

طارق بنبليل.

طالب بسلك الدكتوراه.

قاض بالمحكمة الابتدائية بتاوريرت

الاستثناءات الواردة على المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية

لئن كانت مقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية كما تم تميمها بموجب القانون 69.16 توجب تحرير كل التصرفات العقارية وكذا الوكالات المرتبطة بها، وفق محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ بحرر وجوباً من قبل محام مقبول للترافع أمام محكمة وذلك تحت طائلة البطلان متى حرر التصرف خلافاً لذلك، فإنه المشرع استثنى من ذلك جملة من التصرفات إن بمقتضى ذات المدونة وإن بمقتضى قوانين أخرى، بحيث لا يتم تحريرها وفق المبدأ المذكور وإنما يتعين تحريرها وفق شكلية خاصة بحسب اختيار المشرع أو الأطراف بحسب الحالة.

والمشرع لم يتبن هذا المبدأ إلا بعد سنه مدونة لحقوق العينية التي حلت محل ظهير 1915 المطبق على العقارات المحفوظة، إذ قبل ذلك كانت التصرفات العقارية تخضع لمقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع الذي كان يستوجب تحريرها وفق محرر كتابي ثابت التاريخ دون أن يشترط أي شكلية خاصة رسمية أو عرفية.

والفائدة من هذا الموضوع، تتجلى في محاولة ضبط وتحديد ما يخضع للمادة 4 أصلاً وما لا يخضع لها استثناءً، حتى يتأتى للمشتغلين في مجال التوثيق وللساهرين على تطبيق مقتضياته معرفة ما يحرر وفقها وما لا يحرر وفقها ومتى يتقيدون بما ذكر فيها ومتى لا يتقيدون بذلك إذ من عرف القاعدة والاستثناء عرف وجه النزاع وما يطبق عليه.

ومن فوائده أيضاً، أنه على ضوءه سيتم تحديد ما إذا كانت الشكلية في تلك التصرفات محددة على سبيل الانعقاد أم على سبيل الإثبات، وبمعرفة ذلك سيتسنى معرفة متى يترتب على عدم احترامها بطلان التصرف ومتى لا يترتب على ذلك بطلانه.

ولأجل ما ذكر أعلاه، فإني سأحاول مقارنة هذا الموضوع انطلاقاً من عدة أسئلة فرعية أتساءل من خلالها عن الاستثناءات الواردة على المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية وما هي الشكلية المسترعاة فيها وهل تلك الشكلية جعلت فيها للانعقاد أم للإثبات فقط؟

ولسوف أعالج هذه الموضوع من خلال تقسيمه إلى مبحثين أتناول في الأول الاستثناءات الواردة داخل المدونة بينما أتعرض في الثاني للاستثناءات الواردة خارج المدونة وذلك وفق ما يلي:

المبحث الأول: الاستثناءات الواردة داخل المدونة.

المطلب الأول: الاستثناءات المتعلقة بعقود التبرع.

الفقرة الأولى: الاستثناء المتعلق بحق العمرى.

الفقرة الثانية: الاستثناء المتعلق بعقدي الهبة والصدقة.

المطلب الثاني: الاستثناءات المتعلقة بعقود المعاوضة.

الفقرة الأولى: الاستثناء المتعلق بالرهون.

الفقرة الثانية: الاستثناء المتعلق بالمغارسة.

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة خارج المدونة.

المطلب الأول: الاستثناءات الواردة في قوانين الألفية الثانية.

الفقرة الأولى: الاستثناءات الواردة في قانون الالتزامات والعقود وظهير التحفيظ العقاري.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة في قانون نزع الملكية وقانون التجزئات العقارية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة في قوانين الألفية الثالثة.

الفقرة الأولى: الاستثناءات الواردة في القوانين ذات الأرقام 18.00 و 44.00 و 51.00 و 57.19.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة في مدونة الأسرة والأوقاف والضرائب.

المبحث الأول: الاستثناءات الواردة داخل مدونة الحقوق العينية.

استثنى المشرع من المادة الرابعة مجموعة من التصرفات التي جاء ذكرها بمقتضى ذات المدونة، ونميز فيها بين نوعين من التصرفات، الأولى يتعلق بما يعطى على وجه التبرع والثاني يتعلق بالتصرفات العوضية.

المطلب الأول: الاستثناءات المتعلقة بعقود التبرع.

وجه الاستثناء هنا يتعلق ببعض العقود التبرعية التي تعرض لها المشرع بمقتضى مدونة الحقوق العينية، وتتجلى أساساً في حق العمري (الفقرة الأولى) وعقدي الهبة والصدقة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاستثناء المتعلق بحق العمري.

تعرض المشرع المغربي لحق العمري بمقتضى مدونة الحقوق العينية بدءاً من المادة 105 وإلى غاية ما ذكر في المادة 108، وهو يعد من بين الحقوق العينية الأصلية التي لا ترد سوى على حق المنفعة استعمالاً واستغلالاً دون حق الرقبة الذي يبقى في ذمة المالك.

وقد عرفها الإمام ابن عرفة بقوله: «هي تملك منفعة حياة المعطي (بالفتح) بغير عوض»¹. بينما عرفها ابن منظور بكونها " ما تجعله للرجل طول عمره أو عمره."²

وبناء على ما ذكر، يمكن القول بأن حق العمري هو حق عيني أصلي يقوم على أساس تملك المعطي له بلا عوض منفعة عقار معين حال حياته أو حياة المعطي أو لمدة معلومة، وهذا ما يستخلص مما ذكر في المادة 105 من م.ع.م.

ولقيام حق العمري يشترط ما يراعى في العقد بوجه عام، الأهلية والرضى والسبب ثم المحل، علاوة على الشكلية كما سيأتي ذكره بعد حين.

وتخضع هذه الأركان للقواعد العامة المومأ إليها في ق.ل.ع، وتبعاً لذلك يشترط في المعطي أن يكون متمتعاً بأهلية التصرف ومالكا للعقار المتبرع بمنفعته، وأن يقبل إيجابه بقبول المعطي له تكريساً لركن التراضي الذي يقتضي تطابق الإرادتين³.

1- عبد الكريم شهبون. الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية- الطبعة الثانية/2017. ص 235

2 محمد ابن منظور: لسان العرب، منشورات دار صادر/لبنان: بيروت، الطبعة الأولى، ص 601.

لكن الملاحظ في هذا المقام هو أن المشرع لم يتعرض لحكم العمري التي تجرى حال مرض الموت، وسكوته هذا لا يفهم منه المنع وإنما يحمل على الإباحة مع الرجوع إلى ما جرى به العمل عند مالك ثم ما قوي دليله من الراجح وما كثر قائله من المشهور طبقاً للمادة الأولى من المدونة مع تقديم قانون الالتزامات والعقود إن وجد فيه ما ينفع.

وقد سئل بعضهم عن أمتع رجلاً في حظ له في أملاك بينهما طول حياته والمعمربحال مرض فهل تصح هذه العمري أم لا، فأجاب المتلقي بأنه إن كان هذا المعمر في مرضه رجلاً إن مات من مرضه ذلك فإن تلك العمري تخرج من الثلث، لأن تبرعات المريض مخرجها من الثلث⁴ فيسري عليها تبعاً لذلك ما يسري على الوصية.

وتجب الإشارة إلى أن قيام حق العمري لا يتوقف على ضرورة معاينة عنصر الحوز الذي يقتضي تعميم العقار من المعطى له أي وضع اليد عليه طبقاً للمادة 107 وذلك على خلاف حق الوقف.

كما أنه لا ينعقد ولا يرتب أي أثر إلا إذا تم تفرغته وفق الشكل المحدد له قانوناً وذلك تحت طائلة البطلان طالما أن الشكلية جعلت فيه للانعقاد لا للإثبات فقط.⁵

إذ واستثناء من المبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، لا ينعقد حق العمري ولا تقوم له قائمة إلا إذا حرروا وفق محرر رسمي عدلي أو توثيقي وذلك تحت طائلة البطلان وفق ما ذكر في المادة 106 من ذات المدونة، ولا يجوز تحريره من قبل محام ولو كان مقبولاً للترافع أمام محكمة النقض.

ومن الضمانات المقررة لحق العمري في هذا المقام هو أن العقد الذي ضمن فيه يعد حجة قاطعة على كل ما ذكر فيه ولا يمكن الطعن فيه إلا بالزور الفرعي طبقاً للفصلين 418 و419 من ق.ل.ع، كما أنه يعتبر حجة قوية في الإثبات وتوجد بالنسبة إليه قرينة رسمية، ومقتضى هذه القرينة أن تكون الورقة الرسمية حجة بذاتها دون حاجة إلى الإقرار بها، فهي بهذا تنقل عبء الإثبات⁶ وتقلب المراكز القانونية للأطراف.

وتجب الإشارة في هذا المقام إلى أن التنازل عن حق العمري لا يخضع للشكلية المومأ إليها في المادة 106 وإنما يبقى خاضعاً للمبدأ المشار إليه في المادة الرابعة من ذات المدونة، لأن الاستثناء هنا لا يتقرر سوى فيما يتعلق بمرحلة الإنشاء دون ما يتعلق بالتنازل الذي يبقى محكوماً بالأصل المذكور آنفاً؛ طالما أنه يدخل ضمن التصرفات المسقطة للحقوق العينية.⁷

ويستخلص مما ذكر أعلاه أن الشكلية في حق العمري إنما جعلت للانعقاد لا للإثبات فقط؛ طالما أن تخلفها يفضي إلى بطلانه واعتباره كأن لم يكن، وبالتالي عدم مكنة تصحيحه بالتقادم لأنه عدم والعدم لا يصير شيئاً مهما مر من الزمن.

³ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول- مصادر الالتزام- تنقيح أحمد مدحت المراغي/2004 منشورات منشأة المعارف الاسكندرية ص143.

⁴ أبو العباس أحمد بن يحيى الوئشيري: المعيار المغربي والجامع المغربي عن فتاوى أهل إفريقية والاندلس والمغرب، الجزء التاسع 1981 منشورات وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب ص158-159.

⁵ ويثار بخصوص البطلان إشكال مهم، يمكن التساؤل من خلاله عما إذا كان بإمكان من كان سبياً في عدم احترام الشكلية المستلزمة أن يتمسك ببطلان العقد؟ ومثال ذلك، أن يتبرع زيد بعقار معين لفائدة عمر بمقتضى عقد ثابت التاريخ، ثم يتقدم بدعوى قصد بطلان ذلك التصرف بعله أنه لم يحرر وفق محرر رسمي. فهنا زيد هو من أبرم ذلك التصرف وفق محرر عدلي وبالتالي كان هو المتسبب في البطلان، فهل يحق له أن يستفيد من البطلان؟

الجواب على هذا السؤال يرتبط بقاعدتين: الأولى مفادها أن الشكلية من النظام العام ولا بد من احترامها تحت طائلة البطلان، والثانية مفادها أنه لا يجوز لمن تسبب في البطلان أن يتمسك به.

ومن ثم أي القاعدتين تطبق هل الأولى أم الثانية؟

⁶ ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، منشورات كلية الحقوق بمراكش، 1403هـ/1983م ص73

⁷ المادة 106 فالمدونة 106 تخاطب الانعقاد ولا تخاطب الانقضاء.

وشرط الكتابة هنا ينبغي أن يحترم بصرف النظر عن الطبيعة القانونية للعقار سواء كان محفظاً أم غير محفظ، مع مراعاة ما يتعلق بشكلية النفاذ التي يحظى بها التقييد في الرسم العقاري. إذ وكلما كان العقار محفظاً حال ذلك دون ترتيب حق العمرى لأثاره في مواجهة الأطراف أو الأغيار إلا إذا قيد تقييداً نهائياً في الرسم العقاري طبقاً للفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري وتكريساً لمبدأ الأثر المنشئ للتقييد الذي يقضي بأن ملكية العقارات المحفظة والتصرفات العينية الواردة عليها لا تنتقل ولا ترتب أي أثر إلا من تاريخ تقييدها في الرسم العقاري⁸.

وإذا كان العقار المعطى للمعطى له في طور التحفيظ، فإنه من مصلحة هذا الأخير أن يعلن عنه وقت التحفيظ إيداعاً أو إحلالاً تحت طائلة اعتباره غير موجود وعديم الأثر بمجرد تأسيس الرسم العقاري تحقيقاً لمبدأ التطهير الذي يخلص العقار من كل الحقوق غير الظاهرة التي لم يعلن عنها وقت التحفيظ ولو كانت مشروعة؛ ذلك أن الحقوق غير المدلى بها أثناء مسطرة التحفيظ تتلاشى بصفة نهائية وتصبح معدومة ولا يمكن الاعتداد بها بأي وجه من الوجوه⁹.

الفقرة الثانية: الاستثناء المتعلق بعقدي الهبة والصدقة.

والهبة¹⁰ كما عرفها الإمام ابن عرفة المالكي هي « تملك منفعة لوجه المعطى له بغير عوض »¹²¹¹ أما م.ح.ع فقد عرفتها بأنها تملك عقاراً أو حق عيني لوجه الموهوب له وحال حياة الواهب وبدون عوض¹³.

ويستخلص من هذا التعريف أن الهبة هي تملك للملكية عقاراً أو حق عيني لوجه القابض الموهوب له فقط، وذلك في حياة الواهب بقصد ثواب الآخرة دون الحصول على أي عوض يقابلها، فيخرج بذلك تملك المنافع كالعارية والوقف ونحوها، كما يخرج البيع ونحوه مما يشترط فيه العوض¹⁴.

أما الصدقة فهي لغة ما يعطى على وجه القربى لله تعالى، وفقها عرفها ابن عرفة المالكي بقوله « تملك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض »¹⁵. في حين عرفتها م.ح.ع بأنها « تملك بغير عوض ملك ويقصد بها وجه الله »¹⁶.

وعليه، يتبين من التعاريف أعلاه أن الصدقة تفيد التملك لذات بلا عوض، تعطى لوجه الله تعالى قصد ثواب الآخرة، أو بعبارة أخرى، الصدقة هي تملك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض لمستحق بصيغة أو ما يدل على التملك لوجه الله تعالى وثواب الآخرة¹⁷.

