

سلسلة «المعارف القانونية والقضائية»

ادريس الفاخوري

أستاذ التعليم العالي

كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بوجدة

الحقوق العينية

وفق القانون رقم 39.08

- التعريف بالحقوق العينية
- الحقوق العينية الأصلية
- الحقوق العينية التبعية



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

R.D

منشورات مجلة الحقوق

سلسلة «المعارف القانونية والقضائية»

سلسلة يديرها محمد أوزيان

الإصدار الثاني عشر

- الحقوق العينية -

وفق القانون 39.08

ادريس الفاخوري

دار نشر المعرفة

10، شارع الفضيلة، الحي الصناعي، الرباط - المغرب

الهاتف : 05 37 79 69 38 / 14 / 05 37 79 57 02 - الفاكس : 05 37 79 03 43

المطبوعة : مطبعة المعارف الجديدة (CIT) - الرباط. www.darnachralmaorifa.com

طبعة : 2013

ردمك : 2028-5477

رقم الإيداع القانوني : 183 MO 2013

ردمك : 7-392-20-9954-978

© جميع الحقوق محفوظة

تهديد وتقسيم

إن محل الحق هو القيمة التي يستأثر بها صاحبه وقد تكون هذه القيمة عملا من الأعمال وقد تكون شيئا من الأشياء، فمحل الحق إذا قد يكون عملا وقد يكون شيئا.

والعمل هو مناط الحق الشخصي والذي هو عبارة عن سلطة تثبت للدائن وتخوله إلزام المدين بأداء عمل معين أو الامتناع عن أدائه تحقيقا لمصلحة مشروعة له وقد يكون إعطاء شيء حيث يشترط في العمل أن يكون إلزام المدين ممكنا ومعينا أو قابلا للتعين وأن يكون مشروعا⁽¹⁾.

ويقصد بالشيء كل ما لا يعد شخصا مما يكون له كيان ذاتي منفصل عن الإنسان ماديا كان هذا الكيان أم معنويا، فالمادي هو موضوع الحق العيني والمعنوي هو موضوع الحق الذهني والأشياء هي محل كافة الحقوق ماعدا الحق الشخصي.

فالشيء هو المحل الذي يقع عليه الحق المالي وقد يكون هذا الحق ماليا أو غير مالي، ومن ثم فليس هناك تلازم بين المال (أي الحق المالي) والشيء، إذ قد يوجد حق مالي دون شيء يرد عليه كالحق الشخصي الذي يجد محله في عمل (إيجابي أو سلبي) يقوم به المدين⁽²⁾.

والمرجع المغربي لا يفرق بين الأموال والأشياء فالفصل الخامس من ظهير 19 رجب 1333 هـ الموافق لـ 2 يونيو 1915 الملقى بمدونة الحقوق العينية الجديدة⁽³⁾ والخاص بتنظيم الملكية العقارية والحقوق العينية في المغرب اعتبر الأموال العقارية : ((عقارات إما بطبيعتها أو بالتخصيص أو بالمحل الذي تتسحب عليه)) . وانطلاقا من هذا الفصل فإن مفهوم المال يشمل الأشياء والحقوق في نفس الوقت⁽⁴⁾ وإذا عدنا إلى الفصلين السادس والسابع من نفس الظهير فإننا نجد أن العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص هي من قبيل الأشياء بينما العقارات بحسب المحل الذي تتسحب عليه هي من قبيل الأموال أو الحقوق ، ومن هنا نستنتج بأن المشرع المغربي يخلط بين المال والحق ولا يفرق بينهما⁽⁵⁾.

واقترحت المادة 5 من مدونة الحقوق العينية على الأشياء العقارية في العقارات بطبيعتها أو في العقارات بالتخصيص.

1 - تراجع المؤلفات التقليدية في نظرية الالتزام ، ونظرية الحق منها : نعمان محمد خليل جمعة :دروس في المدخل للمعلوم القانونية. طبعة 1980، ص: 560. محمد شكري سرور : النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1979، ص: 118، زيد قدرى الترجمان: مدخل لدراسة القانون الجزء الثاني نظرية الحق، مطبعة النجاح الجديدة 1981، ص: 145. إدريس الفاخوري: المدخل لدراسة العلوم القانونية، الجزء الثاني نظرية الحق، الطبعة الأولى 1995 دار نشر الجسور بوجدة، ص: 161.

2 - د. محمد شكري سرور مرجع سابق، ص: 257.

3 - تم إلغاء هذا الظهير بمقتضى المادة 333 من القانون رقم 39.08 والمتعلق بمدونة الحقوق العينية، الظهير الشريف رقم: 1.11.178. صادر في 25 من ذي الحجة 1432 الموافق 22 نوفمبر 2011 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص: 5587 وما بعدها.

4 - د. خالد عبد الله عيد مدخل لدراسة القانون، أسس ومبادئ نظرية القانون والحق، مطبعة النجاح الجديدة 1987، ص: 353.

5 - قدرى زيد الترجمان: مدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني نظرية الحق، مطبعة النجاح الجديدة طبعة 1987، ص: 125.

وتقسم الأشياء إلى عدة أقسام أهمها:

- 1 - مادية ومعنوية .
- 2 - قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك .
- 3 - مثلية وقيمية .
- 4 - منقولات وعقارات .

1 - الأشياء المادية والأشياء المعنوية:

الأشياء المادية هي التي لها كيان مادي محسوس، والأشياء المعنوية هي التي يكون محلها الحقوق المعنوية ، كحق المؤلف الأدبي ويظهر هذا التقسيم واضحا بالنسبة للمحلات التجارية، فالمحل التجاري يحتوي على عناصر مادية تخصص للتجارة كال بضاعة وعناصر أخرى معنوية كالاسم التجاري والزيائن.

2 - الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك:

الأشياء القابلة للاستهلاك هي التي يتم الانتفاع بها عن طريق استهلاكها واستهلاك الشيء قد يكون ماديا يؤدي إلى القضاء على مادته أو تغيير صورته كالطعام وقد يكون الاستهلاك قانونيا بالتصرف فيه كالنقود . أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي تقبل الاستعمال المتكرر ولا تهلك منذ أول استعمال أو استخدام لها ولو أدى الاستعمال إلى نقص قيمة الشيء أو هلاكه بمضي المدة كالملابس والسيارات.

3 - الأشياء المثلية و الأشياء القيمية:

الأشياء المثلية هي التي تقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر في إطار التعامل بالإستناد إلى العدد أو القياس أو الكيل أو الوزن . أما الأشياء القيمية فهي كل شيء لا يدخل في نطاق الأشياء المثلية ولا تقوم مقام البعض في الوفاء كقطعة أرض أو حيوان معين فهذه الأشياء تقوم بذاتها وبأوصافها المميزة لها .

4 - تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات :

يعتبر تقسيم الأشياء إلى عقارات ومنقولات أهم تقسيم للأشياء ، وذلك لاختلاف الأحكام بالنسبة إلى العقارات عنها بالنسبة إلى المنقولات اختلافا كبيرا .

فالعقار هو الشيء المادي الذي له موقع ثابت غير منتقل بحيث لا يمكن نقله بدون تلف كالمنزل والأرض والمنقول هو الشيء الذي ليس له موقع ثابت ويمكن نقله على مكانه دون أن يلحقه التلف كالحيوان والسيارة... فالأرض عقار لأنه لا يمكن نقلها وما يلصق بالأرض ولا يمكن نقله دون تلف يعتبر عقارا أيضا كالمباني، والعقار بطبيعته ولكن القانون يعتبره كالعقار متى توافرت له شروط معينة، وهناك بعض الأشياء التي لها موقع ثابت وتعد من قبيل العقارات بطبيعتها، اعتبرها القانون منقولات في بعض الحالات، وأطلق عليها اصطلاح المنقولات بحسب المأل.

د - المنقول بحسب المأل:

المنقول بحسب المأل هو شيء يعتبر بطبيعته عقارا بالطبيعة وفقا لحالته الراهنة ، ولكن القانون اعتبره منقولاً لما سيؤول إليه في المستقبل ومن أمثلته الأشجار المعدة للقطع والثمار والمحصولات قبل نضوجها.

وقد جاءت المدونة الجديدة لتسد فراغا كانت المنظومة التشريعية في الميدان العقاري في حاجة ماسة إليه مواكبة مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي عرفها المغرب لقد ورد في تقديم كتاب «الدليل العملي للعقار غير المحفظ» وهو مؤلف ، جماعي ما يلي⁽⁷⁾ : (وبالرغم من وجود عدة قوانين تهم النظام العقاري في بلادنا ، فإنها لم تعرف بعد قانونا موحدا متكاملا يطبق على كل العقارات محفظة أو غير محفظة إذا ظلت المحاكم تطبق القواعد الفقهية المستمدة من الفقه المالكي على العقارات غير المحفظة ، سواء تعلق الأمر بحق عيني عقاري أو بمعاملة في هذا العقار ، مما يتطلب من الممارسين بذل جهود مضنية للوقوف على القواعد الواجبة التطبيق بهذا الخصوص).

((وهذا ما دفع وزارة العدل إلى إعداد مشروع قانون يتعلق بمدونة الحقوق العينية يهدف أساسا 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)).

إن البحث في موضوع الحقوق العينية في التشريع المغربي على ضوء القانون رقم 39.08 الخاص بمدونة الحقوق العينية يقتضي منا الوقوف على جل المقتضيات الجديدة التي أتى بها هذا القانون مع الإشارة إلى النصوص التشريعية الواردة في ظهير 19 رجب 1333 الموافق لـ 2 يونيو 1915 الخاص بالتشريع الذي كان يطبق على العقارات المحفظة بالمغرب .

ونقسم الدراسة إلى ثلاثة فصول نتعرض في الأول للتعريف بالحق العيني ونخصص الفصل الثاني للحقوق العينية الأصلية ونتناول في الفصل الثالث الحقوق العينية التبعية وذلك على الشكل التالي :

- الفصل الأول : التعريف بالحقوق العينية.

- الفصل الثاني : الحقوق العينية الأصلية.

- الفصل الثالث : الحقوق العينية التبعية.

7 - امحمد برادة غزيول وآخرون : الدليل العملي للعقار غير المحفظ منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية ، سلسلة الدراسات والأبحاث ، العدد : 2 ، مطبعة فضالة ، الطبعة الثانية أبريل 2007 من : 3 ، تقديم المرحوم الأستاذ محمد بوزويغ .

وتلقي نظرة على العقارات بطبيعتها، والمنقولات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص والمنقولات بحسب المآل.

أ - العقار بطبيعته:

عرفت المادة السادسة من مدونة الحقوق العينية العقار بطبيعته بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته .

ولم يكن المشرع المغربي في ظهير 19 رجب 1333 الملقى يعرف العقار بطبيعته بل اقتصر في الفصل السادس منه على تعداد أهم أنواعها معتبرا من هذا القبيل كل من الأراضي والأبنية والمنشآت المتممة للبناء والمحصولات الفلاحية الثابتة بجذورها وثمار الأشجار التي لم تجن والغابات التي لم تقطع أشجارها.

ب - المنقول بطبيعته:

المنقول بطبيعته هو كل شيء يمكن نقله من موقعه دون تلف سواء تم هذا النقل بكيفية طبيعية كالحيوان، أم كان النقل يحتاج إلى تدخل قوة خارجية كالسيارات والسفن ويعتبر من المنقولات الحيوان والطيور والمأكولات والسفن البحرية والطائرات وأجهزة الراديو والتلفزة.. إلخ.

ج - العقار بالتخصيص:

يمكن اعتبار المنقول عقارا بالتخصيص ، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار ، فإذا كان لشخص أرض زراعية وهي عقار بطبيعته ووضع فيها آلات لازمة لخدمتها واستغلالها صارت هذه المنقولات بطبيعتها عقارا بالتخصيص ما دامت مخصصة لخدمة العقار ويشترط لذلك:

1 - بأن يكون هناك منقول بطبيعته.

2 - أن يكون هذا المنقول مملوكا لصاحب العقار.

3 - أن يخصص هذا المنقول لخدمة العقار واستغلاله.

وقد نصت المادة السابعة من مدونة الحقوق العينية على أن (العقار بالتخصيص هو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسداً لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة). وجاء في الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني الجزائري تعريفاً للعقارات بالتخصيص ما يلي : (.... غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص)).

إن فكرة العقار بالتخصيص هي من قبيل الحيل القانونية توصلنا إلى شمول أحكام العقار على المنقولات التي أعدت لخدمته أو استغلاله لتأمين الاستمرار بالخدمة أو الاستغلال⁽⁶⁾.

الحقوق المالية هي الحقوق التي تقوم بمبلغ معين من النقود ويطلق عليها الأموال والخاصية البارزة لهذه الحقوق أنها على عكس الحقوق الشخصية تقبل التعامل فيها والتنازل عنها والتصرف فيها، وبالتالي يمكن الحجز عليها وتوارثها، فهي جزء من الجانب الإيجابي لذمة صاحبها لأنها تدخل في العناصر المكونة لذمة الشخص⁽⁸⁾.

وقد جرى العمل في المغرب كما في بلدان أخرى كفرنسا ومصر وغيرهما من الدول التي استمدت قوانينها من الشريعة الرومانية على تقسيم الحقوق المالية إلى قسمين أساسيين وهما: الحقوق الشخصية والحقوق العينية ويقوم هذا التقسيم على أساس طبيعة محل الحق، فالحق العيني محله شيء مادي كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الرهن ... والحق الشخصي محله عمل أو امتناع عن عمل، ومن ثم فهو سلطة لشخص قبل شخص آخر بعمقتضاها يجبر الأول الثاني على العمل الذي التزم به⁽⁹⁾.

ويضاف إلى الحقوق العينية والحقوق الشخصية نوع ثالث من الحقوق وهي الحقوق المعنوية أو الذهنية.

وهكذا فالمال صنوف مختلفة وضروب متعددة ولكل منها مقوماته وخواصه التي تتبع أحكامه الفاصلة، لذلك عنى الفقهاء ببيان أنواع المال وقسموه عدة تقسيمات⁽¹⁰⁾.

كما أن حب التملك والاستثمار غريزة في كل إنسان وأن هذا الأخير أناني بطبعه وهو يسعى إلى تحقيق مصالحه ولو على حساب غيره، ولهذا جاء القانون لينظم هذه المصالح بين الأفراد فرتب إلتزامات ووضع قيودا حتى لا يتعسف صاحب الحق في استعمال حقه⁽¹¹⁾، وتعتبر الحقوق العينية مجالا خصباً لأعمال هذه المبادئ خاصة وأن حق الملكية يعد أوسع الحقوق العينية الأصلية نطاقاً ومن ثم اعتبرت الملكية مناطاً أساسياً لتطبيق الحقوق العينية.

والتعريف بالحقوق العينية يقتضي منا توزيع الدراسة إلى وضع تعريف للحقوق العينية (المبحث الأول)، وبيان خصائصها (المبحث الثاني) وتقتضي طبيعة الدراسة تناول أنواع العقارات وتصنيف الأملاك العقارية (المبحث الثالث) ونختتم دراسة هذا الفصل بالإشارة إلى نطاق تطبيق مدونة الحقوق العينية وذلك في المبحث الرابع، وكل ذلك على المنوال التالي:

- المبحث الأول : ماهية الحق العيني

- المبحث الثاني : خصائص الحق العيني

- المبحث الثالث : أنواع العقارات وتصنيف الأملاك العقارية

- المبحث الرابع : نطاق تطبيق مدونة الحقوق العينية

8 - راجع د. نعمان خليل جعنة، المرجع السابق ص: 231 د. علي حسن نجيدة، المرجع السابق، ص: 5 د. توفيق حسن فرج: الأصول العامة للقانون، طبعة 1975، ص: 247.

9 - د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص: 247.

10 - محمد فهمي عدلي السرحاني: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1977.

11 - محيي الدين إسماعيل علم الدين : الحقوق العينية ، دار الجيل للطباعة طبعة 1977 ، ص : 3.

المبحث الأول

ماهية الحق العيني

الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين بالذات تخول له الاستئثار بقيمة مالية، ويصف أغلب الفقهاء⁽¹²⁾ 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 دائته.

وقد عرفت المادة الثامنة من مدونة الحقوق العينية الحق العيني بقولها:

((الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصليا أو تبعيا)).

فصاحب الحق العيني يعطي لمالك المنزل حق استعماله بنفسه أو أن يكرهه للغير وأن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات دون التوقف على تدخل شخص آخر يمكنه من ذلك، والحقوق العينية وإن كانت تشترك كلها من حيث ما تخوله لأصحابها من سلطات مباشرة على الشيء المادي إلا أنها تنقسم إلى مجموعتين متميزتين فمنها ما هو مستقل بذاته ولا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه وهي الحقوق العينية الأصلية Les droits réels principaux ومنها ما هو تابع لحق شخصي بحيث يتوقف وجودها على حق آخر تقوم لضمانه وتأمين الوفاء به، وهي الحقوق العينية التبعية (Les droits réels accessoires).

12 - راجع في تعريف الحق العيني وأنواعه: د. خالد عبد الله عبد المرجع السابق ص: 118، د. عبد الرشيد مأمون دروس في المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الثاني نظرية الحق طبعة 1980 ص: 32 وما بعدها، د. توفيق حسن فرج الأصول العامة للقانون، طبعة 1975 ص: 247 وما بعدها، د. إدريس العلوي العبدلاوي المدخل لدراسة القانون الجزء الثاني، نظرية الحق مطبعة فضالة 1975 ص: 65 وما بعدها، د. رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، مطبعة الدار الجامعية بيروت 1973 ص: 535 وما بعدها، د. أحمد سلامة المدخل لدراسة القانون الكتاب الثاني، نظرية الحق دار النهضة العربية طبعة 1974 ص: 272 وما بعدها، د. علي حسن نجيدة المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، مطبعة جامعة القاهرة طبعة 1987 ص: 55 وما بعدها، د. نعمان محمد خليل جمعة المرجع السابق ص: 337، د. زيد فدري الترجمان المرجع السابق ص: 33 وما بعدها، د. محمد عمران و د. حسين النوري ميادئ العلوم القانونية القانون والحق: مصادر الالتزام، مطبعة دار وهدان للطباعة والنشر (بدون تاريخ) ص: 212 وما بعدها، د. حمدي عبد الرحمان فكرة الحق، دار النهضة العربية طبعة 1979 ص: 71.

المبحث الثاني

خصائص الحق العيني

الحق العيني 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 المميزات والخصائص يمكن إجمالها فيما يلي: ميزة التتبع وميزة التقدم والأفضلية أو الأولوية، كما أن الحق العيني حق مطلق يحتج به على الناس كافة، ومن خصائصه أيضا أن محل الحق العيني هو البارز حيث يظهر فيه المحل ويخفي المدين كما أنه يجوز التغلي عن الحق العيني وهو حق قابل للحيازة المادية وهذا ما نتناوله في المطالب التالية :

المطلب الأول

الحق العيني يولي صاحبه ميزة التتبع:

يعطي الحق العيني لصاحبه حق التتبع بحيث يستطيع صاحب الحق أن يتتبع الشيء في أي يد ينتقل إليها ليمارس حقه عليه⁽¹³⁾ فالتتبع يعد تمسك بالحق في مواجهة الغير⁽¹⁴⁾، وهو على هذا الأساس ليس إلا ميزة أو مكنة تقتضيها طبيعة الحق العيني وهو يصدق بالنسبة لجميع الحقوق العينية الأصلية منها والتبعية كما يرى غالبية الفقه ويظهر حق التتبع أكثر جلاء في الحقوق العينية التبعية وخاصة في الرهن وحقوق الامتياز⁽¹⁵⁾ فصاحب حق الامتياز يستطيع أن يمارس حقه على الشيء ولو انتقلت ملكيته إلى شخص آخر أما حق الملكية ذاته فلا يمارس حق التتبع عند الاعتداء عليه وإنما يمارس المالك دعوى الاستحقاق⁽¹⁶⁾، كما أن صاحب الرهن الرسمي يمارس حق التتبع على العقار المرهون حتى ولو انتقلت ملكية العقار إلى مالك جديد بحيث يحق له اقتضاء مبلغ الدين المضمون بالرهن من العقار المرهون بعد بيعه⁽¹⁷⁾.

وعلى خلاف ما سبق نجد صاحب الحق الشخصي لا يستطيع ممارسة حق التتبع على أموال المدين ولو أن له حق الضمان العام على كل أموال المدين ولكن ليس له الحق في منع انتقال الأموال من المدين أو انتقالها إليه ما دامت ذمة المدين يمكن لها تلقي الحقوق وتلتزم بالالتزامات دون أن يكون للدائن العادي سلطة في منعه لأنه لا يعد من ذوي الحقوق العينية.

13 - محيي الدين إسماعيل علم الدين: المرجع السابق ص: 4.

14 - محمد بن أحمد بونبات: الحقوق على العقارات، دراسة شاملة لواقع العقار وللحقوق العينية على ضوء التشريع المغربي، سلسلة آفاق القانون رقم 17 سنة 2009، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش ص: 75.

15 - عبد الخالق أحمدون: الوجيز في الملكية العقارية والضمانات العينية في ضوء مشروع القانون رقم: 19.01 والتشريعات المارئة الجزء الأول، مطبعة طوب بريس بالرباط، طبعة 2007 ص: 34.

16 - محيي الدين إسماعيل علم الدين: المرجع السابق ص: 5.

17 - محمد بن أحمد بونبات: المرجع السابق ص: 75.

المطلب الثاني

الحق العيني يخول صاحبه ميزة التقدم والأفضلية

وميزة التقدم أو الأفضلية تعني بأن 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 ، صاحب الامتياز مقدم على صاحب الرهن الرسمي وأصحاب الحقوق العينية مقدمون على أصحاب الحقوق الشخصية وهكذا (18).

المطلب الثالث

الحق العيني حق مطلق

يعتبر الحق العيني من الحقوق المطلقة التي يحتج بها على الناس كافة عدا صاحب الحق نفسه ، بخلاف الحق الشخصي الذي هو حق نسبي لا يحتج به إلا بين طرفيه وهما الدائن والمدين.

المطلب الرابع

اختفاء المدين ويزور محل الحق

إن العبرة بوجود الحق العيني هي في وجود الشيء وتعيينه فالحق العيني لا يترتب إلا على شيء معين بالذات.

إن محل الحق يختلف عن مضمونه ، فمحل الحق هو الشيء الذي يرد عليه الحق ، أما مضمون الحق فهو ما يحدده من حيث نطاقه وكيفية استخدامه ويشمل الميراث والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه.

فمضمون حق الملكية هو سلطة المالك في الاستعمال والاستغلال والتصرف ، أما محله فهو الشيء المملوك (19).

المطلب الخامس

إمكانية التخلي عن الحق العيني

يجوز لصاحب الحق العيني التخلي عن هذا الحق ، فإذا كان ملتزماً بالتزام عيني

18 - راجع : إسماعيل علم الدين : مرجع سابق ص: 5، محمد بن أحمد بونيات مرجع سابق ص: 75.

19 - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية بالقاهرة ، طبعة 1964 ص، 118.

أي بإلتزام يتعلق بالحق العيني فإنه يمكن له التخلي عن الحق العيني، بينما لو كانت هذه الإلتزامات شخصية لما أمكن له التخلص منها لأن الإلتزام الشخصي رابطة بين شخصين: الدائن والمدين، فالمدين لا يستطيع التخلص من هذه الرابطة إلا برضاء الدائن.

المطلب السادس

الحق العيني قابل للحيازة المادية

صاحب الحق العيني تثبت له الحيازة المادية للشيء محل الحق ، لأن مالك الشيء يحوزه عادة ، وتعتبر هذه الحيازة مظهرا ماديا لسلطته القانونية على الشيء ومن ثم يمكن اكتساب الملكية عن طريق التقادم بالحيازة متى توافرت شروطها⁽²⁰⁾.

المبحث الثالث

أنواع العقارات وتصنيف الأملاك العقارية

النظام العقاري بالمغرب يتميز بتعدد أنواع العقارات واختلاف أصناف الملكية العقارية إذ لا يضم الأزواجية القائمة بين عقار محفظ وعقار غير محفظ وإنما يتجاوز ذلك إلى أنماط مختلفة ضاربة في أعماق التاريخ المغربي، وهذا التعدد والتنوع أدى إلى تداخل على مستوى القواعد والقوانين المنظمة لهذه العقارات حيث تستقي بعضها مصدرها من قواعد الفقه الإسلامي، وبصفة خاصة من مذهب الإمام مالك الراجع والمشهور وما جرى به العمل، وبعضها يجد سنده في الأعراف المغربية والبعض الآخر تم إخضاعها للتنظيم التشريعي خاصة ما تعلق بالقوانين العقارية لسنة 1913 و1915 وقانون الالتزامات والعقود وتشريعات عقارية مختلفة اختصت بتنظيم مقتضيات ذات طبيعة خاصة.

وتقتضي منا دراسة هذا الموضوع البحث في أنواع العقارات بالمغرب في المطلب الأول على أن نخصص المطلب الثاني لتصنيف الأملاك العقارية .

المطلب الأول

أنواع العقارات

العقارات في المغرب إما عقارات محفظة (الفقرة الأولى) أو عقارات غير محفظة (الفقرة الثانية) أو عقارات في طور التحفيظ (الفقرة الثالثة) .

الفقرة الأولى: العقارات المحفظة

ونتناول أولا التعريف بماهية التحفيظ، وحقوق الأطراف المتضررة من قرار التحفيظ (ثانيا) والتحفيظ العقاري بين الإلزامية والاختيارية (ثالثا) .

أولا: التعريف بالتحفيظ العقاري

يقصد بالتحفيظ العقاري مجموعة من العمليات التي ترمي في مجملها إلى جعل العقار خاضعا لمقتضيات ظهير 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913⁽²¹⁾ كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى القانون رقم 14.07 بتاريخ 22 نوفمبر 2011⁽²²⁾ والتي ترمي إلى تسجيل ملك عقاري في وثيقة رسمية تسمى بالسجل العقاري⁽²³⁾ .

21 - الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري.

22 - ظهير شريف رقم 177 . 11 . 1 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 14.07 المتغير والمتمم بمقتضاء الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 98 59 بتاريخ 24 نوفمبر 2011 من: 5575 .

23 - محمد خيرى : قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي دار نشر المعرفة الرباط ، الطبعة الخامسة 2009 من : 93 .

وحسب مقتضيات الفصل الأول من قانون التحفيظ العقاري المعدل فإن التحفيظ: يرمى إلى جعل العقار المحفظ خاضعا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون في الإمكان إخراج منه فيما بعد ويقصد منه:

- ((تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة التطهير يترتب عنها تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم ، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به)).

- ((تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية إلى تأسيس أو نقل أو تغيير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له)).

وهكذا يترتب عن التحفيظ إقامة رسم الملكية مسجل بكناش عقاري من شأن هذا الرسم تثبيت وضع العقار ماديا من حيث معالنه وأوصافه ومساحته وحدوده ومن حيث بيان مالكة وذوي الحقوق العينية الآخرون سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو حقوقا عينية تبعية⁽²⁴⁾ وبذلك يمكن للغير الإطلاع على وضعية العقار بحيث يشكل الرسم العقاري الحالة المدنية للعقار المحفظ حيث يسمح بتتبع سائر التطورات التي قد تطرأ على وضعيته القانونية والمالية⁽²⁵⁾ وقد أشار الأستاذ محمد خيرى إلى أهداف التحفيظ العقاري وحددها في ستة أهداف رئيسية على الشكل التالي⁽²⁶⁾:

1- إن التحفيظ العقاري يؤدي إلى إحلال نظام فار يعطي للملكية وضعا أكثر ثباتا وأمنا، وذلك محل الرسوم العدلية التي غالبا ما يشوبها الغموض أو التشكك.

2- إن التحفيظ العقاري يعتبر وسيلة لتطهير الملكية العقارية من كل المنازعات التي يمكن أن تثار بشأن العقار، وذلك عن طريق تطبيق مبدأ التطهير المسبق للملكية العقارية، ويتمثل هذا التطهير في التعرضات التي يمكن أن تثار أثناء عملية التحفيظ.

3- إن التحفيظ يضمن للمالك حقوقه على ملكيته بصفة قارة ومستمرة دون أن يتعرض هذا الحق للضياع أو الترامي من طرف الغير بسبب عدم الاستعمال أو التقادم، وهذه الضمانة يحققها نظام التحفيظ العقاري، حتى بالنسبة لأصحاب الحقوق العينية التبعية المترتبة على العقارات المحفظة الشيء الذي يوحي بالثقة والاطمئنان إلى أصحاب هذه الحقوق ويشجعهم على منح التسهيلات والقروض المتعلقة بالعقارات المحفظة.

24 - محمد بن أحمد بونبات: الحقوق على العقارات، م.س، ص: 60.

25 - إدريس السماحي: المرجع السابق ص: 20.

26 - محمد خيرى: المرجع السابق ص: 94.

4 - إن التحفيظ العقاري يمكن الغير من إبرام التصرف مع مالك العقار المحفظ وهو على بينة من صحة الملكية ومن سائر القيود المترتبة على العقار إذا كانت موجودة .

5 - إن التحفيظ العقاري يمكن الدولة من التعرف على عدد الملكيات الصغيرة والمتوسطة والكبيرة في البلاد ويمكنها بالتالي من نهج سياسة ملائمة في الميدان العقاري⁽²⁷⁾.

إن التحفيظ نظام إشهاري عيني لا شخصي وهو مأخوذ من نظام ((تورنس)) الاسترالي وهو نظام يقوم على التنظيم الدقيق للعقار ذاته بصرف النظر عن مالكه أو أصحاب الحقوق العينية عليه إذ لكل عقار سجل خاص يسمى الرسم العقاري يتضمن كل البيانات المتعلقة به من رقم واسم وخريطة تبين حدوده ومساحته ومعاله كما يتضمن الرسم كل التعديلات التي قد تطرأ عليه من الناحية المادية أو القانونية حتى يكون هناك تطابق بين الواقع وبين ما هو مسجل في الرسم العقاري⁽²⁸⁾ وحسب الفصل 62⁽²⁹⁾ من ظهير التحفيظ العقاري فإن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة، كما أن الفقرة الثانية من الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 تنص على أن: (تحفيظ العقار بعد إجراء مسطرة للتطهير يترتب عنه تأسيس رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السالفة غير المضمنة به).

ويتضح من النصين بأن قرار التحفيظ ينجم عنه بالضرورة تطهير العقار من جميع الحقوق غير المعلنة والتي لم تتم المطالبة بها خلال مسطرة التحفيظ فالرسم العقاري المقدم بعد التحفيظ هو المنطلق الوحيد لكافة الحقوق العينية، وبذلك يكون رسم الملكية قد اكتسب صفة النهائية الغير القابلة لأي طعن لأنه يفترض بأن العقار قد تم تطهيره من جميع المطالبات والتعرضات خلال مرحلة التحفيظ⁽³⁰⁾، ومن ثم فإن الحقوق العينية المسجلة بالرسم العقاري تكتسي مناعة مطلقة ولا يسري عليها التقادم سواء كان مكسبا أو مسقطا وقد نص الفصل 63 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل على أن: ((التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار

27 - حول فوائد التحفيظ العقاري يراجع : مأمون الكزبري مرجع سابق ، ص 19 - محمد الحياثي : عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب ، مطبعة ووراقة الكتاب بفاس ، الطبعة الأولى 1994 ص : 86 إدريس الفاخوري : نظام التحفيظ العقاري بالمغرب مطبعة الجسور 2006 ص : 5 وما بعدها .

28 - محمد خيرى : المرجع السابق ص : 37 .

29 - لقد احتفظ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري بنفس المقتضيات تقريبا بالنسبة للفصل 62 مع تغيير بعض المصطلحات ، فالفصل 62 كما ورد في ظهير 1913 استعمل كلمة « التكاليف والنص الجديد الوارد بمقتضى القانون رقم 14.07 استعمل كلمة « التحملات كما أن النص السابق استعمل كلمة « المسجلة » والنص الحالي استعمل كلمة « المقيدة » .

30 - محمد خيرى مرجع سابق ص : 39 .

المحفظ في مواجهة المالك المقيد ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري⁽³¹⁾.

ويعتبر قرار المحافظ العقاري بتأسيس الرسم العقاري هو القرار الوحيد الذي لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال محل طعن أو مراجعة لا من طرف المحافظ ولا حتى من أعلى سلطة عامة⁽³²⁾، والمحافظ لا يتخذ قراره بالتحفيظ وإنشاء الرسم العقاري إلا بعد التأكد من سلامة مطلب التحفيظ وأعمال القواعد الخاصة بالإشهار القانوني لمطلب التحفيظ وأن عملية التحديد قد أنجزت بشكل سليم، وأن هاته الإجراءات والمساطر قد أقيمت بشكل قانوني وأنه لا يوجد أي تعرض على مطلب التحفيظ مع ضرورة اقتناع المحافظ بأحقية صاحب المطلب في تحفيظ العقار بإسمه⁽³³⁾.

وقاعدة التطهير تعرف بعض الاستثناءات تتعلق بالمصلحة العامة وهي أملاك الدولة العامة وبالتالي لا يمكن تقويتها أو حجزها أو كسبها عن طريق التقادم وبذلك فهي لا تخضع لقاعدة التطهير المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري، فحسب ظهير فاتح يوليوز 1914⁽³⁴⁾ فإن الملك العام هو الملك الذي تملكه الدولة وتعتبره ضروريا للمصلحة العامة كالطرق والأنهار والبحيرات والسدود والشواطئ، وهي أموال لا تخضع لقاعدة التطهير، فإذا ما تم تحفيظ عقار وتبين بعد التحفيظ بأن ذلك العقار أو جزء منه يقع ضمن الأملاك العامة فإن قاعدة التطهير لا تسري بشأنه⁽³⁵⁾.

كما أن قاعدة التطهير لا تنسحب على العقارات الحبسية وبصفة خاصة الأحباس العامة كالمساجد والمقابر والزوايا والأضرحة والتي تعد حبسا لعامة المسلمين ولا يجوز لأي شخص حيازتها ولو تم تحفيظها لفائدة الغير بحيث يجب تضمين اسم الأحباس والتشطيب على من تم تحفيظ العقار بإسمه دون حاجة إلى إلغاء الرسم العقاري استنادا إلى حكم قضائي في الموضوع⁽³⁶⁾.

31 - وكان النص القديم الملقى ينص على ما يلي : ((إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل إسمه ولا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك)) .

32 - أحمد الشحيبي، محمد الصغير: الطعن في قرارات المحافظ بين اختصاص القضاء العادي واختصاص القضاء الإداري، مجلة المناصرة العدد الثامن، يونيو 2003 ص: 113 .

33 - راجع رسالة الباحثة : أنطاف لوكيلي في موضوع : الأثر التطهيري للتحفيظ العقاري بين مقتضيات النصوص القانونية وإكراهيات الواقع، رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المسقة بوحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة الموسم الجامعي : 2006-2007 ص: 8 .

34 - ظهير 7 شعبان 1332 الموافق فاتح يوليوز 1914 المتعلق بالملك العمومي للدولة الصادر بتاريخ 23 شعبان 1332 الموافق 17 يوايوز 1914 والنشر بالجريدة الرسمية عدد: 63 ص: 209 .

35 - محمد خيرى : المرجع السابق ص: 40 .

36 - محمد خيرى : المرجع السابق ص: 40 .

كما أن أراضي الجموع وهي أراضي ترجع ملكيتها إلى جماعات سلالية في شكل قبائل أو دواوير أو عشائر قد ترتبط بينهم روابط عائلية أو روابط عرقية واجتماعية ودينية وحقوق الأفراد فيها غير متميزة عن الجماعة ولا تقبل التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا يمكن اكتسابها عن طريق التقادم⁽³⁷⁾ كما ينص على ذلك الفصل الرابع من ظهير 27 أبريل 1919⁽³⁸⁾ المتعلق بتنظيم الوصاية على الأراضي السلالية (أو الجماعة) وهو ظهير يعد بمثابة ميثاق للأراضي الجماعية بالمغرب فإذا ما تم تحفيظ عقار وظهر فيما بعد بأنه يدخل في زمرة الأراضي الجماعية فإن الضرورة تقتضي تغيير اسم المالك بواسطة تقييد جديد دون حاجة إلى إلغاء الرسم العقاري وذلك بناء على حكم نهائي في الموضوع⁽³⁹⁾.

ثانياً : حقوق الأطراف المتضررة من قرار التحفيظ

إن قاعدة التطهير الوارد عليها النص في الفصلين: 1 و 62 من ظهير التحفيظ العقاري لا تعني أن من حفظ العقار بإسمه واكتسب نتيجة لذلك حقوق عينية في ملكية الغير إبراء ذمته بصفة نهائية من الحقوق التي اكتسبها في مواجهة أصحابها ، وإنما تبقى لهؤلاء حقوقاً شخصية يتحملها مرتكب التدليس سواء كان من صدر منه التدليس هو الذي سجل العقار بإسمه أو كان التدليس صادراً من المحافظ العقاري إذا ثبتت مسؤوليته⁽⁴⁰⁾، وقد نص الفصل 64 من قانون التحفيظ العقاري كما نسخ وعوض بالقانون رقم 14.07 على ذلك صراحة بقوله: ((لا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ .

يمكن للمتضررين في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء تعويضات .

وفي حالة إفسار المدلس تؤدي التعويضات من صندوق التأمينات المحدث بمقتضى الفصل 100 من هذا القانون)).

ومن هنا يتضح بأن المشرع لا يجيز للمتضرر من قرار التحفيظ العقاري من المطالبة بحقه عينا بل منحه فقط حق المطالبة بالتعويض ، وذلك بمقاضاة المستفيد من التحفيظ سواء كان هذا المستفيد هو من حفظ العقار على اسمه أو كان هو المحافظ على الأملاك العقارية ، كما يمكن للمتضرر من التحفيظ أن يرفع دعوى التعويض على الدولة باعتبارها مسؤولة عن الأضرار

37 - عبد الوهاب رافع : أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية ، الطبعة الأولى 1999 ، المطبعة الوراقة مراکش ، ص : 24 .

38 - ظهير شريف صادر بتاريخ 27 أبريل 1919 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط شؤون الأملاك الجماعية وتبنيها ، منشور بالجريدة الرسمية عدد : 340 بتاريخ 28 أبريل 1919 ص : 375 .

39 - محمد خيرى : المرجع السابق ص : 40 .

40 - محمد الكشيون : التطهير الناتج عن تحفيظ عقار ، تطور القضاء المغربي قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999 ، الطبعة الأولى 2005 مطبعة النجاح الجديدة بالبيضاء ص 43 ، وانظر أيضاً مأمون الكزبري المرجع السابق ص : 333 .

النتيجة مباشرة عن تسيير إدارتها ، وعن الأخطاء المصلحية لمستخدميها بناء على الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود أو إقامتها على المحافظ على الأملاك العقارية باعتباره مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الأضرار التي يحدثها بسبب تدليس والأخطاء الجسيمة التي كانت نتيجة تصرفاته أثناء أدائه لوظيفته طبقاً للفصل 87 من قانون الالتزامات والعقود⁽⁴¹⁾.

ثالثاً : التحفيظ العقاري بين الإلزامية والاختيارية

ينص الفصل 6 من القانون رقم: 14.07 المتمم والمغير للظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 والمتعلق بالتحفيظ العقاري على أن: «التحفيظ أمر اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب التحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقاً، «فالمالك مخير في الإلتجاء إلى نظام التحفيظ العقاري أو عدم الإلتجاء إليه إذ لا توجد وسيلة لإرغام مالك العقار على تحفيظ عقاره»⁽⁴²⁾.

ولكن هناك حالات يكون فيها التحفيظ إجبارياً كما في الحالة المنصوص عليها في الفصل السابع من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري وهي حالة تقويت أملاك الدولة أو معاوضات عقارية محبسة تحبساً عمومياً ، وكذلك الحالة المنصوص عليها في الفصل الثامن كما وقع تعديله والذي ينص على أنه : « يكون التحفيظ كذلك إجبارياً عندما تأمر به المحاكم المختصة أثناء متابعة إجراءات الحجز العقاري في مواجهة المحجوز عليه»⁽⁴³⁾.

وجدير بالإشارة إلى أن نظام التحفيظ العقاري وفق القانون الجديد رقم 14.07 يضم أربعة أقسام وذلك على الشكل التالي:

- القسم الأول: التحفيظ.
- الباب الأول: طبيعة التحفيظ والفرص منه.
- الباب الثاني: مسطرة التحفيظ.
- الفرع الأول: المحافظ على الأملاك العقارية.

41 - حول هذا الموضوع يراجع: عبد الوهاب رافع : مسؤولية الدولة في نطاق الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود وظهير 26 أكتوبر 1942 ، مجلة المجامعة العدد 67 لسنة 1987 ص: 7 وما بعدها. وأنظر أيضاً : أبو الصبر عبد الحفيظ: الخطأ الشخصي للمحافظ بين الخصوصية والخضوع للمبادئ العامة ، مجلة التحفيظ العقاري العدد 5، أكتوبر 1995 ص: 13.

أقلى دريوش: مسؤولية محافظ الملكية العقارية في التشريع المغربي مجلة المحق القضائي العدد 29 دجنبر 1994 ص: 103، عزيز الزهراري الخطأ الشخصي للمحافظ على الأملاك العقارية والرهون رسالة أعدت تحت إشرافنا لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في قانون البقود والمقار بكلية الحقوق ، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي: 2006-2007.

42 - إدريس الفاخوري: المرجع السابق ص: 7 وتجدر الإشارة إلى أن الفصل السادس المشار إليه تم إضافته بمقتضى ظهير 25 غشت 1954 ونشر بالجريدة الرسمية بتاريخ فاتح أكتوبر 1954 ص: 1331 وكان نصه على الشكل التالي: «إن التحفيظ أمر اختياري غير أنه إذا قدم مطلب التحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقاً سحبه، وحافظ القانون رقم 14.07 المتمم والمغير لظهير التحفيظ العقاري والصادر في 22 نوفمبر 2011 على نفس مقتضيات مع تعديل لطيف في الصياغة على الشكل المشار إليه في المتن.

43 - حول التحفيظ الإلزامي يراجع رسالة الباحث محمد عرفلاوي التحفيظ الإلزامي في التشريع المغربي رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والمقار ، شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق ، جامعة محمد الأول بوجدة ، السنة الجامعية : 2010-2011 .

- الفرع الثاني: مطلب التحفيظ.
- الفرع الثالث: الإعلانات والتحديد ووضع التصميم.
- الفرع الرابع: التعرضات.
- الفرع الخامس: التحفيظ من طرف المحافظ على الأملاك العقارية والبت في التعرضات.
- الفرع السادس: التحفيظ الإجباري.
- الفرع السابع: الرسم العقاري.
- الباب الثالث: آثار التحفيظ.
- القسم الثاني: إشهار الحقوق العينية العقارية المترتبة على العقارات المحفظة وتقييدها في السجل العقاري.
- الباب الأول: إشهار الحقوق العينية العقارية.
- الباب الثاني: التقييدات.
- الباب الثالث: التشطيب.
- الباب الرابع: تسليم نظير الرسم العقاري وشهادة التقييد الخاصة.
- القسم الثالث: العقوبات.
- القسم الرابع: مقتضيات عامة.

وإذا كان القانون العقاري قد صدر في المغرب مع مطلع القرن الماضي بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 فإن هذا الظهير الذي عمر قرابة قرن من الزمان لحقه تعديل هم عدة مقتضيات وذلك بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.11.177 بتاريخ 25 ذي الحجة 1432 الموافق لـ 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري⁽⁴⁴⁾.

وهكذا نص القانون 14.07 على عدة مقتضيات جديدة تتمثل أساسا فيما يلي⁽⁴⁵⁾:

أولا : المقتضيات الجديدة ذات الطابع العام

- وضع تعريف دقيق لمفهوم التحفيظ العقاري تفاديا لكل خلاف في التأويل، حيث نص الفصل الأول صراحة على أن التحفيظ العقاري يشمل مسطرة التحفيظ والتقييدات بالرسم العقاري.

44 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد : 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011 ص : 5575 .

45 - راجع مذكرة المحافظ العام والموجهة إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية رقم 00 77 122 بتاريخ 8 دجنبر 2011 .

- مطابقة دائرة نفوذ المحافظة العقارية مع التقسيم الإداري للمملكة، مع تمكين الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية من إحداث أكثر من محافظة داخل النفوذ الترابي لكل عمالة أو إقليم (الفصل 9).

- اقتصار الطعن القضائي في مادة التحفيظ العقاري على الطعن بالاستئناف والنقض (الفصل 109).

ثانياً : المقتضيات الجديدة المتعلقة بمساطر التحفيظ العقاري

1 - المقتضيات المتعلقة بإجراءات المسطرة العادية.

- إضافة رئيس المجلس الجماعي إلى الجهات التي يتعين على المحافظ توجيه ملخص المطلب والإعلان عن التحديد إليها (الفصل 18).

- الاستثناء عن شهادة التعليق الجاري بها العمل سابقا والاقتصار على الإشعار بالتوصل (الفصل 18).

- إمكانية تسخير القوة العمومية ، عند الاقتضاء ، من طرف وكيل الملك من أجل إجراء عملية التحديد، وذلك بناء على طلب من المحافظ أو من كل من له مصلحة (الفقرة الأولى من الفصل 20).

- إمكانية إلغاء مطلب التحفيظ، إذا لم يدل طالب التحفيظ بعذر مقبول، داخل شهر من تاريخ توصله بالإنذار، يبرر تقيبه عن عملية التحديد أو عدم قيامه بما يلزم لإجرائها (الفقرة الأولى من الفصل 23).

- إمكانية إلغاء مطلب التحفيظ عندما يتعذر إنجاز عملية التحديد لمرتين متتاليتين بسبب نزاع حول الملك (الفقرة الثانية من الفصل 23).

- تطبيق مقتضيات الفصل 18 فيما يخص تعليق الإعلان عن انتهاء التحديد لدى الجهات المختصة (الفقرة الثالثة من الفصل 23).

- اتخاذ قرار التحفيظ داخل أجل ثلاثة أشهر الموالية لانصرام أجل التعرض بالنسبة لمطالب التحفيظ التي انتهت إجراءاتها المسطرية بدون تعرض (الفصل 30).

- إمكانية تجزئ مطلب التحفيظ تلقائياً وتأسيس رسم عقاري خاص بالجزء الذي لا يشمل التعرض بعد إجراء تحديد تكميلي (الفقرة الثالثة من الفصل 31).

- توجيه ملف التحفيظ، إلى المحكمة الابتدائية للنظر في التعرضات المضمنة به خلال الثلاثة أشهر الموالية لانتهاء أجل التعرض (الفقرة الأخيرة من الفصل 32).

- قابلية قرار رفض مطلب التحفيظ في جميع الحالات ، للطعن أمام المحكمة الابتدائية (الفصل 37 مكرر).

- إمكانية إلغاء مطلب التحفيظ، إذا لم يقم طالب التحفيظ بأي إجراء لمتابعة المسطرة داخل ثلاثة أشهر من تاريخ إنذاره (الفصل 50).

2 - المقتضيات المتعلقة بالتعرضات.

- فتح إمكانية التعرض على حق وقع الإعلان عنه طبقا لمقتضيات الفصل 84 (الفصل 24).

- حصر الجهة المختصة في تلقي التعرضات في المحافظ على الأملاك العقارية والمهندس المساح الطوبوغرافي المنتدب من طرفه أثناء عملية التحديد (الفقرة الأولى من الفصل 25).

- ضرورة إدلاء المتعرض بالسندات والوثائق المدعمة لتعرضه، وأداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة، إذا لم يكن قام بذلك من قبل، داخل أجل الشهر الموالي لانصرام أجل التعرضات (الفقرة الثالثة من الفصل 25).

- إمكانية إلغاء التعرض إذا لم يدل المتعرض بالرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه، ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة داخل أجل الشهر الموالي لانتهاء أجل التعرض (الفقرة الأولى من الفصل 32).

- التنصيص صراحة على إمكانية قبول التعرض الاستثنائي ولو لم يرد على مطلب التحفيظ المعني أي تعرض سابق (الفقرة الأولى من الفصل 29).

- حصر الجهة المختصة في تلقي التعرضات الاستثنائية في المحافظ على الأملاك العقارية وحده (الفقرة الأولى من الفصل 29).

- التنصيص صراحة على إلزام صاحب التعرض الاستثنائي بتقديم الوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل (الفقرة الثانية من الفصل 29).

- التنصيص صراحة على عدم قابلية قرار رفض التعرض الاستثنائي للطعن القضائي (الفقرة الثالثة من الفصل 29).

- الإعلان عن التعرضات التي حكم القضاء بصحتها - مهما كانت طبيعتها (التعرض على حقوق مشاعة ، التعرض على أجزاء مفرزة ، تعرض كلي ...) وفقا لمقتضيات الفصل 83 (الفقرة الأخيرة من الفصل 37).

3 - المقتضيات المتعلقة بمسطرة التحفيظ الإجباري:

- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بمسطرة التحفيظ الإجباري في الفرع السادس من الباب الأول (الفصل 7 والفصول من 1-51 إلى 19-51).

ثالثا : المقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييدات :

- عدم ربط تغيير اسم العقار المحفظ بأي شرط، وتقليص الأجل المطلوب من أجل التقييد بسجل الإيداع إلى خمسة عشر يوما بعد النشر بالجريدة الرسمية (الفصل 52 مكرر).

- تسليم نظير الرسم العقاري للشريك المفوض له ذلك من طرف باقي الشركاء في حالة الشيع (الفقرة الثانية من الفصل 58).

- إجراء التقييد وتبليغه إلى حائز النظم مع إشعاره بوجوب تقديم النظم المذكور داخل أجل عشرين يوما، وذلك في غير الحالة التي تقتضي موافقة المالك المقيد حائز النظم (الفقرة الثانية من الفصل 89).

- تقليص أجل تطبيق غرامة التأخير في إنجاز التقييد من ثمانية عشر إلى ثلاثة أشهر، وتبني غرامة تصاعدية تبلغ 5 في المائة من مبلغ الرسوم المستحقة عن الشهر الأول الموالي لتاريخ انقضاء الأجل المذكور و 0.5 في المائة من كل شهر أو جزء من الشهر الموالي له، وتحسب غرامة التأخير على أساس مجموع المبلغ الواجب أدائه من طرف طالب التقييد لو تقدم بطلبه قبل أجل تطبيق الغرامة (الفصل 65 مكرر).

- ترتيب أثر الحجز العقاري من تاريخ التقييد عوض تاريخ التبليغ إلى المحافظ (الفقرة الأولى من الفصل 87).

- التشطيط على الحجز والإنذار بالحجز العقاري استنادا إلى أمر من قاضي المستعجلات يكون نهائيا ونافذا فور صدوره (الفقرة الثانية من الفصل 87).

رابعا : المقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييد الاحتياطي :

- الإبقاء على نفس المقتضيات المتعلقة بالتقييد الاحتياطي بناء على سند.

- تحديد مفعول التقييد الاحتياطي بناء على أمر في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تقييده والتشطيط عليه بعد انصرام المدة المذكورة .

- إمكانية تمديد التقييد الاحتياطي بناء على أمر استنادا إلى أمر آخر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية، شريطة تقديم دعوى في الموضوع، واستمرار مفعول هذا التمديد إلى غاية نهاية النزاع .

- حصر مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى في الموضوع في شهر، والتشطيب عليه بعد انصرام أجل الشهر المذكور ما لم يذل طالب التقييد الاحتياطي بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية يمدده إلى غاية نهاية النزاع القضائي.

- خلافا لمقتضيات الفصل 91، يمكن للمحافظ التشطيب على كل تقييد احتياطي في حاله الإدلاء بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات يفيد ذلك.

الفقرة الثانية : العقارات غير المحفظة

إن النظام العقاري في المغرب قام على ازدواجية تتمثل في وجود عقارات محفظة خاضعة لظهير التحفيظ العقاري لـ 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 كما وقع تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07 بتاريخ 22 نوفمبر 2011، وظهير 19 رجب 1333 الموافق 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة والذي تم نسخه بمقتضى المادة 333 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، وعقارات غير محفظة خاضعة لمقتضيات الفقه المالكي حسب ما استقر عليه العمل القضائي المغربي⁽⁴⁶⁾.

وخضعت هذه العقارات أيضا لبعض الأعراف كما أن بعض الفقه كان لا يرى مانعا من إخضاعها لأحكام قانون الالتزامات والعقود⁽⁴⁷⁾ وقد نص القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية على إزالة الاختلاف الذي كان بين الفقه والقضاء حول الأسبقية في التطبيق بين أحكام الفقه الإسلامي ونصوص الالتزامات والعقود بالنسبة للعقارات غير المحفظة، وهكذا نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون رقم 39.08 على ما يلي: ((تطبيق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجع والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي))⁽⁴⁸⁾.

فقبل فترة الحماية وقبل إقرار نظام التحفيظ العقاري في 12 غشت 1913 كان المغرب لا يعرف إلا تنظيمًا واحدًا وهو العقار المدني بأشكاله التقليدية⁽⁴⁹⁾ ولم يكن تعبير عقار غير

46 - د. محمد براءة غزبول وآخرون: م.س، ص: 8.

47 - محمد الكشور: مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفوظ المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 لسنة 1984 ص: 58. وانظر أيضا محمد الوكاري: العقار بين الازدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية بمراكش، ندوة الأنظمة المقارنة في المغرب، المطبعة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2003 ص: 304.

48 - وحتى قبل ورود هذا النص كانت هناك عدة اجتهادات قضائية تسيير في هذا المعنى، فقد ورد عن المجلس الأعلى قرارا ذهب فيه إلى أن: ((قواعد الفقه الإسلامي لا تطبق على العقارات غير المحفظة إلا في حالة عدم وجود نص في قانون الالتزامات والعقود))، قرار المجلس الأعلى عدد: 717 بتاريخ 18 أكتوبر 1978 في الملف المدني رقم 62586 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 يناير 2003 ص: 67 وما بعدها.

49 - محمد خيرى: مقارنة بين نظام العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة مداخل في ندوة العقار غير المحفوظ إلى أين يومي 27 و28 فبراير 2004 والمنشورة ضمن منشورات مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش الطبعة الأولى 2004 ص: 14.

محفظ متداولا ولا معروفا، ومع إقرار نظام التحفيظ العقاري بمقتضى ظهير 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) وظهير 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915 الملغى) المتضمن للقواعد التي تطبق على العقارات المحفظة أصبح المغرب يتوفر على ازدواجية لنظامه العقاري: عقارات محفظة وأخرى غير محفظة، ويعتبر العقار غير المحفظ هو الأساس لأن العقار المحفظ كان أصلا عقارا غير محفظ فتحول وضعه القانوني والمادي بعد إتباع مسطرة التحفيظ والتي هي مجموعة من الإجراءات الرامية إلى إخضاع العقار الغير المحفظ للنظام المحدث بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تعديله وتتميمه.

ويطلق على العقار غير المحفظ إسم «العقارات العادية» كما يطلق عليها أيضا اسم «العقار الملك»⁽⁵⁰⁾، وتتقل ملكية العقار غير المحفظ بالتصرفات القانونية كالبيع والهبة والوصية والإرث.

وتجد هذه الملكية أساسها القانوني في واقعة الحياة الفعلية بوضع اليد والتصرف فيها ولا يتحقق الاستحقاق إلا إذا كانت الحياة للعقار حياة قانونية مستجمة لكافة شروطها من وضع اليد على العقار والتصرف فيه بشكل عادي وعلمي مع استمرار الحياة والخلو من الالتباس.

وأهم النزاعات المثارة بصدد العقارات غير المحفظة تتعلق بدعوى الاستحقاق ودعوى الحياة، فدعوى الاستحقاق تهدف حماية أصل حق الملكية وبصورة أعم أصل الحق العقاري⁽⁵¹⁾. أما دعوى الحياة فهي تهدف أساسا حماية حياة الحق العقاري من خلال إقامة دعوى الحياة وما تتطلبه من شروط⁽⁵²⁾.

وإذا كان بعض الفقه المهتم⁽⁵³⁾ قد اعتبر بأن: «إنشاء مدونة خاصة بالعقارات غير المحفظة فكرة حسنة وخطوة إيجابية يمكن أن تخفف من حدة الإشكالات التي يحتملها هذا النوع من العقارات كما أن نظام التحفيظ العقاري سيستفيد منه بالنظر إلى أن الإحالات على الشريعة الإسلامية الواردة في ظهير 2 يونيو 1951 المحدد للقواعد التي تطبق على العقارات

50 - المنتصر الذائدي: القضاء وحماية الملكية العقارية بين نظامي العقار المادي والعقار المحفظ، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 12، سنة 1986 ص: 16، وانظر أيضا: محمد بونيات: الحقوق على العقارات، مرجع سابق ص: 56، إدريس السماحي مرجع سابق ص: 19.

51 - الدليل العملي للعقار غير المحفظ: مرجع سابق ص: 9.

52 - للمزيد من التفاصيل تراجع أطروحة الباحث: محمد يادن: دعوى الاستحقاق العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بجامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي 2010/2011.

53 - د. محمد مومن: تدوين قانون متعلق بالعقارات غير المحفظة، مقال منشور ضمن مؤلف جماعي حول العقار غير المحفظ إلى أين، أعمال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004، الطبعة الأولى 2004، الطبعة والوراثة الوطنية بمراكش ص: 95 وما بعدها.

المحفظة سيصبح لها مصدر بصدر هذه المدونة، إلا أن تدوين هذه النصوص الخاصة يتضمن في نظرنا - محمد مومن - عيباً أساسياً هو ترسيخه للطابع الإزدواجي في النظام العقاري بين عقار محفظ وعقار غير محفظ وهو الأمر الذي لم يعد ملائماً للواقع الذي عليه المغرب وطموحاته في النهوض بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ويضيف الأستاذ محمد مومن بأنه: ((لا تخفى أهمية هذه الخطوة من حيث أنها ستسمح بجمع أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بهذه العقارات والمشتتة في مصنفات الأسلاف من الفقهاء في مدونة خاصة يسهل الرجوع إليها ويضبط المعاملات المتعلقة بها، ويحول دون تضارب الأحكام بشأنها ويحقق ما تقتضيه التنمية من استقرار قانوني ... إلخ)) (54).

والواقع أن مدونة الحقوق العينية جاءت لتنسخ الظهير الصادر في 19 رجب 1333 الموافق لـ 2 يونيو 1915 الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة كما تقضي بذلك المادة 333 من القانون 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية إلا أنه يمكن تسجيل الملاحظات التالية :

1 - مدونة الحقوق العينية إعادة لتدوين للمقتضيات الواردة في ظهير 2 يونيو 1915.
2 - مدونة الحقوق العينية أضافت مقتضيات كان قد ورد بشأنها نصوص قانونية في قانون الالتزامات والعقود وفي قانون المسطرة المدنية.

3 - مدونة الحقوق العينية تدوين لبعض المقتضيات الواردة عليها النص في تشريعات عقارية خاصة كما هو الشأن بالنسبة لتحرير التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء 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.

4 - إذا لم يوجد نص ينظم الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية فإنه يتعين على القاضي الذي عرض عليه النزاع تطبيق قانون الالتزامات والعقود باعتباره الشريعة العامة والقانون الواجب التطبيق في حالة غياب نص في أي فرع من فروع القانون الخاص وهي قاعدة مسلم بها في فقه القانون الخاص وفي حالة عدم وجود النص في قانون الالتزامات والعقود فإن المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية تنص بصراحة على ضرورة الرجوع إلى الفقه المالكي: الراجح والمشهور وما جرى به العمل داخل هذا المذهب، وهذه الإزدواجية في الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي وأمام قانون الالتزامات والعقود كانت محل خلاف سابق في الفقه المغربي حول أولوية هذا من ذاك.

إن إشكالية التنازع بين قانون الالتزامات والعقود والفقه المالكي لازالت في أهم جوانبها بدون حل (55) إذ ظلت العقارات غير المحفظة سواء كانت قبل الحماية أو أثناءها أو بعد

54 - محمد مومن، المرجع السابق ص: 95.

55 - راجع محمد الكشيور: بيع العقار بين الرضاية والشكل. دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف التضادة. مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1997 ص: 39.

انتقضائها وحتى دخول قانون 1965 بشأن مغربة القضاء وتعريبه وتوحيده إلى حيز التطبيق خاضعة لقواعد الفقه المالكى والأعراف المحلية⁽⁵⁶⁾.

واعتقد بأن الإشكالية لازالت قائمة لأنه إذا كان ميسرا على القاضي الرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود فإن أغلب القضاة لن يكلفوا عناء البحث في متون مذهب الإمام مالك أمام كثرة المنازعات المثارة وضيق الوقت وصعوبة البحث

5 - ترسيخ الطابع الإزدواجي في النظام العقاري بين عقار محفظ وعقار غير محفظ أمر غير ملائم للواقع الذي يعيشه المغرب⁽⁵⁷⁾.

إن الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام العقار غير المحفظ هو الحيازة أي وضع اليد والتصرف فيها بشكل عادي وعلني واستمرار وخلو من اللبس⁽⁵⁸⁾ ومن أهم ما يطبع النزاعات حول العقارات غير المحفظة تمحورها حول دعوتين رئيسيتين وهما: دعوى الاستحقاق ودعوى الحيازة، فدعوى الاستحقاق دعوى عينية يطالب فيها المدعى بالملكية، فالاستحقاق هو انتزاع الشيء من يد حائزه بظهور مالكة الحقيقي⁽⁵⁹⁾ فهي دعوى تهدف حماية الملكية، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير⁽⁶⁰⁾ والحيازة هي سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على الشيء أو على حق عيني وهي إما استحقاقية يستحق بها الحائز الشيء المحوز ويتملكه عند توفر شروطها أو حيازة عرضية تتيح لصاحبها التصرف في الشيء والانتفاع به، وحقه في أن يتملك بها الشيء المحوز⁽⁶¹⁾.

وقد نصت المادة الثالثة من مدونة الحقوق العينية على أنه (يترتب على الحيازة المستوفية للشروط القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس...) وبذلك يكون المشرع قد كرس الإزدواجية في النظام العقاري المغربي بين عقار محفظ وعقار غير محفظ وأعطى للحيازة كسب من أسباب كسب الملكية المشاعة القوة في تثبيت الملكية العقارية لغير المالك الحقيقي ولذلك هناك من يطالب بإلغاء الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية واعتماد أسلوب إحياء العقار عن طريق الاستغلال التجاري والصناعي⁽⁶²⁾، والرأي

56 - د. عز الدين الماحي، السياسة التشريعية في مجال العقار غير المحفظ ندوة العقار غير المحفظ إلى أين: المرجع السابق ص: 113. وقد نص الفصل الثالث من هذا القانون على أن: ((التصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجناينة الجاري بها العمل تبقى سارية المفعول إلى أن يتم مراجعتها لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول)).

57 - محمد مؤمن: المرجع السابق ص: 98

58 - محمد بن أحمد بونبات: الحقوق على العقارات: مرجع سابق ص: 56. 4

59 - امحمد الملوحي المايدي: الأموال في الفقه المالكى، مطبعة إفريقيا الشرق، الطبعة الثانية 1994 ص: 95

60 - محمد براءة غزبول وآخرين: الدليل العملي للعقار غير المحفظ مرجع سابق، ص: 14.

61 - عبد العالي العبودي: الحيازة فقها وقضاء، المركز الثقافي العربي بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996 ص: 21.

62 - المختار عطار: العقار غير المحفظ والتنمية، رصد للجوانب القانونية والاقتصادية، مداخلة في ندوة العقار غير المحفظ إلى أين، مرجع سابق ص: 47.

فيما اعتقد بأن الحيابة في إحياء الأرض المهجورة وسيلة ناجعة في استثمار الأرض وإحياء لسنة النبي صلى الله عليه وسلم: (من أحيا أرضاً مواتاً فهي له) وفي العمل بالحيابة تفضيل المزارع النشيط على المالك. أما الحيابة في غيرها من الصور فهي وسيلة للترامي والغصب فالالتجاء إلى اللبيب والإشهاد به يقول الأستاذ محمد بن أحمد بونيات: (لم يعد يلائم التحديات التي تواجه البوادي والقرى وضعف الإمكانيات فإذا أضفنا إليها مشهد المنازعات حول الحيابات علمنا أن الإنتاج الفلاحي لن يكون إلا في مهب الريح، لذا لا بد من التفكير في نظام حديث للحيابة حفاظاً على أصالتها وتوجهه إلى تطوير آلياتها). (63)

الفقرة الثالثة : العقار في طور التحفيظ

العقار في طور التحفيظ هو العقار الذي وضع له مطلب للتحفيظ ولم يصدر بشأنه قرار التحفيظ، حيث يقدم صاحب هذا العقار مطلباً إلى المحافظ على الملكية العقارية ولم يصدر بعد بشأنه قراراً نهائياً بمقتضى رسم عقاري، ويبقى خاضعاً لأحكام مدونة الحقوق العينية حيث نصت المادة الأولى من القانون رقم 39-08 على أنه: ((تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية مالم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار)) .

وأضافت الفقرة الثانية من نفس القانون على أنه: ((تطبيق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 من رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في مالم يرد به (64) نص في هذا القانون فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجع والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي)) ، وبهذا النص عمل المشرع على إنهاء النزاع الذي كان قائماً حول الأولوية في التطبيق بين قواعد الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود.

وبالرغم من كون وضعية العقار في طور التحفيظ تتسم بعدم الاستقرار بسبب النزاعات التي قد تنشأ عليه ، إلا أن ذلك لا يترتب عليه جمود العقار إذ يمكن أن ترد عليه مجموعة من التصرفات القانونية والتي تتمثل في الرهن والهبة إضافة إلى البيع والوصية.... إلخ ، وبالمقابل يلزم إيداع كل العقود المتعلقة بالتصرفات التي أبرمها صاحب مطلب التحفيظ والعقار لا زال في طور التحفيظ لدى المحافظة على الأملاك العقارية (65) حيث تتم الإشارة إليها في الرسم العقاري طبقاً للفصل 84 من ظهير التحفيظ كما عدل وتمم بالقانون رقم 14.07.

وإذا كان تقديم مطلب التحفيظ مسألة امتيازية ، فإن سحب المطلب بكيفية إرادية من

63 - محمد بونيات : الحقوق على العقارات ، مرجع سابق ، ص : 57

64 - المترجي علوي السعيد : العقار في طور التحفيظ وحماية الخلف الخاص، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2010-2011، ص: 6

65 - محمد بن أحمد بونيات: الحقوق على العقارات ، مرجع سابق ص : 65.

طرف طالب التحفيظ بعد أمرا محظورا من الناحية التشريعية⁽⁶⁶⁾ كما نص على ذلك الفصل السادس من ظهير التحفيظ العقاري كما عدل وتمم بمقتضى القانون رقم 14.07 بالنص على أنه: ((إن التحفيظ أمر اختياري غير أنه إذا قدم مطلب التحفيظ لا يمكن سحبه مطلقا)). ولا سبيل لإجبار صاحب العقار على تحفيظ عقاره باستثناء الحالات التي قرر فيها قانون التحفيظ العقاري وكذا الأنظمة العقارية الخاصة إجبارية التحفيظ.

ومنع سحب مطلب التحفيظ المقرر بنص قانوني لا تعني منع المحافظ العقاري من إلغاء مطلب التحفيظ في الأحوال المقررة والتي تخول له ذلك بمقتضى نص قانوني كما ورد مثلا في الفصل 23 من قانون التحفيظ العقاري والذي تم تعديله بمقتضى القانون رقم 14.07، والذي ورد فيه: ((دون المساس بأحكام الفصل 6 من هذا القانون، إذا نص المحضر على تعيب طالب التحفيظ أو من ينوب عنه أو على عدم قيامه بما يلزم إجراء عملية التحديد، فإن مطلب التحفيظ يعتبر لاغيا، وكأن لم يكن إذا لم يدل بعذر مقبول داخل أجل شهر من تاريخ توصله بالإنذار.

يعتبر مطلب التحفيظ كذلك لاغيا وكأن لم يكن إذا تعذر على المحافظ على الأملاك العقارية أو نائبه إنجاز عملية التحديد لمرتين متتاليتين بسبب نزاع حول الملك)). وقد قرر المشرع مجموعة من الحالات التي يمكن فيها للمحافظ إلغاء مطلب التحفيظ، ويجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها تقييد حق عيني أو التشطيط عليه أن يعلل قراره ويبلغه للمعني بالأمر، ويكون هذا القرار قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبث فيه مع الحق في الاستئناف وتكون القرارات الإستئنافية قابلة للطعن طبقا للفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري كما نسخ وعوض بالقانون رقم 14.07.

وإذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه والتمسك به في مواجهة الغير أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة، ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات وذلك طبقا للفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07.

المطلب الثاني :

تصنيف الأملاك العقارية

يشكل العقار الأرضية الأساسية لانطلاق المشروعات المنتجة، ويكتسي أهمية كبرى على المستوى السياسي والاقتصادي والاجتماعي، فهو مورد رزق الإنسان ومحل سكنه، وهو

الأرضية اللازمة لإقامة الاستثمارات الصناعية والتجارية والحرفية والسياحية، ويعد أداة لتحقيق الاستقرار والسلم الاجتماعيين.⁽⁶⁷⁾

إلا أن مساهمة العقار في التنمية غالبا ما تصطدم بإكراهات عدة خاصة بالنسبة للمغرب الذي يعرف نظاما عقاريا مزدوجا في هياكله ومتنوعا في طبيعته، فإلى جانب العقارات المحفظة الخاضعة لظهير التحفيظ العقاري الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2011 تحت قانون رقم 14.07، الذي غير وتمم ظهير التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913، ثم القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية هناك العقارات غير المحفظة التي تستمد أساسها من مبادئ الفقه الإسلامي وبعض قواعد القانون المدني، إلا أنه بصدر مدونة الحقوق العينية أصبح للعقار غير المحفظ مدونة تطبيق عليه كما تطبق على العقار المحفظ.

هذا علاوة على التنوع الذي يعرفه الوعاء العقاري بالمغرب على مستوى الأنظمة العقارية الخاصة والموزعة بين الأملاك العمومية والأملاك الخاصة بالدولة والأملاك الحسبية وأراضي الجموع وأراضي الجيش لكن كل هذه التنظيمات العقارية لا تخرج عن التصنيف التقليدي للنظام العقاري المغربي فداخل كل تنظيم تتواجد عقارات محفظة وعقارات غير محفظة كما تتفاوت نسبة المحفظ وغير المحفظ بحسب طبيعة كل نظام.⁽⁶⁸⁾

إلا أنه بصدر القوانين العقارية الجديدة المتمثلة في القانون رقم 18.00⁽⁶⁹⁾ المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية ذات الشقق، أو القانون رقم 44.00⁽⁷⁰⁾ المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، أو القانون رقم 51.00⁽⁷¹⁾ المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار وقانون التعمير رقم 12.90⁽⁷²⁾ والقانون رقم 25.90⁽⁷³⁾ المتعلق بالتجزئات العقارية والتي تحكمت في صدورهما مجموعة من الاعتبارات القانونية والاقتصادية والاجتماعية أبرزها الحد من الأزمة

67 - كلمة من إفاثنا أثناء الجلسة الافتتاحية لدعوة «العقار والاستثمار» المنعقدة بكلية الحقوق بوجدة المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه وديبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة بتاريخ 20 ماي 2006، إعداد وتنسيق إدريس الفاخوري دار النشر الجسور، الطبعة الأولى 2007 ص: 8.

68 - محمد خير، مقارنة بين نظام العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة، المرجع السابق، ص: 3.

69 - النصار بتفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.298 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق لـ 3 أكتوبر 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002، ص: 3175.

70 - الصادر بتفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.309 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق لـ 3 أكتوبر 2002، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002، ص: 3183.

71 - الصادر بتفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.202 بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق لـ 11 نونبر 2003، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ 25 دجنبر 2003، ص: 4375.

72 - الصادر بتفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.31 بتاريخ 15 ذي الحجة 1412 الموافق لـ 17 يونيو 1992، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 15 يوليوز 1992، ص: 887.

73 - الصادر بتفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 بتاريخ 15 ذي الحجة 1412 الموافق لـ 17 يونيو 1992، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 15 يوليوز 1992، ص: 880.

السكنية أو على الأقل التقليل من آثارها⁽⁷⁴⁾. أصبحنا نتحدث عن هيكلية جديدة للأنظمة العقارية المغربية فهناك الأنظمة العقارية التقليدية العامة وهي العقارات المحفظة وغير المحفظة، وهناك الأنظمة العقارية الخاصة التقليدية (أراضي الجموع، أراضي الأحباس، أراضي الجيش) والأنظمة العقارية الخاصة الجديدة وهي هذه القوانين العقارية الجديدة، وهذا ما سنحاول دراسته من خلال هذا الموضوع مركزين الدراسة أساسا على الأنظمة العقارية الخاصة سواء منها التقليدية حيث سنحاول بيان الإطار التشريعي المنظم لها وبعض الخصوصيات التي تميزها، أو الجديدة مبرزين الضمانات التي جاءت بها و مساهمتها في خدمة حل أزمة السكن بالمغرب.

