

مركزا لدراسات في الدكتوراه : العلوم القانونية والسياسية
مختبر البحث: قانون الالتزامات والعقود
أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص
في موضوع:

عقد الممارسة بين القانون والممارسة

تحت إشراف الأستاذ:
د. سعيد البكوري

إعداد الطالبة الباحثة:
أسماء ميزات

لجنة المناقشة :

د. سعيد البكوري: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس.....رئيسا ومشرفا
د. محمد شليح: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس (متقاعد)عضوا
د. سعيد الروبيو: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة.عضوا
د. محمد بخنيف: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس.....عضوا
د. عبد القادر قرموش: أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس.....عضوا

السنة الجامعية:
2018م / 2019م
1439-1440هـ

كلمة شكر وتقدير

عرفانا بالفضل لمن هو أحق الناس بالفضل،
وعرفانا بالجميل لمن هو أحق الناس بالجميل،
هذا العمل يدين بما هو أعمق من شكر وتقدير لأستاذي
الدكتور سعيد البلوري

الذي تشرفت بقبوله الإشراف على هذه الأطروحة، والذي سهل لي طريق البحث
بإرشاداته القيمة وآراءه السديدة، والذي لم يدخر جهدا في تقديم التوجيهات
والنصائح في مضمون هذه الأطروحة وفي شكلها، على الرغم من كثرة مسؤولياته.
ولا يفوتني في هذا المقام أن أتوجه بالشكر إلى لجنة المناقشة المحترمين كل واحد باسمه:

الدكتور محمد شبلح

الدكتور سعيد الروبيو

الدكتور محمد بجنيف

الدكتور عبد القادر فرموش

الذين خصصوا بعضا من وقتهم القيم لتفحص وتنقيح هذا العمل،
سائلا مولى اللّهم أن يجزيهم خير الجزاء فهو ولي ذلك ومولاه، آمين.

إهداء

إلى من أمرت أن أقول لهما فولا كرمهما، واخفض لهما جناح الذل من الرحمة..

إلى مثلي الأعلى في الحياة، أبي العزيز..

إلى من حملني وهنا على وهن ورعتني صغيرة، أمي الغالية..

لولا دعائكما ورجائكما لما وصلت إلى هذا اليوم..

أسأل الله تعالى أن تفر أعينكما بي وبعملي هذا...

إلى زوجي العزيز الذي دعمني، وفف إلى جانبي بكل مراحل حياتنا معا، وفر لي جو

العمل والجد وأعانني في هذه المسيرة العلمية..

إلى الذين بفرحون بفرحي أخواني وأخي الغاليين جزاكم الله خيرا على ما شددتم به

أزري..

إلى عائلة زوجي المحترمة أسأل الله أن يحفظكم..

إلى كل من يعرف أسماء منارات من قريب أو بعيد..

لكل هؤلاء أهدي عملي المتواضع.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا ۖ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة، الآية 32.

المختصرات

ج : الجزء

ط : الطبعة

م : ميلادية

هـ : هجرية

ص : الصفحة

م س : مرجع سابق

ق.ل.ع.م : قانون الالتزامات والعقود المغربي

مقدمة

تعد علاقة الإنسان بالأرض علاقة قديمة، وذلك لحاجة الإنسان إلى القوت والملابس والسكن وغيرها من الحاجيات الضرورية لقوام حياة الإنسان، ولهذا نجد أن أول مصدر للرزق، يقصده الإنسان هو النبات والشجر الذي تخرجه الأرض، ومن هنا ارتبط الإنسان بالأرض ارتباطا وثيقا نابعا من حاجته إليها في كل ما يقيم حياته.

وقد سخر الله تعالى للإنسان الأرض وذلها له وجعله سيدا لها، يستغل منها ما يريد ليحقق مصلحته ويلبي حاجاته .

ومن هنا كانت الفلاحة من أقدم المهن و الحرف الإنسانية.

لقد عرف المجتمع المغربي _ كبلد فلاحِي _ ملكيات عقارية تدرجت في تكوينها وطبيعتها القانونية حسب المراحل التي مرت بها، بدءا بالملكية الشائعة وانتهاء بالملكية الفردية، وقد أثر ذلك على طرق استغلال الأرض بحسب حاجات أصحابها حسبما تكون صالحة للزراعة، وتعددت تبعا لما إذا كان مالكا يوثر استغلالها بنفسه أو عن طريق غيره¹، أي بواسطة عمال، حيث العلاقة بين الطرفين علاقة شغل، أو عن طريق الكراء، كما قد يستغل عن طريق الشياح أو في صورة شركة، أو قد يأتي على شكل مغارسة.

فمن الثابت قانونا وقضاء، أن حق الملكية يعد من أوسع الحقوق العينية وأقواها من حيث السلطات التي يمنحها للمالك، إذ يخول لصاحبه سلطة استعمال العقار واستغلاله والتصرف فيه²، وليس لصاحب حق عيني آخر على الشيء كل هذه السلطات جميعها بل لا يكون له إلا بعضها³، كأن يقتصر حقه على استغلال العقار والانتفاع بغلته وثماره.

فكانت بذلك أهم طرق استثمار الأرض في بلادنا تتم بثلاث طرق أساسية:

¹ عز الدين اعسيسو: عقد المغارسة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2002/2003م، ص: 1.

² عثمان الشعابتي : أحكام عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، ط 1، 1440/2018، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ص 9

³ محمادي لمعكشاوي: المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع و الفقه و القضاء(قانون رقم 39.08)، ط 1 ، 1434هـ/2013م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص: 30.

استغلال المالك لأرضه شخصيا أو إكراؤها للغير مقابل أجره عينية أو نقدية أو إعطاؤها مغارسة حسب طبيعة التصرف وحكمه في نطاق قواعد الفقه الإسلامي وبعض الأعراف المحلية.

ومن ضمن العقود التي تناولها الفقه الإسلامي بالدرس والتدقيق، نجد العقود المنظمة للتعامل في الميدان الفلاحي وهي : عقد المزارعة وعقد المساقاة.

وعقد المغارسة، يعد أشهر هذه العقود وأهمها لما يترتب عليه من آثار هامة، أبرزها اكتساب الغرس لجزء من الأرض والأشجار مقابل قيامه بعمله، إلا أنها لم تنل حظها من الدراسة الفقهية، كالمزارعة والمساقاة، فإذا كانت الكتب الفقهية بمختلف مذاهبها لا تخلو من ذكر باب للمزارعة وآخر للمساقاة⁴، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمغارسة، إذ لا نجد للمغارسة ذكرا في الفقه الحنفي إلا على وجه القياس والتأويل لبعض صور المساقاة على أنها تنطبق على مسألة المغارسة، وكذلك الشأن بالنسبة للفقه الشافعي، أما الفقه الحنبلي، فيذكر المغارسة على وجه المصاحبة للمساقاة لا على وجه الإستقلال في باب أو فصل معين ودون تفصيل يذكر لأحكام هذه المعاملة، وهنا يجب التنويه والإعتراف بريادة الفقه المالكي في دراسته للمغارسة.

فعقد المغارسة من أكثر العقود انتشارا بين الفلاحين، فأكثر الفلاحين يملكون أراضي زراعية لكنهم لا يستطيعون زراعتها واستثمارها لانشغالهم أو لعدم قدرتهم ماليا، بينما يكون عند طرف آخر القدرة على العمل ولكنه لا يملك الأرض الزراعية ولا الشجر، أو يكون إنسانا ذا قدرة مالية، حيث يتفق كل من الطرفين الغارس و مالك الأرض على مغارستها بواسطة عقد يتفقان عليه فيما بينهما.

⁴ كمؤلف "محمد أبو القاسم ابن جزي: القوانين الفقهية"، طبعة جديدة منقحة، دار المعرفة، الدار البيضاء، (دون ذكر سنة الطبع)، فقد خصص المؤلف بابا للمساقاة وبابا للمزارعة والمغارسة.

وقد تعززت المنظومة التشريعية ببلادنا مؤخرا بصدر القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية⁵، وقد عالجت المدونة المغارسة، هذه الأخيرة لم تكن منظمة من قبل بمقتضى نصوص قانونية، وتناولتها المدونة في المواد من 265 إلى 272 ، ضمن الكتاب الثاني تحت عنوان " أسباب كسب الملكية"، بمعنى أن عقد المغارسة من مستجدات أسباب كسب الملكية العقارية، وهو التوجه الذي أقره القضاء المغربي قبل هذا التشريع، حينما أعطى للغارس حصة من الشجر والأرض⁶.

فالمغارسة إعطاء شخص أرضه لمن يغرس فيها شجرا، على أن يكونا شريكين في الأرض والشجر بنسبة معلومة إذا بلغ الشجر قدرا معيناً من النماء.

ونظرا لخصوصية عقد المغارسة، فإن الغارس يلتزم بإعمار الأرض بالشجر المتفق عليه والحفاظ عليه إلى حين تحقق إطعام الشجر والإشهاد عليه، للحصول على حصة معينة من الأرض والشجر، مقابل حصول مالك الأرض على جزء من أرضه مغروسة.

وتجدر الإشارة إلى أن عقد المغارسة ينبني على الحرية التعاقدية بين الغارس ومالك الأرض، ومن تم فهو يندرج ضمن عقود المعاوضة⁷، كما أنه من العقود الشكلية⁸، من

⁵ - 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، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

⁶ جاء في إحدى قرارات محكمة النقض ما يلي : " يكسب الغارس صفة المالك متى بلغ حد الإطعام أو انقضى الأجل الذي حدد للغرس"

قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 31/11/2003 تحت عدد 3323، في الملف المدني عدد 1-6-02، منشور بمجلة المعيار، عدد 42، ص 173.

⁷ - عقد المعاوضة هو عقد يرتب إعطاء أو الإلتزام بإعطاء شيء من غير النقود كعوض أول مقابل إعطاء أو الإلتزام بإعطاء شيء من غير النقود أيضا كعوض ثان. وتبادل هذين العوضين هو الموصوف بالمعاوضة. ويمكن تعريفه أيضا بأنه العقد الذي تكون فيه فائدة ومنفعة متبادلة لكل من الطرفين، فهو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه. وهي عكس عقود التبرع التي لا يأخذ فيه العاقد مقابلا لما أعطاه، ولا يعطى المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه.

يراجع بهذا الخصوص:

- أستاذنا محمد شبلح: مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للإلتزامات و العقود، مكتبة الجامعيين، سحب 2006، ص 31.

- عبد الرزاق أحمد السنهاوري : شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص 134 وما بعدها.=

العقود المستمرة⁹ والملزمة للجانبين¹⁰، التي تبرم بين مالك الأرض والغراس ويقضي بقيام الأخير بغرس الأرض الزراعية بالأشجار المثمرة والتعهد بتربيتها خلال أجل معلوم مقابل حصة في الأرض والشجر، ومحل الإلتزام يرد ابتداء على أرض خالية من المغروسات لينتهي في صورة أرض مثمرة.

كانت هذه أهم الخصائص التي يتسم بها عقد المغارسة، إلا أن أهم خاصية لعقد المغارسة هي طبيعته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود، وهذه الخاصية تتجلى في ابتدائه في صورة وانتهائه في صورة أخرى، إذ يستلم الغراس الأرض المتفق على غرسها وهي أرض جرداء، لتنتهي في صورة بستان مثمر، وقد تكون هذه الخاصية واحدة من

= وقد عرفه قانون الإلتزامات والعقود في الفصل 619 على أن: "المعاوضة عقد بمقتضاه يعطي كل من المتعاقدين للآخر على سبيل الملكية، شيئاً منقولاً أو عقارياً، أو حقاً معنوياً، في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر".

فالعقل والجهد الذي ينفقه الغراس في سبيل اكتمال الغرس ووصول الأشجار إلى مرحلة الإثمار لم يأت تبرعاً، وإنما ابتغاء لعوض مقابل ذلك، ويتمثل العوض في الحصول على نصيبه من الأرض والشجر، ويقابله في ذلك ما يحصل عليه مالك الأرض من مردود اقتصادي قد يكون من أبزه الحصول على أرض مثمرة من أرض جرداء.

يراجع بهذا الخصوص:

- لفئة هامل العجيلي : التنظيم القانوني لعقد المغارسة، دراسة في ضوء أحكام القانون المدني وقانون الإصلاح الزراعي في العراق، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية القانون ، جامعة بغداد، العراق، 2017، ص 14.

8- العقود الشكلية فهي تلك العقود التي تتطلب إفراغ هذه الإرادة بشكلية معينة ولا ينعقد العقد بدونها. هنا يتعين التمييز بين المغارسة في الفقه الإسلامي عموماً الذي يأخذ بالرضائية كأصل على غرار باقي العقود، والمغارسة في مدونة الحقوق العينية التي أصبحت من العقود الشكلية، حيث أصبح هذا العقد يبرم بموجب محرر رسمي ولا ينعقد بمجرد التراضي.

وسنتناول الشكلية بتفصيل لاحقاً في هذا البحث

أما العقود الرضائية فهو التي تنعقد بتوافق إرادتي طرفي العقد دون الحاجة إلى إتباع شكل معين لانعقاده..

9- العقود المستمرة هي العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن، كالإيجار وعقد العمل والشركة، وهي عكس العقود الفورية التي يكون تنفيذها فوراً في الوقت الذي يختاره المتعاقدان وقد ينقلب العقد الفوري إلى عقد مستمر، كالبيع بثمن مقسط والاشتراك في مجلة....

يراجع بهذا الخصوص :

- عبد الرزاق أحمد السنهوري : شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، ج 1، ص 142.

فالزمن عنصر جوهري في عقد المغارسة - كما سنرى لاحقاً بتفصيل-، إذ يعد من العقود المستمرة التنفيذ ويلزم الغراس بالاستمرار في العناية بالمغروسات بعد غرسها طوال المدة، ذلك أن مجرد غرس الأشجار لا تجعل منه عقداً فورياً للتنفيذ، لأن إثمار الأشجار يحتاج إلى مدة طويلة من العناية.

10- العقود الملزمة للجانبين أو العقود التبادلية هي التزام العاقدتين بالتقابل فيما بينهما، وكل منهما نحو الآخر، وهي تلك العقود التي تنشئ منذ تكوينها التزامات متقابلة. وعقد المغارسة ينطوي على الإلتزام والإلتزام بالنسبة للغراس أو لمالك الأرض. والعقود الملزمة للجانبين هي عكس العقد الملزم لجانب واحد أو العقود غير التبادلية والتي هي عقود لا تنشئ التزامات إلا في جانب واحد.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري : نظرية العقد، ج 1، م س، ص 130.

لما كان طرفاً عقد المغارسة هما مالك الأرض والغراس، فإن المشرع قد رتب التزامات وحقوق متقابلة على طرفيه.

الأسباب التي لا تجعل من عقد المغارسة صورة من صور الإجارة التي تناول قانون الالتزامات والعقود أحكامها تحت عنوان "في إجارة الصنعة وإجارة الخدمة" في الفصول من 723 وما بعدها.

وهذه الطبيعة الخاصة لعقد المغارسة، تقودنا إلى اعتبارها صورة من صور الاستثمار الزراعي، والتي يمكن من خلالها توظيف الأرض الزراعية في نشاط استثماري وخاصة في البنوك التشاركية، فيمكن لمؤسسة البنك التشاركي أن توفر الأرض والشجر المراد غرسه للغرس، ويقوم هو بالعمل اللازم مقابل جزء من الأرض بأشجارها بحسب الإتفاق.

وعقد المغارسة كغيره من العقود، تترتب عليه جملة من الإشكالات وتناوله بالتحليل يستلزم حل مجملها، بدءا بتحديد المقصود من عقد المغارسة، وانتهاء بمسألة انقضائه.

وقد نظم المشرع المغربي المغارسة كسبب من أسباب كسب الملكية بموجب مدونة الحقوق العينية، وهي في مجملها نفس الأحكام التي نص عليها فقهاء المذهب المالكي¹¹، الذين اعتنوا بهذا العقد عناية كبيرة من خلال تخصيصهم لباب جامع لأحكام عقد المغارسة، كما جاءت اجتهاداتهم واضحة ودقيقة، تستجيب لكل زمان ومكان، فليس هناك قضية ولا مشكلة عرضت عليهم بخصوص العقود الفلاحية عموما، وعقد المغارسة خصوصا، إلا واستتبوا لها حكما، وذلك بخلاف المذاهب الأخرى كالمذهب الشافعي، الحنبلي والحنفي، الذين لم يخصصوا بابا أو فصلا مستقلا لهذا العقد، وحتى وإن

¹¹ المذهب المالكي هو المذهب الرسمي للمملكة المغربية.

ويرجع تأسيس هذا المذهب إلى الإمام مالك بن أنس بن مالك عامر الأصبحي، المولود بالمدينة سنة 93هـ، والمتوفى سنة 179هـ. يأخذ الإمام مالك كغيره من الأئمة بالمصدرين الرئيسيين للتشريع الإسلامي القرآن والسنة، بالإضافة إلى الإجماع، غير أنه ينفرد عن بقية الأئمة باكتفائه بإجماع أهل المدينة فقط، لأنهم أدركوا الناسخ والمنسوخ.

للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص يراجع:

- عبد الكريم الطالب: مركز الفقه الإسلامي في القانون المدني المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية 1995/1996، ص 30، 31.

ذكر، فهو على وجه التأويل لبعض صور المساقاة أو المزارعة على أنها تنطبق على مسألة المغارسة.

وهكذا، ومن أجل جمع أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بموضوع المغارسة، عمل المشرع المغربي على إصدار مدونة للحقوق العينية توحيدا للإجتihad وضمانا لتحقيق الأمن القانوني¹².

ومن هنا سنبين أسباب اختيارنا لهذا الموضوع وأهدافه والصعوبات التي اعترضتنا والمنهجية المتبعة والإشكالية التي يطرحها، ونخلص إلى خطة البحث وذلك فيما يلي:

أولا: أسباب اختيار الموضوع وأهميته

موضوع عقد المغارسة موضوع قديم جديد، جدير بالبحث لما استجد فيه من أحكام قننها الفقه الإسلامي ونصت عليها مدونة الحقوق العينية، ولم يحظ بدراسة علمية أكاديمية، جمعت بين الفقه الإسلامي عامة والفقه المالكي خاصة، ومقارنة ذلك بمقتضيات وأحكام مدونة الحقوق العينية التي تناولته كسبب من أسباب كسب الملكية.

كما أن القيام بالبحث في أمهات كتب الفقه الإسلامي، واستقراغ الجهد للنظر في أحكام المغارسة وخصوصيتها، والبحث كذلك في النصوص القانونية المنظمة لهذه المعاملة للوصول إلى فكرة أساسية مفادها أن هذه الأخيرة مستمدة في مجملها من أحكام

¹² يعتبر الأمن القانوني المدخل الأساسي والمركزي لتأمين الأمن الاجتماعي والأمن الاقتصادي، وهو ما يقتضي دسترة مبدأ الأمن القانوني، وهو الاتجاه الذي أخذت به بعض الدساتير، ومن أهمها الدستور الألماني، الذي أكد على مبدأ الأمن القانوني منذ الستينات من القرن 20، وهو ما أخذت به أيضا المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذا مجلس الدولة الفرنسي، والمجلس الدستوري الفرنسي، لكن لا نجد في الدستور الفرنسي أو في الدستور المغربي ما يرجح هذه الفرضية، ولا في القوانين الوطنية.

وهكذا فإن المحاكم الدستورية أو المجالس الدستورية هي من تتولى وظيفة ضمان الأمن القانوني، إلى جانب المحاكم الأخرى، تبعا لنظام الرقابة المعتمد على دستورية القوانين من عدمها، والتي قد تكون قبلية أو لاحقة، مركزية أو قضائية.

يراجع في هذا الإطار:

- مصطفى بن شريف: الأمن القانوني والأمن القضائي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني بتاريخ 8 مارس 2013 على الساعة 01:25 www.hespress.com

الفقه الإسلامي، ومقارنة ذلك مع بعض قوانين الدول العربية للخروج بخلاصة، توطر البحث في الموضوع وتؤدي إلى نتائج بحثية منطقية.

هذا بالإضافة إلى أن بحث عقد المغارسة كعقد استثماري لاسيما في المجال الفلاحي، وما تنظيم المشرع المغربي لمؤسسة البنوك التشاركية والنص على منتوجات تمويلية بديلة كالمغارسة باعتبارها صيغة تمويلية، يمكن من خلالها إحياء هذه المعاملة كشكل من أشكال الاستثمار الفلاحي في جانبه المتعلق بالأشجار والأعشاب التي تدوم في الأرض. وأن طرح فكرة المغارسة كصيغة تمويلية في البنوك التشاركية، يبقى سببا من أسباب البحث في الموضوع.

ثانيا: أهداف البحث

إبراز أحكام المغارسة في مدونة الحقوق العينية، ومدى اتساع هذه المعاملة لتشمل ما استحدث في عصرنا من عقود ومعاملات كعقود التمويل بالمغارسة في البنوك التشاركية.

الإحاطة بأهم جوانب عقد المغارسة، من أجل التعرف عليه أكثر، من حيث قيام الغارس بالأعمال الموكولة إليه واستثمار أمواله، مقابل الحصول على حصة من الشجر والأرض.

ثالثا: صعوبات البحث

اعترضت طريقنا بعض الصعوبات بخصوص موضوع بحثنا هذا، منها :

1- قلة المصادر العلمية خصوصا في ميدان مدونة الحقوق العينية، مما يجعلنا مضطرين للرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود وإلى بعض القوانين المنظمة لعقد المغارسة والإستعانة بالقياس لإسقاط أحكام بعض العقود كالمزارعة والمساقاة على عقد المغارسة.

2- صعوبة الحصول على المادة العلمية في بطون أمهات الكتب الفقهية، لكون الأحكام فيها جاءت منثورة في مواضيع متفرقة في بعض الأحيان، ومجملة أحيانا أخرى في مؤلفاتهم، لهذا جاء المجهود منصبا في جمع هذه الأحكام والترجيح بينها و ترتيبها وعرضها وفق منهجية البحث العلمي الأكاديمي.

3- كما أن القواعد المؤطرة لهذا العقد هي في حقيقة الأمر مشتتة في مصادر عدة، فتارة نجدتها في أمهات الكتب الفقهية، وتارة في صورة فتاوى أو آراء عريضة لم تكن هي المقصودة بذات النازلة، وتارة أخرى في الأعراف المحلية وتارة أخرى في القواعد العامة أو الخاصة.

4- صعوبة البحث في الكتب القانونية التي تناولت شرح العقود المسماة في قانون الالتزامات والعقود، كل ما ألف في الموضوع يحوم حول النظرية العامة للالتزامات، ولم تتطرق إلى أحكام المغارسة.

5- صعوبة الحصول على بعض الوثائق المهمة والتي كانت ستزيد الموضوع دقة وتشويقا وغنى من الناحية التطبيقية، كما هو الشأن بالنسبة لبعض العقود التي تحصلت عليها والمنصبه على أراضي الأوقاف لمدينة وزان، التي أثارت العديد من المشاكل على المستوى العملي.

إلا أنه ومن خلال جولتي الميدانية لكل من محكمة الاستئناف بالناظور، بركان ووجدة، أكد لي بعض القضاة المختصين في المجال العقاري أنه لم تصدر أحكام بهذا الخصوص منذ مزاولتهم لمهامهم، ونفس الشيء بالنسبة للاطر العاملة بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية لكل من الناظور، بركان، وجدة، صفرو والحسيمة.

هذا ما دفعني إلى إجراء مقابلات شخصية شفوية مع بعض الفلاحين أصحاب أراضي، خاصة بمدينة الناظور، الدريوش، الحسيمة، فكان جواب أغليبتهم هو عدم القيام بالمغارسة والاعتماد على معاملة *الخماس*، رغم أن التعامل بعقود الخماسة في طريق التهميش لوجود أنماط الاستغلال الفلاحي الأخرى كالكراء الفلاحي والذي اثر بشكل كبير على بعض هذه الأنماط، إذ أصبح المكثري الذي لم يكن معروفا في المغرب بشكل كبير مكانة الخماس، إذ عوض أن يحصل

الفلاح الخماس على نسبة من المحصول أصبح المكثري عوضه يحصل على مبلغ محدد من المال سنويا، وهو ما ساعد هذا النوع من العقود على أن يتصدر باقي أشكال العقود الفلاحية الأخرى وأن يعرف انتشارا واسعا في المجتمع المغربي، لا لشيء سوى بسبب وجود قواعد منظمة ومحكمة له ولا ارتباطه بطرق الاستغلال العصرية.

وفضلا عن ذلك فقد كانت القبائل في المناطق الريفية تتعصب في الحفاظ على أراضيها وعدم السماح بدخول الغير الأجنبي من خارج القبيلة، خاصة إذا تعلق الأمر بملكية جزء من أراضيها وهو ما حد من نطاق عقد المغارسة وغيره من التصرفات القانونية التي تنصب على أراضي فرد من الجماعة إذ غالبا ما تقتزن صحتها بموافقة أعضاء الجماعة، وهو ما يعرقل تداولها.

رابعا: منهجية البحث

لمقاربة موضوع البحث اعتمدنا مجموعة من المناهج منها:

1: المقارنة وقد اتخذت شكلين:

أ : مقارنة بين المذهب المالكي وباقي المذاهب الأخرى، واقتصرننا في المقارنة على المذاهب المشهورة (الحنفية، الحنابلة، والشافعية).

ب : أما خارج الفقه الإسلامي، حاولنا أن نقارن بين أحكام هذا الفقه وأحكام بعض التشريعات الحديثة التي نظمت عقد المغارسة، ثم حاولنا القيام بالمقارنة بين أحكام الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية، فضلا عن تحليل النصوص وبيان موقف القضاء المغربي.

ثانيا : التحليل والتأصيل، لم نكتف ببيان الحكم الشرعي مجردا في كل مسألة، بل حاولنا تفسير مبرراته، مع دراسة أحكام المغارسة في مدونة الحقوق العينية دراسة علمية، تهدف إلى جمع أحكام المغارسة في بحث مستقل، بدءا بدراسة الفقه الإسلامي وربط كل

فكرة بمصدرها في نصوصها الأصلية، والإستشهاد بآراء الفقهاء وأقوالهم المؤصلة ليكون الأصل للإنطلاقة، كي نخضع مواد مدونة الحقوق العينية الخاصة بالمغارسة لذات المنهج.

ثالثا : التمييز والترجيح، فموضوع البحث اقتضى التقيد بأقوال المذهب المالكي، الذي جرى به العمل أو المشهور أو الراجح¹³، فدرسنا أحكام الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية دراسة موازية في مباحث ومطالب وفقرات، لكي تكون المقارنة تامة وشاملة تعطي صورة واضحة عن التشريعين معا، عكس بعض الدراسات التي تفصل بينهما، فتخصص للفقه بابا وللقانون بابا آخر، لأن الباحث سيتعب حينما يجري مقارنات بنفسه بين موضوعين منفصلين في البناء لا يجمعهما إلا مؤلف واحد.

كما راعينا في تصميم البحث التقسيم المنطقي التسلسلي التدريجي، فبدأنا أولا بتعريف عقد المغارسة، مشروعيتها و تكييفه، ثم تمييز عقد المغارسة عن بعض العقود المشابهة، سواء تلك المنظمة من طرف القانون أم غير المنظمة، ثم الآثار التي تترتب عنه من التزامات وأنهيته بأسباب انقضاء العقد.

¹³ يطلق مصطلح " **ما جرى به العمل** " على العمل الفقهي والقضائي الذي خالف العمل بالراجح أو المشهور في المذهب أخذا بالظروف إما لدرء مفسدة أو جلب منفعة. بالإضافة إلى ما جرى به العمل، نجد مصطلحي " الراجح " و " المشهور " من مذهب الإمام مالك. ف " **الراجح** " : اختلف الفقهاء في تعريف الراجح على قولين : الأول يعرف الراجح بأنه ما قوي دليله، أما الثاني فيعرفه بأنه ما كثر القائل به، والصواب هو الأول وعليه أكثر فقهاء المذهب المالكي، ويرى أصحاب الرأي الأول أن ما قوي دليله هو رأي مالك نفسه أو المتأخرين من أقواله. و " **المشهور** " : ما كثر القائلون به ولو ضعف الدليل على أنه رأي مالك، و هذا رأي يجعل الراجح أكثر وأعلى مرتبة من المشهور.

يراجع بهذا الخصوص:

- حسن منصف: أحكام الهيئة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2000/1999، ص 45 وما بعدها.

- عبد الكريم الطالب: م س، ص 48 وما بعدها.

- محمد بوحسوي : وضعية العقار بين النصوص الشرعية و القوانين المدنية، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، السنة الجامعية 2000/1999، ص 39 و ما بعدها.

عرفنا بالمصطلحات التي رأينا بأنها تحتاج إلى تعريف من الناحية اللغوية، الفقهية والقانونية.

حاولنا أن نعدد وننوع في المصادر المعتمدة.

خامسا: إشكالية البحث

بعد جمع مجموعة من المراجع التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالموضوع والقيام بعملية الفحص التي يتطلبها البحث العلمي، فتوصلنا إلى صياغة الإشكالية المحورية لموضوع عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية التي تشكل الخط الناظم لهذا البحث، وهي:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية الغارس ومالك الأرض من خلال تنظيمه لأحكام عقد المغارسة في مدونة الحقوق العينية؟

وهل أضافت مدونة الحقوق العينية جديدا لعقد المغارسة غير ما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي؟

ومحاولة منا للإحاطة بهذه الإشكالية التي يطرحها الموضوع، اعتمدنا خطة ممنهجة لبحثه بشكل سليم.

سادسا: خطة البحث

لعل المسلك الذي يبدو قويا ومنطقيا لبناء منظور عام لمثل هذا الموضوع، هو جعل مفهوم المغارسة مقرونا بالعقد في دراسته، خاصة أن مصطلح المغارسة نشأ نسبة إلى العقد أي عقد المغارسة.

وقد سمح لنا هذا البحث دراسة أحكام هذا العقد وآثاره، باعتبار احترام الغارس و صاحب الأرض للأحكام هو مؤشر مسبق على صحة أو فساد عقد المغارسة برمته، وقد توصلنا إلى ما يلي:

- 1- بحث مفهوم المغارسة ومشروعيتها و حكمها من خلال الفقه الإسلامي والقانون.
- 2- بيان كيفية نشأة أو تكوين عقد المغارسة، وما تتطلبه هذه النشأة من أركان وشروط معلومة وضرورية في تكوين العقود (كالعاقدين، صيغة المغارسة، شروط أرض المغارسة، شروط الشيء المراد غرسه، العمل ومدته، و حصة العاقدين) فقها و قانونا.
- 3- الحديث عن آثار المغارسة بنوعيتها الصحيحة و الفاسدة والضمانات القانونية للغارس من خلال مدونة الحقوق العينية.
- 4- بيان دور التمويل بالمغارسة في البنوك التشاركية.
- 5- الحديث عن إنقضاء عقد المغارسة.
- 6- ولمقاربة الموضوع إرتأينا تقسيمه إلى بابين كالتالي:

الباب الأول : قيام عقد المغارسة

الباب الثاني : آثار عقد المغارسة

الباب الأول:

قيام عقد المغارسة

تعد المغارسة من المعاملات الزراعية التي يراد بها غرسة الأرض البيضاء الخالية من الشجر قصد إعمارها بالأشجار المثمرة على وجه الشركة بين مالك الأرض و العامل الذي يسمى الغارس.

وبالرجوع إلى آراء الفقه الإسلامي، يظهر لنا أن الفقه المالكي هو الذي اعتنى بأحكام هذا العقد، بحيث امتدت عناية فقهاء المالكية بأحكام المغارسة إلى درجة تخصيص مسائلها بكتب مستقلة.

ومن الفقه الإسلامي اقتبس المشرع المغربي أحكاما لتنظيم عقد المغارسة من خلال إصدار القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الذي عرف عقد المغارسة بكونه عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض و الشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام كما أورد لها بعض الأحكام.

ومن أجل الإحاطة بماهية المغارسة، سنعمل على بيان مفهوم المغارسة لغة واصطلاحا في الفقه الإسلامي على مذاهبه الأربعة (المالكية، الحنفية، الشافعية والحنابلة) وأيضا من الناحية القانونية، ثم البحث عن مشروعية عقد المغارسة، وموقف الفقهاء من هذه المعاملة وأدلتهم على جوازها ومنعها، وكذلك موقف القانون من مشروعية عقد المغارسة، وخاصة مدونة الحقوق العينية، و ما الحكمة من تشريع هذه المعاملة.

كما أنه لا بد من التمييز بين عقد المغارسة وبعض العقود المشابهة له سواء تلك المنظمة من قبل المشرع أو غير المنظمة لنتمكن من تكييفه قانونيا مع ضرورة الإشارة إلى أنواع عقد المغارسة وصوره، هذا فيما يتعلق بالفصل الأول.

أما الفصل الثاني، فسنعالج فيه مرحلة تكوين عقد المغارسة من خلال دراسة أركانه وصيغته، ولا سيما المحل الذي يتجلى في أرض المغارسة و الشيء المراد غرسه مع تحديد شروطهما، بالإضافة إلى أهم ركن في هذا العقد وهو ركن السبب وذلك من

خلال العمل الواجب على الغارس القيام به في عقد المغارسة وتحديد حصته من الأرض و الشجر، ومع توفر هذه الشروط، فإن الغارس لا يستحق الحصة المستحقة إلا بعد مضي مدة محددة منصوص عليها في العقد، وذلك باعتماد التقسيم التالي:

الفصل الأول : ماهية عقد المغارسة

الفصل الثاني : أركان عقد المغارسة

الفصل الأول: ماهية عقد المغارسة

يقتضي البحث عن ماهية عقد المغارسة الغوص في الكتب الفقهية والقانونية قصد التعرف على مفهومه ومعناه¹⁴، والبحث في مشروعيته، لأنه وفقاً للقاعدة الفقهية "إن الحكم على الشيء فرع من تصوره"، تستوجب تحديد معنى الشيء للوصول لحكمه ومناط مشروعيته، ومن هنا فإن الفقهاء منهم من عرّف المغارسة من خلال عناصرها الأرض والغرس والمالك، ومنهم من عرّفها من خلال الغرض منها وشبهها بالمساقاة والمزارعة، ومنهم من استنبط الأحكام من هذه وتلك لتطبيقها على مسائل ونوازل، يتعلق موضوعها بالغرس سواء كان شجراً أم زرعاً.

كما أن عقد المغارسة قد يختلط ويتشابه مع بعض المعاملات كالإكراء الفلاحي، الإنتفاع وإحياء أراضي الموات، وقد يقترب ببعض العقود المنظمة في الفقه الإسلامي منها المساقاة والمزارعة، وهذا يدفعنا إلى بحث مناط التمييز بينها وبين ما ذكر.

¹⁴لفظ **المغارسة**: وهي مفاعلة، وأصلها أن تكون لصدور الفعل من اثنين نحو المناظرة، والمدافعة، فمقتضاها أن كل واحد يغرس لصاحبه وليس كذلك، بل أحدهما الغارس، فيتعين أن يجاب بما تقدم في المساقاة والمغارسة فيطالع من هناك.

- شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي الشهير بالقرافي: الذخيرة، ج 6، ط 1، 1994، دار الغرب الإسلامي - بيروت، لبنان، ص: 137.

ومن غرس الشجر والشجرة يغرسها غرساً، والغرس الشجر الذي يغرس، والجمع أغراس، والغراس زمن الغرس، والمغرس: موضع الغرس، والفعل الغرس، والغراس: ما يغرس من الشجر، والغرس القضيب الذي ينزع من الحبة ثم يغرس، والغريسة: شجر العنب أول ما يغرس. والغريسة: النواة التي تزرع، والغريسة: الفسيلة ساعة توضع في الأرض حتى تعلق، والجمع غرائس وغراس، الأخيرة نادرة. والغراس فسيل النخل. وغرس فلان عندي نعمة أثبتها.

- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي: لسان العرب، مادة غرس، المجلد الخامس، دار صادر، لبنان، ص: 26.

كما جاء في القاموس المحيط: غرس الشجر يغرسه: أثبته في الأرض.

- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة غرس، ط 8، 1426هـ/2005م، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص: 561.

المغارسة في اللغة تأخذ معنى إثبات الغرس في الأرض قصد استنباته، فالمغارسة معاقدة على الغراس، وتسمى عند أهل الشام المناصبة أو المشاطرة.

- المؤلفون: الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 37، مرض الموت- مصاهرة، ط 1، 1418هـ/1997م، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ص: 113.

كما أن عقد المغارسة، يقترب من الإجارة والجعل إلى درجة التطابق في العناصر وإلى حد الإنسجام.

وعلى هذا الأساس، ستم معالجة هذا الفصل في بحثين، بحيث سنتعرض لمفهوم المغارسة وتحديد مشروعيتها في المبحث الأول، على أن نخصص المبحث الثاني لطبيعة عقد المغارسة وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة له.

المبحث الأول: مفهوم المغارسة ومشروعيتها

سكت أغلب فقهاء المذاهب عن إعطاء تعريف ومفهوم دقيق للمغارسة، غير أن فقهاء المذهب المالكي وبعض الجمهور من الفقهاء الآخرين، عرّفوا عقد المغارسة وبينوا بعض أحكامه، على تفاوت في ذلك بينهم، يرجّح لصالح فقهاء المالكية. أما في القانون، نجد بعض القوانين المقارنة التي نظمت أحكام عقد المغارسة، من بينها المشرع المغربي الذي عمل مؤخرا على تنظيمه في إطار مدونة الحقوق العينية.

ولمعرفة مفهوم المغارسة وحكمها الشرعي، وهل عرّفها المشرع المغربي في إطار مدونة الحقوق العينية وكذا بعض القوانين المقارنة التي نظمتها مع تبيان أوجه تشابه واختلاف هذه التعاريف مع المفهوم المعطى لها من قبل بعض المذاهب الفقهية التي عالجت المغارسة كمصطلح أو عالجت كموضوع مستقل أو في إطار المساقاة والمزارعة.

بناء على ما سبق، سنعمل على تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين إثنين، نتناول في المطلب الأول مفهوم المغارسة فقها وقانونا، على أن نبين في المطلب الثاني مشروعيتها وتكييف المغارسة.

المطلب الأول: مفهوم المغارسة

يقتضي بحث وتحديد مفهوم المغارسة سواء من الناحية الفقهية أم القانونية، دراسة مجمل التعاريف التي قال بها فقهاء المالكية من جهة وجمهور الفقهاء من حنابلة، شافعية وحنفية من جهة أخرى، مع التطرق إلى تعاريف بعض القوانين المقارنة ومدونة الحقوق العينية التي عملت على معالجة الموضوع والتركيز بالأساس على ما إذا كانت التعاريف الواردة بها متطابقة كلاً أو بعضاً صياغة أو مضموناً مع ما هو وارد في تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية.

وعليه سندرس مفهوم المغارسة في الفقه الإسلامي في الفقرة الأولى ونبحث مفهوم المغارسة قانوناً في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم المغارسة في الفقه الإسلامي

سنحاول بيان مفهوم المغارسة من خلال المذاهب الفقهية التي تطرقت إليه، أو أشارت إليها فقط، نظراً لكون المغارسة لم تعرف في الفقه الإسلامي كما عرفت المزارعة¹⁵ والمساواة¹⁶، فقد سكت أغلب فقهاء المذاهب عن هذه المعاملة. غير أن فقهاء المالكية وبعض فقهاء الحنابلة، عرّفوا المغارسة وبيّنوا بعض أحكامها على تفاوت في ذلك بينهم يرجح لصالح فقهاء المالكية، حيث إنهم اعتنوا

¹⁵ **تعريف المزارعة** : عقد على الزرع ببعض الخارج. ينظر في هذا الإطار: محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، م س ، ج 5، ص 174. وكذلك هي الشركة في الحرث. ينظر في هذا الخصوص: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: م س ، ص: 390. وبما أن الخماس شريك، فتكون المزارعة على هذا الشكل جائزة للضرورة، حيث قال صاحب العمليات: وأجرة الخماس أمر مشكل***** وللضرورة بها تساهل.

ينظر في هذا الإطار: - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، إصدار وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية 1422 هـ/2001م ، مطبعة فضالة، المحمدية، ص: 35 ¹⁶ **تعريف المساواة** : عرف الحطاب المساواة بأنها: القيام على تعهد الشجر مقابل بعض الخارج من ثمرها.

ينظر في هذا الإطار: - أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، ج 4، ط 1 ، سنة 2004 ، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان ، ص: 372. أما ابن جزى فقد عرف المساواة أن يدفع الرجل شجرة لمن يخدمها وتكون غلتها بينهم. - محمد أبو القاسم ابن جزى : م س ، ص 240.

بالمغارسة وبيّنوا أحكامها (أولا) إلا أن هذا لا يمنع من عرض تعاريف جمهور الفقهاء المسلمين (ثانيا).

أولا : تعريف المغارسة لدى فقهاء المالكية

يقصد بالمغارسة لدى فقهاء المذهب المالكي : جعل وإجارة، وذات شركة في الأصل¹⁷، فابن عرفة لم يعرف المغارسة كما عرف المزارعة والمساقاة، وإنما اكتفى بالإشارة إلى أنواعها وأقسامها فقط¹⁸. أما ابن جزي فقد عرّفها كما يلي: "المغارسة هي أن يدفع الرجل أرضه لمن يغرس فيها شجرا"¹⁹.

يلاحظ أن هذا التعريف جاء مطلقا، بحيث يشمل حالة من يدفع الأرض لمن يغرسها على وجه الشركة و حالة من يدفعها على وجه الإجارة أو على وجه الجعل، لأن هذه هي الوجوه المحتملة لورود المغارسة عليها.

ومثله ماورد في جواهر الإكليل للأبي الأزهري من أن المغارسة هي : "العقد على غرس شجر في أرض بعوض معلوم"²⁰.

والرصاع في شرح الحدود، يرى أن المغارسة: "تعمير أرض بشجر بقدر معلوم كالإجارة أو كالجعالة أو بجزء من الأصل"²¹.

¹⁷ - أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، القسم الثاني، ط 1 ، 2008 ، دار الغرب الإسلامي، تونس، ص: 391.

¹⁸ المغارسة هي جعل وإجارة، وذات شركة في الأصل.

- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: م س ، ص: 391.

قال الرصاع: الشيخ لايتوهم انه ذكر حدا للمغارسة، فإن ذلك ليس بحد لها وإنما هو تقسيم لها، فيقال: عليه الحكم عليها بذلك لا يستدعي معرفتها وتمييزها، وغايته أنه بين أنها تارة تكون إجارة، وتارة تكون جعالة وتارة تكون شركة في الأصول .

يراجع بهذا الخصوص:

- محمد بن عرفة الورغمي التونسي : المختصر الفقهي، كتاب المغارسة، تحقيق حافظ محمد الخير، ج 8 ، ط 1، 1435هـ/2014م، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، دبي، دولة الامارات المتحدة، هامش 1، ص 148.

- خليل بن اسحاق المالكي : مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، ط 1، 1424هـ/2003م، دار الرشد الحديثة، الدار البيضاء، ص 515.

¹⁹ - محمد أبو القاسم ابن جزي: م س ، ص 242.

²⁰ - صالح عبد السميع الأبي الأزهري: جواهر الإكليل (شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التنزيل)، ج 2، مصر ، ص: 182.

- والعوض قد يكون عبارة عن جزء شائع كما هو الشأن في الشركة، او يكون عبارة عن قدر معين غير شائع كما هو الحال في الإجارة والجعالة.

²¹ - أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح الحدود، م س ، ص: 550.

أما الإمام البرزلي، فقد قال في جامع مسائل الأحكام: "اسم المغارسة العام: معاملة على مؤونة الشجر، والخاصة: معاملة على مؤونة الشجر والثمرة والأرض"²².

هذا الأخير نجده يشير إلى صحيح المغارسة و فاسدها من حيث إن المعاملة على الشجر قد تكون على الوجه المشروع الذي يهدف إلى تعمير الأرض بأشجار معينة والقيام عليها إلى أجل معين على أن تكون الأرض والشجر بينهما على وجه الشركة، فتكون المغارسة صحيحة أو من حيث إنها قد تكون فاسدة إذا وقعت على غير هذا الوجه.

وفي جامع ابن يونس، فتعريفه للمغارسة هو: "أن يعطيه أرضه يغرسها صنفا من الشجر أو أصنافا يسميها له، فإذا بلغت شبابا سميها أو حدا يشبه الشرط في انبساطها وارتفاعها كانت الأرض والشجر بينهما على النصف أو الثلث أو الثلثين، أو جزءا مسمى"²³. وهذا تقريبا ما أورده القرافي في الذخيرة²⁴.

بينما عرفها الشيخ محمد عليش بقوله: "إن المغارسة هي العقد على غرس شجر في أرض بعوض معلوم من غيرهما إجارة، أو جعالة أو بجزء شائع منهما شركة"²⁵.

من خلال هذا التعريف، يتضح أنه يتفق مع تعريف الآبي الأزهري ويضيف عليه بالنص على كون العوض إذا كان من غير الأرض والشجر فالعقد إجارة أو جعالة، وإذا كان منهما فالعقد شركة.

من هذا التعريف، يتجلى أنه يشتمل على خمسة فصول، يحصل معه تمام التعريف وشموليته:

²²- أبو القاسم البرزلي: جامع مسائل الأحكام، خع، رقم 531 ق، ج 2، ص: 149.

²³- ابن يونس: الجامع، خع، رقم 8231، ج 7، ص: 73.

²⁴- شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي الشهير بالقرافي: الذخيرة، م س، ص: 139.

²⁵- محمد عليش: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، ج 7، 1409هـ/1989م، دار الفكر- بيروت، لبنان، ص: 417.

أ : إن المغارسة "عقد"، والعقد في التعريف يشمل المعرف: وهي المغارسة وسائر العقود.

ب : إن عبارة " على غرس الشجر " الواردة في التعريف فصل خرج به العقد على غير الشجر، والمراد بالشجر هنا ما له ثمر من الأشجار التي لها أصول ثابتة: كالكرم والتين ونحوهما مما يطول مكثه سنين: كالقطن والزعفران لا ما لا يطول مكثه: كزرع وبقل، فإن المغارسة فيه لا تجوز²⁶.

ج : وعبرة: " بعوض معلوم " فصل أخرج التوكيل على غرس شجر بلا عوض فلا يسمى مغارسة.

د : عبارة " من غيرها " فصل بين أن العوض يصح أن يكون من غير المعمول الذي هو الأرض والشجر، فيصح أن يكون العوض عينا أو عرضا أو طعاما أو حيوانا على وجه الإجارة اللازمة بعقدها، والتي لم يشترط في استحقاق عوضها توقفه على الإتمام، أو على وجه الجعالة غير اللازمة بعقدها المتوقف استحقاق عوضها على الإتمام.

ي : أما عبارة " أو جزءا شائعا منهما " فصل بين أن المغارسة تجوز أن يكون العوض فيها عبارة عن جزء من الأرض والشجر على وجه الشركة²⁷.

إذن، فالملاحظة التي يمكن الخروج بها بناء على التعاريف السابقة الذكر وغيرها، أن الفقهاء عرفوا المغارسة بتعاريف متعددة وهي في مجملها تتفق في تقارب معناها وإن اختلفت عباراتها من ناحية، وكذلك تتراوح بين الإتساع والتضييق من ناحية أخرى.

²⁶ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، ج2، ط2، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص: 196.
²⁷ - محمد عليش: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، م س، ص: 417 و 418.

غير أن بعضها يتميز بشموليتها، فالتحديد الذي وضعه ابن عرفة لعقد المغارسة ليس تعريفا بالمعنى القانوني، فهو لم يرسمه بل اكتفى فقط بتحديد أقسام المغارسة وهو ما آخذه عليه بعض الفقهاء كما جاء في شرح الحدود للرصاص: "ولم يحدها ابن عرفة وما زلت أستشكل عدم رسمه لها ولم يظهر قوة جواب عنه لما ذكر أنها رجعت للأبواب الثلاثة وقد رسمها، استغنى بذلك عن رسمها"²⁸.

أما تعريف ابن جزي، فيؤاخذ عليه أنه لم يقيد المغارسة ولم يحصرها في الصورة التي نبحثها وهو بذلك يتفق مع ابن عرفة في جعل المغارسة تتدرج بجميع صورها في إطار تعريفه.

بينما تعريف البرزلي، فيؤاخذ عليه أنه قسم عقد المغارسة إلى عامة وخاصة، وكأنه يشير بالعامة إلى المساقاة²⁹، لأنها من حيث المعنى قيام بمؤونة الغرس، فتكون مغارسة من هذا الوجه، ويؤيد هذا أن بعض الفقهاء عرف المساقاة بما عرف به الإمام البرزلي المغارسة عامة.

كذلك تعريف ابن يونس في الجامع لا يشمل جميع أنواع المغارسة عند المالكية.

إلا أن التعريف الشامل لعناصر المعرف والمانع من دخول عناصر غيره فيه، فهو تعريف الشيخ عlish، حيث يمكن اعتباره أحسن التعاريف المرسومة للمغارسة عند فقهاء المالكية، نظرا لوضوحه وسلامته من الملاحظات فيما يتعلق بقصور التعاريف الأخرى عن تصوير معنى المغارسة وعدم شموليتها.

²⁸ - محمد بن أحمد ميارة الفاسي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، ج 2، دار الفكر، بيروت- لبنان، ص: 123.

- عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، م س، ص 133.

²⁹ - عبد اللطيف البغيل: أحكام المعاملات الزراعية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، ج 2، جامعة القرويين، كلية الشريعة، فاس، السنة الجامعية 1422هـ/2002م، ص: 682.

ثانيا : تعريف المغارسة لدى جمهور الفقهاء

لم يعرف الفقهاء المغارسة بالمعنى الدقيق للمصطلح، وإنما تكلموا عنها أو أشاروا إليها فقط وبسطوا أدلتهم على جوازها أو عدم جوازها.

ويقصد بجمهور الفقهاء: الفقه الحنبلي، الفقه الشافعي والفقه الحنفي، وهذا ما سنتناوله على التوالي في ما يلي:

أ : معنى المغارسة عند الفقه الحنبلي

المغارسة عند فقهاء الحنابلة هي المناصفة، فعبرة الحنابلة كما وردت في المغني: إن دفع المالك للعامل على أن الأرض والشجر بينهما فالمعاملة فاسدة وجها واحدا، لأنه شرط اشتراكهما في الأصل (الشجر) ففسد، كما لو دفع إليه الشجر أو النخل ليكون الأصل والثمرة بينهما، أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما، وحينئذ يكون للعامل أجر المثل³⁰، لكن إن سقاه على شجر يغرسه ويعمل فيه حتى يحمل، ويكون للعامل جزء من الثمرة معلوم، صح، لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر، ونصيبه يقل³¹.

يتضح مما سبق أن المغارسة صورة من صور المساواة، ومعنى المغارسة انطلاقا من عبارة ابن قدامة هي: اتفاق صاحب أرض مع عامل على غرس شجر ليعمل فيه حتى يحمل على أن يكون له جزء معلوم من الثمرة.

³⁰ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته الشاملة للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، ج 5 ، تنمة العقود، الملكية و توابعها، ط 2، 1405هـ/1985م، دار الفكر- بيروت-لبنان، ص: 653.

³¹ - أبو محمد ابن قدامة: المغني في شرح مختصر ابن القاسم الخرقى، ج 5 ، ط 1، 1984، دار الفكر، بيروت، لبنان، ص: 380 وما بعدها.

ب : معنى المغارسة عند الفقه الشافعي

المغارسة عند فقهاء الشافعية لا تصح، إذ لا يجوز العمل في الأرض ببعض ما يخرج منها، ولأن الغرس ليس من عمل المساقاة فضمه إليها يفسده، ويمكن تحقيق المقصود بالإجارة³².

ويفهم من كلام الإمام الشافعي، أنه إذا اتفق مع العامل على كراء الأرض على أن يغرس فيها ويزرع ما يشاء ولم يزد على ذلك، فالكراء جائز وإذا انقضت المدة لم يكن للعامل تملك الأرض المكتراة أو جزء منها ولكن له التعويض عن غراسه. أما المساقاة في الشجر، فلا يمكن عقد الإجارة عليه، فجوزت المساقاة للحاجة. والغرس الحاصل يكون للعامل، ويكون لرب الأرض أجرة مثلها على العامل، كما أن من زارع على أرض بجزء من الغلة فعطل بعض الأرض يلزمه أجرة ما عطل منها³³، فالشافعية وضعوا قيوداً على المغارسة، بحيث لا تجوز إلا إذا كانت حصة الغارس جزء من الشجر المثمر أو الثمر دون الأرض.

ج : معنى المغارسة عند الفقه الحنفي

يرى فقهاء المذهب الحنفي أن من دفع أرضاً بيضاء (أي لا شجر ولا زرع فيها) سنين معلومة، يغرس فيها شجراً، على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز لثلاثة أوجه:

أولها: لاشتراط الشركة فيما كان موجوداً قبل الشركة وهو الأرض.

³² - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم، مع مختصر المزني، المجلد الثاني، ج 3 ، 1410 هـ، دار الفكر-بيروت، لبنان، ص: 228.

³³ - شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3 ، ط 1، 1415 هـ/1994 م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ص : 324.

ثانيها: أن المالك جعل نصف الأرض عوضا عن جميع الأغراس، ونصف الخارج عوضا لعمل العامل، فصار العامل مشتريا نصف الأرض بالأغراس المجهول المعدوم عند العقد.

ثالثها: أن المالك استأجر أجيرا ليجعل أرضه بستانا مشجرا بآلات الأجير، على أن يكون له نصف البستان الذي يظهر بعمله وهو مفسد للعقد³⁴.

وإذا فسدت المغارسة، كان جميع الثمر والغرس لمالك الأرض، وللغراس قيمة غرسه يوم الغرس، وأجرة مثله فيما عمل.

وحيلة جواز المغارسة عند فقهاء الحنفية، هي أن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس، ويستأجر رب الأرض العامل ثلاث سنين مثلا بشيء قليل ليحمل في نصيبه³⁵. كما أن الحنفية صححو - كما في الفتاوى الخانية³⁶ - كون المغارسة على الإشتراك في الشجر والثمر فقط دون الأرض.

إذن، تصح المغارسة إذا كان للعامل جزء معين من الثمرة فقط، كالمساقاة، كما ذكر الحنابلة، وتصح المغارسة أيضا إذا غرس العامل غرسا على أن تكون الأغراس والثمار بينهما كما أبان عن ذلك الحنفية، ويمكن تصحيح المغارسة على الإشتراك في الأرض والشجر معا، بواسطة عقدي البيع والإجارة، كأن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس، ويستأجر المالك العامل مدة ثلاث سنين مثلا، بشيء يسير ليعمل في نصيبه، كما ذكر الحنفية.

³⁴ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، م س ، ج 6، ص: 651.

³⁵ - محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 9 ، ط 1، 1415هـ/1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص: 418 و 419.