⁸ محمد النعنان: إرشاد الساري إلى أصول التحفيظ العقاري/ منشورات الاحمدية الطبعة الأولى 2017، ص 195.

⁹ محمد الكشور: التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي - قراءة في قرار قضائي للمجلس الأعلى- منشورات سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة/ الطبعة الأولى 2005 ص 16.

¹⁰ تعرض المشرع المغربي لعقدي الهبة والصدقة كسببين من أسباب اكتساب الملكية العقارية بموجب مدونة الحقوق العينية بدءاً من المادة 273 وإلى غاية ما ذكر في المادة 291. وبالعودة لما ذكر في المادة 291، يتجلى لنا بأنه يسري على الصدقة ما يسري على الهبة باستثناء ما يتعلق بمسألة الاعتصار، وتبعاً لذلك فهما أيضاً لا يخضعان للمبدأ الموماً إليه في المادة الرابعة وإنما يستثنيان منه حيث يخضعان لشكلية خاصة بهما.

- محمد الأنصاري؛ شرح حدود ابن عرفة، الطبعة الأولى/1993 ص 552¹¹

¹² محمد محبوبي: أساسيات في أحكام الشهر العقاري والحقوق العينية العقارية في ضوء التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة - الرباط - الطبعة الأولى 2017 ص 208.

¹³ - المادة 273 من م.ح.ع.

¹⁴ - عبد الكريم شهبون؛ الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية، الطبعة الثانية 2017 ص 457

¹⁵ - محمد الأنصاري الرصاح؛ م.س.ص 554

¹⁶ - المادة 290 من م.ح.ع.

¹⁷ وإن كانت الهبة والصدقة تدخلان ضمن العطايا التي تكسب الملكية بدون عوض، فإن الفرق بينهما يتجلى في كون أن الهبة تعطى لوجه القابض دون قصد نيل ثواب الآخرة على خلاف الصدقة التي تعطى لوجه الله تعالى ويقصد نيل ثواب الآخرة، كما أن المشرع أجاز الرجوع في الهبة ومنعه في الصدقة.

ولئن كان لا يجوز للمتصدق أن يسترد ما تصدق به إلا على وجه الإرث، فإن الإشكال ينشأ في الحالة التي يرغب فيها المتصدق عليه بتفويت الشيء للمتصدق به، فهل يجوز للمتصدق أن يشتريه أم يسري عليه ما يتعلق بعدم جواز استرداده؟ وهل يجوز هذا الشراء من مشتري الشيء إذا ما اشتراه من عند المتصدق عليه؟

الحقيقة أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة وإنما ترك أمر استخلاصها لما عمل به قضاة مالك أنفاً، وبالعودة للفقهاء الإسلامي نجد أن المسألة هي محل خلاف بين فقهاء الشريعة، فمنهم من ينهى عن الشراء لقول الرسول إجابة عن سؤال عمر لا تشتريه -أي الفرس الذي تصدق به-، فإن العائد في صدقته كالكلب الذي يعود في قيئه¹⁸. لكن الملاحظ في هذا المقام هو أن المنع المشمول بهذا الحديث إنما هو يسري على الحالة التي يسعى فيها المتصدق إلى شراء الشيء من عند المتصدق عليه وهذا أمر غير جائز شرعاً، وغير مقبول قانوناً طالما أن المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية تحيل على الفقه الإسلامي فيما لم يرد بشأنه نص خاص.

ونرى أن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بالحالة الأخرى التي يقوم فيها المتصدق عليه بتفويت الشيء للمتصدق به إلى شخص أجنبي، ذلك أن وصف الصدقة هنا زال بالبيع وصار الشيء مملوكاً لغير المتصدق عليه مما يرتفع معه المنع المشار إليه سابقاً، ثم إن عدم جواز الاسترداد إنما هو أثر من آثار الصدقة ويسري على أطر أفعالها فقط ومن يقوم مقامهما من الورثة ولا يسري على الغير إذا ما انتقلت إليه ملكية الشيء فلا شيء يحول دون شرائه.

وعلى غرار حق العمري اشترط المشرع تفريع عقدي الهبة والصدقة وفق محرر رسمي يسترعى تحريره وجوباً وفق التوثيق العدلي أو العصري دون مكنة اللجوء إلى غيره وذلك تحت طائلة البطلان طبقاً للمادتين 274-291 من مدونة الحقوق العينية.

ومن ثم يمكن القول بأن محرري العقود المبرمة في إطار عقدي الهبة والصدقة هم العدول والموثقين دون غيرهم ولو تعلق الأمر بالعقارات المنضوية تحت لواء الملكية المشتركة المنظمة بمقتضى القانون 106.12 ذلك أن المادة 12 من هذا القانون استثنيت في فقرتها الأخيرة العقود التي يتوقف قيامها على ضرورة تفريعها وفق محرر رسمي، مما معناه أن عقد الهبة مثلاً وإن تعلق بشقة خاضعة لنظام الملكية المشتركة فهو محرر وجوباً وفق المادة 274 ولا يخضع لما ذكر في الفقرة الأولى من المادة 12 المشار إليها آنفاً¹⁹.

وتجب الإشارة إلى أن مبدأ الرسمية المبسوط آنفاً هو نفسه المقرر في العقود العوضية التي سيأتي ذكرها أدناه.

المطلب الثاني: الاستثناءات المتعلقة بعقود المعاوضة.

على غرار ما ذكر أعلاه من الاستثناءات، فإن المشرع المغربي استثنى كذلك من مبدأ الخيار بين التوثيق الرسمي والتوثيق ثابت التاريخ الموماً إليه في المادة الرابعة قيد الدراسة، مجموعة من العقود التي تقوم على أساس فكرة الأخذ والعطاء حيث يأخذ فيها المتعاقد عوضاً ومقابلاً لما يعطيه.

¹⁸ وأصل الحديث ما رواه ابن عباد رضي الله عنهما، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " مثل الذي يرجع في صدقته كمثل الكلب يقيء، ثم يعود في قيئه فيأكله" رواه مسلم (1622).

وسياق هذا الحديث أن عمر بن الخطاب تصدق بفرس في سبيل الله، فوجده يباع، فأراد أن يشتريه، ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم، فاستأمره، فقال لا تعد في صدقتك. فبذلك كان ابن عمر رضي الله عنهما، لا يترك أن يبتاع شيئاً تصدق به، إلا جعله صدقة. رواه البخاري (1489) ومسلم (1621).

¹⁹ على غرار حق العمري وبناء على ما ذكر في المادة 274، يمكن القول بأن الكتابة في هذين العقدين إنما اشترطت على وجه الانعقاد وجعلت ركناً فيهما معاً طالما أن المادة 291 تحيل على الأولى، وتبعا لذلك فإن الشكلية هاهنا تندرج ضمن القواعد النظامية التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وذلك تحت طائلة البطلان. ومعلوم أن الكتابة كلما جعلت للانعقاد فإن الإثبات لا يصح كذلك إلا بها ولو تحقق الإقرار، ذلك أن تخلف الكتابة والحالة هذه يفضي إلى بطلان العقد، والمتفق عليه أن العقد الباطل إنما يعد مما لا يصحح لا بالتقدم ولا بالإقرار، واعتراف الواهب أو المتصدق بما تبرع به لا يسعف المتبرع له وإنما يجب عليهما أن يستدركا ما فاتهما بعقد رسمي، وإذ ذلك يرتب هذا العقد آثاره من تاريخ انعقاده أو تقييده لا من تاريخ تسليم العقار بناء على العقد الأول الذي قضى ببطلانه.

وقد اشترط توثيق هذه العقود وفق شكلية خاصة لا توافق ما ذكر في المادة الرابعة، ولعل الغاية من ذلك هي تعزيز الأمن العقاري الذي يتعزز أكثر بالرسمية نظرا للضمانات التي تحظى بها إن على مستوى الإثبات وإن على مستوى التنفيذ، والتي تساهم بشكل كبير في تعزيز الثقة لدى الفاعلين العقاريين وإشاعة الأمن والاستقرار بما يحد من مخاطر التوثيق العرفي الذي كان وما زال يشكل مدخلا للتراخي على حقوق الناس ظلما وعدوانا وبلا وجه حق.

ويتعلق الأمر في هذا المقام ببعض الضمانات العينية المتمثلة في مؤسسة الرهون (الفقرة الأولى) علاوة على عقد المغارسة كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاستثناء المتعلق بالرهون.

تندرج الرهون ضمن الحقوق العينية التبعية²⁰ التي نظمها المشرع بمقتضى الباب الأول من القسم الثاني لمدونة الحقوق العينية بدءا من المادة 142 إلى غاية المادة 213.

والفرق بين الرهن الرسمي والحيازي من حيث الشكلية²¹ يتجلى كون أن المشرع اشترط تفرغ الرهن الحيازي وفق محرر رسمي (أولا)، بينما أخضع الرهن الرسمي للمبدأ المقرر في المادة الرابعة باستثناء ما يتعلق بالرهن الاتفاقي الذي لا تتجاوز قيمته 25 مليون سنتيم (ثانيا).

أولا: الاستثناء المتعلق بالرهن الحيازي.

يفهم من المادة 145 من م.ح.ع أن الرهن الحيازي هو حق عيني تبعي يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن ضمانا لأداء دين عالق بذمته، وهو يولي الدائن المرتهن مكنة حيازة المال المرهون وحبسه إلى أن يستوفي حقه.

وهو يتميز بمجموعة من الخصوصيات من بينها أنه يولي الدائن مكنة تقديم مطلب لأجل تحفيظ العقار المرهون؛ بناء على القرار القضائي الصادر بالحجز لفائدته طبقا للفصل 11 من ظهير التحفيظ العقاري.

والملاحظ في هذا المقام هو أن المشرع لم يحدد طبيعة الحجز الذي بناء عليه يمكن للدائن أن يسعى إلى مباشرة مسطرة التحفيظ، فهل الأمر يتعلق بالحجز التحفظي أم يتعلق بالحجز التنفيذي أم يتعلق بهما معا.

من جهتنا نرى أن الأمر لا يمكن أن يتعلق بالحجز التحفظي وإنما يتعلق بالحجز التنفيذي وذلك لسببين، الأول مرده أن الغاية من الحجز التحفظي ليست هي التنفيذ على أموال المدين وإنما هي وضعها تحت يد القضاء بشكل يحول دون مكنة التصرف فيها تصرفا قانونيا تحت طائلة البطلان طبقا للفصل 453 من قانون المسطرة المدنية، خلافا للحجز التنفيذي الذي تكون الغاية منه هي التنفيذ على المال المحجوز لاسيما إذا علمنا أن الغاية من هذا التحفيظ هي تامين قيمة العقار تمهيدا لبيعه في المزاد العلني وحتى لا يباع بأبخس الأثمان، والسبب الثاني يعزى إلى الصيغة التي سيق بها الفصل 11 من ظهير التحفيظ العقاري، حيث استعمل الحجز التي تجرى بناء على قرار

²⁰ وقد عرف المشرع الحق العيني التبعي في المادة 10 من م.ح.ع بكونه "الحق الذي لا يقوم بذاته وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي ويكون ضامنا للوفاء به".

²¹ والرهون تنقسم إلى ثلاثة أنواع: الأولى يرتبط بالرهن الرسمي، والثاني يرتبط بالرهن الحيازي والثالث يرتبط بالرهن غير الحيازي، ويختلف الأول عن الثاني في كون أن هذا الأخير يرد على جميع الأموال سواء كانت منقولة أو عقارية بينما الأول لا يرد على العقارات غير المحفظة ويرد على ما دونهما من العقارات المحفظة أو التي توجد في طور التحفيظ وكذلك بعض المنقولات كالسفن والطائرات طبقا للفصل 489 من ق.ل.ع. أما النوع الثالث فهو لا يرد سوى على المنقولات والحيازة فيه كالرهن الرسمي تبقى في ذمة المدين الراهن على خلاف الرهن الحيازي الذي يقتضي نقل الحيازة إلى الدائن، وقد نُظِم هذا النوع بمقتضى القانون 21.18 المتعلق بالضمانات المنقولة.

قضائي ومعلوم أن الحجز التحفظي لا يتم بناء على قرار قضائي وإنما يتم بناء على أمر ولائي طبقاً لما ذكر في المادة 452 على خلاف الحجز التنفيذي الذي قد يجري بناء على قرار قضائي.²²

وخلالاً للمادة الرابعة فإنه ولقيام الرهن الحيازية يسترعى وجوباً تفرغها وفق محرر رسمي يحرر وجوباً من قبل عدول أو موثقين دون مكنة اللجوء إلى ما سواهما، وذلك تحت طائلة البطلان.

وما يسترعى الإشارة إليه في هذا المقام، أن الرهن الحيازية المنصبة على عقارات محفظة تسري عليها أحكام الرهن الرسمي طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 145 من ذات المدونة، وهو ما يعني أن الشكلية فيها تعود لأصلها فتخضع حينذاك للمبدأ المشار إليه في المادة 4.

وعلى خلاف ما عليه الحال بالنسبة لعقود التبرع المبحوثة سابقاً، فإن المشرع لم يتعرض بشكل صريح لطبيعة الجزء الناشئ عن تخلف الرسمية في عقد الرهن الحيازي، وإنما استعمل آلية الاشتراط بقوله يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي طبقاً للمادة 147 من المدونة.

وتبعاً لذلك فإذا كانت طبيعة الشكلية مقررة بمفهوم العبارة في عقود التبرع المذكورة في المبحث الأول فإنها واردة هاهنا بمفهوم الإشارة، وهذا ما يستخلص من آلية الاشتراط المنصوص عليها في المادة 174 إذ المعلوم أن العقد الصحيح يقابله العقد الباطل، وتخلف الرسمية في الرهن الحيازي يجعله غير صحيح مما يفضي إلى بطلانه وتكون بذلك الشكلية المشترطة في هذا المقام وسيلة للانعقاد وليس للإثبات فقط.

ثانياً: الاستثناء المتعلق بالرهن الاتفاقي زهيد القيمة.

