

# قاعدة البيئة على المدعي واليمين على من أنكر في إطار منازعات العقار غير المحفظ

ذ. زكرياء غطراف  
محام بهيئة مراكش

تقديم :

البيئة في اللغة جمع بيئات، وهي الحجة والدليل<sup>1</sup> أما في اصطلاح الفقهاء المتأخرين فتطلق بصفة خاصة على الشهادة على اعتبار أن هذه الأخيرة هي الأكثر إظهارا للحق والأقوى في إثباته من وسائل الإثبات الأخرى، لكن للبيئة في الكتاب والسنة معنى أعم وأشمل ينصرف إلى كل ما من شأنه أن يبين الحق ويظهره<sup>2</sup>.

ولما كانت " قاعدة البيئة على المدعي واليمين على من أنكر " من أهم القواعد الشرعية المعتمدة في الإثبات أمام القاضي، لما فيها من مصلحة للناس قد بينها رسول الله ( ص ) في الحديث الشريف بقوله : " لو أعطي الناس بدعوايهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البيئة على المدعي " <sup>3</sup> لذلك فإن تطبيق هذه القاعدة يشمل بالضرورة جميع النزاعات المعروضة على القضاء بما في ذلك تلك المتعلقة بالعقار غير المحفظ الذي يطرح عدة إشكاليات فيما يتعلق بإثبات المعاملات الواردة عليه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> : المنجد في اللغة والإعلام، ص 57، الطبعة الثالثة والعشرون، دار المشرق.

<sup>2</sup> : انظر إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية، الجزء الأول، ص 88، طبعة دار الحديث 1993 القاهرة. وبهذا الصدد، فإن الأدلة التي استقها ابن القيم من القرآن الكريم للدلالة على كون البيئة هي اسم لكل ما يبين الحق جاءت كثيرة من بينها قوله تعالى : " لقد أرسلنا رسلنا بالبينات " وقوله عز وجل : " وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البيئة " مما يجعل البيئة وفقا لما سبق تنصرف إلى الحجة والدليل والبرهان.

<sup>3</sup> : عارضة الاحوذى بشرح صحيح الترمذي، الجزء 6، ص 86، دار الكتاب العربي.

<sup>4</sup> : لقد كرس كل من التشريع والاجتهاد القضائي المغربي مبدأ تطبيق الفقه الإسلامي بشأن النزاعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، حيث نصت مقتضيات المادة الثالثة من قانون توحيد المحاكم الصادر سنة 1965 التي تعد بمثابة السند التشريعي على ما يلي : " إن النصوص الشرعية والعربية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم " هذا كما ذهب المجلس الأعلى في نفس المسار وذلك من خلال عدد من قراراته إذ جاء في القرار الشرعي رقم 261 الصادر بتاريخ 22 مايو 1979 في الملف الشرعي عدد 25980 بما يلي : " ... إن المطبق حيث كان العقار غير محفظ هو الفقه الإسلامي، وأنه لا يكون هناك مجال

ونظرا للأهمية البالغة التي تكتسبها هذه القاعدة الفقهية في إطار النزاعات التي يكون عليها عقارا غير محفظ والمتمثلة أساسا في ترتيب الآثار القانونية ومن ثم توصل القاضي لحكم يوافق مقاصد الشرع ويحافظ على المركز القانوني الحقيقي لكل طرف من أطراف النزاع، لذلك ارتأيت بسط هذا الموضوع وفقا للمنهج التالي :

**الفصل الأول : المبادئ الأساسية لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر.**

**المبحث الأول : التأصيل الشرعي والقانوني للقاعدة.**

**المبحث الثاني : المبادئ المكونة للقاعدة.**

**الفرع الأول : معرفة المدعي والمدعى عليه.**

**الفرع الثاني : مفهوم الوضع الثابت.**

**الفرع الثالث : اليمين.**

**الفصل الثاني : تطبيقات قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر من خلال النوازل**

**الفقهية والاجتهادات القضائية.**

**المبحث الأول : نزاعات الحيازة والاستحقاق.**

**المبحث الثاني : نزاعات القسمة.**

**المبحث الثالث : نزاعات الشفعة.**

**الفصل الأول : المبادئ الأساسية لقاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر.**

**المبحث الأول : التأصيل الشرعي والقانوني للقاعدة.**

إذا كانت دعوى المدعي لا تسمع إلا بالبينة والحجة المثبتة للحق المدعى به وفقا " لقاعدة

البينة على المدعي واليمين على من أنكر " فإن هذه الأخيرة تجد سندها الشرعي في الحديث

النبوي الشريف " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " <sup>1</sup>.

لتطبيق الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود... " قرار غير منشور - نقلا عن بحث " السياسات التشريعية

في مجال العقار غير المحفظ " د. عز الدين الماحي، مجلة الملف عدد 4 سبتمبر 2004.

<sup>1</sup> : الحديث رواه البيهقي والطبراني بإسناد صحيح وأخرج البخاري بعضه في كتاب الرهن، باب رقم 6 وفي كتاب

التفسير - تفسير سورة النساء باب رقم 3، أنظر صحيح البخاري، طبعة دار الفكر 2000 كما أخرجه الترمذي

في كتاب الأحكام في باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه - عارضة الاحوذى، مرجع

سابق.