³⁶ - الفتاوى الخانية هي فتاوى قاضي خان الإمام فخر الدين حسن بن منصور الاوزجندی الفرغاني، عالم مشهور من علماء الأحناف، قال في الخانية: دفع إليه أرضا مدة معلومة على أن يغرس فيها غراسا على أن ما تحمل من الأغراس والثمار يكون بينهما جائز. ينظر في هذا الإطار:

- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار: م س ، ص: 417.

كما أن المالكية صححوها بشروط وأما الشافعية فأبطلوها لعدم الحاجة إليها³⁷.

خلاصة القول، فهذه التعاريف لم تضع مفهوما شاملا يحيط بمجمل عناصر المغارسة، وهذا إن دل على شيء، فإنما يدل على ما يكتنف هذه المعاملة من غموض، وبالتالي صعوبة تأطيرها من قبل أغلب الفقهاء وهو ما كان له الأثر الواضح على تنظيمها من قبل التشريعات الوضعية.

الفقرة الثانية: مفهوم المغارسة قانونا

لم يضع الفقهاء مفهوما شاملا يحيط بمجمل عناصر عقد المغارسة مما يدل على أن هذا العقد يكتنفه الكثير من الغموض، مما صعب عملية تأطيره من قبل أغلب الفقه وهو ما أثر كثيرا على تنظيم هذه المؤسسة في التشريعات المقارنة (أولا) وأيضا على تشريعنا المغربي (ثانيا).

أولا: تعريف المغارسة لدى بعض القوانين المقارنة

لقد قننت بعض التشريعات العربية أحكام المغارسة وعرفت بها بعدة تعريفات، فالمرجع التونسي عزّف المغارسة في المادة 1416 من مجلة الالتزامات والعقود بأنها: "إذا كان موضوع الشركة أشجارا مثمرة أو نحوها من ذوات الدخل وتكلف الشريك العامل بغرسها في أرض شريكه على أن يكون له مناب شائع في الأرض عند بلوغها حدا معلوما أو حد الإثمار سمي العقد عقد مغارسة"³⁸.

من خلال هذا التعريف، يتبين لنا أن هناك أثرا واضحا للمجلة التونسية بأحكام الفقه الإسلامي نظرا لتقارب تعاريف فقهاء المالكية من التعريف السابق وإن كان هناك اختلافا في الصياغة فقط.

³⁷ - وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، م س ، ج 5، ص: 654.

³⁸ - تناول المشرع التونسي بقية أحكام المغارسة في الفصول من 1417 إلى 1424 من مجلة الالتزامات والعقود، أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشور بالرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906.

أما القانون المدني العراقي، فقد تناول عقد المغارسة في المواد من 824 إلى 833، وقد عرفها في المادة 824 منه بأنها: "عقد في إعطاء واحد أرضه إلى آخر ليغرس فيها أشجارا معلومة ويتعهد بتربيتها مدة معلومة، على أن تكون الأشجار والأرض، أو الأشجار وحدها مشتركة بينهما بنسبة معينة بعد انتهاء المدة"³⁹.

وعرفه المشرع الليبي في المادة 1003 من القانون المدني بأنه: "عقد يسلم بمقتضاه مالك أرضاً أرضه لغرس يتعهد بغرسها شجرا ثابت الأصل مثمرا تتفق أو تقتارب مدة إطعامه، ذلك مقابل حصة من الأرض تعطى للغرس"⁴⁰.

وعلى الرغم من رجاحة هذا التعريف، نجد المشرع الليبي قد أورد النصوص المنظمة لهذا العقد في باب الحقوق العينية، وهو ما يطرح مشكل التكيف من جهة، وإغفاله مسألة انقضاء عقد المغارسة من جهة أخرى، هذه الأخيرة التي تشكل حلقة مهمة في سلسلة هذا العقد، فهي تحسم في مدى أحقية الغارس في الحصول على نصيبه من الأرض والشجر من دونها⁴¹، ربما تقاديا للجدل الفقهي إذ ترك الحرية لإرادة الأطراف وللعرف في تنظيمها.

وبالنسبة للقانون الأردني، فنجد أنه قد عرف عقد المغارسة في المادة 747 من القانون المدني⁴²، الذي جاء مطابقا للتعريف الوارد في المادة 835 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة⁴³، بحيث اعتبر أن المغارسة: إعطاء شخص

³⁹ - ولا يجوز أن تقل مدة المغارسة عن 15 سنة (المادة 825 مدني عراقي) ، وعلى الغارس أن يتم الغراس في مدة خمس سنوات ما لم يتفق على غير ذلك (المادة 826 مدني عراقي) ، وللغارس أن يطلب القسمة بعد انتهاء مدة المغارسة إذا أصبح شريكا في الأرض والشجر، أما إذا أصبح شريكا في الشجر فقط كان لرب الأرض أن يطلب تملك حصة الغارس من الشجر (المادة 830 مدني عراقي).

ينظر في هذا الخصوص :

- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإيجار والعارية، المجلد الثاني، ج 6، الهامش الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص: 1400.

⁴⁰ - كما نظم المشرع أحكامها في المواد من 1003 إلى 1012 من القانون المدني الليبي، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م.

⁴¹ - عز الدين اعيسيو: م س، ص: 9.

⁴² القانون المدني الاردني لسنة 1976 والمعمول به 1977/1/1، تطرق لعقد المغارسة في المادتين 747 و 748.

⁴³ قانون اتحادي رقم 5 لسنة 1985 باصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات المتحدة، و المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987 منشور بالجريدة الرسمية الصادرة عن الامانة العامة بدولة الامارات العربية.

أرضه لمن يغرس فيها شجرا معيناً من عنده على أن يكونا شريكين في الأرض والشجر بنسبة معلومة إذا بلغ الشجر قدراً معيناً من النماء قبل أن يثمر.

ومن باب الإشارة فقط أنه لم ترد أحكام المغارسة سواء في القانون المدني المصري أم في القانون السوري الصادر بتاريخ 18/05/1949⁴⁴، وكذلك الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري.

ثانياً : تعريف المغارسة في التشريع المغربي

هذا المشرع المغربي حذو التشريعات السالفة الذكر في الظهير المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة الصادر في 1915/06/02، إذ لم يتطرق فيه لأحكام عقد المغارسة على الرغم من أنه قد نص على بعض الحقوق التي ترد على العقار المحفظ، أما العقار غير المحفظ فكان خاضعاً لقواعد وأحكام الفقه المالكي الذي نظم المسألة وحدد أحكامها.

إلا أنه تدارك هذا الأمر من خلال مدونة الحقوق العينية، حيث خصص الفصل الأول من الكتاب الثاني للمغارسة، بحيث عرّفها في المادة 265 بكونها: "عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجراً مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام".

وكذلك ومن خلال استقراء بعض مواد وفصول قانون الالتزامات والعقود المغربي، يبدو أن عقد المغارسة، يمكن تأطيره في إطار عقد المقابلة المعرف في الفصل 760 "مقابلة البناء وغيرها من العقود التي يقدم فيها العامل أو الصانع المادة تعتبر بمثابة إجارة على الصنع".

44 - جمعة محمد الزريقي: حكم المغارسة في الأراضي الموقوفة بين الواقع وقواعد الفقه والقانون، مجلة القضاء المدني، ع 4، السنة الثانية، صيف، خريف 2011م، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص: 49.

ومما لا شك فيه أن عقد المغارسة، يقدم فيها العامل المادة التي هي الأغراس، ويمكن أن يطبق على هذا العقد الكثير من النصوص المنظمة لعقد الإجارة على الصنع⁴⁵، ففي عقود مقاوله البناء، نجد أن المقاولين يتفقون مع أصحاب الأراضي على تجهيزها أو بنائها مقابل جزء منها وهو ما يشبه المغارسة التي يكون فيها أجر الغارس جزء من الشجر والأرض.

وبالعودة إلى تعريف المشرع المغربي لعقد المغارسة في المادة 265 من مدونة الحقوق العينية، نجد أنه قد أشار إلى أهم العناصر الجوهرية المكونة لهذا العقد، وحسنا فعل في هذا الاختيار الذي سنحاول دراسته وذلك كما يلي:

1- المغارسة " عقد ": ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله⁴⁶، بمعنى آخر تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل، والعقد في التعريف يشمل المعرف وهو المغارسة وسائر العقود.

2- " يعطي بموجبه مالك أرض ليغرس فيها شجرا ": اتفاق طرفين على أن يدفع أحدهما أرضه إلى آخر ليغرسها بنوع أو عدة أنواع من الأشجار، والمراد بالشجر هنا ماله ثمر من الأشجار التي لها أصول ثابتة كالكرم، التين، النخل ونحوها مما يطول مكثه سنين عديدة، بحيث إن المغارسة لا تجوز فيما لا يطول مكثه كالزراع والبقل مثلا.

وتعريف المشرع المغربي السالف الذكر، لم يشر إلى ضرورة تحديد جنس الشجر ونوعه، إلا أنه تدارك ذلك في المادة 268 من مدونة الحقوق العينية التي ورد فيها مايلي: "...ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة

⁴⁵ - أحمد جدوي: الرقابة القضائية على صحة المحررات العدلية، المغارسة كسبب من أسباب التملك في العقار المحفظ وغير المحفظ، مجلة المحامي، ع 42، 2003، المطبعة الوطنية، ص: 39.

⁴⁶ - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، م س، ص: 355.

الغارس في الأرض وفي الشجر. " ، فيكون الغارس مقيدا بغرس صنف محدد من الشجر المتفق عليه.

3- " على نفقته " : الأغراس في عقد المغارسة مقدمة من طرف العامل (الغارس) ، فهذا القيد مهم جدا ، لأنه يبعد المغارسة عن الجعل أو عن الإجارة مادام أن هذه الأخيرة ، وحسب ما اتفق عليه جمهور الفقه المالكي ، لا تكون صحيحة إلا إذا توفر شرط لابد منه ، يتمثل في كون الأغراس من مالك الأرض ، بحيث إنه في حالة ما إذا كانت الأغراس من العامل فسدت ، إذ أن المشرع أراد بذلك تفادي المشاكل التي قد تقع في الحالة التي يغفل فيها الأطراف الإشارة إلى ذلك في العقد⁴⁷.

4- " مقابل حصة معلومة " : أخرج التوكيل على غرس شجر بلا عوض فلا يسمى مغارسة.

5- " مقابل جزء معلوم من الشجر والأرض " : أي أن قيمة العمل هي جزء من الأرض والشجر وصيرورة الغارس مالكا لجزء من الأرض التي قام بغرسها فينتقل من مجرد عامل إلى مالك شريك لرب الأرض ، وهذا احتراز من العوض المجهول ، فالعوض في المغارسة كالثمن⁴⁸ في عقد البيع ، فمن جهة فشرط الثمن يجب أن يكون معلوما ، ومن جهة أخرى فاتفاق المتعاقدين على أن يحصل العامل على جزء من الشجر فقط أو من الأرض فقط أو من الثمر ، يعد مفسدا لعقد المغارسة وذلك لاختلال أهم شرط فيها الذي هو تملك الغارس بعد تحقق واقعة الإطعام لحصة معلومة من الأرض والشجر.

⁴⁷ - عز الدين اعيسيو: م س ، ص: 11 و 12.

⁴⁸ - الثمن يشكل العوض المقابل للمبيع (التمثون) المعتبر بدوره عوضا للثمن ، إذ " أن كلا من العوضين مبيع بالآخر ". وفي هذا التفاوض " لا يخرج جزء من الثمن إلا بإزائه جزء من الثمن المعلوم ". والثمن متى كان معلوما وجديا صح بهما البيع عند انتفاء الغرر ، بغض النظر عما إذا كان هذا الثمن عادلا او غير عادل لأن " الثمن يتبع الرغبات ". - أستاذنا محمد شليح: مرشد الحيران ، م س ، 2006 ، ص: 210.

أما في حالة ما إذا تم تسليم الأرض لغراستها بالأشجار المحدودة الحياة وإن طالت نسبيا كالكرم الهندي، فإذا أطمع الشجر، تكون الأرض والشجر ملكا لرب الأرض بمشاركة العامل على النسبة المبينة في العقد، وإذا اندثرت الأشجار ترجع ملكية الأرض لمن أعطاها وهذا ليس من باب المغارسة⁴⁹.

6- " عند بلوغ الشجر حد الإطعام ": أي مرور مدة محددة لا يمكن أن تتجاوز حد إثمار الأشجار⁵⁰، أي أن لا يكون أجلها إلى سنين كثيرة. ولضبط هذه الماهية نرى أن نعرف المغارسة في ضوء أحكامها المنظمة في مدونة الحقوق العينية بأنها: عقد رسمي بمقتضاه يلتزم شخص يسمى العامل (الغارس، المعمر Colon) بغرس ما هو مثمر من أشجار معينة على نفقته في الأرض التي يتسلمها من صاحبها الملتزم بتمليك حصة من الأرض والأشجار المغروسة فيها عند بلوغها حد الإطعام المشهود عليه في محرر رسمي أو حكم قضائي.

المطلب الثاني: مشروعية وتكييف عقد المغارسة بين الفقه والقانون

بداية لابد من التذكير أن المذاهب الفقهية اختلفت حول مشروعية المغارسة، حيث انقسمت إلى فريقين اثنين هما: المذهب المالكي الذي أجازها من جهة أولى ومن جهة ثانية هناك مذهب جمهور الفقهاء الذي يرى عدم جوازها. والإختلاف بين الفقهاء راجع إلى تقسيم الشجر والأرض بين مالك الأرض والغارس الأمر الذي أدى إلى صعوبة تكييفه.

49 - قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 18 دجنبر 1951، أورده محمود بن الشيخ في مجلة الإلتزامات والعقود التونسية المعدلة، معلقا على فصولها بأحكام القضاء، ت. غ. م (غير مرقمة) . ينظر في هذا الإطار:

- عز الدين اعسيسو: م س ، ص: 11.
50 - أحمد جوي: م س ، ص: 38.

ولدراسة هذه المذاهب، سنعمل على تقسيم هذا المطلب الى فقرتين، سنتناول موقف الفقهاء من مشروعية عقد المغارسة في الفقرة الأولى، على أن ندرس تكييفه من قبل الفقهاء في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: مشروعية عقد المغارسة

اختلف أهل العلم في جواز عقد المغارسة اختلافا كبيرا، ولكل مذهب أدلته على جوازها أو منعها (أولا)، إضافة إلى موقف القانون من مشروعيتها (ثانيا).

أولا: موقف الفقهاء من مشروعية المغارسة

سنتطرق في هذه النقطة إلى موقف فقهاء المالكية الذين أجازوها بشروط (أ)، ثم إلى موقف جمهور الفقهاء الذين منعوها مع استعراض أدلتهم (ب)، لأنهم يرون أن المغارسة المختلف فيها هي التي يقسم فيها الشجر و الأرض بين مالك الأرض والغارس و لكل فريق أدلة يدافع بها عن رأيه.

أ : لدى فقهاء المالكية

يرى فقهاء المذهب المالكي أن المغارسة إذا جاءت على إحدى الصور الثلاث المعلومة: إما إجارة وهي أن يغرس العامل بأجرة معلومة، إما بالجعالة وهو أن يغرس له شجرا على أن يكون له نصيب فيما ينبت وإما بالمغارسة الصحيحة التي يعطي فيها المالك الأرض البيضاء ليغرسها العامل من ماله الخاص حتى يبلغ حد الإطعام مقابل ما تعاقد عليه من رقبة الأرض وحصاة مما غرس⁵¹.

وبالنسبة للصورة الثالثة، - المغارسة الصحيحة - فقد أشار الفقهاء إلى ضرورة أن يكون المشروط للعامل جزء من الأرض والشجر معا، إذ لا يصح أن يكون المشروط له

⁵¹ - عز الدين اعيسيو: م س ، ص: 13 و 14.

جزء من أحدهما فقط، أو من غيرهما كما هو الحال مثلا لو اتفق العاقدان على أن يكون للعامل جزء من الثمار دون الشجر والأرض⁵².

وللإشارة، فقد ورد في مختصر الشيخ خليل في باب ندب الغرس قوله: "وجازت المغارسة في الأصول أو ما يطول مكثه كزعفران و قطن..."⁵³، أي أن المغارسة، تجوز في الأصول أي الأشجار أو أي زرع يطول مكثه في الأرض سنين، وتجنّى ثماره مع بقاء الأصل فيها كالزعفران والقطن، فلا تجوز المغارسة فيما يزرع كل سنة⁵⁴، وقد أكد على هذا الأمر صاحب التحفة بقوله:

الإغتراس جائز لمن فعل ***** ممن له البقة أو له العمل.⁵⁵

أما ابن سلمون، فيرى أن المغارسة إلى الإثمار⁵⁶ جائزة وهي من عمل الناس، أما لو دخل على أن الأرض والشجر بينهما جاز إن عيّن ما يغرس في الأرض وكانت مغارسة⁵⁷.

بينما ابن رشد فقد قال: "إن مغارسة رجل للرجل أرضه البيضاء على أن يغرسها أصولا بجزء منها جائزة، جوزها أهل العلم قياسا على ما جوزته السنة من المساقاة، كما جوزوا أيضا قياسا عليها بناء الرحي الخربة بجزء منها، فهي سنة على حالها ليست بإجارة محضة ولا جعل محض، لأنها أخذت بشبه منهما جميعا، أخذت بشبه من الإجارة

⁵² - أنور محمود دبور: نظام استغلال الأراضي الزراعية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، ج 2، 1987/1407، دار الثقافة العربية، القاهرة، ص: 33.

⁵³ - خليل بن اسحق المالكي: مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، الطبعة الأخيرة، دار الفكر-بيروت، لبنان، 1419 هـ / 1999 م، ص: 443.

- محمد بن عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ محمد اللبناني، المجلد الرابع، ج 7، دار الفكر-بيروت، ص: 225.

⁵⁴ محمد بن أحمد بن محمد عيش : منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل، ج 7، ط 1، 1424 هـ/2003 م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص 273.

⁵⁵ - ابن عاصم الأندلسي الغرناطي: الأرجوزة المسماة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، طبعة مصدرة، ج 1، من البهجة في شرح التحفة، البيت 1115، ص: 50.

⁵⁶ - ابن سلمون الكنائي: كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود و الأحكام، المطبوع بهامش تبصرة ابن فرحون، ص: 23.

⁵⁷ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار الفكر، بيروت- لبنان، ص: 547.

في لزومها بالعقد، وشبهه من الجعل، لأن الغارس لا يجب له شيء إلا بثبوت الغرس وبلوغه الحد المشترط⁵⁸.

يتضح من خلال ما سبق، أن المغارسة لا تكون صحيحة إلا إذا استوفت جميع الشروط التي حددها المذهب المالكي:

أولها: أن يغرس العامل في الأرض أشجاراً ثابتة الأصول أو ما في حكمها، دون الزرع والمقاثي، أي تلك الأشجار التي لها نفس حكم الأشجار المثمرة ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها، إذا كانت ذات أصل ثابت كالورد والريحان والياسمين لأن المنتفع كالمأكل⁵⁹، أي أن تتفق الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها، فإن اختلفت اختلافاً متبايناً لم يجز⁶⁰.

ثانيها: أن يكون للعامل حظه من الأرض والشجر، فإن كان له حظ من أحدهما لم يجز إلا أن يكون له مع الشجر مواضعها على الأرض دون سائر الأرض⁶¹.

ثالثها: ألا يكون أجلها إلى سنين كثيرة، فإن ضرب لها أجلاً إلى ما بعد الإطعام لم يجز⁶².

أما القدر الذي يملكه الغارس من الأرض والشجر، فذلك يخضع للعرف والإتفاق، غير أنه وطبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يجوز الإتفاق على أقل من النصف كالثالث أو الربع أو الخمس⁶³.

58 - أبو الوليد ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل و الشرح و التوجيه و التعليق في المسائل المستخرجة، ج 15، 1408هـ/1984م، دار الغرب الإسلامي، ص: 403.

59 - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، ط 1، 1407هـ/1987م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص: 762.

60 - محمد أبو القاسم ابن جزي: م س، ص: 242.

61 - محمد أبو القاسم ابن جزي: م س، ص: 242.

62 - عبد الحق الأزهرى: الإنتاج الزراعي في المغرب بين الفقه المالكي ومخطط المغرب الأخضر، ط 1، 2012/1433، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، ص: 96.

- محمد أبو القاسم ابن جزي: م س، ص: 242.

63 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ص: 198.

- جمعة الزريقي: م س، ص: 51.

وقد اعتبر المالكية هذا كاف في مشروعية المغارسة، فإذا توفرت هذه الشروط اعتبرت صحيحة وعندما ينتج عمل الغارس يصبح مالكا على الشياع للجزء المتفق عليه، أما إذا اختل عنصر منها فالمغارسة تقع فاسدة وبالنتيجة يفسخ العقد.

ففقهاء المالكية لم يطيلوا في بيان أوجه المشروعية لهذه المعاملة على خلاف جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى إضافة قيود أخرى منها:

- ألا تكون المغارسة في أرض محبسة لأنها كالبيع،

- ألا يجتمع عقد المغارسة مع عقد آخر،

- أن يحدد العمل تحديدا ينفي الجهالة، وذلك إما ببلوغ الشجر حد الإثمار أو بمدة

لا يثمر الشجر قبلها أو بمقياس كقامة بشرط عدم الإثمار قبلها.⁶⁴

ب : لدى جمهور الفقهاء

إذا كان المالكية، يرون مشروعية المغارسة في صورتها المعتادة والتي يؤول الأمر فيها إلى اشتراك العامل والمالك معا في الملكية الزراعية وهي: الأرض، الشجر والثمار، فإن غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى، يقولون بعدم مشروعية صورة انعقاد المغارسة على أن للعامل جزءا من الشجر أو الثمر أو هما معا. أما بالنسبة للصورة التي تتعقد فيها المغارسة على أن يكون للعامل جزء من الأرض والشجر معا، فقد وقع النزاع بينهم فيها.

فالمغارسة عند غير المالكية (المذهب الحنفي، الحنبلي والشافعي) تأخذ إحدى

الصورتين التاليتين:

⁶⁴ - عز الدين عيسى: م س ، ص: 15.

- السليمانى المصطفى: عقد المغارسة وحماية الغارس على ضوء مدونة الحقوق العينية والفقہ الإسلامى، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012-2013، ص: 18.

✓ **الصورة الأولى:** اتفق غير المالكية على عدم مشروعية المغارسة الواردة على انعقادها بأن يكون للغارس جزء من الأرض والشجر معا وهم بذلك يخالفون المذهب المالكي الذي قال بمشروعية المغارسة في هذه الصورة، وقد استدل هؤلاء على قولهم هذا بأدلة منها:

1- أن المتعاقدين قد اشترطا في هذه الصورة الشركة في الأرض، ولا يصح اشتراط الشركة إلا بما هو حاصل بعمل العامل، وعمل العامل في المغارسة لا دخل له في إيجاد الأرض، لأنها موجودة قبله فلذلك لم تصح المغارسة على هذه الصورة⁶⁵.

2- أنه لو جازت المغارسة الواردة على هذه الصورة، لكان المالك مستأجرا للعامل ببعض ما اشترط له من الغراس وهو أمر غير جائز، لأن الغراس نتيجة وحاصلة من عمل يده، واستئجار العامل ببعض ما يخرج من عمل يده غير مقبول وممنوع، وذلك لأن المالك يكون عاجزا عن تسليم الأجرة إلى العامل وقت العقد، والقدرة على تسليم الأجرة في هذا الوقت شرط صحة عقد الإجارة⁶⁶.

3- أنه لو صحت المغارسة الواردة على هذه الصورة لكان المالك مشتريا حصته من الغراس بحصة العامل من الأرض، وهو ما لا يصح لأن الغراس مجهول لا يعلم قدر ما يعلق منه بالأرض وجهالة المبيع تبطل العقد⁶⁷.

⁶⁵ - ونظير ذلك: أن يشترط العامل في المزارعة جزء من الأرض، فإنه لا يصح، لأن الأرض غير حاصلة بعمله بل موجودة قبله.

ينظر في هذا الإطار:

- منصور بن يونس البهوتي : كشف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، تعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال، ص: 447.

⁶⁶ - ونظير ذلك: أن يستأجر صباغا ليصبغ له ثوبا من عنده (أي من عند الصباغ) على أن يكون للصباغ نصف المصبوغ، فما أن الإجارة على هذه الصورة غير صحيحة، فلا تصح كذلك المغارسة الواردة على الصورة المشار إليها أعلاه.

يراجع في هذا الإطار:

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 697 و 698.

- أنور محمود دبور: م س ، ص: 335.

⁶⁷ - أبو بكر محمد شهاب الدين السرخسي: المبسوط، ط 2، 1324هـ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص: 23 و 24.

إذن، هذه كانت أدلة جمهور الفقهاء من دون المالكية على بطلان عقد المغارسة التي ترد على صورة أن يكون للعامل جزء من الأرض والشجر معا. أما فقهاء المذهب المالكي، فلم نجد لهم تعقيبا على هذه الأدلة الواردة على هذه الصورة للمغارسة، كما أنهم لم يبينوا الدليل الذي استندوا إليه في جواز هذه الصورة، ومن ثم لم نجد أي بد غير ترجيح رأي الجمهور في هذه المسألة لا سيما إذا علمنا أن جواز المغارسة التي ترد على هذه الصورة قد يؤدي بالمالك إلى ضياع أرضه وخروجها من يده شيئا فشيئا إلى أيدي العامل أو العمال في حالة تعددهم الذي يدفعها إليهم بالتوالي على سبيل المغارسة⁶⁸.

وهذا ما جعل بعض الباحثين، يرد نظام المغارسة على المذهب المالكي، ويرجح عليه قول الجمهور، إذ يرى أن ذلك النظام وفق المالكية أبعد عن المنطق والواقع من مذهب غيرهم⁶⁹.

لكن يمكن رد هذا الترجيح بالقول، إنه ينبغي أن لا ينظر إلى نظام المغارسة من هذا الجانب الذي يبدو ولأول وهلة جانبا سلبيا، بل ينبغي أن ينظر إلى هذا النظام من جوانب أخرى: فالمغارسة غالبا ما تكون على أرض لا قيمة لها، أو لها قيمة ضعيفة، بحيث إذا كانت قيمتها قبل الغرس قليلة، فإنها بالغرس قد ترتفع قيمتها.

كما أن الأرض محل عقد المغارسة غالبا ما تكون مهمة لا يستغلها المالك، إما لعجزه أو لضعف مردودها من غير الغرس، وعلى العكس من ذلك، إذا جعل فيها غرسا، فإن مردودها يرتفع وبالنتيجة ترتفع معه قيمة وأهمية الأرض التجارية.

وبما أن المغارسة عقد، فهو لا يتم إلا بين كاملي الأهلية، بالغين، عاقلين، وهذا يعني أن كل واحد من العاقدين في المغارسة، يكون راشدا بما يكفي لإدراك مصلحته في العقد، وأيضا في المغارسة لا يكون الإتفاق فيها دائما بين العاقدين على أن يكون لكل

⁶⁸ - أنور محمود دبور: م س ، ص: 336.

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 698.

⁶⁹ - أنور محمود دبور: م س ، ص: 636.

منهما نصف مساحة الأرض، بل إن اتفاقهما على الحصة، يتم بالنظر إلى الأرض وإلى ما إذا كانت مهيأة للغرس ولها ماء كاف لسقي جميع ما يغرس فيها أو غير مهيأة للغرس وقليلة الماء، ففي هذه الحالة الأرض تحتاج إلى بذل مجهود كبير، فإن العامل يكون من حقه أن يشترط نصف الأرض أو ثلثها⁷⁰.

وبما أن الأرض العامرة خير من الأرض الخالية، فالفقهاء الذين ذهبوا إلى عدم جواز هذه الصورة عادوا للقول بجوازها، بعد أن أعادوا تركيبها وفق حيلة تقضي بأن يبيع مالك الأرض نصف الغراس بنصف الأرض، ويستأجر رب الأرض العامل لثلاث سنين مثلاً بشيء قليل ليعمل في نصيبه، وبهذا يصح أن تكون الأرض والشجر بينهما⁷¹.

✓ **الصورة الثانية:** اختلف غير المالكية بسبب مشروعية صورة انعقاد المغارسة على أن للعامل جزء من الشجر أو الثمر أو هما معا على مذهبين اثنين: مذهب يرى جوازها وآخر يقول بعدم الجواز.

فالمذهب القائل بجوازها على هذه الصورة استدل أصحابه بالسنة النبوية لما رواه الإمام ابن حزم عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: " أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر لليهود على أن لهم الشطر من كل زرع ونخل، وشيء"⁷². وقال ابن حزم في توجيه هذا الدليل: " وهذا عموم لكل ما خرج منها بعمله من شجر أو زرع، وكل ذلك داخل تحت العمل بأنفسهم وأموالهم، ولا فرق بين غرس أو زرع أو عمارة شجر"⁷³.

⁷⁰ - عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 699.

⁷¹ - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار: م س ، ص: 184.

⁷² - أخرجه الإمام البخاري في صحيحه : كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، رقمه 2285، ج 3 ، ص: 94.

⁷³ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى، ج 8 ، إدارة الطباعة المنيرية ، ص 263

- أبو محمد ابن قدامة: المغني في شرح مختصر ابن القاسم الخرقي، م س ، ص: 380.

- منصور بن يونس البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع، م س، ص: 447.

وبالتالي، فالمغارسة جائزة لاستدلال أصحاب هذا المذهب بكونها من قبيل الشركة لا الإجارة، فمالك الأرض مشارك بماله، والعامل مشارك بعمله، والخارج بينهما فهي بذلك جائزة.

وأصحاب هذا المذهب، قالوا بأن الذين منعوا هذه الصورة اعتقدوا أنها من قبيل الإجارة، ولما كان العوض فيها مجهولا كانت المغارسة فاسدة، بسبب جهالة العوض، وهذه النظرية غير صحيحة عند القائلين بالجواز، فالمغارسة على هذه الصورة ليست إجارة، بل من قبيل الشركة ومن ثم كانت جائزة، بل هي أولى بالجواز من الإجارة⁷⁴.

كما أن حاجة الناس لهذه الصورة من المغارسة، تقتضي جوازها كجواز المساقاة والمزارعة، فمن الناس من يملك أرضا زراعية ولكنه لا يستطيع أن يغرستها بنفسه، ومنهم من يستطيع الغرس لكنه لا يجد أرضا للقيام بذلك، إذن، فمن الحكمة تجويزها لما فيها من مصلحة عامة وخاصة.

أما المذهب القائل بعدم جواز إعطاء أرضا لآخر ليغرستها، حتى إذا بلغت الغروس حد الإطعام كانت بين العامل ومالك الأرض دون الأرض، أو كانت ثمار الشجر بينهما دون الشجر والأرض.

وقد استدل هؤلاء الفقهاء على عدم جواز هذه الصورة، بأن المغارسة هنا ممنوعة لما في ذلك من المخاطرة، إذ قد لا تعلق الغروس بالأرض أو يموت قبل إتيان زمن المساقاة أو فيه أو بعده⁷⁵، فيذهب عمل العامل دون مقابل وفي ذلك ضرر⁷⁶، ولا حاجة تدعو إلى احتمال وقوع هذا النوع من الضرر.

كما أن المساقاة رخصة، فلا يصح أن تتعدى موردتها، ومورد المساقاة الأصول الثابتة، فالمضاربة غير صحيحة لأن موردتها ليس أصلا ثابتا.

⁷⁴ - للمزيد من التفاصيل مع الأمثلة للتوضيح ينظر:

- عبد اللطيف البغيل: م س، ص: 700 و 702.

- أنور محمود دبور: م س، ص: 339 و 400.

⁷⁵ - شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: م س، ص: 547.

⁷⁶ - الشيخ عليش: م س، ص: 410.

ومن أدلتهم أيضا على عدم جواز المغارسة التي ترد على هذه الصورة، أنّ الغراس ليس من أعمال المساقاة، فضمه إليها كضمه غير التجارة إلى عمل القراض⁷⁷.

والرأي الراجح في نظري هو لأصحاب المذهب الأول، الذين قالوا بجواز المغارسة الواردة على الصورة الثانية.

إذن، ففقهاء المالكية اكتفوا بالقول إن المغارسة مشروعة على المساقاة ولحاجة الناس إليها.

أما فقهاء الحنفية و الحنابلة، فقد حاولوا هدم نظرية المالكية في المغارسة تمهيدا لإقامة نظريتهم في جواز المغارسة على أن تكون الأشجار والثمار أو أحدهما بينهما، والواقع أن الأدلة التي جاؤوا بها لرد نظرية المالكية هي أدلة صالحة لرد ما أتوا به كبديل لنظرية المالكية.

وفضل فقهاء الشافعية الإبتعاد عن نظام المغارسة بجميع صورها باعتبارها معاملة ممنوعة لا تدع الحاجة إلى جوازها.

وبالرغم من اختلاف الفقه حول مشروعية المغارسة، فإنه مهما كانت الأرض المراد مغارستها كثيرة المؤونة أو ضعيفة القيمة، وتعظم مشقة العامل في غرسها، فيصح أن يتفق المالك والعامل المغارسة على نصف الأرض والغرس، أو غير ذلك من الأجزاء كما يقول المالكية⁷⁸.

والأرض مهما كانت سهلة الإصلاح مرتفعة القيمة، فيصح أن يشترط المالك على العامل أن لا يكون له نصيب من الأرض، ويكون الشجر و الثمرة بينهما على ما اتفق عليه من الأجزاء كما يقول الحنفية و من معهم من الفقهاء.

⁷⁷ - حاشية الراشدي على نهاية المحتاج: الجزء الخامس، الصفحة: 250.

أورده:

- عبد اللطيف البغيل، م س ، ص: 702.

⁷⁸ - عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 703.

ثانيا: موقف القانون من مشروعية المغارسة والحكمة منها

عرضنا فيما سبق آراء الفقهاء حول مشروعية عقد المغارسة ، وناقشنا أدلة كل مذهب وانتهى الرأي عندنا إلى ترجيح رأي فقهاء المالكية الذي يجيز عقد المغارسة، و الآن سنتطرق لموقف القوانين العربية من مشروعية المغارسة و خاصة القانون المغربي(أ) والحكمة منها(ب).

أ : موقف القانون من مشروعية المغارسة

عقد المغارسة من العقود التي لم ينظمها القانون المدني المصري كعقد المساقاة، وعلى هذا الأساس تسري عليه أحكام الشريعة الإسلامية، باعتبارها مصدرا احتياطيا لهذا القانون⁷⁹.

أما بالنسبة للقانونين الليبي والعراقي، فقد نظم الأول بعض أحكام هذا العقد في المواد من 1003 إلى 1012 من القانون المدني الليبي، وأحال فيما لا نص فيه على أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الذي أخذت منه أحكام المغارسة في هذا القانون⁸⁰.

وفي ذلك تنص المادة 1012 من القانون المدني الليبي على أنه: " يرجع إلى الأحكام الشرعية في المغارسة، حيث لم يرد نص." وقد علق شراح هذه المادة بالقول: "فيما أن المغارسة مستمدة من الشريعة، فإنه يجب الرجوع في كل التفاصيل التي لم تتعرض لها النصوص السابقة إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁸¹.

بينما نظم الثاني- القانون المدني العراقي - بعض أحكامه أيضا في المواد من 824 إلى 837، ويؤخذ على هذا أن القانونين الليبي والعراقي، يتفقان مع فقهاء المالكية

⁷⁹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط ، الايجار والعارية، م س، الهامش 1، ص: 1400.

⁸⁰ - أنور محمود دبور، م س ، ص: 344.

نقلا عن:

- علي علي سليمان: شرح القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قار يونس، ط 2 ، 1978، ص: 354.

⁸¹ - علي علي سليمان: م س ، ص: 354.

في أنه يجوز أن يكون المشروط للعامل جزء من الأرض والشجر معا، ويستفاد من تعريف القانون العراقي أنه يتماشى مع ما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنبلي ومن وافقهم في أنه يجوز أن يكون المشروط للعامل أو الغارس جزءا من الأشجار فقط دون الأرض.⁸²

إضافة إلى القانونين السالفي الذكر، نجد كذلك أن القانون الأردني قد نظم أحكام المغارسة في المواد من 745 إلى 747 من القانون المدني، وكذلك قانون المعاملات الإماراتي في المواد من 835 إلى 837. فكل هذه القوانين المذكورة وإن كانت لم تتطرق في المواد التي خصصتها للمغارسة لكل أحكامها، إلا أنها حرصت على الإشارة إلى أن كل مسألة من مسائلها التي لم يرد النص بشأنها، يتم الرجوع فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية، لأنها هي المصدر الأساسي الذي أخذت منه أحكام المغارسة⁸³.

ويظهر بشكل جلي من خلال ما تقدم، أن اختلاف القوانين في مسألة جواز المغارسة هو اختلاف نابع من اختلاف الفقهاء في مشروعيتها.

أما بخصوص القانون المغربي، فإنه لم يطرح أي إشكال بخصوص مشروعية المغارسة مادام أن المشرع قد خصص لها ثمانية مواد من المادة 265 إلى 272 من مدونة الحقوق العينية والتي تم إستبقاء واستنباط مجمل أحكامها من مبادئ وأحكام الفقه الإسلامي المنظم لهذا العقد خصوصا مذهب الإمام مالك.

ب: الحكمة من مشروعية المغارسة

أجاز فقهاء المالكية نظام المغارسة بشروط⁸⁴، وسندهم في ذلك عمل رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي حث على الغرس والزرع، فعن أنس بن مالك رضي الله عنه

⁸² - أنور محمود دبور: م س ، ص: 345.

⁸³ - عبد اللطيف البغيل، م س ، ص: 704.

⁸⁴ - يراجع بهذا الخصوص "مشروعية عقد المغارسة وتكييفها" في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث، ص 32.

قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " ما من مسلم يغرس غرسا أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة"⁸⁵.

فهدف المغارسة، هو تشجيع الاستثمار الفلاحي والرفع من إنتاج الأشجار المثمرة، فالمغارسة عقد بين طرفين أحدهما مالك الأرض والآخر العامل الفلاح، فينجز بينهما هذا العقد شرط أن يقوم الفلاح بغرس الأشجار المثمرة في أرض بيضاء وعند نهاية مدة الاتفاق تنتقل حصة من الأرض والثمر إلى ملكية الفلاح⁸⁶.

إذن، فالحكمة من مشروعية المغارسة هي الحاجة الداعية إليها والتيسير على الناس في تحقيق مصالحهم المشتركة من غير ضرر ولا ضرار، فهي تدخل ضمن المصالح الحاجية، فقد يكون للرجل الأرض ولا قدرة له على تعهدها والإنفاق بها، وقد يكون غيره في حاجة للأرض ولديه القدرة والخبرة العلمية لاستصلاحها وربما في استئجار من يقوم بالعمل، فبهذا العقد ينشط العامل ويندفع للعمل، فينتفع بحصة مقابل جزء من الأرض، وينتفع المالك من حصته أيضا دون أي ضرر فتتحقق مصلحة الطرفين ومصلحة المجتمع ككل⁸⁷.

الفقرة الثانية : تكييف عقد المغارسة

اختلف التشريع والفقهاء في تكييف الطبيعة القانونية لعقد المغارسة وتقريبه إلى أحد العقود الرئيسية من بيع أو إيجار أو شركة أو عمل، كما اختلفوا أيضا في تقريبه إلى أي من الحقوق، أهو من الحقوق الشخصية⁸⁸ أم يدخل في خانة الحقوق العينية⁸⁹؟

⁸⁵ - أخرجه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب المزارعة، باب فضل الزرع والغرس، رقمه 2320، ج 3 ، ص: 103.

- أخرجه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب المساقاة، باب فضل الغرس والزرع، رقمه 1553، ج 3 ، ص: 1189.

⁸⁶ - عبد القادر عابد، علي عبدة و محمد فارس: أساليب الإنتاج الصناعي و الزراعي في الحضارة العربية الإسلامية، ط 2001، 1، الجمعية الأردنية لتاريخ العلوم، عمان، الأردن، أورده:

- عبد الحق الأزهرى: م س ، ص: 97.

⁸⁷ - عز الدين اعيسو: م س، ص: 15 و 16.

⁸⁸ **الحق الشخصي** فهو مطلب بقره القانون لشخص على آخر، وذلك كحق كل من المتبايعين على الآخر، ومحلّه إما أن يكون قياماً بعمل، وإما أن يكون امتناعاً عن عمل كحق المودع على الوديع في عدم استعمال الوديعة. وللحق الشخصي ثلاثة عناصر هي : صاحب الحق، محل الحق و المكلف او المدين. يراجع بهذا الخصوص:

فمن التشريعات التي اهتمت بتكييف عقد المغارسة، نجد المشرع العراقي الذي بحث هذا العقد في قانونه المدني باعتباره ضرباً من الإجارة - المادة 823 - لا يخول للمستأجر إلا حقاً شخصياً⁹⁰، وإلى مثل ذلك ذهب المشرع المصري، السوري واليمني.

وللإشارة، فإنه على الرغم من تنظيم المشرع المصري لعقد المزارعة ضمن قانون الإصلاح الزراعي، نجد أنه أغفل الإشارة لعقد المغارسة، ومن ثم يجب أن تسري عليه أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً لهذا القانون⁹¹. أما المشرع التونسي، فقد عدّ عقد المغارسة ضرباً من الشركة⁹² حسب مقتضيات الواردة في المادة 1416 من مجلة الالتزامات والعقود⁹³.

وبالنسبة للمشرع الأردني، فنجد أنه قد نظم المغارسة تحت باب الإجارة، وعدها إحدى صور المساواة ثم قرر اعتبار الأرض والشجر المغروس وما يتبعها من منشآت شركة بين طرفين⁹⁴، ونفس الشيء بالنسبة للمشرع اللبناني الذي أشار إلى الغراس تحت تسمية حق

- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، النظرية الفقهية والعقود، ج 4، م س، ص 19.
- فهد بن عبد الرحمان اليحيى: الشفعة في الحقوق العينية، مقال منشور في مجلة الحقوق، تحت عنوان "مدونة الحقوق العينية وآفاق التطبيق"، اشغال الندوة الدولية المنظمة بتاريخ 2-3 يناير 2013، بكلية الشريعة بفاس، ومجموعة البحث في "المهن القانونية والقضائية المنظمة"، وبنية البحث في "الدراسات القضائية" سلسلة الأعداد الخاصة، ع 7، أكتوبر 2013، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 216.

⁸⁹ **الحق العيني** هي سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين، فصاحبه يستطيع أن يباشره دون وساطة أحد، وهو علاقة حقوقية بين شخص وشيء مادي معين بذاته تخوله سلطة مباشرة عليه وذلك كحق الملكية، فإنه سلطة قانونية مباشرة، وللحق العيني عنصران فقط هما: صاحب الحق ومحل الحق.

أما **الحق العيني العقاري** فهو "سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً". حسب ما جاء في المادة 8 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

⁹⁰ عبد المنعم فرج الصدة: محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ألقاها على طلبه قسم الدراسات القانونية، ج 1، نشر معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية، سنة 1961، ص: 18.

⁹¹ أنور محمود دبور: م س، ص: 344.

⁹² - والقول إن "المغارسة ضرب من الشركة يتعارض هو الآخر مع العديد من الأركان الشكلية للشركة وأحكامها والنتائج المترتبة على تكوينها، فبمجرد تكوينها تعد شخصاً معنوياً، وهذا ما نفتقده في المغارسة، إلى جانب أنه لا يترتب في المغارسة ذمة مالية مستقلة للطرفين على غرار الشركة".

أورده: - كامل عبد الحسين البلداوي: الشركات التجارية في القانون العراقي، كلية القانون، جامعة الموصل، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، العراق 1990، ص: 22، 73.
ينظر بهذا الخصوص:

- أسامة محمد سعيد المفتي: النظام القانوني لعقود البستنة، دراسة مقارنة، كلية الحداثة الجامعة، المكتب الجامعي الحديث، دار الكتب والوثائق القومية، 2012، الموصل، العراق، ص: 181.

⁹³ - المادة 1416 من المجلة التونسية نصت على أنه: "إذا كان موضوع الشركة أشجاراً مثمرة أو نحوها ومن ذوات الدخل وتكلف الشريك العامل بغرسها في أرض شريكه... سمي العقد عقد مغارسة".

⁹⁴ المادة 747 من القانون المدني الأردني.

المساقاة والإجارة الطويلة، كما أنه دمج المزارعة، المساقاة والمغارسة معا في المادة 623 من قانون العقود والموجبات وكذلك في المادة 28 من قانون الملكية العقارية، وهو تكييف مجاني للصواب، لأن عقد المغارسة مؤسسة قانونية قائمة بذاتها وتختلف تمام الاختلاف عن المساقاة كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

أما المشرع السوري، فقد دمج هو أيضا المغارسة والمساقاة مع المزارعة استنادا للمواد 161، 168، 173 و 174 من قانون تنظيم العلاقات الزراعية لسنة 1958⁹⁵.

وعلى خلاف ما سبق، فالمشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية، عرف عقد المغارسة في المادة 265 وعمل على تبيان أحكامها، وقد استقر فقه القضاء على اعتبار العقد المبرم بين الطرفين (مالك الأرض والغارس) عقد مغارسة، حيث جاء في إحدى حيثيات قرار المجلس الأعلى: " حيث إن المحكمة ركزت بما قضت به من اعتبار العقد المبرم بين الطرفين عقد مغارسة لا ينتهي إلا باقتسام الأرض المغروسة"⁹⁶. وقد أصاب القضاء المغربي في ذلك، فعقد المغارسة، يجب النظر إليه ليس في كل صورة مستقلة بل كوحدة مستقلة قائمة بذاتها وهو مذهب أغلب فقهاء المالكية⁹⁷، حيث يرون أن هذا العقد وإن كان به شبه بالإجارة، الجعل، المساقاة والمزارعة، إلا أن هذا الشبه لا يجعله تابعا لأحد هذه العقود وإنما هو عقد قائم بذاته.

⁹⁵ - أسامة محمد سعيد المفتي: م س ، ص: 179.

⁹⁶ - قرار مدني رقم 1725 صادر بتاريخ 23 نونبر 1983، في الملف المدني رقم 80778. إعداد إدريس ملين، مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، الجزء 2، منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية، سنة 1983 / 1991، الصفحة: 122. اورده:

- عز الدين اعسيسو: م س ، ص: 27.

- عادل أحمد حسين القيز: كراء الأراضي الفلاحية في التشريعين المغربي واليميني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض، مراكش، 2002-2003، ص: 22.

⁹⁷ - وممن يرى أن المغارسة عقد مستقل كذلك فقهاء الظاهرية.

ينظر:

- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: م س ، ص 227.

و بالتالي ومادام أن عقد المغارسة قد حظي بتنظيم خاص كما أشرنا سابقا، فهو عقد مسمى⁹⁸ في ما جرى به التعامل واستقر عليه فقه القضاء، فهو عقد باسم خاص وأحكام خاصة و نتائج مترتبة عن تكوينه، مستمدة من الفقه الإسلامي ومن الأعراف المحلية والممارسة التعاقدية، وهو من العقود المكسبة للملكية لإدراجه في إطار مدونة الحقوق العينية في قسم أسباب كسب الملكية.

فعقد المغارسة عقد مكسب للملكية، أي ناقل لجزء منها عند بلوغ الشجر حد الإطعام وهذا ما نصت عليه المادة 267 من مدونة الحقوق العينية إذ جاء فيها أنه: " إذا بلغ الشجر حد الإطعام، اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الإتفاق عليها في عقد المغارسة." وهذا يعني أن الغارس لا يكتسب ملكية الجزء المتفق عليه إلا بعد إطعام الأشجار ونباتها حسبما اتفق عليه، أما قبل ذلك، فلا يكون له إلا حق احتمالي في كسب الملكية⁹⁹، أما في حالة إذا لم تتجح مغارسته و لم تطعم الأشجار خلال المدة المعينة فلا شيء له على مالك الأرض.

⁹⁸ - **العقد المسمى** هو : يقصد به العقود التي وصفها القانون وأفرد لكل منها تنظيما خاصا. والمقصود بالقانون هنا إنما هو التشريع ليس إلا بغض النظر عما إذا ما تمثل هذا التشريع في مدونة متكاملة أو في تشريع مستقل عن هذه المدونة. ز بهذا الفهم يملك المقصود بالعقود المسماة تلك العقود المحددة في أوصافها وأحكامها بالتشريع. وهو ما خصصه القانون باسم معين و تولى تنظيمه لشيوخه بين الناس في تعاملهم. والعقود المسماة إما أن تقع على الملكية كالبيع والقرض والمعاوضة، الصلح...و إما أن تقع على المنفعة كالإيجار والإيجار و عارية الاستعمال... و إما أن تقع على العمل و هي كالمقاول و الوكالة و الكفالة والوديعة والحراسة...و العقد المسمى في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه، يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها العقود. وقد ورد النص على هذه العقود في الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود المغربي ابتداء من الفصل 478 إلى 1240.

أما **العقد غير المسمى** فهو: ما لم يخصصه القانون باسم معين ولو لم يتول تنظيمه، فيخضع في تكوينه و في الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود، شأنه في ذلك شأن العقد المسمى. ولكنه لما كان أقل شيوعا لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة.

- أستاذنا محمد شيلح: مرشد الحيران ، م س ، ص 22.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط ، المجلد الأول، م س ، ص: 167.

- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، ط 2 ، 2009/1430، مطبعة الكرامة، الرباط، ص: 7.

⁹⁹ - محمد ابن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط 1 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1410 هـ / 1990 م، ص: 332.

كما أن تنازل الغارس عن امتلاك جزء من ملكية الرقبة والإكتفاء بالغرس لا يغير من تكييف عقد المغارسة بأنه عقد مكسب للملكية، وهذا ما أكدته قرار محكمة الإستئناف بمراكش الذي جاء فيه: "وحيث يبقى الثابت من وثائق الملف أن المستأنف عليه أدلى بعقد مغارسة (صورة) مؤرخ في 4-9-1974 يستفاد منه أن المستأنف عليه سلم لوالد المستأنف البقعة موضوع الدعوى ليتولى غرسها بأنواع الأشجار وخدمتها وتسوية أرضها حتى إذا بلغت الإطعام إلى التمام أقسما المنتوج، بحيث يأخذ العارض الثلث الواحد في غرسه من الأشجار دون الرقبة و الباقي لمالك الأرض، وإن هذا كان بموافقة الغارس وقبوله والتزامه القيام به كما جاء في عقد المغارسة مما يكون ما ادعاه الطاعن غير وارد على الحكم الذي جاء في محله ويتعين تأييده"¹⁰⁰.

هنا تجدر الإشارة إلى أن هذا القرار صدر قبل مدونة الحقوق العينية، وبالتالي أخذ من أحكام الفقه الإسلامي المنظمة للمغارسة، كما أنه جاء في هذا القرار أن الإتفاق في عقد المغارسة على إقتسام الغلة التي ينتجها الغرس دون الرقبة، هل حقا لا يغير من تكييفه القانوني كسبب من أسباب كسب الملكية، لأنه بهذا الشرط لا يكسب ملكية العقار بل مكسب لملكية الثمار والغرس، وهو خلاف ما نصت عليه المادة 265 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها: "...مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر..."

إذا ثبت هذا ولما كان العقد بوجه عام سبب من أسباب كسب الملكية¹⁰¹ فعقد المغارسة ليس سوى عقد من نفس النوع، إذ يترتب عليه أن تنتقل ملكية جزء من الأرض للغارس، لذا نقول إن هذا الغارس في التشريع المغربي لا يمارس قبل التملك سواء على الأرض أم على الشجر أية حقوق عينية كيفما كان نوعها، أما بعد تنفيذ العقد وانتهائه

¹⁰⁰ - قرار محكمة الإستئناف بمراكش 2101 بتاريخ 2007/12/27 في الملف 07-1-1112 غير منشور. أورده:

- عمر ازوكار: مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 و مدونة الحقوق العينية " دراسة عملية ورصد للمواقف القضائية لمحكمة النقض " ، ط 1 ، 2012، منشورات دار القضاء، ص: 131
¹⁰¹ - محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ط 2 ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1419 هـ / 1999 م، ص: 326.

على وجه صحيح يصبح مالكا وشريكا في نفس الوقت، إذ لم يعد يحمل صفة الغارس وإنما يوصف بالشريك المالك على الشياع.

المبحث الثاني : التمييز بين صور عقد المغارسة

يتضح من التعاريف السابقة أن المغارسة تتشابه وتتلاقى من حيث طبيعتها وشروط تحققها مع مجموعة من المعاملات الأخرى التي لها نفس محل المغارسة، الذي هو الأرض كالكراء الفلاحي، الانتفاع وكذا إحياء أراضي الموات، كما أنها قد يختلط مفهومها ببعض العقود غير المنظمة كالساقاة والمزارعة، مما أفرز عدة صور لعقد المغارسة.

ومما لا شك فيه أن التمييز بين هذه وتلك له أهمية كبيرة في إبراز ماهية المغارسة ومميزاتها. وهذا ما سنحلله في مطلبين، سنخصص المطلب الأول لاختلاط المغارسة ببعض العقود المنظمة من قبل المشرع، والمطلب الثاني لصور عقد المغارسة.

المطلب الأول : عقد المغارسة وتمييزه عن غيره من العقود

يصعب التمييز بين عقد المغارسة و بعض العقود المشابهة له إلى حد يصعب معه تكييفه.

وينتضح من خلال التعريف الذي سقناه سابقا لعقد المغارسة، أنه عقد مشابه لبعض المؤسسات والأنظمة، سواء تلك المنظمة بمقتضى قانوني أي بنصوص خاصة (الفقرة الأولى) أو تلك التي أغفل المشرع تنظيمها (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى : اختلاط المغارسة ببعض العقود المنظمة من قبل المشرع

قد يبدو لأول وهلة أن هناك التباس وتشابه في المفهوم بين المغارسة و الكراء الفلاحي(أولا) وكذا مع كل من الانتفاع (ثانيا) وإحياء أراضي الموات(ثالثا) لتناولهم لنفس الموضوع مع اختلاف في السبب والنتيجة.

أولا : تمييز عقد المغارسة عن عقد الكراء الفلاحي

يتشابه عقد المغارسة وعقد كراء الأراضي الفلاحية في كونهما من عقود المعاوضة ومن العقود المستمرة والملزمة للجانبين، إلا أن عقد المغارسة يتميز بأنه ناقل لملكية جزء من الأرض، وذلك حسب مقتضيات المادة 267 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها أنه: "إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والگارس بحسب الحصة التي وقع الإتفاق عليها في عقد المغارسة."

فالأثر المهم الذي يترتب عن بلوغ الغرس حد الإطعام، هو نقل ملكية الجزء المتفق عليه من الأرض والشجر إلى المغارس. بينما عقد الكراء المتعلق بالأراضي الفلاحية فيقتصر فقط على تمكين المكثري من الانتفاع بعين معينة، سواء كانت مملوكة

للمكري أو لغيره¹⁰² لمدة مؤقتة، بحيث يلتزم المكثري عند انتهاء مدة العقد برد العين إلى مالكاها. بالإضافة إلى أن عقد المغارسة يتميز عن عقد الكراء الفلاحي في أن مدة العقد في الغالب لا تتجاوز 15 سنة، بينما في الكراء الفلاحي فيمكن أن يبرم لمدة أطول¹⁰³ ، إذ جاء في الفصل 701 من ق.ل.ع.م أنه: "يجوز إبرام كراء الأراضي الفلاحية لمدة أربعين سنة فإن أبرم لمدة أطول ساغ لكل من المتعاقدين فسخه بعد انتهاء الأربعين سنة."