وذلك في الفقرتين التاليتين :

الفقرة الأولى : الأنظمة العقارية الخاصة التقليدية

الفقرة الثانية : الأنظمة العقارية الخاصة الجديدة بين الضمانات والإكراهات

الفقرة الأولى : الأنظمة العقارية الخاصة التقليدية

كما قلنا في المقدمة فإن النظام العقاري المغربي مزدوج في هياكله ومتنوع في طبيعته، فإلى جانب العقارات المحفظة وغير المحفظة، هناك أراضي الجموع أو ما يسمى بالأمولاك السلالية والتي تخضع في تنظيمها لمجموعة من الظواهر والمناشير والدوريات إلا أن ظهير 27 أبريل 1919 يعتبر بمثابة الميثاق الجماعي لهذه الأراضي، والأمولاك الحبسية الصادرة بشأنها مدونة خاصة هي مدونة الأوقاف وهذا ما سنحاول دراسته (أولا) هذا إضافة إلى أملاك الدولة الخاصة التي لها خصوصياتها سواء في طرق اكتسابها أو حمايتها أو استثمارها، وأراضي الجيش التي تطرح بعض الإشكاليات بخصوص الطبيعة القانونية لها والقانون الذي تخضع له (ثانيا).

أولا : أراضي الجموع وأراضي الأحباس

سنحاول دراسة الإطار التشريعي لأراضي الجموع والذي يشمل مفهوم هذه الأراضي والقانون المنظم لها ، والهيئات المشرفة عليها وطرق حمايتها (في البند الأول) على أن ندرس بعد ذلك نوع آخر من الأنظمة العقارية وهو الأملاك الحبسية وقد ارتأينا دراسة هذه الأراضي في إطار مدونة الأوقاف دون الرجوع إلى الظواهر القديمة لأن المدونة نسخت أغلبها (في البند الثاني).

1 / الإطار التشريعي لأراضي الجموع

لقد عرف الدكتور محمد خيرى أراضي الجموع بأنها أراضي ترجع ملكيتها إلى جماعات سلالية في شكل قبائل أو دواوير أو عشائر، قد تربط بينهم روابط عائلية أو عرقية واجتماعية ودينية وحقوق الأفراد فيها غير متميزة عن حقوق الجماعة⁽⁷⁵⁾.

ولقد عرف الإطار التشريعي المنظم لهذه الأراضي تطورات عديدة حاول من خلالها المشرع مواكبة التغيرات الاقتصادية والسياسية التي عرفها المغرب سواء قبل الحماية أو أثناء الحماية، وحتى بعد الاستقلال الشيء الذي انعكس على تعدد الهيئات المتدخلة في تدبير أراضي الجموع بين جماعات نيابية ومجلس للوصاية والسلطة الوصية⁽⁷⁶⁾.

ولقد كان استغلال هذه الأراضي قبل الحماية يتميز بطابع التضامن والتكافل الاجتماعي، إلا أنه ومع دخول الحماية عمد سكان القبائل إلى إقامة رسوم الملكية للأراضي الجماعية التي ينتفعون بها في إطار القسمة القبلية⁽⁷⁷⁾.

وللحد من تفاقم هذه التجاوزات أقدمت سلطات الحماية على اتخاذ مجموعة من الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على هذا النظام وضبطه، وإن كانت هذه الإجراءات توجي في مظهرها بأنها تهدف إلى الحفاظ على هذا الموروث الجماعي، إلا أنها كانت تمهيدا للأوضاع للاستيلاء على هذه الأراضي وتمليكها لمستوطنينها⁽⁷⁸⁾.

وتمثلت هذه الإجراءات في إصدار أول منشور بتاريخ فاتح نونبر 1912 عن الصدر الأعظم الموجه إلى الباشوات والقواد والقضاة يمنع فيه تقويت الأراضي الجماعية وبيع على أن تبقى هذه الأراضي جماعية خاضعة للعرف والعادات المحلية كما تم تأكيد ذلك بمقتضى المنشور الصادر بتاريخ 6 مارس 1914⁽⁷⁹⁾ الذي يمنع على القضاة تحرير رسوم تمليك الأراضي الجماعية كما ينص على عدم قابلية هذه الأراضي للبيع.

ولقد توالى بعد ذلك مجموعة من القوانين المنظمة للأراضي الجماعية توجت بصور ظهير 27 أبريل 1919 الذي يعد بمثابة ميثاق للأراضي الجماعية، والذي بدوره عرف مجموعة من التعديلات كان من أبرزها التعديل الذي تم بعد الاستقلال بمقتضى

75 - محمد خيرى، المرجع السابق، ص 77.

76 - عيسى كتب، تدبير أراضي الجموع بين الإطار القانوني والواقع العملي، مجلة المقال، العدد 2، شتاء 2010، ص: 67.

77 - عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية المرجع السابق ص: 20-21.

78 - محمد العايش صغيري، أراضي الجماعات السلالية بين الواقع والأفاق، رسالة لنيل الماستر في القانون الخاص مسلك قانون العقود والمعارف، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص: 3.

79 - منشور وزاري صادر بتاريخ 6 مارس 1914 موجه للعمال والقواد في شأن عدم السماح للجماعات بتقويت الأراضي الجماعية، ج ر عدد

45، صادر بتاريخ 10 ربيع الثاني عام 1332 (13 مارس 1914) من 94

الظهير الصادر بتاريخ 6 فبراير 1963⁽⁸⁰⁾، حيث تم بموجبه وضع هذه الأراضي تحت سلطة الوصاية الإدارية لوزير الداخلية يمارسها بمساعدة مجلس الوصاية، ثم بعده ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري⁽⁸¹⁾، هذا بالإضافة إلى مجموعة من الظهائر والمناشير والدوريات المنظمة لهذه الأراضي ولطرق استغلالها⁽⁸²⁾.

أ - هيئات تدبير أراضي الجماعات السلالية:

لقد أعهد المشرع مهمة تدبير هذه الأراضي لمجموعة من الهيئات هي: الجماعات السلالية، جماعة النواب، ومؤسسة الوصاية.

فموجب الفصل الثاني من ظهير 27 أبريل أسند المشرع للجماعات السلالية الحق في تدبير الأملاك الجماعية وأن تقبض جميع المبالغ التي تكون لها بذمة الغير وتعطي عنها إبراء تاما صحيحا، ولها الحق كذلك في إقامة الدعاوى للمحافظة على مصالحها.

ومن الثغرات التي طالت ظهير 27 أبريل 1919 وكذا النصوص المعدلة له هو عدم تعريفه لذوي الحقوق المستفيدين من هذه الأراضي، أو على الأقل وضع معايير لتحديد صفة ذوي الحقوق وترك الأمر للأعراف والعادات المتداولة داخل كل جماعة. الأمر الذي ترتب عنه في بعض الجماعات إقصاء لفئات معينة من الاستفادة من هذه الأراضي كما هو الحال بالنسبة للنساء السلاليات، حيث وجدن أنفسهن ضحية أعراف تقصيهن من الاستفادة من هاته الأراضي أعراف مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية⁽⁸³⁾، وللدستور المغربي الذي ساوى بين الرجل والمرأة⁽⁸⁴⁾.

ولقد نص الفصل الثاني من ظهير 27 أبريل 1919 على أنه يحق للجماعات السلالية أن تنقل سلطاتها إلى أشخاص تختارهم ويسمى الأشخاص المختارون بجمعية المندوبين أو جماعة النواب وتتمثل اختصاصات جماعة النواب في توزيع الانتفاع بصفة مؤقتة بين أعضاء الجماعة

80 - ظهير رقم 1-62-179 صادر بتاريخ ١٢ رمضان 1328 (6 فبراير 1963) منشور ب. ج. ر. عدد 2626 بتاريخ 27 رمضان 1328 (22 فبراير 1963) ص: 365.

81 - ظهير رقم 1-69-30 صادر بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969) المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، منشور ب. ج. ر. عدد 2960 مكرر بتاريخ 13 جمادى الأولى 1389 (29 يوليوز 1969) ص: 2960.

82 - للإطلاع على هذه الظهائر والمناشير والدوريات المنظمة للأراضي الجماعية وطرق استغلالها يراجع - عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية، ص: 20 وما بعدها.

83 - يقول تعالى في سورة النساء: (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا) - الآية 7.

84 - جاء في الفصل 19 من الدستور المغربي الجديد (ظهير شريف رقم 1-11-91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) بتنفيذ نص الدستور ج. ر. عدد 6459 مكرر، 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011) على أنه: يتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية.....

حسب الأعراف وتعليمات مجلس الوصاية، ودراسة طلبات الطعون المقدمة إليه واتخاذ القرارات بشأنها، والسهر على تنفيذ المقررات المتخذة من طرف مجلس الوصاية، وبالإضافة إلى جماعة النواب توجد أيضا مؤسسة الوصاية حيث نص الفصل الثالث من ظهير 27 أبريل 1919 على أنه: «يعهد بالوصاية على الجماعات إلى وزير الداخلية» ومؤسسة الوصاية هي التي لها سلطة الإذن بتقسيم الأراضي الجماعية⁽⁸⁵⁾ والإذن للجماعات بتقديم مطالب التحفيظ⁽⁸⁶⁾، والبت في الطعون المقدمة ضد مقررات جمعية المندوبين ...

ب / الحماية القانونية والقضائية لأراضي الجموع

من أجل تطهير الأراضي الجماعية من كل منازعة وتحديد الوضعية القانونية والمادية لها مكن المشرع الجماعات السلالية من إتباع مسطرتين من أجل تحقيق ذلك :

الأولى سلوك مسطرة التحديد الإداري طبقا لظهير 18 فبراير 1924 إذا كانت مساحة الأرض الجماعية تساوي أو تتفوق 500 هكتار أو تعلق الأمر بعقارات يمكن ضمها لبعضها البعض فتصبح ذات مساحة هامة تتفوق أو تساوي 500 هكتار، والمسطرة الثانية تتمثل في سلوك مسطرة التحفيظ العقاري طبقا لمقتضيات ظهير 14.07 إذا كانت مساحة الأرض الجماعية تقل مبدئيا عن 500 هكتار .

ولحماية هذه الأراضي أو كل المشرع فض المنازعات المرتبطة بها إلى جماعة النواب للبت في الطعون الموجهة إليها ، فإذا قبل الأطراف بالقرار النيابي يتم تنفيذه، أما إذا رفض الأطراف تنفيذ القرار النيابي واختاروا الطعن فيه أمام مجلس الوصاية فالاختصاص ينتقل إلى هذا الأخير وليس إلى أي جهة قضائية أخرى، غير أن الواقع العملي يبين طول مسطرة المصادقة على القرارات النيابية من طرف مجلس الوصاية مما ينعكس سلبا على كل تنمية أو استثمار يمكن أن تكون أراضي الجموع موضوعا لها.

كما أن النزاعات الواقعة حول هذه الأراضي مازال يتم تصفيتا خارج أي رقابة قضائية ، فاختصاص القضاء محصور في حالات استثنائية ، حيث مهمة فض النزاعات المرتبطة بهذه الأراضي موكولة لمجلس الوصاية ، وذلك بناء على المنشور الوزاري رقم 62/3 المشترك بين وزير الداخلية ووزير العدل الصادر بتاريخ 62/3/12 الذي حدد الحالات التي تختص بها المحاكم والحالات التي تختص بها الجماعات النيابية.

85 - الفقرة الثانية من الفصل الرابع من ظهير 27 أبريل 1919 المتعلق بتنظيم الوصاية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية ونفوتها .

86 - الفقرة الأولى من الفصل الخامس من ظهير 1919/04/27 .

وهو المنشور الذي يعتمد عليه المجلس الأعلى من أجل منع المحاكم من البت في النزاعات المتعلقة بأراضي الجموع والمسندة بمقتضى المنشور لمجلس الوصاية⁽⁸⁷⁾. بل أبعد من ذلك يذهب المجلس الأعلى إلى إلزام المحاكم عندما يعرض عليها نزاع يتعلق بأراضي الجموع يدخل ضمن اختصاص مجلس الوصاية أن تصرح بعدم اختصاصها وتحيله على الجهة المختصة⁽⁸⁸⁾.

وعليه فإننا نتساءل مع أحد الباحثين⁽⁸⁹⁾ كيف يمكن لمنشور مخالف للقواعد الإجرائية المعمول بها أمام القضاة وبالاخص قانون المسطرة المدنية الذي يعتبر المحكمة الابتدائية صاحبة الولاية العامة أن يؤسس لقواعد اختصاص ؟.

وعليه يجب إعادة النظر في هذا المنشور وفي توجهات المجلس الأعلى التي لا تتسجم مع القانون ومع التطورات الاقتصادية والسياسية التي يعرفها المغرب.

ولعل ما يقرم دور القضاء في فض النزاعات المرتبطة بأراضي الجموع هو ما نص عليه الفصل 12 من ظهير 27 أبريل 1919 حيث منع الطعن في قرارات مجلس الوصاية، وهو التوجه الذي عبرت عنه الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى في مجموعة من قراراتها⁽⁹⁰⁾.

وهو توجه مخالف لما استقر عليه قضاء الموضوع⁽⁹¹⁾، وبعض المهتمين⁽⁹²⁾، حيث اعتبروا قرارات مجلس الوصاية قرارات إدارية تقبل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

2/ وضعية الأملاك الحسبية من خلال مدونة الأوقاف الجديدة

وعيا من المشرع المغربي بأهمية الوقف الثقافية والاقتصادية والاجتماعية والسياسية كذلك فقد تدخل لتنظيمه وحمايته ، وأصدر مجموعة من الظواهر خاصة في فترة الحماية أهمها ظهير 21 يوليوز 1913 المتعلق بنظام تحسين الأحباس العمومية⁽⁹³⁾، وكذا ظهير 29

87 - قرار صادر عن الغرفة الإدارية عدد 558 بتاريخ 1966/03/20 منشور بمجلة القضاء والقانون الأعداد 85-86-87 السنة السابعة أوردته المايش صغيري ، م . س . ص : 99 .

88 - قرار عدد 231 صادر بتاريخ 1969/05/07 ، أشار إليه المايش صغيري ، م . س . ص : 99 .

89 - المايش صغيري ، م . س . ص : 98 .

90 - قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 97/06/19 قضت فيه بإلغاء الحكم الإداري الصادر عن المحكمة الإدارية بأكادير بتاريخ 95/07/20 وتصدت وحكمت بعدم قبول الطلب على أساس أن قرار مجلس الوصاية لا يقبل الطعن وانظر في نفس الاتجاه : - قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 34 بتاريخ 2004/1/10 ، أشار إلى القرارين محمد الحمداني المنازعات القضائية - حول أراضي الجموع ، مجلة المحامي ، العدد 46 ، ص : 49-51 .

91 - حكم صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس 2005/06/16 ملف عدد 2005/18/3 غ عدد 3/2005/70 غ عدد 3/70/2005 غ . مشار إليه من طرف المايش صغيري ، م . س . ص : 107 .

92 - عبد الوهاب رافع ، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية ، م . س . ص : 101 .

93 - الظهير الشريف المؤرخ في 16 شعبان 1331 (21 يوليوز 1913) متعلق بنظام تحسين حالة الأحباس العمومية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 17.20 شوال 1331 الموافق 19/09/1913.

يناير 1917⁽⁹⁴⁾، وبعض الظواهر الأخرى الصادرة بعد الاستقلال أهمها ظهير 25 يوليوز 1969 الذي تنقل بمقتضاه أوقاف عمومية للدولة⁽⁹⁵⁾، وظهير 8 أكتوبر 1977 في شأن الأحباس المعقبة والمشاركة⁽⁹⁶⁾. ولقد انعكس هذا التعدد في القوانين المنظمة للوقف سلبيًا على تديره وحمايته، ونتج عن ذلك تباين في الاجتهادات القضائية والمواقف الفقهية حول المنازعات التي تطرحها الأملاك الحبسية.

وهو الأمر الذي دفع المشرع المغربي إلى إصدار مدونة الأوقاف بتاريخ 23 فبراير 2010⁽⁹⁷⁾ التي حاولت إيجاد رؤية جديدة لتدبير الأملاك الحبسية والتهوض بها حتى تساهم في تحقيق التنمية والاستثمار، وهكذا نسخت هذه المدونة الظواهر السالفة الذكر ومجموعة من الظواهر الأخرى⁽⁹⁸⁾ حيث تم تعويض الأحكام الواردة في هذه الظواهر والمشار إليها في المادة 166 من مدونة الأوقاف بالأحكام الموازية لها في هذه المدونة⁽⁹⁹⁾.

وقد عرفت 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.

يكون الوقف إما عامًا، أو معقبا، أو مشتركًا».

وتجرى على الأموال الموقوفة وقفا عامًا أو معقبا جميع التصرفات القانونية الهادفة إلى الحفاظ عليها، وتنمية مداخيلها بما يلاءم طبيعتها ويحقق مصلحة ظاهرة للوقف⁽¹⁰⁰⁾.

أ / التصرفات الواردة على الأحباس العامة

الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته ابتداءً أو مآلاً لوجود البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة. ويعتبر في حكم الوقف العام جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية (المادة 50 من مدونة الأوقاف).

94 - الظهير الشريف المؤرخ في 5 ربيع الثاني 1335 (29 يناير 1917) بشأن تنظيم مفتشين أهليين خصوصيين من مستخدمي الأحباس لتحقيق أعمال نظارتها ومراقبتها في خدماتهم الحبسية.

95 - ظهير شريف رقم 69.1.28 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969) تنقل بموجبيه إلى الدولة ملكية الأراضي الفلاحية أو القابلة للفلاحة المعتبرة أوقافًا عمومية.

96 - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1-77-83 بتاريخ 29 شوال 1397 (8 أكتوبر 1977) في شأن الأحباس المعقبة والمشاركة الجريدة الرسمية عدد 3388 مكرر. 26 شوال 1397 الموافق 10 أكتوبر 1977 ص: 2854-2855.

97 - ظهير شريف رقم 01-09-236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5847 فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010) ص: 3154 إلى 3169.

98 - المادة 166، من مدونة الأوقاف.

99 - المادة 167، من مدونة الأوقاف.

100 - المادة 60 من مدونة الأوقاف.

وتخضع الأملاك الوقفية العامة لمجموعة من التصرفات أهمها المعاوضة والكراء.

بالنسبة للمعاوضات فهي إما أن تكون نقدية بمبادرة من إدارة الأوقاف أو بناء على طلب مكتوب ممن يهمه الأمر. على أن تخصص عائدات المعاوضات النقدية لاقتناء عقارات وقفية عامة أخرى ، وذلك حفاظا على أصل الوقف وتنمية مداخيله (101).

ولا تتم المعاوضات النقدية إلا عن طريق إجراء السمسرة أو طلب عروض وبعد مصادقة الأوقاف (102).

أما بالنسبة للمعاوضات العينية أو ما يسمى بالمناقلة فيشترط لإجرائها أن تكون العين المعامض بها محفظة ، وأن تساوي أو تفوق قيمتها النقدية قيمة العين الموقوفة (103).

وتفاديا للمشاكل التي تطرحها المحررات العرفية فقد أوجب المشرع ضرورة تضمين عقد المعاوضات العينية في محرر رسمي (104).

إلا أنه مع ذلك فمازالت المعاوضات العينية الواردة على الأوقاف العامة تثير مجموعة من المشاكل خاصة بالنسبة للمقابر التي تخضع في جزء منها لأحكام الشريعة الإسلامية ويخضع جزء آخر للقانون الوضعي ، فنتيجة للتوسع العمراني الذي تشهده العديد من المدن الكبرى ، فالتساؤل يطرح حول الجهة المختصة بالمقابر هل الدولة ممثلة في وزارة الأوقاف باعتبارها مشرفة على الأوقاف العامة أو أن الاختصاص يعود للجماعات المحلية باعتبارها المسؤولة عن صيانتها (105)؟

أما بالنسبة لكراء الأملاك الحبسية العامة فيتم بناء على عقد بمقتضاه تمنح إدارة الأحياس منفعة عقار إلى آخر مزايد خلال مدة معينة مقابل وجيبة كرائية يؤديها مسبقا.

وقد ميزت مدونة الأوقاف بين كراء الأملاك الوقفية غير الفلاحية، وكراء الأملاك الوقفية الفلاحية.

بالنسبة لكراء الأملاك الوقفية غير الفلاحية فيكون لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات قابلة للتجديد بناء على طلب المكتري وبعد موافقة إدارة الأوقاف والزيادة في السومة الكرائية (106).

101 - المادة 63 من مدونة الأوقاف.

102 - المادة 65 من مدونة الأوقاف.

103 - المادة 72 من مدونة الأوقاف.

104 - المادة 75 من مدونة الأوقاف.

105 - عبد الوهاب رافع ، التصرفات المتعلقة بالأراضي الحبسية والجماعية والمخزنية ، ندوة توثيق التصرفات العقارية ، المنظمة بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005 ص : 381.

106 - المادة 94 من مدونة الأوقاف.

كما أن هذا العقد قابل للفسخ بالإرادة المنفردة لإدارة الأوقاف في حالات معينة⁽¹⁰⁷⁾ أما بالنسبة للأمالك الوقفية الفلاحية فهي تكرر لمدة لا تزيد عن ست سنوات قابلة للتجديد بناء على طلب المكتري وبعد موافقة إدارة الأوقاف والزيادة في السومة الكرائية بنسبة معينة⁽¹⁰⁸⁾.

ولقد منعت مدونة الأوقاف المكتري من تغيير نوع الزراعة وكيفية الاستغلال المنصوص عليها في عقد الكراء وفي دفتر التحملات عند الاقتضاء، إلا بإذن كتابي من إدارة الأوقاف تحت فسخ العقد والتعويض عن الضرر⁽¹⁰⁹⁾.

وما يمكن أن نسجله حول كراء الأملاك الوقفية العامة هو أن هذا العقد يتضمن امتيازات لإدارة الأوقاف على حساب المكتري، حيث تحتفظ إدارة الأوقاف بحق فسخ هذا العقد بإرادتها المنفردة في حالات معينة مع دفع تعويض للمكتري يوازي كراء ثلاثة أشهر وهو تعويض هزيل مقارنة مع الضرر الذي يمكن أن يتعرض له، كما أن مدة الكراء تبقى قصيرة خاصة إذا علمنا أن استفادة المكتري من المشروعات التي يقيمها على العين الموقوفة لا يكون إلا بمرور مدة طويلة، والمشرع وإن كان منح للمكتري حق طلب تمديد مدة الكراء إلا أنه ربطها بالزيادة في السومة الكرائية.

هذا إضافة إلى منع المكتري من إدخال أي تغييرات على العين الموقوفة إلا بعد موافقة إدارة الأوقاف تحت طائلة فسخ العقد، فهذا يمكن أن يساهم في عزوف المكترين عن كراء هذه الأراضي مما ينعكس سلبا على النهوض بهذه الأراضي واستثمارها.

ب - التصرفات الواردة على الأحباس المعقبة:

يعتبر وقفا معقبا ما وقف على ولد أو عقب أو نسل أو ذرية المحبس أو غيره⁽¹¹⁰⁾.

لا يجوز القسمة البتية للمال الموقوف وقفا معقبا، إلا أنه تجوز قسمته قسمة مهايأة فيما يخص الأملاك ذات المداخل المنتظمة، وذلك بتراضي جميع المستحقين، وفي حالة عدم اتفاقهم يكرى الناظر المشار إليه في المادة 118 بعده المال الموقوف لفائدة الموقوف عليهم⁽¹¹¹⁾.

107 - نص المادة 96 من مدونة الأوقاف على أنه: «يحق لإدارة الأوقاف إنهاء عقد كراء الأملاك الوقفية غير الفلاحية في الحالتين التاليتين:

- إذا احتاجت إلى العين المكررة لإقامة مؤسسة ذات صبغة دينية أو علمية أو اجتماعية أو إدارية.

- إذا كان الغرض إعادة بناء العين المكررة أو إدخال تغييرات هامة عليها.

للمكتري الحق في تعويض يوازي كراء ثلاثة أشهر الأخيرة في الحالة الأولى، والأسبقية في كراء العين المعاد بناؤها في الحالة الثانية.

108 - المادة 98 من مدونة الأوقاف.

109 - المادة 100 من مدونة الأوقاف.

110 - المادة 108 من مدونة الأوقاف.

111 - المادة 114 من مدونة الأوقاف.

بالنسبة لمعاوضة المال الموقوف وفقا معقبا فتخضع لنفس الأحكام المتعلقة بمعاوضة المال الموقوف وفقا عاما⁽¹¹²⁾.

ولا يكرى المال الموقوف وفقا معقبا لأكثر من ثلاث سنوات إلا بإذن من إدارة الأوقاف وإلا كان العقد باطلا⁽¹¹³⁾.

7 ونظرا للمشاكل التي يطرحها الوقف المعقب حيث أصبح حاجزا أمام تحقيق أي تنمية عمرانية⁽¹¹⁴⁾، كما يساهم في إخراج العقار من التداول وذلك نظرا للمنازعات المتعلقة به بين الأقباط فتعدهم أشاع البطالة والتواكل فيما بينهم حيث لا يبادرون إلى إصلاح هذا الوقف بقدر ما ينتظرون الربح الناتج عنه والذي يتكلف الناظر بمتحه لهم⁽¹¹⁵⁾، فقد أدى هذا بالمشرع المغربي إلى التوجه نحو تصفية الوقف المعقب انسجاما مع بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والسوري. وهكذا نصت المادة 109 من مدونة الأوقاف على أنه لا يجوز إنشاء الوقف المعقب إلا في حدود ثلاث طبقات الموقوف عليه ثم أولاده ثم أولاد أولاده.

وإذا شمل عقد الوقف أكثر من ثلاث طبقات اعتبر باطلا فيما زاد عنها باستثناء الأوقاف المعقبة المنشأة قبل دخول هذه المدونة حيز التنفيذ.

وقد نصت مدونة الأوقاف من خلال المادة 122 على حالات معينة تصفى فيها الأوقاف المعقبة⁽¹¹⁶⁾، وبذلك تكون المدونة قد تداركت الفراغ التشريعي الذي كان سائدا في ظهير 8 أكتوبر 1977 حيث لم يتم التنصيص على مثل هذه الحالات مما خلق تباينا في الآراء الفقهية حول إمكانية تصفية الوقف المعقب من عدمه⁽¹¹⁷⁾.

ثانيا : أملاك الدولة الخاصة وأراضي الجيش

سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة نظامين من الأنظمة العقارية التقليدية بالمغرب

112 - المادة 115 من مدونة الأوقاف

113 - المادة 116 من مدونة الأوقاف .

114 - عبد الواحد الإدريسي وأحمد مالكي، الأحياس المعقبة بين متطلبات التمييز والتدبير الإداري، مقال منشور بكتاب الأملاك الحسبية، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والمدنية والمقاربية لكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و 11 فبراير 2006، ص: 92 وما بعدها.

115 - محمد بونيات، تصفية الوقف المعقب على العقار في ضوء الإكراهات الاقتصادية والاجتماعية، ندوة الأملاك الحسبية، م. س، ص: 60 وما بعدها .

116 - تنص المادة 122 من مدونة الأوقاف على أنه: «تصفى الأوقاف المعقبة في الحالات الآتية:

- إذا اقتطع نفع المال الموقوف أو قل نفعه إلى حد كبير.

- إذا أصبح المال الموقوف في حالة يتمذر منها الانتفاع به.

- إذا صار عائده لا ينطلي نفقاته والواجبات المفروضة عليه.

- إذا كثر المستفيدين وقل نصيب كل واحد منهم.

117 - راجع في ذلك:

- رشيد المراني، الوضعية القانونية لمعارات الأحياس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2008-2009، ص: 133 وما بعدها.

وهما أملاك الدولة الخاصة فيما يتعلق بطرق اكتسابها وحمايتها والتصرفات الواردة عليها، وأراضي الجيش وما تطرحه من مشاكل بخصوص طبيعتها والأساس القانوني الذي تخضع له.

1 / الإطار التشريعي لأملاك الدولة الخاصة.

بالرجوع إلى ظهور فاتح يوليو 1914 الذي يعتبر بمثابة ميثاق للأموال العامة بالمغرب نجده لا ينص على أي تعريف لملك الدولة الخاص، ولكنه مع ذلك وضع معيارين أساسيين للتمييز بين ملك الدولة العام وملكها الخاص، المعيار الأول هو عدم قابلية المال العام للتفويت لأنه مخصص للاستعمال الجماهيري ولا يمكن تفويته إلا إذا قامت الدولة إلى إخراجه من الملك العام إلى الملك الخاص⁽¹¹⁸⁾، أما المعيار الثاني فهو الترتيب وإزالة الترتيب⁽¹¹⁹⁾، وأمام عدم وجود مفهوم قانوني لملك الدولة الخاص حاول بعض الفقه إيجاد تعريف له وذلك دائما في إطار مقابله مع الطبيعة القانونية للملك العمومي، وهكذا تم تعريفه بأنه مجموعة من العقارات والمنقولات التي تملكها الدولة دون أن تكون مخصصة للعموم، وهي عبارة أخرى للأملاك التي لا تدخل في إطار أملاك الدولة العامة⁽¹²⁰⁾.

وسنحاول من خلال هذه الفقرة التعرض لطرق اكتساب الملك الخاص للدولة (أ) ووسائل حمايته (ب) وطرق استثماره (ج).

أ - كيفية تكوين أملاك الدولة الخاصة:

تسعى إدارة الأملاك المخزنية إلى تملك مجموعة من العقارات سواء كانت مبنية أو عارية، وذلك بإتباعها للطرق العادية في التملك والمتمثلة في مسطرة الاقتناء وضم الأراضي التي لا مال لها، وهذا لا يمنعها من تلقي العقود التبرعية كالهبات والصدقات⁽¹²¹⁾، وبالإضافة إلى الطرق العادية للتملك هناك طرق أخرى استثنائية تتمثل أساسا في الأملاك

118 - حسن الخشين، ملك الدولة الخاص المقاربة القانونية والمالية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق جامعة سيدي محمد بن عبد الله 2001-2002 ص: 344.

119 - يمكن تعريف الترتيب بأنه إجراء إداري تتخذه الإدارة لتحقيق عملية ضم معين إلى حيز الملك العمومي، أما إزالة الترتيب فيفيد توقف العمل بنظام الترتيب.

- قاسمي البلقيتي، دور ملك الدولة الخاص في التنمية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي طنجة 2004-2005 ص: 76.

120 - راجع بخصوص موقف الفقه من مفهوم الملك الخاص للدولة:

- حسن الخشين، م.س، ص: 106 وما بعدها.

121 - قاسمي البلقيتي، م.س، ص: 106 وما بعدها.

المصادرة⁽¹²²⁾، والأراضي المسترجعة وفقاً لظهير 26 شتنبر 1963 وكذا ظهير 2 مارس 1973⁽¹²³⁾.

ومن أهم الطرق الاستثنائية كذلك لتكوين الملك الخاص للدولة هو نزاع الملكية من أجل العامة⁽¹²⁴⁾، والشفعة الممارسة من طرف الدولة⁽¹²⁵⁾.

ب - طرق حماية أملاك الدولة الخاصة:

تملك الدولة بهدف تصفية الوضعية القانونية لأملأها المخزنية، الخيار بين اللجوء إلى إحدى المسطرتين: مسطرة التحديد الإداري المنظمة بمقتضى ظهير 3 يناير 1916⁽¹²⁶⁾ و 24 ماي 1922⁽¹²⁷⁾ حيث يكون اللجوء إليها إجبارياً في الحالات التي تكون حقوقها على العقارات ظنية وليست قطعية⁽¹²⁸⁾، ثم مسطرة التحفيظ العقاري حسب ظهير 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري في الحالات التي يكون لديها وسائل إثبات الملكية قاطعة وقوية.

إلا أنه يجب التأكيد بهذا الخصوص أن عملية التحديد الإداري لملك الدولة الخاص⁽¹²⁹⁾ لا يمكن أن تقوم مقام التحفيظ⁽¹³⁰⁾، وهنا نتساءل عن مدى جدوى هذه المسطرة في الحالة التي تبادر فيها مديرية الأملاك المخزنية عملية التحفيظ ؟

يجيب عن تساؤلنا أحد المهتمين⁽¹³¹⁾ بأن المديرية تسلك هذا الطريق إما لكونها لا تتوفر على وثائق تثبت ملكيتها، أو لضعف حججها، أو حينما تشعر بأن موقفها لن يكون قوياً أمام القضاء.

ج / طرق استثمار الملك الخاص للدولة:

122 - إن عملية المصادرة تشمل جميع الأملاك الصادرة في حق أصحابها عقوبات جنائية تجردهم من ملكيتهم، كما تنصب المصادرات ضد أملاك من كانوا يسمون في عهد الحماية، بالخونة، فتماشيا مع مبدأ السيادة كان من اللازم معاقبتهم عن طريق مصادرة ممتلكاتهم.

- قاسمي البلغيتي، م. س. ص: 112.

123 - ظهير 213.73.1 مصادر بتاريخ 22 محرم 1393 الموافق لـ 2 مارس 1973 بالجريدة الرسمية عدد 3149 بتاريخ 7 مارس 1973 يتعلق باسترجاع الأراضي الفلاحية بيد الممرين.

124 - راجع حول نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة:

- محمّد الكشور، نزاع الملكية من أجل المنفعة العامة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1410 هـ 1989 م.

125 - راجع في ذلك:

- محمد بادن، الشفعة الممارسة من طرف الدولة، مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2005.

126 - ظهير الشريف صادر بتاريخ 3 يناير 1916 منشور بالجريدة الرسمية الصادر يوم 10 يناير 1916 عدد 1441 السنة الرابعة ص: 28.

127 - ظهير الشريف بتاريخ 24 ماي 1922 الموافق لـ 26 رمضان 1340 هـ منشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 4 يوليوز 1922 المتعلق بتحفيظ المقاربات المخزنية المحددة إدارياً وفق ظهير 3 يناير 1916.

128 - العربي مياد التحديد الإداري لأملأ الدولة الخاصة المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 27 أبريل يونيو 1999 ص: 72.

129 - أمين المياطي، مساطر تحسين المقاربات المخزنية - إغافة أم تشجيع للإستثمار - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص مسلك قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2007-2008 ص: 14.

130 - محمد صباب، التحديدات الإدارية، دروس في تدبير الملك الخاص للدولة للتدريب الخاص بإدماج أطر مديرية الأملاك المخزنية فوج 1997 ص: 293.

131 - محمد صباب، م. س. ص: 293.

تتفرد أملاك الدولة الخاصة بمجموعة من الخصائص التي تجعلها متميزة عن باقي الأنظمة العقارية المغربية، ومن أهم هذه الخصائص نجد قابليتها لشتى أنواع التصرفات القانونية من تقويت وكراء، وحتى تخصيص لفائدة المرافق العمومية، مما يضعها في مركز مساواة مع ما يقوم به الأشخاص الطبيعيون من تصرفات .

وبهذه التصرفات المبينة أعلاه تمكنت الدولة من فرض سيطرتها في المجالات الحيوية، باعتبارها المستثمر الأول في قاطرة التنمية الاقتصادية بالمغرب.

بالنسبة لتقويت الأملاك الخاصة للدولة⁽¹³²⁾ فيتم تحت إشراف مديرية الأملاك المخزنية وذلك بإبرام عقود تقويت، وفي إطار هذه العملية قد تقوت الدولة بعض عقاراتها سواء المبنية أو العارية إما للخواص أو للإدارات العمومية ، عن طريق السمسة كقاعدة أو عن طريق التراضي متى كانت هناك أسباب وجيهة لذلك طبقا للفصل 82 من مرسوم 5 مارس 2002.

وإدارة الأملاك المخزنية بهذه التقويات تساهم في حل أزمة السكن، والنهوض بالقطاع الاقتصادي خاصة بالنسبة لتقويت المساكن المخزنية لمن يشغلها من الموظفين⁽¹³³⁾ ، أو تقويت المساكن لقطاع السكنى، أو من أجل إنشاء محلات تجارية ...

إلا أن هذه التقويات ما زالت تطرح بعض المشاكل خاصة تلك الخاصة بالموظفين⁽¹³⁴⁾ ، وكذا البيع بالتراضي الذي يتم في بعض الحالات دون مراعاة المسطرة المطلوبة، حيث أثبت الواقع تقويت أملاك خاصة للدولة للخواص بثمن بخس دون أن تكون لها أهداف استثمارية تعود بالنفع العام على المجتمع⁽¹³⁵⁾.

كما تسخر الأملاك المخزنية لكرائها سواء تعلق الأمر بكراء العقارات العادية أو كراء العقارات الفلاحية، أو كراء العقارات المخزنية لموظفي الدولة⁽¹³⁶⁾. هذا الأخير الذي يطرح مجموعة من المشاكل، راجعة أساسا إلى غياب إطار تشريعي ينظم هذا النوع من السكن، ولعل

132 - راجع بخصوص تقويت الأملاك الخاصة للدولة :

- حسن الخشني : م. س. ص : 344 وما بعدها .

- أماسعاف بن زيان، تدبير الأملاك المخزنية بين المتطلبات القانونية ورهانات التنمية . رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص مسلك قانون العقود والعقار ، كلية الحقوق ، جامعة محمد الأول بوجدة السنة الجامعية 2007-2008 ، ص : 20 وما بعدها .

133 - أماسعاف بن زيان . م. س. ص : 24 وما بعدها .

134 - راجع في ذلك عبد الرحمان حدو ، بيع صنف من أملاك الدولة لمن يشغلها على وجه الكراء من الموظفين المحالين على المباش ، بين إيجابيات مرسوم 18 أغسطس 1987، وسلبات قرار 5 أبريل 1977، مجلة الميادين العدد الثامن السنة 1414هـ/1993 م ص : 287 وما بعدها .

- عبد الوهاب رافع ، التصرفات المتعلقة بالأراضي الحيسية والجماعية والمخزنية . م. س. ص : 385 .

135 - تاريخ الولوج 2012/03/28 www.hespress.com

136 - حسن الخشني ، م. س. ص : 338 وما بعدها .

- أماسعاف بن زيان . م. س. ص : 9 وما بعدها .

أهم إشكال يثار في هذا الصدد هو ما مصير السكن الوظيفي بعد انقطاع الموظف عن وظيفته التي كانت السبب في حصوله على هذا السكن⁽¹³⁷⁾. ولقد حاول المشرع المغربي تجاوز بعض المشاكل التي كان يطرحها كراء الأملاك المخزنية والمتمثلة أساسا في تركز القرارات المتخذة بشأنه مما كان يعوق إمكانية استثمارها وذلك بصور قرار وزير المالية 5 مارس 2002⁽¹³⁸⁾ الذي فوض السلطة إلى ولاية الجهات لكراء الأملاك الخاصة للدولة قصد إنجاز مشاريع استثمارية وكذا الإجراءات المتعلقة بدراسة ملفات الاستثمار.

2 / النظام القانوني لأراضي الجيش:

أراضي الجيش هي أراضي زراعية أو قابلة للزراعة أو مراعي يقتطعها السلطان لإحدى القبائل أو العشائر مقابل خدماتها العسكرية، وذلك قصد استغلالها والانتفاع بها على وجه الشياخ، بدون أداء الضرائب عدا الزكاة، ومنها أخذت هذه الأراضي تسميتها انتسابا إلى قبائل الجيش التي تقطنها وتستغلها⁽¹³⁹⁾.

فهذه الأراضي هي ملك خاص للدولة يستفيد الأفراد فيها بحق الانتفاع فقط ويسمى عقد التسليم هذا بعقد التنفيذ، ويتضمن هذا العقد الانتفاع الشخصي ويعاد إعطاء هذا الحق إلى الأبناء في حالة وفاة المستفيد⁽¹⁴⁰⁾.

ولقد وقع نقاش حول الطبيعة القانونية لهذه الأراضي⁽¹⁴¹⁾، فلمن ترجع ملكية هذه الأراضي هل للدولة أو للقبائل التي منحت لها؟ وكيف نميزها عن الأراضي السلالية؟.

لقد ذهب المجلس الأعلى في قرار له أن الأصل في أراضي الجيش أنها ملكية خاصة للدولة. اقتطعتها لقبائل الجيش مقابل الخدمات العسكرية لأعضائها ومع أداء تعويض مالي، فتبقى ملكية خاصة للدولة، وليس لقبيلة الجيش إلا حق الانتفاع⁽¹⁴²⁾.

137 - بالرجوع إلى مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن نجد القضاء المغربي حدد مجموعة من الحالات وأعتبرها موجبة للإفراغ ومن هذه الحالات التقاعد، العزل، حالة امتلاك سكن خاص، حالة وفاة الموظف وتم منح قاضي المستعجلات إمكانية طرد الموظف باعتباره محتلا للمقار بدون سند.

- لمراجعة هذه الاجتهادات القضائية وكذا موقف الفقه من الإشكالات التي يثيرها السكن الوظيفي يراجع:

- العربي مياد: السكن الوظيفي على ضوء الفقه الإداري والاجتهاد القضائي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية الرباط، الطبعة الأولى، ص: 13 وما بعدها.

- امساعف بن زيان، م. س. ص: 15 وما بعدها.

138 - قرار وزير المالية والخصخصة رقم 02-367 الصادر في 20 ذي الحجة 1422 (5 مارس 2002).

139 - عبد اللطيف الفجلي، المقار بمناطق الحوز وإشكالية الاستثمار، مقال منشور في كتاب المقار والاستثمار، نشر مركز الدراسات القانونية المدنية والمقارنة، المطبعة الوطنية بمراكش، 2003، ص: 61.

140 - عبد الوهاب رافع، منافع الجيش وأراضي الجماعات السلالية، مقال منشور في كتاب الأنظمة المقارنة في المغرب، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها مركز الدراسات القانونية والمدنية والمقارنة بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش يومي 5 و6 أبريل 2006، ص: 77.

141 - محمد مومن، أراضي الجيش بالمغرب تأصيلها التاريخي ونظامها القانوني، مجلة الأملاك، المجلد 8 السنة 2010، ص: 68 وما بعدها.

142 - قرار عدد 3311 المؤرخ في 17/10/2007 في الملف عدد 2609/3/1/2006 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 69، ص: 35 وما يليها.

وأمام غياب نص قانوني ينظم هذه الأراضي خاصة فيما يتعلق بطرق استغلالها وتقسيمها حيث تبقى خاضعة للأعراف المحلية التي تختلف من منطقة إلى أخرى ، فقد أدى ذلك إلى تحويل بعض هذه الأراضي إلى أملاك جماعية أو ملكيات خاصة مع العلم أن هذه الأراضي وإن كانت تشبه من حيث الاستغلال الأراضي الجماعية ، فإنها تختلف عنها لأن هذه الأخيرة تعتبر في الأصل ملكا خاصا للجماعة ، ويخضع تنظيمها لعدة قوانين خاصة بها ، في حين تعتبر أراضي الجيش في الأصل من أملاك الدولة وللقبيلة حق الانتفاع بها⁽¹⁴³⁾.

وهو ما ذهب إليه قرار المجلس الأعلى حيث اعتبر أن أراضي الجيش ليست من أملاك الجماعات ومن ثم فمجلس الوصاية لا يختص باتخاذ أي قرار بشأن استغلالها ، وكل ما له هو الدفاع عن مصالح الجماعات المتعلقة بها ولهذا فإن تصدي مجلس الوصاية للبت في نزاع شخصين حول استغلال هذه الأراضي يعتبر خروجاً عن دائرة اختصاصه مما يستوجب إلغاء المقرر المطعون فيه⁽¹⁴⁴⁾ ، أما فيما يخص طرق استغلال هذه الأراضي فيتم حسب نوعية هذه الأراضي وطبيعتها ، فالأراضي التي لا تصلح للزراعة فمنها ما هو مخصص للرعي المشترك ، ومنها ما هو مخصص للسكنى والمرافق التابعة لها ، وهذه الأراضي غير قابلة للتقسيم.

أما الأراضي الصالحة للزراعة فتوزع دوريا بين رؤساء العائلات⁽¹⁴⁵⁾ . والواقع أن هذه الأراضي أصبحت عائقا أمام التنمية والاستثمار وذلك راجع لعدة أسباب منها غياب قانون منظم لها ، والقسمة في الأراضي الزراعية لا تتم بشكل دوري ولكن يتم الاقتصار على قسمة واحدة تكون نهائية كما أن هذه الأراضي غير قابلة لا للتفويت ولا للحجز لأن القبيلة ليس لها إلا حق الانتفاع أما الرقبة فهي للدولة هذا إضافة إلى حرمان النساء من الاستفادة من حق استغلال هذه الأراضي والمشاركة في التقسيم⁽¹⁴⁶⁾.

وهذا ما دفع السلطات المختصة إلى الإسراع نحو تمليك هذه الأراضي للقبيلة حتى تبقى خاضعة لظهير 27 أبريل 1919 حيث صدرت دورية مشتركة لوزارة الداخلية والإعلام ووزارة الفلاحة والاستثمار الفلاحي عدد 646 بتاريخ 31 يناير 1995 تذهب في هذا التوجه.

ورغم أهمية هذا الحل فقد اعترضته بعض الميقات المتمثلة في صعوبة حصر ذوي الحقوق ، وعدم تحفيظ جل هذه الأراضي⁽¹⁴⁷⁾.

143 - محمد خيري : قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي ، م. س ، ص : 76-77.

144 - قرار عدد 136 صادر بتاريخ 4 ماي 1979 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 (1980) م. س : 125.

145 - محمد مومن ، أراضي الجيش بالمغرب ، م. س ، ص : 79.

146 - محمد مومن ، أراضي الجيش بالمغرب ، م. س ، ص : 79 وما بعدها.

147 - المرجع نفسه ، ص : 82.

الفقرة الثانية : الأنظمة العقارية الخاصة الجديدة بين الضمانات والإكراهات

يصدر القوانين العقارية الجديدة ويتعلق الأمر بقوانين التعمير بشقيها قانون 90-12 المتعلق بالتعمير وقانون 90-25 المتعلق بالتجزئات العقارية ، وكذا القانون المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية 18.00 وقانون بيع العقار في طور الإنجاز 44.00 والقانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار 51.00 أصبحنا نتحدث عن هيكلية جديدة للأنظمة العقارية بالمغرب فإلى جانب الأنظمة العقارية الخاصة التقليدية أصبحت هناك أنظمة عقارية خاصة جديدة ، ومن خلال هذه الفقرة سأحاول دراسة الضمانات التي جاءت بها القوانين العقارية الجديدة (أولا) وبعض الثغرات التي شابت هذه القوانين (ثانيا) .

أولا : الضمانات التي جاءت بها القوانين العقارية الجديدة :

لقد جاءت القوانين العقارية الجديدة بمجموعة من الضمانات للمتعاملين في إطارها من أجل تشجيعهم على الإقبال على هذا النوع من المعاملات مع مراعاة الدخل المحدود للمواطن المغربي ، والأزمة التي يعرفها قطاع السكن ، وهكذا سندرس الضمانات التي جاءت بها قوانين التعمير والملكية المشتركة وكذا بيع العقار في طور الإنجاز والإيجار المفضي إلى التملك العقار .

1 / قوانين التعمير وقانون الملكية المشتركة :

من خلال هذه الفقرة سأعرض للاعتبارات والضمانات الأساسية التي تحكمته في صدور قوانين التعمير ، والقانون المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية .

أ - قوانين التعمير :

نظرا للتوسع الحضري والنمو الديمغرافي المتزايد الذي تشهده المدن والتجمعات العمرانية بالمغرب ، فقد أصبح الأمر ملحا إلى وضع سياسة تعميرية تواكب هذه المتغيرات ، وتتلاءم مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية ، وتأسس لحلول واقعية للأزمة السكنية التي يعرفها المغرب .

وفي هذا السياق كان طبيعيا أن يهتم التشريع المغربي بتنظيم المجال العمراني ، فصدرت بهذا الخصوص جملة من النصوص القانونية ، ويعتبر ظهور 19 أبريل 1914 (148) بشأن تصنيف الأبنية والطرق والتصاميم الموضوعة لهيئة المدن و توسيع نطاقها أول تشريع تم

148 - الظهير الشريف المؤرخ في 20 جمادى الأولى 1332 الموافق لـ 16 أبريل 1914 بشأن تصنيف الأبنية والطرق والتصاميم الموضوعة لهيئة المدن وتوسيع نطاقها والجبايات المفروضة على الطرق .

وضعه من طرف سلطات الحماية ينظم المجال العمراني، وبقيت الخطوط الأساسية لهذا التشريع كما وقع تعديله سارية المفعول إلى بداية الخمسينيات، حيث صدر تشريع جديد في مجال التعمير بواسطة الظهير الشريف الصادر في 30 يوليوز 1952 (149).

لكن هذه القوانين بدل أن تنظم المجال العمراني فقد ساهمت في تشويبه، حيث انتشرت الأحياء الصفيحية والتجمعات السكنية غير القانونية وغير اللائقة بالمواطن (150).

وهذا ما حاولت قوانين التعمير الجديدة تجاوزه ويتعلق الأمر بكل من :

قانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير والقانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات فحاولت هذه القوانين أن تكون أكثر ملائمة للتطورات والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المغرب خاصة بما يتعلق بحل أزمة السكن.

فلا يمكن الحديث عن أي تنظيم للمجال العمراني إذا لم يتم وضع وثائق للتعمير تخدم وتتلاءم مع هذا المجال وهكذا فقد اهتم قانون التعمير رقم 12-90 بوضع وثائق تعمير ذات طابع توجيهي، يتم بموجبها رسم الإطار العام للتجمع العمراني وتحديد عناصر تطوره الأساسية وتتمثل أساسا في المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية والتصميم التوجيهي للمناطق، وأخرى ذات طابع عملياتي، أو تنظيمي يجري بها تنميط الأولى وتفصيل محتوياتها عبر تكريسها عمليا (151).

ويمكن إجمالاً حصر بعض أهداف قانون التعمير رقم 12-90 في :

- تحقيق المرونة الضرورية للتطبيق السليم لوثائق التعمير من جهة وتبسيط إجراءات وضعها والمصادقة عليها من جهة ثانية.

- وضع الأساس القانوني لمخطط توجيه التهيئة العمرانية.

- تحقيق الأهداف المزدوجة والتي تجمع بين الجودة المعمارية وسلامة البناء وجودته عن طريق تدخل المهندسين المعماريين والمهندسين المختصين.

- وضع نظام زجري أكثر فعالية (152).

ولما كانت التجزئات العقارية هي الأداة المناسبة لتنفيذ أهداف وثائق التعمير فقد أصدر

149 - ظهير الشريف متعلق بالشؤون المعمارية صادر بتاريخ 7 ذي الحجة 1371 الموافق لـ 30 يوليوز 1952 .

150 - محمد محجوبي : قراءة عملية في قوانين التعمير المغربية ، الطبعة الأولى 2006 ، مطبعة دار النشر المغربية ، ص : 163 .

151 - تتمثل في تصميم التطبيق وتصميم التهيئة وهي تتعلق بتنظيم العمران في التجمعات الحضرية وتصميم تنمية التجمعات القروية. ثم قرارات التخطيط وتتعلق بالتجمعات الحضرية والقروية على حد سواء .

152 - محمد محجوبي ، م ، ص : 7 .

المشرع قانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية وذلك لتجاوز ثغرات القوانين القديمة ومحاربة التجزئات العقارية غير القانونية، وإعادة هيكلة التجزئات التي تمت خارج القانون، وقد تم تركيز مقتضيات هذا القانون على الاهتمامات التالية:

- إعطاء الإدارة الوسائل الفعالة والوقائية لتفادي خلق التجزئات غير القانونية.
- إعادة هيكلة التجزئات العقارية وتقسيم العقارات.
- التدخل الإلزامي للتقنيين المختصين.
- إحداث نظام زجري أكثر فعالية من شأنه الحد من تنامي التجزئات غير القانونية.
- منع العدول والموثقين وموظفي مصالح إدارة التسجيل العقاريين من تحرير أو تلقي أو تسجيل عقود البيع أو الكراء أو القسمة بدون رخصة تشهد على قانونية أشغال التجزئة أو تقسيم العقارات (153).

ومن الضمانات الأساسية التي جاء بها قانون 25-90 ما يتعلق بتوثيق التصرفات العقارية الواردة على بيع التجزئة العقارية حيث تدخل المشرع من خلال المادة 35 من هذا القانون ومنع بموجبها الموثقين أو العدول أو المحافظين على الأملاك العقارية ومأموري إدارة التسجيل من تلقي أو تحرير أو تسجيل العقود المتعلقة ببيع أو كراء أو قسمة التجزئات العقارية إلا إذا أدلى الأطراف بنسخة مشهود بمطابقتها لأصل محضر التسليم المؤقت، ورتب على مخالفة أحكام هذه المادة البطلان (154).

وبهذا المقتضى يكون المشرع المغربي في إطار هذا القانون قد وضع حدا للتلاعبات والمشاكل التي ظلت ترهق المتعاملين في التجزئات العقارية في ظل القوانين السابقة حيث كان بالإمكان بيع بقع التجزئات العقارية عدة مرات وأحيانا قبل صدور شهادة التسليم المؤقت بتدخل الوسطاء والمضاربين دون وازع أخلاقي لكثرة عمليات النصب والاحتيال وبسبب منتحلي مهنة التوثيق (155).

ب - قانون الملكية المشتركة للعقارات المبنية:

أمام تزايد النمو السكاني بالمجال الحضري وضعف دخل المواطن المغربي وغلاء

153 - محمد محجوبي، م. د.، ص: 11.

154 - تنص المادة 72 من قانون 25-90 على أنه: "تكون باطلة بطلانا مطلقا عقود البيع والإيجار والقسمة المبرمة خلافا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

وتقام دعوى البطلان من كل ذي مصلحة أو من الإدارة.

155 - محمد بونبات، قوانين التخطيط والتسجيل والتجزئة العقارية، منشورات كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض مراكش، سلسلة الكتب العدد 12 طبعة سنة 1996، ص: 148.

الأراضي الحضرية وانتشار المضاربات العقارية كان من اللازم أن تتجه سياسة الدولة نحو اعتماد السكن الاجتماعي وذلك من خلال بناء عمارات سكنية بالمدن وتقسيمها إلى طبقات وشقق تستجيب جزئياً لهذه الضرورة⁽¹⁵⁶⁾.

وقد نشأت عن هذا النمط الجديد للسكن علاقات جوار جديدة وغير مألوفة تتسم بصعوبة تعايش الأسر وعدم احترام قواعد وضوابط الملكية المشتركة، مما نتج عنه إهمال المرفق المشترك وغياب التضامن وثقافة التسامح وحسن الجوار بين الملاك المشتركين وبالتالي تدهور مستوى الإطار السكني والبيئة المرتبطة به⁽¹⁵⁷⁾.

ولقد كان هذا هو الدافع إلى صدور ظهير 16 نونبر 1946 المتعلق بالملكية المشتركة، إلا أن هذا القانون لم يتمكن من الإلمام بجميع المشاكل التي يطرحها السكن الاجتماعي وذلك راجع لمجموعة من السلبات التي شابته منها:

- محدودية صلاحيات وكيل الاتحاد
- عدم الأخذ بعين الاعتبار المجمعات السكنية.
- عدم التنصيص على كيفية إدخال الإصلاحات والبنائات الإضافية⁽¹⁵⁸⁾.
- غياب مقتضى يجبر الملاك المشتركين في العقار بوضع نظام للملكية المشتركة يحسم الأمر في بيان حقوقهم والتزاماتهم المتبادلة.
- الواقع يثبت أن جل سكان العمارات المقسمة إلى طبقات وشقق هم من المكترين مما يترتب عنه عدم احترام بنود ضابط الملكية المشتركة⁽¹⁵⁹⁾.
- ونظراً لهذا فقد كان من اللازم وضع تشريع جديد ينظم الملكية المشتركة يتجاوز ثغرات قانون 16 نونبر 1946، ويستجيب للتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المجتمع المغربي ويساهم في حل أزمة السكن. وفعلًا كان ذلك بصدور قانون 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة الذي تحكمت في صدوره مجموعة من الاعتبارات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فعلى المستوى القانوني فقد جاء هذا القانون لتجاوز ثغرات قانون 16 نونبر 1946 وإضافة مزيد من الشفافية على مستوى تسيير وتدبير الملكية المشتركة.

156 - إدريس الفاخوري، السكن في ظل التشريعات العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص: 16-17.

157 - محمد رزوق، قراءة في مقتضيات القانون رقم 18-00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، ندوة العقار والإسكان، منشورات كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض بمراكش الطبعة الأولى 2003، ص: 25.

158 - المرجع نفسه، ص: 27.

159 - محمد بونيات، نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية دراسة في ضوء القانون رقم 18.00 المطبوعة والوراثة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2003، ص: 11-12.

وعلى المستوى الاقتصادي تم إدماج العقار غير المحفظ لتنفيذ أهداف هذا القانون وهو الأمر الذي من شأنه أن يساهم في تدعيم الموارد المالية والجبائية للدولة.

أما المنطق الاجتماعي لهذا القانون فهو جعل الملكية المشتركة إطارا رحيبا للتعايش والتساكن بين الملاك المشتركين عبر خلق مناخ سليم يبعث على الثقة ويكفل الشروط اللازمة لحسن تسيير العقار⁽¹⁶⁰⁾.

وعموما يمكن تحديد الخطوط العريضة لهذا القانون في:

- توسيع مجال التطبيق ليشمل العقار والمجمعات العقارية المكونة من طبقات وشقق ومحللات سواء كانت مخصصة للسكنى أو للاستعمال المهني أو التجاري.

- سريانه على العقارات كيفما كان نوعها سواء كانت محفظة أو في طور التحفيظ أو غير محفظة.

- وضعه لمعيار تحدد على ضوءه الأجزاء الخاصة المفردة والأجزاء المشتركة بحيث يكون المعيار في الأولى هو الاستعمال الخاص أو الشخصي، وفي الثاني الاستعمال المشترك فيما بين مجموع الملاك أو البعض منهم.

- إلزامية وضع نظام لكل ملكية مشتركة.

- الإبقاء على حق الأفضلية الذي كان مقرر في ظهير 1946 مع تحديد شروط تطبيقه من طرف الملاك المشتركين.

- توسيع وظيفة اتحاد الملاك لتمتد إلى حماية المصلحة الجماعية⁽¹⁶¹⁾.

ومن الأمور المستجدة التي جاء بها قانون 18.00 هو التنصيص على وجوب توثيق جميع التصرفات الواردة على الملكية المشتركة في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ محرر من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان⁽¹⁶²⁾.

والملاحظ أن المشرع المغربي في إطار هذه المادة قد ضيق من فئة الأشخاص المؤهلون لتحرير هذه التصرفات وحسم في أمر تحريرها وأصبح واجبا وبقوة القانون⁽¹⁶³⁾.

160 - محمد رزوق، م. س. ص: 26.

161 - محمد رزوق، ص: 29-30.

162 - المادة 12 من القانون 18.00.

163 - محمد بونيات، نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، دراسة في ضوء القانون 18.00، م. س. ص: 49.

وهذا الأمر فيه ضمانات وأكثر حماية للأشخاص المتعاملين في إطار الملكية المشتركة ويكون بذلك المشرع أقلل الباب على الكتاب العموميين وبعض محرري العقود الذين لا تتوفر فيهم الكفاءة اللازمة والذين قد يحرمون عقودا سيئة في صياغتها أو ناقصة في مضمونها وهو شيء إيجابي سيضع حدا لكثير من التلاعبات التي كانت تحدث في مجال بيع الشقق والطبقات والتي تعرض كثير من الأشخاص لعمليات النصب والاحتيال نتج عنها ضياع حقوقهم (164).

2 / بيع العقار في طور الإنجاز وقانون الإيجار المفضي لتملك العقار :

من أجل تشجيع المتعاملين في إطار عقود بيع العقار في طور الإنجاز ، والإيجار المفضي إلى تملك العقار على الإقبال على هذه العقود وفر لهم المشرع مجموعة من الضمانات سأحاول ذكر بعضها في هذه الفقرة بدءا ببيع العقار في طور الإنجاز (أولا) ثم بعده الإيجار المفضي إلى تملك العقار (ثانيا).

أ - بيع العقار في طور الإنجاز :

لقد تحكمت في صدور القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز مجموعة من الاعتبارات أهمها ما جاء في العرض⁽¹⁶⁵⁾ الذي قدم به السيد كاتب الدولة في الإسكان مشروع القانون 44.00 حيث اعتبر أن المشروع سالف الذكر يندرج في إطار إصلاح القوانين المنظمة لقطاع العقار، من أجل تأهيله وتفعيله والنهوض به، وذلك تماشيا مع التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المغرب في عدة مجالات، وخاصة مجال السكن الذي بات يعرف خصاصا ملحوظا، كما أنه يأتي في سياق المجهودات التي تبذلها الدولة لوضع أسس دولة الحق والقانون ولعصرنة الاقتصاد، كما أن هذا القانون جاء لتجاوز المشاكل التي كان يطرحها بيع العقار في طور الإنجاز حيث كثرت النزاعات حوله مما انعكس سلبا على البائع والمشتري والاقتصاد الوطني ككل.

وهذا النوع من البيوع ليس جديدا في الممارسة التعاقدية بالمغرب بل كان سائدا تحت مسميات مختلفة كالبيع على التصميم أو بيع التصاميم والمشرع المغربي قام بتنظيمه بموجب قانون رقم 44.00 وذلك على غرار المشرع الفرنسي الذي قتنه سنة 1967 والمشرع التونسي سنة 1990⁽¹⁶⁶⁾.

وقد عرف المشرع المغربي بيع العقار في طور الإنجاز وذلك بموجب الفصل الأول من

164 - محمد خيري : الجهات المؤهلة لتحديد العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الإنجاز، ندوة العقار والإسكان، م. س، ص: 131.

165 - عرض السيد محمد ايمباركي كاتب الدولة في الإسكان، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان مشروع قانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز.

166 - خالد يوسف، بيع العقار في طور البناء على ضوء التشريع المغربي، ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الخامسة، مطبعة الأمنية، الرباط، طبعة 2007، ص: 416.

هذا القانون الذي نص على أنه: «كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال».

ويقترّب هذا التعريف من ذلك الذي سنه المشرع الفرنسي في المادة 1601-1 من القانون 1967 إذ عرفه هذا الأخير بكونه: «العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء عقار خلال مدة يحددها القانون»⁽¹⁶⁷⁾.

ومن حسنات التشريع المغربي أنه لم يكتف بذكر التزام البائع فقط كما ذهب إلى ذلك المشرع الفرنسي بل أشار إلى التزام المشتري أيضا، لكن ما يعاب عنه هو أن النص جاء معيبا إلى حد ما من حيث الصياغة اللغوية إذ استعمل كلمة «إنجاز» في حين أن المقصود هو البناء أو التشييد، ومرد ذلك بالأساس الترجمة المعيبة لكلمة édifier الواردة في القانون الفرنسي الذي اقتبس منه القانون المغربي⁽¹⁶⁸⁾.

ولقد حاول المشرع المغربي في هذا القانون وضع مقتضيات تحقق نوعا من التوازن في العلاقة التي تربط بين المبتعث العقاري صاحب المشروع بوصفه بائعا وبين المقتنين للشقق التي توجد في طور البناء⁽¹⁶⁹⁾.

ومن بين الضمانات التي أتى بها هذا القانون الجديد وجوب إبرام عقد ابتدائي بواسطة محضر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ محرر من طرف مهني ينتمي على مهنة قانونية وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 618 من القانون المذكور وتطبق نفس المقتضيات بالنسبة لإبرام عقد البيع النهائي طبقا للفقرة 16 من الفصل المذكور.

وبذلك يكون مشروع قانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز قد أعطى ضمانات أكثر للأطراف في التعاقد بكل ثقة وطمأنينة سيما إذا كان المحرر رسميا نظرا لما للعقد الرسمي من حجة في الإثبات حيث لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور⁽¹⁷⁰⁾.

كما أن توجه المشرع نحو إقرار الرسمية في هذه العقود من شأنه أن يضع حدا أو على الأقل سيخفف من المشاكل التي تنتج عن العقود العرفية التي تبرم من أشخاص غير مؤهلين ولا يتوفرون على التكوين القانوني المطلوب ولا يقدرّون مسؤولية يقومون به⁽¹⁷¹⁾.

167 - «vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat».

168 - خالد يوسف، م. س. ص: 417.

169 - محمد خيري، الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالمقار في طور الإنجاز، م. س. ص: 142.

170 - ينص الفصل 419 من قانون الانتزاعات والعقود على أن: «الورقة الرسمية حجة قاطعة حتى على الغير في الوقائع والاتفاقيات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحضوره وذلك إلى أن يملن فيها بالزور».

171 - راجع حول الآثار السلبية للمحركات العرفية على المعاملات العقارية:

- محمد الربيعي: المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحركات العرفية وضمانات المحركات الرسمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء السنة الجامعية 1999-2000، ص: 138 وما بعدها.

وبالإضافة إلى الضمانات التي يوفرها عقد بيع العقار في طور الإنجاز والمرتبطة بتوثيقه هناك ضمانات أخرى تضمن تنفيذ هذا العقد سواء من طرف المشتري أو البائع.

بالنسبة لضمانات تنفيذ هذا العقد بالنسبة للمشتري فهي على صنفين:

ضمانات قانونية تتمثل أساسا في ما أقره الفصل 10.618 من ق.ل.ع حيث يتم تقييد البيع الابتدائي لعقد بيع عقار في طور البناء تقييدا احتياطيا وهو إجراء يضمن حقوق المشتري ضد أي بيع ثان يلجأ إليه البائع.

وضمانات مالية تظهر في الضمانة البنكية حيث يلتزم البنك بتمويل تمام بناء العقار المبيع في حالة عجز البائع عن ذلك وبمقتضى هذه الضمانة فإن المشتري يضمن كون العقار المبيع سيكتمل أو على الأقل يضمن عدم فقدانه لما دفعه من أقساط في حالة عدم تنفيذ مشروع البناء، وإذا ما رفض البنك منح البائع هذه الضمانة فإن له اختيار ضمانات أخرى تؤمن للمشتري حقوقه في استرجاع الأقساط التي دفعها⁽¹⁷²⁾.

حيث خول الفصل 9-618 من ق.ل.ع للبائع إبرام عقد تأمين لمسؤوليته.

أما بالنسبة للضمانات التي يوفرها هذا القانون للبائع عند تنفيذ العقد فأهمها أنه يبقى هو المالك باعتبار أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد الانتهاء من هذه الأشغال، كما أنه خلال هذه الفترة يتمتع بسلطات رب العمل من حيث الإشراف على ضمان تنفيذ العقد وقت ما اتفق عليه دون تدخل أو رقابة من طرف المشتري⁽¹⁷³⁾.

ب - الإيجار المفضي لتملك العقار:

لما كان هدف المشرع من إصدار قانون 51.00 هو التخفيف من أزمة السكن التي يعرفها المغرب، وتمكين ذوي الدخل المحدود على تملك السكن، وذلك عن طريق الإيجار المفضي إلى تملك العقار، كان لا بد من توفير ضمانات مشجعة سواء للبائع أو المشتري من أجل الإقبال على هذا النوع من العقود⁽¹⁷⁴⁾.

وهذه الضمانات لا تختلف في تلك التي أقرها المشرع في قانون رقم 44.00 المتعلق بالعقار في طور الإنجاز أو القانون رقم 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة خاصة ما هو مرتبط بتوثيق هذه

172 - خالد يوسف، م. س. ص: 434-435.

173 - خالد يوسف، م. س. ص: 436.

174 - راجع حول عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار: =

= - جيهان بونيات: عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2005-2006.

العقود حيث نهج المشرع نفس النهج وأوجب في المادة الرابعة من قانون 51.00 على وجوب تحرير عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار في محرر رسمي أو ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود ورتب على تخلف ذلك البطلان.

ومن الضمانات الأساسية التي وفرها هذا القانون للمكثري هو تمكينه من إجراء تقييد احتياطي على عقد البيع الابتدائي إذا تعلق الأمر بعقار محفظ⁽¹⁷⁵⁾ وذلك للحفاظ المؤقت على حقوق المكثري، أما إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ فتودع نسخة من العقد بسجل خاص بكتابة الضبط المحكمة الابتدائية بدائرة موقع العقار⁽¹⁷⁶⁾.

وبعد أداء الثمن المتبقي من ثمن البيع المتفق عليه في العقد يتم إبرام العقد النهائي وفق أحكام المادة الرابعة⁽¹⁷⁷⁾.

وبالإضافة إلى الضمانات التي سبقت الإشارة إليها يتمتع المكثري الممتلك بمقتضى عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بحق الأفضلية على باقي الدائنين غير المرتهنين⁽¹⁷⁸⁾، وذلك في حالة إعسار البائع أو وفاته، فبمقتضى هذا الحق يمكن للمكثري الممتلك استرجاع جميع الأقساط التي أداها للبائع، لكن بعد استيفاء الدائنين الممتازين والمرتهنين ديونهم في حالة وجودهم.

ويبقى أهم مقتضى جاء به هذا القانون هو تخصيصه على وجوب تضمين العقد بمرجع عقد التأمين المبرم من قبل البائع لضمان العقار، وذلك لضمان حقوق المكثري في الأداءات المدفوعة للبائع أو صاحب المشروع⁽¹⁷⁹⁾.

وإذا كان عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار يوفر ضمانات أساسية للمكثري فإنه لم يغفل مصالح البائع حيث تبقى ملكية العقار بيده ولا تنتقل إلى المكثري الممتلك إلا بعد إبرام عقد البيع النهائي وسداد كافة الثمن تحت طائلة المطالبة بفسخ العقد وفق إجراءات مبسطة إذا أخل المكثري بالتزاماته المتمثلة في عدم أداء الأقساط المتفق عليها داخل أجل استحقاقها⁽¹⁸⁰⁾.

ومن ثم يمكن القول بأن المشرع المغربي حاول ما أمكن في هذا العقد التوفيق بين مصالح المكثري والبائع وذلك خدمة لقضية واحدة هي حل أزمة السكن وتمكين ذوي الدخل المحدود

175 - المادة 5 من قانون الإيجار المفضي لملك العقار .

176 - المادة 6 من قانون الإيجار المفضي لملك العقار .

177 - المادة 16 من قانون الإيجار المفضي لملك العقار .

178 - المادة 11 من قانون 51.00 .

179 - المادة 7 من قانون 51.00 .

180 - إدريس الفاخوري ، م . س ، ص 22.

من الحصول على سكن بدل اللجوء إلى السكن العشوائي وغير القانوني فكان هذا القانون فعلا وسيلة لتسويق الرصيد السكني المجمد على مستوى بعض المدن⁽¹⁸¹⁾.

ثانيا : مظاهر القصور في القوانين العقارية الجديدة

لقد وفر المشرع للمتعاملين في إطار القوانين العقارية الجديدة مجموعة من الضمانات، إلا أن هذه الضمانات تصطدم بالعديد من الإكراهات التي تحول وأهداف هذه القوانين (البند الأول) وإذا كان إدماج المشرع للعقار غير المحفوظ في حل أزمة السكن جاء استجابة لضعف الرصيد العقاري، فإن هذا الأمر لا يخلو من صعوبات، هذا بالإضافة إلى المشاكل المرتبطة بالتمويل (البند الثاني).

1 / الإكراهات القانونية والواقعية التي تحول دون فعالية القوانين العقارية الجديدة :

من خلال هذه الفقرة سنحاول دراسة بعض الثغرات التي شابت قوانين التعمير المغربية وكيف تم تجاوزها في ظل مشروع مدونة التعمير 04.04 (أولا) على أن نبين بعد ذلك بعض المعوقات القانونية والواقعية التي ساهمت في عرقلة أهداف القوانين العقارية الجديدة (00.51-00.44-00.18).

أ - مظاهر القصور في قوانين التعمير المغربية

لقد كان الهدف من صدور قانون 12.90 المتعلق بالتعمير، وقانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية هو تجاوز ثغرات قوانين التعمير القديمة والتخفيف أو الحد من السكن العشوائي وغير القانوني إلا أن هذه القوانين هي الأخرى شابتها مجموعة من الثغرات يمكن ذكر بعضها على الشكل التالي:

✱ انفراد الإدارة المكلفة بالتعمير بإعداد وثائق التعمير دون إشراك الجماعات المحلية وهو ما يطرح عدة مشاكل عند التطبيق، تتمثل في عدم ملائمة هذه الوثائق للواقع، هذا فضلا عن تعدد المتدخلين في إعداد هذه الوثائق وتنفيذها⁽¹⁸²⁾.

✱ افتقار بعض المدن المغربية لوثائق تخطيط وتنظيم المجال العمراني بها مما يساهم في انتشار السكن العشوائي وغير القانوني.

- جعل تحريك الدعوى العمومية بشأن مخالفة قوانين التعمير بيد رئيس المجلس

181 - إدريس الفاخوري المرجع السابق، ص: 22.

182 - محمد محجوبي، م. س، ص: 9.

الجماعي⁽¹⁸³⁾ الذي له أيضا سحب الشكايات والتخلي عن المتابعة⁽¹⁸⁴⁾ وهو إجراء يعتبر عرقلة واضحة في زجر المخالفات يجعل القضاء لا يضع يده إلا على المخالفات التي تريدها الإدارة وليس غيرها⁽¹⁸⁵⁾.

- ضعف الجزاءات الزجرية في قوانين التعمير والتي لا تتجاوز عقوبات مالية مفروضة على المخالفين، الأمر الذي يشجع المضاربين أكثر على تجاوز ومخالفة قوانين التعمير.

- حرية التعاقد في الميدان العقاري وغياب إقرار إجبارية العقود الرسمية في المعاملات العقارية حيث إن السكن غير اللائق والتجزئات السرية والمضاربة العقارية وجدت في العقود العرفية التي كثيرا ما تفتقد للشروط القانونية للتعاقد⁽¹⁸⁶⁾.