ونتيجة تأثر القانون المدني المغربي - وعلى غرارها باقي التشريعات المدنية العربية بأحكام الشريعة الإسلامية، فإن التشريع المغربي قد تبنى بدوره هذه القاعدة الفقهية وذلك من خلال مقتضيات الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود<sup>1</sup> التي تنص على أن : " إثبات الالتزام على مدعيه"<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني : المبادئ المكونة للقاعدة.

لقد أبان الحديث النبوي الشريف عن الحكمة المتوخاة من تشريع هذه القاعدة بقول الرسول (ص) : " لو أعطي الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي"<sup>3</sup>. لذلك فإن المدعي هو الذي يتحمل عبء الإثبات لكونه يدعي أمرا مخالفا للعرف والعادة وللوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا، في حين يقتصر المدعى عليه الذي يتخذ موقفا سلبيا على إنكار مزاعم خصمه.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> : يقابل هذا الفصل في التشريعات العربية ما يلي :

- في القانون المدني المصري : " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه " المادة 389 وهي نفس الصيغة التي أقرتها المادة الثانية من قانون البينات الفلسطيني لسنة 2004.
- في القانون المدني الأردني : " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " المادة 77.
- في قانون الإثبات السوداني : " الأصل في المعاملات براءة الذمة والبينة على من يدعي خلاف ذلك. الأصل صحة الظاهر والبينة على من يدعي خلاف ذلك.
- وللإشارة فإن التشريع المدني الفرنسي وعلى غرارها التشريعات الغربية قد تبنى أيضا هذه القاعدة في توزيع عبء الإثبات بين الخصوم حيث نصت المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي :

« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

<sup>2</sup> : الجدير بالذكر أن الشق الأول من القاعدة الفقهية " البينة على المدعي واليمين على من أنكر " يقابل القاعدة الوضعية في جانبها المتمثل في الفصل 399 من ق. ل. ع غير أن الشق الثاني أي " اليمين على من أنكر " يبقى مرتبط بإجراءات التقاضي في التشريع الإسلامي ولا علاقة له بالجانب الآخر من القاعدة الوضعية المتمثل في مقتضيات الفصل 400 من ق. ل. ع الذي يشكل في حقيقة الأمر نقلا لعبء الإثبات حيث نص على أنه : " إذا ثبت للمدعي وجود الالتزام كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه إجماعه أن يثبت ادعاءه ".

<sup>3</sup> : سبق ترحيب الحديث والإشارة إليه أنفا.

<sup>4</sup> : للمزيد من التوسع انظر - الموجز في النظرية العامة للالتزامات - د. عبد الرزاق أحمد السهوري، ص 651، طبعة دار إحياء التراث العربي ووسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، د. إدريس العلوي العبدلاوي، ص 27، دروس مطبوعة على الآلة الكاتبة.

وعليه، فإن الإلمام بالمبادئ المكونة لهذه القاعدة يقتضي بيان المقصود بالمدعي والمدعى عليه - الفرع الأول - ومن ثم استجلاء مفهوم الوضع الثابت - الفرع الثاني - مع بسط الشق الثاني من القاعدة الفقهية المتعلق باليمين - الفرع الثالث -.

### الفرع الأول : معرفة المدعي والمدعى عليه.<sup>1مكرر</sup>

لقد اهتم الفقه الإسلامي اهتماما منقطع النظير بمسألة التمييز بين المدعي والمدعى عليه لما في ذلك من أثر في تحديد الطرف المتحمل لعبء الإثبات، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى حد القول بأن من عرف المدعي من المدعى عليه فقد عرف وجه القضاء<sup>1</sup>، ولقد دأب الفقهاء على إعطاء تعاريف لكل من المدعي والمدعى عليه، فمنهم من عرف المدعي بأنه من كان قوله خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه من كان قوله وفق أصل أو عرف<sup>2</sup>، ومنهم من عرف المدعي بكونه من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة، والمدعى عليه من اقتزنت دعواه به<sup>3</sup>.

ويتضح جليا أن هناك شبه إجماع على أن المدعي في الإثبات هو من يدعي شيئا خلاف للعرف وللثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا.

لكن الإشكال في معرفة المدعي من المدعى عليه لا يرتفع إلا إذا تم التوصل إلى المدعي الذي يكلف بالإثبات، ذلك أن مصطلح المدعي في إطار القانون الإجرائي والذي يبدأ في الغالب بإجراءات رفع الدعوى، أمام القضاء قد يختلف بصفة متباينة عن المدعي في مجال الإثبات مما يمكن معه القول بوجود مدعي شكلي ومدعي موضوعي<sup>4</sup>.

<sup>4مكرر</sup> : في قضايا التحفيظ على سبيل المثال ذهب المجلس الأعلى في قراره رقم 5 الصادر بتاريخ 1991/01/02 في الملف المدني عدد 84/1176 إلى القول بأن المتعرض في مسطرة التحفيظ يكون في موضع المدعي المطالب بالإثبات وأن المحكمة التي ردت الإرث أدلى بها بأنها تثبت صفة الإرث ولا تثبت الملك. قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ، د. عبد العزيز توفيق، ص 215، ط 1999.

<sup>1</sup> : شرح ميارة الفاسي على التحفة، ص 26، طبعة دار الكتب العلمية، سنة 2000.

وبهذا الصدد نورد ما جاء في تحفة الحكام لابن عاصم في فصل التمييز بين المدعي والمدعى عليه والعيار المعتمد في ذلك لدى الفقهاء المالكيون :

عليه جملة القضاء جمعا	تمييز حال المدعي والمدعى
من أصل أو عرف بصدق يشهد	فالمدعى من قوله بمجرد
مقاله عرف أو أصل شهدا	والمدعى عليه من قصد عضدا

<sup>2</sup> : تبصرة الحكام لابن فرحون - الجزء الأول ، ص 105، دار الكتب العلمية 1995.

