهل في أحكامه: " فإذا انقضت الآجال والتلوم ولم يأت المؤجل بشيء يوجب نظرا عجزه القاضي، وأنفذ القضاء عليه وسجله وقطع بذلك شغبه عن خصمه، ثم لا تسمع له دعوى أتى بها طالبا كان أو مطلوبا"³.

وعليه، إذا طلب أحد المتخاصمين تعجيز خصمه بهدف قطع لده، ورفع شغبه، وعدم قبول أي حجة منه بعد الحكم عليه يستجاب لطلبه، لأن الحكم بالتعجيز لا مطلب وراءه ولا قبول، ولو قام بأي حجة، وعلل ذلك إذا تطرق القيام بعد التعجيز كان تلاعبا بحكم القاضي⁴، إلا أن قاعدة التعجيز لا يمكن إعمالها في الحقوق التي إذا ثبتت لا يجوز إسقاطها، وهي خمس حالات حددها الفقهاء في: الحبس و الطلاق و النسب و القتل العمد و العتق.

وهذا ما يوافق قول إبن عاصم في التحفة:

1 أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي: فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق ، تحقيق رشيد البكاري، مطبعة دار الرشاد الحديثة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة:2008،ص:203.

2 تعليق على حكم عدد: 102 صادر بتاريخ: 11 جمادى الثانية في القضية عدد: 677، منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول: السنة: 1999، ص:386.

3 حكم عدد: 171 بتاريخ ربيع النبوي 1345 قضية عدد: 777، منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، م،س، ص:676.

4 حكم عدد: 31 بتاريخ: 92 صفر 1340 في القضية عدد: 428، منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، م،س، ص:162.

وسائل التعجيز ممن قد قضى
يمضيه في كل شيء بالقضا
إلا الملاء حبس أو هلاق
أو نسب أو دم أو عتلق

كما يوافق قول الزلق في لا ميتة¹

به الشخص مع عجز عن الدفع عجز
بغير هلاق مع عتلق دم جلا
كذا نسب وقف فقه واكتبنه
وإن قام التعجيز بعد بجملة
وقد كان ينفي العجز بالدم وأبصلا

وعلة هذا الاستثناء بالنسبة للحبس هو تعلق حق الغائب في غير المعين، وتعلق حق الله تعالى في المعين وغيره².

المطلب الثاني: الحبس يحوز ولا يحاز عليه

من المقرر المعلوم أن الحائز لا يطالب بإثبات ما في يده، لأن الحيازة الطويلة بدون منازع قرينة على تملك الحائز. قال التسولي في البهجة:

والأجنبي إن يجز أصلا يسرق
عشر سنين فالتملك استحق

1 حكم عدد: 101 صادر: بتاريخ 29 رجب عام 1335 منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، الجزء الأول، المجلد الخامس، السنة: 2008، ص: 316.

2 أحمد الفقيه التطواني: تعليق وتوضيح للحكم: 13 الصادر بتاريخ: 23 صفر الخير عام 1333 منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الأول: السنة 2008، ص: 56.

وهذه القرينة يستفيد منها الوقف أيضا كوسيلة لإثبات واقعة التحبيس، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالجديدة، ورد في حثياته ما يلي: "حيث يدعي كل طرف أنه يحوز العقار موضوع النزاع، وحيث إن المحكمة بتصفحها للرسوم والسندات، والرسائل ووصولات الكراء المدلى، بها من قبل الأوقاف والسابق الإشارة إليها، يتبين أن العقار المطلوب تحفيظه هو في الحقيقة تحت حيازة الأوقاف قبل العشرينات، وأنها تنسب هذا العقار لنفسها، والناس كذلك ينسبونه إليها، بما في ذلك ممثلي الجماعات المتعرضة باعترافهم تارة، وباكتراثهم العقار من الأوقاف تارة أخرى، هذا بالإضافة إلى أن الجماعات المتعرضة حسب محتويات الملف لم يثبت أنها نازعت الأوقاف في حيازتها، ولا سبق لها أن رفعت دعوى ضدها في شأن هذه الحيازة الطويلة الأمد أمام المحاكم، وهي حاضرة بالبلد ساكنة منذ 1916، مما يثبت للأوقاف الحيازة القاطعة لحجة القائم... الأمر الذي يترتب عنه كسب حق الملكية بطريق دلالة القرينة المعروفة قانونا"¹. وبالتالي لا يصح نزع موضع معين من يد مالكة، اعتمادا على حجج غير مستوفية للشروط، لأن الاستحقاق لا يثبت شرعا إلا بموجب القطع. وفي هذا الشأن يقول ابن عاصم²:

المكبر استحقاق شيء يلزم بينة مثبتة ما يزعم
من غير تكليف لمن تملكه من قبلنا بأوجه ملكه

لكن، بالمقابل، نجد أيضا أنه ليس كل مال قابل لأن يحاز، وأن يتحصن حائزه من كل الدعاوى نتيجة لحيازته، أو أن يكون من شأن تلك الحيازة أن تفترض صاحبها مالكا لذلك المال الذي حازه، وتسقط دعوى القائم عليه، بل أن هناك أموالا لا تؤثر فيها الحيازة لأنها من حقوق الله تعالى، ومن هذه الأموال نجد الأحباس التي تزرع كتب الفقه بالحديث عن

1 قرار استئنافي عدد: 40 صادر بتاريخ: 2001/02/15، ملف عدد: 97/1242/5، مأخوذ من كتاب عبد الرزاق اصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م، س: ص: 129.

2 شرح التحفة لولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي، م، س، ص: 286.

حمايتها، حتى صارت مقولة " الحبس لا يحاز عليه" من العبارات المتداولة¹. والتي تنم عن مسألة دقيقة ينبغي للعدل أن يكون حاذقا فيها، عارفا بقواعد فن التوثيق وأحكام الفقه، ليتم حفظ مال الحبس، ولهذا يتعين في كل شهادة تتعلق بالحبس، الاحتراز بذكر شروط صحة الحبس، ومنها شرط الحوز.

كما أن الاجتهاد القضائي كذلك كرس هذه القاعدة في العديد من القرارات الصادرة عن محاكم المملكة في هذا الشأن، ونذكر منها قرار المحكمة الإقليمية بالرباط، الذي ورد في حياثاته ما يلي²: "وحيث إن الأحباس لا يحاز عليها، وهذا هو المشهور الراجح، الذي لا يصح الحكم بغيره كما نقل ذلك سيدي المهدي الوزاني في نوازل الصغرى ج3 ص:395، والزرقاني ج7 ص:284، وسيدي المهدي في حاشيته المذكورة ج3 ص:249..." و قرار المجلس الأعلى الذي نقرأ في حياثاته ما يلي³: " حيث إن الحيازة مدة عشر سنوات وإن كانت تكسب فعلا الحائز ملكية العقار إذا توافرت شروطها من هدوء وعلانية واستمرار، فإن هذه القاعدة لا أثر لها إن تعلق الأمر بحيازة عقار محبس كما هو الشأن في النازلة، وكما أشارت إلى ذلك محكمة الاستئناف المطعون في قرارها، إذ الحبس لا يحاز عليه دائما وأبدا سواء قبل تنظيم الأحباس أو بعد تنظيمها، وحيث إن الحبس وإن كان يجري عليه ما يجري على الغير، ويمكن لإدارة الأحباس أن تصفيه وأن تجري مناقلة بشأنه، فإن ذلك لا يغير من الأمر شيئا..."

1 محمد القدوري: حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه، الطبعة الثانية، السنة 2009، مطبعة دار الأمان بالرباط، ص 134.

2 قرار المحكمة الإقليمية بالرباط بتاريخ 1969/06/30، ملف عدد:65/185. مأخوذ من كتاب عبد الرزاق اصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م،س:ص:130.

3 قرار المجلس الأعلى عدد:410، صادر بتاريخ: 1989/12/23، ملف عدد 87/7017، قرار غير منشور.

المبحث الثاني: طرق إثبات الوقف العام

من خلال المادة 48 من المدونة¹ يتبين أن المشرع المغربي لم يقيد مسألة إثبات الوقف العام بطرق معينة، بل ترك المجال مفتوحا لإعمال جميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية بما فيها الحوالة الحبسية.

وموقفه المرن هذا سيساعد بلا شك على ضمان الاحترام الواجب للوقف، والحفاظ على الخصوصية التي تميزه، وتجعله ينفرد بمقتضيات قانونية استثنائية، كما سيساهم في الوقت ذاته في رد الاعتبار لمجموعة من الوثائق الحبسية التي اجتهد العدول في توثيقها، وأحكم الساهرون على تدبير الوقف مسكها وتنظيمها.

وللوقوف على طرق إثبات الوقف العام، سواء الشرعية أو القانونية، بنوع من التفصيل سوف أقسم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: طرق إثبات الوقف في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني: طرق إثبات الوقف في التشريع المغربي.

المطلب الأول: طرق إثبات الوقف في الفقه الإسلامي

إن استنباط وسائل الإثبات الواردة في الفقه الإسلامي دليل عملي على صلاحيته لأن تستخرج منه الأدلة، وتبني على أساسه الأحكام، كما أن الإعتماد على هذه الوسائل سيفسح المجال للقضاة لإعمال أفكارهم للنظر في ظروف القضايا المطروحة بين أيديهم، واستنباط كل ما من شأنه إيصال الحق إلى أصحابه، نظرا لاتساع دور ومجال السلطة التقديرية للقضاء أمام هذه الوسائل.

وللإحاطة بطرق إثبات الوقف في الفقه الإسلامي¹، سواء ما اتفق الفقهاء بشأنها، أو ما اختلفوا حولها، سأقسم هذا المطلب على الشكل التالي:

¹ تنص المادة 48 من المدونة على ما يلي: "يمكن اثبات الوقف بجميع وسائل الإثبات، وتعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس..."

الفقرة الأولى: الشهادة والنكول

الفقرة الثانية: الحيازة والحوالة

الفقرة الثالثة: إقرار الحائز أن ما بيده حبس، والكتابة والوسم على الحبس.

الفقرة الأولى: الشهادة والنكول

تعتبر الشهادة² من طرق الإثبات الأصلية، أي أنها من الأدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لأدلة موجودة، ونظرا لأهميتها، فقد خص الفقهاء كلمة البيينة بالشهادة، فإذا أطلق لفظ البيينة انصرف إلى الشهادة، ومعناها في اللغة: الإخبار بالشيء خبرا قاطعا³، وفي اصطلاح فقهاء المالكية نجد حقيقة الشهادة فالإخبار عن تعلق أمر بمعين يوجب عليه حكما⁴.

والشهادة كطريقة لإثبات الوقف لها أقسام عدة ترجع إلى المعايير التي أعتمد عليها الفقهاء في هذا التقسيم، مما يقتضي الإحاطة بها وتبيان أهميتها في إثبات الوقف (أولا)، أما النكول فمعناها لغة مهابة الشيء والخوف منه، ونكل من باب علم أي نكص وجبن، فكأن المدعى عليه إذا وجهت إليه اليمين وخشي عاقبة الحلف بها هابها وامتنع فهذا هو النكول،

1 سوف أعتد في استعراض هذه الطرق على مداخلة الأستاذ: محمد التاويل حول وسائل إثبات الوقف في الفقه الإسلامي التي تقدم بها ضمن ندوة الإثبات في المادة الحبسية، المنعقدة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتاريخ: 29/28 يونيو 2005.

2 تستمد الشهادة مشروعيتها من قوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء..." لتفسير هذه الآية أنظر:

- تفسير ابن عربي: ضبطه وصححه وقدم له الشيخ عبد الوارث محمد علي، المجلد الأول، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الأولى، السنة: 2001، ص: 113 وما بعدها.
- تفسير ابن كثير: المجلد الأول، مطبعة دار الفاروق بعمان الأردن، الطبعة الأولى، السنة: 2008، ص: 536 وما بعدها.
- محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء 3 دون ذكر السنة، مطبعة دار سحنون للنشر والتوزيع بتونس، ص: 97 وما يليها.

3 لسان العرب لابن منظور: ج: 1، ص: 302.

4 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج: 4، ص: 194.

والناكل الجبان الضعيف¹، وفي الاصطلاح امتناع المدعى عليه عن اليمين إذا وجهت إليه وقد قيل في مشروعيته ما قيل في مشروعية اليمين بمعنى جواز القضاء به (ثانياً).

أولاً: الشهادة بر:

إن إثبات الوقف عن طريق الشهادة في الفقه الإسلامي لا يتطلب شكليات معقدة، أو إجراءات خاصة، وإنما شرط الشهادة الأساسي هنا هو عدالة الشهود، إضافة إلى عددهم حسب القضايا المعروضة، ومراتب إثبات الوقف بالشهادة سبعة وهي:

1- شهادة عدلين أو عدل وامرأتين على أصل التحبیس:

اتفق جميع الفقهاء على أن الحقوق كلها ما عدا الزنا تثبت بشهادة عدلين ذكرين³ وهذه الشهادة لا خلاف في قبولها لقوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾⁴.

يقول ابن القيم في هذا الشأن: "هذا أمر لأصحاب الحقوق بما يحفظون به حقوقهم، حيث أرشدهم الله إلى أقوى الطرق، فإن لم يقدرُوا على أقواها انتقلوا إلى ما دونها، فإن شهادة الرجل الواحد أقوى من شهادة امرأتين لأن النساء يتعذر غالباً حضورهن مجالس الحكام، وحفظهن وضبطهن دون حفظ الرجال وضبطهم"⁵.

لكن، هذا الرأي نجد ما يخالفه، ذلك أن قوله تعالى فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان يتبادر منه أنه لا تجوز شهادة النساء، إلا عند عدم شهادة الرجال، لأنه من ألفاظ الإبدال،

1 لسان العرب، م:س ج:11، ص:677.

2 نظم المشرع المغربي الإثبات بالشهادة في الفصول من 443 إلى 448 من ق،ل،ع كما نظم كيفية أداءها في الفصول من 74 إلى 84 من قانون المسطرة المدنية.

3 محمد ابن معجوز: وسائل الإثبات في الفقه الاسلامي، م،س، ص: 191.

4 الآية 262 من سورة البقرة.

5 ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، السنة:1953، ص:148.

لكن هذا ليس صحيحا لأنه لو كان مقصودا لقليل: فإن لم يوجد رجلان فرجل وامرأتان، أما وقد قال: فان لم يكونا فهو يتناول الوجود والعدم¹.

لكن، بالرجوع إلى موقف المالكية من هذه المسألة نجدهم لا يقبلون شهادة النساء فيما ليس بمال ولا آيل اليه، كما أنهم يقبلون شهادة النساء مع الرجال في كل حق مالي، أو يؤول إلى المال². وفي هذا يقول ابن عاصم³:

ورجل بامرأتين يعتضد في ما يرجع إلى المال اعتمد

وشهادة عدلين أو عدل وامرأتين لإثبات الحبس تبقى هي الأصل لكون تلقي الإشهاد بالتحسيس كان من المحبس مباشرة، كما أن قبول هذه الوثيقة رهين بمخاطبة القاضي عليها، لأنها قبل ذلك لا يمكن اعتبارها إلا مجرد زمام، لقول ابن عاصم في التحفة:

ثم الغصب للرسوم ان كصب ختم على القاضي والا لم يجب

والعمل اليوم على قبول ما خالصه قاض بمثل: اعلمنا

ولا تفيد هذه الشهادة القطع إلا بعد ثبوت ملك المحبس لما حبسه، واستمراره إلى يوم التحسيس، وتعيين الأملاك المحبسة، وهذا ما أكده قرار صادر عن المجلس الأعلى حيث ورد في حثياته ما يلي⁴: " لا يقضى للقائم بالحبس إلا بعد إثبات التحسيس، وملكية المحبس لما حبسه يوم التحسيس، لاحتمال أن يكون حبس غير ملكه، فإثبات ملكية المحبس لما حبسه شرط لاستحقاق الحبس، ويتم الإشهاد عليه في رسم التحسيس، باعتبار الإشهاد شرط لازم في

1 أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المعافري الإشبيلي: أحكام القران، حققه علي محمد البجاوي، ط:1، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ج:1، ص:252.

2 محمد ابن معجوز، م:س، ص:193.

3 التسولي: م:س، ص:179.

4 قرار المجلس الأعلى عدد:2832 المؤرخ في:2006/09/27، ملف مدني عدد:2005/3/1/2217، والمنشور ضمن كتاب المنازعات الوقفية، م:س، ص:136.

التبرعات من حيث هي، وفي كل ما كان من غير عوض، فإذا قيل المحبس حبسته ولم يقل إشهدوا على ذلك، ولم يفهم من حاله أنه قصدهم إلى الإشهاد عليه، فلا يصح شيء من ذلك والمحبس باطل، ولا يسأل من بيده الشيء المدعى فيه، ولا من أين صار له، إلا بعد أن يثبت القائم بالمحبس ملك المحبس لما حبسه، وحيازة المحبس عليه للشيء المحبس حيازة صحيحة شرعا، لقول المتحف:

والحوز شركة التحبيس قبل حدوث موت أو تقليس

والمحكمة لما اكتفت بالقول بأن الملك موضوع الدعوى هو ملك محبس، وأن المحبس بقي منحصرا إلى تاريخه في المدعين الثلاثة، وأن ناظر الأوقاف بالرباط أكد في كتابه الموجه إلى الطالب، والمؤرخ في 2002/2/25 أن الدار المدعى فيها محبسة حبسا معقبا حسب الرسوم والوثائق الموجودة بملف الأوقاف، وأن عقارات الحبوس لا تحاز بطول المدة، وأن الطالب عجز عن إثبات تمسكه بالمدعى فيه بسند يبرر ذلك، دون أن تبرز في قرارها بأن المحبس تم وفق قواعد الفقه الإسلامي التي تنظم الوقف إنشاء وحيازة وإشهادا، ردا على ما تمسك به الطالب في مذكرته المدلى بها في جلسة 2004/9/8، من أن المحبس لا يكون نافذا ومنتجا لآثاره القانونية إلا إذا اقترن بالحيازة المادية للعين المحبسة، فإنها تكون قد خرقت قواعد الفقه بشأن المحبس، وعرضت قرارها للنقض.

إلا أن المجلس الأعلى لم يكتف بما ورد في القرار أعلاه، وإنما أضاف ضرورة معاينة الشهود للحيازة من طرف المحبس عليهم وهو ما نقرأه في قرار آخر صادر عنه ورد فيه ما يلي¹: "من المقرر فقها وقضاء أن استحقاق المحبس لا يكون إلا بعد إثبات موجباته ومنها ملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس، ومعاينة الشهود لحيازته من طرف المحبس عليهم. وبالرجوع إلى أوراق الملف يتبين أن الطالبة لم تدل بما يفيد ملكية المحبس للشيء المحبس، لا سيما والمطلوبون ينكرون في كافة المراحل نسبة محل النزاع إلى المحبس، مدعين حوزة

1 قرار المجلس الأعلى عدد:333، المؤرخ في:2007/01/31، ملف مدني عدد:2004/3/1/1575، والمنشور ضمن كتاب المنازعات الوقفية، م:س، ص:139.

وملكه إرثا من أسلافهم، واستدلوا على ذلك بموجب رسم التصرف وعقد قسمة ورسوم الشراء، والمحكمة عندما ثبت لها من دراسة وثائق الملف أن شروط الدعوى غير قائمة لعدم إثبات الطالبة ملكية المحبس للشيء المحبس، ولعدم معاينة حيازته، تكون أقامت قضاءها على أساس صحيح، وتكفي هذه العلة في صحة القرار".

وبما أن القاضي لا يحكم بعلمه، وإنما بما يثبت لديه، فإن بعض الإشكالات التي يطرحها إثبات الوقف يمكن إيجاد حلول لها من خلال قواعد الفقه الإسلامي، ذلك أن عدم إدلاء منكر الحبس ما يفيد ملكيته للمدعى فيه، فإن الحبس في هذه الحالة يثبت بشهادة الحبس وإن لم تنص على ملكية المحبس لما حبسه¹، كما أن إخلال المدعي بعدم إثبات المحبس لما حبسه يوم التحبيس يمكن تصحيحه بما يلي:

1- تقديم شهادة أخرى غير وثيقة التحبيس تشهد بثبوت ملكية المحبس لما حبسه يوم التحبيس؛

2- الاستغناء عن ذلك وعدم الاحتجاج إليه عندما يكون الحبس محوزا في يد المحبس عليهم، أو ناظر الأحباس، لأنه في هذه الحالة لا يكلف مدعي الحبس إثبات ملك المحبس لما حبسه، واستمراره ليوم التحبيس².

2- الشهادة بالحبس بتا:

تظهر أهمية هذه الشهادة في كونها تفيد القطع بأن المحل الفلاني هو حبس يحاز بما تحاز به الأحباس ويحترم بحرماتها، سواء صدرت هذه الشهادة عن عدلين أو من يقوم مقامهما، وفي هذا الصدد نص جمهرة من العلماء على أن الاثني عشر من اللفيف بمنزلة عدلين، فيحكم بشهادتهم بلا يمين³. ويستندون في شهادتهم على السماع المستفيض، لتكون

1 البهجة في شرح التحفة: ج:1، م:س، ص: 136.

2 محمد الناويل: م:س، ص: 4.

3 حكم عدد: 20 الصادر بتاريخ: 28 جمادى الأولى عدد: 1357 الموافق ل: 26 يوليوز سنة 1938 في القضية رقم: 2794 والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي في المادة العقارية، ج:4، ص:139.

شهادتهم بذلك أعلى مرتبة من شهادة السماع التي لا تفيد علما ولا ظنا¹. وهو ما أكدته مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في حكم صادر عنه ورد فيه ما يلي²: "...الحكم بصحة الحبس على ضريح سيدي أحمد الطالب على الوجه المشهود به لصحة الشهادتين، لأنهما شهدتا على القطع لا على السماع، ولأنهما نصتا على ما هو بين مما اشترطوه في التنصيص على الحوز بما تحاز به الأحباس، لأنه بين فيهما أن الذي يحوزها ويتصرف فيها هو من يتصرف في فتوحات الضريح وهم ذريته على وجه الانتفاع مناوبة، وذلك نوع مبین من أنواع ما تحاز به الأحباس"

ولا تكلف هذه الشهادة صاحبها تعيين المحبس وإثبات ملكية ما حبسه، كما أنها شهادة عاملة بالتأكيد في كون الحبس ينزع بها من يد الحائز.

3- شهادة السماع:

شهادة السماع هي شهادة على السمع، ويعمل بها في خمسة عشر مسألة عددها الناظم بقوله³:

واعملت شهادة السماع	في العمل والنكاح والرضاع
والخير والميراث والميلاد	وحال اسلام أو ارتداد
والجرح والتعديك والولاء	والرشك والتسفيه والإيلاء

1 شهادة السماع لها ثلاث مراتب:

الأولى: تفيد العلم وهي المعبر عنها بالتواتر؛

الثانية: شهادة الاستفاضة، وهي تفيد ظنا يقرب من القطع، ويرتفع عن السماع؛

الثالثة: شهادة السماع.

أنظر للمزيد من التفصيل: البهجة في شرح التحفة، ج:1، ص:132.

2 حكم عدد: 28 الصادر بتاريخ: 2 جمادى الأولى عام 1349، في القضية رقم: 1438، والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، ص:333.

3 أنظر التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج:1، م:س، ص:132.

وفي تمليك للملايين

يقام فيه بعد هلال المحرم

وحبس من حاز من السنين

عليه ما يناهز العشرين

وحكمها لإثبات الوقف هو الجواز عند الإمام مالك وأصحابه، حتى لا يضيع من الوقف ما تقادم أمره وطال زمانه، وقد جاء في المدونة بخصوص شهادة السماع في الأحباس والموارث ما يلي¹: "قال مالك: والأحباس يكون من شهد عليها قوما قد ماتوا ويأتي قوم من بعدهم يشهدون على السماع بأنهم لم يزالوا يسمعون أنه حبس، وأنها تحاز بما تحاز به الأحباس فتتخذ في الحبس، ويمضي إن لم يكن الذين شهدوا على الحبس أحياء وليس عندنا أحد ممن شهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا على السماع". ثم قال بعد ذلك عن دار لم يزالوا يسمعون أنها حبس ولم يزل الناس يعرفون أن الرجل من ولده يهلك ولا تراث امرأته من الدار شيئاً وتهلك إبنته، ولها زوج وولد فلا يرث ولدها ولا زوجها من الدار شيئاً ولا يشهدون على أصل الحبس بعينه إلا على السماع، لم نزل نسمع أنها حبس ويشهدون على الذي كان من ترك الميت في نسائهم وولد بناتهم وأزواج البنات، قال مالك: أراها حبسا ثابتا وإن لم يشهدوا على أصل الحبس. وهذا ما قضى به مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى حيث ورد في حكم صادر عنه ما يلي²: "بعد مراجعة القضية وإمعان النظر في الحجج المدلى بها وفي الحكم الصادر المبني عليها، تبين أن الحكم بصحة الحبس للمدعى فيه على المسجد المذكور صحيح لما اعتمده من أسباب، واستدل به من نصوص، بخصوص أعمال شهادة السماع في الحبس بشرطه، وهو طول المدة، ومن الحجج عقد كراء ناظر الأحباس بتاريخ 1937، وفي التحفة:

1 مالك ابن أنس الأصبغي: المدونة، رواية الإمام سحنون بن سعيد التتوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ، ج:4، ص:171.

2 حكم عدد: 7 الصادر بتاريخ: 8 رجب عام 1356 الموافق 14 شتنبر 1937، في القضية رقم: 2558، والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية، ج:4، ص:61.

وحبس من حاز من السنينا عليه ما يناهز العشرينا

إلا أن الاختلاف الوارد كذلك حول هذه الشهادة هو هل ينزع الحبس به من يد الحائز أم لا؟

هنا نجد رأيين حول هذه المسألة:

☀️ الرأي الأول: يقول بعدم جواز نزع الحبس من يد الحائز بناء على هذه الشهادة لضعفها.

☀️ الرأي الثاني: أنه ينزع بها من يد الحائز في الحبس خاصة، وهو مقتضى قول مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ، وهو الموافق لقاعدة الحبس لا يحاز عليه¹.

4- شهادة العدل الواحد أو من يقوم مقامه:

يقول بعض الفقهاء أن الستة من اللفيف يقومون مقام العدل الواحد في الأموال، وما يؤول إليها ويحكم بها مع اليمين، من هؤلاء السجلماسي شارح العمل الفاسي ناقلا عن الجلالي وابن عبد السلام بناني في شرح الزقافية بقوله: "وبه جزم مفتي فاس سيدي محمد بن عبد الرحمان وبه أفتى أيضا ابن إبراهيم الدكالي مفتي فاس قائلا: "جرى العمل بأن الستة من اللفيف يقومون مقام العدل الواحد، فيحلف معهم لكامل النصاب ومثله في البهجة، وبهذا تعلم أن قول التاودي في نوازه" أن الستة من اللفيف لا ينبغي أن يلتفت إليهم ولا تقبل شهادتهم مع اليمين، ولم أر من قال بقولهما وممن يعتد بقوله: هو مجرد استرواح وإلا فسماحته لا يعزب عنها مثل ذلك"².

1 محمد التاويل: م:س، ص:6.

2 حكم عدد: 20 الصادر بتاريخ: 28 جمادى الأولى عام 1357 الموافق ل 26 يوليوز سنة 1938 في القضية رقم 2794 والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي في المادة العقارية، ج:4، ص:139.

إلا أن إعمال هذه الشهادة لإثبات الحبس ينبغي التمييز فيها بين حالتين:

🌸 الحالة الأولى: إذا كان الحبس على معين، فإن المشهور في مذهب مالك أن المحبس عليه يحلف، ويثبت الحبس خلافا للشافعية والحنفية والحنابلة¹.

🌸 الحالة الثانية: إذا كان الحبس على غير معين فلا يمكن إعمال هذه الشهادة في الإثبات، لعدم إمكانية تتميم النصاب بيمين المستحق، لأن الناظر لا يحلف ليستحق الحبس².

5 - الشهادة على الخط:

إن إثبات واقعة التحبيس عن طريق إعمال الشهادة على الخط يجب التمييز فيها بين حالتين:

🌸 الحالة الأولى: الشهادة على خط المحبس:

هذه الشهادة موضع خلاف بين الفقهاء حول قبولها أو ردها، ومما ورد في التحفة للتسولي أن صاحب الضرر يرى أن الصواب هو عدم الحكم بها، إلا أن ابن رشد يرى أنه يقضى بالشهادة على الخط³.

بناء على ظاهر النظم:

وكاتب بخطه ما شاء ومات بعد أو ابوامضاءه

يثبت خطه ويمضي ما اقتضى دون يميز وبكنا اليوم القضا

ومن هذا يظهر على أن ما يثبت بخط المحبس يعمل به ولم يتم الإشهاد على ذلك.

1 محمد التاويل: م:س، ص:7.

2 حكم عدد: 3 الصادر بتاريخ فاتح محرم 1347 في القضية عدد: 1050، والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، ص:31

3 التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج:1، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة:1، السنة:1998/1418، ص:170.

🌸 الحالة الثانية: الشهادة على خط شهود الحبس:

الصحيح المعمول به في المذهب هو قبول الشهادة على خط شهود الحبس ممن عاصرهم، وممن جاء بعدهم¹، وهذا ما يوافق قول ابن عاصم²:

وخطه عدل مات أو غاب اكتفى فيه بعدلين وفي المال اقتفى

وظاهر النظم أنه لا يشترط إدراك صاحب الخط وهو كذلك على ما به العمل، ونقله في المعيار عن اللخمي وغيره قالوا: "ولو تكرر عليه خطه وعمله بالتواتر حتى لا يشك فيه، صح أن يشهد أنه خطه لأنه إذا تكرر وطال حصل العلم به كما نقطع بخطوط قوم ماتوا وما أدركناهم³".

من خلال ما تقدم، يمكن القول بأن الشهادة من أقوى وسائل إثبات الوقف، إلا أن اعتمادها يقتضي الابتعاد عن مبطلاتها، حيث يجب أن لا يشوبها نقص أو زيادة، استناداً لقول ابن عاصم في التحفة⁴:

وامتنع النقصان والزيادة إلا لمن برز في الشهادة

كما أن نقل الشهادة يفتقر إلى صحة المنقول عنه، فإذا نسي شاهد الأصل أصلاً لشهادة، بطلت

شهادة الفرع، لأن الشهادة على الحكم شهادة على أصل قد حكم به⁵.

ومن مبطلات الشهادة كذلك ما عدده ابن عاصم بقوله¹:

1 محمد التاويل: م:س ، ص:8.

2 التسولي: م:س ، ص:165.

3 التسولي: م:س ، ص:166.

4 التسولي: م:س ، ص:171.

5 أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي: فصول الأحكام ، وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام ، دراسة وتحقيق: الباتول بن علي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1990، ص:190.

ولأخيه يشهد المبرز
والأب لابنه وعكسه منع
ووالد زوجة أو زوجة أب
كحالة العكو والضيمن
الإبما التهمة فيه تبرز
وفي ابن زوجة وعكس، غا اتبع
وحيثما التهمة حالها غلب
وانصم والوصي والمدين

ثانيا: النكول ب:

هنا لا بد من التمييز بين حالتين:

🌟 الحالة الأولى:

الموقوف عليه معينا: في هذه الحالة إذا نكل الموقوف عليه عن اليمين المكملة للنصاب، ونكل المدعى عليه فإن الحبس يثبت بنكوله³، لأن النكول بالنكول تصديق للأول وفي هذا يقول ابن عاصم:

وإن أبرأوقال لست أعرف
بصل حقه وذاك الأعرف

🌟 الحالة الثانية:

الموقوف عليه غير معين: في هذه الحالة توجه اليمين للمشهود عليه، فإن نكل ثبت الحبس بالشاهد ونكوله.

1 التسولي: م:س نفسه.

2 نظم المشرع المغربي اليمين الحاسمة، واليمين المتممة في الفصول من 85 إلى 88 من ق،م،م وبين صيغتها.

3 محمد التاويل: م:س، ص:7.

الفقرة الثانية: الحيازة والحوالة:

تعد الحيازة¹ سلطة فعلية لشخص على شيء من الأشياء، الذي يستعمله بصفته مالكا له، أو صاحب حق عيني عليه، ومن شروطها وضع يد الحائز على العقار محل الحيازة، وأن يستمر في التصرف فيه دون منازع، لينصرف آثارها إلى التسليم بكون الحائز هو مالك فعلا لما يحوزه، وتجب الإشارة هنا إلى أن الحديث عن الحيازة كوسيلة من وسائل إثبات الوقف ينصرف إلى حيازة العقار غير المحفوض دون غيره.

أما الحوالة الحبسية والتي تم الاعتراف لها بشكل قانوني بكونها وسيلة لإثبات الوقف حسب المادة 48 من المدونة، فإنها تتضمن ما نقل إليها وحول من أصول التحسيس، وهو ما جعل المشرع يعطيها من الأهمية ما تتمتع به غيرها من الوسائل.

وللإحاطة بجوانب أعمال هاتين الوسيطتين لإثبات الوقف سوف أتطرق لشروط أعمال الحيازة (أولا)، لأنقل بعد ذلك لإظهار قيمة الحوالة الحبسية كوسيلة إثبات (ثانيا).

أولا: الحيازة

إن المقصود بحيازة العقار - كما سبق الإشارة إلى ذلك - هو وضع اليد على شيء والتصرف فيه، مدة من الزمن بصفة متصلة علنية هادئة المدة المقررة، وهي عشر سنوات في حق الأجنبي وأربعون سنة في حق الأقارب، دون منازعة مع نسبة الشيء المتصرف فيه إلى ملك المتصرف بحضور من قام يدعي ملكية ذلك الشيء². أما حيازة المنقول فيكفي فيها عامان.

1 لابد من التمييز بين وظائف الحيازة في الفقه المالكي، ووظائفها في ظل القانون المغربي إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ فالفقه المالكي يعتبر أن الحيازة إما وسيلة إثبات أو وسيلة حماية، واعتبرها قرينة على وجود الملك وليست سببا تملكيا له، لأن الملكية في ظل الفقه الإسلامي لا تثبت إلا بواسطة الرسم إلى جانب الحيازة، أما في ظل التشريع المغربي فإن الحيازة تفيد - على الأقل في المنقولات - الملكية ضمنا وهو ما يستفاد من نص الفصل 456 من ق، ل، ع، م، للمزيد من التوضيح حول هذه النقطة أنظر:

• عبد الكريم الطالب: مركز الفقه الإسلامي في القانون المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة: 1996/1995، ص: 163 وما بعدها.

2 محمد القدوري: حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه، م:س، ص: 25.

