

د. عبد الكريم شهبون
أستاذ جامعي (سابقاً)
محام بهيئة المحامين بتطوان
مقبول للترافع لدى محكمة النقض
www.drchahboun.com

الشافى فى شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39-08

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

دعاء

«ربنا هب لنا من لدنك رحمة وهي لنا
من أمرنا رشداً».

سورة الكهف، آية : 10

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

توطئة

حمداً وشكراً وثناءً لله سبحانه وتعالى، على ما أنعم علينا من نعمه، ووسع علينا من رحمته، وفضله، وصلاة وسلاماً على خير المرسلين محمد بن عبد الله، وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد،

فهذا كتاب جديد، أقدمه للقراء الكرام، تحت عنوان «الشاي في شرح مدونة الحقوق العينية» وفق القانون رقم 39-08، الصادر بتنفيذه «الظهير الشريف رقم 1-11-178 بتاريخ 25 من ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011)، في موضوع الحقوق العينية، بعد تقنينه وإدماجه في القانون العقاري الجديد، ومن ضمن القوانين الجديدة، الصادرة في إطار مخطط المنظومة التشريعية المتعلقة بالعقار في المغرب.

وذلك، نتيجة تنامي الدور الذي يقوم به العقار في ضمان التنمية الاقتصادية والاجتماعية، قد فرض أكثر من أي وقت مضى، المبادرة إلى إقرار مدونة الحقوق العينية، من شأنها التقليل من سلبات ازدواجية النظام العقاري ببلادنا، بين عقار محفظ وعقار غير محفظ، أو في طور التحفيظ، لأن النظام العقاري في المغرب يتميز قبل صدور مدونة الحقوق العينية بنظام مزدوج في هيكله ومتنوع من حيث طبيعته، فزالت هذه الازدواجية، وأصبح قانون التحفيظ العقاري بالمغرب قانوناً موحداً، يوحد القواعد القانونية التي تطبق على العقارات غير المحفظة والتي هي في طور التحفيظ، تطبيقاً سليماً. وقانون الحقوق العينية، سيساهم كثيراً في استقرار الملكية العقارية بما يسمح بالاستثمار في العقار غير المحفظ بناء على أساس واضح شأنه في ذلك شأن

المتعاملين في العقار المحفظ الذي يخضع لتشريع خاص. وذلك في إطار أفق الارتقاء ببلادنا إلى نظام إجبارية التحفيظ. وعليه، وأثناء سريان وتطبيق أحكام مدونة الحقوق العينية، وإدماج العقار العادي في مسار التنمية، فإن القضاء، مدعواً إلى البت في المنازعات العقارية بشكل يشخص ضمان استقرار المعاملات العقارية، باعتباره شرطاً لازماً لتشجيع الاستثمار. ومن هذا المنطلق فإن هذه المدونة جاءت مجسدة لتطلعات رجال القانون في خلق الشروط الموضوعية اللازمة لاعتماد الوعاء العقاري كقاطرة من قاطرات التنمية الوطنية.

وأسير في هذا الشرح، وفق الترتيب والتقسيم المتبع في «مدونة الحقوق العينية» معتمداً في إعداد هذا الشرح على الكتب القانونية والفقهية المشهود لها بالتحري والتدقيق، وخاصة في الفقه المالكي، والمختصة في مجال العقار والحقوق العينية، والمبسوطة من لدن علماء القانون، وفقهاء الشريعة الإسلامية، وأساتذة أكفاء ومن لهم باع طويل في الفقه والقانون.

هذا وهدفت من «شرح مدونة الحقوق العينية» أن يجد فيه الطلاب والأساتذة والقضاة والمحامون والقانونيون والمفتون، والمستشارون القانونيون، والقراء بصفة عامة، سنداً وعوناً يفي بغرضهم العلمي والقانوني، والفقهي، في هذا المجال، سيما وأنتي نهجت فيه طريقة شرح المادة والنص، وذلك بوضع النص وشرحه وتحليله، وبيان اختيار المشرع المغربي للحكم المتوخى، والرأي المختار، والمقصود من النص، ومدى مطابقته للواقع المغربي، وقضائه، والفقه المالكي الذي كان سائداً في المعاملات العقارية غير المحفظة، وفي القضاء، والأحكام عند صدور هذا القانون الجديد.

وهذه الطريقة هي التي اعتمدتها في كتابي «الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي» وفي كتابي «الشافي في شرح مدونة الأسرة» وفي كتابي «الشافي في شرح قانون التحفيظ العقاري الجديد» إذ شرح مواد القانون، مادة ومادة، وتذييلها بما ورد فيها من آثار الفقهاء، والقانونيين من قضاء وأحكام، طريقة تقليدية ثبت نجاحها، فهي أجدى وأنفع للمتعاملين مع النصوص القانونية باستمرار، لأنها تيسر للباحثين العثور على كل ما يتعلق بالمادة أو الفصل أو النص من إشارات فقهية وأحكام قضائية في وقت قصير، وبشكل مباشر، وتكتمل لدى المطلع على القانون صورة واضحة ودقيقة لكل نص من نصوصه، ولأن النزاع المعروض على المحاكم، تحكمه عادة مقتضيات فصول قليلة، ومواد محدودة ومعينة، مما يسهل البحث على

القاضي والمحامي والباحث وعلى من يهمه الحكم، إذ يمكنه الرجوع وبسرعة إلى المواد المطلوبة، فيجد فيها ما يكفي من شرح وإيضاح، وما ورد فيها من اجتهاد، الشيء الذي يسهل مهمته، ويوفر له كثيرا من الوقت الثمين الذي يضيعه في دراسة الموضوع كله.

والله أسأل أن يوفقنا جميعا لإدراك عظمة الفقه الإسلامي ومعناه وواقعيته وسداده، لنعود إليه عند وضع القوانين عن جدارة وتقدير تاركين الاعتماد على الفقه الغربي ونظرياته وحلوله عنا.

المؤلف

مقدمة

أهمية مدونة الحقوق العينية :

لقد تناولت دراسات العديد من الفقهاء والمهتمين والباحثين في الآونة الأخيرة، أهمية إيجاد إطار قانوني موحد ينظم المجال العقاري في بلادنا، ويطبق على كل العقارات محفظة أو كانت غير محفظة، وهذا ما دفع المشرع المغربي إلى إعداد هذا القانون، يتعلق بمدونة الحقوق العينية يهدف أساساً إلى وضع أسس قانونية تطبق على الحقوق العينية الواردة على العقارات غير المحفظة والمعاملات الجارية عليها، تمكن من إسهام العقارات غير المحفظة في مسار التنمية وتوظيفها إلى جانب العقارات المحفظة في تشجيع الاستثمارات في مجال السكنى والسياحة والصناعة وتسهيل مهمة القضاء عند الفصل في المنازعات المرتبطة بالعقار.

وقد استمدت مواد هذه المدونة من قواعد الفقه الإسلامي على ضوء مذهب الإمام مالك أصولاً وفروعاً مع مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية والاستفادة من القانون الوطني أي من التشريعية النافذة وما استقر عليه الاجتهاد القضائي ومن القانون المقارن وروعي في ذلك حاجات المجتمع العصري المتطور والرغبة في استقرار التعامل وانتشار الأمن العقاري والدور الذي يجب أن تلعبه الملكية العقارية في معركة التنمية.

وهكذا، فإن إنجاز هذه المدونة وإخراجها إلى الوجود هو هدف طال انتظاره لعقود من الزمن.

وحسب د. محمد مومن، فإن الهدف الأساسي من المدونة هو سد ثغرة كبيرة في نظامنا القانوني تتمثل في عدم وجود تشريعية جديدة خاصة تسهل الوصول إلى الأحكام المتعلقة بالحقوق الواردة على هذه العقارات، لهذا فهي أداة للقضاء على الصعوبات القانونية الناتجة عن هذه الوضعية وما ترتب عنها من تجميد لجزء كبير

من ثروتها العقارية إذ بواسطتها سيتم التعرف على الوضعية القانونية للعقارات غير المحفظة والأحكام المنظمة للمعاملات الجارية عليها، الأمر الذي سيمكن المهتمين والمتعاملين في العقار إلى المعرفة المسبقة للقاعدة القانونية التي يجب أن يطبقها القاضي على كل نزاع يتعلق بها مع ما يترتب عن ذلك من اطمئنان للتعامل في هذه العقارات، واختصار الوقت عند الفصل في المنازعات وتوحيد الحلول القضائية المتعلقة بها.

ويحق تدخل هذه المدونة في إطار تحقيق هدف تدوين أحكام الفقه الإسلامي في جميع المجالات وهو مقصد نبيل سبق للمرحوم محمد الخامس - طيب الله ثراه - أن نادى به بمناسبة تعيينه للجنة تدوين الفقه الإسلامي حيث ورد في خطابه بتاريخ 19 أكتوبر 1957 ما مفاده :

«ولا يخفى أننا أمة عريقة في ميدان الدراسات الفقهية والتشريع تملك من ذلك ثروة تغنيها عن اتخاذ قوانين موضوعة لدول أخرى».

غير أن كل ما ينقص هذه الثروة هو إظهارها بالمظهر الحقيقي لها بعيدة عما علق بها من تأويلات عقيمة وعادات فاسدة أصبحت بحكم تداولها مع تقادم العهد من مضافات الشريعة الإسلامية ومعدودة منها. فواجبنا إذن أن نعود إلى تراثنا وثروتنا الفقهية، ونعمل على إحيائها، وذلك بتأليفها في مواد مسبقة مضبوطة على شكل مدونة التقنين الجديد، والقانون الحديث، تحت اسم مدونة الحقوق العينية، وهذه المدونة، التي أصبحت المحاكم المغربية تقضي بمقتضاها وتحكم بأحكامها، والتي وضعت حدا لازدواجية الأحكام والقواعد المطبقة على العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة، بحيث كانت المحاكم ظلت تطبق القواعد الفقهية كلما تعلق الأمر بنزاع على عقار غير محفظ. ونتج عن ذلك تضارب في الاجتهادات القضائية بسبب عدم وجود مرجعية موحدة وملزمة يستند عليها القضاء.

وبمقتضى هذه المدونة، وضع حد لتضارب واختلاف القرارات والأحكام الصادرة عن المحاكم بمختلف درجاتها في مجال الحقوق العينية، وبموجب هذه المدونة تلزم ضرورة إخضاع العقار لوحدة القواعد الموضوعية دون تمييز بين العقار المحفظ وغير المحفظ

وكذلك من دواعي إخراج هذه المدونة، دمج المقتضيات المنصوص عليها في ظهير 02 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة ضمن مدونة الحقوق

العينية، مادامت أغلبية فصوله تتسجم مع القواعد المقررة فقهاً في هذا المجال مع إدخال بعض التعديلات عليه، سنبينها لاحقاً.

وكذلك من أسباب وضع هذه المدونة، توحيد المواد التي لا اختلاف فيها بين العقار المحفظ وغير المحفظ مع الاحتفاظ بالازدواجية فيما استعصى على التوحيد مثلاً :

- إثبات العقار المحفظ، بواسطة الرسوم العقارية، وما تضمنته من تقييدات.

- إثبات العقار غير المحفظ، بواسطة الرسوم المثبتة لأصل التملك.

- أو بواسطة الحيازة المستوفية لشروطها.

وكذلك من دواعي إخراج هذه المدونة، تم تنظيم أحكام عدة مواضع لم تكن منظمة في السابق، من بينها : الحيازة - الحقوق العرفية الإسلامية - الهبة والصدقة - الشفعة - المغارسة الخ...

ومن الواضح أن القانون رقم 39-08 يندرج ضمن مسار تحديث المنظومة التشريعية، ويهدف أساساً إلى توحيد وتبسيط المفاهيم والمقتضيات القانونية المتعلقة بالحقوق العينية المطبقة على العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة أو في طور التحفيظ.

هذا، واستعمل المشرع المغربي، كلمة «المدونة» بدل القانون، أو الظهير، أو التقنين كما كان يستعمله في التشريعات ما قبل هذه المدونة، وذلك حفاظاً على ما كان مستعملاً عند فقهاء المسلمين، الذين استعملوا مكانها كلمات الشرع والشرعية والحكم الشرعي، واقتدى المشرع المغربي بعناوين كتب الفقه المالكي، منها مدونة الإمام مالك ومدونة سحنون وغيرهما، اقتباساً وتأسيساً وتورية بإتباع منهج المذهب المالكي في التدوين والتبويب، وبخاصة في السنوات الأخيرة الصادرة فيها مدونات مثل مدونة الشغل ومدونة تحصيل الديون العمومية، ومدونة التجارة، ومدونة الأسرة، ومدونة القانون العسكري، كما أن المشرع يستعمل في التشريعات الجديدة كلمة (المادة) بدل كلمة (الفصل) المستعملة في التشريعات القديمة.

ولابد لنا أن نشير في هذه المقدمة إلى التعريف بالحقوق، والأموال، وذكر تقسيماتها. وذلك نظراً لكون المصلحة وثيقة بين القانون والحق، وأن القانون هو الذي يحدد حقوق الأفراد وواجباتهم فسنعمل باختصار على التعريف بالحق ثم نتكلم على أقسامه لنخلص إلى ما يهمنا من هذه الأقسام وهو الحقوق العينية والأشياء التي تقع

عليها هذه الحقوق، ثم نتكلم على العقارات والمنقولات، وعلى أهمية التفريق بين العقار والمنقول، ثم نلقي نظرة عامة، حول مقتضيات وأحكام مدونة الحقوق العينية، تمهيدا لشرح جميع نصوص المدونة، بالتفصيل والتحصيل، إلى انتهاء موادها كلها. وعليه، سيكون الكلام على هذه المواضيع، في أربعة فصول، وبعدها نلقي النظرة العامة المذكورة.

الفصل الأول الحقوق وتقسيماتها

نخصص هذا الفصل للكلام على التعريف بالحقوق، وعلى أقسامها، ثم نتكلم على المال وأقسامه.

المبحث الأول الحق وأقسامه

أولا : تعريف الحق :

الحق في اللغة العربية له معان مختلفة تدور حول معنى الثبوت والوجوب مثل قوله تعالى : ﴿لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون﴾⁽¹⁾ أي ثبت ووجب. وقوله سبحانه : ﴿يحق الحق ويبطل الباطل﴾⁽²⁾ يثبت ويظهر، وقوله تعالى : ﴿جاء الحق وزهق الباطل﴾⁽³⁾، الأمر الموجود الثابت ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾⁽⁴⁾ أي واجبا عليهم، وتطلق كلمة الحق على النصيب المحدد مثل قوله تعالى : ﴿والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾⁽⁵⁾ كما تطلق على العدل في مقابلة الظلم مثل قوله تعالى : ﴿والله يقضي بالحق﴾⁽⁶⁾.

وأما عند رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، فقد وجدوا صعوبة، في الاتفاق على تعريف الحق، نظرا لاختلافهم حول الزاوية التي ينظرون منها إليه.

(1) سورة يس، آية : 7.

(2) سورة الأعراف، آية : 8.

(3) سورة الإسراء، آية : 81.

(4) سورة البقرة، آية : 241.

(5) سورة الماعز، آية : 25.

(6) سورة غافر، آية : 20.

فمن رأى أن العنصر الجوهري في الحق هو إرادة صاحبه، عرفه بأنه : قوة إرادية. ومن رأى أن العنصر الجوهري للحق هو محله وموضوعه، عرفه بأنه مصلحة يحميها القانون. كما أن الفقهاء المسلمين القدامى لم يعرفوا الحق تعريفاً فقهيّاً لأنهم اكتفوا بمعناه اللغوي الذي هو الثبوت والوجوب.

لكن المحدثين منهم حاولوا وضع تعريف للحق يقرب معناه للطلبة والدارسين، فعرفه الشيخ الأستاذ علي الخفيف : الحق هو مصلحة مستحقة شرعاً⁽¹⁾. لكنه تعريف بالغاية المقصودة من الحق، لا بذاتيته وحقيقته، فإن الحق هو : علاقة اقتصادية بين صاحب الحق والمصلحة التي يستفيد منها.

وقال الأستاذ مصطفى الزرقاء : الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً⁽²⁾. وهو تعريف جيد، لأنه يشمل أنواع الحقوق الدينية لحق الله على عباده من صلاة وصيام ونحوهما، والحقوق المدنية كحق التملك، والحقوق الأدبية كحق الطاعة للوالد على ولده، وللزوج على زوجته، والحقوق العامة كحق الدولة في ولاء الرعية لها، والحقوق المالية كحق النفقة، وغير المالية كحق الولاية على النفس.

وقال الدكتور محمد ابن معجوز : ويمكننا أن نعرف الحق تعريفاً مقبولا في كل من الفقه والقانون، فنقول : إن الحق سلطة يقررها الشرع (أو القانون) لشخص معين، بالنسبة لفعل معين، أو أنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها الشرع (أو القانون)⁽³⁾.

ثانيا : أركان الحق :

للحق ركنان : صاحب الحق : وهو المستحق، ومحل الحق : وهو ما يتعلق به الحق ويرد عليه، وهو اما الشيء الذي يتعلق به الحق كما في الحق العيني، أو الدين.

ويضاف للحق الشخصي كالعلاقة بين الدائن، والمدين ركن ثالث : وهو المدين المكلف بالحق، ونوع التكليف إما أن يكون قياما بعمل كأداء الدين أو الثمن، أو امتناعا عن عمل، كالامتناع عن أضرار الجار أو غيره، والامتناع عن استعمال الوديعة أو الأمانة، والمكلف قد يكون معينا فرداً أو جماعة كالمدين بالنسبة للدين، أو غير معين كالواجبات العامة المكلف بها جميع الناس باحترام حقوق الآخرين وعدم الاعتداء عليها⁽⁴⁾.

(1) مذكرات الحق والذمة : ص 36.

(2) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه ف 2 ص : 10 وما يليها.

(3) الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتفتين المغربي، ص : 13.

(4) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ج 4 ص : 10.

ثالثا : أنواع الحقوق :

ينقسم الحق باعتبار صاحب الحق، إلى ثلاثة أنواع :

حق الله، وحق الإنسان، وحق مشترك : وهو ما اجتمع فيه الحقان، ولكن قد يغلب حق الله أو حق الإنسان الشخصي.

1 - حق الله تعالى (أو الحق العام) : وهو ما قصد به التقرب إلى الله تعالى وتعظيمه، وإقامة شعائر دينه، أو النفع العام للعالم من غير اختصاص يأخذ من الناس، وينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه، أي أنه حق للمجتمع.

ويمتاز حق الله تعالى عن غيره بأنه ليس لأحد أن يتنازل عنه أو يسقطه. ومنه :

أ - ما هو من قبيل العبادات الخالصة بالإيمان بالله والصلاة والصوم، والحج والزكاة والجهاد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وتسمية الله عند الذبح، وكل أمر ذي بال.

ب - ما هو من قبيل الحدود والعقوبات الخالصة، وذلك : كحد الزنى، وشرب الخمر، فهذه الحدود حقوق الله، لأنها شرعت لحفظ المجتمع من الجرائم التي ترتكب ضده.

ج - ما هو من قبيل العقوبات القاصرة، أي التي لا تنال الجسم أو المال مباشرة، وذلك كمنع القاتل عمدا من أن يرث من قتله. وهذه العقوبة حق لله. لما فيها من المصلحة العامة التي تتمثل في محاربة الاعتداء على النفس والأقارب بالخصوص، وهذه العقوبة لم تنال القاتل في بدنه ولم تنقصه جزءا من ماله، وإنما حرمته من أن يرث في المقتول.

د - ما يعتبر عبادة وعقوبة في نفس الوقت، وذلك ككفارة اليمين، فإن الله أوجب على من حنث في يمينه أن يعتق رقبة أو أن يطعم عشرة مساكين أو أن يكسوهم، فإن حجز عن ذلك وجب عليه أن يصوم ثلاثة أيام. وهذا الحق يجب على الحانث يعتبر حقا لله لما فيها من المصلحة العامة، التي تتمثل في محاربة الحنث في اليمين والاستهانة بالمقدسات، ثم إنه يجمع بين معنى العبادة، لأن فيه تقربا إلى الله، وبين معنى العقوبة، لأنه يجب على من ارتكب ذنبا من نوع خاص وهو الحنث في اليمين.

هـ - ما يجمع بين معنى التعبد وبذل المال، وذلك كصدقة الفطر، فإن هذا الحق فيه معنى التعبد والتقرب إلى الله على نعمة إباحة الفطر بعد تحريمه خلال رمضان،

وهو في نفس الوقت بذل للمال، لأن زكاة الفطر عبارة عن دفع صاع من غالب ما يقتاته أهل البلد للمستحقين من الفقراء والمحتاجين.

وبهذا يتجلى أن حقوق الله شرعت للمصلحة العامة من غير أن يشوبها عرض شخصي، ولذلك لم يكن لأحد إسقاطها، وحتى إذا أسقطها أو تنازل عنها فإنها لا تسقط.

2 - حق الإنسان (أو العبد) : وهو ما يقصد منه حماية مصلحة الشخص، سواء أكان الحق عاماً كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال، وتحقيق الأمن، وقمع الجريمة، ورد العدوان، والتمتع بالمرافق العامة للدولة. أو كان الحق خاصاً، كرعاية حق المالك في ملكه وحق البائع في الثمن والمشتري في المبيع، وحق الشخص في بدل ماله المتلف، ورد المال المغصوب وحق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الأم حضانه طفلها، والأب في الولاية على أولاده، وحق الإنسان في مزاوله العمل ونحو ذلك.

وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه، وإسقاطه بالعفو أو الصلح أو الإبراء أو الإباحة، ويجري فيه التوارث، ولا يقبل التداخل، فتكرر فيه العقوبة على كل جريمة على حدة، واستيفاءه منوط لصاحب الحق أو وليه.

3 - الحق المشترك : وهو الحق الذي يجتمع فيه حقان : حق الله، وحق الشخص، لكن أما أن يغلب فيه حق الله تعالى أو حق الشخص.

مثال النوع الأول : عدة المطلقة، فيها حق الله : وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط، وفيها حق الشخص، هو المحافظة على نسب أولاده، لكن حق الله غالب، لأن في صيانة الأنساب نفعاً عاماً للمجتمع، وهو حمايته من الفوضى والانحيار. ومثاله أيضاً : صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله فيها حقان، لكن حق الله غالب لعموم النفع العائد للمجتمع.

وحكمه : أنه يلحق بالقسم الأول، وهو حق الله تعالى باعتبار أنه هو الغالب.

ومثال الثاني : حق القصاص الثابت لولي المقتول، فيه حقان، حق الله وهو تطهير المجتمع عن جريمة القتل النكراء، وحق شخصي : وهو بشفاء غيظه وتطبيب نفسه القاتل، وهذا الحق هو الغالب، لأنه مبني القصاص على المماثلة، بقوله تعالى : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾⁽¹⁾ والمماثلة ترجح حق الشخص.

(1) سورة المائدة، آية رقم : 45.

وحكمه أنه يلحق بالقسم الثاني : وهو حق الشخص في جميع أحكامه، فيجوز لولي المقتول العفو عن القاتل، والصلح معه على مال، بل ندب الله تعالى إلى العفو والصلح، فقال : ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان. ذلك تخفيف من ربكم ورحمة﴾⁽¹⁾.

وبما أن دراستنا تنحصر في نوع واحد من حقوق العبد (ونسميها الحقوق الإنسانية) فإننا سنبدأ بالإشارة إلى أقسام هذه الحقوق لنصل إلى النوع الذي يهتم به.

رابعا : أقسام الحقوق الإنسانية :

تقسم حقوق الإنسان (وهي التي سميناهم تبعاً للفقهاء، بحقوق العبد بصفة رئيسية) إلى قسمين :

1 - حقوق سياسية : وهي التي تثبت للشخص بصفته عضواً في جماعة معينة، بقصد المشاركة في حكم هذه الجماعة، وذلك كحق الانتخاب، وحق تولي المناصب العامة. وتمتاز هذه الحقوق بأنها مقصورة على المواطنين، حيث أنه من المبادئ المقررة أن الانتخابات لا يشارك فيها الأجانب، لأن المواطنين هم الذين يحق لهم أن يشاركوا في حكم بلادهم.

2 - حقوق مدنية : وهي التي تلزم الشخص لمزاولة نشاطه العادي، وهي أنواع :

أ - ما يسمى بالحقوق العامة، كحق الشخص في الحياة وفي الحرية.

ب - حقوق الأسرة، كحق الزواج وحق النسب، والإرث.

ج - الحقوق المالية، وهي الحقوق التي تنشأ عن المعاملات المالية، وتتميز عن غيرها بأن لها قيمة تقدر بالنقود.

ويخلص من هذا أن الحقوق منها ما هو مالي، ومنها ما ليس مالي، وبما أننا نهتم بالحقوق المالية فقط، فإننا سنقتصر على الكلام عليها وحدها.

(1) سورة البقرة، آية رقم : 178.

المبحث الثاني التعريف بالمال وبيان أقسامه

التعريف بالمال :

المال في اللغة : هو ما يملكه الإنسان من كل شيء. وفي الفقه : كل مال يملكه الإنسان وينتفع به على وجه معتاد، سواء كان مملوكاً بالفعل، أو كان قابلاً للتملك كالطير في الهواء والسماك في الماء.

وهذا يعني أن المال هو كل ما له قيمة اقتصادية تقدر بالنقود، سواء كان تحت حيازة شخص وفي ملكه، أو كان غير مملوك لأي شخص مادام يقبل أن يحاز ويملك.

ونستنتج من هذا أن المال يطلق على الأشياء التي تقوّم بالمال كالدار والقمح والكتاب، وهذا ما سمي عند رجال القانون بالأموال المادية، كما يطلق على الحقوق المالية التي تقع على تلك الأشياء، كحق الملكية الذي يقع على الدار، وحق الانتفاع بالحبس الذي يقع على الشيء المحبس، وهذا ما يسمى بالأموال غير المادية، وهذا المفهوم للمال هو الذي تمسك به رجال القانون منذ القديم.

أما المحدثون منهم فقد أصبحوا يفرقون بين الأموال والأشياء حيث يقصرون المال على الحق الذي ينصب على الشيء وتكون له قيمة تقدر بالنقود، أما المحل الذي ينصب عليه ذلك الحق المالي من عقار وغيره، فيسمونه شيئاً لا مالا بمعنى أن حق الملكية الذي يقع على عقار مثلاً يسمى حقاً مالياً، في حين أن ذلك العقار يسمى شيئاً.

وينبني على هذا أن كل مال يعتبر شيئاً، في حين أنه ليس كل شيء يعتبر مالا، لأن هناك أشياء لا تكون مملوكة لأي شخص، ولا تكون موضوع الحق المالي، وذلك كالشمس والهواء والنور⁽¹⁾.

وإذا رجعنا إلى ظهور 19 رجب 1333، يتبين لنا أنه تمسك بالمفهوم الواسع للمال، حيث اعتبره شاملاً للأشياء والحقوق التي ترد عليها، فقد نص في الفصل الخامس على ما يلي : «الأموال عقارات إما بطبيعتها أو بالتخصيص أو بالمحل الذي تتسحب عليه» ثم بين في الفصل السادس ما يعتبر عقاراً في حد ذاته، فأتى بذكر الأشياء، بينما بين في الفصل السابع ما يعتبر عقاراً بحسب محله معدداً الحقوق المالية.

(1) د. محمد ابن معجوز، الحقوق العينية، في الفقه، والقانون المغربي، ص 16 - 17.

وتجدر الإشارة إلى أقسام الشيء أولاً ثم إلى أقسام المال ثانياً :

أولاً : أقسام الشيء :

يقسم الفقهاء الأشياء إلى عدة تقسيمات منها :

- 1 - أشياء مثلية وأشياء مقومة «أشياء معينة بالنوع وأشياء معينة بالذات».
- 2 - أشياء عامة وأشياء خاصة.
- 3 - أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك.
- 4 - أشياء متقومة وأشياء غير متقومة.
- 5 - أشياء ثابتة وأشياء غير ثابتة : عقارات ومنقولات.

التقسيم الأول : أشياء مثلية وأشياء مقومة :

المال المثلي : ماله مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتاً يعتد به في التعامل⁽¹⁾ والأموال المثلية أربعة أنواع هي : المكيلات (كالقمح والشعير) والموزونات (كالقطن والحديد) والعدييات المتقاربة في الحجم (كالجوز والبيض) وبعض أنواع الذرعات (التي تباع بالذراع أو المتر ونحوها) وهي التي تتساوى أجزاؤها دون خرق يعتد به كأثواب الجوخ والقطن والحريز، والأخشاب الحديدية، أما ان تفاوتت أجزاء المزروع كالنسيج فهو المتماثل الأجزاء وكالأراضي فيصبح مالاً قيماً لا مثلياً، وكما يعد المعدود المتقارب من المحصولات الطبيعية من المال المثلي.

كذلك يعد المعدود المتماثل من المصنوعات من مادة واحدة وشكل واحد مالاً مثلياً كأواني الأكل والشرب، والسيارات المتحدة النوع، وأدوات غيارها، والكتب الجديدة المطبوعة.

والمال القيمي : هو ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل، ولكن مع التفاوت المعتمد به بين وحداته في القيمة⁽²⁾ مثل أفراد الحيوان من بقر وخيل وغيرها والأراضي والأشجار، ومنه أيضاً : الكتب المخطوطة، والثياب المنسوجة وتدخل في المال القيمي : العدييات المتفاوتة القيمة في أحادها - كالبطيخ والرمان عند اختلاف أحجامها وأنواعها.

(1) المجلة العدلية، المادة : 145.

(2) المجلة العدلية، المادة : 145.

ويلاحظ أن كثيرا من الأشياء التي كانت تعتبر قيمة أصبحت من قبيل المثلثيات في هذا العصر، بسبب المصانع التي تخرج المنتوجات متشابهة متماثلة، نظرا للقوالب أو النماذج التي تمر فيها هذه المنتوجات، فالكتب كانت كلها من المقومات عندما كانت تكتب بالأيدى، فأصبح كثير منها من قبيل المثلثيات، وذلك بالنسبة لنسخ الكتاب الواحد والطبعة الواحدة.

التقسيم الثاني : أشياء عامة وأشياء خاصة :

الأشياء العامة : هي التي تكون مملوكة للدولة أو لغيرها من أشخاص القانون العام وتخصص للنفع العام، وذلك مثل الطرق والأنهار والجسور والأسلحة المعدة للدفاع. أما الأشياء الخاصة فهي التي تكون مملوكة للأفراد أو الدولة ولكنها لا تخصص للنفع العام.

ويظهر أثر هذا التقسيم في أن الشيء العام مادام مخصصاً للنفع العام، لا يمكن أن يجرى عليه أي تصرف يتنافى مع ما قصد به من النفع العام، ولا يمكن إجراء الحجز عليه، ولا يملك بالحيازة مهما طال أمدّها.

خلاف الشيء الخاص، فإنه يمكن التصرف فيه وحجزه، كما أنه يملك بالحيازة باستثناء العقار المحفوظ. كما سوف نرى.

التقسيم الثالث : أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك :

ويمكن أن يسمى هذا التقسيم بالمالي الاستهلاكي والاستعمالي.

فالمال الاستهلاكي : هو الذي لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، كأنواع الطعام والشراب والحطب والنفط والورق والنقود، فلا يمكن الانتفاع بهذه الأموال ماعدا النقود إلا باستئصال عينها، وأما النقود فاستهلاكها يكون بخروجها من يد مالكيها، وإن كانت أعيانها باقية بالفعل.

والمال الاستعمالي : هو ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالعقارات والمفروشات والثياب والكتب ونحوها.

وينظر إلى الانتفاع المميز بين النوعين لأول مرة، لا إلى حالات الاستعمال المتكررة، فإن زالت عين الشيء من أول انتفاع كان مالا استهلاكياً، وإن بقيت عينه حينئذ كان مالا استعمالياً. وتظهر فائدة التقسيم فيما يأتي :

يقبل كل نوع من هذين المالين نوعاً معيناً من العقود. فالمال الاستهلاكي يقبل العقود التي عرضها الاستهلاك لا الاستعمال كالقرض وإعارة الطعام.

والمال الاستعمالي : يقبل العقود التي هدفها الاستعمال دون الاستهلاك كالإجارة والإعارة. فإن لم يكن الغرض من العقد هو الاستعمال وحده أو الاستهلاك وحده، صح أن يرد على كلا النوعين : الاستعمالي والاستهلاكي كالبيع والإيداع، يصح ورودهما على كل من النوعين على السواء.

التقسيم الرابع : أشياء متقومة وأشياء غير متقومة :

الشيء المتقوم : هو الذي له قيمة في نظر الشرع، وهو كل مال يصح التعامل به شرعاً وينتفع به، وهو كل الأشياء المباحة وذلك مثل العقارات والمنقولات، وكل ما ليس محرماً ولا منهياً عن التعامل به.

وغير المتقوم : ما لم يحرز بالفعل أو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً إلا في حالة الاضطرار⁽¹⁾ مثال الأول : السمك في الماء والطير في الهواء والمعادن في باطن الأرض ونحوها من المباحات كالصيد والحشيش، فهي غير متقومة عرفاً. ومثال الثاني : الخمر والخنزير بالنسبة للمسلم غير متقومين شرعاً، فلا يباح للمسلم الانتفاع بهما إلا عند الضرورة، وتقدر الضرورة كدفع خطر جوع شديد أو عطش شديد يخشى معه الهلاك، ولا يجد الإنسان شيئاً آخر سواهما، فيباح له الانتفاع بأخذهما بقدر ما يدفع الهلاك عن نفسه.

أما بالنسبة لغير المسلم فهما من الأموال المتقومة عند فقهاء الحنفية، لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون، فلو ألتفها مسلم أو غير مسلم وجب عليه ضمانها، وقال غير الحنفية، لا يعتبران مالا متقوماً، لأن غير المسلمين المقيمين في بلادنا ملزمون بأحكام المعاملات الإسلامية، فلهم ما للمسلمين، وعليهم ما عليهم.

وفائدة هذا التقسيم تتجلى في موضعين :

الأول : صحة التعاقد عليه وعدمها : فالمتقوم يصح أن يكون محلاً لجميع العقود التي ترد على المال كالبيع والإيجار والهبة والإعارة والرهن والوصية والشركة ونحوها وغير المتقوم : لا يصح التعاقد عليه بشيء من تلك العقود، فيعده بيع المسلم خمر أو خنزيراً بيعاً باطلاً، ولو اشترى المسلم خمر أو خنزيراً كان الشراء فاسداً، وسبب

(1) المادة 128 من المجلة العدلية.

التفرقة بين الحالتين أن المبيع هو المقصود الأصلي من البيع، فتقومه بشرط انعقاد، وأما الثمن فهو وسيلة لا يقصد لذاته، فتقومه شرط صحة.

الثاني : الضمان عند الإتلاف : إذا أتلف إنسان مالا متقوما لغيره، وجب عليه ضمان مثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيماً، أما غير المتقوم فلا يضمن بالإتلاف إذا كان لمسلم، فلو أراق أحد خمرًا لمسلم أو قتل خنزيراً له، لا يضمنه، أما لو أتلفه أحد لذمي (أي غير مسلم مقيم في دار الإسلام) ضمن له قيمته عند الحنفية، لأنه مال متقوم عندهم، كما أوضحنا.

ويقابل هذا التقسيم في القانون تقسيم الأشياء إلى ما هو داخل في دائرة التعامل وما هو خارج عن دائرة التعامل.

التقسيم الخامس : أشياء ثابتة وأشياء غير ثابتة :

للفقهاء اصطلاح في بيان المقصود من العقار والمنقول، أحدهما للحنفية والآخر للمالكية.

رأي الحنفية : المنقول : هو ما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، سواء أبقى على صورته وهيئته الأولى، أو تغيرت صورته، وهيئته بالنقل والتحويل، ويشمل النقود والعروض التجارية وأنواع الحيوان والمكيلات والموزونات⁽¹⁾. والعقار : هو الثابت الذي لا يمكن نقله وتحويله أصلاً من مكان إلى آخر كالدار والأراضي⁽²⁾.

ويلاحظ أن البناء والشجر والزرع في الأرض لا تعد عقاراً عند الحنفية إلا تبعاً للأرض، فلو بيعت الأرض المبنية أو الشجرة أو المزروعة طبقت أحكام العقار على ما يتبع الأرض من البناء ونحوه، أما لو بيع البناء وحده أو الشجر وحده من غير الأرض، فلا يطبق عليهما حكم العقار، فالعقار عند الحنفية لا يشمل إلا الأرض خاصة، والمنقول يشمل ما عداه⁽³⁾.

رأي المالكية : ضيق المالكية من دائرة المنقول ووسعوا في معنى العقار، فقالوا : المنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقائه على هيئته وصورته الأولى : كالملابس والكتب والسيارات ونحوها، والعقار عندهم : هو ما لا يمكن نقله

(1) المادة 128 من المجلة العدلية.

(2) المادة 128 من المجلة العدلية.

(3) المادة 129 من المجلة العدلية.

وتحويله أصلاً كالأرض، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته وهيئته عند النقل والتحويل، كالبناى والشجر، فالبناى بعد هدمه يصير أنقاضاً، والشجر يصبح أخشاباً⁽¹⁾.

ويرى المالكية أيضاً أن بعض المنقولات قد تلحق بالعقار ويجري عليها حكمه، وذلك مثل الحيوان الذي يرصده مالكة على عقاره لخدمة ذلك العقار كأن يرصد بستان حيواناً ليحرك الساقية أو لينقل الماء، فإن هذا الحيوان يصبح متصلاً بالعقار ويعطى حكمه، بحيث إذا بيع مع العقار فإن للشريك أن يشفعه تبعاً للعقار، ولو اعتبر منقولاً ما أمكنه شفيعته، لأنه لا شفعة في المنقول عند المالكية.

ثانياً : أقسام الحقوق المالية :

تنقسم الحقوق المالية إلى نوعين :

1 - حقوق شخصية. 2 - حقوق عينية.

فالحق الشخصي هو رابطة قانونية بين شخصين بمقتضاها يلتزم أحدهما وهو المدين تجاه الآخر الذي هو الدائن، بأن يؤدي له مبلغاً من النقود أو بأن يقوم لصالح ذلك الدائن بعمل معين، لأن كل الحق الشخصي إما أن يكون قياماً بعمل لحق البائع في تسلم الثمن وحق المشتري في تسلم المبيع، وحق الإنسان في الدين، وإما أن يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة.

أما الحق العيني فهو ما يقره الشرع أو القانون لشخص على شيء معين بالذات، فالعلاقة القائمة بين صاحب الحق، وشيء مادي معين بذاته، والتي بموجبها يمارس المستحق سلطة مباشرة على الشيء هي الحق العيني، مثل حق الملكية الذي به يستطيع المالك ممارسة أكمل السلطات على ما يملكه، وهي التصرف بالشيء واستثماره واستعماله، وحق الارتفاق المقرر لعقار على عقار معين كحق المرور أو المسيل أو تحميل الجذوع على الجدار المجاور، وحق احتباس العين المرهونة لاستيفاء الدين. وللحق العيني عنصران فقط، هما : صاحب الحق ومحل الحق.

خصائص الحق العيني والحق الشخصي :

يتميز كل من هذين الحقين بميزات وخصائص أهمها :

(1) بداية المجتهد، ج 2 : 254.

1 - حق التتبع لصاحب الحق العيني دون الشخصي : لصاحب الحق العيني تتبع الشيء الذي تعلق به حقه في أي يد وجدت فيها العين مهما تغيرت واضع اليد عليها، فلو غصب شخص شيئاً ثم باعه أو غصب منه وتداولته الأيدي، جاز للمالكه رفع الدعوى على الحائز الأخير صاحب اليد.

أما الحق الشخصي : فلا يطالب به إلا المكلف به أصالة وهو المدين أو نيابة وهو الكفيل أو المحال عليه.

وسبب التفرقة أن الحق العيني متعلق بعين معينة لا بذمة شخصية، والعين يمكن انتقالها من يد إلى أخرى، أما الحق الشخصي فمتعلق بذمة المكلف أو المدين، فلا يسأل عنه غيره إلا بإرادته كما في الكفالة والحوالة.

2 - حق الامتياز أو الأفضلية لصاحب الحق العيني : يكون لصاحب الحق العيني حق الأولوية أو الامتياز على سائر الدائنين العاديين إذا كان دينه موثقاً برهن.

أما صاحب الحق الشخصي فليس له حق الامتياز إلا استثناء في أحوال معينة، كحالة التهمة أو الشك، فتقدم ديون الصحة على ديون المرض، وحالة الضرورة فتقدم نفقات التكفين والتجهيز على بقية الحقوق المتعلقة بالتركة، ويقدم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على الديون العادية، وحالة رعاية المصلحة العامة فتقدم ديون الحكومة على ديون الناس العادية.

3 - سقوط الحق العيني بهلاك محله : إذا هلك محل الحق العيني، سقط الحق وبطل العقد. فإذا هلك المبيع في يد البائع قبل قبض المشتري له بطل العقد، وسقط حق المشتري في تسليم المبيع، وإذا احترقت الدار المؤجرة بطل عقد الإجارة وسقط حق المستأجر في الانتفاع بها.

أما إذا هلك محل الحق الشخصي، فلا يسقط الحق ولا يبطل العقد، فإذا هلك أموال المدين، فلا يسقط حق الدائن بالمدين، لأن الدين يتعلق بالذمة لا بمال معين وإذا هلك الشيء المسلم فيه عقد السلم، وجب على البائع (المسلم إليه) تسليم غيره.

وبما أننا سنقتصر في دراستنا على الحقوق العينية التي تقع على الأشياء عقاراً كانت أم منقولاً، فإننا سنتكلم بشيء من الاختصار على الأشياء العقارية والمنقولة، وعلى الحقوق العينية التي ترد عليها، وأهمية التفريق بينها سيتضح من خلال النقاط والموضوعات الآتية :

الفصل الثاني العقارات

من الرجوع إلى الفصل الخامس من ظهير 19 رجب يتبين أن العقارات على ثلاثة أنواع: عقارات بطبيعتها، وعقارات بالتخصيص، وعقارات بحسب المحل الذي تتسحب إليه، فعلينا إذن أن نتناول باختصار البحث في هذه الأنواع على التعاقب.

النوع الأول : العقارات بطبيعتها :

انقسم الفقهاء المسلمون في تحديد معنى العقار إلى قسمين :

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

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

وإذا كان ظهير 19 رجب لم يأت بتعريف للعقار، وإنما اقتصر في الفصل السادس على تعداد الأشياء التي تعتبر عقارات بطبيعتها، فإن ذلك يدل على أن المشرع المغربي أخذ برأي المالكية الذين يرون أن العقار لا يقتصر على ما لا يمكن نقله، وإن كان قد توسع في مفهوم العقار بطبيعته، حيث أدخل فيه أشياء تعتبر منقولات عند المالكية كالثمار كما سنرى.

وبطبيعة الحال، فإن اعتبار العقار شاملا لكل ما يتصل بالأرض اتصال قرار، أو ما يندمج في البناء يؤدي إلى فوائد لا تكرر، لأنه يمكننا من تطبيق الأحكام الخاصة بالعقار، على تلك المنقولات المتصلة بالأرض بدلا من أن نطبقها على الأرض فقط، حيث يؤدي ذلك إلى فصلها عن الأرض وتعطيل المنفعة التي قصدت من وراء إدماجها في الأرض.

وهكذا نجد الفصل السادس من ظهير 19 رجب المذكور، ينص على ما يلي : «إن الأراضي والبناءات عقارات بطبيعتها وكذلك الشأن في الآلات والمنشآت المثبتة والمرساة ببناء أو أعمدة والمدمجة في بناية أو في الأرض.

وتعتبر عقارات بطبيعتها المحصولات الفلاحية الثابتة بجذورها، وثمار الأشجار التي لم تجن، والغابات التي لما تقطع أشجارها».

ومن هذا النص يتبين أن الأشياء التالية تعتبر عقارات بطبيعتها.

1 - الأراضي : وهي العقارات الأساسية التي تقيم في باطنها أو على سطحها بقية العقارات، وهي من العقارات بالنظر إلى ذاتها سواء كانت داخل المدن أو خارجها، وسواء كانت معدة للبناء أو للزراعة.

كما يتبين من النص المذكور، أن العقارات بطبيعتها لا تقتصر على الأراضي، بل تشمل أيضاً ما فوق الأرض من بنايات، وأبنية وما تحتها من مناجم ومقالع.

ولابأس من الإشارة إلى الأرض هي الشيء الوحيد الذي يعتبر عقاراً بطبيعته عند جميع الفقهاء وفي كل القوانين، ومنها تستمد العقارات الأخرى هذه الصفة مادامت متصلة بها.

2 - النباتات : فالنباتات هي أيضاً من العقارات بالنظر إلى ذاتها مادامت متصلة في الأرض، ويتناول لفظ النباتات جميع الأعشاب والشجيرات. والأشجار مهما كانت قيمتها : فالعشبة الصغيرة تؤلف عقاراً كالشجرة الكبيرة.

واتصال النباتات بجذورها في الأرض شرط أساسي لاكتساب الصفة العقارية : فالمحصولات الفلاحية التي تعتبر عقارات بطبيعتها حسب ما ورد عليه النص في الفصل السادس من ظهير 19 رجب هي «المحصولات الثابتة بجذورها» وعلى هذا، فالنباتات الموضوعة في الأوعية والصناديق والأصص وما يماثلها هي من الأشياء المنقولة، حتى لو كانت الأوعية والصناديق والأصص مدفونة وثابتة في الأرض...

ولكنه لا يشترط أن يكون الاتصال بنية الدوام : فأغراس المشاتل مادامت متصلة في الأرض تعتبر عقارات رغم أنها مغروسة بنية التوقيت.

وكذلك، لا يشترط اعتبار النباتات عقاراً أن تكون مغروسة من قبل مالك الأرض : فالنباتات التي يفرسها المزارع أو المستأجر أو الغاصب تعتبر من قبيل العقارات.

هذا، وتعتبر النباتات استثناء كمنقول : ذلك أن النباتات المتأصلة في الأرض، تعد في بعض الحالات بمثابة المنقول، بناء على إرادة المتعاقدين، كما إذا اشترى شخص أشجار حرج ليصنع منها فحماً، فالأشجار المشتراة على هذه الصورة تعتبر أشد من

المنقولات بحسب مآلها وبعد البيع الواقع عليها بيعاً لمنقول، ويرجع في حل الخلافات الناشئة عنه إلى محكمة المدعى عليه لا إلى محكمة موقع العقار.

3 - الأبنية : ويقصد بها كل ما أنشأه الإنسان على الأرض أو في باطنها، من دور ومنازل ومصانع، ومخازن، ومتاجر، وجسور، وسدود، وحواجز، وأنفاق، وكهوف، سواء كانت المواد التي استخدمت في إقامتها من تراب أو حجر أو حديد، أو زجاج، أو خشب أو غير ذلك، كما تعتبر من الأبنية التجهيزات المتصلة من نوافذ وشبابيك وشرفات، وأبواب وقواديس، وأنابيب الماء والغاز والكهرباء، وميازيب وسلاليم.

ويشترط في الأبنية، كما في النباتات أن تكون متصلة في الأرض تعتبر عقاراً، وقد شدد المشرع على هذا الشرط عندما أوضح في الفصل السادس المذكور أنه تعتبر عقاراً بطبيعتها «الآلات والمنشآت المثبتة والمرساة ببناء أو أعمدة والمدمجة في بنية أو في الأرض» وعلى هذا، فالمنشآت المقامة على الأرض بدون أساس ولا دعائم أرضية ثابتة، كالانشاءات الخفيفة من خيام وأكواخ التي تشاد في البراري والمساحات العامة بالخام أو الأخشاب، هي أشياء منقولة.

لكن هنا، كما في النباتات، لا يشترط أن يكون الاتصال بنية الدوام، فالأبنية التي تشاد لإقامة المعارض تعد عقارات، وإن كانت معدة للبقاء أيام المعرض تهدم في انتهائه، والانشاءات التي يحدثها المستأجر تعتبر عقاراً ولو أن عقد الإيجار ينص على إلزام المستأجر بهدم ما أنشأه عند انتهاء مدة الإيجار.

ثم إن الأبنية تعتبر عقاراً سواء أنشئت من قبل صاحب الأرض القائمة عليها أم من قبل غيره، إذ لا يشترط لاعتبار البناء عقاراً، أن يكون مالكا للأرض هو الذي أشاده فوق أرضه.

اعتبار الأبنية استثناء كمنقول : وهنا أيضاً يجب الانتباه إلى أن البناء يمكن اعتباره أحيانا منقولاً، بناء على إرادة المتعاقدين، كما لو بيع بيت والاستفادة من أنقاضه، فالبيع الواقع على هذه الصورة، بيع لمنقول، والدعوى التي تقام لتنفيذ مقابلة البيع، تعتبر دعوى منقولة لا عقارية، وهي إذن من اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، لا محكمة المنطقة التي يوجد فيها البناء.

4 - المقالع والمناجم : المقالع تعتبر من العقارات بالنظر إلى ذاتها.

فالمقالع هي المكامن الطبيعية التي توجد فيها مواد البناء ومناجم الفحم النباتي الأصلي.

وأما المناجم فهي المكامن الطبيعية المحتوية على المواد المنجمية، الوارد تعدادها في الفئات الست المذكورة في الفصل الثاني من ظهير 16 أبريل 1951، ويقصد بالمواد المنجمية الفلزات المعدنية وغير المعدنية والمواد الهيدروكربونية الصلبة والسائلة والغازية والمعادن وإنشاء المعادن الوليدة.

ومما يجب الانتباه إليه، هو أن المناجم تشكل ملكية مستقلة عن الأرض الموجودة في باطنها، وتعتبر من أملاك الدولة العامة في بعض التشريعات كما في التشريع السوري، ومن أملاك الدولة الخاصة من تشريعات أخرى كما في التشريع المغربي، أما المقالع فتعتبر غير منفصلة عن الأرض الموجودة في باطنها وتعود لصاحب الأرض.

النوع الثاني : العقارات بالتخصيص :

التعريف :

عرف الفصل السابع من ظهير 19 رجب العقارات بالتخصيص بأنها : «تعتبر عقارات بالتخصيص الأشياء التي جعلها المالك بأرضه لمصلحة هذه الأرض واستغلالها» وأضاف الفصل موضحاً أن جميع الأشياء المنقولة المرتبطة بالملك بصفة دائمة تعتبر كذلك عقاراً بالتخصيص».

فالعقارات بالتخصيص أو بالنظر للغاية المعدة لها هي إذن أشياء منقولة بطبيعتها، ولكن المشرع اعتبرها أشياء ثابتة، لصلتها الوثيقة بالعقار المرتبط به والمتممة له، وهي بهذه الاعتبار عقارات حكومية محضة جاءت عن طريق تصور المشرع وصنعه، ولم تكن فكرة العقار بالتخصيص معروفة في الشرع الإسلامي، فالشرع الإسلامي غني بتحديد المنقولات التي يجب اعتبارها من ملحقات العقار فتتبعه عند انتقال ملكيته بالبيع بدون ذكر، أو بذكر، فهكذا مثلاً إذا بيعت دار دخل في البيع، تبعاً - وبدون ذكر - الأقفال المسمرة والدواليب والرفوف المسمرة المعدة لوضع فرش، في حين أن الأشياء غير المستقرة التي توضع لأن تستعمل وتنقل من محل إلى آخر كالصندوق والكرسي، تدخل في بيع الدار إذا ذكر ذلك وقت البيع، ولكن الشرع الإسلامي لم يعتبر هذه الأشياء من قبيل العقارات، بل تركها ضمن نطاقها الطبيعي، وحافظ على كيائها لمنقول حتى بعد التحاقها بالعقار.

إن نظرية العقارات بالتخصيص، استمدتها المشرع السوري واللبناني من القانون المدني الفرنسي.

أما في المغرب فقد أدخلت نظرية العقارات لتخصيص بموجب ظهير 19 رجب 1333، وقد استمد المغرب أيضاً أحكام هذه النظرية من القانون المدني الفرنسي.

الغاية من تصور العقارات بالتخصيص :

والغاية من تصور المشرع العقارات بالتخصيص، تقوية الرابطة بين المنقولات وبين العقار بطبيعته المتحدة به، ومنع انفصالها عنه في قضايا متعددة كالحجز أو البيع أو الوصية أو القسمة، ذلك أن فصل هذه المنقولات من العقار يقلل من أهميته بل ويحول دون استثماره، فلو حجزت مثلاً آلات الحراثة أو الأجهزة الصناعية أو أثاث الفندق على انفراد لتعطلت الأرض وتوقف العمل وحيل دون استثمار الفندق، وفي هذا ضرر للمالك العقار والمصلحة العامة، وعلى هذا فكر المشرع أن يتجنب وقوع مثل هذا الضرر، فوجد أن خير وسيلة لتحقيق فكرته هي أن يلحق الآلات الزراعية بالأرض والأجهزة الصناعية بالمعمل، والأثاث بالفندق، ويعتبرها عقارات حكمية لا يجوز فصلها عن العقار بطبيعته المرتبطة به مادام التخصيص قائماً والاستثمار الزراعي أو الصناعي أو التجاري مستمراً.

شروط اعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص :

يشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص توفر شرطين :

1 - أن يكون المنقول والعقار لمالك واحد.

2 - أن يخصص المنقول لمنفعة العقار.

ولابد من اجتماع هذين الشرطين في المنقول حتى يصبح اعتباره من قبيل العقارات بالتخصيص، ولما كانت هذه العقارات عقارات حكمية من صنع إرادة المشرع، فإنه لا يسوغ للأفراد الاتفاق على منح صفة العقارات بالتخصيص لأشياء منقولة لا تتوفر فيها هذان الشرطان.

فلو عقد مالك رهناً على أرض زراعية، واتفق مع الدين صاحب الرهن على أن تعتبر جميع المنقولات التي توضع في هذه الأرض من حيوانات وآلات وأدوات عقارات بالتخصيص لتكون مشمولة بالرهن، فإن هذا الاتفاق لن يكون من شأنه جعل المنقولات غير المرصدة على خدمة الأرض أو استغلالها عقارات بالتخصيص ومن حق الدائنين العاديين اعتبار مثل هذه الأشياء محتفظة بطبيعتها كمنقول وبالتالي حجزها بطرق الحجز على المنقول واستيفاء ديونهم من ثمنها.

الشرط الأول : اتحاد المالك : يجب أن يكون العقار بطبيعته والمنقول الذي أرصد لخدمة هذا العقار أو استغلاله لشخص واحد، أما إذا كان المنقول لشخص والعقار لشخص آخر، فلا يكون هنالك تخصيص يسمح باعتباره المنقول عقاراً.

وهنا يتجلى الفرق بين المنقول الذي يعتبر عقاراً بالتخصيص لرصده على خدمة أو استغلال عقار بطبيعته، وبين المنقول الذي يصبح عقاراً بطبيعته لاندماجه في الأرض.

فالمنقول الذي يدمج في الأرض يعتبر عقاراً بطبيعته أياً كان الشخص الذي أحدث الدمج سواء أكان مالك الأرض بالذات أم كان شخصاً آخر كالمستأجر أو المنتفع أو الدائن المرتهن، وسواء أكان المنقول الذي تم دمج مملوكاً لصاحب الأرض أو مملوكاً للغير، أما المنقول المخصص لمنفعة العقار فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص إلا إذا كان العقار للمالك واحد.

الشرط الثاني : رصد المنقول على منفعة العقار : يجب في المنقول، حتى يعتبر عقاراً بالتخصيص، أن يرصد على منفعة عقار بطبيعته، فقد ورد في المادة 84 من القانون المدني السوري أن المنقول الذي يعتبر عقاراً بالتخصيص هو الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله، وورد في الفصل السابع من ظهير 19 رجب أن العقار بالتخصيص هو الشيء المنقول الذي جعله المالك بأرضه لمصلحة هذه الأرض واستغلالها.

ويستدعي هذا الشرط الملاحظات التالية :

(أ) يشترط في المنقول حتى يعتبر عقاراً بالتخصيص أن يرصد على منفعة العقار أما إذا خصص المنقول لمنفعة صاحب العقار، فإنه يبقى محتفظاً بطبيعته، ولا يكتسب صفة العقار بالتخصيص فالسيارة أو العربة التي يستخدمها صاحب المعمل في تنقلاته.

والخيول التي يركبها صاحب الأرض في نزهاته، أو المواشي التي يربّيها بقصد بيعها والاتجار بها، تعتبر من الأشياء المرصدة على منفعة شخص صاحب العقار لا على منفعة العقار نفسه، لذلك فهي لا تعتبر عقارات بالتخصيص.

(ب) ولكن لا يشترط حتى يعتبر المنقول عقارات بالتخصيص أن يكون لازماً لخدمة العقار أو استغلاله، بحيث يتعذر الانتفاع من العقار على الوجه المعد له بدون هذا المنقول، بل يكفي أن يرصد المنقول على خدمة العقار أو استغلاله ولو لم تكن هناك

ضرورة تتطلب ذلك، فالطنافس مثلاً التي يضعها مالك المنزل المخصص للإيجار على درج السلم أو الدهاليز، ليست ضرورية، ومع ذلك فهي تعتبر عقاراً بالتخصيص مادام صاحبها قد رصدها على منفعة العقار.

(ج) وكذلك لا يشترط أن يكون التخصيص دائماً بل يكفي ألا يكون بصورة عارضة، فالخيل التي يشتريها مالك الأرض ويخصصها لأعمال الحراثة تعتبر عقاراً بالتخصيص، ولو أن في نية المالك الاحتفاظ بهذه الخيول بصورة مؤقتة، أما الخيول التي يربّيها المزارع في أرضه قصد الاتجار بها ويستعملها بشكل طارئ في حراثة الأرض، فإنها تحافظ على كيانها كمنقول ولا تحول إلى عقار لأن تخصيصها لاستغلال العقار كان بصورة عارضة.

ويلاحظ كذلك، أن في التشريع المغربي، كما في التشريع السوري، لقد ورد لفظ الاستغلال مطلقاً، بحيث يجب اعتباره شاملاً لجميع أنواع الاستغلال، سواء كان زراعياً أو صناعياً أو تجارياً أو مدنياً.

النوع الثالث : العقارات بحسب المحل الذي تنسحب عليه :

تعريف :

نظراً إلى أن الحق العيني يتعلق إما بعقار أو بمنقول فإن الوصف الذي يتصف به ذلك الحق يتبع المحل الذي يقع عليه، ولذلك كان الحق العيني الذي يقع على عقار يسمى حقاً عينياً عقارياً ولهذا سمي حق الملكية المترتب على دار، وحق الارتفاق الواقع على أرض، وحق الانتفاع الجاري على بستان حقاً عينياً عقارياً.

وهكذا نستطيع أن نصل إلى العقارات بحسب المحلات التي تنسحب عليه هي الحقوق العينية الواقعة على الأشياء العقارية وذلك لحق الاتفاق بالمرور وحق السكنى في دار.

ولما كانت الدعوى هي صورة ذاته، أو بمعنى آخر لما كانت الدعوى هي الحق الذي ينتقل من حالة السكون إلى طور الحركة عندما يقابل صاحبه بالعدوان، فإن كل دعوى تحمي حقاً عينياً على شيء عقاري تتصف بطبيعة الحق الذي تحميه وتعتبر إذن دعوى عقارية.

وبموجب الفقرة الأخيرة من الفصل الثامن من ظهير 19 رجب، اعتبر المشرع الدعاوي الرامية إلى استحقاق عقاري من قبيل العقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه..

وعلى هذا فالعقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه هي الحقوق العينية الواقعة على عقار، وكذلك الدعاوى العقارية أي الدعاوى التي تتعلق بحق عيني على عقار أو التي ترمي إلى استحقاق عقار.

تعداد الحقوق العقارية :

إن الحقوق العقارية يقتصر نطاقها في نظر الدكتور الكزبري⁽¹⁾ على الحقوق العينية، أما الحقوق الشخصية، فيجب استبعادها إطلاقاً، حتى ولو كان مجالها عقاراً، كما هو الحال مثلاً في التزام المؤجر بتسليم العقار المأجور إلى المستأجر تنفيذاً لعقد إيجار تم بين الطرفين، فمثل هذا الالتزام الواقع على عقار يبقى من قبيل الأموال المنقولة، وذلك بصراحة نص الفصل الثامن من ظهير 19 رجب الذي ينص على أنه : «لا تعتبر عقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه إلا الحقوق العينية العقارية».

لقد عدد الفصل الثامن المذكور الحقوق العينية التي يجوز أن تجري على العقارات، فحصرها بالحقوق التالية : (1) الملكية (2) الانتفاع (3) الأحياس (4) حقا الاستعمال والسكنى (5) الكراء الطويل الأمد (6) حق السطحية (7) الرهن الحيازي (8) حقوق الارتفاق (9) الامتيازات والرهن الرسمية (10) بعض الحقوق المستمدة من العرف الإسلامي كحق الزينة (وهو حق عيني على السطحية خاضع لأداء وجيبة عن العقار والجلسة، (وهو حق الانتفاع بعقار مقابل أداء وجيبة عقارية لمالك الرقبة).

ومن مراجعة الحقوق المذكورة في هذا الفصل يمكننا أن نضع ملاحظتين :

الملاحظة الأولى : أن الحقوق العينية بعضها عقاري بحت وبعضها يكون عقاراً أو منقولاً :

فالحقوق العينية الوارد تعدادها في الفصل 8 من ظهير 19 رجب، بعضها يكون دوماً عقارياً لأنه لا يرد إلا على شيء عقاري، وبعضها يكون على الأغلب عقارياً، لا يقع على المنقول ولا يكون بالتالي منقولاً إلا بصورة استثنائية، وبعضها يقع على العقار كما يقع على المنقول يكون بالتالي تارة عقارياً وتارة منقولاً.

فحق السطحية، وحق السكنى، والكراء الطويل الأمد، والارتفاقات والجلسة والجزاء، والزينة، والهواء هي حقوق عينية عقارية على الإطلاق لأنها لا ترد إلا على العقارات.

(1) التشريع العقاري والضمانات، ص 23.

أما الرهن الرسمي والوقف فهما : وإن كانا مبدئياً من الأموال العقارية، إلا أنهما يقعان استثناء على منقول ويتصفان في هذه الحالة بصفة الأموال المنقولة.

وأما الملكية والانتفاع، والرهن الحيازي، والامتياز، فهي من الحقوق التي تقع على الأشياء المنقولة وعلى الأشياء الثابتة على السواء وتكون إذن تارة حقوقاً عينية عقارية إذا كان محلها عقاراً وتارة حقوقاً عينية منقولة إذا كان محلها منقولاً.

الملاحظة الثانية : هذه الحقوق بعضها أصلي وبعضها تبعي. فالحقوق العينية على نوعين : حقوق أصلية وحقوق تبعية.

فالحقوق العينية الأصلية هي الحقوق القائمة بذاتها من دون حاجة إلى غيرها، وتشمل الملكية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية وهي : الانتفاع، والارتفاق، والسطحية، والوقف أو الأحباس، والكراء الطويل الأمد، وحقا الاستعمال والسكنى.

أما الحقوق العينية التبعية فهي الحقوق القائمة بغيرها، والتي لا تتصور وجودها بدون التزام أصلي ترتكز عليه، وتكون تابعة له كالرهن الحيازي والرهن الرسمي والامتياز، فالرهن مثلاً المخصص لضمان تأدية مبلغ من النقود يحتاج وجوده إلى وجود التزام بتأدية المبلغ المذكور لولا وجود هذا الالتزام كما قام الرهن.

وبهذا يظهر أن الفرق بين الحق العيني الأصلي والحق العيني التبعي يتجلى في أن الأول حق قائم بذاته لا يستمد وجوده من حق آخر في حين أن النوع الثاني يستمد وجوده من غيره، ويتبعه في مصيره، وينبني على هذه التبعية أن عقد الرهن مثلاً يتبع الحق الذي يضمنه بحيث إذا تبين أن ذلك الحق باطل أو قابل للإبطال، كان الرهن كذلك باطلاً أو قابلاً للإبطال، وإذا انقضى الحق المضمون لسبب من أسباب الانقضاء ينقضي الرهن بدوره تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي.

قوام الدعاوى العقارية :

كل دعوى تحمي حقاً من الحقوق العينية العقارية تتصف بطبيعة الحق الذي تحميه وتعتبر دعوى عقارية، وبصورة خاصة تعتبر من قبيل الدعاوى العقارية الدعاوى التالية :

(1) دعوى استحقاق العقار التي يرفعها المالك لتثبيت حقه واسترداد العقار من حائزه.

(2) الدعوى التي يطلب فيها المدعي الحكم له بحق من الحقوق المتفرعة عن الملكية، كالانتفاع أو السكنى أو الارتفاق أو الرهن.

(3) الدعوى التي يطلب فيها المدعي قسمة عقار مشترك إما قسمة بتية أو قسمة استغلالية.

(4) دعوى الحيازة التي تحمي وضع اليد كمظهر للملكية والتي يجب اعتبارها في حكم الدعاوى العقارية، والتي يراد بها استرداد حيازة العقار ممن ترامى عليه داخل السنة من تاريخ الدعوى.

(5) دعوى منع المعارضة بحق من الحقوق المذكورة التي يرفعها المالك على من يدعي أن له على عقاره حقاً من هذه الحقوق.

(6) الدعاوى الشخصية العقارية أو الدعاوى المختلطة.

(7) وقد ثار نزاع بين رجال القانون في مصر حول ما يسمى بالدعاوى الشخصية العقارية، أو الدعاوى المختلطة، ويراد بها كل دعوى لا تهدف مباشرة إلى حماية حق عيني عقاري ومع ذلك يراد بها الحصول على عقار، وذلك مثل الدعوى التي يطلب فيها المدعي، إلزام البائع بتمكينه من تسجيل شرائه بالرسم العقاري الخاص بالعقار الذي اشتراه منه. «وذلك كأن يبيع الشخص عقاراً محفظاً قبل أن يسجل هذا البائع في الرسم العقاري بصفته وارثاً ومثل الدعوى التي يطلب فيها الشريك على الشياخ إلزام المشتري لحصة شريكه بتسجيل شرائه في الرسم العقاري ليتمكن من ممارسة حق الشفعة، ومثل الدعوى التي يطلب فيها البائع لعقار الحكم بإبطال ذلك البيع بسبب عيب من عيوب الرضى، حيث يرى بعضهم أن الدعوى العقارية تشمل الدعاوى الشخصية التي يراد منها الوصول إلى حق عيني عقاري.

(8) بينما يرى فريق آخر رجال القانون في مصر أنه لم يبق مجال لما يسمى بالدعاوى المختلطة، مادام أن القانون المدني المصري قد صرح بأن الدعاوى العقارية هي كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار مما يعني أن الدعوى التي تسند إلى حق شخصي تعتبر دعوى منقولة ولو كان الهدف منها هو الحصول على حق عيني على عقار، لأن الدعوى تكيف بحسب طبيعتها وقت رفعها، لا يحسب ما ينتج عنها من نتائج تترتب على الحكم فيها.

(9) أما في المغرب، فإنه لا يسعنا، إزاء نص الفصل الثامن من ظهير 19 رجب الذي أدخل صراحة في الفقرة الأخيرة «الدعاوى الرامية في استحقاق عقار» : في عداد العقارات بحسب المحل الذي تتسحب إليه، إلا أن نجاري الفقه الفرنسي فيما ذهب إليه، وتعتبر بالتالي من قبيل الدعاوى العقارية الدعاوى التي لا تستند عند رفعها إلى

حق عيني بل إلى حق شخصي، عندما يكون من شأن الحكم فيها لصالح رافعها حصوله على حق عيني على عقار.

ومن المفيد الإشارة إلى الميزة التي تتمتع بها الدعاوى الشخصية العقارية من حيث الاختصاص، إذ يسوغ للمدعي فيها إقامة الدعاوى التي لا تستند عند رفعها إلى حق عيني بل إلى حق شخصي، عندما يكون شأن الحكم فيها لصالح رافعها حصوله على حق عيني على عقار.

ومن المفيد الإشارة أيضاً إلى الميزة التي تتمتع بها الدعاوى الشخصية العقارية من حيث الاختصاص، إذ يسوغ للمدعي فيها إقامة الدعوى لدى المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو موطن المدعى عليه، في حين أن المدعي في الدعاوى العقارية العادية لا يتمتع بمثل هذا الخيار بل هو ملزم برفع دعواه لدى المحكمة التي يوجد العقار في دائرتها.

وهكذا يتبين أن رجال القانون قسموا الدعاوى إلى عقارية وشخصية لأجل أن يحددوا المحكمة المختصة لكل نوع منهما. وبالرجوع إلى كتب الفقه نجد أن فقهاءنا، وإن كانوا لا يقسمون صراحة الدعاوى إلى شخصية وعقارية، فإنهم يعرفون الأثر الذي يترتب على هذه التفرقة، حيث أنهم يقولون: إن الدعوى إذا كان موضوعها شيئاً يتعلق بالذمة «وهذه هي الدعوى الشخصية» فإن المدعي يرفعها إلى المحكمة التي يوجد ذلك المدعى عليه في دائرتها، أما الدعوى التي يكون موضوعها عقاراً «وهذه هي الدعوى العقارية» فيتعين على المدعي أن يرفعها إلى المحكمة التي يوجد ذلك العقار بدائرتها، سواء كان المدعى عليه موجوداً في مكان العقار أو في غيره، وفي هذا يقول ابن عاصم: وحيث يلفيه بما في الذمة يطلبه وحيث أصل ثمة⁽¹⁾

الفصل الثالث

الأموال المنقولة

لما كان مفهوم المال، في التشريع المغربي، يشمل كما سبق بيانه، الأشياء التي لها قيمة اقتصادية والحقوق التي يمكن أن تترتب على هذه الأشياء فلا بد لنا إذن من أن نبحث ولو باختصار في الأشياء المنقولة، ثم في الحقوق المنقولة، وذلك في مبحثين:

المبحث الأول: الأشياء المنقولة.

المبحث الثاني: الحقوق المنقولة.

(1) البهجة، ج 1، ص 31.

المبحث الأول الأشياء المنقولة

تعريف :

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الشيء المنقول بأنه الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات، أما التشريع المغربي فإنه لم يعرف لا المنقول ولا العقار تعريفاً مباشراً، بل هو اكتفى في الفصل 6 من ظهير 19 رجب ببيان مختلف الأشياء العقارية.

وعليه، وفي ضوء نصوص التشريع المغربي يمكننا تعريف الشيء المنقول، بأنه الشيء الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر، شرط أن لا يكون مرصداً على استغلال عقار بطبيعته، ومرتبباً به بصفة دائمة.

وهذا التعريف مستمد من تعريف الشريعة الإسلامية مع إضافة قيد عليه وهو أن لا يكون المنقول مرصداً على استغلال عقار بطبيعته أو مرتبباً به ارتباطاً دائماً، وإذا أضيف هذا القيد فذلك كي تستبعد طائفة المنقولات التي إذا ما توفرت فيها بعض الشروط فقدت صفتها كمنقول وأصبحت عقارات بالتخصيص.

أنواع الأشياء المنقولة : الأشياء المنقولة على ثلاثة أنواع :

أولاً - الأشياء المنقولة بطبيعتها.

ثانياً - الأشياء المنقولة بالمآل.

ثالثاً - الأشياء غير المادية.

1 - المنقولات بطبيعتها :

تعريف :

المنقولات بطبيعتها هي الأشياء التي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف سواء أكانت تتحرك من نفسها كالحیوانات أو بفعل قوة خارجية كالجمادات شريطة أن يرصدها صاحبها على استغلال عقار أو يربطها به بصفة دائمة لأن رصدها أو ربطها على هذا النحو يفقدها صفة المنقول ويحولها إلى عقار بالتخصيص.

والمنقولات بطبيعتها لا تقع تحت حصر وهي آخذة بالازدياد، وحسبنا على سبيل المثال أن نذكر المنقولات التالية :

أ - مختلف أنواع النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات والعروض تشتمل المتاع والقماش ويدخل فيها أثاث البيت والمنقولات المعدة لاستعمال الدور وزينتها كالبسطة والمقاعد والمرايا والساعات الكبيرة والموائد والخروقات والتصاوير والتمائيل.

ب - السفن : السفن هي من الأشياء المنقولة بطبيعتها كما نص على ذلك الفصل 69 من قانون التجارة البحري المغربي، وتخضع مبدئياً للأحكام التي تخضع لها سائر المنقولات.

إلا أنه بالنظر لما للسفن من أهمية خاصة فقد سوى المشرع بينها وبين العقارات في الحكم في حالة إحراقها فأُنزل بمن يضرّم النار بالسفن نفس العقوبة التي أنزلها لمن يضرّم النار في الأبنية أو المصانع أو العمارات (الفصل 434 من القانون الجنائي المغربي) كما أنه أخضع نقل ملكية السفن إلى قاعدة الشهر والعلانية المطبقة في الحقل العقاري وأوجب تسجيل نقل الملكية في سجل خاص (الفصل 72 من قانون التجارة البحري مع الملاحظة إلى أن التسجيل متطلب لسريان نقل الملكية إزاء الغير فحسب) وكذلك فقد أجاز المشرع المغربي أن تكون السفن محلاً للرهن الرسمي، مع أن الرهن الرسمي لا يجوز وقوعه مبدئياً إلا على العقارات.

ج - المركبات الهوائية والسيارات : السيارات والمركبات الهوائية هي أشياء منقولة ولكنها تخضع لبعض الأحكام التي تخضع لها العقارات من حيث إخضاع نقل ملكيتها إلى التسجيل في سجل خاص لدى الدوائر المختصة في وزارة الأشغال العمومية ليكون هذا النقل معتمراً بحق الغير.

د - أدوات البناء : ان الأدوات المعدة لإنشاء بناء تعتبر من المنقولات مادامت لم تستعمل في البناء، وعلى العكس فالأدوات التي يمكن أن تنجم عن الهدم لا تعتبر منقولة إلا منذ فصلها من البناء.

هـ - الغاز والكهرباء : الغاز والكهرباء يعتبران من المنقولات ويبقيان محفظين بهذه الصفة حتى بعد نقلهما في أنابيب أو خطوط ثانية.

وقد أثير الجدل حول هذه المسألة بصدد اختلاس التيار الكهربائي، فقرر القضاء وصف هذا العمل بجرم السرقة مؤيداً بذلك اعتبار الكهرباء من الأشياء المنقولة.

ومن الجدير بالذكر أن القوانين الجنائية الحديثة قننت اجتهاد القضاء في هذا المضمار، إذ هي بعد تعريفها السرقة بأنها «أخذ مال الغير دون رضاه» أضافت بأن

القوى المحرزة تنزل منزلة الأشياء المنقولة في تطبيق القوانين الجزائية، (المادة 621 من قانون العقوبات السوري).

2 - المنقولات بالمآل :

تعريف :

المنقولات بالمآل هي أشياء ثابتة تتخذ صفة المنقولات، لأن نية المتعاقدين انصرفت إلى فصلها عن مستقرها، كما في بيع أنقاض مستخلف عن بناء، أو بيع أشجار حرج لتقطع وتصنع فحمًا، أو بيع ثمار الأشجار أو الحاصلات الزراعية قبل فصلها عن أصلها.

فمثل هذه الأشياء لا ينظر إلى ما هي عليه حالياً من اتصال بالبناء أو بالأرض أو بأصلها بل إنما ينظر للمصير الذي ستؤول إليه والذي يحتم انفصالها عن البناء أو الأرض أو عن أصلها، لذلك تعتبر منقولة والبيع الواقع عليها يعتبر بيعاً لمنقول.

وتجدر الملاحظة إلى أن اعتبار غير المنقول بمثابة منقول بالمآل لا يحصل عن طريق إرادة منفردة بل إنما يكون عن طريق اتفاق إرادتين وعملاً بنية المتعاقدين المشتركة، فمالك البناء المعد للهدم مثلاً، لا يستطيع بمحض إرادته أن يجعل من هذا البناء منقولات بالمآل، بل لابد تحقيقاً لذلك من توافق إرادته مع إرادة شخص آخر، كأن يبيعه من مشتري يقدم على شراء البناء بغية الاستفادة من انقاضه⁽¹⁾.

هذا، ويترتب على اعتبار الشيء منقولاً بالمآل نتائج عدة أهمها ما يلي :

(1) في حالة وقوع نزاع بين البائع والمشتري، فإن المحكمة المختصة للفصل في هذا النزاع لا تكون المحكمة التي يوجد في دائرتها الشيء المبيع، بل المحكمة التي يقع فيها موطن المدعى عليه.

(2) في حالة إبرام البيع معجل الثمن، فإنه يجوز للبائع إذا لم يدفع له المشتري الثمن، أن يسترد منه المبيع أو يمنعه من بيعه لأن البيع هنا بيع منقول، وأنه في بيع المنقولات دون منح أجل لدفع الثمن، أقر الشارع للبائع عند عدم أداء المشتري الثمن الحق في أن يسترد المنقولات الموجودة في يد المشتري أو أن يمنعه من بيعها (الفصل 582 من ق.ز.ع).

(1) يستطيع مالك البناء أن يهدم بناءه بمحض إرادته ويحوله بذلك إلى منقول بطبيعته، ولكنه لا يستطيع بإرادته المنفردة أن يجعل من بنائه وهو قائم، منقولاً بالمآل.

(3) لا يمكن لمن فقد حيازته لبعض هذه المنقولات أن يرفع دعوى الحيازة لاسترداد ذلك الشيء، لأن هذا النوع من الدعاوى يختص بالعقار، ولا يكون موضوعه منقولا.

3 - الأشياء غير المادية :

الأشياء غير المادية كالاختراعات الصناعية والرسوم والنماذج والعلامات الفارقة والعنوان التجاري والآثار الأدبية والفنية، هي أشياء ليس لها وجود حسي، بل إنما يدركها الإنسان بالتصور، وهي بهذا الاعتبار تدخل، في حقيقتها، لا في المنقولات ولا في العقارات، لأن تصنيف الشيء في هذه الفئة أو تلك يتوقف على قابليته أو عدم قابليته للنقل، الأمر الذي يتطلب وقوع الشيء تحت الحس، وأن الأشياء غير المادية ليست مما يقع تحت الحس.

وفي القانون المغربي، مادام قد عدد في الفصل 6 من ظهير 19 رجب مختلف الأشياء العقارية وأنه ليس في هذا التعداد ذكر أو إشارة للأشياء غير المادية مما يجب معه اعتبار الأشياء المذكورة خارجة عن النطاق العقاري وداخلة بالتالي في حظيرة المنقولات.

المبحث الثاني الحقوق المنقولة

يمكن تعريف الحقوق المنقولة بأنها «كل ماعدا الحقوق العينية المتعلقة بعقار، وكل ماعدا الدعاوى التي يكون موضوعها استحقاق عقار أو الوصول إلى حق عيني على عقار» ويتبين من هذا أن الحقوق المنقولة تشمل على كل الحقوق التي تقع على عقار ويتبين من هذا أن الحقوق المنقولة تشمل على كل الحقوق التي تقع على منقول، وكذلك الحقوق التي تتعلق بالالتزام، أي بالحق الشخصي، كما تشمل على الدعاوى المنقولة.

قوام الحقوق المنقولة : إن نطاق الحقوق المنقولة واسع يضم الحقوق العينية المنقولة وجميع الحقوق الشخصية.

أولا - الحقوق العينية المنقولة :

إن كل حق عيني يقع على شيء منقول يعتبر حقاً منقولا، فحقوق الملكية والانتفاع والرهن والامتياز الواقع على شيء منقول تعتبر جميعاً حقوقاً منقولة، وكذلك يعتبر الرهن الرسمي حقاً منقولا إذا كان محله سيارة أو سفينة، ويدخل أيضاً في عداد

الحقوق المنقولة الحقوق العينية التي ترد على الأشياء غير المادية كالملكية الأدبية والفنية والتجارية والصناعية لأن الأشياء غير المادية تعتبر أشياء منقولة على الإطلاق.

ثانيا - الحقوق الشخصية :

إن الحقوق الشخصية تعتبر أموالا منقولة أيأ كان مصدرها وأيأ كان محلها. فالحق الشخصي سواء كان مصدره العقد أم الإرادة المنفردة أم العمل غير المشروع أم الاثراء بلا سبب أم القانون هو دوما من قبيل الأموال المنقولة. ثم إن الحق الشخصي، سواء كان محله المطالبة بمبلغ من النقود أم المطالبة بالقيام بعمل أم بالامتناع عن عمل، فهو يعتبر منقولا على الإطلاق، وكذلك الحكم بالنسبة للحقوق الشخصية التي تنصب على عقار كما في حق مستأجر العقار بالزام المؤجر بتسليمه المأمور فمثل هذه الحقوق ولو كانت تتعلق بعقار، تعتبر حقوقاً شخصية وبالتالي تدخل في زمرة الأموال المنقولة.

وتعتبر من قبيل الأموال المنقولة الأسهم والحصص في الشركات المدنية والتجارية حتى لو كان ما يقدمه الشركاء أو بعضهم كرأس مال للشركة أموالا عقارية : ذلك أن الشركة تكتسب بمجرد تأسيسها الشخصية الاعتبارية، فتصبح الأموال التي يقدمها الشركاء مملوكة للشركة. أما الحقوق التي تمنحها الأسهم والحصص للشركاء، وأهمها حق قبض الأرباح والفوائد التي يتقرر توزيعها سنويا، وحق الاشتراك في إدارة أعمال الشركة، وحتى استيفاء جزء من الموجودات العائدة للشركة عند تصفيتها، فهي حقوق منقولة.

قوام الدعاوى المنقولة :

إن الدعاوى المنقولة لا تدخل تحت حصر، وهي لذلك تستنبط من طريق الاستبعاد، بمعنى أن كل دعوى تخرج عن نطاق الدعاوى العقارية تعتبر دعوى منقولة.

ولما كانت الدعاوى العقارية هي الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار أو الرامية إلى استحقاق عقار فإننا نستطيع القول بأن الدعاوى المنقولة تشمل :

- أ - كل دعوى تتعلق بحق عيني على منقول كدعوى استحقاق شيء منقول.
- ب - كل دعوى تتعلق بحق شخصي على منقول كالدعوى التي تهدف إلى إلزام المدعى عليه بدفع مبلغ من النقود أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل.

ج - كل دعوى تتعلق بحق شخصي على عقار كدعوى المستأجر بتمكينه من أشغال العقار أو دعوى المؤجر بإخلاء المأجور.

على أنه يجب لفت النظر إلى أن الدعاوى التي تستند إلى حق شخصي على عقار ويكون من شأن الحكم فيها لصالح رافعها الحصول على حق عيني على عقار، تعتبر من قبيل الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار وبالتالي دعوى عقارية لا دعوى منقولة.

الفصل الرابع

أهمية التفريق بين العقار والمنقول

إن التفريق بين العقار والمنقول له أهمية قصوى وينتج عنه فوائد جمة في حقل الحقوق الخاصة كما في حقل الحقوق العامة وفي مضمار الحقوق الداخلية كما في مضمار الحقوق الدولية أي أن هناك عدة آثار تنتج عن تقسيم الأشياء والحقوق إلى عقار ومنقول في مختلف فروع القانون، وتدرس أحكام كل فرع في موضعه على حدة من هذه القوانين، وهكذا يستطيع أن نطلع على تلك الأحكام، المتعلقة بالقانون الخاص أو العام أو الدولي، في مواضيعها :

1 - فيما يرجع للقانون المدني، نقرأ أحكام فروعه :

أولا : فيما يتعلق بنقل الملكية.

ثانيا : فيما يتعلق بأثر الحيازة : حيازة مكسبة للحق، وحيازة قاطعة لحق المالك السابق.

ثالثا : فيما يتعلق بأثر تحويل الحائز.

رابعا : من حيث القابلية للرهن الرسمي.

خامسا : من حيث القابلية للوقف، وهو أن يخرج الإنسان مالا عن ملكه ويحسبه على جهة خاصة على وجه التأييد.

سادسا : من حيث القابلية للشفعة، وهي حق الشريك في المال المشاع في أن يسترد الحصة التي فوتها شريكه بعوض.

سابعا : من حيث الاختصاص المكاني : الدعاوى التي يكون موضعها عقارا - محفظا أولا - تكون من اختصاص المحكمة الابتدائية التي يكون ذلك العقار في دائرتها.

ثامنا : من حيث حماية الحيازة : أن حيازة العقار محمية بدعوى الحيازة التي تمكن الحائز من إقامة دعوى استرداد الحيازة أو دعوى وقف العمل الجديد. وقواعد الحيازة نظمها الالتزامات والعقود في الفصل 101 إلى 104 ونصت المسطرة المدنية في الفصول (166 إلى 170) على شروط هذه الدعوى والاجراءات التي يتعين اتباعها.

تاسعا : من حيث إجراءات الحجز : تحتاج عملية حجز العقار - محفظا أولا - إلى إجراءات معينة وشكليات عديدة، نظمها المسطرة المدنية (الفصول 469 وما بعده) أما حجز المنقول فيكفي فيه أن يحرر عون التنفيذ محضراً يثبت فيه الأشياء التي تم حجزها، وينص على أنها تركت تحت حراسة المنفذ عليه.

2 - وفيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص :

تنتج عن التفرقة بين العقار والمنقول عدة آثار منها :

أولا : من حيث القانون المطبق :

أ - أن العقود المبرمة بشأن عقار يسري عليها قانون الدولة التي يقع فيها هذا العقار، وأما العقود المبرمة بشأن المنقول فيسري عليها قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطناً فإن اختلفا موطناً، سري قانون الدولة التي تم فيها العقد.

ب - ثم إن الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى يسري عليها قانون الموقع فيها يختص بالعقار، ويسري بالنسبة للمنقول قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدانها.

ثانيا : من حيث حق الأجنبي في التملك :

إن القيود التي تقيد تملك الأجانب في التشريع المغربي كما في أكثر التشريعات، قاصرة على العقارات ولا تشمل المنقول.

ويتبين من هذا كله أن الحقوق العينية التي هي موضوع شرح نصوص القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والتي هي نوعان :

أ - حقوق عينية أصلية : وهي التي تقوم بذاتها من غير أن تحتاج إلى ما يسندها، وقد عرفنا أن هذه الحقوق قد حصرها الفصل الثامن من ظهير 19 رجب فيما يلي :

(1) حق الملكية (2) حق الانتفاع (3) حق الاستعمال والسكنى (4) حق الأسطحية (5) الحق في الكراء الطويل الأمد (6) حق الأحياس (7) حقوق الارتفاق (8) حقوق الجلسة والجزاء والزينة والهواء.

ب - حقوق عينية تبعية : وهي التي تتبع حقاً آخر وتستند عليه، وهي الحقوق التالية :

(1) حق الرهن الحيازي، (2) حق الرهن الرسمي، (3) حق الامتياز.

وسنوسع الحديث والكلام على الملكية التامة لأنها نظراً إلى أنها تجمع كل عناصر الملكية وتعتبر أصلاً لكل الحقوق الأخرى، بالإضافة إلى أنها تحتاج إلى دراسة وافية.

ثم نتكلم على بقية الحقوق العينية الأصلية تحت اسم : الملكية الناقصة، نظراً إلى أن هذه الحقوق تشترك كلها في كونها لا تتوفر على كل العناصر التي يتوفر عليها حق الملكية التامة.

ثم نتكلم على الحقوق العينية التبعية، بنفس التوسع ونفس الشرح الشامل بحول الله وقوته.

نظرة عامة حول مقتضيات أحكام مدونة الحقوق العينية :

لابد، ومن الجدير بالإشارة، أن نوضح ما تضمنته مدونة الحقوق العينية من نصوص وأحكام، فهي تبلغ عدد مواد هذا القانون 334 مادة، موزعة على كتابين مع تصديره بأحكام عامة.

الأحكام العامة :

تتضمن ثلاث مواد منها جاءت لتكريس بعض المبادئ منها :

- الإبقاء على تطبيق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود فيما لم يرد فيه نص من مدونة الحقوق العينية.

- الرجوع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي فيما لم يرد فيه نص كذلك.

- تأكيد نهائية الرسوم العقارية المنشأة وفقاً لقانون 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

- تأكيد صحة التقييدات والتسجيلات على الرسوم العقارية المبينة على حسن النية.

- الترجيح بين الأدلة عند تعارضها طبقاً لقواعد الترجيح المقررة فقها فيما يتعلق بإثبات ملكية العقارات غير المحفظة.

وتم تقسيم محتويات مدونة الحقوق العينية إلى كتابين : خصص الأول للحقوق العينية العقارية، وخصص الثاني لأسباب كسب الملكية. وسنتناول بيان الأحكام الواردة في هذه المدونة وفقاً لهذا التقسيم، أثناء شرح نصوصها بالتفصيل.

الكتاب الأول : الحقوق العينية العقارية (المواد من 8 إلى 221) تم تصنيفها إلى حقوق عينية أصلية في القسم الأول (المواد من 14 إلى المادة 141) وحقوق عينية في القسم الثاني (المواد من 149 إلى 214). وأما القسم الثالث فيتضمن المواد (من 214 إلى 221) في الحجز أو البيع الجبري للعقارات.

أولاً : الحقوق العينية الأصلية : فالحقوق العينية الأصلية، تم تعدادها إلى أحد عشر حقاً، من بينها حقوق جديدة لم يسبق تنظيمها، كحق العمرى وحق الحبس وحق الهواء والتعليق، والحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

وقد عمل المشرع في هذا القانون على إدخال أغلب المقتضيات المقررة في ظهير 19 رجب 1333 الموافق 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، وأضاف إليها مقتضيات جديدة.

1 - الملكية المشتركة الشائعة :

تم تنظيم أحكام الشيوع في المواد (24 إلى 36).

ومن بين المستجدات الواردة في هذا المجال ما تم النص عليه في المادة (25) أنه يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشياع لمدة معينة.

ويعتبر هذا بمثابة استثناء لمبدأ لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع.

وقد سمحت المادة (27) للمحكمة أن تحكم بناء على طلب بفسخ الاتفاق القاضي بالبقاء في حالة الشياع وإجراء قسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إذا طرأت أسباب تبرر ذلك.

2 - الارتفاقات والتكاليف العقارية :

تم تضمين أحكامها في المواد (37 إلى 78) وهي في مجملها مستمدة من قانون (2 يونيو 1915) المشار إليه آنفا إضافة إلى بعض الأحكام الجديدة.

وقد تم تنظيم أنواع حق الارتفاق كالتالي :

- 1 - حق الشرب وهو نوبة الماء ينتفع بها تسقي الأرض الفلاحية.
- 2 - حق المجرى وهو حق مرور ماء الري للوصول إلى الأرض المراد سقيها.
- 3 - حق المسيل أو الصرف وهو الذي يسمح للأرض المنخفضة بتلقي المياه السائلة طبيعيا من الأراضي التي تعلوها.
- 4 - حق المرور وهو حق حصول مالك عقار ليس له منفذ إلى الطريق العمومي في أن يحصل على ممر خاص في أرض جاره مقابل تعويض مناسب.
- 5 - حق المظل ويتعلق الأمر بمراعاة الجواز عند فتح شرفات أو نوافذ تطل على الجار ويتم الرجوع في هذا المجال على ضوابط التعمير التي تحدد ذلك.

3 - حق الانتفاع :

تم تنظيم أحكامه في المواد (79 إلى 104) ينشأ حق الانتفاع بإرادة الأطراف أو بحكم القانون.

ويمكن أن يكون مقيدا بأجل أو بشرط.

يمكن أن يكون لمدة محددة أو غير محددة وينتهي في جميع الأحوال بموت المنتفع.

للمنتفع أن يستعمل العقار أو الحق العيني المنتفع به بطريقة تتفق مع طبيعته.

يمكن أن يترتب حق الانتفاع :

على الملكية العقارية - على حق السطحية - على حق الزينة - على حق الهواء أو التعلية.

4 - حق العمرى :

تم تنظيم أحكامه في المواد (105 إلى 108).

ويعتبر من المواضيع الجديدة التي تم تنظيم أحكامها في هذه المدونة. العمرى حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض طيلة حياة المعطى له أو لمدة معلومة.

ويجب أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي بواسطة عدلين أو موثق.

ومن شروط صحة هذا العقد عدم جواز نقل هذا الحق إلى الغير إلا للمعطى أو لوارثه.

5 - حق الاستعمال :

تم تنظيم أحكامه في المواد (109 إلى 115).

ينشأ حق الاستعمال وينقضي بنفس الأسباب التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية.

ويمكن أن يقرر حق الاستعمال :

على الملكية العقارية - على حق السطحية - على حق الزينة - على حق الهواء أو التعلية.

يلتزم صاحب حق الاستعمال بأن يبذل في المحافظة على العقار الوارد عليه هذا الحق.

ولا يكون صاحب حق الاستعمال ملزماً بالتكاليف العادية المفروضة على العقار ونفقات إصلاحه إلا بقدر ما يستعمله منه.

6 - حق السطحية :

تم تنظيم أحكامه في المواد (116 إلى 120).

يتمثل هذا الحق في ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير.

وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية إذا كان حق السطحية مشتركاً بين عدة أشخاص.

كما أنه لا يمكن ترتيب حق السطحية على حقوق مشاعة، بمعنى أن المالك لعقار على الشياع لا يمكنه أن ينشئ حق سطحية على حصته المشاعة.

7 - حق الكراء الطويل الأمد :

وقع تنظيم أحكامه في المواد (121 إلى 129).

من بين المستجدات الواردة في أحكامه تعديل المدة التي كانت مقررة حيث أصبحت لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة خلافاً للمدة التي كانت مقررة في الفصل 87 من قانون 2 يونيو 1915 والتي كانت تتراوح ما بين 18 سنة لتصل إلى 29 سنة.

8 - حق الحبس :

تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأحباس.

9 - حق الزينة :

تم تنظيم أحكامه في المواد (131 إلى 137).

هو حق يخول لصاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير، ويقترب هذا الحق من حق السطحية ومن بين خصوصياته :

أنه لا يمكن ترتيب حق الزينة على حقوق مشاعة.

وأنه يمكن لصاحب حق الزينة أن يفوت البناء الذي أحدثه وأن يرهنه.

ويجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة.

10 - آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين :

أولاً : حق الأولوية، ثانياً : حق التتبع، تم تنظيم أحكام آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين في المواد (197 إلى 211) يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، وللدائن المرتهن رهناً رسمياً حق تتبع الملك المرهون في يد أي حاجز.

11 - إنقضاء الرهن الرسمي :

تم تنظيم أحكام انقضاء الرهن الرسمي في المادتين (212 إلى 213) ينقضي الرهن الرسمي في الحالات المذكورة.

12 - في الحجز والبيع الجبري للعقارات :

تم تنظيم أحكام في الحجز والبيع الجبري للعقارات في المواد (214 إلى 221) يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائدته مسلمة له من طرف المحافظ، طبقاً للشروط المقررة، أن يطلب بيع الملك المرهون بالمرزاد العلني.

الكتاب الثاني : أسباب كسب الملكية والقسمة والإلتصاق والحيازة والميراث والوصية، إحياء الموات (من المادة 222 إلى المادة 226) والالتصاق بالعقار (من المادة 227 إلى 238) والحيازة (من المادة 239 إلى 263) والميراث والوصية (المادة 264) ثم المغارسة والهبة والصدقة والشفعة (من المادة 265 إلى المادة 312) ثم القسمة (من المادة 313 إلى 332) وسنشرح هذه المواد كلها بالتفصيل فيما بعد. مع الإشارة هنا فقط إلى (المواد من 222 إلى المادة 334) وتتضمن : إحياء الأراضي الموات والحريم.

المغارسة والهبة والصدقة والشفعة والقسمة :

1 - المغارسة :

تم تنظيم أحكام عقد المغارسة في المواد (265 إلى 272).

ويعتبر تنظيم هذا العقد من بين المستجدات التي تولى هذا القانون تنظيمه.

عقد المغارسة هو عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليفرس فيها على نفقتها شجراً مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر.

ولا يستحق الفارس هذه الحصة إلا إذا بلغ الشجر حد الإطعام.

بحيث يكتسب الفارس بعد ذلك حقه العيني، وتصير الأرض والشجر ملكاً شائعاً بين مالك الأرض والفارس حسب النسبة المحددة في العقد.

وقد اشترط القانون وجوب إبرام عقد المغارسة في محرر رسمي بواسطة عدلين أو موثق، أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة.

2 - الهبة والصدقة :

تم تنظيم أحكام الهبة والصدقة في المواد (273 إلى 291) لقد تولى المشرع تدوين وتجميع أغلب الأحكام المرتبطة بالهبة والصدقة في نصوص واضحة ومضبوطة ستزيل الاشكالات والخلافات التي كانت تثار بشأن الهبات والصدقات لتصبح مرجعاً موحداً للقضاء والفقه والدفاع.

ومن أهم القواعد التي تم الأخذ بها :
يجب إبرام عقد الهبة بواسطة محررات رسمية عدلية أو توثيقية تحت طائلة
البطلان.

تقييد الهبة بالسجلات العقارية يغني عن الاشهاد بالحيازة الفعلية للملك الموهوب
وعن إخلاله من طرف الواهب.

لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطاً بماله.

تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية كما تولى هذا القانون بيان حالات
الاعتصار أو رجوع الواهب في هبته.

يترتب على الاعتصار في الهبة فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب.
وقد أخضع القانون رقم 39-08 تنظيم أحكام الصدقة لنفس أحكام الهبة مع
مراعاة ما يلي :

أنه لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقاً.

لا يجوز الاعتصار في الهبة إلا في حالتين اثنتين :

1 - هبة الأب أو الأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً.

2 - إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الانفاق على نفسه أو على من تلزمه من نفقته.

3 - الشفعة :

تم تنظيم أحكام الشفعة في المواد (292 إلى 312) وقد عمل القانون على توحيد أحكام
الشفعة لتطبق على العقار المحفظ وغير المحفظ دون تمييز ماعدا في حالات خاصة.

حدد القانون شروط صحة طلب الشفعة كما يلي :

- أن يكون طالبها شريكاً في الملك المشاع وقت بيع الحصة المشاعة.

- أن يكون تملكه للجزء المشاع سابقاً على تملك المشفوع منه للحصة المبيعة.

- أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المبيعة بعوض ومن بين المستجدات التي
تضمنها هذا القانون نشير إلى ذلك فيما يلي :

- التنصيب على عدم جواز تبعيض الشفعة بحيث يجب على الشريك أن يأخذ
الحصة المبيعة بكاملها أو يتركها.

- بيع الحصة المشاعة بالمزاد العلني مانع من الأخذ بالشفعة.

- لقد ألغى القانون مسألة الأسبقية بين مراتب الشفعاء حيث نص في المادة (296) أنه إذا تعدد الشفعاء كان لكل واحد منهم الأخذ بالشفعة بقدر حصته في الملك المشاع دون اعتبار مراتبهم.

إذا بيعت عدة حصص شائعة بعقد واحد وجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع المبيع المشاع سواء تعلق بملك واحد أو عدة أملاك شائعة.

وبالمقابل إذا بيعت أجزاء الحصة بعقود مختلفة، فإن الشفيع يخير بين أن يأخذها بكاملها وبين أن يأخذ بأي عقد شاء.

حدد المشرع أجل ثلاثين يوماً لممارسة حق الشفعة يبدأ من يوم تبليغ المشتري للشركاء بالشراء.

- ويسقط حق الشريك الذي تم تبليغه إن لم يمارس هذا الحق خلال الأجل المذكور.

- إذا لم يقع التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال يمضي سنة كاملة من تاريخ تقييد البيع أو الإيداع إذا كان العقار محفظاً أو في طور التحفيظ.

- ويمضي سنة على العلم بالبيع إذا كان العقار غير محفظ.

- الزم القانون ضرورة القيام بالعرض العيني والإيداع للثمن والمصاريف داخل الأجل القانوني سواء تعلق الأمر بعقار محفظ أو غير محفظ.

4 - القسمة :

تم تنظيم أحكام القسمة في المواد (313 إلى 332).

والملاحظ أن المدونة أفردت قسماً خاصاً للقسمة ضمن أسباب كسب الملكية مع أن مكانها الطبيعي كان يجب أن تأتي بعد الملكية الشائعة، وذلك لكون القسمة تعتبر سبباً من بين أسباب انقضاء الشيوع.

ومن الأحكام التي ورد تنظيمها في هذا الموضوع ما يلي :

- تتم القسمة إما بالتراضي أو إما بحكم قضائي.

القسمة إما بتية تؤدي إلى فرز نصيب كل شريك وينقضي بها الشياخ، وإما قسمة مهياة تقتصر على توزيع المنفعة والاستغلال.

وهي إما زمانية أو مكانية.

- لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجةت ضد جميع الشركاء وتم إدخال جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

- إذا تمت القسمة بالتراضي جاز لأي من الشركاء المطالبة بإبطالها داخل أجل سنة إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضا.

- القسمة القضائية يجب أن تؤدي على فرز الحصص عن طريق التقويم والتعديل وتوزيع الأنصبة المفرزة بين الشركاء بالقرعة استناداً إلى مشروع تصميم ينجزه خبير في المسح العقاري.

- عند تعذر القسمة العينية فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني.

- تعتبر القسمة كاشفة ومعلنة للحق من يوم حصول الشيوخ وليست منشئة.

- إذا كانت حصة أحد الشركاء مثقلة بتحمل عقاري، فإن هذا التحمل ينتقل ليثقل الجزء المفرز الذي آل إليه.

- مصروفات وتكاليف القسمة يتحملها المتقاسمون جميعاً وتوزع بينهم على أساس حصة كل واحد منهم.

هذا، ولقد وقع التنصيص في نهاية هذا القانون في هذه المادة (333) إلى نسخ مقتضيات ظهير 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

مع التنبيه في المادة الأخيرة (334) على أن العمل بهذا القانون يسري بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شرح مدونة الحقوق العينية في ضوء القانون رقم : (39-08)

تمهيد

إن ارتباط الإنسان بالأرض عموماً وبالملكية العقارية على وجه الخصوص له أبعاد كثيرة ومتنوعة، فمنها ما هو اقتصادي وسياسي، ومنها ما هو إنساني واجتماعي، ومنها ما هو ثقافي وحضاري، لأن العقار مصدر الثروة المادية وعنوان للحضارة المعمارية، وعنصر أساسي في الاستقرار السياسي والنمو السوسيو اقتصادي.

وتصل الرغبة في الامتلاك إلى درجة الغريزة، لأن الامتلاك يولد لدى الشخص الشعور بالاستقرار النفسي والأمن المادي والمعنوي، وله تأثير على المركز الاجتماعي والشعور والكرامة.

لذلك كان العقار ولازال محطاً للاهتمام ومحلاً للصراع ومجالاً لتضارب المصالح.

وتاريخ الإنسانية القديم والحديث حافل بمظاهر هذا الصراع والتضارب بين الأشخاص العاديين وأصحاب الثروات وذوي النفوذ السياسي، وهذا الواقع هو الذي أفرز عدداً من الأنظمة العقارية في عهد الإقطاع الذي جعل الملكية العقارية حكراً على فئة اجتماعية دون أخرى، وفي ظل النظام الشيوعي الذي أنكر هذه الأخيرة على كل شرائح المجتمع، وبالتالي لم يكن الحق في التملك أمراً بديهياً في كثير من المجتمعات، وتطلب تكريسه مراحل تاريخية تخللتها عدد من الثورات السياسية وأنتجت نظريات اقتصادية متباينة في المنهج والأهداف، يتوخى حلها تحقيق مصالح سياسية خاصة بطبقة معينة، طبقة النبلاء ورجال الكنيسة، بالنسبة للنظام الإقطاعي، والطبقة البرجوازية بالنسبة للنظام الليبرالي وطبقة البروليتاريا بالنسبة للأنظمة الشيوعية.

والمغرب منذ أن أنعم الله عليه بالإسلام عرف نظاماً مستقراً للملكية العقارية، فالشريعة الإسلامية لم تكتف بتكريس الحق في الملكية الخاصة والاعتراف به لكل

أفراد المجتمع على اختلاف أجناسهم وشرائعهم وطبقاتهم، ولكن الفقهاء المسلمين سنوا طبيعتها وخصائصها وعناصرها ونظامها وأنواعها بتفصيل ودقة متناهيتين، وركزوا بشكل خاص على طرق اكتسابها ومساطر توثيقها وحمايتها أمام القضاء، مع الحرص الشديد على تحقيق المساواة عند تحديد الحقوق وعند اقتضاؤها.

ولما بسطت الحماية الفرنسية نفوذها على المغرب، وكان من أهم أهدافها هو محو الهوية الإسلامية العربية للمغاربة، وذلك بفتح باب الهجرة للأوروبيين وخاصة منهم الفرنسيين، وتسهيل امتلاكهم الأراضي الغربية الصالحة للزراعة والرعي، واستيطانهم لكثافة في مختلف الجهات المغربية، وخاصة فيما كانوا يسمونه «بالمغرب النافع» فأصدرت الحماية مجموعة من الظهائر المعروفة بظهائر 1913/8/12 منها ظهير التحفيظ العقاري وذلك لتعطيل النظام السائد، وحاولت استبداله بنظام جديد لا من حيث التشريع ولا من حيث التوثيق والقضاء.

ورغم خضوع العقار لمقتضيات التشريع العقاري المنصوص عليه في ظهير 19 رجب 1333هـ، وخضوع العقار غير المحفظ لأحكام الفقه الإسلامي وخاصة ما ينص عليه المذهب المالكي، فإن الملكية العقارية في المغرب لم تخرج في ظاهر الأمور عن أحكام الفقه الإسلامي، أما من حيث الجوهر فإن هناك اختلافاً كبيراً خصوصاً فيما يتعلق بشروط كسب الملكية وإنشاء الحق العيني والآثار المترتبة عن هذا الكسب.

وسواء كانت مندرجة ضمن أحكام ظهير 19 رجب 1333هـ أو ضمن أحكام الفقه الإسلامي فإن الملكية في المغرب حافظت على طابعها الفردي⁽¹⁾.

وإذا كان هاجس تكريس الحقوق قد شغل الفكر الحقوقي لفترة طويلة امتدت إلى حدود القرن الماضي، فإن فكرة ولوج هذا الحق هي التي أصبحت بارزة في الفكر الحقوقي المعاصر الذي أصبح يركز على ولوج القضاء، عوض الحق في التقاضي. وعلى ولوج سوق الشغل عوض الحق في العمل وعلى ولوج الصحة عوض الحق في الصحة. وطبعاً على ولوج الملكية عوض الحق في الملكية. وهذا التحول الإيجابي المتحرك من شأنه أن يحدث نوعاً من التغيير في طبيعة الحق في الملكية الذي انتقل من مفهوم يشوبه نوع من الجمود إلى مفهوم يتسم بالحركة.

لذلك شهدت المملكة المغربية صدور العديد من القوانين خلال العشرية الأخيرة، غير أنه لم يسبق أن صدر بها قانون موحد متكامل يطبق على العقارات سواء كانت

(1) الدكتور محمد بن صالح الصوفي «الحقوق العرفية العينية الإسلامية: دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، الطبعة 2005 ص 165.

محفظة أو غير محفظة وينظم الحقوق العينية المتعلقة بها، ظلت الأولى خاضعة للتشريع المتعلق بالتحفيظ العقاري والتقييد في السجلات العقارية الصادر في 13 غشت 1913⁽¹⁾، والمرسوم الملكي الصادر في 02 يونيو 1915⁽²⁾ المنطبق على الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المحفظة، في حين ظلت العقارات غير المحفظة والحقوق العينية المرتبطة بها خاضعة لأحكام الفقه الإسلامي والاجتهاد القضائي، وهذه الازدواجية في القواعد والنصوص المطبقة على العقار والحقوق العينية العقارية خلفت العديد من الصعوبات سواء في المعاملات المنصبة على العقار والحقوق العقارية أو عند بت القضاء في المنازعات المتعلقة بها وصادرت عاملاً يحد من إرادة إدماج العقارات غير المحفظة في مسلسل التنمية وتنشيط الاستثمار في الأراضي الفلاحية وفي التنمية القروية.

لذلك، ورغبة في سد هذه الثغرة في النظام القانوني المغربي، وتجاوز التضارب الحاصل في الأحكام القضائية الصادرة في الموضوع، بسبب تنوع القواعد الفقهية، وعدم مرجعية موحدة وملزمة، يستند إليها القضاء عند بته في القضايا وتسهلا لمهمته في هذا المجال.

ومساهمة في تذليل العقبات التي تتخلل مسار إدماج العقارات غير المحفظة في الدورة الاقتصادية وتشجيع الاستثمار فيها، أصبح من الضروري والحيوي وضع تشريع موحد يطبق على الحقوق العينية العقارية مع مراعاة بعض الخصوصيات المميزة لكلا الصنفين من هذه العقارات المحفظة وغير المحفظة وهكذا ظلت النزاعات القائمة حول الحقوق العينية العقارية، تتأرجح بين إخضاعها للقواعد المنظمة في الفقه المالكي الجاري به العمل في المغرب وبين إخضاعها لقانون الالتزامات والعقود، ولبعض المبادئ القضائية التي قررتها محاكم المملكة، محط نقاش، منذ صدور قانون الالتزامات والعقود المغربي، وكان النقاش المذكور يشتد عندما يتعلق الأمر بعقار في طور التحفيظ إلى وضع حد للجدل المذكور، وتم التفكير في إصدار القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-178 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011 تطبيق على هذه الحقوق سواء تعلقت بالعقارات المحفظة أو غير المحفظة. وينظم الحقوق العينية المتعلقة بها، لوضع حد لازدواجية القواعد والنصوص المطبقة التي خلفت صعوبات متعددة، تعرقل عمل القضاء، وتعصف بمجهودات توحيد، وقد نسخ

(1) المعدل بموجب القانون رقم 14-07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-177 بتاريخ 22 نونبر 2011، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011 ص 5575.

(2) المنسوخ بموجب القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-11-178 بتاريخ 22 نونبر 2011 الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011 ص 5587.

القانون رقم 39-08 كليا الظهير الشريف الصادر في 19 من رجب 1333 هـ الموافق لـ 2 يونيو 1915م الخاص بالتشريع المطبق على العقارات غير المحفظة.

هذا، ويمكن القول بأن مدونة الحقوق العينية، والتي تعتبر حدثاً تشريعياً متميزاً فريداً من نوعه، سيكون لها أثر كبير في حل النزاعات العقارية وتحديد المرجعية العامة التي قد يعتمد عليها القضاء في حل ذلك النزاع. سيما ومن الواضح أن الشرط الأساسي لضمان فعاليتها يرتبط بمدى وعي جميع المعنيين بقطاع العقار من مشرع وفقهاء، وقضاء، وفاعلين اقتصاديين بهذا التحول، ومن هنا ضرورة تجاوب الاجتهاد القضائي والفقه وتوافق المراسيم وكل القوانين المكونة للمنظومة العقارية مع هذا التحول.

فإن ما جاء في صلب هذه المدونة سواء على مستوى الأحكام العامة من حيث تطبيقها على الملكية العقارية وما ينصب فوقها من حقوق عينية وتبعية وتحملات عقارية، أو من تصنيف للعقود، كالشفعة، والقسمة والصدقة والهبة، والعمرى، والحبس، والرهن، والحيازة، واستعمال العقار بصفة عامة، سيساهم وبدون شك في تحديد المرجعية العامة للعقار، كما أنه سيضيف لبنة جديدة في التشريع المغربي، حيث سيجد القاضي والمحامي والعدل والموثق والباحث في العقار هدفه ومبتغاه في هذه المدونة التي ستساهم في تشجيع الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية.

هذا، وتتضمن هذه المدونة بالإضافة إلى الفصل التمهيدي المتعلق بالأحكام العامة وضع المشرع القانون الواجب التطبيق على العقار الموضوعات الآتية :

- الكتاب الأول : الحقوق العينية العقارية، وتم تناولها في قسمين : القسم الأول يتعلق بالحقوق العينية الأصلية التي جعلها المشرع أحد عشر حقاً، والقسم الثاني يتعلق بالحقوق العينية التبعية من : امتيازات ورهن حيازي، ورهن رسمي.

- الكتاب الثاني : وتم التطرق فيه عبر قسمين أيضاً : لأسباب كسب الملكية، وللقسمة كطريق منهجي للشيوع.

وبلغة الأرقام سطرت مقتضيات هذا القانون في ما مجموعه (334) مادة قانونية، وسنتبع بالشرح مستجداته ومقتضياته، مادة، مادة وحسب ترتيب وتبويب أحكامه ومقتضياته على التوالي.

والجدير بالملاحظة هنا أن المشرع المغربي لم يكن موفقاً في منهجية ترتيب كتب وأقسام وأبواب وفصول ومواد مدونة الحقوق العينية الجديدة، فعمد لتخصيص كتاب كامل لأسباب كسب الملكية وللقسمة وهي مجرد لواحق وأجزاء للمقتضيات المنظمة للملكية والتي خصص لها مجرد الباب الأول من القسم الأول فجاء البناء المنهجي مختلاً، ولو حافظ المشرع هنا على البناء المنهجي الذي كان راسخاً بظهير 19 رجب 1333 هـ الملغى لَوْفَى وكَفَى ولكان أنظم وأسلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشافى فى شرح مدونة
الحقوق العينية الجديدة
وفق القانون رقم 39-08

فصل تمهيدي أحكام عامة

إن المشرع أورد في هذا الفصل التمهيدي كما أشرنا إليه سابقاً، بعض الأحكام العامة الأساسية، تتعلق بنطاق القانون الواجب التطبيق على العقار، وبحجية الرسوم العقارية، والحيازة المكتسبة للملكية العقارية، وحجية عقود التفويت، وقواعد ترجيح البيانات عند تعارضها، ووجوب تحرير جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية، أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى، أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها في محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ وهذا الفصل التمهيدي يتضمن أربع مواد، سنتناولها بالشرح فيما يلي :

المادة 1

«تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي».

الشرح :

نطاق تطبيق نصوص المدونة

حددت المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية نطاق هذا القانون الواجب التطبيق على العقار، وذلك بأن جعلت المدونة مقتضياتها تسري على الملكية العقارية والحقوق العينية، ما لم تتعارض مع قوانين وتشريعات خاصة بالعقار.

لكن بالنظر إلى المستجدات التي أتت بها مدونة الحقوق العينية الجديدة التي جاءت بها لأول مرة و مهمة عديدة من ذلك :

- قواعد الترجيح بين البيّنات، والتي انتظمت أحكامها في المادة الثالثة منها، وهي مجرد ترديد لما هوراسخ في الفقه الإسلامي المالكي.

- ومن ذلك أيضاً تقنين أحكام إحياء الأرض الموات كسبب مكسب للملكية بالمواد (222) إلى غاية (226) وهي أحكام فقهية إسلامية مالكية صرفة.

- ومن ذلك تقنين أحكام العمرى كحق عيني عقاري بموجب المواد (105 إلى 108).

- ومنه تفصيل أحكام الزينة وضبطها بموجب المواد (131 إلى غاية 137) بعدما كانت الإحالة في القانون القديم على الفقه الإسلامي مباشرة.

- ومنه حق ضبط حق الهواء والتعلية (تملك المكعب الهوائي فوق ملك الغير) في المواد (138 إلى 141) وكان هذا الحق داخلاً في عموم الحقوق الإسلامية سابقاً مع أن الفصل (483 ظ.أ.ع.م) كان يجيز بيعه، فكان ضيع المشرع بتنظيمه هنا أمراً محموداً سيراً على نهج النسق القانوني.

- ومن ذلك، تقنين أحكام الحيابة كسبب مكتسب للملكية، حيث خصت بالمواد (239 إلى غاية 263) وهي خلاصة لما قرره القضاء من قواعد واجتهادات مستندة بالأساس، من الفقه الإسلامي المالكي المطور (كاشتراط الجنسية) بموجب المادة (239).

- ومن ذلك ضبط أحكام المغارسة كسبب مكسب للملكية بموجب المواد (265 إلى غاية 272)، وعقد المغارسة ظل تنظيمه من اختصاص الفقه الإسلامي المالكي قبل المدونة حتى جاءت هذه المقتضيات.

- ومن ذلك تنظيم أحكام هبة العقار كطريق مكسب للملكية بموجب المواد (273 إلى غاية 289) بعدما كان الفقه الإسلامي يستقل بتنظيم هذا الجانب، وعلى كل حال فما سطره المشرع في هذه المواد لا يخرج عن فلسفة أحكام الهبة في الفقه الإسلامي.

- ومنه تنظيم أحكام التصديق بعقار، بموجب المادتين (290 و291) بعد أن ظل الفقه الإسلامي المالكي مستقلاً بتنظيم هذا الجانب.

- ومنه التقييد بالسجلات العقارية يغني عن الحيابة الفعلية للملك الموهوب، وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظاً أو في طور التحفيظ فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب التحفيظ يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه، وذلك بموجب المادة (274).

ومنه كذلك، لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صداق أو خلع بموجب المادة (303) من المدونة.

- ضبط آجال جديدة لسقوط الحق في الشفعة بحسب ما إذا كان العقار محفظاً أو في طور التحفيظ أو غير محفظ.

ورغم ما قيل أو يقال عن هذه المدونة، فإنه سيكشف عن مناقشة معمقة لهذا النص بغض النظر عن السلبات والعيوب التي ستظهرها الممارسة والتطبيق الذي شرع فيه ابتداء من 2012/05/25.

وتطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1933 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، في ما لم يرد به نص في هذا القانون، أي في ما لم يرد به نص في مدونة الحقوق العينية.

فإن لم يوجد نص في قانون الالتزامات والعقود، يرجع إلى الراجع⁽¹⁾ والمشهور⁽²⁾، وما جرى به العمل من الفقه المالكي⁽³⁾.

وبموجب المادة الأولى، موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية الجديدة يكون المشرع المغربي قد خطا خطوة جرئية، وذلك في اتجاهين :

الاتجاه الأول : ومناطه ابتغاء توحيد القانون الواجب التطبيق على العقار مما يرفع تلكم الازدواجية التي عابت القانون المغربي لعقود خلت دون أن يكون بالإمكان تجاوزها.

الاتجاه الآخر : يرى هذا الاتجاه إلى القطع مع بعض الرأي الفقهي القانوني الذي كان يرى الرجوع للقانون الفرنسي كمصدر احتياطي عند عدم القاعدة في التشريع المغربي، وهو ما كان يضرب الاستقلال التشريعي لبلادنا في صميمه.

(1) الراجع : في اللغة : القوي، وفي الاصطلاح : هو ما قوى دليله، وقيل : ما كثر قائله، وعلى هذا القول الأخير يكون : مرادفاً للمشهور، لكن الصواب أن الراجع هو ما قوى دليله. وعليه أكثر علماء المذهب، (رفع العتاب والملاح، ص 19 أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي للدكتور محمد رياض ص 474).

(2) المشهور : في اللغة، من الشهرة، واشتهر الأمر انتشاره في الاصطلاح : هو ما قوى دليله وأنه قول من ابن القاسم في المدونة، وأنه ما كثر قائله، وهذا الأخير يكون مرادفاً للمشهور، والصواب هو ما قوى دليله (وعليه أكثر علماء المذهب وأنه ما كثر قائله، (البهجة في شرح النخبة ج 1 ص 21).

(3) ما جرى به العمل : يقصد بما جرى به العمل الأخذ بقول ضعيف، أو شاذ في مقابل الراجع، أو المشهور لمصلحة أو ضرورة أو عرف أو غير ذلك من الأسس، أو هو اختيار قول ضعيف، والحكم والافتاء به، وتمالؤ الحكم والمفتين بعد اختياره على العمل به لسبب اقتضى ذلك (العرف والعمل به في المذهب المالكي، د. عمر الجيدي، ص 342).

ولئن حظي الفقه المالكي كقانون واجب التطبيق على العقار بمجرد مرتبة المصدر الاحتياطي الثاني بعد ظهير الالتزامات والعقود، فإنه مع ذلك قد ظفر بمساحة واسعة ضمن أحكام المدونة نفسها، فقد صار مصدراً للأحكام المطبقة حتى على العقار المحفظ، وهذا الترسيخ لما استقر عليه الاجتهاد القضائي المغربي طيلة ستة عقود من الاستقلال.

والملاحظ أن المدونة لم تتناول بعض المواد مثل : البيوع والمعاوضة، والوكالة، والاشتراك، والصلح، والرهن الحيازي للعقارات.....

وبما أن قانون الالتزامات والعقود تناولها، فبديهي أن تطبق قواعده، لإحالة المدونة على هذا القانون صراحة فيما لم تأت به، ولا مجال لإعمال القواعد الفقهية في هذه الحالة، كما أن القواعد الفقهية التي قنتها المشرع أصبحت قواعد قانونية لها الأسبقية ولو خالفت قواعد فقهية أخرى.

وهكذا تم الحسم تشريعياً في أولوية الرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود لسد أي فراغ قانوني بالأسبقية على قواعد الفقه الإسلامي، لهذا حدد المشرع القواعد التي تحكم الحقوق العينية العقارية والتي يجب الرجوع إليها في تنظيم هذه الحقوق، وذلك لتسهيل علم القاضي والمتقاضين بالنصوص القانونية التي أصبحت أكثر وضوحاً وسلاسة، شكلاً وموضوعاً.

المادة 2

«إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور واستعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه».

الشرح :

حجية الرسوم العقارية والتقييدات التي تتضمنها

نص المشرع، في هذه المادة الثانية، موضوع الشرح، اعتبار كون الرسوم العقارية هي الكاشفة بما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها دون إمكانية المساس بالمقيد حسن النية إذا ما لحق التقييدات المضمنة بهذه الرسوم إبطالا أو تغييراً أو تشطيباً، شريطة

أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التنفيذ إذا لحقه تغيير أو ما شابه ذلك.

وبعبارة أوضح، قررت هذه المادة موضوع الشرح أن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات وتسجيلات تابعة لانشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه، وتعتبر حجة في مواجهة الغير على أن الشخص الذي عين بها هو فعلاً صاحب الحقوق المبينة فيها.

وكذلك قررت نفس المادة أن ما يقع على التقييدات من ابطال أو تغيير أو تشطيط من الرسم العقاري، لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله، شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره، أو التشطيط عليه، والمدة، مدة اسقاط.

المادة 3

«يترتب على الحيازة المستوفية للشروط القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس.

لا تفيد عقود التقويت ملكية العقارات غير المحفظة إلا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيازة متوفرة على الشروط القانونية.

إذا تعارضت البيانات المدلى بها لاثبات ملكية عقار أو حق عيني عقار، وكان الجمع بينها غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة، ومن بينها :

- ذكر سبب الملك المقدم على عدم بيانه،
- تقديم بيينة الملك على بيينة الحوز،
- زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد،
- تقديم بيينة النقل على بيينة الاستصحاب،
- تقديم بيينة الإثبات على بيينة النفي،
- تقديم بيينة الأصالة على خلافها أو ضدها،
- تقديم تعدد الشهادة على شهادة الواحد،
- تقديم البيينة المؤرخة على البيينة غير المؤرخة،
- تقديم البيينة السابقة على البيينة اللاحقة تاريخاً،
- تقديم بيينة التفصيل على بيينة الاجمال.

الشرح :

بيان شروط الحيابة التي تكتسب الملكية، وقواعد ترجيح البينات عند تعارضها

هذه المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية، وضعت تصورا حول اكتساب الحائز ملكية العقارات غير المحفظة أو الحقوق العينية الواردة عليه، بأن اعتمد لذلك ضرورة توفر الحيابة المستوفية للشروط القانونية، بحيث يترتب على الحيابة التي استوفت الشروط القانونية، اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس، فيكون المشرع قد أخذ بنظرية ابن رشد التي تقوم على أن الحيابة (دليل على الملك وليست سبباً فيه) كما أخذ في نفس الوقت بالنظرية المعاكسة التي تقول بأن الحيابة من أسباب كسب الملكية، وناقلة له، ويؤكد ذلك إدراج الحيابة تحت عنوان (أسباب كسب الملكية).

كما نصت المادة موضوع الشرح، على أن عقود تقويت العقارات غير المحفظة غير مقبولة إلا إذا استندت على أصل التملك وحاز المفوت له العقار حيابة متوفرة على الشروط القانونية، بمعنى أن رسوم التقويت لا تفيد ملكية العقارات غير المحفظة، بدون اعتمادها على أصل التملك، وقام المفوت له، فور التقويت بحيابة العقار الذي تم فيه التقويت، حيابة كاملة وهادئة، متوفرة على الشروط القانونية المقررة في القانون. وقد وضعت نفس المادة، موضوع الشرح، في فقرتها الثالثة، مجموعة من قواعد الترجيح بين الأدلة الممكنة إعمالها عند تعارض البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار غير محفظ أو حق عيني عليه، بمعنى أنه إذا تعارضت البينات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار غير محفظ، وكان الجمع بين البينات غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين أدلة الإثبات. ومن بين المرجحات التي ذكرها نص المادة هي :

- البينة التي تبين سبب الملك، مقدمة على البينة التي لم تذكر ولم تبين سبب الملكية المدلى بها.

- والبينة التي تثبت ملكية العقار غير المحفظ، تقدم على بينة حيابة هذا العقار فقط.

- والبينة التي تشهد لها بالعدالة وإحقاق الحق مقدمة على البينة التي تفقد هذه العدالة، ولو كان شهودها متعددين، لأن العبرة بإثبات الحق حقاً والعدل عدلاً، وليست العبرة بالعدد.

- والبينة التي تشهد بنقل الملك لصاحبه بناقل شرعي كالبيع أو الإرث، مقدمة على بينة الاستصحاب، والتي تشهد بالحيازة، بغير ناقل شرعي، وذلك كالملك إذا حصل سببه، فمن ملك عقاراً بسبب البيع أو الإرث ظل مالكاً له مهما طال الزمن، مادام سبب الملك قائماً.

- والبينة التي تثبت ملكية الحائز بناقل شرعي، مقدمة على البينة التي تنفي وقائع ما تثبته البينة الأولى، وهكذا.....

- والبينة التي تثبت وجه المدخل وأصالة الملكية وشروطها المتوفرة فيها طبقاً لقواعد القانون والفقه والقضاء، مقدمة على ما يخالف مضمون بينة الأصالة، وما أتت بخلافها أو ضدها.

- والشهادة المقبولة في الاثبات والتي تتوفر على عدد من الشهود (عدول أو لفيف) يشهدون بالحق لصاحبه، واستحقاقه للعقار، موضوع النزاع، مقدمة على شهادة ذات شاهد واحد ومنفرد.

- والبينة التامة المؤرخة بتاريخ تحريرها وممن له الاختصاص في التحرير وثابتة التاريخ، مقدمة على البينة والشهادة غير المؤرخة وغير ثابتة التاريخ.

- والبينة التي تحرر سابقاً بتاريخ سابق، مقدمة على البينة التي تحرر لاحقاً وبتاريخ لاحق، أي حررت بعد تحرير السابقة بمدة لاحقة.

- والبينة التي تتوفر فيها جميع الوقائع والمستندات والشروط بالتفصيل والبيان، مقدمة على بينة الإجمال وبدون تفصيل وبيان وغير واضحة المعالم والعناصر التي تتضمنها الشهادة الأولى وفق ما يتطلبه القانون، وما تقرضه مدونة الحقوق العينية.

المادة 4

«يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته.

تصح امضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائلتها».

الشرح :

فرض رسمية العقود المتعلقة بالملكية

هذه المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية قد أقرت رسمية العقود والجنوح نحو ضبط الجهات التوثيقية المخولة صلاحية كتابة المحررات الدالة على التصريحات العقارية، وذلك بأن أوجبت تحت طائلة البطلان إبراء جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

وأوجب هذه المادة توقيع العقد الذي قام المحامي بتحريره شخصياً، كما يجب التأشير على كافة صفحات العقد المحرر من أطرافه المعنيين بالأمر، وكذلك يجب التأشير على هذا المحرر من طرف الجهة التي قامت بتحريره وإنشائه.

ولا يقتصر التوقيع من طرف الأطراف على العقد المحرر فقط بل أوجبت المادة على هؤلاء الأطراف المعنيين بالأمر، بالقيام بتصحيح امضاءاتهم على المحرر لدى السلطات المحلية المختصة، التي لها صلاحية إثبات الإماءات وتصحيحها قانوناً.

وأما المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، المسموح له قانوناً بتحرير العقد المحرر، فالتعريف بإمضائه وتوقيعه على العقد المحرر من طرفه، يتم هذا التعريف من لدن رئيس كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية التي يمارس فيها هذا المحامي مهنة المحاماة بصفة قانونية.

وهكذا، وبالنظر للإشكاليات المثارة أمام المحاكم بشأن إثبات بعض العقود أو تفسيرها أو تكييفها، استوجب المشرع ضرورة إبرامها في شكل محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض تحت طائلة البطلان للقضاء على ازدواجية المحررات وتخلق جو من الثقة والائتمان لدى المتعاملين وحماية حقوق أطراف العلاقة التوثيقية والغيار، ودعم مبدأ مسؤولية محرر العقد.

ولا بد أن تشير إلى أن الغاية من صياغة هذه المادة موضوع الشرح، والأهداف التي يروم المشرع تحقيقها، وهي مهمة ومتعددة، ومن بينها :

(1) الحفاظ على استقرار المعاملات : فقد سعى المغرب منذ سنوات، لجعل القطاع العقاري على رأس قطاع التنمية، لارتباطه بعدد من القطاعات الصناعية⁽¹⁾، والحرفية⁽²⁾ لأهميته بالإضافة إلى ما يخلقه هذا القطاع من فرض الشغل المباشرة وغير المباشرة، وحفاظا على استقرار المعاملات جعل المشرع الكتابة شكلية في المعاملات العقارية للحد من النزاعات التي تغرق المحاكم بالملفات وتعطف بحقوق الأطراف، نتيجة لإنكار بعض المتعاملين لالتزاماتهم أو نتيجة لسوء التعبير عن الاتفاقات أو لإغفال بعض شروط التعاقد.

(2) جباية حقوق الخزينة : بما أن الدولة اعتبرت القطاع العقاري من أهم القطاعات التي تساهم في خلق الثروة، فإنها حريصة على استخلاص وجباية حقوقها، وهو ما يتحقق بنسبة مرتفعة بالنسبة للعقود الرسمية.

إلا أن المحررات العرفية يؤاخذ عليها عدم تقديمها للتسجيل، الأمر الذي يحرم الدولة من حق الحصول على حقوقها، بالإضافة إلى عدم مراقبة الأثمنة وعدم استخلاص الضرائب الواجبة لفائدة الجماعات المحلية، فضلا عن عدم تقديم تلك المحررات لتقييدها بالمحافظة العقارية.

لذلك لجأت الدولة إلى إجبارية تحرير تلك التصرفات العقارية، لدى موثقين يتميزون بالكفاءة ودراية بالقانون.

(3) مسؤولية محرر الوثيقة : استنادا إلى الممارسة اليومية على أرض الواقع، ثبت أن محرري العقود العرفية، لا يتحملون أي التزام جراء الأخطاء المهنية التي يرتكبونها، فباستثناء وكلاء الأعمال والموثق والمحامي لا يوجد أي مقتضى يلزم محرري العقود من غير الموثقين والعدول والمحامين بكتابة إسمهم وصفاتهم وأمضائهم جنبا إلى جنب، مع أطراف المعاملة، الأمر الذي قد ينتج ضرر يؤدي إلى ضياع الحق بالكامل، ولأجل حماية طرف في المعاملة في حالة الخطأ المهني، كان يبرم التصرف مع وجود (قيد) على العقار، دون أن يخبر محرر الوثيقة المشتري بذلك، أو

(1) كالصناعات الحديدية، وصناعة الاسمنت وصناعة الصباغة والصناعة الكهربائية.

(2) كالتجارة والألنيوم والكهرباء والسباكة.

إبرام التصرفات في محرر رسمي، أو في محرر ثابت التاريخ من طرف محام مقبول للترافع، أمام محكمة النقض⁽¹⁾.

ومن الجدير بالملاحظة، أن جنوح المشرع المغربي من خلال المادة 4 نحو ضبط الجهات التوثيقية المخولة صلاحية كتابة المحررات الدالة على التصرفات العقارية ورغم أن المشرع لم يصل لدرجة افتراض رسمية العقود العقارية، فإنه مع ذلك إنما سمح للمحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض بالتحديد ما لم تنص مقتضيات خاصة خلال ذلك.

نتساءل هنا إذن عن ممتلني الكتابة الآخرين وعن مصيرهم جراء إقصائهم خاصة منهم ذوي الشهادات العلمية في الحقوق والشرية ممن يؤهلهم تكوينهم العلمي لمباشرة توثيق التصرفات المنسبة على العقار، ويمكن أن نذكر من ضمنهم على سبيل المثال لا الحصر المحامين غير المقبولين للترافع أمام محكمة النقض وباقي المهنة المنظمة التي يخولها قانونها صلاحية التوثيق كمهنة وكيل الأعمال ومهنة المهندسين المعماريين، ومهنة الخبراء المحاسبين، ومهنة الائتمانيين ومهنة الكتاب العموميين، وإن كانوا غير منظمين قانوناً، ثم مهنة الخبراء في الشؤون العقارية وغيرهم⁽²⁾.

ولئن تفهمنا هنا أن يسير المشرع المغربي في اتجاه اقرار رسمية العقود لما لهذا الموقف من أهمية - كما سبق القول - في استقرار المعاملات وقطع مادة النزاع التي طالما أثقلت كاهل القضاء المغربي بسبب ما تثيره الوثائق العقارية العرفية، فإننا نستغرب أن يبقى المشرع نفسه على تدخل جهة معينة في توثيق التصرفات العقارية رغم أن اختصاصها الأصل هو الترافع عن الأطراف أمام المحاكم اللهم إلا إذا كان هناك اعتبار معين ما في المسألة وهو ما لا نحمده له.

لكن المشرع وبالنظر لأهمية بعض العقود إما لكونها تبرعية أو لكونها تحتاج لعناية خاصة بالنظر لأطرافها استوجب أن تأتي وجوباً على الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان كعقود الهبة (المادة 274) والصدقة (المادة 291) والعمري (المادة 106) والرهن الحيازي (المادة 147) والمغارسة (المادة 268) الآتي شرحها، لذلك لا مجال للخيار بين الطريق الرسمي والعري.

(1) كبري محمد، قراءة في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون رقم : 39-08. منشورات مجلة الحقوق الجديدة، الرباط، ص 78-79.

(2) د. عبد المجيد بوكير، التوثيق العصري المغربي ن ط، 2010م، دار السلام، الرباط، ص 240 - 241.

المادة 5

«الأشياء العقارية إما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص».

المادة 6

«العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته».

المادة 7

«العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضمه مالكه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة».

الشرح :

تصنيف الأشياء العقارية وتعريفها

من خلال قراءة المواد المذكورة من مدونة الحقوق العينية، ندرك أن هذا التشريع، قسم الأشياء العقارية في المادة الخامسة إلى صنفين، إما عقارات بطبيعتها عرفتها المادة 6 وإما عقارات بالتخصيص عرفتها المادة 7 سيتم شرح المواد الثلاثة فيما يلي :

تعريف العقار بطبيعته :

عرف المشرع في المادة السادسة العقار بطبيعته، بأنه هو «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير هيئته، وينطبق تعريف المدونة للعقارات بطبيعتها، على التعريف الذي اعتمدته فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا العقار «ما لا يمكن نقله من محل إلى آخر كالدور والأراضي».

ويمكن تعريف العقار بأنه هو الأرض وما اتصل بها اتصال قرار.

إلا أن قوام العقارات بطبيعتها في نظر مدونة الحقوق العينية، وفي النظر القانوني الحديث، أوسع نطاقاً مما كانت في نظر الفقه الإسلامي، بحيث كان هذا الأخير يحصر الصفة العقارية بالأرض وحدها سواء أكانت خالية أم كانت مبنية أو مغروسة، وتنتفي هذه الصفة عن الأبنية والأشجار فتعتبرها منفردة عن الأرض أشياء منقولة.

أما في النظرية الحديثة، والتي أدرجت فيها مدونة الحقوق العينية، فلا تقتصر العقارات بطبيعتها على الأرض، بل هي تشمل أيضاً ما فوق الأرض من نباتات وأبنية وما تحتها من مناجم ومقالع⁽¹⁾.

أ - الأراضي : هي العقارات الأساسية التي تقوم في باطنها أو على سطحها بقية العقارات، وهي من العقارات بالنظر إلى ذاتها أي كان محل وجودها وأياً كانت جهة استعمالها سواء كانت في المدن أو البوادي، ويستوي أن تكون معدة للبناء أو الصناعة أو للفلاحة فهي عقار بطبيعته في كل حال⁽¹⁾.

ب - الأبنية : الأبنية كذلك، مادامت متصلة بالأرض، تعد من العقارات بالنظر لذاتها، ويراد بالأبنية كل ما جمع من مواد البناء فشد بعضه إلى بعض بصورة ثابتة، سواء كان ذلك على ظهر الأرض أو في باطنها، تعتبر عقاراً بطبيعته مادامت متصلة بالأرض، وعلى هذا لا يقتصر شمول الأبنية على الانشاءات الحقيقية كدور السكن والمخازن والمعامل والمستودعات والأهراء، بل هي تشمل أيضاً الانشاءات الفنية على جميع أنواعها، كالجمور والخزانات والأفران والسدود والحواجز والأنفاق، كما تشمل كافة الأجهزة والقطع الداخلة في البناء المعدة لاتمامه، كالشرفات والسلّم والأبواب والشبابيك، وأنابيب جر الماء وأنابيب الغاز والمصاعد.

ويشترط في الأبنية، أن تكون متصلة في الأرض لتعتبر عقارا، ولا يشترط أن يكون الاتصال بنية الدوام، فالأبنية التي تشاد لإقامة المعارض تعد عقارات، وإن كانت معدة للبقاء أيام المعرض تهدم في انتهائه، والانشاءات التي يحدثها المستأجر تعتبر عقارا ولو أن عقد الإيجار ينص على الزام المستأجر بهدم ما أنشأه عند انتهاء مدة الإيجار.

ثم إن الأبنية تعتبر عقارا سواء أنشئت من قبل صاحب الأرض القائمة عليها أو قبل غيره، إذ لا يشترط لاعتبار البناء عقاراً، أن يكون مالك الأرض هو الذي أشاده فوق أرضه⁽²⁾.

ج - النباتات : تعتبر النباتات هي أيضاً من العقارات بطبيعتها مادامت متصلة في الأرض. ويتناول لفظ النباتات جميع الأعشاب والشجيرات والأشجار أي كانت قيمتها. فالعشبة الصغيرة كالشجرة الكبيرة، ويدخل في مفهوم النباتات ثمار الأشجار التي لم تفصل عن الأغصان.

(1) د. مأمون الكزبري التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص 207.

(2) د. مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص 209.

واتصال النباتات بجذورها في الأرض شرط أساسي لاكتساب الصفة العقارية، فالمحصولات الفلاحية التي تعتبر عقارات بطبيعتها حسب ما ورد عليه النص في المادة السادسة من ظهير 19 رجب هي : «المحصولات الثابتة بجذورها» وعلى هذا فالنباتات الموضوعة في الأوعية والصناديق وما يماثلها هي من الأشياء المنقولة، حتى لو كانت الأوعية والصناديق مدفونة وثابتة في الأرض.

ولكن هنا كما في الأبنية لا يشترط أن يكون الاتصال بنية الدوام، فأغراس المشاتل، مادامت متأصلة في الأرض، تعتبر عقارات رغم كونها مغروسة بنية التوقيت⁽¹⁾.

المقالع والمناجم : المقالع تعتبر عقاراً بطبيعته :

فالمقالع : هي المكامن من الطبيعة التي توجد فيها مواد منجمية غير مصنفة في الفئات الست الوارد تعدادها في الفصل الثاني من ظهير 61 أبريل 1951، وتشمل بصورة خاصة المكامن التي تحوي مواد البناء والحجارة ومناجم الفحم النباتي الأصل.

أما المناجم : فهي المكامن الطبيعية التي توجد فيها المواد المنجمية الوارد ذكرها حصراً في الفصل الثاني من ظهير 16 أبريل 1951 والتي صنفها المشرع في فئات ست يدخل فيها بصورة خاصة الفحم الحجري والمواد المعدنية، كالألومنيوم والحديد والنحاس والزنك والذهب والفضة والمواد الهيدروكربونية السائلة والغازية والاسفلت والفوسفات الخ.....⁽²⁾.

وسوف نبث بالتفصيل نظام المقالع والمناجم عندما نعرض لنطاق الملكية من حيث العمق، أما هنا فيكفي لنا لفت النظر إلى أن المقالع تعتبر غير منفصلة عن الأرض الموجودة في باطنها وتعود لصاحب الأرض.

في حين أن المناجم تشكل ملكية مستقلة عن الأرض الموجودة في باطنها وتعتبر من أملاك الدولة (الفصل الخامس من ظهير 16 أبريل 1951م).

ومن الجدير بالملاحظة أن القوانين الحديثة كالقانون المدني السوري والقانون المدني المصري. تفرق بين الأشياء والأموال، متحاشية في ذلك ما وقعت فيه معظم التقنيات من خلط بين الشيء والمال مما جعل تلك التقنيات تعرف المال في بعض

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 210.

(2) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 150.

نصوصها بأنه شيء، وفي بعض النصوص الأخرى بأنه حق، ومما أدى إلى إطلاق التقسيمات الأشياء الخاصة بالأشياء على الأموال أيضاً، في حين أن بعض هذه التقسيمات لا يصدق إلا على الأشياء لتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة وإلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له، وإلى مادية وغير مادية أو معنوية.

ومن الملاحظة كذلك أن مدونة الحقوق العينية، لم تفرق بين الشيء والمال، إذ هي اعتبرت المال شاملاً العقارات بطبيعتها أو بالتخصيص، وهي أشياء، كما اعتبرت المال شاملاً العقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه حسبما كان مقرراً في المادة 5 من ظهير 19 رجب بحيث كانت العقارات على ثلاثة أنواع : عقارات بطبيعتها، وعقارات بالتخصيص، وعقارات بحسب المحل الذي تنسحب إليه، في حين أن مدونة الحقوق العينية، قسمت الأشياء العقارية إلى قسمين فقط : اما عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص.

فالعقارات بطبيعتها هي التي تعرضت لها المادة السادسة ونوقشت تعريفاً ومعنى أعلاه.

العقارات بالتخصيص :

وإن المادة السابعة، موضوع الشرع أيضاً تعرضت إلى القسم الثاني المتعلق بتعريف العقارات بالتخصيص، بحيث حددته هذه المادة في أنه : «هو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه، رصداً بخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة» ولم تكن فكرة العقار بالتخصيص معروفة في الفقه الإسلامي، فالشرعية عنت بتحديد المنقولات التي يجب اعتبارها من ملحقات العقار فتتبعه عند انتقال ملكيته بالبيع بدون ذكر أو بذكر.

وتعريف المدونة للعقارات بالتخصيص، ينطبق مع تعريف الفقرة الثانية من المادة 84 من القانون المدني السوري إذ عرفت هذه الفقرة من هذه المادة العقار بالتخصيص بأنه «المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله» وعرفت المادة 7 من ظهير 19 رجب العقارات بالتخصيص بأنها الأشياء المنقولة التي جعلها المالك بأرضه لمصلحة هذه الأرض واستغلالها» وأضافت موضحة أن جميع الأشياء المنقولة المرتبطة بالملك بصفة دائمة تعتبر كذلك عقاراً بالتخصيص.

فالعقارات بالتخصيص أو بالنظر للغاية المعدة لها هي إذن أشياء منقولة بطبيعتها، ولكن المشرع اعتبرها أشياء ثابتة، لصلتها الوثيقة بالعقار المرتبطة به

والمتممة له بصفة دائمة، وهي بهذا الاعتبار عقارات حكومية محضة جاءت عن طريق تصور المشرع وصنعه⁽¹⁾.

الغاية من تصور العقارات بالتخصيص :

إن الغاية التي قصدها المشرع من وراء تصوره العقارات بالتخصيص، تقوية الرابطة بين المنقولات وبين العقار بطبيعته، المتحدة به، ومنع انفصالها عنه في قضايا متعددة، كالحجز أو البيع أو الوصية أو القسمة، إذ فصل هذه المنقولات عن العقار بطبيعته، يقلل من أهميته بل يحول دون استثماره.

فلو حجزت مثلاً آلات الحراثة أو الأجهزة الصناعية أو أثاث الفندق على أفراد، لتعطلت الأرض وتوقف العمل وحيل دون استثمار الفندق، وفي هذا ضرر لمالك العقار وللصلحة العامة، وعلى هذا أنكر المشرع أن يتجنب وقوع مثل هذا الضرر، فوجد أن خير وسيلة لتحقيق فكرته، هي أن يلحق الآلات الزراعية بالأرض، والأجهزة الصناعية بالعمل والأثاث بالفندق، ويعتبرها عقارات حكومية لا يجوز فصلها عن العقار بطبيعته المرتبطة به مادام التخصيص قائماً والاستثمار الزراعي، أو الصناعي أو التجاري مستمراً.

هذا، ويشترط لاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص، توفر شرطين أساسيين : أن يكون المنقول والعقار لمالك واحد، وأن يخصص المنقول لمنفعة العقار.

الشرط الأول : اتحاد المالك : يجب أن كون العقار بطبيعته والمنقول الذي أرصد لخدمة هذا العقار أو استغلاله لشخص واحد، فالفقرة الثانية من المادة 84 من القانون المدني السوري نصت صراحة على هذا الشرط، إذ عرفت العقار بالتخصيص بأنه «الشيء المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه». وكذلك فعلت المادة السابعة من مدونة الحقوق العينية، إذ اعتبرت العقار بالتخصيص «هو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه من دون تلف أو تغيير هيئته» أما إذا كان المنقول لشخص والعقار لشخص آخر فلا يكون هناك تخصيص يسمح باعتبار المنقول عقاراً.

الشرط الثاني : رصد المنقول على منفعة العقار : يجب في المنقول، حتى يعتبر عقاراً بالتخصيص، أن يرصد على منفعة عقار بطبيعته فقد ورد في المادة 84 من القانون المدني السوري أن «المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 213.

خدمة هذا العقار أو استغلاله» وورد في المادة 7 من مدونة الحقوق العينية موضوع الشرح، أن المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسداً لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة».

إذن وبمراجعة هذه المادة، يتضح لنا أن المنقول يصبح عقاراً بالتخصيص بإحدى طريقتين : إما برصده على استغلال عقار بطبيعته وأما بربطه بالعقار والحاقه بصفة دائمة.

الكتاب الأول

الحقوق العينية العقارية

لقد تناول هذا التشريع في الكتاب الأول الحقوق العينية العقارية، حيث قسمها إلى حقوق عينية أصلية، وهي القائمة بذاتها في المادة 9 الآتي شرحها، وإلى حقوق عينية تبعية، وهي الحقوق القائمة بغيرها. وقد أبقى التشريع على الحقوق العينية التبعية محصورة في ثلاثة، وهي : الامتيازات والرهنين الحيازي والرسمي كما سيأتي شرح ذلك.

المادة 8

«الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً.

الشرح :

تعريف الحق العيني العقاري وتصنيفه وخصائصه

1 - تعريف الحق العيني العقاري :

عرف المشرع الحق العيني العقاري بأنه هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً. والحقوق جمع حق «والحق هو اختصاص يقرر به المشرع سلطة أو تكليفاً» والمقصود بالسلطة في التعريف، السلطة على الشخص أو السلطة على الشيء⁽¹⁾. فالسلطة على الشخص هي سلطة الولاية التي يمارسها الولي في التصرف على القاصر كتزويجه وتعليمه وتأديبه وحضائنه، وكل ما يتعلق بشؤونه الشخصية والمالية، والسلطة على الشيء، كحق الملكية وحق الشفعة، وحق الانتفاع بالأعيان، وحق الولاية على المال، أما المراد بالتكليف فهو دائماً عهدة على

(1) المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقاء، ج 3، ص 10.

إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، وإما عهدة مالية كالوفاء بالدين، ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً.

والحقوق جمع حق، والحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً، والمقصود بالسلطة في التعريف، السلطة على الشخص أو السلطة على الشيء⁽¹⁾.

أ - فالسلطة على الشخص هي سلطة الولاية التي يمارسها الولي في التصرف على القاصر بتزويجه وتعليمه وتطبيبه وتأديبه وحضانته وكل ما يتعلق بشؤونه الشخصية والمالية.

ب - والسلطة على الشيء : كحق الملكية وحق الشفعة وحق الانتفاع بالأعيان وحق الولاية، ومعنى ذلك أن الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص على المال.

ج - أما المراد بالتكليف فهو دائماً عهدة على إنسان، وهو إما عهدة شخصية كقيام الأجير بعمله، وإما عهدة مالية كالوفاء بالدين، ومعنى ذلك أن الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بالذات تخول له الاستئثار بقيمة مالية. ويصف أغلب الفقهاء هذه السلطة بأنها مباشرة، لأن صاحب الحق يستطيع أن يزاوِل سلطته على الشيء دون حاجة إلى تدخل شخص آخر لأن الحق ينصب مباشرة على الشيء دون أن يحتاج الأمر إلى وسيط بين صاحب الحق والشيء موضوع الحق، وذلك بخلاف الحق الشخصي الذي لا تتوافر فيه هذه السلطة المباشرة، لأن الدائن صاحب الحق الشخصي لا يستطيع الاستفادة من حقه إلا عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين الذي يلتزم بأداء يقوم به لمصلحة دائئه.

ومن تعريف المشرع في المادة الثامنة موضوع الشرح، للحق العيني العقاري بالسلطة المباشرة، ندرك أن صاحب الحق العيني يعطي لمالك المنزل حق استعماله بنفسه أو أن يكرهه لغيره يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات دون التوقف على تدخل شخص آخر يمكنه من ذلك.

2 - تصنيف الحق العيني :

والحقوق العينية العقارية وإن كانت تشترك كلها من حيث ما تخوله لإصحابها من سلطات مباشرة على الشيء المادي إلا أنها تنقسم إلى نوعين متميزين، فمنها ما هو مستقل بذاته.

(1) المدخل الفقهي العام، د. مصطفى الزرقاء، ص 103.

ولا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه وهي الحقوق العينية الأصلية، ومنها ما هو تابع لحق شخصي بحيث يتوقف وجودها على حق آخر تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به، وهي الحقوق العينية التبعية.

3 - خصائص الحق العيني :

الحق العيني قلنا هو سلطة مباشرة لشخص على شيء معين تمكنه هذه السلطة من استيفاء حقه من ذلك الشيء دون وساطة أحد، ولهذا الحق خصائص تميزه عن الحق الشخصي، وهذه الخصائص والمميزات يمكن إجمالها فيما يلي : ميزة التتبع، بحيث يعطي الحق العيني لصاحبه حق التتبع بحيث يستطيع صاحب الحق أن يتتبع الشيء في أي يد ينتقل إليها ليمارس حقه عليه، فالتتبع يعد تمسكاً بالحق في مواجهة الغير.. وميزة التقدم والأفضلية أو الأولوية، بمعنى أن صاحب الحق العيني يكون مفضلاً على غيره من أصحاب الحقوق العينية الذين يكونون في مرتبة أدنى من مرتبته، وبالتالي فهو يقدم على غيره من الدائنين في استيفاء دينه، فصاحب الدين المضمون برهن رسمي مقدم على صاحب دين عادي، وصاحب الامتياز مقدم على صاحب الرهن الرسمي، وأصحاب الحقوق العينية مقدمون على أصحاب الحقوق الشخصية وهكذا.... كما أن الحق العيني حق مطلق يحتج به على الناس كافة، ومن خصائصه أيضاً أن محل الحق العيني هو البارز، حيث يظهر فيه المحل ويختفي المدين، كما أنه يجوز التخلي عن الحق العيني، وهو حق قابل للحيازة المادية، لأن صاحب الحق العيني تثبت له الحيازة المادية للشيء محل الحق، وتعتبر هذه الحيازة مظهراً مادياً لسلطته القانونية على الشيء.

المادة 9

«الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه.

والحقوق العينية الأصلية : حق الملكية - حق الارتفاق والتحملات العقارية - حق الانتفاع - حق العمرى - حق الاستعمال - حق السطحية - حق الكراء الطويل الأمد - حق الحبس - حق الزينة - حق الهواء والتعليق - الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ».

الشرح :

ماهية الحق العيني الأصلي، وتعداد الحقوق العينية العقارية

سبقت الإشارة إلى أن الحقوق العينية وإن كانت تشترك كلها من حيث ما تخوله لأصحابها من سلطات مباشرة على الشيء المادي، إلا أنها تنقسم إلى نوعين متميزين، فمنها ما هو مستقل بذاته ولا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه، وهي الحقوق العينية الأصلية، وهي التي سنتناول شرحها في المادة 9 من مدونة الحقوق العينية موضوع الشرح.

تعريف الحق العيني الأصلي :

عرف المشرع الحق العيني الأصلي بأنه هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه. فالحقوق العينية الأصلية إذن هي التي تقوم بذاتها من غير أن تحتاج إلى ما يسندها، بل هي الحقوق العينية القائمة بذاتها من دون حاجة إلى غيرها، ولا تستند في وجودها إلى حق آخر، تتبعه، وتتميز هذه الحقوق بأن لها وجوداً مستقلاً، وهي مقصودة بذاتها، سميت الحقوق العينية لأنها سلطات مباشرة لشخص على شيء معين بالذات، وهي أصلية لأنها تقرر مستقلة بذاتها ولا تستند إلى حق آخر، والحقوق العينية الأصلية كما هي محددة من خلال المادة 9 موضوع الشرح.

تعداد الحقوق العينية العقارية الأصلية :

جعلت هذه المادة موضوع الشرح، الحقوق العينية الأصلية، أحد عشر حقاً وهي : الملكية، الارتفاق، الانتفاع، العمرى، الاستعمال، السطحية، الكراء الطويل الأمد، الحبس، الزينة، حق الهواء والتعلية، الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل تطبيق هذه المدونة، وهذا الموقف من المشرع المغربي جاء خلافاً لما كان راسخاً في الفصل الثامن من ظهير 19 رجب 1333 هـ (الملغى) والذي كان يجعلها مجرد ثمانية حقوق. وقد أبقى التشريع على الحقوق العينية التبعية محصورة في ثلاثة، وهي : الامتيازات، والرهنين : الحيازي والرسمي، ويذكر هذا الصنيع من المشرع المغربي بذلك النقاش الذي دار بين الفقه حول طبيعة تعداد هذه الحقوق في القانون هل على سبيل الحصر أم من باب التمثيل⁽¹⁾.

(1) لمزيد من البيان والاستيضاح، يراجع مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة التجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1978، ص 244 وما يليها.

ويبدو أن المشرع المغربي انتصر للرأي الفقهي الذي يرى أن التخصيص على هذه الحقوق هو على سبيل الحصر، ولا يمكن لأي شخص إنشاء أية حقوق دون نص القانون عليها.

ومن خلال المادة موضوع الشرح، سنلقي نظرة على هذه الحقوق الوارد تعدادها على سبيل الحصر، في أحد عشر حقاً، كما ذكرت في نص المادة أعلاه مشيرين أحياناً في الوقت ذاته إلى المقتضيات القديمة المضمنة في ظهير 2 يونيو 1915 وما استجد في القانون الجديد من خلال تقسيم هذه الحقوق إلى 11 موضعاً نخصص كل موضع لحق معين على النحو التالي :

1 - حق الملكية : يعد حق الملكية من أوسع الحقوق العينية وأقواها من حيث السلطات التي يمنحها القانون للمالك، إذ يخول لصاحبه سلطة الحصول على جميع المنافع التي يمكن الحصول عليها من الشيء موضوع الحق ولا يقيدده في استعماله واستغلاله والتصرف فيه إلا القانون أو الاتفاق.

ومن ثمة، تعتبر الملكية ظاهرة من ظواهر المجتمع بل هي لازمة من لوازم الحياة، ومن أجل ذلك نظم الإسلام الملكية من كافة جوانبها تنظيماً دقيقاً باعتبارها محور النشاط الاقتصادي في كل مجتمع، وحجر الزاوية في بنيانه الاجتماعي.

أصبحت الملكية بمقتضى المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1789 حقاً مقدساً لا يجوز انتهاك حرمة، ولا يجوز حرمان صاحبه منه إلا إذا قضت بذلك ضرورة مصلحة عامة ثبتت قانوناً. وبشرط التعويض العادل المدفوع مقدماً، وظلت الملكية الخاصة من أبرز مظاهر حرية الإنسان واستقلاله.

ونرجي الكلام على تعريف الملكية وعناصرها وخصائصها إلى حين التعرض إليها في المادة 14 من المدونة، والآتي شرحها.

2 - حق الارتفاق والتحملات العارية : الارتفاق هو حق عيني، ومنافع تتعلق بالعقار، أو هو عبارة عن إعارة بعض منافع العقار بصفة مؤقتة أو دائمة. والإرفاق وحق الارتفاق لهما معنى واحد.

أما التحملات العقارية فهي تخول للجار أن يجبر جاره على تعيين حدود لأماكهما المتلاصقة وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما.

وسنتكلم على تعريف حق الارتفاق، وأنواعه، وعناصره وشروطه وخصائصه، وكذا على تعريف التحملات والتكاليف العقارية، عند شرح موادهما الآتية.

3 - حق الانتفاع : حق الانتفاع هو أنه حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بشيء مدة معينة دون أن يكون له الحق في التصرف في رقبته. وسنبين التعريف القانوني لحق الانتفاع، وبيان مواضعه وطرق اكتسابه وأنواعه، ومن هو صاحبه عندما نأتي إلى شرح المواد المتعلقة به في هذا القانون.

4 - حق العمرى : هو حق عيني، ويقصد بالعمرى تمليك المنفعة بغير عوض لمدة محددة أو لمدة حياة المتبرع عليه أو المتبرع، وإن لم يحدد المتبرع المدة اعتبر أنه قصد طيلة عمر المتبرع عليه، ولذلك سميت بالعمرى وسنتكلم على تعريف العمرى وأحكامها عند شرح المواد المتعلقة بها من هذا القانون.

5 - حق الاستعمال : هذا الحق يعتبر نوعاً من حق الانتفاع الذي تكلمنا عليه آنفاً، ويقصد بحق الاستعمال أن يمكن للشخص استعمال الشيء ضمن حدود معينة، كأن يكون له الحق في استعمال السيارة للتنقل بها بين مقر سكناه ومحل عمله، أو استعمال الأرض لزراعة الغل التي تكفيه لسد حاجاته، أو استعمال الأشجار في أخذ ثمارها، أو استعمال الدار مدرسة أو مسكناً، وينشأ حق الاستعمال وينقضي بنفس أسباب التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع، على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية. وسيكون الكلام على تعريف الاستعمال وعناصره وأحكامه، عند شرح المواد المتعلقة بهذا الحق، من هذا القانون.

6 - حق السطحية : هو حق عيني عقاري، قوامه حيازة بنايات ومنشآت وأغراس فوق ملك الغير. فحق السطحية إذن ناتج عن ملكية أبنية أو أغراس عائدة لشخص مستقلة عن ملكية الأرض العائدة لشخص آخر، أو بعبارة ثانية هو حق ملكية محصور نطاقه في الأبنية والأغراس دون الأرض القائمة عليها.

ومما يجب الانتباه إليه هو أن حق السطحية لا يترتب إلا على سطح الأرض، أما الحقوق المترتبة على سطح البناء، فهي ليست من قبيل السطحية بل يعتبرها البعض من قبيل الحقوق الارتفاقية والبعض الآخر يرجع اعتبارها من الحقوق المتعلقة بملكية الطبقات وهو ما نميل إليه⁽¹⁾.

7 - حق الكراء الطويل الأمد : الكراء الطويل الأمد هو نوع من الكراء يمنح مستأجر العقار المحفظ حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي، ويمكن تقوية هذا الحق وحجزه وطبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري.

(1) مامون الكزبري، مرجع سابق، ص 517.

وقد حدد المشرع أمد الكراء بما يفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة.

وهو اليوم كثير الشيوع في مدينة أكادير منذ أعيد تعميرها إثر الهزة الأرضية التي دمرتها عام 1960، ولاسيما على أملاك الدولة وعلى العقارات الموقوفة، كذلك هو كثير الشيوع في المنطقة الحرة في مدينة طنجة⁽¹⁾ وفي غيرها من المدن المغربية.

8 - حق الحبس : اختلف الفقهاء في مفهوم الوقف والحبس، ففي نظر البعض الحبس والوقف هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، وذلك بناء على مذهبهم في أن حقيقة الوقف تبرع للجهة المحبس عليها، بمنافع الموقوف دون عينه التي تبقى جارية بملك الواقف، أما عند البعض الآخر، فالوقف هو «حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة، وذلك بناء على نظريتهم في أن الموقوف يخرج بالوقف عن ملك الواقف سواء بطريقة التبرع على رأي من يعتبر أن حقيقة الوقف تبرع للجهة الموقوف عليها بعين الموقوف وبمنافعه ولكن بشكل تبقى العين محبوسة، فلا تقبل الارث والهبة والبيع، أم بطريقة الاسقاط على رأي من يعتبر أن الواقف إنما يسقط بالوقف ملكيته في الموقوف لتكون هذه الملكية مخصصة للجهة الموقوف عليها التي ليس لها التصرف في العين وإنما الانتفاع بها⁽²⁾.

وبعبارة أخرى، إن حق الانتفاع بالأحباس، يعتبر في الواقع نوعاً من حقوق الانتفاع، نظراً إلى أن المحبس عليه إنما يملك منفعة الشيء المحبس ولا يملك رقبته، ولكن نظراً إلى أن للحبس وسمي أيضاً الوقف أحكاماً خاصة ينفرد بها عن حق الانتفاع، لذا تطبق على حق الوقف الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف، بحيث صنفت الوقف إلى وقف عام، ووقف معقب ووقف مشترك، سنشرح أحكامه ومواده في الباب الثامن من هذا القانون.

9 - حق الزينة : يراد بحق الزينة التجهيزات التي يقيمها المكثري في الدكان أو الفندق أو الحمام الذي يكتريه على أساس الجلسة، من تجهيزات ورفوف وواجهات، وغير ذلك مما يحتاج إليه في تسييره واستغلاله.

(1) مامون الكزبري، مرجع سابق، ص 569.

(2) د. مصطفى الزرقاء، أحكام الأوقاف، ج 1، نبذة رقم 29، ص 25.

كما يراد بالزينة أيضاً البناء والغرس الذي يحدثه المكتري لأرض الجزاء، وعلى الحق الذي اكتسبه المكتري في الجلسة⁽¹⁾ والجزاء⁽²⁾.

وغالباً ما تقع هذه الأنواع من الكراء على العقارات المحبسة، ولكن لا مانع من أن تقع على العقارات المملوكة لأصحابها.

10 - حق الهواء والتعلية : حق الهواء وسمي أيضاً - حق العلو والتعلية، هو حق الملكية الواقع على عقار - محفظاً كان أو غير محفظ أرضاً خالية كانت أو عليها بناء يمتد إلى ما يعلو على ذلك العقار من الهواء، وفي هذا يقول التسولي : من ملك أرضاً يملك هواءها إلى ما لا نهاية له⁽³⁾ وهذا يعني أنه يحق لصاحب العقار أن ينشئ على عقاره ما شاء من الأبنية والغراس، وأن يتصرف في الفضاء الذي فوق عقاره بكل أنواع التصرفات، كما يحق له أن يمنع كل من يتدخل في حقه هذا، إما بمنعه من التصرف في هوائه، أو باستعماله بغير إرادة مالكة.

وتطبيق هذه القاعدة يقتضي أن للمالك الحق في إقامة ما شاء فوق أرضه من أبنية وأشجار وبنائات مهما كان علوها، وكيفما كانت طبيعتها⁽⁴⁾.

11 - الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل تطبيق المدونة : إن الحقوق العرفية الإسلامية تشمل صوراً مختلفة من حق المنفعة والانتفاع السابق الإشارة إليها، وهي لا تعد أن تكون أنواعاً من الكراء، إلا أنها تختلف عن الكراء المنظم بمقتضى نصوص قانونية مدنية في كونها حقوقاً عينية، بينما الكراء العادي لا يعطي أكثر من حق شخصي للمستأجر⁽⁵⁾.

والمرجع المغربي لم يكن يعرف هذه الحقوق ولم يتطرق لأحكامها في ظهير 2 يونيو 1915 (الملغى)، مكتفياً في البند 10 من الفصل 8 منه بذكر هذه الحقوق من جهة، كما أخضعها للأحكام والأعراف المحلية كما ينص على ذلك الفصل 197 من نفس القانون من جهة أخرى.

(1) الجلسة : هي أن يكتري العقار مثل الدكان والرحى والفرن والحمام والفندق لمن يستغله، ويتفق الطرفان على أن الكراء يستمر عشر سنوات أو أكثر إلى غير نهاية. وهو كما نرى يقع غالباً على العقارات المبنية والمخصصة للتجارة أو الصناعة أو الحرف. وحق الجلسة ويسمى أيضاً حق الحلاوة.

(2) وأما الجزاء : فهو أن تكتري الأرض الخالية لمن يبني فيها أو يغرسها، ويتفق الطرفان على أن المكتري يبقى دائماً ولا يطالب بإفراغها، ويسمى هذا النوع من الكراء عند المصريين : الحكر أو الأحكار، وغالباً ما يقع هذا النوع على الأراضي المعدة للاستغلال الزراعي.

(3) البهجة للتسولي، ج 2، ص 16.

(4) د. محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ص 67.

(5) راجع محي الدين إسماعيل علي الدين، نظام الكراء بالمغرب 1986، مطبعة الساحل بالرباط، ص 60 وما يليها.

وبالفعل فقد أظهر العرف صوراً كثيرة من الحقوق العرفية الإسلامية، كما هو الشأن للجلسة والجزاء والاستئجار والزينة والهواء والحلاوة والمفتاح.

لكن بعد صدور مدونة الحقوق العينية، فقد عملت على تنظيم هذه الحقوق، وذلك نظراً لأهميتها كحقوق عينية أصلية.

والحقوق العرفية الإسلامية ترد على العقارات الموقوفة وعلى أملاك الدولة الخاصة، كما يمكن أن ترد على العقارات المملوكة ملكية خاصة للأفراد كما في الهواء.

والجدير بالملاحظة، وعلى مستوى المصطلح، نسجل أن مشروع الحماية نعت بعض الحقوق العقارية المستمدة من الفقه الإسلامي، بالحقوق الإسلامية (البند العاشر من الفصل 8 من ظهير 19 رجب 1333هـ مثلاً) ولم يتجرأ على وصفها بمجرد الحقوق العرقية الإسلامية كما جرى الاصطلاح على ألسن الفقهاء القانونيين المغاربة زمن الاستقلال، بل إن المشرع المغربي نفسه جنح لتسميتها مجرد حقوق عرفية في تشريعه الجديد (البند الأخير من المادة 9 م.ح.ع) وهذا موقف منه غير سليم.

وعلى العموم سنبحث في مختلف هذه الحقوق العينية الأصلية، عند شرح كل حق على حدة، من خلال المواد المتعلقة بكل حق والآتي شرح أحكامها ومقتضياتها بالتفصيل.

المادة 10

«الحق العيني التبعية هو الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضماناً للوفاء به. والحقوق العينية التبعية هي :

- الامتيازات،
- الرهن الحيازي.
- الرهون الرسمية».

الشرح :

تعريف الحقوق العينية التبعية وتعدادها

سبقت الإشارة إلى أن الحقوق العينية التبعية، هي التي لا تقوم بنفسها وإنما تستند إلى حقوق أخرى تدعمها، وتستمر باستمرارها، ويطلق على هذه الحقوق أيضاً اسم

الضمانات العينية، لأنها وجدت لتضمن الحقوق التي كانت سبباً في إنشائها، وتطرق في هذه المادة موضوع الشرح إلى تعريف الحقوق العينية التبعية، ثم إلى تعدادها.

1 - تعريف الحق العيني التبعي : هو الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضماناً للوفاء به، أي أن الحقوق العينية التبعية هي التي تتعلق بعين تخصص لضمان تنفيذ التزام أصلي بحيث يكون للدائن حق أفضلية في استيفاء دينه من ثمن هذه العين.

2 - تعداد الحقوق العينية التبعية : صنف المشرع في هذه الحقوق العينية التبعية أو الضمانات العينية في : الامتيازات، والرهن الحيازي، والرهن الرسمية.

أ - فحق الامتياز، هو حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين، والامتياز يمكن أن يكون محله العقار أو المنقول على حد سواء. والامتياز على المنقول، يكون إما عاماً وإما خاصاً وعلى هذا، يمكن القول بأن حق الامتياز يتصف بخصائص، أهمها : الامتياز هو حق مصدره القانوني قرره القانون مراعاة منه لصفة الدين أو لسببه. وهو حق يقع إما على جميع أموال المدين من منقولات وإما على منقول أو عقار معين، وهو أيضاً حق يولي صاحبه الأولوية على غيره من الدائنين.

ب - وحق الرهن الحيازي : هو عقد يضع بمقتضاه المدين أو من يعمل لمصلحته مالاً معيناً تحت حيازة الدائن أو نائبه ضماناً لدينه، ويكون له الحق - قبل غيره من الدائنين - في استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء إذا لم يوف بالدين عند حلوله، ويمكن أن نعرف أيضاً الرهن الحيازي، تعريفاً أكثر دقة ووضوحاً بأنه عقد بين الدائن والمدين يتفقان فيه على أن يخصص المدين أو من يعمل لمصلحته شيئاً مالياً معيناً يضمن للدائن دينه، خصوصاً عندما يقع الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يحوز الدائن أو من يعمل لمصلحته ذلك الشيء المرهون، فإننا نكون بصدد الرهن الحيازي.

ج - حق الرهن الرسمية : الرهن الرسمي هو حق عيني عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام، وهو بطبيعته غير قابل للتجزئة ويبقى بكامله على العقارات المخصصة له وعلى كل عقار منها وعلى جزء من هذه العقارات، ويتبعها في أي يد تنتقل إليها العقارات.

يتضح من هذا التعريف أن الرهن الرسمي، يتميز بكونه حقاً عينياً يولي صاحبه حق تتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد حائز له، كما يوليه حق الأفضلية على غيره من الدائنين بالنسبة لثمن هذا العقار، ويجب كسائر الحقوق العينية العقارية المترتبة

على العقارات المحفوظة تسجيله في السجل العقاري وإلا لا يكون نافذاً بين المتعاقدين ولا ملزماً للغير، كما يتميز الرهن الرسمي بكونه حقاً عينياً من الحقوق العينية العقارية لأنه لا يجوز مبدئياً أن يترتب إلا على العقارات، على أن قانون التجارة البحري أجاز استثناء وقوع الرسم الرهني على السفن. وكذلك يتميز الرهن الرسمي بكونه حقاً عينياً يتطلب وجوده قيام التزام أصلي يلحق به، ويكون ضامناً لتنفيذه.

كما أن الرهن الرسمي حق عيني لا يقبل التجزئة، بمعنى أن العقار الواقع عليه الرهن مخصص في مجموعه وفي كل جزء من أجزائه لضمان وتمام الدين⁽¹⁾.

المادة 11

«لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون».

الشرح :

عدم جواز إنشاء حقوق عينية جديدة لم ترد في القانون

وردت الحقوق العينية في القانون على سبيل الحصر، لذا، فليس للإرادة سلطة في إنشاء حقوق عينية جديدة لم ترد في القانون، وقد نصت المادة موضوع الشرح بصريح العبارة أنه «لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون».

ويعزى السبب في ذلك إلى أن حق الملكية يعد من أهم الأسس التي يقوم عليها الكيان الاقتصادي للجميع، ومن ثم لا يجوز المساس بهذا الحق عن طريق إنشاء حقوق عينية أصلية من شأنها أن تحد من سلطات المالك على نحو لم يقره القانون ولم ينظمه. كما أن الحقوق العينية التبعية تمثل نظام الائتمان الذي بدوره يتصل بالكيان الاقتصادي للمجتمع، وعليه فمعظم أحكام الحقوق العينية تتعلق بالنظام العام، في حين يكون للإرادة في مجال الحقوق الشخصية سلطة واسعة في إنشاء هذه الحقوق وتنظيم أحكامها، وذلك ضمن القيود التي تفرضها قواعد النظام العام والآداب⁽²⁾.

ولابد من الإشارة إلى أن المشرع مادام قد حدد الحقوق العينية التي يجوز ترتيبها على العقارات، فمن باب أولى أن تطبق قاعدة الحصر على المنقولات أيضاً باعتبار أن قابلية ترتيب الحقوق العينية أقل على المنقولات منها على العقارات؛ إذ أن كثيراً من

(1) مامون الكزبري، التشريع العقاري والضمانات، 1970، مكتب كريدية أفوان، ص 222.

(2) الحقوق العينية، د. علي هادي العبيدي، ص 7.

الحقوق العينية كالسطحية والارتفاق والكراء الطويل الأمد وحقا الاستعمال والسكنى لا ترد على المنقولات إطلاقاً، وأن بعض الحقوق العينية الأخرى كالوقف والرهن الرسمي لا ترد على المنقولات إلا بصورة استثنائية.

لذلك، يكون المرحوم مأمون الكزبري، من القائلين بعدم جواز إنشاء حقوق عينية على الأشياء غير التي نص عليها القانون⁽¹⁾.

المادة 12

«كل دعوى ترمي إلى استحقاق أو حماية حق عيني واقع على عقار تعتبر دعوى عينية عقارية».

الشرح :

الدعاوى العقارية المتعلقة بحق عيني على عقار

أوضحت هذه المادة، موضوع الشرح، أن كل دعوى ترمي إلى استحقاق أو حماية حق عيني من الحقوق العينية العقارية، تتصف بطبيعة الحق الذي تحميه وتعتبر دعوى عقارية.

وعلى ذلك تكون دعوى عقارية دعوى حق الملكية على عقار (دعوى الاستحقاق) ودعاوى حقوق الارتفاق إيجاباً ونفيّاً فكلها دعاوى عقارية. وتعتبر الدعاوى المتعلقة بالحقوق العينية التبعية دعاوى عقارية كذلك.

وبصورة خاصة تعتبر من قبيل الدعاوى العقارية الدعاوى التالية :

أ - دعوى استحقاق العقار التي يرفعها المالك لتثبيت حقه واسترداد العقار من حائزه.

ب - دعوى تثبيت حق من الحقوق العينية العقارية عن الملكية كالانتفاع الواقع على عقار والسطحية والارتفاق أو حق من الحقوق العينية التبعية كالرهن العقاري والرهن الرسمي والامتياز الواقع على عقار.

ج - دعوى منع التعرض بحق من الحقوق المذكورة التي يرفعها المالك على من يدعي أن له على عقار حقاً من هذه الحقوق.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 246.

د - دعوى قسمة الأموال العقارية.

هـ - دعاوى الحيازة التي تحمي وضع اليد كمظهر للملكية، والتي يجب اعتبارها في حكم الدعاوى العقارية، ولا سيما أن معظم التقنيات والتشريعات سوت بين دعاوى الحيازة والدعاوى العينية العقارية من حيث جعل الاختصاص في هذه وتلك للمحكمة التي يقع في دائرتها العقار. كما نص على ذلك الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية، والذي اعتبر صراحة دعاوى الحيازة دعاوى عقارية ؛ إذ هو قرر أن محكمة موقع العقار هي صاحبة الاختصاص في «الدعاوى العقارية إذا تعلق الأمر بدعوى الاستحقاق أو الحيازة»⁽¹⁾.

المادة 13

«ان الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشيء أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييداً احتياطياً».

الشرح :

التقييد الاحتياطي الإجباري كشرط لقبول الدعوى

ابتدع المشرع في قانون التحفيظ العقاري الجديد نظام التقييد الاحتياطي من أجل إعطاء ضمانات قانونية لكل من يدعي حقوقاً على العقار المحفظ في انتظار استكمال شروطها القانونية أو اعتراف القضاء بها.

هكذا نص الفصل 85 من القانون رقم 14/07 على ما يلي : «يمكن لكل من يدعي حقاً على عقار محفظ أن يطلب تقييداً احتياطياً للاحتفاظ به مؤقتاً».

ويعرف التقييد الاحتياطي بأنه : «إجراء يقوم به صاحب حق تعذر عليه تقييده لسبب من الأسباب يتضمن لنفسه في المستقبل امكانية هذا التقييد عند زوال المانع»⁽²⁾.

ويتميز التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري بصفة عامة مجموعة من الخصائص تجعل منه مؤسسة ذات متميزة عن التقييد النهائي والحجز العقاري يمكن إجمالها فيما يلي :

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 239 وما يليها.

(2) مأمون الكزبري، مرجع سابق، طبعة بالرباط سنة 1987، ج 2، ص 126.

