



كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ ⵜⴰⴳⴷⵓⴷⴰ
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES



الماسٲر الأساسي العقار والٲتعمير

الفصل الأول: الفوج الأول

مادة الحقوق العينية العقارية

عرض تحت عنوان

التظيم القانوني للممارسة

تحت إشراف الدكتورة الفاضلة:

حليمة بنت المحجوب بن حفو

من إعداد الطلبة الباحثين:

✓ سعيد عبد الكبير

✓ أوشاوير مهدي

السنة الجامعية:

2018/2019

كلمة شكر وتقدير.

من تمام شكره تعالى أن نقدر للرجال اقدراهم ونعرف لأولي الفضل فضلهم انطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم: " من لم يشكر الناس لم يشكر الله".

ويقول الشاعر:

علامة شكر المرء إعلان حمده فمن كتم المعروف منهم فما
شكر.

نتقدم بالشكر الوافر والثناء العاطر أولا وأخيرا لأستاذة الفاضلة
حليمة بنت المحجوب بن حفو التي تبذل جهدا وقوتها في توجيهنا ومد
يد العون لنا. فبارك الله في عمرها وعملها، ودفع عنها كل سوء ومكروه.

لائحة فك الرموز

م.ح.ع.....	مدونة الحقوق العينية
ق.ت.ع.....	القانون التحفيظ العقاري
ق.ل.ع.....	القانون الالتزامات والعقود
م.س.....	مرجع سابق
ص.....	الصفحة

مقدمة

تعتبر الملكية العقارية نظاما وحقا يحميه القانون، والملكية تعرف بأنها حق التمتع والاستغلال والتصرف في عقار بطبيعته أو بالتخصيص على أن لا يستعمل هذا الحق استعمالا تمنعه القوانين أو الأنظمة.

ولما كان المالك يحق له أن يجري كل أعمال التصرف والاستغلال والاستعمال على ملكيته، وكذا بعض من العقود الواردة عليه ومثاله في ذلك عقد المغارسة إذ يعتبر من العقود الرضائية الملزمة للجانبين، وله خصوصية معينة، فهو يبتدىء في صورة، وينتهي في صورة أخرى، فمحل الالتزام يرد ابتداء على أرض خالية، وينتهي في صورة بستان مغروس بأشجار مثمرة. ويكون للمغارس في الصورة الأولى حق شخصي، يتحول في الصورة الثانية بعد تنفيذ الالتزامات والشروط وانتهاء المدة إلى حق عيني.

والمغارسة من المعاملات الزراعية التي يرد بها غراسة الأرض وإعمارها بأنواع الأشجار المثمرة، تتخذ صوراً متعددة لعل أبرزها أن يكون لأحد الناس أرض زراعية لكنه لا يستطيع زراعتها والقيام عليها واستثمارها ويكون عند الآخر القدرة على العمل ولكنه لا يملك الأرض، فيتفقان على أن يقوم هذا الأخير بغرس الأرض بأشجار معينة على أن يكون له نصيب من الشجر والأرض عند الإطعام، وذلك بشروط تختلف الفقهاء وفي تحديدها. ومهما يكن من أمر، فبمقتضى عقد المغارسة، فإن المالك العقار (أو وكيله) يقدم قطعة الأرض التي يرغب في غراستها إلى غارس لمدة معينة تنتهي "مع بداية الإطعام"، أي عندما تظهر الثمرات الأولى. وقد تنتهي قبل ذلك، أي عندما تبلغ الأشجار المغروسة "مستوى الشباب"¹.

والمغارسة بهذه الصيغة يتعامل بها المغاربة لمدة طويلة من الزمن، إلا أن فرضت الحماية الفرنسية على المغرب سنة 1912 التي أثرت سلباً على تطبيق الفقه المالكي نتيجة الترسانة التشريعية التي جاءت بها الحماية ضداً مصالح المغاربة، لذلك نجد مثلاً أن ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالحقوق العينية أقصى العديد من العقود التي تنظم الجانب المعاملاتي في الفقه الإسلامي، خاصة المالكي منه. كما أن إصدار ظهير 19 رجب 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري كان اهدف منه استئصال مؤسسة القضاء الشرعي التي كانت تفصل في النزاعات استناداً إلى الفقه الإسلامي. وبعد انتظار دام

¹ هو مستوى معروف في الأوساط المهمة بالزراعة عموماً وغراسة الأشجار بوجه خاص.

حوالي قرنا من الزمن، وفي إطار التعديلات التي همت الميدان العقاري في المغرب عدل المشرع ظهير التحفيظ العقاري بالقانون رقم 14.07²، وكذلك ألغى المشرع ظهير 2 يونيو 1915 الذي كان ينظم الحقوق العينية. واستبدله بالقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية³، الذي جاء يحمل بين طياته العديد من المستجدات، من بينها تنظيم مؤسسة المغارة من خلال الباب الثاني من الكتاب الثاني المتعلق بأسباب كسب الملكية (المواد من 265 إلى 272 من المدونة).

أهمية الموضوع

يكتسي موضوع التنظيم القانوني للمغارة أهمية بالغة من الناحية الاجتماعية والاقتصادية:

فبالنسبة للأهمية الاجتماعية: فدراسة عقد المغارة يعني الاهتمام بالوضعية الاجتماعية لعدد هام من المشتغلين بالفلاحة في العديد من المناطق بالمغرب، باعتبار أن غراسة النخيل والزيتون وغيرها من الأشجار المثمرة تتم في أغلب الحالات وفي جل القطر المغربي بواسطة هذا العقد الذي يربط صاحب الأرض بالمغارس.

أما عن الأهمية الاقتصادية: فتتجلى في إقحام عدد كبير من الأراضي في الدورة الاقتصادية، فالمغارس له فائدة كبيرة في العمل لإصلاح الأرض وغرسها وبقدر مثابرتة وتفانيه في العمل يكون احتمال حصوله على نصيب من الأرض والأغراس كبيرا بل أكثر من ذلك فكلما استعمل المغارس آليات وطرق حديثة كلما انعكس ذلك إيجابا على نصيبه ونصيب المالك وكلما كان وقت العمل أيضا أقل، وسواء وقعت المغارة على عقار محفظ أو غير محفظ فإنه يساهم في تنمية الاستثمار خاصة في المجال الفلاحي.

الإشكالية الموضوع

ماهي الضمانات التي خولها المشرع المغربي لطرفي عقد المغارة

² القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) المغير والمتم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص 5575 وما بعدها.

³ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 27 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011. ص: 5587.

المنهج المتبع:

إن دراسة أي بحث علمي في مجال القانون، كما غيره من الحقول المعرفية الأخرى، يستدعي سلوك منهج معين يسير عليه البحث، من أجل استعراض مختلف الإشكالات التي يثيرها الموضوع والحلول التي توصل إليها. ومن جهتنا سنعمل على توظيف المنهج التحليلي ووصفي للجواب على الإشكالية هذا الموضوع.

وعليه ارتأينا تقسيم البحث وفق التصميم التالي:

المبحث الأول: الأحكام العامة للمغارة

المبحث الثاني: التزامات وحقوق طرفي عقد المغارة

المبحث الأول: الأحكام العامة للمغاربة

يعتبر عقد المغاربة من العقود التي عرفتھا الممارسة التعاقدية الخاصة بالقطاع الفلاحي في بلادنا وهو من أخطر عقود الاستغلال الفلاحة بالنظر لما يترتب عليه من نتائج لذلك حظي باهتمام بالغ من قبل الفقهاء وبعض الشرائع قديما وحديثا. فقد عمدت بعض التقنيات المدنية إلى إقامتها في تشريعاتها الوطنية فيما أثر البعض الآخر الإبقاء عليها في نطاق الممارسة المحلية التي تحكمها قواعد الفقه الإسلامي والأعراف المحلية وهو ما كان سائدا في التشريع المغربي إلى غاية صدور مدونة الحقوق العينية. ومن أجل الإحاطة بخصوصيات هذا العقد لابد من التعرّيج على ماهيته من جهة (المطلب الأول)، ومن جهة ثانية لابد من تطرق إلى كيفية توثيق عقد المغاربة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية عقد المغاربة

إن عقد المغاربة كأبرز عقود الاستغلال الفلاحي يتسم بغموضه المركب، ومفهومه المبهم، إذ تتعدد التعاريف التي وضعها الفقهاء لهذا العقد وتختلف وتتعدد المذاهب الفقهية وتنوع المشارب المرجعية، وهذا ما كان له الأثر الكبير على تنظيم هذا العقد في التشريعات الوضعية.

ولا غرابة أن يكون لهذا الغموض المفاهيمي أثرا في تباين الأحكام الشرعية لهذا العقد بين كل من فقهاء المالكية من جهة وبين باقي المذاهب من جهة ثانية.

كما يؤثر تعدد المفاهيم بشكل مباشر في تحديد طبيعته القانونية وكذا في تبين خصائص التي يتميز بها عقد المغاربة (الفقرة الأولى)، إلا أن هذا العقد يلتبس ببعض ما يشتهه سواء كانت المنظمة بمقتضى نصوص تشريعية أو تلك أغفلها المشرع (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف وخصائص عقد المغاربة

إنه من الصعب تناول موضوع عقد المغاربة دون التطرق إلى التعاريف المتداولة بشأنه إذ يعد غموض هذا العقد ضاربا في جذوره، فلا تعريف موحد المعنى ولا تكييف واضح المعالم بين من يستعملون هذا المصطلح (أولا)، وكذلك لا بد من ذكر بعض خصائص الذي يتميز بها (ثانيا)

أولاً: تعريف عقد المغارة

حتى يتسنى لنا الإحاطة بعقد المغارة نرى من الأولى إلقاء نظرة على أهم التعاريف الفقهية و القانونية له لأن هذه الأرضية ستساعدنا على فهم طبيعته.

(أ) تعريف الفقه الإسلامي

لقد تعددت التعاريف التي وضعها الفقهاء لعقد المغارة واختلفت تبعاً لتعدد المذاهب الفقهية وتنوع المشارب المرجعية، فقد عرفه ابن جزي أنه: دفع رجل أرضه لمن يغرس فيها شجراً⁴، وفي تعريف بعض الفقه فـالمغارة هي : الإجارة على غرس الشجر نظير حصة شائعة⁵، أما البعض الآخر فقد حددها على أنها: أن يسلم صاحب أرض أرضه إلى المغارس ليغرسها من عنده والشجر بينهما⁶

يمكن القول بناء على هذه التعاريف أن جمهور الفقهاء عرف المغارة تعاريف كثيرة وهي في مجملها تتفق في تقارب معناها وإن اختلفت عبارتها من ناحية، وتتراوح بين الاتساع والتضييق من ناحية أخرى.

(ب) تعريف القانوني

عرف المشرع التونسي المغارة في المادة 1416 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بأنه " إذا كان موضوع الشركة أشجاراً مثمرة أو نحوها من ذوات الدخل وتكلف الشريك العامل لغرسها في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض عند بلوغها إلى حد الإطعام سمي العقد المغارة". يبدو أن هذا التعريف يقترب من تعاريف فقهاء المالكية وإن اختلف معهم شيئاً ما في الصياغة وهو نتيجة طبيعية لأثر واضع المجلة التونسية بأحكام الفقه الإسلامي.

أما المشرع الليبي فقد تناوله في المادة 1013 من القانون المدني معرفاً إياه بأنه: "عقد يسلم بمقتضاه مالك أرض أرضه لغارس يتعهد بغرسها شجراً ثابت الأصل مثمراً تتفق أو تتقارب مدة إطعامه ذلك مقابل حصة من الأرض تعطى للغارس". رغم راحة هذا التعريف نجد المشرع الليبي أورد النصوص المنظمة لهذا العقد في باب الحقوق العينية وهو ما يطرح مشكل التكييف. وهذا ما تفاداه القانون العراقي الذي التمس للمغارة تعريفاً في المادة 824 من القانون المدني وهو " عقد على إعطاء واحد أرضه إلى آخر

⁴ ابن جزي، القوانين الفقهية، الباب الثالث فقرة 3 مطبعة دار القلم بيروت بدون ذكر باقي البيانات، ص 185.

⁵ ابن تيمية القواعد النورانية الفقهية دار المعرفة بدون ذكر باقي البيانات، ص 45.

⁶ محمد الشربيني الخطب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، نشر المكتبة الإسلامية للحاج رياض الشيخ بدون ذكر باقي البيانات، ص 324.