و بناءا عليه إذا حاز ناظر الأحباس ملكا بإسم الحبس وتصرف فيه عشر سنين ثم قام من يدعي ملكيته لم تسمع بينته، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار صادر عنه ورد في حيثياته ما يلي: "إن دعوى استحقاق العقار لا يمكن سماعها ولا قبول البينة المؤيدة لها بعد مرور عشر سنين على حوز وتصرف الأجنبي غير الشريك، مع حضور القائم بها وسكوته بلا مانع طول المدة المذكورة، لقول خليل "وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته"¹.

فمن خلال هذا القرار، يمكن القول إن الحيابة مدة عشر سنين بأكثر تسقط دعوى القائم الحاضر الساكت بدون عذر، وتكون في نفس الوقت مظهرا من مظاهر الملك، وقرينة على تملك الحائز.

لكن بخلاف ما ذكر إذا ثبت بعد مرور مدة الحيابة الشرعية، أن العقار أو المنقول هو محبس، ثم أثبت مدعي الحبس دعواه إثباتا كافيا، فإنه يقضى به للحبس ولا ينفع الحائز تمسكه بمجرد الحوز والتصرف. إلا أن هذه المسألة لم يتم إجماع الفقهاء عليها وهو ما يتبين من خلال جواب المهدي الوزاني عن فتوى للتسولي، وفيما يلي نص الجواب: "إلا أن قول بعض المفتين منهم (سيما حيث كان الحبس يحاز عليه كغيره الخ) تبع فيه صاحب البهجة في التنبيه الأول:

وغير أصل علام النفع صرف ثممه فرمثله ثموقف

فإنه ذكر هناك أنه يحاز عليه كغيره، قال: وقول العلامة (لا يحاز عليه) إنما ذلك حيث لم يجر العمل بالمعاوضة فيه والبيع، وإلا فهو كغيره، ما لم يكن معلوما بالجاه والكلمة، وإلا فلا يعمل بحيازته الخ، وهو قصور منه خرج به عن المذهب إذ لم يقله أحد سواه، فهو من تفقهاته، وظاهر أنه لا يلزم من جري العمل بالمعاوضة والبيع في الحبس أنه يحاز عليه، بل لا

¹ قرار المجلس الأعلى عدد: 11، بتاريخ: 1966/10/26، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 22، ص: 254.

حيازة على الحبس وإن طالت. وقول ابن عاصم في التحفة: (وانقطعت حجة مدعيه... الخ)، مقيد بحق الآدمي، أما ما كان لله تعالى فلا¹.

وظاهر هذا الجواب أن إعمال قاعدة "الحبس يحوز ولا يحاز عليه" أولى بالاعتماد للإعتبارات التالية:

إن الحبس يتعلق به حق الله وحق الغائب، والغائب لا يحاز عليه.

إن علة القضاء بالحيازة هو اعتبار سكوت المحوز عليه مع حضوره وعلمه، وعدم المانع بمثابة اعتراف للحائز بما يدعيه، بناء على أن السكوت يدل على الرضا، والحبس ليس له مستحق معين حتى يعتبر سكوته رضا، وسكوت ناظر الأحباس لا يعتد به، لأنه لو أقر للخصم بملكية ما يدعيه لم يصح إقراره، لأنه إقرار على الغير، والإجماع على أنه لا يؤخذ أحد بإقرار غيره².

وفي إطار القانون المغربي، فإن قاعدة الحيازة أعلاه لا تطبق مطلقا متى تعلق الأمر بعقار محفظ حيث ورد في الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي: "إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري".

ثانيا: الحوالة الحبسية:

أصبحت الحوالة الحبسية³ بمقتضى المادة 48 من المدونة وسيلة من وسائل إثبات الوقف العام، واعتبارها كذلك ليس وليد الصدفة، وإنما هو نتيجة منطقية لما تزخر به هذه

1 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، ج:8، م:س، ص:361.

2 محمد التاويل: م:س، ص:10.

3 الحوالة في شكلها المادي عبارة عن دفاتر ذات حجم كبير، وصفحات متعددة، تسجل بها شؤون الأوقاف، فهي إحصاء مضبوط للممتلكات العقارية ودخلها، وما ينفق من هذه المداخل على المشاريع الاجتماعية المختلفة، وكذا على المساجد والمدارس والزوايا والكتايب القرآنية وغيرها، كما يوجد بها وثائق متنوعة المواضيع، فضلا عن نصوص بإثبات ملكيات المحبسين لموقوفاتهم.

أنظر للمزيد من التفصيل: عبد الحق ابن المجدوب الحسني: الحوالات الحبسية ودورها في حفظ الممتلكات الوقفية، الطبعة الأولى، السنة:2003، مطبعة أنفو بفاس، ص:10.

الوثيقة من قواعد وضوابط وتعايير خاصة، تجعلها حجة قاطعة لإثبات الوقف، وبينه مقبولة لدى المحاكم، وهذا ما أكده قرار صادر عن محكمة الإستئناف بطنجة¹ ورد في حيثياته ما يلي: "... يبقى رسم الحوالة المستدل به من طرف المتعرض له حجته، وبالتالي عامل في النزاع...". كما تبنت المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير نفس الموقف حيث نقرأ في قرار صادر عنها ما يلي²: "...وحيث إن الحوالة الحبسية المدلى بها دليل على الحبس إذا لم يوجد ما يعارضها".

وتتعزيز حجية الحوالة في الإثبات بفتاوى الفقهاء الذين يستندون لفحوى الرسوم الموجودة بها، وفي هذا الشأن قال المحقق الرهوني في نوازل³: "الحمد لله، إن الحائز لما ثبت في حوالة أي زمام الحبس أنه حبس على كذا يكلف بيان وجه حوزة له، ولا يكفيه قوله: حوزي وملكي، لأن الحوالة المذكورة يعمل بما فيها إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه".

وفي جواب لأبي إسحاق الشاطبي حسبما ورد في المعيار⁴ أن العمل على ما في زمام تكبير الأحباس، إلى أن يوجد ما هو أثبت... وزمام تكبير الأحباس هو المعبر عنه اليوم بالحوالة، لأنه نقل وحول من أصل تحبسه إليها، قاله بعض شيوخنا، قال: فإذا لم يوجد بيد الخصم ثبوت أقوى مما فيها فالعمل فيها متعين".

وقد صنف بعض الباحثين الحوالات الحبسية ضمن المصادر الدفينة لتاريخ المغرب، كما أكد أنه من خلال الوثائق المدونة بهذه الحوالات تتناثر معلومات بالغة الأهمية حول النظام الإداري لقطاع الأوقاف، وأسماء القائمين بها ومرتباتهم، فضلا عن الأنظمة الدينية والتعليمية والاجتماعية، للمساجد والمدارس والمؤسسات الاجتماعية المندثرة⁵. وهذا يؤكد

1 قرار صادر عن محكمة الإستئناف بطنجة عدد:485، صادر بتاريخ،2008/05/22، ملف شرعي عدد:2008/07/36، منشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي، تحت عنوان: المنازعات الوقفية، الطبعة الأولى، مطبعة دار الفكر العربي، ص:127.

2 حكم صادر عن المحكم الابتدائية بالقصر الكبير عدد:51، بتاريخ:2010/05/13، ملف عقاري عدد:6/09/97، منشور ضمن المرجع السابق أعلاه، ص:144.

3 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، م:س، ص:362.

4 نفس المرجع أعلاه.

5 محمد المنوني: المصادر العربية لتاريخ المغرب: الجزء الأول، السنة:1989، ص:8.

فعالية الحوالة الحسبية ليس فقط كوسيلة لإثبات الوقف، وإنما كمصدر تاريخي¹ غير رسمي يفيد كثيرا في قراءة تاريخ الوقف بالمغرب على مدى حقبة من الزمن.

الفقرة الثالثة: اعتراف الحائز أن ما بيده حبس، والكتابة والوسم على الحبس.

أولا: الاعتراف:

يتخذ الاعتراف كوسيلة لإثبات الوقف العام صورا مختلفة منها:

1. اعتراف الواقف بأنه حبس داره أو أرضه إلا أن اعترافه هذا لا بد أن يثبت الحوز في حياته قبل حدوث المانع.

2. اعتراف الحائز أن ما بيده حبس على غيره، وهذا يؤخذ باعترافه ويقضي عليه بتسليم الحبس لمن يستحقه²، كما يلزمه في هذه الحالة كراء المثل في المدة التي اشتغل فيها الحبس كما

أفتى بذلك العلامة العبدوسي³.

1 من المعلوم أن هذه السجلات قد عرفت بالمغرب منذ العصر المريني، غير أن أقدم أصولها الباقية ترجع إلى العصر الوطاسي، وقد لفت هذا النوع من المصادر اهتمام الباحثين منذ فترة طويلة، إذ نجد أن ميشو بليير Michaux bellaire قد عمل على نشر وثائق أحباس طنجة منذ سنة 1914، وذلك لأهداف تخرج عن نطاق الاهتمام التاريخي قطعاً لتلامس الأرضية الإيديولوجية الاستعمارية الرامية إلى فهم ميكانيزمات مؤسسة الأحباس بالمغرب، بهدف تفتيتها والاستحواذ عليها، ومع ذلك فإنه قد أثار الانتباه إلى أهمية هذا النوع من المستندات، الأمر الذي استتبعه زيادة الاهتمام بها من طرف الباحثين المغاربة.

أنظر محمد الشريف: عودة إلى استفاد الزاوية القادرية بتطوان، مقال منشور ضمن سلسلة أعمال وحدات التكوين والبحث: الرباطات والزوايا بالمغرب، إعداد وتنسيق: أحمد الوارث، ص: 149.

2 التاويل: م:س، ص: 9.

3 سئل سيدي عبد الله العبدوسي عن رجل كان يجاوره فرن للجامع الأعظم وتهدم الفرن المذكور، وبقي ترمى فيه الأرزبال، وكذلك بجواره دار تهدمت وبقي بها بيتان، ثم إن رجلا ممن وراء الدار والفرن بني الحائط الذي بالزقاق وفتح لهما بابا لداره واستعمل البيت الواحد لرباط بقره، وآخر جعل فيه تبنًا وغرس في الفرن أشجار تين وفتح له لعرصته، فقبل له تعطي جزء ذلك فامتنع وقال: لا حاجة لي بذلك، وإنما بنيت الحائط صونا لهما من الأرزبال وما استغل، فهل تبقى تبعته في ذمته أم يحكم عليه بكراء المثل؟ لكونه غرس وانتفع بالبيتين؛ وهل تكون جرحه فيه إن امتنع من إعطاء ما استغل فهل تبقى تبعته في ذمته أم يحكم عليه بكراء المثل؟

فأجاب: "أما المسألة الأولى فكل ما ثبت أنه من حق الحبس بإقرار الرجل المذكور به على نفسه أو ببينة تقوم عليه فيلزمه كراء المثل بالغا ما بلغ، لكن إن ثبت له أنه كان فيه زبل ببينة تقوم على مقداره وكان لا يمكن الانتفاع بالأرض إلا بإزالته، وأثبت المنتفع المذكور أنه أزاله فإنه يحاسب بقيمة إزالته فيما لزمه من كراء المثل، وما عينه للحبس كان حبسا، وما أنكره واتهم في اقتطاعه أحلف عن ذلك فإن امتنع من إعطاء ما وجب عليه من ذلك كان فاسقا مجروح الشهادة والإمامة والأمانة، ويجبر على إعطائه إن قدر على جبره".

(...)

ثانيا: الكتابة والوسم على الحبس:

من المقرر عند الفقهاء أن الوقف يثبت بالبينة والإشاعة بين الناس، وبالكتابة على أبواب المدارس والمستشفيات، وعلى كتب العلم المنسوبة إلى مدارس بها كتب مشهورة بالوقفية¹.

وقد اختلف فقهاء المالكية حول الاعتماد على هذه الوسيلة لإثبات الحبس، فابن رشد يرى أن الذي جرى به العمل في ذلك أنه لا يثبت الحبس بذلك حتى يثبت بشهود أنه بخط المحبس ويكون الأصل له².

وقال سحنون: ما وجد عليه علامة الحبس فإنه يبقى حبا في السبيل، ويرى بعض الفقهاء أن المعول في ذلك على القرائن، فإن قويت حكم بها، وإن ضعفت لم يلتفت إليها، وإن توسطت توقف فيها وكشف عنها³.

المطلب الثاني: طرق إثبات الوقف في التشريع المغربي

إن التنظيم القانوني للإثبات في ظل التشريع المدني المغربي، لم يسمح إلا بطرق محددة للإثبات، وهي المنصوص عليها في الفصل 404 من ق،ل،ع،م⁴، و الملاحظ هو

• أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء: 7، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1981، ص: 77 و78.

1 السيد صادق بن عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مطبعة دار ابن حزم، دون ذكر الطبعة، السنة: 2008/1429، ج: 4، ص: 255.

2 أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، م،س،ص: 182.

3 أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، م،س،ص: 363.

4 ينص الفصل 404 من ق،ل،ع،م على ما يلي:"

"- إقرار الخصم؛

- الحجة الكتابية؛

- شهادة الشهود؛

- القرينة؛

(...)

تفاوت هذه الوسائل فيما بينها من حيث قوتها الإثباتية، كما أن حجيتها تتسع وتضيق من واقعة لأخرى.

وتبني المشرع المغربي لمبدأ حرية إثبات الوقف يجعل الاعتماد على هذه الوسائل لإثبات الوقف أمراً لا بد منه، خصوصاً أن مرجعها الأساسي هو الفقه الإسلامي، وخاصة الراجح و المشهور، و ما جرى به العمل من فقه الإمام مالك.

وللإحاطة بمدى صلاحية هذه الوسائل في إثبات الوقف العام، سوف أقسم هذا المطلب على الشكل التالي¹:

الفقرة الأولى: الإقرار و الكتابة

الفقرة الثانية: القرائن واليمين.

الفقرة الأولى: الإقرار و الكتابة

تعتبر الكتابة من أقوى الأدلة التي يمكن الاعتماد عليها لإثبات الوقف، نظراً لما تتمتع به من حجية مطلقة (ثانياً)، كما أن الإقرار يبقى موجبا للحق بنفسه، وبالتالي مقبولاً لإثبات الوقف (أولاً).

- اليمين والنكول عنها".

1 أود الإشارة إلى كون شهادة الشهود التي هي من ضمن وسائل الإثبات، المنصوص عليها في الفصل 404 من ق،ل،ع،م سبق أن تطرقت لمراتبها وحجية كل منها في إثبات الوقف، وللمزيد من التفصيل أنظر المطلب المتعلق بوسائل إثبات الوقف في الفقه الإسلامي.

أولاً: إقرار الخصم:

الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر، قصد ترتيب حق في ذمته، وإعفاء الآخر من إثباته¹، بمعنى أنه كشف الإنسان لحق عليه فيصبح حينئذ وسيلة كاشفة لحق سابق ترتب في ذمة المقر لا منشئة له²، وهو نوعان:

◀ إقرار قضائي: وهو الذي يحصل أثناء النظر في دعوى أمام القضاء يتعلق بإحدى وقائعها، ويعد حجة قاطعة على المقر، حيث لا ينبغي العدول عنه أو حتى تجزيئه، أو سحبه بعد صدوره³.

◀ إقرار غير قضائي: وهو الذي يصدر في غير مجلس القضاء⁴.

ويعتبر الإقرار بذلك من أقوى أدلة الإثبات التي حظيت بتنظيم تشريعي، لأن احتمال الصدق فيه أرجح من احتمال الكذب، لأن العاقل لا يقر عادة ولا يرتب حقاً للغير على نفسه، إلا إذا كان صادقاً في إقراره⁵.

والإقرار كدليل لإثبات الوقف يكون عاملاً في كثير من الحالات، من بينها ما ورد في النوازل الصغرى لسيدى المهدي الوزاني: "أنه سئل عن حبسية غرسة معروفة للمسجد الأعظم بشفشاون سمع من إمام المسجد أنها حبس على المسجد المذكور، ووجد ذلك بخط من قبله، وقامت بينة بالسماع بذلك.

1 ادريس العلوي العبدلاوي: وسائل الإثبات، م، س: ص: 166/167.

2 عادل حاميدي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2013، ص: 144.

3 نظم المشرع المغربي الإقرار القضائي بمقتضى الفصل 405 من ق، ل، ع، م بأنه: "هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصاً.

والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي".

4 عرف المشرع المغربي الإقرار غير القضائي بأنه: "الإقرار الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي. ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه.

مجرد طلب الصلح بشأن مطالبة بحق لا يعتبر إقراراً بأصل الحق. ولكن من يقبل الإسقاط أو الإبراء من أصل الحق يحمل على أنه مقر بوجوده".

5 إبراهيم ابن محمد الفائز: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، السنة: 1983، ص: 44.

فأجاب: إنها شهادة عاملة لازمة لهذا المقر ولمن أدلى به، ويحمل من ذلك ما تحمل، حتى يظهر خلافه حسبما للدر النثير عن ابن الحاج في إقرار الحائز لحبس، والبينة بالسماع منه مزلفة له وإن كانت لينة، ويؤيد إقراره ما وجد بخط من قبله في حوالة المسجد المذكور¹.
وعكس ما ورد سابقا نجد أن إقرار ناظر الأوقاف للخصم بملكيته للمدعى فيه لا يلزم ولا يعتبر، لأن الحبس كمصلحة المحاجر، كما 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 ضدها². كما أن إقرار ناظر الوقف لا يصح، لأنه إقرار على الغير، والإجماع على أنه لا يؤخذ أحد بإقرار غيره، وهذا ما نقرأه في الفقرة الأخيرة من المادة 48 من المدونة: "لا ينتج الإقرار على الوقف أي أثر في مواجهته".

ثانيا: الكتابة:

في وقتنا الحاضر، أصبح الإثبات بالكتابة يحتل أعلى مراتب الإثبات³، سواء أفرغت هذه الكتابة في شكل إقرار عدلي، أو في شكل محرر مكتوب و موثق أو عقد عرفي، ويرجع اكتسابها لهذه المرتبة إلى حجيتها المطلقة، وإلى قوتها المستمدة من كونها تحصل في وقت لا نزاع فيه، حيث تتقرر الحقائق على طبيعتها.

وتتجسد الكتابة في وثيقة التحبیس التي تعتبر سندا لكل من يدعي أو ينازع في وجود الحبس أو صحته أو بطلانه⁴، وعليه فرسوم التحبیس⁵ التي يتلقاها العدول المنتصبون

1 أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني: النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، من منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الجزء الرابع، السنة: 1993، ص: 154.

2 قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس عدد: 710 صادر بتاريخ: 1993/03/18 قرار غير منشور.

3 اعتبارا لقوة الكتابة كوسيلة إثبات جاء في كتاب الله تعالى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا تَكَايُنْتُمْ بِكَيْنِ الْوَأَجَلِ مَسْمُورًا فليكتبوا، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يب كاتب أن يكتب، كما علمه الله فليكتب﴾ الآية 282 من سورة البقرة.

4 محمد خيرى: وسائل إثبات الأملاك الحبسية بين المقترضات الشرعية: موضوع مداخلة أقيمت خلال الندوة التي نظمتها وزارة الأوقاف بالرباط حول موضوع: الإثبات في المادة الحبسية، بتاريخ: 29/28، يونيو 2005.

5 للمزيد من التفاصيل حول وثائق التحبیس سواء الرسمية أو العرفية أنظر الفرع المتعلق بالشروط الشكلية لإنشاء الوقف العام ضمن هذا البحث.

للإشهاد، وتدرج في مذكرة الحفظ، ويخاطب عليها القاضي بعد تحريره وتضمينه بكناش المحكمة، تعتبر وثائق رسمية¹ تامة كاملة وصالحة لإثبات واقعة التحبيس، وقابلة للاحتجاج بها ضد الغير، ولا تزاحمها في قوتها الإثباتية أي وثيقة أخرى كيفما كان نوعها، لأنها الحجة ذاتها التي لا تحتاج إلى إقرار بها، ولا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، أو بسبب عيب من عيوب الرضا.

أما ورقة التحبيس العرفية الصادرة عن الواقف، والموقعة من طرفه ولو لم تكن مكتوبة بخطه، فهي معدة كذلك لأن تكون دليلا كتابيا لإثبات الوقف مالم ينكرها الشخص المنسوبة إليه².

وهنا يحق لنا التساؤل عن حجية المحرر الإلكتروني كوسيلة لإثبات الوقف العام؟

بالرجوع للمادة 48 من المدونة نجد أن المشرع المغربي فتح المجال أمام جميع الوسائل الشرعية والقانونية لإثبات الوقف، وموقف المشرع المغربي هذا يوجب علينا أن لا نقف بعيدا عن وسائل التقدم العلمي، وأن لا نتردد في الاعتماد عليها في إثبات الوقف، لأنها أدلة مقبولة شأنها شأن باقي وسائل الإثبات الأخرى، والأمر نفسه الذي دفع الكثير من تشريعات دول أوروبا إلى تبني نهج جديد في مجال الإثبات، حيث نصت صراحة على الأخذ بالمفهوم الحديث للسندات الكتابية الإلكترونية، وجعلتها حجة لإثبات التعاقد الذي يجري عن طريقها، كما أوصت مجموعة العمل التي شكلها المجلس الأوروبي لإعادة النظر في قواعد الإثبات في دول أوروبا بإعطاء السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكس حجية الأصول الورقية المستنسخة عنها³.

1 نظم المشرع المغربي الكتابة كوسيلة إثبات في الفصول من 416 إلى 442 من ق، ل، ع،م حيث ميز بين الكتابة الرسمية والكتابة العرفية، والآثار التي تترتب على ذلك التمييز.

2 في هذا الشأن ينص الفصل 424 من ق، ل، ع،م على ما يلي: "الورقة العرفية المعترف بها ممن يقع التمسك بها ضده أو المعتمدة قانونا في حكم المعترف بها منه، يكون لها نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية في مواجهة كافة الأشخاص على التعهدات والبيانات التي تتضمنها وذلك في الحدود المقررة في الفصلين 419 و 420 عدا ما يتعلق بالتاريخ كما سيذكر فيما بعد.

3 للتوسع في هذه النقطة أنظر: عباس العبودي: الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مطبعة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السنة: 2002، ص: 109/108.

وتقديرًا لأهمية الكتابة الإلكترونية، بوصفها البديل العصري للتعاقد، يمكن اعتبار وثيقة التحسيس المرسلّة عن طريق الفاكس مثلًا سندًا قانونيًا، تعطى له حجّية الأصل في الإثبات، وهذا أمر تستلزمه الضرورة، وينسجم مع التطور المذهل الذي وصلت إليه تكنولوجيا الاتصالات، كما أنها تكفي لتكوين اقتناع القاضي والاستناد عليه لإصدار حكمه نظرًا لاستيفائها شرطي الكتابة والتوقيع، ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير.

وفي هذا الصدد نسجل الخطوة الهامة للمشرع المغربي في هذا الاتجاه، والتي أبان عنها من خلال القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية¹، حيث أدخل تعديلات جوهرية على ق،ل،ع،م منها الفصل 1-417 والذي ينص على ما يلي " تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق.

تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق، شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية، على الشخص الذي صدرت عنه وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تامةيتها".

الفقرة الثانية: القرائن واليمين

من الوسائل القانونية التي يمكن إثبات الوقف بها نجد القرائن واليمين، ذلك أن أمر استخلاص القرائن وظروفها أمر موكول للقاضي، حيث يجب عليه إعمال ما في وسعه لاستنباط أمر مجهول من واقعة معلومة، وتطبيقه على الواقعة المراد إثبات وجودها أو نفيها (أولًا)، أما اليمين باعتباره إشعارًا للشهود بوجوب قول الحق فإثبات الوقف به يختلف حول ما إذا كان الموقوف عليه معينًا أو غير معين (ثانيًا).

¹ هو القانون الصادر بشأنه الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 الموافق ل 30 نوفمبر 2007 بتنفيذ القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5584 بتاريخ 6 ديسمبر 2007.

أولاً : القرائن □:

يعتبر إثبات الوقف بالقرائن إثباتاً غير مباشر، لأنه لا يقع على الواقعة موضوع النزاع ذاتها، بل ينصب على واقعة أخرى مجاورة، ومتصلة بموضوع النزاع، ويؤدي ثبوتها إلى ترجيح ثبوت الواقعة المتنازع عليها. ذلك أن القرينة قد تكون دلالتها قوية أو ضعيفة، وقد ترقى إلى درجة القطع أو تهبط إلى درجة الاحتمال البعيد جداً، بل قد تصل إلى حد الكذب²، والمرجع في ضبطها، قوة الذهن والفتنة واليقظة، وما يفيضه الله تعالى على عباده من المواهب³.

وبالرجوع إلى ق،ل،ع،م في الفصل 454⁴ منه نجد المشرع المغربي لم يحدد حجية القرائن، وبالتالي الأخذ بنتيجتها أو عدم الأخذ بها لإثبات الوقف، مما يجعل المجال مفتوحاً أمام القضاة لإعمال سلطتهم التقديرية، لإعطاء كل قرينة الأهمية والتقدير والمنزلة التي يرونها. وفي هذا الشأن، يقول ابن القيم: "والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات، ودلائل الحال ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمجالية كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام، أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، ولا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله"⁵.

1 نظم المشرع المغربي أحكام القرائن في الفصول 449 إلى الفصل 459 من ق،ل،ع،م.

2 من هذا القبيل ما ادعاه إخوة يوسف من أن أكله الذئب، وجاءوا على قميصه بدم كذب. قال القرطبي: "قال علماؤنا رحمة الله عليهم لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها، وهي سلامة القميص من التئيب. إذا لا يمكن افتراس الذئب ليوسف وهو لابس القميص، ويسلم القميص من التخريق. ولما تأمل يعقوب القميص فلم يجد فيه خرقاً، ولا أثراً استدل بذلك على كذبهم وقال لهم متى كان الذئب حكيماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص". أنظر:

• أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: مصطفى سالم البدرى، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت الجزء: 9، السنة: 2000، ص: 149.

3 أحمد إبراهيم بك: طرق القضاء، المطبعة السلفية بالقاهرة، السنة: 1347، ص: 43.

4 ينص الفصل 454 من: ق،ل،ع،م على أن:

" القرائن التي لم يقررها القانون موكولة لحكمة القاضي. وليس للقاضي أن يقبل إلا القرائن القوية الخالية من اللبس أو القرائن المتعددة التي حصل التوافق بينها. وإثبات العكس سائغ، ويمكن حصوله بكافة الطرق".

5 ابن القيم: الطرق الحكيمة: م،س، ص: 5.

وهذا ما أكد عليه العقباني¹ أيضا بقوله: " لا يصح اتباع اللفظ ومعه قرينة ترشد إلى خلاف ذلك الذي يدل عليه، على ما تقر لأهل المذهب من احتجاجهم على أهل العراق الذين يتبعون الألفاظ وإن خالفت المعاني".

وبالرجوع للمشرع المغربي نجده قد عرف القرائن بمقتضى قانون الالتزامات والعقود الذي ينص في فصله 449 على ما يلي: " القرائن دلائل يستخلص منها القانون أو القاضي وجود وقائع مجهولة".

والقرائن نوعان :

- قرائن مقررة بمقتضى القانون، وهي لا تقبل إثبات العكس، وكمثال على ذلك ما نص عليه الفصل 451 إلى 452 من ق،ل،ع حول قوة الشيء المقضي به، وما نصت عليه المادة 153 من مدونة الأسرة من اعتبار الفراش حجة قاطعة على ثبوت النسب.

- قرائن غير قانونية والأخذ بها من عدمه يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاء.

ثانيا: اليمين

يبقى اليمين الملاذ والمنفذ للقاضي عندما تشتد الخصومة ويستعصى الدليل ويتعذر، فتكون هي الخلاص لفك النزاع والفصل فيه، ويتم الاحتكام إليها لعل الحقيقة تنجلي في حالة تحجر الدليل، ويقصد باليمين إشهد الله تعالى على صدق ما يخبر به الحالف، فإذا كان الحبس عاما على معين فإن المشهور في مذهب مالك أن المحبس عليه يحلف ويثبت الحبس، خلافا للشافعية والحنفية والحنابلة في ذلك. أما إذا كان معقبا فإن المشهور في مذهب مالك أن من حلف ثبت حقه، ومن نكل ردت اليمين على المشهود عليه، فإن حلف بطل الحبس، وإن نكل ثبت الحبس².

1 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، م،س، ص: 416.

2 محمد التاويل: م،س، ص: 7.

ثالثا: وسائل الإثبات ذات الطبيعة الإجرائية:

وما يثير الانتباه في هذا الصدد هو أن وسائل الإثبات في التشريع المغربي تعرف نوعا من التشتت بين قواعد الموضوع التي ينظمها ق،ل،ع، وقواعد الشكل التي ينظمها ق،م،م، وما يعزز هذا الطرح بقاء المعاينة والخبرة خارج نطاق التصنيف المنصوص عليه في الفصل 404 من ق،ل،ع.

والمقصود بوسائل الإثبات ذات الصبغة الإجرائية تلك الوسائل المنظمة بقانون المسطرة المدنية¹ وفي مقدمتها الخبرة التي نظم المشرع المغربي أحكامها ضمن الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المسطرة المدنية، وتحديدًا في الفصول من 59 إلى 66 من هذا الأخير و التي تم تعديلها بموجب القانون رقم 85.00². وبالرجوع إلى هذه المقتضيات جميعا، نلاحظ أن المشرع المغربي لم يعرف الخبرة لا بكيفية مباشرة ولا بكيفية غير مباشرة وإن كان قد أحاط بأهم جوانبها الموضوعية والشكلية. كما نظم مختلف الإجراءات القانونية المرتبطة بهذه الوسيلة القانونية، التي ليس هناك ما يمنع من الأخذ بها لإثبات الوقف، لأنها من طرق الإثبات المباشرة كالمعاينة، كما أن رأي الخبراء كوسيلة من وسائل الإثبات له أهميته العلمية والعملية، لأن الخبرة في الواقع هي نوع من المعاينة الفنية التي تتم بواسطة أشخاص تتوفر لديهم الكفاءة في النواحي الفنية التي لا تتوفر لدى القضاة.

1 نظم المشرع المغربي وسائل الإثبات ذات الطبيعة الإجرائية ضمن الباب الثالث من القسم الثالث من قانون المسطرة المدنية وتحديدًا من الفصول 59 إلى 102، وهذه الوسائل هي:

- الخبرة؛
- معاينة الأماكن؛
- الأبحاث؛
- اليمين؛
- تحقيق الخطوط والزور الفرعي.

وقد تمت الإشارة أعلاه إلى الخبرة والمعاينة، دون غيرهما نظرا لشيوع الاعتماد عليهما في مجال الأوقاف.

2 تم تعديل الفصول المشار إليها أعلاه المتعلقة بالخبرة، بموجب القانون رقم 85.00 الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم: 1.00.345 بتاريخ 29 رمضان 1421 الموافق 26 ديسمبر 2000، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد: 4866 بتاريخ 23 شوال 1421 الموافق ل 18 يناير 2001، ص:233.

أما المعاينة فهي من طرق الإثبات المباشرة، إلا أن قبولها كوسيلة للإثبات يخضع لتقدير المحكمة، التي لها أن تقرر سلوك هذا الطريق من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الخصوم، وهذا ما نقرأه في حيثيات قرار صادر عن المجلس الأعلى¹: "المعاينة تعتبر من الأدلة في المسائل المادية بالرغم من عدم التنصيص عليها في الفصل 404 من ق،ل،ع كوسيلة من وسائل الإثبات، ويعمل بها في المسائل التي يحتاج الإثبات فيها إلى الدليل المادي لإثبات الحال".

من خلال ما سبق يتبين أن قواعد الفقه الإسلامي تتمتع بقيمة كبرى في الإقناع لكونها أشد عمقا، وأكثر بيانا لوسائل إثبات الوقف. إلا أن موقف المشرع المغربي الذي فتح المجال أمام جميع الوسائل الشرعية والقانونية لإثبات الوقف، يجعلنا لا نتردد للأخذ بوسائل الإثبات القانونية المنصوص عليها في ق،ل،ع أو في ق،م،م.

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 110 صادر بتاريخ 2004/02/18 في الملف الإداري عدد: 03/3320 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 63 ص: 341 وما بعدها.

الفصل الثاني: حماية التصرفات الجارية على الوقف العلم

إن أهمية المال الموقوف تجعل موضوع التصرفات الجارية سواء على أصله، أو المتعلقة بطرق الإنتفاع به، ذات أهمية خاصة، فحينما نعلم أن الأموال الموقوفة تحقق النفع العام، يصبح الإقتناع تاما بضرورة إحاطتها بجميع الضمانات التي تمكنها من تحقيق هذه الغاية بشكل دائم ومنتظم، ومن البديهي أن يترتب عن كل ذلك نتائج قانونية جد مهمة، تتمثل بالأساس في عدم جواز التصرف فيها بما يتعارض مع تحقيق الغاية من ورائها، وعدم جواز الحجز عليها، كما لا يمكن أن تكتسب ملكيتها بالحيازة أو التقادم، لكن بالمقابل يمكن لأصل المال الموقوف أن يكون محل تصرف بشكل إستثنائي كلما كان عديم النفع، أو قليل الدخل، حيث يمكن إبداله أو استبداله حسب كل حالة، كما يمكن الإنتفاع به عن طريق الكراء مع التقييد في كل ذلك بتحقيق مصلحة ظاهرة للوقف عن طريق الحفاظ على أصله، وتنمية مداخيله وللإحاطة بجميع التصرفات التي تهم الأموال الموقوفة وقفا عاما سوف أقسم هذا الفصل على الشكل التالي:

الفرع الأول: التصرفات الجارية على أصل المال الموقوف وقفا عاما

الفرع الثاني: التصرفات الجارية على الانتفاع بالمال الموقوف

الفرع الأول:
التصرفات التجارية
على أصل المال الموقوف وفقاً لعمامة



الفرع الأول: التصرفات الجارية على أصل المال الموقوف وقفا عاما

لما كانت الحاجة ملحة لمراجعة وتحديث الإطار القانوني للوقف العام لسد الثغرات التي كان يعرفها، كان الأمر أكثر إلحاحا عند تعلقه بالتصرفات الجارية على أصله، نظرا لأهمية ودور أحكام هذه التصرفات في وجود الشيء وصحته، وما يترتب عن اختلالها من بطلان للتصرف كقاعدة عامة .

و نظرا لتقدم القواعد المنظمة لهذه التصرفات وعجزها البين عن دفع الغبن عن الوقف، سعى المشرع المغربي إلى الجمع بين دفتي المدونة جميع الأحكام المتعلقة بالتصرفات الجارية على أصل المال الموقوف وقفا عاما، مع تقيده بأحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بها، للوصول من خلال هذا كله إلى الحرص على حفظ المال الموقوف، والعمل في الوقت ذاته على تنميته بكل تصرف مشروع، من شأنه أن يفضي إلى تحقيق المصلحة الفضلى له.