- الطابع المؤقت للتقييد الاحتياطي، فهو إجراء مؤقت يمارس من طرف من له مصلحة لحفظ الحقوق التي يضمنها خلال مدة معينة.

- التقييد الاحتياطي يعطي لصاحبه الأولوية في تقييد حقه إزاء كل شخص أراد تقييد حقوق أخرى على نفس العقار، فهو يحفظ مؤقتاً الحقوق التي يدعيها طالبه ويضمن له أولوية في تقييد حقه إزاء الحقوق المقيدة حيث «أن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به»⁽¹⁾.

- التقييد الاحتياطي كقاعدة لا يوقف سير التقييدات خلافاً للمحجوزات العقارية، إلا في حالتين :

أ - حالة التقييد الاحتياطي المتخذ بمقتضى سند الذي يترتب عليه وقف التقييدات التي تغير من المراكز القانون للمفوت خلال أجل عشرة أيام حيث لا يمكن للمحافظ «خلال هذه المدة قبول تقييد آخر لحق يقتضي إنشاؤه موافقة الأطراف»⁽²⁾ علماً بأنه يبقى ممكناً تقييد جميع الحقوق التي لا تستلزم موافقة المالك (المحجوزات العقارية مثلاً).

ب - وحالة التقييد الاحتياطي للرهن الاتفاقي المؤجل والمتعلق بقرض قصير الأجل، حيث يمتنع المحافظ عن إجراء أي تقييد آخر برضا المالك، وذلك مدة 90 يوماً تسري من تاريخ التقييد المنجز⁽³⁾.

انطلاقاً مما ذكر، وبما أن رسم الملك له صفة نهائية، وأن ما قيد وسجل فيه من الحقوق هو الذي يمكن اعتباره دون غيره فلذلك كان من الطبيعي أن تنص المادة 13 موضوع الشرح على أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود مادام لم يقيد تقييداً احتياطياً بالرسم العقاري المخصص لذلك العقار.

فإذا قيد وسجل اعتبر موجوداً حينئذ ابتداء من اليوم الذي قام فيه المحافظ بتقييده في الرسم العقاري ومادام الحق مسجلاً في الرسم العقاري فإنه يعتبر موجوداً إلى أن يشطب عليه أو يغير بتسجيل آخر.

وينبني على ما ذكرنا من أن الحق لا يعتبر موجوداً إلا من يوم تسجيله تسجيلاً احتياطياً في الرسم العقاري أنه إذا اكتسب شخص حقاً لشخص على عقار محفظ

(1) الفقرة الثالثة من الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري الجديد.

(2) الفقرة الأولى من الفصل 85 من القانون رقم 14-07.

(3) المادة 185 من القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

ولم يسجله في الرسم العقاري، فإنه لا يمكن الاحتجاج بذلك الحق أمام الغير، إلا من تاريخ اليوم الذي سجله فيه، كما أنه لا يمكن للغير الاحتجاج بذلك الحق تجاه مالكه، لأن ذلك الحق يعتبر غير موجود من الناحية القانونية، وبالتالي : فإن الدعاوى العقارية الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط حق منشيء أو مغير لحق عيني لا أثر لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييداً احتياطياً، والمنصوص على ذلك في المادة موضوع الشرح.

ويقصد بالغير في مجال الحقوق الخاضعة للتقييد كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما تكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة في التمسك بالعقد المقيد، فالغير بهذا المعنى يعني جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في العقد أو التصرف غير المقيد ولكن تكون له مصلحة تتأثر بهذا التقييد⁽¹⁾.

وبعبارة ختامية يعتبر التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري شرطاً جوهرياً لحفظ الحق والإعلان عنه بالرسم العقاري تطبيقاً لمبدأ الأثر الانشائي للتقييد وفق مقتضيات القانون العقاري، مما يخول الاحتجاج به في مواجهة الغير لضمان الأمن القانوني للمعاملات العقارية، فمن خلال التقييد الاحتياطي تبقى الحقوق مضمونة وفي منأى من الضياع طالما أن المشرع خول أصحابها حق الاستفادة من رتبة التقييد من تاريخ إجراءاته، وذلك في مواجهة أصحاب التقييدات، اللاحقة سواء أكانت نهائية أم مؤقتة، لذلك يعتبر التقييد الاحتياطي تقييداً مؤقتاً قابلاً للتحويل إلى تقييد نهائي للحق في المستقبل بأثر رجعي، فدوره يتمثل في حفظ التقييدات المؤقتة للمراكز القانونية وضمان الاحتجاج بها في مواجهة الأغيار.

القسم الأول

الحقوق العينية الأصلية

سبقت الإشارة إلى أن مدونة الحقوق العينية رقم 8-39، تضمن بالإضافة إلى الفصل التمهيدي المتعلق بالأحكام العامة، كتابين في الكتاب الأول يتعلق بالحقوق العينية العقارية، وقد تناولها المشرع في قسمين : الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، وفي الكتاب الثاني، تناول فيه المشرع عبر قسمين أيضاً لأسباب كسب الملكية، والقسمة.

(1) د. محمد خيرى، مرجع سابق، ص 532.

كما سبقت الإشارة إلى شرح المواد المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، بصفة عامة والواردة، في مقدمة الكتاب الأول، والآن سنتناول في القسم الأول المشتغل على عشرة أبواب من هذا الكتاب، والمخصص كل باب بحق من الحقوق العينية الأصلية، وسنتناول أحكاما وكل باب بالتفصيل عبر شرح المواد المتعلقة بهذه الحقوق الواردة في هذا القسم الأول، وذلك كما يلي :

الباب الأول

حق الملكية

حق الملكية هو أول الحقوق العينية التي اعترفت بها مختلف الشرائع للإنسان، وعنه تتفرع سائر الحقوق الأخرى، فطبيعي إذن أن نتكلم عليه أولا قبل غيره من الحقوق، حيث نقوم بتعريفه وتحديد عناصره، وبيان أحكامه والقيود التي ترد عليه، حسب الترتيب والتنظيم الوارد في المواد المدرجة تحت هذا الباب، وذلك في الفصول الآتية :

الفصل الأول

نطاق حق الملكية وحمايته

المادة 14

«يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق».

الشرح :

تعريف حق الملكية وعناصره وخصائصه - حق الملكية -

1 - تعريف حق الملكية : يعد حق الملكية من أوسع الحقوق العينية وأقواها من حيث السلطات التي يمنحها للمالك، إذ يخول لصاحبه سلطة الحصول على جميع المنافع التي يمكن الحصول عليها من الشيء موضوع الحق.

وقد عرفت المادة 14 موضوع الشرح من القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الملكية العقارية بأنه حق يخول للمالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق.

وحق الملكية كما نعلم، يمكن أن يكون محله عقاراً ويمكن أن يكون محله منقولاً، لكن التعريف الذي أتت به مدونة الحقوق العينية خاص، كما هو ظاهر من النص، بالملكية العقارية.

وبهذا الاعتبار يكون حق الملكية هو حق عيني على شيء معين يخول لصاحبه دون غيره بصورة مطلقة استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وذلك في حدود القانون والنظام ودون تعسف⁽¹⁾.

2 - عناصر حق الملكية : إن عناصر حق الملكية في ضوء التعريف عند مدونة الحقوق العينية ثلاثة هي :

حق الاستعمال، وحق الاستغلال، وحق التصرف.

فيراد بالاستعمال : حق المالك في استعمال ملكه والانتفاع منه مباشرة فيما أعد له، كسكنى الدار وركوب السيارة.

ويراد بالاستغلال : الحق في الانتفاع بغلة ذلك الشيء، كأخذ ثمار الأشجار وكراء الدار أو السيارة أو زراعة الأرض والتمتع بخيراتها.

ويراد بالتصرف : حق المالك في أن يجري ما يشاء من التصرفات، أي حق إجراء سائر التصرفات عليه، سواء أكانت هذه التصرفات مادية كتغيير شكله ومعامله أو إتلافه جزءاً أو كلاً، أم كانت قانونية كبيعته أو هبته أو رهنه أو الإيصاء به أو غير ذلك من وجوه التصرف.

وعلى العموم، إن للمالك وحده الحق في الاستفادة من الشيء المملوك، وله وحده أن ينتفع به أو يستغله أو يتصرف فيه دون غيره من الناس. إلا أن المالك لا يجوز له أن يتعسف في استعمال حقه. كما يجب عليه أن يتقيد بالقيود التي وضعها القانون في هذا الموضوع⁽²⁾.

3 - خصائص حق الملكية : لحق الملكية ثلاث خصائص : فهو حق جامع، وحق مانع، وحق دائم.

فالملكية حق جامع : يعني أن الملكية حق يشمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء فهي تخول للمالك الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه، وليس لصاحب حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعاً بل لا يكون له

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 279.

(2) د. محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ص 61 و62.

إلا بعضها، ثم إن للمالك أن يصنع بملكه ما يشاء إلا ما منع منه القانون، فالأصل في الملكية الإباحة والتحرير هو الاستثناء، ولا بد في الاستثناء من نص، وهذا النص لا يجوز التوسع في تفسيره ومن ثم فالملكية حق جامع⁽¹⁾.

ويترتب على أن الملكية حق جامع أمران :

الأول : إن الأصل في حق المالك أن يكون جامعاً لكل السلطات، ولا يكلف المالك إلا باثبات ملكه طبقاً للطرق القانونية، ومن يدعي العكس فعليه إثباته.

الثاني : إن أي حق يتفرع عن الملكية يكون عادة مؤقتاً، فحق الانتفاع وما يلحقه من الاستعمال وحق السكنى هي بالضرورة حقوق مؤقتة، ولا يجوز أن تتجاوز مدتها حياة أصحابها، وحقوق الارتفاق يمكن أن تكون حقوقاً مؤقتة، وإذا لم تحدد لها مدة فإن هناك أسباباً معينة ذكرها القانون لانقضائها، وحقوق الرهن والاختصاص والامتياز تزول حتماً بانقضاء الحقوق الشخصية التي تكلفها ومتى تقرر أن الحقوق المتفرعة عن الملكية هي حقوق مؤقتة، كما رأينا فإن أي حق منها متى استوفى مدته، ارتد حتماً وبحكم القانون إلى الملكية، فيعود لحق الملكية ما كان قد انتقص منه بسبب قيام الحق المتفرع عنه، لأن حق الملكية حق جامع⁽²⁾.

والملكية حق مانع : ويقصد بذلك أنه مقصور على الملك دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته.

وهناك استثناءات ترد على الأصل، من ذلك على سبيل المثال ما يقرره القانون على الجيران من الحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور وما يفرضه على الجار في ألا يجاوز مضار الجوار المألوفة. ومن ذلك جواز نزع الملكية جبراً على صاحبها للمنفعة العامة.

ومن ذلك حق الشفعة وحق الضم، ففيهما يجبر المالك على بيع ملكه لشخص معين دون المشتري الأصلي.

وأما الملكية فحق دائم : يقصد به أن الملكية حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك، لا بالنسبة إلى شخص المالك. ذلك أن الملكية تبقى مادام الشيء المملوك باقياً، فلا تزول إلا بزوال هذا الشيء وهلاكه، فهي حق دائم بالنسبة إلى الشيء المملوك، ومادام هذا الشيء لم يهلك، فهي دائمة⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، المجلد 8، ص 529.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 530.

(3) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 534.

المادة 15

«ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ما يخالف ذلك».

الشرح :

تحديد نطاق حق الملكية

نطاق حق الملكية واسع يشمل ما يتفرع عن الشيء منقولا كان أم عقاراً، ومحفظاً كان العقار أم غير محفظ، كما يشمل في الحقل العقاري، ما فوق الأرض وهو الذي نسميه بالعلو والهواء، وما تحتها وهو الذي نسميه بالعمق وما تحتها.

إن كل من تملك أرضاً صار مالكا لكل ما فوقها من الهواء والتعلية، وما تحتها من باطنها وعمقها، إلا إذا ظهر من سند للملكية أنها لا تتضمن ذلك. ومتى كان لا يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

وعليه، لا يقتصر حق الملكية على أصل الشيء وإنما يمتد هذا الحق إلى شمول فروعه وما ينتج عنه، وإلى ثماره أيضاً⁽¹⁾ وذلك كنتاج الحيوان، وثمار الأشجار، ومبلغ كراء الدار، فملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ما يخالف ذلك وهذا ما نصت عليه المادة 15 موضوع الشرح.

المادة 16

«مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق».

الشرح :

نطاق الملكية من حيث التفرعات

لقد مر معنا وسبقت الإشارة إليه أن نطاق الملكية واسع يشمل ما يتفرع عن الشيء منقولا كان أم عقاراً، ومحفظاً كان العقار أم غير محفظ، كما يشمل في الحقل العقاري، ما فوق الأرض وما تحتها.

(1) د. محمد بونبات، الحقوق على العقارات، ص 87.

وهذا ما نص عليه الفصل 11 من ظهير 19 رجب على أن «ملكية العقار تعطي حق التملك لكل ما ينتجه وما يضم إليه وما يدمج فيه بالالتصاق إما طبيعياً وإما اصطناعياً» وقد عزز المشرع هذا الفصل بالفصل 12 اللاحق الذي استهل به الباب الذي خصه للالتصاق والذي ورد فيه «أن ثمار الأرض الطبيعية منها أو الصناعية والثمار المدنية ونتاج الحيوان هي للمالك بطريق الالتصاق».

ونصت المادة 16 من مدونة الحقوق العينية، موضوع الشرح على أن «مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات، وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق».

فمن هذه النصوص ندرك أن المشرع، قرر في الفصلين الحادي عشر والثاني عشر من ظهير 19 رجب أن كل ما يغله العقار المحفوظ وكل ما يلتصق به يعود للمالك.

ولما كانت ملكية العقار غير المحفوظ أو ملكية المنقول تمنح نفس الحق، فيمكننا أن نعمم المبدأ أو نعمم ونعتبر أن كل ما يغله الشيء، منقولا كان أو عقاراً ومحفوظاً كان العقار أم غير محفوظ، وكل ما يتحد به بالالتصاق يعود للمالك.

وهذا الاتجاه والمقتضى في الفصلين المذكورين، هو اتجاه مدونة الحقوق العينية، وعززت محتواه في هذه المادة موضوع الشرح، بحيث قرر المشرع فيها أن كل ما يغله العقار وكل ما يلتصق به يعود للمالك، من ثمار الأرض الطبيعية أو الصناعية، وثمار مدنية، مع استثناءات تعود فيها الغلة لشخص غير المالك بمقتضى نص في القانون أو بمقتضى اتفاق⁽¹⁾.

فتبحث في المبدأ وهو القاعدة العامة، ثم في الاستثناءات المقررة له، ثم نشير إلى حق المالك في كل ما يلتصق بالشيء.

أولاً : حق المالك في غلة الشيء المملوك : للمالك الحق في جميع ما يغله الشيء ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك، وغلة الشيء تقسم تقليدياً إلى نوعين :
(1) ثمار، (2) منتجات.

1 - فالثمار هي كل ما يغله الشيء في فترات معينة منظمة بحسب إعداده الطبيعي، ودون أن يلحقه اتلاف أو نقص محسوس في جوهره، وقد اصطلاح الفقهاء على تقسيم الثمار إلى ثمار طبيعية، وثمار صناعية وثمار مدنية.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 283.

أ - ويقصد بالثمار الطبيعية ما يغله الشيء مباشرة بدون عمل الإنسان كالكلأ ووبر الجمل وصوف الأغنام.

ب - ويقصد بالثمار الصناعية هي ما يغله الشيء بفعل الإنسان كمزروعات الحقوق من حبوب وبقول ومختلف ثمار الأشجار المثمرة.

ج - أما الثمار المدنية، فيقصد بها المبالغ المالية التي يحصل عليها المالك في فترات معينة مقابل تنازله عن منفعة ذلك الشيء لغيره، وذلك ككراء الدار وأجرة ركوب السيارة.

2 - وأما المنتجات، فهي ما ينتجه الشيء في فترات غير منتظمة على الأرجح أو منتظمة استثناء، ومع الحاق اتلاف أو نقص محسوس في جوهره، كالأشجار المثمرة في البساتين أو الغابات إذا اقتطعت والأحجار في المقالع إذا استخرجت وأنقاض الأبنية إذا هدمت⁽¹⁾.

وقد أشار المشرع المغربي، في مختلف أنواع الثمار في الفصل 12 من ظهير 19 رجب، حيث صرح بأن الثمار الطبيعية والصناعية والمدنية تعود جميعها للمالك مؤكداً بذلك ما سبق ونص عليه الفصل 11 من حيث اعتبار ملكية العقار مخولة صاحبها الحق في جميع ما يغله هذا العقار.

وأكدت ذلك كله المادة 16 من مدونة الحقوق العينية، موضوع الشرح، بحيث قررت أن «مالك العقار يملك كل ملحقاته، وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق» بمعنى أن المشرع قرر أن كل ما يغله العقار وكل ما يلتصق به يعود للمالك من ثمار الأرض الطبيعية أو الصناعية وثمار مدنية ومنتجات، وكل ملحقاته وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق.

ثانيا : حالات استثنائية تعود فيها الغلة لغير المالك : إن غلة العقار من ثمار ومحاصيل ومنتجات يمكن أن تعود استثناء لغير المالك إما عن طريق الاتفاق أو بمقتضى نص في القانون.

1 - يمكن لمالك الشيء أن يتنازل بمحض إرادته لمصلحة شخص آخر عن الثمار أو المنتجات التي يغلها هذا الشيء كأن ينشيء عليه انتفاعاً حيث تكون الثمار للمنتفع، أو كأن يهب أو يبيع أنقاض بناء هدمه، حيث تكون الأنقاض للموهوب له أو للمشتري.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 284.

2 - ويمكن بمقتضى نص في القانون أن تعود الثمار لغير المالك كما في الحالات والأمثلة التالية :

المثال الأول : حالة حائز الشيء حسن النية، وهي الحالة المنصوص عليها في الفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود، بحيث إذا وضع شخص يده على أرض الغير دون قصد تملكها وزرعها وكان حسن النية، كمستأجر استأجر الأرض من غير مالكةا وهو يعتقد أنه استأجرها من مالكةا، فإن غلة الأرض تكون من نصيبه هو، لا من نصيب مالك الأرض الذي ينحصر حقه في استيفاء أجر مثل الأرض إذا كان لم يفت زمن البذار والذي يفقد استيفاء أي أجر إذا ما فات زمن البذار.

كذلك إذا كان واضع اليد سيئ النية، وترك مالك الأرض البذار يتابع جهوده بعد البذار في تنمية المزروعات ورعايتها وسقايتها حتى تنضج وتأتي أكلها، دون أن يحرك المالك ساكناً، فإنه يفقد حقه في المزروعات التي تعود للبذار، وينحصر حقه في أجر مثل الأرض⁽¹⁾.

أما في الحالة التي يُسرع فيها المالك لرفع يد البذار سيئ النية عن الأرض قبل فوات زمن البذار، فإن المزروعات تضحي من نصيبه دون أي مقابل يؤديه للبذار، ففي هذه الحالة تبقى إذن ضمن إطار المبدأ القائل بوجوب منح الثمار للمالك.

المثال الثاني : حالة الثمار التي تتساقط طبيعياً من أغصان الأشجار والتي تتجاوز على علو أرض الجار : يجب على المالك إذ يغرس الأشجار في أرضه أن يراعي عدم تجاوز أغصان هذه الأشجار على علو أرض جاره، والا يكون لمن تمتد الأغصان فوق أرضه أن يرغب الجار على قطعها. ثم إن الثمار التي تسقط من هذه الأغصان طبيعياً تكون لمالك الأرض التي سقطت الثمار فوقها.

المثال الثالث : حالة حائز الشيء حسن النية : إذا حاز شخص بقصد تملكه، وكانت حيازته مقرونة بحسن النية، كأن يكون اتصل الشيء بشخص نتيجة تصرف باطل، أي حسب التعبير الحقوقي، كأن يكون الشيء بالمتصرف إليه بمقتضى سند يجهل عيوبه، فإنه يملك الثمار ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجوداً في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء، وتلك التي يجنيها بعد ذلك.

فحائز الشيء حسن النية، له إذن الاحتفاظ بالثمار الطبيعية والصناعية التي يكون قطعها، وبالثمار المدنية التي يكون قبضها حتى تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء. أما

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 285.

الثمار الطبيعية والصناعية التي لم تقطف، والثمار المدنية التي لم تقبض قبل تاريخ الدعوى برد الشيء، فإنها تكون من نصيب المالك، حتى لو كانت الثمار الطبيعية أو الصناعية قد نضجت وحن قطاؤها، وكانت الثمار المدنية غير المقبوضة مترتبة عن مدة سابقة.

وتجب الإشارة إلى أن الحائز حسن النية، إذا ما كان بصورة مسبقة قبض ثماراً مدنية عن مدة لاحقة لتاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء، كأن يكون استوفى إيجار عقار عن مدة سنتين، وأقام عليه المالك الدعوى باسترداد ملكه بعد سنة واحدة فإن الحائز حسن النية يلزم بأن يرد للمالك أجرة السنة غير الحالة التي قبضها مسبقاً.

أما لو كان حائز العقار سيء النية، فإنه يلزم بأن يرد للمالك كل الثمار الطبيعية أو الصناعية أو المدنية التي جناها أو التي كان يستطيع أن يجنيها لو أنه أدار الشيء إدارة معتادة، وذلك من وقت وصول الشيء إليه، على أن يكون له الحق في استرداد المصروفات الضرورية التي أنفقها في جني الثمار، شرط أن لا يمارس هذا الاسترداد إلا على الشيء نفسه (الفصل 101 من قانون الالتزامات والعقود).

هذا، وكما أن الثمار يمكن أن تعود لغير المالك بمقتضى نص في القانون، كما أسلفنا القول، كذلك يمكن أن يكون الأمر بالنسبة للمنتجات⁽¹⁾.

ثالثاً : حق المالك في كل ما يلتصق بالشيء : لمالك الشيء الحق في تملك كل ما يتحد بالشيء اتحاداً تبعياً سواء أكان هذا الاتحاد طبيعياً أم اصطناعياً. ويطلق هذا الاتحاد في العرف القانوني اسم الالتصاق.

وقد نص المشرع، في المادة موضوع الشرح، على أن مالك العقار يملك كل ملحقاته، وما يدره من ثمار أو منتجات، وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق.

وبما أن الالتصاق هنا يكون سبباً للتملك فإننا سنفرد للالتصاق بحثاً خاصاً عندما نعرض لأسباب كسب الملكية في القسم الأول من الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية.

المادة 17

«يحق لمالك الأرض قنص ما بها من الوحيش على أن يراعي في ممارسته لهذا الحق الضوابط التي يفرضها القانون».

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 285.

الشرح :

حق مالك الأرض في قنص ما بها من الوحيش

سبقت الإشارة إلى أن حق الملكية الواقع على أرض يمتد إلى ما فوقها، وهو الذي نسميه بالعلو، ولما تحتها وهو الذي نسميه بالعمق.

فحق الملكية الواقع على عقار - محفظاً كان أو غير محفظ أرضاً خالية كانت أو عليها بناء - يمتد إلى ما يعلو على ذلك العقار من الهواء.

إذن، ملكية العلو هي التي تسمح لصاحب السطح أن يقيم فوق الأرض منشآت، أو يفرس فيها أو يزرعها وتمكنه من النور والهواء. وللمالك أن يمنع الغير من الاعتداء على علوه وهواء أرضه. وقد سبق لنا قريباً أنه يحق لمن امتد فروع أشجار جاره إلى ملكه أن يأمره بقطعها.

وبناء على هذه القاعدة فلمالك الأرض يحق له قنص كل طائر أو غيره من الوحيش، ويمنع غيره من الاعتداء على علوه ومن اصطياده في هواء أرضه وعلوها، وذلك في نطاق الضوابط التي يفرضها القانون ومراعاة مقتضياته. وعلى ذلك، فإذا صاد الجار وهو في أرضه طيراً أو غيره من الوحيش في أرض جاره، كان هذا اعتداء على علو وهواء أرض الجار، فيكون مسؤولاً على فعله الغير القانوني، يمكن لمالك الأرض أن يحمله المسؤولية، ولذلك أوضح المشرع في المادة 17 من مدونة الحقوق العينية، موضوع الشرح، أنه: «يحق لمالك الأرض قنص ما بها من الوحيش، مع مراعاة الضوابط التي يفرضها القانون»⁽¹⁾.

المادة 18

«الكنز الذي يعثر عليه في عقار معين يكون ملكاً لصاحبه وعليه الخمس للدولة».

(1) أول نص قانوني ينظم القنص، كان يتكون من 6 فصول وهو قرار الصدر الأعظم بتاريخ 1915/02/17، تلاه قرار آخر لنفس الجهة بتاريخ 1917/08/09 ليحل محل الأول وينظم القنص بصفة دائمة، ثم تلاه ظهير 1923/07/21 المتعلق بمراقبة القنص، وقد تدخل المشرع 16 مرة لتعديل أو تكميم هذا القانون كان آخرها بموجب القانون رقم 54-03 الذي دخل حيز التطبيق بتاريخ 2006/07/03، ولم يكن المشرع المغربي قد حسم في موضوع ملكية القنص إلا بصدر ظهير 1939/02/27 الذي ألغى الأحكام السابقة وأصبح القنص ملكاً للدولة (الأستاذ سعيد زاهري، قانون القنص بالمغرب والمحافظة على الوحيش، مطبعة شمس، وجدة، الطبعة الأولى 2009، مقدمة الكتاب).

الشرح :

أحكام الكنز المعثور عليه في عقار معين

يدخل الكنز في نطاق القيود الناجمة عن الأنظمة المتعلقة بالتحف والآثار الفنية، بحيث هناك قيود ناجمة عن الأنظمة المتعلقة بالتحف والآثار الفنية، وردت هذه القيود في ظهير 21 يوليوز 1945 (11 شعبان 1364) تتلخص فيما يلي :

أ - لا يجوز لأحد أن ينقب عن الآثار الفنية بدون ترخيص مسبق من وزارة التربية والتعليم حتى ولو كانت الأرض المراد التنقيب فيها جارية للملكه.

ب - إذا اكتشفت تحف أو نقود أو آثار فنية صدفة أثناء القيام بحفريات، فإن على من كان يقوم بالحفريات أو من أمر بإجرائها أن يخبر عن هذا الاكتشاف «السلطة البلدية أو السلطة المحلية» وعلى هذه السلطة أن تعلم بدورها وزارة التربية والتعليم، وتعطي صاحب العلاقة إيصالاً بتصريحه.

ج - يمكن أن تصبح الآثار الفنية المكتشفة ملكاً للدولة إذا كانت وزارة التربية والتعليم قد طلبت بها خلال مدة ستة أشهر من تاريخ اليوم الذي أحيطت فيه علماً بالاكتشاف، وفي هذه الحالة يمنع تعويض لحائز هذه الآثار ويجري تحديد التعويض بالاتفاق بين الحائز والوزارة والا فتحدده المحكمة⁽¹⁾.

أما الفقهاء فيعتبرون الآثار الفنية والتحف القديمة من الركاكز والكنوز.

فالركاز هو ما عثر عليه في الأرض من المال المدفون قديماً (أي قبل الإسلام) كالحلي والتمائيل والأعمدة الرخامية، ويرى هؤلاء الفقهاء أن الذي عثر على شيء من ذلك يملك أربعة أخماسه ويتعين عليه أن يدفع الخمس الآخر للإمام ليدفعه لمن يستحقه، إلا إذا احتاج استخراجاه إلى نفقة أو كثير من الجهد والعمل فلا يلزمه حينئذ إلا أن يزكّيه.

أما الكنز، وهو موضوع المادة 18 من مدونة الحقوق العينية، فهو ما يعثر عليه في الأرض مما دفن فيها بعد الإسلام، ووجدت عليه علامة تدل على ذلك، وحكمه حكم اللقطة، وهو أنه يعرف به سنة، بأن يعلن من عثر عليه بواسطة النداء في أبواب المساجد والأسواق، فإن طالب به شخص، وأثبت ملكيته له ولو بإعطاء علامات تحدده

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 301.

دفعه له، ويمكنه أن يطالبه بما أنفق عليه في استخراجيه، وصيانتته، وإن مضت السنة ولم يطالبه أحد أمكن لهذا الذي عثر عليه أن يملكه⁽¹⁾.

لكن المشرع حدد في المادة 18 موضوع الشرح، حكم العثور على الكنز المعثور عليه في الأرض التي دفن فيها وفي عقار معين يكون ملكاً لصاحبه، ويرفع فيه للدولة خمسة فقط. وهكذا نصت هذه المادة على أن «الكنز الذي يعثر عليه في عقار معين يكون ملكاً لصاحبه وعليه الخمس للدولة».

إذن : الكنز هو الشيء المنقول المدفون أو المخبأ الذي يقدر أحد إثبات ملكيته، والذي يعود عن طريق الاستيلاء لمالك الأرض أو البناء الذي عثر فيه⁽²⁾، وقد أكدت المادة 18 موضوع الشرح هذا التعريف بالتنصيص عليه.

فالواضح أنه لاعتبار الشيء كنزاً وفق ما ذكر، يقتضي ضرورة توافر عدة أحكام كما يلي :

1 - أن يكون محل الكنز منقولاً لم يثبت ملكيته لأحد، وعليه فالمباني والأعمدة ونحوها من العقارات المدفونة لا تعد كنوزاً.

2 - أن لا يكون هذا المنقول مما يكون ذا قيمة تاريخية، وإلا اعتبر من الآثار ويسري عليه حكمها، كما لا يشترط أن يكون من المناجم الطبيعية وإلا عد منها وطبق عليه أحكامها (أي هذه المناجم)⁽³⁾.

3 - أن يكون المنقول مدفوناً أو مخبوءاً، فإن كان ظاهراً طبق عليه أحكام اللقطة⁽⁴⁾ ولا فرق أن يكون الدفن قديماً أو حديثاً. وأن استجماع الكنز للشروط المبيّنة أعلاه تكون ملكيته لصاحبه، شريطة استفادة الدولة من الخمس.

4 - وتجدر الإشارة أخيراً أن جزاء كتمان الكنز أو كتمان النصيب العائد للدولة يعاقب عليه في القانون الأردني بالحبس من ستة أشهر وبغرامة تصل لخمسين ديناراً⁽⁵⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 88.

(2) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 170.

(3) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 171.

(4) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 309 وما بعدها.

(5) المادة 424 من القانون المدني الأردني.

المادة 19

«المالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه، واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل».

الشرح :

بيان قيود الملكية

كانت الملكية، فيما مضى، حقاً مطلقاً يولي صاحبه استعمال الشيء والتمتع به والتصرف فيه دون قيد أو شرط، ومر نظام الملكية في أطوار عديدة وعرف تقلبات كثيرة.

فقد كانت الملكية في أول الأمر جماعية، حيث كان أفراد القبيلة البدوية الذين يعتمدون على الرعي والصيد يشتركون في الانتفاع بالأرض والأسلحة والمعدات، ثم لما استقرت الجماعات على الأرض «أصبح يسود نظام الملكية العائلية الذي يقتضي أن العائلة هي التي تملك الأرض وأدوات الفلاحة، ثم انتهى التطور إلى ظهور الملكية الفردية، لكن لم يخف نهائياً نظام الملكية العائلية.

وعند قيام الثورة الفرنسية، جعلت الحرية الفردية، من حق الملكية، حقاً فردياً مطلقاً، فجاء في إعلان حقوق الإنسان أن الملكية حق مقدس لا يمس، ولا يجوز انتهاك حرمة.

وأعقب ذلك فترة من الزمن ظل فيها مبدأ الملكية الخاصة من المبادئ التي لا يرقى إليها شك.

غير أن تطبيق هذا المبدأ أصبح يلاقي صعوبات كثيرة، نظراً لانتشار المذاهب الشيوعية، والاشتراكية التي تنادي بنبذ الملكية الفردية، لما تتطوي عليه من استئثار واستبداد، وما يترتب عنها من استغلال الملك للعمال واستحواذهم على وسائل الانتاج والاستثمار على حساب هؤلاء.

ولذلك لم يجد أولو الأمر - في أغلب الدولة الأوروبية - بداً من إعادة النظر في هذا النظام عن طريق الحد من السلطة المطلقة التي كان القانون يعترف بها للمالك على ملكه، وتقييد هذا الحق بالقيود التي تجعله يخدم المصلحة العامة، لأن تطور حق الملكية اتجه وجهة اجتماعية، فأصبحت للملكية وظيفة اجتماعية يكون على المالك مراعاة مصلحة المجموع وهو يزال حقه، أو على الأقل لا يعمل ضد الصالح العام.

فحق الملكية إذن هو : «حق عيني على شيء معين» يخول صاحبه دون غيره بصورة مطلقة استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه، وذلك في حدود القانون والنظام، ودون تعسف.

وأوضحت المادة 19 موضوع الشرح، أنه : «مالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه، وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجارية بها العمل».

فميزة هذا التعريف، الذي أتت بها مدونة الحقوق العينية، أنه يبرز كون حق الملكية حقاً عينياً يتناول شيئاً معيناً منقولاً كان أم عقاراً وأنه يعدد سائر عناصر الملكية : الاستعمال والاستغلال والتصرف.

وأنه يؤكد على أن المالك يستأثر وحده دون غيره باستعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه لا يشاركه في كل ذلك أحد. وأنه يشير إلى أن حق الملكية رغم كونه حقاً مطلقاً، له مع ذلك حدود تفرضها القوانين والأنظمة وتمليها نظرية منع التعسف في استعمال الحق.

والخلاصة أنه مادامت الأشياء قد وجدت للنفع العام فيتعين على مالكيها أن لا يجيد بها عن هذه الغاية. وإذا كان حق الملكية الذي له على شيء معين يخوله الاستئثار بمنافعه والاستفادة منه، كما يعطيه الحق في التصرف فيه، فإنه يتعين عليه في كل ذلك أن لا يتعسف في استعمال حقه، وأن لا يشتط في ممارسة ملكيته، وأن لا يستعمل ملكه فيما يضر بغيره، وإلا أوقف عند حده، ومنع من الأضرار بالآخرين⁽¹⁾.

وقد اعتبر فقهاء الإسلام منذ القديم أن من أهم الأسس التي يقوم عليها الفقه الإسلامي وتبني عليه قواعده قوله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾.

المادة 20

«إذا تعلق حق الغير بعقار فلا يسوغ لمالكه أن يتصرف فيه تصرفاً ضاراً بصاحب الحق».

المادة 21

«لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالاً مضرّاً بجاره ضرراً بليغاً، والضرر البليغ يزال».

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 72.

(2) حديث مشهور، أخرجه الإمام أحمد، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه.

الشرح :

القيود التي تمنع المالك من التعسف في استعمال حقه

من المتفق عليه، في التشريع الإسلامي، والتشريع المقارن، الأخذ بنظرية إساءة استعمال الحق، وأقرتها معظم القوانين الحديثة، بصورة خاصة، في حقل الملكية العقارية وهكذا فإن الملكية تمنح صاحبها حق استعمال الشيء وحق التمتع به والتصرف فيه بغية الحصول على منفعة مشروعة ودون إلحاق الضرر بالغير ففي ممارسة المالك هذه الحقوق قصد إلحاق الأذى بالناس، بل في ممارسته إياها بشكل يفوق الحدود المألوفة، خروج من الغاية الاجتماعية التي من أجلها أنشئت الملكية وبالتالي ضرب من ضروب التعسف وإساءة استعمال الحق لا يقره مشروع ولا يرضى به قاض⁽¹⁾.

وعلى ذلك : التعسف في اللغة : هو أخذ الشيء على غير طريقته ومثله الاعتساف، وعسفه عسفاً أخذه بقوة، وعسف في الأمر فعله من غير روية ولا تدبير⁽²⁾.

وفي الاصطلاح : اختار البعض تغيير المضارة في استعمال الحق، وفي لغة القانون يعرف بأنه انحراف بالحق عن غايته⁽³⁾، أو استعمال الحق على وجه غير مشروع⁽⁴⁾.

بموجب هذه النظرية - نظرية عدم التعسف في استعمال الحق - يجب على مالك العقار أن يمارس حقه في الحدود المقررة بمقتضى القانون أو الاتفاق أو الأنظمة الجارية بها العمل فإذا تعسف في استعمال حقه كان ذلك موجباً لإثارة مسؤوليته⁽⁵⁾.

ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى إقرار نظرية التعسف في استعمال الحق وطبقته على أوسع مدى في حقل الملكية العقارية، فهي لم تحصر إساءة استعمال الحق في الأعمال التي يجمعها المالك قصد إيقاع الضرر بالغير، بل اعتبرت من قبيل إساءة الاستعمال التي ينشأ عنها ضرر فاحش للجار حتى لو لم تكن مقترنة بأي قصد جرمي⁽⁶⁾.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 304.

(2) لسان العرب المختار الصحاح، ج 4، ص 2943.

(3) فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1977، ص 349.

(4) عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1988، ص 494.

(5) عبد المنعم فرج الصبيرة، الحقوق العينية الأهلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ص 55.

(6) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 87.

وقد أقرت معظم التشريعات المقارنة نظرية التعسف في استعمال الحق خاصة في مجال الملكية العقارية، حيث أضفت على حق الملكية صبغة اجتماعية يجب أن يمارس في إطار القيود المقررة عليها.

وهكذا ورد في المادة 906 من القانون المدني الألماني أنه : «لا يجبر المالك على أن يتحمل في ملكه الغازات والأبخرة، والروائح، والدخان، والهباب، والحرارة، والضوضاء والاهتزاز ونحوها، إلا إذا كان الضرر الناشئ عنها تافهاً زهيداً أو إذا كانت ناتجة عن استعمال العقار استعمالاً عادياً حسب عرف المكان» وكذلك نصت المادة 984 من القانون المدني السويسري على «أن المالك ملزم عند استعمال حقه خصوصاً عند الاستغلال الصناعي، أن يمتنع عن كل إفراط يضر بملك فيمنع على الأخص الضوضاء، والاهتزاز والتصادعات التي ينشأ عنها ضرر والتي تزيد عن المقدار الذي يتحملة الجوار».

وفي فرنسا رغم عدم وجود نص نظرية التعسف في استعمال الحق إلا أنه تم الاستعانة بالفقه والقضاء لإقرار هذه النظرية. وهكذا ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى تطبيق هذه النظرية خاصة على الملكية العقارية بناء على مقتضيات الفصل 1382 من القانون المدني القائل بوجوب التعويض عن الضرر الناشئ عن فعل الغير⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتشريع المغربي فإنه بالرجوع إلى ظهير 19 رجب الملقى نجده لا ينص على هذه النظرية، ذلك أن الفصل التاسع منه نص على ما يمنحه حق الملكية لصاحبه من سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، لكن في حدود القوانين والأنظمة دون الإشارة بشكل صريح إلى هذه النظرية.

وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود نجد مجموعة من الفصول التي تقر نظرية التعسف في استعمال الحق، ومنها الفصل 94 الذي ينص على أنه «لا محل للمسؤولية المدنية إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله».

غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر، أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجبر الشخص ما كان يلزمه لمنعه أو إيقافه.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 305.

بناءً على هذا الفصل فإن ممارسة الحق في نطاقه ودون قصد الإضرار لا يوجب المسؤولية المدنية، أما إذا توافر قصد الإضرار، فذلك تعسف في استعمال الحق، يكون سبباً لإقرار المسؤولية المدنية ولقيام التعويض، كما أن نفس الفصل يشترط لقيام التعسف أن يسبب صاحب الحق ضرراً فادحاً للغير عند استعماله لحقه.

كما نص الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود على أن كل عمل يرتكبه الإنسان «..... ويكون من شأنه أن يحدث ضرراً للغير يلزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر». وهذه القاعدة هي التي وردت في الفصل 1382 من القانون المدني الفرنسي، والتي استند إليها القضاء في فرنسا لإقرار نظرية إساءة استعمال الحق. ثم هو أقر صراحة في الفصل 91 حق الجار في أن يطلب من أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة، إما إزالة هذه المحلات، وإما إجراء ما يلزم فيها من التغيير للقضاء على الأضرار التي يتظلم منها، وأوضح أن الترخيص الصادر من السلطات المختصة لا يحول دون ذلك، ثم إن قانون الالتزامات والعقود المغربي إذ منع على الجار في الفصل 92 المطالبة بإزالة الأضرار الناشئة عن الالتزامات المادية للجوار كالدخان الذي يتسرب من المدافن وغيره من المضار التي لا يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المألوف «يعتبر أنه قد منح صراحة للجار الحق في إلزام جاره بإزالة المضار التي تتجاوز الحد المألوف»⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية، نجد أنها لم تختلف عن ظهير 19 رجب كثيراً، فهي لم تنص بشكل واضح وصريح على نظرية التعسف في استعمال الحق، إلا أنه مع ذلك يمكن الاستناد إلى بعض النصوص المضمنة بمدونة الحقوق العينية لإقرار هذه النظرية، وهكذا فإنه بالرجوع إلى المادتين 14 و19 السابق شرحهما، نجد على أن لصاحب حق الملكية سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، لكن في حدود القانون أو الإتفاق أو الأنظمة الجاري بها العمل.

كما نصت المادة 20 موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية على أنه لا يسوغ لمالك العقار أن يتصرف فيه تصرفاً ضاراً بحقوق الغير المتعلقة بذلك العقار، كما تنص المادة 21 موضوع الشرح كذلك، على أنه لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالاً مضراً بجاره ضرراً بليغاً، والضرر البليغ يزال»⁽²⁾.

(1) مأمون الجزيري، مرجع سابق، ص 308.

(2) مأمون الجزيري، مرجع سابق، ص 308.

من خلال ما تقدم يمكن أن نقول بأن مدونة الحقوق العينية أقرت نظرية التعسف في استعمال الحق وإن كان ذلك بشكل غير صريح، فإذا كان حق الملكية حقاً مطلقاً فهو مقيد بالقانون والاتفاق والأنظمة الجاري بها العمل، وبعدم الإضرار بحقوق الغير. والضرر الفاحش يزال، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية بأن الضرر الفاحش هو «كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة المقصودة من البناء كالسكنى أو مضر بالبناء أي يجلب له وهنا ويكون سبب انعدامه»⁽¹⁾.

وهناك أمثلة كثيرة تعطينا فكرة واضحة عن مدى تطبيق الفقهاء والقضاة لهذا المبدأ حيث نجدهم يمنعون المالك من استعمال ملكه في كل ما يؤدي إلى الإضرار بغيره ولو كان المالك سيجني من ذلك الاستعمال منفعة له.

فمن هذه الأمثلة والأمور :

- اتخاذ دكان أو طاحون في اتصال دار والحاق بهن بالبناء من جراء طرق الحديد ودوران الطاحون.

- ومنها : إحداث فرن أو معصرة بجوار دار ومنع صاحبها من السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة.

- ومنها : ما لو اتخذ في أساس جدار جاره مزبلة وإلقاء القمامة يضر الجدار، أو لو أحدث رجل بيئراً في قرب دار آخر وبمجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها.

- ومنها : ما لو أحدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيئر آخر وسد ريحه، أو أحدث دكان طباخ وكان الدخان يضر بأمته الجار ضرراً فاحشاً.

- ومنها : لو نظر شخص من كوة أو من باب ففقاً صاحب الدار عينه، ضمن، لأنه قادر على زجره ودفعه بالأخف.

- ومنها : سئل مطرف عن النحل يتخذها الرجل وهي تضر بشجر الناس إذا نورت أو يتخذ برجاً في القرية للعصافير ليصيب من فراخها، فقال : أرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زرعهم وشجرهم⁽²⁾.

(1) مأمون الجزيري، مرجع سابق، ص 306.

(2) التبصرة : 250/2.

- ومنها : إذا أحدث الرجل في عرصته ما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كير لعمل الحديد، فقد قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة إن لهم منعه : ووجه الضرر في هذا هو أن الدخان الذي يحصل من الفرن والحمام يدخل على الجيران في دورهم ويضرهم، وهو من الضرر الكبير المستدام، وما كان بهذه الصفة منع إحداثه على من يستضر به⁽¹⁾.

- ومنها : يمنع الرجل من إحداث اصطبل للدواب عند باب جاره بسبب بولها وزبلها، وحركتها ليلاً ونهاراً، ومنعها الناس من النوم، وكذلك الطاحون وكير الحداد، وشبهه.

- ومنها : إذا أحدث شخص في ملكه ما ينتج عن رائحة كريهة تؤدي جاره، كمصنع للديغ أو مجزرة أو مرحاض لا غطاء له، فإن هذا يعتبر ضرراً جسيماً، وبليغاً وفاحشاً، فيزال، لأن الرائحة الكريهة تحرق الخياشيم، وتصل إلى الأمعاء فتضر الإنسان، لذلك يحق للجار المتضرر أن يطلب رفع هذا الضرر⁽²⁾.

فهذه النصوص تبين أن الفقهاء والتشريع المغربي، يمنعون المالك من استعمال ملكه فيما يلحق ضرراً بغيره، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الضرر حاصلًا بالفعل ولا يكفي أن يكون متوقعاً.

المادة 22

«لمالك العقار أن يطلب استحقاق ملكه ممن يكون قد استولى عليه دون حق وله أن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن تعرضه، كما له أن يطالب برفع ما قد يحصل له فيه من تشويش».

الشرح :

دعوى الاستحقاق وسيلة من وسائل حماية حق الملكية

سبق القول إن حق الملكية يخول لمالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق، كما سبق القول بأن نطاق حق الملكية واسع، بحيث يشمل تفرعات العقار وما يعلوه وما يوجد في عمقه.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 74-75.

(2) البهجة التسولي، ج 2، ص 472.

إلا أن ممارسة هذا الحق يجب أن لا يتعارض مع المصلحة العامة والأنظمة الجاري بها العمل، أو أن يكون عائقاً أمام تطور المجتمع، وينتج على هذا المبدأ أنه إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة، تعين التضحية بهذه الأخيرة.

وهذا الأمر من مستلزمات الحفاظ على متطلبات السلطة، لذلك لا يمكن الاعتراف بالحق في التملك بشكل مطلق، وبدون قيود، والهدف من ذلك خلق توازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

إلا أن المشرع، حماية لحق الملكية سن وسيلتين لاسقاطهما في حالة تعرض هذا الحق للاعتداء، هما : دعوى الاستحقاق، وحق التعويض في حالة نزع الملكية لأجل المنفعة العامة. نتعرض إلى مفهوم الاستحقاق، ثم إلى دعوى الاستحقاق الوارد حكمها في المادة 22 موضوع الشرح.

تعريف الاستحقاق :

الاستحقاق لغة واصطلاحاً : فالاستحقاق في اللغة : من استحق بمعنى استوجب واستأهل⁽¹⁾ يقال استحق فلان كذا استوجبته. وفي الاصطلاح : عرف ابن عرفة الاستحقاق : هو رفع ملك الشيء بثبوت ملك قبله أو بحرية كذلك بغير عوض⁽²⁾.

تعريف دعوى الاستحقاق :

هي الدعوى التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء عقاراً كان أو منقولاً، فهي إذن الدعوى التي تقوم لحماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير، يستطيع رفع الدعوى⁽³⁾.

«ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي برد الحيازة لا المالك، فهذه الدعوى الأخيرة، هي دعوى حيازة لا دعوى استحقاق.

ولا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر، غير حق الملكية»⁽⁴⁾.

(1) المنجد في اللغة والاعلام، دار الشروق، بيروت، الطبعة 41 مادة (ح.ق.ق).

(2) البهجة للتسولي، ج 2، ص 497.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد 8، ص 591.

(4) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، مجلد 8، ص 592.

وبما أن الحيازة في الفقه الإسلامي ليست سبباً لنقل الملكية أو لاكتسابها، كما قد يتوهم البعض، إلا فيما يخص إحياء الأرض الموات التي لم يسبق عليها ملك لأحد، أما الأرض التي سبق عليها ملكه وليست مواتاً، فإن حيازتها لا تنقل ملكيتها، ولا تكون سبباً مباشراً في تملك على الرأي الراجح؛ إذ الحيازة مجرد مظهر من مظاهر المالك وقرينة عليه، وليست سبباً مباشراً فيه⁽¹⁾.

إلا أن مدونة الحقوق العينية في المادة 3 السابق شرحها، نصت على أن الحيازة المستوفية للشروط القانونية تكسب الملكية، لذلك نرجي البحث في الحيازة وشروطها، إلى حين شرح المواد المتعلقة بموضوع الحيازة، وذلك في الفصل الثالث من الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية، ونتناول شرح ما ورد في المادة 22 موضوع الشرح فيما يلي:

بدءاً بتعريف الاستيلاء الذي يعد سبباً لكسب الأشياء التي لا مالك لها عن طريق وضع اليد عليها بنية تملكها، والاستيلاء بهذا المعنى يتكون من عنصرين: عنصر مادي يتجسد في الحيازة أي وضع اليد، وعنصر معنوي وهو وجود نية التملك. والاستيلاء يكون اعتداءً إذا وقع بدون حق، وبدون سبب شرعي، الأمر الذي يجعل للمالك العقار الحق في رفع دعوى الاستحقاق، يطلب استحقاق ملكه ممن يكون قد استولى عليه، دون حق، كما له الحق في أن يطالب من تعرض له فيه بالكف عن تعرضه له، أن يطالب برفع ما قد يحصل له فيه من تشويش.

وهكذا المدونة في هذه المادة موضوع الشرح أن «مالك العقار أن يطلب استحقاق ملكه ممن يكون قد استولى عليه دون حق، وله أن يطلب من تعرض له فيه بالكف عن تعرضه. كما له أن يطالب برفع ما قد يحصل فيه من تشويش.

وعليه فإن الحيازة بنوعيتها القصيرة المكتسبة للملك، والطويلة الدالة عليه، تولي صاحبها حق التمسك بأنه المالك للشيء الذي يحوزه، سواء عن طريق دعوى استحقاق يقيمها إن طرأ بعد مرور مدة حيازته بالشروط المقررة في الملكية المكتسبة للملك، أو ما يعترض حيازته بالاستيلاء عليها أو يمس بها بالاعتداء عليها ليطالب التصريح والحكم باستحقاقه محوزه وبأنه هو مالكة أو عن طريق مواجهة الدعوى التي قد يقيمها عليه الغير بشأن ذلك المحور، ليرد ذلك تلك الدعوى، لكونه هو المالك المستحق للشيء، محل الدعوى.

(1) ذ. محمد القدوري، حيازة العقار كدليل على المالك، في ضوء الفقه المالكي والقضاء المغربي، دار الأمان، الطبعة 2009، ص 25.

ومن خلال تتبع الفقه المقارن، ونص المادة 22 من مدونة الحقوق العينية موضوع الشرح، يتضح أن من حق المالك أن يحمي ملكيته بإحدى دعاوى ثلاث، هي : دعوى الاستحقاق، أو دعوى استرداد الحيازة، ودعوى منع التعرض للملكية. أو دعوى طرد المحتل بدون سند، ودعوى وقف الأشغال الجديدة. أو دعوى رفع الضرر. كما أن من حق الحائز أن يحمي حيازته بثلاث دعاوى، تقابل دعاوى الملكية الثلاث المذكورة وهي : دعوى استرداد الحيازة، ودعوى منع التعرض، ودعوى وقف الأشغال الجديدة.

غير أنه لما كانت دعاوى الملكية أكثر مشقة، ودعاوى الحيازة أسهل، حلت دعاوى الحيازة الثلاث، من الوجهة العملية، محل دعاوى الملكية الثلاث، وصار كل من تعرضت حيازته لاعتداء، عن طريق الترامي والاستيلاء بدون حق، أو من تعرض له فيه، بالكف عن تعرضه، أو رفع ما قد يحصل له في عقاره من تشويش وتضييق، وضرر، يمارس من تعرضت حيازته لذلك، في إحدى دعاوى الحيازة للحفاظ على حيازته، مع بقاء حقه، عندما يكون مالكا في ممارسة دعاوى الملكية إن لم يفلح في دعاوى الحيازة.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مسألة ذات أهمية من الوجهتين العملية والقانونية، وهي أن بعض من تتعرض حيازتهم للاعتداء أو التشويش يرفعون دعاوى يطلقون عليها، مسطرياً، تارة : طرد محتل، وتارة : رد الحالة إلى ما كانت عليه. وتارة ثالثة : رفع الضرر، بدل أن يرفعوا إحدى دعاوى الحيازة أو إحدى دعاوى الملكية السابق ذكرها⁽¹⁾.

المادة 23

«لا يحرم أحد من ملكه إلا في الأحوال التي يقررها القانون.

لا تنزع ملكية أحد إلا لأجل المنفعة العامة ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، ومقابل تعويض مناسب».

الشرح :

نزع الملكية ضرورة مصلحة عامة مقابل تعويض عادل للمالك

أوضحت المادة موضوع الشرح، أن المشرع وإن كان منح لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه، فإن ذلك يجب أن يكون في الحدود التي

(1) حيازة العقار، ودعاوى حماية الحيازة، ذ. محمد القدوري، دار الأمان، الرباط، ص 145 و146.

تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، ومنها القانون الذي يقضي بنزع الملكية الجبري مقابل تعويض عادل مدفوع مقدماً للمالك.

ذلك، أن حقوق الفرد تعلوها حقوق الجماعة، وأن حقوق الجماعة تقضي بتدخل المشرع في حقل الملكية العقارية للحد من سلطة المالك وتقييد هذه السلطة حسبما تستلزمه المصلحة العامة عملاً بالقاعدة الكلية القائلة بوجوب «عمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام» حيث إن الدولة تتدخل لتوجه الحقوق شكلاً ومضموناً في خدمة سياستها الاقتصادية والاجتماعية انطلاقاً من مبدأ التضامن الاجتماعي وترسم المجال الذي يمكن لإرادة صاحب الحق أن تعمل فيه.

وعليه، فالقيود المقررة في سبيل المصلحة العامة متعددة ومتنوعة، منها : القانون المنظم للملك العائلي ظهير 24 صفر 1364 الموافق 8 فبراير 1945، وتم إلغاؤه بمقتضى ظهير 18 يوليوز 1995. ومنها : القيود التي تحد من سلطة المالك على علو أرضه. ومنها القيود التي تحد من سلطة المالك على أعماق أرضه. ومنها القيود الواردة في القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير أو القانون رقم 25-96 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والذي يهمننا من هذه القيود، هي القيود المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة وفق الإجراءات والشروط المضمنة في قانون 6 ماي 1982 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة⁽¹⁾ وقد نصت مدونة الحقوق العينية على أحكامه في المادة 23 موضوع الشرح.

وعليه سنبحث في هذا الموضوع، أحكام نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ثم أحكام التعويض في مجال نزع الملكية.

مفهوم المنفعة العامة وإعلامها :

لم يعرف المشرع المغربي المنفعة العامة في مجال نزع الملكية، إلا أنه ساق أمثلة لبعض العمليات التي يمكن اعتبارها تكتسي صبغة المنفعة العامة، وذلك من خلال ظهيري 1914 و 1951 المتعلقين بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة، إلا أنه تجاوز هذه المنهجية من خلال القانون رقم 81-7 الصادر في 6 ماي 1982 الجاري به العمل، حيث اقتصر على التأكيد في الفصل الأول على أن : «نزع ملكية العقارات كلاً أو بعضاً أو

(1) ظهير شريف رقم 254-81-1 صادر في 11 رجب 1402 (6 ماي 1982) بتنفيذ القانون رقم 18-7 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وباحتلال المعرفة، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15/06/1985، ص 980.

ملكية الحقوق العينية العقارية، لا يجوز الحكم به إلا إذا أعلنت المنفعة العامة : وأضاف الفصل 6 من نفس القانون، أن : «المنفعة العامة تعلن بمقرر إداري يعين المنطقة التي يمكن نزع ملكيتها، الشيء الذي يفيد أنه يبقى من حق المتضرر الطعن في هذا المقرر الإداري أمام الجهة الإدارية المختصة».

وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى : «يعتبر إعلان المنفعة العامة بمرسوم يتخذ باقتراح من الوزير المعني بالأمر إجراءً جوهرياً لاشتراكه المصالح المعنية بالأمر في العملية المقصودة ولما فيه من ضمانات، عدم مراعاة ما ذكر يترتب عليه البطلان»⁽¹⁾.

الجهة المخول لها بإعلان المنفعة العامة :

إذا كان الفصل الأول من المرسوم التطبيقي لقانون نزع الملكية ينص على اقتراح مرسوم الإعلان عن المنفعة العامة من طرف الوزير المعني بالأمر، فإن هذا الاقتراح لا يعتبر دائماً مصدر الإعلان، لوجود جهات أخرى، خول لها المشرع إمكانية المبادرة في هذا المجال، وهناك عموماً ثلاث حالات :

أ - إعلان المنفعة العامة من طرف السلطات العمومية المركزية التي تبادر مباشرة إلى طلب الإعلان. وتتكفل وزارة المالية في غالب الأحيان باقتراح ذلك على رئيس الحكومة لأن هذه الأخيرة هي التي تتكفل باقتناء كل الأملاك التي يتم ضمها إلى الملك الخاص للدولة (مديرية الأملاك المخزنية)، وهي التي تمثل الملك الخاص للدولة في دعاوي نزع الملكية أمام القضاء.

ب - إعلان المنفعة العامة من طرف الجماعات المحلية التي تتقدم بطلب الموافقة على مشروع الاعلان عن المنفعة العامة من طرف سلطة الوصاية (وزارة الداخلية) التي تقوم بدراسة الملف المعروض عليها واقتراحه على الوزارة الأولى من أجل إصدار مرسوم في الموضوع.

ج - إعلان المنفعة العامة من طرف الأشخاص الذين تفوض لهم الدولة حقوقها في نزع الملكية، حيث يتقدمون إلى الوزارة المشرفة على نشاطهم من أجل اقتراح طلبهم رئاسة الحكومة، الأمر الذي يتضح معه أن مسطرة الإعلان عن المنفعة العامة تمر بثلاث مراحل : طلب الإعلان واقتراح الإعلان، وإصدار المرسوم.

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 533 بتاريخ 1955/12/07، ملف إداري عدد 49/101/140، منشور في مرجع الدكتور العربي محمد مياد، ص 10.

إلا أن هذا الإعلان لا يضع حداً للملكية الخاصة، بحيث لا يكفي وحده لنقل ملكية الأراضي من أصحابها لفائدة الدولة، ويظل المالك خلال السنتين محتفظاً بجميع حقوقه على ملكه عدا حق التصرف الذي من شأنه أن يؤثر على وضعية الملكية لاختلاف مسطرة الإعلان عن المنفعة العامة عن مسطرة نزع الملكية، عملاً بمقتضيات الفصل 15 من قانون نزع الملكية، الذي نص على عدم جواز إقامة أي بناء أو أغراس أو تحسين في الأراضي المراد نزع ملكيتها.

أحكام التعويض في مجال نزع الملكية :

إن القواعد العامة التي تحكم التعويض في مجال نزع الملكية، نظمها الفصل 20 من القانون رقم 7-81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة بالاحتلال المؤقت، وقد نص هذا الفصل على ما يلي :

«يحدد التعويض عن نزع الملكية طبق القواعد الآتية :

1 - يجب أن لا يشمل الا الضرر الحالي والمحقق الناشئ مباشرة عن نزع الملكية، ولا يمكن أن يمتد إلى ضرر غير محقق أو محتمل أو غير مباشر.

2 - يحدد قدر التعويض حسب قيمة العقار يوم صدور نزع الملكية.

3 - يجب ألا يتجاوز التعويض المقدّر بهذه الكيفية قيمة العقار يوم نشر مقرر التخلي، أو تبليغ مقرر إعلان المنفعة العامة المعين للأمالك التي تنزع ملكيتها.

4 - يغير التعويض عند الاقتضاء باعتبار ما يحدثه الإعلان عن الأشغال أو العملية المزمع إنجازها من فائض القيمة، أو ناقصها بالنسبة لجزء العقار الذي لم تنزع ملكيته.

5 - يجب تحديد مقدار خاص عن كل عنصر من العناصر المشار إليها في الفقرات: 2 و3 و4 من الفصل 20 من القانون رقم 7/81».

كما نص الفصل 21 من نفس القانون على ما يلي : «يحدد قاضي نزع الملكية في حالة حدود وجود حقوق انتفاع أو استعمال أو سكنى أو غيرها من الحقوق الماثلة، أو من نفس النوع تعويضاً واحداً بالنظر لمجموع قيمة العقار.

وهكذا يتبين من هذا النصوص أن الشروط في التعويض عن نزع الملكية تتلخص في ما يلي : يجب تحديد التعويض، عن نزع الملكية وفق الضرر الحالي والمحقق الناتج

مباشرة عن نزع الملكية ولا يمتد إلى ضرر غير محقق أو محتمل أو غير مباشر، كما يقدر التعويض حسب قيمة العقار يوم صدور نزع الملكية، ويجب ألا يتجاوز التعويض قيمة العقار يوم نشر مقرر التخلي، أو تبليغ مقرر إعلان المنفعة العامة، ويبقى من حق المالك كذلك المطالب بتغيير التعويض عند الاقتضاء، اعتباراً لما يحدثه الإعلان عن الأشغال أو العملية المزمع إنجازها من فائض القيمة أو ناقصها بالنسبة لجزء العقار الذي لم تنزع ملكيته، كما يجب تحديد مقدار خاص مجزأ عن كل عنصر من العناصر المشار إليها في الفقرات : 2 و 3 و 4 من الفصل 20 من القانون رقم 7/81.

وفي الحالة التي توجد حقوق انتفاع أو استعمال أو سكنى أو غيرها من الحقوق المماثلة أو من نفس النوع تتولى المحكمة الإدارية ذات اختصاص في نزع الملكية، تحديد تعويض واحد بالنظر لمجموع قيمة العقار، بعد إجراء خبرة بواسطة خبير ذي اختصاص في الموضوع، وتبقى السلطة التقديرية لقاضي نزع الملكية في التقدير النهائي. كما نص على ذلك الفصل 21 من القانون المتعلق بنزع الملكية، وذلك عند وقوع نزاع في التعويض من طرف المعني بالأمر.

وفي الحقيقة أن مالك العقار الذي يقرر نزع الملكية في حقه يقدر التعويض له عن فقدان حق الملكية كحق من الحقوق العينية.

ذلك أن حق الملكية يخول صاحبه حق الاستغلال والتصرف والاستعمال، لذلك فإن المالك المستغل للعقار المنزوعة ملكيته يفقد حقين في ذات الآن : حق الملكية، وحق التمتع.

وعلى هذا الأساس يتعين أن يستفيد من تعويض يشمل الضررين : ضرر فقدان حق الرقبة، وضرر فقدان حق الاستغلال والاستعمال، إلا أن هذا الأمر يبقى مشروطاً بتحقق الشروط المنصوص عليها في الفصل 20 من قانون نزع الملكية.

ويتمثل التعويض الأصلي في مبلغ نقدي يكفي لاقتناء ملك بنفس مواصفات الملك المنزوعة ملكيته.

أما التعويض التبعي فيمكن أن يستفيد منه المالك وغيره من أصحاب الحقوق العينية.

وبصفة عامة، يجب أن يكون التعويض عادلاً مناسباً، ولا يكون كذلك إلا إذا توفرت فيه جميع القواعد والشروط، التي قررها المشرع في قانون نزع الملكية، ووفق ما نصت

عليه مدونة الحقوق العينية، في المادة 23 موضوع الشرح، بقولها : «لا تنزع ملكية أحد إلا لأجل المنفعة العامة ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، ومقابل تعويض مناسب».

الفصل الثاني

الملكية المشتركة

الفرع الأول

الشياع

المادة 24

«تسري على الملكية المشاعة أحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في قانون الالتزامات والعقود والنصوص الخاصة».

الشرح :

خضوع الملكية المشاعة لأحكام مدونة الحقوق العينية

مع مراعاة ما ورد في قانون الالتزامات والعقود والنصوص الخاصة - حق الملكية-

مفهوم الملكية المشتركة وأنواعها : عندما يكون الشيء مملوكاً لعدة أشخاص على وجه الشركة فيه، فإننا نكون أمام ما يسمى بالملكية المشتركة، وهي تختلف عن الملكية المفترزة التي فيها الشيء مملوكاً لشخص واحد على وجه الاستقلال، بمعنى أنه توجد إلى جانب الصورة العامدية للملكية الخاصة التي يسيطر فيها المالك الواحد على شيء معين صور خاصة للملكية تكون فيها مشتركة بين عدد من الملاك تسمى بالملكية المشتركة.

وتنقسم الملكية المشتركة إلى نوعين : ملكية شائعة، يكون فيها لكل من الشركاء حصة شائعة في الشيء المشترك، ونظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية التي تجمع في ثاياتها بين الملكية الخاصة لبعض أجزاء الشيء المشترك والملكية الشائعة لباقي الأجزاء.

وقد نظم المشرع المغربي الملكية الشائعة في الباب الأول من القسم السابع من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود وبين أحكامها في الفصول 960 إلى 981، كما عرض لها في مدونة الحقوق العينية الجديدة رقم : 39-08، ونص في المادة 24

موضوع الشرح، على خضوع الملكية الشائعة لأحكام مدونة الحقوق العينية مع مراعاة الأحكام الواردة في قانون الالتزامات والعقود والنصوص الخاصة، أما الملكية المشتركة للعقارات المبنية فهي منظمة بمقتضى القانون رقم : 18-00 المغير والمتمم لظهير 16 نونبر 1946 المتعلق بالملكية المشتركة للطبقات.

ونتعرض إلى الملكية الشائعة المنصوص عليها في المادة 24 من المدونة موضوع الشرح فيما يلي :

ماهية الملكية الشائعة :

عرف الفقه الملكية الشائعة بأنها : « ملكية مشتركة بين عدة أشخاص على شيء يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في جزء من أجزاء الشيء المشترك دون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن سواها من الحصص »⁽¹⁾.

ويستفاد من هذا التعريف أن الملكية تكون شائعة عندما يكون الشيء الواحد مملوكاً لأكثر من شخص بحيث يكون لكل منهم حصة شائعة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع مثلاً دون أن تكون الحصة المفترزة عن باقي الحصص الأخرى، ويمثال واضح : أن يكون الشيء كله مملوكاً لاثنتين فأكثر على وجه الشركة، بحيث يملك كل واحد منهم نسبة معينة منه، كنصف أو ربع أو جزء من ستة وثلاثين جزءاً، مثلاً، وذلك كما لو أن أربعة أشخاص اشتروا داراً شركة بينهم بالتساوي، فإن كل واحد منهم يملك ربع تلك الدار من غير تعيين للجزء الذي يمثل ذلك الربع، وإنما يشيع حق كل واحد منهم في كل جزء من تلك الدار، ولهذا سميت هذه الشركة بالشركة على الشيع، أو بالملكية المشاعة أو بالملكية الشائعة.

وقد أشار الفصل 960 من قانون الالتزامات والعقود إلى الملكية الشائعة بقوله : « إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم على سبيل الشيوع فإنه يوجد في حالة قانونية تسمى الشيوع أو شبه الشركة ».

وللشركة الشائعة مصدران في التشريع المغربي، هما : إرادة الإنسان وإرادة المشرع.

أولاً : فقد تنشأ الشركة بإرادة الإنسان، إما عن طريق العقد أو الإرادة المنفردة.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 341.

أ - ففي العقد قد يتفق ثلاثة أشخاص مثلاً على شراء دار فيصبحون مالكين لها على وجه الشركة المشاعة، كما أنه قد يبيع مالك الشيء حصة مشاعة منه كربع أو نصف لشخص آخر يصير شريكاً له في ذلك العقار بالحصة التي اشتراها.

ب - وفي الإرادة المنفردة، يمكن أن يهب شخص داره لاثنتين فأكثر بملكونها على وجه الشيعاء، وقد يوصى بشيء معين لأحفاده الذكور، فينتقل إليهم ملكية ذلك الشيء بعد وفاة الموصي، ويصيرون مالكين له ملكية مشاعة.

ثانياً : وقد ينشأ الشيوع بإرادة المشرع، وذلك كما هو الشأن في الإرث، حيث إن الشارع يقضي بأنه بمجرد وفاة الشخص تصبح كافة حقوقه مملوكة على الشيعاء لورثته. كل حسب نصيبه في التركة.

ولابأس من الإشارة إلى أن الشركاء في الشيعاء قد تكون حصصهم في المال المشترك متساوية. وذلك كما لو اشترى أو اكترى ثلاثة أشخاص داراً مشتركة بينهم على وجه التساوي، حيث يصبح كل واحد منهم مالكاً لثلث تلك الدار.

وكما لو مات شخص وترك أباً وخمسة أولاد ذكور، حيث يصبح كل واحد من هؤلاء الستة مالكاً لسدس التركة، وقد تكون حصص الشركاء متفاوتة، وذلك كما لو اشترى ثلاثة أشخاص داراً على أساس أن يملك واحد منهم نصفها، والثاني ثلثها، والثالث سدسها، وكما لو مات شخص وترك زوجة وأباً وبناتاً وبناتاً، حيث تصبح الزوجة شريكة في التركة بثلاثة أجزاء، والأب بخمسة أجزاء، والبنات باثني عشر جزءاً، وبنات الابن بأربعة أجزاء، والكل من أربعة وعشرين جزءاً هي مجموع أجزاء التركة.

والقاعدة أن على من يدعي أنه شريك في مال، أن يثبت نسبة ما يملكه منه ليحكم له به، وإلا ألغيت دعواه، لأنه لا يمكن للمحكمة أن تحكم له بمجهول غير معين. لكن إذا ثبتت الشركة في مال ما، كما لو أن ثلاثة أشخاص اشتروا داراً على الشيعاء، ولم يعينوا عند شرائهم ما يملكه كل واحد منهم فيها، فإنه يفترض أن كل واحد منهم يملك ثلثها، وكذلك لو أوصى شخص بشيء لأربعة أشخاص ولم يبين ما يأخذه كل واحد منهم من ذلك الشيء، فإنه يقسم بينهم بالتساوي ويأخذ كل واحد منهم رבעه.

وقد نص الفصل 961 من قانون الالتزامات والعقود على هذه القاعدة بقوله : «عند الشك يفترض أن أنصباة المشتاعين متساوية»⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 121 و122.

المادة 25

«يجوز للشركاء أن يتفقوا على قسمة العقار المشاع فيما بينهم بالطريقة التي ينعقد اجتماعهم عليها، بشرط أن تتم وفقاً للقوانين والضوابط الجاري بها العمل».

الشرح :

جواز قسمة العقار المشاع
حسب اتفاق الشركاء وطبقاً للقانون

تعريف القسمة :

عرف الفقه القسمة بأنها : «هي تعيين الحصة الشائعة، يعني إفراد الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذرع والوزن بالكيل» فالقسمة إذن هي طريقة لانقضاء الشيوع بمقتضاها يفرز الشيء المشترك إلى عدة أقسام تتفق وحصص الشركاء فيه، بحيث يستقل كل واحد من هؤلاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء، هذا إذا كان الشيء قابلاً للقسمة العينية، أما إذا كان غير قابل لها، فقسمته تتم عن طريق بيعه وتوزيع ثمنه على الشركاء كل بقدر حصته في الشيء المشترك المبيع⁽¹⁾.

وعليه فالقسمة الرضائية أو الاتفاقية هي تلك التي يتفق فيها جميع الشركاء على اقتسام المال الشائع برضاهم واختيارهم، وذلك بشروط معينة وبدونها لا تكون نافذة بحق المتقاسمين، وأهمها : إجماع الشركاء المشتاعين على القسمة الاتفاقية. وتمتيع الشركاء المتقاسمين بالأهلية الكاملة، وحضور جميع الشركاء المتقاسمين بشكل شخصي.

وقد سار المشرع المغربي على أن للشريك الحق في طلب القسمة متى شاء، ونص على أن طلب القسمة من النظام العام لا يسقط بالتنازل عنه.

وأن القسمة تتم بإحدى طريقتين :

- 1 - أن يتراضى الشركاء على إجرائها فيما بينهم، ويتفقوا بمقتضاها على الخروج من الشركة عن طريق التفاهم، وهذه القسمة تسمى عند الفقهاء بقسمة التراضي.
- 2 - أن يلجأوا إلى القضاء ليحكم بقسمة المال المشترك وتوزيعه إلى أجزاء ليخصص لكل شريك حصة مفرزة.

(1) مامون الجزيري، مرجع سابق، ص 356.

وتسمى هذه القسمة بالقسمة القضائية، ويسمىها الفقهاء بقسمة القرعة. وسنتكلم على القسمة الرضائية، مع إرجاء الكلام على القسمة القضائية إلى حين البحث في موضوعها.

وقد نصت مدونة الحقوق العينية، في المادة 25 موضوع الشرح، على القسمة الرضائية، نشير إلى ماهيتها وأحكامها.

ماهية القسمة الرضائية وأحكامها :

قلنا إن القسمة الرضائية هي التي تجري برضاء جميع الشركاء واختيارهم أي هي التي يتم فيها الاتفاق بين جميع الشركاء المتمتعين بأهلية التصرف على تقسيم المال المشاع، وتعيين نصيب كل واحد منهم، ليصبح كل شريك مالكا لما خرج له ملكية مفرزة، وهذه القسمة تتم بمراضاة الشركاء جميعاً، وتجري إما بأن يتنازل بعض الشركاء للبعض عن جزء معين من المال المشترك من غير تحديد لقيمة ما يأخذه وإما أن يتنازل عنه عن طريق التقويم والتعديل. بمعنى أن ما كان من المال المشاع متفق الاجزاء في القيمة كقطعة من الأرض، لا فرق بين أطرافها، فلا يحتاج إلى تقويمها، وإنما تقسم بالمساحة، أما إذا اختلفت قيمة أجزاء المال المشاع، فإن الشركاء يتولون فيما بينهم تقويم الأموال المشاعة، إما بأنفسهم، وإما بواسطة خبير لمعرفة قيمة كل مال مشترك على حدة، ثم يقومون بتقسيم المال المشاع إلى أجزاء بحسب ما يملكه كل واحد منهم، ويحدد دون قيمة كل جزء، ثم يأخذ كل شريك ما يساوي نصيبه، ويتنازل عن طيب خاطر لباقي شركائه عما عدا ما أخذه من غير أن يلجأ إلى إجراء قرعة لتعيين ما يأخذه كل واحد منهم.

وإذا توقف الأمر على إجراء تعديل في المال المقسوم، كما إذا كان ثلاثة أشخاص شركاء ويملكون عقاراً وحيوانات، يملك أحدهم نصف ذلك المال، ويملك الثاني ثلثه، والثالث سدسه. ثم تبين أن العقار المشاع الذي تجري عليه القسمة لا يقبل إلا القسمة على ثلاثة أجزاء متساوية، في حين أننا ذكرنا أن أحد الشركاء فيه يملك نصفه والثاني يملك ثلثه، والثالث يملك سدسه، واتفقوا على أن صاحب السدس يأخذ ثلث ذلك العقار ويتنازل عن نصيبه في الحيوانات ليأخذ مالك النصف مقابل بقية نصيبه في العقار، فإن ذلك جائز ومقبول، مادام الأطراف تراضوا على ذلك.

كما يمكن أن يقع تعديل هذه القسمة بواسطة نقود أو أشياء أخرى يعطيها بعض الشركاء للبعض الآخر مقابل ما أخذه زائد على حصته، كما لو أن شخصين يملكان

دارين على وجه الشركة المشاعة، ثم قومت إحداها بمائة ألف درهم، والأخرى بمائة وعشرين ألفاً فيمكن أن يأخذ أحدهما الدار الثانية ويتنازل لشريكه عن الدار الأخرى ويزيده عشرة آلاف درهم.

هذا، ومهما وقع الاتفاق بين الشركاء على قسمة التراضي فإنها تقبل وتمضي ولو كان من بين الشركاء من هو محجور للصغر أو للسفه أو للجنون، مادامت قد أجريت باتفاق من وليه، وثبت ببينة أن فيها مصلحة ذلك المحجور، ويستثنى من ذلك ما إذا كان المال المراد قسمته شركة بين المحجور ووليه فلا يجوز حينئذ إجراء القسمة الرضائية، وإنما يتعين اللجوء إلى القسمة القضائية.

المادة 26

«إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد منهم الخروج من الشيع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة فيما بينهم طبقاً للقانون».

الشرح :

اللجوء إلى المحكمة لمن يريد
من الشركاء الخروج من الشيع

سبق القول في شرح المادة 25 السابقة، أنه يحق للشركاء المتمتعين بأهلية التصرف في حقوقهم أن يجروا القسمة على الوجه الذي يرونه بشرط انعقاد إجماعهم عليها، وذلك ما يسمى بالقسمة الرضائية.

لكن المادة 26 موضوع الشرح، تتعلق بأحكام القسمة والتي تسمى بالقسمة القضائية، وهي التي تتم عن طريق القضاء، حيث يحق لكل شريك أن يلجأ إلى القضاء بطلب إجراء قسمة بنية للمال المشترك عن طريق القرعة، علماً أن القسمة القضائية لا يحكم بها إلا إذا كان المال المطلوب قسمته، قابلاً للقسمة على أقل الأنصبة ليخرج الجميع من الشركة، ويلجأ من يريد من الشركاء الخروج من الشيع إلى المحكمة، في إحدى الحالات الثلاث الآتية :

1 - إذا لم يتفق جميع الشركاء على إجراء القسمة الرضائية، ورغب بعضهم في الخروج من الشركة عن طريق القسمة، لما نعرفه من أنه لا يرغب أي شخص على البقاء في الشركة.

2 - إذا كان من بين الشركاء محجور ووصي عليه، لما نعرف من أن الوصي والمحجور إذا كانا شريكين إجراء القسمة الرضائية بينهما.

والواقع أن الفقهاء يفرقون بمناسبة قسمة المال الذي يكون كل من الولي ومحجوره شريكين فيه بين ثلاثة أحوال :

أ - إذا كان هناك شريك آخر أو أكثر - غير الوصي ومحجوره - وأريد أن تجري قسمة بتيّة يفرز بمقتضاها نصيب كل شريك فلا بد من اللجوء إلى القسمة القضائية.

ب - إذا لم يكن هناك شريك آخر غير الولي ومحجوره، وأريد فرز نصيب الولي ونصيب المحجور، فلا بد أيضاً من اللجوء إلى القسمة القضائية.

ج - إذا كان هناك شريك آخر، وأريد فرز نصيب ذلك الشريك الأجنبي، وبقاء نصيب الولي ومحجوره مجموعين على الشياخ، فيمكن حينئذ أن تجرى القسمة الرضائية.

3 - إذا كان أحد الشركاء غائباً، والمقصود بالغائب من انقطع خبره ولم يعرف مصيره. ويلحق به من كان في مكان بعيد يتعذر عليه الرجوع منه إلى المكان الذي يوجد فيه المال المطلوب قسمته، كما يلحق به الشريك في عقار محفظ إذا توفي ولم تسجل وفاته في الرسم العقاري، فإن هذا الشريك يعتبر غائباً لا ميتاً لما سنعرفه من أن من قيد في الرسم العقاري بصفته مالكاً بحق عيني يعتبر موجوداً مادام ذلك الحق مسجلاً في اسمه⁽¹⁾.

وقال المرحوم مأمون الكزبري : «ورغم أن نص الفصل 1084 من قانون الالتزامات والعقود، اقتصر على حالة الغائب فإننا نرى وجوب إضافة حالة المفقود، والمفقود هو الشخص الذي لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكنه لا يعرف له مكان، ذلك أن المفقود يعتبر بنظر الشرع كمن لا تتوافر فيه أهلية التصرف، ويجب أن تجري قسمة الأموال الذي هو شريك فيها بواسطة القضاء»⁽²⁾.

4 - إذا كان أحد الشركاء محجوراً ولا ولي له.

وينص الفصل 1084 من قانون الالتزامات والعقود، على أن القسمة القضائية يلجأ إليها إذا لم يتفق الشركاء على القسمة الرضائية أو إذا كان فيهم غائب أو محجور،

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 14.

(2) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 364.

مما يعني أنه عند ما يراد قسمة منقول ويكون بين الشركاء محجور فلا بد من اللجوء إلى القضاء.

هذا، ولا بأس أن نشير إلى أطراف دعوى القسمة، لأن دعوى القسمة كسائر الدعاوى لا بد لها من مدع يتقدم بادعائه أمام القضاء في مواجهة المدعى عليه.

والمدعي في دعوى القسمة هو دائماً أحد الشركاء على الشيوع سواء أكان شريكاً أصلياً أو خلفاً عاماً كالوارث أم خلفاً خاصاً كالمشتري لحصة أحد الشركاء، فشرط الصفة يعتبر لازماً لسماع دعوى القسمة يترتب عن تخلفه التصريح بعدم قبولها.

ويجوز أن يكون المدعي شريكاً واحداً أو أكثر يقدمون مقالاً افتتاحياً خاصاً بهم يطلبون من خلاله قسمة المال الشائع. لذلك نجد أن المشرع الفرنسي قد اعتبر المدعي هو أول من وضع مقاله بكتابة ضبط المحكمة، على خلاف نظيره المغربي الذي التزم الصمت بخصوص هذه المسألة.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك ما يمنع من رفع دعوى القسمة من طرف الممثل القانوني للشريك الأصلي متى كان عديم الأهلية أو ناقصها⁽¹⁾.

أما المدعى عليه في دعوى القسمة فهو الشريك أو باقي الشركاء في العقار الشائع، بحيث توجه ضدهم دعوى قسمة العقار أو ضد ممثلهم القانوني، ذلك أنه من خصائص دعوى القسمة أنها لا تقبل التجزئة، فلا بد من دعوى كافة الشركاء وإلا كانت القسمة عرضة للنقض، مع مراعاة مقتضيات المادة 320 الآتي شرحها، من مدونة الحقوق العينية التي نصت على إدخال جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

المادة 27

«لا يجبر أحد على البقاء في الشياخ، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر.

يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشياخ لمدة معينة.

لا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة.

(1) إدريس الفاخوري، الحقوق العينية وفق القانون، رقم 08.39، ص 143.

للمحكمة أن تحكم - بناء على طلب أحد الشركاء - بفسخ الاتفاق وإجراء قسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع».

الشرح :

حق الشريك في طلب القسمة لانتهاء الشيوغ

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بأحكام حق الشريك في طلب القسمة لإنهاء الشيوغ، وذلك لأن للشيوغ حالة طارئة يحق لكل واحد من الشركاء في أي وقت شاء أن يطلب وضع حد لها للاستعاضة عن الملكية الشائعة بالملكية الفردية، فالفصل 878 من قانون الالتزامات والعقود، نص على أنه : «لا يجبر أحد على البقاء في الشيوغ، ويسوغ دائماً لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمة» وهو نفس الحكم الذي نصت عليه مدونة الحقوق العينية في هذه المادة موضوع الشرح.

وحق الشريك في طلب القسمة يتعلق بالنظام العام فلا يصح التنازل عنه، وعلى هذا أوضحت المادة موضوع الشرح، كما أوضح الفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود، أن كل شرط من هذا القبيل عديم الأثر.

وهو حق لا يسقط بالتقادم، فيسوغ للشريك أن يتمسك به مهما مضى من الوقت على البقاء في الشيوغ، وقد أعلن المشرع المغربي ذلك بصراحة، إذ نص في الفصل 981 من قانون الالتزامات والعقود على أن «دعوى القسمة لا تسقط بالتقادم».

إلا أن هناك حالات استثنائية يلزم فيها الشريك على البقاء في الشيوغ، وذلك إما لوجود اتفاق فيما بين الشركاء، وإما لأن العين المشتركة تتنافى بطبيعتها أو بالنظر للغاية المعدة لها مع فكرة القسمة، ويكون الشيوغ فيها مؤبداً بصورة اضطرارية.

فبالنسبة لوجود اتفاق بين الشركاء، فيجوز لهؤلاء الشركاء في مال شائع أن يتفقوا فيما بينهم، بشرط أن يكون الاتفاق كتابة، كما نصت على ذلك المادة موضوع الشرح، على عدم جواز طلب أحدهم القسمة خلال أجل محدد أو قبل توجيه إعلام سابق على ما نص عليه الفصل 979 من قانون الالتزامات والعقود. فإذا وقع مثل هذا الاتفاق بين الشركاء يلزمون جميعاً به، ولا يحق لأحد منهم ولا لأحد من يخلفهم طلب القسمة قبل حلول الأجل المحدد بالاتفاق أو قبل توجيه إعلام سابق لشركائه، كما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 27 من مدونة الحقوق العينية بقولها : «لا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة».

على أنه لما كانت الضرورات تقدر بقدرها، فإن المشرع أجاز للمحكمة، حتى في الحالة التي يكون فيها الشركاء قد اتفقوا على عدم جواز طلب أحدهم القسمة خلال أجل محدد أو قبل توجيه إعلام سابق، أن تأمر بفسخ الاتفاق وحل الشيوع وبإجراء القسمة إن كان لذلك مبرر معتبر ومشروع، وذلك كأن تقضي ظروف أحد الشركاء الخاصة أن ينقل عمله إلى بلد آخر أو كان يحتاج إلى مال لا يمكن تداركه إلا إذا قسم الشيء الشائع وبيعت حصته مفرزة، أو كأن يقع بينه وبين شركائه خلاف لا أمل في تسويته.

وأما إذا كان الشيء الشائع يتناهى بطبيعته أو بالنظر للغاية المعد لها مع فكرة القسمة، ويكون الشيوع فيه معدداً لأن يبقى مؤبداً - أو على الأقل مستمراً بصورة اضطرارية - ففي مثل هذه الحالة يلزم الشركاء على البقاء في الشيوع، ولا يسوغ لأحد منهم أن يطالب بقسمة المال الشائع⁽¹⁾.

الفرع الثاني الحائط المشترك

المادة 28

«الحائط الفاصل بين عقارين يعد مشتركاً بينهما إلى نهاية خط الاشتراك ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك».

الشرح :

مفهوم الحائط المشترك

يقصد بالحائط المشترك كل جدار ارتفع على الخط الفاصل بين ملكين متجاورين، أي كل حائط يفصل بين عقارين يعد مشتركاً بينهما إلى نهاية خط الاشتراك، سواء كان هذا المكان عبارة عن بناءين أو أرضين أو حديقتين أو حتى بين الحقوق المسورة، وسواء كان ذلك كله في المدن أو في البوادي يفترض أنه مشترك، ما لم يوجد سند أو دلالة على العكس، أي ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك، كما نصت عليه المادة موضوع الشرح.

وتختلف الأحكام التي تطبق على هذا الجدار باختلاف ما إذا كان مملوكاً ملكية مستقلة لأحد الجيران، أو كان مملوكاً لهما أو لهما ملكية مشتركة، وسنتعرض إلى هذه الحالات في المواد الآتية شرحها.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 359.

المادة 29

«لكل شريك في الحائط المشترك أن يستعمله بحسب الغرض الذي أعد له وله على وجه الخصوص أن يقيم بجانبه بناء أو أن يضع فوقه عوارض أو دعائم ليسد السقف لكن بالقدر الذي لشريكه شرط أن لا يحمله فوق طاقته وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة.

النفقات الضرورية لإصلاح وتحديد الحائط المشترك يتحملها جميع الشركاء كل بحسب حصته فيه».

الشرح :

أحكام الحائط المشترك

سبقت الإشارة إلى أن الأحكام التي تطبق على الحائط المشترك تختلف باختلاف ما إذا كان مملوكاً ملكية مستقلة لأحد الجيران، أو كان مملوكاً لهما أو لهما ملكية مشتركة.

ففي الحالة الأولى : وهي التي يثبت فيها أن الحائط مملوك ملكية خاصة لأحد الجيران، وذلك فيما إذا اتفق المعنيون بالأمر على أن الحائط مملوك لأحدهم. أو فيما إذا أثبت أحدهم أن هذا الحائط مملوك له ملكية خاصة وذلك عن طريق إدلائه بما يثبت أنه هو الذي بناه في أرضه وبماله وكأن يثبت أنه اشترى جاره في الحائط الذي كان مشتركاً بينهما. وكأن تقوم قرينة أو علامة تدل على أن ذلك الحائط مملوك ملكية خاصة لأحدهما.

وقد ذكر الفقهاء أمثلة لهذه القرائن والعلامات، ومنها : أن يكون القمط في إحدى جهتي الحائط، ويقصد بالقمط العقود التي هي مواضع عقد الحيطان في الأركان، وهذا يعني أنه ينظر فيه الحائط المتنازع فيه، فإن كان معقوداً مع بقية حيطان أحد المتنازعين، بحيث تشابك ذلك الحائط مع حائط آخر لأحد الجيران، فإن ذكر قرينة على أنه بنى مع ذلك الحائط، وهذه أقوى قرينة تدل على أن ملك الحائط هو الذي تكون العقود من جهته. ومن القرائن على ملكية خاصة للحائط أن يكون الحائط مملطاً من واجهة واحدة دون الواجهة الأخرى. ومن القرائن أيضاً التي تدل على أن الحائط مملوك ملكية خاصة لأحد الجيران، أن تكون في إحدى واجهتيه طاقة غير نافذة أو خزانة دون الواجهة الأخرى. وكذلك من القرائن والعلامات التي تدل على ملكية الحائط ملكية خاصة، أن تكون في أعلا الحائط من جهة أحد الجيران علامات تدل على غرز أعمدة سقف أو بناء من تلك الجهة.

فإن هذه كلها قرائن تدل على أن الحائط مملوك لمن تكون تلك العلامات من جهته، ويحكم حينئذ بأنه مملوك له ملكية خاصة.

ومن هذه العلامات أيضاً ما نص عليه الفصل 117 من قانون الالتزامات والعقود بقوله : «من علامات عدم الاشتراك أن يكون أعلا الجدار مستقيماً وعمودياً من جهة، ومنحدرًا من الجهة الأخرى.

كذلك عندما يوجد من جهة واحدة فقط طنف أو نقوش ونواتئ حجرية تكون قد وضعت عند بناء الجدار.

وفي هذه الحالة يعتبر الجدار خاصاً بالملك الذي وجد من جهته الانحار أو تلك النواتئ والنقوش».

ويتربط على حق هذه الملكية الخاصة أنه يحق لصاحبه أن يستعمله كيفما شاء وبعليه إلى أي حد أراد «في إطار ما تقتضي به الضوابط البلدية والأنظمة الجاري بها العمل» ولو أدى ذلك إلى غلق نوافذ جاره وحجب النور والهواء عنه، لكنه لا يجوز له أن يفتح فيه نوافذ أو مطلات تشرف على جاره إلا بعد أن يتقيد بالقيود القانونية المقررة في فتح المطلات، كما يجوز له أن يهدمه خشية سقوطه أو انهدم من تلقاء نفسه، أو قام بهدمه متعمداً من غير أن يكون هناك داع لهذا الهدم، ما لم يكن قد قصد بهدمه مجرد الإضرار بجاره، حينئذ يعاقب على ذلك القصد السيء.

وعلى العكس من ذلك إن كان الحائط مائلاً للسقوط، وكان يهدد المارة أو الجار بالسقوط عليهم، فيرغم صاحبه على هدمه حينئذ.

وفي الحالة الثانية : وهي عندما يكون الحائط مشتركاً بين الجارين، وذلك فيما إذا كان اتفاق على أنه مملوك لهما ملكية مشتركة أو عندما يتعذر على من يدعي انفراده بملكيته أن يثبت ذلك، ولا توجد علامة من العلامات التي تدل على ملكية أحدهما له، أو كانت تلك العلامات موجودة في واجهته معاً، ولم يترجح جانب أحد المتنازعين، فحينئذ يعتبر ذلك الحائط مملوكاً على وجه الشركة بينهما⁽¹⁾.

والقواعد التي تطبق على الحائط المشترك هي التالية :

(1) إن إصلاح الحائط المشترك وبناءه يقعان على عاتق جميع ملاك الحائط المشترك كل منهم بنسبة حصته في هذا الحائط.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 102 و103.

على أن للشريك في الحائط المشترك التحلل من هذا العبء وعدم المساهمة في نفقات الإصلاح أو إعادة البناء إذا تخلص عن حقوقه في الحائط شرط أن لا يكون له بناء يستند إلى الحائط المذكور.

(2) يحق لكل من ملاك الحائط المشترك أن يقيم بناء بجانب هذا الحائط وأن يغرز ركائز في عرض الحائط المذكور كله شرط أن يترك من سمكه خمسة وخمسين سنتيمتراً تقريباً مع مراعاة حق الجار في الحالة التي يرغب فيها وضع ركائز في المكان نفسه أو إسناد مدخنة إلى الحائط، في الزام جاره برد الركائز إلى منتصف سمك الحائط.

(3) عندما يعاد بناء حائط مشترك (أو دار) تستمر الاتفاقات الإيجابية والسلبية إزاء الحائط الجديد أو الدار الجديدة، دون أي زيادة في الأعباء التي كانت تفرضها هذه الاتفاقات من قبل⁽¹⁾.

وخلاصة القول، أنه يحق لكل شريك في الحائط المشترك أن يقيم بجانبه بناء أو يضع فوقه عوارض أو دعائم، ولكن بالقدر الذي لشريكه بشرط ألا يحمله فوق طاقته، وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة، وتقع المصاريف والنفقات الضرورية لإصلاح وتجديد الحائط المشترك على عاتق جميع الشركاء كل حسب حصته فيه.

المادة 30

«ليس للشريك في الحائط المشترك أن يتصرف فيه بإقامة بناء أو منشآت عليه إلا بموافقة شريكه مع مراعاة القوانين والأنظمة.

ومع ذلك إذا كانت لأحد الشريكين مصلحة جدية ومقبولة في تعلية الحائط المشترك فإن له أن يعليه بشرط أن يتحمل وحده نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلق وأن يقوم بما يلزم بجعل الحائط يتحمل زيادة الأعباء الناشئة عن التعلية دون أن يفقده ذلك شيئاً من متانته على ألا يلحق ذلك ضرراً بجاره.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية، فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناءه كله على نفقته وحده بشرط أن تقع زيادة سمكه في أرضه، ويظل الحائط المجدد في غير الجزء المعلق مشتركاً دون أن يكون لمن أحدث التعلية أي حق في التعويض».

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 321.

الشرح :

عدم جواز تصرف الشريك في الحائط
المشترك إلا بموافقة شريكه

أوضحت هذه المادة موضوع الشرح، أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في الحائط المشترك بإقامة منشآت أو بناءات إلا بموافقة شريكه، فإذا احتاج الحائط المشترك إلى إصلاح أو إعادة بناء ما تهدم منه، فإن النفقات اللازمة لذلك يوزع على جميع الشركاء فيه بقدر ما يملكه كل واحد منهم. ويحق للشركاء جميعاً أن يتفقوا على تعلية الحائط المشترك، وتوزع بينهم حينئذ النفقات والمصاريف اللازمة لتعليته بنسبة ما يملكه كل واحد منهم. كما تؤخذ من أرضهم جميعاً ما قد يلزم للزيادة في سمك الحائط من أجل جعله قادراً على حمل تلك التعلية، وبذلك يصبحون جميعاً مالكيين لتلك التعلية بنفس النسبة التي يملكونها في الحائط المشترك، ويمكنهم أن ينتفعوا بها كما ينتفعون بالحائط نفسه.

وإذا أراد أحد الشركاء تعلية الجدار المشترك، وامتنع شركاؤه من ذلك فيمكنه أن يعليه وحده، ولكن يتعين عليه أن يتقيد بالقواعد التالية :

أ - إذا كان الحائط لا يتحمل ما يزداد في علوه، فيتعين على من يريد تعليته أن يجعله قادراً على عمل التعلية، ويتحمل وحده جميع المصاريف الضرورية لذلك بما فيها نفقات صيانة وإصلاح الجزء الذي أضيف إلى علو الحائط تجب على من قام بتعليته دون بقية المالكين.

ب - يلزم هذا الشريك الذي أراد تعلية الجدار المشترك أن يؤدي لبقية شركائه تعويضاً عن الثقل الذي تحمّل به ذلك الحائط حسب ما يقدره الخبراء لواجبهم فيه.

ت - يصبح الشريك الذي قام بهذه التعلية وأنفق عليها ما يلزم من مصاريف مالكاً للجزء الذي أضيف إلى علو الحائط ملكية خاصة، بحيث لا يحق لبقية شركائه في الحائط أن ينتفعوا بها، غير أن من حق كل شريك لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح مالكاً لنصفها إذا أدى نصف جميع المصاريف ونصف قيمة الأرض التي يمكن أن تكون قد اقتضت الضرورة إضافتها للزيادة في سمك الحائط من أجل جعله قادراً على عمل التعلية.

واعتماداً على ما ذكر، قرر المشرع في المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، أنه لا يجوز للشريك أن يتصرف في الحائط المشترك بإقامة منشآت

وبناءات أو إصلاحات إلا بموافقة شريكه وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجارية بها العمل.

وأنه يحق لكل شريك أن يعلي الحائط المشترك، غير أنه يتحمل وحده نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلي على ألا يلحق ذلك ضرراً بجاره.

وأنه إذا لم يكن الحائط المشترك صالحاً لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناءه كله على نفقته بشرط أن تقع زيادة سمكه في أرضه.

المادة 31

«ليس للجار أن يجبر جاره على التنازل له عن حصته في الحائط المشترك أو الأرض التي أقيم عليها، غير أنه في حالة التعلية يمكن للجار الذي لم يساهم في نفقاتها أن يصبح شريكاً في الجزء المعلي إذا دفع نصيبه في نفقات التعلية وفي قيمة الأرض التي تقع عليها زيادة السمك».

الشرح :

عدم إجبار أحد على التنازل لجاره
عن حقه في الحائط المشترك

إن الصورة التي نتحدث عنها هذه المادة موضوع الشرح، تتمثل فيما إذا كان شخص يملك حائطاً على حدود عقاره وعرض جاره عليه أن يدخله شريكاً في ذلك الحائط مقابل أن يؤدي له نصف قيمته ونصف قيمة الأرض التي بني عليها. فمن حق صاحب الحائط أن يقبل أو يرفض وليس هناك ما يلزمه ويجبره بأن يقبل هذا العرض، وهذا مخالف لما يراه كثير من رجال القانون في فرنسا، من أنه يرغم مالك الجدار الواقع على حدود عقاره على أنه يستجيب لطلب جاره الرامي إلى قبوله شريكاً في ذلك الجدار، فيما إذا أدى له نصف قيمته ونصف قيمة الأرض التي أقيم عليها⁽¹⁾.

ويستثنى مما قلناه من أن الجار لا يرغم ولا يجبر على أن يقبل جاره شريكاً في ذلك الحائط، حالة واحدة، وهي : عندما يكون هذا الحائط مشتركاً بين الجارين، ثم يقوم أحدهما بتعليته من ماله، ويصبح ذلك العلو مملوكاً له فقط، فإن من حق شريكه أن يصبح شريكاً في ذلك العلو متى دفع لشريكه نصف ما اتفق في تعلية الحائط ونصف

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 107.

قيمة الأرض التي قد تستلزمها الزيادة في سمك ذلك الحائط ليصبح قادراً على حمل ما زيد في علوه، وليس للجار الذي قام بتلك التعلية أن يتمتع من قبول جاره كشريك فيها.

وهذا ما نصت عليه المادة، موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية، من أنه لا يجوز للجار أن يجبر جاره على التنازل له عن حصته في الحائط المشترك، غير أنه يمكن للجار الذي لم يساهم في نفقات التعلية أن يصبح شريكاً في الجزء المعلق إذا دفع نصيبه في نفقات التعلية في قيمة الأرض التي تقع عليها زيادة السمك.

وما نص عليه أيضاً الفصل 125 من قانون الالتزامات والعقود بقوله : «لا يجبر أحد على التنازل لجاره عن نصف جداره. غير أنه في حالة تعلية جدار مشترك يمكن للجار الذي لم يساهم في تعليته أن يكسب نصفها بأداء ما اتفق على التعلية ونصف قيمة الأرض المزيدة لتوسعة الحائط إن اقتضى الحال».

الفرع الثالث

الطريق الخاص المشترك

المادة 32

«الطريق الخاص المشترك ملك مشاع بين من لهم حق المرور فيه، ولا يجوز لأحدهم أن يحدث فيه شيئاً، سواء كان مضرراً أو غير مضر، إلا بإذن من باقي شركائه».

الشرح :

تعريف الطريق الخاص المشترك

وعدم جواز إحداث فيه شيء إلا بموافقة الشركاء

تعريف الطريق :

هو ما مهد من الأرض وسار عليه الناس، وهو نوعان : طريق خاص، وطريق عام.

الطريق الخاص المشترك : هو الطريق الذي يملك الانتفاع به أشخاص مخصصون، دون غيرهم، سواء كان نافذاً أو غير نافذ، وقد يملكون أرضه أيضاً.

وأصحاب الطريق الخاص المشترك، هو كل من له باب عليه، سواء كان باب منزل، أو دكان أو بستان، أو نحو ذلك.

وحق كل واحد من أصحاب الطريق الخاص المشترك يكون بما بين بابه وأول الطريق، إن كان الطريق غير نافذ، لأن حاجته تندفع بذلك، وفي كامل الطريق إن كان نافذاً، ولا يجوز لأحد من أصحاب الطريق الخاص المشترك أن يتصرف في حق غيره من الطريق إلا بإذن شركائه، فلا يجوز له أن يفتح عليه باباً، ولا أن يتخذ شرفة، ولا أن يحفر حفرة، ونحو ذلك، إلا بموافقة شركائه.

وهو معنى ما جاءت به مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح، بحيث عرفت الطريق الخاص المشترك، كالمالك المشترك هو لمن لهم حق المرور فيه، ولا يجوز لأحد الشركاء أن يحدث فيه شيئاً، سواء كان مضرراً أو غير مضر إلا بإذن باقي شركائه.

المادة 33

«لا يجوز للشركاء في الطريق المشترك أن يطلبوا قسمته ولا أن يتفقوا على تفويته مستقلاً وليس لهم أن يسدوا مداخله ما لم يقع الاستغناء عنه.
كما لا يجوز لأحدهم التصرف في حصته في الطريق إلا تبعاً لتصرفه في العقار المملوك له».

الشرح :

القيود المقررة بالنسبة لملاك الطريق الخاص المشترك

سبقت الإشارة إلى أنه يحق لكل واحد من أصحاب الطريق الخاص المشترك، أن ينتفع بهذا الطريق بما لا يضر بالباقيين، فله حق الوقوف والجلوس والسير للاسترواح فيه، وله حق المشي والمروور وتسيير مركباته فيه على النحو الذي لا يضر بغيره من الجيران الشركاء.

إلا أن هناك قيوداً مقررة بالنسبة لملاك وشركاء الطريق الخاص المشتركة يتعين عليهم الخضوع لها، واحترامها، نصت عليها مدونة الحقوق العينية، في المادة 33 موضوع الشرح، نذكر تلك القواعد فيما يلي :

أ - لا يجوز للشركاء في الطريق المشترك أن يطلبوا قسمته، أي لا يجوز لأحد الشركاء في الطريق المشترك أن يطلب قسمة هذا الطريق، وأخذ حقه منه مفرزاً ومستقلاً، لأن المالك على الشياخ لا يملك شيئاً مفرزاً، وإنما يمتزج حقه بحقوق باقي الشركاء، فإن انتفاع كل شريك بحصته من الشيء المشاع أو استغلاله لها لا يتم إلا عن طريق ما يسمى بالقسمة الاستغلالية، وتسمى أيضاً قسمة المهياة «فلا يجوز للشركاء

أن يطلبوا قسمة الطريق المشترك بينهم ولو قسمة استغلال، فأحرى طلب الشركاء بالقسمة البتية، وهي القسمة النهائية، وليس لهؤلاء الشركاء أن يرفعوا دعوى القسمة، سواء القسمة الاستغلالية أو القسمة البتية أمام القضاء، تتعلق بقيمة الطريق الخاص المشترك، لأن الطريق الخاص المشترك غير قابل للقسمة.

ب - كما لا يجوز للشركاء في الطريق الخاص المشترك أن يتفقوا على تقويت طريقهم المشترك وبيعه مستقلاً ومفرزاً، لأن ملاكي الطريق المشترك يملكونه على الشياع، ولا يملكون شيئاً مفرزاً، وإنما يملك كل واحد من الشركاء حصة مشاعة في كل جزء من ذلك الطريق، فإنه لا يجوز للشركاء أن يتصرفوا في جزء من الطريق مفرزاً، لذلك، لا يجوز لهم الاتفاق على بيعه وتقويته مفرزاً ومستقلاً، وهو ما نصت عليه مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح، بقولها : «ولا أن يتفقوا على بيعه مستقلاً».

ج - كما أن المشرع، قيد بعدم تصرف الشركاء في الطريق الخاص المشترك، في حصتهم بالطريق، وقال : ليس لهم أن يسدوا مدخله ما لم يقع الاستغناء عنه، أي لا يجوز لهؤلاء الشركاء أن يقوموا بسد مدخل الطريق الخاص المشترك الذي ينتفع منه جميع الشركاء، في المدخل إذا كان غير نافذ، فلا يغلقون هذا المدخل، ويحرمون أنفسهم من الانتفاع بالمرور والدخول والخروج، من مدخل الطريق.

إلا أن المدخل إذا فقد الشركاء الانتفاع به، واستغنوا عنه في الانتفاع منه، وعدم الدخول والخروج منه، فحينئذ يمكن لهم أن يسدوه ويغلقوه، للاستغناء عنه وعدم الاستفادة منه.

د - كما حدد المشرع في المادة موضوع الشرح، لأحد الشركاء في الطريق الخاص المشترك بأنه لا يجوز له التصرف في حصته في الطريق، إلا المقدار التابع لتصرفه في العقار المملوك له، ولا يجوز له أن يتعدى أكثر ما يتصرف في العقار المملوك له. وهو المنصوص عليه في هذه المادة من مدونة الحقوق العينية بقولها : «كما لا يجوز لأحدهم التصرف في حصته في الطريق إلا تبعاً لتصرفه في العقار المملوك له».

المادة 34

«إذا أغلق أحد الشركاء في الطريق المشترك بابه المفتوح عليه فلا يسقط بذلك حقه في المرور فيه ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتحه من جديد».

الشرح :

لا يسقط حق أحد الشركاء في المرور
في الطريق المشترك بعد إغلاق بابه المفتوح عليه

سبقت الإشارة إلى أن من يملك حصة مشاعة في مال ما يعتبر مالكا لتلك الحصة ملكية تامة، ونظراً إلى أننا عرفنا أن الملكية تخول صاحبها حق الانتفاع والاستغلال والتصرف في الشيء المملوك، كما يمكنه أن يدافع عن حقه ضد كل اعتداء عليه، ويمكنه أيضاً أن يقوم بكل ما يتطلبه ذلك المال من أعمال الصيانة والدفاع، وحق المالك على الشياخ في كل ذلك يخضع للقواعد والأنظمة الجاري بها العمل.

وفي إطار العمل بما ذكر، نصت المدونة في المادة موضوع الشرح على أن أحد الشركاء في الطريق الخاص المشترك، له الحق في إغلاق باب داره أو باب حانوته أو بستانه أو نحو ذلك المفتوح على الطريق المشترك، لأنه يتعلق بحصته المشتركة مع الشركاء في هذا الطريق، ويبقى مالكا لهذه الحصة في الطريق، لذلك لا يسقط حقه في المرور في هذا الطريق، بعد إغلاقه باب داره أو باب حانوته، وينتج عن ذلك، أنه يجوز لصاحب الباب ولخلفه من بعده، سواء كان الخلف الخاص أو الخلف العام أي ورثته، أن يعيد فتح هذا الباب المغلق من جديد واستغلاله كما كان استعماله من قبل إغلاقه.

وهكذا يكون الحكم، إذا أغلق أحد الشركاء في الطريق المشترك بابه المفتوح عليه، فلا يسقط بذلك حقه في المرور فيه، ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتحه من جديد.

المادة 35

«لا يسوغ لغير الشركاء في الطريق المشترك فتح أبواب عليه أو المرور فيه، ومع ذلك يجوز للمارة في الطريق العام الدخول إلى الطريق الخاص المشترك عند الضرورة».

الشرح :

يمنع فتح أبواب الطريق المشترك أو المرور فيه
لغير الشركاء إلا عند الضرورة

مر معنا أن الطريق الخاص هو الطريق الذي يملك الانتفاع به أشخاص مخصوصون، دون غيرهم، سواء كان نافذاً أو غير نافذ، وقد يملكون أرضه أيضاً. كما سبقت

الإشارة إلى أن أصحاب الطريق الخاص هم كل من له باب عليه، سواء كان باب منزل أو دكان، أو بستان، أو نحو ذلك، وأنه لا يجوز لأحد الشركاء التصرف في حصته في الطريق إلا تبعاً لتصرفه في العقار المملوك له. وإذا أغلق أحد الشركاء في الطريق المشترك بابه المفتوح عليه، فلا يسقط بذلك حقه في المرور فيه، ويجوز له ولخلفه من بعده أن يعيد فتحه من جديد.

وأما في المادة 35 موضوع الشرح فقد قرر المشرع، أنه لا يجوز لغير الشركاء في الطريق الخاص المشترك، فتح أبواب على هذا الطريق من جديد، أو المرور فيه، لأن غير الشركاء يعتبر أجنبياً وغير مالك لحصة مشاعة مع هؤلاء الشركاء، ولا يسمح لأحد من غير الشركاء، فتح أبواب على الطريق المشترك، كما لا يسمح لأحد من غير الشركاء المرور في الطريق الخاص المشترك، إلا استثناء، فيجوز المرور بالنسبة للمارة في الطريق العام، الدخول إلى الطريق الخاص المشترك عند الضرورة، واضطراراً لقضاء حاجته، تتعلق بصحته أو اضطرارية، لكيلا يقضيها إلا بالدخول والمرور في هذه الزنقة والدرب الخاص بالشركاء.

ولابأس أن نشير إلى أن الطريق العام هو الطريق النافذ من الملك العمومي تقيمه الدولة، ويكون ملكاً عاماً لجميع الناس، ويجعل حق المرور فيه لكل أحد، بحيث يحق لكل واحد من الناس أن ينتفع بالطريق العام لأنه ملك عمومي بما لا يضر بالباقيين، فله حق الوقوف والجلوس والسير للاسترواح فيه، وله حق المشي، وتسيير مركباته فيه على النحو الذي لا يضر بغيره.

إلا أن أحد المارة في الطريق العام، إذا اضطر إلى المرور في الطريق الخاص المشترك، من أجل قضاء حاجته بواسطة الطريق الخاص المشترك، بعد ما يتحول من الطريق العام، وكان مضطراً للدخول في الطريق الخاص المشترك بحيث يكون العارض محصوراً عن الطريق العام، فيحق لصاحبه أن يطلب تعيين ممر في الأرض المجاورة لتكون صلة وصل بين ذلك العقار والطريق العام، فيباح له المرور، ويجوز له الدخول إلى الطريق الخاص المشترك بسبب الضرورة.

المادة 36

«المصاريف الضرورية لإصلاح وتعمير الطريق المشترك يتحملها الشركاء فيه كل منهم بنسبة حصته فيه.

إذا رفض أحد الشركاء المساهمة في هذه المصاريف جاز لباقي الشركاء القيام بإصلاح الطريق ومطالبته قضائياً بأداء ما يجب عليه من هذه المصاريف».

الشرح :

إلتزامات الشريك من حيث حفظ

الطريق الخاص المشترك

نظراً إلى أن الشريك على الشياح، لا يملك شيئاً مفزراً ليكون حراً في أن يستعمل أو ينتفع أو يتصرف في ملكه كما يشاء - في حدود الأنظمة والقيود التي يفرضها المشرع أو القانونون - وإنما يملك نصيباً شائعاً في الطريق يشاركه فيه غيره. فلذلك كان على كل شريك أن يلتزم تجاه بقية شركائه بالتزامات تمنعه من القيام بما يخل بحقوقهم أو تحمله مسؤولية مشاركتهم في حفظ الطريق المشترك وأداء المصاريف اللازمة لذلك.

وعليه، يتعين على كل شريك في الطريق المشترك أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي على ملكه المفز، فيقوم بترميم كل ما يلحق الطريق من أضرار، ويصلح القواديس والميازيب وغير ذلك من ترميم وصيانة، ويطالب المترامي على هذا الطريق المشترك بالتخلي عن جميعه، ولو على طريق القضاء، ولا يحتاج إلى أن يحصل على وكالة من بقية شركائه.

وإذا كانت المحافظة على صيانة الطريق المشترك وإصلاحه، تستلزم نفقات ومصاريف مستعجلة، فإن قام أحد الشركاء بإتفاقها، كان له أن يلزم بقية الشركاء بأداء واجبهم فيها على قدر ما يملكه كل واحد منهم في الطريق المشترك، ولا يستطيع أي شريك حينئذ أن يتملص من ذلك، مادامت هذه المصروفات الضرورية قد أنفقت فعلاً من طرف أحدهم.

أما إذا لم يقم أي واحد من الشركاء بأداء المصاريف اللازمة المذكورة، فيحق لكل واحد من الشركاء أن يلزم الآخرين بالمساهمة معه في إجراء ذلك الإصلاح وأداء واجبهم فيه.

وهذا ما نص عليه الفصل 968 من قانون الإلتزامات والعقود بقوله : « لكل مالك على الشياح الحق في أن يجبر باقي المالكين على المساهمة معه، كل بقدر نصيبه، في تحمل المصروفات اللازمة لحفظ الشيء المشاع وصيانته ليبقى صالحاً للاستعمال في الغرض الذي أعد له».

وهذا قريب مما قرره الفقهاء في هذا الموضوع، من أنه إذا كان الشيء المشترك مما لا يقبل القسمة، واحتاج إلى إصلاح وترميم وصيانة، فيتعين على جميع الشركاء أن يؤديوا نفقات ومصاريف ذلك الإصلاح، فإن امتنع أحدهم ورفض المساهمة في هذه المصاريف، وجاز لباقي الشركاء القيام بإصلاح الطريق، ورفع دعوى ضد الرفض أمام القضاء، للحكم عليه بأداء ما يجب عليه من هذه المصاريف.

وهذا ما قررتة مدونة الحقوق العينية في هذه المادة موضوع الشرح، بحيث أمرت بأن يتحمل الشركاء المصاريف الضرورية لإصلاح وتعمير الطريق المشترك كل منهم بنسبة حصته فيه، وإذا رفض أحد الشركاء المساهمة في هذه المصاريف، جاز لباقي الشركاء القيام بإصلاح الطريق ومطالبة قضائياً بأداء ما يجب عليه من هذه المصاريف.

الباب الثاني

الارتفاقات والتكاليف العقارية

الارتفاقات جمع ارتفاق، وحق الارتفاق هو حق مقرر لخدمة عقار يسمى العقار المخدوم على آخر غير مملوك للمالك الأول ويسمى العقار الخادم، ويقيد من سلطة صاحب العقار الخادم لمصلحة صاحب العقار المخدوم، ومن أمثلة حقوق الارتفاق، أن يكون العقار يملكه عمر، حق مرور على عقار مجاور يملكه إبراهيم، فحق المرور هذا المرتب على منفعة العقار الأول العائد لعمر على العقار الثاني العائد لإبراهيم، هو حق ارتفاق، والعقار الأول المقرر حق المرور لمنفعته يطلق عليه اسم «العقار المرتفق» أو «العقار المتسلط» والعقار الثاني المرتب عليه حق المرور يسمى «العقار المرتفق به» أو «العقار الخادم»⁽¹⁾.

وسنبحث هذه الأحكام في المواد المدرجة في الفصل الأول من الباب الثاني من مدونة الحقوق العينية.

وأما التكاليف العقارية، أو التحملات العقارية، أو القيود التي ترد على حق الملكية، كي تؤدي وظيفتها الاجتماعية، وهي أنواع : منها ما هو مقرر حتى لا يخرج حق الملكية من غايته ولا يساء استعماله، ومنها ما هو مقرر في سبيل النفع العام. ومنها ما هو موضوع لرفع مضار الجوار. ومنها ما هو وليد اتفاق المتعاقدين.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 577.

وسنبحث هذه الأحكام في المواد الواردة في الفصل الثاني من الباب الثاني من مدونة الحقوق العينية.

الفصل الأول

الارتفاقات

الفرع الأول

أحكام عامة

المادة 37

«الارتفاق حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر».

الشرح :

تعريف حق الارتفاق، والفرق بينه

وبين حق الانتفاع

أولاً : تعريف حق الارتفاق :

الارتفاق في اللغة : الانتفاع بالشيء، وفي الاصطلاح : عرف الفصل 108 من ظهير 19 رجب حق الارتفاق بقوله : (الارتفاق هو تكليف مقرر على عقار من أجل استعمال منفعة عقار يملكه شخص آخر) وأكدت هذا التعريف المادة 37 موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، بحيث بمقتضى هذين التعريفين المستخلصين من التعريف المولودين على مفهوم واحد وحكم واحد، والارتفاق هو أحد أنواع الملك الناقص⁽¹⁾.

وهو حق عيني⁽²⁾ قصر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار آخر مملوك للغير الأول، أيأ كان شخص المالك، كإجراء الماء من أرض الجار، أو تصريف الماء

(1) الملك كما هو معروف نوعان : ملك تام وهو ملك الرقبة (ذات الشيء) والمنفعة. وملك ناقص، وهو ملك المنفعة، وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع بشخصه، لا العين المملوكة، وقد يكون حقاً عينياً، أي تابعاً للعين المملوكة دائماً فينتقل من شخص إلى آخر.

(2) الحق في اصطلاح القانونيين نوعان : حق عيني وحق شخصي، فالأول : هو علاقة مباشرة بين شخص وشيء معين بذاته، مثل حق الملكية وحق الارتفاق، وحق شخصي : هو علاقة شرعية بين شخصين، أحدهم يكون مكلفاً بعمل، والآخر بالامتناع عن عمل كملاقة الدائن والمدين، يكلف المدين بأداء الدين، وهذا عمل، وعلاقة المودع بالوديع، فلأول حق على الوديع في استعمال الوديعة، وهذا امتناع عن عمل.

المملوك في مصرف معين، أو المرور في أرض الغير، أو البناء فوق دار غيره (حق التعلي) سواء أكانت الأرض المرتفق بها مملوكة ملكاً عاماً أو خاصاً، ويقطع النظر عن شخصية مالك العقار المرتفق به، ولذا وصف حق الارتفاق بأنه «حق عيني» فلو كان العقاران لمالك واحد، لم يثبت حق الارتفاق.

ثانياً : الفرق بين حق الارتفاق وحق الانتفاع :

كل من هذين الحقين من أنواع الحقوق العينية لا الشخصية، لكن يظل بينهما فروق.

1 - إن حق الارتفاق مقرر لعقار معين، لأن حق الارتفاق لا يتقرر في العقارات ولا يسوغ مطلقاً ترتيبه على الأشخاص. فحق المرور مثلاً من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية، فينتفع به كل مالك لها، ولا يقتصر الانتفاع به على شخص معين.

أما حق الانتفاع فإنه خاص بشخص المنتفع، فإذا مات انتهى حقه، سواء أكان ناشئاً بين الأحياء كالإجارة والإعارة، أم بين ميت وحي كالوصية والوقف.

2 - يكون حق الارتفاق مقررأ دائماً على عقار معين، إذ المقصود من حق الارتفاق منفعة العقار المقرر له حق الارتفاق لا منفعة صاحب العقار بالذات. وعليه إذا كانت الفائدة الناجمة من التكليف مقتصرة على صاحب العقار بالذات فلا يكون حقوق ارتفاقية بل التزامات شخصية مؤقتة لا تسري على غير المتعاقدين، ولذا تقل به قيمته عن الأرض الخالية من مثل هذا الحق، أما حق الانتفاع فقد يتعلق بالعقار، كأرض أعيرت، وقد يتعلق بالمنقول مثل كتاب أعير.

3 - حق الارتفاق يشترط فيه أن يكون العقار المرتفق والعقار المرتفق به لمالكين مختلفين، إذ لو أن العقارين لمالك واحد لما كان ثمة مجال لإنشاء حق ارتفاق على عقار لمنفعة آخر، ذلك أن حق الملكية يشمل انتفاع المالك بملكه بصورة مطلقة فله أن يفعل ما يشاء في عقاراته ويحدث ما يراه من ممرات أو مجاري أو مطلات ضمن نطاق ملكيته⁽¹⁾ وبالتالي حق الارتفاق دائم لا ينتهي بوقت، فيورث باتفاق المذاهب الفقهية.

4 - أما حق الانتفاع فهو مؤقت، ينتهي بموت شخص المنتفع كالموصى له بمنفعة أرض⁽²⁾.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 578.

(2) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ج 5، ص 589.

المادة 38

«ينشأ الارتفاق إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين».

الشرح :

طرق إنشاء حقوق الارتفاق

يمكن تقسيم الارتفاق عدة تقسيمات حسب طرق انشائها، وحسب طبيعتها، فهي حسب طريقة إنشائها، تكلمت المادة 38 من مدونة الحقوق العينية، موضوع الشرح على أساس تصنيف حقوق الارتفاق فذكرت طريقة إنشاء الارتفاق تتنوع إلى ثلاثة أنواع : اما تنشأ عن ارتفاقات طبيعية، أو ارتفاقات قانونية، أو ارتفاقات إرادية.

بمعنى أن الارتفاقات بحسب مصدرها، يمكن تقسيم حقوقها إلى حقوق ارتفاق طبيعية، وحقوق ارتفاق قانونية، وحقوق ارتفاق منشأة بإرادة الإنسان.

وقد نص الفصل 109 من ظهير 19 رجب في فقرته الأولى على ما يلي : «ينشأ الارتفاق اما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو عما يفرضه القانون من التزامات أو عما يقع من ارتفاقات بين المالكين».

وعملا بنص مدونة الحقوق العينية، ونص الفقرة الأولى من الفصل 109 من ظهير 19 رجب، فإن حقوق الارتفاق يتم إنشاؤها اما بفعل الطبيعة وتسمى ارتفاقات طبيعية، أو بطريق القانون وتسمى ارتفاقات قانونية، أو بطريق الإرادة وتسمى ارتفاقات منشأة بإرادة الإنسان.

المادة 39

«الارتفاقات الطبيعية تحمل تفرضه الوضعية الطبيعية للأماكن على عقار لفائدة عقار مجاور».

الشرح :

حقوق الارتفاق الطبيعية

يقصد بحقوق الارتفاق الطبيعية، هي تلك الارتفاقات التي تنشأ عن الطبيعة، وتسمى الارتفاقات الطبيعية لأنها تنتج من وضعيتها، وذلك كأن يكون هناك أرض مرتفعة، وتجاورها أرض منخفضة، حيث ينشأ عن هذه الوضعية تكليف الأرض

الواطئة بأن يجري عليها الماء الذي يوجد في الأرض العالية، ذلك أن الطبيعة تقضي بأن تتحمل الأراضي الواطئة المياه التي تسيل من الأراضي العالية مادام سيلانها طبيعياً، لا بد للإنسان فيه، وذلك كمياه الأمطار وما يذوب من الثلوج ومياه العيون والغدوان.

وفي هذا يقول الفصل 110 من ظهير 19 رجب في فقرته الأولى «أن الأراضي الواطئة مسخرة تجاه الأراضي التي تعلوها لتلقي المياه التي تسيل منها سيلاً طبيعياً من غير أن تساهم يد الإنسان في إسالتها».

ولا يحق لصاحب الأرض الواطئة أن يطالب بأي تعويض عن هذا التكليف ولو لحقه ضرر منه، كما إذا كان يغمر أرضه أو سبب له في جرف التراب أو في ملء أرضه بصخور أو أعشاب، كما لا يجوز له أن يتعرض لهذا السيلان عن طريق إقامة سد أو حاجز، في حدود أرضه. وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل المذكور : «لا يجوز بحال لصاحب الأرض الواطئة أن يقيم سداً يمنع سيل الماء» وحتى إذا أراد صاحب الأرض الواطئة أن يقيم جداراً في حدود أرضه فيتعين عليه أن يترك من الفجوات ما يكفي لمرور الماء النازل من الأرض العالية.

وفي مقابل ذلك، لا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يعمل على إسالة مياه ذات مصدر غير طبيعي إلى أرض جاره الواطئة كأن يحفر بئراً ثم تجري ماءها، أو يجلب مياهها ثم يصرف ماءها إلى الأرض السفلى، بل إنه لا يجوز له حتى أن يقوم بما يزيد في عبء هذا التكليف الواقع على الأرض السفلى، كأن يقيم سداً تتجمع فيه الأمطار لتسيل دفعة واحدة على أرض جاره. وكأن يتسبب في تلويث مياه الينبوع النابع في أرضه ليصل إلى أرض جاره ملوثاً، وفي هذا تقول الفقرة الثالثة من الفصل المشار إليه : «لا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد عبء الارتفاق على الأرض الواطئة».

نعم إذا استعمل مالك الأرض العالية مياه الأمطار النازلة في أرضه لجمعها أو تحويلها عن مجراها الطبيعي لغرض مشروع من سقي أو صناعة، فإنه لا يمنع من ذلك ولو كان سبباً في ائصال عبء الارتفاق بالمسيل المقرر على الأرض الواطئة، وغاية ما هناك أنه يصبح ملزماً بتعويض صاحب الأرض الواطئة عن الأضرار التي تلحقه من جراء هذه الزيادة في أعباء الارتفاق بالمسيل⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 420 و421.

والحاصل، فحقوق الارتفاق الطبيعية هي المتولدة عن وضعية الأماكن الطبيعية، كحق مسيل مياه الأمطار المترتب على الأراضي المنخفضة تجاه الأراضي العالية، كما بينا ذلك أعلاه.

المادة 40

«الارتفاق القانوني هو تحمل يفرضه القانون على عقار.

ويمكن أن يقرر لمنفعة عامة أو خاصة».

الشرح :

حقوق الارتفاق القانونية

الارتفاق القانوني هو تحمل يفرضه القانون على عقار، ويمكن أن يقرر لمنفعة عامة أو خاصة، كما نصت على ذلك المادة 40 من مدونة الحقوق العينية موضوع الشرح.

ومعنى ذلك أن الارتفاقات القانونية، هي التي يفرضها القانون على مالك عقار لمصلحة عقار آخر، وذلك مثل حق المرور، وحق الشرب ومثل حق الارتفاق المقرر على الأراضي لمصلحة المطارات والمواقع الحربية، ومن هذه الأمثلة يتبين أن المقصود بالارتفاقات القانونية ما يقرره القانون من تكاليف على عقارات لتحقيق المصلحة العامة أو لمصلحة عقار ما. وهذا يعني أن الارتفاقات القانونية نوعان : ارتفاقات عامة، وارتفاقات خاصة.

أولاً : فالارتفاقات التي يقررها القانون للمصلحة العامة كثيرة جداً، أشار الفصل 114 من ظهير 19 رجب إلى نوعها كالقيود المفروضة على الأراضي المجاورة للمطارات بقوله : «إن ما قرر منها للمنفعة العامة تحدده الظهائر أو الضوابط الخاصة».

ومن الارتفاقات القانونية المقررة للمصلحة العامة ما يلي :

أ - الارتفاق المفروض لمصلحة الخطوط الهاتفية والأسلاك الكهربائية والتي ينظمها ظهير 7 شعبان 1332 هـ الذي ينص الفصل الثالث منه على أن كل ملك خاص يخضع لارتفاق المرور ووضع الدعائم والأعمدة من أجل إنشاء وصيانة واستثمار الخطوط البرقية والهاتفية والأجهزة اللاسلكية.

ب - الارتفاق لمصلحة المواقع الحربية وحيث ينص الفصل الثاني من ظهير 25 ربيع الثاني 1353 هـ على أنه يمنع على صاحب العقارات المجاورة للمواقع الحربية

والمنشآت العسكرية إحداث أي بناء أو غرس على مسافة 250 متراً أفقياً من تلك المنشآت.

ج - الارتفاق المقرر لمصلحة مياه الأملاك العامة، حيث نصت الفصول من 13 إلى 16 من ظهير 11 محرم 1344 بشأن نظام المياه على أنه يجوز لصاحب الرخصة أو حق الامتياز في هذه المياه أن يشغل الأملاك الخاصة التي تلتزم لبناء المنشآت المتعلقة بضبط المياه العامة أو أخذها، وكذا لبناء القنوات اللازمة لجبر تلك المياه وتصريفها.

ثانياً : أما الارتفاقات القانونية التي يقررها القانون للمصلحة الخاصة، فهي التي شرعها القانون ونظم أحكامها هادفاً من ذلك تكليف عقار بما فيه منفعة عقار آخر، ويمكن أن نحصر الارتفاقات التي من هذا القبيل في الارتفاق الذي فرضه القانون لصالح العقار الذي لا يوجد له منفذ إلى الطريق العام، حيث أوجب على العقارات التي تجاورها أن تتحمل بحق المرور منها إلى ذلك الطريق العام، والارتفاق القاضي بتصريف الماء من العقار إلى المجرى العام، أو يجر الساقية إليه عبر الأراضي المجاورة.

ونشير إلى أن القانون قد يسمح بإنشاء ارتفاق على ملك عام لمصلحة ملك خاص مادام لا يؤثر على سير ذلك الملك العام، وذلك مثل ما ورد في الفصلين 139 و140 من أنه يجوز لكل مالك أن يفتح مطلات أو شبائيك أو شرفات أو أطناف على الطريق العام من غير أن يتقيد بالمسافات التي يتقيد بها لو فتحتها على ملك الجار. ومثل ما ورد في الفصل 141 من أنه يمكن لكل مالك أن يقيم بنائه بكيفية تجعل مياه المطر تسيل إلى الطريق العام⁽¹⁾.

ومن أهم الأحكام التي تتعلق ببعض الارتفاقات القانونية هي الارتفاق بالمرور، والارتفاق بالمشرب والارتفاق بالمصرف.

المادة 41

«يجوز لملاك العقارات إحداث ارتفاقات عليها أو لفائدتها، وذلك باتفاق فيما بينهم مع مراعاة أحكام القانون.

يجب أن يبين في العقد نطاق هذا الحق وكيفية استعماله».

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 422 و423.

الشرح :

حقوق الارتفاق المنشأة بإرادة الإنسان

حقوق الارتفاق القانونية هي التي تنشأ بإرادة الإنسان عن طريق الارتفاق أو الوصية أو الحيازة، وذلك كأن يلتزم مالك عقار بأن لا يعلي بناءه أو غرسه لكي لا يمنع الهواء أو الشمس عن عقار جاره، وكأن يسمح شخص لملك دار بأن يفتح نوافذه على عقاره المجاور، وكأن يوصي شخص بأن يسمح لقريبه أن يسقي بساقية تمر في عقار الموصي. ذلك أنه يمكن لكل مالكين لعقارين أن يتفقا على إحداث ما يشاءان من الارتفاقات على الكيفية التي يحددها في هذا الاتفاق.

وهذا ما نصت عليه المادة 41 من مدونة الحقوق العينية موضوع الشرح، كما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل 145 من ظهير 19 رجب بقولها : «يجوز للمالكين أن يؤسسوا على أملاكهم أو لفائدتها ما شاءوا من الارتفاقات، ولكن بشرط أن لا تفرض الارتفاقات على الشخص أو لفائده، بل فقط على ملك أو لفائدة ملك، وأن لا يكون في هذه الارتفاقات بطبيعة الحال ما يخالف النظام العام.

فبالرجوع إلى النصين المذكورين المتحددين في الحكم، المتعلق بالارتفاق التعاقدي نجد أنه يجب أن يبين في العقد نطاق هذا الحق وكيفية استعماله، ثم أنه يجوز في العقارات غير المحفظة اكتساب حق الارتفاق كسائر الحقوق العينية بالتقادم، ولئن كانت الطريقة الأولى ترد على العقارات محفظة كانت أو غير محفظة، فإن الطريقة الثانية تنحصر بتطبيقها على العقارات غير المحفظة.

أولاً : الارتفاق التعاقدي :

يجوز للمالك العقارات أن يحدثوا عليها أو لمنفعتها ما شاءوا من الارتفاقات بشرط أن لا تفرض على شخص أو لمنفعة شخص بل على أرض أو لمنفعة أرض، وألا تخالف النظام العام، أي أن هذه الارتفاقات المحدثه، تكون خاضعة لأحكام القانون.

وبذلك يكون للمالك الحرية في أن يرتب ما يشاء من حقوق الارتفاق على عقاره أو لمنفعة عقاره، إلا أنه لا بد لصحة هذه الحقوق من توفر الشروط التالية :

(1) يجب أن لا يكون الارتفاق مخالفاً للقانون أو للنظام العام، كما في إنشاء حق الارتفاق بالمرور لتسهيل تهريب مواد أو بضائع ممنوعة، فالعقد المتضمن إنشاء مثل هذا الارتفاق هو عقد باطل.

(2) يجب أن يكون الارتفاق مقررًا لمنفعة عقار لا لمنفعة شخص، فالتكليف الذي يستفيد منه شخص بصفته مالكا للعقار من غير أن يستفيد منه العقار نفسه لا يعد ارتفاقاً وهو تكليف باطل.

(3) يجب أن يكون الارتفاق مقررًا على عقار لا على شخص، فالتكليف الذي يترتب على شخص بصفته مالكا للعقار من غير أن يترتب على العقار نفسه لا يعد ارتفاقاً وهو تكليف غير صحيح.

ولابد طبعاً لينتج الارتفاق التعاقدي أثره بين الأطراف وفي مواجهة الغير من تسجيله في السجل العقاري بالنسبة لعقد الارتفاق على عقار محفظ، لأن الحياة لا تنشئ الارتفاق إلا على العقار غير المحفظ.

ثانياً : الارتفاق المنشأ بطريق التقادم :

تنشأ أيضاً حقوق الارتفاق على العقارات غير المحفوظة بالتقادم، ويراد بذلك أن انقضاء مدة الزمن القانونية على ممارسة الارتفاق يؤدي إلى اكتسابه كحق للعقار المرتفق⁽¹⁾.

وبعبارة مجملة، إن لصاحب العقار المرتفق أن يمارس الحقوق الارتفاقية ضمن النطاق المحدد لهذه الحقوق، ويرجع في تحديد هذا النطاق، بالنسبة إلى الارتفاقات التعاقدية، إلى السند الذي أحدث بمقتضاه وجرى بموجبه قيدها في السجل العقاري إذا كانت مقررة على عقار محفظ، وفي حالة غموض السند يعود للقاضي تعيين مدى الارتفاق حسب قصد المتعاقدين، أما في الارتفاقات المكتسبة بالتقادم فيرجع إلى وضع اليد والحياة القانونية والمادية عملاً بقاعدة استصحاب الحال.

المادة 42

«يخضع حق الارتفاق للقواعد المبينة في العقد أو في القانون.

ويخضع في حالة علم وجود نص في القانون أو شرط في العقد للأعراف المحلية المعمول بها».

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 599.

الشرح :

استعمال حق الارتفاق وفق قواعد العقد أو القانون أو الأعراف المحلية المعمول بها

استوجب المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أن يخضع استعمال حق الارتفاق للقواعد التالية :

أولاً : يحق لصاحب العقار المرتفق أن يقوم على الأرض المرتفق بها بجميع الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق وصيانتة، فصاحب حق المرور على أرض مجاورة مثلاً، له أن يقوم بالأعمال الضرورية لاستعمال حقه والمحافظة عليه كتعبيد الممر ورصفه، إنما تكون نفقات ذلك عليه وحده، ما لم يكن العقد المنشئ للارتفاق قد نص على ما يخالف ذلك.

غير أنه يجب لفت النظر إلى أنه في الحالة التي يكون فيها مالك العقار المرتفق به مكلفاً بمقتضى العقد بأن يقوم على نفقته بالأعمال الضرورية لاستعمال الارتفاق وصيانتة، فإنه يستطيع دائماً التحرر من هذا التكليف بتخليه عن الملك المرتفق به لفائدة صاحب العقار المرتفق.

ثانياً : ليس لصاحب العقار المرتفق أن يستعمل حقه إلا وفقاً لما يأمر به القانون، فلا يمكنه أن يجري في أرضه أو في العقار المرتفق به أي تعديل من شأنه إرهاب ذلك العقار، وهذا ما نص عليه الفصل 152 من ظهير 19 رجب.

وتطبيقاً لهذا المبدأ قررت محكمة النقض في مصر «أن حق الارتفاق المكتسب بالتراضي، يجب أن يبقى ويستمر شكله في حدوده التي بدأ بها، فلا يملك أحد من المنتفعين به العبث به أو استعماله في غير مصلحة له لمجرد العنت والإساءة إلى الغير»⁽¹⁾.

ويترتب على هذا المبدأ الأساسي النتيجتان التاليتان :

أ - ينحصر استعمال حق الارتفاق في مصلحة العقار المقرر له حق الارتفاق. وبذلك لا يجوز استعماله لمنفعة عقارات أخرى، فإسالة المياه لري أرض معينة لا يجوز استعماله لري أرض غيرها..

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 606.

ب - إذا كان الارتفاق قد تقرر لانتفاع معين فليس لمن له حق الارتفاق أن يتجاوز الحاجة التي أنشئ من أجلها، فمن له حق المرور على الأقدام لا يجوز له أن يمر بالعربات، ومن له حق أخذ الماء لسقي أرضه لا يجوز له أخذ الماء لأغراض صناعية.

ثالثاً : ويخضع حق ارتفاق في حالة عدم وجود نص في القانون، أو شرط في العقد للأغراض المحلية المعمول بها، والأعراف جمع عرف. والعرف هو عادة جمهور قوم في قول أو عمل. ولقد أمر الله تعالى بالعمل بالعرف في الأمور التي لا ضابط لها في الشرع، فقال تعالى : ﴿خذ العفو وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين﴾⁽¹⁾.

والعرف نوعان : عرف عام، وعرف خاص، فالعرف العام هو ما تعارفه الناس جميعاً في جميع البلاد، كتعارفهم التعامل بعقد الاستصناع، وتعارفهم أن الإدخال في الحساب في البنك قبض، ونحو ذلك.

أما العرف الخاص، فهو ما تعارفه أهل بلد دون غيرهم، كالذي يتعارف أهل البدو بينهم دون أهل المدن، وكالذي يتعارفه أهل حرفة مخصوصة من أسماء لآلاتهم، ونحو ذلك. وهذا هو المقصود بقول المادة موضوع الشرح «الأعراف المحلية المعمول بها» في حالة عدم وجود نص القانون أو شرط في السند الإرادي، الخاضع حق الارتفاق للقواعد المبينة فيه.

هذا، ويشترط للعمل بالعرف ما يلي :

أ - أن يكون العرف مطرداً : فلو تعارف الناس شيئاً ثم تركوه لم يبق عرفاً بعد تركهم إياه.

ب - أن يكون قائماً عند التصرف، لا سابقاً قبله ولا حادثاً بعده، وعلى هذا فإن عبارات الواقفين تفسر بما تحمله ألفاظهم من المعاني حين وقوع الوقف، وليس بما يهتم منها بعد ذلك.

ج - أن لا يصادم العرف نصاً شرعياً، فلو جرى عرف التجار جميعاً يأخذ الربا من المدين عند تأخره بالوفاء فلا عبرة بهذا العرف.

د - أن لا يعارض العرف نصاً صريحاً على خلافه، فلو جرى العرف على تأجيل بعض المهر، ولكن ولي الزوجة اشترط أن يكون المهر كله حالاً، فلا عبرة لهذا العرف⁽²⁾.

(1) سورة الأعراف، آية : 199.

(2) الموسوعة الفقهية، المجلد الثاني، ص 1388.

والخلاصة، أن استعمال حق الارتفاق، يعرض على القاضي، عند النزاع أو الخلاف، وعلى القاضي، الذي ينظر فيه يعتمد في حكمه على القواعد المبينة في العقد أو نص القانون. وفي حالة عدم وجود نص في القانون أو شرط في العقد، يعتمد القاضي في هذه الحالة على اجتهاده والسلطة التقديرية التي يتمتع بها، فيقضي اعتماداً على ما جرى العمل به من الأعراف المحلية وهي ما يعرف بالحقوق الإسلامية كحق الزينة، وحق الجلسة، وحق الجزاء، وبيع الهواء، والتي لا تتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي، وضمن الشروط التي يجب توفرها في العمل بالعرف المحلي، والمشار إلى هذه الشروط أعلاه.

المادة 43

«إذا تقرر حق الارتفاق لفائدة عقار معين فإنه يخول صاحبه كل ما هو لازم لاستعمال هذا الحق».

الشرح :

استعمال حق الارتفاق عند تقريره على عقار

تتخصر حقوق مالك العقار المخدم في أنه يمكنه أن يمارس ما يمنحه إياه حق الارتفاق المرتب على العقار المرتفق به. وذلك إما حسب ما تقتضيه الوضعية الطبيعية للعقارين، فيما إذا كان الارتفاق قانونياً، وإما بحسب ما يحدد السنة المنشئ لحق الارتفاق بالنسبة للارتفاقات التي تنشأ بفعل الإنسان وحينما يقوم خلاف حول تحديد كيفية استفادة مالك العقار المخدم من الارتفاق المقرر على العقار الخادم، ولا يكون هناك سند يوضح بصفة دقيقة مدى الارتفاق ومشمولاته، فإن المحكمة هي التي تحمل مالك العقار المرتفق به على تمكينه الك العقار المرتفق من الاستفادة من ذلك الارتفاق بكيفية لا تثقل كاهل العقار الخادم مما هو زائد عن الحد اللازم.

ويخضع استعمال حق الارتفاق عند تقريره للقواعد التي تعين المحكمة للوصول إلى هذه الغاية، ومن هذه القواعد ما تضمنته المادة 43 موضوع الشرح.

بحيث إذا تقرر الارتفاق على عقار يستلزم تمكين صاحب العقار المخدم من كل ما يلزم للاستفادة من ذلك الارتفاق، أي يحق لصاحب العقار المخدم أن يقوم على الأرض المرتفق بها لجميع العمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق وصيانتها، فمن كان له حق ارتفاق بأخذ مواد البناء من عقار لصالح عقار آخر، يقتضي حقه في المرور في

ذلك العقار للوصول إلى مكان المواد المذكورة، وحق المسيل يستلزم تمكين صاحبه من حفر ساقية والدخول إلى العقار لتطهير وإزالة العوائق التي بها، أي أن صاحب حق المرور على أرض مجاورة مثلاً، له أن يقوم، بالأعمال الضرورية لاستعمال حقه والمحافظة عليه كتعبيد المرور وترصيف الطريق التي يمر منها، وبناء الساقية التي يجري فيها الماء لأرضه، وسد الثغرات التي تحديق فيها.

ولا حاجة إلى القول بأن مالك العقار المرتفق هو الذي يتحمل كل النفقات التي تلتزم لاستعمال الارتفاق أو صيانتة، إلا إذا وقع النص في السند المنشئ للارتفاق على أن مالك العقار المرتفق به هو الذي يتحمل هذه النفقات أو بعضها فيعمل حينئذ بما في ذلك السند.

وحتى في هذه الحالة - أي عندما يكون مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأداء مصاريف الارتفاق كلاً أو بعضاً -، فإن الفصل 149 من ظهير 19 رجب، يقرر أنه يمكن أن يتحمل متى شاء من هذه النفقات، وذلك بتخليه عن عقاره المرتفق به لصالح مالك العقار المخدم.

المادة 44

«يحق لصاحب حق الارتفاق أن يقوم بجميع الأعمال الضرورية لاستعمال حقه وصيانتة، شرط أن يستعمله بالقدر الذي يلحق بالعقار المرتفق به إلا أقل الضرر».

الشرح :

لصاحب حق الارتفاق القيام بجميع الأعمال الضرورية
لاستعمال حقه وصيانتة بالقدر الذي لا يضر العقار المرتفق به

تتحدث هذه المادة موضوع الشرح، في نطاق استعمال حق الارتفاق، أنه يحق لصاحب العقار المرتفق أن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق وصيانتة، فصاحب حق المرور على أرض مجاورة مثلاً، له أن يقوم بالأعمال الضرورية اللازمة لاستعمال حقه والمحافظة عليه كتعبيد الممر وورصفه، وأيضاً مثل ترصيف الطريق التي يمر منها، وبناء الساقية التي يجري فيها الماء لأرضه، وسد الثغرات التي تحدث فيها.

وفي هذا يقول الفصل 147 من ظهير 19 رجب : (يحق لمن له حق الارتفاق أن يقوم بجميع الأعمال الضرورية لاستعماله وصيانتة). غير أنه لا يحق لصاحب العقار المرتفق أن يتجاوز بمناسبة استعماله للارتفاق الحد المرسوم له في السند المنشئ لذلك

الحق، ولا يمكنه أن يقوم بما يؤدي إلى إتهال كاهل العقار الخادم، كأن يوسع الممر المخصص لمرور الأشخاص ليستعمله لمرور الحافلات.

كما لا يجوز له أن يستعمل حقه إلا وفقاً لسنده، فلا يمكنه أن يجري في أرضه أو في العقار المرتفق به أي تعديل من شأنه إرهاب ذلك العقار إلا أقل ضرر أي يستعمله بالقدر الذي لا يلحق بالعقار المرتفق به إلا أقل ضرر.

ولا يجوز له أيضاً - بطبيعة الحال - أن يتعسف في استعمال حقه، كأن يكثر من الدخول إلى العقار الذي تجري له فيه ساقية لمجرد الإضرار بصاحب ذلك العقار والاطلاع على عوراته وأسراره.

كما لا يجوز له أيضاً أن يستعمله لأغراض أخرى غير ما أعد لها فمن له ارتفاق بفتح نافذة على عقار جاره لا يحق له أن يحولها إلى شرفة. ومن له ارتفاق بتصريف المياه الضارة من عقار معين لا يجوز له بدون رضى الطرف الآخر أن يصرف في العقار الخادم مياه عقار آخر وفي هذا يقول الفصل 152 من ظهير 19 رجب : (وكذلك لا يمكن لمن له حق الارتفاق أن يستعمل حقه المذكور إلا وفق مضمونه سنده، ولا يجوز له أن يحدث لا في العقار المرتفق به ولا في العقار المرتفق أي تغيير من شأنه إرهاب العقار الأول⁽¹⁾).

وتطبيقاً لهذا المبدأ قررت محكمة النقض في مصر «أن حق الارتفاق المكتسب بالتراضي يجب أن يبقى ويستمر بشكله في حدوده التي بدأ بها فلا يملك أحد من المنتفعين به العبث به أو استعماله في غير مصلحة له لمجرد العنت والإساءة إلى الغير»⁽²⁾.

المادة 45

«لا يكون مالك العقار المرتفق به ملزماً بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق إلا ما كان يقتضيه الاستعمال المألوف لحق الارتفاق».

الشرح :

حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به

تتحدث هذه المادة موضوع الشرح، على أن مالك العقار المرتفق به يتمتع بجميع الحقوق التي خولها له حق الملكية، شرط أن لا يقوم بأعمال من شأنها إلحاق الضرر بصاحب حق الارتفاق.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 437.

(2) المرحوم الدكتور مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 606.

وبالتالي يمكن القول بأن مالك العقار المرتفق به تبقى له كل الحقوق التي للمالك على ملكه من انتفاع واستغلال وتصرف، إلا أن حقوقه هذه تصبح - بمقتضى الارتفاق - مقيدة بعدم استعمالها فيما من شأنه أن يمنع صاحب العقار المرتفق من استعمال ارتفاقه فيما أعد له أو أن يقوم بما من شأنه أن يضر به.

وعلى هذا الأساس، لا يكون مالك العقار المرتفق به ملزماً بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق، إلا ما يتطلبه الاستعمال الجاري به العمل لحق الارتفاق.

وذلك عند تقرير الارتفاق - كما سبقت الإشارة - على عقار يستلزم تمكين صاحب العقار المخدم من كل ما يلزم للاستفادة من ذلك الارتفاق، فمن كان له حق ارتفاق يأخذ مواد البناء من عقار لصالح عقار آخر، يقتضي حقه في المرور في ذلك العقار للوصول إلى مكان المواد المذكورة، وحق المسيل يستلزم تمكين صاحبه من حفر ساقية والدخول إلى العقار لتطهيرها وإزالة العوائق منها.

فصاحب الارتفاق يكون له الحق دائماً في القيام بجميع الأعمال التي يلزم لاستعماله لحقه وصيانته، وذلك مثل ترصيف الطريق التي يمر منها، وبناء الساقية التي تجري فيها الماء لأرضه، وسد الثغرات التي تحدث فيها.

ويترتب على هذا المبدأ الأساسي النتيجتان التاليتان :

الأولى : ينحصر استعمال حق الارتفاق في مصلحة العقار المقرر له حق الارتفاق، وبذلك لا يجوز استعماله لمنفعة عقارات أخرى، فإسالة المياه لري أرض معينة لا يجوز استعماله لري أرض غيرها.

الثانية : إذا كان الارتفاق قد تقرر لانتفاع معين، فليس لمن له حق الارتفاق أن يتجاوز الحاجة التي أنشئ من أجلها، فمن له حق المرور على الأقدام لا يجوز له أن يمر بالعربات ومن له حق أخذ الماء لسقي أرضه لا يجوز له أخذ الماء لأغراض صناعية⁽¹⁾.

المادة 46

«نفقة إقامة المنشآت والأعمال الأخرى اللازمة لاستعمال حق الارتفاق وصيانته تقع على عاتق مالك العقار المقرر هذا الحق لفائدته ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 606.

إذا كان العقار المرتفق به ينتفع بدوره من تلك المنشآت فإن نفقات أعمال الصيانة تقسم بين الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من نفع».

الشرح :

نفقة إقامة المنشآت والأعمال الأخرى اللازمة

لاستعمال حق الارتفاق وصيانتته تقع على عاتق المنتفع بهذا الحق

تكلت هذه المادة موضوع الشرح، على أن نفقة إقامة المنشآت والأعمال الأخرى اللازمة لاستعمال حق الارتفاق وصيانتته تقع على عاتق مالك العقار المقرر هذا الحق لفائدته، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

وإذا كان العقار المرتفق به ينتفع بدوره تلك المنشآت فإن نفقات أعمال الصيانة تقع وتقسم بين الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من نفع.

وسبقت الإشارة إلى أن صاحب الارتفاق يكون له الحق دائماً في القيام بجميع الأعمال التي تلزم لاستعماله لحقه ولصيانتته، وليس لصاحب العقار المرتفق أن يستعمل حقه إلا وفقاً لسنده.

كما سبقت الإشارة إلى أنه لا حاجة إلى القول بأن مالك العقار المرتفق هو الذي يتحمل كل النفقات التي تلزم لاستعمال الارتفاق أو صيانتته، إلا إذا وقع النص في السند المنشئ للارتفاق على أن مالك العقار المرتفق به هو الذي يتحمل هذه النفقات أو بعضها فيعمل حينئذ بما في ذلك السند.

وطبعاً إذا ساهم صاحب العقار المرتفق به وشارك في إقامة المنشآت والأعمال الأخرى، قام بها صاحب حق الارتفاق والعقار المرتفق، فتكون النفقات والمصاريف بين الطرفين، وتقسم بينهما بنسبة كل منهما بقدر ما يعود عليه من نفع وفائدة، في هذه المنشآت والأعمال الأخرى اللازمة، التي أنشأها صاحب حق الارتفاق على الأرض المرتفق بها.

لكن، وحتى في هذه الحالة - أي عند ما يكون مالك العقار المرتفق به هو المكلف بأداء نفقات ومصاريف الارتفاق كلاً أو بعضاً - فإن الفصل 149 من ظهير 19 رجب، يقرر «أنه يمكن أن يتحمل متى شاء من هذه النفقات، وذلك بتخليه عن عقاره المرتفق به لصالح مالك العقار المخدوم»⁽¹⁾.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 437.

المادة 47

«إن صاحب الملك المرتفق به لا يمكنه القيام بأي عمل يرمي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو جعله أكثر مشقة، ويلتزم على وجه الخصوص بعدم تغيير حالة الأماكن أو نقل استعمال الارتفاق إلى محل آخر غير المكان الذي وضع فيه أول مرة.

غير أنه إذا صار الوضع الأول أشد كلفة على صاحب الملك المرتفق به أو مانعاً له من القيام باصلاحات نافعة في ملكه أمكنه أن يعرض صاحب الملك الآخر مكاناً بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ولا يمكن لهذا الأخير أن يرفض ذلك، ويجوز أيضاً لذلك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق إذا أثبت أن في ذلك نفعاً له وليس فيه أي ضرر بالعقار المرتفق به».

الشرح :

حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به تصبح مقيدة بمقتضى الارتفاق

تتعلق المادة موضوع الشرح، بأحكام حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به، بحيث أوضحت أن مالك العقار المرتفق به يتمتع بجميع الحقوق التي يخولها له حق الملكية شرط أن لا يقوم بأعمال من شأنها إلحاق الضرر بصاحب حق الارتفاق، أي أن مالك العقار المرتفق به تبقى له كل الحقوق التي للمالك على ملكه من انتفاع واستغلال وتصرف، إلا أن حقوقه هذه تصبح بمقتضى الارتفاق مقيدة بعدم استعمالها فيما من شأنه أن يمنع صاحب العقار المرتفق من استعمال ارتفاقه فيما أعد له أو أن يقوم بما من شأنه أن يضر به. كأن يضيق عليه الطريق التي يمر منها، أو يحدد له وقتاً معيناً للمرور.

وقد نص على ذلك الفصل 131 من ظهير 19 رجب، إذ قرر أنه «لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يأتي بعمل يرمي إلى قصر استعمال الارتفاق أو إلى جعله أكثر مشقة. فلا يجوز له أن يغير وضعية الأماكن أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له أول الأمر» فصاحب العقار المرتفق يحق مرور مثلاً، لا يمكنه أن يزرع الممر، أو أن يضع فيه أشياء تعيق المرور أو تجعله صعباً، كما لا يمكنه أن يبذل مكان المرور حسب أهوائه، أو أن يسور ملكه بصورة تحول دون استعمال حق الارتفاق.

إلا أنه إذا كان ميدئياً لا يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يحول الارتفاق إلى مكان غير المكان المعين له في السابق، فقد استثنت الفقرة الثالثة من الفصل 151 من ظهير 19 رجب، ما إذا كان الارتفاق مكانه القديم قد أصبح أشد كلفة على صاحب العقار المرتفق به أو كان يمنعه عن القيام باصلاحات مفيدة ونافعة في ملكه، إذ قررت

أنه في هذه الأحوال «يحق لصاحب العقار المرتفق به أن يطلب تغيير محل الارتفاق وأن يعرض على مالك العقار المرتفق مكاناً بسهولة الأول لاستعمال حقوقه، ولا يحق لهذا الأخير أن يرفض العرض» فلو أن أرضاً يشطرها الممر شطرين : أحدهما تقل مساحته عن الحق المطلوب نظامياً لإقامة بناء عليه، بينما الثاني تقيض مساحته عن ذلك، فإن صاحب الأرض يستطيع تعديل محل الممر بحيث يصبح الشطران قابل كل منهما لإشادة بناء فيه.

كما يجوز أيضاً لمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق إذا أثبت أن في ذلك نفعاً له وليس فيه أي ضرر بالعقار المرتفق به، كما يبيانه أعلامه. وهذا ما قرره المادة 47 موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية.

المادة 48

«إذا جزي العقار الذي كان الارتفاق مقررراً له بقي حي الارتفاق مستحقاً بكل جزء منه . على أن لا يزيد ذلك في عبء التكليف الواقع على العقار المرتفق به».

الشرح :

حكم ما إذا جزئت الأرض المرتفعة

قررت هذه المادة موضوع الشرح، أنه إذا جزي العقار فإن الارتفاق المقرر لصالحه يبقى كما هو، ويصبح خادماً لكل تلك الأجزاء، ولا يجوز أن تكون هذه التجزئة سبباً في ائثال العقار المرتفق به عن طريق الزيادة في أعبائه. بحيث لو قسمت أرض مشاعة كانت تنتفع بساقية تمر في عقار آخر، فإن تلك الساقية نفسها هي التي يتعين على أصحاب الأجزاء التي أصبح العقار المخدوم مقسماً إليها أن يسقوا منها أجزاءهم، ولا يحق لأي واحد منهم أن يفتح ساقية أخرى ليجري ماء منها إلى أرضه.

وبعبارة أخرى، إنه إذا جزئت الأرض المرتفعة، فيبقى حق الارتفاق لكل جزء من أجزائها شرط أن لا يزيد العبء من جراء ذلك على الأرض المرتفق بها. فهكذا مثلاً في حالة قيام ارتفاق يحق المرور إذا أجري تقسيم العقار المرتفق ما بين عدة أشخاص يبقى حق المرور مقررراً لمصلحة كل قسم من هذه الأقسام، إنما لا يمكن إحداث ممر مستقل لكل قسم بل يترتب على أصحاب الأقسام أن يستعملوا جميعاً ذات الممر⁽¹⁾.

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 605.

المادة 49

«إذا جزي العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق سارياً على الجزء الذي كان يشغله».

الشرح :

حكم ما إذا جزي العقار المرتفق به

تكلم المشرع في المادة السابقة على حكم ما إذا جزئت الأرض المرتفقة، وفي هذه المادة أوضح المشرع حكم ما إذا جزي العقار المرتفق به.

بحيث قرر أنه إذا تعرض العقار المرتفق به للتجزئة أو القسمة، وكان به حق ارتفاق لخدمة عقار آخر، فيبقى حق الارتفاق سارياً العمل به على الجزء الذي كان يشغله، أي يبقى هذا الحق سارياً ينتفع به صاحب هذا الحق على الحالة التي كان هذا الجزء يشغله قبل أن يتجزأ العقار المرتفق به.

الفرع الثاني أنواع حق الارتفاق

سبقت الإشارة إلى أن حق الارتفاق ينشأ إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن، أو عما يفرضه القانون من التزامات، أو عما يقع من اتفاقات بين المالكين.

وهذه الأنواع تعرضنا لها في الفرع الأول، وقد عدد المشرع في هذا الفرع الثاني، خمسة أنواع من حقوق الارتفاق : حق الشرب، وحق المجرى، وحق المسيل أو المصرف، وحق المرور، وحق المطل. وهي حقوق الارتفاقات القانونية، ولاسيما ما يقرره القانون من تكاليف على عقارات لتحقيق المصلحة العامة أو لمصلحة عقار ما.

أولاً : حق الشرب :

المادة 50

«حق الشرب هو نوية من الماء ينتفع بها لسقي الأراضي وما بها من غرس وشجر».

الشرح : مفهوم حق الشرب وأنواع الماء

تعريف حق الشرب :

حق الشرب هو ما يقرر من نوبة لأرض أو لشخص من الماء من عين أو نهر أو بئر معين، وسقي حيواناته وأرضه الزراعية الفلاحية وما بها من غرس وأشجار وغير ذلك.

وهناك تعريف لحق الشرب، ذكره الدكتور، وهبة الزحيلي يؤكد تعريف المادة موضوع الشرح، إذ قال : أما حق الشرب، فهو النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع والشجر، أو نوبة الانتفاع بالماء لمدة معينة لسقي الأرض. ويلحق به حق الشفة، وهو حق شرب الإنسان والدواب والاستعمال المنزلي، وسمي بذلك لأن الشرب يكون عادة بالشفة⁽¹⁾.

والماء بالنسبة لهذا الحق ثلاثة أنواع :

1 - ماء العيون والآبار المملوكة لأربابها ولهم رسومهم وملكياتهم على ما يملكه كل واحد، وتنتقل ملكيته بالبيع والإرث وغير ذلك، فهذا النوع من جملة الأملاك يباع ويورث وتجري عليه جميع قواعد التملك ولا حق لأحد فيها يملكه غيره.

2 - والنوع الثاني ماء العيون التي تتبع في جبل أو نحوه من الأماكن العامة، ويجري الماء إلى أرض ناس فيسقون به أرضهم وأشجارهم، ولا يعرف أحد من هو مالكة ولا السابق إليه من اللاحق ولا المالك من غير المالك، فيجب أن يبقى ما كان على ما كان، ويبقى على العادة القديمة، ولو كان ينبع في أرض قوم ويسير منها إلى أرض قوم آخرين، فلا يصح لمن ينبع في أرضهم أن يمنعوا منه الآخرين الذين كانوا يسقون به قديماً، فالمدار في هذا النوع على إبقاء الناس على ما كانوا عليه.

3 - والنوع الثالث ماء الأنهار العمومية التي يصح تملكها لأحد كواد أم الربيع، ونهر سبو.... الخ، فتقام عليها السدود وتؤخذ منها السواقي، فالماء في أصله ملك شائع لجميع الأمة، ولكن صاحب الساقية، وصاحب النوبة، له حق الانتفاع بالماء وأولى من غيره، ويجب تقديم الأقدم فالأقدم، فإن تساوا في الأقدمية ولم يعرف الأقدم من غيره فيقدم الأعلى فالأعلى. ولا يجوز إحداث سد جديد، فوق السد القديم إلا إذا كان السد الحديث لا يضر بالقديم أي نوع من أنواع الضرر، ولا يجوز استخدام الرحا

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 64.

والحمام إلا إذا فضل الماء عن سقي الفلاحة، ولو كانت الرحا والحمام أقدم،
فالفلاحة مقدمة على كل حال⁽¹⁾.

ملكية الماء :

الماء النازل من السماء، والمحلول من الثلج والبرد النازلين من السماء، قبل حيازتهما
من أحد بنية التملك، وماء البحر، وماء الأنهار العظيمة الجارية، وماء الجداول
الصغيرة الجارية - دون السواقي التي يحفرها الناس فإن ما يجري فيها من الماء هو
ملك لصاحبها لأن حصوله فيها حيازة له - ومياه الآبار القديمة التي لا يعلم من حفرها
إذا كانت في أرض غير مملوكة لأحد، ومياه الآبار التي حفرها الناس في أرض غير
مملوكة، ثم تخلوا عنها وتركوها لغير مالك، هذه المياه كلها غير مملوكة لأحد، وتملك
بالحيازة بنية التملك، فمن بنى حوضاً يتجمع فيه مياه الأمطار، أو ليجمع فيه ماء فيه،
جدول صغير يمر بأرضه، ليشرب منه أو ليسقي منه حيواناته أو ملأه من ماء نهر عظيم
يمر بقرية، فقد ملك هذا الماء الذي صار فيه، لأنه قد حازه بنية التملك⁽²⁾.

المادة 51

« لكل شخص أن ينتفع من موارد المياه العامة بمختلف وجود الانتفاع بما في ذلك ري
أرضه على أن يتقيد في ذلك بالمقتضيات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بنظام المياه».

الشرح :

حق كل شخص الانتفاع من موارد المياه العامة
في إطار القانون

تحدث هذه المادة موضوع الشرح، على أنه، يحق لكل شخص، طبيعي ومعنوي، أن
ينتفع من موارد المياه العامة، التي تبيع لهذا الشخص الانتفاع من هذه الموارد المائية
العامة التي لا يملكها أحد، ولا يكون مالكا أحد من الخواص، وإنما تكون هذه الموارد
من ماء الأنهار والجبال، والعيون التابعة من الأرض، والآبار التي لا يملكها أحد، وذلك
الانتفاع، يشمل جميع ومختلف أنواع الانتفاع واستعمال موارد المياه العامة، بما في ذلك
سقي أرض الشخص المنتفع، الهيئة هذه الأرض للزراعة والفلاحة وغير ذلك من
المنافع التي تنتجها، كما لهذا الشخص الحق في سقي وري ما على هذه الأرض من

(1) أنظر البهجة للتسولي، ص 288.

(2) الموسوعة الفقهية الميسرة، المجلد الثاني، ص 1706.

أغراس وأشجار على اختلاف أنواعها وثمارها. شريطة أن يخضع هذا الشخص في الانتفاع باستعمال موارد المياه العامة لسقي وري أرضه ويتقيد بما تفرضه المقتضيات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بنظام المياه، الجاري به العمل، ووفقاً لمقتضيات مدونة الحقوق العينية المعمول بها.

المادة 52

«إذا كان مورد الماء خاصاً فلا يجوز لأحد أن يكون له حق الشرب عليه إلا برضى صاحبه. ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين استغلال موارد الماء فيما تحتاجه أرضهم من ري بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منه، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقة إنشاء وصيانة مورد الماء بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منه، وكل ذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل».

الشرح :

الماء الخاص لمالك مورده،

لا يجوز حق الشرب منه لغيره إلا برضاه

أوضحت هذه المادة موضوع الشرح، أن مالك الأرض النابع منها الماء، هو أحق باستعمال هذا الماء، لشربه أو لسقي أرضه هي وما عليها من شجر وغرس وغير ذلك.

فلا يجوز لأحد أن ينتفع من مورد مائه مالكة، فيشرب منه أو يسقي حيواناته، إلا برضى صاحب ومالك المورد.

كما أوضحت المادة موضوع الشرح أنه مع ذلك إذا كانت للملاك الذين تجاور أراضيهم أرض صاحب مورد الماء، وكانت له الكفاية من مائه، فيجوز لهؤلاء الملاك أن ينتفعوا ويستفيدوا من مورد الماء، فيما تحتاجه أرضهم من ري وسقي، بعد استيفاء صاحب المورد، حاجته من هذا الماء، وعلى الملاك المجاورين الذين يستفيدون من مورد الماء في هذه الحالة أن يساهموا ويشتركوا وأن يقوموا بأداء النفقات والمصاريف التي تصرف على إنشاء وصيانة مورد الماء، بنسبة مساحة أرض كل واحد من الملاكين أي بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع من الماء.

وذلك كله مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، وأن لا يكون بطبيعة الحال ما يخالف النظام العام.

وبعبارة أوضح، لا بأس أن نعرض أحكام الماء بالتفصيل فيما يلي :

إن الماء النابع من الأرض إما أن يكون في أرض مملوكة أو في أرض غير مملوكة.

1 - أما الماء النابع في أرض مملوكة، فإنه على ثلاثة أنواع :

أ - أن يتم استخراج الماء من الأرض المملوكة بصنع صاحب الأرض، كحفرة بئر فيها، وعندئذ يكون الماء في البئر مملوكاً لصاحب البئر، لأنه قد حاز الماء فيه بصنعه، وذلك بحفره البئر، وله أن يتصرف في الماء كتصرفه في ملكه، بيعاً وهبةً وغير ذلك. ولكنه لا يجوز له أن يمنع الفاضل عن حاجته منه عمن اضطر إليه لشربه أو شرب ماشيته.

ب - وإن خرج الماء بغير صنع صاحب الأرض كما لو تفجر فيها نبع، فإن ماء النبع غير مملوك لصاحب الأرض، ولكن صاحب الأرض أحق به من غيره مادام في أرضه، يأخذ منه كفايته، ولا يجوز له أن يمسك الفائض عن حاجته عن أحد من الناس، لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : «نهى رسول الله ﷺ أن يمنع الماء مخافة أن يرعي الكلاً»⁽¹⁾ أي يمنع الناس من سقي أنعامهم من الماء، لأنهم إذا توفر لهم الماء أقاموا ورعوا الكلاً القريب من أرضه، ولم يبقوا لأنعامه منه شيئاً.

ج - فإن جرى الماء حتى خرج من أرضه، سقطت أحقيته فيه، فإن دخل أرضاً ثانية لغيره، فإن صاحب الأرض الثانية لا يملك الماء، ولكنه يكون أولى به من غيره، كصاحب الأرض الأولى، إلا أن يبنى في أرضه نحو حوض يجوز فيه الماء، فما حازه منه فقد ملكه.

2 - وأما الماء في الأرض غير المملوكة :

إذا تفجر نبع في أرض غير مملوكة لأحد، فإن هذا الماء ملك الله تعالى، وليس لأحد أن يملكه، ولكل إنسان أو حيوان الانتفاع به في الشرب أو سقي الزرع، أو في الصناعة.

أما إذا حفر بئراً في أرض غير مملوكة، فقد ملك ماءه، ولكن حفر البئر لا يكون إحياء للأرض بذاتها إن لم يتم الانتفاع بمائه بوجه من وجوه الانتفاع المشروع «فإن تركه حافره، متخلياً عن ملكيته له، ثم عاد إليه، لم تعد إليه ملكيته، ولا يحق له أن يحجر خيره عن الناس»⁽²⁾.

(1) البخاري : في الشرب، باب صاحب الماء أحق بالماء.

(2) الموسوعة الفقهية الموسعة، المجلد الثاني، ر - ي، ص 1707.

المادة 53

«إذا كان مورد الماء مشتركاً فليس لأحد من الشركاء أن يرتب عليه لفائدة الغير حق الشرب إلا بموافقتهم جميعاً».

الشرح :

حكم مورد الماء إذا كان مشتركاً

جاءت هذه المادة موضوع الشرح، وقررت أنه إذا فجر الله تعالى نبعاً في أرض غير مملوكة لأحد فاتفق جماعة على أن يحفروا لهذا الماء واداً فإنهم يقسمون ماء الواد على قدر ما بذل كل واحد منهم من العمل والنفقة، لاشتراكهم في هذا العمل والمصاريف.

وكذلك إذا اشترك جماعة في حفر بئر أو استنباط نبع من الأرض وحفروا واداً أو جدولاً ليضخ فيه ماء البئر، أو يجري فيه، فإنهم يقتسمون هذا الماء بينهم، لاشتراكهم في مورد، على قدر ما بذل كل واحد منهم من العمل والنفقة فيه أيضاً.

على أن مورد هذا الماء المشترك بين الجماعة، لا يجوز لأحد منهم، أن يرتب عليه لفائدة الغير حق الشرب إلا بموافقتهم جميعاً، والا فيبقى مورد الماء مشتركاً بينهم على حالته، من حيث القسمة والاستعمال.

المادة 54

«إذا لم يتفق أصحاب حق الشرب على القيام بالاصلاحات الضرورية لموارد المياه أو فروعها أو الجدول المشترك، جاز إلزامهم بنسبة مساحة أراضيهم التي تتنفع منها، وذلك بناء على طلب أي واحد منهم».

الشرح :

عدم القيام بالاصلاحات الضرورية من أصحاب حق الشرب المشترك،
يجوز لأحدهم طلب إلزامهم قضائياً بنسبة مساحة أراضيهم

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح أن أصحاب حق الشرب، إذا اتفقوا على القيام بجميع الاصلاحات الضرورية، لاستعمال هذا الحق المشترك بينهم، وصيانتهم، والعمل على القيام بجميع الأعمال التي تستلزم كل واحد من الشركاء لاستعماله لحقه

ولصيانتها، فذلك، وتسير الأمور حسب اتفاقهم ورضاهم على ما يلزم من الإصلاحات الضرورية واللازمة للاستعمال وانتفاعهم من حق الشرب على القيام بما تتطلبه حالة مورد الشرب المشترك، من إنهيار أو ما لحقه من أضرار في بنائه وفي ما يدعم هذا البناء، أو حواشيه، فللشركاء أن يقوموا بالأعمال والإصلاحات الضرورية لاستعمال حقهم والمحافظة على صيانتها من التلاشي الذي يهدد خراب موارد المياه أو فروعها، أو يهدد الجدول أو الساقية المشتركة الخارجة من موارد المياه، والمحافظة على صيانة ذلك.

فإذا امتنعوا عن القيام بهذه الإصلاحات اللازمة، جاز لأحد الشركاء، أن يرفع دعوى ضد الممتنعين من الشركاء، أمام القضاء، ويطلب في مقاله الحكم على المدعى عليهم بإلزامهم، بالقيام بالإصلاحات التي تتطلبها موارد المياه أو فروعها أو الجدول المشترك، ويشمل الحكم في منطوقه، بإلزامهم بالإصلاح والصيانة وأداء مصاريف الإصلاح والصيانة بحسب مساحة أراضيهم التي تنتفع من موارد المياه أي بنسبة مساحة أرض كل واحد من الشركاء، ويقدر ما تنفع هذه الأرض من موارد المياه المشتركة.

على أن هذه الدعوى ترفع، بناء على طلب أي واحد من الشركاء، ممن له حق الشرب، وموارده، ويلحقه الضرر في حالة ما إذا بقيت موارد المياه أو فروعها أو الجدول الخارج من هذه الموارد، آيلة إلى الانهيار والضياع، وتبعاً لذلك، يلحق الضرر، بالأراضي الزراعية والفلاحية، وغير ذلك من المنافع، والمنتوجات التي تعطيها هذه الأراضي.

المادة 55

«حق الشرب ينتقل لزوماً تبعاً لانتقال ملكية الأرض التي تنتفع به».

الشرح :

انتقال حق الشرب بانتقال ملكية الأرض التي تنتفع به

خصصت هذه المادة موضوع الشرح، الكلام على انتقال ملكية حق الشرب، تبعاً لانتقال ملكية الأرض التي تنتفع بحق الشرب.

ولاشك أن العقود الناقلة للملكية، كالبيع والهبة والوصية ونحوها من أهم مصادر الملكية وأهمها وأكثرها وقوعاً في الحياة المدنية، لأنها تمثل النشاط الاقتصادي الذي

يحقق حاجات الناس من طريق التعامل أما الأسباب الأخرى للملكية فهي قليلة الوقوع في الحياة.

ويدخل في العقود التي هي سبب مباشر للملكية حالتان :

الأولى : العقود الجبرية التي تجريها السلطة القضائية مباشرة، بالنيابة عن المالك الحقيقي، كبيع مال المدين جبراً عنه لوفاء ديونه، وبيع الأموال المحتكرة. فالمتملك يتملك عن طريق عقد بيع صريح بإرادة القضاء.

الثانية : نزع الملكية الجبري وله صورتان :

أ - الشفعة : وهي حق الشريك بتملك العقار المبيع في سهمه جبراً على مشتريه بما بذل من ثمن ونفقات.

ب - الاستملاك للمصالح العام : وهو استملاك الأرض بسعرها العادل جبراً على صاحبها للضرورة أو المصلحة العامة، كتوسيع مسجد أو طريق ونحو ذلك.

والمتملك من هذا الطريق يتملك بناء على عقد شراء جبري مقدراً بإرادة السلطة وعلى هذا فالعقد المسبب للملكية إما أن يكون رضائياً أو جبرياً، والجبري : أما صريح كما في بيع مال المدين أو معترض، كما في الشفعة ونزع الملكية.

الخلفية : وهو أن يخلف شخص غيره فيما كان يملكه، أو يحل شيء محل شيء آخر، فهي نوعان : خلفية شخص عن شخص وهي الارث، وخلفية شيء عن شيء وهي التضمن.

والارث : سبب جبري للمتلك يتلقى به الوارث بحكم الشرع ما يتركه الموروث من أموال التركة.

والتضمن : هو إيجاب الضمان أو التعويض على من أتلف شيئاً لغيره، أو غضب منه شيئاً فهلك أو فقد، أو الحق ضرراً بغيره بجناية أو تسبب ويدخل فيه الديات وأروش الجنايات، أي العوارض المالية المقدرة قانوناً الواجبة على الجاني في الجراحات.

ففي كل هذه الحالات المذكورة، ومنها حق الشرب، ينتقل لزوماً تبعاً لانتقال ملكية الأرض التي ينتفع به، لأن ذلك يعتبر مصدراً من مصادر الملكية، فعند انتقال هذا الحق من طريق البيع أو الهبة أو الوصية، أو الإرث أو نحو ذلك فتبعاً لهذا الانتقال،

ينتقل لزوماً حق الشرب إلى من انتقل إليه هذا الحق، المندمج في ملكية الأرض التي تنتفع لمورد الماء المنتفع به أصلاً ويصبح ملكاً لهذا الحق المنتقل إليه، شرعاً وقانوناً.

ثانياً : حق المجرى :

المادة 56

«حق المجرى هو الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى أو مواسير».

الشرح :

ماهية وتعريف حق المجرى

تتحدث هذه المادة موضوع الشرح، على ماهية وتعريف حق المجرى، المعدود لدى مدونة الحقوق العينية من أنواع حق الارتفاق، فعرفت حق المجرى بأنه الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المملوكة للغير، والمراد سقيها به، وذلك بواسطة مجرى مبني من الحجر والآجور مخلل بالحديد والاسمنت، أو بواسطة أنابيب مصنوعة أو مواسير من الحديد، توضع في محلها، ويجلب الماء عبرها إلى الأرض المراد سقيها به، ويطلق على المجرى الباقية والجدول.

وبعبارة أخرى، أن حق المجرى، هو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها، عبر مجرى أو مواسير.

وليس للجار والملاك الأراضي التي تنتفع من الماء أن يمنع مرور الماء لأرض من ثبت له حق المجرى من تمرير الماء بأراضيهم. وإلا كان لصاحب حق المجرى إجراؤه جبراً عنهم، دفعاً للضرر عنه لكن بشرط أدائه تعويضاً مناسباً عن الانتفاع من مرور الماء لسقي أرضه بهذا الماء عبر المجرى.

المادة 57

«لكل مالك أرض يريد أن يسقيها من مورد، له الحق في استعماله، أن يحصل على مرور المياه في الأراضي الواقعة بين أرضه وبين ذلك المورد مقابل تعويض مناسب يدفع مقدماً وبشرط أن يقام المجرى وما يلزم للانتفاع في مكان لا ينتج عنه إلا أقل ضرر.