كما أن عقد المغارسة يختلف عن عقد الكراء الفلاحي بخصوص قيام شركة بين مالك الأرض ومن يقوم بغرسها، حيث يسلم الأولأرضه للغارس ليتولى غرسها وتربية الغراس والعناية بها، وإنشاء ما يلزم من الوسائل خلال مدة معينة حتى يكتمل صلاحه وتبدو ثماره في مدة معلومة على أن تكون الأشجار والمغروسات وما يتبعها من منشآت شركة بين مالك الأرض وبين الغارس طبقا للإتفاق¹⁰⁴.

¹⁰² ينص الفصل 700 من ق.ل.ع.م على أنه: "يخضع كراء الأراضي الفلاحية للقواعد العامة السابقة." أي قواعد الكراء بوجه عام حسب الفصول من 627 إلى 699 من ق.ل.ع.م ومنها ما تنص عليه المادة 668 منه، التي جاء فيها أنه : "للمكثري الحق في أن يكري تحت يده ما اكتراه وأن يتنازل عن عقد الكراء لغيره بالنسبة إلى الشيء كله أو بعضه إلا إذا حجر عليه ذلك في العقد أو اقتضته طبيعة ما اكتراه".

¹⁰³ أكد المجلس الأعلى سابقا - محكمة النقض حاليا - في إحدى قراراته بأن العرف و العادة يؤيدان دورا هاما في تحديد مدة عقد الكراء الفلاحي وقد تحدد بالشهور أو بالسنوات و هو ما ورد في نص القرار: (تحدد مدة عقد الكراء بالمشاهدة- أي كل شهر- أو بالسنة). قرار المجلس الأعلى رقم 71، الصادر بتاريخ 22 دجنبر (دون ذكر السنة) ، في الملف المدني رقم 29337، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 26 سنة 1981.

أورده :
- صلاح الدين دكداك: كراء الأراضي الفلاحية بين الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية 2007 و 2008 ، الهامش 1 ، ص: 51.

للمزيد من التفاصيل بخصوص المدة في عقد كراء الأراضي الفلاحية. يراجع:
- محمد البوشواري: كراء الأراضي الفلاحية في الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود المغربي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية الشريعة، جامعة القرويين، آيت ملول أكادير، السنة الجامعية 2000 و 2001 ، ص: من 136 إلى ص: 148.

¹⁰⁴ عادل أحمد حسين القيز: م س ، ص: 22.
- محمد البوشواري : كراء الأراضي الفلاحية ، م س ، ص 83.

ثانيا : حق الغارس وتمييزه عن صاحب حق الانتفاع

عرفت مدونة الحقوق العينية حق الإنتفاع بمقتضى المادة 79 على أنه: " حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله، وتتقضي مدته لزوما بموت المنتفع."¹⁰⁵ من خلال التعريف الوارد أعلاه، يتضح أن حق الإنتفاع وإن كان يقع على منفعة ولمدة معينة، فهو يختلف عن حق الغارس من عدة أوجه يبقى من أهمها ما يلي:

أنه حق يخول صاحبه الإنتفاع بالشيء بكل أوجه الإنتفاع التي تقتضيها طبيعة ذلك الشيء¹⁰⁶، هذا الإنتفاع قد يكون بعوض أو بغير عوض، عكس حق الغارس قبل إطعام الشجر أي قبل امتلاكه للحصة المتفق عليها فهو حق شخصي، أما بعد وصول الشجر إلى حد الإطعام فآنذاك يصبح الغارس مالكا على الشياخ، وذلك طبقا لما جاء في المادة 267 من مدونة الحقوق العينية، إذ نصت على أنه: " إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الإتفاق عليها في عقد المغارسة."

يضاف إلى هذا أن حق الإنتفاع، يقوم دائما على الإعتبار الشخصي بقوة القانون، أما حق الغارس فلا ينقضي بموته إلا إذا طلب ورثته إنهاء العقد¹⁰⁷ أو كانت المغارسة قد

¹⁰⁵ - ويقابل هذا النص الفصل 142 من مجلة الحقوق العينية التونسية، حيث ورد فيها أن: " الانتفاع هو الحق في استعمال شيء على ملك الغير واستغلاله مثل ملكه بشرط حفظ عينه."

- قانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 (12 فيفري 1965) يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية، الرائد الرسمي، ع 10 ، بتاريخ 19 و23 فيفري 1965 صفحة 200.

¹⁰⁶ - محمد بونبات: في الحقوق العينية، دراسة مقارنة للحقوق العينية وجدواها الاقتصادية / الاجتماعية، سلسلة آفاق القانون (7) ، سنة 2002/2003، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، ص: 59.

¹⁰⁷ ورد في هذا الإطار إلى دار الإفتاء بدولة قطر السؤال التالي : " تملك والدتي وخالتي وخالي قطعة أرض على الشيوخ إرثا عن والدهم المتوفى. ظل خالي ينتفع بهذه الأرض لسنوات عدة، فبنى بها بيته وفيه تزوج ورزق بأولاد، واستمر خالي يغرس الأرض إلى أن توفاه الله تعالى. يحصل هذا كله بعلم والدتي وخالتي، ودون أن تعترض أي منهما أو تثير في قائم حياة خالي الحديث عن اقتسام الأرض.

مضت سنوات عدة على وفاة خالي، وكبر أولاده واستمروا ينتفعون بالأرض، وتزوج معظمهم، وبنى بعضهم بيته فيها، والحال أن خالتي أو أمي لم تعترضوا على ما يجري كما لم تنثر أي منهما موضوع اقتسام قطعة الأرض تلك، ومرد هذا هو جودة العلاقة بين الأخنتين وأخيهما، ثم نظرة العطف والحنان التي كانت تسود علاقة خالتي وأمي تجاه أولاد أخيهما.

أثار أولاد خالي لاحقا الحديث عن كيفية اقتسام قطعة الأرض، وانبروا بالقول بوجود مغارسة من أبيهم(خالي) لكنها غير مكتوبة، ما يعني في نظرهم أحقيتهم في نصف نصيب والدتي وخالي.

السؤال هو: هل يعد انتفاع خالي وأولاده من بعده بكامل الأرض ودون اعتراض خالتي أو أمي -هل يعد هذا- قبولا من جانبهما في عقد المغارسة المفترض؟ وإذا كان ثمة مغارسة، فكيف يأخذ كل نصيبه؟ وهل لهذه الكيفية من أوجه؟=

تمت بسبب حرفة الغارس أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه أو بناء على طلب من مالك الأرض أو من ورثة الغارس¹⁰⁸.

ثالثاً : عقد المغارسة وإحياء أراضي الموات

يتشابه عقد المغارسة مع نظام إحياء أراضي الموات¹⁰⁹ في كونهما يردان على أراضي مهملة، وذلك لعدة أسباب تحول دون ذلك كالجفاف مثلاً أو لعدم وجود المياه فيها أو أنها مغمورة كلياً بالمياه أو الحجارة والرمال، يضاف إلى هذا أن كلا من الغارس والشخص الذي قام بإحياء الأرض يتحولان إلى مالكين، بحيث يصبح الغارس مالكا للحصة المتفق عليها بمقتضى عقد المغارسة والشخص المحيي مالكا للأرض التي أحيائها.

=وقد كان الجواب كالآتي:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه. أما بعد: فلا يعتبر مجرد الإذن أو السماح بالانتفاع بالأرض دون مقابل، عقد مغارسة، بل هي مكارمة محضة، وعقد المغارسة كغيره من العقود في المعاملات الشرعية لابد فيها من إيجاب وقبول، ثم إن المغارسة على سبيل الشركة بأن تعطى أرض ببيضاء للعامل لغرس الأشجار من عنده لها صورتان: فقد تكون على أن تقسم الأرض والأشجار بين صاحب الأرض والعامل، وقد تكون على أن الأشجار وحدهما هي التي تقسم بينهما، وفي كلا الحالتين خلاف بين أهل العلم، فأما المغارسة على سبيل الشركة في الأشجار وحدها فأجازها الحنفية والحنابلة، ولم يجزها المالكية والشافعية. وأما المغارسة على وجه الشركة بينهما في الأرض والأشجار معا فلا تجوز إلا عند المالكية حيث قالوا: تجوز المغارسة بشركة جزء معلوم في الأرض والشجر معا.

وعلى افتراض أن أبناء خال السائل أقاموا بيئة على أنه كان هناك عقد مغارسة على نسبة معلومة من الأرض والشجر معا، بين أبيهم وأختيه، فعلى قول المالكية بصحة هذا العقد، فإن هذه النسبة- سواء كانت النصف أم أكثر أم أقل- قد صارت ملكا للخال، وبالتالي تنتقل إلى ورثته من بعده.

فتوى عدد 146291 صادرة عن إدارة الدعوة والإرشاد الديني بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر نشرت في الموقع الإلكتروني يوم الثلاثاء 29 محرم 1432-4-1-2001 : <http://fatwa.islamweb.net/fatwa>

¹⁰⁸ - عز الدين عيسى: م س ، ص: 20.

- السليمانى مصطفى، م س ، ص: 29.

¹⁰⁹ - يقصد **بأراضي الموات** تلك: الأرض التي لا مالك لها، ولا سبيل إلى الانتفاع بها، إما لكون المياه قد غمرتها، وإحيائها يكون بإزالة تلك المياه وصرفها عنها، وإما أن يكون سبب مواتها الجفاف وانقطاع الماء عنها، فيكون إحيائها بشق الجداول لإيصال الماء إليها أو حفر الآبار بها، وإما أن يكون سبب مواتها عدم استوائها أو تواجد الأتربة والرمال والأحجار والنباتات الضارة بها، فيكون إحيائها بتسويتها وإزالة هذه المضار عنها، وبذلك يتم استصلاحها وتصبح صالحة للاستغلال في زراعة أو بناء ونحوهما.

- فاطمة الزهراء علاوي: إحياء الأرض الموات على ضوء القواعد الفقهية والقانون الجديد لمدونة الحقوق العينية، مقال منشور في مجلة الحقوق ، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع، فبراير 2013، مطبعة المعارف الجديدة الرباط، ص: 32.

- كما عرف الأستاذ علي هادي العبيدي الأراضي الموات بأنها: "الأرض غير المملوكة لأحد ولا يتعلق بها حق أحد ولا ينتفع بها لأي سبب كان".

- علي هادي العبيدي : الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، ط 1، الإصدار الخامس 2008 ، دار الثقافة، الأردن، ص102.

وبذلك فإحياء الأراضي الموات، هو قيام شخص وهو المحيى بوضع اليد على أرضاوية، لا ينتفع بها ولا ملك لأحد عليها، فيعمل على استصلاحها وتعميرها بإزالة الأسباب التي جعلتها غير صالحة للزراعة¹¹⁰.

إلا أنه على الرغم من هذا التشابه، فإن عقد المغارسة يختلف عن إحياء أراضي الموات في كونه يتم بين طرفين اثنين هما مالك الأرض والغارس ويرتب هذا العقد التزامات وحقوق متبادلة بينهما، عكس إحياء أراضي الموات الذي يقع على أرض غير مملوكة لأي شخص، إذ يقوم بالعمل على إحيائها قصد تحويلها إلى أرضصالحة للإستغلال آنذاك تصبح في ملكيته يتصرف فيها تصرف المالك. غير أنه بعد صدور مدونة الحقوق العينية، فإنه أصبح من غير المقبول وضع اليد على أراضي الموات إلا بعد استصدار إذن من السلطات المختصة، كما أنه بعد عملية الإحياء فإن الشخص المحيى لا يصبح مالكا للرقبة وإنما يبقى له حق الإستغلال فقط، بينما ملكيتها تبقى للدولة وذلك طبقا للمقتضيات القانونية الواردة في المادة 222 والمادة 223 من مدونة الحقوق العينية¹¹¹.

الفقرة الثانية : اختلاط عقد المغارسة ببعض العقود غير المنظمة

كما يتشابه عقد المغارسة ببعض العقود المنظمة قانونا، فإنه يتشابه كذلك ببعض العقود غير المنظمة أهمها المساقاة (أولا) والمزارعة (ثانيا).

¹¹⁰ جواد الهروس: الحيازة والإستحقاق في الفقه المالكي والقانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، قسم الدراسات العليا، وحدة المعاملات، كلية الشريعة، جامعة القرويين فاس، السنة الجامعية 2001 / 2002 ، ص: 24.

¹¹¹ نصت المادة 222 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "الأراضي الموات التي لا مالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يجوز وضع اليد عليها إلا بإذن صريح من السلطة المختصة طبقا للقانون." - جاء في المادة 223 من مدونة الحقوق العينية أنه: "من أحيى أرضا من الأراضي الموات بإذن من السلطة فله حق استغلالها."

أولاً: أوجه الاختلاف بين عقدي المغارسة والمساواة

عرف عقد المساواة¹¹² نفس الجدل الفقهي الذي عرفه عقد المغارسة، سواء من حيث التعريف والتكييف أو من ناحية حكمه في الشرع، ومع ذلك فهو يختلف مع المغارسة من عدة جوانب:

فالمساواة وإن كانت تشترك مع المغارسة في لزومها بالعقد.

إن المساواة على المختار ***** لازمة بالعقد في الأشجار¹¹³

وفي أنها تكون في الأصول الثابتة من نخيل وعنب ورمان ... أو ما شابه ذلك الأصول، فالمساواة عبارة عن استعمال الرجل رجلاً آخر في نخيل أو كروم أو غيرها من الأشجار المثمرة ليقوم بإصلاحها، على أن يكون له سهم معلوم منها، كما أن المساواة لا يقتصر العمل فيها على السقي فقط، بل تشمل أعمالاً أخرى كالحفر وتسميد الأشجار وكل ما فيه مصلحة للثمر والشجر¹¹⁴.

إلا أن وجه الاختلاف يبرز أساساً في أن مالك الأرض في المغارسة يدفع أرضه للعامل ليغرسها بأشجار معينة، أما في عقد المساواة فالمالك يدفع أرضه المشغولة غالباً بالأشجار للعامل للعناية بها والتعهد بسقيها وصيانتها إلى حين إثمارها¹¹⁵، ولهذا فوجه الاختلاف بين هذين العقدين، يتمثل في كون الشجر مغروس في المساواة وفي المغارسة غير مغروس، يضاف إلى هذا أن الغارس يصبح بعد وصول الشجر حد الإطعام مالكا للحصة المتفق عليها من الأرض والشجر معا، أما نصيب العامل في نظام المساواة

112 - عرفت المادة 1013 من القانون المدني الليبي عقد المساواة بكونه: "عقد يسلم بمقتضاه صاحب شجر شجره إلى شخص يتعهد ويسقيه إلى أن يثمر لقاء قسم معين من المحصول".

- وفي الفقه المالكي فقد عرفه ابن جزي في قوانينه الفقهية، ص 240 بأن عقد المساواة: هو أن يدفع الرجل شجرة لمن يخدمها وتكون غلتها بينهما.

113- أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، ج 8، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1419هـ/1998م، ص: 57.

114- عبد الحق الأزهرى: م س، ص: 99.

115- عز الدين اعيسيو: م س، ص: 17.

فيكون جزء من غلة الشجر أو من النقود حسب الإتفاق دون اكتسابه لملكية حصة من الأرض.

أما بالنسبة لمدة العقد، ففي المساقاة غالبا ما تكون أقصاها سنة موسمية فلاحية، عكس المغارسة التي تمتد لسنين عديدة لا تقل عن ثلاث سنوات مادام أن العمر المتوسط لبعض أنواع الأشجار التي تثمر مبكرا هي ثلاث سنوات.

ثانيا: عقد المغارسة و المزارعة

المزارعة¹¹⁶ أو المشاركة في الإنتاج الزراعي، هو عقد شركة يسلم بموجبه المالك أرضه المعدة للزراعة لآخر ليزرعها ويلتزم هذا المزارع بأداء نصيب من محصولاتها إلى المالك.

هذا التعريف يساير مختلف وجهات النظر الفقهية ولا يرد عليه أي اعتراض¹¹⁷، والإلتزام الرئيسي الذي يقع على رب الأرض في عقد المغارسة والمزارعة هو أن يدفع المالك أرضه ليستغلها شخص آخر مقابل أجرة محددة.

من خلال التعريف السابق، يتضح أن نقط الاختلاف بين هذين العقدين تكمن في محل التزام العامل، إذ أنه في نظام المزارعة يتمثل في قيام العامل بزرع محاصيل موسمية كالقمح والشعير والذرة...، بينما في المغارسة فمحطها ينصب على غرس الأرض بأصول ثابتة أو ما يشبهها على نفقته، يضاف إلى هذا أن العامل في المزارعة

¹¹⁶ - ومن صور عقد المزارعة الصحيحة في المذهب المالكي مسألة الخماس، وهي أن يشترك رجلان أحدهما يساهم بالأرض والبذر والآلة، والآخر يساهم بالعمل فقط على أن يكون له نصيب معلوم مما تنتجه الأرض من محصول زراعي كالخمس وشبهه، فإذا لم تنتج الأرض شيئا فلا شيء له أو عليه. ينظر في هذا الإطار:

- علال الهاشمي الخياري: منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في العلوم الإسلامية والحديث، الجزء الثاني، جامعة القرويين، دار الحديث الحسنية، الرباط، السنة الجامعية: 1401/1402هـ - 1981/1982م، ص: 293.

- مسألة الخماس هي نوع من العقود التي يتم بها استغلال الأرض الزراعية من طرف المزارعين المغاربة خاصة في البوادي فينجز ذلك بين رب الأرض والعامل ويتم تحديد حصة كل طرف بناء على مساهمة كل شريك. للمزيد من المعلومات يراجع في هذا الإطار:

- عبد الحق الأزهرى، م س ، ص: 95.

¹¹⁷ - علال الهاشمي الخياري: م س ، ص: 276.

يحصل على نسبة معينة أو متفق عليها من الغلة، أما في عقد المغارسة فالغارس يكون له نصيب من الأرض والشجر بعد وصول هذا الأخير حد الإطعام.

وللإشارة فمدونة الحقوق العينية لم تتعرض لهذه العقود المشابهة لعقد المغارسة ونفس الشيء بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود المغربي ولهذا اقتصرنا هذه المقارنة على ما ورد في الفقه المالكي من أحكام خاصة لبعض العقود المشابهة¹¹⁸.

المطلب الثاني: صور عقد المغارسة

بالعودة إلى تعريف ابن عرفة¹¹⁹، فإن المغارسة لا تخرج عن ثلاث صور:

أولها: إجارة¹²⁰، بمعنى أن يغرس الغارس أرضا لمالكها بأجرة معلومة.

ثانيها: جعل¹²¹، بمعنى أن يغرس الغارس لمالك أرض شجرا على أن يكون له

نصيب فيما ينبت منها.

¹¹⁸ " Parce que ces opérations représentent des contrats d'association entre le travail et le capital (terres agricoles plantées ou nues, les arbres), certains économistes les ont assimilé à des opérations de moudharaba. La distinction entre ces trois modes de placement se réfère à la nature du produit, objet du contrat. Dans le cas de l'arboriculture, on utilisera la mougharassa, par contre lorsque les produits cultivables nécessitent une irrigation permanente (cultures maraîchères par exemple), il s'agira de la moussaquate alors qu'on parlera de mouzara'a dans le cas des cultures céréalières.

- Mohamed Najib BOULIF : Vers une nouvelle approche des placements, Thèse de doctorat d'Etat Sciences Economiques, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, fes, 29/06/1996, P 187.

¹¹⁹ - المغارسة هي جعل وإجارة، وذات شركة في الأصل.

- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: م س ، ص: 391.

- محمد بن عرفة الورغمي التونسي : م س، ص: 148.

¹²⁰ - وهي أن يقول مالك الأرض لرجل آخر: اغرس لي هذه الأرض أصولا، تفاحا أو عنباً أو ما إلى ذلك، ولك أجرة. يسميها له مالك الأرض، وهذه الأجرة قد تكون نقوداً أو عرضاً يصفه له. أورده:

- علاء الهاشمي الخياري: م س ، ص: 316.

وصورته كذلك: أن يقول شخص لآخر: اغرس لي في هذه الأرض نخلا أو عنباً أو تيناً ولك كذا من الدراهم أو الدنانير أو غيرها. أورده:

- أنور محمود دبور: م س ، ص: 331.

¹²¹ - صورته أن يقول رب الأرض للعامل: اغرس أراضي زيتونا أو دوالي عنب مثلاً ، ولك عن كل شجرة أو دالية تنبت أو تثمر خمسون فرنكاً مثلاً. أورده:

- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، وثيقة و شرح، ج 1، ط 2 ، 1415 هـ / 1995 م، مطبعة الأمنية، الرباط، ص: 196.

ثالثها: متردد بين الإجارة والجعل، وهو أن يغرس الغارس لرب الأرض أرضه على أن يكون له نصيب من الأشجار والأرض¹²².

ولكل واحد من هذه الأنواع الثلاثة موضوع يخصه، لذا سوف نعمل على التطرق بالتفصيل لكل صورة على حدى :

الفقرة الأولى: المغارسة على وجه الإجارة

أن تتعقد المغارسة على وجه الإجارة: وحكم هذه الصورة يختلف باختلاف حالتين:

- **الحالة الأولى:** أن يكون الغرس من عند مالك الأرض ولا إشكال في جواز هذه الحالة، سواء سمى له عدة ما يغرس في الأرض أو لم يسم، لأن ذلك معروف عند الناس ولا بد أن يصف قدر الغرس في الصغر والكبر، لأن المشقة في ذلك مختلفة إلا أن يدخل في ذلك على عرف فيستغني به عن الصفة.

- **الحالة الثانية:** أن تكون الغروس من عند الغارس، فلا تجوز المغارسة في هذه الحالة، لأنها كمسألة من استأجر أجيرا للبناء على أن مواد البناء من عند البناء، وذلك إجارة وسلم، فلا تجوز لأن أحكامها مختلفة¹²³.

فأصحاب هذا التوجه، يذهبون إلى أنه إذا حصل التراضي بين رب الأرض والعامل على غرس أشجار معلومة حتى تبلغ إلى حد معلوم صح أن يكون ذلك بأجرة معلومة من غير الأرض اعتبر ذلك إجارة وليس من قبيل المغارسة في شيء.

فعلى الرغم من أنهما يتدخلان في لزومهما بمجرد عقدهما وأن العامل يلتزم بغرس الأصول المتفق عليها إلى أن تبلغ حدا معلوما، إلا أنهما يختلفان في أوجه عدة ، ذلك أن

¹²² - و صورتها: أن يقول المالك للعامل: اغرس هذه الأرض نخلا أو عنباً، فإذا نبت فالأرض و الشجر بيننا مناصفة. أورده:

- أنور محمود دبور: م س ، ص: 331.
¹²³ - عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 691.

المغارسة بالإجارة لا يتوقف استحقاق عوضها على الإتمام¹²⁴، كما أن أجره العامل قد تكون نقودا أو عرضا يصفه له مالك الأرض¹²⁵.

إذن، فالإجارة تخالف نظام المغارسة، بحيث إن نصيب الغارس دائما يكون حصة من الأرض والشجر، عكس العامل في الإجارة الذي يستحق أجرته على مجرد عمله وإن لم يتممه فله بحساب ما عمل، بينما الغارس فلا يستحق أي شيء في حالة ما إذا ترك عمله من دون إتمامه.

والمغارسة بالإجارة هي الصورة التي تأثر بها بعض الفقه المالكي ودفعته إلى تكييفها على أنها نوع من أنواع الإجارة¹²⁶.

الفقرة الثانية: المغارسة على وجه الجعل

تعتقد المغارسة على وجه الجعل لقول ابن عرفة: "سمع ابن القاسم من قاضي رجلا على غرس نخل بأرضه على أن له في كل نخلة تثبت جعلاً مسمى، وإن لم تثبت فلا شيء له وله الترك ما شاء، فلا بأس به إن اشترط للنخل قدراً يعرف، كأربع سعفات أو خمسا¹²⁷".

ويرى أغلب فقهاء المالكية أن عقد المغارسة بالجعل جائز¹²⁸ وفي هذا الإطار يقول ناظم التحفة:

وجاز أن يعطي بكل شجرة ***** تثبت منه حصة مقدرة¹²⁹.

¹²⁴- محمد عليش، م س ، ص: 762.

¹²⁵- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س ، ص: 196.

¹²⁶- محمد بن علي الشوكاني: كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، ج 3، ط

1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر التاريخ، ص: 223.

يراجع في هذا الإطار:

- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم : م س، ص: 227.

¹²⁷- محمد بن عرفة الورغمي التونسي : م س، ص 148.

¹²⁸- أبو الوليد ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل، م س ، ص: 401.

¹²⁹- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س ، ص: 196.

ويجد هذا الموقف ما يبرره في أن جمهور الفقهاء جعلوا لجواز الجعل شروطاً متفقاً عليها، منها أن يكون الجعل معلوماً، وأن لا يضرب للعمل أجلاً، وأن لا يكون للجاعل فيه منفعة إلا بتمامه.

هذه الشروط كلها موجودة في عقد المغارسة بالجعل، فوجب بذلك جوازها. غير أنه إذا كان الجعل يشبه نظام المغارسة في هذه الصورة إلا أن هذا الأخير يبقى هو الأصل. فإذا بدأ العامل عمله ثم تركه فليس لرب الأرض أن يلزمه بإتمام العمل، عكس الغارس الذي لا يستحق جعله المسمى إلا بإتمام عمله، أي بعد نبات الغرس أو بلوغه الحد المشترك، فإذا لم يتم عمله أو هلك الشجر قبل ذلك فلا شيء له¹³⁰.

فأهم ما يميز عقد المغارسة بالجعل عن المغارسة التي نحن بصدد دراستها، هي أنها لا تجوز إلا إذا توفر شرط مهم لا بد منه وهو أن تكون الغراس من مالك الأرض، فإن كانت من العامل بطلت المغارسة بالجعل¹³¹.

في هذه الحالة، فالمغارسة تكون قد جمعت بين البيع والإجارة أو بين البيع والجعل، الأمر الذي يضيفي إلى اجتماع بيعين - الغرس والعمل - في بيع واحد، فبهذه المواصفات تعتبر المغارسة بالجعل من صور استغلال المالك لأرضه بنفسه، لأن الغارس لا يشاركه في ثمار ما تنتجه أرضه.

الفقرة الثالثة: المغارسة بالمشاركة

المغارسة بالمشاركة: هي الصورة الطبيعية للمغارسة أما الصورتين السالفتي الذكر أعلاه، فهما تدخلان في بابي الجعل والإجارة¹³²، وهذا ما أوضحه الشيخ عليش حين قال: "ليست المغارسة بإجارة منفردة ولا جعل منفرد، وإنما هي سنة على حالها وأصل قائم

¹³⁰ - أبو الوليد ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل، م س ، ص: 403.

¹³¹ - أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، المرجع السابق ، ص:

196.

¹³² - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : م س ، ص: 391.

في نفسها، أخذت شبها من البابين: أشبهت الإجارة من جهة لزومها بالعقد، والجعل من جهة أن الغارس لا يجب له شيء إلا بعد ثبوت الغرس وبلوغه الحد المشترك، فإن بطل فلا شيء له، ولا كان من حقه أن يعيده مرة أخرى¹³³.

هذه الصورة الأخيرة من صور المغارسة أصل قائم بذاته عند غالبية فقهاء المذهب المالكي، فليس إجارة محضة ولا جعلاً خالصاً، وإنما أخذ من البابين بشبه، فصار له طابعه الخاص ووضعه المستقل.

وعلى الرغم من أن ابن رشد في مقدمته، لم يضع تكييفاً واضحاً لعقد المغارسة، حيث إنه اقتصر على وصف هذا الاتفاق وتمييزه عن غيره، إلا أن بعض الفقهاء يرون أن ابن رشد وغيره قسموا المغارسة إلى ثلاثة أقسام: جعلية، إجارة وشركة، هذه الأخيرة هي التي عنى بها الناظم بقوله:

وجاز أن يعطي بكل شجرة ***** تنبت منه حصة مقدرة.

وهو الذي ينصرف إليه اللفظ عند الإطلاق ويقصده المصنفون في وثائقهم¹³⁴.

إلا أن بعض المالكية، يرون أن هذه الصورة الأخيرة من المغارسة ليست أصلاً قائماً بذاته، لأنها تدخل في المزارعة، وهذا عكس ما يراه العلامة الأجهوري من أن لكل من المغارسة والمزارعة مميزاتا وخصائصها، لأنهما - وإن اشتركتا من حيث الصورة العامة - فإن المزارعة تكون في الزرع والمغارسة في الأشجار، فيجب أن تستقل المغارسة عن المزارعة كما استقلت المساقاة عن المزارعة¹³⁵.

¹³³ - محمد عليش: منح الجليل، ج 3، ص: 929.

¹³⁴ - محمد بلقاسم السجلماسي: شرح السجلماسي على العمل الفاسي، مبتورة البداية والنهاية، ص: 18.

¹³⁵ - أنور محمود دبور: م س ، ص: 332.

مما سبق، يتضح أن المغارسة عند المالكية¹³⁶ إذا جاءت على إحدى هذه الصور الثلاثة المذكورة، كانت صحيحة، وأما في الحالة التي تتعد على غير هذه الصور كانت فاسدة.

وكخلاصة لكل ما سبق، فإنه يمكن القول إن عقد المغارسة هو من قبيل الشركة وهو موقف يتماشى مع تعريف الفقه الإسلامي للشركة بأنها عقد بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه¹³⁷، فهي تشاركها أكثر الأحكام وتجتمع معها في أن المال (الأرض)، يكون لمالكه ويقوم الغارس بتقديم الأغراس والعمل فيها على أن يقسم الربح الخارج بينهما بعد بلوغ الشجر بنسبة معينة يتفقان عليها أو يحددها العرف في جزء مشاع معلوم من الأرض والشجر، فهي بهذا المعنى كالمضاربة، أي أن يدفع أحدهما ماله إلى آخر لكي يتاجر فيه ويشتركان في الربح الناتج عنه.

من خلال ما سبق، يتبين أن المغارسة تتداخل مع كل من الإجارة والجعل والشركة مما جعل مسألة تكييفها وتحديد طبيعتها صعباً شيئاً ما.

136 - أما صور المغارسة عند غير المالكية فتتعدد على صورتين:
* - الصورة الأولى: أن يدفع رجل أرضه على أن ما يزرعه أو يغرسه فيها ويتعهده حتى يثمر بجزء مشاع معلوم من الشجر، أو من الثمرة أو من الشجر والثمرة معاً.
* - الصورة الثانية: أن يدفع رجل أرضاً فضاء مدة معلومة لمن يغرس فيها لتكون الأرض والشجر بينهما.
فغير المالكية من حنفية، شافعية وحنابلة يتفقون على هاتين الصورتين المفترضتين لجواز المغارسة على إحداها، إذ أن الصورة الأولى جائزة عندهم، والثانية فاسدة مما يؤكد أن غير المالكية لم يجيزوا المغارسة، ولم يذكروها إلا على وجه التبعية للمساقاة بخلاف المالكية الذين أجازوا المغارسة واعترفوا بها كعقد مستقل عن غيره.
يراجع في هذا الخصوص:

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 693.
137 - عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3 ، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، سنة 1990، ص: 60.

الفصل الثاني: أركان عقد المغارسة

لقيام عقد المغارسة صحيحا، يتوجب أن تتوفر فيه أركان و شروط معينة، ونظرا لعدم توسع فقهاء المالكية في ذكر ما يتعلق بالعناصر التكوينية لعقد المغارسة من شروط و أحكام اكتفاء بما ذكره في عقدي المساقاة و المزارعة، فإن عناصر تكوين عقد المغارسة لا تختلف عن عناصر تكوينهما.

أما فقهاء غير المالكية، فإنهم لما اعترفوا بالمغارسة كعقد تابع للمساقاة، واعتبروها صورة من صور المساقاة، لم يحتاجوا إلى الحديث عن العناصر التكوينية لعقد المغارسة، لأن عناصر تكوين عقد المساقاة هي نفسها عناصر تكوين عقد المغارسة. وحيث إنه لكل عقد من العقود أركان يقوم عليها، وشروط تتوقف ثبوت الأحكام على توفرها.

ووفقا لما تقضي به القواعد العامة للإلتزامات، فإن إبرام العقود يحتاج إلى عناصر التكوين المتعارف عليها تقليديا وهي: العاقدان، الشكلية (المبحث الأول)، المحل و السبب (المبحث الثاني)، فقد عد الفقهاء هذه المقومات أركانا للعقد، ولهذه الأركان لا بد من توفر شروط.

المبحث الأول : رضى طرفي عقد المغارسة وشكلية

لما كان فقهاء المذهب المالكي هم اللذين أجازوا عقد المغارسة و بسطوا فيه القول في كتبهم و عدوه عقدا مسمى و مستقلا، وأن مدونة الحقوق العينية استقت جل أحكام عقد المغارسة من الفقه الإسلامي ولأن المذهب المتبع في بلادنا هو مذهب الإمام مالك، كان لابد علينا من ترجيح مذهبهم في ذلك لما فيه من مصلحة، لذا فإنه من المناسب إتباع طريقتهم هنا للكلام عن أركان و شروط عقد المغارسة لتأكيد ما جاء في مدونة الحقوق العينية.

لذا سوف نتعرض لرضى طرفي العقد (المطلب الأول) ثم شكلية عقد المغارسة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: رضى المتعاقدين

عقد المغارسة كغيره من العقود الرضائية، يحتاج إلى توافق إرادتين صحيحتين تتجهان لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء العقد.

ومفهوم الطرف المتعاقد عرف جدلا فقها كبيرا، وذلك نتيجة للتعريف المعطاة له، إضافة للمعايير المعتمدة في تحديده، ومن المسلم به أن الشخص الذي يوصف بأنه طرف في العقد أو أنه في حكم الطرف، فهو غير في التصرف القانوني والعكس صحيح. والتعريف الشائع لدى فقهاء القانون، والقائل بأن الطرف في العقد هو الشخص الذي تعاقد لنفسه أصالة أو نيابة¹³⁸ يبقى تعريفا محل نظر، ووصف الطرف يستوي في مراحل تكوين وإنشاء العقد وهو يقوم على عناصر أساسية وهذا ما سنحاول التطرق له من خلال فقرتين، بحيث سنخصص (الفقرة الأولى) لعنصر الأهلية على أن نتناول في (الفقرة الثانية) عنصر الإرادة.

الفقرة الأولى : عنصر الأهلية

لم يبين غالبية الفقهاء الشروط الواجب توافرها في طرفي عقد المغارسة - مالك الأرض والغارس - ، بل اكتفوا عن ذلك بما ذكره من شروط المتعاقدين في المساقاة، ذلك لأن المغارسة في نظرهم صورة من صور المساقاة، وبالتالي، فإن ما يشترط في طرفي عقد المساقاة، ينطبق كذلك على العاقدين في نظام المغارسة¹³⁹. غير أن فقهاء المذهب المالكي وهم الذين توسعوا نسبيا في دراسة هذا العقد وحفاظا منهم على استقلالية المغارسة في نظام تكوينها عن المساقاة والمزارعة، فقد أشاروا إلى الشروط التي يجب توافرها في العاقدين وأجملوها في قول الإمام القرافي¹⁴⁰ أنه: " يشترط فيهما

¹³⁸ مأمون الكزبري: مصادر الإلتزامات، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، ج 1 ، ط 2 ، 1972، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 145.

¹³⁹ أنور محمود دبور: م س ، ص: 347.

¹⁴⁰ شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي الشهير بالقرافي: الذخيرة، م س، ص: 137.

أهلية¹⁴¹ الشركة والإجارة، فإن المغارسة مركبة منهما. " وهذا الشرط اشترطه الفقهاء قبلا في عاقد المزارعة كذلك وهو ليس شرطا خاصا بعاقدي المغارسة لقول الشيخ أبو الحسن أن: " المزارعة ولجوازها شروط: أحدها: المتعاقدين، ويشترط فيهما أهلية الشركة والإجارة"¹⁴².

وهذا يعني أنه لا يكفي في عاقد المغارسة أن يكونا متمتعين بأهلية الإجارة¹⁴³ فقط أو بأهلية الشركة¹⁴⁴ لوحدها، بل يجب أن يكونا حائزين لشروط الأهلية في العاقدين معا، بمعنى آخر أن لركن العاقدين شروط أهلية الإجارة وأهلية الشركة.

و بالرجوع إلى الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود¹⁴⁵ الذي يعتبر أهلية التعاقد شرطا أساسيا لصحة العقد، نجد أن صاحب الأهلية هو الذي يستطيع التعاقد على نحو يعتد به قانونا.

¹⁴¹ - الأهلية في الإصطلاح القانوني هي: صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات و كذا مباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بهذه أو تلك، و هي نوعين: أهلية وجوب و أهلية أداء.

أهلية الوجوب : هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون، وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها.

وللمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص يراجع:

- عبد الحق الصافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للإلتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م. ص: 135.

أهلية الأداء كما عرفت مدونة الأسرة في المادة 208 هي: "صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية و نفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها وانعدامها"

ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5184 الصادرة يوم الخميس 14 ذو الحجة 1424هـ (5 فبراير 2004)، ص 418.

¹⁴² - أبو الحسن الزرويلي الصغير: كفاية الطالب الرباني، دار المعرفة، بيروت، المطبوع على حاشية العدوي، ج 2 ، ص: 196.

¹⁴³ - أهلية الإجارة هي أن يكون العاقدان من أهل التملك والتملك، لأن الإجارة عقد على تملك المنافع، وهو لا يجوز إلا من عاقلين أهليين عاقلين بالغين حرين.

¹⁴⁴ - أهلية الشركة هي أن يكون العاقدان من أهل التوكيل والتوكل، فلا تصح بين صبيين ولا سفيهين ولا بين صبي وراشد.

- علي الصعيدي العدوي: حاشية على شرح الرسالة لأبي الحسن بن أبي زيد القيرواني، دار المعرفة، بيروت، ج 2 ، ص: 196.

¹⁴⁵ - التي تنص على أن: "الأركان اللازمة لصحة العقد الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي: 1- الأهلية للالتزام،..."

فالأهلية لا ترتبط ببنية العقد ولا تسري عليها قواعد النظرية العامة للعقود، وإنما ترتبط بالشخصية القانونية للعائد وبصلاحياته لاكتساب الحقوق الشخصية المالية منها وغير المالية و بممارستها¹⁴⁶.

الفقرة الثانية : عنصر الإرادة

يعتبر العقد¹⁴⁷ تصرفا قانونيا قوامه الإرادة، والإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي تترتب عليه، فالإرادة الحرة تتجلى بقوة في العقد، فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما، ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه، وإن كان التزامه يقوم على إرادة غير إرادته¹⁴⁸.

وما دامت الإرادة هي أساس وقوام العقد، فإن تدخل إرادة الشخص في العقد من أجل إحداث أثر قانوني، تجعله طرفا فيه، فالرضى يتحقق بتوافق إرادتين، وطبقا للقواعد العامة وحسب المادة 488 من ق ل ع¹⁴⁹، فإن عقد المغارسة ينشأ من حيث المبدأ

¹⁴⁶ عبد الحق الصافي: تكوين العقد، الكتاب الأول، م س، ص: 137.

¹⁴⁷ لقد تعددت التعاريف القانونية التي أعطيت للعقد، إلا أن أغلبها تكاد تتطابق فيما بينها، بيد أن أغلب هذه التعاريف هي من وضع الفقهاء ورجال القضاء، وليست من وضع التشريع. فالفقه والتشريعات الحديثة لا تقر بمسألة التفرقة بين الاتفاق والعقد، إذ أن مصطلح العقد ومفهومه مرادف لمصطلح ومفهوم العقد وهما وجهان لعملة واحدة، وهي التعبير عن توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهائه. يراجع في هذا الصدد :

- إدريس العلوي العبدلاوي : شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، ط 1، 1996، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 109.

وإذا عدنا إلى تعريف المشرع الفرنسي للعقد في المادة 1101 من القانون المدني، نجده يعرفه كما يلي : " إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أو عدة أشخاص، بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عنه"

" Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une plusieurs autres, à donner , à faire ou à pas faire quelque chose"

أو هو تطابق إرادتين أو أكثر من أجل إحداث آثار قانونية.

جاك غستان : مفاعيل العقد وآثاره ، ص 3 وما بعدها، أورده :

عادل الغنوبي : الغير عن العقد في القانون المغربي و القانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013/2014، ص 26.

¹⁴⁸ عبد الرزاق أحمد السنهاوري : شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، ج 1، م س، ص 99.

¹⁴⁹ الفصل 488 ق ل ع ينص على أنه : " يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الاخرى".

بمجرد توافق إرادتي مالك الأرض والغارس، بحيث تتجه نيتهما إلى إبرام عقد المغارسة دون غيره¹⁵⁰.

فإذا كان كل من العاقلين يقصد عقدا دون غير الذي يقصده الآخر، فإن العقد لا يقوم أصلا، وذلك لتعارض الإرادتين وعدم توافقهما على طبيعة العقد المراد إبرامه هل هو مغارسة أم مزارعة أم مساقاة.

والإرادة من الأمور النفسية المتمثلة في انعقاد العزم على إبرام تصرف معين بعد تفكير وتدبر، ولا يعتد بها إلا إذا اتخذت صيغة دالة على المقصود منها بوضوح¹⁵¹.

والأصل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقول في المعاملات اليومية، لأن المشرع لم يحتم مظهرا خاصا للتعبير عن الإرادة لأن مقتضى مبدأ الرضائية أن لا يخضع التعبير لشكل معين، وأن تترك للمتعاقد الحرية في الإفصاح عن إرادته بالطريقة التي تناسبه¹⁵²، وغالبا ما يكون التعبير عن الإرادة صريحا، أما بالنسبة للمعاملات المهمة والبيع، فإن العاقلين غالبا ما يتجهون إلى صياغة اتفاقاتهم عن طريق الكتابة، ذلك لأن هذا الشكل من التعبير عن الإرادة يوفر لهم ضمانات تتعلق بحماية الحقوق وإثباتها، وهو ما سيتم التطرق إليه في المطلب الموالي.

¹⁵⁰ الفصل 19 من قل ع ينص على أنه : "لا يتم الإتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للإلتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

والتعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الإتفاق فور إبرامه لا تعتبر جزءا من الإتفاق الأصلي وذلك ما لو يصرح بخلافه".

¹⁵¹ الحسين بلحساني: البيع و الكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، ط 2001 مزينة ومنقحة، مطبعة الجسور ، وجدة، 2003/2002، ص 22.

¹⁵² مأمون الكزبري: مصادر الإلتزامات، ج 1 ، م س ، ص 52.

المطلب الثاني: الشككية في عقد المغارسة

يتدخل المشرع في بعض الأحيان بالنص صراحة على ضرورة توافر شككية معينة في بعض العقود لقيامها صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية كاملة، ويصطلح عليها بشككية الإنعقاد، بحيث إذا تخلفت الشككية المطلوبة ترتب عن ذلك بطلان العقد.

وهذا ما اشترطه المشرع في عقد المغارسة، إذ اعتبرها ركناً من أركان إنعقادها، كما نصت على ذلك مدونة الحقوق العينية في المادة 268 التي جاء فيها أنه: "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي،...".

والتعاقد في عقد المغارسة، يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته عن طريق الإيجاب والقبول أي التعبير عن الإرادة باللفظ و الكتابة و الإشارة المتداولة عرفاً وهو ما يسمى بصيغة العقد.

وهذا ما سنعالجه من خلال التطرق لصيغة عقد المغارسة في الفقرة الأولى ثم لخصوصية الكتابة في عقد المغارسة في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : الإيجاب والقبول بين طرفي العقد

إن الركن المتفق عليه بين الفقهاء في أي عقد من العقود هو الصيغة¹⁵³ للدلالة على الإيجاب والقبول، الصيغة كل ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بها لتكوين العقد، إذ لا بد في عقد المغارسة من توافر الرضى بين طرفيه، ويتم هذا عن طريق الصيغة ، وتتحقق بكل لفظ من الألفاظ التي من شأنها أن تدل على قصد المتعاقدين¹⁵⁴،

¹⁵³ - صيغة العقد هي صورته الحسية التي يوجد بوجودها في الخارج، أو هي الدال على توجه إرادة العاقدان، ذلك لأن الأساس في العقد هو توجه إرادة العاقدان لإنشائه ، وهذه الإرادة أمر باطني لا يظهر إلا بما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة، وهذا الدال هو الذي سماه الفقهاء صيغة العقد.

يراجع في هذا الإطار:

- محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، 1388 هـ / 1969 م، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ص: 440.

¹⁵⁴ - محمد أديب كلكل: الفقه المبسط، المعاملات المالية، ط 1 ، 1428 هـ / 2007 م، دار الفكر، دمشق سوريا، ص: 46.

وذلك أسوة ببقية العقود، ولا يشترط في الصيغة أن تكون بألفاظ معينة، لكن يصح أن تكون بلفظ المغارسة أو ما يدل عليها¹⁵⁵ بأية لغة، مثل أن يقول مالك الأرض للغارس: "اغرسها شجرا أو نخلا، فإذا بلغت كذا وكذا سعة والشجر كذا وكذا، فالأرض والشجر بيننا نصفين، أو إستأجرتك أن تغرس لي هذه الأرض نخلا أو شجرا بطائفة أخرى من الأرض، أو جاعلتك على غرس أرضي هذه بكذا درهما أو بكذا مترا من الأرض"¹⁵⁶.

وفي هذا الصدد، يقول العلامة التسولي: "وهذا يرجح ما عليه الناس اليوم من عقدها بغير لفظها"¹⁵⁷. وأيضا العلامة المهدي الوزاني¹⁵⁸ الذي قال في نوازل الجديدة الكبرى إن: "المغارسة تتعقد بكل ما يدل عليها، لأنها نوع من الإجارة التي هي كالبيع تتعقد بكل ما يدل على الرضى وإن بمعاطة"¹⁵⁹.

فالمهم في صيغة العقد أن تدل على مضمون العقد، ويفهم منها توجه إرادة العاقلين إلى إنشاء المغارسة بأي لفظ كان لقول الشيخ عlish: "ولم يذكروا لعقد المغارسة صيغة معينة"¹⁶⁰، ذلك لأن جمهور الفقهاء لم يتطرقوا لصيغة المغارسة، أما المالكية ومن خلال كلامهم واستنادا لقول الشيخ عlish، فيمكن القول إنه لانعقادها لا يشترط في صيغتها أن تكون بألفاظ معينة، إذ جاء في كتاب النوازل والزيادات قول الإمام مالك: "إن قال إغرسها شجرا كذا وكذا فإذا بلغت الإثمار، أو قال شابا كذا فلك النصف ولي النصف على أن تغرم لي بنصفي كذا وكذا سنة فذلك جائز، فهذه المغارسة بعينها، وإنما

¹⁵⁵ - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي، ج 3، ط 1، 1429هـ/2008م، دار ابن حزم، بيروت- لبنان، ص: 599.

¹⁵⁶ - محمد عlish: م س، ص: 419 و 420.

¹⁵⁷ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ص: 190.

¹⁵⁸ - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب، ج 8، 1419هـ/1998م، إصدار وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، ص: 41.

¹⁵⁹ - المعاطة هي: الأخذ والإعطاء بدون كلام، كان يشتري شيئا بثمن معلوم له، فيأخذه من البائع و يعطيه الثمن، و هو يملك بالقبض، مع خلاف في كونه يثبت في الأشياء اليسيرة او النفيسة، او في الأشياء كلها.

- محمد بن أحمد الصالح: عقد الإستصناع و أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، ط 1، 1417هـ/1996م، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ص: 118.

¹⁶⁰ - محمد عlish: م س، ص: 422.

تغير اللفظ، ومالك لا يضر عنده قبح اللفظ في صحة المعنى¹⁶¹. وبمعنى آخر فمتى حسن العمل لا يضر قبح اللفظ، ولو كان اللفظ الذي وقعت الصيغة به قاصرا عن تصور حقيقة المغارسة به.

وبالرجوع إلى النصوص المنظمة لعقد المغارسة في مدونة الحقوق العينية، نجدها لم تورد أي صيغة خاصة بهذا العقد، إلا أن المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية نصت في فقرتها الثانية على أنه: "تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للإلتزامات والعقود فيما لم يرد به نص في هذا القانون..."، وبالتالي، فيمكن القول إن عقد المغارسة، يعد من العقود الرضائية الأخرى - كالبيع، الكراء... - التي يحتاج فيها الأمر إلى مجرد توافق الإرادتين على العناصر الأساسية والجوهرية المكونة له، وذلك طبقا للفصل 19 من قانون الإلتزامات والعقود المغربي الذي جاء فيه أنه: "لا يتم الإلتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للإلتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية".

إذن ومن خلال النص القانوني الوارد أعلاه، فإنه يلزم لإبرام عقد المغارسة أن يكون المتعاقدين قد تراضيا واتفقا على جميع مكونات الشروط الإلتفاقية التي ترد في العقد على اعتبار أن هذه المكونات هي التي يتشكل منها عقد المغارسة والتي تميزه عن باقي العقود التي قد تتشابه معه، وحتى يكون الرضى صحيحا من اللازم أن يكونا المتعاقدين - مالك الأرض والغارس - تامي الأهلية وتكون إرادتهما خالية من عيوب الرضى من غلط، تدليس، إكراه وغبن التي من شأنها أن تفسد عملية التعاقد، وبالتالي ومادام أن أغلب القواعد التي تنظم كل من الأهلية وعيوب الرضى، فإنه يتم الرجوع فيها إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإلتزامات والعقود.

¹⁶¹ أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني: النواذر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المجلد السابع، ط 1، 1999، دار الغرب الإسلامي-بيروت، لبنان، ص: 390، 391.

الفقرة الثانية : خصوصية الكتابة في عقد المغارسة

بصدور مدونة الحقوق العينية، أصبحت الشكلية لازمة لقيام بعض التصرفات القانونية، وذلك نظرا لأهمية هذه العقود أو لكونها تحتاج إلى عناية خاصة بالنظر إلى أطرافها، وكذا بالنظر إلى الآثار الناجمة عنها، استوجب المشرع أن تأتي هذه التصرفات وجوبا في الشكل الرسمي¹⁶² تحت طائلة البطلان¹⁶³، فنصت صراحة على توثيق المغارسة في ورقة رسمية¹⁶⁴، وحسنا فعلت، لأن التوثيق الرسمي من شأنه تنبيه أطراف العقد إلى خطورة التصرف الذي يقدمان عليه أولا، وثانيا ضمان التعبير عن الإرادة بشكل صحيح وتوثيق العقد بكيفية سليمة من الناحية القانونية ما دام سيصدر من ذوي الاختصاص العدول و الموثقون.

أي أن العقود الموجودة قبل دخول مدونة الحقوق العينية حيز التطبيق، لا تسري عليها مقتضيات الخاصة لعقد المغارسة، لكن هذا لا يعني إذا ما كان الإتفاق بينهما يقضي بنقل حصة معينة من الأرض مع الشجر للغارس أن يدعي مالك الأرض كون

¹⁶² يسير المشرع المغربي بكيفية تدريجية نحو تعميم رسمية التصرفات العقارية، سواء تعلق الأمر بعقارات محفظة أم غير محفظة وذلك بقصد الحد من العقود العرفية بقدر الإمكان في المجال العقاري اقتناعا منه بالدور الذي يقوم به التوثيق سواء العدلي أم العصري، ويتجلى هذا التوجه من خلال نصوص مدونة الحقوق العينية و التي تضمنت مقتضيات تتعلق برسمية العقود.
يراجع في هذا الإطار :

- محمد خيرى : تعميم رسمية التصرفات العقارية رهين بتحديث القوانين المنظمة للتوثيق، ندوة توثيق التصرفات العقارية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق بمراكش يومي 11 و 12 فبراير 2005، سلسلة الندوات والأيام الدراسية ، ع 23، ط 2، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، ص 19.

¹⁶³ عبد العزيز الولتا: الشكلية المتطلبة لإبرام العقود العادية و الإلكترونية في القانون المغربي، مجلة القانون والأعمال، مقال منشور بالموقع الإلكتروني : www.droitentreprise.com

¹⁶⁴ في هذا الإطار نصت المادة الرابعة من قانون 16.69 المتمم لأحكام مدونة الحقوق العينية وأحكام التحفيظ العقاري على أنه: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك.
يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".
وبناء على هذه المادة فجميع التصرفات المنقلة للملكية العقارية يشترط فيها أن ترد في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ، وبهذا يكون المشرع قد أفرغ شكلا معينا بالنسبة للمحررات العقدية.

الاتفاق الرابط بينهما لم يعد له أثر، بل ينبغي التقييد بجميع أحكامه إلا ما كان فيه مخالفة صريحة للقواعد العامة¹⁶⁵.

فقد قضت المادة 268 من مدونة الحقوق العينية والتي جاء فيها: "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي"، فعقد المغارسة عقد رسمي أي عقد رسمي بدليل لفظة "يجب" الواردة في مستهل المادة المذكورة، فهذه الكلمة تدل على أن الكتابة الرسمية ركن في العقد. والعقد لا يكون رضائيا إلا إذا اكتفى بالتراضي وحده، دون إجراء آخر كالكتابة أو التسليم بالنسبة إلى العقود العينية، لانعقاد العقد. وللإشارة فإن التراضي يوجد في العقد الشكلي وكذا في العقد العيني ولكنه لا يكون كافيا لانعقاده بخلاف العقد الرضائي.

فالمشرع المغربي نص على ضرورة إبرام عقد المغارسة في محرر رسمي¹⁶⁶ تحت طائلة البطلان، سواء تم إبرامه من طرف عدلين بواسطة الوثيقة العدلية (أولا) أم من طرف موثق عن طريق الوثيقة العصرية (ثانيا).

أولا : توثيق المغارسة في الوثيقة العدلية

يختص العدول بتوثيق الوثيقة¹⁶⁷ العدلية موضوع المغارسة، ولذلك يتعين على مالك الأرض و الغارس، أن يتقدما أمام عدلان منتصبان للإشهاد قصد توثيق المغارسة مع ضرورة إدلاء مالك الأرض إما بنسخة من الوثيقة العدلية المثبتة لملكيته، وذلك إذا وردت المغارسة على عقار غير محفظ، أما إذا انصبت المغارسة على عقار محفظ، فيجب الإدلاء بشهادة الملكية الصادرة من المحافظة العقارية.

¹⁶⁵ موراد الفتاحي : عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والإقتصادية، عدد 3، إبريل 2017، (دون ذكر المطبعة)، ص 79.