وتدخل المعاوضة¹ ضمن خانة التصرفات الاستثنائية الجارية على أصل المال الموقوف وقفا عاما، ذلك أن أساس جواز هذا التصرف عند القائلين به هو إبدال أو استبدال العين الموقوفة التي قل ريعها بأحسن منها، وفق إجراءات وشروط محددة (المبحث الأول).

1 المعاوضة حسب الفصل 619 من قانون الالتزامات والعقود المغربي هي: "عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية، شيئا منقولاً، أو عقارياً أو حقاً معنوياً، في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر".

أما المشرع المصري فقد عرفها بمقتضى المادة 482 من القانون المدني بقوله: "المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر، على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود".

وتتم المعاوضة حسب الفصل 620 من قانون الالتزامات والعقود بتراضي الطرفين، مالم تنصب على عقارات أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهناً رسمياً، فعندئذ تطبق أحكام الفصل 489 من نفس القانون، وعقد المعاوضة هو من العقود الناقلة للملكية ذلك أن كلا طرفي العقد يلتزم بنقل ملكية شيء للآخر على أن يرد ذلك على حق الملك التام سواء كان مفرزاً أو شائعاً، لأن القاعدة تقضي بأن كل ما يمكن بيعه يمكن المقايضة به. للمزيد من التفصيل حول عقد المعاوضة أنظر:

- محمد محبوبي: الوجيز العقود المسماة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، م، ص: 151 وما بعدها.
- محمد العروصي: المختصر في بعض العقود المسماة، مطبعة مرجان بمكناس، الطبعة الثانية، السنة: 2012، ص: 230 وما بعدها.
- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مطبعة دار النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1999، ص: 236 وما بعدها.

كما أن خصوصية المال الموقوف التي تميزه عن غيره، تجعل الإجماع منعقد حول عدم قابليته لبعض التصرفات منها عدم إمكانية كسبه بالتقادم، أو الحيازة، كما لا يمكن أن يكون محل حجز أو تصرف في الأصل (المبحث الثاني).

المبحث الأول: معاوضة الأملاك الموقوفة وقفا عاما

باستقراء الآراء الفقهية المتعلقة بالتصرفات المنصبة على أصل المال الموقوف وقفا عاما، وخصوصا ما يتعلق منها بالمعاوضة نجدها كلها تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للعين الموقوفة، رغم اختلاف الأساس الشرعي والقانوني لكل موقف.

فالفقهاء الرافضون لهذا التصرف يبنون موقفهم على سد الذريعة أمام المتولين عليه للحد من تعطيله وضياعه، فكان المنع من تداوله لصيانتة وبقائه مرصودا لما حبس من أجله.

أما من يقول بجواز معاوضة الملك الموقوف وقفا عاما، يرى أن مصلحة المال الموقوف هي معاوضة ما خرب منه، وتعطلت منافعه، لإكثار إيراده وتنميته من جديد، وهذا الموقف الأخير قدم أصحابه تعليلا يساعد على مسايرة التطورات المتسارعة التي تعرفها الحياة الاجتماعية والاقتصادية دون الخروج عن تحقيق النفع البين للعين الموقوفة، وذلك كله تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ولعل هذا ما جعل المشرع المغربي يتبنى الموقف ذاته من خلال مدونة الأوقاف، لكن في الوقت نفسه حدد إمكانية اللجوء إلى هذا التصرف في حالات معينة (المطلب الأول)، وفق إجراءات موضوعية ومسطرية، غايتها الحفاظ على الأموال الموقوفة وقفا عاما، وتنمية مداخيلها بما يتلاءم مع طبيعتها، ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات السماح لمعاوضة الأملاك الموقوفة وقفا عاما

المعاوضة حسب الفصل 619 من ق، ل، ع، م، عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية، شيئا منقولاً أو عقارياً، أو حقاً معنوياً، في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر. والمعاوضة تكتسي أهمية بالغة ترجع إلى كونها بيع من البيوع،

كما تعتبر في الوقت ذاته من العقود الناقلة للملكية التي تستوجب لإتمامها توفر الشروط العامة للتعاقد.

ولما كانت الأملاك الموقوفة وقفا عاما، قائمة من حيث المبدأ على منع التداول العادي للمال الموقوف بجميع أنواع التصرفات، بما فيها المعاوضة ليبقى هذا المال مرصودا لما حبس من أجله، تولد عن هذا الوضع تعطيل الكثير من منافع الأعيان الموقوفة، فكان من اللازم على الفقه المالكي الاتجاه نحو الإقرار ببيع أو إبدال ما خرب من العقار و شراء عقار آخر يعوضه، لكن التسليم بهذه المسألة لم يكن بالأمر الهين، سواء تعلق الأمر بمعاوضة نقدية(الفقرة الأولى)، أو بمعاوضة عينية(الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المعاوضة النقدية

الأموال الموقوفة وقفا عاما هي إما منقولة أو عقارية، ومعاوضتها نقدا تعني بيعها وإخراجها عن الملك، أو إدخالها فيه بعوض¹، والمشرع المغربي اكتفى باستعمال كلمة المعاوضة بدل البيع، دون تعريفها، تماشيا مع قواعد الفقه الإسلامي، والإقدام على بيع الأملاك الموقوفة وقفا عاما ممنوع من حيث المبدأ، لكن اللجوء إليه استثناءا يبقى مشروط بتحقيق مصلحة ظاهرة للوقف، وأن لا يكون فيه غبن فاحش، وهذا التصرف عند العلماء حسب أبي عمران العبدوسي على ثلاث أوجه: الواجب، و الممنوع و المختلف فيه، قال: الوجه الثالث ما ليس فيه منفعة في الحال و توخى منفعته في المآل فهذا مختلف في بيعه، فمن العلماء من أجاز بيعه نظرا إلى قصد المحبس، و قصد المحبس الانتفاع به، فإذا عدم الانتفاع، بيع و عوض بما فيه منتفع². وهذا هو مسلك المتأخرين من المالكية حيث أجازوا معاوضة الأملاك الموقوفة، غير أنهم قيدوا هذه المعاوضات بمجموعة من الشروط حددها

1 البيع من أسماء الأضداد يطلق على البيع والشراء، استنادا الى قوله تعالى في الآية 20 من سورة يوسف: "وشره بثمن بخس" والمقصود بالشراء هنا البيع، وهو جائز شرعا، لأن الله تعالى أباح لعباده البيع وأذن لهم فيه، باستثناء الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل الشرعي، والتي لا يصح تملكها كالخمر ولحم الخنزير وغيرها.

2 مرجع سابق، نفس الصفحة.

الفقيه سيدي عبد الله العبدوسي في ما يلي¹: "الحبس لا تجوز المعاوضة فيه على القول بجوازها و به مضي العمل - إلا بشروط: أن يكون خربا، و أن لا تكون له غلة يصلح بها، و لا يوجد متطوع بإصلاحه، و لا ترجى عودته إلى حالته بإصلاح أو غيره، وذلك مفقود في مسألتكم فلا تجوز المعاوضة فيها، و إن عوض عنها بمائة ألف. و عن ابن سلمون: سئل ابن رشد في قطعة أرض محبسة على رجل و هي متصلة بباب ضيعة لرجل آخر، و هي لا تنفك في الغالب من أذى أهل الدار، و لا حيلة في كف الأذى عنها، و يذهب صاحب الحبس إلى أن يعاوضه صاحب الضيعة بمكان غيره بسبب هذا الأذى، فقال: إذا كانت هذه القطعة قد انقطعت المنفعة منها جملة بما ذكرت فلم يقدر على اعتمادها، و بقيت معطلة لا فائدة فيها لعدم القدرة على دفع هذا الضرر، فلا باس بالمعاوضة فيها بمكان غيره يكون حبا مكاها، على ما قاله جماعة من العلماء في الربع المحبس إذا خرب².

وبخصوص هذه النقطة ورد في العمل المطلق ما يلي³:

والجزء المحبس المشاع	فيما سور منقسم يباع
مع غيره وقس ما قد حبس	يجعل في مثل يكون حبسا
وجاز بيع حبس لتوسعة	صريق او كمسجد للجمعة
وما به من الحبس لا ينتفع	به ففيه البيع ليس يمنع
وبالمعاوضة فيه عملوا	على شروط عرفت لا تعمل

1 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: م، س، ص: 513.

2 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: م، س، ص: 511، 512.

3 المجموع الكبير من المتون في ما ذكر من الفنون، مطبعة دار الفكر، ط: 2، ص: 284.

كون العقار خربا وليس في
غلته ما يصلح له يفي
وفقد من يصلح تصوعا
والياس من حالته ان ترجعا
وقد جرى عمل من تأخرا
ان من الوفرا الاصول تشتتورا

وهذه المواقف تبين أن المتأخرين من المالكية يأخذون في ما يخص معاوضة الأملاك الموقوفة وقفا عاما بالمبدأ القائم على أن العبرة بالمقاصد وليس بألفاظ المحبس، حيث أصبحت الغاية التي يدافعون عنها هو أن الصدقة تبقى جارية يستمر نفعها فيستمر له ثوابها و أجرها¹، ذلك أن السجلماسي اعتبر أن: اتباع اللفظ دون المعنى خطأ صريح في الفتوى، لأن الأحكام منوطة بمعنى اللفظ دون ظواهرها². وفي الغرب الإسلامي كان علماء الاندلس من الأنصار أكثر حرصا و اهتماما بالمقصد من الحبس من اعتناءهم بألفاظه، و قد أخذ علماء فاس منهم ذلك حيث قال صاحب العمل الفاسي :

وروعي المقصود في الأحباس
لا اللفظ في عمل أهل فاس

ولذلك أفتى عبد الرحمن الحائك بجواز صرف ما جمع من أحباس مكة في إصلاح سور البلد حفاظا على أمن الناس، و قال إن هذا على مذهب أصيغ عن ابن القاسم و هو قول ابن الماجشون، و عندهم أن ما أريد به وجه الله فلا بأس أن يصرف بعضه على بعض.

1 عبد الرزاق اصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، م:س، ص:199، 200.

2 بوشعيب الناصري: استثمار العقارات الحبسية، الندوة الجهوية الخامسة المنظمة ايام: 26 و 27 ابريل 2007، حول موضوع المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الاعلى، ص:59.

ومن التعليقات التي صاغها القائلون بذلك نجد الفقيه اللخمي والذي علل بأن المحبس لو حضر لكان إحياء النفس عنده أولى¹. و في المعيار عن العبدوسي إنه يجوز أن يفعل في الحبس ما فيه مصلحة

مما يغلب على الظن، حتى كاد يقطع به أنه لو كان المحبس حيا لفعله و استحسنه².

كما أن شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله قال بجواز إبدال المسجد للمصلحة، والغاية من جواز هذه المعاوضة، يبقى هو البحث عن وسائل تنمية للحبس، تساعد على إبدال العقارات المحبسة التي لا تدر ربحا لخربها و كسادها، بعقارات أخرى أكثر إنتاجا، دون أن تزيغ عن الأهداف العامة المتوخاة من الوقف.

وسيرا على نفس توجه فقهاء المالكية خاصة المتأخرين الذين أباحوا المعاوضات على العين الموقوفة وفقا عاما، نجد أن المشرع المغربي، بدوره كرس هذا التوجه قانونا سواء من خلال الضوابط الحبسية التي لازال العمل بها جاريا، أو من خلال مدونة الأوقاف الجديدة، والتي سمحت هي الأخرى بمعاوضة الأموال الموقوفة في الحالات التالية³:

- ◀ إذا انقطع نفع المال الموقوف أو قل بشكل كبير؛
- ◀ إذا أصبح في حالة يتعذر معها الانتفاع به؛
- ◀ إذا صارت مداخيله لا تغطي مصاريف صيانتها والمحافظة عليه؛
- ◀ إذا كان مهددا بالانهيار أو آيلا للسقوط؛
- ◀ إذا كان مملوكا مع الغير على الشيع؛

1 التسولي أبو الحسن، البهجة في شرح التحفة، وبحاشيته حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام محمد التلودي، الجزء الثاني، مطبعة دار الرشاد الحديثة بالدار البيضاء، السنة: 1991، ص: 390.

2 م.س، نفس الصفحة.

3 أنظر قرار وزير الاوقاف والشؤون الإسلامية رقم: 4139.12، وقراره رقم: 4140.12 الصادرين في 5 صفر 1434 الموافق ل 19 ديسمبر 2012 في شأن تحديد اجراءات السمسرة وطلب العروض ومسطرة الاتفاق المباشر الخاصة بالمعاوضات النقدية والعينية للأموال الموقوفة. والمنشورين بالجريدة الرسمية عدد: 6161، الصادرة بتاريخ: 8 شعبان 1434 الموافق: ل 17 يونيو 2013.

◀ إذا اقتضت مصلحة الأوقاف ذلك.

الفقرة الثانية : المعاوضة العينية

معاوضة الأموال الموقوفة هي إما معاوضة نقدية - كما سبق لنا بيانه-، يراد بها "بيع الوقف بالنقود ثم يشتري بتلك النقود عقارا يكون وقفا بدل الأول¹، واما معاوضة عينية يصطلح عليها كذلك بالمناقلة وتعني: إبدال أرض موقوفة مثلا بأرض أخرى لتصبح الثانية وقفا²، وهو الأمر الذي أكده ابن عاصم بقوله³:

وغير أصل علم النفع صرف ثمه فرمته ثم وقف

والمتأخرون من المالكية أجازوا المعاوضات الوقفية إذا لم تكن العين الموقوفة و قفا عاما ذات منفعة و لا ينتظر منها أن تأتي بأي نفع، أي متى أصبحت عديمة الجدوى، غير أنهم أباحوا ذلك بشروط من بينها أن تتم بحكم من القاضي، يسجله و يشهد عليه بعد أن يثبت عنده السبب المبيح للمعاوضة فيها⁴. كما ذكر ابن نجيم في البحر الرائق أن تكون العين البدل والعين المبدولة من جنس واحد، وفي محل واحد، أو يكون المحل المملوك خيرا من المحل الموقوف، فإن لم يكن كذلك وكان المحلان سواء، فلا يجوز لاحتمال خراب العين في المحليين لدنائتها وقلة رغبات الناس فيها⁵، وربما هذا ما جعل فقهاء الحنفية يجيزون استبدال العين الموقوفة بعين أخرى ولو من غير جنسه، لأن المقصود المنفعة لا الجنس، إلا أن فقهاء المالكية سكتوا عن هذه القاعدة⁶.

1 محمد سليمان الأشقر: مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، السنة: 2001، ص 49.

2 راغب السرخاني: روائع الأوقاف في الحضارة الإسلامية، م،س، ص: 39.

3 المجموع الكامل للمتون: إشراف مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر بلبنان، الطبعة الاولى، السنة: 2001، ص 529.

4 محمد بن صالح الصوفي: م،س،ص: 362.

5 ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، م،س، ص: 223.

6 ابن قدامة المقدسي: المغني، م،س، ج: 4، ص: 233.

والمعاوضة العينية أو المناقلة كتصرف يرد على الأموال الموقوفة غالبا إذا كانت الأرض الحسبية موضوع المعاوضة قد انقضى نفعها، أو اقتضت مصلحة الأوقاف معاوضتها. وليس في ذلك ذهاب للعين المحبسة، وإنما فيها تبديلها بأحسن منها¹، وفي هذا يقول ابن رشد: "إن كانت هذه القطعة من الأرض المحبسة انقطعت منفعتها جملة، وعجز عن عمارتها وكرائها فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان يكون حسبا مكانها، ويكون ذلك بحكم من القاضي بعد ثبوت ذلك السبب والغبطة في المعوض عنه ويسجل ذلك ويشهد به"². وهذا ما أكده صاحب العمل الفاسي بقوله³:

كذا معاوضة ربع الحبس على شروط أسست للمؤتسري

وهذا يعني أنه جرى العمل بالمعاوضة في ربع الحبس أي تبديله بربع آخر أفضل منه إذا تحققت شروط ذلك، والتي تتمثل في أن تقل منفعته، أو يخرب ولم يوجد في فائدة ما يصلح به، وأن يعوض به أو بثمنه ما هو أكثر منه منفعة وغلة وقيمة، وأن يثبت ذلك كله عند القاضي فتمضي مناقلته لأن قصد المحبس إنما هو انتفاع المحبس عليه بحبسه، وذلك يحصل بإبداله بما هو أوفر منه خراجا، وهو من قبيل رعي مقصوده دون لفظه⁴.

المطلب الثاني: الإجراءات المسطرية لمعاوضة الأموال الموقوفة

إن المبدأ العام الذي يحكم معاوضة الأموال الموقوفة هو تحقيق مصلحة ظاهرة للوقف، وهي من الشروط الأساسية التي وضعها المتأخرون من المالكية الذين أجازوا هذا التصرف،

1 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، مطبعة فضالة، بالمحمدية، طبعة: 2001، ص 399.

2 صالح عبد السميع الأبوي الأزهري: الثمر الداني في تقريب المعاني، شرح رسالة أبي زيد القيرواني، اعتنى به وراجعته أحمد محمد الماجدي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، السنة: 2003، ص:

3 المجموع الكامل للمتون، م، س، ص: 569.

4 المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م، س، ص: 400-401.

وقد عبر عن ذلك ابن رشد بقوله: "... والغبطة في المعوض عنه"¹، بمعنى أن ما يعوض به الحبس ينبغي أن يكون أكثر قيمة وفائدة وغلة من المحبس المعوض.

إلا أن شرط المصلحة هذا قيده المالكية بشرط آخر هو انعدام الفائدة، وخراب الملك الحبسي²، فإذا لم يتحقق خراب هذا الأخير وبقيت منافعه مستمرة، فلا مجال للقول بوجود المصلحة في المعاوضة، ما دامت هذه الأخيرة شرعت للضرورة، وأن الانتفاع ما زال مستمرا في الأعيان الأصلية.

إلا أن نظرة المشرع المغربي للمصلحة جعلتها أكثر اتساعا، حيث لم يقتصر على الحالة التي تنعدم فيها فائدة الأعيان المحبسة، بل كل ما يشترطه هو الوصول إلى هدف الحفاظ عليه، وتنمية مداخيله بما يلائم طبيعته، ويحقق مصلحة ظاهرة له³. وهذا ما دأب عليه عمل المشرع المغربي منذ صدور ظهير 21 يوليوز 1913 المتعلق بتحسين حالة الأحباس العمومية⁴.

وللإحاطة أكثر بموضوع معاوضة الأموال الموقوفة، لا بد من الوقوف أولا عند الأسس الجديدة لمعاوضة هذه الأموال (الفقرة الأولى)، ثم تحليل المسطرة الإدارية المتبعة لتحقيق هذا التصرف (الفقرة الثانية).

1 صالح عبد السميع الأبى الأزهرى: جواهر الإكليل، شرح مختصر العلامة الشيخ خليل، الجزء الثاني، مكتبة عيسى البابلي الحلبي، مصر (دون سنة الطبع) ص: 209.

2 المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، م:س، ص: 400.

3 تنص المادة 60 من المدونة على ما يلي: "تجري على الأموال الموقوفة وفقا عاما جميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، وتنمية مداخيلها بما يلائم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف. ولهذه الغاية، تكلف إدارة الأوقاف بتدبير هذه الأموال واستثمارها وفق القواعد المنصوص عليها في هذه المدونة والنصوص المتخذة لتطبيقها".

4 ورد في الباب الثالث المخصص للمعاوضات النقدية من هذا الظهير ما يلي: "ولا بد أن يتضمن الطلب المذكور: ...

رابعا: التزام طالب المعاوضة بوضع جميع الصوائر على التقريب مع العشر من الثمن المبذول إن قبل مطلبه، ثم يتأمل ناظر الأحباس مع المراقب في فائدة المعاوضة، ولا يمكن للمراقب أن يتوقف أي مطلب كان، بل يجب عليه توجيهه لإدارة الأحباس العامة مع الإعلام برأيه وبرأي الناظر فيه، أما الإدارة فتتأمل هل المعاوضة فيها فائدة للأوقاف أم لا، ولها أن تقبل مطلب المعاوضة أو ترفضه".

الفقرة الأولى: الأسس الجديدة لمعاوضة الأموال الموقوفة وقفا عاما

وضع المشرع المغربي مجموعة من الأسس الجديدة لإجراء معاوضة الأموال الموقوفة تبدأ بالنص على الحالات، التي يجوز فيها معاوضة الأموال الموقوفة سواء معاوضة نقدية أو معاوضة عينية، والمتمثلة فيما يلي¹:

- ◀ إذا انقطع نفع المال الموقوف أو قل بشكل كبير؛
- ◀ إذا أصبح في حالة يتعذر معها الانتفاع به؛
- ◀ إذا صارت مداخيله لا تغطي مصاريف صيانتها والمحافظة عليه؛
- ◀ إذا كان مهددا بالانهيار أو آيلا للسقوط؛
- ◀ إذا كان مملوكا مع الغير على الشيع؛
- ◀ إذا اقتضت مصلحة الأوقاف ذلك.

كما أن تحديد القيمة الحقيقية للعقار المراد معاوضته، أصبح الاختصاص فيها يرجع إلى لجنة تتكون من ثلاثة خبراء يعينون بمقرر مشترك للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف، ورئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، وهو ما من شأنه تحقيق الغبطة للملك الحبسي، نظرا لاعتماد الخبير على وسائل تقنية وعلمية تمكن من إبراز قيمة الشيء الحقيقية².

كما أن معاوضة الأموال الموقوفة معاوضة نقدية حسب المادة 63 من المدونة تتم إما بمبادرة من إدارة الأوقاف، أو بناء على طلب مكتوب ممن يهمله الأمر، والذي يشترط فيه وجوبا أن يتضمن ما يلي³:

1 أنظر قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية رقم: 4139.12، وقراره عدد: 4140.12 الصادرين في 5 صفر 1434 الموافق ل 19 ديسمبر 2012 في شأن تحديد إجراءات السمسرة وطلب العروض ومسطرة الاتفاق المباشر الخاصة بالمعاوضات النقدية و العينية للأموال الموقوفة. والمنشورين بالجريدة الرسمية عدد: 6161، الصادرة بتاريخ: 8 شعبان 1434 الموافق: ل 17 يونيو 2013.

2 حليلة اللطيفي: الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2001 - 2000، ص: 9.

3 أنظر نص المادة 39 من قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عدد: 4139.12، ونص المادة 13 من قراره رقم: 4140.12، والمشار إلى مراجعتهما أدناه.

- ◀ أن يكون مؤرخا، وموقعا من طالب المعاوضة ومصادقا فيه على هذا التوقيع؛
 - ◀ أن يتضمن الاسم العائلي والشخصي لطالب المعاوضة وعنوانه أو محل إقامته، أو مركزه الاجتماعي إذا كان شخصا اعتباريا؛
 - ◀ أن يشتمل على البيانات المحددة للمال الموقوف المراد معاوضته، ولا سيما نوعه وحالته ومكان وجوده، إن كان منقولاً، وموقعه وحدوده ومساحته ومشمولاته، إذا كان عقارا غير محفظ، أو رقم رسمه إذا كان محفزا أو رقم مطلب تحفيظه إذا كان في طور التحفيظ؛
 - ◀ أن يتعلق بمال موقوف توافرت فيه حالة جواز المعاوضة عن طريق الاتفاق المباشر المنصوص عليها في الفقرة 61 من المدونة؛
 - ◀ أن يقدم داخل أجل سنة من تاريخ اجراء آخر سمسرة أو طلب عروض؛
 - ◀ أن يصرح فيه الطالب برغبته في معاوضة المال الموقوف محل الطلب وأن يضمه الثمن المعروف من لدنه لمعاوضته، على أن لا يقل هذا الثمن عن القيمة التقديرية للمال الموقوف؛
 - ◀ أن يكون مرفقا بنسخة، مشهود بمطابقتها للأصل من بطاقة التعريف الوطنية لصاحب الطلب أو ممثله القانوني إذا كان شخصا اعتباريا؛
 - ◀ أن يرفق بشيك معتمد لقاء صوائر المعاوضة وضمن الوفاء بالأداء.
- أما إذا تعلق الأمر بمعاوضة عينية فإن طلب عروض هذه المعاوضة يجب أن يتضمن ما يلي:

- ◀ طلب مؤرخ، وموقع من طرف صاحب العرض ومصادق فيه على التوقيع من طرف السلطات المختصة، يصرح فيه المعني بالأمر بمعرفته للعقار الموقوف محل طلب عروض المعاوضة العينية؛
- ◀ نسخة مشهود بمطابقتها للأصل من بطاقة التعريف الوطنية لصاحب العرض، أو لمثله القانوني إذا كان شخصا اعتباريا؛

- ◀ شهادة تستخرج من الرسم العقاري الخاص بالعقار المقترح معاوضته بالعقار الموقوف، مع تصميم طبوغرافي يبين موقعه وحدوده ومساحته ومشمالاته؛
 - ◀ وثيقة تبين وجه تخصيص العقار المراد معاوضته بالعقار الموقوف في وثائق التعمير؛
 - ◀ تقرير خبرة ينجز من طرف خبير محلف يبين القيمة التقديرية لهذا العقار.
- على أن تخصص الأموال المتأتية من معاوضة نقدية أو عينية للأموال الموقوفة لاقتناء بدل عنها، أو استثمارها.

الفقرة الثانية: المسطرة الإدارية لإجراء معاوضة الأموال الموقوفة وقفا عاما

قبل تقديم الوثائق اللازمة لإجراء المعاوضة عن طريق السمسرة أو طلب العروض، أو حتى الاتفاق المباشر (ثانيا)، لابد من الحصول على الإذن المسبق من الجهة المعنية لإجراء المعاوضة (أولا).

أولا: الحصول على الإذن بإجراء المعاوضة:

لابد من التذكير أن إعطاء الإذن أو الموافقة بإجراء المعاوضة كان يدخل ضمن اختصاصات القضاء حيث اشترط الفقه المالكي ضرورة تأكيد القاضي من سبب المعاوضة والغبطة في الحبس، ثم يصدر حكما يأذن فيه بإجراء المعاوضة¹، أما في الوقت الراهن فقد آل أمر النظر في جدوى المعاوضة من عدمه إلى وزارة الأوقاف، ولم يعد أي دور فيهما للقضاء،

وسواء تمت المعاوضة بإذن من القاضي أو من الجهات الأخرى، فإن ذلك لا يقدر في صحتها ما دام أنها قد تمت على السداد والصواب، وتحققت من وراء ذلك مصلحة الأحياس².

1 صالح عبد السميع الأبى الأزهرى: جواهر الإكليل، م:س، ص: 209.

2 الشيخ بردلة: مختارات من نوازل بردلة، مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، العددان: 5-6، ماي 1987، ص: 296-297.

وبالرجوع إلى مقتضيات المدونة نجدها قد بينت بشكل محدد الجهات التي تأذن لإجراء المعاوضة، وذلك حسب القيمة التقديرية للعقارات أو المنقولات المراد معاوضتها، والمعتبرة ضمن الأوقاف العامة، ذلك أن المادة 64 من المدونة تنص على أن قيمة العقارات أو المنقولات إذا زادت عن عشرة ملايين (10.000.000) درهم، فإنها تخضع للموافقة السامية المسبقة لجلالة الملك.

وتخضع معاوضة نفس العقارات والمنقولات للموافقة المسبقة للمجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة إذا كانت قيمتها التقديرية تتراوح ما بين خمسة ملايين (5.000.000) درهم وعشرة ملايين (10.000.000) درهم.

وكل معاوضة تتعلق بالعقارات والمنقولات التي تقل قيمتها التقديرية عن خمسة ملايين (5.000.000) درهم، وكذا معاوضة القيم المنقولة المحددة القيمة التي يتم توظيفها لفائدة الأوقاف العامة مهما كانت قيمتها، تخضع للموافقة المسبقة للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف¹.

والملاحظ أن إخضاع المشرع المغربي المعاوضة لضرورة حصول الموافقة المسبقة من قبل هذه الجهات والتي تختلف باختلاف قيمة العقار، فيه حماية فعالة للملك الحبسي من

¹ حسب مدونة الأوقاف فإن الجهات التي يستلزم أخذ الموافقة منها لإجراء المعاوضة تتنوع حسب ما تفرضه القيمة الحقيقية للعقار، وهذا بخلاف ظهير 13 يناير 1918 المتعلق بضبط مراقبة الأحباس المعقبة المعدل بمقتضى ظهير 18 يوليوز 1920 الذي حدد جهة واحدة يلزم أخذ الإذن منها لإجراء المعاوضة بغض النظر عن قيمة العقار، وتتمثل هذه الجهة في جلالة الملك. وفي هذا الصدد صدر قرار عن المجلس الأعلى قضى بما يلي: "ومن جهة أخرى وأنه من الثابت أن العقار موضوع النزاع هو عقار حبسي لا يقبل التقويت أو المعاوضة، وذلك وفقا للضوابط التي حددها الظهير المنظم للأموال الحبسية الذي هو قانون خاص وكذا ظهير 1918/1/13 المتعلق بالتصرف في الأملاك الحبسية المعقبة الذي ينص على أن: "معاوضة الأملاك الحبسية تتم وفقا لمقتضيات ظهير 1920/7/20 المتعلق بمعاوضة الأملاك الحبسية التي تشترط لصحة هذا التصرف توفر ملف طلب المعاوضة على إذن من جنابنا الشريف للموافقة على المعاوضة قصد ترتيب جميع الآثار القانونية التي تعطي الصبغة الشرعية لتقويت العقار الحبسي" وأن عدم تقديم طلب المعاوضة بخصوص إنشاء عملية قبول الدولة المغربية تقويته إلى ملك الدولة الخاص دون صدور الإذن من الجناب الشريف يجعل تصرفها متسما بعدم الشرعية لعدم احترام المقتضيات القانونية المشار إليها أعلاه".

- قرار عدد: 292، صادر بتاريخ: 2003/5/8، في الملف الإداري عدد: 2002/2/4/1432 (قرار غير منشور).

الضياع ودرء لباب التطاولات التي قد تتعرض لها الأملاك الحبسية، والتي قد تؤدي إلى حصول عدد من التصرفات عليها دون الأخذ بعين الاعتبار مصلحة الأحياس¹.

ثانياً: معاوضة الأوقاف عن طريق السمسرة أو طلب العروض أو الاتفاق

المباشر

1- معاوضة الأموال الموقوفة عن طريق السمسرة أو طلب العروض:

تلعب السمسرة دوراً مهماً في مجال معاوضة الأعيان الموقوفة، لكونها تعطي نوعاً من المصداقية لهذا التصرف الذي يسمح لعامة الناس بالتعرف عليه، مما يؤدي إلى زيادة المنافسة على العقار الموقوف المراد معاوضته، فإذا كانت السمسرة في الكراء الحبسي تعتمد أساساً لتعيين المكثري والوجيبة الكرائية والتزامات الطرفين²، فإنها تعتمد كذلك في المعاوضة لتعيين المعاوض له، وتحديد أعلى ثمن أو أجود عقار معاوض به.

وقد كانت السمسرة الإجراء الوحيد الذي تتم به المعاوضة في ظل ظهير 21 يوليوز 1913 المتعلق بتحسين حالة الأحياس العمومية، إلا أنه ونظراً لتطور الحياة الاقتصادية وظهور أنماط جديدة في التسيير والتدبير وإبرام الصفقات، فقد انفتحت مدونة الأوقاف على شكل جديد في إجراء هذا التصرف ويتعلق الأمر بطلب العروض³.

وقد أعطيت أهمية بالغة لهذه المسطرة في المراحل التي أصبحت تمر منها حيث يتعين قبل عرض أي مال عقاري موقوف على السمسرة أو طلب العروض، تكوين ملف لهذا الغرض

1 حسناء رحبات: كراء ومعاوضة الأملاك الحبسية في ظل أحكام مدونة الأوقاف، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2010-2011، ص: 71.

2 السعيد بوركبة: خصوصية التشريع الكرائي الحبسي والامتيازات التي يضمنها لصالح مؤسسة الأوقاف بالمملكة المغربية، مجلة رسالة المحاماة، العدد: 7، أكتوبر 1990، ص: 111.

3 تنص الفقرة الأولى من المادة 61 من المدونة على أنه: "تخضع جميع المعاوضات والأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وفقاً عاماً، وكذا البيوعات المتعلقة بمنتوج الأشجار والغلل و مواد المقالع العائدة للوقف العام، لإجراءات السمسرة أو لطلب العروض، شريطة التقيد بمبادئ المنافسة والمساواة بين المتنافسين والالتزام بقواعد الشفافية والإشهار المسبق".

يسمى ملف السمسرة، و يتضمن تصميمًا يبين موقع العقار الموقوف المراد معاوضته، وحدوده ومساحته ومشمولاته، وكذا وثيقة تبين وجه تخصيص العقار محل السمسرة في وثائق التعمير، إضافة إلى نسخ من الوثائق المثبتة لحسبية القطعة المراد معاوضتها، وبطاقة معلومات عنها، ونسخة من الوثيقة المحددة لقيمتها التقديرية، إضافة إلى نسخة من الوثيقة المتضمنة للموافقة على المعاوضة المنصوص عليها في المادة 64 من المدونة، وأخيرا إعلان عن إجراء السمسرة أو عن طلب العروض، والذي يشمل على البيانات المحددة للمال الموقوف¹، ويشهر هذا الإعلان بثلاثة أسابيع على الأقل قبل تاريخ إجراء السمسرة أو طلب العروض، وذلك عن طريق تعليقه بمقررات المصالح الخارجية للوزارة الواقعة بالنفوذ الترابي للجهة التي يقع المال الموقوف بها، إضافة إلى نشره بجريدة أو أكثر من الجرائد الوطنية المأذون لها بنشر الإعلانات القانونية والقضائية، كما يستمر الإعلان عنه بالموقع الإلكتروني لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

وتتم السمسرة أو طلب العروض في المكان والتاريخ والساعة المبين في الإعلان، وتجري بشكل علني، عن طريق المناذاة باللغة العربية، وبتقديم عروض مالية لا تقل بالنسبة لكل عرض عن اثنين في المائة من الثمن الافتتاحي للسمسرة، أما طلب العروض فإنها تقدم في ظرف مختوم، يحمل اسم وعنوان ومقر إقامة أو المركز الاجتماعي لصاحب العرض، وعبارة "لا يفتح إلا من طرف رئيس اللجنة المحلية للمعاوضات"، وتودع العروض بالمكان المحدد في إعلان طلب العروض مقابل وصل، أو توجه عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالتوصل.