لا يجوز للملاك الأراضي منع من ثبت له هذا الحق من تمرير الماء بأراضيهم».

الشرح :

حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء
في إجرائه من ملك جاره إلى أرضه لسقيها بشرط القيام
بما يلزم، وأداء تعويض مناسب عن مرور المياه

تقرر المادة موضوع الشرح، أنه يحق لكل من له أرض بعيدة عن مورد الماء في أرض جاره، صاحب المورد، وأراد صاحب الأرض البعيدة أن يسقيها من مورد الماء النابع من أرض جاره، وكان له حق في استعماله، أن يطلب من صاحب المورد، السماح له بمرور المياه في أرضه الواقعة بين أرضه وبين ذلك المورد، فعلى المطلوب منه مرور المياه في الأراضي الفاصلة بين أرض المطلوب وبين أرض الطالب، أن يلبي طلب الأخير، ويعين له محل مرور المياه، لسقي أرضه.

لكن يتعين، أن يؤدي طالب مرور الماء، مقابل ذلك تعويضاً مناسباً ومقدماتاً لفائدة صاحب مورد المياه يساوي الضرر الذي يمكن أن يحدثه مرور المياه.

ويشترط أيضاً، لكي يسمح صاحب الأرض ذات مورد الماء، لمن يريد أن يسقي أرضه البعيدة، والحصول على مرور المياه في الأراضي الواقعة بين أرضه وبين مورد المياه، أن يقوم هذا الأخير بجميع الأعمال اللازمة والضرورية لبناء المجرى وإنشائه، إنشاء يتوفر على جميع ما يلزم من عناصر ومواد الإنشاء، ووضعه في مكان ومحل، لا ينتج عنه ضرر فادح، بالنسبة للأرض الجاري فيها مرور المياه، بل يكون إنشاء المجرى لا ينتج عنه إلا أقل ضرر.

هذا، وإذا ثبت لصاحب الأرض البعيدة الذي له رغبة في سقي أرضه وريها، وطلب الحصول على مرور المياه، الواقعة بين أرضه وبين مورد الماء النابع في أرض جاره، فلا يجوز لملاك الأراضي جميعاً منعه من تمرير الماء بأراضيهم، وإلا كان له أجراؤه جبراً عنهم، دفعاً للضرر عنه، لكن بشرط دفعه تعويضاً مناسباً، لفائدة صاحب المورد، ويتعين عليه القيام بالمجرى وما يلزم للانتفاع بهذا الحق، في مكان مأمون لا ينتج عنه إلا أقل ضرر.

المادة 58

«يقع على المستفيد من المجرى عبء تعميره ويتعين عليه أن يتعهد بالاصلاح والترميم ويتحمل وحده نفقات ذلك، ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، فإذا امتنع عن الاصلاح والترميم كان لمن تضرر من هذا الامتناع الحق في التعويض».

الشرح :

المستفيد من المجرى يتحمل وحده عبء التعمير والإصلاح والترميم والصائر، والتعويض لمن تضرر، عند الامتناع عن القيام بذلك :

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بالتزامات صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجراءاته من ملك جاره إلى أرضه ليسقيها، فأوضحت أنه يقع على صاحب الأرض المذكور، وهو المستفيد من المجرى، عبء تعمير هذا المجرى، والقيام بما يلزمه من الأعمال الضرورية، لاستعمال حقه، ويتعهد ويلتزم بإصلاحه وترميمه، كلما تعرض للتهميش أو غير ذلك من الأضرار اللاحقة به من تخريب أو انهيار أو انشقاق والعمل على صيانته.

ويتحمل المستفيد من المجرى، وحده بكل النفقات والصوائر التي تلزم لاستعمال حقه أو صيانته، إلا إذا وقع هناك اتفاق بين الطرفين، يخالف ذلك، أي يتحمل المستفيد من المجرى وحده بكل النفقات، إلا إذا وقع النص في السند المنشئ لحق المجرى عن أن صاحب الأرض البعيدة، المستفيد من المجرى، هو الذي يتحمل هذه النفقات أو بعضها، فيعمل حينئذ بما اتفق عليه الطرفان في السند المنشئ لحق المجرى.

وفي حالة ما إذا استعصى المستفيد من المجرى، من ملاك الأراضي التي تنتفع من مورد الماء، وحق المجرى وامتنع عن الإصلاح والترميم، والانفاق على ذلك، فكان لمن تضرر من هذا الامتناع الحق في طلب تعويض مناسب أمام القضاء، عن الضرر الذي لحق صاحب الأرض التي تم تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها لفائدة المستفيد من المجرى، والذي امتنع من القيام بالإصلاح والترميم والنفقة على تمييزه وصيانته.

المادة 59

«لا يجوز لمالك الأرض المار بها المجرى أن يمنع صاحب الحق فيه من الدخول إلى أرضه للقيام بالإصلاحات اللازمة، وكل ضرر ينتج عن هذا المنع يتحمل مسؤوليته مالك الأرض».

الشرح :

التزامات مالك الأرض المار بها المجرى تجاه صاحب الحق فيه

أوجبت هذه المادة موضوع الشرح، على مالك الأرض التي يمر بها المجرى عدم جواز منع صاحب الحق فيه من الدخول إلى أرضه للقيام بالإصلاحات الضرورية واللازمة لاستعمال هذا الحق والاستفادة منه.

ذلك أن من تقرر له حق المجرى، يستلزم تمكين صاحبه من كل ما يلزم للاستفادة من ذلك الحق، فمن كان له حق المجرى، يقتضي حقه في المرور والدخول إلى أرض مالك الأرض المار بها المجرى لنقل المواد الأساسية التي تستعمل في إصلاح المجرى، وصيانته، فلا يجوز لمالك الأرض المار بها المجرى منع صاحب الحق من المرور والدخول إلى أرضه من أجل مباشرة أعمال الإصلاحات والترميمات، والصيانة لاستعمال حقه هادئاً مطمئناً، والاستفادة من الماء الذي ينبع من موره، ويمر في الساقية إلى أرضه والحال أنه لا يمكن له مباشرة ذلك إلا بالدخول إلى أرض مالك الأرض المارة بها الساقية من أجل التحقيق من مكان التلاشي في المجرى، والعمل بأعداد وتهيء ما يستلزم الترميم من المواد والعناصر التي يقتضيها الإصلاح ويستلزمها الترميم والصيانة، فصاحب الارتفاق يكون له الحق دائماً في القيام وبجميع الأعمال التي تلزم لاستعماله لحق وصيانته، وذلك مثل بناء الساقية التي يجري فيها الماء لأرضه، وسد الثغرات التي تحدث فيها. ولا يمكن أن يتم الإصلاح والترميم إلا بالدخول إلى الأرض التي يمر فيها المجرى للقيام بالإصلاحات اللازمة في مكانها وميدانها.

وفي حالة ما إذا منع مالك الأرض المار بها المجرى صاحب هذا الحق من الدخول إلى أرضه للقيام بالإصلاحات اللازمة المذكورة، وترتب عن هذا المنع ضرر لحق بالمنتجات الزراعية والفلاحية، والأرض المستفيد من ماء المجرى، والتي تتنفع منه الأرض بسقيها وريها، فيتحمل صاحب الأرض المارة بها الساقية مسؤوليته عن الضرر الناتج عن منعه صاحب الحق من الدخول إلى أرضه المار بها المجرى من أجل إصلاح وترميم ما بعثر وحدث في الساقية التي يمر فيها الماء لسقي أرض المستفيد من حق المجرى، ولهذا الأخير أن يمارس حقه بما يراه مناسباً ومفيداً له، ولو جبراً عليه أمام القضاء.

ثالثاً : حق المسيل أو الصرف :

المادة 60

«تلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلاً طبيعياً من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سداً لمنع هذا المسيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة».

الشرح :

تعريف حق المسيل أو الصرف،
وحكم المياه السائلة سيلاً طبيعياً

تعريف حق المسيل أو الصرف :

هو مجرى على سطح الأرض، أو أنابيب تنشأ لتصريف المياه الزائدة عن الحاجة، أو غير الصالحة حتى تصل إلى مصرف عام أو مستودع، كمصاريف الأراضي الزراعية أو مياه الأمطار أو الماء المستعمل في المنازل. والفرق بين المسيل والمجرى : أن المجرى لجلب المياه الصالحة للأرض، والمسيل لصرف الماء غير الصالح عن الأرض أو عن الدار. وحكمه مثل حق المجرى، ليس لأحد منعه إلا إذا حدث ضرر.

وحكم المياه السائلة سيلاً طبيعياً :

هي المياه النازلة من السماء، والمحلول من الثلج والبرد النازلين من السماء، قبل حيازتهما من أحد بنية التملك، وماء البحر، وماء الأنهار العظيمة الجارية - دون السواقي التي يحفرها الناس فإن ما يجري فيها من الماء هو ملك أصحابها، لأن حصوله فيها حيازة له - مياه الآبار القديمة التي لا يعلم من حفرها إذا كانت في أرض غير مملوكة لحد، ومياه الآبار التي حفرها ناس في أرض غير مملوكة، ثم تخلوا عنها وتركوها لغير مالك، هذه المياه كلها غير مملوكة لأحد.

وعليه. فإن القانون يقضي بأنه يحق للعقار المحتاج إلى الماء أو الذي يضطر إلى صرف الماء منه أن يفرض على العقار المجاور أن يسمح بذلك. بحيث إذا كانت الأراضي المنخفضة تتلقى المياه السائلة سيلاً طبيعياً، من المياه المذكورة أعلاه والتي لا يملكها أحد، وتجري من الأراضي، التي تعلوها، دون أن يبذل الإنسان أي جهد، أو تساهم يده في إسالتها، وإنما جاءت المياه من السماء وغيرها من المياه السائلة سيلاً طبيعياً دون بذل أي جهد من يد إنسان في إسالتها.

والمسيل أو الصرف حق ارتفاق من الارتفاقات الطبيعية، ويقصد بها تلك الارتفاقات التي تنشأ عن الطبيعة، وتسمى الارتفاقات الطبيعية، كما سبقت الإشارة إليها في أنواع حقوق الارتفاق، ولأنها تنتج من وضعيتها، وذلك كأن تكون هناك أرض مرتفعة، وتجاورها أرض منخفضة، حيث ينشأ عن هذه الوضعية تكليف الأرض المنخفضة بأن يجري عليها الماء الذي يوجد في الأرض العالية، ذلك أن الطبيعة تقضي بأن تتحمل الأراضي المنخفضة المياه التي تسيل من الأراضي العالية مادام سيلانها

طبيعياً لا يد للإنسان في إسالته، وذلك كمياه الأمطار وما يذوب من الثلوج ومياه العيون والغدران، وغير ذلك من المياه السائلة دون صنع الإنسان في إسالته، وهذا ما نصت عليه المادة موضوع الشرح. وفي هذا يقول الفصل 110 من ظهير 19 رجب، في فقرته الأولى : «إن الأراضي الواطئة مسخرة تجاه الأراضي التي تعلوها لتلقي المياه التي تسيل منها سيلاً طبيعياً من غير أن تساهم يد الإنسان في إسالته».

ولا يحق لصاحب الأرض المنخفضة أن يطالب بأي تعويض عن هذا التكليف ولو لحقه ضرر منه، كما إذا كان يغمر أرضه أو يتسبب له في جرف التراب أو في ملء أرضه بصخور أو أعشاب.

كما لا يجوز له أن يتعرض لهذا السيلان عن طريق إقامة سد أو حاجز، في حدود أرضه، وهذا ما نصت عليه المادة موضوع الشرح، كما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 110 المذكور : «لا يجوز بحال لصاحب الأرض الواطئة أن يقيم سداً يمنع سيل الماء. وحتى إذا أراد صاحب الأرض المنخفضة أن يقيم جداراً في حدود أرضه فيتعين عليه أن يترك من الفجوات ما يكفي لمرور الماء النازل من الأرض العالية.

وفي مقابل ذلك، لا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يعمل على إسالة مياه ذات مصدر غير طبيعي إلى أرض جاره المنخفضة، كأن يحفر بئراً ثم يجري ماءها، أو يجلب مياهها ثم يصرف ماءها إلى الأرض السفلى، بل إنه لا يجوز له حتى أن يقوم بما يزيد في عبء هذا التكليف الواقع على الأرض السفلى، كأن يقيم سداً تتجمع فيه الأمطار لسيل دفعة واحدة على أرض جاره. وكأن يتسبب في تلوث مياه الينبوع النابع في أرضه ليصل إلى أرض جاره ملوثاً وعلى هذا نصت المادة موضوع الشرح، بقولها : «كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على أرض المنخفضة» كما نصت على ذلك الفقرة الثالثة من الفصل المشار إليه أعلاه : «لا يجوز لصاحب الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد عبء الارتفاق على الأرض الواطئة»⁽¹⁾.

المادة 61

«لكل مالك الحق في استعمال مياه المطر التي تنزل في أرضه والتصرف فيها، وإذا كان استعمال تلك المياه والاتجاه المعطى لها يزيد عبء الارتفاق الطبيعي لسيل الماء في

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 420 و421.

المادة أعلاه، فإن لصاحب الأرض المنخفضة الحق في التعويض، وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل».

الشرح :

حق استعمال مالك الأرض مياه المطر
التي تنزل في أرضه والتصرف فيها

سبقت الإشارة إلى أن حق ارتفاق مسيل المياه المتولد عن وضعية الأماكن لا يشمل إلا المياه التي تسيل سيلاً طبيعياً كمياه الأمطار أو المياه الناجمة عن ذوبان الثلوج أو مياه المنابع الطبيعية.

وقد أوضحت المادة موضوع الشرح، أن لكل مالك الحق في استعمال مياه المطر التي ينزل في أرضه والتصرف فيها بكل إرادة حرة، سواء كانت أرضه عالية أو منخفضة.

وهكذا، إذا استعمل مالك الأرض العالية مياه الأمطار النازلة في أرضه لجمعها أو تحويلها عن مجراها الطبيعي لغرض مشروع من سقي أو صناعة، فإنه لا يمنع من ذلك، ولو كان سبباً في إثقال عبء الارتفاق بالمسيل المقرر على الأرض المنخفضة، أي إذا كان استعمال تلك المياه، والاتجاه المعطى لها يزيد عبء الارتفاق الطبيعي لسيل المياه، المبين في المادة أعلاه فإن صاحب الأرض العالية الحق التعويض، ويصبح صاحب الأرض العالية ملزماً بتعويض صاحب الأرض المنخفضة عن الأضرار التي لحقه من جراء هذه الزيادة في أعباء الارتفاق بالمسيل.

وبعبارة أخرى أن صاحب الأرض العالية يمتنع عليه مبدئياً القيام بأي عمل من شأنه أن يزيد عبء الارتفاق على الأرض الواطئة، لأن الضروريات تقدر بقدرها (الفقرة الثالثة من الفصل 110) من ظهير 19 رجب، على أن (الفصل 111) أجاز زيادة الارتفاق في حالة استعمال مياه الأمطار الساقطة في الأرض أو التصرف في هذه المياه.

ففي هذه الحالة يلزم صاحب الأرض المنخفضة على تلقي المياه، إنما يكون له حق بالتعويض فيما إذا سبب مسيلها زيادة في الأعباء الناجمة عن مسيل المياه سيلاً طبيعياً⁽¹⁾. وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، من طرف كل من صاحب الأرض العالية أو مالك الأرض المنخفضة يتعين عليها اعتبار القوانين وما تقرضه الأنظمة الجاري بها العمل.

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 588.

المادة 62

«يجب على مالك الأرض إذا أراد إحداث أبنية عليها أن يقيم سطوحها وشرفاتها بشكل يسمح بمسيل مياه الأمطار ونحوها على أرضه لا على أرض جاره».

الشرح :

وجوب إقامة سطوح وشرفات على أبنية محدثة،
لمسيل مياه الأمطار ونحوها على أرض مالكة لا على أرض جاره

سبقت الإشارة في شرح المادة السابقة، إلى أن صاحب الأرض العالية يتمتع عليه مبدئياً القيام بأي عمل من شأنه أن يزيد عبء الارتفاق الطبيعي لمسيل المياه على الأرض المنخفضة، لأن الضرورات تقدر بقدرها إلا أن القانون أجاز زيادة الارتفاق في حالة استعمال مياه الأمطار الساقطة في الأرض أو التصرف فيها.

وبناء على ذلك قررت المادة موضوع الشرح، في حق مالك الأرض، المباح له استعمال مياه الأمطار، ونحوها، إذا أراد إحداث وإقامة أبنية، للسكنى وغيرها، على أرضه فأوجبت في حقه، أن يقيم سطوح هذه الأبنية وشرفاتها المتفرعة عنها وفيها بشكل وصورة تسمح بمسيل مياه الأمطار ونحوها، حسب المبين في المادة 60 السابق شرحها، والساقطة وتسير على وفي هذه السطوح والشرفات، على أرض مالكة، صاحب الأبنية على هذه الأرض لا تسقط مياه الأمطار عبر السطوح والشرفات، على أرض جاره، بل يجب على مالك الأرض الذي أراد إحداث وإنشاء أبنية من دور وغيرها على أرضه، إقامة سطوح وشرفات يسيل منها مياه الأمطار بشكل طبيعي بشرط سقوطها على أرض مالكة لا على أرض جاره، وكما قررتها المادة موضوع الشرح.

المادة 63

«لكل مالك عقار يريد تصريف المياه الزائدة عن حاجته أو غير الصالحة أن يحصل على ممر لها بعقار الغير نظير تعويض مناسب يدفع مقدماً».

يشترط تمرير الماء الزائد عن الحاجة في مكان لا يسبب للعقار المرتفق به إلا أقل ضرر، كما يشترط تمرير الماء غير الصالح في مواسير بحيث لا تتسبب في أي ضرر للعقار المرتفق به.

تسري على حق الصرف مقتضيات المواد من 56 إلى 59 المتعلقة بحق المجرى».

الشرح :

حكم تصريف المياه الزائدة عن الحاجة،
أو المياه غير الصالحة، وتمريرها في مياشير محكمة

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بأحكام تصريف المياه الزائدة عن الحاجة، أو المياه غير الصالحة، نظير تعويض مناسب يدفع مقدماً، وتمرير هذه المياه في مجار وأنابيب ثابتة ومحكمة لا تلحق أي ضرر للعقار المرتفق به.

وبناء على ذلك، يقضي القانون بأنه يحق لكل مالك عقار يريد تصريف المياه الزائدة عن حاجته أو المياه غير الصالحة أن يحصل على ممر لها بعقار الغير، فالقانون يفرض على العقار المجاور أن يسمح بذلك.

أ - فالأرض المعدة للزراعة إذا كان صاحبها يريد أن يوصل إليها ما يتصرف فيه من ماء خارج عنها وكان ذلك يتطلب إمرار الماء على أرض مملوكة لغيره، فإن هذا الغير يكون ملزماً بتمكينه من إحداث ممر للماء في أرضه، بعد أن يعطيه مسبقاً تعويضاً عن تملك الساقية.

ولكن هذا الحكم لا يطبق، إلا إذا توفرت الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يكون الغرض من جلب الماء هو الاستغلال الزراعي ولهذا لا يستجاب لطلب المسيل الذي يراد به تزويد مصنع أو منزل بالماء.

الشرط الثاني : أن لا يكون العقار الذي يراد إمرار الماء عليه عبارة عن دار أو جنان أو بستان أو عرصية مسورة أو متصلة بمنزل.

الشرط الثالث : أن يدفع صاحب العقار الذي يطلب هذا الممر تعويضاً مسبقاً لمالك الأرض التي سيحدث بها ذلك الممر.

ب - وتصريف المياه غير الصالحة، يقصد به منح صاحب العقار الحق في تصريف المياه الضارة التي تسيل في أرضه بواسطة إمرارها على عقار غيره لتصل إلى المجاري العامة، ولا يمكن من ذلك إلا إذا دفع تعويضاً مسبقاً لصاحب الأرض التي سيحدث فيها هذا الممر⁽¹⁾ بشرط تمرير الماء الزائد عن الحاجة في مكان لا يسبب للعقار المرتفق به إلا أقل ضرر، كما يشترط تمرير الماء غير الصالح في قنوات وحجار، بحيث لا تتسبب في أي ضرر للعقار المرتفق به.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 426.

هذا، وتسري على حق الصرف وتميرير الماء الزائد والضار مقتضيات المواد من 56 إلى 59 السابق شرحها، والمتعلقة بحق المجري.

رابعاً : حق المرور :

المادة 64

«لكل مالك عقار ليس له منفذ إلى الطريق العمومي أو له منفذ غير كاف لاستغلال عقاره استغلالاً زراعياً أو صناعياً، أن يحصل على ممر في أرض جاره نظير تعويض مناسب شرط أن يقام هذا الممر في المكان الذي لا يسبب للأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر».

الشرح :

حق المرور المقرر للعقار المحصور

سيتم الكلام، على أحكام حق المرور فيما يلي :

تعريف حق المرور، وشروطه، وكيفية تعيينه، وهل يزول ارتفاق المرور ؟

1 - التعريف : حق المرور : هو حق صاحب عقار داخلي بالوصول إلى عقاره من طريق يمر فيه، سواء أكان الطريق عاماً غير مملوك لأحد، أو خاصاً مملوكاً للغير.

فالتريق العام يحق لكل إنسان المرور فيه، والطريق الخاص يحق لأصحابه المرور فيه وفتح الأبواب والنوافذ عليه، وليس لهم سده أمام العامة للالتحاق إليه.

2 - شروط الحصول على الممر : نصت المادة موضوع الشرح كما نص الفصل 142 من ظهير 19 رجب على أن «مالك العقار المحاط من كل جانب والذي لا منفذ له إلى الطريق العام أو الذي له منفذ غير كاف لاستثماره استثماراً زراعياً أو صناعياً يمكنه أن يطلب ممرأ في الأراضي المجاورة له مقابل دفعه تعويضاً بنسبة الضرر الذي قد يسببه».

ومن التدقيق في نص هذا الفصل، يتضح أنه لا يمكن الحصول على الممر إلا إذا توافرت الشروط التالية :

أ - يجب أن لا يكون للعقار منفذ إلى الطريق العام أو على الأقل أن لا يكون له منفذ كاف لاستثماره زراعياً أو صناعياً. وفي حالة ما إذا نشأ خلاف لمعرفة ما إذا كان لا يجوز طلب المرور إلا في حالة عدم وجود منفذ بالمرة، أم يجوز طلبه في حالة عدم كفاية

المتنفذ أيضاً ٥. يعود طبعاً للقضاء فصل ما إذا كان الممر الموجود كافياً للاستغلال الزراعي أو الصناعي أم لا. والقضاء يبت بالأمر بالنظر إلى ما هو ضروري، لا إلى ما هو مفيد أو سهل.

ب - يجب أن يكون انحصار العقار ناجماً عن سبب خارج عن إرادة المالك، وعلى هذا لا يجوز للمالك طلب الممر إذا أقام بناء سد فيه المتنفذ الذي كان يصل أرضه بالطريق العام.

ج - يجب أن يطلب الممر من قبل مالك العقار المحاط من جميع جهاته أو من قبل صاحب حق عيني على هذا العقار كالمنتفع أو صاحب حق السطحية، أما الأشخاص الذين تكون علاقاتهم بمالك العقار من قبيل الارتباطات الشخصية كالمستأجر والمزارع، فليس لهم حق طلب الممر.

د - يجب أن يدفع طالب الممر تعويضاً لصاحب العقار المرتفق به، ويقدر هذا التعويض بنسبة الضرر اللاحق بهذا الأخير لا بنسبة الفائدة التي يجنيها طالب الممر. وهذا هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح بقولها - «شرط أن يقام هذا الممر في المكان الذي لا يسبب للأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر».

3 - كيفية تعيين الممر :

أ - إن تعيين الممر يخضع للقاعدتين التاليتين المنصوص عليهما في الفصل 143 من ظهير 19 رجب.

- يجب مبدئياً أن يؤخذ الممر من الجهة التي تكون فيها مسافته من الأرض المحاطة إلى الطريق العام أقصر ما يمكن.

- إنما يجب أن يعين الممر في النقطة التي يسبب فتحه فيها أقل ضرر لمالك الأرض التي يعطي الممر فيها.

فعلى القاضي إذن في حالة النظر في المنازعات المتعلقة بتعيين الممر أن يوفق بين مصالح طالب الممر وبين الاحترام الواجب لحق الملكية، وذلك بتحكيم المنطق عند تراحم هذه الاعتبارات.

ب - وينشأ الممر عادة على سطح الأرض إنما استجابة للتطورات الاقتصادية والصناعية، وتلبية لحاجة الأرض المحصورة قد تقضي الضرورة أحياناً بتكليف العقارات المجاورة لها بممر هوائي، كما في مد أسلاك تستند عليها بعض وسائل النقل

في بعض الاستثمارات الصناعية أو المنجمية أو الغابوية، أو يمر في عمق الأرض لد قساطل يتطلبها استثمار مصنع أشيد على الأرض المحصورة⁽¹⁾.

المادة 65

«إذا تم تقسيم ملك وأصبحت بعض أجزائه محصورة ولا منفذ لها إلى الطريق العمومي، فلا يجوز لملاكها المطالبة بالمرور إلا في الأجزاء التي كانت موضوع التقسيم، فإذا تعذر ذلك تطبق مقتضيات المادة السابقة».

الشرح :

حكم استعمال حق المرور بعد تقسيم الأرض
ويصبح بعض أجزائها محصوراً من كل جانب

تحدث هذه المادة موضوع الشرح، على حكم استعمال حق المرور بعد أن تصبح الأرض محصورة من كل جانب، فأوضحت أن الأرض إذا أصبحت محصورة من كل جانب بسبب تجزئتها إثر بيع أو مبادلة أو قسمة أو أي عقد كان، فلا يجوز طلب إحداث ممر إلا في الأراضي التي تكون هذه المعاملات قد جرت عليها فإذا تعذر ذلك تسري عليها وتطبق مقتضيات المادة السابقة، بنص المادة موضوع الشرح.

والحاصل أنه عندما يكون الانحصار ناتجاً إما عن قيام مالك العقار بتفويت جزئه الموالي للطريق العمومية عن طريق البيع أو التبرع، أو عن قسمة العقار المشاع قسمة بنية بين الشركاء، وإما عن غير ذلك من الأفعال الإرادية التي أدت إلى انحصار جزء من العقار عن الطريق العمومية، فإن الممر يتعين أن يفتح في الأراضي التي كانت جزءاً من ذلك العقار، ولا يحق لصاحب الجزء المحصور أن يطلب من جيرانه الآخرين أن يفتحوا له ممرأ في أراضيهم إلا في الحالة التي يكون الانحصار فيها ناشئاً عن تجزئة الأراضي ويتعذر فتح الممر في تلك الأجزاء.

وعندما يتبين أن مصلحة طالب الممر تتعارض مع مصلحة صاحب الأرض التي يفتح فيها الممر، يتعين على القاضي أن يعمل على التوفيق بين المصالح ما أمكن، وإلا فعليه أن يغلب مصلحة صاحب الأرض التي سيفتح فيها الممر تطبيقاً لحق الملكية وما يخوله لصاحبه من سلطات وحقوق⁽²⁾.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 595.

(2) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص : 425.

هذا، وهل يزول ارتفاق المرور بزوال الانحصار؟ قد ثار خلاف بين رجال القانون حول ما إذا زال ذلك الانحصار الذي أدى إلى إحداث الارتفاق بالمرور على أرض الغير. كما إذا فتحت طريق عمومية على حدود العقار الذي كان محصوراً، وطالب صاحب العقار المكلف بحق المرور بإزالة هذا الممر لارتفاع سببه، فهل يحكم له بذلك أو لا؟ فمنهم من رأى أنه لا يستجاب لهذا الطلب، نظراً إلى أن الحق في الممر أصبح من ملحقات العقار المخدم يستمر باستمراره، خصوصاً وأن صاحب العقار الخادم قد نال تعويضاً عن ذلك الممر يوم فتح والقضاء الفرنسي قد سار في هذا الاتجاه.

ومنهم من رأى أنه يستجاب لهذا الطلب، لأن العلة التي أدت إلى فتح الممر وما يتسبب فيه من ضرر للعقار الخادم قد ارتفعت، ولكن يتعين على صاحب هذا العقار الخادم أن يؤدي تعويضاً مناسباً تقدره المحكمة لصاحب العقار المخدم مقابل إزالة ذلك الممر الذي دفع صاحبه بدوره مقابلاً عند فتحه، وقد أخذ بهذا الرأي كل من القانونين المدني الإيطالي والسوري.

ويؤيد أيضاً كل من الدكتور مأمون الكزبري، والدكتور محمد ابن معجوز، هذا الرأي، وذلك لما في إزالة الممر حين يصبح غير ضروري من الرجوع إلى تطبيق قواعد الملكية وما تعطيه من حقوق للمالك على ملكه⁽¹⁾.

خامساً : حق المظل :

المادة 66

«لا يجوز للمالك عقار أن يفتح في حائط ملاصق لملك جاره نوافذ أو شبابيك أو أي فتحات مماثلة إلا برضى صاحب المالك المجاور».

الشرح :

حق المظل على الدار المجاورة

من صور حق الارتفاق حق المظل، وهو حق فتح النوافذ والفتحات في الحائط الملاصق لملك الجار برضاه، والحكم الذي يسري على حق المظل، هو أن الشريعة الإسلامية منعت الجار من سد ضياء جاره بالكلية، كما منعت من إحداث نوافذ تطل على الأماكن المخصصة بطبيعتها لأن تكون مقرأ للنساء، وهو الدار وساكنتها.

(1) أنظر مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 595، والدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 425.

وجاء في مدونة الحقوق العينية، في المادة موضوع الشرح، لا يجوز لمالك عقار أن يفتح في حائط ملاصق لملك جاره نوافذ أو شبابيك أو أي فتحات مماثلة إلا برضى صاحب الملك المجاور، من غير أن يتقيد بالمسافات التي يفرضها القانون.

وجاء في الفقه والنوازل المغربية، لا يجوز للجار إحداث ما يضر بجاره كفتح نافذة في حائط ملاصق لملك جاره مطلق عليه، أو أي فتحات مطلة على دار جاره كإحداث بئر بقرب حائطه الملاصق له، أو نحو ذلك من كل ما فيه ضرر على الدار ومجاريهما إلا برضاه بلا عذر عشر سنين، فلا يزال ذلك⁽¹⁾.

وبالاستناد إلى الفصل 45 من ظهير 19 رجب يتبين أن القانون يسمح لكل مالك بأن يتفق مع مالك آخر على إنشاء ارتفاع يتكلف بمقتضاه عقار آخر أحدهما بما يخدم عقار الطرف الآخر، كأن يتفق شخص مع آخر على أن يفتح نوافذه وشبابيك أو أي فتحات مماثلة في الحائط الملاصق لملك جاره، وهذا الاتفاق والعمل به دليل على رضى صاحب الملك المجاور للمسائل المتفق عليها بين الجانبين.

المادة 67

«يمكن للمالك أن يبني في حدود أرضه دون مراعاة النوافذ والشبابيك المفتوحة على ملكه إلا إذا وجدت اتفاقات مخالفة».

الشرح :

كل مالك يتصرف في ملكه ما شاء، من بناء في حدود أرضه وفتح النوافذ والشبابيك على ملكه

سبقت الإشارة إلى أن الأبنية قصد بها كل ما أنشأه الإنسان على أرضه أو في باطنها من دور ومنازل ومصانع، ومخازن ومتاجر، وجسور وسدود، وحواجز، وأنفاق وكهوف، سواء كانت المواد التي استخدمت في إقامتها من تراب أو حجر أو حديد، أو زجاج أو خشب، أو غير ذلك، كما يعتبر من الأبنية تجهيزاتها المتصلة بها من نوافذ وشبابيك وشرقات، وأبواب وقواديس وأنايب الماء والغاز والكهرباء وميازيب وسلاليم.

وقد بينت المادة موضوع الشرح هذا المقتضى، فأوضحت أن كل مالك يتصرف في ملكه كيف شاء، وبناء على ذلك يمكن له أن يبني داراً أو منزلاً داخل أرضه وحدودها،

(1) نوازل الرهوني، ج 6، ص 75.

ولا يجوز لأحد من جيرانه أن يمنعه من ذلك، لأن الأرض ملكه وما بناه عليها في حدود ملكيته مع مراعاة النوافذ والشبابيك المفتوحة على ملكه، أي بلا قيود ولا شروط مقرر قانوناً في فتح النوافذ والشبابيك، في الدار التي بناها المالك في حدود أرضه، ماعداً إذا وجدت اتفاقات بين صاحب البناء وفتح النوافذ والشبابيك في داره، وبين جاره الذي اتفق معه بإحداث النوافذ والشبابيك على شكل معين ومسافة محددة لكنه خالف الاتفاق، وفتح النوافذ والشبابيك خلاف ما وقع الاتفاق عليه مع الجار.

المادة 68

«لا يمكن فتح مطلات أو شرفات أو فتحات أخرى مماثلة مواجهة لملك الجار إلا على مسافة مترين، وإذا كانت منحرفة فعلى مسافة متر واحد، ولا يسري هذا المنع على المطلات والشرفات المفتوحة على الطريق العمومية.

تحسب المسافات المذكورة من ظهر الحائط الذي فتحت فيه المطلات أو من خارج الشرفة، وذلك إلى غاية الخط الفاصل بين المالكين، مع مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل».

الشرح :

تحديد المسافة ومكان احتسابها لفتح مطلات
أو شرفات أو فتحات أخرى مواجهة لملك الجار

يمكن القول، فيما يتعلق بأحكام هذه المادة موضوع الشرح بأن مالك الأرض التي يبني فيها داراً أو منزلاً، تبقى له كل الحقوق التي للمالك على ملكه من انتفاع واستغلال وتصرف، إلا أن حقوقه هذه تصبح بمقتضى حقوق الجار وعدم الضرر به مقيدة بعدم استعمال فيما من شأنه أن يقوم بما من شأنه أن يضر به كأن يفتح في داره عند بنائها مطلات أو شرفات أو فتحات أخرى مواجهة لملك الجار، فلا يجوز له إحداث ما يضر بجاره كفتح هذه المرافق في داره مواجهة لملك هذا الجار.

وعليه، ففيما يخص المطلات التي تستعمل لإدخال النور والهواء والنظر منها إلى الخارج، فإن القواعد التي يجب إتباعها عند فتحها تختلف بحسب ما إذا كانت هذه المطلات والشرفات مواجهة لعقار الجار أو جانبية منه، فالمطلات الموجهة، وهي التي تقابل عقار الجار مباشرة، وتواجهه بخط مستقيم، لا يجوز فتحها إلا إذا كانت المسافة التي تفصل بين الجدار الذي تفتح فيه، وبين أرض الجار التي تطل عليها لا تقل عن مترين سواء كانت أرض الجار الذي تطل عليه تلك المطلات محجوبة بسور أو لم تكن كذلك.

ويلحق بالمطلات المواجهة كل ما ينشئه المالك في بنائه من شرفات وتowers وأطناف، حيث يجب أن تكون المسافة بينها وبين أرض الجار لا تقل عن مترين سواء كانت هذه الشرفات مواجهة لأرض الجار أو جانبية لها. والمطلات الجانبية هي التي تقابل عقار الجار وإنما تتحرف عنه، بحيث لا تسمح للشخص الموجود فيها، بالنظر إلى عقار الجار إلا إذا انحنى أو انحرف يمنة أو يسره. وهذه لا يجوز فتحها إلا إذا كانت المسافة التي تفصل بين الجدار الذي ستفتح فيه وأرض الجار التي تطل عليها لا تقل عن متر واحد.

لذلك، حدد القانون في هذه المادة موضوع الشرح، المسافة التي يجب على صاحب البناء احترامها، في شأن المطلات والشرفات أو فتحات أخرى مماثلة، أن لا يتجاوز مسافة مترين فقط، وهي المسافة التي حددها القانون، وأوجبها على صاحب البناء، عند إحداث مطلات أو شرفات أو فتحات أخرى مماثلة مواجهة لملك الجار، لكيلا يتضرر هذا الأخير من تلك المرافق التي يحدثها صاحب بناء داره داخل أرضه وملكه، وهذا التحديد المحصور في مسافة مترين، فيما إذا كانت المرافق المذكورة مستقيمة أي في خط مستقيم غير منحرفة وجانبية، وأما إذا كانت المسافة منحرفة وجانبية فيجب تحديد المسافة في متر واحد، ويقوم المهندس المساح صاحب الاختصاص، بتحديد هذه المسافة، وعلى صاحب البناء أن يحترم التحديد، والخضوع إلى ما يفرضه القانون.

كما قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أن المنع المفروض على صاحب البناء والتزامه بالمسافة المحددة والمفروضة في مترين عند استقامة البناء، أو في متر واحد عند انحرافه، فلا يسري هذا المنع على المطلات والشرفات المفتوحة على الطريق العمومية، لأنها ليست في ملك خاص.

كما يبين المشرع في هذه المادة موضوع الشرح ابتداء احتساب المسافات المذكورة ونهايتها، فأوجب أن يبدأ حساب هذه المسافة من الواجهة الخارجية للجدار تفتح فيه المطلات ومن الخط الخارجي للشرفات والأطناف إلى الحد الفاصل بين عقار صاحبها وعقار الجار التي تشرف عليه، أي يسير التحديد هكذا إلى غاية الخط الفاصل بين المالكين، وهذا التحديد وبيان المسافة، من اختصاص أهل المعرفة، والمهندسين المساحين. لذلك يستعان بهم عند وقوع نزاع أو خصومة، برضي الطرفين أو عن طريق القضاء.

هذا، وبمفهوم المخالفة يجوز لمالك البناء، أن يفتح مطلات أو شرفات أو فتحات أخرى مماثلة مواجهة لملك الجار، على مسافة مترين أو متر واحد حسب القيود القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل، لكنه غير مقيد، بالنسبة لفتح المطلات

والشرفات التي فتحتها على الطريق العمومية، لعدم خصوصية ملكيتها، وأنشأ ذلك في بنائه مساحة وتصميماً، وما يتطلبه القانون المتعلق بأحداث المطلات والشرفات وفتحات أخرى في البناء قرب الجار، وفق النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، وأحدث ذلك وفقاً لما أمرت به المادة موضوع الشرح، بقولها : «مراعاة النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل».

وبالإضافة إلى وجوب التقيد بالمسافات المذكورة، فإنه يتعين على كل من يقع ملكه في حي من الأحياء التي تعينها قرارات بلدية، ويريد فتح نوافذ أو شرفات تطل على مساكن الجيران، ولا تفصل بينه وبينهم طريق عمومي، أن تكون تلك المطلات والنوافذ والشرفات مجهزة بمصاريح أو شبائيك خارجية ثابتة ومكونة من صفائح أفقية ترتفع وفق ما تفرضه القوانين التنظيمية الجاري بها العمل.

فإذا لم يتقيد المالك بهذه المسافة عند قيامه بفتح المناور أو المطلات والشرفات أو فتحات أخرى مواجهة لملك الجار، فيحق لهذا الأخير أن يطالب بإزالتها وسدها، ولا يحتاج إلى إثبات أنه ضرر من جراء عدم احترام جاره للمسافة المقررة قانوناً، بل يحق له أن يطلب إزالتها ولو ثبت أنه لم يتضرر منها، لأن القانون منع المالك من فتح المطلات والشرفات إلا إذا ترك بينه وبين جاره المسافة المنصوص عليها⁽¹⁾.

الفرع الثالث انقضاء الارتفاقات المادة 69

«ينقضي حق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية :

- بانتهاء الأجل المحدد ؛
- بالتنازل عن حق الارتفاق ممن له الحق فيه ؛
- باجتماع العقارين في يد مالك واحد ؛
- بصيرورة العقار المرتفق أو العقار المرتفق به في وضعية لا يمكن معها استعمال هذا الحق ؛
- بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاً كلياً ؛
- بزوال الغرض الذي أحدث من أجله».

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 98.

الشرح :

بيان أسباب انقضاء الارتفاق

عددت المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية أسباب انقضاء حق الارتفاق وحصرتها في ستة إذ قالت : «ينقضي حق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية» والتي سنعرضها بالتفصيل فيما يلي :

يمكن القول بأن الارتفاقات تنتهي بأحد أسباب ستة، حسب تعداد المادة موضوع الشرح، اختصر ظهير 19 رجب في الباب الذي خصه لانقضاء الارتفاقات على بيان سبب واحد لانقضائها فتص في الفصل 153 على أن الارتفاق ينقضي «عندما تصبح الأشياء في حالة لا يمكن معها استعماله» ولكن هناك أسباباً أخرى تؤول إلى انقضاء الارتفاق رغم عدم النص عليها صراحة، لأن تطبيق المبادئ العامة تحتّم ذلك وتقصيها، وهذه الأسباب التي تقتضيها المبادئ العامة، وحصرتها مدونة الحقوق العينية في ستة، هي :

السبب الأول : انقضاء الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد له أو بتحقيق الشرط الفاسخ : حق الارتفاق وإن كان مبدئياً من الحقوق المؤبدة، إلا أنه يمكن انشاؤه لزمن محدد ومعين، كما يمكن إنشاؤه معلقاً على شرط فاسخ. فحلول الأجل أو تحقق الشرط الفاسخ يترتب عليه انقضاء الارتفاق عملاً بالمبادئ العامة، وكما هو معروف من أن العقد شريعة المتعاقدين.

السبب الثاني : انقضاء الارتفاق بالتنازل عنه : يجوز لصاحب العقار المرتفق متى كان أهلاً للتصرف أن يتنازل عن حق الارتفاق المقرر لمصلحة عقاره وذلك بعوض أو غير عوض، فإذا وقع هذا التنازل تحرر العقار المرتفق به من الارتفاق الذي كان مرتباً عليه، ولا بد إذا ما كان العقار المرتفق به مشاعاً، أن يصدر التنازل عن الشركاء جميعاً ليعتد به، لأن الارتفاق، كما نعلم، لا يتجزأ.

كما أنه إذا كان العقار المرتفق به محفظاً، فإن الارتفاق المتنازل عنه لا يعتبر منتهياً حتى بالنسبة لطرفيه إلا بالتشطيب عليه من الرسم العقاري لذلك العقار الخادم.

السبب الثالث : انقضاء الارتفاق باجتماع العقارين في يد واحدة : إذا اجتمع العقار المرتفق والعقار المرتفق به في يد واحدة، انقضى الارتفاق عملاً بالمبدأ القائل بأنه لا يجوز أن يكون للمالك حق ارتفاق على ملكه.

وذلك كما إذا تملك صاحب العقار المخدم العقار الخادم وكما في حالة تخلي المالك للعقار الخادم عن هذا العقار لمالك العقار المخدم تقادياً لأداء ما يلزمه من مصروفات الارتفاق التي تقع على كاهله، أو تملك أجنبي العقارين معاً، فإن الارتفاق ينتهي بذلك، ويفقد كل أثره.

غير أنه لكي ينقضي الارتفاق بالنسبة للأجنبي يجب التشطيب عليه من الرسم العقاري الخاص بالعقار الخادم إن كان هذا العقار محفظاً.

ولكن ما عسى أن يكون الحكم، لو انفصل العقاران من جديد ؟ لا بد للجواب على هذا السؤال من التمييز بين حالتين حسبما يكون أو لا يكون لسبب الانفصال أثر رجعي.

الحالة الأولى : إذا كان لسبب الانفصال أثر رجعي، كبطلان أو إبطال التعرف الذي كان أدى إلى جميع العقارين في يد واحدة عادت الحالة إلى ما كانت عليه وعاد بالتالي حق الارتفاق حكماً للعقار المرتفق.

الحالة الثانية : أما إذا حصل الانفصال بسبب ليس له أثر رجعي كأن يبيع أو يهب المالك أحد العقارين لشخص آخر، فحق الارتفاق الذي كان انقضى باجتماع العقارين في يد واحدة، لا يعود، ما لم يتفق على ذلك، ويسجل الارتفاق من جديد، عند الاقتضاء، في رسم الملكية العائد للعقار المرتفق به⁽¹⁾.

السبب الرابع : انقضاء الارتفاق لصيرورته غير مفيد : ينقضي الارتفاق حينما يصير العقار المرتفق والعقار المرتفق به في وضعية لا يمكن معها استعمال هذا الحق، أي يصير غير مفيد، وذلك كما لو أن شخصاً حكم له بحق المرور في عقار مجاور بعد أن تبين أن عقاره كان محصوراً عن الطريق العمومية بجانب عقاره فلم يعد محصوراً ولم تعد له حاجة بذلك الممر، فإن من حق صاحب العقار الخادم أن يطالب بإزالة هذا الارتفاق لأنه أصبح بقاءه غير مجد وغير مفيد.

وبديهي أن انقضاء الارتفاق لصيرورته غير مجد لا يجري حكماً بل لا بد من عرض الأمر على القضاء للتحقق من كون الارتفاق المطلوب انقضاؤه أصبح فعلاً غير مجد وأن العقار المرتفق أضحى في وضع لم يعد بحاجة لهذا الارتفاق.

السبب الخامس : هلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاً كلياً : ينقضي حق الارتفاق إذا أصبح استعماله غير ممكن بسبب تغييرات حدثت في العقار المرتفق،

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 610.

كما إذا هدم المنزل المقرر لمصلحته حق المثل وحولت الأرض التي كان مبنياً عليها إلى حديقة عامة، أو تغييرات حدثت في العقار المرتفق به، كأن تتضرب وتتجف العين المقرر حق الارتفاق منها.

غير أنه يشترط لانقضاء الارتفاق في هذه الحالة أن تكون استحالة استعمال الارتفاق بسبب ما طرأ على العقارات من تغييرات استحالة نهائية، وفق ما قرره المادة موضوع الشرح بقولها : «بهلاك العقار المرتفق أو العقار المرتفق به هلاكاً كلياً».

أما إذا كانت الاستحالة مؤقتة، فحق الارتفاق لا ينقضي بل يتعطل استعماله طيلة قيام المانع حتى إذا زال هذا المانع أمكن استئناف ممارسة الارتفاق.

ففي المثال الذي ذكر أعلاه، إذا ما عادت المياه إلى العين التي نضبت، عاد حق الاسقاء منها كالسابق وإذا ما تهدم العقار المحدث مثل لعيب فيه أو لقدمه وأراد صاحبه إعادة بنائه، جاز له أن يحدث في البناء الجديد مطلاً كما في السابق⁽¹⁾.

السبب السادس : زوال الغرض الذي أحدث حق الارتفاق من أجله : سبق القول بأن حق الارتفاق هو حق عيني يترتب على عقار لفائدة عقار آخر، أي الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر. كما سبق القول أن هناك عناصر ثلاثة يتكون منها حق الارتفاق : العقار المرتفق والعقار المرتفق به، ومنفعة يقدمها العقار المرتفق به للعقار المرتفق. والعنصر الثالث هو المقصود من نص المادة موضوع الشرح بالغرض والفائدة من إنشاء حق الارتفاق فإذا زال هذا الغرض الذي أنشئ حق الارتفاق من أجله ينقضي حق الارتفاق وينتهي كلياً.

وبناء على ذلك، فإن حق الارتفاق يجوز التحرر منه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو أصبحت فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء الذي يلقيه على العقار المرتفق به، مثل ذلك أن يكون الارتفاق حق شرب، واستطاع مالك العقار المرتفق أن يحفر بئراً في أرضه تغنيه هي وموارد المياه الأخرى التي عنده دون نظر لحق الشرب، عن هذا الحق الأخير، أو في القليل تجعل حق الشرب فائدته محدودة لا تتناسب البتة مع العبء، الذي يتحمله العقار المرتفق به من جراء حق الشرب. ففي هذه الحالة يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يطلب التخلص من حق الارتفاق، ولو دون موافقة صاحب العقار المرتفق. فقد وازن القانون بين مصلحتين، مصلحة صاحب العقار المرتفق في بقاء الارتفاق وقد انعدمت أو أصبحت منفعة محدودة، ومصلحة

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 609.

صاحب العقار المرتفق به في زوال الارتفاق وقد أصبحت هي المصلحة الراجعة إذ تفوق كثيراً مصلحة صاحب العقار المرتفق في بقاء الارتفاق، ولما كانت حقوق الارتفاق تلقي أعباء ثقيلة على العقارات المرتفق بها، فقد أثر القانون تحرير العقار المرتفق به من حق الارتفاق في الحالة التي نحن بصدددها، ولو اقتضى الأمر أن يدفع مالك العقار المرتفق به تعويضاً مناسباً لمالك العقار المرتفق في مقابل زوال حقه دون رضائه، فهذا ضرب من استرداد حق الارتفاق، يتم دون رضا صاحب الحق، لقيام مصلحة تبرر ذلك، أما إذا انعدمت كل فائدة لحق الارتفاق، فإن مالك العقار المرتفق به يستطيع أن يتحرر منه دون دفع أي تعويض، إذا لم يصب مالك العقار المرتفق ضرر من زوال حق الارتفاق حتى يطلب التعويض عنه.

وقاضي الموضوع هو الذي يقدر، عند اختلاف الطرفين، ما إذا كان حق الارتفاق قد فقد كل منفعة أو أصبحت منفعته محدودة، فيقضي بتحرير العقار المرتفق به من هذا الحق، ويقدر أيضاً التعويض المستحق لمالك العقار المرتفق إن كان للتعويض محل⁽¹⁾.

الفصل الثاني

التحملات العقارية أو القيود

التي ترد على حق الملكية

القيود التي ترد على حق الملكية كي تؤدي وظيفتها الاجتماعية أنواع :

- منها ما هو مقرر حتى لا يخرج حق الملكية من غايته ولا يساء استعماله.
- ومنها ما هو مقرر في سبيل النفع العام.
- ومنها ما هو موضوع لرفع مضار الجوار.
- ومنها ما هو وليد اتفاق المتعاقدين.

المادة 70

«للجار أن يجبر جاره على تعيين حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما».

(1) الوسيط للسهوري، ج 9، ص 1402 و1403.

الشرح :

جواز إجبار الجار على تعيين الحدود

نصت مدونة الحقوق العينية في هذه المادة موضوع الشرح، على أنه يجوز للجار أن يجبر جاره على وضع حدود معينة لألاكهما المتلاصقة فيما بينهما، فيما إذا كانت حدودهما غير مبيّنة، وقد يفضي إلى منازعات بشأن الحدود، وذلك لأن المألوف عند وجود أشجار أو أحجار ثابتة أو طريق... بين عقارين، أن مكان الأشجار أو الأحجار أو الطريق هو الحد، وهذا قد يفضي إلى منازعات سيما حين يتعلق الأمر بعقارات غير محفوظة. ولهذا يكون من المناسب عند إنشاء شيء مما ذكر من الغرس أو نحوه... اتخاذ الحيطة لمنع نشوب نزاعات مستقبلية ومنع طمس معالم كل حد دخل عقاراً، وذلك برسم حدود واضحة أو بناء حائط وفق ما تنص عليه المادة موضوع الشرح. وعلى ذلك، وإذا وقع نزاع بين الجارين بالنسبة لحدود ألاكهما المتلاصقة، ويحق للجار صاحب الحق أن يجبر الجار المانع على تعيين الحدود لألاكهما المتلاصقة، وذلك عن طريق القضاء عند وقوع نزاع أو خصومة حول الحدود.

فإذا اختلفوا في الحد الفاصل بين أرضين فادعاه كل واحد لنفسه، فالعمل على ما يقبله أهل المعرفة والخبراء، فإن كانت أرض أحدهما أعلى من الأخرى، فالحد لصاحب الأرض الأعلى ولا يجوز لمن يملكه إحداث شيء فيه ولا تغييره.

وطبعاً تكون الصوائر والنفقات التي تتفق في سبيل تعيين حدود أرض الجارين المتلاصقة مشتركة بين الجارين، بنسبة انتفاع كل واحد منهما، من التحديد ووضع الأرقام والأنصاب أو الحائط، ونحو ذلك.

المادة 71

«ليس للجيران أن يطالبوا بإزالة مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما لهم أن يطالبوا بإزالة المضار التي تتجاوز الحد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للآخر والغرض الذي خصصت له.

لا يحول الترخيص الصادر من السلطات المختصة دون استعمال الحق في المطالبة بإزالة الضرر»

الشرح :

القيود المقررة منعاً لإساءة استعمال حق الملكية ورفعاً لمضار الجوار

سبقت الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية أخذت بنظرية إساءة استعمال الحق وطبقتها على أوسع مدى في حقل الملكية العقارية : فهي لم تحصر إساءة استعمال الحق في الأعمال التي يجريها المالك قصد إيقاع الضرر بالغير، بل اعتبرت من قبيل إساءة الاستعمال، الأعمال التي ينشأ عنها ضرر فاحش للجار، حتى لو لم تكن مقترنة بأي قصد جرمي.

كما سبقت الإشارة إلى أن ظهير 19 رجب سكت عن نظرية إساءة استعمال الحق في الحقل العقاري، ولم يتطرق إليها، بل هو في معرض تعريف الملكية العقارية، شدد على ما يمنحه حق الملكية من مكنة استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه بصورة مطلقة، إلى منح المشرع في هذا الظهير، المنسوخ صاحب حق الملكية، حق استعمال الشيء وحق التمتع به، والتصرف فيه للحصول على منفعة مشروعة، دون إلحاق الضرر بالغير، ففي ممارسة المالك هذه الحقوق بغية إلحاق الأذى بالناس، بل في ممارسة إياها بطريقة تفوق الحدود المألوفة، خروج عن الغاية الاجتماعية التي أنشئت من أجلها ونوع من أنواع التعسف وإساءة استعمال الحق.

ولذلك نص المشرع في الفصل 77 من ق.ل.ع على أن «كل عمل يرتكبه الإنسان.... ويكون من شأنه أن يحدث ضرراً للغير، يلزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر».

وقد ورد للدكتور المرحوم مأمون الكزبري تعليقاً على ظهير 19 رجب المنسوخ، الذي سكت عن نظرية إساءة استعمال الحق في الحقل العقاري، بأن المشرع اعتبر تلك القيود كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني السوري من قبيل الارتفاقات القانونية، وأنها تشكل التزامات يخضع لها الملاك المجاورون على حد سواء، وتؤلف أعباء تقع على العقارات المجاورة، بصورة متبادلة ينتفي معها وجود عقار خادم وعقار مخدوم، كما يقتضيه مفهوم الارتفاق، وهو ما كرره المشرع المغربي حيث تناول القيود التي ترد على حق الملكية في مبحث الارتفاقات ولكنه عنوان الموضوع كما يلي : (الارتفاقات والتحملات العقارية) فأتى ببعضها تحت بند (الارتفاقات) والبعض الآخر تحت بند (التحملات العقارية)⁽¹⁾. وهي موضوع البحث والدراسة في هذه المادة موضوع الشرح.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 308.

وتبعاً لذلك، زاد الدكتور الكزبري في تعليقه قائلاً : ثم إن قانون الالتزامات والعقود المغربي، أقر صراحة في الفصل 91 حق الجار في أن يطلب من أصحاب المحلات المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة، أما إزالة هذه المحلات، وأما إجراء ما يلزم فيها من التغيير للقضاء على الأضرار التي يتظلم منها، وأوضح أن الترخيص الصادر من السلطات المختصة لا يحول دون ذلك، ثم إن قانون الالتزامات والعقود المغربي إذا منع على الجار في الفصل 92 المطالبة بإزالة الأضرار الناشئة عن الالتزامات العادية للجوار بالدخان الذي يتسرب من المداخن وغيره من المضار التي يمكن تجنبها والتي لا تتجاوز الحد المألوف، يعتبر أنه قد منح صراحة للجار الحق في الزام جاره بإزالة المضار التي تتجاوز الحد المألوف⁽¹⁾.

وهذا الحكم المذكور، هو المقصود من مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح، حيث نصت على أنه : ليس للجيران أن يطالبوا بإزالة مضار الجوار المألوفة والعادية التي لا يمكن تجنبها، وإنما لهم أن يطالبوا بإزالة المضار التي تتجاوز الحد المألوف والعادي، على أن يراعى في ذلك العرف المسلم به والثابت، وما تقتضيه طبيعة العقارات من علو أو انخفاض، وموقع كل منها من حيث الاستواء أو التموقع بالنسبة للآخر، وكذلك الغرض الذي أعدت وخصصت له هذه العقارات.

وإذا كان هناك ترخيص للجوار الذي يضر جاره، فلا يحول هذا الترخيص، الصادر من السلطات المختصة، من بلدية أو جماعة قروية دون استعمال الحق في المطالبة بإزالة الضرر، عملاً بالقاعدة الفقهية القائلة «الضرر يزال».

المادة 72

«على المالك أن يغرس أشجاراً أو شجيرات أو أغراساً على حدود أرضه أو يعوضها إذا ماتت أو قطعت أو قلعت دون مراعاة المسافات التي تحددها الأنظمة.

فإذا لم تكن هناك أنظمة تحدد المسافات، وجب عليه أن يغرسها بعيداً عن الحد الذي يفصل أرضه عن أرض جاره، بمسافة لا تقل عن مترين اثنين إذا كانت المغروسات مما يفوق ارتفاعها مترين، وعن نصف متر إذا كانت مما دون ذلك.

يمكن أن تغرس الأشجار والشجيرات والأغراس على جهتي الحائط الفاصل بين عقارين دون أن يكون من اللازم مراعاة أي مسافة، غير أنه لا يجوز أن تعلو قمة الحائط.

وللجار حق المطالبة برفع ما قد تسببه من أضرار».

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 308.

الشرح :

حكم غرس الأشجار قرب حدود أرض الجار

حق الملكية الواقع على أرض يعطي المالك الحق في أن يفرس ما يشاء من الغراس والأشجار ولو بلغ علوها إلى ما بلغ.

ونظراً إلى أن نطاق حق الملكية لا يتعدى حدود الأرض التي هي موضوع ذلك الحق، ولا يمتد إلى ما وراء تلك الحدود فإنه يتعين على صاحب الأرض عندما يريد أن يفرس فيها أشجاراً أن يتقيد بقيود تجد من الأضرار التي يمكن أن تلحق جاره من غرس أشجاره كما يشاء.

وجاءت مدونة الحقوق العينية، بقيود في هذا الشأن، كما جاء في ظهير 19 رجب المنسوخ، يمكن تلخيصها فيما يلي :

يتعين على مالك الأرض الذي يريد غرس أشجار على حدود أرضه أن يترك مسافة من حدود بلاده بدون غرس وهذه الحدود تحدد كما يلي :

أ - إذا كان هناك نظام محلي يفرض على المالك أن يترك مسافة معينة بينه وبين جاره عند قيامه بغرس أرضه، فيتعين مراعاة هذا النظام والتقيد به.

ب - إذا كان هناك عرف ثابت ومسلم به يقضي بأن تفرس الأشجار على بعد معين من حدود أرض الجار، فيتعين التقيد بهذا العرف أيضاً، وترك المسافة يحددها.

ج - إذا لم يوجد عرف ولا نظام محلي في هذا الشأن، فيجب على من يريد أن يفرس أشجاراً في أرضه أن يستبعد بغرسه المسافة التالية :

1 - إذا كانت الأشجار التي يريد غرسها مما يتجاوز ارتفاعها مترين، فيجب أن يترك مترين بين الخط الفاصل بين أرض الجار والأرض التي سيقام الغرس عليها.

2 - إذا كانت هذه الأشجار لا تتجاوز المترين، فيتعين أن يترك مسافة نصف متر فقط ليفصل بين حدود ملك الجار وتلك الأشجار.

وفي ذلك يقول الفصل 133 من ظهير 19 رجب المنسوخ، في فقرته الأولى : «لا يجوز لأحد أن تكون له أشجار أو شجيرات أو أغراس بقرب حدود الملك المجاور إلا على البعد المقرر بالضوابط والأعراف الثابتة والمسلم بها، وإذا لم توجد هذه الضوابط أو الأعراف فعلى بعد مترين اثنين من الخط الفاصل بين المالكين فيما يرجع للمغروسات التي يفوق علوها مترين اثنين، وعلى بعد نصف متر بالنسبة لغيرها من المغروسات».

وتجب مراعاة هذه المسافة سواء عند القيام بغرس الأشجار لأول مرة أو عندما يراد تعويض ما مات أو قلع من الأشجار المغروسة، وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من الفصل 134 من ظهير 19 رجب المنسوخ التي تقول : «إذا ماتت الأشجار أو قطعت أو قلعت، فلا يمكن للجار تعويضها إلا بمراعاة للأبعاد القانونية.

وإذا كان يفصل بين الأراضي المجاورة حائط، فيمكن أن تغرس الأشجار والشجيرات والأغراس على جهتي الحائط الفاصل بين عقارين، دون أن يكن صاحب العقار الذي يملكه ملكية خاصة ملزماً بترك مسافة ما على حدوده، غير أنه لا يجوز أن تعلق هذه الأشجار والشجيرات والأغراس، قمة الحائط الفاصل بين الأرضين.

إلا أنه في حالة ما إذا تسببت الأشجار والشجيرات والأغراس، في أضرار للجار، فيحق لهذا الأخير قضائياً برفع ما قد تسببه من أضرار.

المادة 73

«لا يجوز للجار أن يغرس أشجاراً بجوار بناء جاره إذا كانت هذه الأشجار تمتد جذورها، فإذا غرسها فإنه يحق لمالك هذا البناء المطالبة بقلعها».

الشرح :

منع المالك من غرس أشجار

بجوار بناء جاره إذا كانت تمتد جذورها

قررت هذه المادة موضوع الشرح، أنه إذا قام شخص جار بغرس أشجار، بجوار بناء جاره، عند امتداد جذورها هذه الأشجار خارج المسافات المحددة في المادة السابقة، أي تفوق على بعد أكثر من نصف متر، وأقل من مترين، ثم ارتفعت هذه الأشجار إلى ما يزيد على مترين فإذا غرسها الجار، بجوار بناء جاره، وارتفعت إلى ما يزيد المسافة المحددة لها، وامتدت جذورها حدها المعين، فيحق لجاره أن يطلب قلع تلك الأشجار عن طريق القضاء، ما لم يرض المالك لها يشذبها ليصبح علوها أقل من مترين، أما إذا كانت المسافة المتروكة أقل من نصف متر، فلا يبقى هناك مجال لبقاء تلك الأشجار التي طالب الجار بقلعها، ولورضي الجار الغراس بشذبها، وهذا ما نص عليه الفصل 134 من ظهير 19 رجب في الفقرة الأولى بقوله : «يمكن للجار أن يطالب بقلع الأشجار والشجيرات والأغراس القائمة على بعد أقل من البعد القانوني أو شذبها لازعاجها إلى العلو المحدد بالفصل السابق إن لم يكن هناك سند أو علامة تخالف

ذلك : أي إذا ما غرست أشجار كبيرة أو صغيرة دون التقييدات بالمسافة القانونية، وامتدت جذورها، فإن من حق الجار مالك البناء المطالبة بقطع هذه الجذور، وذلك ما لم يوجد سند أو اتفاق على خلاف ذلك.

وأما مدونة الحقوق العينية، فقد نصت على ذلك في المادة موضوع الشرح، بقولها: «ولا يجوز للجار أن يغرس أشجاراً بجوار جاره إذا كانت هذه الأشجار تمتد جذورها، فإذا غرسها، فإنه يحق لمالك هذا البناء المطالبة بقطعها» أي يجب أن يتجاوز أغصان الأشجار المغروسة بالقرب من أرض الجار على أرض هذا الجار. كما يجب أن لا تمتد جذور هذه الأشجار داخل الأرض المذكورة وإلا فإن من حق الجار المطالبة بقطع الأغصان المتجاوزة، أو المبادرة إلى قطع الجذور الممتدة داخل أرضه بنفسه.

المادة 74

«إذا امتدت أغصان الأشجار فوق أرض الجار فله أن يطالب بقطعها إلى الحد الذي تستوي فيه مع حدود أرضه وتكون له الثمار التي تسقط منها طبيعياً.

كما يجوز لهذا الجار أن يقطعها بنفسه إذا خشي أن يصيبه ضرر من ذلك.

ويسري نفس الحكم في حالة امتداد جذور الأشجار إلى أرض الجار».

إذا امتدت أغصان الأشجار أو جذورها على الطرق أو جنباتها جاز لكل ذي مصلحة المطالبة بقطعها».

الشرح :

قطع أغصان الأشجار أو الجذور الممتدة فوق

وفي أرض الجار أو على الطرق أو جنباتها

تكلت هذه المادة موضوع الشرح، على أن الجار إذا امتدت أغصان أشجاره فوق أرض جاره، جاز لهذا الأخير أن يطالب قضائياً، بقطعها إلى الحد الذي تستوي فيه مع حدود أرضه، مع استحقاقه الثمار التي تسقط من هذه الأشجار طبيعياً، فيجنيها لفائدته، كما يجوز لهذا الجار أن يقطع بنفسه هذه الأشجار إذا خشي أن يمسه ويلحقه ضرر من ذلك، وفي حال امتداد جذور الأشجار إلى أرض الجار، يجوز له قطع هذه الجذور بنفسه إن خشي أن يصيبه ضرر من امتدادها.

كما تكلمت المادة موضوع الشرح، على أنه في حالة امتداد أغصان الأشجار أو جذورها على الطرق الخاصة أو العامة، أو الممتدة على جنباتها، والتي تؤدي المارين الجوار، جاز لكل من له فائدة ومصلحة في ذلك، المطالبة بقطع الأغصان أو الجذور.

والأغصان هي فروع الأشجار، والجذور هي عروق الأشجار.

وبعبارة أخرى إذا امتدت فروع تلك الأشجار المغروسة طبقاً للقانون إلى أرض الجار، فمن حق هذا الجار أن يطالب بقطع تلك الأغصان الممتدة فوق أرضه. كما أن من حقه أن يملك ما تساقط من ثمر تلك الأغصان على أرضه. وفي ذلك يقول الفصل 135 من ظهير 19 رجب : «يمكن لمن امتدت ملكه أغصان أشجار جاره أن يرغم هذا الأخير على قطعها، وتكون له الثمار التي تسقط منها طبيعياً».

ويسري نفس الحكم في حالة امتداد جذور تلك الأشجار إلى أرض الجار، فيحق لهذا الجار أن يقطعها بنفسه. وفي ذلك تقول الفقرة الثانية من الفصل المذكور أعلاه: «وإذا كانت الجذور هي التي تمتد إلى ملكه فيكون له الحق في قطعها بنفسه».

وأما إذا امتدت أغصان الأشجار أو جذورها على الطرق العمومية أو الخصوصية فلكل من له مصلحة أو يتضرر من امتدادها المطالبة قضائياً بقطع الأغصان أو الجذور حتى لا يبقى ضررها.

المادة 75

«إذا أحدث الغير بناء بجوار عقار يتصرف فيه ماله تصرفاً مشروعاً فليس لمحدثه أن يدعي الضرر من الوضع القديم، وإنما عليه أن يدفع الضرر الذي أحدثه بنفسه».

الشرح :

لا يجوز الادعاء بالضرر القديم

خصصت مدونة الحقوق العينية هذه المادة موضوع الشرح، إلى الحكم الذي يتعلق بإحداث بناء بجوار عقار، يملكه صاحبه، ملكية تامة، ويتصرف فيه تصرفاً ماله في ملكه، وذو المال في ماله، فجاء العبء، وبنى بناء بجوار عقار الجار الذي يتصرف في عقاره وملكه، وادعى هذا المحدث للبناء أن هناك ضرراً ناتجاً عن الوضع القديم، بالنسبة للعقار الذي يملكه صاحبه، ويتصرف فيه تصرفاً مشروعاً، وادعى المحدث للبناء أن هذا الضرر يلحقه من الوضع القديم، لما في العقار من اعتباره مضراً بهذا الغير المحدث للبناء، فلا يعتبر ادعاؤه، لأن وضعية العقار وضعية قديمة قبل إحداث البناء من طرف هذا الغير، وإذا أراد زوال الضرر الذي كان السبب في إحداثه في

بنائه، أن يدفع ذلك الضرر الذي أحدثه بنفسه، وأما الوضع القديم فيبقى كما كان، ولا حق لمحدث البناء بعده، في ادعاء الضرر من الوضع القديم.

وجاء في الزرقاني مثل هذا الحكم الوارد في المادة موضوع الشرح، ونصه : وكان رجل يملك داراً جانب خربة لغيره وادعى صاحب الدار أنه يخشى على داره من اللصوص يصعدون إليها من خربة جاره وطلب من صاحب الخربة أن يبني أو يبيع لتصان داره، فلا حق له في ذلك، بل يجب عليه أن يصون داره بنفسه⁽¹⁾.

وبعبارة أوضح أنه إذا كان رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر وأحدث عنده بناء، فإن كان هذا المحدث متضرراً، فعليه هو دفع الضرر عن نفسه، مثلاً إذا كان لدار قديمة شبك مشرف على مقر النساء في دار محدثة فيلزم صاحب هذه الدار المحدث أن يدفع هو الضرر عن نفسه وليس له أن يدعي صاحب الدار القديمة، وكذلك لو أحدث داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد، فليس له أن يعطل دكان الحداد بقوله : إنه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحديد. وكذا لو أحدث بيتاً بجانب تنور غيره أو حمامه، أي ليس له أن يعطل التنور والحمام بسبب تضرره من الدخان بل عليه هو نفسه دفع المضرّة عن نفسه، لأنه هو المتسبب في هذا الضرر، ولم يكن صاحب التنور أو صاحب الحمام متعدياً⁽²⁾.

المادة 76

«يحق للمالك أن يسور ملكه على أن لا يحول ذلك دون استعمال مالك عقار مجاور لحقوقه، ولا يجوز له أن يهدم الحائط المقام مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتر ملكه بهذا الجدار.

ليس للجار أن يجبر جاره على تسوير أرضه إلا إذا تضرر من ذلك».

الشرح :

يجوز للمالك تسوير ملكه وليس للجار
إجبار جاره على تسوير أرضه

ورد في الفصل 112 من ظهير 19 رجب الذي تناول الحكم الوارد في المادة موضوع الشرح، ما يلي : «لكل مالك أن يسور أرضه، إلا إذا كان هذا التسوير يحول دون

(1) الزرقاني، ج 6، ص 81.

(2) انظر شرح المجلة للمرحوم سليم رستم باز اللبناني، ص 663.

استعمال ارتفاق المرور المترتب لمنفعة عقار مجاور «أي عندما تكون أرضه مثقلة بحق المرور أو غيره من حقوق الارتفاق، فلا يمكنه أن يقيم سوراً بطريقة تمنع من استغلال ذلك الارتفاق، والقياس عليها ما إذا أراد صاحب الأرض الواطئة أن يسور أرضه فإنه يمنع من ذلك إذا كان ذلك سيؤدي إلى حبس الماء النازل من الأرض العالية».

ولم يكن المشرع المغربي في حاجة إلى نص الفصل المذكور على حق المالك في تسوير ملكه، لأن حق الملكية يخوله ذلك، ولكنه نقل هذا النص من القانون المدني الفرنسي الذي قصد به أن يقضي على ما كان الاقطاعيون يلزمون به الفلاحين في بعض المقاطعات الفرنسية من ترك أراضيهم بدون تسوير ليتأتى لهم أن يمارسوا هوايتهم في الصيد بكل حرية.

وعلق الدكتور مأمون الكزبري، على نص الفصل المذكور، فقال : ان هذا النص الذي يطابق الفصل 847 من القانون المدني الفرنسي الذي وضعه المشرع حينذاك للقضاء على عهود الاقطاع، وللفرض المقصود بالصيد في أراضي فلاحهم بحرية.

وأما في المغرب، فلا مبرر لوضع مثل هذا الفصل، لأن الحق الذي نص عليه من مستلزمات حق الملكية المطلق الذي يخول للمالك تسوير أرضه أو تركها حرة بلا تسوير، إلا إذا كان العقار محملاً بحق مرور، فلا يجوز عندها للمالك أن يقيم سوراً من شأنه أن يعطل حق المرور على أرضه⁽¹⁾.

وأما حكم الحائط الساتر إذا تهدم أو هدم لمقتضى أو لسبب دونه، فلا يجوز للمالك أن يهدم هذا الحائط الذي أنشئ وأقيم مختاراً وأن المالك لا يهدمه إلا لعذر أو لسبب فاحش، في حالة ما إذا كان هذا الهدم يلحق ضرراً بالجار الذي يستتر ملكه وأرضه بهذا الجدار.

والى هذا الحكم أشار ابن عاصم بقوله :

وإن جدار ساتر تهدم	أو كان خشية السقوط هدماً	فمن أبى بناءه لن يجبرا
وقيل للطالب إن شيء استرا	وعامد للهدم دون مقتض	عليه بالبناء وحده قضي
ان كان ذا وجه وكان ماله	والعجز عنه أدباً أناله	

ومعنى الأبيات، أن الجدار الساتر بين الجارين في الدارين وما أشبههما، لا يخلو أن يكون ملكاً لأحدهما أو مشتركاً بينهما، فإن كان ملكاً خالصاً لأحدهما، فلا يخلو أن

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 588 - 589.

يتهدم له من غير سببه أو يهدمه لمقتضى خشية سقوطه، أو يهدمه تعمداً لغير مقتضى، فإن تهدم له من غير سببه، أو هدمه لعذر قوي، فإنه لم يجبر على بنائه، إن أباه، ويقال لطالبه : استر على نفسك إن شئت، وإن هدم الجدار الساتر بينه وبين جاره دون منفعة له في الهدم ولا، ذلك إنما قصد به الضرر لجاره، فلا يخلو أن يكون محل القضاء عليه بإعادته كما كان إذا كان الهادم ذا مال، وكان الجدار ملكه وحده، وإن لم يكن ذا مال، بل عاجز عن إعادة بناء الجدار الذي هدمه، ضرراً بالجار، فإنه يؤدي على تعمد لهدم ما يضر بغيره.

والحاصل يترتب على هذه الملكية الخاصة بالنسبة للمالك أنه يحق لصاحب الحادث أن يستعمله كيفما شاء، ويعليه إلى أي حد أراد في إطار ما تقضي به الضوابط البلدية والأنظمة الجاري بها العمل، كما يجوز لصاحب الجدار أن يهدمه، ولا يحق لجاره أن يطالبه وإجباره بإعادة بنائه بحجة أنه كان يستتر، لأنه ليس ملزماً بأن يستتر جاره، سواء هدمه خشية سقوطه، أو الهدم من تلقاء نفسه، أو قام بهدمه متعمداً من غير أن يكون هناك داع لهذا الهدم، ما لم يكن قد قصد بهدمه مجرد الإضرار بجاره الذي كان يستتر بذلك الجدار، فإنه يعاقب على ذلك القصد السيئ، وعقوبته تكون إلزامه بإعادة بنائه وتسوير أرض إن كان له مال يبنيه به ليرتفع بذلك الضرر الذي تعمد إلحاقه بجاره. وإن لم يكن له مال فيكفي أن يؤدي على ذلك الهدم المقصود من ورائه الإضرار بجاره⁽¹⁾ كما أسلفنا القول أعلاه.

وعلى العكس من ذلك إن كان الجدار مائلاً للسقوط، وكان يهدد المارة أو الجار بالسقوط عليهم، فيرغم صاحبه على هدمه حينئذ⁽²⁾.

المادة 77

«يجب أن تقام المصانع وغيرها من المحلات المضرة بالصحة أو الخطرة أو المقلقة للراحة بالمواصفات وعلى المسافات وداخل المناطق المنصوص عليها في القانون.

كما يجب على مالكيها اتخاذ الاحتياطات اللازمة للحفاظ على البيئة والحيلولة دون الإضرار بأي أحد مع مراعاة القوانين الجاري بها العمل في هذا الباب».

(1) البهجة والتاودي، 373/2، الزرقاني 62/6.

(2) الاعلان، صفحة 289.

الشرح :

شروط إقامة المصانع والمحلات المضرّة بالصحة والبيئة

مر معنا أنه يجوز لمالك الأرض أن يقيم عليها جميع أنواع المغروسات والبناءات والمنشآت التي يرتئها عدا الاستثناءات الواردة في القانون والضوابط التي تحد من سلطة المالك على ملكه.

كما أن الفقه الإسلامي يمنع الإضرار بالغير، فقد قيد حق المالك بقيود تحد من هذا الإضرار، وتعمل على رفعها، كما أن القوانين الوضعية سارت على نفس المنوال. حيث نجد أنها تنص على عدد من القواعد التي تحد من سلطة المالك على ملكه بهدف رفع الضرر الذي يمكن أن يلحقه هذا المالك بجاره، لو تركت له الحرية المطلقة في ممارسة حق ملكيته كما يشاء.

وذلك قد نتج من استعمال المالك لعقاره ضرر لمن يجاور ذلك العقار، كأن يقيم المالك فوق أرضه مصنعاً أو معملًا يؤذي جيرانه بالدخان ويقلق راحتهم بالضجيج والروائح الكريهة أو يقيم المالك فوق أرضه محلات مثل مرحاض قرب جدار الجار أو مدخنة، أو محلاً للحدادة، أو فرنًا، أو مطبخاً أو أن يسند عليه حظيرة للماشية، أو بجانب هذا الجدار مخزناً للملح أو أكداً من المواد، المضرّة بالصحة أو الخطيرة أو المقلقة للراحة.

فأوجبت المادة موضوع الشرح، على المالك أن يقيم ما ذكر من المصانع والمعامل والمحلات على أرضه، وفق المواصفات والمسافات وداخل المناطق المنصوص عليها في القانون. أي يجب على المالك الذي يريد أن يقيم على أرضه تلك الأشياء المذكورة، والتي قد ينتج عنها ضرر بالجار، أن يتقيد بشروط إقامتها المقررة بالأنظمة والأعراف الخاصة بهذه الأشياء أو أن يقيم المنشآت وغيرها المقررة بنفس الأنظمة والأعراف تقادياً للأضرار بالجار.

وتجدر الإشارة إلى أن مثل هذه المصانع والمعامل والمنشآت إذا كانت، رغم التقيد بالمواصفات والمسافات القانونية تلحق بالجوار أضراراً تفوق الحدود المألوفة، فإن من حقهم، عملاً الفصل 91 من قانون الالتزامات والعقود المغربي أن يطالبوا قضائياً إما بإزالة هذه المنشآت أو بإدخال ما يلزم عليها من التغيير للقضاء، على الأضرار التي يتظلمون منها⁽¹⁾.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 326.

كما أوجبت المادة موضوع الشرح على مالكي الأرض التي يريدون إنشاء المنشآت عليها، أن يتخذوا جميع الاحتياطات اللازمة في إقامتها، من أجل المحافظة على البيئة الطبيعية، والاجتماعية والحيولة دون الإضرار بأي أحد من الجوار وغيرهم.

وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الأنظمة والقوانين الجاري بها العمل في مجال تطبيق أحكام تجنب إساءة استعمال الحق بالنسبة لمضار للجيران أو لأي أحد يلحقه الضرر مما يقيمونه على أراضيهم من منشآت أو محلات مضرّة بالصحة والبيئة، والجيران وبأي واحد من المجاورين أو المارين، فيتعين عليهم اتخاذ الاحتياطات اللازمة، لمجانبة الأضرار الناتجة من ذلك، ولمن يتضرر الحق في مقاضاة المالكين بسبب الأضرار المحدثة.

المادة 78

«مالك العقار أو حائزه الذي يخشى لأسباب جدية انهيار بناء مجاور أو تهدمه الجزئي أن يطلب من مالكه أو حائزه اتخاذ ما يلزم لمنع سقوطه.

لمالك العقار أو حائزه المهدد بالضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تجري بالعقار المجاور أن يطالب المالك أو القائم بالأشغال باتخاذ ما يلزم لمنع حدوث الضرر، وله أن يطلب وقف تلك الأشغال.

يختص قاضي المستعجلات بالنظر في الطلبات الرامية إلى الأمر باتخاذ ما يلزم لمنع سقوط البناء أو الأمر بإيقاف الأشغال».

الشرح :

الحيولة دون سقوط البناء المتداعي وإيقاف الأعمال المهددة بالضرر جراء الحفر

قررت المادة موضوع الشرح، أنه لمن يملك العقار أو يحوزه حيازة هادئة ومستمرة، والذي يخاف لأسباب قانونية وجدية من انهيار بناء لجاره على أرضه، أو آيل إلى سقوطه بسبب هشاشة الجانب الجزئي لهذا البناء، يحق لهذا الجار أن يطلب من مالك البناء المجاور أو حائزه حيازة تامة أن يتخذ الاحتياطات اللازمة وجدية من أصل منع سقوط بنائه، حتى لا يتضرر منه صاحب العقار المجاور، سيما إذا كان هذا الأخير مهددا بالضرر نتيجة حفر أو أعمال يقوم بها صاحب البناء المهدد بالضرر، لداره فيحق لمالك العقار أو حائزه بالصفة الشرعية والقانونية، مطالبة مالكه أو

حائزه، أو القائم بالأعمال والأشغال التي يخشى الضرر بسببها، أن يقوم هذا الأخير باتخاذ ما يلزم لمنع وقوع أو حدوث أي ضرر يخشى منه، وله الحق كذلك أن يطلب إيقاف تك الأشغال القائمة حتى لا تتسبب له الضرر بانهيار بنائه أو تهدمه الجزئي، وسقوطه المتوقع والمهدد بالضرر.

وبالمناسبة، أوضحت المادة موضوع الشرح أن الطلبات الرامية إلى المرء باتخاذ ما يلزم لمنع سقوط البناء أو الأمر بإيقاف الأشغال يرجع الاختصاص بالنظر فيها إلى رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضي الأمور المستعجلة في إطار المقتضيات المنصوص عليها في الفصل 148 و149 من قانون المسطرة المدنية.

الباب الثالث

حق الانتفاع

ذكرت مدونة الحقوق العينية في هذا الباب الثالث، ثلاثة فصول تتعلق بحق الانتفاع، خصصت الفصل الأول لعرض أحكام عامة، والفصل الثاني عرضت فيه حقوق المنتفع والتزاماته، وأما الفصل الثالث فقد خصصته لانقضاء حق الانتفاع. وسنتناول البحث في أحكام المواد المتعلقة بكل فصل من هذه الفصول على التوالي فيما يلي :

المادة 79

«الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع».

الشرح :

تعريف حق الانتفاع وخصائصه

أولا - تعريف حق الانتفاع :

عرفت مدونة الحقوق العينية، في هذه المادة موضوع الشرح، حق الانتفاع، بأنه حق من الحقوق المنقولة عن حق الملكية، فإذا كانت عناصر حق الملكية هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، فحق الانتفاع يستحوذ على عنصرين منها، هما : الاستعمال والاستغلال، ولا يترك للمالك إلا عنصر التصرف، أي ملكية الرقبة⁽¹⁾.

(1) محي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، ج 3، للحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط أولى، ص 227.

ثانيا - خصائص حق الانتفاع :

ويتبين من التعريف سالف الذكر أن حق الانتفاع حق عيني، وأنه يولي صاحبه التمتع بشيء يخص الغير، وأنه ينتهي حتما بموت المنتفع.

1 - فحق الانتفاع حق عيني :

وبهذا يتميز عن حق الستأجر، فالمستأجر دائن للمؤجر بالانتفاع بالعين المؤجرة، يلزم هذا الأخير من تمكينه من ذلك، فيتوسط المؤجر بين المستأجر، والعين المؤجرة، أما المنتفع فله حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به، ولا يتوسط بينهما مالك الشيء. ويترتب على ذلك أن المالك ليس ملتزماً قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع، كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر، بل كل على المالك هو ألا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه، ولا يلتزم نحوه بشيء.

وحق الانتفاع، يمكن الاحتجاج به تجاه سائر الناس وعليه، إذا ما كان محله عقاراً محفظاً، فيجب تسجيله كسائر الحقوق العينية في السجل العقاري، وبهذا يختلف عن الحقوق الناشئة لمصلحة المستأجر أو الزارع نتيجة عقد إيجار والتي هي من الحقوق الشخصية.

2 - حق الانتفاع يولي صاحبه التمتع بشيء عائد للغير :

فللمنتفع إذن أن يستخدم الشيء لصالحه الشخصي كأن يسكن البناء أو يتخذ منه مقراً لعمله، وله الحق في جميع ما ينتج الشيء من ثمار سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية.

ولكن حق الانتفاع لا يولي صاحبه التصرف بالشيء، لأن حق التصرف يبقى للمالك، وبذلك نرى حق الملكية عند إنشاء حق الانتفاع، ينشطر إلى قسمين : قسم يختص به المنتفع ويشمل الاستعمال والاستغلال، وقسم آخر يبقى لمالك الشيء أو مالك الرقبة، ويبقى حق التصرف.

ويترتب على ذلك أن نطاق حق المنتفع مستقل تماماً عن نطاق حق مالك الرقبة.

وعليه، فالعلاقة بين المنتفع ومالك الرقبة لا تقوم على أساس الشيوع، لذلك لا يسوغ لأحدهما المطالبة بقسمة الشيء، ولا يبيعه إذا كان غير قابل للقسمة⁽¹⁾.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 529.

3 - حق الانتفاع حق مؤقت ينتهي حتماً بموت المنتفع :

فلا يبقى حق الانتفاع بعد موت المنتفع، بل يرجع إلى مالك الرقبة فتعود لهذا ملكية العين كاملة، وهذا لا يعني أن حق الانتفاع يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل ومتى انتهى الأجل المحدد انتهى حق الانتفاع، ولو قبل موت المنتفع، ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل حق الانتفاع ينتهي حتماً وذلك من أن الأجل لم ينقض. والحكمة في انتهاء حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع، أن حق الانتفاع يشل إلى حد ما من تداول المال، فلا المنتفع يملك الرقبة، حتى يستطيع التصرف في ملكية المال كاملة، ولا مالك الرقبة يتيسر له أن يجد مسترياً للرقبة وهي عاطلة عن حق الانتفاع، فأصبح الحال في وضع اقتصادي غير مرغوب فيه، ولذلك عين المشرع حداً أقصى لهذا الوضع، وهو حياة المنتفع، فلا ينتقل حق الانتفاع بإرث المنتفع إلى ورثته بل ينتهي حتماً، فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة، ويرجع المال إلى وضعه العادي من التداول⁽¹⁾.

المادة 80

«ينشأ حق الانتفاع بإرادة الأطراف أو بحكم القانون، ويمكن أن يكون مقيداً بأجل أو بشرط».

الشرح :

طرق إنشاء حق الانتفاع

ينشأ حق الانتفاع عن مصدرين أساسيين هما :

(1) إرادة الأطراف (2) أو بحكم القانون، أي بإرادة الأطراف أو بمشيئة المشرع.

1 - ففيما يتعلق بالمصدر الأول :

ينشأ حق الانتفاع بإرادة الإنسان والأطراف، كأن يتنازل المالك عن الانتفاع إلى غيره بعقد أو وصية محققاً برقبة الأرض أو على العكس كأن يتنازل للغير عن الرقبة محققاً لنفسه بحق الانتفاع.

وبعبارة أخرى أوسع، نشير إلى أن إرادة الإنسان قد تنشئ حق الانتفاع إما عن طريق العقد أو الوصية أو التبرع أو الشفعة أو الصفقة.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 1203 و1204.

أ - وبالنسبة للعقد : يمكن أن يبيع مالك العقار عقاره ويشترط على المشتري أن يبقى له حق الانتفاع بذلك العقار مدة معينة، وقد نص الفقهاء على أنه يجوز للمالك أن يبيع داره، ويستثنى سكانها مدة معلومة إذا كانت تلك الدار لا تتغير خلال المدة المذكورة. وذلك كما لو كانت الدار جديدة متينة البناء واستثنى البائع سكانها عشرين سنة فأقل. كما ذكروا أنه يجوز بيع الحيوان واستثناء ركوبه ثلاثة أيام فأقل. كما جوزوا بيع الثوب على أن يبقى عند البائع للانتفاع به خمسة عشر يوماً ونحوها⁽¹⁾.

كما يمكن أن يبيع الشخص منفعة عقاره لشخص آخر لمدة معينة ويشترط على المشتري أن تبقى الرقبة ملكاً للبائع. وذلك كما هو الشأن في الكراء.

ب - وبالنسبة للوصية : يمكن للشخص أن يوصي بحق الانتفاع لشخص أو أشخاص بمال معين من أمواله مدة معينة فيصبح الموصى له بعد موت الموصي مالكاً لحق الانتفاع بذلك المال.

وببقى الورثة مالكين لرقبته إلى أن تنتهي المدة المحددة لحق الانتفاع.

ج - وبالنسبة للتبرع : يمكن للإنسان أن يتبرع لصالح شخص آخر بحق الانتفاع بماله. كأن يهبه حق الانتفاع بعقاره مدة معينة، أو يرخص له في الانتفاع بسيارته، على أن يبقى له حق ملكية الرقبة. ومن التبرع بحق الانتفاع في الفقه الإسلامي ما يلي :

- العمرى : ويقصد بها تمليك المنفعة بغير عوض لمدة محددة أو لمدة حياة المتبرع عليه أو المتبرع، وإن لم يحدد المتبرع المدة اعتبر أنه قصد طيلة عمر المتبرع عليه. ولذلك سميت بالعمرى.

- والاخدام : وهو أن يعطي الإنسان شخصاً بقرته أو شاته لينتفع بلبنها، أو يعطيه فرسه لينتفع بالركوب عليها أو ليستعملها للجر أو للنقل أو الحرث.

- العارية : وهي أن يعطي المالك لشيء معين - سواء كان يملكه ملكية تامة أو يملك منفعة فقط ولو بإعارة أو كراء مادام لم يمنعه المالك من نقل المنفعة لغيره - منفعة ذلك الشيء لشخص آخر مدة معينة بدون مقابل. وذلك مثل إعارة الكتب والحلي والأثاث والثياب لمن ينتفع بها ويردها.

وغالباً ما تكون مدة الإعارة محددة بين الطرفين. فإن سكتا عن تحديدها اتبع العرف وما تقع الإعارة عادة لمثله.

(1) البهجة للتسولي، ج 2، ص 13.

فإن لم يكن هناك عرف واختلف الطرفان في مدة الإعارة، ولم يستطع أحدهما إثبات المدة التي يدعيها فإن المعير يصدق بيمينه⁽¹⁾.

- الامتاع : وهو أن تعطي الزوجة دارها لزوجها لينتفع بسكنائها، أو تمكنه من الانتفاع بعقارها خلال مدة الزوجية. ولا يكون الزواج صحيحاً إلا إذا أثبت أن هذا الامتاع كان تطوعاً من الزوجة أو وليها⁽²⁾.

د - وبالنسبة للشفعة والصفقة : بحيث سيأتي تعريف الشفعة والكلام على أحكامها، ويمكن أن نشير إلى أنها، كما تكون في الملكية التامة، تثبت أيضاً في الحقوق المنقردة عنها، ومنها حق الانتفاع، بحيث إذا كان حق الانتفاع مملوكاً لعدة أشخاص وفوت أحدهم نصيبه بعوض فيمكن لبقية شركائه أن يشفعوا ذلك النصيب في حق الانتفاع، وبذلك يصبحون مالكين لهذا الحق عن طريق شفعتهم له.

كما أن الشريك الذي يضم نصيب شريكه في الانتفاع عندما يبيعه عن طريق الصفقة، يصبح مالكاً لذلك النصيب في الانتفاع.

هـ - ولا بد لصحة إنشاء حق الانتفاع بإرادة الإنسان وإرادة الأطراف، من توفر الشروط التالية :

الشرط الأول : يجب أن يكون مقرر الانتفاع مالكاً للمال الواقع عليه الانتفاع. فكما أنه لا يجوز بيع ملك الغير كذلك لا يجوز إنشاء حق انتفاع على ملك الغير.

الشرط الثاني : يجب أن يكون مقرر الانتفاع أهلاً للتصرف فلا يصح مثلاً إنشاء الانتفاع من قبل الصغير غير المميز أو من قبل المحجور عليه لجنون أو سفه.

الشرط الثالث : يجب أن يكون الشخص المقرر لمصلحته حق الانتفاع موجوداً على قيد الحياة وقت إنشاء الانتفاع، سواء كانت حياته محققة أو مقدرة. كما في الحمل المستكن في رحم أمه.

وهنا أيضاً نؤكد على وجوب تسجيل الانتفاع المنشأ بإرادة الإنسان في السجل العقاري، إذا كان واقعاً على عقار محفظ، لأن قيامه بين الأطراف وسريانه على الغير يتوقعان على هذا التسجيل⁽³⁾.

(1) البهجة للتسولي، ج 2، ص 175.

(2) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 359 و360.

(3) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 534.

2 - وفيما يتعلق بالمصدر الثاني المتعلق بإنشاء حق الانتفاع بحكم القانون أو بمشيئة المشرع :

ويطلق على هذا النوع من الانتفاع اسم الانتفاع القانوني، لأن القانون قد يرتب حق الانتفاع على بعض الأموال لمصلحة الأشخاص الذين لا يملكون رقبته. ومثال ذلك :
أ - إذا أوصى شخص لحمل معين، ومات هذا الموصي قبل ولادة الحمل الموصى له، فإن ورثة ذلك الموصي يملكون حق الانتفاع بذلك الشيء الموصى به إلى أن يولد الحمل حياً، وحينئذ يستحق الشيء الموصى له به.

ب - إذا أوصى شخص بعقار أو مال معين لمن سيولد لشخص معين، فإن من وجد من هؤلاء الموصى لهم يملك حق الانتفاع بذلك المال الموصى به إلى أن يحصل اليأس من وجود مولى له آخر، وعندئذ يوزع الموصى به بينهم.

ويحسن لفت النظر إلى أن العين الموصى بها، إذا كانت عقاراً محفظاً، وجب تسجيل الانتفاع في السجل العقاري، عملاً بمقتضيات نظام الشهر العقاري العيني، وقانون التحفيظ الجاري به العمل، إلا أن التسجيل هذا لا يكون له أثر منشئ، لأن المنتفعين يستمدون حقهم من القانون مباشرة.

هذا، وأوضحت المادة موضوع الشرح بعد أن بينت أن حق الانتفاع ينشأ بإرادة الأطراف أو بحكم القانون، أنه يمكن أن ينشأ حق الانتفاع، مقيداً بأجل أو شرط، وقلنا في شرح المادة السابقة، أن حق الانتفاع ينتهي حتماً بموت المنتفع، وهذا لا يعني أن حق الانتفاع، يجب أن يدوم طوال حياة المنتفع، فقد يحدد له أجل قصير أو طويل، وقد يحدد بتحقيق شرط فاسخ أو واقف، ومتى انتهى الأجل أو تحقق الشرط الواقف أو الفاسخ، المحدد، انتهى حق الانتفاع ولو قبل موت المنتفع، ولكن إذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل أو تحقق الشرط، فإن حق الانتفاع ينتهي حتماً، وذلك بالرغم من أن الأجل لم ينقض، والشرط لم يتحقق.

وما نصت عليه المادة موضوع الشرح، هو تأكيداً لما نص عليه الفصل 36 من ظهير 19 رجب بقوله : «إن حق الانتفاع يقرره القانون أو إرادة الإنسان، يمكن أن يكون هذا الحق مقيداً بأجل أو بشرط».

المادة 81

«يمكن أن يترتب حق الانتفاع :

أولاً : على الملكية العقارية .»

ثانيا : على حق السطحية ؛

ثالثا : على حق الزينة ؛

رابعا : على حق الهواء أو التعلية».

الشرح :

الحقوق التي يمكن أن يترتب عليها حق الانتفاع

يمكن أن يترتب حق الانتفاع على الحقوق التي ذكرتها المادة موضوع الشرح، وهي الحقوق الآتية :

أولا - حق الانتفاع المترتب على الملكية العقارية :

مر معنا أن الملكية حق عيني على شيء معين تعطي صاحبها دون سواء الحق في استعمال ذلك الشيء، واستغلاله، والتصرف فيه، بدون تعسف وضمن الحدود التي رسمها القانون والنظام العام. كما مر معنا أن المادة 14 من مدونة الحقوق العينية السابق شرحها تنص على أنه «يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيده في ذلك إلا القانون أو الاتفاق».

وعلى ذلك، فإن لمالك العقار الحق في إنشاء حق الانتفاع من عقار، لمن شاء، وكيفما شاء، وفق ما تفرضه الأنظمة القانونية، بالنسبة لحق الانتفاع، وطبقاً للشروط التي تشترط في إنشاء حق الانتفاع. منها : أن يكون مقرر الانتفاع مالكا للعقار الواقع عليه الانتفاع. فكما أنه لا يجوز بيع ملك الغير، كذلك لا يجوز إنشاء حق الانتفاع على ملك الغير. ومن هذه الشروط أيضاً : أن يكون مقرر الانتفاع أهلا للتصرف، فلا يصح مثلاً إنشاء الانتفاع من قبل الصغير غير المميز ومن قبل المحجور عليه لجنون أو سفه. وأما المنتفع فيجب أن يكون موجوداً على قيد الحياة وقت إنشاء حق الانتفاع، سواء كانت حياته محققة أم مقدرة، كما سبقت الإشارة إليه أعلاه.

ثانياً - يترتب حق الانتفاع على حق السطحية :

بالرجوع إلى ظهير 19 رجب، نجد أن الفصل 97 منه، عرف حق السطحية بأنه «حق عيني عقاري قوامه حيازة بنايات ومنشآت وأغراس فوق ملك الغير» وعرفت المادة 116 من مدونة الحقوق العينية حق السطحية، بأنه «حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير».

فحق السطحية المترتب عليه حق الانتفاع عبارة إذن عن ملكية أبنية أو أغراس عائدة لشخص مستقلة عن ملكية الأرض العائدة لشخص آخر، أو بعبارة ثانية هو حق ملكية محصور نطاقه في الأبنية والأغراس دون الأرض القائمة عليها، ولذلك فحق السطحية لا يترتب إلا على سطح الأرض، أما الحقوق المترتبة على سطح البناء، فهي ليست من قبيل السطحية.

وحق الانتفاع لا يمكن أن يترتب على حق السطحية، كما هو مقرر في المادة موضوع الشرح، بحيث :

أ - لمالك حق السطحية أن ينتفع ببنائه وغرسه بكل أنواع الانتفاع، وأن يستغله بكل حرية، وأن يتصرف فيه بالبيع أو الإجارة أو التبرع، كما يمكنه أن يرهنه رهناً حيازياً، أو رهناً رسمياً إذا كان محفظاً.

ب - ويكمنه أيضاً أن يحافظ على حقه ضد أي كان بما في ذلك صاحب رقبة الأرض فيما إذا حاول منعه من استعمال حقه، كما يمكنه أن يحدد ما تهدم، وإعادة غرس ما انقلع أو يحطم من الأشجار، أو استبدال غير المنتج منها بما يعود عليه بنفع أكبر.

ج - أن يترتب عليه ارتفاعاً لمصلحة عقار مجاور، كأن يلتزم بأن لا يزيد في بنائه على علو معين حتى لا يمنع عن جاره الشمس والهواء، ولكن يتعين عليه أن يتقيد بحق مالك الأرض، ولذلك لا يمكنه أن يقرر ارتفاعاً يمس مصلحة ذلك المالك.

ثالثاً - يترتب حق الانتفاع على حق الزينة :

إن أهم الحقوق العرفية الإسلامية هي الهواء والجلسة، والجزاء والزينة، فالهواء نرجئ البحث فيه إلى البند الرابع حسب ترتيب المادة موضوع الشرح، على حق الهواء أو التعليق.

وأما حق الزينة، الذي يترتب عليه حق الانتفاع، فهو حق يقع على عقار من أملاك الدولة الخاصة يؤجر لشخص يلتزم بإشادة بناء أو بإجراء تحسينات فيه.

ويخول هذا الحق صاحبه الإفادة على وجه الديمومة، مما أحدثه في العقار من بناء أو تحسين، على أن تبقى ملكية الرقبة للدولة.

وحق الزينة، الذي يترتب عليه حق الانتفاع، قابل للتداول بعوض أو بغير عوض وفيما بين الأحياء أو بسبب الموت.

ويمكن للدولة أن تتنازل عن ملكية الأرض لصاحب حق الزينة الذي تصبح له الملكية كاملة أي حقه في ملكية ما يمكن أن يحدثه في ذلك العقار من بناء وتجهيزات، بحيث يعتبر مالكا لها ملكية تامة، وهي التي تسمى بالزينة، الناتجة عن حقوق المكتري كراء مؤبد، ويكون حقه في الاستفادة إما شخصياً من هذا العقار، بأن يستغل الحمام أو يتجر في الدكان مثلاً، أو يأخذ غلات الأشجار أو يحرق الحقل، وأما بواسطة غيره عن طريق الكراء مثلاً.

إلا أنه إذا أكرى هذا العقار بدوره كراء مؤبد لمن يستغله. فإن أكراه قبل البناء أو قبل التجهيز وقام هذا المكتري الثاني بالبناء والتجهيزات، فإن هذا المكتري الثاني هو الذي يصبح مالكا للزينة، ويقتصر حق المكتري الأول على ملك الجلسة فقط، والحكمة هي أن يكتري العقار مثل الدكان والرحى والفران والحمام والفندق لمن يستغله، ويتفق الطرفان على أن الكراء يستمر عشر سنين أو أكثر أو إلى غير نهاية أن يقتصر حق المكتري الأول على الجزاء فقط. والجزاء هو أن يكتري الأرض الخالية لمن بينها أو يغرسها، ويتفق الطرفان على أن المكتري يبقى دائماً ولا يطالب بإفراغها.

وإن أكراه بعد أن بناه أو جهزه أو غرس فيه فيعتبر مالكا للزينة إلى جانب ملكيته للجلسة أو الجزاء.

وفي هاتين الحالتين يقتصر حق المكتري الأول على قبض الكراء بعد اقتطاع ما يأخذه صاحب الرقبة.

وعلى أي حال، عندما يتحقق حق الزينة، ويتوفر فيه جميع شروطه وأركانه، يجوز لصاحب هذا الحق أن يرتب عليه حق الانتفاع الذي يخول له جميع الحقوق المقررة لصاحبه، ويتمتع بحق الانتفاع من العقار موضوع هذا الحق لشخص آخر فيصبح هذا الأخير مالكا حق الانتفاع، كمالك الرقبة.

رابعاً - يترتب حق الانتفاع على حق الهواء أو التعلية :

إن حق الهواء أو التعلية : هو الحق المقرر لشخص في الإفادة من جزء محدد من الفضاء الطليق أو العلو المرتفع فوق بناء قائم يستطيع بمقتضاه إشادة بناء له فوق البناء القائم فعلاً.

وحق الهواء أو التعلية كثير الشيوخ في الأحياء القديمة في المدن، لذلك هو يقع أكثر ما يقع على أملاك خاصة، وقد عرض المشرع المغربي لحق الهواء أو التعلية في الفصل

483 من قانون الالتزامات والعقود حيث قال : «يقع صحيحاً بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلاً».

أي أين حق الهواء أو التعلية، هو حق الملكية الواقع على عقار - محفظاً أو غير محفظ أرضاً خالية كانت أو عليها بناء - يمتد إلى ما يعلو على ذلك العقار من الهواء، وفي هذا يقول التسولي : من ملك أرضاً يملك هواءها إلى ما لا نهاية له⁽¹⁾ وهذا يعني أنه يحق لصاحب العقار أن ينشئ على عقاره ما شاء من الأبنية والفراس، وأن يتصرف في الفضاء الذي فوق عقاره بكل أنواع التصرفات. كما يحق له أن يمنع كل من يتدخل في حقه هذا، إما بمنعه من التصرف في هوائه، أو باستعماله بغير إرادة ماله.

كما أن لصاحب العقار الحق في أن يتصرف في هوائه عن طريق تقويته لمن يستغله بالبناء فيه إما بصفة دائمة أو مؤقتة، ولكن بشرط أن يقع الاتفاق بين مالك الأرض ومن مالك الهواء على قدر الهواء الذي وقع عليه العقد، وطريقة الانتفاع به من طرف ماله، ونوع ما يبنيه فيه ومقداره، كما يتعين أن يكون بناء المالك للأرض موصوفاً - إن لم يكن موجوداً حين العقد على الهواء - وذلك نظراً إلى أن صاحب البناء الأسفل يريد أن يكون البناء الذي يستقيمه مالك الهواء خفيفاً بينما يريد صاحب الهواء أن يكون البناء الأسفل متيناً يتحمل ما فوقه.

إذا تهدم الأسفل فيلزم ماله إعادة بنائه ليتأتى لمالك الهواء أن يستغل هواءه.

كما أنه يتعين على مالك الهواء أن لا يبني أكثر من القدر المتفق عليه حين العقد كي لا يضر بالأسفل⁽²⁾.

ويحق لصاحب العقار أن يمنع غيره من استعمال هوائه بدون إذنه، ولم يكن عليه ضرر في ذلك. كما لو فرضنا أن مالكي عمارتين عمداً إلى إقامة جسر يربط بين تلك العمارتين، ويمر فوق عقار يملكه غيرهما أو وصلاهما بأسلاك أو حبال تمر فوق عقار ذلك الغير. وكما لو أن شخصاً بنى ساقية فوق هواء غيره، فإن لهذا الغير أن يمنعه كل ذلك، وأن يطلب إزالة ما يمكن أن يقام في هذا الشأن.

(1) البهجة، ج 2، ص 16.

(2) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 68.

الفصل الثاني

حقوق المنتفع والتزاماته

خصصت مدونة الحقوق العينية هذا الفصل للكلام على الحقوق التي يخولها حق الانتفاع لصاحبه والتزاماته التي يفرضها عليه.

المادة 82

«للمنتفع أن يستغل العقار محل حق الانتفاع لمختلف أنواع الاستغلال التي تتفق مع طبيعته، وله أن يتمتع بكل ما يدره هذا العقار من ثمار سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية».

المادة 83

«تكون ثمار العقار المنتفع به للمنتفع مدة انتفاعه، بحيث يكتسبها يوماً فيوماً تبعاً لهذه المدة».

الشرح :

حقوق المنتفع

عرفنا أن حق الانتفاع هو الحق الذي يخول صاحبه استعمال العقار محل حق الانتفاع، واستغلاله، واتخاذ جميع الوسائل التي تضمن له ذلك الاستعمال والاستغلال.

1) فحق الاستعمال يخول المنتفع إمكانية الاستخدام الشخصي للشيء كسكنى الدار، والاتجار في الدكان وركوب السيارة، ولبس الثوب، وله أن يستفيد من الحقوق العينية التي كان يحق للمالك أن يستعملها كحق المرور والمسيل والمطل، وبصورة أعم، له أن يستفيد من جميع الحقوق العينية التي كان يستفيد منها المالك.

وفي ذلك يقول الفصل 50 من ظهير 19 رجب : «يتمتع المنتفع كالمالك نفسه بحقوق الارتفاق والمرور، وعموماً بجميع الحقوق التي يمكن للمالك أن ينتفع بها».

كما أن حق الانتفاع يمتد أيضاً إلى ما زيد في العقار عن طريق الالتصاق، كما إذا غير النهر الذي كان يحد العقار المنتفع به مجراه، بحيث أضاف إلى مساحته قطعة أخرى. وكما إذا أحدث شخص بناء أو غراساً في ذلك العقار واختار مالك أن يبقى ذلك البناء والغرس ويدفع للباني والغارس

ويمتد حق المنتفع إلى مشمولات المال المنتفع به، كتوابع العقار المنتفع به (العقار بالتخصيص).

وإذا كان الانتفاع يشمل، فيما يشمل بعض الأشياء الاستهلاكية، فللمنتفع الاستفادة منها واستهلاكها شرط أن يعيد للمالك عند انتهاء الانتفاع مثل هذه الأشياء كمية ونوعاً وصفة أو ما يعادل قيمتها.

وإذا ما كان الانتفاع يشمل أشياء وإن كانت لا تستهلك في الحال، إلا أنها تتلاشى تدريجياً بالاستعمال، فإن من حق المنتفع استعمالها وفق ما أعدت له، ولا يلزم بردها عند انتهاء الانتفاع إلا في الحالة التي توجد عليها شرط أن يكون بها تلف بسبب تدليس أو خطأ منه⁽¹⁾.

2 - وحق الاستغلال يعطي المنتفع الحق في أخذ الغلة التي ينتجها الشيء المنتفع به، سواء كانت الغلة طبيعية أو صناعية أو مدنية. وفي هذا يقول الفصل 38 من ظهير 19 رجب : «للمنتفع أن يتمتع بكل ما يمكن أن ينتجه العقار موضوع ذلك الحق في أنواع الثمار سواء منها الطبيعية أو الصناعية أو المدنية».

وكذلك له أن يأخذ ما تنتجه تلك الأشجار من غير الثمار، كالمطاط والصمغ والفلين، وما يحتاجه من الأعمدة والركائز حسبما يقضي به العرف المحلي، ومع التقييد بعادة الملاك. ولا بد لتحديد مدى حق الاستغلال هذا من التمييز بين الثمار أي الغلة التي ينتجها الشيء في فترات معينة منتظمة، ودون أن يلحقه نقص في جوهرة كالحبوب. وثمار الأشجار، وبين المنتجات أي الحاصلات التي ينتجها الشيء المنتفع به في فترات غير منتظمة والتي تلحق نقصاً في جوهرة كالأحجار الصخرية والأثرية إذا استخرجت من المقالع، والأشجار المغروسة في الأرض المنتفع بها إذا قطعت.

فثمار العقار المنتفع به، تكون للمنتفع مدة انتفاعه بحيث يكتسبها يوماً فيوماً تبعاً لهذه المدة، وانقضاء التمتع بحق الانتفاع، بمعنى أنه بالنسبة للثمار المدنية، فإنها تعتبر مملوكة يوماً فيوماً، أي أن المنتفع يملك الثمار المدنية ككراء الدار والصناعة ابتداء من يوم بداية الانتفاع، وينتهي حقه فيها يوم انتهاء حقه هذا، بينما تكون تلك الثمار من حق مالك الرقبة فيما عدا ذلك.

أما المنتجات فهي تعود مبدئياً لمالك الرقبة، لأنها ليست من زوائد الشيء وإنما هي من جوهرة⁽²⁾.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 540.

(2) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 541.

المادة 84

«إذا ورد حق الانتفاع على أرض فلاحية فإن الثمار والزروع التي لم يتم جنيها أو حصادها، وقت نشوء حق الانتفاع تكون لصاحب هذا الحق، أما الثمار والزروع التي توجد في نفس الحالة عند انقضاء هذا الحق فتكون لمالك الرقبة دون أن يكون لأي منهما قبل الآخر حق التعويض ودون مساس بحقوق الغير».

الشرح :

حكم الثمار الموجودة عند بدء الانتفاع أو عند انتهائه

تتكم هذه المادة موضوع الشرح، على أنه إذا ورد حق الانتفاع على أرض فلاحية، وأنتج ثماراً طبيعية أو مدنية أو صناعية، عند نشوء حق الانتفاع أو عند انتهائه، فإن الحكم يختلف بحسب ما يلي :

أ - بالنسبة للثمار الطبيعية والصناعية التي تكون موجودة عند نشوء حق الانتفاع يكون من حق المنتفع من غير فرق بين ما يكون ناضجاً منها وما لم يكن كذلك ولا يلزمه أن يؤدي ملك الرقبة أي تعويض عما صرفه في البذر والحرث والسقي، وفي هذا تنص المادة موضوع الشرح على أنه «إذا ورد حق الانتفاع على أرض فلاحية فإن الثمار والزروع التي لم يتم جنيها أو حصادها وقت نشوء حق الانتفاع تكون لصاحب هذا الحق».

وفي هذا يقول الفصل 39 من ظهير 19 رجب، في فقرته الأولى : «إن الثمار العالقة بالأغصان أو الجذور وقت نشوء حق الانتفاع هي لصاحب هذا الحق».

وعند انتهاء حق الانتفاع تكون الثمار الناضجة من حق المنتفع ولو كانت ماتزال في أغصانها، بينما تكون الثمار والزروع غير الناضجة من حق مالك الرقبة أن يأخذها من غير أن يؤدي أي تعويض عن الحرث والبذر والسقي. وهذا ما نصت عليه المادة موضوع الشرح بقولها : «أما الثمار والزروع التي توجد في نفس الحالة عند انقضاء هذا الحق فتكون لمالك الرقبة دون أن يكون لأي منهما قبل الآخر حق التعويض ودون مساس بحقوق الغير».

وبطبيعة الحال إذا كان هناك مزارع يعمل بجزء من الثمار، فإنه يأخذ الجزء المتفق عليه في جميع الحالات، ولا يتأثر حقه بانتقال ملكية الثمار إلى غير ما أجرى معه عقد المزارعة.

ب - أما بالنسبة للثمار المدنية، فإنها تعتبر مملوكة يوماً فيوماً - كما سبق القول أعلاه - أي أن المنتفع يملك الثمار المدنية ككراء الدار والضيعة ابتداء من يوم بداية الانتفاع، وينتهي حقه فيها يوم انتهاء حقه هذا، بينما تكون تلك الثمار من حق مالك الرقبة فيما عدا ذلك، بحيث لو فرضنا مثلاً أن الانتفاع بدار مؤجرة قد تقرر في بدء الشهر الرابع من السنة وجب توزيع بدل إيجار السنة المذكورة بنسبة الربع إلى مالك الرقبة والثلاثة أرباع إلى المنتفع، وكذلك لو فرضنا أن الانتفاع بأرض زراعية قد تقرر بعد انقضاء أربعة أشهر على زرع الأرض وأن المحصولات تحتاج حتى تنضج وتصبح قابلة للقطف إلى ثمانية أشهر ابتداء من الزرع، وجب توزيع هذه المحصولات بنسبة النصف إلى المنتفع والنصف إلى مالك الرقبة، على أن يؤخذ بعين الاعتبار، قبل التوزيع، ثمن الأسمدة والبذار المستعملة.

المادة 85

«للمنتفع أن يتمتع بجميع المنافع التي تكون للملك على العقار المنتفع به ولا سيما حقوق الارتفاق المقرر لفائدة هذا العقار، كما له أن يتمتع لكل الزيادات التي تلحق بهذا العقار عن طريق الالتصاق».

الشرح :

حق المنتفع في التمتع بجميع المنافع
التي تكون للملك على العقار المنتفع به

سبقنا الإشارة إلى أن للمنتفع الحق في استعمال الشيء المنتفع به على النحو الذي يستعمل به المالك ملكه، إذ حل المنتفع بموجب حق الانتفاع على المالك في استعمال الشيء المنتفع به. فالمنتفع إذن أن يتمتع بجميع المنافع المقررة على العقار المنتفع به وفي كل ما أعد له، في كل ما يمكن أن تستعمل فيه، من الحقوق والمنافع.

وعلى ذلك يستطيع المنتفع أن يستعمل الشيء استعمالاً شخصياً، فإذا كان داراً كان له أن يسكنها أو سيارة كان له أن يركبها أو ملابس كان له أن يرتديها، أو مجوهرات كان له أن يتقلدها، ولكنه، على خلاف المالك، لا يستطيع أن يصل في الاستعمال إلى حد استهلاك الشيء أو إتلافه، فإنه ملزم بالمحافظة عليه لرده بعد انتهاء حق الانتفاع. ويتقيد المنتفع كما يتقيد المالك، بالقيود التي فرضها القانون في استعمال الشيء. فلا يجوز أن يفتح مطلاً على الجار إلا في المسافة التي حددها القانون، ولا أن يستعمل العقار الذي ينتفع به استعمالاً من شأنه أن يضر بالجار ضرراً غير مألوف.

وكما يجوز للمنتفع أن يستعمل الشيء ذاته، يجوز له أيضاً أن يستعمل ملحقاته، ويتمتع بكل الزيادات التي تلحق بهذا العقار عن طريق الالتصاق، ولا سيما حقوق الارتفاق التابعة للأرض المنتفع بها، والمقررة لفائدة هذا العقار من شرب ومجرى ومسيل وغير ذلك. كما للمنتفع أن ينتفع بالمنقولات الملحقة بالشيء، سواء اعتبرت عقارات بالتخصيص أو لم تعتبر ويمتد حق الانتفاع إلى ما يتراكم من التراب والطين بطريقة تدريجية غير محسوسة ملاصقة للأرض بها، إذ تصبح الأرض المتكونة من الطين والتراب المتلاصق بالأرض ملكاً لمالك الأرض، فيشملها حق الانتفاع. أي كما أن حق الانتفاع يمتد أيضاً إذا ما زيد في العقار عن طريق الالتصاق، كما إذا غير النهر الذي كان يحد العقار المنتفع به مجراه، بحيث أضاف إلى مساحته قطعة أخرى. أما طرح النهر والجزائر التي تتكون في مجراه، فلا يتناولها حق الانتفاع لأنها لا تصبح ملكاً لمالك الأرض، بل تخضع لقوانين خاصة.

المادة 86

«للمنتفع أن يتمتع بالعقار المنتفع به بنفسه أو يؤجر حقه أو يقوم برهنه أو تقويته».

الشرح :

للمنتفع التصرف في حق الانتفاع

للمنتفع حق عيني على الشيء المنتفع به هو حق الانتفاع، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة. وعلى ذلك يجوز له التصرف في حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات، ولا يجوز له أن يتصرف في الرقبة.

وهكذا جاء في المادة موضوع الشرح، أنه : كما يحق للمنتفع أن يستغل الشيء المنتفع به بنفسه، كذلك يمكنه أن يستغله بواسطة غيره، كأن يكرهه ويؤجره من يستغله بشرط أن لا تتجاوز المدة المحددة لذلك الانتفاع، وكأن يدفعه لمن يزرعه بنصيب معين (المزارعة) ويمكنه أيضاً أن يبيع حقه في الانتفاع لغيره، فيحل المشتري محله في هذا الحق.

ويمكنه أيضاً أن يتبرع بحقه هذا لغيره عن طريق الهبة أو الصدقة أو غيرها من أنواع التبرعات.

كما يمكنه أن يرهن حقه في الانتفاع رهناً حيازياً، أو رهناً رسمياً، إذا كان حقه هذا محفظاً، ولكن يمنع نقل حق الانتفاع للغير إذا كان قد نشأ مقصوداً على صاحبه بحيث اشترط في عقد الانتفاع أن يبقى مملوكاً للمنتفع لا ينقله لغيره.

هذا، وعندما ينقل المنتفع حقه في الانتفاع للغير، فإن هذا المنتفع الجديد لا يملك هذا الحق إلا خلال المدة الباقية للمنتفع الأصلي، بحيث حينما تنتهي المدة المحددة لانتفاعه ينقضي هذا الحق بالنسبة لكل من المنتفع الأصلي والمنتفع الجديد ولو كانت المدة المتفق عليها بين المنتفع الأصلي والجديد مازالت لم تنته.

وكذلك إذا مات المنتفع الأصلي، فإن حق المنتفع الجديد ينتهي ولو كانت المدة المحددة بينهما لازالت لم تنته، وذلك لما نعرف من أن الشخص لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك.

كما يتعين الإشارة إلى أنه عندما ينقل المنتفع حقه للغير فإن ذلك لا يعقبه من الالتزامات التي التزم بها تجاه مالك الرقبة، وإنما يبقى هذا المنتفع الأصلي مسؤولاً عن كل ما يفرضه القانون، أو الاتفاق على المنتفع من التزامات وواجبات⁽¹⁾.

وكما يمكن للمنتفع أن يستعمل ويستغل ويتصرف في حقه هذا، يحق له أيضاً أن يقوم بكل الأعمال التي يدافع بها عن حقه هذا عندما يتعرض للضياع⁽²⁾.

المادة 87

«لا يمكن للمالك أن يقوم بعمل يضر بحقوق المنتفع ولا يمكن للمنتفع أن يطالب بعد انقضاء الانتفاع بأي تعويض عن التحسينات التي قام بها ولو ارتفعت قيمة العقار بسببها.

غير أنه يمكن له أو لورثته أن يزيل المرايا واللوحات والصور وغيرها التي يكون قد وضعها شرط أن يعيد أماكنها إلى الحالة التي كانت عليها في السابق».

الشرح :

التزامات المنتفع عند انتهاء الانتفاع

نظراً إلى أن رقبة الشيء المنتفع به تكون مملوكة لشخص آخر ملكية مستقلة عن حق المنتفع، فإن هذه الملكية تعطيه حقوقاً، كما تفرض عليه التزامات تجاه المنتفع.

كما أن تصرف المنتفع في حق الانتفاع، يعطيه حقوقاً كما تفرض عليه التزامات تجاه مالك الرقبة، سيما عند انتهاء الانتفاع.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 367.

(2) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 366 و367.

1 - يجب على مالك الرقبة عند نشوء حق الانتفاع، بمجرد قيام المنتفع بتحرير المحضر الذي يبين حالة ذلك الشيء المنتفع به أن يسلمه للمنتفع ليستوفي منه حقوقه. كما يتعين عليه أن يمكنه من ممارسة حقه في الانتفاع، فلا يتعرض عليه في ذلك، ولا يقوم بأي عمل يحول بين المنتفع وبين الشيء المنتفع به، أو يضر هذا العمل بحقوق المنتفع.

2 - وجوب رد الشيء بالحالة التي كان عليها وقت بدء الانتفاع : يترتب على المنتفع عند انتهاء الانتفاع أن يرد الشيء بالحالة التي كان استسلمه فيها وقت بدء الانتفاع، وذلك طبقاً لما تضمنه المحضر الذي حرر عند بداية الانتفاع. فإن لم يحرر هذا الكشف اعتبر أن الشيء المنتفع به قد تسلمه المنتفع في حالة حسنة.

كما أن الثمار العالقة بأغصان الأشجار عند نهاية الانتفاع تكون من حق رب الملك، سواء كانت لازالت لم تنضج أو كانت قد نضجت أو كانت قد نضجت وتأخر المنتفع في قطعها، ولا يلزم رب الملك بأي تعويض عن هذه الثمار ولا عن مصاريف سقيها وعلاجها.

وإذا استحال على المنتفع إعادة الشيء بالحالة التي استلمه فيها، وجب عليه التعويض لملك الرقبة عن كل ضرر أصاب هذا الشيء بسببه، ويؤخذ هذا التعويض من الضمان الذي قدمه المنتفع عند بداية الانتفاع.

كما أن مالك الرقبة، عند إنتهاء حق الانتفاع، يأخذ المنتجات التي لا يستحقها المنتفع، وذلك مثل الأشجار العظيمة التي أنتجها العقار المنتفع به، سواء كانت باقية فيه، ولم تقطع، أو كان المنتفع قد قطعها، أو كانت قد اقتطعت أو قلعت بحادث فجائي، مادام المنتفع لم يثبت أنه بحاجة إليها لإصلاح ذلك العقار. ولمالك الرقبة أيضاً أن يطالب المنتفع عند انتهاء حق الانتفاع، بأن يساهم معه في النفقات غير العادية كإعادة بناء ما تهدم من العقار المنتفع به، إذا اتفقا على إعادة بنائه كنفقات الإصلاحات التي تفرضها السلطة⁽¹⁾.

3 - ولا يمكن للمنتفع أن يطالب بعد انقضاء الانتفاع، بأي تعويض عن التحسينات التي قام بها ولو ارتفعت قيمة العقار بسببها.

ومعنى ذلك أنه إذا أجرى المنتفع تحسينات في الشيء المنتفع به، بدون إذن صاحبه، فلا يحق له أدنى تعويض عنها، ولو أدت هذه التحسينات لرفع قيمة العقار المنتفع به،

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 372.

ذلك أن حق المنتفع محصور بالانتفاع بالشيء بالحالة التي يوجد فيها يوم إنشاء الانتفاع، فليس له إذن أن يجري فيه تحسينات لرفع قيمة العقار المنتفع به، ذلك أن حق المنتفع محصور بالانتفاع بالشيء بالحالة التي يوجد فيها يوم إنشاء الانتفاع، فليس له إذن أن يجري فيه تحسينات⁽¹⁾، ويطالب بقيمة هذه التحسينات التي قد لا يراها صاحب الرقبة ضرورية، أو لا يرى نفسه بحاجة إليها.

نصت المادة موضوع الشرح، على استثناء الأشياء التي يجوز للمنتفع أو ورثته إزالتها، فقالت غير أنه يمكن للمنتفع أو لورثته أن يزيل المرايا واللوحات والصور وغيرها التي يكون قد وضعها، شرط أن يعيد أماكنها إلى الحالة التي كانت عليها في بداية حق الانتفاع.

هذا ما نصت عليه المادة موضوع الشرح، ومعناه أن القانون أباح للمنتفع، عند انتهاء حق الانتفاع، أن يقلع ما أحدثه في الشيء المنتفع به، زائداً على الحاجة التي يحتاج إليها هذا الشيء، وإنما هو من باب الزينة الخارجة عن جوهر الانتفاع، وإطاره المحدد والمعين المنصوص عليه بالكشف المنشئ لحق الانتفاع بين الطرفين. والأشياء التي أباحها القانون للمنتفع، إزالتها والاحتفاظ بها لنفسه هي التي نصت عليها المادة موضوع الشرح كما نصت عليها الفقرة الثانية من الفصل 52 من ظهير 19 رجب، بحيث قررت هذه الفقرة على أن للمنتفع وورثته من بعده : «نزع المرايا واللوحات والصور وغيرها من وسائل الزينة التي يكون قد وضعها، شرط أن يعيد الأمكنة التي نزع منها هذه الأشياء إلى وضعها الأصلي».

هذا، ويلاحظ أن مدونة الحقوق العينية، وظهير 19 رجب، لم يتعرض كل منهما للأبنية والأغراس التي يحدثها المنتفع، وإنما يقول الدكتور المرحوم الكزبري، نرى السير في المغرب على هدي الاجتهاد البلجيكي، ونصوص القانون المدني السوري من حيث تطبيق أحكام الباني أو الفارس سيء النية على المنتفع الذي يبني أو يفرس في الأرض المنتفع بها⁽²⁾.

المادة 88

«إذا ورد حق الانتفاع على أشجار تقطع في أزمدة دورية فإن للمنتفع الاستفادة منها مدة انتفاعه بشرط أن يتقيد في قطعها بقواعد الاستغلال المعتادة لها.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 372.

(2) الدكتور المرحوم الكزبري، مرجع سابق، ص 959.

إذا ورد حق الانتفاع على مشتل فإن للمنتفع الاستفادة مما به من نبات وفسائل على أن يعوضها عند انقضاء انتفاعه مراعيًا القواعد المتبعة في ذلك».

الشرح :

حقوق المنتفع عند نهاية الانتفاع
إذا ورد على أشجار، أو على مشتل

سبقت الإشارة إلى أنه يتعين على المنتفع عندما تنتهي مدة الانتفاع، وعلى ورثته إذا كان هذا الحق ينتهي بموت المنتفع، أن يرد الشيء موضوع الانتفاع إلى مالكه على الحالة التي كان عليها عند بداية الانتفاع، كما هو مثبت بالمحضر المشار إليه أعلاه.

كما سبقت الإشارة إلى أن الثمار تعود إلى المنتفع سواء كانت طبيعية أو صناعية أو مدنية كما نصت على ذلك المادة 82 السابق شرحها.

أما المنتجات فهي تعود مبدئيًا لمالك الرقبة لأنها ليست من زوائد الشيء وإنما هي من جوهره، على أن المادة موضوع الشرح ألحقت استثناء بعض المنتجات بالثمار وأعطى المنتفع حق التمتع بها.

1 - فهكذا للمنتفع الحق في التمتع بالأشجار إذا كانت تغل بآجال منتظمة أي إذا كانت من نوع الأشجار التي تقطع في أزمدة دورية كأشجار الغابات المعدة للقطع المنتظم شريطة أن يتقيد المنتفع بقواعد الاستثمار المطردة التي اعتاد الملاك اتباعها.

أما في غير هذه الحالات، فليس للمنتفع أن يمس أشجار الغابات ما لم تكن ثمة ضرورة للقيام بالإصلاحات المترتبة عليه، فيحق له عندها استعمال الأشجار المقتلعة أو المحطمة بسبب حادثة، كما يحق له لنفس الغرض أن يقطع ما هو بحاجة إليه من أشجار عند الضرورة، ولكن شرط أن يثبت ضرورة ذلك في مواجهة المالك.

2 - وللمنتفع الحق أيضاً في التمتع بأشجار المشتل (المغرسه) شريطة أن يتقيد المنتفع بالعادات المحلية في خلفها.

3 - وللمنتفع حق أخذ مساميك الكرمه (ركائز الكرم)، من الغابات، كما له الحق في التمتع بما تغله الأشجار من منتوجات سنوية أو دورية كالصمغ أو المطاط أو الفلين، على أن يعوضها عند انقضاء انتفاعه، وكل ذلك حسب عرف البلاد أو عادة الملاك، لذلك ختمت المادة موضوع الشرح نصها بقولها : «مراعيًا القواعد المتبعة في ذلك».

4 - وللمنتفع حق التمتع بالأشجار المثمرة إذا يبست أو إذا اقتلعت أو تحطمت بسبب حادث شرط أن يزرع بدلا منها⁽¹⁾.

المادة 89

«للمنتفع الاستفادة من المقالع المستغلة وقت نشوء حق الانتفاع على أن يراعي الضوابط وقواعد الاستغلال المتبعة من طرف المالك والنصوص القانونية الجاري بها العمل».

الشرح :

استفادة المنتفع من حاصلات المقالع المستغلة وقت بدء حق الانتفاع

عرفنا مما سبق أن المقصود بالمقالع، الأماكن التي توجد فيها مواد من غير المواد التي تعتبر مواد منجمية وذلك كالمواد التي تستخدم في البناء من حجر ورمل ورخام، وكالمحلات التي تحتوي على الفحم النباتي الأصل.

وبعبارة أخرى، المقالع هي الأماكن الطبيعية التي توجد فيها مواد منجمية، غير مصنفة في فئات المناجم الست الوارد عليها النص في الفصل الثاني من ظهير 16 أبريل 1951، وتشمل بصورة خاصة الأماكن التي تحتوي مواد البناء والحجارة، ومناجم الفحم النباتي الأصل.

وبالرغم من أن المواد التي توجد في المقالع تكون عادة بارزة على سطح الأرض وليست مخيوة في أعماقها، وهذا يقتضي أن تكون مملوكة لصاحب الأرض، فإن القانون نظم كيفية استغلالها، وبين القواعد التي تتبع في استخراجها، وذلك في ظهير 9 جمادى الثانية 1332 الموافق 16 ماي 1914.

وبناء على ذلك، ونظراً لما يتمتع به المنتفع، من استعمال الشيء المنتفع به، واستغلاله، وكل ما يلتحق بهذا الشيء عن طريق الالتصاق، فإن مدونة الحقوق العينية، قررت في هذه المادة موضوع الشرح على منح المنتفع، الاستفادة من حاصلات المقالع، إذا كانت هذه المقالع مستمرة عند إنشاء وبدء الانتفاع ولو بعد إنشائه، بحيث يدخل المنتفع إلى الشيء المنتفع به، على الحالة التي يكون عليها الشيء، والحقوق التي

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 541 و542.

يتمتع بها مالك هذا الشيء، ومنها حاصلات المقالع، عند بدء إنشاء حق الانتفاع، بين مالك الأرض، وبين المنتفع، وحسب السند المعتمد بينهما المنشئ لحق الانتفاع، بالنسبة للمقالع التي تخضع لنظام وقانون خاص، والمشار إلى ذلك أعلاه.

لذلك، يجب على المنتفع أن يخضع للحالة التي يوجد فيها الشيء، ويراعي الضوابط وقواعد الاستغلال المتبعة من طرف مالك الأرض موضوع حق الانتفاع، وأن يخضع المنتفع كذلك إلى النصوص القانونية، والأنظمة الجاري بها العمل في هذا المجال وفيما يتعلق بنظام المقالع وبعبارة أخرى، أنه إذا ورد حق الانتفاع على مقالع كان قد شرع في استثماره عند نشوء ذلك الحق، فإن للمنتفع أن يستمر في استغلال ذلك المقلع بنفس الكيفية التي كان المالك يستعمله بها.

وبعبارة أخرى، أنه إذا ورد حق الانتفاع على مقلع كان قد شرع في استثماره عند نشوء ذلك الحق، فإن للمنتفع أن يستمر في استغلال ذلك المقلع بنفس الكيفية التي كان المالك يستعمله بها.

ولا بأس أن نشير إلى القواعد والأحكام التي تتعلق بالمقالع، وهي :

1 - يتعين على كل من يرغب في فتح أو في استغلال مقلع يقع في أرض خاصة أن يقدم تصريحات بذلك إلى وزارة الأشغال العمومية. وكل من فتح أو استثمار مقلعاً في أرضه أو أرض غيره عن طريق مقالع الانتفاع من غير أن يتقدم بالتصريح المذكور يتعرض لغرامة نقدية، وحسب تحكم المحكمة بذلك وفق القانون، أو لإحدى هاتين العقوبتين.

2 - لا يجوز فتح حفرة أو نفق تحت الأرض إلا على بعد عشرة أمتار أفقية من الأبنية والمنشآت العمومية أو السواقي والغدران والمياه المعدة لاستعمال العموم، كما لا يجوز متابعة العمل في هذه الحفر أو الأنفاق إلى ما بعد المسافة المذكورة.

3 - يجب التقيد بالتعليمات الكتابية والشفوية التي يتقدم بها الموظفون المكلفون بمراقبة المقالع⁽¹⁾.

المادة 90

«للمنتفع أن يستعمل العقار أو الحق العيني المنتفع به بطريقة تتفق مع طبيعته أو مع ما أعد له وطبقاً للسند المنشئ لهذا الحق».

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 85.

الشرح :

حق المنتفع في استعمال العقار أو الحق العيني المنتفع به

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بأنه للمنتفع الحق في استعمال العقار أو الحق العيني المنتفع به على النحو الذي يستعمل به المالك ملكه. فقد حل المنتفع بموجب حق الانتفاع محل المالك في استعمال العقار أو الحق العيني المنتفع به، فله إذن أن يستعمل الشيء بطريقة تتفق مع طبيعته، أو في كل ما أعد له، وفي كل ما يمكن أن يستعمل فيه، فيجب على المنتفع أن يستعمل الشيء فيما أعد له، فإذا كان الانتفاع واقعاً على عقار يستثمر كفندق مثلاً وجب على المنتفع المضي في استثمار العقار فندقاً، ولا يجوز له تحويله إلى دار للسكنى أو إلى مصنع، وإذا كان الانتفاع قد أنشئ على أرض مغروسة أشجاراً مثمرة فلا يحق للمنتفع تجريد الأرض مما عليها من أشجار وإعدادها لزراعة الحبوب أو الخضر.

ويتقيد المنتفع، كما يتقيد المالك، بالقيود التي التزم بها، وتطبيقها في السند والكشف الذي أنشئ حق الانتفاع بين الطرفين، ويتقيد المنتفع كذلك بالقيود التي فرضها القانون في استعمال الشيء من طرفه، بحيث لا يجوز للمنتفع أن يفتح مطلاً مثلاً على الجار إلا في المسافة التي حددها القانون، ولا أن يستعمل العقار أو الحق العيني الذي ينتفع به استعمالاً من شأنه أن يضر بالجار ضرراً غير مألوف، بل يجب أن ينتفع المنتفع بحق الانتفاع ويستعمله طبقاً لما هو مسطر في السند المنشئ لهذا الحق، وطبقاً للقانون الجاري به العمل.

هذا، ويسمى السند المنشئ لحق الانتفاع بالكشف أيضاً، وتنظيم السند أو الكشف يتجلى في كون المنتفع، يستلم الأموال في الحالة التي توجد عليها وقت بدء الانتفاع، ويجب عليه عند انتهاء الانتفاع رد ما استلم من أموال وعلى أن تكون هذه الأموال مبدئياً بالحالة التي كان استلمها فيها، والكشف إنما ينظم لتعيين الأموال المسلمة ووصف حالتها بغية معرفة ما يجب رده والحالة التي يجب رده فيها لصاحب الرقبة عند انتهاء الانتفاع وإيجاد مستند يرجع إليه فيما إذا وقع خلاف حول هذه الناحية بين المنتفع أو ورثته وبين صاحب الرقبة.

المادة 91

«لمالك الرقبة أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة العقار أو الحق العيني المنتفع به وفي هذه الحالة له أن يطلب إنهاء هذا العقد دون إخلال بما قد يكون للطرفين من حق في التعويض ودون المساس بحقوق الغير».

الشرح :

مالك الرقبة الدفاع عن حقوقه فيها ضد كل من حاول المساس بها،
خصوصاً عند وقوع سوء الاستعمال من لدن المنتفع نفسه

عرفنا أن الملك إما تام أو ناقص، فالملك التام هو ملك ذات الشيء (رقبته) ومنفعته معاً، بحيث يثبت للمالك جميع الحقوق المشروعة، والملك الناقص هو ملك العين وحدها، أو المنفعة وحدها، ويسمى حق المنفعة حق الانتفاع. وملك المنفعة قد يكون حقاً شخصياً للمنتفع أي يتبع شخصه لا العين المملوكة، وقد يكون حقاً عينياً أي تابعاً للعين دائماً، بقطع النظر عن الشخص المنتفع، وهذا يسمى حق الارتفاق، ولا يكون إلا في العقار، كما عرفنا سابقاً.

كما مر أن للمنتفع حقاً عينياً على الشيء المنتفع به هو حق الانتفاع، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة، وعلى ذلك يجوز له التصرف في حق الانتفاع بجميع التصرفات المشروعة، ولا يجوز أن يتصرف في الرقبة، كما لا يجوز له استعمال حق الانتفاع استعمالاً يضر برقبة المالك المنتفع بها.

وعلى ذلك يحق لمالك الرقبة أن يدافع عن حقوقه في الرقبة ضد كل من حاول المساس بها، ولو كان المنتفع نفسه، كما إذا تعسف في استعمال حقه في الانتفاع، أو لم يحم بالالتزامات التي تقع على كاهله تجاه الرقبة.

كما يحق لمالك الرقبة أن يجري على الشيء المنتفع به كل التصرفات التي لا تضر بالمنتفع، فيمكنه مثلاً أن ينشيء حقوق ارتفاق لخدمة العقار المنتفع به، وله أن يقبل التنازل عن حقوق كانت مقررة على ذلك العقار، ولكن ليس له الحق في أن ينشيء على العقار المنتفع به ارتفاقات لمصلحة عقار آخر، كما لا يحق له أن يتنازل عن ارتفاقات كانت تخدم تلك العقار، إلا إذا رضي المنتفع بذلك.

ويجب على المنتفع أن يتقيد بالتزاماته تجاه مالك الرقبة لأن التزامات المنتفع تترتب في ذمته نحو مالك الرقبة بحكم القانون، فهي إذن التزامات قانونية وترجع كلها إلى واقعة مادية هي وجود رقبة الشيء المنتفع به في يد المنتفع، فيجب عليه حفظها وصيانتها حتى يردها سالمة، واتخاذ الوسائل اللازمة لتحقيق هذا الغرض، وغني عن البيان أنه قد تترتب في ذمة المنتفع التزامات أخرى يقررها سند حق الانتفاع إذا نشأ هذا الحق عن عقد أو وصية، فيكون العقد أو الوصية هو مصدر هذه الالتزامات.

ومن الالتزامات التي يربتها القانون في ذمة المنتفع نحو مالك الرقبة ما قررتة المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، بحيث أوضحت أن للمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة العقار أو الحق العيني المنتفع به فعلى المنتفع أن يستعمله وفقاً لما أعده له المالك، وأن يستثمره على النحو الذي يستثمره المالك وذلك وفقاً لما أعد له الشيء بحسب طبيعته. وعلى ذلك إذا كان الشيء داراً أعدت للسكنى، لم يجوز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك، ولكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه، أو أن يؤجرها للسكنى.

وإذا كان الشيء أرضاً زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور، لم يجوز للمنتفع أن يحولها إلى أرض زراعية للمحصولات الغذائية كالقطن والقمح والفل، فإذا أثبت مالك الرقبة أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات ككفيل أو رهن لضمان تعويض ما عسى أن ينجم من الأضرار عن هذا الاستعمال، فإن لم يقدمها المنتفع، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللمحكمة أن تنزع العين من تحت يده وأن تسلمها إلى آخر يتولى إدارتها. بل له تبعاً لخطورة الحال أن تحكم بانتهاء حق الانتفاع المنتفع المدة الباقية له من مدة الانتفاع.

ولكن يجب في هذه الحالة مراعاة حق الغير، فإذا كان حق الانتفاع مرهوناً مثلاً، احتفظ الدائن المرتهن بحقه.

وعلى ذلك ترد العين إلى المالك، ولكن حق الانتفاع فيها المدة الباقية لهذا الحق مثقل بالرهن، ويجوز للدائن المرتهن أن يحجز على حق الانتفاع محدوداً على هذا النحو لا على حق الملكية ويتقاضى حقه من ثمن حق الانتفاع بعد بيعه في المزاد⁽¹⁾. وهو المقصود من قول المادة موضوع الشرح (ودون المساس بحقوق الغير) كما نصت على أنها العقد «دون إخلال بما قد يكون للطرفين من حق في التعويض» أي في حالة انقضاء عقد حق الانتفاع، عن طريق القضاء يبقى حق كل من مالك الرقبة والمنتفع في التعويض عن ما يلحقه من ضرر.

وعلى ذلك، إذا تبين أن المنتفع ألحق بذلك الشيء المنتفع به أضراراً بسوء نية فإن من حق مالك الرقبة أن يطالبه بتعويض تلك الأضرار، ويؤخذ هذا التعويض من الضمان الذي قدمه المنتفع عند بداية الانتفاع⁽²⁾.

(1) الوسيط للسنيوري، ج 9، ص 79.

(2) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 372.

المادة 92

«يتسلم المنتفع العقارات في الحالة التي توجد عليها غير أنه لا يمكنه الشروع في استغلالها إلا بعد تنظيم كشف بحالتها بحضور كل من المالك والمنتفع».

الشرح :

إلتزامات المنتفع عند الشروع في الانتفاع

منعت هذه المادة موضوع الشرع، المنتفع من أن يشرع في ممارسة حقه إلا إذا قام بأثبات حالة العقار أو الحق العيني، المنتفع به.

وعليه، يتسلم المنتفع العقارات وملحقاتها المنتفع بها، بالحالة التي هي عليها وقت بداية حق الانتفاع، غير أنه لا يمكنه الشروع في استغلالها إلا بعد إقامة بيان حالتها بحضور المنتفع ومالك الرقبة، بكيفية قانونية، وهذا يعني أنه يتعين على المنتفع أن يقيم محضراً يثبت فيه الحالة التي يوجد عليها حق الانتفاع، المتعلق بالمال المنتفع به عند تسلمه، مع إحصاء ما يشتمل عليه من توابع ومرافق وملحقات وعقارات بالتخصيص. وليس للمنتفع أن يلزم مالك الرقبة أن يسلمه الشيء في حالة حسنة، إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهداً خاصاً⁽¹⁾.

أ - فإن اتفق المالك والمنتفع على كيفية معينة لإجراء هذا الكشف، كأن يتفقا على إجرائه بواسطة عدلين أو على يد خبير مقبول أو أكثر، أو بواسطة وثيقة يوقعها معاً، فإن ذلك يكفي.

ب - وإن لم يتفقا على ذلك، تعين على المنتفع أن يوجه إلى مالك الرقبة إعلاناً قانونياً (إما بالبريد المضمون مع الاشعار بالتوصل، أو بواسطة كتابة الضبط، أو بواسطة المفوض القضائي) يخبره فيه بأنه سيجري هذا الكشف في تاريخ معين باليوم والساعة والمكان، ويطلب منه الحضور في ذلك الموعد من أجل ما ذكر، فإن حضر فذاك وإن لم يحضر أمكن للمنتفع أن يجري هذا الكشف في غياب المالك.

وفائدة هذا الكشف تتجلى في معرفة الحالة التي يوجد عليها العقار أو الحق العيني المنتفع به عند بدء الانتفاع وإحصاء مشمولاته، ليكون ذلك مرجعاً يرجع إليه عند نهاية الانتفاع تلافياً لا يمكن أن يثور من خلاف بين مالك الرقبة والمنتفع، لأننا

(1) الوسيط للسنة 9، ج 9، ص 1247.

سنعرف أنه يتعين على المنتفع أو ورثته أن يرد الشيء عند نهاية الانتفاع على الحالة التي كان عليها عند مباشرة حق الانتفاع.

فإن امتنع المنتفع من القيام بهذا الإلتزام، فإن ذلك لا يؤدي إلى سقوط حقه في الانتفاع، ولكن يكون للمالك الرقبة الحق في حبسها عنده فلا يسلمها إلى المنتفع ليمارس حقه إلا بعد أن يقوم بإجراء هذا الكشف، ولكن هذا لا يعني أن المنتفع لا يسحق الثمار التي ينتجها المال المنتفع به في مدة الحبس، لأنه يستحقها من يوم نشوء حق الانتفاع كما عرفنا، وإنما هو إجراء يقصد به حمل المنتفع على القيام بتنظيم الكشف المذكور.

فإن انتقل الشيء موضوع حق الانتفاع إلى المنتفع من غير إثبات حالته بالكيفية المذكورة، فيفترض أن المنتفع تسلمه في حالة جيدة. وإذا وقع نزاع بين المالك والمنتفع عند نهائية الانتفاع حول محتويات ذلك الشيء، فإن للمالك الحق في إثبات الحالة التي كان عليها العقار ومحتويات بكل طرق الاثبات بما فيها شهادة الشهود وقرائن الأحوال⁽¹⁾.

المادة 93

«يجب على المنتفع أن يبذل في المحافظة على الحق المنتفع به العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه».

الشرح :

وجوب بذل المنتفع العناية الكافية
في المحافظة على الحق المنتفع به

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أنه على المنتفع أن يبذل العناية الكافية في حفظ الشيء المنتفع به، ما يبذله الشخص المعتاد والعادي فهناك إذن التزام على المنتفع، هو أن يقوم بالمحافظة على الحق المنتفع به وأن يبذل العناية الكافية في المحافظة على هذا الحق، كما يبذلها الشخص العادي والحريص على ملكه. إذ يطلب من المنتفع في القيام بهذا الإلتزام أن يبذل عناية الشخص المعتاد، وذلك سواء حصل على حق الانتفاع معاوضة أو تبرعا. فالخطأ الذي يسأل عنه المنتفع في حفظ الشيء هو أن ينحرف في المحافظة عليه عن السلوك المألوف للشخص المعتاد.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 368 و369.

إذن يتعين على المنتفع أن يحرص على رقبة المال المنتفع به، ويحافظ عليه محافظة المالك الحريص على ملكه، ومن ذلك :

أ - أنه يتعين عليه أن يباشر جميع الإصلاحات التي تلزم لصيانة الشيء المنتفع به، واستمرار أدائه لوظيفه فإن أهمل القيام بهذه الإصلاحات اللازمة للصيانة ونتج عن ذلك تلف أو توقف لذلك الشيء عن أداء مهمته كهدم أو خراب في العقار، أو حروق في الثوب، أو تعطل لحركة السيارة المنتفع بها، فيجب على المنتفع أن يقوم بكل الإصلاحات اللازمة.

أما إذا أصيب الشيء المنتفع به بأضرار نتيجة القدم أو الحادث الفجائي كهزة أرضية أو حريق، فإن كان يمكن إصلاحه فلا يتعين على المنتفع أن يقوم بتلك الإصلاحات وإنما تبقى على عاتق رب الرقبة.

وإن كان قد تهدم أو تحطم بسبب ذلك، فلا يجب على المنتفع ولا على المالك إعادة بنائه من جديد.

ب - إنه يتعين على المنتفع أن يحافظ على الشيء المنتفع به ضد اعتداء الغير، وأن يحميه من كل اعتداء كما يحمي المالك ملكه.

ولذلك يجب على المنتفع إذا تعرض شخص - أثناء مدة الانتفاع - لحق المالك، أو غصب العقار المنتفع به أو تعدى على أي حق من حقوق المالك، أن يبادر إلى إخبار مالك الرقبة بكل ما تعرض له العين من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية. فإذا انتزع أجنبي الحيازة من المنتفع، أو تعرض الأجنبي له في حيازته مستمسكاً بحق يدعيه على الشيء نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق، أو تعرض الشيء لخطر لم يكن منظوراً كأن سطت عليه اللعوص أو استولت عليه الإدارة ولو استيلاء مؤقتاً أو خربته غارة جوية، أو هلك الشيء أو تلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المنتفع. بل يرجع السبب إلى سبب أجنبي أو إلى القدم. أو احتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إحظار مالك الرقبة بما وقع.

وليس للإخطار شكل خاص، فيصبح أن يثبت أنه قام بالأخطار اللازم. فإذا لم يثبت ذلك، كان مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يصب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى الإخطار.

ومن أمثلة أعمال الحفظ والعناية أيضاً ألا ينهك المنتفع بأرض زراعية الأرض بزراعة، أن يتوقاه بنفسه، حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية. فإذا انتزع أجنبي الحيازة من المنتفع، أو تعرض الأجنبي له في حيازته مستمسكاً بحق يدعيه على الشيء نفسه كحق ملكية أو حق ارتفاق، أو تعرض الشيء لخطر لم يكن منظوراً كأن سطت عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة، ولو استيلاء مؤقتاً، أو خربته غارة جوية، أو هلك الشيء أو تلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المنتفع، بل يرجع السبب إلى سبب أجنبي أو إلى القدم. أو احتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع.

وليس للإخطار شكل خاص، فيصبح أن يكون بكتاب أو شفويّاً، ولكن يجب على المنتفع أن يثبت أنه قام بالاختار اللازم، فإذا لم يثبت ذلك، كأن مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى الاختار.

ومن أمثلة أعمال الحفظ والعناية أيضاً ألا ينهك المنتفع بأرض زراعية الأرض بزراعة تدر عليه ربحاً كبيراً، غير مبال بما يصيب الأرض من ضرر يلحق مالك الرقبة في سبيل الحصول على هذا الربح الكبير لنفسه، وكذلك لا يجوز له، وهو يسكن الدار التي ينتفع بها، أن يتلف الأبواب والنوافذ، أو أن يلحق بالدار ضرراً غير مألوف، أو لا يقوم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة الدار وما يلحق بها من أنابيب المياه والغاز والأحواض وغيرها ما يحتاج إلى عناية في حفظه.

وإذا كان المالك قد أمن على الشيء، فإنه يعتبر من أعمال الحفظ، أن يحدد المنتفع هذا التأمين وأن يدفع أقساط التأمين طول مدة انتفاعه⁽¹⁾.

المادة 94

«يلتزم المنتفع برد الأشياء المنتفع بها بمجرد انقضاء حق الانتفاع، فإذا تماطل في ردها بعد إنذاره بصورة قانونية وهلكت أو تلفت في يده فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الهلاك أو التلف ولو حصل بسبب أجنبي لا يد له فيه».

الشرح :

التزام المنتفع برد الأشياء المنتفع بها عند نهاية الانتفاع

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بالتزام المنتفع برد الأشياء المنتفع بها عند نهاية الانتفاع، فقررت أنه يتعين على المنتفع عندما تنتهي مدة الانتفاع، وعلى ورثته إذا كان

(1) الوسيط للسنة 9، ج 9، ص 1255.

هذا الحق ينتهي بموت المنتفع، أن يرد الشيء موضوع الانتفاع إلى مالكه على الحالة التي كان عليها عند بداية الانتفاع، كما هو مثبت بالمحضر الذي سبقت الإشارة إليه.

وإن تأخر المنتفع وتماطل في رد الشيء كما كان عند تسلمه للمالك، بعد انتهاء الانتفاع وقام المالك بإذاره بصورة قانونية، أي بطرق التبليغ طبقاً لقانون المسطرة المدنية، فهلك أو تلف الشيء المنتفع به في يده، كأن المنتفع مسؤولاً عنه، ولو كان الهلاك أو التلف بسبب أجنبي.

والخطأ الذي يعتد به هنا تأخر المنتفع عن رد الشيء المنتفع به إلى المالك، وقد اقترن الهالك أو التلف بهذا الخطأ فيكون المنتفع مسؤولاً عن هذا الهلاك أو التلف وحصل هذا الهلاك أو التلف بسبب أجنبي لا يد له فيه، وبالتالي يكون المنتفع مسؤولاً عن تعويض المالك عن الضرر الذي لحق به من جراء هلاك الشيء أو تلفه تحت يده نتيجة تماطله عن رد الشيء المنتفع به إلى المالك بمجرد انتهاء حق الانتفاع.

وإن أدخل المنتفع على الشيء المنتفع به تحسينات لم يوافق عليها مالك الرقبة لزم أن يرده بكل تلك التحسينات من غير أن يحق له أن يطالب ذلك المالك بأي تعويض، ولو ارتفعت قيمة ذلك الشيء بسبب التحسينات المذكورة، وهذا الحكم نص عليه الفصل 52 من ظهير 19 رجب كذلك.

المادة 95

«يلتزم المنتفع طيلة مدة الانتفاع بأداء ما يفرض على المالك المنتفع به من تكاليف دورية كالضرائب وغيرها ويتحمل النفقات اللازمة لحفظه وصيانته».

الشرح :

التزام المنتفع بأداء النفقات العادية

اللازمة للملك المنتفع به

تقرر في هذه المادة موضوع الشرح، أن المنتفع بالشيء المنتفع به، ملزم بأداء النفقات العادية اللازمة للشيء المنتفع به. بحيث يتعين على المنتفع أن يؤدي طيلة مدة الانتفاع جميع التكاليف المترتبة على المنفعة التي يستغلها كالضرائب العقارية المختلفة وغيرها، كضريبة النظافة المترتبة على الدار المعدة للسكنى، وكما إذا كان حق الانتفاع يتعلق بثمار، وكانت هناك ضريبة مفروضة على الثمار، وكنفقة حراسة تلك الثمار مثلاً، ومصاريف السقي وعلاج الأشجار التي تنتج تلك الثمار.

وهكذا يتحمل المنتفع وحده مصاريف الصيانة التي تقتضي الضرورة بانفاقها للمحافظة على الشيء الواقع عليه الانتفاع.

أما الإصلاحات الجسيمة أي الإصلاحات التي تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية. كإصلاح السقوف بتمامها وإقامة جدران من أساسها، فإنها تبقى على عاتق مالك الرقبة، ما لم تكن هذه الإصلاحات قد تسببت عن عدم القيام بأعمال الصيانة منذ بدء الانتفاع فيلتزم بها عندئذ المنتفع.

وأما ما يتهدم بسبب القدم أو بسبب قوة قاهرة فليس على المالك ولا على المنتفع القيام بإعادة بنائه.

وهكذا أيضاً، إذا ما أنشئ الانتفاع بوصية على مجموع أموال الموصي أو على جزء منها وكان الموصي قد أوصى بمرتب مدى الحياة (الإيراد العمري) أو بنفقة لمصلحة شخص، فإن على المنتفع بمجموع أموال الموصي أن يؤدي كامل ما أوصى به الموصي من مرتب أو نفقة، وعلى المنتفع بجزء من هذه الأموال أن يشترك بتحمل قسم من المرتب أو النفقة الموصى بها بنسبة الجزء الذي آل إليه.

هذا، وكذلك يتحمل المنتفع وحده بنفقات الدعاوى المتعلقة بالتمتع بالأشياء المنتفع بها، كما يتحمل وحده بما عسى أن يحكم به في مثل هذه الدعاوى⁽¹⁾.

المادة 96

«لا يلتزم المنتفع بنفقات الإصلاحات إلا إذا ترتبت موجباتها عن فعله أو خطئه».

الشرح :

مدى مسؤولية المنتفع عن فعله وخطئه

سبقنا الإشارة إلى أنه يتعين على المنتفع أن يباشر جميع الإصلاحات التي تلزم لصيانة الشيء المنتفع به، واستمرار أدائه لوظيفته، فإن أهمل القيام بهذه الإصلاحات اللازمة للصيانة ونتج عن ذلك تلف أو توقف لذلك الشيء عن أداء مهمته كهدم أو خراب في العقار، أو خروق للثوب، أو تعطل لحركة السيارة المنتفع بها، فيجب على المنتفع أن يقوم بكل الإصلاحات اللازمة.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 554 و555.

وإذا أتت عن إهمال المنتفع عدم قيامه بهذه الإصلاحات اللازمة من تلف أو غيره، فيعتبر خطأ وانحرافاً منه، فالخطأ الذي يسأل عنه المنتفع في حفظ الشيء هو أن ينحرف في المحافظة عليه، وعن السلوك المألوف للشخص المعتاد.

والخطأ هنا لا يفترض في جانب المنتفع، بل على مالك الرقبة، إذا أصاب الشيء تلف أو غيره أن يثبت أن هذا التلف قد وقع من فعل المنتفع وخطئه، أي بانحرافه في المحافظة على الشيء عن سلوك الرجل المعتاد، فإذا لم يستطع مالك الرقبة إثبات ذلك، فلا مسؤولية على المنتفع، أما إذا أثبت مالك الرقبة خطأ المنتفع على هذا النحو، وما نتج عن عدم القيام بالإصلاحات الضرورية والنفقات اللازمة ترتب موجباتها عن فعله وخطئه، فإن مسؤولية المنتفع عن التعويض تسري عليها أحكام القواعد العامة، فيكون المنتفع مسؤولاً عن تعويض مالك الرقبة عن جميع الأضرار التي لحقت بهذا الأخير من جراء تلف الشيء أو هلاكه المترتب على فعله وخطئه.

المادة 97

«ليس على المالك ولا على المنتفع أن يبنيا من جديد ما تلاشى لقدمه أو تحطم بسبب حادث فجائي».

الشرح :

القيود الواردة على مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء

تعرضت هذه المادة موضوع الشرح، إلى القيود الواردة على مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء، بحيث يرد على مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء قيدان :

(القيد الأول) لا يكون المنتفع مسؤولاً عن إعادة البناء الذي تهدم بسبب القدم أو بسبب حادث فجائي. فمادام التهدم لا يرجع إلى خطأ في جانبه كإهماله في القيام بأعمال الصيانة، فهو غير مسؤول عنه، ولا يلزم بإعادة البناء من جديد وكذلك الإصلاحات الجسيمة فقد قدمنا أنه غير مسؤول عنها، إلا إذا كانت راجعة إلى خطئه، وإذا كان المنتفع غير ملزم بإعادة البناء ولا بالإصلاحات الجسيمة في الأحوال التي قدمناها، فإن مالك الرقبة غير ملزم هو أيضاً بذلك، وإذا هو أعاد البناء أو قام بالإصلاحات الجسيمة، فإن له يرجع بفوائد التكاليف التي أنفقها على المنتفع طول مدة الانتفاع، وإذا قام المنتفع نفسه بإعادة البناء أو بالإصلاحات الجسيمة، فإن له أن يسترد التكاليف من مالك الرقبة عند انتهاء حق الانتفاع.

(القيد الثاني) يستطيع المنتفع أن يتخلص من إلزامه بحفظ الشيء وبالقيام بأعمال الصيانة الواجبة، وذلك بالتخلي عن حقه في الانتفاع. فإن هذا الالتزام التزام عيني كما قدمنا، فإذا تخلى عن العين المنتفع بها تخلص من الالتزام الذي كانت العين سبباً فيه، على أنه لا يتخلص من الالتزام إلا من وقت التخلي، أما ما وجب عليه من أعمال الصيانة قبل ذلك فيلزم بالقيام به من وقت التخلي، حتى لو رَدَّ الثمار التي قبضها من العين منذ بداية الانتفاع، فقد ترتب الالتزام نهائياً في ذمته قبل التخلي، وليس للتخلي أثر رجعي⁽¹⁾.

المادة 98

«يتعين على المنتفع أن يعلم مالك الرقبة وفق طرق التبليغ المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، وذلك في الحالتين الآتيتين :

بكل ادعاء من طرف الغير لحق على العقار المنتفع به أو اعتداء على حق من حقوق المالك ؛

ب تلف العقار المنتفع به كلاً أو بعضاً ؛

إذا لم يقم المنتفع بالاعلام المنصوص عليه أعلاه في الوقت المناسب فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق المالك من جراء ذلك».

الشرح :

إلزام المنتفع بإعلام مالك الرقبة وفق القانون،

بكل اعتداء من طرف الغير، وب تلف العقار المنتفع به

سبقت الإشارة إلى أنه يتعين على المنتفع، في إطار أعمال الحفظ التي يجب على المنتفع القيام بها، أن يحافظ على العقار المنتفع به ضد اعتداء الغير، وأن يحميه من كل اعتداء، كما يحمي المالك ملكه.

ولذلك يجب على المنتفع إذا تعرض شخص أثناء مدة الانتفاع، لحق المالك، أو غصب العقار المنتفع به أو تعدى على أي حق من حقوق المالك، أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بكل ما يتعرض له العقار المنتفع به، من أخطار مما يلزم المالك أن يتوقاه بنفسه، حتى

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 1256.

يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية. ويجب أن يكون إعلام المنتفع المالك بذلك طبقاً للمنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية، المتعلق بضوابط التبليغ القانوني، المتمثل في وجوب تبليغ هذا الاعلام للمالك، بواسطة طرق التبليغ أي بواسطة البريد المضمون مع الاشعار بالتوصل، أو بواسطة كتابة ضبط المحكمة، أو بواسطة المفوض القضائي، أو بواسطة السلطة المختصة.

والزام المنتفع لاجبار المالك بما وقع ضد العين المنتفع بها بصفة قانونية أوضحت المادة موضوع الشرح بأن يكون في الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : يجب على المنتفع إعلام المالك بكل اعتداء من طرف الغير لحق على العقار المنتفع به أو اعتداء على حق من حقوق المالك : بحيث إذا انتزع أجنبي الحيازة من المنتفع، أو تعرض الأجنبي له في حيازته مستمسكاً بحق يدعيه على الشيء نفسه، كحق ملكية أو حق ارتفاق أو تعرض الشيء لخطر لم يكن منظوراً، كأن سطلت عليه اللصوص أو استولت عليه الإدارة، ولو استيلاء مؤقتاً أو خربته غارة جوية، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إعلام مالك الرقبة بما وقع.

الحالة الثانية : أن يقع تلف العقار المنتفع به كلاً أو بعضاً : أي إذا هلك أو تلف العقار المنتفع به كلياً أو جزئياً، والمتواجد تحت المنتفع، ووقع له الهلاك أو التلف لسبب لا يرجع إلى خطأ المنتفع كأن يرجع إلى سبب أجنبي أو إلى القدم، أو احتاج الشيء إلى إصلاحات جسيمة مما يجب على المالك أن يتحمل نفقات هذه الإصلاحات، وجب على المنتفع أن يبادر إلى إخطار مالك الرقبة بما وقع من اعتداء أو تلف.

وإذا لم يقم المنتفع بالاعلام المنصوص عليه أعلاه وقت وقوع الاعتداء أو التلف، ولكن يجب على المنتفع أن يثبت أنه قام باعلام المالك في الوقت المناسب، ووفق القانون، فإذا لم يثبت ذلك، كان مسؤولاً عن كل الأضرار التي تلحق المنتفع به من ذلك الاعتداء أو التلف، وبالتالي كان مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي يصيب مالك الرقبة من عدم المبادرة إلى إعلامه بما وقع.

الفصل الثالث

في انقضاء حق الانتفاع

عرفنا أن حق الانتفاع حق مؤقت، وعندما ينقضي يعود لمالك الرقبة الذي يصبح بذلك مالكا ملكية تامة للشيء الذي لم يكن يملك منفعة.

وتعداد أسباب الانقضاء يقتضي الكلام على حق الانتفاع بانتهاء المدة المحددة له، أو بوفاة المنتفع، أو بانتهاء أجله، أو بهلاك الشيء. محل حق الانتفاع، أو بالتنازل عن حق الانتفاع، أو باتحاد الذمة.

المادة 99

«ينقضي حق الانتفاع :

- بموت المنتفع ؛
- بانصرام المدة المحددة للانتفاع ؛
- بهلاك العقار المنتفع به هلاكاً كلياً ؛
- بالتنازل عنه صراحة ؛
- باجتماع صفتي المنتفع ومالك الرقبة في شخص واحد».

الشرح :

الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع

وحق الانتفاع ينقضي بأحد الأسباب التالية والتي حصرتها المادة موضوع الشرح في خمسة أسباب وهي :

أولاً : انقضاء الانتفاع بموت المنتفع : وينقضي الانتفاع بوفاة المنتفع لأن الانتفاع في الأصل حق مؤقت، ولا يمكن أن يستمر بقاءه أكثر من حياة المنتفع ولهذا اصطلح بعض علماء القانون على وصف حق الانتفاع الواقع على عقار «بحق ارتفاق شخصي»⁽¹⁾.

فحق الانتفاع مؤقت، على خلاف حق الملكية فهو مؤبد وحق الانتفاع تكون له عادة مدة محددة، وإذا لم تحدد له مدة، فهو ينتهي دائماً بوفاة المنتفع، فحق الانتفاع لا بد أن يقتصر بأجل فاسخ.

والسبب في انتهاء حق الانتفاع بوفاة المنتفع دائماً، أن هذا الحق يوجد وضعاً معقداً، فالمالك يحتفظ بملكية الرقبة، أي بحق التصرف، عادة في امتلاك شيء لما ينتفع به لثبوت منفعته لغيره، ومن ناحية أخرى فإن المنتفع يحتفظ بهذه المنفعة وحدها ولا يضم

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 561.

إليها ملكية الرقبة. لذلك فإن القانون لم يسمح بأن يورث حق الانتفاع بل قضى بأن يزول بوفاة المنتفع، حتى يزول هذا الوضع الشاذ، وتجمع للمالك عناصر ملكيته وهو الوضع الطبيعي⁽¹⁾.

وإذا كان الانتفاع مقررًا لمصلحة عدة أشخاص على التعاقب فإنه يترتب على موت المنتفع الأول انتقال حق الانتفاع إلى الشخص الذي يليه، وهكذا إلى أن يموت أصحاب حق الانتفاع جميعاً فيسقط حق الانتفاع نهائياً ويعود الشيء إلى مالك الرقبة.

أما إذا كان الانتفاع مقررًا لعدة أشخاص معاً، فوفاة أحدهم يترتب عليها انقضاء حق الانتفاع بنسبة نصيبه. ولا يستفيد بقية المنتفعين من نصيب المتوفى بل تعود الحصة التي سقط عنها حق الانتفاع إلى مالك الرقبة، ما لم يكن حق نص على خلاف ذلك في العقد، فتطبق حينئذ أحكام العقد.

وإذا كان حق الانتفاع قد أنشئ لصالح شركة (شخص معنوي) فإنه ينقضي بانحلال هذه الشركة، ولو لم يكن قد انقضى الأجل المحدد لذلك الانتفاع.

ثانياً : انقضاء الانتفاع بانصرام المدة المحددة للانتفاع : أي انقضاء الانتفاع بانتفاء أجله، بحيث إذا كان حق الانتفاع مؤجلاً بأجل، كما إذا أوصى شخص لآخر بحق انتفاع بعقار أو بشيء آخر لمدة عشرين سنة، فعندما يموت الموصي وتمر عشرين سنة على موته ينتهي حق الموصى له في الانتفاع.

ومن انقضاء الانتفاع بانصرام المدة المحددة للانتفاع، ما إذا أمتعت الزوجة زوجها بأرض أو غيرها ثم انتهت الزوجية بموت أو طلاق⁽²⁾.

وإذا كان مالك الانتفاع شخصاً معنوياً فإن هذا الحق ينتهي حتماً بمرور ثلاثين سنة على إنشائه إن لم ينقض قبل ذلك⁽³⁾.

وكما ينقضي الانتفاع بانصرام المدة المحددة له، وانتهاء أجله، ينقضي أيضاً بحصول الشرط الفاسخ الذي وقع التنصيص عليه عند إنشاء حق الانتفاع، كما إذا قال شخص لآخر : لك أن تتفع بداري إلى أن يتزوج ابني عمر.

ثالثاً : انقضاء حق الانتفاع بهلاك العقار المنتفع به هلاكاً كلياً : ينتهي حق الانتفاع أيضاً بهلاك العقار موضوع حق الانتفاع هلاكاً كلياً، بحيث إذا كان حق

(1) يحي الدين اسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 231.

(2) البهجة للتسولي، ج 2، ص 161.

(3) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 374.

الانتفاع وارداً وجارياً على بناء مثلاً - كما في حالة الانتفاع المقرر على حق سطحية وحدد إن هلك هذا البناء بحريق أو بحادث آخر حدث أن سقط من القدم - فلا يحق للمنتفع أن يتمتع لا بالأرض ولا بمواد البناء، وإن لم يصب الخراب إلا جزءاً من البناء، فإن حق الانتفاع يستمر على الجزء الباقي منه.

وإذا هلك موضوع حق الانتفاع بفعل شخص آخر من غير المنتفع (كمالك الرقبة أو غيره) فإن حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض الذي يدفعه ذلك الغير.

وكذلك إذا انتزعت ملكية العقار موضوع حق الانتفاع للمصلحة العامة، فإن حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض الذي تدفعه الحكومة، بحيث يكون من حق المنتفع أن يستفيد من ذلك التعويض في الحالتين إلى أن ينقضي حقه في الانتفاع ثم يرد له مالك الرقبة⁽¹⁾.

والخلاصة، إنه لا بد من توفر الشروط التالية كيما ينقضي الانتفاع بهلاك العقار المنتفع به وهي :

1 - يشترط أن يكون الهلاك هلاكاً كلياً، أما إذا كان الهلاك جزئياً، فحق الانتفاع يسقط عن الجزء الذي هلك، ولكنه يبقى قائماً على الجزء الذي لم يتناوله الهلاك، وعلى هذا قرر المشرع أن الانتفاع المنشأ على أرض وما عليها من بناء لا ينقضي حق الانتفاع بهلاك البناء، بل يبقى مستمراً على الأرض وعلى المواد التي تخلفت عن تلف البناء.

2 - يشترط أن يكون التلف نتيجة حادث قهري كالحريق مثلاً أو القدم. أما إذا تلف الشيء بفعل مالك الرقبة أو بفعل شخص آخر أو إذا استملك العقار باسم المنفعة العامة، فحق الانتفاع لا ينقضي بل يتحول من الانتفاع بالشيء إلى الانتفاع بالتعويض الذي يلزم به، الشخص المسؤول عن التلف أو الدائرة المستملكة.

3 - يشترط أن لا يكون الشيء مؤمناً ضد الحادث القهري الذي أدى إلى تلفه، أما إذا كان الشيء مؤمناً فحق الانتفاع لا ينقضي بل يتحول من الانتفاع بالشيء إلى الانتفاع بالتعويض الذي تدفعه شركة التأمين، ما لم يستخدم هذا التعويض لتحديد الشيء⁽²⁾.

رابعاً : انقضاء حق الانتفاع بالتنازل عنه صراحة : أي انقضاء الانتفاع بتنازل المنتفع صراحة : بحيث قررت المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، أنه

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 375.

(2) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 562.

يجوز للمنتفع أن يتنازل عن حقه في الانتفاع، فيزول هذا الحق ويعود إلى مالك الرقبة (العين) كاملة ويقع التنازل إما بإرادة منفردة تصدر من المنتفع صراحة أو بتوافق إرادتي المنتفع ومالك الرقبة.

فإذا وقع التنازل بإرادة المنتفع المنفردة، فيجب أن يكون التنازل منه صريحاً ومكتوباً وموقعاً، ومصححاً من طرف السلطة المختصة بتصحيح التوقيعات، ولذلك قالت المادة موضوع الشرح : «صراحة أي لا يجوز التنازل ضمناً عن حق الانتفاع. وتنازل المنتفع عن حقه بإرادته المنفردة يسري دون حاجة إلى قول مالك الرقبة، ولا يجوز للمنتفع بعد أن يصدر منه التنازل أن يعدل عنه.

وإذا وقع التنازل باتفاق بين المنتفع ومالك الرقبة فإن هذا الاتفاق قد يكون تبرعاً من جانب المنتفع، ولا يكون هذا هبة لحق الانتفاع بل تنازلاً عنه لمالك الرقبة، فلا يشترط أن يكون الاتفاق في شكل الهبة، وقد يكون الاتفاق معاوضة، بأن يعطي مالك الرقبة للمنتفع مقابلاً لتنازله عن حقه الانتفاع. وسواء كان التنازل تبرعاً أو معاوضة، فهو تنازل عن حق الانتفاع، وليس نقلاً لهذا الحق لمالك الرقبة. ذلك بأن مالك الرقبة ليس في حاجة إلى أن ينتقل له حق الانتفاع، بل يكفي أن يتنازل المنتفع عن هذا الحق حتى تعود الملكية كاملة لمالك الرقبة.

وإذا كان حق الانتفاع مترتباً على عقار، فإن التنازل عنه لا يحتج به على الغير، كدائن مرتهن لحق الانتفاع، إلا بالتسجيل إذا كان العقار محفظاً، فإذا كان الدائن المرتهن لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل التنازل، فإن الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا التنازل.

خامساً : انقضاء حق الانتفاع باجتماع صفتي المنتفع ومالك الرقبة في شخص واحد : أي اجتماع حق الانتفاع مع حق الملكية لشخص واحد، فينتهي حق الانتفاع باتحاد الحقوق أي بجمع صفتي المنتفع ومالك الرقبة في شخص واحد كأن يتوفى مالك الرقبة وليس له وارث سوى المنتفع. ففي هذه الحالة يتوحد حق الانتفاع وحق الرقبة ويجتمعان في شخص المنتفع فيزول الانتفاع ويضحى المنتفع مالكاً.

وكما إذا باع صاحب حق الانتفاع حقه هذا لمالك الرقبة، أو وهبه له، أو أوصى له به، أو كان هذا المالك للرقبة وارثاً لمالك حق الانتفاع، أو باع مالك الرقبة حقه هذا للمنتفع أو وهبه أو أورثه إياه، فإن حق الانتفاع ينقضي بذلك، لأن عناصر الملك كلها تصبح مملوكة لشخص واحد.

المادة 100

«ينقضي حق الانتفاع الممنوح للأشخاص المعنوية بانصرام مدة أقصاها أربعون سنة».

الشرح :

انقضاء الانتفاع بالنسبة للأشخاص المعنوية
لمدة أقصاها أربعون سنة

حددت المادة موضوع الشرح، المدة التي يكون حق الانتفاع قد أنشئ لصالح الأشخاص المعنوية أي لصالح الأشخاص الذين يكونون شركة (شخص معنوي) ولهم حق الانتفاع يتمتعون به، وأنشئ لهم من طرف مالك الرقبة، فإنه ينقضي بانحلال هذه الشركة، ولو لم يكن قد انقضى الأجل المحدد لذلك الانتفاع.

وعلى أي حال، فإذا كان مالك الانتفاع شخصاً معنوياً فإن هذا الحق ينتهي حتماً بمرور أربعين سنة على إنشائه، إن لم ينقض قبل ذلك، فأقصى المدة التي ينقضي فيها حق الانتفاع بالنسبة للأشخاص المعنوية الممنوح لهم هذا الحق، أقصاها أربعون سنة، كما حددتها المادة موضوع الشرح، بحيث لا تتجاوز هذه المدة أربعين سنة، ويمكن انقضاؤه قبل هذه المدة المحدد أقصاها.

المادة 101

«إذا هلك العقار المنتفع به هلاكاً جزئياً استمر حق الانتفاع قائماً على الجزء الباقي منه متى كان يفي بالغرض الذي من أجله أنشئ هذا الحق».

الشرح :

استمرار حق الانتفاع إذا هلك العقار
المنتفع به هلاكاً جزئياً

سبقت الإشارة إلى أنه إذا كان حق الانتفاع وارداً على بناء كدار مثلاً فانقض وتخرب كلياً نتيجة لقدمه أو لحادث فجائي كزلزال أو حريق، فإن حق الانتفاع ينقضي حينئذ.

وإن لم يصب الخراب والتلف إلا جزءاً من البناء، فإن حق الانتفاع يستمر على الجزء الباقي منه. كما قررته المادة موضوع الشرح.

وعليه، فإذا كان حق الانتفاع وارداً على البناء والأرض التي أقيم عليها ذلك البناء، كما إذا وقع حق الانتفاع على ضيعة تحتوي على حظيرة، فإن حق الانتفاع لا ينقضي بخراب الحظيرة كلاً أو بعضاً، وإنما يستمر على الأرض وعلى الباقي من الحظيرة إن لم تتخرب كلها، وعلى الأدوات والمواد التي يمكن الانتفاع بها من ذلك البناء. لاستمرار حق الانتفاع قائماً على الجزء الباقي من العقار المنتفع به، سيما وأن هذا الجزء الباقي، ما زال يفي بالغرض الذي من أجله أنشئ حق الانتفاع، لذلك يحق للمنتفع أن يتمتع بالأرض وبمواد البناء.

المادة 102

«إذا تعلق حق الانتفاع ببناء، فليس للمنتفع حق التمتع بالأرض بعد هلاك البناء. أما إذا كان حق الانتفاع متعلقاً بالأرض والبناء فإن للمنتفع حق التمتع بالأرض بعد هلاك البناء».