- المشاكل والمنازعات المرتبطة بالرخص الضمنية حيث اعتبر المشرع في قانون 12.90 أن سكوت المجلس الجماعي عن رفض أو قبول طلب الترخيص يجعل رخصة البناء مسلمة عند انقضاء شهرين من تاريخ إيداع طلب الحصول عليها⁽¹⁸⁷⁾ و بمرور ثلاثة أشهر إذا تلقى الأمر برخصة التجزئة⁽¹⁸⁸⁾.

ونظرا لهذه النواقص التي شابت قوانين التعمير المغربية فقد تم وضع مشروع قانون التعمير رقم 04.04 الذي وضع سنة 2004 وكذا مشروع مدونة التعمير لسنة 2007 والذي جاء بمجموعة من المستجدات أهمها الرفع من العقوبات الزجرية في حق مخالفتي مقتضياته، فالإضافة إلى العقوبات المالية تم إقرار عقوبات حبسية تبعا لخطورة المخالفة وللتخفيف من حدة المنازعات والمشاكل التي قد تتجم عن تحرير عقود البيع والقسمة والإيجار المتعلقة بالتجزئات العقارية فقد أوكل المشرع هذه المهمة إلى الموثقين والعدول على سبيل الحصر⁽¹⁸⁹⁾، تقاديا للعقود العرفية التي تطرح العديد من المشاكل.

وللحد من المنازعات التي طالما اقترنت بالرخصة الضمنية بعد انصرام أجل ثلاثة أشهر من تقديم طلب الإذن في القيام بتجزئة دون جواب من الإدارة كما هو منصوص عليه في المادة 8 من القانون رقم 25.90 أو بمرور أجل شهرين من تقديم طلب الحصول على رخصة

183 - المادة 66 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير.

184 - المادة 67 من قانون 25.90 المتعلق بالتعمير.

185 - جيلالي بوجييس، مقالات في القانون العقاري وقانون البناء، دار القلم، الطبعة الأولى 2006، ص: 109.

186 - عبد الواحد الإدريسي، تداعيات المنازعات العقارية على التدبير العمراني بالمغرب، ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، م. س. ص: 549.

187 - المادة 48 من قانون 12.90 المتعلق بالتعمير.

188 - المادة 8 من قانون 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية.

189 - المادة 101 من مشروع مدونة التعمير 04.04.

البناء كما جاء في المادة 48 من القانون رقم 12-90 فإن مشروع مدونة التعمير اعتبر سكوت رئيس المجلس الجماعي بمثابة رفض لطلب التجزيء أو البناء⁽¹⁹⁰⁾.

ورغم أهمية هذا المشروع والمستجدات التي جاء بها فمن شأن المصادقة عليه كما هو دون مراجعة بعض بنوده أن يخلق جملة من المشاكل حيث تم إعداده من طرف الوزارة المكلفة بالتعمير، دون إشراك الجماعات المنتخبة وكان نتيجة ذلك تقزيم دور هذه الأخيرة في ضبط مخالفة التعمير ومراقبة المجال العمراني حيث تم وضع سلطاتها المتعلقة أساسا بتسليم رخص البناء أو التجزيء تحت رقابة « وكالات التعمير » كما تم التوسيع من دور وزارة الداخلية في ضبط مخالفات التعمير وهو الأمر الذي من شأنه أن يجعل الهاجس الأمني هو الغالب على تدبير المجال العمراني.

ب - المعوقات التي تعترض أهداف القوانين العقارية الجديدة (00.51-00.44-00.18)

لقد جاءت القوانين العقارية الجديدة خدمة لقضية أساسية وهي حل أزمة السكن ومن أجل ذلك اعتمدت مجموعة من الآليات وأقرت العديد من الضمانات⁽¹⁹¹⁾ يأتي في مقدمتها حصر الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة، وبالعقارات في طور الإنجاز، والإيجار المفضي إلى تملك العقار، في الموثقين العصريين والعدول والقضاة بناء على أحكام قضائية والمحامين الصادر بشأنهم لائحة عن وزير العدل تخولهم صلاحية تحرير هذه العقود⁽¹⁹²⁾.

والأمر الذي أثار استغراب أحد الفقه⁽¹⁹³⁾ هو تمييز المشرع المغربي بين المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى والمحامون غير المقبولين للترافع أمام المجلس الأعلى في ما يخص تحرير العقود العرفية المتعلقة بهذه القوانين، فالمحامي المقبول للترافع أما المجلس الأعلى مؤهل تلقائيا للقيام بهذه المهمة وبدون ترخيص، أما المحامي غير المقبول للترافع أمام المجلس الأعلى فحتى يستفيد من ذلك يجب أن يكون مقيدا بلائحة الأشخاص المؤهلين لتحرير العقود إستنادا إلى المادة 30 من ظهير شتبر 1993 المنظم لمهنة المحاماة ما دام أنه ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يخولها قانونها تحرير العقود⁽¹⁹⁴⁾.

- 190 - المادة 394 بالنسبة لرخصة البناء والمادة 69 بالنسبة لرخص التجزيء من مشروع مدونة التعمير 04.04.
191 - راجع الموضوع مفصلا: جيهان بونيات: مركز الكتابة والتسجيل في عقود تهويز العقارات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2011/2012، ص: 138 وما بعدها.
192 - الفصل 12 من القانون رقم 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية، الفقرة الثالثة من النصل 618 من القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز. الفصل 4 من القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار.
193 - محمد خيري، الجهات المؤهلة لتحرير العقود المتعلقة بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الإنجاز، ندوة العقار والإسكان، م. س، ص: 137-138 - محمد الخضراوي، إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية قراءة في قانون 44.00 مجلة الأملاك عدد 2، 2007، ص: 120.
194 - محمد خيري، الجهات المؤهلة لتحرير العقود، م. س، ص: 138.

وهذا التمييز غير مبرر ولا يقوم على أي أساس منطقي فالمحامون وبحسب المادة 30 من القانون المنظم لمهنة المحاماة لهم صلاحية تحرير العقود العرفية كيفما كان نوعها بدون تخصيص، الأمر الذي يكون معه المقتضى الوارد في القوانين العقارية الجديدة والقاضي بالتقييد التلقائي للمحامي المقبول لدى المجلس الأعلى في اللائحة السنوية دون المحامي العادي مخالفا لما تنص عليه هذه المادة⁽¹⁹⁵⁾.

كما نصت هذه القوانين على ضرورة تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامين لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي عمله بدائرتها وهو ما يتناقض مع مقتضيات الفص 53 و348 من قانون المسطرة المدنية التي خولت كتابة الضبط صلاحية تسليم نسخ مصادق على مطابقتها للأصل من الأحكام الصادرة عن المحكمة التي يعملون بها ولا تدخل المصادقة على الإمضاءات ضمن اختصاصهم.

كما أن كتاب الضبط لا يمكنهم القيام بكل هذه المهام والا سيتطلب منهم الأمر خلق مصلحة جديدة داخل كتابة الضبط⁽¹⁹⁶⁾.

كما أن إسناد اختصاص المصادقة على الإمضاءات لكتاب الضبط يتعارض مع القانون رقم 78.00⁽¹⁹⁷⁾ المتعلق بالميثاق الجماعي الذي يجعل اختصاص الإشهاد على صحة الإمضاء لرؤساء المجالس الجماعية، وهو الأمر الذي يجب العمل به في ظل التشريعات العقارية الجديدة أي إسناد اختصاص المصادقة على الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامين إلى رؤساء المجالس الجماعية وليس لكتاب الضبط.

وإذا كان المشرع المغربي قد أحاط عمليات التعاقد في إطار القوانين العقارية الجديدة بمجموعة من الضمانات، فعلى مستوى بيع العقار في طور الإنجاز مثلا قام بفرض إبرام عقد البيع على مرحلتين عقد ابتدائي أولا ثم عقد بيع نهائي بعد سداد كافة الأقساط المتفق عليها فإن هذا الأمر يجعل المستفيد من العقار مالكا مفترضا لا مالك حقيقيا مما يحول دون توفر عنصر الاطمئنان في الملكية رغم ما يوفره التأمين من ضمانات في هذا الإطار⁽¹⁹⁸⁾.

195 - محمد خيري، الجهات المؤهلة لتحرير العقود، م. س.، ص: 137-138.

196 - محمد خيري، الجهات المؤهلة لتحرير العقود، م. س.، ص: 139.

197 - القانون رقم 78.00 الصادر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-02-297 بتاريخ 9 أكتوبر 2002، الجريدة الرسمية عدد 5058 بتاريخ 21 نوفمبر ص: 3468.

198 - مصطفى حيتي، بعض الضمانات لشري العقار في طور الإنجاز على ضوء القانون رقم 44.00 والقواعد العامة، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والنقل بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، حول «العقار والاستثمار» يومي 19 و20 مارس 2006، تحت إعدادنا وتنسيقنا، مطبعة دار النشر الجسور وجدة 1988، ص: 42.

أما بالنسبة للقانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك فهو الآخر يقوم على مرحلتين مثله في ذلك مثل عقد بيع العقار في طور الانجاز ولكن بطريقة أخرى ، حيث يستمر المكثري في أداء الأقساط الشهرية باعتبارها سومة كرائية إلى حين حلول تاريخ الخيار وهنا يكون للمكثري حق الأسبقية في الإقتناء بأدائه لمبلغ محدد مسبقا إلا أن الإشكال المثار في هذا الإطار والذي يؤدي على إضعاف ضمانات هذا القانون هو عدم أحقية المكثري في استرجاع أقساط الكراء المدفوعة مسبقا إذا لم يعد قادرا على الاستمرار في العلاقة التعاقدية⁽¹⁹⁹⁾.

وإذا كان المشرع المغربي من خلال إصداره لقانون 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة قد حاول ما أمكن تجاوز الثغرات التي كان يثيرها القانون القديم 16 نونبر 1946 فإن هذا القانون هو الآخر لقي عدة عراقيل ساهمت في عرقلة أهدافه الاقتصادية والاجتماعية وترتبط أساسا بعدم الإلمام الدقيق بهذا القانون وعدم تأقلم الملاك مع هذا النوع الجديد من السكن والعلاقات التي تتجم عنه ، خاصة أمام التحول من العيش في سكن عائلي مستقل إلى سكن جماعي يجمع العشرات من الأسر في عقار مبني واحد⁽²⁰⁰⁾.

وهو الأمر الذي دفع البعض إلى الحديث عن جحيم السكن المشترك بسبب كثرة النزاعات الاجتماعية، والصراعات اليومية بين قاطني العمارات تكون أحيانا لأسباب تافهة عنوانها الأبرز ضعف ثقافة الجوار لدى السكان أو رفض بعضهم تسديد مستحقات الحراسة والأمن أو التنظيف والصيانة ، واستغلال السطح أو مواقف السيارات⁽²⁰¹⁾.

ومن ثم يمكن القول مع الأستاذ عبد الحق صافي: «إن نجاح فكرة السكن الجماعي ترتبط إلى حد بعيد بتوفير عقلية الملكية المشتركة فكل تجمع يتأثر بسلوك كل واحد من أعضائه، فيجب أن يتمتع كل مالك محل عن فعل ما يعتبره محرما بالنسبة لغيره من الملاك، وتمكينهم من فعل ما يعتبره مباحا له.

ويجب كذلك أن يبرهن مجموعة الملاك المشاركين عن حسن تفاهم وعلاقات الجوار بينهم على الرغبة في التعاون على عمل مشترك، وتحمل تبعاته بصورة متبادلة⁽²⁰²⁾.

2 / الإكراهات المرتبطة بإدماج العقار غير المحفظ في حل أزمة السكن والمشاكل

المرتبطة بالتمويل:

199 - إدريس الفاخوري، السكن في ظل التشريعات العقارية الخاصة ، م. س. ، ص: 28 .

200 - أحمد الهرجاني، القانون الجديد المتفق بنظام الملكية المشتركة للمعتمدين في البناء قراء في المساهمين ورصد إشكاليات تطبيق بعض بنوده ، مجلة العتار والإسكان ، م. س. ، ص: 41 .

201 - مجلة المشهد المغربي ، عدد 8-99 دجنبر 2011 ص: 40 .

202 - عبد الحق صافي، ملكية الشقق في التشريع المغربي واقع وآفاق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء سنة 1989، ص: 232 .

من المستجدات التي جاءت بها القوانين الجديدة هو إدماجها للعقار غير المحفظ لحل أزمة السكن وهي إن كانت خطوة إيجابية لتجاوز ضعف الرصيد العقاري، إلا أنها لا تخلوا من خطورة (أولاً) ونظراً لمشاكل التمويل التي لقيها المستثمرون في قطاع السكن فقد أدى ذلك بالمشرع إلى إصدار قانون 10.98 المتعلق بتسديد الديون الرهنية لتجاوز مشاكل التمويل غير أن هذا القانون انتهى بأزمة في الدول الغربية الأمر الذي أدى إلى إعادة النظر فيه (ثانياً).

أ - إدماج العقار غير المحفظ في حل أزمة السكن.

من المشاكل التي واجهت الساهرين على إعداد القوانين العقارية الجديدة هي ضعف الرصيد العقاري اللازم لتنفيذ أهداف هذه القوانين ، وهو ما دفع الدولة على إدماج العقار غير المحفظ في صلب التنمية للتخفيف من حدة أزمة السكن خاصة وأنه يمثل نسبة مهمة من الرصيد السكني في الدائرة الاقتصادية⁽²⁰³⁾.

ورغم أهمية هذه الخطوة لأنها تروم إشراك العقار غير المحفظ في صلب التنمية وحل أزمة السكن إلا أنها لا تخلو من مشاكل ومجازفات وذلك نظراً لأنها ترسخ الطابع الإزدواجي في النظام العقاري بين عقار محفظ وغير محفظ في الوقت الذي تتم فيه المناقشة بضرورة تعميم نظام التحفيظ العقاري⁽²⁰⁴⁾ هذا فضلاً عن المنازعات التي تطرحها العقارات غير المحفظة خاصة بما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق وتضارب الآراء والاجتهادات حولها مما جعل منها ضماناً ضعيفاً للبنوك في منح الائتمان.

ونعتقد أنه بصدور مدونة الحقوق العينية والتي تطبق على العقارات المحفظة وغير المحفظة ستضع حداً للعديد من المشاكل التي كان يطرحها العقار غير المحفظ .

ب - المشاكل المرتبطة بالتمويل:

إن ضمان تنفيذ القوانين العقارية الجديدة لأهدافها ، وخصوصاً المساهمة في حل أزمة السكن يتطلب أساساً توفير السيولة اللازمة للمستثمرين من أجل إنشاء وحدات سكنية وذلك عبر القروض التي تمنحها مؤسسات الائتمان لهم غير أن ارتفاع الطلب على القروض المرتبطة بهذه المشاريع فاقت الموجودات المالية لهذه المؤسسات وهو الأمر الذي استدعى التدخل لتوفير احتياطي مالي كاف لإنجاز الوحدات السكنية اللازمة من خلال اعتماد تقنية تسديد الديون الرهنية التي نظمها المشرع بمقتضى القانون رقم 10.98، هذه التقنية التي تروم إعادة النظر

203 - إدريس الفاخوري، السكن في ظل التشريعات الخاصة، م. س. ص: 25.

204 - بوعبيد عباسي، التقرير الختامي، مجلة العقار والإسكان، م. س. ص: 219.

في جمود الضمانات البنكية المرتبطة بالعقار لتوفير سيولة مالية تدعم الائتمان قصد إعادة تمويل القروض السكنية وبالتالي إنعاش قطاع السكن عموماً (205).

تقنية تسديد الديون الرهنية، تقوم على الديون الممثلة لقروض مضمونة برهون عقارية من الرتبة الأولى والمنوحة للأغراض التالية:

- تملك المساكن الفردية أو إصلاحها أو توسيعها.
- البناء الفردي للمساكن.
- بناء أو تملك مساكن معدة للاستئجار (206).

وإذا كان لهذه التقنية أهميتها في حل أزمة السكن فإنها قد أبانت عن عدم فعاليتها في الدول الغربية وانتهت بأزمة للرهن العقاري بدأت بإقدام البنوك على منح قروض دون التأكد ما إذا كان المقترضون يتمتعون بمصداقية ائتمانية.

ونظراً لأن البنوك قد اعتمدت في وثيقة الرهن على أسعار فائدة متغيرة مع مضاعفة أسعارها كغرامة تأخر المدين في الأداء، فقد أدى ارتفاع أسعار الفائدة إلى توقف عدد كبير من المقترضين عن سداد قروضهم العقارية، فلجأت البنوك إلى الحجز على العقارات وعرضها للبيع (207).

ولما كانت عدد المحجوزات مرتفعة فقد ساهم ذلك في انخفاض أئمة العقارات، ومن ثم عدم تمكن البنوك من استرجاع ديونها الأمر الذي عجل بإفلاسها.

ولما كانت البنوك غالباً ما تلجأ إلى تقنية تسديد الديون الرهنية التي موجبها تبيع القروض في شكل سندات إلى المستثمرين، وتبرم عقود تأمين مع شركات التأمين قصد سداد قيمة السندات في حالة إفلاس البنك، فإن الأزمة قد انتقلت إلى كل من المستثمرين وشركات التأمين فتعرضوا بدورهم للإفلاس (208).

كما بقيت الأزمة تنتقل إلى معظم الشركات التي لم تستطع الحصول على قروض لتمويل مشاريعها فكانت النتيجة أزمة مالية عالمية لم تسلم منها حتى أعظم الدول الاقتصادية فكيف الأمر بالنسبة للاقتصاد المغربي الذي ما زال يبني نفسه الأمر الذي يقتضي ضرورة إعادة النظر في تقنية تسديد الديون الرهنية وفي مسطرة منح القروض من طرف البنوك.

205 - سفيان ادريوش، تسديد الديون الرهنية، مقارنة قانونية ومالية؛ أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة الموسم الجامعي 2004-2005، ص: 4.

206 - المادة الثانية من قانون 10-98 المتعلق بتسديد الديون الرهنية.

207 - حليمة بن حفو، جدوى الرهن الرسمي العقاري، مجلة الأملاك العقارية العدد 8 السنة 2010، ص: 140.

208 - حليمة بن حفو، م. س. ص: 140.

إن موضوع الأنظمة العقارية بالمغرب يثير مجموعة من الإشكاليات لأنه يرتبط بالعقار أساس كل تقدم اقتصادي ومجتمعي، ومن خلال هذا الموضوع حاولنا تركيز الدراسة على بعض الأنظمة العقارية الخاصة بالمغرب بدءاً بالأنظمة العقارية الخاصة التقليدية، وهي أراضي الجموع وأراضي الأحياس، الأملاك الخاصة للدولة وأراضي الجيش مبرزين خصوصياتها وطرق حمايتها، والإطار التشريعي المنظم لها، وانتهاء بالأنظمة العقارية الخاصة الجديدة وهي القوانين العقارية الجديدة: قانون 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة وقانون 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور انجاز، وقانون 51.00 المتعلق بالإيجار المنفني إلى تملك العقار، وقوانين التعمير المغربية مبرزين الضمانات التي جاءت بها ومساهماتها في حل الأزمة السكنية.

وإننا نعتقد أن النهوض بالنظام العقاري المغربي وجعله أكثر مساهمة في التنمية والاستثمار يقتضي مراعاة الحلول التالية:

- وضع مدونة موحدة للأنظمة العقارية بالمغرب تجمع شتات النصوص القانونية المنظمة لها وتتجاوز ثغراتها .

- في حالة إذا لم يتم الانتهاء إلى الحل السابق يجب تملك أراضي الجموع لذوي الحقوق .

- ضبط مساطر تقويت الأملاك الخاصة للدولة خاصة ما يتعلق بالتفويطات بالتراضي والتفويت للخواص .

- التسريع بإصدار النصوص التنظيمية المعلق على أساسها تطبيق مدونة الأوقاف .

- إصدار مدونة خاصة بالتعمير تتجاوز ثغرات القوانين السابقة وإشراك جميع الفاعلين في إعدادها لا سيما الجماعات المحلية .

- إعادة النظر في بعض المقتضيات التي جاءت بها القوانين العقارية الجديدة ولا سيما ما يتعلق بالتوثيق .

المبحث الرابع

نطاق تطبيق القانون رقم : 39.08.

نصت المادة الأولى من القانون رقم 39.08 الخاص بمدونة الحقوق العينية على نطاق تطبيق هذا القانون بالنص على أنه: ((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 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون ، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح أو المشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي)).

ويتضح من النص السابق بأن مدونة الحقوق العينية تطبق على الملكية العقارية بصفة عامة وكذا على الحقوق العينية المتفرعة عنها وسواء كانت العقارات محفظة أو غير محفظة أو في طور التحفيظ⁽²⁰⁹⁾.

ولا يسري هذا القانون إذا تعارض مع تشريعات خاصة بالعقار حيث تكون الأولوية لهذه التشريعات الخاصة كما هو الشأن بالنسبة للقانون رقم 14.07 والذي يغير ويتم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 الموافق لـ 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري أو القانون المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية أو القانون المتعلق بالتجزئات العقارية. وفي حالة انعدام النص القانوني في مدونة الحقوق العينية فإن المشرع نص صراحة على أولوية تطبيق قانون الالتزامات والعقود وعند انعدام النص في هذا الأخير فإنه يتعين الرجوع إلى الفقه المالكي الراجح منه والمشهور ما جرى به العمل في هذا الفقه ، وبذلك أنهى المشرع الخلاف الذي كان دائرا بين أوساط الفقه المغربي حول أولوية التطبيق بين الفقه المالكي وقواعد قانون الالتزامات والعقود وقد انتقد الأستاذ محمد بونبات مقتضيات نطاق تطبيق مدونة الحقوق العينية بقوله: ((وعند قراءة هذه المادة نجدها غير دقيقة ولا محددة لنطاق العقار ولا لنطاق القانون على السواء، حيث لا نرى كيفية التوحيد المشار إليه في مقدمة هذا المشروع وأن الازدواجية في النظام العقاري لا زالت قائمة، ومسألة تعارض هذا القانون مع التشريعات هي مسألة غير محددة أيضا، إلى غير ذلك من الملاحظات التي يمكن استنتاجها من قراءة المادة 1 المذكورة ولعل الجمع بين نوعي العقارات هو موضوع يستعصي على أي كان وذلك ما نستنتجه بداية))⁽²¹⁰⁾.

209 - راجع ما كتبناه حول العقارات المحفظة ص 26 وما بعدها.

210 - محمد بن أحمد بونبات : الحقوق على العقارات ، المرجع السابق ، ص : 85 و 86 .

الفصل الثاني

الحقوق العينية الأصلية

الحقوق العينية الأصلية هي الحقوق التي تقوم بذاتها ولا تحتاج في قيامها إلى الارتكاز على حق آخر وتتميز هذه الحقوق بأن لها وجود مستقل وهي مقصودة بذاتها سميت بالحقوق 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 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية هي:

1- حق الملكية؛

2- حق الارتفاق والتحملات العقارية؛

3- حق الانتفاع؛

4- حق العمري؛

5- حق الاستعمال؛

6- حق السطحية؛

7- حق الكراء الطويل الأمد؛

8- حق الحبس؛

9- حق الزينة؛

10- حق الهواء والتعلية؛

11- الحقوق العرفية الإسلامية.

ومن خلال هذا الفصل سنلقي نظرة على هذه الحقوق كما هي منظمة في مدونة الحقوق العينية مشيرين في الوقت ذاته إلى المقتضيات القديمة المضمنة في ظهير 2 يونيو 1915 وما استجد في القانون الجديد من خلال تقسيم هذا الفصل إلى تسع مباحث نخصص كل مبحث لحق معين على النحو التالي:

- المبحث الأول : حق الملكية.

- المبحث الثاني : حق السطحية.

- المبحث الثالث : حق الانتفاع.

- المبحث الرابع : حق العمري.

- المبحث الخامس : حق الاستغلال.

- المبحث السادس : الكراء الطويل الأمد.

- المبحث السابع : حق الارتفاق.

- المبحث الثامن : الوقف أو الحبس.

- المبحث التاسع : الحقوق العرفية الإسلامية.

المبحث الأول

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.

ومن خلال هذا المبحث سنتعرض لهذا الحق كما هو منظم في مدونة الحقوق العينية من خلال الوقوف على تعريفه والمستجدات التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية في هذا الإطار مع بيان العناصر المكونة لهذا الحق وخصائصه وذلك في المطلب الأول ونخصص المطلب الثاني لنطاق حق الملكية سواء كان هذا النطاق من حيث التفرعات أو العمق أو الارتفاع ونتناول في المطلب الثالث القيود الواردة على حق الملكية وتعرض لأسباب كسب الملكية في المطلب الرابع ونتكلم عن الملكية المشتركة وانقضاء الشيوع في المطلب الخامس وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول : التعريف بحق الملكية

المطلب الثاني : نطاق حق الملكية

المطلب الثالث : القيود الواردة على حق الملكية

المطلب الرابع : أسباب كسب الملكية

المطلب الخامس : الملكية المشتركة وانقضاء الشيوع.

المطلب الأول

التعريف بحق الملكية

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 إنتهاك حرمة ولا يجوز جرمان 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.

وتقتضي منا دراسة التعريف بالملكية التعرض أولاً للتعريف بها (الفقرة الأولى) مع بيان عناصرها (الفقرة الثانية) والتعرض لخصائصها (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى : 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 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الملكية العقارية بأنها حق يخول لمالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق. ولا يقتصر حق الملكية على أصل الشيء وإنما يمتد هذا الحق إلى شمول فروعه وما ينتج عنه وإلى ثماره أيضاً⁽²¹¹⁾. فملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها إلا إذا نص القانون أو الاتفاق على ما يخالف ذلك (المادة 15 من مدونة الحقوق العينية).

ثم إن مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالاتصاق (المادة 16 من مدونة الحقوق العينية).

وإذا كان لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه فإن ذلك يجب أن يكون في الحدود الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل. (المادة 19 من مدونة الحقوق العينية).

كما أن المادة 23 من مدونة الحقوق العينية تنص على أنه: «لا تنزع ملكية أحد إلا لأجل المنفعة العامة ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون، ومقابل تعويض مناسب».

من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع المغربي في القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية كان أكثر ضبطاً وتنظيماً لحق الملكية، خاصة من حيث تعريفه ونطاقه، وبذلك يكون قد تجاوز مجموعة من النواقص التي كانت سائدة في ظهير 19 رجب 1333 الموافق 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة. فبالرجوع إلى الفصل التاسع من هذا الظهير نلاحظه يعرف الملكية العقارية بأنها: «حق التمتع والتصرف في عقار بطبيعته أو بالتخصيص على أن لا يستعمل هذا الحق استعمالاً تمنعه القوانين والأنظمة». فهذا التعريف يقتصر على إبراز عنصرين من عناصر الملكية وهما حق الاستعمال وحق التصرف ويفغل عنصر الاستغلال الذي لا يقل أهمية عن العنصرين

السابقين، وقد تدارك المشرع المغربي هذا النقص في ظل المادة 14 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية حيث أصبح حق الملكية يشمل سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف.

وإذا كان ظهير 2 يونيو 1915 قد نص على أن حق الملكية حق مطلق فقد قيد مع ذلك في حدود القوانين والأنظمة، وهذا التقييد على هذه الصورة تقييد ناقص إذ لا يكفي للمالك حتى يتجنب المسؤولية أن يمارس حقوقه في حدود القوانين والأنظمة بل يجب عليه حتى يضمن هذه الحدود أن لا يتعسف في استعمال حقه وإلا ترتبت عليه المسؤولية. وهذا ما تمت مراعاته في ظل مدونة الحقوق العينية فهي لم تقيد حق الملكية في حدود القوانين والأنظمة فقط بل كذلك في حدود الاتفاق «فالعقد شريعة المتعاقدين»، وكذلك في إطار عدم التعسف في استعمال هذا الحق وإن كانت مدونة الحقوق العينية لم تشر بشكل صريح إلى نظرية التعسف في استعمال الحق إلا أنه يمكن بناء على بعض نصوصها إقرار هذه النظرية وهكذا نصت المادة 20 من مدونة الحقوق على أنه: «إذا تعلق حق الغير بعقار فلا يسوغ للمالك أن يتصرف فيه تصرفا ضارا بصاحب الحق» كما نصت المادة 21 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «لا يسوغ للمالك العقار أن يستعمله استعمالا مضرا بجاره ضررا بليغا، والضرر البليغ يزال».

وبناء على ما تضمنته المادة 14 من مدونة الحقوق العينية فحق الملكية يمنح صاحبه سلطات ثلاثة تستغرق كل نشاط متصور له على الشيء⁽²¹²⁾، وهذه السلطات هي: الاستعمال والاستغلال والتصرف وهي التي تكون عناصر حق الملكية.

الفقرة الثانية : عناصر حق الملكية

عناصر حق الملكية ثلاثة وهي:

أولا : حق الاستعمال

ويقصد بحق الاستعمال سلطة المالك في استخدام ملكه فيما يصلح له من وجوه الاستخدام⁽²¹³⁾ فاستعمال المنزل يكون بسكناه، واستعمال السيارة يكون بركوبها واستخدامها لمختلف الأغراض وهكذا تختلف أوجه الاستعمال باختلاف الأشياء⁽²¹⁴⁾.

ثانيا : حق الاستغلال

يقصد بحق الاستغلال الحصول على ما يتولد أو ينتج عن الشيء من ثمار⁽²¹⁵⁾ وبعبارة

212 - وقد عرفت المادة 802 من القانون المدني المصري الملكية بقولها: «مالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه».

د. أحمد سلامة، م. س، ص 264.

213 - د. رمضان أبو السعود، م. س، ص 536-537.

214 - د. إدريس العلوي العبدلاوي، م. س، ص 75.

215 - حسن كيرة، الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية، ص 189.

أخرى فإن سلطة الاستغلال هي سلطة الحصول على ما يغله الشيء من ربح أو دخل⁽²¹⁶⁾، والثمار هي ما ينتجه الشيء في مواعيد دورية منتظمة دون مساس بجوهره وهي على نوعين:

1 - ثمار مدنية أو قانونية: وهي عبارة عن ربح الشيء أو ما يغله من دخل نقدي مقابل الانتفاع به ويكون ذلك عندما يسمح مالك الشيء لغيره باستعماله مقابل عوض، كأجرة منزل تم كرائته للغير، وأجرة الأراضي الزراعية المكتراة وفوائد النقود المقرضة والسندات والأسهم.

2 - ثمار مادية: وهي التي تتولد إما بفعل الطبيعة كالكلأ ونتاج المواشي وتسمى بالثمار الطبيعية، وإما بفعل الإنسان كالمحصولات الزراعية وتسمى بالثمار المستحدثة.

ثالثا : حق التصرف

حق التصرف يخول سلطة إجراء جميع التصرفات على الشيء بشكل يستفيد منه صاحب الحق كليا أو جزئيا؛ والتصرف نوعان مادي وقانوني.

فالتصرف المادي معناه تناول مادة الشيء بالتغيير أو التعديل أو الإتلاف⁽²¹⁷⁾ أو بتحويل صورته تحويلا نهائيا لرجعة فيه، فيحق للمالك أن يهدم منزله كله أو بعضه وله أن يحوله إلى محل تجاري... وإن كان له خشب يجوز له أن يصنع منه أثاثا أو أن يحرقه في مدفئته...

أما التصرف القانوني فيقصد به إجراء تغيير في المركز القانوني للشيء⁽²¹⁸⁾ وذلك عندما يعمد المالك إلى نقل سلطاته كلها أو بعضها إلى الغير سواء تم ذلك بالمقابل كالبيع أو بدون مقابل كالهبة، أو غير ذلك من أصناف التصرف. هذه السلطات الثلاثة التي يخولها حق الملكية للمالك وإذا ما اجتمعت في يد واحدة يقال أن الشخص مالك ملكية تامة وقد تكون موزعة بين عدة أشخاص فيكون للشخص حق استعمال الشيء فقط كحق السكنى إذا كان الأمر يتعلق بدار، وقد يكون له حق الاستغلال فقط فيقال بأن له حق الانتفاع.

وما تجدر الإشارة إليه أن التصرف هو العنصر الذي يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى، ولذلك يبقى دائما في يد المالك أما الاستعمال والاستغلال فيجوز ثبوتها لغير المالك.

وإذا كان المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية قد جعل للمالك مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه فإن ذلك يكون في الحدود التي تسمح به القوانين

216 - د. رمضان أبو السعود، م س، ص 527.

217 - راجع أحمد سلامة، م س، ص 265.

218 - د. ادريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 77، وراجع أيضا د. خالد عبد الله عيد، م س، ص 124.

والأنظمة الجاري بها العمل (المادة 19 من مدونة الحقوق العينية) ودون التعسف في استعمال هذا الحق بشكل يضر بالغير (المادة 20 و21 من مدونة الحقوق العينية).

الفقرة الثالثة : خصائص حق الملكية

يتميز حق الملكية بالخصائص التالية:

أولا : الملكية حق عيني،

فهو يمنح صاحبه سلطة مباشرة يستعملها على شيء مادي معين ولذلك يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية على الإطلاق وأهمها وتعتبر بقية الحقوق الأخرى منفصلة عنه (219).

ثانيا : الملكية حق جامع،

ويقصد بذلك أن حق الملكية يخول لصاحبه كل السلطات الممكنة على الشيء إذ يمكن للمالك استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه سواء كان تصرفا ماديا أو مدنيا، ومن هذه الناحية تختلف الحقوق العينية الأخرى عن حق الملكية حيث لا تخول هذه الحقوق لأصحابها سوى بعض هذه السلطات فقط. ومن هنا كانت الملكية حقا جامعا على اعتبار أنها تجمع في مضمونها كل منافع الشيء (220).

ثالثا : الملكية حق دائم،

والمقصود بكون الملكية حق دائم أن الملكية تبقى ما دام الشيء المملوك باقيا ولا تزول الملكية إلا بزوال الشيء أي بهلاكه، ولا يقصد بكون الملكية حق دائم أنها دائمة بالنسبة لشخص المالك على سبيل التأييد والدوام فالمالك قد يتصرف في ملكيته بالبيع أو الهبة، كما قد تنتقل إلى الورثة بالوفاة فهذا لا يعني أبدا أن حق الملكية قد انتهى، فهذا الحق انتقل من صاحبه الأصلي إلى غيره (221) ويترتب على كون حق الملكية حق دائم أنه لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طال الزمن وللمالك الحرية التامة في استعمال أو عدم استعمال ملكه مهما طالت مدة عدم الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزال (222) وذلك بخلاف الحقوق الأخرى التي يطالها التقادم.

وقد يكسب شخص ملكية شيء بوضع يده عليها مدة معينة يحددها القانون ولكن مع ذلك فإن حق المالك لا يسقط بهذا التقادم إذ يجوز له دائما أن يرفع دعوى استحقاق ملكيته وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادم المسقط (223).

219 - د. زيد قدرى الترجمان، مدخل لدراسة القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، ط 1987، ص 26.

220 - د. عبد الرشيد مأمون، دروس في المدخل للعلوم القانونية - الكتاب الثاني، - نظرية الحق، ط 1980، ص 26.

221 - د. ادريس العلوي العبدلاوي، م س، ص 78.

222 - نفس المرجع، ص 71.

223 - زيد قدرى الترجمان، م س، ص 26.

وجدير بالذكر أن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المقيّد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيّدة بالرسم العقاري (الفصل 63 من القانون رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري).

ويختلف حق الملكية في كونه حق دائم عن سائر الحقوق العينية الأخرى لأن هذه الحقوق مؤقتة، فحق الانتفاع مثلا ينتهي بانتهاء أجل المتفق عليه في العقد أو بموت المنتفع...

رابعا : الملكية حق مانع:

وهذا يعني أن حق الملكية مقصور في الأصل على صاحبه دون أن يتعداه إلى الغير، فالمالك وحده يستأثر بمنافع الشيء ولكن قد تكون الملكية مشتركة لشخصين أو أكثر كأن يرث عدة أشخاص منزلا وهذه الملكية تدعى بالملكية الشائعة⁽²²⁴⁾، هذا وقد نص الفصل 920 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: «إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين في الاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشيوع فإنه يوجد في حالة قانونية تسمى الشيوع أو شبه الشركة».

ومصدر الشيوع قد يكون الاتفاق - عقد - كما إذا اشترى شخصان أو أكثر أرضا على الشيوع، كما ينشأ بإرادة المشرع الناشئ بسبب الإرث كما إذا توفي شخص وترك منزلا، فإن المنزل يصبح مشتركا بحكم القانون بين الورثة، والشيوع حالة طارئة لذلك يحق لكل واحد من الشركاء في أي وقت أراد ذلك أن يطلب القسمة طبقا للفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: «لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع ويسوغ دائما لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمة».

وإلى جانب الملكية الشائعة هناك ملكية الطبقات وهي ملكية مشتركة غير شائعة في بعض أجزاء الشيء المشترك وشائعة في الأجزاء الأخرى بحيث - تكون ملكية كل طبقة فردية، وأما الأجزاء المشتركة كالأرض التي أقيم عليها البناء والمصاعد والدهايز فإنها تكون شائعة بين الملاك. وقد أقر قانون الالتزامات والعقود المغربي مبدأ ملكية الطبقات في الفصل 473 وبعد انتشار ملكية الطبقات في دول عديدة خصوصا بعد الحرب العالمية الأولى حيث ساهمت هذه الملكية في حل الأزمة السكنية التي عانت منها - ولا زالت - مختلف دول العالم، فقد تدخل المشرع المغربي بظهير 16 نوفمبر 1946 لتنظيم ملكية الطبقات واعتبر هذا الظهير بأن

224 - الملكية الشائعة هي ملكية مشتركة بين عدة أشخاص على شيء يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل أجزاء الشيء المشترك دون أن تكون الحصة مفرزة عن سواها من الحصص وقد تكون الحصص في الشيء المشترك متساوية كما في أرض مملوكة مناصفة بين شخصين، وقد تكون مختلفة كما في أرض مملوكة لثلاثة أشخاص بنسبة النصف لأحدهم والثلث للثاني والسدس للثالث، والأصل أن تعيين حصص الشركاء عند بدء الشيوع وإذا لم يكن هناك تعيين أو كان شك في التعيين اعتبر الشركاء مشتاقين على التساوي وذلك طبقا للفصل 961 من ق.ل.ع. راجع د. مأمون الكزبري، م.س، ص 241-242.

ملاك الطبقات يشكلون اتحاداً فيما بينهم بحكم القانون وبكيفية إلزامية لضمان حق الانتفاع المشتركة، وهذا ما يسمى باتحاد الملاك⁽²²⁵⁾.

غير أن هذا التشريع خلال فترة العمل به أبان عن محدوديته في تأطير العلاقات بين الملاك المشتركين لعدم تمكنه من الإلمام بجميع المسائل التي يطرحها السكن الاجتماعي، ومن ثم تدخل المشرع من جديد لسن القانون رقم 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية والذي ترجم إرادة الدولة في تحديث وعصرنة القوانين حفاظاً على حقوق المواطنين وتدعيم روح المواطنة بجعل الملكية المشتركة فضاء رحباً للتعايش والتساكن بين الملاك المشتركين⁽²²⁶⁾.

المطلب الثاني

نطاق حق الملكية

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

ويظهر أن نطاق حق الملكية واسع، بحيث يشمل تفرعات العقار وما يعلوه وما يوجد في عمقه.

وعلى ضوء ما سبق، سنتحدث عن نطاق حق الملكية في ثلاث فقرات كالتالي :

الفقرة الأولى : نطاق الملكية من حيث التفرعات

الفقرة الثانية : نطاق الملكية من حيث العمق

الفقرة الثالثة : نطاق الملكية من حيث العلو

الفقرة الأولى : نطاق الملكية من حيث التفرعات

تنص المادة 16 من مدونة الحقوق العينية على أن: (مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالإلتصاق).

إن نطاق حق الملكية واسع جداً، فهو لا يقتصر على تملك الرقبة فقط، وإنما يشمل كل ما ينتج عنه من غلة وما يضم إليه ويدمج فيه بالإلتصاق.

225 - د. مأمون الكزبري، م. س، ص 391.

226 - ادريس الفاخوري، السكن في ظل التشريعات العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 17. للتعرف أكثر على نظام الملكية المشتركة بالمغرب راجع:

- محمد بونبات، نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، المرجع السابق، ص 5 وما بعدها.

فبخصوص حق المالك في تملك غلة الشيء⁽²²⁷⁾ يجب التمييز حسبما تعلق الأمر بالثمار أو بالمنتجات، وفق ما يلي:

- 1- الثمار: وهي كل ما يغله الشيء في فترات معينة، من دون أن يلحقه إتلاف أو نقص محسوس في جوهره، وهي إما ثمار طبيعية كتلك التي تغلها الأرض دون عمل الإنسان كالكلأ مثلاً، أو ثمار صناعية التي يتحصل عليها بواسطة الزراعة كمحاصيل الحقول، بالإضافة إلى الثمار المدنية التي يجنيها المالك في أوقات منتظمة كالسومة الكرائية⁽²²⁸⁾.
- 2- المنتجات: هي كل ما ينتجه الشيء، في فترات منتظمة أو غير منتظمة كالأشجار المثمرة حينما تقلع من الأرض والأحجار حينما تأخذ من المقالع والأنقاض التي تأخذ بعد هدم الأبنية⁽²²⁹⁾.

على أن نطاق حق الملكية من حيث التفرعات لا يأخذ على إطلاقه، وإنما يخضع لاستثناءات محددة تعود بمقتضاها الثمار والمنتجات للغير، ومن الحالات التي يملك فيها الغير ثمار ومنتجات الشيء نذكر:

- حالة تنازل المالك عن ثمار الشيء ومنتجاته لفائدة الغير (حالة الاتفاق).

- حالة وجود نص قانوني يمنح هذه الثمار لغير المالك، ومن ذلك ما جاء في الفصل 103 قانون الالتزامات والعقود بالنص على أنه: «الحائز عن حسن نية يملك الثمار، ولا يلزم إلا برد ما يكون منها ما هو موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء، وما يجنيه منها بعد ذلك. وهو يتحمل من ناحية أخرى، مصروفات الحفظ ومصروفات جني الثمار.

الحائز حسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها».

الفقرة الثانية: نطاق حق الملكية من حيث العمق

يحق للمالك استعمال واستغلال عمق أرضه كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء وأن يقوم بكل تنقيب يرثيه وأن يستخرج جميع المواد التي يمكن أن يحصل عليها كما له أن يتصرف فيه وفق المسموح به تحت قيد القانون أو الاتفاق⁽²³⁰⁾ وعليه فإن للمالك كأصل الاستفادة

227 - سوف لن نتحدث عن الالتصاق في هذا المطلب على اعتبار أننا سنخصص له مطلباً مستقلاً كما سيأتي لاحقاً، في إطار أسباب كسب الملكية.

228 - مأمون الكزبري، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الثاني، مطبعة شركة الهلال العربية، ط 2، 1987، ص: 170.

229 - محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة الأولى 1990، ص: 63-64.

230 - المادة 14 من مدونة الحقوق العينية.

من عمق أرضه والتصرف فيه كما هو الشأن بالنسبة لعلوه، وذلك بالتمتع بالعمق إلى الحد المفيد في الانتفاع عن طريق إقامة الأبنية كالأنفاق والدهاليز⁽²³¹⁾، كما يمكنه أن يتصرف فيه بالبيع أو الهبة، أي يمكن له أن يفوته للغير، كأن يبيع للغير أن يبني كهفاً أو نفقا أو بئراً في أرضه⁽²³²⁾، لكن هذه التصرفات مقيدة بالضوابط والقوانين كما هو الشأن بالنسبة للقانون المتعلق بالمناجم (أولاً) والقانون المتعلق بالمقالع (ثانياً) وكذلك القيود الناجمة عن المحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات كما هي واردة في القانون رقم 22.80⁽²³³⁾ كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 19.05 (ثالثاً)⁽²³⁴⁾.

إن مدونة الحقوق العينية أوردت بعض القيود التي تحد من سلطات المالك في عمق أرضه، كما هو الشأن بالنسبة لتنصيبها على من يعثر على الكنز في عمق أرضه، إذ ألزمت المالك أن يسلم خمسة للدولة⁽²³⁵⁾.

أولاً: القيود المتعلقة بالمناجم.

تحتل المعادن مكانة مهمة في الاقتصاد الوطني حيث تشكل حوالي 35 % من الصادرات الوطنية، وحوالي 50000 منصب شغل، وهو ما يبين أن للقطاع المنجمي مكانة مهمة في تنفيذ التوجهات العامة المتمثلة أساساً في خصوصية المقاولات العمومية، وتنمية العالم القروي، وتوفير مناصب شغل مهمة.⁽²³⁶⁾

والمناجم هي المكامن الطبيعية التي تحتوي على المواد المعدنية الوارد تعدادها في الفصل 2 من ظهير 16 أبريل⁽²³⁷⁾ 1951، مثل الفحم الحجري، الذهب، الفضة، الفوسفات وغيرها من الوقود الصلب الموجود في جوف الأرض والألنيوم والرصاص، وتعتبر المناجم تابعة لملك الدولة نظراً لأهمية المواد المستخرجة اقتصادياً، ولذلك جعلها المشرع ملك للدولة ورسم طريقة استغلالها⁽²³⁸⁾.

وحسب الفصل السادس من الظهير السابق الإشارة إليه، فللدولة الحق وحدها للتنقيب

231 - إدريس السماحي، م س، ص. 60.

232 - محمد بن مجور، م س، ص. 69.

233 - ظهير شريف رقم 1.80.341 بتاريخ 14 صفر 1401 (25 دجنبر 1980) يتضمن الأمر بتنفيذ القانون رقم 22.80 المتعلق بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات، الجريدة الرسمية عدد 3564-12 ربيع الأول 1401 (18 فبراير 1981) ص. 162.

234 - ظهير شريف رقم 1-06-102 صادر في 18 من جمادى الأولى 1427 (15 يونيو 2006) بتنفيذ القانون رقم 19.05 القاضي بتغيير وتتميم القانون رقم 22.80 المتعلق بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات.

235 - المادة 18 من مدونة الحقوق العينية.

236 - محمد بن يدير: القانون المعدني المغربي والإشكالات المتعلقة بالحقوق العرفية المعدنية وحقوق مالك الأرض، ندوة العقار غير المحفوظ إلى أين م س ص 180.

237 - منشور بالجريدة الرسمية عدد، 2012، المؤرخ في 18 مايو 1951، ص. 118.

238 - د. إدريس السماحي، م س، ص. 61.

عن مادة الفوسفات واستثمارها، أما المواد المنجمية الأخرى غير الفوسفات فلا يمكن لأي شخص التنقيب عليها إلا بعد الحصول على إجازة تخوله التنقيب بناء على طلب يتقدم به المعنى بالأمر لدى إدارة الأملاك المنجمية وتعطيه الإجازة، الحق في التنقيب عن مادة منجمية معينة في مربع معين لا يزيد ضلعه عن أربع كيلومترات ولا يمكن لصاحب الإجازة استثمار المادة التي رخص له بالتنقيب عليها إلا بعد الحصول على إجازة الاستثمار أو ما يسمى بامتياز الاستثمار هذه الأخيرة تمنح لصاحب الإجازة بناء على طلبه قبل انقضاء مدة التنقيب وبعد أداء الرسم القانوني (الفصل 37 من الظهير أعلاه).

وإجازة الاستثمار أربع سنوات قابلة للتجديد ثلاث مرات متوالية، ومدة كل فترة أربع سنوات وعند انتهاء فترات التجديد يمكن تمديدتها لمدة لا تزيد عن اثني عشر سنة، (حسب الفصول 55 و56 و61 من الظهير السابق).

وهناك أيضا قيودا خاصة بالمواد الهيدروكاربونية⁽²³⁹⁾ هذه الأخيرة تكون إما طبيعية سائلة أو غازية أو صلبة باستثناء الصخور النفطية⁽²⁴⁰⁾، وتعتبر ملكية الحقول الهيدروكاربونية حقولا مستقلة عن ملكية صاحب الأرض إذ تعتبر ملكا للدولة.

وتمنح امتياز الاستثمار لصاحب إجازة التنقيب أو لصاحب إجازة استثمار بمرسوم ملكي ينشر في الجريدة الرسمية مدته 50 سنة للمواد الهيدروكاربونية السائلة و75 سنة لباقي المواد ويمكن تجديد المدة إلى 15 سنة أخرى مقابل دفع عائد سنوي للدولة⁽²⁴¹⁾.

ثانيا: القيود المتعلقة بالمقالع.

نشير بداية إلى التعريف بالمقالع، ثم نتحدث عن المسطرة الإدارية الخاصة باستغلال المقالع.

أ - التعريف بالمقالع:

نصت المادة الأولى من القانون رقم 01-08 المتعلق باستغلال المقالع⁽²⁴²⁾ على أنه يراد بلفظة «مقلع» (كل مكمن طبيعي لمواد معدنية غير مدرجة في صنف المعادن بمقتضى نظام المناجم الجاري به العمل).

239 - ظهير شريف رقم 1.91.118 صادر في 27 من رمضان 1412 الموافق لفتح أبريل 1992 بتنفيذ القانون رقم 19.90 المتعلق بالبحث عن حقول الهيدروكاربونات واستغلالها.

240 - الفصل الأول من الظهير الشريف رقم 1.02.130 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 08.01 المتعلق باستغلال المقالع والنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5031 بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423 (19 أغسطس 2002) ص: 2355.

241 - د. محمد الحسين بلوشي، ود. محمد العلمي محاضرات في القانون العقاري، 2011، ص: 18.

242 - ظهير شريف رقم 130 - 02-01 صادر في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002) بتنفيذ القانون رقم 01-08 المتعلق باستغلال المقالع - الجريدة الرسمية بتاريخ 10 جمادى الآخرة 1423-19 أغسطس 2002.

وقد ميزت هذه المادة بين نوعين من المقالع، مقالع باطنية وهي التي يستوجب إستغلالها القيام بأشغال باطنية مثل حفر الآبار أو الدهاليز والمقالع المكشوفة وهي التي يباشر إستغلالها دون القيام بأشغال باطنية إما في الهواء الطلق وإما بمسيل مجرى مياه أو بحيرة وإما في قعر البحر أو في الشاطئ.

وقد نصت المادة الثانية من القانون 01-08 على نطاق تطبيق هذا القانون حيث جاء فيها أنه: «يخضع لأحكام هذا القانون كل إستغلال للمقالع يباشر لغرض تجاري أو لأجل إستعمال المواد المعدنية المستخرجة لأغراض غير إنجاز المنشأة التي تستخرج من محرما.

لا تطبق أحكام هذا القانون على عمليات الجرف من أجل تعهد أحواض الموائى والمداخل المؤدية إليها وكذا حقينات ومجاري المياه إن كانت ذات أغراض غير تجارية».

وبالرجوع إلى التعريف الذي أعطاه المشرع للمقالع يلاحظ أنه غير دقيق خاصة مع مقارنته بالتعريف الذي أعطاه المشرع العراقي للمقالع من خلال القانون رقم 139 لسنة 1981 الذي عرف المقالع بأنها المكامن الطبيعية التي تحتوي على الرخام والجبس والحصى والأحجار الكلسية أو الرملية والعوائد والطين والرمل والأنثربة وسواها بالمواد التي تستعمل لأغراض الصناعة والبناء سواء كانت على سطح الأرض أو في باطنها أو في المياه الإقليمية أو تحتها⁽²⁴³⁾.

ب/ المسطرة الإدارية الخاصة باستغلال المقالع:

يتعين على كل شخص يرغب في فتح واستغلال مقلع الحصول على رخصة استغلال تسلمها الإدارة حسب المادة 11 من القانون المتعلق بالمقالع.

ويتعين على المالك أن يتقيد بالمسافة المحددة بخصوص حدود التجويفات، فإنها تحصر بخصوص المقالع المكشوفة في مسافة أفقية لا تقل عن 20 مترا من حدود المحيط الذي تشمله رخصة الاستغلال (الفقرة الأولى من المادة 28).

وفيما يخص استغلال المقالع الباطنية، حدود التجويفات في مسافة أفقية لا تقل عن (20م) متر (تمثل غ) علو التجويف بالأمتار) من المباني أو طرق المواصلات أو الآبار أو قنوات الماء أو المساقى أو الحظائر المجاورة للمساكن ومن حدود من مناطق الملك العام المائي وضافه الحرة (الفقرة الثانية من المادة 28).

وبواجه الشخص الذي يقوم بفتح واستغلال مقلع دون الحصول على رخصة الاستغلال كما هو محدد أعلاه، بعقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50.000 إلى 500.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، حسب المادة 55 من قانون استغلال المقالع.

لقد أثار موضوع استغلال المقالع نقاشا وطنيا في الآونة الأخيرة، وذلك راجع بالأساس لعدم احترام المساطر المنظمة لهذا الاستغلال، بحيث نجد أن هناك مقالع تشتغل خارج القانون، وبدون الحصول على ترخيص رغم صراحة المادة 11 من القانون رقم 08.01 في هذا الإطار إذ نجدها تنص على أنه: «يتوقف استغلال المقالع على الحصول على رخصة استغلال تسلمها الإدارة». وبالتالي فعلى الراغب في استغلال مقلع أن يبادر أولا لتقديم طلب التصريح بالاستغلال يودع لدى المديرية الجهوية أو الإقليمية للتجهيز والنقل.

وكذلك طلب الترخيص باستخراج مواد البناء لدى وكالة الحوض المائي مكونا من الوثائق المنصوص عليها في المادة 16 من المرسوم رقم 2.97.487⁽²⁴⁴⁾

تقوم المديرية الجهوية والإقليمية للتجهيز والنقل بإعداد تقرير حول الملف يتضمن مجموعة من الملاحظات والآراء التي توصلت بها وذلك خلال أجل 10 أيام، يرفع هذا التقرير إلى رئيس اللجنة الإقليمية للمقالع قصد دعوة أعضائها إلى الاجتماع داخل أجل 20 يوما للبت في طلب التصريح⁽²⁴⁵⁾، وفي حالة قبول الطلب تمنح الرخصة لمدة عشر سنوات قابلة للتجديد، يمكن تمديدتها إلى عشرين سنة إذا كانت الرخصة مرتبطة بصناعة تحويلية تستوجب استثمارات ضخمة وتمنح لمدة 3 سنوات بالنسبة للمقالع الواقعة بالملك العمومي البحري⁽²⁴⁶⁾.

غير أنه تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ففي الحالة التي لا يكون فيها طالب الرخصة مالكا للمقلع المعني، فإن مدة الاستغلال لا يمكن أن تتجاوز مدة العقد الموقع من قبل مالك الأرض، وتحدد في رخصة الاستغلال مجموعة من البيانات تخص الشروط العامة للاستغلال المحددة في كناش التحملات.

أما في حالة رفض طلب الترخيص فعلى الإدارة الرد بعدم قبول الطلب داخل أجل المحدد، وفي حالة السكوت بالنسبة للطلب المستوفى لكافة الشروط القانونية يعتبر بمثابة رخصة للاستغلال⁽²⁴⁷⁾.

ويجب أن يكون هذا الرفض معللا ويبلغ للمعني بالأمر⁽²⁴⁸⁾ وقد حدد المشرع من خلال المادة 15 حالات رفض طلب الاستغلال بحيث نجدها تنص على أنه: «ترفض رخصة الاستغلال المزمع القيام به إذا كان يتعارض مع مقتضيات مخطط تدبير المقالع المطبق في المنطقة الواقع

244 - منشور الوزير الأول رقم 2010/6، المؤرخ في فاتح رجب 1431 الموافق 14 يونيو 2010.

245 - منشور الوزير الأول رقم 2010/6، مرجع سابق، ص: 23.

246 - المادة 12 من قانون رقم 08.01.

247 - المادة 14 من قانون رقم 08.01.

248 - المادة 17 من قانون رقم 08.01.

المقلع بها أو في حالة عدم وجود هذا المخطط، إذا كان من شأن الاستغلال المذكور أن يضر بالمصلحة العامة وخاصة الأمن والسلامة والمحافظة على الصحة العمومية والصيد البحري، وتربية الأحياء المائية البحرية وحماية البيئة وتوازن الأنظمة البيئية الطبيعية والتنوع البيولوجي والمحافظة على المواقع والآثار التاريخية وإنجاز عملية من العمليات ذات المنفعة العامة» أيضا ترفض الرخصة في استغلال مقلع جديد لكل مستغل لم يقم بإعادة تهيئة موقع المقلع (249).

والجدير بالذكر أنه يمكن إنهاء صلاحية رخصة الاستغلال بقوة القانون، قبل حلول أجلها، وذلك إما إذا كان العقد أو الرخصة محل فسخ غير قابل للطعن، أو إذا لم يتم الشروع في استغلال المقلع داخل أجل سنة من تاريخ تسليم الرخصة وخلال السنة التالية لتاريخ انصرام أجل 60 يوما بخصوص الرخصة الضمنية (250).

ورغم محاولة المشرع تنظيم استغلال المقالع إلا أنه لم يحقق هذا الهدف بشكل جيد وذلك لعدة أسباب منها: طول مدة إجراءات دراسة طلب الترخيص التي قد تصل إلى 10 أشهر إضافة إلى تعقيدات هذه الإجراءات، مما يؤدي إلى استغلال هذه المقالع بدون الحصول على ترخيص الأمر الذي يكلف الدولة والبيئة على حد سواء، وفي هذا الإطار أكد وزير التجهيز والنقل المغربي على ضرورة تبسيط إجراءات الترخيص بفتح المقالع دعما للاستثمار في هذا المجال (251).

وإننا نعتقد أن النهوض بقطاع المقالع وإشراكه في التنمية الإقتصادية والإجتماعية يرتبط بشكل أساسي بإرادة تشريعية في تحقيق ذلك، فالكل تتائل خيرا بصدر القانون رقم 01-08 المتعلق باستغلال المقالع والذي جاء لينسخ أحكام ظهير 05 ماي 1914، لأنه تضمن بعض مقتضيات التي من شأنها النهوض بهذا القطاع، لكن هذا التتائل سرعان ما اصطدم بمقتضيات الفصل 61 من القانون رقم 01-08 والذي نص على أن هذا القانون يدخل حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ العمل بالنص التنظيمي المتخذ لتطبيقه، الذي يجب أن يصدر داخل أجل أقصاه سنة من تاريخ نشر هذا القانون.

وفي حقيقة الأمر فإن الإشكال ليس في مقتضيات الفصل 61 وإنما الإشكال أنه لم يصدر النص التنظيمي المتخذ لتطبيق هذا القانون لحد الآن، وهو الأمر الذي دفع بعض المهتمين (252) إلى التساؤل عن ما إذا كان هناك نص قانوني ينظم استغلال المقالع بالمغرب؟

249 - المادة 16 من قانون رقم 08.01.

250 - المادة 20 و 21 من قانون رقم 08.01.

251 - تاريخ الولوج 21:00، 03.05، 2010، WWW.ALQUDS.CO.UK.

252 - العربي مياد، هل هناك نص قانوني ينظم استغلال المقالع بالمغرب، جريدة العلم المغربية، بتاريخ 21 مارس 2012

وما إذا كان عدم صدور هذا النص يفسر على أن القانون المنظم لإستغلال المبالغ يعتبر لاغيا وكأنه لم يصدر، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق هو ظهير 5 ماي 1914 المنظم لهذا الميدان خاصة أن الفقرة الثانية من الفصل 61 السالف الذكر صريحة في أنه إبتداء من دخول القانون 01-08 المتعلق بإستغلال المبالغ تكون كل المقتضيات المخالفة أو المتعلقة بنفس الموضوع ولا سيما ظهير 5 ماي 1914 منسوخة⁵

وقد أدى هذا إلى تضارب في العمل القضائي بين ظهيري 05 ماي 1914 و 13 يونيو 2002 فتارة يطبق القضاء المغربي على النزاعات المتعلقة بإستغلال المبالغ ظهير 13 يونيو 2002، وتارة أخرى يعتمد ظهير 05 ماي 1914 لفض النزاعات المعروضة عليه في هذا الشأن⁽²⁵³⁾.

ثالثا، القيود الناجمة عن المحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات.

نص الفصل الأول من القانون رقم 22.80 المتعلق بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات⁽²⁵⁴⁾ على أنه: «يمكن أن تقيد أو ترتب في عداد الآثار العقارات بالأصل أو بالتخصيص وكذا المنقولات التي في المحافظة عليها فائدة بالنسبة لفنون المغرب أو تاريخه أو حضارته».

ولقد حدد الفصل الثاني من القانون رقم 22.80 كما وقع تغييره وتتميمه بموجب المادة الأولى من القانون رقم 19.05 نطاق تطبيق الفصل الأول من القانون رقم 22.80 حيث تجري أحكامه فيما يخص العقارات على:

- المباني التاريخية أو المعالم الطبيعية.

- على المناظر التي لها طابع فني أو تاريخي أو أسطوري أو طريف أو تهم العلوم التي تعنى بالماضي والعلوم الإنسانية بوجه عام.

وفيما يخص المنقولات وهو البند الذي وقع تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم 19.05 فتشمل الوثائق والمحفوظات والمخطوطات التي تكون لها بطابعها الأثري أو التاريخي أو العلمي أو الفني أو الجمالي أو التقليدي قيمة وطنية أو عالمية.

ولقد تضمن القانون رقم 22.80 كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 19.05 مجموعة

253 - حول هذا التضارب القضائي يراجع: العربي مباد المرجع السابق.

254 - القانون رقم 22.80 والذي صدر بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.80.341 بتاريخ 17 صفر 1401 (25 دجنبر 1980) المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 3560 بتاريخ 21 يناير 1981.

من القيود والضوابط المتعلقة بالمحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة والتحف الفنية والعاديات نذكر بعضها على الشكل التالي :

- لا يجوز لأي كان القيام دون رخصة بأعمال الحفر أو البحث في الأرض والبحر قصد استكشاف مبان أو منقولات تكون فيها بالنسبة للمغرب فائدة تاريخية أو أثرية أو أنتروبولوجية أو تهتم العلوم التي تعنى بالماضي والعلوم الإنسانية بوجه عام (الفصل 45 من القانون رقم 22.80).

- في حالة ما إذا أنجزت خلال أعمال ما عملية حفر لم يقصد منها البحث عن آثار قديمة واكتشفت على إثرها مبان أو نقود أو تحف فنية أو عاديات وجب على الشخص الذي أنجز أو عمل على إنجاز هذه العملية أن يخبر باكتشافه في الحال السلطة الجماعية المختصة التي تطلع الإدارة فوراً على ذلك وتسلم المعنى بالأمر وصل بتصريحه (الفصل 46 من القانون رقم 22.80).

- إن التحف الفنية أو العاديات المنقولة المكتشفة خلال عمليات حفر مأذون بها أو خلال أعمال ما تصبح ملكاً للدولة .

وفي هذه الحالة يدفع تعويض لحائزها ، ويحدد مقدار هذا التعويض بالمراضات أو على يد المحاكم (الفصل 49 من القانون رقم 22.80) .

- وكل من لم يحترم مقتضيات والضوابط المشار إليها في القانون رقم 22.80 يتعرض لعقوبات حددها الفصل 52 من القانون رقم 22.80 في غرامة من ألفين إلى عشرة ألف درهم (2.000 إلى 10.000 درهم) وفي حالة العود يعاقب المخالف بغرامة لا يمكن أن تقل عن ضعف الغرامة المحكوم بها سابقاً من غير أن تتجاوز أربعين ألف درهم (40.000 درهم) .

هذا إضافة إلى العقوبات المضمنة في الفصل 54 من القانون رقم 22.80 كما وقع تغييره وتتميمه بموجب المادة الثالثة من القانون رقم 19.05 التي رفعت من هذه العقوبات حتى لا تنحصر في فرض غرامات فقط وإنما كذلك فرض عقوبات سالبة للحرية في حق كل من يخالف مقتضيات القانون رقم 22.08 ويتناول على المباني التاريخية والتحف الفنية التي تشكل تراثاً وطنياً وجب الحفاظ عليه .

الفقرة الثالثة : نطاق حق الملكية من حيث العلو

سبق القول إن حق الملكية يمنح صاحبه سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، لكن في إطار ما تقضي به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل ، وما وقع الاتفاق عليه .

وفي هذا الصدد فالمالك يحق له بمقتضى حق الملكية التمتع من علو أرضه كأن يتصرف فيه بعوض كالبيع⁽²⁵⁵⁾ انسجاما مع المادة 140 من مدونة الحقوق العينة، وأن ينشأ في علوه ما شاء من بنايات وأغراس وغيرها.

وهكذا نصت المادة 140 من مدونة الحقوق العينية على أنه: (يجوز لصاحب حق الهواء والتعليه أن يفوته أو يرهنه أو يرتب له أو عليه حقوق إرتفاق بما لا يتعارض مع طبيعته.

ينتقل حق الهواء والتعليه بالشفعة أو بالميراث أو بالوصية)

إضافة إلى البيع، يحق للمالك التصرف في علو أرضه كأن يتنازل عنه لأحد الأغيار من جهة، ويحق له بالمقابل أن يمنع الغير من الاعتداء على هواء أرضه⁽²⁵⁶⁾، وكمثال لذلك يجوز للمالك قطع أغصان الأشجار -العائدة للغير- والتي تتجاوز المنطقة التي تعلو أرضه⁽²⁵⁷⁾.

على أن حق المالك في التصرف والتمتع في علو أرضه ليس مطلقا بل كثيرا ما ترد عليه جملة من القيود تقتضيها المصلحة العامة ومن ضمنها الإرتفاقات والتحملات العقارية المنصوص عليها في الباب الثاني من القانون رقم 39.08 هذا بالإضافة للقيود التي تفرضها القواعد المتعلقة بالصحة، وبالمجال العمراني والقواعد المتصلة بحق المرور والمقررة لمصلحة الملاحة الجوية، علاوة على حقوق الارتفاق المقررة لقواعد الطيران...

وطبقا للمادة 141 من مدونة الحقوق العينية فإنه لا يجوز لصاحب حق الهواء والتعليه أن يفوت الهواء العمودي الذي يعلو بناءه بغير رضا مالك السفلى.

المطلب الثالث

القيود الواردة على حق الملكية

كانت الملكية فيما مضى حقا مطلقا تمنح للمالك سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف دون قيد أو شرط، إلا أنه مع ظهور المذاهب الاشتراكية في بداية القرن التاسع عشر تطور مفهوم الملكية ليصبح للملكية وظيفة اجتماعية، تمارس في إطارها ومقيدة بقيود لا يجوز تجاوزها.

ولقد تم تكريس الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية في الدستور المغربي الجديد وهكذا نص الفصل 35 منه على أنه: «يضمن القانون حق الملكية.

255 - وذلك في نطاق الفصل 483 من ق ل ع الذي ينص على ما يلي: «يقع صحيحا بيع جزء محدد من القضاء المطلق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلا...»

256 - انظر إدريس السباحي، القانون المدني، الحقوق العينية ونظام التحفيظ العقاري، م، س، ص 58.

257 - راجع المادتين 73 و74 من مدونة الحق-وق العينية.

ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد، ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون».

وهو الأمر نفسه الذي أكدته مدونة الحقوق العينية حيث نصت على أن للمالك كامل الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه لكن في حدود القانون والاتفاق والأنظمة الجاري بها العمل⁽²⁵⁸⁾.

ويمكن تقسيم القيود الواردة على حق الملكية إلى قيود مقررة بمقتضى التشريع وقيود أخرى اتفاقية، وهذه القيود هي:

الفقرة الأولى: القيود المقررة لمنع الإساءة في استعمال حق الملكية.

الفقرة الثانية: القيود المقررة لرفع مضار الجوار.

الفقرة الثالثة: القيود المقررة للمصلحة العامة

الفقرة الرابعة: القيود الاتفاقية.

الفقرة الأولى: القيود المقررة لمنع الإساءة في استعمال حق الملكية

التعسف في اللغة هو اخذ الشيء على غير طريقته ومثله الاعتساف، وعسفه عسفاً أخذ به قوة، وعسف في الأمر، فعله من غير روية ولا تدبر⁽²⁵⁹⁾ واصطلاحاً اختار البعض تعبير المضارة في استعمال الحق، وفي لغة القانون يعرف بأنه انحراف بالحق عن غايته⁽²⁶⁰⁾ أو استعمال الحق على وجه غير مشروع⁽²⁶¹⁾.

بموجب هذه النظرية-نظرية عدم التعسف في استعمال الحق- يجب على المالك أن يمارس حقه في الحدود المقررة بمقتضى القانون أو الاتفاق أو الأنظمة الجاري بها العمل فإذا تعسف في استعمال حقه كان ذلك خطأ موجب لإثارة مسؤوليته⁽²⁶²⁾.

ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة إلى إقرار نظرية التعسف في استعمال الحق

258 - تنص المادة 14 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «يجوز حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه. ولا يتقدم في ذلك إلا القانون أو الاتفاق».

كما نصت المادة 19 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «مالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل».

259 - لسان العرب لخير الصالح، ج 4، ص 2943.

260 - فتحي الدريني. نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1977، ص 349.

261 - عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت 1988، ص 494.

262 - عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت بدون سنة النشر، ص 55.

وطبقتها على أوسع مدى في حق الملكية العقارية، فهي لم تحصر إساءة استعمال الحق في الأعمال التي يجربها المالك قصد إيقاع الضرر بالغير، بل اعتبرت من قبيل إساءة الاستعمال للأعمال التي ينشأ عنها ضرر فاحش للجار حتى لو لم تكن مقترنة بأي قصد جرمي (263).

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

وهكذا نصت المادة 906 من القانون المدني الألماني على أنه: «لا يجبر المالك على أن يتحمل في ملكه الغازات والأبخرة، والروائح، والدخان، والهبات والحرارة، والضوضاء، والاهتزاز ونحوها إلا إذا كان الضرر الناشئ عنها تافها زهيدا أو إذا كانت ناتجة عن استعمال العقار، استعمالا عاديا حسب عرف المكان».

وفي فرنسا رغم عدم وجود نص ينظم 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 (264).

كما حددت المادة الخامسة من القانون المدني المصري حالات التعسف في استعمال حق الملكية في صور ثلاث إذ تقول: «يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير
- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة.

أما بالنسبة للتشريع المغربي فإنه بالرجوع إلى ظهير 19 رجب الملقى تجده 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.

263- د. مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية المرجع السابق، ص 87.

264- د. مأمون الكزبري، م، ص 86.

ومدونة الحقوق العينية لم تختلف عن ظهير 19 رجب كثيرا 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 نجدهما تنصان على أن لصاحب حق الملكية سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه لكن في حدود القانون أو الاتفاق أو الأنظمة الجاري بها العمل.

كما تنص المادة 20 من مدونة الحقوق العينية على أنه لا يسوغ لمالك العقار أن يتصرف فيه تصرفا ضارا بحقوق الغير المتعلقة بذلك العقار، ونصت المادة 21 على أنه: «لا يسوغ لمالك العقار أن يستعمله استعمالا مضرا بجاره ضررا بليغا»

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 حقا مطلقا فهو مقيد بالقانون والاتفاق والأنظمة الجاري بها العمل، وبعدم الإضرار بحقوق الغير.

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 يجر الشخص ما كان يلزمه لمنعه أو إيقافه».

بناء 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 سببا لإقرار المسؤولية المدنية ولقيام التعويض، كما أن نفس الفصل يشترط لقيام التعسف أن يسبب صاحب الحق ضررا فادحا للغير عند استعماله لحقه.

كما نص الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود، على أن كل عمل يرتكبه الإنسان... ويكون من شأنه أن يحدث ضررا 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⁽²⁶⁵⁾.

وبالرجوع إلى الفصل 91 من قانون الالتزامات والعقود نجده يمنح الحق للجار 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 عن السلطات المختصة لا يحول دون ذلك، لكن الضرر المطلوب إزالته هو الضرر المحقق وليس الضرر الاحتمالي وهذا ما أكدته المجلس الأعلى بقوله⁽²⁶⁶⁾: «أن الضرر الذي يحق للشخص أن يطالب برفعه إذا توافرت إحدى حالات التعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في الفصول 91 و92 ق.ل.ع هو الضرر المحقق بأن يكون قد وقع فعلا أو وقعت أسبابه وتراخت آثاره إلى المستقبل ولا عبرة لدى القاضي بالضرر الاحتمالي المبني على الوقائع التي قد تقع وقد لا تقع».

ثم إن قراءة الفصل 92 من قانون الالتزامات والعقود بمفهوم المخالفة تبين أن المشرع المغربي منح للجار الحق في إلزام جاره بإزالة الضرر الذي يتجاوز الحد المألوف، أما إذا كان ناشئا عن الالتزامات العادية التي لا يمكن تجنبها، والتي لا تتجاوز الحد المألوف فلا يمكن المطالبة بإزالتها.

انطلاقا من هذه النصوص سواء الواردة في مدونة الحقوق العينية أو قانون الالتزامات والعقود يتبين أن المشرع المغربي أخذ هو الآخر بنظرية التعسف في استعمال الحق وطبقها على الملكية العقارية، على غرار ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة، وكذلك الشريعة الإسلامية التي كانت سباقة إلى الأخذ بهذه النظرية.

الفقرة الثانية : القيود المقررة لرفع مضار الجوار

قد ينتج عن استعمال المالك لعقاره ضرر بمن يجاور ذلك العقار، كأن يقيم المالك فوق أرضه معملا يؤدي جيرانه بالدخان ويقلق راحتهم بالضجيج ونحوه، وكأن يفتح في بنائه نوافذ تطل على جيرانه على غير ذلك.