<sup>3</sup> : شرح حدود ابن عرفة للرصاع، ص 664، وزارة الأوقاف 1992.

<sup>4</sup> : سبقت الإشارة إلى أن المدعي في اصطلاح فقه المسطرة المدنية هو من يبادر برفع الدعوى ومباشرة إجراءاتها وهو ما يمكن تسميته بالمدعى الشكلي، أما المدعى الموضوعي فينصرف إلى أي طرف من أطراف النزاع يدعي أمرا خلاف الثابت.

### الفرع الثاني : مفهوم الوضع الثابت.

ترتكز قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر على مبدأ أساسي يتجلى في مبدأ احترام الوضع الثابت<sup>1</sup> لذلك كان لزاما على من يدعي أمرا خلاف هذا الوضع أن يتحمل عبء الإثبات ويقيم الحجة على صدق دعواه.

ويتخذ الوضع الثابت ثلاثة أشكال، حيث يتحقق هذا الأخير إما بصفة أصلية أو بصفة عرضية أو حسب الظاهر.

فلو ادعى الدائن أن له دين في ذمة شخص آخر ( المدين )، فإنه يدعي خلاف الأصل ويجب عليه إزاء إثبات دعواه بالدليل والحجة، ذلك بأن القاعدة العامة في الحقوق الشخصية أو الالتزامات هي براءة الذمة<sup>2</sup>، وبالتالي لا يكلف المدعى عليه بأي إثبات بل يكتفي بإنكار ادعاءات خصمه والتمسك بالوضع الثابت أصلا.

فإذا تمكن المدعي من إثبات دعواه، انتفى حينئذ الوضع الثابت أصلا فأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضا<sup>3</sup> عندها ينتقل عبء الإثبات إلى المدين - المدعى عليه - الذي عليه إثبات ادعاءه وإقامة الدليل على عدم وجود الدين أصلا أو انقضاءه بسبب من أسباب انقضاء الالتزامات بوجه عام.

أما الوضع الثابت ظاهرا<sup>4</sup> فلا يمكن الحديث عنه إلا في إطار الحقوق العينية، ذلك بأن الحق العيني يحول صاحبه سلطة مباشرة على شيء معين<sup>5</sup>، فينشأ عن هذه السلطة وضعا ظاهرا لفائدة من يباشرها، وعليه، فالحائز لعقار يعد هو المالك له ولا يكلف بإقامة الدليل على ملكيته لهذا العقار بل على من يدعي خلاف ظاهر هذا الأمر إثبات ما يدعيه.

<sup>1</sup> : يقابل اصطلاح الوضع الثابت في الفقه المالكي عبارتي العرف واستصحاب الحال، حيث دأب الفقهاء على إطلاق لفظي موافقة العرف أو شهادة العرف واستصحاب الحال للدلالة على مفهوم الوضع الثابت، فيميزون بذلك المدعي على أنه من يدعي أمرا يخالف العرف أو الأصل أو استصحاب الحال. تبصرة الحكام لابن فرحون، الجزء الأول، ص 105 والبهجة في شرح التحفة للتسولي، الجزء الأول، ص 52.

<sup>2</sup> : أنظر الوجيز في شرح القانون المدني للدكتور السنهوري، فقرة 596، ص 557، طبعة دار النهضة العربية 1966 وشرح ميارة الفاسي على التحفة م. س. ج 1، ص 26.

<sup>3</sup> : يظهر الوضع الثابت عرضا بصفة جلية في حالة نقل عبء الإثبات من المدعى عليه وذلك وفقا لمقتضيات الفصل 400 من ق. ل. ع الذي ينص على أنه : " إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه إجماعه أن يثبت ادعاءه ."

<sup>4</sup> : أنظر الوجيز في شرح القانون المدني، ص 507 م. س.

<sup>5</sup> : حول تعريف الحق العيني وتمييزه عن الحق الشخصي، انظر الوجيز في شرح القانون المدني للدكتور السنهوري، ص 3، م. س، الحقوق العينية والضمانات للدكتور عماد مهدي الجم، ص 2.

## الفرع الثالث : اليمين.

يراد باليمين الواردة في القاعدة، اليمين الشرعية التي توجه للمدعى عليه في حالة عجز المدعي عن الإثبات وتتحقق بالحلف بالله الذي لا إله إلا هو<sup>1</sup>.

وكما سبقت الإشارة إلى ذلك في معرض بحث التحصيل الشرعي والقانوني لقاعدة البيعة على المدعي واليمين على من أنكر<sup>2</sup>، فإن الشق الثاني من هذه القاعدة لا يطابق الشق الثاني من القاعدة القانونية المنصوص عليها في الفصل 400 من ق. ل. ع<sup>3</sup>.

وينتج عن توجيه اليمين للمدعى عليه نتيجتين أساسيتين متباينتين، فإذا حلف هذا الأخير اليمين ردت المحكمة دعوى المدعي، أما إذا نكل<sup>4</sup> عن اليمين فتحكم عليه المحكمة حينئذ وفقاً لطلبات المدعي<sup>5</sup>.