انطلاقاً مما ذكر في المادة 170 من م.ح.ع، يتجلى لنا بأن الرهن الرسمية تنقسم إلى نوعين الأول يتعلق بالرهن الإيجابي الذي ينعقد بدون رضی المدين، والثاني يتعلق بالرهن الاتفاقي الذي ينعقد برضى المدين، وهي لا ترد سوى على العقارات ولا ترد على المنقولات إلا في بعض الحالات الاستثنائية مثل السفن والطائرات باعتبارها تعد ذات قيمة اقتصادية عالية، لذلك خصها المشرع بإمكانية رهنها رسمياً طبقاً لأحكام القانون التجاري البحري والقانون الجوي²³، وقد عُرف هذا النوع من الرهن عند الرومان، وأخذ في المرحلة الأولى اسم التصرف الائتماني الذي بمقتضاه كان المدين ينقل ملكية الشيء الواقع عليه مقابل الضمان عن طريق ما يسمى بعقد الأمانة²⁴.

وإذا كان الرهن الإيجابي لا يتم إلا في الحالات التي أقرها المشرع ووفق ما يقتضيه القانون، فإن الرهن الاتفاقي بدوره لا ينعقد إلا وفق الشكل المحدد له طبقاً للمادة 174 من م.ح.ع والتي تنص على أن الرهن الاتفاقي لا ينعقد إلا كتابة بين الأطراف ولا يقع صحيحاً إلا إذا تم تقييده بالرسم العقاري.

وإذا كان النص أعلاه لم يحدد طبيعة الكتابة التي ينعقد بها الرهن الاتفاقي، فإن سكوته هذا إنما يفيد استصحاب الأصل المومأ إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية²⁵ أما الرهن الجبري فهو ينعقد بقوة القانون بتحقيق الدين الضامن له وبالتالي فهو لا يخضع للمبدأ المذكور قبيل حين، وإنما يتم بناء على حكم قضائي طبقاً للمادة 172 من المدونة.

²² وتجب الإشارة إلى أن الحجز التنفيذي وإن كان يرمي بالدرجة الأولى إلى التنفيذ على أموال المدين فإنه من بين آثاره أنه يفقد المدين حق التصرف في العقار، إذ لا يجوز له أن يفوته بعوض أو بدون عوض.

عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية/ منشورات مكتبة المعرفة مراكش، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء- طبعة/2017 ص374

²³ محمد محبوب: م.س.ص.243

²⁴ المختار العطار: الرهن البحري في القانون المغربي، أطروحة لنيل دبلوم الدكتوراه في القانون الخاص/ جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق بالدار البيضاء/1989

ص59

²⁵ ومعنى ذلك أن الرهن الاتفاقي كأصل يحرر وفق محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يحرر لزوماً من طرف محامي مقبول أمام محكمة النقض.

وما قيل أعلاه لا يصدق على الرهن الاتفاقي الذي لا تتعدى قيمته 25 مليون سنتيم ذلك أن المشرع استثناه صراحة من المادة الرابعة طبقا للمادة 174 من ذات المدونة كما تم تميمها بمقتضى القانون²⁶ رقم 22.13 .

والحكمة من إقرار هذا الاستثناء تتجلى في الضرورات الاجتماعية والاقتصادية التي فرضت حماية صغار المستثمرين والفلاحين الذين يسعون إلى مؤسسات الائتمان قصد الحصول على قروض صغرى لتمويل أنشطتهم، ذلك أن إخضاعهم للمبدأ المقرر في المادة الرابعة من شأنه أن يحملهم تكاليف مالية لا تتناسب ومبلغ الدين الأصلي.²⁷

ومن ثم فإنه وبناء على ما ذكر في المادة 174 يبقى لطرفي الدين حق الخيار في توثيق رهونهما الاتفاقية التي لا تتجاوز قيمتها 250.000 درهم بين التوثيق الرسمي والتوثيق العرفي دون شرط تقييدهما بأي نوع من الكتابة وبأي شخص من أشخاص التوثيق.

وبالتالي يجوز لهما أن يحررا رهنهما وفق محرر عرفي ولو بخطط يدهما أو محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ ولا قيد عليهم في ذلك.²⁸

وإذا كان هذا الرهن لا يخضع للمبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة بقوة الفقرة الثانية من المادة 174 من مدونة الحقوق العينية، فإن ذلك لا يعني أنه يخرج من نطاق شكلية الانعقاد وإنما يبقى خاضعا لها طبقا للفقرة الأولى من المادة 174 التي بدورها استعملت آلية الاشتراط بقولها ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد في الرسم العقاري، مما معناه أن انعقاده لا يتوقف على الرضى فقط بل يستوجب كذلك الكتابة والتقييد.

وكنتيجة لما ذكر أعلاه، يمكن القول بأن عقد الرهن الرسمي بكل أنواعه هو عقد شكلي، إذ لا يكفي لانعقاده مجرد توافق الإرادتين²⁹ وإنما لا بد من تفرغ وفق قالب مكتوب.

الفقرة الثانية: الاستثناء المتعلق بالمعاصرة.

علاوة على التصرفات المبسوثة أنفا استثنى المشرع كذلك عقد المعاصرة بمقتضى المادة 265 من مدونة الحقوق العينية.³⁰

²⁶ ابراهيم بجماني : مرجع سابق ص 247.

²⁷ ذلك ما عبر عنه وزير العدل بقوله " إلا أن تطبيق مقتضيات المادة الرابعة على إطلاقه ترتب عنه انعكاسات سلبية على عملية الولوج إلى الاقتراض، خاصة بالنسبة لصغار الفلاحين الذين يلجؤون إلى القروض الصغرى والمتوسطة بصفة مستمرة ومتكررة على طول السنة لتمويل الأنشطة الفلاحية المرتبطة بالموسم الفلاحي، وإن من شأن الزامية تحرير الرهن الاتفاقي من طرف الموثق أو العدلين أو المحامي، تحميلهم تكاليف مالية إضافية لا تتناسب ومبلغ الدين الأصلي" -كلمة وزير العدل أمام لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب. موقع البوابة الالكترونية للملكة www.maroc.ma -أشار له: الأستاذ محمد زجاج في موضوع-تعديل المادة 4 من مدونة الحقوق العينية " بين صبغة المحرر وصبغة المحرر"-: مجلة فقه القضاء العقاري: منشورات مجلة العلوم القانونية: العدد الأول 2014 مطبعة الأمنية-الرباط-2017 ص102

²⁸ وإنه لمن شأن هذا الاستثناء أن يؤثر على الأمن العقاري لاسيما إذا استعمل استعمالا فاسدا من قبل بعض ذوي النية السيئة، ونحو ذلك أن يسعى أحد الدائنين إلى تحرير عقد عرفي مزيف قوامه أن مدينه قد منحه عقارا ضمنا لأداء الدين الملقى على عاتقه والذي لا تتعدى قيمته 25 مليون سنتيم، ثم يسعى بناء على هذا العقد إلى مباشرة إجراءات التنفيذ على عقار المدين وقد يسعفه ما قام به للنيل من هذا العقار.

وخطورته تكمن كذلك إذا سعى هذا الدائن إلى تقييد حقه في الرسم العقاري بناء على ذات العقد العرفي المخالف للحقيقة، لاسيما إذا تم إعداده إعدادا يحول دون معرفة ما إذا كان مجانباً للحقيقة أم موافقاً لها، مما يتعذر معه التثبت منه من قبل المحافظ العقاري.

²⁹ عبد السلام أحمد فيغو: بحوث في عقود خاصة/ منشورات مجلة الحقوق الإصدار 38، دار النشر المعرفة-الرباط- ص 317.

³⁰ ويندرج هذا العقد ضمن الأسباب المكسبة للملكية العقارية، وهذا الوصف نظمه المشرع المغربي وفق ما ذكر في المدونة بدءاً من المادة 265 وإلى غاية المادة 272. وقد عرفها المشرع في المادة 265 من م.ح.ع بكونها "عقد يعطي بموجبها مالك أرضه لأخريغرس فيها على نفقته شجراً مقابل حصص معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام".

والمغارسة لغة تعني المفاعلة في الغرس، والغرس يعني تثبيت الفسيلة في الأرض، وقد أجازها المالكية ومنعها الأئمة الآخرون³¹، وهي على خلاف عقدي المساقاة والمزارعة اللذين لا يكسبان الملكية وإنما يكسبان الغلة³².

ومن خصائصها أنها ذات طبيعة خاصة لكونها تبتدئ كحق شخصي عبر غرس الأرض، وتنتهي كحق عيني من خلال تملك حصة معينة من الأرض والشجر عند تحقق الإطعام والإشهاد عليه إسهادا رسميا طبقا للمادة 272 من المدونة، كما أنها تندرج ضمن العقود الزمنية التي لا تنعقد على وجه التأييد وإنما تنتهي بإثمار الشجر وتحقق الإطعام، والزمن فيها لا يقدر بالسنوات أو الأشهر وإنما يقدر بواقعة تحقق الإطعام، فيبقى الحق العيني تبعا لذلك محقق الوقوع لكن داخل أجل غير معلوم، وهذا ما كرسه المجلس الأعلى أنفا في قراره³³ الذي قضى فيه بأن المغارسة تستمر إلى وقت إطعام الشجر المغروس وتنتهي باقتسام الأرض المغروسة.

ويشترط فيها ما يشترط في العقود بوجه عام، كما يسترعى فيها ما يراعى في الالتزام عند انعقاده طالما أنها تبتدئ كحق شخصي.

ومن الشرائط الخاصة بعقد المغارسة أنه يسترعى فيه ما يلي:

- ألا يعلق على أجل يقل أو يتعدى المدة المفترضة لتحقيق الإطعام تحت طائلة بطلان الشرط الذي علق عليه طبقا للمادة 266 من م.ح.ع. وبمعنى آخر، ألا يكون أجل عقد المغارسة سنينا كثيرة؛ فإن حدد أجل إلى ما فوق الإطعام لم يجز³⁴ ونحو ذلك أن يعلق انقضاؤه على أجل سنة كحد أقصى، ثم ينصرم الأجل قبل أو بعد تحقق الإطعام، فهنا يصح العقد ويبطل الشرط.

- تعيين تاريخ الشروع في الغرس، فإذا انتفى الاتفاق على ذلك وجب على الغارس أن يباشر أعمال الغرس داخل أجل سنة من تاريخ إبرام العقد وذلك تحت طائلة الفسخ بقوة القانون وفقا لما ذكر في المادة 269 من المدونة.

- تفرغته وفق محرر رسمي كما سيأتي ذكره لاحقا عملا بمقتضيات المادة 268 من م.ح.ع، مع ضرورة تعيين نوع الشجر المراد غرسه وبيان حصة الغارس في الأرض والشجر، فإن زال هذا التعيين استند إلى المعمول به عرفا طبق المادة 270.

- انتفاء المانع، والأمر هنا يتعلق بالعقارات التي لا يسوغ إعطاؤها على وجه المغارسة، وهي تتجلى في العقارات الموقوفة³⁵ بكل أنواعها طبق المادة 102 من مدونة الأوقاف، والعقارات المشاعة طبقا للمادة 265 من مدونة الحقوق العينية.

وبناء على ذلك يمكن القول أنها اتفاق بموجبه يلتزم الغارس على نفقته بغرس أرض الغير مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها عند تحقق الإطعام والإشهاد عليه.

³¹ محمد محبوب: مرجع سابق/ص 205

³² المساقاة هي عقد بموجبه يلتزم شخص بسقي وحرث أرض غيره مقابل حصة معلومة من غلة الشجر وثماره، أما المزارعة فبموجبها يلتزم شخص بزراعة أرض غيره مقابل حصة معلومة من المحصول وهي لا ترد على الأشجار.

وبالتالي فالمساقاة تقتضي أن يسلم مالك الأرض أرضه إلى شخص آخر ليزرعها ويلتزم المزارع بأداء نصيب من المحصول إلى المالك. انظر: علال الهاشمي الخياري: الزراعة أو المشاركة في الإنتاج الزراعي/ مقال منشور بمجلة دار الحديث الحسنية عدد 5 ص 233

³³ قرار رقم 1725 الصادر بتاريخ 23 نونبر 1983 عن المجلس الأعلى. في الملف المدني رقم 80778 منشور بالموقع

الإلكتروني محكمتي (www.mahkamty.com)

اطلع عليه بتاريخ 2020/4/15 على الساعة 22:57.

³⁴ سليمان المصطفى: رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقارات تحت عنوان عقد المغارسة وحماية الغارس على ضوء مدونة الحقوق العينية والفقهاء

الإسلامي، جامعة محمد الأول - وجدة - 2012/2013 ص 17.

³⁵ سيتم التعرض لهذا النوع من العقارات في الفصل الثاني.

وما دام أن المعاملة التي ينبي عليها عقد المغارسة لا تقوم على أساس حق عيني محقق الوجود، وإنما تنبني على حق احتمالي محتمل الوجود ومكسب للملكية عند التحقق، فإنه وحماية لحق الغارس وتعزيزاً للاستقرار العقاري أوجب المشرع تفريغ الاتفاق الجامع بينه وبين المالك، وفق محرر رسمي دون مكنة اللجوء إلى باقي المحررات الصادرة عن المحامين أو غيرهم ممن لا يندرجون ضمن فئة أشخاص التوثيق الرسمي وهم العدول والموثقين.

وذات الحكم يصدق على مرحلة تحقق الإطعام، إذ على ضوء ذلك لا ينتقل الحق العيني إلى ذمة الغارس إلا بعد الاشهاد على ما صار عليه الشجر إسهادا رسمياً، وعند التنازع أمكن للغارس أن يسعى إلى القضاء قصد إثبات هذا الإطعام بمقتضى خبرة قضائية تجرى بناء على حكم تمهيدي وفق القواعد العامة، والحكم النهائي القاضي بالمصادقة على هذه الخبرة يقوم مقام العقد الناقل للملكية³⁶، وبناء عليه يمكن للغارس أن يسعى إلى المحافظة العقارية قصد تقييد حقه تقييدا نهائياً إن كان العقار محفظاً، فإن كان في طور التحفيظ وجب عليه أن يعلن عنه إيداعاً أو إحلالاً.