وتعتبر الشريعة الإسلامية سباقة للقوانين المعاصرة في الحديث عن نظرية مضار الجوار التي تعتبر من أهم التطبيقات المرتبطة بالتعسف في استعمال الحق.

وقد اختلفت التشريعات المقارنة في تنظيمها لنظرية مضار الجوار مثلا بالنسبة للقانون المصري والليبي أدرجوا القيود المتعلقة بمضار الجوار ضمن النصوص المخصصة لحق الملكية، بينما سارت القوانين الأخرى كالقانون الفرنسي والسوري إلى إدراجها ضمن النصوص المخصصة للكلام عن حقوق الارتفاق، على أساس أن هذه القيود هي من قبيل الارتفاقات القانونية، وهو التوجه الذي سار فيه ظهير 19 رجب 1333 الملقى معتبرا أن القيود المتعلقة بمضار الجوار هي من قبيل الارتفاقات القانونية حيث نص الفصل 115 منه على أنه:

«يكلف القانون المالكين بالتزامات مختلفة بعضهم تجاه بعض بصرف النظر عن كل اتفاقية، وينظم البعض من هذه الالتزامات بالأعراف المحلية.

والإرتفاقات الأخرى تتعلق بالجدار والحفر المشتركة والمطلات على ملك الجار وميزاب السقوف وحق المرور».

ويرى الأستاذ مأمون الكزبري أن هذه القيود ليست من قبيل الارتفاقات، بل هي تشكل التزامات يخضع لها الملاك المجاورون بصورة متبادلة ومتساوية ينتفي معها وجود عقار خادم وعقار مخدوم كما يقتضيه مفهوم الارتفاق⁽²⁶⁷⁾.

وبصدد مدونة الحقوق العينية فقد ميزت في القيود المتعلقة بمضار الجوار بين تلك المتعلقة بالحائط المشترك، والطريق الخاص المشترك فادرجتهم ضمن الأحكام المنظمة لحق الملكية، والقيود المتعلقة بحق المسيل أو الصرف أو فتح المطلات على أرض الجار حيث تم إدراجها ضمن الارتفاقات القانونية.

وفي حقيقة الأمر فإن هذا التوجه الذي نهجته مدونة الحقوق العينية هو توجه صائب على اعتبار أن بعض القيود المتعلقة بمضار الجوار كالقيود المتعلقة بالمسيل أو الصرف، أو فتح المطلات على أرض الجار هي في حقيقتها من قبيل الارتفاقات القانونية.

وعليه يمكن تلخيص القيود المتعلقة بمضار الجوار كما هي منظمة في مدونة الحقوق العينية على النحو التالي:

أولاً : الحائط المشترك

ثانياً : الطريق الخاص المشترك

ثالثاً : حق المسيل أو الصرف

رابعاً : غرس الأشجار بالقرب من حدود الجار

خامساً : فتح المطلات على أرض الجار

سادساً : إقامة منشآت مزعجة أو مضرّة بالجيران

أولاً : الحائط المشترك (المواد 28 إلى 31 من مدونة الحقوق العينية)

- كل حائط يفصل بين عقارين يعد مشتركاً بينهما إلى نهاية خط الاشتراك ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك.

- 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.

- تقع المصاريف الضرورية لإصلاح وتحديد الحائط المشترك على عاتق جميع الشركاء كل حسب حصته فيه.

- لا يجوز للشريك أن يتصرف في الحائط المشترك بإقامة منشآت أو بناءات إلا بموافقة شريكه وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة.

- يحق لكل شريك أن يعلي الحائط المشترك، غير أنه يتحمل وحده نفقات التعلية وصيانة الجزء المعلق على ألا يلحق ذلك ضررا بجاره.

وإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لتحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناءه كله على نفقته بشرط أن تقع زيادة سمكه في أرضه.

- 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 شريكا في الجزء المعلق إذا دفع نصيبه في نفقات التعلية وفي قيمة الأرض التي تقع عليها زيادة السمك.

ثانياً، الطريق الخاص المشترك (المواد من 32 إلى 36 من مدون الحقوق العينية)

الطريق الخاص المشترك كالملك المشترك هو لمن لهم حق المرور فيه ولا يجوز لأحد الشركاء أن يحدث فيه شيئاً سواء كان مضراً أو غير مضر إلا بإذن باقي شركائه.

- لا يجوز للشركاء في الطريق المشترك أن يطلبوا قسمته ولا أن يتفقوا على بيعه مستقلاً وليس لهم أن يسدوا مدخله ما لم يقع الاستغناء عنه.

كما لا يجوز لأحدهم التصرف في حصته في الطريق إلا تبعا لتصرفه في العقار المملوك له.

- 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.

- 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.

- يتحمل الشركاء المصاريف الضرورية لإصلاح وتعوير الطريق المشترك كل منهم بنسبة حصته فيه، وإذا رفض أحد الشركاء المساهمة في هذه المصاريف جاز لباقي الشركاء القيام بإصلاح الطريق ومطالبته قضائياً بأداء ما يجب عليه من هذه المصاريف.

ثالثاً: حق المسيل أو الصرف

نظم المشرع المغربي الأحكام المتعلقة بحق المسيل أو الصرف في المواد من 60 إلى 63 من مدونة الحقوق العينية ضمن الإرتفاقات القانونية، كما أن هذا الحق نظمه قانون الماء رقم (268) 10-95 من خلال المادة 29 منه والتي جاء فيها: «يمكن لكل مالك يريد القيام بإفراغ المياه المضرة بعقاره الحصول على ممر لهذه المياه عبر أراضٍ وسيطة وفق نفس الشروط المحددة في المادة السابقة.

إلا أنه يمكن للمالك الأراضي التي يتم المرور عبرها الاستفادة من الأشغال المنجزة لهذا الغرض، وذلك لتميرير المياه من أراضيهم شريطة مساهمة مالية في الأشغال المنجزة أو التي بقي إنجازها وكذا صيانة المنشآت التي أصبحت مشتركة»

ويمكن تلخيص الأحكام المتعلقة بحق المسيل أو الصرف كما هي واردة في مدونة الحقوق العينية فيما يلي:

- تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلاً طبيعياً من الأراضي التي تعلوها، ولا يجوز للمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سداً لمنع هذا السيل، كما لا يجوز للمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة.

- 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 المياه فإن لصاحب الأرض المنخفضة الحق في التعويض، وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

- 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.

- 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.

وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 63 من مدونة الحقوق العينية على أنه تسري على حق الصرف مقتضيات المواد من 56 إلى 59 المتعلقة بحق المجرى.

وفي حقيقة الأمر فإن حق المسيل أو الصرف ما هو إلا ارتفاقات ناشئة عن وضعية الأماكن كما كانت منظمة في الفصول من 110 إلى 112 من ظهير 19 رجب الملقى، فالفصل 110 من ظهير 19 رجب تقابله المادة 60 من مدونة الحقوق العينية مع اختلاف في المصطلح حيث استعمل ظهير 19 رجب مصطلح «الأراضي الواطئة» أما مدونة الحقوق العينية فقد استعملت مصطلح «الأراضي المنخفضة» كما أن المادة 111 تقابلها المادة 61 من مدونة الحقوق العينية غير أن المادة 61 قيدت سلطة المالك في استعمال مياه المطر والتصرف فيها بمراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، وهو الأمر الذي لم ينص عليه الفصل 111 من ظهير 19 رجب كما أن المادة 62 من مدونة الحقوق العينية يقابلها الفصل 191 من ظهير 19 رجب المتعلق بسيل ميازيب السقوف.

فمدونة الحقوق العينية تعرضت للأحكام المتعلقة بحق المسيل أو الصرف حتى تكون أكثر ضبطا وتنظيما.

رابعا: غرس الأشجار بالقرب من حدود الجار

إذا كان حق الملكية يوفر لصاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف ومن ثم يكون له أن يفرس أرضه بما شاء من أغراس وأشجار فإنه يتعين عليه أن يتقيد بقيود تحد من الأضرار التي يمكن أن تلحق جاره من غرس هذه الأغراس والأشجار بالقرب من حدود أرض جاره. ويمكن تحديد هذه القيود انطلاقا من المواد من 72 إلى 74 من مدونة الحقوق العينية فيما يلي:

- على المالك أن لا يفرس أشجار أو شجيرات أو أغراسا على حدود أرضه إلا إذا راعى المسافة المقررة في الأنظمة.

- فإذا لم تكن هناك أنظمة تحدد المسافات، وجب عليه أن يفرسها بعيدا عن الحد الذي يفصل أرضه عن أرض جاره بمسافة لا تقل عن مترين اثنين إذا كانت الغروسات مما يفوق ارتفاعها مترين، وعن نصف متر إذا كانت مما دون ذلك.

- يمكن أن تفرس 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.

- لا يجوز للجار أن يفرس أشجار بجوار بناء جاره إذا كانت هذه الأشجار تمتد جذورها، فإذا غرسها فغته يحق للمالك هذا البناء المطالبة بقلعها.

- إذا امتدت أغصان الأشجار فوق أرض الجار فله أن يطالب بقلعها إلى الحد الذي تستوي فيه مع حدود أرضه وتكون له الثمار التي تسقط منها طبيعيا.

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 الطريق أو جنباتها جاز لكل ذي مصلحة المطالبة بقطعها.

وما يمكن قوله أن هذه الأحكام المتعلقة بفرس الأشجار بالقرب من حدود الجار أنها لا تختلف عن ما كان مضمنا في ظهير 19 رجب الملقى في الفصول من 133 إلى 135 من هذا الظهير كل ما استجد أن ظهير 19 رجب كان يدرج هذه القيود ضمن الإرتفاقات أما مدونة الحقوق العينية فأدرجتها ضمن التحملات العقارية.

خامسا : فتح المطالات على الأرض المجاورة

تعتبر الشريعة الإسلامية سباقة لتنظيم الأحكام المتعلقة بفتح المطالات على الأرض المجاورة حيث تضمنت أحكام لرفع ما يمكن أن يقع بين الجيران من حزازات تنشأ عن مضار الجوار بسبب المطالات، فمنعت الجار من سد ضياء جاره كما منعه من إحداث نوافذ تطل على الأماكن المخصصة بطبيعتها لأن تكون مقرا للنساء⁽²⁶⁹⁾ وذلك على خلاف المشرع المغربي الذي اكتفى على غرار القانون المدني الفرنسي بإلزام صاحب المثل بالتقيد ببعض المسافات القانونية بالنسبة لأرض الجار، لكن المشرع المغربي زيادة في الحيطه وسع الحالات التي يجب أن تتوفر فيها شروط إضافية في المطالات من حيث بناؤها معتبرا أن ذلك مما يزيد في ضمان رفع الضرر عن الجار⁽²⁷⁰⁾ وقد نظم المشرع المغربي القيود المتعلقة بفتح المطالات على الأرض المجاورة في الفصول من 137 إلى 140 من ظهير 19 رجب الملقى أما مدونة الحقوق العينية فقد نظمها في المواد من 66 إلى 68 من مدونة الحقوق العينية، وعموما فإنه حتى تقف على الأحكام المتعلقة بالمطالات لابد من التمييز بين فرضيتين:

1 - فرضية الحائط المشترك

في هذه الحالة فإنه لا يحق للجار أن يحدث في الجدار المشترك أي نافذة أو فتحة بأي كيفية كانت إلا إذا وافق جاره على ذلك، أما إذا رفض هذا الأخير فلا سبيل لفتح المثل أبدا⁽²⁷¹⁾.

2 - فرضية الحائط غير المشترك

عندما يكون الحائط المراد فتح مظل فيه غير مشترك، أي مملوك بصفة مستقلة لأحد

269 - مأمون الكزبري، التجهيز العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع السابق، ص 103.

270 - مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 104.

271 - راجع معي الدين اسماعيل علم الدين: المرجع السابق ص: 206، وانظر أيضا مأمون الكزبري: المرجع السابق ص: 105.

الجيران ففني هذه الحالة فقد ميزت مدونة الحقوق العينية من خلال المادة 68 بين المطلات المقابلة والمطلات المنحرفة:

أ- المطلات المقابلة أو المماثلة

المطلات المقابلة هي التي تطل على عقار الجار مباشرة وبخط مستقيم، فهذه المطلات لا يمكن فتحها على أرض الجار سواء كانت مسورة أو غير مسورة ما لم يكن بين الحائط الذي يكون فيه المطل وبين تلك الأرض مسافة مترين وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 68 من مدونة الحقوق العينية حيث جاء فيها: «لا يجوز فتح مطلات أو شرفات أو فتحات أخرى مماثلة مواجهة لملك الجار إلا على مسافة مترين...» وقد كانت هذه المسافة محددة في متر وتسعين سنتيمترا في ظهير 19 رجب الملقى (الفقرة الأولى من الفصل 139).

ب- المطلات المنحرفة

المطلات المنحرفة هي التي لا تسمح بالنظر إلى عقار الجار إلا إذا انحنى المطل أو التفت يمينا أو يسارا، وهذه المطلات لا يمكن فتحها إلا على بعد متر تقصّل الحائط المفتوح فيه المطل، والأرض المجاورة، وهذا ما نصت عليه المادة 68 من مدونة الحقوق العينية حيث منعت فتح مطلات جانبية أو منحرفة على ملك الجار إلا على بعد متر على خلاف ظهير 19 رجب الذي كان يحدد هذه المسافة في ستين سنتيمترا فقط (الفقرة الثانية من الفصل 139).

وقد حددت الفقرة الأخيرة من المادة 68 كيفية حساب المسافة ونصت على أنه: 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.

وقد أوجد المشرع استثناءات لمبدأ التقيد بالمسافات القانونية وهكذا نصت الفقرة الثانية من المادة 68 من مدونة الحقوق العينية على أنه لا يعمل بالمسافات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 68 على المطلات والشرفات المفتوحة على الطريق العمومية.

سادسا : إقامة منشآت مزعجة أو مضرّة بالجيران

لا يسوغ لملك العقار أن يستعمله استعمالا مضرا بجاره ضررا بليفا (المادة 21 من مدونة الحقوق العينية) وبالرجوع إلى الفصل 136 من ظهير 19 رجب 1333 الملقى نجده تضمن بعض الأمثلة عن المنشآت المزعجة أو المضرة بالجيران كحبر بئر أو مرحاض قرب جدار مشترك أو غير مشترك أو بناء مدخنة أو محل للحداة أو فرنا أو مطبخا أو حظيرة للماشية أو مخزن للملح أو أكداسا من المواد الأكلية حيث نص الفصل 136 من ظهير 19

رجب الملقى على أنه على من يريد إنشاء إحدى هذه المنشآت أن يبتعد عن الجدار بالمقدار المقرر بالضوابط والأعراف الخاصة بهذه الأشياء أو أن يقيم المنشآت المقررة بنفس الضوابط والأعراف تقاديا للإضرار بالجار.

ويحق للجيران إذا كانت مثل هذه المنشآت تلحق بهم أضرارا تفوق الحدود المألوفة رغم التقيد بالمسافة القانونية أن يطالبوا قضائيا إما بإزالة هذه المنشآت أو بإدخال ما يلزم عليها من التغيير للقضاء على الأضرار التي يتظلمون منها وذلك عملا بالفصل 91 من قانون الالتزامات والعقود.

الفقرة الثالثة: القيود المقررة للمصلحة العامة

سبق وقتنا بأن حق الملكية عرف تطورات مهمة حولت هذا الحق من سلطة مطلقة تمكن المالك من التصرف في عقاره واستغلاله واستعماله إلى حق مقيد بشروط وضوابط تعكس الوظيفة الاجتماعية لهذا الحق، فحرية الفرد في التصرف في ملكه تنتهي عند تعارضها مع المصلحة الجماعية، حيث أن الدولة تتدخل لتوجه الحقوق مضمونا وشكلا في خدمة سياساتها الاقتصادية والاجتماعية انطلاقا من مبدأ التضامن الاجتماعي، وترسم المجال الذي يمكن لإرادة صاحب الحق أن تعمل فيه⁽²⁷²⁾، كما أن القاعدة الكلية تقول بوجود «عمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام».

وعليه فالقيود المقررة في سبيل المصلحة العامة متعددة ومتنوعة منها:

1- القانون المنظم للملك العائلي ظهير 24 صفر 1364 الموافق 8 فبراير 1945، والذي كان الهدف من صدوره هو تحقيق مصلحة اجتماعية واقتصادية لبعض الفئات من أفراد المجتمع، حيث ألزم هذا القانون الفلاح المغربي بتعيين قطعة زراعية من أرضه تكون كافية لإعالتة وعائلته ولا يجوز للمالك التصرف فيها كما لا يجوز للغير تجريد منها، غير أن هذا القانون تم إلغاؤه بمقتضى ظهير 18 يوليوز⁽²⁷³⁾ 1995.

2 - القيود التي تحد من سلطة المالك على علو أرضه، ومنها القوانين المنظمة للملاحة الجوية التي تمنح الحق للطائرات والمركبات الهوائية بالطيران فوق الأملاك الخاصة وعدم معارضة المالك لها من المرور في الطبقة الجوية التي تعلو أرضه.

3 - القيود التي تحد من سلطة المالك على أعماق أرضه، حيث لا يجوز له فتح المقالع أو التحري عن المناجم واستغلالها ومن التنقيب عن التحف والآثار، إلا ضمن شروط معينة، وقد سبق وأن بحثنا هذا في إطار نطاق حق الملكية.

272 - عبد الحفي ججازي، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة... ص 277.
273 - ظهير رقم 95.1.131 الصادر ف 19 صفر 1416 الموافق 18 يوليوز 1995.

4 - القيود المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة وفق الإجراءات والشروط المضمنة في قانون 6 ماي 1982 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة⁽²⁷⁴⁾

5 - القيود الواردة في القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير أو القانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، ونمثل لبعضها بما يلي:

- نصت المواد 40-41-43 من القانون رقم 12-90 المتعلق بالتعمير على أنه يمنع القيام بالبناء أو إدخال التغييرات على المباني دون الحصول على رخصة بذلك، يسلمها رئيس المجلس الجماعي وذلك بعد التحقق من أن المبنى المزمع إقامته تتوفر فيه الشروط التي تفرضها الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، خصوصا الأحكام الواردة في تصاميم التطبيق وتصاميم التهيئة.

- لا يمكن للمالك أن يحدث تجزئات عقارية إلا بعد الحصول على إذن بذلك من رئيس مجلس الجماعة الحضرية أو القروية بناء على طلب من صاحب الشأن مصحوب بمجموعة من الوثائق المنصوص عليها في المادة 4 من القانون المتعلق بالتجزئات العقارية⁽²⁷⁵⁾.

- نصت المادة الخامسة من القانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية على أنه لا يمكن قبول طلب إحداث تجزئة عقارية إذا كانت الأرض المراد تجزئتها غير محفظة ولا بصدد التحفيظ، ولا يكون الطلب مقبولا إذا تعلق الأمر بالأرض بصدد التحفيظ إذا كان الأجل المحدد لتقديم التعرضات على التحفيظ قد انصرم دون تقديم أي تعرض على تحفيظ العقار المراد تجزئته.

الفقرة الرابعة : القيود الاتفاقية

القيود الاتفاقية هي القيود التي تضعها الأطراف المتعاقدة في العقد وذلك بهدف تقييد حقوق المالك ومنعه من التصرف في عقاره، ويطلق الفقهاء على هذا النوع من القيود الاتفاقية «الشروط المصاحبة»، كأن يبيع شخص عقارا له وينص في عقد البيع على شرط يمنع بموجبه المشتري من التنازل عن العقار لمصلحة الغير⁽²⁷⁶⁾ فهل مثل هذه الشروط صحيحة، وهل يجوز تقييد حرية المالك في التصرف في عقاره عن طريق التعاقد؟

274 - ظهور شريف رقم 1.81.254 صادر في 11 رجب 1402 (6 ماي 1982) بتفويض القانون رقم 7.18 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالإحتلال المؤقت، الجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 15/06/1983 الصفحة 980.

- للإطلاع أكثر الإجراءات الإدارية والقضائية لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة يراجع: د. محمد الكشور، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1410، 1989، ص 41 وما بعدها.

275 - راجع الموضوع بتفصيل: وفاء الأندلسي، التجزئات العقارية ودورها في حل أزمة السكن أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2009/2010.

276 - د. مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية - المرجع السابق ص 110.

إن القضاء والفقهاء في فرنسا وفي غياب نص في القانون المدني استقروا على اعتبار مثل هذه الشروط مقبولة، وهو التوجه نفسه الذي أقرته مجموعة من التشريعات الحديثة حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 823 من القانون المدني المصري على أنه «إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة...» وهذه الفقرة هي نفسها الفقرة الأولى من الفصل 778 من القانون المدني السوري، وهو نفسه ما أقره قانون الموجبات والعقود اللبناني من خلال الفصل 227 والفصلان 505 و506 حيث أقر صراحة القيود الاتفاقية شرط أن يكون في هذه القيود مصلحة لأحد المتعاقدين وأن يكون قيد عدم التصرف مؤقتاً ومحدداً بـ (277).

أما القانون المغربي قبل صدور مدونة الحقوق العينية لم يتعرض للقيود الاتفاقية شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي، فلا وجود لأي نص صريح يجيزها سواء في قانون الالتزامات والعقود أو في ظهير 19 رجب الملقى، غير أن الفقه (278) استند إلى مجموعة من النصوص للقول بأن المشرع المغربي أقر مبدأ صحة القيود الاتفاقية، منها الفصل 492 من ق ل ع الذي ورد فيه: «بمجرد تمام البيع، يسوغ للمشتري تقويت الشيء المبيع وذلك ما لم يتفق العاقدان على خلافه». انطلاقاً من هذا الفصل يتبين أن عقد البيع المتضمن قيداً يمنع المشتري من التصرف في الشيء المبيع، عقداً صحيحاً مع صحة القيد.

كما أن هناك نصوص أخرى يستشف منها أن المشرع المغربي أقر مبدأ صحة القيود الاتفاقية كالفصل 285 من مدونة الأسرة الذي ينص على أنه: «يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحاً، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له لغيرهما ولم يكن مخالفاً للمقاصد الشرعية».

فالشرط الذي يعتبر باطلاً هو شرط منع التصرف المؤبد لأن فيه مخالفة للقواعد الشرعية أما شرط عدم التصرف الموقوف على مدة معينة فليس فيه أي مخالفة للقواعد الشرعية ومن ثم يقع صحيحاً كصحة العقد الذي بني عليه.

وهذا ما يمكن كذلك أن نستنتجه من الفصل 69 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14-07، حيث أشار صراحة إلى القيد الذي يرد على الحق في التصرف في الحق العيني.

ويصدر مدونة الحقوق العينية يمكن القول أنها وضعت حداً لهذا الغموض التشريعي

277 - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، المرجع نفسه، ص 110 وما بعدها.

278 - د: مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 112-113، وأيضاً عبد الخالق أحمدون، الوجيز في الملكية العقارية، م س، ص 191-192.

حول صحة القيود الاتفاقية وسأيرت التشريعات الحديثة في إقرار هذه القيود من خلال المادة 14 التي نصت على أنه «يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق» وذلك شرط أن يكون القيد غير مخالف للقانون أو النظام العام وأن يكون مما يحقق المنفعة المشروعة لأحد المتعاقدين أو للغير مع اقتصار القيد على مدة معقولة.

المطلب الرابع

أسباب كسب الملكية

الأسباب التي تؤدي إلى اكتساب الملكية وتجعل الشخص مالكا للشيء عديدة إما أن ترجع إلى التصرف القانوني أو إلى الواقعة⁽²⁷⁹⁾ القانونية، وإجمالا يمكن اكتساب حق الملكية بطريق الالتصاق والاستيلاء، وعن طريق طريق الشفعة والعقد والتقدم المكسب والإرث والوصية، والنزع الجبري للملكية والحكم القضائي⁽²⁸⁰⁾، كما يمكن كسب الملكية عن طريق إحياء الأرض الموات.

وقد اهتمت مدونة الحقوق العينية الجديدة بأسباب كسب الملكية، وذلك في الكتاب الثاني من هذه المدونة.

وسندرس أسباب كسب الملكية في الفقرات التالية :

الفقرة الأولى : إحياء الأراضي الموات والحريم .

الفقرة الثانية : الالتصاق.

الفقرة الثالثة : الحيازة.

الفقرة الرابعة : الشفعة.

الفقرة الخامسة : الاستيلاء.

الفقرة الأولى : إحياء الأراضي الموات والحريم

إن الهدف من صدور مدونة الحقوق العينية هو توحيد النصوص القانونية المنظمة للعقار غير المحفظ - وإن كانت المدونة تطبق كذلك على العقارات المحفوظة - حتى لا تبقى محلا 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.

279 - محي الدين اسماعيل علم الدين : المرجع السابق ، ص : 357 .

280 - مأمون الكزبري : المرجع السابق ، ص : 401 .

هذه الأخيرة، كانت منذ زمن، تعد من بين أسباب كسب الملكية وذلك استنادا للحديث الشريف: "من أحيا أرضا ميتة، فهي له"⁽²⁸¹⁾. ويطلق هذا المصطلح الفقهي على قيام الشخص بأعمال تؤدي إلى جعل الأرض غير المملوكة والتي لا يمكن الانتفاع بها على حالتها، صالحة للاستغلال⁽²⁸²⁾، وقد اعتبر المشرع المغربي إحياء الأرض الموات سببا مكسبا للملكية وذلك بصريح المادة 222 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أنه "الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة، ويكون إحياء الأرض الموات يجعلها صالحة للاستغلال".

ومن الأعمال التي تجعل الأرض الموات صالحة للاستغلال مثلا القيام بزراعتها أو غرس الأشجار بها أو إقامة منشآت عليها، أو تفجير ماء بها أو صرفه عنها كما جاء في المادة 224 من مدونة الحقوق العينية. وما يلاحظ بخصوص المواد التي نضمت إحياء الأرض الموات كونها ربطت مسألة الإحياء بضرورة الحصول على ترخيص قانوني من السلطة المختصة تطبيقا للمادة 223 من مدونة الحقوق العينية.

والإحياء كما سبق الذكر يكون بجعل الأرض الموات صالحة للاستغلال من خلال القيام بإحدى الأعمال الواردة في المادة 224 من مدونة الحقوق العينية على سبيل المثال، بحيث يمكن أن يتحقق الإحياء بأعمال أخرى كإزالة الأملاح أو الأوساخ أو الأحجار منها إلى غير ذلك. على أنه متى صارت الأرض الموات مستغلة من طرف من أحيائها فلا يزول حقه في استغلالها بعودتها إلى ما كانت عليه قبل الإحياء كما نصت على ذلك المادة 225 من مدونة الحقوق العينية.

والأصل حسب مضمون المادة 226 من مدونة الحقوق العينية أن يختص أهل البلدة، أو مالك الدار أو رب البئر أو الشجر بالحريم⁽²⁸³⁾، ويمنع الغير من استغلاله أو إحداث أي شيء فيه، وكل ما يضر بهذا الحريم يزال.

وعموما فإن الحريم يحدد على النحو التالي :

1 - حريم الجماعة أو البلدة مداخلها ومخارجها المؤدية إلى هذه الجماعة أو البلدة.

281 - أورده الإمام مالك في الموطأ، ص. 143.

- والإحياء في اللغة جعل الشيء حيا، والحي من الأشياء، تقيض الميت والجمع إحياء، موسوعة جمال عيد الناصر في الفقه الإسلامي، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بالقاهرة.

- مؤسسة دار التحرير للطبع والنشر 1389 هـ، ص. 33. أورده منذر عبد الحسين الفضل، الوطنية الاجتماعية للملكية الخاصة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة 1989، ص. 72.

282 - محمد ابن معجوز الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م. س : ص 308.

283 - محمد ابن معجوز، م. س : ص 309.

2 - حريم الدار ما يرتفق به أهلها في إقامتهم بها، وتشترك 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 ضارا به أو بمائه.

4 - حريم الشجرة ما تحتاج إليه في سقيها ومد جذورها وفروعها مع مراعاة الأحكام المتعلقة بقيود الجوار.

وعليه فالأرض المملوكة لشخص إذا أهملها صاحبها حتى صارت ميتة، فلا يعتبر إحيائها من طرف الغير سبب للملكيتها⁽²⁸⁴⁾، بل تبقى مملوكة لصاحبها القديم وكذلك الأمر بالنسبة للحريم التابع للأراضي المملوكة فلا يعتبر إحيائها سببا للملكيتها، وإنما تبقى في ملكية مالك الدار وأهل البلدة أو رب البئر كما فصلت في ذلك المدونة.

الفقرة الثانية : الالتصاق

لقد عرف الفقه الالتصاق بأنه⁽²⁸⁵⁾ اندماج شيئين متميزين مملوكين للمالكين مختلفين، بحيث يتعذر الفصل بينهما دون تلف. ويجب لتحقيق الالتصاق أن يكون الشيئان متميزان عن بعضهما البعض وذلك كما في بناء يحدثه أحد الأشخاص على أرض مملوكة للغير، والالتصاق على نوعين، التصاق طبيعي (ثانيا) وآخر بفعل الإنسان أو الالتصاق الصناعي (ثانيا)، ونبدأ هذه الدراسة بالإشارة إلى الملك العام المائي (أولا).

أولاً : الملك العام المائي

يعتبر الماء ملكا عاما بمقتضى الفصل الأول من القانون 10.95 المتعلق بالماء والذي جاء فيه: "الماء ملك عام، ولا يمكن أن يكون موضع تملك خاص مع مراعاة مقتضيات الباب الثاني بعده".

لذلك لا يسوغ أن يكون الماء موضع تملك خاص إلا بالنسبة لمن تحققت لهم حقوقا مكتسبة عليه. و الملكية العامة للماء كانت مقررة منذ ظهير 1914/7/1 المتعلق بالأماك العامة إلى أن صدر القانون رقم 10.95 الذي كرس هذه القاعدة وعمل على توسيع نطاقها وتنظيم كيفية استعمالها.

284 - محمد بن معجوز م س، ص: 309.

285 - عبد الرزاق السنهوري: أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، 1968، ص: 243.

- محي الدين إسماعيل علم الدين، الحقوق العينية، دار الجيل لطباعة، 1977، ص: 362.

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية المرجع السابق، ص: 151.

ومن ابرز خصائص الملك العام المائي انه يستعصى عن قاعدة التطهير المترتبة عن تأسيس الرسم العقاري، فلو أن شخصا قام بتحفيظ عقارا باسمه وكان يدخل في حدوده ما يعتبر ملكا مائيا عاما فانه لا يمكن أن تصير تلك المياه ملكا خاصا استنادا الى الصفة النهائية للرسم العقاري بل يسوغ اللجوء إلى القضاء وهدم هذه الحجية عن طريق بطلان الرسم العقاري (286).

ثانياً: الالتصاق الطبيعي

وهو الذي يحدث بفعل الطبيعة وبدون تدخل الإنسان، كأن يغير نهر من الأنهار مجراه أو يتخذ مجرى جديدا له وذلك طبقا للفصلين 3 و4 من القانون رقم 10.95 المتعلق بنظام المياه، حيث نجد أن المادة 228 من مدونة الحقوق العينية قد أحالت على هذه الفصول. وعليه سندرس تباعا أحكام هذه الحالات.

1 - التغيير 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 الضفاف الحرة بعرض ستة أمتار على المجاري المائية أو مقاطع المجاري التالية: ملوثة 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 الضفاف 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 الضفاف الحرة، فأصبح عرض تلك الضفاف 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 ملكا للدولة، ولا تدفع الدولة تقويما لملاك هذه الأجزاء التي تؤخذ بطوال النهر وبموازة 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 ناجما عن ارتداد مياه النهر وأدى إلى التحاق جزء المجرى الذي هجرته المياه بالضفاف الحرة أي زاد عرضها عن الستة أمتار أو عن المترين المحددين قانونا 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 الناتجة أو التي قد تنتج عن العرف أو عن القوانين والأنظمة⁽²⁸⁷⁾.

2- اتخاذ النهر مجرى جديدا

وقد عالج المشرع أحكام هذه الحالة في المادة 4 من القانون رقم 10.95، فإذا اتخذ النهر مجرا جديدا بحيث صار يجري في أرض جديدة بفعل الطبيعة وبدون تدخل الإنسان، فإن المجرى الجديد والضافاء الحرة التابعة له تلحق بأمالك الدولة العامة وتنزع عنها الملكية الخاصة للمالك السابق لها⁽²⁸⁸⁾.

أما بالنسبة للأرض التي اخترقها المجرى الجديد والضافاء الحرة التابعة له، فإمكانية استحقاق أصحابها تعويضا أم لا يطرح فرضيتين، بحسب ما يكون النهر مازال يجري في مجراه القديم، حيث أصبح له مجريان أو يكون قد هجر المجرى القديم نهائيا، واتخذ مجرى جديدا بدل المجرى القديم، أول هذه الفرضية حسب المادة الرابعة من قانون الماء، أن لا يستحق مالكي العقارات التي يخترقها المسيل الجديد الحق في أي تعويض.

أما الفرضية الثانية فإذا كان المجرى المهجور في المجرى الجديد الذي اتخذته النهر واقعين بجمع عرضها في أرض واحدة، تنزع عن المجرى القديم والضافاء الحرة التابعة له صفة الأملاك العامة وتمنح كتعويض وبدون مقابل إلى صاحب هذه الأرض، عن الجزء الذي شغله المجرى الجديد وضافاه في أرضه والذي أضحى 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 الإجراءات القانونية⁽²⁸⁹⁾.

وما جاءت به المدونة كمستجدات بخصوص الالتصاق الطبيعي هو الطمي الذي يأتي به السيل إلى أرض يملكها الغير فحكمه أنه يصبح ملكا لصاحب هذه الأرض، وكذلك ما يتعلق بالأراضي التي تتحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات والبرك حيث تبقى على حالها ملكا عاما للدولة، كما أن الأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتا تظل على ملكية أصحابها كما جاء في المادة 229 من مدونة الحقوق العينية، ونفس الحكم ينطبق أيضا على الجزر التي قد تتكون بصورة طبيعية داخل المياه الإقليمية أو داخل البحيرات أو في

287 - انظر المادة 3 من قانون الماء رقم 95.10.

288 - محمد ابن معجز، م س ص: 295.

289 - الفقرة الخامسة من المادة الرابعة من قانون الماء.

مجاري الأنهار، فإنها تأخذ صفة الملك العام للدولة وفقا لمقتضيات المادة 230 من مدونة الحقوق العينية.

ثالثا : الالتصاق بفعل الإنسان

جاء في المادة 231 من مدونة الحقوق العينية: «إن ثمار الأرض الطبيعية أو الصناعية والثمار المدنية ونتاج الحيوان هي للمالك بطريقة الالتصاق».

لقد حددت مدونة الحقوق العينية 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 أرضا مملوكة لغيره سواء بمواد يملكها هو، أو غيره، وقد تضمنت المدونة حالات الالتصاق الصناعي في فرضيات متعددة من المواد 231 إلى 238 كالآتي :

1 - قيام شخص ببذر أرض الغير :

تعرض المشرع لهذه الحالة ضمن المادة 232 من مدونة الحقوق العينية ويميز فيها بين الزارع سيئ لبنية والزارع حسن النية، حيث جاء فيها: «إذا زرع شخص أرضا مملوكة للغير بسوء نية، فإن أخذها مالكها قبل فوات وقت الزراعة فهو مخير بين المطالبة بقطع الزرع مع التعويض إذا كان له ما يبرره، وبين تملك الزرع مع دفع نفقاته إلى الزارع منقوصا منها أجرة القلع، وإن أخذها بعد فوات وقت الزراعة فله الحق في أجرة المثل مع التعويض إن كان له ما يبرره».

أما إذا زرع شخص أرض غيره بحسن نية كمن استأجر أرضا من غير مالكها، فإن استحق المالك أرضه قبل فوات وقت الزراعة فللزارع أجرة المثل، وإن استحق المالك أرضه بعد فوات وقت الزراعة فليس له إلا الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر من المتسبب فيه».

ومن مستجدات مدونة الحقوق العينية في هذا الصدد التكريس التشريعي لصاحب الأرض في المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء، إذ لاشك أن تقدير التعويض في هذه الحالة يكون على أساس ما لحق 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 (290).

2 - بناء وغرس المالك في أرضه بمواد مملوكة للغير:

المبدأ حسب مدونة الحقوق العينية أن كل البناءات والأغراس الموجودة فوق الأرض أو داخلها تعد محدثة من طرف مالكها ما لم تقم بينة على خلاف ذلك⁽²⁹¹⁾ حيث جاء في المادة 235 من مدونة الحقوق العينية ما يلي: «كل البناءات والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض أو داخلها تعد محدثة من طرف مالكها وعلى نفقته وتعتبر ملكا له ما لم تقم بينة على خلاف ذلك».

لكن إذا ما أقام المالك بناءات أو أغراس 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 أدخل عليها تغييرا طبقا لنص المادة 236 من مدونة الحقوق العينية.

وبالتالي فمدونة الحقوق العينية أسست لفرضية تملك الغرس أو البناء من قبل صاحب العقار إذا ما تبدلت معالم المواد المستعملة كما في الأعمدة الرخامية التي اسند إليها السقف وكما في الخشب الذي صنعت منه النوافذ والأبواب الملصق بها البناء ومثل الاسمنت والرمال التي شيدت بها الجدران، لكن هذا التملك يكون مقابل أداء قيمة المواد لصاحبها وتعويضه عن الضرر عند الاقتضاء كان يثبت أن قيمة تلك المواد قد ارتفعت عما كانت عليه يوم استيلاء مالك الأرض عليها⁽²⁹²⁾.

ويعفهم المخالفة، إذا ما كانت المواد المستعملة يمكن نزعها مثل المرايا المعلقة بالجدران والرفوف المتحركة والأقفال فيجب لصاحبها أن يستردها وإذا تطلب نزع المواد من البناء مصاريف فيمكن إلزام صاحب البناء أو بالأرض بأدائها⁽²⁹³⁾.

3 - البناء أو الغرس في أرض الغير بمواد مملوكة للباقي أو الفارس.

نصت على هذه الحالة المادة 237 من مدونة الحقوق العينية بقولها: «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 إلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع حالة الأرض إلى ما كانت عليه قبل إحداث الأغراس أو البناء أو المنشآت».

أما إذا أحدثت الاغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض

291 - المادة 235 من مدونة الحقوق العينية. نفس الشيء، بناء القانون المدني المصري في المادة 922 التي تنص على ما يلي: «كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب أرض أقيم على نفقته ويكون مملوكا له ويجوز مع ذلك أن يقيم الدليل على أن أجنبيا قد أقام هذه المنشآت على نفقته كما يجوز أن يقيم الدليل على أن مالك الأرض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت من قبل أو خوله الحق في إقامة المنشآت أو تملكها».

292 - محمد ابن معجوز، م، س، ص: 298.

293 - مأمون الكزبري، م، س، ص: 160.

في دعوى استحقاق و لم يحكم عليه برد ثمارها نظرا لحسن نيته فان مالك العقار لا يمكنه أن يطالب بإزالة المنشآت أو الاغراس أو البناءات المذكورة، غير انه يمكن له الخيار بين أن يؤدي قيمة المواد مع أجرة اليد العاملة أو أن يدفع مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك».

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام أن المشرع سمح لمالك العقار بالاحتفاظ بالبناء أو الغرس أو المنشآت القائمة على أرضه من طرف الغاصب سيئ النية مقابل أداء قيمتها ، فان الحكم بها مقيد حسب القضاء المغربي بمطالبة الغاصب سيئ النية، حيث قضت محكمة النقض بنقض قرار استئنافية مراكش التي بنت قرارها على ضرورة أداء قيمة المواد دون ان يطالب بها الغاصب (294).

أما إذا اختار المالك إرجاع الحالة إلى سابق عهدها فان ذلك يبقى معلقا على إمكانية نفاذ هذا الاختيار ، مما يعني انه لو كان أمرا مستحيلا كما إذا تصرف المالك في أرضه ببيعها وما عليها من منشآت أدى للغراس أو الباني السيئ النية قيمة البناء أو الغرس (295).

هذا على خلاف الباني أو الغارس حسن النية، بحيث لا يمكن مطالبته بأي حال من الاحوال بهدم البناء وإعادة الأمور إلى حالتها وهي القاعدة التي كرسها القضاء المغربي في العديد من قراراته من ذلك ما قضت به محكمة النقض في إحدى قراراتها مما جاء فيها: «الباني في ملك الغير في عقار محفظ عن حسن نية لا يطالب بهدم البناء وإزالة الاغراس و غيرها مما يكون قد أحدثه في ملك الغير...» (296).

4 - حالة البناء أو الغرس في أرض الغير بمواد مملوكة للغير أيضا :

لم تتعرض مدونة الحقوق العينية، لهذه الحالة، ولكن من خلال ما تناوله الفقه على ضوء ظهير 19 رجب 1333 يمكن التمييز بين بعض الحالات:

أ -علاقة الباني أو الغارس مع صاحب المواد

لا يمكن هنا لصاحب المواد استرداد موادها لأنها اندمجت بعقار بطبيعته وفقدت ذاتيتها، ويحق له مطالبة الباني بتعويض يوازي قيمتها وإذا أصيبت بضرر فيمكن مقاضاة الباني طبقا لقاعدة الإثراء بلا سبب ويكون له توقيع حجز تحفظي على ما يترتب في ذمة المالك إزاء الباني أو الغارس من تعويض (297).

أما إذا أحدثت الأغراس أو البناءات أو المنشآت من طرف شخص انتزعت منه الأرض

294 - قرار عدد 1230 بتاريخ 22/03/2011 ملف مدني عدد 1669 / 31/ 2010 نشرة قرارات محكمة النقض الغرفة المدنية 2012 من 119.

295 - قرار محكمة النقض عدد 651 بتاريخ 12/03/1993 ملف مدني عدد 2169 مجلة المحامي عدد 19 و 20، 2001، من 238 وما بعدها.

296 - قرار 564 بتاريخ 22/02/2006 ملف مدني عدد 04/3599 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 67، 2004، من 89 وما بعدها.

297 - محي الدين إسماعيل علم الدين، م، س، ص: 369.

في دعوى استحقاق ولم يحكم عليه برد ثمارها نظرا 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 أجره اليد العاملة، أو أن يدفع مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك. هذه الحالة ميز فيها المشرع بين الباني أو الغارس سيئ النية الذي يعلم أن الأرض مملوكة لغيره وبين ما إذا كان حسن النية يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت:

1 - الباني أو الغارس سيئ النية:

وهو الذي لا يستند في وضع يده على الأرض التي أقام عليها بناء أو غرس فيها أشجارا، إلى أي سبب ناقل للملكية كما في حالة النصب⁽²⁹⁸⁾، فإنه يكون لملك الأرض الخيار بين أمرين:

إما الاحتفاظ بتلك المنشآت مقابل أداء قيمة المواد إلى الباني أو الغارس سيئ النية. أو يلزم الباني أو الغارس بإزالتها على نفقته وإرجاع الأرض إلى ما كانت عليه.

2 - الباني أو الغارس حسن النية :

معنى حسن النية هنا أن يعتقد الباني أو الغارس أن له الحق في إقامة المنشآت وليس معناه حتما أنه يملك الأرض⁽²⁹⁹⁾.

ب - علاقة الباني أو الغارس مع صاحب الأرض:

هذه الحالة تتلاقى مع الحالة الواردة في المادة 232 من مدونة الحقوق العينية بحيث تميز بين الباني والغارس سيئ النية والباني أو الغارس حسن النية، فإذا كان سيئ النية فإنه يمكن إجباره على هدم البناء، أو قلع الأغراس ما لم يفضل المالك إبقائها ودفع قيمة تلك المواد أما إذا كان حسن النية فإنه لا يجبر على نزع الأبنية ويدفع به المالك قيمة المواد وأجرة العمل أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسببها.

الفقرة الثالثة : الحيازة

سننولى بداية تعريف الحيازة مع بيان عناصرها ونتحدث عن شروطها، بالإضافة لصفاتها وأحكام اكتساب العقار والمنقول بالحيازة، كل ذلك بناء على المتعضيات القانونية ولا سيما القانون رقم 39.08، علاوة على الاجتهادات القضائية والآراء الفقهية المرتبطة بالموضوع فيما يلي :

298 - مأمون الكزبري، م، س، ص: 163.

299 - إدريس السماحي: الحقوق العينية ونظام التحفظ العقاري، مطبعة أمرين للطباعة والتلغيف. الطبعة الأولى، 2003، ص: 82.

أولاً : تعريف الحيازة وبيان عناصرها

نقوم بتعريف الحيازة ثم بيان 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 239 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على ما يلي «تقوم الحيازة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه».

وإذا كان المشرع لم يعرف الحيازة فإن الفقه⁽³⁰⁰⁾ اعتبرها سيطرة مادية لشخص ما على شيء يستعمله بصفته مالكا أو بصفته صاحب حق عيني على الشيء وقد تستند إلى حق أو لا تستند إليه.

ونظرا لأهمية الحيازة باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية، فإن التشريعات ما فتئت تنظمها بمقتضى قواعد قانونية، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المغربي الذي عمل على تنظيمها في العديد من القوانين: منها قانون الالتزامات والعقود⁽³⁰¹⁾، وقانون المسطرة المدنية⁽³⁰²⁾، والقانون الجنائي⁽³⁰³⁾، وغيرها من القوانين إلى أن جاءت مدونة الحقوق العينية التي نظمته بنصوص خاصة وأكثر دقة من المادة 239 إلى المادة 263.

2 - عناصر الحيازة :

للحيازة عنصران مادي وعنصر معنوي:

1 - العنصر المادي : وهو عبارة عن جملة من الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز، أي ما يسمى بوضع اليد⁽³⁰⁴⁾، كزراعة العقار محل الحيازة أو حرثه أو غرسه أو بالسكن في منزل أو كرائه.

2 - العنصر المعنوي : ويراد به نية الحائز في اكتساب حق عيني وبالتالي صيرورته حائزا بصفته مالكا له.

إن نية الحائز تجسد العنصر المعنوي الذي يميز الحيازة الاستحقاقية عن الحيازة العرضية⁽³⁰⁵⁾، هذه الأخيرة التي يتعدم فيها هذا العنصر فالشخص الذي يضع يده على شيء وهو لا يقصد اكتسابه لا يكون عندئذ حائزا قانونيا بل حائزا عرضيا كالمكتري أو الوديع

300 - محي الدين إسماعيل علم الدين، م، ص، 373.

301 - انظر مثلا الفصول من 101 إلى 105 المتعلقة بالمسؤولية عن حيازة الشيء.

302 - انظر الفصول من 166 إلى 170 من ق.م.م.

303 - انظر الفصل 570 من القانون الجنائي الذي يجرم انتزاع عقار من حيازة الغير.

304 - حسب البند الأول من المادة 240 من القانون رقم 39.08.

305 - انظر بخصوص التمييز بين الحيازة العرضية والاستحقاقية، إدريس السماحي، م، ص، 89 وما بعدها.

أو الوكيل... فهؤلاء على التوالي جميعهم لا يمارسون الحيابة لحسابهم بل لحساب المكري أو المودع أو الموكل. (306)

ثانياً، شروط الحيابة الاستحقاقية⁽³⁰⁷⁾

يشترط لصحة حيابة الحائز مجموعة من الشروط أوردتها المادة 240 من مدونة الحقوق العينية وسنقوم بالتطرق لها كما يلي:

1 - أن يكون الحائز واضعاً يده على الملك:

ويقصد بوضع اليد على الشيء المحوز تلك السيطرة الفعلية و الواقعية عليه، فوضع اليد هو مجرد الحوز بنية التملك، وبذلك تخرج الحيابة العرضية من هذا الاطار لأنها لا تثبت الملك كالكراء و العارية وغيرها من الأعمال التي تبيح الحوز مؤقتاً⁽³⁰⁸⁾.

فكما يباشر الإنسان الحيابة 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⁽³⁰⁹⁾.

ويجب أن يكون الحائز واضع اليد على الملك مغربي الجنسية، لأن حيابة الأجنبي عن طريق وضع اليد على الملك لا تكون لها أية قيمة مهما طال أمد وضع اليد وذلك تماشياً مع الفقرة 2 من المادة 239 من مدونة الحقوق العينية⁽³¹⁰⁾ التي تنص صراحة على مايلي «... ولا تقوم هذه الحيابة لغير المغاربة مهما طال أمدها».

2 - يجب أن يتصرف الحائز تصرف المالك في ملكه :

ويعني ذلك تصرف الحائز في ملكه بكافة أنواع التصرف، من استعمال واستغلال كالزراعة والغراسة والكراء⁽³¹¹⁾، وبالتالي فممارسة الحائز لهذه التصرفات تجعل من ظهوره حتماً مظهر المالك في ملكه لقول الشيخ خليل: «وصحة الملك بالتصرف».

وقد أكد على هذا المقتضى المشرع في البند الثاني من المادة 240 من القانون رقم 39.08.

306 - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، م، س، ص: 479.

307 - راجع الموضوع مفصلاً: محمد بادن، دعوى الاستحقاق العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والمقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، الموسم الجامعي 2010/2011.

308 - ادريس السماحي، م، س، ص: 90.

309 - انظر الفقرتين 1 و 2 من المادة 243 من مدونة الحقوق العينية.

310 - وهو ما يكرسه القضاء المغربي أيضاً.

انظر: قرار المجلس الأعلى عدد 751 بتاريخ 1981/7/1 في الملف المدني عدد 61700. منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد: 31، ص: 17.

311 - جاء في قرار المجلس الأعلى ما يلي: «إن التصرف عام لا ينحصر في الحرث والفرس بل يشملها وغيرها من الرعي والحفر وغير ذلك».

- قرار المجلس الأعلى رقم 343، صادر في 1967/03/21، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 6، ص: 13.

- أورد، امحمد برادة غزبول وآخرون، المرجع السابق مامش 26 ص: 19.

3 - يجب أن ينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه إليه كذلك :

بالإضافة للشروط السابقة، يتعين لصحة حيازة الحائز ادعاءه ملكية الشيء المحوز ونسبته لنفسه، والناس أيضا ينسبونه إليه كذلك، كأن يقول الناس بأن هذا ملك فلان أي «الحائز» بينما يقول هو «ملكي وحوزي»⁽³¹²⁾.

4 - يجب أن لا يتنازع الحائز في ذلك منازع :

أي أن لا ينازعه ولا يعارضه أحد طيلة مدة الحيازة، وبعبارة خاصة أن تكون حيازته هادئة وفي منأى عن كل التباس ومنازعة⁽³¹³⁾.

وبناء على ما تقدم فقد رفض القضاء المغربي الاعتراف بحيازة من انتزع أرض الغير بالعنف والتعدي وأجاز سماع دعوى الاسترداد ضده⁽³¹⁴⁾.

إن منازعة الغير للحائز تجعل حيازته للمدعى فيه حيازة غير كاملة والدعوى بشأنها غير مسموعة⁽³¹⁵⁾.

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 ميزت مدونة الحقوق العينية بين حيازة الأجانب وحيازة الأقارب .

1/ حيازة الأجانب: حيث تختلف مدة الحيازة بين ما إذا كان الأجانب شركاء (أ) أم غير شركاء (ب).

أ - حيازة الأجنبي الشريك:

إذا لا يكفي بالنسبة لحيازة الأجنبي الشريك ثبوت حيازته إلا إذا كانت متسمة ببعض التصرفات التي من شأنها أن تعمل على تغيير العين المدعى فيها تغييرا واضحا، أي أن تكون حيازته بأقوى أوجه التصرف كالهدم والبناء وغيرهما⁽³¹⁶⁾، وبالتالي فحيازة الأجنبي الشريك

312 - وقد أكد القضاء على شرط النسبة في عدة قرارات منها قرار المجلس الأعلى عدد 977 بتاريخ 14 مارس 2001، ملف مدني عدد 2453-1-2000.

- قرار المجلس الأعلى عدد 796 ملف مدني عدد 89/779 صادر بتاريخ 93/03/26.

- أوردما عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري من سنة 1991 إلى 2002، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة 1، 2003، ص 23 و254.

313 - أحمد برادة غزويول وآخرون، م، س، ص، 20.

314 - قرار المجلس الأعلى، عدد 219، ملف مدني بتاريخ 1970/04/29، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 19، ص 27.

315 - محيي الدين إسماعيل علم الدين، م، س، ص، 377.

316 - عبد الملي العبودي، الحيازة فقها وقضاء، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء الطبعة الأولى 1996، ص 59.

بهذه الصفة وبتوافر الشروط الأخرى تكسبه ملكية العقار المحوز إذا حازه عشر سنين، لقول الشيخ خليل «كشريك أجنبي حاز فيها إن هدم وبني».

ب - حيازة الأجنبي غير الشريك:

إن حيازة الأجنبي غير الشريك لملك حيازة مستوفية لشروطها دون انقطاع ومرور مدة 10 سنوات كاملة وقام بالتصرف فيه مطلق التصرف، فإن هذا الأجنبي يكسب بحيازته هذه ملكية العقار⁽³¹⁷⁾ حيث تنص المادة 250 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: «إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضرا عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار».

II - حيازة الأقارب:

بداية تجدر الإشارة إلى أنه لا يعتد بالحيازة الواقعة ضد الأصول والفروع مهما طاللت مدتها⁽³¹⁸⁾.

أما بخصوص الحيازة بين غيرهم من الأقارب من أعمام وأخوة وأصهار فإنها تتحدد في أربعين سنة إذا انتفت بينهم عداوة أو خصومة، في حين تتحدد مدة الحيازة، دائما حسب هذه الحالة في 10 سنوات عند ثبوت هذه العداوة⁽³¹⁹⁾.

مجمل القول إن مدد الحيازة بالشكل الذي يبناه هي مدد كاملة⁽³²⁰⁾ تبتدئ في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية التملك، وفي حالة توالي التفويتات من تاريخ بداية حيازة أول مفوت. كما أنه لا يجوز مطلقا الاتفاق على تعديل مدة الحيازة سواء بالزيادة أو النقصان وكل اتفاق على ذلك يقع باطلا. (المادة 259 من مدونة الحقوق العينية).

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 أم شرط كمال؟

ودون الدخول في هذا الاختلاف الفقهي، نشير إلى أن الرأي الراجح يعتبر شرط

317 - قرار المجلس الأعلى عدد 29، بتاريخ 17 يناير 1984، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35 و 36 من: 108.

ومر ما أكدته المادة 255 من مدونة الحقوق العينية.

318 - قرار المجلس الأعلى عدد 1265، ملف شرعي رقم 6307/86، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 42-43، ص: 175.

319 - تنص المادة 251 من القانون رقم 39-08 على ما يلي، تكون مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة.

320 - المادة 252 من مدونة الحقوق العينية.

عدم التقويت بمثابة شرط كمال في وثيقة الحي، وشرط صحة في وثيقة الميت إذا اثبت الورثة الملك (321).

خلاصة القول، وانطلاقاً من كل الشروط التي تعرضنا لها فإنه يتعين لترتيب الحيابة لأثرها في اكتساب العقار (322)، أن تكون متداخلة ومستجمة لبعضها البعض.

ثالثاً : صفات الحيابة

من المعلوم أن الحيابة منظمة بمقتضى القواعد الإجرائية ويتعلق الأمر بقانون المسطرة المدنية، فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 166 من هذا القانون على أنه «لا يمكن رفع دعاوى الحيابة إلا ممن كانت له شخصياً أو بواسطة الغير منذ سنة على الأقل حيابة عقار أو حق عيني عقاري حيابة هادئة علنية متصلة غير منقطعة وغير مجردة من الموجب القانوني وخالية من الالتباس».

من خلال هذا الفصل يتضح أن الحيابة تتصف بصفات معينة ، سنقوم بدراستها من خلال النقاط التالية :

1 - أن تكون الحيابة مستمرة :

وصورة هذه الحالة تقوم في حالة قيام شخص معين بأعمال تطبعها صيغة التكرار والاستمرارية على العقار، محل وموضوع الحيابة بصفة مستمرة ومنتظمة.

ومفاد ذلك أن الشخص الذي يدعي الحيابة طبقاً لهذه الحالة يجب أن يكون مستغلاً للعقار بصورة متواترة، بحيث إذا قام باستغلال العقار عن طريق الحيابة لمدة وجيزة ثم انقطع وعاد بعد مرور مدة أخرى كانت حيازته غير مستمرة، وبالتالي لا تنطبق عليها هذه الصفة الأخيرة.

وتجدر الإشارة أن شرط الاستمرارية يختلف اختلافاً بينا بحسب طبيعة الشيء محل الحيابة (323).

2 - أن تكون الحيابة علنية :

ويراد بذلك مباشرة الحائز لحق الحيابة من خلال السيطرة على الشيء على مشهد من الكافة أو على الأقل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز (324)، أي ظهور الأخير بمظهر المالك الشرعي الذي يباشر عملاً مبنياً على أساس قانوني بطريقة علنية لا خفاء

321 - امحمد برادة غزبول وآخرون، الدليل العلمي للعقار غير المحفظ، م، س، ص: 26.

322 - تنص المادة 260 من القانون رقم 39.08، على ما يلي: «يترتب على الحيابة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار».

323 - مأمون الكزبري، م، س، ص: 197.

324 - إدريس السماحي، الحقوق العينية ونظام التحفيظ، م، س، ص: 94.

فيها ولا التباس: كإجارة العقار أو حرثه أو استغلاله بالفلاحة و الغراسة وجني ثمار الأشجار، كما هو الشأن في جميع التصرفات غير المشوبة بأي شيء يجعلها منعدمة القيمة⁽³²⁵⁾.

إن شرط العلنية في الحيازة ذو أهمية قصوى، إذ التصرف الهادئ العلني المستمر المدة القانونية هو الذي يكسب الملك⁽³²⁶⁾، وإلا فكل نزاع في الملك أو التباس فيه يجعل من الحيازة عديمة الأساس⁽³²⁷⁾.

3 - أن تكون الحيازة هادئة:

ونكون أمام هذه الحالة عندما تتم حيازة حائز العقار بشكل هادئ وبدون تعنيف أو إكراه أو قوة أو تعد.

على أن الحيازة تعد غير هادئة إذا بدأت بالإكراه واستمر كذلك لاستمرار الحيازة دون أن ينقطع، فلا يستند لمثل هذه الحيازة في سبيل التملك⁽³²⁸⁾.

وقد أكدت على حيازة العقار بصفة هادئة مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 166 من ق.م.م، والحيازة لا تعتبر هادئة وخالية من النزاع إلا إذا لم يناع المحوز عنه الحائز فيها، وكان حاضرا بالغا رشيدا لم يمنعه من القيام بها مانع⁽³²⁹⁾.

4 - أن تكون الحيازة خالية من الالتباس :

أي أن يتصرف الحائز في الملك وكأنه مالك حقيقي للشيء الذي يحوز بصفة خالية من الالتباس والخفاء .

رابعا، اكتساب العقار والمنقول بالحيازة

سنتناول اكتساب العقار بالحيازة في (البند الأول) على أن نتحدث عن اكتساب المنقول بالحيازة في (البند الثاني).

1 - اكتساب العقار بالحيازة :

تكتسب ملكية العقار عن طريق الحيازة بطول المدة وذلك حسب نوع الحائز وعلاقته بمن يقوم بمنازعته بشأنها إما أجنبيا أو قريبا ، وأيضا من زاوية ما إذا كان أصل الملك مجهولا أم معلوما⁽³³⁰⁾.

325 - عبد الحلي المبرودي، الحيازة فقها وقضاء، م.س.، ص: 46.

326 - هذا ما كرسه المجلس الأعلى في القرار عدد 330، صادر بتاريخ 24 يونيو 1975، مجلة القضاء والقانون، عدد 126، ص: 99.

327 - قرار المجلس الأعلى، عدد 217، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 1 من: 36.

328 - إدريس السماحي، م.س.، ص: 95.

329 - محمد براءة غزوي وآخرون، م.س.، ص: 20.

330 - راجع ما تم تناوله سابقا بخصوص شرط المدة المقرر في الحيازة.

إن الحيازة لئن كانت سببا من أسباب كسب الملكية العقارية في التشريع المغربي، إلا أنها لا تؤثر على اكتساب بعض العقارات مهما طالّت مدة حيازتها وهذه العقارات حسب المادة 261 من القانون رقم 39.08 هي:

- أملاك الدولة العامة والخاصة: ولا تقبل الحيازة نظرا للصبغة العمومية التي تطبع الأملاك العامة، وللخصوصيات التي تنفرد 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⁽³³¹⁾.
- أملاك الجماعات السلائية: بدورها لا محل لاكتسابها بالحيازة مهما طال أمدها وذلك عملا بالفصل 4 من ظهير 27 أبريل 1919 المنظم للأراضي الجماعية⁽³³²⁾.

• أملاك الجماعات المحلية

- العقارات المحفظة: إذ لا تؤثر الحيازة على حق مالك العقار المحفوظ، لأن قرار التحفيظ يظهر العقار من كل الشوائب العالقة به، وبالتالي فالتقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفوظ في مواجهة المالك، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المقيدة بالرسم العقاري⁽³³³⁾.

إضافة للأملاك السابقة، فالحيازة لا تؤثر على بعض الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون.

2 - اكتساب المنقول بالحيازة

يتم اكتساب المنقول بالحيازة في حالة تحقق الشروط الآتية:

أ - ينبغي أن تكون الحيازة مستجمعة لصفاتها القانونية وخالية من العيوب كالإكراه والخفاء واللبس والغموض⁽³³⁴⁾.

ب - يتعين أن يكون محل الحيازة منقولا تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية، إذ لا تسري هذه الأخيرة إلا إذا كان المنقول قابلا للحيازة والتعامل فيه.

331 - حيث تنص المادة 51 من مدونة الأوقاف على ما يلي: «يترتب عن اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه غلا وفق المقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة».

332 - قرار المجلس الأعلى عدد 221، ملف مدني صادر في 1968/5/8، مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 3، ص 29.

333 - الفصل 63 من القانون رقم 14، 07، المدل والمنير لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

334 - محني الدين إسماعيل علم الدين، م، س، ص: 379.

وهو ما يعني عدم إمكانية حيازة المنقول متى كان معنويا كالملكية الأدبية والفنية والديون....

كما يستثنى من قاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية المنقولات ذات الصبغة العمومية كالآثار والتحف والأسلحة والمنقولات التابعة للعقارات المخصصة، وكذا المنقولات المتكونة من عناصر مادية وأخرى معنوية كالأصل التجاري⁽³³⁵⁾.

ج - يجب أن تكون الحيازة حقيقية لا عرضية، لأن الأولى وحدها من تتوفر وتستجمع العنصرين معا المادي والمعنوي، ومن ثم فبتواجدهما نقول بأن الحيازة سبب لكسب ملكية المنقول حسب هذه الحالة.

د - يجب أن يكون الحائز حسن النية: إذ يشترط حتى يملك الحائز المنقول أن يكون حسن النية، أي أنه يكتسب الشيء بناء على حجة يجهل عيوبها⁽³³⁶⁾. إذ القاعدة تقول أن حسن النية مفترض دائما إلى أن يثبت العكس وهو سوء النية⁽³³⁷⁾.

هـ - يجب أن يستند الحائز في حيازته إلى سبب صحيح ويستنتج ذلك من الفقرة الأولى من الفصل 456 من ق.ل.ع.

و يدخل في نطاق السبب الصحيح المعتقد به في حيازة المنقول أن يكون عملا قانونيا كالهبة والبيع⁽³³⁸⁾.

وأخيرا نشير أن السبب الصحيح مفترض دائما شأنه شأن حسن النية وذلك طبقا للفصل 456 من ق.ل.ع.

الفقرة الرابعة : الشفعة

تقتضي دراسة حق الشفعة كسبب لكسب الملكية التعرض لتعريفها وبيان خصائصها، ثم التطرق للتصرفات المثبتة لهذا الحق، وتوضيح أركانه، وشروط ممارسته وأخيرا دراسة آثاره، وذلك فيما يلي :

أولا : التعريف بالشفعة وبيان خصائصها :

الشفعة تعني ضم الشيئين، وهي مشتقة من الشفع وهو العييد الثنائي ضد الوتر، الذي

335 - محي الدين إسماعيل عالم الدين ، م . س . ص : 380.

336 - وذلك طبقا لنصوى الفقرة الأخيرة من الفصل 103 من ق.ل.ع.

337 - وهو ما أكدته الفقرة الأخيرة من الفصل 456 من ق.ل.ع عندما نصت على أنه «ولا يفترض حسن النية فيمن كان يعلم أو كان يجب عليه أن يعلم عند تلقيه الشيء أن لا من تلقاه منه لم يكن له حق التصرف فيه».

338 - إدريس السماحي، م، س، ص: 98 وأيضاً محيي الدين إسماعيل عالم الدين، م. س. ص: 381.

هو العدد الفردي، وسميت بذلك لأن الأخذ بها يضيف بسببها الشفيع الحصة المشفوعة فتصير بذلك الحصة شفعاً بعد أن كانت التي بيده وترأ (339).

واصطلاحاً عرفها ابن عرفة بكونها استحقاق شريك اخذ مبيع شريكه بثمنه، وهذا التعريف الأخير استقر عليه المجلس الأعلى (340).

فالشفعة نظام إسلامي ثابت في الشريعة الإسلامية، إذ عمل فقهاء الشريعة على استنباط أحكام مختلفة دقيقة تنظمها بشكل يحقق المصالح الاقتصادية والاجتماعية (341)، على اعتبار أن لها أهمية قصوى من حيث كونها تسهم في رفع الضرر عن الشركاء والحفاظ على الشيوع تلافياً لدخول الشريك الأجنبي، بالإضافة لكونها تساعد على التماسك بين الشركاء من ناحية والعمل على اكتساب الملكية من ناحية أخرى.

يبدو أن هذه الأهمية التي تتسم بها الشفعة (342) جعلت الشريعات تنظمها بقواعد قانونية من ضمنها المشرع المغربي، حيث قام بتعريفها في الفصل 974 من ق ل ع بأنها «إذا باع أحد المالكين على الشيع لأجنبي حصته الشائعة جاز لباقيهم أن يشفعوا هذه الحصة لأنفسهم في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصرفات العقد والمصرفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع ويسري نفس الحكم في حالة المعاوضة...»

وقد عمل المشرع على تكريس نفس التعريف المذكور لحق الشفعة في ق ل ع وظهير 2 يونيو 1915 الملغى، وذلك في مدونة الحقوق العينية من خلال المادة 292 حيث تنص على أن «الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المباعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء».

اذن من خلال ما سبق يمكن القول أن الشفعة تتميز بالعديد من الخصائص منها:

1 - فهي تجوز في المنقول والعقار على حد سواء.

2 - فهي تخضع في تنظيمها لأنواع ثلاثة من القوانين ويتعلق الأمر ب:

أحكام الفقه الإسلامي وخاصة منها أحكام الفقه المالكي عل اعتبار أن الشفعة من الحقوق التي نظمها الشريعة الإسلامية السمحة (343).

339 - محمد براءة غزويول وآخرون، الدليل العملي للعقار غير المحفوظ، م س، ص 113.

340 - قرار المجلس الأعلى، عدد 871 بتاريخ 7-12-1982، ملف عقاري عدد 93405، منشور بعملة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 33-34، ص 64.

341 - محمد ابن معجوز، م س، ص 163.

342 - انظر أهمية الشفعة والأضرار التي شرعت لرفعها: محمد ابن معجوز، أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتفتين المغربي والمغاربي.

طبعة 1993، م س، ص 27 وما بعدها. وأيضاً إدريس السماحي، م س، ص 10 وما بعدها.

343 - وهكذا روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم، أنه قال: «يقضى الرسول صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وضرفت الطارق فلا شفعة» رواء البخاري ومسلم وغيرهما.

- ظهور الالتزامات والعقود المغربي وذلك في المقولات والعقارات غير المحفظة تماشياً مع الأحكام الواردة من الفصل 973 إلى الفصل 976 من ق ل ع.

- مدونة الحقوق العينية بالنسبة للشفعة الواردة على العقار سواء أكان قابلاً للقسم أم غير قابل لها كما يشمل هذا التنظيم الشفعة الواردة على الحقوق العينية القابلة للتداول. وتنظم مدونة الحقوق العينية حق الشفعة من المادة 292 إلى 312، والكل مع مراعاة المادة 1 من نفس القانون⁽³⁴⁴⁾.

ثانياً : التصرفات والأموال المثبتة للشفعة

إن الشفعة كنظام قانوني لا يجوز الأخذ به إلا في نطاق التصرفات التي بمقتضاها يكتسب المشتري - المتصرف إليه - تلك الحصة المشاعة عن طريق البيع، وهذا ما يستتج صراحة من خلال الفصل 974 من ق.ل.ع عندما نص على ما يلي: «إذا باع أحد المالكين على الشياخ لأجنبي حصته الشائعة...»

وهو ما كان سائداً في ظل الفصل 25 من ظهير 2 يونيو 1915 الملقى بمقتضى مدونة الحقوق العينية، هذه الأخيرة التي كرست الحصة الشائعة المفقوتة عن طريق البيع كأساس لممارسة الحق في الأخذ بالشفعة وذلك تطبيقاً للمادة 292 منها عندما استعملت كلمة "المبيعة".

علاوة على البيع، فإن المعاوضة تعد كذلك من التصرفات التي تجيز الشفعة حسب الفقرة الأولى من الفصل 974 من ق ل ع⁽³⁴⁵⁾.

ويثار التساؤل حول ما إذا كان يقبل ممارسة حق الشفعة في البيوع القضائية كما هو الشأن بالنسبة للبيوع الرضائية⁵.

إن الإجابة عن هذا التساؤل عرفت جدالاً واسعاً إن داخل أوساط الفقه أو العمل القضائي بين مؤيد ومعارض لمسألة ممارسة الشفعة في البيع القضائي. وبدون الدخول في هذه التفاصيل⁽³⁴⁶⁾ نشير أن مدونة الحقوق العينية قد حسمت هذا الإشكال عندما نصت في المادة

302 على أنه "إذا بيعت الحصة المشاعة في المزار العلي وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة"⁽³⁴⁷⁾.

344 - نصت المادة الأولى من القانون رقم 39.08 المخلق بمدونة الحقوق العينية على أنه: "تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية مالم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار".

تطبيق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1931 (12 أغسطس 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.

345 - محيي الدين إسماعيل علم الدين، م. س. 104.

346 - للتعقيد في الموضوع راجع بونس الزهري. الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، ج 2، ص 252 وما بعدها.

347 - وهذا المقتضى كذلك منصوص عليه في بعض القوانين المقارنة كاللادة 1161 من القانون المدني الأردني.

وبخصوص الأموال القابلة للملك بالشفعة، فإن الأخيرة تكون في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أم غير قابلة لها، كما تكون في الحقوق العينية القابلة للتداول⁽³⁴⁸⁾ كحق الكراء الطويل الأمد وحق الانتفاع والسطحية وغيره⁽³⁴⁹⁾، في حين لا يمكن ممارسة حق الشفعة في الحقوق الارتفاقية نظرا لتعذر انتقالها بحد ذاتها، كما لا مجال لشفعة ما فوت تبرعا اللهم إذا كان التبرع سوريا أو تحايلا⁽³⁵⁰⁾.

وانسجاما مع الفصل 975 من ق ل ع فالشفعة ترد أيضا على توابع الحصة المشاعة وحدها إذا بيعت هذه التوابع مستقلة.

ثالثا: أركان الشفعة⁽³⁵¹⁾

نشير لأركان ممارسة الشفعة - باختصار - كما يلي :

- 1 - الشفيع وهو الشخص الذي له الحق للأخذ بالشفعة لأجل أخذ الحصة من المالك الجديد الذي اشترى الحصة الشائعة من أحد الشركاء
- 2 - المشفوع وهو الشيء محل حق الشفعة.
- 3 - المشفوع منه وهو الشخص الذي انتزع منه النصيب الممتلك بعوض.
- 4 - المشفوع به وهو ما يؤديه الشفيع للمشفوع منه نظير الحصول على الحصة الشائعة.

رابعا: شروط ممارسة حق الشفعة

فالشخص الذي ثبت له أحقية الأخذ بالشفعة، عليه التقيد بجملة من الشروط كالتالي:

- 1 - يجب مباشرة حق الشفعة بالنسبة إلى الحصة المفقودة بأكملها؛

يتبين من هذا الشرط أن صحة ممارسة الشفعة لا بد أن تتم بالنسبة للحصة المبيعة بأكملها لا في جزء منها فقط، وما يؤكد ذلك هو مقتضيات كل من الفقرة الأولى من المادة 296 من مدونة الحقوق العينية، و الفصل 974 من ق ل ع الذي ينص على ما يلي: «لكل من المالكين على الشياح أن يشفع بنسبة حصته، فإذا امتنع غيره عن الأخذ بها لزمه أن يشفع الكل»، وهو ما

348 - المادة 298 من مدونة الحقوق العينية 3.

349 - محيي الدين إسماعيل علم الدين، م س، ص 974.

350 - تنص المادة 303 من مدونة الحقوق العينية على أنه «لا شفعة فيما فوت تبرعا ما لم يكن التبرع سوريا أو تحايلا كما لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صاق أو خلع».

351 - للتعليق في هذا الموضوع راجع: محمد بن معجون، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص 204 وما بعدها وانظر أيضا يونس الزهري الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي الجزء الثاني، الطبعة والوراثة الوطنية بمراكش 2007 ص 252 وما بعدها

تم التخصيص عليه أيضا في مدونة الحقوق العينية صراحة في المادة 286 بقولها: «فيجب على الشريك أن يأخذ الحصة المبيعة بكاملها أو أن يتركها»، واستقر عليه القضاء المغربي (352).