ليغرس فيها أشجارا معلومة ويتعهد بتربيتها مدة معلومة على أن تكون الأشجار والأرض وحدها مشتركة بنسبة معينة بعد انتهاء المدة".

لا يسعنا مع هذا التعريف إلا أن نقول أن المشرع العراقي وإن أعطى تعريفا يقرب إلى المغارسة الصحيحة بحيث سلط الضوء على بعض الضوابط القانونية لهذا العقد إلا أنه أغفل التزاما رئيسيا يقع على عاتق الغارس، وهو أن نفقات الأغراس تكون من جانبه. وهذا ما تداركه المشرع المغربي إذ عرفه مؤخرا من خلال مدونة الحقوق العينية حيث جاء في المادة 265 ما يلي: " المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام. لا يمكن أن يكون محل المغارسة حقوق مشاعة"⁷.

من خلال هذه المادة يتبين لنا، أن المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية قد عرف المغارسة بأنها عقد بين طرفين يقوم الطرف الأول بمنح أرضه للطرف الثاني، ويقوم هذا الأخير بغرسها وتحمل المصاريف المترتبة عن عملية الزرع وعند وصول الشجر حد الإطعام، يستحق الغارس جزءا أو حصة من الأرض التي قام بزرعها إلى جانب حصته أيضا في الشجر.

ويتبين من ذلك أن صاحب الأرض متى انعقد العقد بجميع شروطه القانونية، يلزمه أن يمكن الأرض للغارس من أجل زرعها، وأيضاً يلتزم أن يمنح للغارس حصته من الأرض والشجر متى وصل الزرع حد الإطعام⁸.

أما النسبة للغارس فيقع عليه التزام صيانة الأرض واستعمالها فيما أعدت لها، إلى جانب التكلف بمصاريف الزرع ونفقاته والالتزام بما هو مدون بالعقد من التزامات قاموا بالاتفاق عليها.

ثانيا: خصائص عقد المغارسة

يعد العقد المغارسة من أهم العقود ، ولذلك وجب أن تتوفر فيه جملة من الخصائص التي تستلزم تكوين العقد.

أ) عقد رضائي وشكلي

العقود الرضائية هي العقود التي تكفي لقيامها تبادل الإيجاب والقبول مع توفر شروطهما، إلا أن تطور فلسفة المشرع أفردت اعتراضا على مبدأ الرضائية وانعدامها في

⁷ المادة 265 من مدونة الحقوق العينية

⁸ المادة 267 من مدونة الحقوق العينية

الحالات التي يقرر القانون فيها إثبات وجود العقد بالكتابة والتحرير، واشتراط شكل معين يصب فيه الالتزام. واشتراط الشكلية في العقود لا ينفي عنها الصفة الرضائية ذلك أن العقد يبقى رضائيا حتى لو اشترط المشرع شكلا لإثباته⁹.

إلا أن هناك بعض العقود التي تعدم الصفة الرضائية في العقد، وهي عقود الإذعان إذ يقتصر دور المتعاقد فيها على التسليم بالشروط التي وضعها الطرف المنفذ للعقد دون إمكانية مناقشتها والإرادة في هذا النوع من العقود تقتصر على القبول بالأمر الواقع أو الإحجام عن التعاقد، وقد يمتد هذا الإذعان إلى المفاوضات التمهيديّة أيضا التي تسبق عملية التعاقد، ومن هذه العقود عقد النقل البحري أو عقد النقل البري أو العقود التي يتولى المؤسسات التمويلية والأبنك إبرامها مع زبائنها¹⁰.

وفي عقد المغارسة الأصل أن الرضائية عنصر من عناصر العقد وركن فيه، إذ أن انعدام الرضا أو تعييبه يجعل العقد غير متوازن، زمن ثم أمكن للمتضرر المطالبة بالفسخ.

لكن عمليا نجد المشرع يتطلب الكتابة لتنظيم عقد المغارسة وتسهيل إثباته عند نشو نزاع بشأنها حماية الأطراف فيها¹¹.

مما يعني أن الرضائية لا تكفي لإنشاء عقد المغارسة بل لابد من إفراغه في شكل حدده القانون وجعله ركنا لتمامه.

ب) عقد المعاوضة

عقد المعاوضة هو العقد الذي أخذ فيه كل متعاقد ما يعطي، فعقد المغارسة تنطبق عليه صفة المعاوضة، أي أن عقد المغارسة عقد عوضي فكل طرف في العقد له مقابل يقتضيه، فصاحب الأرض يربح حصته من الشجر الذي زرعه الغارس وتحمل نفقاته، والغارس يأخذ جزءا أو حصة من الشجر وكذا الأرض متى بلغ الزرع حد الإطعام.

ت) عقد ملزم للجانبين

العقود الملزمة لجانبين هي تلك العقود التي تنشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين بحيث يصير كل طرف دائنا ومدينا في جانب آخر.

⁹ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الخامسة 2016، مطبعة الأمنية- الرباط، ص 35 و 36.
¹⁰ المختار بن أحمد عطار، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2002، بدون ذكر الطبعة، ص 38 و 39.
¹¹ المادة 268 من مدونة الحقوق العينية

ففي عقد المغارسة يلتزم كل طرف بالتزامه تجاه الآخر سواء أكان المالك للأرض أو الغارس.

وما تجدر الإشارة إلي أن بعض العقارات لا تجوز فيها المغارسة بنص القانون¹² ومثال ذلك عقارات الوقف.¹³

الفقرة الثانية: تمييز عقد المغارسة عن ما يشابهه

برغم من وضوح خصائص عقد المغارسة كما ذكر سابقا إلا أن الممارسة التعاقدية أفرزت عدة صور يدق فيها التمييز بين هذا العقد وبعض العقود المشابهة لاختلاطها بالمغارسة في بعض النواحي ولاشك أن التمييز هذا العقد له أهمية كبرى في تبيان أبرز مميزاته سواء مع تلك العقود التي نظمها المشرع (أولا)، أو التي لم ينظمها بعد (ثانيا).

أولا: تمييز عقد المغارسة عن بعض العقود المنظمة قانونا

لابد من إزالة التباس المغارسة بالكراء الفلاحي، وإمكانية اختلاط حق المغارس مع صاحب حق الانتفاع.

أ) اختلاط المغارسة بالكراء الفلاحي

قد يقع الخلط بين المغارسة والكراء الفلاحي فهما يتفقان في أن كليهما من عقود المعاوضة ومن العقود المستمرة والملزمة للجانبين، إلا أن عقد المغارسة يتميز بأنه ناقل للملكية ، بحيث أنه إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة¹⁴.

فأهم أثر يترتب عن بلوغ الغرس وإطعامه هو نقل ملكية جزء من الأرض والشجر إلى الغارس بحسب الاتفاق أو ما يجري به العرف بينما نجد الكراء الفلاحي يقتصر على تمكين المكترى من الانتفاع بعين معينة سواء كانت مملوكة للمكري أو لغيره¹⁵ لمدة مؤقتة حيث يلتزم المكترى عند انتهاء مدة العقد برد العين إلى مالكةا، هذا بالإضافة

¹² حليلة بنت المحبوب بن حفو ، القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات " دراسة نظرية تطبيقية معززة باجتهادات قضائية" الطبعة الأولى 2018، المطبعة والوراقة الوطن. ص 112

¹³ تنص المادة 102 من مدونة الأوقاف على ما يلي " لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة".

¹⁴ المادة 267 من مدونة الحقوق العينية.

¹⁵ ينص الفصل 700 من ق.ل.ع على أنه يخضع كراء الأرض الفلاحية للقواعد العامة السابقة...، أي قواعد الكراء بوجه عام ومنها ما ينص عليه الفصل 668 جاء فيه: للمكترى الحق في أن يكرى تحت يده ما اكتراه وأن يتنازل عن عقد الكراء بالنسبة إلى الشيء كله أو بعضه إلا إذا حجر عليه ذلك في العقد أو اقتضته الطبيعة ما اكتراه...".

إلى أن عقد المغارسة يتميز عن الكراء الفلاحي في أن مدة العقد تتجلى في بلوغ الشجر حد الإطعام¹⁶، أما الكراء الفلاحي فيمكن أن يبرم لمدة أطول متمثلة في أربعين سنة¹⁷

(أ) اختلاط حق الغارس مع صاحب حق الانتفاع

قد يتساءل البعض في ما إذا كان حق الغارس يشبه حق المنتفع فكلاهما ينصب على العقار، فرغم ما يبدو من هذا التشابه إلا أنهما يختلفان تماما عن بعضهما البعض، فقد عرف المشرع المغربي الانتفاع على أنه "حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وينقضي مدته لزوما بموت المنتفع"¹⁸. معنى ذلك أن حق الانتفاع¹⁹ وهو حق يخول صاحبه الانتفاع بالشيء بكل أوجه الانتفاع التي تقتضيها طبيعة ذلك الشيء، وقد يكون هذا الانتفاع بعوض أو غير عوض، أما حق الغارس قبل أن يصل الشجر حد الإطعام أي قبل امتلاكه للحصة المتفق عليها فهو حق شخصي أما بعد الإثمار فيصبح مالكا على الشياخ²⁰ وهو بهذا يكون حق الغارس دائما بعوض²¹ تحت طائلة بطلان العقد، إضافة إلى ذلك فحق الانتفاع يقوم دائما على الاعتبار الشخصي²² بقوة القانون، أما حق الغارس فلا ينقضي بموته²³.

ثانيا: اختلاط المغارسة ببعض العقود غير المنظمة قانونا

إن عقد المغارسة قد يختلط مع عدة عقود من أهمها عقد المساقاة وعقد المزارعة.

(أ) التباس عقد المغارسة بالمساقاة

مبدئيا فعقد المساقاة²⁴ عرف نفس الجدل الفقهي في تعريفه وتكييفه وحتى في حكمه الشرعي²⁵، شأنه في ذلك شأن عقد المغارسة، إلا أنه مع ذلك يختلف مع المغارسة

¹⁶ المادة 266 من مدونة الحقوق العينية

¹⁷ الفصل 701 من ق.ل.ع ينص على أنه "يجوز إبرام كراء الأراضي الفلاحية لمدة أربعين سنة فإن أبرم لمدة أطول ساع لكل من المتعاقدين فسخة بعد انتهاء الأربعين سنة".

¹⁸ المادة 79 من مدونة الحقوق العينية

¹⁹ للتوسع أكثر أنظر كتاب حلمية بنت المحبوب بن حفو، "القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات" دراسة نظرية تطبيقية معززة باجتهادات قضائية" الطبعة الأولى 2018، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ص 142 وما بعدها.

²⁰ تنص المادة 267 من مدونة الحقوق العينية على أنه "إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة"

²¹ أي أنه يكتسب جزء من الأرض والشجر المتفق عليه في عقد المغارسة مع المالك الأرض.

²² تنص المادة 99 من مدونة الحقوق العينية على أنه "ينقضي حق الانتفاع : - بموت المنتفع ... " أي لا يمكن ينتقل إلى الورثة المنتفع بل ينقضي بموته.

²³ ولكن يمكن أن ينقضي عقد المغارسة في حالة طلب ورثته إنهاء العقد أو كانت المغارسة قد تمت بسبب حرفة الغارس أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه وطلب مالك الأرض إنهاء العقد.

²⁴ المساقاة: عرفها المشرع الليبي في المادة 1013 من القانون المدني على أنها عقد يسلم بمقتضاه صاحب شجر شجره إلى شخص آخر يتعهد ويسقيه إلى أن يثمر لقاء قسم معين من المحصول.

²⁵ ابن جزي، مرجع سابق، ص 184.

في نواحي عدة، بحيث أن المساقاة وإن كانت تشترك مع المغارسة في لزومها بالعقد²⁶، إلا أن وجه الاختلاف يبرز أساسا في أن المالك الأرض في المغارسة يدفع أرضه للغارس لغرسها بأشجار معينة، أما في عقد المساقاة فالمالك يدفع أرضه المشغولة غالبا بالأشجار للغارس للعناية بها والتعهد بسقيها وصيانتها إلى حين إثمارها وغالبا ما يكون أقصى هذه المدة هي سنة فلاحية²⁷ خلاف أمر بالنسبة للمغارسة التي لا تقل على مدة بلوغ الإطعام ثلاث سنوات²⁸. هذا بالإضافة إلى أن نصيب العامل في المساقاة يكون جزءا من الغلة أو من النقود حسب الاتفاق بينما يحصل الغارس بعد نجاح الغرس ووصوله الإطعام على نسبة من الأرض و الشجر معا.