وتختتم السمسرة بالإعلان من طرف رئيس اللجنة عن رسوها على المزاييد الذي قدم آخر أعلى عرض، وتحرير محضر يتضمن بيانات العقار المراد معاوضته، إضافة إلى ثمن المعاوضة الذي رست به السمسرة، والبيانات المحددة لهوية الشخص الذي رست عليه

1 أنظر نص المادة 9 و10 و11 و27 من قرار وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية عدد: 4139.12 المشار إلى مراجعه سابقا.

السمسرة، وملخص لوقائع وظروف إجرائها، ويتم التوقيع على هذا المحضر من طرف رئيس وأعضاء اللجنة المحلية للمعاوضات، والمشارك الذي رست عليه السمسرة. أما إذا تعلق الأمر بطلب العروض فإن اللجنة المحلية للمعاوضات تصدر اقتراحاتها وتدرجها في محضر يتضمن ما يلي:

• المال الموقوف محل طلب العروض؛

• أسماء المتنافسين؛

• أسباب المتنافسين المقصيين وأسباب اقصائهم؛

• أسماء المتنافسين المقبولين ومبالغ عروضهم؛

• القيمة التقديرية للمال الموقوف؛

• القيمة المالية لأعلى عرض؛

• اسم المتنافس المقدم لأعلى عرض .

ويحال ملف سمسرة المعاوضات داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ إجراء السمسرة على المصلحة المختصة بالوزارة، قصد عرضه على لجنة المعاملات العقارية للأوقاف لدراسته وتقييم نتيجة السمسرة، كما تشهر نتيجة طلب العروض داخل أجل 20 يوما من تاريخ بت وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية في الاقتراحات المضمنة بمحضر لجنة المعاملات العقارية للأوقاف، عن طريق تعليقها بمقر الوزارة، أو نشرها عند الاقتضاء بالموقع الإلكتروني للوزارة.

2 - معاوضة الأموال الموقوفة عن طريق الاتفاق المباشر:

استثناء من القاعدة العامة يمكن معاوضة الأموال الموقوفة عن طريق الاتفاق المباشر، وذلك في حالة تعذر إجراء السمسرة أو طلب العروض، أو أجري أحدهما لمرتين متتاليتين

دون أن يسفر الأمر عن أي نتيجة، ويتم ذلك بموجب قرار معلل للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف العامة¹.

وتفتح مسطرة المعاوضة النقدية للأموال الموقوفة عن طريق الاتفاق المباشر بموجب طلب كتابي لمن يهمله الأمر، ويتضمن البيانات المشار إليها سابقا و يقدم إلى نظارة الأوقاف المعنية التي تتولى رفعه إلى المصلحة المختصة بالإدارة المركزية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

وبحال طلب المعاوضة النقدية للمال الموقوف عن طريق الاتفاق المباشر، داخل أجل 10 أيام من تاريخ التوصل به على المصلحة المختصة بالوزارة قصد عرضه على لجنة المعاملات العقارية للأوقاف، والتي يمكنها اقتراح الموافقة على إجراء المعاوضة أو رفضه، مع تعليل اقتراحها في حالة الموافقة، وينشر هذا المقرر المعلل بإجراء المعاوضة النقدية بواسطة الاتفاق المباشر وفق الكيفيات المشار إليها أعلاه، لمدة 15 يوما، ويبلغ مضمونه إلى طالب المعاوضة.

وأخيرا يمكن القول أن معاوضة الأموال الموقوفة سواء تمت عن طريق السمسرة أو طلب العروض، أو باتفاق مباشر فإن نتيجتها تخضع لمصادقة إدارة الأوقاف، التي يجب عليها أن تبت في هذه النتيجة بالمصادقة أو بعدمها داخل أجل تسعين يوما من تاريخ إنجاز هذا الإجراء، ويتعين على إدارة الأوقاف تبليغ قرارها إلى المعني بالأمر داخل نفس الأجل المذكور، سواء كان قرارها يقضي بالرفض أو القبول.

ففي حالة الرفض أو عدم المصادقة داخل أجل تسعين يوما فإن للمعني بالأمر استرداد مبلغ الضمان وصائر السمسرة التي سبق وأن دفعها².

1 تنص الفقرة الثانية من المادة 61 من المدونة على ما يلي: "وفي حالة تعذر إجراء السمسرة أو طلب العروض أو أجري أحدهما لمرة متتاليتين دون أن يسفر عن أي نتيجة، جاز للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بموجب مقرر معلل إجراء المعاوضات والأكرية المذكورة عن طريق الاتفاق المباشر".

2 تنص المادة 65 من المدونة على ما يلي: "تخضع نتيجة كل سمسرة أو طلب عروض أو اتفاق مباشر من أجل معاوضة عقار أو منقول معتبر ضمن الأوقاف العامة لمصادقة إدارة الأوقاف".

(...)

أما في حالة القبول فإن على المعني بالأمر أداء ما تبقى في ذمته كاملا داخل أجل لا يزيد عن 30 يوما من تاريخ تبليغه بالمصادقة، لأن تاريخ المصادقة على السمسرة أو طلب العروض أو الاتفاق المباشر يعتبر تاريخ انعقاد عقد المعاوضة¹، وفي حالة تخلفه عن ذلك فإن لإدارة الأوقاف الحق في فسخ عقد المعاوضة ولا حق للمعاوض له في استرداد الصوائر ومبلغ الضمان².

ويترتب عن إبرام عقد المعاوضة فقدان العقار المحبس لصفته الحسبية، حيث يصير ملكا لصاحب المعاوضة، ثم يطرح من كناش الأعباس³، أما العقار المعاوض به فيصبح حسبا ويسجل في سجلات الأوقاف، وإذا كانت المعاوضة نقدية فإنه يجب تخصيص الأموال المتحصل عنها ببيع الملك الحسبي في شراء ملك آخر بديل عنه⁴.

وقد هدف المشرع المغربي من هذا المقتضى الحفاظ على خصوصية الملك الحسبي، ومنع أي تجاوز أو ضرر قد يصيبه والذي يؤدي إلى تعطيل أدواره.

يجب أن يتم البت في هذه النتيجة بالمصادقة أو بعدمها داخل أجل تسعين (90) يوما من تاريخ إجراء السمسرة أو فتح العروض، أو الاتفاق المباشر.

وفي جميع الأحوال، يتعين على إدارة الأوقاف تبليغ قرارها إلى المعني بالأمر خلال الأجل المذكور.

وفي حالة عدم المصادقة داخل هذا الأجل، يحق للمعني بالأمر استرداد مبلغ الضمان وصوائر السمسرة التي سبق له دفعها⁵.

1 تنص المادة 66 من المدونة على أنه: "يعتبر تاريخ مصادقة إدارة الأوقاف على نتيجة السمسرة أو طلب العروض أو الاتفاق المباشر هو تاريخ انعقاد عقد المعاوضة وفي هذه الحالة، يلزم المعاوض له بأداء ما تبقى في ذمته كاملا داخل أجل لا يزيد عن ثلاثين (30) يوما من تاريخ تبليغه بالمصادقة المذكورة".

2 تنص المادة 68 من المدونة على أنه: "يجوز لإدارة الأوقاف فسخ عقد المعاوضة تلقائيا في حالة عدم أداء المعاوض له مبلغ المعاوضة كاملا خلال الأجل المنصوص عليه في المادة 66 أعلاه، ولا حق للمعاوض له في استرداد الصوائر ومبلغ الضمان".

3 عبد العزيز العزيمي: الاستثمار في الأراضي الحسبية، ندوة العقار والاستثمار المنظمة من طرف عمالة إقليم الحوز والمكتب الجهوي للاستثمار الفلاحي للحوز بتعاون مع مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يوم: 19 يونيو 2003، المطبوعة والوراقة الوطنية، بمراكش، الطبعة الأولى، السنة: 2005، ص: 127.

4 تنص الفقرة الثانية من المادة 63 من مدونة الأوقاف على ما يلي: "...يجب أن تخصص الأموال المتأتية من معاوضة الأموال الموقوفة وفقا عاما لاقتناء بدل عنها أو استثمارها بهف الحفاظ على أصل الوقف وتنمية مداخيله وفق أحكام المادة 60 أعلاه".

وعموما فإن المشرع المغربي قد وضع ضمن أولوياته تحقيق مصلحة الوقف، بحيث إنه وبمجرد انعقاد عقد المعاوضة فإن "المعاوض له يقبل العقار أو المنقول على الحالة التي يوجد عليها، ويتحمل تبعة هلاكه من تاريخ تسلمه"¹، ولا يمكنه المطالبة بفسخ عقد المعاوضة²، إلا في حالة استثنائية تتمثل في استحقاق العقار أو المنقول محل المعاوضة من يد المعاوض له، وأصبح هذا المحل نتيجة الاستحقاق معييا أو حصة شائعة، ويشترط لقبول طلبه أن يعلم إدارة الأوقاف بدعوى الاستحقاق ويطلب إدخالها فيها³.

وبالرغم من قسوة هذه المقتضيات في حق المعاوض له، فإنها تعتبر أقل حدة وقسوة مقارنة بما أقره ظهير 21 يوليوز 1913، حيث حاولت مدونة الأوقاف تحقيق نوع من التوازن، ولو بشكل نسبي، بين المعاوض له وإدارة الأوقاف، والتخفيف من حجم الامتيازات الممنوحة لهذه الأخيرة في ظل ظهير 21 يوليوز 1913⁴.

1 تنص المادة 69 من المدونة على ما يلي " يقبل المعاوض له العقار أو المنقول على الحالة التي يوجد عليها، ويتحمل تبعة هلاكه من تاريخ تسلمه".

2 تنص المادة 70 من مدونة الأوقاف على أنه: "إذا ظهر نقص أو زيادة في العقار أو المنقول محل المعاوضة مقارنة مع المواصفات التي تمت على أساسها المعاوضة، فلكل واحد من الطرفين حق الرجوع في الثمن على الآخر بما يساوي قدر النقص أو الزيادة فقط دون الفسخ".

3 تنص المادة 71 من المدونة على ما يلي " إذا استحق العقار أو المنقول محل المعاوضة من يد المعاوض له، فليس لهذا الأخير سوى استرداد ثمن الجزء الذي حصا استحقاقه، إلا إذا أصبح محل المعاوضة نتيجة الاستحقاق معييا أو حصة شائعة، فللمعاوض له الخيار بين استرداد ثمن الجزء المستحق وبين فسخ عقد المعاوضة واسترداد كامل الثمن...".

4 ورد النص في ظهير 21 يوليوز 1913 بشأن تحسين حالة الأحياس العامة على مجموعة من الامتيازات لفائدة إدارة الأوقاف، ويمكن الوقوف على بعض هذه الامتيازات من خلال بعض المقتضيات القانونية التي سماها الظهير شروطا، وذلك على الشكل التالي:

- الشرط السابع: "لا تتحمل الإدارة بأي مسؤولية كانت في شأن الملك ربما يتأخر حوزة عن المعاوض له من غير أن يدعي بأي دعوى كانت، نعم إن تأخر الحوز يؤخر دفع بقية ثمن السمسة إلى إفراغ الملك، ولكن إن كان التأخير المذكور من قبل المعاوض له فلا يتغير أجل الدفع".

- الشرط الثامن: "لا تضمن الإدارة مساحة الملك المعاوض، وإذا وقع في المساحة غلط يزيد على السدس من الملك، فيجوز للمعاوض له أن يطلب ثمن المساحة الناقصة من غير أن يكون له الحق في فسخ التعويض".

المبحث الثاني: عدم إمكانية كسب المال الموقوف بالتقادم أو الحيازة،

وعدم جواز حجزه أو التصرف فيه

نظرا للدور الحيوي الذي تلعبه الأموال الموقوفة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فإن الأمر يتطلب حمايتها من كل اعتداء قانوني، أو مادي يمكن أن يعطل تحقيق الغرض منها ، وهذه الحماية لكي تكون تامة يجب أن تتميز بنوع من الخصوصية، تنبثق من مبدأ تحقيق المال الموقوف للمنفعة .

وانطلاقا من هذا لا يجوز بأي حال الدفع بالتقادم المكسب لحماية الحيازة غير المشروعة للمال الموقوف (المطلب الأول)، كما لا يمكن تبعا لذلك إسقاط الحجز عليه أو التصرف فيه تصرف المالك في ملكه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: عدم جواز كسب المال الموقوف بالتقادم أو بالحيازة

هاته القاعدة تتفق مع النظام العام ومبدأ تخصيص المال الموقوف للمنفعة العامة ومؤدي هاته القاعدة أنه لا يجوز وضع اليد عليه، سواء بقصد تملكه أو بقصد حيازته، كما لا يجوز الدفع بالتقادم المكسب لحماية الحيازة الغير المشروعة للمال الموقوف.

وهذه النتيجة هي التي يفرضي إليها نص المادة 51 من المدونة، والتي تفيد عدم جواز اكتساب الوقف العام بالحيازة حتى ولو توافرت شروطها القانونية (الفقرة الأولى)، مما يتولد عنه منطقيا عدم إمكانية اكتساب ملكية هذا المال بالتقادم ولو طال أمده (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم جواز كسب المال الموقوف بالتقادم

التقادم كما هو معروف إما مكسب أو مسقط، والضابط الذي يفرق بين النوعين من التقادم هو أن المسقط يؤدي إلى انقضاء الحقوق الشخصية والعينية إذا لم يبادر صاحب الحق إلى استعمال حقه، أو المطالبة به خلال مدة معينة حددها القانون، أما التقادم المكسب فيؤدي إلى إسقاط الحق أو زواله من ناحية وكسبه من ناحية أخرى، وهذا يعني أن التقادم

المكسب هو سبب من أسباب اكتساب حق الملكية، أو الحقوق العينية الأخرى، وذلك بحيازة الشيء موضوع الحق حيازة مستوفية للشروط المتطلبة قانوناً¹.

وقد تبنى المشرع المغربي فكرة التقادم بهدف حماية حقوق الأفراد، عن طريق ضمان استقرار معاملاتهم، و أوضاعهم ومراكزهم القانونية، فجعل مسطرة التقادم مرتبطة بمدد محددة، حيث قام بتعيين هذه المدد وفق حالات معينة، كما جعلها في الوقت ذاته في غير محل الاعتبار إذا تعلق الأمر ببعض الحالات التي وردت على سبيل الحصر² ومنها الوقف.

وبعد استثناء اكتساب الأموال الموقوفة بالتقادم³ أهم وسيلة مقرررة لحماية هذه الأموال، لأنها تضع علاجاً ناجحاً ضد أي اعتداء محتمل عليها، كما يحق لإدارة الأوقاف استرداد المال الموقوف من يد حائزه مهما طال مدة وضع يده عليه، وليس له الاحتجاج على الإدارة بدعوى تملكه لهذا المال بالتقادم المكسب للملكية بموجب قواعد القانون المدني أو بدعوى الحيازة في المنقول سند الملكية إذا كان المال من الأموال المنقولة .

ويعتبر هذا المبدأ نتيجة حتمية لمبدأ عدم جواز التصرف، فما دامت الأموال الموقوفة لا يجوز التصرف فيها بنقل ملكيتها إلى الغير، فإنه لا يجوز كذلك ومن باب أولى اكتساب ملكيتها بالتقادم. وقد أكد على هذا المبدأ المشرع المغربي في المادة 51 من المدونة، بالإضافة نص الفصل 378 من ق،ل،ع،م ، وهو ما يؤيده كذلك العمل القضائي حيث ورد

1 سعيد الدغيمر: قطع التقادم ووقفه وفق قانون الالتزامات والعقود المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة: 1974/1975، ص: 9.

2 ينص الفصل 378 من ق،ل،ع،م على ما يلي:

لا محل لأي تقادم:

- بين الأزواج خلال مدة الزواج 2؛

- بين الأب أو الأم و أولادهما؛

- بين ناقص الأهلية أو الحُبس أو غيره من الأشخاص المعنوية والوصي أو المقدم أو المدير مادامت ولايتهم قائمة ولم يقدموا حساباتهم النهائية.

³ ينص القانون رقم 124 لسنة 1972/1392 بشأن أحكام الوقف الليبي في المادة 29 منه المتعلقة بعدم تملك أعيان الوقف بالتقادم أو التعدي عليها على ما يلي: "في جميع الأحوال لا يجوز تملك أعيان الوقف ولا أمواله أو اكتساب أي حق عيني عليه بالتقادم مهما طال المدة...".

في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي¹: "لما كانت الدعوى تهدف إلى بطلان عقد بيع انصب على مال محبس، فإنه لا محل للتقدم، وذلك تطبيقاً للفصل 378 من ق،ل،ع،م.."

الفقرة الثانية: عدم جواز كسب المال الموقوف وقفاً عاماً بالحيازة

عرف المتأخرين من المالكية الحيازة بأنها: "وضع اليد على الشيء مع ادعاء تملكه أو التصرف فيه عشرة أعوام فأكثر على عين المدعي الذي سكت عن ملكه من غير عذر، ومحلها ما جهل أصل مدخل الحائز أو علم، وكان ينقل الملك عن الأول مثل الشراء، أو التبرع منه على الحائز أو ورثته".

إلا أنهم أقروا في الوقت ذاته عدم تأثيرها على الأموال الموقوفة وقفاً عاماً يقول العدوي في حاشيته: "ومثلها لو حاز مسجداً أو محلاً موقوفاً على غيره فلا يملك الحائز ولو طال الزمان، لأن الحيازة لا تنفع في الأوقاف، كما لا تنفع في وثائق الحقوق، و للمستحقين فيها القيام به ولو طال الزمان²".

كما أن الفتوى وقعت بكون الأحباس لا تحاز ولا يؤثر عليها طول المدة، والأمثلة كثيرة نذكر منها ما ورد في المعيار الجديد من أن عدم سماع البينة مع اكتمال شروط الحيازة إنما هو مقيد بحق الآدمي، و أما حق الله كوقف، وبناء طريق فتسمع البينة ولو طال مدة الحيازة وزادت عن المدة المعتبرة³. كما أفتى ابن رشد في جماعة وضعوا أيديهم على أملاكهم ومورثتهم نحو سبعين سنة يتصرفون فيها بالهدم و الغرس، والتعويض والقسمة وغيرها من أوجه التفويت، ثم ادعى عليهم بوقفيتها شخص حاضر عالم بذلك كله. فأجاب: إذا ثبت الحبس

1 قرار المجلس الأعلى عدد:3249، الصادر بتاريخ:2007/10/10، ملف مدني عدد:2005/2/1/3329، قرار منشور ضمن كتاب المنازعات الوقفية، لذكرياء العماري، ج:1، ص:23.

2 علي ابن أحمد الصعيدي العدوي: حاشية العدوي على شرح أبس الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، الجزء:2، مطبعة دار الرشاد الحديثة بالدار البيضاء، السنة:1992/1412، ص:341.

3 أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، م:س، الجزء:9، ص:612.

وملك المحبس ما حبسه يوم حبسه، وأعذر إلى المقوم عليهم فلم تكن لهم حجة إلا سكوت القائم وغيره مع طول ذلك، لم ينفعهم والقضاء بالحبس واجب و الحكم به لازم، والله أعلم.

وسيرا على نفس النهج اعتبر المشرع المغربي من خلال المادة 260 من مدونة الحقوق العينية أن الحيابة المستوفية لشروطها يترتب عنها اكتساب الحائز لملكية العقار، إلا أنه بالمقابل استثنى من خلال المادة 61 من نفس القانون، بعض الأملاك التي لا يمكن أن تكتسب بالحيابة منها الأملاك المحبسة، نظرا لمنفعتها العامة، وهذا ما كرسته مدونة الأوقاف كذلك من خلال المادة 51 لتصبح بذلك الحيابة غير عاملة في مواجهة الأملاك الموقوفة، كما أكد على ذلك القضاء حيث نقرأ في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي: "إن الحبس لا يحاز عليه، لذا فدعوى الحوز أو الملك اتجاه الملك الحبسي مسموعة، وناظر الأوقاف غير ملزم بالإدلاء باستمرار التصرف، لذلك يكون القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا والوسيلة غير مبنية على أساس"¹. إلا أن ما أقره هذا القرار يبقى رهين بإثبات التحبيس وملك المحبس لما حبس يوم التحبيس لأن ذلك شرط لاستحقاق الحبس.

لكن على العكس من ذلك نجد بعض التشريعات المقارنة، ومنها التشريع الليبي تعتبر الحيابة الطويلة تسري على كافة العقارات التي يجوز كسب ملكيتها بالتقادم، بما في ذلك العقارات الموقوفة²، وقد اعتبرت المحكمة العليا في ليبيا أن هذه القاعدة جاءت توفيقا للأوضاع، معللة ذلك بما يلي: "ليس ثمة جدال في أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على عدم جواز سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة، ولم يكن ذلك إلا توفيقا بين مقتضيات قواعد العدل وبين قاعدة أصلية في الشرع الإسلامي تحترم اكتساب الملكية بطريق الغصب"³. وهذا ما تبنته كذلك محكمة النقض المصرية بقولها: "إن قاعدة الشريعة الإسلامية

¹ قرار المجلس الأعلى عدد: 220 الصادر تاريخ: 1996/03/21، ملف إداري عدد 95/1/5/445، قرار منشور ضمن كتاب المنازعات الوقفية، م، س، ص: 150.

² تنص المادة 974 من القانون المدني الليبي على ما يلي: " في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحيابة مدة ثلاث وثلاثين سنة".

³ جمعة محمود الزريقي: أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في التشريع الليبي، مقال منشور بمجلة أوقاف، العدد 16، السنة: 2009، ص: 27.

في الترك الموجب لعدم سماع دعوى الوقف بعد ثلاث وثلاثين سنة، مقتضاها أن الدعوى في شأن عين الوقف لا تسمع بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة من اغتصاب الغير لها، وإهمال الناظر المطالبة بها"¹. وهذه الدفوعات التي أخذت بها هذه التشريعات هي مردودة لعدم وجاهتها، لأن المشهور في مذهب الإمام مالك هو جواز سماع دعوى الوقف مهما طالت مدة حيازته، لأن الحيازة لا تنفع في الأوقاف التي تتمتع بخصوصيات تميزها عن الملكيات الأخرى.

وقد حاول التشريع الليبي التلطف من حدة هذه القاعدة وذلك بعد صدور قانون التسجيل العقاري الذي نص في المادة 74 منه على أنه: "لا يجوز بأي حال الإدعاء بملكية العقارات الموقوفة وفقا عاما استنادا إلى الحيازة ووضع اليد..."². لكن التطبيق القضائي لهذه المادة عرفا نوعا من التضارب، حيث قضت المحكمة العليا في ليبيا في حكم لها بما يلي: "...يترتب على أن المادة 974 من القانون المدني التي تنص على أنه في جميع الأحوال لا تكسب الأموال الموقوفة بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة، لا تسري على العقارات الموقوفة التي لم تسجل وثيقتها، وإنما تسري عليها المادة 972 والخاصة بالحيازة المكسبة إذا استمرت خمس عشر سنة دون انقطاع"³. وهذا يبين التطبيق غير السليم لمقتضيات القانون المدني الليبي، والذي من خلاله أفرد المشرع الليبي مقتضيات خاصة بالعقارات الموقوفة وفقا عاما دون أن يميز بين العقارات المسجلة وغير المسجلة.

لكن بمجرد صدور قانون الوقف الليبي رقم 124 لسنة 1972/1392 حسم الخلاف حول هذه النقطة لكونه قانون خاص يقيد العمل بالقانون العام، وبالتالي فنص المادة 974 من القانون المدني الليبي المشار إليها سالفا لا يمكن إعمالها.

1 المرجع السابق ص:28.

2 صدر قانون التسجيل العقاري الليبي بتاريخ 2 جمادى الأولى 1385هـ الموافق 28 شتنبر 1965.

3 جمعة محمود الزريقي: أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في التشريع الليبي، م، س، ص:29.

المطلب الثاني: عدم جواز حجز المال الموقوف والتصرف فيه

الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته ابتداءً أو مآلاً لوجوه البر والإحسان، وتحقيق منفعة عامة، لهذا كان من البديهي أن يبقى هذا المال بمنأى عن وقوع الحجز عليه (الفقرة الأولى)، كما لا يمكن التصرف فيه إلا وفق المنصوص عليه قانوناً (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: عدم جواز حجز المال الموقوف وقفاً عاماً

الحجز العقاري هو وسيلة من وسائل البيوع الجبرية التي تنصب على حق التصرف أو تخول للدائن التنفيذ على ممتلكات المدينين¹.

و الحجز كتصرف يقترن بالبيع، ذلك أن الأملاك التي يمكن الحجز عليها هي التي يصح التصرف فيها و هذا يدعونا إلى التساؤل حول إمكانية إيقاع الحجز عن الأموال الموقوفة وقفاً عاماً؟

بالرجوع إلى نص الفقرة الأخيرة من الفصل 488 من ق.م.م نجدتها تنص على ما يلي: "... لا يقبل بصفة عامة التحويل و الحجز جميع الأشياء التي يصرح القانون بعدم قابليتها لذلك".

و القانون صريح بخصوص عدم قابلية الأموال الموقوفة للحجز ذلك أن المادة 51 من المدونة تنص على ما يلي: "يترتب على اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه..."

و بالتالي يمكن القول أن إيقاع الحجز لا يمكن أن يستقيم مع الطبيعة الخاصة التي تنفرد بها الأموال الموقوفة وقفاً عاماً، و التي تجعلها تحتل مرتبة تكاد تعلو عن مرتبة الأموال

1 سعى المشرع المغربي من خلال ق.م.م إلى حماية المدين باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة و ذلك من خلال فرض مجموعة من الإجراءات و الشروط التي يجب على الدائن التقيد بها قبل توقيع الحجز، و يصطاح عليها بمقدمات التنفيذ الجبري، أي الإجراءات الممهدة لإيقاع الحجز، و التي تقتضي أن يكون للدائن سند تنفيذي ينصب على حكم إلزامي و حائز لقوة الشيء المقضي به، كما يجب عليه تسجيل الحكم بتوقيع الحجز لدى إدارة التسجيل و التتمبر، كما يجب عليه أيضاً تقديم الطلب قصد التنفيذ حسب نص الفصل 429 من ق.م.م، بالإضافة إلى تبليغه للحكم المذيل بالصيغة التنفيذية للمدين و إعداره بالوفاء حسب الفصل 440 من ق.م.م كذلك.

العامة، كما أن الموقوف عليه لا يملك إلا حقي الاستعمال و الاستغلال، أما حق التصرف الذي يقع عليه الحجز لا يملكه، لأنه يتنافى مع طبيعة الحبس الذي هو تملك المنافع و ليس تملك للثروات¹.

الفقرة الثانية: عدم جواز التصرف في المال الموقوف وقفا عاما

انعقد إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحبس لا يباع و لا يوهب و لا يورث، لأن جوهره هو حق انتفاع دائم، يصرف على جهات عامة أو خاصة، و يخول للموقوف عليه حقي الاستعمال و الاستغلال دون التصرف بأي وجه من أوجه التصرفات الناقلة للملكية، ما عدا ما استثني من هذه التصرفات بنص خاص، أو خضوعها إلى رقابة خارجية من خلال المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، الذي يعمل على التأكد من احترام الضوابط الشرعية و القوانين و الأنظمة و الإجراءات الواجب التقيد بها، و لا سيما تطابق التصرفات المجراة على الممتلكات الوقفية من كراء و معاوضة و غيرهما، وكذا عمليات السمسرة، أو طلب العروض أو الاتفاق المباشر مع أحكام مدونة الأوقاف.

وهذا ما كرسته مدونة الأوقاف من خلال مادتها 51 التي تنص على ما يلي: "يترتب على اكتساب المال لصفة الوقف العام، عدم جواز التصرف فيه إلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة".

وهو ما يؤكد حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بادن سليمان ورد فيه ما يلي: "وحيث إنه طبقا للفصل 75 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة فإن الأحباس تبقى خاضعة للقوانين و الضوابط الإسلامية التي تجري عليها.

وحيث تبعا لذلك فإن العقد المبرم بين المدعين و مورث المدعى عليهم يبقى عقدا باطلا لكونه انصب على عين موقوفة لا يجوز بيعها أو التصرف فيها بأي وجه من أوجه

1 قرار المجلس الأعلى، عدد: 85، ملف شرعي عدد: 601/96.

التفويت، و لكونه كان الهدف من التفويت فإن العقد عنون بعقد تفويت، و أنه لم يكن تنازل عن حق استغلال كما ادعى الطرف المدعى عليه وفقا لما جرى به العمل في الجماعة السلالية مما يكون معه طلب المدعين مرتكزا على أساس قانوني سليم و يتعين بالتالي إفراغ المدعى عليهم، أو ما يقوم مقامهم أو بإذنتهم، من البقعة الفلاحية موضوع الدعوى¹.

ومما تجب الإشارة إليه في هذا الصدد هو الاستثناءات الواردة حول قاعدة منع التصرف في الأموال الموقوفة وفقا عاما، ذلك أن رأي المشرع المغربي جاء متطابقا مع ما أفتى به المتأخرين من المالكية في جواز التصرف في أصل المال الموقوف بشكل استثنائي، عن طريق معاوضته نقدا أو عينا إذا انعدمت منفعته، لتعويضه بما هو أنفع وأجدى منه، كما أجازو بيع غلته، وكل ما يتأثر بالفناء و تتلاشى منفعته، وقد أورد سحنون قول مالك بأن الدواب إذا ضعفت و لم تبق فيها قوة على الغزو فإنها تباع و يشتري بثمانها غيرها، و أن الثياب الموقوفة إذا بليت تباع، و قد كان هذا موقف ربيعة الرأي شيخ مالك و هو قول الليثي أيضا².

كما أجاب أحد الفقهاء بخصوص بيع الغلة و نصه: "الحمد لله، نص غير واحد من الائمة على جواز بيع الحبس إذا انقطعت منفعته كلية أو قلت جدا، أو غلته لا تفي بصائره، فيباع في هذه الصور الثلاث و يستبدل به غيره مما هو أنفع للحبس. و في معنى هذا بيع بعضه فقط لإصلاح جله إذا تخرب و افتقر للإصلاح و لا مال يصلح به، لأنه إذا لم يبع بعضه للإصلاح يؤدي ذلك إلى فساده جملة و انقطاع منفعته كلية³.

والمشرع المغربي بدوره لم يتغافل عن تقنين مسطرة بيع منتوج الأشجار والغلل ومواد المقالع العائدة للأوقاف العامة، حيث أوجب بمقتضى المادة 61 من المدونة أن تخضع جميع البيوعات المتعلقة بمنتوج الأشجار و الغلل و مواد المقالع العائدة للوقف العام،

¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بابن سليمان عدد:142 ملف عدد: 51/11 صادر بتاريخ:2011/11/28 منشور ضمن سلسلة النظام القانوني للأحكام الوقفية. ج: 1، ص: 228.

² عادل حاميدي: التصرفات الواردة على العقار غير المحض بين الفقه الإسلامي والفراغ القانوني، الطبعة الأولى، السنة:2006، المطبعة والوراقة الوطنية بمرآكش،ص:188.

³ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى، ج:8، م،س،ص:396.

لإجراءات السمسة أو لطلب العروض، إلا في حالة الغلل المعروضة للتلل، فإنه استثناء
يمكن إجراء البيوع الخاصة بشأنها عن طريق الاتفاق المباشر.
والغاية من وراء كل ذلك هو تحقيق مصلحة ظاهرة للوقف من أجل استمراره وتنميته .

الفرع الثاني
التصرفات الجارية على الإنتفاع
بالمال الموقوف



الفرع الثاني: التصرفات التجارية على الإنتفاع بالمال الموقوف

تتمتع الأوقاف العامة برصيد عقاري متجدد وقابل للاستثمار¹، وهو ما أعطى الانطباع لدى الكثير من الباحثين والمهتمين بهذا المجال على أن النصوص والضوابط الكرائية للوقف على الخصوص لم تعد مواكبة ومسايرة لمتطلبات العصر .

وهذا الوضع فرض على المشرع ضرورة مراجعة النصوص القانونية الخاصة بالكراء الحبسي، لجعلها أكثر مواءمة للظروف الاقتصادية المحيطة، والتراجع عن الظواهر التي كانت تنظم هذا الكراء باعتبارها كانت كلها مرتبطة بالأوضاع التي كانت عليها أكرية الأملاك الحبسية من ضياع وإهمال، إضافة لما تتميز به من عدم الانسجام وركاكة في الأسلوب، وذلك بوضع مقتضيات جديدة خاصة بكراء الأملاك الموقوفة وقفا عاما، تساير الأوضاع الاقتصادية الحالية، وتزيل في الوقت ذاته أوجه الحماية غير الضرورية (المبحث الأول).

كما عمل المشرع من خلال مدونة الأوقاف على محاولة تخليص ممتلكات الأوقاف من الحقوق العرفية التي رتبها عقود الكراء الطويلة، وذلك بتصفية ما تبقى منها، وعدم السماح بإنشاء أخرى جديدة (المبحث الثاني).

¹ يتوزع عدد العقارات الموقوفة الحضرية بين المحلات السكنية والتجارية والحمامات وغيرها من المباني ذات العائد وتكرى بأجرة معينة شهرية. ويبلغ عددها 52.879 وحدة تتوزع حسب نوع الاستعمال على النحو التالي:

- 13978 وحدة للاستعمال السكني وتمثل نسبة 26%
- 27232 وحدة للاستغلال التجاري والخدمات وتمثل نسبة 52%
- 10794 ملكا متقلا بالمنافع وتمثل 20%
- 875 قطعة عارية وتمثل 2%
- محمد الكوراري: التجربة المغربية في الاستثمارات الوقفية، بحث مقدم للندوة الدولية لمجلة أوقاف الكويتية، م، ص، 5.

المبحث الأول: كراء الأملاك الموقوفة وقفا عاما

الكراء في الأصل هو عقد بمقتضاه يتم الاتفاق على أن يمنح أحد طرفيه للآخر، وهو المكري، منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجره محددة يلتزم الطرف الآخر، وهو المكتري، بدفعها له¹، وقد نظم المشرع المغربي أحكامه العامة بمقتضى الفصول 627 إلى 722 من قانون الالتزامات والعقود².

وما يتبين من خلال تعريف هذا العقد أنه ينصب على منفعة الشيء سواء كان عقارا أو منقولا، وإضافة إلى ما تقتضيه طبيعة هذا العقد حسب القواعد العامة، فإن كراء الأموال الموقوفة يخضع لتنظيم خاص، على اعتبار أنه من أهم التصرفات الجارية على الانتفاع بالأموال الموقوفة وقفا عاما، والملاحظ أن المشرع المغربي عند صياغته للأحكام المتعلقة بهذا التصرف تفادى كثيرا ما كان يطبع النصوص القانونية التي كانت تنظمه من قبل، والتي كانت مطبوعة بالتشتت وعدم الانسجام، إضافة إلى ركاكة الأسلوب، وغموض الصياغة المتولدة عن اللغة المعيبة لهذه النصوص.