وبخصوص إلزام المدعى عليه الحائز لعقار باليمين، نجد أن الفقهاء قد انقسموا بين موجب لليمين ومن قال بعدم وجوبها على المدعى عليه، حيث علل الفريق الأول مذهبه بما تواتر عليه فقهاء المذهب من أن مجرد الحيابة لا ينقل الملك عن المحوز عليه إلى الحائز ولكنها تدل عليه فيكون بذلك القول بلزوم اليمين للحائز قوي في نفسه. أما الفريق الثاني فتمسك بما ورد في المدونة من أن الحيابة كالبيعة القاطعة لا يحتاج معها ليمين الحائز وهو الرأي الذي سايره المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1962/07/16 في الملف الشرعي عدد 8628 حيث جاءت قاعدته بما يلي : " إن المعتمد فقها في مسألة الحيابة القاطعة للنزاع أنه لا يمين على المدعى عليه الحائز الأجنبي في وجه المدعي عشر سنين فأكثر ما دام القائم لم يدل بحجة الملك."<sup>6</sup>

<sup>1</sup> : وفقاً للمادة 85 من قانون المسطرة المدنية، فإن اليمين تؤدي أمام المحكمة حسب الصيغة التالية : " أقسم بالله العظيم "

<sup>2</sup> : أنظر الهامش رقم 7، الصفحة السابقة.

<sup>3</sup> : وعلى شاكلته أغلب التشريعات المدنية العربية ( كالمادة الأولى من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري والمادتين 73 و77 من القانون المدني الأردني ).

<sup>4</sup> : نكل ينكل نكولا عن كذا ومن كذا أي نكص وجبن، ونكل إذا أراد أن يصنع شيئاً فهاهيه، ونكل عن اليمين امتنع منها، أنظر المصباح المنبر للعلامة المقرئ الفيومي، ج 2، ص 625.

<sup>5</sup> : للمزيد من التوسع، أنظر النظرية العامة القضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية لمحمد الحبيب التجكاني، ص 295، دار النشر المغربية، بدون تاريخ.

<sup>6</sup> : قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار، ذ. عبد العزيز توفيق، ص 28، طبعة 2002.

## الفصل الثاني : تطبيقات قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر من خلال النوازل الفقهية والاجتهادات القضائية.

### المبحث الأول : نزاعات الحيابة<sup>1</sup> والاستحقاق<sup>المكرر</sup>.

لقد جرى العمل لدى فقهاء المذهب المالكي على إعمال قاعدة البينة على المدعي في جميع نزاعات الحيابة، فكانوا دائمي الحرص على تطبيق المبدأ الأساسي المتمثل في أن الحائز لا يسأل عن السبب إلا بعد ثبوت الملك للمدعي<sup>2</sup>.

ذلك أن مجرد ادعاء المدعي بملكيته للعقار محل الحيابة لا يستوجب من القاضي النظر في الدعوى حتى يثبت هذا الأخير تملكه للعقار، أما قبل ذلك، فلا يسأل الحائز عن وجه مدخله بل يكفيه التمسك بالوضع الثابت ظاهرا أو التشبث بالقول المتعارف عليه : " هو حوزي وملكي"<sup>3</sup>. وروي عن ابن رشد الجد قوله : " الذي مضى به العمل، وأفتى به شيوخنا أن من ادعى عقارا بيد غيره، زعم أنه صار إليه عمن ورثه عنه، أن المطلوب ( المدعى عليه ) لا يسأل عن شيء حتى يثبت الطالب ( المدعي ) موت مورثه الذي ادعى أنه ورث ذلك عنه ووراثته له، فإذا أثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، ولم يسأل من أين صار له فإذا أنكر وقال المال مالي والملك ملكي ودعواك فيه باطلة، اكتفى بذلك ولم يلزمه أكثر منه، وكلف الطالب إثبات الملك الذي زعم أنه ورثه عنه وموته ووراثته له فإن أثبت ذلك على ما يجب سئل المطلوب حينئذ من أين صار له وكلف الجواب"<sup>4</sup>.

وهكذا امتدت آثار هذه القاعدة إلى مختلف النوازل الفقهية كما هو الشأن بالنسبة للاجتهادات القضائية الحديثة، وهو ما سيتضح من خلال النموذجين التاليين :

<sup>1</sup> : للمزيد من التوسع في أحكام الحيابة الشرعية يستحسن الاطلاع على كل من كتاب البهجة في شرح التحفة، م. س وكتاب تبصرة الحكام، م. س.

<sup>المكرر</sup> : عرف ابن عرفة الاستحقاق بكونه رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض. أما صاحب التحفة فنظم في مدعي الاستحقاق ما يلي :

المدعي استحقاق شيء يلزم بينة مثبتة ما يزعم

من غير تكليف لمن تملكه من قبل ذا بأي وجه ملكه

<sup>2</sup> : النوازل الصغرى للفقيه أبي عبد الله محمد المهدي الزراني، الجزء الرابع، ص 280 / طبع وزارة الاوقاف 1993.

<sup>3</sup> : وفي هذا السياق نورد ما جاء في أحد أجوبة الفقيه سيدي إبراهيم بن هلال حيث أوجب على القائم ( المدعي ) إثبات ملكه للأصل المتنازع عليه واستمراره وإثبات ملك مورثه إن ذكر أنه تصير له منه بالميراث واستمراره وعدة ورثته على ما يجب في ذلك، فإن أثبت ذلك بموجب الثبوت سئل من بيده الأصل ( أي الحائز ) كتاب النوازل لابن عيسى بن علي العلمي ج 2 ص 156، طبع وزارة الاوقاف 1986.