ب) تمييز المغارسة عن المزارعة

يقصد بالمزارعة " الشركة في الزرع والاجارة على ذلك، وهي ثابتة بالنسبة لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة إلى يوم القيامة"²⁹.

وبناء على هذا التعريف، وتعريفنا سابق لعقد المغارسة، نستنتج أن الالتزام الرئيسي الذي يقع على رب الأرض في عقد المغارسة والمزارعة هو أن يدفع المالك أرضه ليستغلها مقابل أجره محددة، إلا أن الضابط الأساسي الذي يميز بينهما، يتمثل في أن التزام العامل في المزارعة هو زرع محاصيل موسمية (كالقمح و الشعير والذرة ...)، مقابل نسبة معينة من الغلة أو النقود حسب الاتفاق، أما المغارسة فمحلها ينص على غرس الأرض بأصول ثابتة أو ما أشبهها على نفقته، شرط أن يحصل الغارس على نصيب من الأرض والشجر بعد الإطعام³⁰.

المطلب الثاني: توثيق عقد المغارسة

إن الأهمية القصوى التي يحظى بها عقد المغارسة سواء في التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية، دفعت المشرع المغربي إلى وجوب إبرام عقد المغارسة في محرر رسمي³¹.

²⁶ حليلة بن حفو، نظرية الاستحقاق " دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2008/2009، ص 251.

²⁷ لأن المساقاة يكون الشجر فيها من قبيل الرومان والعنب مثالا ومن معروف أن هذه الفواكه لا تتجاوز سنة واحدة في بلوغ حد الإطعام أنظر حليلة بن حفو، نظرية الاستحقاق " دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص 251.

²⁸ ثلاث سنوات هي المعدل المتوسط لبعض أنواع الأشجار التي تثمر مبكرا.

²⁹ حليلة بن حفو، نظرية الاستحقاق " دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص 252.

³⁰ المادة 265 من مدونة الحقوق العينية.

³¹ تنص المادة 268 من مدونة الحقوق العينية على أنه "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر

ويوجد من ضمن المحررات الرسمية³²، محررات رسمية توثيقية تتمثل إما في الأوراق التي يخاطب عليها قاضي التوثيق وهي التي يحررها العدول طبق الشكل المحدد بمقتضى القانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة³³، أو الأوراق يتلقاها الموثقون العصريون طبقا لظهير 22 نوفمبر 2011³⁴ المنظم لمهنة التوثيق العصري، أولا لابد أن نبين المراحل التي يمر منها توثيق عقد المغاربة (الفقرة الأولى)، وكذلك فإن المشرع المغربي اشترط ضرورة توفر عقد المغاربة على مجموعة من الشروط حتى تكتسب قيمتها القانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مراحل توثيق عقد المغاربة

لا يختلف عقد المغاربة عن باقي العقود من حيث المراحل التي يمر منها لتوثيقه إلا أنه ينفرد ببعض الخصوصيات، التي تتمثل في مرحلة بداية عقد المغاربة (أولا)، ولا يرتب عقد المغاربة حق عينيا للغارس إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي (ثانيا). وسوف نكتفي بذكر مراحل توثيقه عند العدلان دون موثيق من أجل توضيح الصورة

أولا: مرحلة بداية عقد المغاربة

أ) الأداء والتلقي:

يعتبر الأداء الوسيلة التي تخرج بها الشهادة من العدم إلى الوجود وفيما يخص الأداء في عقد المغاربة فهو ذلك الاتفاق الذي يدلي به الغارس والمالك أمام عدلين منتصبين للإشهاد والأداء يتحقق موازيا مع التلقي إذ يدوران معا وجودا وعدما³⁵.

أما التلقي فهو يتلقى العدلان الشهادة أولا في مذكرة الحفظ على أنه تدرج في مذكرة أحدهما فقط إذا وقع التلقي في آن واحد وفي مذكرة كل واحد منهما إذا وقع التلقي فرادى في أماد متفاوتة³⁶.

³² "يعرف الفصل 418 من ق.ل.ع الورقة الرسمية بأنها " تلك التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون. وتكون رسمية أيضا:

1- الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم.
2- الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتتها.

³³ ظهير الشريف رقم 1.06.56 صادر بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص 556.

³⁴ ظهير شريف رقم 1.11.179 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.009 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نونبر 2011) ص 5611.

³⁵ كمال بلحرقة و محمد البشوارى، محاضرات في توثيق العقود، الطبعة الأولى 2008، مطبعة أشرف تاسيلا أكادير، ص 61
³⁶ الفصل 14 من المرسوم المنظم لخطة العدالة

ويفهم من هذا ضرورة تضمين العدلان في الشهادة لفصولها الجوهرية حتى ينتقي معها كل غموض أو إبهام وهي نوع الشجر المراد غرسه وبيان حصة الغارس في الأرض والشجر³⁷، بالإضافة إلى بيانات أخرى جوهرية كأسماء كل من الغارس والمالك وتوقيعهما.

ب) التحرير و التسجيل:

ويقصد بمرحلة التحرير نقل محتوى الشهادة من مذكرة الحفظ بكتابتها في ورق جيد وتوقيعها من طرف العدلين³⁸.

إن نقل شهادة الغارس والمالك من مذكرة الحفظ إلى الصك المحرر يقتصر المضمون فقط دون بعض البيانات التي نجدها في مذكرة الحفظ دون الشهادة، كتوقيع المتعاقدين (الغارس والمالك). ويرعى في تحرير عقد المغارة والوثيقة العدلية عموما مجموعة من الضوابط كصحة الأسلوب والكتابة بخط واضح ومقروء.

أما التسجيل فيقصد به أداء واجبات أو الرسوم عن الشهادات العدلية الخاضعة للتسجيل لدى مصلحة التسجيل والتمبر، ومما تجدر الإشارة أن هناك بعض الشهادات غير الخاضعة للتسجيل وشهادات تسجيل مجانا³⁹، إلا أن عقد المغارة ينطوي تحت العقود الخاضعة للتسجيل، وهذا النوع من العقود يمنع القاضي المكلف بالتوثيق أن يخاطب عليها إلا بعد تسجيلها، والأصل أن يقوم طالب الشهادة (الغارس والمالك) بأدائها ويمكنه أن يكلف بذلك العدلين، أما فما يخص آجال تسجيل عقد المغارة هو 35 يوما من تاريخ تبقي العقد بالنسبة للعدول المعنيين في دائرة يوجد بها مكتب التسجيل، و 45 يوما بالنسبة للعدول المعنيين في دائرة ليس بها مكتب التسجيل⁴⁰.

ت) التضمين و خطاب القاضي:

يقصد بالتضمين نسخ الناسخ لمحتوى الشهادات العدلية في سجل خاص بعد إذن القاضي بذلك. في ما يخص عقد المغارة يقوم الناسخ بتضمينه بسجل الأملاك العقارية، وذلك خلال آجال 6 أيام بعد إذن القاضي به، على أن يوقع العدلين في هذا السجل قبل مضي شهر على التضمين⁴¹.

³⁷ المادة 268 من مدونة الحقوق العينية.

³⁸ كمال بلحرقة و محمد البشوارى، مرجع سابق، ص 67

³⁹ وهي كل العقود ذات المنفعة العمومية أو المتعلقة بالمؤسسات العمومية كالاقتناءات التي تقوم بها الدولة أو البلديات.

⁴⁰ كمال بلحرقة و محمد البشوارى، م.س، ص 73

⁴¹ كمال بلحرقة و محمد البشوارى، م.س، ص 74

أما خطاب القاضي يراد به أن يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة، والتأكد من خلوها من النقص وسلامتها من الخل، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها، ويتعين على القاضي ألا يخاطب على الشهادات الخاضعة لواجبات التسجيل إلا بعد تأديتها⁴²، وعقد المغارة باعتباره من العقود الخاضعة للتسجيل لا يتعين على القاضي أن يخاطب عليه إلا بعد تأدية الأطراف لواجبات التسجيل⁴³.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن عقد المغارة كغيره من العقود لا يكون تاما إلا إذا كانت مدلية بالخطاب وتعتبر حينه وثيقة رسمية.

ثانيا: الإشهاد بالإطعام

تنص المادة 272 من مدونة الحقوق العينية على ضرورة بلوغ الزرع حد الإطعام والإشهاد به محرر رسمي من طرف الغارس والمالك. أو ان يثبت ذلك بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة حتى يتأتى للغارس الحق العيني المتفق عليه، وبخصوص هذا الإشهاد الذي استلزم المشرع أن يكون في محرر رسمي يمر بعدة مراحل، وهي في أغلبها لا تختلف عن مراحل توثيق الشهادة العدلية عموما.

حيث يقوم كل من الغارس والمالك بأداء شهادتهما أمام عدلين منتصبين للإشهاد مفادها بلوغ الغرس حد الإطعام، ويكون هذا الأداء موازيا للتلقي الذي يقوم به العدلان بمذكرة الحفظ ليقوما بعد ذلك بتحرير هذه الشهادة في الصك، على أن يقوم أطراف عقد المغارة بتسجيل هذه الشهادة لدى مصلحة التسجيل والتمبر، وتأتي مرحلة تضمين هذه الشهادة بسل الأملاك العقارية من طرف الناسخ وذلك بعد إذن القاضي المكلف بالتوثيق به.

ولا تكتسي هذه الشهادة الصبغة الرسمية التي فرضها المشرع في المادة 268 من مدونة الحقوق العينية إلا إذا كانت مدلية بخطاب القاضي إذ ذاك تعتبر الوثيقة رسمية لا العرفية حسب المادة 35 من المرسوم المنظم لخطة العدالة.

الفقرة الثانية: شروط توثيق عقد المغارة

يشترط لصحة عقد المغارة توافر مجموعة من البيانات الجوهرية والأساسية التي يجب أن تتضمنها الوثيقة العدلية أو الرسمية، من قبيل تحديد نوع الشجر المراد غرسه (أولا) وتحديد حصة الغارس من الأرض والشجر (ثانيا).

⁴² المادة 35 من مرسوم المنظم لخطة العدالة.

⁴³ كمال بلحرقة و محمد البشوارى، مرجع سابق ص 79 و 78

أولاً: تحديد نوع الشجر المراد غرسه

من بين البيانات الجوهرية التي يجب أن تتضمنها الوثيقة العدلية أو الوثيقة العصرية، التحديد الدقيق للشجر المراد غرسه، ويشترط فيه أن يكون مما يطول مكثه في الأرض سنين وتحنى ثمرته مع بقاء أصله من نخيل وزيتون...، لا في ما يزرع كل سنة لأن مكثها في الأرض لا يطول، فلا تقتضي الشركة فيها في عقد المغارسة، وفي ذلك قال ابن جزي، (يشترط في أشجار المغارسة أن تكون ثابتة الأصول دون الزرع و المقاتي والبقول)⁴⁴.

كما يشترط بيان جنس ونوع الشجر المراد غرسه، فلا تصح بدون أن يعين نوع ما يراد غرسه من نخيل أو زيتون⁴⁵، لما في عدم التعيين من الجهالة، فيكتب في وثيقة المغارسة: (دفع فلان إلى فلان أرضه ليغرسها كذا وكذا شجرة من جنس كذا وكذا من زيتون أو رمان حلو حامض أو مر)⁴⁶، كما يشترط بيان عدد الأشجار التي يجب على الغارس غرسها إذا ترتب على تخلف العدد المتفق عليه آثار تضر بالمالك وهذا ما نصت عليه المادة 270 من مدونة الحقوق العينية⁴⁷.

هذه جملة من الشروط التي يشترطها المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية والذي يلاحظ على هذ الشروط هو أنها تشترط أن يكون هذ الشجر مثمراً، أي من الأشجار التي تنتج ثمراً لا من أشجار الزينة أو الأشجار التي تعد للأخشاب أو للإللال أو لأي غرض آخر غير الإثمار⁴⁸، كما لا تتضمن أن تكون الأشجار من تلك تطعم في زمن واحد أو في مدة مقاربة، أي يصبح ثمرها صالحاً لجنيه في آن واحد.