كما نجده لم يتغافل في الوقت ذاته عن استحضار أحكام الكراء المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، والقوانين ذات الصلة، نظرا لوعيه بأن استثمار الأملاك الوقفية بواسطة الكراء يشكل أهم الوسائل التي تستغل عن طريقها الأموال المحبسة بالمغرب، أمام

1 محمد الكشور: الكراء المدني والكراء التجاري، قراءة في ظهيري 24 ماي 1955 و25 دجنبر 1980، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة، الطبعة الثانية، ص:20.

2 أعطى المشرع المغربي اهتماما خاصا لتنظيم عقد الكراء، حيث عرفه بمقتضى الفصل 627. كما بين آثاره بمقتضى الفصول 635 إلى 685، وحدد طرق انقضائه من خلال الفصول 687 إلى 699، كما تطرق إلى عقود الكراء الفلاحية من الفصول 700 إلى 722.

وعقد الكراء هو من العقود المسماة التي نص عليها المشرع ضمن الكتاب الثاني المخصص لمختلف العقود، وأشبه العقود التي ترتبط بها.

للمزيد من الإيضاح حول تقسيمات العقود أنظر:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري: شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد مطبوعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ص:122 وما بعدها.
- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول، م، ص:46/45.

قصور صور الاستثمار الأخرى، بحيث تشكل حصيلته ما يفوق ثلثي المداخيل التي تدرها الأصول الوقفية¹، وهذا اقتضى التنصيب على مقتضيات دقيقة تضمن تنميته، وحمايته لاستمرار الانتفاع به، والاستفادة منه أكبر مدة ممكنة، ولعل هذا ما يبرر تخصيص المشرع لكراء الأموال الموقوفة العديد من مواد مدونة الأوقاف، حيث أشار إليه في المواد 60 الى 62 حينما تطرق للتصرفات الجارية على الأموال الموقوفة وقفا عاما، ونظمه بشكل خاص ودقيق في المواد 80 الى 102 .

وللإحاطة أكثر بالمقتضيات القانونية التي تؤطر كراء الأموال الموقوفة وقفا عاما سوف يتم تقسيم هذا المبحث على الشكل التالي:

المطلب الأول: شروط تكوين عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما
المطلب الثاني: انتهاء عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما وآثاره.

المطلب الأول: شروط تكوين عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما

تخضع جميع عقود الكراء العادية لمبدأ التراضي الذي يمثل أهم شرط في عملية التعاقد²، وينحل التراضي عادة إلى إيجاب يصدر من شخص يطلب من شخص آخر أن يتعاقد معه، وفقا لشروط محددة في ذلك الإيجاب، بحيث إذا ما قبلت من الجانب الآخر، أي تطابقت الإرادتان أبرم العقد³، إلا أن دور هذا المبدأ يتقلص بشكل جلي عند إنشاء عقد كراء حبسي، والسبب في ذلك يرجع إلى طبيعة هذا العقد، الذي يجمع بين طرفين غير متساويين

1 زكرياء العماري: مراجعة السومة الكرائية للمحلات الحبسية بين واقع النص وإكراهات التطبيق مقال منشور بسلسلة الأعداد الخاصة لمجلة الحقوق المغربية، العدد الثالث، السنة: أكتوبر 2011، ص:191.

2 التراضي هو جوهر العقد، ولا قيام لهذا الأخير بدون، لأنه التعبير الحقيقي عن الإرادة، وقد نظم المشرع المغربي أحكام التراضي في العقد إلى جانب ما يتصل بالإيجاب والقبول وما يرتبط بهما في الفصول 19 إلى 38 من قانون الالتزامات والعقود.

وللإحاطة أكثر بمبدأ رضائية العقود أنظر:

• امحمد الأمراني زنطار، أحكام رضائية العقود بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة:1989، ص:40 وما بعدها.

3 محمد الكشور: الكراء المدني والكراء التجاري، م، س، ص:25.

في مراكزهما القانونية، إدارة للأوقاف، لا تملك إلا حق الإدارة والإشراف والولاية على الشيء المحبس، ومكتري لا يعي في كثير من الأحيان حجم الالتزامات المفروضة عليه.

وبالتالي كان تدخل المشرع واجبا للتضييق من دائرة عدم التوازن التي تطبع طرفي هذا العقد المثير للجدل، فكرس جملة من الإجراءات الشكلية (الفقرة الأولى)، و الموضوعية التي يمكن اعتبارها تطورا تشريعا متميزا بالنسبة للكراء الحبسي، حيث حاول المشرع من خلالها معالجة الكثير من أحكامه ابتداء من إبرامه إلى حين انتهائه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط الشكلية لتكوين عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما

كرس المشرع المغربي مجموعة من الإجراءات الشكلية التي كان معمولا بها لإبرام هذا العقد، والمتمثلة أساسا في مسطرة السمسرة أو طلب العروض وجعل من هذه الشكلية ركنا أساسيا لانعقاد هذا العقد (أولا) كما أنه ولحالات استثنائية تقتضيها ظروف معينة فتح الباب أمام إمكانية إبرام عقد الكراء عن طريق الاتفاق المباشر (ثانيا).

أولا: مسطرة السمسرة أو طلب العروض:

اتفق جمهور الفقهاء على أن عقد الكراء هو عقد على منفعة معلومة، بعوض معلوم¹، بمعنى توافق إرادتي المكري والمكتري² على أن يتخلى الأول منهما للثاني عن منفعة شيء ما قد يكون منقولاً وقد يكون عقارا، لقاء مبلغ مالي يؤدي عادة من الثاني للأول بكيفية دورية³،

1 نادرة محمود سالم : عقد إيجار الأماكن بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، مطبعة دار النهضة العربية، السنة: 1995، ص: 7.

2 أطراف عقد الكراء تتحدد فيما يلي:

أولا: المكري: الأصل أن يكون مالك الشيء هو المكري إلا أنه قد يقوم بإكراء الشيء غير مالكة ويكون إكراءه صحيحا، ويكون له حق مقاضاة المكترين كالمالك نفسه، فعلى سبيل المثال فإن ناظر الوقف له الحق في إبرام عقد كراء محل تابع لدائرة نفوذ النظارة التي يتولى تسييرها في إسم الأوقاف العامة.

ثانيا: المكتري: هو الشخص الذي يشغل الشيء المكتري مقابل أجره يدفعها، ويمكن لأي شخص أن يكتري لآخر عن طريق نيابة قانونية .

3 محمد الكشور: الحق في الكراء، عنصر من عناصر الأصل التجاري، دراسة في اطار ظهير 24 ماي 1955، والمدونة التجارية الجديدة، الطبعة الأولى، 1998، مطبعة النجاح بالدار البيضاء، ص: 5.

إلا أن التشريعات الخاصة بالأحباس قررت أن تتم عملية التعاقد لكراء حبسي في إطار السمسرة العمومية أو طلب العروض، وذلك لتحقيق نوع من الشفافية والمنافسة المشروعة¹.

والسمسرة كإجراء مسطري تحتمه شكيلات إبرام عقد الكراء الحبسي، ليس وليد مدونة الأوقاف، وإنما جرى العمل به منذ صدور ظهير 16 شعبان 1331 الموافق لـ 21 يوليوز 1913 المتعلق بتحسين حالة الأحباس العمومية. وهذه رسالة حسنية موجهة إلى القاضي أحمد بن الطالب بتاريخ 26 جمادى الثانية 1294هـ ناطقة عما قلناه إذ ورد فيهما ما يلي²:

"وبعد فقد بلغنا أن جميع ما لجانب الأحباس هناك من الأملاك والعقار وقع التساهل فيها والتعامي عن كرائها حتى إن من بيده محل منها يريد بقاءه بيده بالكراء البخس الذي لا بال له ولا يقبل بالزيادة فيه ولا الخروج منه، ويصير كأنه ملك له، وفي التغافل عن ذلك والسكوت عنه ما لا يخفى من الضرر والعش لجانب الأحباس، وقد كلفنا الله برد البال لذلك، ونحن قلدنا فيه القضاة والنظار ليراقبوا الله فيه، وعليه فالذي يكون عليه علمكم في أمر كراء الأحباس هو أن تسمسروها عند رأس كل سنة على وجه التفصيل حتى يقف كل محل منها على آخر زائد، ويتساوى فيه القوي والضعيف والمشروف والشريف، ومن امتنع من قبول الزيادة فيخرج من المحل الذي هو فيه، لأن هذا حق من حقوق الله، لا ينبغي التعامي عنه ولا التساهل فيه، فلا بد أمر الناظر بذلك وإلزامه العمل بمقتضاه وتوعده على العود للتعامي عن ذلك والتساهل فيه ولا بد، والسلام".

وإجراء السمسرة في حقيقته ما هو إلا دعوى للتعاقد، وعروض المتنافسين إيجابيات لا يكتمل التعاقد بشأنها إلا بقبول أحدهما من خلال المصادقة على نتيجة السمسرة من قبل من

1 تنص الفقرة الأولى من المادة 61 من مدونة الأوقاف على ما يلي: "تخضع جميع المعاضات والأكرية المتعلقة بالأموال الموقوفة وقفا عاما، وكذا البيوعات المتعلقة بمنتوج الأشجار والغلل ومواد المقالع العائدة للوقف العام، لإجراءات السمسرة أو لطلب العروض، شريطة التقيد بمبادئ المنافسة والمساواة بين المتنافسين، والالتزام بقواعد الشفافية والإشهار المسبق.

2 محمد الصوفي: دراسة النصوص المتعلقة بكراء الأملاك الحبسية ومعاوضتها وبيعها من الوجهة الفقهية والقانونية، مداخلة ملقاة ضمن الأيام الدراسية الخاصة بموضوع: التشريع الحبسي: الواقع والمستجدات، المنظم من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أيام 12.13.14 نونبر 1996، بمقر المجلس العلمي للرباط وسلا.

أوكل له القانون ذلك¹. وهو إدارة الأوقاف حسب نص المادة 82 من المدونة²، وعند حصول المصادقة تصبح محاضر السمسرة أو طلب العروض وثائق رسمية في دلالتها على انعقاد العقد وعلى حقيقة مضمونه ولذلك لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور³، كما أن هذه الشكلية تعتبر من النظام العام ولا يجوز مخالفتها، وهو ما أكده الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش ورد في حثياته ما يلي: "حيث إن ظهير 21 يوليوز 1913 هو المنظم للعلاقة الكرائية في ما يخص أملاك الأحباس، وأن الظهير نص على مسطرة إبرام هذا العقد، ولا يمكن لأي من الطرفين التنازل أو عدم إعمال أي قاعدة أو نص من قواعده، بوصفه يتضمن قواعد آمرة لا يملك الأطراف الاتفاق على مخالفتها، وإن عدم سلوك مسطرة المزاد العلني المنصوص عليها في الظهير لا يمكن إطلاقاً أن يتخذ ذريعة لتعطيل أحكامه"⁴. وهذا النظر إلى محاضر السمسرة أو طلب العروض يعني في نظر بعض الفقه عن التفكير في كتابة عقد الكراء⁵.

وبعد رسو المزاد على المكتري يؤدي مبلغ الضمان الذي يحدد بمقرر للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف⁶، وكذا صوائر السمسرة والوجيبة الكرائية، ولا يتسلم العين المكتراة إلا بعد التوقيع على العقد.

1 عبد الرزاق اصبيحي: مراجعة السومة الكرائية وفق أحكام مدونة الأوقاف مقال منشور بسلسلة الأعداد الخاصة لمجلة الحقوق المغربية، م:س، ص:181.

2 تنص المادة 82 من المدونة على ما يلي: "ينعقد الكراء بمصادقة إدارة الأوقاف على نتيجة السمسرة أو طلب العروض".

3 تنص المادة 62 من المدونة على ما يلي: "تعتبر محاضر السمسرة أو فتح العروض المتعلقة بالتصرفات الجارية على الأوقاف العامة حجة قاطعة على الوقائع المضمنة بها لا يطعن فيها إلا بالزور".

4 حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 30 شتنبر 1985، ملف مدني عدد: 85/854، حكم منشور بمجلة المحامي، العدد: 8، السنة السادسة 1986، ص: 75.

5 محمد شليح: التصرفات الجارية على الأموال الموقوفة وقفا عاما في ضوء مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة القبس المغربية، العدد الرابع، السنة يناير 2013، ص: 44.

6 يتحدد مبلغ الضمان في أغلب الحالات في دفع المكتري لمبلغ ثلاثة أشهر طبقاً للشرط الرابع من ظهير 21 يوليوز 1913، وفي حالة عدم الأداء يمكن لإدارة الأوقاف فسخ عقد الكراء بعد تأجيله ثمانية أيام للأداء ومطالبته بالتعويض، وهذا ما كرسه حكم قضائي ورد فيه ما يلي: "إنه طبقاً للمادة الخامسة من الباب الأول من ظهير 21 يوليوز 1913 فإن المكتري لم يؤدي كراء ثلاثة أشهر فيمهل أجل ثمانية أيام، فلأحباس الحق في فسخ عقد الكراء، وحيث أن المدعى عليه بعدم استجابته للإنذار بالأداء الموجه إليه يجعله في حالة مطل ويقع بالتالي تحت طائلة مقتضيات المادة المذكورة أعلاه الأمر الذي يستتبع التصريح بفسخ عقد الكراء القائم بينها وبين الجهة المدعية".

(...)

وأهم نتيجة لعملية السمسرة كونها المحدد الرئيسي للوجيبة الكرائية الحقيقية، وهذا قول يؤكد قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ورد في حيثياته ما يلي: "حيث يستخلص من المقتضيات المستنتجة من ظهير 21 يوليوز 1913 أن الإدارة لا يمكن لها أن تقدم على كراء الأملاك الحبسية بدون إجراء المزايدة العلنية حسب مسطرة المزاد العلني"¹.

كما أن فائدة السمسرة كذلك تظهر في الرفع من السومة الكرائية للمحلات الحبسية، لأن بفضلها لا يمكن أن تكون الوجيبة الكرائية إلا في اتجاه الزيادة دون النقصان، لأن ناظر الأوقاف ملزم ألا يكرى الأعيان الموقوفة وقفا عاما بأقل من كراء المثل، وهذا ما كرسته مدونة الأوقاف من خلال مادتها 80 التي تنص على ما يلي: "تكرى الأموال الموقوفة وقفا عاما بإذن من إدارة الأوقاف، ولا يجوز كراؤها بأقل من كراء المثل".

ومضمون هذه المادة يساير به المشرع المغربي بعض التشريعات المقارنة منها التقنين المدني المصري الذي ينص في المادة 632 منه على ما يلي: "في إجارة الوقف، تكون العبرة في تقرير أجر المثل بالوقت الذي أبرم فيه عقد الإيجار، ولا يعتد بالتغيير الحاصل بعد ذلك، وإذا أجر الناظر الوقف بالغبن الفاحش وجب على المستأجر تكملة الأجرة إلى أجر المثل وإلا فسخ العقد".

ثانيا : مسطرة الاتفاق المباشر:

إن القاعدة العامة المعمول بها لكراء المال الموقوف وقفا عاما - كما مر بنا - هو خضوعه لمسطرة السمسرة العمومية أو لطلب العروض، لكن إذا لم تسفر هذه السمسرة العمومية أو طلب العروض عن أي نتيجة، وذلك في حالة غياب المتنافسين، أو عدم إقبالهم لكراء المحلات المعروضة للسمسرة، تقوم إدارة الأوقاف بمعاودة السمسرة أو طلب العروض للمرة الثانية، فإذا كانت النتيجة مماثلة للأولى فإن إدارة الأوقاف تلجأ استثناء إلى إبرام عقد

حكم عدد: 06/1610، ملف عدد: 06/589، صادر بتاريخ 20/11/2006، حكم غير منشور.

1 قرار المجلس الأعلى عدد: 63/313، ملف اداري عدد: 62/11078، بتاريخ 15 يوليوز 1963، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، السنة: 1997، ص: 67.

كراء المال الموقوف وفقا عاما عن طريق الاتفاق المباشر، وذلك بناء على قرار معلل تتخذه استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة 61 من المدونة التي تنص على ما يلي: "...وفي حالة تعذر إجراء السمسرة أو طلب العروض، أو أجري أحدهما لمرتين متتاليتين دون أن يسفر عن أي نتيجة، جاز للسلطة الحكومية المكلفة بالأوقاف بموجب مقرر معلل إجراء المعاوضات والأكرية المذكورة عن طريق الاتفاق المباشر".

لكن الفقرة الثالثة من المادة المشار إليها أعلاه تنص على حالة أخرى يمكن من خلالها إبرام عقد الكراء عن طريق الاتفاق المباشر وهي حالة الأكرية المتعلقة بالعقارات الوقفية المخصصة لاحتضان منشآت أو تجهيزات عمومية، حيث يكون متوافقا مع الغرض الذي أنشئت من أجله العين الموقوفة.

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية لتكوين عقد كراء المال الموقوف وفقا

عاما

إذا كان جوهر عقد الكراء هو تمكين المكثري من الانتفاع بالعين المكتراة، فإن هذا الانتفاع لا يتصور إلا ممتدا في الزمن لأن المدة عنصر جوهري وتكملة ضرورية لمنفعة الشيء المؤجر¹، وذلك لضمان الاستمرار القانوني للعلاقة الكرائية بين طرفي العقد.

وبالرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، نجد أن المدة كشرط موضوعي لانعقاد عقد الكراء هي إما محددة أو غير محددة إلا أن مدونة الأوقاف حسمت الأمر وجعلت مدة كراء الأملاك الموقوفة وفقا عاما مدة محددة، كما جعلتها أساسا للتمييز بين أنواع عقد الكراء الحبسي الفلاحي(أولا)، وغير الفلاحي(ثانيا)، وهذا ما يجعل أحكام كراء الأموال الموقوفة أكثر انسجاما مع طبيعتها.

1 الحسين بلحساني: البيع والكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، مطبعة دار النشر الجسور بوجدة، السنة: 2001، ص:166.

أولاً : كراء الأراضي المحبسة الفلاحية:

تحدد مدة كراء الأراضي الفلاحية حسب المادة 98 من المدونة في ست سنوات قابلة للتجديد مرتين بطلب من المكثري قبل انتهائها بستة أشهر على الأقل، شريطة موافقة إدارة الأوقاف و الزيادة في السومة الكرائية بنسبة لا تقل عن عشرين في المائة من هذه السومة عند كل تجديد، لكن هذا لا يعني إقصاء المكثري الذي انتهت مدة كرائه من المشاركة في السمسرة أو طلب العروض رغبة منه في ربط علاقة كرائية جديدة مع إدارة الأوقاف بنفس الشروط المشار إليها أعلاه.

ثانياً : كراء الأراضي المحبسة غير الفلاحية:

بالرجوع إلى نص المادة 94 من المدونة نجد أن الأملاك الوقفية غير الفلاحية، تكرر لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، غير أنه يمكن تجديد هذه المدة مع المكثري قبل انتهائها بثلاثة أشهر، شريطة موافقة إدارة الأوقاف، و الزيادة في السومة الكرائية بنسبة لا تقل عن عشرة في المائة من هذه السومة عند كل تجديد، و هذا يبين أن المشرع المغربي عند تنظيمه لأحكام الكراء غير الفلاحي لم ينص على عدد مرات التجديد، و إنما ترك المجال مفتوحاً أمام المكثري لتقديم طلب تجديده كلما دعت مصلحته إلى ذلك، وهذه محاولة من المشرع لإدخال الملك الحبسي في دائرة الاستثمار المستدام.

المطلب الثاني: آثار عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما و انتهاءه

يرتب عقد الكراء الحبسي كغيره من عقود المعاوضة التزامات متبادلة بين طرفيه (الفقرة الأولى) تمتد آثارها إلى حين انتهائه (الفقرة الثانية).

¹ تصل مساحة الأراضي الفلاحية الحبسية إلى ما يناهز 80.000 هكتار موزعة على ما يفوق 200.000 قطعة، غالبها يؤجر سنويا للفلاحين لمدد مختلفة، ومنها بعض الأراضي التي قامت الوزارة باستثمارها بالغرس والاستصلاح وتسييرها مباشرة وتبيع غلها بالمزاد العلني.

• محمد الكوراري: التجربة المغربية في الاستثمارات الوقفية، بحث مقدم للندوة الدولية لمجلة أوقاف الكويتية، م،س، ص: 4.

الفقرة الأولى: آثار عقد الكراء

تتمثل آثار عقد الكراء بالنسبة للمكثري في تمكين المكثري من الانتفاع بالعين المكتراة، و ذلك عن طريق تسليمه الشيء المكتري وملحقاته (أولاً)، و بالمقابل فإن المكثري يلتزم باستعمال العين المكتراة فيما أعدت له و المحافظة عليها و ردها بعد انتهاء العقد بالإضافة إلى دفع الأجرة طيلة سريانه (ثانياً).

أولاً: التزامات مكثري المال الموقوف وفقاً عاماً:

تحدد التزامات إدارة الأوقاف بصفتها مكثري المال الموقوف وفقاً عاماً فيما يلي:

1- تسليم العين المكتراة:

يعتبر التسليم من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق المكثري، و قد أحال المشرع المغربي بصدده على الأحكام المقررة لتسليم الشيء المبيع في عقد البيع¹.
و غالباً ما تتم عملية التسليم باتفاق الطرفين، إلا أن تسليم العين الحسبية المكتراة لا يتم إلا بعد المصادقة على نتيجة السمسرة أو طلب العروض و التوقيع على العقد، و ذلك حسب منطوق الفقرة الأولى من المادة 83 من المدونة التي تنص على ما يلي: " لا يتسلم المكثري العين المكتراة إلا بعد التوقيع على العقد.

يقبل المكثري العين على حالتها، فإن حصل تأخير في تسليمها جاز له استرداد أجرة الكراء بعد مدة التأخير".

ويتسلم المكثري العين المكتراة له على الحالة التي هي عليها، و التي من المفروض أن يكون قد اطلع عليها قبل انعقاد العقد و التوقيع عليه. وفي حالة تأخر التسليم يحق للمكثري

¹ ينص الفصل 636 من ق.ل.ع. على ما يلي: " تسليم الشيء المكتري ينظم بمقتضى الأحكام المقررة لتسليم الشيء المبيع".

في هذه الحالة المطالبة باسترجاع مبلغ كراء المدة المتأخر بشأنها و ذلك على حسب الفقرة الثانية من المادة 83 من المدونة.

2- قيام إدارة الأوقاف بالإصلاحات الكبرى

إذا رغب المكتري في القيام بالإصلاحات البسيطة التي يمكن أن يدخل تحسينات من خلالها على العين المكتراة فله ذلك، لكن شريطة الحصول على إذن من إدارة الأوقاف.

لكن إذا تعلق الأمر بإصلاحات كبرى ترمي إلى الحفاظ على العين المكتراة، خصوصا فيما يتعلق بالعناصر التي يتركز عليها ثباتها أو صلابتها وكذا جميع العناصر المكونة لها أو الملازمة لها فإن هذه الإصلاحات تقع على عاتق المكري - إدارة الأوقاف¹ - ولا دخل للمكتري بشأنها.

وفي حالة وقوع نزاع بين المكري والمكتري حول طبيعة هذه الإصلاحات هل هي بسيطة أم كبرى فإن الاختصاص في هذه الحالة ينعقد للسلطة التقديرية للقضاء.

3- ضمان التعرض القانوني:

علاوة على ما تم بسطه سابقا، فإن التزام المكري بتسليم العين المكتراة للمكتري يرتبط بتمكينه من الانتفاع بهذه العين انتفاعا هادئا و مستقرا، إذ يسأل المكري عن كل ما من شأنه أن يحول دون الانتفاع أو ينال منه، لأنه ضامن لعدم التعرض والاستحقاق²، إلا أن هذا الالتزام في إطار التشريع الحبسي يظل مهددا إذا ما قارناه بالقواعد العامة. ذلك أنه بالرجوع

1 تنص المادة 89 من المدونة على ما يلي: "لا تلتزم إدارة الأوقاف إلا بالإصلاحات التي ترمي إلى المحافظة على العين المكتراة".

2 ينص الفصل 643 من ق.ل.ع على ما يلي: "الضمان الذي يلتزم به المكري للمكتري يرد على أمرين

أولاً: الانتفاع بالشيء المكتري و حيازته بلا معارض؛

ثانياً: استحقاق الشيء و العيوب التي تشوبه..."

كما أن الفصل 644 منه كذلك ينص على ما يلي: "الالتزام بالضمان يقتضي بالنسبة إلى المكتري التزامه بالامتناع عن كل ما يؤدي إلى تعكير صفو حيازة المكتري أو إلى حرمانه من المزايا التي من حقه أن يعول عليها بحسب ما أعد له الشيء المكتري و الحالة التي كان عليها عند العقد".

إلا نص الفقرة الأولى من المادة 88 من المدونة نجد أن إدارة الأوقاف لا تضمن أي تشويش مادي حاصل من الغير، إلا إذا وصل هذا الادعاء إلى درجة حق على العين المكتراة من شأنه أن يتعارض مع الحق الشخصي للمكتري، و المتمثل في انتفاعه بالعين، إلا أن هذا الضمان رهين بإخطار إدارة الأوقاف في حالة حدوث تعرض قانوني من الغير فور حصوله و إلا فقد حقه في الحصول على تعويض.

ثانياً: التزامات مكتري المال الموقوف وقفا عاماً:

تجد التزامات المكتري أساسها القانوني في كل من القواعد العامة، و الضوابط الخاصة المنظمة للكراء الحسبي، إذ يلتزم المكتري مقابل انتفاعه بالعين المكتراة باستعماله لهذه الأخيرة فيما أعدت له (3) والمحافظة عليها وردها سالمة عند انتهاء الكراء (2)، وقبل كل هذا يلتزم المكتري بدفع الوجيبة الكرائية وفق ما تم الاتفاق عليه مسبقاً (1).

1- إلتزام المكتري بآداء الوجيبة الكرائية:

يعد عقد الكراء من العقود الملزمة للجانبين، وعليه، فالمكتري مقابل انتفاعه بالعين المكتراة ملزم بآداء واجبات الكراء، ولا يعفيه من هذا الإلتزام إلا الآداء أو الإبراء¹. وبالتالي فعدم آداء كراء ثلاثة أشهر بالنسبة للعقارات الفلاحية خلال ثمانية أيام من تاريخ توصل المكتري بالإندار بالآداء يجعل هذا الأخير مخلاً بالتزامه، وفي حالة مطل موجب لفسخ العقد والتعويض². وفي هذا الصدد قضت المحكمة الابتدائية بوجدة بما يلي³: "حيث توصل المدعي العام بالإندار بالآداء ومنح له أجل ثمانية أيام، إلا أنه تقاعس عن الآداء مما يجعله في حالة مطل تستحق عنه الجهة المدعية تعويضا تحدده المحكمة في مبلغ 3000 درهم".

1 حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد 08/2373 في الملف عدد 08/4158 صادر بتاريخ 2008/12/15 حكم غير منشور.

2 تنص المادة 95 من المدونة على ما يلي: "إذا لم يؤد المكتري كراء ثلاثة أشهر داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ توصله بإندار بالآداء، اعتبر في حالة مطل، وترتب عنه الحق في فسخ العقد مع التعويض".

3 حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد: 07/1340 بتاريخ 07/10/29 : حكم غير منشور.

أما فيما يخص العقارات الفلاحية فالمدونة لم تحدد المدة التي من خلالها يمكن اعتبار المكتري مخلا بالتزامه، لكن بالرجوع إلى الفصل 255 من ق.ل.ع. فإن المدين يصبح في حالة مطل بمجرد: حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام.

فإن لم يعين للالتزام أجل، لم يعتبر المدين في حالة مَطْل إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح للوفاء بالدين، ويجب أن يتضمن هذا الإنذار ما يلي:

1 - طلب موجه إلى المدين لتنفيذ التزامه في أجل معقول؛

2 - تصريح بأنه إذا انقضى هذا الأجل فإن الدائن يكون حرا في أن يتخذ ما يراه مناسباً إزاء المدين.

ويجب أن يحصل هذا الإنذار كتابة، ويسوغ أن يحصل ولو ببرقية أو برسالة مضمونة أو بالمطالبة القضائية ولو رفعت إلى قاض غير مختص.

وهذا معناه أن إدارة الأوقاف لا تكون ملزمة بتوجيه إنذار بالأداء للمكتري، لأن المطل عندما يكون أجل أداء الكراء محدد في العقد يتحقق بقوة القانون، و إذا كانت المادة 95 من المدونة قد اشترطت الإنذار بالأداء في أكرية العقارات غير الفلاحية على الرغم من أن آجال الأداء محددة في العقد، فهذا الإنذار في تقديرنا يعتبر من باب التفضل ليس إلا وقد أريد به التسوية بين أكرية الأماكن الوقفية وأكرية الأماكن غير الوقفية¹.

2- التزام المكتري بالمحافظة على العين المكترة:

من الالتزامات الملقاة على عاتق المكتري كذلك، المحافظة على العين المكورة من حيث استعمالها، والعناية، بها وبأجهزتها والمرافق التابعة لها، لهذا يلقي على عاتقه القيام بالإصلاحات البسيطة صيانة للعين المكترة. اللهم إذا كان هناك هلاك أو تعيب العين بخطأ

1 محمد شيلح: التصرفات الجارية على الأملاك الموقوفة وفقا عاما في ضوء مدونة الأوقاف، م:س، ص:50.

منه، أو من يقوم تحت مسؤوليته ومراقبته، فإنه في هذه الحالة يتحمل جميع مصاريف الإصلاح والصيانة¹ على نفقته.

ومن الالتزامات الواجبة كذلك على المكثري في إطار المحافظة على العين المكراة إشعار المكري لكل تعرض مادي أو قانوني يقع على العين بمجرد وقوعه، وبكل تعيب أو تخريب يقع فيها نتيجة القدم و إلى ما تحتاجه من ترميم أو إصلاح و تجديد.

3- التزام المكثري باستعمال العين فيما أعدت له وأداء التكاليف

المفروضة عليها:

يلتزم المكثري بأن يستعمل العين المكراة حسب ما أعدت له أو حسب الاتفاق الواقع في عقد الكراء، فإذا كانت العين معدة للسكن فإن المكثري لا يحق له تغيير هذا الاستعمال، و كل إخلال بذلك أو تغيير للمحل من حالة إلى أخرى كاف لإصدار الحكم عليه بالإفراغ، وإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه².

لكن استثناء من ذلك إذا قام المكثري بتغيير وجه استعمال العين المكراة بإذن من إدارة الأوقاف قصد تنمية مداخيلها فلا بأس بذلك و لا شيء عليه في هذه الحالة.

و مما يلقي على عاتق المكثري كذلك أداء جميع الضرائب الواجبة على العقار المكثري سواء الحالية أو المستقبلية³، و كذا جميع المصروفات الناتجة عن عملية التسليم و صوائر العقد.

1 تنص المادة 89 من المدونة على ما يلي : "لا تلتزم إدارة الأوقاف الا بالإصلاحات التي ترمي إلى المحافظة على العين المكراة".

2 أنظر قرار المجلس الأعلى عدد :630، الصادر بتاريخ: 3 نونبر 1976 منشور بمجلة المحاماة، العدد :13 ص: 40.

2 تنص المادة 87 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " يتحمل المكثري جميع الضرائب والرسوم التي تفرض على العين المكثراة".

4- التزام المكترى بعدم تولية العين المكراة أو كرائها من الباطن:

تعتبر التولية بيع يصطلح عليه بحوالة الحق¹، و هذا الحق يكتسبه المكترى كأحد عناصر الأصل التجاري إذا كانت العين المكتراة معدة للاستعمال التجاري أو الحرفي، أو كأصل مدني إذا كان المحل المكترى معدا للسكنى.

لكن بالرجوع إلى مدونة الأوقاف نجدها لم تمنح للمكترى فرصة اكتسابه لهذا الحق²، وبالتالي يمنع عليه قانونا تولية حق لا يتمتع به، كما يمنع عليه كذلك أن يقوم بإكرائه من الباطن لمكترى فرعي بشكل مطلق، و كل مخالفة لذلك تجعل المكترى تحت طائلة فسخ عقد الكراء معه، طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 86 من المدونة³. وهذا الموقف كرسه المجلس الأعلى من خلال أحد القرارات الصادرة عنه والذي ورد في حيثياته ما يلي⁴: "إن الفصل 12 من ظهير 21 يوليوز 1913 يعطي لوزير الأوقاف حق فسخ عقد الكراء إذا أحال المكترى من الأحباس حقه في الكراء، أو أكرى من تحت يده المحل كله أو بعضه،

1 التولية في حقيقتها هي بيع يتم عن طريق حوالة الحق حسب مفهوم الفصل 194 من ق،ل،ع،م الذي ينص على ما يلي: " الحوالة التعاقدية لدين أو لحق أو لدعوى تصير تامة برضى الطرفين، ويحل المحال له محل المحيل في حقوقه ابتداء من وقت هذا التراضي". بمعنى أن العلاقة الكرائية المتعلقة بالأمالك الموقوفة تبقى دائما ثنائية بين إدارة الأوقاف، والمكترى.

لكن هناك من الفقه من يعرف التولية بأنها: "قيام المكترى بكراء المحل الموجود تحت يده كليا أو جزئيا ويسمى بالمكترى الأصلي إلى شخص ثاني يسمى بالمكترى الفرعي، حيث يصبح هذا الأخير ملتزما تجاه المكترى الأصلي بجميع الالتزامات التي نص عليها العقد".

• محمد الكشور: الكراء المدني والكراء التجاري، م،س،ص: 125.

وهنا تصبح العلاقة الكرائية ثلاثية فهناك من جهة علاقة المكترى الأصلي بالمالك وعلاقة المكترى الأصلي بالمكترى الفرعي من جهة ثانية، في حين أن الأمر عكس ذلك لأن المكترى الفرعي يحل محل المكترى الأصلي في علاقته مع إدارة الأوقاف في حالة التراضي .

2 تنص المادة 90 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " لا حق للمكترى في ...اكتساب الحق في الكراء على المحلات الموقوفة والمخصصة للاستعمال التجاري أو الحرفي"

3 تنص المادة 86 من المدونة على ما يلي: " لا يجوز للمكترى تولية الكراء إلا بإذن كتابي من إدارة الأوقاف، كما يمنع الكراء من الباطن مطلقا.

وكل تصرف مخالف في الحالتين المذكورتين يقع باطلا ويكون سببا في فسخ عقد الكراء الأصلي".