الشرح :

تمتع المنتفع بحقه إذا تعلق الانتفاع بالأرض والبناء

نصت هذه المادة موضوع الشرح، على أنه إذا كان حق الانتفاع جارياً على بناء مثلاً فقط، وأصيب هذا البناء ب تلف وهلاك، فليس للمنتفع أن يستفيد بأي شكل كان من بقايا البناء الذي أصابه التلف وحدث أن هلك هذا البناء المتعلق به وحده بحريق أو بحادث آخر، أو حدث أن سقط من القدم، فلا يحق للمنتفع أن يتمتع لا بالأرض ولا بمواد البناء.

ولكن إذا كان حق الانتفاع وارداً على البناء والأرض معاً، فإن حق الانتفاع لا ينقضي بخراب وهلاك البناء، لأن حق الانتفاع يتعلق بالأرض والبناء معاً. لذلك يستمر حق الانتفاع على الأرض وعلى الأدوات والمواد الباقية التي يمكن الانتفاع بها من ذلك البناء الهالك، فيحق للمنتفع أن يتمتع بذلك وينتفع من حق الانتفاع الذي أنشئ على الأرض والبناء معاً.

المادة 103

«لدائني المنتفع طلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم».

الشرح :

لدائني المنتفع حق الطعن في تنازله عن حق الانتفاع

سبقت الإشارة إلى أنه يجوز للمنتفع أن يتنازل عن حقه في الانتفاع، فيزول هذا الحق، وتعود إلى مالك الرقبة ملكية العين كاملة.

كما مر معنا أنه إذا كان حق الانتفاع مترتباً على عقار، فإن التنازل عنه لا يحتج به على الغير، كدائن مرتهن لحق الانتفاع إلا بالتسجيل إذا كان عقاراً محفظاً، فإذا كان الدائن المرتهن لحق الانتفاع قد قيد الرهن قبل تسجيل التنازل فإن الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا التنازل.

ولذلك نصت المادة موضوع الشرح على أن لدائني المنتفع الذي يتنازل عن حقه في الانتفاع، سواء كان حق الانتفاع مترتباً على عقار محفظ أو غير محفظ يحق لهم أن يطعنوا في تنازل المنتفع عن حقه، إذا وقع هذا التنازل غشاً وإضراراً بحقوقهم. أي يمكن للدائنين أن يطالبوا بإبطال هذا التنازل، ويحكم بذلك إذا أثبتوا أن هذا التنازل أضر بمصلحتهم.

ولذلك، اشترط المشرع لصحة هذا التنازل إزاء دائني المنتفع أن يكون قد وقع إضراراً بهم، وإلا فمن حق الدائنين الطعن في التنازل وإبطاله.

ودعوى الإبطال هذه يطلق عليها في القانون المقارن اسم «الدعوى البوليائية» وهي دعوى يمنحها المشرع إلى الدائنين بغية إبطال تصرفات المدعين التي أجزاها إضراراً لمصلحتهم. وبالرغم أنه لا يوجد في قانون الالتزامات والعقود المغربي نص عام على الدعوى البوليائية هذه، فقد أجاز ظهير 19 رجب لدائني المنتفع استعمال الدعوى المذكورة والاستفادة منها في حالة تضررهم من تنازل المنتفع عن انتفاعه.

أما في سورية فإن القانون المدني قد أعطى للدائنين حق الطعن في تصرفات المدعين بصورة عامة (الفصل 283 وما يليه) وحرص على الإشارة إلى هذا الحق عند تنازل المنتفع عن انتفاعه إضراراً بدائنيه (الفصل 959)⁽¹⁾.

المادة 104

«يمكن أن ينتهي الانتفاع كذلك بسبب تعسف المنتفع في استغلاله إما بقيامه بإتلاف العقار أو بتعرضه للتلف نتيجة عدم القيام بالإصلاحات اللازمة للصيانة، ويمكن

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 563.

حسب خطورة الأحوال أن تقضي المحكمة بانقضاء الانتفاع كلياً أو باسترجاع المالك للعقار المنتفع به مع أدائه للمنتفع مبلغاً سنوياً تحدده، وذلك إلى وقت انقضاء الانتفاع. ويجوز لدائني المنتفع صيانة لحقوقهم أن يتدخلوا في المنازعات ويمكنهم أن يطالبوا بإصلاح ما أُلُف.

الشرح :

انقضاء الانتفاع بسبب تعسف المنتفع في استغلاله

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بحكم قضائي ينقضي الانتفاع له، إذا أساء المنتفع استعمال حقه، بحيث ينتهي الانتفاع بحكم القضاء عند تعسف المنتفع في استغلاله.

فإذا أساء المنتفع استعمال حق الانتفاع، وتعسف بصدد انتفاعه بالشيء موضوع هذا الحق، كما إذا قام المنتفع بتخريب العقار المنتفع به، أو لم يقم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة عليه، فمن حق مالك الرقبة أن يرفع دعوى بطلب الحكم بإنهاء حق الانتفاع وحرمان المنتفع منه نظراً لتعسفه وإساءة استغلاله، وعندئذ يبقى للقضاء أن يقرر الحكم الذي يتلاءم مع درجة خطورة الأفعال والأحوال التي قام بها ذلك المنتفع. فقد يحكم برفع يده عن ذلك الشيء المنتفع به ورده إلى مالكه وانقضاء حق الانتفاع، أما بدون أي تعويض، أو مقابل مبلغ معين يؤديه مالك الرقبة كل سنة للمنتفع، أو لمن انتقل إليه حق الانتفاع إلى أن تنتهي المدة المحددة لحق الانتفاع.

ويمكن لدائني المنتفع أن يتدخلوا في هذه الدعوى ليعملوا على تجنب الحكم بإنهاء حق الانتفاع المقرر لمدينهم، وذلك بأن يتعهدوا بإصلاح الأضرار التي لحقت الشيء المنتفع به، ويقدموا ضمانات تكفل عدم حدوث أي ضرر في المستقبل للشيء المنتفع به.

ولابد من الإشارة في الأخير إلى أنه إذا كان حق الانتفاع وارداً على عقار أو على حق عيني على عقار، وكان مسجلاً في الرسم العقاري، فإن المحافظ على الأملاك العقارية يقوم بتشطيطه تلقائياً عندما ينتهي بسبب منصوص عليه في السجل العقاري، كما هو الحال بالنسبة لانقضاء أجله، أو باجتماعه مع ملك الرقبة في يد شخص واحد.

أما عندما ينقضي بسبب آخر كوفاة المنتفع أو بحكم القضاء، فلا يمكن التشطيط عليه إلا بالادلء بما يثبت ذلك من رسم الإرث أو نسخة الحكم النهائية. ولذلك فمن مصلحة الشخص الذي يستفيد من التشطيط على هذا الحق أن يتقدم إلى المحافظة بالوثائق اللازمة ليقوم بالتشطيط على ذلك الحق ليقضي بصفة قانونية، لأننا عرفنا

أن ما سجل بالرسم العقاري يعتبر موجوداً وقائماً مادام مسجلاً ولا ينقضي بالنسبة للأطراف والغير إلا من يوم التشطيب عليه⁽¹⁾.

الباب الرابع حق العمرى

العمرى يقصد بها تمليك المنفعة بغير عوض لمدة محددة أو لمدة حياة المتبرع عليه، أو المتبرع، وإن لم يحدد المتبرع المدة اعتبر أنه قصد طيلة عمر المتبرع عليه. ولذلك سميت بالعمرى.

ويعتبر حق العمرى من الحقوق العينية الأصلية التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية. فهذا الحق لم يكن معروفاً في ظل ظهير 19 رجب 1333هـ، وهكذا نصت المادة التاسعة من مدونة الحقوق العينية على أنه: «الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه».

والحقوق العينية الأصلية هي: منها حق العمرى....» وخصصت مدونة الحقوق العينية الباب الرابع من القسم الأول المتعلق بالحقوق العينية الأصلية لعرض أحكام حق العمرى المدرجة في المواد الآتية شرحها حسب الترتيب الوارد فيها.

المادة 105

«العمرى حق عيني قوامه تمليك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة».

الشرح :

تعريف حق العمرى وخصائصه وانقضاؤه

1 - تعريف العمرى :

العمرى لغة : بضم العين المهملة وسكون الميم مع القصير. مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفاً لها.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 375 و376.

وفي الاصطلاح الفقهي : عرفها الإمام ابن عرفة بقوله : «هي تملك منفعة حياة المعطى (بالفتح) بغير عوض إنشاء». فخرج بقوله (منفعة) تملك الرقبة وبحياة (المعطى بالفتح) الحبس والعارية. لأن في الحبس إعطاء المنفعة على التأبيد وكذا المؤقت، لأنه لأجل معلوم. وفي العارية، الاعطاء لمدة غير محدودة بأجل أو عمل، فليس في شيء من ذلك تحديد بعمر المعطى، ويخرج بقوله (المعطى بالفتح) حياة المعطى بالكسر، فإنه لا يسمى عمرى حقيقة، وإن جازت أيضاً كعمرى زيد لأجنبي منهما، وإنما كانت حقيقة في حياة المعطى بالفتح، لأنها التي ينصرف لها اسم (المعطى بالفتح)، وترجع لورثته إن مات، وخرج بقوله (بغير عوض) ما كان بعوض، فإنه إجارة فاسدة لتقييدها بأجل مجهول، وهو حياة (المعطى بالفتح) وخرج بقوله (إنشاء) الحكم باستحقاق العمرى لأنه تقرير لها، لا إنشاء⁽¹⁾.

والتعريف في الاصطلاح الفقهي المذكور، هو نفسه تعريف مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح بقولها «حق عيني قوامه تملك منفعة بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة».

وبعبارة أخرى، وانطلاقاً من هذه المادة يمكن القول : إن حق العمرى هو تملك لمنفعة عقار مع بقاء حق الرقبة بيد المالك الذي له وحده التصرف في ذلك الملك، أما المستفيد من هذا الحق - المعطى له - فليس له إلا حق الاستعمال والاستغلال. وحق العمرى يمكن أن يرد على عقار محفظ، ولا يكون له أي أثر، سواء بين المتعاقد أو في مواجهة الغير. كما يمكن أن يرد على العقار غير المحفظ.

2 - خصائص حق العمرى :

وإذا أمعنا النظر في تعريف حق العمرى، سواء على مستوى الاصطلاح الشرعي، أو على مستوى تعريف المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، وجدنا أن حق الانتفاع بالعمرى يتميز بالخصائص التالية :

أ - هو حق عيني أساسه تملك منفعة بغير عوض، ويرد إلى مالك الذات عند وفاة المتبرع عليه أو المتبرع، أو انتهاء مدة العمرى المعلومة.

ب - هو حق يولي صاحبه التمتع بشيء يخص الغير، فله الحق في استعمال الشيء المعطى له، على النحو الذي يستعمل به المالك ملكه. فقد حل المستفيد بموجب حق

(1) انظر كتابنا «عقود التبرع في الفقه المالكي»، ط 2، ص 221.

العمرى محل المالك في استعمال الشيء المعطى له. فإذا كانت العمرى لمدة محددة فيحق للمعمر (بفتح الميم) (المستفيد) أن يكرى ذلك الشيء الذي يستفيد منه لمدة محددة ولو استغرقت طيلة مدة العمرى.

أما إذا أراد المعمر (بفتح الميم) أن يبيع حقه في الانتفاع للمعمر (بالكسر) أو لوارثه فيجوز ذلك، سواء كانت المدة محددة، أو كانت تمتد طيلة حياة المعمر (بالكسر) أو المعمر (بالفتح).

ج - هو حق مؤقت، ينتهي حق العمرى بانتهاء تملك المنفعة الواقع من قبل المعطى بالكسر، للمعطى له بالفتح بأجل لمدة محددة، أو لمدة حياة المعطى له، أو لمدة حياة المعطى (بالكسر)، وإن لم يحدد المعطى (بالكسر) المدة اعتبر أنه قصد طيلة عمر المعطى له، فهذا الحق لا يدوم وإنما هو مؤقت ينتهي بانقضاء أجل المدة التي حددها المعطى (بالكسر) للمعطى له (بالفتح).

ويترب على ذلك أن نطاق حق المنتفع مستقل تماماً عن نطاق حق مالك الرقبة.

3 - انقضاء حق العمرى :

إذا كان حق العمرى هو تملك لمنفعة عقار، فإنه لا يكون على سبيل التأييد وإنما ينقضي بإحدى الحالات الواردة في المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية أو وفق ما هو مضمن في القواعد العامة. ومن ثم فإن هذا الحق ينقضي في الحالات التالية :

(1) ينتهي حق العمرى بحلول الأجل إذا تم الاتفاق في العقد على أن يكون لمدة معلومة.

(2) ينتهي بموت المعطى له، ولا يمكن للورثة الاستمرار في الاستفادة من منفعة العقار، لأن هذه الامكانية غير ممكنة في إطار هذا الحق إلا في حالة إبرام عقد جديد.

(3) ينتهي هذا الحق بوفاة المعطى ويتم تسليم العين لورثة المعطى له.

(4) كما ينتهي هذا الحق وفقاً للقواعد العامة في حالة عدم احترام المعطى له لواجباته وأدى ذلك إلى الإضرار بالعين ضرراً بليغاً.

المادة 106

«تتعقد العمرى بالإيجاب والقبول، يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي؛

لا تشترط معاينة الحوز لصحة عقد العمرى».

الشرح :

إنشاء حق العمرى

تعريف العقد والإيجاب والقبول :

العقد في لغة العرب : معناه الربط (أو الإحكام والإبرام) بين أطراف الشيء، سواء أكان ربطاً حسيماً أو معنوياً، من جانب أو من جانبين، وللعقد معنيان : معنى عام، وهو الأقرب من المعنى اللغوي، إذ هو : كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والعمرى، والإبرام أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع، أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، ومعنى خاص وهو الذي نريده هنا، وهو : ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، أو بعبارة أخرى : تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً وعلى وجه يظهر أثره في محل العقد، وهذا التعريف هو الغالب والشائع في عبارات الفقهاء.

والإيجاب والقبول : هو الفعل الدال على الرضا بالتعاقد. لأن الإيجاب : هو ما صدر ممن يكون منه التمليك، وإن جاء متأخراً. والقبول : هو ما صدر ممن يصير له الملك، وإن صدر أولاً، ففي عقد العمرى : إذا قال المعمر (بالكسر) للمعمر (بالتفتح) أني أعمرتك داري لكي تسكنها لمدة معينة، أو طول حياتك، انعقد حق العمرى، وينتفع من هذا الحق المستفيد، ويحل محل المتبرع بالكسر في جميع ما كان يتصرف المالك في هذه الدار.

وهذا ما قصدته المادة موضوع الشرح، بقولها : «تتعقد العمرى بالإيجاب والقبول» أي لا بد من انعقاد عقد العمرى من الإيجاب والقبول، لأنهما يكونان صيغة العقد، وهي ما صدر من المتعاقدين دالا على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه، وتعرف تلك الإرادة الباطنة بواسطة اللفظ أو القول أما يقوم مقامه من الفعل أو الإشارة أو الكتابة. وهذه الصيغة هي الإيجاب والقبول، وقد اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل على التراضي من كلا الجانبين بإنشاء التزام بينهما. وهذا ما يعرف بصيغة العقد عند الفقهاء.

ويسمى عند القانونيين «التعبير عن الإرادة»⁽¹⁾.

فحق العمرى إذن، ينشأ عن العقد لا ينتج آثاره القانونية إلا بتوفره على أركانه وشروطه، وأولا الإيجاب والقبول، لذلك اشترطت المدونة، وحتى يقع هذا العقد صحيحاً منتجاً لكافة آثاره لأبد من إبرامه في محرر رسمي من طرف العدول أو الموثقين، فاستبعدت مدونة الحقوق العينية كل وثيقة كتبت أو عقد عرّف أبرم بين الطرفين في محرر غير رسمي، وغير مشهود عليه من طرف العدول أو الموثقين والذين يزاولون ويمارسون مهنة التوثيق الرسمي المعترف به والمقرر من طرف الدولة، بحيث لم يبق عقد العمرى صحيحاً ومنتجاً إلا إذا حرر من طرف العدول أو الموثقين، وجعلت كل ما حرر من غير الموثقين أو العدول باطلا لا اثبات له لحق العمرى.

كما استغنت مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح، عن شرط معاينة الحوز الذي كان مقررأً بمقتضى الفقه المغربي، وبالأخص فيما يتعلق بالتبرعات كلها، منها حق العمرى، وتبرمها من القاعدة الفقهية القائلة في هذا المجال «وكل العطايا تفتقر للحيازة والقبض، ماعدا النحلة، والمدونة لا تشترط معاينة الحوز لصحة عقد العمرى، وهي مخالفة للفقه، إذ جرى العمل بهذه القاعدة الفقهية، سواء في الأندلس وفي المغرب، كما جرى العمل بالمغرب فقها وقضاء واجتهادا، بتلك القاعدة الفقهية، حتى صدور مدونة الحقوق العينية، وتطبيق أحكامها.

واعترفت المدونة أن الشرط الوحيد لصحة حق العمرى هو تحريره في محرر رسمي دون الحاجة إلى الاشهاد على الحوز من طرف الموثقين أو العدول.

المادة 107

«يجب على المعطى له أن يعمر العقار موضوع الحق بأن يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته، ولا يجوز نقل هذا الحق إلا للمعطي أو لوارثه».

المادة 108

«يجب على المعطى له أن يبذل في المحافظة على العقار موضوع العمرى العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه وتقع عليه النفقات اللازمة لحفظه وصيانتة، ويتحمل أيضاً التكاليف العادية المفروضة على هذا العقار».

(1) انظر الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ج 4، ص 94.

الشرح :

التزامات صاحب العمرى

بمراجعة نص المادتين موضوع الشرح، نجد أن المشرع أوجب فيهما على المعطى له حق العمرى، أنه يتعين عليه أن يتحمل مدة الانتفاع بهذا الحق، والالتزامات الآتية :

(1) يتسلم المعطى له صاحب العمرى الشيء موضوع هذا الحق المنتفع به بالحالة التي هو عليها وقت تسليم الشيء المنتفع به إليه، ومتى تسلم الشيء على هذه الحالة، فعليه أن يستعمله وفقاً لما أعده له المالك. وأن يستثمره على النحو الذي يستثمره به المالك، وذلك كله وفقاً لما أعد له الشيء داراً أعدت للسكنى، لم يجز له أن يحول هذه الدار إلى فندق أو إلى «بنسيون» أو إلى مخزن لحفظ البضائع أو نحو ذلك، ولكن يجب عليه أن يعمر العقار موضوع الحق بأن يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته، أي يجوز للمعطى له أن يسكن الدار بنفسه، أو أن يؤجرها للسكنى أي في نفس المنفعة. وإذا كان الشيء المنتفع به موضوع العمرى، أرضاً زراعية أعدت لزراعة أشجار الفاكهة أو لزراعة الزهور لم يجز للمنتفع أن يحولها إلى أرض زراعية للمحصولات العادية كالقطن والقمح والفلول. وأن يقطع الأشجار المغروسة في الأرض. ولكن له أن يصلح الأراضي البور وأن يزرع فيها من المحصولات ما يلائمها، ولا يعد هذا تغييراً في الاستعمال بل هو إصلاح فيه⁽¹⁾.

(2) ويتعين على المعطى له حق العمرى أيضاً، أن لا ينقل حق العمرى لأي أحد أجنبي، ماعدا للمعطي أو لوارثه، وصرحت المادة موضوع الشرح، بذلك بقولها : «ولا يجوز نقل هذا الحق إلا للمعطى أو لوارثه».

وعملاً بالمذكور فلا يجوز للمعطى له أن ينتقل حق العمرى إلى الغير المعطي أو لوارثه، لكنه إذا أراد أن يبيع حقه في الانتفاع للمعطي (بالكسر) أو لوارثه فيجوز له ذلك، سواء كانت مدة العمرى محددة، أو كانت تمتد طيلة حياة المعطي أو المعطى له.

(3) كما أوجبت المادة موضوع الشرح، على صاحب حق العمرى أن يحرص على العقار موضوع حق العمرى المنتفع به، ويحافظ عليه محافظة المالك الحريص على ملكه، أي على المعطى له حق العمرى، أن يبذل في المحافظة على العقار موضوع العمرى العناية الكافية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه ومن ذلك :

(1) السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1247 / 1248.

أ - أنه يتعين عليه أن يباشر جميع الإصلاحات التي تلزم لصيانة العين والعقار موضوع حق العمرى، واستمرار أدائه لوظيفته. فإن أهمل القيام بالرعاية والإصلاحات اللازمة للصيانة حتى نتج عن ذلك تلف أو توقف عن أداء مهمته، كهدم أو خراب في العقار موضوع حق العمرى، فيجب على صاحب هذا الحق أن يقوم بكل الإصلاحات الضرورية واللازمة، وتقع عليه هذه النفقات اللازمة لحفظ العقار موضوع العمرى، وصيانتها. والمنفعة ملزم أثناء انتفاعه بكل ما يفرض على العقار المنتفع به من التكاليف المعتادة، وبكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.

أما إذا أصيب العقار موضوع العمرى، بإضرار نتيجة القدم أو الحادث الفجائي كهزة أرضية أو حريق، فلا يجب على صاحب العمرى أن يقوم بتلك الإصلاحات، وإنما تبقى على عاتق رب الرقبة.

ب - إنه يتعين على صاحب حق العمرى المنتفع أن يحافظ على العقار المنتفع به ضد اعتداء الغير، وأن يحميه من كل اعتداء كما يحمي المالك ملكه. ولذلك يجب على المنتفع إذا تعرض شخص أثناء مدة الانتفاع لحق المالك، أو غصب العقار المنتفع به، أو تعدى على أي حق من حقوق المالك، أن يبادر إلى إخبار المعطي بذلك، فإن لم يفعل كان مسؤولاً عن كل الأضرار التي تلحق العقار المنتفع به من ذلك الاعتداء.

4) كما أوجب المشرع، على صاحب حق العمرى، بأن يتحمل أيضاً التكاليف العادية المفروضة على العقار موضوع العمرى. إذ لما كان صاحب العمرى ملتزماً بصيانة العقار المنتفع به، كما قدمنا - فإن تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع، بأكملها، لأنها من التكاليف المعتادة. ويعتبر كذلك من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع، تكاليف إدارة العقار المنتفع به، إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار⁽¹⁾ ويعتبر أيضاً من التكاليف المعتادة والعادية، فيتحملها صاحب العمرى وحده، الضرائب والرسوم المفروضة على العقار المنتفع به. أي على صاحب العمرى أن يؤدي النفقات العادية اللازمة للعقار موضوع العمرى، بحيث يتعين على المعطي له أن يؤدي طيلة مدة الانتفاع جميع التكاليف المترتبة على المنفعة التي يستغلها، كضريبة النظافة المترتبة على الدار المعدة للسكنى، كما إذا كان حق الانتفاع يتعلق بثمار، وكانت هناك ضريبة مفروضة على الثمار، وكيفية حراسة تلك الثمار مثلاً، ومصاريف السقي وعلاج الأشجار التي تنتج تلك الثمار⁽²⁾.

(1) انظر الوسيط للسنيهوري، ج 9، ص 1250.

(2) انظر كتاب الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 371.

الباب الخامس

حق الاستعمال

حق الاستعمال كان منظماً في ظل ظهير 19 رجب 1333هـ تحت ما كان يسمى حق الاستعمال والسكنى حيث نظمهما المشرع المغربي في الفصول من 76 إلى 86 من الظهير السابق. وحق الاستعمال والسكنى هما حقان عينيان مصفران عن حق الانتفاع لأنهما يقصران سلطة صاحب الحق على استعمال الشيء فقط دون استغلاله، ومن ثم يمكن تكييف حقوق المنتفع بشكل يصبح هذا الشكل قاصراً على الاستعمال أو السكنى.

غير أن مدونة الحقوق العينية نظمت فقط حق الاستعمال دون السكنى، ويكون هذا هو الحق الأصلي وخصت مدونة الحقوق العينية الباب الخامس، القسم الأول، لبيان تعريف حق الاستعمال وأحكام هذا الحق المدرجة في المواد الآتي شرحها على التوالي :

المادة 109

«ينشأ حق الاستعمال وينقضي بنفس الأسباب التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية».

الشرح :

إنشاء حق الاستعمال وانقضاؤه، يتم بنفس أسباب
إنشاء وانقضاء حق الانتفاع، شرط التنصيص
على طبيعته العينية في العقد المنشئ لهذا الحق

سبقت الإشارة إلى تعريف حق الانتفاع وأحكامه، وأسباب انشائه وانقضائه، والسند الذي ينشئه، وفي هذه المادة موضوع الشرح، تتعرض إلى تعريف حق الاستعمال، وأسباب إنشاء هذا الحق وانقضائه، وإلى العقد المنشئ لهذا الحق، وذلك فيما يلي :

1 - تعريف حق الاستعمال : حق الاستعمال هو حق عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره. ويخول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته، وضمن حدود معينة، كأن يكون له الحق في استعمال السيارة للتنقل بها بين مقر سكناه ومحل عمله، أو استعمال الأرض لزراعة الغلال التي تكفيه لسد حاجياته، أو استعمال الأشجار في أخذ ثماره، أو استعمال الدار مدرسة أو مسكناً.

فحق الاستعمال هو إذن فرع من حق الانتفاع، إذ أن حق الانتفاع يخول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال، أما هذا الحق فلا يخول صاحبه إلا حق الاستعمال، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية هو وأسرته. والمقصود بالأسرة كل من هو له صاحب حق الاستعمال من زوجة وأولاد وأقارب وخدم. وقد يتحدد حق الاستعمال في وجوه معينة من الاستعمال دون غيرها فيكون حق استعمال مقيداً⁽¹⁾.

2 - إنشاء حق الاستعمال وانقضاؤه : نصت المادة موضوع الشرح على أن حق الاستعمال ينشأ وينقضي بنفس الأسباب التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع، أي يخضع حق الاستعمال مبدئياً للأحكام التي يخضع لها حق الانتفاع فهو ينشأ بموجبها حق الانتفاع، وينقضي بنفس أسباب الانقضاء⁽²⁾.

أ - سبق لنا عند شرح المادة 80 من المدونة المتعلقة بإنشاء حق الانتفاع أن حق الانتفاع ينشأ عن مصدرين أساسيين هما : إرادة الإنسان، أو بحكم القانون. إذن حق الاستعمال ينشأ عن إرادة الإنسان، أو بحكم القانون.

ففيما يتعلق بالمصدر الأول نشير إلى أن إرادة الإنسان قد تتشئ حق الانتفاع إما عن طريق العقد أو الوصية، أو التبرع أو الشفعة. وقد أوضحنا ذلك فيما سبق.

وفيما يتعلق بالمصدر الثاني، وهو القانون نذكر أن القانون قد يرتب حق الاستعمال على بعض الأموال لمصلحة الأشخاص الذين لا يملكون رقبتهما. كما إذا أوصى شخص لحمل معين بعقار أو مال معين، ومات هذا الموصي قبل ولادة الحمل الموصى له، فإن ورتة ذلك الموصي يملكون حق الاستعمال لذلك الشيء الموصى به، إلى أن يولد الحمل حياً، وحينئذ يستحق الشيء الموصى به. وكذلك إذا أوصى شخص بعقار أو مال معين لمن سيولد لشخص معين، فإن من وجد من هؤلاء الموصى لهم يملك حق الانتفاع لذلك المال الموصى به إلى أن يحصل اليأس من وجود له.

وعلى ذلك، نشأ حق الاستعمال بنفس الطرق التي ينشأ بها حق الانتفاع. كما أوضحنا سابقاً.

ب - انقضاء حق الاستعمال : كما نصت المادة موضوع الشرح، على أن حق الاستعمال ينتهي بنفس الأسباب التي ينقضي فيها حق الانتفاع.

(1) د. زيد قادري الترجمان، مدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، ص 3، وراجع أيضاً د. إدريس العبدلاوي، لدراسة القانون، نظرية الحق، ج 2، ص 92.

- محمد بن أحمد بونبات، الحقوق على العقارات، ص 111.

(2) الوسيط للسنةوري، ج 9، ص 1276.

وعلى ذلك، ينتهي حق الاستعمال بأحد الأسباب التي ينقضي بها حق الانتفاع، كما نصت عليه المادة موضوع الشرح، وهي التالية :

أولاً : ينتهي حق الاستعمال، بانتهاء أجله، بحيث إذا كان حق الاستعمال مؤجلاً كما إذا أمتعت الزوجة زوجها بأرض أو غيرها ثم انتهت الزوجية بموت أو طلاق⁽¹⁾.

وكما ينتهي حق الاستعمال بانتهاء أجله، ينقضي أيضاً بحصول الشرط الفاسخ الذي وقع التنصيص عليه عند إنشاء حق الاستعمال، كما إذا كان قال شخص لآخر : لك أن تستعمل داري إلى أن يتزوج ابني جعفر.

ثانياً : ينقضي حق الاستعمال بموت صاحبه. بحيث إذا لم يحدد للاستعمال أجل، فإنه ينقضي بموت صاحب حق الاستعمال، وكذلك إذا حدد له أجل، ومات صاحبه قبل مرور ذلك الأجل، فإن حق الاستعمال ينقضي بذلك، ولا يحق لورثته أن يطالبوا بالاستعمال للمدة الباقية لما ذكر سابقاً من أن حق الانتفاع لا يورث، فكذا حق الاستعمال لا يورث.

ثالثاً : وينتهي أيضاً حق الاستعمال بهلاك الشيء موضوع الاستعمال. بحيث إذا كان حق الاستعمال وارداً على منقول كسيارة فتحطمت أو احترقت، فإن حق الاستعمال ينقضي حينئذ.

وإذا كان حق الاستعمال وارداً على بناء (كدار) فانقض وتخرّب كلياً نتيجة لقدمه أو لحادث فجائي كزلزال أو حريق أو بفعل الإنسان، فإن حق الاستعمال ينقضي حينئذ. وإن لم يصب الخراب إلا جزءاً من البناء، فإن حق الاستعمال يستمر على الجزء الباقي منه.

وإذا كان حق الاستعمال وارداً على البناء والأرض التي أقيم عليها البناء، كما إذا وقع حق الاستعمال على ضيقة تحتوي على حظيرة، فإن حق الاستعمال لا ينقضي بخراب الحظيرة، كلا أو بعضاً، وإنما يستمر على الأرض وعلى الباقي من الحظيرة إن لم تتخرّب كلها، وعلى الأدوات والمواد التي يمكن استعمالها من ذلك البناء، هذا الحق.

رابعاً : ينتهي حق الاستعمال باجتماع هذا الحق مع حق الملكية لشخص واحد. كما إذا باع صاحب حق الاستعمال حقه هذا لمالك الرقبة، أو وهبه له أو أوصى له به، أو كان هذا المالك للرقبة وارثاً لمالك حق الاستعمال، أو باع مالك الرقبة حقه هذا

(1) البهجة، ج 2، ص 161.

لصاحب حق الاستعمال أو وهبه، أو أورثه إياه. فإن حق الاستعمال ينقضي بذلك، لأن عناصر الملك كلها تصبح مملوكة لشخص واحد.

خامساً : ينقضي حق الاستعمال كذلك بحكم القضاء، فإذا تعسف صاحب هذا الحق بصدد انتفاعه بالشيء موضوع حق الاستعمال، كما إذا قام بتخريب العقار المنتفع به، أو لم يقيم بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة عليه، فمن حق مالك الرقبة أن يرفع دعوى بطلب الحكم بإنهاء حق الاستعمال وحرمان المنتفع منه نظراً لتعريفه، وعندئذ للقضاء أن يقرر الحكم الذي يتلاءم مع درجة خطورة الأفعال التي قام بها صاحب حق الاستعمال. فقد يحكم برفع يده عن ذلك الشيء ورده إلى مالكه⁽¹⁾.

والخلاصة أن حق الاستعمال ينشأ بنفس الطرق التي ينشأ بموجبها حق الانتفاع وينقضي بنفس أسباب الانقضاء.

لكن مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح أوضحت بكون حق الاستعمال خاضعاً مبدئياً للأحكام التي يخضع لها حق الانتفاع، فينشأ وينتهي بنفس الأسباب التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع، قيدت هذه الأسباب بإنشاء هذا الحق وانتهائه، شريطة أن ينص في العقد والسند الذي ينشئ هذا الحق أن يبين طبيعة هذا الحق العينية.

وذلك، لأن التنقيص على بيان طبيعة حق الاستعمال العينية في العقد المنشئ لهذا الحق، يحد فيه مدى نطاق استعمال هذا الحق، دون حقوق يختص بها حق الانتفاع، إذ أن حق الاستعمال نوع من حق الانتفاع.

3 - ولا يمكن الشروع في التمتع بالشيء موضوع حق الاستعمال إلا بعد تحرير عقد وسند يتضمن وصفاً دقيقاً لذلك الشيء، وتحديد محتوياته وطبيعته العينية التي يجوز استعمالها، كما يتعين على صاحب هذا الحق أن يقدم الضمان الذي يقدمه المنتفع، حسب الفصل 77 من ظهير 19 رجب.

ويتعين كذلك على صاحب حق الاستعمال أن يتمتع به بنفسه هو وعائلته، ولا يجوز له أن يتصرف فيه عن طريق البيع والإجارة، ولا عن طريق غيرهما من أنواع التصرف التي ينتقل بموجبها هذا الحق إلى الغير.

وهذا يعني أن لهذا الحق طابعاً شخصياً، وبهذا يختلف عن حق الانتفاع الذي ذكرنا سابقاً أنه يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه للغير بعوض أو بدونه.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 374 و375.

كما أن هذا الحق يخضع للأحكام التي ينظمها السند المنشئ له، بحيث يعتبر الطرفان اللذان يتفقان على إنشاء ما تقتضيه مصلحتهما، وتبعاً لما تم عليه اتفاقهما. ويحترم هذا الاتفاق وتطبق بنوده مادامت لا تتعارض مع الشرع والقانون.

وبعبارة أخرى، إن أهم ما يختص به حق الاستعمال وحق السكنى دون حق الامتناع من أحكام، هي : لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي، ويقاس على عدم جواز التنازل، عدم جواز الإيجار، فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكنى مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته، وبمقدار حاجتهم الشخصية. فلا يجوز لصاحب الحق أن ينزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل، ولا يجوز أن يؤجره. وإذا تنازل عنه للغير أو آجره، كان التنازل أو الإيجار باطلاً، لأنه لا يتنازل عن حقه أو يؤجره، وهو حق غير قابل للتنازل عنه ولا الإيجار⁽¹⁾.

المادة 110

«يمكن أن يقرر حق الاستعمال :

أولاً : على الملكية العقارية ؛

ثانياً : على حق السطحية ؛

ثالثاً : على حق الزينة ؛

رابعاً : على حق الهواء أو التعلية».

الشرح :

الحقوق التي يمكن أن يترتب عليها حق الاستعمال

أوضحت المادة موضوع الشرح، الحقوق التي يمكن أن يترتب عليها حق الاستعمال، وهي الحقوق الآتية :

أولاً : مر معنا سابقاً أن حق الملكية العقارية من أوسع الحقوق العينية وأقواها من حيث السلطات التي منحها للمالك، إذ يخول لصاحبه سلطة الحصول على جميع المنافع التي يمكن الحصول عليها من الشيء موضوع الحق.

فالملكية العقارية هي حق عيني يخول لمالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد به في ذلك إلا القانون أو الاتفاق. ولا يقتصر حق

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 1276.

الملكية - كما عرفنا - على أصل الشيء وإنما يمتد هذا الحق إلى شمول فروعه وما ينتج عنه وإلى ثماره أيضاً، فملكية الأرض - كما عرفنا - تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ما يخالف ذلك.

كما مر معنا أن مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق.

وإذا كان لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه، واستغلاله والتصرف فيه، فإن ذلك يجب أن يكون في الحدود التي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل. وبناءً على ذلك يمكن أن يترتب حق الاستعمال، على حق الملكية العقارية، نظراً لما يمتاز به حق الملكية بالنسبة لمالك هذا الحق.

ثانياً : ويمكن أيضاً أن يقرر حق الاستعمال على حق السطحية : بالرجوع إلى ظهير 19 رجب، نجد أن الفصل 97 منه عرف السطحية بأنه «حق عيني عقاري قوامه حيازة بنايات ومنشآت وأغراس فوق ملك الغير» وعرفته مدونة الحقوق العينية في المادة 116 الآتي شرحها، بأنه «حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير...» فحق السطحية الذي يمكن أن يقرر عليه حق الاستعمال، هو عبارة عن إذن مالك الأرض، من ملكية أبنية أو أغراس مستقلة عن ملكية الأرض العائدة لشخص آخر، أو بعبارة ثانية هو حق ملكية محصور نطاقه في الأبنية والمنشآت والأغراس دون الأرض القائمة عليها. ولذلك فحق السطحية لا يترتب إلا على سطح الأرض، أما الحقوق المترتبة على سطح البناء فهي ليست من قبيل السطحية.

وبالتالي، يمكن أن يقرر حق الاستعمال على حق السطحية في نطاق الحدود التي تسمح لصاحب حق الاستعمال، استعماله لنفسه ولأسرته، وضمن القيود التي يتفق عليها الطرفان، في العقد المبرم بينهما والمنشئ لحق الاستعمال.

ثالثاً : ويمكن ترتيب الاستعمال كذلك على حق الزينة : ان الزينة من الحقوق العرفية الإسلامية، والتي تشمل صوراً مختلفة من حق المنفعة السابق الإشارة إليها، وهي إشارة إلى الأهمية التي يكتسبها هذا الحق ضمن باقي الحقوق العينية الأخرى.

وحق الزينة الذي يترتب عليه حق الاستعمال، وهو حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي يشيده على نفقته فوق أرض الغير ينشأ هذا الحق بالعقد مع تشييد البناء وينتقل بالشفعة أو الإرث أو الوصية، حسب تعريف مدونة الحقوق العينية للزينة الوارد في المادة 131 الآتي شرحها.

ويضيف أحد الباحثين أن حق الزينة بهذا المعنى يؤدي إلى قيام علاقة تعاقدية بين مالك الرقبة، ومالك الزينة، إذ بموجبها يدفع الأخير وجيبة دورية بعد استصدار إذن من مالك الرقبة⁽¹⁾.

وبناء على ما يتمتع به صاحب الزينة بموجب العقد بينه وبين مالك الرقبة، فيمكن له أن يمارس حق استعمال زينته التي ينشئها فوق الأرض في ملك الغير، وذلك له الصلاحية في استعمال التجهيزات التي يقيمها في الدكان أو الفندق أو الحمام الذي يكثره، من تجهيزات ورفوف وأجهزة وغير ذلك مما يحتاج إليه في تسييره واستغلاله، كما أن لصاحب حق الزينة استعمال البناء والغرس الذي يحدثه في الأرض.

رابعا : ويترتب كذلك حق الاستعمال على حق الهواء والتعلية :

سبقت الإشارة إلى أن حق الهواء أو التعلية هو الحق المقرر لشخص في الإفادة من جزء محدد من الفضاء الطليق أو العلو المرتفع فوق بناء قائم يستطيع بمقتضاه إشادة بناء له فوق البناء القائم فعلا.....

وعليه، فحق الاستعمال يمنح صاحبه الحق في الإفادة من جزء مجرد محدد من الفضاء الطليق أو التعلية المرتفعة فوق بناء قائم يستطيع بمقتضاه إشادة بناء له فوق البناء القائم فعلا، إذ حق الاستعمال يمكن أن يترتب على الزينة، نتيجة هذا المقتضى.

المادة 111

«يحدد نطاق حق الاستعمال وكذا حقوق والتزامات صاحب هذا الحق بمقتضى السند المنشئ له».

الشرح :

نطاق حق الاستعمال وحقوق والتزامات

صاحبه يتحدد بموجب السند المنشئ له

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بتحديد نطاق حق الاستعمال وكذا حقوق والتزامات صاحب هذا الحق بمقتضى السند المنشئ لهذا الحق. فإن نطاق حق الاستعمال يتحدد بموجب السند المنشئ له.

وبناء على ذلك، فإن نطاق حق الاستعمال يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته لخاصة أنفسهم، وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من

(1) د. عمر أزوكار، الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، ص 95.

أحكام، وفيما عدا الأحكام المتقدمة، تسري الأحكام الخاصة لحق الانتفاع على حق الاستعمال، متى كانت لا تتعارض مع طبيعة حق الاستعمال وكذا حق السكنى. وذلك لأننا بصدد حقين هما : حق الاستعمال وحق السكنى، والحق الأول أوسع من الثاني، والحق الثاني فهو فرع عن الحق الأول، لأن حق الاستعمال يتضمن السكنى وغيره. ولذلك غلب المشرع، في هذه المدونة الحق الأول على الثاني، لكونهما حقين عينيّين معاً، إلا أن حق الاستعمال يرد على المنقول والعقار، أما حق السكنى فلا يرد إلا على العقار، ويعتبر فرعاً عن حق الاستعمال⁽¹⁾.

إذن حق الاستعمال - كما علمنا - هو حق عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره. ويخول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته. فهو إذن فرع عن حق الانتفاع. إذ أن حق الانتفاع يخول صاحبه حق الاستعمال وحق الاستغلال، أما هذا الحق فلا يخول صاحبه إلا حق الاستعمال، بل وحق الاستعمال محدوداً بحاجاته الشخصية وأسرته. والمقصود بالأسرة كل من يعوله صاحب حق الاستعمال، من زوجة وأولاد وأقارب وحدهم، وقد يتحدد حق الاستعمال في وجوه معينة من الاستغلال دون غيرها، فيكون حق الاستعمال مقيداً.

وهذا يعني أن لحق الاستعمال وفرعه حق السكنى طابعاً شخصياً، ويخضعان للأحكام التي ينظمها السند المنشئ لهما، بحيث يعتبر الطرفان اللذان يتفقان على إنشاء هذا الحق حريين في أن يوسعا من نطاق هذين الحقين أو أن يضيقا منهما بحسب ما تقتضيه مصلحتهما، وتبعاً لما تم عليه اتفاقهما. ويحترم هذا الاتفاق، وتطبق بنوده مادامت لا تتعارض مع الشرع والقانون، وهذا ما نص عليه الفصل 79 بقوله : «إن حقي الاستعمال والسكنى ينظمهما السند الذي أنشأهما ويضيق مدى نطاقهما أو يتسع حسب مقتضيات السند المذكور»⁽²⁾ وأكدته المادة موضوع الشرح بقولها : «يحدد نطاق حق الاستعمال وكذا حقوق والتزامات صاحب هذا الحق بمقتضى السند المنشئ له».

المادة 112

«إذا لم يتضمن السند المنشئ لحق الاستعمال نطاق هذا الحق، فإن من له حق الاستعمال على ثمار عقار لا يمكنه أن يأخذ إلا بمقدار ما يلزم منها لسد حاجياته وحاجيات من تلزمه نفقته».

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 1275 - 1276.

(2) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 377 و378.

الشرح :

عند عدم تحديد نطاق حق الاستعمال بالسند
يعطي صاحبه الاستفادة من ثمار عقار أو موضوع الحق
ضمن حدود حاجياته وحاجة عائلته

مر معنا قريباً أن حق الاستعمال هو أوسع من حق السكنى، إذ هو إلى جانب منح صاحبه حق استعمال الشيء ضمن حدود حاجته، يعطيه الحق في الاستفادة من ثمار هذا الشيء ضمن حدود هذه الحاجة أيضاً، فقد ورد بهذا المعنى في الفصل 81 أن من له حق الاستعمال على ثمار عقار لا يستطيع أن يطالب إلا بمقدار ما يلزم منها لسد حاجياته وحاجيات عائلته على أن يعتبر الأولاد الذين ينجبهم بعد منحه حق الاستعمال من ضمن العائلة. وهو ما أكدته أيضاً المادة موضوع الشرح.

كما مر معنا أن السند الذي ينشأ بموجبه حق الاستعمال وفرعه حق السكنى قد يوسع أو يضيق في مدى ما يمنحه هذان الحقان لصاحبهما فيعمل عندها بمقتضى السند.

لكن إذا لم نجد في السند المنشئ لهذين الحقين النصوص التي تبين مداهما وكيفية تمتع صاحبهما، وسكت السند عن ذلك، واقتصر على منح الاستعمال أو السكنى دون بيان الحقوق التي يجوز لصاحبهما التمتع بها، فإن مدى حق الاستعمال وحق السكنى يحدد في الحدود التي يسمح بها له قانوناً.

وعليه، يكون لصاحبه حق الاستعمال أن يستعمل ذلك الشيء في حاجياته وحاجيات أفراد أسرته، بما فيهم أولاده الذين ازدادوا بعد اكتسابه لهذا الحق، فمن له حق الاستعمال على ثمار أرض معينة، لا يحق له أن يأخذ ما زاد على حاجياته وحاجيات أولاده ومن تلزمه نفقته. كما لا يجوز له أن يبيع ذلك الزائد أو يتصدق به مثلاً.

كما أن لصاحب حق السكنى في دار أن يقيم فيها هو وعائلته، بما في ذلك زوجته التي تزوجها بعد نشوء هذا الحق، والأولاد الذين ازدادوا له بعد ذلك.

ولا يجوز لمن له حق السكنى فقط أن يتمتع بالمحلات التي تزيد على حاجياته وحاجيات أبنائه، ومن يلزمه نفقته من العقار، بحيث لو كانت الدار تحتوي على عشرة بيوت (مثلاً) وكان يلزمه لسكناه وعائلته خمسة بيوت منها فقط، لم يكن له أن يتعامل ولا أن يسكن ما زاد على ذلك⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 378.

وفي كل حال، إذا ما وقع حق الاستعمال أو حق السكنى على عقار محفظ، فإنه لا بد حتى ينتج أثره بين الأطراف، أو في مواجهة الغير من تسجيله في السجل العقاري⁽¹⁾.

المادة 113

«لا يجوز للمتمتع بحق الاستعمال أن يتصرف فيه».

الشرح :

عدم جواز التصرف في حق الاستعمال

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بأن صاحب حق الاستعمال أو حق السكنى، يتعين عليه أن يتمتع بأحدهما بنفسه هو وعائلته وما يلزمه من نفقة، ولا يجوز له أن يتصرف فيه عن طريق البيع أو الإجارة، ولا عن طريق غيرهما من أنواع التصرف التي ينتقل بموجبها هذان الحقان إلى الغير، إذ حق الاستعمال هو إلى جانب منح صاحبه حق استعمال الشيء ضمن حدود حاجته. يعطيه الحق في الاستفادة من ثمار هذا الشيء ضمن حدود هذه الحاجة أيضاً، وحق السكنى لا يخول صاحبه سوى الإقامة في الدار، محل الحق، هو وعائلته ولو لم يكن متزوجاً وقت منحه هذا الحق، وجعل القانون حق السكنى قاصراً على منح صاحبه، ما هو لازم لسكناه وعائلته، فإذا ما كان البناء المقرر عليه حق السكنى، مؤلفاً مثلاً من عدة طبقات فلا يجوز لصاحب حق السكنى اشغال الطبقات جميعاً إذا ما كانت تفيض على حاجته. وقد أسلفنا القول في هذا أعلاه.

المادة 114

«يلتزم صاحب حق الاستعمال بأن يبذل في المحافظة على العقار الوارد عليه هذا الحق العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه».

الشرح :

إلتزام صاحب حق الاستعمال، بالعناية الكاملة

للعقار الذي يستعمله وينتفع منه

إن المادة موضوع الشرح، تتحدث عن التزام صاحب حق الاستعمال بما يصون العقار موضوع الحق، ويبذل عناية كاملة في المحافظة على العقار الوارد عليه هذا الحق، والذي يستعمله وينتفع منه.

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 566.

وذلك لأن صاحب حق الاستعمال يترتب عليه نفس ما يترتب على المنتفع من التزامات، فهو يلزم قبل مباشرته بتنظيم كشف بالعقار الواقع عليه حق الاستعمال، وتقديم ضمان يضمن لمالك الرقبة ما يمكن أن يلحق هذا العقار من أضرار، ويجب عليه الحرص على جوهر العقار والتصرف بشأنه تصرف الشخص الحريص على شؤون نفسه، أي يجب على صاحب هذا الحق أن يحافظ على العقار محافظة الرجل الحريص على ملكه.

المادة 115

«لا يكون صاحب حق الاستعمال ملزماً بالتكاليف العادية المفروضة على العقار ونفقات إصلاحه، وصيانته إلا بقدر ما يستعمله منه».

الشرح :

لا يتحمل صاحب حق الاستعمال بالتكاليف العادية

وغيرها من نفقات الصيانة والإصلاح،

إلا بقدر ما يستعمله من هذا الحق

وفي الواقع، أن صاحب حق الاستعمال يتحمل بالكامل نفقات الزراعة ومصاريف الصيانة والإصلاح، وتأدية الضرائب، إذا كان صاحب حق الاستعمال يستفيد جميع ثمار العقار أو كان صاحب حق السكنى يشغل العقار بكامله، وبنسبة الفائدة التي يجنيها صاحب هذا الحق إذا كان الاستهلاك قاصراً على جزء من الثمار أو كانت السكنى قاصرة على قسم من العقار.

بمعنى أنه يجب على صاحب حق الاستعمال أن يتحمل بكل المصاريف والنفقات اللازمة للاستعمال أو السكنى، وأن يؤدي الضرائب المترتبة على ذلك. بحيث إذا كان حق الاستعمال منصّباً على ثمار العقار كله أو سكنى الدار بأجمعها، فيتعين على صاحب هذا الحق أن يؤدي كل المصاريف والنفقات والضرائب المترتبة عن ذلك. أما إذا كان حقه ينصب على بعض الثمار وعلى جزء من الدار فقط، فلا يجب عليه أن يؤدي من تلك المصاريف والنفقات والضرائب إلا بنسبة ما يتمتع به من مجموع ذلك العقار. هذا ما أكدته المادة موضوع الشرح.

الباب السادس

حق السطحية

يعتبر حق السطحية حقاً قائماً بذاته مستقلاً عن حق ملكية الأرض، وبالتالي فهو ليس متفرعاً عن حق الملكية كحق الانتفاع، وحق الارتفاق ولا يقوم حق السطحية إلا إذا وافق مالك العقار وأذن للغير في امتلاك بنايات وأغراس في ملكه، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض : «..... العقد المبرم بين الطرفين يتعلق بأرض بورية وأن إقامة بناء أو غرس دون موافقة المكري لا يعطي للمكثري أي حق عيني على العقار، وأن حق السطحية المحتج به لا يمكن إنشاؤه على حق ملكية الغير وعلى الأطراف الإدلاء بحججهم بصفة تلقائية تكون سليمة من كل عيب، ولذلك فإن القرار حين علل بأن المعارض لم يدل بأي حجة تثبت له الحق المطالب به، وأن علاقته مع المالك كمكثّر، لا تخول له حق الملكية، فإنه يكون نتيجة لذلك معللاً ومرتكزاً على أساس قانوني والوسيلتين معاً بالتالي غير جديرتين بالاعتبار⁽¹⁾. ويحتوي هذا الباب على التعريف بحق السطحية، وتحديد طبيعة هذا الحق وخصائصه، وبين حقوق كل مالك السطحية، ومالك رقبة الأرض، ثم تعرض إلى أسباب إنشاء حق السطحية، وطرق انقضائه، سنتناول كل ذلك خلال شرح المواد المتعلقة بهذا الباب.

المادة 116

«السطحية حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية.

لا يمكن ترتيب حق السطحية على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء».

الشرح :

تعريف حق السطحية وتحديد طبيعته مع طرق انتقاله

وعدم ترتيب هذا الحق على حقوق مشاعة

إلا باتفاق جميع الشركاء

سنتناول هذه العناصر بالترتيب فيما يلي :

(1) قرار محكمة النقض عدد 1223 ملف مدني عدد 2005/01/01/2477 أشار إليه عمر أزوكار، م.س، ص 29.

1 - التعريف بحق السطحية :

عرفت المادة موضوع الشرح حق السطحية، بأنه حق عيني عقاري قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير، بمعنى أن حق السطحية عبارة إذن عن ملكية أبنية أو أغراس لشخص، مستقلة عن ملكية الأرض العائدة لشخص آخر. أو بعبارة ثانية هو حق ملكية محصور نطاقه في الأبنية والأغراس دون الأرض القائمة عليها، أي لا تكون أمام حق السطحية إلا إذا انفصلت ملكية الأرض عن ملكية ما عليها من بناء وغرس، حيث يكون مالك الأرض غير مالك لما عليها من بناء وغرس، كما أن مالك البناء والغرس لا يملك الأرض التي تحتها.

ويتضح من هذا التعريف أن حق السطحية لا ينشأ إلا على الأرض، ولا يقع على غيرها، فمن كان يملك طبقة من عمارة، أو الهواء الذي فوق سطح دار مثلاً، لا يعتبر حقه هذا من قبيل السطحية، وإنما هو إما من ملكية الطبقات أو حق الهواء اللذين سبق أن تكلمنا عليهما.

وبعبارة أخرى أن حق السطحية، لا يترتب إلا على سطح الأرض، أما الحقوق المترتبة على سطح البناء فهي ليست من قبيل السطحية بل يعتبرها البعض من قبيل الحقوق الارتفاقية، والبعض الآخر يرجح اعتبارها من ملكية الطبقات وهو ما نميل إليه⁽¹⁾.

2 - طبيعة حق السطحية :

فهو إذن حق قائم بذاته وليس جزءاً من أجزاء الملكية كحق الانتفاع أو حقوق الارتفاق بل هو منفصل عن ملكية الأرض التي أقيمت عليها تلك البناءات والأغراس.

وبما أنه حق عيني عقاري فإنه يمكن تحفيظه، بحيث يحق لمن ملك حق السطحية على أرض أن يطلب تحفيظ حقه، ويقام له رسم عقاري خاص به منفصل عن الرسم المتعلق بتحفيظ تلك الأرض.

كما أنه إذا نشأ لشخص حق سطحية على أرض محفظة، فلا يمكن اعتباره موجوداً، ولا يمكن الاحتجاج به، سواء بين أطرافه أو ضد الغير إلا إذا سجل في الرسم العقاري.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 517.

وليس هناك أية شركة بين صاحب حق السطحية وصاحب حق ملكية الأرض التي تتحمل به، ولذلك لا يمكن لصاحب حق السطحية أن يطلب من مالك الأرض أن يساهم معه في تكاليف الأبنية والأغراس، ولا أن يطلب القسمة بينهما (الاستغلالية أو البتية)، لأنهما ليسا شريكين، كما أنه إذا باع صاحب حق السطحية حقه لا يمكن لصاحب الرقبة أن يطلب الشفعة ولا العكس.

كما أن مالك حق السطحية هو الذي يكون مسؤولاً عما يحدثه بناؤه أو غرسه من ضرر لشخص، وذلك بصفته الحارس لبنائه وغرسه، ولا يسأل مالك الأرض عن شيء من ذلك. وكذلك إذا ما انهار البناء أو الغراس أو تهدم جزئياً بسبب القدم أو عدم الصيانة، أو عيب فيه، وأورث ذلك ضرراً للغير، فالمسؤولية هنا أيضاً تترتب على صاحب حق السطحية لا على مالك الرقبة.

3 - طرق انتقال حق السطحية :

«وينتقل حق السطحية عن طرق ثلاث، كما حددتها المادة موضوع الشرح، بقولها :
«وينتقل حق السطحية بالشفعة، أو بالارث، أو بالوصية».

أ - ينتقل حق السطحية عن طريق الشفعة : ينشأ حق السطحية سواء كان العقار محفظاً أو غير محفظ عن طريق الشفعة، كأن يتمتع عدة أشخاص بحق السطحية على الشيوع، فيما بينهم، أي أن يكون حق السطحية مملوكاً لعدة أشخاص على الشيوع، يبيع أحدهم نصيبه في ذلك الحق، أو يبيع ذلك كله صفقة على شركائه إن توفرت له شروط الصفقة فيستعمل الشريك الآخر أو الشركاء الآخرون حق الشفعة أو الضم حيث يصبح بمقتضى ذلك مالكاً لحق شريكه في السطحية.

فإذا حصل شيء من ذلك كانت الشفعة سبباً لاكتساب الشريك على الشيوع الحصة التي كان تصرف فيها شريكه لمصلحة الغير.

ب - وينتقل حق السطحية أيضاً عن طريق الارث : بحيث إذا كان حق السطحية الوارد على عقار محفظ، لا يكفي في اعتباره موجوداً أن يقوم بسبب من الأسباب المذكورة، بل لابد من تسجيله في الرسم العقاري ليتمكن الاحتجاج به.

ج - كما ينتقل حق السطحية عن طريق الوصية : بحيث يمكن للشخص أن يوصي بحق السطحية لشخص أو أشخاص آخرين فيصبح الموصى له بعد موت الموصي مالكاً لحق السطحية، بسبب الوصية، ويبقى الورثة مالكين لرقبته، وملزمين من تسجيله في الرسم العقاري، إن كان العقار محفظاً.

4 - ترتيب حق السطحية على حقوق مشاعة يخضع لجميع الشركاء :

بحيث إذا ترتب حق السطحية على حق واحد، عند صاحبه المنفرد أو عند الورثة أو عند الموصى لهم، سواء كان العقار محفظاً أو غير محفظ، فتسري عليه الأحكام المشار إليها أعلاه.

أما إذا كان حق السطحية مترتباً على حقوق مشتركة بين عدد من الأشخاص، فلا يمكن أن يترتب حق السطحية على هذه الحقوق المشاعة، إلا باتفاق جميع الشركاء وموافقتهم جميعاً على ترتيب حق السطحية على حقوقهم المشاعة بينهم.

المادة 117

«يمكن لمن له حق السطحية أن يفوته وأن يرهنه ويرتب له أو عليه حقوق ارتفاق في الحدود التي يجوز له فيها مباشرة هذا الحق».

الشرح :

حقوق مالك السطحية

تتحدث المادة موضوع الشرح، عن حقوق مالك حق السطحية، ويمكن أن نلخص حقوق مالك السطحية في الآتي :

أ - للمالك حق السطحية أن ينتفع ببنائه وغرسه بكل أنواع الانتفاع، وأن يستغله بكل حرية، وأن يتصرف فيه بالبيع أو الإجارة أو التبرع، ويمكنه أن يرهنه رهناً حيازياً أو رهناً رسمياً إذا كان محفظاً.

ب - ويمكنه أيضاً أن يحافظ على حقه ضد أي كان بما في ذلك صاحب رقبة الأرض فيما إذا حاول منعه من استعمال حقه كما يمكنه أن يجدد ما تهدم، وإعادة غرس ما انقلع أو تحطم من الأشجار، أو استبدال غير المنتج منها ما يعود عليه بنفع أكبر.

ج - أن يرتب عليه ارتفاقاً لمصلحة عقار مجاور، كأن يلتزم بأن لا يزيد في بنائه على علو معين حتى لا يمنع عن جاره الشمس، والهواء، ولكن يتعين عليه أن يتقيد بحق مالك الأرض، ولذلك لا يمكنه أن يقرر ارتفاقاً يمس مصلحة ذلك المالك. بل يتعين عليه أن يكون ذلك ضمن الحدود التي تتوقف مع ممارسة حق السطحية، وهذا ما قرره المادة موضوع الشرح بقولها : «.... ويرتب له أو عليه حقوق ارتفاق في الحدود التي يجوز له

فيها مباشرة هذا الحق» وذلك كانشاء حق ارتفاق برعي الكروم بعد قطف العنب لمصلحة مواشي العقار المجاور.

المادة 118

«ينقضي حق السطحية :

أولا : بالتنازل عنه صراحة ؛

ثانيا : باتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد ؛

ثالثا : بهلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس هلاكاً كلياً».

الشرح :

انقضاء حق السطحية

تتعلق المادة موضوع الشرح، بأسباب انقضاء حق السطحية، بحيث ذكرت أن حق السطحية ينقضي بالتنازل عنه صراحة، وباتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد، وبهلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس هلاكاً كلياً.

أولاً : انتهاء حق السطحية بالتنازل عنه : فيجوز لصاحب حق السطحية أن يتنازل عن حقه في السطحية، فيزول هذا الحق وتعود إلى مالك الرقبة ملكية العقار كاملة، ويقع التنازل صراحة وبدون تحفظ، إما بإرادة منفردة تصدر من صاحب حق السطحية، أو بتوافق إرادتي صاحب هذا الحق ومالك الرقبة.

وتنازل صاحب حق السطحية عن حقه بإرادته المنفردة يسري دون حاجة إلى قبول مالك الرقبة، ولا يجوز للمنتفع من هذا الحق، بعد أن يصدر منه التنازل أن يعدل عنه.

ثانياً : ينقضي حق السطحية أيضاً باتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد : وذلك فيما إذا اجتمعت ملكية حق السطحية مع ملكية الأرض التي عليها ذلك الحق عند شخص واحد، كما إذا باع أو وهب مالك حق السطحية حقه هذا لمالك الأرض، أو العكس أو ورث مالك الأرض الأبنية والأغراس التي عليها أو العكس، وبعبارة أخرى ينقضي حق السطحية باتحاده مع ملكية الأرض في شخص واحد، وهذا يكون بانتقال حق أحد المالكين للآخر، أو انتقال الحقين معاً إلى الغير بطريقة من طرق التملك كالارث أو الوصية أو الهبة أو البيع.

ثالثاً : انتهاء حق السطحية لهلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس هلاكاً كلياً :
ينقضي أيضاً حق السطحية بتلف البنايات أو المنشآت المقامة على العقار أو الأغراس
التي غرست في الأرض لفائدة صاحب حق السطحية، بحيث إن حق السطحية ينقضي
عندما تنقض الأبنية وتتخرب المنشآت كلها، وعندما تتلف الأغراس وتتحطم عن
آخرها.

وينبني على هذا أن حق السطحية لا يدوم إلا ما دام البناء والغرس قائماً، وأنه
عندما يتهدم البناء ويتلف الغرس ينقضي ذلك الحق، ولا يحق لصاحبه أن يعيد ذلك
البناء أو الغرس مرة أخرى.

ولابأس من الإشارة إلى أن حق السطحية المحفوظ لا ينقضي إلا إذا شطب عليه في
الرسم العقاري، وأنه متى تم التشطيب المذكور بحسن نية، فإن حق السطحية ينتهي
بالنسبة لمن كان حسن النية في اعتماده على ذلك التشطيب، حتى ولو تبين أنه لم يكن
يستند إلى سبب حقيقي. وذلك كما لو أن شخصاً طلب تقييد حق السطحية في اسمه،
مستنداً إلى رسم وصية صدرت من صاحب ذلك الحق لفائدة هذا الطالب، وتم ذلك
التسجيل فعلاً، فاشتري مالك الأرض ذلك الحق من هذا الموصي له اعتماداً على ما
في الرسم العقاري، فانقضى بذلك حق السطحية نظراً لاتحاد المالك، ثم تبين أن ذلك
الموصي قد رجع عن وصيته قبل موته، فإن ذلك الانقضاء، يبقى ساري المفعول، نظراً
لما هو معروف أن من اعتمد - عن حسن نية - على ما سجل في الرسم العقاري لا يضره
ما يمكن أن يظهر بعد ذلك مما يعيب ذلك التسجيل⁽¹⁾.

المادة 119

«لدائني صاحب حق السطحية طلب ابطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار
بحقوقهم»

الشرح :

حق دائني صاحب حق السطحية في طلب ابطال
تنازله عند وقوع الضرر بحقوقهم

تتعلق المادة موضوع الشرح، باعطاء المشرع لدائني صاحب حق السطحية امكانية
الطعن في التنازل فيرفعون في هذا الشأن طلباً إلى القضاء يرمي إلى إبطال هذا

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 416.

التنازل الذي قام به صاحب هذا الحق بتنازله عنه لملك الرقبة. على أن المشرع اشترط لصحة هذا التنازل إزاء دائني صاحب حق السطحية أن لا يكون قد وقع التنازل اضراً بهم وغشاً بحقوقهم، وإلا فمن حق الدائنين الطعن في التنازل وابطاله.

ودعوى الإبطال هذه يطلق عليها في القانون المقارن اسم «الدعوى البوليانية» وهي دعوى يمنحها القانون إلى الدائنين بغية إبطال تصرفات المدين التي أجراها إضراراً بمصلحتهم، وبالرغم من أنه لا يوجد في قانون الالتزامات والعقود المغربي، نص عام، على الدعوى البوليانية هذه. فقد أجاز ظهير 19 رجب وأكدته مقتضيات المادة موضوع الشرح لدائني مالك حق السطحية، استعمال الدعوى المذكورة والاستفادة منها في حالة تضررهم من تنازل صاحب السطحية عن هذا الحق لمالك الأرض الواقع عليها هذا الحق.

هذا، وإذا كان حق السطحية مترتباً على عقار محفظ، فإن التنازل عنه لا يحتج به على الغير، كدائن مرتهن لحق السطحية، إلا بالتقييد في الرسم العقاري فإذا كان الدائن المرتهن لحق السطحية، قد قيد الرهن قبل تسجيل التنازل، فإن الرهن يبقى قائماً بالرغم من هذا التنازل.

المادة 120

«ليس لمالك حق السطحية أن يبيني أو يغرس من جديد ما تلاشى لقدمه أو مات أو اقتلع بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة ما لم يكن هناك اتفاق مخالف».

الشرح :

لا يجوز لصاحب حق السطحية أن يبيني أو يغرس من جديد ما تلف وهلك لقدمه أو مات أو قلع بسبب قضاء وقدر، إلا بوجود اتفاق مخالف بين الطرفين

سيقت الإشارة عند شرح المادة 118 المتعلقة بانقضاء حق السطحية، وعرفنا من خلالها أن من جملة أسباب انتهاء حق السطحية، هلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس دون ترك الأرض. لكن بقراءة نص الفصل 99 من ظهير 19 رجب نجد أن حق السطحية ينقضي بتلف الملك. ونتساءل هل المقصود بالملك : الأبنية والأغراس أو الأرض، فإذا كان المقصود تلف الأبنية والمنشآت أو الأغراس فإن هذا يعني أن حق

السطحية ينقضي عندما تنقض الأبنية، وتتخرب كلياً. وعندما تتلف الأغراس وتتحطم عن آخرها.

وينبني على هذا أن حق السطحية لا يدوم إلا مادام البناء والغرس قائماً. وأنه عندما يتهدم البناء، ويتلف الغرس، وتنتلش البنايات والمنشآت أو مات أو انقلع، بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، أو قضاء وقدر، ينقضي ذلك الحق، ولا يحق لصاحب حق السطحية، أن يعيد ذلك البناء أو الغرس من جديد ومرة أخرى، إلا ما كان هناك اتفاق بين الطرفين، يخالف الحالات التي نصت عليها هذه المادة موضوع الشرح، من عدم جواز البناء أو الغرس بعد تلفهما وهلاكهما، فينقضي حق السطحية بذلك، باستثناء ما اتفق عليه الطرفان من قيود أو شروط، تخالف الحالات المنصوص عليها في المادة موضوع الشرح.

وإذا كان المقصود (تلف الأرض) فإن هذا يعني أن حق السطحية لا ينقضي إلا إذا تلفت الأرض التي هي موضوع ذلك الحق، كما إذا طفا عليها النهر. أما تلف البناء أو الغراس وحده فلا يؤدي إلى انقضاء حق السطحية، وإنما يبقى لصاحب الحق في أن يحدد بناءه وغرسه، بل أنه يمكنه أن يهدم البناء ويقلع الغرس ليقوم عوضاً عنه ببناء وغرساً أكثر فائدة له. وينبني على هذا أن حق السطحية قد يكون مؤبداً لا ينقضي إلا بتلف الأرض ذاتها.

وقال الدكتور محمد ابن معجوز : ونحن نميل إلى هذا التفسير الثاني، لأن حق السطحية يقتضي أن يستمر مدة طويلة أكثر من عمر البناء والغرس. كما أن القول بأن هذا الحق ينقضي بتلف البناء والغرس يؤدي إلى امتناع المالك لهذا الحق من هدم بنائه وقلع أشجاره قصد استبدالها مما هو أنفع منها. ولذلك فإننا نرى أنه يتعين تعديل العبارة المذكورة في الفصل 99 المذكور، وهي (تلف الملك) بعبارة (تلف الأرض) ليدل دلالة صريحة على أن حق السطحية لا ينقضي إلا بتلف الأرض أي يعني تلف ملك الغير الذي قرر فوقه حق السطحية لا مجرد تلف حق السطحية في حد ذاته.

ونتساءل حول ما إذا كان من الممكن أن يكون حق السطحية مؤقتاً، بحيث ينتهي بانتهاء مدته، وذلك كأن يفوت مالك الأرض بناءه لآخر مدة يعود بعد انتهائها إلى ذلك المالك للأرض، أو يتعين أن يكون مؤبداً ؟ وللجواب على ذلك، نذكر أنه وإن كان المقنن المغربي لم يشر إلى إمكانية توقيت حق السطحية، فإنه لم يصرح أيضاً بما يمنع مثل هذا الاتفاق، خصوصاً وأن الفصل 99 من ظهير 19 رجب نص على أن حق السطحية ينقضي باتحاد ملكيته مع ملكية الأرض. مما يعني أنه يمكن القول بأنه في

حق السطحية المؤقت ينتهي عند انتهاء أجله باتحاد الملك حيث يعود هذا الحق إلى مالك الأرض.

ولابأس من الإشارة إلى أن حق السطحية المحفوظ لا ينقضي إلا إذا شطب عليه من الرسم العقاري، وأنه متى تم التشطيب المذكور بحسن نية، فإن حق السطحية ينتهي بالنسبة لمن كان حسن النية في اعتباره على ذلك التشطيب، حتى ولو تبين أنه لم يكن يستند إلى سبب حقيقي. وذلك كما لو أن شخصاً طلب تقييد حق السطحية في اسمه، مستنداً إلى رسم وصية صارت من صاحب ذلك الحق لفائدة هذا الحق، وتم ذلك التسجيل فعلاً، فاشتري مالك الأرض ذلك الحق من هذا الموصى له اعتماداً على ما في الرسم العقاري، فانقضى بذلك حق السطحية نظراً لاتحاد الملك. أو تبين أن ذلك الموصي قد رجع عن وصيته قبل موته، فإن ذلك الانقضاء يبقى ساري المفعول، نظراً لما هو معروف من أن من اعتمد - عن حسن نية - على ما سجل في الرسم العقاري لا يضره ما يمكن أن يظهر بعد ذلك مما يعيب ذلك التسجيل⁽¹⁾.

الباب السابع

حق الكراء الطويل الأمد

نظم المشرع المغربي الكراء الطويل الأمد في مدونة الحقوق العينية من المادة 121 إلى المادة 129، وهذا النوع من الكراء، يمنح مكثري العقار المحفوظ حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي ويولي له نتيجة لذلك ميزتي التتبع والأولية، كما يمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري، وهو الأمر نفسه الذي كان مكرساً في الفصل 87 من ظهير 19 رجب، مع واجب التنبيه على أن مدة هذا الكراء في الفصل 87 من ظهير 19 رجب كانت من 18 سنة ودون أن تتجاوز 99 سنة.

أما في المادة 121 من مدونة الحقوق العينية الآتي شرحها فهذه المدة تكون من 10 سنوات إلى 40 سنة، وينقضي هذا الحق بانقضائها، ومن ثم يكون المشرع قد قلص من مدة هذا الكراء وجعلها لا تتجاوز 40 سنة، حتى تتسجم مع مدة الكراء الفلاحي في قانون الالتزامات والعقود.

ومادام أن حق الكراء الطويل الأمد يعتبر حقاً عينياً فإنه تسري عليه ما تسري على الحقوق العينية العقارية من إمكانية تقييد بالسجل العقاري طبقاً للفصلين 66 و67 من

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 415 - 416.

قانون التحفيظ العقاري الجديد، ومادام حق الكراء الطويل الأمد يعتبر من الحقوق العينية القابلة للإشهار في الرسم العقاري فإنه يكون موضوع التعرض على مطلب التحفيظ.

ويختلف حق الكراء الطويل الأمد عن الكراء العادي المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود أو في قوانين الكراء الخاصة، كما هو الشأن بالنسبة للقانون الذي ينظم العلاقات التعاقدية بين المكرين والمكرتين للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، من حيث إن حق الكراء الطويل الأمد يمنح صاحبه حقاً عينياً يوليه ميزة التتبع وميزة الأولوية، كما أنه قابل للرهن الرسمي، وهذا بخلاف الكراء العادي الذي لا ينشأ عنه سوى حقوق شخصية.

وسنتطرق في هذا الباب إلى تعريف حق الكراء الطويل الأمد، وطبيعته وخصائصه، وأحكامه، المندرجة في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

المادة 121

«يخول الكراء الطويل الأمد للعقارات للمستأجر حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي، ويمكن تقويت هذا الحق وحجزه طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري.

يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها».

الشرح :

التعريف بحق الكراء الطويل الأمد، وخصائصه ومدته

أ - التعريف بحق الكراء الطويل الأمد :

يمكن تعريف الكراء الطويل الأمد بأنه نوع من الكراء وهو حق عيني يمنح مستأجر العقار المحفظ حقاً عينياً قابلاً للرهن الرسمي، وهذا يعني أن الكراء الطويل الأمد يختلف عن الكراء العادي في كونه يعقد لمدة طويلة، وفي أنه يعطي صاحبه حقاً عينياً يخوله حق التتبع والأولوية، وليس مجرد حق شخصي، كما هو الشأن في الكراء العادي المنصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود والذي لا ينشأ عنه سوى حقوق شخصية.

ب - خصائص الكراء الطويل الأمد :

ويتميز الكراء الطويل الأمد، بالخصائص التالية :

- (1) هو يقبل أن يكون محلاً لرهن رسمي، كما أشير إلى ذلك أعلاه.
- (2) يمكن أن ينشأ عليه حق انتفاع لمدته.
- (3) يجوز لصاحبه أن يتصرف فيه بالتفويت وغيره، كما يجوز للغير إيقاع الحجز عليه طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري.
- (4) هو لا يقبل التحديد عند انتهاء مدته عن طريق التجديد الضمني⁽¹⁾.

ج - تحديد مدة الكراء الطويل الأمد :

وحق الكراء الطويل الأمد، حق مؤقت، يجب أن تكون مدة هذا الحق لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة. بمعنى أن مدة حق الكراء الطويل الأمد، تتراوح بين أربعين سنة، وينقضي هذا الحق بانقضائها، أي ينتهي حق الكراء بانتهاء مدته.

والجدير بالملاحظة أن مدة هذا الكراء كانت في الفصل 87 من ظهير 19 رجب من 18 سنة دون أن تتجاوز 99 سنة. أما في المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية، تكون هذه المدة من 10 سنوات إلى 40 سنة، وينقضي هذا الحق بانقضائها، ومن ثم يكون المشرع قد قلص من مدة هذا الكراء وجعلها لا تتجاوز 40 سنة حتى تتسجم مع مدة الكراء الفلاحي في قانون الالتزامات والعقود.

ولابد من تسجيل حق الكراء الطويل الأمد في السجل العقاري، لينتج أثره بين الأطراف وفي مواجهة الغير.

المادة 122

«لا يكون عقد الكراء الطويل الأمد صحيحاً إلا إذا صدر ممن له حق التفويت وطبق الشروط المقررة في القانون.

يجب أن ينص عقد الكراء الطويل الأمد على طبيعته العينية».

(1) المرحوم الدكتور مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 570.

الشرح :

العقد هو أساس إنشاء حق الكراء الطويل الأمد

تتعلق هذه المادة موضوع الشرح، بإنشاء حق الكراء الطويل الأمد، وممن يصدر، وما ينص عليه العقد المنشئ لهذا الحق.

فإنشاء حق الكراء الطويل الأمد، يستند إلى الطريق العادية لإنشائه وهي العقد، حيث إن مالك الأرض يكري أرضه كراءاً طويل الأمد لمن يبني فيها أو يفرسها.

ونظراً إلى أن هذا الكراء من عقود المعاوضات فإنه يتعين أن يكون المكري متمتعاً بأهلية التصرف والتفويت، أي أن يكون رشيداً تام الأهلية، ويمكن للولي أن يكري أرض محجوره كراء طويلاً، إن كان في ذلك مصلحة له ووافق القاضي المكلف بالمحاجير على ذلك. ولذلك نصت المادة موضوع الشرح، على أن عقد الكراء الطويل الأمد لا يكون صحيحاً إلا إذا صدر ممن له حق التفويت، وطبق الشروط المقررة في القانون، في هذا المجال.

وينعقد هذا الكراء بمجرد تراضي طرفيه، لكن اثباته لا يتم إلا بعقد كتابي، شأنه في ذلك شأن كل كراء تزيد مدته على سنة.

وفي ذلك يقول الفصل 89 من ظهير 19 رجب : «إن إثبات عقد الكراء الطويل الأمد يتم وفق ما يقرره الالتزامات والعقود من القواعد الخاصة بعقود الأكرية» وبالرجوع إلى هذا القانون نجده ينص في الفصل 629 على ما يلي : «ومع ذلك يلزم أن يثبت كراء العقارات والحقوق العقارية بالكتابة إذا عقدت لأكثر من سنة. فإن لم يوجد محر مكتوب اعتبر الكراء قد أجرى لمدة غير معينة».

وينبغي على هذا أنه إذا وقع نزاع حول ما إذا كان الكراء عادياً أو طويل الأمد، فإن على من يدعي أنه طويل الأمد أن يدلي بعقد كتابي ليثبت ذلك.

وإذا كان هذا العقد يتضمن في بنوده ما يستخلص منه أنه يتعلق بعقد كراء طويل الأمد، فيعمل بمقتضى ذلك، وينتهي كل نزاع في هذا الشأن. أما إذا كان ذلك العقد لا يتضمن ما يدل على أنه يتعلق بكراء طويل الأمد، ووقع نزاع حول ذلك الكراء هل هو عادي أو طويل الأمد، فإن على المحكمة التي عرض عليها هذا النزاع أن تعمل على تكييف هذا العقد، ولها أن تسترشد في ذلك بظروف القضية وما ورد في العقد مما يتعلق بمدة الكراء ومقدار الكراء، وطبيعة العقد العينية، وما إذا نص في العقد على أنه يتعين على المكتري أن يبني في الأرض المكتراة أو لا⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 399.

وفي أي حال، يجب أن ينص عقد الكراء الطويل الأمد على طبيعته العينية بحيث يتضمن عقد الكراء الطويل الأمد منح صاحبه حقاً عينياً ويوليه بالتالي ميزة التتبع وميزة الأولوية كما هو وارد في التعريف وفي المادة موضوع الشرح. كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح.

هذا، وقد ينشأ حق الكراء الطويل الأمد عن الشفعة، وذلك حينما يكون هذا الحق مملوكاً على الشياخ لعدة أشخاص ثم يبيع أحدهم نصيبه في هذا الحق، يولي هذا الحق كل مشتاع حق أخذ حصة شريكه المبيعة عن طريق الشفعة، حيث يصبح مالكاً بمقتضاها لتلك الحصة.

كما أنه قد ينشأ حق الكراء الطويل الأمد عن طريق الإرث، وذلك حينما يتوفى صاحب هذا الحق، ينتقل إلى ورثته للمدة الباقية.

وإذا كان الكراء الذي من هذا النوع يتعلق بعقار محفظ فيتعين تسجيله في الرسم العقاري لينتج أثره، وليتمكن الاحتجاج به ضد الكافة. كما أشرنا إلى ذلك أعلاه.

وإذا أنشأ على عقار غير محفظ، فيحق للمستفيد منه أن يطلب تحفيظ ذلك العقار ليسجل عليه هذا الحق عند تحفيظه⁽¹⁾.

المادة 123

«لا يمكن للمكتري أن يطلب التخفيض من واجبات الكراء بحجة تلف الملك جزئياً أو حرمانه من غلته كلاً أو بعضاً نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة».

الشرح :

عدم جواز طلب التخفيض من واجبات الكراء لأي سبب كان

من التزامات المكتري كراءً طويلاً الأمد، أداء واجبات الكراء المتفق عليه في إبانة وعند إنشاء عقد الكراء، والغالب أن يقع الاتفاق على أن الكراء يدفع سنوياً، وأن يلتزم سائر البنود التي ينص عليها عقد الكراء، ولا يحق للمكتري أن يمتنع من أداء واجبات الكراء لأي سبب من جفاف أو غيره، أو أن يطلب تجزئة ذلك الكراء نظراً إلى أن جزءاً من الأرض غمره الماء مثلاً.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 400.

كما أن المكثري كراء طويل الأمد لا يستطيع ولا يجوز له طلب التخفيض من واجبات الكراء المتفق على تأديتها كاملة، نتيجة هلاك العقار، جزئياً، أو بحجة حرمانه من غلته، كلا أو بعضاً كحق القحط، أو تلف المحصول كله، نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة ملزم بأداء جميع الواجبات الكرائية المتفق عليها في الاستحقاق وتنفيذ سائر الالتزامات المشروطة بمقتضى عقد الكراء، ووفق ما تنص عليه المادة موضوع الشرح.

المادة 124

«إذا تخلف المكثري عن الأداء مدة سنتين متتابتين جاز للمكثري بعد توجيه انذار بدون جدوى، أن يحصل قضائياً على فسخ الكراء الطويل الأمد، كما يمكنه أن يطالب بالفسخ في حالة عدم تنفيذ شروط العقد أو إلحاق المكثري أضراراً جسيمة بالملك.

غير أنه يجوز للمحكمة مراعاة منها لظروف المكثري أن تمنح آجالاً معتدلة للوفاء، وذلك وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود».

الشرح :

يجوز للمكثري طلب فسخ عقد الكراء الطويل الأمد،
عند تخلف المكثري عن الأداء مدة سنتين متتابتين،
أو عدم تنفيذ شروط العقد، أو إلحاقه بالملك أضراراً جسيمة

تنص هذه المادة موضوع الشرح، على أن المكثري إذا تخلف عن أداء الكراء لمدة سنتين متتابتين أو أخل بمقتضيات العقد، أو ألحق بالعقار أضراراً جسيمة بالملك، فيمكن للمكثري أن يوجه إليه إنذاراً بالأداء، فإن لم يفعل خلال الأجل المضروب له، أمكن لهذا المكثري أن يلتجئ في المحكمة بدعوى يطلب فيها فسخ عقد الكراء، والحكم على المكثري بالإفراغ لعدم الأداء.

وكذلك للمكثري أن يطالب بالفسخ في حالة عدم تنفيذ المكثري شروط ومقتضيات العقد، كأن يكون امتنع عن إشادة بناء التزم بإشادته على الأرض التي اكتراها كراء طويل الأمد، أو في حالة إلحاقه بالعقار المكثري أضراراً جسيمة وخطيرة. إلا أنه يجوز للمحكمة، بعد أن تراعي ظروف المكثري، ومركزه الاجتماعي والمادي، مع استعمال

سلطة المحكمة التقديرية في نطاق ضيق، فتمنحه آجالاً يستطيع داخل هذه الآجال أن يؤدي للمكري الواجبات الكرائية المدين بها، وأن توقف المحكمة جميع إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها. وذلك وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود، والتي تنص على أنه: «..... يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق أن يمنحوه آجالاً معتدلة للوفاء وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها»، فإن لم يفعل المكترى ويبادر إلى أداء ما بذمته من الديون المترتبة عليه من الكراء، حكمت عليه المحكمة بما يطلبه المكري من فسخ عقد الكراء.

المادة 125

«لا يمكن للمكترى أن يتحرر من واجبات الكراء ولا أن يتخلص من تنفيذ شروط عقد الكراء الطويل الأمد بتخليه عن الملك».

الشرح :

لا يمكن للمكترى التحلل من الكراء أو التملص من تنفيذ شروط عقده بتخليه عن العقار المكترى

سبق الإشارة إلى أنه من الالتزامات التي تقع على عاتق المكترى كراء طويل الأمد، أن يؤدي الكراء المتفق عليه في إبانته، وعند إنشاء عقد الكراء، وأن يلتزم بتنفيذ سائر البنود التي ينص عليها عقد الكراء، ولا يحق للمكترى أن يمتنع من أداء الكراء لأي سبب من الأسباب.

وفي هذه المادة موضوع الشرح، الزم المشرع المكترى، بأداء واجبات الكراء للمكري، ولا يحق له أن يتحرر منها، لأي سبب من الأسباب، ولا يمكنه التحلل من تأديتها في وقتها، ولا أن يحاول التملص والهروب من تنفيذ شروط عقد الكراء الطويل الأمد بتخليه عن العقار المكترى، أي لا يجوز له التحلل والتملص من أداء الكراء أو من تنفيذ ما حمله به عقد الكراء من التزامات، ولو تخلى عن العقار المكترى قبل انتهاء مدة الكراء.

المادة 126

«لا يجوز للمكترى أن يحدث أي تغيير في الملك من شأنه أن ينقص من قيمته.

إذا أحدث المكري تحسينات أو بناءات زادت في قيمة الملك، فلا يمكنه أن يزيلها ولا أن يطالب بأي تعويض عنها».

الشرح :

المكري ملزم بعدم إحداث أي تغيير في العقار
ينقص من قيمته، وعدم إزالة ما أحدثه،
أو مطالبته بأي تعويض عند إحداث تحسينات
أو بناءات زادت من قيمة العقار المكري

سبقت الإشارة إلى أنه بمقتضى هذه المادة موضوع الشرح، نعرف أن المكري بعدما يلتزم عند إنشاء عقد الكراء بأن يقوم بصيانة العقار المكري ويتعهد بما يلزم هذه الصيانة للأبنية التي كانت موجودة عند إنشاء حق الكراء الطويل الأمد وأنه يجوز له أن يقوم بأي تغيير في العقار المكري كراء طويل الأمد من شأن هذا التغيير أن ينقص ويحط من قيمته، كأن يهدم الأبنية التي كانت قائمة فيه أو التي أنشأها أثناء مدة الكراء، وكأن يقوم باتلاف الأشجار بدون سبب.

وعلى المكري أيضاً أن يرد العقار عند انتهاء مدة الكراء بما اشتمل عليه من بناءات وبما فيه من الزيادات والتحسينات التي أدخلها عليه أثناء مدة الكراء، ولا يمكن له أن يزيلها كما لا يمكنه أن يطالب المكري بأي تعويض عنها. ولو أدت هذه الزيادة والتحسينات إلى زيادة قيمة العقار.

وبعبارة أخرى، وإن كان للمكري حق استعمال العقار المكري لكن فيما أعد له العقد ودون إدخال أي تعديل عليه من شأنه الحط من قيمته. وإذا أحدث المكري تحسينات أو منشآت زادت في قيمة العقار، فليس له هدمها وإزالتها، ولا مطالبة المكري بأي تعويض عنها.

المادة 127

«إن المكري ملزم بجميع التكاليف والتحملات التي على العقار.

يكون المكري فيما يخص البنايات الموجودة حين الكراء والبنايات التي شيدت تنفيذاً للاتفاق يكون المكري ملزماً بالأصلاحات أياً كان نوعها. غير أنه ليس عليه إعادة البنايات إذا أثبت أن سبب انهيارها راجع لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو أنها هلكت نتيجة عيب بالبناء السابق على عقد الكراء الطويل الأمد».

الشرح :

المكترى ملزم بالتكاليف والتحملات التي على العقار،
كما هو ملزم بالاصلاحات والصيانة، ماعدا إعادة البناءات
التي تعرضت له بسبب خارج عن إرادته :

تتعلق المادة موضوع الشرح، بالتزامات المكترى، حول العقار المكترى عنده، فأوجب
المشرع عليه في هذه المادة :

أ - بأن يتحمل، ويجب عليه أن يؤدي جميع ما يترتب على العقار المكترى من
ضرائب وتكاليف وتحملات ونفقات لازمة وضرورية مدة الكراء.

ب - بأن يصون العقار، ويتعهده بما يلزم هذه الصيانة والمحافظة عليه، والقيام
بمسائر الاصلاحات أياً كان نوعها، التي تتطلبها الأبنية الموجودة وقت العقد، أو التي
أنشئت تنفيذاً لبنود هذا العقد أي والأبنية التي أحدثها المكري بعد ذلك، أو أن يعيد
بناء ما تهدم بسبب إهماله أو باستعماله له. ولكن صاحب الكراء الطويل الأمد غير
ملزم بإعادة إشادة البناء الذي تهدم، شريطة أن يثبت أن الانهيار كان بسبب قوة
قاهرة أو حادث فجائي وخارج إرادته، فلا يلزم بإعادة بنائه، وتشبيده من جديد،
وكذلك ما تهدم نتيجة عيب في البناء المشاد قبل عقد الكراء، أي البناء المبني والموجود
قبل إبرام عقد الكراء الطويل الأمد بين الطرفين.

المادة 128

«يمكن للمكترى أن يكتسب لصالح الملك حقوق ارتفاق وأن يرتب عليه بسند حقوق
ارتفاق لفائدة الغير لمدة لا تتجاوز مدة الكراء الطويل الأمد، شرط أن يخبر المالك
بذلك».

الشرح :

حق المكترى في اكتساب ارتفاقات لمصلحة العقار
أو تكليفه بارتفاقات بشرط محدد وإخبار المالك بذلك :

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أنه يمكن للمكترى أن يقرر حقوق
ارتفاقات تخدم العقار المكترى عنده، كأن يقرر وينشئ ارتفاقاً بالمرور على عقار
مجاور، ويستفيد منها طيلة مدة الكراء، كما يحق له أن يقرر ارتفاقاً على ذلك العقار
لمصلحة عقار آخر، كأن يمتنع من رفع بنائه المقام على ذلك الملك المكترى عن حد

معين كي لا يحجب الضوء والهواء عن العقار المجاور، ولكن لا بد في هذه الحالة أن يكون هذا الارتفاق محدداً بمدة الكراء أو بما تبقى منها، كما أنه يتعين على المكتري أن يخبر المالك بهذا الارتفاق الذي حمل به العقار المكتري.

هذا، ومن حق المكتري أيضاً، أن يتصرف في حقه هذا بالبيع والهبة والوصية وغير ذلك عن طرق التعرف، وله أن يرهنه رهناً رسمياً، إن كان العقار محفظاً، أو رهناً حيازياً سواء كان العقار محفظاً أو لا، مع ملاحظة أن انتقل إليه هذا الحق لا يملكه إلا للمدة الباقية، كما يلاحظ أنه عندما تنتهي مدة الكراء ينتهي الرهن الذي يمكن أن يكون قد أجراه المكتري، ويعود العقار للمالكه مطهرراً من ذلك الرهن الذي تعلق بحق الكراء بالعقار نفسه.

كما يمكن لدائني المكتري أن يعملوا على حجز حقه هذا طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري لكي يستخلصوا دينهم من ثمنه⁽¹⁾.

المادة 129

«يستفيد المكتري مما يضم أو يدمج بالعقار نتيجة الالتصاق طيلة مدة الكراء الطويل الأمد».

الشرح :

استفادة المكتري مما يلحق بالعقار المكتري

عن طريق الالتصاق

تعريف الالتصاق :

لم تعرف مدونة الحقوق العينية الالتصاق، وهو في مفهومه الواسع «يعني اتصال أو اندماج شيئين معاً، يكون على الغالب أحدهما تبعياً والآخر أصلياً سواء نتج عن ذلك إحداث أو نقل ملكية جديدة أو لم ينتج⁽²⁾. والالتصاق يقع على المنقول ويقع على العقار، والمقصود بالالتصاق هنا الواقع على العقار المكتري كراء طويل الأمد. ويتصور الالتصاق في الحقل العقاري إما من طريق حدوث تغيير في مجرى نهر كان يفصل بين عقارين فيصبح جزءاً من أحد العقارين ملصقاً بالعقار الآخر بمقتضى هذا التغيير للمجرى، وأما عن طريق قيام شخص يبذر أرض لا يملكها، أو بإحداث بناء على عقار غير مملوك له وربما بمواد غير مملوكة له أيضاً.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 400.

(2) المرحوم الدكتور مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 403.

وبناء على ذلك، نصت هذه المادة موضوع الشرح، على أنه يمكن للمكتري حق الاستفادة مما يلحق العقار المكترى عن طريق الالتصاق أثناء مدة الكراء. بمعنى أن للمكتري الحق في أن ينتفع طيلة مدة الكراء بما يضم أو يدمج ويلحق بالعقار نتيجة الالتصاق طيلة مدة الكراء الطويل الأمد.

هذا، ولأبأس من الإشارة إلى ذكر أسباب انتهاء حق الكراء الطويل الأمد، وإن لم تتطرق إليه مدونة الحقوق العينية في هذا الباب بنص خاص.

بحيث ينص ظهير 19 رجب على أن حق الكراء الطويل الأمد ينقضي اما بانتهاء مدته، أو بصدر الحكم بفسخه. ويضاف إلى ذلك سببان آخران، وهما إرادة الطرفين، واتحاد الملك.

1 - انقضاء المدة : عرفنا أن الكراء الطويل الأمد ينعقد لمدة معينة، نص القانون أن حداها الأدنى لا يقل عن عشر سنوات، وحدها الأعلى لا يزيد عن أربعين سنة. وبما بين الحدين يمكن للطرفين أن يتفقا على ما يشاءان فيما يتعلق بمدة هذا الكراء، وعندما تنتهي المدة المتفق عليها ينتهي هذا الحق نهائياً. وإذا ما توفي المكتري قبل حلول هذا الأجل، فحقه ينتقل إلى ورثته ويتمتعون به إلى نهاية مدته. وقد سبق لنا القول أن الكراء الطويل الأمد يستعصي على التجديد الضمني. لأن الفصل 87 من ظهير 19 رجب ينص على أن الكراء الطويل الأمد لا يمكن تجديده بالتجديد الضمني، فسكوت الطرفين عند انتهاء المدة، وكذلك ابقاء المكتري في العقار المكترى لا يعتبر تجديداً للكراء.

2 - صدور الحكم بفسخه : عرفنا أن المكتري إذا لم يؤد الكراء لمدة سنتين متتابتين أو لم يتم بتنفيذ الشروط المحددة في العقد، أو الحق العقار المكترى، أضراراً جسيمة، فيحق للمكري أن يطلب من المحكمة الحكم بفسخ هذا الكراء.

على أن للمحكمة أن تمنح أجلاً للمكتري لتنفيذ التزاماته، فإذا انقضى هذا الأجل دون جدوى قررت المحكمة الفسخ، كما أسلفنا القول آنفاً.

3 - إرادة الطرفين : ليس هناك ما يمنع الطرفين من أن يتفقا على إنهاء هذا الكراء قبل انتهاء مدته.

4 - اتحاد الملك : قد يجتمع حق الكراء الطويل الأمد مع حق الملكية في يد شخص واحد، كما إذا ورث مالك العقار حق الكراء الطويل الأمد المنصب على ذلك العقار أو

العكس، كما إذا آل الحقان معاً إلى شخص واحد بوجه من الوجوه، كما إذا اشترى العقار من صاحبه واشترى حق الكراء من المكتري، فينتهي بذلك هذا الحق، لأنه لا يمكن أن يكون لشخص حق الكراء الطويل الأمد على عقاره.

ولا يضر سكوت القانون من النص على انتهاء الكراء الطويل الأمد بهذين السببين الأخيرين، لأن ذلك من القواعد العامة.

ولكن لا ينتهي هذا الحق بسبب آخر من غير هذه الأسباب الأربعة⁽¹⁾.

الباب الثامن

حق الحبس

المادة 130

«تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف».

نصت المادة 130 من مدونة الحقوق العينية على أنه تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف الصادرة بتاريخ 23 فبراير 2010⁽²⁾ وتشمل مدونة الأوقاف على باب تمهيدي به أحكام عامة، وخمسة أبواب، في الباب الأول : إنشاء الوقف وأركانه وشروطه وآثاره. وفي الباب الثاني : الوقف العام، والتصرفات الجارية على الأموال الموقوفة وفقاً عاماً، والمعاوضات وبيع منتج الأشجار والغلل وغير ذلك، والكراء، وتصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة، وفي الباب الثالث : الوقف المعقب والمشارك : الأوقاف المعقبة ومراقبتها، تصفية الأوقاف المعقبة، وفي الباب الرابع : تنظيم مالية الأوقاف العامة : مبادئ التنظيم المالي والمحاسبي للأوقاف العامة. ومراقبة مالية للأوقاف العامة. المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة. وفي الباب الخامس : أحكام انتقالية وختامية : إلغاء جميع الظواهر السابقة المتعلقة بالأوقاف والعمل بمدونة الأوقاف فقط أمام المحاكم المغربية.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 402 - 403.

(2) ظهير شريف رقم 01.09.236، صادر في 8 ربيع الأول 1431 هـ الموافق (23 فبراير 2010)، يتعلق بمدونة الأوقاف، منشور بالجريدة الرسمية عدد : 5847، فاتح رجب 1431 هـ (14 يونيو 2010)، ص 3154 إلى 3169.

تعريف الوقف :

الوقف والحبس والتحبيس بمعنى واحد، والوقف في اللغة : وقف كذا أي حبسته.

ويقال : وقفت الدابة أو الدار أو الأرض أي حبستها على مالها والجمع أوقاف.

وفي الاصطلاح الشرعي : يمكن تعريف الأحباس (وتسمى أيضا الأوقاف) بأنها الأموال التي تخلى مالها بصفة نهائية عن منفعتها لفائدة إحدى جهات البر (أو لأشخاص طبيعيين) لتنتفع بها طيلة مدة وجودها أو لمدة معينة مع اعتبار أن الرقبة مازال مملوكة لصاحبها.

وعرفت المادة الأولى من مدونة الأوقاف الوقف بأنه : «كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة» ويتم إنشاؤه بعقد أو بوصية أو بقوة القانون».

وقد عرفه ابن عرفة من المالكية بقوله : «إعطاء منفعته شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيه، ولو تقديراً».

فالوقف أو التحبيس عند المالكية، هو جعل منفعة مملوكة، ولو كان مملوكاً بأجرة أو جعل غلته كدراهم لمستحق، بصيغة ما يراه المحبس، أي أن المالك يحبس العين عن أي تصرف تملكي ويتبرع بريعتها لجهة خيرية، تبرعاً لازماً مع بقاء العين على ملك الواقف، مدة معينة من الزمان، فلا يشترط فيه التأبيد، وبهذا فإن الوقف عند المالكية لا يقطع حق الملكية في العين الموقوفة، وإنما يقطع حق التصرف فيه.

وعرف القانون المغربي في ظهير 19 رجب 1333 هـ الوقف في الفصل (73) منه بقوله : «الحبس أموال أوقفها الواقف المسلم ويكون التمتع بها لفائدة أنواع المستفيدين الذين عينهم الواقف».

وحكم الوقف الجواز المطلق على وجه الاستحباب، لذلك ذهب الفقهاء إلى أن الوقف جائز شرعاً في الدور والأراضي والمساجد والآبار والحوانيت والقناطر والمقابر والطرق وغير ذلك من الأصول والمنقولات باستثناء الطعام الذي تكون منفعته في استهلاكه فقط، هذه الأصول والمنقولات يحبسها مسلم لصالح من يعينه في عقد التحبيس سواء كان إنساناً موجوداً حقيقة أو حكماً كالجنين ومن سيولد معيناً أو مجهولاً وسواء كان قريباً أو بعيداً مسلماً أو غير مسلم غنياً أو فقيراً.

إن الدين لم يأمر بالوقف ولم يفرض على الناس كما فرض الصلاة والزكاة، وإنما يستحسنه ويدعو إليه متى كانت مقاصد الوقف خيرية ترمي إلى الاتفاق في وجوه الخير. ولهذا لما ظهر الإسلام تقررت لدى المسلمين مشروعية الوقف وأخذ الأئمة المجتهدون يضعون الأحكام والقواعد الأساسية المنظمة للأوقاف مستنديين بذلك إلى الأدلة الشرعية، وهي : الكتاب والسنة والاجماع. وأركان الوقف أربعة هي : الوقف، والموقوف عليه، والمال الموقوف، والصيغة (المادة 3 من مدونة الأوقاف) يجب أن يكون الوقف متمتعاً بأهلية التبرع، وإن يكون مالاً للمال الموقوف وله مطلق التصرف فيه، وإلا كان عقد الوقف باطلاً (المادة 5 من مدونة الأوقاف).

وشروط الوقف : نصت المادة 24 من مدونة الأوقاف على أنه يشترط لصحة الوقف شرطان :

- الاشهاد على الوقف.

- حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 من مدونة الأوقاف.

يقصد بالمانع في مفهوم هذه المدونة موت الوقف أو إفلاسه.

وأما أنواع الوقف، فقد نصت المادة الأولى من مدونة الأوقاف على أن الوقف يكون إما عاماً، أو معقياً، أو مشتركاً.

أ - فالوقف العام، نصت المادة 50 من مدونة الأوقاف، على أن الحبس هو كل وقف خصصت منفعته ابتداءً ومآلاً، لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة.

ب - والوقف المعقب، نصت المادة 108 من مدونة الأوقاف بأنه : يعتبر وقفاً معقياً ما وقف على ولد، أو عقب، أو نسل، أو ذرية المحبس، أو غيره.

ج - والوقف المشترك، نصت عليه نفس المادة 108 من مدونة الأوقاف بقولها : (ويعتبر وقفاً مشتركاً، ما وقف ابتداءً على جهة عامة، وعلى شخص بذاته، أو عليه وعلى عقبه).

ويخضع الوقف المشترك لنفس الأحكام المطبقة على الأموال الموقوفة وقفاً عاماً. وتقوم إدارة الأوقاف بتدبيره (المادة 129 من مدونة الأوقاف).

والوقف بمختلف أنواعه يبقى نظاماً إسلامياً محضاً تسير عليه معظم الأمم الإسلامية.

والخلاصة أن الوقف يفيد تمليك المنفعة للموقوف عليه، وله استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار، فإن نص على عدم الاستغلال أو منعه العرف من ذلك، فليس له الاستغلال.

الباب التاسع

حق الزينة

نظم المشرع هذا الحق في مدونة الحقوق العينية بمقتضى سبع مواد - من المادة 131 إلى المادة 137- وهي إشارة إلى الأهمية التي يكتسبها هذا الحق ضمن باقي الحقوق العينية الأخرى.

حق الزينة بمفهومه الواسع، يراد به التجهيزات التي يقيمها المكثري في الدكان أو الفندق أو الحمام الذي يكتريه، من تجهيزات ورفوف وواجهات وغير ذلك مما يحتاج إليه في تسييره، واستغلاله. كما يراد بالزينة أيضاً البناء والغرس الذي يحدّثه المكثري لأرض الجزاء، والجزاء أن تكتري الأرض الخالية لمن بنى فيها أو يغرسها، ويتفق الطرفان على أن المكثري يبقى دائماً، (ولا يطالب بإفراغها) وعلى الحق الذي اكتسبه المكثري في الجلسة كذلك (والجلسة هي أن يكتري العقار مثل الدكان والرحى والفران والحمام والفندق لمن يستغله مع اتفاق الطرفين على استمرار الكراء عشر سنوات أو أكثر أو إلى غير نهاية)⁽¹⁾.

وغالباً ما تقع هذه الأنواع من الكراء على العقارات المبنية العائدة لأمالك الدولة أو العقارات المحبسة ولكن لا مانع من أن تقع على العقارات المملوكة لأصحابها، وحق الزينة من الحقوق العرفية الإسلامية التي سبق ذكرها أعلاه، والتي تشمل صوراً مختلفة من حق المنفعة السابق الإشارة إليها، وهي لا تعدو أن تكون أنواعاً من الكراء، إلا أنها تختلف عن الكراء المنظم بمقتضى نصوص قانونية مدونة في كونها حقوقاً عينية، بينما الكراء العادي لا يعطي أكثر من حق شخصي للمستأجر⁽²⁾.

هذا ويعتبر حق الزينة من الحقوق العينية القابلة للتقييد في الرسم العقاري، وتخضع للإشهار متى وردت على حق من الحقوق الخاضعة نفسها للإشهار.

وستعرض إلى تعريف حق الزينة وأحكام هذا الباب في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

(1) د. محمد ابن معجوز، ص 405.

(2) د. محيي الدين إسماعيل علم الدين، نظم الكراء بالمغرب، ص 60 وما بعدها.

المادة 131

«الزينة حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير. ينشأ هذا الحق بالعقد مع تشييد البناء، وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية. لا يمكن ترتيب حق الزينة على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء».

الشرح :

تعريف حق الزينة، وإنشاؤه وعدم ترتيب أي حق على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء

أ - تعريف حق الزينة :

عرفت مدونة الحقوق العينية، في المادة موضوع الشرح، حق الزينة بأنه : «حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير.....» فحق الزينة هو حق يقع على عقار في ملك الغير، يؤجره هذا الغير لشخص يلتزم بإشادة بناء على هذا العقار على نفقته، وماله الخاص، إذ لا وجود لحق الزينة إن لم تنجز البناية على ملك الغير، ومن خصوصية حق الزينة أنه حق عيني. يخول صاحبه الاستفادة على وجه الديمومة مما أحدثه من البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير. والتي تبقى ملكيتها لصاحبها المالك.

والملاحظ أن حق الزينة يعتبر من الحقوق العرفية الإسلامية التي نظمها الفقهاء تنظيمياً خاصاً، ومنها تطبيق نطاق أعمال هذا الحق على العقارات الحبسية والأماك العمومية دون العقارات الخاصة. ولقد أخذت مدونة الحقوق العينية بالنطاق العام من خلال التعريف الذي خصت به حق الزينة.

ب - طريق إنشاء حق الزينة :

ينشأ حق الزينة بالعقد الذي ينعقد بين الطرفين يبينان في بنوده وشروطه، نوع البناء، ومواصفاته وأبعاده ويجدد حقوق والتزامات صاحب الحق، التي يلتزمان بتنفيذها كما نص عليها العقد، وفي مقدمة البيان والشروط تشييد البناء، الذي يشيده صاحب هذا الحق على نفقته فوق أرض الغير المعقود عليها، بحيث لا تبقى الأرض فارغة أو خالية من البناء بل يتعين عليه أن يقوم المتعاقد صاحب حق الزينة بتشيد هذا البناء وإقامته على نفقته، وفق ما يحدده العقد المبرم بين الطرفين، فلا وجود لحق الزينة إن لم تنجز البناية على ملك الغير.

ج - انتقال حق الزينة :

وينتقل حق الزينة، إما عن طريق الشفعة، بحيث إذا كان البناء مشتركاً بين شخصين أو أشخاص، وقام أحدهم ببيع حصته في البناء المشترك والمشيد فوق أرض الغير، فللشريك حق القيام بطلب شفعة النصيب المبيع في سهمه، فيستحقه عن طريق الشفعة، ويصبح المشتري مالكاً لنصيبه البائع. وينتقل حق الزينة أيضاً عن طريق الإرث، ومعنى ذلك أن حق الزينة، عند وفاة صاحب هذا الحق، ينتقل إلى ورثته، يتمتعون به، ويملكونه ويتصرفون فيه، بأنواع التصرفات لانقال هذا الحق بعد موت موروثهم إليهم شرعاً.

كما ينتقل حق الزينة إلى الموصى له، بمجرد وفاة الموصي، بحيث يمكن لصاحب حق الزينة أن يوصي بهذا الحق لشخص أو أشخاص، فيصبح الموصى له بعد موت الموصي مالكاً لهذا الحق، يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه وذو المال في ماله. وقد نصت المادة موضوع الشرح، على انتقال هذا الحق بقولها : «..... ينشأ هذا الحق بالعقد مع تشييد البناء. وينتقل بالشفعة والارث أو الوصية».

د - عدم ترتيب حق الزينة على حقوق مشاعة إلا إذا اتفق جميع الشركاء :

بحيث إذا كان حق الزينة مقررأ على حقوق مشاعة بين شخصين أو أكثر، فلا يمكن لصاحب هذا الحق أن يرتب عليه أي حق على هذه الحقوق المشاعة، إلا باتفاق جميع الشركاء، على ترتيب هذا الحق، وإنشائه ليصبح من تقرر له حق الزينة مالكاً له، ومنفعأ به انتفاعاً قانونياً.

هذا، ويحق لصاحب حق الزينة أن يطالب بتحفيظ حقه العيني المقرر على رقبة ترجع إلى الغير.

المادة 132

«يجب أن يبين العقد المنشئ لحق الزينة نوع البناء ومواصفاته وأبعاده ويحدد حقوق والتزامات صاحب هذا الحق».

الشرح :

عقد حق الزينة وحقوق والتزامات صاحب هذا الحق

عرفنا أن حق الزينة ينشأ بالعقد مع تشييد البناء. والعقد هو السند المنشئ لحق الزينة، ويجب أن يبرمه الطرفان، كتابة، وعلى مستوى محررات رسمية، وتوثيق

معترف به قانوناً، يحتوي هذا العقد على بيان نوع البناء المشروط تشييده فوق أرض الغير، بالسيمة والآجور والحديد، أو بغير ذلك، وعلى مساحة معينة بالأمتار، والتمن المحدد والتصميم المقام وفقه.

ويجب أن يبين العقد مواصفات وأبعاد البناء مكون من طابق أرضي فقط أو من طبقتين أو أكثر وشكله وأركانه، وأبعاده بالنسبة للهواء والتعلية، وغير ذلك من حدوده وصفاته البيوت والتركيبية التي يتفق عليها الطرفان.

كما يحدد الطرفان في بنود العقد، حقوق والتزامات صاحب هذا الحق، بحيث يبين العقد، ما يستحقه صاحب حق الزينة من حقوق يتمتع بها سواء على مستوى الانتفاع والاستعمال، أو على مستوى التصرف في ملكيته، من بيع أو رهن أو غيرهما، وما يلزمه من التزامات سواء على مستوى احترام والتزامه بما حدده العقد من الواجبات والشروط أو على مستوى القانون، والأنظمة الجاري بها العمل، أي لا يتجاوز صاحب حق الزينة، ما حدده العقد المبرم بين الطرفين، ويسير في حدود ما يستوجبه قانون التعمير والبناء ووفق مدونة الحقوق العينية.

المادة 133

«يمكن لصاحب حق الزينة أن يفوت البناء الذي أحدثه وأن يرهنه ويرتب له أو عليه حقوق ارتفاق في الحدود التي يجوز له فيها مباشرة هذا الحق».

الشرح :

حقوق صاحب حق الزينة

عرفنا أن حق الزينة هو حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير. وأنه ينشأ بالعقد مع تشييد البناء، وينتقل بالشفعة أو بالارث أو الوصية، ولا يمكن ترتيب هذا الحق على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء.

كما عرفنا أن العقد وهو السند الذي يبرم بين الطرفين، ويجب أن يبين وينص على نوع البناء الذي يشيد فوق أرض الغير، ومواصفاته وأبعاده ويحدد حقوق والتزامات صاحب هذا الحق.

وأوضح المشرع في هذه المادة موضوع الشرع، أن صاحب حق الزينة يتمتع بجميع ما يستحقه ويستفيد منه من ملكية هذا البناء المشيد، بحيث يمكن له أن يتصرف فيه

بأنواع التصرفات بعوض أو من غير عوض لفائدة الغير. فيحق له أن يبيعه ويفوته، أو يهبه أو يتصدق به أو يوصي به إلى صاحب الأرض المشيد فوقها البناء، أو إلى غيره، فله الحرية في التصرفات في ملكه هذا، بالبيع أو الهبة أو الصدقة أو الوصية، أو غير ذلك من أصناف التفويت إلى الغير، وأيضاً لصاحب حق الزينة أن يرهن بناءه هذا رهناً حيازياً أو رهناً رسمياً، في دين الغير لاحق به، ومتبوع بأدائه، فيسدد له الدائن، كي يبرئ ذمته من هذا الدين وتوابعه.

كما أن لصاحب حق الزينة أن يرتب حقوق ارتفاق ينتفع بناؤه من الارتفاق المقرر له أو أن يرتب على بنائه هذا حقوق ارتفاق لاستفادة بناء الغير من هذا الارتفاق المقرر لفائدته. فلصاحب حق الزينة، أن ينشيئ لبنائه أو على بنائه حقوقاً يراها تفيده ويستفيد منها الغير، على وجه الخبر والاحسان.

لكن كل هذه الحقوق التي يتمتع بها صاحب الزينة بالنسبة للبناء الذي شيده فوق أرض الغير، لا يسمح له بالتصرف فيه، بالتفويت أو الرهن أو ترتيب حقوق ارتفاق له أو عليه، إلا في الحدود التي يجوز له فيها مباشرة هذا الحق، أي يسمح له بذلك وفق تنفيذ بنود العقد والقيود المتفق عليها بين الطرفين، وطبقاً لمدونة الحقوق العينية والأنظمة الجاري بها العمل في مجال العقار.

المادة 134

«يجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة، فإذا نص العقد على مدة أطول أو سكت عن تحديد المدة فإن المدة المعتبرة هي أربعون سنة.

لا يسري حكم هذه المادة على حقوق الزينة القائمة عند صدور هذا القانون غير أنه ليس لمالك حق الزينة في هذه الحالة أن يبيّن من جديد ما تلاشى لقدمه أو بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة إلا بإذن مالك الرقبة».

الشرح :

تحديد مدة حق الزينة، وعدم سريان حكم هذه المادة على حقوق الزينة الموجودة عند صدور هذا القانون

حددت هذه المادة موضوع الشرح، مدة حق الزينة في مدة أقصاها أربعون سنة، بحيث يجب على كل من الطرفين أن لا يتجاوزها ويجب التنصيص على هذه المدة في

العقد، من ضمن بنوده، وشروطه، ليكون الطرفان على علم وبينه من المدة التي يفرضها القانون، لهما، عند عقد حق الزينة، واحترامه من حيث إنشاء حق الزينة وانتهائه.

وإذا نص العقد المبرم بين الطرفين على مدة أطول أي تفوق أربعين سنة، وعدم احترام هذه المدة المحدد أقصاها بنص المادة موضوع الشرح، أو سكت العقد عن تحديد المدة، فتعتبر المدة القانونية هي أربعون سنة فقط.

على أنه لا يطبق الحكم الذي نصت عليه هذه المادة موضوع الشرح، ولا يسري على حقوق الزينة التي كانت موجودة وقائمة حين صدور مدونة الحقوق العينية، بل تسري على هذه الحقوق التي أنشئت قبل صدور مدونة الحقوق العينية الأحكام التي كانت جارية قبل تدوين هذا القانون، ووفق الفقه الإسلامي والأعراف المحلية المغربية.

وفي هذه الحالة، لا يجوز لمالك حق الزينة، أن ينشيء بناء جديداً فوق الأرض موضوع حق الزينة، نتيجة تلاشي هذا البناء وهلاكه وتلفه بسبب قدمه أو نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة، خارجة عن إرادته، كزلزال أو حريق أو بفعل الإنسان، إلا بإذن مالك الرقبة وموافقته. حينئذ يمكن لصاحب حق الزينة، أن يقيم البناء من جديد فوق ما تلاشى منه لقدمه أو بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة.

هذا، ويحق لصاحب الحق في الزينة من ممارسة الدعاوى الحيازية والاستحقاقية الخاصة بالحق العيني المتمثل في الحق في الزينة من غير أن يجبر على إثبات أصل الملك⁽¹⁾.

المادة 135

«ينقضي حق الزينة :

- بانتهاؤه مدته ؛
- بالتنازل عنه صراحة ؛
- باجتماع صفتي صاحب حق الزينة ومالك الرقبة في شخص واحد ؛
- بهلاك البناء هلاكاً كلياً».

(1) قرار محكمة النقض عدد 1886، المؤرخ في 2007/05/30، ملف مدني عدد 2006/3/1/3003، غير منشور.

الشرح :

أسباب انقضاء حق الزينة

مر معنا أننا عرفنا أنه يجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة، فإذا نص العقد على مدة أطول أو سكت عن تحديد المدة فإن المدة المعتبرة هي أربعون سنة.

وحق الزينة ينقضي بأحد الأسباب التالية :

أولاً : إنتهاء مدته : ينقضي حق الزينة بانتهاء أجله، ذلك أن حق الزينة يمكن إنشاؤه لمدة لا تتجاوز أربعين سنة كما نصت على ذلك مدونة الحقوق العينية، في المادة السابقة، فإذا حلت المدة المحددة والمعينة بالعقد انقضى هذا الحق وانتهى وترتب على صاحبه أن يعيد الشيء إلى صاحب الرقبة، عند وجود اتفاق يحدد مصير البناء، وعند عدم الاتفاق، يطبق وعلى الجزء الباقي منه لحسن نية في ملك الغير.

ثانياً : ينقضي حق الزينة بالتنازل عنه صراحة : ينقضي حق الزينة بتنازل صاحبه عنه لمالك الرقبة، صراحة بالكتابة وبما يثبت هذه الصراحة بدون غموض ولا إبهام، لينتج هذا التنازل أثره القانوني، تجاه مالك الرقبة.

ثالثاً : ينقضي حق الزينة باجتماع صفتي صاحب حق الزينة ومالك الرقبة في شخص واحد : ينتهي حق الزينة باتحاد الحقوق وباجتماع صفتي صاحب حق الزينة، ومالك الرقبة، أي بجمع صفتي حق صاحب الزينة ومالك الرقبة في شخص واحد، كأن يتوفى مالك الرقبة وليس له وارث سوى صاحب حق الزينة، أو باع صاحب الزينة حقه هذا لمالك الرقبة أو وهبه له أو وصى له به، أو كان هذا المالك للرقبة وارثاً لمالك حق الزينة. ففي هذه الحالة يتوحد حق الزينة وحق الرقبة ويجتمعان في شخص واحد، فيزول حق الزينة ويصبح من انتقل إليه هذا بسبب من الأسباب المذكورة مالكاً واحداً، لاجتماع صفتي صاحب حق الزينة ومالك الرقبة في شخص واحد.

رابعاً : انقضاء حق الزينة بهلاك البناء هلاكاً كلياً : بحيث إن حق الزينة الوارد على البناء الذي شيد فوق أرض الغير (كدار أو منشأ) وتعرض إلى خراب وهلاك كلياً نتيجة لقدمه أو لحادث فجائي أو لقوة قاهرة، كزلزال أو حريق أو بفعل الإنسان، فإن حق الزينة ينقضي وينتهي حينئذ.

وإن لم يصب الخراب والهلاك إلا جزءاً من البناء، فإن حق الزينة يستمر على الجزء الباقي منه.

المادة 136

«لدائني صاحب حق الزينة طلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم».

الشرح :

الطعن في التنازل المقدم

من صاحب حق الزينة إضراراً بدائنيه

سبقت الإشارة إلى أن من الأسباب التي ينقضي بها حق الزينة، أن يتنازل صاحب هذا الحق عنه لمالك الرقبة.

وفي هذه المادة موضوع الشرح، اشترط المشرع لصحة هذا التنازل المقدم من لدن صاحب حق الزينة لمالك الرقبة سواء بعوض أو بدونه، إزاء دائني صاحب التنازل أن لا يكون قد وقع إضراراً بهم، وإلا فمن حق الدائنين الطعن في التنازل وإبطاله. أي يمكن للدائنين أن يطالبوا بإبطال هذا التنازل، ويحكم بذلك إذا أثبتوا أن هذا التنازل أضر بمصلحتهم، لأنه قلل من الأموال التي كان يمكنهم أن يستوفوا منها دينهم. وفي ذلك يقول الفصل 70 من ظهير 19 رجب : (يمكن لدائني المنتفع الحصول على إبطال التنازل الذي يكون قد وقع إضرار بهم). وأيدت ذلك المادة موضوع الشرح.

ودعوى الإبطال هذه يطلق عليها في القانون المقارن اسم «الدعوى البوليانية» وهي دعوى يمنحها المشرع إلى الدائنين بغية إبطال تصرفات المدين التي أجراها إضراراً بمصلحتهم.

وبالرغم من أنه لا يوجد في قانون الالتزامات والعقود المغربي نص عام على الدعوى البوليانية هذه، فقد أجاز ظهير 19 رجب لدائني المنتفع استعمال الدعوى المذكورة والاستفادة منها في حالة تضررهم من تنازل المنتفع عن انتفاعه⁽¹⁾.

المادة 137

«إذا انقضى حق الزينة ولم يكن هناك اتفاق يحدد مصير البناء، تطبق أحكام الباني بحسن نية في ملك الغير».

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 563.

الشرح :

تطبيق أحكام الباني بحسن نية، إذا لم يوجد اتفاق

يحدد مصير البناء عند انتهاء حق الزينة

مر معنا أعلاه، أن حق الزينة ينشأ بالعقد، يجب أن يبين هذا العقد المنشئ لحق الزينة نوع البناء ومواصفاته وأبعاده، كما يحدد العقد حقوق والتزامات صاحب هذا الحق، وهو ملزم للطرفين، ويجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة. فإذا نص العقد على مدة أطول أو سكت عن تحديد المدة فإن المدة المعتبرة هي أربعون سنة.

وفي هذه المادة موضوع الشرح، أوضح المشرع، أنه عند انتهاء حق الزينة، ولم يكن هناك نص في العقد، أو اتفاق بين الطرفين، يحدد مآل البناء الذي شيده صاحب حق الزينة فوق أرض الغير، بمقتضى العقد الموثق فإنه يلجأ إلى تطبيق أحكام الباني بحسن نية في ملك الغير.

وبناء على هذا، فإن الباني في حق الزينة الذي شيد البناء فوق أرض الغير، وبمواد يملكها هو، بمقتضى عقد الزينة، يتصف بأنه حسن النية، لأنه لم يشيد البناء إلا بمقتضى عقد حق الزينة، إلا أنه أغفل عن ذكر مصير البناء في العقد أو في اتفاق بينه وبين مالك الرقبة، في أن هذا البناء عند انقضاء حق الزينة، ففي هذه الحالة، يتعين على صاحب الأرض أن يؤدي للباني القيمة التي يساوي ذلك البناء مع أجور العمال.

الباب العاشر

حق الهواء والتعلية

سبقت الإشارة إلى أن حق الملكية الواقع على أرض يمتد إلى ما فوقها وهو الذي نسميه بالهواء والتعلية، ولما تحتها وهو الذي نسميه بالعمق، والذي يهمنا في هذا الباب، ما يتعلق بحق الهواء والتعلية. بحيث نستطيع القول بأن مالك العقار، محفظاً أو غير محفظ، الحق في الاستفادة من هوائه وتعليته وفي التصرف بهما، كما له أن يمنعه غيره من التجاوز على هواء أرضه مع مراعاة بعض الاستثناءات المقررة في سبيل المصلحة العامة، وهذا يعني أنه يحق لصاحب العقار أن ينشيء على عقاره ما شاء من الأبنية، وأن يتصرف في الفضاء والهواء الذي فوق عقاره، بكل أنواع التصرفات، إلا بعض الاستثناءات المتعلقة بالمصلحة العامة المقررة في القوانين والأنظمة، كما يحق له أن يمنع كل من يتدخل في حقه هذا، أما بمنعه من التصرف في هوائه، أو باستعماله بغير إرادة ماله.

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي، لم يتطرق بالتفصيل لحق الهواء - على الأقل - قبل صدور مدونة الحقوق العينية إلا في حالات خاصة، كما هو الشأن بالنسبة للفصل 483 من ق.ل.ع في الباب المتعلق بالبيع عندما نص على أنه : «يقع صحيحاً بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلاً، ويسوغ للمشتري أن يبني فيه، بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده. لكن لا يسوغ للمشتري أن يبيع الهواء يعلوه بغير رضى البائع الأصلي».

وستتطرق إلى تعريف حق الهواء والتعلية وأحكامه، في المواد المدرجة في هذا الباب، والآتي شرحها فيما يلي :

المادة 138

«حق الهواء والتعلية حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائماً فعلاً يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة».

الشرح :

تعريف حق الهواء والتعلية

أوضحت هذه المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية، أن تعريف حق الهواء والتعلية هو الحق العيني، المقرر لشخص في الاستفادة من تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائماً فعلاً يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

فحق الهواء والتعلية بهذا المعنى هو حق عيني يتقرر لفائدة شخص من أجل الاستفادة بجزء محدد من الفضاء الطليق أو العلو المرتفع فوق بناء قائم فيستطيع بمقتضى ذلك أن يشيد بناءً له فوق البناء القائم فعلاً. ولكن رغم أن لصاحب العقار الحق في أن يتصرف في هوائه عن طريق تفويته لمن يستغله بالبناء فيه إما بصفة دائمة أو مؤقتة، فإنه يشترط أن يقع الاتفاق بين مالك الأرض ومن ملك الهواء على قدر الهواء الذي وقع عليه العقد، وطريقة الانتفاع به من طرف مالكة. ونوع ما يبنه فيه ومقداره، كما يتعين أن يكون بناء المالك للأرض موصوفاً - إن لم يكن موجوداً حين العقد على الهواء - وذلك نظراً إلى أن صاحب البناء الأسفل يريد أن يكون البناء الذي سيقميه مالك الهواء خفيفاً، بينما يريد صاحب الهواء أن يكون البناء الأسفل متيناً يتحمل ما فوقه.

وإذا تهدم البناء الأسفل فيلزم مالكة بإعادة بنائه ليتأتى لمالك الهواء أن يستغل هواءه. كما أنه يتعين على مالك الهواء أن لا يبني أكثر من القدر المتفق عليه، حين العقد كي لا يضر بالأسفل، كما يتعين عليه أن لا يتجاوز الحدود المقررة في بنود العقد، والقوانين والأنظمة.

ويحق لصاحب العقار أن يمنع غيره من استعمال هوائه بدون إذنه ولو لم يكن عليه ضرر في ذلك.

لكن حق المالك في هواء عقاره لا يمتد إلى ما لا نهاية له، وإنما ينتهي عند الحد الذي يفيد في التمتع بملكه. كما أن حقه هذا ترد عليه قيود تقتضيها مصلحة شخص معين، أو تفرضها المصلحة العامة⁽¹⁾. كما أن صاحب حق الهواء لا يشيد بناءه إلا وفق العقد، وضمن الحدود التي تسمح بها القوانين والأنظمة الجاري بها العمل في مجال البناء والتعمير. وحق الهواء والتعلية كثير الشيوخ في الأحياء القديمة في المدن، لذلك هو يقع أكثر ما يقع على أملاك خاصة.

هذا، ويتعين على صاحب الحق عند المنازعة ضرورة إثباته على أساس أن مالك العقار لئن كان يملك ما فوقه وما تحته، فإن من يدعي الاستئثار يجب عليه إقامة البينة التي تفيد ذلك⁽²⁾.

المادة 139

«ينشأ حق الهواء والتعلية بالعقد.

يجب أن يبين هذا العقد نوع البناء المراد إقامته ومواصفاته وأبعاده.

لا يمكن ترتيب حق الهواء والتعلية على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء».

الشرح :

العقد المنشئ لحق الهواء والتعلية، لابد فيه من بيان

نوع البناء ومواصفاته وأبعاده، وعدم ترتيب هذا الحق

على حقوق مشاعة إلا بموافقة جميع الشركاء

تقتضي هذه المادة موضوع الكلام، على إنشاء حق الهواء والتعلية، والتخصيص في العقد على بيان نوع البناء ومواصفاته وأبعاده، وعلى ترتيب هذا الحق على حقوق مشاعة.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 58 - 69.

(2) قرار المجلس الأعلى، عدد 236، مؤرخ في 2003/05/28، ملف عقاري عدد 2002/1/02/29، أورده د. عمر أزوكار، الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، ص 94.

أ - إنشاء حق الهواء والتعلية : أوضحت المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية، أن حق الهواء والتعلية ينشأ بالعقد، وهو الوسيلة العادية لإنشاء حق الهواء والتعلية، حيث إن مالك هذا الحق يباح له بمقتضاه أن يبني جزءاً معيناً من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائماً فعلاً يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه وفق ما يقتضيه العقد، وطبقاً لما تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

ب - التنصيص في العقد على نوع البناء والمواصفات والأبعاد : بحيث يتعين حين إبرام العقد بين صاحب الأرض ومالك الهواء والتعلية أن يبيناً في بنود العقد، وينص وجوباً على نوع البناء الذي سيشيده صاحب حق الهواء والتعلية، فوق بناء مالك الأرض، هل شقة أو طبقة، وهل بالحجر والآجور والاسمنت والحديد، أو بغير ذلك، كما يبين العقد مقدار البناء، وذلك من مواد البناء التي يطمئن إليها الطرفان.

ويتعين كذلك أن ينص العقد على مواصفات البناء، والشكل الذي سيتم البناء عليه من بيوت ومرافق وأركان، ونوافذ، ودروج، وسطح وغير ذلك من البنية التحتية والفوقية.

كما يجب أن يبين العقد في بنوده، أبعاد البناء، بحيث ينص على مساحته وأركانه والهواء الذي يعلو ويستغله، وينتفع منه، فلا يجوز له أن يقيم البناء في الهواء على إطلاقه بل يلتزم بالحد الذي حدده العقد في بنوده، مع مراعاة ما تسمح به القوانين والضوابط والأنظمة.

ج - عدم ترتيب حق الهواء والتعلية على حقوق مشاعة إلا بموافقة جميع الشركاء : ذلك أن صاحب حق الهواء والتعلية لا يمكن له أن يرتب حقه هذا الذي شيده فوق بناء مالك الأرض على حقوق مشاعة ومشتركة بين صاحب البناء، وبين شركائه له في هذا البناء، إلا إذا اتفق جميع الشركاء على ترتيب حق الهواء والتعلية، على بنائهم المشترك، وإلا لا يمكنه إقرار هذا الحق على الحقوق المشتركة والمشاعة، وبعبارة أخرى، إذا كان البناء والعقار المقرر عليه حق الهواء والتعلية، مشتركاً بين شخصين فأكثر، فلا يجوز لصاحب هذا الحق، أن يقرر بأي حق على هذه الحقوق المشاعة بين الشركاء، إلا بموافقة جميع هؤلاء الشركاء.

هذا، وإذا انصب حق الهواء والتعلية على عقار محفظ فإنه بالتالي يخضع للتقييد في الرسم العقاري، وقد يستخرج له رسم خاص به.

«يجوز لصاحب حق الهواء والتعلية أن يفوته أو يرهنه أو يرتب له أو عليه حقوق ارتفاق بما لا يتعارض مع طبيعته.

ينتقل حق الهواء والتعلية بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية».

الشرح :

حقوق صاحب حق الهواء والتعلية،

وطرق انتقال هذا الحق

عرفنا أن حق الهواء والتعلية، هو الحق العيني المقرر لشخص في الاستفادة من جزء محدد من الفضاء الطليق، أو العلو المرتفع فوق بناء قائم يستطيع بمقتضاه إشادة بناء له فوق البناء القائم فعلاً، وينشأ بالعقد، الذي يحدد نوع البناء ومواصفاته وأبعاده، وبنيته التحتية والفوقانية، وحدوده ومساحته، والمرافق التي يشملها.

وفي المادة موضوع البحث والشرح، أوضح المشرع، أن صاحب حق الهواء والتعلية يتمتع بجميع ما يستحقه ويستفيد منه من ملكية هذا الحق، بحيث يجوز له أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات، فيحق له أن يفوته بعوض أو بغير عوض، أي ببيع أو يهبه أو يتصرف به، أو يوصى به إلى صاحب الأرض المشيد عليها بناؤه، بمقتضى حق الهواء والتعلية، أو إلى غيره. فله الحق في التصرف في ملكه هذا بالبيع والهبة والصدقة والوصية وغير ذلك من طرق التصرف إلى الغير، ولصاحب حق الهواء والتعلية أيضاً أن يرهن حقه هذا، رهناً حيازياً سواء كان البناء محفظاً أو لا، أو رهناً رسمياً إن كان العقار محفظاً، في دين لاحق به ومتبوع بأدائه كي يسدده للدائن فتبرأ ذمته من هذا الدين وتوابعه.

كما أن لصاحب حق الهواء والتعلية أن يرتب على بنائه هذا حقوق ارتفاق ينتفع بناؤه من هذا الارتفاق المقرر له، وكذا له الحق في ترتيب حقوق ارتفاق على بنائه، لينتفع بناء الغير من هذه الحقوق المقررة عليه، كأن يلتزم بأن لا يزيد في بنائه على علو معين حتى لا يمنع عن جاره الشمس والهواء.

لكن حقوق الارتفاق التي يجوز لصاحب حق الهواء والتعلية، يشترط في ذلك أن لا تتعارض هذه الحقوق مع طبيعة البناء المشيد فوق بناء صاحب العقار موضوع حق الهواء والتعلية، فإذا تعارضت حقوق ارتفاق لبناء صاحب حق الهواء والتعلية، أو عليه مع طبيعة بناء مالك العقار، فلا يجوز لصاحب الهواء والتعلية، ترتيبه لبنائه هذا أو عليه حقوق

ارتفاعاً تتعارض مع طبيعة بناء مالك البناء الأسفل أي ترتيبها لفائدة بنائه الذي شيد فوق بناء الغير، أو عليه، أي على بنائه لفائدة صاحب الارتفاع المقرر له، أي على بنائه. كما أوضح المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أن حق الهواء والتعلية، ينتقل بالشفعة أو بالميراث أو بالوصية.

فانتقال حق الهواء والتعلية بالشفعة : يتمثل في كون هذا البناء المشيد فوق بناء الغير، يكون مشاعاً بين شخصين أو أكثر، فيقوم أحد الشركاء ببيع حصته في البناء المشاع، والمشيّد فوق بناء الغير، فللشريك حق القيام بطلب شفعة النصيب الذي باعه الشركاء في سهمه، فيستحق الشفيع الجزء المبيع عن طريق الشفعة، ويصبح مالكاً لنصيبه ونصيب البائع في الشباع.

وينتقل حق الهواء والتعلية أيضاً عن طريق الارث : بحيث عند وفاة صاحب حق الهواء والتعلية، ينتقل هذا الحق إلى ورثته، يتمتعون به ويملكونه ويتصرفون فيه، بأنواع التصرفات، لانتقال هذا الحق بعد وفاة موروثهم إليهم شرعاً.

كما ينتقل حق الهواء والتعلية، بالوصية : فإذا أوصى شخص لشخص آخر بحق الهواء والتعلية، فينتقل هذا الحق، بمجرد وفاة الموصي، إلى الموصى له، فيصبح الموصى له بعد وفاة الموصي مالكاً لهذا الحق، يتصرف فيه بأنواع التصرفات، تصرف المالك في ملكه، وذو المال في ماله.

هذا، ويخول حق الهواء والتعلية صاحبه ممارسة جميع الدعاوى الحيازية والاستحقاقية والتخلي والطرّد في مواجهة من يعمّر هذا العقار من غير موجب قانوني.

المادة 141

«لا يجوز لصاحب حق الهواء والتعلية أن يفوت الهواء العمودي الذي يعلو بناءه بغير رضى مالك السفلى».

الشرح :

عدم جواز تقويت الهواء العمودي لصاحب الهواء
والتعلية بغير رضى مالك البناء الأسفل

مر معنا قريباً أن صاحب حق الهواء والتعلية، يجبر عليه أن يحترم، محتويات العقد والنظام القانوني للبناء، وأن لا يستعمل حقه استعمالاً تعسفياً خارج حدود العقد المبرم بين الطرفين، وكذا القوانين الجاري بها العمل.

وفي هذه المادة موضوع الشرح، نص المشرع فيها على أن صاحب حق الهواء والتعلية، لا يجوز له أن يتجاوز حد الهواء العمودي، والفضاء المحدد لبنائه المشيد فوق بناء مالك البناء المبني عليه بموجب حق الهواء والتعلية، وأن لا يفوت هذا الهواء العمودي الذي يعلو بناءه، إلا برضى وموافقة مالك البناء الأسفل، لأن مالك البناء الأسفل هو الذي يتحكم ويتصرف فيه، فلا يجوز لصاحب البناء الأسفل للبناء الأعلى أن يزيد فيه، ويعلو بناءه هذا الهواء العمودي الذي اتفق عليه الطرفان، والتزم به صاحب حق الهواء والتعلية، إلا برضى صاحب البناء الأسفل، وبإذنه وموافقته، حينئذ يمكن لصاحب حق الهواء والتعلية أن يفوت الهواء العمودي الذي يعلو بناءه الأعلى، برضى مالك البناء الأسفل.

القسم الثاني

الحقوق العينية التبعية

يقصد بالحقوق العينية التبعية، كما سبقت الإشارة إليها، الحقوق التي لا تقوم بنفسها وإنما تستند إلى حقوق أخرى تدعمها، وتستمر باستمرارها. ويطلق على هذه الحقوق أيضاً اسم الضمانات العينية، لأنها وجدت لتضمن الحقوق التي كانت سبباً في إنشائها.

إذن، إلى جانب الحقوق العينية الأصلية التي سبق أن عرفناها، والتي توجد مستقلة لتمكن صاحبها من الحصول على المنفعة التي تقررها، يوجد نوع آخر من الحقوق العينية لا تنشأ مستقلة وإنما تستند في وجودها إلى حق آخر تسمى الحقوق العينية التبعية، وهي حقوق عينية لأنها تحقق لصاحبها سلطة مباشرة على شيء، وهي تبعية تكون تابعة لذلك الحق العيني التابع.

والقاعدة طبقاً للفصل 1241 من ق.ل.ع أن جميع أموال المدين ضمان عام للوفاء بديونه لفائدة دائتيه. وهذا ما يعرف بالضمان العام، ومعنى ذلك أنه يحق لكل دائن حل أجل أداء دينه دون أن يقوم المدين بدفعه مختاراً أن يستوفيه جبراً، وذلك بالتنفيذ على أمواله، ولكن قد يحصل أن يتعرض الدائن بمزاحمة بقية الدائنين الآخرين، أو يتبين أن أموال المدين لا تكفي للوفاء بجميع ديونه، أو غير ذلك.

ومن ثم قد يكون ذلك مدعاة لضياح مصالح الدائن نظراً لقصور قاعدة الضمان العام وبالتالي عدم تمكنه من استرجاع حقوقه كما قلنا.

لذلك، فالدائن اليقظ من بين أصحاب الحقوق الشخصية هو ذلك الذي يسبق غيره في اتخاذ الاحتياطات الضرورية لضمان حقه كاملاً في إعسار مدينه وتجنّب قاعدة قسمة الغرماء بالحصول على تأمين خاص، وهذا التأمين الخاص قد يكون تأميناً شخصياً كال كفالة، أو تأميناً عينياً كالرهن الرسمي.

والتأمينات العينية هي التي تسمى بالحقوق العينية التبعية، وهي تتخذ صفة العينية لأنها سلطة تقرر للدائن على مال معين، بينما تتخذ صفة التبعية لأنها تقرر ضماناً لحق آخر وهو الحق الشخصي، إذ لا يقوم بذاته، وبالتالي إذا انقضى الحق الشخصي بالوفاء أو التقادم، انقضى الحق العيني.

وصنف القسم الثاني من مدونة الحقوق العينية، الحقوق العينية التبعية، في ثلاثة أبواب تكلمت في الباب الأول على الامتيازات وفي الباب الثاني على الرهن الحيازي، المتمثل في أحكام عامة، وفي آثار الرهن الحيازي، وفي انقضاء الرهن الحيازي، وفي الباب الثالث على الرهون الرسمية، المتمثل في أحكام عامة، وإنشاء الرهن الرسمي، وهو الرهن الإجباري والرهن الاتفاقي، ثم آثار الرهن الرسمي، وهو بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة لغير المتعاقدين. ثم الكلام على انقضاء الرهن الرسمي. وسنتناول أحكام هذا القسم المدرجة في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

الباب الأول

الامتيازات

المادة 142

«الامتياز حق عيني تبعي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنين».

الشرح :

التعريف بحق الامتياز وبيان خصائص الامتياز وطبيعته

أولاً : التعريف بحق الامتياز :

عرف الفصل 1243 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، الامتياز بأنه : «حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين» وعرفه الفصل 154 من ظهير 19 رجب بقوله : «إن الامتياز حق عيني تخول بمقتضاه صفة الدين لدائن

الأفضلية على باقي الدائنين حتى ولو كانوا دائنين برهن رسمي» وعرفته مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح بأنه : «حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتتهنين».

وفهم من هذا التعريف المذكور أن الامتياز خوله القانون للدائن بدين معين، يمكنه بمقتضاه أن يستوفي ذلك الدين من جميع منقولات المدين أو مال معين له، مع تمتع هذا الدائن بحق الأولوية على بقية الدائنين ولو كانوا يتمتعون برهن رسمي.

ونمثل للدين الذي يتمتع بحق الامتياز بالدين الناتج من مصاريف الجنازة، حيث أننا سنرى أن من أنفق مبالغ على تجهيز الميت من غسل ودفن، فإن القانون اعتبر هذا الدين ممتازاً. ونص على أن هذا الامتياز يقع على جميع المنقولات التي كانت على ملك ذلك الميت، وبواسطة هذا الامتياز يحق، لذلك الدائن أن يستوفي المبالغ التي صرفها في الجنازة من ثمن المنقولات المذكورة قبل غيره من بقية الدائنين للميت، وحتى الذين كانوا يتمتعون برهن حيازي على بعض تلك المنقولات. كما يحق لهذا الدائن أن يتتبع تلك المنقولات في أي يد كانت ليستوفي منها دينه المشار إليه.

ثانياً : بيان خصائص الامتياز وطبيعته :

ففي ضوء ما ذكر يمكن القول بأن حق الامتياز يتصف بالخصائص التالية :

- (1) هو حق مصدره القانون، (2) هو حق قرره القانون مراعاة منه لصفة الدين أو لسببه، (3) هو حق يقع إما على جميع أموال المدين من منقولات وإما على منقول أو عقار معين، (4) هو حق يولي صاحبه الأولوية على غيره من الدائنين.

وسنتكلم تباعاً في كل من هذه الخصائص فيما يلي :

1 - الامتياز حق مصدره القانون : من القواعد الكلية في القانون المدني أن الامتياز لا يكون إلا بنص قانوني.

ويترتب على كون القانون مصدراً للامتياز نتيجتان :

أولاً : لا يمكن إنشاء الامتياز عن طريق التعاقد، فلو اتفق أشخاص على اعتبار حق ممتازاً، فاتفقهم لا قيمة له إذا كان القانون لم يقض باعتبار هذا الحق من الحقوق الممتازة.

ثانيا : لا يجوز التوسع في تفسير النصوص التي تقرر الامتياز، ذلك أن هذه النصوص بمثابة استثناء من القاعدة العامة القائلة بوجود مساواة الدائنين في الحقوق على أموال مدينهم، والاستثناء يفسر دوماً بصورة ضيقة ولا يقاس عليه، فإذا ما قرر القانون امتيازاً في حالة معينة، لا يسوغ التوسع في تأويل النص وتطبيقه على حالات أخرى لم يذكرها القانون.

2 - الامتياز حق قرره القانون مراعاة منه لصفة الدين أو لسببه : إن المشرع في تقريره الامتياز، لم يأخذ بعين الاعتبار شخص الدائن بل صفة الدين أو سببه، معتبراً أن بعض الديون، بحد ذاتها، تتطلب رعاية خاصة ويقتضي أن تدفع لأصحابها قبل غيرها من الديون. وبهذا يختلف الامتياز عن الرهونات الرسمية الجبرية التي إنما أقرها القانون حماية لبعض الدائنين، كالرهن الجبري المقرر على أموال الأوصياء حفظاً لمصلحة القصر والمحجور عليهم، والرهن الجبري المقرر على عقار الزوج لمصلحة الزوجة.

أما العوامل التي حملت المشرع على اعتبار بعض الديون الممتازة، فهي تختلف باختلاف هذه الديون : فديون الدولة إنما اعتبرت ممتازة نظراً للفائدة التي يجنيها الجميع من تغذية خزينة الدولة، وضمان سير العمال العامة. وبعض الديون جعلت ممتازة لاعتبارات إنسانية كما هو الحال في المبالغ المستحقة للخدم والكتبه والعمال، فهي لازمة لإعاشتهم. ومن الديون ما اعتبر ممتازاً بالنظر للخدمة التي يؤديها الدائن لبقية الدائنين، كالمصروفات القضائية المنفقة في سبيل حفظ أموال المدين، ومنها أخيراً ما اعتبر ممتازاً لوجود رهن ضمني يفترض حصول الدائن عليه، وكون الدين المضمون برهن، مرجحاً على غيره من الديون، كما هو الحال في دين المؤجر أو صاحب الفندق للذين يتمتعان بامتياز على أمتعة المستأجر أو النزيل الموجودة في المأجور أو في الفندق.

3 - الامتياز يرد إما على المنقولات وإما على العقارات : خلافاً للرهن الرسمي الذي لا يرد مبدئياً إلا على العقارات، فإن الامتياز يمكن أن يكون محله المنقول كما يمكن أن يكون محله العقار. ثم إن حقوق الامتياز على المنقولات إما عامة تشمل جميع أموال المدين المنقولة وإما خاصة لا تشمل إلا منقولات أو منقولات معينة.

وعليه فالامتياز حسب التشريع المغربي على ثلاثة أنواع :

أولاً : امتياز عام يرد على جميع ما يملكه المدين من منقول.

ثانياً : امتياز خاص يثقل منقولات أو منقولات معينة دون سائر المنقولات الأخرى العائدة للمدين.

ثالثاً : امتياز خاص يثقل عقاراً أو عقارات معينة دون سائر العقارات الأخرى التي يملكها المدين.

ولكن الامتياز سواء كان عاماً أو خاصاً، يقع إلا على أموال المدين ولا يمتد أثره إلى الأموال الجارية في تصرف أو ملكية الغير.

4 - الامتياز يولي صاحبه حق الأفضلية على غيره من الدائنين : إن الامتياز يمنح صاحبه أفضلية في استيفاء حقه.

وإذا ما أردنا أن نحدد نطاق هذه الأفضلية والأولوية، وجب علينا التمييز بين ثلاث حالات حسبما يحصل تراحم الدين الممتاز مع دين عادي أو مع دين مضمون برهن على منقول أو مع دين مضمون برهن عقاري حيازي أو رسمي.

الحالة الأولى - إذا حصل التراحم بين الدين الممتاز والدين العادي، فالأولوية للدين الممتاز على الإطلاق.

الحالة الثانية - إذا حصل التراحم بين الدين الممتاز والدين المضمون برهن على منقول، فالأولوية لا تكون للمدين الممتاز إلا إذا كان المرتهن سيء النية، أما إذا كان المرتهن حسن النية، فالأولوية هي له، لأن المبادئ العامة تقتضي بأن لا يحتج بحق الامتياز على ملف حاز المنقول بحسن نية.

الحالة الثالثة - أما إذا حصل التراحم بين الدين الممتاز والدين المضمون برهن عقاري رسمي أو حيازي، فالأفضلية والأولوية تكون للدين الممتاز على الإطلاق عملاً بمنطوق الفصل 1244 من قانون الالتزامات والعقود التي تقتضي بأن «الدين الممتاز مقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون عقارية». فالدين المضمون برهن عقاري رسمي أو حيازي، أيأ كان تاريخ قيده في السجل العقاري، يأتي في المرتبة مؤخراً عن الامتياز العقاري الذي أعفاه المشرع من التسجيل (الفصل 156 من ظهير 19 رجب).

وأما بيان طبيعة حق الامتياز : فللمشرع المغربي اعتبار حقوق الامتياز أيأ كان نوعها من قبيل الحقوق العينية، خلافاً للقانون المدني الفرنسي الذي أوضح طبيعة حقوق الامتياز العقارية واعتبرها من قبيل الحقوق العينية، ولكنه لم يعرض لطبيعة حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول، ولم يذكر ما إذا كانت لهذه الحقوق صفة الحق العيني. فإذا هذا الوضع قام خلاف في فرنسا بين

الفقه والقضاء، فاعتبر البعض حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول بمثابة حقوق عينية بينما أنكر البعض الآخر الصفة لهذه الحقوق.

أما مدونة الحقوق العينية، ففي معرض تعريفها الامتياز أوضحت بأنه : «حق عيني» وقانون الالتزامات والعقود، أشار في تعريف الامتياز إلى أنه : «حق أولوية» فيكون الامتياز من نطاق الحقوق الشخصية، وأدخله في عداد الحقوق العينية، لأن هذه الحقوق وحدها تخول صاحبها ميزة الأولوية.

ويترتب على اعتبار حقوق الامتياز من الحقوق العينية النتيجةتان التاليتان :

أولاً : حق الامتياز، كالرهن الرسمي، يولي صاحبه حق التتبع. وعلى هذا فللدائن الممتاز حجز المال المترتب عليه الامتياز في يد أي حائز له واستيفاء الدين ثمنه، ما لم يكن الحائز حسن النية حيث يتعطل حق التتبع.

ثانياً : حق الامتياز كالرهن الرسمي هو حق غير قابل للتجزئة، وعليه فصاحب الدين يمكنه التمسك بامتيازاه على مجموع المال المترتب عليه الامتياز ما بقي جزء من الدين دون وفاء.

ومن الجدير بالذكر، مقارنة بين الامتياز والرهن الرسمي :

ذلك أن الامتياز يشبه الرهن الرسمي من حيث أنه :

- حق عيني يعطي صاحبه حق التتبع وحق الأولوية.

- حق تبعية يتوقف وجوده على قيام حق أصلي، فيبقى ما بقي هذا الحق ويزول بزواله.

- حق غير قابل للتجزئة يجعل المال المترتب عليه الامتياز ضامناً بمجموعة كل جزء من الدين الممتاز.

ولكن الامتياز يختلف عن الرهن الرسمي من عدة وجوه أهمها ما يلي :

- أن مصدر الامتياز القانوني وحده، بينما مصدر الرهن الرسمي يكون إما القانون، وإما الاتفاق.

- أن الامتياز قرره القانون مراعاة منه لصفة الدين بصرف النظر عن شخص الدائن، بينما الرهن الرسمي الذي مصدره القانون (أو الرهن الجبري) إنما قرره المشرع حفظاً لمصلحة نوع خاص من الدائنين، كالزوجة والقصر والمحجور عليهم.

- الامتياز يرد على العقارات وعلى المنقولات، بخلاف الرهن الرسمي فلا يقع مبدئياً إلا على العقار.

- إن الامتيازات العقارية معفاة من القيد في السجل العقاري بينما الرهن الرسمي يخضع دوماً للقيد.

إن رتبة الأولوية في حقوق الامتياز تكون بحسب صفة كل من هذه الحقوق (الفصل 1244 من قانون الالتزامات والعقود) بخلاف الرهن الرسمي حيث رتبة الأولوية تكون دوماً للأسبق في القيد⁽¹⁾.

المادة 143

«تنتج حقوق الامتياز أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون».

الشرح :

حقوق الامتياز على عقار تنتج أثرها
وتحدد رتبته بالقانون

سبقت الإشارة إلى أن من أصناف الحقوق الممتازة، حقوق امتياز خاصة تثقل عقاراً أو عقارات معينة، وحقوق الامتياز العقارية الخاصة هي في الواقع من نوع الرهونات الجبرية التي جعلها المشرع مقدمة على غيرها من الرهونات الجبرية.

لذلك نرى المشرع لا يميز تمييزاً قاطعاً بين الامتياز العقاري، حيث تقرر أفضلية الدين المضمون بمثل هذا الامتياز نظراً لصفة فيه وبين الرهن الجبري حيث تقرر أفضلية الدين المضمون بمثل هذا الرهن نظراً لصفة في شخص الدائن.

وقد أحسن المشرع المغربي فيما ذهب إليه، من حيث اعتبار المبالغ المستحقة لبائع أو متقاسم للعقار، أو المقاولين والمهندسين المعماريين، مضمونة برهن رسمي جبري لا بامتياز عقاري، أن مثل هذه المبالغ أعطت الأفضلية على غيرها نظراً لصفة في شخص أراد القانون حمايته، لا نظراً لصفة في الدين⁽²⁾.

إذن فرتبة حقوق الامتياز الواقعة على عقار، تنتج أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري، وتحدد رتبته بالقانون، كما نصت عليه المادة موضوع البحث.

(1) راجع التشريع العقاري والضمانات، للمرحوم الدكتور مأمون الكزبري، ص 241 إلى 245.

(2) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ج 3، ص 141.

وعليه، فالحق المضمون بامتياز عقاري يستوفى قبل أي حق حتى ولو كان مضموناً برهن عقاري مسجل أصلاً في السجل العقاري، أو لم تقيد حقوق الامتياز أصلاً، فإن حق الامتياز الواقع على عقار هو الذي يقدم على غيره بالرسم العقاري.

والقانون هو الذي يحدد رتبة حقوق الامتياز أي أن الامتياز لا يكون إلا بنص قانوني، فحيث لا يوجد نص، لا يمكن أن يوجد امتياز.

وبعبارة أخرى أنه إذا تراحم حق الامتياز الواقع على عقار مع حق امتياز آخر، فإن حق الامتياز الواقع على عقار هو الذي يقدم على غيره من الديون ولو كانت هذه الديون مضمونة برهن رسمي على ذلك العقار. لأن القانون يصرح بأن الامتياز الواقع على عقار يقدم على كافة الديون الأخرى حتى ولو كانت ممتازة، أي حتى التي تكون هذه الديون مضمونة برهن رسمي، لأن القانون هو الذي يحدد رتبة حقوق الامتياز.

المادة 144

«إن الديون التي لها وحدها امتيازات على عقارات المدين هي :

أولاً : المصاريف القضائية لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه ؛

ثانياً : حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها. ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات».

الشرح :

الامتياز الواقع على عقار معين

حددت مدونة الحقوق العينية، في المادة موضوع الشرح، الديون التي تتمتع بهذا الامتياز، وأوضحت أن الديون التي لها وحدها امتياز على العقارات (1) المصاريف القضائية المنفقة لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه (2) حقوق الخزينة كما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها، ولا يباشر هذا الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات.

وسنلقي نظرة وجيزة على الامتيازات المذكورين في المادة موضوع البحث.

أولاً : المصاريف القضائية التي أنفقت لبيع الملك بالمزاد العلني وتوزيع ثمنه :

إذا بيع عقار المدين من أجل توزيع ثمنه بين دائتيه (وذلك عندما تبين أنه لا توجد لديه منقولات تكفي لسداد ديونه) وأدى أحد الدائتين المصاريف القضائية اللازمة

لذلك البيع بالمزاد العلني، من إشهار، وخبرة لتحديد ثمنه، وغير ذلك، فإن تلك المصاريف التي أنفقت لصالح الدائنين جميعاً تعتبر ديناً ممتازاً بالنسبة لذلك الملك، ويحق للدائن بها أن يستوفيها من الثمن المتحصل عليه من ذلك البيع قبل غيره من الدائنين، ثم يوزع باقي الثمن بين الدائنين حسب رتبته، ولا يحتاج هذا الدائن إلى تسجيل تلك المصاريف بالرسم العقاري، لأن هذا الامتياز لا يحتاج إلى تسجيل.

ثانياً : حقوق الخزينة العامة التي ينص عليها القانون على أنها ممتازة :

نظراً إلى أن ما قلناه سابقاً من أن المصدر الوحيد لحقوق الامتياز هو ما تقررها وتعينها القوانين المتعلقة بها، وهذا ما قررته مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح، كما قررته الفقرة الثانية من الفصل 155 من ظهير 19 رجب، والتي تقيد أن هناك نصوصاً خاصة بتعيين ديون الخزينة التي تتمتع بامتياز على عقار المدين. وهذا يعني أن ديون الدولة على الأفراد، يعني أن ديون الدولة على الأفراد لا تعتبر كلها ممتازة. وإنما يقتصر ذلك على ما نص عليه القانون على أنه ممتاز.

ومن ديون الخزينة التي لها امتياز على أموال المدين لها ما نص عليه الظهير الصادر في 20 جمادى الأولى 1354 الموافق 21 غشت 1935 والمتعلق بجعل ضابط للمتابعات والمطالبات فيما يتعلق بالضرائب المقررة، والأداءات المماثلة لها، ومحصولات ومداخل الأملاك المخزنية، وغيرها من الديون التي يستخلصها القابضون للضرائب والأداءات.

فقد نص الفصل 56 المغير بظهير 1962/15.3 على أن الخزينة تتمتع - طيلة سنتين ابتداء من تاريخ الشروع في استيفاء قائمة الضرائب المنشورة بالجريدة الرسمية - بامتياز يقع على المنقولات «أثاث وأدوات وبضائع» التي يملكها المدين بالضريبة، أو التي توجد في المؤسسات التي تفرض عليها الضرائب. كما أنها تتمتع بامتياز يقع على محصولات وغلل وأكرية ومداخل العقارات من أجل أداء الضرائب التي تفرض على هذه العقارات.

ويخول هذا الامتياز للخزينة حق التقدم على جميع الديون العامة والخاصة، وعلى كل الرهونات والامتيازات الأخرى، ما عدا بعض الديون التي منها :

1 - الامتيازات الثلاثة الأولى المنصوص عليها في الفصل 1248 من ق.ل.ع وهي : مصروفات الجنازة، والديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت أو الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها، ثم المصروفات القضائية.

2 - الامتيازات المخول للأجراء بمقتضى الفقرة الرابعة من الفصل المذكور في جزء الأجر غير القابل للحجز حالة إفلاس المشغل أو التصفية القضائية لأمواله.

كما ينص الفصل 57 على أن الخزينة تتمتع بامتياز آخر يقع على الأثاث وغيره من المنقولات الخاصة بالمدين أينما كانوا. وتأتي مرتبة هذا الامتياز بعد الامتياز المخصص للأجراء والعملة والمستخدمين فيما يرجع لأجرتهم، ويخول هذا الامتياز للخزينة الحق في استخلاص الضرائب والأداءات خلال أجل قدره سنتان ابتداء من تاريخ مباشرة استخلاص قوائم الضرائب، وكذلك ابتداء من تاريخ التبليغ القانوني الموجه للمدين من طرف الدولة.

وينص الفصل 64 على أنه إذا كانت المنقولات التي تقع عليها هذه الامتيازات غير كافية لاستخلاص ديون الخزينة المشار إليها، وتبين أنه يلزم إجراء البيع الجبري لعقار المدين لسداد هذه الديون، فإن هذا البيع يباشر من طرف أعوان التنفيذ بالمحكمة، حسب الاجراءات المنصوص عليها في المسطرة المدنية.

كما ينص الفصل 59 على أن هذه الامتيازات لا تضر بتاتاً بالحقوق التي يجوز للخزينة أن تباشرها مع بقية الدائنين على ممتلكات المدينين، أي تحاوص بقية الدائنين فيما يستخلص من أموال المدينين بمناسبة تصفية هذه الديون.

ويتبين من هذا أن حق الامتياز الذي للخزينة العامة على أموال المدين يقع على محصولات وغلل وأكرية ومداخل العقارات التي تفرض عليها تلك الضريبة، ولا يقع على تلك العقارات نفسها وهذا يعني أن عقار المدين بالضريبة لا يقع عليه هذا الامتياز، ولهذا لا يجوز للخزينة أن تدعي أن لها الحق في أن تتقدم على بقية الدائنين في استخلاص ديونها من ثمن عقار المدين، لأنه لا يوجد نص قانوني يصرح بأن ديون الخزينة لها امتياز على عقار المدين بالضريبة. وينبغي على هذا أنه إذا بيع عقار المدين بالضريبة وبغيرها، فإن الدائنين الذين لهم رهن حيازي أو رسمي أو الذين تتمتع ديونهم بحق امتياز يقدمون على الخزينة العامة لأنها تعتبر دائنة بدين عادي مثلها في ذلك مثل الدائنين العاديين⁽¹⁾.

والجدير بالذكر، أن حقوق الخزينة، التي يعينها القانون ويفرضها، لا يباشر الامتياز على العقارات إلا عند عدم وجود منقولات، بحيث لا يجوز للخزينة العامة، أن تمارس هذا الامتياز وأن تتمتع إلا وفق القانون، وعند عدم وجود منقولات، وأما إذا لم ينص القانون

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 504.

على الامتياز، ووجود منقولات لتنفيذ الامتياز، فلا يجوز لها أن تتمتع بالامتياز على عقارات المدين. وهو المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح.

هذا، وإذا حصل نزاع على رتبة الامتياز أثناء النظر بدعوى ما لدى محاكم الموضوع، فإنه يعود لهذه المحاكم الفصل في النزاع. أما تعيين رتبة الامتياز عند تقسيم المبالغ المحصلة من بيع أموال المدين إثر إجراءات تنفيذية، فإنه يدخل في اختصاص المرجع القضائي الذي تتابع أمامه هذه الإجراءات. وإذا فصل هذا المرجع في الموضوع، واكتسب قراره الدرجة القطعية، فإنه لا يجوز عرض الأمر محمداً أمام القضاء بدعوى أصلية.

وأخيراً، بالنسبة لانقضاء حق الامتياز، وإن لم يعرض المشرع المغربي لانقضائه بنص خاص، فلا يدلنا من الرجوع إلى الأحكام العامة، فإذا ما رجعنا إلى هذه الأحكام، وجب علينا القول بأن الامتياز : إما أن ينقضي بصورة أصلية أي بصورة مستقلة عن الدين المضمون الذي يبقى قائماً. وإما أن ينقضي بصورة تبعية أي تبعاً لانقضاء الدين المضمون بالامتياز.

أما أسباب الانقضاء سواء كانت أصلية أو تبعية في حق الامتيازات العقارية فهي أسباب انقضاء الرهن الرسمي.

وفي حق الامتيازات الواقعة على منقول أسباب انقضاء رهن المنقول.

الباب الثاني الرهن الحيازي

نظراً إلى أن للرهن أهمية كبرى في الحياة العملية سواء كان رهناً حيازياً أو رسمياً كما سنرى، فإنني سأبسط أحكام كل منهما على حدة، كما فعل المشرع، في القانون الوضعي، وفي مدونة الحقوق العينية.

ونظراً لما عرفنا أن المال إما أن يكون منقولاً أو عقاراً، كما أن العقار إما أن يكون غير محفظ أو محفظاً، فإن هذا يعني أن الشيء المرهون قد يكون منقولاً، وقد يكون عقاراً غير محفظ، كما يمكن أن يكون عبارة عن عقار محفظ.

وعملاً بذلك، فإن الرهن الحيازي، إما أن يقع على منقول وإما أن يقع على عقار. ورهن المنقول يخضع لأحكام الرهن الحيازي الوارد عليها النص في الفصول 1171 إلى 1240 من قانون الالتزامات والعقود. أما الرهن العقاري فيخضع للأحكام العامة

الواردة في الفصول 1170 إلى 1183 من القانون المذكور، كما يخضع إلى أحكام الفصول 100 إلى 107 من ظهير 19 رجب إذا كان واقعاً على عقار محفظ.

وبعد تطبيق أحكام مدونة الحقوق العينية، يخضع الرهن الحيازي من حيث تنظيمه كأصل للقانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والتي أفردت له عدة أحكام في المادة 145 إلى 164 منها، وهو يرد على المنقول كما يرد على العقار، وإذا ورد على عقار محفظ، فإنه يتعين الرجوع لأحكام الرهن الرسمي في هذا الصدد، وذلك بدءاً من المادة 165 وما بعدها.

وستعرض إلى تعريف الرهن الحيازي وأحكامه في هذا الباب، الذي تعرض فيه المشرع إلى أحكام عامة، ثم أثار الرهن الحيازي، وستتناول بالشرح، المواد المدرجة في هذا الباب، على التوالي فيما يلي :

الفصل الأول

أحكام عامة

تعرضت مدونة الحقوق العينية في هذا الفصل إلى تعريف الرهن الحيازي وخصائصه وشروطه، وتوثيقه، وبيان دفع الملك المرهون، ومبلغ الدين ومدته، وصدر المرهون من ماله، وتحت تصرفه، والرهن المشاع، وأحكام ذلك، كما يتبين في المواد الآتي شرحها :

المادة 145

«الرهن الحيازي حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.

تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ».

الشرح :

تعريف الرهن الحيازي

تعريف الرهن الحيازي : عرفت مدونة الحقوق العينية في الفقرة الأولى من المادة موضوع الشرح، الرهن الحيازي بأنه «حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله

المعني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين....» وهو نفس التعريف الوارد في الفصل 1170 من قانون الالتزامات والعقود.

وعرف الدكتور محمد ابن معجوز الرهن بأنه «عقد بين الدائن والمدين يتفقان فيه على أن يخصص المدين أو من يعمل لمصلحتهما شيئاً مالياً معيناً يضمن للدائن دينه، وليكون له الحق قبل غيره من الدائنين - في استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء إذا لم يوف بالدين عند حلوله».

ثم إذا وضع الاتفاق على أن يحوز الدائن أو من يعمل لمصلحته ذلك الشيء المرهون، فإننا نكون بصدد الرهن الحيازي، وإذا وقع الاتفاق على أن يكتفي بتسجيل عقد الرهن في السجل الخاص بالشيء المرهون، فإننا نكون بصدد الرهن الرسمي.

وهكذا، يمكننا أن نعرف الرهن الحيازي بأنه عقد بضع بمقتضاه المدين أو من يعمل لمصلحته مالا معيناً تحت حيازة الدائن أو نائبه ضماناً لدينه.

وعرف الدكتور المرحوم مأمون الكزبري⁽¹⁾ رهن المنقول هو حق عيني يقع على منقول يضمه مالكة في حيازة الدائن أو حيازة من اتفق عليه العاقدان ضماناً للالتزام عليه أو على غيره، ويخول الدائن حق حبس المنقول حتى وفاء الالتزام بتمامه، وفي حالة عدم الوفاء، حق بيعه واستيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين، وأضاف قائلاً : ان رهن المنقول له عملياً من الأهمية غير ما للرهن العقاري.

ذلك، أن مالك العقار غير مجبر على اللجوء إلى الرهن الحيازي، بل يمكنه ولوج طريق الرهن الرسمي لتدارك المبالغ التي هو بحاجة إليها، أما مالك المنقول فليس أمامه سوى الرهن الحيازي دون الرهن الرسمي الذي لا يجوز إلا على العقارات⁽²⁾.

ويتبين من تعريف المشرع للرهن الحيازي، الوارد في المادة موضوع الشرح وقبلها الوارد في الفصل 1170، أنه جعل فرقاً بين الرهن الحيازي والرهن الرسمي في الحيازة، وأنها النزاع في الرهن الحيازي، وفي الحبس، وأنه يبقى لحين استيفاء المرتهن رهن حيازة دينه، وفي أن الشيء المرهون يصح أن يكون في رهن الحيازة منقولاً أو عقاراً، وفيما عدا ذلك، من حيث التقدم والتتبع، حكم الرهن الحيازي هو حكم الرهن الرسمي.

(1) الدكتور مأمون الكزبري، مرجع سابق. ص 445.

(2) على أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع أجاز استثناء الرهن الرسمي على السفن البحرية والنهرية، والطائرات والركبات الهوائية.

إلا أن أحكام الرهن الرسمي تسري على الرهن الحيازي إذا كان الرهن يتعلق بعقار محفظ، وذلك لأن الرهن الحيازي كما يقع على منقول، يقع على عقار. إلا أن الرهن الرسمي إذا وقع على ملك محفظ، فتطبق عليه أحكام خاصة، وتسري هذه الأحكام على الرهن الحيازي، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة موضوع البحث والشرح بقولها : «تسري على الرهن الحيازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محفظ».

المادة 146

«إن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم تجزئة الدين بين ورثة المدين أو الدائن. لا يجوز لورثة المدين الذي يؤدي واجبه من الدين أن يطالب باسترداد نصيب في الملك محل الرهن الحيازي ما لا يجوز لورثة المدين الذي يؤدي واجبه من الدين أن يطالب باسترداد نصيبه في الملك محل الرهن الحيازي مادام لم يقع وفاء الدين كاملاً.

كما لا يجوز لأحد ورثة الدائن الذي يتوصل بنصيبه من الدين أن يتخلى عن الملك موضوع الرهن الحيازي إضراراً ببقية الورثة الذين لم يستوفوا حصصهم من الدين».

الشرح :

خصائص الرهن الحيازي

يتميز الرهن الحيازي بخصائص، يمكن استخلاصها من تعريف الرهن الحيازي، المنصوص عليه في مدونة الحقوق العينية، ومن نصوص قانون الالتزامات والعقود، وكذا من ظهير 19 رجب، وهذه الخصائص هي التالية :

- 1 - هو حق عيني.
- 2 - هو حق تابع.
- 3 - هو حق غير قابل للتجزئة.

الأول : رهن المنقول حق عيني : الرهن الحيازي هو حق عيني يولي الدائن حق التتبع وحق الأولوية.

1) هو حق التتبع، بمعنى أن للدائن، بالإضافة إلى حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه، إذا نزعته يده عن المرهون برغم إرادته، أن يطالب به ويسترجعه

من يد أي حائز له، على أن يمارس دعوى الاسترداد خلال ثلاثين يوماً من عمله بخروج المرهون من حيازته (الفصل 297 من ق.ل.ع) المعطوف عليه 1232 من نفس القانون).

(2) وهو يولي حق الأولوية، بمعنى أن للدائن المرتهن، إذا ما بيعت الرهون، أن يستوفي دينه من ثمن المبيع بالأفضلية على سائر الغرماء (الفصل 117 والفصل 1184 من ق.ل.ع).

الثاني : وهو حق تابع : أن الرهن الحيازي حق تابع يتطلب وجود التزام أصلي يرتكز عليه ويكون ضماناً للوفاء به، ويترتب على ذلك أن الرهن يتبع الالتزام المضمون صحة وبطلاناً، ويتصف بأوصافه، كما وينقضي بانقضائه (الفصل 1233 من ق.ل.ع) فإذا ما كان الالتزام الأصلي باطلاً، أو كان يشوبه عيوب الرضى يجعله قابلاً للإبطال، كان الرهن كذلك باطلاً أو عرضه للإبطال، وإذا ما كان الالتزام الأصلي تجارياً، أو كان التزاماً مربوطاً بأجل أو معلقاً على شرط، كان الرهن أيضاً تجارياً أو خاضعاً للأجل أو للشرط المقترن به الالتزام الأصلي، وإذا ما إنقضى الالتزام بالوفاء أو بما يعادل الوفاء (كالوفاء بمقابل المقاصة). انقضى الرهن كذلك وزال تبعاً لانقضاء الالتزام الأصلي وزواله⁽¹⁾.

وفي أكثر الأحوال، يضمن الرهن الحيازي قرضاً كالتزام أصلي، ولكن قد يعقد الرهن الحيازي لضمان التزامات ناشئة عن بيع أو إجازة أو شركة أو أي عقد آخر⁽²⁾.

الثالث : الرهن الحيازي حق غير قابل للتجزئة : إن الرهن الحيازي موضوع المادة 146 من مدونة الحقوق العينية، هو حق لا يتجزأ، ومعنى ذلك أن كل جزء من الدين مضمون بالمنقول أو المنقولات المرهونات بكاملها، وأن كل جزء من المنقول أو المنقول المرهونة ضامن لكامل الدين : فإذا أدى المدين أو أحد ورثته، قسماً من الدين مثلاً، لا يسوغ به المطالبة بإعادة جزء من المرهون يوازي مقدار ما دفعه من الدين، بل للمرتهن حق إمساك المرهون حتى استيفاء تمام حقه، لأن الجزء الباقي من الدين مضمون بكامل المرهون.

كما أنه لا يجوز لأحد ورثة الدائن الذي يتوصل بنصيبه من الدين أن يتخلى عن الملك المرهون رهنأً حيازياً، اضراً ببقية الورثة الذين لم يستوفوا حصصهم من الدين.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 189.

(2) الوسيط للسفوري، ج 10، ص 744.

وكذلك إذا هلك بعض المرهون فإن الباقي منه يضمن الدين بمجموعه، لأن كل جزء من المرهون ضامن لكامل الدين. ولقد نص الفصل 1180 من ق.ل.ع على مبدأ عدم جواز تجزئة الرهن عموماً سواء كان محله منقولاً أو عقاراً.

وهذا هو المنصوص عليه كذلك في المادة موضوع الشرح.

والملاحظ أن الفصل 1170 من ق.ل.ع وكذا الفصل 105 من ظهير 19 رجب، لا يشترطان أن يكون الراهن هو المدين بالذات، بل أجازا أن يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين. ومقرر الرهن ضماناً لدين الغير يعرف اصطلاحاً (بالكفيل العيني)، فهو كفيل لأنه ملزم بوفاء دين الغير الذي خصص المرهون لضمانه، ولكن كفالته ليست شخصية بل كفالة عينية، لأنه لا يلزم بسداد هذا الدين إلا من العين المرهونة وحدها، ولا يلزم بشيء من أملاكه الأخرى. فلو كان الدين المضمون بالرهن بمبلغ مثلاً خمسة آلاف درهم، وبيع المرهون الذي قدمه الكفيل العيني بمبلغ أربعة آلاف درهم، فلا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل العيني بباقي الدين، لأن كفالته محدودة بقيمة المرهون⁽¹⁾.

هذا، وعدم تجزئة الرهن الحيازي من طبيعة الرهن، لا من مستلزماته فيجوز الاتفاق على عكس ذلك وعلى أن بعض المرهون يتخلص بوفاء بعض الدين.

المادة 147

«يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة.

يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ وذلك تحت طائلة البطلان».

الشرح :

إبرام عقد الرهن الحيازي

في وثيقة رسمية شرط أساسي لصحته

أوضحت هذه المادة موضوع الشرح، أن الرهن الحيازي، لا يكون صحيحاً، إلا إذا توفرت فيه ثلاثة شروط :

(1) إنشاء عقد الرهن الحيازي في محرر رسمي ؛

(2) أن تحدد الرهن الحيازي في العقد لمدة معينة،

(3) حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ.

(1) انظر كتابنا «الشاي في شرح قانون الالتزامات والعقود»، ج 4 من الكتاب الثاني، ص 141.

الشرط الأول : إنشاء عقد الرهن الحيازي في محرر رسمي :

مر معنا أن الرهن عقد تبادلي، لا ينعقد إلا بتوافق إرادتي طرفيه، وتراضيهما على تخصيص المال المعين لضمان الدين.

ومجرد التراضي غير كاف في العقد عقد الرهن الحيازي، بل أوجب القانون إنشاء العقد عن طريق كتابته ممن له الصفة وصلاحيه التوثيق في تحرير الرسوم الرسمية من العدول أو الموثقين ولئن كان أوجب المشرع تحرير سند رسمي وتحريره من طرف العدول أو الموثقين، فذلك حتى يحول دون تقديم تاريخ الرهن ويمنع على المدين من أن يفاجئ دائنيه برهن يزعم أنه عقده منذ زمن بعيد، مع أنه يكون قد عقده في الواقع وهو على هاوية الاعسار. ولذلك أوجبت المادة موضوع الشرح كتابة عقد الرهن الحيازي وإنشاءه في محرر رسمي وإلا يكون الرهن باطلاً، لا يصح لخلوه من شرط الكتابة وإبرامه في عقد رسمي بين الطرفين.

إن الكتابة لازمة لنفاذ الرهن الحيازي، أيأ كان نوع المرهون سواء كان شيئاً مادياً أم كان ديناً عادياً أم كان حقاً مترتباً على شيء غير مادي، أم كان مترتباً على عقار محفظ أم غير محفظ.

ولئن كان أوجب المشرع أن يتضمن العقد تعيين الأشياء أو الأموال المرهونة، وماهيته، فذلك حتى يحدد المرهون بصورة دقيقة أي يكون بياناً كافياً عن المبلغ الذي يضمه الرهن وقدره وتاريخ حلول أجل أدائه وكيفية هذا الأداء، كما يتعين أن يبين الشيء المرهون بذكر صفته ووزنه وقياسه وكل ما يعين على التعرف عليه بدقة. حتى لا يكون بوسع الراهن استبداله بغيره من قيمة أكبر إضراراً ببقية الدائنين.

الشرط الثاني : وجوب تحديد مدة الرهن الحيازي :

أوجب المشرع في المادة موضوع الشرح، أنه يجب أن ينعقد الرهن الحيازي لمدة معينة ومحددة. بحيث يتعين النص في عقد الرهن الحيازي لمدة معينة ومحددة. بحيث يتعين النص في عقد الرهن الحيازي على أنه يمتد إلى أجل معين ثم ينتهي مفعوله بعدها.

ونظراً إلى أن القانون لم يحدد المدة المذكورة بحد معين فإنه يبقى للطرفين الحق في أن يتفقا على المدة التي يريانها لمصلحتهما، ولكن يجب أن تكون معقولة، بحيث لا تكون طويلة جداً كخمسين سنة أو أكثر.

فإن لم تعين المدة في العقد، أو كانت طويلة جداً بحيث تجاوزت الخمسين سنة، فإن عقد الرهن يكون باطلاً حينئذ.

الشرط الثالث : وجوب معاينة حوز الملك المرهون إذا كان غير محفظ :

الحوز والحيازة والحبس والقبض، ألفاظ مترادفة، وفي الرهن الحيازي يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز العقار المرهون إذا كان غير محفظ، وإلا كان الرهن باطلاً، عند خلو معاينة حوزة من التنصيص عليه في العقد.

وعليه، بالنسبة للرهن الحيازي، سواء وقع على منقول، وبالأخص وقع على عقار غير محفظ، يشترط أن يخرج الملك المرهون من يد الراهن، وأن ينتقل إلى حيازة الدائن المرتهن مع التنصيص في العقد وجوباً على معاينة هذه الحيازة وانتقال الملك غير المحفظ، من يد الراهن إلى حيازة الدائن.