ثانياً: تحديد حصة الغارس من الأرض والشجر

من بين العناصر الأساسية التي يتوقف عليها تمام العقد في المغارسة بيان حصة الغارس في الأرض وفي الشجر⁴⁹، مثل أن يكون للغارس نصف الأرض مغروساً، فإذا اتفق على يكون للغارس حظه من الأرض وحدها، أو من الغارس وحده دون الأرض فلا تجوز المغارسة.

⁴⁴ ابن جزي، مرجع سابق، ص 185.

⁴⁵ المادة 268 من مدونة الحقوق العينية

⁴⁶ حليلة بن حفو، نظرية الاستحقاق دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 256.

⁴⁷ تنص المادة 270 من مدونة الحقوق العينية على أن، " إذا قل عدد الشجر المغروس على ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يمتلك الحصة المتفق عليها، ويكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه مع الاحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الاقتضاء".

⁴⁸ عبد اللطيف البغيل، أحكام المعاملات الزراعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل دكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين،

كلية الشريعة فاس سايس، الجزء الثاني، السنة الجامعية 1422 هـ 2002 م، ص 714.

⁴⁹ المادة 268 من مدونة الحقوق العينية.

وبناء عليه فإن حصة الغارس من الأرض و الشجر يجب أن تكون معلومة، كالنصف أو الربع أو الثلث.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يتعين على الموثق أو العدول حين تحرير رسم المغارة التأكد من ملكية صاحب الأرض للعقار محل المغارة استنادا إلى رسوم تملك صحيحة تنطبق على نفس العقار محل المغارة إذا كان العقار غير محفظ أو في طور التحفيظ، أما إذا كان العقار محفظ فيكفي الرجوع إلى الرسم العقاري الخاص به.

كما يتعين بيان نوع الحق المطلوب تقييده ونوع وتاريخ العقد الذي يثبتته والحال المدنية للمستفيد من التقييد المطلوب إنجازها⁵⁰.

والسؤال الذي يطرح بهذا الخصوص هل يمكن للغارس تقييد عقد المغارة رسم العقاري قبل صيرورته مالكا أم تقييدا احتياطيا⁵¹ إذا كان العقار محل المغارة محفظا؟

فبخصوص تقييد عقد المغارة بالرسم العقاري كحق عيني قبل إتمام الغارس لعمله فإنه غير ممكن لأنه لم يكتسب بعد الحق العيني الذي يخوله ذلك⁵² أي مازالت علاقته بالمالك علاقة شخصية، ومن ثم فإن العقود الواجب تقييدها هي العقود المنشئة لحق عيني أصلي.

أما بخصوص التقييد الاحتياطي، فإن من حق الغارس أن يتقدم بطلب إلى السيد رئيس المكمة وإلى السيد المحافظ العقاري بناء على مقال الدعوى للاحتفاظ المؤقت بهذا الحق، فإذا أتم عمله تحول حقه الشخصي إلى الحق العيني وسجل بالرسم العقاري الرتبة التي كانت له في تاريخ التقييد الاحتياطي وإن أخفق في إتمام عمله شطب على التقييد الاحتياطي⁵³.

⁵⁰ جاء في المادة 69 من قانون التحفيظ العقاري أنه: " يجب على كل شخص يطلب تقييدا أو بيانا أو تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري أن يقدم للمحافظ على الأملاك العقارية كلبا مؤرخا وموقعا من طرفه أو من طرف المحافظ في حالة جهله أو عجزه عن التوقيع. يجب أن يتضمن هذا الطلب بيان وتعيين ما يلي:

- 1- العقار الذي يعينه التقييد وذلك ببيان رقم رسمه العقاري،
- 2- نوع الحق المطلوب تقييده،
- 3- أصل التملك وكذا نوع وتاريخ العقد الذي يثبتته،
- 4- الحالة المدنية للمستفيد من التقييد المطلوب إنجازها،
- 5- وعند الاقتضاء بيان ما يطلب تقييده، في نفس الوقت الذي يطلب فيه تقييد الحق الأصلي، من أسباب الفسخ أو قيد على حق التصرف أو أي تقييد آخر، والكل مع بيان الحالة المدنية للمستفيدين من التقييد المذكور.

يرفق بالطلب كل حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به أو كل عقد أو وثيقة أدلى بها تدعيما لهذا الطلب.

⁵¹ للتوسع أكثر راجع حليلة بنت المحبوب بن حفو، القانون العقاري وفق آخر المستجدات، م س، ص 265 وما بعدها.

⁵² أحمد جدوي، " الرقابة القضائية على صحة المحررات العدلية"، المغارة كسبب من أسباب التملك العقاري الغير المحفظ و المحفظ، مجلة

المحكمة العدد 42 سنة 2003، ص 44

⁵³ أحمد جدوي، م.س، ص 45

ونشير إلى أن التقييد الاحتياطي لحق الغارس له صفة تحفظية ومؤقتة معلقة على تحقيق العلة التي استند عليها والتي تتمثل في إثبات الحق العيني العقاري إما رضاء أو قضاء⁵⁴

وبذلك يكون المشرع قد وفر نوعاً من الحماية للغارس من خلال الشروط الواجب توافرها في عقد المغارة وذلك من خلال إمكانية تقييد الحق حتى يكون حجة بين الطرفين وفي مواجهة الغير.

⁵⁴ حسن بويقين، التقييد الاحتياطي والحجز التحفظي على العقار محفظ، مقال منشور بمجلة الإشعاع، عدد 12 ، ص 29 وما يليها.

المبحث الثاني: التزامات وحقوق طرفي عقد المغارسة

إذا توفرت سائر عناصر عقد المغارسة واكتملت شروطه كان عقدا صحيحا، يرتب آثارا مختلفة في ما يخص التزامات المتعاقدين من جهة، وحقوقهما من جهة ثانية.

فمتى استكمل عقد المغارسة الشروط الخاصة لانعقاده على الوجه الصحيح حينها يبدأ في توليد الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، فهي وإن اختلفت في بعض جزئياتها فإنها تنحصر النسبة لرب العمل في تسليم الأرض محل المغارسة وضمنان عدم التعرض قبل وبعد التملك.

فإذا كان هذا في ما يخص التزامات مالك الأرض، فإنها تختلف تماما عن التزامات الغارس والتي تشمل قيامه بشراء الأشجار المتفق عليها، والعناية بها وصيانتها على نفقته، وكذا في تحمل عبء إعداد الأرض والقيام بغرس الشجر المتفق عليه من تاريخ انعقاد العقد (المطلب الأول).

أما من حيث الحقوق فإن هذا العقد – عقد المغارسة- يرتب حقوقا مشتركة بين طرفي العقد، إلا أنها تختلف من حيث طبيعتها سواء قبل إثمار الشجر أو بعده (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزامات المالك والغارس

بمجرد إبرام العقد تقوم التزامات متقابلة بين الطرفين وإن اختلفت في بعض جزئياتها فإنها تنحصر بالنسبة لرب الأرض في تسليم الأرض والشجر محل المغارسة وضمنان التعرض والاستحقاق (الفقرة الأولى) بينما تشمل بالنسبة للغارس كل من القيام بالعمل المتفق عليه، والحفاظ على الأرض محل المغارسة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التزامات المالك

إن من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المالك هي تسليم الغارس بعد بلوغ الشجر حد الإطعام نسبة من الأرض والشجر المتفق عليه (أولا)، وتم لا بد من أن يلتزم بضمان التعرض والاستحقاق (ثانيا).

أولا: التزام بتسليم جزء من الأرض والشجر

إن ثمرة المغارسة بالنسبة للغارس هي أن يتوصل إلى نسبة معينة من أرض المغارسة وما عليها من شجر يستحقها من المالك عند بلوغ الشجر الحد المشترك⁵⁵، وهذا ما نصت عليه المادة 267 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها، "إذا بلغ الشجر حد

⁵⁵ عبد اللطيف البغيل، م.س، ص 727

الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة⁵⁶، فتملك الغارس حصته من الأرض والشجر موقوف بقيامه بالتزاماته ووصول الشجر درجة الإطعام، إن صار صالحا لأن يحنى ثمرة⁵⁶.

وهكذا فإنه يجب على المالك أن يمكن الغارس من حصته المشتركة في عقد المغارسة عند تحقق الإطعام، ويتوقف ذلك على الاشهاد به في محرر رسمي⁵⁷، أو إثباته بخبرة قضائية مصادق عليها من قبل المحكمة⁵⁸.

فإذا تعلق الأمر العقار غير محفظ، فإنه يتعين تدوين المغارسة الواردة عليه كتابة في محرر رسمي، ولا يكون لذلك أثر في مواجهة الغير إلا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون.

أما إذا تعلق الأمر بالمغارسة الواردة على عقار محفظ، فإنه بالإضافة إلى احترام شكلية الكتابة الرسمية، فإنه يتعين تقييد الحصة المشتركة في الرسم العقاري⁵⁹.

يبين إذن بأن نقل الحصة المتفق عليها في عقد المغارسة للغارس تختلف باختلاف نوعية موضوع المغارسة.

فالملكية لا تنتقل للغارس إلا بتحقيق السبب الموجب لهذا الانتقال وذلك بنجاح الغرس وتحقيق الإطعام والاشهاد به في محرر رسمي أو إقامة الدليل على ثبوته بإجراء خبرة قضائية مصادق عليها من قبل المحكمة، وذلك بغض النظر عن تاريخ إبرام العقد.

ثانيا: التزام المالك بضمان التعرض والاستحقاق

خلال قراءة النصوص القانونية المنظمة لعقد المغارسة، يتبين بأن المشرع المغربي لم يتعرض لموضوع الضمان صراحة، وهذا لا يعني أن صاحب الأرض معفى من ذلك، بل واجب الضمان ملقى على عاتقه طبقا للقواعد العامة.

فلا يكفي أن ينقل صاحب الأرض إلى الغارس ملكية الحصة موضوع المغارسة وأن يسلمه إياها، بل يبقى على عاتقه ضمان التعرض والاستحقاق، بأن يضمن له بقاء الملكية والانتفاع بها بحسب الغرض المعدة له.

⁵⁶ عبد اللطيف البغيل، ص 730

⁵⁷ المادة 268 من مدونة الحقوق العينية

⁵⁸ المادة 272 من مدونة الحقوق العينية

⁵⁹ الفصلين 66 و 67 من قانون رقم 14.07 من تعلق بالتحفيظ العقاري

(أ) ضمان التعرض

يتحتم على صاحب الأرض دفع التعرض سواء كان هذا التعرض شخصي أي بفعل صاحب الأرض أو تعرض صادر من الغير

يعتبر ضمان التعرض من الالتزامات القانونية الملقة على عاتق صاحب الأرض إزاء الغارس، لأن ملكية هذا الأخير لحصته من الأرض والشجر لا تكتمل إلا إذا ارتبطت الحيابة الهائلة التي تمكن الغارس من استغلال حصته والتصرف فيها بلا معارض⁶⁰، فضمن عدم التعرض للغارس بعد أن يملك نصيبه يعتبر في هذا العقد كالبائع بالنسبة لنصيب المشتري، فيلتزم بالألا يتعرض له تعرضاً مادياً أو قانونياً⁶¹.

يعتبر التعرض قانونياً عندما يقوم على أساس قانوني يتمثل في ادعاء صاحب الأرض حق على الحصة موضوع المغارة في مواجهة الغارس، إذا كان من شأن هذا الادعاء حرمان الغارس من المزايا التي تعول عليها في العقار، فلا فرق في أن يكون الحق موضوع الدعوى حقاً شخصياً أو عينياً⁶²، فصاحب الأرض يضمن تعرضه الشخصي المبني على سبب قانوني بصرف النظر عن وقت نشوء الحق المدعى به.

أما التعرض المادي فهو فعل مادي يعكر ويشوش به صاحب الأرض على حيابة الغارس للعقار موضوع المغارة أو الجزء المفروز منه دون أن يستند في ذلك إلى أي حق يدعيه⁶³ كأن يمنع صاحب الأرض عمال الغارس من مباشرة أعمال الغرس، وإن فعل فالغارس يمكنه أن يلجأ إلى القضاء الاستعجالي لدفع الضرر، وفي هذا الإطار جاء قرار محكمة النقض⁶⁴ ما يلي: " حيث إن طلب المدعي واضح ويرمي إلى أمر المدعى عليه بالكف عن الاعتراض على عماله بفدانين موضوع المغارة المبرم بين الطرفين، وهذا يدخل ضمن اختصاصات قاضي المستعجلات لصبغته الوقتية، لأن استمرار المدعى عليه بمنع عمال المدعي من القيام واجبه من شأنه إلحاق ضرر به وتقويت فرصة الربح عليه".