<sup>4</sup> : النوازل الصغرى، م. س، ص 353.

### أولا : تطبيقات النوازل الفقهية.

سئل أبو عبد الله سيدي محمد بن عرضون الزجلي عن رجل اشترى من بيت المال أو من غيره، ثم قام عليه قائم باستحقاق واجبه واستحقاق الشفعة فيما اشتراه من غيره ولت الجدة والجدة المذكورين ما ينيف على المائة والخمسين سنة والحيازة بيد من باع وارث عن وارث إلى حين البيع، فهل له تكلم وتسمع دعواه على المشتري المذكور أم لا ؟

فأجاب : إن القائم المذكور لا يسمع بمجرد الدعوى ولا يمين على المشتري بمجرد الدعوى المذكورة، فإن أقام بينه بموارثة الموروثين المذكورين واستمرار الملك إلى الآن أنهما باقيا على ملكهما، ترتبت له على المشتري يمين أن لا علم له بوجود حقه عنده ولا يعلم له فيما بيده حقا ويبرأ، فإن لم يقم القائم بينة ما ذكر فلا يمين له على المشتري<sup>1</sup>.

### ثانيا : تطبيقات الاجتهاد القضائي.

لقد ذهب المجلس الأعلى في العديد من قراراته إلى تطبيق قاعدة البينة على المدعي في نزاعات الحيازة أسوة بالفقه المالكي<sup>2</sup>، حيث جاء القرار عدد 1019 الصادر بتاريخ 15 يوليوز 1986 في الملف العقاري عدد 85/4978 بما يلي :

" كان على المدعين الذين يدعون أن لهم حظا في المتنازع فيه وأن المدعى عليهم منعوهم منه مدة أربعين سنة أن يثبتوا ملكيتهم للحض المذكور واستمرارها إلى يوم إقامة الدعوى وإثبات سبب تصرف المدعى عليهم في هذه المدة الطويلة أحدثوا خلالها تغييرات بالبناء ونحوه وهم حاضرون ساكتون.

وأنة أمام عجزهم عن إثبات ما ذكر، فإن المحكمة لم يكن لها أن تبحث في ملكية المدعى عليهم لقاعدة أن كل من سبقت يده إلى شيء لا يخرج من يده إلا بيقين، وأن واضع اليد غير مكلف بإثبات شيء إذ وضع اليد يعتبر حجة ويجب أن يعارض بحجة أقوى<sup>3</sup>.

### المبحث الثاني : نزاعات القسمة.

القسمة في الاصطلاح الفقهي هي " تصيير مشاع من مملوك مالكين أو أكثر معيننا ولو بتصرف فيه بقرعة أو تراض"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> : كتاب النوازل لابن عيسى بن علي العلمي، م. س، ص 160 وما بعدها.

<sup>2</sup> : يعد الفقه الإسلامي عامة والمالكي على وجه الخصوص بمثابة القانون الواجب التطبيق كلما تعلق الأمر بنزاعات العقار غير المحفظ حيث نبه المجلس الأعلى الحاكم الدنيا إلى هذه النقطة في العديد من قراراته كان من بينها القرار رقم 453 الصادر في 1990/02/28 والذي جاء فيه : " إن دعوى التحفيظ تطبق فيها قواعد الفقه الإسلامي التي تجيز إثبات الملكية بالبينة الشرعية " قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ، ذ. عبد العزيز توفيق، ص 197، ط 1999.

<sup>3</sup> : مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 40 السنة الثانية عشر، ص 143.

<sup>4</sup> : شرح حدود ابن عرفة للرصاص، ص 523.



وتنقسم القسمة من حيث مصدرها إلى نوعين : قسمة رضائية وقسمة قضائية<sup>1</sup>، إلا أن الذي يهمنا في هذه الدراسة هو النوع الأخير لكونه يشكل محل تطبيق قواعد الإثبات بما في ذلك قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

والمدعي ظاهراً في دعوى القسمة هو ذلك الشريك الذي يطالب بالخروج من حالة الشيعاء أما ما سواه من الشركاء فيمثلون في الدعوى بصفتهم مدعى عليهم، لذلك وفي إطار تحقيق دعوى القسمة وإثباتها، اتفق فقهاء المذهب المالكي على ضرورة إثبات المدعي للشركة أو الشيعاء كشرط جوهرى للبث في دعوى القسمة إذ روي عن الإمام مالك رحمه الله في هذا الباب قوله : " وإذا طلب بعض الشركاء قسمة الملك الذي بينهم، لم يحكم القاضي بينهم حتى يثبت عنده أن الملك بينهم، فإذا ثبت عنده حكم بينهم بقسمته حتى وإن صار لأحدهم ما لا ينتفع به "<sup>2</sup>. وعلى هذا النهج سار المجلس الأعلى في اجتهاداته حيث قضى في قراره رقم 856 الصادر بتاريخ 1995/04/25 في الملف العقاري عدد 90/6289 بما يلي : " إذا رفع الوصي أو الورثة أمراً إلى القاضي ليقسم بينهم، فإنه لا يقسم بينهم حتى يثبتوا أصل الملك للموروث واستمراره بيده وحيازته وإثبات الموت وعدة ورثته "

وباعتبار القسمة من العقود الناقلة للملكية، فإن هذه الأخيرة لا تثبت إلا بإشهاد عدلي أو بعقد عرفي أو بلفيف يستند شهوده على مستند خاص كالمعاينة، وهذا ما أيده المجلس الأعلى في قراره رقم 45 الصادر في 1994/01/25 حيث قضى بما يلي : " لا تثبت قسمة المشاع إلا بمجة صحيحة متنا وسندا، ولا يتم ذلك إلا بما يتم به التفويت لأنها بيع من البيوع "<sup>3</sup>.