ولعل المشرع توخى من إقرار هذه الشكلية حماية حقوق الغارس التي قد تؤول إليه بعد تحقق الإطعام؛ وعيا منه بأن الحق الموثق توثيقاً رسمياً يحول دون مكنة الادعاء بغيره أو الطعن فيه إلا بالزور الفرعي وهو أكثر ضماناً لأطرافه، مما سيفضي بالتبعية إلى إشاعة الاستقرار وتحقيق الأمن العقاري الذي يقوم على أساس اطمئنان المالك إلى ما يثبت به ملكيته، وتزداد معه ثقته في القوانين المؤطرة للملكية العقارية والحقوق العينية.³⁷

وتجب الإشارة إلى أن عقد المغارسة وقبل تحقق الإطعام والاشهاد عليه يبقى مجرد حق شخصي، وهو بذلك لا يخضع لقاعدة التطهير ولا يتأثر بآثارها لكونها لا تسري إلا على الحقوق العينية تكرساً لقرار محكمة النقض الذي قضت من خلاله بأن "...قاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 2 من ظهير التحفيظ العقاري المذكور هي قاعدة خاصة بالحقوق العينية العقارية القابلة للتسجيل في الرسم العقاري، ولا تتعداها للحقوق الشخصية الملقاة على المالك للعقار المراد تحفيظه، والتي تظل ملزمة له ولو حفظ العقار."³⁸

ورغم أن المشرع لم يتعرض صراحة للجزاء الناشئ عن تخلف الرسمية في عقد المغارسة، إلا أنه لا ينبغي أن يفهم من ذلك أن الشكلية فيه لا توافق طبيعة الشكلية في باقي العقود المبحوثة آنفاً، وإنما ذلك وارد بمفهوم الإشارة المستخلص من الطريقة التي صيغت بها المادة 268 من مدونة الحقوق العينية، حيث استعمل المشرع صيغة الوجوب التي تقتضي الانضباط والالتزام بما ذكر فيها، وأتبعها بواو العطف التي تفيد التلازم حيث اشترط كذلك أن يتم تعيين نوع الشجروبيان حصة الغارس، ومعلوم أن هذا التعيين لا يمكن أن يتم شفاهة وإنما لا يعتد به إلا إذا تم كتابة وهذا بطبيعة الحال متمم ومعزز للشرط الأول المتعلق بالكتابة، ذلك أن واو العطف هنا إنما سيقى لتفديد ضرورة الانضباط إلى الشرطين معاً المتمثلين في الكتابة والتعيين، ولا يمكن لأحدهما أن يقوم في غيبة الآخر.

ومما ذكر أعلاه، يمكن القول بأن تخلف الكتابة في هذا المقام يفضي إلى بطلان عقد المغارسة واعتباره عديم الأثر، مما يستخلص معه أن الكتابة فرضت فيه على وجه الانعقاد لا الإثبات فقط.

وغني عن البيان، أنه إذا كان التقييد بالرسم العقاري أو الإعلان عن الحق لأجل تقييده فيما بعد يقوم مقام الحيابة في عقدي الهبة والصدقة متى تعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ، فإن الأمر على خلاف ذلك في عقد المغارسة، حيث لا يمكن تقييده في الرسم العقاري ولا الإعلان عنه لا إيداعاً ولا إحلالاً طالما أنه حق شخصي،

³⁶ انظر المادة 272 من مدونة الحقوق العينية.

³⁷ الحسن بوعزاوي: الضمانات القانونية للأمن العقاري، مقال منشور بالندوة الوطنية للأمن العقاري/ مجلة دفاتر محكمة النقض/ العدد 26، ص 308.

³⁸ قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 2007/5/2 عدد 1467 ملف مدني عدد 4477/06، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 69 ص 53 وما بعدها.

اللهم إلا إذا تحقق طعمه وأثمر شجره حينذاك يصبر واجب التقييد لأنه والحالة هذه ينشئ لصاحبه حقا عينيا يسري عليه ما يسري على باقي الحقوق العينية..

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة خارج مدونة الحقوق العينية.

يتعلق الأمر في هذا المقام بالاستثناءات التي تعرض لها المشرع خارج مدونة الحقوق العينية، ونميز فيما بين تلك الواردة في القوانين التي شرعت خلال الألفية الثانية التي امتدت ما بين سنتي 1000 و 2000 (المطلب الأول) وبين تلك الواردة في القوانين التي شرعت خلال الألفية الثالثة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الاستثناءات الواردة في قوانين الألفية الثانية.

ولسوف نعالج هذه الاستثناءات وفق ما يلي:

الفقرة الأولى: الاستثناءات الواردة في قانون الالتزامات والعقود وظهر التحفيظ العقاري.

إذا كان المبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية يضع الأطراف في مقام الخيارين التوثيق الرسمي والتوثيق ثابت التاريخ الذي يحرر وجوبا من قبل محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض وذلك تحت طائلة البطلان، فإن المشرع حاد عن ذلك في بعض التصرفات التي ترتبط ببعض الحالات الخاصة، منها ما ذكر بموجب قانون الالتزامات والعقود (أولا) ومنها ما جاء ذكره بمقتضى ظهر التحفيظ العقاري (ثانيا).

أولا: الاستثناء الوارد في ظهر الالتزامات والعقود.

يتعلق الأمر في هذا الإطار بالالتزامات الصادرة عن الأميين، والتي أخضعها المشرع لشكلية خاصة بها طبقا لما ذكر في الفصل 427 من قانون الالتزامات والعقود.

ولعل ما يلاحظ في هذا المقام هو أن الاستثناء المبحوث في هذا الفرع يتعلق أساسا بالالتزامات الصادرة عن الأميين، ومعلوم أن الالتزام هو حق شخصي ولا يدخل ضمن زمرة الحقوق العينية التي تخضع للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، فالأصل يقضي أن الاستثناء حتى يعتبر استثناء ينبغي أن يكون من جنس القاعدة وهذا ما لا يتوفر في استثناء الحال.

وبناء على الأصل المقرر أعلاه، قد يقول قائل بأن إدراج هذا التصرف ضمن الاستثناءات الواردة على المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية إنما هو من باب الحشو والترف القانوني طالما أنه حق شخصي والمادة الرابعة لا تسري سوى على الحقوق العينية.

والحقيقة أن الأمر على خلاف ذلك، وما قمنا به في هذا المقام يبقى له ما يبرره وعمدتنا في ذلك أن الحق الشخصي قد يتوخى من خلاله أحيانا تحقيق حق عيني ولا يراد من خلاله دائما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وصورة الحالة الأولى ما يتعلق بالالتزامات التي يحمل قوامها على إعطاء شيء ذو قيمة مالية، ونحو ذلك أن يلتزم الأمي ببيع عقار معين أو بنقل ملكية حق عيني وارد عليه بعوض أو بدون عوض، فعلى ضوء كل ما ذكر يلتزم الأمي بتحقيق حق عيني، وهذا ما يبرر إدراجنا لهذا التصرف ضمن الاستثناءات الواردة على المادة الرابعة، ولعل السؤال الذي ينبغي أن يطرح في هذا المقام هو أي الحكمين أولى بالتطبيق هل ما ذكر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية أم ما ذكر في الفصل 427 من ق.ل.ع³⁹؟

³⁹ على أن نعالج هذا السؤال في الشق الثاني المتعلق بالشكلية.

وقد اختلف الفقه ومعه القضاء في الشخص المقصود بالأمي المشمول بالحماية المنصوص عليها في الفصل 427 من ق.ل.ع.

والمشروع كعادته، لم يعرف الأمي بمقتضى قانون الالتزامات والعقود ولا بموجب غيره، على خلاف المشروع التونسي الذي عرفه بكونه الشخص الذي لا يجيد الكتابة طبقاً للفصل 454 من المجلة المدنية.⁴⁰

وأما القضاء فبدوره لم يستقر على تعريف واحد للأمي، حيث ذهب إلى أن الأمي المشمول بالحماية المنصوص عليها في الفصل 427 من ق.ل.ع هو الذي لا يحسن التوقيع⁴¹، غير أن هذا التعريف تعرض لمجموعة من المآخذ بعلّة أنه لا يوافق الحماية التي لأجلها شرع الفصل 427، الأمر الذي جعل المجلس الأعلى يقضي مرة أخرى في أحد قراراته⁴² بأن "الأمي ليس هو الذي لا يحسن التوقيع ولكن الذي لا يعرف اللغة التي حررها العقد" وهذا هو التعريف الذي تواتر عليه العمل لاحقاً.

والملاحظ أنه تعريف أعم وأشمل من التعريف المتخلى عنه، إذ لا يشمل الذي لا يحسن التوقيع أو الذي لا يعلم القراءة أو الكتابة فقط، بل يشمل حتى المتعلم متى كان لا يتقن اللغة التي حررها العقد، ومن ثمة فالمعيار فيه لا يرتبط بالمستوى العلمي للشخص وإنما بمدى فهمه للغة التي حررها العقد، ونحو ذلك أن الأجنبي الذي لا يتقن العربية يعد أمياً في ظل هذا التعريف ولو كان فقيهاً عالماً في ميدانه.

بالعودة لما ذكر في المادة 427 من ق.ل.ع، يتجلى لنا بأن الالتزامات الصادرة عن الأميين لا تحظى بأي قيمة إلا إذا حررت من قبل موثق أو موظف عمومي مختص.

ويسري هذا النص على كل الالتزامات الصادرة عن الأميين سواء حمل قوامها على إعطاء شيء ذو قيمة مالية أو بني مضمونها على التزام إيجابي أو سلبي.

وتبعاً لذلك، فهو يسري أيضاً على العقود العقارية التي بموجبها يتحمل الأمي التزام معين كما لو باع غيره عقاراً معيناً أو أسس عليه حقاً عينياً.

ومن ثم، يمكن القول بأن التصرفات العقارية الصادرة عن الأميين تحرر وجوباً وفق محرر رسمي إداري أو توثيقي تحت طائلة تجريدتها من قيمتها، ولا قيمة لها إذا حررت وفق محرر عرفي، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى أنفاً في قراره⁴³ الذي قضى من خلاله بأن "الالتزامات الصادرة عن الأشخاص الأميين الذين لا يعترفون بمضمونها لا تكون لها قيمة إلا إذا حررت بواسطة موثق أو موظف عمومي مختص..."

والأظهر من ذلك أن الجهات المكلفة بتحرير هذه التصرفات تتجلى في الموثقين والموظفين المختصين دون العدول والمحامون وما سواهم.

وبقراءة ما ذكر في الفصل المبحوث هاهنا، يتضح لنا جلياً بأن الاستثناء المضمن فيه لا يعمل به ولا يصار إليه إلا إذا تعلق الأمر بالعقود التي تحمل الأمي التزاماً معيناً سواء كان هذا العقد ملزماً له فقط كالهبة والوصية والصدقة - إن كان هو المتبرع - أم ملزماً للطرفين معاً بما في ذلك الأمي - كالبيع - ومن ثمة، يخرج من نطاق أعمال

وقد عرف اللغويون الأمي، بأنه الشخص الذي لا يجيد لا الكتابة ولا القراءة، إذ هو على خلقته الأولى التي جبل عليها، فعرفه تبعاً لذلك ابن منظور في لسان العرب بكونه الشخص "الذي على خلقه الأمة لم يتعلم الكتابة" وفي التنزيل العزيز قال فيه الحكيم "ومهم أميون لا يعلمون الكتاب إلا أمانيق".

ابن منظور: م.س. ص 28.

⁴⁰ ينص هذا الفصل على أن "التزام الأمي الذي لا يحسن الكتابة لا يمضي حتى يتلقاه عدول أو غيرهم من المأمورين العموميين المأذونين".

- محمد خيري؛ م.س.؛ منقول من هوامش ص 398⁴¹

⁴² قرار رقم 777 صادر عن غرفتين -المجلس الأعلى- بتاريخ 15 دجنبر 1976، ملف مدني عدد 83.125200

أنظر هوامش مؤلف محمد خيري؛ م.س.ص.398.

⁴³ - قرار عدد 1908 في الملف عدد 04/1/1806 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 04/1/1806/6/7

انظر العرض المتعلق بموضوع "هل ينزل الأعلى منزلة الأمي" مرجع الكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2020/4/17 الساعة 23:00.

هذا الاستثناء التصرفات التي لا تلقي على عاتق الأمي أي التزام، فتبقى بذلك خاضعة للأحكام المذكورة في مدونة الحقوق العينية كالتبرعات التي تعطى له على وجه الصدقة أو الهبة⁴⁴.

وما يسجل على هذا الفصل أيضا هو أنه لم يحدد طبيعة الجزاء الناشئ عن مخالفة الشكلية المقررة لهذا الاستثناء، فهل يعرض العقد للبطلان أم للإبطال؟ وما الأثر الذي يفضي إليه تجريدته من قيمته، ونحو ذلك أن يلتزم الأمي بتفويت عقار إلى غيره بمقتضى عقد عرفي؟

فلا شك أن الجزاء المقرر هنا هو البطلان، لأن طبيعة العقد تخالف القاعدة كما تخالف الاستثناء وهو ما لا يتوافق والسياسة التشريعية التي توخاها المشرع العقاري من خلال مدونة الحقوق العينية.

لكن بالعودة للعمل القضائي الصادر في إطار الفصل 427، يتجلى لنا بأن القضاء المغربي اعتبر العقد الذي يبرم خلافا لما ذكر يبقى قابلا للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا، ويتم هذا الإبطال بناء على طلب من الأمي دون خلفه، لأن الدفع بالأمية دفع شخصي يتصل اتصالا وثيقا بشخصية الأمي دون ورثته وهذا ما قضى به المجلس الأعلى أنفا في قراره⁴⁵ الذي قضى فيه بأن "دعوى الإبطال بسبب الأمية حق شخصي لا يرتبط بالدفاع عن حقوق التركة، ولا يجوز تقديمها إلا من طرف الشخص الأمي وحده والذي شرعت له هذه الحماية، ولا يحق لورثته أن يتمسكوا بنص الفصل 427 من ق.ل.ع.