فصاحب الأرض لا يدعي حقاً على الحصة موضوع المغارة، وإنما يقوم بعمل مادي يؤدي للانتقاص من حقوق الغارس أو يحرمه منها⁶⁵.

⁶⁰ بخصوص عناصر الحيابة، عبد العالي العبودي، "الحيابة التصرفية والحيابة الاستحقاقية"، مقال منشور بمجلة المحاماة، عدد 15، ص 7 وما بعدها.

⁶¹ أسليمان المصطفى، عقد المغارة وحماية الغارس على ضوء مدونة الحقوق العينية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص 59

⁶² يحيى محمد حسين راشد الشعيبي، استحقاق المبيع للغير (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الخاص، جامعة عدن، كلية الحقوق، 1427-1428، موافق 2006-2007، ص 14، تم الإشارة إليه في أسليمان مصطفى، مرجع سابق ص 59

⁶³ أسليمان مصطفى، مرجع سابق، ص 59

⁶⁴ قرار محكمة النقض رم 6577 صادر بتاريخ 1995/5/9، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52، يوليو 1998، ص 51.

⁶⁵ أسليمان مصطفى، مرجع سابق، ص 60

ويقصد بالتعرض الشخصي الصادر من صاحب الأرض هو التعرض الذي يكون سببه صاحب الأرض شخصيا، ويتمثل هذا التعرض في قيام صاحب الأرض بأعمال مادية أو التصرفات القانونية تؤدي إلى عدم تمكين الغارس من حيازة الحصة موضوع المغارسة حيازة هادئة مستمرة⁶⁶.

فالتزام صاحب الأرض بضمان التعرض الشخصي هو التزام بالامتناع عن عمل، يلتزم بموجبه صاحب الأرض بأن يمتنع عن أي عمل مادي من شأنه تعكير هدوء الغارس حتى يتسنى له الانتفاع بحيازة الحصة المتفق عليها في سكينة تامة واطمئنان نفسي دون أي منازعة يترتب عليها حرمانه من أي حق أو ميزة تنشأ له بمقتضى عقد المغارسة⁶⁷.

والتزام صاحب الأرض بضمان التعرض الشخصي ينتقل إلى الخلف العام⁶⁸ في حالة وفاة الغارس كما ينتقل إلى الخلف الخاص⁶⁹.

ويشترط لقيام ضمان التعرض الشخصي أن يكون التعرض قد وقع فعلا، أما مجرد خشية وقوعه أو احتمال وقوع التعرض لا يكفي⁷⁰، فإذا هدد صاحب الأرض الغارس بالتعرض له فلا يكفي هذا التهديد لقيام التعرض ما دام صاحب الأرض لم ينفذ وعيده فلم يتعرض بالفعل⁷¹، وأن يقع هذا التعرض بعد عقد المغارسة أو أثناء سريانه والذي من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع الغارس بالحصة محل المغارسة أو القيام بمباشرة عمله.

إن التزام صاحب الأرض لا يقتصر على الامتناع عن عمل يصدر منه شخصيا تجاه الغارس، بل يمتد إلى حماية هذا الأخير من أي تعرض يصدر من الغير يستند إلى حق قانوني يؤدي إلى زوال وفقدان السكينة والاطمئنان الذي يطمح إليه الغارس أثناء

⁶⁶ يحيى محمد حسين راشد الشيعبي، مراجع سابق، ص 5

⁶⁷ أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 60

⁶⁸ المقصود بالخلف العام هو من يخلف سلفه في مجموع التركة أو في جزء منها وهذا ما يتحقق بالنسبة للوارث الوحيد أو المشترك مع غيره في استحقاق التركة ويدخل الموصي له ضمن هذه الحلقة إذا كانت الصحة المستفاد منها شائعة أيضا وهكذا، فإن الفصل 229 ق.ل.ع أشار إلى تأثير الخلف بتصرفات سلفه حيث جاء في ما يلي: " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفهما ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون، ومع ذلك فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسبة مناب كل واحد منهم. وإذا فُض الورثة التركة لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس الدائنين إلا أن يبتشروا ضد التركة حقوقهم". أنظر عبد القادر العراري، مرجع سابق، ص 353.

⁶⁹ الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيء محدد بذاته، أو أي حق عيني آخر على ذلك الشيء، وكذلك من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه به قبل، فمن يشتري مثلا أرضا أو منزلا يعتبر خلفا خاصا للبائع بالنسبة للحق الذي يعتبر الموهوب له خلفا خاصا للواهب فيما وهبه إياه، ومن يتقرر له حق ارتفاق أو حق رهن يعتبر بدوره خلفا خاصا للمالك الذي تقرر الحق العيني على حقه، ويعتبر خلفا خاصا في النهاية من انتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائنا به قبل ذلك الانتقال عن طريق حوالاته إليه. أنظر لمترجي علوي السعيد، العقار في طور التحفيظ وحماية الخلف الخاص، الطبعة الأولى 2012، مطبعة دار القلم، ص 9.

⁷⁰ يحيى محمد حسين راشد الشيعبي، مراجع سابق، ص 10

⁷¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، طبعة الثالثة سنة 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 626.

حصوله على الحصة موضوع المغارسة، كما هو الشأن في قيام الغير بمطالبة الغارس لما يحوز عن طريق دعوى الاستحقاق⁷².

وهكذا، فإن الغاية من التزام صاحب الأرض بنقل الملكية وتسليم الحصة موضوع المغارسة هي تمكين الأخير من الحياة والانتفاع والتصرف الهادئ، فمتى تحقق للغارس ذلك يكون قد نفذ التزاماته تلك على الوجه الذي يريده المشرع، أما إذا صدرت من صاحب الأرض ذاته أعمال سواء كانت تحمل الطابع المادي أو الطابع القانوني، أو صدرت أعمال من قبل الغير تستند على أساس قانوني فإن صاحب الأرض يكون ملزماً بضمانها.

ب) ضمان الاستحقاق

تشكل دعوى الاستحقاق المكنة أو الآلية المخولة للالتجاء إلى القضاء للمطالبة بالحق والتي يستطيع القاضي إلحاق لمن هو أحق به⁷³.

فقد أوضح ابن جزى الاستحقاق بقوله تواجد الشيء بيد شخص ثم يظهر أنه حق شخص آخر بما يثبت به الحقوق شرعاً من اعتراف أو شاهدين عدلين أو يمين أو غير ذلك فيقتضي له به⁷⁴.

أما في الاصطلاح القانوني فهو يفيد انتزاع المبيع من المشتري أو تهديده بانتزاعه منه، وغالباً ما يكون الاستحقاق مسبقاً بالتعرض الذي يتم به التمهيد لبلوغ هذا الاستحقاق⁷⁵. فالاستحقاق يعد امتداداً طبيعياً للتعرض الصادر من الغير بحق قانوني، بل هو نتيجة لفعل الادعاء⁷⁶.

يجب على الغارس عند قيام الغير بمطالبته بالحق الذي يزعمه على العقار وتقديم البينة على دعواه أن يقوم بإعلام صاحب الأرض بدعوى الاستحقاق فإذا تم إخطار صاحب الأرض فإنه يجب عليه التدخل في الدعوى لمواجهة ادعاء الغير الذي يدعي حقاً على الحصة موضوع المغارسة، وإذا لم يخطر الغارس صاحب الأرض بدعوى الاستحقاق في وقت ملائم أو لم يقم بإدخاله واستمر في دعوى باسمه، كما لو كان الغارس على ثقة من دفع التعرض بنفسه دون حاجة لمساعدة صاحب الأرض أو إهمالاً منه ومع ذلك لم يتمكن من دفع هذا التعرض وحكم بالاستحقاق المتعرض بحكم حائز قوة الأمر المقضي به، فإن

⁷² لتوسع في دعوى الاستحقاق أنظر حليلة بن حفو، نظرية الاستحقاق دراسة مقارنة، مرجع سابق.

⁷³ حميد البشير، دعوى استحقاق العقار غير المحفظ بين الفقه المالكي والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سنة الجامعية 2009-2010، ص 6.

⁷⁴ أسليمان مصطفي، مراجع سابق، ص 63.

⁷⁵ عبد القادر العرعري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة مريضة ومنقحة، توزيع دار الأمان، الرباط 2009، ص 171.

⁷⁶ يحيى محمد حسين راشد الشعيبي، مراجع سابق، ص 15.

الغارس يفقد حقه في الرجوع على صاحب الأرض⁷⁷. وهذا ما سار عليه القضاء المغربي⁷⁸.

وهكذا فإن عدم إدخال الغارس صاحب الأرض في دعوى، يعني أن الغارس قد باشر الدعوى على مسؤوليته وحده، بدلا من أن يلقي بعبئها على صاحب الأرض، ولا محل للرجوع عليه، لأن الاستحقاق يرجع حينئذ لخطأ الغارس.

ولحماية الغارس مصالحه من الضياع يتحتم عليه إعلام صاحب الأرض بدعوى الاستحقاق، الأمر الذي يفرض على هذا الأخير التدخل في دعوى إلى جانب الغارس أو أن يحل محل فيها، وإذا استحال عليه تنفيذ التزامه بدفع تعرض الغير واستحق الغير الحصة محل المغارسة، فصاب الأرض هنا ملزم بضمان الاستحقاق، الأمر الذي يخول للغارس الرجوع على صاحب الأرض بكل ما أحدثه.

وهذا ما أكدته قرار محكمة الاستئناف بفاس في أحد قراراتها⁷⁹ الذي جاء فيه: "... حيث إن الغرس حرم من حوز القطعة محل المغارسة بسبب إفراغه منها، مما يخول له الرجوع على صاحب الأرض بضمان الاستحقاق الكلي للعقار بمقتضى عقد المغارسة ومطالبة صاحب الأرض بالتعويض".

والمشرع المغربي ميز بين ضمان الاستحقاق الكلي والاستحقاق الجزئي، ويقصد بالاستحقاق الكلي نزع العقار كليا من يد الغارس لثبوت حق الغير عليه، مما يفرض ضمان صاحب الأرض لقيامه بالتعاقد فيما لا يملك⁸⁰.

وهناك الاستحقاق الجزئي الذي ميز فيه المشرع المغربي بين نوعين، فهناك استحقاق جزئي جسيم الذي يترتب عنه خسارة كبيرة للغارس، بحيث لو علم به لما أقدم على التعاقد، واستحقاق جزئي يسير لا يبلغ قدرا من الجسامة ولا يترتب عنه خسارة كبيرة للغارس، بحيث يبقى له حق المطالبة في انتقاص الثمن بقدر ما استحق لا غير⁸¹.

فإن من حقوق الغارس على صاحب الأرض أن يكون للغارس الحق في الرجوع عليه بكل ما أحدثه في الأرض من عمارة وما قام به من عمل فيما إذا استحق

⁷⁷ ينص الفصل 537 من ق.ل.ع على أنه "إذا وجهت على المشتري دعوى، بسبب الشيء المبيع، وجب عليه أن يعلم البائع بدعوى الاستحقاق، عند تقديم المدعي البيئة على دعواه. وإذا ذاك تنبيه المحكمة بأنه إذا استمر في الدعوى باسمه الشخصي، يعرض نفسه لضياع حقه في الرجوع على البائع، فإذا فضل، رغم هذا التنبيه، أن يدافع مباشرة في الدعوى فقد كل حق في الرجوع على البائع.

⁷⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 2623، ملف مدني عدد 1190/3/2004، مؤرخ في 2003/9/94، منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، السنة 2003، ص 2003

قرار المجلس الأعلى عدد 792، ملف مدني عدد 1/3464/2004، المؤرخ في 2005/03/16، منشور بمجلة المعرفة عدد 16، السنة 2005، ص 167.

⁷⁹ قرار محكمة الاستئناف بفاس عدد 2622 ملف عقار عدد 12/667 مؤرخ في 2008/12/24، (غير منشور).

⁸⁰ أسليمان مصطفي، مراجع سابق، ص 65.

⁸¹ أسليمان مصطفي، مراجع سابق، ص 65

شخص ثالث الأرض من يد الغارس⁸²، فللغارس أن يرجع على صاحب الأرض بتعويضه عن الأضرار التي لحقته وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات⁸³ والعقود⁸⁴.