والجدير بالذكر أنه في إطار دعاوى العقار غير المحفظ، غالباً ما تنشأ نزاعات بين المتقاسمين حتى بعد إجراء القسمة، إذ قد يدعي أحد المتقاسمين أن القسمة التي جرت فيما بينهم عبارة عن قسمة بتية - أي نهائية - في حين يدعي البعض الآخر أنها قسمة استغلال - مهياة - وفي هذه الحالة جرى العمل على أن القول قول الفريق الأخير وعلى من يدعي القسمة النهائية إثبات ما يدعيه لقول المتحف :

<sup>1</sup> : حسب تصنيف د. مامون الكزبري لأنواع القسمة، حيث عرف القسمة القضائية بأنها هي التي تجري بواسطة القضاء ويلجأ إليها في الحالات الثلاث التي ورد ذكرها في الفصل 1087 من ق. ل. ع وهي :  
أ - إذا تعذر اتفاق المشاعين على إجراء قسمة رضائية.  
ب - إذا كان بين الشركاء من لا تتوفر فيه أهلية التصرف كالقاصر أو السفهية.  
ج - إذا كان أحد الشركاء غائباً.

أنظر التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية م. س. ج 2، ص 126 و 127.

<sup>2</sup> : أنظر كتاب " فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام " لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، ص 317، طبع وزارة الأوقاف، سنة 1990.

<sup>3</sup> : قضاء المجلس الأعلى، عدد 48 يناير 1996، ص 230.

### والمدعي لقسمة البتات يؤمر في الأصح بالإثبات

وهو ما سنقف عليه من خلال التطبيقين النوازلي والقضائي التاليين :

#### أولاً : تطبيقات النوازل الفقهية.

سئل أبو زيد الخناك رحمه الله عن كافلة أدعى على أيتامها في دار أنها قسمتها عنهم مرضاة قسمة بت، وأنكرت ذلك وادعت أنها قسمة استغلال.

فأجاب : من البين أنه لا بد من ثبوت ما ادعى قسمته بتا، وإلا كان القول لمدعي الاستغلال على ما جرى به العمل، وهو الصواب، كما في ابن سلمون وعقده في التحفة كما أفاده شارحها ميارة ونصها :

#### والمدعي لقسمة البتات يؤمر في الأصح بالإثبات

قال أبو علي في حاشيته : والخلف في المسألة قوي، وإن كان العمل جرى بما رأيته، يعنى بكلام التحفة ( هـ ) على أن هذا القسم كان من كافلة، وفيه خلاف درج في المتن على أنه لا يصح وأفصح غيره بأنه المشهور، ومذهب المدونة، وقيل ينظر القاضي، فإن كانت القسمة صلاحاً وسداداً أجازها وإلا ردّها كما به أجاب أبو الحسن، قف على الدر النثير وغيره، والله الموفق ( هـ )<sup>1</sup>.

#### ثانياً : تطبيقات الاجتهاد القضائي.

في إطار تحقيق دعوى القسمة وإثباتها جاء قرار المجلس الأعلى التالي والذي قضى بما يلي : " لما كان النزاع يتعلق بعقار غير محفظ فإنه يمكن إثبات ادعاء القسمة بشهادة اللفيف عملاً بقول الإمام الرزاق : وكثرن بغير عدول وهو يشير إلى ما جرى به العمل من قبول شهادة اللفيف في المذهب، فكان على المحكمة أن تناقش اللفيف المدلى به لإثبات القسمة، سيما وأن شهوده يستندون في شهادتهم إلى مستند خاص، فتعمل به أو تبطله وفق ما توجبه قواعد الفقه وكان عليها في حالة إبطال هذا اللفيف أن تقضي باليمين على منكر القسمة مع قاعدة النكول عملاً بقول التحفة :

#### والمدعي لقسمة البتات يؤمر في الأصح بالإثبات

قال الشيخ التاودي فإن جاء ببينة وإلا فلا شيء إلا اليمين والأرض بينهما، لهذا تكون المحكمة قد تجنبت الصواب لما صرحت بأن القسمة لا تثبت إلا بالكتابة واعتبرت الدعوى المدعمة باللفييف عارية عن الحجة ورفضتها"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> : النوازل الصغرى للفيقيه أبي عبد الله محمد المهدي الوزاني، الجزء الرابع، ص 39، طبع وزارة الأوقاف 1993.

<sup>2</sup> : القرار رقم 140 الصادر بتاريخ 31 يناير 1984 في ملف الأحوال الشخصية عدد 98045، منشور في كتاب قرارات المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية - منشورات المجلس الأعلى في ذكراه الأربعين.

## المبحث الثالث : نزاعات الشفعة.

الشفعة كما عرفها الفقيه ابن عرفة في حدوده هي " استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه"<sup>1</sup>.

وتعتبر الشفعة مؤسسة إسلامية بامتياز، شرعت لتجنب الضرر الذي قد يترتب عن حلول شريك جديد محل الشريك البائع لحصته.