¹⁶⁶ تفادى المشرع المغربي استعمال الورقة الرسمية المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، بل نجده يستعمل المحرر الرسمي. وبالرغم من اختلاف المصطلحات، إلا أن المحرر الرسمي هو ذلك المحرر الذي يتم تحريره من طرف جهة محددة ومؤهلة لتحرير العقود وفق شكليات قانونية وشروط موضوعية. ينظر هامش :

- موراد الفتاحي : م س ، ص 76.

¹⁶⁷ مصطلح الوثيقة أو الرسم لهما معنى واحد، إذ غالبا ما يستعمله فقهاؤنا من أجل الدلالة على الورقة الموثقة عدليا.

- جمال الطاهري : بنية الوثيقة العدلية، مطبوعات الهلال، وجدة، ط2، 2006، ص 32.

فيتولى العدلان تحرير وثيقة المغارسة وفقا للشكليات المحددة في القانون رقم 16.03 المنظم لخطة العدالة¹⁶⁸، وذلك بتضمين العقد إسم كلا من الغارس ومالك الأرض، وتحديد تاريخ إبرام العقد هجريا وميلاديا بالساعة واليوم والشهر والسنة، وذلك لما لهذا البيان من فوائد تتمثل في احتساب الآجال وتسهيل عملية الترجيح بين الحجج الكتابية عند تعارضها، ووصف العقار وصفا دقيقا، وحصة الغارس من الأرض والشجر بعد تحقق الإطعام، بالإضافة إلى ضرورة اشتغال الوثيقة العدلية على توقيع العدل وذكر اسمه أسفل التوقيع واسم والده وجده ولقبه وتذييل الوثيقة بتوقيعه عن طريق وضع علامته المطابقة للعلامة التي وضعها بكتابة الضبط التابعة للقاضي المكلف بالتوثيق عند أداء اليمين¹⁶⁹.

أي أنه لابد بعد تحرير وثيقة المغارسة¹⁷⁰ من طرف العدلين وتقديمها إلى قاضي التوثيق قصد الخطاب عليها، بعدما يطلع على ما ورد فيها سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع، لإضفاء صفة الرسمية على عقد المغارسة، وهذا ما أكدته القضاء

¹⁶⁸ ظهير شريف رقم 1-06-56 صادر في 15 محرم 1427هـ (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5400 الصادرة بتاريخ 2 مارس 2006، ص 566.

¹⁶⁹ حليلة بنت المحجوب بن حفو: نظرية الإستحقاق في القانون المغربي، دراسة مقارنة مدعمة بأراء الفقه واجتهادات القضاء، ط 1، دجنبر 2010، مطبعة الأمنية، الرباط، ص 69.

¹⁷⁰ نموذج عقد المغارسة عدد 260، صحيفة 122 كناش الأملاك رقم 30 مؤرخ في 5 شتنبر 1965، توثيق فاس، "الحمد لله أشهد الفقيه الأجل العدل الرضوي ج عبد العزيز بن الفقيه العلامة المنعم سيدي محمد بن سيدي عبد السلام ابن سودة القرشي، الساكن بدرب بن سودة بالزيات بالدوح عدد 40 عن نفسه وعن باقي ورثة والده أنه دفع للأخوين الشقيقتين السديتين إدريس وعبد السلام ولدي السيد محمد بن عمارة الحاجي الساكنين بالمحل الذي سيذكر جميع الأطراف الباقي عاريا عن الغرس من البلاد بعين الحجر من قبيلة الشراردة بوغزوان يحد قبلة ببلاد الشامي، ومن الأعلى الطريق المسماة الحربية يفصل الطريق العمومية الذاهبة لسدي حرازم وغربا بلاد سيدي عبد الكريم ابن سودة بفصل الشعبة ومن الأسفل بلاد الإدريسي ليتوليا غرس جميع الطرف الذي به أربعة هكتارات أشجار الزيتون والتين لمدة من ستة أعوام تامة من تاريخه ويصير كل واحد من المدفوع لهما سوية بينهما على ذلك من مالهما الخاص بهما والخالص لهما بحيث لا يلزم الدافع هو وفريقه شيء فإذا بلغ الغرس حد الإطعام يكون الثلث من ذلك للمدفع لهما أنصافا بينهما والثلثان الاثنان للدافع وفريقه وإذا انصرفت المدة المذكورة ولم يعمل بالطرف المذكور الغرس فيردانه للدافع ولا يدعيان بدعوى وإن أراد المدفوع لهما جعل حرث بالطرف المذكور فإنهما يؤديان سهم المحروث للدافع وفريقه معترفين أن قيمة ثلث المدفوع خمس 500-دانة درهم عرفوا قدره شهد به عليه بأتمه وعرف الدافع عرف المدفوع لهما بنعت إدريس عربي للقصر متصل محجوب غائر بجبهته شرطات محجوب وعبد السلام عربي للقصر متصل الدقن خفيف العارضين محجوب فريش الأنف وحرر من يوم السبت سابع أول جماد من عام خمسة وثمانين وثلاثمائة وألف الموافق 5 شتنبر سنة 1965".

المغربي أكثر من مرة¹⁷¹، لأن عقد المغارسة غير المخاطب عليه من طرف قاضي التوثيق، يعتبر مجرد ورقة عرفية¹⁷².

ثانيا : توثيق المغارسة في الوثيقة العصرية

يختص الموثق بتوثيق عقد المغارسة، واختصاصه يشمل جميع التراب الوطني، عكس الإختصاص المكاني للعدول الذي يشمل فقط دائرة محكمة الإستئناف، ويعتبر العقد الصادر عن الموثقوثيقة رسمية، وذلك حسب المادة الرابعة¹⁷³ من مدونة الحقوق العينية وكذا القانون المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، وبالتالي لا يجوز الطعن فيها إلا بالزور، استنادا لمقتضيات الفصل 419 ق ل ع¹⁷⁴.

كذلك ينبغي على الموثق توثيق المغارسة وذلك بتضمين العقد جميع البيانات المعرفة بهوية مالك الأرض والغارس، مع تحديد تاريخ إبرام العقد، وكذلك بيان هوية العقار ووصف حالته بكيفية واضحة ومفصلة، وتحديد حصة الغارس من الأرض والشجر بعد تحقق الإطعام.

¹⁷¹ جاء في قرار صادر عن محكمة الإستئناف بالقنيطرة بتاريخ 27-03-1992 في الملف عدد 1329-1999: "حيث إن هذا الرسم عدلي لذلك فهو ورقة رسمية و الورقة الرسمية حجة قاطعة." قرار منشور بمجلة الاشعاع، ع 7، ص 54.

¹⁷² تعريف الورقة العرفية أو المحرر العرفي : هو محرر مختوم بتوقيع غير رسمي، أي بتوقيع عادي لعدم صدوره عن الأشخاص المأذون لهم رسميا بتلقي الشهادة. يرجى الإطلاع على :

- أستاذنا محمد شبلح : مطبوع في مادة العرض والمناقشة، وحدة القانون المدني، السنة الرابعة، قانون خاص، كلية الحقوق فاس، السنة الجامعية 2000-2001م.

وبعبارة أخرى هو كل محرر لم يوصف بكونه موثقا او رسميا لسبب من الأسباب شرط التوقيع عليه. =نظم المشرع المغربي الورقة العرفية في الفصول من 424 إلى 432 من قانون الإلتزامات والعقود. وهي حسب الفصل 423 من ق.ل.ع: " الورقة التي لا تصلح لتكون رسمية، بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو بسبب عيب في الشكل، تصلح اعتبارها محررا عرفيا إذا كان موقعا عليها من الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحة الورقة".

¹⁷³ نصت المادة الرابعة من قانون 16.69 المتمم لأحكام مدونة الحقوق العينية وأحكام التحفيظ العقاري على أنه: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك. يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته.

تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".

¹⁷⁴ تنص الفقرة الأولى من الفصل 419 من ق ل ع على أن: "الورقة الرسمية حجة قاطعة، حتى على الغير في الوقائع والإتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره وذلك إلى أن يطعن فيها بالزور".

في هذا الصدد، نجد أن القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق¹⁷⁵، ينص في المادة 36¹⁷⁶ منه أن الموثق يلتزم بذكر الأسماء العائلية لأطراف العقد وعناوينهم، وتحديد نوعية العقد، وبيان أركانها وشروطه، وبيان المراجع الكاملة للوثائق التي استند عليها في إبرام العقد، و ضرورة توقيع أطراف العقد وتحديد تاريخ وساعة التوقيع، فضلا عن ذلك لابد من تحديد مكان وتاريخ تحرير العقد حسب مقتضيات المادة 43 من القانون رقم 32.09.

يتعين على العدلين أو الموثق¹⁷⁷ الالتزام بالبيانات الجوهرية والشكالية الخاصة بعقد المغارسة، فأهمية الكتابة في محرر رسمي لها مكانة مهمة في إطار حفظ العلاقة الرابطة بين الغارس ومالك الأرض، وأن هذه الحماية المقررة للغارس يضمنها المحرر الرسمي، ما دام أنه لا يخول له الحق العيني إلا بعد تحقق الإطعام، ومن تم فضمانات الغارس هي ذلك المحرر الرسمي¹⁷⁸ لأنه يعتبر حجة لا يمكن دحضها إلا بالظن فيه بالزور.

¹⁷⁵ ظهير شريف رقم 1.11.179 صادر بتاريخ 22.11.22 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5611.

¹⁷⁶ "تتضمن العقود التي يتلقاها الموثق على الخصوص:
- الأسماء الكاملة للأطراف بما فيها اسم الأب والأم وباقي الموقعين على العقد، ولا يسمح باختصارها إلا إذا سبق في العقد ما يوضحها مرة واحدة على الأقل، وبيان موطنهم وتاريخ ومكان ولادتهم وجنسياتهم ومهنتهم ونوع الوثيقة الرسمية التي تثبت هويتهم ومراجعتها...
- بيان أركان وشروط العقد مع تعيين محله تعيينا كاملا،
- وبيان المراجع الكاملة للوثائق التي استند عليها في إبرام العقد،
- كتابة المبالغ المالية بالحروف والأرقام."

¹⁷⁷ هذه الإزدواجية في التوثيق الرسمي (الأصيل) المنظور إليه من جانب المأذون له به إنما يعود إلى الإزدواجية التي يعرفها القانون المغربي فيما يرجع إلى البيوع الواقعة على العقارات المحفظة وتلك الواقعة على العقارات غير المحفظة. يراجع بهذا الخصوص :

- أستاذنا محمد شبلح : قراءة ميتودولوجية لصيغة الكراء المفضي إلى تملك الربع المبني لغرض السكن في ضوء القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، ندوة توثيق التصرفات العقارية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، يومي 11 و12 فبراير 2005، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، ع 23، ط 2، ص 129.

وهذه الإزدواجية في التوثيق تشمل حتى المغارسة لأنها كما تقع على العقار غير المحفظ فإنها تقع على العقار المحفظ والذي في طور التحفيظ.

¹⁷⁸ مورد الفتاحي: م س ، ص 77.

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي حسنا فعل حين نص في مدونة الحقوق العينية أن تنعقد المغارسة في محرر رسمي، لما فيه من حماية سواء لمالك الأرض أم للغارس، خاصة أن هذا الأخير يعتبر طرفا ضعيفا في هذه العلاقة التعاقدية.

أما في حالة ما إذا تخلفت الشكلية في المغارسة، فإن العقد يتعرض للبطلان، مما يلزم معه على الأطراف أن يعيدا إبرام المغارسة من جديد في وثيقة رسمية.

المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد المغارسة

يعد محل وسبب عقد المغارسة ركنين أساسيين لا بد من توافرها لإنعقاده صحيحا مرتبا بالإلتزامات على عاتق طرفيه، الغارس ومالك الأرض. ومحل عقد المغارسة ينسحب بداهة إلى الأرض موضوع الغرس وما السبب لقيامه إلا باعثا ودافعا أساسيا لتوافق إرادة الطرفين التي يبتغي من ورائها المالك نماء وازدهار أرضه مع تحقيق منافع مشروعة، ويصبو الغارس إلى ربح مشروع وملكية جزء من الأرض موضوع عقد المغارسة عند تحقق شروطه.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإلتزامات والعقود المتعلقة بالمحل¹⁷⁹ والسبب¹⁸⁰، تنطبق على عقد المغارسة مع مراعاة

¹⁷⁹ تناول المشرع المغربي المحل كركن أساسي في العقد في الفصول التالية من الفصل 57 إلى الفصل 61 كالتالي:
- الفصل 57 من ق.ل.ع ينص على أن: "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للإلتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها".
- الفصل 58 من ق.ل.ع ينص على أن: "الشيء الذي هو محل الإلتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه.

ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد".
- الفصل 59 من ق.ل.ع ينص على أنه: "يبطل الإلتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون".
- الفصل 60 من ق.ل.ع ينص على أن: "المتعاقدين الذي كان يعلم، أو كان عليه أن يعلم عند إبرام العقد، استحالة محل الإلتزام يكون ملزماً بالتعويض تجاه الطرف الآخر.
ولا يخول التعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم أو كان عليه أن يعلم أن محل الإلتزام مستحيل.
ويطبق نفس الحكم:

1 - إذا كان المعقود عليه مستحيلاً في البعض دون الباقي وصح العقد في ذلك الباقي؛
2 - إذا كانت الإلتزامات تخبيرية وكان أحد الأشياء الموعود بها مستحيلاً".
- الفصل 61 من ق.ل.ع ينص على أنه: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون.

ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه. وكل تصرف مما سبق يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً"

¹⁸⁰ نظم المشرع المغربي ركن السبب في الفصول من الفصل 62 إلى الفصل 65 كالتالي:
- الفصل 62 من ق.ل.ع ينص على أن: "الإلتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن.
يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون".
= - الفصل 63 من ق.ل.ع ينص على أنه: "يفترض في كل التزام أن له سبباً حقيقياً ومشروعاً ولو لم يذكر".
- الفصل 64 من ق.ل.ع ينص على أنه: "يفترض أن السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يثبت العكس".
- الفصل 65 من ق.ل.ع ينص على أنه: "إذا ثبت أن السبب المذكور غير حقيقي أو غير مشروع، كان على من يدعي أن للإلتزام سبباً آخر مشروعاً أن يقيم الدليل عليه".

خصوصية هذا الأخير.

ولمقاربة ذلك، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتعلق المطلب الأول بمحل عقد المغارسة والمطلب الثاني بالسبب في عقد المغارسة.

المطلب الأول: محل عقد المغارسة

يلزم أن يكون المحل موجودا و ممكنا و معينا و مشروعاً، فالمحل في عقد المغارسة مزدوج، فهو بالنسبة إلى مالك الأرض يكون في منفعة الأرض، وبالنسبة إلى الغارس يكون في الأشياء المراد غرسها والمقررة في العقد.

فالمحل في عقد المغارسة - الأرض والغراس - من أهم الركائز الأساسية التي لا يقوم فيها إلا بوجودها إلى جانب العاقدين والصيغة أي الإيجاب والقبول، والأرض التي يرد عليها عقد المغارسة لا بد أن تتوافر فيها مجموعة من الشروط (الفقرة الأولى) وهذا الأمر ينطبق كذلك على الأشياء المراد غرسها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أرض المغارسة وشروطها

تعد الأرض في نظام المغارسة من بين الأركان التي يرد عليها، إذ تعتبر محلاً لها، إلا أنه لا ينعقد عقد المغارسة إلا بتوفر بعض الشروط في هذه الأرض، منها ضرورة أن تكون في ملكية صاحبها (أولاً) وأن تكون المغارسة على أرض غير موقوفة أو غير محبسة (ثانياً) وخلو الأرض المراد غرسها من الأغراس (ثالثاً).

أولاً: ضرورة أن تكون الأرض في ملكية صاحبها

هذا الشرط على الرغم من أن الفقهاء لم يقوموا بالإشارة إليه، إلا أنه أمر بديهي بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لنظام المغارسة، هذه الأخيرة تقوم ببيع بعض الأرض ببعض الشجر المغروس، ولا يملك غير المالك أن يبيع ما لا يملك.

وعلى هذا الأساس، لا تجوز المغارسة في الأرض المكتراة، فالمكتري لا يملك حق التصرف في رقبة الأرض، وإنما له فقط حق الانتفاع، كما لا تجوز أيضاً في الأرض

المغصوبة لأن الغاصب لا يملك الأرض¹⁸¹، فمن غصب أرضاً، فغرس فيها أو بنى، كلف بقلع الغرس، وتكليف الغاصب بقلع الأشجار متفق عليه بين الفقهاء، إذا أراد مالك الأرض ذلك.

وهل لمالك الأرض أن يضمن للغاصب قيمة الغرس فيتملكه ؟ نعم، لكن إن اتفق مالك الأرض ومالك الغراس على أن يضمن للغاصب قيمة الغرس فيتملكه فذلك جائز، وكذلك إن وهب الغاصب الغراس لمالك الأرض ليتخلص من تكلفة قلعه، فقبله المالك. أما إذا اختلفا وكانت الأرض تنقص بقلع ذلك، فللمالك أن يضمن له قيمة الغرس مقلوعاً، ويكون الغرس له، لأن فيه ضرراً لهما، ودفع الضرر عنهما، فتقوم الأرض بدون شجر، ثم بالشجر مستحق القلع، فيضمن فضل ما بينهما، أي أن مالك الأرض له الخيار بين أن يأخذ الأرض مع الغرس مقابل دفع قيمة نقضه، وبين إلزام الغاصب قلعه، إلا أنهم لم يقيّدوا أخذ الغرس مقابل القيمة بما إذا كانت الأرض تنقص بقلع الغرس. كما أن الغاصب إذا كلف بقلع الغراس، فإن تكلفة القلع وتسوية الأرض كما كانت على نفقة الغاصب¹⁸².

والمغارسة كما ترد على العقار غير المحفظ (أولاً) ترد أيضاً على العقار في طور التحفيظ (ثانياً) وكذا العقار المحفظ (ثالثاً).

¹⁸¹ - عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 709.

¹⁸² - المؤلفون : الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 32، المغارسة في الأرض المغصوبة ، م س ، ص: 132، 163.

أولاً : المغارسة في العقار غير المحفظ

بالنسبة للعقار¹⁸³ غير المحفظ¹⁸⁴ - و الذي يعتبر المهد الأصلي للمغارسة - فبمجرد إبرام العقد، يحوزه الغارس ليعمل على غرسه وتعهده هذا الغرس بالسقي والأعمال اللازمة للغراس، إلى حين بلوغه الحد المتفق عليه، فيصبح مالكا لجزء من الأشجار والأرض على الشياخ مع مالك الأرض، أما في حالة فشله في مهمته وعجزه عن القيام بعمله، فلا شيء له في هذه الحالة ويسترد مالك الأرض أرضه.

وحق الغارس في الحصة المتفق عليها، تبقى معلقة بالعقار كحق تبعية في حال انتقال العقار محل المغارسة قبل بلوغه الحد المتفق عليه، أي قبل تمامها بطريق من طرق التفويت إلى مالك آخر، لأنه ينتقل مثقلا بحق المغارسة، إلى حين انتهاء مدة العقد، فما دامت ملكية الغارس معلقة على نجاح الغرس طوال مدة معينة، فإن لمالك الأرض أن يتصرف بها بجميع أنواع التصرفات بعوض أو بغير عوض كالهبة، غير أن هذا لا يؤثر

¹⁸³**تعريف العقار :** يطلق العقار على الأرض وعلى ما يتصل بها أو ينشأ فوقها من بنايات، وتسمى أحيانا بالأصول وتشمل الدور والفنادق وغيرها من كل ما له أصل ثابت ويتصف بالاستقرار في مكانه عادة، أي كل ما لا يمكن نقله من مكان إلى آخر إلا بحصول التلف والتغيير فيه. يراجع في هذا الإطار:

- إدريس السماحي : القانون المدني، الحقوق العينية ونظام التحفيظ العقاري، ط 1 ، 2003، شركة امبريزار للطباعة والتلخيص، مكناس، ص 2.

والعقار نوعان:

إما "عقار بطبيعته" وهو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته". (كالأراضي و البناءات والأغراس)، حسب مقتضيات المادة 6 من القانون رقم 39.08 بمثابة مدونة الحقوق العينية . أو "عقار بالتخصيص" وهو المنقول الذي يضعه مالكه في عقار يملكه رسدا لخدمة هذا العقار واستغلاله أو يلحقه به بصفة دائمة". (كرصد حيوان لخدمة مزرعة، أو بالمال كالألقاض التي تتحول إلى بناء) حسب مقتضيات المادة 7 من القانون رقم 39.08.

¹⁸⁴ لم يكن الفقه الإسلامي يعرف من الأنظمة العقارية سوى **العقار غير المحفظ**، أما نظام العقار في طور التحفيظ والعقار المحفظ فقد دخلا إلى المغرب مع دخول الاستعمار إليه. والمقصود بالعقار غير المحفظ العقارات غير الخاضعة لظهير 9 رمضان 1331هـ، ويتم تدبير النزاعات حول ثبوت الملك بشأن هذا النظام وفقا للفقه المالكي. يراجع بهذا الخصوص:

- محمد بونبات : نحو بدائل للنظم العقارية ، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية ، تحت عنوان "نحو تشريع عقاري جديد"، يومي 29 و 30 ابريل 2011، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 38، الطبعة الأولى، 1433هـ/2011م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش. ص 84.

على حق المغارس¹⁸⁵، الذي يبقى حقه متعلقا بتلك الأرض تجاه المالك الجديد كما تجاه المالك القديم¹⁸⁶.

ولأن العقار يكون في حيازة الغارس، فإنه من الصعب قبول العقار موضوع المغارسة للتقويت قبل انتهاء المغارسة بدون رضا وموافقة الغارس، لأن وجود العقار بيد هذا الغارس، يجعل تسليمه متعذرا، كما يمكن أن يكون هذا التسليم محل نزاع، فلا يجوز بيع ما فيه نزاع، كما أن ملكية العقار أثناء المغارسة تكون مهددة وغير مستقرة لارتباطها بنجاح المغارسة أو عدم نجاحها¹⁸⁷، وهو ما سار عليه بعض الفقه¹⁸⁸ وكذلك الممارسة المحلية في بعض جهات المغرب، لأن حق الغارس يقيد المالك في التصرف في أرضه، لأنه غالبا ما يترتب عن التقويت الإضرار بالغارس من قبل المالك الجديد قصد الإخلاء، وبالتالي قد يعرض حقوق الغارس للضياع، خاصة إذا ترك قرار الاختيار للمالك الجديد.

إذا ثبت هذا، فحق الغارس من حصة المغارسة في العقار غير المحفظ، مجرد حق احتمالي وليس حقا عينيا نهائيا فلا يحق لمالك الأرض تقويت أرضه لمالك آخر.

إذن، فإذا تعلقت المغارسة في عقار غير محفظ، فإنه يتعين تدوينها كتابة في محرر رسمي، ولا يكون لذلك أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون.

¹⁸⁵ حسب رأي الأستاذ ابن معجوز فإنه: "يبقى لمالك الأرض الحق في أن يتصرف في أرضه بالبيع وغيره، من غير أن يؤثر ذلك على حق المغارس".

-محمد بن معجوز: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، ط 2، 1413هـ/1993م، ص 149.

¹⁸⁶ عز الدين اعيسو: م س، ص 44.

¹⁸⁷ أحمد جدوي: م س، ص 42، 41.

¹⁸⁸ "من عقد معاملة في شجر أو مغارسة فزرع العامل وعمل في الشجر وغرس ثم انتقل ملك الأرض و الشجر إلى غير المتعاقدين بميراث أو هبة أو صدقة أو بيع...للذي انتقل ملك الأرض إليه أخذها بقطعه أو بقلعه في أول مكان الإنتفاع به لا قبل ذلك، فإن أراد بقاء العامل على معاملة فله ذلك، وإن أراد تجديد معاملة فله ذلك، وإن أراد إخراجه فله ذلك...وأما الغرس فللذي انتقل الملك إليه إقراره على تلك المعاملة، أو أن يتفقا على تجديد أخرى، فإن أراد إخراجه فله إخراجه فله ذلك والغرس قلع حصته مما غرس كما لو أخرجه الذي عامله أولا على ما ذكرنا".

- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: م س، ص 227.

ثانيا : المغارسة في العقار في طور التحفيظ¹⁸⁹

قد يكون العقار عاديا عند إبرام عقد المغارسة، ثم يقدم مالك الأرض بعد ذلك مطالبا لتحفيظه أو تكون مسطرة التحفيظ جارية ويبرم عقد المغارسة أثناءها.

ولكي يحافظ الغارس على حقه العيني الذي يصبح ملكا له بعد إتمام المغارسة، لأنه من الممكن أن يحفظ العقار قبل انتهاء المغارسة، فيواجه الغارس بمبدأ التطهير¹⁹⁰ بالنسبة للحقوق السابقة على التحفيظ طبقا للفقرة الأولى من الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07¹⁹¹، التي تنص على أنه : " لا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ".

ويخول الفصل 84 من القانون رقم 14.07 لكل صاحب حق خاضع للإشهار نشأ على عقار في طور التحفيظ إيداعه بالمحافظة العقارية وتقييده بسجل التعرضات، حيث ورد في الفصل المذكور أنه : " إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه، من ترتيبه و التمسك به في مواجهة الغير، أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق اللازمة لذلك.ويقيد هذا الإيداع بسجل التعرضات.

يقيد الحق المذكور عند التحفيظ بالرسم العقاري في الرتبة التي عينت له إذا سمحت إجراءات المسطرة بذلك."

¹⁸⁹العقار في طور التحفيظ هو العقار الذي قدم بشأنه مطلب لتحفيظه دون أن تتم الإجراءات المقررة لمسطرة التحفيظ ولم يؤسس بشأنه بعد رسم عقاري. ينظر هامش:

- محمد خير ي : العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري، المساطر الإدارية والقضائية للتحفيظ، طبعة 2014، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 507.
¹⁹⁰ هذا المبدأ يفيد بأنه لا يمكن تأسيس رسم عقاري إلا بعد اتباع إجراءات معينة بقصد تصفية كل نزاع محتمل على العقار موضوع التحفيظ. أي تطهيره من كل النزاعات و التعرضات التي قد تثار من طرف الغير، وهي فرصة تجعل المحافظ يتأكد من صحة مزاعم طالب التحفيظ الذي يدعي الملكية.
يراجع في هذا الخصوص:

- محمد خير ي : م س، ص 39 وما بعدها.

¹⁹¹ الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 هـ (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله و تتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177.11.1 بتاريخ 22 نونبر 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2001، ص 5575.

وبالرجوع إلى الفصل المذكور، نجد أن المشرع عبّر بصيغة النكرة التي تفيد العموم فقال: "حق خاضع للإشهار" أي أنه لم يشترط أن تكون الحقوق عينية فقط بل حتى الحقوق الشخصية تخضع للإشهار ضمن مقتضيات الفصل أعلاه.

وإذا جاز تطبيق مقتضيات الفصل 84 من القانون رقم 14.07 بالنسبة للحق الشخصي للمكتري حسب نص الفصل 65 من نفس القانون الذي جاء فيه: "يجب أن تشهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري، جميع الوقائع و التصرفات [...] وكذا جميع عقود أكرية العقار..." حيث يمكن لصاحبه إيداع عقد كرائه، فمن الأولى تطبيقه على حق الغارس الذي كان ابتدائيا حقا شخصيا فهو في النهاية حق عيني، أي أنه أقوى من حق المكتري لقوة احتمال صيرورته حقا عينيا.

إذا ثبت هذا، قلنا إن للغارس الحق في تقديم تعرضه على مطلب التحفيظ قبل إتمام المغارسة و ممارسة الإيداع بسجل التعرضات، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض في قرار لها¹⁹².

¹⁹² جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي: "حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بمقتضى مطلب تحفيظ قيد بالمحافظ العقارية بسبيدي قاسم بتاريخ 16/04/1990 تحت رقم 1044/30 طلب الليق ادريس بن الحاج عبد السلام تحفيظ الملك الفلاحي المسمى (بوزلافن) والكائن بدائرة وزان قيادة تروال جماعة عين الدريج فرقة ونانة دوار أولاد علي، المحددة مساحته في هكتارين اثنين و14 أرا 40 سنتيوارا، بصفته مالكا له بالملكية عدد 264 بتاريخ 22/03/1990. وبتاريخ 06/06/2005 كناش 13 عدد 604 تعرض على المطلب المذكور محمد الخيمس بن حميدو مطالبا بالثلث الذي آل إليه بالإتفاق بالمغارسة بينه وبين طالب التحفيظ.

وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بوزان أصدرت بتاريخ 2005/05/18 حكمها عدد 17 في الملف رقم 136/05 بعدم صحة التعرض المذكور، فاستأنفه المتعرض وأيدته محكمة الاستئناف وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض أعلاه من المستأنف في الوسيلة الفريدة بعدم كفاية التعليل، ذلك أنه استبعد حجة عدم توفرها على مستند العلم، إلا أنه بالرجوع إلى وقائع النازلة يتضح خلاف ذلك، إذ أن مستند علم المطلوب هو في الواقع قائم ولو لم تتم الإشارة إليه في صلب عقد المغارسة بدليل قيام الطاعن بتنفيذ التزامه طبقا للإتفاق الشفوي الذي تم بينه وبين صاحب الأرض حسب العرف السائد بين أهل المنطقة، وإضافة إلى ذلك فإنه يتجلى من فحوى عقد المغارسة المدلى به من الطاعن أن شهوده أكدوا على تصرفه وقيامه بالغرس منذ أكثر من 25 سنة بحضور وعلم مالك القطعة وبالتالي فإن إنكاره ذلك بذريعة عدم وجود عقد مكتوب تكذبه القرائن المصاحبة للقضية منذ البداية وكذا إدعائه تصرف الطاعن بالنصيب دليل أيضا على قيام المغارسة.

لكن ردا على الوسيلة أعلاه، فإن القرار المطعون فيه لم يعلل قضاءه بعدم علم المطلوب بالمغارسة، وإنما بعدم توفر المستند الخاص لدى الشهود في عملهم بقيام المغارسة، والذي يجب أن يتحقق لديهم عند انعقادها بين طرفيها، ولذلك فإنه حين علل بأن "موجب المغارسة يستوجب توفر مستند خاص في العلم بذلك وهو الأمر الغير متوفر في رسم المغارسة المذكور" فإنه نتيجة لذلك يكون القرار معللا تعليلا كافيا والوسيلة بالتالي غير جديرة بالإعتبار.

قرار عدد 2459 الصادر بتاريخ 2012/05/15 في الملف رقم 2011/8/1/1887، منشور بالموقع الإلكتروني:

لكن التساؤل المطروح بخصوص المغارسة في العقار في طور التحفيظ هو: هل يحق للغارس أن يتقدم إلى السيد المحافظ بمطلب التحفيظ علما أنه لم يتم عمله بعد ولم يصبح مالكا للحصة المشروطة له؟

بخصوص هذا الإشكال، فالجواب هو لا يحق للغارس تقديم مطلب التحفيظ طبقا لمقتضيات الفصل 10 من القانون رقم 14.07¹⁹³.

أما في الحالة التي يبلغ فيها الغرس حد الإطعام، فللغارس الحق في تقديم مطلب التحفيظ بصفته مالكا على الشياخ أو بصفته متمتعا أو صاحب حق عيني¹⁹⁴.

ثالثا : المغارسة في العقار المحفظ

إذا وقعت المغارسة على عقار محفظ، فإن انتقال الملك إلى الغير لا يؤثر بتاتا في حق الغارس وهو ما يعنى جواز التصرف فيه، أي أن المالك من حقه التصرف في ملكه بأي نوع من أنواع التصرفات قبل الإطعام، لكن الإشكال المطروح هو : هل للغارس الذي لم يثبت حقه بالرسم العقاري أن يسجل حق المغارسة بالسجل العقاري قبل صيرورته مالكا، أو على الأقل إعطاؤه الحق في تقديم تقييد احتياطي في انتظار اتخاذ التقييد النهائي قصد الحفاظ على حقوقه المحتملة ضد كل عقود التصرف التي يمكن أن تصدر عن مالك الأرض؟

¹⁹³ الفصل 10 من القانون رقم 14.07 ينص على أنه : " لا يجوز تقديم مطلب التحفيظ إلا ممن يأتي ذكرهم :

- المالك

- الشريك في الملك مع الاحتفاظ بحق الشفعة لشركانه وذلك عندما تتوفر فيهم الشروط اللازمة للأخذ بها

- المتمتع بأحد الحقوق العينية الآتية : حق الانتفاع، حق السطحية، الكراء الطويل الأمد، الزينة، الهواء، التعلية، الحبس

- المتمتع بارتفاقات عقارية بعد موافقة صاحب الملك

و الكل مع مراعاة المقتضيات المتعلقة بالتحفيظ الإجباري."

¹⁹⁴ حسب مقتضيات الفصل 83 الذي ينص على أنه: "بغض النظر عن المسطرة المقررة في الفصل 84 من هذا القانون، يمكن لصاحب حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به¹⁹⁴ أثناء مسطرة التحفيظ أن يطلب نشره بالجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية.

تتابع مسطرة التحفيظ بصفة قانونية مع أخذ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به بعين الاعتبار.

يكتسب صاحب الحق المنشأ أو المغير أو المقر به صفة طالب التحفيظ في حدود الحق المعترف له به.

إذا كان الإعلان عن انتهاء التحديد قد تم نشره بالجريدة الرسمية فيجب أن يعاد نشره من جديد ليفتح أجل شهرين للتعرض، يبتدئ من تاريخ الإعلان عن الحق المنشأ أو المغير أو المقر به. وفي هذه الحالة لن تقبل إلا التعرضات المنصبة مباشرة على الحق المذكور.

يؤخذ بعين الاعتبار عند التحفيظ الحق المنشأ أو المغير أو المقر به خلال المسطرة."

بالنسبة لتسجيل عقد المغارسة بالسجل العقاري كحق عيني قبل إتمام الغارس لعمله، فهو غير ممكن لعدم اكتساب الغارس بعد الحق العيني الذي يخوله ذلك¹⁹⁵.

أما بعد صيرورته مالكا واكتسابه الحق العيني، فمن حقه بل ويتعين عليه تسجيل الحصة المشروطة في السجل العقاري حسب الفقرة الأولى من الفصل 66 من القانون رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري الذي جاء فيه: "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية".

وكذلك وحسب ما ورد في الفصل 67 من نفس القانون الذي جاء فيه: "إن الأفعال الإرادية و الإتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم".

أما بخصوص إمكانية الغارس تقديم تقييد احتياطي¹⁹⁶ في انتظار اتخاذ التقييد النهائي قصد الحفاظ على حقوقه المحتملة إلى حين إتمامه لعمله وتحول حقه الشخصي إلى الحق العيني، فإن مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 85 من القانون رقم 14.07

¹⁹⁵ أحمد جدوي : م س ، ص 44.

¹⁹⁶ " **التقييد الاحتياطي** إجراء مؤقت يهدف إلى حماية الحقوق غير المستوفية لشروط التسجيل النهائي أو التي تكون محل نزاع وتنتظر كلمة الفصل من طرف القضاء وبعد ذلك يتم تسجيلها بأثر رجعي".

- محمد خيرى : م س ، ص 505.

التقييد الاحتياطي هو: "إمكانية يخولها القانون لكل من يدعي حقا عينيا عقاريا على عقار محفظ قصد الإحتفاظ المؤقت بهذا الحق وذلك بالإشارة إليه في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد الإحتياطي إلى تقييد نهائي أو التشطيب عليه".

- أسماء ميزات : التقييد الإحتياطي في قوانين تسديد الديون الرهنية و الإيجار المفضي إلى تملك العقار و بيع العقار في طور الانجاز، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسة الميثودولوجية لقانون الإلتزام التعاقدى و العقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2010/2011م، ص 2.

*أما بول دو كرو فقد عرفه بأنه: "بيان يثبت بالرسم العقاري بصفة مؤقتة ومشروطة و ينبئ بالحق المطالب به والذي لم يكن قابلا للتقييد النهائي بالرسم العقاري".

- Paul DECROUX : Droit foncier Marocain, Imp, Maarif al Jadida, Rabat 2002, P 188.

تسعف على القول بإمكانية ذلك حسب ما ورد فيها: " يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا به مؤقتا.

يضمن طلب التقييد الاحتياطي من طرف المحافظ بالرسم العقاري إما :

- بناء على سند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته؛
 - بناء على أمر قضائي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية التي يقع العقار في دائرة نفوذها؛
 - بناء على نسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء.
- إن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به.

تبقى التقييدات الاحتياطية الواردة في نصوص تشريعية خاصة خاضعة لأحكام هذه النصوص".

فكلمة " حق " الواردة بصيغة النكرة تفيد العموم، أي أن الحق كيفما كان نوعه عينيا أو شخصا يجوز تقييده تقييدا احتياطيا.

فإغفال المشرع لإضافة كلمة " عينيا " كان متعمدا بلا شك، لأنه أراد أن يفسح المجال لكل من يدعي حقا سواء أكان شخصا أم عينيا أم محتملا أن يطلب تقييده احتياطيا¹⁹⁷.

إذن، وانطلاقا مما سبق، فإنهم حق الغارس أن يتقدم بطلب التقييد الاحتياطي إلى السيد رئيس المحكمة بناء على مقال الدعوى للإحتفاظ المؤقت بهذا الحق، فإذا أتم

¹⁹⁷ وقد أكد القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية إبان الحماية ما ورد في المتن أعلاه إذ جاء فيه: " ينص الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري على أنه يمكن لمن يدعي حقا على عقار أن يطلب تقييده احتياطيا وبالتالي ونظرا لعمومية النص فإنه يمكن لمن يدعي حقا ولو احتماليا أن يطلب تقييده احتياطيا".

يراجع بهذا الخصوص :

- مأمون الكزبري : التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، التحفيظ العقاري، الرباط، 1987، ط 2 ، مطبعة العربية للطباعة والنشر، ص 138.

عمله وأتم المغارسة تحول حقه الشخصي إلى الحق العيني، أمكنه تسجيله بصفة نهائية بالرتبة التي كانت له في تاريخ التقييد الاحتياطي¹⁹⁸ بمجرد أن يثبت نجاح عمله، إما بواسطة إقرار مكتوب من طرف مالك الأرض، أو بتقرير خبير يعين من قبل المحكمة وإما بحكم نهائي يقتضي استحقاق الغارس للحصة المشروطة له¹⁹⁹، طبقا لمقتضيات المادة 272 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها أنه: "لا يترتب عقد المغارسة حقا عينا 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".

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07 التي سمحت لكل من يدعي حقا على عقار محفظ المطالبة بإجراء تقييد احتياطي، فإن الإشكال يثار في مدة صلاحية كل تقييد احتياطي على حدة المنصوص عليها في الفصل 86 من نفس القانون²⁰⁰.

- التقييد الاحتياطي بناء على سند مدته عشرة أيام.
- التقييد الاحتياطي بناء على نسخة من مقال الدعوى مدته شهر.
- التقييد الاحتياطي بناء على أمر مدته ثلاثة أشهر.

¹⁹⁸ ينص الفصل 85 من القانون رقم 14.07 على أن: "[...] إن تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به".

¹⁹⁹ محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س، ص 333.

²⁰⁰ نص الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري على أنه: "تحدد في عشرة أيام مدة صلاحية التقييد الاحتياطي المطلوب بناء على سند ولا يمكن خلال هذه المدة قبول أي تقييد آخر لحق يقتضي إنشاؤه موافقة الأطراف. لا يمكن إجراء أي تقييد احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي. تنحصر في شهر مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على إدلاء الطالب بنسخة من مقال دعوى في الموضوع مرفوعة أمام القضاء.

يشطب على هذا التقييد الاحتياطي تلقائيا، بعد انصرام الأجل المذكور، ما لم يدل طالب التقييد بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية طبقا لأحكام الفصل 85 أعلاه.

يحدد مفعول التقييد الاحتياطي الصادر بناء على أمر من رئيس المحكمة الابتدائية في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره، ما لم ينجز التقييد النهائي للحق، وتكون هذه المدة قابلة للتמיד بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية شريطة تقديم دعوى في الموضوع، ويستمر مفعول هذا التمديد إلى حين صدور حكم نهائي [...]"

وإذا افترضنا الرأي القائل بإجراء تقييد احتياطي بناء على مقال للدعوى بلا شك، فإن مآل الدعوى سيكون الرفض، وبالتالي يرفض رئيس المحكمة تمديد هذا التقييد الاحتياطي إلى حين انتهاء النزاع، لأنه لا وجود لنزاع ما دام الغارس لم يفي بالتزاماته تجاه مالك الأرض.

وهنا، في رأينا لأبد من تدخل المشرع المغربي بنص صريح أو مقتضى تشريعي لتحديد موضوع التقييد الإحتياطي في الفصل المتعلق بالمغارسة من مدونة الحقوق العينية، بشكل يحقق نوعا من التوافق والتناسق مع الأحكام العامة للتقييد الإحتياطي، وبشكل يصحح الثغرات، بحيث يخول للغارس تقييد حقه احتياطيا، عندما يرد عقد المغارسة على العقار المحفظ، وذلك حتى لا تضيع حقوقه المحتملة بعد انتهاء عقد المغارسة بتحقيق الإطعام، وذلك لأن المدد المنصوص عليها في الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07 لا تتلاءم وعقد المغارسة، مثلما فعل المشرع في المادة 173 من مدونة الحقوق العينية، حيث نص على تقييد الرهن الإجباري احتياطيا، ويبقى مفعوله ساريا إلى غاية صدور الحكم النهائي، وكذا المادة 185 من نفس المدونة بخصوص تقييد الرهن الإتفاقي، لمدة تسعين يوما من تاريخ التقييد المنجز.

ثانيا: ألا تكون المغارسة على أرض الوقف أو الحبس

عرّف الفقهاء الحبس²⁰¹ بأنه إعطاء منفعة الشيء مدة وجوده مع إبقاء رقبته في ملك المحبس، ويمنع على المحبس تقويت الحبس بأي نوع من أنواع التقويت²⁰².

²⁰¹ يستعمل بعض الفقهاء لفظ الحبس والبعض الآخر يستعمل لفظ الوقف ، وهذا الأخير عندهم أقوى في التحبيس، وهما:

- لغة : لفظان مترادفان، يقال: وقفته وأوقفته، ويقال: حبسته، والحبس يطلق على ما وقّف ويطلق على المصدر وهو الإعطاء.

- اصطلاحا : أهم تعريف في الفقه المالكي تعريف الإمام ابن عرفة الذي جاء فيه : "الوقف إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرًا".

ومن خلال هذا التعريف، يتضح أن موضوع العطية في الوقف هو منفعة الشيء الموقوف لا ذاته. وأن قوله: "إعطاء منفعة" استبعد به إعطاء الذات كالهبة مثلا، وأنه قال منفعة شيء ولم يقل مالا، أو متمولا، لأن الشيء أعم منهما.

وأن قوله: لازما في ملك معطيه، استبعد به: العبد المخدم حياته يموت قبل موت سيده، لأنه لا يلزم بقاؤه في ملك مخدمه، بل يجوز بيعه برضاه من معطاة. =

فالوقف في التشريع الإسلامي من المؤسسات المهمة التي ساهمت بشكل كبير في إرساء أسس التضامن والتكافل الاجتماعيين بين المسلمين إلى جانب الأدوار الاقتصادية والثقافية التي يقوم بها وسنحاول دراسة حكم المغارسة في أرض الوقف (أ) و نعرض لموقف القضاء من المغارسة في أرض الوقف (ب).

أ : حكم المغارسة في أرض الوقف

بالرجوع إلى القواعد المقررة في الفقه الإسلامي، نجدها تنص على عدم جواز التصرف في الوقف تصرفا ناقلا للملكية، و لما كان عقد المغارسة من بين آثاره تفويت جزء من الأرض فإنه لا يجوز عقدها على أرض الوقف، وإذا أبرمت فإنها تعتبر باطلة و هذا هو الرأي الغالب في الفقه المالكي²⁰³.

وهذا الشرط لا يقول به غير المالكية (المذاهب الفقهية الأخرى: الحنفية، الشافعية والحنابلة)، لأنهم لا يجيزون اشتراط جزء من الأرض للغرس في المغارسة²⁰⁴، أما المالكية²⁰⁵، فيشترطون في الأرض التي يدفعها صاحبها إلى الغارس ليقوم بالغرس فيها ألا تكون موقوفة، فإذا كانت موقوفة لم تصح المغارسة، لأن المغارسة في الأرض الموقوفة تؤدي إلى بيع بعضها، فالمغارسة كالبيع وهو لا يجوز، فالرأي المشهور عندهم هو عدم جواز قيام المغارسة في الأرض المحبسة مطلقا.

=و أن قوله : ولو تقديرا حذف منه كان، أي ولو كان اللزوم تقديرا أو الملك تقديرا، فلزوم بقاء الملك من خاصية الحبس، وان كان عدم اللزوم في الملك تقديرا فليس من خاصية الحبس، وما حد به الشيخ ابن عبد السلام إعطاء منافع على سبيل التأييد رد عليه الشيخ ابن عرفة وأبطله بصورة المخدوم. للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص يراجع :

- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: م س ، 450.

- محمد جرموني : الوقف المعقب بالمغرب بين المعوقات الواقعية ومحدودية الحماية القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2012/2013. ص 1.

202- أحمد جدوي: م س ، ص: 47.

203 علي الاجهوري : شرح المختصر، ج 3، ص 1225

204 أنور محمود دبور: م س ، ص: 348.

205- محمد أبو القاسم ابن جزي: م س ، ص: 242.

هذا الشرط أشار إليه ابن جزي في كتابه القوانين الفقهية، ولم نعثر عليه في نظم ابن عاصم، ومتن الشيخ خليل، غير أنه برجعنا إلى كتب النوازل كالمعيار للونشريسي، نقف على ما يفيد اشتراط الفقه الإسلامي لهذا الشرط.²⁰⁶

إذن، فمن شروط صحة المغارسة كما ورد عند الفقيه ابن جزي ألا تكون على أرض موقوفة لأنها كالبيع²⁰⁷، وبالتالي فإن أغلب فقهاء المالكية لا يجيزون قيام المغارسة في الأرض المحبسة، وقد وقعت الفتوى بذلك قديما، منها فتوى ابن الحاج التي ورد فيها أنه لا تجوز المغارسة في الأرض المحبسة لأن ذلك يؤدي إلى بيع حظ منها²⁰⁸.

ويبدو هذا الشرط معقولا ومنطقيا ومنسجما مع ما تقتضيه طبيعة مؤسسة الوقف التي يكون الغرض منها عدم تقويت الشيء المحبس، و الحال أن ذلك يصطدم مع عقد المغارسة الذي يرتب عنهمليك جزء من الأرض، إذ هي على حد تعبير ابن جزي كالبيع. أما الشيخ عبد القادر الفاسي، فقد أفتى بأن أرض الحبس لا يجوز إعطاؤها مغارسة، لأن ذلك يؤدي إلى بيع بعضها، كما ورد في أجوبة سيدي محمد بن عبد القادر الفاسي بشأن مغارسة واقعة في أرض حبسية " أن ما وقع أولا من المغارسة في أرض الحبس كان على غير المنهج الذي يقتضيه الفقه، فينبغي النظر في ذلك حتى يرد إلى وجه شرعي²⁰⁹.

²⁰⁶ - المصطفى القيادي: العقود الفلاحية في الفقه الإسلامي، بحث نهاية التميرين، وزارة العدل، المعهد الوطني للدراسات القضائية، الفوج 22، السنة القضائية، 1992-1994، ص: 97.

²⁰⁷ - محمد أبو القاسم ابن جزي: م س ، ص: 242.

²⁰⁸ - وهكذا جاء في المعيار: وسئل ابن الحاج عن الأرض المحبسة هل يجوز أن تعطى مغارسة أم لا ؟ فأجاب: الأرض المحبسة لا يجوز أن تعطى مغارسة لأنه يؤدي ذلك إلى بيع حظها، فإن نزل و دفع أرضا محبسة على مسجد مغارسة، ما إن كان للمسجد غلة يعطى منها من غرس قيمة غرسه، اعطيها و خلص الغرس و الأرض للمسجد حبسا عليه، وإن لم يكن له غلة شارك فيها الغارس بقيمة غرسه، تقوم الأرض غير مغروسة ثم تقوم بغرسها، ولا يرجع الخيار إلى الغارس. فيقال له اعط قيمة الأرض، فهذا أحوط للحبس لاسيما على مذهب ابن الماجشون الذي يرى ذلك في المطلق إذا استحق بملكه...

- أبو العباس أحمد الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل افريقية والأندلس والمغرب، تخريج جماعة من الباحثين بإشراف الدكتور محمد حجي، ج 8، 1401هـ/1981م، نشر وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية المغربية ، ص 171/172.

²⁰⁹ - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي : النوازل الجديدة الكبرى، م س ، ص: 43.

كما جاء في كتاب العمل الفاسي، أنه لا تجوز المغارسة في أرض الحبس، لأنها من ناحية البيع، فإنه يقتضي عدم الجواز ابتداء والفسخ بعد الوقوع²¹⁰، وأيضا جاء في أحد أجوبة أبو القاسم بخصوص المغارسة في أرض الحبس ما يلي: "مسألة المغارسة في أرض الحبس لم أقف في جوازها على دليل واضح والمنع فيها أقوى لما تقدم²¹¹". وفي مدونة الأوقاف²¹²، جاء تعريف الوقف كما يلي حسب المادة الأولى منه: "كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة، ويتم إنشاؤه بعقد أو وصية أو قوة القانون، يكون الوقف إما عاما أو معقبا أو مشتركا".

من خلال هذا التعريف، نستنتج أن الوقف ينشأ باتفاق بين الواقف والموقوف عليه، كما أكدته المادة الثالثة من نفس المدونة عندما نصت على أن أركان الوقف أربعة هي: الواقف، الموقوف عليه، المال الموقوف عليه و الصيغة، كما قد ينشأ بوصية أو بقوة القانون.

أما بخصوص مسألة حكم المغارسة في أراضي الوقف حتى وإن كان المشرع لم يتحدث عنها صراحة إلا أننا نجده قد نص عليها في المادة 102 من مدونة الأوقاف والتي جاء فيها: " لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة"، إلا أنه يعاب على المشرع إدراج المغارسة في الباب الثاني المتعلق بالوقف العام، حيث انه كان من الأفضل ذكرها في الباب الأول المتعلق بالأحكام العامة المشتركة بين الوقف العام²¹³ والوقف

²¹⁰ محمد بلقاسم السجلماسي: م س ، ص 80.

- أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي : النوازل الجديدة الكبرى، م س ، ص: 44.

²¹¹ - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي : النوازل الجديدة الكبرى، م س ، ص: 510.

²¹² - ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الاوقاف، المنشور

في الجريدة الرسمية عدد 5847، الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154.

²¹³ - **تعريف الحبس العام** : وهو ما يعرف بالوقف الخيري أي الوقف على جهة البر و الإحسان ولو لمدة معينة يعود بعدها وفقا على شخص معين كأن يقف الإنسان أرضا على مستشفى او مدرسة لمدة يعود بعدها على أحد أقاربه. - محمد بن صالح الصوفي: م س ، ص: 313.

المعقب²¹⁴، لكي لا يتم تأويله بشكل خاطئ، ورغم هذا يمكن القول إن المادة المذكورة جاءت صياغتها عامة وشاملة لكلا الوقفين العام والخاص أي المعقب، نظرا لأنها لم تقيد بأي وصف، والأهم من هذا هو المحافظة على أرض الوقف وعدم تفويتها. أما إذا وقع التعاقد بين ناظر الوقف، بإعطاء الأرض المحبسة مغارسة، وقيام الغارس بتنفيذ إلتزامه، فإن المتأخرين من فقهاء المالكية لهم عدة فتاوى في هذا الشأن، نتلخص في الآتي:

1- إجازة المغارسة التي تمت في الأرض المحبسة، ويكون للغارس تملك الجزء المتفق عليه بشرط قيامه بالمغارسة على وجوها المعتبرة والمتفق عليها، ولكن هذا الرأي لا ينفذه الناظر من تلقاء نفسه، وإنما يتم تنفيذه بعد حكم القاضي، اعتمادا على قاعدتين: الأولى أن حكم القاضي يرتفع به الخلاف، والثانية ما جرى به العمل²¹⁵.

2- إعطاء الغارس قيمة غرسه وعمله من غلة الوقف، ويكون العقار خالصا للوقف، فإن تعذر دفع التعويض، يتم تقدير قيمة الغرس الذي قام به الغارس، ويصبح شريكا في ملكية العقار الموقوف، بنسبة قيمة غرسه إلى قيمة الأرض المعطاة مغارسة²¹⁶.

3- لا يستحق الغارس أي تعويض لبطلان المغارسة في الأرض المحبسة، ويكون للغارس قيمة غرسه منقوضا، وإن تعذر على الناظر دفع القيمة على الغارس أن يقلع غرسه ويأخذه²¹⁷.

²¹⁴ - **تعريف الوقف المعقب أو الخاص** : وهو ما عرف بالوقف الأهلي أو الذري لأنه أسس لفائدة أشخاص معينين من أقرباء الواقف، حتى إذا انقرضوا عاد وقفا عاما يصرف ريعه لجهة البر والإحسان. يعتبر حبسا معقبا أيضا ما وقفه المحبس على أولاده ما تناسلوا ذكورا كانوا أو إناثا أو هما معا وعلى شخص معين وأولاده إلى أن ينقرضوا حيث يرجع الحبس إلى جهة البر والإحسان سواء عينها المحبس أو سكت عنها. - محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، ط 1 ، 2002، ص: 313.

- محمد جوموني ، م س ، ص 1.

²¹⁵ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى، م س ، ص 45.

²¹⁶ جمعة محمود الزريقي: م س ، ص 57.

²¹⁷ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى، م س ، ص 45.

والرأي المرجح في نظر الأستاذ الزريقي ونحن نسانده في هذا التوجه هو التالي:
إذا وقعت المغارسة في أرض الوقف، وقام الغارس بالتزاماته، فعلى الواقف أن يسدد قيمة ما أنفقه الغارس إذا كان الوقف مليا، وإلا يعطى الغارس استغلال أرض الوقف بوضعها الحالي مدة من الزمن، حتى يسترد الغارس قيمة ما أنفقه عليها في غرس الأشجار²¹⁸.

وبهذا يتم الحفاظ على عقار الوقف من التقسيم، وتمليكه للغير مخالفة لإرادة الواقف، وعدم الإضرار بالغارس، لأنه قام بالمغارسة بناء على عقد.