وعلى فرض أن الشريك الذي باع حصته لأجنبي والتي تتحد في الثلث (1/3) من مجموع الحصة الشائعة، فإذا ما أراد الشريك الآخر الذي ثبت حقه في ممارسة حق الشفعة أن يشفع الثلث المتصرف فيه في مجموعه لا في جزء منه فقط، ويطبق نفس الحكم حتى في حالة تعدد الشفعاء (353)، أما بالنسبة للفرضية التي يمتنع فيها بعض الشفعاء فيلزم حينئذ على الباقيين الحلول محلهم والكل تماشيا مع الفصول الواردة أعلاه (354).

2 - يجب ممارسة حق الشفعة داخل الأجل القانوني:

يختلف أجل ممارسة حق الشفعة حسبما تعلق الأمر بعقار غير محفظ أو منقول، أو بعقار في طور التحفيظ، وأخيرا ما إذا تعلق الأمر بالعقار المحفظ.

ونشير باختصار إلى كل هذه الحالات كل على حدة في النقاط الآتية:

أ - الحالة المتعلقة بشفعة عقار غير محفظ أو منقول:

في هذه الحالة يجب ممارسة حق الشفعة داخل أجل سنة يبتدئ من تاريخ العلم بالبيع الحاصل في الملكية الشائعة، أما في حالة عدم العلم بالبيع فبمقتضى أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد (355).

ومما تجدر الإشارة إليه أن أجل السنة الوارد أعلاه هو من قبيل الآجال المسقط (356) التي تسري في مواجهة الكافة، وبالتالي فهو لا يخضع للقواعد العامة المنظمة للتقادم المسقط من حيث الانقطاع والتوقف (357).

إلا أن التساؤل المطروح بهذا الخصوص يتعلق بمدى سريان مدة السقوط في حق الكافة بصفة مطلقة؟ أم أن هناك استثناءات تبررها قواعد العدالة والانصاف مثلا؟

للإجابة على ما ذكر نشير إلى أن مدة السنة رغم كونها مدة إسقاط تسري في مواجهة

352 - وهو ما أكدته القضاة المغربي في القرار الصادر عن المجلس الأعلى رقم 2706، ملف مدني عدد 95656، صادر في 1985/11/20. وأيضا قرار المجلس الأعلى رقم 143، صادر في 9 يناير 1986، أوردهما عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال أربعين سنة، مطبعة التجاح الجديدة، البيضاء، طبعة 1، 1999، ص 56 و175.

353 - محيي الدين إسماعيل علم الدين، م، ص، 100.

354 - تقصد الفصل 974 من ق ل ع والمادة 296 من مدونة الحقوق العينية.

355 - الفترتين 2 و3 من المادة 304 من القانون رقم 39.08 وكذلك الفصل 976 من ق ل ع.

356 - وما يؤكد ذلك هو العبارة التي استعملها المشرع في الفقرة 2 من المادة 304 من القانون رقم 39.08 عندما قال «... فإن حق الشفعة يسقط...» وفي الفصل 976 من ق ل ع، «يسقط حق المالك على الشفيع».

357 - قرار المجلس صادر في 14 يوليوز 1993، ملف مدني عدد 90/1276، أورده عبد العزيز، توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة، م، ص، 285.

الكل بمن فيهم القاصرين متى كان لهم نائب قانوني⁽³⁵⁸⁾ فإن المشرع استثنى الحالة التي يكون هناك عائقاً مشروعاً قد منع المالك من الأخذ بالشفعة كما لو تعلق الأمر بالاكره.

ب- الحالة المتعلقة بشفعة العقار المحفظ⁽³⁵⁹⁾

كان أجل ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ ، قبل صدور مدونة الحقوق العينية، يخضع لأجال ثلاثة وهي:

- أجل الثلاثة أيام: من تاريخ التبليغ بالشراء حسب الفصل 31 من ظهير 2 يونيو، والهدف من التبليغ هو حث من له الحق في الشفعة على إبداء رغبته فيها، وإيداع مبالغ الشراء داخل الأجل⁽³⁶⁰⁾.

- 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 تقيد البيع بالرسم العقاري طبقاً لما أكدته القضاء المغربي⁽³⁶¹⁾، واستقر عليه المشرع في مدونة الحقوق العينية كما سنرى لاحقاً. ويصدر مدونة الحقوق العينية فقد جاءت بمستجدات مهمة بخصوص هذا الموضوع، ويمكن التعرض لها فيما يلي:

- طبقاً للفقرة 1 من المادة 304، فإذا 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 يعمد فيها المشتري إلى القيام بالإجراء المذكور، فأجل الشفعة يسقط بمرور سنة من تاريخ التقيد بالرسم العقاري.

عموماً يظهر أن المشرع اقتصر على أجلين هامين في نطاق المادة 304 السالفة

358 - الفقرة الأخيرة من الفصل 976 من ق ل ع.

359 - راجع الباحثة المرحومة آمال برونوسي، ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، 2006-2007، ص 57 وما بعدها.

360 - عبد السلام بن زروغ. انطلاق أجل الشفعة من ثبوت الاستحقاق في قضاء المجلس الأعلى، رسالة الدفاع، العدد الخامس، دجنبر 2004، ص 152.

361 - أنظر: قرار المجلس الأعلى عدد 3314، بتاريخ 1998/5/20، في الملف عدد 97/432، مجلة رسالة الدفاع، عدد 1، يونيو 2000.

ص 68. وفي نفس الاتجاه:

- قرار المجلس الأعلى عدد 3218 صادر في 2001/9/25، في الملف رقم 1305/1/2004، منشور بمجلة القضاء والقانون عدد 145، السنة 2002 ص 196.

الذكر⁽³⁶²⁾، 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، لا سيما 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 أمام ما يتضمنه هذا الحق الأخير من إجراءات طويلة كتبليغ للشفيع وإيداع للحصة ومصاريف العقد وثمان التحسينات وغيرها...⁽³⁶³⁾

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 يطهره 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 304 من القانون رقم 39.08 يتبين بجلاء 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.

وجدير بالذكر أنه في إطار المستجدات التي جاء بها المشرع في مدونة الحقوق العينية، يكون قد تجاوز الخلاف الفقهي والقضائي الذي كان حاصلاً بخصوص سلوك مسطرة التعرض عند المطالبة بالشفعة أو القيام بالإيداع طبقاً للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، حيث تنص المادة 305 من مدونة الحقوق العينية على أنه «إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يمتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به».

362 - مع ملاحظة ما نص عليه المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة نفسها إذ لا يتم اللجوء لهذا الأجل المحدد في 4 سنوات من تاريخ النقد إلا من الوقت الذي لم يتم التحقق منه بواقعة العلم بالبيع.

363 - كما يسجل إيجاباً للمشرع كذلك استعماله لمصطلح (ثلاثين يوماً) بدلاً من شهر الشيء الذي سيضع حداً للتأويلات التي يمكن أن تثيرها كلمة الشهر من زاوية هل يتعلق الأمر بثلاثين يوماً أو 31 يوماً أو أقل من ذلك.

3 - يجب أداء الثمن وتوابعه (364)

انطلاقاً من المادة 292 من مدونة الحقوق العينية يتضح أن الشفيع ملزم بدفع مقابل للمشتري نظير الأخذ بالشفعة ويتجسد هذا المقابل في ثمن المبيع (أ)، ومصروفات العقد (ب) والمصروفات الضرورية التي أنفقها منذ البيع (ج).

أ - ثمن الشيء المبيع:

إذ الشفيع ملزم بدفع ثمن الشيء المبيع لفائدة المشتري كمقابل للأخذ بالشفعة، ويتم ذلك بالتعبير الصريح عن الرغبة في ممارسة الشفعة وإيداع هذا الثمن فعلاً داخل أجل أساسي (365).

وعلى فرض أن المشتري قام بشراء حصة في عقار مشاع بثمن 20000 درهم، فإن الشفيع في حالة ثبوت حقه في الأخذ بالشفعة يجب أن يؤدي مبلغ 20000 للمشتري باعتباره ثمن الشيء المبيع، ولا يمكن الاحتجاج بالحق بالشفعة للتخلص من أداء ثمن المبيع، لأن كل قول بخلاف ذلك يتنافى وقواعد الأخذ بهذا الحق.

إن الثمن الذي يلتزم الشفيع بأدائه للمشتري هو ذلك الثمن الحقيقي لا قيمة للعقار، وإذا وقع خلاف حول الثمن فالأمر آنذاك موكل للقاضي الذي يعمل على تعيين الثمن الحقيقي وله أن يستعين بالخبراء لتحديد وفق الثمن المتداول في السوق العقارية.

ب - مصروفات العقد :

وحسب المادة 292 من مدونة الحقوق العينية، فالشفيع ملزم بأداء مصروفات العقد، كنفقات عقد الشراء، وقيمة الطوابع المالية، وأجرة الترجمة وكذا رسوم التقييد إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، بالإضافة لأتعاب الموثق والعدل وغيرها...

ج - قيمة التحسينات:

وقد سماها الفصل 974 من ق ل ع وكذا المادة 292 من القانون رقم 39.08 بالمصروفات الضرورية النافعة، ويدخل في نطاقها قيمة البناءات والأغراس والنفقات التي يهدف منها الحفاظ على المبيع وصيانتها من التلف والضياع.

على أن أداء الشفيع للثمن وتوابعه بالكيفية التي استعرضناها يلزم بالمقابل المشتري

364 - يستند أداء الثمن كواجب ملقى على عاتق الشفيع نظير أخذه بالشفعة من الفقرة 1 من الفصل 974 من ق ل ع عندما نصت على أنه: «إذا باع أحد المالكين... في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصروفات العقد والمصروفات الضرورية. والنافعة التي أنفقها منذ البيع... كما نصت على نفس هذه التقتضيات المادة 292 من مدونة الحقوق العينية.

365 - قرار المجلس الأعلى رقم 60، ملف مدني 92992، صادر في 19/1/1985، أورده عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في الشفعة، م س، ص 50-51.

بإخلاء العقار وتسليم المشفوع فيه، لأن المشتري في الحالة المخالفة يمكن له حبس العقار انتظارا لاستيفاء ما هو مستحق له في ذمة الشفيع من مصروفات ونفقات⁽³⁶⁶⁾.

خامسا: آثار حق الشفعة

وقد تطرق المشرع لهذا الموضوع من المادة 307 الى المادة 310 من القانون رقم 39.08، وعليه يمكن ايراد آثار الشفعة كما يلي:

1 - الشفيع الذي مارس حق الشفعة يحل محل المشتري و يعتبر خلفا للبائع لا خلفا للمشتري، وبعد تملك الشفيع للحصة المبيعة فأنداك يحق له ممارسة كافة السلطات على تلك الحصة (المادة 307 من مدونة الحقوق العينية).

2 - يعد المتصرف إليه في الفترة الممتدة بين حصول واقعة شراء الحصة المشاعة ووقوع طلب الشفعة حائزا حسن النية له الحق في الثمار طوال هذه الفترة.

3 - إذا أضاف المشفوع منه شيئا 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⁽³⁶⁷⁾.

4 - إذا قام المشفوع منه بإضافة شيء في الحصة المشفوعة من ماله بعد إعلان الشفيع عن الرغبة في الأخذ بالشفعة، حينئذ يتم تطبيق الأحكام المتعلقة بالبناء والغرس في أرض الغير دون إذن⁽³⁶⁸⁾.

5 - عند استحقاق الشفيع للحصة المبيعة وتقييدها في الرسم العقاري إذا كان العقار محفظ تنتقل ملكية العقار المشفوع إلى الشفيع.

الفقرة الخامسة: الاستيلاء

إن دراسة الاستيلاء كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المغربي يقتضي التوقف بداية عند تعريفه، وبيان شروطه، وانتهاء بتوضيح أحكام الكنز.

وعليه سنوزع الدراسة بهذا الخصوص على النحو التالي :

أولا : تعريف الاستيلاء

ثانيا : شروط الاستيلاء

366 - محمد وحيد الدين سوار، م س، ص 206.

367 - راجع أحكام البناء والغرس في أرض الغير ما قيل سابقا.

368 - المادة 308 من مدونة الحقوق العينية.

ثالثا : أحكام الكنز

أولا : تعريف الاستيلاء

يعد الاستيلاء⁽³⁶⁹⁾ سببا لكسب ملكية الأشياء التي لا مالك لها عن طريق وضع اليد عليها بنية تملكها⁽³⁷⁰⁾.

والاستيلاء بهذا المعنى يتكون من عنصرين: عنصر مادي يتجسد في الحيازة أي وضع اليد، وعنصر معنوي وهو وجود نية التملك.

ولما كان من غير المستساغ الاعتماد بالاستيلاء كسبب لاكتساب العقار، فإن المنقول يبقى تبعاً لذلك المجال المعتبر به لاكتساب الملكية عن طريق واقعة الاستيلاء هذا على اعتبار أن المنقولات هي من تكون في الغالب بلا مالك يملكها ويتصرف فيها⁽³⁷¹⁾.

يتضح مما سبق أن الاستيلاء لا يتحقق من مجرد حيازة المنقول المباح انطلاقاً من وضع اليد فحسب بل يلزم ضرورة توافر نية تملك ذلك المنقول. لكن السؤال المطروح يتعلق بمفهوم وشروط المنقولات التي لا مالك لها بهذا الخصوص، وهذا ما سنعالجه فيما يلي.

ثانيا : شروط الاستيلاء

يشترط في الاستيلاء الشروط الآتية:

1 - أن يرد الاستيلاء على شيء منقول لا مالك له، والأشياء المنقولة التي لا مالك لها تصنف إلى الأنواع التالية:

أ - الأشياء المهملة أو المتروكة ويراد بها تلك التي كانت في الأصل مملوكة ثم وقع التخلي عنها، من ثم تضيير وتصبح غير مملوكة لأحد⁽³⁷²⁾.

ومن صور هذه الحالة الأشياء القديمة أو البالية، كمن يترك سيارته التي أصابها حادث في الطريق العام لاستحالة إصلاحها وبنية التخلي عن ملكيتها، فهي تصبح منقولة مباحاً ولا يعد سارقاً من يستولي على بعض قطع منها لأنه يصبح مالكا بالاستيلاء لهذه الأشياء⁽³⁷³⁾.

369 - يطلق على الاستيلاء في القانون المدني الأردني تسمية «إحراز المباحات».

370 - ومن هذا المنطلق لا يمكن الاعتماد بالاستيلاء كسبب للملكية العقار، ومرد ذلك أن العقار لا يمكن أن يكون من غير مالك. بل حتى الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكاً للدولة تماشياً مع المادة 222 من القانون رقم 39.08، التي يتألفها الفصل 23 من مجلة الحقوق العينية التونسية.

371 - في هذا الإطار تنص المادة 1077 من القانون المدني الأردني على ما يلي: «المنقول يصبح بغير مالك إذا ما تخلى عنه مالكه بتجسد التخلي عن ملكيته».

372 - ويشترط ألا يكون التخلي مصحوباً بالرغبة في عدم تملك الغير للشيء بالاستيلاء: أنظر محمد وحيد الدين سوار، م، س، ص: 17.

373 - محمد وحيد الدين سوار، م، س، ص: 16-17.

أما بخصوص الأشياء المسروقة أو الضائعة فلا تدخل في نطاق هذه الحالة إلا بعد مرور ثلاث سنوات كاملة. (الفصل 456 مكرر من ق ل ع)

ب - الأشياء المباجة أو الخالية: وهي تلك التي ليست في الأصل ملكا لأحد كالطيور في الجو والأسماك في البحار والأنهار والحيوانات غير الأليفة مادامت طليقة⁽³⁷⁴⁾.

ويقصد بهذه الأشياء على العموم الأشياء المنتفع بها من قبل العامة باعتبار الأصل فيها أنها تخرج عن التعامل بحكم طبيعتها ولا يستأثر بها أحد لوحده إذ من يستأثر بقدر منها يمتلكه بإحرازه.⁽³⁷⁵⁾ ومن أمثلة هذه الأشياء كما سبق قوله الحيوانات غير الأليفة طالما هي حرة، وهو ما سارت عليه بعض التشريعات العربية.⁽³⁷⁶⁾

2 - أن يكون المنقول شيئا ماديا: على أساس أن الأشياء المادية وحدها من يجوز تملكها عن طريق الاستيلاء، أما الأشياء المعنوية فلا يمكن تملكها بهذه الكيفية.

ولفهم هذه الصورة نفترض مثلا أن فنانا قام بنحت تمثال أو رسم لوحة ثم بعد ذلك قام بإتلاف ما أنتجه وتخلّى عن بقاياه قاصدا سد الطريق أمام الغير للانتفاع بهذا الشيء، فإن مستولي ومحرز هذه البقايا المادية يملكها بالاستيلاء باعتبارها بدون مالك، ولكنه لا يكتسب الحق الأدبي الذي يقع على الإنتاج الفني لكونه لصيقا بشخص صاحبه⁽³⁷⁷⁾.

ثالثا، أحكام الكنز

الكنز هو الشيء المنقول المدفون أو المخبأ الذي لا يقدر أحد إثبات ملكيته، والذي يعود عن طريق الاستيلاء لملك الأرض أو البناء الذي عثر عليه فيه⁽³⁷⁸⁾.

وقد أكدت المادة 18 من القانون رقم 39.08 هذا التعريف بالتخصيص على أن "الكنز الذي يعثر عليه في عقار معين يكون ملكا لصاحبه وعليه الخمس للدولة".

فالواضح أنه لا اعتبار الشيء كنزا 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 كنوزا.

2/ أن لا يكون هذا المنقول مما يكون ذا قيمة تاريخية، وإلا اعتبر من الآثار ويسري

374 - مأمون الكزبري، م. س، ص: 305.

375 - محمد وحيد الدين سوار، م. س، ص: 15.

376 - المادة 2-1077، من القانون المدني الأردني.

377 - مأمون الكزبري، م. س، ص: 170. وأيضاً محمد وحيد الدين سوار، م. س، ص: 17.

378 - مأمون الكزبري، م. س، ص: 170.

عليها حكمها، كما لا يشترط أن يكون من المناجم الطبيعية وإلا عُد من المناجم وطبق عليه آنذاك أحكامها "أي هذه المناجم" (379).

3/ أن يكون المنقول مدفوناً أو مخبوءاً، فإذا كان ظاهراً طبق عليه أحكام اللقطة (380). ولا فرق أن يكون هذا طبق عليه أحكام اللقطة (381)، ولا فرق أن يكون الدفن قديماً أو حديثاً. إن استجماع الكنز للشروط المبينة أعلاه تكون عندئذ ملكيته لصاحبه شريطة الاستفادة الدولة من الخمس (1/5) حسب المادة 18 من القانون رقم (39.08) (382).

تجدد الإشارة أخيراً أن جزاء كتمان الكنز أو كتمان النصيب العائد للدولة يعاقب عليه في القانون الأردني بالحبس من ستة أشهر وبغرامة تصل لخمسين ديناراً (383).

المطلب الخامس

الملكية المشتركة وانقضاء الشيوع

تقتضي دراسة هذا المبحث التطرق للملكية المشتركة بنوعيتها، الملكية الشائعة ونظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية. بالإضافة إلى تبيان طريقة انقضاء الشيوع بالقسمة.

وعليه سنوزع الدراسة كما يلي:

الفقرة الأولى: الملكية المشتركة

الفقرة الثانية: انقضاء الشيوع بالقسمة

الفقرة الأولى: الملكية المشتركة

توجد إلى جانب الصورة العادية للملكية الخالصة التي يسيطر فيها المالك الواحد على شيء معين، صوراً 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 ثناياها بين الملكية الخالصة لبعض أجزاء الشيء المشترك والملكية الشائعة لباقي الأجزاء.

379- مأمون الكزبري، م س، ص: 171.

380- محمد وحيد الدين سوار، م س، ص: 23.

381- ولا تكون أمام حالة النقولات الشائعة.

382- وهي كل شيء له قيمة مالية عثر عليه غير ماله في مكان يتعرض فيه الضياع للمزيد من التفصيل حول اللقطة راجع:

محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتفتين المغربي، م س، ص: 309 وما بعدها.

383- نفس النصيب مقرر للدولة كذلك في التشريع التونسي استناداً للفصل 25 من مجلة الحقوق العينية والمادة 1078 من القانون المدني الأردني.

383- المادة 424 من القانون المدني الأردني.

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 على خضوع الملكية الشائعة لأحكام مدونة الحقوق العينية مع مراعاة الأحكام الواردة في قانون الالتزامات والعقود و التصوص الخاصة. أما الملكية المشتركة للعقارات المبنية فهي منظمة بمقتضى القانون رقم 18.00 المغير والمتمم لظهير 16 نونبر 1946 المتعلق بالملكية المشتركة للطبقات.

وهذا ما سنتعرض بإيجاز فيما يلي :

أولا : الملكية الشائعة.

ثانيا : الملكية المشتركة للعقارات المبنية.

أولا : الملكية الشائعة

عرف الفقه⁽³⁸⁴⁾ الملكية الشائعة بأنها ” ملكية مشتركة بين عدة أشخاص على شيء يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل جزء من أجزاء الشيء المشترك دون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن سواها من الحصص “.

ويستفاد من هذا التعريف، أن الملكية تكون شائعة عندما يكون الشيء الواحد مملوكا لأكثر من شخص بحيث يكون لكل منهم حصة شائعة تنسب إلى الشيء في مجموعه كالنصف أو الربع مثلا دون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن باقي الحصص الأخرى.

بمعنى، أن الشيء الواحد عندما يكون مملوكا لعدة أشخاص لكن كل منهم يختص بجزء مادي معين من هذا الشيء فإن الملكية في هذه الحالة لا تعتبر ملكية شائعة، وإنما ملكية مفرزة.

وقد أشار الفصل 960 من ق ل ع إلى الملكية الشائعة بقوله: ” إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشيع، تنشأ حالة قانونية تسمى الشيع أو شبه الشركة. وهي إما اختيارية أو اضطرارية “.

ويسجل على هذا النص القانوني ما يلي:

- المشرع المغربي يصطلح على الملكية الشائعة بشبه الشركة، وذلك تمييزا لها عن الشركة العقدية التي ينتج عنها شخص معنوي يعتبر هو المالك لأموالها وذمته مستقلة عن الذمة المالية للشركاء.

- إن محل الملكية الشائعة قد يكون عبارة عن منقول أو عقار محفظ أو غير محفظ أو حق من الحقوق العينية المعروفة كحق الانتفاع الذي يكون مملوكا بين عدة شركاء فيصير حقا شائعا بينهم. وإن كان المشرع المغربي وعلى غرار بعض البلدان العربية⁽³⁸⁵⁾، قد اقتصر على تنظيم الملكية الشائعة باعتبارها الصورة الغالبة للشيوع.

- إن أسباب نشوء الملكية الشائعة إما اختيارية أو إجبارية، فتكون اختيارية حسب الفقه⁽³⁸⁶⁾ عندما تنشأ بإرادة الإنسان سواء عن طريق العقد كأن يشتري شخصان أو أكثر عقارا على الشياع، أو بالإرادة المنفردة كأن يهب أو يوصي شخص بشيء يملكه لفائدة شخصين أو أكثر. وتكون إجبارية حينما تتدخل إرادة المشرع كما هو الشأن في الإرث.

وباختصار فإن جميع الأسباب التي تؤدي إلى اكتساب الملكية العادية يمكن أن تؤدي إلى نشوء الملكية الشائعة، كما إذا حاز شخصان أو أكثر شيئا حيازة مشتركة بحيث تؤدي إلى اكتساب ملكيته على الشيوع بعد مرور المدة المعتد بها قانونا، وإن كان الميراث من أكثر الأسباب شيوعا في نشوء الملكية الشائعة.

ومهما كان مصدر الملكية الشائعة فإن المشتاع أو الشريك على الشياع مقيد في تعامله مع حصته الشائعة أو الشيء المشاع بمجموعة من القيود الهدف منها الحد من مضار الشياع.

وقبل الخوض في هذه القيود وأحكام الملكية الشائعة عموما، رأينا أنه من المفيد التعرض لطبيعة حق المشتاع، فقد اختلف الفقه حول تحديد طبيعته بين قائل بأن حق الشريك على الشياع لا يعد أن يكون مجرد حق شخصي، ومن ذهب إلى أنه حق عيني من نوع خاص، على أن الرأي السائد في الفقه يذهب إلى أن حق الشريك على الشياع هو حق ملكية بالمعنى الدقيق، لأن المالك المشتاع يتمتع بجميع سلطات المالك على نصيبه في المال الشائع - كما سنرى - كل ما في الأمر أن هناك بعض القيود الناتجة عن تعدد الملاك للشيء الواحد⁽³⁸⁷⁾، مشكلة بذلك مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق الشريك سواء في تعامله مع حصته الشائعة أو مع الشيء المشترك في مجموعه.

وسنعرض لهذه القيود والالتزامات على التوالي:

أولا: تقييد سلطات الشريك على المال الشائع :

385 - كمصر والعراق، حيث جاء في المادة 825 من القانون المدني المصري: «إذا ما ملك إثنان أو أكثر شيئا غير مفروزة حصص كل منهم فيه، فهم شركاء على الشيوع، وبحسب الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك».

كما نصت المادة 1061 من القانون المدني العراقي: «إذا ملك إثنان أو أكثر شيئا فهم شركاء فيه على الشيوع...».

386 - محمد ابن معجوز: م س، ص: 121-122.

387 - عبد الخالق أحمدون: الوجيز في الملكية العقارية والضمانات العينية، الجزء الأول، مطبعة طوب بريس الرباط، طبعة 2007، ص: 208.

و تتمثل هذه القيود في:

1 : تقييد سلطة الشريك في استعمال واستغلال الحصة الشائعة

يحق للمالك المشتاع أن يستعمل حصته وينتفع بها بكافة الأوجه المشروعة، فإن كان الشيء المشترك عبارة عن دار له أن يسكن في حصته، وإن كان بئرا له أن يستعمله في أخذ الماء.

كما له حق استغلال حصته إما بأخذ نصيبه من الثمار الناتجة عن المال المشاع أو أن يأخذ من كرائه ما يعادل حصته فيه.

وهو غير مقيد في ذلك إلا بمراعاة الشروط الواردة في الفصول 962 و 964 و 965 من ق ل ع كما يلي:

- ألا يستعمل حصته في الشيء الشائع استعمالا يتناقى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعيد له.
- ألا يستعمله استعمالا يتعارض مع مصلحة بقية المالكين أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم.
- أن يكون الشيء المشترك قابلا للقسمة بطبيعته، وإذا لم يكن كذلك فليس للشريك سوى أخذ غلته بنسبة نصيبه.
- أن يقدم لشركائه حسابا عما أخذه زائدا على نصيبه من الغلة.

2 : تقييد سلطة الشريك في التصرف في الحصة الشائعة

للشريك على الشياع باعتباره مالكا لحصته الشائعة، أن يتصرف فيها بكافة التصرفات المعتبر بها قانونا يعوض أو بدون عوض، ويعتبر تصرفه صحيحا ونافذا في حق جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم، ولا يكون لباقي الشركاء على الشياع إلا إمكانية استردادهم للحصة الشائعة التي باعها شريكهم عن طريق ممارسة حق الشفعة، كما عبر عن ذلك الفصل 974 من ق ل ع. (388)

1 : تقييد سلطة الشريك في القيام بأعمال الإدارة

الأصل أن إدارة الشيء الشائع تعود إلى الشركاء مجتمعين، فإن اتفقوا على تنظيم معين لإدارة المال الشائع، صار هذا التنظيم هو الواجب الإلتباع، ما لم يعهدوا بالإدارة لأحدهم أو لشخص من غيرهم فله أن ينفرد بها. (389)

388 - جاء في الفقرة الأولى من الفصل 974 من ق ل ع: «إذا باع أحد المالكين على الشياع لأجنبي حصته الشائعة. جاز لباقيتهم أن يشفروا هذه الحصة لأنفسهم في مقابل أن يدفعوا للمشتري الثمن ومصرفات العقد والمصرفات الضرورية والنافعة التي أنفقها منذ البيع، ويسري نفس الحكم في حالة المعاوضة.

لكن قد يتعذر الحصول على موافقة الشركاء من أجل القيام بعمل من أعمال الإدارة، لذلك نجد أن المشرع قد وضع قواعد خاصة تطبق في هذه الحالة تختلف حسبما تعلق الأمر بأعمال الإدارة المعتادة والأعمال غير المعتادة⁽³⁹⁰⁾.

أ / أعمال الإدارة المعتادة

يقصد بها تلك الأعمال التي لا ينطوي عنها المساس بجوهر الشيء الشائع أو تغيير الغرض الذي أعد له، كتخصيص الأرض الزراعية لزراعة الحبوب أو إيجار العقار المشاع لفائدة الغير.

ويكون لغالبية الشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال أحقية اتخاذ قرارات بهذه الأعمال ولوعارض الباقون، وإذا لم تتوفر الأغلبية المطلوبة كان لأي من الشركاء اللجوء إلى المحكمة المختصة التي تتخذ ما تراه أوفق لمصالحهم جميعا، كما جاء في الفصل 971 من ق ل ع.

ب / أعمال الإدارة غير المعتادة

وهي تلك الأعمال التي تؤدي إلى تغيير الغرض الذي أعد من أجله الشيء المشاع بهدف تحسين الانتفاع به كتحويل منزل للسكن إلى فندق، أو التي من شأنها المساس بملكية المال المشاع كإيجاره لمدة طويلة.

وقد عرض المشرع لهذه الأعمال في الفصل 972 من ق ل ع وتطلب لنفاذها إجماع كافة المالكين بحيث لا يعتد فيها بقرارات الأغلبية⁽³⁹¹⁾.

ثانيا : التزامات الشريك على المال الشائع:

تحدد هذه الالتزامات فيما يلي:

1 : التزام الشريك بالمحافظة على الشيء الشائع

وفي هذا ينص الفصل 967 من ق ل ع: «على كل مالك على الشياع أن يحافظ على الشيء المشاع بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على الأشياء الخاصة به، وهو مسؤول عن الأضرار الناشئة عن انتفاء هذه العناية».

390 - تاريخ الولوج 2012/05/01 . www.Lebarmy.gov.lb

391 - ينص الفصل 972 من ق ل ع على أن: «قرارات الأغلبية لا تلزم الأقلية».

أ - فيما يتعلق بأعمال التصرف. وحتى أعمال الإدارة التي تمس الملكية مباشرة.

ب - فيما يتعلق بإجراء تغيير في الاشتراك أو في الشيء المشاع نفسه.

ج - في حالات التعاقد على إنشاء التزامات جديدة.

وفي الحالات المذكورة آنفا، يؤخذ برأي المعارضين، ولكن يسوغ لباقي المالكين أن يباشروا ما يخوله الفصل 115. إذا اقتضى الحال.»

فالشريك على الشياخ وفق ما سبق، ملزم قانونا بالقيام بكل عمل من شأنه حفظ الشيء الشائع وصيانتة، دون حاجة للحصول على موافقة الشركاء طالما أن هذا العمل ليس فيه ضرر. وأعمال الحفاظ والصيانة التي يلزم بها الشريك قد تكون أعمالا مادية، كالقيام ببعض الترميمات الضرورية، وقد تكون تصرفات قانونية، كالوفاء بالضرائب أو رفع الدعاوى وقطع التقادم المكسب.

ويحتفظ الشريك بحقه في أن يجبر باقي المالكين على أداء النفقات كل بقدر نصيبه كما يقضي بذلك الفصل 968 ق ل ع⁽³⁹²⁾، ولا يستثنى من ذلك إلا المصروفات التي أنفقت في أشياء غير ضرورية كمصروفات الزينة والترف بحيث يفقد الشريك الذي أنفقها حقه في الرجوع على الباقيين ما لم يكونوا قد أذنوا في إنفاقها صراحة أو ضمنا وفقا لما جاء في الفصل 970 من ق ل ع.

2 : التزام الشريك بعدم القيام بأي تجديدات على الشيء الشائع

يمنع على الشريك منعا كليا إدخال أية تجديدات على الشيء الشائع دون الحصول على موافقة الباقيين، وعند المخالفة تطبق الأحكام الواردة في الفصل 963 من ق ل ع كما يلي:

أ - إذا كان الشيء قابلا للقسمة، شرع في قسمته، فإن خرج الجزء الذي حصل فيه التجديد في نصيب من أجراه، لم يكن هناك رجوع لأحد على آخر، أما إذا خرج في نصيب غيره، كان لمن خرج في نصيبه الخيار بين أن يدفع قيمة التجديدات وبين أن يلزم من أجراها بإزالتها وإعادة الأشياء إلى حالتها.

ب - إذا كان الشيء غير قابل للقسمة، حق لباقي المالكين على الشياخ أن يلزموا من أجرى التجديدات بإعادة الأشياء إلى حالتها على نفقته، وذلك مع التعويض إن كان له محل.

ثانيا، الملكية المشتركة للعقارات المبنية

تعود الجذور التاريخية لنظام الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات إلى عهد سلطات الحماية الفرنسية التي شرعت منذ دخولها إلى المغرب على نهج سياسة تنظيمية في الميدان العقاري تتماشى مع حاجيات التطور الرأسمالي وتركيز رؤوس الأموال في مدن محددة كالدار البيضاء مثلا.

392 - ينص الفصل 968 من ق ل ع : « لكل مالك على الشياخ الحق في أن يجبر باقي المالكين على المساهمة معه كل بقدر نصيبه، في تحمل المصروفات اللازمة لحفظ الشيء الشائع وصيانتة ليبقى صالحا للاستعمال في النرض الذي أعد له، ولهم حق التخلص من هذا الالتزام : أولا - ببيع أنصبتهم، مع حفظ حق المالك على الشياخ الذي عرض أو يعرض تحمل المصروفات في أن يشفع الحصص المبيعة ؛ ثانيا - بتركهم للمالك الذي أنفق المصروفات. الانتفاع بالشيء الشائع أو غلته حتى استيفاء ما أنفقته لحساب الجميع ؛ ثالثا - بطلبهم القسمة، إن كانت ممكنة. غير أنه إذا كانت المصروفات قد أنفقت بالفعل، وجب على كل منهم أداء حصته فيها،

من أجل ذلك عمل المهندس المعماري «ecochard» على تنظيم التصميم المعماري في المغرب تنظيمًا يراعي الأهداف السابقة ويروم محاربة الفوضى في ميدان البناء عبر وضع عدة مخططات تفصل بين المناطق الصناعية والتجارية والمالية والسكنية⁽³⁹³⁾.

غير أن تشييد مثل هذه الابنية باتت الحاجة إليها ملحة خاصة بعد الازمة الخانقة التي عرفها المغرب في قطاع الإسكان عقب انتهاء الحرب العالمية الثانية والتي ساهمت في تفاقمها عدة عوامل كالنمو الديموغرافي والهجرة سواء منها الداخلية أو الخارجية إلى جانب ضعف الدخل اليومي لفئة عريضة من المغاربة⁽³⁹⁴⁾. لذلك كان التدخل التشريعي لازماً في تلك الظرفية لوضع قانون ينظم ملكية الشقق والعمارات من خلال ظهير 16 نونبر⁽³⁹⁵⁾ 1946 المتعلق بملكيات الطبقات⁽³⁹⁶⁾.

لكن بالرغم من وجود الإطار التشريعي المنظم للسكن العمودي فإنه لم يفلح في تحقيق الأهداف المرجوة من ورائه وعلى رأسها التخفيف من أزمة السكن، ولعل مرد ذلك الأسباب الآتية:

- ضعف الوعي العقاري اللازم لاحتضان مثل هذه البناءات.

- ضعف إقبال المغاربة على هذا النوع من الملكية العقارية نظراً لميولهم للسكن الفردي أكثر من السكن الجماعي.

- السلبات العديدة الناجمة عن تطبيق ظهير 1946 ومنها⁽³⁹⁷⁾:

- حصر مجال تطبيق هذا القانون على العقارات المحفوظة أو في طور التحفيظ الكائنة في الأحياء المغربية والأوربية بالمدن الجديدة.

- عدم الزامية وضع نظام خاص بالملكية المشتركة يبين حقوق وواجبات الملاك المشتركين.

- عدم وجود معيار حاسم للتفريق بين ما هو مفروز وما هو مشترك داخل الملكية المشتركة.

- عدم وجود اتحاد الملاك بالرغم من التخصيص عليه في ظهير 1946، وحتى إن وجد فإنه ذو صلاحيات محدودة.

- عدم التخصيص على كيفية إدخال الإصلاحات والبناءات الإضافية.

393 - لمزيد من التفاصيل يرجع عبد الحق صالح: م. س.، ص 3 وما يليها.

394 - إدريس الفاخوري: السكن في ظل التشريعات العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 13.

395 - كما جرى تعديله بظهير 10 يناير 1955 و7 يوليوز 1956

396 - حيث جاء في مقدمة هذا الظهير: إن أزمة السكن التي يعاني منها المغرب تفرض بعض الوسائل من شأنها أن تساهم في حلها. منها بناء عمارات سكنية بالمدن الجديدة وتقسيمها إلى طابقات وشقق تستجيب جزئياً لهذه الضرورة المستعجلة ..

397 - عبد الحق صالح: الملكية المشتركة للعمارات المرجع السابق، ص 9-10

- محمد بونبات: نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، المرجع السابق، ص 11-12.

ونتيجة للمآخذ السابقة، فقد عمل المشرع المغربي على إصدار القانون رقم 18-00⁽³⁹⁸⁾ المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، سعياً منه لاحتواء العيوب والصعوبات التي كان يطرحها ظهير 1946.

وهكذا سنحاول خلال هذه الدراسة إلقاء نظرة موجزة على المحاور التالية:

1 - تعريف الملكية المشتركة للعقارات المبنية

عرف المشرع المغربي الملكية المشتركة للعقارات المبنية في المادة الأولى من القانون رقم 18-00 بأنها «العقارات المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات والمشاركة ملكيتها ما بين عدة أشخاص والمقسمة إلى أجزاء يظم كل جزء منها جزءاً مفرزاً وحصة في الأجزاء المشتركة». كما عرفها البعض بأنها النظام المطبق على الدور والعمارات المقسمة إلى طوابق أو شقق يملكها أشخاص مختلفون على أساس أن كل طابق أو شقة ملكية خاصة لكل واحد منهم وأن الأجزاء المشتركة شائعة بينهم بكيفية إجبارية ودائمة⁽³⁹⁹⁾.

ومن خلال هذه التعاريف، يتضح بأن الملكية المشتركة نظام مزدوج يكون المالك فيها مالكا لجزء مفرز كإحدى المحلات أو الطوابق أو الشقق، ومالكا للأجزاء الأخرى على الشيوع والمخصصة للاستعمال المشترك كالمصعد والمرايب والدرج، مما يستعصي عن طلب قسمتها وإفراز الحصص فيها لكونها معدة للبقاء في الشيوع الدائم، فالفرد عندما يملك شقة أو محل داخل العقار الخاضع لنظام الملكية المشتركة يصبح مشاركا بصورة إجبارية في ملكية الأجزاء الشائعة بحيث تكون إزاء شيوع تبعية.

وقد تعددت التسميات التي يطلقها الدارسون على هذا النوع من الملكية العقارية، فمنهم من يطلق عليها «ملكية الطبقات» ومنهم من يبعثها تحت اسم «ملكية الشقق» ومنهم من يسميها «بالملكية المشتركة للعقارات المبنية»⁽⁴⁰⁰⁾. وتبقى هذه التسمية الأخيرة هي الأنسب تكريسا لإرادة المشرع.

2 - نطاق تطبيق القانون رقم 18-00

جاء في المادة الأولى من القانون رقم 18-00: «تسري أحكام هذا القانون على العقارات

398 - القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الصادر بتنفيذ نصه الظهير الشريف رقم: 1.02.98 بتاريخ 3 أكتوبر 2002 والناشر بالجريدة الرسمية عدد: 5054 بتاريخ 7 نوفمبر 2002، ص 3175.

399 - عبد الخالق أحمدون، م. س، ص 214.

- وانظر أيضا: أحمد الهرجاني: القانون الجديد المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية قراءة في المضامين ورصد إشكاليات تطبيق بعض البنود. ندوة المقار والإسكان العدد 20، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، طبعة 2005.

400 - عبد الخالق أحمدون، م. س، ص 112.

المبنية المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات والمشاركة ملكيتها بين عدة أشخاص والمقسمة إلى أجزاء يضم كل جزء منها جزءاً مفزراً وحصة في الأجزاء المشتركة.

كما تسري هذه الأحكام على مجموعات العقارات المبنية وعلى مختلف الإقامات المؤلفة من بنايات متلاصقة أو منفصلة وبها أجزاء مشتركة مملوكة على الشيوع لمجموع الملاك.

وتسري هذه الأحكام على العقارات سواء أكانت محفوظة أو في طور التحفيظ أو غير محفوظة. ويستفاد من النص السابق مايلي:

- إن القانون رقم 18-00 لا يسري فقط على العقارات المبنية المقسمة إلى شقق أو طبقات والمخصصة للسكن، بل تسري أحكامه حتى على المحلات المخصصة للاستعمال المهني والحرفي، وهو ما من شأنه أن يزيل الغموض الذي كانت تطرحه نصوص ظهير 1946.

- التنصيص على سريان أحكام القانون رقم 18-00 على المجموعات العقارية وعلى مختلف الإقامات المؤلفة من بنايات متلاصقة أو منفصلة وبها أجزاء مشتركة.

ويقصد بالمجموعات العقارية تلك الوحدات العقارية التي تم بناؤها فوق أرض واحدة قد تشابه في شكلها، وتتميز هذه المجموعات بازداوجية التنظيم والتسيير حيث يمكن أن يكون لكل عمارة جمع عام يسيرها وسنديك خاص بها⁽⁴⁰¹⁾.

- تمديد أحكام القانون رقم 18-00 لتسري على العقارات المحفوظة والتي هي في طور التحفيظ وكذا العقارات غير المحفوظة. وهذا المقضى إن كان يمثل رغبة المشرع الرامية إلى تعبئة العقار غير المحفوظ بغية توفير الوعاء العقاري اللازم لاحتضان هذا النوع من البناء بما يكفل تنزيل سياسته التتموية في قطاع الإسكان والتخفيف من أزمة السكن تبعاً لذلك، فإنه من جهة أخرى أثار حفيظة مختلف المهتمين نظراً لتعارضه مع مبدأ تعميم نظام التحفيظ العقاري وكذا للغموض الذي يلف العقارات غير المحفوظة وكثرة النزاعات التي تطرحها، مما يدفع المستثمرين إلى الابتعاد عن التعامل بشأنها.

3 - حقوق والتزامات الملاك المشتركين

إن الملكية المشتركة كما تقدم معنا تعتبر نظاماً مزدوجاً، لذلك فهي ترتب للمالك مجموعة من الحقوق على جزئه المفزراً كما تحمله بمجموعة من الالتزامات على الأجزاء المشتركة. وسنوضح هذه الحقوق والالتزامات على ضوء القانون رقم 18-00:

401 - محمّد خيرى: نطاق تطبيق القانون المنظم للعقارات المقسمة إلى شقق أو طبقات، مقال منشورة بحدوة العقار والإسكان المرجع السابق، ص 24.

أ - حقوق المالك المشترك

- يتمتع المالك في الملكية المشتركة للعقارات المبنية بمجموعة من الحقوق نذكر منها مايلي:
- حق المالك في التصرف في الجزء المفروض له دون قيد أو شرط، وكذا حقه في التصرف في الأجزاء المشتركة المرتبطة به بحسب الغرض المعد له⁽⁴⁰²⁾، كالبيع والهبة وغيرها من التصرفات القانونية الهادفة إلى إنشاء حق عيني على الجزء المفروض أو نقله أو تعديله أو إنهائه.
- حق المالك المشترك في الاعتراض على القيام بإنجاز الأشغال المشتركة المقررة من قبل الجمع العام أمام قاضي المستعجلات⁽⁴⁰³⁾.
- حق المالك في إقامة دعوى للحفاظ على حقوقه في العقار المشترك وإصلاح الضرر اللاحق بالعقار أو الأجزاء المشتركة⁽⁴⁰⁴⁾.
- حق المالك في ممارسة حق الأفضلية إن وجد. ويقصد بحق الأفضلية حق اتحاد الملاك أو أحد المالكين أو بعضهم في الحلول محل المشتري الأجنبي الذي يشتري شقة أو محلا خاضعا لنظام الملكية المشتركة بعد أداء ثمن الشراء والمصاريف⁽⁴⁰⁵⁾.
- حق المالك في طلب مراجعة مساهمته في التكاليف أمام المحكمة المختصة.

ب - التزامات المالك المشترك

- يتحمل المالك المشترك في إطار الملكية المشتركة للعقارات المبنية بمجموعة من الالتزامات منها:
- التزام المالك بعدم الاعتراض على القيام بالإصلاحات المستعجلة المتعلقة بالأجزاء المشتركة⁽⁴⁰⁶⁾.
- التزام المالك المشترك بالمساهمة في التكاليف التي يستلزمها الحفاظ على الأجزاء المشتركة وصيانتها⁽⁴⁰⁷⁾.
- التزام المالك باحترام نظام الملكية المشتركة وتبليغه عند الاقتضاء للمكتر⁽⁴⁰⁸⁾ وعدم الاضرار بباقي الملاك المشتركين.

402 - الفقرة الأولى من المادة 31 من القانون رقم 18-00.

403 - المادة 33 من القانون رقم 18-00.

404 - المادة 33 من القانون رقم 18-00.

405 - عبد الميزر توفيق: حق الأفضلية في نظام الملكية المشتركة للشقق، مجلة المحاكم المغربية، العدد 86، ص 30.

406 - المادة 33 من قانون رقم 18-00.

407 - المادة 36 من قانون رقم 18-00.

408 - الفقرة الأخيرة من المادة 31 من القانون رقم 18-00.

4 - اتحاد الملاك

ويتشأ هذا الإتحاد بقوة القانون من مجموع المالكين للطبقات أو الشقق أو المحلات في العقار المشترك، ويهدف إلى ضمان الحفاظ على العقار وإدارة الأجزاء المشتركة⁽⁴⁰⁹⁾.

وقد اعترف القانون الجديد لاتحاد الملاك بصلاحيات واسعة منها حق التقاضي ولو ضد أحد الملاك المشتركين، إلى جانب اكتسابه الشخصية المعنوية والاستقلال المالي⁽⁴¹⁰⁾.

ونشير إلى أن اتحاد الملاك يسهر على تسيير اختصاصاته القانونية مجموعة من الأجهزة التي يتوفر عليها، حيث يديره جمع عام ويسيره وكيل الاتحاد⁽⁴¹¹⁾. ويهدف مساعدة اتحاد الملاك للقيام بدوره على أكمل وجه في تسيير العقار لأجل صيانتة والحفاظ عليه، فقد أجاز له المشرع المغربي بتلقي اشتراكات من الملاك قصد التوفر على الميزانية المخصصة لهذه الأغراض⁽⁴¹²⁾.

5 - نظام الملكية المشتركة

يعتبر نظام الملكية المشتركة ميثاقاً جماعياً يعنى بتنظيم الحياة في إطار الملكية المشتركة ويعمل على ضبط كل من حقوق والتزامات الملاك كما يسهر من ناحية أخرى على تنظيم السير العادي للحياة اليومية للعقار المشترك⁽⁴¹³⁾.

ويجب أن يتضمن نظام الملكية المشتركة وفقاً للمادة 9 من القانون رقم 00-18 البيانات التالية :

- الغرض المعدة له أجزاء العقار المفروزة والمشاركة وشروط استعمالها.

- قواعد تسيير اتحاد الملاك وعقد الجمع العام...

- توزيع الحصص الشائعة التي تنوب كل جزء مفروز في الأجزاء المشتركة.

- القواعد المتعلقة بإدارة الأجزاء المشتركة وحقوق الانتفاع بها.

وقد عهد المشرع بوضع نظام الملكية المشتركة. إلى المالك الأصلي أو الملاك المشتركين باتفاق فيما بينهم، وإلا فإنهم يخضعون لنظام نموذجي يتم وضعه من طرف السلطة المختصة⁽⁴¹⁴⁾.

409 - راجع المادة 13 من القانون رقم 00-18

410 - للمزيد من التفصيل يراجع:

- مصطفى أشيبان: قراءة في قانون الملكية المشتركة، مقال منشور ببدء حول موضوع نحو تشريع عقاري جديد، المنظمة من طرف مختبر الدراسات القانونية المدنية والقانونية بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض مراكش، يومي 29-30 أبريل 2011، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2011، ص 249 وما يليها.

411 - راجع المهام التي يتولاها الجمع العام لاتحاد الملاك في المادة 20 من القانون رقم 00-18.

412 - المادة 24 من القانون رقم 00-18.

413 - عبد الحق صليح، م، ص، 64.

414 - المادة 8 من القانون رقم 00-18.

ويجب إلى جانب ما تقدم، العمل على إشهار نظام الملكية المشتركة من خلال إيداعه لدى المحافظة العقارية مع إرفاقه بالتصاميم المعمارية و الطبوغرافية المصادق عليها متى تعلق الأمر بعقار محفظ، أما إذا كان العقار غير محفظ، يودع نظام الملكية المشتركة لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية الواقع العقار بدائرة نفوذها⁽⁴¹⁵⁾.

ولم يعرض المشرع المغربي في القانون رقم 18.00 لحالة كون العقار في طور التحفيظ، لذلك نعتقد أن ليس هناك ما يمنع من إيداع نظام الملكية المشتركة لهذه العقارات بسجل التعرضات بالمحافظة العقارية، ما دام أن كل ما يمكن تقييده في الرسم العقاري يجوز أن يكون موضع إيداع وفقا للفصل 84 من القانون رقم 14.07.

6 - التعاقد في نطاق القانون رقم 18.00

من أهم المستجدات التي جاء بها القانون رقم 18.00 ما ورد في المادة 12 منه التي تنص على أنه: «يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان».

يحدد وزير العدل سنويا لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود. يقيّد باللائحة المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى طبقا للفصل 34 من الظهير الشريف رقم 1.93.162 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) المعتبر بمثابة قانون يتعلق بتنظيم مهنة المحاماة.

يحدد نص تنظيمي شروط تقييد باقي المهنيين المقبولين لتحرير هذه العقود. يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حرّره.

يتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها.

ويمكن أن تسجل على نص المادة السابقة الملاحظات الآتية:

- فرض رسمية المعاملات العقارية المنعقدة في إطار الملكية المشتركة للعقارات المبنية أو

ورودها في محررات ثابتة التاريخ، سواء كان العقار محفظاً أو في طور التحفيظ أو عقار غير محفظ.

لذا فإن الإشكال الذي كان يثيره الفصل 489 من ق ل ع حول مدى شموله للعقار غير المحفظ⁽⁴¹⁶⁾ لم يعد مطروحا على الأقل بالنسبة للتصرفات الواردة عليه في إطار القانون رقم 18.00.

- المشرع حتى لو أجاز توثيق المعاملات السابقة في محررات ثابتة التاريخ، فإنه لم يترك الباب مفتوحا على مصراعيه، بل حدد الجهات المخول لها تحرير تلك العقود وحصرها في المحامون المقبولون للترافع أمام المجلس الأعلى و باقي المهنيين المدرجة أسمائهم في لائحة سنوية تصدر عن وزير العدل. بالتالي لم يعد هناك مجال لتحرير هذه العقود من طرف الكتاب العموميين، فالتعاقد في إطار القانون رقم 18.00 يتم إما بمقتضى محررات رسمية تحرر من قبل الموثقين أو العدول، أو محررات ثابتة التاريخ تصدر عن الجهات المشار إليها.

3 - ترتيب المشرع لجزاء البطلان عن مخالفة الأحكام السابقة، وهو ما يعني أن الكتابة المطلوبة هي للانعقاد وليس للإثبات ينطوي عن تخلفها اعتبار التصرف غير موجود من الناحية القانونية⁽⁴¹⁷⁾.

الفقرة الثانية : انقضاء الشيوخ بالقسمة

تنتهي حالة الشيوخ بأسباب متعددة عرض لها المشرع في الفصل 977 من ق ل ع وحددها في الهلاك الكلي للشيء المشاع، أو بيع المالكين حصصهم لأحدهم أو بتخليهم له عنها، أو بإجراء القسمة.

فقد ينقضي الشيوخ بهلاك الشيء المشاع هلاكاً كلياً، كما إذا كان عبارة عن دار مشتركة فينقضي الشيوخ بهتدهمها.

ويمكن أن ينقضي أيضاً باجتماع الحصص بيد شخص واحد سواء كان أحد الشركاء أو أجنبياً عنهم، إما بالتصرف القانوني كأن يشتري أحد الشريكين حصة الآخر، أو بالواقعة القانونية كأن يرث أحد الشريكين حصة شريكه. وبصفة عامة يمكن أن تنتهي حالة الشيعاء

416 - راجع بخصوص الإشكال الذي كان يطرحه الفصل 489 من ق ل ع بالنسبة للعقار غير المحفظ، محمد الكشور: م. س. ص 19 وبمدها.
417 - راجع: نبيل عبد الله حسين الطاهري: حماية المتعاقد في البيع العقاري في التشريعين المغربي واليمني. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2010/2011 ص: 183 وما بعدها.

بأي سبب من أسباب كسب الملكية كأن يمتلك شخص الشيء الشائع كله عن طريق الحيازة إذا مضت على حيازته المدة اللازمة لكسب الملكية.

كما قد ينقضي الشيوع عن طريق القسمة، وباعتبارها من أهم أسباب انقضاء الشيوع فقد عنى المشرع بتنظيمها في مجالين، بحيث أفرد لها من جهة المواد من 25 إلى 27 ومن 313 إلى 332 من مدونة الحقوق العينية الجديدة، كما بحثها في قانون الالتزامات والعقود وبين أحكامها في الفصول 978 إلى 981 ومن 1083 إلى 1091.

لذلك، سنعمل على دراسة أحكام القسمة وآثارها كما يلي :

أولاً: التعريف بالقسمة وبيان أحكامها وأنواعها

ثانياً: آثار القسمة

أولاً: التعريف بالقسمة وبيان أحكامها وأنواعها

نتناول في البداية التعريف بالقسمة ببيان ماهيتها أولاً ثم التعرض لأحكامها وأنواعها

1 - مفهوم القسمة

لم يعرف المشرع المغربي القسمة، على خلاف بعض التشريعات المقارنة، حيث عرفها المشرع الأردني في المادة 1114 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: «هي تعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم قضائي».

ويمكن تعريف القسمة بأنها عملية تهدف إلى إنهاء حالة الشيوع بمقتضاها يحصل كل شريك على جزء من المال المشاع يتفق مع حصته فيه، بحيث يستقل كل منهم بقسم من الأقسام دون سائر الشركاء. (418)

ويستفاد من هذا التعريف ما يلي:

(أ) القسمة بمعناها السابق لا تجوز إلا إذا كان الشيء المشاع قابلاً للقسمة العينية، وإلا جرت قسمته بسلوك قسمة تصفية.

(ب) القسمة المقصودة هنا هي القسمة النهائية التي ينطوي عنها إنهاء حالة الشيوع بشكل كلي، لذلك يجب التمييز بينها وبين قسمة المهايأة التي تعنى بتنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء.

2 - أحكام القسمة

إن الملكية الشائعة ليست هي الصورة المثلى للملكية ، فتعدد الملاك لا شك أنه يؤدي إلى مشاكل عديدة ، لذلك نجد أن المشرع المغربي لا ينظر إلى الملكية الشائعة نظرة ارتياح ، فقد حرص على إقرار حق الشريك في الخروج من الشيع والتخلص من مساوئه في أي وقت شاء بطلب إجراء القسمة ، حيث جاء في الفقرة 27 من مدونة الحقوق العينية انه : «لا يجبر احد على البقاء في الشيع ويسوغ لكل شريك ان يطلب القسمة ، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الاثر» (419).

فحق الشريك في طلب إجراء القسمة وفق ما سبق ، يتعلق بالنظام العام لا يمكن التنازل عنه وكل شرط يخالف ذلك يقع عديم الأثر ، كما أنه لا يسقط بالتقادم مهما مضى من الزمن على قيام حالة الشيع. (420) واستثناء مما سبق يمكن تقييد حق الشريك في طلب إجراء القسمة في ثلاث حالات:

الحالة الأولى: وجود اتفاق بين الشركاء

يجوز للشركاء الاتفاق على البقاء في الشيع لمدة معينة (421) ، حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 27 من مدونة الحقوق العينية انه : «يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشيع لمدة معينة». فلا يحق لأي منهم أن يطلب القسمة قبل انصرام المدة المتفق عليها .

ومن الملاحظ أن المشرع المغربي سواء في ق ل ع أو في مدونة الحقوق العينية منح الشركاء مطلق الحرية في تحديد مدة البقاء في الشيع ، على خلاف بعض التشريعات العربية التي حددتها بما لا يتجاوز خمس سنوات (422).

ويشترط لصحة الاتفاق المانع من القسمة ما يلي:

1) أن يتعقد إجماع جميع الشركاء على البقاء في الشيع ، فلا يعتد بالاتفاق الصادر عن أغلبية المالكين.

419 - وهذا مقتضى ذاته جرى تأكيده في الفصل 978 ق ل ع.

420 - ينص الفصل 981 من ق ل ع على أن: «دعى القسمة لا تسقط بالتقادم».

421 - لقد كانت هذه الرخصة مخولة للشركاء حتى قبل صدور مدونة الحقوق العينية الجديدة من خلال الفصل 979 ق ل ع ، حيث جاء فيه: «ويجوز مع ذلك الاتفاق على أنه لا يسوغ لأي واحد من المالكين طلب القسمة خلال أجل محدد وقبل توجيه إعلام سابق». إلا أن المشرع حرص هذه المرة على تأكيدها بشكل صريح من خلال المادة 27 من مدونة الحقوق العينية بقولها: «يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشيع لمدة معينة».

لا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة.

422 - جاء في المادة 834 من القانون المدني المصري: «لكل شريك أن يطلب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيع».

بمقتضى نص أو اتفاق. ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز 5 سنين....

وهو مقتضى نفسه الذي جرى تأكيده في المادة 788 من القانون المدني السوري بقولها: «... ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين....».

(2) يجب أن يفرغ هذا الاتفاق في محرر مكتوب، وقد ثار النقاش حول مدى صحة اشتراط الموصي على الشركاء البقاء في الشيوع طيلة مدة معينة؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي التمييز بين حالتين:

أ- الحالة التي تتضمن فيها الوصية شرطا مانعا من القسمة على سبيل التأييد، إذ يقع باطلا ولو كان الباعث مشروعاً.

ب- الحالة التي تتضمن فيها الوصية شرطا مانعا من القسمة ولمدة معقولة بحيث يقع صحيحاً متى بني على سبب مشروع وفقاً لما جاء في المادة 285 من مدونة الأسرة.

(3) أن يكون الاتفاق مؤقتاً، أي لمدة معينة أما إذا كان غير محدد المدة فإنه يقع باطلاً.

ومتى توفرت الشروط السابقة صار الاتفاق ملزماً ليس للشركاء الذين عقدوه فحسب، بل يسري حتى في حق خلفهم أيضاً سواء كان هذا الخلف عاماً أو خاصاً، وفي هذا تقول الفقرة الثالثة من المادة 27 من مدونة الحقوق العينية: «لا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة». ومع ذلك نجد أن المشرع قد سمح للشريك طلب إجراء القسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها متى كان هناك مبرر معقول، حيث تبقى للمحكمة المختصة السلطة التقديرية الكاملة لتقرير ذلك وفقاً لما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 27 من مدونة الحقوق العينية: «للمحكمة أن تحكم -بناءً على طلب أحد الشركاء- بفسخ الاتفاق وإجراء قسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع».

الحالة الثانية : إذا كان الشيء الشائع يتنافى بحكم طبيعته أو الغاية المعد لها مع فكرة القسمة.

وفي هذا الصدد تنص المادة 314 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «يشترط لأجراء القسمة أن يكون المال مملوكاً على الشياع للشركاء عند إجرائها، وأن يكون قابلاً للقسمة، وأن لا تزول المنفعة المقصودة منه بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد القسمة»⁽⁴²³⁾. ومثال ذلك الحائط المشترك بين الجارين والأجزاء المشتركة في الملكية المشتركة للعقارات المبنية، حيث نكون إزاء شيوع إجباري⁽⁴²⁴⁾ يمتنع معه إجراء القسمة امتناعاً دائماً.

الحالة الثالثة: إذا كان هناك مانع قانوني يقيد الحق في طلب إجراء القسمة

423 - ينص الفصل 980 من ق.أ.ع. «لا يسوغ طلب القسمة إذا كان محل الشياع أعياناً من شأن خدمتها أن تحول دون أداء الغرض الذي خصصت له». ويوافق هذا الفصل المادة 850 من القانون المدني المصري حيث جاء فيها: «ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال، أنه يجب أن يبقى دائماً على الشيوع».

424 - مأمون الكزبري، م.س، ص 126.

ومن ذلك ما جاء في ظهير 1969/6/25 المتعلق بضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض⁽⁴²⁵⁾، حيث منع تقسيم الأراضي الواقعة داخل دوائر الضم تحت طائلة البطلان والجزاء الجنائي⁽⁴²⁶⁾.

3 - أنواع القسمة

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 استتلاية أو قسمة نهائية⁽⁴²⁷⁾.

وسنقوم بتسليط الضوء على كل من هذه الأنواع كما يلي:

1) القسمة الرضائية والقسمة القضائية:

سنبحث أولاً القسمة الرضائية ثم نتطرق للقسمة القضائية.

أ - القسمة الرضائية:

تنص المادة 25 من مدونة الحقوق العينية: «يجوز للشركاء أن يتفقوا على قسمة العقار المشاع فيما بينهم بالطريقة التي ينعقد إجماعهم عليها، بشرط أن تتم وفقاً للقوانين والضوابط الجاري بها العمل».

وعليه فالقسمة الرضائية أو الاتفاقية هي تلك التي يتفق فيها جميع الشركاء على اقتسام المال الشائع برضاؤهم واختيارهم⁽⁴²⁸⁾.

وللقسمة الرضائية شروط معينة بدونها لا تكون نافذة بحق المتقاسمين ولا ترتب آثارها القانونية، وتتمثل هذه الشروط في:

425 - ظهير رقم 1.69.32 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1369 (25 يوليوز 1969) منشور بالجريدة الرسمية عدد 2960 بتاريخ 19/7/129 الصفحة 220. ويتم وزير بموجب الظهير الشريف رقم 1.65.105 الصادر في 27 محرم 1382 (30 يونيو 1969) المتعلق بضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض.

426 - ينص الفصل 22 من ظهير ضم الأراضي الفلاحية على أنه «رغبة من الحد من تجزئة مؤسسات الاستغلال القروية المضمومة أراضيها بعضها إلى بعض فإن كل تقسيم للقطع الأرضية الموجودة بمنطقة وقع ضم أراضيها بعضها إلى بعض يتوقف ابتداء من تاريخ نشر المرسوم الصادر بالمصادقة على مشروع ضم الأراضي بعضها إلى بعض في الجريدة الرسمية على سابق إذن لجنة الضم... وتعتبر باطلا جميع الإجراءات التي تتم خلافاً لمقتضيات هذا الفصل».

كما جاء في الفصل 24 مكرر: «مبايع عن المخالفات لمقتضيات الفصول 4 المكرر و 22 (القطع الأول) وعن كل عرقلة لسير عمليات ضم الأراضي بعضها إلى بعض بالسجن لمدة تتراوح بين شهر واحد وستة أشهر وبغرامة يتراوح قدرها بين 120 درهما و 500 درهم أو بإحدى مائتين القويتين فقط».

427 - مأمون الكزبري، م، ص: 126.

428 - مأمون الكزبري، م، ص: 127.

(1) إجماع الشركاء المشتاعين على القسمة الاتفاقية إما بشكل صريح أو ضمني، أما إذا كان أحدهم معارض في إجراء القسمة أو غائب فلا تصح القسمة الرضائية. حيث جاء في المادة 26 من مدونة الحقوق العينية انه: «إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد منهم الخروج من الشيع أن يلجأ الى المحكمة التي تجري القسمة فيما بينهم طبقا للقانون».

(2) تمتع الشركاء المتقاسمين بالأهلية الكاملة، أما إذا كان من بينهم من هو ناقص الأهلية أو فاقدها فإن المشرع تطلب من أجل حماية هذه الفئة اللجوء إلى القسمة القضائية⁽⁴²⁹⁾.

(3) حضور جميع الشركاء المتقاسمين بشكل شخصي، ما يعني أن القسمة الاتفاقية التي تتم في غياب أحد الشركاء لا تنفذ حتى لو كان ممثلا من قبل وكيله، بحيث يجب على من يرغب الخروج من الشيع اللجوء إلى المحكمة المختصة⁽⁴³⁰⁾. هذا بخلاف المشرع المصري الذي يسمح بإجراء القسمة الاتفاقية، رغم كون أحد الشركاء غائبا أو ناقص الأهلية متى كان حاضرا من قبل ممثله القانوني⁽⁴³¹⁾.

(4) وجوب تقييد عقد القسمة بالسجل العقاري إذا كان محله عقارا محفظا، وبدون هذا الإجراء الشكلي لا تنتج القسمة أي أثر سواء بين الأطراف أو في مواجهة الغير إلا من تاريخ استيفاء التقييد طبقا لأحكام الفصلين 66 و67 من القانون رقم 14.07 المتعلق بنظام التحفيظ العقاري، خلال أجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر⁽⁴³²⁾.

(5) إلزامية المصادقة على القسمة من طرف جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار المشاع، فحسب المادة 321 من مدونة الحقوق العينية: «لا تكون القسمة الرضائية نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار».

وفي موضوع ذي صلة، سمح المشرع لدائن المتقاسم من أجل تقادي الإضرار به بالاعتراض على إجراء القسمة دون حضوره سواء كانت القسمة عينية أو بطريق التصفية، فإذا تمت القسمة رغم ذلك كان للدائن المعارض حق طلب إبطال القسمة⁽⁴³³⁾، مع العلم أنه

429 - جاء في المادة 275 من مدونة الأسرة: «قسمة مال المحجور المشترك مع الغير تتم بتقديم مشروعه إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور».

430 - ينص الفصل 1084 من ق ل على أنه: «إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة، أو إذا كان أحدهم غير متمتع بأهلية التصرف في حقوقه أو إذا كان غائبا، كان لمن يريد منهم الخروج من الشيع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة طبقا للقانون».

431 - تنص المادة 835 من القانون المدني المصري على أنه: «لشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون... كما جاء في المادة 840 منه: «إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوفر فيه الأهلية وجب تصديق المحكمة على حكم القسمة بعد أن يصيح نهائيا، ووفقا لما يقرره القانون».

432 - أنظر الفصل 65 مكرر من قانون 14.07 المتعلق بنظام التحفيظ العقاري.

433 - ينص الفصل 1085 ق ل على أنه: «لدائن الشركة، ولدائن كل من المتقاسمين إن كان معسرا، أن يعترضوا لأجراء القسمة عينا أو بطريق التصفية بدون حضورهم، ولهم أن يتدخلوا فيها على نفقتهم، كما أن لهم أن يطلبوا إبطال القسمة التي أجريت برغم تعرضهم».

يجوز لأي واحد من المتقاسمين إيقاف دعوى الإبطال بشرط دفع الدين إلى الدائن أو بإيداع المبلغ الذي يطالب به طبقاً للفصل 1086 ق ل ع .

على أنه، إذا تم استدعاء الدائن لحضور عملية القسمة ولم يحضر إلا بعد تمامها لم يكن له طلب إبطالها، وتطبق في هذه الحالة الأحكام الواردة في الفصل 1087 ق ل ع.⁽⁴³⁴⁾

ب - القسمة القضائية

وهي التي تجري عن طريق القضاء بناء على طلب يتقدم به أحد الشركاء بغية قسمة المال الشائع إما قسمة عينية أو قسمة تصفية، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 313 من مدونة الحقوق العينية: «تتم القسمة إما بالتراضي وإما بحكم قضائي مع مراعاة القوانين والضوابط الجاري بها العمل».

ويشترط لقبول دعوى القسمة مجموعة من الشروط، سنعرض لها قبل أن نشير إلى المحكمة المختصة بدعوى القسمة وأطرافها.

1) شروط دعوى القسمة:

يشترط لسماع دعوى القسمة من طرف القضاء تحقق مجموعة من الشروط منها ما هو شكلي (أولاً) ومنها ما هو موضوعي (ثانياً) .

أولاً : الشروط الشكلية

و تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1- إن دعوى القسمة لا تتعلق بالنظام العام، لذلك لا يمكن للمحكمة أن تثيرها من تلقاء نفسها بل يجب تحريكها بناء على طلب أحد الشركاء.

2- وفقاً للمادة 316 من مدونة الحقوق العينية فإنه: «لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييداً احتياطياً إذا تعلق بتعاقب بمقار محفظ». لذلك فتوجيه دعوى القسمة ضد أحد المالكين على الشياخ أو بعضهم فقط أو عدم تقييدها تقييداً احتياطياً يجعلها غير مقبولة شكلاً.

3- وجوب إدخال جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار موضوع دعوى

434 - جاء في النحل 1087 ق ل على أنه: «الدائنون الذين استدعوا على وجه قانوني سليم للاشتراك في القسمة، وتكتم لم يتقدموا إلا بعد تمامها، لا يحق لهم طلب إبطالها. وإذا لم يحتفظ بمبلغ كاف للوفاء بديونهم، حق لهم أن يباشروا حقوقهم على ما لم تناوله القسمة من الشيء المشترك، وإن وجد فإذا كانت القسمة قد تناولت الأشياء المشتركة كلها، حق لهم أن يباشروا حقوقهم في مواجهة المتقاسمين في الحدود التي تقتضيها طبيعة الشركة والشياخ».

القسمه ، كما جاء في المادة 320 من مدونة الحقوق العينية: «يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمه جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار».

ثانياً : الشروط الموضوعية

وهي كالآتي :

1- وجوب تحقق إحدى حالات سماع دعوى القسمه القضائية التالية :

أ- اختلاف الشركاء حول إجراء القسمه الرضائية، حيث جاء في احد قرارات استئنافية فاس «بأن الخلاف قد لا يقع حول القسمه ولكن حول طبيعتها حيث يفضل احد الشركاء اجراء القسمه عينيا بينما يحبذ الشريك الآخر إجراء القسمه عن طريق التصفية»⁽⁴³⁵⁾

ب - وجود شريك غير متمتع بالأهلية الكاملة للتصرف في حقوقه، أو إذا كان كامل الأهلية ولكنه غائب أو مفقود.

2- ألا يترتب على القسمه إحداث نقص كبير في قيمة المال المشاع، بحيث يمنع إجراء القسمه العينية وتحويل المحكمة إلى سلوك قسمه تصفية، وفي هذا تنص المادة 318 من مدونة الحقوق العينية «إذا كان العقار المشاع غير قابل للقسمه العينية، أو كان من شأن قسمته مخالفة الثوائن والضوابط الجاري بها العمل أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني».

3- عدم وجود مانع من الموانع الاتفاقية أو القانونية أو الواقعية التي تحول دون سماعها، فإذا كان المبدأ أنه لا يجبر أحد على البقاء في الشيوع، فإنه لا ينبغي للشريك أن يتعسف في طلب القسمه لاسيما إذا كانت المصلحة التي يهدف إليها المدعي لا تتناسب مع الضرر الكبير الذي قد يصيب بقية الشركاء المشتاعين⁽⁴³⁶⁾.

4- إثبات ملكية العقار محل القسمه، فإذا كان العقار محفظا يكفي للشريك الذي يقيم دعوى القسمه أن يدعم المقال الافتتاحي بشهادة عقارية يسلمها المحافظ العقاري تثبت حصته كشريك مالك في المال الشائع كما تبين أسماء جميع الشركاء⁽⁴³⁷⁾.

435 - قرار عدد 2010/153 بتاريخ 2010/03/31 ملف عقاري عدد 94/9/1، اشارت اليه جيهان زاوش، دعوى قسمه العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، رسالة لنيل دبلوم الماستر، مسلك قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2011 - 2012، ص: 74.

436 - المصطفى مازي، الاشكالات العملية للقسمه القضائية العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2006-2007، ص: 12.

437 - بنية العلومات، القسمه القضائية للعقار مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2005 ص: 67.

أما إذا كان العقار غير محفوظ فيمكن إثبات ملكيته بإحدى الوسائل المثبتة لملكية العقار، كالإدلاء برسم الإرث أو برسم الملكية، والقضاء المغربي مستقر على قبول رسم الإرث لاثبات ان العقار مملوك على الشيوع بين الشركاء⁽⁴³⁸⁾. هذا ما لم تكتسب ملكية العقار عن طريق الشراء فيمكن إرفاق المقال الافتتاحي بنسخة من هذا العقد⁽⁴³⁹⁾.

ومتى توفرت الشروط السابقة مجتمعة، تنص المحكمة للبت في دعوى القسمة المرفوعة من طرف أحد الشركاء المشتاعين شريطة أن تكون مختصة نوعيا بالنظر فيها، وهو ما سنبحثه في الفقرة الموالية.

2) المحكمة المختصة للنظر في دعوى القسمة

يجب التمييز في هذا الصدد بين الاختصاص النوعي والمكاني.

أ - الاختصاص النوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي المحكمة المختصة نوعيا بنظر الدعوى داخل الجهة القضائية الواحدة⁽⁴⁴⁰⁾.