وهذا يعني أن الحوز ومعاينته من طرف محرري العقد العدول أو الموثقين ومن لهم صلاحية التوثيق، والتنصيص على هذا الحوز في العقد، شرط في اختصاص المرتهن بالعقار المرهون.

بحيث إن عقد الرهن يعتبر قائماً وصحيحاً بمجرد تراضي طرفيه عليه، ولكنه لا يرتب أثره، إلا بانتقاله من يد الراهن إلى المرتهن، والتنصيص على معاينة الحيازة في العقد، من يد المرتهن وقبضه في يد الراهن. فالحيازة إذن، تتم للرهن بانتقال الملك غير المحفظ، إلى حيازة المرتهن، ووجوده تحت يده، ونقل التصرف فيه إليه. مما يعني أنه لا بد أن يتخلى الراهن عن الملك غير المحفظ المنصوص على معاينة حيازته، لينتقل التصرف فيه إلى المرتهن، وإلا كان الرهن باطلاً، عند فقدان العقد الشروط المذكورة.

وإنما اشترط القانون أن تنظم هذه الحجة الكتابية بالكيفية المذكورة كي لا يتواطأ المدين مع بعض الدائنين أو مع الغير على تحرير وثائق تفيد أن منقولاتهم كانت مرهونة في تاريخ سابق بغية حرمان بقية الدائنين من استخلاص ديونهم، بواسطة بيع تلك المنقولات.

المادة 148

«يشمل الرهن الحيازي المرهون وملحقاته وكل ما سيحدث فيه من انشاءات وتحسينات بعد العقد أو يضم إليه بالالتصاق».

الشرح :

شمول الرهن الحيازي العقار المرهون
وما يلحقه وما سيحدث فيه بعد العقد

أوضحت هذه المادة من مدونة الحقوق العينية، موضوع الشرح، أنه إذا ما تقرر الرهن الحيازي على عقار مرهون، فإن هذا العقار المرهون يشملته هو، كما يشمل جميع ملحقاته الموجودة فيه، وقت الرهن كالأبنية والمنشآت والأغراس المغروسة، والأشياء المنقولة المتصلة بالعقار عن طريق التخصيص وحقوق الارتفاق المترتبة لمصلحة العقار والملك المرهون على عقارات أخرى.

ولا ينحصر شمول الرهن المقرر على عقار للحلقات الموجودة وقت إنشاء الرهن، بل يشمل الرهن الحيازي الملك المرهون أيضاً جميع الملحقات الطارئة والمحدثّة بعد تقرير الرهن على هذا العقار، فالأبنية والمنشآت والأغراس والتحسينات التي أحدثت على الملك أو ما يضم إلى هذا العقار عن طريق الالتصاق بعد العقد، كل ذلك، يدخل في نطاق ضمان الدائن المرتهن.

المادة 149

«يجب لصحة عقد الرهن الحيازي أن يتضمن ما يلي :
هوية أطراف العقد.

تعيين الملك المرهون ببيان موقعه ومساحته ومشمولاته وعند الاقتضاء حدوده أو رقم رسمه العقاري.

بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه».

الشرح :

وجوب تضمين عقد الرهن الحيازي هوية أطرافه
وتعيين الملك المرهون، ومبلغ الدين المضمون، ومدة أدائه

أوجبت هذه المادة موضوع الشرح، أن يتضمن عقد الرهن الحيازي البيانات الآتية :

أولاً : هوية أطراف العقد : سبقت الإشارة إلى أن عقد الرهن الحيازي، لا بد أن يكون مكتوباً، وسنداً رسمياً محرراً من طرف العدول أو الموثقين، ومن له صلاحية التوثيق، وهذا يعني أن الرهن عقد شكلي لا يكفي في انعقاده مجرد التراضي بل لا بد أن يكون التراضي محرراً في عقد رسمي صادر ممن له صلاحية التوثيق.

وأوجبت هذه المادة موضوع الشرح، تضمين عقد الرهن الحيازي هوية أطرافه الذين يخضعون لعقد الرهن المقرر، وذلك ببيان أسمائهم العائلية والشخصية، وحالتهم المدنية، وتاريخ ولادتهم، وبطاقاتهم الوطنية، وعناوينهم ومحل سكناهم، وغير ذلك من استعمال وتوضيح شخصيتهم ما يتعلق بهويتهم، وتأهيلهم، لعقد الرهن أم بالنيابة القانونية.

ثانيا : تعيين العقار المرهون : وذلك ببيان وذكر موقع هذا العقار ومكانه واسمه إن كان له اسم معروف به، وصفته وما يعين على التعرف عليه بدقة والمساحة التي يحتويها، بالامتياز، وما يشتمل عليه من بناء أو أغراس أو منشآت، أو حقوق ارتفاق، له أو عليه أو منقولات مخصصة لخدمته أو العقار المرهون خال من ذلك، وعند الاقتضاء حدوده المحيطة به، والتي تحدده إن كان عقاراً غير محفوظ، أو بيان رقم رسمه العقاري إن كان عقاراً محفظاً.

ثالثا : بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه : وهذا يعني أنه يجب أن يتضمن عقد الرهن الحيازي، بياناً كافياً عن المبلغ الذي يضمنه الرهن وقدره، وتاريخ حلول أجل أدائه وكيفية هذا الأداء، بحيث يتعين النص في عقد الرهن على أنه يكون لمدة معينة ومحددة، يمتد إلى أجل معين ثم ينتهي مفعوله عند حلول هذا الأجل: فلا يجوز الرهن لضمان دين غير معين ومحدد. وهذا الشرط تقتضيه مصلحة بقية الدائنين، لأنه يتعين أن مبلغ الدين المضمون بالرهن محدداً ليقصر حق المرتهن على ذلك القدر ويتعلق حقهم بالباقي.

هذا، ويمكن أن يتم أداء الدين بالتقسيط، أو كاملاً دفعة واحدة حسب اتفاق الطرفين أو ببيع العقار المرهون رهناً حيازياً إن عجز المدين أو امتنع من تنفيذ أداء الدين للدائن المرتهن.

المادة 150

«يجب أن يكون الراهن مالكا للمرهون وأهلا للتصرف فيه».

الشرح :

وجوب ملكية الراهن للمرهون والتصرف فيه

أوضحت المادة موضوع الشرح، أن إنشاء الرهن الحيازي على منقول أو على عقار محفظ أو غير محفظ يجب أن يكون الراهن مالكا للمرهون، وأهلاً للتصرف فيه.

أولاً : يشترط في الرهن الحيازي، أن يكون الراهن مالكا للمرهون، فإذا ما تقرر الرهن على شيء منقول أو عقار محفظ أو غير محفظ من غير مالكة، كان الرهن باطلاً بالنسبة للمالك.

وذلك نظراً إلى أن عقد الرهن يرتب على الشيء المرهون حقاً عينياً يخول للمرتهن بيع ذلك الشيء ليستوفي من ثمنه دينه فيما إذا لم يؤد المدين في إبانته. فلذلك يتعين أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون ملكية تامة ليتأتى ترتيب هذا الحق.

وبطبيعة الحال لا يمكن رهن العقار المحفظ رهنأً حيازياً إلا من طرف المالك الذي قيد العقار المرهون في الرسم العقاري باسمه، ولا يتصور أن يجري من غير المالك للمرهون. ثانياً : كما يشترط في الرهن الحيازي أن يكون الراهن عند إنشاء عقد الرهن أهلاً للتصرف، تتوفر فيه شروط أهلية الالتزامات والعقود والتصرفات العوضية التي يجوز له أن يمارسه.

ذلك أن الراهن ينقل للدائن المرتهن حقاً عينياً يخوله في حالة عدم إيفاء الدين المطالبة ببيع المرهون، فلا بد إذن أن يكون الراهن متمتعاً بأهلية التصرف في الشيء المرهون الذي يرغب في إنشاء الرهن عليه. وهو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح، وقد أكد المشرع المغربي على هذه الناحية في الفصل 1171 من ق.ل.ع.

وعلى هذا، لا يصح رهن القاصر أو ناقص الأهلية، بل إن إبرام الرهن يقوم به النائب الشرعي بعد الحصول على إذن خاص بذلك من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، لأن ذلك يعتبر عملاً من أعمال التصرف.

فالرهن الحيازي عمل من أعمال التصرف، فيجب أن يكون الراهن أهلاً للتصرف في المال المرهون، وإلا كان الرهن باطلاً.

المادة 151

«يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلاً عينياً يقدم الرهن لمصلحة المدين».

الشرح :

جواز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو يكون كفيلاً عينياً :

أجازت المادة موضوع الشرح، كما أجاز الفصل 1170 من ق.ل.ع. وكذا الفصل 105 من ظهير 19 رجب، أن يكون الراهن هو المدين نفسه، أو يكون كفيلاً عينياً، يقدم الرهن لمصلحة المدين.

بمعنى أن المشرع لا يشترط أن يكون الراهن هو المدين بالذات بل أجاز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو يكون شخصاً آخر غير المدين. ومقرر الرهن ضماناً لدين الغير يعرف اصطلاحاً (بالكفيل العيني) فهو كفيل لأنه ملزم بوفاء دين الغير الذي خصص المرهون لضمانه، ولكن كفالته ليست شخصية بل كفالة عينية، لأنه لا يلزم سداد هذا الدين إلا من العين المرهونة وحدها، ولا يلزم بشيء من أملاكه الأخرى. فلو كان الدين المضمون بالرهن مبلغ مثلاً خمسة آلاف درهم، ويبيع المرهون الذي قدمه الكفيل العيني بمبلغ أربعة آلاف درهم، فلا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل العيني بباقي الدين، لأن كفالته محدودة بقيمة المرهون.

هذا، وإذا كان الراهن كفيلاً عينياً، فيجب كما في المدين الراهن نفسه، أن يكون مالكا للمال المرهون وأهلا للتصرف فيه. ولكن التصرف هنا لا يكون عادة بمقابل، لأن الكفيل العيني لا ينتفع عادة بالرهن الذي يقدمه ضماناً للوفاء بدين في ذمة غيره، فيكون عمله في العادة من أعمال التبرع، ولذلك يجب أن يتوافر في الكفيل العيني أهلية التبرع، لا أهلية التصرف فحسب. ومن ثم يجب أن يكون بالغاً سن الرشد، غير محجور عليه. فإذا كان قاصراً مميزاً أو غير مميز، أو كان محجوراً عليه، ورهن ماله ككفيل عيني كان الرهن باطلاً، لا قابلاً للإبطال، لأنه يقوم بعمل من أعمال التبرع، وهو لا يملكه، وكذلك لا يجوز وهو قاصر أو محجور عليه، أن يرهن وليه (أباً أو أمّاً) أو وصيه أو المقدم عليه ماله رهن حيازة ضماناً لالتزام في ذمة غيره، وإن فعل كان الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولو كان ذلك بإذن القاضي، لأن النائب لا يستطيع التبرع بمال محجوره، ولو بإذن المحكمة.

والملاحظ أن الفصل 1170 من ق.ل.ع وكذا الفصل 105 من ظهير 19 رجب، لا يشترطان أن يكون الراهن هو المدين بالذات، بل أجازا أن يكون الراهن شخصاً آخر غير المدين. ومقرر الرهن ضماناً لدين الغير يعرف اصطلاحاً (بالكفيل العيني) فهو كفيل لأنه ملزم بوفاء دين الغير الذي خصص المرهون لضمانه، ولكن كفالته ليست شخصية بل كفالة عينية، لأنه لا يلزم بسداد هذا الدين إلا من العين المرهونة وحدها، ولا يلزم بشيء من أملاكه الأخرى. فلو كان الدين المضمون بالرهن بمبلغ مثلاً خمسة آلاف درهم، ويبيع المرهون الذي قدمه الكفيل العيني بمبلغ أربعة آلاف درهم، فلا يسوغ للدائن مطالبة الكفيل العيني بباقي الدين، لأن كفالته محدودة بقيمة المرهون.

المادة 152

«لا يجوز للأب أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر أو المحجور عليهم رهنًا حيازياً إلا بإذن من القاضي».

الشرح :

لا يجوز للنائب الشرعي، رهن أموال القاصر
أو المحجور عليهم رهنًا حيازياً إلا بإذن من القاضي المختص

أوضحت المادة موضوع الشرح، أنه لا يصح رهن القاصر أو ناقص الأهلية، بل إن إبرام عقد الرهن الحيازي لا يصح إلا أن يكون الراهن أهلاً للتصرف، كما سبق القول في هذا، تتوفر فيه شروط أهلية الالتزامات والعقود، والتصرفات العوضية التي يجوز له أن يمارسه فيجب أن يكون بالغاً سن الرشد غير ناقص الأهلية، وغير محجور عليه، فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان ناقص الأهلية أو كان محجوراً عليه، جاز لوليّه (أباً أو أمّاً) أو لوصيه أو للمقدم عليه رهن أمواله رهنًا حيازياً، نيابة عنه، لكن لا يجوز للنائب الشرعي إبرام عقد الرهن بالنيابة، إلا بعد الحصول على إذن خاص بذلك، من القاضي المكلف بشؤون القاصرين، وإلا إذا لم يحصل على إذن خاص من القاضي، فلا يجوز له رهن أموال من ينوب عنه، لأن ذلك يعتبر عملاً من أعمال التصرف وهذا هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح، كما نص عليه (الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود).

وبعبارة أخرى، إن فاقد الأهلية لصغر أو جنون لا يحق له أن يبرم عقد رهن على ما يملكه هو، ولكن يمكن للولي على المحجور الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم عليه، أن يعقد رهنًا على مال محجوره نيابة عنه لضمان دين على ذلك المحجور. غير أن هذا الولي يحتاج إلى إذن قاضي المحاجير وشؤون القاصرين، نظراً إلى أن الرهن يعتبر من التصرفات التي لا يحق للولي أن يجريها على محجوره إلا بمراجعة القاضي وموافقته.

المادة 153

«إن الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بأثره على كافة الملك
كيفما كانت نتيجة القسمة.

إذا رهن أحد الشركاء حصته المشاعة فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء
المفرز الذي آل إلى الشريك بعد القسمة، وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك
لتعديل حصته، وذلك إذا صادق الدائن المرتهن على عقد القسمة أو كان طرفاً في
الدعوى المتعلقة بها».

الشرح :

حكم مآل الرهن المبرم على عقار مشاع
من جميع الشركاء أو من أحدهم

تتعلق المادة موضوع الشرح، بحكم مآل الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في عقار مشاع، أو أحد الشركاء في حصته المشاعة.

فإذا عقد الرهن على العقار الشائع من قبل جميع الشركاء على الشيوع، فيحتفظ ويبقى أثر هذا الرهن على العقار بمجموعه كيفما كانت فيما بعد نتيجة القسمة أو البيع بالمزاد العلني.

أما إذا أراد أحد الشركاء في العقار المشاع، بأن يعقد رهناً حيازياً على حصته المشاعة، جاز له ذلك ويحق للدائن المرتهن حينئذ أن ينتقل إلى الجزء المفروض الذي آل إلى الشريك بعد القسمة، وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك نتيجة تعديل حصته هذه، أي يحول هذا الرهن بعد القسمة إلى الحصة التي تقع في نصيبه وإلى المدرك الذي لحق بحصته نتيجة تعديلها. لكن بشرط أن يصادق ويوافق الدائن، المرتهن على عقد القسمة، وأن يقبل العقد ومحتوياته، أو كان الدائن المرتهن طرفاً في الدعوى المتعلقة بهذه القسمة، جارية كانت أمام المحكمة أو انتهت.

المادة 154

«لا يجوز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها استقبالا».

الشرح :

عدم جواز إجراء الرهن على أملاك
يؤول الحصول عليها في المستقبل

قررت هذه المادة موضوع الشرح، أنه لا يجوز إجراء الرهن على الأملاك يؤمل الحصول عليها في المستقبل.

مثال ذلك : أن يعقد الابن رهناً حيازياً على عقار مملوك لأبيه على أن يرث عنه هذا العقار. فمثل هذا الرهن يقع باطلاً ولا يجوز، لأن الابن ليس له على العقار المذكور أي حق في حياة أبيه، وأنه يشترط لصحة الرهن أن يصدر عن مالك العقار المقرر عليه الرهن.

وذلك، لأن عقد الرهن يرتب على الشيء المرهون حقاً عينياً يخول للمرتهن بيع ذلك الشيء ليستوفي من ثمنه دينه فيما إذا لم يؤده المدين في إبانته. فلذلك يتعين أن يكون الراهن مالاً للشيء المرهون ملكية تامة ليتأتى ترتيب هذا الحق.

وبطبيعة الحال لا يمكن رهن العقار المحفوظ، رهنأً حيازياً إلا من طرف المالك الذي قيد العقار المرهون باسمه في الرسم العقاري، ولا يتصور أن يجري من غير المالك للمرهون.

وبناء على ما ذكر، فلا يجوز إبرام عقد الرهن على الأملاك التي يؤمل الحصول عليها في المستقبل.

الفصل الثاني

أثار الرهن الحيازي

حينما ينبرم عقد الرهن الحيازي بوجه قانوني وشرعي، ويكون متوفراً على شروطه المذكورة. ويحوزه المرتهن بالكيفية المقبولة، ويكون ضامناً لدين صحيح، فإنه يرتب آثاراً تتجلى في حقوق كل من الراهن والمرتهن والتزاماتهما.

ونتكلم في هذا الفصل على هذه الآثار : أي حقوق كل من الراهن والمرتهن والتزاماتهما، وذلك في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

المادة 155

«يتمتع الدائن المرتهن رهنأً حيازياً بحق حبس الملك المرهون، وحق بيعه بالمزاد العلني وفقاً للأجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق استرداده من أي يد انتقل إليها».

الشرح :

حقوق الدائن المرتهن في الرهن الحيازي

تتحدث هذه المادة موضوع الشرح، على حقوق الدائن المرتهن في الرهن الحيازي، فنصت على أن للدائن المرتهن في الرهن الحيازي يتمتع بالحقوق التالية :

أ - للدائن المرتهن حبس الملك المرهون : يتمتع الدائن المرتهن، بحق حيازة حق حبس العقار المرهون عن الناس كافة من راهن وغير راهن، حتى يستوفي كل حقه من مصروفات وتعويضات وقوائد ولحقاته أخرى وأصل، ويصبح خالصاً بكل ما يستحقه من ذلك.

ويكون للدائن المرتهن حق الحبس مادام الدين لم يؤد بتمامه سواء كان هذا الدين قابلاً للتجزئة أو لم يكن، وسواء كان الملك المرهون قابلاً للتجزئة والانقسام أو غير قابل له. ذلك لأن الرهن يبقى حتى يوفي الدين كله، لأن الرهن نفسه غير قابل للتجزئة والانقسام، كما مر، فأى شيء يبقى من الدين يكون مضموناً بكل الرهن.

ويلاحظ أن حق الحبس هنا أعطي للدائن المرتهن، لأنه صاحب حق عيني، وهو حق رهن الحيازة. فحق الحبس متفرع عن حق عيني، ومن ثم يكون هو نفسه حقاً عينياً، أو هو من مستلزمات الحق العيني.

والحبس يثبت للدائن المرتهن من وقت أن ينتقل الشيء المرهون إلى حيازته، ويبقى حتى يؤدي له الدين بتمامه كما قدمنا، ولو بقي بعد حلول الدين بمدة طويلة. أما التنفيذ، فلا يثبت للدائن المرتهن إلا عند حلول أجل الدين، ويبقى إلى أن ينقضي الدين.

وهذه الأحكام تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية التي تعرف الرهن بأنه «حبس مال وتوقيفه في مقابلة حق يمكن استيفاؤه منه وتمنح المرتهن، حق حبس المرهون إلى حين فكه».

ب - ويحق للدائن المرتهن أيضاً المطالبة ببيع الملك المرهون بالمزاد العلني : يحق للدائن المرتهن أن يطالب ببيع الملك المرهون بالمزاد العلني، إذا استحق الدين، ولم يقم المدين بإيفائه، أي يقوم الدائن المرتهن بالمطالبة قضائياً ببيع المرهون بالمزاد ليستوفي دينه من ثمن المرهون عند بيعه، كما هو منصوص عليه في المادة موضوع الشرح، وفي الفصل 1184 من ق.ل.ع. بحيث يجوز للدائن المرتهن أن يطالب من القاضي الترخيص له في بيع العقار المرهون بيعاً علنياً، فإذا أذن له في ذلك، باعه بالمزاد العلني، وفقاً للأجراءات المعمول بها في القانون، وطبقاً لما ورد في قانون المسطرة المدنية، وبخاصة الفصل 474 منه، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه.

ويتعين على هذا المرتهن عندما يلجأ إلى القضاء لبيع المرهون أن يثبت أنه دائن، وأنه ما يطلب بيعه مرهون في ذلك الدين وأن المدين لم يؤد ما عليه من الدين كلاً أو بعضاً.

ويتعين أن يقتصر البيع على ما يؤدي من ثمنه الدين موضوع الرهن مع المصاريف واللوازم، بحيث إذا كان المرهون داراً مثلاً وكان ثمن نصفها يكفي لسداد الدين، فيتعين بيع نصفها فقط إن وجد من يشتريه.

ولا يحق للمرتهن أن يطالب ببيع ما يزيد عن الدين، فإن وقع بطل البيع الزائد على البيع⁽¹⁾.

ج - حق الأولوية للمرتهن في استيفاء الدين : يعطي رهن العقار، كذلك للدائن المرتهن حق الأولوية في استيفاء دينه من ثمن المرهون بعد بيعه مقدماً على من عداه من الدائنين الآخرين، كما نصت عليه المادة موضوع الشرح، بقولها : «وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين» وكما نص على ذلك الفصل 1170 من ق.ل.ع. الذي استهل به المشرع المغربي الأحكام العامة المتعلقة بالرهن الحيازي سواء كان محله منقولاً أو عقاراً، نص على أن الرهن الحيازي «يمنح الدائن حق استيفاء دينه من الشيء المرهون بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين» وأكد المشرع هذا الحق فيما يخص الرهن الحيازي، ضمن عرضه الأحكام العامة في هذا الباب، في الفصل 1184 بقوله : «وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر» بمعنى أن للدائن المرتهن إذا ما بيع المرهون، أن يستوفي دينه من ثمن المبيع بالأفضلية والأولوية على سائر الدائنين والغرماء، وحق استيفاء دينه المرهون بالأولوية على غيره من الدائنين، يعتبر أهم النتائج المترتبة عن الرهن، والغاية التي يعقد من أجلها هذا العقد.

د - حق تتبع الملك المرهون واسترداده : إن استمرار حيازة المرتهن للمرهون شرط أساسي لدوام الرهن. فالرهن يبقى ما بقيت الحيازة ويزول بزوالها. إلا أنه إذا خرج المرهون عن حيازة المرتهن بغير اختياره، فله أن يطالب باسترداده كما سبق وأوضحناه.

إذن، إن المرتهن رهنأً حيازياً إذا فقد حيازته للعقار المرهون بسبب اختياري وعاد إلى الراهن، فإنه يفقد حقه الناشئ عن الرهن. لكن إذا فقد حيازته بغير اختياره، كما إذا أكره على التخلي عنه أو غصبه إياه، فيحق له أن يطالب برده إليه بعد زوال المانع.

وعلى ذلك فإن فقد حيازته بسبب غصب وتعد، أو إكراه ومرغم على ذلك، فيتعين عليه أن يطالب برده إليه من أي شخص كان وجده بيده عنده داخل ثلاثين يوماً من

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 471.

يوم الغصب والتعدي، أو ارتفاع الاكراه، (الفصل 279 الذي أحال عليه الفصل 1232 من قانون الالتزامات والعقود).

فإن مضى الأجل المذكور ولم يطالب الدائن المرتهن باسترداده الشيء المرهون، فإن حقه في الرهن يسقط.

المادة 156

«تكون ثمار الملك المرهون لمالكه وعلى الدائن أن يتولى جنيها وله أن يسلمها إلى الراهن أو أن يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأسمال الدين».

الشرح :

حق قبض ثمار الملك المرهون وتكون لمالكها

نصت هذه المادة موضوع الشرح على أنه يحق للمرتهن أن يقبض ثمار الملك المرهون ولو أحقه بحيث إذا كان العقار المرهون يغل ثماراً وكان تحت حيازة المرتهن فمن حقه أن يقبض كل الثمار واللواحق التي ينتجها هذا الملك من محاصيل وفواكه وغلل، وكذا التوابع التي تلحق بالمرهون في الفقرة التي يكون خلالها في يد الدائن، لكن تكون كمالك، وعلى المرتهن أن يتولى جنيها وتحصيلها أثناء مدة الرهن.

والقاعدة العامة أن هذه الثمار والغلات والتوابع التي يقبضها ويتولى جنيها المرتهن لا تصبح مملوكة له، وإنما تعتبر جزءاً من الرهن، لتكون بدورها ضامنة للدين، ولا يمكن للمرتهن أن يتصرف فيها أو أن يخصمها من دينه إذا كان أجله لم يحل بعد.

وبهذا يتبين أنه لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالعقار المرهون، ولا أن يحتفظ بثماره وغلاته والتوابع التي تلحق بالمرهون في الفترة التي يكون خلالها في يد الدائن لنفسه.

1 - إما للمرتهن الحق في ما جناه من الثمار والغلة واللواحق أن يسلمها إلى الراهن بعد إجراء عملية جني هذه الثمار والغلة التي يحصل عليها المرتهن، ويبقى المرهون حقاً بكامله ضامناً لدينه.

2 - وإما له الحق كذلك، بأن يحتفظ بها إلى حلول أجل الدين حينئذ يمكن له خصم ثمنها من رأسمال الدين، ويبقى في ذمة المدين ما تبقى من الدين بدون أداء بعد خصم عن الثمار والغلة فيؤديه الراهن كاملاً، لتخلو ذمته من هذا الدين.

هذا، وإنه إذا لم يؤد المدين دينه كله عند حلول أجله، فإن من حق المرتهن أن يستوفي دينه من هذا الرهن نفسه مباشرة أو من ثمنه.

«إن الدائن ملزم بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار الذي بيده على وجه الرهن الحيازي ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك.

ويجب عليه أيضاً أن يقوم بالترميمات والاصلاحات النافعة والضرورية للعقار، مع بقاء الحق في أن يقتطع من الثمار جميع المصروفات المتعلقة بما ذكر وإلا كان مسؤولاً عن تعويض الضرر».

الشرح :

التزامات الدائن المرتهن

تتحدث المادة موضوع الشرح، عن أن الدائن المرتهن ملزم بأن يسهر على حراسة العقار المرهون لديه، وعلى المحافظة عليه بنفس العناية التي يحافظ على الأشياء التي يملكها.

كما هو ملزم بأداء جميع التكاليف والتحملات السنوية من ضرائب وغيرها المفروضة على العقار المرهون رهنأً حيازياً، والموجود بيد الدائن المرتهن، وتحت حراسته من طرفه، وذلك خلال الفترة التي يكون فيها المرتهن ملزماً بالمحافظة على هذا الحق المرهون.

لكن المشرع قيد التزام الدائن بأداء تلك التكاليف والتحملات السنوية والتي يتحملها الدائن فيما إذا لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وأما إذا اتفق الطرفان على ما يخالف ذلك، فالحكم لا يطبق في الحالة التي يكون الدائن ملزماً بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار المرهون لديه رهنأً حيازياً، وذلك كأن يتفق الطرفان على أن التكاليف، والتحملات السنوية من ضرائب وغيرها، تقع على عاتق الراهن المدين، وهو الذي يتحملها، ويلتزم بالقيام بها، فحينئذ يكون الدائن المرتهن غير ملزم بذلك.

وإنما الراهن المدين هو الذي يتحملها على حسابه، وهذا ما نصت عليه المادة موضوع الشرح بقولها : «ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك» ونصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 1200 من ق.ل.ع بقولها : «..... وكل ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك» بمعنى أنه إذا وجد اتفاق بين الطرفين يقضي بأن يتحمل الراهن المدين بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار المرهون تحت حيازة المرتهن، فإن هذا الأخير، يعفى من ذلك.

وإذا كان المشرع أوجب على المرتهن للعقار أن يحافظ عليه وأن يصونه، كما يحافظ على ملكه وصيانته أوجب عليه كذلك أن يحرسه ويعتني به عناية خاصة، ويقوم بالاصلاحيات والترميمات النافعة والضرورية التي يتطلبها العقار المرهون رهناً حيازياً، مع منحه واعطائه الحق في اقتطاع جميع المصروفات والنفقات التي تكبدها في سبيل العقار المرهون وصيانته، وذلك عندما يحوز الثمار والغلة ويحتفظ بها فيخص تلك المصروفات والنفقات التي تكبدها من ثمنها وقيمتها من الدين المضمون.

غير أن المرتهن، إذا لم يقيم بما أنيط به وجوباً من الاصلاحيات والترميمات الضرورية والنافعة للعقار المرهون والملمزم بالقيام بها المطلوبة من التزامه، فإنه يكون مسؤولاً عما يصيبه من هلاك أو تعيب بسبب إهماله أو بفعل أو خطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم، وعند ثبوت هذا الإهمال من طرف الدائن المرتهن يمكن أن يؤدي بسببه تعويضاً يساوي الضرر اللاحق بالعقار المرهون والثمار والغلة الناتجة عنه، لفائدة الراهن المدين، إذا طلب هذا الأخير ذلك التعويض عن الضرر الحاصل.

المادة 158

«لا يصبح الدائن مالكاً للمرهون بمجرد عدم الوفاء في الأجل المتفق عليه، وكل شرط بغير ذلك يكون باطلاً، وفي هذه الحالة يمكنه أن يطالب بالطرق القانونية بالبيع الجبري للملك المرهون».

الشرح :

حقوق الراهن على الملك المرهون

سبقت الإشارة إلى أن عقد الرهن، لا يعدو أن يكون تصرفاً يقصد به أن يخصص الراهن عقاراً معيناً في ملكه، ليكون ضامناً لدين المرتهن. وهذا يعني أن الراهن لا يفقد ملكيته لذلك الملك المرهون، كما أنه لا يبقى له كامل الحرية في التصرفات فيه نظراً إلى تعلق حق الدائن به، ذلك الحق الذي يتمثل في أنه يمكنه أن يطالب ببيعه واستيفاء دينه من ثمنه. وبالتالي تبقى للراهن كل عناصر الملكية التي كانت له على العقار المرهون : بمعنى يبقى له الحق في الانتفاع به واستغلاله والتصرف فيه. إلا أن حقه هذا مقيد بكونه لا يحق له أن ينتفع أو يستغل المرهون بنفسه، لما عرفنا من أنه يجب أن لا يبقى الملك المرهون تحت حيازة الراهن.

ولذلك فإن المرتهن هو الذي ينوب عن الراهن في إدارة المرهون واستغلاله فكل ما يغله العقار المرهون من ثمار ومنتجات، وإن كان المرتهن هو الذي يتولى جنيها

وحيازتها، يكون لحساب الراهن إلا أن للمرتهن أن يخضع ثمنها من الدين المضمون، كما سبق القول آنفاً.

وبناء على ذلك، لا يصبح الدائن المرتهن مالكا للمرهون بمجرد عدم الوفاء بالدين في الأجل المتفق عليه، بين الراهن والمرتهن، بل نصت المادة موضوع الشرح صراحة على بطلان أي شرط يسمح للمرتهن بتملك المرهون عند حلول أجل الدين وعدم دفع الدين بالاستحقاق سواء ورد هذا الشرط في صلب عقد الرهن أو ورد في عقد لاحق، فهو باطل بطلاناً مطلقاً، ولو اتفق الطرفان خلاف ما ينص عليه القانون، وجاء بهذا المعنى في الفصل 1226 من ق.ل.ع ما يلي : «كل شرط من شأنه أن يسمح للدائن عند عدم الوفاء له بدينه في أن يملك المرهون أو أن يتصرف فيه بدون اتباع الاجراءات التي يقضي بها القانون يكون باطلاً ولو جاء بعد العقد».

وهذا يعني، أنه يسمح للدائن المرتهن، بأن يطالب ببيع الملك المرهون إذا استحق الدين ولم يقم المدين بإيفائه، أي يقوم ببيع المرهون بيعاً إجبارياً، وعن طريق البيع بالمزاد العلني، وذلك باللجوء إلى المحكمة وبترخيص له منها، فإذا أذنت له في ذلك، بإصدار قرار يقضي بذلك، وبعد اتباع مسطرة بيع المرهون الجبري بالمزاد العلني، وطبقاً لما ينص عليه قانون المسطرة، أي بعد اتباع الطرق القانونية المأمور بها في هذا القانون، كما أسلفنا القول أعلاه. فحينئذ يبيعه بالمزاد العلني، ويتقاضى الدين الذي له من الثمن، أي إذا بيع الملك المرهون بالطرق القانونية، كلا أو بعضاً، فإن الثمن الذي يتحصل عليه من ذلك البيع يكون للدائن المرتهن بقوة القانون، هذا ويتعين أن يقصر البيع على ما يؤدي من ثمنه الدين موضوع الرهن مع المصاريف واللوازم التي تكبدها المرتهن عن العقار المرهون لديه. بحيث إذا كان المرهون داراً مثلاً وكان ثمن نصفها يكفي لسداد الدين، فيتعين بيع نصفها فقط إن وجد من يشتره.

كما لا يحق للمرتهن أن يطالب ببيع ما يزيد على الدين، فإن وقع بطل البيع الواقع على الزائد من الدين. بالإضافة إلى أنه يحق للمدين أن يطلب الحكم على المرتهن بتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء بيع ما يتجاوز دينه (الفصل 1221 من ق.ز.ع).

المادة 159

«يسأل الدائن عن الهلاك أو التلف الذي قد يصيب الملك نتيجة إهماله له».

الشرح :

مسؤولية الدائن المرتهن عن ما يصيب الملك المرهون

سبقت الإشارة إلى أنه يجب على الدائن المرتهن أن يحافظ على الملك المرهون ويعنى بصيانته عناية المالك للملكه، وإلا فهو مسؤول عن ما وقع للملك المرهون، إذا حصل بفعله أو بخطئه أو بفعل وخطأ الأشخاص الذين يسأل عنهم.

وقد أكدت المادة موضوع الشرح ذلك وأوضحت أن الدائن المرتهن مسؤول عما يصيب الملك المرهون من هلاكه أو تلفه أو تعييبه، نتيجة إهماله له. بمعنى أن الدائن المرتهن، يضمن هلاك المرهون وتعيبه أو تلفه، إذا حصل نتيجة إهماله للملك المرهون والذي تحت يده وحيازته. وعلى ذلك، حتى في الحالات التي يحق فيها للمرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون، لا يجوز له أن يسيء استعماله ولا أن يستعمله في غير ما أعد له، ولا أن يعرضه للخطر ولا أن يفرض فيه وصيانته بمناسبة انتفاعه به.

وإذا أخل المرتهن بهذا الالتزام، فإنه يكون مسؤولاً عن كل ما ينتج عن ذلك من هلاك أو تلف أو تعيب للعقار المرهون، حتى ما كان منها ناتجاً عن قوة قاهرة أو حادث فجائي، سبب إهماله، ولا يضمن الدائن المرتهن هلاك المرهون أو تلفه، أو تعييبه إلا إذا أثبت الراهن أن المرتهن فرط فيه فعلاً، أي إلا إذا أثبت الراهن أن تفريط المرتهن أو إهماله.

نعم إذا أثبت المرتهن أنه قام بما يلزم للمحافظة على الملك المرهون، وأن التلف والهلاك اللذين لحقا بالملك المرهون أو بثماره يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، وإنما يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي، كفيضان أو حريق أو غيرهما، فلا ضمان عليه حينئذ.

وعلى أي حال، يبطل الشرط الذي يكون من شأنه أن يحمل الدائن نتيجة القوة القاهرة أو الجادث الفجائي.

المادة 160

«يجب على المدين أن يؤدي للدائن المرتهن المصروفات الضرورية التي انفقها على الملك المرهون».

الشرح :
وجوب أداء المدين المصروفات الضرورية
التي أنفقها المرتهن

من التزامات الراهن تتحدث هذه المادة بالنظر إلى الحق الذي اكتسبه المرتهن على الملك المرهون. ذلك الحق الذي يتجلى في إمكانية المطالبة باستيفاء الدين من ثمن ذلك الشيء، ولهذا فإن عقد الرهن يفرض على الراهن الالتزامات التالية :

1 - لا يحق أن يجري أي عمل يترتب عليه نقص في قيمة العقار المرهون عما كانت عليه يوم الرهن، فلا يحق له أن يهدم بعضه ولا أن يقطع أشجاره ولا أن يقرر عليه ارتفاعاً ينقص من قيمته.

وكل تصرف يقوم به الراهن لانقاص الضمانات التي للمرتهن على العقار المرهون تعتبر باطلة وعديمة الأثر بالنسبة للدائن المرتهن (الفصل 1179 من ق.ز.ع).

2 - يجب على الراهن عندما يسترد العقار المرهون أن يؤدي للمرتهن جميع المصاريف الضرورية التي أنفقها من أجل المحافظة على الملك المرهون. وما أداه من ضرائب وتكاليف تتعلق بذلك العقار المرهون. وكذلك ما لحقه من خسارة بسبب المرهون، كما إذا تسبب الحيوان في إفساد زرع المرتهن من غير أن يكون هذا المرتهن هو الذي يتسبب في هذا الإفساد بخطأه أو إهماله (1216 من ق.ز.ع).

3 - يجب على الراهن كذلك أن يؤدي عند استرداده للمرهون جميع المصاريف التي يستلزمها ذلك الاسترداد، مثل أجره نقله ومصاريف صيانته وغير ذلك. ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على غير ذلك (الفصل 1210 من ق.ز.ع) كأن يتفق على أن المرتهن هو الذي يتحمل هذه المصاريف أو أنها تقسم بينهما⁽¹⁾.

الفصل الثالث **انقضاء الرهن الحيازي**

عرفنا أن الرهن فيه هو الدين الذي يخصص الرهن لضمانه. كما عرفنا أن الغاية أنه يتضمن ديناً للمرتهن على الراهن.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 465.

ولهذا اعتبر رجال القانون الرهن الحيازي رهناً عينياً تبعياً، لأنه يتبع ذلك الحق صحة وبطلاناً، ويستمر مادام لم يؤد الدين كله. كما ينتهي انقضاء ذلك الدين بأي سبب من أسباب الانقضاء. أي من الطبيعي أن يبطل الرهن أو ينقضي بما يبطل به العقد. كما أنه يبطل وينقضي بما يبطل أو ينقضي به الدين الذي يضمنه.

ونتكلم أولاً على بطلان الرهن الحيازي تبعاً للدين الأصلي، ثم على انقضاء الرهن بصفة أصلية، وما يتعلق به.

المادة 161

«يعتبر الرهن تابعاً للدين المضمون ويدور معه وجوداً وعدمًا.

ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به بتمامه»

الشرح :

انقضاء الرهن الحيازي تبعاً للدين المضمون به

بما أن الرهن الحيازي تابع للدين الذي يضمنه، فإنه يتبعه في مصيره، وجوداً وعدمًا، وذلك :

أ - إذا تبين أن ذلك الدين باطل، كما إذا تبين أنه ناتج عن قمار أو معاملة ربوية، أو تبين أن ذلك الدين قابل للإبطال، وذلك كالمشتري الذي قدم رهناً لضمان الدين تبين له أن ثمن ما باعه له البائع لضمان الدين وقع تدليساً عليه. ثم تقرر ابطال ذلك البيع، فينقضي الرهن الحيازي لأنه تابع للدين. ومن المقرر قانوناً أن الرهن تابع للدين المضمون ويدور معه صحة وبطلاناً أي وجوداً وعدمًا. وبطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن.

ب - أو انقضى ذلك الدين بسبب من أسباب الانقضاء، كما إذا أوفى الراهن بالدين الذي عليه للمرتهن أو قام بإيداع ما عليه في صندوق المحكمة بعد أن امتنع المرتهن من قبضه بعد عرضه عليه عند حلول أجله، أو وقعت مقاصه بين الراهن والمرتهن أو أقال الدائن (المرتهن) مدينه (الراهن) في المعاملة التي نتج عنها الدين المضمون، أو أبرأه منه.

فإن الرهن ينقضي بذلك، ويفقد كل آثاره، ويتعين على المرتهن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن.

وبعبارة أخرى، فإن الرهن الحيازي حق تابع يتطلب وجود التزام أصلي يرتكز عليه، ويترتب على ذلك أن الرهن يتبع الالتزام المضمون وهو الدين المضمون ويدور معه وجوداً وعدمًا، أي صحة وبطلاناً، ويتصف بأوصافه، كما وينقضي بانقضائه. فإذا ما كان الالتزام الأصلي باطلاً أو كان يشوبه عيب من عيوب الرضى، يجعله قابلاً للإبطال، كان الرهن كذلك باطلاً أو عرضاً للإبطال. ذلك أن الرهن عقد تابع لالتزام أصلي، فإذا زال الأصل زال التابع.

وأما إذا انقضى الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون، بتمامه، وذلك بسبب من أسباب الانقضاء، كما إذا، وفى الراهن بالدين الذي عليه للمرتهن، أو قام بإيداع ما عليه في صندوق المحكمة بعد أن امتنع المرتهن من قبضه بعد عرضه عليه عند حلول أجله أو وقعت مقاصة بين المرتهن والمرتهن أو أقال الدائن المرتهن مدينه الراهن في المعاملة نتج عنه الدين المضمون، أو أبرأه عنه، فإن الرهن ينقضي بذلك، ويفقد كل آثاره، يتعين على المرتهن حينئذ أن يرد المرهون إلى صاحبه الراهن كما سبق القول أعلاه.

المادة 162

«ينقضي الرهن بغض النظر عن الدين المضمون به في الحالات الآتية :
يتنازل الدائن المرتهن عن الرهن صراحة ؛
بهلاك الملك المرهون هلاكاً كلياً ؛
باتحاد الذمة».

الشرح :

انقضاء الرهن بغض النظر عن الدين المضمون به
في الحالات المذكورة في النص :

يقصد بانقضاء الرهن بغض النظر عن الدين المضمون به، وبصورة أصلية، على ما كنا بيناه أعلاه، انقضاؤه استقلالاً عن الالتزام الأصلي المضمون بالرهن. وينقضي الرهن لازال قائماً وصحيحاً بالأسباب الآتية :

أولاً : انقضاء الرهن بتنازل المرتهن : يسوغ للمرتهن أن يتنازل عن الرهن إذا كان متمتعاً بأهلية التصرف. ويشترط في التنازل أن يكون صريحاً، وذلك بأن يوقع المرتهن على وثيقة رسمية أمام الموثقين الذين لهم صلاحية تحرير الرسوم التوثيقية المقررة قانوناً.

ثانيا : انقضاء الرهن بهلاك المرهون المضمون هلاكاً كلياً : إذا هلك الشيء المرهون رهناً حيازياً هلاكاً كلياً، أو فقد، انقضى الرهن دون إخلال بحقوق الدائن على ما يتبقى من الشيء المرهون أو من توابعه، كما لو تهدمت الدار المرهونة، حيث إن أرضها تبقى مرهونة. كذلك دون إخلال بحقوق الدائن على التعويضات التي قد تستحق على الغير بسبب هذا الفقد أو الهلاك.

ثالثا : انقضاء الرهن باتحاد الذمة : ينقضي الرهن إذا اجتمع حق الرهن وحق الملكية لشخص واحد، كأن يتوفى الراهن ولا وارث له سوى المرتهن، أو ملك المرتهن المرهون عليه بشراء أو هبة، أو بغير ذلك من أسباب كسب الملكية، فإن الرهن ينقضي بذلك، ويبقى الدين بدون رهن.

أما إذا لم يملك المرتهن إلا جزءاً من المرهون، فإن الرهن لا ينقضي بذلك، وإنما يصير الجزء الباقي ضامناً للدين بدون رهن.

وكذلك إذا كان ذلك الشيء مرهوناً لفائدة عدة دائنين، وملكه أحدهم فإن الرهن لا ينقضي بذلك، ولكن يحتفظ الدائن الذي ملك المرهون كلا أو بعضاً بالدرجة التي كانت له في الرهن، بحيث إذا كان هو المرتهن الأول، وطالب بقية الدائنين المرتهنيين ببيع ذلك الشيء المرهون - تبعاً لمالهم من حق التتبع - فيحق له أن يستوفي دينه من الثمن قبل بقية الدائنين (الفصل 1237 من ق.ل.ع).

هذه هي أسباب انقضاء الرهن المذكورة في النص موضوع الشرح، وهي وإن نص عليها ظهير الالتزامات والعقود لتطبق على رهن المنقول رهناً حيازياً فإنها تعتبر في نفس الوقت أسباباً لانقضاء الرهن الحيازي الواقع على العقار غير المحفوظ⁽¹⁾.

المادة 163

«ينقضي الرهن ببيع الملك تبعاً جبرياً بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون».

الشرح :

انقضاء الرهن ببيع الملك المرهون بيعاً جبرياً :

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح - إضافة إلى أسباب انقضاء الرهن المذكورة في المادة السابقة - انقضاء الرهن كذلك بسبب بيع الملك المرهون بيعاً جبرياً صحيحاً.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 482 إلى 484.

وبناء على ذلك، يحق للدائن المرتهن أن يطالب ببيع الملك المرهون، إذا استحق الدين ولم يقم المدين بإيفائه، أي يحق للدائن المرتهن، في حالة عدم دفع المدين الدين المضمون بالعقار في الاستحقاق، أن يطالب قضاء ببيع المرهون بيعاً جبرياً، علنياً، أي يتع البيع بالمزاد العلني ويقع بيعاً صحيحاً، طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون، وبخاصة قانون المسطرة المدنية.

وذلك، إذا كان العقار المرهون غير محفوظ، وطالب الدائن ببيعه بيعاً جبرياً، وأذن القاضي له ببيعه ليستوفي منه دينه، أحال العون المكلف بتنفيذ الإذن القضائي بالبيع، الأمر على رئيس محكمة موقع العقار من أجل العمل على إشهار الحجز بالتعليق وافتتاح مسطرة البيع في مقر هذه المحكمة خلال شهر.

وبمجرد ما يقع الحجز العقاري أو ينصرم أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 471، من ق.م.م. فإن عون التنفيذ يقوم بعد تهية دفتر التحملات بإجراء الإشهار القانون على نفقة الدائن المرتهن وبين الإعلان عن المزداد تاريخ الافتتاح، وإيداع محضر الحجز ووثائق الملكية بكتابة الضبط وكذلك شروط البيع، ويبلغ إلى العموم والمزاد والبيع، بتعليق على باب مسكن المحجوز عليه، وعلى كل واحد من العقارات المحجوزة وكذا في الأسواق المجاورة لكل عقار من هذه العقارات. ويعلق الإعلان والإشهار باللوحه المخصصة للإعلانات في المحكمة الابتدائية التي يوجد مقرها بمحل التنفيذ. ويعلق كذلك بمكاتب السلطة الإدارية المحلية. وبكل وسائل الاشهار (في الصحافة والإذاعة) المأمور بها عند الاقتضاء من طرف الرئيس حسب أهمية الحجز.

ويتلقى العون المكلف بالتنفيذ العروض بالشراء إلى غاية اقفال محضر المزداد ويثبتها حسب ترتيبها التاريخي في أسفل محضر الحجز والبيع. وبهذا ينقضي الرهن كذلك ببيع الملك المرهون بيعاً جبرياً صحيحاً بالمزاد العلني وفق القانون المعمول به كما نصت المادة موضوع الشرح.

ويجب الانتباه إلى أنه لا بد من اللجوء إلى القضاء للحصول على ترخيص ببيع الملك المرهون. والحصول على الترخيص القضائي شرط احترازي لا يصح الاتفاق على إعفاء الدائن من التقييد به، ولو بعقد لاحق، لأن المشرع اعتبر مثل هذا الاتفاق باطلا (الفصل 1226 من ق.ل.ع.⁽¹⁾).

(1) المرحوم الدكتور مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 204.

ثم إذا بيع الملك المرهون كلاً أو بعضاً، بيعاً جبرياً، بالمزاد العلني، وبترخيص من المحكمة، فإن الثمن الذي يتحصل عليه من ذلك البيع يكون للدائن المرتهن بقوة القانون، وينقضي الرهن ببيع هذا الملك المرهون.

المادة 164

«للمدين أن يؤدي الدين المضمون وتوابعه قبل حلول أجل استحقاقه.

فإذا لم يقبل الدائن هذا الوفاء، فإن للراهن أن يقوم بعرض الدين عرضاً عينياً حقيقياً ثم إيداعه بصندوق المحكمة وتحكم المحكمة برد الملك لملكه وبانقضاء الرهن بعد التحقق من أداء الدين بكامله».

الشرح :

يجوز للراهن أن يؤدي الدين المضمون وتوابعه قبل حلول
أجل استحقاقه والحكم برد الملك لصاحبه وبانقضاء الرهن

سبقت الإشارة إلى أنه لا يجوز للمرتهن أن يعمد إلى طلب استيفاء دينه من المدين إلا إذا استحق دينه ويبقى هذا الدين بدون وفاء.

ولكن المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، عمل على تفادي منزلقات ومعوقات رفض الدائن إعطاء إبراء عند أداء الدين، فتم تحويل المحكمة حق الحكم برد الملك بعد التحقق من واقعة الأداء للمدين، ولذلك قرر المشرع أنه يجوز للمدين الراهن، أن يتخلص من الدين المضمون وتوابعه الذي في ذمته من الدائن، قبل حلول أجل استيفائه.

وذلك فيما إذا قبل الدائن هذا الوفاء قبل حلول أجل الدين وأما إذا لم يقبل المرتهن هذا الوفاء من الدين وتوابعه الذي عليه للمرتهن، فإن للراهن المدين، أن يقوم بإيداع ما عليه في صندوق المحكمة، بعد أن امتنع المرتهن من قبضه بعد عرضه عليه. قبل حلول أجله.

ويترتب على براءة ذمة الراهن من الدين وتوابعه، أن تحكم المحكمة على المرتهن بأن يرد الملك المرهون إلى صاحبه الراهن، كما تُقضي المحكمة بانقضاء الرهن، بعد التحقيق والتأكد من أداء الراهن الدين وتوابعه بكامله، ويفقد الرهن حينئذ كل آثاره، بعد أداء الراهن الدين وتوابعه بكامله، ويرد الملك المرهون إلى صاحبه الراهن.

الباب الثالث

الرهون الرسمية

يكتسي الرهن الرسمي أهمية بالغة في تدعيم وتمويل المشاريع الاقتصادية والاجتماعية والسياحية وغيرها، وهو ما من شأنه أن يساهم في تحقيق التنمية والنهوض بالقطاعات الاسكانية والخدماتية الشيء الذي ينعكس إيجاباً على الاقتصاد الوطني بصفة عامة.

وتكلمنا فيما سبق على الأحكام العامة التي تتعلق بالرهن الحيازي سواء وقع على منقول أو على عقار غير محفظ. وإذا ورد على عقار محفظ فإنه يتعين الرجوع لأحكام الرهن الرسمي، في المواد المندرجة تحت هذا الباب المتعلق بالرهون الرسمية بدءاً من المادة 165 وانتهاء بالمادة 213، بحيث ينقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول : الفصل الأول : يتعلق بأحكام عامة، والفصل الثاني فيه فرعان : الفرع الأول فيه إنشاء الرهن الرسمي، والفرع الثاني، فيه الرهن الاتفاقي، والفصل الثالث : فيه آثار الرهن الرسمي، وفيه ثلاثة فروع : الفرع الأول، آثار الرهن بالنسبة للمتعاقدين. والفرع الثاني، آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين. وأما الفرع الثالث، فيتعلق بانقضاء الرهن الرسمي.

وستنكلم في هذا الباب إذن : على تعريف الرهن الرسمي، وخصائصه وعلى القواعد والأحكام الخاصة بالرهن الرسمي، وعلى أنواع الرهن الرسمي وعلى آثاره وعلى انقضائه، وذلك من خلال المواد المندرجة في الفصول والفروع المذكورة تحت هذا الباب، والآتي شرحها على التوالي فيما يلي :

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة 165

«الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين».

الشرح :

تعريف الرهن الرسمي وخصائصه

1 - تعريف الرهن الرسمي :

تعريف المادة 165 موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، الرهن الرسمي بأنه حق عيني يقع على عقار محفظ أو في طور التحفيظ، يضعه مالكة في حيازة الدائن أو

حيازة من اتفق عليه العاقدان ضماناً للالتزام عليه أو على غيره، ويخول الدائن حق الحبس العقار حتى الوفاء بالتزام، مع حق بيعه جبراً عن طريق القضاء في حالة عدم الوفاء بالاستحقاق وحق استيفاء الدين من ثمنه مقدماً بالأفضلية على سائر الدائنين، بناء على الشهادة الخاصة لتقييد الرهن الممنوحة من قبل المحافظ.

وبعبارة أخرى، الرهن الرسمي هو حق عيني يترتب على عقار محفظ أو في طور التحفيظ، يبقى في حوزة صاحبه ويخصص لضمان الوفاء بالتزام بدين وبمقتضاه يمنح الدائن في حالة عدم أداء المدين الدين بيعه جبراً عن طريق القضاء، وحق نزاع ملكية العقار محل الرهن، أيأ كان حائزه، واستيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين.

2 - خصائص الرهن الرسمي :

يتميز الرهن الرسمي بالخصائص التالية :

أ - أنه هو حق عيني : فالرهن الرسمي حق عيني يولي صاحبه حق تتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد أي حائز له، كما يوليه حق الأولوية على غيره من الدائنين بالنسبة لثمن هذا العقار، ويجب كسائر الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقارات المحفظة، تسجيله في السجل العقاري، وإلا لا يكون ملزماً للمتعاقدين ولا نافذاً إزاء الغير.

ومن الجدير بالذكر أن الرهن الرسمي المسجل بصورة قانونية في السجل العقاري، يبقى محفظاً برتبته وصحته بدون إجراءات جديدة إلى أن يسقط بصورة قانونية، ويشطب قيده في السجل العقاري (الفصل 161 من ظهير 19 رجب) ولا ضرورة مطلقاً لتجديده كما تقضي بذلك بعض القوانين، كالقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، اللذين أوجبا تجديد تسجيل الرهن الرسمي في كل عشر سنوات تحت طائلة سقوط التسجيل⁽¹⁾.

ب - هو حق عيني عقاري : الرهن الرسمي من الحقوق العينية العقارية، لا يتقرر مبدئياً إلا على العقار المحفظ، على أنه تجدر الإشارة إلى أن قانون التجارة البحري والقانون الجوي أجاز استثناء وقوع الرهن الرسمي على السفن والطائرات.

(1) التحفيظ العقاري والحقوق العينية للدكتور المرحوم الكزبري، ملحق، ص 76.

ج - هو حق عيني تبعي : ذلك أن الرهن الرسمي حق يتطلب وجوده التزام أصلي يلحق به ويكون نافذاً لتنفيذه. ويترتب على هذه الميزة أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن الرسمي وفي زواله، وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى : «..... حيث اعتبر أن الدين المضمون برهن يعتبر بمثابة الأصل الرسمي ليس إلا ضماناً لهذا الأصل، لهذا لا يعقل أن يحدد التابع دونه»⁽¹⁾.

د - ويضاف إلى هذه الخصائص المذكورة في النص، خاصية أخرى : يختص بها الرهن الرسمي وهي أنه هو حق لا يتطلب خروج العقار من حيازة المدين. فالرهن الرسمي لا يستلزم نقل العقار من حيازة المدين إلى حيازة الدائن، بل معه يبقى في يد المدين يستعمله ويتصرف فيه كما يشاء، شرط أن لا يترتب على ذلك نقص في قيمته، وبهذا يختلف الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي الذي يشترط فيه نقل المرهون من يد الراهن إلى يد الدائن المرتهن أو يد شخص آخر يتفق عليه الطرفان.

هذا، ويتضح من المادة موضوع الشرح، أن الرهن الرسمي يرد على العقارات المحفظة الخاضعة لظهير التحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14/07، كما أنه يرد على العقار في طور التحفيظ الذي لاتزال مسطرة التحفيظ جارية بشأنه.

والملاحظة أن هذا التوجه التشريعي فيه دلالة واضحة على إدماج العقار في طور التحفيظ والذي لم يتوفر بعد على الرسم العقاري في دائرة التنمية والاستثمار من خلال السماح بإيراد رهن رسمي عليه وجعله خاضعاً للتداول والحركية باعتبار أن الوضعية القانونية للعقار في طور التحفيظ لا تحمد بفعل مسطرة التحفيظ.

إلا أن هذا التوجه الذي ذهب إليه المشرع المغربي لا يخلو من خطورة وذلك نظراً للصعوبات التي يمكن أن تعترض الدائن المرتهن في استيفاء دينه القائم على عقار في طور التحفيظ خاصة إذا تراضى طالب التحفيظ عن متابعة إجراءات التحفيظ أو نشوء تعرضات على هذا المطلب وحكم بصحتها من طرف القضاء⁽²⁾.

(1) قرار المجلس الأعلى عدد : 402، ملف مدني رقم 77-77 بتاريخ 2 يوليوز 1980، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى بتاريخ 29 أبريل 1982، ص 50.

(2) د. محمد خيرى، العقار في طور التحفيظ والشهادة الخاصة بالرهن، مجلة الحدث القانوني، العدد 15، السنة 1999.

وعلى العموم، فالرهن الرسمي يعد أحد أكبر الضمانات العينية، من خلال الأموال العديدة التي يوفرها لانعاش وتنمية السوق العقارية عن طريق توفير السيولة اللازمة للاستثمار في العديد من القطاعات التي تعود على الدولة بالعديد من الإيجابيات.

المادة 166

«الرهن الرسمي لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة، على كل واحد وكل جزء منها».

الشرح :

الرهن الرسمي هو حق غير قابل للتجزئة

إن الرهن الرسمي هو حق غير قابل للتجزئة، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون.

أما بالنسبة إلى العقار المرهون، فإنه إذا فرض أن هذا العقار انتقل إلى ورثة مالكة وأصبح كل وارث مسؤولاً عن جزء من الدين. فإن الجزء من العقار الذي يملكه هذا الوارث يبقى مرهوناً في كل الدين. فإذا أدى الوارث الجزء من الدين الذي هو مسؤول عنه، بقي الجزء من العقار الذي دخل في ملكه مسؤولاً عن باقي الدين، ولا يجوز الرهن عن هذا الجزء من العقار إلا بعد سداد الدين كله. وإذا فرض أن عقارات متعددة مرهونة في الدين، فإن كل عقار منها يبقى مرهوناً إلى أن يسدد الدين كله، ولا يكفي وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن.

وأما بالنسبة إلى الدين المضمون، فدعوى الرهن لا تتجزأ. ويترتب على ذلك النتائج الآتية :

1 - إذا انقضى جزء من الدين المضمون، فإن العقار الضامن للدين يبقى ضامناً لما بقي من الدين، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين المضمون، فإذا كان ما انقضى هو ربع الدين مثلاً، بقي العقار كله ضامناً لثلاثة أرباع الدين الباقية دون وفاء، ولا يخلص ربع العقار من الرهن.

2 - وإذا مات الدائن المرتهن وورثه ثلاثة أشخاص مثلاً، فإن كل وارث من هؤلاء الثلاثة، إذا كانت أنصبتهم في الميراث متساوية، يكون له ثلث الدين المضمون بالرهن، ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه على كل المرهون.

3 - وإذا مات المدين الراهن، وترك ثلاثة أنصبتهم متساوية، ورث كل منهم ثلث الثلث فأصبح مديناً به كما هو الأمر في القانون المدني الفرنسي. ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون، فإنه يمكن للدائن أن ينفذ على هذا العقار بكل الدين، ويكون للوارث في هذه الحالة الرجوع على الموارث الآخرين كل بقدر نصيبه في الدين⁽¹⁾.

والحاصل أن الرهن الرسمي لا يقبل التجزئة، بحيث كل جزء من الرهن ضامن لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن.

المادة 167

«يشمل الرهن الرسمي العقار المرهون وملحقاته وكل ما يستحدث فيه من انشاءات وتحسينات بعد العقد أو يضم إليه بالالتصاق».

الشرح :

شمول الرهن الرسمي العقار المرهون
وملحقاته وكل ما يحدث فيه بعد العقد

ونص المادة موضوع الشرح، يجعل الرهن الرسمي يمتد إلى ملحقات العقار المرهون، وكل ما سيحدث فيه من انشاءات وتحسينات بعد عقد الرهن أو يضم إليه بالالتصاق، لأن هذه الملحقات تابعة للعقار المرهون فتكون مرهونة مثله.

ويمكن أن نذكر أمثلة واضحة لهذه الملحقات، والمشار إليها في النص. وأهم هذه الأمثلة هي :

1 - حقوق الارتفاق : ويقصد بها حقوق الارتفاق الإيجابية التي تكون تابعة للعقار المرهون، فيكون هذا العقار مرتفقاً، له ارتفاق على عقارات أخرى مجاورة. ذلك أن حق الارتفاق يتبع العقار الذي يخدمه، فلا ينفصل عنه. فإذا بيعت معه حقوق ارتفاقه، وكذلك إذا رهن فإن حقوق الارتفاق تصبح مرهونة مثله. وتكون حقوق الارتفاق مرهونة مع العقار، حتى ولو لم توجد حقوق الارتفاق هذه إلا بعد عقد الرهن، لأنها تعتبر تابعة للعقار.

2 - العقار بالتخصيص : والعقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته يملكه مالك العقار ولكن هذا رصده وفقاً على خدمة العقار واستغلاله، فهو إذن يلزم العقار

(1) الوسيط للسنيوري، ج 9، ص 274.

ويتبعه في مصيره بيعاً أو رهناً أو أي تصرف آخر من التصرفات. ولا يجوز فصله عن العقار، وإلا أصبح منقولاً لا يجوز رهنه رهناً رسمياً : وتدخل العقارات بالتخصيص، كالماشية والآلات الزراعية، وأدوات النقل والسماذ والبذور والمفروشات المخصصة لخدمة فندق والآلات المخصصة لخدمة مصنع ونحو ذلك، مع العقار المرهون في الرهن، دون حاجة إلى ذكر ذلك، لأن هذه العقارات بالتخصيص تتبع العقار بالتخصيص تتبع العقار الأصلي، فتصبح مرهونة مثله ويستوي أن يكون العقار بالتخصيص موجوداً وقت عقد الرهن أو وجد بعد ذلك، فكل عقار بالتخصيص يلحق العقار الأصلي في الرهن، أيا كان تاريخ وجوده. وإذا دخل العقار بالتخصيص في الرهن، ثم فصله الراهن عن العقار الأصلي، كأن باعه وسلمه إلى المشتري، فإن المشتري إذا كان حسن النية يملك العقار بالتخصيص الذي أصبح منقولاً، ولا يحتج عليه بأنه كان مرهوناً مع العقار الأصلي لأنه حازه وهو يعتقد لحسن نية، إنه خال من الرهن. ولكن يجوز للدائن المرتهن أن يحجز على الثمن وهو في يد المشتري، إذا كان هذا لم يدفعه للبائع لأن الرهن شمل الثمن ويتقدم فيه الدائن المرتهن. أما إذا باع الراهن العقار بالتخصيص ولكن لم يسلمه للمشتري، فإنه يبقى مرهوناً مع العقار الأصلي كما كان، حتى لو كان المشتري حسن النية، مادام أنه لم يحزه، ويستطيع الدائن المرتهن أن يعارض في تسليم العقار بالتخصيص للمشتري⁽¹⁾.

3 - الانشاءات والتحسينات بعد عقد الرهن : إن الرهن الرسمي يشمل ما ذكر أعلاه كما يشمل كل ما يستحدثه الرهن في العقار المرهون من إنشاءات وتحسينات، بعد إبرام عقد الرهن مع الدائن المرتهن، فكثيراً ما يستحدث مالك العقار المرهون بعد عقد الرهن، هذه التحسينات، وقيم هذه المنشآت، فتدخل ضمناً، دون حاجة إلى اتفاق خاص على ذلك في الرهن باعتبارها تابعة للعقار المرهون.

والمقصود بالتحسينات هنا، ما يصنعه صاحب العقار المرهون بنفسه، كتوسيع غرف المنزل وإعداد حديقة له وتيسير سبيل المرور إليه من الطريق العام، فكل ما يصنع من ذلك يعتبر تحسناً يدخل ضمن الرهن. وكذلك الانشاءات التي يزيدها صاحب العقار المرهون، كأن يبني طابقاً جديداً أو يستحدث بناء على الأرض المرهونة أو يضيف إلى البناء الموجود ملاحق له تزيد من قيمته، كل هذه تعتبر انشاءات تتبع العقار المرهون وتدخل معه في الرهن.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10-9، ص 357 و358.

ويشترط قانون الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح، أن تكون التحسينات والانشاءات حدثت بعد عقد الرهن، فمادامت قد أصبحت عقاراً ملحقاً بالعقار الأصلي المرهون، وأحدثت بعد الرهن فإنها تدخل معه في الرهن، وتدخل التحسينات وانشاءات أياً كانت قيمتها، ولو زادت القيمة على العقار الأصلي المرهون نفسه⁽¹⁾.

هذا، ويجوز للدائن المرتهن وصاحب العقار المرهون أن يتفقا على إخراج التحسينات والانشاءات من الرهن، فلا يصبح مرهوناً مع العقار المرهون.

4 - شمول الرهن الرسمي العقار المرهون كذلك، ما يضم إليه بالالتصاق : يشمل الرهن الرسمي العقار المرهون كذلك ما يضم إليه بالالتصاق، وسيقت الإشارة إلى أن الالتصاق في الحقل العقاري على نوعين : التصاق طبيعي يحدث بفعل الطبيعة، والتصاق صناعي يحدث بعمل الإنسان.

والمقصود بالالتصاق هنا، هو الالتصاق الطبيعي، وهو ما يحدث بدون عمل الإنسان وإنما بفعل الطبيعة، كتغيير في مجرى نهر لأسباب طبيعية، تحولت معه، موازاة للمجرى الجديد حدود الضفاف الحرة ويجري التعديل والتغيير نتيجة انحسار مياه النهر، ويؤدي إلى التحاق جزء المجرى الذي هجرته المياه بالضفاف الحرة، فإنه يقطع من هذه الضفاف جزء يوازي عرضه عرض الجزء الذي التحق بها، ويعطي هذا الجزء المتقطع بدون مقابل لصاحب الأرض المجاورة للمجرى، وأصبح هذا الجزء المنضم إلى العقار المرهون رهنأ رسمياً، بالالتصاق الطبيعي، وأصبح مرهوناً تابعاً للرهن الأصلي، ويدخل ضمن الرهن، بمعنى أن ما أنتجته الطبيعة من زيادة في الأرض كتراكم وارتفاع ماء النهر، وملاً وحاز من الأرض المجاورة، وزاد من مساحتها، تعتبر هذه الزيادة في المساحة بفعل الطبيعة، واصطلح عليه بما يضم إلى العقار بالالتصاق، فدخل ما يضم إلى العقار بالالتصاق ضمن الرهن، وبالتالي يشمله الرهن الرسمي، لأنه يصبح تابعاً له ومن ملحقاته.

المادة 168

«إن الدائن الذي قيد رهنه لضمان أصل دين وفوائد أو استحقاقات دورية له الحق أن يقيدها في نفس الرتبة التي قيد فيها أصل الدين وذلك لاستيفاء المستحق منها عن السنة الجارية والتي قبلها فقط، شرط أن يكون هذا الحق ناشئاً عن عقد الرهن ومقيداً بالرسم العقاري وأن يكون سعر الفائدة معيناً».

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9-10، ص 359.

الشرح :

للدائن الذي قيد رهنه لضمان أصل الدين
وفوائد أو استحقاقات دورية في السجل العقاري،
الحق في تسجيلها في نفس الرتبة التي سجل فيها أصل الدين

أوضح المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أن الرهن لا يضمن بطبيعة الحال أصل الدين المضمون بالرهن فحسب، وإنما يضمن أيضاً وفي نفس مرتبة أصل الدين، توابع الدين إن كانت مستحقة من تلك الفوائد أو الاستحقاقات الدورية التي قيد الدائن رهنه لضمان أصل الدين وفوائد أو استحقاقات دورية الحق في أن يسجلها في الرسم العقاري وفي نفس الرتبة التي قيد فيها أصل الدين، من أجل استيفاء المستحق منها عن السنة الجارية والتي قبلها فقط دون السنوات الأخرى، شريطة أن يكون هذا الحق أي تقييد الفوائد أو الاستحقاقات في نفس الرتبة التي قيد فيها أصل الدين، ناشئاً عن عقد الرهن أي يتضمن وينص عقد الرهن هذه الفوائد أو استحقاقات دورية، كما يشترط لاستيفاء المستحق من هذه الفوائد عن السنة الجارية، والتي قبلها فقط، أن يكون هذا النص مقيداً في السجل العقاري، وأن يكون سعر ومعدل الفائدة معيناً.

وبعبارة أخرى أوضح، أن آثار الرهن الرسمي بالنسبة للدين المضمون تتطلب التمييز بين الدين الأصلي وبين الفوائد.

فالرهن الرسمي يضمن الدين بكامله.

أما بالنسبة للفوائد أو الاستحقاقات الدورية، فيجب التفريق بينها والتي كانت مستحقة وقت تقييد الرهن، وبين الفوائد والمستحقات التي استحققت بعد تقييده. فبالنسبة للفوائد والاستحقاقات المستحقة وقت التسجيل، إما أن يكون الدائن قد ذكرها في صك الرهن، وأما أن يكون قد أهمل ذكرها، ففي الحالة الأولى يشملها الرهن وتكون مضمونة كأصل الدين. وفي الحالة الثانية لا يشملها الرهن ويكون الدائن المرتهن بالنسبة لها بمثابة دائن عادي.

أما بالنسبة للفوائد والاستحقاقات المستحقة بعد التسجيل، فالمشرع وجد أن لا يجعلها مضمونة كالأصل بدون تحديد : ذلك أن قاعدة ضمان الفوائد المستحقة منذ التقييد دون أي تحديد يخالف مبدأ تخصيص الرهن بالنسبة للغير الذي يبقى جاهلاً مقدار الفوائد المستحقة والباقية بدون دفع منذ التقييد. ثم إن هذه القاعدة قد تسمح للمدين أن يتوطأ مع أحد الدائنين المرتهن للمطالبة علاوة على أصل الدين بفوائد

سبق أن استحققت وسددت لتستنفذ هذه الفوائد ما يمكن أن يبقى من ثمن العقار المرهون المطروح للمزاد العلني، الأمر الذي يلحق ضرراً جسيماً ببقية الدائنين.

وهذا ما نص عليه الفصل 160 من ظهير 19 رجب على أن الرهن لا يضمن علاوة على أصل الدين وبنفس الرتبة إلا فوائد سنتين : الفائدة المستحقة عن السنة الجارية، وفائدة السنة التي قبلها، شرط أن يتضمن صك الرهن نصاً على أن الدين ذو فائدة، وأن يكون هذا النص مسجلاً في السجل العقاري، وأن يكون معدل الفائدة معيناً.

وهذه الشروط المذكورة هي المنصوص عليها في المادة موضوع الشرح.

أما الفوائد الأخرى التي تزيد على السنتين، فلا يضمنها الرهن الرسمي بل تعتبر ديناً عادياً. على أنه إذا أراد الدائن أن يجعل الرهن شاملاً هذه الفوائد، فعليه أن يسجلها. ولكن هذا التسجيل، الذي من شأنه أن يحول الفائدة المستحقة من دين عادي إلى دين مضمون، لا يكون له أثر قانوني ولا يلزم الغير إلا من تاريخ وقوعه⁽¹⁾.

المادة 169

«كل رهن رسمي مقيد بكيفية منتظمة في الرسم العقاري يحتفظ برتبته وصلاحيته بدون أي إجراء جديد إلى أن يقيد الإبراء من الدين بكيفية منتظمة بالرسم المذكور».

الشرح :

عدم تجديد كل رهن رسمي مقيد بكيفية منتظمة
في الرسم العقاري، إلى أن يتم تقييد الإبراء
من الدين بالرسم المذكور

تتحدث هذه المادة موضوع الشرح، على أنه لا يجوز تجديد كل رهن رسمي مسجل في الرسم العقاري بكيفية منتظمة وقانونية مع محافظته على رتبته وصلاحيته، بدون أي إجراء جديد أو تجديد التقييد بمس الرسم العقاري، إلى حين إبراء ذمة المدين من الدين المضمون لدينه، وتقييد هذا الإبراء بكيفية منتظمة أيضاً بالرسم العقاري الذي قيد الدائن هذا الرهن لاستيفاء دينه منه.

وعليه، فإن الدائن المرتهن سجل رهنه الرسمي المضمون لدينه، تجاه المدين الراهن، بالتسجيل العقاري، بطريقة قانونية منتظمة يتوفر التسجيل على جميع

(1) المرحوم الدكتور مامون الكزبري، مرجع سابق، ص 234.

شروطه المطلوبة في هذا المجال لدى المحافظة العقارية، وعند تسجيل كل رهن سجله صاحبه بالرسم العقاري، يحتفظ بمرتبه وصلاحيته منذ تسجيله، ولا يحتاج إلى أي تجديد، بل يتعين أن يبقى أثر الرهن بعد تسجيله، تجاه المدين وغيره، إلى حين استيفاء دينه من المدين، استيفاء كاملاً، ولا يثبت إبراء ذمة المدين من الدين، إلا بتسجيل الإبراء من الدين بكيفية منتظمة وقانونية بالرسم العقاري المذكور، والتشطيب على هذا الدين والإبراء بصفة نهائية.

الفصل الثاني

إنشاء الرهن الرسمي

يتعلق هذا الفصل بإنشاء الرهن الرسمي، وأنواعه والأحكام الخاصة بكل نوع من نوعي الرهن الرسمي المذكورين في هذا الفصل والمندرجين في فرعين اثنين وتتكلم على ذلك، في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

المادة 170

«يكون الرهن الرسمي إجبارياً أو اتفاقياً».

الشرح :

إنشاء الرهن الرسمي وأنواعه

إنشاء الرهن الرسمي عقد الرهن الرسمي كسائر العقود يجب في إنشائه، من ناحية الموضوع توافر الرضاء، والمحل، والسبب، ولا يتم الرهن الرسمي إلا إذا كان بعقد رسمي يبرم بين الدائن والمالك للعقار الضامن لوفاء الدين، فيطلق الرهن على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد. فالرهن عقد يتم بين الراهن والدائن والمرتهن، ويكون الراهن عادة هو المدين، وقد يكون غير المدين فيسمى كفيلاً عينيّاً. والرسمية ركن في العقد لا يقوم بدونها. أما حق الرهن فهو سلطة للدائن على العقار المرهون، يستوفى بمقتضاها الدين من ثمن هذا العقار⁽¹⁾.

أنواع الرهن الرسمي : الرهن الرسمي أنواع عديدة أهمها : إن الرهن الرسمي على ما جاء في المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، على نوعين : رهن إجباري أو رهن اتفاقي، وتكلم المشرع على كل نوع من هذين النوعين في فرع خاص به.

(1) الوسيط للسهنوري، جزء 10، صفحة 279.

بحيث في الفرع الأول تكلم على الرهن الإجباري، وفي الفرع الثاني، تكلم على الرهن الاتفاقي. ونتبع في الشرح، نفس الترتيب الوارد في هذه المادة موضوع الشرح، كما يلي :

الفرع الأول الرهن الاجباري المادة 171

«يكون الرهن الإجباري بدون رضى المدين في الحالات التي يقررها القانون».

الشرح :

مفهوم الرهن الإجباري وحالاته المقررة في القانون

الرهن الجبري هو الرهن المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين في حالات معينة عددها القانون في الفصل 163 من ظهير 19 رجب الملقى، والذي عدد الحالات التي يفرض فيها هذا الرهن على سبيل الحصر. وأهم هذه الحالات هي الآتية :

أ - الرهن الجبري المقرر ضماناً لحقوق فاقدي الأهلية وناقصيها : قد يترتب للقصر والمحجور عليهم حقوق وديون بذمة أوليائهم أو أوصيائهم أو مقدميهم. فكي لا تتعرض هذه الحقوق والديون للضياع، وجد المشرع أن تكون مضمونة برهن جبري على جميع أو بعض عقارات الولي أو الوصي أو المقدم.

ب - الرهن الجبري المقرر ضماناً للمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين على المنشآت التي عهد إليهم بإشادتها وترميمها : نصت الفقرة الخامسة من الفصل 163 من ظهير 19 رجب، على أن المهندسين المعماريين والمقاولين الذين عهد إليهم في تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو في إعادة تشييدها أو ترميمها والذين قدموا المواد والعمل أو العمل فحسب، لهم رهن جبري على هذه المنشآت ضماناً للمبالغ المستحقة لهم إزاء المالك في الحالة التي تكون فيها هذه المبالغ مضمونة برهن رضائي.

وقد بني هذا الرهن على اعتبار أن المهندس المعماري أو المقاول قد زاد في قيمة العقار بسبب ما قدمه من عمل أو من مواد وعمل، فمن العدل أن تخصص هذه الزيادة لإيفاء ما ترتب لهم من مبالغ إزاء المالك قبل سائر الدائنين العاديين.

ج - الرهن الجبري على عقاريات التركة ضماناً لحقوق الدائنين والموصى لهم :
بحق للدائنين والموصى لهم أن يحتفظوا بحقوقهم في إبقاء أموال التركة مفصولة عن
أموال الورثة، بتسجيل جبري في السجل العقاري يتجزأ داخل ثلاثة أشهر من فتح
التركة. (الفقرة الأولى من الفصل 171 من ظهير 19 رجب الملقى).

وإذا لم يتم التسجيل في المدة المذكورة، فلا يكون لهذا الحق أثر على العقارات
(الفقرة الثانية من الفصل 171 من ظهير 19 رجب الملقى).

ويجرى التسجيل بموجب حكم تصدره المحكمة الابتدائية، بالاستناد إلى طلب ذوي
العلاقة، وتعيين رتبة هذا التسجيل اعتباراً من تاريخ قيده في السجل العقاري.

د - الرهن الجبري المقرر ضماناً لحقوق وديون الزوجة :
يضمن الرهن الجبري الواقع على عقارات الزوج مهر الزوجة وحقوقها الناشئة عن النظام المالي للزوجية
والتعويض عن الالتزامات المطالب بها الزوج، واستبدال ما تصرف به من أملاكها
بأملاك أخرى (الفصل 163 من ظهير 19 رجب الملقى).

وبمقتضى الفصل 167 يحدد الرهن الجبري المقرر للزوجة سواء من حيث المبالغ
المضمونة أو من حيث العقارات المرتهنة بنص صريح في عقد الرهن المحدد للنظام
المالي للزوجة، أما إذا لم يكن قد حرر مثل هذا العقد أو كان العقد خلواً من نص يتعلق
بتخصيص الرهن الجبري، فإن الرهن الجبري يقرر بحكم تصدره المحكمة الابتدائية
التي يقع في دائرتها موطن الزوجية. وذلك بناء على طلب من المرأة أو أقاربها أو
أصهارها أو دائنيها.

وفي حقل الرهن الجبري الواقع على أملاك الزوج، كما في حقل الرهن الجبري
الواقع على عقار الولي أو الوصي أو المقدم إذا ظهر أن الضمانات المعطاة للزوجة غير
كافية، فيحق للمحكمة الابتدائية توسيعها بحكم تصدره، بناء على طلب الأشخاص
المذكورين أعلاه.

هـ - الرهن الجبري المقرر بكتلة الدائنين على عقارات المفلس ضماناً لأداء
الديون المستحقة : إن هذا الرهن يخول في الحكم المتضمن شهر الافلاس. وإذا
ظهرت عقارات جديدة للمفلس أثناء جريان المسطرة فيمكن أن يمتد إليها أثر الرهن،
وذلك بحكم من المحكمة تصدره.

وإذا انتهى الافلاس بالصلح فإن الحكم بالمصادقة على الصلح يبين هوية الدائنين
ومبلغ الديون المضمونة بالرهن والعقارات المرتهنة، ويجري تسجيل هذا القرار بطلب

من وكلاء الدائنين وتؤدي عن ذلك الوجيبة النشيئة بحسب القيمة طبقاً لتعريفه الرسوم (الفصل 171 مكرر)⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الحقوق العينية لم تتطرق لحالات الرهن الإجمالي بالحجم الذي كان موجوداً في ظهير 19 رجب الملقى، وإنما اكتفت بالقول أنه يكون وفق الحالات المقررة قانوناً في المادة موضوع الشرح إذا ما أخذنا بعين الاعتبار ما ورد في نطاق المادة 172 الآتي شرحها.

المادة 172

«يمكن أن يخول البائع أو المعاوض أو المتقاسم، الذي لم يضمن برهن اتفاقي الأداء الكامل للثمن أو المدرك، رهناً إجبارياً على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة بناء على حكم قضائي».

الشرح :

الرهن الجبري المقرر ضمناً لحقوق وديون البائع أو المعاوض أو المتقاسم

سبقت الإشارة في نهاية شرح المادة السابقة إلى أن مدونة الحقوق العينية، لم تتطرق لحالات الرهن الإجمالي بالحجم الذي كان موجوداً في ظهير 19 رجب الملقى، وإنما اكتفت بالقول بأن الرهن الإجمالي يكون وفق الحالات المقررة في القانون، وذكرت مدونة الحقوق العينية حالة واحدة في هذه المادة موضوع الشرح، من الحالات التي بينهاها عند شرح المادة قبلها.

وعلى ذلك، يحق للبائع أو المعاوض، أو المتقاسم، لأموال غير منقولة، أي لعقارات، ولا يوجد رهن اتفاقي، يضمن عقد الأداء الكامل للثمن أو المدرك أن يشترطوا في عقد البيع أو في عقد المقايضة أو القسمة على المشتري أو المقايض أو المتقاسم الآخر رهناً إجبارياً على العقار المبيع أو المقايض به أو المقسوم لضمان ثمن البيع أو التعويض المعدل للمقايضة أو القسمة.

بمعنى أن الرهن الجبري المقصود في المادة موضوع الشرح هو الواقع على العقار المبيع أو المعاوض به أو المقسوم لفائدة البائع والمعاوض والشركاء في ذلك العقار المقسوم ضماناً للثمن (في البيع) أو الفرق الناتج عن المعاوضة أو القسمة.

(1) المرحوم الدكتور مامون الكزبري، مرجع سابق، ص 86 وما يليها.

وبعبارة أخرى إذا لم يكن هناك ثمة رهن اتفاقي، فيجوز للبائع أو المقايض أو المقاسم، بناء على حكم قضائي صادر من المحكمة الابتدائية التي تقع في منطقتها العقارات المباعة أو المقايض لها أو المقسومة أن يخولوا رهنًا جبرياً على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة، ثم يقيد في الرسم العقاري بعد صدور الحكم بإجراء ذلك الرهن⁽¹⁾.

المادة 173

«عند الاستعجال، يمكن لرئيس المحكمة في حالة الرهن الإجباري أن يأمر بناء على طلب باجراء تقييد احتياطي يبقى مفعوله سارياً إلى غير صدور الحكم النهائي».

الشرح :

في حالة الاستعجال، يمكن لرئيس المحكمة
بعد اقرار الرهن الاجباري إصدار أمر بإجراء
تقييد احتياطي، لفائدة المستفيد من الرهن

تتحدث هذه المادة موضوع الشرح، على أنه في مثل الحالة التي تقدم شرحها في المادة السابقة، والمتعلقة بالرهن الاجباري المقرر ضمناً لحقوق وديون البائع أو المعاوض أو المتقاسم، يمكن للمستفيد من الرهن عند عدم وجود رهن اتفاقي الأداء الكامل للثمن أو المدرك أن يطلب من المحكمة إصدار حكم قضائي، يقضي بإجراء رهن إجباري على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة، ثم يقيد الرهن في الرسم العقاري بعد صدور الحكم بإجراء ذلك الرهن.

ولكن قبل صدور هذا الحكم يمكن للمستفيد من الرهن المذكور، أن يتقدم، في الحالة التي تقتضي الاستعجال إلى رئيس المحكمة بطلب قيد احتياطي أو تسجيل تحفظي لحقوقه في الرسم العقاري، ولهذا يمكن لرئيس المحكمة بصفته قاضي الأمور المستعجلة في حالة الرهن الإجباري أن يأمر بناء على طلب المستفيد بإجراء تقييد احتياطي، في الرسم العقاري، ويبقى مفعول التقييد الاحتياطي ساري المفعول إلى غاية صدور الحكم النهائي المستعجل بالرهن الجبري يتقيد في السجل، على أن تكون رتبته من تاريخ إجراء التقييد الاحتياطي، أو التسجيل التحفظي.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 486.

الفرع الثاني الرهن الاتفاقي المادة 174

«ينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحاً إلا إذا قيد بالرسم العقاري».

الشرح :
وجوب إنشاء الرهن الاتفاقي بعقد رسمي،
ويتعين تقييده بالرسم العقاري

الرهن الرسمي الاتفاقي هو الرهن الذي يحصل باتفاق ورضى الأطراف، كأن يستدين شخص مبلغاً من المال من آخر، ويعقد المدين رهنأ رسمياً على عقار له ضماناً للدائن على استيفاء دينه.

والرهن الرسمي الاتفاقي كالرهن الرسمي الاجباري، يجب أن ينعقد وينشأ بعقد رسمي، أي محرر كتابة برضى الطرفين الراهن والمرتهن من طرف العدول أو الموثقين الذين لهم الصلاحية في تحرير الرسوم الكتابية والتوثيقية، ولا يجوز انشاء عقد الرهن الجبري أو الاتفاقي بغير محرر رسمي.

كما أن الرهن الرسمي الاتفاقي لا يكون صحيحاً، وينتج آثاره القانوني تجاه المعنيين بالأمر، إلا إذا سجل بصفة قانونية بالرسم العقاري بالمحافظة العقارية.

وبعبارة أخرى، إن مجرد انعقاد الرهن الرسمي، لا يجعله نافذاً منتجاً لآثاره التي تتمثل في حق المرتهن في أن يطالب ببيع الشيء المرهون، وإنما يشترط لنفاذ الرهن الاتفاقي وترتب أثره وامكانية احتجاج الدائن المرتهن بهذا الرهن إزاء الغير. وبالنسبة لبقية دائني صاحب العقار المرهون، لا بد أن تكون هناك حجة كتابية رسمية، وهي التي تحرر من طرف العدول أو الموثقين الذين لهم صلاحية التوثيق، وتأتي في الشكل المحدد في القانون، ويشترط فيها أن يكون تاريخها ثابتاً بكيفية يسهل تحديده بكل دقة. كأن تكون مسجلة في المغرب أو في الخارج، أو تكون مصادقاً من طرف السلطة المختصة بذلك⁽¹⁾ ويمكن أن تتضمن العقود المحررة بالاقطار الأجنبية، رهنأ صحيحاً على عقارات محفظة كائنة في المغرب، غير أنه يشترط أن تكون هذه العقود

(1) د. محمد بن معجوز، مرجع سابق، ص 447.

موافقة لمقتضيات التشريع المتعلق بالنظام العقاري للحفاظ بالمغرب⁽¹⁾ وفقاً لأحكام
ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 والمعدل والمغير بالقانون رقم 14.07.

ونصت المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية على أنه يشترط في انعقاد
الرهن الرسمي الاتفاقي، ألا يكون صحيحاً ومقبولاً إلا إذا سجل وقيد هذا الرهن
بالرسم العقاري بالمحافظة العقارية الواقع داخل دائرتها العقار المحفظ المرهون.

وذلك، لأنه لا يكون لانعقاد الرهن الرسمي الاتفاقي أي أثر تجاه الغير وتجاه
الطرفين أيضاً إلا إذا سجل هذا الرهن في الرسم العقاري من لدن الراهن المرتهن،
وإذا امتنع الراهن من التسجيل ولم يتمكن المرتهن من تسجيله بنفسه، فيمكنه عقد
الرهن أن يلجأ إلى المحكمة لارغام الراهن على التسجيل المذكور، ويمكنه بطبيعة
الحال، أن يبادر على الأقل إلى إجراء قيد احتياطي ليضمن حقه.

ومادام لم يتم التسجيل أو القيد الاحتياطي للرهن، فإن هذا العقد لا ينتج أي أثر،
وبعكس ذلك، متى تم تسجيل الرهن أو تقييده تقييداً احتياطياً، فإن الرهن يصبح
منتجاً لآثاره، ولو لم يجزه المرتهن بالفعل، لما هو معروف من أن ما سجل في الرسم
العقاري يمكن الاحتجاج به، ضد الجميع⁽²⁾.

المادة 175

«يجب لصحة عقد الرهن الرسمي أن يتضمن ما يلي :

- هوية أطراف العقد ؛
- تعيين الملك المرهون ببيان اسمه وموقعه ومساحته ومشمولاته ورقم رسمه
العقاري أو مطلب تحفيظه ؛
- بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحدد لأدائه».

الشرح :

لصحة عقد الرهن الرسمي يجب تضمينه هوية أطرافه،
وتعيين العقار المرهون، وبيان مبلغ الدين، ومدة أدائه

نصت المادة موضوع الشرح، على أنه يجب لصحة عقد الرهن الرسمي أن يتضمن
ما يلي :

(1) د. المرحوم مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 226.

(2) د. محمد بن معجوز، مرجع سابق، ص 452.

أ - هوية أطراف العقد : يجب أن يتضمن عقد الرهن الرسمي نظرة شاملة، على معرفة هوية أطراف العقد، سواء بالنسبة للرهن، أو الدائن المرتهن، بحيث يجب أن يذكر فيه، الاسم العائلي والشخصي، وبطاقته الوطنية، التي تبين الاسم، والعنوان، والمهنة والازدياد، ومكان السكنى، والاستيطان، وهل تام الأهلية أو ناقصها، وفي هذه الحالة يذكر نائبه الشرعي، المسؤول عن أموال، وإذن القاضي المتعلق بالرهن الرسمي، ويذكر ذلك كله واحد من أطراف العقد.

ب - تعيين الملك المرهون : بحيث كل عقد رهن رسمي يجب أن يعين لزوماً اسم الملك الواقع عليه الرهن، وذلك ببيان اسمه المعروف به، ومكانه الواقع فيه ومساحته البالغة كذا وكذا، وحدوده التي تحدد جوانبه ومشملاته، من بنايات أو منشآت وأغراس، وغير ذلك مما يشمل العقار الواقع عليه الرهن، وكذا يجب ذكر رقم رسمه العقاري أو رقم مطلب التحفيظ الذي سجل الرهن به في خانة مطلب التحفيظ.

ج - بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه : بالنسبة للرهن الرسمي، لا بد أن يكون عقد الرهن يتضمن بياناً كافياً عن المبلغ الذي يضمنه الرهن وقدره. كما يتعين أن يبين العقار الواقع عليه الرهن الرسمي وصفته، وكل ما يعين على التعرف عليه بدقة، ويتعين كذلك ذكر تاريخ حلول أجل أداء الدين، وكيفية هذا الأداء، بحيث يتعين النص في عقد الرهن على أنه يمتد إلى أجل معين ثم ينتهي مفعوله بعدها، وهي المدة المحددة لأداء الدين المضمون بالرهن وكيفية هذا الأداء.

المادة 176

«يجب أن يكون الراهن مالكاً للتملك المرهون وأهلاً للتصرف فيه».

الشرح :

وجوب ملكية الراهن للملك المرهون وأهليته للتصرف فيه

يشترط لصحة الرهن الرسمي الاتفاقي أن يكون صادراً عن مالك للملك المرهون، والواقع عليه الرهن، وعمن هو أهل للتصرف فيه. وهذان الشرطان أساسيان لصحة الرهن الرسمي الاتفاقي، وهما :

الشرط الأول : لا بد لصحة الرهن الاتفاقي من صدوره عن مالك العقار الذي يقع عليه الرهن أو يكون الراهن موافقاً على إجراء ذلك الرهن.

ولا يمثل الرهن الاتفاقي إلا إذا كان من طرف المالك الذي قيد الملك المرهون باسمه، ولا يتصور أن يجري من غير المالك للمرهون.

وذلك نظراً إلى أن عقد الرهن الرسمي الاتفاقي، يرتب على المالك المرهون حقاً عينياً يخول للمرتهن بيع ذلك الملك المرهون ليستوفي من ثمنه دينه فيما إذا لم يؤد المدين في إبانته، فلذلك يتعين أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ملكية تامة ليتأتى له ترتيب هذا الحق.

وعليه، لا يجوز انشاء رهن رسمي على مملوك للغير، فإذا ما عقد شخص رهناً رسمياً على عقار لا يملكه، فالرهن باطل ومن حق كل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان.

الشرط الثاني : يشترط أن يكون الرهن صادراً ممن هو أهل للتصرف، فيجب أن يكون هذا الراهن متمتعاً بأهلية إجراء التصرفات العوضية، أي أن ممن يقبل منه أن يجري التصرفات التي تدور بين النفع والضرر، وذلك أن يكون رشيداً، أو على الأقل أن يكون مأذوناً له في التجارة، أي وصل إلى السابعة عشرة من عمره، وأذن له وليه في مباشرة التجارة، بعد أن رأى منه مخايل الرشد.

وهذا يعني أن فاقد الأهلية لصغر أو جنون لا يحق له أن يبرم عقد رهن على ما يملكه هو، ولكن يمكن للولي على المحجور أن يعقد رهناً على عقار محجوره نيابة عنه لضمان دين على ذلك المحجور، غير أن هذا الولي يحتاج إلى إذن قاضي المحاجير، نظراً إلى أن الرهن يعتبر من التصرفات التي لا يحق للولي أن يجريها على محجوره إلا بمراجعة القاضي وموافقته.

وبطبيعة الحال لا يمكن للراهن الرهن الرسمي الاتفاقي إلا من طرف المالك الذي قيد العقار المرهون باسمه، ولا يتصور أن يجري من غير المالك للملك المرهون.

المادة 177

«يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلاً عينياً يقدم الرهن لمصلحة المدين».

الشرح :

لا يشترط أن يكون عاقد الرهن هو المدين بالذات

الأصل يكون الراهن هو نفس المدين، يرتب رهناً رسمياً على عقار مملوك له تأميناً للوفاء بدین في ذمته. ولكنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون المدين والراهن شخصين

مختلفين، فيترتب الدين في ذمة المدين، ويرتب شخص آخر على عقار مملوك له رهناً رسمياً تأميناً للدين، وفي هذه الحالة كما سبق القول، يسمى الراهن كفيلاً عينياً، لأنه يكفل الدين ولكن في حدود العقار الذي رتب عليه الرهن الرسمي.

وبعبارة أخرى، يجوز لأي شخص أن يعقد رهناً رسمياً على عقار له ضمان لدين على غيره. وفي هذه الحالة يكون عاقد الرهن بمثابة كفيل عيني : فهو كفيل لأنه ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصلي وتعهده بأداء الدين المكفول إلى الدائن، ولكنه كفيل عيني لأنه يلزم بسداد هذا الدين من ثمن الملك المعقود عليه الرهن، ولا يلزم بشيء من أمواله الأخرى.

وسواء كان الراهن هو المدين نفسه كما هو الغالب أو كان كفيلاً عينياً، فالأمر بالنسبة إليه لا يتغير.

المادة 178

«لا يجوز للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر أو المحجور عليها رهناً رسمياً إلا بإذن من القاضي».

الشرح :

عدم جواز الرهن الرسمي على أموال القاصر أو المحجور عليهم
من طرف النائب الشرعي، إلا بإذن من القاضي

مر معنا قريباً أنه لا يكون الراهن مالكاً للملك المرهون فحسب بل يجب أن يكون أيضاً أهلاً للتصرف فيه. ذلك أن الرهن الرسمي عمل من أعمال التصرف، فيجب على من يقدم عليه أن يكون متوفراً على الأهلية اللازمة له، أي أن يكون أهلاً للتصرف في العقار المرهون، كما سبق القول. فيجب إذن أن يكون المدين الراهن بالغاً سن الرشد غير قاصر أو محجور عليه. فإذا لم يبلغ سن الرشد أو كان محجوراً عليه، جاز لوليّه أو لوصيه أو للمقدم عليه عقد الرهن الرسمي، لكن بشرط أخذ إذن المحكمة فيما يتعلق بالولي أو الوصي أو المقدم.

وخلاصة القول، يشترط فيمن يعقد الرهن الاتفاقي والرضائي أن يكون حائزاً على أهلية التصرف بالعقار أو بالحق المعقود عليه الرهن.

أما فيما يتعلق بالقاصرين أو المحجور عليهم، أو الغائبين، فلا يجوز إجراء رهن رسمي على أموالهم، إلا من قبل الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم، بالشكل المقرر قانوناً،

ويموجب إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين والمحاجير، أي بموجب حكم قضائي.

وبالتالي لا يجوز للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر، أو المحجور عليهم رهنأ رسمياً إلا بمقتضى إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين والمحاجير، وهذا ما نصت عليه المادة موضوع الشرح.

المادة 179

«يجوز الرهن الرسمي ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد سقفه الأقصى بالعقد المنشئ للرهن».

الشرح :

جواز الرهن الرسمي لضمان التزام يكون موضوعه تأدية مبلغ من النقود بعد الرهن المنشئ للرهن

سبقت الإشارة إلى أنه من الشروط المتطلب توفرها في الالتزام الذي تقرر الرهن لضمانه، أن يكون موضوعه تأدية مبلغ من النقود، إضافة إلى اشتراط انشاء الرهن الرسمي أن يكون الالتزام الأصلي صحيحاً، وأن يكون الالتزام الأصلي قابلاً للتنفيذ جبراً على المدين. وتوضيحاً لما نصت عليه المادة موضوع الشرح ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار، فإنه يشترط لإنشاء الرهن الرسمي كذلك، أن يكون الالتزام الأصلي التزاماً بوفاء مبلغ من النقود فقط.

وبناء على ذلك، يجوز عقد الرهن الرسمي لضمان أي التزام يكون محله وموضوعه وفاء مبلغ من النقود فقط، لا فرق بين أن يكون ضماناً للالتزام عادي بدفع مبلغ من النقود، أو تأميناً لاعتماد مفتوح أو بمجرد فتح حساب جار، لكن يشترط أن يكون مقدار الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي يجوز وصوله إليه محدداً ومعيناً في العقد المنشئ للرهن.

فنص المادة موضوع الشرح، يوخذ منه جواز أن يكون الدين المضمون في الرهن الرسمي، اعتماداً مفتوحاً، أو فتح حساب جار لدى مؤسسة مالية معتمدة، على أن يتحدد في عقد الرهن الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين.

بمعنى أنه إذا كان الدين مستقبلاً كاعتماد مفتوح في مصرف لم يسحب منه المدين شيئاً، أو كان ديناً احتمالياً كفتح حساب جار يحتمل أن يكون رصيده مدينياً أو يكون

دائماً، فإذا كان الرصيد فيما بعد رصيد مدينه كان هذا الدين منذ البداية ديناً
احتمالياً، كان تحديد مقداره في عقد الرهن بتحديد حد أقصى ينتهي إليه الدين.

هذا، وجزاء عدم تحديد الدين المضمون بالرهن الرسمي الاتفاقي على الوجه
المطلوب سالف الذكر، هو بطلان عقد الرهن. والبطلان هنا بطلان مطلق، ويستطيع
أن يتمسك به كل ذي مصلحة فيتمسك به المدين والدائن المرتهن، وورثة كل منهما،
والخلف الخاص، والدائنون المرتهنون المتأخرون في الرتبة، وحائز العقار المرهون⁽¹⁾.

المادة 180

«ان الرهن المدرج لضمان اعتماد مفتوح إلى غاية مبلغ معين يأخذ رتبته من تاريخ
تقييده من غير أن تراعى في ذلك التواريخ المتوالية لتنفيذ الالتزامات التي تعهد بها
المقترض».

الشرح :

أخذ الرهن المبرم لضمان اعتماد مفتوح رتبته
من تاريخ تقييده في السجل العقاري

تقدم لنا أن جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية
والمقررة لها يجب شهرها بطريق القيد.

فإذا لم يقيد الدائن المرتهن رهنأ رسمياً حق رهنه لم يكن هذا الرهن حجة على
الغير.. وطالب القيد بالنسبة للرهن المبرم لضمان اعتماد مفتوح إلى غاية مبلغ معين،
تتم إجراءات القيد في السجل العقاري، بناء على طلب ذوي الشأن. وذو الشأن في طلب
قيد الرهن الرسمي هو الدائن المرتهن. فيجوز لهذا أن يطلب القيد، سواء كان كامل
الأهلية أو ناقص الأهلية. ولا يشترط فيه إلا التمييز، لأن القيد من الأعمال النافعة له
نفعاً محضاً.

كما مر معنا أيضاً أنه إذا كان الدائن المرتهن قاصراً أو محجوراً عليه، جاز كذلك
أن يباشر القيد الأب أو الأم أو الولي أو المقدم، بحسب الأحوال.

وتقدم لنا كذلك أنه لا بد لصحة الرهن من أن يحدد في العقد المبلغ المضمون
بالرهن، وأن عقد الرهن الرسمي الاتفاقي يجوز لضمان اعتماد مفتوح أو بمجرد فتح
حساب جاري.

(1) الوسيط للسهنوري، ج 10، ص 371 - 372.

وتخصيصاً لما سبق، أوضحت المادة موضوع الشرح أنه إذا عقد الرهن لضمان اعتماد مفتوح إلى غاية مبلغ معين، وفيد الدائن المرتهن رهنه هذا بالسجل العقاري، فهذا القيد يأخذ رتبته في السجل من تاريخ تقييده، وتسجيله، من غير أن تراعى في ذلك التواريخ المتوالية المتعلقة بهذا الرهن الذي قيده الدائن المرتهن، ودون اعتبار تلك التواريخ اللاحقة، من أجل تنفيذ الالتزامات التي أبرمها أو تعهد بها المدين الذي افترض الدين المضمون من الدائنين الآخرين غير الدائن المرتهن الذي قيد رهنه لضمان اعتماد مفتوح إلى غاية مبلغ معين لفائدته، ودون تأخير إجراء التقييد، لأن مصلحة الدائن المرتهن توجب عليه المبادرة إلى إجراء القيد بعد انعقاد الرهن صحيحاً لضمان مفتوح إلى غاية مبلغ معين، ليأخذ رتبته من تاريخ تقييده، غير أن تراعى في ذلك التواريخ التي تلي تاريخ تقييد الدائن المرتهن رهنه، لضمان اعتماد مفتوح من لدن المدين، وذلك بالنسبة لتنفيذ الالتزامات الأخرى التي التزم وتعهد بها المقترض، أي المدين رهن اعتماد مفتوح لفائدة الدائن المرتهن، وهو ما نصت عليه المادة موضوع الشرح.

المادة 181

«كل من ليس له على الملك الا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال لا يمكنه أن يعطي إلا رهناً خاضعاً لنفس الأحكام.
غير أن الدائن المرتهن حسن النية يحتفظ بحقه في الرهن إذا كان يجهل تلك الأحكام».

الشرح :

إذا كان لشخص على عقار حق معلق أو شرط أو قابل للفسخ
أو معرض للإبطال لا يمكن له أن يعطي إلا رهناً خاضعاً لنفس الأحكام

أوضحت المادة موضوع الشرح، أنه يصح أن ينشأ الرهن الرسمي الاتفاقي على حق عيني معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال، إلا أن هذا الرهن لا يجوز ولا يستطيع صاحبه أن يعطي على العقار الذي فيه الحق العيني إلا رهناً معلقاً على نفس الشرط، أو خاضعاً لنفس أسباب الفسخ أو أسباب الإبطال، أي أن هذا الرهن المعلق مربوط بسبب الشرط أو خاضع لنفس أسباب فسخ الرهن، ومربوط كذلك بأسباب الإبطال التي تقضي بإبطال الرهن.

ومعنى ذلك أن الرهن الرسمي الاتفاقي يجوز انشاؤه على حق عيني على عقار، لكن للراهن على هذا العقار الا هذا الحق المعلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للابطال لذلك، ليس له في الرهن إلا هذا الحق العيني، المعلق على شرط أو قابل للفسخ، أو معرض للابطال، الأمر الذي يجعله أن لا يعطي إلا رهناً معلقاً على نفس الشرط أو خاضعاً لنفس أسباب الفسخ، أو الابطال وفق ما نصت عليه المادة موضوع الشرح، بحيث أن الحق العيني المعلق على نفس الشرط وأسباب الفسخ والابطال، إذا لم يتحقق هذا الرهن، وتعرض لعكس الشرط، ووقعت أسباب الفسخ والابطال، انتهى الرهن ولم يبق له أثر قانوني.

ويترتب على انتهاء الرهن المتعلق بحق عيني معلق على شرط، أو قابل للفسخ، أو أسباب الابطال أن يكون الدائن المرتهن إما عن حسن النية وإما عن سيء النية.

فإذا تحقق حسن نية الدائن المرتهن، فله الحق أن يحتفظ بحقه في الرهن في حالة ما إذا كان يجهل، تلك الأسباب والأحكام التي كانت تتعلق بالحق العيني في الملك المرهون، المعلق على شرط أو قابل للفسخ، أو معرض للابطال، ويبقى المدين متابعاً بالمدين المضمون، إلى حين أدائه والتخلص منه نهائياً، لكن إذا كان عالماً بالأحكام المتعلقة بالمذكور من شرط، أو مقابل للفسخ أو عرض للابطال فلا يحق له الاحتفاظ بحقه في الرهن.

وبناء على ذلك، يجب أن يكون الراهن مالاً للحق العيني المرهون على عقار معلق وقت انعقاد الرهن الرسمي، ويجب أن يكون الدائن المرتهن، وقت أن أبرم عقد الرهن، حسن النية، ومعنى حسن نية الدائن المرتهن هو ألا يكون هذا الدائن عالماً بأن ملكية الراهن مهددة بالزوال بأثر رجعي، فإذا كان عنده أي شك في ذلك لم تكن حسن النية. وحسن النية يفترض أصلاً، فإذا أبرم الدائن المرتهن عقداً افترض فيه حسن النية، ومع ذلك إذا أثبت الخصم أنه كان أمام الدائن المرتهن سبيل للشك في ملكية الراهن، بأن كان هذا الراهن مثلاً لا يزال مدينناً بالثمن أو ببعضه، فإذا لم يدفع ما هو مدين به فسخ البيع، كان على الدائن المرتهن أن يثبت أنه لم يكن أن الراهن لا يزال مدينناً بالثمن أو ببعضه⁽¹⁾.

المادة 182

«إن الرهن الذي يبرمه جميع الشركاء في ملك مشاع يحتفظ بأثره على كافة الملك كيفما كانت نتيجة القسمة.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 317.

إذا رهن أحد الشركاء حصته المشاعة فإن حق الدائن المرتهن ينتقل إلى الجزء المفرز الذي آل إلى الشريك بعد القسمة وإلى المدرك الذي حصل عليه الشريك لتعديل حصته وذلك إذا صادف الدائن المرتهن على عقد القسمة أو كان طرفاً في الدعوى المتعلقة بها».

الشرح :

حكم رهن العقار الشائع بين الشركاء

يستخلص من المادة موضوع الشرح، أنه إذا كان هناك عقار شائع، فيمكن أن يرهنه جميع الشركاء، ويكون الرهن نافذاً في حق الجميع، أيّاً كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار أو على بيعه لعدم إمكان قسمته. ويمكن أيضاً أن يرهن العقار الشائع أحد الشركاء، وهذا الشريك الراهن إما أن يرهن حصته الشائعة في العقار، أو يرهن جزءاً مقررراً في هذا العقار يقدر عادة أنه هو الجزء المفرز الذي سيصيبه من قسمة العقار، أو يرهن جميع العقار الشائع.

وهكذا، فالنص يفرض أن هناك عقاراً شائعاً بين عدة شركاء، ثلاثة مثلاً، وأن هؤلاء الثلاثة رهنوا هذا العقار الشائع. فالرهن الصادر من هؤلاء الثلاثة، وهم جميع الشركاء المشتاعين، يكون رهنناً صحيحاً نافذاً في حق الجميع، سواء كان ذلك قبل القسمة، أو بعد القسمة، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة.

فالرهن يكون صحيحاً نافذاً قبل القسمة، لأنه صدر من الثلاثة شركاء وهم جميع الشركاء المشتاعين، فإذا باع هؤلاء العقار الشائع بعد رهنه، فإنه ينتقل إلى المشتري مثقلاً بالرهن، ويتبع الدائن المرتهن العقار الشائع في يد المشتري وهو الحائز للعقار. وإذا بقي العقار الشائع في ملكية الشركاء، وأراد أحد دائني شريك منهم التنفيذ عليه، فإن الدائن المرتهن يتقدم على هذا الدائن العادي لأنه دائن مرتهن.

وإذا مات بعض الثلاثة شركاء أو كلهم، انتقل العقار مرهوناً إلى الورثة. وعلى ذلك يسري الرهن في حق الشركاء الثلاثة، وفي حق دائنيهم وفي حق الخلف الخاص والخلف العام.

والرهن يكون صحيحاً نافذاً أيضاً بعد القسمة، أو بعد البيع لعدم إمكان القسمة عيناً.

فإذا اقتسم الثلاثة شركاء العقار الشائع، وأخذ كل منهم حصة مفرزة من هذا العقار، فإن هذه الحصة المفرزة التي تقع في نصيب كل من الشركاء الثلاثة تكون

مثقلة بحق الرهن لأن الشركاء الثلاثة كلهم قد رهنوا العقار عندما كان شائعاً، فيبقى مرهوناً عند إفرازه. أما إذا وقع العقار الشائع في نصيب أحد الشركاء، الثلاثة، وأخذ كل من الشريكين الآخرين نصيبه مفرزاً في عقار أو عقارات أخرى شائعة بين الثلاثة فإن العقار الشائع المرهون ينتقل مرهوناً إلى الشريك الذي وقع في نصيبه⁽¹⁾.

والحاصل أنه إذا عقد الرهن على العقار الشائع من قبل جميع الشركاء على الشيوع، فيبقى أثر هذا الرهن على العقار بمجموعه كيفما كانت فيما بعد نتيجة القسمة أو البيع بالمزاد العلني.

وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار الشائع، فله أن يعقد رهنأ رسمياً على حصته، ويكون رهنه صحيحاً مادام العقار شائعاً، وهذا الرهن يحول بعد القسمة إلى الحصة التي تقع في نصيبه. وإذا باع هذه الحصة الشائعة انتقلت مرهونة إلى المشتري. أما إذا اقتصر على الرهن. واقتسم الشركاء العقار بعد ذلك فوقع كله أو جزء منه في نصيب هذا الشريك بعد القسمة، فإنه ينتقل مرهوناً، أو ينتقل مرهوناً بعضه في الشياع بمقدار حصة الشريك فيما إذا وقع العقار كله في نصيبه. بحيث يجوز رهن العقار الشائع: فإذا رهن المالك نصيبه شائعاً كان الرهن صحيحاً، حتى إذا أفرز النصيب الشائع من ذلك انتقل الرهن إلى النصيب المفرز، والذي آل إلى الشريك بعد القسمة، وإلى المدرك الذي حصل عليه لتعديل حصته، وذلك كله، شريطة إذا صادق الدائن المرتهن على عقد القسمة الذي أفرز نصيب كل شريك من الشركاء، وبالأخص نصيب الشريك الذي عقد رهنأ رسمياً على حصته الشائعة، وينتقل حق الدائن المرتهن هذا النصيب المفرز. أو كان الدائن المرتهن طرفاً في الدعوى المتعلقة بالقسمة.

المادة 183

«لا يجوز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها استقبالا».

الشرح :

عدم جواز الرهن الرسمي على أملاك يؤمل

الحصول عليها في المستقبل

تتحدث المادة موضوع الشرح، عن أن رهن المال المستقبل هو رهن لا يملكه الراهن، ولكن يرهنه مع ذلك لاعتقاده أنه سيملكه بطريق ما كطريق الميراث أو طريق الوصية.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 323 - 324.

فإذا كان الرهن واقعاً على عقار لم يعين بالذات واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكه في المستقبل من عقار، فإن الرهن لا يجوز، ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن.

وعلة بطلان رهن الملك المستقبل بطلاناً مطلقاً ليست هي عدم ملكية الراهن للملك المرهون، فقد رأينا أن رهن ملك الغير قابلاً للابطال لا باطلاً ولكن الصلة هي عدم تعيين العقار المرهون تعييناً كافياً، فيكون بطلان رهن المال المستقبل هو جزاء لمخالفته مبدأ التخصيص. وقد أراد المشرع حماية الراهن من أن يقدم على رهن ما يستجد له من مال مستقل.

وعلى ذلك، إذا رهن شخص ما سيؤول إليه من تركة أبيه حسب تقديره من عقار، كأن هذا رهنًا لمال مستقبل وباطلاً بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾.

ومثال ذلك، بوضوح هو: أن يعقد الابن رهنًا على عقار مملوك لأبيه على أن يرث عنه هذا العقار. فمثل هذا الرهن يقع باطلاً، لأن الابن ليس له في العقار المذكور أي حق في حياة أبيه وأنه يشترط لصحة الرهن أن يصدر عن مالك العقار المقرر عليه الرهن⁽²⁾.

المادة 184

«إذا تعلق الرهن الاتفاقي بقرض قصير الأجل فإنه يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوماً، ولا يترتب عن هذا التأجيل فقد الدائن لمرتبته التي يبقى مكتسباً لها بشرط أن يتقيد بالمقتضيات المبينة في المادة الآتية».

المادة 185

«يودع الدائن المرتهن أصل العقد أو نسخة منه نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية ويطلب كتابة من المحافظ على الأملاك العقارية أن يقيد حقه تقييداً احتياطياً وأن يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري ويمتنع من إجراء أي تقييد آخر برضى المالك وذلك مدة تسعين يوماً تسري من تاريخ التقييد المنجز».

(1) الوسيط للسنة 10، ج 10، ص 308 - 309.

(2) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 226.

يضمن هذا التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري ولا يشار إليه في نظيره.

ويمكن للدائن المرتهن أن يطلب قبل انصرام المدة المذكورة تقييد حقه بصفة نظامية ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به».

المادة 186

«ينتهي مفهوم التقييد الاحتياطي للرهن المؤجل ويشطب عليه تلقائياً إذا لم ينجز التقييد النهائي، لحق الدائن المرتهن خلال المدة المذكورة».

الشرح :

أحكام الرهن الرسمي الاتفاقي المؤجل

سنبحث من خلال المواد الثلاث موضوع الشرح أحكام الرهن الرسمي الاتفاقي المؤجل بحيث نذكر أن الرهن الرسمي المؤجل هو نوع من الرهون الاتفاقية المتعلقة بقروض قصيرة الأجل والتي يجوز تأجيل شهرها أو قيدها بالرسم العقاري لمدة من الزمن لا تتجاوز 90 يوماً، دون أن يعرض الدائن من جراء هذا التأجيل لفقدان رتبة دينه، بل تبقى مكتسبة له بشرط أن يتقيد بالمقتضيات والأحكام المبينة والمنصوص عليها في المواد الثلاث موضوع الشرح. وهذه المقتضيات هي :

1 - يودع الدائن المرتهن أصل عقد الرهن بالشكل المعتاد أو نسخة منه مع نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية، ويقدم طلباً مكتوباً يطلب فيه من المحافظة على الأملاك العقارية، أن يقيّد حقه تقييداً احتياطياً، وأن يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري، ومنعه من إجراء أي تقييد آخر جديد بموافقة ورضى المالك، أي يحظر على المحافظ العقاري خطأ إجابة أي طلب تسجيل يضر بحقه أثناء مدة من الزمن لا تتجاوز تسعين يوماً، تسري من تاريخ التقييد المنجز.

2 - أن هذا الإيداع الذي يعتبر في أثناء المدة المذكورة بمثابة اعتراض يجري قيده بتاريخ وقوعه في سجل الطلبات، كما يشار إليه بقيد مؤقت في الرسم العقاري وبصورة استثنائية لا يدون هذا القيد في نسخة الرسم العقاري المحتفظ بها لدى المحافظة.

3 - يمكن للدائن المرتهن أن يقدم إلى المحافظة العقارية طلباً قبل انصرام المدة المذكورة، يرمي إلى تقييد حقه، بصفة نظامية أي بصفة قانونية، ووفق نظام

التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به.

وبنتيجة هذه المعاملات وحتى انتهاء مدة التسعين يوماً يصبح الدائن المرتهن رغم عدم تسجيل رهنه، بمأمن من كل تسجيل لاحق قد يطلب إجراؤه على العقار الواقع عليه الرهن المؤجل. ذلك أنه إذا قدم، خلال المدة المذكورة، طلب تسجيل ما، فإن المحافظ العقاري يعتمد أولاً إلى تسجيل الرهن المؤجل تسجيلًا قانونياً، ويأخذ هذا الرهن رتبته من تاريخ إجراء الإيداع المعتبر بمثابة اعتراض.

4 - أما إذا لم يتقدم أحد بطلب تسجيل خلال مدة التسعين يوماً، فيجب على الدائن عند انتهاء هذه المدة أن يسحب الوثائق التي كان أودعها أو أن يطلب تسجيل حقه الذي تنقطع عنه الضمانة الناجمة عن الإيداع المعتمَر بمثابة اعتراض⁽¹⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة 186 موضوع الشرح بحيث أوضحت أن مفعول التقييد الاحتياطي للرهن المؤجل ينتهي وينقضي بصفة نهائية، ويشطب عليه تلقائياً من لدن المحافظ على الأملاك العقارية الذي سجل بالرسم العقاري، وذلك في حالة ما إذا لم ينجز التقييد النهائي لحق الدائن المرتهن خلال مدة تسعين يوماً المقررة والمنصوص عليها في المادتين السابقتين موضوع الشرح، والمشار إليها في هذه المادة موضوع الشرح كذلك.

الفصل الثالث

آثار الرهن الرسمي

يترتب على الرهن الرسمي آثار، بالنسبة للمتعاقدين : الراهن : المدين، والدائن المرتهن. وبالنسبة لغير المتعاقدين : حق الأولوية، وحق التتبع. ثم انقضاء الرهن الرسمي، وسنبحث تباعاً في هذه الآثار حسب ورودها في هذا الفصل، والتي ذكر أحكامها المشرع في ثلاثة فروع، ذكر في الفرع الأول : آثار الرهن بالنسبة للمتعاقدين : وفيه 1 - آثار الرهن بالنسبة للراهن 2 - آثار الرهن بالنسبة إلى الدائن المرتهن. وفي الفرع الثاني : ذكر آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين : 1 - حق الأولوية 2 - حق التتبع. وفي الفرع الثالث : ذكر المشرع انقضاء الرهن الرسمي. وسنتناول هذه الأحكام الواردة في المواد المندرجة في هذا الفصل وشرحها على التوالي فيما يلي :

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 227.

الفرع الأول أثار الرهن بالنسبة للمتعاقدین

أولاً : الرهن بالنسبة للراهن

المادة 187

«يبقى الملك المرهون تحت يد الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه دون المساس بحقوق الدائن المرتهن».

الشرح :

أثار الرهن الرسمي تجاه الراهن

يستنتج من نص المادة موضوع الشرح، أن الرهن الرسمي، كما سبق لنا بيانه، يبقى الراهن وازعاً يده على العقار المرهون، فله أن يجني ثماره، وله أن يؤجره، بل له أن يتصرف فيه كأن يبيعه أو يهبه، على أن يبقى للدائن حق تتبع العقار الواقع عليه الرهن في أي يد كان.

ومادام العقار المرهون رهنأ رسمياً يبقى في حوزة الراهن، فإن الراهن هو الذي يعتبر حارساً للعقار، وتترتب إذن عليه مسؤولية الأضرار الناجمة عن العقار. ثم إن كان يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، ولكن لا يضر هذا التصرف بحق الدائن المرتهن.

ومعنى ذلك، أن الراهن يحتفظ بحق تصرفه في العقار المرهون، كأن يبيعه أو يهبه، كما كان قبل الرهن، ولكن التصرف الذي يصدر منه بعد الرهن لا يمس بحق الدائن المرتهن ولا يؤثر فيه. فالراهن إذن يحتفظ بحقه في التصرف في العقار المرهون، ولا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن على النحو الذي سبق بيانه.

ويبدو أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على الراهن عدم جواز التصرف في العقار المرهون، إذ أن حرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون على النحو المتقدم، لا يجوز أن يقيداً اتفاق مع الدائن المرتهن، ويكون باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بالأ يتصرف في العقار المرهون⁽¹⁾.

(1) الوسيط للسنةوري، ج 10، ص 398.

المادة 188

«للاهن حق إدارة الملك المرهون والحصول على غلته إلى أن يباع عليه، في حالة عدم وفاء الدين».

الشرح :

حق الراهن في إدارة الملك المرهون والحصول على غلته

سبق القول : بأن الرهن الرسمي، يبقى الراهن واضعاً يده على الملك المرهون، فله أن يستغله وأن يتصرف فيه كأن يبيعه أو يهبه، على أن يبقى للدائن حق تتبع الملك الواقع عليه الرهن في أي يد كان.

وعلى ذلك، مادام الراهن يبقى مالكاً للعقار المرهون وحائزاً له، فإنه يحتفظ بسلطته عليه كمالك وكحائز، فيبقى له حق التصرف في الملك المرهون، كما يبقى له حق استعماله، وحق استغلاله، ويبقى الراهن حارساً للملك المرهون، وله حق إدارته وجني ثماره والحصول على منتجاته، وتترتب عليه مسؤولية الأضرار التي تضرر بحق الدائن المرتهن، في العقار المرهون ولا تنقيد سلطة الراهن في كل ذلك إلا بما يجب أن تنقيد به من اعتبار حق الدائن المرتهن، فإن هذا الحق يبقى قائماً لضمان الوفاء بالدين، وقد ينتهي إذا لم يف المدين بالدين إلى التنفيذ، بحيث يباع الملك المرهون على المدين في حالة عدم وفاء الدين واستيفاء الدين من ثمنه بحسب مرتبة الدائن المرتهن⁽¹⁾.

المادة 189

«يضمن الراهن الملك المرهون وهو مسؤول عن سلامته، كاملاً حتى وفاء الدين، وللمرتهن أن يعترض على كل نقص يبين في ضمانه وأن يتخذ من الاجراءات ما يحفظ حقه على أن يرجع على الراهن بما أنفق».

الشرح :

ضمان الراهن لسلامة حق الرهن،

وللمرتهن أن يعترض على كل نقص كبير في ضمانه

يلتزم الراهن في عقد الرهن بضمان سلامة الرهن، وللدائن المرتهن أن يعترض على كل عمل وتقدير يكون من شأنه إنقاص ضمانه إنقاصاً كبيراً.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 396.

ذلك، أن التزامات الراهن، تتحدد بالنظر إلى الحق الذي اكتسبه المرتهن على العقار المرهون، ذلك الحق الذي يتجلى في إمكانية المطالبة باستيفاء الدين من ثمن ذلك الملك المرهون، ولهذا فإن عقد الرهن يفرض على الراهن ضمان الملك المرهون، ويتحمل مسؤوليته كاملة على سلامته، وصيانتة إلى حين الوفاء بالدين كاملاً.

ففيما يتعلق بضمان الراهن لسلامية حق الرهن، يكون هذا الضمان في عقد الرهن الرسمي كضمان البائع للتعرض، والاستحقاق في عقد البيع، فلا يجوز، فيما يتعلق بضمان التعرض الشخصي، أن يقوم الراهن بترتيب أي حق على العقار المرهون، يشهر قبل قيد الرهن، أو أن يقوم بأي عمل يترتب عليه انقاص العقار المرهون انقاصاً كبيراً أو تخريبه. وإذا نزع الراهن شيئاً من العقار المرهون أو من ملحقاته، كأن يبيع المواشي التي تخدم الأرض أو يبيع الأنقاض بعد هدم جزء من المباني، فتقع في يد مشتر حسن النية فيملكها بالحيازة خالصة من الرهن، كان للدائن المرتهن الرجوع على الراهن بضمان المتعرض الشخصي من لدن الدائن المرتهن، فيعيد الراهن إلى الأرض مواشي أخرى تساوي في القيمة المواشي التي بيعت، أو يرمم المباني فيعيدها إلى سيرتها الأولى. وإذا لم يتسلم المشتري إلى المواشي أو الانقاض، أو تسلمها وهو سيء النية، فإنها تبقى مثقلة بحق الرهن. ويجوز للدائن المرتهن أيضاً أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية، كأن يطلب إقامة حارس، وقد يقيم الراهن نفسه حارساً، وكأن يطلب ترميم ما تخرب من العقار المرهون، وله أن يرجع على الراهن بما أنفق من المصروفات في كل ذلك⁽¹⁾.

المادة 190

«إذا هلك الملك المرهون أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب وفاء دينه أو تقديم ضمان كاف لدينه».

الشرح :

حقوق المرتهن عند هلاك العقار المرهون
أو تعيبه بخطأ من الراهن

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أنه إذا تسبب الراهن بخطأه في هلاك الملك المرهون أو تعيبه، كان الدائن المرتهن مخيراً بين أن يقتضي تأميناً كافياً أو يستوفي حقه فوراً.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 387.

بمعنى أنه إذا وقعت أعمال بخطأ الراهن، من شأنها أن تعرض العقار المرهون رهناً رسمياً، للهلاك هلاكاً كاملاً، أو لتعيب أثر في قيمته الكافية، أو تجعله غير كاف للضمان، كان للدائن المرتهن أن يطلب إلى المحكمة وقف هذه الأعمال، واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر، ولا يكون هذا إلا تطبيقاً لما قدمناه من التزام الراهن بسلامة حق الرهن. وهو في الوقت ذاته تطبيق بعقد الرهن الرسمي لقاعدة عامة في الدين المؤجل إذا كان ضعف التأمين الخاص بهذا الدين راجعاً إلى خطأ المدين.

وعلى ذلك، إذا هلك العقار المرهون أو تعيب بخطأ الراهن المدين، كان للدائن المرتهن الخيار بين أن يقتضي تأميناً كافياً بدلاً من التأمين الهالك أو المعيب أو أن يسقط أجل الدين حالا فيتقاضاه الدائن فوراً، أي للمرتهن اعتبار حقه قد حل فوراً. فيطلب وفاء دينه حالا، أو طلب من الراهن تقديم ضمان كاف يحل محل العقار المرهون. وهذه الرعاية لجانب الدائن المرتهن سيما أن هلاك الملك أو تعيبه قد وقع بخطأ المدين الراهن، فوجب أن يكون الخيار للدائن المرتهن.

المادة 191

«ينتقل حق الدائن المرتهن عند هلاك الملك المرهون أو تعيبه أو نزع ملكيته لأجل المنفعة العامة إلى المال الذي يحل محله ك مبلغ التأمين أو التعويض أو مقابل نزع الملكية، وللمرتهن أن يستوفي حقه من هذه الأموال وفقاً لمرتبته».

الشرح :

حلول الحق الذي يترتب على هلاك الملك المرهون
أو تعيبه محل العقار المرهون حلاً عينياً

نأخذ من هذه المادة موضوع الشرح، أنه إذا هلك الملك المرهون أو تعيب لأي سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته إلى الحق الذي يترتب على ذلك، كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذي يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة.

وظاهر من نص المادة، أن فيه تطبيقاً لنظرية الحلول العيني، فهو يفرض أن الملك المرهون قد هلك أو تعيب لأي سبب كان، سواء كان ذلك بخطأ الراهن أو بغير خطأه. ولكن ترتب على الهلاك أو التعيب أن استحق حق آخر. فإن هذا الحق الآخر ينتقل الرهن إليه، والسبب في ذلك أن الحق قد حل محل العقار المرهون الهالك أو التالف حلاً عينياً، فأصبح مرهوناً مثله.

ونستنتج من النص أمثلة ثلاثة لاستحقاق حق بسبب هلاك العقار المرهون أو تعيبه.

فقد يكون هذا الحق هو حق تعويض، في ذمة الغير الذي تسبب بخطأه في هلاك العقار أو تلفه.

وقد يكون مبلغ تأمين، يجب أن تدفعه شركة التأمين بسبب هلاك العقار المؤمن عليه أو تعيبه.

وقد يكون ثمناً تقرر في مقابل نزع ملكية العقار المرهون للمنفعة العامة.

وهناك أمثلة أخرى، فقد نزع الرهن بعض العقارات بالتخصيص وبيعها منقولا لمشتري حسن النية فيتسلمها هذا المشتري، ويبقى الثمن في ذمته، فيحل الثمن حلولا عينيا محل هذه العقارات بالتخصيص. وقد يكون هلاك العقار نتيجة لحرب أو غارة جوية أو زلزال وتقدم الدولة تعويضاً للمنكوبين على سبيل المساعدة، فيحل هذا التعويض حلولا عينيا محل العقار المرهون. وقد يهدم الرهن المبنى المرهون وبيعه أنقاضاً للمشتري، ويبقى الثمن في ذمة المشتري، فيحل الثمن محل المبنى المرهون (في بعض قيمته) حلولا عينيا.

هذه الأمثلة وغيرها تدل على أنه قد يحل محل العقار المرهون حق آخر يستحق بسبب هلاك العقار أو تعيبه، فيقرر النص أن هذا الحق ينتقل ويحل محل العقار المرهون حلولا عينيا ويصبح مرهونا مثله.

وفي جميع الأحوال التي يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شيء آخر، كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسوبه المزارد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها، فإن الرهن ينتقل إلى هذا الشيء الآخر، ويستوفى الدائن حقه من هذه الأموال وفقا لرتبته⁽¹⁾.

ثانيا : الرهن بالنسبة إلى الدائن المرتهن

المادة 192

«للمرتهن أن يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه وفقاً للأجراءات المنصوص عليها في القانون وذلك حسب مرتبته».

(1) راجع الوسيط للسهنوري، ج 10، ص 393.

الشرح :

تنفيذ الدائن المرتهن باستيفاء دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه في المزاد العلني

يتبين من نص المادة موضوع الشرح، أن الدائن المرتهن يتقدم للتنفيذ بحقه، عند حلول أجل هذا الحق، ولم يدفع له المدين الدين المضمون بالاستحقاق. فيتقدم الدائن المرتهن، لاستيفاء حقه، بصفته دائئاً مرتهناً، وحق رهنه هنا يركز في العقار المرهون، وهنا يكون حقه في الملك المرهون ثابتاً في ورقة رسمية حتماً، لأن الراهن الرسمي يجب أن يكون في ورقة رسمية، ومن ثم لا يحتاج الدائن المرتهن إلى حكم، بل ينفذ بموجب هذه الورقة الرسمية، ويبدأ التنفيذ بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار المرهون إلى المدين. فإذا كان التنفيذ على ملك مرهون من غير المدين أي من كفيل عيني، أعلن التنبيه إلى الراهن بعد تكليف المدين بالوفاء.

فالدائن المرتهن يستوفي حقه من الملك المرهون طبقاً للإجراءات القانونية، فيطلب بيعه في المواعيد ووفقاً للأوضاع المقررة في القانون. وهو باعتباره دائئاً مرتهناً، يتقدم في استيفاء حقه من الملك المرهون بحسب مرتبته، بل وله حق تتبع هذا الملك المرهون..

وتنتهي الإجراءات إلى بيع الملك المرهون جبراً في المزاد العلني، بصفة قانونية، ويستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمنه بعد البيع، وذلك حسب مرتبته⁽¹⁾.

وعلى ذلك، نص الفصل 204 من ظهير 19 رجب «أن الدائن المحرز على شهادة بتسجيل مسلمة له من طرف محافظ الأملاك العقارية، يمكنه إجراء البيع، عند عدم أداء الدين في الاستحقاق، وذلك عن طريق النزع الاجباري للملكية العقار أو العقارات التي سجل الدائن حقه عليها».

المادة 193

«إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي».

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 417 - 418.

الشرح :

رجوع الدائن المرتهن في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي

إن المادة السابقة، تقرر فيها أن للدائن المرتهن بعد التنبيه على المدين بالوفاء، أن ينفذ بحقه على العقار المرهون، بموجب ورقة رسمية حتماً من المحافظ العقاري، ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني على المدين، ليستوفي دينه من ثمن العقار المرهون بعد بيعه.

وفي هذه المادة موضوع الشرح، تقرر أن الدائن المرتهن يتقدم لتنفيذ حقه، باعتباره دائناً عادياً كسائر الدائنين، في حالة عدم استيفاء دينه كاملاً، من ثمن الملك المرهون المبيع، بحيث لم يف ثمن هذا الملك المرهون، بأداء الدين، بعد بيعه، فيرجع في ما بقي من دينه على أموال المدين، وبهذه الصفة يكون له التنفيذ بحقه على جميع أموال المدين، شأنه في ذلك شأن أي دائن عادي.

فللدائن المرتهن أن ينفذ على عقارات المدين ومنقولاته دون أن يكون له فيها حق التقدم، لأنه إنما يتقدم كدائن عادي، ويجب أن يبدأ بالتنفيذ، بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار أو العقارات التي ينفذ عليها، والغالب أن يكون حقه مع الرهن الرسمي في ورقة واحدة، فتكون ورقة رسمية. ومن ثم لا يحتاج إلى حكم، وله أن ينفذ بهذه الورقة الرسمية، ويختار أي منقول أو عقار للمدين للتنفيذ عليه، فإذا اختار عقاراً أو عقارات وهو الغالب، أعلن التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين، واستمر في التنفيذ حتى يستوفي ما بقي من دينه من هذا العقار أو العقارات.

ولكن الدائن يتقيد في ذلك بقيدتين : (1) ألا ينفذ على عقار أو عقارات تكون قيمتها أكثر بكثير من حقه. (2) ألا ينفذ الدائن على أموال المدين غير المرهونة إلا إذا كان العقار المرهون لا يفي بالدين⁽¹⁾.

المادة 194

«كل شرط من شأنه أن يسمح للدائن المرتهن عند عدم الوفاء له بدينه أن يملك الملك المرهون يكون باطلاً سواء تم النص عليه في صلب العقد أو في عقد لاحق».

(1) الوسيط للسنة 10، ج 10، ص 417.

الشرح :

بطلان شرط تملك الملك المرهون عند عدم الوفاء

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أنه يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق، عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، في أن يملك الملك المرهون في نظير ثمن معلوم أياً كان، ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.

وعليه، فإذا اتفق الدائن المرتهن مع الراهن، مديناً كان أو كفيلاً عينياً، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يكون للدائن المرتهن الحق في أن يملك العقار المرهون بثمان هو الدين المستحق وهذا هو الغالب، أو بأي ثمن آخر، وقد يكون أكبر من الدين المستحق، فإن هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام.

وهذا الاتفاق يلجأ إليه الدائن المرتهن حتى يستغل موقف الراهن، وموقف الراهن يكون عادة ضعيفاً، ويستطيع الدائن المرتهن أن يفرض عليه الشرط. وكثيراً ما يعتقد الراهن أن الدين يستوفي عنه حلول أجله، ونظراً لضعف ركزه يقبل هذا الشرط، ويجعل الثمن هو نفس الدين المستحق، أو إذا كانت قيمة العقار تزيد كثيراً عن هذا الدين يجعل الثمن أكبر من الدين المستحق، ولكنه لا يصل عادة إلى قيمة العقار.

وقد أراد المشرع حماية الراهن من هذا الاستغلال المخالف للنظام العام، فنص صراحة على أن هذا الاتفاق يكون باطلاً، أي كان الثمن الذي اتفق عليه، وهو لا يكون عادة إلا أقل من القيمة الحقيقية للعقار، لأن الفرق بين هذه القيمة الحقيقية والثمن هو الذي يستفيدة الدائن المرتهن، ويغلب أن يوضع هذا الشرط الباطل في طلب عقد الرهن الرسمي ذاته، ولكن لا شيء يمنع من أن يكون الاتفاق بعد عقد الرهن الرسمي، فيبرم في اتفاق لاحق. والاتفاق اللاحق كالاتفاق السابق يكون باطلاً لنفس الأسباب.

ويبطلان الاتفاق لا يمس عقد الرهن الرسمي نفسه، فيبطل الاتفاق لمخالفته للنظام العام، ولكن عقد الرهن الرسمي يبقى صحيحاً. على أنه إذا أثبت الدائن المرتهن أن هذا الاتفاق كان هو الشرط الدافع لبرام عقد الرهن، فإذا عقد الرهن يبطل أيضاً كبطلان الاتفاق⁽¹⁾.

(1) الوسيط للسهنوري، ج 10، ص 422 - 423.

المادة 195

«يكون باطلاً كل شرط يرمي إلى بيع الملك المرهون دون اتباع الاجراءات القانونية المقررة.

غير أنه يمكن بعد حلول أجل أداء الدين أن يتفق المدين مع دائنيه على بيع الملك المرهون دون اتباع هذه الاجراءات».

الشرح :

**بطلان شرط بيع الملك المرهون دون اتباع اجراءات قانونية
إلا باتفاق المدين مع دائنيه بعد حلول أجل الدين**

وهذا أيضاً شرط باطل إذ يقارب شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء، ويسمى عادة بشرط الطريق الممهد، وصورته أن يتفق الدائن المرتهن مع الراهن، مديناً كان أو كفيلاً عينياً، على أنه عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به يجوز بيع الملك المرهون بالممارسة أو بأية طريقة كانت دون اتباع الاجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية. ويخشى هنا أيضاً من استغلال الدائن المرتهن لضعف مركز الراهن، فيفرض عليه هذا الشرط. وبذلك يحرم الراهن من الحماية التي كفلها له القانون في فرض إجراءات معينة في بيع الملك المرهون بيعاً جبرياً، وما تتضمنه هذه الاجراءات من أحكام تؤدي عادة إلى بيع العقار أكبر قيمة ممكنة. إذن يكون باطلاً، لمخالفته للنظام العام، كل اتفاق بين الراهن والمرتهن على بيع العقار المرهون، عند حلول أجل الدين وعدم الوفاء به، دون اتباع الاجراءات التي فرضها القانون في البيوع الجبرية. وسواء عقد هذا الاتفاق عند عقد الرهن الرسمي أو عقد بعد إبرام الرهن، فإنه يكون باطلاً في الحالتين. ويقتصر أثر البطلان هنا أيضاً على الشرط نفسه، ويبقى عقد الرهن الرسمي صحيحاً، ما لم يكن هذا الشرط هو الدافع للدائن المرتهن على التعاقد فيبطل الشرط والرهن معاً، كما قدمنا في شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء.

أما إذا عقد الاتفاق بعد حلول أجل الدين كله أو حلول قسط منه بين المدين مع دائنيه، فإن الاتفاق يصح، لأنه مظنة استقلال الراهن في هذه الحالة تكون قد انتفت، كما رأيناها قد انتفت في شرط تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء. وهذا الحكم هو المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة موضوع الشرح بقولها : « غير أنه يمكن بعد حلول أجل أداء الدين أن يتفق المدين على دائنيه على بيع الملك المرهون دون اتباع هذه الاجراءات».

وذلك لأنه إذا حل أجل أداء الدين فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن، وأصبح هذا على بينة من الأمر، فيجوز الاتفاق حينئذ بين المدين مع دائنيه، على أن يبيع الملك المرهون بالممارسة لا بالمزاد العلني، ودون اتباع الاجراءات القانونية المقررة، وقد يكون في هذا الاتفاق مصلحة للراهن نفسه، إذ يتجنب المصروفات التي تتجم عن بيع العقار بالمزاد⁽¹⁾.

المادة 196

«إذا كان الراهن كفيلاً عينياً فلا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون وليس للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين».

الشرح :

التنفيذ على الكفيل العيني

نصت هذه المادة موضوع الشرح، على أنه قد يتفق أن يكون الراهن هو غير المدين، وهذا هو الكفيل العيني. وقد سبقت الإشارة إلى أنه إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال.

وعلى ذلك، يؤخذ من النص أن الكفيل العيني إنما التزم عينياً بوفاء الدين المضمون، بأن رهن ماله له رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً في هذا الدين، فإذا كان الكفيل العيني قد رهن عقاراً له في الدين رهناً رسمياً، وحل الدين، جاز للدائن المرتهن، بعد اتباع الاجراءات المقررة أن يقوم بالتنفيذ على هذا العقار وحده دون سائر أموال الكفيل العيني، فإن هذا الكفيل لا يجب عليه الضمان العام في جميع أمواله للوفاء بالدين، بل هو غير مسؤول عن الدين إلا في حدود العقار الذي رهنه رهناً رسمياً. فلا يجوز إذن للدائن أن ينفذ على أي مال للكفيل العيني غير العقار المرهون. أي لا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون.

هذا، ولا يفهم من عبارة النص «فلا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون» إن الدائن المرتهن لا يستطيع أن ينفذ إلا على العقار المرهون، لكنه في حين أنه يستطيع أن ينفذ إلى جانب ذلك، على مال المدين نفسه، باعتبار الدائن دائناً عادياً، بماله من ضمان عام على مال مدينه. بل قد يكون المدين رهن مالا آخر في الدين، فيجوز للدائن المرتهن في هذه الحالة أن ينفذ على هذا المال الآخر كما ينفذ

(1) الوسيط للسنة 10، ج 10، ص 425 - 426.

على عقار الكفيل العيني المرهون. وعلى ذلك يكون للدائن المرتهن أن يبدأ التنفيذ على عقار الكفيل العيني، أو يبدأه على العين المرهونة المملوكة للمدين، أو ينفذ على المالكين معاً إذا لم يكن مال منهما كافياً للوفاء بالدين. وإذا لم يكن المدين قد رهن في الدين مالا له، جاز للدائن كما قدمنا أن ينفذ على أي مال للمدين كدائن عادي، ولكن لا يجوز للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين، أي لا يجوز للكفيل العيني أن يجبر الدائن على التنفيذ أولاً على أموال المدين، مرهونة في الدين أو غير مرهونة، أي أنه ليس له حق تجريد المدين أولاً قبل التنفيذ على عقاره المرهون، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك⁽¹⁾.

الفرع الثاني

أثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين

أولاً : حق الأولوية

المادة 197

«يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين المرتهنين التالين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين».

الشرح :

حق الأولوية للدائن المرتهن في استيفاء دينه

من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري

عرفنا أن الرهن الرسمي هو حق عيني ينشأ بموجب عقد رسمي هو الرهن، ويتقرر ضمناً للوفاء بدين. وهذا الحق العيني يتقرر على عقار، مملوك للمدين أو لكفيل عيني. وبموجبه يكون للدائن الحق في استيفاء دينه من ثمن هذا العقار. مقدماً في ذلك على الدائنين العاديين لملك هذا العقار وللدائنين أصحاب الحقوق العينية على هذا العقار المتأخرين في الرتبة، ومتتبعاً هذا العقار تحت يد من انتقلت إليه ملكيته. بمعنى أن يكون للدائن المرتهن بمقتضى الرهن الرسمي أن يتقدم على الدائنين العاديين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون.

وداخل هذا السياق قررت المادة موضوع الشرح، أن الرهن الرسمي يولي الدائن المرتهن حق تتبع الملك المعقود عليه الرهن في أي حائز له، وأن يستوفي دينه من ثمن

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 420.

الملك المرهون، حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، ويوليه كذلك، حق الأولوية والأفضلية عن غيره من الدائنين بالنسبة لثمن هذا الملك، فللدائن المرتهن حق الأولوية على باقي الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة، بالسجل العقاري، وذلك على الدائنين العاديين.

وخلاصة القول، أن الدائن المرتهن يتقدم بموجب هذا الحق العيني ليس فحسب على الدائنين العاديين لمالك الملك المرهون، بل أيضاً على الدائنين الذين لهم حق عيني آخر على هذا الملك، من دائنين مرتهنين وأصحاب اختصاص وأصحاب حقوق امتياز، إذا كان هؤلاء الدائنون متأخرين في المرتبة أي مقيدين بعد تاريخ قيد الدائن المرتهن.

هذا، ويجب لسائر الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقارات المحفظة تقييده في السجل العقاري، وإلا لا يكون نافذاً بين المتعاقدين ولا ملزماً للغير.

ومن الجدير بالذكر أن الرهن الرسمي المسجل بصورة قانونية في السجل العقاري، يبقى محتفظاً برتبته وصحته بدون إجراءات جديدة إلى أن يسقط بصورة قانونية ويشطب قيده من السجل العقاري.

المادة 198

«يمكن للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه أن يتنازل عن رتبة رهنه بمقدار دينه لدائن مرتهن آخر على نفس الملك المرهون دون المساس بحق الدائنين المرتهنين الموالين له في المرتبة».

الشرح :

جواز تنازل الدائن المرتهن عن رتبة رهنه
للدائن مرتهن آخر على نفس العقار المرهون

أجاز نص هذه المادة موضوع الشرح تنازل الدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه عن مرتبة رهنه إلى دائن مرتهن آخر على نفس العقار المرهون. والنص خاص بتنازل الدائن المرتهن عن مرتبة رهنه فقط. إذ هناك فرق بين التنازل عن الرهن ذاته والتنازل عن رتبة الرهن فقط. وبمقدار دينه المضمون لدائن مرتهن آخر على نفس العقار المرهون.

ذلك أن الدائن المرتهن رهنأً رسمياً لا يتنازل عن الرهن ذاته، بل يتنازل عن مرتبته فقط. فإذا كان هو الدائن الأول، وتنازل عن مرتبة الرهن إلى الدائن المرتهن

الثالث، لم يحرم الدائن الأول، من حق رهنه، ولكنه يصبح الدائن الثالث بعد أن كان الدائن الأول، ويصبح الدائن الثالث هو الدائن الأول، وهذا هو توضيح ومعنى قول النص: «دون المساس بحق الدائنين المرتهنين الموالين له في الرتبة» أي إن تنازل الدائن المرتهن عن رتبة رهنه بمقدار دينه لدائن مرتهن آخر على نفس العقار المرهون، لا يؤثر ويمس حق الدائنين المرتهنين المتأخرين له في الرتبة.

هذا والدائن المرتهن رهناً رسمياً لا يتنازل عادة عن مرتبة رهنه، إلا إذا كان هناك سبب يدعو للتنازل عن هذه المرتبة والاكتفاء بمرتبة أقل.

(1) فهو لا يتنازل عن مرتبته على سبيل التبعر، دون أن يتقاضى عوضاً. ويتحقق ذلك في حالتين على الأقل. الحالة الأولى: إذا كان له تأمين آخر غير العقار المرهون يعتمد عليه، وفي بحقه، فهو في هذه الحالة لا تعنيه مرتبة حقه على العقار المرهون، بل ولا يعنيه الرهن الذي له على العقار المرهون، إذ هو يعتمد على التأمين الآخر الذي يفي بحقه كاملاً. والحالة الثانية: إذا كان واثقاً بأن العقار المرهون يفي بجميع الديون المقيدة لغاية الرهن الذي تنازل الدائن المرتهن إلى مرتبته، ويكون هذا الوقوف غير كامل عند الدائن المتنازل لمصلحته، ولذلك يعتمد هذا الدائن إلى الحصول على مرتبة أعلى.

(2) وقد يتنازل الدائن المرتهن رهناً رسمياً عن مرتبته معاوضة، فيتقاضى من الدائن المتنازل لمصلحته نظراً لهذا التنازل. وقد يكون الدافع إمكان الدائن المتنازل الطعن في الديون التي تتخلل دينه ودين المتنازل له وإسقاطها جميعاً، فإذا هو فعل لم يكد يخسر شيئاً بتنازله. وقد يكون الدافع له على التنازل كونه معتمداً على تأمين آخر كرهن آخر مقرر له على عقار وفي بكل مطلوبه.

ولابأس أن نشير إلى أن هناك ثلاثة شروط للتنازل عن مرتبة الرهن.

الشروط الأول: التنازل عن مرتبة حق الرهن يكون في حدود حق المتنازل.

الشروط الثاني: جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفع التي كان يمكن التمسك بها ضد المتنازل، إلا الدفع بانقضاء حق المتنازل لسبب لاحق للتنازل عن مرتبة الرهن.

الشروط الثالث: ألا يضر التنازل عن مرتبة الرهن ضرراً غير مشروع بحق الدائن المتوسط ومتى تنازل الدائن المرتهن عن مرتبته تنازلاً قانونياً متوافرة فيه الشروط الثلاثة، أصبح الدائن المتنازل له في مرتبة الدائن المتنازل، في حدود حق الدائن

المتنازل، وأصبح الدائن المتنازل في مرتبة المتنازل له، ويجري توزيع ثمن العقار على هذا الوجه⁽¹⁾.

ثانياً : حق التتبع

المادة 199

«للدائن المرتهن رهنأً رسمياً حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به».

المادة 200

«يعتبر حائزاً للملك المرهون كل من انتقلت إليه ملكيته بتقييده بالرسم العقاري دون أن يكون ملتزماً شخصياً بالدين».

الشرح :

حق الدائن المرتهن في تتبع الملك المرهون في يد أي حائز ويعتبر حائزاً كل من انتقلت إليه ملكيته بتقييده بالرسم العقاري

نصت المادة الأولى والثانية موضوع الشرح، على أنه يجوز للدائن المرتهن، رهنأً رسمياً، عند حلول أجل الدين، حق تتبع ونزع ملكية الملك المرهون، في يد أي حائز لهذا الملك وذلك لاستيفاء دينه، إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين، بمعنى أنه إذا انتقل الملك المرهون إلى الغير، بتسجيله بالرسم العقاري، دون إتمام الدين أصلاً وفائدةً على أن يستفيد طبعاً من الآجال الممنوحة للمدين الأصلي. وإذا أراد الحائز التحلل من أداء الدين المضمون، فله ذلك إنما يترتب عليه حينئذ أن يتخلى بدون تحفظ على الملك المرهون.

وإذا لم يقم حائز العقار بوفاء الدين المضمون بالرهن وفاء تاماً، فإنه يحق لكل دائن مرتهن رهنأً رسمياً أن يباشر نزع ملكية العقار المرهون في مواجهة الحائز، وذلك وفق الاجراءات الشكلية المقررة في الحجز العقاري. أو يطهر الملك من الرهن، أو يتخلى عنه.

ويعتبر حائزاً للملك المرهون كل من انتقلت إليه، بأي سبب من الأسباب، ملكية هذا الملك أو أي حق عيني آخر عليه قابل للرهن، دون أن يكون مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 516 - 517.

وعليه، إذا انتقلت ملكية الملك المرهون إلى شخص غير الراهن بتقييده بالرسم العقاري دون أن يكون ملزوماً شخصياً بالدين. بأي سبب من أسباب كسب الملكية، ولو كان من طريق التقادم، وكان هذا الشخص غير مسؤول شخصياً عن الدين المضمون بالرهن فإنه يسمى الحائز للملك المرهون، ويتلقى العقار مثقلاً بالرهن. وللدائن المرتهن حق تتبع العقار وهو في ملكيته، ويستطيع أن ينفذ عليه لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به. فيتحمل الحائز إجراءات نزع الملكية، وفقاً للإجراءات الشكلية المقررة. إلا إذا اختار أن يدفع الدين، أو أن يطهر العقار من الرهن، أو أن يتخلى عن الملك المرهون.

هذا، ويلاحظ أن الوارث في القانون الفرنسي، وهو مسؤول شخصياً عن دين الموروث، لا يكون حائزاً للعقار المرهون، أما الوارث في الشريعة الإسلامية، فلا يعتبر هو أيضاً حائزاً للعقار المرهون، ولكن لسبب آخر، فهو إن لم يكن مسؤولاً شخصياً عن دين الموروث، إلا أن المبدأ القاضي بالأ تركة إلا بعد أداء الدين من شأنه ألا يجعل ملكية العقار لا تنتقل إليه من الموروث إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن أي بعد زوال الرهن، فلا محل إذن لأن يكون حائزاً لعقار مرهون، وإذا صفيت التركة، وفقاً لإجراءات التي نظمها المشرع ووقع في نصيب الوارث عقار مرهون وتحمل ما عليه من الدين طبقاً للقواعد التي سبق ذكرها في تقسيم الديون المؤجلة على الورثة، فإن الوارث يكون في هذه الحالة مسؤولاً شخصياً عن الدين، فلا يجوز اعتباره حائزاً للعقار المرهون، أما الموصى له والشفيع ومن ملك بالتقادم، فإن هؤلاء جميعاً يعتبرون حائزين للعقار، لهم حق الخيار المتقدم⁽¹⁾.

المادة 201

«يجوز للحائز أن يحل محل المدين في أداء الدين وتوابعه، ويستفيد في ذلك من الآجال المخولة للمدين الأصلي، كما له قبل حلول أجل الوفاء أن يطهر الملك من الرهن المترتب عليه بأداء الدين وتوابعه.

يحل الحائز محل الدائن الذي استوفى دينه في ماله من حقوق تجاه المدين الأصلي».

(1) الوسيط للسنةوري، ج 10، ص 522.

الشرح :

جواز حلول الحائز للملك المرهون محل المدين في أداء الدين
وتوابعه، وحلوله محل الدائن الذي استوفى دينه في ماله

تقرر هذه المادة موضوع الشرح، أنه يجوز للحائز، عند حلول الدين المضمون بالرهن، أن يقتضيه هو وملحقاته، ويستفيد في ذلك من الآجال المخولة للمدين الأصلي، كما له قبل حلول أجل الوفاء، أن يظهر العقار من الرهن المترتب عليه بأداء الدين وتوابعه، بما في ذلك ما صرف في الاجراءات من وقت إنذاره، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد، ويكون له في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين، وعلى المالك السابق للعقار المرهون. كما يكون للحائز أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق تجاه المدين الأصلي. ولتوضيح أحكام هذه المادة أكثر، نتكلم هنا في المسائل الآتية :

(1) متى يكون قضاء الدين أفضل : يختار الحائز عادة قضاء الدين، إذا كان الدين أقل بكثير من ثمن العقار المرهون، أو من الجزء الباقي من الثمن في ذمة الحائز، وقد يكون للدائن المرتهن رهن على عقار آخر ضامن لنفس الدين، فإذا وفَّى الحائز هذا الدائن المرتهن فإنه يحل محله في هذا الرهن، وقد يكون في ذلك ضمان كاف للحائز إذا ما وفَّى الدين للدائن المرتهن. وقد يكون الحائز قد اشترى العقار المرهون بثمن مساو لقيمة الدين، ولم يكن قد دفع الثمن، فيتعين عليه، بدلاً من أن يدفع الثمن للبائع، أن يدفعه للدائن، فيبقى بذلك في وقت واحد بالثمن وبالدائن.

(2) ما يجب على الحائز دفعه لقضاء الدين، ويدفع الحائز للدائن المرتهن كل ما يجب دفعه له بموجب عقد الرهن. ويجب دفع كل ذلك، لأن الرهن غير قابل للتجزئة، فيكون للدائن المرتهن استيفاء كل حقه، فلو بقي منه لم يُدفع، جاز للدائن المرتهن أن ينزع من أجل هذا الباقي ملكية العقار المرهون.

ومن ثم يجب على الحائز أن يدفع كل الدين، ويدفع أيضاً الفوائد المضمونة، وكذلك المصروفات المضمونة بالقيد، وما صرف في الاجراءات من وقت إنذار الدائن المرتهن.

(3) متى يجب الدفع : والدفع يكون عند حلول الدين المضمون بالرهن إلى يوم رسو المزاد، بمعنى أنه يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقتضيه هو وملحقاته، بما في ذلك ما صرف في الاجراءات من وقت إنذاره، ويبقى حقه هذا قائماً إلى يوم رسو المزاد.

ويستفيد الحائز من مواعيد الآجال الممنوحة للمدين، بما في ذلك أجل القاضي، فلا تتخذ ضد الحائز إجراءات حتى ينتهي الأجل، ويحرم الحائز الأجل الذي يحرمه المدين. ويكون للحائز في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون، كما له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق.

(4) حلول الحائز محل الدائن : وإذا دفع الحائز الدين للدائن على الوجه الذي قدمانه، حل محل هذا الدائن في جميع حقوقه قبل المدين.

وبموجب هذه الحلول، يحل الحائز محل الدائن في الرهن الذي له على العقار، فيصبح الحائز مرتبناً للملكه. وتظهر أهمية ذلك فيما إذا طلب بعض الدائنين المرتهنيين الآخرين بيع العقار، فيحتج عليهم الحائز بالرهن الذي حل فيه، إذا كانت مرتبة الرهن تسمح بذلك.

وينتقل الرهن إلى الحائز بمرتبته، فيتقدم الحائز على من يكون أسبق منه. ويجب عليه حفظ الرهن وتجديده.

(5) رجوع الحائز على المدين وعلى المالك السابق : ويستطيع الحائز الذي دفع الدين أن يرجع أولاً على المدين، بدعوى شخصية تقوم على قواعد الإبراء بلا سبب.

وللحائز أن يرجع أيضاً على من تلقى الملكية منه، فإن كان قد تلقاها بعوض، كان له حق الضمان، فيرجع بهذا الحق عليه، كما كان من تلقى الحائز الملكية منه بائعاً أو مقاضياً.

أما إذا كان من تلقى الملكية لا يضمن، كما إذا كان واهباً أو موصياً، فإنه لا رجوع للحائز في هذه الحالة، ومن ثم إذا كان الحائز قد تلقى الملكية بهبة أو بوصية، فإنه لا يرجع لا على الواهب ولا على الموصي⁽¹⁾.

المادة 202

«للعائز الذي لم يكن ملتزماً شخصياً بالدين أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين.

ويؤجل بيع الملك الذي بيد الحائز أثناء إجراءات التجريد».

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 528 وما يليها.

الشرح :

لحائز الملك المرهون، في حالة عدم التزامه شخصياً بالدين
أن يعارض في بيع الملك المرهون الموجود في حيازته

مر معنا أنه إذا انتقلت ملكية المرهون، إلى شخص غير الراهن، بأي سبب من أسباب كسب الملكية، وكان هذا الشخص غير مسؤول شخصياً عن الدين، فإنه يسمى الحائز للملك المرهون، ويتلقى العقار مثقلاً بالرهن، وللدائن المرتهن حق تتبع العقار وهو في ملكيته، ويستطيع أن ينفذ عليه، فيتحمل الحائز اجراءات نزع الملكية وبيع الملك المرهون.

لكن كما هو منصوص عليه في المادة موضوع الشرح، يجوز لحائز الملك المرهون، إذا لم يكن ملتزماً شخصياً بالدين، أن يعارض في بيع العقار المرهون الموجود في حيازته، في الحالة التي يكون فيها الدين مضموناً أيضاً برهن مقرر على أملاك أخرى موجودة في تصرف المدين الملتزم الأصلي أو المدينين الملتزمين الأصليين، أي مرهونة من أجل نفس الدين.

وإذا وقع تعرض الحائز في بيع العقار المرهون، فيتعين حينئذ إرجاء بيع العقار الموجود في حيازة الغير إلى أن تتم إجراءات تجريد الملتزم الأصلي أو الملتزمين الأصليين من الأملاك الموجودة في تصرفهم، بمعنى يؤجل بيع الملك الذي بيد الحائز أثناء إجراءات التجريد.

المادة 203

«لا يحول تخلي الحائز عن الملك المرهون دون الحق في استرداده إلى حين تاريخ البيع بالمزاد العلني، وذلك بعد أدائه كامل الدين وتوابعه».

الشرح :

حكم الرجوع عن تخلي الحائز عن الملك المرهون بعد تقريره

تنص هذه المادة موضوع الشرح، على أنه يجوز لكل حائز عقار مرتهن أن يتخلى عن هذا العقار بشرط أن لا يكون ملتزماً شخصياً بالدين، وأن يكون متمسكاً بأهلية التصرف، لا يحول هذا التخلي دون حق الحائز حتى رسو المزايدة، في العدول عما أقدم عليه واسترداد الملك الذي كان تخلى عنه إلى تاريخ التبع بالمزاد العلني، مقابل أدائه الدين كله مع المصاريف.

وبعبارة أخرى، يجوز للحائز الذي قرر تخليه عن العقار المرهون أن يرجع في ذلك، فإن له حتى وقت رسو المزداد أن يدفع الديون لأرباب الديون المقيدة، وإذا فعل فإنه يخلص عقاره، ويقوم باسترداده.

ويترتب على أن الحائز يعتمد إلى دفع الديون للدائنين المقيدين أن التخلية لا تنتج آثارها، إذ يدفع الديون لاتخاذ اجراءات نزع الملكية، ولكن يجب، لتخليص العقار، أن يقوم الحائز بدفع الديون كلها بفوائدها ومصروفاتها حتى يتخلص العقار من قيود هذه الديون⁽¹⁾.

المادة 204

«يشهد بالتخلي رئيس كتابة الضبط لدى المحكمة المختصة ويحرر محضراً بذلك يعرضه على رئيس المحكمة للمصادقة عليه، ويوجه نسخة منه إلى الدائنين المعنيين داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المصادقة».

الشرح:

إجراءات تخلي الحائز عن الملك المرهون

قررت المادة موضوع الشرح، أن يكون تخلي الحائز عن الملك المرهون، بتقرير يقدمه الحائز إلى اتخاذ اجراءات تتعلق بهذا التخلي عن الملك المرهون.

بحيث يجري التخلي عن الملك المرهون على يد رئيس كتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية الكائن ضمن دائرتها الملك المرهون، ويقع الإشهاد على ذلك من طرف رئيس كتابة الضبط لدى هذه المحكمة المختصة، ويحرر محضراً بذلك يقدمه لرئيس المحكمة من أجل المصادقة عليه، ثم يرسل رئيس كتابة الضبط تلقائياً، نسخة من هذا المحضر، إلى الدائنين المعنيين داخل أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ المصادقة عليه من لدن رئيس المحكمة.

وإذا حصل التخلي، يُعَيَّنُ بناءً على طلب الدائن الراغب في البيع أو بناءً على طلب الأكثر عجلة من أصحاب العلاقة، قيمٌ للعقار المتخلى عنه، ويباشر بيع هذا العقار في مواجهة القيم المذكور وفق الاجراءات الشكلية المقررة في نزع الملكية الجبري.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 581.

المادة 205

«يجوز لحائز الملك المرهون المشاركة في المزايدة العلنية المقررة لبيع الملك، فإذا رسي المزداد عليه وأدى الثمن وتوابعه اعتبر مالكاً من تاريخ تقييده الأصلي بالرسم العقاري».

الشرح :

يحق للحائز المشاركة في المزداد العلني واعتباره عند رسو المزداد عليه مالكاً من تاريخ تقييد الدين الأصلي بالرسم العقاري

هذه المادة موضوع الشرح، يمكن أن نتكلم على أحكامها، في ثلاثة محاور :

(1) موقف الحائز من بيع عقاره بالمزداد.

(2) عطاء الحائز إذا دخل بالمزداد.

(3) رسو المزداد على الحائز.

أولاً : موقف الحائز من بيع عقاره بالمزداد :

هناك عدد من المسائل، تدور كلها حول موقف الحائز من بيع عقاره بالمزداد، وهذه المسائل لا تخص فقط الحائز وهو تنزع ملكيته باعتباره حائزاً، بل ان الحائز قد يبيع عقاره المرهون بالمزداد في أوضاع ثلاثة : (1) عقب إجراءات التطهير، عندما يرفض الدائنون المقيدون عرض الحائز، ويلجأون إلى بيع العقار المرهون وهو ملك للحائز (2) عقب التخلية، عند ما يعين قاضي الأمور المستعجلة حارساً للعقار أو نائباً له، ويلجأ الدائنون في مواجهة هذا الحارس إلى بيع العقار المرهون وهو ملك للحائز (3) عندما لا يظهر الحائز أو يتخلى أو يؤدي الديون، فعندئذ يلجأ الدائنون المقيدون إلى اتخاذ الإجراءات في مواجهة الحائز نفسه، ويبيعون العقار المرهون وهو ملك الحائز.

فكيف يكون مركز الحائز في هذه الأوضاع الثلاثة وعند بيع الدائنين للعقار المرهون، أيستطيع الحائز أن يدخل في المزداد ؟

لاشك في أن الحائز يستطيع أن يدخل في المزداد، وأن يرسو المزداد عليه. ولاشك أيضاً في أنه يستطيع أن يدخل المزداد، ولا يرسو المزداد عليه، ولاشك أخيراً في أنه يستطيع ألا يدخل في المزداد، فلا يرسو المزداد عليه بطبيعة الحال.

فهناك إذن موقفان : أ) يدخل الحائز في المزداد فيرسو المزداد عليه، في الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها. ب) لا يرسو المزداد على الحائز، إما لأنه دخل المزداد فلم

يرسو المزداد عليه، أم لأنه لم يدخل المزداد أصلاً، وذلك أيضاً في الأوضاع الثلاثة المتقدم ذكرها.

وقبل أن نتدبر هذين الموقفين، يجب أن نشير إلى أن القانون حدد للحائز عطاء ويجب أن يتقدم به إذا دخل المزداد، سواء رسا المزداد عليه أو رسا على غيره، فيجب أن تنظر أولاً ما هو القضاء الذي يجب أن يتقدم به الحائز. إذ هو دخل المزداد، وهو المحور الثاني.

ثانياً : عطاء الحائز إذا دخل بالمزداد :

يحق للحائز أن يدخل في المزداد، على شرط ألا يعرض فيه ثمناً أقل من الباقي في ذمته من العقار الجاري بيعه، والقانون أباح له ذلك، كما أباح ذلك للغير ممن لا صلة لهم بالعقار. وإنما اشترط القانون لأن الحائز له صلة بالعقار المرهون، أن يكون عطاؤه في المزداد لا يقل عن الباقي في ذمته من ثمن العقار المرهون.

وهنا يفترض القانون أن الحائز قد اشترى العقار فأصبح حائزاً، وعجل شيئاً من الثمن، وبقي في ذمته الباقي. كان الثمن مثلاً ألفي درهم، وعجل الحائز ثلاثمائة درهم، فبقي في ذمته ألف وسبعمائة، فيجب عندما يدخل المزداد ويقدم عطاء، ألا يقل هذا العطاء عن ألف وسبعمائة، لأن هذا المبلغ يجب على الحائز دفعه على أي حال، فلا أن يتقدم به عطاء في المزداد خير من أن يدفعه للبائع له.

وإذا كان الحائز لم يدفع شيئاً من الثمن عندما تقدم في المزداد، فيجب ألا يقل العطاء الذي يتقدم به في المزداد عن الثمن كله، وهو ألفان، لأن هذا المبلغ مستحق في ذمته، ويجب أن يدفعه، فلا أن يتقدم به عطاء في المزداد خير من أن يدفعه للبائع. وقد يقدم الحائز عطاء أكبر من كل الثمن إذا قدر أن العقار المرهون يستحق ذلك وكان حريصاً على أن يحصل على هذا العقار.

ثالثاً : رسو المزداد على الحائز :

قد يدخل الحائز المزداد، فيرسو عليه مزداد العقار المرهون، لكن إما بما لا يزيد على الثمن الذي دفعه في العقار، وإما بما يزيد في الثمن الذي دفعه في العقار.

قد يدخل الحائز المزداد، فيرسو عليه مزداد العقار المرهون، ولكن بثمان لا يزيد على الثمن الذي سبق له دفعه في العقار. فنعرض مثلاً أن الحائز أصبح حائزاً لأنه اشترى

العقار بالفين، وعندما تقدم في المزاد عقب المرهون في مواجهة الحائز نفسه، أعطى فيه ألفاً وخمسمائة أو ألفاً وثمانمائة أو ألفين، فرسا عليه المزاد بما أعطى فيه. فكيف يملك الحائز العقار، وما علاقة الحائز بسلفه ؟

إذا رسا المزاد على الحائز نفسه، اعتبر هذا مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي، فالملكية تعتبر منتقلة إلى الحائز من وقت سند الملكية الأصلي لا من وقت رسو المزاد، ولا يكون رسو المزاد إلا مؤكداً لانتقال الملكية.

وأما علاقة الحائز بسلفه أي بالبائع له الذي كان مالكا للعقار المرهون، فهناك رأيان في فرنسا : الرأي الأول الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية، وبعض الفقهاء أن الحائز لا يكون ملزماً إلا بالثمن الذي رسا به المزاد عليه، ألف وخمسمائة مثلاً، ويرجع بالباقي وهو خمسمائة على البائع له، وهو مالك العقار المرهون قبل الحائز. ولكن الرأي الغالب هو أن الحائز يبقى ملزماً بالثمن الذي اشترى به من مالك العقار المرهون، فلا يرجع عليه بشيء إذا كان قد دفع له الثمن كله، ويدفع له الثمن كله الذي اتفق معه عليه، إذا كان لم يدفعه، ويعتبر الحائز مالكا للعقار المرهون بموجب سند ملكيته الأصلي (البيع الصادر من مالك العقار المرهون). وألا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل، ولا يترتب على حكم مرسى المزاد فسخ سند ملكية الحائز أي سند ملكيته الأصلي.

وأما إذا رسا المزاد على الحائز بما يزيد في الثمن الذي دفعه في العقار، فهذا أيضاً يعتبر الحائز مالكا للعقار بموجب سند ملكيته الأصلي، كما في الحالة السابقة، ولا يكون حكم مرسى المزاد واجب التسجيل لأنه لم ينتقل الملكية في الحائز، وإنما الذي نقلها هو السند الأصلي بملكية الحائز. وتبقى العلاقة ما بين الحائز ومالك العقار المرهون كما حددها سند ملكيته، أي أن حكم مرسى المزاد لا يترتب عليه فسخ ملكية الحائز.

وكل ما يترتب على رسو المزاد على الحائز بثمن أعلى، أن الحائز يصبح مديناً بهذا الثمن للدائنين المقيدين، وتبقى علاقته بمالك العقار المرهون على ما كانت عليه.

ويبقى الحائز مالكا للعقار المرهون، ولكن لا بحكم مرسى المزاد ولكن بحكم السند الأصلي كما قدمنا.

ويتقاضى الدائنون المقيدون حقوقهم من الثمن الذي رسا به المزاد على الحائز، وهو أعلى من الثمن الأصلي⁽¹⁾.

(1) الوسيط للسنة 10، ج 10، ص 591 وما يليها.

والخلاصة إذا رسا المزايد على الحائز وأدى الثمن وتوابعه اعتبر مالكا من تاريخ تقييده الأصلي بالرسم العقاري.

المادة 206

«إذا رسا المزايد العلني على غير الحائز بصفة نهائية يتسلم الملك من الحائز وتنتقل إليه الملكية بعد تقييد محضر المزايدة بالرسم العقاري».

الشرح :

تلقي الراسي عليه المزايد حقه من الحائز

تقرر المادة موضوع الشرح أنه كما يرسو المزايد على الحائز، قد يرسو على غير الحائز من دائن مقيد أو دائن عادي أو أجنبي أو غير ذلك.

فإذا رسا المزايد على غير الحائز انتقل حق الملكية إلى الراسي عليه المزايد العلني من الحائز نفسه، كما يقول نص المادة موضوع الشرح، ولا يفسخ سند الحائز الأصلي بل يبقى قائماً إلى أن يرسو على غير الحائز، بصفة نهائية، وعندئذ تنتقل الملكية إلى هذا الأخير من الحائز، بموجب حكم مرسى المزايدة، وتنتقل إليه الملكية بعد تقييد محضر المزايدة بالرسم العقاري.

وعلى ذلك يجب تسجيل حكم مرسى المزايدة، حتى تنتقل الملكية إلى غير الحائز ممن رسا عليه المزايد العلني بعد تقييد محضر المزايدة بالرسم العقاري.

ويكون الثمن الذي رسا به المزايد ملكاً للحائز، يستوفي منه الدائنون المقيدون حقوقهم، وما يبقى إذا بقي شيء يكون للحائز ولمن استمد حقه من الحائز.

ويرجع الحائز بدعوى ضمان الاستحقاق على مالك العقار المرهون، وهو الذي تلقى منه الحائز الملكية، وفقاً لقواعد الضمان في البيع أو الهبة.

وللحائز أن يرجع على المدين أيضاً بدعوى الاثراء بلا سبب لأنه وفى دينه ويرجع بما دفعه زيادة على ما في ذمته بموجب سند ملكيته.

ويحل الحائز كذلك محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم، طبقاً لقواعد الحلول.

وإذا كانت له حقوق عينية على العقار المرهون، كرهن أو ارتفاق أو انتفاع أو استعمال أو سكنى، قبل أن تنتقل إليه ملكية العقار كحائز، فزالت باتحاد الذمة، ثم رسا المزايد على غير الحائز، فإن هذه الحقوق العينية تعود⁽¹⁾.

(1) السنهوري، مرجع سابق، ص 599.

المادة 207

«يجوز للدائنين المطالبين بالبيع الجبري أو لمن له مصلحة في التعجيل به أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة تعيين قيم مباشر ضده إجراءات البيع الجبري، للملك المتخلي عنه».

الشرح :

إجراءات التخلي عن الملك المرهون
بعد طلب الدائنين بالبيع الجبري

سبقت الإشارة إلى أنه يكون التخلي عن الملك المرهون يشهد رئيس كتابة الضبط لدى المحكمة المختصة بذلك، ويحرر محضراً يعرضه على رئيس المحكمة للمصادقة عليه، ويوجه نسخة من المحضر إلى الدائنين المعنيين داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المصادقة.

وتتص المادة موضوع الشرح، على أنه إذا حصل التخلي، يجوز للدائنين المطالبين بالبيع الجبري، ومن له مصلحة في التعجيل به أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة تعيين قيم مباشر ضده إجراءات البيع الجبري للملك المتخلي عنه.

بمعنى أنه إذا حصل التخلي، يُعين بناء على طلب الراغب في البيع أو بناء على طلب الأكثر عجلة من أصحاب العلاقة، ومن له مصلحة في التعجيل، قيم للملك المتخلي عنه، ويباشر بيع هذا الملك بيعاً جبرياً في مواجهة القيم المذكور وفق الإجراءات الشكلية المقررة في نزع الملكية الجبري.

المادة 208

«يكون الحائز مسؤولاً عن تعويض الدائنين المرتهنين على كل عيب أو تلف يصيب الملك المرهون بفعله أو تقصيره، ولا يجوز للحائز استرداد قيمة التحسينات والاصلاحات إلا بقدر ما نتج عنها من زيادة في القيمة».

الشرح :

مسؤولية الحائز شخصياً عن تعويض الدائنين المرتهنين
عن كل عيب أو تلف يصيب الملك المرهون بفعله أو تقصيره

تتص هذه المادة موضوع الشرح، على أن الحائز مسؤول شخصياً عن تعويض قبل الدائنين المرتهنين عما يصيب الملك المرهون من كل عيب أو تلف بفعله أو بخطأه وتقصيره.

والمفروض هنا أن الملك المرهون قد أصابه عيب أو تلف بخطأ الحائز، فيكون الحائز هو المسؤول عن هذا العيب أو التلف متى ثبت أن العيب أو التلف بخطأه وتقصيره، وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ويكون ذلك غالباً عندما يتسلم الحائز الملك المرهون، بعد أن انتقلت إليه ملكيته وأصبح حائزاً فيقع خطأ أو تقصير من الحائز ينتج عنه تلف الملك، ويقع الخطأ في أي وقت، وليس من الضروري أن يقع بعد أن يقرر الدائنون المقيدون بيع الملك في المزاد ويرسو مزاده على غير الحائز. فمتى وقع خطأ من الحائز في أي وقت ولو قبل أن يقرر الدائنون المقيدون بيع الملك المرهون في المزاد، وتسبب عن هذا الخطأ تلف الملك المرهون، كان الحائز مسؤولاً عن هذا التلف. يكون مسؤوليته قبل الدائنين المرتهنيين، فلهم أن يقاضوا الحائز ويثبتوا خطأه وتقصيره، وأن هذا الخطأ تسبب في كل عيب أو تلف العقار المرهون حتى يتقاضوا تعويضاً عن هذا التلف بسبب فعل الحائز وخطأه، وذلك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ولا تفيد دعوى التعويض في الواقع إلا الدائنين الذين لا يكفي ثمن العقار بعد أن تعيب أو تلف لقضاء ديونهم، فهم الذين يكون لهم الحق في طلب التعويضات، إذ لولا التلف الذي أصاب العقار لبيع بثمن أعلى واستفادوا من فرق الثمن.

ويقع عبء اثبات المسؤولية على من يدعيها من الدائنين المرتهنيين بالبيع الجبري. هذا، ولا يجوز للحائز استرداد قيمة التحسينات المحدثه والاصلاحات التي أقامها في العقار، خلال مدة الحجز، إلا بقدر ما نتج عنها من زيادة في القيمة.

وصفوة القول، فيما يتعلق بما تقرر في المادة موضوع الشرح، أنه إذا تعيب الملك بخطأ من الحاجز أو بتقصير منه، فهو مسؤول عن ذلك تجاه الدائنين المرتهنيين ولهؤلاء مطالبته بالتعويض عن الضرر اللاحق بهم من تعيب الملك، وإذا اضطر الحائز لصرف بعض النفقات في سبيل إصلاحات أو تحسينات، فليس له استرداد ثمن هذه الإصلاحات أو التحسينات إلا بقدر ما ينتج عنها من زيادة قيمة الملك.