ب: موقف القضاء المغربي من المغارسة في أراضي الأوقاف

ما دامت الأملاك الحبسية غير قابلة من حيث المبدأ للتقويت أو البيع أو الحجر²¹⁹، فالقضاء المغربي بدوره سار في اتجاه عدم جواز المغارسة على الأراضي الوقفية، لأنها من قبيل البيع، فقد كرس هذا التوجه في مجموعة من قراراته وأحكامه، لكن ليس بالاعتماد على مقتضيات الفقه الإسلامي التي تمنع المغارسة في الأرض المحبسة، وإنما عبر تأويل مقتضيات الشرطين 11 و13 من ظهير 1917 بشأن ضبط كراء الأملاك الحبسية لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام²²⁰، و اللذان اعتبرهما المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا، لا يخولان للغارس في أرض حبسية أي حق عيني على ما قام به فيها من غرس، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2007/07/25 ما يلي: "التزام الأحباس بمقتضى عقد كراء على أساس المغارسة للأمد المتوسط بمساعدة الغارس على تملكه ثلث العين المكراة أرضا وشجرا مقابل التزامه بغرس

²¹⁸ جمعة محمود الزريقي: م س ، ص 57.

²¹⁹ أستاذنا سعيد البكوري: الأحباس العمومية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، تحت عنوان "نحو تشريع عقاري جديد"، يومي 29 و30 إبريل 2011، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، ع 38، ط 1، 1433هـ/2011م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، ص: 200.

²²⁰ الشرط 11 من ظهير 1917 بشأن ضبط كراء الأملاك الحبسية لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام (الظهير الشريف المؤرخ في 30 رجب 1335 الموافق ل 22 ماي 1917) حيث جاء فيه: "عند كمال التسعة أعوام يفرغ المكثري المحل لحبسه بجميع ما اشتمل عليه من البناء حجريا أو خشبيا أو من الغرس أو منهما"

- أما الشرط 13 من نفس الظهير فقد نص على أن: "الأراضي الخالية من البناء المكثرة لهذا الأمد الوسطى من ثلاثة أعوام إلى تسعة يشترط في عقدها أن يبني المكثري فيها أو يغرس على حسب الشروط التي تذكر في عقدة الكراء بناء وغرسا و مدة وإذا لم يقم بما اشترط عليه فللناظر أن يفسخ العقد منه تماما."

أشجار الزيتون فيها بعد نجاحها، إنما هو التزام من جهة الأحباس يعتبر باطلا لمخالفته مقتضيات ظهير 1917/05/22 بشأن ضبط كراء الأملاك الحبسية لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام والواجبة التطبيق في النازلة والتي تلزم مكثري الملك الحبسي بقيامه بالغرس، إذ بمقتضى الفصل 13 منه فإن الأراضي الخالية من البناء المكراة للأمد المتوسط، يشترط في عقدها أن يغرس المكثري فيها. وأنه بمقتضى الفصل 11 من الظهير المذكور عند اكتمال التسعة أعوام، يفرغ المكثري الملك الحبسي بجميع ما اشتمل عليه، وليس من ضمن مقتضياته ما يفيد منح المكثري الغارس أي حق عيني على ما قام به من غرس. و القرار المطعون فيه حين ذهب عكس ذلك واعتبر استنادا للفصل 230 من ق.ل.ع على أن الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها، واستبعد الإحتجاج بمقتضيات ظهير 1917/05/22 لكونها تخص الكراء يكون خارقا للقانون مما عرضه بالتالي للنقض والإبطال²²¹.

يتضح لنا، أن بطلان التزام الأحباس بتمكين الغارس من ثلث الأرض المغروسة، يجد أساسه القانوني في كون هذا الإلتزامينطوي على خرق لنصوص القانون، سواء تعلق الأمر بتلك المنصوص عليها في الفصلين 11 و13 من ظهير 1917/05/22، و التي تلزم الغارس بإفراغ الأرض المكتراة بجميع مشتملاتها، أو تلك الواردة في قواعد الفقه المالكي التي تمنع المغارسة في الأراضي الحبسية لأنها من قبيل البيع الذي لا يجوز في الحبس، على اعتبار أن هذه القواعد تعتبر بمثابة قانون يسري على العقارات الحبسية سواء أكانت محفظة أم غير محفظة²²².

²²¹ - قرار المجلس الأعلى عدد 2707 المؤرخ ب 2007/07/25، ملف مدني عدد 3378/1/1/2006 ، منشور بمجلة القضاء المدني، ع 1 ، فبراير 2010، ص: 118.

²²² - زكرياء العماري: بطلان المغارسة في الأراضي الوقفية، تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 2707 بتاريخ 2007/07/25 في الملف المدني عدد 3378/1/1/2006، منشور بمجلة القضاء المدني، ع 1، فبراير 2010 ، الصفحة: 123.

وهو نفس التوجه الذي ذهبت فيه أيضا محكمة الإستئناف بفاس في قرار حديث لها²²³.

وإذا كان المجلس الأعلى و معه محكمة الإستئناف بفاس في القرارين المشار إليهما سابقا، قد اعتمدا على مقتضيات ظهير 1917/05/22 بتأويلها ذلك للتوصل إلى نتيجة هي بطلان عقد المغارسة في الأرض الموقوفة، إلا أننا نجد في قرار آخر لمحكمة الإستئناف بفاس²²⁴ قد اعتمدت فيه على مقتضيات الفقه الإسلامي والذي جاء فيه: "حيث إن القطعة المذكورة هي ضمن الأملاك المحبسة حبسا معقبا على المتعرض ضدهم، و أن الحبس سواء كان حبسا عاما أو حبسا خاصا(معقبا)، لا يجوز تفويته ولا قسمته قسمة بنية لأن ذلك يتنافى مع طبيعته التي هي تملك المنافع و ليس تملك الثروات وذلك احتراماً لإرادة المحبس...، و حيث إن المغارسة تعتبر نوعاً من أنواع التفويتات، فإنه يجري عليها هذه التفويتات، وهو عدم نفاذها، أي أنها باطلة، لانصبابها على شيء محبس..²²⁵"

²²³ - و جاء فيه: "باطلاع المحكمة على العقدين المحتج بهما من طرف المتعرضين اتضحاً جلياً أنهما حررا بصيغة "أن ناظر أوقاف صفرو أكرى الملك المحبس لمدة تسع سنوات بوجيبة كرائية سنوية محددة." مما يدل قطعاً على أنه عقد كراء و ليس عقد مغارسة، و أن ما تضمنه ذلك العقد من عبارة أن الأحباس تساعد الغارس على تملك ثلث العين المكتراة أرضاً و شجراً مقابل التزامه بغرس الشجر ونجاحه، و إنما هو التزام باطل لمخالفته ظهير 1917/05/22 بشأن ضبط كراء الأملاك الحبسية." قرار محكمة الإستئناف بفاس عدد 1307 الصادر بتاريخ 2008/09/17، في الملف العقاري عدد 08/07/389. أورده:

- زكرياء العماري: حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الإجهادات القضائية و الاختيارات الفقهية في مجال الوقف بالمغرب، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، تحت عنوان "نحو تشريع عقاري جديد"، يومي 29 و 30 أبريل 2011، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، ع 38 ، ط 1 ، 1433هـ/2011م، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص: 230 .
²²⁴ قرار عدد 226 الصادر بتاريخ 2008/05/07، في الملف العقاري عدد 08/07/244، منشور بمجلة القضاء المدني، عدد 2، 2010. أورده:

- زكرياء العماري: بطلان المغارسة في الأراضي الوقفية، م س ، ص: 123.
- زكرياء العماري: حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الإجهادات القضائية و الاختيارات الفقهية في مجال الوقف بالمغرب، م س ، ص: 231.

²²⁵ - وهذا ما سارت عليه ابتدائية وزان في حكمها الصادر بتاريخ 2014/04/02، عدد 57، في الملف العقاري (تحفيظ)، رقم 2012/220، الذي جاء فيه: "وحيث إنه من قواعد الفقه المالكي عدم جواز تفويت الأملاك المحبسة وفسخ عقود التفويت التي أبرمت في شأنها ولو كان المفوت إليه حسن النية، كما أن هناك شبه إجماع لدى الفقه على أن المغارسة هي من باب التفويت الذي لا يجوز في الحبس، وفي هذا الصدد يرى الفقيه ابن جزي: "بعدم جواز المغارسة في أرض محبسة، لأن المغارسة كالبيع"، كما جاء في مؤلف العمل الفاسي أنه: "...لا تجوز المغارسة في أرض الحبس لأنها من ناحية البيع، فإنه يقتضي عدم الجواز ابتداء والفسخ بعد الوقوع". =

فإعطاء أراضي الوقف بصفة عامة والمعقبة بصفة خاصة مغارسة كان من الأسباب المباشرة التي أدت إلى تفويت هذه الأراضي، وبالتالي ضياع الرصيد العقاري الموقوف، والتي أدت أيضا إلى خلق أوضاع قانونية مستعصية بفعل توالي التصرفات عليها، دفعت بالقضاء أحيانا إلى تمكين الغارسين من الجزء المتفق عليه من الغرس والأرض²²⁶، رغم أن الاتفاق على أرض الوقف بالمغارسة مما يتنافى مع طبيعته التي لا تجيز التفويت²²⁷.

من خلال هذا القرار، نجد أن محكمة الاستئناف كانت موفقة في إبراز الأساس القانوني لإبطال التزام الأحباس بتمكين الغارس من ثلث الأرض و الشجر بعد تمام الغرس على خلاف ما قضى به المجلس الأعلى.

=وحيث إن القضاء المغربي كذلك مستقر على هذه القاعدة بعدة اجتهادات من ضمنها القرار عدد 2707 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2007/07/25 ملف مدني عدد 1-1-3378-2006 المنشور بمجلة القضاء المدني، ع 1، فبراير 2010 ص 118. (حكم ابتدائية وزان غير منشور)
²²⁶ حيث ذهبت محكمة النقض في إحدى قراراتها إلى تأييد قرار محكمة الاستئناف، القاضي بجواز التصرف في الأملاك الحبسية بالمغارسة، ومما جاء في تعليل هذا القرار ما يلي: "لكن ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتدخلها، فإن العقد عدد 39 المؤرخ في 1959/1/15 المبرم بين الطرفين، وإن نص فيه على الكراء فإنه قد نص فيه أيضا على أنه عقد مغارسة بالثلث، وأن المكثري يوافق على إخبار الوزارة بأخذ ثلثي الأشجار عند إنتاجها وهو بالثلث الباقي من الأشجار، وأن مستندات الملف وخاصة محضر التحديد وخريطة العقار تفيدان أن أرض المطلب مغروسة بأشجار الزيتون، ولذلك فإن القرار حين علل بأن: "المحكمة بعد اطلاعها على العقد عدد 39 وخاصة البند 10 منه، انه عقد مغارسة بالثلث من الأشجار على أن يكون له حظ في الأرض، وأن الأغراس قد وصلت حد الإطعام حسب الثابت من نسختي التوجيه عدد 240 و 241 بتاريخ 2002/12/12" فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معطلا لتعليلا سليما"
 قرار محكمة النقض عدد 697 صادر بتاريخ 2009/2/25 في الملف المدني عدد 1-1-2819-2006 غير منشور. يراجع بهذا الخصوص :

- محمد جرموني : م س ، ص 229.

²²⁷ حيث جاء في حكم لإبتدائية وزان ما يلي: " وحيث إنه ولما كانت المغارسة قد جرت على أرض حبسية فإن هذه المغارسة باطلة شرعا لكون المغارسة من باب التفويت، والتفويت لا يجوز في الأرض المحبسة ولو كان من أجراها هو ناظر الأحباس وهو نفسه التوجه الذي كرسه القرار الإستئنافي المدلى به عدد 94 الصادر بتاريخ 2012/04/10 في الملف عدد 2011/1403/312، وكذا مدونة الأوقاف في المادة 102 منها والتي جاء فيها أنه لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة.

وحيث إن ما بني على باطل فهو باطل، وبالتالي فما دامت الملكية المستدل بها في تملك البائع مبنية على عقد المغارسة المذكور أعلاه وهو تملك مؤسس على شرط باطل فإنه بالضرورة تكون الملكية ورسم الشراء بالتبعية باطلين ولا ينتجان أي أثر في مواجهة طالبة التحفيظ".

- حكم إبتدائية وزان عدد 03، ملف عقاري رقم 2012/1403/215 بتاريخ 2012/06/05، حكم غير منشور.
 وحكم آخر لإبتدائية وزان في نفس السياق جاء فيه: "وحيث ولما كانت المغارسة تفويتا، فإنه لا يجوز عقدها على أراضي الحبس وإن أبرمت فإنها تعتبر باطلة، وهذا ما أكدته مدونة الأوقاف في المادة 102 التي جاء فيها: "لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة".

- حكم إبتدائية وزان عدد 108، ملف عقاري رقم 2012/1401/259 الصادر بتاريخ 2014/06/11 ، غير منشور.

ومن خلال المادة 102 من مدونة الأوقاف، نجدها نصت على أنه: " لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة ". فالمشرع المغربي حسنا فعل، إذ أنه بمقتضى قاعدة صريحة قنن مبدأ بطلان المغارسة في الأرض الحبسية.

على خلاف المشرع المغربي وفي إطار مدونة الحقوق العينية، نجد عدم نصها على هذا الشرط أبداً، لكن بالرجوع إلى المادة الأولى منها نجدها تحيل على قانون الالتزامات والعقود المغربي في حالة عدم وجود نص في مدونة الحقوق العينية، إذن، في هذه الحالة يمكن الرجوع إلى الفصل 59 من ق.ل.ع.²²⁸ الذي يقضي ببطلان الالتزام إذا كان محله مستحيلاً وإما بحسب طبيعته أو بحكم القانون.

من خلال ما تم ذكره، يظهر لنا جلياً بطلان عقد المغارسة على أرض الوقف بطلاناً مطلقاً شرعاً²²⁹، قانوناً²³⁰ و قضائياً²³¹، بحيث لا يمكن للغارس بعد تمام تنفيذ

²²⁸ ينص الفصل 59 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: " يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون".

²²⁹ - وفي هذا الصدد أورد الونشريسي في مؤلفه المعيار المعرب نشر وزارة الاوقاف الجزء 7 ص 150-151 ما يلي: " و الرجل المغارس في أرض الحبس متعدد في فعله، مرتكب لمعصية ربه، و الناظر في الحبس المذكور، يغرمه كراء الفدان بطول السنين التي بقي فيها الفدان تحت يده، فإذا غرمه ذلك نظر الناظر في الحبس، فإذا كان في الغرس فائدة للمسجد أعظم من كرائه، فيترك ما غرس فيه، ويعطيه قيمة ذلك مقلوعاً... وإذا كان كراء الفدان أكثر فائدة من الغرس، فيقال لصاحب الغرس، اقلع ما غرسه ورد الفدان على هيئته يوم غرسه، ويودب الأدب الوجيع على تعديه على أحباس المسجد".

وجاء في كتاب العمل الفاسي للسجلماسي: م س ، ص 80 ما يلي: "... ونحوه قول الجزيري، لا تجوز المغارسة في أرض الحبس، لأنها من ناحية البيع، فإنه يقضي بعدم الجواز ابتداءً، والفسخ بعد الوقوع. أما كتاب القوانين الفقهية لابن جزي ص 242 فقد جاء فيه ما يلي: " لا تكون المغارسة في أرض محبسة، لأن المغارسة كالبيع".

²³⁰ - الفصل 11 من ظهير 22 ماي 1917 بشأن ضبط كراء الأملاك الحبسية لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام ينص على ما يلي: " عند كمال التسعة أعوام يفرغ المكثري المحل لحبسه بجميع ما اشتمل عليه من البناء حجريا أو خشبيا أو من الغرس أو منهما".

هذا الفصل الذي ألغي بموجب المادة 166 من مدونة الأوقاف تنص على أنه: "تدخل أحكام هذه المدونة حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ صدور جميع النصوص المتخذة لتطبيقها.

وتنسخ وتعوض ابتداء من نفس التاريخ جميع الأحكام المناقبة لها ولاسيما أحكام الظواهر الشريفة التالية:
- الظهير الشريف المؤرخ في متم رجب 1335 (22 ماي 1917) بشأن ضبط كراء الأملاك الحبسية لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام".

وتنص المادة 102 من مدونة الأوقاف على أنه: " لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة".

²³¹ - العمل القضائي:

قرار محكمة النقض عدد 2707 المؤرخ ب 2007/07/25، ملف مدني عدد 3378/1/1/2006 ، منشور بمجلة القضاء المدني، ع 1 ، فبراير 2010، ص: 118.

و قرار محكمة النقض عدد 443 المؤرخ في 2012/1/24 في الملف المدني عدد 2481/1/4/2010 الذي جاء فيه: " حيث تبين صحة ما نعت الطاعنة على القرار المطعون فيه... ذلك أنه لما كانت ملكية أرض الحبس تبقى في ذمة =

أحكام المغارسة أن يملك جزء من الأرض الموقوفة على اعتبار أن الباطل لا يمكن أن ينتج إلا باطلاً، فما بني على باطل فهو باطل، إلا أنه يستحق قيمة أغراسه وعمله فقط ويخلى من العقار²³².

ثالثاً: خلو الأرض المراد غرسها من الأغراس

بالعودة إلى التعريف الفقهي لعقد المغارسة²³³، نجد أن الأرض التي يريد مالك الأرض غراستها، يجب أن تكون بيضاء خالية من الأشجار أو غيرها.

كما قال أبو الشتاء بن الحسن الغازي²³⁴ عند تحديده لشروط المغارسة، منها: أن تكون بيضاء نقية أو مشجرة (أي كثيرة الشجر) شيئاً خفيفاً، فإن كانت مشجرة كلها أو جلها لم تجز المغارسة فيها، أي أنه إذا كان في الأرض نبات خفيف أو شجر قليل تخف إزالتها فلا ضرر. أما في حالة ما إذا كانت مشجرة كلها أو جلها و اشترط المالك على الغارس إزالة أشجارها و نحو ذلك مما يثقل عليه عمله، فإن المغارسة لا تجوز وذلك

=المعطي ولو جوازا فإن الجهة المحبس عليها والتي ليس لها إلا المنفعة، ليس لها حق التصرف فيه بالتفويت لافتقارها ملكية رقبته وليس لها إبرام عقد المغارسة على العقار المحبس لأن المغارسة كالبيع، فإن الطاعة لما كانت قد تمسكت في مذكرتها الجوابية التي قدمتها لجلسة 2008/10/28 بأن المغارسة في بلاد الأحياس باطلة بحكم القانون ولو وفي الغارس بالشروط المطلوبة منه، وأن المغارسة في الأراضي الحبسية غير جائزة وإن وقعت تفسخ بعد العقد وأن عقد المغارسة المدلى به من طرف المتعرضين يعتبر مفسوخا بحكم القانون لأنه وقع على أرض حبسية لأن هذه المغارسة بيع ولا بيع في الحبس، فإن القرار الذي لم يناقش ذلك ولم يتعرض له لا سلباً ولا إيجاباً رغم ما لذلك من تأثير على ما انتهى إليه في قضائه، كان مشوباً بالنقض في التعليل المنزل منزلة انعدامه ومعرضاً للنقض ". (غير منشور).²³² بالإضافة إلى الشروط المذكورة سالفاً ففي نظري يمكن إضافة شرط آخر وهو أن لا تكون المغارسة على أراضي الجموع، وأن تعتبر عقود المغارسة الواقعة على أراضي الجموع باطلة بقوة القانون كبطلان المغارسة على أراضي الوقف.

فالأراضي الجماعية - والتي عرفها المشرع المغربي في ديباجة ظهير 27 ابريل 1919 بأنها: " تلك الأراضي التي تتصرف فيها الجماعة وسلالتها تصرف المالك في ملكه دون خراج أو ضريبة" - لا تقبل التفويت أو الحجز أو الاكتساب بالتقادم، ويحق لأصحابها الإنتفاع بها على وجه الفلاحة والرعي ينتهي سريان مفعولها بانقضاء المدة المتفق عليها على أن تعود ملكية الأرض لصاحبها بعد ذلك.

كما عمل المشرع على تنظيم أراضي الجموع وحمايتها من خلال عدة ظواهر على رأسها الظهير الشريف الصادر بتاريخ 27 ابريل 1919 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط شؤون الأملاك الجماعية وتقويتها، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 340 بتاريخ 28 ابريل 1919م، ص 375.²³³ الذي أورده أبو الشتاء بن الحسن الغازي حيث قال: "المغارسة مفاعلة مأخوذة من الغرس وهي أن يدفع شخص أرضه البيضاء إلى آخر ليغرس فيها ما شاء من أنواع الشجر المختلفة أو نوعاً معيناً منها مقابل جزء معلوم من الأرض بأشجارها.

يراجع في هذا الإطار:

- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي: التدريب على الوثائق العدلية، م س ، ص: 133.

²³⁴- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الشهير بالصنهاجي: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، م س ، ص: 136.

لكثرة الغرر، فربما بطل أو هلك الغرس قبل بلوغ الحد المشترك فترجع للمالك و في هذه الحالة يكون المالك قد انتفع بإزالة أشجارها، فيذهب عمل الغارس باطلا²³⁵.

كما لا يجوز عقد المغارسة عند اشتراط المالك على الغارس أن يستحدث منها غير الشجر، مثل بناء جدار حول الأرض المغروسة أو حفر بئر عميق فيها يحتاج إلى نفقة كثيرة، إلا ما خف وليس ما يتقل كاهل الغارس و سند هذا قول ابن عاصم:

وشرط ما يتقل كالجدار ***** ممتنع و العكس أمر جار²³⁶.

الفقرة الثانية: الشيء المراد غرسه وشروطه

إذا كان لأرض المغارسة شروطا يجب توفرها لتكون صالحة كمحل للمغارسة، فإن هذه المغارسة لا تجوز في كل شجر ينبت في الأرض ولا تجوز أيضا في كل ما يصح أن يستنبت من الشجر، فالشيء المراد غرسه كمحل لعقد المغارسة يشترط فيه أن يكون معينا.

وقد وضع الفقهاء المسلمون شروطا للشيء المراد غرسه في الأرض الصالحة للمغارسة، وكذلك الشأن بالنسبة لمدونة الحقوق العينية التي تنص في مادتها 268 على أنه: "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه و يبين حصة الغارس في الأرض و في الشجر".

فالصحة عقد المغارسة، يشترط تعيين الشجر المراد غرسه²³⁷، فعلى الرغم من عدم إشارة المشرع المغربي إلى تحديد نوع و جنس الشجر، إلا أن الغارس مقيد بغرس صنف محدد من الشجر المتفق عليه حسب نص المادة أعلاه، ويمكن إجمال الشروط الواجب توفرها في الشيء المراد غرسه كما يلي:

²³⁵- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ج 7، ص: 197، 198.

²³⁶- محمد بن أحمد ميارة الفاسي: م س، ص: 116.

²³⁷- محمادي لمعكشاوي: م س، ص: 217.

-أن تكون أشجارا ثابتة دون الزرع (أولا)

-أن يكون معين النوع والعدد (ثانيا)

-أن تتفق أصناف الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها (ثالثا).

أولا: أن يغرس فيها أشجارا ثابتة الأصول دون الزرع

يجب أن يكون الغرس شجرا²³⁸ له أصل يبقى في الأرض سنين، كنخل ورماني وتين وقطن، أو زرا²³⁹ يطول مكثه في الأرض سنين كقصب السكر، لا بما ليس له أصل يبقى كبقل و زرع²⁴⁰، فلو كان زرا يزرع كل سنة كالقمح و الشعير فلا تجوز المغارسة عليه، لقول صاحب القوانين الفقهية: "يشترط في أشجار المغارسة أن تكون ثابتة الأصول دون الزرع و المقائي و البقول"²⁴¹، أي أن كل ما يبقى أصله رغم جني ثماره، فهو جائز للمغارسة سواء أكان شجرا أو زرا يطول مكثه.

ثانيا: أن يكون معين النوع و العدد

المغارسة لا تصح إذا اختلف نوع الشجر، فإذا كان المغروس من عدة أنواع كبرتقال وتفايح، فلا تصح المغارسة عليه إذا اختلف نضج الثمار تبكيرا أو تأخيرا²⁴²، أما إذا كان نضج الثمار في هذه الأنواع يحصل في وقت واحد أو متلاحق، فإن المغارسة تكون جائزة لقول الشيخ خليل: "تجوز مغارسة الأنواع إذا كان إطعامها متفقا في زمن واحد أو متلاحق، فإن اختلفت بالتبكير أو التأخير فلا تجوز في عقد واحد"²⁴³.

لذا يجب بيان جنس و نوع الشجر المراد غرسه، لأن إغفال بيان النوع من شأنه أن يؤدي إلى التنازع و الخصام بين العاقدين، كما يبطل العقد لأنه شرط لصحة المحرر

²³⁸ - محمد أبو القاسم ابن جزري: م س ، ص: 242.

²³⁹ - محمد عlish: م س ، ص: 418.

²⁴⁰ - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني: م س ، ص: 600.

²⁴¹ - محمد أبو القاسم ابن جزري: م س ، ص: 242.

²⁴² - أنور محمود دبور: م س ، ص: 348.

²⁴³ - محمد عlish: م س ، ج 7 ، ص: 277.

الرسمي حسب المادة 268 من مدونة الحقوق العينية، و ذكر في منح الجليل²⁴⁴ أن بعض الموثقين قد جرى العمل عندهم بالتتصيص في عقد المغارسة على هذا الشرط حيث يكتب فيه: " دفع فلان إلى فلان أرضه ليغرسها كذا و كذا شجرة من جنس كذا و كذا من زيتون أو رمان حلو أو حامض أو مر".

كما يجب أن يكون الشجر معين العدد إلا إذا كان العدد معروفا عند أهل الخبرة بالغرس²⁴⁵ لقول الرصاع: "ووجب بيان ما يغرس: كعدهه إلا أن يعرف عند أهله²⁴⁶".

فشرط بيان عدد الأشجار المراد غرسها في عقد المغارسة والمتفق عليها لازم، لأنه عند تخلفه يرتب آثارا تضر بالمالك حسب ما ورد في المادة 270 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: "إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يملك الحصة المتفق عليها، و يكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه مع الإحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الإقتضاء".

ثالثا: أن تتفق أصناف الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها

هذا الشرط مهم جدا في عقد المغارسة، لأنه إذا اختلفت أصناف الأشجار اختلافا متباينا لم تجز المغارسة²⁴⁷.

لكن تجوز المغارسة في حالة ما إذا أفرد الطرفين لكل نوع عقدا مستقلا به.

إذن، فالشيء المراد غرسه، أي الأشجار، يجب أن تكون ثابتة الأصول و مثمرة أي من الأشجار التي تنتج ثمرا وليست من أشجار الزينة أوالأشجار التي تعد للأخشاب أو للإضلال أو أي غرض آخر غير الإثمار²⁴⁸، تطعم كلها في زمن واحد أو في مدة

²⁴⁴- محمد عlish: م س ، ج 3 ، ص: 217

²⁴⁵- و يسمى عدد ما يغرس من الشجر في الأرض، فإن لم يفعل جاز لأن بعدما يبين كل أصل معلوم عند الناس."

- محمد عlish: م س ، ج3، ص: 217.

²⁴⁶- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: م س ، ص: 182.

²⁴⁷- محمد أبو القاسم ابن جزري: م س ، ص: 242.

²⁴⁸- عبد اللطيف البغيل : م س ، ص: 714.

مقاربة، أما عدد الأشجار التي يجب على الغارس غرسها فمتروك لاتفاق المتعاقدين حسب المادة 58 من ق.ل.ع التي تنص على أن: "الشيء الذي هو محل الإلتزام، يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه، ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد."

هذه هي مجمل الشروط التي اشترطها فقهاء المالكية والمشرع المغربي في إطار مدونة الحقوق العينية في الشجر المراد غرسه كمحل لعقد المغارسة. فماذا عن ركن السبب في عقد المغارسة؟

المطلب الثاني: السبب في عقد المغارسة

السبب في العقود الملزمة للجانبين، هو الباعث الرئيسي أو الدافع الذي حمل المتعاقد على قبول التعاقد، والبواعث التي تحمل الإنسان على إبرام عقد ما، هي بواعث متعددة ومتنوعة ومختلفة من عقد إلى آخر ومن متعاقد إلى آخر. وسبب العقد يتجلى في سبب العملية القانونية التي يريد العاقد تحقيقها وهو ما يعرف بالباعث أو الدافع الفردي أو الذاتي.

وفي عقد المغارسة، نجد أن سبب العقد الذي حمل الغارس على قبول التعاقد، هو حصوله على حصة من الأرض والشجر (الفقرة الثانية) كمقابل لقيامه بالعمل الواجب عليه أي الغرسة لمالك الأرض (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: العمل الواجب على الغارس في عقد المغارسة

إن العمل الواجب على الغارس، هو العمل المتفق عليه في العقد أو الذي جرت به عادة أهل البلد في هذا الغرس²⁴⁹ لكون العمل في عقود المعاملات الفلاحية مهم وخطير في نفس الوقت، لأنه غالبا ما يجر إلى التنازع والخصام عندما تضطرب الأعراف

²⁴⁹- الشيخ عليش: م س ، ص: 423.

أوعندما لا يتم التطرق إلى وصفه في العقد²⁵⁰، إذ لا بد من الإشارة إليه في عقد المغارسة كأن يكتب مثلاً: " ونزل العامل فلان في الأرض المذكورة ليتولى غراستها والعمل فيها بتعهد غرسها كلها والحفر والسقي والتتقية والعمل فيها على ما وصف، وعليه ما خف من زرب حولها، وتتقية مجاريها وحفر شراباتها"²⁵¹.

فعلى العامل أن يبذل من الجهد في خدمة الأشجار ما يبذله في خدمة ماله الخاص، كما يلتزم بالعناية بالشجر عناية الرجل العادي، وذلك حسب المقتضيات الواردة في المادة 265 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها أن: " المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجراً...".

فلا يجوز للغارس أن يتأخر في القيام بالعمل الواجب عليه بعد انعقاد العقد بينه وبين المالك، إذ أن العمل الذي يقوم به الغارس هو في مقابل لما يحصل عليه من الأرض والشجر المتفق عليه عند تحقق الإطعام، وهذا من شأنه أن يدفع بالغارس فور إبرام العقد إلى الشروع في التنفيذ.

وبما أن العقد شريعة المتعاقدين²⁵²، فقد أعطت مدونة الحقوق العينية أجل سنة من تاريخ إبرام العقد²⁵³ لينفذ العقد خلالها، إذا لم يرد في العقد تاريخاً للشروع في العمل، و إلا تحمل تبعة التأخير وفسخ العقد بقوة القانون كما جاء في إحدى القرارات

250 - عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 716.

251 - أبو الحسن علي بن عبد الله المتيطي اللخمي: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام ، ج 4، خع، رقم 513 ق، ص 128. أورده:

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص: 716.

252 حسب نص الفصل 230 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: " الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

253 حيث نصت في المادة 269 من المدونة على أن: " إذا لم يعين عقد المغارسة تاريخاً للشروع في الغرس تعين على الغارس أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا فسخ العقد بقوة القانون."

الصادرة محكمة الاستئناف بالرباط، بحيث ورد فيه أن: "الإقرار بغياب المحصول يجعل حق الملكية المشتركة غير قائم، ولا وجود له إلا إذا أصبحت المغروسات مثمرة"²⁵⁴.

وبهذا فإن الغارس عليه أن يتعهد الأرض بغيرها وحفرها وسقيها، وكل ما تحتاج إليه عرفا إلى حد الإطعام دون انقطاع، فإن فرط فيها حتى أصابها ما أهلكها بسبب تقصيره وجب عليه أن يتحمل تبعه الهلاك، وذلك بأن يضمن لمالك الأرض نصيبا منها²⁵⁵، فقد جاء في المتبعية بأن: "العامل يتعهد الأشجار بالحفر والسقي والتتقية إلى أن تبلغ الإثمار أو الحد المشترك، فإن فرط فيها حتى أصابها ما أهلكها بسبب تفريطه فيضمن لرب الأرض نصيبه منها"²⁵⁶.

وبالرجوع إلى الفقرتين الثانية والثالثة من الفصل 269 من ق.ل.ع، نجد هما تتضمنان نفس المقتضيات الواردة أعلاه، بحيث ورد فيهما أنه: "ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقدّم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لدفعه عن نفسه.

وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين."

لكن في حالة، إذا أهلك الأصول بدون تفريط الغارس ولا إهماله، فإنه لا يكون مسؤولا عن ذلك، وله حق من الحصة حسب مقتضيات المادة 271 من مدونة الحقوق العينية، إذ أنها ذكرت حالتين بخصوص ذلك:

²⁵⁴ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 30/12/10، تحت عدد 989 منشور بقضاء محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 5، ص 77 وما يليها.
أورده:

- محمد بفقير: م س، ص 249.

²⁵⁵ - محمد عليش: م س، ص: 423.

²⁵⁶ - أبو الحسن علي بن عبد الله المتبعية للحمي: النهاية و التمام، م س، ص 128.

- **الحالة الأولى:** إذا هلك جميع الشجر أو جله بسبب قوة قاهرة²⁵⁷ أو حادث فجائي²⁵⁸ بعد بلوغه حد الإطعام، اعتبر أن الغارس وفى بالتزاماته واستحق الحصة المتفق عليها في الأرض.

- **الحالة الثانية:** إذا هلك الشجر قبل بلوغه حد الإطعام، فلا حق للغارس إلا في حدود ما اتفق عليه أو بما يقضي به العرف المحلي.

وبالعودة إلى قانون الالتزامات والعقود ومن خلال الفصلين 268 و 269²⁵⁹ في فقرتيهما الأولى، نجد أنهما تتصان على ظروف القوة القاهرة والحادث الفجائي التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فالحق يفترض فيه شرط ضمني يتمثل في أن الظروف الإقتصادية التي عقد في ظلها عقد المغارسة تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً²⁶⁰.

ولكي تنتفي مسؤولية الغارس، يجب أن تتوفر في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة الشروط الثلاثة التالية:

- **الشرط الأول:** يجب أن يكون الحادث أمراً لا يمكن توقعه، فإذا أمكن توقعه كفيضان نهر يحصل في أوقات دورية، فلا يشكل قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً حتى ولو استحال دفعه²⁶¹.

²⁵⁷ - **القوة القاهرة** هي: حادث يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط المدين كعاصفة أو زلزال أو فيضان أو حالة الحرب أو ثورة أو أمر إداري.

- مأمون الكزبري: مصادر الالتزامات، ج 1، م س، ص: 415 .
²⁵⁸ - **الحادث الفجائي** هو: حادث يأتي من الداخل فيكون متصلاً بنشاط المدين بحيث ينجم عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كأنفجار آلة أو احتراق مادة.

- مأمون الكزبري: مصادر الالتزامات، ج 1، م س، ص: 415 و 416.
²⁵⁹ - الفصل 268 من ق.ل.ع ينص على أنه: "لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مظل المدين."
- الفقرة الأولى من الفصل 269 ق.ل.ع تنص على أن: "القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية (الفيضانات والجفاف، والعواصف والحرائق والجراد) وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً."

²⁶⁰ - عبد الرزاق أحمد السنهاوري: الوسيط، م س، مجلد 1، ص: 707.

²⁶¹ - مأمون الكزبري: مصادر الالتزامات، م س، ص: 417.
- عبد الرزاق أحمد السنهاوري: الوسيط، م س، المجلد 1، ص: 721 و 722.

- **الشرط الثاني:** يجب أن يكون الحادث مما يجعل تفادي الضرر أمراً مستحيلاً لا يستطيع دفعه. ونقصد بالإستحالة هنا لا الإستحالة بالنسبة للشخص المسؤول فحسب بل تلك التي تكون بالنسبة إلى أي شخص يوجد في موقف المسؤول. أما إذا كان من شأن الحادث أن يجعل تفادي الضرر أكثر مشقة أو أكثر إرهاقاً أو كلفة فلا يكون هناك قوة قاهرة تنتقي معها المسؤولية²⁶².

- **الشرط الثالث:** يجب أن لا يكون هناك خطأ من جانب المسؤول أدى إلى وقوع الحادث إذ أن هذا الخطأ يفقد الحادث وصف القوة القاهرة أو الحدث الفجائي²⁶³.

بالإضافة إلى ما سبق، لا يجوز في عقد المغارسة أن يشترط مالك الأرض على الغارس عملاً زائداً خارجاً عن غرس الشجر والقيام به، كأن يشترط عليه حفر بئر له تكلفة أو تسوية أرض ... لأنه يؤدي إلى الغرر وأكل المال بالباطل، ذلك لأن الغرس قد لا يتم لسبب ما فتعود الأرض إلى صاحبها فيذهب هذا العمل سدى، كما أشار إلى ذلك العلامة التوزري في تحفته بقوله: "إن رب الأرض لا يجوز له أن يشترط على الغارس ما يثقل عليه عمله كبنيان جدار حول الأرض، أو حفر بئر فيها، أو تكون الأرض مشعرة بالحلفاء فيشترط عليه إزالة شعرائها وأشجارها، ونحو ذلك مما تكثر نفقته و مشقته، لأنه غرر، فإن الغرس ربما لم يتم فترجع الأرض لربها و قد انتفع بالبنيان حولها، أو حفر البئر فيها، و نحو ذلك، فيذهب عمله باطلاً.

²⁶² - وتطبيقاً لهذا المبدأ قرر القضاء المغربي أن هيجان البحر بسبب رداءة الطقس لا يشكل القوة القاهرة التي تسمح لربان الباخرة التمسك بعدم مسؤوليته عن الأضرار التي أصابت البضاعة المشحونة على ظهر الباخرة لأن هيجان البحر مما يمكن التغلب عليه والحيلولة دون وقوع الضرر الحاصلة بسببه. - محكمة الإستئناف بالرباط: قرار رقم 5548 بتاريخ 06 يوليوز 1963، مجموعة قرارات المحاكم الإستئنافية في المغرب العدد 171 / 172 يوليوز / ديسمبر 1963، ص 252. يراجع :

- مأمون الكزبري: مصادر الإلتزامات، م س، ص: 417.
²⁶³ - محمد بونبات : نظرية الظروف الطارئة بين الأخذ و الرد في المغرب، سلسلة آفاق القانون(3)، سنة 2000/1999 المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش، ص: 64، 63
- مأمون الكزبري: مصادر الإلتزامات، م س، ص: 418.

وأما العكس - فهو اشتراط الشيء اليسير الخفيف: كتقنية بعض المواضع من الشجر ونحوه ليغرس فيه، أو ترميم ما انهدم من جدار الجنان، و نحو ذلك - فجائز، لأنه أمر متعارف عليه وجار بين الناس، فلا يضر اشتراطه²⁶⁴.

كما هي القاعدة في الجعل أن العامل لا يستحق الأجرة إلا بتمام العمل، فإذا رجعت الأرض انتفع صاحبها بما عمله فيها الغارس من عمل خارج عن المغارسة²⁶⁵.

والعمل القليل كتزريب وإصلاح حظيرة ونحوها جائز²⁶⁶، كأن يشترط مالك الأرض على الغارس ما قل من العمل كإزالة قليل من الأشجار أو حفر بئر صغير فلا بأس بذلك لأنها لا تثقل كاهل الغارس.

فإذا عجز الغارس عن إتمام العمل بمانع طرأ له أو غاب عن البلد بعد عقد المغارسة وقبل شروعه في العمل، أو عمل الغارس البعض مما دخل عليه، فله أن يأت بعامل بدله يكمل العمل نيابة عنه، على أن يأخذ العامل الجديد قدر الحصة التي كانت للأول أو أقل منها، لا أكثر²⁶⁷.

وإذا أراد مالك الأرض أن يقوم بغرس أرضه أو يكمل العمل بنفسه أو يحضر من يتولى ما غرسه الغارس الأول بالسقي والتقنية ونحوهما، فهو أولى من غيره، ويعطي كل بقدر ما تكلفه من العمل. أما إذا رجع العامل الأول فهو أحق بالإتمام، ويعطي من قام عنه بعمله، تكلفة وأجرة ما عمل غيره²⁶⁸.

وحكم هذه المسألة، هو حكم ما ورد في المساقاة من جواز إعطاء الأشجار التي بيده مساقاة لآخر ممن هو مثله في الأمانة والكفاءة سواء بسواء، ففي النوازل الجديدة ورد

²⁶⁴ - أنور محمود دبور: م س، ص 351.

نقلا:

- عن العلامة التوزري: توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج 2، ص: 178.

²⁶⁵ - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني: م س، ص: 601.

²⁶⁶ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ص: 198.

²⁶⁷ - الصادق بن عبد الرحمان الغرياني: م س، ص: 601 و 602.

²⁶⁸ - محمد عيش: م س، ج 7، ص: 424.

- أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى، م س، ص: 48 و 49.

الآتي: " قالوا في العامل في باب المساقاة إذا عجز، أو أراد السفر أو إراحة نفسه، أو يساقي غيره ممن هو مثله في الأمانة فله ذلك، إلا إذا أراد ترك العمل وأخذ المحاسبة فليس له ذلك، وإن رضي رب الحائط فينبغي أن يكون العامل في باب المغارسة مثله" ²⁶⁹.

إذن، هذا ما يتعلق بالعمل الواجب المتفق عليه بين مالك الأرض و الغارس في عقد المغارسة كركن من أركانها، فإذا لم يكن هناك اتفاق فهو ملزم بجميع الأعمال اللازمة للغراس بإستثناء ما يتقل كاهل الغارس، فهذه هي مواصفات العمل في عقد المغارسة.

الفقرة الثانية : حصة العامل في عقد المغارسة

من بين العناصر الأساسية التي يتوقف عليها تمام عقد المغارسة، بيان حصة الغارس في الأرض و الشجر، هذه الحصة التي تعتبر بمثابة أجرة للغارس مقابل قيامه بالعمل الواجب عليه في عقد المغارسة، إلا أنه يجب أن تتوافر هذه الحصة على شروط معينة (ثانيا) ومع توفر هذه الشروط، فإن الغارس لا يستحق الحصة المستحقة إلا بعد مضي مدة محددة منصوص عليها في العقد (أولا).

أولا: بيان المدة في عقد المغارسة

تعتبر المدة عنصرا مهما في عقد المغارسة، لأنه بمضيها يستحق الغارس أجرته أو حصته.

فعقد المغارسة من العقود التي لا يجوز أن تكون مؤبدة ولا إلى وقت طويل، وبهذا الخصوص اختلف الفقهاء في اشتراط تحديد المدة في عقد المغارسة .

ففقهاء المذهب المالكي، يرون جواز تحديد المدة في عقد المغارسة ولكنه لا يشترط، فإذا لم تحدد مدة لها اعتبرت المدة الإثمار والشباب التام، لأن ذلك هو ما

269 - أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى، م س ، ص: 42.

تعارف عليه الناس في المغارسة²⁷⁰، وكما جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى فإن عقد المغارسة ينعقد بشروط ليس من بينها تحديد المدة... تكون المحكمة على صواب لما اعتبرت أن المغارسة تستمر إلى وقت إطعام الشجر المغروس وتنتهي باقتسام الأرض المغروسة²⁷¹. "وهو ما ورد كذلك في قول الشيخ التسولي في " فصل في الإغتراس " ليس من بينها تحديد المدة²⁷².

وإذا اختار العاقدان ذكر مدة المغارسة، فإنهما يملكان تحديدها بأحد الأمور التالية:

أ : الإطعام إذا علم وقته وتعارف الناس على التحديد به²⁷³، أي أن تحديد مدة المغارسة بالإثمار جائز لجريان العرف بذلك²⁷⁴، فالغارس لا يصبح شريكا بالجزء المعين إلا إذا نجح غرسه وأطعمت الأشجار التي غرسها وأثمرت ثمارها²⁷⁵.

ب : التأقيت بعدد معين من السنين بشرط أن تنتهي هذه السنين قبل الإثمار، فللمالك والغارس أن يتفقا على تحديد مدة المغارسة بأجل من الأشهر و السنين لكن بشرطين:

-ألا يتم الشجر قبل انتهاء تلك السنين، كما إذا حددا للمغارسة أجل أربع سنين، والشجر يبلغ في ثلاث سنين، كشرط أول.

-أما الشرط الثاني فهو أن تكون الأرض مأمونة النبات لا تخلف، وأما إذا كانت الأرض غير مأمونة كما إذا كانت لا تثبت شيئا، أو كان نباتها يأتي ضعيفا فلا تجوز

²⁷⁰ -أنور محمود دبور: م س، ص 354.

²⁷¹ -القرار عدد 1725 بتاريخ 23 نونبر 1983، في الملف المدني عدد 80778، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى (المجموعة الكاملة)، ع 35-36، سنة 1985، ص 9.

²⁷² -التسولي: م س، ص 196.

²⁷³ -أنور محمود دبور: م س، ص 354.

²⁷⁴ -عبد اللطيف البغيل: م س، ص 718.

²⁷⁵ -محمد ابن معجوز: م س، ص 332.

المغارسة على ذلك، لقول القرافي في كتاب الذخيرة: "ولو سميا سنين جاز إذا كانت الأرض مأمونة النبات، ولا يتم الشجر قبلها"²⁷⁶.

ج : ارتفاع الشجر وانبساطه إلى حد معين، خمسة أشبار بشبر متوسط، ويشترط ألا يتأخر تحقيق ذلك إلى ما بعد الإثمار، لأن العامل حينئذ قد أجر نفسه بثمرة لم يبد صلاحها وبنصف الأرض وبما نبت فيها من شجر، ولا يصح أن تكون الثمرة التي لم يبد صلاحها أجرة، لأنه لا يصح بيعها²⁷⁷، بمعنى آخر أن الغارس لا يستحق شيئا إلا إذا بلغ علو الأشجار مترين أو عشرة أشبار مما لا يطعم الشجر عادة إلا إذا بلغها²⁷⁸.

فالمالكية، يرون أن عقد المغارسة إذا لم يحدد أجله بواحد من هذه الأمور، وسكت العقادان عن ذكر المدة فإنهما يحملان على الإطعام²⁷⁹ لقول الشيخ عlish: "لو لم يذكر للشجر حد لجاز، وجعل الثمار والشباب التام الذي يعرف، لأنه الأمر الذي عرفه الناس في المغارسة"²⁸⁰، وهو نفس ما سارت عليه مدونة الحقوق العينية في مادتها 265 والتي جاء فيها: "...مقابل حصة...يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام". وإذا أطمع بعض الشجر دون البعض الآخر، فإنه يؤخذ بالأغلب و يكون الأقل تبعا للأكثر²⁸¹.

وبما أن عقد المغارسة من العقود المحددة المدة، ينتهي بانتهاء المدة التي اتفق عليها المتعاقدين أثناء إبرام العقد، فالمشرع المغربي ومن خلال مدونة الحقوق العينية نص في المادة 266 منها على أنه: "لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلا".

فالنص أعلاه، وحرصا من المشرع على ضبط المعاملة وحفاظا كذلك على عنصر الجدية فيها، فإنه يجب على العامل أن ينهي الغرس خلال مدة بلوغ الشجر درجة

²⁷⁶ شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي الشهير بالقرافي: الذخيرة ، م س ج 6، ص 139.

²⁷⁷ أنور محمود دبور: م س ، ص 354.

²⁷⁸ محمد ابن معجوز: م س ، ص 332.

²⁷⁹ أبي الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، م س ، ج 2 ، ص 135.

²⁸⁰ محمد عlish: م س ، ص 422.

²⁸¹ الصادق بن عبد الرحمان الغرياني: م س ، ج 3، ص 601.

إطعامه المتفق عليها، وإلا اعتبر العقد باطلا إذا اشترط أجلا يقل عن حد الإطعام أو أجلا يفوق تمام الإطعام. كما أن التتصيص على المدة في عقد المغارسة من شأنه أن يحفز الغارس بعد إبرام عقد المغارسة على تنفيذه والبدء في العمل بكل جدية و دون تماطل، وأيضا الإقبال على الأرض دون تهاون، لأن في ذلك مضیعة للوقت وإطالة لمدة المغارسة وهو ما قد یجر إلى النزاع بین مالک الأرض و الغارس، وتفايدا لهذا الإشکال أورد المشرع المادة 269 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: "إذا لم یعین عقد المغارسة تاريخا للشروع في الغرس تعین على الغارس أن یقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاریخ إبرام العقد، و إلا فسخ العقد بقوة القانون".

بمعنى أنه إذا سكت العاقدان عن تحديد بداية المدة للشروع في العمل، فإنها تبتدئ مدته فور إبرام العقد إلى غاية مرور سنة من تاریخ هذا الإبرام، وذلك قیاسا على التسليم في عقد البيع الذي يتم فور إبرام العقد كما نص على ذلك الفصل 504 من ق.ل.ع.م، حيث جاء فيه أنه: "يجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن".

وبداية المدة من وقت انعقاد العقد معروف عند الناس بالعرف و العادة²⁸².

²⁸² أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ط 3، 1415هـ/1994م، مكتبة الخانجي - القاهرة، ص 170.

- تعريف العرف و العادة :

عرف القرافي العادة بأنه: "غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب، وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى، فهذه العادة يقضى بها".

يراجع بهذا الخصوص:

- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تحقيق عبد الرؤوف سعد، دار الفكر، ط 1، 1393هـ/1937م، ص 448.

فالعرف والعادة أصل من أصول المالكية يستدلون بهما، ويرجعون بهما القول الضعيف، والشاذ على المشهور إن جرى بهما العمل.

يراجع بهذا الخصوص:

- محمد البوشواري: كراء الأراضي الفلاحية، م س، ص 40.

ثانياً: تحديد حصة العامل

من بين العناصر التي يتوقف عليها تمام عقد المغارسة، بيان حصة الغارس في الأرض والشجر، فحصة الغارس، تعد أهم ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود الفلاحية.

ففقهاء المذهب المالكي وهم القائلون بجواز المغارسة في حصة العامل، يشترطون أن تكون هذه الحصة معلومة كربع أو خمس أو جزأين من خمسة أجزاء وأيضاً شائعة، فإن كانت غير معلومة، كالجزء و البعض، أو غير شائعة كعدد معين من الشجر، فلا تجوز المغارسة²⁸³، أي إذا اتفق الطرفين على أن يكون للغارس حظه من الأرض وحدها، أو من الغرس وحده دون الأرض فلا تجوز المغارسة.

أما الجمهور من الفقهاء، فقد اشترطوا في حصة الغارس أن تكون جزء من الشجر أو الثمر أو منهما معاً، فإن اشتملت على جزء من الأرض لم تصح المغارسة، لأنه لا يصح للغارس أن يشترك فيما لم يخرج بعمله²⁸⁴.

وخالفهم فقهاء المالكية في ذلك، فذهبوا إلى أن حصة الغارس لا بد أن تكون جزء من الأرض والشجر، فإن كان جزء من إحدهما أو جزء من ثمار الشجر، فلا تجوز المغارسة²⁸⁵.

=وأكثر ما جرى به العمل مبني على العادة والعرف، وهما يختلفان باختلاف الأزمان والبلدان، بحيث إن ما جرى به العمل مقيد بالزمان والمكان، وهذا موافق للقاعدة الفقهية التي تقول: "إن تغير الأحكام عند تغير الأسباب ليس خروجاً عن المشهور، بل فيه جري على أصل المذهب في المحافظة على المصالح المعتمدة شرعاً".
يراجع بهذا الخصوص:

- برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمرى المالكي: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، للشيخ ابن سلمون الكناني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (بالمطبعة العامرة الشرفية بمصر، سنة 1301 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص 63. ويتجلى دور العرف في المغارسة من خلال المادتين 270 و 271 من مدونة الحقوق العينية.

²⁸³- محمد عليش: م س، ج 3، ص 721.

²⁸⁴- محمد أمين الشهير بابن عابدين: رد المختار على الدر المختار، م س، ص 183.

²⁸⁵- أنور محمود دبور: م س، ص 352.

كما أنهم لا يشترطون أن تشتمل حصة الغارس على جزء من الأرض التي تتخلل الشجر، بل يكفي أن تكون بعض الشجر مع مواضعه من الأرض على أن يكون للمالك الباقي في الشجر مع مواضعه و بقية الأرض التي تتخلله، و إذا لم يشترط المالك الإستقلال باستغلال الأرض التي بين الشجر، فإن هذه الأرض تكون شركة بينه و بين الغارس بمقتضى عقد المغارسة، فللغارس حصته منها حتى بعد فناء الشجر²⁸⁶، وفي هذه النقطة يقول ناظم التحفة:

وشرط بقيا غير موضع الشجر ***** لرب الأرض سائغ إذا صدر²⁸⁷

فهذا البيت يتعلق بالاتفاق على أن يبقى ما بين الشجر من الأرض لصاحب الأرض، وهنا لا يكون للغارس إلا الشجر الداخل في حصته وحريمه بمفهوم المادة 226 من مدونة الحقوق العينية.

إذا ثبت هذا، قلنا إن فقهاء المالكية يشترطون في حصة العامل في المغارسة شروطاً وهي:

- **الشرط الأول:** أن تكون الحصة عبارة عن جزء معلوم كالنصف أو الربع أو الثلث.
- **الشرط الثاني:** أن يدخل على أن هذا الجزء شائع في الأرض و الشجر أو في الشجر ومواقع أصولها من الأرض دون بقية الأرض فهي لمالكه.

لقول الإمام البرزلي: "إذا غارسه على أخذ مواضع الشجر، فليس للعامل شيء من بقية الأرض وليس عليه عمل فيها، و يتصرف رب الأرض فيها كيفما شاء ما عدا مواضع الشجر"²⁸⁸.

فلمحة عقد المغارسة، يجب دخول الأرض في الشركة على أن يكون للعامل منها جزء معلوم مع ما فيها من الشجر كما ورد في المادة 265 من مدونة الحقوق العينية التي

²⁸⁶ - محمد عليش: م س، ص 726، 727.

²⁸⁷ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ص: 198.

²⁸⁸ - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ج 2، ص 374.

جاء فيها: "...مقابل حصة معلومة من الأرض و الشجر، يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام".

وعليه فالأرض في المغارسة وحسب دخولها في حصة العامل لها ثلاثة أقسام:

أ: الموضع المغروس فيه الشجر ودخوله فيها شرط صحة.

ب: الأرض التي بين الشجر، هي مشتركة بينهما، فللغارس جزء منه مع بقاء الشجر وبعد فوائده إلا إذا استثنى مالكا حين العقد فلا يستحق شيئا منها.

ج: الأرض البعيدة عن الغرس، فلا يستحق العامل منها شيئا أيضا، وإن لم يستثنى مالكا²⁸⁹.

وفي حالة إذا ما كان في الأرض شجرة قبل المغارسة، فهي لمالك الأرض، ولا يكون للغارس فيها شيء ولا يسوغ له أن يشترط أن يكون بينهما مع الغرس، و للعامل أجره سقيها²⁹⁰.

وتجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى أنه يتعين على الموثق و العدل حين تحرير رسم المغارسة حسب المادة 268 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها أنه: "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي ، ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغارس في الأرض و في الشجر" للتأكد من ملكية مالك الأرض للعقار محل المغارسة استنادا إلى رسوم تملك صحيحة تنطبق على نفس العقار محل المغارسة إذا كان العقار غير محفظ أو في طور التحفيظ، أما إذا كان العقار محفظا فيكفي الرجوع إلى الرسم العقاري الخاص به²⁹¹.

289 - محمد عليش : م س ، ج 7، ص 419.

290 - أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : م س، ج 2، ص 373.