وللإحاطة بقاعدة البيئنة على المدعي في إطار نزاعات الشفعة، فإن الأمر يستدعي الإشارة إلى أن عبء الإثبات يتوزع بين كل من الشفيع - طالب الشفعة - والمشفوع منه - المشتري لجزء من الحصة المشاعة - وذلك وفقاً لما يلي :

## أ - بالنسبة لطالب الشفعة :

لقد اتفق جل فقهاء المذهب المالكي على تكليف طالب الشفعة بإثبات أمرين على جانب من الأهمية يتوقف عليهما الحكم لفائدته بالشفعة :

الأول يتعلق بإثبات الشفيع للشفيع، بحيث لا يقضي لهذا الأخير بالشفعة إلا بعد ثبوت ملكيته لجزء من العقار المشاع وذلك وفقاً للمبدأ القائل بأن " الشفعة لا تثبت إلا للشريك على الشفيع"<sup>2</sup>، ولقول التحفة :

وفي الأصول شفعة مما شرع في ذي الشفيع ومحد تمتنع

أما الثاني فيتعلق بإثبات البيع، إذ يقع على عاتق الشفيع إثبات انتقال الحصة المراد شفعتها إلى المشفوع منه بعوض.

وبهذا الصدد نورد ما جاء في القرار رقم 1440 المؤرخ في 1998/03/04 في الملف المدني عدد 93/552 حيث قضى بما يلي : " اليمين لا يحكم بها إلا في حالة الاتفاق على القسم والاختلاف في وجهه، فمن ادعى قسمة البتات ولم يثبتها فلا شيء له إلا اليمين على مدعي قسمة الاستغلال، أما في حالة الاختلاف في أصل القسم كما في النازلة، فإن القول لمنكر القسم اتفاقاً وبدون يمين، وأن المحكمة بالتالي كانت على صواب عندما لم تحكم باليمين على منكر القسم " قضاء المجلس الأعلى عدد 54/53، ص 243.

<sup>1</sup> : أنظر كتاب شرح حدود ابن عرفة للرصاع، م. س، ص 501. والشفعة حسب فقهاء القانون هي : " حق ممنوح للشريك على الشفيع في أن ينتزع لنفسه الحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء للغير في مقابل أن يدفع للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع. " أنظر التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، م. س. ج 2، ص 171.

<sup>2</sup> : فلا يستحق الشفعة إلا الشريك الثابتة شركته قبل البيع والمستمرة إلى غاية أخذه بالشفعة. والشريك هنا قد يكون شريكاً في الرقبة أو شريكاً في الحق التابع للرقبة مما ينتج عنه أن الشفعة لا تثبت إلا للشريك الذي يحتل نفس الرتبة. أنظر العقود المسماة، د. محمد مهدي الجهم، ص 158، طبعة 1987/88.

ولقد حدد ابن عرفة في باب الموجب لاستحقاق الشفيع الأخذ بالشفعة سبب استحقاق الشفيع للشفعة بقوله : " ثبوت ملك الشفيع لشقص<sup>1</sup> شائع من كل من ربع<sup>2</sup> واشتراء غيره شقفاً آخر منه<sup>3</sup> ."

### ب - بالنسبة للمشفوع منه :

قد يكتسب المشفوع منه صفة المدعي وذلك في أحوال محددة من أهمها حالة ادعائه بأنه اشترى عقارا مقسوما<sup>4</sup>.

ففي هذه الحالة يقع عبء الإثبات على عاتق المشفوع منه وفقاً لما جرى به العمل الذي يقتضي تكليف المشفوع منه بإثبات القسمة المزعومة، فإن أثبت هذا الأخير أنه اشترى بالفعل مقسوماً وكانت القسمة ثابتة بموجب إشهاد عدلي أو عقد عرفي أو لفيف<sup>5</sup> سقط حق الشفيع في الشفعة، أما إذا عجز عن إثبات ما ذكر حلف حينئذ الشفيع لرد دعوى القسمة وحكم لفائدته بالشفعة<sup>6</sup>.

وبتفحصنا لفقه النوازل نجد أن الفقهاء قد أبلوا البلاء الحسن، حيث لم تتفهم صغيرة ولا كبيرة من مسائل الشفعة إلا وتصدوا لها بالإجابة الشافية، وهذا ما سيتضح من خلال التطبيقات التالية :

<sup>1</sup> : الشقص النصيب والسهم القطعة من الأرض، أنظر المنجد في اللغة والإعلام، ص 397، الطبعة الثالثة والعشرون دار المشرق.

<sup>2</sup> : الربع المنزل والدار بعينها، ويطلق عادة على الدور والدكاكين، أنظر لسان العرب، ج 8، ص 102، دار صادر، الطبعة الأولى.

<sup>3</sup> : أنظر كتاب شرح حدود ابن عرفة للرصاع، م. س، ص 513، وبهذا الصدد نورد ما جاء في تبصرة الحكام لابن فرحون، حيث جاء في مسألة من باب الشفعة : " قال ابن راشد : إذا قام الشفيع يطلب الأخذ بالشفعة ورفع ذلك إلى الحاكم، حكم له بالأخذ من المشفوع منه بعد ثبوت ملكيتهما وثبوت الشراء ... يعني أن القائم بالشفعة يلزمه أن يثبت ملكيته للحصة التي يريد أن يستشفع بها ويثبت ملكية البائع للحصة التي يريد أخذها بالشفعة " ج. 1، ص 128.