وهكذا فإذا طرأ على مالك المغارسة غصب أو استحقاق لم يلزم الغارس شيء وكان النقصان من رب الأرض وحده، فالواجب إذن يقتضي من صاحب الأرض تنوير سبل الغارس وإعلامه بكل الجوانب التي تخص العقار موضوع المغارسة، حتى يكون على بينة من أمره إزاءها، وحتى لا يفاجأ بظهور أوضاع قانونية جديدة تفقده حقه في تملك الحصة المتفق عليها كلا أو بعضها، وبالتالي تفادي كل خطر يهدده باستحقاق الحصة موضوع المغارسة من يده⁸⁵.

الفقرة الثانية: التزامات الغارس

يلتزم الغارس في عقد المغارسة بمجموعة من الالتزامات التي تقع على عاتقه، وأبرزها الالتزام بالحفاظ على الأرض محل المغارسة (أولا) والالتزام بالغارس بالعمل الواجب عليه (ثانيا).

أولا: الالتزام بالحفاظ على الأرض محل المغارسة

يقع على عاتق الغارس بمقتضى عقد المغارسة التزام بالمحافظة على الأرض محل المغارسة وأن يستعملها بدون إفراط أو إساءة، ويدخل من قبيل المحافظة على أرض المغارسة أن يتم استعمالها فيما أعدت له بمقتضى عقد المغارسة من غير إفراط ولا إساءة، محترفا في ذلك سلوك الشخص المدني الحريص على حفظ أمور نفسه، متجنباً كل من شأنه أن يضر بها، وإلا اعتبر متعدياً، وذلك كأن يقوم بعمل قد يتسبب في غور ماء آبارها، أو جرف تربتها أو يسمدها ببعض المواد الكيماوية التي تضر بالأرض ضرراً بليغاً⁸⁶.

ويعتبر الغارس حارساً للأرض محل المغارسة، مما يقتضي منه الحفاظ عليها واستعمالها استعمالاً عقلانياً ومعتدلاً، لا يصل إلى حد الإفراط، ولا ينزل عن حدود المعتاد أو المألوف.

هكذا فإذا لم يحم الغارس بالمحافظة على الأرض فهلكت بسبب ذلك أو تعيبت بسبب تعديه أو تقصيره فيجب عليه ضمانها لصاحبها⁸⁷.

⁸² عبد اللطيف البغيل، م.س، ص 726.

⁸³ ظهير شريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بشأن قانون الالتزامات والعقود.

⁸⁴ ينص الفصل 264 ق.ل.ع: " الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب...".

⁸⁵ أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 66

⁸⁶ عبد اللطيف البغيل، م.س، ص 734

⁸⁷ عبد اللطيف البغيل، م.س، ص 734

بناء على هذه الضوابط، يمكن القول أن الغارس يكون مخلا بالتزامه بالحفاظ على الأرض، إذ هو لم يتعدها بالصيانة اللازمة أو استعملها بطريقة متهورة أو استعملها في غير ما أعدت له، وبذلك فإن التزام الغارس بالحفاظ على الأرض يحقق له مصلحة شخصية باعتبار نجاح المغارسة سيتمكنه من الحصول على جزء من الأرض والشجر المتفق عليه.

ولتحقق مسؤولية الغارس يجب على مالك الأرض بصفته مدعي إثبات وجود أضرار حقيقية لحقت بالأرض محل المغارسة بسبب إساءة الاستعمال تطبيقاً للمبدأ القائل بالبينة على المدعي⁸⁸، ولا يكفي لقيام مسؤولية الغارس طبقاً للقواعد العامة ارتكابه خطأ وحصول ضرر بالأرض محل المغارسة، بل يشترط بالإضافة إلى هذين العنصرين قيام علاقة سببية بين هذا الخطأ وذلك الضرر، ولعلاقة السببية أهمية كبيرة في مجال المسؤولية المدنية، فإذا وقع ضرر للأرض وكان السبب في وقوعه خطأ أو إهمال أو تقصير الغارس، فإن المسؤولية المدنية تنشأ في هذه الحالة⁸⁹.

وعليه فإن الغارس إذا أراد أن يدفع المسؤولية عليه أن يثبت أن حصول الضرر للأرض لا يرجع له، بل سبب أجنبي لا يد فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي وأنه فعل ما كان يجب عليه⁹⁰ لمنع وقوع الضرر.

ثانياً: التزام الغارس بالعمل الواجب عليه

إن الغارس ملزم بالتفرغ الكلي للمهام الموكولة إليه بمقتضى عقد المغارسة، إذ أن العمل الذي يقوم به هو مقابل لما يحصل عليه من الأرض والشجر عند تحقق الإطعام، وهذا من شأنه أن يدفع الغارس فور إبرام العقد إلى الشروع في التنفيذ بكامل الجدية والإقبال على الأرض دون تراخ أو تهاون تضييعاً للوقت وإطالة لمدة المعاملة⁹¹.

لم يشر المشرع المغربي من خلال مقتضيات مدونة الحقوق العينية إلى الالتزامات التي يتعين على الغارس احترامها أثناء تنفيذ عقد المغارسة، مما يحمل على الاعتقاد بأن المشرع المغربي ترك الأمر لاتفاق الطرفين أو ما جرى العمل به، وهو ما

⁸⁸ ينص الفصل 399 من ق.ل.ع على أنه "إثبات الالتزام على مدعيه".

⁸⁹ أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 33

⁹⁰ ينص الفصل 88 من ق.ل.ع على أنه "كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت:

1- أنه فعل ما كان ضرورياً لمنع الضرر.

2- وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائي، أو لقوة القاهرة، أو لخطأ المتضرر."

⁹¹ عبد اللطيف البغيل، م.س. ص 721.

أشار إليه الشيخ خليل بقوله⁹²: وعمل العامل ما دخل عليه عرفاً أو تسمية"، فقد نبه أهل الوثائق إلى أنه لا بد من الإشارة إليه في العقد⁹³.

وهكذا يتعين على الغارس أن يقوم بإعداد الأرض والقيام بغرس الشجر المتفق عليه في العقد، ويعتبر متعدداً إذا غرس بدله نوعاً آخر مخالفاً لما اتفق عليه، ويجب على الغرس أيضاً غرس العدد المتفق عليه أو على الأقل ثلثيه، بحيث إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يمتلك الحصة المتفق عليها، ويكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه مع الاحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الاقتضاء⁹⁴.

فضلاً عن ذلك، فإنه على الغارس تنفيذ العمل الموكول داخل الأجل المحدد في العقد، باعتبار العقد شرعة المتعاقدين⁹⁵، أما إذا لم يرد في عقد المغارة تاريخاً للشرع في الغرس، تعين على الغارس أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا فسخ العقد بقوة القانون⁹⁶. ونلاحظ أن المشرع المغربي في المادة 269 راعى مصلحة الغارس وذلك بإعطائه مهلة كافية لإعداد نفسه قصد مباشرة العمل الموكول له.

وتجدر الإشارة إلى أن التزام الغارس هو التزام شامل، أي يقع على كاهله غراسة كامل الأرض المتفق عليها لا جزء منها بالشجر المتفق عليه والمحدد العدد، فالغارس لا يحق له المطالبة بنصيبه ولا تبرأ ذمته إلا بإتمام هذا العقد كاملاً، وهو ما أكدته قرار محكمة التعقيب التونسية⁹⁷ الذي جاء فيه ما يلي: "إن الواجب المفروض على المغارسين طبق الالتزام هو غراسة كامل الأرض، وأن القواعد الأصولية تقضي بأن المطلوبين لا تبرأ ذمتهم إلا بإتمام هذا الالتزام كاملاً، ولا يمكن أن يلزم الدائن الذي هو رب الأرض بقبول تجزئة العقد أو بكيفية مغايرة لما وقع الاتفاق عليه، كما لا يحق للمطلوبين في جبر الطالب على الوفاء بواجب التنازل عن الملكية طالما لم يثبتوا أنهم قد وفوا من جهتهم بما ألزموا به طبق الاتفاق". وإذا عجز الغارس عن تنفيذ العمل الموكول إليه بمقتضى عقد المغارة لمانع طراً له، فقام رب الأرض بغرسها بأجرة، أو غرسها ربها

⁹² أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 34

⁹³ مثلاً "ونزل العامل فلان في الأرض المذكورة ليتولى غراستها والعمل فيها بتعاهد غرسها كلها والحفر والسقي والتنقية والعمل فيها على ما

وصف وعليه ما خف من زرب حولها، وتنقية جاريها وحفر شرباتها" أنظر أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 34

⁹⁴ تنص المادة 270 من مدونة الحقوق العينية على أنه "إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يملك الحصة المتفق عليها، ويكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه مع الاحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الاقتضاء".

⁹⁵ الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

⁹⁶ المادة 269 من مدونة الحقوق العينية.

⁹⁷ قرار رقم 133 بتاريخ 1961/5/11، منشور بمجلة القضاء والتشريع، عدد 1، السنة الرابعة، يناير 1381 هـ/1962 م، ص 56 أنظر

أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 35

نفسه حتى تم الغرس، ثم قام العامل الأول أو قدم وأراد الدخول في حقه فله ذلك وعليه أجرة ما عمله غيره⁹⁸.

وهكذا فإنه يتعين على الغارس أن يتعهد الغرس بالحفر والسقي وكل ما يحتاج إليه إلى أن يصل الشجر مارد غرسه حد الإطعام، وهذا الشرط لا يجوز الاتفاق في العقد على أجل يقل عليه أو يتجاوزه وكل شرط مخالف يعتبر باطلا⁹⁹، كذلك لا يرتب عقد المغارسة حقا عينيا للغارس إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي، أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة، ويعتبر الحكم النهائي الصادر بالمصادقة على الخبرة القضائية بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس¹⁰⁰.

المطلب الثاني: حقوق المالك والغارس

يرتب عقد المغارسة حقوقا لرب الأرض وللمغارس، إلا أنها حقوق تختلف طبيعتها سواء قبل إثمار الشجر أو بعده، وعليه سنتناول في الفقرة الأولى مرحلة قبل الإطعام أما في الفقرة الثانية سوف نتطرق إلى مرحلة بعد الإطعام.

الفقرة الأولى: قبل الإطعام

فضلا عن الالتزامات التي تقع على عاتق طرفي عقد المغارسة، ففي مقابلها نثبت لكل واحد منهما حقوق خاصة.

أولا: حقوق المالك

ما يهمننا بالخصوص هذه الفترة – قبل الإطعام- تلك التصرفات القانونية التي يجريها المالك قبل انتهاء مدة العقد، فهل يحق له التصرف في ملكه بكل حرية علما أن أرضه لم تعد كما كانت من قبل بل مثقلة بحق المغارس؟

الأصل أن حقوق المالك قبل الإطعام تختلف عنها بعد ذلك، واتفاق المالك مع الغير على دفع أرضه على وجه المغارسة لا يمنعه من إجراء تصرف قانوني على الأرض، مادام حق المغارس مجرد حق احتمالي وليس حقا عينيا نهائيا، فهو بذلك لا يقيد حرية المالك في التصرف، فإذا أجرى المالك أي تصرف قانوني كالبيع، فإنه لا يؤثر بشكل أو آخر على حق المغارس، بل تبقى الأرض مثقلة به إلى حين انتهاء مدة العقد¹⁰¹، ويرى

⁹⁸ أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 35

⁹⁹ تنص المادة 266 من مدونة الحقوق العينية على أنه " لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام كما لا يجوز اشتراط أجل

يتجاوز تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلا.

¹⁰⁰ المادة 272 من مدونة الحقوق العينية.