والملاحظ، أن هذا القرار قد صدر قبل صدور مدونة الحقوق العينية وليس من المنطق أن يسري السابق على اللاحق، لذلك فلا مجال لإعماله في ظل نازلة الحال وإنما يمكن إعماله في الحقوق الشخصية التي لا تفضي إلى إنشاء أي حق عيني.

ومن هنا، يمكن الرد على الإشكال الذي طرحناه سابقا والذي تساءلنا من خلاله عن المقتضى الأولي بالتطبيق فيما بين الفصل 427 من ق.ل.ع وبين ما ذكر في المدونة.

فبداية يمكن القول بأن ما ذكر في المدونة وما ذكر في الفصل 427 إنما لهما نفس الغاية ألا وهي حماية الأمي، ولا تعارض في ذلك طالما أن ما ذكر في الفصل 427 يقتضي الرسمية وهو نفس ما تقتضيه المدونة لاسيما إذا تعلق الأمر بعقود التبرع، ووجه الافتراق لا يرتبط سوى بطبيعة الجزاء ثم باستثناء العدول من تحرير الالتزامات الصادرة عن الأميين.

لأجل ذلك، نعتقد أن الأمر هنا يقتضي منا التفريق بين الحقوق الشخصية التي لا تفضي إلى إنشاء أي حق عيني كالكراء، وبين الحقوق الشخصية التي يلتزم من خلالها الأمي بتحقيق حق عيني كتفويت عقار أو التبرع بحق عيني معين.

فالأولى تبقى خاضعة للفصل 427 من ق.ل.ع ولا جدال في ذلك طالما أنها هي المعنية بالدرجة الأولى، بينما الثانية تخضع للأحكام المومأ إليها في مدونة الحقوق العينية باعتبارها نصا لاحقا، والمشهور فقها وقضاء أن اللاحق يقدم على السابق، وبناء على ذلك، فإن العقارات التي يتبرع بها الأمي على وجه الهبة أو الصدقة تخضع للرسمية طبقا لما ذكر في المادة 274 من م.ح.ع، وأما البيوع العقارية فهي تخضع للمبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة، وبذلك تكون الشكلية على ضوء ما ذكر مناطا للعقد وركنا فيه، على خلاف التصرفات الأولى التي تبقى خاضعة لأحكام الفصل 427 وبالتالي يكون فيها العقد قابلا للإبطال وليس باطلا بطلانا مطلقا.

⁴⁴ تحرر هذه العقود وفق المادة 274 من مدونة الحقوق العينية وفق التوثيق العدلي أو العصري.

⁴⁵ قرار رقم 1689 المؤرخ في 26 مايو 1999، ملف مدني عدد 2848/94 منشور قضاء المجلس الأعلى العدد 54.53 الإصدار الرقعي دجنبر 2000 ص350.

وفي ختام هذه الفقرة، قد يتساءل البعض عما إذا كان الوعد بالبيع الوارد على أملاك عقارية يخضع

للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية أم لا؟

قبل صدور القانون 41.24 المغير للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، كان الوعد بالبيع يخضع للقواعد العامة ولا يشترط تحريره وفق مقتضيات المادة المذكورة، ذلك أن الوعد بالبيع ما هو إلا حق شخصي ولا ينشئ أي حق عيني في ذمة صاحبه وأن الذي ينقل ملكية العقار الموعود به هو العقد النهائي لا الوعد ببيعه وأن نطاق المادة 4 من مدونة الحقوق العينية إنما يقتصر على التصرفات الناقلة للحقوق العينية أو المسقطه لها أو المغيرة لها أو المنشئة لها أو المعدلة لها دون ما سواها من الحقوق الشخصية ولو كان سياترتب عليها مستقبلا نقل حي عيني كما هو الحال بالنسبة للوعد بالبيع⁴⁶.

غير أنه وبصدور القانون المنوه إليه أعلاه، أضحى الوعد بالبيع العقاري يخضع وجوبا للشكلية المقررة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية تحت طائلة البطلان.

وما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام، هو أن إخضاعه للشكلية الواردة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية لا يفرغه من طبيعته الشخصية ولا يصيره عقدا خاضعا لما تخضع له العقود الناقلة للحقوق العينية إلا ما استثنى بنص خاص.

ثانيا: الاستثناء الوارد في ظهير التحفيظ العقاري.

يتعلق الأمر في هذا المقام ببعض الاتفاقات التي تبرم بين طالب التحفيظ والمتعرض أثناء مسطرة التحفيظ العقاري، والتي يلاحظ أنها تبرم خلافا لما ذكر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، ونميز في ذلك بين محضر التحديد العقاري المبرم في إطار الفصل 21 من ظهير التحفيظ العقاري (أولا)، وبين محضر الصلح المبرم من قبل المحافظ العقاري في إطار الفصل 31 من ذات الظهير (ثانيا).

1- الاستثناء المتعلق بمحضر التحديد العقاري.

قد يتضمن هذا المحضر بعض الاتفاقات المسقطه أو الناقلة أو المنشئة أو المعدلة لحق من الحقوق العينية العقارية، كما لو اعترف طالب التحفيظ بجزء مما يدعيه المتعرض، فيتربط على ذلك مباشرة مسطرة التحفيظ في اسم المتعرض بعد إجراء خلاصة إصلاحية، ونحو ذلك أيضا أن يتخلى المتعرض عن جزء من تعرضه فيعترف تبعا لذلك بما ادعاه طالب التحفيظ.

⁴⁶ وقد كان البعض فيما سبق يقول بخضوع الوعد بالبيع لمقتضيات المادة 4 مستمسكا بما سيؤول إليه مستقبلا، والحال أن هذا القول لا يرتكز على أي أساس وذلك لعدة أسباب أهمها ما يلي:

أولا: أن إبرام الوعد بالبيع لا يعني أنه سينتهي دائما بنقل ملكية العقار الموعود والبيع النهائي في هذا المقام غير مؤكد إذ قد يتم العدول عن إبرامه ومن ثم فإن انتقال الملكية لا يعتبر نتيجة حتمية.

ثانيا: أن إخضاع الوعد بالبيع لمقتضيات المادة الرابعة بعله أنه عقد عيني بحسب المأل يقتضي تطبيق هذه القاعدة إزاء كل المؤسسات التي لا يعمل بها إلا إذا تعلق الأمر بحق عيني، وليس من المنطقي أن يتم تبويض هذا القول للعمل به في إطار ضيق، ومن ثم فإن التحجج بهذا التوجه يقتضي القول أيضا بأن الوعد بالبيع يخضع لقاعدة التطهير ولا بد من الإعلان عنه وقت التحفيظ وأنه يقبل التقييد الاحتياطي ولما لا النهائي كذلك، وهذا مما لا يمكن التسليم به لكون أن المقرر قانونا والمستقر عليه قضاء أن الوعد بالبيع يستثنى من قاعدة التطهير ولا يقبل إلا الإيداع ولا الإحلال كما أنه لا يقبل التقييد الاحتياطي بناء عليه (أي بناء على سند).

ثالثا: أن إخضاع الوعد بالبيع لمقتضيات المادة 4 يستلزم حتما إخضاع الوكالة المرتبطة به لنفس المبدأ، كما أنه سيتنقل كاهل الأطراف بحيث سيمحملهم مصاريف التوثيق عند إبرام الوعد بالبيع وعند إبرام البيع النهائي.

رابعا: أن الغاية من الشكلية الواردة في المادة الرابعة هي الحد من المحررات العرفية والتوثيق العشوائي بما يحقق الأمن العقاري ويحد من ظاهرة الاستيلاء على عقارات الغير، وأن هذه الغاية لا يجرى تحقيقها إلا بخصوص التصرفات الناقلة للملكية أما الوعد بالبيع فلا يخشى منه على الملكية ولا يمكن أن يشكل أي تهديد على عقارات الغير ما دام أنه لا يفضي إلى نقلها.

مع العلم أن هذا النقاش أثير قبل صدور القانون 41.24 الذي سوى بين الوعد بالبيع وباقي التصرفات العقارية من حيث الشكلية الرسمية أو الثابتة التاريخ وفق مقتضيات المادة المبحوثة في هذا المقال.

والملاحظ، أن المشرع لم يحدد الطبيعة القانونية التي يحظى بها هذا المحضر، وما إذا كان يندرج ضمن الأوراق العرفية أم ضمن الأوراق الرسمية.

والحقيقة أنه يندرج ضمن الأوراق العرفية ثابتة التاريخ، ودليلنا في ذلك ما ذكر في المادة الأولى من ظهير 1945 المنظم لمهنة وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ، ذلك أن هذه الصفة تصدق على مجموعة من الأشخاص بمن فيهم المهندس الطبوغرافي، وتبعاً لذلك فكل ما يصدر عن هذا المهندس يدخل ضمن المحررات ثابتة التاريخ.⁴⁷

2)- الاستثناء المتعلق بمحضر الصلح.

يتعلق هذا الاستثناء بمحضر الصلح الذي يبرمه المحافظ العقاري أثناء سريان مسطرة التحفيظ ويضمن فيه ما اتفق عليه أطراف التحفيظ، (المتعرض وطالب التحفيظ) طبقاً للفقرة ما قبل الأخيرة من الفصل 31 من ظهير التحفيظ العقاري.

وبمقتضى هذا الصلح، يتخلى أحد الطرفين عن جزء مما يدعيه كما لو تخلى طالب التحفيظ عن جزء من مطلبه فيتحول هذا الجزء إلى المتعرض، ونحو ذلك أيضاً أن يتخلى المتعرض عن جزء من تعرضه لفائدة طالب التحفيظ.

وسواء تعلق الأمر بالصورة الأولى أم بالثانية فإن التنازل ينصب على حق عيني، والمقرر قانوناً أن التنازل عن حق من الحقوق العينية إنما يندرج ضمن التصرفات المسقطة التي تخضع وجوباً للمبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية.

لكن واستثناء من ذلك، فإن ما يتصلح عليه الطرفين في هذا الإطار لا يخضع للمبدأ المشار إليه آنفاً وإنما يحرر المحافظ العقاري محضراً بشأنه، شريطة أن يتم ذلك قبل إحالة الملف على المحكمة المختصة، فإن أحيل عليها زال اختصاصه وانعقد آنذاك للقاضي المختص الذي يجوز له على وجه الاختيار الإلزام أن يسعى إلى التوفيق بين طرفي النزاع فإن توفيق في ذلك، وجب عليه أن يشهد على ما اتفق عليه الطرفين قبولاً أو تنازلاً طبقاً للفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري.

وعلى خلاف محضر التحديد المحرر من قبل المهندس الطبوغرافي، فإن المشرع تعرض صراحة لطبيعة هذا المحرر، حيث نص في الفقرة الأخيرة من الفصل 31 على أن الاتفاقات المضمنة فيه تحظى بقوة الالتزام العرفي.⁴⁸

وبالعودة للفصل 31 المؤطر لهذا الصلح، يتبين بأنه ينص على مسألة غاية في الأهمية، حيث يفهم من فقرته الأولى على أنه يمكن لطالب التحفيظ بعد تبليغه بنسخة من التعرض، أن يدلي بما يفيد رفع التعرض أو قبوله، والرفع هنا يفيد التنازل عن التعرض من قبل المتعرض كلاً أو بعضاً، وأما القبول فهو يفيد قبول التعرض من قبل طالب التحفيظ كلاً أو بعضاً.

⁴⁷ ومن الضمانات المقررة له هو أن التوقيع عليه يقوم مقام الاعتراف بما ضمن فيه، ويسري عليه كنتيجة لذلك ما يسري على الورقة الرسمية في باب الإثبات والآثار، ذلك أن الاعتراف بالورقة العرفية من قبل ممن يحتج بها عليه يضيف عليها نفس الحجية والقوة الثبوتية التي تحظى بها الورقة الرسمية، ويحول ذلك دون مكنة الطعن فيها إلا بالزور طبقاً للفصل 424 من ق.ل.ع الذي يحيل على ما ذكر في الفصلين 419 و420.

⁴⁸ ومن شأن هذا الاستثناء أن يفتح مجالاً للتحايل على القانون لاسيما من قبل بعض الأشخاص ذوي النية السيئة، ونحو ذلك أن يسعى المالك إلى تحفيظ عقاره ثم ينوي تفويت جزء منه أثناء مسطرة التحفيظ وقبل إغلاق باب التعرض، فيتخذ هو والمشتري الفصل 31 مطية ومدخلاً للانقلاب على المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، فيتفقان على سلك المشتري لمسطرة التعرض بأن يدعي ملكية العقار كلاً أو بعضاً ثم يقترح البائع إجراء صلح معه، فيتنازل له عن الجزء الذي اقترح بيعه ابتداءً، مقابل المبلغ المتفق عليه سرا، وبهذا يكون الطرفين قد تحايلا على القانون ووفرا نفقات التوثيق ومصروفات التسجيل.

والقبول في هذا المقام يفضي إلى التنازل عن حق عيني لفائدة المتعرض، مما معناه أن هذا الحق سيقيد في اسمه بعد تأسيس الرسم العقاري، وإن تعلق هذا التنازل بجزء من العقار فإن مسطرة التحفيظ المتعلقة به ستباشر في اسم المتعرض المتخلى له، والملاحظ في هذا الإطار هو أن المشرع لم يحدد ما إذا كان هذا التصرف يخضع للمبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية أم لا.

لأجل ذلك، نعتقد أن وضعية الحال محكومة بفرضيتين، الأولى⁴⁹ نفترض من خلالها أن التصرف هو تصرف كاشف للحق والثانية⁵⁰ نفترض من خلالها أن التصرف هو إجراء منسئ للحق.

وعلى ضوء الفرضية الأولى، فإن التصرف لا يخضع للمبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة، ودليلنا في ذلك أن ما ذكر في هذه المادة لا يسري سوى على التصرفات المنشئة أو الناقلة أو المعدلة أو المسقطة ولا يسري على التصرفات الكاشفة.

وعلى ضوء الفرضية الثانية، نرى أن الأسلم أن يخضع هذا التصرف للمبدأ المومأ إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية لأن طالب التحفيظ أسقط حقا من حقوقه العينية.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة في قانون نزع الملكية وقانون التجزئات العقارية.