291 - ينص الفصل 62 من القانون رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري على ما يلي: "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الإنطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة".

إن توفرت الأركان المذكورة مع شروطها اعتبر عقد المغارسة صحيحا، و عندما يبلغ عمل الغارس حد الإطعام، يصبح حينئذ الغارس مالكا للجزء المتفق عليه من الأرض و الشجر.

وإن اختل ركن من أركانها أو شرط من شروطها فسخ العقد، وعومل الغارس معاملة الأجير، و تخصص له أجرة مقابل ما قام به من عمل فيما كان فعلا قد قام بعمل، أما إن لم يتبين فساد العقد إلا بعد تمام العمل و بلوغ الأشجار حد الإطعام، فإن عقد المغارسة ينتج كل الآثار التي تنتجها المغارسة الصحيحة، وهذا ما سنتطرق إليه في الباب الثاني من هذا البحث.

الباب الثاني :

آثار عقد المغارسة

يعد العقد شريعة المتعاقدين له قوة ملزمة لأطرافه²⁹²، وما دام أن عقد المغارسة من العقود الرضائية الملزمة لعاقديه، فإنه لا يخرج عن هذه القاعدة، بحيث إذا تم مستجمعا لأركانه وشروط صحته، ترتبت على طرفي العقد، مالك الأرض والغرس نفس الآثار الناجمة عن هذه العقود مع مراعاة خصوصية وطبيعة المغارسة، الذي يرد في صورة معينة ويستغرق مدة زمنية متفاوتة حسب نوعية محل العقد، وينتهي في صورة أخرى.

ولو تأملنا أنواع الأشجار ذات الأصول الثابتة في مجملها، لوجدنا أنها تحتاج إلى بضع سنين بعد غراستها لتصبح منتجة، فهو العقد الوحيد الذي يصبح فيه الغرس مالكا لجزء من الأرض موضوع العقد بعد تحقق الشروط المتفق عليها بين الغارس ومالك الأرض، وانتقاء أسباب وعوامل فساد أو انتهائه.

وبناء عليه، فإن عقد المغارسة قد يحتاج في بعض الأحيان إلى الرأسمال الذي قد لا يتوفر لدى الأشخاص الطبيعيين، الأمر الذي يستدعي بالضرورة البحث عن تمويلات بديلة للقيام بمشاريع غرس الأرض، وهذه الأخيرة قد يقدمها البنك وقد يمول غرسها في إطار القروض والسلفات وذلك لتسهيل وتشجيع ذوي الخبرة في المجال الفلاحي.

وعليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين على الشكل التالي:

الفصل الأول : التزامات طرفي عقد المغارسة وآليات تمويله في البنوك التشاركية.

الفصل الثاني : فساد عقد المغارسة وانقضاؤه

²⁹² حسب مضمون الفصل 230 من ق.ل.ع الذي نص على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

الفصل الأول: التزامات طرفي عقد المغارسة وآليات تهويله في البنوك المشاركة

يترتب على عقد المغارسة المنعقد بصورة صحيحة آثارا ونتائج في غاية الأهمية، والأصل أن هذه الآثار قاصرة على مالك الأرض و الغارس، لكنه قد يؤثر بطريق غير مباشر في الغير عن طريق ما يؤدي إليه من نقص في الضمان العام.

وعقد المغارسة من ناحية، يترتب آثارا أخرى، تتمثل في قيام عقد شركة بين مالك الأرض ومن يقوم بغرسها. حيث يسلم المالك أرضه للغارس ليتولى غرسها وتربية الغراس والعناية بها وإنشاء ما يلزم من الوسائل خلال مدة معينة حتى يكمل صلاحه وتبدو ثمرته في مدة معلومة، على أن تكون بعدها الأشجار والمغروسات وما يتبعها من منشآت شركة بين مالك الأرض وبين الغارس طبقا للاتفاق²⁹³.

وتترتب في ذمة طرفي العقد مجموعة من الإلتزامات، منها ما هو منصوص عليه في القواعد العامة ومنها ما نظمت أحكامه مدونة الحقوق العينية المستمدة من قواعد الفقه الإسلامي خاصة الفقه المالكي.

كما أن هذه الإلتزامات تنتقل إلى مؤسسات التمويل حسب موضعها، ما إذا كانت غارسا أم مالكا للأرض محل عقد المغارسة، وذلك ضمن صيغة مثلى للتمويل في إطار البنوك التشاركية التي ارتأينا دراستها كآلية لتمويل هذا النوع من المعاملة، واخترنا البنوك التشاركية لتوفرها على منتج يسمح بتمويل مثل هذه المعاملة بصورها المتعددة.

وعليه، فإن ملامسة الموضوع من جوانبه المتعددة، يقتضي تناول إلتزامات طرفي عقد المغارسة في المبحث الأول مع تبيان ودراسة صيغة التمويل بعقد المغارسة في البنوك التشاركية في المبحث الثاني.

²⁹³ محمد بونبات : الحماية القانونية لمكتري الأراضي الفلاحية، دراسة مقارنة، سلسلة آفاق القانون، 1997/1998، المطبعة و الوراقة الوطنية ، ص 80.

المبحث الأول: التزامات طرفي عقد المغارسة

بمجرد إبرام عقد المغارسة، تنشأ إلتزامات متقابلة بين طرفيه، مالك الأرض من جهة والغارس من جهة أخرى، فمالك الأرض يلتزم بتسليم الأرض للغارس وضمان ممارسة النشاط المتفق عليه في العقد وإعطاء الحصة المتوافق عليها عند انتهاء مدة العقد وتحقق شروطه. وبالمقابل يلتزم الغارس بالمحافظة على الأرض وردها بعد انتهاء مدة العقد.

وهذه الإلتزامات لا تختلف كثيرا عن الإلتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد بصفة عامة وإن اختلفت في بعض جزئياتها، إذ تسري على طرفي عقد المغارسة أحكام إلتزامات البائع والمشتري في عقد البيع مع مراعاة خصوصية وطبيعة المغارسة على اعتبار أن الفقه الإسلامي اعتبر عقد البيع مصدر استنباط الأحكام العامة لنظرية العقد²⁹⁴. على هذا الأساس، سوف ندرس التزامات مالك الأرض في المطلب الأول على أن نبحت التزامات الغارس في المطلب الثاني.

²⁹⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، العقود التي تقع على الملكية ، البيع والمقايضة ، ج 4 ، الهامش الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان، 2000، ص 34.

المطلب الأول: التزامات مالك الأرض

تقضي القواعد العامة في نظرية العقد أن كل طرف يلتزم تجاه الطرف الآخر حسب نوعية العقد المبرم بينهما، إذ يقع على عاتق كل متعاقد التزامات متبادلة، وهذا ما ينطبق على عقد المغارسة كعقد ملزم للجانبين، بحيث يلتزم مالك الأرض قبل الغارس بتسليم الأرض محل العقد وضمان التعرض والتشويش على استغلالها وغرسها (الفقرة الأولى)، وكذا منح الغارس الحصة المتفق عليها بعد انتهاء مدة العقد (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التزام مالك الأرض بتسليم أرضه للغارس وضمانها

تترتب في ذمة مالك الأرض آثار متعددة منها الوفاء بحقوق الغارس التي أهمها تسليم الأرض للغارس ووضعها تحت تصرفه، و الضمان بنوعيه ضمان التعرض و ضمان الإستحقاق.

وسنتطرق لتسليم الأرض للغارس (أولا) ثم ضمان المالك لأرض المغارسة (ثانيا)

أولا : التزام المالك بالتسليم

يعد التسليم من أهم الإلتزامات الملقة على عاتق مالك الأرض في عقد المغارسة تجاه الغارس حتى يتمكن هذا الأخير من القيام بالعمل الواجب عليه.

وبما أن الفصول الخاصة بعقد المغارسة، لم تتناول صراحة إلتزام مالك الأرض بالتسليم، إلا أنه يستشف ضمنا من خلال مقتضيات الواردة في إطار المادة 265 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أن: "المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا..."، مما مفاده أنه تطبق القواعد العامة المتعلقة بالتزام البائع بتسليم الشيء المبيع بصفة عامة، إلا أن مضمون هذا الإلتزام يزداد اتساعا في عقد المغارسة، و تظهر أهمية التسليم في قانون الإلتزامات و العقود بكون المشرع خص له ثلاثة و ثلاثين فصلا من 499 إلى 531.

أ: مفهوم التسليم

التسليم لغة معناه : المناولة وإعطاء الشيء والتخلي عنه لمن له الحق في ذلك.

أما في الإصطلاح القانوني : فإن التسليم يفيد وضع الشيء المبيع رهن إشارة المشتري بعد تمام البيع، حتى يتمكن من الإستفادة منه، ولا يتم ذلك إلا بتخلي البائع عن حيازة المبيع بوضعه تحت تصرف المشتري²⁹⁵.

والمرجع المغربي عرّف التسليم في الفصل 499 ق ل ع بقوله : " التسليم يتم حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته بدون عائق "

من خلال هذا التعريف يمكن القول إن :

التسليم لا ينقل الملكية للمشتري، وإنما الذي ينقلها هو عقد البيع الرابط بين البائع والمشتري، أما التسليم فهو مجرد أثر من الآثار المترتبة على عقد البيع لا غير²⁹⁶.

ونقل الحيازة المادية من البائع إلى المشتري ليست ضرورية لتتمام التسليم، إلا أن هناك الكثير من الحالات التي يتم فيها الإكتفاء بنقل الحيازة الحكيمة أو الإفتراضية²⁹⁷ بين أطراف البيع كما هو الأمر بالنسبة للبيوع العقارية وحقوق الملكية الأدبية و الفنية مثلا.

²⁹⁵ عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م س ، ص 147.

²⁹⁶H. L.J Mazeaud : Les leçons en droit civil, tome III, volume 2, édition 6, paragraphe 930, p 236.

²⁹⁷**التسليم الحكيمة أو الإفتراضي** هو: التسليم الذي تنتقل فيه الحيازة من البائع للمشتري حكما أو افتراضيا كما الأمر بالنسبة للبيع الوارد على العقارات والحقوق العينية العقارية وكذا الحقوق المعنوية بصورة عامة، حيث إن حيازتها تتطلب تسليما من نوع خاص.

أما **التسليم المادي** فهو: الذي يستلزم انتقال الحيازة المادية للشيء المبيع من البائع إلى المشتري، و يتحقق ذلك عادة بالمناولة المحسوسة لمحل البيع، وهذا ما نلاحظه في البيوع الواردة على الأشياء المنقولة المحددة بالذات، أما المنقولات المحددة بالنوع فإنه لا يمكن نقل ملكيتها ولا حيازتها إلا بعد فرزها وتحديدتها تحديدا نافيا للجهالة.

يراجع بهذا الخصوص:

- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة ، م س ، ص 148-149.

- محمد البوشواري : كراء الأراضي الفلاحية ، م س ، ص 183 ، 184.

والتسليم بهذا المفهوم، يختلف اختلافا كليا عن التسليم الذي يعتبر من الإلتزامات الملقاة على عاتق المشتري الذي يتعين عليه حوز المبيع وقبضه، إلا أنه لا يتحقق الغرض من البيع إلا بحصولهما معا²⁹⁸.

ب : مضمون التسليم

إبرام عقد المغارسة، يترتب عنه إنشاء رابطة قانونية ملزمة لعاقديها، فبالرجوع إلى قانون الإلتزامات والعقود المغربي، نجد أن هناك بعض الفصول التي تعرضت لهذا الحكم كالفصل 228 و 230 من ق.ل.ع.

فالفصل 228 نص على أن: "الإلتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير و لا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".

والفصل 230 جاء فيه أن: "الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون"²⁹⁹.

ومن تم يلتزم المالك بتسليم الأرض وفق المواصفات المتفق عليها، أو التي كان يتوفر عليها حال انعقاد المغارسة من حيث ذاتيته و صفاته، و صالحا لاستعماله فيما أعد له³⁰⁰.

²⁹⁸Ghestin et Desche : Traité des contras- La vente, (L.G.D.J) 1990. Ph 1097, p 1103.

أورده:

- عبد القادر العرعري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة ، م س، ص 148 .
²⁹⁹ جاءت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي كنتجيب للأفكار الفلسفية والنظريات الإقتصادية وبعض الأفكار القانونية التي سادت بالأساس في بداية القرن الثامن عشر، حيث ظهرت للوجود مدرسة فلسفة القانون في القرن التاسع عشر للدفاع عن سلطان الإرادة والبحث في المسلمات التي تبرر وجوب سيادته وهيمنته واعتباره روح القانون المدني. يراجع بهذا الخصوص :

- أستاذنا محمد شيلح : سلطان الارادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية بالرباط، 1983.
³⁰⁰ وهذا ما يؤكده الإجتهد القضائي، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أكتوبر 1968: "...l'obligation n'est pas remplie que lorsque l'objet du contrat est remis de telle manière que l'acquéreur puisse effectivement en user suivant sa nature et sa destination..."
Cass-com-28 octobre 1968-BIV-N° 295.

أورده :

- حسن منصف: أحكام الهبة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2000/1999، هامش ص 159.

فمحل التسليم في عقد المغارسة هو الأرض، و تمام التسليم وضع مالك الأرض أرضه تحت تصرف الغارس وتمكينه من العمل فيها و غرسها بالأشجار التي التزم بغرسها في الأرض دون عائق.

أما إذا امتنع المالك عن تسليم الأرض للغارس، أو سلمها له تسليما ناقصا مثل:

أولا: أن يدفع له الأرض على أن يتولى المالك والغارس غرسها معا.

ثانيا: أو أن يسلم له الأرض ليغرسها بالأشجار المتفق عليها على أن يكون للمالك الحق في الإنتفاع بالبياض الذي يتخلل الغرس³⁰¹، فإن المغارسة لا تجوز وذلك أنها:

إذا وقعت على ما في المثال الأول، فإن المغارسة فاسدة، لأن المالك اشترط ما يخالف سنة المغارسة التي لا تصح إلا إذا انفرد الغارس بالعمل في الأرض بنفسه أو بأجراءه.

أما إذا وقعت المغارسة على ما في المثال الثاني، فإنها تنعقد فاسدة لإختلال شرط التسليم، وذلك لأن المالك لم يسلم الأرض للعامل تسليما تاما حينما اشترط على العامل أن يزرع الأرض المغروسة، وذلك لأن في فعله ضررا بالغرس³⁰².

إلا أن بعض الفقهاء كالعلامة الونشريسي ومحمد المهدي الوزاني، أجازوا هذا الشرط إذا كانت هناك عادة تقضي بأن يكون لمالك الأرض زراعة الأرض المغروسة، وذلك بقولهم : "...ويمنع أيضا رب الأرض من زراعة الأرض المغروسة، لأنه ضرر بالغرس إلا أن تكون هناك عادة."³⁰³

³⁰¹ في هذا الصدد نجد القرار عدد 497 الصادر بتاريخ 6-7-82، في الملف العقاري عدد 91068 الذي جاء فيه أن : "الإقرار للغارس بالثلث في المغارسة لا يمكن تجزئته وقصره على الأغراس دون الأرض التي يقوم عليها الغرس والبياض الذي بين الشجر فلا توجد شجرة بدون حيز أرض تقوم عليه".

قرار منشور بمجلة المحامي، ع 5، ص 99، أورده:

-الحسن البوعيسي: م س، ج 5، ص 143.

³⁰² عبد اللطيف البغيل، م س، ص 725-726.

³⁰³ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة، م س، ج 8، ص 57.

- أبو العباس أحمد الونشريسي: م س، ج 8، ص 174.

كما لا يحق للمالك أن ينتزع الأرض بعد أن سلمها من يد الغارس في حالة الحرق أو نحوه من الآفات مما تبطل المغارسة، إذ في هذه الحالة يكون للغارس الحق في تكرار عملية الغرس مرة أخرى، لما ذكره بعض الفقهاء من إعادة الغارس الغرس في الأرض إلى أن يئأس منه في حالة عدم تمامه³⁰⁴.

إذن، فبمجرد إبرام العقد تقوم التزامات متقابلة بين الطرفين، ففي عقود الإستغلال الفلاحي على العموم وعقد المغارسة على الخصوص، الأصل فيها أن يسلم المالك أرضه للغارس للقيام بعمله الواجب عليه.

إلا أننا نتساءل عن نقطة بداية عقد المغارسة ومتى يلزم؟ هل بالعقد أم بالشروع في العمل أم بتسليم الأرض للغارس؟

اختلف الفقه الإسلامي في هذه النقطة اختلافا واضحا، وهذا الاختلاف راجع بالأساس إلى تباين وجهات نظرهم في أمر أساسي وهو تضارب تكييف هذا العقد كما سبق و تطرقنا إليه³⁰⁵.

فالرأي الذي قال بأن المغارسة إجارة، يرى أن المغارسة تلزم بالعقد.

أما الرأي القائل بأن المغارسة شركة، فيرى أن المغارسة لا تلزم إلا بالشروع في العمل أو بتسليم الأرض.

في هذا الصدد، نجد الشيخ خليل في مختصره يقول: " وهل تلزم بالعقد أو إلى أن يشرع في العمل خلاف³⁰⁶."

وبعيدا عن صعوبة تكييف عقد المغارسة وبالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود في فصله 230، نرى أن الرأي الأول القائل بلزوم عقد المغارسة بمجرد العقد، أكثر صوابا لما له

³⁰⁴ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ج 2، م س، ص 373.

³⁰⁵ ينظر الفقرة الثانية "التكييف القانوني لعقد المغارسة" من المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث، ص 44.

³⁰⁶ محمد عليش: م س، ص 240.

من مبررات، فهو يساير القواعد العامة التي تقضي بأن عدم تنفيذ الإلتزام بعد الإلتفاق يفرغ العقد من محتواه أو يخرق مبدأ القوة الملزمة للعقد.

وهو ما جرت به العادة في بعض المناطق المغربية، حيث يدفع مالك الأرض أرضه للغارس بمجرد الإلتفاق وهذا الإلتزام الرئيسي، يقتضي تمكين هذا الأخير من وضع اليد على الأرض بشكل يساعد على تحقيق الغاية منها، وهذا يفرض بالضرورة استمرار تخلي المالك عن أرضه طيلة مدة الإلتفاق إلى حين انتهاء العقد³⁰⁷.

إذن، فمسألة بداية عقد المغارسة ومتى يلزم، مختلف فيه اختلافا ينبغي أن يرجح فيه الرأي القائل بلزومية عقد المغارسة بمجرد العقد، لأنه بقدر ما تقتضيه مقتضيات المنطق السليم و يحتمه مبدأ استقرار المعاملات³⁰⁸، لأن ذلك يقتضي كذلك بالضرورة استمرار واسترسال هذا الإلتزام في الزمن طيلة الفترة اللازمة للإطعام، دونما انسياق أو تمسك بالرأي القائل بأن المغارسة غير لازمة بدون الشروع في العمل.

إذن، هل يكفي رضى المتعاقدين، في حالة العقار غير المحفظ، وبالتالي إحالة المالك الجديد على الغارس ليتابع معه تنفيذ عقد المغارسة ، أم لابد من التسليم الفعلي وإحلال المشتري في المبيع وهو شيء لا يتأتى مع وجود العقار في حيازة الغارس³⁰⁹.

أم أن هذا البيع يتوقف على موافقة الغارس أو على مصير المغارسة؟

يمكن القول، إنه من الصعب قبول العقار محل المغارسة للتفويت قبل انتهاء المغارسة بدون موافقة الغارس، ذلك أن وجود العقار المراد بيعه في يد الغارس يجعل تسلمه أمرا صعبا، ويمكن أن يكون هذا التسليم محل نزاع، فالبيع الذي يكون محل نزاع لا

³⁰⁷ عز الدين اعسيسو، م س، ص 40-41.

³⁰⁸ المصطفى القيادي : م س ، ص 105.

³⁰⁹ أحمد جدوي : م س ، ص 41.

يجوز، كما أن ملكية العقار أثناء المغارسة تكون مهددة وغير مستقرة لتوقفها على نجاح المغارسة أو فشلها³¹⁰.

ثانيا : التزام مالك الأرض بالضمان

يعتبر الضمان من الإلتزامات التابعة بطبيعتها لالتزامات أخرى أصلية، تترتب تلقائيا في بعض العقود ولو دون اشتراطها.

فالإلتزام بضمان التعرض و الإستحقاق من مستلزمات كل عقد ناقل للملكية، بل كل عقد ينقل الحياة والإنتفاع، سواء كان هذا العقد من عقود المعاوضة أم من عقود التبرعات³¹¹.

واعتبار أحكام الضمان المتعلقة بالبيع بمثابة الشريعة العامة لجميع العقود الناقلة للملكية، وإبراز خصوصية هذا الضمان في كل عقد هو منهج المشرع المغربي في قانون الإلتزامات و العقود. فبعد أن أورد أحكام ضمان البيع في الفصول من 532 إلى 575 من ق.ل.ع، أشار بخصوص عقد المعاوضة إلى أنه: "تطبق أحكام البيع على المعاوضة في الحدود التي تسمح بها طبيعتها" حسب نص الفصل 625 من ق.ل.ع.

وبالعودة إلى مدونة الحقوق العينية و من خلال قراءة النصوص المنظمة لعقد المغارسة، يظهر عدم تطرق المشرع إلى موضوع الضمان صراحة، إلا أن هذا لا يعني إعفاء مالك الأرض من واجب الضمان طبقا للقواعد العامة، بل يبقى على عاتقه ضمان التعرض و الإستحقاق .

وبالتالي سنتطرق إلى ضمان التعرض (أ) ثم إلى ضمان الإستحقاق (ب).

³¹⁰ أحمد جدوي : م س ، ص 42.

³¹¹ عبد الرزاق السنهوري : الوسيط ، العقود التي تقع على الملكية ، ج 4 ، م س ، ص 622.

أ : ضمان التعرض

يلتزم مالك الأرض بضمان³¹² التعرض للغارس سواء قبل التملك أم بعده، لأنه في هذه الحالة كالبيع بالنسبة لنصيب الغارس، فيلزم بألا يتعرض له تعرضاً مادياً أو قانونياً. فالضمان، يعتبر من الإلتزامات القانونية الملقة على عاتق مالك الأرض إزاء الغارس، لأن ملكية هذا الأخير لحصته من الأرض و الشجر لا تكتمل إلا إذا ارتبطت

³¹²الضمان لغة : مصدر ضمانت الشيء أضمنه ضمناً و ضماناً ويتعدى إلى مفعولين بالتضعيف، فيقال ضمانته المال فتضمنه عنه فهو ضامن و مضمون. وتعريف مادة (ضمن) يدور حول معانٍ متعددة كما جاء في معاجم اللغة: *الإلتزام: يقال ضمانت المال أي التزمته. *الغرامة : ضمانت دين فلان أي غرمته.

*ما اشتمل عليه الشيء واحتواه : قال ضمانت الشيء كذا جعلته محتوياً عليه فتضمنه أي اشتمله و احتواه. فقولك : فهمت ما تضمنه خطابك أي ما اشتمل عليه و حواه. *الحفظ : ومنه "ولكم الضمانة في النخل". سميت ضماناً لأن أربابها ضمنوا عمارتها وحفظها فهي ذات ضمان أي ذات حفظ ومنه قول المصطفى صلى الله عليه وسلم : " من يضمن لي ما بين لحييه وما بين فخذه ضمن له الجنة". *الكفالة : جاء في لسان العرب: " الضمين هو الكفيل، ضمن الشيء، و به ضمناً و ضماناً، كفل به وضمنه إياه كفله، ففلان ضامن و ضمين،...، يقال: ضمانت الشيء اضمنه ضماناً فأنا ضامن وهو مضمون". يراجع بهذا الخصوص:

- أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج 2، دار الفكر، ص 364.

- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي : لسان العرب، م س، ج 8، مادة (ضمن)، ص 89.

- مابسة كمال عبد الحكيم أحمد : التقريط وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، ط 1، 2009، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 44.

و في الإصطلاح الفقهي : هناك عدة تعاريف فقهية للضمان، إلا أنني سأقتصر على تعريف ابن عرفة إذ اعتبره "التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له".

فالضمان عنده فعل مكتسب والشغل لازمه، فشغل الذمة بالحق أي ألزمها إياه فهو فعل مكتسب مساو لقول ابن عرفة التزام دين .

يراجع بهذا الخصوص :

- صحيح البخاري، كتاب الدعوات، باب حفظ اللسان، رقمه 6474، ج 8، ص 10 و 25.

- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع : م س، ص 455.

- محمد عليش : م س، ج 6، ص 199، 198.

- محمد محروس سعدوني إبراهيم: الضمان في العقود الفاسدة، دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2010 ط 1، ص 22.

أما في الإصطلاح القانوني :

الضمان وسيلة يدرأ بها وقوع المشكلة ويزيلها إن وقعت، فهو يحول بين تشويش أحد على مال أحد، و يجدد سلوك القائمين بتلك الوظيفة لئلا يتعسفوا في استعمال حقوقهم.

بالحياسة الهادئة التي تمكن الغارس من استغلال حصته و التصرف فيها بلا معارض³¹³ تطبيقا للقاعدة القائلة بأن " من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض"³¹⁴.

فضمان مالك الأرض عدم التعرض للغارس بعد أن يملك نصيبه، يعتبر في هذا العقد كالبائع بالنسبة لنصيب المشتري، فيلتزم بالألا يتعرض له تعرضا ماديا أو قانونيا³¹⁵. والمشرع المغربي، ذكر في المادة 533 ق.ل.ع بأن: " الإلتزام بالضمان يقتضي من البائع الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع و الحالة التي كان عليها وقت البيع".

1 : التعرض المادي

هو الفعل أو التصرف الذي يأتيه مالك الأرض بهدف التشويش على حياسة الغارس للعقار موضوع المغارسة أو الجزء المقرر منه دون أن يستند في ذلك إلى أي حق يدعيه³¹⁶، كأن يمنع مالك الأرض عمال الغارس من مباشرة أعمال الغرس، وإن فعل فللغارس أن يلجأ إلى القضاء الإستعجالي لدفع الضرر، كما جاء في إحدى قرارات محكمة النقض: " حيث إن طلب المدعي واضح و يرمي إلى أمر المدعى عليه بالكف عن الإعتراض على عماله بفدانين موضوع المغارسة المبرم بين الطرفين، و هذا يدخل ضمن اختصاصات قاضي المستعجلات لصبغته الوقتية، لأن استمرار المدعى عليه بمنع

³¹³ عبد العالي العبودي: الحياسة التصرفية و الحياسة الإستحقاقية، مجلة المحاماة، ع 15، 1979، ص 7.
³¹⁴ السليماني المصطفى: م س، ص 59.

نقلا عن:

- علي علي سليمان: شرح القانون المدني الليبي، منشورات جامعة قار يونس، ط 2، 1978، ص 350.

³¹⁵ "Qui doit la garantie ne peut évincer"

- Hochart(cath): « La garantie d'éviction dans la vente.(L.G.D.J) 1993. paragraphe 53. p36.

أورده :

- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م س، ص 166.

³¹⁶ الحسين بلحساني: م س، ص 107.

- ابتسام جمجمي: مفهوم حسن النية في العقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة القانون المدني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والإقتصادية و الإجتماعية، مراكش، السنة الجامعية 2001/2000، ص 138.

عمال المدعي من القيام بواجبهم من شأنه إلحاق ضرر به وتفتيت فرصة الربح عليه³¹⁷.

و بما أن الإعتراض واقعة مادية، فإنه على من ادعى قيام الطاعن بمنع عمال المطلوب من مزاوله عملهم إثبات ادعائه³¹⁸.

2 : التعرض القانوني

التعرض القانوني، هو الذي يستند إلى وجود حق قانوني سابق كان ثابتا، يتمثل في ادعاء مالك الأرض حق على حصة العقار موضوع المغارسة في مواجهة الغارس، إذا كان من شأن هذا الإدعاء حرمان الغارس من المزايا التي يعول عليها في العقار، التي يخولها له القانون ويستوي في ذلك أن يكون الحق المدعى به حقا عينيا أم شخصيا³¹⁹.

وهكذا، فإنه يمنع على مالك الأرض بموجب التزامه بضمان تعرضه الشخصي، أن يأتي أي فعل من شأنه أن يحول دون انتفاع الغارس بحصته من الأرض والشجر انتفاعا هادئا، كما ليس له أيضا أن يدعي أي حق يستند إلى مبرر قانوني على تلك الحصة.

³¹⁷ قرار محكمة النقض رقم 6577، صادر بتاريخ 1995/05/9، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52، 20 يوليو 1998، ص 51.

³¹⁸ فالمجلس الأعلى عاب على القرار المستأنف، بحيث جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "حقا لقد تبين صحة ما نعتة الوسيلة على القرار، ذلك أن المطلوب ادعى على الطالب قيامه بمنع عمال الأول من مزاوله عملهم في القطعتين اللتين كانتا موضوع عقد مغارسة بينهما دون إدلائه بما يثبت ذلك، الطالب أجاب أنه ينفي قيامه بأي اعتراض على عمال المطلوب."

نفس القرار أعلاه أورده :

- عز الدين اعيسىو : م س ، ص 41.

³¹⁹ عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة م س ، ص 169/168.

- الحسين بلحساني : م س ، ص 108.

3 : التعرض الصادر عن الغير

يقصد بتعرض الغير³²⁰، قيام شخص غير مالك الأرض بالحيلولة بين الغارس وأرض المغارسة، ومنعه من الإستفادة من منافعها والتصرف فيها³²¹.

هنا يلتزم مالك الأرض بضمان تعرض هذا الغير متى كان قانونيا وليس ماديا.

بالنسبة للتعرض الصادر عن الغير، فهو عبارة عن تعرض قانوني يستطيع الغارس أن يدفعه بنفسه بسلوك طرق مشروعة كفل بها القانون حق الملكية وحياة الأموال، لكن يتوجب على مالك الأرض الدفاع عن الغارس ضد أي ادعاء صادر من الغير ورد دعوى المدعي وإبطالها وإلا وجب عليه الإستحقاق³²²، لأن التزام مالك الأرض يمتد إلى ضمان التعرض الصادر عن الغير.

إذن، فالالتزام مالك الأرض لا يقتصر على الإمتناع عن عمل يصدر عنه شخصيا تجاه الغارس، بل يمتد إلى حماية هذا الأخير من أي تعرض يصدر من الغير يستند إلى حق قانوني يؤدي إلى فقدان السكنية والإطمئنان الذي يطمح إليه الغارس أثناء حصوله على الحصة موضوع عقد المغارسة³²³.

320 - **يقصد بالغير:** "الأغيار هم الأجانب عن أطراف العقد ومن في حكمهم، أي كل الأشخاص الذين ليسوا طرفا فيه، ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد العاقدين، ولا دائنا لأي منهما".
و الغرض من تعريف الغير هو حصر الأشخاص الذين لا يطالهم أثر العقد، لا أن يتم القول بأن الغير هو من لا يتأثر بمقتضيات العقد

للمزيد من التفاصيل بخصوص الغير يراجع:

- مأمون الكزبري: مصادر الإلتزامات، م س، ج 1، ص 252 وما بعدها.
- عبد الحق الصافي: القانون المدني، ج 1 ، المصدر الإرادي للإلتزامات، العقد، الكتاب الثاني، أثار العقد، ط 1 ، 1428/2007م ، مطبعة النجاح الجديدة ، بالدار البيضاء ، ص 44.
- عادل الغنوبي : م س ، ص 16.

- Weill(A) , " Le principe de la relativité des conventions en droit privé français ." Thèse(Imprimée) , Strasbourg , 1938 , n° 53 , p 91.

321 محمد البوشواري : كراء الأراضي الفلاحية ، م س ، ص 203.

322 ابتسام مجمي : م س ، ص 143.

323 اسليماني المصطفى: م س ، ص 61.

و بالعودة إلى مدونة الحقوق العينية، لا نجد ما يؤكد هذا الإلتزام، ونفس الشيء بالنسبة لقانون الإلتزامات و العقود المغربي³²⁴.

إذن، فهذا التعرض، يتعين فهمه في إطار معناه الدقيق، فمالك الأرض لا يضمن كل التعرضات الصادرة عن الغير و إلا حملناه مسؤولية أخطاء لم يساهم في ارتكابها³²⁵.
والتعرض الصادر عن الغير نوعان: تعرض قانوني و آخر مادي، إلا أن هذا الأخير لا يلتزم مالك الأرض بضمانه.

فالتعرض المادي الصادر عن الغير لا يسأل مالك الأرض عنه وغير ملزم بدفعه، وعلى الغارس أن ينشط في الدفاع عن نفسه ورد هذا التعرض بالوسائل التي يراها مفيدة ومشروعة، كرفع دعوى منع التعرض أو دعوى استرداد الحيازة لحماية نفسه من الغير.

خلافًا للتعرض الشخصي الذي يضمنه مالك الأرض سواء أكان ماديًا أم قانونيًا، فإن مالك الأرض لا يضمن بالنسبة لما قد يصدر عن الغير إلا التعرض القانوني، أي القائم على أساس من القانون بادعاء حق ما على الحصة موضوع المغارسة.

وكمثال على التعرض المادي الصادر عن الغير، قيام شخص أجنبي بمنع وصول المياه إلى أرض المغارسة، أو منعه من الدخول إلى أرضه، أو إدخاله الأغنام أو الأبقار للرعي فيها، فكل هذه الأعمال المادية لا يضمنها مالك الأرض بل الغارس، إذ يمكنه اللجوء إلى الطرق القانونية المخولة له لحماية ملكيته³²⁶.

³²⁴ شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي الذي أغفل بدوره التطرق لهذه المسألة.

- Hochart(cath) : « La garantie dans la vente.(L.G.D.J) 1993. Paragraphe 84,p 59.

أورده :

- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، م س ، ص 169.

³²⁵ عبد القادر العرعاري: م س ، ص 169.

³²⁶ السليمان المصطفى: م س ، ص 62.

أما التعرض القانوني الصادر عن الغير، فمالك الأرض يبقى ضامنا له، ويكون تعرض الغير قانونيا إذا كان مبنيا على سبب قانوني، كأن يدعي حقا على الحصة المتفق عليها ويستوي أن يكون حقا شخصيا أو حقا عينيا.

إذن، فالتعرض القانوني الصادر عن الغير، هو كل عمل أو ادعاء بحق قانوني يدعيه الغير على الحصة موضوع المغارسة الموجودة تحت حيازة الغارس، يكون من شأنها عدم انتفاع الغارس أو حرمانه من كل أو بعض السلطات المخولة له قانونيا³²⁷.

ولا يشترط إلا أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على عقد المغارسة، أي أن الحق الذي يستند إليه الغير ثابت له وقت المغارسة أو إلى ما بعد المغارسة، فمالك الأرض يسأل عن التعرض، لأنه نقل حقا مثقلا بحق الغير، وأن يكون هذا التعرض واقعا بالفعل إذا قام الغير برفع دعوى ضد الغارس يطالبه فيها بأحقية في الحصة محل المغارسة كليا أو جزئيا.

وضمن مالك الأرض، يتحقق وقت رفع الدعوى ولو لم يصدر حكم في القضية، ويتعين عليه أن يوقف هذا التعرض بالتراضي، أو بما يسمح به القانون، فالتزام مالك الأرض بنقل الملكية وتسليم الحصة موضوع المغارسة المتفق عليها للغارس، غايته تمكين هذا الأخير من التصرف في حصته و الإنتفاع بها بدون تشويش أو حرمان من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها حسب مقتضيات الفصل 533 من ق.ل.ع.

فبذلك إذا صدرت من مالك الأرض تصرفات أو أعمال سواء أكانت مادية أم معنوية، أو صدرت من قبل الغير تمنع الغارس من الإنتفاع و التصرف في حصته من المغارسة على أكمل وجه وحسب السلطة المخولة له قانونيا، شريطة أن تستند على

³²⁷ خميس خضر : العقود المدنية الكبيرة، البيع و التأمين و الإيجار، ط 1 ، سنة 1979، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 234.

أساس قانوني، فإن مالك الأرض يكون ملزماً بضمانها، أما إذا كان تعرض الغير مادياً، فمالك الأرض لا يسأل عن هذا التعرض لأن الغارس يمكنه أن يدفعه بنفسه.

إذا ثبت هذا، فنظرية الضمان تخول للغارس الحق في الرجوع على مالك الأرض بالضمان، إلا أنه يمكن مخالفة هذه النظرية إذا اتفق الطرفان على تعديل أحكام الضمان، سواء بالتشديد أم التخفيف منه، إلا أنه لا يجوز إسقاطه إطلاقاً لما فيه من سوء نية³²⁸، وغش مالك الأرض، إذ لا أثر لشرط عدم الضمان إذا كان مالك الأرض تعمد إخفاء حق الغير على الغارس.

ب : ضمان الإستحقاق

اعتنى الفقه الإسلامي بتنظيم أحكام الإستحقاق في عقد المغارسة، حيث عرفه ابن عرفة في حدوده بأنه: "التزام دين لا يسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له"³²⁹.

أما عند العلامة خليل³³⁰، فالإستحقاق فعل مكتسب والشغل لازمه، فشغل الذمة بالحق أي ألزمها إياه فهو فعل مكتسب مساو لقول ابن عرفة: التزام دين.

أما ابن جزي، فقد أوضح الإستحقاق بقوله: "أن يكون شيء بيد شخص ثم يظهر أنه حق شخص آخر، مما تثبت به الحقوق شرعاً من اعتراف أو شاهدين أو شاهد ويميناًو غير ذلك فيقضي له به"³³¹.

والمقصود بالإستحقاق في معناه الضيق للكلمة هو: "ضياع حق بمقتضى حكم قضائي"³³²، بما معناه أنه خسارة أمام القضاء بواسطة حكم قضائي، فهو يفترض في

³²⁸ يراجع في هذا الصدد:

- ابتسام جمجمي: م س، ص 143.

³²⁹ أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: م س، ص 445.

³³⁰ محمد عيش: م س، ج 6، ص 198-199.

³³¹ محمد أبو القاسم ابن جزي: م س، ص 286.

³³² أنور سلطان: عقد البيع و المعاوضة، 1980، دار النهضة العربية، ص 218.

عقد البيع أن يصدر في حق المشتري حكم يلزمه بالتخلي كلياً أو جزئياً على الشيء المبيع لمصلحة الغير الذي تابعه أمام العدالة.

أما في الاصطلاح القانوني، فهو يفيد انتزاع المبيع من المشتري أو تهديده بانتزاعه منه، وغالباً ما يكون الإستحقاق مسبقاً بالتعرض الذي يتم به التمهيد لبلوغ هذا الإستحقاق³³³. وقد جاء في الفقرة الثانية من الفصل 534 ق.ل.ع أنه: "يكون الاستحقاق واقعاً ضد المشتري في الحالات الآتية:

- إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه،
 - إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه،
 - إذا اضطر المشتري لتحمل خسارة من أجل افتكاك المبيع.
- إلا أن مظاهر الاستحقاق لا تقف عند هذا الحد فقط، وإنما تشمل كل الحالات التي يفقد فيها المشتري حقه في التملك كلاً أو بعضاً أو بظهور أوضاع قانونية جديدة³³⁴.

فعندما ينجح الغير في تعرضه القانوني بشأن المبيع، يكون من حق المشتري الرجوع على البائع في الحالات التي يكون مقصراً في العمل على دفع هذا التعرض بالتعويض الذي يحدده القانون³³⁵.

فالإستحقاق، يعد امتداداً طبيعياً للتعرض الصادر من الغير بحق قانوني، بل هو نتيجة لفعل الإدعاء.

³³³ عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م س، ص 171.
³³⁴ كأن يكون المبيع مثقلاً بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بوجود حقوق عينية أو شخصية أخرى لم يصرح بها البائع عند العقد.

- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م س، ص 171.
³³⁵ توفيق حسن فرج: عقد البيع و المقايضة، الطبعة 1985، المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر، ص 330. أورده: - ابتسام جمجي: م س، ص 144.

فمن حقوق الغارس على مالك الأرض، أن يكون للغارس الحق في الرجوع عليه بكل ما أحدثه في الأرض من عمارة وما قام به من عمل فيما إذا استحق شخص ثالث الأرض من يد الغارس³³⁶.

فإذا ظهر بعد انعقاد عقد المغارسة أن الأرض ليست ملكا لمن قدمها إلى الغارس بل كانت ملكا لشخص آخر، فللغارس أجر المثل على من قدم إليه الأرض لتغييره به³³⁷.

فإذا غرس شخص أرضا شجرا، فنبت الشجر ثم استحقت الأرض، جاز للغارس (للمشتري) قلع الشجر، إلا إذا كان قلعه يضر بالأرض، في هذه الحالة، فإن للمستحق الخيار بين أن يحتفظ بالشجر مقابل أن يدفع قيمته مقلوعا وبين أن يترك الغارس حتى يقلع الشجر، ويضمن له نقصان أرضه³³⁸.

أما المالك الحقيقي للأرض فله أن يستردها، ويقلع ما فيها من أشجار وله أيضا أن يطالب بتعويض عما أصاب الأرض من نقص بسبب هذا القلع³³⁹.

أي أنه إذا أمر المستحق بالقلع وقلع الغارس، ثم ظفر مالك الأرض بعد القلع يجوز له الرجوع على مالك الأرض بالثمن فقط دون قيمة الشجر ولا بما ضمن من نقصان الأرض³⁴⁰.

وعند قيام الغير بمطالبة الغارس بالحق الذي يزعمه على العقار و تقديم البينة على دعواه، يجب على الغارس أن يقوم بإعلام مالك الأرض بدعوى الاستحقاق³⁴¹.

³³⁶ عبد اللطيف البغيل : م س، ص 726.

³³⁷ أنور محمود دبور: م س، ص 282.

³³⁸ يحيى ولد البراء : المجموعة الكبرى الشاملة لفتاوى ونوازل وأحكام أهل الغرب وجنوب غرب الصحراء، ط 1،

1430هـ/2009م، (دون ذكر مكان الطبع)، ص 4941.

³³⁹ أنور محمود دبور: م س، ص 357.

³⁴⁰ حليلة بنت المحجوب بن حفو: نظرية الاستحقاق في القانون المغربي، م س، ص 279.

³⁴¹ اسليماني المصطفى: م س، ص 64.

فإذا تم إعلام مالك الأرض، بأنه يجب عليه التدخل في الدعوى ليواجه ادعاء الغير الذي يدعي حقا على الحصة موضوع المغارسة.

إلى جانب الغارس أو من يحل محله فيها، ليواجه ادعاء الغير الذي يدعي حقا على الحصة موضوع المغارسة و ذلك لحماية مصالح الغارس من الضياع، أما إذا استحال عليه تنفيذ التزامه بدفع تعرض الغير واستحق الغير الحصة محل المغارسة، فمالك الأرض هنا ملزم بضمان الإستحقاق، الأمر الذي يخول للغارس الرجوع على صاحب الأرض بكل ما أحدثه وتعويضه عن الأضرار التي لحقت طبقا للقواعد العامة³⁴² لأنه غره و استعمله فلزمه الأجرة³⁴³.

أما إذا لم يعلم الغارس مالك الأرض بدعوى الإستحقاق أو لم يقيم بإدخاله واستمر في الدعوى باسمه، إما لثقتة بدفع التعرض بنفسه دون حاجة مالك الأرض وإما لإهمال منه، ومع ذلك لم يتمكن من دفع هذا التعرض وحكم بالإستحقاق للمتعرض بحكم حائز لقوة الأمر المقضي به، فالغارس يفقد حقه في الرجوع على مالك الأرض حسب نص الفصل 537 ق.ل.ع³⁴⁴ وأيضا حسب ما سار عليه القضاء المغربي³⁴⁵.

وهو ما أكدته قرار محكمة الإستئناف بفاس الذي جاء فيه: "...حيث إن الغارس حرم من حوز القطعة محل المغارسة بسبب إفراغه منها، مما يخول له الرجوع على مالك

³⁴² ينص الفصل 264 ق.ل.ع على أن: "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاتته من كسب متى كانا ناتجين عن عدم الوفاء بالالتزام."

³⁴³ أبو محمد ابن قدامة : م س ، ص 581.

³⁴⁴ ينص الفصل 537 من ق.ل.ع على أنه: "إذا وجهت على المشتري دعوى، بسبب الشيء المبيع، وجب عليه أن يعلم البائع بدعوى الإستحقاق، عند تقديم المدعي البينة على دعواه. وإذا ذاك تنبيه المحكمة بأنه إذا استمر في الدعوى باسمه الشخصي، يعرض نفسه لضياع حقه في الرجوع على البائع، فإذا فضل، برغم هذا التنبيه، أن يدافع مباشرة في الدعوى فقد كل حق في الرجوع على البائع."

³⁴⁵ قرار المجلس الأعلى عدد 2623، ملف مدني عدد 1190/3/2004، المؤرخ في 24/09/2003، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 61، سنة 2003، ص 93.

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

ينظر هامش رسالة :

- اسليمان المصطفى: م س ، ص 64.

الأرض بضمان الإستحقاق الكلي للعقار بمقتضى عقد المغارسة و مطالبة مالك الأرض بالتعويض³⁴⁶.

وقد ميز المشرع المغربي بين الإستحقاق الكلي و الإستحقاق الجزئي، حيث نص في الفصل 538 ق.ل.ع على ما يلي: " إذا استحق المبيع كلياً من يد المشتري من غير أن يقع من جانبه اعتراف بحق المستحق كان له أن يطلب استرداد:

1- الثمن الذي دفعه و مصروفات العقد التي أنفقها على وجه سليم.

2- المصروفات القضائية التي أنفقها على دعوى الضمان.

3- الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق".

فالمقصود بالإستحقاق الكلي هو: نزع أرض المغارسة كلها من يد الغارس بمقتضى حكم يلزمه بترك أرض المغارسة لمدعي استحقاقه متى كان هذا الحكم صادراً في مواجهة مالك الأرض، أو كان هذا الأخير قد أخطر بالدعوى في الوقت الملائم فلم يتدخل فيها ما لم يثبت هذا أن الغارس قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً كان هو السبب في الحكم باستحقاق أرض المغارسة للغير³⁴⁷.

أما الإستحقاق الجزئي: فقد نص عليه المشرع المغربي في الفصل 535 ق.ل.ع بحيث جاء فيه ما يلي: " استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله، إذا بلغ هذا الجزء بالنسبة إلى الباقي من الأهمية بحيث ما كان ليشترى بدون ذلك الجزء.

ويسري نفس الحكم إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع".

³⁴⁶ قرار محكمة الإستئناف بفاس، ع 2622، ملف عقاري، ع 12/667 مؤرخ في 2008/12/24. (غير منشور).
³⁴⁷ سليمان مرقس : شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، المجلد الأول، ط 4 ، 1980م، للناشر عالم الكتب، ص 538.

إذن، فالإستحقاق الجزئي³⁴⁸، هو ذلك الإستحقاق الذي يؤدي إلى انتقاص في مقدار الشيء المستحق (أرض المغارسة)، بحيث لا يشمل هذا النقص جميعه، أو يكون من شأنه أن يثقله بتكليف أو يحرم الغارس من حق أو تكليف على عقار آخر³⁴⁹. إذن، فالغاية من تنفيذ عقد المغارسة لا تتحقق إلا عند تمكين الغارس من الإستفادة من حصته على النحو المخصص لذلك.

لذا يجب على مالك الأرض الإمتناع عن كل فعل أو إجراء من شأنه التشويش على الغارس بعد انتقال حصته إليه، وضمان الإستحقاق، وعندما تتحول التعرضات من مجرد التشويش على الغارس إلى نزع الملكية منه كلياً أو جزئياً³⁵⁰.

الفقرة الثانية : إعطاء الحصة المشتركة للغارس بعد إنتهاء المدة

تتمثل التزامات مالك الأرض في تسليم الأرض إلى الغارس خالية وببضاء حسب مقتضيات نص المادة 265، من مدونة الحقوق العينية، وعند إكمال الغرس وفق ما اتفق عليه من مدة وشروط، يلتزم مالك الأرض بتمليك وإعطاء الغارس الحصة المتفق عليها من الأرض و الشجر معا.

فالغارس يستحق في المغارسة بعد إدراك الثمر وبلوغ الشجر سالماً، حصة من الأرض والشجر معا.

³⁴⁸الإستحقاق الجزئي نوعان :

- **إستحقاق جزئي جسيم** و هو الذي يترتب عنه خسارة كبيرة للغارس، بحيث لو علم به لما أقدم على التعاقد.
 - **وإستحقاق جزئي يسير** لا يبلغ قدراً من الجسامة ولا يترتب عنه خسارة كبيرة للغارس، بحيث يبقى له حق المطالبة في انتقاص الثمن بقدر ما استحق لا غير.
- يراجع في هذا الخصوص:
- عبد الحق الصافي : عقد البيع، دراسة مقارنة في قانون الإلتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، ط 1 ، 1998، مطبعة النجاح الجديدة، ص 372.
 - الحسين بلحساني : م س، ص 112، 113.
 - عبد القادر العرعاري : الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م س ، ص 171.
 - ³⁴⁹ ابتسام مجمي: م س ، ص 144.
 - ³⁵⁰ عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، م س ، ص 165.

ولا يجب على مالك الأرض إعطاء الغارس الحصة المشروطة له عند انتهاء مدة المغارسة إلا إذا أثمر جميع الشجر، فإن لم يثمر منه شيء، فلا يجب على مالك الأرض للغارس شيء، حتى وإن كان قد أثمر منه مقدار قليل فذلك لا شيء للغارس على المالك³⁵¹.

وقد فرق بعض فقهاء المالكية³⁵² بين ما إذا كان القدر القليل الذي أثمر في ناحية من البستان استحق الغارس حصته منه و بطلت المغارسة فيما لم يثمر.

وإن كان مفرقا في البستان لم يستحق الغارس شيئا، وعليه أن يعمل في البستان حتى يثمر كله أو جله فيستحق حصته بعد ذلك³⁵³.

انطلاقا مما سبق، يمكن القول إن مالك الأرض، يجب عليه أن يمكن الغارس من حصته بعد انتهاء المدة المحددة في العقد، سواء سلمت الأشجار المغروسة بعد المدة أم هلكت، وسواء ثبت الكل أم البعض فقط.

إذن، فالغارس يملك الحصة ببلوغ الشجر الحد المشترك (أي حد الإطعام) ولا يملكها قبل ذلك، أي أنه لا يملك الحصة بالعقد أو بنبات الشجر.

وتتفق مدونة الحقوق العينية مع ما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي من استحقاق الغارس الحصة المشروطة له بعد انتهاء مدة المغارسة المتفق عليها وإثمار الشجر، فقد نصت المادة 267 منها على أنه: " إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه

³⁵¹ أنور محمود دبور : م س، ص 358.

³⁵² شرح ميارة على العاصمية: م س ، ج 2، ص 116.

³⁵³ يقول العلامة الأجهوري: " وإن غارسه إلى الإثمار فأثمر بعض الشجر ولم يثمر بعضها، فقال عبد المالك بن حبيب بن سليمان: إن كان الذي أثمر أكثرها كان الباقي تبعا له- يريد - ويقتسمان الجميع، ومثله عن ابن القاسم قال: وإن ثبت اليسير وبطل الجل فلا شيء للعامل فيما نبت. وقاله سحنون. وقال بعضهم: إلا أن يكون المطعم إلى ناحية من الأرض، فيقسم بينهما وتبطل المغارسة فيما سواه. يراجع بهذا الخصوص :

-أنور محمود دبور : م س، ص 357 وما بعدها.

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص 728.

العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الإتفاق عليها في عقد المغارسة".

فمالك الأرض، يلتزم بإعطاء الغارس الحصة المشروطة من أرض المغارسة وما عليها من شجر يستحقها إن أثمر جميع الشجر أو أكثره³⁵⁴، وهذا ما جاءت به إحدى قرارات محكمة النقض: "يكتسب الغارس صفة المالك متى بلغ الغرس حد الإطعام أو انقضى الأجل الذي حدد للغرس³⁵⁵".

فتملك الغارس لحصته من الأرض والشجر مرتبط بقيامه بالتزاماته ووصول الشجر درجة الإطعام، إن صار صالحا لأن يجنى ثمره³⁵⁶.

ولا يحق للغارس حسب هذه المدونة تملك حصة كاملة إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي العدد المتفق عليه، هنا نجد المادة 270 تنص على أنه: "إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما هو محدد بالعقد أو العرف، فإن الغارس لا يملك الحصة المتفق عليها، ويكون لمالك الأرض الخيار في أن يستمر في العقد أو ينهيه مع الإحتفاظ للغارس بحقه في التعويض عند الإقتضاء".

فلمالك الأرض حق الإختيار في أن يستمر العقد أو ينهيه³⁵⁷.

إذن، فعند تحقق الإطعام، يجب على المالك أن يمكن الغارس من حصته المشروطة في عقد المغارسة، و يتوقف ذلك على الإشهاد به في محرر رسمي، أو إثباته بخبرة قضائية مصادق عليها من قبل المحكمة، حسب مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 272 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على أنه: "لا يرتب عقد المغارسة حقا عينيا

³⁵⁴ وفي نفس الإطار، نجد أن القانون المدني الليبي نص في المادة 1009 على أنه: "إذا انقضت المدة المعينة في العقد، أو حسب العرف، وقام الغارس بما عليه من التزامات، وأطعم الشجر، أصبح الغارس مالكا للحصة المستحقة له، أو للقطعة المعينة التي تم الإتفاق عليها في العقد".

³⁵⁵ قرار صادر عن المجلس الأعلى محكمة النقض حاليا، بتاريخ 03/11/31، تحت عدد 3323 في الملف المدني ع 1246/02/6/1، منشور بمجلة المعيار، ع 42، ص 137 وما يليها.

³⁵⁶ عبد اللطيف البغيل: م س، ص 727، 730.

³⁵⁷ تنص المادة 1010 من القانون المدني الليبي على أنه: "إذا قل عدد الشجر المغروس عن ثلثي ما اتفق عليه في العقد، فلا حق للغارس في تملك النصيب المتفق عليه كاملا".

إلا إذا تحقق الإطعام وأشهد به الطرفان في محرر رسمي أو ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة".

وهذا ما سار عليه قرار محكمة النقض الذي جاء فيه أن: "المغارسة بالإشتراك لا تتم ولا يملك الغارس حصته مقابل عمله إلا بإطعام الكل أو الجل - الثلثان فأكثر - وبعد ذلك يمكن قسمة الأرض وما عليها من أشجار لمن طلبها بعد الإطعام والإثمار"³⁵⁸.

المطلب الثاني: التزامات الغارس

لم يشر المشرع المغربي من خلال مقتضيات مدونة الحقوق العينية إلى الإلتزامات التي يتعين على الغارس احترامها أثناء تنفيذ عقد المغارسة، مما يحمل على الإعتقاد بأن المشرع المغربي ترك الأمر لاتفاق الطرفين أو ما جرى به العمل وللقواعد العامة، وهو ما أشار إليه الشيخ خليل بقوله: "وعمل العامل ما دخل عليه عرفا أو تسمية"³⁵⁹.