¹⁰¹ أسليمانى مصطفى، مراجع سابق، ص 38

بعض الفقه¹⁰² أنه يبقى لصاحب الأرض الحق في أن يتصرف في أرضه بالبيع وغيره، من غير أن يؤثر ذلك على حق المغارس، فما دامت ملكية الغارس معلقة على نجاح الغرس طوال مدة معينة، فإن لمالك الأرض أن يتصرف بها بجميع أنواع التصرفات بعوض أو بدون عوض، غير أن هذا لا يؤثر على حق الغارس الذي يبقى حقه متعلقا بتلك الأرض تجاه المالك الجديد كما كان اتجاه المالك القديم وهو خلاف ما نجده عند بعض الفقه¹⁰³ وما تسري به الممارسة المحلية في بعض جهات المغرب، إذ أن حق المغارس يقيد المالك في التصرف في أرضه لأنه غالبا ما يترتب عن التفويت الإضرار بالمغارس من قبل الغير (المالك الجديد) قصد الإخلاء، نحن في رأينا وإن كنا نرى أن موقف الممارسة المحلية قد صادف الصواب نسبيا لأن عدم إمكانية التصرف في ملكه بالبيع مثلا تجعل المغارس يعمل بكل حزم وجهد وتقان دون أي مضايقات فإن ذلك غالبا ما يؤثر سلبا على نفسية المغارس وتجعله يتخوف دائما من انتقال الملك إلى غيره وبالتالي ضياع حقه خاصة إذا ترك قرار الاختيار للمالك الجديد، هذا الاتجاه للممارسة المحلية ربما يرجع إلى طبيعة الأراضي التي تتسم بكونها غير محفزة مما قد تعرض حقوق المغارس للخطر، لكن إذا وقعت المغارسة على عقار محفظ فإن انتقال الملك إلى الغير لا يؤثر بتاتا في حق المغارس وهو ما يعني إذن جواز التصرف فيه.

ثانيا: حقوق الغارس

من المعلوم وكما تم الإشارة إليه سابقا على أن الغارس عندما يلتزم بما يقع عليه من التزامات يكتسب حصة من الأرض و الشجر الذي تم الاتفاق عليه في عقد المغارسة¹⁰⁴، ولا تكون له هذه الحصة إلا إذا بلغ الشجر الذي تم غرسه حد الإطعام¹⁰⁵.

لكن لما كان من حق المالك قبل الإطعام حق التصرف في ملكه بأي نوع من أنواع التصرفات فهل يحق للمغارس الذي لم يثبت حقه بالرسم العقاري أن يتقدم بتقيد احتياطي في انتظار اتخاذ التقيد النهائي قصد الحفاظ على حقوقه المحتملة ضد كل عقود التصرف التي يمكن أن تصدر عن المالك؟ بعبارة أوضح هل يستطيع أن يضمن حق الغارس الذي يعتبر حقا لم يكتمل بعد بل في طور التأسيس وهل يحق له قبل الإطعام حوالة العقد لغيره؟

¹⁰² ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، الطبعة الثانية، السنة 1413هـ/1993 م، بدون ذكر المطبعة، ص

149.

¹⁰³ من عقد معاملة في الشجر أو مغارسة فزرع العامل وعمل في الشجر وغرس ثم انتقل ملك الأرض الشجر إلى غير المتعاقد بميراث أو بهبة أو بصدقة أو ببيع... الذي انتقل ملك الأرض إليه أخذها بقطعه أو بقلعه في أول مكان الانتفاع به لا قبل ذلك، فإن أراد البقاء العامل على معاملته فله ذلك، وإن أراد تجديد معاملة فلها ذلك، وإن أراد إخراجه فله ذلك... وأما الغرس فالذي انتقل إليه إقراره على تلك المعاملة، أو أن يتفقا على تجديد أخرى، فإن أراد إخراجه فله ذلك وللغارس قلع حصته مما غرس كما لو أخرجه الذي عامله أولا على ما ذكرنا" انظر أسليماني مصطفى، مرجع سابق، ص 39.

¹⁰⁴ المادة 265 من مدونة الحقوق العينية.

¹⁰⁵ المادة 266 من مدونة الحقوق العينية.

في رأينا نعتقد أن عقد المغارسة إذا وقع على عقار محفظ، فإنه يمكن للغارس أن يطلب تقييدا احتياطيا ليحفظ برتبته ابتداء من تاريخ ذلك القيد، حتى إذا أتم عمله ونجحت المغارسة أمكنه تسجيله بصفة نهائية بمجرد أن يثبت نجاح عمله، إما بواسطة اعتراف مكتوب في محرر رسمي، أو بتقرير خبير يعين من قبل المحكمة وإما بحكم نهائي يقتضي استحقاق المغارس للجزء المتفق عليه، وهذا ما أكدته مدونة الحقوق العينية¹⁰⁶.

وإن كان حق الغارس ليس حقا عينيا بعد، بل مجرد حق احتمالي فإن له أن يتقدم بطلب تقييد احتياطي قصد الاحتفاظ المؤقت بحقه وهو موقف يتماشى مع ما نص عليه المشرع صراحة في الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 حيث ينص على أنه " يمكن كل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق"، وإن كان هذا الفصل بعينه قد أثار جدلا حول طبيعة الحق الوارد على عقار محفظ. هل هو حق عيني أو حق شخصي. إلا أننا نرى من جانبنا أن إغفال المشرع لإضافة كلمة "عينيا" كان معتمدا بلا شك وهو بذلك أراد أن يفسح المجال لكل من يدعي حقا سواء أكان شخصا أو عينيا أو محتملا أن يطلب تقييده احتياطيا هو ما أكدته قرار صادر عن محكمة النقض: ينص الفصل 85 من قانون رقم 14.07 على أنه يمكن لمن يدعي حقا ولو احتماليا أن يطلب تقييده احتياطيا"¹⁰⁷.

لكن لما كان حق الغارس حقا احتماليا فإذا وقع على عقار غير محفظ فهل يحق للغارس طلب التحفيظ، إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي التمييز بين الحالة التي يبلغ فيها الغرس حد الإطعام من عدم ذلك، حيث أنه يتسنى للغارس في الحالة الأولى تقديم مطلب التحفيظ بصفته ملاكا في الشياخ أو بصفته متمتع أو صاحب حق عيني من الفصل 10 من ظهير التحفيظ العقاري المتمم والمعدل بالقانون رقم 14.07 الذي حدد الأشخاص الذين يحق لهم تقديم مطلب التحفيظ¹⁰⁸ أما الحالة الثانية فلا يمكن للغارس ذلك لأنه لم يكتسب الحصة ولم يصبح مالك على الشياخ.

الحقيقة أن عملية الغرس ليست أمرا سهلا خاصة وأن نجاحها يتطلب إلماما بهذا المجال فرغم أنه لم نقف في الممارسة العملية على نموذج لعقد غرس اعتبرت فيه

¹⁰⁶ تنص المادة 272 على أن " لا يرتب عقد المغارسة حقا عينيا للغارس إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي، أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة، ويعتبر الحكم النهائي الصادر بالمصادقة على الخبرة القضائية بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الغارس."

¹⁰⁷ أسليمان مصطفي، مرجع سابق، ص 40

¹⁰⁸ الفصل 10 من قانون التحفيظ العقاري المعدل بالقانون رقم 14.07 الذي ينص على أنه " لا يجوز تقديم مطلب التحفيظ إلا ممن يأتي ذكرهم:

- 1- المالك
 - 2- الشريك في الملك مع الاحتفاظ بحق الشفعة لشركائه وذلك عندما تتوفر فيهم الشروط اللازمة للاخذ بها.
 - 3- المتمتع بأحد الحقوق العينية الآتية:
حق الانتفاع، حق السطحية، الكراء الطويل الأمد، الزينة، الهواء والتعلية، الحبس
 - 4- المتمتع باتفاقات عقارية بعد موافقة صاحب الملك.
- والكل مع مراعاة مقتضيات المتعلقة بالتحفيظ الإجباري.

شخصية المغارس إلا أنه غالبا ما نجد المغارس فلاحا وهو مما يجب اعتباره طبقا للقواعد العامة التي تشترط تنفيذ الدين للالتزام بنفسه، وذلك يستوجب على الغارس أن يتولى غرس الأرض بنفسه وعلى ذمته، فلا يجوز له أن يتنازل إلى غيره عن حقه في غرسها وإن فعل وقع نزوله باطلا وبطلت مغارسته أيضا.¹⁰⁹

وإذا كان هذا الرأي هو نفس ما جرى عليه عمل أهل فاس¹¹⁰، فإنه خلافا لهذا المبدأ ذهبت بعض التشريعات المدنية الأجنبية إلى إجازة حوالة هذا العقد إلى الغير قبل انتهاء مدة المغارسة، وهو الموقف الذي أخذ به المشرع العراقي صراحة في المادة 829 التي خولت للغارس أن يتنازل عن حقه لآخر بعوض أو دونه قبل انقضاء المدة بإذن من رب الأرض، فإذا لم يأذن رب الأرض كان عليه أن يقبل تلك الحقوق بثمن مثلها إذا طلب المغارس ذلك. فالغارس بذلك له أن يحيل العقد لغيره ما لم يتم الاتفاق على غيره وهو نفس ما أخذ به المشرع التونسي في المادة 1420 من المجلة قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها: "للعامل أن يحيل العقد لغيره إلا إذا اشترط عليه المباشرة بنفسه..."، وإن كنا لم نقف في القضاء المغربي على حكم أو قرار بهذا الشأن.

الفقرة الثانية: بعد الإطعام

يترتب عن عقد المغارسة بعد نجاحها آثار مشتركة، ونقصد بذلك تلك تطل المتعاقدين معا في الوقت نفسه، ويمكن تحديدها في اثنتين:

أولا: الحق في تملك الحصة المتفق عليها وتصرف فيها

فبمجرد إطعام الشجر يترتب عن ذلك أن يستحق كل من رب الأرض والغارس نصيبه على الشياح بحسب محدد الاتفاق¹¹¹، وملاحظ أن هذه الحصص تختلف اختلافا تاما بين مختلف مناطق المغرب، فنجد العرف في صافرو يحددها في النصف لكلا الطرفين، خلاف الأمر بالنسبة لمنطقة سوس حيث تختلف نسبة الغارس بحسب الاتفاق، إلا أن في الغالب تكون إما النصف أو الثلث أو الخمس، ويرجع هذا إلى عوامل متعددة، منها كبيعة التربة ونوع الغرس المتفق عليه ومدة العقد، إلا أن الملاحظ أن الأطراف أحيانا قد يختلفون في النسبة المتفق عليها، أو لا يضمنونها في العقد، وهنا يأتي دور الإثبات في حسم النزاع أو العرف حالة إغفاله.

فمجرد الإثمار يحق لكل أن يكالِب القسمة أو بالبقاء على الشيوع شريطة أن يكون العمل بقدر الأنصبة، ومن النتائج المهمة والطبيعية للإطعام أنه يحق لطل طرف بعد

¹⁰⁹ أسليمانى مصطفى، مرجع سابق، ص 41

¹¹⁰ أسليمانى مصطفى، مرجع سابق، ص 41

¹¹¹ المادة 267 من مدونة الحقوق العينية تنص على أن "إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها في عقد المغارسة".

أن يثبت ملكيته التامة على الأرض والغرس أن يتصرف في حصته بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية كالبيع والهبة¹¹².

أما في ما يخص نسبة للمالك على الشياح يجوز له هبة جزئه المشاع وإن كان غير مفرز لهبة الشيء المشاع جائزة، وتسري عليه أحكام البيع ما عدا الشفعة لأن الشفعة لا تصح في التبرعات وذلك لصراحة المادة 293 من مدونة الحقوق العينية التي اشترطت لصحة طلب الشفعة ضرورة تملك المشفوع منه له للحصة المشفوعة بعوض، وإن كانت هبة المشاع جائزة، فكيف يتمكن الموهوب له من حيازة الجزء المشاع والانتفاع به، إن بجزء معين من عقار سينتقل إليه هذا الجزء وإن كان يتمتع بقسمة مهياة زمانية أو مكانية فيستفيد الموهوب له بنفس الحقوق، وفي هذه الحالة يتعين الإشهاد على ذلك وإعلام الشريك الآخر بموضوع الهبة¹¹³.

ثانيا: الحق في ممارسة الشفعة

في هذه الحالة نتصور وقوع البيع من المالك للأرض أو من الغارس قبل القسمة أو عندها وهنا نتساءل عن الحق في ممارسة حق الشفعة، فإذا باع صاحب الأرض أرضه أو باع الغارس نصيبه، فهل يحق كلاهما أن يشفع حصة صاحبه عند البيع.