وحسب مقتضيات الفصل 18 من م م ق فإن المحاكم الابتدائية هي المختصة في نظر دعاوى القسمة التي يكون محلها عقارا، مع حفظ الحق في الاستئناف أمام غرف الاستئناف بالمحاكم الابتدائية إلى غاية 20.000 درهم وأمام محاكم الاستئناف إذا تجاوزت دعوى القسمة المبلغ السابق.

أما إذا كان موضوع دعوى القسمة منقولا فإن الاختصاص يتعقد لقضاء القرب باعتباره الجهة المختصة بالنظر في الدعاوى المنقولة التي تتجاوز قيمتها ثلاثة آلاف درهم، مع فتح إمكانية اتفاق الأطراف على رفع الاختصاص القيمي إلى خمسة آلاف درهم، أما إذا تجاوزت الدعوى هذا المبلغ فإنها تقام أمام المحكمة الابتدائية⁽⁴⁴¹⁾.

ب - الاختصاص المحلي أو المكاني:

يقصد به المحكمة المختصة جغرافيا أو مكانيا بنظر الدعوى، بحيث تختص كل محكمة بقضايا منطقة معينة تسمى «دائرة اختصاص المحكمة»⁽⁴⁴²⁾.

438 - قرار صادر عن استئنافية وجدة عدد 23 بتاريخ 2010/11/24 ملف عقاري عدد 19/09 (غير منشور).

439 - المصطلحي مازي، م س، ص: 22.

440 - الطيب الفصايلي، التنظيم القضائي في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1995، ص: 128.

441 - جيهان الزاوش: م س، ص 19 وما بعدها.

442 - الطيب الفصايلي، م س، ص: 129.

فحسب الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية، إذا كان موضوع دعوى القسمة عقارا أو تركة وجب إقامتها أمام محكمة موقع العقار أو محكمة محل افتتاح التركة. إلا أن الإشكال يثور في الحالة التي يكون فيها العقار لا يقع داخل دائرة نفوذ محكمة واحدة، إذ هناك من يرى أن الاختصاص ينعقد للمحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها أكبر هذه العقارات قيمة⁽⁴⁴³⁾، في حين أن الأخذ بهذا الرأي قد تتطوي عنه بعض الصعوبات لذلك يمكن القول بانعقاد الاختصاص للمحكمة الابتدائية التي يقع بدائرتها الجزء الأكبر من العقار⁽⁴⁴⁴⁾.

أما إذا كان موضوع دعوى القسمة منقولاً أمكن إقامتها حسب الفصل 27 من ق م م أمام محل إقامة أي واحد من الشركاء المشتاعين.

ثالثاً: أطراف دعوى القسمة

إن دعوى القسمة كسائر الدعاوى لا بد لها من مدعي يتقدم بادعائه أمام القضاء في مواجهة المدعى عليه.

والمدعي في دعوى القسمة هو دائماً أحد الشركاء على الشيوع سواء أكان شريكاً أصلياً أم خلفاً عاماً كالوارث أم خلفاً خاصاً كالمشتري لحصة أحد الشركاء⁽⁴⁴⁵⁾، 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⁽⁴⁴⁶⁾.

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

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 دعوة كافة الشركاء وإلا كانت القسمة عرضة للنقض، مع مراعاة مقتضيات المادة 320 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على ادخال جميع اصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

443 - محمد الكشور، م س، ص: 118.

444 - بيثية الملو، م س، ص: 39.

445 - محمد الكشور، م س، ص: 137.

446 - محمد الكشور، م س، ص: 113.

(2) القسمة العينية وقسمة التصفية

القسمة من حيث طبيعتها إما أن تكون قسمة عينية أو قسمة تصفية.

أ- القسمة العينية:

هي تلك التي يقسم فيها المال الشائع إلى عدة أقسام مفرزة بعضها عن بعض تتفق مع حصص الشركاء⁽⁴⁴⁷⁾، وهي لا تجري إلا في الأشياء القابلة للتجزئة.

والمبدأ أن القسمة العينية هي الأصل، حيث جاء في قرار محكمة النقض أنه: "لا يلجأ إلى قسمة التصفية إلا إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة"⁽⁴⁴⁸⁾.

وعليه فإن المحكمة ووفقا للمادة 317 من مدونة الحقوق العينية تحكم بقسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة، ويفرز الحصص وتكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة، وعن طريق التقويم والتعديل، ثم توزع الأنصبة المفرزة بين الشركاء بالقرعة، وتصدر حكمها بناء على تصميم ينجزه خبير في المسح الطووغرافي يعين موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرز.

على أنه إن كانت القسمة العينية هي الأصل، فقد يتعذر إجرائها مع ذلك في العديد من الحالات الآتية:

• إذا كان الشيء الشائع غير قابل للتجزئة أو التبعض كالسيارة أو الدابة فهي أشياء لا تقبل التجزئة بطبيعتها لذلك لا يمكن أن تكون محلا للقسمة العينية.

• إذا كانت القسمة العينية تؤدي إلى إحداث نقص كبير في قيمة الشيء الشائع ويصير غير قابل للانتفاع به، فالطاحونة مثلا لا تجوز قسمتها عينا لأن منفعتها المقصودة تفوت بالقسمة العينية، وفي هذا قضت محكمة النقض في أحد قراراتها بما يلي: «.... وكانت المحكمة على صواب فيما ذهبت إليه، ذلك أن الفصل 980 المستدل به يمنع قسمة الشيء الذي تحول القسمة دون أداء الغرض المقصود منه عندما تكون القسمة عينية...»⁽⁴⁴⁹⁾

على أنه إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة في الحالات السابقة، فليس معنى ذلك بقاء الشريك في الشياخ مرغما، بل له الخروج منه عن طريق إجراء قسمة التصفية، وقبل

447 - مأمون الكزبري، م، ص، ص: 132.

448 - قرار محكمة النقض عدد 2636 الصادر بتاريخ 10/30/1991 في الملف العقاري عدد 89/3039 أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال الأربعين سنة، مطبعة النجاح البيضاء، الطبعة الأولى، ص: 61.

449 - قرار محكمة النقض عدد 572 الصادر بتاريخ 14/03/1990 في الملف العقاري عدد 894206، أشار إليه عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة خلال الأربعين سنة، م، ص، ص: 52.

التعرض لهذه الطريقة من المفيد أن نشير إلى أنه لا يشترط لاعتبار المال الشائع قابلاً للقسمة العينية أن تأتي الحصص المقسومة متساوية تماماً، ذلك أنه من الممكن تعويض الشريك الذي أخذ أقل من نصيبه في الملكية بمعدل نقدي يدفعه الشريك الحاصل على أكثر من نصيبه وتسمى القسمة هنا قسمة عينية بمعدل⁽⁴⁵⁰⁾.

ب - قسمة التصفية:

هي القسمة التي تجري عن طريق بيع المال المشترك وتقسيم ثمنه على الشركاء كل بقدر حصته، وتجاوز هذه القسمة في مختلف الحالات التي يمتنع فيها إجراء القسمة العينية، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النقض ما يلي: «أما فيما يتعلق بأرض الحطة فإن المحكمة لما صادقت على تقرير الخبير الذي اقترح قسمة تصفية نظراً لتعذر قسمة قسمة عينية تكون قد طبقت القانون تطبيق سليماً»⁽⁴⁵¹⁾.

غير أنه لا يتم سلوك مسطرة البيع بالمزاد العلني إلا بعد استنفاد الحكم القاضي بالقسمة لطرق الطعن العادية والاستثنائية، وفي هذا تقول المادة 319 من مدونة الحقوق العينية: "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"

ويكون للشركاء الاتفاق على قسمة المال الشائع قسمة تصفية رغم كونه قابلاً للقسمة العينية، كما أنه ليس هناك ما يمنع المحكمة بعد رفع دعوى القسمة أن تأمر بإجراء قسمة تصفية عن طريق بيع الأموال بالمزاد العلني وتقسيم الثمن على الشركاء كل بحسب نصيبه.

3) القسمة الجزئية والقسمة الشاملة⁽⁴⁵²⁾

يقصد بالقسمة الجزئية تلك التي ينطوي عنها إنهاء حالة الشياخ جزئياً، فيخرج بعض الشركاء منها دون الآخرين.

أما القسمة الشاملة فهي تؤدي إلى إنهاء حالة الشيوخ متى بوشرت بشكل كلي بحيث تنقضي الملكية الشائعة وتحل محلها الملكية المفردة أو العادية.

4) قسمة المهايأة والقسمة البتية

القسمة من حيث آثارها نوعان: قسمة مهايأة وقسمة بتية.

450 - محيي الدين اسماعيل علم الدين، م.ن، ص 106.

451 - قرار عدد 281، المؤرخ في 25-21-2008، الملف الشرعي عدد 316/2/1/2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 67، ص 77.

452 - مامون الكزبري، م.ن، ص 133-134.

أ - قسمة المهايأة:

وتسمى أيضا بالقسمة الاستغلالية، وقسمة المهايأة حسب المادة 313 من مدونة الحقوق العينية تقتصر على المنافع، لذلك لا تعد سببا لانقضاء الشيوع بقدر ما تعد سببا لتنظيم الانتفاع بالمال الشائع، لذلك فهي ترد على منافع الشيء المشترك دون الملكية التي تبقى شائعة، وهي على نوعين مهايأة زمانية و مهايأة مكانية.

1 - المهايأة الزمانية:

تنص المادة 327 من مدونة الحقوق العينية على أنه: « 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 تبعا لطبيعة العقار المشار كما تعين تاريخ الشروع فيها ومن يبدأ منهم بالانتفاع».

لذلك فالمهايأة الزمانية هي التي يتفق فيها الشركاء على التناوب على الانتفاع بالمال الشائع لمدة معينة تحسب على أساس حصة كل واحد منهم، كما إذا كانت هناك دار مملوكة مناصفة بين شخصين فيتفقان على سكنى هذه الدار بالتناوب لمدة سنة.

كما عرض المشرع المغربي للمهايأة الزمانية في الفصل 966 من ق ل ع بقوله: «للمالكين على الشياح أن يتفقوا فيما بينهم على أن يتناوبوا الاستئثار بالانتفاع بالشيء أو الحق المشترك وفي هذه الحالة، يسوغ لكل واحد منهم أن يتصرف، على سبيل التبرع أو المعاوضة، في حقه في الانتفاع بالشيء لمدة انتفاعه، ولا يلتزم بأن يقدم لبقية المالكين حسابا عما يأخذه من الغلة، غير أنه لا يسوغ له أن يجري أي شيء من شأنه أن يمنع أو ينقص حقوق بقية المالكين في الانتفاع بالشيء عندما يحين دورهم فيه».

واستنادا إلى الفصل أعلاه، فإن الشريك على الشياح يحق له الانتفاع بكل المال المشترك طيلة المدة المتفق عليها إما شخصيا أو عن طريق الغير بعوض أو بدون عوض، دون أن يكون ملزما بتقديم أي حساب، كما أن الشريك لا يقيد في انتفاعه بالمال الشائع إلا بأن يحدث ما من شأنه أن يعرقل حقوق بقية المالكين في الانتفاع بدورهم.

2 - المهايأة المكانية:

جاء في المادة 328 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «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»

ومثالها أن يتفق مالكو الدار المشتركة على أن يسكن أحدهم في الطابق العلوي والآخر في الطابق السفلي، أو إذا كانت هناك دارين مملوكتين على الشياع فيتفقان على أن ينفرد كل واحد بمسكن منفرد.

والملاحظ أن المشرع قد عرض لأول مرة للمهاياة المكانية في مدونة الحقوق العينية الجديدة، على غرار المشرع المصري الذي عرض لها في المادة 846 من القانون المدني بقوله: «في قسمة المهاياة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات».

وتجدر الإشارة أن المهاياة المكانية يمكن أن تتحول إلى قسمة نهائية متى تم الاتفاق على ذلك بين الشركاء أو مضت مدة الحيازة الكافية لاكتساب الحصة التي بيده⁽⁴⁵³⁾، ولهذا نجد أن المشرع المصري اشترط عدم تجاوز المهاياة المكانية لمدة تزيد عن خمس سنين. مع العلم أنه لا يستثني من ذلك إلا حالة العقار المحفظ بحيث لا يمكن اكتساب ملكيته عن طريق التقادم المكسب.

وقبل أن نختم الحديث عن قسمة المهاياة، تجدر الإشارة إلى أن المهاياة زمانية كانت أم مكانية تخضع لأحكام عقد إجارة الأشياء المحال عليها بمقتضى المادة 329 من مدونة الحقوق العينية، ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة. كما أن قسمة المهاياة لا يمكن تصورها إلا في العقارات المشاعة دون المنقولات وفقا لمذلول الفصلين 327 و328 من مدونة الحقوق العينية.

ب - القسمة البتية:

وهي حسب الفقرة الثانية من المادة 313 من مدونة الحقوق العينية أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقضي بها الشياع، لذلك فالقسمة البتية ترد على الملكية أو جوهر الحق العيني الشائع وتؤدي إلى إنهاء الشيوع بشكل نهائي، بحيث تحل الملكية المفردة محل الملكية الشائعة⁽⁴⁵⁴⁾.

ثانياً ، آثار القسمة

يمكن تحديد آثار القسمة في انتهاء حالة الشيوع واستقلال كل شريك بجزء مفرز يعادل حصته في المال الشائع حيث له أن يتصرف في حصته كيفما شاء دون قيد. ومن آثارها أيضا

453 - محمد ابن معجوز، م س، ص: 125.

454 - مأمون الكزبري، م س، ص: 531.

أن القسمة يجب أن تكون عادلة وتسودها المساواة بين الشركاء فلا يأخذ الشريك إلا منابه دون زيادة أو نقصان.

وسنعرض لهذه الآثار من خلال بحث طبيعة القسمة والنتائج المترتبة عن وجوب كون القسمة عادلة.

1 - طبيعة القسمة

من أهم الآثار التي تترتب عن القسمة النهائية للمال المشاع استقلال كل من الشركاء بجزء مفرز من المال يعادل حصته فيه وهو ما نصت عليه بقولها: "يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفروزة التي آلت إليه نتيجة القسمة وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون".

لكن طرح التساؤل حول الوقت الذي أصبح فيه الشريك مالكا للجزء الذي آل إليه؟ هل من وقت إجراء القسمة أو منذ بدء الشيوع؟

إن الجواب على هذا السؤال يقتضي التعرض لطبيعة القسمة هل هي كاشفة للملكية أم ناقلة لها؟

لقد كان الفقهاء الرومان يعتبرون القسمة ناقلة للملكية يترتب عنها إنهاء الشيوع بدون أثر رجعي، حيث يعتبر كل شريك مالكا للجزء الذي آل إليه من وقت القسمة وليس من وقت الشيوع⁽⁴⁵⁵⁾.

أما عند الفقهاء المسلمين، فقد ميزوا بين القسمة الرضائية واعتبروها ناقلة للملكية و طبقوا عليها أحكام البيع، لذلك لا يمكن اللجوء إليها حسب رأيهم إلا إذا انعقد اتفاق جميع الشركاء، لأنه لا يجبر أحد على بيع ما يملكه. وبين القسمة القضائية واعتبروها كاشفة للحق لذلك يمكن إرغام الشركاء على إجرائها حتى وإن عارض أحدهم⁽⁴⁵⁶⁾.

أما في القوانين الوضعية فإن المشرع المغربي وعلى غرار التشريعات الأخرى كالمشرع المصري والسوري⁽⁴⁵⁷⁾، تبني الأثر الكاشف للقسمة بمقتضى قانون الالتزامات والعقود ثم مدونة الحقوق العينية الحالية، حيث جاء في الفصل 1088 من ق ل ع على أنه: "يعتبر كل المتقاسمين أنه كان يملك منذ الأصل الأشياء التي أوقعها القسمة في نصيبه، سواء تمت هذه القسمة عينا أو بطريق التصفية، كما يعتبره أنه لم يملك قط غيرها من بقية الأشياء". كما

455 - عمر طه البشير، في حقن طه: الحقوق العينية (دون ذكر المطبعة وعدد الطبعة). ص: 126.

456 - محمد ابن معجوز، م س، ص: 151.

457 - تنص المادة 843 من القانون المدني المصري: "يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن تملك في الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئا في بقية الحصص". وهو المقتضى نفسه الذي كرسه المادة 797 من القانون المدني السوري.

نصت المادة 322 من مدونة الحقوق العينية: "يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفزة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون".

فالشريك المتقاسم يصبح مالكا للجزء المفز الذي آل إليه ليس من وقت إجراء القسمة فقط بل من تاريخ بدء الشيوخ، فمثلا لو اشترى شخصان أو أكثر عقارا فيما بينهم على الشياخ عام 2000 ثم توصلوا إلى قسمته في عام 2003 فإن كلا منهم يعتبر مالكا للجزء المخصص له ملكية مفزة من العام 2000.

ومما لا شك فيه أن الأخذ بالأثر الكاشف للقسمة فيه تجاوز للإضرار التي تنتج عن اعتبار القسمة نافذة للملكية، لأن تصرف الشريك بالرهن مثلا في المال الشائع ينطوي عنه نفاذ هذا التصرف في حق الشريك الآخر متى وقعت الحصنة المثقلة بالرهن من نصيبه. هذا على خلاف الأثر الكاشف للقسمة الذي يترتب عنه سقوط التصرفات الصادرة من الشركاء عن الشريك الذي وقع في نصيبه الجزء المفز لأنه يعتبر قد تصرف في ملك الغير، والتصرف في ملك الغير حسب الفصل 485 من ق ل ع يقع باطلا ما لم يقره المالك.

وهو ما اكده المشرع في نص المادة 322 من مدونة الحقوق العينية بقولها: "..... وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبه غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون".

وتجدر الإشارة في الأخير، أن المشرع المغربي إن كان قد اعتبر القسمة كاشفة للحق لا منشأة له، فإن هذا الأثر يتوقف متى كان محلها عقارا محفظا على تقييد القسمة في السجلات العقارية وفقا لأحكام الفصلين 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري كما تم تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 لأن القسمة النهائية للعقار المحفظ تبقى عديمة الأثر قبل هذا التقييد.

2 - نتائج وجوب كون القسمة عادلة

يعد مبدأ تحقيق المساواة بين المتقاسمين من أهم المبادئ التي تحكم القسمة، حيث كان الفقهاء الفرنسيون قديما يعتبرون المساواة روح القسمة⁽⁴⁵⁸⁾. ومن النتائج المترتبة عن هذا المبدأ ما يلي:

أ - إبطال القسمة المعيبة بغيب من عيوب الرضى.

ب - ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض.

وهذا ما نشير إليه باختصار:

أ - إبطال القسمة المعيبة:

لقد عرض المشرع لأسباب إبطال القسمة في المادة 315 من مدونة الحقوق العينية وحددها في الغلط أو الإكراه أو التدليس أو الغبن، وهو المعطى نفسه الذي أكدّه الفصل 1089 و 1091 من ق ل ع، حيث اعتبر أن القسمة لا يجوز إبطالها إلا للأسباب السابقة، سواء كانت القسمة اتفاقية أو قانونية أو قضائية. في حين نجد أن المشرع المصري لم يجز إبطال القسمة بالغبن الفاحش إلا إذا كانت رضائية⁽⁴⁵⁹⁾.

وهو ما يفسر حرص المشرع المغربي على حماية المتقاسمين من أي عيب من شأنه التأثير على إرادة الشركاء بغض النظر عن نوعية القسمة الجارية. وإن كان قد حصر أسباب إبطال القسمة بسبب الغبن في حالة كون المغيبون قاصرا أو ناقص الأهلية من خلال إحالته على الفصل 56 من ق ل ع، أما خارج هذه الحالات فلا يكون الغبن سببا لإبطال القسمة إلا إذا كان مرتبطا بالتدليس، ويعتبر تدليسا حسب المادة 315 من مدونة الحقوق العينية كل فرق لا يقل عن الثلث بين قيمة ما آل إلى الشريك المتقاسم بمقتضى القسمة، وبين القيمة الحقيقية لحصته في العقار المقسوم، وتكون العبرة في تقديره لقيمه وقت إجراء القسمة، مع العلم أنه يسوغ للمدعى عليه في هذه الحالة طلب الإبقاء على القسمة إذا هو أكمل للمدعي ما نقص من لصيبه عينا أو نقدا.

ويشترط في دعوى إبطال القسمة أن ترفع خلال سنة من وقت تمام القسمة، من طرف المتقاسم الذي تقرر الإبطال لمصلحته أو من طرف نائبه الشرعي، دون إغفال لمقتضيات الفصل 9 من ق م م الذي يقضي بتبليغ القضايا المتعلقة بفاقد الأهلية إلى النيابة العامة.

وتجدر الإشارة إلى أنه يحق للمتقاسم المتضرر أن يرفع إلى جانب دعوى الإبطال، دعوى التعويض عن الضرر الذي ألم به نتيجة العيب بشرط أن تتوفر شروط دعوى المسؤولية التقصيرية⁽⁴⁶⁰⁾. وفي حالة وفاته يجوز لورثة المتقاسم رفع دعوى الإبطال خلال المدة المتبقية طبقا لنص الفصل 313 من ق ل ع.

وإذا أبطلت القسمة لأحد الأسباب السابقة، فإن هذا الإبطال يكون بأثر رجعي، بحيث يعود المتقاسمون إلى الوضع القانوني والفعلي الذي كانوا عليه عند إجرائها مع عدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية من حقوق كما جاء في الفصل 1091 من ق ل ع.

459 - جاء في المادة 845 من القانون المدني المصري: «يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد عن الخمس...».

460 - محمد الكشور: م م س، ص 286.

لذلك فإن آثار الإبطال تختلف حسب ما تعلق الأمر بالمتقاسمين أو بالغير.

بالنسبة للمتقاسمين، فإن إبطال القسمة سواء أكانت رضائية أم قضائية ينطوي عنه انبعاث حالة الشيوع من جديد بل وتعتبر كأنها لم تنقضي بعد، ويلزم كل متقاسم حسب الفصل 316 من ق ل ع أن يرد للآخر كل ما أخذه بمقتضى القسمة الباطلة.

أما بالنسبة للغير، فحرصا من المشرع على حماية الغير حسن النية وضمانا لاستقرار المعاملات، نص على أن الإبطال لا يكون له أي أثر في مواجهته ولا يمكن أن يلحق به أي ضرر، لذلك فإن الغير الذي اكتسب حقا على الجزء المفرز من العقار المشاع ويادر إلى تقييده بالسجل العقاري دون أن يكون عالما بأن القسمة معيبة ثم تقرر إبطالها بعد ذلك يظل تقييده منتجا لكافة آثاره القانونية، وهو ما يؤكد الفصل 66 من القانون رقم 14.07 بقوله: ”لا يمكن بأي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير حسن النية“.

على أنه باستحضار مقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، نجدها أوردت استثناء على الحجية المطلقة لتقييد الغير حسن النية متى أثبت المتقاسم ضرره بسبب تدليس أو زور، حيث يكون له المطالبة بحقه عن طريق رفع دعوى في الموضوع خلال 4 سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله.

ب - ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض:

تنص المادة 324 من مدونة الحقوق العينية على أنه: ”يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض أنصبتهم مما قد يقع عليها من تعرض أو استحقاق بسبب سابق عن القسمة إلا إذا تم الاتفاق صراحة على الإعفاء منه أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه“.

وعليه، فإنه يشترط لضمان المتقاسمين بعضهم لبعض مجموعة من الشروط كما يلي:

(1) وقوع تعرض أو استحقاق على الحصص المفزة:

والتعرض المقصود هنا هو التعرض القانوني الصادر من الغير والمتمثل في ادعاء حق على الحصص المفزة، دون التعرض المادي⁽⁴⁶¹⁾.

أما الاستحقاق فيقصد منه في مجال القسمة، تجريد المتقاسم من الجزء المفرز الذي آل إليه أو الانتقاص منه بثبوت حق انتفاع أو ارتفاق للغير⁽⁴⁶²⁾.

461 - المصطفى مازي، م س، ص: 98.

462 - محمد الكشور، م س، ص: 261.

وقد عرض المشرع لأحكام استحقاق حصة المتقاسم ضمن المواد 324 و325 و326 من مدونة الحقوق العينية، وميز فيها بين العقار المحفظ وغير المحفظ كالتالي :

إذا كان العقار غير محفظ، واستحقت حصة المتقاسم كلها أو بعضها بما زاد على الثلث، فإن يحق للمتقاسم حسب المادة 325 من مدونة الحقوق العينية 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 المقاسمين الآخرين بالتعويض. أما إذا كان ما استحق من المتقاسم في حدود الثلث فما دون، فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين بالتعويض، وهو الحكم ذاته الذي ينطبق في حالة كون العقار محفظاً أو استحقت حصة المقاسم كلا أو جزءاً.

ويتحمل المتقاسمون التعويض كل بقدر حصته، والعبرة في تقديره بقيمة النصيب المستحق وقت القسمة، وإذا كان أحد المقاسمين معسراً وزع ما ينويه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، على أن يعودوا عليه في حدود منابه إذا أصبح موسراً طبقاً لمقتضيات المادة 326 من مدونة الحقوق العينية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن مدونة الحقوق العينية رقم 39.08 قد ألغت الفصل 46 الذي كان وارداً في المشروع رقم 19.01 والذي كان يستثني العيوب الخفية من دائرة ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض، الشيء الذي يفهم منه أن الضمان السابق يشمل حتى العيوب الخفية اللاحقة بإحدى الحصص المفردة، ولعل ما يؤكد ذلك أن الفصل 1090 من ق ل ع والذي أحال بخصوص ضمان الشركاء على أحكام عقد البيع بما فيها ضمان العيوب الخفية.

(2) أن يكون الضمان لأسباب سابقة عن القسمة

أما إذا كان التعرض أو الاستحقاق يستند إلى أسباب لاحقة على القسمة فلا ضمان، نفس الشيء إذا كان الاستحقاق أو التعرض ناتج عن خطأ يعود للمتقاسم المتضرر.

(3) عدم اشتراط الإعفاء من الضمان

بمفهوم المخالفة للمادة 324 من مدونة الحقوق العينية يجوز للمتقاسمين الاتفاق على الإعفاء من الضمان، ومتى كان ذلك سقط حق المتقاسم المتضرر في الرجوع على باقي المتقاسمين فيما يقع من تعرض أو استحقاق لحصته.

المبحث الثاني

حق السطحية

يعتبر حق السطحية من الحقوق العينية الأصلية الوارد عليها النص في البند السادس من المادة التاسعة من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ، وقد أفرد له المشرع المغربي خمس مواد من المادة 116 إلى المادة 120 ويتميز هذا الحق بأنه مستقل بذاته عن الملكية وليس متفرع عنها كحق الانتفاع والارتفاق وتقتضي منا دراسة هذا الحق تناول العناصر التالية:

المطلب الأول : التعريف بحق السطحية .

المطلب الثاني : خصائص حق السطحية .

المطلب الثالث : إنشاء حق السطحية وانقضاءه .

المطلب الأول

التعريف بحق السطحية

عرفت المادة 116 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية حق السطحية بأنه: «حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير. وينتقل بالشفعة أو بالإرث أو بالوصية» ويتضح من التعريف أن حق السطحية عبارة عن تملك شخص لأبنية وأغراس على أرض مملوكة للغير⁽⁴⁶³⁾ ، ولم يتناول القانون المدني الفرنسي هذا الحق إلا أن الفقه الفرنسي يرى إمكانية استنتاج هذا الحق في المادة 222 التي تنص على أن: «كل بناء أو غرس فوق الأرض يعتبر ملكا لصاحب الأرض ما لم يقيم الدليل على العكس» ، وهذا الكلام يفهم منه أن المشرع الفرنسي يجيز بأن تكون الثمار أو المباني الموجودة فوق الأرض مملوكة لشخص آخر غير صاحب الأرض.

كما أن المشرع المصري لم ينص على حق السطحية كما فعل المشرع المغربي ولكن الفقرة الثالثة من المادة 803 من القانون المدني المصري أجازت بأن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها، ويمنع في سوريا إنشاء حق السطحية طبقا للفصل 997 من القانون المدني السوري⁽⁴⁶⁴⁾ . ونؤيد الرأي الذي يرى بأن هذا الحق يخالف القاعدة الأساسية القائلة بأن

463 - زيد قديري الترجمان، م. س، ص 32، وانظر ايضا: خالد عبد الله عبيد، م. س، ص 134،، ادريس العلوي العبدلاوي، م. س، ص 80.
464 - وتطبيقا لذلك نقضت محكمة النقض السورية قرارا تضمن الحكم بتسجيل الشجر دون الأرض على اسم المدعى لأن ذلك في حقيقةه إنشاء لحق سطحية جديدة، ذلك الحق الذي منع المشرع إنشاءه في الفصل 997 من القانون المدني محكمة النقض السورية رقم 202 بتاريخ 1971/3/7، منشور في مجلة المحامين، دمشق، العدد 3 سنة 1971، ص 132 (أشار إليه د. مأمون الكزبري، م. س، ص 522، هامش 1).

ملكية الأرض تشمل ملكية ما فوقها وما تحتها. فحق السطحية يقيد سلطة المالك كما أن التجارب دلت على عدم جدوى هذا الحق من الناحية العملية ففصل ملكية الأرض عن ملكية ما فوقها من بناء وأغراس لا ينسجم مع طبيعة الاستثمار العقاري⁽⁴⁶⁵⁾.

وبعد هذا التعريف نلقي نظرة موجزة عن خصائص هذا الحق وعن طرق إنشائه وكيفية انقضاؤه.

المطلب الثاني

خصائص حق السطحية

يتميز حق السطحية بالخصائص التالية:

1 - يعتبر حق السطحية حق قائم بذاته مستقل عن حق ملكية الأرض وبالتالي فهو ليس متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع وحق الارتفاق ، ولا يقوم حق السطحية إلا إذا وافق مالك العقار وأذن للغير في إمتلاك بنايات وأغراس في ملكه، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض: «... العقد المبرم بين الطرفين يتعلق بأرض بورية وان إقامة بناء أو غرس دون موافقة المكري لا يعطي للمكثري أي حق عيني على العقار، وأن حق السطحية المحتج به لا يمكن إنشائه على حق ملكية الغير... وعلى الأطراف إدلاء بحججهم بصفة تلقائية تكون سليمة من كل عيب، ولذلك فإن القرار حين علل بأن المتعرض لم يدلي بأية حجة تثبت له الحق المطالب به وأن علاقته مع المالك كمكثري لا تخول له حق الملكية، فإنه يكون نتيجة لذلك معطلا ومركزا على أساس قانوني والوسيلتين معا بالتالي غير جديرتين بالإعتبار⁽⁴⁶⁶⁾».

2 - يعتبر صاحب حق السطحية مالكا مستقلا عن صاحب الأرض ولذلك لا يجوز لأحدهما طلب إجراء القسمة لأنهما ليسا مالكين على الشيوع بل إن كل منهما مالك أجنبي عن الآخر.

3 - أن حق الملكية الذي يتمتع به صاحب السطحية على البناء، أو الغرس هو حق دائم مثل صاحب الرقبة على الأرض⁽⁴⁶⁷⁾.

4 - يمكن لصاحب حق السطحية أن يفوته أو يرهنه رهنا رسميا، كما يمكن أن يرتب له أو عليه حقوق ارتفاق في الحدود التي يجوز له فيها مباشرة هذا الحق وفقا لمقتضيات المادة 117 من مدونة الحقوق العينية.

465 - د. مأمون الكزبري، م. س. ص. 522.

466 - قرار محكمة النقض عدد 1223 ملف مدني عدد 2477 / 01 / 01 / 2005، أشار إليه عمر أركوكر م. س. ص. 29.

467 - المشرع جعل حق السطحية حق دائم وبذلك يختلف عن بعض التشريعات المقارنة كالقانون البلجيكي مثلا يحدد المدة القصوى لحق السطحية بخمسين عاما.

5 - يعتبر صاحب حق السطحية حارسا للبناء أو الغراس الواقع عليه هذا الحق، وذلك طبقا للفصلين 88 و89 من قانون الالتزامات والعقود وعليه إذا لحق هذا البناء أو الغراس ضررا بالغير فإن صاحب حق السطحية مسؤولا عن هذا الضرر وليس مالك البناء.

6 - حق السطحية قد يكون كاملا وقد يكون جزئيا.

أ - فحق السطحية الكامل هو الذي يشتمل كل الأشياء الخارجية فوق الأرض من أبنية وأغراس، وفي هذه الحالة لا يبقى لصاحب الرقبة سوى الحق في إنشاء بعض الارتفاقات القانونية التي تنسجم مع استعمال حق السطحية، كما يجوز له أن يستغل جوف الأرض بفتح مقالع واستثمارها شريطة عدم تعارض عمله مع حقوق صاحب السطحية⁽⁴⁶⁸⁾. وأخيرا يجوز له الاستفادة من الكنز الذي يكتشف في الأرض لأن الكنز المدفون يعود إلى مالك الرقبة وليس لصاحب حق السطحية.

ب - قد يكون حق السطحية جزئيا - بحيث لا يشمل سطح الأرض بكاملها بل ينحصر في بعض أجزائها فقط كحق السطحية المقررة على بناء واحد من عدة مباني أو بضعة أشجار.

7 - حق السطحية ينتقل بالشفعة أو الإرث أو بالوصية، ولا يمكن ترتيبه على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء (الفقرة الثانية من المادة 116 من مدونة الحقوق العينية).

8 - ليس لمالك حق السطحية أن يبني أو يغرس من جديد ما تلاشى لقدمه أو مات أو اقتلع بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة ما لم يكن هناك اتفاق مخالف (المادة 120 من مدونة الحقوق العينية).

9 - يحق لمدعي حق السطحية أن يمارس التعرض على مطلب التحفيظ حيث يأسس صاحب حق السطحية مطالبه على ملكية ما يعلو الأرض ويقر ضمينا ملكية الرقبة لغيره⁽⁴⁶⁹⁾.

المطلب الثالث

إنشاء حق السطحية وانقضاؤه

ينشأ حق السطحية إما بالتعاقد أو بالشفعة أو بالتقادم المكسب فقد ينشأ حق السطحية عن طريق العقد كالبيع والهبة والكراء، كما إذا أكرى مالك الأرض أرضه لشخص وأجاز له بمقتضى العقد إنشاء أبنية أو أغراس في هذه الأرض على أن تكون هذه البنايات والأغراس

468 - د. مأمون الكزبري، م. س، ص 521.

469 - عمر أزوكار، م. س، ص 133.

ملكا للمكتري، كما ينشأ حق السطحية عن طريق الشفعة، كما إذا كان أصحاب حق السطحية مالكيين للحق على الشيوع فيما بينهم ويبيع أحدهم حصته في حق السطحية للغير فيجوز لكل من الشركاء على الشيوع أخذ الحصة المبيعة بالشفعة⁽⁴⁷⁰⁾، وأخيرا قد ينشأ حق السطحية عن طريق التقادم المكسب بالنسبة للعقارات غير المحفظة، كما إذا وضع شخص يده على بناء أو غرس قائم على أرض غير محفظة وبعد مضي المدة التي يحددها القانون يصبح مالكا للبناء أو الغراس دون الأرض⁽⁴⁷¹⁾.

وينتهي حق السطحية بأحد الأسباب الثلاثة الواردة في المادة 118 من مدونة الحقوق العينية:
أولا: بالتنازل عنه صراحة؛

ثانيا: باتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد؛

ثالثا: بهلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس هلاكا كليا، لذلك فإن تلف حق السطحية لا يؤدي إلى إنقضاء الحق ما لم يتم تلف أصل الملك، وفي هذا قضت محكمة النقض في أحد قراراتها: «تلف الملك الذي هو محل دعوى النازلة إنما يعني تلف ملك الغير الذي قرر فوقه حق السطحية لا مجرد تلف حق السطحية في حد ذاته . الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه مغالفا لمقتضيات الفصل المشار إليه أعلاه مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال»⁽⁴⁷²⁾.

470 - د.زيد قدري الترجمان، م س، ص 32.

471 - د. مأمون الكزبري، م س، ص 521.

472 - قرار عدد 2203 بتاريخ 20-06-2007 . ملف مدني عدد 1/1916-1-2005 أشار إليه عمر أزوكار م س ص 135.

المبحث الثالث

حق الانتفاع

حق الانتفاع هو من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية بموجبه يتمتع المنتفع بسلطة استغلال العقار واستعماله مع بقاء سلطة التصرف بيد المالك ونظرا لأهمية هذا الحق فقد نظمته المشرع من المادة 79 إلى المادة 104 من القانون رقم 39.08 ومن خلال هذا المبحث سندرس هذا الحق وفق ما يلي:

- المطلب الأول : تعريف حق الانتفاع .

- المطلب الثاني : خصائص حق الانتفاع .

- المطلب الثالث : إنشاء حق الانتفاع .

- المطلب الرابع : انقضاء حق الانتفاع .

المطلب الأول

تعريف حق الانتفاع

عرفت المادة 79 من مدونة الحقوق العينية حق الانتفاع بأنه: «حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوما بموت المنتفع»، فحق الانتفاع وفقا لهذا التعريف يعطي للشخص الحق في استعمال واستغلال عقار مملوك لشخص آخر لذلك فإن حق الانتفاع يقسم عناصر الملكية إلى شطرين، فعنصر الاستعمال والاستغلال يشبان للمنتفع أما العنصر الثالث الخاص بحق التصرف فإنه يبقى خالصا لمالك الرقبة⁽⁴⁷³⁾.

المطلب الثاني

خصائص حق الانتفاع

يستفاد من التعريف السابق لحق الانتفاع أنه يتميز بخصائص ثلاثة وهي:

أ - حق الانتفاع حق عيني يحتج به في مواجهة سائر الناس وبذلك يختلف عن الحقوق الناشئة بعقد الكراء التي تعتبر حقوق شخصية لا تتعدى أطراف عقد الكراء (المكري والمكتري). و يختلف عنه كذلك من زاوية ان حق الانتفاع يمكن المطالبة به في شكل تعرض اذا صار العقار موضوع مطلب تحفيظ، حيث جاء في احد قرارات محكمة النقض ما يلي: « لكن،

ردا على الوسيطتين معا لتدخلهما، فإن المطلوب يعتمد في تعرضه على الظهير الخلفي المؤرخ في 1952/06/11 المحدد لحق التصرف والانتفاع لآبناء الفقيه أحمد بن الطاهر الزواقي بصفة دائمة وانتقاله الى اولادهم الذكور الى انقراضهم...» (474).

ب - حق الانتفاع يعطي لصاحبه إمكانية الاستفادة بشيء مملوك للغير إذ للمنتفع حق استعمال واستغلال الشيء دون حق التصرف الذي يبقى في يد مالك الرقبة. ويترتب على ذلك أن للمنتفع الحق في استخدام الشيء وفقا لما أعد له فإن كان منزلا سكنه وإن كان بناء اتخذ مقرأ لعمله... كما أن له الحق في جميع ما يغلّه الشيء من ثمار سواء كانت ثمارا طبيعية أو مدنية.

ج - حق الانتفاع حق مؤقت فهو ينتهي حتما بوفاة المنتفع إن لم ينته قبل وفاته، كما إذا كان مقرونا بأجل وانتهى الأجل قبل الوفاة فقد نصت المادة 80 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «ينشأ حق الانتفاع بإرادة الأطراف أو بحكم القانون ويمكن أن يكون مقيدا بأجل أو بشرط». وهذا بخلاف حق الملكية الذي هو حق دائم وليس مؤقت.

د - ان حق الانتفاع متى كان واردا على عقار محفظ لا يعتد به الا اذا تم تقييده في الرسم العقاري، وهو ما كرسته محكمة النقض حينما قضت بأن: «حق الانتفاع المدعى به لا اثر له الا اذا كان مسجلا بالرسم العقاري المتعلق بالعقار المدعى فيه...» (475).

المطلب الثالث

إنشاء حق الانتفاع

ينشأ حق الانتفاع وفقا لأحكام المشرع المغربي بإحدى الطرق الأربعة التي هي: إرادة المشرع، حق الشفعة، التقادم وإرادة الإنسان (476).

أ - قد ينشأ حق الانتفاع بنص قانوني ويطلق عليه «حق الانتفاع القانوني» كانتفاع الأبوين على أموال أبنائهما القاصرين حتى يبلغوا سن الرشد القانوني طبقا للفصل 384 من القانون المدني الفرنسي، وكالانتفاع المقرر لورثة الموصي لحمل معين إلى أن ينفصل الموصي له حيا فتكون له العين (المادة 304 من مدونة الأسرة) (477).

ب - وقد ينشأ حق الانتفاع بطريق الشفعة وذلك في حالة ما إذا كان الانتفاع يعود لعدة

474 - قرار عدد 3187 بتاريخ 2010/08/10 ملف مدني عدد 20750/1-1-2008 - . اشار اليه عمر ازوكار ، م س . 125

475 - اشار اليه عمر ازوكار ، م س . 216 . قرار عدد 4313 بتاريخ 2008/12/17 ملف مدني عدد 2008/3/1/2062

476 - راجع ذلك بالتفصيل استاذنا د. مأمون الكزبري، م س، ص 531 وما بعدها.

477 - راجع استاذنا د. خالد عبد الله، م س، ص 128.

أشخاص على الشيوع ويبيع أحد المنتفعين للغير حصته الشائعة فيجوز للمنتفعين الشركاء جماعة أو فرادى ممارسة حق الشفعة وانتزاع الحصة المتصرف فيها من المشتري مقابل أداء الثمن بطبيعة الحال بالإضافة إلى مصروفات العقد.

ج - ويمكن أن ينشأ حق الانتفاع بطريق التقادم المكسب والتقادم في المغرب لا يسري على العقارات المحفظة لأنها تكتسي مناعة مطلقة تجعلها لا تقبل التقادم بنوعيه التقادم المكسب والتقادم المسقط وذلك طبقا للفصل 63 من القانون رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

والواقع أن كسب حق الانتفاع بالتقادم المكسب قليل الحدوث في الحياة العملية ذلك لأن الحائز للشيء يتمسك بحق الملكية وليس بحق الانتفاع، ولكن يمكن تصور هذه الحالة فيما إذا اكتسب شخص حق الانتفاع بسند صادر عن غير المالك الأصلي، فإذا أبطل سند المنتفع لهذا السبب في المستقبل يمكنه الاحتفاظ بحق الانتفاع استنادا للتقادم⁽⁴⁷⁸⁾.

د - وينشأ حق الانتفاع بإرادة الإنسان أي «بالعقد» مثال ذلك أن يتنازل مالك الرقبة للغير عن الانتفاع ويحتفظ لنفسه بملكية الرقبة بمقتضى عقد أو وصية ولتحقيق ذلك يجب أن يكون مقرر الانتفاع مالكا للشيء الوارد عليه حق الانتفاع وأن يكون أهلا لإجراء هذا التصرف، كما يجب أن يكون الشخص المقرر لفائدته حق الانتفاع موجودا على قيد الحياة عند إنشاء حق الانتفاع.

وإذا كانت هذه هي طرق إنشاء حق الانتفاع فإننا نتساءل عن الأموال التي يجوز إنشاء انتفاع عليها؟ بالرجوع إلى المادة 81 من مدونة الحقوق العينية نجدها تنص على أنه: «يمكن أن يترتب حق الانتفاع:

أولاً: على الملكية العقارية

ثانياً: على حق السطحية

ثالثاً: على حق الزينة

رابعاً: على حق الهواء أو التعلية»

ومن ثم يكون المشرع قد حصر الأموال الممكن أن تكون محلا لحق الانتفاع في الحقوق السابق الإشارة إليها، في حين أنه في الفصل 37 من ظهير 19 رجب 1333 فتحق الانتفاع يمتد إلى حق الكراء الطويل الأمد، والرهن الرسمي والحيازي.

وإذا كانت مدونة الحقوق العينية قد رتبت حق الانتفاع على بعض الحقوق العرفية الإسلامية دون الأخرى وهي الزينة والهواء، فظهير 19 رجب جعل هذا الحق يشمل جميع الحقوق العرفية الإسلامية (الجلسة والزينة والجزاء والهواء).

وقد تساءل الفقه قبل صدور مدونة الحقوق العينية وفي ظل ظهير 19 رجب عما إذا كان هذا التعداد لهذه الحقوق الواردة في الفصل السابق على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ وبعبارة أخرى هل يجوز إنشاء حقوق إنتفاع على غير الأموال المذكورة في النص أم يجب التقيد بما ورد فيه فقط؟

وقد كان الرأي الراجح هو الذي يرى ضرورة التقيد بنص الفصل 37 من ظهير 19 رجب وبالتالي حصر إنشاء حق الانتفاع على الحقوق السالفة الذكر لأن المشرع لو أراد إضافة حقوق غير تلك التي ورد تعدادها لنص على ذلك صراحة⁽⁴⁷⁹⁾.

ويصدر القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية يمكن أن نقول أن هذا النقاش قد حسم بناء على ما جاء في الفصل 10 من هذه المدونة والذي نص على أنه لا يمكن إنشاء أي حق عيني إلا بقوة القانون، ومن ثم لا يجوز إنشاء حقوق إنتفاع على أموال أو حقوق غير واردة في المادة 81 من مدونة الحقوق العينية.

المطلب الرابع

انقضاء حق الانتفاع

ينقضي حق الانتفاع بأحد الأسباب التالية:

أ - بانتهاء أجل الانتفاع: من الطبيعي أن ينتهي حق الانتفاع بانتهاء الأجل المحدد في العقد بحيث يلتزم المنتفع بإعادة الشيء إلى مالك الرقبة، فالمادة 80 من مدونة الحقوق العينية نصت على أن حق الانتفاع يمكن أن يكون مقيدا بأجل، فإذا حل الأجل المعين في العقد انقضى الانتفاع.

ب - بموت المنتفع: حق الانتفاع هو في الأصل حق مؤقت ينتهي لزوما بموت المنتفع طبقا للمادة 79 من مدونة الحقوق العينية حتى لو حصلت الوفاة قبل أن ينتهي الأجل الذي حدد له وإذا كان حق الانتفاع لعدة أشخاص على التعاقب فإذا مات أحدهم انتقل هذا الحق إلى الآخرين حتى يموت المنتفعين جميعا وإذا كان الانتفاع مقررا لعدة أشخاص بصفة مشتركة

479 - وهذا الرأي يؤيده د. الكزبري في مرجعه السابق، ص 536-537 ويؤيده كذلك د. خالد عيد، م س، ص 127.

فإن وفاة أحدهم يترتب عليها انقضاء هذا الحق بنسبة نصيبه وتعود حصته إلى مالك الرقبة ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك في العقد فيطبق هذا الاتفاق⁽⁴⁸⁰⁾.

ج - باتحاد الحقوق: ينقضي حق الانتفاع باتحاد الحقوق أي بجمع صفتي المنتفع ومالك الرقبة في شخص واحد كما إذا اشترى المنتفع ملكية الرقبة وكما إذا مات المالك ولم يكن له وريث غير المنتفع وحده.

د - تلف الشيء تلفا كلياً: بحيث لا يستفيد المنتفع بشيء من بقايا العين المصابة بالتلف، كما في حالة تهدم البناء الذي يرد عليه حق الانتفاع⁽⁴⁸¹⁾ أما في حالة ما إذا كان التلف جزئياً فإن حق الانتفاع لا يسقط عن الجزء أو عن الأجزاء الصحيحة الباقية (المادة 101 من مدونة الحقوق العينية) ويشترط لانقضاء حق الانتفاع بالهلاك الكلي أن يكون التلف أو الهلاك نتيجة قوة قاهرة أو حادث فجائي كالحريق والزلازل، كما يشترط أن لا يكون الشيء مؤمناً ضد القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وإذا لم يتحقق الشرطين فحق الانتفاع لا ينقضي بل يتحول من الانتفاع بالشيء إلى الانتفاع بالتعويض الذي يلتزم به الشخص المسؤول عن التلف في الحالة الأولى وتلتزم به شركة التأمين في الحالة الثانية.

هـ - بتنازل المنتفع عنه: وينقضي حق الانتفاع أيضاً بتنازل المنتفع عن حقه في الانتفاع لمالك الرقبة، وقد اشترط المشرع لصحة هذا التنازل بأن لا يؤدي إلى إيقاع ضرر بدائي المنتفع وإلا كان من حق الدائنين الطعن على تنازل المنتفع وإبطاله وذلك طبقاً للمادة 103 من مدونة الحقوق العينية.

و - بسوء الاستعمال: ويكون المنتفع متعسفاً في استعمال حقه إذا استعمله استعمالاً لا يخرج به عن الحد المألوف، كما إذا قام بإتلاف العقار أو عرضه للتلف نتيجة عدم القيام بالإصلاحات الضرورية واللازمة للحفاظ عليه، ولمالك الرقبة رفع دعوى أمام القضاء للمطالبة بإنهاء حق الانتفاع لسوء الاستعمال ويمكن للقاضي حسب خطورة الموقف وحسب الأحوال أن يصدر حكمه إما بانتضاء حق الانتفاع كلياً أو أن يأمر باسترجاع الانتفاع لمالك الرقبة شريطة أن يدفع سنوياً للمنتفع أو لمن انتقل إليه هذا الحق مبلغاً معيناً وذلك إلى الوقت الذي كان من المقرر انتهاء الانتفاع فيه (المادة 104 من مدونة الحقوق العينية).

480 - د. مامون الكزبري، م. س، ص 561.

481 - د. إدريس العلوي العبدلاوي، م. س، ص 91، وراجع الفقرة الأولى من الفصل 72 من ظهير 19 رجب 1333.

المبحث الرابع

حق العمرى

يعتبر حق العمرى من الحقوق العينية الأصلية التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية، فهذا الحق لم يكن معروفاً في ظل ظهير 19 رجب 1333 هـ. 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:

—
—
—

— حق العمرى...»

وقد عرفت المادة 105 من مدونة الحقوق العينية حق العمرى بأنه «حق عيني قوامه تمليك منفعة بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة».

انطلاقاً من هذه المادة يمكن القول إن حق العمرى هو تمليك 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 المتعاقدين أو في مواجهة الغير - (الفصلان 67 و66، كما وقع تغييرهما وتتميمهما بالقانون رقم 14.07) كما يمكن أن يرد على العقار غير المحفظ (482).

المطلب الأول

إنشاء حق العمرى

نصت المادة 106 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «تتعدد العمرى بالإيجاب والقبول. يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي. لا تشترط معاينة الحوز لصحة عقد العمرى».

فحق العمرى ينشأ عن طريق العقد وحتى يقع صحيحاً منتجاً لكافة آثاره لابد من إبرامه

في محرر رسمي من طرف العدول أو الموثقين ولقد استغلت مدونة الحقوق العينية عن شرط الحوز الذي كان مقررًا بمقتضى المادة 257 من مشروع القانون رقم 19.01 المتعلق بمدونة الحقوق العينية واعتبرت أن الشرط الوحيد لصحة حق العمرى هو تحريره في محرر رسمي دون الحاجة إلى الإشهاد على الحوز من طرف الموثقين أو العدول.

المطلب الثاني

التزامات صاحب حق العمرى

يجب على المعطى له أن يعمر العقار موضوع الحق بأن يقيم فيه بنفسه أو يأخذ غلته ولا يجوز نقل هذا الحق إلا للمعطى أو لوارثه (المادة 106 من مدونة الحقوق العينية). كما يجب على المعطى له أن يبذل في المحافظة على العقار موضوع العمرى العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه وتقع عليه النفقات اللازمة لحفظه وصيانتها ويتحمل أيضا التكاليف العادية المفروضة على هذا العقار (المادة 107) من مدونة الحقوق العينية).

المطلب الثالث

انقضاء حق العمرى

إذا كان حق العمرى هو تملك لمنفعة عقار فإنه لا يكون على سبيل التأييد وإنما ينقضي بإحدى الحالات الواردة في المادة 105 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 الإمكانية 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 وفقا للقواعد العامة في حالة عدم احترام المعطى له لواجباته وأدى ذلك إلى الإضرار بالعين ضررا بليغا.

المبحث الخامس

حق الاستعمال

حق الاستعمال كان منظما في ظل ظهير 19 رجب 1333 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 مصرعان عن حق الانتفاع لأنهما يقصران سلطة صاحب الحق على استعمال الشيء فقط دون استغلاله ومن ثم يمكن تكييف حقوق المنتفع بشكل يصبح هذا الشكل قاصرا على الاستعمال أو السكنى⁽⁴⁸³⁾.

غير أن مدونة الحقوق العينية نظمت فقط حق الاستعمال دون السكنى ويكون هذا تضيق من المشرع المغربي من نطاق الحق الأصلي إذ أقصى ما يحصل عليه صاحب حق الاستعمال هو استعمال الشيء في حدود الحاجة⁽⁴⁸⁴⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 112 من مدونة الحقوق العينية حيث جاء فيها: «من له حق الاستعمال على ثمار عقار لا يمكنه أن يأخذ إلا بمقدار ما يلزم منها لسد حاجياته وحاجيات من تلزمه نفقته».

إذا تعلق هذا الحق بسكنى دار فلا يجوز لصاحبه أن يستعمله إلا بمقدار حاجاته أو حاجات من تلزمه نفقته».

المطلب الأول

الأموال الخاضعة لحق الاستعمال

نصت المادة 110 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «يمكن أن يقرر حق الاستعمال:

أولاً: على الملكية العقارية.

ثانياً: على حق السطحية

ثالثاً: على حق الزينة

رابعاً: على حق الهواء أو التعلية».

المطلب الثاني

نطاق حق الاستعمال

نصت المادة 111 من مدونة الحقوق العينية على أنه يحدد نطاق حق الاستعمال وكذا حقوق والتزامات صاحب هذا الحق بمقتضى السند المنشئ له.

483 - د. زويد قادري الترجمان، م. س، ص 3، وراجع أيضاً د. إدريس البلوي العبدلاوي، م. س، ص 92.

484 - محمد بونيات، م. س، ص 111.

وفي حالة 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 (الفقرة الأولى من المادة 112 من مدونة الحقوق العينية). وإذا تعلق هذا الحق بسكنى دار فلا يجوز لصاحبه أن يستعمله إلا بمقدار حاجاته أو حاجات من تلزمه نفقته (الفقرة الثانية من المادة 112 من مدونة الحقوق العينية).

وقد أخضع المشرع المغربي مبدئياً حق الاستعمال لنفس الأحكام الخاصة بحق الانتفاع، إذ ينشأ وينقضي بنفس الأسباب التي ينشأ وينقضي بها حق الانتفاع على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية (المادة 109 من مدونة الحقوق العينية).

وهذا الحق يرتب مجموعة من الالتزامات على عاتق صاحب الاستعمال تكون محددة في سند هذا الحق، فلا يجوز له مثلاً التصرف في هذا الحق إلى الغير (المادة 113 من مدونة الحقوق العينية). ذلك أن لحق الاستعمال طابع شخصي يفرض أن يتمتع به صاحبه بصورة شخصية في حدود حاجاته وحاجات من تلزمه نفقته وذلك بخلاف حق الانتفاع الذي هو أوسع نطاقاً لما يخول حقي الاستعمال والاستغلال للمنتفع⁽⁴⁸⁵⁾، كما أن صاحب حق الاستعمال ملزم أن يبذل في المحافظة على العقار الوارد عليه هذا الحق العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه (المادة 114 من مدونة الحقوق العينية).

وصاحب حق الاستعمال لا يكون ملزماً بالتكاليف العادية المفروضة على العقار ونفقات إصلاحه وصيانه إلا بقدر ما يستعمله منه (المادة 115 من مدونة الحقوق العينية).

المبحث السادس

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 المحفظ حقا عينيا قابلا للرهن الرسمي ويولي له نتيجة لذلك ميزتي التتبع والأولية، كما يمكن تفويت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري، وهو الأمر نفسه الذي كان مكرسا 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 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.

وما دام أن حق الكراء الطويل الأمد يعتبر حقا عينيا فإنه تسري عليه ما تسري على الحقوق العينية العقارية من إمكانية تقييده بالسجل العقاري طبقا للفصلين 66 و67 من الظهير المطبق على العقارات المحفظة.

وقد ذهبت محكمة النقض في أحد القرارات الصادرة عنها إلى أنه: «... إذا كان الكراء لمدة 18 سنة هو الكراء الطويل الأمد المنصوص عليه في الفصل 87 من المرسوم المطبق على العقارات المحفظة هو الذي يخول للمستأجر حقا عينيا مع ما يترتب عن ذلك قانونا، فإن حق تسجيل عقد الكراء بالرسم العقاري فقط، لا يتطلب بالضرورة المدة المنصوص عليها في الفصل 87 المشار إليه وإن ما يتطلب عقد كراء تفوق مدته 3 سنوات فحسب كما ينص على ذلك الفصل 65 من ظهير 12 غشت 1913 والقرار المطعون فيه ذهب عكس ذلك يكون خارقا للفصل المذكور مما عرضه للنقض والإبطال» (486).

وبما أن حق الكراء الطويل الأمد يعتبر من الحقوق القابلة للإشهار في الرسم العقاري، فإنه يكون موضوع التعرض على مطلب التحفيظ. (487)

486 - قرار محكمة النقض عدد 2712 المؤرخ في: 2007/07/25 ملف مدني عدد 3735/01/01/2006

أشار إليه. د. عمر أزوكار: مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14/07 ومدونة الحقوق العينية - دراسة عملية ورصد المواقف القضائية لمحكمة النقض - منشورات دار القضاء بالعرب، الطبعة الأولى 2012 ص 141.

487 - قرار محكمة النقض عدد 2180 المؤرخ في: 04-06-2008 ملف مدني عدد 3043.../01/02/2006. أشار إليه: د. عمر أزوكار مرجع سابق ص 141.

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 والمكترين للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني⁽⁴⁸⁸⁾ من حيث أنه يمنح صاحبه حقاً عينياً يوليه ميزة التمتع وميزة الأولوية كما أنه قابل للرهن الرسمي وهذا بخلاف الكراء العادي الذي لا ينشأ عنه سوى حقوق شخصية ويتميز الكراء الطويل الأمد بالخصائص التالية:

- 1 - أنه حق عيني عقاري يولي صاحبه ميزة التمتع وميزة الأولوية ويقبل أن يكون محلاً لرهن رسمي (المادة 121 من مدونة الحقوق العينية).
 - 2 - يجوز لصاحبه أن يتصرف فيه، كما يجوز للغير الحجز عليه حسب شروط الحجز العقاري (المادة 121 من مدونة الحقوق العينية).
 - 3 - أنه كراء ينقضي بانقضاء مدته ولا يقبل التمديد، عن طريق التجديد الضمني (المادة 121 من مدونة الحقوق العينية).
 - 4 - أنه حق مؤقت تتراوح مدته بين حد أدنى لا يمكن أن يقل عن 10 سنوات وحد أقصى لا يتجاوز 40 سنة (المادة 121 من مدونة الحقوق العينية).
 - 5 - إذا كان الكراء الطويل الأمد شائعاً بين عدة أشخاص فإنه يولي كل مشاع حق أخذ حصة شريكه المبيعة عن طريق الشفعة.
- وينشأ الكراء الطويل الأمد إما عن طريق العقد، وهي الحالة العادية والغالبة، كما أنه قد ينشأ عن طريق الشفعة إذا ما باع مشتاع آخر حصته الشائعة من الغير.
- وحق الكراء الطويل الأمد يولي صاحبه الحقوق الآتية:
- 1 - حق استعمال العقار فيما أعد له دون إدخال أي تعديل عليه من شأنه أن ينقص من قيمته، وإذا أحدث المكثري تحسينات أو منشآت زادت في قيمة العقار فليس له هدمها ولا حق له في التعويض (المادة 126 من مدونة الحقوق العينية).
 - 2 - يمكن للمكثري 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 (المادة 128 من مدونة الحقوق العينية).

3 - يستفيد المكتري مما يضم أو يدمج بالعقار نتيجة الالتصاق طيلة مدة الكراء الطويل الأمد (المادة 129 من مدونة الحقوق العينية).

4 - لصاحب الكراء الطويل الأمد حرية التصرف في الحق المتنازل عنه سواء كان ذلك بعوض أو بدون عوض بشرط أن يكون هذا التصرف أو التنازل محصوراً بمدة الكراء الطويل الأمد. ويترتب على صاحب الكراء الطويل الأمد الالتزامات الآتية:

1 - تحمل جميع التكاليف والضرائب المترتبة على العقار (المادة 127 من مدونة الحقوق العينية).

2 - القيام بالصيانة وجميع الإصلاحات التي تتطلبها الأبنية الموجودة وقت العقد أو تلك التي تم إنشاؤها تنفيذاً لبنود العقد، ولكن ليس له إعادة البناء إذا أثبت أن سبب انهيارها يرجع لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو أنها هلكت نتيجة عيب بالبناء السابق على عقد الكراء الطويل الأمد (المادة 127 من مدونة الحقوق العينية).

3 - تأدية بدل الأجور المتفق عليها في الاستحقاقات وتنفيذ جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد.

وفي حالة عدم دفع الأجرة مدة سنتين متتابتين جاز للمكري بعد توجيه إنذار بدون جدوى أن يحصل قضائياً على فسخ الكراء الطويل الأمد كما يمكنه أن يطالب بالفسخ في حالة عدم تنفيذ شروط العقد أو إلحاق المكتري أضراراً جسيمة بالملك. غير أنه يجوز للمحكمة مراعاة منها لظروف المكتري أن تمنح أجلاً معتدلة للوفاء (المادة 124).

وجدير بالملاحظة أن المكتري كراء طويل الأمد لا يجوز له طلب تخفيض بدل الأجرة بحجة هلاك العقار جزئياً أو بحجة حرمانه من غلته كلاً أو بعضاً نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة (المادة 123 من مدونة الحقوق العينية).

وينقضي الكراء الطويل الأمد بأحد سببين:

1 - بحلول أجله: أي بحلول الأجل المحدد في العقد وفي حالة وفاة المكتري قبل حلول الأجل انتقل حقه إلى الورثة الذين يستفيدون منه إلى نهاية مدته.

2 - كما ينقضي بفسخه قضائياً: وذلك إما لعدم أداء المكتري أجرة سنتين متتابتين أو لعدم تنفيذه لشروط العقد أو لإلحاق أضرار جسيمة بالعقار (المادة 124 من مدونة الحقوق العينية).

المبحث السابع

حق الارتفاق

عرفت المادة 37 من مدونة الحقوق العينية حق الارتفاق بأنه: «حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر» وهو نفسه الذي كان سائدا في الفصل 108 من ظهير 19 رجب.

ومن التعريف السابق يتضح بأن حق الارتفاق هو حق مقرر لخدمة عقار يسمى العقار المخدم على آخر غير مملوك للمالك الأول ويسمى العقار الخادم، ويقيد من سلطة صاحب العقار الخادم لمصلحة صاحب العقار المخدم ومن أمثلة حقوق الارتفاق: حق المرور، وهو حق مقرر لعقار معين على عقار مجاور له، فيكون للمالك العقار المخدم سلطة المرور في العقار⁽⁴⁸⁹⁾، وتمتاز حقوق الارتفاق بالخصائص التالية:

1- أنها من الحقوق العينية العقارية لأنها لا تترتب إلا على العقارات.

وهذا يمنح إمتياز لصاحب حق الارتفاق يتمثل في إمكانية ممارسة التعرض بالإستناد إلى هذا الحق متى تحققت موجباته⁽⁴⁹⁰⁾.

غير أنه حتى يكون التعرض صحيحا فإنه يشترط في الارتفاق أن يكون قائما على العقار المراد تحفيظه. وهكذا جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:

«لكن حيث إنه ردا على السببين معا لتدخلهما فإن إجراء خبرة قضائية بإعتباره من إجراءات التحقيق، لا تقوم به المحكمة إلا إذا كان ضروريا للفصل في النزاع وأن المحكمة بما لها من سلطة تقديرية في تقييم الأدلة والأبحاث التي تقوم بها وإستخلاص قضائها منها، فإن القرار المطعون فيه حين علل بأنه «تبين لها أن المحكمة الابتدائية إنتقلت إلى عين المكان، وتبين لها عدم وجود أي حق إرتفاق بالمرور لفائدة المتعرض على الملك موضوع مطلب التحفيظ كما تم الإستماع إلى مجموعة من الشهود بعين المكان بما فيهم الجيران أكدوا عدم وجود أي ممر للمتعرض على ملك طالب التحفيظ. موضحين أن ملك المتعرض كان يستغل عن طريق المرور إليه من باب صغير يوجد جهة ملك ورثة المتعرض والذي لا يزال يقطنونه إلى الآن» فإنه نتيجة لذلك يكون القرار مغللا تعليلا كافيا وغير خارق لحقوق الدفاع والسببان بالتالي غير جديرين بالإعتبار⁽⁴⁹¹⁾»

489 - راجع مقصلا: محمد مومن: حقوق الارتفاق في القانون المغربي، الطبعة الأولى 2002، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 2012.
490 - قرار محكمة النقض عدد 2273 المؤرخ في 18/05/2010 ملف مدني عدد 2998. 01-01-2008 أشار إليه: د. عمر أزوكار مرجع سابق ص 122.
491 - قرار محكمة النقض عدد 3431 المؤرخ في 24 / 11 / 2004 ملف مدني عدد 3739، 01-01-2003. عمر أزوكار مرجع سابق ص 123.

2- أنها من الحقوق المؤيدة لأنها قائمة على العقارات فقط ومن خاصيات العقار صفة الديمومة والبقاء، غير أن هذا لا يمنع من تحديد حق الارتفاق بأجل معين أو تعليقه على شرط مسقط له.

3- أنها حقوق لا تقبل الانتقال بشكل منفصل عن العقار المرتفق من ثم لا يمكن توقيع الحجز عليها، كما لا يجوز أن تكون محلا للرهن بصورة منفردة.

4- حق الارتفاق لا يقبل التجزئة إذ يقرر لمنفعة كل جزء من أجزاء العقار المرتفق ويترتب على كل جزء من أجزاء العقار المرتفق به.

المطلب الأول

نشأة حق الارتفاق

تنص المادة 38 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «ينشأ الارتفاق إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين». كما أن حقوق الارتفاق كسائر الحقوق العينية يمكن اكتسابها بالتقادم بالنسبة للعقارات غير المحفظة. وعلى ضوء ما سبق فإن حقوق الارتفاق يتم إنشاؤها إما بفعل الطبيعة وتسمى ارتفاقات طبيعية (الفقرة الأولى)، أو بطريق القانون وتسمى ارتفاقات قانونية (الفقرة الثانية) أو بطريق الإرادة وتسمى ارتفاقات منشأة بإرادة الإنسان.

الفقرة الأولى : حقوق الارتفاق الطبيعية

الارتفاقات الطبيعية تحمل تفرضه الوضعية الطبيعية للأماكن على عقار لفائدة عقار مجاور (المادة 39 من مدونة الحقوق العينية)، ويعتبر بمثابة حقوق ارتفاق طبيعية :

1 - سيل المياه الطبيعية من الأراضي العالية على الأراضي المنخفضة، فقد نصت المادة 60 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة».

2 - حق المالك في استعمال مياه المطر التي تنزل في أرضه والتصرف فيها (المادة 61 من مدونة الحقوق العينية).

الفقرة الثانية : حقوق الارتفاق القانونية

الارتفاق القانوني هو تحمل يفرضه القانون على عقار.

ويمكن أن يقرر لمنفعة عامة أو خاصة (المادة 40 من مدونة الحقوق العينية).

1 - حقوق الارتفاق القانونية العائدة للمنفعة العامة

منها على سبيل المثال وليس الحصر: الارتفاق المقرر لمصلحة مياه الأملاك العامة (الفصل 31 من القانون رقم 10.95 الخاص بالماء) ، وحقوق الارتفاق المقررة لمصلحة الخطوط البرقية والهاتفية (الفصل 3 من ظهير 7 شعبان 1332 الموافق لفتح يوليوز 1914 بشأن الأملاك العامة) وحقوق الارتفاق المقررة لمصلحة المواقع الحربية والمنشآت العسكرية حيث يمنع على أصحاب العقارات المجاورة لهذه المنشآت والمواقع وحتى مسافة أفقية قدرها 250 مترا لقيام بأي بناء أو أغراس على هذه الأجزاء من عقاراته (الفصل 2 من ظهير 25 ربيع الثاني 1353 الموافق لـ 7 غشت 1934 بشأن الارتفاقات المقررة لمصلحة الملاحة الجوية) ، حيث يمنع على أصحاب العقارات المجاورة للمطارات أو لقواعد الطيران إقامة أي منشآت أكثر من علو معين (الفصل الأول وما يليه من ظهير فاتح شعبان 1957 الموافق لـ 26 سبتمبر 1938 بشأن الارتفاقات المقررة في سبيل المصلحة الجوية).

2 - حقوق الارتفاقات القانونية العائدة للمنفعة الخاصة

يمكن إجمال هذه الحقوق في نوعين:

أ - حق ارتفاق المرور المقرر لمصلحة العقار المحاط من كل جانب والذي لا يوجد له منفذ إلى الطريق العام أو له منفذ غير كاف لاستثماره زراعيا أو صناعيا فإنه يمكن له طلب ممر في الأراضي المجاورة له مقابل دفع تعويض بنسبة الضرر الذي قد يسببه (المادة ٦٤ من مدونة الحقوق العينية).

ب - حق المجرى: وهو الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى أو مواسير (المادة 56 من مدونة الحقوق العينية). وهذا الحق يجعل 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 مقدما وبشرط أن يقام المجرى وما يلزم للانتفاع به في مكان لا ينتج عنه إلا أقل ضرر (المادة 57 من مدونة الحقوق العينية) ، ونفس الأحكام الواردة في مدونة الحقوق العينية بخصوص

حق المجري وردت في قانون الماء رقم 10.95 بظهير 18 ربيع الأول 1416 (16 غشت 1995) وخاصة المادة 28 منه.

الفقرة الثالثة : حقوق الارتفاق المنشأة بإرادة الإنسان

نصت المادة 41 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «يجوز لمالك العقارات إحداث ارتفاقات عليها أو لفائدها وذلك باتفاق فيما بينهم مع مراعاة أحكام القانون.

يجب أن يبين في العقد نطاق هذا الحق وكيفية استعماله»

ويمقتضى هذه المادة فإنه لا بد لصحة الارتفاق المنشأ بإرادة الإنسان من توافر الشروط الآتية:

- 1 - يجب أن لا يكون الارتفاق مخالفا للقانون أو النظام العام كما في إنشاء حق ارتفاق بالمرور لتسهيل تهريب المخدرات.
- 2 - يجب أن يكون الارتفاق مقررًا لمنفعة عقار لا لمنفعة شخص ذلك أن التكليف الذي يستفيد منه شخص بصفته مالكا للعقار من غير أن يستفيد منه العقار نفسه لا يعتبر ارتفاقا وهو تكليف باطل (492).
- 3 - يجب أن يكون الارتفاق مقرر على عقار لا على شخص.

المطلب الثاني

انقضاء حقوق الارتفاق

نصت المادة 69 من مدونة الحقوق العينية على أنه: «ينقضي حق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية:

- بانتهاء الأجل المحدد له.
- 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 هلاكًا كليًا.
- بزوال الغرض الذي أحدث من أجله».

المبحث الثامن

الوقف أو الحبس

نصت المادة 130 من مدونة الحقوق العينية على أنه تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف، وهكذا سنحاول التعرض للوقف من خلال مدونة الأوقاف الصادرة بتاريخ 23 فبراير (493) 2010.

المطلب الأول

تعريف الوقف

عرفت 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».

ومادام حق الوقف من الحقوق العينية فإنه يحق لمن تقرر له حق الحبس على عقار أن يتقدم بطلب تحفيظه (494). كما يحق له أن يمارس التعرض على مطلب التحفيظ (495).

فالوقف من وجهة نظر القانون هو تصرف إرادي متفرد بمقتضاه يحبس المسلم عن التداول عينا من الأعيان الجارية بملكه وغالبا ما تكون عقارا ويخص التمتع فيها على وجه الديمومة بجهة من جهات الخير أو بشخص أو أشخاص معينين وذرائعهم (496) على أن ينتقل التمتع بالعين إلى جهة من جهات الخير عند انقراض المستفيدين أو لجهة من جهات الخير وبشخص أو أشخاص معينين وذرائعهم معا (497).

فلأحباس أو الأوقاف إذن هي أملاك عقارية كالأراضي والمساجد والآبار والحوانيت والديار والقطاير والمقابر والطرق وغير ذلك من الأصول والمنقولات باستثناء الطعام الذي تكون منفعته في استهلاكه فقط، هذه الأصول والمنقولات يحبسها مسلم لصالح من يعينه في

493 - ظهير شريف رقم 01.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (22 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5847، فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154 على 3169.

494 - قرار محكمة النقض عدد: 1659 المؤرخ في 01/06/2005 ملف مدني عدد 3805-01-01-2003 أشار إليه د. عمر أزوكار المرجع السابق ص 43.

495 - قرار محكمة النقض عدد 1940 المؤرخ في 21/05/2008 ملف مدني عدد 1450-01-01-2006.

وأنظر في نفس الاتجاه: -

قرار محكمة النقض عدد 2625 المؤرخ في 18-07-2007 ملف مدني عدد 2822 - 01 - 01 - 2005 أشار إليه د. عمر أزوكار مرجع سابق ص 136.

496 - خالد عبد الله عيد، م، ص، 126.

497 - مأمون الكزبري، م، ص، 618.

عقد التحبيس سواء كان إنسانا موجودا حقيقة أو حكما كالجنين ومن سيولد معنا أو مجهولا وسواء كان قريبا أو بعيدا، مسلما أو غير مسلم غنيا أو فقيرا⁽⁴⁹⁸⁾.