المادة 209

«لا يكون الحائز مديناً بالثمار إلا ابتداء من اليوم الذي وجه له فيه الإنذار الرسمي بالأداء أو التخلي، غير أنه إذا وقع التراضي في متابعة إجراءات البيع الجبري التي سبق أن بوشرت واستمرت لمدة ثلاثة أشهر فإن الحائز لا يكون مديناً بالثمار إلا من اليوم الذي يوجه فيه إنذار رسمي جديد».

الشرح :

متى يكون الحائز مديناً ومسؤولاً

عن ثمار الملك المرهون ؟

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أن حائز الملك لا يكون مديناً، ولا يسأل عن الثمار إلا ابتداء من تاريخ الإنذار الرسمي الذي وجه إليه بأداء الدين أو التخلي عن الملك، لكن إذا وقع التراضي في متابعة إجراءات البيع الجبري التي سبق أن بوشرت واستمرت لمدة ثلاثة أشهر، فلا يكون الحائز مديناً، ولا عن الثمار إلا من اليوم الذي يوجه فيه إليه إنذار رسمي جديد.

وبعبارة أوسع، أن الحائز، عندما يشرع الدائنون المقيدون في بيع ملكه المرهون بالمزاد، يجب عليه أن يرد الثمار التي جناها من هذا الملك. ويردها مع الملك إلى من رسا المزاد، وذلك من وقت إنذاره بالدفع أو التخلي؛ إذ من ذلك الوقت تلحق الثمار بالعقار. فإذا رسا المزاد على غير الحائز، سلم الحائز له العقار المرهون، ثم ثماره من وقت الإنذار، إذ تلحق الثمار بالعقار المرهون كما قدمنا.

فإذا أُنذر الحائز بالادلاء أو التخلي، وترك الدائنون المقيدون الإجراءات لمدة ثلاثة أشهر دون عمل، سقط الحق في الثمار. ويبقى ساقطاً عقب انقضاء الثلاثة أشهر، إلى أن يوجه الدائنون المرتهنون إنذاراً جديداً للحائز بالادلاء أو التخلي، فيعود الحائز من وقت الإنذار الجديد مسؤولاً عن الثمار وتلحق بالعقار وتبقى ملحقة بالعقار ثلاثة أشهر أخرى، إذا تركت الإجراءات فيها سقط الإنذار الثاني، وهكذا يتمكن الدائنون المرتهنون من بيع العقار وتكون الثمار ملحقة به، فيتسلم الراسي عليه المزاد الثمار مع العقار.

وقبل إنذار الحائز بالادلاء أو التخلي، تكون الثمار له باعتباره مالكاً للعقار المرهون. وتكون الثمار ضماناً عاماً لكل دائني الحائز، عاديي، وغير عاديي. ولكن من وقت الإنذار بالادلاء أو التخلي، تكون الثمار من حق الدائنين المقيدين.

وفوائد الثمن تكون أيضاً من حق الدائنين المقيدين، من وقت الإنذار بالدفع أو التخلي⁽¹⁾.

(1) الوسيط للسهنوري، ج 10، ص 605 و606.

«تعود من جديد بعد التخلي عن الحقوق العينية التي كان الحائز يتمتع بها على الملك المتخلى عنه أو ملزماً بها تجاه الغير، وإذا كان قد شطب عليها من الرسم العقاري نتيجة اتحاد الذمة يتم تقييدها من جديد بطلب من الحائز في الرتبة التي كانت لها قبل التشطيب، وللدائنين المرتهنين للحائز وللمالكين السالفين أن يستوفوا ديونهم من ثمن الملك المتخلى عنه حسب رتبته في الرسم العقاري».

الشرح :

حقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى السابقة على حقوق الدائنين المرتهنين تعود من جديد

تتضمن المادة موضوع الشرح، أنه من المحتمل في الفرضية الأولى أن يكون للحائز، قبل أن يصبح حائزاً، حقوق عينية على الملك المرهون كحق رهن أو حق انتفاع، أو حق ارتفاق أو حق استعمال أو حق سكنى. فلما أصبح حائزاً وانتقلت إليه ملكية العقار، زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة.

فإذا بيع العقار بعد ذلك، ورسا مزاده على غير الحائز وانتزعت ملكية الحائز، فإن من الطبيعي أن الحقوق العينية التي كانت له على العقار قبل أن يصبح حائزاً، تعود إليه كما كانت، بعد أن تجرد من ملكية العقار ورسا المزداد على غيره، فيعود للحائز حق الرهن، أو الانتفاع، أو حق الارتفاق، أو حق الاستعمال أو حق السكنى. فقد زال بسبب زوالها وهو اتحاد الذمة، وأصبح العقار مملوكاً لغير الحائز.

ويلاحظ أن الدائنين المقيمين كان لا يجوز الاحتجاج ضدهم بهذه الحقوق، لأنها تالية للحقوق التي كسبوها على العقار المرهون. فيكون لهم الحق في بيع العقار لهم خالياً من هذه الحقوق، وقد يضعون شرطاً في هذا الخصوص في شروط البيع.

فإذا وضعوا هذا الشرط، بيع العقار خالياً من هذه الحقوق للراسي عليه المزداد.

ولكن عندما تنزع ملكية الحائز ببيع العقار في المزداد ورسو المزداد على غير الحائز لم يعد هناك مبرر لزوال هذه الحقوق من الحائز فتعود إليه ثانية كما كانت.

والآن في الفرضية الثانية، نفرض أن هذه الحقوق العينية التي للحائز هي سابقة على حقوق الدائنين المرتهنين، وتسري عليهم.

وقد زالت هذه الحقوق باتحاد الذمة لما تملك الحائز العقار المرهون، وأصبح بهذا التملك حائزاً، ثم زالت ملكية الحائز للعقار المرهون، ونزعت ملكيته بناء على طلب الدائنين المقيدين، وبيع العقار بالمزاد الجبري، ورسا مزاده على غير الحائز.

عند ذلك تعود الحقوق العينية التي كانت للحائز قبل أن يصبح حائزاً إليه ثانية، لأن السبب في زوالها قد زال، ولم يعد الحائز مالكاً للعقار المرهون.

والفرق بين هذه الحالة (الفرضية الثانية) والحالة المتقدمة (الفرضية الأولى) أن العقار يباع على الحائز بالمزاد العلني غير خال من هذه الحقوق العينية، ولا يجوز للدائنين المرتهنين، كما يجوز لهم في الحالة المتقدمة أن يبيعوا العقار خالياً من هذه الحقوق العينية، ولا أن يضعوا شرطاً بخلو العقار من هذه الحقوق كما جاز لهم أن يضعوا هذا الشرط في الحالة المتقدمة. بل يجب أن يبيعوا العقار مثقلاً بهذه الحقوق، لأنها سابقة على حقوقهم وتسري عليهم. فإذا رسا العقار في المزاد على غير الحائز، عادت للحائز حقوقه العينية كما كانت، فيعود له حق الرهن أو حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الاستعمال أو حق السكنى.

وإذا كان للحائز حق رهن، فيجب عليه أن يحدد قيد رهنه حتى لو زال الرهن باتحاد الذمة، وذلك إذا أراد الحائز عند عودته دائناً مرتهنناً أن يتمسك بمرتبته الأصلية. فإذا لم يجدده، أو إذا وافق على محو القيد، فإن رهنه يعود، ولكن لا يأخذ مرتبته إلا من وقت القيد الجديد.

وتعود الحقوق العينية من وقت تسجيل رسو المزاد على الحائز، لأنه حتى ذلك الوقت يبقى الحائز مالكاً للعقار⁽¹⁾.

وخلاصة القول في خصوص المادة موضوع الشرح، أن الحقوق العينية التي كان يتمتع بها الحائز على الملك المتخلى عنه (انتفاع كان مقرراً له عليه) أو الحقوق التي كانت تترتب على الملك المذكور (كارتفاق كان مكلفاً به لمصلحة عقار مجاور جار بملكية الحائز) وتلاشت نتيجة اتحاد الذمة، تنبثق من جديد بعد حصول التخلي وتعود كما كانت في السابق. وإذا كان جرى شطب تقييد هذه الحقوق من الرسم العقاري، فلا بد من القيام بتسجيل جديد بطلب من الحائز في الرتبة التي كانت لهذه الحقوق قبل التشطيب، وأحيائها من جديد بالرسم العقاري. وللدائنين المرتهنين للحائز وللمالكين السالفين أن يستوفوا دينهم من ثمن الملك المتخلى عنه حسب رتبتهم في الرسم العقاري.

(1) الوسيط للسنهوري، مرجع سابق، ص 603 وما يليها.

المادة 211

«للحائز الذي أدى الدين أو تخلى عن الملك المرهون أو انتزع من يده، حق الرجوع على المدين الأصلي في الحدود التي يقررها القانون».

الشرح :

حق رجوع الحائز على المدين الأصلي
في نطاق الحدود المقررة في القانون

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أن حائز العقار الذي أدى الدين المضمون بالرهن أو تخلى عن هذا العقار المرتهن، أو انتزع العقار من يده له حق الرجوع على المدين الأصلي بما يقتضيه القانون من وسائل.

ومعنى ذلك، أن للحائز، بعد أن يخرج الملك من ملكه بالأداء أو بالتخلي أو بالانتزاع من يده، يكون له حقان في الرجوع طبقاً للقواعد العامة :

(الحق الأول) ضد المالك السابق الذي تلقى عنه الملكية، وهو مالك العقار المرهون. فللحائز أن يرجع على مالك العقار المرهون بدعوى الضمان، إذا كان قد تلقى منه الملكية معاوضة ونفرض أن مالك العقار المرهون قد باع هذا العقار للحائز، فالحائز وهو المشتري يستطيع الرجوع على مالك العقار المرهون وهو البائع بضمان الاستحقاق وللحائز أن يرفع دعوى الضمان بمجرد تسلم الانذار بالدفع أو التخلية، غير أن للمحكمة أن تؤجل الفصل في الطلبات والتعويضات حتى يتم نزع العقار. أما إذا كان العقار انتقل إلى الحائز تبرعاً بدون مقابل، فلا يكون للحائز الرجوع على المتبرع إلا إذا اشترط ذلك وفقاً للقواعد العامة.

ويكون الرجوع لتعويض كل الضرر. فإذا رسا مزاد العقار على غير الحائز بثمن أقل من الثمن الذي اشترى به الحائز، رجع الحائز بقيمة العقار. وإذا رسا مزاد العقار بثمن أزيد من الثمن الذي اشترى به الحائز، رجع الحائز بثمن المزاد كله.

(الحق الثاني) ضد المدين الذي دفع الحائز دينه، ويكون غالباً هو صاحب العقار المرهون. ويرجع عليه بدعوى الاثراء بلا سبب ليتقاضى المبلغ الذي دفعه عنه بالفعل، أي دينه ينقص منه الثمن الذي يبيع به العقار في المزاد.

وللحائز، فضلاً عن الرجوع على المدين بدعوى الاثراء بلا سبب، أن يرجع عليه أيضاً بدعوى الحلول محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم.

وإذا كان المدين هو نفس مالك العقار المرهون، كما إذا رهن المدين عقاره ثم باعه للحائز بعد ذلك، كان للحائز حق الرجوع عليه بالضمان من استحقاق العقار، ودعوى الاثراء بلا سبب باعتباره مديناً، ودعوى الحل محل الدائتين الذين وفاهم حقوقهم، ويجب التمييز بين هذه الدعاوى لاختلاف شروطها ونتائجها⁽¹⁾.

الفرع الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

المادة 212

«ينقضي الرهن في الحالات الآتية :

بالوفاء بالدين ؛

برفع يد الدائن المرتهن عن الرهن ؛

بهلاك الملك المرتهن هلاكاً كلياً ؛

باتحاد الذمة».

الشرح :

الحالات التي ينتهي فيها الرهن الرسمي

الرهن الرسمي حق تابع للالتزام المضمون به، لذلك فقد ينقضي بانقضاء الالتزام الأصلي، وقد ينقضي بصورة أصلية ومستقلة عن الدين المضمون الذي يبقى قائماً، ومن ثم فالرهن الرسمي ينقضي بصفة عامة بأحدى صورتين : بصورة تبعية أو بصورة أصلية مستقلة، ويتجلى ذلك في الحالات التي نصت عليها المادة موضوع الشرح، وهي الآتية :

أولاً : ينقضي الرهن الرسمي بالوفاء بالدين :

بما أن الرهن تابع للدين الذي يضمنه، فإنه يتبعه في مصيره بحيث إذا انقضى ذلك الدين بسبب من أسباب الانقضاء، كما إذا وفى الراهن بالدين الذي عليه للمرتهن، أو قام بإيداع ما عليه في صندوق المحكمة بعد أن امتنع المرتهن من قبضه بعد عرضه عليه عند حلول أجله، أو وقعت مقاصة بين الراهن والمرتهن، أو أقال الدائن (المرتهن) مدينه (الراهن) في المعاملة التي نتج عنها الدين المضمون، أو أبرأه منه، لأن الوفاء بالدين الأصلي لا يبقى للراهن محل الذي وقع أداء الدين الأصلي.

(1) الوسيط للسنة 1961، مرجع سابق، ص 611 وما يليها.

فإن الرهن ينقضي بذلك، ويفقد كل آثاره، ويتعين على المرتهن أن يرد الشيء المرهون إلى الراهن.

غير أنه إذا انقضى الدين المضمون بالوفاء أو المقاصة أو الاقالة أو الإبراء، ثم تبين بطلان ذلك وتقرر ذلك الدين في ذمة المدين، فإن الرهن يعود إلى انتاج آثاره، ويتعين على الراهن رهنًا رسمياً أن يمكن المرتهن من ذلك الشيء المرهون إن كان قد استرده منه.

ولا يمكن أن ينقضي الدين المضمون بالرهن بالتقادم، لأن الفصل 377 من ق.ز.ل ينص على أنه «لا محل للتقادم إذا كان الالتزام مضموناً برهن حيازي على منقول أو برهن رسمي» مما يعني أنه لا يتصور أن ينقضي الرهن مهما طال الزمان عليه، لأن الدين المضمون به، لا يمكن أن ينقضي عن طريق التقادم⁽¹⁾.

ثانيا : انقضاء الرهن بصفة أصلية برفع يد الدائن المرتهن عن الرهن :

ينقضي الرهن بصفة أصلية ولو كان الدين المضمون لازال قائماً وصحيحاً، وذلك في حالة رفع يد الدائن المرتهن عن الرهن، بحيث إذا تنازل الدائن المرتهن الذي يتمتع بأهلية التصرف عن الرهن، إما بصفة صريحة، كأن يوقع على وثيقة تفيد تنازله عن الرهن، وكأن يطلب التشطيب عن الرهن المسجل في الرسم العقاري، وإما بصفة ضمنية، وذلك بأن يقوم الدائن بفعل يفهم منه أنه يتخلى عن الرهن، كأن يرد الشيء المرهون رهنًا حيازياً لصاحبه، أو لشخص يعيّنهُ المدين لاسترداد الرهن. وكأن يفقد المرتهن حيازته للشيء المرهون بغصب أو سرقة فلا يطالب برده إليه حتى تمضي المدة التي خوله القانون استرداده خلالها. وكأن يتعرض الرهن لخطر التلف والضياع، فيباع ويأذن الراهن في دفع ثمنه للمدين ولا يطالب برهن آخر. فإن الراهن ينقضي بذلك كله، لأن هذه الأفعال قرينة على أن الدائن تنازل عن الرهن.

ويستثني من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 1235 (ق.ز.ل) من أن تسليم المرهون للمدين مؤقتاً من أجل تمكينه من القيام بعمل معين تقتضيه مصلحة الطرفين لا يكفي في افتراض أن الدائن تنازل عن الرهن. ومعنى هذا أن ذلك الشيء يبقى مرهوناً حتى خلال المدة التي يكون فيها في يد الراهن، ويحق للمرتهن أن يطالب برده لحيازته بعد انتهاء تلك المدة⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 481.

ثالثاً : انقضاء الرهن بهلاك الملك المرتهن هلاكاً كلياً :

ينقضي الرهن الرسمي بهلاك الملك المرتهن هلاكاً كلياً، كأن يحترق البناء، محل السطحية الواقع عليه الرهن. ويجب الانتباه إلى أنه في مثل هذه الحالة يتحول حق الأفضلية الذي يتمتع به الدائن المرتهن إلى تعويضات التأمين إذا كان الملك مؤمناً عليه، أو إلى مبلغ العطل والضرب المترتب على سبب الهلاك إذا كان يوجد ثمنه مسؤولاً عن الهلاك.

وإذا كان الهلاك جزئياً بقي الرهن على ما لم يشمل الهلاك الذي كان العقار مؤمناً عليه، ويبقى ضامناً لكل الدين استناداً إلى فكرة عدم تجزئة الرهن.

مع الإشارة إلى أن الرهن الرسمي لا ينقضي بهلاك الشيء المرهون كلياً أو جزئياً. وإنما يكون للمرتهن فيما إذا هلك العقار المرهون رهناً رسمياً، أن يرفع للمحكمة يطلب فيها الحكم على الراهن بأن يؤدي له دينه، وإذا كان الهلاك جزئياً أصبح معه العقار المرهون لا يشكل الضمانة الكافية للدين، فيمكن للمرتهن أن يطلب الحكم على الراهن بتمكينه من رهن إضافي يكفي في ضمان دينه⁽¹⁾.

رابعاً : انقضاء الرهن باتحاد الذمة :

إذا كان المرتهن هو الدائن الوحيد للراهن، وملك هذا الدائن العقار المرهون كله بشراء أو هبة أو يارث، واتحاد الذمة يتحقق أكثر ما يتحقق عن طريق الارث، أو بغير ذلك من أسباب كسب الملكية، فإن الرهن ينقضي بذلك ويبقى الدين بدون رهن.

أما إذا لم يملك المرتهن إلا جزءاً من المرهون، فإن الرهن لا ينقضي بذلك، وإنما يصير الجزء الباقي ضامناً للدين كله.

وكذلك إذا كان الملك مرهوناً لفائدة عدة دائنين، وملكه أحدهم، فإن الرهن لا ينقضي بذلك، ولكن يحتفظ الدائن الذي ملك المرهون كلاً أو بعضاً بالدرجة التي كانت له في الرهن، بحيث إذا كان هو المرتهن الأول، وطالب بقية الدائنين المرتهنين بيع الملك المرهون - تبعاً لما لهم من حق التتبع - فيحق له أن يستوفي دينه من الثمن قبل بقية الدائنين⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 482.

المادة 213

«ينقضي الرهن ببيع الملك بيعاً جبرياً بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون».

الشرح :

انقضاء الرهن ببيع الملك بيعاً جبرياً طبقاً للقانون

نصت هذه المادة موضوع الشرح، على انقضاء الرهن ببيع الملك المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني، وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون.

وعليه، إذا بيع الملك المرهون بيعاً قضائياً بالمزاد العلني، سواء كان ذلك في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو القيم الذي سلم إليه العقار عند التخلي، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزداد العلني، أو بدفعه إلى الدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

ولا يكون البيع صحيحاً، إلا إذا تم وفق الإجراءات القانونية، التي يجب تطبيقها طبقاً لما يفرضه القانون.

والبيع بالمزاد العلني يكون في مواجهة مالك العقار، بحيث يفترض القانون عقاراً مرهوناً لم ينتقل إلى حائز، وعمد الدائن المرتهن إلى التنفيذ عليه ببيعه بيعاً جبرياً في المزاد العلني، فإذا ما بيع ورسا مزاده على أحد، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزداد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن.

ويكون البيع أيضاً في مواجهة الحائز، وذلك إذا لم يختار هذا لا دفع الديون ولا تخليه عن العقار المرهون، ولا تطهيره، فعند ذلك لا مناص من بيع العقار في مواجهة الحائز نفسه.

ويكون البيع في مواجهة الحائز كذلك، إذا عمد الحائز إلى تطهير العقار، وعرض على الدائنين المقيدين ما قدره قيمة له. فرفض الدائنون المرتهنون ما عرضه الحائز، وباعوا العقار جبراً في المزاد العلني. عند ذلك يبيعهونه في مواجهة الحائز لأنه هو المالك للعقار، وذلك ما لم يختار الحائز تخليه للعقار.

فإذا ما بيع العقار ورسا مزاده على أحد، فإن حق الرهن على هذا العقار ينقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزداد، أو يدفعه إلى الدائنين المرتهنين الذين رسا به مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن، ويفضل الراسي عليه المزداد الأمر الأول.

ويتم البيع كذلك في مواجهة القيم، ونفرض هذا مع القانون أن للعقار حائزاً، وأن هذا الحائز لم يدفع الديون، ولم يظهر العقار ولا يريد تحمل إجراءات بيع العقار في مواجهته.

فإذا بيع العقار في مواجهة القيم ورسا مزاده على أحد، فإن حق الرهن هنا أيضاً ينقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد بصندوق المحكمة، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن. ويفضل الراسي عليه المزاد الأمر الأول، حتى لا يتحمل خطر التوزيع⁽¹⁾.

هذا، ولابد من التنبيه إلى أن الرهن الواقع على عقار محفظ، سواء كان رهناً حيازياً أو رسمياً، لا يعتبر منقضاً من الناحية القانونية مهما كان سبب انقضائه، إلا إذا شطب عليه من الرسم العقاري، ولذلك فعندما ينقضي الرهن الذي سجل في الرسم العقاري، يكون من حق الراهن أن يظهر ملكه المرهون من ذلك الرهن، فإن وافقه المرتهن على أن الرهن انقضى، تقدم الطرفان بطلب التشطيب على الرهن وبذلك يتطهر المرهون من كل أثر الرهن.

وإذا نازعه في هذا الانقضاء، اضطر الراهن حينئذ إلى اللجوء إلى المحكمة ليحصل على حكم انقضاء الرهن، وعندما يصير الحكم نهائياً يقدمه إلى المحافظة العقارية ليستند إليه في التشطيب على الرهن⁽²⁾.

القسم الثالث

في الحجز والبيع الجبري للعقارات

إذا حل أجل استحقاق الدين وأخل المدين بالتزامه بالامتناع أو العجز عن وفاء ما بذمته للدائن المرتهن، تبدأ مسطرة التنفيذ على العقار المرهون وذلك من خلال مرحلة اعداد العقار المحجوز للبيع، ووضع هذا العقار تحت يد القضاء، ثم مرحلة إجراءات البيع، بعد انتهاء تبليغ إجراءات الحجز التنفيذي العقاري للمحجوز عليه، وانذاره بالأداء، وفقاً لمقتضيات القانون والإجراءات المقررة في مجال الحجز والبيع الجبري للعقارات. وأحكام هذا القسم الثالث، سنتناول شرحها في المواد الآتية فيما يلي.

(1) الوسيط للسنة 1964، مرجع سابق، ص 640 - 641.

(2) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 484.

«يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائدته مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري أن يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني عند عدم الوفاء بدينه في الأجل.

تكون للشهادة الخاصة المذكورة قوة سند قابل للتنفيذ».

الشرح :

عند عدم وفاء المدين بدينه. للدائن المرتهن
لابد يتعين على هذا الأخير أن يحصل على الشهادة الخاصة
من المحافظة العقارية بتقييد الرهن لفائدته
ويطلب بيع الملك المرهون، ولهذه الشهادة قوة سند قابل للتنفيذ

تنص هذه المادة موضوع الشرح، على أنه إذا حل استحقاق الدين وأخل المدين بالتزامه بالامتثال أو العجز عن وفاء ما بذمته للدائن المرتهن، يحق لهذا الأخير قبل أن يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني ليستوفي الحصول على شهادة خاصة بتسجيل الرهن بالرسم العقاري، لفائدته، مسلمة له من لدن المحافظ على الأملاك العقارية، طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بحيث تكون هذه الشهادة الخاصة مشتملة على البيانات الكافية مما هو مسجل بالرسم العقاري من اسم المالك وعنوانه واسم الملك المرهون وحدوده وموقعه ونسخة من خريطته، كما تتضمن شهادة المحافظ بصحة ما فيها من البيانات ويضع عليها امضاءه وطابع المحافظة.

وتعتبر هذه الشهادة الخاصة التي يحصل عليها الدائن المرتهن من طرف المحافظ على الأملاك العقارية المستخرجة والمطابقة لما هو مسجل بالرسم العقاري، حجة قوية حاسمة ولها قوة سند، قابل للتنفيذ، يعتمد عليها الدائن المرتهن، وفي طلبه ببيع الملك المرهون لاستيفاء دينه من ثمنه بعد البيع بالمزاد العلني ووفق ما يفرضه القانون من إجراءات شكلية، وشروط مقررة، في مسطرة التنفيذ قبل تبليغ الملك المرهون.

المادة 215

«للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الاجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه ائذار رسمي بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوماً من تاريخ التوصل به».

الشرح :

توجيه ائذار رسمي من لدن المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز بعد حصول الدائن على إذن من المحكمة المختصة ببيع الملك المرهون، لأداء دينه أو التخلي عنه داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ التوصل به

تنص المادة موضوع الشرح على أنه إذا حل استحقاق الدين وأخل المدين بالتزامه بالامتناع أو العجز عن وفاء ما بذمته للدائن المرتهن، وحصل هذا الأخير على بيع الملك المرهون، اعتماداً على الشهادة الخاصة، المسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، بتسجيل حقه في الرسم العقاري، وذلك بالمزاد العلني لاستيفاء دينه من ثمنه، فيتعين قبل إجراء مسطرة التنفيذ على الملك المرهون، إلا بعد توجيه ائذار رسمي وقانوني من لدن المكلف بالتنفيذ ومباشرة بيع الملك المرهون، ولا بد أن يتم تبليغ الانذار عن طريق الوسائل والاجراءات القانونية لتبليغ المدين الأصلي والحائز بصفة قانونية وطبقاً لمقتضيات قانون المسطرة المدنية المتعلقة بإجراءات التبليغ.

فقبل اللجوء إلى مسطرة البيع على الدائن أن يتقدم إلى رئيس المحكمة بطلب توجيه الانذار العقاري في إطار الفصل 148 من ق.م.م إلى كل من المدين الأصلي والحائز ويرفق الطلب وجوباً بأصل الالتزام المرهون بمقتضيات العقار، وشهادة خاصة من المحافظة العقارية، تثبت تقييد الرهن بالسجل العقاري، وهي المنصوص عليها في الفصل 101 من قانون رقم 07/14 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

وذلك لاشعار المدين الأصلي والحائز، بأن الملك المرهون، سيباع وتنزع ملكيته من المدين الأصلي أو من يد الحائز، وذلك لأداء الدين أو التخلي عنه لفائدة الدائن المرتهن والذي طلب نزع ملكية الملك بالمزاد العلني لاستيفاء دينه مع الفوائد المترتبة والمصاريف المنفقة من ثمن الملك المرهون بعد بيعه.

على أن لا يشرع في مسطرة بيع الملك المرهون إلا بعد توصل المدين الأصلي أو الحائز، بذلك الانذار الرسمي الموجه إليه بصفة قانونية، وإشعاره ببيع الملك المرهون داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ المصادقة على طلب الدائن المرتهن بالبيع ونزع ملكية العقار المرهون لاستخلاص الدين المضمون به من ثمنه.

هذا، ويبقى لمالك العقار المرهون وللمدين الحق في أن يعترض على هذا البيع خلال ثمانية أيام من تاريخ توصله بهذا الاعلام الرسمي، إن كان ساكناً في نفس المكان الذي يوجد فيه الدائن، فإن لم يكن ساكناً في نفس المكان فيضاف أجل المسافة المقررة في المسطرة المدنية، ولا يمكن إجراء البيع خلال هذا الأجل.

ثم إن تقدم المدين أو مالك المرهون بتعرضه على هذا البيع خلال الأجل، وجب إيقاف البيع إلى أن يبت في هذا التعرض.

وان انتهى الأجل ولم يقم التعرض المذكور، أو تقدم ورفض، فتباشر المحكمة حينئذ بيع العقار المرهون.

المادة 216

«يتضمن الانذار المشار إليه في المادة السابقة اسم المالك المقيّد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشتملاته ورقم رسمه العقاري.

يبلغ المكلف بالتنفيذ نسخة من الانذار المذكور إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيده بالرسم العقاري.

يعتبر الانذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره».

الشرح :

تضمين الانذار الموجه إلى المدين، اسم المالك المقيّد والملك المرهون،

وموقعه ومساحته ومشتملاته، ورقم رسمه العقاري.

وتبليغ نسخة منه إلى المحافظ لتقييده بالرسم العقاري

مر معنا في المادة السابقة أن الإنذار العقاري هو إعلام أو إشعار يوجهه الدائن بواسطة المكلف بتنفيذ بيع العقار المرهون، إلى المدين الأصلي أو للحائز، عن طريق أحد أعوان التبليغ، يطالبه بأداء الدين المضمون بالرهن تحت طائلة اللجوء إلى طريق التنفيذ الجبري، ونزع ملكية العقار وبيعه بالمزاد العلني لاستيفاء دينه مع الفوائد المترتبة والمصاريف المنفقة.

وفي هذه المادة موضوع الشرح، اشترط المشرع المغربي في الإنذار المشار إليه في المادة السابقة ذكر بيانات جوهرية ضرورية بحيث اشترط تضمين الإنذار العقاري المذكور بيانات جوهرية حدد بعضها في هذه المادة. وهذه البيانات التي يجب تضمينها في الإنذار هي :

- اسم مالك العقار المرهون المقيد في السجل العقاري وهويته الشخصية، من حيث اسمه الشخصي والعائلي، وأهليته وعنوانه المسجل في السجل العقاري، وبيان ملكيته لهذا العقار.

- اسم الملك المرهون، المسجل بالرسم العقاري، لأن كل حق عيني محفظ الا ويكون اسمه يختص به ويميزه.

- وموقع الملك المرهون، ومحلّه أين يقع في مكان معين، لمعرفة هذا الموقع، حتى يتبين بوضوح، عن مواقع العقارات الأخرى.

- ومساحة الملك المرهون، وتعداد هذه المساحة وتحديدها، بما هو مقيد في السجل العقاري، لمعرفة هذه المساحة، وبيان ما تحمله من أمتار بالتحديد والمقيدة بالرسم العقاري.

- ومشتملات الملك المرهون، من عقار وأرض مجردة أو بناء مشيد على هذا العقار، ونوع هذا البناء، دار أو معمل أو منشآت أخرى أو يشمل هذا الملك المرهون على أغراس وأشجار، وغير ذلك.

- كما يتضمن الإنذار رقم رسم الملك المرهون في السجل العقاري، وكل عقار محفظ يتميز برسم له رقم خاص، مسجل بالرسم العقاري.

وهذه البيانات كلها، يجب تضمينها بالإنذار الرسمي الموجه إلى المدين الأصلي والحائز، من طرف الدائن بواسطة المكلف بالتنفيذ.

ويجب على المكلف بالتنفيذ، تبليغ نسخة من الإنذار المذكور إلى المحافظ على الأملاك العقارية، الذي يتعين عليه تسجيله بالرسم العقاري، طبقاً لما ينص عليه قانون التحفيظ العقاري.

هذا، ويعتبر الإنذار العقاري إجراءً جوهرياً في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي، واعتباره بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره وهذا ما قرره المشرع في الفقرة الأخيرة

من هذه المادة موضوع الشرح، بقولها : «يعتبر الانذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره».

وخلاصة القول إنه بعد تبليغ الانذار العقاري للمدين ومرور الأجل الممنوح له للوفاء دون جدوى، ويشترع في مباشرة إجراءات نوع الملكية وفي مقدمتها الحجز التنفيذي، خصوصاً وأن المشرع اعتبر الانذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره، عملاً بالفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح، كما ذكرنا أعلاه.

المادة 217

«في حالة رهن عدة أملاك لضمان أداء دين واحد، فإن بيع كل واحد منها يتم بناء على إذن من رئيس المحكمة المختصة الواقع في دائرة نفوذها الملك.

يجب أن يقع بيع هذه الأملاك على التوالي وفي حدود ما يفي بأداء الدين بكامله».

الشرح :

بيع كل واحد من عدة أملاك مرهونة لضمان أداء دين واحد،
لا يتم إلا بناء على إذن من رئيس المحكمة المختصة،
مع وجوب وقوع البيع على التوالي في حدود الدين

تتحدث المادة موضوع الشرح، على أنه في حالة رهن عدة أملاك لضمان أداء دين واحد، وكان المرهون يشتمل على عدة أملاك وعقارات مرهونة بضمان أداء دين واحد، وجب أن يقصر البيع على كل واحد من الأملاك، التي يكفي ثمنها لإيفاء الدين، وأوجب المشرع أن هذا البيع لا يتم إلا بناء على طلب يقدمه الدائن المرتهن، إلى رئيس المحكمة المختصة بالنظر في العقار المحفظ وبيعه ونزع الملكية، والواقع في دائرة نفوذها الملك المرهون موضوع البيع الجبري بالمزاد العلني، وتنزع ملكيته من المالك المدين الأصلي أو من يد الحائز لأداء الدين من ثمنه.

كما أوجب المشرع في المادة موضوع الشرح أن لا يقع البيع المذكور عن طريق المزاد العلني إلا على الأملاك التي تفي بأداء الدين بكامله، وذلك على التوالي، بحيث يجب أن يقضي البيع على كل واحد من الأملاك المرهونة الجائز بيعها بالترتيب وعلى التوالي، أي بيع ملك واحد، ثم ملك آخر بعده في حالة عدم وفائه بالدين. إذ يتعين أن يبدأ ببيع ما يكفي ثمنه لأداء الدين والاقتصار على ذلك فقط، وإن لم يكف الثمن لأداء

الدين يباع ملك آخر ثان، من ضمن الأملاك المرهونة لأداء دين واحد، وهكذا، يجب أن لا يتم بيع جميع الأملاك المرهونة لأداء دين واحد في آن واحد وبمجموعها وإنما يجب بيع كل واحد من هذه الأملاك على حدة وعلى التوالي وفي حدود الدين المضمون إلى أن يتم الوفاء بالدين كله.

ولا يحق للدائن المرتهن أن يطالب ببيع ما يزيد على الدين فإن وقع بطل البيع الواقع على الزائد من الدين. بالإضافة إلى أنه يحق للمدين أن يطلب الحكم على المرتهن بتعويض الأضرار التي لحقت من جراء بيع ما يتجاوز دينه. وبطبيعة الحال، فإن بيع الملك المرهون يتم عن طريق المزايدة العلنية، وطبقاً لما ورد في قانون المسطرة المدنية.

المادة 218

«إذا وقع التراضي في مواصلة الاجراءات التي تتلو الحجز، أمكن للمحجوز عليه أن يتقدم بمقال إلى رئيس المحكمة المختصة بوصفه قاضياً للمستعجلات للمطالبة برفع اليد عن الحجز.

تبلغ نسخة من هذا المقال إلى الحاجز وفق القواعد المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية.

يكون الأمر الصادر برفع اليد عن الحجز نهائياً ونافاً على الفور».

الشرح :

عند وقوع التراضي في مواصلة الاجراءات التي تتلو الحجز التنفيذي،

يحق للمحجوز عليه تقديم طلب إلى رئيس المحكمة بصفة استعجالية

برفع الحجز. مع تبليغ نسخة من الطلب إلى الحاجز.

والأمر الصادر برفع الحجز، ويكون نهائياً ونافاً على أصله

تقدم لنا أن علمنا أنه إذا حل أجل استحقاق الدين وأخل المدين بالتزامه بالامتناع أو العجز عن وفاء ما بذمته للدائن المرتهن، تبدأ اجراءات مسطرة التنفيذ على العقار المرهون، حسب المراحل الآتية :

1 - مرحلة إعداد العقار المحجوز للبيع :

أي مرحلة وضع العقار تحت يد القضاء، وللتنفيذ على العقار لابد من اتباع شكلية خاصة، وذلك بتوجيه الانذار العقاري للمدين وإشعاره بالأداء ويستوجب القيام بهذا

الاجراء توفر شرطين أساسيين : عدم وفاء الدين بدينه للدائن، وحصول الدائن على الشهادة الخاصة من المحافظة العقارية التي لها قوة سند قابل للتنفيذ. يتضمن الانذار الموجه إلى المدين، بيانات جوهرية، أشرنا إليها آنفاً.

وقبل اللجوء إلى مسطرة البيع، على الدائن المرتهن أن يتقدم إلى رئيس المحكمة بطلب توجيه ذلك الانذار العقاري في إطار الفصل 148 من ق.م.م. كما علمنا آنفاً.

2 - مرحلة الحجز التنفيذي على العقار المرهون :

ويقصد بالحجز التنفيذي وضع الدائن تحت يد القضاء عقاراً مملوكاً للمدين من أجل بيعه واستيفاء حقه من ثمن البيع، وتسير إجراءات هذا الحجز على العقار سواء كان عقاراً بطبيعته أو بالتخصيص.

وبعد تبليغ الإنذار العقاري للمدين ومرور الأجل الممنوح له للوفاء دون جدوى، يشرع في مباشرة إجراءات نزع الملكية وفي مقدمتها الحجز التنفيذي خصوصاً وأن المشرع اعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره، كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه.

3 - مرحلة انجاز محضر الحجز التنفيذي على العقار المرهون :

ويقوم عون التنفيذ (من كتابة ضبط المحكمة) بإجراء حجز عقاري إيداناً بوضع العقار تحت يد القضاء بتحرير محضر بذلك، بناء على طلب يكون قد قدمه الدائن مؤدى عنه الرسم القضائي المطلوب إلى رئيس مصلحة كتابة الضبط.

ويجب تضمين محضر الحجز التنفيذي على العقار، البيانات الضرورية، وهي : اسم المدين وحضوره أو غيابه أثناء عملية الحجز. واسم الدائن أو نائبه وموطنه. وتعيين وصف العقار محل التنفيذ وتحديد مشتملاته ورقم رسمه وما إذا كان يحتوي أبنية أو مجرد أرض عارية. والحقوق العينية المرتبطة بالعقار التي يتحملها حتى يتمكن المتزايدون من التعرف على الوضعية الحقيقية. والإشارة إلى مراجع المستندات المعتمدة للتنفيذ. واسم وتوقيع عون التنفيذ الذي حرر المحضر.

4 - مرحلة تسجيل وتبليغ محضر الحجز التنفيذي :

(أ) تسجيل محضر الحجز التنفيذي : أوجب المشرع تسجيل العقار المحفظ على الرسم العقاري بالمحافظة العقارية عملاً بمقتضيات الفصل 470 من ق.م.م. الذي

جاء في فقرته الثالثة ما يلي : « يقيد المحضر بسعي من العون المكلف بالتنفيذ من طرف المحافظ في الرسم العقاري طبقاً للتشريع الجاري به العمل⁽¹⁾. وإذا لم يكن العقار محفظاً في قيد في السجل الخاص بالمحكمة الابتدائية، ويقع الإشهار ضمن الشروط المشار إليها في الفقرة الأخيرة من الفصل 455 من ق.م.م.

(ب) تبليغ محضر الحجز : يعتبر الاجراء المتعلق بالتبليغ تنويجاً لمسطرة الحجز التنفيذي على العقار بعد تحريره، وينبغي تبليغه وجوباً للمدين والحائز إذا لم يكن هو المدين نفسه.

5 - المرحلة الممهدة لبيع العقار :

وبعد ضبط وثائق ملكية العقار ووضعيته القانونية، من حيازة نظير الرسم العقاري وتحديد باقي التحملات التي يتحمل بها العقار، وتيسير عملية تسجيل محضر البيع. يتعين على الدائن أن يتقدم إلى رئيس المحكمة الابتدائية في إطار الأوامر المبنية على الطلب (الفصل : 148 من ق.م.م) يطلب فيه تعيين خبير لتحديد الثمن الافتتاحي للمزاد العلني، وعند تعيينه على الدائن أن يضع أجرته التي يحددها رئيس المحكمة بكتابة الضبط، وتضاف الخبرة بعد إنجازها إلى ملف التنفيذ.

وعندما يقع الحجز العقاري، أو ينصرم أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل : 174 من ق.م.م. فإن عون التنفيذ يقوم بتهييء دفتر التحملات باجراء الإشهار القانوني على نفقة الدائن ويبين الاعلان عن المزااد تاريخ افتتاحه، وإيداع محضر الحجز ووثائق الملكية بكتابة الضبط، وكذلك شروط البيع.

وقد أشار المشرع إلى دفتر التحملات في الفصلين : 474 و 477 من ق.م.م إشارة عابرة.

6 - مرحلة إجراءات البيع :

بانتهاى تبليغ إجراءات الحجز التنفيذي العقاري للمحجوز عليه، وإنذاره بالأداء وفقاً لمقتضيات الفصلين : 440 و 469 من ق.م.م. وتبدأ مرحلة إشهار الحجز بتعليق محضر الحجز وافتتاح مسطرة البيع في مقر المحكمة خلال شهر، حيث يقوم عون التنفيذ بتهييء دفتر التحملات.

(1) يوسف أفريل، الرهن الرسمي العقاري، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 2011، ص 131.

يتم الإشهار بعد إيداع الدائن الحاجز مصروفات الاشهار والخبرة، والنقل، إلا أن هذه المصاريف تخصم لفائدته من ثمن البيع، فالذي يتحمل في الأخير جميع مصاريف الدعوى، بما فيها التنفيذ هو المحكوم عليه، وحسب النسبة التي تقدرها المحكمة في الحكم المنفذ. ثم يقع الاشهار للقيام بطبع الاعلانات التي تتضمن بيان المحكمة التي يجري فيها البيع. واسم كل من يباشر اجراءات التنفيذ، والمدين والحاجز، والكفيل في حالة وجودهم، وتحديد اليوم والساعة وتاريخ إجراء المزايدة والقاعة التي سيجري فيها البيع بالمزايدة. وبيان العقار الذي سيباع بالمزاد العلني: مكانه، ومساحته وحدوده، ورقم رسمه بالمحافظة، ثم بيان الثمن الافتتاحي للبيع.

وتعلق الاعلانات في: باب مسكن المحجوز عليه. وعلى العقارات المحجوزة. والتعليق في الأسواق. والتعليق على لوحة الاعلانات بالمحكمة. وبلوحات مكاتب السلطة المختصة للاعلانات.

وبعد إشعار الأطراف المعنية بيوم البيع، تقع السمسرة لبيع العقار بالمزاد العلني بمحل كتابة الضبط التي نفذت الاجراءات وأودع فيها المحضر بالحجز التنفيذي بعد ثلاثين يوماً من تبليغ الحجز المنصوص عليه في الفصل السابق، غير أنه يمكن تمديد الأجل نتيجة الظروف بأمر معلل من الرئيس لمدة لا يمكن أن تتجاوز في الكل تسعين يوماً بإضافة الثلاثة يوماً الأولى إليها.

وقبل الشروع في السمسرة، يتأكد عون التنفيذ من تخلف المدين عن الحضور وعدم الوفاء بما في ذمته، فيتوجه إلى قاعة البيوعات لعرض العقار للبيع، وفي التاريخ المحدد للسمسرة، ولا يمكن تغيير هذا التاريخ تقديمياً أو تأخيراً إلا بإذن من رئيس المحكمة الذي يقع التنفيذ بدائرتها، بناء على مقال يقدمه أحد أطراف النزاع أو عون التنفيذ، ولا يكون إلا لأسباب خطيرة ومؤثرة، كأن يطلب المدين أجلاً لدفع ما في ذمته، تلافياً لبيع عقاره.

وقد جرت العادة أن يتلقى عون التنفيذ بطائق التعريف بالهوية وكل وثيقة يمكن أن تعرف بهوية الشخص من الحاضرين الراغبين المشاركة في المزايدة، ويتم حصر لائحة المشاركين، ثم يشرع في تذكيرهم بموضوع المزاد، وهو الرسم العقاري ووصفه والتكاليف المتحمل بها والثمن المحدد في دفتر التحملات لبدء المزايدة والمناداة بالبيع انطلاقاً من الثمن المحدد من طرف الخبير أو من أعلى عرض قدم بكتابة الضبط إذا كان يفوقه، والقانون المغربي لم يمنع المدين من المشاركة في المزاد العلني.

إلا أنه منع القضاة وكتاب الضبط وأعوان التنفيذ بالمحكمة التي تمارس فيها إجراءات التنفيذ بصفة مباشرة، وكذلك مع المحامين الذي نابوا عن المدين والدائن أو قاموا بأي إجراء مسطري لفائدة أي منهما، إضافة إلى السماسرة والخبراء بالنسبة للعقارات التي يناط بهم بيعها أو تفويتها.

وعند توقف المتزايدين عن تقديم أي عرض جديد بأخذ عون التنفيذ بالعرض الأكبر الذي لا يزداد عليه.

وهكذا إذا أدى المشتري الذي رسا عليه المزاو وأودع ثمن المبيع ومصرفاته بصندوق المحكمة، أمكن للدائن المرتهن أن يستوفي الدين من ثمنه، وانتهى الأمر.

أما إذا تخلف المشتري الذي رسا عليه المزاو عن الوفاء بالثمن بصندوق المحكمة خلال 10 أيام من تاريخ رسو المزاو، أنذر بذلك ومنح أجلاً إضافياً آخر حدد في 10 أيام أخرى، فإن امتنع تعتبر السمسرة قد فشلت وتعاد تحت مسؤولية المتخلف عن الدفع.

وبناء على ذلك، وفي حالة ما إذا وقع التراضي يُعتبر وقت المزاو في الإجراءات أو تأخير في ممارسة مسطرة التنفيذ وفي إجراءاته، التي تتلو الحجز التنفيذي على العقار المرهون بالتتابع ورأى المحجوز عليه أن هذا التراضي، والتأخير في ضوء أصله للإجراءات، يضر بانتفاعه بالعقار المعروض للبيع جبر عليه بالمزاو العلني، أجاز له المشرع، في المادة موضوع الشرح، أن يتقدم بمقال إلى رئيس المحكمة المختصة التي نفذت الإجراءات وأودع فيها المحضر بعد ثلاثين يوماً من تبليغ الحجز المنصوص عليه في الفصل 174 من ق.م.م لينظر رئيس المحكمة في مقال المحجوز عليه، بوصفه قاضي الأمور المستعجلة، الرامي إلى رفع اليد عن الحجز التنفيذي على العقار المرهون، ويصدر الرئيس أمراً استعجالياً برفع اليد عن الحجز، ينفذ على أصله وعلى الفور، وذلك تلبية لطلب المحجوز عليه برفع اليد عن الحجز، وحتى لا يتضرر من التراضي الحاصل في مواصلة إجراءات التنفيذ.

وقبل النظر في المقال الذي رفعه المحجوز عليه إلى رئيس المحكمة للنظر فيه، يتعين على كتابة الضبط أن تقوم بتبليغ نسخة من المقال إلى الحائز طالب التنفيذ، طبقاً لقواعد التبليغ المنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية، وبالاخصصوص الفصول 37 و38 و39 من هذا القانون، المتعلق بطرق التبليغ، وذلك عن طريق كتابة الضبط، أو عن طريق المفوضين القضائيين، أو بواسطة البريد المضمون مع الاشعار بالتوصل، أو عن طريق السلطة المحلية الإدارية.

ويكون الأمر الصادر برفع اليد عن الحجز، المطلوب رفعه من لدن المحجوز عليه، أمراً نهائياً لا يقبل أي طعن فيه، وقابلاً للتنفيذ بمجرد صدوره، أي على أصله، وعلى الفور.

المادة 219

«بالإضافة إلى الإخطار المنصوص عليه في الفصل 473 من قانون المسطرة المدنية، فإن المكلف بالتنفيذ يوجه إلى المحجوز عليه وشركائه وإلى جميع أصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك إنذاراً للاطلاع على دفتر التحملات والشروط، وذلك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع هذا الدفتر».

الشرح :

توجيه إنذار من طرف المكلف بالتنفيذ إلى المحجوز عليه
وشركائه وأصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك المرهون
للاطلاع على دفتر التحملات والشروط

وعلى هذا العنوان نتحدث المادة موضوع الشرح، بحيث أوضحت أنه بالإضافة إلى الإخطار المنصوص عليه في الفصل 473 من قانون المسطرة المدنية، والذي ينص على ما يلي : «يخطر في حالة الشياح عون التنفيذ في حدود الإمكان شركاء المنفذ عليه في الملكية بإجراءات التنفيذ المباشرة ضد شريكهم حتى تتسنى لهم المشاركة في السمسرة».

وعليه، فبالإضافة إلى إخطار عون التنفيذ، وفي حدود الإمكان شركاء المنفذ عليه (المحجوز عليه) في ملكية العقار المرهون المحجوز لبيعه بالمزاد العلني، فعلى العون المكلف بالتنفيذ كذلك، أن يوجه إلى المحجوز عليه وشركائه، وإلى كل أصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك المحجوز والمعروض للبيع، إنذاراً يشعرهم فيه بأن يحضروا إلى كتابة الضبط، من أجل الاطلاع في ملف التنفيذ على دفتر التحملات بإجراء الأشهار القانوني على نفقة الدائن، ويبين الاعلان عن المزاد تاريخ افتتاحه، وإيداع محضر الحجز، ووثائق الملكية بكتابة الضبط، ولا يتم الإشهار بالبيع إلا بعد إيداع الدائن الحاجز مصروفات الإشهار للقيام بطبع الاعلانات التي ستعلق في المحالات المخصصة لها في الأماكن المذكورة أعلاه عند تبليغ محضر الحجز، وكذلك يذكر في الاعلان شروط البيع وقد أشار المشرع إلى دفتر التحملات في الفصل 474 من قانون المسطرة المدنية، الذي ينص على ما يلي : «بمجرد ما يقع الحجز العقاري أو ينصرم

أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 174 فإن عون التنفيذ يقوم بعد تهئية دفتر التحملات بإجراء الإشهار القانوني على نفقة الدائن وبين الإعلان عن المزااد تاريخ افتتاحه وإيداع محضر الحجز ووثائق الملكية بكتابة الضبط وكذلك شروط البيع....».

وتوجيه الانذار من طرف المكلف بالتنفيذ إلى المحجوز عليه وشركائه وإلى جميع أصحاب الحقوق العينية والواردة على الملك المعروض ببيعه بالمزااد العلني من أجل الاطلاع عليه، وعلى محتوياته من طرف المذكورين في الإنذار، يتعين كما هو منصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح، أن يتم ذلك داخل أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ إيداع هذا الدفتر.

المادة 220

«لا تسلم كتابة ضبط المحكمة محضر ارساء المزايدة إلا بعد أداء الثمن المستحق أو إيداعه بصندوق المحكمة إيداعاً صحيحاً لفائدة من له الحق فيه».

الشرح :

تسليم محضر ارساء المزايدة لمن له الحق فيه بعد أداء الثمن مباشرة أو إيداعه بصندوق المحكمة، وما يترتب عليه من حقوق

تحدث هذه المادة موضوع الشرح بعد انتهاء الاجراءات المذكورة عن شروط تسليم محضر ارساء المزايدة فأوضحت، أنه في المواد السابق شرحها إلى بيع العقار المرهون جبراً في المزااد العلني ليستوفي الدائن المرتهن حقه من ثمنه، والذي يؤديه من رسا عليه المزااد بعد تحرير محضر ارساء المزايدة من طرف كتابة ضبط المحكمة التي وقعت المزايدة والتنفيذ فيها، وتسليم هذا المحضر إلى من له الحق فيه.

لكن لا تسلم كتابة ضبط المحكمة محضر ارساء المزايدة، إلى من له الحق فيه، إلا بعد أداء المشتري الذي رسا عليه المزااد الثمن المستحق مباشرة إلى الدائن، أو يُدلي بوصل يفيد أنه أودع ثمن العقار المبيع، بصندوق المحكمة التي جرى فيها البيع والتي قامت بالتنفيذ، إيداعاً صحيحاً، ووفق الاجراءات القانونية المتعلقة بالإيداع، لفائدة من له الحق في هذا الثمن الذي يستوفي دينه منه.

إذن، بمجرد انتهاء البيع بالمزااد العلني، ويقوم المشتري بالوفاء بالتزاماته بأداء الثمن والمصاريف، فإنه يتسلم محضر المزااد إيداعه بالمحافظة العقارية من أجل تسجيله.

وتترتب عن ذلك عدة آثاره بالنسبة للمشتري والعقار والمدين وبقية الدائنين والحاظر.

أ - آثار البيع بالنسبة للمشتري : يقوم عون التنفيذ عندما تنتهي عملية البيع بتحرير محضر المزااد، الذي يحرص وجوباً على تضمينه كل الاجراءات المتعلقة بعملية البيع سواء تعلق الأمر بالعقار وأوصافه أو باجراءات الحجز والاشهار، وقد لوحظ على الفصل 480 من ق.م.م. عدم ذكر بيانات هامة تداركتها وزارة العدل بمطبوع نموذج وضعته بين يدي أعوان كتابة الضبط يشمل البيانات الواجب التنصيص عليها في محضر ارساء المزااد، نذكرها فيما يلي :

- 1 - اسم عون التنفيذ الذي تولى اجراءات السمسرة.
 - 2 - الإشارة إلى السند التنفيذي : مصدره - رقمه - تاريخه.
 - 3 - ذكر دفتر التحملات وتاريخ تحريره وتاريخ البيع.
 - 4 - تحديد هوية الدائن.
 - 5 - اسم المدين وموطنه.
 - 6 - الإشارة إلى الاعلان عن البيع والوسائل التي استخدمت فيه.
 - 7 - تبليغ المعنيين بالأمر بحضور عملية المزااد.
 - 8 - الإشارة إلى مصاريف المسطرة ومصاريف دفتر التحملات واعلانات النشر في الصحف.
 - 9 - ذكر أسماء المتزايددين حسب ترتيبهم.
 - 10 - الثمن الذي رست به المزايدة، وما كان هناك زيادة السدس.
 - 11 - الإشارة إلى اشعال ثلاث شمعات.
 - 12 - اسم الراسي عليه المزااد ورقم بطاقته الوطنية وتوقيعه أسفل محضر المزااد.
 - 13 - توقيع عون التنفيذ وتاريخ تحرير المحضر.
- ويعد أثر نقل الملكية أهم أثر يرتبه محضر المزايدة، بعد تسجيله عملاً بمقتضيات الفصلين : 65 و 67 من قانون رقم : 14/07 المتعلق بالحفظ العقاري والفصل : 2 من قانون رقم : 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

ب - آثار البيع بالنسبة للعقار : الأصل أن الملكية تنتقل إلى المشتري بما على العقار من تكاليف وما هو مثقل به من حقوق، لكن استثناء ينتقل العقار للمشتري خالياً من

الحقوق العينية التبعية المسجلة على العقار فأصحاب هذه الحقوق لا يستطيعون تتبع هذا العقار في يد المشتري والتفويض عليه⁽¹⁾.

ويصطلح على هذا الأثر بتطهير العقار من الحقوق العينية التبعية المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية.

ج - آثار البيع بالنسبة للمدين والدائن والحائز :

(1) تتلاشى وتقطع كل الروابط القانونية التي كانت تجمع المدين بالعقار المبيع بمجرد محضر المزايدة، حيث يفقد كل السلطات المخولة له قانوناً من تصرف وإدارة واستغلال تجاه العقار، ويصبح في حكم الأجنبي بالنسبة لهذا العقار.

(2) وإذا كان المدين قد تصرف في العقار قبل حجزه، بنقل ملكيته إلى شخص آخر، فإن إجراءات نزع الملكية، تباشر ضد هذا الشخص باعتباره حائزاً، وذلك إعمالاً لحق التتبع الذي يخوله الرهن الرسمي للدائن حيث تؤدي هذه الإجراءات إلى بيع العقار، وكأنه لازال في ملكية المدين.

(3) أما الحائز فاعتبارات العدالة تقتضي حمايته، وذلك بتمكينه من الرجوع على المدين بالثمن الذي حمايته، وذلك بتمكينه من الرجوع على المدين بالثمن الذي دفعه مقابل العقار الذي انتزعت ملكيته، وكذلك نصت المادة 211 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : «للحائز الذي أدى الدين أو تخلى عن الملك المرهون أو انتزاع من يده، حق الرجوع على المدين الأصلي في الحدود التي يقررها القانون».

(4) وبالنسبة لآثار البيع للدائنين، فإذا انتهت إجراءات البيع يتم توزيع الثمن على الدائنين على أساس رتبة الدائنين في السجل العقاري، إذ أن الدائن المسجل في الرتبة الأولى يكون له الحق في اقتضاء دينه قبل غيره، وبذلك فإذا كان هناك دائنون عاديون فإنهم لا يحصلون على شيء من ثمن البيع إلا بعد الوفاء لأصحاب الحقوق العينية المسجلة. وهكذا يتم تطهير العقار من جميع الامتيازات والرهن، ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن.

المادة 221

« لا تقبل أي مزايدة في ثمن العقار بعد بيعه بالتراضي ».

(1) يوسف أفريل، مرجع سابق، ص 200.

(2) يوسف أفريل، نفس المرجع السابق، ص 202.

الشرح :

عند بيع العقار بالتراضي، لا تقبل أي مزايدة في ثمنه

سبق الكلام فيما سبق على البيع الجبري للعقار المرهون عند حلول أجل استحقاق الدين وأخل المدين بالتزامه بالامتناع أو العجز عن وفاء ما بذمته للدائن المرتهن، بعد عرضه للبيع عن طريق المزاد العلني، وبعد تقديم العروض بكتابة ضبط المحكمة، من طرف المشاركين في المزايدة إلى أن يرسو الثمن على المشتري الذي انتهى له المزاد. ويحرر محضر إرساء المزايدة، وتسلم نسخة منه إلى المشتري بعد أدائه الثمن المستحق أو إيداعه إيداعاً صحيحاً بصندوق المحكمة، لفائدة من له الحق فيه.

وذلك بعد لجوء الدائن إلى القضاء، لبيع العقار المرهون جبراً على المدين لكن إذا وقع البيع للعقار بالمزاد العلني، ودون اللجوء إلى القضاء، وإنما يمكن أن يتفق الطرفان: الدائن والمدين، على أن يتم بيع هذا العقار المرهون، بالمزاد العلني، بتراضيهما واتفاقهما، دون أن يجبر المدين على بيعه، فتجرى إجراءات البيع بالمزايدة، من طرف المتزايدين، والمشاركين فيها، إلى أن يرسو الثمن على المشتري النهائي، ولا تقبل أي مزايدة في ثمن العقار بعد بيعه برضى الطرفين، ويحرر محضر إرساء المزايدة، ويسلم إلى المشتري ليكون حجة قاطعة بيده، وانتقال ملكية العقار المبيع إليه، بعد تطهيره من كل نزاع.

وهكذا يستوفي الدائن المرتهن من ثمن هذا العقار بعد بيعه برضاه ورضى المدين، واتفاقهما على إجراء البيع بهذه الطريقة، وهو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

الكتاب الثاني

أسباب كسب الملكية والقسمة

بعد أن تعرفنا على حق الملكية، وعناصرها ومشمولاتها، والقيود التي ترد عليها، كما تعرفنا على الملكية المفرزة والمشاعة، وما يترتب على الشيوع. نتعرف الآن من خلال المواد المدرجة في هذا الكتاب الثاني على الطرق التي تؤدي إلى اكتساب حق الملكية، وتؤهل الإنسان ليكون مالكا، وتسمى هذه الطرق بأسباب اكتساب الملكية.

كما مر معنا عند شرح المادة 140 من مدونة الحقوق العينية تعريف حق الملكية، وأنه يعد حق الملكية من أوسع الحقوق العينية وأقواها من حيث السلطات التي يمنحها للمالك إذ يخول لصاحبه دون غيره سلطة الحصول على جميع المنافع التي يمكن الحصول عليها من الشيء موضوع الحق.

وقسم الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية، موضوعاته المتعلقة بأسباب كسب الملكية والقسمة إلى قسمين : خصص القسم الأول لأسباب كسب الملكية : بحيث تكلم في هذا القسم على احياء الأراضي الموات والحريم، والحيازة في الفصل الأول، وعلى الالتصاق بالعقار، في الفصل الثاني، إشارة إلى الالتصاق بفعل الطبيعة في فرعه الأول، ثم الالتصاق بفعل الانسان في الفرع الثاني. وخصص في الفصل الثالث الكلام، على الحيازة، وتكلم في الفرع الأول على أحكام عامة، وفي الفرع الثاني على مدة الحيازة، وفي الفرع الثالث على اثبات الحيازة وحمايتها. والباب الثاني خصصه للكلام على المغارسة والهبه والصدقة والشفعة. بحيث تكلم في الفصل الأول على المغارسة، وفي الفصل الثاني على الهبة، وفي الفصل الثالث، تكلم على الصدقة. وفي الفصل الرابع تحدث عن الشفعة، فتكلم في الفرع الأول عن شروط الأخذ بالشفعة، وفي الفرع الثاني، آثار الشفعة، وفي الفرع الثالث عن سقوط الشفعة.

وأما القسم الثاني، فقد تكلمت مدونة الحقوق العينية في هذا القسم من الكتاب الثاني، على جميع الأحكام المتعلقة بالقسمة، وكل ما ذكر في القسمين المذكورين، سنتولى شرحها في المواد الآتية فيما يلي :

القسم الأول

أسباب كسب الملكية

الباب الأول

إحياء الأراضي الموات والحريم والالتصاق والحيازة

الفصل الأول

إحياء الأراضي الموات والحريم

المادة 222

«الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقاً للقانون».

الشرح :

حكم تملك الأراضي الموات

قرر المشرع في هذه المادة موضوع الشرح، أن الأراضي الموات وغير المزروعة التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة، ولا يجوز لأحد تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص صريح من السلطة المختصة وفقاً للقانون.

وإحياء الأراضي الموات، هو مصطلح فقهي، يطلق على قيام الشخص بأعمال تؤدي إلى جعل الأرض غير المزروعة وغير المملوكة، والتي لا يمكن الانتفاع بها على حالتها للاستغلال.

وهذا يعني الأرض التي لا تصلح تسمى أرضاً ميتة أو مواتاً وإحيائها يكون يجعلها صالحة للانتفاع بها. وذلك مثل المستنقعات التي يتعذر استغلالها بسبب المياه التي تغيرها. ومثل الصحاري التي لا تتأثر زراعتها، ولا سكنى فيها لشدة جفافها، ومثل الأرض المغطاة بالغابة، لكن إن جفف المستنقع وأصلح أو جلبت المياه إلى الصحراء، أو نقيت الأرض من الغابة، فيصبح كل ذلك صالحاً للاستغلال والسكنى، والفلاحة، وغير ذلك، فإن ذلك يعتبر إحياء الموات.

ويرى الفقهاء أن كل من وضع يده على أرض ميتة غير مملوكة لأحد وقام بإحيائها وتحويلها إلى أرض صالحة للاستغلال، تصبح مملوكة له ملكية تامة. وذلك استناداً للحديث الشريف : «من أحيى ميتة فهي له».

ويرى المالكية أنه يمكن لكل شخص أن يقوم بإحياء الأراضي الموات، ولا يحتاج في ذلك إلى الحصول على إذن أو رخصة من الدولة إلا بالنسبة للأراضي القريبة من العمران، حيث لا يجوز إحيائها إلا بعد الحصول على الإذن بذلك. لأن السماح بإحياء تلك الأراضي من غير الحصول على رخصة بذلك يدفع الناس إلى التسابق إليها والتنافس في الحصول عليها وذلك يؤدي إلى مشاحنات ومنازعات حول الأرض الموات⁽¹⁾.

لكن نظراً لما قد ينشأ من منازعات ومشاحنات حول هذا التحفيظ، وحسماً لذلك، قرر المشرع في المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، تعميم تملك الدولة للأراضي الموات كلها بدون تخصيص ولا تقييد واعتبار هذه الأراضي الموات التي لا مالك لها، هي ملك خاص للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقاً للقانون، وقد اعتبر المشرع إحياء الأرض الموات سبباً مكتسباً للملكية، وذلك بصريح المادة موضوع الشرح.

المادة 223

«من أحيى أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة فله حق استغلالها».

الشرح :

لمن أحيى أرض الموات بإذن من السلطة الحق في استغلالها

سبقت الإشارة إلى أن الهدف من صدور مدونة الحقوق العينية هو توحيد النصوص القانونية المنظمة للعقار غير المحفظ - وإن كانت المدونة تطبق كذلك على العقارات المحفظة - حتى لا تبقى محلاً لتضارب الاجتهادات القضائية واختلاف الآراء الفقهية، ولعل ذلك هو السبب في استفاضة المشرع المغربي في شرح بعض بنود المدونة خاصة ما يتعلق بأسباب كسب الملكية، وبشكل خاص إحياء الأراضي الموات.

وتأكيداً لتحقيق هذا الهدف بالنسبة لإحياء الأراضي الموات، قررت هذه المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، أن من أحيى أرضاً من الأراضي الموات، لا مالك لها إلا الدولة، وحصل على إذن صريح من السلطة المختصة في شأنها، فله الحق في استغلال هذه الأرض، وإحيائها وتحويلها إلى أرض صالحة للاستغلال والانتفاع

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 310 و311.

منها، وذلك بأمور، منها البناء والغرس والزراعة والحرث، وغير ذلك ما يجعل هذه الأرض الميثة، صالحة للنفع والاستغلال والاستفادة منها عملياً وميدانياً.

مع الإشارة إلى أنه بخصوص المواد التي نظمت إحياء الأراضي الموات كونها ربطت مسألة الأحياء بضرورة الحصول على ترخيص قانوني من السلطة المختصة تطبيقاً للمادة موضوع الشرح.

المادة 224

«يكون إحياء الأرض الموات بجعلها صالحة للاستغلال، ويتم إحيائها بزراعتها أو غرس أشجار بها أو إقامة منشآت عليها أو تفجير ماء بها أو صرفه عنها».

الشرح :

الأعمال التي تجعل الأرض الموات صالحة للاستغلال

مر معنا أن معنى إحياء الموات. قيام شخص بأعمال تؤدي إلى جعل الأرض غير المملوكة لأحد والتي لا يمكن الانتفاع بها على حالتها صالحة للاستغلال، والأرض الموات ترجع ملكيتها للدولة، ولا يقوم أحد بإحيائها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة، وقيام الشخص بذلك، بعد الحصول على تصريح خاص من الدولة، لإحياء هذه الأرض وجعلها صالحة للانتفاع بها.

ومن الأعمال التي تجعل الأرض الموات صالحة للاستغلال، مثلاً القيام بزراعتها وحرثها، وغرس الأشجار بها أو إقامة دار، وبناء، أو منشأة عليها، أو تفجير ماء بها أو صرفه عنها، كما جاء في المادة موضوع الشرح.

والأحياء يكون بجعل الأرض الموات صالحة للاستغلال من خلال القيام بإحدى الأعمال المذكورة والواردة في المادة موضوع الشرح، على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر، بحيث يمكن أن يتحقق الأحياء بأعمال أخرى، كإزالة الأملاح أو الأوساخ أو الأحجار منها أو كسر ما بها من أحجار، أو تسوية الأرض، أو إزالة ما بها من أشواك وأدغال، إلى غير ذلك، ولا يكفي في ذلك مجرد تحويط الأرض، أو رعي ما بها من كلاً⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 311.

المادة 225

«إذا صارت الأرض الموات مستغلة من طرف من أحيائها، فلا يزول حقه في استغلالها بعودتها إلى ما كانت عليه قبل الإحياء».

الشرح :

عند صيرورة الأرض صالحة، وعادت إلى ميتة
فلا يزول حق من أحيائها في استغلالها

تنص هذه المادة موضوع الشرح، على من أحيى الأرض الموات، وأصبحت صالحة للانتفاع، ومستغلة استغلالاً كاملاً، بأحد الأعمال التي ذكرناها في المادة السابقة، ثم أهملها صاحبها بعد إحيائها إهمالاً، حتى صارت ميتة، فلا يزول حقه في استغلال هذه الأرض بعودتها إلى ما كانت عليه قبل الإحياء.

ومعنى ذلك أنه متى صارت الأرض الموات مستغلة، بإحيائها التي قام به صاحبه، وبعد بذل مجهوداته أثناء الإحياء، حتى صارت مستغلة وصالحة للانتفاع بها من طرف من أحيائها، وعادت هذه بعد إهمالها وعدم القيام بالأعمال الواردة في المادة السابقة، حتى أصبحت ميتة، إلى ما كانت عليه قبل الإحياء، فلا يزول حقه في استغلالها، بل يبقى حقه في استغلال الأرض الموات، وتجديد إحيائها بعد عودتها إلى ما كانت عليه قبل الإحياء كما نصت عليه المادة موضوع الشرح.

المادة 226

«يختص أهل البلدة أو مالك الدار أو رب البئر أو الشجر بالحريم ويمنع الغير من استغلاله أو إحداث أي شيء فيه، وكل ما يضر بهذا الحريم يزال».

يحدد الحريم على النحو التالي :

- حريم الجماعة أو البلدة مداخلها ومخارجها المؤدية إلى هذه الجماعة أو البلدة؛

- حريم الدار ما يرفق به أهلها في إقامتهم بها، وتشرك الدور المجتمعة في حريم واحد وينتفع به أهل كل دار بما لا يضر بغيرهم من الجيران ؛

- حريم البئر أو الثقب أو أي مورد من موارد المياه السطحية أو الجوفية هو ما يسع واردها ويكون إحداث شيء فيه ضاراً به أو بمائه ؛

- حريم الشجرة ما تحتاج إليه في سقيها ومد جذورها وفروعها مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد المتعلقة بقيود الجوار.

الشرح :

اختصاص أهل البلدة، أو مالك الدار،
أورب البئر أو الشجر بالحريم،
واعتباره مملوكا كذلك لصاحب الأرض

والأصل حسب مضمون المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية أن يختص أهل البلدة، أو مالك الدار أو رب البئر أو الشجر بالحريم، ويمنع الغير من استغلاله أو إحداث أي شيء فيه، وكل ما يضر بهذا الحريم يزال.

وعموماً فإن الحريم يحدد على النحو التالي :

1 - حريم الجماعة أو البلدة مداخلها ومخارجها المؤدية إلى هذه الجماعة أو البلدة.

2 - حريم الدار ما يرتفق به أهلها في إقامتهم بها، وتشرك الدور المجتمعة في حريم واحد، وينتفع به أهل كل دار بما لا يضر بغيرهم من الجيران.

3 - حريم البئر أو الثقب أو أي مورد من موارد المياه السطحية أو الجوفية هو ما يسع واردها ويكون إحداث شيء فيه ضاراً به أو بمائه.

4 - حريم الشجرة ما يحتاج إليه في سقيها ومد جذورها وفروعها مع مراعاة الأحكام المتعلقة بقيود الجوار.

وعليه، فالأرض المملوكة لشخص إذا أهملها صاحبها حتى صارت ميتة، فلا يعتبر أحيائها من طرف الغير سبباً للملكيتها⁽¹⁾. بل تبقى مملوكة لصاحبها القديم، وكذلك الأمر بالنسبة للحريم التابع للأرض المملوكة فلا يعتبر أحيائها سبباً للملكيتها، وإنما تبقى في ملكية مالك الدار وأهل البلدة أو رب البئر أو الشجر كما فصلت في المادة موضوع الشرح.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 300.

الفصل الثاني
الالتصاق بالعقار
الفرع الأول
الالتصاق بفعل الطبيعة
المادة 227

«الطمي الذي يأتي به السيل إلى أرض يملكها الغير يصبح ملكاً لصاحب هذه الأرض».

الشرح :

الأرض التي تتكون من طمي يأتي به السيل
ويضمها إلى أرض، تصبح ملكاً لصاحب هذه الأرض

لقد عرف الفقه الالتصاق بأنه اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، ومملوكين للمالكين مختلفين، دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج.

ويجب في الاندماج أن يكون بحيث يتعذر الفصل ما بين الشيئين دون تلف يلحق بأحدهما أو بكليهما⁽¹⁾.

ويجب لتحقيق الالتصاق أن يكون الشيئان متميزين - كما قلنا - عن بعضهما البعض، وذلك كما في بناء يحدثه أحد الأشخاص على أرض مملوكة للغير. وبعبارة أخرى، الالتصاق مفهومه الواسع يعني اتصال واندماج شيئين معاً، يكون على الغالب أحدهما تبعياً والآخر أصلياً، سواء نتج ذلك إحداث أو نقل ملكية جديدة أم لم ينتج⁽²⁾ والالتصاق بالعقار على نوعين : التصاق طبيعي، وهو موضوع المواد المدرجة في الفرع الأول من الفصل الثاني، وآخر بفعل الانسان أو الالتصاق الصناعي، وهو موضوع المواد، الآتي شرحها في الفرع الثاني.

ولقد تعرضت المادة موضوع الشرح، إلى الالتصاق بفعل الطبيعة، وبدون تدخل الإنسان، أي الالتصاق الطبيعي هو ما يحدث بدون عمل الانسان وإنما بفعل الطبيعة.

وعليه، فإن الطمي والتراب الذي يأتي به السيل أو لنهر ويضمها إلى أرض يملكها الغير، يصبح ملكاً لصاحب هذه الأرض، بمعنى أنه إذا كان المجرى القديم المهجور

(1) الوسيط للسنهوري، مرجع سابق، ج 10، ص 243.

(2) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 403.

والمجرى الجديد الذي يضيفه السيل والنهر واقعين في أرض تعود لملاك مختلفين، فليس للدولة فيما نتج عن المجرى القديم والصفاف القديمة حق، ويحق للملاك المجاورين أخذ هذه الأراضي التبعية لأنها أصبحت ملكاً لهم بسبب الطمي الذي يأتي به السيل وينضم إلى أرض المالك الأصلي لها.

المادة 228

«إذا وقع تغيير في مجرى النهر أو اتخذ النهر مجرى جديداً، فإنه تسري في شأنها الأحكام المنصوص عليها في المادتين 3 و4 من قانون 10.95 المتعلق بنظام المياه».

الشرح :

الاتصاق الطبيعي بتغيير نهر من الأنهار مجراه
أو يتخذ مجرى جديداً له

تعرض المشرع المغربي في المادة موضوع الشرح، لما في عنوانه الموضوع، في المادتين : 3 و4 من القانون رقم 10.95 المتعلق بنظام المياه، حيث نجد أن المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية قد أحالت على المادتين المذكورتين في هذا القانون.

وعليه، سندرس تباعاً أحكام هذه الحالات.

1 - تغيير في مجرى النهر : لقد تعرض المشرع لهذه الحالة بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 10.95، حيث جاء فيها أنه إذا حصل تغيير في مسيل مجرى مائي لأسباب طبيعية، تنتقل حدود الصفاف الحرة بعرض ستة أمتار على المجاري المائية أو مقاطع المجاري التالية : «ملوية من مصبه إلى منابعه، سبو من مصبه إلى منابعه».

أضف إلى ذلك كل من نهر سبو وأبي رقراق وعرض مترين على المجاري المائية أو مقاطع المجاري المائية الأخرى، وتبدأ هذه الصفاف الحرة من آخر حد تصل إليه مياه النهر الجارية عند امتلائها وقبل الفيضان، فإذا كان التغيير في المجرى حصل نتيجة فيضان مياه النهر، وأدى إلى غمر قسم من الصفاف الحرة، فأصبح عرض تلك الصفاف أقل من الحد الذي عينه القانون، فيجب أن يضم جزء من الأراضي المجاورة إلى ما تبقى من الضفة القديمة إلى أن يصل عرضها الحد المذكور، والأراضي التي تم ضمها تصبح ملكاً للدولة، ولا تدفع الدولة تقويماً لملاك هذه الأجزاء التي تؤخذ بطوال النهر وبموازاة المجرى الجديد، ولا يكون لأصحاب هذه الأراضي المنزوعة سوى قلع كل الأجهزة والمنشآت التي وضعوها مع الغلة التي لم يكونوا قد جنوها. أما إذا كان التعديل

ناجماً عن ارتداد مياه النهر وأدى إلى التحاق جزء المجرى الذي هجرته المياه بالضافاف الحرة، أي زاد عرضها عن الستة أمتار أو عن المترين المحددين قانوناً، فإنه يقتطع من هذه الضفاف جزء يوازي عرضه عرض الجزء الذي التحق بها، ويعطي هذا الجزء المقتطع بدون مقابل لصاحب الأرض المجاورة للمجرى، وذلك مع احترام الارتفاقات الناجمة أو التي قد تنتج عن العرف أو عن القوانين والأنظمة⁽¹⁾.

2 - اتخاذ النهر مجرى جديداً : وقد عالج المشرع أحكام هذه الحالة في المادة 4 من القانون رقم 10.95 فإذا اتخذ النهر مجرى جديداً، بحيث صار يجري في أرض جديدة بفعل الطبيعة وبدون تدخل الإنسان، فإن المجرى الجديد والضافاف الحرة التابعة له تلتحق بأملك الدولة العامة وتنزع عنها الملكية الخاصة للملك السابق لها⁽²⁾.

أما بالنسبة للأرض التي اخترقها المجرى الجديد والضافاف الحرة التابعة له، فبإمكانية استحقاق أصحابها تعويضاً، أم يطرح فرضيتين : الأولى : بحسب ما يكون النهر مازال يجري في مجراه القديم، حيث أصبح له مجريان أو يكون قد هجر المجرى القديم نهائياً، واتخاذ مجرى جديداً بدل المجرى القديم، أو هذه الفرضية حسب المادة الرابعة من قانون الماء، أن لا يستحق مالكو العقارات التي يخترقها المسيل الجديد الحق في أي تعويض.

أما الفرضية الثانية، فإذا كان المجرى المهجور في المجرى الجديد الذي اتخذته النهر واقعين بجميع عرضها في أرض واحدة. تنزع عن المجرى القديم والضافاف الحرة التابعة له صفة الأملاك العامة وتمنح كتعويض وبدون مقابل إلى صاحب هذه الأرض، عن الجزء الذي شغله المجرى الجديد وضافافه في أرضه والذي أضحي من الأملاك العامة، أما إذا كان المجرى القديم يقع في أرض مملوكة لشخص غير المالك للأرض التي يقع المجرى الجديد فيها، فإن صفة الملك العمومي تزول عن المجرى القديم، ويمكن للمالكين اكتساب ملكيته عن طريق الحق في الشفعة بالنسبة إلى كل واحد منهم إلى حدود المسيل القديم بعد استيفاء الاجراءات القانونية⁽³⁾.

وإذا تعددت الأراضي المجاورة للأرض التي تكونت من الطمي على النحو سالف الذكر، واختلف ملاكها. تملك كل مالك منهم الجزء المقابل لأرضه أي الجزء الواقع بين مستقيمين عموديين مقامين على جهة النهر من نهايتي كل أرض⁽⁴⁾.

(1) انظر المادة 3 من قانون المياه، رقم 95.10.

(2) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 295.

(3) الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من قانون الماء، وانظر كذلك، د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 412.

(4) الوسيط للسنتوي، ج 10، ص 255.

وما جاءت به مدونة الحقوق العينية كمستجدات بخصوص الالتصاق الطبيعي هو الطمي الذي يأتي به السيل إلى أرض يملكها الغير، فحكمه أنه يصبح ملكاً لصاحب هذه الأرض كما نصت عليه المادة 227 من مدونة الحقوق العينية السابق شرحها أعلاه.

المادة 229

«الأراضي التي تنحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات والبرك والمستنقعات تبقى على حالها ملكاً عاماً للدولة، كما أن الأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتاً تظل على ملكية أصحابها».

الشرح :

حكم الأراضي التي تنحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات والبرك والأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتاً

تتكمّل المادة موضوع الشرح، على حكم الأراضي التي تنحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات والبرك، وعن حكم الأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتاً.

ففي الحالة الأولى، يقضي قانون المياه بأن الأراضي التي تتكون من طمي النهر والأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر، هي من أملاك الدولة فيجوز للدولة التصرف فيها. كما أن الأراضي التي تنحسر عنها المياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك والمستنقعات، تبقى على حالها ملكاً عاماً للدولة. أي أن أملاك الأراضي المجاورة لمجاري هذه المياه الراكدة والبحيرات والبرك المنحسرة، لا يملكون ما تنكشف عنه من أراضي، فالأرض التي تنكشف هذه المجاري هي إذن من أملاك الدولة الخاصة، كالأراضي التي ينكشف عنها البحر⁽¹⁾.

وفي الحالة الثانية، يكون حكم الأراضي التي تغمرها المياه الراكدة، مثل البحيرات والبرك والمستنقعات بصفة مؤقتة، ثم ترجع إلى حالتها الأولى، أي قبل أن تغمرها المياه، ففي هذه الحالة تظل تلك الأراضي على ملكية أصحابها، كما جاء في المادة موضوع الشرح. والتي تقضي بأن أملاك الأراضي المجاورة لمجاري هذه المياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه أراضي، فالأراضي التي تنكشف عنها هذه المجاري هي إذن من أملاك الدولة العامة، كالأراضي التي ينكشف عنها البحر.

(1) الوسيط للسنهوري، مرجع سابق، ج 10، ص 252.

كذلك، إذا غمرت مجاري هذه المياه الراكدة الأراضي المجاورة بصفة مؤقتة، فإن ملاك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها، ويستطيعون العودة إلى حيازتها إذا انحسرت عنها المياه⁽¹⁾.

المادة 230

«الجزر التي قد تتكون بصورة طبيعية داخل المياه الإقليمية أو داخل البحيرات أو في مجاري الأنهار تكون ملكاً عاماً للدولة».

الشرح :

حكم الجزر المكونة بشكل طبيعي داخل المياه :
الإقليمية أو داخل البحيرات أو في مجاري الأنهار

المياه الإقليمية أو داخل البحيرات أو في مجاري الأنهار، تقدم لنا أن الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكاً للملاك المجاورين، بحيث يجب إذن أن يتراكم الطمي على ضفة النهر ويجانب الأرض المجاورة متدرجاً في خلال مدد طويلة متعاقبة وعلى وجه غير محسوس.

كما أشرنا إلى أن النهر، في أوقات فيضانه الشديد، قد يحول جزءاً من الأرض عن مكانه إلى مكان آخر، في نفس الضفة أو في الضفة المقابلة. وقد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءاً من مجراه. ويغمر أرضاً أخرى فتتحول مجرى له، وقد يكون الطمي في وسط مجراه جزراً ترتفع من أعلى منسوب المياه، فتظهر أرضاً في وسط الماء الذي يحيطها من جميع الجهات. وقد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضاً من مكانها والقذف بها في وسط المجرى، فتعلو على منسوب المياه وتصبح جزراً في مجرى النهر. وهذه العمليات جميعاً - تحويل الأرض من مكانها والانكشاف عنها وتكوين الجزر - تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه.

وعليه، فالأرض التي تتكون وتتحول من مكانها والانكشاف عنها، وتكوين الجزر بعد التحويل والانكشاف، والتي تتكون بصورة طبيعية لا يد الإنسان في ذلك ويبرر داخل المياه الإقليمية بالنسبة للمياه البحر وشواطئه، أو الجزر التي تتكون داخل البحيرات أو تظهر في مجاري الأنهار، تكون ملكاً عاماً للدولة. وهذا هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

(1) الوسيط للسهوري، ج 10، ص 252.

الفرع الثاني الالتصاق بفعل الانسان المادة 231

«إن ثمار الأرض الطبيعية أو الصناعية والثمار المدنية ونتاج الحيوان هي للمالك بطريق الالتصاق».

الشرح :

ثمار الأرض ونتاج الحيوان لمالكها بطريق الالتصاق

الالتصاق بفعل الانسان، ويطلق عليه أيضاً اسم الالتصاق الصناعي، هو الذي يتم بتدخل الانسان وعمله. وذلك كأن يقوم الشخص ببذر حقل غيره، أو يقوم ببناء أو غرس أرضه بمواد مملوكة للغير، وكأن يبني أو يغرس أرضاً مملوكة لغيره، اما بمواد يملكها هو أو غيره، ونتكلم على هذه الحالات وأحكامها، في المواد المندرجة في هذا الفرع ابتداء من 231 إلى 238 الآتي شرحها :

ولقد حددت مدونة الحقوق العينية، في المادة موضوع الشرح، حكم الثمار الطبيعية أو الصناعية أو المدنية ونتاج الحيوان، على أنها تعود للمالك بطريق الالتصاق، وهذا الأخير هو الذي يتم بفعل الإنسان، وذلك كأن يقوم الشخص ببذر حقل غيره، أو يقوم ببناء أو غرس أرضه بمواد مملوكة للغير، وكأن يبني أو يغرس أرضاً مملوكة لغيره سواء بمواد يملكها هو، أو غيره.

كما حددت مدونة الحقوق العينية، في هذه المادة موضوع الشرح حكم ننتاج الحيوانات التي أقامها صاحب الأرض خدمة لها، من بقر أو ماعز أو غنم، أو خيل، أو إبل، أو غير ذلك مما يكون مخصصاً للأرض وخدمتها، وأنتج الحيوان انتاجاً، فكل من الثمار ونتاج الحيوان المذكور، تكون ملكاً لمالكها عن طريق الالتصاق بالعقار.

المادة 232

«إذا زرع شخص أرضاً مملوكة للغير بسوء نية، فإن أخذها مالكها قبل فوات وقت الزراعة فهو مخير بين المطالبة بقلع الزرع مع التعويض إذا كان له ما يبرره، وبين تملك الزرع مع دفع نفقاته إلى الزارع منقوصاً منها أجره القلع، وإن أخذها بعد فوات وقت الزراعة فله الحق في أجره المثل مع التعويض إن كان له ما يبرره».

أما إذا زرع شخص أرضاً لغيره بحسن نية كمن استأجر أرضاً من غير مالئها، فإن استحق المالك أرضه قبل فوات وقت الزراعة فللزراع أجره المثل، وإن استحق المالك أرضه بعد فوات وقت الزراعة فليس له إلا الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من المتسبب فيه».

الشرح :

قيام الشخص بزرع أرض غيره

إذا قام شخص بحرث أرض غير مملوكة له، وزرعها ببذوره، ثم استرد صاحب الأرض أرضه، فإن مصير ذلك الزرع يختلف بحسب ما يلي :

(1) إذا ثبت أن ذلك الزارع كان سيء النية، كما إذا غصب شخص أرضاً ثم زرعها، ولما نبت الزرع استرد صاحب الأرض أرضه.

أ - فإن استردها صاحبها قبل فوات إبان الزرع، وقبل أن يصبح الزرع مما ينتفع به، فإنه يأخذ ذلك الزرع مجاناً ولا يدفع للزارع أي مقابل. وإن استردها بعد أن أصبح الزرع مما ينتفع به - بالرعي أو غيره - فإن المالك يخير بين أن يأمر الزارع بقلع زراعته مع التعويض إذا كان، أي يلزمه بأداء كراء تلك الأرض ليرك زرعها فيها إلى أن يتم نضجه، أو يأخذه ويدفع للزارع قيمته على أساس أنه مقلوع.

ب - وإن لم يسترد المالك أرضه إلا بعد فوات إبان الزرع، فإن ذلك الزرع يبقى للزارع، ويلزمه أن يؤدي الكراء لرب الأرض أي وإن أخذها بعد فوات وقت الزراعة، فله الحق في أجره المثل مع التعويض إن كان له ما يبرره، وبين تملك لزراع مع دفع نفقاته إلى الزارع منقوصاً منها أجره القلع.

هذا، ولا يفترض في كل زارع في أرض غيره أنه سيء النية، بل لابد من إثبات ذلك بالوسائل المقبولة من إقرار أو غيره.

(2) أما إذا كان الزارع حسن النية، وزرع أرض غيره، كما إذا استأجر واكتري الأرض من غير مالئها أو ورثها، ثم تبين أن المكري أو الموروث لم يكن مالئاً لها، واستحق المالك أرضه، فإن الحكم هو الآتي :

أ - إن استحقها أو استردها مالئها قبل فوات إبان الزرع، فإن الزرع يبقى للزارع، وعليه أن يؤدي لمالك الأرض، ما تكري به مثيلاتها عن تلك السنة أي فللزراع أجره المثل عن تلك السنة.

ب - وإن لم يستردها مالکها إلا بعد فوات إبان الحرث، والزراعة، فإن ذلك الزرع يبقى للزارع أيضاً⁽¹⁾.

وليس لمالك الأرض بعد استحقاقها واستردادها الحق إلا في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من المتسبب فيه.

وهذه هي الأحكام المنصوص عليها في المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية.

والجدير بالملاحظة أنه من مستجدات مدونة الحقوق العينية في هذا الصدد التكريس التشريعي لصاحب الأرض في المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء، إذ لا شك أن تقدير التعويض في هذه الحالة يكون على أساس ما يحق بالمتضرر من خسارة وما فاتته من كسب، وعلى المحكمة أن تبرز ما اعتمدته في تقدير التعويض حتى تتمكن محكمة النقض من بسط رقابتها بشأن حقيقة الضرر الذي لحق بالمدعي⁽²⁾.

المادة 233

«كل ما يضم للعقار أو يدمج فيه فهو للمالك حسب القواعد الآتية».

الشرح :

مالك العقار كل ما يضم له

أو يدمج فيه حسب القواعد الآتية

تنص المادة موضوع الشرح، على أن مالك الأرض يعتبر مالكا لكل ما يضم لهذه الأرض أو يدمج فيها. ومعنى هذا أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يضم للعقار أو يدمج فيه عن طريق الالتصاق الطبيعي أو الصناعي فيعتبر هذا الضم والادماج في العقار ملكاً لصاحبه.

وهذه القرينة سند إلى مبدأ عام سبق أن بسطناه عند الكلام في حق الملكية وبالصخصوص في المادة 16 من مدونة الحقوق العينية والتي قرر أن «مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق» ومعناه أن ملكية العقار تعطي حق التملك لكل ما ينتجه وما يضم إليه أو يدمج فيه

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 298 و299.

(2) قرار رقم 2749، صادر بتاريخ 1985/11/20، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 102 وما بعدها.

بالالتصاق إما طبيعياً أو اصطناعياً، وهو الحكم المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح، وذلك وفق القواعد الآتية الواردة في المواد الآتي شرحها.

المادة 234

«يجوز للمالك الأرض أن يقيم عليها جميع أنواع المغروسات والبناءات التي يرثيها مع التقيد بالقوانين والأنظمة.

كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء وله أن يقوم بكل تنقيب يرثيه، وأن يستخرج جميع المواد التي يمكن أن يحصل عليها ماعدا الاستثناءات الناتجة عن القوانين والضوابط الجاري بها العمل».

الشرح :

حق المالك في أن يجري ما يشاء من التصرفات فوق أرضه من أنواع المغروسات والبناءات، أو تحتها من بناء أيضاً وتنقيب، واستخراج جميع المواد النافعة له مع التقيد في ذلك بما تفرضه القوانين والضوابط الجاري بها العمل

سبقت الإشارة عند الكلام على حق الملكية، أن حق الملكية يقع على الأرض التي يتقرر عليها هذا الحق كما يقع على ما يتفرع عن هذه الأرض ويمتد إلى ما فوق الأرض وما تحتها، وأن حق المالك في أن يجري فيها ما يشاء من التصرفات على ملكه من بناءات ومنشآت وأغراس وغير ذلك من المواد النافعة للمالك، سواء فوق الأرض أو تحتها، وذلك طبعاً باستثناء ما يقرره القانون المقرر في نطاق حق الملكية باستعماله، والتصرف فيه.

وجاءت هذه المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية وأكدت ما سبق أن بسطناه عند الكلام عن حق الملكية ونطاقه وقيوده، بحيث أوضحت أنه يجوز للمالك الأرض أن يقيم على أرضه جميع أنواع المغروسات من أشجار ونباتات أخرى، وكذلك يجوز له أن يقيم عليها بناءات أو منشآت أخرى التي يختارها، الصالحة والنافعة للانتفاع بها، شريطة تقييده بالقوانين والأنظمة الجاري بها العمل في هذا المجال.

كما أوضحت هذه المادة، أنه يجوز للمالك الأرض أن يحدث داخل أرضه كل بناء بجميع أنواعه واستغلالها بكل ما يمكن الانتفاع به. كما يمكن للمالك أيضاً أن يقوم بكل تنقيب ويبحث على اكتشاف معادنه أو كنوزها، ويستخرج منها جميع المواد التي

يمكن أن يحصل عليها من خبايا ومنتجات في إطار ونطاق ما تسمح به وتقرره القوانين الخاصة باستخراج هذه المواد من أرضه ووفق الأنظمة الجاري بها العمل في هذا المجال.

وبعبارة أخرى، إن حق الملكية الواقع على أرض يمتد إلى ما فوقها ولما تحتها، لذلك أعطى المشرع مالك الأرض الحق في إقامة ما يشاء فوق أرضه من أبنية وأشجار ونباتات مهما كان علوها وكيفما كانت طبيعتها.

لكن حق المالك في هواء عقاره لا يمتد إلى ما لا نهاية له، وإنما ينتهي عند الحد الذي يفيد في التمتع بأرضه. كما أن حقه هذا ترد عليه قيود تقتضيها مصلحة شخص معين، أو تفرضها المصلحة العامة والقوانين الخاصة بذلك.

كما أن حق الملكية الواقع على أرض يشمل ما تحتها من العمق، بحيث يحق لهذا المالك أن يستغل عمق أرضه وأن ينتفع بما يوجد في باطنها. وأن يقيم في ذلك العمق ما يشاء من المنشآت. وتطبيق هذه القاعدة يقتضي أن للمالك الحق في أن يستفيد من عمق أرضه إلى الحد المعقول والمقيد في الانتفاع عن طريق إقامة أبنية أو أنفاق أو كهوف. وأن يحفر من يريد من الحفر للتقيب عن المواد الخام والمعادن، وأن يستخرج منها كل ما يمكنه أن يحصل عليه من تلك المواد أو المعادن ضمن الحدود التي تضعها القوانين والأنظمة، وهذا ما جاء في الفصل التاسع من ظهير 19 رجب، الذي نص على أن حق المالك في ملكه والتصرف فيه مقيد بأن لا يستعمل هذا الحق استعمالاً تمنعه القوانين والأنظمة⁽¹⁾ وهو ما أكدته وقررت المادة موضوع الشرح.

المادة 235

«كل البناءات والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض أو داخلها تعد محدثة من طرف مالكيها على نفقته وتعتبر ملكاً له ما لم تقم بيئة على خلاف ذلك».

الشرح :

مالك الأرض يعتبر مالكا لكل البناءات
والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض
ما لم تقم بيئة على خلاف ذلك :

سبقت الإشارة إلى أن لمالك الأرض أن يقيم عليها جميع أنواع المغروسات والبناءات التي يرثيها، كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء، وله كذلك أن يقوم بكل تنقيب يرثيه

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 67 وما يليها.

وأن يستخرج جميع المواد التي يمكن أن يحصل عليها ماعدا الاستثناءات الناتجة عن القوانين والضوابط الجاري بها العمل.

وبناء على ذلك قررت المادة موضوع الشرح أن كل البناءات والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض أو تحتها وداخلها والمذكورة في المادة السابقة، تعتبر محدثة من عمل صاحب الأرض مالكةا، أقامها على نفقته وتكون مملوكة له عن طريق الالتصاق الصناعي ما لم تقم بينة من طرف شخص أجنبي على خلاف ذلك.

ومعنى ذلك أنه يتبين من نص المادة أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقتضي أن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى، يعتبر من عمل صاحب الأرض، وأنه هو الذي أنشأه على نفقته، ومن ثم يكون مملوكاً له. وتسنده هذه القرينة القانونية إلى مبدأ عام، يتمثل في أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها، علواً أو عمقاً، ومبدأ عام كذلك، يتمثل في أن ملكية الأرض تشمل السطح وما فوقه علواً وما تحته عمقاً إلى الحد الذي يصلح للاستعمال.

وعلى ذلك إذا قامت البناءات والأغراس والمنشآت فوق الأرض أو تحتها، فالمفروض أنها مملوكة لصاحب الأرض وأنه هو الذي أقامها على نفقته، ولا يجوز في خصومة بينه وبين شخص آخر يدعي ملكية هذه البناءات أو الأغراس أو المنشآت أن يطالب بإقامة الدليل على ذلك. كذلك إذا رفع شخص دعوى استحقاق على الحائز لأرض أقيمت فيها بناءات أو أغراس أو منشآت وقدم الدليل على ملكيته للأرض، فهذا الدليل وحده يكفي لافتراض أنه يملك ما ذكر أيضاً دون أن يطالب بإقامة دليل غير الدليل الذي قدمه على ملكيته للأرض.

ويتبين كذلك أن القرينة المذكورة أعلاه قرينة قابلة لإثبات العكس. فيجوز للخصم الذي يدعي ملكية المنشآت دون الأرض أن يدحض هذه القرينة القانونية بتقديم الدليل على أن المنشآت مملوكة له، فيقع عبء الإثبات عليه دون صاحب الأرض. ويجوز له أن يثبت ملكيته للمنشآت أيأ كانت قيمتها بجميع الطرق ويدخل فيها البينة والقرائن، إذا كانت الواقعة التي يدعيها سبباً لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً. كما إذا ادعى أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته. أما إذا ادعى أن سبب كسب ملكيته للمنشآت هو تصرف قانوني، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانوني إلا وفقاً للقواعد المقررة في إثبات التصرفات القانونية⁽¹⁾.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 261 و262.

«إن مالك العقار الذي أقام بها بناءات وأغراساً ومنشآت بمواد ليست له، يجب عليه أداء القيمة التي كانت لتلك المواد وقت استعمالها وذلك بغض النظر عما يمكن أن يطالب به من تعويضات وليس لصاحب المواد الحق في أخذها بعدما دخل عليها تغيير».

الشرح :

قيام المالك بالبناء أو الغرس

في أرضه بمواد يملكها غيره.

مر معنا في المادة السابقة أن القاعدة تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض من بناء أو غرس يعتبر مملوكاً لصاحب تلك الأرض. كما تقضي القاعدة بأن المواد التي استعمالها المالك للأرض في البناء أو الغرس الذي أقامه في أرضه مملوكة له أيضاً مادام لم يثبت غير ذلك. وهذا ما نصت عليه المادة المشروحة قبل هذه المادة موضوع الشرح.

لكن إذا أثبت شخص آخر أن المواد التي استعمالها مالك الأرض في البناء أو الغرس له هو، أي لذلك الشخص، وليست لمالك الأرض، فإن صاحبها لا يمكنه أن يطالب باستردادها إذا كانت قد أدمجت في البناء وتغيرت هيأتها ولم يمكن فصلها من البناء والأرض، وذلك كما هو الشأن في الأعمدة الرخامية التي أسند إليها السقف، ومثل الخشب الذي صنعت منه النوافذ الملتصقة بالبناء والحديد الذي أدمج في الأسطوانات والسقوف، ومثل الرمل والجير والاسمنت الذي بنيت به الجدران، ومثل السماد الذي نثر في الأرض. وإنما تصبح هذه الأشياء كلها مملوكة لصاحب الأرض عن طريق الالتصاق. ولا يبقى لصاحبها إلا أن يطالب بقيمتها التي كانت تساويها في اليوم الذي استعمالها مالك الأرض في البناء والغرس، كما يمكنه أن يطالب بتعويض يتناسب مع الضرر الذي يثبت أن قيمة تلك المواد قد ارتفعت عما كانت عليه يوم استيلاء مالك الأرض عليها أو أن استيلاء هذا المالك على تلك المواد أدى إلى تعطيل بنائه هو بسبب ندرتها.

وهذا الحكم هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح، وفي الفصل السادس عشر من ظهير 19 رجب الذي يقول : «أن رب الأرض الذي أقام بناءات وغروساً ومنشآت بمواد ليست له، يجب عليه أداء القيمة التي كانت لتلك المواد وقت استعمالها، وذلك

بقطع النظر عما يمكن أن يطالب به من تعويضات وليس لصاحب المواد الحق في أخذها بعدما دخل عليها تغيير».

ويفهم من هذا النص أن تلك المواد إذا لم يدخل عليها تغيير وأمكن نزعها بدون ضرر جسيم يلحق بالبناء أو الأرض، وذلك مثل المرايا المعلقة بالجدران، ومثل العلاقات والمشاجب والأقفال، فيحق لصاحبها أن يستردها، وإذا تطلب نزع تلك المواد من البناء مصاريف فيمكن الزام صاحب البناء أو الأرض بأدائها⁽¹⁾.

المادة 237

«إذا قام أحد بإحداث أغراس أو بناءات أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فلهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما الزام محدثها بإزالتها على نفقته مع ارجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء أو المنشآت.

أما إذا أحدثت الأغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظراً لحسن نيته، فإن مالك العقار لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الأغراس أو البناءات المذكورة، غير أنه يمكن له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة، أو أن يدفع مبلغاً يعادل ما زيد في قيمة الملك».

الشرح :

قيام الشخص بالبناء أو الغرس أو إحداث منشآت
في أرض الغير بمواد يملكها هو أو غيره

تتكلم هذه المادة موضوع الشرح، على قيام شخص بالبناء أو الغرس أو إحداث منشآت في أرض الغير بمواد يملكها هو أو غيره.

ومعنى ذلك، أنه إذا حاز الشخص أرضاً يملكها غيره، ثم بنى فيها أو غرس أو أحدث منشآت بمواد يملكها هو، ثم استرد صاحب الأرض أرضه، فإن الحكم يختلف بين ما إذا كان هذا الباني أو الغارس حسن النية عند قيامه بذلك، أو كان سيئها.

(1) فإن كان سيء النية حين أقدم على البناء أو الغرس أو إحداث منشآت في أرض غيره، واستعمل في ذلك مواد يملكها هو، كما إذا كان غاصباً لتلك الأرض أو متعدياً

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 300 و301.

عليها أو كان يعلم أنه لا حق له في البقاء في تلك الأرض، كما إذا اكترى أرضاً محبسة أو مملوكة لغيره ليستغلها في الفلاحة إلى مدة معلومة، لكنه بنى فيها أو غرسها بدون إذن صاحبها، ثم انتهت مدة الكراء، فإن لصاحب الأرض أن يختار بين أمرين :

أحدهما : أن يأمر الباني أو الغارس بقلع ذلك البناء والغرس على نفقته مع إلزامه بتنظيف الأرض وارجاعها إلى الحالة التي كانت عليها.

ثانيهما : أن يحتفظ به مقابل أن يدفع له القيمة التي تساويها أنقاض ذلك البناء أو الغرس يوم الحكم بذلك. مع التنبيه إلى أنه لا تدخل في التقويم إلا المواد التي يمكن الانتفاع بها على تقدير قلعها، وذلك مثل ما في البناء من رخام وحجر وحديد وخشب. أما لا يمكن الانتفاع به بعد هدمه مثل الجبس والصباغة فلا يدخل في التقويم، وإنما يأخذه رب الأرض مجانياً⁽¹⁾.

وقد تبنى ظهير 19 رجب هذا الحكم حيث نص في الفقرة الأولى من الفصل الثامن عشر على ما يلي : «إذا قام أحد بإحداث أغراس أو أبنية أو منشآت عن سوء نية وبدون علم رب الأرض فهذا الأخير الحق أما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد، وأما الزام محدثها بإزالتها على نفقته» وهذا الحكم هو المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة موضوع الشرح.

(2) أما إذا كان الباني أو الغارس حسن النية، ويقصد به من كانت له شبهة حين وضع يده على ذلك العقار، مثل من يملك أرضاً ممن يعتقد أنه يملكها، أو بمقتضى عقد يجهل عيوبه، ثم يتبين أن تلك محبسة لا يجوز التصرف فيها، أو يحكم ببطلان أو ابطال ذلك العقد. ومثل من تمتعته زوجته بأرضها فيزرعها أو يغرسها ثم تنتهي الزوجية بموت أو طلاق، فإن صاحب الأرض لا يكون له الخيار المشار إليه في الحالة الأولى، وإنما يتعين عليه أن يؤدي للباني أو الغارس القيمة التي يساويها ذلك البناء أو الغرس مع أجور العمال.

لكن إذا لم يتأت للباني أو الغارس أن يأخذ قيمة بنائه أو غرسه، كما إذا تبين أن تلك الأرض محبسة، فإنه يصبح شريكاً في الغلة مع المحبس عليه بنسبة قيمة بنائه أو غرسه، بحيث يقتسمان تلك الغلة بالنسبة المذكورة إلى أن يستوفي ذلك الباني أو الغارس قيمة المواد التي بنى بها أو غرس مع قيمة عمله، ويصبح ذلك البناء أو الغرس جزءاً من الأرض المحبسة.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 301.

وإن كان المحبس عليه هو الذي غرر به، بحيث باع له تلك الأرض على أنها غير محبسة، ثم انتزعت منه، فإن ذلك الباني أو الفارس يأخذ الغلة كلها إلى أن يستوفي قيمة مواده⁽¹⁾.

وقد أشارت الفقرة الثانية من الفصل الثامن عشر من ظهير 19 رجب إلى بعض هذه الأحكام فقالت : «أما إذا أحدثت الفراس أو الأبنية من طرف شخص انتزعت الأرض منه في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظراً لحسن نيته فإن رب الملك لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الأبنية أو الأغراس المذكورة، غير أنه يكون له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة أن يدفع مبلغاً يعادل ما زيد في قيمة الملك» كما نصت على ذلك وأوضحته الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح.

المادة 238

«إذا تجاوز مالك بحسن نية حد أرضه عند إقامته بناء عليها وامتد البناء ليشمل جزءاً صغيراً من أرض جاره لا يتجاوز عرضه 50 سنتمتراً، فإن المحكمة بعد الموازنة بين مصالح الطرفين أما أن تأمر بإزالة البناء المقام بأرض الجار على نفقة من أقامه أو أن تجبر مالك الجزء المشغول بالبناء بالتنازل عن ملكيته لجاره في مقابل تعويض مناسب».

الشرح :

فرض ما إذا تجاوز الباني بحسن نية حدود أرضه،
وبنى على جزء صغير من أرض جاره

سبقت الإشارة إلى أن القاعدة تقضي بأن مالك الأرض هو الذي يملك البناء أو الفرس الذي يقيمه على أرض غيره عليها ما لم يأمر الباني أو الفارس بالقلع، فإن هناك حالة واحدة تصبح الأرض فيها مملوكة لمن بنى فيها مقابل تعويض يدفع للمالكها.

ذلك أنه عندما يتبين أن الذي أقام بناء على أرضه قد تجاوز حدود أرضه وبنى على جزء صغير من أرض جاره من غير أن يعتمد ذلك، وحددت المادة موضوع الشرح هذا التجاوز الصغير بأن لا يتجاوز عرضه 50 سنتمتراً، فيمكن للمحكمة حينئذ بعد الموازنة بين مصالح الطرفين، وتقدير هذه المصالح في إطار السلطة التقديرية لها، التي تأمر

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 302.

بإزالة البناء المقام بأرض الجار على نفقة من أقامه، أو تلزم مالك الجزء المشغول بالبناء بأن يتنازل لفائدة الباني عن ملكيته للجزء الذي يتجاوزه الباني في حدود عرضه المحدد في 50 سنتيمتراً مقابل تعويض عادل يدفعه هذا الباني لمالك الجزء المتنازل عنه.

وبعبارة أخرى، إذا كان مالك الأرض وهو مقيم عليها شيد بناء قد تتجاوز بحسن نية على جزء صغير لا يتجاوز عرضه 50 سنتيمترات من أرض جاره الملاصقة، جاز للمحكمة إذا رأت محلاً لذلك، وبعد الموازنة بين مصالح الطرفين، في إطار سلطتها التقديرية، إما أن تأمر بإزالة البناء المقام بأرض الجار الملاصقة على نفقة من أقامه، أو تجبر صاحب هذه الأرض مالك الجزء المشغول بالبناء على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك في نظير ومقابل تعويض عادل ومناسب يؤديه الباني لمالك الجزء المشغول بالبناء.

وذلك فرض يدخل في نطاق أحكام الالتصاق، فالباني قد بني بحسن نية في هذا الجزء الصغير الملاصق لأرضه، فيكون قد بنى في ملك غيره. وكان مقتضى تطبيق أحكام الالتصاق في هذا الفرض أن يملك الجار الملاصق الجزء من البناء المقام على هذا الجزء الصغير من أرضه بالالتصاق.

وذلك بأدنى القيمتين. قيمة ما أنفقه الباني في هذا الجزء من البناء وقيمة ما زاد في الجزء الصغير الملاصق بسبب البناء، وإذا جاز للجار الملاصق أن يملك هذا الجزء الصغير من الأرض لصاحب البناء، فإن هذا هو حق للجار الملاصق لا التزام عليه، ولا يستطيع الباني أن يجبره على استعماله. والحل العادل في هذا الفرض هو جواز إجبار الجار الملاصق على أن ينزل عن ملكية هذا الجزء الصغير من أرضه المشغول بالبناء لجاره الباني في نظير تعويض عادل⁽¹⁾.

الفصل الثالث

الحياسة

سنتولى في هذا الفصل تعريف الحياسة، مع بيان عناصرها، ونتحدث عن شروطها بالإضافة لصفاتها وأحكام اكتساب العقار والمنقول بالحياسة، كل ذلك بناء على مقتضيات القانونية المدرجة في أربعة فروع : أحكام عامة، ومدة الحياسة، وآثار

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 317.

الحيازة، ثم اثبات الحيازة وحمايتها، وسنتناول أحكام ذلك من هذا الفصل خلال المواد الآتي شرحها، من القانون رقم 39.08، المقتن بمدونة الحقوق العينية. التي نظمتها مواد خاصة وأكثر دقة من المادة 239 إلى المادة 263 علاوة على الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية المرتبطة بالموضوع، وذلك فيما يلي :

الفرع الأول

أحكام عامة

المادة 239

«تقوم الحيازة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه. ولا تقوم هذه الحيازة لغير المغاربة مهما طال أمدها».

الشرح :

تعريف الحيازة وبيان عناصرها

1 - تعريف الحيازة :

لم يعرف المشرع المقصود بالحيازة، وإنما عمل على تبيان ذلك بصفة غير مباشرة عندما تعرض لعناصرها في الفقرة الأولى من المادة موضوع لشرح من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أن الحيازة الاستحقاقية تقوم على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه.

وإذا كان المشرع لم يعرف الحيازة فإن الفقه اعتبرها سيطرة مادية لشخص ما على شيء يستعمله بصفته مالكا أو بصفته صاحب حق عيني على الشيء، وقد تستند إلى حق أو لا تستند عليه.

ونظراً لأهمية الحيازة باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية، فإن التشريعات ما فتئت تنظمها بمقتضى قواعد قانونية، في العديد من القوانين : منها قانون الالتزامات والعقود⁽¹⁾ وقانون المسطرة المدنية⁽²⁾، والقانون الجنائي⁽³⁾، وغيرها من القوانين إلى أن جاءت مدونة الحقوق العينية التي نظمتها بنصوص خاصة.

(1) انظر مثلاً الفصول 101 إلى 105 المتعلقة بالمسؤولية عن حيازة الشيء.

(2) انظر الفصول من 166 إلى 170 من ق.م.م.

(3) انظر الفصل 570 من القانون الجنائي الذي يحرم انتزاع عقار من حيازة الغير.

2 - عناصر الحيابة :

ولابد لقيام الحيابة لتكون سبباً للتملك من توافر عنصرين : عنصر مادي وعنصر معنوي.

- العنصر المادي، وهو السيطرة الفعلية أو السلطة الواقعية على الشيء أو على الحق العيني، كزراعة الأرض أو غرسها أو حرثها أو الرعي أو الحفر فيها، أو سكنى دار أو تأجيرها أو ممارسة حق المرور من عقار.

- العنصر المعنوي، وهو نية الحائز في أن يحوز الشيء أو الحق العيني كمالك للشيء أو صاحب للحق العيني.

إن نية الحائز تجسد العنصر المعنوي الذي يميز الحيابة الاستحقاقية عن الحيابة العرضية. هذه الأخيرة التي ينعدم فيها هذا العنصر. فالشخص الذي يضع يده على شيء وهو يقصد اكتسابه لا يكون عندئذ حائزاً قانونياً، بل حائزاً عرضياً كالمكتري أو الدائن المرتهن، أو الوديع أو الوكيل أو الخادم، لا يمارسون الحيابة لحسابهم بل إنما يمارسونها لحساب المدين الراهن أو المكتري أو المودع أو الموكل، فهؤلاء على التوالي جميعهم لا يمارسون الحيابة لحسابهم بل لحساب المذكورين⁽¹⁾.

وتشترط الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح أن الحيابة الاستحقاقية لا تقوم لغير المغاربة والأجانب الذين يدعونها فلا أثر لذلك من الناحية القانونية والشرعية، مهما طال أمد الحيابة القائمة تحت يد هؤلاء الأجانب. ولا تتم الحيابة الاستحقاقية إلا للمغاربة دون الأجانب.

ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون الحائز واضح اليد على الملك مغربي الجنسية، لأن حيابة الأجنبي عن طريق وضع اليد على الملك لا يجوز تماشياً مع الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح، كما أسلفنا القول. وهو ما كرسه القضاء المغربي أيضاً⁽²⁾.

المادة 240

«يشترط لحيابة الحائز :

أن يكون واضحاً يده على الملك ؛

(1) مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، م.س، ص 479.

(2) انظر قرار المجلس الأعلى، عدد 751، بتاريخ 1981/7/1، في الملف المدني عدد : 61700، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص 17.

أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ؛
أن ينسب الملك لنفسه، و الناس ينسبونه إليه كذلك ؛
ألا ينازعه في ذلك منازع ؛
أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون ؛
وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتفويت».

الشرح :

شروط الحيازة الاستحقاقية

تعرضت المادة موضوع الشرح، إلى شروط الحيازة الاستحقاقية، حيث قررت أنه يشترط لصحة حيازة الحائز مجموعة من الشروط أوردتها المادة بالتفصيل كما يلي:

1 - أن يكون الحائز واضعاً يده على الملك :

ويقصد بوضع اليد على الشيء المحجوز تلك السيطرة الفعلية والواقعية عليه، فوضع اليد مجرد الحوز بنية التملك، وبذلك تخرج الحيازة العرضية من هذا الإطار لأنها كما تثبت الملك كالكراء والعارية وغيرها من الأعمال التي تبيح الحوز مؤقتاً⁽¹⁾.

فكما يباشر الانسان الحيازة لنفسه، يمكن له ذلك أيضاً عن طريق الغير بالوساطة متى كان وكيلاً أو ممثلاً له في ذلك، إذ القاعدة أن الحائز يفترض فيه أنه حائز لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره أو لشخص يأتمر بأمره. مع وجوب أن يكون واضع اليد على الملك مغربي الجنسية كما قدمناه أعلاه.

2 - يجب أن يتصرف الحائز تصرف المالك في ملكه :

ويعني ذلك تصرف الحائز في ملكه بكافة أنواع التصرفات، من استعمال واستغلال كالزراعة والغراسة والكراء. وبالتالي فممارسة الحائز لهذه التصرفات تجعل من ظهوره حتماً مظهر الملك في ملكه لقول الشيخ خليل : «وصحة الملك بالتصرف»⁽²⁾.

(1) جاء في قرار المجلس الأعلى ما يلي : «إن التصرف عام لا ينحصر في الحرث والغرس بل يشملهما وغيرهما من الرعي والحفر وغير ذلك»، قرار رقم 343، صادر في 1967/03/21، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 6، ص 13.

(2) وقد أكد القضاء على شرط النسبة في عدة قراراته منها القرار عدد 977 بتاريخ 14 مارس 2001، ملف مدني عدد 1-1-2453-2000. أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري من سنة 1991 إلى 2002، مطبعة النجاح الجديدة، ص 23 و254.

3 - يجب أن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه كذلك :

بالإضافة للشروط السابقة، يتعين لصحة حيازة الحائز إدعاؤه للملكية الشيء المحجوز ونسبته لنفسه، والناس أيضاً ينسبونه إليه كذلك، كأن يقول الناس بأن هذا ملك فلان أي الحائز «بينما يقول «ملكي وحوزي»⁽¹⁾.

4 - يجب أن لا ينازع الحائز في ذلك منازع :

أي أن لا ينازعه ولا يعارضه أحد طيلة مدة الحيازة وبعبارة خاصة أن تكون هادئة في منأى عن كل التباس ومنازعة.

وبناء على ما تقدم فقد رفض القضاء المغربي الاعتراف بحيازة من انتزع أرض الغير بالعنف والتعدي والغصب، وأجاز سماع دعوى الاسترداد ضده. إن منازعة الغير للحائز تجعل حيازته للمدعى فيه حيازة غير كاملة والدعوى بشأنها مسموعة⁽²⁾.

5 - أن تستمر الحيازة طول المدة المقررة في القانون :

يعني طول مدة الحيازة المشترط ضمن هذه الحالة مرور مدة واستمرار وضع اليد على الشيء والتصرف فيه.

ولقد ميز الفقه ومدونة الحقوق العينية، بين حيازة الأجانب وحيازة الأقارب.

فبالنسبة لحيازة الأجانب : حيث تختلف مدة الحيازة بين ما إذا كان الأجانب شركاء أم غير شركاء.

أ - حيازة الأجنبي الشريك : إذ لا يكفي بالنسبة لحيازة الأجنبي الشريك بثبوت حيازته إلا إذا كانت متسمة ببعض التصرفات التي من شأنها أن تعمل على تغيير العين المدعى فيها تغييراً واضحاً، أي أن تكون حيازته بأقوى أوجه التصرف كالهدم والبناء وغيرهما، وبالتالي، فحيازة الأجنبي الشريك بهذه الصفة وبتوافر الشروط الأخرى تكتسبه ملكية العقار المحجوز إذا حازه عشر سنين، لقول الشيخ خليل «كشريك أجنبي حاز فيها أن هدم وبني».

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 219، ملف مدني بتاريخ 1970/04/29، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 19، ص 27.

(2) محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 377.

ب - حيازة الأجنبي غير الشريك : إن حيازة الأجنبي غير الشريك لملك حيازة مستوفية لشروطها دون انقطاع ومرور مدة عشر سنوات كاملة وقام بالتصرف فيه مطلق التصرف، فإن هذا الأجنبي يكسب بحيازته هذه ملكية العقار. وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في أحد قراراته⁽¹⁾.

وبالنسبة لحيازة الأقارب : تجدر الإشارة بداية إلى أنه يعتد بالحيازة الواقعة ضد الأصول والفروع مهما طال مدتھا، وأكد هذا المبدأ المجلس الأعلى في أحد قراراته⁽²⁾.

أما بخصوص الحيازة بين غيرهم من الأقارب من أعمام وإخوة وأصهار، فإنھا تتحدد في أربعين سنة إذا انتقلت بينهم عداوة أو خصومة، في حين تتحدد مدة الحيازة، دائماً حسب هذه الحالة في عشر سنوات عند ثبوت هذه العداوة، كما سيأتي في المادة 251 من مدونة الحقوق العينية. ومجمل القول : أن مدد الحيازة بالشكل الذي بيناه في مدد كاملة، تبتدئ في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية التملك، وفي حالة توالي التفويتات من تاريخ بداية حيازة أو مفوت، كما أنه لا يجوز مطلقاً الاتفاق على تعديل مدة الحيازة سواء بالزيادة أو النقصان وكل اتفاق على ذلك يقع باطلاً، كما سنرى في المادة 259 من مدونة الحقوق العينية، عند شرح مقتضياتھا.

6 - شرط عدم العلم بالتفويت في حالة وفاة الحائز :

ومضمون هذا الشرط يتلخص في عدم علم الشهود بتفويت العقار المشهود فيه لغيره ببيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك من أسباب نقل الملك للغير.

وقد اختلف الفقه في هذا الشرط هل هو شرط صحة أو شرط كمال ؟

ودون الدخول في هذا الاختلاف الفقهي، نشير إلى أن الرأي الراجح يعتبر شرط عدم التفويت بمثابة شرط كمال في وثيقة الحي، وشرط صحة في وثيقة الميت إذا ثبت الورثة الملك⁽³⁾.

وخلاصة القول : انطلاقاً من كل الشروط التي تعرضنا لها فإنه يتعين لترتيب الحيازة لأثرھا في اكتساب العقار، أن تكون متداخلة ومستجمة لبعضھا البعض، كما سيأتي في المادة 260 من مدونة الحقوق العينية.

(1) قرار المجلس الأعلى، عدد 29، بتاريخ 17 يناير 1984، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35 و36، ص 108.

(2) قرار عدد 1265، ملف شرعي رقم 86/6307، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 - 43، وص 175.

(3) امحمد برادة غزبول وآخرون، الدليل العلمي للعقر غير المحفوظ، ص 26.

المادة 241

«لا تقوم الحيازة إذا بنيت على عمل غير مشروع».

الشرح :

عدم اعتبار الحيازة القائمة على عمل غير مشروع

قد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم، فتخلو الحيازة من عيبي عدم الاستمرار والخفاء، ولكن مع ذلك يشوبها عيب الاكراه أو عدم الهدوء، وتكون الحيازة مشوبة بعيب الاكراه أو عدم الهدوء إذا حصل عليها صاحبها بالقوة أو بالتهديد والتعدي.

ولذلك، من أهم شروط الحيازة، أن يكون الحائز قد وضع يده على العقار بسبب مشروع، أي أن لا تكون الحيازة مبنية على سبب غير شرعي، كالغصب أو التعدي أو السرقة. ولا يعني هذا أنه يجب أن يثبت أن الحائز قد توصل إلى ذلك العقار بسبب مشروع من شراء أو تبرع أو غيره، وإنما يعني أنه يتعين أن لا يثبت أن الحائز قد وضع يده على ذلك العقار بسبب لا يعطيه الحق في ملكيته، وهذا هو المقرر في المادة موضوع الشرح، بقولها : «لا تقوم الحيازة إذا بنيت على عمل غير مشروع».

المادة 242

«لا يكلف الحائز ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه».

الشرح :

الحائز غير مطلوب ببيان وجه المدخل

قبل ادلاء المدعي بالحجة

قررت هذه المادة موضوع الشرح، كما قرر الفقهاء، أن الحائز إذا أثبت أنه يضع على ذلك العقار بالشروط المشار إليها أعلاه، فإن ذلك يعتبر قرينة على أنه حائز بسبب مشروع، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته وهذا يعني أن الحائز لا يحتاج إلى التعرض إلى كيفية وصول ذلك العقار إليه، ولا يكلف من طرف المحكمة في الدعوى ببيان وجه مدخله، إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه، ولهذا يقول الفقهاء وما قررته المادة موضوع الشرح : ان الحيازة إنما تنفع مع جهل أصل المدخل، لأنه إذا عرف السبب الذي يرتكز عليه الحائز في حيازته فلا يخلو :

أ - إما أن يكون ذلك السبب غير ناقل للملكية، كما تبين أن العقار موضوع الحيازة انتقل إلى هذا الحائز عن طريق الشراء من مالكه، أو عن طريق الشفعة أو غيرهما من طريق كسب الملكية وحينئذ لا يحتاج إلى الاستدلال بالحيازة نظراً لوجود ما هو أقوى منها.

ب - وإما أن يكون ذلك السبب غير ناقل للملكية، كما لو تبين أن العقار موضوع الحيازة انتقل إلى هذا الحائز عن طريق الكراء من مدعي الملكية أو عن طريق الاسكان أو غيرهما من طرق الانتفاع التي لا تنقل ملكية الرقبة، فإن هذه الحيازة لا تنفع صاحبها.

ج - وإن تبين أن الحيازة نشأت بسبب غير مشروع، كما لو ثبت أن الحائز اغتصب ذلك العقار، فإن هذه الحيازة لا تنفع صاحبها أيضاً.

وبناء على ما ذكر، قررت المادة موضوع الشرح، تكليف الحائز من طرف المحكمة عند الخصومة المرفوعة من المدعي في شأن الحيازة ضد المدعي عليه الحائز، ومطالبة الأخير ببيان وجه مدخله إلى العقار، والجواب على ادعاء المدعي، إلا إذا أدلى المدعي بحجة نافعة لاثبات دعواه، فإذا أدلى المدعي بحجة حينئذ يحق له أن يطلب من المدعي عليه بيان وجه مدخله إلى العقار موضوع الدعوى.

المادة 243

«يباشر الحيازة الشخص بنفسه ويمكن أن يباشرها بواسطة شخص يأتمر بأمره. ويفترض في واضع اليد على العقار أنه حائز لنفسه إلى أن يثبت العكس. تباشر الجماعات السلائية الحيازة لفائدتها ويمكن أن تباشرها بواسطة أفراد ينتمون إلى الجماعة.

يجوز أن يحوز شخصان أو أكثر ملكاً مشاعاً فيما بينهم. يمكن لفاعد الأهلية أو ناقصها أن يكتسب الحيازة إذا باشرها نائبه الشرعي نيابة عنه».

الشرح :

مباشرة الحيازة من طرف الشخص نفسه،
أو الجماعات السلائية، أو من شخصين
أو أكثر أو نائب فاعد الأهلية أو ناقصها

مر معنا أن الحيازة معناها هي : وضع مادي ينجم عن أن شخصاً يسيطر سيطرة فعلية على حق، سواء كان الشخص هو صاحب الحق أو لم يكن، والسيطرة

الفعلية على الحق تكون باستعماله عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق.

وأوضحت المادة موضوع الشرح، مباشرة الحيازة والسيطرة الفعلية على العقار موضوع الحيازة، من طرف الشخص نفسه، ويمكن أن تباشر الحيازة بواسطة شخص آخر.

ويخلص من نص المادة أن الأصل في الحائز أن يباشر السيطرة المادية بنفسه، أي أنه يستعمل بنفسه استعمالاً فعلياً على الوجه الذي قدمناه الحق الخاضع لحيازته، سواء كان حق ملكية أو كان حقاً آخر. ولكن يقع مع ذلك أن يباشر السيطرة المادية بالوساطة، فيباشرها باسمه وسيط يكون متصلاً به اتصالاً التابع للمتبع، ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه السيطرة المادية. ويجتمع عند الحائز في هذه الحالة عنصرا الحيازة : العنصر المعنوي وهو القصد، ولا ينوب عنه فيه أحد، والعنصر المادي وهو السيطرة المادية، ويباشرها بالوساطة، ومن ثم يبقى الحائز الأصلي هو الحائز، وتنتج آثارها القانونية في شخصه. أما الوسيط في السيطرة المادية فليس بحائز، وليس لديه إلا السيطرة المادية، وهذه السيطرة أيضاً لا يباشرها باسمه، وإنما يباشرها باسم الحائز الأصلي.

كما أوضحت المادة موضوع الشرح، أن السيطرة المادية والحيازة الفعلية لا تفترض، فإذا وجدت السيطرة المادية عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب نفسه لا لحساب غيره، فيكون هو الحائز، إذ يجتمع عنده إلى جانب العنصر المادي العنصر المعنوي. وعلى من يدعي أنه هو الذي يوجد عنده العنصر المعنوي، وأن الذي يباشر السيطرة المادية والحيازة إنما يباشرها نيابة عنه، أن يثبت ذلك. عملاً بالقاعدة أن من عنده الحيازة يفترض أنه حائز لنفسه، ويبقى حائزاً لنفسه إلى أن يقوم الدليل على أنه حائز لغيره، أو أنه أصبح يحوز لغيره.

وأوضحت المادة موضوع الشرح أيضاً، أنه يباشر الحائز السيطرة المادية بالوساطة، إذا كان شخصاً معنوياً فيباشر باسمه السيطرة المادية، الرؤساء أو الأشخاص الذين يفوضون في ذلك. ومعنى ذلك أنه يمكن للجماعات السلالية أن تباشر الحيازة لفائدتها في شخص ممثلها القانوني، ويمكن أن تباشرها، لا بواسطة ممثليها فحسب، بل أيضاً بواسطة الناس والأفراد الذين ينتمون وينتسبون إلى هذه الجماعة.

كما أوضحت المادة موضوع الشرح، أنه يجوز أن يحوز شخصان أو أكثر ملكاً مشاعاً فيما بينهم. بمعنى أنه كما تكون الملكية شائعة تكون الحيابة شائعة، فقد يحوز شخصان أو أكثر أرضاً على الشيوع فيما بينهم. ويجوز لكل شخص من الحائزين على الشيوع أن يقوم بأعمال الحيابة، بشرط ألا يحول ذلك دون قيام شركائه بهذه الأعمال.

وبعبارة أخرى، الحائز على الشياع يكون عنده العنصران : المعنوي والمادي للحيابة، ولكنه في العنصر المعنوي يقصد استعمال الحق، شائعاً مع غيره لا خالصاً لنفسه، وفي العنصر المادي يباشر السيطرة المادية شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه. فيقوم بالأعمال المادية للحيابة، بشرط ألا يحول قيامه بهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشياع معه هم أيضاً بها. والحيابة على الشياع على النحو المذكور لا تنتج من الآثار إلا ما يتفق مع هذا الشياع. كذلك أوضحت المادة موضوع الشرح، أن الحائز يباشر السيطرة المادية بالواسطة، إذا كان فاقداً الأهلية أو قاصراً أو محجوراً عليه، فيباشر باسمه الحيابة والسيطرة المادية، نائبه الشرعي والقانوني، وهو الولي أو الوصي أو المقدم من طرف القاضي المكلف بشؤون القاصرين، نيابة عنه⁽¹⁾.

المادة 244

«إذا كانت الحيابة اللاحقة استمراراً لحيابة سابقة اعتبر استمرارها من تاريخ حيابة الحائز الأول».

الشرح :

اعتبار الحيابة اللاحقة استمراراً لحيابة سابقة
يعتبر الاستمرار من تاريخ حيابة الحائز الأول

الأصل أنه يجب أن تكون الحيابة مستمرة غير منقطعة، ويقصد بذلك أن يقوم الحائز بأعمال متكررة على العقار بما يتفق ونوع الحق الذي يمارسه عليه، وبصورة منتظمة دون أن تتوسط أعماله مدد مختلفة تنقطع خلالها الحيابة انقطاعاً غير عادي⁽²⁾.

بمعنى أنه إذا قامت الحيابة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية، وحتى تسلم الحيابة من هذا العيب وتكون

(1) راجع الوسيط للسنيهوري، ج 10، ص 794 وما يليها.

(2) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 483.

مستمرة غير متقطعة، يجب أن تتولى أعمال السيطرة المادية على العقار في فترات متقاربة منتظمة، فيستعمل الحائز العقار من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله، كما يستعمل المالك ملكه في العادة.

وليس من الضروري بطبيعة الحال أن يستعمل الحائز الحق في كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة، فإن هذا أمر غير عملي ويكاد يكون مستحيلاً، بل يكفي أن يستعمل الحائز الحق على فترات متقاربة منتظمة كما يفعل صاحب الحق نفسه⁽¹⁾.

هذا، ويجوز لمن يدعي الحيازة بالتقادم المكسب أن يستند لا إلى حيازته فحسب، بل أيضاً إلى حيازة سلفه، فالخلف العام كالوارث، والخلف الخاص كالمشتري أو الموهوب له يستطيع كل منهما أن يضم إلى حيازته حيازة الموروث أو حيازة البائع أو الواهب⁽²⁾، وتعتبر هذه الحيازة اللاحقة استمراراً لحيازة سابقة كما يعتبر استمرار هذه الحيازة من تاريخ حيازة الحائز الأول، كما قررته ذلك المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية.

المادة 245

«إذا اقترنت الحيازة باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب، كما لا يكون للحيازة أثر إذا كانت متقطعة وغير مستمرة.

تعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها إذا استغل الملك بكيفية اعتيادية ومنتظمة وبدون منازع».

الشرح :

لا أثر للحيازة عند اقترانها بعيوب إلا من الوقت الذي تزول فيه، ولا أثر للحيازة كذلك إذا كانت منقطعة وغير مستمرة. وتعتبر مستمرة من بدء ظهورها وبدون منازع

من خلال هذه المادة موضوع الشرح، يتضح أن الحيازة إذا اقترنت باكره أو حصلت خفية أو كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الاكره أو أخفيت عنه الحيازة أو التمس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 842 - 843.

(2) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 483.

كما لا يكون للحيازة أثر إذا كانت متقطعة وغير مستمرة. والصحيح أن الحيازة يجب، حتى تكون صحيحة وحتى تكتسب الملكية بالتقادم أو بدون تقادم، أن تكون مستمرة ظاهرة هادئة واضحة، أي أن تكون خالية من عيوب الحيازة، فعيوب الحيازة هي إذن عدم الاستمرار (التقطع)، والخفاء (عدم العلانية)، والاكراه (عدم الهدوء) والغموض (اللبس).

ومن المعلوم أن الحيازة منظمة بمقتضى القواعد الاجرائية، ويتعلق الأمر بقانون المسطرة المدنية، فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 166 من هذا القانون على أنه «لا يمكن رفع دعاوى الحيازة إلا ممن كانت له شخصياً أو بواسطة الغير منذ سنة على الأقل حيازة عقار أو حق عيني عقاري حيازة هادئة علنية متصلة غير منقطعة وغير مجردة من الواجب القانوني وخالية من الالتباس.

فإذا أقامت الحيازة على أعمال متقطعة تكون مشوبة بعيب عدم الاستمرار أو التقطع، ومن ثم لا تنتج آثارها القانونية. وحتى تسلم الحيازة من هذا العيب وتكون مستمرة غير متقطعة، يجب أن تتوالى أعمال السيطرة المادية على الشيء في فترات متقاربة منتظمة. فيستعمل الحائز العقار من وقت إلى آخر كلما تقوم الحاجة إلى استعماله، كما يستعمل المالك ملكه في العادة. فإذا مضى بين العمل والآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمل فيها الحائز العقار، وكانت هذه الفترة من الطول بحيث لا يدعها المالك الحريص على الانتفاع بملكه انتفاعاً كاملاً تمضي دون أن يستعمل ملكه، فإن الحيازة تكون في هذه الحالة غير مستمرة أو متقطعة، فلا تصلح أساساً لدعاوى الحيازة ولا التملك بالتقادم. والواجب ألا ينقطع الحائز عن استعمال ملكه، فالحائز الذي يحوز حق الملكية إنما يتصرف في العقار كمالك، فيجب أن يظهر مظهر المالك في استعماله لهذا العقار، أما إذا كان يحوز حقاً آخر غير حق الملكية، كحق الانتفاع، أو حق الارتفاق أو حق رهن الحيازة أو حق المستأجر، فالواجب ألا ينقطع عن استعمال الحق الذي يحوزه كما لو كان فعلاً صاحب هذا الحق⁽¹⁾.

هذا، وتعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها وبدون منازع، وصورة هذه الحالة تقوم في حالة قيام شخص معين بأعمال تطبعها صبغة التكرار والاستمرارية على العقار، محل موضوع الحيازة بصفة مستمرة ومنظمة، وبدون منازع.

ومفاد ذلك أن الشخص الذي يدعي الحيازة طبقاً لهذه الحالة يجب أن يكون مستغلاً للعقار بصورة متواترة، بحيث إذا قام باستغلال العقار عن طريق الحيازة لمدة

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 840 وما يليها.

وجيزة ثم انقطع وعاد بعد مرور مدة أخرى كانت حيازته غير مستمرة، وبالتالي لا تنطبق عليها هذه الصفة الأخيرة.

ولذلك اشترطت المادة موضوع الشرح أن تكون الحيازة مستمرة هادئة علنية متصلة غير منقطعة، وبدون منازع، واعتبرت استمرار الحيازة من بدء ظهورها بالاستعمال المستمر، أما إذا حادت الحيازة عن هذه الصفة وشابها عيب من العيوب المذكورة، فإن الحيازة لا أثر لها من الناحية القانونية.

وبعبارة أخرى، كما يزول عيب عدم استمرار الحيازة إذا هي تحولت إلى حيازة مستمرة، كذلك يزول عيب الخفاء إذا ظهرت الحيازة واستطاع أن يعلم بها صاحب الحق. فإذا ما زال عيب الخفاء على هذا النحو، أصبحت الحيازة صالحة لأن تنتج آثارها وبخاصة أصبح من الحائز أن تحمي بدعاوى الحيازة وأن تؤدي إلى التملك بالتقادم، ولكن من الوقت الذي يزول فيه عيب الخفاء.

وعلى ذلك إذا بدأت الحيازة خفية وبقيت كذلك مدة معينة، ثم ظهرت بعد ذلك، فلا يعتد بالمدة التي كانت خفية في أثنائها ولا تكون الحيازة خالية من عيب الخفاء إلا من وقت أن ظهرت، فمن ذلك الوقت فقط يعتد بالحيازة، وتصبح صالحة لأن تنتج آثارها⁽¹⁾.

المادة 246

«لا تقوم الحيازة ولا يكون لها أثر إذا ثبت أن أصل مدخل الحائز غير ناقل للملكية، ولا يحق لوضاع اليد أن يغير بنفسه لنفسه سبب وضع اليد على الملك محل ادعاء الحيازة ولا الأصل الذي تقوم عليه».

الشرح :

لا تقوم الحيازة ولا يكون لها أثر عند ثبوت أن أصل مدخلها غير ناقل للملكية. ولا يحق للحائز تغيير صفة الحيازة ولا أصلها، وجعل ذلك سبب وضع يده على الملك المدعى فيه بنفسه لنفسه

من خلال نص هذه المادة موضوع الشرح، نستنتج أنه حينما ترفع دعوى المدعي حول ملكية ما تحت يد المدعى عليه مجردة عن أية حجة، يكتفي من المدعى عليه بأن يجيب بالحوز والملك، ولا يكلف باثبات هذه الحيازة، ولا أنها متوفرة على شروطها، ولا من أين صار إليه ذلك العقار.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 10، ص 851.

أما إذا أيد المدعي دعواه بحجة مقبولة، فلا يكتفي حينئذ من المدعى عليه بمجرد التمسك بالحوز والملك. وإنما يتعين عليه - إذا أراد أن يدافع عن نفسه - أن يدلي بما يثبت حيازته، وتوفرها على الشروط التي تجعلها كافية، وهي الشروط التي ذكرناها آنفاً عند الكلام عن شروط الحيازة، في إلغاء دعوى المدعي.

ذلك أن من قواعد الفقه أن الحيازة لا تكون مكسبة للملكية ولا قاطعة لحق الغير إلا إذا أثبت الحائز بواسطة حجة حاسمة، بما ثبت بها، مع بيان وجه المدخل وأصله، لفائده، لأن المدعي إذا أثبت دعواه ثبوتاً كافياً، فإنه يتعين على المدعى عليه أن يدلي بوجه مدخله، ووضع يده على الملك المدعى فيه، وتكون الحيازة سبباً لكسب الملكية، ولا يكتفي منه بالتمسك بالحوز والتصرف الخالي من الإثبات.

وأما إذا ثبت أن أصل مدخل الحائز إلى العقار المدعى فيه، غير ناقل للملكية، ولا يعتبر سبباً لكسبها، فإن الحيازة لا تقوم ولا يكون لها أثر إذا أثبت أن أصل مدخل الحائز غير ناقل للملكية. ولا يكون بالحيازة مكتسبة للملكية. كما هو منصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

كما قررت هذه المادة موضوع الشرح، أنه لا يحق لوأضع اليد على الملك أن يغير بنفسه لنفسه سبب وضع اليد على الملك محل ادعاء الحيازة، ولا الأصل التي تقوم عليه، بمعنى هل يجوز تغيير صفة الحيازة من حيازة عرضية إلى حيازة بنية التملك؟ وهل إذا حصل شيء من ذلك، فغير مثلاً المستأجر أو المستعير نيته بالنسبة للمأجور أو للشيء المعار وجعل حيازته بصفة مالك يجوز له التملك بالتقادم؟

الأصل لا، لأنه لا يسوغ للإنسان أن يغير لمصلحة نفسه سبب حيازته. فإذا استأجر مثلاً شخص عقاراً، ومات المالك المؤجر ولم يدفع المستأجر الأجرة من تاريخ وفاة المالك مع استمرار أشغاله للعقار المأجور، ثم جاء الوارث بعد مضي عشر سنين، وطالب المستأجر بتسليمه العقار، فلا يجوز للمستأجر الادعاء أن يده كانت على العقار بعد وفاة مؤجره يد مالك، وأنه بالتقادم المكسب. وقد وجدت بعض التشريعات كالقانون المدني السوري أن تنص صراحة على ذلك فقررت أنه: «ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده. فلا أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته، ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحيازة»⁽¹⁾. ففي هذه الحالة لا يجوز للحائز أن يُعبر بنفسه لمصلحة نفسه بسبب وضع يده على العقار محل ادعاء الحيازة، وكذلك لا يجوز له تغيير الأصل الذي تقوم عليه الحيازة.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 486 - 487.

هذا، ويتعين أن نشير إلى أن الحيابة لا يمكن أن تعتبر سبباً من أسباب ملكية العقار إلا بالنسبة إلى المواطنين المغاربة، أما الأجانب، أي غير المغاربة فلا يمكن أن يكتسبوا أي عقار في المغرب عن طريق الحيابة ولا تتم بصفة قانونية إلا عن طريق الشراء فقط. وبعد الحصول على إذن من الدولة المغربية، ولهذا فإذا وضع الأجنبي يده على عقار ما، وبقي يتصرف فيه مدة طويلة، ولو بالشراء، ولكن لم يثبت حصوله على إذن بذلك من السلطة المختصة، فإن تلك الحيابة لا تكسبه أي حق في ذلك العقار، وإنما تطبق عليه أحكام الغاصب لما عرفنا من أن من وضع يده على عقار بسبب غير مشروع لا تنفعه الحيابة مهما طال أمدها⁽¹⁾.

المادة 247

«يمكن أن تنتقل الحيابة من الحائز إلى الغير شرط أن يتفقا على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيابة.

وتنتقل الحيابة أيضاً بسبب الارث أو الوصية بصفاتها إلى الخلف العام».

الشرح :

إمكانية انتقال الحيابة من الحائز إلى غيره، بشرط اتفاقهما

على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيابة،

وتنتقل الحيابة بصفاتها إلى الخلف العام

يراد بانتقال الحيابة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيابة في هذا الانتقال حيابة متصلة، لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة، ولا تعتبر اللاحقة حيابة مبتدأة. وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيابة السابقة إلى مدة الحيابة اللاحقة، لأن الاتصال يجعل الحيابة السابقة تستمر في الحيابة اللاحقة فيكون هناك استمرار للحيابة.

وعلى ذلك، فإغتصاب الحيابة من الحائز أو انتزاع الحيابة منه بالاكراه، لا يعتبر انتقالاً للحيابة، لأن المقتصب أو منتزع الحيابة بالاكراه يبتدئ حيابة جديدة لا تتصل بالحيابة القديمة، ولا تعتبر استمراراً لها، ولا يجوز أن تضم إلى مدتها مدة الحيابة القديمة. وحيابة غير الوارث لعين من أعيان التركة، سواء كان الحائز سي النية أو حسن النية، تعتبر هي أيضاً حيابة مبتدأة لا تتصل بحيابة الموروث، ولا تعتبر استمراراً لها، ولا تضم إلى مدتها مدة حيابة الموروث.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 316 - 317.

أما انتقال الحيازة من حائز إلى آخر بالمعنى الذي أسلفناه، فيمكن أن تنتقل الحيازة من الحائز إلى الغير، فيأتي بإحدى طريقتين : أ - بالاتفاق، ب - بالميراث أو الوصية :

أ - بالاتفاق : وذلك بأن يتفقا على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة. فيتفق الحائز مع شخص آخر على أن ينقل له الحيازة كما إذا اتفق البائع مع المشتري على أن ينقل له حيازة العقار المبيع. أو اتفق الورثة مع الموصى له بعين معينة على أن ينقلوا له حيازة هذه العين، ويستوي في ذلك أن يكون الحائز السابق مالكاً للحق الذي ينقل حيازته إلى الحائز اللاحق أو غير مالك، وهذا هو انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص⁽¹⁾ وعلى هذا يشترط في انتقال هذه الحيازة، أن تكون علنية، ويراد بذلك مباشرة الحائز اللاحق لحق الحيازة من خلال السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة، على مشهود من الكافة أو على الأقل على مشهود من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز أي ظهور الأخير بمظهر المالك الشرعي، الذي يباشر عملاً مبنياً على أساس قانوني بطريقة علنية لا خفاء فيها ولا التباس : كإجارة العقار أو حرثه أو استغلاله بالفلاحة والغراسة وجني ثمار الأشجار، كما هو الشأن في جميع التصرفات غير المشوبة بأي شيء يجعلها منعدمة القيمة.

ب - انتقال الحيازة بالميراث أو الوصية : فتنقل الحيازة أيضاً بسبب الارث أو الوصية بصفاتها إلى الخلف العام. ويراد بالخلف العام هنا الوارث والموصى له بجزء من مجموع التركة كالثالث أو الربع.

ويخلص من نص المادة موضوع الشرح، أن الحيازة تنتقل من السلف إلى الخلف العام بحكم القانون، فقد كان الميت هو الحائز في حال حياته، فإذا مات انتقلت حيازته إلى خلفه العام دون حاجة إلى أن يتسلم الخلف المال تسليماً فعلياً. وهذا هو الحكم الذي تقتضي به طبيعة الأشياء. ففي الفترة ما بين موت السلف وتسلم الخلف تسليماً فعلياً، لا بد أن يكون للمال حائز مادام مملوكاً غير سائب. ومادامت ملكية المال تنتقل إلى الخلف العام بمجرد موت السلف، فالحيازة تتبع الملكية هنا، وتنتقل هي أيضاً مع الملكية إلى الخلف العام بحكم القانون وبمجرد موت السلف.

هذا، وتنتقل الحيازة حينئذ إلى الخلف العام، بصفاتها. وأهم هذه الصفات التي تنتقل الحيازة إلى الخلف العام، هي أن تكون الحيازة حيازة عرضية أو حيازة

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 878 - 879.

أصلية، وأن تكون مشوبة بعيب من عيوب الحيازة أو غير مشوبة، وأن تكون بحسن نية أو بسوء نية.

وعلى ذلك، إذا كانت حيازة الموروث عرضية، فتنقل بهذه الصفة إلى الوارث، بحيث يبقى الوارث حيازة أصلية إلا إذا تغيرت صفتها العرضية بأحد الأمرين اللذين تتغير بهما الصفة العرضية لحيازة الوارث : فعل يصدر من الغير، أو فعل يصدر من الوارث يعارض به حق المالك. وغني عن البيان أن حيازة الموروث إذا كانت حيازة أصلية تنتقل إلى الوارث حيازة أصلية كذلك، ويحوز الوارث، كما كان يحوز الموروث، لحساب نفسه. ولا تتغير هذه الصفة الأصلية عند الوارث إلى صفة عرضية إلا إذا أصبح الوارث يحوز لحساب غيره، شأنه في ذلك شأن الموروث.

كذلك إذا كانت الحيازة عند الموروث مشوبة بعيب كأن كانت حيازة خفية أو حيازة باكره أو حيازة غامضة، فإنها تنتقل إلى الوارث مشوبة بهذا العيب. ولا بد، حتى تنتج الحيازة آثارها عند الوارث، أن تزول العيب الذي هي مشوبة به، كما كان يجب أن يزول هذا العيب في حياة الموروث، فلا بد من أن تصبح الحيازة ظاهرة إذا انتقلت حيازة خفية إلى الوارث، أو ينقطع الاكراه إذا انتقلت مشوبة بالاكراه، أو يزول اللبس إذا انتقلت غامضة.

وإذا كان الموروث حسن النية في حيازته وبقي حسن النية إلى أن مات، فإن الحيازة تنتقل إلى الوارث مقتربة بحسن النية. ويعتبر الوارث، كما كان يعتبر الموروث، حسن النية في حيازته، إلى أن يثبت سوء نيته على الوجه الذي قدمناه في اثبات سوء نية الحائز⁽¹⁾.

والحاصل أن الحيازة تنتقل للخلف العام، بصفاتها، على أنه إذا كان السلف سيء النية، وأثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نية.

المادة 248

«تبقى الحيازة محتفظة بالصفات التي بدأت بها من وقت اكتسابها ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك».

(1) الوسيط للسهوري، ج 9، ص 878 - 879.

الشرح :

احتفاظ الحيابة بالصفات التي بدأت بها
من وقت كسبها حتى يقوم الدليل على العكس

من خلال نص المادة موضوع الشرح، يتضح أن الحيابة تبقى محتفظة بالصفات التي بدأت بها وقت اكتسابها، ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك.

فإذا اكتسب شخص الحيابة وكان حسن النية، وحسن النية مفترض فإنه يبقى حائزاً حسن النية يطلب من الحائز أن يثبت حسن نيته، فالمفروض أصلاً أنه حسن النية، إلى أن يثبت خصمه العكس.

والسبب في افتراض حسن النية في الحائز أن المشاهد في أغلب الأحيان أن الشخص الذي يحوز شيئاً يكون هو المالك له، والذي يستعمل حقاً غير حق الملكية يكون هو صاحب هذا الحق. فافتراض القانون حسن النية في الحائز أخذاً بالغالب الراجح. وذلك إلى أن يثبت من يدعي أن الحائز سيء النية، سوء نيته، فيحمل هذا المدعي عبء اثبات سوء النية. مثل ذلك أن يرفع المالك الحقيقي على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً إياه برد العين وبالثمار التي قبضها، فيتمسك الحائز بأنه تملك الثمار بقبضها لأنه كان حسن النية في حيازته.

ففي هذه الحالة لا يكلف الحائز باثبات حسن نيته، لأن حسن النية مفترض في جانبه كما قدمنا، وعلى المالك أن يثبت أن الحائز كان سيء النية حتى يستطيع أن يسترد منه الثمار. والمالك يثبت أن الحائز كان سيء النية بأن يثبت أنه كان وقت حيازته يعلم أنه ينبغي أن يعلم بأنه يعتدي على حق ملكيته على الوجه الذي سنبينه.

بحيث يعتبر الحائز سيء النية، في حالة ما إذا ثبت أنه كان يعلم، وهو يحوز الحق الذي يستعمله، أن حيازته لهذا الحق اعتداء على حق الغير فمن حاز على أرض الجار فأدخل جزءاً منها في أرضه يكون حائزاً سيء النية إذا كان يعلم أن هذا الجزء من الأرض ليس له، لأنه يكون بحيازته إياه عالملاً بأنه يعتدي على حق الجار، ومن اشترى عيناً من بائع لا يملكها وهو يعلم ذلك، وتسلم العين، يكون حائزاً سيء النية، لأنه يعلم بأن العين لم تنتقل ملكيتها إليه وأنه بحيازته إياها يعتدي على حق مالكها. ومن وجد في تركة واستولى عليها، يكون حائزاً سيء النية، لأنه يعلم بأنه يعتدي على حق مالك العين، فإذا كان يعتقد أن العين مملوكة لموروثه ولكن ثبت أن الموروث كان سيء النية يعلم أن العين غير مملوكة له، فإن الوارث يكون مع ذلك حسن النية، ولكن حسن نيته

في هذه الحالة لا يفترض ويجب عليه هو أن يثبت، لأن الحيابة تنتقل إليه من موروثه على اعتبار أنها حيابة بسوء نية إلى أن يثبت أنه حسن النية.

كما يكون الحائز سيء النية في حالة ما إذا ثبت أنه، وإن كان لا يعلم بأن حيابته اعتداء على حق الغير، كان ينبغي عليه أن يعلم ذلك. فيكون جهله بأن حيابته اعتداء على حق الغير، نتيجة لخطأ جسيم. علماً بأن الجهل بالاعتداء على حق الغير لا يعتد به إذا كان نتيجة لخطأ جسيم، وأن الحائز في هذه الحالة يعتبر في حكم من يعلم بأن حيابته اعتداء على حق الغير، ومن ثم يكون حائزاً سيء النية⁽¹⁾.

والخلاصة أن الحيابة تبقى محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت اكتسابها، فإذا كان كسب شخص الحيابة، وكان حسن النية، فإنه يبقى حائزاً حسن النية، إلى أن يثبت صاحب الحق سوء نيته على الوجه الذي أوضحناه وإذا ثبت أن الحائز سيء النية، فإنه يبقى حائزاً سيء النية وتنتقل حيابته بصفته هذه إلى ورثته، فيعتبر الوارث سيء النية مثل موروثه إلى أن يثبت أنه حسن النية.

وابتات حسن النية وسوء النية، يتجلى في كون الحائز يفترض فيه أنه حسن النية، كما قدمناه، وعلى صاحب الحق الذي يستعمله الحائز أن يثبت أن الحائز سيء النية. فعلى صاحب الحق إذن أن يثبت أن الحائز يعلم، أو كان ينبغي أن يعلم، أن حيابته اعتداء على حقه. ولما كان علم الحائز بذلك، أو امكان علمه به، واقعة مادية، فإن صاحب الحق يستطيع اثبات هذه الواقعة بجميع طرق الاثبات، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن⁽²⁾.

المادة 249

«تنقضي الحيابة إذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية على الملك أو فقدوها، ومع ذلك فلا تنقضي حيابته إذا منعه من مباشرتها مانع وقتي كالقوة القاهرة أو الحدث الفجائي».

الشرح :

زوال الحيابة وانقضاءها

يخلص من نص هذه المادة موضوع الشرح، أن الحيابة تنقضي بانقضاء عنصرها المادي، وهو السيطرة الفعلية على الحق الذي يستعمله الحائز، وتخليه عن هذه

(1) الوسيط للسنيوري، ج 9، ص 866 وما يليها.

(2) الوسيط للسنيوري، ج 9، ص 869.

السيطرة الفعلية على الملك أو فقد هذه السيطرة الفعلية. ثم ان الحيابة تنقضي بانتضاء عنصرها المعنوي، وهو قصد الحائز أن يستعمل الحق لحساب نفسه، إذ أن الحيابة متى فقدت أحد عنصرها، المادي أو المعنوي تكون قد فقدت أحد مقوماتها فتزول، ومن باب أولى تزول الحيابة إذا فقدت العنصرين معاً، العنصر المادي والعنصر المعنوي.

إذن، تزول الحيابة بداهة إذا فقد الحائز عنصرها المادي والمعنوي معاً، فقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه. ويتحقق ذلك في أحد فرضين :

(الفرض الأول) بإرادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص في الحيابة. فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينتقل له حيابة الحق الذي يستعمله، وتنتقل الحيابة فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق. فهنا قد فقد الحائز، وتخليه عن عنصر السيطرة الفعلية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه، ففقد الحيابة يفقد عنصرها. وبدأ الخلف الخاص حيابة جديدة مستقلة عن حيابة السلف، فإن هذه الحيابة السابقة قد زالت بفقد عنصرها كما تقدم القول. وقد سبق الكلام في هذا في أحكام انتقال الحيابة إلى الخلف الخاص.

(الفرض الثاني) بإرادة الحائز وحده، فيتخلي الحائز عن حيابة الملك. وهذا التخلي هو تخل من الحائز عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه، أي تنازل عن العنصرين المادي والمعنوي، فإذا كان الشيء عقاراً، زالت الحيابة دون أن تزول الملكية، وإذا كان الشيء منقولاً، زالت الحيابة والملكية معاً متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيابة هو التخلي عن الملكية.

هذا ويمكن أن تزول الحيابة بفقد عنصرها المادي وحده. فقد يفقد الحائز السيطرة المادية على الحق الذي يستعمله، فيفقد حيابته، ولو استبقى العنصر المعنوي وهو قصد استعمال الحق، فإن قصد استعمال الحق لا يجديه شيئاً، وهو فقد الاستعمال فعلاً أي فقد السيطرة عليه. ويفقد الحائز السيطرة المادية على الحق إذا اغتصب الغير منه الشيء محل الحق عقاراً كان أو منقولاً.

والاستثناء من القاعدة التي تقضي بزوال الحيابة بفقد عنصرها المادي هو ما أورده المادة موضوع الشرح بقولها : «ومع ذلك فلا تنقضي حيابته إذا منعه من مباشرتها مانع وقتي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي» والمفروض هنا أن المانع الذي

حال دون مباشرة السيطرة الفعلية هو مانع طبيعي أو قوة قاهرة أو حادث فجائي، وأنه مانع وقتي زواله مرتقب، وذلك كفيضان غمر الأرض لمدة موقوتة، ولا يلبث أن ينحصر فتعود كحائز للأرض السيطرة المادية عليها. فلا تعتبر الحيازة في هذا الفرض قد زالت بفقد السيطرة الفعلية فقد مؤقتاً بقوة قاهرة وببقى الحائز على حيازته للأرض حتى في أثناء المدة التي غمرها الفيضان فيها، أما إذا غمر الأرض البحر أو النهر لمدة مؤقتة، فإن الحائز للأرض يكون قد فقد السيطرة الفعلية عليها ومن ثم يفقد الحيازة.

وأخيراً يمكن زوال الحيازة بفقد عنصرها المعنوي وحده. مع بقاء عنصرها المادي وهو السيطرة الفعلية. ويتحقق ذلك فيما إذا كان فقد الحائز عنصر القصد في أن يحوز الشيء لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر للحيازة، مع استبقائه السيطرة المادية على الملك فيستبقى العنصر المادي، وإن كان يستبقيه نيابة عمن انتقل إليه العقار. وأكثر ما يكون ذلك فيما إذا باع شخص عقاراً، واتفق مع المشتري على أن يستقبله عنده لحساب المشتري. فهنا يكون البائع قد استبقى السيطرة المادية على المبيع نيابة عن المشتري، وفقد العنصر المعنوي فلم يعد يحوز المبيع لحساب نفسه بل لحساب المشتري. وعلى ذلك يفقد الحيازة الأصلية لأنه فقد عنصرها المعنوي، وانتقلت حيازته إلى حيازة عرضية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

مدة الحيازة

مر معنا أن ملكية العقار تكتسب عن طريق الحيازة بطول المدة، وذلك حسب نوع الحائز وعلاقته لمن يقوم بمنازعته بشأنها إما أجنبياً أو قريباً، وأيضاً من زاوية ما إذا كان أصل الملك مجهولاً أو معلوماً.

فالحيازة التي تعتبر دليلاً على الملك ومسقطاً لحق من يدعي ملكيته لذلك الملك الذي يوجد تحت حيازة غيره، تختلف إذن بحسب نوع الحائز وعلاقته بمن يقوم بمنازعته بشأنها.

وستتناول أحكام مدة الحيازة موضوع هذا الفرع، وأنواعها في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 898 وما يليها.

«إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكاً حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة، والقائم حاضراً عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار».

الشرح :

مدة اكتساب حيازة شخص أجنبي
غير شريك بحيازته ملكية العقار

سبقت الإشارة إلى أنه لا يعتد بالحيازة ولا يكون لها أثر قانوني إلا إذا استجمعت شروطها واستوفت صفاتها الكاملة، وهي : الهدوء، والعلنية، والاستمرار، والخلو من الالتباس والمنازعة. وممر معنا قريباً أنه يشترط لصحة حيازة الحائز، مجموعة من الشروط أوردتها المادة 240 من مدونة الحقوق العينية، السابق شرحها، وذكر شروط الحيازة كاملة.

ولقد ميزت مدونة الحقوق العينية بين حيازة الأجانب وحيازة الأقارب، كما ميزت مدة الحيازة بين ما إذا كان الأجانب شركاء أو غير شركاء.

وتكلمت المادة موضوع الشرح، على أحكام الحيازة بالنسبة للأجنبي غير الشريك. فقررت أن حيازة شخص غير شريك لملك، حيازة مستوفية لشروطها المذكورة في المادة 240 السابق شرحها، واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة، والقائم في منازعة الحائز في الحيازة، حاضراً عالم ساكت بلا مانع ولا عذر، فإن الحائز يكتسب بحيازته ملكية العقار.

وعلى ذلك، إذا كان الحائز أجنبياً غير شريك عن مدعي الملكية، ونازعه المدعي في العقار موضوع النزاع، كما إذا رفع شخص دعوى يطلب فيها الحكم له باستحقاق عقار يوجد تحت يد المدعي عليه، وأيد دعواه بما يثبت ملكيته له، فأجاب المدعي عليه بأن العقار المذكور يوجد تحت حيازته وتصرفه، فإن مدة الحيازة التي تنفعه تختلف بحسب ما يلي :

أ - إن أثبت أنه تصرف في ذلك العقار بالبناء والهدم أو بالغرس في الأرض تحت سمع المدعي وبصره من غير أن ينازعه هذا المدعي، فإن هذا يكفي في اعتبار أنه حائز لذلك العقار ويسقط حق المدعي في ملكيته له ولو لم تمض على تلك الحيازة عشر سنوات.

ب - أما إذا أثبت هذا المدعى عليه أنه كان يتصرف خلال مدة حيازته بما دون البناء والهدم والغرس كالسكنى في الدار أو حرث الأرض. فلا بد أن يثبت أن حيازته استمرت ودون انقطاع عشر سنوات فأكثر بالشروط المذكورة أي والقائم حاضراً عالم ساكت بلا مانع ولا عذر. وحينئذ يحكم بالغاء دعوى مدعي الملكية⁽¹⁾.

المادة 251

«تكون مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات، إذا كان فيما بينهم عداوة».

الشرح :

مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء

الواقع في الفقه، والمقرر في مدونة الحقوق العينية، أنه لا يمكن الاحتجاج بالحيازة ضد الأصول والفروع مهما طالَّت مدتها، بحيث إذا كان مدعي الملكية أباً أو جداً أو ابناً أو حفيداً للحائز، فإن هذه الحيازة لا تعتبر وحدها قاطعة لحق هؤلاء في الملكية مهما طالَّت مدتها.

نعم إن تصرف الأصل في العقار الذي تحت يده بالبيع أو الهبة تحت سمع الفرع، ثم قام الفرع بعد ذلك (بسنة) يدعي ملكية العقار ذلك العقار، فإن هذه دعوى تقبل ولو أثبتت أن عدم اعتراضه على ذلك التصرف يعتبر قرينة على ملكية الأصل لذلك العقار. ويطبق نفس الحكم على تصرف الفرع أمام الأصل.

أما بقية الأقارب غير الشركاء من الإخوة والأعمام والأزواج والأصهار فيمكن الاحتجاج ضدهم بالحيازة إذا توفرت على شروطها واستمرت المدة التي تحدد بحسب ما يأتي :

أ - إذا ثبت أن بين هؤلاء الأقارب عداوة ومشاحة وعدم التسامح فيما بينهم، أو ثبت أن بينهم شجاراً وخصومة، فمدة الحيازة عشر سنوات فأكثر.

ب - وإن لم تكن بينهم مشاحة ولا شجار أو خصومة، فإن مدة الحيازة يجب أن لا تقل عن أربعين سنة.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 318.

فلو فرضنا أن عقاراً كان مملوكاً لشخص توفي عن ثلاثة أولاد، فحاز أحدهم ذلك العقار واستمر يتصرف فيه المدة المذكورة (عشر سنوات إذا ثبتت الخصومة بينهم أو التسامح، وأربعون سنة إذا لم يكن بينهم شيء من ذلك) فإنه يصبح مالكا له، ولا يمكن لأخويه أو ورثتهما أن يطلبوا نصيبهم فيه⁽¹⁾.

المادة 252

«تحسب مدة الحيازة كاملة».

الشرح :

مدد الحيازة هي مدد كاملة

سبقت الإشارة إلى أن الحيازة تكون بين الأجانب غير الشركاء في مدة العشر سنوات بكل أنواع التصرفات عظم شأنها أو صغر سواء كانت الهدم والبناء أو بالسكنى والازدراع، وما يقوم مقام كل منهم، ولذلك اعتبرها القانون أقوى أقسام الحيازات، وهي مدة كاملة في الحيازة، لأن حيازة الأجنبي غير الشريك تتم بجميع أنواع التصرفات من هدم وبناء وسكنى وازدراع ونحوها، تحت سمع المدعي وبصره من غير أن ينازعه هذا المدعي، فإن هذا يكفي في اعتبار أنه حائز لذلك العقار ويسقط حق المدعي في ملكيته له ولو لم تمض على تلك الحيازة عشر سنوات.

إلا أنه إذا أثبت هذا المدعي عليه أنه كان يتصرف خلال مدة حيازته بما دون البناء، والهدم والغرس كالسكنى في الدار أو حرث الأرض، فلا بد أن يثبت أن حيازته استمرت عشر سنوات فأكثر بالشروط المذكورة. لأن مدة الحيازة تحسب كاملة.

وبالنسبة لحيازة الأقارب، فقد سبق القول، بأنه لا يعتد بالحيازة الواقعة ضد الأصول والفروع مهما طالت مدتها.

أما بخصوص الحيازة بين غيرهم من الأقارب من أعمام وإخوة وأصهار، فإنها تتحدد في أربعين سنة إذا انتفت بينهم عداوة أو خصومة، في حين تتحدد مدة الحيازة، دائماً حسب هذه الحالة في عشر سنوات عند ثبوت هذه العداوة.

ومجمل القول : إن مدد الحيازة بالشكل الذي بيناه مدد كاملة، سواء بالنسبة للأجنبي غير شريك، أو بالنسبة للأقارب لهم عداوة فيما بينهم. بحيث يشترط

(1) وفي ذلك يقول المجلس الأعلى : أن أمد الحيازة (التقادم) بين الأقارب هي أربعون سنة إذا لم تكن بينهم عداوة، قرار عدد 73، بتاريخ 19-01-1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31، ص 37.

القانون - كما تقدم لنا - لصحة الحيازة أن تستمر عشر سنوات دون انقطاع في مواجهة المدعي الذي لم يطالب بحقه طيلة هذه المدة وليس له عذر شرعي في عدم المطالبة أو المخاصمة، أما إذا انقطعت حيازة الحائز في أثناء مدة العشر سنوات بأن تخلى الحائز عنها فترة ثم عاد إليها، أو خاصمه المدعي في أثناء مدة الحيازة، فإن الحيازة لا تقيده بعد ذلك إلا إذا استمرت حيازته الجديدة لمدة عشر سنوات أخرى بلا انقطاع، أما الانقطاع الذي يحدث بعد مضي العشر سنوات فلا يعتد به لأن الملك يكون قد ثبت للحائز، إذا اكتملت بقية شروط الحيازة الموجبة لكسب الملكية.

المادة 253

«تبدأ مدة الحيازة في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية تملكه وفي حالة توالي التفويتات من تاريخ بداية حيازة أول مفوت».

الشرح :

بدء الحيازة في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك،
ومن تاريخ بداية حيازة أول مفوت في حالة توالي التفويتات

يستخلص من المادة موضوع الشرح، أن الحيازة تبتدئ في السريان، فيحسب ابتداء من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية تملكه أي عند حيازته يعتقد أنه المالك للشيء غير معتد على حق الغير. وله سبب صحيح لهذه الحيازة، وحسن النية في حيازته لا يعلم أن الملك المحاز لديه هو ملك لشخص آخر، وينكر دعوى المدعي ملكية العقار المحاز ويدعيه ملكاً لنفسه، أما إذا اعتمد على مجرد الحيازة دون ادعاء الملكية فلا تنفعه الحيازة، ولا يوجد شرط بجانب الحيازة إلا استمرارها دون انقطاع، عشر سنوات كاملة، لأن من حاز عقاراً دون أن يكون مالئاً له أو حقاً عينياً على عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به، وتتم حيازته بلا إكراه ولا تعد ولا غصب ولا نزاع، كان له أن يكسب ملكية العقار أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع عشر سنوات فأكثر كاملة، وتبتدئ سيرانها من تاريخ وضع يد الحائز على الملك بنية تملكه، مع استمرار الحيازة عشر سنوات دون انقطاع في الحيازة. وهو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

كما يستخلص من نص الجزء الثاني من المادة موضوع الشرح، أن مدة الحيازة في العقار تبتدئ سريانها من تاريخ بداية حيازة أول مفوت للعقار الذي كان يتصرف فيه قبل التفويت، وتحت يد حيازته، وتقومته بالبيع أو غيره من أنواع التفويت كالقسمة

والهبة، وذلك في حالة توالي التفويطات. وانتقال الحيازة من يد المفوت الأول إلى المفوت إليهم على التوالي والتتابع، مع ضم مدد الحيازة، وانتقالها إلى الخلف الخاص أو الخلف العام. بل يحسب سريان الحيازة ابتداء من تاريخ حيازة أول مفوت لها إلى غيره، واستمرارها على هذه الحالة، بدون انقطاع.

المادة 254

«تجمع مدد الحيازات المتعاقبة لحساب المدة المقررة في القانون».

الشرح :

ضم مدد الحيازة المتعاقبة وجمعها

سبقت الإشارة إلى أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بصفاتها على أنه إذا كان السلف سيء النية، وأثبت الخلف أنه في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته.

كما سبقت الإشارة إلى أن الحيازة تنتقل إلى غير الخلف إذا اتفق الخلف والسلف على ذلك وكان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق الوارد عليه الحيازة ولو لم يكن هناك تسليم مادي للشيء المجعل لهذا الحق.

وعرفنا كذلك فيما سبق أن الخلف العام هو الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة كالربع أو الثلث⁽¹⁾، وعلى ذلك يفهم أن الحيازة تنتقل إلى الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة بصفاتها. يعني أن حيازة السلف إن كانت أصلية تنتقل إلى الخلف أصلية، وإن كانت حيازة عرضية تنتقل إلى الخلف عرضية، وإن كانت معيبة تنتقل إلى الخلف بعيوبها وهكذا. وعلى ذلك إذا ورث الخلف حيازة صحيحة من سلفه كان له ضمها وتجمعها لمدة حيازته لتكمل مدة الحيازة المتعاقبة لحساب المدة المقررة في القانون.

ولكن إذا كان السلف سيء النية في حيازته ويعلم الخلف أنه سيء النية، فلا يستفيد الخلف من حيازة سلفه في هذه الحالة، أما إذا كان الخلف حسن النية، أي لا يعلم أن سلفه كان سيء النية، فله في هذه الحالة أن يثبت حسن نيته، ويتمسك بها ويضم إليه مدة حيازة سلفه.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 877.

يقول الدكتور السنهاوري : «يراد بانتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر أن تكون الحيازة في هذا الانتقال حيازة متصلة لا تنقطع اللاحقة منها عن السابقة لا تعتبر اللاحقة حيازة مبتدأة. وهذا الاتصال ما بين الحيازتين السابقة واللاحقة يكون من شأنه جواز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة لأن الاتصال يجعل الحيازة السابقة تستمر في الحيازة اللاحقة فيكون هنالك استمرار للحيازة⁽¹⁾».

المادة 255

«لا محل للحيازة :

- بين الأب وابنه وإن سفل ولا بين الأم وأبنائها وإن سفلوا ؛
- بين الأزواج أثناء قيام الزوجية ؛
- بين الشركاء مطلقاً ؛
- بين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره ؛
- بين الوكيل وموكله ؛
- بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال».

الشرح :

الحالات التي لا يمكن سريان الحيازة فيها

سبقنا الإشارة إلى أنه إذا توفرت شروط الحيازة كلها، وعناصرها المقررة في القانون، فإن الحيازة تعتبر قرينة على ملكية صاحبها، ويمكنه الاحتجاج بها ضد كل من كان حاضراً طيلة مدة الحيازة، وعالمياً بتصرف الحائز ومع ذلك لم يحرك ساكناً، ولم ينازع هذا الحائز مع تمكنه من ذلك وقدرته عليه. إلا من أثبت أن له عذراً، من الأعذار المتمثلة في كونه كان غائباً طيلة مدة الحيازة على مسافة طويلة وبصفة مستمرة، وإن لم يكن عالمياً بتصرف الحائز، لأنه كان غائباً عن المكان الذي يوجد فيه الملك، ولو كانت غيبته قريبة، لأنه يصدق في ذلك الادعاء، وعلى من يدعي عليه العلم أن يثبته. بخلاف من كان حاضراً أو ادعى عدم العلم بحيازة هذا الحائز فإنه لا يصدق في ذلك، أو أثبت أنه نازع الحائز خلال هذه المدة في حيازته أو شوش عليه في تصرفه. لكن لا تكون المنازعة قاطعة للحيازة إلا إذا تكررت، بحيث لا يكفي أن ينازعه مرة أو مرتين ثم يسكت.

(1) الوسيط للسنهاوري، ج 9، ص 876.

نعم، إذا زالت هذه الأعذار، كما إذا حضر الغائب أو رشد الصغير أو عين له ولي فلم يطالب بحقه حتى مضت مدة الحيازة من تاريخ زوال المانع، فإن الحيازة تنفع الحائز حينئذ ويمكن الاحتجاج بها.

وكذلك الأمر بالنسبة لمن نازع الحائز في حيازته ثم سكت من غير عذر إلى أن مضت مدة أخرى للحيازة⁽¹⁾.

وكما أن الحيازة لا يمكن الاحتجاج بها ضد أصحاب هذه الأعذار المذكورة، فإنها (أي الحيازة) لا يمكن أن تكون سبباً لكسب الملكية) ولا دليلاً عليها ضد من عدتهم المادة موضوع الشرح، من الأقارب الذاتيين والمعنويين، بحيث حيازة العقار من طرف هؤلاء لا تحاز بطول المدة ولو توفرت لها شروط الحيازة، لأن الفقه والقانون استثنأها من قاعدة الحيازة والتقدم.

وعلى هذا تكون الحالات التي لا يمكن سريان الحيازة فيها، هي :

(1) الحيازة بين الأصول والفروع، يعني بين الأب وابنه وإن سفل، وكذلك الحيازة بين الأم وأبنائها وإن سفلوا، بمعنى أنه لا يمكن الاحتجاج بالحيازة إذا كان مدعي الملكية أباً أو جداً أو ابناً أو حفيداً للحائز. كما لا يمكن الاحتجاج بالحيازة إذا كان مدعي الملكية أمّاً أو جدةً أو ابناً أو حفيداً للحائز، فإن هذه الحيازة لا تعتبر وحدها قاطعة لحق هؤلاء في الملكية مهما طال مدتها.

(2) كما أن الحيازة بين الأزواج حال قيام الزوجية بينهم، فإن هذه الحيازة لا تعتبر وحدها قاطعة لحق هؤلاء في الملكية مهما طال مدتها. بمعنى أنه لا يمكن الاحتجاج بالحيازة ضد الأزواج، في حالة قيام الزوجية بينهم، مهما طال مدتها، أما في حالة انفصال الزوجية ترجع مدة الحيازة إلى الحالة التي تعتبر فيها الحيازة إذا توفرت على جميع شروطها قاطعة ومسقطه للملكية العقار بالنسبة لمدعيها.

(3) الحيازة بين الشركاء مطلقاً، وذلك كما إذا كان الحائز يتصرف في العقار بما دون التقويت كالهدم والبناء والاستغلال، فإن المدة التي تعتبر حيازة قاطعة لحق المالك تختلف بحسب ما إذا كان الحائز أجنبياً عن مدعي الملكية أو قريباً له.

فإن كان الحائز شريكاً معه في ذلك العقار، كما لو أن شخصاً رفع دعوى على آخر يدعي فيها أنه يملك الربع معه في الدار التي يسكنها ذلك المدعى عليه، وطلب الحكم

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 315.

له باستحقاقه لذلك الربع، وأثبت ملكيته له فتمسك المدعى عليه بحيازته للعقار كله، فإن هذه الحيابة لا تنفع بين الشركاء مطلقاً، ولا يمكن سريان الحيابة فيها.

(4) الحيابة بين النائب الشرعي ومن هم تحت نظره، ومعنى ذلك، أنه يمكن أن يحوز الشخص لصالح غيره، كأن يحوز النائب الشرعي، الأب أو الأم أو الوصي أو القيم، عقاراً نيابة عن محجوره ومن هم تحت نظره، ونسبه له، ويعلم الناس ذلك، كما لو مات شخص وترك محجوراً، وكان تحت يد هذا الموروث عقار، فحازه ولي ذلك المحجور نيابة عنه ومن هم تحت نظره، وأصبح يستغله لصالح محجوره، فإن آثار الحيابة تنصرف لذلك المحجور ومن هم تحت نظره، ويعتبر هو الحائز. وعلى العموم، يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة، إذا كان قاصراً أو محجوراً عليه، فيباشر باسمه السيطرة المادية والولي أو الوصي أو القيم.

(5) الحيابة بين الوكيل وموكله. ومعنى ذلك، أنه يمكن أن يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة، إذا حصل وكيل عنه حيابة عقار اشتراه له مثلاً في حدود الوكالة، مادام الوكيل يعمل باسم الموكل ويأتمر بأوامره فيما يتعلق بحيابة العقار، وما لم يعلن الوكيل أنه اشترى العقار لنفسه وحازه لحسابه، فإنه يعتبر قد اشتراه لموكله وحازه لحساب الموكل، وفي هذه الحالة لا يمكن سريان الحيابة فيها، بين الوكيل وموكله.

(6) الحيابة بين المكلف بإدارة الأموال العقارية، وأصحاب هذه الأموال : كذلك يباشر الحائز السيطرة المادية بالواسطة، إذا كان شخصاً معنوياً، فيباشر باسمه السيطرة المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال، الذي يفوض في ذلك، ولا يجوز لهذا المكلف أن يكسب بالتقادم لمصلحته ملكية أموال الشخص المعنوي. إذ لا يمكن سريان الحيابة فيها، بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال.