أولاً- الاستثناء الوارد في قانون نزع الملكية.

يتعلق الأمر في هذا المقام باستثناء تعرض له المشرع بمقتضى القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة⁵¹ وهو يتعلق تحديدا بالاتفاق المبرم في إطار الفصل 42 بين نازع الملكية والمزوعة ملكيته.

ولا يحزر هذا الاتفاق وفق الأحكام المومأ إليها في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، وإنما يخضع لشكل خاص به.

ولا يصار إلى هذا الاتفاق إلا بعد نشر مقرر التخلي كما أنه يتم بناء على ثمن تحدده لجنة تسمى بلجنة التقويم، ويخضع من حيث انعقاده لنفس الأركان والأحكام المشترطة قانونا بمقتضى قانون الالتزامات والعقود.

وبالعودة لما ذكر في الفصل 42 من القانون 7.81، يتجلى لنا بأن هذا الاتفاق ينقسم إلى نوعين الأول يرتبط بحق الملكية و الثاني يتعلق بالحيازة، ولا يشترط توفرهما معا في آن واحد بل يمكن إبرام الأول دون الثاني أو العكس.

فأما الأول فهو الذي من خلاله يتفق النازع والمزوعة ملكيته على اقتناء العقار بشكل رضائي، وهو يقوم مقام الحكم الناقل للملكية وبالتبعية يطهر العقار من كل الحقوق والتحملات المفروضة عليه.

أما الثاني، فمن خلاله يتفق طرفا النزاع على نقل الحيازة من ذمة المزوعة ملكيته إلى ذمة نازع الملكية على نحو ما ذكر في الفقرة الأخيرة من الفصل 42 وهو يقوم مقام الأمر الاستعجالي الناقل للحيازة، ويترتب عليه خصم التعويض الاحتياطي⁵² من التعويض النهائي المقرر لنزع الملكية.

⁴⁹ ومعناها أن التصرف الذي قام به أحد الطرفين هو تصرف كاشف للحق المدعى به وليس مؤسسا له. ونحو ذلك أن يتخلى المتعرض عن تعرضه، فهذا تصرف كاشف للحق من خلاله يعترف المتعرض اعترافا ضمنيا بأن العقار هو في ملكية طالب التحفيظ الذي تفترض فيه الملكية بمجرد تقديم مطلب التحفيظ. ومثل ذلك أيضا أن يتخلى طالب التحفيظ عن جزء من مطلبه معترفا بذلك أن الجزء المتخلى عنه يدخل في أملاك المتعرض وقد امتد إليه بطريق الخطأ، فهذا بدوره يبقى تصرفا كاشفا للحق.

⁵⁰ أما الفرضية الثانية، فمعناها أن التصرف الذي قام به أحد الطرفين هو تصرف منسئ للحق، ونحو ذلك أن يتخلى طالب التحفيظ للمتعرض عن جزء من مطلبه بغية تسريع مسطرة التحفيظ مع علمه بأن هذا الجزء إنما يندرج ضمن أملاكه التي لا حق لغيره فيها.

- أنظر عبد الرحيم حزيكر: مجلة محكمة النقض، م.س.ص 181⁵¹

ورغم أن هذا الاتفاق يرتبط في حقيقته بحق عيني إلا أنه لا يخضع للمادة 4 وإنما يخضع لشكلية خاصة به، إذ وانطلاقاً من مقتضيات الفصل 42 من القانون 7.81، يتجلى لنا بأن الشكلية فيه تختلف بحسب ما إذا كان المراد نزع ملكيته مقيماً داخل دائرة نفوذ السلطة المحلية التي يقع العقار المرتقب نزع ملكيته أم يقيم خارج دائرة نفوذها.

ففي الحالة الأولى، فإن الاتفاق يبرم وفق مقرر التخلي ويحرر في محضر تعدده السلطة المحلية القائمة على رأس تلك الدائرة، بينما يبرم في الحالة الثانية وفق قواعد القانون الخاص ويحرر وفق محرر عرفي أو محرر عدلي طبقاً لما ذكر في الفصل 42 المشار إليه آنفاً.

ثانياً)- الاستثناء الوارد في قانون التجزئات العقارية.

يتعلق الأمر في هذا الباب بالاستثناء المرتبط بمحضر التسلم المؤقت للأشغال المنصوص عليه في المادة 53²⁴ من القانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمحال عليها بمقتضى المادة 44 من القانون 57.19 الصادر بتاريخ 14 يوليوز 2021 والمتعلق بنظام الأملاك العقارية للجماعات الترابية.

ويحرر هذا المحضر بعد تحقق التسلم المؤقت لأشغال التجزئة العقارية، وبموجبه تنقل ملكية بعض العقارات⁵⁴ لفائدة الملك العام الخاص بالجماعة التي تقع التجزئة العقارية داخل دائرة نفوذها طبقاً للمادة 44 من القانون 57.19.

ومن ثم يمكن القول، بأن هذا الإلحاق لا يخضع لمقتضيات المادة 4 رغم أنه يقضي بنقل عدة أملاك عقارية لفائدة الأملاك العامة للجماعة المعنية.

وتجب الإشارة إلى أن هذا المحضر يقيد في الرسم العقاري بشكل مجاني بناء على طلب من رئيس المجلس الجماعي طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 44، وهو نفس ما كان عليه الحال في ظل المادة 29 من القانون 25.90.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة في قوانين الألفية الثالثة.

يتعلق الأمر في هذا الإطار بالاستثناءات التي احتوتها بعض القوانين الصادرة بعد سنة 2000 وهي تتجلى فيما سيتم الإشارة إليه أدناه.

الفقرة الأولى: الاستثناءات الواردة في القوانين ذات الأرقام 18.00 و 44.00 و 51.00 و 57.19.

أولاً)- الاستثناءات الواردة في القوانين ذات الأرقام 18.00 و 44.00 و 51.00.

إذا كان المشرع المغربي قد أورد المبدأ المتعلق بشكلية التصرفات العقارية في صلب مدونة الحقوق العينية، واستثنى منه بعض العقود بمقتضى ذات المدونة، فإنه أقر كذلك مجموعة من الاستثناءات التي أوردها خارج المدونة والتي منها ما يتعلق إجمالاً بالتصرفات الواردة في القوانين الخاصة ذات الأرقام، 18.00 و 44.00 و 51.00.

⁵² يراد بالتعويض الاحتياطي في هذا المقام المبلغ المالي الذي يمنح للمزوعة ملكيته مقابل الإذن بنقل الحيازة إلى نازع الملكية بناء على أمر استعجالي وفقاً للفصل 19 من القانون 7.81 وهو يوازي التعويض المقترح من قبل لجنة التقويم.

⁵³ تجب الإشارة إلى أن ما كان عليه الحال قبل القانون 57.19 هو أن تلك العقارات كانت لا تلحق بالأملاك العامة للجماعة الترابية إلا بعد تحقق التسلم النهائي للأشغال طبقاً للمادة 29 من القانون 25.90 وليس بمجرد حصول التسلم المؤقت كما غداً عليه الحال الآن.

كما أنها كانت تلحق بمقتضى محضر يسمى بمحضر الإلحاق وكان يحرر طبقاً للمادة 29 من القانون 25.90 بعد تحقق التسلم النهائي.

⁵⁴ وهي تتجلى في طرق التجزئة العقارية أو المجموعة السكنية وشبكتها المتعلقة بالماء والمجاري والكهرباء والمساحات المغروسة غير المبنية الواقعة داخلها.

ومحل هذه الاستثناءات يرتبط بثلاث مؤسسات، الأولى ترتبط بمؤسسة الملكية المشتركة المنظمة بموجب القانون 106.12 المعدل للقانون 18.00، والثانية تتعلق بمؤسسة بيع العقار في طوار الانجاز والمؤطرة بموجب القانون 107.12 المعدل للقانون 44.00، والثالثة تتعلق بمؤسسة الإيجار المفضي إلى تملك العقار المكثري و المحكمة بمقتضى القانون 51.00.

ووجه الاستثناء في هذه القوانين يتجلى في كون أن التصرفات المبرمة في إطارها لا تخضع للمبدأ الموماً إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، وإنما تخضع لشكلية خاصة بها وإن كانت هذه الشكلية تشترك مع المادة الرابعة في مكنة الخيار بين التوثيق الرسمي و التوثيق ثابت التاريخ الذي يحرر وجوبا من قبل بعض المهنيين علاوة على المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض.

ووجه الخصوصية، أن العقود ثابتة التاريخ المبرمة في إطار هذه القوانين إنما تحرر من قبل المحامين المقبولين أمام محكمة النقض وكذا بعض المهنيين وذلك خلافا للمحرر ثابت التاريخ في إطار المادة 4 والذي يحرر وجوبا من قبل محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض دون ما سواه من باقي المهنيين.

وتجب الإشارة إلى أن نطاق هذه الشكلية في ظل نظام الملكية المشتركة يشمل كل التصرفات العقارية المبرمة في إطارها كالبيع و الكراء طويل الأمد وغير ذلك من التصرفات الواردة على الحقوق العينية، ولا يستثنى من ذلك طبقا للمادة 12 من القانون 106.12 سوى ما يلي:

أولا: التصرفات التي يتوقف قيامها على ضرورة تفرغها وفق التوثيق الرسمي دون مكنة اللجوء إلى غيره، كالهبة والصدقة والعمرى وغير ذلك.

وبناء على ذلك فإن التبرعات التي ترد على الأجزاء المفترزة بطريق الصدقة أو الهبة، لا تخضع للمادة 12 من القانون 106.12 وإنما تخضع لما ذكر في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية وذلك تحت طائلة البطلان.

ثانيا: التصرفات المبرمة بشأن الأملاك الخاصة بالدولة التي تخضع لأحكام خاصة بها.

أما نطاقها في ظل الإيجار التملكي، فإنه يشمل العقد الابتدائي وكذلك العقد النهائي الناقل للملكية طبقا للمادة الرابعة من القانون 51.00، ونفس الحكم يصدق على العقد الابتدائي والعقد النهائي المعمول بهما في إطار القانون 107.12 طبقا للفصل 618.3، ولا يستثنى من ذلك سوى عقد التخصيص الذي يحرر وفق محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ بحسب اختيار الأطراف طبقا للفصل 618.3 مكرر مرتين.

وما يسترعى الإشارة إليه في هذا المقام هو أن جوهر الاستثناء في هذه القوانين إنما يرتبط بالتصرف ذاته ولا يتعلق بالوكالات المبرمة في إطاره والتي تبقى خاضعة للمبدأ الموماً إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، ونحو ذلك أن من يرغب في إبرام وكالة لأحد الأشخاص قصد الحلول محله في نقل ملكية إحدى الشقق الخاضعة لنظام الملكية المشتركة يتعين عليه أن يحررها وفق التوثيق الرسمي أو التوثيق ثابت التاريخ الذي يحرر وجوبا من قبل محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض دون مكنة اللجوء إلى باقي المهنيين وذلك تحت طائلة البطلان⁵⁵.

ثانيا)- الاستثناءات الواردة في القانون 57.19.

⁵⁵ نفس القول يصدق على الوكالات المبرمة في إطار الاستثناءات الواردة داخل المدونة إذ بدورها تبقى خاضعة للمبدأ الموماً إليه في المادة الرابعة ولا يشترط أن تفرغ وفق نفس الشكلية المقررة للتصرف، لأن المشرع بمقتضى القانون 69.16 تم المادة 4 ولم يتم المواد المنظمة للاستثناءات الواردة عليها. وبالتالي فلو أراد أحد الأشخاص أن يبرم لغيره وكالة قصد الحلول محله قصد إبرام عقد هبة لأحد الأغنياء، فإن هذه الوكالة تبقى خاضعة للمادة 4 ولا يشترط أن تفرغ وفق محرر رسمي كما هو الحال بالنسبة لعقد الهبة.

صدر هذا القانون بتاريخ 14 يوليو 2021 وهو يتعلق بنظام الأملاك العقارية للجماعات الترابية⁵⁶، وبدوره قد انطوى على مجموعة من التصرفات التي لا تخضع للمبدأ المشار إليه في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، وإنما تخضع لشكلية خاصة بها.

ويمكن التمييز في هذه الاستثناءات بين استثناءين وذلك وفق ما يلي:

(1)- الاستثناء المتعلق بحق الكراء طويل الأمد.

يدخل هذا الكراء ضمن الحقوق العينية الأصلية التي نظمها المشرع بمقتضى مدونة الحقوق العينية بدءاً من المادة 121 وإلى غاية المادة 129.

والأصل في هذا الحق أنه يفرغ وفق محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يوثق وجوباً من قبل محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض طبقاً للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية، اللهم إلا إذا انصب على العقارات المحفوظة المتعلقة بالملك الخاص للجماعات الترابية آنذاك وجب تحريره وفق محرر رسمي دون مكنة اللجوء إلى غيره طبقاً للمادة 38 من القانون 57.19.

ويتم تحرير هذا العقد من قبل رئيس المجلس الجماعي قصد انجاز مشاريع استثمارية، وله أن يحرره إما وفق محرر عدلي وإما وفق محرر توثيقي ولا فرق في ذلك من حيث الحجية.

ومن خصوصيات هذا الكراء، أن المنشآت التي يقيمها المكثري فوق الملك المكثري، تصبح ملكاً للجماعة الترابية ولو أقامها على نفقته ولا يستحق مقابل ذلك أي تعويض ولو انقضى حقه في الكراء طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 38.

والملاحظ على هذه المادة، أنها قصرت ما ذكر فيها على العقارات المحفوظة المنضوية تحت لواء الأملاك الخاصة، دون ما يتعلق بالعقارات غير المحفوظة وتلك التي توجد في طور التحفيظ فضلاً عن الأملاك العامة للجماعة الترابية.

وبالتالي يطرح التساؤل في هذا المقام، عما إذا كان يفهم من هذا التضييق أنه لا يمكن للكراء طويل الأمد أن يرد على الأملاك العامة للجماعة الترابية وكذا العقارات غير المحفوظة ولو كانت خاصة أم أن الأمر على خلاف ذلك.