فعمل الغارس المتمثل في غرس الأرض، والحفاظ عليها إلى الإطعام، يعتبر سبب التزام مالك الأرض، و في نفس الوقت يعتبر ذلك العمل محل التزام الغارس.

لذلك كان من اللازم على هذا الأخير، القيام بجميع ما يحتاج إليه الغرس من تشذيب، سقي، حراسة وتلقيح... وغير ذلك من الأعمال التي تقتضيها طبيعة المغارسة كعقد تبادلي، وكذلك جميع الأعمال التي وقع الإتفاق عليها.

والغارس هنا يخضع للمعيار الشخصي القائم على أساس كون العناية و العمل اللازمين، هما ما يمكن أن يقوم بهما الرجل العادي متى تعلق الأمر بشؤونه الخاصة.

³⁵⁸ قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 93/12/28 تحت عدد 958 في الملف العقاري عدد 7129 / 88 ، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48، ص 221 وما يليها.
أورده:

- محمد بفقير : مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي المغربي، سلسلة القانون و العمل القضائي المغربيين، ع 10 ، ط 2 ، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 249.
³⁵⁹ خليل بن اسحق المالكي: م س ، ص 444.

على هذا الأساس سنتطرق إلى التزام الغارس بالمحافظة على الأرض محل عقد المغارسة (الفقرة الأولى) ثم رد الحصة الشائعة المتفق عليها من الأرض والأشجار إلى صاحبها بعد انتهاء مدة المغارسة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : المحافظة على الأرض محل المغارسة

من بين الإلتزامات الملقة على عاتق الغارس في عقد المغارسة، المحافظة على الأرض محل المغارسة والعناية بها وأن يستعملها دون إفراط أو إساءة، كأن يقوم بعمل من شأنه أن يتسبب في غور ماء آبارها، أو يجرف تربتها أو يسمدها ببعض المواد الكيماوية التي تضر بالأرض ضررا بالغا، أو غير ذلك من الأعمال التي تنافي العرف الجاري بين الناس في خدمة أراضيهم³⁶⁰.

فإذا هلكت الأرض بسبب عدم حفاظ الغارس على الأرض أو تعيبت بسبب تعديه أو تقصيره، فيجب عليه ضمانها لصاحبها، أي أنه إذا تقاعس أو تهاون فيما يجب عليه من تعهد وعناية حتى ضاع الغرس، فإنه عليه بالضمان، لقول الشيخ خليل: "وضمن إن فرط

³⁶⁰ ومن الأعمال التي تعتبر من باب التعدي في خدمة الأرض:

- قيام الغارس بغرس الأرض ببعض الأشجار التي ستتضرر بها الأرض، كما إذا اتفقا على غرس معين فغرس بدله نوعا من الشجر يضر الأرض ويمنع العامل من غرس الأضرار، (...)
 - وهذا كله إذا لم يقل له اغرس في الأرض ما شئت، و إلا جاز مطلقا، أو جرت العادة بذلك لأنهن كالشرط، وإلا جاز مطلقا.
 - زرع الغارس بدل الأشجار بقولا أو مقثاة أو غيرها، فيعتبر الغارس متعديا بسبب ذلك لكن غلة المقثاة في تلك السنة تكون للغارس، وعليه كراء القاعة لمالك الأرض.
 - أن يزرع فولاً أو غيره بين الأشجار المغروسة قبل الإطعام، فيطلبه رب الأرض قبل الإبان أو بعده فهو متعد إذ لا شيء له في الأرض إلا بعد الإطعام.
 - أن يعطي الغارس الأرض المغروسة التي بيده مزارعة لشخص آخر، وذلك لما في هذه المعاملة من ضرر بالغرس إلا أن تكون هناك عادة.
- هذه الأعمال غير الجائزة في المعاملات الزراعية عموما هي من الأعمال المستحدثة التي لم تكن في السابق، وقد تولت بعض القوانين العربية تجريمها نظرا لخطورتها على الأرض الزراعية وعلى البيئة الطبيعية عموما، وذلك مثل التجريف والتسميد بالمواد المضرة الكيماوية.

ينظر في هذا الإطار:

- عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 734 ، 735.

فإن عجز أو غاب بعد العقد وعمل ربه أو غيره فهو على حقه إن شاء، وعليه الأجرة إلا أن يتركه أو لا³⁶¹.

إذن، يتوجب على الغارس أن يلتزم بالمحافظة على الأرض التي دفعها إليه المالك ليغرس فيها الأشجار المتفق عليها، فلا يجوز له أن يتعدى عليها فيتلفها، أو يقصر في المحافظة عليها فتهلك بسبب هذا التقصير، فإذا لم يقم العامل بهذا الواجب، فإنه يضمن للمالك الأرض الهالكة بسبب تعديه أو تقصيره³⁶².

و بصفة مالك الأرض مدعي، يجب عليه إثبات وجود أضرار حقيقية لحقت بالأرض محل المغارسة بسبب إساءة الإستعمال تطبيقاً للمبدأ القائل "البينة على المدعي"³⁶³، ولا يكفي لقيام مسؤولية الغارس طبقاً للقواعد العامة ارتكابه خطأ و حصول ضرر بالأرض محل المغارسة، بل يشترط بالإضافة إلى هذين العنصرين قيام علاقة سببية بين الخطأ وذلك الضرر، فإذا وقع ضرر للأرض وكان السبب في وقوعه خطأ أو إهمال أو تقصير الغارس، فإن المسؤولية المدنية³⁶⁴ تنشأ في هذه الحالة، نظراً للأهمية الكبيرة للعلاقة السببية في مجال المسؤولية المدنية.

يلتزم الغارس أن يبادر إلى الوفاء بالتزامه بالعمل، بأن يقوم بإعداد الأرض والقيام بغرس الشجر المتفق عليه في العقد، و يعتبر متعدياً إذا غرس بدله نوعاً آخر مخالفاً لما

³⁶¹ محمد عيش : م س، ج 7 ، ص 423.

³⁶² أنور محمود دبور، م س، ص 361.

³⁶³ السليمان المصطفى: م س، ص 33.

³⁶⁴ تقوم المسؤولية المدنية عندما يرتكب شخصاً فعلاً بالمصالح الخاصة للغير فيترتب في ذمته إلتزام بإصلاح هذا الضرر عن طريق تعويض الطرف المتضرر، فالمسؤولية المدنية هي التزام شخص بتعويض عن ضرر لحقه بالغير، سواء كان هذا الإلتزام محددًا في نصوص أم غير محدد. وهذه المسؤولية تنقسم إلى نوعين: المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

- المسؤولية العقدية : تكون في حالة إذا كان الإلتزام الذي أخل به مصدره العقد، أي هي عقدية إذا وقع الإخلال بعقد قائم بين المخطئ والمتضرر.

- المسؤولية التقصيرية : تكون في حالة إذا كان الإلتزام الذي أخل به مصدره العمل غير المشروع، أي أن الضرر يصيب فرداً من هذا المجتمع. وقد خص المشرع المواد من 77 إلى 106 من قانون الإلتزامات والعقود.

ولكلا المسؤوليتين ثلاثة أركان هي : الخطأ ، الضرر ثم العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

يراجع بهذا الصدد :

- عبد الرزاق أحمد السنهاوري : نظرية العقد، ج 2، م س ، ص 953 وما بعدها.

- مأمون الكزبري : مصادر الإلتزامات ، ج 1 ، م س ، ص 367.

اتفق عليه³⁶⁵، وينذر أن يتم الاتفاق على غير ذلك³⁶⁶، ففي نوازل المعيار، نجد جواباً لابن لبابة عن سؤال يتعلق بهذه المسألة جاء فيه: "وليس للغارس أن يعمل في الأرض شيئاً إلا أمر رب الأرض"³⁶⁷.

و للإشارة، فالالتزام الغارس هو التزام شامل، أي يقع على عاتقه غراسة كامل الأرض المتفق عليها لا جزء منها بالشجر المتفق عليه والمحدد العدد، فالغارس لا يحق له المطالبة بنصيبه ولا تبرأ ذمته إلا بإتمام هذا العقد كاملاً³⁶⁸، وهو ما أكدته قرار محكمة التعقيب التونسية الذي جاء فيه ما يلي: "إن الواجب المفروض على المغارسين طبق الالتزام هو غراسة كامل الأرض، وأن القواعد الأصولية تقضي بأن المطلوبين لا تبرأ ذمتهم إلا بإتمام هذا الالتزام كاملاً ولا يمكن أن يلزم الدائن الذي هو رب الأرض بقبول تجزئة العقد أو بكيفية مغايرة لما تم الاتفاق عليه، كما لا يحق للمطلوبين في جبر الطالب على الوفاء بواجب التنازل عن الملكية طالما لم يثبتوا أنهم قد وفوا من جهتهم بما ألزموا به طبق الاتفاق"³⁶⁹.

أما إذا وفى بهذا الإلتزامومع ذلك هلكت الأرض بأفة سماوية، فإنه لا ضمان عليه³⁷⁰ حسب مقتضيات الفصل 88 من ق.ل.ع³⁷¹.

فعبء إثبات السبب الأجنبي³⁷²، يقع على الغارس، إذ هو لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة، أو أثبت السبب الأجنبي³⁷³.

³⁶⁵ عبد اللطيف البغيل: م س، ص 733.

- اسليماني المصطفى: م س، ص 34.

³⁶⁶ أنور محمود دبور: م س، ص 362.

³⁶⁷ أبو العباس أحمد الونشريسي: م س، ج 8، ص 174.

³⁶⁸ اسليماني المصطفى: م س، ص 35.

³⁶⁹ قرار رقم 133 بتاريخ 1961/05/11، منشور بمجلة القضاء و التشريع، عدد 1، السنة الرابعة، يناير 1381هـ/1962م، ص 56.

³⁷⁰ أنور محمود دبور: م س، ص 361.

³⁷¹ ينص الفصل 88 من ق.ل.ع على أنه: "كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، و ذلك ما لم يثبت:

• أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر،
• وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائي، أو لقوة قاهرة، أو لخطأ المتضرر."

إذا ثبت هذا، قلنا أن للغارس الحق في أن يثبت أن حصول الضرر للأرض لا يرجع له، بل إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وأن يثبت أيضا أنه قام بما كان يجب عليه لمنع وقوع الضرر ليدفع المسؤولية عليه.

الفقرة الثانية : رد الحصة الشائعة المتفق عليها من الأرض والأشجار إلى صاحبها بعد

انتهاء مدة المغارسة

إن الإلتزام برد الحصة الشائعة المتفق عليها من الأرض والأشجار إلى مالكيها الأصلي بعد انتهاء المدة المحددة بين الطرفين، يعد من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الغارس، فالإلتزام بالرد هنا هو التزم بتحقيق نتيجة، ولا يكفي فيه مجرد بذل أقصى المجهود والعناية، بحيث لا يستطيع الغارس الإحتفاظ بالأرض لنفسه ولو كان دائما لمالكيها.

وبما أن المغارسة من المعاملات المؤقتة، فبعد انتهاء مدة المغارسة ببلوغ الشجر الحد المشترك، إذ يجب على الغارس أن يبادر برد النصيب المشروط للمالك من الأرض و الشجر حسب نص المادة 266 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أنه : " لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز أجل تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلا".

³⁷² يجمع الفقه و القضاء أن مصطلح السبب الأجنبي هو مصطلح شامل، يعبر في ذات الوقت عن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي و خطأ المدين وخطأ الغير.

- محمد الكشور: نظام التعاقد و نظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة ، دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج ، ط 1 ، 1413/1993م، مطبعة النجاح الجديدة، ص 64.

- كذلك نجد أن القضاء الفرنسي استقر على وحدة المعنى ووحدة الأحكام بين القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وخفت من حدة الخلاف بين الفقه حول المسألة.

³⁷²H. L.J Mazeaud : op, p 531.

- كما جاء في إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسية بخصوص وحدة مفهوم القوة القاهرة أو الحادث الفجائي:

- "Les deux expressions de cas fortuit et de force majeurs que certains auteurs ont voulu parfois distinguer sont synonymes en jurisprudence..."

- Cass.Arrêt de la chambre Civile.26 mars 1934.Gazette du Palais.1934.

يراجع بهذا الخصوص هامش:

- محمد الكشور: نظام التعاقد و نظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة، م س، ص 63.

³⁷³ قدرى عبد الفتاح الشهاوي: أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري و المقارن مدنيا وجنائيا، 2002، مطبعة سامي، الإسكندرية، مصر، ص 43.

ويتم الرد بأن تقسم الأرض وما عليها من شجر بين مالك الأرض والغارس بحسب ما اتفقا عليه من أجزاء، فيخرج مالك الأرض بحصته وأيضاً يخرج الغارس بحصته³⁷⁴.

أما في حالة الاتفاق على إبقاء الأرض مشاعة بينهما، فلا مانع من ذلك، ويكون العمل بينهما بقدر حظ كل منهما³⁷⁵.

وعليه، فلا يصح للغارس أن يظل واضعاً يده على البستان إذا طلب المالك القسمة، أما إذا لم يطلب المالك القسمة، فإن البستان يبقى شركة بينهما، و تخضع حصة كل منهما لقواعد الشركة المعروفة.

وفي صدد المدة، ينبغي الإشارة إلى نقطة جوهرية، هي المدة التي يظهر فيها مدى مطابقة المغروسات للمواصفات، التي تم الاتفاق عليها في عقد المغارسة، إلى جانب درجة جودة هذه المغروسات.. خاصة وأن هذه المواصفات و الجودة لا تتبين إلا ببلوغ الشجرة، أو ظهور مفردات الثمار.. إذا علمنا أن لكل نوع من الأشجار، عمر نضوج معين للإثمار³⁷⁶.

هنا نتساءل عن مدى إمكانية مالك الأرض أو الغارس تطبيق القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية في مواجهة مورد المغروسات، إذا علمنا أن ظهور العيوب الخفية في هذه المغروسات، قد يستغرق وقتاً طويلاً، بشكل قد لا تسعف معها أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع لحكم هذه الحالة.

فبالرغم من اهتمام النصوص التشريعية في المغرب بعيوب المنقولات إلا أن ذلك لا يعني استبعاد العقار من حلقة الضمان، وما يؤكد هذا القول أن المشرع المغربي وهو بصدد الكلام عن دعوى الضمان نراه قد ميز بين المنقول و العقار من حيث مهل

³⁷⁴ عبد اللطيف البغيل: م س ، ص 735.

³⁷⁵ محمد عيش : م س، ج 7، ص 425.

- أبو عيسى محمد المهدي بن محمد العمراني الوزاني الفاسي: حاشية على شرح التاودي لتحفة ابن عاصم، ج 2، طبعة موجودة في المكتبة الوطنية، مبتورة البداية والنهاية، ص 116.

³⁷⁶ أسامة محمد سعيد المفتي: م س، ص 192.

تحريكها وهو دليل قاطع على خضوع هذا الأخير لمقتضيات نظرية العيوب الخفية³⁷⁷
حسب ما جاء في الفصل 573 من ق.ل.ع³⁷⁸.

³⁷⁷ عبد القادر العرعاري: ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، وفقا لقانون الإلتزامات و العقود المغربي، 1996، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 134.

³⁷⁸ الفصل 573 من ق.ل.ع ينص على أن: "كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل الآتية وإلا سقطت: بالنسبة للعقارات خلال 365 يوما بعد التسليم، بالنسبة إلى الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم(...)"

المبحث الثاني : صيغة التمويل بعقد المغارسة في البنوك التشاركية

تعد صيغة التمويل بعقد المغارسة في البنوك التشاركية من أهم الوسائل التي يمكن لمالك الأرض أو الغارس وكذلك للبنك اتباعها لإستثمار الأرض محل المغارسة، فزراعة الأرض وغرسها والقيام بكل ما يلزمها من أعمال تتطلب تخصصا في المجال الزراعي، لذلك نجد من يمتلك الخبرة الزراعية، لكنه لا يملك المال ولا يملك الأرض التي يمكنه أن يمارس نشاطاته عليها، فوجب أن يكون من يتكفل بتمويل وتموين هؤلاء بما يحتاجونه لممارسة نشاطهم الفلاحي.

ومن الصيغ التي يمكن على أساسها التمويل والتموين، نجد صيغة المغارسة التي يمكن أن تركز عليها البنوك التشاركية لخدمة نشاط الغرس في المجال الفلاحي.

تعتبر التمويلات البنكية البديلة الموافقة للتشريع الإسلامي ضرورة ملحة لسد الحاجيات الاجتماعية والإقتصادية للمجتمع المغربي، كما هو منصوص على ذلك دستوريا³⁷⁹، وبالرغم من تأخر المغرب كثيرا مقارنة مع دول المشرق العربي عن إنشاء البنوك التشاركية، غير أنه أصدر القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها³⁸⁰، حيث خصص القسم الثالث، ثلاث أبواب من المادة 54 إلى المادة 70 للبنوك التشاركية التي اختار لها إسم أو مصطلح "التشاركية"، خصوصا وأن

³⁷⁹ ينص الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011)، بتنفيذ نص الدستور، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر، الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليوز 2011)، ص 3600، على إسلامية الدولة والمجتمع المغربي حيث جاء في تصديره: "المملكة المغربية دولة اسلامية... كما أن الهوية المغربية تتميز بنبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها"
- و الفصل الثالث من الدستور نص على أن: "الإسلام دين الدولة، والدولة تضمن لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية".

³⁸⁰ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 بتاريخ فاتح ربيع الأول 1436 (24 دجنبر 2014)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 الصادرة بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 22 يناير 2015، ص 462.

هذا النوع من المالية ستساعد المغرب على جلب رؤوس الأموال من خارج المغرب وداخله لإنعاش الإقتصاد الوطني واستدراك النقص الظاهر في الإقتصاد المغربي. انطلاقا مما سبق، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول ماهية البنوك التشاركية، وفي المطلب الثاني التمويل بالمغارسة في البنوك التشاركية.

المطلب الأول : ماهية البنوك التشاركية

هناك عدة أساليب ومنتجات مالية إسلامية، عقود وآليات ومعاملات مالية وصيغ تلتزم بتطبيق مبادئ البنوك التشاركية، وتضاهي في إمكانية تطبيقها منتجات البنوك التقليدية، بل وقد تتفوق عليها في جانب المرونة والتنوع، وهذا التنوع راجع إلى كون بعض البنوك التشاركية، تقوم باستخدام الهندسة المالية لتركيب وتشكيل أدوات جديدة انطلاقا من الأساليب التمويلية والمراجع الفقهية المتأصلة في القرآن والسنة وإجماع العلماء، وعموما يمكن تقسيم التمويل الإسلامي التشاركي إلى خمس أنواع: التشاركي³⁸¹، التجاري³⁸²، المقاولاتي³⁸³، التكافلي³⁸⁴ والزراعي³⁸⁵، وهذا الأخير من التمويلات، هو

³⁸¹ أسلوب التمويل التشاركي يشمل عقد المشاركة والمضاربة :

- وقد عرفت المادة 58 من القانون رقم 103.12 المشاركة بأنه: " كل عقد يكون الغرض منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح. يشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهماتهم وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقا بينهم".

فالمشاركة عقد يتم بموجبه اشتراك متعاقدين فأكثر على استثمار أموالهما بحيث يساهم كل طرف بحصة من رأس المال، ويشترط فيها وجود طرف يملك المال وطرف يملك المال والجهد معا. وهي عملية تتعلق بالصفقات الطويلة الأجل ما بين مؤسسة مالية ومشروع تجاري أو صناعي، وفي مثل هذه العمليات تتحمل المؤسسة المالية مخاطر الخسارة مثلما تستفيد من الربح، وهي نوعان: مشاركة ثابتة ومشاركة متناقصة منتهية بالتملك.

للمزيد من التفاصيل يراجع :

- أحمد سنون : عقد التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012/2013، ص 9، 10، 21، 24.

- كما عرفت المادة 58 من القانون رقم 103.12 المضاربة على أنها: " كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (رب المال) تقدم بموجبه رأس المال نقدا أو عينا أو هما معا، ومقاول أو عدة مقاولين (مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين. ويتحمل المقاول أو المقاولون المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع، يتم اقتسام الأرباح المحققة باتفاق بين الأطراف...".

فالمضاربة عقد يقوم بموجبه الجمع بين عنصرين الإنتاج " العمل ورأس المال"، فيشارك أحد المتعاقدين بالمال والآخر بالعمل وتقسّم الأرباح حسب الاتفاق، أي أنه يقوم في جوهره على التأليف بين المال وبين العمل في تكامل إقتصادي يحقق مصلحة الملاك والعمال على حد سواء، وتعتبر من الأساليب الشائعة لعملية التمويل في البنوك التشاركية. يراجع بهذا الخصوص:

- كريمة ركيبي، حفيظة غماري: صيغ التمويل في البنوك الإسلامية دراسة حالة بنك البركة الجزائري، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة اقلي محند والحاج، البويرة- الجزائر، السنة الجامعية 2014/2015، ص 42.

³⁸² أسلوب التمويل التجاري يشمل المراجعة وبيع السلم.

- كما عرفت المادة 58 من القانون رقم 103.12 المراجعة على أنها: " كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منقولا أو عقارا محددا وفي ملكيته، لعمله بتكلفة اقتنائه مضاف إليها هامش ربح متفق عليه مسبقا"

فالمراجعة عقد يتم بموجبه بيع سلعة يشمل تكلفة السلعة على التاجر، مضاف إليها ربح معلوم، فالتكلفة تشمل سعر شراء السلعة مع إضافة تكاليف الشحن والنقل وغيرها مما يدخل في التكلفة الإجمالية لوصول السلعة إلى البائع. للمزيد من التفاصيل يراجع بهذا الخصوص: =

- = حليمة بنت المحجوب بن حفو : المراجعة في البنوك التشاركية، مقال منشور في مجلة المنبر القانوني، ع 9، أكتوبر 2015، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط، ص 19، 20.
- عبد المهيم حمزة : النظام القانوني للمراجعة العقارية كمنتوج جديد في العمل البنكي بالمغرب، مقال منشور في مجلة الحقوق، ع 7، فبراير 2013، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 224.
- كما عرفت المادة 58 من القانون رقم 103.12 السلم على أنه: "كل عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغا محددا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل".
- فالسلم، عقد يتم بموجبه بيع سلعة معلومة إلى أجل معلوم وبثمن معلوم، ومن شروطه أن يحدد فيه الأجل الذي ينبغي أن يتم فيه تسليم المسلم فيه إلى المشتري، أما إذا لم يصرح بهذا الأجل في العقد اعتبر الأجل محددًا بما تجري به العادة... للمزيد من المعلومات يراجع في هذا الإطار:
- أستاذنا محمد شليح: مرشد الحيران إلى الفهم المحمود ، م س ، ص 161.
- محمد بن أحمد الصالح : عقد السلم وأثره في التنمية الاقتصادية، ط 1، 1417/1996م، الرياض، (دون ذكر مكان الطبع)، ص 25 وما بعدها
- 383 أسلوب التمويل المقاولاتي والتأجيري: ويشمل الإستصناع والإجارة.
- كما عرفت المادة 58 من القانون رقم 103.12 الإستصناع على أنه: "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع يلتزم بموجبه أحد العاقدين، البنك التشاركي أو العميل بتسليم مصنوع بمواد من عنده، بأوصاف معينة يتفق عليها وبثمن محدد يدفع من طرف المستصنع حسب الكيفية المتفق عليها بين الطرفين".
- فالإستصناع تعاقد على صنع شيء بأوصاف معلومة، مادته من الصانع، على أساس أن يدفع المستصنع مبلغا معينًا سواء عند بداية العقد أم خلال فترات متفاوتة أثناء أداء الصانع للعمل المتفق عليه بينهما، وذلك حسب الإتفاق الموجود في العقد. يراجع بهذا الخصوص:
- حسن عبد الغني أبو غدة : عقد الإستصناع وأهميته في النشاط الاقتصادي المعاصر، مقال منشور في مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 80، 1438/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 61.
- أحمد بلخير: عقد الإستصناع وتطبيقاته المعاصرة، دراسة البنك الإسلامي للتنمية، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2008، ص 5.
- كما عرفت المادة 58 من القانون رقم 103.12 الإجارة على أنها: "كل عقد يضع بموجبه بنك تشاركي عن طريق الإيجار، منقولًا أو عقارًا محددًا وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به قانونًا".
- فالإجارة تركز على بيع المنفعة: فالتمويل (البنك) يقوم بشراء الأصول والمعدات والأجهزة المطلوبة ومن ثم يوجرها بموجب أقساط دورية للمستأجر لمدة محددة، وهي إما تشغيلية أو منتهية بالتملك.
- يراجع في نفس الإطار :
- محمد أديب كلكل: م س ، 100 وما بعدها.
- محمد سلامة : نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، بحث لنيل دكتوراه الدولة في العلوم الفقهية، دار الحديث الحسنية، القصر الملكي، الرباط، العام الجامعي 1990/1991م ، ص 186.
- 384 أسلوب التمويل التكافلي: ويشمل القرض الحسن والزكاة والوقف.
- فالقرض الحسن:** هو أن يدفع المقرض مبلغًا من المال إلى المستقرض على أن يرده له إذا تيسر له ذلك، بلا زيادة مشروطة أو متعارف عليها سواء كانت نقدا أم عينا أم منفعة، وإنما يبتغي بعمله هذا وجه الله تعالى. أي دفع أو تملك شيء له قيمة بمحض التفضل. وتضاف عادة كلمة "حسن" إلى القروض لكي يتم التفريق بينه وبين القرض بفائدة والتي تعتبر ربا.
- يراجع:
- محمد الماحي : م س ، ص 117. و ركيبي كريمة، غماري حفيظة : م س ، ص 63.
- أما التمويل بالزكاة: فهي التعبئة الإجبارية لموارد الزكاة لتأمين السلع والخدمات الأساسية والرعاية الإجتماعية للفقراء والمساكين وذو الحاجات بصفة عامة.
- ينظر:
- محمد الماحي : المصارف الإسلامية : بنوك الإيداع والإستثمار (الهيئات البديلة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012/2013، ص 118.
- ويقصد بالتحويل الوقفي: هو تحويل لجزء من المداخل والثروات الخاصة إلى موارد تخصص منافعها من سلع وخدمات وعوائد مالية لتلبية حاجيات الفئات المستحقة.
- 385 أسلوب التمويل الزراعي: ويشمل المزارعة، المساقاة والمغارسة.=

الذي يهمننا وذلك لاعتماده على عقد المغارسة كآلية لتمويل البنوك التشاركية، ورغم عدم نص القانون رقم 103.12 في مواده على عقد المغارسة صراحة، إلا أنه يستشف من خلال المادة 386⁵⁹ من نفس القانون أنها تفتح المجال أمام تطبيق هذا النوع من التمويلات.

لذا كان لزاما أن نبين مفهوم البنوك التشاركية في الفقرة الأولى مع تبيان الخدمات التي تقدمها هذه البنوك في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى : مفهوم البنوك التشاركية

إن تسمية المغرب المصارف الإسلامية أو البنوك الإسلامية ب "التشاركية" سيبرز لب المجهود البنكي بأنه يعتمد على مبدأ التشاركية بين الفقير والغني بعيدا عن إغناء الغني وإفقار الفقير، الذي يعد من بين أسباب تحريم الربا، وهذه التسمية " البنوك التشاركية"، جاءت لعدة أسباب منها سياسية، سعيا لإبعاد أنشطة مجال الأعمال عن الحقل السياسي³⁸⁷، ومنها الديني سعيا لتكريم الحقل الديني من أي انفلات أو فشل قد يطال التجربة لاحقا. ومنها السيادية كي لا يتم التطابق اللا شعوري لدى المواطنين بين صورة البنوك الإسلامية وصورة المجتمعات الشرعية بمكوناتها الدينية، المذهبية والثقافية³⁸⁸.

= أما **المزارعة** : فهي تقديم الأرض والبذر المحددة لمالك معين إلى عامل (المزارع) ليقوم بالعمل والإنتاج مقابل نصيب مما يخرج من الأرض وفق نسبة لكل منهما.

للمزيد من التفاصيل بهذا الخصوص يراجع:

- وليد خالد الربيع : عقد المزارعة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 1422هـ / 2001م، ص 12 وما بعدها.

وتعرف **المساقاة** بأنها تقديم الثروة النباتية (الزروع والأشجار المثمرة..) المحددة لمالك معين إلى عامل (فلاح) ليقوم باستغلالها وتنميتها (الري والسقي والرعاية) على أساس أن يوزع الناتج في الثمار بينهما بحصة نسبية متفق عليها.

للمزيد من المعلومات يراجع : - عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 510 وما بعدها.

³⁸⁶ حيث جاء في المادة 59 من القانون رقم 103.12 ما يلي: "علاوة على القواعد المنظمة لمنتجات التمويل المنصوص عليها في هذا القسم، يجوز كذلك لكل بنك تشاركي تقديم أي منتج آخر لعملائه شريطة الحصول على الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62 أدناه".

³⁸⁷ عبد المهيم حمزة : السياسة وراء عدم تسمية البنوك التشاركية ب "الإسلامية"، حوار نشر بتاريخ 18 ابريل 2016 على الساعة 10:00 بالموقع الإلكتروني: www.hespress.com

³⁸⁸ عبد الرحمان لحلو : محطات إرساء البنوك التشاركية في المغرب، مقال منشور في مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد..؟، ع 79، 1438هـ / 2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 47.

ولدراسة البنوك التشاركية لأبد من التعريف بها (أولاً) مع تبيان خصائصها التي تميزها عن البنوك التقليدية (ثانياً)

أولاً : التعريف بالبنوك التشاركية

وجد العديد من الكتاب صعوبة كبيرة في التوصل إلى تعريف محدد للبنك، فجاء في كتابات كثيرة تعاريف وإن لم تكن تختلف كثيراً في قصدها، إلا أنها جاءت معرفة للأعمال التي تقوم بها هذه المؤسسات³⁸⁹، فتعددت وتباينت آراؤهم ومواقفهم حول تعريف البنك التشاركية باعتبارها مؤسسة من مؤسسات الائتمان.

وهكذا عرّف أحد الفقهاء البنوك التشاركية بأنها : "مؤسسة مصرفية لتجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية، بما يخدم بناء المجتمع الإسلامي وتحقيق عدالة التوزيع ووضع المال في المسار الإسلامي"³⁹⁰. بينما عرّفها آخر بأنها، "مؤسسة مالية إسلامية ذات رسالة إقتصادية وإجتماعية تعمل في ظل التعاليم الإسلامية، فهو بنك صاحب رسالة وليس مجرد تاجر، بنك يبحث عن المشروعات الأكثر نفعاً وليس مجرد الأكثر ربحاً"³⁹¹...

فتحول المؤسسة إلى "نظام المشاركة"، يعيد الأموال إلى نصابها، ويعود العائد لأصحابه (الودائع)، ويحصل البنك على أرباحه مقابل التنظيم والإدارة الإقتصادية للأموال المودعة، بشرط ألا تخفي العمولات المتحققة للبنك فوائد ربوية تحت أي وصف آخر³⁹².

³⁸⁹ عائشة الشرفاوي المالقي : البنوك الإسلامية: التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، ط 1 ، 2000، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، ص 25.

³⁹⁰ أحمد النجار : البنوك الإسلامية وأثرها في تطوير الإقتصاد الإسلامي، مقال منشور في مجلة المسلم المعاصر، ع 24، أكتوبر-نوفمبر 1980، ص 164.

³⁹¹ محمد سعيد سلطان وآخرون: إدارة البنوك، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1989م، ص 53 و 54. أورده:

- نسيم حشوف : ماهية البنوك الإسلامية، مجلة القانون والاعمال، مقال منشور بمجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، ع 79، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 20.

³⁹² سوزي عدلي ناشد : مقدمة في الإقتصاد النقدي والمصرفي، ط 2007 ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، ص 203.

فالبنك التشاركي مؤسسة مالية، يتضمن عقد تأسيسه ونظامه الأساسي التزاما بممارسة الأعمال المصرفية المسموح بها على غير أساس الفائدة أخذا وعطاء، ووفقا لصيغ المعاملات المصرفية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، سواء في مجال قبول الودائع وتقديم الخدمات المصرفية الأخرى أم في مجال التمويل والاستثمار.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد عرف البنوك التشاركية من خلال المادة 54 من القانون رقم 103.12 بأنها: "تعتبر بنوكا تشاركية، الأشخاص الاعتبارية الخاضعة لأحكام هذا القسم والمؤهلة لمزاولة الأنشطة المشار إليها في المادة الأولى والمادتين 55 و 58³⁹³ من هذا القانون، وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا للمادة 62 أدناه.

يجب ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها إلى تحصيل أو دفع فائدة أو هما معا".

من خلال هذه المادة، يمكن القول إن البنوك التشاركية هي الأشخاص المعنوية المؤهلة لمزاولة أنشطة مؤسسات الائتمان والمتمثلة في :

- تلقي الأموال من الجمهور، بما في ذلك الودائع الاستثمارية،
- عمليات الائتمان،
- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بأدائهما بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة العامة، سواء كانت هذه المنتجات ودايع، أم حسابات بنكية.

³⁹³ تنص المادة الأولى من القانون رقم 103.12 تنص على ما يلي: "تعتبر مؤسسات الائتمان الأشخاص الاعتبارية التي تزاوّل نشاطها في المغرب، أيا كان مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو مخصصاتها أو جنسية مسيريتها، والتي تزاوّل بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية :

- تلقي الأموال من الجمهور،
- عمليات الائتمان،

- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتدبيرها.

كما تنص المادة 55 تنص على أنه: "تؤهل البنوك التشاركية لتلقي الودائع الاستثمارية من الجمهور والتي يرتبط عائداتها بنتائج الاستثمارات المتفق عليها مع العملاء".

بالإضافة إلى مزاولة العمليات التجارية والمالية والإستثمارية، باستثناء كل عملية تعامل بالفائدة أخذا وعطاء، فيمنع التعامل بها.

كما أنه عرف بأهم صيغ تمويل البنوك التشاركية لعملائها، والمتمثلة أساسا في المرابحة، الإجارة، المشاركة، المضاربة، السلم والإستصناع، تاركا المجال أمام باقي الصيغ التمويلية الأخرى التي لا تتعارض مع الأحكام الشرعية بعد أن تحدد مواصفاتها التقنية وكيفية تقديمها للعملاء، بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة الشريعة للمالية ولجنة مؤسسات الائتمان³⁹⁴.

إذن، يتبين أن البنوك التشاركية تقوم على مبدأ أساسي، وهو عدم التعامل بالفائدة الربوية أخذا وعطاء، أي أنها تقبل المنتجات كودائع أو حسابات بنكية دون استخدام سعر الفائدة كتعويض، لكنها تستبدلها بحصة من الربح.

ثانيا : خصائص البنوك التشاركية

تتميز البنوك التشاركية بعدة خصائص تميزها عن باقي البنوك التقليدية³⁹⁵ وهي :

³⁹⁴ البشير عدي : البنوك التشاركية وآفاقها بالمغرب، مجلة القانون والأعمال، مقال منشور بمجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، ع 80، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 13.

³⁹⁵ البنوك التقليدية : مؤسسة مالية تهدف إلى تسهيل المعاملات المالية للعملاء وحفظ الأموال وتشغيلها. وهو المكان المناسب لحفظ النقود والأموال فيه، والمكان الذي يمكن الإقتراض منه عند الحاجة لقاء ضمان ما يغطي قيمة القرض أو لقاء تعهد شخص ضامن يكفل تغطية أو إعادة أصل القرض عند تأخر المدين بالسداد.

ومن أسس البنوك التقليدية قيامها على أساس مادي فقط وبشكل أساسي تعتمد في جني الربح على إيداع وإقراض الأموال ولا تتحمل أي مخاطرة ربح أو خسارة. كما تقتصر في تعاملها على عقد واحد هو عقد القرض بفائدة ربوية، ومن طبيعة هذا العقد القانونية والشرعية أنه عقد ضمان، ولهذا فالتمويل المصرفي التقليدي يدور مع الضمان وجودا وعدما.

يراجع بهذا الخصوص :

- محمد احمين : معالم النظرية البنكية الإسلامية المعاصرة، مقال منشور في مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، ع 79، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 35.

أ : استبعاد التعامل بالفائدة

يعتبر عدم التعامل بالفوائد الربوية³⁹⁶، أهم سمات وخصائص البنوك التشاركية التي تميزها عن غيرها من البنوك، وهي محرمة في الشريعة الإسلامية، لما تخلف من آثار كبيرة على المجتمع، إذ يزيد التعامل الربوي الفقير فقرا والغني غنا.

والمشرع المغربي، تعامل مع موضوع الفوائد الربوية - التي هي أساس المعاملات المصرفية التقليدية- بمنهجية خاصة، حيث توزعت النصوص القانونية المنظمة للفائدة على أكثر من مستوى ، بحيث نجد في قانون الالتزامات والعقود في فصله 870³⁹⁷ تناوله لموضوع الفائدة، حيث جعل اشتراط الفائدة بين المسلمين باطلا، وذلك مقابل الفصل 871³⁹⁸ من نفس القانون، الذي نص صراحة على جواز اشتراط الفائدة إذا كانت قد اشترطت كتابة وكان أحد الأطراف تاجرا³⁹⁹.

والآراء متباينة في هذا الصدد حول الفئة المقصودة بحسب الفصل 870 بأنه نص على فئة المسلمين والفصل 871 نص على فئة غير المسلمين، أي أن الفصل 871 استثناء على الفصل 870⁴⁰⁰، وهذا ما أخذت به محكمة النقض في قرار⁴⁰¹ لها والذي

³⁹⁶ الربا هي الزيادة أي النماء، والربا هو زيادة المال بدون مقابل، ومفهوم الربا لا يختلف إطلاقا عن مفهوم الفائدة مقابل القرض، فالفائدة هي ثمن مبادلة مال حاضر بمال أجل، أي أنها مقابل أجل وهو من جنس المال ذاته وهو النقد والتي يتم اقراضها واقتراضها، والتي يتم دفع الفائدة عليها مقابل الاجل في المبادلة هذه. يراجع بهذا الخصوص :

- محمد الماحي : م س ، ص 90.

وعرف فقهاء المالكية الربا بأنها الزيادة في العدد او الوزن محقة أو متوهمة والتأخير.

يراجع بهذا الخصوص :

- أحمد فهد الرشدي : عمليات التورق وتطبيقاتها الاقتصادية في المصارف الإسلامية، ط1، 1425هـ/2005م، دار النفائس، ص 24.

³⁹⁷ ينص الفصل 870 من ق.ل.ع على أن : " اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا، أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له".

³⁹⁸ الفصل 871 جاء فيه : " وفي الحالات الأخرى، لا تستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت كتابة. ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجرا".

³⁹⁹ محمد الماحي : م س ، ص 100.

⁴⁰⁰ عبد اللطيف هداية الله : مقابلة بين الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والمادة 13 من مدونة التجارة، مقال منشور في المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، الدار البيضاء، ع 34، سنة 1994، ص 20.

⁴⁰¹ قرار المجلس الأعلى عدد 1877 الصادر بتاريخ 1999/12/22، الملف التجاري عدد 98/508، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 56، سنة 2000 ، الإصدار الرقمي دجنبر 2004، ص 169

جاء فيه: "الفائدة الإتفاقية بين المسلمين باطلة ومبطللة للعقد ولو اتخذت شكل هدية أو نفع للمقرض أو وسيطة".

فأحكام الفصل 870 من ق ل ع مستقلة عن تلك الواردة بالفصل 871 من نفس القانون.

والبنوك التشاركية عملت على استبدال التعامل بالفائدة الربوية إلى التعامل بالمشاركة، نظرا لما يعرفه التعامل بالربا من تحريم لقول تعالى: "وأحل الله البيع وحرم الربا"⁴⁰².

ب : التعامل بقاعدة الغنم بالغرم

تشير هذه الخاصية إلى أنه على البنك والشريك تحمل الربح والخسارة على حد سواء بحسب نسبة الربح، أي التشارك في المخاطر والربح والخسارة، وأن المرء يستحق الربح عندما يتحمل مسؤولية مخاطر الخسارة على أساس رأس المال الموجود والجهد المبذول، فالتكاليف والخسارة التي تحصل من الشيء، تكون على من ينتفع به شرعا، أي: أن من ينال نفع شيء يجب أن يتحمل ضرره⁴⁰³، فلا مجال للربح المضمون وضمان أصل رأس المال، وإنما البنك والزبون الشريك، شركاء في نتيجة الإستثمار. وبذلك تتجلى لنا عدالة استثمار الأموال في إطار ضوابط الشريعة الإسلامية وعدم إثراء فئة على حساب الأخرى بالباطل كما هو الأمر بالتعامل بالفائدة البنكية الدائنة أو المدينة⁴⁰⁴.

ج : السمة العقائدية

تخضع البنوك التشاركية في جل مبادئها لقواعد الشريعة الإسلامية، أي اعتبار المال مال الله وأنه من الأشياء التي سيسأل عنها العبد يوم القيامة⁴⁰⁵، والمسلم في كل تصرفاته

⁴⁰² سورة البقرة، الآية 274.

⁴⁰³ يوسف المجاهد : الفرق بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية، مقال منشور في مجلة منازعات الأعمال، العدد

24، ماي 2017، ص 122.

⁴⁰⁴ محمد الماحي : م س ، ص 65.

⁴⁰⁵ يوسف المجاهد : م س ، ص 121.

ملتزم الحلال والحرام في شريعته، فلا يستطيع على مخالفة حكم من أحكام قرآنه وسنة نبيه، ومنه لا يجوز للبنك التشاركي إنتاج أو تمويل أو استيراد أو تصنيع السلع المحرمة⁴⁰⁶.

د : تبني قاعدة الخراج بالضمان

يعد الخراج بالضمان، من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي، إذ أنها تتعلق بكثير من أبواب المعاملات المالية.

ويقصد بالخراج تلك الضريبة أو الإتاوة التي تؤخذ من أموال الناس على الغلة الحاصلة في الشيء، أما في مجال البنوك التشاركية فيقصد بها تلك العمولة أو الأجر الذي يحصل عليه البنك مقابل أن يضمن الودائع التي وضعها عنده زبائنه، أي أن الذي يضمن شيئاً جاز له أن يحصل على ما نتج عنه من عائد أو ربح⁴⁰⁷.

أي أن استحقاق الخراج والغلة والنتاج والربح الناجم عن الملك الحقيقي، إنما يكون مقابل الضمان لهذا المال - إذا هلك أو تغير بنقص أو غيرها لأي سبب كان - الذي يتحمله من كان له خراجه وربحه لو ربح، ولا يجوز نقل هذا الضمان لطرف آخر لا يكون له الحق بالخراج والغلة⁴⁰⁸.

الفقرة الثانية : خدمات البنوك التشاركية

إن البنوك التشاركية تقوم بجميع الأعمال والخدمات والأنشطة المصرفية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الخدمات البنكية، تعرف بأنها الخدمات التي تقوم بها البنوك عادة بهدف الربح أساساً وتتجسد هذه الخدمات في الأنشطة الخدماتية

⁴⁰⁶ وهبة الزحيلي : أحكام التعامل مع المصارف الإسلامية، دار المتكثبي، دمشق، بدون ذكر السنة، ص 7، 8.
⁴⁰⁷ نور الدين الفقيهي : كتاب المعين في فهم القانون البنكي، ط 1، نونبر 2015، طوب بريس، الرباط، ص 136.
⁴⁰⁸ سهيل أحمد فضل حوامده : قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها المعاصرة: المراجعة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني، كلية العلوم الإسلامية، جامعة اسطنبول ، تركيا، 2016، ص 186.

التي يقدمها البنك لعملائه، من أجل تسهيل وتسهيل المعاملات الإقتصادية بهدف كسب العملاء، وتوسيع نطاق التعامل البنكي.

وعليه، سنتناول بعض وأهم هذه الخدمات⁴⁰⁹ كما يلي:

أولاً : قبول الحسابات (الودائع) المصرفية

يقوم التعامل فيما بين البنك والعملاء على أساس مبدأ حسن النية، بالإضافة إلى خصائص الاعتبار الشخصي والثقة فيما بين الطرفين، وعلى ذلك فإن الطرفين يسويان العلاقات فيما بينهما إما فوراً دون فتح حساب، وإما بفتح حساب تقيد فيه العمليات في أحد جانبيه -الدائن والمدين-، إلى أن تتم التسوية فيما تم قيده في الجانبين، حيث ينتهي هذا القيد إلى استخلاص الرصيد الذي يستقر في ذمة كل منهما⁴¹⁰.

وتنقسم الحسابات المصرفية⁴¹¹ إلى :

-
- 409 إضافة إلى الخدمات المذكورة في المتن، نجد خدمات أخرى للبنوك التشاركية وهي :
- بيع وشراء الأوراق المالية : تقوم البنوك التشاركية ببيع وشراء الأسهم لأنها جائز شرعاً، أما بالنسبة للسندات فالبنوك التشاركية تمتنع عن بيعها وشراؤها، ويحكم قيام البنك بهذه الخدمات عقد الوكالة، ويحصل البنك مقابل ذلك على سمسرة وهي أيضاً جائزة شرعاً.
 - بيع وشراء العملات الأجنبية : تقوم البنوك التشاركية بعملية بيع وشراء العملات الأجنبية، من أجل توفير قدر كاف منها لمواجهة حاجة العملاء، بهدف الحصول على عمولة وسمسرة وهي جائزة شرعاً شرط التقابض سواء كان في السجل أو بالقيود الدفترية.
 - تأجير الصناديق الحديدية : يقوم البنك التشاركي بإعداد خزائن حديدية لحفظ الوثائق الهامة والمستندات والمراسلات والأشياء الثمينة وكذا النقود، ويكون لكل خزانة مفتاحان، يسلم أحدهما للعميل، وحفظ الآخر لدى إدارة البنك ولا يستعمل إلا في حالة ضياع مفتاح العميل.
- يراجع بهذا الخصوص :
- محمد الماحي ، م س ، ص 115 وما بعدها.
 - 410 محمود الكيلاني : الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك دراسة مقارنة، المجلد الرابع، ط 1، الإصدار الأول، 2008/هـ 1429م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص 67 وما بعدها.
 - 411 الحسابات المصرفية هي : الأموال التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى المصرف على أن يتعهد المصرف بردها مساو لها إليهم، أو نفسها لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها.
- يراجع في هذا الإطار :
- عبد الرزاق رحيم جدي الهبتي : المصارف الإسلامية، ط 1، دار اسامة، عمان - الأردن، 1998، ص 89.

أ : الحسابات الجارية أو تحت الطلب⁴¹²

فالحساب الجاري عقد بين البنك والمودعين وهي لا تستحق عائدا ولا تتحمل أية خسارة، ويلتزم المصرف بدفع قيمتها عند الطلب، وهذه الحسابات نوعان:

- حسابات جارية : وينطبق عليها حكم القرض في الشريعة الإسلامية، لكون المصرف ضامن لها، وملتزم بردها كاملة إلى أصحابها، والقرض جائز شرعا بشرط عدم وجود عنصر الفائدة أو الربا.
- حسابات مدينة : هذا النوع محرم لكونه في حكم القرض بفائدة.

ب : الحساب الإستثماري المشترك

يهدف أصحاب هذه الحسابات إلى المشاركة في العمليات الإستثمارية التي يقوم بها البنك للحصول على عائد، فالمصرف يقوم كوكيل عن المودعين باستثمارها، دون تدخل من المودعين بناء على موافقتهم المسبقة، ثم يقوم نهاية كل مدة بتوزيع الأرباح المستحقة على أصحابها، ويأخذ حصته كمضارب بعد خصم كل المصارف التي تحملها⁴¹³، والعقد الذي يربط المودعين والبنك هو عقد شركة، وتصرف المصرف هو كتصرف العامل في المضاربة.

ج : الحساب الإستثماري المخصص

في هذه الحالة يقوم البنك بالبحث عن أفضل طرق للإستثمار وأكثرها عائدا، لينصح عملاءه ويشجعهم على استثمار أموالهم ضمن مشاريع محددة، ويتم توزيع الأرباح بين البنك وأصحاب هذه الحسابات وفق الإتفاق⁴¹⁴.

⁴¹² الحسابات الجارية أو تحت الطلب يقصد بها الحسابات التي يقوم أصحابها بفتحها في المصرف لإيداع أموالهم بغرض الحفظ، أو لأغراض التعامل اليومي دون الاضطرار إلى حمل النقود.

للمزيد من التفاصيل بخصوص الحساب الجاري يراجع :

- أحمد سليمان حسانة: المصارف الإسلامية، مقررات لجنة بازال تحديات العولمة واستراتيجية مواجهتها، ط 1، 2008، عالم الكتب الحديث، الأردن، ص 72.

- مصطفى كمال طه : عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 29 وما بعدها.

⁴¹³ محمد الماحي : م س ، ص 112.

⁴¹⁴ فادي أحمد الرفاعي : المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2، السنة 2007، بيروت-لبنان، ص 87.

ثانيا : التحويلات المصرفية

التحويلات المصرفية هي عملية نقل النقود أو أرصدة الحسابات من حساب إلى آخر، أو من مصرف إلى آخر، أو من بلد إلى بلد، وهذه التحويلات تنقسم إلى نوعين: **التحويل الداخلي** ويكون عائد البنك محصور في عمولته ومصاريف الهاتف أو البريد وأجرة تحويل المبلغ المرسل، وهذا التحويل يأخذ حكم الوكالة وهي جائزة شرعا بأجر أو بدونه.

أما **التحويل الخارجي**، فيتم فيه التحويل إضافة إلى الصورة السابقة بإحدى الصورتين التاليتين: خطاب الإ اعتماد والشيكات السياحية⁴¹⁵.

ثالثا : تحصيل الأوراق التجارية وخصمها

إن خصم الأوراق التجارية⁴¹⁶، عملية مصرفية يقوم بموجبها حامل الورقة التجارية بنقل ملكيتها عن طريق التظهير إلى المصرف قبل موعد الإستحقاق، مقابل حصوله على

⁴¹⁵ - **خطاب الإ اعتماد** هو : رسالة صادرة عن مصرف محلي الى مصرف أجنبي، يرتبط به المصرف المحلي بعلاقات مصرفية وموذى هذا الخطاب هو دفع مبلغ معين لحاملها أي المستفيد.
- **الشيكات السياحية** هي : هي شبيهة الشيكات العادية، لكنها تختلف عنها في احتوائها على نموذج لتوقيع المستفيد للتأكد من شخصيته عند صرف الشيك في الخارج.
أورده :

- محمد الماحي : م س ، ص 113.
⁴¹⁶ **الأوراق التجارية** هي صكوك ليس لها خصائص النقود إلا أنه قد جرى قبولها كأداة وفاء بدلا من النقود، فهي تمثل حقا نقديا ثابتا، يستحق الدفع بعد الإطلاع او بعد أجل قصير، وأنواعها السند الإذني، الشيك والكمبيالة، حسب مواد الظهير الشريف رقم 1-96-83 الصادر في 15 ربيع الأول 1417 هـ (فاتح اغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 هـ (3 أكتوبر 1996)، عدد 4418، ص 2187.

تنص المادة 159 من مدونة التجارة المغربية على أنه: " تتضمن الكمبيالة البيانات التالية:

- 1- تسمية "كمبيالة" مدرجة في نص السند ذاته وباللغة المستعملة للتحرير،
 - 2- الأمر الناجز بأداء مبلغ معين،
 - 3- إسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه)،
 - 4- تاريخ الإستحقاق،
 - 5- مكان الوفاء،
 - 6- إسم من يجب الوفاء له او لأمره،
 - 7- تاريخ ومكان إنشاء الكمبيالة،
 - 8- إسم وتوقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب).
- تنص المادة 232 من نفس القانون على أنه: " يتضمن السند لأمر البيانات الآتية:
- 1- اشتراط الوفاء لأمر او تسمية السند بأنه لأمر مدرجا في السند ذاته ومعبرا عنه باللغة المستعملة لتحريره،
 - 2- الوعد الناجز بأداء مبلغ معين،
 - 3- تاريخ الإستحقاق،

قيمتها مخصصا منها مبلغ معين، ولا يجوز للبنك التشاركي خصم الكمبيالات، كما تفعل البنوك التقليدية، لأن ذلك يعد من قبيل الربا.

رابعا : الإكتتاب وحفظ الأوراق المالية

قبل تأسيس شركات المساهمة، تلجأ إلى البنوك التشاركية كي تدير لها عملية الإكتتاب أو طرح أسهمها على الجمهور، وذلك بهدف الترويج والدعاية والإعلان عن هذه الشركات، وحرصا من الشركات نفسها على كسب عملاء هذه البنوك. وهذه البنوك، تقوم بحفظ هذه الأوراق مقابل أداء هذه الخدمة، يحصل البنك على أجر معين، كما في عقد الإجارة.

المطلب الثاني: التمويل بالمغارسة في البنوك التشاركية

يعتبر التمويل⁴¹⁷ بالمغارسة من الآليات التمويلية التي لم تلق الأهمية اللازمة التي لقيتها مختلف العقود التمويلية لدى البنوك التشاركية، لكن هذا لا يعني أن الفقه الإسلامي

4- مكان الوفاء،

5- إسم من يجب الوفاء له أو لأمره،

6- تاريخ ومكان توقيع السند،

7- إسم وتوقيع من أصدر السند(المتعهد).

- تنص المادة 239 من القانون السابق الذكر على أنه: " يتضمن الشيك البيانات الآتية:

1- تسمية شيك مدرجة في السند ذاته وباللغة المستعملة لتحريره،

2- الوعد الناجز بأداء مبلغ معين،

3- إسم المسحوب عليه،

4- مكان الوفاء،

5- تاريخ ومكان إنشاء الشيك،

6- من يجب الوفاء له أو لأمره،

7- إسم وتوقيع الساحب.

⁴¹⁷ تعريف التمويل :

لغة :التمويل مشتق من المال، ملت تمال وتمولت واستملت: كثر مالك وملته بالضم أعطيته المال.

- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي : م س ، ص 52

وفي الإصطلاح الإقتصادي: مجموع العمليات التي تبقى من خلالها المؤسسة قادرة على تلبية احتياجاتها من رؤوس الأموال.

وهو أيضا القرض الممنوح من الغير، والذي يكون طويل الأجل ويطلق عليه الإئتمان.

فعندما تريد منشأة زيادة طاقتها الإنتاجية أو إنتاج مادة جديدة أو إعادة تنظيم أجهزتها...فإنها تضع برنامجا يعتمد على الناحيتين التاليتين:

أ.ناحية مادية : أي حصر كل الوسائل المادية الضرورية لإنجاح المشروع.

ب. ناحية مالية : تتضمن كلفة ومصدر الأموال وكيفية استعمالها، وهذه الناحية هي التي تسمى بالتمويل.=

لم يوليه العناية اللازمة، بل الحقيقة أن الفقه الإسلامي أعطى لهذا العقد أهمية بالغة كغيرها من العقود التمويلية الأخرى، لذا سنحاول البحث عن إمكانية تطبيق عقد المغارسة لدى البنوك التشاركية، بحيث سنتناول في الفقرة الأولى شركة المغارسة، بينما في الفقرة الثانية سنخصصها للتطبيق المعاصر للتمويل بالمغارسة.