المادة 256

«لا يعتد بالحيابة :

- إذا كان المحجوز عليه فاقد الأهلية أو ناقصها وليس له نائب شرعي، وفي هذه الحالة لا تبدأ مدة الجيابة في السريان إلا من تاريخ تعيين هذا النائب أو من تاريخ الرشد حسب الأحوال ؛

- إذا غاب المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة يفترض عدم علمه بحيابة ملكه إلى أن يثبت العكس ؛

- إذا منع المحوز عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة ؛

- إذا منع المحوز عليه مانع بأن كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال المدة المقررة للحيازة».

الشرح :

الأعذار التي لا يعتد بالحيازة بوجودها

هناك أعذار كثيرة تحول بين المحوز عليه وبين المطالبة بماله من الحائز، وبوجودها لا يكون للحيازة أثر مهما طال أمدها، ومن أهم الأعذار التي يعتد بالحيازة بوجودها عددها المادة موضوع الشرح، وهي :

1 - فاقد الأهلية أو ناقصها وليس له نائب شرعي : تنص هذه المادة موضوع الشرح، على أن من الأعذار التي تبيح للمحوز عليه المطالبة بحقه بعد انقضاء مدة الحيازة، فاقد الأهلية، أو ناقصها وليس له نائب شرعي، أي المحجور وهو الصغير والسفيه والمجنون، وليس له نائب قانوني، فإن كان المحوز عليه فاقد الأهلية، أو ناقصها، وليس له نائب شرعي، فإن الحائز لا تنفعه الحيازة مهما طال الزمان، وطالت مدة الحيازة، ويبقى كل منهم على حقه، إلى تعيين هذا النائب الشرعي، أو إلى أن يبلغ فاقد الأهلية أو ناقص الأهلية، ويرشد، وفي هذه الحالة، لا تبدأ مدة الحيازة في السريان إلا من تاريخ تعيين هذا النائب الشرعي أو من تاريخ الرشد حسب الأحوال، بمعنى أن الحائز إذا ظل الحائز حائزاً لمال الصغير والسفيه والمجنون، وهم حاضرون ساكتون، بعد زوال أروضهم حتى مضت مدة الحيازة، بعد تعيين النائب، أو الرشد، فإن حقهم في المطالبة يسقط في هذه الحالة.

2 - غيبة المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة : بحيث لا يمكن الاحتجاج بالحيازة ضد من أثبت أنه كان غائباً طيلة مدة الحيازة على مسافة طويلة وبصفة مستمرة. بمعنى أنه لا حيازة على غائب، فإن حيز عليه عقاره في غيبته يكون معذوراً بهذه الغيبة، ولا يسقط حقه مهما طال زمان الحيازة لأنه لا يعلم بحيازة الحائز لعقاره في غيبته الطويلة المتواصلة، يفترض عدم علمه بحيازة ملكه إلى أن يثبت العكس.

فإن كانت غيبته قريبة تمكنه من معرفة ذلك، فهو في حكم الحاضر والغائب في حكم الحاضر، يسقط حقه في المطالبة لهذا الحق، إذا قدم وسكت بلا مانع، حتى انقضاء مدة الحيازة المقررة في القانون.

3 - الخوف من سطوة الحائز : يشترط فقهاء المالكية في المحوز عليه عند حيازة لعقاره أن لا يكون خائفاً من الحائز. لأنه لو كان خائفاً من سطوة الحائز، لا يستطيع منازعته خشية أن تعرضه المنازعة لمكروه يأتيه من قبل الحائز الذي قد يكون ذا سلطة وسطوة أو يستند إلى ذي سطوة، أو يكون مشهوراً بالنصب والاعتداء، فإن كان الحائز كذلك فإن حق المحوز عليه لا يسقط في المطالبة به مهما طال أمد الحيازة.

يقول الدسوقي في معرض حديثه عن الأعذار : «من ذلك خوف الحاضر من سطوة من استند إليه الحائز»⁽¹⁾.

ويقول ابن فرحون : «ويشترط في الحيازة أن يكون المحوز عليه غير خائف من الحائز»⁽²⁾.

4 - تعذر حضور المحوز عليه للمطالبة بملكه : يرى فقهاء المالكية، أن من الأعذار التي تبيح للمحوز عليه المطالبة بعقاره بعد انقضاء مدة الحيازة، تعذر حضوره ومنعه مانع بأن كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال المدة المقررة للحيازة، أو لأسباب خارجة عن إرادته كأن يكون في قبضة عدو أو يكون ضعيفاً في بدنه لعدة أو مرض. فإن قام به مانع من الحضور، فإن حقه في المطالبة لا يسقط مهما طال الزمان.

يقول ابن فرحون : «إلا أن يكون له عذر مثل أن يكون في يد عدو أو من وراء بحر أو يكون ضعيفاً... الخ فيكون على حقه أبداً»⁽³⁾.

لكن إن عاد بعد زوال هذا المانع وقضى مدة حيازة جديدة مكتملة الشروط، وهو حاضر وساكنت، فإن حقه يسقط بذلك.

المادة 257

«تقطع مدة الحيازة في الأحوال الآتية :

- إذا فقد الحائز حيازته أو تخلى عنها ؛

- إذا رفعت الدعوى ضد الحائز، وفي هذه الحالة لا يكون للانقطاع أثر إذا رفضت المحكمة دعوى المدعي موضوعاً أو وقع التنازل عنها ؛

- إذا أقر الحائز بصحة دعوى المحوز عليه».

(1) حاشية الدسوقي، ج 4، ص 234.

(2) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج 2، ص 84.

(3) تبصرة الحكام لابن فرحون، ج 2، ص 77.

الشرح :

الحالات التي تنقطع فيها مدة الحيازة

نصت هذه المادة موضوع الشرح على مدة الحيازة في الأحوال الآتية :

1 - إذا فقد الحائز حيازته أو تخلى عنها : تنقطع الحيازة بدهاء إذا فقد الحائز عنصرها المادي والمعنوي معاً، ففقد عنصر السيطرة المادية وعنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه، ويتحقق ذلك في أحد فرضين :

(الفرض الأول) بإرادة الحائز متطابقة مع إرادة خلفه الخاص في الحيازة، فيتفق الحائز مع خلفه الخاص على أن ينقل له حيازة الحق الذي يستعمله، وتنتقل الحيازة فعلاً إلى الخلف الخاص بناء على هذا الاتفاق، فهنا قد فقد الحائز عنصر السيطرة المادية على الحق وعنصر قصد استعماله لحساب نفسه، ففقد الحيازة بفقد عنصرها. وبدأ الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف، فإن هذه الحيازة السابقة قد زالت بفقد عنصرها كما تقدم القول.

(الفرض الثاني) بإرادة الحائز وحده. فيتخلى الحائز عن حيازة الملك. وهذا التخلي هو تخل من الحائز عن كل من السيطرة المادية وقصد استعمال الحق لحساب نفسه، أي تنازل عن العنصرين المادي والمعنوي. فإذا كان الشيء عقاراً، زالت الحيازة دون أن تزول الملكية، وإذا كان الشيء منقولاً، زالت الحيازة والملكية معاً، متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيازة هو التخلي عن الملكية⁽¹⁾.

2 - تنقطع الحيازة برفع الدعوى ضد الحائز : وذلك حينما تكون الدعوى المرفوعة ضد الحائز، حول ملكية ما تحت يد المدعى عليه مجردة عن أية حجة، يكتفي من المدعى عليه بأن يجيب بالحوز والملك، ولا يكلف بإثبات هذه الحيازة، ولا أنها متوفرة على شروطها، ولا من أن صار إليه ذلك الشيء.

أما إذا أيد المدعي دعواه بحجة مقبولة، فلا يكفي حينئذ من المدعى عليه بمجرد التمسك بالحوز والملك، وإنما يتعين عليه إذا أراد أن يدافع عن نفسه - أن يدلي بما يثبت حيازته، وتوفرها على الشروط التي تجعلها كافية في إلغاء دعوى المدعي. وفي هذه الحالة، لا يكون لانقطاع الحيازة أثر، إذا رفضت المحكمة دعوى المدعي، عند عجزه عن إثبات دعواه. كما لا يكون أثر لانقطاع الحيازة، إذا وقع تنازل المدعي عن دعواه التي رفعها ضد الحائز أمام المحكمة.

(1) الوسيط للسنةوري، ج 9، ص 898 - 899.

3 - تنقطع الحيازة كذلك عند اقرار الحائز بصحة دعوى المحوز عليه : بحيث إذا رفع صاحب الحق دعوى أمام المحكمة ضد الحائز في حالة الحيازة التي يدعي فيها الحائز الملكية، وأثناء جريان الدعوى أقر الحائز لصاحب الحق المدعي المحوز عليه بصحة دعواه، فحينئذ تنقطع مدة الحيازة ولم يبق لها أثر، وينتقل إلى صاحب الحق الملك موضوع النزاع بصفة شرعية وقانونية.

المادة 258

«إذا انقطعت مدة الحيازة بسبب من الأسباب المذكورة في المادة السابقة، فتبتدي مدة الحيازة الجديدة من تاريخ زوال سبب الانقطاع».

الشرح :

مدة الحيازة الجديدة تبتدي من تاريخ زوال
سبب من أسباب الانقطاع المذكورة في المادة السابقة

يستفاد من نص المادة موضوع الشرح، أن مدة الحيازة تنقطع بسبب من الأسباب المذكورة في المادة السابقة، وتبتدي الحيازة الجديدة من تاريخ زوال سبب الانقطاع، وقد سبق قريباً أن عرفنا أن مدة الحيازة تنقطع إذا تخلى الحائز عن الحيازة أو فقدها ولو بفعل الغير، فالحيازة تزول بفقد عنصرها المادي والمعنوي معاً ولو بإرادة الحائز وحده، فيتخلى هذا عن حيازة العين والملك المحاز. كما قد تزول الحيازة للعنصر المادي للسيطرة المادية والعنصر المعنوي معاً، فإن الحيازة تزول، تنقطع مدة الحيازة السابقة وتبتدي مدة الحيازة الجديدة ابتداء من تاريخ زوال سبب هذا الانقطاع.

كذلك تنقطع مدة الحيازة بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية، أي بإقامة دعوى بحقه، فلا بد إذن أن يصل صاحب الحق، حتى يقطع مدة الحيازة من الحائز فلا يكفي لقطع الحيازة مجرد اتخاذ اجراءات تحفظية أو المطالبة القضائية أمام قاضي الأمور المستعجلة، لأن القضاء المستعجل غير مختص إلا بإجراءات وقتية عاجلة.

ولكن إذا تضمنت المطالبة القضائية أمام القضاء المستعجل عن خطأ، طلبات في موضوع الحق، أمكن اعتبار المطالبة القضائية في هذه الحالة مطالبة بموضوع الحق أمام محكمة غير مختصة فتقطع مدة الحيازة، ولا يكفي أيضاً لقطع مدة الحيازة

طلب المعافاة من الرسوم القضائية، فإن هذا لا يعتبر مطالبة قضائية بالحق ذاته. وكذلك لا يكفي لقطع مدة الحيابة التظلم المرفوع إلى سلطة إدارية، فإن هذا التظلم لا يعتبر مطالبة قضائية.

فالواجب إذن، لقطع مدة الحيابة، أن يطالب المالك الحائز بملكية العقار مطالبة قضائية، أي أن يرفع عليه دعوى الاستحقاق. وتصدر المطالبة القضائية ضد الحائز من المالك أو من نائبه كوكيل أو ولي أو وصي أو قيم⁽¹⁾. فإذا قضت المحكمة بحكم لفائده، فذاك وإلا رفضت دعوى المالك موضوعاً وكان مآل الدعوى الرفض أو تنازل المالك عن دعواه ففي هذه الحالة، لا يكون لانقطاع مدة الحيابة أثر، بل تبقى الحيابة مستمرة، لكن تحسب هذه الحيابة من جديد ابتداء من تاريخ زوال بسبب الانقطاع من تاريخ وقت صدور الحكم المتعلق برفض دعوى المالك الاستحقاقية، ضد الحائز أو بتنازله عن الدعوى.

فببتدئ وقت مدة الحيابة من جديد. كما تنقطع مدة الحيابة بإقرار الحائز بحق المالك، بحيث إذا مضت مدة علي حيابة الحائز دون أن تتكامل مدة الحيابة، ثم أقر الحائز أن العقار ملك لصاحبه، فإنه يكون بهذا الإقرار قد تنازل عما انقضى من مدة الحيابة. ولما كان التنازل عن مدة الحيابة كلها بعد تكاملها جائزاً، فأولى أن يجوز التنازل عن بعض مدة الحيابة بعد انقضائها. ويؤدي ذلك إلى انقطاع مدة الحيابة الذي كان سارياً، وعدم الاعتماد بالمدة التي انقضت وابتداء تقادم جديد من وقت صدور الإقرار⁽²⁾ فتبتدئ مدة الحيابة الجديدة من وقت صدور الإقرار. إذ إقرار الحائز بحق المالك، لم يعتد بمدة الحيابة التي سبقت هذا الإقرار وتعتبر كأن لم تكن. ولكن إذا بقي الحائز على حيابته للعقار بنية تملكه، بدأ سريان مدة الحيابة من جديد.

المادة 259

«لا يجوز تعديل مدة الحيابة بالزيادة أو بالنقصان، وكل اتفاق على ذلك يقع باطلاً».

الشرح :

مقدار مدة الحيابة، ولا يجوز الاتفاق على تعديلها

سبقت الإشارة إلى أن من حاز عقاراً دون أن يكون مالكاً له، كان له أن يكسب ملكية العقار، إذا استمرت حيابته دون انقطاع، ودون عذر من الأعذار المذكورة سابقاً، عشر سنوات، فمدة الحيابة تكسب الملكية هي إذن عشر سنوات كاملة.

(1) الوسيط للسنة 9، ج 9، ص 1042 - 1043.

(2) الوسيط للسنة 9، ج 9، ص 1051.

وهذه المدة من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها، لا عن طريق إبطالها ولا عن طريق تقصيرها.

فلا يجوز إذن الاتفاق بين الحائز والمالك على أن تكون مدة الحيابة أكثر من عشر سنوات، كما لا يجوز الاتفاق بين الحائز والمالك، على أن تكون أقصر من عشر سنوات، بل يتحتم أن تكون المدة عشر سنين المقررة في القانون لا تزيد ولا تنقص. وكل اتفاق يقع في شأن تعديل مدة الحيابة بالزيادة أو بالنقصان، يكون باطلاً، ولا أثر له. وهو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

الفرع الثالث آثار الحيابة المادة 260

«يترتب على الحيابة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار».

الشرح :

يترتب على الحيابة المستوفية لشروطها
اكتساب الحائز العقار المحجوز تحت يده

بناء على ما تقدم فإن الحيابة المتوفرة على الشروط السالفة الذكر تعتبر سبباً لتملك العقار غير المحفظ من طرف الحائز، وهو ما تنص عليه المادة موضوع الشرح. وعلى ذلك، إذا حاز شخص عقاراً غير محفظ، وتوفرت في هذه الحيابة شروطها، ومضت عليها المدة لها، فإن هذه الحيابة تعتبر سبباً من أسباب الملكية، بحيث يعتبر هذا الحائز مالئاً لذلك العقار ملكية صحيحة. مما يعني أنه لا يمكن لمن ينازعه في ملكيته أن ينزعه منه ولو أدلى بما يثبت ملكيته لذلك العقار.

وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في أحد قراراته. الذي ورد فيه ما يلي : «إن دعوى استحقاق العقار لا يمكن سماعها ولا قبول البينة المؤيدة لها بعد مرور عشر سنين عن حوز وتصرف الأجنبي وغير الشريك مع حضور القائم بها وسكوته بلا مانع طول المدة المذكورة»⁽¹⁾.

(1) قرار رقم 11، بتاريخ 26-10-66، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 22، ص 8.

كما أنه إذا كان الحائز قد اكتسب ذلك العقار بعقد غير مستوف للشروط المتطلبة في مثله، فلا يمكن للغير أن يطلب إبطال ذلك العقد، لأن الحائز أصبح يستند في ملكيته إلى الحيازة، لا إلى ذلك العقد.

وهذا يعني أن للحيازة أثرين :

أحدهما : أنها تعتبر مثبتة لحق الحائز، ومسقطة لدعوى الغير في ملكية العقار المحاز، بمعنى أن من حاز عقاراً طيلة المدة المطلوبة فيه، وتوفرت له الشروط الأخرى، فإنه يصبح مالكا له ولو كان مملوكاً لغير قبل ذلك، لأن الحيازة انتقلت ملكيته لهذا الحائز وأزالت ملكية المالك السابق.

ثانيهما : أنها تعتبر مطهرة للملكية من العيوب التي كانت تشوبها قبل توفر شروط الحيازة، بحيث لو فرضنا أن شخصاً ملك عقاراً بمقتضى عقد بيع غير مستوف لشروط البيع، ثم حاز بعد ذلك العقار طيلة المدة المعتبرة في الحيازة وتوفرت له شروطها، فإنه يصير مالكاً لذلك العقار ملكية صحيحة، ويتطهر ذلك العقد من العيوب التي شابته⁽¹⁾.

المادة 261

«لا تكسب بالحيازة :

- أملاك الدولة العامة والخاصة ؛
- الأملاك المحبسة ؛
- أملاك الجماعات السلالية ؛
- أملاك الجماعات المحلية ؛
- العقارات المحفظة ؛
- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون».

الشرح :

الأملاك العقارية التي لا تكتسب بالحيازة

إن الحيازة لئن كانت سبباً من أسباب كسب الملكية العقارية في التشريع المغربي، إلا أنها لا تؤثر على اكتساب بعض العقارات مهما طالّت مدة حيازتها، وهذه العقارات حسب المادة موضوع الشرح من القانون رقم 39-08، وهي :

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 320 و321.

- أملاك الدولة العامة والخاصة : ولا تقبل الحيازة نظراً للصبغة العمومية التي تطبع الأملاك العامة، والخصوصيات التي تتفرد بها الأملاك الخاصة للدولة.

- الأملاك الحبسية : إذ لا محل لاكتسابها بالحيازة على اعتبار أن ذلك يتنافى مع الغاية المتوخاة من الحبس من جهة ويتناقض مع إرادة الحبس والمقتضيات القانونية الواردة في المادة 51 من مدونة الأوقاف من جهة ثانية، والمشار إلى ذلك سابقاً.

- أملاك الجماعة السلالية : بدورها لا محل لاكتسابها بالحيازة مهما طال أمدها، وذلك عملاً بالفصل 4 من ظهير 27 أبريل 1919 المنظم للأراضي الجماعية⁽¹⁾.

- أما الجماعات المحلية : بدورها لا مجال لاكتسابها بالحيازة مهما طال أمدها، عملاً بمقتضى ظهير 27 أبريل 1919 المنظم للأراضي الجماعية والمشار إليه أعلاه.

- العقارات المحفظة : إذ لا تؤثر الحيازة على حق مالك العقار المحفظ، لأن قرار التحفيظ يطهر العقار من كل الشوائب العالقة به، وبالتالي فالتقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري⁽²⁾.

- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون : إضافة للأملاك السابقة، فالحيازة لا تؤثر على بعض الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون.

المادة 262

«يطبق الفصل 101 وما يليه من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود على تملك الغلة والمسؤولية عن هلاك الشيء المحاز».

الشرح :

تطبيق الفصل 101 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود

على تملك الغلة والمسؤولية عن هلاك الشيء المحاز

تنص هذه المادة موضوع الشرح، على إحالة وتطبيق الأحكام الواردة في الفصل 101 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والفصل 101 وما يليه، إلى غاية الفصل 102 من هذا القانون المحال عليه.

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 221 ملف مدني صادر في 1968/5/8 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 3 ص 29.

(2) الفصل 63، من القانون رقم 14-07 المعدل والمغير لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

بحيث يتعلق الفصل 101 و102 بمسؤولية الحائز سيء النية، سواء من حيث الثمار، أو من حيث المصروفات، أو من حيث تبعة هلاك الشيء وتعييبه.

وعليه، خص المشرع لمسؤولية الحائز سيء النية الفصلين 101 و102 حيث أوضح ما يترتب على الحيازة بسوء نية من آثار، سواء بالنسبة للثمار التي جناها أو قصر في جنيها، أو بالنسبة للمصروفات التي أنفقها أم بالنسبة لهلاك الشيء أو تعيبه.

أ - من حيث الثمار : يترتب على الحائز سيء النية أن يرد مع الشيء جميع الثمار التي جناها أو التي كان يستطيع أن يجنيها لو أنه أدار الشيء الادارة المعتادة وذلك من وقت وصول الشيء إليه.

ولا يميز من حيث مسؤولية الرد بين الثمار الطبيعية (كثمار الأشجار النابتة نبت الطبيعة أو وبر الجمل أو صوف الأغنام والماعز) والثمار الصناعية (كثمار الأشجار المغروسة بعمل الإنسان أو المحاصيل الزراعية) والثمار المدنية (كأجور الأبنية أو فائدة النقود)، ويجري مفعول ذلك، ابتداء من الوقت الذي لم يعد حسن النية، بمعنى ابتداء من الوقت الذي علم فيه بوجود عيب في حجته سند الحيازة، إذا كان لم يحصل له علم بذلك إلا بعد أن صار الشيء تحت يده، أو ابتداء من تاريخ توجيه الدعوى ضده من طرف المالك الحقيقي، إذا كان قد استمر إلى حد هذا التاريخ حسن النية.

ب - من حيث المصروفات : يحق للحائز الذي يكون ملزماً كما ذكر، برد الثمار، أو قيمتها، أن يسترد، وفي مقابل ذلك، المصروفات التي أنفقها لأجل المحافظة على الشيء (مثلاً : صيانة عمارة)، أو لأجل التمكن من الثمار (مثلاً : مصاريف الحرث والحصاد).

وإذا كان الحائز لم يحصل على ثمار بسبب سوء التسيير (مثلاً : إذا تهاون في حرث أرض منتجة أو إذا تغافل عن تحصيل أئمة كراء منزل السكنى)، فإنه يتحمل في ذمته على الأقل، ولفائدة الطالب، قيمة الثمار التي كان من الطبيعي، وكما هو معتاد أن تكون منتوجاً للشيء.

وتكون الثمار التي يجنيها الحائز خلال الفترة التي يكون فيها حسن النية ملكاً له، وتبقى على عاتقه، في مقابل ذلك، مصاريف الصيانة، والاستغلال.

ج - من حيث تبعة هلاك الشيء وتعييبه : إذا هلك الشيء، أو حدث فيه عيب، ولو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، أثناء الفترة التي يكون فيها الحائز سيء النية، أو بعد أن أقيمت ضده دعوى الاسترداد، فإن الحائز يتحمل شخصياً جميع التبعات

المرتبة على الهلاك أو العيب، ويكون بمقتضى هذا، ملزماً بأداء تعويض للمالك الحقيقي، حيث يقدر، على أساس قسمة الشيء يوم وصوله إلى يده.

- فإذا هلك الشيء، وكان من الأشياء القيميّة (وهي التي تتميز عن غيرها بصفات خاصة تعينها تعييناً ذاتياً، بحيث لا يقوم غيرها مقامها، ولو من نوعها كمنزل أو لوحة فنان)، تترتب على الحائز سيء النية أن يدفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه. أما إذا كان من المثليات (وهي الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس، بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن، كالقمح والروز والذهب والفضة)، فإنه يلزم برد مقدار يعادله.

- وإذا تعيب الشيء فقط قيمياً أو مثلياً، تحمل الحائز سيء النية بالرفق بين قيمته في حالته السليمة، وقيّمته، وهو في حالته المعيبة، هذا فيما إذا كان الشيء بقي، رغم تعيبه، صالحاً لأن يستعمل فيما أعد له. أما إذا تعيب الشيء لدرجة أصبح معها غير صالح لذلك، فإن الحائز سيء النية يتحمل قيمته كاملة، على أساس قيمة الشيء يوم وصوله.

ولا يكون الحائز عن حسن نية، مسؤولاً سوى عن خطئه الشخصي، ولأجل هذا، فإن المالك الذي يطالب باسترداد الشيء إليه، يتحمل هو نفسه جميع التبعات الناجمة عن هلاك الشيء أو حدوث عيب فيه، بسبب حادث فجائي، أو قوة قاهرة، خلال الوقت الذي كان الحائز فيه حسن النية، وقبل أن تقوم ضده دعوى الاسترداد.

وإذا توفى الحائز سيء النية، فالالتزامات التي كانت مترتبة عليه شخصياً حتى وفاته، تنتقل إلى تركته، سواء بالنسبة للثمار أم بالنسبة لهلاك الشيء أو تعيبه المحاز⁽¹⁾.

الفرع الرابع

إثبات الحيابة وحمايتها

المادة 263

«من أثبت أنه يحوز ملكاً حيابة مستوفية لشروطها وأدرج مطلباً لتحفيظه يعتبر حائزاً حيابة قانونية إلى أن يثبت العكس».

(1) انظر كتابنا الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج 1، ص 511 وما يليها.

الشرح :

يجوز للحائز طلب تحفيظ الملك الذي أثبت حيازته،
والتي تعتبر حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس

تقدم لنا أن الحيازة تكون سبباً من أسباب نقل الملكية من مالك إلى آخر، وذلك عندما يثبت الشخص أنه حاز عقاراً مدة معينة، وتوفرت له شروط خاصة فإنه يعتبر هو المالك لذلك العقار ولو أثبت غيره أنه كان يملكه.

وذلك كما إذا وقع نزاع بين شخصين حول عقار يدعي أحدهما أنه يملك ذلك العقار، ويتمسك الآخر بأن ذلك العقار تحت حيازته وتصرفه، فإن هذه الحيازة إذا ثبتت وتوفرت فيها الشروط التي قررها القانون، والتي ذكرناها سابقاً في شروط الحيازة وأثرها، ترجح كفة الحائر، لأن الحيازة تعتبر قرينة قاطعة على أن ذلك العقار لحائزه، وأنه لا حق في لغيره.

وبناء على ذلك، يجوز لهذا الحائز الذي أثبت حيازة الملك حيازة مستوفية لشروطها المقررة والمذكورة سابقاً، بأن تطلب إدراج مطلب تحفيظ هذا الملك الذي أثبت حيازته بحجة شرعية والذي يعتمد حائزاً حيازة قانونية، وتسجيله في سجل المحافظة العقارية الموجود العقار داخل نفوذها، ويأخذ رقمه وترتيبه في الرسم العقاري وفقاً للقانون العقاري الجديد إلى أن يثبت المالك خلاف ما أثبتته الحائز طالب التحفيظ.

فإذا أثبت مدعي ملكية العقار موضوع النزاع، عكس ما أثبتته الحائز، ففي هذه الحالة، والذي أدرج مطلباً لتحفيظه، يأخذ مطلب التحفيظ منجزاً، ومسطرة أخرى تخضع لمسطرة التعرضات والمنازعات المتعلقة بقانون التحفيظ العقاري الجديد.
وهذا هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية.

الفصل الرابع الميراث والوصية

الميراث :

شرع الله للمواريث نظاماً عدلاً محكماً ينقل بموجبه مال الانسان بموته من عقار ومنقول إلى من يخلفه فيه ويرثه غيبة حسبما شرعه الله سبحانه لكل وارث على ما تقضيه حكمته وذلك بعد إخراج ما يتعلق بذلك المال من حقوق مقدمة. والميراث سبب من أسباب الملكية عن طريق الارث.

الوصية :

لاشك أن الوصية سبب من أسباب الملكية عن طريق الخلافة، لأنه لما كان الإنسان حين يموت تنقطع صلته بأمواله بمجرد موته، ويتعلق بها حق الغير وهم الوارثون، كان مقتضى هذا ألا تصح وصايا الإنسان، لأنها تصرف في التركة بعد الموت، ولكن لما كان في الوصية من مزايا حسنة، وعمل خيري، أجازها الشارع بالأدلة الشرعية قولاً وعملاً، وجعلها سبباً من أسباب الملكية بالخلافة عن المالك لأن هذا النوع هو الذي تؤول الملكية فيه إلى شخص له صلة بالمالك الميت.

المادة 264

«تنتقل ملكية الحقوق العينية العقارية عن طريق الارث والوصية وتسري عليهما أحكام مدونة الأسرة».

الشرح :

كسب ملكية الحقوق العينية العقارية، بالميراث والوصية،
وتطبق عليهما أحكام مدونة الأسرة

فيما يتعلق بانتقال ملكية العقار عن طريق الإرث :

تنص هذه المادة موضوع الشرح، على أن ملكية الحقوق العينية العقارية، تنتقل عن طريق الارث. وتسري عليها أحكام مدونة الأسرة، ومعنى ذلك أن الوارث يكسب بطريقة الميراث العقارات والحقوق العينية الموجودة في التركة، وتنتقل هذه الملكية إلى الوارث، مع مراعاة أي قيود واردة في مدونة الحقوق العينية، والتي تسري على ملكية العقار عن طريق الإرث، أحكام الميراث الواردة في مدونة الأسرة، وبخصوص في الكتاب السادس من هذه المدونة، والمحالة بنص المادة موضوع الشرح عليها، يشتمل الكتاب السادس من مدونة الأسرة على أسباب الإرث وشروطه وموانعه، وطرائق الإرث، وأصحاب الفروض، والإرث بطريق التعصيب والحجب، والوصية الواجبة، وتصفية التركة وتسليم التركة وقسمتها.

وفيما يتعلق بكسب ملكية العقار عن طريق الوصية :

كما نصت المادة موضوع الشرح، على أن ملكية الحقوق العينية العقارية تنتقل كذلك عن طريق الوصية وتسري عليها أحكام مدونة الأسرة. وعرفت مدونة الأسرة

الوصية، بأنها عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أي الوصية بما يوجب الحق في الثلث يلزم بعد موت الموصي، ويكسب الموصى له بطريقة الوصية الحق الموصى به في العقار الموصى به، والوصية لا تنتج أثرها إلا بعد وفاة الموصي.

فإذا توفى الموصي ولم يرجع عن وصيته، تكون هذه الوصية سبباً لكسب الموصى له العقار الموصى به، وتسري أحكام مدونة الأسرة، على الوصية بالنسبة للموصى له.

وتطبق أحكام مدونة الأسرة على الوصية بمقتضى الإحالة عليها بنص المادة موضوع الشرح، وبالاختصاص الكتاب الخامس المتعلق بالوصية وأحكامها.

الباب الثاني

المغارسة والهبة والصدقة والشفعة

المغارسة :

هي أن يتفق مالك الأرض مع شخص على أن يتولى هذا الأخير غرس تلك الأرض بأشجار معينة، مثل الزيتون والنخل والكرم وغيرها، ويلتزم بأن يتعهدا، وعندما تثبت تلك الأشجار أو تطعم (حسب الاتفاق) يكون له جزء معين (كنصف أو ثلث) من تلك الأرض. أما إذا لم تنجح مغارسته، ولم تطعم تلك الأشجار خلال المدة المعينة، فلا شيء له على صاحب الأرض⁽¹⁾ والمغارسة، إذا نجحت تكون سبباً لكسب الملكية العقارية.

والهبة والصدقة :

إن الهبة والصدقة، تكونان سبباً لكسب الملكية التامة، بخلاف غيرها من أنواع التبرعات كالحبس والعريّة والامتناع، فإنها أسباب لكسب المنفعة فقط.

ويمكن تعريف الهبة والصدقة بأنهما تمليك مال بدون عوض.

والفرق بين الهبة والصدقة يقصد بها التقرب إلى الله تعالى ونيل ثواب الآخرة. في حين أن الهبة يقصد بها شخصية الموهوب له والتقرب إليه.

وتطبق عليها نفس الأحكام إلا في الوجهين الآتيين :

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 342.

الأول : أنه لا ينبغي (أي يكره وقيل يحرم) للمتصدق أن يرجع ما تصدق به إلى ملكه بشراء أو هبة أو غير ذلك، بخلاف الهبة، فإنه يمكن للواهب أن يرجع ما وهبه إلى ملكه بشراء أو هبة، باستثناء ما وهبه للأيتام أو للفقراء أو لأولى الأرحام كالعمة والخالة، والبنات، فلا ينبغي للواهب أيضاً أن يرجعه إلى ملكه لأنه بمثابة الصدقة.

الثاني : أنه يحق لمن وهب ابنه شيئاً أن يسترده منه عن طريق ما يسمى بالاعتصار، بخلاف من تصدق بشيء حيث لا يحق له أن يسترده⁽¹⁾.

والشفعة : عرف الفقه المالكي الشفعة بأنها أخذ شريك ممن يحدد ملكه اللازم اختياراً بمعاوضة عقاراً أو ما يتبعه ب مثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص أو ما حدده الشارع في عوض الشقص.

ومعنى ذلك أنه عندما يكون المال مشاعاً بين شخصين أو أكثر ويفوت أحد الشركاء حصته للغير بعوض، فإن لباقي الشركاء الحق في أن يستردوا تلك الحصة من المالك الجديد بعد أن يؤدوا له كل ما خرج من يده بمناسبة حصوله على تلك الحصة.

وأغلب المذاهب الفقهية، وكذا القوانين الوضعية، ومدونة الحقوق العينية، تسير على أن الشفعة خاصة بالعقار لأنه هو الذي يدوم ولأنه مهم جداً من الناحية الاقتصادية، ولأن الشركة فيه تؤدي إلى أضرار كثيرة⁽²⁾. وتعتبر الشفعة سبباً من أسباب الملكية العقارية وما يتبعها. ويتضمن الباب الثاني : المغارسة، والهبة والصدقة، والشفعة، سنتناول أحكام ذلك في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

الفصل الأول

المغارسة

المادة 265

«المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجراً مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الفارس عند بلوغ الشجر حد الاطعام.
لا يمكن أن يكون محل عقد المغارسة حقوقاً مشاعة».

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 342.

(2) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 163.

الشرح :

تعريف المغارسة، ومحل عقدها
لا يمكن أن يكون حقوقاً مشاعة

المغارسة في الفقه هي عقد على تعمير الأرض بشجر بقدر معلوم، والمغارسة من عمل الناس، وهي من باب المجاعة.

وعرفت المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية للمغارسة، أنها عقد يعطي بموجبه مالك أرض لشخص آخر من أجل غرسها على نفقته ومصاريف الغرس، بالشجر مقابل حصة معلومة متعاقد عليها بين الطرفين من هذه الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الاطعام.

ولا يختلف تعريف المدونة عن التعريف الفقهي الذي أورده صاحب التدريب على الوثائق العدلية حيث قال : «المغارسة مفاعلة، مأخوذة من الغرس وهي أن يدفع شخص أرضه البيضاء إلى آخر ليغرس فيها ما يشاء من أنواع الأشجار المختلفة أو نوعاً معيناً منها مقابل جزء معلوم من الأرض بأشجارها، يستحق العامل عند إطعام الشجر أو بلوغه علواً محدوداً أو مرور مدة معينة»⁽¹⁾.

ومعنى ذلك أن المغارسة هي عقد، بحيث يتفق مالك الأرض مع شخص آخر على أن يتولى هذا الأخير غرس تلك الأرض بأشجار معينة، مثل الزيتون والنخل والكرم وغيرها، ويلتزم بأن يتعهدا، وعندما تثبت تلك الأشجار أو تصل إلى حد الاطعام (حسب الاتفاق ومضمون العقد) يكون له جزء معين (كنصف أو ثلث) من تلك الأرض أن تبلغ حد الاطعام. أما إذا لم تنجح مغارسته ولم تطعم تلك الأشجار خلال المدة المعينة فلا شيء له على صاحب الأرض.

كما نصت المادة موضوع الشرح، على أنه لا يجوز أن يكون محل عقد المغارسة حقوقاً مشاعة، بل يتعين أن يكون محل عقد المغارسة حقوقاً غير مشتركة مع الغير.

المادة 266

«لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الاطعام، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الاطعام، وكل شرط مخالف يعتبر باطلاً».

(1) أبي الشتاء الحسن بن الغازي الحسن الصنهاجي، التدريب على الوثائق العدلية، الطبعة الأولى، ج 2، ص 500.

الشرح :

عدم جواز اشتراط أجل يقل عن حد الاطعام
أو تجاوز الأجل تمام الاطعام، وكل شرط مخالف يعتبر باطلا

قلنا ان المغارسة هي عقد على تعمير أرض بشجر يبقى سنين، كالزيتون والتين
والنخل، بقدر معلوم أو لجزء من أصل، والمغارسة جائزة وهي من عمل الناس لمن أراد
ذلك بشروط :

الأول : أن يحد العمل، وتحديداه إما أن يبلغ الشجر الإثمار وحد الاطعام، وإما
بمدة لا يثمر الشجر قبلها، وإما بمقياس : كقائمة أو عدد أشجار بشرط عدم الإثمار قبل
المقياس الذي اتفقا عليه، فإذا تم ما اتفقا عليه، فلهما القسم ولهما البقاء على الشركة
مشاعاً، والخدمة بعد على كل بحسب نصيبه.

الثاني : أن يدخل على جزء معلوم : كنصف أو ثلث.

الثالث : أن يكون الجزء الذي اتفقا عليه عاماً في الأرض والشجر.

الرابع : كون المغروس في الأرض يطول بقاؤه في الأرض كما تقدم، لا كزرع وبقل.

وإذا اختل شرط مما تقدم فسدت المغارسة ولا يستحق العامل مما عمل شيئاً قبل
الغاية التي اتفقا عليها، فإذا بلغها استحق نصيبه الذي دخلا عليه⁽¹⁾.

وهذا المعنى أوضحته المادة موضوع الشرح، وقررت أنه لا يجوز في عقد المغارسة
اشتراط أجل يقل عن حد الاطعام والاثمار، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام
الاطعام والاثمار، فكل من طر في العقد ملزم ومقيد بهذين الشرطين وأن لا يقع
تغيرهما، بأقل أجل المغارسة أو تجاوز أجل تمام الاطعام. وكل شرط وقع اختلال به،
يخالف مضمون العقد يكون باطلا لا أثر له.

المادة 267

«إذا بلغ الشجر حد الاطعام اكتسب الفارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر
ملكاً شائعاً بين مالك الأرض والفارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في
عقد المغارسة».

(1) انظر الأحكام، على تحفة الحكام، للشيخ الكافي، ص 250.

الشرح :

أثر المغارسة في اكتساب الغارس حقه العيني عند بلوغ
الشجر حد الإطعام وتصبح الأرض والشجر ملكاً شائعاً
بينه وبين مالك الأرض بحسب الحصة المتفق عليها في العقد

مر معنا أن المغارسة جائزة لمن فعلها من مالك البقعة من الأرض أو من العامل
وهو الغارس فيها، ولا بد فيها من ضرب الأجل كالإطعام أو غيره، مما ذكرنا، فإذا
أطعمت الأشجار وبلغت حد الإطعام، فلمالك الأرض والغارس أن يقسما البقعة من
الأرض إن أرادا ذلك ولهما البقاء على الشركة مشاعة، وعلمنا كذلك أن المغارسة
تجوز بجزء من الأرض معلوم كالربع أو غيره من الأجزاء، ولا يجوز في عقد
المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، أو يتجاوزه، وكل شرط مخالف يعتبر
باطلاً.

وأوضحت هذه المادة موضوع الشرح، أنه يجوز للشخص أن يدفع أرضه إلى من
يغرسها شجراً أو نخلاً يسمى مالك الأرض أنواع المغارسة، وأصنافها للمغارس،
فإذا بلغت الشجرة أو النخل حد الإطعام والإثمار، فالأرض والشجر والنخل بينهما
نصفين أو على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وليس للمغارس شيء من أرض ولا شجر
حتى يبلغ غرسه إلى حد الإطعام كما بيناه أعلاه، وإلى ما اشترطاه في عقد
المغارسة، فيكون له من ذلك الجزء والنصيب المتفق عليه، لأن الغارس حينئذ
يكتسب حقه العيني من الأرض والشجر، وتصير الأرض والأشجار ملكاً مشتركاً
بين مالك الأرض والغارس، بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد
المغارسة.

وبعبارة أخرى المغارسة جائزة لرب الأرض وللغارس، وحد الخدمة فيها إلى أن
يطعم الغرس والقيمة فيها بجزء (ثلث أو نصف) ويتفقان عليه. وليس للغارس مما
عمل شيء إلا إلى الأجل الذي حداه بينهما، فحينئذ يستحق الغارس حقه العيني في
الأرض والشجر، ويستوجب أجره، وتصير الأرض والشجر ملكاً شائعاً بين مالك
الأرض والغارس، بحسب الجزء الذي وقع الاتفاق عليه في عقد المغارسة، وبالتالي
تعتبر المغارسة سبباً من أسباب ملكية العقار والشجر، موضوع عقد المغارسة، ويتحقق
انجازها من طرف الغارس وفق شروطها المقررة إذ لا يرتب عقد المغارسة حقاً عينياً
للغارس، إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي، أو ثبت بخبرة
قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة.

المادة 268

«يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الفارس في الأرض وفي الشجر».

الشرح :

شروط عقد المغارسة

سبقت الإشارة إلى أنه لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام، وكل شرط مخالف يعتبر باطلاً.

وتتكمّل المادة موضوع الشرح، على شروط لا بد منها لصحة عقد المغارسة التي يجب ذكرها في العقد، فضلاً عن كون العقد يجب أن يبرم بين الطرفين في محرر رسمي.

هكذا، نبين هذه الشروط التي ذكرتها المادة موضوع الشرح وهي الآتية :

1) يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي : بحيث يجب أن يحرر عقد المغارسة، عدول التوثيق العدلي الذين يسمح لهم بتحرير الرسوم والوثائق التي تكون ثابت التاريخ وتسجيلها وتضمينها في كُناش المحكمة، بعد قيام قاضي التوثيق بالخطاب عليها. وذلك طبقاً لقانون التوثيق المعمول به، وكذلك يحرر عقد المغارسة، الموثقون، الذين لهم الصلاحية، في توثيق الرسوم والعقود والالتزامات، والتي يخضعون في تحريرها لقانون التوثيق العصري الجاري به العمل، فلا يجوز تحرير عقد المغارسة إذن، من غير العدول والموثقين، وأحياناً من طرف المحامين المقبولين للترافع لدى محكمة النقض، وفق الشروط المقررة في انجاز وقبول ذلك قانوناً.

2) تعيين في العقد نوع الشجر المراد غرسه : بحيث يجب بيان وتعيين في العقد، نوع الشجر الذي يقع الاتفاق على غرسه في الأرض، مثل : شجر الزيتون أو شجر التين، أو شجر البرتقال، أو شجر الرمان، أو الإجاز والتفاح، أو غير ذلك من أنواع الشجر المتفق عليه، بين الطرفين، وعلى الفارس أن يلتزم بما تعهد به في العقد، ولا يحيد عن الخضوع إلى ما يتضمنه العقد من تعيين نوع الشجر المراد غرسه في الأرض، وكل إخلال بذلك لا يستحق الفارس أي حق مما عمل.

3) بيان حصة الفارس في الأرض وفي الشجر : بحيث يجب في عقد المغارسة، تعيين حصة الفارس، والجزء المتفق عليه، في الأرض والشجر، لأن المغارسة تجوز بجزء من الأرض والشجر المراد غرسها فيها أي بجزء معلوم ومعروف كالربع أو النصف أو غيره

من الأجزاء المتفق عليها في العقد، وجوباً، فالأرض والشجر تصبح بين مالك الأرض والغارس، بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها بين الطرفين في عقد المغارسة، إن كان الثلث أو النصف، يستحق عينياً، علماً بأن لا شيء للغارس حتى يبلغ الحد المشترط، كما سبق القول في ذلك آنفاً.

المادة 269

«إذا لم يعين عقد المغارسة تاريخاً للشروع في الغرس تعين على الغارس أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا فسخ العقد بقوة القانون».

الشرح :

عدم تعيين عقد المغارسة تاريخاً للشروع في الغرس
يجب أن يقوم الغارس بالتزامه قبل انصرام سنة
من تاريخ إبرام العقد، وإلا كان العقد مفسوخاً بقوة القانون

تقدم لنا أن العقد على غرس الأرض شجراً يبقى سنين، كالنخل والزيتون، جائز لمن أراد ذلك، بشروط : الأول : أن يحدد العمل، وتحديد، أما أن يبلغ الشجر حد الاطعام والاثمار، وإما بمدة لا يثمر الشجر قبلها، وإما بمقياس : كقامة أو عدد أشجار، بشرط عدم الاثمار قبل المقياس الذي اتفقا عليه، والثاني : أن يدخل على جزء معلوم : لنصف أو ثلث. والثالث : أن يكون الجزء الذي اتفقا عليه عاماً في الأرض والشجر، والرابع : كون المغروس في الأرض يطول بقاؤه في الأرض، كما تقدم. والخامس : تعيين وقت الشروع في العمل والاعتراس من لدن الغارس في الأرض، التي يغرس فيها الشجر. وذلك فيما إذا تعين تاريخ الشروع في الاعتراس.

لكن إذا سكت مالك الأرض والغارس، عند إبرام عقد المغارسة ولم يعين في العقد تاريخ الشروع في العمل، والخدمة بغرس الشجر في الأرض، فقد حددت المادة موضوع الشرح، تاريخ الشروع، وانتهاء العمل به بعد انصرام سنة وقررت، أنه إذا لم يعين عقد المغارسة تاريخاً للشروع في الغرس، وجب على الغارس أن يبدأ الشروع في الاعتراس خلال سنة بعد إبرام العقد، ويقوم بالتزاماته الخاصة بخدمته وعمله في ذلك، قبل انتهاء السنة من تاريخ إبرام عقد المغارسة، أي يجب على الغارس الشروع في عمل الغرسة والاستغلال، بما التزم به مع مالك الأرض، خلال السنة الموالية لتبدي من

تاريخ إبرام العقد، وقبل انصرام هذه السنة، وإلا لم يقيم الفارس بالتزاماته الخاصة بالاغتراس خلال السنة وبقي بدون عمل إلى انتهاء السنة، كان العقد باطلاً، واعتباره مفسوخاً بقوة القانون الذي يحكم القانون، بحيث لا يحتاج إلى طلب الفسخ من القضاء.

المادة 270

«إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الفارس لا يملك الحصة المتفق عليها، ويكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهي مع الاحتفاظ للفارس بحقه في التعويض عند الاقتضاء».

الشرح :

حكم المغارسة فيما إذا قل عدد الشجر المغروس
عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف

سبقت الإشارة إلى أن الحد في خدمة الفارس الأرض بالشجر، هو الإطعام، فالإطعام هو أحد الأمور التي تحد المغارسة به إن وقع تعيين ذلك في العقد، وعند السكوت، يكون محل صحة المغارسة، إذا كان العرف يقضي تحديد الفارس بالإطعام عند السكوت، فإذا انقضت المغارسة وتمت وفق ما اتفق عليه مالك الأرض والفارس، فإنهما يقتسمان الأرض والشجر، فيأخذ كل واحد منهما نصيبه من الأرض والشجر ولهما البقاء على الشركة مشاعة، ويكون العمل عليهما على قدر الانصياء كما تقدم.

ونصت المادة موضوع الشرح على أنه إذا قام الفارس بغرس الشجر في الأرض دون عدد الشجر المتفق عليه في العقد أو وفق ما يقتضيه العرف المحلي المعمول به، عند سكوت العقد عن تحديد عمل الفارس، وشرع في العمل خلال السنة التي تم إبرام عقد المغارسة فيها وقل عدد الشجر المغروس في الأرض عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف المحلي، فإن الفارس لا يستحق الحصة المتفق عليها في الأرض والشجر، ولا يملك الجزء المتفق عليه فيهما. وفي هذه الحالة يكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد، بأن يستأجر من يكمل العمل على حساب ذلك الفارس، بحيث إذا تم العمل ببيع الجزء الذي يستحقه الفارس، ثم يسترد صاحب الأرض ما أنفقه في تمام العمل وإن لم يف الثمن بالمصاريف كان الفارس مسؤولاً عن الباقي. ولمالك الأرض الخيار كذلك عندما يقل عدد الشجر المغروس، عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف المحلي لأن العرف كالشرط. في أن ينهي عقد المغارسة، ويسترد أرضه بدون أي مقابل

مع الاحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عن عمله عند الاقتضاء أي عندما يباع الجزء الذي يستحقه الغارس، ثم يسترد صاحب الأرض ما أنفقه في تمام العمل، وإن بقي شيء من ذلك دفعه للغارس، وإن لم يف الثمن بالمصاريف كان الغارس مسؤولاً عن الباقي كما أسلفنا القول آنفاً.

المادة 271

«إذا هلك جميع الشجر أو جله بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي بعد بلوغه حد الإطعام اعتبر أن الغارس وفى بالتزاماته واستحق الحصة المتفق عليها في الأرض، فإذا هلك الشجر قبل بلوغه حد الإطعام فلا حق للغارس إلا في حدود ما اتفق عليه أو بما يقضي به العرف المحلي».

الشرح :

حكم المغارسة عند هلاك جميع الشجر أو جله
بعد بلوغه حد الإطعام، وهلاكه قبل بلوغه حد الإطعام

نتكلم المادة موضوع الشرح، عن حكم المغارسة عند هلاك جميع الشجر أو جله بعد بلوغه حد الإطعام، وهلاكه قبل بلوغه حد الإطعام، فقررت ما يلي :

إذا بلغ الغرس الحد المشترط في العقد أو ما يقتضيه العرف المحلي، وجب للغارس حظه في الأرض والشجر، فإن لم يقسمه صاحب الأرض والغارس، واحترق الغرس وهلك جميع الشجر أو جله، بعد أن طرأت عليه آفة، وقوة قاهرة أو حادث فجائي، بعد بلوغ الغرس حد الإطعام والإثمار فإن الأرض تكون بينهما، فيأخذ الغارس نصيبه المتفق عليه، إذ قد استحق الغارس حظه منها بتمام الغرس، وبلوغه حد الإطعام، قبل تعرضه إلى الهلاك ووفاء الغارس بالتزاماته، فاستحق الحصة المتفق عليها في الأرض.

وأما إذا هلك جميع الشجر أو جله قبل بلوغه حد الإطعام والإثمار، من قبل عمل الغارس، وقبل أن يقوم بالتزاماته فلا حق له. بمعنى أنه إن يطل الغرس بحرق أو آفة قاهرة أو حادث فجائي، قبل بلوغه الحد المشترط لم يكن له شيء، إلا في حدود ما اتفق عليه بين الطرفين، من إنجاز الغارس بعض ما اتفق عليه في الأرض، وبما يقضي به العرف المحلي، فيما يتعلق بما عمله الغارس في الأرض، ولم يبلغ الغرس الحد المشترط، وسقط حقه بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي قبل بلوغ هذا الغرس الحد المشترط، والمتفق عليه.

المادة 272

«لا يُرتب عقد المغارسة حقاً عينياً للغارس إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي، أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة.
يعتبر الحكم النهائي الصادر بالمصادقة على الخبرة القضائية المذكورة بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس».

الشرح :

عقد المغارسة، لا يرتب حقاً عينياً للغارس،
إلا إذا تحقق الإطعام، واعترف به الطرفان في محرر رسمي،
أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة
واعتبار حكمها بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس

مر معنا أن عقد المغارسة واثماتها بشروطها، يعتبر سبباً من أسباب الملكية العقارية، بحيث إن توفرت تلك الشروط المقررة في المغارسة، اعتبرت صحيحة، وعندما ينتج عمل الغارس يصبح مالكا للحصة المتفق عليها سيما إذا وقعت المغارسة على عقار محفظ.

لكن لا يرتب عقد المغارسة حقاً عينياً للغارس، إلا وفق الشروط الآتية :

الشرط الأول : لا يرتب عقد المغارسة الحق العيني للغارس، إلا إذا تحقق الإطعام والاثمار، أي تم عمل الغارس، وبلغ الشجر حد الإطعام والاثمار، وهو ما اتفق عليه في عقد المغارسة، ونجحت مغارسته، وتوفرت فيها جميع شروطها المقررة. إذ لا يصبح الغارس شريكاً بالحصة المعينة إلا إذا نجح غرسه وأطعمت الأشجار التي غرسها، وأثمرت ثمارها.

الشرط الثاني : أشهد الطرفان بتحقيق الإطعام واعترافهما به، في محرر رسمي، ووثيقة رسمية محررة من طرف عدول وموثقين، من لهم صلاحية الإشهاد وتحرير الرسوم.

الشرط الثالث : أو ثبت تحقق الإطعام، ونجاح مغارسة الغارس، بشروطها الكاملة، بإجراء خبرة قضائية، تأمر بها المحكمة، وتجري بصفة قانونية، وتصادق عليها المحكمة التي قررت إجرائها. وتصدر حكماً نهائياً تصادق على الخبرة القضائية المذكورة.

وبعد تحقق الإطعام، والإشهاد على ذلك من طرف صاحب الأرض والغارس، في محرر رسمي، أو بواسطة خبرة قضائية، تجري بصفة قانونية، والمصادقة عليها من طرف المحكمة، يمكن للغارس حينئذ أن يطلب تقييداً احتياطياً، لحقه العيني المترتب عن عقد المغارسة في الأرض والشجر، ليتحفظ برتبته ابتداء من تاريخ ذلك القيد حتى إذا تم عمله بصفة نهائية، ونجحت مغارسة أمكنه تسجيل حقه العيني المترتب عن عقد المغارسة وانتهاء عمله هذا بصفة نهائية، وذلك إما بواسطة اعتراف مكتوب في محرر رسمي، من الطرفين، أو بتقرير خبير يعين من طرف المحكمة، وبحكم نهائي يقضي المصادقة على تقرير الخبير والخبرة القضائية المذكورة.

ويعتبر الحكم النهائي الصادر بالمصادقة على الخبرة القضائية المذكورة بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس.

الفصل الثاني

الهبة

المادة 273

«الهبة تمليك عقار أو حق عيني لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض».

شرح :

تعريف الهبة

الهبة لغة : مصدر وهب له الشيء يهبه وهباً، وهبة : أعطاه إياه بلا عوض.

وشرعاً : عرفها الامام ابن عرفة المالكي بقوله :

«والهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى له بغير عوض».

وعرفت مدونة الحقوق العينية الهبة في هذه المادة موضوع الشرح، هي : تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض».

ويخلص من التعريف أن الهبة تمليك لذات عقار أو حق عيني لوجه القابض الموهوب له فقط، في حياة الواهب، دون قصد ثواب الآخرة، أو عوض يقابلها فيخرج تمليك المنافع كالعارية والوقف ونحوهما. كما يخرج البيع ونحوه مما يشترط فيه العوض.

هذا والحكمة في مشروعية الهبة، هي أنه إن كانت لوجه الله العظيم وثواب الآخرة، فالله تعالى يحاز به عليها، فتكون الحكمة التقرب إليه سبحانه، وما كان لصلة الرحم والخير والاحسان، فذاك أيضاً، مع ما فيه من بقاء المودة والإكرام.

والحكم في تشريع الهبة النذب بلا خلاف، فهي مندوب إليها، وقد ثبت جوازها بالكتاب والسنة والاجماع.

المادة 274

«تتعد الهبة بالإيجاب والقبول».

يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي.

يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظاً أو في طور التحفيظ.

فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه».

الشرح :

ركن الهبة، ويجب إبرام العقد تحت طائلة البطلان

في محرر رسمي والتقييد بالسجلات العقارية

إن وقع على عقار محفظ أو في طور التحفيظ،

أو كان غير محفظ ووقع إدماجه بمطلب التحفيظ،

يغني عن حيازته الفعلية للملك الموهوب من طرف الواهب

يستفاد من المادة موضوع الشرح، أنها تناولت بعض أركان وأحكام الهبة في النقط الآتية :

النقطة الأولى : ركن الهبة، بحيث تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، فالركن الأساسي في عقد الهبة، هو الإيجاب والقبول. ويطلق عليهما في الفقه الصيغة. فالصيغة هي كل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل وما يدل على التملك بلفظ الهبة. ولا بد أن تكون دلالة اللفظ صريحة، ومكتوبة في محرر رسمي.

فالإيجاب هو أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين وهو إما صريح مثل أن يقول الواهب : وهبت هذا الشيء لك، واهب لفلان هذا الكتاب، أما ما يجري مجرى

الصحيح، كقوله : ملكته له، أو جعلته لك، أو هو لك، أو أعطيته، أو خذ هذه الدار، ونوى به الهبة، لأن تملك العين للحال أو جعلها له من غير عوض هو معنى الهبة.

وأما القبول فهو : أن يرد الموهوب له على إيجاب الواهب بقوله : قبلت أو رضيت، أو يعبر عن موافقته بفعل أو إشارة ذات دلالة كافية.

ولابد من قبول الموهوب له الهبة حتى تتم، إذ الهبة عقد ولا يتم عقد الهبة إلا بترباط الإيجاب بالقبول، ويتحقق التراضي الذي هو الركن الأول من أركان أي عقد، كان للمعاوضة كالبيع والكراء، أو كان للتبرع كالهبة وشبهها.

واشترط قبول الموهوب له الهبة مرجعه أن الهبة وإن كانت تبرعاً، إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل، وتفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب، وقد يؤثر الموهوب له رفض الهبة كما لو استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها.

ويجب تطابق القبول بالإيجاب، فلو أعطى الواهب على سبيل الهبة، وقبل الطرف الآخر على سبيل الإعارة، لم تتعد الهبة ولا الإعارة.

النقطة الثانية : وجوب إبرام عقد الهبة تحت طائلة البطلان في محرر رسمي :

بحيث أوجبت هذه المادة موضوع الشرح، إبرام عقد الهبة بين الواهب والموهوب له، في محرر رسمي والا كان باطلاً بقوة القانون، فعقد الهبة، يجب أن ينعقد ويبرم في محرر رسمي، ووثيقة رسمية، يحررها العدلان المنتصبان للشهادة العدلية، أو الموثقون الذين لهم الصلاحية بتحرير الرسوم والوثائق الرسمية، وذلك وفق قانون التوثيق الجاري به العمل.

النقطة الثالثة : يغني تقييد الموهوب به بالسجلات العقارية عن الحيابة الفعلية والاخلاء : يبرم عقد الهبة إما على عقار محفظ أو على عقار في طور التحفيظ، وإما على عقار غير محفظ وأدرج بمطلب التحفيظ.

فإذا أبرم عقد الهبة على عقار محفظ أو في طور التحفيظ، يغني تقييد العقد بالسجلات العقارية لدى المحافظ على الأملاك العقارية، عن الحيابة الفعلية للملك الموهوب، ويغني كذلك عن اخلاء هذا الملك، بل يعتبر تقييده في السجلات العقارية، بمثابة الحيابة الفعلية للعقار الموهوب من طرف الموهوب له، وكذا يعتبر أن الواهب تخلى بعد إبرام عقد الهبة، على الملك الموهوب. والحيابة الفعلية والمادية، والاخلاء شرطان أساسيان في الهبة، لكن تقييد عقد الهبة في السجلات العقارية، يغني عن الحيابة الفعلية والاخلاء، وهو المقرر في هذه المادة موضوع الشرح.

وكذلك، إذا أبرم عقد الهبة على عقار غير محفظ، وتم إدراجه بمطلب التحفيظ لتحفيظ الملك موضوع الهبة، في اسم الموهوب له، وانتقاله إليه من الواهب، وقام الموهوب له بتقييد الملك الموهوب بالسجلات العقارية، فإن إدراج مطلب التحفيظ يغني هذا التقييد والإدراج عن حيازة الموهوب له للملك الموهوب له الحيازة الفعلية. كما يغني الإدراج والتقييد عن إخلائه وانتقاله من يد الواهب إلى يد الموهوب له. والحيازة الفعلية والإخلاء، هما شرطان أساسيان في عقد الهبة، لكن أغنى إدراجه وتقييده بالسجلات العقارية، عن هذين الشرطين، بنص هذه المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية.

على أنه إذا وقع عقد الهبة، على عقار غير محفظ ولا في طور التحفيظ، ولا أدري بمطلب التحفيظ، فيتعين حينئذ إخضاع العقد إلى الشروط المقررة في الفقه ومدونة الحقوق العينية، من حيث الكتابة لا بد أن يكون في محرر رسمي، ومن حيث الحيازة المادية، أي لا بد أن يحوز الموهوب له الموهوب به حيازة فعلية.

ومن حيث وجوب إخلاء الواهب للملك الموهوب، أي إخلاء الموهوب به، وتسليمه للموهوب له خالياً من كل الشواغل الموهوب له، حيازة وإخلاء، يتم بشهادة العدلين المحررين لعقد الهبة. والا إذا فقدت الهبة أحد الشروط المذكورة تعرضت الهبة للبطلان، ولم يكن لعقدها أثر قانوني.

المادة 275

«يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية مالكاً للعقار الموهوب وقت الهبة».

الشرح :

الواهب وشروطه

الواهب هو المالك، إذا كان صحيحاً، مالكاً أمر نفسه، وهو من يكون أهلاً للتبرع، واتفق الفقهاء على أنه يجوز هبته إذا كان كامل الأهلية، ومالكاً للعقار الموهوب وقت الهبة، صحيح الملك وكان في حال الصحة وحال إطلاق اليد.

والى هذا يشير الشيخ خليل بقوله : (ممن له تبرع بها) أي بالهبة، والمراد أن من له التبرع في ماله، فله أن يهب وتصح هبته بالشروط الآتية :

(1) أن لا يكون الواهب محجوراً عليه بسفه أو صغر، فلا تصح الهبة من السفه أو المحجور عليه، ولو أجازها الولي، لأنه محجور عليهم في كل المال بحق أنفسهم.

(2) أن لا يكون مجنوناً ولا سكراناً، إذ لا تصح هبتهما.

(3) أن لا يكون عليه دين يستغرق كل ماله وهبته، أي أحاط الدين بما له، واستغرق الهبة.

(4) أن لا يكون الواهب مريضاً مريضاً الموت فيما زاد على الثلث، فإن زاد على الثلث، يتوقف تنفيذ الهبة على إذن الورثة.

(5) أن لا يكون الواهب مكرهاً، بل يجب أن يكون حراً مختاراً، لأن الهبة عقد يشترط في صحته الرضا، فلا تصح هبة المكره بأنواع الاكراهات المؤثرة في إرادة الواهب وحرية.

(6) أن يكون الواهب مالكا للعقار الموهوب به، وقت الهبة فلا تصح هبة ما لا يصح ملكه، كما لا تصح هبة ملك الغير. فإذا وهب شخص ملك غيره، لم تنعقد الهبة.

وبناء على ما تقدم من الشروط، فإنه لا تصح الهبة إلا من كامل الأهلية، أي من العاقل، البالغ، الرشيد، الصحيح البدن، الحر المختار، فلا تصح من صبي ولو كان مميزاً، ولا من مجنون، ولا من سفه، ولا من مريض مرض الموت، ولا من سكران، ولا من مكره، ولا ممن أحاط الدين بما له لا بإجازة الدائنين، إذا كان الدين سابقاً عن الهبة، وأما إذا كانت الهبة سابقة على الدين، فلا أثر للدين.

كما يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية، يجب أن يكون الواهب مالكا للعقار الموهوب، وقت الهبة، فلا تصح الهبة من الواهب الذي لا يملك العقار الموهوب وقت الهبة. كما لا تصح الهبة بملك الغير، وهو المقرر في المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية.

المادة 276

«إذا كان الموهوب له فاقد الأهلية، فيقبل الهبة عنه نائبه الشرعي، فإن لم يكن للموهوب له نائب شرعي عين له القاضي من ينوب عنه في القبول، أما إذا كان الموهوب له ناقص الأهلية فقبوله الهبة يقع صحيحاً، ولو مع وجود النائب الشرعي».

الشرح :

الموهوب له وشروطه

الموهوب له هو : كل إنسان يصح أن يملك الهبة والشيء الموهوب، ولا يشترط فيه ما يشترط في الواهب، بمعنى أنه يجب التمييز بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له. فشدد الفقه والقانون في أهلية الواهب ويتطلب أهلية التبرع وهي أقوى من أهلية التصرف، لأنه يقوم بعمل ضار به ضرراً محضاً. وعلى النقيض من ذلك، يخفف الفقه والقانون من أهلية الموهوب له، فلا يشترط فيه حتى أهلية التصرف، لأنه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً.

وعليه، فيجوز أن يكون الموهوب له راشداً، أو سفيهاً أو صبيّاً، مميزاً أو غير مميز. فالبالغ الرشيد، له أهلية قبول الهبة دون إذن من أحد، حتى لو كانت مقترنة بشروط أو التزامات.

وأما إذا كان الموهوب له فاقد الأهلية كالمجنون وغيره، فليقبل الهبة عنه، وليه أو وصيه أو المقدم، وهو النائب الشرعي، وإذا كانت الهبة لا تتم إلا بالقبض، قبضها عنه. وكل ذلك بدون حاجة إلى إذن المحكمة.

فإن لم يكن للموهوب له نائب شرعي، وهو فاقد الأهلية، عين له القاضي المكلف بشؤون القاصرين نائباً شرعياً يقوم بشؤونه، وينوب عنه في قبول الهبة وقبضها من الواهب.

وأما إذا كان الموهوب له ناقص الأهلية، أو مازال صبيّاً مميزاً أو غير مميز، أو سفيهاً، أو معتوهاً، فيجوز له قبول الهبة، ويكون قبوله صحيحاً، ولم تم القبول مع وجود النائب الشرعي للموهوب له، لأن هذا الأخير، قام بعمل نافع نفعاً محضاً، فهو مقبول منه.

وهذا هو المقرر والمنصوص عليه في هذه المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية.

المادة 277

«يقع باطلا :

- الوعد بالهبة ؛
- هبة عقار الغير ؛
- هبة المال المستقبل.

الشرح : مبطلات الهبة

أوضحت المادة موضوع الشرح، أن عقد الهبة، يجب أن يخضع للموجبات والشروط المقررة في القانون، والتي ذكرناها أعلاه، وأما إذا خالف عقد الهبة ما يأمر به القانون، وبالخصوص قانون مدونة الحقوق العينية فإن عقد الهبة يكون باطلاً، والبطلان يتجلى فيما إذا أبرم العقد على الوعد بالهبة، أو على ملك الغير، أو على المال المستقبل.

(1) يعتبر عقد الهبة باطلاً عند إبرامه على الوعد بالهبة : الوعد أو العدة بالهبة، هو أن يقول شخص لآخر: إنني ألتزم لك بمبلغ من المال أو بخدمة معينة في المستقبل، فالوعد ليس التزاماً في الحال، وإنما هو التزام مضاف لما يستقبل من الزمن، ويمكن القول بأن الوعد مشروع التزام إذا قام الواهب وعزم على هبة عقار على الموهوب له، ولم يبرم العقد بصفة تامة، وإنما اقتصر على الوعد بالهبة فقط، بحيث لم يتم عقد الهبة وفق شروطه المقررة، بصفة نهائية، فإذا لم يتم العقد بصفة نهائية ووفق ما يتطلبه القانون، وما قررته مدونة الحقوق العينية، في هذه المادة موضوع الشرح، يكون هذا العقد المعتمد على الوعد، باطلاً، لا أثر له من الناحية القانونية، لأن من شروط عقد الهبة، إبرامه كتابة وبصفة تامة، وقبض الموهوب به وحيازته حيابة واقعية بعد إخلاء الموهوب به من طرف الواهب وتسليمه للموهوب له، خالياً من كل الشواغل.

(2) ويكون عقد الهبة باطلاً، عند وقوعه على ملك الغير، وذلك كما مر معنا أن من شروط الهبة الصحيحة أن يكون الواهب مالكاً ومتصرفاً في الملك الموهوب، ولا تصح الهبة بملك غير الواهب المالك للشيء الموهوب، وهذا ما قررته المادة موضوع الشرح، لأن الواهب لا يجوز له التبرع إلا بما يملكه ويتصرف فيه تصرفاً تاماً.

(3) كما يكون عقد الهبة باطلاً، إذا وقع على الحال المستقبل، بحيث لا يجوز عقد الهبة على عقار محتمل وممكن الوصول إليه في المستقبل، عن طريق الارث أو عن طريق الوصية، فعن طريق الارث، لا يتم العقد إلا بعد وفاة الموروث، وعن طريق الوصية، لا يتم العقد إلا بعد وفاة الموصي، لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، فلا يجوز للواهب إذن أن يتبرع بمال مازال لم يملكه وإنما هو متوقع ملكيته في المستقبل. والهبة لا يجوز إبرام عقدها إلا بناء على أن يكون الواهب مالكاً ملكية حقيقية وواقعية للمال الموهوب، ولا تجوز الهبة على مال محتمل ومتوقع في المستقبل. إرثاً أو وصية أو غير ذلك. فالهبة بالمال المستقبلي، لا تجوز، وعقدها يقع باطلاً إذا أبرم على ذلك.

المادة 278

«لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطاً بماله».

الشرح :

عدم صحة الهبة مع الدين المحيط بالمال

سبقت الإشارة إلى أن الهبة تجوز إلا مع المرض الواقع فيه الموت، فإنه يمنع منها، لحق الورثة في المال، ولا تصح الهبة كذلك، مع الدين المحيط بالمال لحق الغرماء فيه. وعليه، إن الهبة تجوز، أي تصح وتلزم إلا أن وجد مانع، يمنعها من ذلك، الدين الذي أحاط بمال الواهب، فإن الهبة إذا وقعت، والواهب في حالة مدين، واستغرق الدين ماله حتى أصبح ماله محاطاً بدين الغرماء فيبطل الهبة لحق الغرماء في مال الواهب، ويأخذ الهبة الغرماء من جملة ماله، إلا إذا لم تؤخذ وبقيت إلى أن تخلص الغرماء فإنها تنفذ وتلزم. ولذلك قررت المادة موضوع الشرح، أن الهبة لا تصح من واهب كان الدين محيطاً بماله، فأحاطه الدين بمال الواهب، لم يبق للهبة ما يملكه الواهب، فإذا بقي من المال ما يجوز للواهب أن يهبه، بعد تخلص الغرماء من ديونهم، تنفذ وتلزم الهبة فيما بقي من المال.

المادة 279

«إذا توفى الواهب قبل أن يقبل الموهوب له الملك الموهوب بطلت الهبة، لا يعتد إلا بتاريخ تقييد إرثه الواهب إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

إذا توفى الموهوب له قبل أن يقبل الملك الموهوب بطلت الهبة كذلك، ولا حق لورثة الموهوب له في المطالبة به».

الشرح :

تبطل الهبة إذا توفى الواهب أو الموهوب له

قبل قبول هذا الأخير الملك الموهوب،

ولا حق لورثته في المطالبة بالهبة، في هذه الحالة

سبق القول بأن الإيجاب هو أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين، والقبول هو أن يرد الموهوب له على إيجاب الواهب، وقبوله الهبة بحيازة واقعية وإخلاء الواهب لها من كل الشواغل، ويجب تطابق القبول بالإيجاب.

والإيجاب والقبول يكونان في حياة ويتمان في حياة الواهب والموهوب له، فإذا مات الواهب قبل أن يعلم الموهوب له بالهبة، وقبل أن يقبل الموهوب له الملك الموهوب بطلت الهبة، سواء كان الشيء في يد الواهب، أو في يد الموهوب له على وجه الأمانة ونحوها، أو كان في يد شخص آخر. وسواء كان الموهوب له قريب النسب من الواهب أو بعيد النسب منه، وسواء كان قريب المكان منه أو في مكان بعيد، ولو كان الواهب قد أرسل الشيء مع رسول، فمات الواهب قبل وصول ذلك الرسول بالشيء الموهوب إلى الموهوب له.

غير أنه إذا مات الواهب وكان الموهوب له صبياً حين موت الواهب فلا يضره عدم الحوز، فيقبلها ويحوزها نائبه الشرعي، إن كان له نائب شرعي، وإن لم يكن، فيقبلها ويحوزها وقتما يرشد، ولو مات الواهب سنين. وأما إذا رشد وبقي ساكناً مدة، بطلت الهبة، ولو لم علم بها ولو كانت صدرت في حالة صغره.

هذا، وإذا وقعت الهبة على عقار محفظ، ومات الواهب، فلا يعتد بالهبة إلا بتاريخ تقييد إرثه الواهب، لأن تاريخ تقييد الواهب في السجل العقاري إذا كان الأمر يتعلق بعقار محفظ، هو الذي يثبت أثر الهبة وحجيتها، وصحتها.

أما إذا مات الموهوب له قبل القبول، فإن الهبة لا تتم. لأن الإيجاب لم يلاق شخصاً يقبله، إذ الهبة أمر خاص بشخص الموهوب له، فلا يحل ورثته محله في القبول وبالتالي فلا يحق لورثة الموهوب له في المطالبة به.

أما إذا مات الموهوب له بعد صدور القبول منه، ولكن قبل أن يصل هذا القبول إلى علم الواهب، فإن القبول يبقى قائماً وينتج أثره إذا اتصل بعلم الواهب، فتتم الهبة بالرغم من موت الموهوب له.

وقد يصدر قبول الهبة من غير شخص الموهوب له، ويتحقق ذلك إذا صدر القبول من نائبه⁽¹⁾.

المادة 280

«تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية، إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله».

(1) انظر كتابنا : «عقود التبرع في الفقه المالكي»، طبعة ثانية، ص 164.

الشرح :

أحكام الوصية تطبق على الهبة في مرض الموت،

وعند وفاة الواهب ولم يكن له وارث

صحت الهبة في الموهوب بكامله

سبقنا الإشارة إلى أنه لا تصح الهبة إلا من العاقل، البالغ، الرشيد، الصحيح البدن، الحر المختار، فلا تصح من صبي ولو كان مميزاً ولا من مجنون ولا من سفيه، ولا من مريض مرض الموت.

وعليه، فإذا وهب الواهب وهو مريض، فتبقى هبته موقوفة إلى أن يصح أو يموت، فإن صح من مرضه، صحت هبته، بلا خلاف بين الفقهاء. وإن مات من مرضه، أي مرض الموت هذا جرت هبته مجرى الوصية، أو تسري عليها أحكام الوصية، تجوز الهبة بالثلث فأقل لغير وارث، ولا تجوز لو ارث مطلقاً إلا بإجازة الورثة، وهم رشداء بعد أن يصير الأمر إليهم، ولا تجوز بأكثر من الثلث مطلقاً إلا بإجازة الرشداء كذلك⁽¹⁾.

إلا أنه إذا مات الواهب أو لم يكن له وارث، صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله، أي أن هبة المريض مرض الموت تخرج من رأس ماله بكامله، أي أن هبة المريض مرض الموت، تخرج من رأس ماله بكامله، إذا مات، وليس له وارث يرثه.

وهذا هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

المادة 281

«لا يلتزم الواهب بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له، كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية.

لا يكون الواهب مسؤولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم».

الشرح :

الواهب غير ملزم بضمان استحقاق الملك الموهوب

من يد الموهوب له، ولا بضمان العيوب الخفية،

وغير مسؤول إلا على فعله العمد أو خطئه الجسيم

سبقنا الإشارة إلى أن الواهب يجب عليه نقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له بعد عقد الهبة.

(1) انظر كتابنا : «عقود التبرع في الفقه المالكي»، طبعة ثانية، ص 144.

فإذا كان الموهوب عقاراً وتمت الهبة وثيقة رسمية أو ما يثبت انتقال ملكية العقار، فإنه يتعين على الواهب نقل الملكية وتسليم العقد إلى الموهوب له، كما يلتزم الواهب بنقل الملكية، يلتزم كذلك بالمحافظة على الموهوب، إلى أن يسلمه إلى الموهوب له بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة.

لكن الواهب لا يلتزم بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية. ولا يكون الواهب مسؤولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم. إلا أن الواهب يضمن التعرض الصادر منه، فلا يجوز له أن يأتي أعمالاً مادية أو يقوم بتصرفات قانونية تتضمن اعتداءً على حقوق الموهوب له.

كما يضمن الواهب التعرض الصادر من الغير وذلك إذا ادعى الغير حقاً على الموهوب سابقاً على الهبة، أو تالياً لها وكان مستمداً من الواهب.

وإذا نجح الأجنبي المتعرض في دعوى الاستحقاق، فإن الموهوب له يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق في حالتين :

الأولى : إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق.

والثانية : إذا كانت الهبة بعوض، ولو كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق على أنه لا يكون مسؤولاً إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض.

وفي جميع الأحوال يحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوي.

كما لا يلتزم الواهب بضمان العيوب الخفية، لكنه يضمن العيوب الخفية إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمن باتفاق خاص خلو العين الموهوبة من العيوب ثم ظهر عيب، ولا يلزم الواهب في هاتين الحالتين بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذي يسببه العيب.

وفي أي حال، يتحمل الواهب كامل مسؤولية فعله الذي تعمد في القيام به، كما يكون مسؤولاً عن خطئه العظيم الذي ارتكبه تجاه الموهوب له، في الهبة التي أعطاه إياه، وهذه المسؤولية العمدية والخطأ العظيم الذي ارتكبه الواهب تجاه الموهوب له، وهو المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح.

المادة 282

«نققات عقد الهبة ومصرفات تسليم الملك الموهوب ونقل ملكيته تكون على الموهوب له، ما لم يتفق على غير ذلك».

الشرح :

الالتزام بنفقات الهبة ومصروفاتها

الأصل أن تكون نفقات الهبة من مصروفات العقد وأتعاب السمسار ورسوم الدمغة والتسجيل، ومصروفات تسليم الملك الموهوب ونقل ملكيته على الموهوب له، وذلك تفسيراً للهبة في أضيق حدودها، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله دون مقابل وبين تحمل هذه المصروفات إلا أن الغالب في الهبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضاً تحمل هذه النفقات، والتزم بذلك، فيجوز إذن الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات العقد بل ومصروفات تسليم الملك الموهوب، ويجوز أن يستخلص وجود هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة⁽¹⁾.

ولذلك نصت المادة موضوع الشرح على أن نفقات ومصروفات عقد الهبة وتسليم الملك الموهوب ونقل ملكية يقع على عاتق الموهوب له، إلا إذا وقع اتفاق بين الطرفين على غير ذلك.

المادة 283

«يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين :

أولاً : فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً ؛

ثانياً : إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الانفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته».

الشرح :

حكم الاعتصار في الهبة

الاعتصار في الاصطلاح الفقهي، عرفه الإمام ابن عرفة بقوله : «ارتجاع المعطي في عطيته دون عوض، لا بطوع المعطي، وصيغته ما دل عليه لفظاً».

وعرفت المادة موضوع الشرح، الاعتصار بأنه، يقصد به رجوع الواهب في هبته.

لم تتفق مذاهب الفقه الإسلامي في جواز الرجوع في الهبة، فذهب الجمهور، ومنهم المالكية والشافعية والحنابلة، إلى حرمة الرجوع في الهبة ولو كانت بين الإخوة والزوجين إلا في حالة هبة الوالد لولده، وتسمى عند المالكية باعتصار الهبة.

(1) انظر كتابنا : «عقود التبرع في المذهب المالكي»، ص 190.

وعليه، فلا يجوز الاعتصار إلا للأب والأم خاصة، فلا اعتصار للجد ولا للأخ ولا للأخت ونحوهم.

والأصل في جواز الاعتصار في الهبة للوالدين فقط قول الرسول ﷺ: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده: وقوله ﷺ: «لا يحل لأحد أن يهب هبة، ثم يعود فيها إلا الوالد».

ومن أصول المالكية: إن كل واهب وهب هبة، فلا يجوز له أن يعتصرها ولا يرجع فيها، حاش الأب والأم فيما وهبا لأولادهما، بلفظ الاعتصار إنما يصح بكل ما يدل على الرجوع⁽¹⁾. وبناء على ذلك أوضحت المادة موضوع الشرح، أنه يجوز الاعتصار ورجوع الواهب في هبته، في الحالتين التاليتين:

الحالة الأولى فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصراً أو راشداً أي يجوز الاعتصار والرجوع في الهبة، للأب أو للأم، كيفما كان الولد الموهوب له كبيراً أو صغيراً، ذكراً أو أنثى، كانت للولد أم أو لم تكن، سواء حاز الابن أم لا.

الحالة الثانية: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الانفاق على نفسه أو على ما تلزمه نفقته: أي يجوز الاعتصار والرجوع في الهبة، للواهب، سواء كان أباً أو أمّاً أو غيرهما، فيما إذا أصبح هذا الواهب فقيراً، وعاجزاً عن الانفاق على نفسه، أو على ما تجب عليه نفقته من زوجته أو أولاده، أو كل ما تلزمه نفقته عليهم.

المادة 284

«لا يجوز للوالد أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار، وتم التنصيب عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له».

الشرح:

عدم جواز الاعتصار من طرف الواهب

إلا إذا تم الاشهاد والتنصيب عليه في عقد الهبة،

وكذا قبوله من لدن الموهوب له

مر معنا أن عقد الهبة لا بد من إبرامه في محرر رسمي ووثيقة كتابية محررة ممن له صفة التوثيق من عدول أو موثقين رسميين لتلقي الشهادة، كما مر أن الأصل جواز الرجوع والاعتصار في الهبة بالتراضي، شأن الهبة في ذلك شأن أي عقد آخر.

(1) انظر كتابنا: «عقود التبرع في المذهب المالكي»، ص 198.

وأوضحت المادة موضوع الشرح، أنه لا يجوز للواهب الأب أو الأم أو غيرهما، أن يعتصر ما أعطاه هبة للموهوب له، إلا إذا أشهد بالاعتصار في عقد الهبة، وتم التنصيص على الاعتصار في العقد، كما يتم التنصيص على قبول الموهوب له الهبة، وحيازتها حيازة سليمة.

ولهذا، يجب على الموثق عند إرادة الأب الاعتصار أن يطلب حضور الولد ليوافق عليه، فينص عليه قطعاً للنزاع إذ قد يدعي ما يمنع الاعتصار، فحضوره وموافقته يمنعان من كل دعوى يدعيها في شأن الاعتصار.

فإن لم يحضر، أو حضر ولم يوافق بدون ثبوت سبب مانع منه، أو ترتب عليه حق الغير، كأن يتزوج مثلاً أو يستحدث ديناً، أو يبيع الهبة، أو مانع آخر، كان للأب الاعتصار، والرجوع في الهبة.

المادة 285

«لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر مادامت رابطة الزوجية قائمة ؛
- إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار ؛
- إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخوفاً يخشى معه الموت، فإن زال المرض عاد الحق في الاعتصار ؛
- إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها ؛
- إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر التقويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي ؛
- إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملاً مالياً اعتماداً على الهبة ؛
- إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته؛
- إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئياً جاز الاعتصار في الباقي».

الشرح :

موانع اعتصار الهبة

إذا درج فقهاء الاسلام على أنه يصح الرجوع في الهبة إذا لم يكن هناك مانع منه. وإذا كان للأب والأم حق الرجوع واعتصار الهبة، فإن لهذا الرجوع والاعتصار موانع،

تمنع رجوع الأب والأم في الهبة، وهذه الموانع ذكرتها المادة موضوع الشرح، بقولها : لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :

(1) إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر مادامت رابطة الزوجية قائمة أي إذا وهب الزوج لزوجته شيئاً، لا يصح له الرجوع فيه، كما إذا وهبت الزوجة لزوجها شيئاً، فلا يصح لها الرجوع فيه، وذلك كله مادامت الزوجية قائمة بينهما.

(2) إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار : بحيث إذا مات الواهب قبل الاعتصار، امتنع على ورثته الرجوع في الهبة، لأن موت الواهب مانع من موانع الاعتصار في الهبة. وكذلك إذا مات الموهوب له قبل الاعتصار، فلا يجوز الرجوع في الهبة، لأن الهبة تصبح حقاً لورثته.

(3) إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخوفاً يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار : أي أنه إذا مرض الواهب، ووهب على ولده وهو في المرض المخوف، فإنه لا يجوز له اعتصار الهبة في هذه الحالة، لأن المرض المخوف وهو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر، مانع من الاعتصار وإذا زال المرض يجوز له الرجوع في الهبة واعتصارها.

كما إذا مرض الموهوب له مرض الموت، كمرض الولد الموهوب له المتصل مرضه بموته، يمنع الأب أو الأم الرجوع في الهبة، لأنه إذا مات كانت الهبة حق لورثته، فإذا برىء، كان لوالده حق الاعتصار.

(4) إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها : أي أنه إذا تزوج الموهوب له بعد الهبة وقت الاعتصار، ودلت القرائن على أنه لولا الهبة لما تيسر له الزواج، أي تكون الهبة سبباً في الثقة بالولد فيزوجه بعض الناس بنته، أو يزوج الموهوب لها لابنه إن كانت أنثى، فإنه في هذه الحالة لا يجوز للأبوين حق الرجوع في الهبة.

وإذا وقع الزواج قبل الهبة أو بعد الاعتصار، أو دلت القرائن على أن الهبة لم يكن لها أثر في الزواج لتفاهتها أو نحو ذلك، يبقى للأبوين الاعتصار.

وأما زواج الأب الواهب أو الأم الواهبة، فلا أثر له في الاعتصار، سواء قبل الهبة أو بعد الاعتصار.

(5) إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر التقويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي : أي أنه إذا تصرف الموهوب له في الهبة ببيع أو رهن أو

هبة أو بعمل ما يغير صفة الهبة، كأن يصوغ النقود حلياً ونحو ذلك. لا بحوالة السوق، أو أن يطرأ على ذات الهبة زيادة القيمة كتعلم صناعة أو كبر صغير وسمن هزيل، ومثل الزيادة النقص كهزال سمين، أو كان الشيء الموهوب مثلياً أو خلطه الموهوب له مع غيره. أو تغيير الشيء الموهوب عما كان عليه بزيادة أو نقصان أو دخلت عليه صناعة استحال معها إلى شيء آخر بتغيير الأدوات. فإذا تعلق الهبة بالملك الموهوب وفوته الموهوب له بكامله، فيمنع الواهب من الرجوع في الهبة.

وإذا اقتصر التفويت على جزء من الموهوب، جاز للواهب الرجوع في الباقي، أي إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له بكامله سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له، امتنع على الواهب الرجوع في هبته، إذ الموهوب له لا يضمن الهلاك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته، وإذا لم يهلك إلا بعض الملك الموهوب، جاز للواهب الرجوع في الباقي منه.

(6) إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتماداً على الهبة : أي من موانع الرجوع في الهبة، فيما إذا تعامل شخص أجنبي مع الموهوب له، في عملية مالية، بأن عقد الغير معه بيع أو تصرف ما له ارتباط بالهبة أو موضوعها، واعتماداً عليها فلا يجوز الاعتصار والرجوع في الهبة.

(7) إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته: أي زيادة الموهوب زيادة متصلة، بحيث تلزم الهبة بعد أن كانت غير لازمة.

(8) لا يجوز الرجوع في الهبة إذا زاد الملك الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته. هذه الزيادة تمنع الرجوع، سواء أكانت متولدة أم غير متولدة، كأن يكون الموهوب داراً، فبنى الموهوب له فيها بناء، أو كان أرضاً فغرس فيها أشجاراً، أو أقام مضخة ماء وثبتها في الأرض وبنى عليها، فزادت بهذه التغييرات قيمة الملك الموهوب، فتمنع هذه القيمة، الرجوع في الهبة، ولا يصح الاعتصار.

(9) إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئياً جاز الاعتصار في الباقي : أي إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له، امتنع على الواهب الرجوع في هبته، إذ الموهوب له لا يضمن الهلاك، كما سبق، ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته، وإذا لم يهلك إلا بعض الملك الموهوب جاز للواهب الرجوع في الباقي⁽¹⁾.

(1) انظر كتابنا «عقود التبوع في الفقه المالكي»، طبعة ثانية، ص 202 وما يليها.

المادة 286

«لا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب».

الشرح :

عدم جواز الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته،

ولا يتم فسخ عقد الهبة لفائدة الواهب،

إلا بحكم نهائي يقضي بذلك

سبقت الإشارة إلى أنه يجب على الموثق عند إرادة الواهب الاعتصار أن يطلب حضور الموهوب له ليوافق عليه، فينص عليه قطعاً للنزاع، إذ قد يدعي ما يمنع الاعتصار، فحضوره وموافقته يمنعان من كل دعوى يدعيها في شأن الاعتصار، فإن لم يحضر، أو حضر ولم يوافق بدون ثبوت سبب مانع منه، كان للواهب الاعتصار، والرجوع في الهبة.

وقد أكدت المادة موضوع الشرح، هذا المقتضى، وقررت أنه لا يمكن الاعتصار وتوثيقه والتنصيب عليه، في عقد الهبة، إلا بحضور الموهوب له وموافقته على الاعتصار المنصوص عليه في عقد الهبة، بواسطة عدول أو موثقين.

وأضافت هذه المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية، إلى المقتضى المذكور، مقتضى آخر، يتمثل في صدور حكم قضائي نهائي يقضي بفسخ عقد الهبة، لفائدة الواهب، الذي قام برفع دعوى في شأن الاعتصار في الهبة، أمام المحكمة، وانتهى الحكم بفسخ عقد الهبة، لصالح الواهب.

المادة 287

«يترتب على الاعتصار في الهبة فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب.

لا يلتزم الموهوب له برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو من تاريخ الحكم النهائي في الدعوى.

يجوز للموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب، أما النفقات النافعة والزينة فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمته».

الشرح :

الأثار التي تترتب على الاعتصار في الهبة

يستفاد من المادة موضوع الشرح، أنه يترتب على الاعتصار والرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي، بفسخ عقد الهبة، ورد الملك الموهوب إلى الواهب.

فلا يلتزم الواهب بتسليم الموهوب إذا كان لم يسلمه، ويكون له استرداده إذا كان قد سلمه، قبل الحكم النهائي بفسخ عقد الهبة.

ولا يلتزم الموهوب له كذلك برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو تاريخ الحكم النهائي في الدعوى، أي وتبقى ثمرات الملك الموهوب ملكاً للموهوب له إلى يوم التراضي وتاريخ الاتفاق، أو التقاضي وصودر الحكم النهائي في الدعوى، لأنه يعتبر حسن النية له أن يجني ثمرات ملكه.

هذا ويجوز للموهوب له أن يرجع على الواهب، ويسترد منه كل النفقات والمصروفات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب. أما النفقات النافعة ونفقات الزينة فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمته، أي إذا كانت نفقات نافعة ونفقات الزينة، فإن الموهوب له يرجع على الواهب بأقل القيمتين : المصروفات التي أنفقها، أو زيادة قيمة الملك الموهوب بسبب هذه المصروفات، أما المصروفات الكمالية، فليس للموهوب له الرجوع بشيء منها على الواهب، وإنما له أن ينزع من الملك الموهوب إلى حالته الأولى.

على أن الرجوع في الهبة ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى الغير بل يجب حماية حقوق الغير حسن النية : فإذا كان الملك الموهوب ترتب حق الغير عليه، بعد تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في الهبة، أو بعد تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة، فلا يسري حق الغير بالنسبة إلى الواهب، أما إذا كان حق الغير قد حفظ قانوناً قبل التسجيل فإذا كان الغير حسن النية، أي لا يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في الهبة يسري حقه بالنسبة إلى الواهب، ويسترد الواهب العقار خالياً من حقوق الغير.

المادة 288

«إذا استرجع الواهب الملك الموهوب دون وجه حق، وهلك في يده، فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الهلاك.

إذا امتنع الموهوب له عن رد الملك الموهوب إلى الواهب بعد اعتصار اتفاقاً أو قضاءً، رغم إنذاره بذلك طبقاً للقانون، وهلك العقار الموهوب في يده فإنه يكون مسؤولاً عن هذا الهلاك».

الشرح :

حكم هلاك الملك الموهوب في يد الواهب
بعد استرجاعه وهلاكه في يد الموهوب له،
بعد امتناعه عن رده إلى الواهب بعد اعتصاره

أوضحت المادة موضوع الشرح، أنه إذا استرد الواهب الملك الموهوب، على شكل غير قانوني، وبدون حق واستحقاق في استرداد الهبة بعد الاعتصار، وفي الفترة التي استرجع فيها الواهب هبته بعد الاعتصار، وبدون حق في ذلك، وهلك الملك الموهوب الذي استرجعه الواهب بدون حق وهلك في يديه، فإن الواهب يكون مسؤولاً مسؤولية تامة عن هذا الهلاك، بحيث يتحمل كامل المسؤولية على هلاك الملك الموهوب في يده، بعد استرجاعه له بدون حق.

وأما الموهوب له، إذا امتنع عن رد الملك الموهوب إلى الواهب، بعد تحقق اعتصاره في الهبة، بصفة التراضي، أو بمقتضى حكم نهائي قضى بفسخ عقد الهبة والاعتصار المضمن بهذا العقد، وفي منطوق الحكم، يكون الموهوب له مسؤولاً مسؤولية كاملة، عند هلاك الملك الموهوب في يده، بعد امتناعه عن رده إلى الواهب.

وهذا هو المقرر والمنصوص عليه في المادة موضوع الشرح من مدونة الحقوق العينية، وهو المعمول به لدى القضاء المغربي.

المادة 289

«نفقات الاعتصار ورد الملك الموهوب يتحملها الواهب».

الشرح :

تحمل الواهب نفقات الاعتصار
ورد الملك الموهوب

سبقت الإشارة إلى أن الأصل أن تكون نفقات الهبة من مصروفات العقد، وتسلم العين الموهوبة ونقلها على الموهوب له، ويمكن أن يقع الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات العقد بل ومصروفات تسلم العين الموهوبة.

لكن فيما يتعلق بمصروفات الاعتصار في الهبة ونفقات رد الملك الموهوب، يتحملها الواهب وحده، وذلك بعد الرجوع في الهبة، وقيام الموهوب له برد الملك الموهوب إلى صاحب الهبة وهو الواهب لأنه لم يبق أي أثر لعقد الهبة، بعد الاعتصار والرجوع فيها.

الفصل الثالث

الصدقة

المادة 290

«الصدقة تمليك بغير عوض للملك، ويقصد بها وجه الله».

الشرح :

التعريف بالصدقة

سبقَت الإشارة إلى أن الهبة تشمل الهدية والصدقة، لأن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، فإن قصد منها طلب التقرب إلى الله تعالى بأعطاء محتاج، فهي صدقة، وإن قصد بذلك إعطاءً للمعطى له، فهي هدية أو هبة، فالهبة تكلمنا على معناها وأحكامها فيما سبق.

والصدقة لغة : ما يعطى على وجه القربى لله، لا المكرمة.

وشرعاً : عرفها الإمام ابن عرفة كذلك بقوله : «تمليك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض» وعرفت المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية بأن الصدقة هي : تمليك بغير عوض للملك، ويقصد بها وجه الله تعالى».

ويخلص من التعريف أن الصدقة هي تمليك لذات بلا عوض، تعطى لوجه الله وثواب الآخرة وعلى ذلك، فالصدقة تمليك من له التبرع ذاتاً تنقل شرعاً بلا عوض لمستحق بصيغة أو ما يدل على التمليك، لوجه الله وثواب الآخرة، وبعبارة أخرى، فالعطية هي تمليك الرقبة بدون عوض، فإن كانت لوجه الله وثواب الآخرة فهي صدقة، وإن كانت لوجه القابض دون قصد ثواب الآخرة فهي هبة، كما سبق القول فيهما.

المادة 291

«تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي :

لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقاً ؛

لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالارث».

الشرح :

سريان أحكام الهبة على الصدقة باستثناء الاعتصار،

وعدم ارتجاعها إلا بالارث

يستفاد من المادة موضوع الشرح، أن أحكام الهبة التي ذكرناها سابقاً . هي التي تطبق وتسري على الصدقة، لأن أحكامهما واحدة، لا يفترقان إلا في أمرين :

(1) إن الهبة تعتصر، أي يجوز للأب والأم اعتصارهما والرجوع فيها، وانتزاعها من يد الولد الموهوب له، بخلاف الصدقة لا يجوز اعتصارها مطلقاً، أي على الإطلاق.

(2) إن الصدقة لا يجوز للمتصدق تملكها مرة ثانية بأي وجه من وجوه التملك إلا بالارث، بخلاف الهبة، فيجوز للواهب أن يشتري ما وهبه، ولا يجوز أن يشتري ما تصدق به. لذلك نصت المادة موضوع الشرح، على هذين الأمرين بقولها، مع مراعاة الأمرين المذكورين.

ويمكن أن نضيف إلى الأمرين المذكورين، أمرين آخرين ذكرهما الفقه وهما :

(1) أن الواهب يصدق في قصده الثواب أي العوض وإن لم يشترطه، بخلاف المتصدق، فلا يصدق في قصد الثواب إلا إذا اشترطه فتصير معاوضة.

(2) وكذلك يجوز للواهب الانفاق من الهبة على أييه إذا افتقر بخلاف الصدقة، ويجوز للمتصدق بالماء على مسجد أو غيره أن يشرب منه، لأنه لم يقصد به الفقراء فقط بل هم والأغنياء.

والفرق بين حقيقتهما أن الهبة تكون للواصلة والوداد، والصدقة تكون لابتغاء الثواب عند الله تعالى، كما سبق ذكره⁽¹⁾.

الفصل الرابع

الشفعة

نظراً إلى أن الشفعة من أهم المواضيع الفقهية والقانونية، لأنها تعمل عن التقليل من أضرار الشركة الشائعة، وتجنب الشركاء من دخول شريك جديد عليهم، فلذلك نظمها الفقه، ومدونة الحقوق العينية، تنظيماً دقيقاً، وأولاهها عناية فائقة، تتجلى في

(1) انظر كتابنا «عقود التبرع في الفقه المالكي»، طبعة ثانية، ص 133.

تتبعهم لكل دقائقها بالدرس والتفصيل، واجتهادهم في استنباط القواعد التي تتعلق بهذا الموضوع. كما تتجلى أهمية الشفعة في إقبال الناس عليها وتمسكهم بممارستها والتجاءهم إلى القضاء للتوصل إلى الحكم لهم بها.

وتكلم الفصل الرابع من الباب الثاني من مدونة الحقوق العينية، عن تعريف الشفعة وأحكامها، في ثلاثة فروع، الفرع الأول خصص لشروط الأخذ بالشفعة، والفرع الثاني خصص لآثار الشفعة، والفرع الثالث خصص لسقوط الشفعة، سنتناول شرح المواد المدرجة في كل فرع، على التوالي فيما يلي :

الفرع الأول شروط الأخذ بالشفعة

المادة 292

«الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية والنافعة عند الاقتضاء».

الشرح :

تعريف الشفعة والهدف من إقرارها

أ - التعريف : الشفعة لغة بضم الشين واسكان الفاء، وحكي ضمها، وهي مأخوذة من الشفع بمعنى الضم، يقال شفعت الشيء إذا ضمته، وسميت الشفعة بذلك لأن الأخذ بها وهو الشفع يضيف بسببها الحصة المشفوعة من طرفه إلى الحصة التي كانت بيده فتصير بذلك الحصتان شفعاً بعد أن كانت التي بيده وتراً.

وأما الشفعة في اصطلاح الفقهاء، فهي أخذ شريك على الشيع عقاراً من شخص تجدد ملكه اللازم اختياراً بعوض يمثل الثمن أو القيمة، لدفع الضرر.

وعرفت الشفعة مدونة الحقوق العينية بأنها أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها، بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية والنافعة عند الاقتضاء.

ونقلاً عن الفصلين 25 من ظهير 19 رجب و974 من قانون الالتزامات والعقود، عرف الدكتور الكزبري الشفعة بأنها : «حق ممنوح للشريك على الشيوع في أن ينتزع

لنفسه الحصة الشائعة التي باعها أحد الشركاء للغير، مقابل أن يدفع للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع⁽¹⁾.

فخرج بقول التعريف : (شريك) كل من لم يكن شريكاً أصلاً كالجار، ومن كان شريكاً وانتهت شركته بقسمة بتية مثلاً. ويقول : (عقاراً) العروض والحيوانات وسائر المنقولات، ويقول : (تجدد ملكه أي على الشفيع) كل شخصين أو أكثر اشترى داراً أو أرضاً مثلاً دفعة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على الآخر حال شرائهما لأن التجدد لم يقع على أي منهما. وأما لو باع أحدهما حصته بعد ذلك لأجنبي فلشريكه الآخر الشفعة. ويقول : (بعوض) من تجدد ملكه بغير عوض، بل يتبرع مثل سائر التبرعات الأخرى : (الهبة والصدقة وما إليهما) فلا شفعة فيها، وشمل قوله : (بعوض) العوض المالي مثلياً كان كالكيل والموزون والمعدود، أو مقوماً، كسائر المنقولات الأخرى والعقارات، والعوض غير المالي مثل الخلع والنكاح إذا وقع عوضاً كل منهما بعقار. وخرج بقوله (اختياراً) من تجدد ملكه عن الشريك اضطراراً أو بقوة القانون، وذلك بالنسبة للإرث، واختياراً في تجديد الملك يكون بالنسبة للمشتري المشفوع منه لا بالنسبة للبائع. ولذا، فإن من يباع عليه واجبه المشاع في عقار بصفة إجبارية تنفيذاً لحكم صدر عليه مثلاً، فلشريكه على الشياخ شفعة الحصة المبيعة على الصفة المذكورة، وخرج بقوله : (اللازم) البيع غير اللازم، وذلك بالنسبة لبيع الخيار فلا شفعة فيه إلى أن يصير باتاً، وبيع الخيار هو الذي يمنح فيه لعاقديه معاً أو لأحدهما الخيار في امضاء البيع أو عدم إمضائه في ظرف أجل محدد فقهاً⁽²⁾.

وهذا التعريف أخذ به القضاء المغربي، واستقر عليه المجلس الأعلى⁽³⁾.

ب - والهدف الرئيسي من اقرار الشفعة للشركاء هو تمكينهم من الحؤول دون تملك شخصي غريب عنهم حصة أجدهم خشية أن يكون هذا الشخص غير مرغوب فيه وأن يكون تملكه سبب حدوث منازعات وخلال محل ما كان سائداً فيما بينهم قبلاً من وفاق ووئام إلى جانب ذلك يمكن أن تؤول الشفعة إلى إزالة الشبوع وما يرافقه غالباً من شقاق بين الشركاء وإهمال في استثمار الشيء المشاع كأن يشفع أحد الشركاء الحصة أو الحصص المتصرف فيها للغير ويتملك الشيء المشفوع وحده على وجه الاستقلال.

(1)

(2) أحكام الشفعة والصدقة، للأستاذ الحمزاوي، صفحة : 7 و8.

(3) قرار المجلس الأعلى عدد : 871 بتاريخ 1982/12/7، ملف عقاري عدد : 50439، منشور بمجلة المجلس الأعلى، عدد مزدوج 33 - 34، ص 64.

هذا، ويطلق اسم «الشفيع» على من له حق الشفعة «والمشفوع» على الشيء الذي تعلق به حق الشفعة. «والمشفوع به» على الشيء الذي وجبت به الشفعة «والمشفوع». «والمشفوع منه» هو من تملك بعوض حصة شائعة في عقار بصفة لازمة واختيارية، أي وهو الأجنبي الذي، تستعمل الشفعة ضده.

وخلاصة القول، يتضح من المادة موضوع الشرح، أن الشفيع ملزم بدفع مقابل للمشتري نظير الأخذ بالشفعة، ويتجسد هذا المقابل في ثمن المبيع، ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقتها منذ البيع عند الاقتضاء، أي يمكن أن يدخل في نطاقها قيمة التحسينات والبناءات والأغراس والنفقات التي يهدف منها الحفاظ على المبيع وصيانتته من التلف والضياع.

المادة 293

«يشترط لصحة طلب الشفعة أن يكون طالبا :

شريكاً في الملك المشاع وقت بيع حصة شريكه في العقار أو الحق العيني ؛

أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقاً على تاريخ تملك المشفوع من يده للحصة محل الشفعة ؛

أن يكون حائزاً لحصته في الملك المشاع حيازة قانونية أو فعلية ؛

أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المبيعة بعوض».

الشرح :

شروط الأخذ بالشفعة بالنسبة لطالبا

ذكرت المادة موضوع الشرح، شروط الأخذ بالشفعة بالنسبة لطالبا وقررت أنه يشترط لصحة طلب الشفعة أن تتوفر في طالبا الشروط المذكورة في النص.

قلنا : إن الشفيع هو الشخص الذي له الحق في أن يأخذ الحصة التي انتقلت إلى المالك الجديد، بشرط أن يكون مالكا حصة شائعة في عقار (عادي أو محفظ أو في طور التحفيظ) أو في حق عيني عقاري، قابل للتداول بحد ذاته، بعد تفويت شريكه حصته للغير بعوض، داخل أجل معين، وذلك مقابل أدائه للمفوت إليه كل ما أنفقه هذا الأخير من أجل حيازة وتملك الشق المراد شفيعته.

ويشير فقهاء المالكية، والقانون المغربي، ومدونة الحقوق العينية، على أن الشريك في المال المشاع - أي الذي لم يقسم بعد قسمة بتية - هو الذي يحق له وحده بالشروط التي قررتها المادة موضوع الشرح، الآتي ذكرها، أن يشفع حصة شريكه عندما تنتقل إلى مالك جديد عن طريق المعاوضة.

وعليه، لا يستحق هذا الشريك الشفعة إلا إذا توفرت فيه أربعة شروط، وهي :

- (1) أن يكون شريكاً في الملك المشاع ؛
- (2) أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقاً على تاريخ تملك المشفوع من يده.
- (3) أن يكون حائزاً لحصته موضوع الشفعة ؛
- (4) أن يكون المشفوع منه مالكا للحصة المباعة.

الشرط الأول : أن يكون الشفيع شريكاً على الشياع، ويقصد به أن يكون شريكاً بجزء شائع في المال المشترك المطلوب شفيعته كنصف أو ربع أو سدس شائعاً، واستمر هذا الشياع إلى تاريخ البيع. فإن لم يكن شريكاً على الشياع فلا يستحق الشفعة.

وفي نطاق الشفعة من زاوية شخص الشفيع، قال المرحوم الدكتور الكزبري : لا بد للتحديد نطاق الشفعة من زاوية شخص الشفيع من التمييز بين أن تمارس الشفعة على منقول أو عقار غير محفظ عملاً بأحكام قانون الالتزامات والعقود، وبين أن تمارس على عقار محفظ عملاً بأحكام ظهير 19 رجب.

- فالشفيع حسب أحكام قانون الالتزامات والعقود هو المالك على الشيوع للمنقول أو العقار الذي له حصة شائعة فيه صغيرة كانت أم كبيرة، وسواء كان الشيوع اختيارياً أي وليد الاتفاق أو كان اضطرارياً أي وليد التوارث.

- أما الشفيع حسب أحكام ظهير 19 رجب فهو المالك على الشيوع لعقار محفظ أو المالك على الشيوع لحق من الحقوق العينية العقارية القابلة للتداول بحد ذاتها كالمشاع في حق انتفاع أو حق سطحية أو حق كراء طويل الأمد⁽¹⁾.

ويلاحظ أن هذا الشرط كما يطلب في العقار غير المحفظ، فهو يعتبر أيضاً في العقار المحفظ، وفي المنقول، وذلك لأن كلا من ظهير 19 رجب، وظهير الالتزامات والعقود وكذا مدونة الحقوق العينية، لا يثبت الشفعة إلا للشريك على الشياع.

(1) مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 448.

الشرط الثاني : أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقاً على تاريخ تملك المشفوع من يده للحصة محل الشفعة : أي يجب أن تكون ملكية الشفيع سابقاً على ملكية المشفوع منه، أي أن يكون تاريخ تملك الشفيع للجزء المشاع الذي يشفع به سابقاً على تاريخ تصرف شريكه العوضي والا فلا شفعة.

وبعبارة أخرى، لا يسوغ للشفيع استعمال حق الشفعة إلا إذا كان حقه سابقاً حق الشخص الذي تجري الشفعة بحقه، فالمالك على الشيوع الذي يستطيع شفعة الحصة التي باعها مشتاع غيره هو الذي ترجع ملكيته لحصته لتاريخ سابق على قيام المشتاع بالتصرف في حصته، أما أن تكون ملكيته لاحقة للتصرف بالحصة المشاعة، فلا تثبت له الشفعة، فهكذا مثلاً لو أن زيداً وبكراً وعمرواً يملكون عقاراً أو منقولاً على الشيوع فيما بينهم، وباع زيد حصته لعبد القادر في شهر يناير 2014 ثم قام بكر ببيع حصته لسعد في أبريل 2014، فلا يستطيع سعد أن يشفع الحصة التي كانت بيعت قبلاً لعبد القادر.

ولما كانت العبرة في الأسبقية بالنسبة للعقارات المحفوظة هي التسجيل، لأن الحقوق العينية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل حتى بين المتعاقدين إلا اعتباراً من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري (الفصل 66 والفصل 67 من القانون العقاري الجديد رقم 14-07) فإن الشريك الذي لم يسجل حقه أو الذي سجل حقه بعد أو في نفس تاريخ تسجيل الحق المتصرف فيه لا يستطيع أن يطالب بشفعة هذا الحق.

وجاء في قرار محكمة الاستئناف في الرباط «أن العرض الحقيقي الذي تقدم به وريث لم يسجل الحصة التي آلت إليه بالارث في عقار كان يملكه الموروث، ليأخذ بالشفعة الحصة الشائعة التي تصرف بها وارث آخر، هو عرض غير منتج إزاء من اكتسب هذه الحصة، وأن التسجيل اللاحق لحقه الارثي لا يمكن أن يكون له أثر رجعي، وليس من شأنه أن يصحح العرض الحقيقي الذي كان في الأصل عرضاً غير منتج»⁽¹⁾.

الشرط الثالث : أن يكون طالب الشفعة حائزاً للحصة موضوع الشفعة : من شروط استحقاق الشفيع الشفعة، يجب أن تكون شركته ثابتة بحيث أن يكون شريكاً قبل قيام شريكه بتفويت حصته ويبقى شريكاً عندما يفوت ذلك الشريك حصته، ويستمر على الشركة إلى أن تتم له إجراءات الشفعة، فإن لم يتوفر على ذلك فلا يستحق الشفعة، بمعنى أنه يجب أن يكون حائزاً حيازة قانونية وفعالية، كما لك لواجبه المشاع الذي يشفع به وتحت سلطته.

(1) محكمة الاستئناف في الرباط، تاريخ 13 مارس 1947، مجلة المحاكم في المغرب لعام 1947، صفحة : 155.

الشرط الرابع : أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المباعة بعوض : من شروط صحة الشفيع أن تكون الحصة التي باعها المشفوع منه، وانتقلت ملكيتها إليه بعوض، أي أن شفعة تثبت في كل حصة انتقلت عن طريق معاوضة من بيع ومقايضة وغيرهما. كما إذا دفع الزوج لزوجته صداقاً أو دفعته لها له مقابل الطلاق (الخلع)، ولا تثبت الشفعة فيما انتقل عن غير المعاوضة كما في الهبة والصدقة، وما إليها، فلا شفعة فيها.

ويتم ذلك بأن يدلي بما يثبت المعاوضة التي انتقلت الحصة المطلوب شفعتها إلى المشفوع منه. كأن يدلي بنسخة من وثيقة شراء المدعى عليه لتلك الحصة أو بوثيقة النكاح التي تنص على أن المدعى عليها تلقت تلك الحصة صداقاً إلى غير ذلك.

ويمكن للشريك الراغب في الشفعة أن يحصل على نسخة من الوثيقة التي تثبت المعاوضة بمجرد طلب يقدمه إلى قاضي التوثيق أو مصلحة التسجيل أو الموثق.

المادة 294

«يجوز ضم حق الهواء والتعلية إلى ملكية السفلى وحق السطحية أو الزينة إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة فيما بيع منها لأجنبي».

الشرح :

جواز ضم حق الهواء والتعلية إلى ملكية السفلى،

وحق السطحية أو الزينة إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة

سبقت الإشارة إلى أن الفقهاء اتفقوا ومدونة الحقوق العينية تبعهم على أن الشفعة حق في العقار من دور وأرضين وبساتين وبئر، وما يتبعها من بناء وشجر. ولا شفعة في منقول كالحيوان والثياب والعروض التجارية، لأن الشفعة شرعت لرفع ضرر سوء الشركة بالاتفاق، بسبب الاستمرار والدوام، والمنقول لا يدوم بخلاف العقار، فيتأبد فيه ضرر المشاركة، ولأن الشفعة كما بينا آنفا هي : «استحقاق الشريك، انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه، من يد من انتقلت إليه فتاسب أن تكون عند شدة الضرر، وإطلاقاً لحرية التصرف والبيع. بالعقار من الأشياء والحقوق.

لذلك، قررت المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية أنه يجوز ضم الهواء والتعلية إلى ملكية السفلى، وحق السطحية أو الزينة إلى ملكية الرقبة، لأنها تابعة للأصل. فالحقت بالملك المشفوع، ما في حكمه وهو الهواء والتعلية، فيضمن إلى ملكية السفلى عن طريق الشفعة.

علماً بأن حق الهواء والتعلية، هو حق الملكية الواقع على عقار - محفظاً كان أو غير محفظ أرضاً خالية كانت أو عليها بناء - يمتد إلى ما يعلو على ذلك العقار من الهواء.

كما أنه يجوز ضم حق السطحية، أو الزينة، إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة، لأن الحقين معاً تابعان للرقبة. علماً بأن حق السطحية هو عبارة عن ملكية بناء أو أغراس في أرض مملوكة للغير. وأما الزينة : فيراد بها التجهيزات التي يقيمها المكثري في الدكان أو الفندق، أو الحمام الذي يكتريه على أساس الجلسة، من تجهيزات ورفوف وواجهات وغير ذلك مما يحتاج إليه في تسييره واستغلاله.

كما يراد بالزينة أيضاً البناء والغرس الذي يحدثه المكثري لأرض الجزاء، وعلى الحق الذي اكتسبه المكثري في الجلسة والجزاء

فهذه الحقوق العينية التابعة، يجوز ضمها إلى أصلها في الشفعة. فبالنسبة لحق الهواء والتعلية يجوز ضمه إلى ملكية السفلى عن طريق الشفعة. كما أن حق السطحية أو الزينة يجوز ضمها إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة.

المادة 295

«يتعين على طالب الشفعة إثبات بيع الحصة المطلوب شفعتها. فإذا كان العقار محفظاً يتعين عليه إثبات تقييد البيع بالرسم العقاري».

الشرح :

وجوب إثبات الشفعيع بيع الحصة المطلوب شفعتها،

وإثبات تقييد البيع بالرسم العقاري إن كان العقار محفظاً

سبقت الإشارة إلى أن الشفعيع هو الشخص الذي له الحق في أن يأخذ الحصة التي انتقلت إلى المالك الجديد، بشرط أن يكون مالكا حصة شائعة في عقار (عادي أو محفظ أو في طور التحفيظ) أو في حق عيني عقاري قابل للتداول بحد ذاته. ولا يستحق هذا الشريك الشفعة إلا إذا أثبت أنه شريك على الشيع، في الحق الذي انتقلت حصة منه إلى المشفوع منه، وأن تكون شركته ثابتة ثبوتاً قانونياً.

وقررت هذه المادة موضوع الشرح، أنه يجب على طالب الشفعة، بالإضافة إلى الشروط السابقة، أن يثبت عند طلب الشفعة من المشفوع منه، عن طريق القضاء، بيع الحصة المطلوبة شفعتها، بحيث إذا كان العقار مملوكاً لعدة أشخاص، وباع أحدهم نصيبه، فإن حق الشفعة ثابت لكل من يملك جزءاً مشاعاً من ذلك العقار المشاع، لكن

على الشريك طالب الشفعة، لا تثبت الشفعة له، إلا إذا أثبت أن البيع وقع فعلا، وثابت بحجة رسمية، وبشراء المشفوع منه للحصة المباعة من أحد الشريك أو من الشركاء لم يثبت الشفيع بيع الحصة المطلوب شفعتها فلا حق له في الشفعة.

وهذا الحكم، يتعلق بطلب الشفعة موضوع العقار العادي أو الذي في طور التحفيظ، لكن إذا تعلق البيع وحق الشفعة في العقار المحفوظ، فلا يستحق الشفيع الشفعة إلا بعد اثبات تسجيل وتقيد بيع الحصة المباعة في السجل العقاري. بحيث إذا لم يثبت تقيد البيع في السجل العقاري فلا حق للشفيع، وهو حكم حاسم، لما كان قبل من الخلاف بين الفقه والقضاء، في هذا الموضوع فمنهم من رأى استحقاق الشفعة، ولو قبل التقيد في السجل العقاري، ومنهم من رأى أن الشفيع لا يستحق الشفعة إلا بعد التقيد في السجل العقاري، فحسمت المادة موضوع الشرح هذا الخلاف، وأكدت ما حسمه المبدأ الذي أقره المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 82/4/7، حيث قرر أنه لا وجود لأي حق عيني يتعلق بعقار محفظ، حتى بين المتعاقدين إذا لم يكن مسجلا بالرسم العقاري... وأن الشفيع لا يمكنه ممارسة الشفعة بشأن تصرف في عقار محفظ، إلا بعد تسجيل التصرف المذكور على الرسم العقاري⁽¹⁾.

المادة 296

«إذا باع شريك حصته لأجنبي في ملك مشاع، فيجب على الشريك أن يأخذ الحصة المباعة بكاملها أو أن يتركها ؛

إذا تعدد الشفعاء كان لكل واحد منهم الأخذ بالشفعة بقدر حصته في الملك المشاع يوم المطالبة بها، فإذا تركها البعض، وجب على من رغب في الشفعة من الشركاء أخذ الحصة المباعة بكاملها ؛

إذا كان المشتري أحد الشركاء فلكل شريك في الملك أن يأخذ من يده بقدر حصته في الملك، ويترك نصيبه بقدر حصته ما لم يعرب عن رغبته في التخلي عنها».

الشرح :

عدم جواز تبعض الشفعة، وت مارس على قدر الأنصاء

تكلت المادة موضوع الشرح، على استحقاق الشفعة بالنسبة لعدم جواز تبعضها وتجزئتها، سواء تعلقت بالنسبة لبيع شريك حصته لأجنبي في ملك مشاع، أو تعلقت

(1) قرار المجلس الأعلى، 286، بتاريخ 84/4/7، في الملف المدني رقم 49309، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد : 30 مارس - أبريل 1984، ص 39.

عند تعدد الشركاء، وأراد كل واحد منهم الأخذ بالشفعة، فيأخذها بقدر حصته، ودون تبعيض في الملك المشاع يوم المطالبة بها، وإذا تركها البعض وجب من رغب فيها أخذ الحصة المبيعة بكاملها. كما تكلمت على أن المشتري إذا كان أحد الشركاء فيأخذ الشفيع الشفعة من يده بقدر حصته في الملك، ويترك نصيبه بقدر حصته ما لم يعلم رغبته في التخلي عن الشفعة.

وعليه، نتكلم على أحكام الشفعة، في نطاق زاوية الشفيع الشريك على الترتيب الوارد في هذه المادة موضوع الشرح، وذلك فيما يلي :

أولاً : بالنسبة للشفعة في حق شريك باع حصته لأجنبي :

إذا وجد عقار مملوك على الشيع بين شخصين، وباع أحدهما نصيبه إلى الغير، أي باع نصيبه إلى أجنبي، فالشفعة للشريك الثاني ولا اشكال، لكن يجب على الشريك الشفيع أن يشفع الحصة المبيعة بكاملها، أو يتركها كلها. عملاً بالقاعدة القائلة : « لا يجوز تبعيض الشفعة أو تجزئتها ».

ثانياً : بالنسبة للشفعة عند تعدد الشركاء تكون على قدر الأنصبا بحيث إذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة أشخاص أو أكثر سواء كان سبب تملكهم هو الارث أو عقد البيع أو الهبة أو الوصية أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية، وباع أحدهم نصيبه للغير، فلا شك في أن لكل واحد منهم حق طلب الشفعة في الحصة المبيعة، لأن سبب تملكهم واحد.

لكن إذا كانت حظوظ الشركاء المتزاحمين على الشفعة متفاوتة بحيث يملك أحدهم - مثلاً - النصف والثاني السدس، والثالث الثلث، فهل يقتسمون الشيء المشفوع - بعد بيعه من قبل أحدهم - على ثلاثة أم بحسب نصيب كل واحد منهم في الشركة ؟

أجاب الإمام مالك عن ذلك بقوله : « الشفعة بين الشركاء على قدر حصصهم، يأخذ كل إنسان منهم بقدر نصيبه إن كان قليلاً قليلاً وإن كان كثيراً فبقدره، وذلك إذا تشايعوا فيها »⁽¹⁾.

كما قال ابن عاصم في التحفة :

والشركاء للشفيع وجبا أن يشفعوا معه بقدر الأنصبا

(1) موطأ الإمام مالك برواية يحيى الليثي، ص 505.

يعني أن الشركاء للشفعة، إنما يشفعون بقدر الأنصباء، أي كل بقدر حصته في الشركة، لا على الرؤوس، فإذا وجد أربعة شركاء في الملف لأحدهم النصف، ولأحدهم الربع، ولاتنين الربع الباقي، فباع صاحب النصف شقصه لأجنبي عنهم فإن النصف المباع يقسم على حصص الشفعاء، فيكون لصاحب الربع النصف ولكل واحد من الاثنين الربع.

ومن جهته نص الفصل 26 من ظهير 2 يونيو 1915 على ما يلي : «يمارس هذا الحق (حق الشفعة) على نفس العقار من طرف جميع الشركاء كل بقدر نصيبه، فإن تنازل البعض منهم فإن هذا الحق يمارسه الباقون بقدر حصصهم» كما نص الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الثانية على أنه : «لكل من المالكين على الشيع أن يشفع بنسبة حصته.....».

ثالثاً : فيما يتعلق بشراء أحد الشركاء نصيب شريك باعه في الملك المشترك : أي أنه إذا ما بيعت الحصة الشائعة لشخص من غير الشركاء، فالمشتري مجرد كلياً من ملكية الحصة المبيعة، نتيجة ممارسة الشفعة من قبل أحد المشتاعين.

أما إذا بيعت الحصة لأحد الشركاء، ومارس آخر أو آخرون حق الشفعة، فيبقى الشريك المشتري محتفظاً بجزء من الحصة المشفوعة يتناسب والحصة التي كانت له قبل شراء هذه الحصة.

وإذا مارس الشركاء جميعاً الشفعة، فلا ينال كل منهم إلا جزءاً من الحصة المتصرف فيها يتناسب وحصته الشائعة، على أن يحتفظ المتصرف إليه أيضاً بجزء يتناسب وحصته عندما يكون هذا المتصرف إليه أحد الشركاء ما لم يعرب عن رغبته في التخلي عن الشفعة، وإذا ترك بعض الشركاء الشفعة، وجب على من رغب في الشفعة ومارسها من الشركاء أخذ الحصة المبيعة بكاملها.

وعلى هذا، نص الفصل 974 من قانون الالتزامات والعقود، على أنه إذا امتنع غيره من الأخذ بها (الشفعة) لزمه أن يشفع الكل، ونص الفصل 33 من ظهير 2 يونيو 1915 بدوره على أنه : «يجب الأخذ بالشفعة، في مجموع الحصص المبيعة على الشيع لا جزء منها». هذا ويستفاد من النصين، أن هذه الأحكام كما تطبق على العقار غير المحفظ أو في طور التحفيظ، تطبق على العقار المحفظ بالنص عليها.

وجاء هذا المعنى في قرار للمجلس الأعلى، حيث ورد فيه : «أن حق الشفعة على العقار يمارس بصفة مشتركة بين كافة المالكين على الشيع بنسبة ما يملكه كل واحد

منهم، وإذا تنازل عدد منهم، فإن ذلك الحق يمارس من طرف الآخرين حسب حظوظهم»⁽¹⁾.

وقد جاء في القوانين الفقهية لابن جزي ما نصه : «إذا وجبت الشفعة لجماعة اقتسموا المشفوع على قدر حصصهم، وأن سلم بعضهم فلآخر أخذ الجميع أو تركه، وليس له أن يأخذ نصيبه إلا إذا أباحه له المشتري»⁽²⁾.

والخلاصة أن الفقهاء اتفقوا على أن الشفعة حق لا يقبل التجزئة والتبعض، فإذا تنازل (سلم) الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف مثلاً، سقط حقه في كل المبيع : لأنه لما سلم في النصف بطل حقه فيه بصريح الاسقاط، وبطل حقه في الباقي. وإذا تعدد الشفعاء فليس لبعضهم أن يهب حصته لبعض، وإن فعل أحدهم أسقط حق شفعته»⁽³⁾.

المادة 297

«إذا اختلفت مراتب الشفعاء كان ترتيبهم في الأخذ بالشفعة على الشكل التالي : يقدم من يشارك البائع في السهم الواحد في الميراث على من عداه، فإن لم يأخذ انتقل الحق إلى باقي الورثة ثم الموصى لهم، ثم الأجانب. ويدخل كل واحد من هؤلاء مع من يليه في شفيعته دون العكس ويتنزل المشتري منزلة البائع، والوارث منزلة مورثه في الأخذ بالشفعة».

الشرح :

حق الأولوية في الشفعة عند تعدد الشفعاء

واختلاف مراتبهم وتزاحمهم

يستفاد من نص المادة موضوع الشرح أنه إذا تعدد الشركاء، وكان المشتري أحدهم، فلكل منهم الأخذ بالشفعة على قدر الأنصبة لا على قدر الرؤوس، ويترك للمشتري حصته في الشقص بدون طلب، عملاً بالقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه : «لا يطلب شخص حقاً وهو بيده» كما يستفاد من نص المادة موضوع الشرح أنه إذا تزاخم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه في نصها. وإذا تزاخم الشفعاء من طبقة واحدة، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

(1) قرار عدد 207، بتاريخ 75/12/8، في الملف المدني عدد 39423، منشور بمجلة المحاماة عدد 12، ص 40.

(2) قرار المجلس الأعلى، عدد 643، بتاريخ 1990/05/15، في الملف الشرعي رقم 7249/88، منشور في مجلة القضاء والقانون عدد 142، ص 114.

(3) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزجيلي، ج 5، ص 844.

ويذكر في هذا الصدد أن الشركاء حينما يتعددون قد يستحقون الشفعة جميعاً في آن واحد، ونسميهم حينئذ بالشركاء المتساوين في حق الشفعة. وقد يكون بعضهم أولى من بعض في استحقاق الشفعة. ويكون حينئذ أمام ما يسمى بحق الأولوية في الشفعة، واختلاف مراتب الشفعاء، وندرس الحالتين معاً.

الحالة الأولى : تساوي الشفعة في استحقاق الشفعة :

يكون الشركاء متساوين في استحقاق الشفعة إذا كان سبب تملكهم للعقار المشاع واحداً، أي أن يكون مدخلهم إلى ذلك العقار واحداً. وذلك كما لو مات شخص وترك ثلاثة أولاد وثلاث بنات وخلف عقاراً، فإن هؤلاء المشتريين في المثال الأول والورثة في المثال الثاني قد أصبحوا مالكيين لذلك العقد في وقت واحد وسبب واحد.

فإذا فوت أحدهم نصيبه بعبوض، فإن لكل واحد من باقي الشركاء أن يستعملوا الشفعة ضد المالك الجديد لتلك الحصة. وحينئذ توزع عليهم بنسبة ما يملكه كل واحد منهم في العقار المشاع.

ففي المثال الأول : إذا باع أحد الشركاء نصيبه في الدار وطالب الشريكان الباقيان بالشفعة فإن تلك الحصة توزع بينهما انصافاً.

وفي المثال الثاني : إذا باع أحد الأولاد نصيبه وطالب بقية الأخوة بالشفعة فإن الحصة المباعة توزع بينهم بنسبة جزأين من سبعة لكل ابن وجزءاً من سبعة لكل بنت، كما يوزع الثمن والمصاريف بنفس النسبة أيضاً.

وهذا الحكم يطبق أيضاً بالنسبة للعقار المحفظ لأننا نجد الفصل 26 من ظهير 19 رجب ينص على ما يلي : «يمارس هذا الحق (حق الشفعة) على نفس العقار منطرف جميع الشركاء كل بقدر نصيبه»⁽¹⁾.

الحالة الثانية : حق الأولوية في الشفعة عند تزاحم الشفعاء واختلاف مراتبهم فيها :

يعني حق الأولوية في الشفعة أن يكون بعض الشركاء - حينما يتعددون - أولى من بعض في استحقاق الشفعة، بمعنى أن الشركاء يصبحون درجات، بحيث لا تستحق الدرجة السفلى الشفعة إلا إذا تنازلت عنها الدرجة العليا.

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 220 - 221.

ويلجأ إلى هذا الترتيب عندما يكون الشركاء قد يملكون العقار المشاع بأسباب مختلفة، كأن يشتري ثلاثة أشخاص داراً ثم يموت أحدهم فيترك ثلاثة أولاد. حيث نجد أن الشريكين الباقيين دخلاً إلى ملكية الدار بسبب الشراء، بينما ملك الأولاد الثلاثة نصيب أبيهم عن طريق الإرث.

وكان يموت مالك عقار ويترك زوجتين وأربعة أعمام ويوصى بثلاثة لابني صديقه. فإن هؤلاء الورثة، وإن دخلوا إلى ملكية العقار بسبب الإرث، إلا أن كل طائفة منهم ورثت بغير الصفة التي ورثت بها الأخرى، فالزوجتان ورثتا الربع بالفرض، والأعمام ورثوا الباقي بالتعصيب، والموصى لهما استحقا الثلث بالوصية.

وقد رأى المالكية أن الرابطة التي تربط كل صنف من هؤلاء الشركاء أقوى من الرابطة التي تربطهم ببقية الشركاء، فالرابطة التي تربط إحدى الزوجتين بالأخرى أقوى من الرابطة التي تربطهما بالأعمام والموصى لهما، وهكذا.

كما رأوا أن مصلحة بعض الشركاء في هذا العقار أولى بالرعاية من البعض الآخر. ولذلك قرروا أن للشركاء مراتب في استحقاقهم للشفعة. وأوجدوا قواعد لتطبيق هذا المبدأ.

ويمكن تلخيص هذه القواعد، المتعلقة بمراتب الشركاء، ثم بكيفية العمل عند تزاحم الشركاء على الشفعة فيما يلي :

أولاً : مراتب الشركاء :

للشركاء مراتب أربع هي :

المرتبة الأولى : الشركاء من النوع الأخص أو الأقرب، ويراد بهم الذين يشتركون مع البائع بالارث في فرض واحد، وذلك كأحد الزوجتين عندما تباع الأخرى نصيبها. وكيفية البنات عندما تباع أختان واجبهما في الحصة. التي كان يملكها أبوهن. وكالاخوة للأم، وكالجدتين.

المرتبة الثانية : الشريك من النوع الخاص أو القريب. ويقصد به الشخص الذي يرث حصة شائعة في العقار الذي ورث فيه البائع، كما إذا مات شخص عن بنتين وزوجتين فباع إحدى البنيتين نصيبهما، فإن كلما من الزوجتين تعتبر شريكة خاصة للبائعة.

المرتبة الثالثة : الشريك البعيد أو العام، وهو الشريك الذي آل إليه نصيب من المال المشاع عن طريق الوصية أو التزليل. كما إذا مات شخص وترك زوجة وأباً

وموصى له بربع، فإذا باعت الزوجة نصيبها أو الأب نصيبه اعتبر الموصى له شريكاً عاماً بالنسبة للباقي.

المرتبة الرابعة : الشريك الأبعد أو الأعم، وهو الذي كان شريكاً قبل دخول بقية الشركاء عن طريق الإرث أو الوصية. كأن يشتري شخصان عقاراً ثم يموت أحدهما عن زوجة وابن وأب، فإن الشريك الآخر يعتبر شريكاً أبعد بالنسبة لكل وارث.

ثانياً : كيفية العمل عند تزاحم الشركاء على الشفعة :

عندما يفوت أحد الشركاء نصيبه في عقار مشاع عن طريق المعاوضة، ويطلب الشركاء جميعاً الشفعة، ولا يكونون متساوين في استحقاق الشفعة، فإن القواعد التالية هي التي تطبق عندئذ :

- 1 - يقدم الشريك الأخص للبائع على غيره.
- 2 - يدخل الشريك الأخص على غيره دون العكس.
- 3 - يدخل الشريك الوارث بالفرض على الوارث بالتعصيب ولا عكس.
- 4 - يدخل الوارث على الموصى له ولا عكس.
- 5 - يقدم الشريك في الإرث على الموصى له.
- 6 - ينزل خلف كل شريك منزلة سلفه في رتبته.
- 7 - إذا تنازل أصحاب الطبقة العليا عن الشفعة انتقل الحق إلى من يليهم.

ولتطبيق هذه القواعد نفرض أن عقاراً كان مملوكاً لثلاثة أشخاص مات أحدهم وترك ثلاث زوجات، وبنتاً، وبنتي ابن، وأخوين شقيقين، وكان قد أوصى بخمس نصيبه في ذلك العقد لثلاثة من أبناء عمه يوزع بينهم بالتساوي.

أ - فإذا باعت إحدى الزوجات نصيبها وطالب الجميع بالشفعة، فإن الزوجتين الأخريين تقسمان ذلك النصيب بينهما بالتساوي، لأنهما أولى من غيرهما بالشفعة. فإذا تنازلت إحداهما استحققت الأخرى الشفعة وحدها (وذلك عملاً بالقاعدة الأولى). فإذا تنازلت الزوجتان معاً استحق الشفعة كل من البنت. وبنتي الابن دون غيرهن (عملاً بالقاعدة الخامسة) وإذا تنازلن جميعاً عن الشفعة استحقها الأخوان دون غيرهما (القاعدة السابعة).

ب - لنفترض أن إحدى الزوجات توفيت وتركت ورثة (أبا وابنين مثلاً). ثم باعت إحدى الزوجتين الباقيتين نصيبهما، فإن الذي يكون أولى بالشفعة، هو الزوجة الأخرى وورثة الزوجة المتوفاة (تطبيقاً للقاعدة السادسة).

ج - أما إذا باع أحد ورثة الزوجة المتوفاة نصيبه فیتعين اعتبار حصة هذه الزوجة المتوفاة ملكاً مشتركاً بين ورثتها تطبق عليه قاعدة الأولوية المذكورة، وتصبح الزوجات الأخريات مع بقية الورثة وبقية الشركاء، شركاء أعم بالنسبة لورثة الزوجة المتوفاة.

د - لنفرض أن أحد الأخوين الشقيقين باع نصيبه في ذلك العقار. فإن الذي يستحق الشفعة هو كل الأخ الآخر وبقية الورثة من غير الموصى لهم (القاعدة الثالثة). بحيث يوزع نصيب هذا الأخ على الأخ الآخر. وعلى الزوجات والبنت وبنتي الابن بقدر ما يملكه كل واحد منهم : ولا يختص الأخ الباقي بشفعة ما باعه أخوه لأن القاعدة الثالثة تقضي بأن الوارث بالفرض يدخل على الوارث بالتعصيب ولا العكس.

هـ - لنفرض أن أحد الموصى لهم باع نصيبه في ذلك العقار، فإن الذي يستحق الشفعة هو باقي الموصى لهم وسائر الورثة، بحيث يوزع عليهم على قدر ما يملكه كل واحد منهم (تطبيقاً للقاعدة الرابعة).

و - لنفرض أن أحد الورثة أو الموصى لهم باع نصيبه وتنازل جميع الورثة والموصى لهم عن الشفعة، فإن الشريكين الباقيين يستحقان الشفعة حينئذ (تطبيقاً للقاعدة السابعة).

ز - لنفرض أن أحد الشريكين من غير الورثة باع نصيبه. فإن الذي يستحق الشفعة هو الشريك الآخر وورثة الشريك المتوفى أيضاً (تطبيقاً للقاعدة الثانية) ولأننا ذكرنا أن خلف كل شريك ينزل منزلة سلفه (القاعدة السادسة).

وهكذا يتبين أن للشفعة أربع مراتب هي بحسب الترتيب والأولوية، كما يلي : (1) ذو الفروض. (2) العصبية. (3) الموصى لهم. (4) الشريك الأجنبي، وذلك حسب البيان والتفصيل المذكور أعلاه.

ونشير في الأخير إلى أن أحكام الأولوية في الشفعة، ونزاع الشفعاء فيها كما تطبق في العقار غير المحفظ تطبق أيضاً في العقار المحفظ⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 220 وما يليها.

«تكون الشفعة في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أو غير قابلة لها، وتكون في الحقوق العينية القابلة للتداول».

الشرح :

الشفعة في العقارات وتوابعها والحقوق العينية القابلة للتداول

قررت المادة موضوع الشرح، أن الشفعة تثبت في كل عقار يقبل القسمة، ولو كانت قسمته تتعذر نظراً لكثرة الشركاء فيه. أما إذا كان العقار المشترك غير قابل للقسمة بحسب استعماله كالحمام والرحى، أو كان لا يقبل القسمة بحسب طبيعته كالشجرة الواحدة والبئر، فإن في المذهب المالكي قولين. ولكن العمل يجري على ثبوت الشفعة في هذا النوع أيضاً، والقول بالشفعة فيما لم ينقسم إطلاقاً هو الذي جرى به العمل وعليه القضاء، وهو المقرر كما نصت عليه المادة موضوع الشرح بقولها : «تكون الشفعة في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أو غير قابلة لها».

1 - الشفعة في العقار : والعقار هو الشيء الثابت المستقر بحيزه الذي لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف. وقد أطلق فقهاء المالكية على العقار بطبيعته مصطلح (الأصل) وهو مفرد (أصول).

ويتفق المالكية على ثبوت الشفعة في كل عقار يقبل القسمة ولو كانت قسمته تتعذر نظراً لكثرة الشركاء فيه. أما إذا كان لا يقبل القسمة بحسب طبيعته كالشجرة الواحدة والبئر، فإنه جرى العمل بثبوت الشفعة في هذا النوع، كما أسلفنا.

2 - وبالنسبة للأشياء التي تتبع العقار : يرى المالكية ثبوت الشفعة في الثمار، والزرع، وماء السقي، والحيوان المخصص لخدمة العقار.

أ - الشفعة في الثمار : فالثمار التي تمارس فيها الشفعة هي : كل ما له أصل، تجني ثمرته ويبقى أصله، كالتين والزيتون والقطن. فيخرج بذلك الزرع، وكذلك الفول الأخضر.

والثمار إما أن تباع مع الأصول وهي يوم البيع اما مؤجرة أو غير مؤجرة، أو غير موجودة أصلاً طرأت بعد البيع، واما أن تباع مفردة ومستقلة عن الأصول.

ب - بيع الثمار مع الأصول : فالثمار إذا كانت مشتركة على الشياخ هي والأصول التي بها بين شخصين مثلاً وباع أحدهما حصته في الثمار والأصول معاً كبيع أرض وبها قطن أو شجر التين وبه غلة مثلاً، فالشفعة في ذلك تخضع للتفصيل التالي :

1 - إذا كانت الثمار مؤجرة يوم البيع، فللشريك أخذ الحصة المباعة من الأصل، والثمار شفعة على المشهور بعد أدائه للمشتري مصاريف استثمار الثمرة ما لم تيبس، فإن يبست فلا شفعة فيها، ويحط عن الشفيع حصتها من الثمن، لأن البيع وقع عليها مع الأصل، لذا تكلفها حصة من الثمن.

2 - فإن كانت الثمرة يوم البيع موجودة بالأصل وغير مؤجرة أو ليست موجودة به أصلاً ثم طرأت بعد البيع، وقام الشفيع للمطالبة بالشفعة قبل آبارها، فللشريك أخذها بالشفعة مع الأصل اتفاقاً، ولا شيء من مصاريف استثمارها.

أ - بيع الثمار مفردة عن الأصل : إذا كانت الثمار مشتركة بين شخصين مثلاً وباع أحدهما حصته فيها فلشريكه الأخذ بالشفعة للحصة المباعة كما للإمام مالك دون غيره⁽¹⁾.

ويشترط لصحة بيع الثمار مفردة عن الأصل حتى يترتب عن هذا البيع، حق الشفعة ظهور صلاحها، عكس ما لو بيعت مع الأصل، فلا يشترط فيها ذلك.

وتمارس الشفعة في الثمار الخريفية، سواء أراد الشفيع أكلها أو بيعها، وسواء كانت قابلة للادخار أو لا⁽²⁾.

ب - الشفعة في الزرع : إذا كان عقار مشاعاً بين شخصين أو أكثر اقتسماه قسمة استغلالية اختص بموجبها كل شريك بجزء من العقار (مهاياة مكانية) فقوت أحدهم نصيبه على أنه شائع، وطالب الشريك بالشفعة فإن الحكم يكون كما يلي :

(1) فإذا كان الشريك البائع هو الذي زرع الأرض المباعة، فلا شفعة إلا في الأرض دون الزرع، سواء كان هذا الأخير أخضر أو يابساً أو لم ينبت بعد، على أن يحط ثمن الزرع من الثمن الاجمالي الذي وقع به البيع.

(2) أما إذا كان المشتري هو الذي زرع الأرض بعد شرائها، ثم جاء الشفيع قبل أن يثبت الزرع فله شفعة الأرض بزرعها بثمن الأرض وقيمة الزرع على الرجاء والخوف، وإن نبت الزرع قبل طلب الشفعة، فللشفيع الأرض دون الزرع، لأن الزرع إذا أبى لا يدخل مع الأرض عند بيعها.

(1) أحكام الشفعة والصفقة للأستاذ سليمان الحمزاوي، صفحة 42.

(2) التوازل الصغرى لسيدى المهدي الوزاني، ج 3، ص 439.

ج - الشفعة في ماء السقي : إذا كان ماء السقي مشتركاً بين شخصين أو أكثر، ففوت أحدهما نصيبه، فإن الحكم يختلف بحسب ما يلي :

1 - إذا كانت الأرض التي تسقى بذلك الماء مشتركاً أيضاً، فإن الشفعة تثبت للشركاء في ذلك الماء باتفاق المالكية، سواء باع الشريك نصيبه فيه وحده أو باع نصيبه من الماء والأرض.

2 - أما إذا كانت الأرض التي تسقى به غير مشتركة فإن الراجح في المذهب المالكي أن الشفعة تثبت فيه أيضاً.

د - الشفعة في الحيوان المخصص لخدمة العقار : إذا كان هناك عقار مشترك بين اثنين أو أكثر وفيه حيوان أو أكثر معد لخدمة ذلك العقار، مثل الحيوان المخصص لإدارة حجر معصرة الزيتون أو الري، وكان هذا الحيوان، فيحق للشريك الآخر أن يشفع كلا من الحصة في العقار وفي الحيوان.

وهذه الأحكام المتعلقة بتوابع العقار تطبق حتى بالنسبة للعقار المحفوظ. إلا أنه عندما تباع الثمار والزرع وماء السقي مع العقار، فإن توفرت فيها شروط العقار بالتخصيص طبقت عليها أحكام الشفعة المذكورة في ظهير 19 رجب، وإن لم تتوفر فيها تلك الشروط أو بيعت وحدها دون العقار المشترك فتعتبر حينئذ منقولات بحسب المثال، وتطبق عليها أحكام الشفعة المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود، قواعد الفقه الإسلامي فيما لم ينص عليه هذا الظهير ولا يتعارض معه، وتطبق أحكام الشفعة الواردة الآن في مدونة الحقوق العينية.

3 - وبالنسبة للحقوق العينية المتعلقة بالعقار والقابلة للتداول : ويمكن للحقوق العينية المتعلقة بالعقار والقابلة للتداول، والتي يمكن أن تكون محلاً للشفعة هي بالإضافة إلى حق الملكية التي تكلمنا عليه، وهي :

1 - حق الكراء بأنواعه.

2 - حق الانتفاع أياً كان مصدره.

3 - حق الارتفاق.

ونبين أحكام الشفعة في هذه الحقوق.

1) الشفعة في حق الكراء بأنواعه : والكراء أنواع، كراء عادي، وهو الذي لا يتفق فيه الطرفان على أن يكون الكراء مؤبداً. لمدة شهر أو سنة أو لمدة غير مدة معينة بحيث

يبقى الحق لكل واحد منهما في أنها العلاقة الكرائية. وكراء مؤبد، وهو الذي يتفق فيه الطرفان على أن يبقى المكتري في العقار المكتري مادام يؤدي الكراء من غير أن يكون للمكري أي حق في إنهاء العلاقة الكرائية. وهناك نوع آخر من الكراء هو المعروف بالكراء الطويل الأمد. ويجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها.

أ - الشفعة في الكراء العادي : هناك حالات لتصور الشفعة في الكراء العادي :

الأولى : أن يكون الشخص مالكا لعقار، ثم يكري نصفه (مثلا) مشاعاً لشخص، ثم يكري هذا المكتري ذلك النصف لشخص ثالث فيطالب مالك العقار بالشفعة في الكراء.

الثانية : أن يكون شخصان أو أكثر مالكين لعقار مشاع فيكري أحدهما نصيبه في ذلك العقار، فيطالب شريكه بشفعة ذلك الكراء.

الثالثة : أن يكتري شخصان أو أكثر عقاراً ثم يكري أحدهم نصيبه للغير، فيطالب الشريك الآخر بالشفعة فيما أكراه شريكه.

الرابعة : أن يكون لشخص نصيب شائع في عقار، فيكريه للغير ثم يبيعه لذلك المكتري أو لغيره. فيطالب شريكه بالشفعة في الكراء والبيع، بحيث يحل محل المكتري والمشتري.

ويتفق المالكية على ثبوت الشفعة في الصورة الرابعة. كما العمل يجري بثبوت الكراء في الصور الثلاث الأخرى، بشرط أن يستعمل الشفيع ما شفعه بنفسه، بأن يسكن الدار أو يتجر في الدكان أو يزرع الأرض. بحيث إذا أثبت المشفوع منه بعد الحكم عليه بالشفعة فيما اكتراه في الصور الثلاث الأولى، أن الشفيع لم يستعمل ذلك المشفوع بنفسه وإنما أكراه للغير، وطالب باسقاط شفعة ذلك الشريك، فإنه يحكم بسقوط تلك الشفعة لعدم توفر الشرط المذكور حينئذ، ويبقى المكتري على كرائه.

ب - الشفعة في الكراء المؤبد : والكراء المؤبد هو الذي يتفق فيه الطرفان (المكري والمكتري) على أن يبقى المكتري مادام يؤدي الكراء، ولا يكون للمكري أي حق في إنهاء هذه العلاقة الكرائية واسترداد العقار المكتري ويعرف الفقهاء، ومدونة الحقوق العينية ثلاثة أنواع من هذا الكراء، وهي الجلسة، والجزاء، والزينة. كما عرفناها تثبت الشفعة في هذه الأنواع من هذا الكراء. فيستحقها كل شريك في هذه الحقوق، تتوفر فيه شروط الأخذ بالشفعة.

ج - الشفعة في الكراء الطويل الأمد : نظم المشرع المغربي الكراء الطويل الأمد في الفصول من 87 إلى 96 من ظهير 2 يونيو، واعتبره حقاً عينياً يرد على عقار، قابل للرهن الرسمي، وقابل للتفويت كما يمكن حجزه طبقاً للشروط المقررة في الحجز العقاري. إلا أن مدونة الحقوق العينية، قررت أنه يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها.

ومادام حق الكراء الطويل الأمد حقاً عينياً عقارياً، قابلاً للتفويت بحد ذاته، ففيه الشفعة، سواء بالنسبة للورثة الذين يرثون هذا الحق عن موروثهم الذي كان له إبان حياته وانتقل إليهم بعد مماته فباع أحدهم حصته فيه للغير. كما يتصور طلب الشفعة كذلك بالنسبة للشركاء على الشيوع حق الكراء الطويل الأمد لو اشتروه جميعاً أو تعاقدوا عليه مع المكري مباشرة - وباع أحدهم نصيبه للغير.

وليس هناك مانع يمنع من كراء العقار غير المحفظ كراء طويل الأمد، وإذا وقع ذلك، فإن لكل واحد من الشركاء في هذا الحق - إذا تعددوا - أن يكون نصيبه كراء فرعياً. أو أن يبيع ذلك النصف للغير. وحينئذ يثبت لبقية شركاء الحق في شفخته ذلك النصيب كما هو الشأن في الكراء العادي⁽²⁾.

(2) الشفعة في حق الانتفاع : سبق أن علمنا أن مدونة الحقوق العينية، عرفت حق الانتفاع بأنه حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوماً بموت المنتفع.

وعليه، فإذا كان حق الانتفاع مملوكاً لعدة أشخاص، وباع أحدهم نصيبه في ذلك الحق في الوقت الذي يجوز له في ذلك فيحق لباقي شركائه في الانتفاع أن يستعملوا حق الشفعة ضد المشتري، سواء كان العقار محفظاً أو غير محفظ. وذلك كما في الحالات التالية :

أ - الشفعة في الانتفاع بالأحباس، سواء كانت عمومية، أو أحباس الزوايا، أو أحباساً خاصة. وتتصور الشفعة في الحبس في الصورتين التاليتين :

الأولى : أن يكون العقار محبساً على عدة أشخاص، بحيث يكون لهم الحق في أن ينتفعوا بذلك العقار على عدة رؤوسهم، مما يعني أنهم يكونون شركاء على الشياع في منفعة العقار المحبس.

(1) د. محمد ابن معجون، مرجع سابق، ص 176، طبعة 1990.

(2) انظر كتابنا «الشاي في شرح قانون الالتزامات والعقود»، ج 3 من الكتاب الثاني، ص 182 - 183.

فإذا كان المحبس قد جعل لهؤلاء الشركاء المحبس عليه أن يفوتوا نصيبهم في تلك المنفعة، وقام أحدهم فعلاً ببيع نصيبه من المنفعة المذكورة، أو أكرى نصيبه الذي ينتفع به من ذلك العقار، فيحق لباقي الشركاء أن يشفعوا ذلك النصيب.

الثانية : أن يكون العقار من الأحباس العامة، كضيعة محبسة على القرويين مثلاً، فيشترك عدد من الناس في كرائها من نظارة الأحباس، ثم يقوم بعض هؤلاء الشركاء ببيع نصيبه في ذلك الكراء للغير، فإن لباقي الشركاء أن يشفعوا ذلك النصيب.

ب - الشفعة في الانتفاع بالرهن الحيازي : عرفنا فيما سبق أن الرهن الحيازي حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين.

ويمكن أن نتصور الشفعة في الرهن الحيازي في المثال التالي :

لنفرض أن شخصاً كان يملك جزءاً شائعاً في عقار محفظ أو غير محفظ، وقام برهن هذا الجزء المشاع رهنأ حيازياً. واتفق مع المرتهن على أن تكون منفعة ذلك الرهن لهذا المرتهن خلال أجل معين. فإن هذا المرتهن يصبح مالكاً لحق الانتفاع بالرهن خلال المدة المذكورة.

فإن كان المرتهن متعدداً. كما إذا رهن الشخص نصيبه لعدد من الأشخاص، أو مات المرتهن عن عدة ورثة. ثم باع أحد هؤلاء الشركاء في هذه المنفعة نصيبه فإن لباقي شركائه أن يستعملوا حق الشفعة حينئذ.

على أنه لا يجوز للدائن أن يستعمل الشيء المرهون، أو يرهنه للغير، أو أن يتصرف فيه بأي طريقة أخرى لمصلحة نفسه، ما لم يؤذن له في ذلك صراحة.

(3) الشفعة في حق الارتفاق : عرفنا أن الارتفاق هو أن يحمل عقار بطبيعته يملكه شخص، بما فيه منفعة عقار يملكه لشخص آخر. وذلك كحق المرور، وحق الشرب، وحق المسيل.

ونظراً إلى أن حق الارتفاق يتعلق بالعقار المرتفق، ويتبعه ولا ينفصل عنه، فحق المرور مثلاً عندما يقرر على عقار لفائدة عقار آخر يصبح تابعاً للعقار المرتفق، بحيث إذا بيع هذا العقار أو فوته صاحبه، فإن المالك الجديد يستفيد من حق المرور المذكور، فإن الشفعة في حق الارتفاق لا تتصور إلا بالتبعية للشفعة في العقار المرتفق، بحيث إذا كان عقاراً مشتركاً بين عدة أشخاص على الشياع، وكان لذلك العقار حق ارتفاق على

عقار آخر، وباع أحد المالكين للعقار المرتفق نصيبه فيه، فإن لباقي الشركاء أن يشفعوا ذلك النصيب بما اشتمل عليه من النصيب في حق الارتفاق⁽¹⁾.

المادة 299

«إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها عدة مرات قبل انصرام أجل الشفعة، فالشفيع أن يأخذ من أي مشتر بالثمن الذي اشترى به ويترتب على ذلك بطلان البيوع اللاحقة.

فإذا كان العقار محفظاً فإن الحصة المشفوعة لا تؤخذ إلا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري».

الشرح :

الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع

ويفرض نص المادة موضوع الشرح، بيوعاً قد توالى، ويحدد في أي بيع منها يأخذ الشفيع بالشفعة.

ولتبسيط المسألة نفرض أن المالك باع عقاره لمشتري ثم إن هذا المشتري باع العقار لمشتري ثان، فهل يأخذ الشفيع بالشفعة في البيع الأول أو في البيع الثاني ؟ ويستوي هذا الفرض أن يكون المشتري الأول قد سجل عقده قبل أن يبيع للمشتري الثاني أو لم يسجل وإن كان الغالب في العمل أن المشتري الأول لا يبيع للمشتري الثاني إلا بعد أن يكون قد سجل عقده⁽²⁾.

وبعبارة أوضح، لو فرضنا أن حصة مشاعة تعدد بيعها قبل أن يمارس الشريك شفيعته لها، ثم طالب بهذه الشفعة فإن الحكم يكون كما يلي :

أ - إن كان ذلك الشريك الذي يطالب بالشفعة قد علم بتلك البيوعات قبل أن يطالب بالشفعة فلا يحق له أن يطالب بالشفعة إلا من المشتري الأخير، لأن عدم قيامه بطلب الشفعة في البيع السابق مع علمه به يسقط حقه في الشفعة من ذلك المشتري ولو لم يكن قد انتهى أجل المحدد لممارسة شفيعته منه، لأنه سيأتي لنا أن سكوت الشريك عند رؤيته لتصرف المالك الجديد في الحصة، يسقط حقه في الشفعة.

(1) انظر كتابنا «الشافعي في شرح قانون الالتزامات والعقود»، ج 3 من الكتاب الثاني، ص 185 - 186.

(2) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 519.

ب - أما لو طالب الشريك بالشفعة قبل أن يعلم تلك البيوعات، فإن له الحق في أن يستعمل شفعته ضد أي مشتر ثان.

فإن شفيع المشتري الأول لزمه أن يؤدي له جميع ما صرفه، وبطلت عقود الشراء التي وقعت بعده، لأن الشفعة تزيل ملكية المشفوع.

وإن شفيع من المشتري الثاني، تعين عليه أن يؤدي له أيضاً جميع الثمن والمصاريف ولو كانت أكثر مما دفعه المشتري الأول. وببطل التصرف الذي يمكن أن يكون هذا المشتري الثاني قد قام به في تلك الحصة قبل أن تشفع منه.

وهكذا يتبين أن الشريك إذا شفيع من المشتري الأول فإن جميع الشراءات الأخرى تبطل ويرجع كل مشتر على بائعه بما دفعه له. وإن شفيع من المشتري الثاني لم يبطل الشراء الأول ولا الثاني وهكذا.

ويطبق نفس الحكم كلما تعدد انتقال الحصة من شخص إلى آخر عن طريق المعاوضة، كما إذا دفع الرجل حصة مشاعة لزوجته صداقاً فدفعتهما الزوجة لأخيها في مقابل عمل أو تعويضاً عن ضرر، حيث يمكن للشريك أن يشفع أما من الزوجة وأما من أخيها.

وهذا الحكم نفسه يطبق في شفعة العقار المحفوظ. مع ملاحظة أنه حينما تتعدد البيوعات للحصة ويتم تسجيلها كلها في الرسم العقاري، فإن للشريك أن يشفع من أي مشتر شاء من غير تقييد بأن يكون لا علم له بتلك البيوعات، مع التقييد بالآجال المشار إليها سابقاً. لأن القانون أعطى الشريك الحق في شفعة ما باعه شريكه بعد أن يسجل ذلك البيع في الرسم العقاري. وهذا يعني أنه عندما تتعدد الشراءات المسجلة يكون للشريك الحق في أن يشفع ما شاء منها. ولا يستطيع من تلقي الحصة من المشتري الأول أن يحتج ضد الشفيع بأن حقه في الحصة قد سجل في الرسم العقاري قبل إعلان الشريك عن رغبته في الشفعة. لأن هذا تلقى الحصة من المشتري يعتبر سيء النية مادام قد تعامل في حصة يعلم أن الشريك فيها له الحق في شفعتها. ومعلوم أن التسجيل في الرسم العقاري لا يضمن إلا الحقوق الناشئة عن حسن نية.

ولا نحتاج إلى القول، إن المشتري الأول إذا تصرف في الحصة عن طريق المعاوضة من غير البيع فإن الشريك لا يمكنه أن يشفع إلا من ذلك المشتري لا ممن انتقلت إليه الحصة عن طريق المعاوضة. لما عرفنا أن العقار المعوض لا تثبت فيه الشفعة إلا في البيع⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، قس 226 - 227.

وهذا الحكم هو المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح، بقولها : « فإذا كان العقار محفظاً فإن الحصة المشفوعة لا تؤخذ إلا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري ».

المادة 300

« إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها بأجمعها أو أجزاء منها أو بعدة حصص شائعة بعقد واحد وجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع المبيع المبيع المشاع بينه وبين البائع من يد المشتري أو أن يترك الجميع للمشتري، سواء تعلق العقد بملك واحد أو عدة أملاك مشاعة، وسواء اتحد البائع أو المشتري أو تعدد، فلا يجوز تبعض الشفعة إلا إذا رضي المشتري بذلك ».

الشرح :

الشفعة غير قابلة للتجزئة إذا بيع العقار المشاع بعقد واحد

ومعنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أي أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة إذا بيع العقار المشاع صفقة في عقد واحد بعض المبيع دون البعض، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك.

ويقصد بعقد واحد، أي اتحاد المدخل، وهو أن يكون الشركاء جميعاً قد ملكوا العقار المشاع في وقت واحد، ومن شخص واحد، وبسبب واحد. بحيث لا يحق لأي شريك أن يبيع العقار المشاع التي تجوز الشفعة فيها بأجمعها أو أجزاء منها أو عدة حصص شائعة صفقة إلا إذا كان قد ملك هو وشركاؤه الذي سيصفق عليهم في وقت واحد وبسبب واحد. وذلك كأن يشتري ثلاثة أشخاص داراً من شخص واحد وفي عقد واحد، وكأن يهب شخص عقاره لأربعة أشخاص بمقتضى هبة صدرت منه في وقت واحد لهم جميعاً. وكأن يموت شخص ويترك ضيعته لأربعة أولاد وزوجة وأم. فإن كلا من المشتريين الثلاثة، والموهوب لهم الأربعة والورثة قد ملكوا العقار في وقت واحد وبسبب واحد. وهو الشراء في المثال الأول، والهبة في المثال الثاني، والارث في الثالث. ففي هذه الأمثلة يتفق علماء المالكية على أنه يجوز لأي واحد من المشتريين أو الموهوب لهم أو الورثة أن يبيع العقار المشترك كله صفقة على باقي شركائه. ويجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع المبيع المشاع بينه وبين البائع من يد المشتري أو أن يترك الجميع للمشتري، لأن الصفقة تشمل كل المبيع إذا بيعت الحصة التي تجوز الشفعة فيها، لذلك، يجب على الشفيع الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع

المبيع المشاع بينه وبين البائع من يد المشتري أو يتنازل عن الشفعة ويترك الجميع للمشتري.

وهذا الحكم الذي يوجب على الشفيع الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع المبيع المشاع بينه وبين البائع من يد المشتري أو يترك الجميع للمشتري، سواء تعلق العقد بملك واحد، أو عدة أملاك مشاعة، بين الشركاء، وسواء كذلك اتحد البائع أو المشتري، أو تعدد، بحيث كان عقد البيع عن طريق الصفقة، وقع على ملك واحد، أو ملكين أو عدة أملاك مشتركة مع جميع الشركاء، وسواء كان البائع أو المشتري منفرداً أو كل من البائع أو المشتري كان متعدداً، فلا يجوز تبعيض الشفعة، وأخذ جزء من الصفقة دون البعض، بل يجب على الشفيع أن يأخذ جميع المبيع صفقة كيفما كان الأمر، من حيث شمولية العقد وتعلقه بملك واحد أو بأملاك مشاعة، فلا يجوز تبعيض الشفعة، اللهم إذا رضي المشتري، بما اختاره الشفيع واتفق عليه مع المشتري وضم بذلك من حيث تجزئة الشفعة في نبع الصفقة.

والخلاصة، أن المالكية اشترطوا أن يأخذ الشريك جميع الشقص المبيع، لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقة في حقه، بأخذ بعض المبيع، وترك البعض الآخر، لأن الضرر لا يزال بالضرر، فإن أخذ البعض وترك البعض سقطت شفعته.

المادة 301

«إذا بيعت أجزاء الحصة بعقود مختلفة، فإن الشفيع يخير بين أن يأخذها بكاملها وبين أن يأخذ بأي عقد شاء ويدخل معه في شفعته من قبله من المشتريين».

الشرح :

للشفيع خياران : أخذ الشفعة لجميع أجزاء الحصة المبيعة،

بعقود مختلفة، وبين أخذ الشفعة بأي عقد شاء،

مع ادخاله في الشفعة من قبله من المشتريين

تكلت المادة السابقة على أنه إذا وقع تقويت الحصة التي تجوز الشفعة فيها بأجمعها أو أجزاء منها أو عدة حصص شائعة بعقد واحد، ويطلق عليه اتحاد المدخل، وهو أن يكون الشركاء جميعاً قد ملكوا المال المشاع في وقت واحد ومن شخص واحد،

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 226 - 227.

وبسبب واحد، بحيث لا يحق لأي شريك أن يبيع المال صفقة إلا إذا قد ملك هو وشركاؤه الذين سيصفق عليهم في وقت واحد بسبب واحد، وسواء تعلق العقد ملك واحد أو عدة أملاك مشتركة، وسواء اتحد البائع أو المشتري، أو تعدد، وفي هذه الحالة يجب على الشريك الشفيع أن يأخذ جميع المبيع المشاع بينه وبين البائع من يد المشتري أو أن يترك الجميع، ولا يجوز تبويض الشفعة إلا إذا رضي المشتري بذلك.

وأما هذه المادة موضوع الشرح، فقد قررت أنه إذا وقع تفويت أجزاء الحصة المشاعة بين المشتركين، وباع أحدهم أجزاء حصته بعقود مختلفة، وعند تعدد عقود مختلفة بالنسبة للشريك، وللبائع لتلك الأجزاء، ففي هذه الحالة يكون الشفيع مخرراً بين أمرين: إما أن يأخذ الشفعة بكاملها، وفي جميع الأجزاء المباعة، وإما أن يأخذ بأي عقد شاء من العقود المختلفة، مع ادخاله في الاختيار الثاني من قبله من المشتريين معه تلك أجزاء الحصة المباعة.

وبعبارة أخرى، إذا قام الشريك المالك لأجزاء الحصة بعقود مختلفة ومتباينة ببيع هذه الأجزاء، في صفقة واحدة ضمن تعدد المشتركين معه، فإن الشفيع الذي يريد أن يشفع المبيع المستقل من الأجزاء المشتركة، له الخيار من أن يأخذ الشفعة بكاملها، ولكل الأجزاء المباعة في شركته، وبين أن يأخذ الشفعة في المبيع بأي عقد شاء، من العقود المختلفة، والمتعلقة بالمبيع المفرز في الصفقة، مع تعدد المشتريين فيها، وفي إمكان الشفيع أن يدخل معه في الشفعة من قبله من المشتريين عند تعددهم.

المادة 302

«إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الاجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة».

الشرح :

عدم جواز الشفعة في الحصة المشاعة عند تفويتها
في المزاد العلني طبقاً لإجراءات رسمها القانون

سبقت الإشارة إلى أن بيع الصفقة جرى العمل على جوازه، وعلى الإقدام عليه من طرف الشريك، وأن بيع الصفقة أيضاً لا يتم فيه العقد للمشتري إلا بعد تسليم الشركاء له. وأن الشركاء يكونون مخيرين بين تسليم المبيع للمشتري، وبين ضم الصفقة المباعة من يده، وبذلك يصبحون مالكين لحصة شريكهم البائع مقابل أدائهم ثمنها وما خرج من يد المشتري بمناسبة شرائه لها، وهذا هو نفس الحكم الذي يطبق

في الشفعة، حيث يكون للشريك الذي لم يبيع حصته الخيار بين أن يسلم للمشتري حصة شريكه الذي باعها له فيصبح شريكاً جديداً، وبين أن يشفع تلك الحصة المباعة من يد المشتري فيصبح مالكا، لها مقابل ثمنها وما صرفه المشتري في سبيل الحصول عليها.

كما عرفنا البيوع التي تجوز فيها الشفعة والتي لا يجوز الأخذ بالشفعة فيها، ومن جملة البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، ما قررتة المادة موضوع الشرح، فيما إذا بيعت الحصة المشاعة عن طريق المزاد العلني، وفق الاجراءات التي رسمها القانون، فلا يجوز أخذ الحصة بالشفعة.

وموانع الشفعة المتعلقة بالبيع ترجع إلى اعتبارات مختلفة، منها ما نصت عليه المادة موضوع الشرح، وهو ما يرجع إلى الطريقة التي يتم بها البيع. ويتحقق هذا في البيع الذي حصل بالمزاد العلني وفقاً لاجراءات قررها القانون وقرر العمل بها في البيع بالمزاد العلني.

فيشترط إذن لمنع الشفعة أمران : أن يكون البيع بالمزاد العلني، وأن يجري وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون. ففيما يباع بالمزاد العلني لا بد من توافر الشرطين المذكورين في البيوع الآتية :

الشرط الأول : يتوفر هذا الشرط في البيوع بالمزاد العلني الآتية :

1 - بيع بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء، بناء على طلب الدائنين لنزع ملكية عقار مدينهم لاستيفاء حقوقهم من ثمنه. فهذا دون شك بيع بالمزاد العلني، ويجري وفقاً لاجراءات رسمها قانون المسطرة المدنية، فلا تجوز فيه الشفعة.

2 - بيع بالمزاد العلني أمام القضاء لعقار شائع، تمكن قسمته عينيا دون ضرر، وهذا ما يسمى بقسمة التصفية. وهذا أيضا بيع بالمزاد العلني، يجري وفقاً لاجراءات قررها قانون المسطرة المدنية، فلا تجوز فيه الشفعة.

3 - بيع الدولة لأموالها الخاصة بالمزاد العلني وفقاً لاجراءات المقررة في التشريعات الخاصة بذلك. فهذا بيع أمام جهة الإدارة، يجري وفقاً لاجراءات المقررة في القانون، فلا تجوز فيه الشفعة.

4 - الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز عليه لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفقاً لاجراءات قررتها تشريعات الضرائب. فهذا أيضا بيع بالمزاد العلني، أمام جهة الإدارة، يجري وفقاً لاجراءات رسمها القانون، فلا تجوز فيه الشفعة⁽¹⁾.

(1) الوسيط للسنهوري، ج 9، صفحة 528.

الشرط الثاني : يتحقق هذا الشرط في إجراءات عملية البيع بالمزاد العلني :

إذن ففيما يتعلق بالشرط الثاني المتعلق بإجراءات عملية البيع بالمزاد العلني، الذي يحكم به القاضي، بحيث تجري عملية إجراء البيع في هذه الحالة تتلخص في أن يوقف الحصة المشتركة المبيعة صفقة لمن يريد شراءها. فإذا عرض أجنبي ثمناً له وأراد أحد الشركاء شراءه، فلا يمكن من ذلك إلا إذا زاد على ما يذله هذا المشتري ثم إذا أراد شريك آخر شراء فلا بد من أن يزيد على ما عرضه ذلك الشريك وهكذا. وإذا لم يتقدم أي أجنبي لشرائه عين القاضي خبيراً لتقدير ثمنه. ثم يكون لمن شاء من الشركاء أن يأخذه بذلك الثمن مادام الشركاء الآخرون قد سلموا له. فإذا رغب شريكان أو أكثر في شرائه لم يأخذ واحد منهم إلا إذا عرض أكثر من ذلك الثمن وهكذا. وحينما يكون أحد الشركاء هو المشتري فإنه يدفع لكل شريك ما يساوي نصيبه من ذلك الثمن، وإن امتنعوا جميعاً من أخذه بذلك الثمن الذي قدره الخبير له، فإنه يعرض على العموم للبيع ثم يوزع ثمنه بينهم⁽¹⁾. ومن حيث الشفعة لا تجوز في الحصة المشاعة إذا بيعت في المزاد العلني، وفق الإجراءات القانونية المعمول بها في البيع بالمزاد العلني.

المادة 303

«لا شفعة فيما فوت تبرعاً ما لم يكن التبرع صورياً أو تحايلاً، كما لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صداق أو خلع».

الشرح :

لا يصح الأخذ بالشفعة فيما فوت تبرعاً شرعياً

أو فيما قدم في صداق أو خلع

عرفنا أن الشفعة في العقار غير المحفظ، تثبت فيما انتقل عن طريق كل معاوضة من بيع أو غيره. وأن الشفعة في العقار المحفظ في البيع، وعلى هذا ففي العقار غير المحفظ يتعين على الشفيع أن يثبت أن الحصة التي يطلب شفعتها قد انتقلت إلى المشفوع منه عن طريق المعاوضة، من بيع أو مناقلة أو مغارسة أو دفعت صداقاً أو خلعاً أو متعة إلى غير ذلك. وفي العقار المحفظ يتعين على الشفيع أن يثبت أن المشفوع منه اشترى الحصة المطلوب شفعتها.

(2) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 283.

ويتم ذلك بأن يدلي بما يثبت المعاوضة التي انتقلت الحصة المطلوب شفعتها إلى المشفوع منه. كأن يدلي بنسخة من وثيقة شراء المدعى عليه لتلك الحصة أو بوثيقة النكاح التي تنص على أن المدعى عليها نقلت تلك الحصة صداقاً أو خلعاً إلى غير ذلك⁽¹⁾.

وبناء على ذلك، لا يصح الأخذ بالشفعة فيما بيع وفوت تبرعاً شرعياً، من هبة أو صدقة، بدون عوض، ما لم يكن التبرع صورياً أو تحايلاً، فلا شفعة في التبرع.

وذلك لأن جميع نصوص الشفعة إنما تتكلم عن البائع والمشتري على أساس أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع الصحيح والحقيقي.

فلا بد إذن من عقد بيع يصدر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه، حتى يجوز الأخذ بالشفعة. وعقد البيع تصرف قانوني صادر من الجانبين وناقل للملكية بعوض. فإذا انتقلت ملكية العقار بغير تصرف قانوني، كالميراث والالتصاق والتقادم، فلا شفعة، ولا شفعة إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية. وحتى لو كان التصرف القانوني صادراً من الجانبين، أي كان عقداً، فلا بد أن يكون عقد معاوضة، فالهبة والصدقة، وكل تبرع شرعي، لا يجوز الأخذ في ذلك بالشفعة حتى لو كانت بعوض، مادام التبرع حقيقة، فإذا كان حقيقة التبرع بعوض أنه بيع أخفي تحت ستار التبرع، وسمي الثمن عوضاً، فالعبرة بحقيقة العقد، وبأنه بيع فتجوز فيه الشفعة.

وعلى العكس من ذلك، إذا كان البيع هو الذي يستر الهبة وغيرها، كما هو الغالب لم يحز الأخذ فيه بالشفعة، ويحتج على الشفيع، ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقي دون العقد الظاهر لأنه ليس من الغير في الصورية وعلى ذلك، لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع. وقد يتحايل البائع والمشتري لمنع الأخذ بالشفعة، فيهب البائع للمشتري جزءاً صغيراً مقتطعاً من الأرض المبيعة، ويتفقان على إخفاء جميع العقار تحت سترة الهبة، ليظهر أنه محل لعقد هبة، لا لعقد بيع. وفي هذه الحالة يجوز للشفيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات، أن الهبة صورية، وقد قصد بها التحايل لمنع الأخذ بالشفعة، فيأخذ بالشفعة كل العقار، ويدخل فيه قطعة الأرض الموهوبة⁽²⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 206.

(2) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 493 وما يليها.

هذا، ويلحق بعدم جواز الشفعة فيما على سبيل التبرع، خال من الصورية والتحايل، الحصة الشائعة التي تتلقاها الزوجة في الزواج، صداقاً، أم التي تدفع تلك الحصة الزوجية في الخلع، وإلى غير ذلك، فلا تجوز الشفعة فيما فوت تبرعاً وفيما قدم صداقاً، بمناسبة الزواج أو خلعاً بمناسبة الطلاق، وهو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

المادة 304

«يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو إيداعها في مطلب التحفيظ أن يبلغ نسخة من عقد شرائه إلى من له حق الشفعة، ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصياً من له الحق فيها، ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه خلال أجل ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التوصل.

يتعين أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بياناً عن هوية كل من البائع والمشتري، مع بيان عن الحصة المباعة وثمانها والمصروفات ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ أو مراجع عقد التفويت، فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال بمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد، إذا كان العقار محفظاً أو الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ، وبمضي سنة على العلم بالبيع إن كان العقار غير محفظ. وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فيمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد».

الشرح :

وجوب ممارسة حق الشفعة داخل الأجل

القانوني المقرر في هذه المادة

يستفاد من نص المادة موضوع الشرح، أن أجل ممارسة حق الشفعة يختلف حسبما تعلق الأمر بعقار غير محفظ أو منقول، أو بعقار في طور التحفيظ، وأخيراً ما إذا تعلق الأمر بالعقار المحفظ.

ونشير باختصار إلى كل هذه الحالات على حدة، في النقاط التالية :

أ - الحالة المتعلقة بشفعة عقار غير محفظ أو منقول :

في هذه الحالة يجب ممارسة حق الشفعة داخل أجل سنة تبتدئ من تاريخ العلم بالبيع الحاصل في الملكية الشائعة، أما في حالة عدم العلم بالبيع فمقتضى أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد حسب الفقرتين 2 و3 من المادة موضوع الشرح.

ومما تجدر الإشارة إليه أن أجل السنة الوارد أعلاه هو من قبيل الآجال المسقطه التي تسري في مواجهة الكافة، وبالتالي فهو يخضع للقواعد العامة المنظمة للتقادم المسقط من حيث الانقطاع والتوقف⁽¹⁾.

إلا أن التساؤل المطروح بهذا الخصوص يتعلق بمدى سريان مدة السقوط في حق الكافة بصفة مطلقة أم أن هناك استثناءات تبررها قواعد العدالة والانصاف مثلاً ؟ للإجابة على ما ذكر نشير إلى أن مدة السنة رغم كونها مدة إسقاط تسري في مواجهة الكل بمن فيهم القاصرون متى كان لهم نائب قانوني، حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 976 من ق.ل.ع. فإن المشرع استثنى الحالة التي يكون هناك عائق مشروع قد منع المالك من الأخذ بالشفعة كما لو تعلق الأمر بالإكراه.

ب - الحالة المتعلقة بشفعة العقار المحفظ :

كان أجل ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ، قبل صدور مدونة الحقوق العينية، يخضع لآجال ثلاثة وهي :

- أجل الثلاثة أيام : من تاريخ التبليغ بالشراء حسب الفصل 31 من ظهير 2 يونيو 1915، والهدف من التبليغ هو حث من له الحق في الشفعة على إبداء رغبته فيها، وإيداع مبالغ الشراء داخل الأجل.

- أجل الشهرين : ويسقط حق الشفعة بعد فوات هذا الأجل الذي يبتدئ من تاريخ إبرام العقد شريطة أن يكون الشفيع حاضراً مجلس العقد (الفصل 32 من ظهير 2 يونيو 1915 الملغى).

- أجل السنة : ويتحدد هذا الأجل عندما لا يقوم المشتري بتبليغ الشفيع بالشراء، ولم يحضر مجلس العقد، وهذا الأجل يبتدئ من تاريخ تقييد البيع بالرسم العقاري طبقاً لما أكدته القضاء المغربي⁽²⁾، واستقر عليه المشرع في مدونة الحقوق العينية كما سنرى لاحقاً.

وبصدور مدونة الحقوق العينية فقد جاءت مستجدات مهمة بخصوص هذا الموضوع. ويمكن التعرض لها فيما يلي :

(1) قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 14 يوليوز 1993، ملف مدني عدد 90/1276 أورده ذ. عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة، ص 285.

(2) انظر قرار المجلس الأعلى عدد 3314 بتاريخ 1998/5/20 في الملف عدد 97/432 مجلة رسالة الدفاع عدد 1 يونيو 2000 ص 68.