أعتقد من وجهة نظري، أن هذا التضييق لا يخرج تلك العقارات من نطاق الحق في الكراء وإنما يخرجها من المقتضيات الواردة في المادة 38 فقط بحيث يخرجها من الاستثناء لا الأصل الذي يبقى هو القاعدة في غياب ما يقيد صراحة.

ومن ثم لا يفهم من ذلك أن العقارات غير المحفوظة المعتبرة في حكم الأملاك الخاصة للجماعات الترابية، لا يمكن أن تعطى على سبيل الكراء طويل الأمد، وإنما يجوز تأجيرها للغير وفق هذه المعاملة وطبقاً للقواعد العامة، ومن ذلك أن العقد يحرر وفق مقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية وليس وفق الاستثناء المذكور أعلاه، ودلينا في ذلك أن ما ذكر في المادة 38 ما هو إلا استثناء وهو يتعلق بالشكلية ولا يتعلق بما يمكن أن يعطى على سبيل الكراء طويل الأمد وما لا ينبغي أن يعطى وفق ذلك، وأن الاستثناء كما هو مشهور ينبغي أن يفسر تفسيراً ضيقاً بلا قياس أو توسع، ومن ثم لا يمكن التوسع في فهمه للقول بأن العقارات المحفوظة هي ما يمكن إعطاؤها وفق هذه المعاملة دون ما سواها.

⁵⁶ وهي تنقسم إلى نوعين، الأول يتعلق بالأملاك العامة والثاني يتعلق بالأملاك الخاصة طبقاً من القانون 57.19.

2)- الاستثناء المتعلق بالنقل القانوني لأملاك الجماعات.

يجد هذا الاستثناء أساسه القانوني في المادة⁵⁷ 42 من نفس القانون، وهو يتعلق بأملاك الجماعات الترابية التي تنقل لفائدة الجماعات الترابية المحدثة من قبل الدولة.

ويتم هذا النقل بقوة القانون ولا يشترط أن يراعى فيه أي شكلية خاصة بما في ذلك المادة 4 قيد الدراسة، وهو يتم في أربع حالات، الضم والإحداث والتجميع والحذف.

والضم معناه، ضم جماعة إلى جماعة أخرى، ويترتب عليه أن أملاك الجماعة الأولى تنتقل بقوة القانون إلى الجماعة المنضم إليها ويتم ذلك وفق مقتضيات المادة 82 وما يليها من القانون 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي.

ويراد بالتجميع، جمع عدة جماعات ترابية لتكون جماعة مشتركة فيما بينها بحيث تغدو تلك الأموال مشتركة بينها.

أما الحذف فإنه يعني إلغاء إحدى الجماعات خلافا للإحداث التي يترتب عليه إنشاء جماعة أخرى.

وفي جميع الأحوال فإن أملاك الجماعة الأولى أو المملوغة تحول بقوة القانون إلى ذمة الجماعة المحدثة طبقا للمادة 42 المذكورة سابقا.

ولا فرق في هذه العقارات بين الأملاك العامة والأملاك الخاصة خلافا لما عليه الحال في ظل المادة 38 من ذات القانون.

وتجب الإشارة إلى أن أملاك الجماعات الترابية تخضع لمجموعة من المعاملات العقارية طبقا للمادة 30 من القانون 57.19 والتي تتجلى في التفويت والمبادلة والكرء وغير ذلك.

والملاحظ في هذا المقام، أن المشرع نص على أن رئيس المجلس الجماعي هو الذي يبرم عقود الاقتناء وعقود المبادلة العقارية الواردة على الأملاك الخاصة طبقا للمادتين 31-34 دون أن يحدد ما إذا كانت هذه العقود تبرم وفق مقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية أم تخضع لشكلية خاصة بها.

وأعتقد من جهتي أن سكوت المشرع والحالة هذه إنما يحمل على استصحاب الأصل المومأ إليه في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية باعتبارها الشريعة العامة للتوثيق، وأن المشرع لو أراد أن يخضعها لشكلية خاصة لنص على ذلك مثل ما فعل مع الكراء طويل الأمد طبقا للمادة 38.

الفقرة الثانية: الاستثناءات الواردة في مدونة الأسرة والأوقاف والضرائب.

أولاً)- الاستثناءات الواردة في مدونة الأوقاف.

يعرف الوقف بكونه كل مال حبس أصله وخصصت منفعته مؤقتا أو مؤبدا لوجوه البر والإحسان على وجه الخصوص أو العموم طبقا للمادة الأولى من مدونة الأوقاف.⁵⁸

⁵⁷ تنص هذه المادة على أنه "تنقل بقوة القانون وبدون إجراءات شكلية خاصة، إلى ملكية الجماعة الترابية أو الجماعات الترابية المحدثة، نتيجة الضم أو التجميع أو الإحداث أو الحذف، أملاك الجماعة الترابية أو الجماعات الترابية التي كانت قائمة.

يعنى نقل ملكية العقارات التابعة للأملاك العامة والخاصة التي كانت في ملكية الجماعات الترابية السابقة، إلى الجماعات الترابية المحدثة إثر تقسيم أو ضم للجماعات الترابية، من واجبات التقييد في الرسوم العقارية".

⁵⁸ وهو ينقسم إلى ثلاثة أنواع، الوقف العام والوقف المعقب والوقف المشترك عملا بمقتضيات ما ذكر في المادة الأولى من مدونة الأوقاف.

والوقف بكل أنواعه يخضع لنفس الأحكام من حيث الانعقاد (1) ومن حيث التصرف فيه بطريق المعاوضة (2) عينا أو نقدا، وهذا هو وجه الاستثناء الذي يخرج من منطوق المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ويدخله ضمن منطوق المواد 24 و 61 و 62 و 75 من مدونة الأوقاف.

1- الاستثناء المتعلق بإنشاء الوقف.

الوقف كغيره من العقود لا ينعقد إلا إذا روعي فيه ما يسترعى قانونا، وقد حدد له جمهور الفقهاء⁵⁹ أربعة أركان أساسية لانعقاده؛ وهي الواقف و الموقوف عليه و المال الموقوف عقارا أو منقولاً علاوة على الصيغة، وهي نفس الأركان المطلوبة قانونا طبقاً للمادة الثالثة من م.أ.

وإلى جانب هذه الأركان، اشترط المشرع لصحته شرطين⁶⁰؛ الاشهاد والحوز طبقاً للمادة 24، والشرط الأول هو ما يبروجه الاستثناء في هذا المقام ولا فرق في ذلك بين الوقف العام أو الوقف المعقب أو الوقف المشترك.

إذ واستثناء من المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، فإن عقد الوقف يحرر إما وفق التوثيق الرسمي العدلي وإما وفق التوثيق العرفي.

ومن ثم فإن تحبيس العقارات يقتضي أن يتم الاشهاد عليه وفق محرر رسمي عدلي، والاشهاد العدلي في هذا المقام شرط صحة ولا يستغنى عنه إلا إذا حال مانع دون تلقيه.

ولا يحوز هذا المحرر حجيته الرسمية إلا إذا ذيل بخطاب قاضي التوثيق، الذي يلزم بأن يرسل نسخة منه إلى إدارة الأوقاف داخل أجل 8 أيام كحد أقصى من تاريخ المخاطبة عليه طبقاً للمادة 25 من مدونة الأوقاف.

ويمكن للواقف أن يصير إلى تحريره وفق ورقة عرفية موقعة من قبله مع المصادقة عليها وذلك متى تعذر الاشهاد عليه إشهاداً عدلياً وفق ما نوه إليه أعلاه.

وتجب الإشارة إلى أنه ومادام أن المشرع أجاز تحرير عقد الوقف وفق محرر عرفي استثناء من الأصل، فإنه لا شيء يمنع من تحريره وفق محرر ثابت التاريخ، ويستوي في ذلك أن يحرر من قبل المحامي أو غيره.

وببقى التساؤل الذي يمكن طرحه في هذا، هو ما طبيعة هذه الشكلية؟ لاسيما أن المشرع لم يحدد الضوابط التي على إثرها يمكن القول بأنها للإثبات أو للانعقاد.

ومعلوم أننا نكون أمام شكلية الإثبات كلما اشترط المشرع إثبات العقد كتابة دون أن يرتب على ذلك بطلانه عند تخلف الكتابة، بينما نكون أمام شكلية الانعقاد كلما اشترطت الكتابة كركن في العقد وتخلفها يعد كأن لم يكن، ولا شيء من هذا ذكره المشرع بنص صريح.

لكن ورغم ذلك يمكن استبعاد كونها وسيلة للإثبات لسبب وحيد، ذلك أن المشرع أجاز إثبات الوقف بكل الوسائل الممكنة قانوناً بما في ذلك شهادة الشهود والحوالات الحبسية طبقاً للمادة 48 من مدونة الأوقاف، وهو ما يدل على أن الكتابة لا تعد هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الوقف.

⁵⁹ زهيرة فونتييرة: أطروحة لنيل الدكتوراة في القانون الخاص، تحت عنوان - منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقهي والحماية القضائية، جامعة القاضي عياض، كلية الحقوق مراكش، 2014-2015 ص 19

⁶⁰ ومن هذين الشرطين، يتضح لنا أن الوقف يتميز بكونه ذا صبغة شكلية وعينية في آن واحد، فهو عقد عيني لأنه يستوجب حوز المال الموقوف؛ ما يعني ضرورة التخلي عنه من قبل الواقف وتسليمه إلى الموقوف عليه قبل موته أو إفلاسه، وهذا هو المستقر عليه في معظم التبرعات التي تقتضي التخلي عن الشيء المتبرع به مع مراعاة الحوز القانوني الذي بموجبه يقوم التقييد في الرسم العقاري مقام الحوز المادي كلما كان العقار محفظاً، وهو عقد شكلي لأن المشرع استوجب تحريره كتابة وفق محرر رسمي عدلي كإثبات، أو وفق محرر عرفي كاستثناء طبقاً للمادة 25 من مدونة الأوقاف.

وكننتيجة لذلك، يمكن القول بأن تخلف الكتابة لا يبطل الوقف طالما أنه يجوز إثباته بجميع وسائل الإثبات، مما معناه أن الشكلية فيه ليست للانعقاد.⁶¹

2)- الاستثناء المتعلق بمعاوضة الوقف.

من خصوصيات الوقف أنه لا يجوز التصرف فيه عن طريق البيع أو التبرع، ولكن يجوز التصرف فيه عن طريق المعاوضة التي بدورها تفضي إلى نقل ملكية المال الموقوف من ذمة الموقوف عليه إلى ذمة الغير، ويستخلص ذلك مما ذكر في المواد 51-60-115-129 من مدونة الأوقاف.

وما سيقال في باب المعاوضة يسري على الوقف بشتى أنواعه، وذلك لسببين؛ أولهما يتجلى في كون أن المشرع نظم المعاوضة بالنسبة للأموال الموقوفة وقفا عاما، وثانيهما يتمثل في كون أن المشرع أحال على ما يتعلق بمعاوضة الوقف العام بالنسبة للمعاوضة المطبقة على الأوقاف المشتركة والأوقاف المعقبة، فيفهم من المادة 115 على أنه يسري على الوقف المعقب ما يسري على الوقف العام في باب المعاوضة بينما يفهم من المادة 129 على أنه يسري على الوقف المشترك ما يسري على الوقف العام في كل الأحكام بما في ذلك ما يتعلق بالمعاوضة.

والمعاوضة المعمول بها في إطار الوقف تنقسم إلى نوعين، معاوضة نقدية وأخرى عينية، وقد تعرض لهما المشرع بموجب ذات المدونة بدءا من المادة 63 وإلى غاية المادة 75 علاوة على المادتين 115 و129.

وسواء تعلق الأمر بالنوع الأول أو بالثاني، فإن التصرف لا يبرم إلا إذا انضبط لما تقتضيه المادة 60 من مدونة الأوقاف والتي تقتضي أن يتوخى من خلاله المحافظة على الوقف وأن يهدف إلى تنميته وأن يحقق له مصلحة ظاهرة.

إلى جانب ذلك، لا بد من أن يتم تفريغها وفق شكلية خاصة تختلف بحسب ما إذا تعلق الأمر بالمعاوضة النقدية أم بالمعاوضة العينية.

أ)- المعاوضة النقدية للوقف.

الأصل في الوقف بشتى أنواعه أنه لا يقبل البيع المتعارف عليه والمعمول به في ظل القواعد العامة، وإنما يقبل المعاوضة النقدية التي ابتدعها المشرع لتمثلها مع البيع من حيث الغاية لكونها تنقل الملكية من ذمة الموقوف عليه إلى ذمة الغير مقابل مبلغ من النقود.⁶²

ولعل الغاية منها هي درء التصرف مما قد يطاله من آثار البيع، كالشفعة التي تجوز في البيع دون المعاوضة طبقا للمادة 292 من مدونة الحقوق العينية التي نظمت الشفعة في البيوع دون المعاوضات.

وشرط الشكلية فيها لا يخضع لما ذكر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، كما لا يوافق الشكلية المطلوبة في المعاوضة العينية وإنما يخضع لأحكام خاصة به.

⁶¹ وما يسترعى الإشارة إليه في هذا الإطار، هو أن الاستثناء المبحوث في هذا المقام يقتصر على إنشاء الوقف ولا يشمل نقله أو تعديله أو إسقاطه والذي يبقى خاضعا للأحكام العامة باستثناء ما يتعلق بنقله بطريق المعاوضة والذي يخضع لأحكام خاصة كما سيأتي ذكره بعد حين. كما أن الوكالة الخاصة التي بموجبها يحل الواقف الغير محل في التحبيس لا تخضع لهذا الاستثناء، وإنما تبقى خاضعة للمبدأ الموماً إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية ولا تتعقد إلا إذا احترم فيها ما ذكر في تلك المادة.

⁶² وبناء على الغرض المتوخى من المعاوضة النقدية، يمكن تعريفها بكونها مقيضة الأموال المحبسة بمبلغ من النقود، على أن يخصص هذا المبلغ لشراء عقار آخر أو للاستثمار في الوقف، وبالتالي فهي توافق البيع في المحل والسبب وتختلف معه في التسمية التي لا تعد سوى بدعة فقهية تشريعية، وهي بدعة حسنة درءا للشفعة.