هنا يجب أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي حالة التي يبيع فيها صاحب الأرض أرضه: فإن الغارس يستحق الشفعة سواء كان حين البيع قد أتم عمله أو لم يتم لأنه يعتبر شريكا على الشياح مدام يملك الجزء الذي اتفق عليه مع رب الأرض ملكية تامة¹¹⁴، إذا كان عمله قد تم أو إذا كان مازال لم يتم عمله حين البيع هذا الرأي يجد أساسه في تكييف المغارسة على أنها شركة¹¹⁵

أما في الحالة التي يبيع فيها رب الأرض أرضه قبل إتمام الغارس عمله، فيبقى حقه في الشفعة موقوفا إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها في العقد، فإذا نجح في عمله حكم له بالشفعة لأنه تبين أنه كان حين البيع مالكا، ينبني على ما ذكرنا من استحقاق الغارس للشفعة إذا باع رب الأرض أرضه على الكيفية المذكورة، أنه إذا كانت مملوكة لعدة أشخاص وقد دفعوها للمغارسة لشخص ثم باع أحدهم نصيبه فيها فإن ذلك الغارس يستحق الشفعة مع الباقي من الشركاء، بأخذ نصيبه في الشيء المشفوع على قدر نصيبه إذا كان البيع قد رفع بعد إتمام العمل، أما إذا وقع قبل تمام إذا اعتمدنا الجعل كتكييف لصورة المغارسة¹¹⁶.

¹¹² أسليمانى مصطفى، مرجع سابق، ص 43

¹¹³ محمد خيرى، التصرفات العقارية بين التوثيق العدلي والتوثيق العصري، الهبة كنموذج، مقال منشور بمجلة خطة العدالة، العدد الأول، نشر

الهيئة الوطنية لعدول المغرب، ص 184

¹¹⁴ المادة 267 من مدونة الحقوق العينية.

¹¹⁵ أسليمانى مصطفى، مرجع سابق، ص 43

¹¹⁶ أسليمانى مصطفى، مرجع سابق، ص 44

ففي الحالة التي يبقى فيها حق الغارس في الشفعة موقوفا إلى انتهاء المدة، يلزم الشريك واحد كان أو متعددا بأن يشفع جميع ما وقع عليه البيع، ثم إذا استحق الغارس الشفعة، أخذها من يد ذلك الشريك على قدر ما ينويه من الجزء المبيع وإن لم يستحقها بسبب عدم نجاحه في العمل بقي ذلك النصيب كله بيد الشريك الشفيع، فإن طلب الشريك أن يمكنه المشتري من الشفعة، أخذها من يد المشتري وإذا تبين له أنه لا يستحقها الشريك حينئذ فلا يرغم المشتري على الاستجابة لهذا الطلب.

الحالة الثانية: فهي إذا باع الغارس نصيبه في الأرض، فيجب التمييز أيضا بين ما إذا كان الغرس ناضجا أم لا:¹¹⁷

إذا باع الجزء الذي اتفق عليه رب الأرض بعد تمام عمه ونجاح مغارسته فلا إشكال، إذا لصاحب الأرض الحق في أن يشفع ذلك الجزء من المشتري لأنمه شريك مع الغارس البائع على الشيعاء، وإذا كانت تلك الأرض مملوكة لعدة أشخاص فإنهم يستحقون الشفعة على قدر نصيب كل واحد منهم، وفي حالة لم يصل الشجر حد النضح فهنا وقع خلافا بين الفقه فمن ذهب إلى صحة بيع المغارة قال بالشفعة ومن رأى عكس ذلك قال بالمنع.¹¹⁸

¹¹⁷ محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، الطبعة الخامسة 2001، بدون ذكر باقي البيانات، ص 103

¹¹⁸ أسليمانى مصطفى، مرجع سابق، ص 45

خاتمة

يقال إن العبرة بخواتم الأمور والختام مسك...

لذا، حولنا أن تكون خاتمة هذا البحث مسكا له يجعلها تختزل عصارة للموضوع ، بحيث سوف نقوم بوضع خلاصة عنه بشكل موجز جدا، لكن قبل ذلك فإن إدراكنا لأهمية عقد المغاربة كنوع من العقود المدنية التي لها صلة وثيقة بالمجال العقاري يستوجب العمل على رفع اللبس عنها للكشف عن دورها في تجسيد السياسة الفلاحية ببلادنا وتحقيق التنمية الفلاحية الفعالة.

ولقد أحاط المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية عقد المغاربة بمجموعة من مقتضيات والضوابط القانونية سواء عند انعقاد العقد أو عند تنفيذه موقف يصفق له بحرارة نظرا لسده فراغا تشريعيا كان سائدا منذ عقود.

لذا حولنا على امتداد صفحات هذا البحث ملامسة مختلف الإشكاليات القانونية والعملية التي يطرحها عقد المغاربة من خلال التطرق إلى بعض الأحكام العامة لعقد المغاربة من تعريفات متنوعة على صعيد الأنظمة التشريعية المقارنة وكذا المذاهب الفقهية، وكذلك إلى أهم الخصائص الذي يتميز بها عقد المغاربة ثم قمنا بتمييزه على مجموعة من الحقوق سواء كانت منظمة أو غير منظمة قانونا، بعد ذلك حولنا أن نبين كيفية توثيق هذا العقد، وكذا إلى أهم الحقوق والتزامات التي تخلق بمجرد إبرام عقد المغاربة.

وإذا كان هذا البحث يسير في هذا الاتجاه فإنه لم يكن الهدف من ورائه القيام بمجرد الدراسة القانونية محضة لهذا العقد بقدر ما حولنا الإحاطة ما استطعنا من جهد بمجمل ما يحيط به، فقبل أن يكون علاقة قانونية فهو علاقة اجتماعية واقتصادية لذلك يستلزم الأمر في نظرنا المتواضع تصافر جهود من أجل ضبط هذا العقد من كل جوانبه.

وفي الأخير، نشير إلى أنه كان أملنا من خلال هذه الدراسة أن نساهم في رسم معالم هذا العقد والتعاطي معه بروح تحليلية أحيانا ووصفية أحيانا أخرى لكن بشكل يخدم الموضوع ويعطيه مكانته اللائقة به. وإننا إذ نقدم هذه الدراسة المتواضعة لا نزعج أننا وفيما البحث حقه وقلنا فيه الكلمة الأخيرة، فموضوع عقد المغاربة شاسع الأرجاء، ثري العطاء، ممتع الدراسة، وبالتالي فإننا نعتذر عن كل ما لم نذكره إما تقصيرا أو نسيانا، أو ما نعتبره ليس من لب فموضوع، فالجوانب التي اخترناها ليست للإحاطة أو الشمول وإنما للمثال إبراز ما نطمح إليه من تطوير المغاربة وفتح باب الاجتهاد بصدها ومسايرة المستجدات لسيما وأن إثارته في الوقت راهن من الأهمية بمكان بعدها نحج المشرع المغربي في تقنينه، فالحاجة بذلك ماسة إلى مزيد من الدراسة والتمحيص لضبط هذا العقد

وتحقيق نوع من الحماية لطرفيه بشكل يستجيب الآمال المهتمين، أملا في تحقيق نوع من الاستقرار للمعاملات العقارية وتشجيع تنمية الأراضي.

لائحة المراجع

أولاً: الكتب

- ابن تيمية القواعد النورانية الفقهية دار المعرفة بدون ذكر باقي البيانات.
- ابن جزى، القوانين الفقهية، الباب الثالث فقرة 3 مطبعة دار القلم بيروت بدون ذكر باقي البيانات.
- ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، الطبعة الثانية، السنة 1413 هـ/1993 م بدون ذكر المطبعة.
- أحمد جدوي، " الرقابة القضائية على صحة المحررات العدلية"، المغارة كسبب من أسباب التملك العقار الغير المحفظ و المحفظ، مجلة المحكمة العدد 42 سنة 2003.
- حلمية بنت المحجوب بن حفو، "القانون العقاري المغربي وفق آخر المستجدات " دراسة نظرية تطبيقية معززة باجتهادات قضائية" الطبعة الأولى 2018، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، طبعة الثالثة سنة 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت .
- عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع، الطبعة الثالثة مزيعة ومنقحة، توزيع دار الأمان، الرباط 2009.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات ، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الخامسة 2016 ، مطبعة الأمانة- الرباط..
- كمال بلحركة و محمد البشوارى، محاضرات في توثيق العقود، الطبعة الأولى 2008، مطبعة أشرف تاسيلا أكادير.
- لمترجي علوي السعيدى، العقار في طور التحفيظ وحماية الخلف الخاص، الطبعة الأولى 2012، مطبعة دار القلم .
- محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، الطبعة الخامسة 2001، بدون ذكر باقي البيانات.
- محمد الشريبي الخطب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الجزء الثاني، نشر المكتبة الإسلامية للحاج رياض الشيخ بدون ذكر باقي البيانات.
- المختار بن أحمد عطار، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 2002، بدون ذكر الطبعة.

ثانياً: الأطروحات والرسائل

✓ الأطروحات

- حليمة بن حفو، نظرية الاستحقاق " دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2008/2009.
- عبد اللطيف البغيل، أحكام المعاملات الزراعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل دكتوراه في الشريعة، جامعة القرويين، كلية الشريعة فاس سايس، الجزء الثاني، السنة الجامعية 1422 هـ 2002 م.

✓ الرسائل

- ✚ أسليماني المصطفى، عقد المغارة وحماية الغارس على ضوء مدونة الحقوق العينية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الجامعية 2012-2013
- ✚ حميد البشير، دعوى استحقاق العقار غير المحفظ بين الفقه المالكي والاجتهاد القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول وجدة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سنة الجامعية 2009-2010،
- ✚ يحيى محمد حسين راشد الشعيبي، استحقاق المبيع للغير (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الخاص، جامعة عدن، كلية الحقوق، 1427- 1428، موافق 2006-2007.

ثالثا: المقالات

- ✚ حسن بويقين، التقييد الاحتياطي والحجز التحفظي على العقار محفظ، مقال منشور بمجلة الاشعاع، عدد 12.
- ✚ عبد العالي العبودي، "الحيازة التصرفية والحيازة الاستحقاقية"، مقال منشور بمجلة المحاماة، عدد 15..
- ✚ محمد خيرى، التصرفات العقارية بين التوثيق العدلي والتوثيق العصري، الهبة كنموذج، مقال منشور بمجلة خطة العدالة، العدد الأول، نشر الهيئة الوطنية لعدول المغرب.

رابعا: النصوص القانونية

- ✚ ظهير الشريف رقم 1.06.56 صادر بتاريخ 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، الجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006).
- ✚ ظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بشأن قانون الالتزامات والعقود.
- ✚ ظهير الشريف رقم 1.11.179 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 (22 نونبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة النوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نونبر 2011).
- ✚ القانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 المؤرخ في 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 2011.
- ✚ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 27 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011.

الفهرس

1	مقدمة
4	المبحث الأول: الأحكام العامة لعقد المغارة
4	المطلب الأول: ماهية عقد المغارة
4	الفقرة الأولى: تعريف وخصائص عقد المغارة
5	أولا: تعريف عقد المغارة
6	ثانيا: خصائص عقد المغارة
8	الفقرة الثانية: تمييز عقد المغارة عن ما يشابهه
8	أولا: تمييز عقد المغارة عن بعض العقود المنظمة قانونا
9	ثانيا: اختلاط المغارة ببعض العقود غير المنظمة قانونا
10	المطلب الثاني: توثيق عقد المغارة
11	الفقرة الأولى: مراحل توثيق عقد المغارة
11	أولا: مرحلة بداية عقد المغارة
13	ثانيا: الإشهاد بالإطعام
13	الفقرة الثانية: شروط توثيق عقد المغارة
14	أولا تحديد نوع الشجر المراد غرسه
14	ثانيا: تحديد حصة الغارس من الأرض والشجر
17	المبحث الثاني: التزامات وحقوق طرفي عقد المغارة
17	المطلب الأول: التزامات المالك والغارس
17	الفقرة الأولى: التزامات المالك
17	أولا: التزام بتسليم جزء من الأرض والشجر
18	ثانيا: التزام المالك بضمان التعرض والاستحقاق
23	الفقرة الثانية: التزامات الغارس
23	أولا: الالتزام بالحفاظ على الأرض محل المغارة
24	ثانيا: التزام الغارس بالعمل الواجب عليه
26	المطلب الثاني: حقوق المالك والغارس
26	الفقرة الأولى: قبل الإطعام
26	أولا: حقوق المالك
27	ثانيا: حقوق الغارس
29	الفقرة الثانية: بعد الإطعام
29	أولا: الحق في تملك الحصة المتفق عليها وتصرف فيها
30	ثانيا: الحق في ممارسة الشفعة

32.....	خاتمة
34.....	لائحة المراجع
36.....	الفهرس