4 قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد: 30 بتاريخ: 1960/10/21 مشار إليه عند: ابراهيم زعيم ومحمد فركت: الكراء، الأحباس، الأراضي الفلاحية، المساكن المفروشة، الأراضي الجماعية، الكراء الطويل الأمد، الملك العائلي، المحلات التجارية، كراء السيارات، نصوص واجتهادات 1985/1913، السلسلة الجديدة في التشريع المغربي، مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر، ص: 32.

فإذا ما امتنع المكثري من الإفراغ وطلب ناظر الأحباس من المحكمة الحكم عليه بذلك بناء على صدور قرار وزير الأوقاف بفسخ عقد الكراء فلهذه المحكمة أن تقبل دفع المدعى عليه وتنظر في مدى مطابقته للفصل 12 من الظهير المذكور من حيث وجود العلل المبني عليها القرار الوزاري المشار إليه".

لكن استثناء مما سبق إذا حصل المكثري الأصلي على إذن مكتوب من إدارة الأوقاف، توافق بموجبه على تولية المحل لمكثري آخر، فإن المولى له يحل محل المكثري الأصلي ويصبح في وضعية قانونية صحيحة.

الفقرة الثانية: إنهاء عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما

رغم إمكانية امتداد عقد الكراء في الزمن إلا أن صفة التأقيت لا يمكن أن تنزع عنه، إذ لا يخول للمكثري إلا إمكانية الانتفاع لأجل معين.

وأسباب انتهاء عقد الكراء متعددة، منها ما يرجع إلى أطراف هذا العقد (أولا)، و منها ما يتصل ببند العقد ذاته (ثانيا).

أولا: انتهاء عقد الكراء لأسباب راجعة لطرفي العقد:

1- انتهاء عقد الكراء لأسباب راجعة للمكثري:

بالرجوع إلى أحكام مدونة الأوقاف نجدها قد سكتت عن الحالات التي ينتهي فيها كراء الأملاك الموقوفة الفلاحية، واكتفت بإعطاء الحالات التي ينتهي فيها عقد كراء الرباع، والمحددة حسب نص المادة 96 فيما يلي:

أ: إحتياج إدارة الأوقاف للعين المكراة:

يتمثل إحتياج إدارة الأوقاف للعين المكراة في إقامة مؤسسات ذات صبغة دينية أو علمية أو اجتماعية أو إدارية، ونظرا لكون هذه المؤسسات تشكل قاعدة صلبة من قواعد

تنظيمات بناء المجتمع، فهي تجعل الأوقاف قطاعا ثالثا وسيطا بين مؤسسات الدولة الممثلة للمصالح العامة، وتنظيمات القطاع الخاص التي تستهدف الربح والمصالح الخاصة. إلا أن حق المكتري في هذه الحالة يتمثل في استحقاقه لتعويض يوازي كراء ثلاثة أشهر الأخيرة¹.

ب: إعادة بناء العين المكراة أو إدخال تغييرات هامة عليها:

يتمثل هذا الاعتبار في كون مصلحة المال الموقوف تجعل إدارة الأوقاف تعزم إنهاء عقد الكراء لهدم العين المكراة، وإعادة بناءها سواء بشكل كلي أو جزئي، كما أن الأمر قد يقتصر على إدخال تغييرات هامة عليها وذلك لتنمية مداخيلها والانتفاع بها أكثر. وهذا الإجراء يعطي للمكثري الأسبقية لكراء العين المعاد بناؤها في حالة إقدام إدارة الأوقاف على ذلك².

2- إنتهاء عقد الكراء لأسباب راجعة للمكثري

من الالتزامات الملقاة على عاتق المكثري ما يلي:

- ◀ أداء الوجيبة الكرائية؛
- ◀ المحافظة على العين المكراة واستعمالها فيما أعدت له؛
- ◀ عدم إحداث أي تغيير في كيفية الاستعمال إلا بإذن مكتوب من إدارة الأوقاف؛
- ◀ عدم تولية الكراء إلا بإذن من إدارة الأوقاف؛
- ◀ عدم الكراء من الباطن؛

1 تنص المادة 96 من مدونة الأوقاف على ما يلي: " يحق لإدارة الأوقاف إنهاء عقد كراء الأملاك الوقفية غير الفلاحية في الحالتين التاليتين:

- إذا احتاجت إلى العين المكراة لإقامة مؤسسة ذات صبغة دينية أو علمية أو اجتماعية أو إدارية؛
 - إذا كان الغرض إعادة بناء العين المكراة أو إدخال تغييرات هامة عليها.
- للمكثري الحق في تعويض يوازي كراء ثلاثة أشهر الأخيرة في الحالة الأولى، والأسبقية في كراء العين المعاد بناؤها في الحالة الثانية".

2 انظر نص المادة 96 المشار إليها سلفا.

◀ التحمل بجميع الضرائب والرسوم التي تفرض على العين المكرة.

وعليه فأي إخلال بهذه الالتزامات سيكون سببا في فسخ العقد، مع المطالبة بالتعويض كلما اقتضى الأمر ذلك.

ثانياً: انتهاء العقد لأسباب راجعة إلى بنود العقد

الكراء هو عقد مؤقت بطبيعته، فهو لا يمنح المكثري سوى حق شخصي على العين يخوله إمكانية الانتفاع بها إلى أجل معين، لذلك فإن انتهاء المدة هي السبب العادي والأصيل لانقضاء عقد الكراء¹، حتى ولو تم تجديده للفترات المسموح بها قانوناً².

إلا أن انتهاء المدة ليست السبب الوحيد لانتهاء عقد الكراء الحبسي، بل يمكن أن ينتهي كذلك بهلاك العين المكررة، والتي يتعذر معها انتفاع المكثري واستغلاله للمحل المكثري له، كما يمكن أن ينتهي هذا العقد بتراضي الطرفين.

إلا أن الملاحظ فيما يتعلق بانتهاء العلاقة الكرائية الخاصة بعقارات فلاحية لسبب من الأسباب يترتب عنه سقوط الحق في البناءات والأغراس والمنشآت المقامة من طرف المكثري.

1 الحسين بلحساني: عقد الكراء والحماية القانونية لحق المكثري في الاستقرار، الطبعة الثانية، ص: 35.

2 تكرر العقارات الفلاحية الموقوفة وقفا عاما لمدة لا تزيد عن ست سنوات، لكن يمكن تجديد هذه المدة لمرتين بطلب من المكثري بمعنى أن المدة القصوى المسموح بها هي 18 سنة.

المبحث الثاني: الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة

الكراء عقد مؤقت بطبيعته، يرتب لطرفيه حقوقا والتزامات شخصية، إلا أن نظرة الفقه الإسلامي لواقع الحال، ومعالجة بعض الإشكالات المرتبطة به، جعلته يروم بهذا العقد عن المألوف ليجعله عقد كراء من نوع خاص، ميزته الأساسية الدوام والاستمرار، وانتفاع المكثري بمنافع أصبحت بتوالي السنين حقوقا عينية متفرعة عن الملكية، اصطلاح عليها باسم الحقوق العرفية¹، والتي صيغت أحكامها على شكل فتاوى فقهية صدرت عن المتأخرين من الفقهاء مصدرها العرف، ليأتي القانون الوضعي بعد ذلك ليقر الصبغة الدائمة لهذه الحقوق ويعتبرها عقارات بحسب المحل الذي انسحبت عليه.

لكن بالرجوع إلى أحكام مدونة الأوقاف، نجدها قد وضعت نظاما خاصا وشاملا لعقد الكراء الحبسي، كما منعت في الوقت ذاته إنشاء أي حق جديد من الحقوق السالفة الذكر عن الأوقاف العامة، رغبة منها في إنهاء العمل بهذه الحقوق (المطلب الأول)، كما بينت مسطرة تصفية هذه الحقوق (المطلب الثاني).

1 الحقوق العرفية الإسلامية هي ذات معنى واحد لكن تحمل أسماء متعددة ترجع إما إلى مصدرها (العرف) فتسمى بالحقوق العرفية، وإما إلى محلها فتسمى حقوق المنفعة، أو يكتفى بأسمائها الأصلية الواردة في الفقه الإسلامي: كالجاء والاستئجار والزينة.... الخ.

المطلب الأول: عدم جواز إنشاء أي حق عريفي عن الأوقاف العامة

تعتبر الحقوق العرفية الإسلامية من بين الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية¹، وهذه الحقوق تتضمن صوراً مختلفة من حق المنفعة التي تصير ملكاً لصاحبها، ولم تحظى هذه الحقوق بتعريف من طرف المشرع، مما جعلها تبقى غير خاضعة لأحكام واضحة تؤطرها، وصلت حد الاختلاف في بعض الأحيان بين الفقهاء حول مشروعيتها كما يتبين ذلك من خلال كتاب إزالة الدلسة عن وجه الجلسة للشيخ التماق الذي أورد فتاوى لا تجيز حق الجلسة، رغم أنه هو متشبهت بجوازها، جازم بأن ماذهب إليه هو الصواب الذي لا يعدل عنه

1 تتمثل هذه الحقوق أساساً في ما يلي:

أولاً: حق الجلسة: يعتبر هذا الحق من الأعراف المقررة والعوائد الحسنة، وقد أعطيت لها تعاريف متنوعة حتى إن الشيخ عبد القادر الفاسي قال عنها أن للناس فيها إصلاحات وقوانين. والجلسة صورة لعقد كراء مقابل مبلغ معلوم، يقع عادة على عقار مبني من العقارات المحبسة، أو من أملاك الدولة، ومعناه شراء الجلوس والإقامة بديكان على الدوام والاستمرار، ويتيح حق الانتفاع لصاحب حق الجلسة الذي يستغل مباشرة العقار لفائدته مقابل أداء وجيبة كرائية لمالك الرقبة، ومعنى هذا سريان العقد في الزمن حتى ولو كان العقد لمدة محددة، لأنه يتجدد تلقائياً في نهايتها لمدة مماثلة، ويستمر الأمر كذلك إلى أن يخرج صاحب الجلسة أو يخل بالتزاماته. أنظر للمزيد من الاطلاع حول حق الجلسة ما يلي:

- السجلماسي: شرح نظم العمل الفاسي، الجزء الأول، ص: 483 وما يليها.
- محمد الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، الطبعة الثانية، السنة: 2005، ص: 442 وما بعدها.
- محمد التماق الغرناطي: إزالة الدلسة عن وجه الجلسة، نص مطبوع متوفر بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية.

ثانياً: حق الجزاء: الجزاء هو من صور الانتفاع التي ترد على أرض فضاء تصلح للبناء أو الزراعة، ويرى البعض أن الجزاء كراء فيجري فيه حكمه لأن لا بد فيه من مدة معلومة، لكن العادة جرت أن الجزاء يمضي حكمه ويستمر وسكنت النفوس لذلك.

- أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب، م، س، الجزء 5، ص: 37 وما يليها.

ثالثاً: حق الزينة: يقول محمد ابن معجوز في تعريفه لهذا الحق أنه نوع من الأكرية التي تقع في الغالب على العقارات المحبسة، ويراد بها التجهيزات التي يقيمها المكثري في الدكان أو الفندق على أساس الجلسة، كما يراد بهذا الحق أيضاً البناء والغرس الذي يحدثه المكثري لأرض الجزاء، فهو الحق الذي اكتسبه المكثري في الجلسة والجزاء.

وقد عرف المشرع المغربي هذا الحق من خلال المادة 131 من مدونة الحقوق العينية بقوله: "الزينة هي حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير. وينشأ هذا الحق بالعقد مع تشييد البناء، وينتقل بالشفعة أو الإرث أو بالوصية، ولا يمكن ترتيب حق الزينة على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء".

رابعاً: حق المفتاح: أو لحلاوة أو الساروت معناه أن يدفع شخص لمالك المنفعة مبلغاً في مقابل أن يتخلى له عن تلك المنفعة، والتصرف في منفعة الجلسة والجزاء بطريق المفتاح يجعلها لا ينتهيان ولا يزولان، لأن العلاقة تبقى قائمة بين صاحب حق المفتاح وبين صاحب حق الجلسة أو الجزاء.

- محمد التماق: م، س.

إلى غيره، واعتبرها من قبيل العرف المصطلح عليه، واستدل على ذلك برأي الأستاذ أبي سعيد ابن لب وهو: " ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفهم وعاداتهم، ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن على خلاف أو وفاق، إذ لا يلزم ارتباط العمل بمذهب معين، أو بمشهور معين من قول قائل"¹.

كما أن الاختلاف كان حول طبيعتها كذلك، فأبو العباس الرهوني يشير الى أن الجلسة والزينة والمفتاح شيء واحد² في حين يرى المهدي الوزاني غير ذلك.

إلا أن هذا الاختلاف لم يجعلها تخرج عن كونها كراء إطاره القانوني قواعد الفقه الإسلامي، وميزته الأساسية الدوام والاستمرار، ويخول للمكثري منافع دائمة تختلف باختلاف نوع العقار³، وتتجدد مدته تلقائياً مادام المكثري وفيها بالتزاماته، وهذا هو المقصود بقول صاحب العمل الفاسي:

وهكذا الجلسة والجزاء جروا على التبقية القضاء

وقد تم اللجوء للعمل بنظام الحقوق العرفية في وقت كان الإقبال على كراء ممتلكات الأوقاف ضعيفا، مما أدى إلى تعطيل منفعتها وضعفت بالتالي مداخيلها، فكان لا بد من تشجيع الناس على كراء أملاك الحبس بجعل الكراء على التبقية والاستمرار، مقابل أجره المثل أو أقل منها بقليل تؤدي في جميع الظروف للأحباس كان الرواج أو الكساد، انتفع المكثري أم لم ينتفع⁴.

1 عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1984، ص: 472 وما بعدها.

2 عمر بن عبد الكريم الجيدي: م، س، ص: 474.

3 إذا كان العقار المنشئ عليه حق عرفي عبارة عن مسكن أو حانوت أو فندق أو حمام، فإنه يرتب للمكثري حقا يسمى الجلسة، أما إذا كان عبارة عن أرض بيضاء أو خراب فإنه يرتب للمكثري حقا يسمى الجزاء أو الاستئجار، ويتفرع عن هذين الحقين الأساسيين حقان آخران هما الزينة والمفتاح والحلاوة.

4 أحمد جدوي: الكراء الحبسي وموقعه من ظهير الالتزامات والعقود وظهير 1953/01/5، وظهير 1955/5/24، وظهير 1980/12/25، وظهير 64/99 المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد 45/44، ص: 109.

وهكذا فأول ما يلتزم به صاحب الحق العرفي هو أداء الوجيبة الكرائية إلى مالك الرقبة، وفي هذا الصدد نورد ما كتب في إحدى الحوالات الحبسية الإسماعيلية: "...ويكون مع ذلك متكلفا بوجيبتها للحبس على النصف من التمكين من الوجيبة غير مماطل ولا مسوف عمرت الحانوت أو خلت، نفعت أو كسدت، كانت مرغوبا فيها أو مرغوبا عنها، فلأجل ذلك إلى ما وصف من مراعاة مصلحة حياطتها والتكفل بواجباتها مطلقا كأن يتسامح في الكراء عن غيره الذي يكتريها مدة معينة لأن شأن هذا الاقتصار على استيفاء منفعته في تلك المدة ولا عليه فيما وراء ذلك"¹.

لكن باستقراء واقع الحال نجد أن هذه الحقوق أصبحت في الوقت الراهن تلحق أضرارا واضحة بالممتلكات الموقوفة وقفا عاما، ويرجع ذلك إلى أسباب متعددة منها تقادمها وقلة صيانتها، وتدني القيمة العقارية نظرا لوجودها بالمدن العتيقة، كما أن تقارير وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية توضح أن عدد هذه المنافع يقدر ب 10794 منفعة، ويمثل %20 من مجموع الرباع، كما أن دخلها السنوي لا يساهم إلا بنسبة %2 من مجموع المداخيل² ويرجع تدني أثمان كراء هذه الحقوق إلى عدة أسباب منها تقادمها وقلة صيانتها وتدني القيمة العقارية لوجودها بالمدن العتيقة وأن نسبة التملك منها للأوقاف تقدر ب %5.2 بالنسبة لأغلب المنافع.

لذا كان التدخل التشريعي ضروريا لتجاوز الأوضاع السابقة المحيطة بالتسيير والتدبير الغير المعقلن للملك الموقوف وقفا عاما، فجاء تبعا لذلك موقف المشرع حاسما يفيد إنهاء العمل بهذه الحقوق، لتخليص ممتلكات الأوقاف منها وذلك في جميع الأحوال بمرور 20 سنة ابتداء من دخول المدونة حيز التنفيذ³، كما لا يجوز إنشاء أي حق من الحقوق العرفية من زينة وجلسة أو جزاء أو مفتاح أو استئجار أو غبطة أو عرف أو حلاوة، أو غيرها على أي ملك

1 عبد الحق ابن المجدوب الحسني: الحالة الاجتماعية بفاس في القرن الثاني عشر الهجري، من خلال الحوالة الإسماعيلية، الجزء الأول، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة: 2007، ص: 265.

2 محمد الكوراري: التجربة المغربية في الاستثمارات الوقفية، بحث مقدم للندوة الدولية لمجلة أوقاف الكويتية، م، س، ص: 5.

3 تنص المادة 105 من المدونة على ما يلي: "يعتبر سببا لانقضاء الحقوق العرفية المنشأة على الأملاك الوقفية العامة:.....كما تنقضي هذه الحقوق في جميع الأحوال بمرور عشرين سنة ابتداء من دخول هذه المدونة حيز التنفيذ".

من أملاك الأوقاف العامة، غير أنه يجوز وقف أي ملك على الأوقاف العامة وإن كان مثقلا بحق من الحقوق المذكورة¹.

المطلب الثاني: تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة

إن الواقع أثبت أن الحقوق العرفية الإسلامية المنشأة على الأملاك الموقوفة وقفا عاما خلقت تأثيرا سلبيا على مداخيل هذه الأملاك ووظائفها، كما عرقلت في كثير من الأحيان استثمارها وتنميتها، لأن اكتساب المكترين لمنافع الجلس والجزاءات والزينات والمفاتيح، عاد عليهم التصرف في هذه الحقوق بأموال باهظة دون أن يعود أي شيء من ذلك على صاحب الأصل الذي هو الحبس².

وانطلاقا من هذا كان التدخل التشريعي ضروريا للحد من هذا الوضع، وتقييد حق المكترين في الانتفاع بما كان يخوله لهم العرف والفقهاء، للوصول تدريجيا إلى تخليص الأملاك الموقوفة وقفا عاما من هذه الحقوق، باستثناء الحق في الهواء الذي اعتبرته المدونة حقا خالصا للأوقاف العامة³.

وقد بدأ هذا التوجه التشريعي منذ ما يقرب من قرن من الزمن، ليتوالى بعد ذلك صدور عدة ظهائر تحمل بين ثناياها بعض المقتضيات المنظمة للحقوق العرفية، والتي اختتمت بصدر مدونة للأوقاف وهذه النصوص هي:

❖ ظهير 11 دجنبر 1912 المتعلق بتأسيس اللجان المكلفة بالتعرف على الأملاك

الحبسية؛

1 تنص المادة 103 من المدونة على ما يلي: "لا يجوز إنشاء أي حق من الحقوق العرفية من زينة أو جلسة أو جزء أو مفتاح أو استنجاز أو غبطة أو عرف أو حلاوة أو غيره على أي ملك من أملاك الأوقاف. غير أنه يجوز وقف أي ملك على الأوقاف العامة، وإن كان مثقلا بحق من الحقوق المذكورة".

2 أحمد جدوي: الكراء الحبسي، م:س، ص: 114.

3 يعتبر حق الهواء والتعليق حسب المادة 138 من مدونة الحقوق العينية بأنه: "حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائما فعلا يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة، وينشأ هذا الحق حسب المادة 139 من نفس القانون بالعقد الذي يجب أن يبين نوع البناء المراد إقامته ومواصفاته وأبعاده. ويجوز لصاحب حق الهواء أو التعليق أن يفوته أو يرهنه أو يرتب له أو عليه حقوق ارتفاق بما لا يتعارض مع طبيعته، وينتقل هذا الحق بالشفعة أو الميراث أو بالوصية".

❖ ظهر 2 دجنبر 1913، المتعلق بالمعاوضات والكراءات لأجل طويل المتعلق بالأحباس المعقبة، والذي لا يأذن بموجبه في معاوضة، ولا كراء الأملاك المذكورة لمدة تنيف عن الستين، إلا بإذن من إدارة الأحباس كي لا يقع فيها تفويت، ولا ضياع لما في ذلك من المصلحة الظاهرة؛

❖ ظهر 27 فبراير 1914 المنظم لحقوق الجزاء والاستئجار والجلسة والمفتاح والزينة، إذ بموجب هذا الظهير أصبح الكراء الحقيقي المتحصل من العقارات المثقلة بحقوق الجزاء والحقوق الأخرى يقسم بحسب 70% للحوائز و30% للأحباس وذلك على التدرج وفقا لمقتضيات الظهير المذكور؛

❖ ظهر 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، والذي ينص على إبقاء الحقوق العرفية خاضعة لقواعد الفقه الإسلامي؛

❖ ظهر 1916/4/7 في شأن الترخيص بكراء الدكاكين الممسوكة من طرف الحرفيين كراءا رضائيا، ويلاحظ أن هذا الظهير قد استثنى من الكراء بالمزاد العلني دكاكين الأحباس المخصصة لبعض المهنيين؛

❖ ظهر 1917/5/22 المنظم لأكرية عقارات الحبس؛

❖ ظهر 1918/01/13 بشأن ضبط ومراقبة وزارة الأحباس للأوقاف المعقبة، والذي تم تعديله 1920/7/19 المتعلق بكرائها ومعاوضتها، ثم ظهر 1977/10/18 المتعلق بتصفية الأحباس المعقبة؛

❖ ظهر 2010/02/23 المتعلق بمدونة الأوقاف.

وهذا الظهير الأخير هو الذي حسم موقف المشرع المغربي من هذه الحقوق حيث بين بشكل واضح ومتكامل طريقة تصفيتها حيث نجد المادة 106 من المدونة تنص على ما يلي: "يمكن تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة وفق إحدى الطرق الثلاثة الآتية:"

- شراء إدارة الأوقاف للحق العرفي المترتب لفائدة الغير؛
- شراء صاحب الحق العرفي لرقبة الملك الوقفي؛

• بيع الرقبة والحق العرفي معا عن طريق المزاد وفق أحكام المواد من 60 الى 71 من هذه المدونة، ولا يلجأ إلى هذه الطريقة الا في حالة تعذر التصفية بالطريقتين السابقتين.

وفي هذه الحالة الأخيرة يحق لإدارة الأوقاف ثم لصاحب الحق العرفي على وجه الترتيب ضم الرقبة والحق المنشأ عليها، شريطة زيادة نسبة عشرة في المائة على الثمن الذي رسا به المزاد، ويجب ممارسة حق الضم المشار إليه أعلاه داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ إجراء المزاد".

كما يتعين من أجل تطبيق أحد الطرق أعلاه تقدير قيمة الحقوق العرفية المنشأة على أملاك الأوقاف العامة، والمسلم بها من لدن إدارة الأوقاف، وقيمة الرقبة بكيفية منفصلة¹.
كما نصت المدونة في مادتها 105 على حالات يمكن أن تنقضي فيها هذه الحقوق تتمثل أساسا في ما يلي:

- هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك، والعائدة إلى صاحب الحق العرفي؛
 - عدم أداء صاحب الحق العرفي الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين، وفي هذه الحالة تسترد الأوقاف المحل بمنافعه، ويمنح صاحب الحق الأسبقية في كرائته؛
 - تصفية هذه الحقوق بإحدى الطرق المشار إليها أعلاه.
- كما تنقضي في جميع الأحوال بمرور عشرين سنة ابتداء من دخول المدونة حيز التنفيذ.

1 تنص المادة 107 من المدونة على ما يلي: " يتعين من أجل تطبيق أحكام المادة 106 أعلاه، تقدير قيمة الحقوق العرفية المنشأة على أملاك الأوقاف العامة والمسلم بها من لدن إدارة الأوقاف، وقيمة الرقبة بكيفية منفصلة وتحدد هذه القيمة وقت التصفية".

خاتمة:

من خلال المعطيات التي قدمتها صفحات هذا البحث يمكن القول إن تدبير الأوقاف العامة بالمغرب - باعتبارها مجالاً خاصاً يجمع بين حقوق الله وحقوق العباد -، أصبح يتمتع بمنظومة تشريعية متميزة لم تبخل على الوقف باعتماد ما رجحه فقهاء المذهب المالكي، ولا بما تم تأويله لمقتضيات التشريع المغربي، وذلك بوضع الأسس القانونية، والنظم التدييرية، والطرق الاستثمارية، أمام القائمين عليه من أجل تحسين سبل تدييره، وتنميته واستثماره والمحافظة عليه.

وقد سعت جهد الإمكان من خلال هذا البحث إلى بيان مدى أهمية الأحكام التي جاءت بها هذه المدونة الجديدة، مستندة في ذلك على النصوص القانونية حيناً، وعلى الاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع حيناً آخر، مبرزة ما تتسم به هذه القرارات من دقة وموضوعية أحياناً، ومشيرة إلى ما يعترى بعضها من خلل أو تناقض أحياناً أخرى.

وانطلاقاً من تحليل مضامين هذه المنظومة التشريعية أفضى بنا الأمر إلى تسجيل خلاصة حول هذه المنظومة، كما لا تفتنا الفرصة لتقديم بعض الاقتراحات بشأنها وفق ما يلي:

أولاً: الخلاصة:

- 1- تم الاعتماد بشكل كبير لتنظيم الأحكام العامة للوقف على مرجعيتين أساسيتين: أولهما المرجعية الدينية ممثلة في قواعد الشريعة الإسلامية، وفتاوى الفقهاء من أعلام المذهب المالكي، وثانيهما: المرجعية القانونية المتمثلة بالخصوص في قانون الالتزامات والعقود، ومدونة الحقوق العينية؛
- 2- لم تعتبر المدونة معايينة البيئة الوسيطة الوحيدة اللازمة لإثبات الحوز بل توسعت في طرق إثباته؛
- 3- اشترطت المدونة الإشهاد على الوقف لصحته كما كرست قاعدة عدم جواز الرجوع فيه بعد انعقاده إلا استثناءاً؛

- 4- لم يبالغ المشرع المغربي في تقدير إرادة المحبس، معتبرا أن المصرف الذي عينه المحبس لا يلزم إذا كان غيره أصح منه، ذلك أن كل حبس ساءت أوضاعه، بسبب طرق استثماره، تعين تغييره بما يحقق قصد المحبس منه، وإن أدى الأمر فيه إلى إنهاء حبسيته بشكل أو بآخر، إذ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.
- 5- اعتراف المشرع بالشخصية الاعتبارية للوقف العام منذ إنشاءه؛
- 6- أكمل المشرع البناء القانوني لقواعد المسؤولية، سواء المتعلقة بأطراف عقد الوقف، أو الأجهزة المكلفة بتدبيره أو المتعاقدة معه، أو الغير.
- 7- تم تأسيس نظرية متكاملة لمالية الأوقاف العامة، عن طريق وضع نظام مالي ومحاسبي خاص بالميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة، حيث تمت الإحاطة بجميع الشروط الإجرائية التي يجب احترامها لوضع هذه الميزانية، وإقرارها وتنفيذها وكذا شروط تعديلها؛
- 8- تم اعتماد مقاربات حديثة لتدبير أموال الوقف استنادا على التدبير متعدد السنوات بغية الوصول إلى تحقيق النتائج المرجوة؛
- 9- تم تحديد الآليات اللازمة لمسك المحاسبة، من أجل ضمان أكبر قدر من الشفافية في مجال تدبير أموال الوقف؛
- 10- تم وضع استراتيجية جديدة لاستثمار أموال الوقف عن طريق اعتماد الاتجاهات المعاصرة للتدبير المالي على الاستثمار الوقفي، من أجل إثمار الممتلكات الوقفية، والزيادة في أصولها، دون الإغفال عن الضوابط الشرعية الكفيلة بتلبية حاجيات القطاع؛
- 11- إقرار سياسة رقابية محكمة لفائدة الأموال الموقوفة، بدأ بتعزيز هيئة الرقابة الداخلية بهيئة المحاسبين، وصولا إلى التركيز على عملية التقويم والافتحاص، عن طريق خلق هيئة رقابية خارجية تتمثل في إحداث مجلس أعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة؛
- 12- خرج المشرع ببعض القواعد عن المؤلف ليحقق الامتياز للأوقاف العامة، ومن ذلك:

▪ نهائية الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف العامة في منازعات الكراء؛

▪ عدم إعمال قاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار في مواجهة الأوقاف العامة؛

▪ وقف الطعن بالنقض للتنفيذ في دعاوى الأوقاف العامة؛

▪ إمكانية الطعن بإعادة النظر في الأحكام القضائية الصادرة في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف العامة ولو بعد مرور خمس سنوات من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم نهائيا؛

- 13- فتح المشرع المغربي الباب أمام جميع الوسائل القانونية والشرعية لإثبات الوقف؛
- 14- رتب نتائج مهمة على اكتساب الأموال لصفة الوقف العام، حيث لا يمكن كسبه بالحيازة أو التقادم، كما لا يمكن حجزه أو التصرف فيه؛
- 15- تحديد حالات السماح بمعاوضة الأموال الموقوفة، وقف إجراءات موضوعية وأخرى مسطرية، غايتها الحفاظ على الأموال الموقوفة وقفا عاما، وتنمية مداخيلها بما يتلاءم مع طبيعتها، ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف؛
- 16- مراجعة النصوص القانونية الخاصة بالكراء الحبسي، لجعلها أكثر مواءمة للظروف الاقتصادية المحيطة، والتراجع عن الظهائر التي كانت تنظم هذا الكراء، باعتبارها كانت كلها مرتبطة بالأوضاع التي كانت عليها أكرية الأملاك الحبسية من ضياع وإهمال، إضافة لما تتميز به من عدم الانسجام وركاكة في الأسلوب، وذلك بوضع مقتضيات جديدة خاصة بكراء الأملاك الموقوفة وقفا عاما، تساير الأوضاع الاقتصادية الحالية، وتزيل في الوقت ذاته أوجه الحماية غير الضرورية؛
- 17- العمل على تخليص ممتلكات الأوقاف من الحقوق العرفية التي رتبها عقود الكراء الطويلة، وذلك بتصفية ما تبقى منها، وعدم السماح بإنشاء أخرى جديدة؛

ثانيا: الاقتراحات:

إن الفرصة التاريخية التي فتحتها مدونة الأوقاف الجديدة أمام القائمين على تدبير قطاع الأوقاف العامة بالمغرب، للنهوض به وتجديد بنيته القانونية، تبقى رهينة بتجاوز بعض العقبات والمتعلقة أساسا بالتنظيم والتخطيط المتعلقان أساسا بالمرحلة الانتقالية

التي يعيشها قطاع الأوقاف بالمغرب، والتي نسعى إلى تقديم اقتراحات بشأنها وفق ما يلي:

- 1- ملاءمة عمل الاجهزة المكلفة بتدبير الأوقاف العامة، مع مستجدات المدونة؛
- 2- اتخاذ الإجراءات القانونية الموازية لعملية تنزيل النصوص التطبيقية المتخذة لتنفيذ المدونة، عن طريق تجديد المساطر المعمول بها وفق مقتضيات المدونة؛
- 3- إعادة النظر في الوثائق والسجلات المعمول بها حاليا لتكييف مضامينها مع مقتضيات المدونة؛
- 4- إعادة النظر في النظام القانوني الخاص بالقباض وشسيعي النفقات العاملين بالنظارات؛
- 5- الاهتمام أكثر بوثائق الوقف، عن طريق اعتماد الوسائل الحديثة في تدبير وحفظ الربائد داخل النظارات؛
- 6- العمل على الإحاطة بجميع الأصول الوقفية، من أجل ضبط وضعيتها القانونية، والعقارية وذلك وقف إحصاء شامل لهذه الأصول؛
- 7- الانفتاح على صيغ استثمارية جديدة ذات مردودية عالية، وفق رؤية استراتيجية تعتمد على تحليل استباقي وتدبير للمخاطر؛
- 8- وضع اتفاقيات تعاون خصوصا مع قطاع العدل، من أجل الإحاطة بجميع عمليات التحسيس الجديدة.
- 9- خلق قنوات جديدة للتواصل مع المحيط الخارجي، من أجل الاستفادة من تجارب الدول في هذا المجال؛
- 10- العمل على إحياء سنة الوقف.

عموما هذه بعض الخلاصات والاقتراحات التي خلصت إليها، وكل ما تطرقت إليه سابقا ما هو إلا غيض من فيض، وهو جهد العاجز، لأن ما خفي كان أعظم.

وختاماً لهذا البحث آمل أن أكون قد وفقت في استجلاء ما ينبغي استجلاءه، وإثارة ما كان يجب إثارته، فما كان صواباً فمن الله، وما كان خطأً فمني ومن الشيطان، أسأل الله السداد والتوفيق والتجاوز عن الخطأ والزلل.

تم بعون الله وتوفيقه

لائحة المصادر والمراجع المعتمدة

القرآن الكريم

كتب التفسير:

- ❖ أبو جعفر محمد بن جرير الطبري: تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، المجلد الثالث، السنة: 1999، الطبعة الثالثة.
- ❖ تفسير ابن عربي: ضبطه وصححه وقدم له الشيخ عبد الوارث محمد علي: المجلد الأول، الطبعة الأولى، السنة: 2008، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت.
- ❖ تفسير ابن عربي: ضبطه وصححه وقدم له الشيخ عبد الوارث محمد علي، المجلد الأول، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، السنة: 2001.
- ❖ تفسير ابن كثير: المجلد الأول، مطبعة دار الفاروق بعمان الأردن، الطبعة الأولى، السنة: 2008.
- ❖ تفسير ابن كثير، المجلد الثاني، مطبعة دار الفاروق عمان الأردن، الطبعة الأولى، السنة: 2008.
- ❖ محمد الطاهر ابن عاشور: تفسير التحرير والتنوير، الجزء 3 دون ذكر السنة، مطبعة دار سحنون للنشر والتوزيع بتونس.

المراجع العامة:

أولاً: كتب الفقه:

- ❖ ابن تيمية أحمد بن عبد السلام: مجموع فتاوى ابن تيمية، الجزء: 31، مطبعة دار الفكر، السنة 1983.
- ❖ ابن جزي الكلبي: القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت
- ❖ ابن حجر العسقلاني: فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء 5.