فالوقف عمل إنساني ورغم عدم ورود نص خاص بمشروعيته في الكتاب إلا أن روح التشريع في القرآن الكريم يدل عليه دلالة واضحة فالله سبحانه وتعالى يقول في كتابه: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تَحِبُّونَ﴾، ويقول تعالى في آية أخرى: ﴿وَمَا تَقْدُمُوا لَأَنفُسِكُمْ مِنْ خَيْرٍ تَجِدُونَهُ عِنْدَ اللَّهِ هُوَ خَيْرٌ وَأَعْظَمُ أَجْرًا﴾ إلى غير ذلك من الآيات التي حثت الإنسان المسلم لعمل البر والإحسان والمعروف كما ورد في صحيح مسلم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»، وما الوقف إلا صدقة جارية ينتفع بها المسلم في الدنيا وفي الآخرة.

المطلب الثاني

شروط الوقف

نصت المادة 24 من مدونة الأوقاف على أنه: «يشترط لصحة الوقف شرطان:

-الإشهاد على الوقف

-حوز المال الموقوف قبل حصول المانع مع مراعاة أحكام المادة 10 من مدونة الأوقاف.

يقصد بالمانع في مفهوم هذه المدونة موت الواقف أو إفلاسه».

المطلب الثالث

أنواع الوقف

جاء في المادة الأولى من مدونة الأوقاف على أن الوقف يكون إما عاما، أو معقبا أو مشتركا.

أولا - الوقف العام،

الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته ابتداء أو مالا لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة.

498 - استاذنا إدريس الملوحي المبدلوتي، م. س. ص 110، انظر أيضا رسالة الباحثة: فاطمة بنشلال: الأملاك الخيرية بين سلبية القانون وحركة الاقتصاد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والمقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول بوجدة للموسم الجامعي 2010/2009.

وتعتبر وقفا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأموال الموقوفة عليها.

ويتم تدبير الوقف من طرف إدارة الأوقاف التي تعتبر ممثلة القانوني (المادة 5 من مدونة الأوقاف).

وتخضع الأملاك الوقفية العامة لمجموعة من التصرفات أهمها المعاوضة والكراء. بالنسبة للمعاوضات فهي إما أن تكون نقدية شريطة أن تخصص عائداها لاقتناء عقارات ووقفية عامة أخرى، وذلك حفاظا على أصل الوقف وتتمية مداخيله⁽⁴⁹⁹⁾. وقد تكون عينية شريطة أن تكون العين المعاوض بها محفظة، وأن تساوي أو تفوق قيمتها التقديرية قيمة العين الموقوفة⁽⁵⁰⁰⁾.

أما بالنسبة لكراء الأملاك الحبسية العامة فيتم بناء على عقد بمقتضاه تمنح إدارة الأحياس منمعة عقار إلى آخر مزايد خلال مدة معينة مقابل وجيبة كرائية يؤديها مسبقا⁽⁵⁰¹⁾.

ثانيا - الوقف المعقب.

يعتبر وقفا معقبا ما وقف على ولد أو عقب أو نسل أو ذرية المحبس أو غيره (المادة 108 من مدونة الأوقاف).

بالنسبة لمعاوضة المال الموقوف وقفا معقبا فتخضع لنفس الأحكام المتعلقة بمعاوضة المال الموقوف وقفا عاما (المادة 115 من مدونة الأوقاف).

ولا يكرى المال الموقوف وقفا معقبا لأكثر من ثلاث سنوات إلا بإذن من إدارة الأوقاف وإلا كان العقد باطلا (المادة 116 من مدونة الأوقاف).

ثالثا - الوقف المشترك

يعتبر وقفا مشتركا ما وقف ابتداء على جهة عامة وعلى شخص بذاته، أو عليه وعلى عقبه (المادة 108 من مدونة الأوقاف).

ويخضع الوقف المشترك لنفس الأحكام المطبقة على الأموال الموقوفة وقفا عاما. وتقوم إدارة الأوقاف بتدبيره (المادة 129 من مدونة الأوقاف).

499 - المادة 63 من مدونة الأوقاف.

500 - المادة 72 من مدونة الأوقاف.

501 - نظم المشرع المغربي كراء الأملاك الحبسية من المادة 80 إلى المادة 102 من مدونة الأوقاف.

المبحث التاسع

الحقوق العرفية الإسلامية

إن الحقوق العرفية الإسلامية تشمل صورا مختلفة من حق المنفعة السابق الإشارة إليها وهي لا تعدو أن تكون أنواعا من الكراء، إلا أنها تختلف عن الكراء المنظم بمقتضى نصوص قانونية مدنية في كونها حقوق عينية بينما الكراء العادي لا يعطي أكثر من حق شخصي للمستأجر (502).

والمرشح المغربي لم يكن يعرف هذه الحقوق ولم يتطرق لأحكامها في ظهير 2 يونيو 1915 الملغى مكتفيا 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.

وبالفعل فقد أظهر العرف صورا كثيرة للحقوق العرفية الإسلامية كما هو الشأن للجلسة والجزء والاستئجار والزينة والهواء والحلاوة والمفتاح.

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

وفي موضوع ذي صلة فقد نصت المادة 9 من القانون رقم 39.08 على أن «الحق العيني الأصلي هو الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه.

والحقوق العينية الأصلية هي :

... -

... -

... -

- حق الحبس؛

- حق الزينة؛

- حق الهواء والتعليق؛

- الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ».

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

على العموم، سنلقي الضوء بصفة موجزة على هذه الحقوق كل في مطلب مستقل كالآتي:

المطلب الأول

حق الهواء والتعلية

تنص المادة 138 من القانون رقم 39.08 على أن «حق الهواء والتعلية حق عيني قوامه تملك جزء من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائما فعلا يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة».

فحق التعلية بهذا المعنى هو حق يتقرر لفائدة شخص لأجل الاستفادة بجزء محدد من الفضاء الطليق أو العلو المرتفع فوق بناء قائم فيستطيع بمقتضى ذلك أن يشيد بناء له فوق البناء القائم فعلا⁽⁵⁰³⁾، كما يتعين على صاحب الحق عند المنازعة ضرورة اثباته على أساس أن مالك العقار لئن كان يملك ما فوقه وما تحته فإن من يدعي الاستثناء يجب عليه إقامة البينة التي تنفي ذلك⁽⁵⁰⁴⁾.

وطبقا للمادة 139 من مدونة الحقوق العينية فإن إنشاء حق الهواء يتم بناء على العقد. ويجوز لصاحبه تقويته أو رهنه أو ترتيب حقوق عينية أو اتفاقات عليه شريطة عدم تعارضها مع طبيعة حق التعلية أصلا (الفقرة الأولى من المادة 140 من مدونة الحقوق العينية).

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 صحيحا بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلا، و يسوغ للمشتري أن يبني فيه، بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده. ولكن لا يسوغ للمشتري أن يبيع الهواء العمودي الذي يعلوه بغير رضى البائع الأصلي».

المطلب الثاني

حق الجلسة

ويطلق عليه أيضا حق الحلاوة أو حق الخلو⁽⁵⁰⁵⁾، وغالبا ما يقع على العقارات المبنية العائدة لأموال الدولة أو العقارات المحبسة.

503 - أستاذنا المرحوم خالد عبد الله عيد. م س، ص: 266.

504 - قرار المجلس الأعلى عدد 236 مؤرخ في 28/05/2003، ملف عقاري عدد 2002/1/2/29، وكذلك قرار المجلس الأعلى عدد 648 مؤرخ في 19/09/2002، ملف شرعي عدد 10/1/2/234، أوردهما عمر ازوكار، الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، م س، ص 94.

505 - زيد قدرى الترجمان، م س، ص 27، 2.

وضورة الجلسة عقد إيجار مقابل مبلغ معلوم، ويقع عادة على المحلات الصناعية والتجارية لكي يقوم صاحب الجلسة بتجهيزه بالمعدات اللازمة لهذه الحرفة⁽⁵⁰⁶⁾ كما أن المالك قد يقوم بتجهيز المحل بالمعدات ويؤجره لأحد أصحاب المهنة بأن ينشأ له حق جلسة على المحل ومعداته ويتعين مراعاة قيمة المعدات والمواعين عند تقدير الأجرة.

ومتى تم إنشاء هذا الحق فإنه يمنح صاحبه حق التمتع بالمحل المكتري بصفة الدوام مقابل إعطاء عائدات دورية لمصلحة المكري وهذا الحق يقبل التداول بعوض أو بدون عوض سواء بين الأحياء أو بسبب الوفاة.

المطلب الثالث

حق الجزاء⁽⁵⁰⁷⁾

يعتبر حق الجزاء من صور الانتفاع التي ترد على أرض فضاء تصلح للبناء أو الزراعة، وقد تكون هذه الأرض في ملكية الدولة أو الخواص.

ومن هنا يختلف حق الجزاء عن حق الجلسة الذي يرد فقط على المحلات المبنية ويرتب هذا الحق لصاحبه أداء واجبات دورية على وجه الديمومة لفائدة الجهة المكريّة. وحق الجزاء حق عيني يقبل التصرف فيه بعوض أو بغير عوض بين الأحياء أو بسبب الموت ويطلق عليه أيضا بحق الاستئجار، ويسقط بعدم أداء الأجرة مدة طويلة.

ويصعب غالبا التمييز بين حق السطحية والجزاء ولكن مع ذلك يمكن أن نقيم هذا التمييز بناء على أن السطحية ينشأ لمدة معينة، أما الجزاء فهو كراء على التبعية في حق السطحية وبذلك فصاحبه يستفيد بسطح الأرض دون باطنها أما في حق الجزاء فلا يوجد مثل هذا القيد.

كما أن الجزاء يختلف عن الكراء الطويل الأمد من حيث أن هذا الأخير يجب أن يكون لمدة تفوق 10 سنوات دون أن تتجاوز 40 سنة ويتقضي تبعاً بانقضائها تماشياً مع الفقرة الثانية من المادة 121 من مدونة الحقوق العينية، أما الجزاء فيكون على وجه التأييد والديمومة كما يمكن أن يكون لمدة مؤقتة تتجدد تلقائياً⁽⁵⁰⁸⁾.

506 - Decroux Paul, droit foncier marocain, Rabat 1977, n° 702.0, p 455

507 - راجع سيدي المهدي الوزاني، الثنازل الكبرى أو المعيار الجديد، ج 8، مطبعة الحجرية، ص 134. إذ أورد فيه: «الجزاء من باب الكراء لكنه ممول على التهيئة كما صرح به صاحب المعيار وغيره وبه جرى العمل وانعقدت عليه الوثائق والأحكام...».

508 - راجع محيي الدين اسماعيل علم الدين، م س، ص 79، هامش 40.

المطلب الرابع

حق الزينة⁽⁵⁰⁹⁾

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.

وقد عرفته المادة 131 من مدونة الحقوق العينية بأنه: «حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير ينشأ هذا الحق بالعقد مع تشييد البناء وينتقل بالشفعة أو الإرث أو الوصية.

لا يمكن ترتيب حق الزينة على حقوق مشاعة إلا باتفاق جميع الشركاء».

ويضيف أحد الباحثين⁽⁵¹⁰⁾ 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⁽⁵¹¹⁾.

ويسجل على هذا الحق كونه ينشأ بالعقد كما هو الشأن بالنسبة لحق التعلية، وعموما فباستقراء المستجدات التي جاء بها القانون رقم 39.08 بخصوص حق الزينة يمكن إبعاد الملاحظات التالية :

أ - إن القانون رقم 39.08 قام بتعريف حق الزينة وبين أحكامه والشروط الواجب توفرها في العقد المنشئ له وذلك بتوضيح نوع البناء ومواصفاته وأبعاده (المادة 132).

ب - التكريس التشريعي للعمليات التي يمكن لصاحب حق الزينة القيام بها، كأن يفوت البناء الذي أحدثه أو يرهنه أو يرتب له أو عليه حقوق ارتفاق في الحدود التي يسمح ويجوز له فيها مباشرة هذا الحق (المادة 133 من القانون رقم 39.08).

ج - تبيان وتحديد الحد الأقصى لحق الزينة ويتمثل في مدة 40 سنة مع مراعاة تلك الحقوق السائدة عند صدور هذا القانون (المادة 134).

د - توضيح أسباب انقضاء حق الزينة: كانهاء مدته، والتنازل عنه صراحة، وهلاك

509 - راجع خالد عبد الله عيد، م س، ص 267.

وأيضا محيي الدين إسماعيل علم الدين، م س، ص 86.

510 - عمر ازوكار، الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، م س، ص 95.

511 - عمر ازوكار، م س، ص 95.

البناء هلاكاً كلياً، وأخيراً اجتماع صفتي صاحب حق الزينة ومالك الرقبة في شخص واحد (المادة 135).

ويلاحظ أن هذه الحقوق العرفية الإسلامية تتصف بالخصائص التالية:

- أ - أنها حقوق عينية عقارية إذ لا ترد إلا على العقارات، وتنشأ بالعقد كما هو الشأن بالنسبة للتولية والزينة.
- ب - أنها حقوق يمكن أن تمنح لأي شخص وإذا تم إنشاؤها فإن أحكامها تطبق على الجميع.
- ج - أنها تلزم صاحب هذه الحقوق بأن يدفع عائدات دورية دائمة لمالك الرقبة وتسمى (النجوم) باستثناء حق الهواء الذي يكتسبه صاحبه عادة عن طريق الشراء.
- د - يمكن أن تكون هذه الحقوق محلاً لحق ارتفاق يرد عليها كما يمكن أن يترتب عليها رهن رسمي تتحمله.

المطلب الخامس

تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة

لقد جاءت مدونة الأوقاف المغربية بمجموعة من المقتضيات الهادفة إلى تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة بحيث نصت المادة 103 منها على أنه: «لا يجوز إنشاء أي حق من الحقوق العرفية من زينة أو جلسة أو جزء أو مفتاح أو استئجار أو غبطة، أو عرف أو حلاوة أو غيرها على أي ملك من أملاك الأوقاف العامة».

غير أنه يجوز وقف أي ملك على الأوقاف العامة، وإن كان مثقلاً بحق من الحقوق المذكورة».

لكن هذه القاعدة لا تسري على حق الهواء لأنه يعتبر حقاً خالصاً للأوقاف العامة طبقاً للمادة 104 من مدونة الأوقاف.

كما أن المادة 105 من مدونة الأوقاف نصت على مجموعة من الأسباب الموجبة لانقضاء الحقوق العرفية المنشأة على الأملاك الوقفية العامة وهي:

- هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك والعائدة إلى صاحب الحق العرفي؛

- عدم أداء صاحب الحق العريفي الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين وفي هذه الحالة تسترد الأوقاف المحل بمنافعه ، ويمنح صاحب الحق الأسبقية في كرائته؛

- تصفية هذه الحقوق بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 106 من مدونة الأوقاف؛

كما تنقضي هذه الحقوق في جميع الأحوال بمرور عشرين سنة ابتداء من دخول هذه المدونة حيز التنفيذ⁽⁵¹²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 106 من مدونة الأوقاف نجدها تنص على طرق ثلاثة لتصفية الحقوق العرفية على الأوقاف العامة وهي :

- شراء إدارة الأوقاف للحق العريفي المترتب لفائدة الغير .

- شراء صاحب الحق العريفي لرقبة الملك الوقفي .

- بيع الرقبة والحق العريفي معا عن طريق المزاد وفق أحكام المواد من 60 إلى 71 من هذه المدونة، ولا يلجأ إلى هذه الطريقة إلا في حالة تعذر التصفية بالطريقتين السابقتين .

512 - وتجدر الإشارة أن دخول هذه المدونة حيز التنفيذ يبقى معلقا على صدور جميع النصوص المتخذة على تطبيقها انسجاما ومقتضيات الفقرة الأولى من المادة 166 من نفس المدونة.

الفصل الثالث

الحقوق العينية التبعية

إلى جانب الحقوق العينية الأصلية التي 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 لأنها تكون تابعة لحق شخصي لكي تضمن الوفاء به فإذا انقضى الحق الشخصي انقضى تبعاً لذلك الحق العيني التابع (513).

والقاعدة طبقاً للفصل 1241 من ق ل ع أن جميع أموال المدين ضمان عام للوفاء بديونه لفائدة دائنيه وهذا ما يعرف بالضمان العام (514)، 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 لمزاحمة بقية الدائنين الآخرين، أو يتبين أن أموال المدين لا تكفي للوفاء بجميع ديونه أو... الخ

ومن ثم قد يكون ذلك مدعاة لضياع مصالح الدائن نظراً لقصور قاعدة الضمان العام وبالتالي عدم تمكنه من استرجاع حقوقه كما قلنا .

لذلك فالدائن يلتزم من بين أصحاب الحقوق الشخصية هو ذلك الذي يسبق غيره في اتخاذ الاحتياطات الضرورية لضمان حقه كاملاً في حالة إعسار مدينه وتجنب 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.

والحق العيني قد ينشأ بمقتضى العقد (الاتفاق) وقد يتقرر بحكم قضائي يصدر لصالح الدائن وقد يقرره القانون مباشرة .

513 - راجع د. مصطفى محمد الجمال وعبد الحميد الجمال، م س، ص 362، د. محمد علي عمران ود. حسين النوري، م س، ص 218. د. توفيق حسن فرج، م س، ص 395، أديس العالوي العبدلوي، م س، ص 118، مصطفى عبد السيد الجارحي، دروس في نظرية الحق ومصادره الالتزام، دار النهضة، ص 108، محمد حسين، م س، ص 22، خالد عبد الله، م س، ص 268، زيد قدرى الترجمان، م س، ص 38 وما بعدها. 514 - لمزيد انظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج 10، في التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1973، ص 3 وما بعدها.

وقد عرفت المادة 10 من مدونة الحقوق العينية الحق العيني التبعية بأنه : «الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي ويكون ضمانا للوفاء به ، والحقوق العينية التبعية هي :

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

وتضيف المادة 11 من مدونة الحقوق العينية بأنه «لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بالقانون» .

وبالرجوع إلى أحكام التشريع المغربي نجد أن الحقوق العينية التبعية ثلاثة أنواع وهي الرهن الحيازي، الرهن الرسمي، حقوق الامتياز.

ولذلك سندرس هذه الحقوق في ثلاثة مباحث كالآتي :

- المبحث الأول : الرهن الحيازي .
- المبحث الثاني : الرهن الرسمي .
- المبحث الثالث : حقوق الامتياز .

المبحث الأول

الرهن الحيازي

يعرف المشرع الرهن الحيازي في الفقرة الأولى من المادة 145 من مدونة الحقوق العينية بكونه « حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني الى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويخول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون و حق حبسه الى أن يستوفي دينه». وهو نفس التعريف الوارد في الفصل 1170 من ق ل ع.

ويخضع الرهن الحيازي من حيث تنظيمه كأصل للقانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والتي أفردت له عدة أحكام من المادة 145 الى 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 بدءا من المادة 165 وما بعدها (515).

وإجمالا فالرهن الحيازي يتسم بالخصائص الآتية (516):

1 - أنه حق عيني استنادا للمادة 145 من مدونة الحقوق العينية، لأنه يخول الدائن المرتهن سلطة مباشرة على الشيء المرهون كما يمنحه حق التتبع والأولوية (517)، فحق التتبع يمنح الدائن حق تتبع الشيء في حالة ما إذا نزعته يده عنه بالرغم من إرادته .

2 - أنه حق لا يقبل التجزئة (518)، فكل جزء من أجزاء الدين يعتبر مضمونا بكامل الشيء ما عدا الأشياء المرهونة وأن كل جزء من الشيء أو الأشياء المرهونة ضامنة لكل الدين.

3 - أنه يشترط لتمام الرهن أن يتخلى الراهن عن حيازة الملك المرهونة لأن عقد الرهن من العقود العينية التي لا تتم بمجرد صدور الإيجاب والقبول والتطابق بينهما بل يتوقف انعقاده على تخلي الراهن على حيازته للشيء المرهون ونقله إلى حيازة الدائن طبقا للفصل 1188 من ق ل ع.

4 - إنه يشترط لصحة الرهن الحيازي إبرامه في محرر رسمي تحت طائلة البطلان، وأن يكون لمدة معينة لا تبلغ من الطول حدا، كما يجب أن يتضمن العقد معاينة حوز الملك

515 - وعند وجود فراغ تشريعي في القانون 39.08 بخصوص الرهن الحيازي فيتم الرجوع لقواعد ق ل ع ابتداء من الفصل 1170 وما بعده.

516 - راجع في تعداد خصائص الرهن الحيازي: مأمون الكزبري، التخصيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة الساحل بالرباط، ص 11 وما بعدها

517 - انظر المادة 155 من مدونة الحقوق العينية.

518 - تنص المادة 146 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الأولى على ما يلي: «إن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم تجزئة الدين بين ورثة المدين أو الدائن».

المرهون إذا تعلق الأمر بعقار غير محفظ استنادا للفقرة الأخيرة من المادة 147 من مدونة الحقوق العينية.

5 - إن الرهن الحيازي حق عيني تبعي، أي أنه حق تابع لالتزام أصلي ويكون ضامنا للوفاء به ومن ثم فإنه يتبع دائما الالتزام المضمون صحة وبطلانا ويتصف بأوصافه وينقضي بانقضائه طبقا للمادة 161 من مدونة الحقوق العينية .

المبحث الثاني

الرهن الرسمي

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 التي يعكس ايجابا على الاقتصاد الوطني بصفة عامة⁽⁵¹⁹⁾.

وقد راعى المشرع المغربي هذه الاعتبارات في تنظيمه للرهن الرسمي حيث أفرد له 49 مادة بدءا من المادة 165 و انتهاء بالمادة 213 من مدونة الحقوق العينية.

ولعل دراسة الرهن الرسمي تقتضي منا تناوله في المطالب التالية :

- **المطلب الأول :** تعريف الرهن الرسمي .
- **المطلب الثاني :** خصائص الرهن الرسمي .
- **المطلب الثالث :** أنواع الرهن الرسمي .
- **المطلب الرابع :** انقضاء الرهن الرسمي .

المطلب الأول

تعريف الرهن الرسمي

تعرف المادة 165 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الرهن الرسمي بكونه «حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين».

ويتضح من هذه المادة 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 لا تزال مسطرة التحفيظ جارية بشأنه.

والملاحظ 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 خاضعا للتداول والحركة باعتبار أن الوضعية القانونية للعقار في طور التحفيظ لا تجمد بفعل مسطرة التحفيظ.

519 - راجع عبد الواحد شعير، إشكالية الرهن العقاري الرسمي كضمان بنكي في ضوء التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1994-1995.

إلا أن هذا التوجه الذي ذهب إليه المشرع المغربي لا يخلو من خطورة وذلك نظرا للصعوبات التي يمكن أن تعترض الدائن المرتهن في استيفاء دينه القائم على عقار في طور التحفيظ خاصة إذا تراخى طالب التحفيظ عن متابعة إجراءات التحفيظ أو نشوء تعرضات على هذا المطلب وحكم بصحتها من طرف القضاء⁽⁵²⁰⁾.

على العموم، فالرهن الرسمي يعد أحد أكبر الضمانات العينية، من خلال الأموال العديدة التي يوفرها لإنعاش وتنمية السوق العقارية عن طريق توفير السيولة اللازمة للاستثمار في العديد من القطاعات التي تعود على الدولة بالعديد من الإيجابيات.

ويمنح الرهن الرسمي للدائن في حالة عدم أداء الراهن لالتزامه حق نزع ملكية العقار وبيعه جبرا لاستيفاء دينه بالأولوية على سائر الدائنين بناء على الشهادة الخاصة لتقييد الرهن الممنوحة من قبل المحافظ، وفق الفصل 58 من ظهير التحفيظ العقاري⁽⁵²¹⁾.

المطلب الثاني

خصائص الرهن الرسمي

يتميز الرهن الرسمي بالخصائص التالية⁽⁵²²⁾:

أ - أنه حق عيني: فالرهن الرسمي يولي صاحبه حق التتبع والأولوية فحق التتبع يسمح للدائن المرتهن أن يتتبع العقار المعقود عليه الرهن في يد أي حائز له، أما حق الأولوية فيسمح له أن يقدم على باقي الدائنين للحصول على دينه من ثمن العقار إن لم يف المدين بدينه عند حلول أجل الدين⁽⁵²³⁾.

ب - أنه حق عيني عقاري: ذلك أن الرهن الرسمي لا يتقرر مبدئيا إلا على العقار ومع ذلك أجاز قانون التجارة استثناء وقوع الرهن الرسمي على الطائرات والسفن.

ج - أنه حق عيني تباعي: فوجود الرهن الرسمي يتطلب قيام التزام أصلي يلحق به ويكون ضامنا لتنفيذه ويترتب على هذه الميزة أن بطلان الالتزام الأصلي يؤدي إلى بطلان الرهن الرسمي وفي زواله زواله، وفي هذا الصدد جاء في قرار للمجلس الأعلى: «... حيث

520 - محمد خيري، العقار في طور التحفيظ، والشهادة الخاصة بالرهن، مجلة الحدث القانوني العدد 15 السنة 1999.

521 - قرار محكمة الاستئناف بمراكش رقم 4040 صادر في 1996/11/4، منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 2، ماي 2000، ص 37.

522 - د. عبد النبي ميكو، م. س، ص 249 وما بعدها، وانظر أيضا: د. أدريس العلوي العبدلاوي، م. س، ص 122 وما بعدها. ومحمد أحمد بونبات، م. س، ص 115 وما بعدها.

523 - سناء ترابي، حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 97 وما بعدها.

اعتبر أن الدين المضمون برهن يعتبر بمثابة الأصل والرهن الرسمي ليس الا ضمانا لهذا الأصل، لهذا لا يعقل أن يحدد التابع دونه».

د - أنه حق لا يقبل التجزئة: فكل جزء من الرهن ضامن لكل الدين وكل جزء من الدين مضمون بكل الرهن.

هـ - هو حق لا يتطلب خروج العقار من حيازة المدين بل أن العقار يبقى في يد المدين يستعمله ويتصرف فيه كما يشاء شرط أن لا يترتب على ذلك نقص في قيمته⁽⁵²⁴⁾، ومن هنا يختلف الرهن الرسمي عن الرهن الحيازي الذي يسلب حيازة المرهون من الراهن (المدين) ويمنحها إلى المرتهن (الدائن).

و- أنه حق ينعقد كتابة ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد بالرسم العقاري بحيث يتعين تقييد الرهن الرسمي في المحافظة العقارية الكائن بدائرتها العقار المرهون، وذلك تحت طائلة عدم الاعتداد به سواء بين المتعاقدين أو الغير.

أما إذا تعلق الأمر بالرهن الاتفاقي المتعلق بقرض قصير الأجل فإنه يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوما.

المطلب الثالث

أنواع الرهن الرسمي

والرهن الرسمي طبقا لما جاء في المادة 170 من مدونة الحقوق العينية على نوعين: رهن رضائي ورهن جبري.

الفقرة الأولى: الرهن الرسمي الرضائي

الرهن الرسمي الرضائي هو الرهن الذي يحصل باتفاق الأطراف كأن يستدين شخص مبلغا من المال من آخر ويعقد المدين رهنا رسميا على عقار له ضمانا للدائن على استيفاء دينه، وينعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين حسب المادة 174 من مدونة الحقوق العينية، وذلك على خلاف ما كان عليه الأمر في ظهير 19 رجب الذي كان يشترط لإنشاء هذا العقد إما بعقد عرفي أو رسمي طبقا لنص الفصل 173 الشيء الذي كان يثير معه عدة نزاعات نتيجة الخيار التشريعي الممنوح للأطراف⁽⁵²⁵⁾.

524 - جاء في المادة 187 من مدونة الحقوق العينية على أنه: يبقى الملك المرهون تحت يد الراهن يستعمله ويستقله ويتصرف فيه دون المساس بحقوق الدائن المرتهن».

- ينظر قرار المجلس الأعلى عدد 402، ملف مدني رقم 77-777 بتاريخ 2 يوليوز 1980 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 29، أبريل 1982 ص 50

525 - للتعمق انظر عبد الواحد شمير، م س، ص 97 وما بعده

وحسنا فعل المشرع عندما اشترط الكتابة الرسمية في انعقاد الرهن تحت طائلة البطلان تكريسا للمادة 4 من مدونة الحقوق العينية، ويشترط لقيام الرهن الرسمي الرضائي الشروط الآتية:

أولا : يجب أن يكون صادرا عن مالك العقار الواقع عليه الرهن

ثانيا: ويشترط لصحة الرهن الرسمي الرضائي أيضا أن يكون الرهن صادرا ممن هو أهل للتصرف، إذ لا يجوز إجراء رهن رسمي على أموال المحجر عليهم أو القاصرين إلا من قبل نائبهم الشرعي المقرر قانونا وبموجب إذن من القاضي طبقا للمادة 178 من مدونة الحقوق العينية.

ثالثا: يجب لصحة عقد الرهن الرسمي الاتفاقي حسب المادة 175 من مدونة الحقوق العينية أن يتضمن ما يلي:

1/ هوية أطراف العقد؛

2/ تعيين الملك المرهون ببيان اسمه وموقعه ومساحته ومشمولاته ورقم رسمه العقاري أو مطلب تحفيظه؛

3/ بيان مبلغ الدين المضمون بالرهن والمدة المحددة لأدائه.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا يشترط بأن يكون عاقد الرهن الرسمي هو المدين بالذات، بل يجوز لأي شخص بأن يعقد رهنا رسميا على عقار له ضمنا لدين على غيره، وفي هذه الحالة يكون عاقد الرهن بمثابة كفيل عيني فهو كفيل لأنه ضم ذمته إلى ذمة المدين الأصيل وتعهده بأداء الدين إلى الدائن (526).

كما لا يشترط بأن يكون عقد الرهن قد نظم في المغرب، بل يمكن أن تضمن العقود المحررة بالأقطار الأجنبية رهنا صحيحا على عقارات محفوظة موجودة في المغرب شريطة أن تكون هذه العقود متفقة مع مقتضيات التشريع الخاص بالنظام العقاري للتحفيظ في المغرب، أي وفقا لأحكام ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 والمعدل والغير بالقانون رقم 14.07.

الفقرة الثانية : الرهن الإجمالي

تنص المادة 171 من مدونة الحقوق العينية على أنه « يكون الرهن الاجباري بدون رضی المدين في الحالات التي يقررها القانون »

وعليه فالرهن الإجباري يتميز عن الرهن الرضائي بخاصيتين:

1- الرهن الجبري يتقرر بدون ارادة ورضى المدين بينما الرهن الرضائي لا يمكن أن يتم إلا بموافقة صاحب العقار.

2- الرهن الجبري يضمن أي حق يعود لأي شخص كان: ومن أهم أنواع رهون الجبرية والتي كان قد ورد عليها النص في الفصل 163 من ظهير 19 رجب الملقى هي:

أ - الرهن الجبري المقرر ضمانا لحقوق فاقدي الأهلية وناقضها.

ب - الرهن الجبري المقرر ضمانا لحقوق وديون الزوجة.

ج - الرهن الجبري المقرر ضمانا للمبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين على المنشآت التي عهد إليهم بإنشائها أو ترميمها.

د - الرهن الجبري المقرر على عقارات التركة ضمانا لحقوق الدائنين والموصى لهم...

هـ - الرهن الجبري المقرر ضمانا لحقوق البائع والمقايض والمقاسم.

و - الرهن الجبري المقرر لكتلة الدائنين على عقارات المفلس ضمانا للديون المحققة في طابق التفلسة⁽⁵²⁷⁾.

وتجدر الإشارة أن مدونة الحقوق العينية لم تتطرق لحالات الرهن الإجباري بالحجم الذي كان موجودا في ظل ظهير 19 رجب الملقى، وإنما اكتفت بالقول أنه يكون وفق الحالات المقررة قانونا في المادة 171، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار ما ورد في نطاق الفصل 172 بعده.

المطلب الرابع

انقضاء الرهن الرسمي⁽⁵²⁸⁾

الرهن الرسمي حق تابع للالتزام المضمون به، لذلك فقد ينقضي بانقضاء الالتزام الأصلي، وقد ينقضي بصورة أصلية ومستقلة عن الدين المضمون الذي يبقى قائما، ومن ثم فالرهن الرسمي ينقضي بصفة عامة بإحدى صورتين: بصورة تبعية أو بصورة أصلية مستقلة.

1 - انقضاء الرهن الرسمي بصورة تبعية: وذلك في الأحوال التالية:

- الوفاء بالدين الأصلي: إذ لا يبقى له محل إذا وقع أداء الدين الأصلي

527 - راجع هذه الرهون بالتفصيل أستاذنا مأمون الكزبري، م، ص، 86 وما بعدها.

وأياضا: سناء ترابي، حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري، المرجع السابق، ص: 97 وما بعدها.

528 - عبد النبي ميكو، م، ص، 252، وانظر أيضا مأمون الكزبري، م، ص، 102، ادريس العلوي، م، ص، 141.

- اتحاد الذمة

- المقاصة والإبراء.

- فسخ أو إبطال الالتزام الأصلي.

2- انقضاء الرهن الرسمي بصورة مستقلة:

ينقضي الرهن الرسمي بصورة أصلية بالأسباب التالية:

أ - رفع يد الدائن المرتهن عن الرهن: وفي هذه الحالة الدائن يتنازل عن الرهن دون أن يتنازل عن الدين كأن يقبل كفالة شخصية بدلا من الرهن الرسمي.

ب - هلاك العقار الواقع عليه الرهن الرسمي كلياً: وفي هذه الحالة يتحول حق الأفضلية الذي يتمتع به الدائن المرتهن إلى تعويضات التأمين عن الهلاك الذي كان العقار مؤمناً عليه.

وإذا كان الهلاك جزئياً بقي الرهن على ما لم يشمل الهلاك ويبقى ضامناً لكل الدين استناداً إلى فكرة عدم تجزئة الرهن⁽⁵²⁹⁾.

ج - بيع المرهون بيعاً جبرياً بالمزاد العلني: ينقضي الرهن بارساء المزايدة على المتزايد الأخير اثر إجراءات نزع الملكية جبراً، حيث يطهر العقار المبيع من جميع الامتيازات والمرهون وينقل حق الدائنين إلى الثمن الذي يوزع عليهم وفق رتبة حقهم حسب مضمون المادة 213 من القانون رقم 39.08.

د - إبطال تسجيل الحق الواقع عليه الرهن

ويشترط لإعمال هذا الإبطال بأن يكون الدائن على علم بسبب الإبطال إذ لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال تسجيل حق في مواجهة الغير حسن النية طبقاً للمادة 66 من ظهير 9 رمضان 1331 الخاص بالتحفيظ العقاري⁽⁵³⁰⁾ المعدل والمغير بمقتضى القانون رقم 14.07.

529 - ادريس العاوي الببدلاوي، م. س، ص 141.

530 - مأمون الكزبري، م. س، ص 104، 2.

المبحث الثالث

حقوق الامتياز

حق الامتياز حق عيني يتقرر بمقتضى نص في القانون ضمانا للوفاء بدين معين مراعاة لصفته على جميع أموال المدين، أو على منقول أو عقار معين عنها، فيكون للدائن أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذه الأموال.

وقد عرفه الفصل 1243 من قانون الالتزامات والعقود بأنه: «حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين». وفي نفس الاتجاه فقد سارت مدونة الحقوق العينية التي نظمت أحكام حقوق الامتيازات وذلك في المواد من 142 إلى 144.

وهكذا فقد عرفت المادة 142 حق الامتياز بكونه: «حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهين».

ونلاحظ أن المشرع من خلال مدونة الحقوق العينية قد كرس حق أولوية الدائن على كافة الدائنين حتى ولو كانوا مرتهين، وذلك في نطاق حقوق الامتياز، وذلك مراعاة منه أن بعض الحقوق تستوجب نوعا من الرعاية الخاصة استنادا لصفات في الديون المستندة إليها، ومن ثم لا بد من إيلائها العناية التشريعية اللازمة بإفرادها بميزة الامتياز والأفضلية⁽⁵³¹⁾.

ونظرا لأهمية حقوق الامتياز سندرس خصائصها (الفقرة الأولى) وأنواعها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : خصائص حقوق الامتياز

من خلال الفصل 1243 من ق ل ع والمادة 142 من مدونة الحقوق العينية يتضح أن حق الامتياز يتصف بالخصائص الآتية⁽⁵³²⁾:

1- أنه حق عيني: فهو كالرهن، إذ يولي صاحبه حق التتبع والألوية.

2- أنه حق عيني تبقي: فهو لا يقوم إلا إذا قام الدين، وهو يتبعه في مصيره، إذ يتبعه وجودا وعدما، صحة وبطلانا⁽⁵³³⁾ حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 161 من مدونة الحقوق العينية على أنه « يعتبر الرهن تابعا للدين المضمون ويدور معه وجودا وعدما.

531 - محمد أحمد بونبات، م س، ص 151.

532 - خالد عبد الله، م س، ص 271 وما بعدها، زيد قدري الترجمان، م س، ص 42 وما بعدها، عبد النبي ميكو، م س، ص 302 وما بعدها، ادريس الفلوي العبلاوي، م س، ص 142، محمد أحمد بونبات، م س، ص 152 وما بعدها.

533 - زيد قدري الترجمان، م س، ص 42.

ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به بتمامه»

3- حق الامتياز يرد على جميع الأموال: المنقولة منها والعقارية المادية منها والمعنوية، إذ يجوز للدائن أن ينفذ على أي مال منها لاستيفاء حقه.

4- أنه حق لا يقبل التجزئة: فهو يبقى كاملاً على الشيء المحمل به حتى ينقضي الدين المضمون به بتمامه.

5- حق الامتياز لا يتقرر إلا بمقتضى نص قانوني: ومفاد هذا أنه لا يمكن التمسك بدين ممتاز إن لم يقرر بنص قانوني ابتداء⁽⁵³⁴⁾، وهو بهذا يتميز عن الرهن بنوعيه، ويترتب على كون القانون مصدراً للامتياز نتيجتان:

أولهما: أنه لا يمكن إنشاء الامتياز مبدئياً على عقارات المدين إلا بنصوص خاصة كما هو الشأن بالنسبة للمادة 144 من مدونة الحقوق العينية.

ثانيهما: أنه لا يجوز التوسع في تفسير النصوص التي تقرر الامتياز، لأن هذه النصوص بمثابة استثناء من القاعدة العامة القائمة على وجوب مساواة الدائنين في الحقوق على أموال مدينهم والاستثناء يجب أن يفسر بصورة ضيقة ولا يقاس عليه⁽⁵³⁵⁾.

6- أن حق الامتياز يقرره القانون مراعاة منه لصفة الدين أو لسببه، وهو ينتج أثره ولو لم يقيد بالرسم العقاري.

فالمشرع عندما يقرر حقاً ممتازاً لا يأخذ بعين الاعتبار شخص الدائن، بل ينظر إلى طبيعة الدين وصفته وسببه، فبعض الديون تتطلب رعاية خاصة ويجب أن تكون محمية بنصوص قانونية، وأن تدفع لأصحابها قبل غيرها من الديون، فديون الدولة إنما اعتبرت ممتازة نظراً للفائدة التي يجنيها الجميع من تغذية خزانة الدولة وضمان سير الأعمال العامة وبعض الديون جعلت ممتازة لاعتبارات إنسانية كما هو الشأن بالنسبة لأجور العمال والخدم لأنها لازمة لمعيشتهم...

الفقرة الثانية : أنواع الحقوق الممتازة

إن حقوق الامتياز على ثلاثة أنواع:

حقوق امتياز منقولة عامة ترد على جميع ما يملكه المدين من منقولاته وحقوق امتياز خاصة تثقل منقولات معينة، وحقوق امتياز خاصة تثقل عقاراً أو عقارات معينة.

534 - وفي هذا الصدد ينص الفصل 1247 من ق ل ع أن: الامتيازات إما عامة وأما خاصة: الأولى ترد على كل أموال المدين المنقولة، أما الثانية فهي لا ترد إلا على منقولات معينة.

535 - خالد عبد الله عيد، م س، 272، وكذلك مأمون الكزبري، م س، ص 111.

أولاً : حقوق الامتياز المنقولة العامة

حقوق الامتياز المنقولة العامة هي الحقوق التي تقع على جميع أموال المدين المنقولة، وقد حدد الفصل 1248 من ق ل ع هذه الحقوق وستقتصر على ذكر بعضها فقط كما يلي:

أ - مصروفات الجنازة: أي نفقات غسل الجثة وتكفينها ونقلها ودفنها مع مراعاة المركز المالي للمدين الميت.

ب - الديون الناشئة عن مصروفات مرض الموت، أيا ما كانت وسواء كانت قد أنفقت في منزل المريض أو في مؤسسة علاجية عامة أو خاصة، وذلك خلال الستة أشهر السابقة على الوفاة أو افتتاح التوزيع.

ج - المصروفات القضائية المنفقة للمحافظة على الضمان العام وبيع، وذلك كمصروفات وضع الاختتام على أموال المدين المنقولة وإجراء الإحصاء والبيع⁽⁵³⁶⁾.

د - الأجور، والتعويضات عن العطل المستحقة الأجرة والتعويضات المستحقة بسبب الإخلال بوجوب الإعلام بفسخ العقد داخل المهلة القانونية، والتعويضات المستحقة إما عن الفسخ التعسفي لعقد العمل وإما عن الإنهاء السابق لأوانه لعقد محدد المدة متى كانت مستحقة:

- للخدام،

- للعمال المستخدمين مباشرة من المدين⁽⁵³⁷⁾،

- للكتابة والمستخدمين والمكلفين، سواء كانت لهم رواتب محددة أو كانت أجورهم محددة بعمولة نسبية،

- للفنانين وغيرهم من الأشخاص المستخدمين في مؤسسات المشاهدة العمومية، وكذلك للفنانين وغيرهم من الأشخاص المستخدمين في المحلات الخاصة بإنتاج الأفلام السينمائية.

هـ - الدين المستحق للمصاب في حادثة شغل أو خلفائه والمتعلق بالمصروفات الطبية والجراحية والصيدلية ومصروفات الجنازة.

ز - الديون المستحقة لصندوق الإسعاف الاجتماعي وغيره من المؤسسات التي تقوم بتقديم التعويضات العائلية للمشاركين فيها.

ثانياً : حقوق الامتياز المنقولة الخاصة

حقوق الامتياز المنقولة الخاصة هي الحقوق التي ترد على مَنقول أو منقولات معينة

536 - مأمون الكزبري، م س، ص 120 وقارن د. إدريس العلوي، م س، ص 127.

537 - مع مراعاة المادة 382 من القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل التي تجعل أجرة الأجير في المرتبة الأولى فيما يتعلق بحقوق الامتياز مخالفة بذلك صريح الفصل 1248 من ق ل ع.

انظر في ذلك: دنيا مباركة، دروس في القانون الاجتماعي المغربي، مطبوعات الهلال، وجدة 2006-2007، ص 55.

للمدين، وقد أورد المشرع المغربي تعداد هذه الحقوق في الفصل 1250 على سبيل الحصر، وهي تشمل ما يأتي:

أ - المبالغ المستحقة من أجل البذور وأعمال الزراعة وأعمال الحصاد التي لها امتياز عن الغلة فقط.

ب - أجرة كراء الأراضي الفلاحية وغيرها من العقارات والمبالغ المستحقة لصاحب الأراضي.

ج - المصروفات المنفقة لحفظ الشيء وهي التي لولاها لهلك الشيء وأصبح غير صالح لما أعيد له، فهذه المصروفات لها امتياز على المنقولات التي تم حفظها.

د - أجر الصانع عن عمله وما أنفقه من أجل المصنوع، له امتياز على الأشياء التي سلمت إليه ما دامت في حوزته.

خ - المبالغ المستحقة للوكيل بالعمولة.

و - المبالغ المستحقة للناقل من أجل ثمن أقل.

ز - ديون أصحاب الفنادق والنزل، ومن يسكنون غيرهم بسبب ما قدموه للنزل أو صرفوه لحسابهم.

ن - الديون الناشئة عن حادثة لصالح الأشخاص الذين تضرروا منها أو لخلفائهم، لها امتياز على مبلغ التأمين الذي يستحق عن المسؤولية المدنية.

ثالثا : حقوق الامتياز العقارية الخاصة

وهو امتياز يثقل عقارا أو عقارات معينة دون سائر العقارات الأخرى التي يملكها المدين، وهذه الحقوق الممتازة كانت محددة من المشرع المغربي في الفصل 155 من ظهير 19 رجب وفقا لما وقع تعديله بمقتضى ظهير 12 شوال 1354 الموافق ب 7 يناير 1936 حيث حصر هذه الحقوق الممتازة في حقين اثنين وهما:

أ - المصاريف القضائية المنفقة لبيع العقار وتوزيع ثمنه.

ب - حقوق الخزينة كما تقررها القوانين المتعلقة بها.

لكن بعد صدور مدونة الحقوق العينية وبالرغم من تكريسها لهذه الحقوق في الصنفين السالفي الذكر فإنها أكدت أن مباشرة حق الامتياز على العقار لا يتم عند وجود منقولات، بمعنى أن وجود هذه الأخيرة يغني عن اللجوء إلى العقارات⁽⁵³⁸⁾.

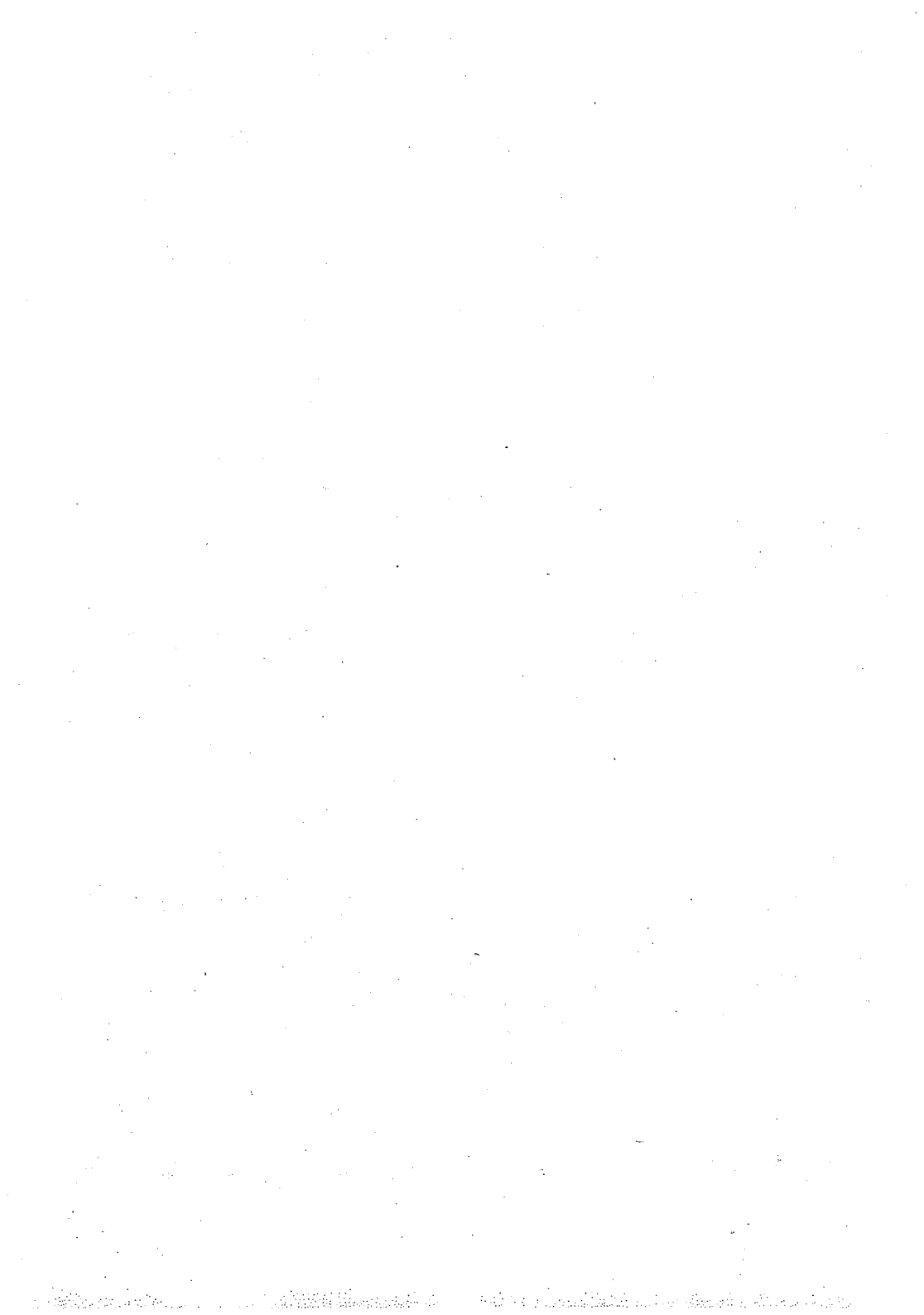
ملحق :

1 - النص الكامل لمدونة الحقوق العينية

2 - مذكرة المحافظ العام رقم 500 الصادرة

بتاريخ 23 ماي 2012 في شأن القانون رقم

39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية



ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432

(22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق

بمدونة الحقوق العينية

الجريدة الرسمية عدد 5998، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص 5587

الحمد لله وحده؛

الطابع الشريف - بداخله:

(محمد بن الحسن بن محمد بن يوسف الله وليه)

يعلم من ظهيرنا الشريف هذا، أسماء الله وأعز أمره أننا:

بناء على الدستور ولاسيما الفصلين 42 و 50 منه،

أصدرنا أمرنا الشريف بما يلي:

ينفذ وينشر بالجريدة الرسمية، عقب ظهيرنا الشريف هذا، القانون رقم 39.08 المتعلق
بمدونة الحقوق العينية، كما وافق عليه مجلس النواب ومجلس المستشارين.

وحرر بالرباط في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)

وقعه بالعطف: رئيس الحكومة ،

الإمضاء: عباس الفاسي

قانون رقم 39.08 يتعلق بمدونة الحقوق العينية

فصل تمهيدي

أحكام عامة

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 أغسطس 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 المالك.

المادة 2 : إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيط من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، ولا 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.

المادة 3 : يترتب على الحيازة المستوفية للشروط القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس.

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

إذا تعارضت البيئات المدلى بها لإثبات ملكية عقار أو حق عيني على عقار، وكان الجمع بينهما غير ممكن، فإنه يعمل بقواعد الترجيح بين الأدلة ومن بينها:

- ذكر سبب الملك مقدم على عدم بيانه؛

- تقديم بيئة الملك على بيئة الحوز؛

- زيادة العدالة والعبرة ليست بالعدد؛

- تقديم بيئة النقل على بيئة الاستصحاب؛

- تقديم بيينة الإثبات على بيينة النفي؛

- تقديم بيينة الأصالة على خلافها أو ضدها؛

- تقديم تعدد الشهود على شهادة الواحد؛

- تقدم البيينة المؤرخة على البيينة غير المؤرخة؛

- تقديم البيينة السابقة على البيينة اللاحقة تاريخاً؛

- تقديم بيينة التفصيل على بيينة الإجمال.

المادة 4 : يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء 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 التقض 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 حررتة.

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

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 يضعه مالكه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة.

الكتاب الأول

الحقوق العينية العقارية

المادة 8 : الحق العيني العقاري هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصليا أو تبعيا.

المادة 9 : الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه.

والحقوق العينية الأصلية هي:

- حق الملكية؛
 - حق الارتفاق والتحملات العقارية؛
 - حق الانتفاع؛
 - حق العمرى؛
 - حق الاستعمال؛
 - حق السطحية؛
 - حق الكراء الطويل الأمد؛
 - حق الحبس؛
 - حق الزينة؛
 - حق الهواء والتعلية؛
 - الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.
- المادة 10 :** الحق العيني التبعية هو الحق الذي لا يقوم بذاته، وإنما يستند في قيامه على وجود حق شخصي، ويكون ضمانا للوفاء به. والحقوق العينية التبعية هي:
- الامتيازات؛
 - الرهن الحيازي؛
 - الرهون الرسمية.
- المادة 11 :** لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بقانون.
- المادة 12 :** كل دعوى ترمي إلى استحقاق أو حماية حق عيني واقع على عقار تعتبر دعوى عينية عقارية.
- المادة 13 :** إن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشئ أو مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا.

القسم الأول

الحقوق العينية الأصلية

الباب الأول

حق الملكية

الفصل الأول

نطاق حق الملكية وحمايته

المادة 14 : يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد به ذلك إلا القانون أو الاتفاق.

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.

المادة 16 : مالك العقار يملك كل ملحقاته وما يدره من ثمار أو منتجات وما يضم إليه أو يدمج فيه بالالتصاق.

المادة 17 : يحق للمالك الأرض قنص ما بها من الوحيش على أن يراعي في ممارسته لهذا الحق الضوابط التي يفرضها القانون.

المادة 18 : الكنز الذي يعثر عليه في عقار معين يكون ملكا لصاحبه وعليه الخمس للدولة.

المادة 19 : للمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

المادة 20 : إذا تعلق حق الغير بعقار فلا يسوغ للمالك أن يتصرف فيه تصرفا ضارا بصاحب الحق.

المادة 21 : لا يسوغ للمالك العقار أن يستعمله استعمالا مضرا بجاره ضررا بليغا، والضرر البليغ يزال.

المادة 22 : للمالك 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.

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.

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.

المادة 25 : يجوز للشركاء أن يتفقوا على قسمة العقار المشاع فيما بينهم بالطريقة التي ينعقد إجماعهم عليها، بشرط أن تتم وفقاً للقوانين والضوابط الجاري بها العمل.

المادة 26 : إذا اختلف الشركاء في إجراء القسمة كان لمن يريد منهم الخروج من الشياع أن يلجأ إلى المحكمة التي تجري القسمة فيما بينهم طبقاً للقانون.

المادة 27 : لا يجبر أحد على البقاء في الشياع، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر.

يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشياع لمدة معينة.

لا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة.

للمحكمة أن تحكم - بناء على طلب أحد الشركاء - بفسخ الاتفاق وإجراء قسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع.

الفرع الثاني

الحائط المشترك

المادة 28 : الحائط الفاصل بين عقارين يعد مشتركا بينهما إلى نهاية خط الاشتراك ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك.

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 يحمل فوق طاقته وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة.

النفقات الضرورية لإصلاح وتجديد الحائط المشترك يتحملها جميع الشركاء كل بحسب 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 لجعل الحائط يتحمل زيادة الأعباء الناشئة عن التعلية دون أن يفقده ذلك شيئا من متانته على ألا يلحق ذلك ضررا بجاره.

فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا 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 مشتركا دون أن يكون لمن أحدث التعلية أي حق في التعويض.

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 شريكا في الجزء المعلق إذا دفع نصيبه في نفقات التعلية وفي قيمة الأرض التي تقع عليها زيادة السمك.

الفرع الثالث

الطريق الخاص المشترك

المادة 32 : الطريق الخاص المشترك ملك مشاع بين من لهم حق المرور فيه، ولا يجوز لأحدهم أن يحدث فيه شيئا، سواء كان مضرا أو غير مضر، إلا بإذن من باقي شركائه.

المادة 33 : لا يجوز للشركاء في الطريق المشترك أن يطلبوا قسمته ولا أن يتفقوا على تقويته مستقلا وليس لهم أن يسدوا مدخله ما لم يقع الاستغناء عنه.

كما لا يجوز لأحدهم التصرف في حصته في الطريق إلا تبعا 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.

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 يتحملها الشركاء.

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.

الباب الثاني

الارتفاقات والتحملات العقارية

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.

المادة 38 : ينشأ الارتفاق إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين.

المادة 39 : الارتفاقات الطبيعية تحمل تفرضه الوضعية الطبيعية للأماكن على عقار لفائدة عقار مجاور.

المادة 40 : الارتفاق القانوني هو تحمل يفرضه القانون على عقار.

ويمكن أن يقرر لمنفعة عامة أو خاصة.

المادة 41 : يجوز للمالك العقارات إحداث ارتفاقات عليها أو لفائدها وذلك باتفاق فيما بينهم مع مراعاة أحكام القانون.

يجب أن يبين في العقد نطاق هذا الحق وكيفية استعماله.

المادة 42 : يخضع حق الارتفاق للقواعد المبينة في العقد أو في القانون.

ويخضع في حالة عدم وجود نص في القانون أو شرط في العقد للأعراف المحلية المعمول بها.

المادة 43 : إذا تقرر حق الارتفاق لفائدة عقار معين، فإنه يخول صاحبه كل ما هو لازم لاستعمال هذا الحق.

المادة 44 : يحق لصاحب حق الارتفاق أن يقوم بجميع الأعمال الضرورية لاستعمال حقه وصيانيته شرط أن يستعمله بالقدر الذي لا يلحق بالعقار المرتفق به إلا أقل ضرر.

المادة 45 : لا يكون مالك العقار المرتفق به ملزما بالقيام بأي عمل لمصلحة العقار المرتفق إلا ما كان يقتضيه الاستعمال المألوف لحق الارتفاق.

المادة 46 : نفقة إقامة المنشآت والأعمال الأخرى اللازمة لاستعمال حق الارتفاق وصيانيته تقع على عاتق مالك العقار المقرر هذا الحق لفائدته ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

إذا كان العقار المرتفق به ينتفع بدوره من تلك المنشآت فإن نفقات أعمال الصيانة تقسم بين الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من نفع.

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 مانعا له من القيام بإصلاحات نافعة في ملكه أمكنه أن يعرض على صاحب الملك الآخر مكانا بسهولة المكان الأول لاستعمال حقوقه ولا يمكن لهذا الأخير أن يرفض ذلك، ويجوز أيضا للمالك العقار المرتفق أن يطلب تغيير المكان المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق إذا أثبت أن في ذلك نفعا له وليس فيه أي ضرر بالعقار المرتفق به.

المادة 48 : إذا جزئ العقار الذي كان الارتفاق مقررا له بقي حق الارتفاق مستحقا لكل جزء منه على أن لا يزيد ذلك في عبء التكليف الواقع على العقار المرتفق به.

المادة 49 : إذا جزئ العقار المرتفق به بقي حق الارتفاق ساريا على الجزء الذي كان يشغله.

الفرع الثاني

أنواع حق الارتفاق

أولاً: حق الشرب

المادة 50 : حق الشرب هو نوبة من الماء ينتفع بها لسقي الأراضي وما بها من غرس وشجر.

المادة 51 : لكل شخص أن ينتفع من موارد المياه العامة بمختلف وجوه الانتفاع بما في ذلك ري أرضه على أن يتقيد في ذلك بالمقتضيات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بنظام المياه.

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 مورد الماء فيما تحتاجه أرضهم من ري بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منه، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء وصيانة مورد الماء بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منه؛ وكل ذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

المادة 53 : إذا كان مورد الماء مشتركاً فليس لأحد من الشركاء أن يرتب عليه لفائدة الغير حق الشرب إلا بموافقتهم جميعاً.

المادة 54 : إذا لم يتفق أصحاب حق الشرب على القيام بالإصلاحات الضرورية لموارد المياه أو فروعها أو الجدول المشترك جاز إلزامهم بنسبة مساحة أراضيهم التي تنتفع منها، وذلك بناء على طلب أي واحد منهم.

المادة 55 : حق الشرب ينتقل لزوماً تبعاً لانتقال ملكية الأرض التي تنتفع به.

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.

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 مقدما وبشرط أن يقام المجرى وما يلزم للانتفاع به في مكان لا ينتج عنه إلا أقل ضرر.

لا يجوز لمالك الأراضي منع من ثبت له هذا الحق من تمرير الماء بأراضيهم.

المادة 58 : يقع على المستفيد من المجرى عبء تعميره ويتعين عليه أن يتعهد بالإصلاح والترميم ويتحمل وحده نفقات ذلك ما لم يكن هناك اتفاق مخالف، فإذا امتنع عن الإصلاح والترميم كان لمن تضرر من هذا الامتناع الحق في التعويض.

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.

ثالثا: جل المسيل أو الصرف

المادة 60 : تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة.

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 المياه المبين في المادة أعلاه، فإن لصاحب الأرض المنخفضة الحق في التعويض، وذلك مع مراعاة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل.

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.

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 مقدما.

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 تسبب في أي ضرر للعقار المرتفق به.

تسري على حق الصرف مقتضيات المواد من 56 إلى 59 المتعلقة بحق المجرى.

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.

المادة 65 : إذا تم تقسيم ملك وأصبحت بعض أجزائه محصورة ولا منفذ لها إلى الطريق العمومي، فلا يجوز ملاكها المطالبة بالمرور إلا في الأجزاء التي كانت موضوع التقسيم، فإذا تعذر ذلك تطبق مقتضيات المادة السابقة.

خامساً: حق المثل

المادة 66 : لا يجوز لمالك عقار أن يفتح في حائط ملاصق لملك جاره نوافذ أو شبابيك أو أي فتحات مماثلة إلا برضى صاحب الملك المجاور.

المادة 67 : يمكن للمالك أن يبني في حدود أرضه دون مراعاة النوافذ والشبابيك المفتوحة على ملكه إلا إذا وجدت اتفاقات مخالفة.

المادة 68 : لا يجوز 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.

الفرع الثالث

انقضاء الارتفاقات

المادة 69 : ينقضي حق الارتفاق بأحد الأسباب الآتية:

- بانتهاء الأجل المحدد له؛
- بالتنازل عن حق الارتفاق ممن له الحق فيه؛
- بإجتماع 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.

الفصل الثاني

التحملات العقارية

المادة 70 : للجار أن يجبر جاره على تعيين حدود لأملاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد مشتركة بينهما.

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 يراعى 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.

المادة 72 : على المالك أن لا يفرس أشجارا أو شجيرات أو أغراسا 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 يفرسها بعيدا 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.

المادة 73 : لا يجوز للجار أن يفرس أشجارا بجوار بناء جاره إذا كانت هذه الأشجار تمتد جذورها، فإذا غرسها فإنه يحق لمالك هذا البناء المطالبة بقطعها.

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 طبيعيا.

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.

المادة 75 : إذا أحدث الغير بناء بجوار عقار يتصرف فيه مالكه تصرفاً مشروعاً فليس لأحدثه أن يدعي الضرر من الوضع القديم وإنما عليه أن يدفع الضرر الذي أحدثه بنفسه.

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 الحائط.

ليس للجار أن يجبر جاره على تسوير أرضه إلا إذا تضرر من ذلك.

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 والحيولة دون الإضرار بأي أحد مع مراعاة القوانين الجاري بها العمل في هذا الباب.

المادة 78 : للمالك 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.

الباب الثالث

حق الانتفاع

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة 79 : الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتنقضي مدته لزوماً بموت المنتفع.

المادة 80 : ينشأ حق الانتفاع بإرادة الأطراف أو بحكم القانون ويمكن أن يكون مقيداً بأجل أو بشرط.

المادة 81 : يمكن أن يترتب حق الانتفاع:

أولاً: على الملكية العقارية؛

ثانياً: على حق السطحية؛

ثالثاً: على حق الزينة؛

رابعاً: على حق الهواء أو التعلية.

الفصل الثاني

حقوق المنتفع والتزاماته

المادة 82 : للمنتفع أن يستغل العقار محل حق الانتفاع بمختلف أنواع الاستغلال التي تتفق مع طبيعته وله أن يتمتع بكل ما يذره 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.

المادة 84 : إذا ورد حق الانتفاع على أرض فلاحية فإن الثمار والزروع التي لم يتم جنيهاً أو حصادها وقت نشوء حق الانتفاع تكون لصاحب هذا الحق؛ أما الثمار والزروع التي توجد في نفس الحالة عند انقضاء هذا الحق فتكون للمالك الرقبة دون أن يكون لأي منهما قبل الآخر حق التعويض ودون مساس بحقوق الغير.

المادة 85 : للمنتفع أن يتمتع بجميع المنافع التي تكون للمالك على العقار المنتفع به ولا سيما حقوق الارتفاق المقررة لفائدة هذا العقار، كما له أن يتمتع بكل الزيادات التي تلحق بهذا العقار عن طريق الالتصاق.

المادة 86 : للمنتفع أن يتمتع بالعقار المنتفع به بنفسه أو يؤجر حقه أو يقوم برهنه أو تقويته.

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.

المادة 88 : إذا ورد حق الانتفاع على أشجار تقطع في أزمئة دورية فإن للمنتفع الاستفادة منها مدة انتفاعه بشرط أن يتقيد في قطعها بقواعد الاستغلال المعتادة لها.

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.

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.

المادة 90 : للمنتفع أن يستعمل العقار أو الحق العيني المنتفع به بطريقة تتفق مع طبيعته أو مع ما أعد له، وطبقًا للسند المنشئ لهذا الحق.

المادة 91 : للمالك 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.

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.

المادة 93 : يجب على المنتفع أن يبذل في المحافظة على الحق المنتفع به العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه.

المادة 94 : يلتزم المنتفع برد الأشياء المنتفع بها بمجرد انقضاء حق الانتفاع. فإذا تماطل في ردها بعد إنذاره بصورة قانونية وهلك أو تلفت في يده فإنه يكون مسؤولًا عن هذا الهلاك أو التلف ولو حصل بسبب أجنبي لا يد له فيه.

المادة 95 : يلتزم المنتفع طيلة مدة الانتفاع بأداء ما يفرض على الملك المنتفع به من تكاليف دورية كالضرائب وغيرها ويتحمل النفقات اللازمة لحفظه وصيانته.

المادة 96 : لا يلتزم المنتفع بنفقات الإصلاحات إلا إذا ترتبت موجباتها عن فعله أو خطئه.

المادة 97 : ليس على المالك ولا على المنتفع أن يبنيا من جديد ما تلاشى لقدمه أو تحطم بسبب حادث فجائي.

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؛

— بتلف العقار المنتفع به كلاً أو بعضاً.

إذا لم يقيم المنتفع بالإعلام المنصوص عليه أعلاه في الوقت المناسب فإنه يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق المالك من جراء ذلك.

الفصل الثالث

في انقضاء حق الانتفاع

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.

المادة 100 : ينقضي حق الانتفاع الممنوح للأشخاص المعنوية بانصرام مدة أقصاها أربعون سنة.

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.

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.

المادة 103 : لدائني المنتفع طلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم.

المادة 104 : يمكن أن ينتهي الانتفاع كذلك بسبب تعسف المنتفع في استغلاله إما بقيامه بإتلاف العقار أو بتعريضه للتلف نتيجة عدم القيام بالإصلاحات اللازمة للصيانة.

ويمكن 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 أُلِف.

الباب الرابع

حق العمرى

المادة 105 : العمرى حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة.

المادة 106 : تنعقد العمرى بالإيجاب والقبول.

يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد العمرى في محرر رسمي.

لا تشترط معاينة الحوز لصحة عقد العمرى.

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 وصيانته.

ويتحمل أيضاً التكاليف العادية المفروضة على هذا العقار.

الباب الخامس

حق الاستعمال

المادة 109 : ينشأ حق الاستعمال وينقضي بنفس الأسباب التي ينشأ ويتقضي بها حق الانتفاع على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية.

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.

المادة 111 : 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.

إذا تعلق هذا الحق بسكنى دار فلا يجوز لصاحبه أن يستعمله إلا بمقدار حاجاته أو حاجات من تلزمه نفقته.

المادة 113 : لا يجوز للمتمتع بحق الاستعمال أن يتصرف فيه.

المادة 114 : يلتزم صاحب حق الاستعمال بأن يبذل في المحافظة على العقار الوارد عليه هذا الحق العناية التي يبذلها الشخص الحريص على ملكه.

المادة 115 : لا يكون صاحب حق الاستعمال ملزما بالتكاليف العادية المفروضة على العقار ونفقات إصلاحه وصيانته إلا بقدر ما يستعمله منه.

الباب السادس

حق السطحية

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.

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.

المادة 118 : ينقضي حق السطحية:

أولاً: بالتنازل عنه صراحة؛

ثانياً: باتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد؛

ثالثاً: بهلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس هلاكاً كلياً.

المادة 119 : لدائني صاحب حق السطحية طلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم.

المادة 120 : ليس لمالك حق السطحية أن يبني أو يفرس من جديد ما تلاشى لقدمه أو مات أو اقتلع بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة ما لم يكن هناك اتفاق مخالف.

الباب السابع

حق الكراء الطويل الأمد

المادة 121 : يخول الكراء الطويل الأمد للعقارات للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن الرسمي، ويمكن تنقيت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري. يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها.

المادة 122 : لا يكون عقد الكراء الطويل الأمد صحيحا إلا إذا صدر ممن له حق التفويت وطبق الشروط المقررة في القانون.

يجب أن ينص عقد الكراء الطويل الأمد على طبيعته العينية.

المادة 123 : لا يمكن للمكثري أن يطلب التخفيض من واجبات الكراء بحجة تلف الملك جزئيا أو حرمانه من غلته كلاً أو بعضا نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة.

المادة 124 : إذا تخلف المكثري عن الأداء مدة سنتين متتابتين جاز للمكثري بعد توجيه إنذار بدون جدوى أن يحصل قضائيا على فسخ الكراء الطويل الأمد كما يمكنه أن يطالب بالفسخ في حالة عدم تنفيذ شروط العقد أو إلحاق المكثري أضرارا جسيمة بالملك. غير أنه يجوز للمحكمة مراعاة منها لظروف المكثري أن تمنح آجالا معتدلة للوفاء، وذلك وفقا لأحكام الفقرة الثانية من الفصل 243 من قانون الالتزامات والعقود.

المادة 125 : لا يمكن للمكثري أن يتحرر من واجبات الكراء ولا أن يتملص من تنفيذ شروط عقد الكراء الطويل الأمد بتخليه عن الملك.

المادة 126 : لا يجوز للمكثري أن يحدث أي تغيير في الملك من شأنه أن ينقص من قيمته.

إذا أحدث المكثري تحسينات أو بناءات زادت في قيمة الملك، فلا يمكنه أن يزيلها ولا أن يطالب بأي تمويض عنها.

المادة 127 : إن المكثري ملزم بجميع التكاليف والتحملات التي على العقار.

يكون المكتري فيما يخص البنائيات الموجودة حين الكراء والبنائيات التي شيدت تنفيذا للاتفاق يكون المكتري ملزما بالإصلاحات أيا كان نوعها. غير أنه ليس عليه إعادة البنائيات إذا أثبت أن سبب انهيارها راجع لحادث فجائي أو قوة قاهرة أو أنها هلكت نتيجة عيب بالبناء السابق على عقد الكراء الطويل الأمد.

المادة 128 : يمكن للمكتري 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.

المادة 129 : يستفيد المكتري مما يضم أو يدمج بالعقار نتيجة الالتصاق طيلة مدة الكراء الطويل الأمد.

الباب الثامن

حق الحبس

المادة 130 : تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف.

الباب التاسع

حق الزينة

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.

المادة 132 : يجب أن يبين العقد المنشئ لحق الزينة نوع البناء ومواصفاته وأبعاده ويحدد حقوق والتزامات صاحب هذا الحق.

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.

المادة 134 : يجب أن لا تتجاوز مدة حق الزينة أربعين سنة، فإذا نص العقد على مدة أطول أو سكّت 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.

المادة 135 : ينقضي حق الزينة:

- بانتهاء مدته؛
- بالتنازل عنه صراحة؛
- باجتماع صفتي صاحب حق الزينة ومالك الرقبة في شخص واحد؛
- بهلاك البناء هلاكاً كلياً.

المادة 136 : لدائتي صاحب حق الزينة طلب إبطال التنازل الذي قام به إذا وقع إضرار بحقوقهم.

المادة 137 : إذا انقضى حق الزينة ولم يكن هناك اتفاق يحدد مصير البناء، تطبق أحكام الباني بحسن نية في ملك الغير.

الباب العاشر

حق الهواء والتعلية

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.

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.

المادة 140 : 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 بالميراث أو بالوصية.

المادة 141 : لا يجوز لصاحب حق الهواء والتعلية أن يفوت الهواء العمودي الذي يعلو بناءه بغير رضى مالك السفلى.

القسم الثاني

الحقوق العينية التبعية

الباب الأول

الامتيازات

المادة 142 : الامتياز حق عيني تبعي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتهنين.

المادة 143 : تنتج حقوق الامتياز أثرها ولو لم تقيد بالرسم العقاري وتحدد رتبته بالقانون.

المادة 144 : إن الديون التي لها وحدها امتياز 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.

الباب الثاني

الرهن الحيازي

الفصل الأول

أحكام عامة

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.

المادة 146 : إن الرهن الحيازي غير قابل للتجزئة رغم تجزئة الدين بين ورثة المدين أو الدائن.

لا يجوز لأحد ورثة المدين الذي يؤدي واجبه من الدين أن يطالب باسترداد نصيبه في الملك محل الرهن الحيازي ما دام لم يقع وفاء الدين كاملاً.

كما لا يجوز لأحد ورثة الدائن الذي يتوصل بنصيبه من الدين أن يتخلّى عن الملك موضوع الرهن الحيازي إضرارا ببقية الورثة الذين لم يستوفوا حصصهم من 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.

المادة 148 : يشمل الرهن الحيازي الملك المرهون وملحقاته وكل ما يستحدث فيه من إنشاءات وتحسينات بعد العقد أو يضم إليه بالالتصاق.

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.

المادة 150 : يجب أن يكون الراهن مالكا للمرهون وأهلا للتصرف فيه.

المادة 151 : يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلا عينيا يقدم الرهن لمصلحة المدين.

المادة 152 : لا يجوز للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر أو المحجور عليهم رهنا حيازيا إلا بإذن من القاضي.