وتبعاً لذلك، فإن هذه المعاوضة تجرى عبر السمسرة أو مسطرة العروض طبقاً لما ذكر في المادة 61 من مدونة الأوقاف، ما معناه أنها تفرغ وفق محضر السمسرة أو العروض، وهو محضر ذات حجبة قاطعة ولا يجوز الطعن فيه إلا بالزور طبقاً للمادة 62 من ذات المدونة.

ويحرر هذا المحضر من قبل إدارة الأوقاف، مما معناه أنه يندرج ضمن المحررات الرسمية الإدارية التي يحررها بعض الموظفين العموميين، ولا يسوغ اللجوء إلى غيره لتحريره.

غير أنه واستثناء من ذلك يجوز إبرام هذه المعاوضة عن طريق الاتفاق المباشر بين إدارة الأوقاف و المعاوز له، وذلك في حالتين:

الحالة الأولى: إذا تعذر إجراء مسطرتي السمسرة أو العروض أو أجريت إحداها لمرتين متتاليتين دون أي نتيجة طبقاً للمادة 61.

الحالة الثانية: إذا تعلق الأمر بالعقارات المخصصة لاحتضان منشآت أو تجهيزات عمومية.

لكن الملاحظ في هذا المقام هو أن المشرع لم يحدد الطريقة التي من خلالها يتم تحرير المعاوضة النقدية على ضوء هاتين الحالتين، فهل تخضع للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية أم تخضع لشكلية حسب اختيار إدارة الأوقاف أم يحرر بشأنها محضر إداري.

لكن حسب رأينا فهي تبقى خاضعة للمبدأ المشار إليه في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية طالما أن المشرع لم يحدد لها شكلية خاصة، وأنه في غياب النص الخاص يحتكم إلى النص العام ألا وهو المادة الرابعة. (ب)- المعاوضة العينية للوقف.

علاوة على المعاوضة النقدية، يمكن معاوضة الوقف معاوضة عينية، وتسمى كذلك بالناقلة⁶³ لأنها تنقل الملكية من ذمة الموقوف عليه إلى ذمة المعاوز له.

وعلى غرار المعاوضة النقدية، تجرى هذه المعاوضة بمبادرة من إدارة الأوقاف أو بطلب ممن يهيم الأمر طبقاً للمادة 73 من مدونة الأوقاف.

ومن حيث الشكلية المقررة لها فهي تخضع لأحكام خاصة بها لا توافق شكلية المعاوضة النقدية كما لا تطابق ما ذكر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية وإنما تستثنى منها.

وبناء على ما ذكر في المادة 75، يتضح لنا بأن قيام المعاوضة العينية للوقف يتوقف على ضرورة أن يتم تفرغها وفق التوثيق الرسمي العدلي أو العصري دون مكنة اللجوء إلى غيره مما يسمى بالتوثيق العرفي بما في ذلك المحررات الصادرة عن المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض.⁶⁴

والملاحظ، أن المادة 75 تضمنت صيغة الوجوب دون أن تحدد الجزاء الناشئ عن تخلف الرسمية، وما إذا كان ذلك يفضي إلى بطلان العقد أم يمكن استدراكه.

ومعلوم أن طبيعة الجزاء هي التي بناء عليها يتم تحديد ما إذا كانت الشكلية للانعقاد أم للإثبات، وحسبنا أن الشكلية هنا جعلت للانعقاد لا للإثبات فقط، وتبعاً لذلك لا يمكن إثبات هذا التصرف إلا كتابة، ولا يمكن أن ينعقد شفاهة كما لا يجوز تفرغه وفق محرر عرفي، ما معناه أن الشكلية فيه أمر لازم ولا محيد عنه.

⁶³ إدريس الفاخوري؛ الحقوق العينية وفق القانون 39.08، منشورات مجلة الحقوق سلسلة -المعارف القانونية والقضائية- الإصدار 12، دار النشر المعرفة/ الطبعة 2013؛ ص 37.

⁶⁴ وذلك خلافاً للوكالة، إذ لو أراد المعاوز له أن يوكل غيره في إبرام هذه المعاوضة فإن وكالته تبقى خاضعة للمادة الرابعة من مدون الحقوق العينية ولا يشترط أن يتم تفرغها وفق المادة 75.

وجدير بالذكر أن مدونة الأوقاف ولئن كانت قد صدرت قبل مدونة الحقوق العينية إلا أنها هي الأولى بالتطبيق وذلك لسببين، أولهما يتجلى في كونها نص خاص بالنسبة للتوثيق وبالتالي فهي تقدم على ما ذكر في المادة الرابعة باعتبارها نص عام، وثانيهما يتجلى في كون أن مدونة الحقوق العينية نصت في مادتها 130 على أنه يسري على الوقف ما ذكر في مدونة الأوقاف وتكون بذلك قد قدمت ورجحت مدونة الأوقاف بقوة القانون.

ثانياً)- الاستثناءات الواردة في مدونتي الأسرة والضرائب.

علاوة على ما ذكر أعلاه، عدد المشرع بعض الاستثناءات الأخرى بمقتضى مدونتي الأسرة والضرائب.

1)- الاستثناء الوارد في مدونة الأسرة.

يتعلق الأمر في هذا المقام بالوصية كسبب من أسباب اكتساب الملكية بما في ذلك الملكية العقارية، وقد تعرض لها المشرع بمقتضى مدونة الأسرة بدءاً من المادة 277 وإلى غاية المادة 314، علاوة على المادة 264 من مدونة الحقوق العينية التي تحيل على ما ذكر في مدونة الأسرة.

وقد عرفها ابن عرفة بقوله هي " عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يوم موته أو نيابة عنه بعده"⁶⁵، واعتبرها بذلك عقداً من عقود التبرع على خلاف الفقه الذي يعتبرها عملاً من أعمال الإرادة المنفردة، وهو نفس ما استقر عليه المشرع الأسري بنصه أن "الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته".

وتبعاً لذلك، فهي عقد يتبرع بموجبه المالك بمال له حال حياته قصد تنفيذه بعد موته، ومن ثمة فالملكية فيها لا تستحق إلا بموت الموصي.

وهي من حيث المبدأ تنعقد بما يدل على رغبة الموصي في التبرع، عبارة أو كتابة أو بالإشارة الدالة على المعنى عند العجز طبقاً للمادة 295 من م.أ.

وبناء على ما ذكر في المادة 296، يتجلى لنا بأن الوصية قد تفرغ إما وفق التوثيق الرسمي وإما وفق وثيقة عرفية يحررها الموصي بخط يده مع إمضائه، وإن تعذر ذلك اكتفي بشهادة الشهود الذين حضروا يوم انعقادها على شرط أن تحمل شهادتهم على اليقين لا الشك والتخمين وأن تؤدي أمام القاضي وقت التمكن من أدائها أي بلا تأخير في أدائها متى تأتت الفرصة للقول بها، وعند ذلك يأذن قاضي التوثيق بأدائها ويخطر الورثة بذلك.

والملاحظ في هذا المقام هو أن المشرع لم يشترط تصحيح إمضاء الموصي أمام السلطات المختصة، كما حصر التوثيق العرفي في الأوراق المحررة بخط يده دون ما سواه تجنباً لأي تحايل قد يمارسه الغير بخط يده؛ مما يشكل مدخلاً للاستيلاء على جزء من التركة.

واشترط توثيق الوصية والحالة هذه بخط يد الموصي، قد يستبعد معه حتى الأوراق الالكترونية التي لا تحرر بخط يد الموصي وفق الطرق التقليدية، إلا أن بعض⁶⁶ الفقه كان له قول آخر إذ لا يستبعد الكتابة الالكترونية ويرى أنه لا مانع من إعمالها، على شرط أن يكون الموصي هو الذي مرر هذه الكتابة بيده.

وتجب الإشارة إلى أن ما يكتب بخط يد الموصي يدخل في حكم التوثيق العرفي، والإبقاء على هذا النوع من التوثيق قد يشكل خطراً على الاستقرار العقاري ويتخذ مدخلاً للترامي على أموال الناس ظلماً وعدواناً؛ لاسيما إذا استغل من بعض ذوي النية السيئة، ونحو ذلك أن يتم تقليد خط الموصي لأجل تحرير وصية بشأن جزء من أمواله ثم يتم استظهارها بعد موته على أساس أنها حررت من قبله.

⁶⁵ محمد رياض : م.س. ص 200.

⁶⁶ - عبد الرحمان بلععيد: علم الفرائض، الموارث-الوصايا، الطبعة الأولى: توزيع الممر الملكي حي الاحباس -الدار البيضاء- ص 337-338

وقبل الانتقال إلى الاستثناء الموالي، وجب الإشارة إلى أن مدونة الأسرة رغم أنها نص سابق، إلا أنها هي الأولى بالتطبيق والتفعيل وذلك لسببين. أولهما أنها نص خاص بالنسبة للتوثيق وبالتالي فهي تقدم على ما ذكر في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية باعتبارها نص عام، وثانيهما أن مدونة الحقوق العينية تحيل على ما ذكر في مدونة الأسرة بقوة القانون طبقاً للمادة 264، وهي بذلك ترجح وتقدم ما ذكرناه أعلاه.

(2)- الاستثناء الوارد في مدونة الضرائب.

يتعلق هذا الاستثناء بعقود الاقتناء المبرمة في إطار السكن الاقتصادي، إذ حتى يستفيد المشتري من الإعفاء الضريبي المنصوص عليه في المادة 92 من مدونة الضرائب يتعين عليه أن ينضبط لمجموعة من الشروط من بينها أن يحرر العقد على دفعتين؛ وعد بالبيع ثم عقد نهائي، وأن يتم هذا التحرير أمام موثق دون مكنة اللجوء إلى غيره طبقاً للمادة 93 من ذات المدونة.

والاقتناء في هذا الإطار هو عقد يبرم بين منعش عقاري والغير، بموجبه يقتني الثاني عقارا من عند الأول وهو بذلك يدخل في حكم السكن الاقتصادي المدعوم من قبل الدولة بموجب اتفاقات مبرمة مع المنعشين العقاريين.

ويشترط في هذا العقد ما يشترط في البيع وفق القواعد العامة، ولا يستفيد المشتري من الإعفاء الضريبي إلا إذا تم احترام الضوابط المشار إليها في المادة 93 من المدونة العامة للضرائب والتي تقتضي ما يلي:

أولاً: اقتناء المسكن من أحد المنعشين العقاريين الخاضعين للاتفاقية المبرمة مع الدولة والمشار إليها أعلاه، ومن ثم يخرج من ذلك العقود التي تبرم مع غير هؤلاء المنعشين العقاريين.

ثانياً: إبرام الوعد بالبيع والعقد النهائي الناقل للملكية وفق التوثيق الرسمي العصري دون مكنة اللجوء إلى غيره تحت طائلة عدم الاستفادة من الإعفاء الضريبي.

ثالثاً: تقييد رهن رسمي لفائدة الدولة ضماناً لأداء الضريبة على القيمة المضافة المؤداة من قبل الدولة علاوة على الذعائر والغرامات التي قد تستحق عند الاقتضاء.

رابعاً: تخصيص المبنى للسكن الرئيسي لمدة 4 سنوات دون مكنة تفويته للغير إلا بعد انصرام هذا الأجل.

ومهذا يمكن القول بأن عقود الاقتناء المبرمة في إطار نظام السكن الاقتصادي لا تخضع للمادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية وإنما تخضع لشكلية خاصة بها.

إذ أنها لا تبرم وفق مبدأ الخيار المولماً إليه في المادة المشار إليها آنفاً وإنما تحرر وجوباً وفق محرر رسمي أمام موثق دون مكنة اللجوء إلى ما سواه من العدول أو المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، وذلك تحت طائلة عدم الاستفادة من الإعفاء الضريبي المشار إليه في المادة 92 من ذات المدونة.

والملاحظ في هذا المقام هو أن شكلية التوثيق في هذا العقد لا توافق ما ذكر من الشكليات المبحوثة آنفاً، وإنما هي شكلية ذات طبيعة خاصة إذ لا تعدل ولا لانعقاد ولا للإثبات وإنما تتعدى ذلك، إذ أن احترامها يفيد المشتري ويمتعه بالإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة، وعدم احترامها لا يفضي إلى بطلان العقد -شريطة أن يحرر أمام عدل أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض- وإنما يحرم المشتري من الإعفاء المشار إليه سابقاً.

ومن هذا يتضح لنا بأن شكلية الكتابة في هذا الإطار هي شكلية خاصة، يمكن تسميتها بشكلية الاستفادة من الإعفاء الضريبي المولماً إليه في المادة 92 من المدونة العامة للضرائب، ولا يترتب على تخلفها بطلان العقد إذ

يجوز للمشتري أن يختار تفرغ عقده أمام عدل أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، ولا يترتب على ذلك سوى حرمانه من مقتضيات الإعفاء الضريبي.

وإجمالاً لما ذكر في هذا الموضوع، يمكن القول بأن المشرع ولئن كان قد أقر مبدأ أساسياً بمقتضى المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية واسترعى احترامه وجوباً جاعلاً إياه من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته تحت طائلة البطلان، فإنه في مقابل ذلك استثنى منه مجموعة من الاستثناءات وإن كان بعضها يتفق مع المبدأ من حيث الأثر القانوني المترتب عن تخلف الكتابة ألا وهو البطلان، ولا شك أن الغاية من ذلك تتجلى في حماية الحقوق العقارية من ظاهرة الاستيلاء التي استفحلت في الآونة الأخيرة ومن كل ما من شأنه أن يهدد الأمن العقاري أو يحول دون استقرار المعاملات.

وإن ما أوردناه في هذا المقال إنما بسطناه على سبيل التمثيل لا الحصر، إذ من الصعب حصر كل الاستثناءات التي ترد على المادة الرابعة والتي يستحيل إدراكها وجمعها سواء وجدت أو كانت ستوجد مستقبلاً.