<sup>4</sup> : حدد بعض فقهاء القانون هذه الحالات زيادة على الحالة الوارد ذكرها أعلاه فيما يلي :

1 - ادعاء المشتري - المشفوع منه - نسيان الثمن 2 - ادعاء المشتري تفويت المشفوع بتبرع أو عوض أو قسمة أو إقالة للمزيد من التوسع، أنظر أحكام الشفعة والصفقة، ذ. سليمان الحمزاوي، ص 27 وما يليها، مطبعة الأمنية 1983.

<sup>5</sup> : يجب أن يستند شهود اللفيف على مستند خاص كحضور القسمة أو المعاينة، وعلى هذا النهج سار المجلس الأعلى في العديد من قراراته.

<sup>6</sup> : النوازل الصغرى، م. س. ج 2، ص 579.

### أولا : تطبيقات النوازل الفقهية .

وسئل ابن الحاج<sup>1</sup> عن المشتري يدعي أنه اشترى مقسوما، وقال الشفيع بل اشترت غير مقسوم.

فأجاب : القول قول الشفيع، وعلى المدعي للقسمة البينة، قال ولو ادعى المشتري في أنها كانت قسمة بت وادعى الشفيع أنها قسمة اغتتال واستمتع كان القول قول الشفيع، وعلى المشتري إقامة البينة أنها كانت قسمة بت. وكذلك لو أن شريكين يدعي أحدهم القسمة أنه قاسم شريكه قسمة متعة وقال الآخر بل قسمة بت فيشبهه اختلاف المتابعين إذا قال أحدهما بعت منك بيع بت وقال الآخر بل بيع خيار إن القول قول مدعي البت مع يمينه، فتديره<sup>2</sup>!

### ثانيا : تطبيقات الاجتهاد القضائي .

لقد تميز الاجتهاد القضائي المغربي في باب الشفعة بالغنى والتنوع المستمد من أساسا من أحكام الفقه المالكي، وهذا ما سيتبين من خلال قرارات المجلس الأعلى التالية التي تتمحور أساسا حول شروط الأخذ بالشفعة وما يثار بشأنها من إشكاليات :

" لا يحكم بثبوت الشفعة أو عدمها إلا بعد ثبوت البيع إذ لا يحكم بين اثنين في مال ثالث ولا يحكم بإقرار المشتري والشفيع حتى يثبت عنده البيع.

قسم الاستئناف أصدر حكمه قبل أن يثبت عنده البيع بإحضار رسم الشراء الشيء الذي أصبح بسببه الحكم عديم الموجدات. " - الحكم الشرعي عدد 134 الصادر في 1968/01/09<sup>3</sup>.

" إن من شروط الشفعة أن يكون البيع ثابتا أما إذا أنكره البائع والشقص بيده وأقر المبتاع بالشراء فلا شفعة إلا بعد صدور الحكم بكون البيع ثابتا ولهذا يكون غير معلل تعليلا صحيحا الحكم بعدم استحقاق الشفعة أن بني على ثبوت البيع بخطاب الحاكم على رسم البيع

<sup>1</sup> : فقيه وعالم قرطي كبير من أمثال ابن رشد الجد، ولي من طرف علي بن يوسف، قضاء الأندلس بعد وفاة ابن رشد الجد.

<sup>2</sup> : المعيار المغرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، ج 8، ص 103، نشر وزارة الأوقاف 1981. وجوابا على نفس الإشكالية ورد في كتاب النوازل الصغرى للفقهاء المهدي الوزاني ما يلي : " إنه يجب على المبتاع إثبات أنه اشترى مقسوما، وهي رواية ابن القاسم وعليها عول اللخمي وغيره ابن رشد "، ج. 3، ص 579.

<sup>3</sup> : مجموعة قرارات المجلس الأعلى ( مادة الأحوال الشخصية ) من إعداد د. إدريس ملين، ص 89.

وعلم المدعيتين بالبيع استنادا إلى رسمي الصلح والمقاسمة الواقعين مع غيرهما." - الحكم الشرعي عدد 26 الصادر في 1969/12/02<sup>1</sup>.

" جواب المدعى عليه بأن الشفيع لم يعد مالكا يتضمن إقرارا ضمنيا بملكيته عملا بقول خليل : أو وهبته لي أو بعته فأقرار من المدعى عليه، وعليه أن يثبت البيع أم الهبة. فالجواب بأن المدعي لم يعد مالكا للشقص لا يخرج عن أحد الأمرين : البيع أو الهبة وهو المكلف بإثبات هذا الادعاء وأن المحكمة لما قضت بعكس ذلك تكون قد بنت قضائها على غير أساس." - القرار عدد 426 الصادر في 1986/03/25<sup>2</sup>.

" لما كان الطاعن قد أثبت أمام قضاة الموضوع أن الملك الذي يطلب شفعة الحصة المباعة منه هو ملك لموروثه وموروث البائعين وادعى المشفوع منه اختصاص البائعين به دون بيان وجه الاختصاص من قسمة أو مخارجة أو غيره من أسباب نقل الملكية فإن المحكمة التي أهملت حجة الطاعن المؤيدة بالأصل الذي هو الاستصحاب واستمرار حالة الشيع وأهملت حجة الخصم التي تثبت الاختصاص دون بيان سببه تكون قد خرقت قواعد الترجيح بين الحجج وعرضت قرارها للنقض " - القرار عدد 464 الصادر في 1985/04/02<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> : المرجع السابق، ص 153.

<sup>2</sup> : م. س، ص 438.

<sup>3</sup> : المرجع السابق، ص 412.