- طبقاً للفقرة الأولى من المادة موضوع الشرح، فإذا عمد المشتري تبليغ ذوي الحق في الشفعة، فأجل الشفعة يسقط والحالة هذه بعد مرور 30 يوماً كاملة من يوم التوصل.

- أما في الحالة التي لم يعمد فيها المشتري إلى القيام بالاجراءات المذكورة، فأصل الشفعة يسقط بمرور سنة من تاريخ التقييد بالرسم العقاري.

وعموماً يظهر أن المشرع اقتصر على أجلين هامين في نطاق المادة 304 موضوع الشرح، وبالتالي يكون المشرع تبعاً لذلك قد استغنى عن أجل الثلاثة أيام، وحسناً فعل اعتباراً للمساوئ العديدة التي كانت مثارة بصدد تطبيق هذا الأجل والتقييد به، لاسيما إذا علمنا أنه يبقى أجلاً قصيراً يثير عدة منازعات على مستوى القضاء بصفة خاصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان يستعصي ممارسة حق الشفعة داخل هذا الأجل أما ما يتضمنه هذا الحق الأخير من اجراءات طويلة كتبليغ للشفيع وإيداع للحصة ومصاريف العقد وثمان التحسينات وغيرها⁽¹⁾.

ج - الحالة المتعلقة بشفعة عقار في طور التحفيظ :

العقار في طور التحفيظ هو ذلك العقار الذي قدم بشأنه مطلب تحفيظ ولا زالت مسطرة التحفيظ سارية بشأنه بحيث لا يتوفر بعد على رسم عقاري خاص به يظهره من كافة العيوب والشوائب المرتبطة به.

فالعقار في طور التحفيظ بهذا المعنى يمكن أن يكون محلاً لجملة من التصرفات كالبيع مثلاً، وعليه فإذا تعلق الأمر بعقار في طور التحفيظ مشاع بين عدة أشخاص، يمكن للشخص الشريك التعرض على البيع لأجل ممارسة حق الشفعة التي تكون في الغالب الحل الأمثل لرفع الضرر وتقادي دخول الأجنبي للملك.

وباستقراء مضمون المادة موضوع الشرح، يتبين بجلاء أن أجل شفعة العقار في طور التحفيظ يبدأ من تاريخ الإيداع بمطلب التحفيظ، وإلى غاية سنة كاملة إذا لم يتم تبليغ الشراء إلى الشفيع.

أما في حالة التبليغ فحق الشفعة عندئذ يسقط خلال ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التوصل بالتبليغ⁽²⁾.

(1) كما يسجل إيجاباً للمشرع كذلك استعماله لمصطلح (ثلاثين يوماً. بدلا من شهر الشيء الذي سيضع حدا للتأويلات التي يمكن أن يثيرها كلمة الشهر من زاوية هل يتعلق الأمر بثلاثين يوماً أو 31 يوماً أو أقل من ذلك.

(2) الحقوق العينية، للدكتور ادريس الفاخوري، ص 117.

ونرى أن المشتري يمكنه بعد تقييد شرائه أن يبلغه لكل من له الحق في الشفعة، بحيث يمكنه أن يوجهه لجميع الشركاء الذين لهم الحق في الشفعة بمن فيهم القاصرون والمحاجير الذين لهم ولي قانوني. حيث يوجه إلى القاصر في شخص الولي وكذلك الذي لا ولي لهم (المهملون) حيث يوجه إلى قاضي المحاجير بصفته الولي القانوني لكل من لا ولي له. وذلك لأن الفصل 31 من ظهير 19 رجب ينص على أن المشتري يمكنه أن يبلغ الشراء لكل من له الحق في الشفعة من غير تخصيص. بالإضافة إلى ما نص على أن المشتري يمكنه أن يرفع الدعوى بالمطالبة بتكليف الشريك بإعلان موقفه من الشفعة حتى ضد الصغير، وبما أن هذا الإنذار يقوم مقام تلك الدعوى، فيأخذ أحكامها، ويجب أن يشتمل هذا التبليغ البيانات الآتية، وإلا كان باطلاً، وهذه البيانات هي: بيان هوية كل من البائع والمشتري، وبيان الحصة المبيعة وثمرتها والمصروفات ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ، أو مراجع عقد التفويت، ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصياً من له حق الشفعة فيها. فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال يمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد، إذا كان العقار محفظاً أو الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ. وبمضي سنة على العلم بالبيع ان كان العقار غير محفظ.

لا يبقى للشريك الراغب في الشفعة بعد توصل به من له حق الشفعة، إلا أن يستجيب لهذا التبليغ الذي تم بصفة قانونية، وذلك بأن يعلن للمشتري رغبته هاته، إما رأساً حيث يسلمه الثمن والمصاريف ويحرران عقداً يعترف فيه المشتري بتمكين الشريك من الشفعة. وإما عن طريق المحكمة، حيث يتم عرض الثمن والمصاريف على المشتري عرضاً حقيقياً فإن لم يقبله أودع في صندوق المحكمة لحساب المشتري.

فإن مضى الأجل المذكور ولم يقيم الشريك بهذا الاجراء، سقط حقه في الشفعة، ولا يستطيع أن يتمسك بأي أجل آخر⁽¹⁾.

والجدير بالملاحظة أن ما نص عليه المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح لا يتم اللجوء لهذا الأجل المحدد في 4 سنوات من تاريخ العقد إلا من الوقت الذي لم يتم التحقق معه بواقعة العلم بالبيع.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 213.

«إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به».

الشرح :

وجوب سلوك مسطرة التعرض عند المطالبة بالشفعة
أو القيام بإيداع مطلب التحفيظ

عرفنا أن العقار الذي يكون في طور التحفيظ يخضع من حيث القواعد التي تطبق عليه أحكام الفقه المالكي وأحكام مدونة الحقوق العينية، ومنها الأحكام المتعلقة بالشفعة. فلو فرضنا أن أحد للشركاء في عقار في طور التحفيظ، باع حصته المشاعة فإن لباقي الشركاء الحق في شفعة تلك الحصة، كما عرفنا أن الشفعة تثبت في كل ما انتقل بعوض.

لكن نظراً إلى أن عملية التحفيظ تخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون التحفيظ، أي ظهير 19 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المعدل بقانون التحفيظ العقاري الجديد رقم 14-07، فإن على الراغب في شفعة عقار في طور التحفيظ أن يتقيد بالقواعد والآجال المنصوص عليها في القانونين زيادة على تقيد بقواعد مدونة الحقوق العينية.

هذا، ونستعرض ثلاث حالات للشفعة المتعلقة بعقار في طور التحفيظ لنرى كيف يجب التوفيق بين أجل الشفعة وبين الإجراءات والآجال التي تفرضها مسطرة التحفيظ :

الحالة الأولى : إذا مارس الشريك حق الشفعة قبل تقديم مطلب التحفيظ، ومع ذلك اشتمل مطلب التحفيظ على اسم المشفوع منه كمالك للحصة المشفوعة، فيتعين على الشفيع أن يتقدم كمتعرض ضد هذا المطلب بصفته مالكا لتلك الحصة وذلك داخل أجل التعرضات، وإلا سقط حقه إذا تم تحفيظ الحصة في اسم المشفوع منه.

الحالة الثانية : إذا نشأ حق الشريك في الشفعة قبل تقديم مطلب التحفيظ، كما إذا كان الحق عقاراً مشاعاً بين شخصين، فباع أحدهما حصته، ثم قدم الشريك الجديد مطلباً للتحفيظ في اسمه واسم الشريك الباقي، فيتعين على هذا الشريك القديم إذا رغب في الشفعة أن يتقدم كمتعرض على مطلب التحفيظ، ويبني تعرضه هذا على أنه يطلب شفعة ما باعه شريكه. ويجب أن يراعى في تعرضه هذا كلاً من أجل

الشفعة وأجل التعرض بحيث إذا لم يتقدم بتعرضه هذا حتى مضت السنة من تاريخ علمه بالبيع سقط حقه في الشفعة، وكذلك إذا لم يتقدم بهذا التعرض داخل أجل التعرض، فإن حقه يسقط حتى لو كان أجل الشفعة لم ينته بعد.

الحالة الثالثة : إذا نشأ حق الشريك في الشفعة بعد تقديم مطلب التحفيظ أو إيداع مطلب التحفيظ. كما لو أن ثلاثة أشخاص يملكون عقاراً مشاعاً بينهم، تقدموا بمطلب تحفيظ هذا العقار في اسمهم وأثناء جريان مسطرة التحفيظ باع أحدهم حصته من ذلك العقار، فإن الشريكين يمكنهما أن يطلبوا الشفعة، إذا قام المشتري بأشهار شرائه بإحدى الوسيلتين التاليتين :

الوسيلة الأولى : أن يودع شراءه طبقاً لمقتضيات الفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري الجديد. وبما أن القضاء يسير على هذا الإيداع يعتبر بمثابة إشهار، فلذلك يتعين على الشريك الراغب في الشفعة أن يتقدم بطلبها عن طريق التعرض داخل السنة من تاريخ الإيداع المذكور الذي يعتبر بداية لعلم الشريك ببيع شريكه كما أنه لا بد أن يتم تقديم هذا الطلب قبل انتهاء عملية التحفيظ. فإذا انتهت السنة المذكورة، أو تم تحفيظ ذلك العقار قبل ممارسة الشريك حق الشفعة سقط حقه فيها.

الوسيلة الثانية : أن يودع شراءه طبقاً للفصل 8 من القرار الوزيري الصادر في 20 رجب 1333 (3 يونيو 1915). ويعتبر النشر في الجريدة الرسمية بمثابة إعلام الشريك بهذا الشراء، ولذلك يكون بداية لأجل الشفعة الذي هو بسنة، ولكن يتعين أن يمارس الشريك الشفعة عن طريق التعرض داخل أجله المنصوص عليه في الفصل المذكور.

أما إذا لم يقم المشتري للحصة بإيداع رسم شرائه لدى المحافظة العقارية بإحدى الوسيلتين المذكورتين، فيمكن للشريك الراغب في الشفعة أن يتقدم في شكل تعرض بطلب الشفعة. وذلك أن يدلي أمام المحافظة بما يثبت انتقال الحصة إلى المشفوع منه بمعاوضة، وينص في تعرضه على أنه يطلب شفعة تلك الحصة.

وهكذا يتبين أن الشريك الراغب في شفعة حصة من عقار في طور التحفيظ يتعين عليه أن يتقيد بالأجل المنصوص عليه، في الفقه المالكي، وفي مدونة الحقوق العينية، ولكنه لا بد أن يستفيد كذلك بأجل التعرض⁽¹⁾. وهو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 217.

المادة 306

«يجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقدم طلباً إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الأخذ بالشفعة، ويطلب فيه الإذن له بعرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد عرضاً حقيقياً ثم بإيداعها في صندوق المحكمة عند رفض المشفوع منه العرض العيني الحقيقي، وأن يقوم بذلك داخل أجل القانوني والا سقط حقه في الشفعة».

الشرح :

وجوب طلب الشفيع من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة،
الاذن له بعرض ثمن الشفعة ومصروفات العقد، ثم إيداعهما
في صندوق المحكمة عند رفض الشفيع العرض العيني الحقيقي،
على أن يكون ذلك داخل أجل القانوني والا سقطت الشفعة

سبقت الإشارة إلى أن الشريك الراغب في شفعة حصة من عقار في طور التحفيظ يتعين عليه أن يتقيد بالأجل المنصوص عليه في هذا القانون. ولكنه لا بد أن يتقيد كذلك بأجل التعرض، وهذا يعني أن عليه أن يعرب عن رغبته في الشفعة خلال أجل 30 يوماً كاملة من تاريخ توصله بالتبليغ شخصياً، وقبل أن يمضي أجل التعرض والا سقط حقه في الشفعة.

ويستفاد من نص المادة موضوع الشرح، أن الراغب في الأخذ بالشفعة، عند بيع شريكه حصته المشاعة، لغيره، أوجب عليه المشرع بأن يقدم طلباً إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، يعبر فيه طلبه عن رغبته في الأخذ بشفعة ما فوته شريكه في الحصة المشاعة لغيره. وذلك للحصول على إذن له من الرئيس بعرض ثمن الشفعة التي أداها المشتري فيما اشتراه في سهم الشريك الشفيع، وثمان المبيع لأن الشفيع ملزم بدفع مقابل للمشتري نظير الأخذ بالشفعة ويتجسد هذا المقابل في ثمن المبيع، كما أن الشفيع ملزم بأداء مصروفات العقد، والمصروفات الضرورية، والظاهرة بقيمة الطوابع المالية، وأجرة الترجمة، وكذا رسوم التقيد إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، بالإضافة لأتعاب الموثق والعدل وغيرها، التي أنفقها المشتري منذ البيع، وهذا العرض يجب أن يكون عرضاً حقيقياً، ثم الاذن بإيداع الثمن والمصروفات المعروضة في صندوق المحكمة، لحساب المشتري المشفوع منه، وذلك عندما يرفض هذا الأخير العرض العيني الحقيقي الذي قام به الشفيع، شريطة أن يقوم الشفيع بالعرض المذكور، داخل أجل القانوني، المنصوص عليه في مدونة الحقوق العينية،

والجاري به العمل لدى القضاء المغربي في نطاق أحكام الشفعة، وإلا إذا لم يتم الشفع بالعرض العيني الحقيقي لثمن المبيع ومصرفات العقد لحساب المشفوع منه، داخل الأجل القانوني المقرر في القانون وفي المادة موضوع الشرح، سقط حقه في الشفعة، ولم يبق له حق فيها.

ومن الجدير بالذكر، أن إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً، وإلا كان باطلاً. ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل لدى المحافظة العقارية. فمتى أنذر الشفع بوقوع البيع على الوجه الذي بسطناه فيما تقدم، فإنه يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة، أن يبدي رغبته في ذلك، وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشتري والبائع، كما أسلفنا القول، ويكون هذا الإعلان مشتملاً على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً. فإن رضي المشتري بذلك دون القضاء فذاك، وإلا طلب الشفع من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن بعرض الثمن وملحقاته وإيداع ذلك بصندوق المحكمة، بصفة قانونية، وهو ما بيناه أعلاه.

الفرع الثاني

آثار الشفعة

وقد تطرق المشرع لهذا الموضوع من المادة 307 إلى المادة 310 من مدونة الحقوق العينية، بحيث تتضمن هذه المواد الشفعة بالتراضي أو بالتقاضي تكون سبباً لحلول الشفع محل المشتري، وحكم إضافة المشفوع منه في الحصة المشفوعة من ماله وعمله. وحكم متى يرد المشفوع منه ثمار الحصة المشفوعة. وبطلان التصرفات الناقلة للملكية، أو الحق العيني إذا تعلقت بعقار غير محفظ.

المادة 307

«إذا تم التراضي على الأخذ بالشفعة أو حكمت بها المحكمة فإن الشفع يملك المبيعة مع مراعاة مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري».

الشرح :

انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفع

نصت هذه المادة موضوع الشرح، على أن الشفع الذي يمارس حق الشفعة بالتراضي مع المشتري المشفوع منه أو عن طريق الحكم الصادر عن المحكمة المختصة،

بالأخذ بالشفعة من لدن الشفيع ضد المشفوع منه، فإن الشفيع يمتلك الحصة المبيعة، ويحل محل مشتري الحصة الشائعة المشفوعة، ويعتبر إذن خلفاً للبائع لا خلفاً للمشتري الشفيع بالعرض المذكور، داخل الأجل القانوني، المنصوص عليه في مدونة الحقوق العينية، والجاري به العمل لدى القضاء المغربي في نطاق أحكام الشفعة، وإلا إذا لم يتم الشفيع بالعرض العيني الحقيقي لثمن المبيع ومصروفات العقد لحساب المشفوع منه، داخل الأجل القانوني المقرر في القانون وفي المادة موضوع الشرح، سقط حقه في الشفعة، ولم يبق له حق فيها. وبعد تملك الشفيع للحصة المبيعة فأنذاك يحق له ممارسة كافة السلطات على تلك الحصة.

لكن ممارسة الشفيع حق الشفعة، تستوجب مراعاة مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) الملغى بقانون رقم 14-07، المتعلق بالتحفيظ العقاري. بحيث إذا تعلق الشفعة بالعقار المحفظ، أو في طور التحفيظ، يراعى فيها امكانية سلوك مسطرة التعرض، عند المطالبة بالشفعة أو القيام بالإيداع طبقاً للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، وإذا عمد المشتري تبليغ ذوي الحق في الشفعة فأجل الشفعة يسقط والحالة هذه بعد مرور 30 يوماً كاملة من تاريخ التوصل. أما في الحالة التي لم يعتمد فيها المشتري إلى القيام بالإجراء المذكور، فأجل الشفعة يسقط بمرور سنة من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، كما بسطناه آنفاً، وإذا تعلق الشفعة بعقار في طور التحفيظ مشاع بين عدة أشخاص، يمكن للشخص الشريك التعرض على البيع لأجل ممارسة حق الشفعة التي تكون في الغالب الحل الأمثل لرفع الضرر، وتقادي دخول الأجنبي للملك.

وأشرنا فيما سبق إلى أن أجل شفعة العقار في طور التحفيظ يبدأ من تاريخ الإيداع، وإلى غاية سنة كاملة إذا لم يتم تبليغ الشراء إلى الشفيع. أما في حالة التبليغ فحق الشفعة عندئذ يسقط خلال ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التوصل بالتبليغ.

علماً بأنه إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به

هذا إذا ما بيعت الحصة الشائعة لشخص من غير الشركاء، فالمشتري يجرد كلياً من ملكية الحصة المبيعة، نتيجة ممارسة الشفعة من قبل أحد المشتاعين.

أما إذا بيعت لأحد الشركاء، ومارس آخر حق الشفعة، فيبقى الشريك المشتري محتفظاً بجزء من الحصة المشفوعة يتناسب والحصة التي كانت له قبل شراء هذه الحصة.

وإذا مارس الشركاء جميعاً الشفعة فلا ينال كل منهم إلا جزءاً من الحصة المتصرف فيها يتناسب وحصته الشائعة على أن يحتفظ المتصرف إليه أيضاً بجزء يتناسب وحصته عندما يكون هذا المتصرف إليه أحد الشركاء.

المادة 308

«إذا أضاف المشفوع منه شيئاً في الحصة المشفوعة من ماله بأن بنى أو غرس فيها فإن قام بذلك قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقت الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير بإذنه أو شبهة ملك، أما إذا قام بذلك بعد إعلان الرغبة في الشفعة فتطبق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير دون إذن».

الشرح :

علاقة الشفيع بالمشتري عند إضافته بناء أو غرساً
في الحصة المشفوعة، قبل إعلان الشفعة أو بعده

مر معنا أنه يمكن لمن ملك حصة مشاعة أن يتصرف فيها بجميع التصرفات، لأنها صادرة عن المالك، غير أن هذا التصرف لا يحول دون ممارسة الشريك لحقه في الشفعة. لأن الشفعة تتعلق بالحصة نفسها في أي يد وجدت، ولهذا سيكون الكلام على الشفعة عند تعدد بيعها ثم عند إضافة المشتري بناء أو غرساً في الحصة المشفوعة.

1 - لو فرضنا أن حصة مشاعة تعدد بيعها قبل أن يمارس الشريك شفيعته لها. ثم طالب بهذه الشفعة. فإن الحكم يكون كما يلي :

(أ) إن كان ذلك الشريك الذي يطالب بالشفعة قد علم بتلك البيوعات قبل أن يطالب بالشفعة فلا يحق له أن يطالب بالشفعة إلا من المشتري الأخير، لأن عدم قيامه بطلب الشفعة في البيع السابق مع علمه به سقط حقه في الشفعة من ذلك المشتري، ولو لم يكن قد انتهى الأجل المحدد لممارسة شفيعته منه، لأن سكوت الشريك عند رؤيته لتصرف المالك الجديد في الحصة، يسقط حقه في الشفعة.

(ب) أما لو طالب الشريك بالشفعة قبل أن يعلم تلك البيوعات، فله الحق في أن يستعمل شفيعته ضد أي مشتر.

فإن شفع من المشتري الأول لزمه أن يؤدي له جميع ما صرفه ويطلب عقود الشراء التي وقعت بعده، لأن الشفعة تزيل ملكية المشفوع.

وان شفع من المشتري الثاني تعين عليه أن يؤدي له أيضاً جميع الثمن والمصاريف، ولو كانت أكثر مما دفعه المشتري الأول، ويبطل التصرف الذي يمكن أن يكون هذا المشتري الثاني قد قام به في تلك الحصة قبل أن تشفع منه.

وهكذا يتبين أن الشريك إذا شفع من المشتري الأول فإن جميع الشراءات الأخرى تبطل، ويرجع كل مشتر على بائعه بما دفعه له. وان شفع من المشتري الثاني لم يبطل الشراء الأول ولا الثاني وهكذا.

وهذا الحكم نفسه يطبق في شفعة العقار المحفظ، مع ملاحظة أنه حينما تتعدد البيوعات للحصة ويتم تسجيلها كلها في الرسم العقاري، فإن للشريك أن يشفع من أي مشتر شاء من غير تقييد بأن يكون لا علم له بتلك البيوعات، مع التقييد بالآجال المشار إليها سابقاً، لأن القانون أعطى الشريك الحق في شفعة ما باعه شريكه بعد أن يسجل ذلك البيع في الرسم العقاري⁽¹⁾.

2 - وفيما يتعلق بإضافة المشفوع منه زرعاً أو بناءً أو غرساً في الحصة المشفوعة، فإن المادة موضوع الشرح، قررت أنه إذا زرع المشتري في الحصة المشفوعة أو بنى فيها أو غرس أشجاراً قبل إعلان الرغبة في الشفعة، كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري من إبقاء الزرع على حالته أو أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدار ما زاد في قيمة الحصة بسبب الزرع أو البناء أو الغرس.

وأما إذا حصل الزرع أو البناء أو الغرس بعد إعلان الرغبة في الشفعة، كان للشفيع أن يطلب الإزالة، فإذا اختار أن يستبقي الزرع أو البناء أو الغرس فلا يلتزم إلا بدفع قيمة أدوات الزرع أو البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس.

وبعبارة أوضح، أنه إذا زرع المالك الجديد الحصة «كما إذا كان العقار المشاع مقسوماً قسمة استغلالية» ثم طالب الشريك بالشفعة وحكم له بها والزرع ما زال في تلك الحصة، فإن ذلك الزرع يبقى للمشفوع منه إلى أن يحصده ولا يطالب بقلعه قبل تمام نضجه، كما لا يطالب بأي كراء عن بقاء هذا الزرع في الأرض المشفوعة، لأنها زرعها عندما كان يملكها.

وأما إذا قام المشتري بالبناء أو الغرس في تلك الحصة، ثم طالب المشتري بالشفعة، فإن المعتمد عند المالكية والمشرع في مدونة الحقوق العينية أنه يتعين التفريق بين ما إذا كان المالك الجديد حسن النية أو سيئها.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 226 - 227.

فإن كان حسن النية، بحيث لم يكن يعلم أن له شفعياً، فيتعين على الشفيع أن يؤدي له قيمة البناء والغرس قائماً غير مقلوع، وذلك لأنه لم يكن متعدياً حينما بنى أو غرس في أرض لم يكن يعلم أن له شفعياً فيها، وهذا الحكم هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح بقولها : «فإن قام بذلك، أي، بنى أو غرس من ماله في الحصة المشفوعة، قبل إعلام الرغبة في الأخذ بالشفعة طبقت الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير بإذنه أو شبهة ملك» أي كل ما قام به من بناء أو غرس في تلك الحصة المشفوعة، عن حسن نية أو شبهة ملك، كأنه مأذون له بذلك من صاحب الحصة المشفوعة.

أما إذا كان المالك الجديد سيء النية، بأن كان يعلم حينما بنى أو غرس أن له شفعياً «كما هو الحال في العقار المحفظ» فإن الشفيع يخير حينما يحكم له بالشفعة بين أن يؤدي للمشفوع منه قيمة بنائه أو غرسه على أنه مقلوع، وبين أن يأمره بقلعه، لأن هذا المشفوع منه يعتبر متعدياً، حيث بنى أو غرس في أرض يعلم أن له شفعياً يمكنه أن يأخذها⁽¹⁾.

وهذا الحكم هو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح بقولها : «أما إذا قام بذلك بعد إعلان الرغبة في الشفعة فيطبق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير دون إذن» أي يعتبر متعدياً سيء النية.

المادة 309

«لا يلتزم المشفوع منه برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة».

الشرح :

لا ترد ثمار الحصة المشفوعة إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة

يستفاد من نص المادة موضوع الشرح أن المشتري يعتبر في الفترة ما بين الشراء ووقوع طلب الشفعة بمثابة حائز حسن النية، وله أن يحتفظ بالثمار التي يقبضها خلال هذه الفترة، ولا يكون مسؤولاً وملتزمًا برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع التي يقبضها المشتري من الحصة المشفوعة، إلا من تاريخ مطالبة الشفيع بالشفعة ويستحقها.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 228.

ومما يذكر أن استحقاق المشتري، وقد حل محله الشفيع للثمرات والثمار لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع، فتسلم إليه مع المبيع، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونمائه، ويكون عليه تكاليفه. وقد رتبنا على ذلك أن الشفيع، بعد أن حل محل المشتري، لا يملك ثمار العقار المشفوع فيه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية هذا العقار، وذلك سواء كان العقار لا يزال في يد البائع، وهو الذي يستولي على ثماره، أو سلم إلى المشتري فأصبح هو الذي يقبض هذا الثمار، ومتى ثبت للشفيع الحق في ثمرات العقار المشفوع فيه من وقت تملكه لهذا العقار، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه⁽¹⁾.

المادة 310

«تبطل التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني أو المنشئة لهذا الحق التي أجراها المشفوع من يده على الحصة المشفوعة إذا تعلقت بعقار غير محفظ».

الشرح :

كل التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني المنشئة لهذا الحق،
أجراها المشفوع منه على الحصة المشفوعة
المتعلقة بعقار غير محفظ تعتبر تصرفات باطلة

سبقت الإشارة إلى أنه يراد بالتصرف : حق المالك في أن يجري ما يشاء من التصرفات على ملكه، سواء كانت تصرفات مادية، كالهدم والبناء أو قانونية كبيعه أو هبته أو رهنه. وهذا الحق يمارسه المالك ملكية تامة وقاطعة، ويتصرف في ملكه تصرفاً مادياً وقانونياً، حينما يكون خارجاً عن إطار الشفعة، واستحقاق الشفيع، الحصة المشفوعة وتنتقل ملكية هذه الحصة إلى الشفيع، والذي يحل محل مشتري الحصة المشفوعة، فلم يبق للمشتري المشفوع من يده، أي أثر للتصرف في العقار غير المحفظ، الذي اشتراه، وانتقلت ملكيته إلى الشفيع.

لذلك، نصت المادة موضوع الشرح، على أن التصرفات التي من شأنها تنقل الملكية أو الحق العيني أو المنشئة لهذا الحق، التي أجراها المشفوع من يده على الحصة المشفوعة المتعلقة بعقار غير محفظ تعتبر تصرفات باطلة وفاسدة، إذا تعلقنت هذه الحقوق العينية التي قام بها المشتري المشفوع من تلك الحصة بعقار غير محفظ، فهذه التصرفات كلها تعتبر باطلة، لأن المشتري لم يبق أي أثر لتصرفه بعد الشفعة فيما

(1) الوسيط للسنة 9، ج 9، ص 770.

اشتراه من عقار غير محفظ وانتقال ملكيته إلى الشفيع، الذي مارس حق الشفعة وحل محل المشتري المشفوع منه، واعتباره مجرداً كلياً من ملكية الحصة المباعة، وكل تصرف قام به من ترتيب حقوق عينية على الحصة المشفوعة، وتعلقت بعقار غير محفظ، يعتبر تصرفاً باطلاً وفاسداً.

الفرع الثالث

سقوط الشفعة

يعتبر الحق في الشفعة اختيارياً بالنسبة للشفيع، لذا بإمكانه أن يتنازل عن حقه إن هو أراد ذلك، والتنازل المسقط بحق الشفعة قد يقع بشكل صريح أو بشكل ضمني. وقد يقع التنازل عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها أو بعد ذلك. وفي جميع الأحوال على من يدعي تنازل الشفيع عن حقه، أن يثبت ذلك التنازل، فنتكلم على سقوط الشفعة في الآتي :

المادة 311

«يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة :

- إذا تنازل عنها صراحة بشرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها ؛
- إذا اشترى الحصة التي باعها شريكه من مشتريها وقاسمه فيها ؛
- إذا باع حصته التي يشفع بها، ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله».

الشرح :

أسباب سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة

عددت المادة موضوع الشرح، أسباب سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة، وحصرتها كما يلي :

أولاً : تنازل الشريك عن الشفعة : يمكن أن يتنازل الشريك عن الشفعة قبل أن ينتقل نصيب شريكه إلى المالك الجديد، أو بعد أن يتم ذلك الانتقال. فإن وقع التنازل عن الشفعة قبل المعاوضة التي انتقلت الحصة بموجبها إلى المالك الجديد، فإن حقه في الشفعة لا يسقط بذلك، سواء تنازل بعوض أو بدونه.

وبما أن انتقال الحصة في العقار المحفظ لا يتم إلا بتسجيل عقد البيع في الرسم العقاري، فتنازل الشريك عن الشفعة قبل هذا التسجيل لا يكون له أي أثر، ويمكن

للمشريك التنازل عن شفعته قبل تسجيل شراء المالك الجديد في الرسم العقاري، أن يطلب الشفعة بعد التسجيل المذكور.

وإن وقع التنازل عن الشفعة صراحة بعد انتقال الحصة إلى المالك الجديد، وبعد تسجيل شراء المالك الجديد في الرسم العقاري بالنسبة للعقار المحفظ، وانتقال الحصة إلى المالك الجديد، بالنسبة للعقار غير المحفظ، فإن ذلك يلزمه ولا يمكنه أن يطلب الشفعة بعد ذلك، سواء تنازل بعوض أو بدونه، فإذا تنازل الشريك عن الشفعة صراحة، وأن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها، فإن ذلك التنازل يلزمه، وهذان الشرطان : وهما : وقوع التنازل بصفة صريحة وكتابة رسمية مستقلة يتنازل فيها الشفيع عن الشفعة، وحصوله بعد ثبوت حقه فيها، لا بد من توفرهما عند التنازل عن الشفعة، وهما المنصوص عليهما في المادة موضوع الشرح.

وإذا تعدد الشركاء، فإن تنازلوا جميعاً، فإن ذلك التنازل يلزمهم وتستقر ملكية الحصة لهذا المالك الجديد بصفة نهائية. وإذا تنازل بعضهم فقط فإن ذلك التنازل يلزمه وحده، بحيث لا يرجع إليه الحق في طلب الشفعة بعد ذلك، كما أنه لا يؤثر على حق الآخرين في الشفعة، لأنهم قد لا يرضون دخول الشريك الجديد عليهم، ولذلك يحق لهم أن يشفعوا جميع الحصة التي فوتها شريكهم، ولا يرغبون على ترك جزء منها للمشفوع منه⁽¹⁾.

ولابأس من التذكير بأن الشريك إذا تنازل ثم ظهر أنه غير حقيقي، كالكذب في الثمن، أو في شخصية المشتري، فإن ذلك التنازل لا يلزمه، ويمكنه أن يطلب الشفعة حينما تتبين له الحقيقة.

ثانياً : إذا اشترى الحصة التي باعها شريكه من مشتريها، أو قاسمها فيها :

(1) إذا فوت الشريك حصته قبل أن يعلم بانتقال نصيب شريكه إلى الغير، بحيث إذا انتقلت الحصة إلى مالك جديد، فعمد الشريك إلى شرائها من هذا المالك الجديد، فإن حقه في الشفعة يسقط.

(2) تسقط الشفعة كذلك، فيما إذا وقعت قسمة العقار المشترك بحيث إذا طلب الشريك القديم من المالك الجديد أن يجري معه قسمة بتية أو استغلالية في ذلك العقار المشترك، فإن حق ذلك الشريك في الشفعة يسقط مادامت تلك القسمة قد أجريت فعلاً وتمت بفرز الحصص بعضها عن بعض⁽²⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 230.

(2) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 231.

ثالثاً : تسقط الشفعة إذا باع الشفيع حصته التي يشفع بها : ومن القرائن التي تدل على أن الشريك تنازل عن حقه في الشفعة، تفويت الشريك لحصته قبل طلبه للشفعة. إذا علم الشريك بانتقال حصة شريكه إلى مالك جديد، وقبل أن يطالب بالشفعة قام هو أيضاً بتفويت وبيع حصته كلها للغير، فإن حقه في الشفعة يسقط بذلك ولو كان يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله. لأنه لم يبق شريكاً.

وإذا فوت بعض حصته فقط، فإن حقه في الشفعة لا يسقط، ولكن إذا طالب معه بقية الشركاء بالشفعة وكانوا في درجته، فإنه لا يستحق الشفعة إلا على قدر النصيب الذي بقي له⁽¹⁾.

المادة 312

«لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع، وإنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما بقي من أجل الأخذ بالشفعة».

الشرح :

ميراث حق الشفعة

في الواقع أن الشفعة لا تنتقل إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها، إلى ورثته فإذا مات بعد أن يكون قد استعمل حقه، بأن يكون قد أعلن رغبته في الأخذ بالشفعة قبل موته، فإن حقه في تملك العقار المشفوع فيه يكون قد ثبت، وينتقل هذا الحق منه إلى ورثته، حتى لو لم يكن قد رفع دعوى الشفعة، أو لم يكن قد تراضى عليها مع البائع المشفوع منها. ومن باب أولى لو أنه رفع دعوى الشفعة ثم مات. فإن ورثته يحلون محله في الدعوى ويأخذون العقار المشفوع فيه بالشفعة، إلا إذا تنازلوا عن هذا الحق. وبديهي أنه لو صدر الحكم بثبوت الشفعة للشفيع وأصبح مالكا للعقار المشفوع فيه. فإن ملكية هذا العقار انتقل إلى ورثته كسائر أعيان تركته، بل إن الورثة لا يستطيعون في هذه الحالة التنازل عن حق الشفعة بعد أن صدر الحكم بثبوتها لموروثهم. كذلك من البديهي أنه إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه، فإن ملكية العقار المشفوع به تنتقل من الشفيع إلى ورثته، فإذا بيع العقار المشفوع فيه بعد أن ثبت حق الأخذ بالشفعة للورثة، ولكن لا بطريق الاستخلاف عن الموروث بل بطريق الأصالة عن أنفسهم إذ أن بيع العقار المشفوع فيه لم يقع إلا بعد أن انتقلت إليهم ملكية العقار المشفوع به⁽²⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 231.

(2) الوسيط للسنهوري، ج 9، ص 458 - 459.

وبناء على ما ذكر، لو فرضنا أن شخصين كانا شريكين في عقار، فباع أحدهما نصيبه فيه ثم مات الآخر، فإن ورثته يرثون حقه في الشفعة سواء مات الشريك المستحق للشفعة بعد أن شرع في ممارسة الشفعة، وقبل أن تتم له، أو مات قبل أن يطالب بالشفعة. وذلك لأن الشفعة حق ثبت للورثة، ومن مات عن حق فلوارثه.

غير أن الموت لا يوقف أجل الشفعة الذي كان ابتداءً للموروث، بحيث لا يعطي لهؤلاء الورثة أجلاً جديداً يبتدئ بالموت، وإنما يبقى لهم ما بقي من الأجل الذي كان لموروثهم. فإذا توفي الشريك بعد مرور ستة أشهر على علمه بانتقال حصة شريكه إلى مالك جديد، أو على تسجيل هذا الانتقال في الرسم العقاري، أو على زوال المانع الذي منعه من المطالبة بالشفعة، فلا يكون لورثته الحق في الشفعة إلا خلال الستة أشهر الباقية عن السنة، فإن لم يمارسوا الشفعة خلالها سقط حقهم فيها. وهو المنصوص عليه في المادة موضوع الشرح.

والجدير بالتنبيه إلى أنه يجب على الورثة أن يشفعوا جميع الحصة المبيعة ويوزعوها بينهم بنسبة ما يرثه كل واحد منهم. وإذا تنازل بعضهم عن الشفعة تعين على الباقي أن يشفع جميع الحصة المذكورة.

ويقرر الفقهاء - في هذا الصدد - أنه يمكن للإنسان أن يشفع ما باعه هو بنفسه، كما لو أن أخوين يملكان عقاراً فباع أحدهما نصيبه. ومات الآخر من غير أن يخلف وارثاً إلا أخاه البائع، فإنه ينتقل إليه حق الشفعة الذي وجب لأخيه. ويمكنه بناء على ذلك أن يطلب شفعة ما باعه هو بنفسه⁽¹⁾.

القسم الثاني

القسمة

للشعاع سلبيات تنتج عنها مشاكل كثيرة، تعصف بما ينبغي أن يسود بين الشركاء من تألف وتفاهم، ولو في إطار المصلحة المشتركة لاختيار أحسن الوسائل لاستغلال المال الشائع إضافة إلى تقييد حرية كل شريك في استغلال ما يملكه كما يشاء، مما يؤدي إلى إهماله وتقصير أهله في المحافظة عليه، الأمر الذي يكون له أثر وخيم على مردوديته.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 239.

لذلك، أجمع الفقه والتشريع على تخويل كل شريك حق المطالبة بقسمة المال الشائع، وتمكينه من نصيبه فيه عيناً أو نقداً، بعد تصفيته إذا كان غير قابل للقسمة العينية. إذ لا حق لباقي الشركاء في إرغام شريكهم على البقاء معهم في حالة الشيعاء، أو بيع نصيبه وحده، لأن النصيب الشائع غالباً ما لا يقع عليه الاقبال من طرف المشتري الذي يتخوف من ضرر الشيعاء، وفي حالة وجوده فإنه دائماً ما يعرض ثمناً أقل من الثمن الحقيقي المناسب لهذا النصيب، إذا بيع مشتركاً مع باقي الأنصبة. لذلك شرع الحق في القسمة التي تضع حداً لضرر الشيعاء الذي خصص المشرع لتناوله القسم الثاني من الكتاب الثاني من مدونة الحقوق العينية.

تعريف القسمة : القسمة في اللغة : تعني تمييز الانصباء أي إفراد النصيب أو التفريق، والقسمة في الاصطلاح : لم يعرف قانون الالتزامات والعقود المغربي القسمة، وكذلك لم يعرف المشرع في مدونة الحقوق العينية القسمة، شأنه في ذلك شأن أكثر التقنيات، إلا أن الشريعة الإسلامية سدت النقص وتكلفت بذلك. فقد عرفت المالكية القسمة بأنها هي تعيين نصيب كل شريك في مشاع (عقاري أو غيره)، ولو كان التعيين باختصاص تصرف فيما عين له، مع بقاء الشركة في الذات، وهذا التعريف يشمل عندهم أنواع القسمة الثلاثة : قسمة المهايأة، وقسمة المراضاة، وقسمة القرعة⁽¹⁾.

ويستنتج من هذا التعريف، اما صراحة واما ضمناً، ما يلي :

أ - أن القسمة تعيين وفرز لنصيب كل واحد من المالكين على الشيعاء، سواء كان المال المشاع عقاراً أو منقولاً.

ب - أن القسمة نوعان : قسمة بتية ونهائية. ويقصد منها انهاء الشيعاء، وفرز نصيب كل مالك في المال المشاع ليصبح كل واحد من هؤلاء المالكين مالكاً لجزء معين يختص به دون بقية المالكين. وقسمة تصرف. وهي التي يقصد بها تعيين ما يتصرف فيه كل شريك من المال المشاع، وهذه القسمة هي التي تسمى بقسمة الاستغلال، وقسمة المهايأة.

ج - أن القسمة إنما تكون في الأموال التي تقبل القسمة، بحيث يمكن أن يفرض بمقتضاها نصيب كل واحد من الشريكين أو الشركاء.

(1) الشرح الصغير، ج 3، صفحة 259 وما بعدها.

د - أن القسمة حسب التعريف، قد تقتصر على منفعة الشيء دون رقبته، وهو ما يقصده ابن عرفة المالكي بقوله : «..... ولو باختصاص تصرف فيه مع بقاء الأصل شائعاً».

هـ - أن القسمة تتم بإحدى طريقتين :

(1) أن يتراضى الشركاء على أجزائها فيما بينهم، ويتفقون بمقتضاها على الخروج من الشركة عن طريق التفاهم. وهذه القسمة تسمى عند الفقهاء «بقسمة التراضي».

(2) أن يلجأوا إلى القضاء ليحكم بقسمة المال المشترك وتوزيعه إلى أجزاء ليخصص لكل شريك حصة مفرزة. وتسمى هذه القسمة «بالقسمة القضائية».

ويسمى الفقهاء بقسمة القرعة. ومن الطبيعي أن هذه الطريقة لا يلجأ إليها إلا إذا لم يتفق جميع الشركاء على قسمة رضائية.

فالقسمة إذن هي : «طريقة لانقضاء الشيوع بمقتضاها يفرز الشيء المشترك إلى عدة أقسام وخصص الشركاء فيه، بحيث يستقل كل واحد من هؤلاء بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء».

هذا، إذا كان الشيء قابلاً للقسمة العينية، أما إذا كان غير قابل لها، فقسمة تتم عن طريق بيعه وتوزيع ثمنه على الشركاء، كل بقدر حصته في الشيء المشترك المبيع⁽¹⁾.

هذا، والشيوع حالة طارئة، يحق لكل واحد من الشركاء، في أي وقت شاء أن يطلب وضع حد لها للاستعاضة عن الملكية الشائعة بالملكية الفردية. وحق الشريك في طلب القسمة يتعلق بالنظام العام، كما لا يسقط هذا الحق بالتقادم.

وهناك حالات استثنائية للبقاء في الشياع، وذلك إما لوجود اتفاق فيما بين الشركاء. وإما لوجود نص في القانون.

بحيث إذا وقع الاتفاق بين الشركاء، فهم ملزمون بالتقيد به والبقاء في الشياع لمدة معينة. وكذلك قد يكون الشيء الشائع يتنافى بطبيعته أو بالنظر إلى الغاية المعد لها مع فكرة القسمة. ويكون الشيوع فيه معداً لأن يبقى مؤبداً أو على الأقل مستمراً بصورة اضطرارية.

(1) الدكتور مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 357.

هذا، ورتب المشرع أحكاماً عامة واضحة للقسمة، تتعلق بأنواعها وشروطها والظعن فيها لبطلائها أو ابطالها أو فسخها، وإثباتها والمحكمة المختصة بها وآثارها. وهذه الأحكام كلها مدرجة تحت هذا القسم في المواد الآتي شرحها فيما يلي :

المادة 313

«القسمة اما بتية أو قسمة مهاياة،

القسمة البتية أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقضي بها الشياع.

قسمة المهاياة تقتصر على المنافع وهي إما زمانية وإما مكانية.

تتم القسمة إما بالتراضي وإما بحكم قضائي مع مراعاة القوانين والضوابط الجاري بها العمل».

الشرح :

تصنيف القسمة وكيف تتم بها

يمكن تصنيف القسمة إلى أنواع مختلفة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فهي من حيث مصدرها إما رضائية أو قضائية، ومن حيث طبيعتها إما أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية، ومن حيث شمولها إما أن تكون قسمة شاملة أو قسمة جزئية، ومن حيث أثرها إما أن تكون قسمة استغلالية أو قسمة نهائية⁽¹⁾.

وتكلمت المادة موضوع الشرح، على نوعي القسمة والتعريف بهما كما تكلمت على أن القسمة تتم بإحدى طريقتين فقط.

وهكذا، أوضحت هذه المادة أن القسمة نوعان : قسمة بتية ونهائية يقصد منها إنهاء الشيوغ، وفرز نصيب كل مالك في المال المشاع ليصبح كل واحد من هؤلاء المالكين مالكاً لجزء معين يختص به دون بقية المالكين وسميت بتية ونهائية، لأنها تضع حداً نهائياً لحالة الشياع عن طريق فرز حصص الشركاء في المال الشائع أو بيعه وتوزيع ثمنه بينهم عند تعذر قسمته عينياً، إما رضاء وإما عن طريق القضاء وهي المنصوص عليها في المادة موضوع الشرح بقولها : «القسمة البتية أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقضي بها الشياع»، وقسمة مهاياة وتصرف، وهي التي يقصد بها تعيين ما يتصرف فيه كل شريك من المال المشاع، وهي إما زمانية وإما مكانية، وهذه القسمة هي التي أشرنا إليها سابقاً وذكرنا أنها تسمى بقسمة الاستغلال وقسمة المهاياة، وهي

(1) الدكتور مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 127.

المنصوص عليها في المادة بقولها «قسمة المهايأة تقتصر على المنافع وهي إما زمانية وأما مكانية» أي إما لمدة معينة وإما في مكان معين.

كما نصت المادة موضوع الشرح، على أن القسمة تتم إما بالتراضي، وإما بحكم قضائي مع مراعاة القوانين والضوابط الجاري بها العمل.

إذن تتم القسمة بإحدى طريقتين :

1 - أن يتراضى الشركاء على إجرائها فيما بينهم، ويتفقون بمقتضاها على الخروج من الشركة عن طريق التفاهم. وهذه القسمة تسمى عند الفقهاء، وعند مدونة الحقوق العينية، بقسمة التراضي، إذ أن القسمة الرضائية أو الاتفاقية هي تلك التي يتفق فيها جميع الشركاء على اقتسام المال الشائع برضائهم واختيارهم. ويشترط فيها إجماع الشركاء، وتمتع كل منهم بأهليته الكاملة، أما إذا تعذر إجماع الشركاء كأن يكون أحدهم معارضاً في إجراء القسمة، أو كأن يكون غائباً، أو إذا كان بين الشركاء من هو ناقص الأهلية، وجب اللجوء إلى القسمة القضائية، وهو النوع الثاني الذي يلي الأول المذكور.

2 - أن يلجأوا إلى القضاء، ليحكم بقسمة المال المشترك وتوزيعه إلى أجزاء ليخصص لكل شريك حصة مفرزة، وتسمى هذه القسمة بالقسمة القضائية، ويسميتها الفقهاء بقسمة القرعة.

ومن الطبيعي أن هذه الطريقة لا يلجأ إليها إلا إذا لم يتفق جميع الشركاء على قسمة رضائية، وبما أن الفقهاء يعتبرون الشركة على الشياخ ضرراً على الشركاء لما فيها من المشاكل التي تتجلى في تقييد حق كل شريك بحق الباقي، وعدم حرته في استعمال ما يملكه أو استغلاله كما يشاء، زيادة على أن بعض الشركاء قد يجور على شريكه ويعمل على التضييق عليه، ويعرقل ممارسته لحقه على المال المشاع. كما أن ذلك المال المشاع يتعرض غالباً للضياع بسبب إهمال بعض الشركاء، وتقصيرهم في المحافظة عليه.

فلذلك، يقرر الفقهاء والمشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية، وفي قانون الالتزامات والعقود، أنه يحق لكل شريك في مال مشاع أن يطلب الخروج من الشركة متى شاء عن طريق قسمة المال المشاع، ولا يمكن إرغامه على البقاء في الشركة، ولا تقييد حقه في هذا الطلب، كما أنه لا يمكن لباقي الشركاء أن يحتجوا عليه بأنه يمكنه أن يبيع نصيبه ليتخلص من ضرر الشركة لأنه قد يتعذر عليه العثور على من يتحمل

ضرر الشركة باختياره، وحتى إذا وجده فغالباً ما يعرض ثمناً قليلاً للحصة المشاعة، ولا يقبل شراءها بما تساويه لو كانت مفرزة، كما يمكنهم الاحتجاج عليه بأن سكوته عن طلب القسمة طيلة المدة السابقة - مهما طالت - يسقط حقه فيها لما ذكرنا من أن الشركة ضرر، ويحق لكل شريك أن يطالب بانتهاء الشركة متى شاء⁽¹⁾.

والقسمة سواء تمت عن طريق التراضي، أو عن طريق حكم قضائي، يجب أن تراعى فيها، وتجري وفق القوانين والضوابط الجاري بها العمل، وإلا لا تكون نافذة بحق المتقاسمين ولا ترتب آثارها القانونية.

المادة 314

«يشترط لأجراء القسمة أن يكون الملك مملوكاً على الشياع للشركاء عند إجرائها، وأن يكون قابلاً للقسمة، وأن تزول المنفعة المقصودة منه بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد القسمة».

الشرح :

شروط القسمة

رتب المشرع أحكاماً عامة واضحة للقسمة، تتعلق بشروطها، فأوضحت هذه المادة موضوع الشرح، شروط القسمة، وهذه الشروط، هي :

الشرط الأول : أن يكون الملك مملوكاً على الشياع للشركاء عند إجرائها : بمعنى أن الملك، يجب على القاسم أن يكون مالكاً عين ما يقسمه وقت القسمة، فيقسمه الشركاء بالتراضي، فإن لم يكن المقسوم مملوكاً للقاسم مع الشركاء، لا تجوز القسمة، لأن القسمة إفراز بعض الأنصبة ومبادلة البعض، وكل ذلك لا يصح إلا في الشيء المملوك على الشياع، عند إجراء القسمة.

هذا، ويرى الفقهاء أن نوع القسمة بالتراضي يجوز في جميع الحالات، سواء كان المال المقسوم عبارة عن نوع واحد كعقار، أو حيوانات، أو كان عبارة عن أشياء متنوعة كعقار وحيوانات وثياب، ويقطع النظر عما إذا كانت الأموال المشاعة في مكان واجب أو في أماكن مختلفة، قريب بعضها من بعض أو بعيدة عن بعضها، وسواء كان المقصود من القسمة إنهاء الشياع بالنسبة لجميع الشركاء، أو كان يقصد بها خروج البعض فقط. وبقاء البعض الآخر على الشركة فيما بينهم، كما لو مات شخص وترك عقاراً

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 136 - 137.

وثلاثة أبناء وبنتين فاتفق هؤلاء الإخوة على قسمة ذلك العقار على أربعة أجزاء متساوية يأخذ كل ولد جزءاً، وتأخذ البنتان جزءاً يبقى مشتركاً بينهما.

ومهما وقع الاتفاق بين الشركاء على قسمة التراضي فإنها تقبل وتمضي، ولو كان من بين الشركاء من هو محجور للصغر أو للسفه أو للجنون، مادامت قد أجريت باتفاق من وليه، وثبت ببينة أن فيها مصلحة ذلك المحجور، ويستثنى من ذلك ما إذا كان المال المراد قسمته شركة بين المحجور ووليه، فلا يجوز حينئذ إجراء القسمة الرضائية، وإنما يتعين اللجوء إلى القسمة القضائية⁽¹⁾.

وقد نص الفصل 1083 من قانون الالتزامات والعقود على أنه يحق للشركاء المتمتعين بأهلية التصرف في حقوقهم أن يجروا القسمة على الوجه الذي يرونه بشرط أن ينعقد اجماعهم عليها.

الشرط الثاني : أن يكون الملك الشائع قابلاً للقسمة : بمعنى أنه إذا كان الشيء المشترك مما يحتمل القسمة بلا ضرر للأرضين وغيرها، أجبر على القسمة من أباه، والمهم في الأمر يشترط في الملك الشائع أن يكون قابلاً للقسمة، ويحتمل القسمة بلا ضرر، وأما إذا كان المالك المشترك غير قابل للقسمة كحانوت وبيت صغير وسيف، فيباع ويوزع ثمنه بين الشريكين أو الشركاء، بحسب الحصة، ويجبر على البيع من أباه من الشركاء بشروط أربعة :

1 - أن تنقص حصة مريد البيع ولو باعها مفردة من حصة شريكه، فإن لم تنقص لوبيعت مفردة لم يجبر له الأبى عن البيع، لعدم الضرر، كما لا يجبر فما يقبل القسمة أي في المال المثلي.

2 - ألا يلتزم رافض البيع لشريكه بتحمل فرق النقصان.

3 - ألا يملك مريد البيع حصته مفردة، فإن ملكها مفردة، وأراد بيعها وأبى صاحبه من البيع معه لم يجبر على البيع معه.

وعلى هذا فإن تملك الشريكان المال المشترك معاً بارت أو شراء أو غيرهما، جاز اجبار الممتنع على البيع.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 140.

4 - ألا يكون المال المشترك متخذاً للاستغلال أي الكراء، أو مشتمل على التجارة، فإن كان متخذاً للتجارة، أو اشتروه للانتفاع في غير غلة، ولو للتجارة على المعتمد، لم يجبر الأبى على البيع، مع من أراد البيع⁽¹⁾.

وعليه، إذا كان المال المشترك معه للتجارة، كما هو الشأن في العقار الذي يشتريه شخصان أو أكثر ليعيدا بيعه قاصدين بذلك تحقيق ربح، أو كراءه وتوزيع مداخله، ولا يهدفون من وراء الاشتراك فيه إلا مجرد اقتنائه وتملكه واستغلاله شخصياً بالسكنى أو الفلاحة. وحيث يتفق المالكية على أنه لا يحق لأي شريك في هذه الحالة أن يطلب قسمة هذا المال المشترك جبراً على الباقيين لأن قسمته قسمة عينية تؤدي إلى نقص ثمنه. وهذا يخالف ما اشتركوا من أجله⁽²⁾.

الشرط الثالث : أن لا تزول المنفعة المقصودة لكل جزء بعد القسم : بمعنى أنه لا يترتب على القسمة ضرر، أي أنه إذا كان المال المشاع مما لا يمكن قسمته، أما بحسب طبيعته أو بحسب ما أعد له وكان في القسمة ضرر ولم يتحقق المنفعة المطلوبة من المال، فلا يحق لأي شريك أن يطلب القسمة العينية، ولا يبقى له حينئذ إلا الخيار بين البقاء في الشركة أو الخروج منها عن طريق بيع نصيبه أو طلب تصفية الشركة عن طريق بيعها وتوزيع ثمنها إن كان هناك مبرر لهذا الطلب.

ويتفق القانون مع الفقه في هذه القاعدة، حيث نجد الفصل 980 من ق.ز.ع ينص على أنه : «لا يسوغ طلب القسمة إذا كان محل الشئاع أعياناً من شأن قسمتها أن تحول دون أداء الغرض الذي أعدت له» وأكدت هذه القاعدة أيضاً مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح بقولها : «وأن لا تزول المنفعة المقصودة منه (الملك) بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد القسمة».

ويتضح هذا الشرط في معرفة طبيعة المال سواء كان عقاراً أو غيره، والمال في هذا الشأن نوعان :

أ - أن كان المال مما لا ضرر في تبغيضه أو تجزئته، بل فيه منفعة للشريكين، كالمكبل والموزون والعددي المتقارب، فتجوز قسمته قسمة جبر، ويجبر القاضي من أبى من الشركاء على قبولها تحقيقاً لمصلحة الطرفين.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ج 5، ص 670.

(2) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 138.

ب - وان كان في القسمة ضرر : فإن أضرت بكل واحد من الشريكين لم يجز قسمة الجبر في المال المشترك، كاللؤلؤ والياقوت والعقرب الواحد والسرّج والقوس والمصحف الكريم، والحائط والحمام، والبيت، أو الحانوت الصغير، والفرس والجمل والشاة، والبقرة، لأن الضرر يلحق بالشريكين معاً، والقاضي لا يملك الجبر على الإضرار.

وأما إن أضرت القسمة بأحد الشريكين دون الآخر، كالأرض المشتركة بين شريكين ولأحدهما حصة قليلة، وللآخر الأكثر، فتجب القسمة إن طلبها صاحب الأكثر، إزالة للشيوع ومنعاً من الضرر⁽¹⁾.

والحاصل أنه يجوز للقاضي إجبار الشريكين أو الشركاء على القسمة إذا كان طالبها قابلاً للقسمة وأمكن انتفاع الشريكين به مقسوماً، أي أنه يشترط لصحة القسمة ألا يكون فيها ضرر، وأن لا تزول المنفعة المقصودة من الملك المراد قسمته من شأنها أن تحول دون أداء الفرض الذي خصصت له، وذلك بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد إجراء القسمة، أي تبقى المنفعة المقصودة من الملك، وأداء الفرض منها الذي أعدت له، بعد القسمة، وبالنسبة لكل جزء من أجزاء الملك المشترك والذي أجريت في القسمة بين الشريكين أو الشركاء.

المادة 315

«إذا تمت القسمة بالتراضي جاز لكل من الشركاء أن يطلب إبطالها إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضى - الغلط والتدليس والاكراه - أو إذا لحقه غبن لا يقل عن الثلث بين قيمة ما آل إليه بمقتضى القسمة وبين القيمة الحقيقية لحصته في العقار المقسوم، وتكون العبرة في تقديره لقيمه وقت إجراء القسمة، وللمدعى عليه في هذه الحالة الأخيرة طلب الإبقاء على القسمة إذا هو أكمل للمدعي ما نقص من نصيبه عيناً أو نقداً.

تتقادم هذه الدعوى في جميع الأحوال بمضي سنة من تاريخ إجراء القسمة».

الشرح :

جواز نقض القسمة وإبطالها إذا تمت بالتراضي

أخضع المشرع المغربي، في هذه المادة موضوع الشرح، القسمة للأحكام العامة من حيث جواز إبطالها ونقضها إذا ما شابها عيب من عيوب الرضى. فبمقتضى الفصل

(1) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، ج 5، ص 668.

1089 من قانون الالتزامات والعقود، القسمة أياً كان نوعها، لا يجوز إبطالها إلا إذا عابها الغلط أو الاكراه أو التدليس أو الغبن. وقد وجد المشرع أن يؤكد على ذلك ثانية في الفصل 1091 حيث نص على أنه : «لا يسوغ إبطال القسمة إلا للأسباب التي تعيب الرضى الإكراه أو الغلط أو التدليس أو الغبن».

ويقتضينا إبطال القسمة، في ضوء نص المادة موضوع الشرح، والنصوص الواردة في قانون الالتزامات والعقود، بيان متى ترفع دعوى الإبطال ونقض القسمة، مع ملاحظة أن المشرع في مدونة الحقوق العينية قصر إبطال القسمة من أجل عيوب الرضى على القسمة الاتفاقية فقط، بينما عمم ذلك، في قانون الالتزامات والعقود، وألحق القسمة القضائية والقسمة القانونية بالقسمة الاتفاقية في هذا المجال.

وعليه، ففي حال وجود عيب يعيب القسمة التي تمت بالتراضي، يجب رفع دعوى الإبطال خلال سنة من وقت تمام القسمة، وذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى المقامة بعد انقضاء هذا الأجل (الفقرة الثالثة من الفصل 1091).

والمشرع المغربي نظم عيوب الرضى في الفصل من 39 إلى 56 من ق.ز.ع، حيث عرض للغلط والتدليس والاكراه والغبن، كما نصت على ذلك المادة موضوع الشرح، من مدونة الحقوق العينية.

ولابأس من الإشارة إلى مفهوم كل من الغلط والتدليس والاكراه والغبن فيما يلي :

أولاً : الغلط : إن الغلط هو توهم يصور للشخص الواقع على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد، وقد نظم المشرع المغربي أحكام الغلط في الفصول من 40 إلى 45 من ق.ز.ع وحسب مقتضيات هذه الفصول المتعلقة بالغلط، فإن الغلط قد ينصب على نص في القانون، أو على شخص أو على شيء، وقد يكون مجرد غلط في الحساب، وقد يصيب إرادة الوسيط الذي استخدمه أحد المتقاسمين، فإذا ثبت الغلط وفعلاً وقع في القسمة، جاز للمتقاسم الآخر، طلب إبطال القسمة ونقضها.

ثانياً : التدليس : إن التدليس هو استعمال وسائل احتيالية توقع الشخص في غلط وتدفعه للتعاقد. ومثاله في مجالنا هذا : أن يضع أحد المتقاسمين مشروع قسمة، ويوهم المتقاسم الآخر أن القطعة الأرضية التي سيحصل عليها، إذا ما وافق على المشروع، تصلح لإنشاء مركز تجاري أو عمارة فاخرة، ويبرز إليه وثائق مزورة تثبت ما يدعيه، وبعد الموافقة يتبين أن السلطة الإدارية سبق لها أن نبهت المتقاسم المخادع إلى أن القطعة الأرضية المزعومة ستزعم ملكيتها لأجل المنفعة العامة.

وقد نظم المشرع المغربي أحكام التدليس في الفصلين 52 و53 من ق.ز.ع وحسب مقتضيات الفصلين المذكورين، إذا وقع التدليس، وثبت خلال إجراء القسمة. فيجوز للمتقاسم الآخر، أن يرفع دعوى، يطلب فيها إبطال القسمة ونقضها.

ثالثاً : الاكراه : إن الاكراه هو ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفاً تحمله على التقاعد، وقد أشار المشرع إلى الاكراه في الفصل 46 من ق.ز.ع.

فقد يجبر المتقاسم على أخذ حصة لا تروقه، أو تقل عن نصيبه أو بها عيب من العيوب، نتيجة إكراه. فإذا وقع إكراه على المتقاسم ومورس ضده ضغط عليه قصد حمله على إجراء قسمة بشكل من الأشكال، وثبت أن وقع الضغط الذي مورس على المتقاسم هو الدافع الأساسي لإبرام القسمة. فإذا تحقق هذا الاكراه، جاز للمتقاسم أن يطلب إبطال القسمة التي تمت بالتراضي على الوجه المذكور. أي لا يعتد بالاكراه إلا إذا كان هو الدافع إلى التعاقد.

رابعاً : الغبن في مجال القسمة، هو عدم التناسب بين الحصة التي يملكها الشريك على الشيوع والحصة التي أفرزت له نتيجة القسمة. والغبن قد ينتج حتى مع تناسب الحصص المفترزة، من حيث المساحة أو الحكم، إذا ما كان هناك إخلال من ناحية الكيف، كما لو تقاسم شخصان بقعة من الأرض، وكانت إحدى الحصص أجود من الأخرى أو أكبر منها قسمة، أو بها مجرى للمياه بينما الأخرى قاحلة⁽¹⁾.

وهكذا قرر المشرع، أنه يمكن لكل واحد من الشركاء أن يطلب إبطال القسمة بسبب الغبن إذا ادعى أنه وجد النصيب الذي خرج له يقل عن الحق الذي كان له في الحق المقسوم، ويحكم حينئذ بإبطال القسمة إذا توفر الشرطان التاليان :

(1) أن يقوم بدعوى الغبن داخل سنة من تاريخ وقوع القرعة التي تعين له بمقتضاها الجزء الذي خرج له.

(2) أن يثبت الغبن الذي يدعيه. وذلك بتقرير أهل المعرفة : بأن يقولوا : ان هذه القسمة فيها غبن على هذا المدعي، بشرط أن لا يقل الغبن عن الثلث بين قيمة ما آل إليه بمقتضى القسمة وبين القيمة الحقيقية لحصته في العقار المقسوم. وتكون العبرة في تقديره لقيمته وقت إجراء القسمة، لأن قيمة النصيب المغبون تتحدد في الوقت الذي تجري فيه القسمة. وعند تقدير قيمة الحصة المغبون فيها، يجوز للمدعى عليه طلب

(1) راجع كتابنا : «الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي»، الجزء الثالث من الكتاب الثاني، صفحة 402 وما يليها.

الابقاء علي القسمه التي جرت على حالتها بشرط أن يكمل للمدعي ما نقص من نصيبه وتعويضه عيناً أو نقداً بالنسبة لتكملة الحصه.

وأخيراً يمكن تصحيح القسمه عن طريق التقادم، فحسب الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح، ومقتضيات الفصل 1091 من ق.ز.ع، أن مرور مدة سنة على تمام القسمه يسقط الحق في رفع دعوى الابطال، ذلك أن السكوت عن طلب الابطال لمدة سنة كاملة، يعد بمثابة إجازة ضمنية للقسمه المعينه، حيث لن تبقى هناك امكانية لإعادة النظر فيها من جديد، تغليباً من المشرع لاسقاط الأوضاع والمعاملات، لذلك نصت هذه الفقرة الأخيرة من المادة موضوع الشرح، على أن دعوى القسمه تتقادم في جميع الأحوال بمضي سنة من تاريخ إجراء القسمه.

المادة 316

«لا تقبل دعوى القسمه إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء، وتم تقييدها تقييداً احتياطياً إذا تعلق بعمقار محفظ».

الشرح :

من هو طرف في دعوى القسمه ؟

إن دعوى القسمه غير قابلة للتجزئة، بل يجب توجيهها إلى جميع الشركاء، والا لا تقبل، فلا بد إذن تكليف عموم الشركاء في الحضور في هذه الدعوى بصفة مدع أم مدعى عليه.

لكل صاحب حصه في الشيء المشترك مهما صغرت حصته أن يقيم دعوى القسمه فالفصل 978 من ق.ز.ع نص على أنه يسوغ دائماً لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمه. والفصل 1084 ورد فيه أنه : «إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمه : كان لمن يريد منهم الخروج من الشيوع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمه طبقاً للقانون».

ويجب جمع أطراف الخصومة، بحيث كل من عدا طالب القسمه يجب أن يمثل في الدعوى بصفة مدعى عليه، فإذا أهمل أحد الشركاء، كانت القسمه عرضة للابطال وعندما تتناول القسمه عقاراً محفظاً، فإنه يكفي لقبول دعوى القسمه أن يدخل طالب القسمه في الدعوى جميع الشركاء المقيدين بالرسم العقاري تقييداً احتياطياً، وليس عليه سد النقص الحاصل على الرسم من جراء عدم تقييد باقي الشركاء فيه⁽¹⁾.

(1) المجلس الأعلى الحكم، المدني عدد 115 ، وتاريخ 14 فبراير 1869، مجلة قضاء المجلس الأعلى، السنة الأولى، العدد الأول، صفحة 20.

وقد يكون بين الشركاء غائب أو يكون بينهم من لا تتوافر فيه الأهلية، ففي هذه الحالة يدعى المقدم لتمثيل الغائب أو المفقود والولي أو الوصي أو المقدم لتمثيل فاقد الأهلية أو ناقصها. أما إذا كان ليس للغائب أو المفقود أو لفاقد الأهلية وناقصها ولي أو وصي أو مقدم، فيجب على المحكمة المرفوعة لديها دعوى القسمة أن تطلب من المحكمة ذات الاختصاص تعيين من يمثل في دعوى القسمة.

وفي العقارات المحفوظة، يعد المالك على الشياخ باقياً على قيد الحياة ما لم تقيد وفاته بالرسم العقاري. وفي حالة وفاة أحد الشركاء دون أن تكون هذه الوفاة قد سجلت بالرسم العقاري، يتعين على طالب القسمة توجيه دعواه ضده لا ضد غيره ممن يدعون إرثه دون تسجيل لحقوقهم، وإذا رجع الاستدعاء مشيراً إلى تعذر التبليغ بسبب وفاة المعني بالأمر، فعلى القاضي المختص أن يعتبر المدعى عليه غائباً، وأن يعين وكيلاً عنه⁽¹⁾.

المادة 317

«تحكم المحكمة بقسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة، ويفرز الحصص وتكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة، وعن طريق التقويم والتعليل، ثم توزع الأنصبة المفروزة بين الشركاء بالقرعة، وتصدر حكمها بناء على تصميم ينجزه خبير في المسح الطبوغرافي يعين موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرز».

الشرح :

قسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة

سبقنا الإشارة إلى أن القسمة هي وضع حد لحالة الشيوخ عن طريق فرز حصص الشركاء في المال الشائع أو بيعه وتوزيع ثمنه بينهم عند تعذر قسمته عينياً، إما رضا واما عن طريق القضاء.

والقسمة العينية، التي تناولتها المادة موضوع الشرح، هي التي تجري بتقسيم العقار المشترك إلى عدة أقسام مفروزة بعضها عن بعض تتفق مع حصص الشركاء الذين يستقل كل واحد منهم بقسم يتناسب وحصته، فالقسمة العينية إذن لا تكون إلا في الشيء القابل للتجزئة أو للتبعض.

(1) المرحوم الدكتور الكزبري، مرجع سابق، ص 365 وما يليها.

فالسيارة أو السفينة أو الدابة أشياء لا تقبل التبعيض بطبيعتها فلا يمكن إذن أن تكون محلاً للقسمة العينية. وتطبيقاً لهذا المبدأ قرر القضاء أنه «إذا كانت الأرض غير قابلة للقسمة بطريقة الافراز ولا بطريقة التجنيب بالنظر لمساحتها ولأنظمة أمانة المحافظة فإن إمكان بناء طبقات فوق الأرض لا يعني أنها قابلة للقسمة. ويعتبر كما يعتبر الشيء قابلاً للقسمة العينية، أن يبقى الانتفاع به على الوجه المعد له ممكناً بعد تقسيمه إلى إيقاع نقص كبير في قيمته، فالطاحونة مثلاً، إذا قسمت تفوت المنفعة المقصودة منها ويلحق بها نقص كبير في قيمتها، فلا يسوغ إذن إجراء قسمتها عينياً.

ولكنه لا يشترط لاعتبار الشيء قابلاً للقسمة العينية أن تكون الحصص المقسومة متساوية تمام المساواة مع نصيب كل من الشركاء في هذا المال. فمن الجائز أن تأتي إحدى الحصص أكثر أو أقل قيمة من نصيب الشريك الذي آلت إليه. ففي هذه الحالة يعوض على الشريك الذي أخذ أقل من نصيبه عيناً بمعدل من النقود يقوم بدفعها الشريك الذي أخذ أكثر من نصيبه. وقد ورد بهذا المعنى في قرار لمحكمة النقض في سورية أنه «يجب التعويض على الشريك الذي يتعذر اختصاصه بنصيبه عيناً بمعدل عما نقص من نصيبه سواء أكانت القسمة بتكوين الحصص على أساس أصغر نصيب أو بالتجنيب⁽¹⁾.

والقسمة إن كانت بالتراضي، فإنها تجري وفق اتفاق الشركاء، وعلى الوجه الذي يروونه شرط أن ينعقد اجماعهم عليها، أما إذا كانت قضائية فإنها تحصل بحسب الاجراءات التي يفرضها القانون والتي كنا بيناها في معرض الكلام عن القسمة القضائية⁽²⁾ ولا يحكم بها إلا إذا كان العقار المطلوب قسمته قابلاً للقسمة على أقل الأنصبة ليخرج الجميع من الشركة.

وهكذا تحكم المحكمة بقسمة العقار المشاع، قسمة عينية حينما تتوفر شروط القسمة، ومتى كانت ممكنة، ويراد اجراؤها، يمكن للخبير في المسح الطبوغرافي الذي تعينه المحكمة لانجاز مشروع القسمة، يقوم بوضع تصميم يعين فيه أنصبة الشركاء، وفرز كل نصيب على حدة، يمثل حظ كل شريك، بأن يجزي العقار المقسوم على أقل الأجزاء التي سيقسم عليها، أي على أساس أصغر حصة، وعن طريق التعديل والتقسيم، والخبير يعين في التصميم المتعلق بمشروع القسمة، موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرزاً، لم توزع الأنصبة المفترزة بين الشركاء بالقرعة.

(1) محكمة النقض السورية، حكم رقم 4243، وبتاريخ 7-10-1950، مجلة القانون العام، 1950، صفحة 40.

(2) المرحوم الدكتور الكزبري، مرجع سابق، ص 370 وما يليها.

«وذلك مثل : أرض يملكها ثلاثة أشخاص أحدهم يملك نصفها والثاني ثلثها، والثالث سدسها، تقسم على ستة أجزاء متساوية، ثم يكتب القاسم اسم كل شريك في ورقة، ويخلط الأوراق. ثم يرمي أحدها على أول جزء من تلك الأرض، فإن كان فيها اسم من يملك السدس أخذ ذلك الجزء. وإن كان فيها اسم من يملك الثلث أخذ ذلك الجزء المتصل به. وإن كان فيها من يملك النصف أخذ ذلك الجزء والجزأين المتصلين به. ثم ترمى الورقة الثانية على أول الأجزاء الباقية وهكذا»⁽¹⁾.

المادة 318

«إذا كان العقار المشاع غير قابل للقسمة العينية، أو كان من شأن قسمته مخالفة للقوانين والضوابط الجاري بها العمل أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني».

الشرح :

العقار المشاع إن كان غير قابل للقسمة العينية بياع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه

تكلّمنا في المادة السابقة على الإجراءات المتعلقة بقسمة العقار المشاع، عندما يكون هذا العقار قابلاً للقسمة العينية، أما في هذه المادة موضوع الشرح إذا كان العقار المشاع غير قابل للقسمة العينية بطبيعته أو كان من شأن القسمة العينية مخالفة للقوانين والضوابط الجاري بها العمل، أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تأمر ببيعه بالمزاد العلني ويوزع ثمنه المتحصل على الشركاء كل بقدر حصته، والبيع يجري وفق مقتضيات الأحكام المتعلقة ببيع العقار بالمزاد العلني.

وهكذا، نبين أن القسمة القضائية لا يحكم بها إلا إذا كان العقار المطلوب قسمته قابلاً للقسمة العينية على أقل الأنصبة، ليخرج الجميع من الشركة، فإن لم يكن العقار المشاع غير قابل للقسمة العينية فيلجأ إلى قسمة التصفية عن طريق القضاء، لتأمر المحكمة ببيعه بالمزاد العلني، وتوزيع ثمنه بين المتقاسمين، حيث يأخذ كل واحد مبلغاً من النقود يتفق وقيمة حصته في هذا المال.

إذن : هذه القسمة القضائية هي القسمة التي تتم عن طريق بيع العقار المشترك بالمزاد العلني، وتوزيع ثمنه على المتقاسمين كل بحسب حصته، وقد يحصل أن يعمد الشركاء بالاتفاق فيما بينهم إلى هذه القسمة حتى لو كان العقار قابلاً للقسمة العينية،

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 147.

فبييعون العقار بالطريقة التي يتفقون عليها، ويتقاسمون الثمن فيما بينهم. ولكن
 قسمة التصفية يلجأ إليها عادة عندما يكون العقار المشترك غير قابل بطبيعته للقسمة
 العينية، كما في دار صغيرة أو أرض ذات مساحة يسيرة أو سفينة يستحيل تجزئتها
 وتقسيمها، إلى أقل الأنصبة. أو يلجأ إليها إذا كان من شأن قسمة العقار المشترك،
 مخالفة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، مثل العقار الشائع الخاضع للبيع
 الجبري، المقرر في حالات تقتضيها القوانين والأنظمة المعمول بها. أو يلجأ إليها كذلك
 إذا كان من شأن القسمة العينية إحداث نقص كبير في قيمة العقار المطلوب قسمته،
 فإن المحكمة إذا وجدت أنها لا تملك وسائل التقدير الكافية لاعداد الحصص، عينت
 خبيراً للقيام بذلك، في هذه الحالات المذكورة، تأمر ببيعه بالمزاد العلني، ويوزع الثمن
 المتحصل على الشركاء كل بقدر حصته.

وذلك، لأن القسمة القضائية تأتي نتيجة دعوى القسمة، وتخضع للمبادئ العامة
 التي تحكم نظرية الدعوى، حيث تتخللها إجراءات قضائية حددها المشرع بدقة في
 قانون المسطرة المدنية، وعلى المحكمة أن تسهر على حسن تطبيقها، وإلا كانت أحكامها
 في هذا المجال عرضة للنقض. والبيع بالمزاد العلني الذي تأمر به المحكمة وفق
 مقتضيات الأحكام المتعلقة ببيع العقار المشترك الذي لا يقبل القسمة العينية، وتحكم
 المحكمة ببيعه بالمزاد العلني، بعد عرض العقار المشترك للبيع، بواسطة كتابة الضبط
 بحيث يستطيع كل راغب في الشراء، سواء كان من الشركاء أو من غيرهم أن يشترك
 في المزايدة ما لم يتفق الشركاء على حصر المزايدة فيما بينهم، حيث تقتصر عندها
 المزايدة عليهم دون سواهم.

وكيفية إجراء البيع الذي تحكم به المحكمة، في هذه الحالة، تتلخص في أن يوقف
 العقار المشترك لمن يريد شراءه، فإذا عرض أجنبي ثمناً له وزاد أحد الشركاء شراءه،
 فلا يمكن من ذلك إلا إذا زاد على ما بذله هذا المشتري. ثم إذا أراد شريك آخر شراءه
 فلا بد من أن يزيد على ما عرضه ذلك الشريك وهكذا، وإذا لم يتقدم أي أجنبي
 لشراؤه عينت المحكمة خبيراً اختصاصياً في شؤون العقار لتقدير ثمنه. ثم يكون لمن
 شاء من الشركاء أن يأخذه بذلك الثمن مادام الشركاء الآخرون قد سلموا له. فإذا
 رغب شريكان أو أكثر في شراؤه لم يأخذه واحد منهم إلا إذا عرض أكثر من ذلك الثمن
 وهكذا، وحينما يكون أحد الشركاء هو المشتري فإنه يدفع لكل شريك ما يساوي نصيبه
 من ذلك الثمن. وإن امتنعوا جميعاً من أخذه بذلك الثمن الذي قدره الخبير له، فإنه
 يعرض على العموم للبيع ثم يوزع ثمنه بينهم⁽¹⁾.

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 283.

المادة 319

«يتم البيع بالمزاد العلني بعد استنفاد الحكم القاضي بالقسمة طرق الطعن العادية والنقض عند الاقتضاء، وتطبق على المحضر المتعلق به مقتضيات المادة 221 من هذا القانون».

الشرح :

اكتساب الحكم النهائي بالمصادقة على القسمة
وتحرير محضر تسليم النصيب المقرر لكل شريك

يستفاد من نص هذه المادة موضوع الشرح، أنه عندما يتم البيع بالمزاد العلني المأمور بإجرائه من طرف المحكمة، وبعد قيام نزاع على تكوين الحصص فصلت فيه المحكمة طبقاً للإجراءات العادية، وتمت المصادقة على محضر القسمة في حضور الخصوم أو بعد دعوتهم للحضور وبعد أن تقدم النيابة العامة مطالبتها إذا كان بين المتقاسمين قاصر أو أي شخص فاقد الأهلية، وبعدما اكتسب الحكم بالمصادقة على القسمة والفصل في النزاع، على تكوين الحصص، وقدم الخبير بعد أن يصبح الحكم حائزاً لقوة الشيء المقضى به، واستنفاده جميع طرق الطعن العادية، ابتدائياً واستئنافياً، وكذا الطعن بالنقض الذي يوقف التنفيذ، إن كان العقار المشترك المراد قسمته محفظاً، أو يتعلق بالقضايا التي يوقف تنفيذ أحكامها بالنقض، وأما غير ذلك، فيجري الاقتراع على الحصص، وعلى يد كاتب الضبط الذي يسلم، بعد الاقتراع، كل شريك النصيب المفروض الذي آل إليه⁽¹⁾.

على أن محضر تنفيذ الحكم بالقسمة، وتمام البيع بالمزاد العلني، والمصادقة عليها، والمتعلق بهذا البيع يجب أن تطبق عليه مقتضيات المادة 221 الآتي شرحها قريباً من هذا القانون، أي مدونة الحقوق العينية. ونقرأ في هذه المادة المشار إليها ما يلي : «لا تكون القسمة الرضائية نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار» أي لا تكون للقسمة الرضائية أي أثر أو نتيجة قانونية، بالنسبة لأطراف القسمة ولا تكون نافذة بينهم إلا بعد أن يوافق ويصادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية التي رتبها الشركاء كالمسطحية أو أي مرفق ترتب على العقار المشترك، والذي جرت عليه القسمة بالمزاد العلني.

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 369.

المادة 320

«يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار».

الشرح :

وجوب إدخال جميع أصحاب الحقوق العينية
المترتبة على العقار في دعوى القسمة

يستفاد من هذه المادة موضوع الشرح، أنه بما أن دعوى القسمة غير قابلة للتجزئة، ويسوغ دائماً لكل صاحب حصة في العقار المشترك مهما صغرت حصته أن يقيم دعوى القسمة، فلا بد إذن لمن يطلب القسمة عن طريق الدعوى، ورفع القضية إلى المحكمة، أن يدخل جميع الشركاء في العقار المشترك، كما يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع من له حق عيني، وكل أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المشترك، من طرف الشركاء أو بعضهم، وتكليف عمومهم، الشركاء وأصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار : المدعي أو المدعى عليه، في الحضور ومتابعة هذه الدعوى أمام القضاء بعد استدعائهم إليها بصفة قانونية، لأن أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المطلوب قسمته قضائياً، من الضروري إدخالهم في دعوى القسمة، وتخويلهم حق التدخل في هذه الدعوى، فكل من عدا طالب القسمة من الشركاء وأصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المطلوب قسمته، يجب أن يمثل في الدعوى بصفة مدعى عليه، فإذا أهمل طالب القسمة أحد الشركاء، وأصحاب الحقوق العينية، كانت القسمة عرضة للإبطال والنقض.

وأوجب المشرع على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المشاع، المراد قسمته بين الشركاء مع أصحاب هذه الحقوق العينية، والصادر فيها الحكم بإجراء القسمة والذي حاز قوة الشيء المقضي به القاضي بالبيع بالمرزاد العلني وقسمة ثمنه، وذلك لضمان هذه الحقوق، لأصحابها، ولأنهم يصبحون شركاء في القسمة، وفي الثمن عند بيع العقار المترتب عليه الحقوق المذكورة، ويأخذ واحد من أصحاب تلك الحقوق العينية، حظه ونصيبه المستحق له.

المادة 321

«لا تكون القسمة الرضائية نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار».

الشرح :

القسمة الرضائية لا أثر لها بين الأطراف، إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار

سبقت الإشارة إلى أن القسمة إما رضائية وإما قضائية، والرضائية هي التي يتم فيها الاتفاق بين جميع الشركاء على تقسيم المال المشترك، وتعين نصيب كل واحد منهم ليصبح كل شريك مالكا لما خرج له ملكية مفرزة.

كما سبقت الإشارة إلى أنه يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المطلوب قسمته، وتطبق على المحضر المتعلق ببيع العقار المشترك بالمزاد العلني، مقتضيات هذه المادة موضوع الشرح، عند شرح المادة 319 أعلاه.

وأوضحت المادة موضوع الشرح، أن القسمة الرضائية إذا تمت باتفاق جميع الشركاء عليها، وكانت هناك حقوق عينية مترتبة على العقار الذي اتفق جميع الشركاء على قسمته بالتراضي، فإن هذه القسمة، لا يكون لها أثر ولا تكون نافذة بين أطراف العقار، إلا بعد أن يوافق ويصادق عليها جميع أصحاب هذه الحقوق العينية المترتبة على العقار، المتفق على قسمته من طرف جميع الشركاء، ليس لها مفعول ولا أثر لها، وغير نافذة بين الأطراف، إلا بالمصادقة عليها من طرف جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار موضوع القسمة. لأن لهم الحق في التدخل والتعرض عليها وإبطالها، إن تمت مخالفة لما ينص عليه القانون، ومدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح.

المادة 322

«يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفرزة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء جميعهم».

الشرح :

اعتبار كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال لحصته المفرزة بعد القسمة، ماعدا إذا رتب الشركاء جميعهم حقاً عينياً على العقار المشاع

لابأس أن نبدأ في شرح المادة موضوع الشرح بالإشارة إلى موقف المشرع المغربي، حول القسمة هي معلنة للحق لا منشئة له، فالمشرع المغربي يأخذ هو أيضاً ما أخذ به

القانون الفرنسي والقانون المدني السوري والقانون المدني المصري، بالنظرية القائلة بأن القسمة معلنة للحق كاشفة له : فالفصل 1088 من قانون الالتزامات والعقود نص على أن كلا المتقاسمين «يعتبر أنه كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعتها القسمة في نصيبه سواء تمت هذه القسمة عيناً أو بطريقة التصفية كما يعتبر أنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء».

إنما يقول المرحوم الدكتور الكزبري : يجب التنبيه إلى أن هذه القاعدة لا تطبق في المغرب إلا على المنقولات وعلى العقارات غير المحفظة. أما بالنسبة للعقارات المحفظة فالمبدأ كما نعلم أن كل اتفاق يرمي إلى إنشاء أو نقل أو إعلان أو إسقاط حق عيني لا يوجد بين المتعاقدين ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا منذ تسجيله في السجل العقاري، وعليه فالعقارات المحفظة التي تتناولها القسمة لا تنتقل ملكيتها إلى المتقاسمين إلا من تاريخ تسجيل القسمة في السجل العقاري أو من تاريخ تقييد هذا الصك تقييداً احتياطياً في حال وقوع مثل هذا التقييد الاحتياطي⁽¹⁾.

ويترتب على اعتبار القسمة معلنة للحقوق لا منشئة لها، نتائج عديدة، أهمها :

(أ) في حالة تصرف أحد الشركاء في جزء مفرز من المال الشائع (منقولاً كان أو عقاراً غير محفظ)، ان وقع الجزء المتصرف فيه بنتيجة القسمة في نصيب المتصرف، كان التصرف باتاً، وثبتت حقوق المتصرف إليه على هذا الجزء استناداً إلى الجزء المذكور يعتبر أنه كان منذ الأصل جاريّاً بملكية المتصرف، أما إذا وقع الجزء المتصرف في نصيب غيره من الشركاء بطل التصرف لوقوعه على مال يعتبر أنه كان جاريّاً وقت التصرف في ملك الغير وأن التصرف في ملك الغير غير صحيح ما لم يقره المالك (الفصل 485 من قانون الالتزامات والعقود).

(ب) في حالة إقدام أحد الشركاء في عقار غير محفظ على إحداث بناء أو أغراس على هذا العقار بدون رخصة شركائه الآخرين، فإن جرت قسمة العقار ووقع القسم المحدث عليه البناء أو الغرس في نصيب شريك آخر، كان الشريك الباني أو الغارس بمثابة الباني أو الغارس في ملك الغير، مادام القسم المحدث عليه البناء أو الغراس يعتبر جاريّاً منذ بدء الشيوع في ملكية الشريك الذي وقع في نصيبه بنتيجة القسمة ومادام الشريك الباني أو الغارس يعتبر أنه لم يكن له أي حق في القسم المذكور⁽²⁾.

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 379.

(2) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 380.

وعلى العموم، يترتب على اعتبار القسمة معلنة للحقوق لا منشئة لها وحسب ما يستفاد من المادة موضوع الشرح أنه يترتب على القسمة الأحكام التالية :

1 - يتعين نصيب كل شريك مستقل عن نصيب غيره، ويصبح مالكاً على وجه الاستقلال للحصة المفروزة التي آلت إليه بعد القسمة.

2 - يملك الشريك المقسوم له جميع التصرفات الثابتة لصاحب الملكية المطلقة، من بيع وإيجار ورهن، وبناء وهدم ونحوها، أي وملكيته تكون خالصة من كل حق عيني رتبة غيره من الشركاء قبل القسمة. والقسمة تمحو كل ذلك باستثناء ما إذا ترتب هذا الحق الشركاء مجتمعون، أي إذا ما رتب هذا الحق جميع الشركاء قبل القسمة على العقار المشترك، فحينئذ تبقى الحصة المفروزة لفائدة الشريك المقسوم له مثقلة بجزء من الحق العيني الذي رتبه جميع الشركاء قبل القسمة. كما تبقى كل حصة من حصص الشركاء المقسومة مثقلة بجزء من الحق العيني الذي أقره جميع الشركاء على العقار المشاع، قبل قسمته.

3 - لا تثبت الشفعة في القسمة ؛ لأن حق الشفعة في المبادلة المحضة، والقسمة مبادلة من وجه واحد، فلا تحتل الشفعة⁽¹⁾.

المادة 323

«إذا كانت حصة أحد الشركاء، مثقلة بحق عيني قبل القسمة فإن هذا الحق ينتقل ليشغل الجزء المفروز الذي آل إلى هذا الشريك».

الشرح :

الحصة المثقلة بحق عيني قبل القسمة،

ينتقل هذا الحق معها وحدها مثقلة بعد القسمة

مر معنا في المادة السابقة أن كل متقاسم يعتبر مالكاً على وجه الاستقلال للحصة المفروزة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبة غيره من الشركاء، إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء جميعهم.

وتتكلم هذه المادة موضوع الشرح، على أنه إذا اقتسم الشركاء العقار المشاع بينهم، وحاز كل واحد نصيبه مفزراً، ثم تبين أن حصة أحد الشركاء مثقلة بحق عيني قبل

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ج 5، صفحة 686.

القسمة، أي أن هذه الحصّة المفزعة مثقلة بحق عيني قبل إجراء قسمة هذا العقار المشاع بين الشركاء، ويتمثل هذا الحق العيني في السطحية أو غيرها أو أي مرفق من المرافق، ففي هذه الحالة، ينتقل هذا الحق المرتب على هذه الحصّة ليثقلها وحدها، وتنتقل مع الجزء المقسوم، والذي آل إلى هذا الشريك الذي خرج بحصته هاته. فتكون حصته التي آلت إليه نتيجة القسمة، مثقلة وحدها بذلك الحق العيني الذي ترتب على حصته قبل القسمة، فتصبح مثقلة وحدها بعد القسمة.

المادة 324

«يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة إلا إذا تم الاتفاق صراحة على الاعفاء منه أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه».

الشرح :

تحمل المتقاسمين بضمان حصص بعضهم ببعض عند وقوع تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه

من آثار القسمة دائماً الالتزام بالضمان وهو التزام متبادل بين كل المتقاسمين. ومثل هذا الالتزام كان مرتبطاً دائماً بالوصف المعطى للقسمة، بحيث يختلف أساسه تبعاً للنظر إلى القسمة باعتبارها ناقلة أو باعتبارها كاشفة لحق المتقاسم. ومعلوم أن طبيعة القسمة في التشريع المغربي ناقلة في بعض الأحوال، وكاشفة في البعض الآخر، مما يجعلنا نقر الأساسين معاً.

ولكي يتحقق الضمان لابد من تحقق شروطه، وإذا ما تحققت هذه الشروط، فلا بد من إعمال أحكام الضمان، فتتعرض إلى شروط الضمان، ثم إلى أحكام الضمان.

أ - شروط الضمان :

لابد لكي يقوم الضمان بين المتقاسمين من توفر بعض الشروط، فبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 1090 من ق.ز.ع وبالرجوع إلى أحكام الضمان في عقد البيع، وبالرجوع كذلك إلى المبادئ العامة التطبيقية ولو بدون نص، فإن هذه الشروط أربعة :

1 - حصول تعرض أو استحقاق من طرف الغير، أو وجود عيب خفي في الحصّة المقسومة التي آلت إلى المتقاسم، نتيجة القسمة.

2 - ان الضمان في معرض حديثنا هذا لا يتحقق إلا وفقاً لأسباب سابقة على القسمة.

3 - عدم رجوع الاستحقاق أو التعرض إلى خطأ المتقاسم المتضرر نفسه.

4 - عدم وجود اتفاق بين المتقاسمين يعني من الضمان.

الشرط الأول : حصول تعرض أو استحقاق من طرف الغير، أو وجود عيوب خفية في نصيب المتقاسم :

فبالنسبة للتعرض، يقصد به في هذا المجال، التعرض القانوني، لا مجرد التعرض المادي، كاعمال الغصب والتعدي أي التهديد بالاستحقاق تهديداً له صفة قانونية، بحيث يحمل معنى ادعاء الغير حقاً على النصيب المقسوم مثل رفع دعوى استحقاق، أو المطالبة بحق ارتفاق أو الالتجاء إلى اجراءات حجز الحصة.

وأما بالنسبة للاستحقاق، فيقصد به تحقق تجريد المتقاسم من النصيب المفروض المقسوم له لصالح الغير، أو بوجه عام، اهدار حقوقه، أو الانتقاص منها على هذا النصيب، نتيجة ثبوت حق للغير مثل الحكم له بملكية هذا النصيب، أو بملكية جزء منه أو بثبوت حق انتفاع له أو ارتفاق.

واما بالنسبة للعيوب الخفية الموجبة للضمان، فهي تلك التي تنقص من قيمة الحصة نقصاً محسوساً، أو تلك التي تجعلها غير صالحة للاستعمال فيما أعدت له بحسب طبيعتها. واما العيوب التي تنقص نقصاً يسيراً من القيمة، أو الانتفاع منها، وتلك التي جرت العادة على التسامح بشأنها، فلا تخول أي ضمان.

الشرط الثاني : يجب أن يكون سبب الضمان سابقاً على القسمة :

ويشترط لقيام الضمان أن يكون التعرض أو الاستحقاق الذي ذهب ضحيته أحد المتقاسمين، مستنداً لأسباب سابقة على القسمة. أما إذا كانت هذه الأسباب لاحقة عليها، فلا يتحقق أي ضمان، ويستفاد ذلك صراحة من نص الفصل 1090 من ق.ز.ع.

الشرط الثالث : وجوب عدم رجوع الاستحقاق أو التعرض إلى خطأ المتقاسم :

ويشترط من جهة ثالثة، لكي يستفيد المتقاسم من الضمان الذي أقره المشرع لمصلحته، ألا يكون قد ساهم بفعله الخاطيء في مساعدة الغير الذي استفاد تبعاً لذلك

من التعرض أو الاستحقاق، إذ يكون طبيعياً في هذه الحالة أن يتحمل المتقاسم الضرر وزر خطئه، دون أن يستطيع اجبار المتقاسمين الآخرين على مشاركته في تحمله، وتمشياً مع أحكام الضمان بالنسبة للقسم، فإن المتقاسم لا يلتزم بأي ضمان إذا ترك المتقاسم الآخر التقادم البادئ قبل القسمة والساري ضده يتم، كما أنه لا وجود لأي ضمان كذلك، إذا بني الاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمتقاسم.

فلو أفرزت للمتقاسم حصته ثم تركها وسافر إلى بلد بعيد دون أن يتخذ الاجراءات الكفيلة بالمحافظة عليها، ثم وضع الغير يده عليها حيث تملكها عن طريق التقادم، أو قام بتحفيظها باسمه خطأ أو نتيجة غش منه أو تصرف بها تصرفاً مادياً بحيث أهلكها أو أعابها فلم تعد نتيجة لذلك صالحة للاستعمال، لما استطاع الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالضمان.

الشرط الرابع : عدم وجود اتفاق يعفي من الضمان :

إن الضمان المتبادل بين المتقاسمين والذي أقره الفصل 1090 من ق.ز.ع. يرمي بالأساس إلى حماية كل متقاسم مما قد ينقص من نصيبه أو يضيعه عليه لسبب سابق على القسمة. فلا مساس له إذن بالنظام العام، وبالتالي يستطيع المتقاسمون التحلل من الالتزام الضمان عن طريق الاتفاق، إما في عقد القسمة ذاته، وإما في عقد منفصل.

ولقد نص الفصل 544 من ق.ز.ع، صراحة على مشروعية شرط الاتفاق على الاعفاء من الضمان. وحسب نفس الفصل، فإنه لا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر في حالتين :

الحالة الأولى : إذا بني الاستحقاق على فعل شخصي للمتقاسم المستفيد من الشرط، إذ المبدأ أنه ليس للشخص أن يستفيد من خطئه.

الحالة الثانية : إذا وقع تدليس من المتقاسم المستفيد من شرط عدم الضمان، كما لو قام بقسمة ملك الغير على علم منه، أو كان يعرف سبب الاستحقاق مسبقاً ولم يصرح به.

ب - أحكام الضمان :

إذا ما تحققت شروط الضمان بالكيفية التي سبقت الإشارة إليها، ولم يكن هناك اتفاق صريح يعفي من هذا الضمان، يبقى من حق المتقاسم الذي كانت حصته

عرضة لتعرض أو استحقاق أو وجد بها عيب خفي، أن يرجع على باقي المتقاسمين ويطالبهم بالضمان.

وللمتقاسمين الآخرين الملزمين بالضمان، أن يعوضوا المتقاسم المضرور بطرق حبية، كأن يعيدوا القسمة مثلاً على أسس جديدة، أو كأن يبرموا صلحاً فيما بينهم، يضمن للمتقاسم المتضرر بعض حقوقه.

وإذا لم تفد الطرق الودية في فض النزاع، يبقى دائماً من حق المتقاسم المتضرر من التعرض أو الاستحقاق أو العيب، أن يلجأ إلى القضاء حيث يقيم دعوى على باقي المتقاسمين.

وللوقوف على أحكام الضمان بالنسبة للقسمة، فقد جاءت مقتضيات الفصل 1090 من ق.ز.ع، عامة، بحيث تشمل ضمان العيوب الخفية إلى جانب ضمان التعرض والاستحقاق، واكتفت بالإحالة على أحكام الضمان في عقد البيع، ومعلوم أن هذه الأحكام قد تضمنتها الفصول من 533 إلى 575 من ق.ز.ع⁽¹⁾.

المادة 325

«إذا كان العقار غير محفظ واستحققت حصة المتقاسم كلها أو بعضها بما زاد على الثلث كان له أن يطلب فسخ القسمة وإجراء قسمة جديدة فيما بقي من العقار الشائع كله إذا كان ذلك ممكناً ولم يلحق أي ضرر بالغير، فإذا تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض؛

إذا كان ما استحق من المتقاسم في حدود الثلث فما دون، فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض؛

إذا كان العقار محفظاً واستحققت حصة المتقاسم كلاً أو بعضاً فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض».

الشرح :

أحكام ضمان الاستحقاق

سبقت الإشارة إلى أن من شرط المقسوم أن يكون ملك الشركاء حين القسمة. فإذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت، وكذا إذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة أيضاً ويلزم أن تعاد.

(1) انظر كتابنا «الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي»، ج 3 من الكتاب الثاني، ص 407 وما يليها.

كما سبقت الإشارة إلى أن الفصل 1090 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، نص على ما يلي : «يضمن المتقاسمون بعضهم ببعض حصصهم من أجل الأسباب السابقة على القسمة وفقاً لأحكام البيع». فالمرجع المغربي اعتبر إذن الضمان القائم بين المتقاسمين كالضمان القائم بين البائع والمشتري وأخضعه للأحكام نفسها.

وهكذا لورجعنا إلى أحكام البيع التي أحال عليها المشرع لوجب علينا التمييز بين حالتين : حالة استحقاق المبيع كله، وحالة الاستحقاق الجزئي.

وذلك يتصور، في قسمة العقار غير محفظ، والعقار المحفظ كما أوضحت ذلك المادة موضوع الشرح، بحيث قررت مدونة الحقوق العينية :

(1) أنه إذا كان العقار غير محفظ واستحققت حصة المتقاسم بمجموعها أو بعضها بما زاد على الثلث جاز له أن يطلب فسخ القسمة وإعادتها على أسس جديدة فيما بقي من العقار الشائع كله، إذا كان ممكناً، ولم يلحق أي ضرر بالغير، أي ففي الحالة التي يبلغ فيها الاستحقاق من الأهمية جداً، بحيث يعيب العقار المقسوم إعطاء الخيار للمتقاسم بين فسخ القسمة، وبين الاحتفاظ بما تبقى له من حصته مع تضمين شركائه قيمة الجزء المستحق والعطل والضرر عن الاقتضاء، فإذا تعذر إجراء قسمة جديدة كان لمستحق الضمان الرجوع على المتقاسمين الآخرين بالتعويض. أي في حالة الاستحقاق الجزئي الذي تعذر بسببه إجراء قسمة جديدة، والذي لا يتسم بطابع الأهمية، لا يكون للمتقاسم حق فسخ القسمة بل يبقى حقه محصوراً في مطالبة شركائه بالتعويض عما نقص من حصته مع العطل والضرر عند الاقتضاء.

كما قرر المشرع في المادة موضوع الشرح، أنه إذا كان ما استحق من المتقاسم في حدود الثلث فما دون، فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض، أي في حالة الاستحقاق الجزئي الذي لا يتسم بطابع الأهمية، وحدده المشرع في حدود الثلث فما دون ذلك، فليس له الخيار في فسخ القسمة ورجوع حصته إلى حالته الأولى، بل ليس للمتقاسم إلا الرجوع على المتقاسمين بالتعويض، عما نقص من حصته مع العطل والضرر عند الاقتضاء.

(2) أما إذا كان العقار محفظاً، واستحققت حصة المتقاسم كلاً أو بعضاً أي الاستحقاق كله أو جزؤه، في هذا العقار المحفظ، يحمل حصانة التحفيظ فليس للمتقاسم حق الخيار في فسخ القسمة، وبين الرجوع على شركائه بمقدار النقصان، وإنما ليس له في هذه الحالة إلا الرجوع على المتقاسمين بأداء تعويض مناسب له، لأن التحفيظ يظهر العقار المحفظ من كل نزاع.

هذا، ويلاحظ أن المشرع المغربي، يفرق في حالة الاستحقاق الجزئي، بين أن يكون الاستحقاق واقعاً على جزء هام، بما زاد على الثلث، وبين أن يكون واقعاً على جزء ليس بذئ أهمية، في حدود الثلث فما دون، ولا يمنح للمتقاسم الخيار بين فسخ القسمة وبين الرجوع على شركائه بمقدار النقصان إلا في الحالة التي يكون فيها الاستحقاق قد يوقع على جزء هام من حصته، وذلك في عقار غير محفظ، وأما في العقار المحفظ، فليس له سوى الرجوع على شركائه بالتعويض.

المادة 326

«يتحمل المتقاسمون كل بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم، والعبرة في تقدير التعويض بقيمة النصيب المستحق وقت القسمة، وإذا كان أحد المتقاسمين معسراً وزع ما ينويه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، وعلى أن يعودوا عليه في حدود منابه إذا أصبح موسراً».

الشرح :

تحمل المتقاسمين كل بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم، ويقدر التعويض وقت القسمة

يستفاد من نص المادة موضوع الشرح، أنه إذا أجريت القسمة، وحاز كل واحد نصيبه، ثم استحق جزء من ذلك العقار المقسوم فإن الحكم يكون كما يلي :

1 - ان استحق جزء شائع من ذلك العقار المقسوم. كما إذا كان عقاراً مشتركاً بين اثنين اقتسماه مناصفة. وحاز كل شريك نصفه، ثم استحق شخص آخر نصف ذلك العقار، فإن الشريكين معاً يتحملان نتيجة ذلك الاستحقاق. مما يعني أن هذا المستحق يصبح شريكاً لكل واحد من هذين المتقاسمين بنصف ما بيده. ويمكنه أن يطلب نقض القسمة التي أجريت في غيبته، كما سبق بيانه، لأن القسمة تؤول إلى تفريق حقه بينهما، وتعاد القسمة حينئذ ليأخذ هذا المستحق نصفه، ويأخذ كل واحد من الشريكين نصف الباقي أو يؤدي كل واحد من الشريكين بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم⁽¹⁾.

2 - إذا استحق نصيب أحد المتقاسمين بتمامه، فإنه يرجع على باقي شركائه بنسبة نصيبه. بحيث يعتبر كأنهم لم يكونوا يملكون إلا ما بقي لهم. كما سبق بيان ذلك. فلو

(1) راجع كتابنا «الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي»، ج 3 من الكتاب الثاني، ص 410 وما يليها.

أن ثلاثة أشخاص اقتسموا عقاراً مشاعاً بينهم، ثم استحق الجزء الذي خرج لأحدهم. فإنه يرجع على شريكه. ليصبحوا شركاء في الثلثين الباقيين بيدهما بنسبة الثلث لكل واحد منهم، ويمكن أن تعاد قسمة هذين الثلثين ليأخذ كل واحد من الشركاء الثلاثة نصيبه⁽¹⁾ أو يؤدي كل واحد من الشركاء بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم. ففي المثالين المذكورين يتحمل جميع المتقاسمين كل بقدر حصته التعويض المقدر الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم. وعليه، يتعين على المتقاسمين تحمل التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق من العقار المقسوم، بين المتقاسمين، وهو المقرر في المادة موضوع الشرح. على أن العبرة في تقدير التعويض بقية النصيب المستحق يع بواسطة خبير عقاري مختص والذي يقدر التعويض وقت وقوع القسمة، لا قبلها ولا بعدها، ليكون التعويض مناسباً مع وقت القسمة.

هذا، وقرر المشرع في المادة موضوع الشرح، أنه إذا كان أحد المتقاسمين الواجب عليهم التعويض كل بقدر حصته لضمان النصيب المستحق، معسراً، لا يقدر على أداء حقه في التعويض للمتقاسم الذي أصبح حقه مستحقاً، الأمر الذي يسمح له بتوزيع ما ينوبه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، وغير العاجزين عن الأداء، على أن يعودوا ويرجعوا عليه في حدود منابه، عندما يصبح موسراً، أي يعود المتقاسمون على الذي كان معسراً، وفي حدود منابه، وأصبح موسراً، فيؤدي ما وجب عليه ما نابه في حصته إلى المتقاسمين الذي وزع عليهم ما وجب عليه أداؤه من التعويض المقدر بقيمة النصيب المستحق وقت القسمة، فيصبح مثلهم في تملك حصته التي حازها وتملكها نتيجة القسمة.

المادة 327

«تكون المهايأة زمانية عندما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع العقار المشاع كل منهم مدة تتناسب مع حصته فيه، ويجب فيها تعيين المدة التي يختص بها كل منهم.

إذا وقع خلاف بين الشركاء في هذه المدة تعينها المحكمة تبعاً لطبيعة العقار المشاع كما تعين تاريخ الشروع فيها ومن يبدأ منهم بالانتفاع».

(1) الدكتور محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 157.

الشرح : قسمة المهايأة الزمانية

قسمة المهايأة الزمنية هي التي يتفق فيها الشركاء على اقتسام منافع الشيء المشترك دون حق الملكية أو الحق العيني الذي يبقى شائعاً فيما بينهم.

وللمهايأة تقسيمان - الأول : من حيث التراضي والجبر. والثاني : من حيث الزمان والمكان، فالمهايأة بالتراضي : هي أن يتفق شخصان على كيفية الانتفاع بالشيء المشترك بينهما، على طريق التعاقب أو التناوب زماناً أو مكاناً، والمهايأة بالتقاضي : هي التي تتم بواسطة المحكمة جبراً بناء على طلب أحد الشريكين، فتهايئ المحكمة بينهما جبراً إما بالمناوبة الزمانية مدة معينة بنسبة حصة كل منهما، وإما بالمهايأة المكانية بالاختصاص، بمنفعة بعض العقار المشترك بنسبة الحصة، والتقسيم الثاني : المهايأة من حيث الزمان والمكان، بحيث تنقسم المهايأة بهذا الاعتبار إلى نوعين : مهايأة زمانية ومهايأة مكانية. فالأولى ترجع للزمان، والثانية ترجع للمكان. وتكلمت المادة موضوع الشرح على المهايأة الزمانية وتعريفها، وتعين المدة فيها، وإذا وقع خلاف بين الشركاء في المدة، تقضي المحكمة بانتهاء الخلاف.

وعلى ذلك عرفت المادة موضوع الشرح، المهايأة الزمانية، بأنها تكون عندما يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفاع بجميع العقار المشاع كل منهم مدة تتناسب مع حصته فيه، أي المهايأة الزمانية، هي أن ينتفع كل واحد من الشركاء على التعاقب بجميع العقار المشترك مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه أو بنسبة حصته، كأن يتهايا اثنان على أن يزرعا الأرض المشتركة بينهما سنة، والآخر سنة أخرى، أو على سكنى الدار بالمناوبة، هذا سنة، والآخر سنة، وهكذا بالنسبة لكل واحد من الشركاء إن كانوا متعددين وبعبارة أخرى، المهايأة الزمانية، هي التي يتفق فيها الشركاء أن يتناوبوا الانتفاع بجميع العقار المشترك، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، مثال ذلك أن يتهايا اثنان يملكان داراً مناصفة فيما بينهما، على سكنى هذه الدار بالمناوبة هذا السنة، والآخر سنة.

وأوجب المشرع في هذه المادة موضوع الشرح تعيين المدة التي يختص بها كل واحد من الشركاء. أي يشترط في المهايأة الزمانية وجوباً تعيين المدة لأن تعيين الزمان يعرف به قدر الانتفاع، فتصير به المنافع معلومة، ولا تصير معلومة إلا ببيان زمان معلوم، ولأن هذه المهايأة مقدرة بالزمان، وقد رتب المادة (1178) من المجلة العدلية على كون

هذه المهايأة نوع مبادلة، فقررت : «وبناء على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايأة، مثلاً كذا يوماً، أو كذا شهراً : لازم»⁽¹⁾.

هذا، إذا اتفق الشركاء فيما بينهم على الانتفاع بالعقار المشاع، كل منهم مدة تتناسب مع حصته فيه، لكن إذا وقع خلاف بين الشركاء في هذه المدة، تعيينها المحكمة تبعاً لطبيعة العقار المشاع، كما تعين المحكمة تاريخ الشروع في هذه المدة. وتعيينها كذلك من يبدأ منهم بالانتفاع، من العقار المشاع.

المادة 328

«تكون المهايأة مكانية عندما يتفق الشركاء على أن يختص كل واحد منهم بالانتفاع بجزء مفرز من العقار المشاع يتناسب مع حصته فيه على أن يتنازل لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي أجزائه الأخرى، ويجب فيها تعيين الجزء الذي يستقل به كل منهم وإلا عينته المحكمة».

الشرح :

قسمة المهايأة المكانية

تكلما في المادة السابقة على المهايأة الزمانية، وما يتعلق بها من تعريفها والمدة الخاصة بها، وفي هذه المادة موضوع الشرح، نتكلم على المهايأة المكانية وما يتصل بها من أحكام، وتخصيص كل واحد من الشركاء بالانتفاع بجزء من العقار المشاع بنسبة حصته.

فالمهايأة المكانية تكون عندما يتفق الشركاء على أن يخصص كل واحد منهم بالانتفاع بحصة مفرزة من العقار المشترك يتناسب مع حصته فيه، مع تنازله لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي أجزائه الأخرى. أي أن المهايأة المكانية هي : أن يخصص كل واحد من الشركاء بجزء مفرز من العقار المشترك بنسبة حصته، فيتم الانتفاع معاً في وقت واحد. ففي المهايأة المكانية في دار تجمع منفعة أحد الشركاء في جزء من الدار، ومنفعة باقي الشركاء، في باقي أجزائه، على أساس أنه يتنازل لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي أجزائه الأخرى.

هذا، وأوجب المشرع، في المهايأة المكانية، تعيين الجزء الذي يستقل به كل من الشركاء، وعند نزاع أو خلاف يقع بينهم في تعيين الجزء الذي يستقل بالانتفاع به، تقضي المحكمة بتعيينه بعد طلبها بذلك عند وقوع النزاع أو الخلاف.

(1) الفقه الإسلامي وأدلته، للدكتور وهبة الزحيلي، ج 5، ص 701.

وتجدر الملاحظة إلى أن المهايأة المكانية تبقى كذلك في التشريع المغربي مهما طالت مدة استمرارها. وهي لا تنقل إلى قسمة نهائية إلا باتفاق خاص يعقد بين الشركاء لهذه الغاية⁽¹⁾.

المادة 329

«تخضع قسمة المهايأة زمانية كانت أو مكانية لأحكام عقد إجارة الأشياء مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة»

الشرح :

خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد إجارة الأشياء

مادامت لا تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة هذه القسمة

بمراجعة الأحكام التي أحال عليها المشرع في المادة موضوع الشرح، وهي الأحكام التي تتعلق بعقد إجارة الأشياء، تمييزاً عن إجارة عمل الانسان. والمشرع المغربي خصص الفصول من 73 إلى 78 في الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وقد تأثر بالقانون الفرنسي، وأطلق على عقد المقاولة : الإجارة على الصنع، بحيث قسم الإجارة على نوعين : إجارة ترد على الأشياء، وإجارة ترد على عمل الأشخاص، وعرف المشرع المغربي، إجارة الصناعة (المقاولة) بقوله في الفصل 723 من ق.ز.ع : «إجارة الصناعة (وهي ترد على الأشياء) عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له» ومن تعريف عقد إجارة الصناعة (المقاولة) تخل من الخصائص لهذا العقد، نجمل أهمها فيما يلي : المقاولة عقد رضائي، وعقد ملزم للجانبين، وهو من عقود المعاوضة، بل ومن عقود المضاربة، فلا يتصور أن تكون المقاولة بلا أجر، إذ تتحول عندئذ إلى عقد من العقود غير المسماة.

وقد تلبس المقاولة بالإيجار في عقد شائع هو عقد المستهلك مع ملتزم المرافق العامة من ماء وضوء وغاز ونقل وما إلى ذلك. فالعقد الذي يبرمه المستهلك مع شركة المياه مثلاً هل يعتبر عقد مقاولة واقعاً علي ما تقوم به الشركة من عمل في توصيل الماء للمستهلك، أو عقد إيجار لمعدات الشركة التي تقوم بتوصيل الماء ؟ والصواب هو أن المقاولة عقد يرد على عمل الإنسان، والإيجار عقد يرد على منفعة منقول أو عقار وبذلك لا يكون ثمة مبرر للخلط بينهما.

(1) د. مأمون الكزبري، مرجع سابق، ص 375.

ومن ثم أقر المشرع المغربي في المادة موضوع الشرح، أن قسمة المهايأة سواء كانت مهايأة زمانية أو مكانية تخضع لأحكام عقد إجارة الأشياء في نطاق عقد المقاوله وأجرة الصنعة، كما بينا ذلك أعلاه، من خلال أحكام الصنعة (المقاوله) المتعلقة بمنفعة العقار المشترك، عند قسمة المهايأة. وفي نطاق تطبيق الأحكام المحال عليها بالنسبة لعقد إجارة الأشياء بشرط أن لا تتعارض هذه الأحكام المحال عليها، مع طبيعة قسمة المهايأة، وإن كان هناك تعارض بين بعض هذه الأحكام مع طبيعة قسمة المهايأة، فلا يسري تطبيقها في هذا المجال.

وتكثيف قسمة المهايأة الفقهي، يتجلى في كون قسمة المهايأة نوع مبادلة، فتكون منفعة أحد الشركاء في نوبته قد أبدلت بمنفعة حصة الآخر في نوبته، فالمهايأة هي من هذه الجهة في حكم الإجارة، وبذلك تخضع قسمة المهايأة لأحكام عقد الإجارة على الأشياء مادامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة قسمة المهايأة، كما هو مقرر في المادة موضوع الشرح.

المادة 330

«لا يلتزم أي متقاسم تجاه المتقاسمين الآخرين بتقديم أي حساب عما قبضه خلال مدة انتفاعه».

الشرح :

لا التزام لمتقاسم بتقديم حساب تجاه المتقاسمين الآخرين،
عما استفاده خلال مدة انتفاعه

سبقت الإشارة إلى أن المشرع عرض في قانون الالتزامات والعقود المغربي، للمهايأة الزمانية في الفصل 966 حيث بين ماهيتها وأحكامها : ففي مطلع هذا الفصل، أجاز المشرع للشركاء على الشيوع «أن يتفقوا فيما بينهم على أن يتناوبوا الاستئثار بالانتفاع بالشيء أو الحق المشترك» ثم أوضح أنه في هذه الحالة «يسوغ لكل واحد منهم أن يتصرف على سبيل التبرع أو المعاوضة في حقه في الانتفاع بالشيء لمدة انتفاعه، ولا يلزم بأن يقدم لشركائه حساباً عما يأخذ من الغلة».

غير أنه لما كانت يده على الشيء يداً مؤقتة وكان هذا الشيء ينتقل إلى صورة الشريك الآخر عندما يحين دور انتفاعه فيه، فقد وجد المشرع أن يمنع على الشريك اجراء شيء أثناء مدة انتفاعه يكون «من شأنه أن يعطل أو ينقص حقوق شركائه في الانتفاع بالشيء عندما يحين دورهم فيه».

ورغم أن قانون الالتزامات والعقود المغربي لم يشر إلى المهايأة المكانية فإننا يقول الدكتور مأمون الكزبري : لا نرى ما يمنع الشركاء من الاتفاق فيما بينهم على الانتفاع بالشئ الشائع عن طريق المهايأة المكانية لأنه ليس في المهايأة ما يخالف النظام العام⁽¹⁾.

ويستفاد من المادة موضوع الشرح، أنه إذا تم الاتفاق على المهايأة، ملك كل واحد من المتقاسمين استعمال الشئ كما يراد سواء أكانت المهايأة مكانية أم زمانية، ففي الزمانية : يجوز السكنى والركوب ونحوهما، وفي المكانية : يجوز السكنى ونحوها.

ويملك كل متقاسم في قسمة المهايأة، حق استغلال واستثمار الشئ المتهاياً فيه، بالإجارة ونحوها، سواء أكان ذلك مشروطاً في العقد أو غير مشروط. وسواء تهاياً في دار واحدة أو في دارين لأن كل متهايئ ملك المنفعة، ولا يلتزم أي متقاسم تجاه المتقاسمين الآخرين بتقديم أي حساب عما استغله من العقار المقسوم مهايأة خلال مدة انتفاعه.

بمعنى أنه يجوز لكل متقاسم عدم التزامه بأي التزام تجاه الشركاء المتقاسمين الآخرين، بعد المهايأة زماناً أن يستعمل بنفسه العقار المشترك في نوبته أو يستعمل بعد المهايأة مكاناً للقطعة التي خرجت في حصته يجوز له أيضاً أن يؤجر ذلك من آخر ويأخذ الأجرة لنفسه. وليس لشريكه أن يقاسمه الأجرة. بل لا يقدم أي حساب تجاه المتقاسمين، عما قبضه خلال مدة انتفاعه.

هذا، وإذا حصلت المهايأة على استيفاء المنافع ابتداء فأجر الشركاء في نوبتهم وكانت غلة أحدهم في نوبته أكثر من غلة الآخر فليس لباقي الشركاء مشاركته في الزيادة⁽²⁾.

المادة 331

«تنتقل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمهايأة إلى الخلف الذي آلت إليه ملكية الحصة المشاعة سواء كان عاماً أو خاصاً».

الشرح :

انتقال الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمهايأة
إلى الخلف الذي آلت إليه ملكية الحصة المشاعة

مر معنا أن قسمة المهايأة هي التي يتفق فيها الشركاء على اقتسام منافع الشئ المشترك دون حق الملكية أو الحق العيني الذي يبقى شائعاً فيما بينهم.

(1) المرحوم الكزبري، مرجع سابق، ص 375.

(2) المادة 1186 من المجلة العدلية.

كما مر معنا أن الملكية الشائعة هي ملكية مشتركة بين عدة أشخاص على عقار يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل جزء من أجزاء العقار المشترك دون أن تكون هذه الحصة مفروزة عن سواها من الحصص.

وللشيوع مصدران : إرادة الإنسان، وإرادة المشرع كما عرفنا.

(1) فقد ينشأ الشيوع بإرادة الإنسان كما لو اشترى شخصان أو أكثر أرضاً على الشيوع أو كما لو أوصى أحد بملكية شيء لعدة أشخاص على الشيوع فيما بينهم، فمصدر الشيوع هنا إرادة المشترين أو إرادة الموصي.

(2) وقد ينشأ الشيوع بإرادة المشرع كالشيوع الناتج بسبب الارث، فإذا ما توفي شخص، وترك داراً، فإن الدار تصبح مشتركة بحكم القانون بين الورثة، الذين يكون لكل منهم فيها حصة شائعة تتناسب وسهامه الارثية.

وقد يترتب أثناء ممارسة الملكية المشاعة من طرف الشركاء، حقوق والتزامات تتعلق بالمهاياة واختصاص أحد الشركاء بحصة شائعة، فيبيعها على حالتها، أو يوصي بها لأحد أو لأشخاص فهي قسمة المهاياة تنقل هذه الحقوق والالتزامات إلى من اشترى الحصة أو تملكها عن طريق الوصية، ويسمى المشتري أو الموصى له بالخلف الخاص الذي آلت إليه ملكية الحصة الشائعة. كما تنتقل تلك الحقوق والالتزامات المترتبة على الحصة المشاعة وقت المهاياة إلى ورثة من توفي عن طريق الارث، والذين آلت إليهم ملكية الحصة المشاعة. ويطلق عليهم الخلف العام. ولذلك قررت المادة موضوع الشرح أن الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمهاياة تنتقل إلى الخلف الذي آلت إليه ملكية الحصة المشاعة سواء كان الخلف عاماً، كما في المثال الثاني أو خاصاً كما في المثال الأول.

المادة 332

«مصروفات وتكاليف القسمة يتحملها المتقاسمون جميعاً وتوزع بينهم على أساس حصة كل واحد منهم».

الشرح :

مصاريف وتكاليف القسمة يتحملها جميع المتقاسمين

يستفاد من نص المادة موضوع الشرح، أنه إذا احتاج الشركاء بمناسبة اجراء القسمة إلى من يتولى فرز الأنصبة وتعديلها، وتقويم العقار المشترك لمعرفة ما ينوب

كل واحد من المتقاسمين في العقار المشاع، أو احتاجوا إلى من يحرر لهم وثيقة بهذه القسمة، لتكون حجة على وقوع القسمة وانتهاء الشيوخ، فإن أجرة القاسم والكايب والعدلين، يتحملها المتقاسمون جميعهم، وتوزع بينهم على أساس حصة كل واحد منهم وذلك كما يلي :

أ - إذا كان المتقاسمون جميعاً متساوين في المشاع. كما إذا كانوا عبارة عن أربعة شركاء يملك كل واحد منهم الربع، فإن مصاريف القسمة توزع بينهم على أربعة، ويكون كل شريك ملزماً بأن يؤدي ربع تلك المصاريف.

ب - أما إذا كانت أنصبة المتقاسمين متفاوتة، كما لو كان المال المقسوم مشاعاً بين ثلاثة أشخاص يملك أحدهم نصفه، والآخر ثلثه والآخر سدسه. فإن الفقهاء اختلفوا حول كيفية توزيع مصاريف القسمة بينهم :

(1) يرى فريق أن مصاريف القسمة توزع بين الشركاء بالتساوي على عدد رؤوسهم. بحيث إذا كان الشركاء ثلاثة، لزم كل واحد منهم أن يؤدي ثلث تلك الأجرة. لا فرق بين من يملك النصف ومن يملك الثلث أو السدس، لأن الجهد الذي بذله القاسم في تعيين السدس و تقويمه لا يقل عن الجهد الذي بذله في تعيين وتقويم النصف، وهذا هو، قول الإمام مالك. وبه كان العمل يجري في القديم.

(2) ويرى فريق آخر أن المصاريف توزع على حسب الأنصبة، بحيث يؤدي مالك النص نصف تلك المصاريف، ويلزم صاحب الثلث بأن يؤدي ثلثها. بينما لا يطالب صاحب السدس إلا بسدس تلك المصاريف. وبهذا القول يجري العمل في العصور الأخيرة⁽¹⁾.

ولذلك وبهذا القول الأخير، أخذت مدونة الحقوق العينية في المادة موضوع الشرح، فتصت على أن مصاريف وتكاليف القسمة يتحملها المتقاسمون جميعاً، وتوزع بينهم على أساس حصة كل واحد منهم، أي أن مصاريف القسمة توزع على حسب الأنصبة، بالنسبة للمتقاسمين، وعلى أساس حصة كل واحد منهم.

المادة 333

«ينسخ هذا القانون الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة».

(1) د. محمد ابن معجوز، مرجع سابق، ص 153.

الشرح :

مدونة الحقوق العينية، تنسخ الظهير

الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915)

الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة

تنص هذه المادة من مدونة الحقوق العينية، على أن هذا القانون رقم 39-08 نسخ وألغى الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، والصادر فيها قانون التحفيظ العقاري الجديد، كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14-07 والصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 177.11.1 بتاريخ 22 نونبر 2011. بحيث ألغى هذا القانون (مدونة الحقوق العينية) جميع الأحكام المخالفة لهذه المدونة، أو التي تكون تكراراً لها، ولا سيما الأحكام الواردة في الظهير الشريف المشار إليه، والخاص بالتشريع المطبق على العقارات غير المحفظة. فأحكام هذا الظهير نسخت كلياً بالنصوص والأحكام الواردة في هذه المدونة، مدونة الحقوق العينية، وعليه لم يبق العمل بما ورد من أحكام في الظهير المتعلق بالعقارات غير المحفظة، لأن أحكام الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري الفيت، ويسري العمل أمام المحاكم بأحكام مدونة الحقوق العينية، بعد صدورها.

المادة 334

«يسري العمل لهذا القانون بعد ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية».

الشرح :

لا ينفذ هذا القانون إلا بعد ستة أشهر

من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية

هذه المادة حددت تاريخ العمل بمدونة الحقوق العينية. وحصرت سريان تنفيذ هذا القانون والعمل به، إلا بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، وفعلًا لم يعمل بمدونة الحقوق العينية، وبهذا القانون رقم 39-08 في مجال القضاء ولدى المحاكم المغربية، إلا بعد مرور ستة أشهر من تاريخ نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية، واستكمال قانونيته، إذ صدر القانون بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر

2011 والظهير الشريف رقم 178.11.1 بتاريخ 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية. كما أنه يسري العمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

وعملاً بذلك لم يسر العمل بهذا القانون إلا بعد تاريخ النشر بستة أشهر كاملة، ولم يتم العمل بتنفيذه وتطبيقه إلا بعد تاريخ 24 ماي 2012، واستكمال المدة التي حددتها مدونة الحقوق العينية، في المادة موضوع الشرح، والقيّد الذي اشترطه المادة، بعدم سريان العمل بهذا القانون إلا بعد مرور ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

فهرس موضوعات الكتاب

5	توطئة
9	مقدمة
	الفصل الأول
12	الحقوق وتقسيماتها
12	المبحث الأول : الحق وأقسامه
17	المبحث الثاني : التعريف بالمال وبيان أقسامه
	الفصل الثاني
24	العقارات
24	النوع الأول : العقارات بطبيعتها
27	النوع الثاني : العقارات بالتخصيص
	الفصل الثالث
34	الأموال المنقولة
35	المبحث الأول : الأشياء المنقولة
38	المبحث الثاني : الحقوق المنقولة
	الفصل الرابع
40	أهمية التفريق بين العقار والمنقول
42	نظرة عامة حول مقتضيات أحكام مدونة الحقوق العينية
51	الشاي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة (قانون رقم (39-08) :
51	تمهيد
	فصل تمهيدي
57	أحكام عامة
57	(المادة 1)
57	الشرح : نطاق تطبيق نصوص المدونة

60	 (المادة 2)
60	الشرح : حجية الرسوم العقارية والتقييدات التي تتضمنها
61	 (المادة 3)
62	الشرح : بيان شروط الحيازة التي تكتسب الملكية وقواعد ترجيح البيانات عند تعارضها
63	 (المادة 4)
64	الشرح : فرض رسمية العقود المتعلقة بالملكية
67	 (المادة : 5 و 6 و 7)
67	الشرح : تصنيف الأشياء العقارية وتعريفها
67	تعريف العقار بطبيعته
70	العقارات بالتخصيص

الكتاب الأول

الحقوق العينية العقارية

73	 (المادة 8)
73	الشرح : تعريف الحق العيني العقاري وتصنيفه وخصائصه
75	 (المادة 9)
76	الشرح : ماهية الحق العيني الأصلي، وتعداد الحقوق العينية العقارية
81	 (المادة 10)
81	الشرح : تعريف الحقوق العينية التبعية وتعدادها
83	 (المادة 11)
83	الشرح : عدم جواز انشاء حقوق عينية جديدة لم ترد في القانون
84	 (المادة 12)
84	الشرح : الدعاوي العقارية المتعلقة بحق عيني على عقار
85	 (المادة 13)
85	الشرح : التقييد الاحتياطي الاجباري كشرط لقبول الدعوى

القسم الأول

الحقوق العينية الأصلية

87

الباب الأول

88

حق الملكية

الفصل الأول

88

نطاق حق الملكية وحمايته

- 88 (المادة 14)
- 88 الشرح : تعريف حق الملكية وعناصره وخصائصه - حق الملكية
- 91 (المادة 15)
- 91 الشرح : تحديد نطاق حق الملكية
- 91 (المادة 16)
- 91 الشرح : نطاق الملكية من حيث التفرعات
- 95 (المادة 17)
- 96 الشرح : حق مالك الأرض في قنص ما بها من الوحيش
- 96 (المادة 18)
- 97 الشرح : أحكام الكنز المعثور عليه في عقار معين
- 99 (المادة 19)
- 99 الشرح : الشرح بيان قيود الملكية
- 100 (المادة 20 و 21)
- 101 الشرح : القيود التي تمنع المالك من التعسف في استعمال حقه
- 105 (المادة 22)
- 105 الشرح : دعوى الاستحقاق وسيلة من وسائل حماية حق الملكية
- 108 (المادة 23)
- 108 الشرح : نزع الملكية ضرورة مصلحة عامة مقابل تعويض عادل للمالك ...

الفصل الثاني

الملكية المشتركة

113

113 الفرع الأول : الشيع

113 (المادة 24)

الشرح : خضوع الملكية المشاعة لأحكام مدونة الحقوق العينية مع مراعاة ما

113 ورد في قانون الالتزامات والعقود والنصوص الخاصة - حق الملكية

116 (المادة 25)

116 الشرح : جواز قسمة العقار المشاع حسب اتفاق الشركاء وطبقا للقانون ...

118 (المادة 26)

118 الشرح : اللجوء الى المحكمة لمن يريد من الشركاء الخروج من الشيع

120 (المادة 27)

121 الشرح : حق الشريك في طلب القسمة لانهاء الشيع

122 الفرع الثاني : الحائط المشترك

122 (المادة 28)

122 الشرح : مفهوم الحائط المشترك

123 (المادة 29)

123 الشرح : أحكام الحائط المشترك

125 (المادة 30)

126 الشرح : عدم جواز تصرف الشريك في الحائط المشترك الا بموافقة شريكه

127 (المادة 31)

127 الشرح : عدم اجبار أحد على التنازل لجاره عن حقه في الحائط المشترك

128 الفرع الثالث : الطريق الخاص المشترك

128 (المادة 32)

الشرح : تعريف الطريق الخاص المشترك وعدم جواز احداث فيه شيء الا

128 بموافقة الشركاء

129	 (المادة 33)
129	الشرح : القيود المقررة بالنسبة لملاك الطريق الخاص المشترك
130	 (المادة 34)
	الشرح : لا يسقط حق أحد الشركاء في المرور في الطريق المشترك بعد اغلاق
131	بابه المفتوح عليه
131	 (المادة 35)
	الشرح : يمنع فتح أبواب الطريق المشترك أو المرور فيه لغير الشركاء الا عند
131	الضرورة
132	 (المادة 36)
133	الشرح : التزامات الشريك من حيث حفظ الطريق الخاص المشترك

الباب الثاني

134	الإرتفاقات والتكاليف العقارية

الفصل الأول

135	الإرتفاقات
135	الفرع الأول : أحكام عامة
135	 (المادة 37)
135	الشرح : تعريف حق الارتفاق والفرق بينه وبين حق الانتفاع
137	 (المادة 38)
137	الشرح : طرق انشاء حقوق الارتفاق
137	 (المادة 39)
137	الشرح : حقوق الارتفاق الطبيعية
139	 (المادة 40)
139	الشرح : حقوق الارتفاق القانونية
140	 (المادة 41)
141	الشرح : حقوق الارتفاق المنشأة بإرادة الانسان

142	(المادة 42)
	الشرح : استعمال حق الارتفاق وفق قواعد العقد أو القانون أو الأعراف
143	المحلية المعمول بها
145	(المادة 43)
145	الشرح : استعمال حق الارتفاق عند تقريره على عقار
146	(المادة 44)
	الشرح : لصاحب حق الارتفاق القيام بجميع الأعمال الضرورية لاستعمال
146	حقه وصيانته بالقدر الذي لا يضر العقار المرتفق به
147	(المادة 45)
147	الشرح : حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به
148	(المادة 46)
	الشرح : نفقة إقامة المنشآت والأعمال الأخرى اللازمة لاستعمال حق
149	الارتفاق وصيانته تقع على عاتق المنتفع بهذا الحق
150	(المادة 47)
150	الشرح : حقوق والتزامات مالك العقار المرتفق به تصبح مقيدة بمقتضى الارتفاق
151	(المادة 48)
151	الشرح : حكم ما اذا جزئت الأرض المرتفقة
152	(المادة 49)
152	الشرح : حكم ما اذا جزيء العقار المرتفق به
152	الفرع الثاني : أنواع حق الارتفاق
152	أولا : حق الشرب
152	(المادة 50)
153	الشرح : مفهوم حق الشرب وأنواع الماء
154	(المادة 51)
154	الشرح : حق كل شخص الانتفاع من موارد المياه العامة في إطار القانون ..

155	 (المادة 52)
155	الشرح : الماء الخاص بمالك مورده ، لا يجوز حق الشرب منه لغيره الا برضاه
157	 (المادة 53)
157	الشرح : حكم مورد الماء اذا كان مشتركا
157	 (المادة 54)
	الشرح : عدم القيام بالإصلاحات الضرورية من أصحاب حق الشرب
157	المشترك، يجوز لأحدهم طلب الزامهم قضائيا بنسبة مساحة أراضيهم ..
158	 (المادة 55)
158	الشرح : انتقال حق الشرب بانتقال ملكية الأرض التي تنتفع به
160	 ثانيا : حق المجرى
160	 (المادة 56)
160	الشرح : ماهية وتعريف حق المجرى
160	 (المادة 57)
	الشرح : حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في اجرائه من ملك
	جاره الى أرضه لسقيها بشرط القيام بما يلزم ، وأداء تعويض مناسب عن
161	 مرور المياه
161	 (المادة 58)
	الشرح : المستفيد من المجرى يتحمل وحده عبء التعمير والإصلاح والترميم
162	والصائر ، والتعويض لمن تضرر ، عند الامتناع عن القيام بذلك
162	 (المادة 59)
162	الشرح : التزامات مالك الأرض المار بها المجرى تجاه صاحب الحق فيه ...
163	 ثالثا : حق المسيل أو الصرف
163	 (المادة 60)
164	الشرح : تعريف حق المسيل أو الصرف ، وحكم المياه السائلة سيلا طبيعيا .

165	 (المادة 61)
	الشرح : حق استعمال مالك الأرض مياه المطر التي تنزل في أرضه
166	 والتصرف فيها
167	 (المادة 62)
	الشرح : وجوب اقامة سطوح وشرفات على أبنية محدثة ، لمسيل مياه الأمطار
167	 ونحوها على أرض مالكيها ، لا على أرض جاره
167	 (المادة 63)
	الشرح : حكم تصريف المياه الزائدة عن الحاجة ، أو المياه غير الصالحة ،
168	 وتمريضها في مياشير محكمة
169	 رابعا : حق المرور
169	 (المادة 64)
169	 الشرح : حق المرور المقرر للعقار المحصور
171	 (المادة 65)
	الشرح : حكم استعمال حق المرور بعد تقسيم الأرض ويصبح بعض أجزائها
171	 محصوراً من كل جانب
172	 خامسا : حق المطل
172	 (المادة 66)
172	 الشرح : حق المطل على الدار المجاورة
173	 (المادة 67)
	الشرح : كل مالك يتصرف في ملكه ما شاء ، من بناء في حدود أرضه وفتح
173	 النوافذ والشبابيك على ملكه
174	 (المادة 68)
	الشرح : تحديد المسافة ومكان احتسابها لفتح مطلات أو شرفات أو فتحات
174	 أخرى مواجهة لملك الجار

176	الفرع الثالث : انقضاء الارتفاقات
176	(المادة 69)
177	الشرح : بيان أسباب انقضاء الارتفاق
الفصل الثاني	
180	التحملات العقارية أو القيود التي ترد على حق الملكية
180	(المادة 70)
181	الشرح : جواز إجبار الجار على تعيين الحدود
181	(المادة 71)
182	الشرح : القيود المقررة منعاً لإساءة استعمال حق الملكية ورفعاً لمضار الجوار
183	(المادة 72)
184	الشرح : حكم غرس الأشجار قرب حدود أرض الجار
185	(المادة 73)
185	الشرح : منع المالك من غرس أشجار بجوار بناء جاره اذا كانت تمتد جذورها
186	(المادة 74)
186	الشرح : قطع أغصان الأشجار أو الجذور الممتدة فوق وفي أرض الجار أو على الطرق أو جنباتها
187	(المادة 75)
187	الشرح : لا يجوز الادعاء بالضرر القديم
188	(المادة 76)
188	الشرح : يجوز للمالك تسوير ملكه وليس للجار إجبار جاره على تسوير أرضه
190	(المادة 77)
191	الشرح : شروط اقامة المصانع والمحلات المضرّة بالصحة والبيئة
192	(المادة 78)
192	الشرح : الحيلولة دون سقوط البناء المتداعي وإيقاف الأعمال المهددة بالضرر جراء الحفر

الباب الثالث

193

حق الانتفاع

193

..... (المادة 79)

193

..... الشرح : تعريف حق الانتفاع وخصائصه

195

..... (المادة 80)

195

..... الشرح : طرق انشاء حق الانتفاع

198

..... (المادة 81)

199

..... الشرح : الحقوق التي يمكن أن يترتب عليها حق الانتفاع

الفصل الثاني

203

حقوق المنتفع والتزاماته

203

..... (المادة 82 و83)

203

..... الشرح : حقوق المنتفع

205

..... (المادة 84)

205

..... الشرح : حكم الثمار الموجودة عند بدء الانتفاع أو عند انتهائه

206

..... (المادة 85)

..... الشرح : حق المنتفع في التمتع بجميع المنافع التي تكون للملك على العقار

206

..... المنتفع به

207

..... (المادة 86)

207

..... الشرح : للمنتفع التصرف في حق الانتفاع

208

..... (المادة 87)

208

..... الشرح : التزامات المنتفع عند انتهاء الانتفاع

210

..... (المادة 88)

211

..... الشرح : حقوق المنتفع عند نهاية الانتفاع اذا ورد على أشجار ، أو على مشتل

212

..... (المادة 89)

212

..... الشرح : استفادة المنتفع من حاصلات المقالع المستغلة وقت بدء حق الانتفاع

213	 (المادة 90)
214	الشرح : حق المنتفع في استعمال العقار أو الحق العيني المنتفع به
214	 (المادة 91)
215	الشرح : لمالك الرقبة الدفاع عن حقوقه فيها ضد كل من حاول المساس بها خصوصاً عند وقوع سوء الاستعمال من لدن المنتفع نفسه
217	 (المادة 92)
217	الشرح : التزامات المنتفع عند الشروع في الانتفاع
218	 (المادة 93)
218	الشرح : وجوب بذل المنتفع العناية الكافية في المحافظة على الحق المنتفع به
220	 (المادة 94)
220	الشرح : التزام المنتفع عند نهاية الانتفاع برد الأشياء المنتفع بها
221	 (المادة 95)
221	الشرح : التزام المنتفع بأداء النفقات العادية اللازمة للملك المنتفع به
222	 (المادة 96)
222	الشرح : مدى مسؤولية المنتفع عن فعله وخطئه
223	 (المادة 97)
223	الشرح : القيود الواردة على مسؤولية المنتفع عن حفظ الشيء
224	 (المادة 98)
224	الشرح : الزام المنتفع بإعلام مالك الرقبة وفق القانون ، بكل اعتداء من طرف الغير ، ويكلف العقار المنتفع به

الفصل الثالث

225	في انقضاء حق الانتفاع
226	 (المادة 99)
226	الشرح : الأسباب التي ينتهي بها حق الانتفاع
230	 (المادة 100)
230	الشرح : انقضاء الانتفاع بالنسبة للأشخاص المعنوية لمدة أقصاها أربعون سنة

230	 (المادة 101)
230	الشرح : استمرار حق الانتفاع اذا هلك العقار المنتفع به هلاكاً جزئياً
231	 (المادة 102)
231	الشرح : تمتع المنتفع بحقه اذا تعلق الانتفاع بالأرض والبناء
231	 (المادة 103)
232	الشرح : لدائني المنتفع حق الطعن في تنازله عن حق الانتفاع
232	 (المادة 104)
233	الشرح : انقضاء الانتفاع بسبب تعسف المنتفع في استغلاله

الباب الرابع

234	حق العمرى
234	 (المادة 105)
234	الشرح : تعريف حق العمرى وخصائصه وانقضاؤه
327	 (المادة 106)
237	الشرح : إنشاء حق العمرى
238	 (المادة 107 و 108)
239	الشرح : التزامات صاحب العمرى

الباب الخامس

241	حق الاستعمال
241	 (المادة 109)
	الشرح : إنشاء حق الاستعمال وانقضاؤه ، يتم بنفس أسباب إنشاء وانقضاء حق
241	الانتفاع، شرط التنصيص على طبيعته العينية في العقد المنشئ لهذا الحق ..
245	 (المادة 110)
245	الشرح : الحقوق التي يمكن أن يترتب عليها حق الاستعمال
247	 (المادة 111)
	الشرح : نطاق حق الاستعمال وحقوق والتزامات صاحبه يتحدد بموجب
247	السند المنشئ له

248 (المادة 112)

الشرح : عند عدم تحديد نطاق حق الاستعمال بالسند يعطى صاحبه الاستفادة من ثمار عقار أو موضوع الحق ضمن حدود حاجياته وحاجة عائلته

249 (المادة 113)

250 الشرح : عدم جواز التصرف في حق الاستعمال

250 (المادة 114)

الشرح : التزام صاحب حق الاستعمال ، بالعناية الكاملة للعقار الذي يستعمله وينتفع منه

251 (المادة 115)

الشرح : لا يتحمل صاحب حق الاستعمال بالتكاليف العادية وغيرها من نفقات الصيانة والاصلاح ، الا بقدر ما يستعمله من هذا الحق

251 (المادة 116)

الباب السادس

حق السطحية

252 (المادة 116)

الشرح : تعريف حق السطحية وتحديد طبيعته مع طرق انتقاله ، وعدم ترتيب هذا الحق على حقوق مشاعة الا باتفاق جميع الشركاء

252 (المادة 117)

255 الشرح : حقوق مالك السطحية

255 (المادة 118)

256 الشرح : انقضاء حق السطحية

256 (المادة 119)

الشرح : حق دائني صاحب حق السطحية في طلب إبطال تنازله عند وقوع الضرر بحقوقهم

257 (المادة 120)

الشرح : لا يجوز لصاحب حق السطحية أن يبني أو يغرس من جديد ما تلف وهلك لقدمه أو مات أو قلع بسبب قضاء وقدر ، الا بوجود اتفاق مخالف بين الطرفين

258 (المادة 121)

الباب السابع

حق الكراء الطويل الأمد

- 260
- 261 (المادة 121)
- 261 الشرح : التعريف بحق الكراء الطويل الأمد وخصائصه ومدته
- 262 (المادة 122)
- 263 الشرح : العقد هو أساس انشاء حق الكراء الطويل الأمد
- 264 (المادة 123)
- 264 الشرح : عدم جواز طلب التخفيض من واجبات الكراء لأي سبب كان
- 265 (المادة 124)
- 265 الشرح : يجوز للمكري طلب فسخ الكراء الطويل الأمد ، عند تخلف المكري عن الأداء مدة سنتين متتابتين، أو عدم تنفيذ شروط العقد، أو إلحاقه بالملك أضراراً جسيمة
- 266 (المادة 125)
- 266 الشرح : لا يمكن للمكري التحلل من الكراء أو التملص من تنفيذ شروط عقده بتخليه عن العقار المكري
- 266 (المادة 126)
- 266 الشرح : المكري ملزم بعدم احداث أي تغيير في العقار ينقص من قيمته ، وعدم ازالة ما أحدثه ، أو مطالبته بأي تعويض عند احداث تحسينات أو بناءات زادت من قيمة العقار المكري
- 267 (المادة 127)
- 267 الشرح : المكري ملزم بالتكاليف والتحملات التي على العقار ، كما هو ملزم بالاصلاحات والصيانة ما عدا إعادة البناءات التي تعرضت له بسبب خارج عن ارادته
- 268 (المادة 128)
- 268 الشرح : حق المكري في اكتساب اترفاقات لمصلحة العقار أو تكليفه بارتفاقات بشرط محدد واخبار المالك بذلك
- 269 (المادة 129)
- 269 الشرح : استفادة المكري مما يلحق بالعقار المكري عن طريق الالتصاق ..

الباب الثامن

- 271 حق الحبس
271 (المادة 130)
272 الشرح : تعريف الوقف

الباب التاسع

- 274 حق الزينة
275 (المادة 131)
الشرح : تعريف حق الزينة ، وانشاؤه ، وعدم ترتيب أي حق على حقوق
275 مشاعة الا باتفاق جميع الشركاء
276 (المادة 132)
الشرح : عقد حق الزينة وحقوق والتزامات صاحب هذا الحق
276 (المادة 133)
277 الشرح : حقوق صاحب حق الزينة
277 (المادة 134)
الشرح : تحديد مدة حق الزينة ، وعدم سريان حكم هذه المادة على حقوق
278 الزينة الموجودة عند صدور هذا القانون
279 (المادة 135)
الشرح : أسباب انقضاء حق الزينة
280 (المادة 136)
الشرح : الطعن في التنازل المقدم من صاحب حق الزينة إضرارا بدائتيه ..
281 (المادة 137)
الشرح : تطبيق أحكام الباني بحسن نية ، اذا لم يوجد اتفاق يحدد مصير
282 البناء عند انتهاء حق الزينة

الباب العاشر

- 282 حق الهواء والتعلية
283 (المادة 138)
283 الشرح : تعريف حق الهواء والتعلية

284	 (المادة 139)
	الشرح : العقد المنشئ لحق الهواء والتعلية ، لا بد فيه من بيان نوع البناء ومواصفاته وأبعاده ، وعدم ترتيب هذا الحق على حقوق مشاعة إلا بموافقة جميع الشركاء
284	 (المادة 140)
286	الشرح : حقوق صاحب حق الهواء والتعلية وطرق انتقال هذا الحق
286	 (المادة 141)
287	الشرح : عدم جواز تقويت الهواء العمودي لصاحب الهواء والتعلية بغير رضى مالك البناء الأسفل
287	

القسم الثاني

288	الحقوق العينية التبعية

الباب الأول

289	الامتيازات
289	 (المادة 142)
289	الشرح : التعريف بحق الامتيازات وبيان خصائص الامتياز وطبيعته
294	 (المادة 143)
294	الشرح : حقوق الامتياز على عقار تنتج أثرها وتحدد رتبته بالقانون
295	 (المادة 144)
295	الشرح : الامتياز الواقع على عقار معين

الباب الثاني

298	الرهن الحيازي

الفصل الأول

299	أحكام عامة
299	 (المادة 145)
299	الشرح : تعريف الرهن الحيازي

301	 (المادة 146)
301	الشرح : خصائص الرهن الحيازي
303	 (المادة 147)
303	الشرح : إبرام عقد الرهن الحيازي في وثيقة رسمية شرط أساسي لصحته
305	 (المادة 148)
306	الشرح : شمول الرهن الحيازي العقار المرهون وما يلحقه وما سيحدث فيه
306	بعد العقد
306	 (المادة 149)
306	الشرح : وجوب تضمين الرهن الحيازي هوية أطرافه وتعيين الملك المرهون ،
306	ومبلغ الدين المضمون ، ومدة أدائه
307	 (المادة 150)
307	الشرح : وجوب ملكية الراهن للمرهون والتصرف فيه
308	 (المادة 151)
308	الشرح : جواز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو يكون كفيلا عينيا
309	 (المادة 152)
310	الشرح : لا يجوز للنائب الشرعي رهن أموال القاصر أو المحجور عليهم رهنا
310	حيازيا الا بإذن من القاضي المختص
310	 (المادة 153)
311	الشرح : حكم مآل الرهن المبرم على عقار مشاع من جميع الشركاء أو من
311	أحدهم
311	 (المادة 154)
311	الشرح : عدم جواز اجراء الرهن على أملاك يؤمل الحصول عليها في
311	المستقبل

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي

312	 (المادة 155)
312	الشرح : حقوق الدائن المرتهن في الرهن الحيازي

315	 (المادة 156)
315	الشرح : حق قبض ثمار الملك المرهون وكون لماكها
316	 (المادة 157)
316	الشرح : التزامات الدائن المرتهن
317	 (المادة 158)
317	الشرح : حقوق الراهن على الملك المرهون
318	 (المادة 159)
319	الشرح : مسؤولية الدائن المرتهن عن ما يصيب الملك المرهون
319	 (المادة 160)
320	الشرح : وجوب أداء المدين المصروفات الضرورية التي أنفقها المرتهن

الفصل الثالث

320	انقضاء الرهن الحيازي
321	 (المادة 161)
321	الشرح : انقضاء الرهن الحيازي تبعا للدين المضمون به
322	 (المادة 162)
322	الشرح : انقضاء الرهن بغض النظر عن الدين المضمون به في الحالات المذكورة في النص
323	 (المادة 163)
323	الشرح : انقضاء الرهن ببيع الملك المرهون بيعا جبريا
325	 (المادة 164)
325	الشرح : يجوز للراهن أن يؤدي الدين المضمون وتوابعه قبل حلول أجل استحقاقه والحكم برد الملك لصاحبه وبانقضاء الرهن

الباب الثالث

326	الرهن الرسمية

الفصل الأول

326	أحكام عامة
326	 (المادة 165)
326	الشرح : تعريف الرهن الرسمي وخصائصه

329	 (المادة 166)
329	الشرح : الرهن الرسمي هو حق غير قابل للتجزئة
330	 (المادة 167)
330	الشرح : شمول الرهن الرسمي العقار المرهون وملحقاته وكل ما يحدث فيه بعد العقد
332	 (المادة 168)
333	الشرح : للدائن الذي قيد رهنه لضمان أصل الدين وفوائد أو استحقاقات دورية في السجل العقاري ، الحق في تسجيلها في نفس الرتبة التي سجل فيها أصل الدين
334	 (المادة 169)
334	الشرح : عدم تجديد كل رهن رسمي مقيد بكيفية منتظمة في الرسم العقاري، الى أن يتم تقييد الأبراء من الدين بالرسم المذكور

الفصل الثاني

انشاء الرهن الرسمي

335	 (المادة 170)
335	الشرح : انشاء الرهن الرسمي وأنواعه
336	الفرع الأول : الرهن الإجباري
336	 (المادة 171)
336	الشرح : مفهوم الرهن الاجباري وحالاته المقررة في القانون
338	 (المادة 172)
338	الشرح : الرهن الجبري المقرر ضمانا لحقوق وديون البائع أو المعاوض أو المتقاسم
339	 (المادة 173)
339	الشرح : في حالة الاستعجال، يمكن لرئيس المحكمة بعد اقرار الرهن الاجباري اصدار أمر باجراء تقييد احتياطي ، لفائدة المستفيد من الرهن .

340	 الفرع الثاني : الرهن الاتفاقي
340	 (المادة 174)
	الشرح : وجوب انشاء الرهن الاتفاقي بعقد رسمي ، ويتعين تقييده بالرسم
340	 العقاري
341	 (المادة 175)
	الشرح : لصحة عقد الرهن الرسمي يجب تضمينه هوية أطرافه، وتعيين
341	 العقار المرهون وبيان مبلغ الدين، ومدة أدائه
342	 (المادة 176)
342	 الشرح : وجوب ملكية الراهن للملك المرهون وأهليته للتصرف فيه
343	 (المادة 177)
343	 الشرح : لا يشترط أن يكون عاقد الرهن هو المدين بالذات
344	 (المادة 178)
	الشرح : عدم جواز الرهن الرسمي على أموال القاصر أو المحجور عليهم من
344	 طرف النائب الشرعي ، الا باذن من القاضي
345	 (المادة 179)
	الشرح : جواز الرهن الرسمي لضمان التزام يكون موضوعه تأدية مبلغ من
345	 النقود بعد الرهن المنشئ للرهن
346	 (المادة 180)
	الشرح : أخذ الرهن المبرم لضمان اعتماد مفتوح رتبته من تاريخ تقييده في
346	 السجل العقاري
347	 (المادة 181)
	الشرح : اذا كان لشخص على عقار حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو
347	 معرض للإبطال لا يمكن له أن يعطي الا رهنا خاضعا لنفس الأحكام
348	 (المادة 182)
349	 الشرح : حكم رهن العقار الشائع بين الشركاء

350	 (المادة 183)
	الشرح : عدم جواز الرهن الرسمي على أملاك يؤمل الحصول عليها في
350	 المستقبل
351	 (المادة 184 و 185)
352	 (المادة 186)
352	الشرح : أحكام الرهن الرسمي الاتفاقي المؤجل
	الفصل الثالث
353	آثار الرهن الرسمي
354	الفرع الأول : آثار الرهن بالنسبة للمتعاقدین
354	أولاً : الرهن بالنسبة للراهن
354	 (المادة 187)
354	الشرح : آثار الرهن الرسمي تجاه الراهن
355	 (المادة 188)
355	الشرح : حق الراهن في إدارة الملك المرهون والحصول على غلته
355	 (المادة 189)
	الشرح : ضمان الراهن لسلامة حق الرهن وللمرتهن أن يعترض على كل
355	 نقص كبير في ضمانه
356	 (المادة 190)
356	الشرح : حقوق المرتهن عند هلاك العقار المرهون أو تعيبه بخطأ من الراهن
357	 (المادة 191)
	الشرح : حلول الحق الذي يترتب على هلاك الملك المرهون أو تعيبه محل
357	 العقار المرهون حلولا عينيا
358	 ثانيا : الرهن بالنسبة الى الدائن المرتهن
358	 (المادة 192)
	الشرح : تنفيذ الدائن المرتهن باستيفاء دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه
359	 في المزاد العلني
359	 (المادة 193)
360	الشرح : رجوع الدائن المرتهن في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي

360	 (المادة 194)
361	الشرح : بطلان شرط تملك الملك المرهون عند عدم الوفاء
362	 (المادة 195)
362	الشرح : بطلان شرط بيع الملك المرهون دون اتباع اجراءات قانونية الا بتفارق المدين مع دائئيه بعد حلول أجل الدين
363	 (المادة 196)
363	الشرح : التنفيذ على الكفيل العيني
364	الضرع الثاني : آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين
364	أولا : حق الأولوية
364	 (المادة 197)
364	الشرح : حق الأولوية للدائن المرتهن في استيفاء دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري
365	 (المادة 198)
365	الشرح : جواز تنازل الدائن المرتهن عن رتبة رهنه للدائن مرتهن آخر على نفس العقار المرهون
367	ثانيا : حق التتبع
367	 (المادة 199 و 200)
367	الشرح : حق الدائن المرتهن في تتبع الملك المرهون في يد أي حائز ، ويعتبر حائزا كل من انتقلت اليه ملكيته بتقييده بالرسم العقاري
368	 (المادة 201)
369	الشرح : جواز حلول الحائز للملك المرهون محل المدين في أداء الدين وتوابعه، وحلوله محل الدائن الذي استوفى دينه في ماله
370	 (المادة 202)
371	الشرح : لحائز الملك المرهون ، في حالة عدم التزامه شخصا بالدين أن يعارض في بيع الملك المرهون الموجود في حيازته

371	 (المادة 203)
371	الشرح : حكم الرجوع عن تخلي الحائز عن الملك المرهون بعد تقريره
372	 (المادة 204)
372	الشرح : اجراءات تخلي الحائز عن الملك المرهون
373	 (المادة 205)
373	الشرح : يحق للحائز المشاركة في المزاed العلني واعتباره عند رسو المزاed عليه مالكا من تاريخ تقييد الدين الأصلي بالرسم العقاري
376	 (المادة 206)
376	الشرح : تلقي الراسي عليه المزاed حقه من الحائز
377	 (المادة 207)
377	الشرح : اجراءات التخلي عن الملك المرهون بعد طلب الدائنين بالبيع الجبري
377	 (المادة 208)
377	الشرح : مسؤولية الحائز شخصيا عن تعويض الدائنين المرتهين عن كل عيب أو تلف يصيب الملك المرهون بفعله أو تقصيره
378	 (المادة 209)
379	الشرح : متى يكون الحائز مدينا ومسؤولا عن ثمار الملك المرهون ؟
380	 (المادة 210)
380	الشرح : حقوق الارتفاق والحقوق العينية الأخرى السابقة على حقوق الدائنين المرتهين تعود من جديد
382	 (المادة 211)
382	الشرح : حق رجوع الحائز عن المدين الأصلي في نطاق الحدود المقررة في القانون
383	الفرع الثالث : انقضاء الرهن الرسمي
383	 (المادة 212)
383	الشرح : الحالات التي ينتهي فيها الرهن الرسمي
386	 (المادة 213)
386	الشرح : انقضاء الرهن ببيع الملك بيعاً جبرياً طبقاً للقانون

القسم الثالث

في الحجز والبيع الجبري للعقارات

387

388 (المادة 214)

الشرح : عند عدم وفاء المدين بدينه للدائن المرتهن لابد يتعين على هذا الأخير أن يحصل على الشهادة الخاصة من المحافظة العقارية بتقييد الرهن لفائدته ويطلب بيع الملك المرهون، ولهذه الشهادة قوة سند قابل للتنفيذ ...

388

389 (المادة 215)

الشرح : توجيه إنذار رسمي من لدن المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز بعد حصول الدائن على إذن من المحكمة المختصة ببيع الملك المرهون ، لأداء دينه أو التخلي عنه داخل أجل خمسة عشر يوماً من تاريخ التوصل به

389

390 (المادة 216)

الشرح : تضمنين الانذار الموجه الى المدين ، اسم المالك المقيّد والملك المرهون، وموقعه ومساحته ومشتملاته، ورقم رسمه العقاري ، وتبليغ نسخة منه الى المحافظ لتقييده بالرسم العقاري

390

392 (المادة 217)

الشرح : بيع كل واحد من عدة أملاك مرهونة لضمان أداء دين واحد ، لا يتم الا بناء على إذن من رئيس المحكمة المختصة ، مع وجوب وقوع البيع على التوالي في حدود الدين

392

393 (المادة 218)

الشرح : عند وقوع التراضي في مواصلة الاجراءات التي تتلو الحجز التنفيذي، يحق للمحجوز عليه تقديم طلب الى رئيس المحكمة بصفة استعجالية برفع الحجز ، مع تبليغ نسخة من الطلب الى الحاجز ، والأمر الصادر برفع الحجز ، ويكون نهائياً وناظراً على أصله

393

398 (المادة 219)

الشرح : توجيه إنذار من طرف المكلف بالتنفيذ الى المحجوز عليه وشركائه وأصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك المرهون للاطلاع على دفتر التعملات والشروط

398

- 399 (المادة 220)
- الشرح : تسليم محضر ارساء المزايدة لمن له الحق فيه بعد أداء الثمن
- 399 مباشرة أو ايداعه بصندوق المحكمة ، وما يترتب عليه من حقوق
- 401 (المادة 221)
- 402 الشرح : عند بيع العقار بالتراضي ، لا تقبل أي مزايدة في ثمنه

الكتاب الثاني

- 403 أسباب كسب الملكية والقسمة

القسم الأول

- 404 أسباب كسب الملكية

الباب الأول

- 404 احياء الأراضي الموات والحريم والالتصاق والحياسة

الفصل الأول

احياء الأراضي الموات والحريم

- 404 (المادة 222)
- 404 الشرح : حكم تملك الأراضي الموات
- 405 (المادة 223)
- 405 الشرح : لمن أحيى أرض الموات باذن من السلطة الحق في استغلالها
- 406 (المادة 224)
- 406 الشرح : الأعمال التي تجعل الأرض الموات صالحة للاستغلال
- 407 (المادة 225)
- الشرح : عند صيرورة الأرض صالحة ، وعادت الى ميتة فلا يزول حق من
- 407 أحيائها في استغلالها
- 407 (المادة 226)
- الشرح : اختصاص أهل البلدة، أو مالك الدار، أو رب البئر، أو الشجر
- 408 بالحريم، واعتباره مملوكا كذلك لصاحب الأرض

الفصل الثاني

الالتصاق بالعقار

- 409 الفرع الأول : الالتصاق بفعل الطبيعة
 409 (المادة 227)
 الشرح : الأرض التي تتكون من طمي يأتي به السيل ويضمها الى أرض ،
 409 تصبح ملكا لصاحب هذه الأرض
 410 (المادة 228)
 الشرح : الالتصاق الطبيعي بتغيير نهر من الانهار مجراه أو يتخذ مجرى
 410 جديدا له
 412 (المادة 229)
 الشرح : حكم الأراضي التي تنحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات والبرك
 412 والأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتا
 413 (المادة 230)
 الشرح : حكم الجزر المكونة بشكل طبيعي داخل المياه الإقليمية أو داخل
 413 البحيرات أو في مجاري الأنهار
 414 الفرع الثاني : الإلتصاق بفعل الانسان
 414 (المادة 231)
 الشرح : ثمار الأرض ونتاج الحيوان لمالكها بطريق الالتصاق
 414 (المادة 232)
 الشرح : قيام الشخص بزرع أرض غيره
 415 (المادة 233)
 الشرح : لمالك العقار كل ما يضم له أو يدمج فيه حسب القواعد الآتية ...
 416 (المادة 234)
 الشرح : حق المالك في أن يجري ما يشاء من التصرفات فوق أرضه من أنواع
 المغروسات والبناءات ، أو تحتها من بناء أيضا وتنقيب ، واستخراج جميع

- المواد النافعة له مع التقييد في ذلك بما تفرضه القوانين والضوابط الجاري
 417 بها العمل
- 418 (المادة 235)
- الشرح : مالك الأرض يعتبر مالكا لكل البناءات والأغراس والمنشآت
 418 الموجودة فوق الأرض ما لم تقم بينة على خلاف ذلك :
- 420 (المادة 236)
- الشرح : قيام المالك بالبناء أو الغرس في أرضه بمواد يملكها غيره
 420 (المادة 237)
- الشرح : قيام الشخص بالبناء أو الغرس أو أحداث منشآت في أرض الغير
 421 بمواد يملكها هو أو غيره
 423 (المادة 238)
- الشرح : فرض ما اذا تجاوز الباني بحسن نية حدود أرضه ، وبنى على جزء
 423 صغير من أرض جاره

الفصل الثالث

الحيازة

- 425 الفرع الأول : أحكام عامة
- 424 (المادة 239)
- الشرح : تعريف الحيازة وبيان عناصرها
 425 (المادة 240)
- الشرح : شروط الحيازة الاستحقاقية
 426 (المادة 241)
- الشرح : عدم اعتبار الحيازة القائمة على عمل غير مشروع
 430 (المادة 242)
- الشرح : الحائز غير مطلوب ببيان وجه المدخل قبل ادلاء المدعي بالحجة .
 430

- 431 (المادة 243)
- الشرح : مباشرة الحيازة من طرف الشخص نفسه ، أو الجماعات السلالية
- 431 أو من شخصين أو أكثر أو نائب فاقد الأهلية أو ناقصها
- 433 (المادة 244)
- الشرح : اعتبار الحيازة اللاحقة استمرارا لحيازة سابقة ويعتبر الاستمرار
- 433 من تاريخ حيازة الحائز الأول
- 434 (المادة 245)
- الشرح : لا أثر للحيازة عند اقترانها بعيوب إلا من الوقت الذي تزول فيه ،
- ولا أثر للحيازة كذلك إذا كانت منقطعة وغير مستمرة ، وتعتبر مستمرة من
- 434 بدء ظهورها وبدون منازع
- 436 (المادة 246)
- الشرح : لا تقوم الحيازة ولا يكون لها أثر عند ثبوت أن أصل مدخلها غير
- ناقل للملكية . ولا يحق للحائز تغيير صفة الحيازة ولا أصلها ، وجعل ذلك
- 436 سبب وضع يده على الملك المدعى فيه بنفسه لنفسه
- 438 (المادة 247)
- الشرح : إمكانية انتقال الحيازة من الحائز إلى غيره ، بشرط اتفاقهما على
- ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة ، وتنتقل الحيازة بصفاتها
- 438 إلى الخلف العام
- 440 (المادة 248)
- الشرح : احتفاظ الحيازة بالصفات التي بدأت بها من وقت كسبها حتى
- 441 يقوم الدليل على العكس
- 442 (المادة 249)
- الشرح : زوال الحيازة وانقضاؤها
- 442 الفرع الثاني : مدة الحيازة
- 444 (المادة 250)
- الشرح : مدة اكتساب حيازة شخص أجنبي غير شريك بحيازته ملكية
- 445 العقار

446	 (المادة 251)
446	الشرح : مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء
447	 (المادة 252)
447	الشرح : مدة الحيازة هي مدد كاملة
448	 (المادة 253)
448	الشرح : بدء الحيازة في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك ، ومن تاريخ بداية حيازة أول مفوت في حالة توالي التفويتات
449	 (المادة 254)
449	الشرح : ضم مدد الحيازة المتعاقبة وجمعها
450	 (المادة 255)
450	الشرح : الحالات التي لا يمكن سريان الحيازة فيها
452	 (المادة 256)
453	الشرح : الاعذار التي لا يعتد بالحيازة بوجودها
454	 (المادة 257)
455	الشرح : الحالات التي تنقطع فيها مدة الحيازة
456	 (المادة 258)
456	الشرح : مدة الحيازة الجديدة تبتديء من تاريخ زوال سبب من أسباب الانقطاع المذكورة في المادة السابقة
457	 (المادة 259)
457	الشرح : مقدار مدة الحيازة ولا يجوز الاتفاق على تعديلها
458	الفرع الثالث : آثار الحيازة
458	 (المادة 260)
458	الشرح : يترتب على الحيازة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز العقار المحجوز تحت يده
459	 (المادة 261)
459	الشرح : الأملاك العقارية التي لا تكتسب بالحيازة
460	 (المادة 262)
460	الشرح : تطبيق الفصل 101 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود على تملك الغلة والمسؤولية عن هلاك الشيء المحاز

462 الفرع الرابع : اثبات الحيازة وحمايتها

462 (المادة 263)

الشرح : يجوز للحاجز طلب تحفيظ الملك الذي أثبت حيازته ، والتي تعتبر

463 حيازة قانونية الى أن يثبت العكس

الفصل الرابع

463 الميراث والوصية

464 (المادة 264)

الشرح : كسب ملكية الحقوق العينية العقارية ، بالميراث والوصية ، وتطبق

464 عليهما أحكام مدونة الأسرة

الباب الثاني

465 المغارسة والهبة والصدقة والشفعة

الفصل الأول

466 المغارسة

466 (المادة 265)

467 الشرح : تعريف المغارسة ومحل عقدها لا يمكن أن يكون حقوقا مشاعة ...

467 (المادة 266)

الشرح : عدم جواز اشتراط أجل يقل عن حد الاطعام أو تجاوز الأجل تمام

468 الاطعام ، وكل شرط مخالف يعتبر باطلا

468 (المادة 267)

الشرح : أثر المغارسة في اكتساب الفارس حقه العيني عند بلوغ الشجر حد

الاطعام وتصبح الأرض والشجر ملكا شائعا بينه وبين مالك الأرض بحسب

469 الحصة المتفق عليها في العقد

470 (المادة 268)

470 الشرح : شروط عقد المغارسة

471 (المادة 269)

الشرح : عدم تعيين عقد المغارسة تاريخ الشروع في الفرس ، يجب أن يقوم

الفارس بالتزامه قبل انصرام سنة من تاريخ ابرام العقد والا كان العقد

471 مفسوخاً بقوة القانون

- 472 (المادة 270)
- الشرح : حكم المغارسة فيما اذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو
- 472 محدد بالعقد أو العرف
- 473 (المادة 271)
- الشرح : حكم المغارسة عند هلاك جميع الشجر أو جلّه بعد بلوغه حد
- 473 الإطعام ، وهلاكه قبل بلوغه حد الإطعام
- 474 (المادة 272)
- الشرح : عقد المغارسة، لا يرتب حقاً عينياً للغارس، الا اذا تحقق الإطعام ،
- واعترف به الطرفان في محرر رسمي، أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها
- 474 من طرف المحكمة واعتبار حكمها بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية الى الغارس

الفصل الثاني

الهبة

- 475 (المادة 273)
- 475 الشرح : تعريف الهبة
- 476 (المادة 274)
- الشرح : ركن الهبة، ويجب ابرام العقد تحت طائلة البطلان في محرر رسمي
- والتقييد بالسجلات العقارية إن وقع على عقار محفظ أو في طور التحفيظ،
- أو كان غير محفظ ووقع ادماجه بمطلب التحفيظ، يفني عن حيازته الفعلية
- 476 للملك الموهوب من طرف الواهب
- 478 (المادة 275)
- 478 الشرح : الواهب وشروطه
- 479 (المادة 276)
- 480 الشرح : الموهوب له وشروطه
- 480 (المادة 277)
- 481 الشرح : مبطلات الهبة

482	 (المادة 278)
482	 الشرح : عدم صحة الهبة مع الدين المحيط بالمال
482	 (المادة 279)
482	 الشرح : تبطل الهبة اذا توفى الواهب أو الموهوب له قبل قبول هذا الأخير
482	 الملك الموهوب ، ولا حق لورثته في المطالبة بالهبة ، في هذه الحالة
483	 (المادة 280)
483	 الشرح : أحكام الوصية تطبق على الهبة في مرض الموت، وعند وفاة الواهب
484	 ولم يكن له وارث صحت الهبة في الموهوب بكامله
484	 (المادة 281)
484	 الشرح : الواهب غير ملزم بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب
484	 له ، ولا بضمان العيوب الخفية ، وغير مسؤول الا على فعله العمد أو خطئه
484	 الجسيم
485	 (المادة 282)
486	 الشرح : الإلتزام بنفقات الهبة ومصرفاتها
486	 (المادة 283)
486	 الشرح : حكم الاعتصار في الهبة
487	 (المادة 284)
487	 الشرح : عدم جواز الاعتصار من طرف الواهب الا اذا تم الاشهاد
487	 والتنصيب عليه في عقد الهبة ، وكذا قبوله من لدن الموهوب له
488	 (المادة 285)
488	 الشرح : موانع اعتصار الهبة
491	 (المادة 286)
491	 الشرح : عدم جواز الاعتصار الا بحضور الموهوب له وموافقة ولا يتم فسخ
491	 عقد الهبة لفائدة الواهب ، الا بحكم نهائي يقضي بذلك
491	 (المادة 287)
492	 الشرح : الآثار التي تترتب على الاعتصار في الهبة
492	 (المادة 288)
492	 الشرح : حكم هلاك الملك الموهوب في يد الواهب بعد استرجاعه دون وجه
493	 حق ، وحكم هلاكه في يد الموهوب له . بعد امتناعه عن رده الى الواهب بعد
493	 اعتصاره

493	 (المادة 289)
493	الشرح : تحمل الواهب نفقات الاعتصار ورد الملك الموهوب
	الفصل الثالث
494	الصدقة
494	 (المادة 290)
494	الشرح : التعريف بالصدقة
494	 (المادة 291)
	الشرح : سريان أحكام الهبة على الصدقة باستثناء الاعتصار ، وعدم
495	ارتجاعها الا بالارث
	الفصل الرابع
495	الشفعة
496	الشرح الأول : شروط الأخذ بالشفعة
496	 (المادة 292)
496	الشرح : تعريف الشفعة والهدف من اقرارها
498	 (المادة 293)
498	الشرح : شروط الأخذ بالشفعة بالنسبة لطالبها
501	 (المادة 294)
	الشرح : جواز ضم حق الهواء والتعلية الى ملكية السفلى ، وحق السطحية أو
501	الزينة الى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة
502	 (المادة 295)
	الشرح : وجوب اثبات الشفيع بيع الحصّة المطلوب شفعتها ، واثبات تقييد
502	البيع بالرسم العقاري، ان كان العقار محفظا
503	 (المادة 296)
503	الشرح : عدم جواز تبويض الشفعة ، وتمارس على قدر الانصاء
506	 (المادة 297)
	الشرح : حق الأولوية في الشفعة عند تعدد الشفعاء واختلاف مراتبهم
506	وتزاحمهم

511	 (المادة 298)
511	الشرح : الشفعة في العقارات وتوابعها والحقوق العينية القابلة للتداول
517	 (المادة 299)
517	الشرح : الأخذ بالشفعة عند توالي البيوع
519	 (المادة 300)
519	الشرح : الشفعة غير قابلة للتجزئة إذا بيع العقار المشاع بعقد واحد
520	 (المادة 301)
	الشرح : للشفيع خياران : أخذ الشفعة لجميع أجزاء الحصة المباعة ، بعقود مختلفة وبين أخذ الشفعة بأي عقد شاء ، مع ادخاله في الشفعة من قبله من
520	المشتريين
521	 (المادة 302)
	الشرح : عدم جواز الشفعة في الحصة المشاعة عند تقويتها في المزداد العلني
521	طبقا لاجراءات رسمها القانون
523	 (المادة 303)
	الشرح : لا يصح الأخذ بالشفعة فيما فوت تبرعا شرعيا أو فيما قدم في
523	صداق أو خلع
525	 (المادة 304)
	الشرح : وجوب ممارسة حق الشفعة داخل الأجل القانوني المقرر في هذه
525	المادة
529	 (المادة 305)
	الشرح : وجوب سلوك مسطرة التعرض عند المطالبة بالشفعة أو القيام
529	بايداع مطلب التحفيظ
531	 (المادة 306)
	الشرح : وجوب طلب الشفيع من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة ، الاذن
	له بعرض ثمن الشفعة ومصروفات العقد ، ثم ايداعهما في صندوق المحكمة

531	عند رفض الشفيع العرض العيني الحقيقي، على أن يكون ذلك داخل الأجل القانوني والا سقطت الشفعة
الفرع الثاني	
532	آثار الشفعة
532	(المادة 307)
532	الشرح : انتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع
534	(المادة 308)
534	الشرح : علاقة الشفيع بالمشتري عند اضافته بناء أو غرسا في الحصة المشفوعة، قبل اعلان الشفعة أو بعده
536	(المادة 309)
536	الشرح : لا ترد ثمار الحصة المشفوعة الا من تاريخ المطالبة بالشفعة
537	(المادة 310)
537	الشرح : كل التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني المنشئة لهذا الحق ، أجراها المشفوع منه على الحصة المشفوعة المتعلقة بعقار غير محفظ تعتبر تصرفات باطلة
538	الفرع الثالث : سقوط الشفعة
538	(المادة 311)
538	الشرح : أسباب سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة
540	(المادة 312)
540	الشرح : ميراث حق الشفعة

القسم الثاني

541	القسمة
544	(المادة 313)
544	الشرح : تصنيف القسمة وكيف تتم بها
546	(المادة 314)
546	الشرح : شروط القسمة

549	 (المادة 315)
549	الشرح : جواز نقض القسمة وابطالها اذا تمت بالتراضي
552	 (المادة 316)
552	الشرح : من هو طرف في دعوى القسمة ؟
553	 (المادة 317)
553	الشرح : قسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة ..
555	 (المادة 318)
555	الشرح : العقار المشاع ان كان غير قابل للقسمة العينية يباع بالمزاد العلني ويقسم ثمنه
557	 (المادة 319)
557	الشرح : اكتساب الحكم النهائي بالمصادقة على القسمة وتحرير محضر تسليم النصيب المقرر لكل شريك
558	 (المادة 320)
558	الشرح : وجوب ادخال جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار في دعوى القسمة
558	 (المادة 321)
559	الشرح : القسمة الرضائية لا أثر لها بين الأطراف الا اذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار
559	 (المادة 322)
559	الشرح : اعتبار كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال لحصته المفروزة بعد القسمة ، ماعدا اذا رتب الشركاء :جميعهم حقا عينا على العقار المشاع ..
561	 (المادة 323)
561	الشرح : الحصة المثقلة بحق عيني قبل القسمة ينتقل هذا الحق معها وحدها مثقلة بعد القسمة
562	 (المادة 324)
562	الشرح : تحمل المتقاسمين بضمان حصص بعضهم ببعض عند وقوع تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه ...

565	 (المادة 325)
565	الشرح : أحكام ضمان الاستحقاق
567	 (المادة 326)
567	الشرح : تحمل المتقاسمين كل بقدر حصته التعويض الواجب لضمان النصيب المستحق للمتقاسم معهم ، ويقدر التعويض وقت القسمة
568	 (المادة 327)
569	الشرح : قسمة المهايأة الزمانية
570	 (المادة 328)
570	الشرح : قسمة المهايأة المكانية
571	 (المادة 329)
571	الشرح : خضوع قسمة المهايأة لأحكام عقد اجارة الأشياء مادامت لا تتعارض هذه الأحكام مع طبيعة هذه القسمة
572	 (المادة 330)
572	الشرح : لا التزام لتقاسم بتقديم حساب تجاه المتقاسمين الآخرين ، عما استفاده خلال مدة انتفاعه
573	 (المادة 331)
573	الشرح : انتقال الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمهايأة الى الخلف الذي آلت اليه الحصة المشاعة
574	 (المادة 332)
574	الشرح : مصاريف وتكاليف القسمة يتحملها جميع المتقاسمين
575	 (المادة 333)
576	الشرح : مدونة الحقوق العينية ، تنسخ الظهير الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة
576	 (المادة 334)
576	لا ينفذ هذا القانون الا بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ...
579	 فهرس موضوعات الكتاب