- ❖ ابن قيم الجوزية: إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق وتعليق عصام الدين الصباطي، دار الحديث بالقاهرة، الطبعة 3، السنة: 1993.
- ❖ ابن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية أو الفراسة المرضية في أحكام السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، السنة: 1953.
- ❖ ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مطبعة دار الفكر العلمية بيروت، السنة: 1997، الجزء: 5 السنة: 1997.
- ❖ أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع: معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن قاسم بن عياد، دار الغرب الإسلامي، السنة: 1989، الجزء 2.
- ❖ أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، بدون تاريخ.
- ❖ أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، الطبعة الأولى، السنة: 1968/1387.
- ❖ أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، الشهير بالصنهاجي: مواهب الخلاق على شرح التاودي للامية الزقاق، الطبعة الثانية، السنة: 1955.
- ❖ أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقيا والأندلس والمغرب، الجزء 7.
- ❖ أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، تحقيق وضبط: محمد سيد كيلاني، مطبعة دار المعرفة بيروت،.
- ❖ أبو الوليد ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي، الطبعة الثانية، السنة: 1988/1404 مطبعة دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، ج 14.
- ❖ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي: المنتقى شرح موطأ مالك، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية بيروت، الجزء 8.

- ❖ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب الباجي: فصول الأحكام ، وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، دراسة وتحقيق: الباتول بن علي، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1990.
- ❖ أبو الوليد محمد ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد: بداية المجتهد، ونهاية المقتصد، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة العاشرة، السنة: 1988/ 1408، المجلد 2.
- ❖ أبو بكر المشهور بالسيد البكري: إعانة الطالبين على حل ألفاظ المعين، مطبعة دار إحياء التراث العربي بيروت، الطبعة الرابعة، دون تاريخ، الجزء: 3.
- ❖ أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن إسماعيل الشافعي، الجزء: 13، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، السنة: 2001.
- ❖ أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المعافري الإشبيلي: أحكام القرآن، حققه علي محمد البجاوي، الطبعة الأولى ،مطبعة دار إحياء الكتب العربية، ج: 1.
- ❖ أبو عبد الله بن أبي زيد عبد الرحمن القيرواني: متن الرسالة في الفقه المالكي، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الطبعة الرابعة، السنة: 2007/1428.
- ❖ أبو عبد الله سيدي محمد المهدي الوزاني: النوازل الصغرى المسماة المنح السامية في النوازل الفقهية، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة : 1993/1413، الجزء 4 .
- ❖ أبو عبد الله محمد الأنصاري (المشهور بالرصاع التونسي): شرح حدود الإمام الأكبر القدوة الأنور أبي عبد الله بن عرفة، مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة المحمدية، السنة 1992.
- ❖ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، تحقيق مصطفى سالم البدري، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت الجزء: 9، السنة: 2000 .

- ❖ أبو عبد الله محمد بن أحمد ميارة الفاسي: فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق ، تحقيق رشيد البكاري، مطبعة دار الرشاد الحديثة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة:2008.
- ❖ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي، المعروف بالحطاب: مواهب الجليل، ضبطه وخرج آياته وأحاديثه الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية ببيروت لبنان، الطبعة الأولى، السنة 1995/1416، ج 8.
- ❖ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الإستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الرأي والآثار، وشرح ذلك كله بالإيجاز، والإختصار، الطبعة الأولى، السنة:1993/1414، المجلد:22.
- ❖ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي. دار الكتب العلمية ببيروت، الطبعة الثالثة، السنة: 2002/1442.
- ❖ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1998، الجزء: 8.
- ❖ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، مطبعة فضالة بالمحمدية، طبعة: 2001.
- ❖ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، مطبعة دار عالم الكتب بالرياض، السنة:1999.
- ❖ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي: المقنع في فقه إمام السنة أحمد ابن حنبل، المطبعة السلفية ، بدون تاريخ.
- ❖ أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري: الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، مطبعة دار العلم للملايين ببيروت، السنة:1990.

- ❖ أحمد ابراهيم بك: طرق القضاء، المطبعة السلفية بالقاهرة، السنة: 1347.
- ❖ أحمد بن محمد الدردير: أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المكتبة الثقافية، بدون تاريخ.
- ❖ الإمام مالك بن أنس: الموطأ، منشورات دار الآفاق الجديدة، المغرب. الطبعة الأولى، السنة: 1998 / 1419.
- ❖ برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري: تبصرة الحكام في أصول الأقضية، ومناهج الأحكام، الجزء 1.
- ❖ التسولي أبو الحسن: البهجة في شرح التحفة وبحاشيته حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام محمد التلودي، الجزء الثاني، مطبعة دار الرشاد الحديثة بالدار البيضاء، السنة: 1991.
- ❖ تقي الدين ابن تيمية: الفتاوى الكبرى، تحقيق وتعليق وتقديم: محمد عبد القادر عطا، ومصطفى عبد القادر عطا، مطبعة دار الكتب العلمية ببيروت دون ذكر تاريخ، ج: 4.
- ❖ جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس: عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، الجزء الثالث، مطبعة دار الغرب الإسلامي .
- ❖ حاشية الخرخشي على مختصر سيدي خليل: الجزء 5 .
- ❖ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدرديري. الجزء 4.
- ❖ حسني العلمي: كتاب النوازل، الجزء 2، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة 1989.
- ❖ السجل ماسي: شرح نظم العمل الفاسي، الجزء الأول.
- ❖ الشرح الصغير للدردير بهامش الصاوي، الجزء: 2.
- ❖ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني. مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت، السنة: 1418-1997، الجزء: 2/ 3.
- ❖ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: الذخيرة، تحقيق محمد حجي وأحمد سعيد أعراب ومحمد بوخبزة. مطبعة دار الغرب الإسلامي، السنة: 1994، الجزء 6.
- ❖ الشيخ خليل ابن إسحاق المالكي: مختصر خليل، مطبعة دار الفكر، السنة: 1995.

- ❖ صالح عبد السميع الآبي الأزهري: الثمر الداني في تقريب المعاني، شرح رسالة أبي زيد القيرواني، اعتنى به وراجعه أحمد محمد الماجدي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، السنة: 2003.
- ❖ صالح عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل، شرح مختصر العلامة الشيخ خليل، الجزء الثاني، مكتبة عيسى البابلي الحلبي، مصر (دون تاريخ الطبع).
- ❖ عبد الله سيدي محمد بن قاسم السجلماسي الرباطي: شرح على نظمه المسمى بالعمل المطلق، بدون تاريخ الطبع.
- ❖ علي ابن أحمد الصعيدي العدوي: حاشية العدوي على شرح أبي الحسن المسمى كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، الجزء: 2، مطبعة دار الرشاد الحديثة بالدار البيضاء، السنة: 1992/1412.
- ❖ القاضي عبد الوهاب البغدادي: المعونة على مذهب عالم المدينة، الإمام مالك ابن أنس، ج 3 .
- ❖ الكاساني: بدائع الصنائع: الجزء: 7.
- ❖ المجموع الكامل للمتون: إشراف مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر ببلنجان، الطبعة الأولى، السنة: 2001.
- ❖ محمد ابن رشد: المقدمات الممهديات، تحقيق سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي: الجزء 2.
- ❖ محمد أمين ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت، السنة: 1994، الجزء 2.
- ❖ محمد بن أحمد ميارة الفاسي: الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام لابن عاصم، الجزء: 2.
- ❖ محمد بن يوسف الكافي: إحكام الأحكام على تحفة الحكام ، شرح وتعليق مأمون بن محيي الدين الجنان ، مطبعة دار الكتب العلمية بيروت.
- ❖ مختصر صحيح الإمام البخاري : لمحمد ناصر الدين الألباني، الطبعة الشرعية الوحيدة المجلد الأول، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع.

- ❖ المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصمعي: رواية الإمام سحنون بن سعيد التوخري عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون تاريخ. الجزء 4.
- ❖ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي: كشاف القناع عن متن القناع. مطبعة دار عالم الكتب بيروت، الجزء: 4.
- ❖ ولد الناظم أبي يحيى ابن عاصم الغرناطي: شرح التحفة، تقديم عبد الكريم شهبون، المجلد الثاني، الطبعة الأولى: 2010 / 1431.

ثانياً: كتب القانون:

- ❖ إبراهيم ابن محمد الفائز: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، السنة: 1983.
- ❖ إبراهيم زعيم الماسي : تقدير التعويض عن الاعتداء المادي على الملكية العقارية، الطبعة الأولى، السنة: 2010 / 1431.
- ❖ ابراهيم زعيم ومحمد فركت: الكراء، الأحباس، الأراضي الفلاحية، المساكن المفروشة، الأراضي الجماعية، الكراء الطويل الأمد، الملك العائلي، المحلات التجارية، كراء السيارات، نصوص واجتهادات 1985/1913، السلسلة الجديدة في التشريع المغربي، مؤسسة بنشرة للطباعة والنشر.
- ❖ إبراهيم فكري: المدخل لدراسة القانون: الطبعة الأولى، السنة 2001/1422.
- ❖ أحمد إبراهيم بك: طرق القضاء، المطبعة السلفية بالقاهرة، السنة: 1347.
- ❖ أحمد أدريوش: مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مطبعة البوكيلي للطباعة والنشر والتوزيع بالقنيطرة، السنة: 1995.
- ❖ أحمد إذ الفقيه: نظام المياه والحقوق المرتبطة بها، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2002.

- ❖ أحمد حمد: نظرية النيابة في الشريعة والقانون، مطبعة دار الفكر بالكويت، السنة: 1981، الطبعة الأولى.
- ❖ أحمد شكري السباعي: الوسيط في القانون التجاري ، مطبعة دار نشر المعرفة بالرباط، الطبعة الثالثة، السنة: 1988.
- ❖ أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقہ الإسلامي والقانون المقارن، مطبعة عكاظ بالدار البيضاء، السنة: 1987.
- ❖ ادريس العلوي العبدلاوي : وسائل الإثبات، الجزء 1.
- ❖ ادريس العلوي العبدلاوي: النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، الطبعة: الأولى، السنة: 1996.
- ❖ ادريس العلوي العبدلاوي: شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2000.
- ❖ أدولف ريولط: قانون المسطرة المدنية في شروح، تعريب وتحيين، إدريس ملين، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة بالدار البيضاء ، السنة: 1996.
- ❖ جمعة محمود الزريقي: الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، الطبعة الأولى، السنة: 2001.
- ❖ الحسين بلحساني: البيع والكرء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، مطبعة دار النشر الجسور بوجدة، طبعة: 2001.
- ❖ الحسين بلحساني: عقد الكراء والحماية القانونية لحق المكتري في الإستقرار، الطبعة الثانية.
- ❖ رمضان محمد أبو السعود: شرح أحكام القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، السنة: 2010.
- ❖ سعاد عاشور: حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، المطبعة و الوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى، السنة: 1997.

- ❖ سمير سيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة المعارف الإسكندرية، ط : 1970.
- ❖ صبحي محمصاني: النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، الجزء الأول، مطبعة دار العلم للملايين بيروت، الطبعة الثالثة، السنة: 1983.
- ❖ عادل حاميدي: التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ بين الفقه الإسلامي والفراغ القانوني، الطبعة الأولى، السنة: 2006، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش.
- ❖ عادل حاميدي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية في ضوء مدونة الحقوق العينية وقانون الإلتزامات والعقود والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2013.
- ❖ عباس العبودي: الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، مطبعة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السنة: 2002.
- ❖ عبد الرحمان الشرقاوي: قانون العقود المسماة، مطبعة الأمنية بالرباط، السنة: 2011.
- ❖ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، مطبعة إحياء التراث العربي ببيروت، السنة: 1964.
- ❖ عبد الرزاق أحمد السنهوري: شرح القانون المدني: النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد مطبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- ❖ عبد السلام فيغو: التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت، الطبعة: 2، السنة: 2010.
- ❖ عبد العالي محمد العبودي: "نظام التحفيظ العقاري"، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة: 1، السنة: 2008.
- ❖ عبد القادر الرافي: المجلس الأعلى كـمحكمة للنقض المدني، الطبعة الأولى، السنة: 2005.
- ❖ عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، السنة: 2009.

- ❖ عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، مطبعة دار النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1999.
- ❖ عبد اللطيف هداية الله: القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1998.
- ❖ عبد الله ابن الطاهر السوسي التتاني : شرح مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته. الوصية الجزء 5.
- ❖ عبد الوهاب عرفة: الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الناشر: المكتب الفني للموسوعات القانونية بالإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر.
- ❖ العربي مياد: قانون المسطرة المدنية في العمل الفقهي و الإجتهد القضائي، منشورات مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الأول، فبراير: 2009.
- ❖ عز الدين مرزا: الإسم التجاري، دراسة قانونية مقارنة، مطبعة الحامد للنشر والتوزيع بعمان، الطبعة الثانية، السنة: 2007.
- ❖ علي سلمان العبيدي: دراسات في القانون التجاري المغربي، مطبعة الأمنية بالرباط السنة: 1966، دون ذكر الطبعة.
- ❖ علي محمد جعفر: تاريخ القوانين ومراحل التشريع الإسلامي، مطبعة المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، السنة: 1986.
- ❖ علي محي الدين علي القرداغي: مبدأ الرضا في العقود، مطبعة دار البشائر الإسلامية ببيروت، الجزء الأول، السنة: 1985.
- ❖ فريدة اليوموري: علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 2009.
- ❖ فؤاد معلال: شرح القانون التجاري المغربي الجديد، مطبعة دار الآفاق المغربية بالدار البيضاء، السنة: 2009، الطبعة الثالثة.
- ❖ فوزي كمال أدهم: أبحاث في القانون المدني، الأموال والحقوق العينية، دون ذكر الطبعة، السنة: 2002.

- ❖ مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، مطبعة شركة الهلال للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، السنة: 1987.
- ❖ مأمون الكزبري: التشريع العقاري والضمانات، طبع مكتبة اكزيدية إخوان بيروت، السنة: 1971.
- ❖ مأمون الكزبري: شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي، السنة: 1997.
- ❖ مأمون الكزبري: نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول: مصادر الإلتزامات، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الثانية، السنة: 1976.
- ❖ محمد ابن معجوز: أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة: 1994.
- ❖ محمد ابن معجوز: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، السنة: 1993.
- ❖ محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الأولى، السنة: 1990/ 1410.
- ❖ محمد ابن معجوز: وسائل الاثبات في الفقه الاسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، السنة: 1984.
- ❖ محمد أحمد بونبات: "نظام التحفيظ العقاري"، المطبعة و الوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الثانية السنة: 2005.
- ❖ محمد الشافعي: الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، السنة: 2004.
- ❖ محمد العروصي: المختصر في بعض العقود المسماة، مطبعة مرجان بمكناس، الطبعة الثانية، السنة: 2012.
- ❖ محمد الكشور: " التطهير الناتج عن تحفيظ العقار" تطور القضاء المغربي، قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة: 2005.

- ❖ محمد الكشور: الحق في الكراء، عنصر من عناصر الأصل التجاري، دراسة في إطار ظهير 24 ماي 1955، والمدونة التجارية الجديدة، الطبعة الأولى، السنة: 1998، مطبعة النجاح بالدار البيضاء.
- ❖ محمد الكشور: القسمة القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة: 1996.
- ❖ محمد الكشور: الكراء المدني والكراء التجاري، قراءة في ظهيري 24 ماي 1955 و25 دجنبر 1980، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة، الطبعة الثانية.
- ❖ محمد الكشور: حراسة، الأشياء طبيعتها وآثارها مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، السنة: 1992.
- ❖ محمد الكشور: نزع الملكية لأجل المنفعة العامة: قراءة في النصوص وفي مواقف القضاء، ط: 2، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، السنة: 2007.
- ❖ محمد الكشور: نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء السنة: 1993.
- ❖ محمد المهدي الجم: التحفيظ العقاري في المغرب، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 3، السنة: 1986.
- ❖ محمد خير: الملكية العقارية و نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة دار نشر المعرفة، السنة: 2001.
- ❖ محمد محبوبي: النظام القانوني للعلامات في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحقوق الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية، مطبعة دار أبي رقرق للطباعة والنشر بالرباط، السنة: 2011.
- ❖ محمد محبوبي: الوجيز العقود المسماة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الطبعة الأولى، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، السنة: 2002.
- ❖ المصطفى خطابي: القانون الإداري والعلوم الإدارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، السنة 1995.

- ❖ مليكة الصروخ : القانون الإداري، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة ط:2010، السنة:2010/1431.
- ❖ نادرة محمود سالم : عقد إيجار الأماكن بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، مطبعة دار النهضة العربية، السنة:1995.
- ❖ نبيل إبراهيم سعد ومحمد حسن قاسم: المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، السنة 2005.

ثالثاً: الكتب الخاصة:

- ❖ أحمد ابراهيم بك، وواصل علاء الدين أحمد إبراهيم، موسوعة أحكام الوقف على المذاهب الأربعة، المطبعة: المكتبة الأزهرية للتراث، دون ذكر الطبعة.
- ❖ أحمد الريسوني: الوقف الإسلامي، مجالاته وأبعاده: منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة الإيسسكو، السنة: 2001.
- ❖ أنور الفزيع : الإطار التشريعي لنظام الوقف في البلدان العربية: شبه الجزيرة العربية، ورقة مقدمة لندوة،: " نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي:،بيروت،السنة:2001.
- ❖ الحبيب بن طاهر: الفقه المالكي وأدلته، الجزء: 6، مؤسسة المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2009/1430.
- ❖ حسين راتب يوسف ريان: الرقابة المالية في الفقه الإسلامي، طبعة دار النفائس للنشر والتوزيع بالأردن، الطبعة الأولى، السنة: 1999/1914.
- ❖ خالد عبد الله عيد: مبادئ التشريع الإسلامي، مطبعة شركة الهلال العربية للطباعة والنشر بالرباط، السنة: 1986.
- ❖ راغب السرخاني: روائع الأوقاف في الحضارة الإسلامية، مطبعة نهضة مصر، الطبعة الأولى،السنة:2010.
- ❖ رقية بلمقدم: أوقاف مكناس في عهد المولى اسماعيل، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة المحمدية، السنة: 1993.

- ❖ زكي الدين شعبان وأحمد العتدور: أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى 1984.
- ❖ زكي الدين شعبان وأحمد العتدور: أحكام الوصية والميراث والوقف، مكتبة الفلاح، الطبعة: الأولى، السنة: 1984.
- ❖ زهدي يكن: الوقف في الشريعة والقانون، مطبعة دار النهضة العربية، بيروت لبنان، السنة: 1388.
- ❖ سامح عاطف الزين: موسوعة الأحكام الشرعية الميسرة في الكتاب والسنة، العقود، دار الكتاب اللبناني بيروت الطبعة الأولى، السنة: 1994.
- ❖ سوزي عدلي ناشد: مقدمة في الإقتصاد النقدي والمصرفي، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، السنة: 2005.
- ❖ السيد صادق بن عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، مطبعة دار ابن حزم، دون ذكر الطبعة، السنة: 2008/1429، ج: 4.
- ❖ الطاهر أحمد الزاوي: مختار القاموس. الدار العربية للكتاب ليبيا. تونس. الطبعة الثانية، السنة 1977.
- ❖ عبد الحق ابن المجدوب الحسني: الحالة الإجتماعية بفاس في القرن الثاني عشر الهجري، من خلال الحوالة الإسماعيلية، الجزء الأول، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة: 2007.
- ❖ عبد الحق ابن المجدوب الحسني: الحوالات الحسبية ودورها في حفظ الممتلكات الوقفية، الطبعة الاولى، السنة: 2003، مطبعة أنفو بفاس.
- ❖ عبد الرحمن بلعكيد: الهبة في المذهب والقانون الطبعة الثانية، السنة: 2001/1422.
- ❖ عبد الستار أبو غدة وحسين حسين شحاتة: الأحكام الفقهية والأسس المحاسبية للوقف، منشورات الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، الطبعة الأولى، السنة: 1998.
- ❖ عبد السلام الرفعي: الولاية على المال في الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في المذهب المالكي: مطابع إفريقيا الشرق بالدار البيضاء، السنة: 1996.

- ❖ عبد السلام حادوش: شذرات في الوصية بين الممارسة والنظرية. منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية.
- ❖ عبد الكريم شهبون: عقود التبرع في الفقه المالكي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، السنة: 1992.
- ❖ عبد المنعم صبحي: نظام الوقف في الإسلام، منشورات دار الجامعة الجديدة بمصر، السنة: 2008.
- ❖ علي الخفيف: الضمان في الفقه الإسلامي، منشورات درا الفكر العربي، القاهرة، السنة 1997.
- ❖ علي محي الدين القرداغي: مبدأ الرضا في العقود، مطبعة دار البشائر الإسلامية ببيروت، الجزء الأول، السنة: 1985.
- ❖ عمر الأبيض: شرط الحوز في التبرعات، الطبعة الأولى، مطبعة الأمنية بالرباط، السنة: أكتوبر 2011.
- ❖ عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1984.
- ❖ فؤاد عبد الله العمر: استثمار الأموال الموقوفة، الشروط الاقتصادية ومستلزمات التنمية، سلسلة الدراسات الفائزة في مسابقة الكويت الدولية لأبحاث الوقف، منشورات الأمانة العامة للأوقاف بالكويت، الطبعة الأولى، السنة: 2007.
- ❖ مجيدة الزباني: مدونة الأوقاف المغربية: دراسة منهجية في الأسس و الأبعاد، منشورات دار الأمان بالرباط، السنة: 2014.
- ❖ محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مطبعة دار الفكر العربي، دون ذكر الطبعة وتاريخها.
- ❖ محمد أبو زهرة: محاضرات في الوقف، مطبعة دار الفكر العربي بالقاهرة، السنة: 1391.
- ❖ محمد التماق الغرناطي: إزالة الدلوسة عن وجه الجلسة، نص مطبوع متوفر بالمكتبة الوطنية للمملكة المغربية.

- ❖ محمد الحبيب التجكاني: نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الإختياري، مطبعة دار النشر المغربية بالدار البيضاء، السنة: 1983.
- ❖ محمد القدوري: حيازة العقار كدليل على الملك وسبب فيه، الطبعة الثانية، السنة: 2009، مطبعة دار الأمان بالرباط.
- ❖ محمد المنوني: المصادر العربية لتاريخ المغرب: الجزء الأول، السنة: 1989.
- ❖ محمد بن أحمد حكم : مسالك الأحجار إلى المحفض من العقار: أرجوزة في التحفيظ العقاري مطبعة ياديب بالرباط، الطبعة الأولى، السنة: أبريل 2011.
- ❖ محمد بن أحمد حكم: الإيجاز في الردود الفقهية على المطالب النسائية، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، السنة: 2001.
- ❖ محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، الطبعة الثانية، السنة: 2005.
- ❖ محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المقارن، مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الثانية، السنة: 2005.
- ❖ محمد بن عبد العزيز بن عبد الله. الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء: 2، السنة 1986.
- ❖ محمد رياض: أحكام الموارث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء (دون ذكر سنة الطبع).
- ❖ محمد سليمان الأشقر: مجموع في المناقلة والإستبدال بالأوقاف، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، السنة: 2001.
- ❖ محمد ضريف: حقوق الإنسان بالمغرب، دراسة في القانون العام المغربي، منشورات المجلة المغربية لعلم الاجتماع السياسي، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، السنة 1994.
- ❖ مصطفى أحمد الزرقا: أحكام الأوقاف، الجزء الأول، مطبعة الجامعة السورية، الطبعة الثانية، السنة 1948.

- ❖ مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، مطبعة دار القلم بدمشق، السنة: 1998.
- ❖ مصطفى يوسف كافي: بورصة الأوراق المالية، مطبعة دار مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع بدمشق، السنة: 2009.
- ❖ مصطفى يوسف كافي: بورصة الأوراق المالية، مطبعة دار مؤسسة رسلان للطباعة والنشر والتوزيع بدمشق، السنة: 2009.
- ❖ المكي الناصري: الأحباس الإسلامية في المملكة المغربية، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، السنة: 1992/1412.
- ❖ منذر قحف: الوقف الإسلامي، تطويره، إدارته، تنميته، دار الفكر، دمشق سورية.
- ❖ نجبية أغرابي: المؤسسات الحسبية في المغرب من النشأة إلى سنة 1956 لجوزيف لوشيني، الطبعة الأولى. السنة: 2010.
- ❖ وليد رمضان عبد التواب: الوقف شرعا وقانونا، الجزء الأول، مطبعة دار الشادي.
- ❖ وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء: 8، مطبعة دار الفكر، السنة 1989.
- ❖ وهبة الزحيلي: الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر بيروت لبنان.

المعاجم:

- ❖ أبو الفضل جمال الدين ابن منظور: لسان العرب، الجزء: 2، مطبعة دائرة المعارف.
- ❖ الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة بيروت، السنة: 1987، الطبعة الثانية، الجزء: 3.

العمل القضائي:

- ❖ أحمد بنكيران: تعليق على القرار 555 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد: 149.
- ❖ حكم المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 30 شتنبر 1985، ملف مدني عدد: 85/854، حكم منشور بمجلة المحامي، العدد: 8، السنة السادسة 1986.
- ❖ حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد: 08/2373 في الملف عدد: 08/4158 صادر بتاريخ 2008/12/15 حكم غير منشور.

- ❖ حكم عدد 31 بتاريخ 92 صفر 1340 في القضية عدد: 428، منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى.
- ❖ حكم عدد: 171 بتاريخ ربيع النبي 1345 قضية عدد: 777، منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى.
- ❖ قرار المجلس الأعلى رقم: 149 في الملف الشرعي عدد: 6879 بتاريخ 4 مارس 1980، منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى مادة الأحوال الشخصية. 1965-1989.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 640، صادر بتاريخ 20 شتنبر 1978، منشور بمجلة المحاماة عدد 14.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 1289 ملف عقاري عدد: 84/4746 بتاريخ 21 دجنبر 1986 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى مادة الأحوال الشخصية (1983-1992).
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 630، الصادر بتاريخ 3 نونبر 1976 منشور بمجلة المحاماة، العدد 13.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 6560، الصادر بتاريخ 12 دجنبر 1995، والمنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 5049، السنة 1997.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 85، ملف شرعي عدد: 601/96.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 63/313، ملف اداري عدد: 62/11078، بتاريخ 15 يوليوز 1963، منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، السنة: 1997.
- ❖ قرار صادر عن الغرفة العقارية باستئنافية الرباط تحت عدد: 1711، صادر بتاريخ 19 مارس 1992، منشور بمجلة الإشعاع ، العدد: 26.
- ❖ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس تحت عدد: 710 صادر بتاريخ: 19/03/1993 قرار غير منشور.

- ❖ قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة ملف رقم 6/90/2082 الصادر بتاريخ 10 يونيو 1991 منشور بمجلة الإشعاع.
- ❖ قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة ملف عقاري عدد: 89/118 صادر بتاريخ: 1990/1/29 منشور بمجلة الإشعاع العدد 3.
- ❖ قرار عدد: 1771 ملف مدني عدد: 2004/6/1/2798 صادر بتاريخ: 2005/06/15 منشور في سلسلة دليل العمل القضائي العدد الأول تحت عنوان: المنازعات الوقفية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى ومحاكم الاستئناف والمحاكم الابتدائية. دار الفكر العربي للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى. السنة 2011 مطبعة الأمنية بالرباط.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 1516 ملف عقاري عدد: 07/1248 صادر بتاريخ 2008/11/26 منشور بمجلة القضاء المدني العدد الثاني. السنة 2010.
- ❖ حكم عدد 3 الصادر بتاريخ فاتح محرم 1347 في القضية عدد 1050، والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى.
- ❖ قرار رقم 2923 الصادر بتاريخ 2000/06/13 ملف مدني عدد: 9/1/1642، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 60/59 يناير-يوليوز 2002.
- ❖ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بابن سليمان عدد: 142 ملف عدد 51/11 صادر بتاريخ: 2011/11/28 منشور ضمن سلسلة النظام القانوني للأموال الوقفية. ج: 1 .
- ❖ حكم عدد 01/173 مؤرخ في 2001/11/21 ملف رقم: 10/01/57 منشور ضمن سلسلة دراسات وأبحاث تحت عنوان: النظام القانوني للأموال الوقفية، الجزء الأول، جمع وتنسيق زكرياء العماري.
- ❖ قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد: 30 بتاريخ 1960/10/21 مشار إليه عند: ابراهيم زعيم ومحمد فركت.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 11، بتاريخ 1966/10/26، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 22.

- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 540 الصادر بتاريخ 13 يونيو 1967 والمنشور : بمجموعة قرارات المجلس الأعلى -مادة الأحوال الشخصية- (1965-1989).
- ❖ قرار المحكمة الإقليمية بالرباط بتاريخ 30/06/1969، ملف عدد: 65/185. مأخوذ من كتاب عبد الرزاق الصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 359 بتاريخ 22 مارس 1983. منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى - مادة الأحوال الشخصية - (1965-1989).
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 1280 بتاريخ 29 يونيو 1983، قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 37،38.
- ❖ قرار محكمة الاستئناف بطنجة عدد 363 صادر بتاريخ 13/10/1983 في الملف عدد 2/358.82 منشور بمجلة الندوة ، العدد 3.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 3035 ،صادر بتاريخ 17/09/1986 ملف مدني عدد: 95676، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 138، السنة 1988.
- ❖ قرار رقم 238 صادر بتاريخ 16/02/1988 في الملف عدد: 2963، قرار غير منشور.
- ❖ قرار عدد 293 صادر بتاريخ 21 فبراير 1989 في الملف الشرعي عدد 6977-86 منشور في: مجموعة قرارات المجلس الأعلى -مادة الأحوال الشخصية- (1965-1989).
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 499 بتاريخ 28 مارس 1989 منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى -مادة الأحوال الشخصية- (1965-1989).
- ❖ قرار رقم 2341 صدر بتاريخ 22/11/1989 في الملف المدني عدد 86/4214.أورده: محمد الأبيض ضمن مؤلفه: شرط الحوز في التبرعات.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد:410 بتاريخ 23/12/1989، ملف عدد 87/7017، قرار غير منشور.
- ❖ قرار استئنافية القنيطرة صادر بتاريخ 10-06-1991 منشور بمجلة الإشعاع العدد 6 السنة 1991.

- ❖ قرار عدد: 90/1183 صادر بتاريخ: 16/7/1991، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون، العدد: الأول، بدون ذكر السنة.
- ❖ قرار عدد 90/1183 صادر بتاريخ: 16/7/1991، منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون، العدد الأول، بدون ذكر السنة.
- ❖ حكم إبتدائية وجدة عدد: 93/1464، ملف عدد: 89/1362، بتاريخ: 4/5/1993، حكم منشور بمجلة المناظرة، العدد: 2، يونيو: 1997.
- ❖ قرار صدر بتاريخ 28/12/2003 في الملف عدد 95/2/2/596، والمنشور بمجلة القضاء والقانون عدد 149.
- ❖ قرار عدد 423 الصادر بتاريخ 25/04/2000 في الملف رقم 95/2/2/200 قرار غير منشور.
- ❖ قرار عدد 579 المؤرخ في 13/02/2002، ملف مدني عدد 95/9/1/4054 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 57-58، السنة دجنبر 2004.
- ❖ قرار اخر صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 174 بتاريخ 13 فبراير 1996 موضوع الملف العقاري عدد 92/6259.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد 174 صادر بتاريخ 13/2/1996 في الملف عدد 92/6258، والمنشور بقضاء المجلس الأعلى خلال أربعين سنة، لعبد العزيز توفيق، الطبعة الأولى: 1999/1419.
- ❖ قرار عدد 83. ملف شرعي عدد 96/601 صادر بتاريخ 10 فبراير 1998، منشور بمجلة المجلس الأعلى عدد 52 يوليوز 1998 .
- ❖ قرار رقم 386 صادر بتاريخ 11/5/99 في الملف رقم: 92/5952 قرار غير منشور.
- ❖ قرار عدد 581 صادر بتاريخ 25/07/2002 في الملف رقم: 00/1/2/307 قرار غير منشور.
- ❖ قرار رقم 200 الصادر بتاريخ 13/03/2002 في الملف رقم: 2001/1/2/405 قرار غير منشور.

- ❖ قرار عدد 565 المؤرخ في: 2004/11/24 الملف الشرعي عدد 2001/1/2/261 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 61.
- ❖ قرار استئنافي عدد 40 صادر بتاريخ: 2001/02/15، ملف عدد: 97/1242/5، منشور ضمن كتاب عبد الرزاق الصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب.
- ❖ قرار عدد: 661 بتاريخ 2004/9/29 ملف إداري عدد: 2002/2/4 /2072 منشور بالمرجع أعلاه.
- ❖ أمر استعجالي رقم: 727 صادر بتاريخ: 2002/5/16 ملف رقم: 2002 /298 س. منشور ضمن كتاب: عبد الرزاق اصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة.
- ❖ حكم عدد: 134 صادر عن المحكمة الإدارية بمراكش بتاريخ: 2002/06/16، الموافق ل 7 ربيع الثاني 1423، منشور بسلسلة الدليل العملي للإجتهد القضائي في المادة الإدارية منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، ج:3، الطبعة: الأولى، السنة، 2004.
- ❖ أمر استعجالي عدد: 191 صادر بتاريخ: 2002 /8/7 ملف عدد: 02/108 منشور ضمن كتاب عبد الرزاق اصبيحي المشار إليه سابقا.
- ❖ قرار عدد: 292، صادر بتاريخ: 2003/5/8، في الملف الإداري عدد: 2002/2/4/1432
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 110 صادر بتاريخ: 2004/02/18 في الملف الإداري عدد: 03/3320 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد: 63.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 2673 صادر بتاريخ: 2005/10/12، ملف مدني عدد 2004/3/1/1980، منشور بمجلة القصر العدد: 14، السنة: ماي 2006.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 688 ملف مدني عدد: 2006/3/1/2162 صادر بتاريخ 2008/02/20، والمنشور بمجلة القضاء المدني العدد 1 فبراير 2010.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 688، في الملف المدني عدد: 2006/3/1/2162، منشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي، م، س.

- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد، 2832 المؤرخ في: 2006/09/27، ملف مدني عدد: 2005/3/1/2217، والمنشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي ، م:س.
- ❖ حكم عدد: 06/1610، ملف عدد: 06/589، صادر بتاريخ 2006/11/20، حكم غير منشور.
- ❖ قرار عدد: 163. المؤرخ في 2008/4/2. ملف شرعي عدد: 2007/1/2/415 منشور بسلسلة دليل العمل القضائي، م،س.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 333، المؤرخ في: 2007/01/31، ملف مدني عدد 2004/3/1/15 والمنشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي ، م:س.
- ❖ حكم المحكمة الابتدائية بوجدة عدد: 07/1340 صادر بتاريخ 07/10/29 : حكم غير منشور.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 3681 المؤرخ في: 2007/11/28. ملف مدني عدد 2006/5/1/2690 منشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي م. س.
- ❖ قرار عدد: 2794 مؤرخ في: 2009/07/15 ملف عدد: 2008/3/1/2730. منشور بالمرجع السابق.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 702 مؤرخ في: 2008/07/10. ملف شرعي عدد: 8/07/200 منشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي. م. س.
- ❖ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير، بتاريخ: 2010/05/13، ملف عقاري عدد: 6/09/97، منشور ضمن المرجع أعلاه.
- ❖ قرار المجلس الأعلى عدد: 508 المؤرخ في: 2010/06/24 ملف إداري عدد 2010/1/4/423 قرار غير منشور.
- ❖ قرار المجلس الأعلى في الملف المدني عدد: 87/2075، بتاريخ 29 يناير 1992، منشور بمجلة الإشعاع عدد 51.
- ❖ قرار عدد 528 صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ: 1982/02/26 ملف مدني عدد : 2790 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 46 نونبر - دجنبر السنة 1986.

- ❖ حكم عدد: 28 صادر بتاريخ: 2 جمادى الأولى عام 1349، في القضية رقم 1438، والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى.
- ❖ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بطنجة تحت عدد: 485، صادر بتاريخ: 2008/05/22، ملف شرعي عدد: 2008/07/36، منشور ضمن سلسلة دليل العمل القضائي، م، س.
- ❖ حكم عدد: 20 صادر بتاريخ 28 جمادى الأولى عدد: 1357 الموافق ل 26 يوليوز سنة 1938 في القضية رقم: 2794 والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الإستئناف الشرعي في المادة العقارية، ج: 4.
- ❖ قرار محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش عدد: 955 صادر بتاريخ: 2009/06/17 ملف رقم 08/6/399، قرار غير منشور.
- ❖ حكم عدد: 7 الصادر بتاريخ: 8 رجب عام 1356 الموافق 14 شتبر 1937، في القضية رقم 2558، والمنشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى في المادة العقارية، ج: 4.
- ❖ حكم عدد: 101 صادر بتاريخ: 29 رجب عام 1335 منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الإستئناف الشرعي الأعلى، الجزء الأول، المجلد الخامس، السنة: 2008.

المقالات و المساهمات:

- ❖ أحمد أدريوش: حوز المال الموقوف في إطار مدونة الأوقاف، عرض مقدم خلال اللقاء التحسيبي الأول حول أحكام مدونة الأوقاف الذي نظمته الوزارة يوم 4 نونبر 2010، منشورات سلسلة المعرفة القانونية.
- ❖ أحمد الريسوني: الطبيعة القانونية للمساجد في ظل التشريع المغربي و المقارن، مقال منشور ضمن سلسلة دراسات و أبحاث تحت عنوان: النظام القانوني للأماكن الوقفية، ج1.

- ❖ أحمد الوارث: رباطات وزوايا في المغرب. سلسلة أعمال وحدات التكوين والبحث عدد 2، منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالجديدة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء.
- ❖ أحمد اليوسفي البرقي: المضامين المعبرة عن الأصل التجاري والمفاهيم الأخرى المجاورة له، مقال منشور بالمجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن، العدد: 24، السنة: 1995.
- ❖ أحمد جدوي: الكراء الحسبي وموقعه من ظهير الالتزامات والعقود وظهر 1953/01/5، وظهر 1955/5/24، وظهر 1980/12/25، وظهر 64/99 المتعلق باستيفاء الوجيبة الكرائية، مقال منشور بمجلة المحامي، العدد: 45/44.
- ❖ ادريس بلمحجوب: مسار العمل القضائي في مجال إثبات الوقف: مقال منشور ضمن سلسلة دراسات وأبحاث حول النظام القانوني للأموال الوقفية، الجزء: الأول، جمع وتنسيق زكرياء العماري، منشورات مجلة القضاء المدني.
- ❖ آمال المشرفي: الاعتداء المادي للإدارة في العمل القضائي، مقال منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد المزدوج 23 و 24، مارس 2005.
- ❖ بوشعيب الناصري: استثمار العقارات الحسبية، مداخلة ضمن الندوة الجهوية الخامسة أيام 26 و 27 ابريل 2007، حول موضوع المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الاعلى.
- ❖ جمعة محمود الزريقي: أحكام وضع اليد على العقار الموقوف في التشريع الليبي، مقال منشور بمجلة أوقاف، العدد 16، السنة: 2009.
- ❖ حسن شحاتة : استثمار أموال الوقف، مقال منشور بمجلة أوقاف، السنة: الثالثة، العدد: 6، السنة يونيو 2004 .
- ❖ رشيد الحسين: التشريع الحسبي المغربي وضرورة تحديثه: مقال منشور ضمن المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد: 27 أبريل/يونيو 1999.

- ❖ زكرياء العماري: حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الاختيارات الفقهية والاجتهادات القضائية في مجال الوقف بالمغرب، مقال منشور ضمن كتاب النظام القانوني للأموال الوقفية، الجزء الأول.
- ❖ زكرياء العماري: مراجعة السومة الكرائية للمحلات الحسبية بين واقع النص واكراهات التطبيق مقال منشور بسلسلة الأعداد الخاصة لمجلة الحقوق المغربية، العدد الثالث، السنة: أكتوبر 2011.
- ❖ سعيد المعتصم: طبيعة الحوز في التبرعات فقها وقضاء وقانونا، مقال منشور بمجلة القبس المغربية، العدد 3، السنة يوليو 2012.
- ❖ السعيد بوركية: خصوصية التشريع الكرائي الحسبي والامتيازات التي يضمنها لصالح مؤسسة الأوقاف بالمملكة المغربية، مجلة رسالة المحاماة، العدد: 7، أكتوبر 1990.
- ❖ الشيخ بردلة: مختارات من نوازل بردلة، مجلة الفقه المالكي والتراث القضائي بالمغرب، العددان: 5-6، ماي 1987.
- ❖ الطيب البواب: وسائل الإثبات في مجال التصرفات العقارية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد: 87، ص: 83.
- ❖ الطيب لمنوار: القوة الإثباتية في الوثيقة العدلية، فقها و تشريعا و قضاء، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، عدد مزدوج، 3/2 السنة الثانية، ماي 2007.
- ❖ عبد الرحمن دريوش: الحماية القانونية للأموال الحسبية -المقابر نموذجاً- مقال منشور ضمن أعمال الندوة التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش في موضوع الأملاك الحسبية وذلك يومي 10 و 11 فبراير 2006.
- ❖ عبد الرزاق اصبيحي: مراجعة السومة الكرائية وفق أحكام مدونة الأوقاف مقال منشور بسلسلة الأعداد الخاصة لمجلة الحقوق المغربية، العدد الثالث، السنة: أكتوبر 2011.
- ❖ عبد العزيز العيزي: الإستثمار في الأراضي الحسبية، ندوة العقار والإستثمار المنظمة من طرف عمالة إقليم الحوز والمكتب الجهوي للإستثمار الفلاحي للحوز بتعاون مع مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يوم: 19 يونيو 2003، المطبعة والوراقة الوطنية، بمراكش، الطبعة الأولى، السنة: 2005.

- ❖ عبد القادر أزيرار : آفاق التوظيفات المالية للسيولة النقدية على ضوء مدونة الأوقاف المغربية، مداخلة ضمن اللقاء التحسيبي حول أحكام مدونة الأوقاف لفائدة النظار بتاريخ 3/2 نونبر 2010 بمقر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.
- ❖ عبد القادر أزيرار: المؤسسة الوقفية بالمغرب وتبني مشروع إنشاء أول مصرف إسلامي بالمملكة ، مقال منشور بمجلة أوقاف ، العدد:24، السنة: ماي 2013.
- ❖ عبد اللطيف أعمو: تطور الأصل التجاري: مقال منشور بمجلة الإشعاع، العدد:17، السنة:1998.
- ❖ عبد اللطيف مشبال: الأصل التجاري في التشريع المغربي، مقال منشور بمجلة القانون، العدد: 15، السنة: 1987.
- ❖ محمد الأجرأوي. الحيابة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما. مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 84 شتبر/أكتوبر 2000 .
- ❖ محمد الناويل: وسائل إثبات الوقف في الفقه الإسلامي مداخلة تقدم بها الأستاذ ضمن ندوة الإثبات في المادة الحسبية، المنعقدة بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بتاريخ: 29/28 يونيو 2005 ، (غير منشورة).
- ❖ محمد الشريف: عودة إلى استفاد الزاوية القادرية بتطوان، مقال منشور ضمن سلسلة أعمال وحدات التكوين والبحث: الرباطات والزوايا بالمغرب، إعداد وتنسيق: أحمد الوارث.
- ❖ محمد الصوفي: دراسة النصوص المتعلقة بكراء الأملاك الحسبية ومعاوضتها وبيعها من الوجهة الفقهية والقانونية، مداخلة ملقاة ضمن الأيام الدراسية الخاصة بموضوع: التشريع الحسبي: الواقع والمستجدات، المنظم من طرف وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية أيام 12.13.14 نونبر 1996، بمقر المجلس العلمي للرباط وسلا،(غير منشورة).
- ❖ محمد الكوراري: التجربة المغربية في الاستثمارات الوقفية، بحث مقدم للندوة الدولية لمجلة أوقاف الكويتية، تحت عنوان: الاستثمارات الوقفية بين المردود الاجتماعي

- والضوابط الشرعية والقانونية، والمنعقدة بتاريخ 25/24 مارس 2014، بالعاصمة المغربية الرباط، (غير منشورة).
- ❖ محمد المهدي: الوجيز في أحكام الولاية على الوقف العمومي، مقال منشور بمجلة دعوة الحق، العدد 17، مطبعة فضالة المحمدية، السنة 2004/1425.
- ❖ محمد الوكاري: "العقار بين الإزدواجية وتعدد الأنظمة، ومتطلبات التنمية الحضرية" مقال منشور بندوة الأنظمة العقارية بالمغرب، المطبعة الوطنية بالمغرب مراكش الطبعة: الأولى، السنة: 2003.
- ❖ محمد خيرى: وسائل إثبات الأملاك الحسبية مداخله أقيمت خلال الندوة التي نظمتها وزارة الأوقاف بالرباط حول موضوع: الإثبات في المادة الحسبية، بتاريخ: 29/28، يونيو 2005.
- ❖ محمد شنان: "عبثية الإبقاء على الأثر المطلق لقرار التحفيظ بعد الاستقلال"، مقال منشور بالندوة المشتركة حول نظام التحفيظ العقاري بالمغرب، الرباط 1990/05/04
- ❖ محمد شيلح: التصرفات الجارية على الأموال الموقوفة وفقا عاما في ضوء مدونة الأوقاف، مقال منشور بمجلة القبس المغربية، العدد الرابع، السنة يناير 2013.
- ❖ محمد شيلح: تكوين الوقف في ضوء قراءة ميتودولوجية، مداخله ضمن أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش في موضوع: الأملاك الحسبية، وذلك يومي 10 و 11 فبراير 2006.
- ❖ الناجي لمين: مخالفة شرط الواقف المشكلات والحلول، بحث مقدم إلى المؤتمر الثاني للأوقاف، المنعقد بالمملكة العربية السعودية، بجامعة أم القرى تحت عنوان الصيغ التنموية والرؤى المستقبلية، السنة: 2006.
- ❖ ناصر بن عبد الله الميمان. ديون الوقف. مقال منشور ضمن مجلة أوقاف. السنة الثالثة. العدد السادس ربيع الآخر 1425 يونيو 2004.

القوانين:

- ❖ الظهير الشريف رقم:1.09.236 الصادر في 8 ربيع الأول 1434 الموافق ل 23 فبراير 2010، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 2845 بتاريخ 14 يونيو 2010، المتعلق بمدونة الأوقاف.
- ❖ القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.
- ❖ القانون 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، الصادر بشأنه الظهير الشريف رقم: 1.08.153 الصادر في 22 من صفر 1430 الموافق ل 18 فبراير 2009، لتنفيذ القانون رقم 17.08 المغير والمتمم بموجبه القانون رقم: 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5711 الصادر في 23 فبراير 2009.
- ❖ القانون 81-11 المتعلق بخطة العدالة الصادر الأمر بتنفيذه بظهير ماي 1982 كما تم تغييره بالقانون رقم: 93-04 الصادر بتنفيذه ظهير 26 يونيو 1995.
- ❖ القانون الصادر بشأنه الظهير الشريف رقم: 1.07.129 الصادر بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 الموافق ل 30 نوفمبر 2007، بتنفيذ القانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد:5584 بتاريخ 6 ديسمبر 2007.
- ❖ القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت
- ❖ قرار وزير الاوقاف والشؤون الاسلامية رقم:4139.12، وقراره رقم:4140.12 الصادرين في 5 صفر 1434 الموافق ل 19 ديسمبر 2012 في شأن تحديد اجراءات السمسرة وطلب العروض ومسطرة الاتفاق المباشر الخاصة بالمعاوضات النقدية و العينية للأموال الموقوفة. والمنشوران بالجريدة الرسمية عدد:6161، الصادرة بتاريخ: 8 شعبان 1434 الموافق: ل 17 يونيو 2013.

- ❖ Abdellah LAROUÏ : les origines sociales et culturelles des nationalismes marocaines, MASPERO 1977.
- ❖ F.Benac-shmidt, Essai sur la notion d'être morale nouveau. Réflexions sur son aspects fiscal D;1992, chr.37.
- ❖ G.CORN vocabulaire juridique, puf , delta, 1987 .
- ❖ Jaques caille : la procédure juridique de l'immatriculation foncière au Maroc, LGDJ , paris, 1956.
- ❖ M. Dagat. Le nom des personnes morales. J.C. P,92,I/ 3579 ,R. plaisant, les dénominations des associations, gaz.pal.1982.
- ❖ Mohammed KABLY : Pouvoir société et religion au moyen âge Maisonneuve et LAROUSE, paris :1986.
- ❖ Moumami Saad : Droit civil, droit des obligations en droit compare français et marocain, Edition Elbadii, Marrakech
- ❖ Paul Decroux : droit foncier marocain, imprimerie El Maarif al Jadida rabat, 2002.
- ❖ René Chapus ,Droit administratif,Tome2,Edition Montchrestien,1998.

الأصوحات والرسائل:

- ❖ امحمد الأمراني زنطار، أحكام رضائية العقود بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة: 1989.
- ❖ حسن منصف: تأصيل الوصية بين النظر الفقهي والنص القانوني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق بالدار البيضاء، السنة: 2005/2004.
- ❖ حسناء رحبات: كراء ومعاوضة الأملاك الحبسية في ظل أحكام مدونة الأوقاف، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2010-2011.
- ❖ حليلة اللطيفي: الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2001 - 2000.
- ❖ رجاء المطواع: دور التحفيظ العقاري في تنمية السلف الرهنوي: رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص: وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة: 2004/2003.
- ❖ سعيد الدغيمر: قطع التقادم ووقفه وفق ق،ل،ع،م، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس أكادال الرباط، السنة: 1975/1974.
- ❖ عبد الحفيظ أبو الصير: مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بالمغرب، بحث لنيل دبلوم السلك العالي، المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، الرباط، 1992-1993.

- ❖ عبد الرزاق اصبيحي: الحماية المدنية للأوقاف العامة بالمغرب، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية: 2008-2009.
- ❖ عبد الكريم السرغيني: قاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار وتطبيقاتها العملية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق بوجدة، السنة: 2007-2008.
- ❖ عبد الكريم الطالب: مركز الفقه الإسلامي في القانون المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة الجامعية: 1995/1996.
- ❖ محمد الكشور: رقابة المجلس الاعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، اطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 1985.
- ❖ محمد شيلح : تأويل العقود في قانون الالتزامات و العقود المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه دولة من كلية الحقوق بالرباط أكادال، السنة الجامعية: 1995/1996.
- ❖ مليكة الغنام: إدارة أموال القاصر من خلال مدونة الأسرة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، السنة الجامعية: 2006/2007.

الفهرس

إهداء	Erreur ! Signet non défini.
شكر وامتنان	Erreur ! Signet non défini.
أولا: تقديم عام	3.....
ثانيا: موضوع الدراسة	11.....
ثالثا: دواعي البحث وأهميته	12.....
رابعا: إشكالية البحث	13.....
خامسا: منهجية البحث وخطة الدراسة	13.....
باب تمهيدي : أحكام إنشاء الوقف العام وآثاره	16.....
الفصل الأول: شروط صحة الوقف العام	17.....
الفرع الأول: الأركان الموضوعية لإنشاء الوقف العام	19.....
المبحث الأول: ركنا الواقف وصيغة الوقف	19.....
المطلب الأول: ركن الواقف	20.....
الفقرة الأولى: الشروط الواجب توافرها في الواقف	20.....
أولا: شروط صحة الوقف:	20.....
أ: أن يكون الواقف أهلا للتبرع:	20.....
ب- أن يكون مالكا للمال الموقوف وله مطلق التصرف فيه:	22.....
ثانيا: شروط نفاذ الوقف:	23.....
أ: أن لا يكون الواقف مدينا:	23.....
ب: ألا يكون الواقف في مرض الموت:	25.....

- 27.....الفقرة الثانية: أقسام الواقفين
- 27.....أولاً: الواقف شخص اعتباري :
- 29.....ثانياً: الأقسام الأخرى من الواقفين
- 29.....أ: الواقف الأصيل والواقف الوكيل:
- 29.....ب: الواقف الذي يبطل وقفه ولا يترتب عليه أي أثر:
- 31.....ج: الواقف الذي يتوقف وقفه على إجازة غيره:
- 31.....المطلب الثاني: صيغة الوقف
- 32.....الفقرة الأولى: الاعتداد بصيغة الوقف
- 32.....أولاً: الإيجاب:
- 34.....ثانياً: القبول:
- 35.....الفقرة الثانية: شروط الواقف
- 41.....المبحث الثاني: الموقوف عليه والمال الموقوف
- 41.....المطلب الأول: الموقوف عليه
- الفقرة الأولى: أن يكون الموقوف عليه مما يجوز صرف منفعة المال
- 41.....الموقوف لفائدته
- 42.....الفقرة الثانية: أن يكون الموقوف عليه أهلاً للتملك
- 43.....المطلب الثاني: المال الموقوف
- 44.....الفقرة الأولى: وقف العقار
- 48.....الفقرة الثانية: وقف المنقول
- 51.....الفرع الثاني: الشروط الشكلية لإنشاء الوقف العام

- 52.....المبحث الأول: الإشهاد على الوقف كتابة
- 52.....المطلب الأول: التوثيق الرسمي لعقد التحسيس
- 55.....المطلب الثاني: التوثيق العرفي لعقد التحسيس
- 57.....المبحث الثاني: حوز المال الموقوف قبل حصول المانع
- 57.....المطلب الأول: الأحكام العامة لشرط الحوز قبل حصول المانع
- 58.....الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لشرط الحوز
- 59.....أولا: الحوز دليل على القبول:
- 61.....ثانيا: الحوز شرط في صحة التبرع:
- 63.....الفقرة ثانية: طرق إثبات الحوز
- 64.....أولا: معاينة البيئة:
- 66.....ثانيا: التقييد بالرسم العقاري:
- 67.....ثالثا: تصرف الواقف في المال الموقوف:
- 68.....المطلب الثاني: حالات وصور الحوز
- 68.....الفقرة الأولى: الحوز حسب الأشخاص
- 69.....أولا: حوز الموقوف عليه:
- 70.....ثانيا: حوز النائب الشرعي:
- 71.....1: حوز النائب الشرعي المتبرع:
- 72.....2: حوز الغير للمال الموقوف:
- 74.....الفقرة الثانية: الحوز حسب الأموال
- 75.....أولا: حوز العقار

75.....	1. حوز دار المتبرع:
79.....	2. حوز الأرض:
79.....	ثانيا: حوز المنقول:
85.....	الفصل الثاني: مصادر إنشاء الوقف العام وآثار قيامه
87.....	الفرع الأول: مصادر إنشاء الوقف العام
88.....	المبحث الأول: الوقف العام مصدره عقد أو وصية
88.....	المطلب الأول: عقد الوقف
89.....	الفقرة الأولى: طبيعة عقد الوقف
91.....	الفقرة الثانية: خصائص عقد الوقف
91.....	أولا: الوقف عقد تبرع:
91.....	ثانيا: الوقف عقد مسمى:
93.....	ثالثا: الوقف عقد رضائي:
94.....	رابعا: عقد الوقف عقد ملزم لجانب واحد على سبيل التبرع:
95.....	خامسا: عقد الوقف عقد غير ناقل للملكية:
96.....	المطلب الثاني: الوصية بالتحييس
96.....	الفقرة الأولى: مفهوم الوصية بالتحييس
99.....	الفقرة الثانية: حالات تكييف عقد الوقف على أنه وصية
99.....	أولا: حالة تحييس المريض مرض الموت:
100.....	ثانيا: حالة الوقف المضاف إلى ما بعد الموت:
102.....	المبحث الثاني: الوقف بقوة القانون

103.....	المطلب الأول: المساجد والزوايا
103.....	الفقرة الأولى: المساجد
109.....	الفقرة الثانية: الزوايا
111.....	المطلب الثاني: الأضرحة والمقابر
111.....	الفقرة الأولى: الأضرحة
112.....	الفقرة الثانية: المقابر
117.....	الفرع الثاني: صفة الوقف العام وآثار قيامه
117.....	المبحث الأول: صفة الوقف العام
117.....	المطلب الأول: الوقف المؤبد
120.....	المطلب الثاني: الوقف المؤقت
121.....	المبحث الثاني: آثار قيام الوقف العام
121.....	المطلب الأول: آثار قيام الوقف العام بالنسبة للواقف
121.....	الفقرة الأولى: عدم التراجع عن الوقف
123.....	الفقرة الثانية: عدم إلزامية ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية
124.....	أولا: عدم إلزامية ضمان الاستحقاق:
125.....	ثانيا: عدم إلزامية ضمان العيوب الخفية:
126.....	المطلب الثاني: آثار قيام الوقف العام بالنسبة للموقوف عليه
126.....	الفقرة الأولى: استعمال المال الموقوف واستغلاله
127.....	الفقرة الثانية: العناية بالمال الموقوف

- الباب الأول: خصوصيات نظم حماية الأوقاف العامة.....129
- الفصل الأول: خصوصيات القواعد الموضوعية لحماية الوقف العام 131
- الفرع الأول: الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف العام.....133
- المبحث الأول: عناصر الشخصية الاعتبارية للوقف العام.....134
- المطلب الأول: الأهلية والذمة المالية للوقف العام.....135
- الفقرة الأولى: أهلية الوقف العام.....135
- الفقرة الثانية: الذمة المالية للوقف العام.....136
- المطلب الثاني: اسم وموطن الشخص الاعتباري وتمثيله القانوني.....140
- الفقرة الأولى: اسم وموطن الشخص الاعتباري.....141
- أولاً: اسم الشخص الاعتباري:.....141
- ثانياً: موطن الشخص الاعتباري:.....142
- الفقرة الثانية: الصفة في التقاضي.....142
- المبحث الثاني: نتائج الاعتراف للوقف العام بالشخصية الاعتبارية.....145
- المطلب الأول: تحديد قواعد المسؤولية.....146
- الفقرة الأولى: المسؤولية الشخصية لناظر الوقف.....146
- أولاً: المسؤولية الشخصية لناظر الوقف المبينة على التدليس:.....149
- ثانياً: المسؤولية الشخصية لناظر الوقف في إطار المادة 80 من ق،ل،ع،م: ...150
- الفقرة الثانية: مسؤولية الوقف العام كشخص اعتباري.....153
- أولاً: مفهوم الخطأ المنسوب للوقف العام كشخص اعتباري:.....153
- ثانياً: حدود مسؤولية الوقف العام كشخص اعتباري عن أخطاء ممثليه:.....158

- المطلب الثاني: التعويض عن الاعتداء المادي على الأملاك الموقوفة وفقا عاما
160.....
- الفقرة الأولى: التعويض القضائي عن الاعتداء المادي.....161
- أولا: اللجوء إلى القضاء الاستعجالي لوقف الاعتداء المادي:162
- ثانيا : دعوى المطالبة بالتعويض عن الاعتداء المادي:.....164
- الفقرة الثانية: التعويض الاتفاقي عن الاعتداء المادي.....168
- المطلب الثالث : تمتيع الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة بحق امتياز..169
- الفقرة الأولى : أساس تمتيع الديون المستحقة لفائدة الأوقاف العامة بحق
امتياز169
- الفقرة الثانية: حدود الامتياز كوسيلة لحفظ الأموال الموقوفة وفقا عاما..171
- الفرع الثاني : مالية الأوقاف العامة: قواعد التنظيم وضبط آليات الرقابة.....174
- المبحث الأول: قواعد تنظيم مالية الأوقاف العامة وطرق استثمار عائداتها.....176
- المطلب الأول : قواعد التنظيم المالي والمحاسبي للأوقاف العامة.....176
- الفقرة الأولى: قواعد التنظيم المالي للأوقاف العامة.....177
- أولا : إعداد الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة:178
- ثانيا: تنفيذ الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة:178
- الفقرة الثانية : التنظيم المحاسبي للأوقاف العامة.....179
- المطلب الثاني: طرق استثمار عائدات الوقف العام.....180
- الفقرة الأولى : الصيغ الجديدة لاستثمار أموال الوقف من خلال المدونة
.....182

الفقرة الثانية: الأساليب الأخرى الممكنة لتطوير استثمار أموال الوقف العام	184
المبحث الثاني : ضبط آليات رقابة مالية الأوقاف العامة	186
المطلب الأول : المراقبة الداخلية	187
الفقرة الأولى : طبيعة هيئة المراقبة الداخلية	187
أولا : هيئة التفتيش:	187
ثانيا: هيئة المراقبين الماليين:	188
الفقرة الثانية: مهام هيئة المراقبة الداخلية	188
أولا : مهام هيئة المفتشين :	188
ثانيا : مهام هيئة المراقبين الماليين	189
المطلب الثاني: المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة	190
الفقرة الأولى : تنظيم المجلس و كفاءات تسييره	190
أولا : أجهزة المجلس	191
ثانيا : الهياكل الإدارية المسيرة للمجلس:	194
الفقرة الثانية : اختصاصات المجلس	195
أولا : دراسة مشروع الميزانية السنوية الخاصة بالأوقاف العامة	195
ثانيا :افتحاص وتدقيق مالية الأوقاف العامة	196
الفصل الثاني: خصوصيات القواعد الإجرائية لحماية الوقف العام	200
الفرع الأول: نهائية الأحكام الصادرة لفائدة الأوقاف العامة منازعات الكراء	201
المبحث الأول: المنازعات المعنية بقاعدة عدم القابلية للاستئناف	202

- المطلب الاول: الاتجاه القضائي المتشبه بحرفية النص203
- المطلب الثاني: الاتجاه القضائي الذي يضيق من نطاق أعمال النص205
- المبحث الثاني: نطاق عدم القابلية للاستئناف من حيث الأطراف206
- المطلب الاول: منع المكثري من الطعن بالاستئناف206
- المطلب الثاني: استثناء ادارة الأوقاف من قاعدة المنع من الاستئناف207
- الفرع الثاني: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ وإمكانية الطعن بإعادة النظر210
- المبحث الأول: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ في الدعاوى المتعلقة بالأوقاف العامة.
-211
- المطلب الأول: إيقاف الطعن بالنقض للتنفيذ في قضايا الأوقاف العامة211
- المطلب الثاني: إجراءات وقف التنفيذ عن طريق الطعن بالنقض في دعاوى الأوقاف العامة:214
- المبحث الثاني: إمكانية الطعن بإعادة النظر في دعاوى الأوقاف العامة216
- المطلب الأول: أسباب الطعن بإعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة217
- المطلب الثاني: إجراءات تقديم طلب إعادة النظر في قضايا الأوقاف العامة ..219
- الباب الثاني: تفعيل آليات حماية الأوقاف العامة222
- الفصل الأول: تكريس حماية الوقف العام من خلال قواعد التحفيظ العقاري، ووسائل الإثبات224
- الفرع الأول: المقتضيات الحمائية للوقف العام المتعلقة بالتحفيظ العقاري226
- المبحث الأول: اعتبار التقييد بالرسم العقاري صورة من صور حوز الوقف العام...229
- المطلب الأول: الاستغناء عن الحوز المادي بتسجيل الوقف بالرسم العقاري .230
- المطلب الثاني: الحيابة المادية وصحة الوقف235

المبحث الثاني: عدم مواجهة الأوقاف العامة بقاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار.....	238
المطلب الأول: القوة الإثباتية لقاعدة التطهير الناتجة عن تحفيظ العقار في إطار القواعد العامة.....	238
المطلب الثاني: استثناء الاملاك الموقوفة وفقا عاما من الأثر التطهيري للرسم العقاري.....	242
الفرع الثاني: إثبات الوقف العام.....	247
المبحث الأول: المبادئ العامة لإثبات الوقف العام.....	248
المطلب الأول: لا تعجيز في الحبس.....	249
المطلب الثاني: الحبس يحوز ولا يحاز عليه.....	250
المبحث الثاني: طرق إثبات الوقف العام.....	253
المطلب الأول: طرق إثبات الوقف في الفقه الإسلامي.....	253
الفقرة الأولى: الشهادة والنكول.....	254
أولا: الشهادة:.....	255
ثانيا: النكول:.....	264
الفقرة الثانية: الحيابة والحوالة:.....	265
اولا: الحيابة.....	265
أولا: الاعتراف.....	269
ثانيا: الكتابة والوسم على الحبس:.....	270
المطلب الثاني: طرق إثبات الوقف في التشريع المغربي.....	270

- 271.....الفقرة الأولى: الإقرار و الكتابة
- 272.....أولا: اقرار الخصم:
- 273.....ثانيا: الكتابة:
- 275.....الفقرة الثانية: القرائن واليمين
- 276.....أولا : القرائن:
- 277.....ثانيا: اليمين
- 278.....ثالثا: وسائل الإثبات ذات الطبيعة الإجرائية:
- 280.....الفصل الثاني: حماية التصرفات الجارية على الوقف العام
- 282.....الفرع الأول: التصرفات الجارية على أصل المال الموقوف وقفا عاما
- 283.....المبحث الأول: معاوضة الأملاك الموقوفة وقفا عاما
- 284.....المطلب الاول: حالات السماح لمعاوضة الأملاك الموقوفة وقفا عاما
- 284.....الفقرة الأولى : المعاوضة النقدية
- 288.....الفقرة الثانية : المعاوضة العينية
- 289.....المطلب الثاني: الإجراءات المسطرية لمعاوضة الأموال الموقوفة
- 291.....الفقرة الأولى: الأسس الجديدة لمعاوضة الأموال الموقوفة وقفا عاما
- الفقرة الثانية: المسطرة الإدارية لإجراء معاوضة الأموال الموقوفة وقفا عاما
- 293.....
- 293.....أولا: الحصول على الإذن بإجراء المعاوضة:
- ثانيا: معاوضة الأوقاف عن طريق السمسرة أو طلب العروض أو الاتفاق المباشر
- 295.....
- 295.....1- معاوضة الأموال الموقوفة عن طريق السمسرة أو طلب العروض:

2 - معاوضة الأموال الموقوفة عن طريق الاتفاق المباشر: 297.....

المبحث الثاني: عدم إمكانية كسب المال الموقوف بالتقادم أو الحيازة، وعدم جواز
حجزه أو التصرف فيه 301.....

المطلب الأول: عدم جواز كسب المال الموقوف بالتقادم أو بالحيازة..... 301.....

الفقرة الأولى: عدم جواز كسب المال الموقوف بالتقادم 301.....

الفقرة الثانية: عدم جواز كسب المال الموقوف وقفا عاما بالحيازة 303.....

المطلب الثاني: عدم جواز حجز المال الموقوف والتصرف فيه..... 306.....

الفقرة الأولى : عدم جواز حجز المال الموقوف وقفا عاما..... 306.....

الفقرة الثانية: عدم جواز التصرف في المال الموقوف وقفا عاما..... 307.....

الفرع الثاني: التصرفات الجارية على الإنتفاع بالمال الموقوف 310.....

المبحث الأول: كراء الأملاك الموقوفة وقفا عاما..... 312.....

المطلب الأول: شروط تكوين عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما 313.....

الفقرة الأولى: الشروط الشكلية لتكوين عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما

..... 314.....

أولا: مسطرة السمسرة أو طلب العروض: 314.....

ثانيا : مسطرة الاتفاق المباشر: 317.....

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية لتكوين عقد كراء المال الموقوف وقفا

عاما 318.....

أولا : كراء الأراضي المحبسة الفلاحية: 319.....

ثانيا : كراء الأراضي المحبسة غير الفلاحية: 319.....

- المطلب الثاني: آثار عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما و انتهاءه319
- الفقرة الأولى : آثار عقد الكراء.....320
- أولا: التزامات مكري المال الموقوف وقفا عاما:.....320
- 1- تسليم العين المكتراة:.....320
- 2- قيام إدارة الأوقاف بالإصلاحات الكبرى.....321
- 3-ضمان التعرض القانوني:.....321
- ثانيا: التزامات مكثري المال الموقوف وقفا عاما:.....322
- 1-إلتزام المكثري بآداء الوجيبة الكرائية:.....322
- 2- التزام المكثري بالمحافظة على العين المكتراة:.....323
- 3- التزام المكثري باستعمال العين فيما أعدت له وأداء التكاليف المفروضة عليها: ...324
- 4- التزام المكثري بعدم تولية العين المكراة أو كرائها من الباطن:.....325
- الفقرة الثانية: إنهاء عقد كراء المال الموقوف وقفا عاما.....326
- أولا :انتهاء عقد الكراء لأسباب راجعة لطرفي العقد:.....326
- 1-انتهاء عقد الكراء لأسباب راجعة للمكري:.....326
- 2-إنهاء عقد الكراء لأسباب راجعة للمكثري.....327
- ثانيا: انتهاء العقد لأسباب راجعة إلى بنود العقد.....328
- المبحث الثاني: الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة.....329
- المطلب الأول: عدم جواز إنشاء أي حق عرفي عن الأوقاف العامة.....330
- المطلب الثاني: تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة.....333
- خاتمة:.....336
- لائحة المصادر والمراجع المعتمدة.....341

341	القرآن الكريم
341	كتب التفسير
341	المراجع العامة
341	أولاً: كتب الفقه
347	ثانياً: كتب القانون
353	ثالثاً: الكتب الخاصة
357	المعاجم
357	العمل القضائي:
364	المقالات و المساهمات:
369	القوانين
370	المراجع بالفرنسية
371	الأطروحات والرسائل