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 طرفا في الدعوى المتعلقة بها.

المادة 154 : لا يجوز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها استقبالا.

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي

المادة 155 : يتمتع الدائن المرتهن رهنا حيازيا بحق حبس الملك المرهون وحق بيعه بالمزاد العلني وفقا للإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك لاستيفاء دينه من ثمنه بالأولوية على باقي الدائنين الآخرين، كما يتمتع بحق استرداده من أي يد انتقل إليها.

المادة 156 : تكون ثمار الملك المرهون مملوكة وعلى الدائن أن يتولى جنيها وله أن يسلمها إلى الراهن أو أن يحتفظ بها على أن يخصم ثمنها من رأسمال الدين.

المادة 157 : إن الدائن ملزم بأداء التكاليف والتحملات السنوية الخاصة بالعقار الذي بيده على وجه الرهن الحيازي ما لم يقع الاتفاق على خلاف ذلك.

ويجب عليه أيضا أن يقوم بالترميمات والإصلاحات النافعة والضرورية للعقار، مع بقاء الحق له في أن يقتطع من الثمار جميع المصروفات المتعلقة بما ذكر وإلا كان مسؤولا عن تعويض الضرر.

المادة 158 : لا يصبح الدائن مالكا للمرهون بمجرد عدم الوفاء في الأجل المتفق عليه، وكل شرط يقضي بغير ذلك يكون باطلا، وفي هذه الحالة يمكنه أن يطالب بالطرق القانونية بالبيع الجبري للملك المرهون.

المادة 159 : يسأل الدائن عن الهلاك أو التلف الذي قد يصيب الملك نتيجة إهماله له.

المادة 160 : يجب على المدين أن يؤدي للدائن المرتهن المصروفات الضرورية التي أنفقها على الملك المرهون لديه.

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازي

المادة 161 : يعتبر الرهن تابعا للدين المضمون ويذو مع وجودا وعدما.

ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون به بتمامه.

المادة 162 : ينقضي الرهن بغض النظر عن الدين المضمون به في الحالات الآتية:

- بتنازل الدائن المرتهن عن الرهن صراحة؛

- بهلاك الملك المرهون هلاكاً كلياً؛

- باتحاد الذمة.

المادة 163 : ينقضي الرهن ببيع الملك بيعاً جبرياً بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون.

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 إبداعه بصندوق المحكمة، وتحكم المحكمة برد الملك للمالكه ويانقضاء الرهن بعد التحقق من أداء الدين بكامله.

الباب الثالث

الرهن الرسمية

الفصل الأول

أحكام عامة

المادة 165 : الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين.

المادة 166 : الرهن الرسمي لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المرهونة، على كل واحد وكل جزء منها.

المادة 167 : يشمل الرهن الرسمي العقار المرهون وملحقاته وكل ما يستحدث فيه من إنشاءات وتحسينات بعد العقد أو يضم إليه بالاتصاق.

المادة 168 : إن الدائن الذي قيد رهته 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.

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.

الفصل الثاني

إنشاء الرهن الرسمي

المادة 170 : يكون الرهن الرسمي إجباريا أو اتفاقيا.

الفرع الأول

الرهن الإجباري

المادة 171 : يكون الرهن الإجباري بدون رضى المدين في الحالات التي يقرها القانون.

المادة 172 : يمكن أن يخول البائع أو المعاوض أو المتقاسم، الذي لم يضمن برهن اتفاقي الأداء الكامل للثمن أو المدرك، رهنا إجباريا على الأملاك محل البيع أو المعاوضة أو القسمة بناء على حكم قضائي.

المادة 173 : عند الاستعجال؛ يمكن لرئيس المحكمة في حالة الرهن الإجباري أن يأمر بناء على طلب بإجراء تقييد احتياطي يبقى مفعوله ساريا إلى غاية صدور الحكم النهائي.

يأخذ الحكم الصادر بالرهن رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي.

الفرع الثاني

الرهن الاتفاقي

المادة 174 : يتعقد الرهن الاتفاقي كتابة برضى الطرفين ولا يكون صحيحا إلا إذا قيد بالرسم العقاري.

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 المحددة لأدائه.
- المادة 176 : يجب أن يكون الراهن مالكا للملك المرهون وأهلا للتصرف فيه.

المادة 177 : يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو كفيلا عينيا يقدم الرهن لمصلحة المدين.

المادة 178 : لا يجوز للأب أو الأم أو الوصي أو المقدم رهن أموال القاصر أو المحجور عليها رهنا رسميا إلا بإذن من القاضي.

المادة 179 : يجوز إجراء الرهن الرسمي ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد سقفه الأقصى بالعقد المنشئ للرهن.

المادة 180 : إن الرهن المبرم 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.

المادة 181 : كل من ليس له على الملك إلا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال لا يمكنه أن يعطي إلا رهنا خاضعا لنفس الأحكام.

غير أن الدائن المرتهن حسن النية يحتفظ بحقه في الرهن إذا كان يجهل تلك الأحكام.

المادة 182 : 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 طرفا في الدعوى المتعلقة بها.

المادة 183 : لا يجوز رهن الأملاك التي قد يحصل عليها استقبالا.

المادة 184 : إذا تعلق الرهن الاتفاقي بقرض قصير الأجل فإنه يمكن تأجيل تقييده بالرسم العقاري لمدة لا تتعدى 90 يوما، ولا يترتب عن هذا التأجيل فقد الدائن لمرتبته التي يبقى مكتسبا لها بشرط أن يتقيد بالمقتضيات المبينة في المادة الآتية.

المادة 185 : يودع الدائن المرتهن أصل العقد أو نسخة منه مع نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية ويطلب كتابة من المحافظ على الأملاك العقارية أن يقيد حقه تقييدا احتياطيا وأن يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري ويمتنع من إجراء أي تقييد آخر يبرضى المالك وذلك مدة تسعين يوما تسري من تاريخ التقييد المنجز.

يضمن هذا التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري ولا يشار إليه في نظيره.
يمكن للدائن المرتهن أن يطلب قبل انصرام المدة المذكورة تقييد حقه بصفة نظامية
ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به.
المادة 186 : ينتهي مفعول التقييد الاحتياطي للرهن المؤجل ويشطب عليه تلقائيا إذا
لم يتجز التقييد النهائي لحق الدائن المرتهن خلال المدة المذكورة.

الفصل الثالث

آثار الرهن الرسمي

الفرع الأول

آثار الرهن بالنسبة للمتعاقدین

أولا: آثار الرهن بالنسبة للراهن

المادة 187 : يبقى الملك المرهون تحت يد الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه
دون المساس بحقوق الدائن المرتهن.

المادة 188 : للراهن حق إدارة الملك المرهون والحصول على غلته إلى أن يباع عليه،
في حالة عدم وفاء الدين.

المادة 189 : يضمن الراهن الملك المرهون وهو مسؤول عن سلامته كاملا حتى وفاء
الدين، وللمرتهن أن يعترض على كل نقص بين في ضمانه وأن يتخذ من الإجراءات ما
يحفظ حقه على أن يرجع على الراهن بما أنفق.

المادة 190 : إذا هلك الملك المرهون أو تعيب بخطأ من الراهن كان للمرتهن أن يطلب
وفاء دينه أو تقديم ضمان كاف لدينه.

المادة 191 : ينتقل حق الدائن المرتهن عند هلاك الملك المرهون أو تعيبه أو نزع
ملكه لأجل المنفعة العامة إلى المال الذي يحل محله ك مبلغ التأمين أو التعويض أو مقابل نزع
الملكية، وللمرتهن أن يستوفي حقه من هذه الأموال وفقا لمرتبته.

ثانيا: آثار الرهن بالنسبة إلى الدائن المرتهن

المادة 192 : للمرتهن أن يستوفي دينه من ثمن الملك المرهون بعد بيعه وفقا للإجراءات
المنصوص عليها في القانون وذلك حسب مرتبته.

المادة 193 : إذا لم يف ثمن الملك المرهون بأداء الدين كان للدائن المرتهن الرجوع في ما بقي من دينه على أموال المدين كدائن عادي.

المادة 194 : كل شرط من شأنه أن يسمح للدائن المرتهن عند عدم الوفاء له بدينه أن يملك الملك المرهون يكون باطلا سواء تم النص عليه في صلب العقد أو في عقد لاحق.

المادة 195 : يكون باطلا كل شرط يرمي إلى بيع الملك المرهون دون إتباع الإجراءات القانونية المقررة.

غير أنه يمكن بعد حلول أجل أداء الدين أن يتفق المدين مع دائنيه على بيع الملك المرهون دون إتباع هذه الإجراءات.

المادة 196 : إذا كان الراهن كفيلا عينيا فلا يجوز استيفاء الدين من غير ثمن الملك المرهون وليس للكفيل العيني أن يتمسك بحق تجريد المدين.

الفرع الثاني

آثار الرهن الرسمي بالنسبة لغير المتعاقدين

أولا: حق الأولوية

المادة 197 : يستوفي الدائن المرتهن دينه من ثمن الملك حسب رتبة تقييده في الرسم العقاري، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين المرتهين التاليين له في المرتبة وكذا على الدائنين العاديين.

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 المرتهين المواليين له في الرتبة.

ثانيا: حق التتبع

المادة 199 : للدائن المرتهن رهنا رسميا حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به.

المادة 200 : يعتبر حائزا للملك المرهون كل من انتقلت إليه ملكيته بتقييده بالرسم العقاري دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين.

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 يظهر الملك من الرهن المترتب عليه بأداء الدين وتوابعه.

يحل الحائز محل الدائن الذي استوفى دينه في ما له من حقوق تجاه المدين الأصلي.

المادة 202 : للحائز الذي لم يكن ملتزما شخصيا بالدين أن يتعرض على بيع الملك المرهون الذي بيده إذا بقيت في ملكية المدين الأصلي أملاك أخرى مرهونة من أجل نفس الدين.

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.

المادة 204 : يشهد بالتخلي رئيس كتابة الضبط لدى المحكمة المختصة ويحرر محضرا بذلك يعرضه على رئيس المحكمة للمصادقة عليه، ويوجه نسخة منه إلى الدائنين المعنيين داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ المصادقة.

المادة 205 : يجوز لحائز الملك المرهون المشاركة في المزايدة العلنية المقرر لبيع الملك، فإذا رسا المزاد عليه وأدى الثمن وتوابعه اعتبر مالكا من تاريخ تقييده الأصلي بالرسم العقاري.

المادة 206 : إذا رسا المزاد العلني على غير الحائز بصفة نهائية يتسلم الملك من الحائز وتنتقل إليه الملكية بعد تقييد محضر المزايدة بالرسم العقاري.

المادة 207 : يجوز للدائنين المطالبين بالبيع الجبري أو لمن له مصلحة في التعجيل به أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة تعيين قيم تباشر ضده إجراءات البيع الجبري للملك المتخلى عنه.

المادة 208 : يكون الحائز مسؤولا عن تعويض الدائنين المرتهنيين عن كل عيب أو تلف يصيب الملك المرهون بفعله أو تقصيره، ولا يجوز للحائز استرداد قيمة التحسينات والإصلاحات إلا بقدر ما نتج عنها من زيادة في القيمة.

المادة 209 : لا يكون الحائز مدينا بالثمار إلا ابتداء من اليوم الذي وجه له فيه الإنذار الرسمي بالأداء أو التخلي. غير أنه إذا وقع التراخي في متابعة إجراءات البيع الجبري التي سبق أن بوشرت واستمرت لمدة ثلاثة أشهر فإن الحائز لا يكون مدينا بالثمار إلا من اليوم الذي يوجه له فيه إنذار رسمي جديد.

المادة 210 : تعود من جديد بعد التخلي الحقوق العينية التي كان الحائز يتمتع بها على الملك المتخلي عنه أو ملزما 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 المتخلي عنه حسب رتبته في الرسم العقاري.

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.

الفرع الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

المادة 212 : ينقضي الرهن في الحالات الآتية :

- بالوفاء بالدين؛

- برفع يد الدائن المرتهن عن الرهن؛

- بهلاك الملك المرهون هلاكاً كلياً؛

- بإتحاد الذمة.

المادة 213 : ينقضي الرهن ببيع الملك بيعاً جبرياً بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في القانون.

القسم الثالث

في الحجز والبيع الجبري للعقارات

المادة 214 : يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائده 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.

المادة 215 : للدائن المرتهن الذي لم يستوف دينه في أجل استحقاقه أن يحصل على بيع الملك المرهون وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون، وذلك بعد توجيه إنذار رسمي

بواسطة المكلف بالتنفيذ للمدين الأصلي وللحائز، لأداء الدين أو التخلي عن الملك المرهون داخل خمسة عشر يوما من تاريخ التوصل به.

المادة 216 : يتضمن الإنذار المشار إليه في المادة السابقة اسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشمولاته ورقم رسمه العقاري.

يبلغ المكلف بالتنفيذ نسخة من الإنذار المذكور إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيده بالرسم العقاري.

يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره.

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.

المادة 218 : إذا وقع التراخي في مواصلة الإجراءات التي تتلو الحجز، أمكن للمحجوز عليه أن يتقدم بمقال إلى رئيس المحكمة المختصة بوصفه قاضيا 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 نهائيا وناظرا على 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 إنذارا للإطلاع على دفتر التحملات والشروط وذلك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع هذا الدفتر.

المادة 220 : لا تسلم كتابة ضبط المحكمة محضر إرساء المزايدة إلا بعد أداء الثمن المستحق أو إيداعه بصندوق المحكمة إيداعا صحيحا لفائدة من له الحق فيه.

يترتب على تقيد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزاود وتطهيره من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن.

المادة 221 : لا تقبل أي مزايدة في ثمن العقار بعد بيعه بالتراضي.

الكتاب الثاني

أسباب كسب الملكية والقسمة

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 ملكا للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقا للقانون.

المادة 223 : من أحيا أرضا من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة فله حق استغلالها.

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.

المادة 225 : إذا صارت الأرض الموات مستغلة من طرف من أحياها، فلا يزول حقه في استغلالها بعودتها إلى ما كانت عليه قبل الإحياء.

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:

- 1 - حريم الجماعة أو البلدة مداخلها ومخارجها المؤدية إلى هذه الجماعة أو البلدة؛
- 2 - حريم الدار ما يرتفق به أهلها في إقامتهم بها. وتشترك 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 ضارا به أو بمائه؛

4 - حريم الشجرة ما تحتاج إليه في سقيها ومد جذورها وفروعها مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد المتعلقة بقيود الجوار.

الفصل الثاني

الالتصاق بالعقار

الفرع الأول

الالتصاق بفعل الطبيعة

المادة 227 : الطمي الذي يأتي به السيل إلى أرض يملكها الغير يصبح ملكا لصاحب هذه الأرض.

المادة 228 : إذا وقع تغيير في مجرى النهر أو اتخذ النهر مجرى جديدا فإنه تسري في شأنهما الأحكام المنصوص عليها في المادتين 3 و4 من قانون 10.95 المتعلق بنظام المياه.

المادة 229 : الأراضي التي تحسر عنها المياه الراكدة كالبحيرات والبرك والمستنقعات تبقى على حالها ملكا عاما للدولة، كما أن الأراضي التي تغمرها تلك المياه مؤقتا تظل على ملكية أصحابها.

المادة 230 : الجزر التي قد تتكون بصورة طبيعية داخل المياه الإقليمية أو داخل البحيرات أو في مجاري الأنهار تكون ملكا عاما للدولة.

الفرع الثاني

الالتصاق بفعل الإنسان

المادة 231 : إن ثمار الأرض الطبيعية أو الصناعية والثمار المدنية ونتاج الحيوان هي للمالك بطريق الالتصاق.

المادة 232 : إذا زرع شخص أرضا مملوكة للغير بسوء نية، فإن أخذها مالكاها قبل فوات وقت الزراعة فهو مخير بين المطالبة بقطع الزرع مع التعويض إذا كان له ما يبرره، وبين تملك الزرع مع دفع نفقاته إلى الزارع منقوصا 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 أرض غيره بحسن نية كمن استأجر أرضا من غير مالكاها، 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.

المادة 233 : كل ما يضم للعقار أو يدمج فيه فهو للمالك حسب القواعد الآتية.

المادة 234 : يجوز لمالك الأرض أن يقيم عليها جميع أنواع المغروسات والبناءات التي يرشيها مع التقيد بالقوانين والأنظمة.

كما يمكنه أن يحدث تحتها كل بناء وله أن يقوم بكل تنقيب يرشيها، وأن يستخرج جميع المواد التي يمكن أن يحصل عليها ماعدا الاستثناءات الناتجة عن القوانين والضوابط الجاري بها العمل.

المادة 235 : كل البناءات والأغراس والمنشآت الموجودة فوق الأرض أو داخلها تعد محدثة من طرف مالكيها وعلى نفقته وتعتبر ملكا له ما لم تقم بينة على خلاف ذلك.

المادة 236 : إن مالك العقار الذي أقام بها بناءات وأغراسا 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.

المادة 237 : إذا قام أحد بإحداث أغراس أو بناءات أو منشآت عن سوء نية وبدون علم مالك العقار، فهذا الأخير الحق إما في الاحتفاظ بها مع أداء قيمة المواد وإما إلزام محدثها بإزالتها على نفقته مع إرجاع 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 نظرا 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 أجره اليد العاملة، أو أن يدفع مبلغا يعادل ما زيد في قيمة الملك.

المادة 238 : إذا تجاوز مالك بحسن نية حد أرضه عند إقامته بناء عليها وامتد البناء ليشمل جزءا صغيرا من أرض جاره لا يتجاوز عرضه 50 سنتمترا فإن للمحكمة بعد الموازنة بين مصالح الطرفين إما 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.

الفصل الثالث

الحياسة

الفرع الأول

أحكام عامة

المادة 239 : تقوم الحياسة الاستحقاقية على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه.

ولا تقوم هذه الحياسة لغير المغاربة مهما طال أمدها.

المادة 240 : يشترط لصحة حياسة الحائز:

- 1 - أن يكون واضعا يده على الملك؛
- 2 - أن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه؛
- 3 - أن ينسب الملك لنفسه، والناس ينسبونه إليه كذلك؛
- 4 - ألا ينازعه في ذلك منازع؛
- 5 - أن تستمر الحياسة طول المدة المقررة في القانون؛
- 6 - وفي حالة وفاة الحائز يشترط بالإضافة إلى ذلك عدم العلم بالتقويت.

المادة 241 : لا تقوم الحياسة إذا بنيت على عمل غير مشروع.

المادة 242 : لا يكلف الحائز ببيان وجه مدخله إلا إذا أدلى المدعي بحجة على دعواه.

المادة 243 : يباشر الحياسة الشخص بنفسه ويمكن أن يباشرها بواسطة شخص يأتّمر بأمره.

وفيتّرض في واضح اليد على العقار أنه حائز لنفسه إلى أن يثبت العكس.

تباشر الجماعات السلالية الحياسة لفائدتها ويمكن أن تباشرها بواسطة أفراد ينتمون إلى الجماعة.

يجوز أن يحوز شخصان أو أكثر ملكا مشاعا فيما بينهم.

يمكن لنفاذ الأهلية أو ناقصها أن يكتسب الحيازة إذا باشرها نائبه الشرعي نيابة عنه.

المادة 244 : إذا كانت الحيازة اللاحقة استمرارا لحيازة سابقة اعتبر استمرارها من تاريخ حيازة الحائز الأول.

المادة 245 : إذا اقترنت الحيازة بإكراه 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.

المادة 246 : لا تقوم الحيازة ولا يكون لها أثر إذا ثبت أن أصل مدخل الحائز غير ناقل للملكية، ولا يحق لواضع اليد أن يغير بنفسه لنفسه سبب وضع اليد على الملك محل ادعاء الحيازة ولا الأصل الذي تقوم عليه.

المادة 247 : يمكن أن تنتقل الحيازة من الحائز إلى الغير شرط أن يتفقا على ذلك مع السيطرة الفعلية على الملك محل الحيازة.

وتنتقل الحيازة أيضا بسبب الإرث أو الوصية بصفاتها إلى الخلف العام.

المادة 248 : تبقى الحيازة محتفظة بالصفات التي بدأت بها من وقت اكتسابها ما لم يقر الدليل على خلاف ذلك.

المادة 249 : تنقضي الحيازة إذا تخلى الحائز عن السيطرة الفعلية على الملك أو فقدها، ومع ذلك فلا تنقضي حيازته إذا منعه من مباشرتها مانع وقتي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

الفرع الثاني

مدة الحيازة

المادة 250 : إذا حاز شخص أجنبي غير شريك ملكا حيازة مستوفية لشروطها واستمرت دون انقطاع عشر سنوات كاملة والقائم حاضرا عالم ساكت بلا مانع ولا عذر فإنه يكتسب بحيازته ملكية العقار.

المادة 251 : تكون مدة الحيازة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة أربعين سنة، وعشر سنوات إذا كان فيما بينهم عداوة.

المادة 252 : تحسب مدة الحيازة كاملة.

المادة 253 : تبدأ مدة الحيازة في السريان من تاريخ وضع الحائز يده على الملك بنية تملكه وفي حالة توالي التقويتات من تاريخ بداية حيازة أول مفوت.

المادة 254 : تجمع مدد الحيازات المتعاقبة لحساب المدة المقررة في القانون.

المادة 255 : لا محل للحيازة:

- بين الأب وابنه وإن سفل ولا بين الأم وأبنائها وإن سفلوا؛

- بين الأزواج أثناء قيام الزوجية؛

- بين الشركاء مطلقا؛

- بين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره؛

- بين الوكيل وموكله؛

- بين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال.

المادة 256 : لا يعتد بالحيازة:

1 - إذا كان المحوز عليه فاقد الأهلية أو ناقصها وليس له نائب شرعي، وفي هذه الحالة لا تبدأ مدة الحيازة في السريان إلا من تاريخ تعيين هذا النائب أو من تاريخ الرشد حسب الأحوال؛

2 - إذا غاب المحوز عليه غيبة طويلة متواصلة، يفترض عدم علمه بحيازة ملكه إلى أن يثبت العكس؛

3 - إذا منع المحوز عليه مانع قوي من المطالبة بحقه كالخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستند إلى سلطة؛

4 - إذا منع المحوز عليه مانع بأن كان في ظروف تجعل من المستحيل عليه المطالبة بحقوقه خلال المدة المقررة للحيازة.

المادة 257 : تنقطع مدة الحيازة في الأحوال الآتية:

1 - إذا فقد الحائز حيازته أو تخلى عنها؛

2 - إذا رفعت الدعوى ضد الحائز، وفي هذه الحالة لا يكون للانقطاع أثر إذا رفضت المحكمة دعوى المدعي موضوعاً أو وقع التنازل عنها؛

3 - إذا أقر الحائز بصحة دعوى المحوز عليه.

المادة 258 : إذا انقطعت مدة الحيازة بسبب من الأسباب المذكورة في المادة السابقة، فتبتدئ مدة الحيازة الجديدة من تاريخ زوال سبب الانقطاع.

المادة 259 : لا يجوز تعديل مدة الحيازة بالزيادة أو بالنقصان، وكل اتفاق على ذلك يقع باطلاً.

الفرع الثالث

آثار الحيازة

المادة 260 : يترتب على الحيازة المستوفية لشروطها اكتساب الحائز ملكية العقار.

المادة 261 : لا تكتسب بالحيازة :

- أملاك الدولة العامة والخاصة؛

- الأملاك المحبسة؛

- أملاك الجماعات السلالية؛

- أملاك الجماعات المحلية؛

- العقارات المحفوظة؛

- 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.

الفرع الرابع

إثبات الحيازة وحمايتها

المادة 263 : من أثبت أنه يحوز ملكاً حيازة مستوفية لشروطها وأدرج مطلبها لتحفيظه

يعتبر حائزاً حيازة قانونية إلى أن يثبت العكس.

الفصل الرابع

الميراث والوصية

المادة 264 : تنتقل ملكية الحقوق العينية العقارية عن طريق الإرث والوصية وتسري عليهما أحكام مدونة الأسرة.

الباب الثاني

المغارسة والهبة والصدقة والشفعة

الفصل الأول

المغارسة

المادة 265 : 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 عقد المغارسة حقوقا مشاعة.

المادة 266 : لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلا.

المادة 267 : 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.

المادة 268 : يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغارس في الأرض وفي الشجر.

المادة 269 : إذا لم يعين عقد المغارسة تاريخا للشروع في الغرس تعين على الغارس أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا فسخ العقد بقوة القانون.

المادة 270 : إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يملك الحصة المتفق عليها، ويكون للمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه مع الاحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الاقتضاء.

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.

المادة 272 : 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. يعتبر 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 عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض.

المادة 274 : تتعقد 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 محفظا أو في طور التحفيظ.

فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه.

المادة 275 : يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية مالكا للعقار الموهوب وقت الهبة.

المادة 276 : إذا كان الموهوب له فاقد الأهلية، فيقبل الهبة عنه نائبه الشرعي فإن لم يكن للموهوب له نائب شرعي عين له القاضي من يتوب عنه في القبول، أما إذا كان الموهوب له ناقص الأهلية فقبوله الهبة يقع صحيحا ولو مع وجود النائب الشرعي.

المادة 277 : يقع باطلا:

1 - الوعد بالهبة؛

2 - هبة عقار الغير؛

3 - هبة المال المستقبل.

المادة 278 : لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله.

المادة 279 : إذا توفي الواهب قبل أن يقبل الموهوب له الملك الموهوب بطلت الهبة.

لا يعتد إلا بتاريخ تقييد إرادة الواهب إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

إذا توفي الموهوب له قبل أن يقبل الملك الموهوب بطلت الهبة كذلك، ولا حق لورثة الموهوب له في المطالبة به.

المادة 280 : تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية.

إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله.

المادة 281 : لا يلتزم الواهب بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له، كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية.

لا يكون الواهب مسؤولا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم.

المادة 282 : نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم الملك الموهوب ونقل ملكيته تكون على الموهوب له، ما لم يتفق على غير ذلك.

المادة 283 : يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:

أولا: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا؛

ثانيا: إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته.

المادة 284 : لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التخصيص عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له.

المادة 285 : لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

1 - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت رابطة الزوجية قائمة؛

2 - إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار؛

3 - إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا يخشى معه الموت، فإذا زال المرض

عاد الحق في الاعتصار؛

- 4 - إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها؛
- 5 - إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر التفويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي؛
- 6 - إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتمادًا على الهبة؛
- 7 - إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته؛
- 8 - إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئيًا جاز الاعتصار في الباقي.
- المادة 286 : لا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة 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.
- المادة 288 : إذا استرجع الواهب الملك الموهوب دون وجه حق، وهلك في يده، فإنه يكون مسؤولًا عن هذا الهلاك.
- إذا امتنع الموهوب له عن رد الملك الموهوب إلى الواهب بعد اعتصاره اتفاقًا أو قضاء، رغم إنذاره بذلك طبقًا للقانون، وهلك العقار الموهوب في يده، فإنه يكون مسؤولًا عن هذا الهلاك.
- المادة 289 : نفقات الاعتصار ورد الملك الموهوب يتحملها الواهب.

الفصل الثالث

الصدقة

المادة 290 : الصدقة تمليك بغير عوض ملك، ويقصد بها وجه الله تعالى.

المادة 291 : تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:

- لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقًا؛
- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث.

الفصل الرابع

الشفعة

الفرع الأول

شروط الأخذ بالشفعة

المادة 292 : الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصفوفات العقد اللازمة والمصفوفات الضرورية والنافعة عند الاقتضاء.

المادة 293 : يشترط لصحة طلب الشفعة أن يكون طالبها:

- شريكا في الملك المشاع وقت بيع حصة شريكه في العقار أو الحق العيني؛

- أن يكون تاريخ تملكه للجزء المشاع سابقا على تاريخ تملك المشفوع من يده للحصة محل الشفعة؛

- أن يكون حائزا لحصته في الملك المشاع حيازة قانونية أو فعلية،

- أن يكون المشفوع منه قد تملك الحصة المبيعة بعوض.

المادة 294 : يجوز ضم حق الهواء والتعلية إلى ملكية السفلى وحق السطحية أو الزينة إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة فيما يبيع منها لأجنبي.

المادة 295 : يتعين على طالب الشفعة إثبات بيع الحصة المطلوب شفعتها. فإذا كان العقار محفظا يتعين عليه إثبات تقييد البيع بالرسم العقاري.

المادة 296 : إذا باع شريك حصته لأجنبي في ملك مشاع، فيجب على الشريك أن يأخذ الحصة المبيعة 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 المبيعة بكاملها.

إذا كان المشتري أحد الشركاء فلكل شريك في الملك أن يأخذ من يده بقدر حصته في الملك، ويترك للمشتري نصيبه بقدر حصته ما لم يعرب عن رغبته في التخلي عنها.

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 شفעתه دون العكس، ويتنزل المشتري منزلة البائع، والوارث منزلة مورثه في الأخذ بالشفعة.

المادة 298 : تكون الشفعة في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أم غير قابلة لها، وتكون في الحقوق العينية القابلة للتداول.

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 محفظا 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 عدة حصص شائعة بعقد واحد وجب على الشريك الراغب في الشفعة أن يأخذ جميع 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.

المادة 301 : إذا بيعت أجزاء الحصة بعقود مختلفة فإن الشفيع يخير بين أن يأخذها بكاملها وبين أن يأخذ بأي عقد شاء ويدخل معه في شفעתه من قبله من المشتريين.

المادة 302 : إذا بيعت الحصة المشاعة في المزداد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة.

المادة 303 : لا شفعة فيما فوت تبرعا ما لم يكن التبرع صوريا أو تحايلا. كما لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صداق أو خلع.

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 شخصيا من له الحق فيها، ويسقط حق هذا الأخير إن لم يمارسه خلال أجل ثلاثين يوما كاملة من تاريخ التوصل.

يتعين أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بيانا عن هوية كل من البائع والمشتري، مع بيان عن الحصة المباعة وثمرتها 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 محفظا أو الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ، ويمضي سنة على العلم بالبيع إن كان العقار غير محفظ.

وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فيمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد.

المادة 305 : إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به.

المادة 306 : يجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقوم بتقديم طلبا إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الأخذ بالشفعة، ويطلب فيه الإذن له بغرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد عرضا حقيقيا ثم بإيداعهما في صندوق المحكمة عند رفض المشفوع منه للعرض العيني الحقيقي، وأن يقوم بذلك داخل الأجل القانوني وإلا سقط حقه في الشفعة.

الفرع الثاني

آثار الشفعة

المادة 307 : إذا تم التراضي على الأخذ بالشفعة أو حكمت بها المحكمة فإن الشفيع يتملك الحصة المباعة مع مراعاة مقتضيات الظهير الشريف الصادر في ٩ رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري.

المادة 308 : إذا أضاف المشفوع منه شيئا 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.

المادة 309 : لا يلتزم المشفوع منه برد ثمار الحصة المشفوعة للشفيع إلا من تاريخ المطالبة بالشفعة.

المادة 310 : تبطل التصرفات الناقلة للملكية أو الحق العيني أو المنشئة لهذا الحق التي أجراها المشفوع من يده على الحصة المشفوعة إذا تعلق بعقار غير محفظ.

الفرع الثالث

سقوط الشفعة

المادة 311 : يسقط حق الشفع في الأخذ بالشفعة:

- إذا تنازل عنها صراحة بشرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها؛

- إذا اشترى الحصة التي باعها شريكه من مشتريها أو قاسمه فيها؛

- إذا باع حصته التي يشفع بها، ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله.

المادة 312 : لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفع وإنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما بقي من أجل للأخذ بالشفعة.

القسم الثاني

القسمة

المادة 313 : القسمة إما بنية أو قسمة مهايأة.

القسمة البنية أداة لفرز نصيب كل شريك في الملك وينقضي بها الشيع.

قسمة المهايأة تقتصر على المنافع وهي إما زمانية وإما مكانية.

تتم القسمة إما بالتراضي وإما بحكم قضائي مع مراعاة القوانين والضوابط الجاري بها العمل.

المادة 314 : يشترط لإجراء القسمة أن يكون الملك مملوكا على الشيع للشركاء عند إجرائها، وأن يكون قابلا للقسمة، وأن لا تزول المنفعة المقصودة منه بالنسبة لكل جزء من أجزائه بعد القسمة.

المادة 315 : إذا تمت القسمة بالتراضي جاز لكل من الشركاء أن يطلب إبطالها إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضى - الغلط والتدليس والإكراه - 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 للمدعى ما نقص من نصيبه عينا أو نقدا.

تتقادم هذه الدعوى في جميع الأحوال بمضي سنة من تاريخ إجراء القسمة.

المادة 316 : لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء وتم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ.

المادة 317 : تحكم المحكمة بقسمة العقار المشاع قسمة عينية كلما كانت هذه القسمة ممكنة، وبفرز الحصص وتكوين الأنصبة على أساس أصغر حصة، وعن طريق التقييم والتعديل، ثم توزع الأنصبة المفترزة بين الشركاء بالقرعة، وتصدر حكمها بناء على تصميم ينتجه خبير في المسح الطووغرافي يعين موقع وحدود ومساحة كل نصيب مفرز.

المادة 318 : إذا كان العقار المشاع غير قابل للقسمة العينية، أو كان من شأن قسمته مخالفة القوانين والضوابط الجاري بها العمل أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني.

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.

المادة 320 : يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

المادة 321 : لا تكون القسمة الرضائية نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار.

المادة 322 : يعتبر كل متقاسم مالكا على وجه الاستقلال للحصة المفترزة التي آلت إليه نتيجة القسمة، وتكون ملكيته خالصة من كل حق عيني رتبته غيره من الشركاء إلا إذا رتب هذا الحق الشركاء مجتمعون.

المادة 323 : إذا كانت حصة أحد الشركاء مثقلة بحق عيني قبل القسمة فإن هذا الحق ينتقل ليشغل الجزء المفرز الذي آل إلى هذا الشريك.

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 الإعفاء منه أو نشأ بسبب خطأ المتقاسم نفسه.

المادة 325 : إذا كان العقار غير محفظ واستحقت 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 ممكنا ولم يلحق أي ضرر بالغير، فإذا تعذر إجراء قسمة جديدة كان يستحق 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 محفظا واستحققت حصة المتقاسم كلا أو بعضا فليس له سوى الرجوع على المتقاسمين 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 معسرا وزع ما ينوبه على مستحقي الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين، على أن يعودوا عليه في حدود منابه إذا أصبح موسرا.

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 تعيينها المحكمة تبعا لطبيعة العقار المشاع كما تعين تاريخ الشروع فيها ومن يبدأ منهم بالانتفاع.

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.

المادة 329 : تخضع قسمة المهايأة زمانية كانت أو مكانية لأحكام عقد إجارة الأشياء ما دامت هذه الأحكام لا تتعارض مع طبيعة هذه القسمة.

المادة 330 : لا يلتزم أي متقاسم تجاه المتقاسمين الآخرين بتقديم أي حساب عما قبضه خلال مدة انتفاعه.

المادة 331 : تنتقل الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمهايأة إلى الخلف الذي آلت إليه ملكية الحصة المشاعة سواء كان عاما أو خاصا.

المادة 332 : مصروفات وتكاليف القسمة يتحملها المتقاسمون جميعا وتوزع بينهم على 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.

المادة 334 : يسري العمل بهذا القانون بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

المملكة المغربية
ROYAUME DU MAROC



Agence Nationale de la Conservation Foncière du Cadastre et de la Cartographie

الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية

23 مايو 2012

رقم
005000

المحافظ العام

إلى

السادة المحافظين على الأملاك العقارية

مذكرة

الموجّهة: في شأن القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

سلام تام بوجود مولانا الإمام.

وبعد، يشرفني أن أنهي إلى علمكم أنه صدر بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011 الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

وقد تضمن القانون 39.08 المذكور، الذي نسخ الظهير الشريف الصادر في 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على المقاربات المحفظة، عدة مستجدات سواء في إطار الأحكام العامة (الفصل التمهيدي المواد من 1 إلى 7) أو في المجال المتعلق بالحقوق العينية العقارية (الكتاب الأول المواد من 8 إلى 221)، أو في المجال المتعلق بأسباب كسب الملكية والقسم (الكتاب الثاني المواد من 222 إلى المادة 332).

كما نص القانون المذكور بموجب المادة 334 منه على أنه يسري العمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية، لذلك فإنه ابتداء من يوم 24 ماي 2012 تاريخ دخول القانون 39.08 المذكور حيز التنفيذ، يتعين عليكم التقيد بكافة المتعينات المنصنة به، مع لفت انتباهكم إلى أهم المستجدات المتعلقة بملكم في مجال تطبيق نظام التحفيظ العقاري والتي تتمثل أساسا فيما يلي:

أولا : المستجدات الأساسية ذات الطابع العام:

✕ وجوب تحرير جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء 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

Direction Générale

المديرية العامة

زاوية شارع مولاي يوسف وشارع حواي الحسن الأول - الرباط - الهاتف : 037 70 89 35/36/37 - الفاكس : 037 70 58 85 - البريد الإلكتروني : info@acfcc.gov.ma
Angle Au My Youssel et Au My Hassan Ier - Rabat - Tél: 037 70 89 35/36/37 - Fax: 037 70 58 85 - e-mail: info@acfcc.gov.ma

النقض وفق الشكل المحدد في الفقرة الثانية والثالثة من المادة الرابعة. وذلك ما لم يوجد قانون خاص ينص على خلاف ذلك (المادة الرابعة).

مع التأكيد على مبدأ القوة الثبوتية للتقييدات المصنعة بالرسوم العقارية، مع التخصيص على أن ما يقع على هذه التقييدات من إبطال 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 (المادة الثانية).

- إلزامية المحرر الرسمي بالنسبة لعقد العمرى (المادة 106)، الرهن الحيازي (المادة 147)، عقد المغارسة (المادة 268)، الإشهاد بتحقيق الإطعام في عقد المغارسة (المادة 272)، عقد الهبة (المادة 274)، عقد الصدقة (المادة 291).

ثانيا : المستجدات الأساسية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية:

- حصر لائحة الحقوق العينية الأصلية في حق الملكية، حق الارتفاق والتحملات العقارية، حق الانتفاع، حق العمرى، حق الاستعمال، حق السطحية، حق الكراء الطويل الأمد، حق الحبس، حق الزينة، حق الهواء أو التعلية، وأخيرا الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول القانون 39.08 حيز التنفيذ، بمعنى أن الحقوق العرفية غير الواردة أعلاه لم يعد المشرع يسمح بإنشائها بعد تاريخ 24 ماي 2012. (المادة التاسعة).
- التخصيص على مقتضيات خاصة بالطريق الخاص المشترك الملك مشاع بين من لهم حق المرور فيه (المواد من 32 إلى 36)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن الشركاء في الطريق المشترك لا يجوز لهم أن يطلبوا قسمته ولا أن يتفقوا على تفويته مستقلا، كما لا يجوز لأحدهم التصرف في حصته في الطريق إلا تبعا لتصرفه في العقار المملوك له.
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بالارتفاقات والتحملات العقارية (المواد من 37 إلى 78)، مع بيان الأحكام الخاصة بالارتفاقات المتمثلة في حق الشرب، حق المجرى، حق المسيل أو الصرف، حق المرور وحق المائل (المواد من 50 إلى 68)، وكذا أسباب انقضاء الارتفاقات (المادة 69).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بحق الانتفاع (المواد من 79 إلى 104)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن حق الانتفاع لا يمكن ترتيبه إلا على الملكية العقارية، حق السطحية، حق الزينة وحق الهواء أو التعلية (المادة 81)، كما أن حق الانتفاع المترتب لفائدة الأشخاص المعنوية ينقضي بانصرام مدة أقصاها 40 سنة (المادة 100).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بحق العمرى، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن عقد العمرى يجب أن يبرم بموجب محرر رسمي، وأن المشرع لم يشترط معاينة الحوز لصحة العمرى (المادة 106)، ولم يجوز نقل حق العمرى إلا لفائدة المعطي أو لورثته (المادة 107).

- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بحق الاستعمال (المواد من 109 إلى 115)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن العقد المنشئ لحق الاستعمال يجب أن ينص على طبيعته العينية (المادة 109)، ولا يمكن ترتيبه إلا على الملكية العقارية، حق السطحية، حق الزينة وحق الهواء أو التعلية (المادة 110)، كما لا يجوز التصرف فيه (المادة 113).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بحق الكراء الطويل الأمد (المواد من 121 إلى 129)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن مدته يجب أن تتقو 10 سنوات دون أن تتجاوز 40 سنة (المادة 121)، وأن العقد المتعلق به يجب أن ينص على طبيعته العينية (المادة 122).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بحق الزينة (المواد من 131 إلى 137)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن مدته لا يجب أن تتجاوز 40 سنة، ماعدا حقوق الزينة القائمة قبل 24 ماي 2012 تاريخ دخول القانون 39.08 المذكور حيز التنفيذ (المادة 134).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بالرهن الحيازي (المواد من 145 إلى 164)، مع لفت الانتباه أساسا إلى شروط صحته المتمثلة في أنه يجب أن يبرم في محرر رسمي وأن يكون لمدة معينة (المادة 147)، و يجب أن يستند إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 149، كما أنه لا يجوز رهن أموال القاصر أو المحجور رهنًا حيازيا من طرف الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم إلا بإذن من القاضي (المادة 152).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بالرهن الرسمي (المواد من 165 إلى 221)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أنه يمكن ترتيبه على المقاربات المحفظة أو في طور التحفيظ، وأن الرهن الرسمي الإتفاقي يجب أن يستند إلى شروط صحته المنصوص عليها في المادتين 174 و 175، وكذا أنه لا يجوز رهن أموال القاصر أو المحجور رهنًا رسميا من طرف الأب أو الأم أو الوصي أو المقدم إلا بإذن من القاضي (المادة 178)، كما أن الحائز، أي الشخص المقيد بالرسم العقاري والذي انتقل إليه الملك المرهون دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين، يجوز له المشاركة في المزايدة العلنية المقررة لبيع الملك، فإذا رسا المزاد عليه وأدى الثمن وتوابعه اعتبر مالكا من تاريخ تقييده الأصلي بالرسم العقاري (المادة 205).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بالرهن المؤجل وإمكانية تقييده في شكل تقييد احتياطي مدته 90 يوما وفق أحكام المواد من 184 إلى 186.

ثالثا : المستجدات الأساسية المتعلقة بأسباب كسب الملكية والقسمة:

- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بالحيازة (المواد من 239 إلى 263)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن الحيازة لا تقوم لنير المغاربة مهما طال أمدها (المادة 239)، وأن الحائز القانوني هو كل من أثبت أن حيازته استوفت شروط الحيازة وأدرج مطلبها لتحفيظ العقار موضوع الحيازة (المادة 263).
- التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بعقد المغارسة (المواد من 265 إلى 272)، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن عقد المغارسة يجب أن يبرم في محرر رسمي وأنه يجب تعيين نوع الشجر المراد بقرسه، وبيان حصة الغارس في

الأرض وفي الشجر كشرطين لصحة عقد المفارسة (المادة 268)، كما أن هذا الأخير لا يرتب حقا عينيا إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به في محرر رسمي، أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة، ويعتبر الحكم النهائي الصادر بالمصادقة على الخبرة القضائية المذكورة بمثابة عقد نهائي ناقل للملكية إلى الفارس (المادة 272).

• التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بعقد الهبة، مع لفت الانتباه أساسا إلى أن عقد الهبة يجب أن يبرم في محرر رسمي، وأن التقييد بالسجلات العقارية بالنسبة للمعار المحفظ أو في طور التحفيظ يغني عن حيازة العقار الفعلية وعن إخلائه (المادة 274)، وأن إدراج مطلب تحفيظ العقار غير المحفظ يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه، كما أنه يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية (المادة 275)، كما لا يجوز الاعتصار في الهبة إلا وفق الشروط المنصوص عليها في المواد من 283 إلى 289.

• التخصيص على أن نفس الأحكام المتعلقة بالهبة تسري على الصدقة ماعدا أنه لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا، وأنه لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالارث (المادتان 290 و 291).

• التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بالشفعة، مع لفت الانتباه أساسا إلى أنه إذا كان العقار محفظا، فإن الحصنة المشفوعة لا تؤخذ إلا من يد المشتري المقيّد بالرسم العقاري (المادة 299)، وأنه لا تجوز الشفعة في حالة البيع بالمزاد العلني (المادة 302)، وأنه إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به (المادة 305).

• التخصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بالقسمة، مع لفت الانتباه أساسا إلى أنه لا تقبل دعوى القسمة إلا إذا وجهت ضد جميع الشركاء، وتم تقييدها تقييدا احتياطيا إذا تعلقت بعقار محفظ (المادة 316)، وأنه يجب على الشركاء أن يدخلوا في دعوى القسمة جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار (المادة 320)، وأنه لا تكون القسمة الرضائية نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار (المادة 321).

وفي الأخير لا يفوتني أن أؤكد لكم أن المقتضيات التي تم التركيز عليها أعلاه تمثل فقط أهم المستجدات المرتبطة بعملكم، لذلك يتعين عليكم الرجوع إلى المقتضيات الكاملة المضمنة في القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الذي أبعث إليكم بنسخة منه عبر بريدكم الإلكتروني، وذلك من أجل الوقوف على تفاصيل المقتضيات الأساسية المذكورة أعلاه، وكذا باقي المقتضيات الجديدة، وموافاتي عند الاقتضاء بكافة الصعوبات التي قد تلاقونها عند التطبيق من أجل دراستها وإيجاد الحلول المناسبة لها.

والسلام

المحافظ العام
المصطفى فتار

لائحة المراجع

- المراجع العامة و الخاصة :

- إدريس الفاخوري: نظام التحفيظ العقاري بالمغرب مطبعة الجسور 2006 .

- إدريس الفاخوري: المدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني نظرية الحق، دار نشر الجسور بوجدة الطبعة الأولى 1995 .

- إدريس السماحي: الحقوق العينية ونظام التحفيظ العقاري، مطبعة أمرين للطباعة والتلخيص، الطبعة الأولى، 2003 .

- إدريس العلوي العبدلاوي: المدخل لدراسة القانون الجزء الثاني. نظرية الحق مطبعة فضالة 1975 .

- أحمد سلامة: المدخل لدراسة القانون الكتاب الثاني ، نظرية الحق دار النهضة العربية طبعة 1974.

- الطيب الفصايلي: التنظيم القضائي في المغرب، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1995.

- امحمد العلوي العابدي: الأموال في الفقه المالكي، مطبعة إفريقيا الشرق، الطبعة الثانية ، 1994.

- امحمد برادة غزيول وآخرون: الدليل العملي للعقار غير المحفظ منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد: 2 مطبعة فضالة، الطبعة الثانية أبريل 2007 .

- بثينة العلوط: القسم القضائية للعقار مطبعة دار السلام الرباط، الطبعة الأولى 2005.

- توفيق حسن فرج: الأصول العامة للقانون، طبعة 1975 .

- جيلالي بوحبص: «مقالات في القانون العقاري وقانون البناء» دار القلم ، الطبعة الأولى 2006.

- حسن كيرة: الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، حق الملكية دون ذكر المطبعة وتاريخ المطبعة.

- حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة، الجزائر 2007.
- حمدي عبد الرحمان: فكرة الحق، دار النهضة العربية طبعة 1979.
- خالد عبد الله عبيد: مدخل لدراسة القانون، أسس ومبادئ نظرية القانون والحق، مطبعة النجاح الجديدة 1987.
- دنيا مباركة: دروس في القانون الاجتماعي المغربي، مطبوعات الهلال، وجدة 2006-2007.
- رمضان أبو السعود: الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، مطبعة الدار الجامعية بيروت 1973.
- زيد قدرى الترجمان: مدخل لدراسة القانون الجزء الثاني نظرية الحق مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 1987.
- سيدي المهدي الوزاني: النوازل الكبرى أو المعيار الجديد، ج 8، مطبعة الحجرية.
- عمر أزوكار: الدليل العملي للعقار في طور التحفيظ، منشورات دار القضاء العالي، الطبعة الأولى 2011.
- عمر أزوكار: مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء القانون رقم 14.07 ومدونة الحقوق العينية، دراسة عملية وزصد للمواقف القضائية لمحكمة النقض، منشورات دار القضاء بالمغرب، البيضاء، طبعة 1، 2012.
- عبد الحق صافي: ملكية الشقق في التشريع المغربي واقع وآفاق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء سنة 1989.
- عبد الحق صافي: الملكية المشتركة للعمارات والدور المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2009.
- عبد الخالق أحمدون: الوجيز في الملكية العقارية والضمانات العينية في ضوء مشروع القانون رقم: 19.01 والتشريعات المقارنة الجزء الأول، مطبعة طوب بريس بالرباط، طبعة 2007.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 1964.
- عبد الرزاق السنهوري: أسباب كسب الملكية، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، 1968.

عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، ج 10، في التأمينات الشخصية والعينة، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، طبعة 1973.

عبد العزيز توفيق: قضاء المجلس الأعلى في الشفعة خلال 40 سنة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 1، 1999.

عبد العزيز توفيق: قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري من سنة 1991 إلى 2002، مطبعة النجاح الجديدة البيضاء، ط 1، 2003.

- عبد الرشيد مأمون: دروس في المدخل للعلوم القانونية، الكتاب الثاني نظرية الحق طبعة 1980.

- عبد العالي العبودي: الحياة فقه وقضاء، المركز الثقافي العربي بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996.

- عبد الله بن عبد العزيز المصلح: قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، بيروت 1988.

- عبد المنعم فرج الصدة: الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري دار النهضة العربية للطباعة والنشر، (بيروت بدون ذكر سنة النشر).

- عبد الوهاب رافع: أراضى الجموع بين التنظيم والوصاية، الطبعة الأولى 1999، المطبعة الوراقة مراکش، الطبعة 1، 1999.

- علي حسن نجيدة: المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق، مطبعة جامعة القاهرة طبعة 1987.

- عمر طه البشير: وغني حسون طه: الحقوق العينية (دون ذكر المطبعة وتاريخ الطبعة).

- فتحي الدريني: نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت 1977.

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي الجزء الثاني، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر الرباط، الطبعة الثانية 1987، ط 2، 1987.

- مأمون الكزبري: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والحقوق العينية الأصلية والتبعية، مطبعة الساحل بالرباط.

- محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء، الطبعة الأولى 1990 .
- محمد الحسين بلوشي: وذ. محمد العلمي محاضرات في القانون العقاري، 2011.
- محمد الحياني: عقد البيع وقانون التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة ووراقة الكتاب بفاس، الطبعة الأولى 1994 .
- محمد الكشور: القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996 .
- محمد الكشور: بيع العقار بين الرضائية والشكل، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1997.
- محمد الكشور: نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1410 هـ 1989 م .
- محمد بادن: الشفعة الممارسة من طرف الدولة، مطبعة دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2005.
- محمد بن أحمد بونبات: نظام التحفيظ العقاري، المطبعة الوطنية مراكش 2005.
- محمد بن أحمد بونبات: الحقوق على العقارات، دراسة شاملة لواقع العقار وللحقوق العينية على ضوء التشريع المغربي، سلسلة آفاق القانون رقم 17 سنة 2009 .
- محمد بن أحمد بونبات: نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية دراسة في ضوء القانون رقم 18.00 المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2003 .
- محمد بن أحمد بونبات: بيع العقارات في طور الإنجاز، سلسلة آفاق القانون رقم 9، المطبعة الوطنية مراكش 2004 .
- محمد بن أحمد بونبات: قوانين التحفيظ والتسجيل والتجزئة العقارية، منشورات كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض مراكش، سلسلة الكتب العدد 12 طبعة سنة 1996
- محمد خيرى: قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي دار نشر المعرفة الرباط، الطبعة الخامسة 2009 .
- محمد شكري سرور: النظرية العامة للحق، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى 1979.
- محمد صياب: التحديات الإدارية، دروس في تدبير الملك الخاص للدولة التدريب الخاص بإدماج أطر مديرية الأملاك المخزنية فوج 1997.

- محمد عمران و د. حسين النوري: مبادئ العلوم القانونية القانون والحق: مصادر الإلتزام، مطبعة دار وهدان للطباعة والنشر (بدون تاريخ).
- محمد فهمي عدلي السرحاني: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1977.
- محمد محجوبي: قراءة عملية في قوانين التعمير المغربية، الطبعة الأولى 2006، مطبعة دار النشر المغربية الطبعة الأولى 2006.
- محمد مومن: حقوق الارتفاق في القانون المغربي، الطبعة الأولى 2002، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 2002.
- محي الدين إسماعيل علم الدين: الحقوق العينية، دار الجيل للطباعة، 1977.
- محيي الدين إسماعيل علم الدين: نظم الكراء بالمغرب، مطبعة الساحل بالرباط 1986.
- مصطفى عبد السيد الجارحي: دروس في نظرية الحق ومصادر الإلتزام، دار النهضة.
- نعمان محمد خليل جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية، طبعة 1980.
- يونس الزهري: الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، ج 2، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، طبعة 2007.

الأطروحات والرسائل :

أولا : الأطروحات

- حسن الخشين: ملك الدولة الخاص المقاربة القانونية والمالية أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام كلية الحقوق جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس السنة الجامعية 2004-2005.
- جيهان بونبات: مركز الكتابة والتسجيل في عقود تقويت العقارات، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث لنيل الدكتوراه في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2011/2012.
- سفيان ادريوش: تسنيد الديون الرهنية، مقارنة قانونية ومالية: أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، وجدة الموسم الجامعي 2004-2005.

- سناء الترابي: حماية الدائن المرتهن في الرهن الرسمي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة برسم الموسم الجامعي 2008/2009.

عبد الواحد شعير: إشكالية الرهن العقاري الرسمي كضامن بنكي في ضوء التشريع المغربي بين النظرية والتطبيق، أطروحة لنيل الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1994-1995.

- محمد الربيعي: المعاملات العقارية بين ظاهرة انتشار المحررات العرفية وضمانات المحررات الرسمية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء السنة الجامعية 1999-2000.

- محمد بادن: دعوى الاستحقاق العقارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بجامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي 2010/2011.

- وفاء الأندلسي: التجزئات العقارية ودورها في حل أزمة السكن أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2009/2010.

- نبيل عبد الله حسين الطاهري: حماية المتعاقد في البيع العقاري في التشريعين المغربي واليميني، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية 2010/2011.

ثانياً : الرسائل

- أطفاف لوكيلي: الأثر التطهيري للتحفيظ العقاري بين مقتضيات النصوص القانونية وإكراهات الواقع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوجدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة الموسم الجامعي: 2006-2007.

- لمترجي علوي السعيد: العقار في طور التحفيظ وحماية الخلف الخاص، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار كلية الحقوق، جامعة محمد الأول، السنة الجامعية 2010-2011.

- المصطفى مازي: الاشكالات العملية للقسم القضائية العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2006-2007.

- آمال برنوسي، ممارسة حق الشفعة في العقار المحفظ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، 2006-2007.

- امساعف بن زيان: تدبير الأملاك المخزنية بين المتطلبات القانونية ورهانات التنمية، رسالة لنيل دبلوم الماستر، قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة السنة الجامعية 2007-2008.

- أمين العياضي: مساطر تحصين العقارات المخزنية - إعاقعة أم تشجيع للإستثمار - رسالة لنيل دبلوم الماستر قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2007-2008.

- جيهان بونبات: عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2005-2006.

- جيهان الزاوش: دعوى قسمة العقار ودور القضاء في حماية المتقاسم، رسالة لنيل دبلوم الماستر، قانون العقود والعقار، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة السنة الجامعية 2011-2012.

- فاطمة بنشلال: الأملاك الحبسية بين صلاية القانون وحركية الاقتصاد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول بوجدة للموسم الجامعي 2009/2010

- رشيد العمراني: الوضعية القانونية لعقارات الأحباس في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية الحقوق جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2008-2009.

- عزيز الزهراوي: الخطأ الشخصي للمحافظ على الأملاك العقارية والرهن رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، برسم الموسم الجامعي: 2006-2007.

- قاسمي البلغيتي: دور ملك الدولة الخاص في التنمية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عبد المالك السعدي طنجة 2004-2005.

- محمد العايش صغيري: أراضي الجماعات السلالية بين الواقع والآفاق، رسالة لنيل

الماستر في قانون العقود والعقار. كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2008-2009 .

- محمد عرضاوي: التحفيظ الإجباري في التشريع المغربي رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، شعبة القانون الخاص كلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، السنة الجامعية : 2010-2011 .

المقالات والندوات :

- إدريس الفاخوري: السكن في ظل التشريعات العقارية الخاصة، مجلة الأملاك العدد السابع السنة 2010 .

- أبو الصبر عبد الحفيظ: الخطأ الشخصي للمحافظ بين الخصوصية والخضوع للمبادئ العامة، مجلة التحفيظ العقاري العدد 5، أكتوبر 1995 .

- أحمد الشحيطي، محمد الصغير: الطعن في قرارات المحافظ بين اختصاص القضاء العادي واختصاص القضاء الإداري، مجلة المناظرة العدد الثامن، يونيو 2003 .

- أحمد الهرجاني: القانون الجديد المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية قراءة في المضامين ورصد إشكاليات تطبيق بعض بنوده، ندوة العقار والإسكان، منشورات كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش، الطبعة الأولى 2003 .

- أقلعي دزيوش: مسؤولية محافظ الملكية العقارية في التشريع المغربي مجلة الملحق القضائي العدد 29 دجنبر 1994.

العربي مياد: هل هناك نص قانوني ينظم استغلال المقالع بالمغرب، جريدة العلم المغربي، بتاريخ 21 مارس 2012.

- العربي مياد: التحديد الإداري لأملاك الدولة الخاصة المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 27 أبريل يونيو 1999 .

- العربي مياد: السكن الوظيفي على ضوء الفقه الإداري والاجتهاد القضائي، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية الرباط.

- المختار عطار: العقار غير المحفظ والتنمية، رصد للجوانب القانونية والاقتصادية، مداخلة في ندوة العقار غير المحفظ إلى أين أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و 28 فبراير 2004، والطبعة والوراقة الوطنية بمراكش ، طبعة 1، 2004.

- المنتصر الداودي: القضاء وحماية الملكية العقارية بين نظامي العقار العادي والعقار المحفظ ، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 12، سنة 1986 ..
- حليلة بن حفو: جدوى الرهن الرسمي العقاري، مجلة الأملاك العقارية العدد 8 السنة 2010 .
- خالد يوسف: بيع العقار في طور البناء على ضوء التشريع المغربي، ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الخامسة، مطبعة الأمنية، الرباط ، طبعة 2007 .
- عبد السلام بن زروع: انطلاق أجل الشفعة من ثبوت الاستحقاق في قضاء المجلس الأعلى، رسالة الدفاع، العدد الخامس، دجنبر 2004.
- عبد الرحمان حدو: بيع صنف من أملاك الدولة لمن يشغلها على وجه الكراء من الموظفين المحالين على المعاش، بين إيجابيات مرسوم 18 أغسطس 1987، وسلبات قرار 5 أبريل 1977، مجلة الميادين العدد الثامن السنة 1414 هـ / 1993 .
- عبد العزيز توفيق: حق الأفضلية في نظام الملكية المشتركة للشقق، مجلة المحاكم المغربية، العدد 86.
- عبد اللطيف الفحلي: العقار بمنطقة الحوز وإشكالية الاستثمار، مقال منشور في كتاب العقار والاستثمار، نشر مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، المطبعة الوطنية بمراكش، 2003 .
- عبد الواحد الإدريسي: تداعيات المنازعات العقارية على التدبير العمراني بالمغرب، ندوة المنازعات العقارية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الندوة الجهوية الخامسة، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2007.
- عبد الواحد الإدريسي وأحمد مالكي: الأحباس المعقبة بين متطلبات التعمير والتدبير الإداري ، مقال منشور بكتاب الأملاك الحبسية، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والمدنية والعقارية لكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006.
- عبد الوهاب رافع: مسؤولية الدولة في نطاق الفصل ٧٩ من قانون الالتزامات والعقود وظهير 26 أكتوبر 1942، مجلة المحاماة العدد 67 لسنة 1987 .
- عبد الوهاب رافع: التصرفات المتعلقة بالأراضي الحبسية والجماعية والمخزنية، ندوة توثيق التصرفات العقارية ، المنظمة بكلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005.

- عبد الوهاب رافع: منافع الجيش وأراضي الجماعات السلالية، مقال منشور في كتاب الأنظمة العقارية في المغرب، أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية والمدنية والعقارية بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش يومي 5 و6 أبريل 2006.
- عز الدين الماحي: السياسة التشريعية في مجال العقار غير المحفظ ندوة العقار غير المحفظ إلى أين، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، الطبعة الأولى 2004.
- عز الدين الماحي: ممارسة حق الأفضلية على ضوء القانون الجديد المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، مقال منشور في مجلة القصر، العدد 8 ماي 2004.
- عيسى كتب، تدبير أراضي الجموع بين الإطار القانوني والواقع العملي، مجلة المقال، العدد 2، شتاء 2010.
- محمد بن يدير: القانون المعدني المغربي والإشكالات المتعلقة بالحقوق العرفية المعدنية وحقوق مالك الأرض، ندوة العقار غير المحفظ إلى أين أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش الطبعة الأولى 2004.
- محمد خيرى: الجهات المؤهلة لتحرير العقود بالملكية المشتركة وبالعقارات في طور الانجاز، ندوة العقار والإسكان، منشورات كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض بمراكش، الطبعة الأولى 2003.
- محمد خيرى: مقارنة بين نظام العقارات المحفوظة والعقارات غير المحفوظة مداخل في ندوة العقار غير المحفظ إلى أين؟
- محمد خيرى: العقار في طور التحفيظ والشهادة الخاصة بالرهن، مجلة الحدث القانوني العدد 15 السنة 1999.
- محمد خيرى: نطاق تطبيق القانون المنظم للعقارات المقسمة إلى شقق أو طبقات، مقال منشور بندوة العقار والإسكان، منشورات كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش، الطبعة الأولى 2003.
- محمد الحمداني: المنازعات القضائية حول أراضي الجموع، مجلة المحامي، العدد 46.

- محمد الخضراوي: إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية قراءة في قانون 44.00 مجلة الأملاك عدد 2، 2007.
- محمد الكشور: مشكلة التنازع بين الفقه المالكى وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية العدد 7 السنة 1984.
- محمد الوكاري: العقار بين الازدواجية وتعدد الأنظمة ومتطلبات التنمية الحضرية بمراكش، ندوة الأنظمة العقارية في المغرب، المطبعة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2003.
- محمد بونبات: تصفية الوقف المعقب على العقار في ضوء الإكراهات الاقتصادية والاجتماعية، ندوة الأملاك الحسبية أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 10 و11 فبراير 2006.
- محمد رزوق: قراءة في مقتضيات القانون رقم 00-18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، ندوة العقار والإسكان، منشورات كلية الحقوق، جامعة القاضي عياض بمراكش الطبعة الأولى 2003.
- محمد مومن: أراضى الجيش بالمغرب تأصيلها التاريخي ونظامها القانوني، مجلة الأملاك، العدد 8 السنة 2010.
- محمد مومن: تدوين قانون متعلق بالعقارات غير المحفوظة، مقال منشور ضمن مؤلف جماعي حول العقار غير المحفظ إلى أين، أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004، الطبعة الأولى 2004، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش.
- مصطفى أشيبان: قراءة في قانون الملكية المشتركة، مقال منشور بندوة حول موضوع نحو تشريع عقاري جديد، المنظمة من طرف مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق جامعة القاضي عياض مراكش، يومي 29-30 أبريل 2011، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش الطبعة الأولى 2011.
- مصطفى حيتي: بعض الضمانات لمشتري العقار في طور الانجاز على ضوء القانون رقم 44.00 والقواعد العامة، مقال منشور ضمن أشغال الندوة الوطنية المنظمة من طرف وحدتي التكوين والبحث لنيل الدكتوراه ودبلوم الدراسات العليا المعمقة في قانون العقود والعقار بكلية الحقوق، جامعة محمد الأول بوجدة، حول «العقار والاستثمار» يومي 19 و20 مارس 2006، إعداد وتنسيق إدريس الفاخوري، مطبعة دار النشر الجسور وجدة 1988.

یار

آنست که

بک شش
فصاحا حیات شکوایی
دست کن عالم جان
اکثر منی

الفهرس

03	تمهيد وتقسيم :
07	الفصل الأول : التعريف بالحقوق العينية :
10	المبحث الأول : ماهية الحق العيني :
11	المبحث الثاني : خصائص الحق العيني :
11	المطلب الأول : الحق العيني يولي صاحبه ميزة التتبع :
12	المطلب الثاني : الحق العيني يخول صاحبه ميزة التقدم والأفضلية :
12	المطلب الثالث : الحق العيني حق مطلق :
12	المطلب الرابع : اختفاء المدين وبروز محل الحق :
12	المطلب الخامس : إمكانية التخلي عن الحق العيني :
13	المطلب السادس : الحق العيني قابل للحيازة المادية :
14	المبحث الثالث : أنواع العقارات وتصنيف الأملاك العقارية :
14	المطلب الأول : أنواع العقارات :
14	الفقرة الأولى : العقارات المحفظة :
14	أولا : التعريف بالتحفيظ العقاري :
18	ثانيا : حقوق الأطراف المتضررة من قرار التحفيظ :
19	ثالثا : التحفيظ العقاري بين الإيجابية والاختيارية :
20	أولا : مقتضيات الجديدة ذات الطابع العام :
21	ثانيا : مقتضيات الجديدة المتعلقة بمساطر التحفيظ العقاري :
23	ثالثا : مقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييدات :
23	رابعا : مقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييد الاحتياطي :
24	الفقرة الثانية : العقارات غير المحفظة :
28	الفقرة الثالثة : العقار في طور التحفيظ :
29	المطلب الثاني : تصنيف الأملاك العقارية :
31	الفقرة الأولى : الأنظمة العقارية الخاصة التقليدية :

- 31 أولا : أراضي الجموع وأراضي الأحباس :
- 39 ثانيا : أملاك الدولة الخاصة وأراضي الجيش :
- 45 الفقرة الثانية : الأنظمة العقارية الخاصة الجديدة بين الضمانات والإكراهات :
- 45 أولا : الضمانات التي جاءت بها القوانين العقارية الجديدة :
- 54 ثانيا : مظاهر القصور في القوانين العقارية الجديدة :
- 62 المبحث الرابع : نطاق تطبيق القانون رقم : 39.08 :
- 63 الفصل الثاني : الحقوق العينية الأصلية :
- 66 المبحث الأول : حق الملكية :
- 66 المطلب الأول : التعريف بحق الملكية :
- 67 الفقرة الأولى : تعريف حق الملكية :
- 68 الفقرة الثانية : عناصر حق الملكية :
- 68 أولا : حق الاستعمال :
- 68 ثانيا : حق الاستغلال :
- 69 ثالثا : حق التصرف :
- 70 الفقرة الثالثة : خصائص حق الملكية :
- 70 أولا : الملكية حق عيني :
- 70 ثانيا : الملكية حق جامع :
- 70 ثالثا : الملكية حق دائم :
- 71 رابعا : الملكية حق مانع :
- 72 المطلب الثاني : نطاق حق الملكية :
- 72 الفقرة الأولى : نطاق الملكية من حيث التفرعات :
- 73 الفقرة الثانية : نطاق حق الملكية من حيث العمق :
- 74 أولا : القيود المتعلقة بالمناجم :
- 75 ثانيا : القيود المتعلقة بالمقالع :
- ثالثا : القيود الناجمة عن المحافظة على المباني التاريخية والمناظر والكتابات المنقوشة
- 79 والتحف الفنية والعاديات :

- 80 الفقرة الثالثة : نطاق حق الملكية من حيث العلو :
- 81 المطلب الثالث : القيود الواردة على حق الملكية :
- 82 الفقرة الأولى : القيود المقررة لمنع الإساءة في استعمال حق الملكية :
- 85 الفقرة الثانية : القيود المقررة لرفع مضار الجوار :
- 86 أولا : الحائط المشترك (المواد 28 إلى 31 من مدونة الحقوق العينية) :
- 87 ثانيا : الطريق الخاص المشترك (المواد 32 إلى 36 من مدون الحقوق العينية) :
- 88 ثالثا : حق المسيل أو الصرف :
- 89 رابعا : غرس الأشجار بالقرب من حدود الجار :
- 90 خامسا : فتح المظلات على الأرض المجاورة :
- 91 سادسا : إقامة منشآت مزعجة أو مضرة بالجيران :
- 92 الفقرة الثالثة : القيود المقررة للمصلحة العامة :
- 93 الفقرة الرابعة : القيود الاتفاقية :
- 95 المطلب الرابع : أسباب كسب الملكية :
- 95 الفقرة الأولى : إحياء أراضي الموات والحريم :
- 97 الفقرة الثانية : الالتصاق :
- 97 أولا : الملك العام المائي :
- 98 ثانيا : الالتصاق الطبيعي :
- 100 ثالثا : الالتصاق بفعل الإنسان :
- 103 الفقرة الثالثة : الحيابة :
- 104 أولا : تعريف الحيابة وبيان عناصرها :
- 105 ثانيا : شروط الحيابة الاستحقاقية :
- 108 ثالثا : صفات الحيابة :
- 109 رابعا : اكتساب العقار والمنقول بالحيابة :
- 111 الفقرة الرابعة : الشفعة :
- 111 أولا : التعريف بالشفعة وبيان خصائصها :
- 113 ثانيا : التصرفات والأموال المثبتة للشفعة :

114	ثالثا : أركان الشفعة :
114	رابعا : شروط ممارسة حق الشفعة :
119	خامسا : آثار حق الشفعة :
119	الفقرة الخامسة : الاستيلاء :
120	أولا : تعريف الاستيلاء :
120	ثانيا : شروط الاستيلاء :
121	ثالثا : أحكام الكنز :
122	المطلب الخامس : الملكية المشتركة وانقضاء الشيوع :
122	الفقرة الأولى : الملكية المشتركة :
123	أولا : الملكية الشائعة :
127	ثانيا : الملكية المشتركة للمقاررات المبنية :
134	الفقرة الثانية : انقضاء الشيوع بالقسمة :
135	أولا : التعريف بالقسمة وبيان أحكامها وأنواعها :
147	ثانيا : آثار القسمة :
153	المبحث الثاني : حق السطحية :
153	المطلب الأول : التعريف بحق السطحية :
154	المطلب الثاني : خصائص حق السطحية :
155	المطلب الثالث : إنشاء حق السطحية وانقضائه :
157	المبحث الثالث : حق الانتفاع :
157	المطلب الأول : تعريف حق الانتفاع :
157	المطلب الثاني : خصائص حق الانتفاع :
158	المطلب الثالث : إنشاء حق الانتفاع :
160	المطلب الرابع : انقضاء حق الانتفاع :
162	المبحث الرابع : حق العمرى :
162	المطلب الأول : إنشاء حق العمرى :
163	المطلب الثاني : التزامات صاحب حق العمرى :

163	المطلب الثالث : انقضاء حق العمرى :
164	المبحث الخامس : حق الاستعمال :
164	المطلب الأول : الأموال الخاضعة لحق الاستعمال :
164	المطلب الثاني : نطاق حق الاستعمال :
166	المبحث السادس : الكراء الطويل الأمد :
169	المبحث السابع : حق الارتفاق :
170	المطلب الأول : نشأة حق الارتفاق :
170	الفقرة الأولى : حقوق الارتفاق الطبيعية :
171	الفقرة الثانية : حقوق الارتفاق القانونية :
172	الفقرة الثالثة : حقوق الارتفاق المنشأة بإرادة الإنسان :
172	المطلب الثاني : انقضاء حقوق الارتفاق :
173	المبحث الثامن : الوقف أو الحبس :
173	المطلب الأول : تعريف الوقف :
174	المطلب الثاني : شروط الوقف :
174	المطلب الثالث : أنواع الوقف :
174	أولا - الوقف العام :
175	ثانيا - الوقف المعقب :
175	ثالثا - الوقف المشترك :
176	المبحث التاسع : الحقوق العرفية الإسلامية :
177	المطلب الأول : حق الهواء والتعلية :
177	المطلب الثاني : حق الجلسة :
178	المطلب الثالث : حق الجزاء :
179	المطلب الرابع : حق الزينة :
180	المطلب الخامس : تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة :
183	الفصل الثالث : الحقوق العينية التبعية :
187	المبحث الأول : الرهن الحيازي :

189	المبحث الثاني : الرهن الرسمي :
189	المطلب الأول : تعريف الرهن الرسمي :
190	المطلب الثاني : خصائص الرهن الرسمي :
191	المطلب الثالث : أنواع الرهن الرسمي :
191	الفقرة الأولى : الرهن الرسمي الرضائي :
192	الفقرة الثانية : الرهن الإجباري :
193	المطلب الرابع : انقضاء الرهن الرسمي :
195	المبحث الثالث : حقوق الامتياز :
195	الفقرة الأولى : خصائص حقوق الامتياز :
196	الفقرة الثانية : أنواع الحقوق الممتازة :
197	أولا : حقوق الامتياز المنقولة العامة :
197	ثانيا : حقوق الامتياز المنقولة الخاصة :
197	ثالثا : حقوق الامتياز العقارية الخاصة :
199	الملحق :
255	لائحة المراجع :
267	الفهرس :