الفقرة الأولى : شركة المغارسة

من خلال تعريف المغارسة ومن خلال شروطها، يبدو واضحا أنها عقد ينتهي بين الطرفين عندما تؤتي الأشجار ثمارها وعندما يستحق العامل أجرته التي تتمثل في نصيب من الأرضوالأشجار .

ولو تأملنا أنواع الأشجار ذات الأصول الثابتة في مجملها، لوجدنا أنها تحتاج إلى بضع سنين بعد غراستها لتصبح منتجة، فالمغارسة إذن هي صيغة من صيغ التمويل متوسط الأجل، وتختلف مدتها اختلافا صغيرا باختلاف نوعية الشجر المغروس.

وبالتالي يمكن للبنوك التشاركية أن تطبق هذه الصيغة بأن يشتري البنك أراضي من أمواله الخاصة ثم يمنحها لمن يعمرها على سبيل المغارسة، وبعد أن تصل الأشجار إلى مرحلة الإنتاج يأخذ العامل نصيبه من الأرض في نهاية العقد، ثم يمنح البنك نصيبه أي ما بقي له من أراضي إلى العامل أو لغيره على سبيل المساقاة.

كما يمكن للبنك التشاركي أيضا أن يقوم في هذه الصيغة بدور العامل، إذ يقوم بتعمير أراض لأصحابها على سبيل المغارسة، وذلك باستخدام عمال أجراء يوفر لهم

- محمد بشير عليّة : القاموس الإقتصادي، ط 1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت - لبنان، 1985م، ص 127.

يراجع بهذا الخصوص:

- ركيبي كريمة، غماري حفيظة : م س، ص 29.

- محمد العوفي : التمويل العقاري بين تحديات البنوك التقليدية ورهانات البنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، السنة الجامعية 2016/2017، ص 8.

البنك التمويل اللازم، وبعد تملك البنك لنصيبه من تلك الأراضي، يطبق عليها المساواة مع نفس العاملين أو مع غيرهم.

ومن صيغ⁴¹⁸ الإستثمار والتمويل التي يمكن أن تساهم به البنوك التشاركية في مجال شركة المغارسة ما يلي :

أولاً : البنك في صفة المالك للأرض

يقوم البنك التشاركي بشراء مساحة كبيرة من الأراضي الزراعية، ثم يعهد بها إلى الخبراء الزراعيين لتولي عمليات الإستصلاح والغرس، على أن يقسما الأرض والغرس بينهما بنسبة شائعة، ويبرم بذلك عقد مغارسة بين البنك التشاركي والغارس على النحو التالي:

أ - البنك التشاركي: يقدم الأرض وكذلك التمويل اللازم لنفقات الإستصلاح والغرس ونحو ذلك.

ب - الغارس: يقدم العمل الزراعي الفني من استصلاح وغرس ورعاية ونحو ذلك⁴¹⁹.

⁴¹⁸ تعريف **الصيغ** في:

* اللغة : جمع صيغة، وهي مشتقة من الفعل الثلاثي صاغ، يقال: صاغ يصوغ صياغة: صنعه على مثال مستقيم. وصاغ المعدن: سبكه. وصاغ الكلمة: اشتقها على مثال. وصيغة الكلمة: هيئتها الحاصلة من ترتيب حروفها وحركاتها. ينظر في هذا الخصوص:

= أنيس إبراهيم وآخرون : المعجم الوسيط، ج 1 ، ط 2 ، دون ذكر المطبعة والبلد، ص 528، 529.
* اما في كتاب المصارف الإسلامية: فيستخدمون هذا المصطلح ويريدون به الآليات التي تعتمد المصارف الإسلامية خلال أدائها لعملياتها.

ولذلك فإنهم يطلقونها ويضيفونه إلى مصطلح " الإستثمار " فيقال: صيغ الإستثمار، ويريدون به أدوات الإستثمار أو أساليب الإستثمار المعتمدة في المصارف الإسلامية.

كما أن البعض الآخر يستعمل المصطلح الآتي: صيغ التمويل في المصارف الإسلامية، ويريدون به: الأدوات المالية التي تعتمد تلك المصارف في سبيل الحصول على المال من المدخرين الراغبين بإستثمار أموالهم من خلال هذه المصارف.

والبعض الآخر يستعمل المصطلح الآتي: صيغ التمويل في المصارف الإسلامية، ويريدون به الأدوات أو أساليب الإستثمار التي تعتمد هذه المصارف في سبيل تمويل القطاعات الإنتاجية أو الإستهلاكية.

مصطلحات (الصيغ ، الأدوات ، الأساليب ، والقواعد) تؤدي المعنى نفسه.

- محمد نضال الشعار: أسس العمل المصرفي الإسلامي والتقليدي، دون ذكر المطبعة والبلد، 2005. أورده :

- حسن محمد الرفاعي : دور " صيغ الصيرفة الإسلامية " في إدارة الأزمة الراهنة، بحث مقدم إلى مؤتمر: تداعيات الأزمة الاقتصادية العالمية على منظمات الأعمال، جامعة الزرقاء الخاصة، الزرقاء، المملكة الاردنية الهاشمية، ذو القعدة 1430هـ/ تشرين الثاني 2009م، ص 4.

⁴¹⁹ السليماني المصطفى: م س ، 27.

وهذه الصيغة تطبق بأن تشتري البنوك التشاركية الأراضي من أموالها الخاصة ثم تمنحها لمن يعمرها على سبيل المغارسة، والتكليف الشرعي لهذه العلاقة يتخذ شكل شركة مغارسة، وقد تكون مستمرة أو منتهية بالتملك للطرف الثاني.

ثانياً : البنك في صفة الغارس

يقوم البنك التشاركي، بتمويل نفقات الإستصلاح والغرس بصيغة المشاركة بالمال، وتكون أطراف عقد شركة المغارسة بين مالك الأرض والبنك التشاركي كغارس على النحو التالي :

أ -المالك: الذي يمتلك قطعة الأرض الزراعية ولا يجد من يتولى الإستصلاح والغرس، كما لا يجد التمويل اللازم للقيام بذلك على أكمل وجه.

ب - الغارس: البنوك التشاركية تتولى تمويل نفقات الإستصلاح والغرس كشريك نظير حصة شائعة في الأرض والغرس⁴²⁰، وذلك باستخدام أجراء لديهم الخبرة الزراعية الفنية في الاستصلاح والغرس يكونون تحت مسؤولية البنك⁴²¹.

ويتفق الأطراف أن يقتسموا الأرض والغرس بنسبة شائعة بينهم، وبعد أن يحصل البنك التشاركي على حصته من الأرض والغرس، يمكن التصرف فيها إما بالبيع أو الإجارة أو نحو ذلك، وهذا جائز شرعاً.

وتجدر الإشارة هنا، أن الفلاحين يفضلون عقود الشركات الفلاحية على عقود الكراء، وذلك راجع إلى الصعوبات المالية لبعض الفلاحين الصغار الذين يفضلون شركات بوسائلهم الإنتاجية كشركة المغارسة، من أجل التعاون، فالتعامل مع البنوك

⁴²⁰ حسين حسين شحاتة : الأسس والمعالجات الحسابية لعمليات شركة المزارعة والمساقاة والمغارسة كما تمولها المصارف الإسلامية، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر المحاسبي الإسلامي، ندوة البركة الإقتصادية، فندق هيلتون، جدة، رمضان 1427هـ/ سبتمبر 2006، ص 23.

⁴²¹ شوقي بورقبة : الكفاءة التشغيلية للمصارف الإسلامية دراسة تطبيقية مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص 27.

التشاركية تمثل شكلا مرنا، تسمح بالمشاركة في الموارد والأرباح وقسمة المخاطر والخسائر.

الفقرة الثانية : التطبيق المعاصر للتمويل بالمغارسة

يرتكز التمويل بالمغارسة على أسلوب تهيئة الأرض لتكون صالحة لمباشرة نشاط الغرس لما يحتاجه ذلك من أموال قد يستعصي على مالك الأرض أو على الغارس توفيرها للقيام بذلك، مما يستوجب اللجوء إلى البنوك، خاصة التشاركية التي تتوفر على هذا المنتج الذي يكون غالبا مقرونا بالبيع والإجارة (أولا) وإصدار صكوك، يطلق عليها صكوك المغارسة (ثانيا).

ويمكن أن تطبق المغارسة على النحو التالي:

أولا : المغارسة المقرونة بالبيع والإجارة

كما سبق الإيضاح أن نشاط شركة المغارسة، يتركز في تهيئة الأرض ثم الغرس ثم رعاية الغرس ثم الحصاد ثم التوزيع حسب الإتفاق، وتتطلب هذه المراحل تمويلا ولاسيما في الشركات الكبيرة قد لا يكون ميسراً لمالك الأرض أو لدى الغارس، لذلك تظهر الحاجة إلى المؤسسات البنكية التشاركية قصد البحث عن التمويل.

فالبنوك التشاركية تقوم بامتلاك أرض صالحة للزراعة وتقوم ببيع جزء منها بسعر رمزي للمؤسسة شريطة أن تقرر البيع بعقد إجارة على العمل في الجزء الثاني من الأرض ويكون الأجر عبارة عن جزء من الشجر والثمر⁴²².

كذلك يمكن للمؤسسة المالية أيضا أن تقوم بدور العامل، إذ تقوم بتعمير أراضي أصحابها على سبيل المغارسة، وذلك باستخدام عمال أجراء توفر لهم البنوك

⁴²²مسدور فارس و كمال رزيق: صيغ التمويل بلا فوائد للمؤسسات الفلاحية الصغيرة والمتوسطة، الدورة التدريبية الدولية حول، تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطوير دورها في الاقتصاديات المغاربية، ايام 25-28 ماي 2003، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر، ص 5.

التشاركية التمويل اللازم، وبعد تملك البنوك التشاركية لنصيب من الأراضي تطبق عليها المزارعة والمساقاة⁴²³.

بهذه الصيغة يمكن الاستفادة من المغارسة في تعمير مساحات شاسعة من الأراضي الصالحة للزراعة، وتطبيق المغارسة بالصيغة المبينة سابقا، وسن القوانين التي تنظمها خاصة في المناطق التي تنتشر فيها المذاهب القائلة بجواز المغارسة، وأكثر تلك المذاهب انتشارا المذهب المالكي، وخصوصا في بلدان المغرب العربي، إلا أن عدم سيادة المذهب المالكي الذي يطبق المغارسة بالصيغة السابقة لا يشكل عائقا أمام تطبيقها، لأن أعراف المجتمع تكون عادة من العوامل المساعدة على نجاح التقنين من طرف الدولة.

ثانيا : صكوك المغارسة

من صور تطبيق المغارسة في البنوك التشاركية، إصدار صكوك⁴²⁴ المغارسة. والصكوك عبارة عن وثائق متساوية القيمة، يتم إصدارها لاستخدام حصيلتها في غرس الأشجار، وفيما يتطلبه هذا الغرس من أعمال ونفقات على أساس عقد المغارسة، ويصبح لحملة الصكوك حصة من الأرض والغرس⁴²⁵.

⁴²³ أحلام فرج الله : مقياس صيغ تمويل البنوك الإسلامية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر ، ص 4.

⁴²⁴ **الصكوك** لغة : جمع صك وصكوك واصك وصكاك، ويراد به: وثيقة بمال أو نحوه. ويقال: صكه صكا: أي دفعه بقوة، أو ضربه. وصكت الباب: أي أغلقته.

شيك، نموذج مطبوع بشكل معين يستعمله المودع في أحد المصارف للأمر بدفع المبلغ المحرر به.
- أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة صك، المجلد الأول، ط 1 ، 1429هـ/2008م، عالم الكتب، القاهرة، مصر، ص 1310، 1309.

أما اصطلاحا : يقصد بها : وضع موجودات دارة للدخل كضمان أو أساس مقابل إصدار صكوك، تعتبر هي ذاتها أصولا مالية.

وتعني كذلك: "تحويل مجموعة من الأصول المدرة للدخل غير السائلة إلى صكوك قابلة للتداول مضمونة بهذه الأصول، ومن ثم بيعها في الأسواق المالية، مع مراعاة ضوابط التداول.

- منذر قحف : سندات الإجارة والأعيان المؤجرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، 2000م، ص 34.
- طارق الله خان، أحمد حبيب : إدارة المخاطر، تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ط1، 1424هـ/2003م، ص 55.

⁴²⁵ أحمد جابر بدران : الصكوك كأداة للتمويل بين النظرية والتطبيق، مقال منشور بمجلة المسلم المعاصر، ع 152، ص 11. www.almuslimalmuaser.org

-حسام الدين بن موسى عفانة : يسألونك، ج 21، ص 219. كتاب منشور بالموقع الإلكتروني :

<https://books.google.co.ma>

أما مشروعيتها، فهي جائزة عند المالكية بشروط، ومن شروطها أن يكون الشجر من صنف واحد أو متقارب، وأن لا يكون لسنين كثيرة، وذهب الحنفية إلى جوازها إذا كانت على الشجر والثمر دون الأرض، وذلك لأن الأرض موجودة أصلاً قبل عقد المغارسة، ولا دخل لعمل العامل فيها، حتى تكون له حصة فيها⁴²⁶.

إذن فالمصدر لتلك الصكوك، هو مالك أرض صالحة لغرس الأشجار، والمكتتبون فيها هم الغارسون في عقد المغارسة، وحصيلة الإكتتاب هي تكاليف غرس الشجر.

وقد يكون المصدر كذلك هو الغارس والمكتتبون هم أصحاب الأرض (المستثمرون الذين غرست الأرض بحصيلة اكتتابهم) ، ويستحق حملة الصكوك الحصة المتفق عليها من الأرض والشجر.

ويمكن للمصرف الإسلامي أن يشتري الأرض ويقوم بغرسها ومن ثم بيع ثمرها والإستفادة من أرباحها، وذلك يتم عن طريق إصدار صكوك مغارسة لعملاء المصرف الإسلامي الراغبين في ذلك، وهذه الصكوك يصدرها مالك الأرض أي البنوك التشاركية لاستخدام حصيلة الإكتتاب فيها في غرس أشجار أو غيرها وفيما يتطلبه هذا الغرس من أعمال ونفقات على أساس عقد المغارسة، ويصبح لحملة الصكوك حصة في الأرض والغرس. ولكي تتحقق رغبة وحاجات المزارعين أو المستثمرين من الأموال، يجب حفظ حقوق جميع الأطراف وضبط وتطوير المعايير المحاسبية والمالية لعملية تمويل المغارسة.

إذا ثبت هذا، فتطوير هذا القطاع ما يزال بحاجة إلى جهود مخصصة من كافة الجهات، وعلى المؤسسات المالية الإسلامية التركيز على الدراسات والبحوث لتقديم المبادرات في مجال المغارسة وفقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية وعلى البنوك التشاركية

⁴²⁶ رفيق يونس المصري : فقه المعاملات المالية، دار القلم، دمشق، ط 2، 1428هـ/2007م، ص 230.

توعية الأفراد بأصول المعاملات المالية الإسلامية وأهميتها، وتأثيرها على حياة الفرد والمجتمع.

الفصل الثاني :

فساد عقد المغارسة و انقضاؤه

عند وفاء جميع الأطراف بالتزاماتهم، فإن عقد المغارسة ينقضي⁴²⁷، وهذا هو المآل العادي لهذا العقد، إلا أن عقد المغارسة لما كان من العقود المستمرة في الزمن، فإن التزامات الطرفين ولو أنها تنشأ فور العقد، لا يتم تنفيذها إلا خلال مدة تستمر زمناً، لذا فتنفيذ الطرفين لالتزاماتهما، يبقى إلى حين انتهاء مدة العقد وعلاقة الطرفين بينهما لا تنتهي إلا بالقسمة، أو قد ينقضي قبل انتهاء المدة لأسباب متعددة، إلا أن هذا لا يمنع من فساد عقد المغارسة إما باختلال موضوعها أو اختلال شرط من شروط صحتها، أو شرط فيها ما يخالف مقتضاها أو يثقل كاهل الغارس.

وعليه سوف نعمل على تقسيم هذا الفصل إلى بحثين، إذ سنعالج فساد عقد المغارسة في المبحث الأول وانقضاؤه في المبحث الثاني.

⁴²⁷ ينص الفصل 319 من ق.ل.ع على أنه: " تنقضي الالتزامات بما يأتي:

- الوفاء؛
- استحالة التنفيذ؛
- الإبراء الاختياري؛
- التجديد؛
- المقاصة؛
- اتحاد الذمة؛
- التقادم؛
- الإقالة الاختيارية".

المبحث الأول : فساد عقد المغارسة

كما تكون المغارسة صحيحة مستجمة لكافة شروطها وأركانها وموافقة لأحكام الشريعة الإسلامية، يمكن أن تكون فاسدة، فالعقد يكون صحيحا إذا استجمع كافة أركانه من رضا، محل، سبب وشكل إذا كان العقد شكلي، وكذلك إذا توافرت لكل من هذه الأركان الشروط التي يتطلبها القانون.

أما في حالة ما إذا اختل ركن من هذه الأركان كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، وأما إذا نقص شرط من شروط الصحة، كأن تعيب الرضاء أو نقصت أهلية المتعاقد كان العقد باطلا بطلانا نسبيا، ولكن هل يمكن تصحيح العقد الفاسد؟

وبناء عليه، سنتناول أسباب فساد عقد المغارسة في المطلب الأول ونخصص المطلب الثاني للحديث عن آثار عقد المغارسة الفاسد.

المطلب الأول : مفهوم العقد الفاسد و أسباب فساد عقد المغارسة

قبل معرفة أسباب فساد عقد المغارسة لابد من تعريف العقد الفاسد، وهذا ما سنتطرق إليه في النقطتين التاليتين: الأولى بخصوص تعريف العقد الفاسد (الفقرة الأولى) ثم لأسباب فساد عقد المغارسة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مفهوم العقد الفاسد

حتى يتسنى لنا الإحاطة بعقد المغارسة الفاسدة، نرى أنه من الأولى إلقاء نظرة عامة على تعريف العقد الفاسد لغة (أ) اصطلاحاً (ب) ثم قانوناً (ج) .

أولاً : التعريف بالعقد الفاسد لغة

الفساد هو نقيض الصلاح، والفساد هو أخذ المال ظلماً، والمفسدة ضد المصلحة، وتفسد القوم أي قطعوا أرحامهم⁴²⁸.

فالفساد إذا، خروج الشيء عن الاعتدال بشرط كون هذا الفساد كثيراً ويضاده الصلاح ويستعمل ذلك في النفس والبدن والأشياء الخارجة عن الاستقامة⁴²⁹، قال تعالى: "و الله لا يحب الفساد"⁴³⁰.

ثانياً: العقد الفاسد في الإصطلاح الفقهي

الفساد هو: البطلان وكلاهما بمعنى واحد، فالفساد عند المالكية، الشافعية و الحنابلة هو ما حصل بسبب مفسدة نشأت من اختلال أحد أركان العقد أو شروطه وسواء كانت المفسدة سببها فقد ركن كالصيغة أم فقد ما يعتبر في الركن كالعجز عن التسليم⁴³¹.

⁴²⁸ مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، مادة فسد، م س، ج 3، ص 335
⁴²⁹ أبو القاسم الحسين بن محمد المشهور بالراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاني،

طبعة دار المعرفة، بيروت، ص 379-380

⁴³⁰سورة البقرة، الآية 205.

⁴³¹ محمد محروس سعدوني إبراهيم : م س ، ص 42.

فالعقد الصحيح : هو العقد الموافق لما طلبه الشارع، فتترتب عليه آثاره.

والعقد الباطل أو الفاسد، هو العقد الذي يخالف أمر الشارع، فلا تترتب عليه آثاره مطلقاً⁴³².

فالعقد الفاسد ما لم يستوف شروطه التي يتوقف عليها حصول الغرض بالفعل.

من خلال التعريف أعلاه، يتبين أن البطلان و الفساد لفظان مترادفان عند فقهاء المالكية، الشافعية و الحنابلة، فالعقد يكون بين حالتين اثنتين: إما صحيح و هو المنعقد و إما باطل أو فاسد وهو غير المنعقد.

أما التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد في بعض المسائل على سبيل الإستثناء،

فالمالكية، قالوا إن العقد الفاسد يفيد شبهة الملك، حيث فرق أصحاب هذا المذهب بين الباطل والفساد في بعض أحكام المساقاة و القراض مثلاً: إذا توافرت شروط الصحة من كونه معلوماً، فكان الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه معروفاً، وكونه مشاعاً لا محددًا وغير ذلك من شروط الصحة جاز القراض وإن اختلف شرط منها فسد⁴³³.

ثالثاً: العقد الفاسد في القانون

العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ، أي أن يصدر من أهل له في محل قابل للتعاقد، ولكن عرض له أمر أو وصف غير مشروع.

وبالعودة إلى قانون الإلتزامات والعقود، نجده ينص في الفصل 306 على بطلان الإلتزام والآثار المترتبة عن الإلتزام الباطل بقوله: "الإلتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له، ويكون الإلتزام باطلاً بقوة القانون:

⁴³² محمد البوشواري، كراء الأراضي الفلاحية ، م س ، ص 262.

⁴³³ محمد عيش : م س ، ج 7، ص 319.

- أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، المجلد الثالث، ج 6، دار الفكر، بيروت- لبنان، ص 206، 207.

- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه.

- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه"

فعقد المغارسة نوع من أنواع الإلتزامات المنصوص عليها في هذا النص، فما ينطبق عليها ينطبق على عقد المغارسة أيضا، بمعنى أن نقصان أحد أركان عقد المغارسة يؤدي إلى فساد، وكذلك إذا قرر القانون بطلان⁴³⁴ المغارسة وفساده لسبب من الأسباب.

أما مدونة الحقوق العينية، فنجد أنها لم تفصل أسباب فساد عقد المغارسة وقد ذكرت البطلان في المادة 266 التي نصت فيها على أنه : "لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام، وكل شرط مخالف يعتبر باطلا"، وبمفهوم المخالفة إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني، وتصير الأرض و الشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض و الغرس بحسب الحصة التي وقع الإتفاق عليها في العقد⁴³⁵.

فإبطال العقد، هو الجزاء الذي يترتب عليه الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، وإما بموجب نص يمنح حق الإبطال لأحد المتعاقدين في بعض الحالات، والإبطال في عقد المغارسة يكون في شرط الأجل، أي ألا يكون أجل المغارسة إلى سنين كثيرة تجاوزت تمام الإطعام أو أجل يقل عن حد الإطعام، هنا نجد أن مشروع مدونة

⁴³⁴ البطلان هو الجزاء الذي يقرره المشرع لعدم توفر ركن من أركان العقد وإما بموجب نص قانوني. وقد خص المشرع المغربي للبطلان المواد من 306 إلى 310 من قانون الإلتزامات والعقود. أما الإبطال فهو الجزاء الذي يترتب عليه الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، وإما بموجب نص قانوني. وقد نصت المواد 311 إلى 318 من قانون الإلتزامات والعقود على الإبطال فعرض حالاته وبين أحكامه. ويتميز البطلان والإبطال عن الفسخ في أن البطلان أو الإبطال يرجع إلى خلل في تكوين العقد، أما الفسخ فيترتب عن إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، فيطلب المتعاقد الآخر بالفسخ ليتحلل هو أيضا من الإلتزام المترتب عليه. يراجع بهذا الخصوص :

- محمد البوشواري : الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الطبعة الأولى ، 2010، سلسلة محاضرات ميسرة، (3) ، ص 65.

- مأمون الكزبري : مصادر الإلتزامات ، ج 1، م س ، ص 197.

⁴³⁵ محمد محبوبي : أساسيات في نظام التحفيظ العقاري و الحقوق العينية العقارية وفق المستجدات التشريعية للقانون رقم 14.07 و القانون 39.08، ط 2014، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ص 173.

الحقوق العينية، اقتصر على هذا الشرط فقط دون الشروط الأخرى⁴³⁶، وهو شرط أساسي لصحة العقد تحت طائلة فساد.

الفقرة الثانية : أسباب فساد عقد المغارسة

تتجلب أسباب فساد عقد المغارسة التي تحدث عنها الفقهاء في: اختلال موضوعها (أولاً)، فقدان أحد شروطها (ثانياً) واشتراط ما يخالف مقتضى عقد المغارسة وسنتها (ثالثاً).

أولاً: اختلال موضوعها

إما أن المغارسة مؤقتة بأجل أو شباب تثمر الأشجار قبله⁴³⁷، أي أن تقع المغارسة إلى شباب معلوم على أن يقوم الغارس بنصف الأرض ما عاش، ولا يؤقت أجلاً أو إلى شباب أو عدة أعوام، ويكون الإثمار قبله فذلك كله فاسد⁴³⁸، و الشأن في المغارسة أن تكون إلى الإثمار أو لأجل دونه⁴³⁹، وهذا ما سارت عليه مدونة الحقوق العينية في مادتها 266 التي نصت على أنه: " لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلاً."

وإما أن تكون المغارسة منعقدة على أجناس من الشجر، يختلف إطعامها اختلافاً متبايناً ، لأن الشأن في المغارسة أن تتفق أصناف الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها، فإن اختلفت اختلافاً متبايناً لم يجز⁴⁴⁰.

⁴³⁶ بالإضافة إلى شرط مدة المغارسة المحددة في تمام الإطعام، هناك شرطان موضوعيان لصحة عقد المغارسة هما:

- أن يغرس الغارس شجراً مثمراً على نفقته.

- أن يكون نصيب الغارس من الأرض و الشجر.

⁴³⁷ عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 736.

⁴³⁸ أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع : معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن قاسم بن عياد ،

ج 2، 1989، دار الغرب الإسلامي، بيروت ،لبنان، ص 508.

⁴³⁹ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : م س ، ج 6، ص 377.

⁴⁴⁰ محمد أبو القاسم ابن جزي : م س ، ص 242.

ثانيا : فقدان أحد شروطها

إما لكون الأرض المراد مغارستها مشعرة كلها أو جلها، فتفسد بسبب اختلال شرط كون الأرض بيضاء خالية من الغابة⁴⁴¹.

أو لعدم انعقاد المغارسة على شرط للغارس جزءا شائع في الأرض و الشجر، أو في الشجر ومواضع أصولها في الأرض⁴⁴².

فإذا انعقدت المغارسة على أن للغارس جزءا من الأرض فقط دون الشجر، أو جزءا من الشجر أو جزءا من الثمار وحدها دون الأرض، هنا تقع المغارسة فاسدة، وقد أخذت المحكمة الابتدائية بمراكش بهذا الاتجاه في حكمها، بحيث ورد فيه أنه: "بعد أن ثبت لها أن المغارسة فاسدة لكون الطرفين اتفقا في العقد على اقتسام الغلة فقط إلى غاية 2006 دون الأشجار وقد تبنت المحكمة المذكورة الاتجاه المشار إليه في تعليلها ولم تقض به في منطوقها لكون الغارس لم يطلب شيئا وإنما مالك الأرض هو الذي طلب فسخ عقد المغارسة لكون الغارس لم يقيم بالتزامه"⁴⁴³.

إذن، وقياسا على ما سبق أن أوردناه، فالمغارسة الفاسدة هي التي فقد فيها شرط من شروط صحتها، أو شرط فيها ما يخالف مقتضاها، وقد أشار العلامة الخرخشي بقوله: "فإن انخرم (أي اختل) شرط من شروط المغارسة الثلاثة التي هي تعيين الأرض والشجر، وكونها ملكا لهما من وقت الإثمار، بحيث لا يجعل للعامل ثمرا يستقل به بعد الإثمار فسدت"⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ أبو الحسن علي بن عبد الله المتيطي اللخمي : م س ، ج 4 ، ص 128.

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س ، ج 2 ، ص 373.

⁴⁴² عبد اللطيف البغيل ، م س ، ص 737.

- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي : م س ، ج 2 ، ص 197.

⁴⁴³ حكم ابتدائية مراكش، عدد 2001/1796، الصادر بتاريخ : 2001/04/25.

أورده:

-أحمد جدوي : م س ، ص 49.

⁴⁴⁴ أبو عبد الله محمد الخرخشي : م س ، ج 6 ، ص 236.

ثالثا: اشتراط ما يخالف مقتضى عقد المغارسة وسنتها

إذا انعقدت المغارسة بشرط قيام الغارس بالغرس ما عاش، تفسد المغارسة بهذا الشرط، لأن المغارسة عقد محدد المدة، لقول العلامة التسولي: "وأما إذا كان العرف أن العامل يبقى عاملا ما عاش فهي فاسدة عند السكت لأن العرف كالشرط"⁴⁴⁵.

أما في حالة ما إذا اشترط الغارس على مالك الأرض إدخال ما كان من الشجر موجودا قبل العقد، هنا تفسد المغارسة لقول ابن سلمون في التحفة: "ولو كان في الأرض شجرة قبل المغارسة فهي لرب الأرض ولا يكون للغارس فيها شيء ولا يسوغ له أن يشترط أن تكون بينهما مع الغرس"⁴⁴⁶.

وتفسد المغارسة أيضا عند اشتراط مالك الأرض على الغارس أن يعمل شطره سنين مسماة بعد القسمة بنفسه، والمغارسة تفسد بسبب إثقال كاهل الغارس بأعمال مثل بناء جدار أو حفر بئر... وأن يشترط أحد العاقدين لنفسه شيئا دون الآخر، هذا الشرط أيضا يعتبر من أسباب فساد عقد المغارسة.

وبما أن أسباب فساد عقد المغارسة غير محصورة وغير مضبوطة، فإننا اقتصرنا على أهمها فقط.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن عقد المغارسة الفاسد

بداية لابد من الإشارة إلى أن عقد المغارسة الفاسد، ينتج آثارا تختلف عن آثار عقد المغارسة الصحيحة، غير أن الفقهاء تناولوا آثار عقد المغارسة الفاسدة في جزئيات فقهية متناثرة في ثنايا عقود المعاملات، ولم يتحدثوا عن هذه الآثار في نظريات فقهية مقننة ومنضبطة بمعايير محددة.

⁴⁴⁵ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س ، ج 2 ، 197

⁴⁴⁶ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س ، ج 2 ، 197.

فإذا انعقدت المغارسة فاسدة رتبت آثارا عند فقهاء المالكية حسب وقت العلم بالفساد، هل قبل قيام الغارس بالعمل أم بعده ؟

فإذا علم بها قبل شروع الغارس في عمله، فإنها تفسخ، ولا شيء منهما على الآخر⁴⁴⁷، بمعنى إذا علم بأن عقد المغارسة فاسد قبل قيام العامل بالأعمال المطلوبة فيها وجب فسخها، وترد الأرض لمالكها ولا شيء لأحدهما على الآخر.

أما إذا علم بفساد عقد المغارسة بعد قيام الغارس بالأعمال المطلوبة فيها فآثارها تختلف بحسب ما إذا كانت :

- مغارسة فاسدة بسبب عدم جعل جزء من الأرض للغارس وجعل الثمار فقط أو الثمار والأشجار بين الغارس و مالك الأرض، فالمغارسة تفسد وتفسخ.
- مغارسة فاسدة بسبب آخر غير عدم جعل جزء من الأرض للغارس، كتحديد العمل بأجل بعيد يثمر الشجر قبله، أو بقاء الغارس في الأرض يخدمها ما عاش أو غير ذلك، فهناك اتفاق لبعض الفقهاء منهم الإمام مالك في هذه المسألة⁴⁴⁸ أرجحها وأكثرها عدلا هو أنه لا يفسخ العقد، وإنما يقع الفصل بين مالك الأرض و الغارس بنسبة ما تعاقدوا عليه نصفا كان أو غيره مثلا، ويتقاسمان في قيمة الأرض و العمل و الغرس، ويرجع كل منهما بالدرك على صاحبه⁴⁴⁹، فيرجع مالك الأرض على الغارس بنصيب قيمة الأرض ويرجع الغارس عليه بنصف قيمة عمله، على أن تعتبر قيمة الأرض براحا يوم غرس الشجر، وقيمة الشجر يوم بلوغه القدر

⁴⁴⁷ أبو زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الراشدي المجاجي الجزائري : التعرّيج والتبرّيج في ذكر أحكام المغارسة والتصيير والتولّيج، دراسة وتحقيق خالد بوشمة، ط 1 ، 1426هـ / 2005م، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان، ص 283.

⁴⁴⁸ لمزيد من التفصيل بخصوص الآراء الفقهية يراجع :

-محمد عليش : م س، ج7، ص 428.

- أبو الحسن علي بن عبد الله المتيطي اللخمي: م س ، ج 4، ص 129.

- محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني : حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، وبهامشه حاشية المدني على كنون، ج6، دار الفكر، بيروت-لبنان، ص 353.

- عبد اللطيف البغيل : م س ، ص738 و ما بعدها.

⁴⁴⁹ علال الهاشمي الخياري : م س ، ص 322.

الذي حدد لابتداء الشركة في الأرض و الشجر⁴⁵⁰، هذا إذا كان للغارس جزء من الأرض، أو يرجع الغارس على مالك الأرض بقيمة غرسه يوم بلغ وهو بينهما على ما شرطاً وهو قول العلامة الخرشي⁴⁵¹.

فالفرق بين قيمة ما يرجع به الغارس على مالك الأرض عند الإمام مالك والشيخ الرهوني والمتيطي هو قيمة العمل، وعند الخرشي هو قيمة الغرس.

أما ابن رشد⁴⁵²، فله قول آخر غير ما أخذ به الفقهاء السالفو الذكر، فقد تطرق للمغارسة الفاسدة بحسب ما إذا جعل للغارس جزء من الأرض على وجه لا يجوز في المغارسة، فإذا اتضح أن المغارسة وقعت فاسدة، فإن الحكم بين المتعاقدين يجري حسبما اتفقا عليه ويتقاصان في قيمة ما ساهم به كل منهما⁴⁵³ على النحو الآتي :

- الغارس يرد على مالك الأرض قيمة نصف أرضه يوم تسلمها بيضاء، لأنه فوتها بعمله واشتراها منه بغرسه، وله أيضا قيمة غرسه مقلوعا يوم وضعه في غرسه، وقيامه عليه إلى يوم الحكم⁴⁵⁴.
- مالك الأرض يرد على الغارس نصف قيمة الغرس يوم وضعه في الأرض ونصف أجرة مثله في غرسه وقيامه عليه من يوم ابتداء العمل في التشجير والسقي إلى يوم الحكم⁴⁵⁵.

⁴⁵⁰ المصطفى قيادي : م س ، ص 109.

- أنور محمود دبور: م س ، ص 365.

⁴⁵¹ أبو عبد الله محمد الخرشي ، م س ، ج 6، ص 236.

⁴⁵² أبو الوليد ابن رشد القرطبي: البيان و التحصيل ، م س، ج 15، ص 405 و ما بعدها.

⁴⁵³ قال ابن رشد : في كون المغارسة الفاسدة إن لم يجعل للعامل فيها جزء من الأرض كراء أو إجارة فاسدة قولان لهذا السماع وغيره، فعلى الأول الغلة للغارس يرد عليه ذو الأرض ما أخذ منها المكيلة، إن عرفت والقيمة إن جهلت، ويقلع غرسه إلا أن يعطيه ذو الأرض قيمته مقلوعا وقيل قائما، فله يحى في سماعه في السدود والأنهار في المعاملة الفاسدة في بناء الأنهار ولا فرق وعلى الغارس قيمة كراء الأرض. ينظر في هذا الصدد :

- محمد بن عرفة الورغمي التونسي : م س ، ص 152.

⁴⁵⁴ عبد الصمد كنون : جني زهر الأس في شرح نظم عمل فاس، مطبعة الشرق الوحيدة بشارع رقعة القمح، (دون ذكر سنة الطبع والمدينة)، ص 79.

⁴⁵⁵ أبو الوليد ابن رشد القرطبي : م س ، ص 408.

- علال الهاشمي الخياري : م س ، ص 322.

- أحمد جدوي ، م س ، ص 49.

وإن اغتال الغارس وحده الغلة أرجع نصفها إلى مالك الأرض، كما أن مالك الأرض عليه أن يدفع للغارس قيمة العمل الزائد الذي أثقل كاهله⁴⁵⁶.

وفي حالة ما إذا ثبت هذا، قلنا إن ما ذهب إليه ابن رشد واضح ومفصل، بحيث بين أسباب عقد المغارسة الفاسدة وآثارها بالنسبة للغارس ومالك الأرض و بيان ما يرجع به كل منهما على الآخر، كما أنه لا ضير على الطرفين من اللجوء إلى أي مدخل شرعي آخر توافق عليه المصادر الفقهية كالمساقاة ، لأن الأهم هو أن تظل العقود خاضعة للمنهاج الشرعي و القانوني.

وخلاصة ما سبق، يمكن القول، إن أسبابفساد عقد المغارسة وآثاره، تختلف تماما في الفقه المالكي عما هو منصوص عليه في قانون الإلتزامات و العقود و في مدونة الحقوق العينية، إلا أن الفقه أوسع و أشمل من القانون في مسألة آثار عقد المغارسة خصوصا إذا كان هذا الأخير فاسدا.

⁴⁵⁶ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ج 2، ص 197، 198.
- جاء في قرار للمجلس الأعلى عدد 533 المؤرخ في 22 ماي 1961 ما يلي: "بناء على المقرر فقها من أن المغارسة إذا فسدت بأي نوع من أنواع الفساد، فإنها تمضي بالفراغ من العمل و بلوغ الإطعام.
وحيث إن المغارسة المتنازع فيها لا دليل على فسادها وعلى فرض وجوده فقد فانت بفوات إبان القيام به قبل الإطعام ومع ذلك حكم القسم الإقليمي على المدعى عليه بعدم استحقاقه المغارسة ولم يحل ما يجب أن يكون له في مقابل عمله على المحكمة المختصة".
قرار منشور بمجلة القضاء و القانون، إصدار وزارة العدل، السنة الخامسة، يناير- فبراير- مارس 1962، ع 45-46-47، ص 388.

المبحث الثاني: انقضاء عقد المغارسة

تقضي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أنه ليس لأحد المتعاقدين أن يستقل بفسخ أو تعديل العقد أو أن يتحلل بمفرده من التزاماته التي تقررت بمقتضى العقد الذي أبرمه بإرادته الحرة، وذلك استناداً إلى احترام مبدأ سلطان الإرادة، فالعقد رابطة تقيد إرادة المتعاقدين، بحيث لا يستطيع أحدهما إنهاء العقد أو تعديله بإرادته المنفردة ، لأن ذلك يعتبر تغييراً للحقوق التي استقرت بعد إبرام عقد المغارسة، ذلك أن عقد المغارسة ينقضي بوفاء الطرفين بالتزاماتهما وانتهاء مدة العقد وبعد ذلك للغارس الحق في البقاء في حال الشياح أو طلب القسمة.

فالقوة الملزمة للعقد ووجوب ترتيب آثاره، مشروطة ببقاء الظروف التي تم فيها، غير أنه إذا حل بأحد المتعاقدين عذر أو تغيرت تلك الظروف التي تم فيها إبرام العقد، بحيث أصبحت تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، فإن العقد يفسخ و ينقضي بأسباب تكون اتفاقية، أو خارجة عن إرادة الطرفين.

وعليه، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول انقضاء عقد المغارسة بالمدة والقسمة، في حين ندرس الأسباب الأخرى لانقضاء المغارسة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: انقضاء عقد المغارسة بالمدة وبالقسمة

إن عقد المغارسة هدفه انتقال جزء من الأرض والشجر إلى الغارس بعد انتهاء المدة (الفقرة الأولى)، وهو الوضع الذي يخول له صفة شريك في العقار المغروس إلا إذا صاحب انتقال الملكية قسمة نهائية بينه وبين مالك الأرض (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : انقضاء عقد المغارسة بالمدة

جاءت آراء الفقهاء متباينة بخصوص انقضاء عقد المغارسة، وذلك راجع الى تنوع تكييفه كما رأينا سابقا، مما أدى إلى اختلاف تحديد المدة في الفقه المالكي (أولا)، وكذلك في بعض القوانين العربية ومنها مدونة الحقوق العينية (ثانيا).

أولا : تحديد المدة في الفقه المالكي

عرف الفقه الإسلامي اختلافا حول مسألة انقضاء العقد كنتيجة لاختلاف الصور التي يرد عليها هذا العقد كما سبق وأن بيّنا ذلك⁴⁵⁷، فالإتجاه الذي قيم المغارسة بالمدة ذهب إلى تكييفها على وجه الإجارة، أما الإتجاه الثاني والذي اعتبر تحديد المغارسة بالإطعام شرطا ضروريا اعتبرها لا ترد إلا في صورة الجعل، والدليل على ذلك قول ابن رشد: "والمنع من ذلك على ما يأتي له على القول بأن المغارسة على جزء من الأرض لا يجوز إلا على وجه الجعل الذي لا يلزم المجعول له فيه العمل ولا يجوز فيه الأجل"⁴⁵⁸.

فهذا الخلاف الفقهي ليس خلافا حقيقيا، فالقول بالجواز محمول على ما يعلم وقت إطعامه، لذلك فصحة المغارسة ولو كان تحديدها بسنين معلومة وهو أمر أصبح ممكنا، فمسألة الغرسة في الوقت الحاضر أصبحت خلافا للماضي فتّا له أساليبه وتقنياته المتطورة، فالتطور الذي عرفته التقنيات الفلاحية وتقدم الدراسات المتخصصة في هذا المجال، جعلت أمر تحديد مدة إثمار صنف معين من الشجر أمرا سهلا، يمكن أن

⁴⁵⁷ بخصوص "صور المغارسة" يراجع المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول، ص 57.

⁴⁵⁸ أبو الوليد ابن رشد القرطبي : م س ، ص 442 .

يتم قبلها رغم اختلاف طبيعة الأراضي وتنوع المناخ واختلاف المناطق⁴⁵⁹، لذلك فتحديد عقد المغارسة بمدة محددة أصبح أمرا سهلا واحتمال الخطأ فيه يبقى نسبيا وضعيفا، وربما هذا الموقف هو ما أدركه بعض الفقه بقوله: " لا بأس بذلك أي جواز تحديدها بالسنين إن كانت أرضا مأمونة قد عرفها الناس لأنها لا يخفى أمرها ونبات شجرها"⁴⁶⁰. إذن، فأغلب الفقهاء، يتفقون على أن المغارسة تحد مدتها بالإثمار، وهذا هو المشهور في الفقه المالكي.

ثانيا : المدة في القانون

الأصل في عقد المغارسة أنه عقد زمني، ينقضي بانتهاء المدة التي حددها القانون وبحسب اتفاق الطرفين أو ما يجري به العرف، وقد عرفت مواقف بعض التشريعات المدنية العربية المنظمة لهذا العقد تباينا واضحا في هذه المسألة، فبينما اعتبرت المجلة التونسية في المادة 1416 بلوغ الأشجار قدرا معلوما أو الإطعام كحد لعقد المغارسة، فإن التشريع المدني العراقي حدد في المادة 824 انتهاء المدة المحددة في العقد كحد لعقد المغارسة، وأمام هذا الاختلاف بين الموقفين، التزم المشرع الليبي الصمت، وهو بذلك يترك الخيار لاتفاق الطرفين وللعرف تنظيمها، وهو ما تؤكدته المادة 1009 التي جاء فيها: "انقضت المدة المعينة في العقد أو حسب العرف وقام الغارس بما عليه من التزامات وأطعم الشجر وأصبح الغارس مالكا للحصة المستحقة أو للقطعة المعينة التي تم الإتفاق عليها في العقد".

أما المشرع المغربي، فقد نص في المادة 266 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "لا يجوز في عقد المغارسة اشتراط أجل يقل عن حد الإطعام، كما لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام وكل شرط مخالف يعتبر باطلا"، كما جاءت المادة 267 من نفس المدونة لتؤكد على أهمية حد الإطعام لكونه المدة المعقولة لانقضاء عقد

⁴⁵⁹ عز الدين اعسيسو : م س ، ص 51.
⁴⁶⁰ أبو الوليد ابن رشد القرطبي : م س ، ص 443.

المغارسة، بحيث نصت على أنه: "إذا بلغ الشجر حد الإطعام اكتسب الغارس حقه العيني وتصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين المالك والگارس بحسب الحصة التي وقع الإتفاق عليها في عقد المغارسة".

إلا أنه يعاب على المشرع المغربي في المادة 267 من مدونة الحقوق العينية، أنه ربط حالة الشيعاء بين الغارس ومالك الأرض بتحقيق الإطعام فقط، علما أن المادة 272 من نفس المدونة اشترطت الإشهاد عليه في محرر رسمي بتحقيق الإطعام أو إذا ثبت بخبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة⁴⁶¹.

فلكي تنتقل الملكية إلى الغارس، لابد من توفر شرطين أساسيين هما: تحقق الإطعام ثم الإشهاد على تحقق الإطعام⁴⁶²، فهذين الشرطان يثيران الكثير من الإشكاليات.

فبالنسبة إلى شرط تحقق الإطعام، ينبغي التمييز بين الشجر المثمر وغير المثمر، فإذا كان الشجر حسب صنفه مثمرا، كشجر الزيتون أو شجر الرمان، فإن تحقق الإطعام مرتبط بنماره. لكن السؤال المطروح في هذا الصدد، هل يعتد بالثمار لأول مرة بالنسبة للشجر؟ فثمار الزيتون لأول مرة لا تعتبر بثمار وفق العرف المحلي في بعض المناطق، ومن ثم ينتظر مرور سنة أو سنتين قصد تحقق الثمار بالمعنى الحقيقي لشجر الزيتون، خاصة بالنسبة لبعض الأنواع منه⁴⁶³.

⁴⁶¹ مورا الفتاحي : م س ، ص 80

⁴⁶² - تحقق الإطعام : والمقصود بذلك وصول الشجر المغروس حد الإطعام.

- الإشهاد على تحقق الإطعام : وهو إجراء قانوني يستوجب على الغارس ومالك الأرض الإشهاد على تحقق حد إطعام الشجر المغروس أو بعد إجراء خبرة قضائية مصادق عليها من طرف المحكمة الابتدائية. يراجع بهذا الخصوص :

- مورا الفتاحي : م س ، ص 78 ، 79.

⁴⁶³ مورا الفتاحي ، م س ، ص 78.

وقد تكون الأغراس من أصناف عديدة، لكنها تطعم في وقت واحد ومتقارب، هنا لا يطرح أي إشكال، لكن الأمر مختلف تماما حينما تنمو بعض الأشجار سريعا وتثمر مبكرا بينما البعض الآخر غير ذلك⁴⁶⁴.

هنا تثار مسألة جد دقيقة، هل تحقق إطعام شجر دون الشجر الآخر يخول للغارس مطالبة مالك الأرض بالإشهاد على تحقق الإطعام؟ أم يجب عليه انتظار حصول الإطعام لكافة الشجر؟ ومتى يستحق الغارس نصيبه من الأرض والشجر، هل بإطعام جميع الشجر أو بإطعام بعضه فقط؟

إلا أنه وبالرجوع إلى المقتضيات المخصصة للمغارسة، لا نجد أي مقتضى قانوني يقضي بذلك، وأن المشرع وحسب تعريفه لعقد المغارسة اشترط بلوغ الشجر حد الإطعام، ومن ثم لا بد من تحقق ثمار الشجر ولو اختلف جنسه أو صنفه. وبالنسبة للشجر غير المثمر، فإن المقصود بالإطعام هو الغلة التي ينتجها هذا الشجر⁴⁶⁵، والقضاء المغربي أخذ بصحة المغارسة ولو لم تتلاحق الأنواع المختلفة أو حتى النوع الواحد، بحيث إذا أثر أكثرها كان الغير تابعا للجميع⁴⁶⁶.

إذن، تجوز مغارسة الأنواع إذا كان إطعامها متفقا في زمن واحد أو متلاحقا، فإن اختلفت بالتبكير والتأخير فلا تجوز في عقد واحد⁴⁶⁷، كما تختلف أيضا غلة الأشجار حسب الأعراف، لذلك، فتحقق الإطعام ليس بالأمر اليسير بالنسبة للغارس، خاصة عندما يتماطل مالك الأرض في الإشهاد على تحقق الإطعام.

⁴⁶⁴ عز الدين اعيسيو : م س ، ص 35.

⁴⁶⁵ فمثلا شجر الكالبوتوس غير مثمر، لكن بعد غرسه ونموه وتتحقق غلته من خلال قطعه وبيعه. مثال أورده:

- موراد الفتاحي : م س ، ص 79.

⁴⁶⁶ قرار محكمة النقض رقم 958 ملف عقاري 7129/88 صادر بتاريخ 1993/12/28 والذي جاء فيه: "إذا حددت المغارسة بالإطعام فإن أطعم جلها فالذي لم يطعم يتبع لما أطعم، ويسقط عن العامل العمل في الجميع، ويقتسمان إن شاء، وإن لم يطعم قبلها بل أقلها، فإن كان ذلك الأقل إلى ناحية كان بينهما وسقط العمل ولزمه في غيره، وإن كان مختلطا لزمه العمل في الجميع".

- القرار منشور بقضاء المجلس الأعلى، مجلة عدد 48، السنة 1416هـ/1996م، أورده :

- الحسن البوعيسي : م س ، الجزء 5، ص 144.

⁴⁶⁷ محمد بن أحمد بن محمد عليش : منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل ، م س ، ص 277.

أما بالنسبة للإشهاد على تحقق الإطعام، فيجب أن يكون في محرر رسمي، سواء تم ذلك من طرف موثق أم عدلين.

ومن ضمن قرارات المجلس الأعلى الصادرة في موضوع انقضاء المغارسة بالإطعام، نجد القرار عدد 1725 الذي تتلخص وقائع نازلته في أن مالك الأرض طلب الحكم على الغارس بإجراء القسمة بعد انتهاء مدة المغارسة، فدفع هذا الأخير بأن العقد فاسد لعدم تحديد مدة المغارسة، كما دفع باكتساب الملكية لحيازته العقار مدة ثلاثين سنة. فرد عليه المجلس الأعلى بأن المغارسة ليس من شروطها تحديد المدة وبأن حيازته لا تنفعه مهما طالت لمعرفة وجه مدخله إلى الأرض.

وبهذا يكون المجلس الأعلى قد طبق ما سبق من أن عقد المغارسة إذا لم تحدد فيه مدتها لا تفسد وتنتهي بإطعام الأشجار⁴⁶⁸.

لذا يجب على الغارس تنفيذ العمل المتفق عليه داخل الأجل المحدد في العقد على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين⁴⁶⁹، أما إذا لم يرد في عقد المغارسة تاريخ لبدء الشروع في الغرس، يتعين على الغارس أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا فسخ العقد بقوة القانون⁴⁷⁰.

وهذا الاختلاف في القوانين، يرجع في أساسه إلى اختلاف التكييف الذي تبناه كل تشريع على حدة لعقد المغارسة.

⁴⁶⁸القرار عدد 1725، الصادر بتاريخ 23 نونبر 1983 في الملف المدني رقم 80778. أورده :

-أحمد جدوي : م س ، 49،50.

- محمد بقيقير : م س ، ص 245.

⁴⁶⁹ الفصل 230 ق ل ع ينص على أن: " الإلتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

⁴⁷⁰ المادة 269 من مدونة الحقوق العينية تنص على أنه: " 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".

وبالنسبة للمشرع العراقي، فقد نظمته كنوع من أنواع الإيجار، لذلك جعل تحديد المدة شرطاً ضرورياً لصحة العقد ما لم يكن ثمة عرف يقوم مقام القانون، بل أكثر من ذلك، فالمشرع قد حدد بنفسه مدة عقد المغارسة⁴⁷¹. أما المشرع التونسي، فقد أعطى للمغارسة وصف الشركة فتنتهي بانتهاء الغرض الذي أنشئت لأجله، فالمجلة التونسية أخذت بشرط إطعام الأشجار أو بلوغها أمداً لانتهاء هذه الشركة الفلاحية نجاح الغرس وإثمار الشجر.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 266 من مدونة الحقوق العينية، نجد أن المشرع حدد مدة انتهاء المغارسة باشتراط تحقق الإطعام، فهذا الأخير معروف قدره.. إلا أنه يختلف معه من حيث تحديد المغارسة بمدة تقل عن الإطعام وخالف حتى الممارسة التعاقدية في بلادنا والتي جرت على تحديد العقد بسنين محددة بحسب الإتفاقات والعرف، وهو بذلك جعل انتهاء العقد بالإثمار قاعدة آمرة يترتب على مخالفتها بطلان العقد، إذ ورد في قرار لمحكمة النقض: "حيث يعيب الطاعن على القرار انعدام الأساس، ذلك أن مقال الدعوى الذي قدم بعد عشر سنوات من التاريخ المقرر لإنهاء أعمال الغرس التي ابتدأت في 10 شتبر 1969 وانتهت في 09 شتبر 1979 لا يستند إلى أي أساس، لأن الغارس يستحق نصيبه بمجرد إنجاز الغرس وإثماره، ولا عبرة بعد ذلك بما قد يطرأ للأشجار المغروسة من عوارض، وهذه الناحية وقع إغفالها من طرف المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه مما يجعل قرارها مبنيًا على غير أساس وعرضة للنقض"⁴⁷².

ووضع حد للالتزام الغارس، لا يجوز تجاوزه بجعل استحقاقه لنصيبه المشاع من الأرض والشجر رهين بتحقيق هذا الشرط، كما أن إثبات نجاح وإطعام الشجر، يتم أصلاً

⁴⁷¹ حسب نص المادة 825 من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية: "ولا يجوز أن تقل المدة في جميع الأحوال عن خمسة عشر سنة".

⁴⁷² قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 90/2763 بتاريخ 1995/07/25. غير منشور. أورده:

- عز الدين عيسى : م س، ص 52.

إما باتفاق الطرفين أو عن طريق إجراء خبرة قضائية⁴⁷³ مصادق عليها من طرف المحكمة في حالة وجود نزاع بين الطرفين حول مسألة تحقق الإطعام حسب نص المادة 272 من مدونة الحقوق العينية، وهو ما استقر عليه القضاء المغربي، إذ جاء في إحدى قرارات محكمة الاستئناف: "حيث إن الطرف المستأنف ينعي الحكم المستأنف خرقه لمقتضيات الفصل 50 من ق م م، كما أن الخبرة التي أنجزها الخبير على ذمة القضية غير واقعية، لكن حيث إن المحكمة بعد الإطلاع على أوراق الملف ومستنتجات الطرفين، تبين لها خلاف ذلك، ذلك أن المستأنف عليه قد قام بتنفيذ الإتفاق كما هو وارد في عقد المغارسة، وهكذا يتبين من شهادة الخبير والصور الشمسية المرفقة بتقرير الخبير مما يبقى معه الطعن غير مؤسس، وبالتالي يكون الحكم المستأنف مصادفا للصواب وحرى بالتصحيح"⁴⁷⁴.

إذا ثبت هذا، قلنا إن مدونة الحقوق العينية بتحديد مدة انتهاء عقد المغارسة بتحقيق الإطعام والاشهاد عليه، شريطة ألا يكون الأجل أقل وألا يكون أكثر عن حد الإطعام، فمجرد إثمار الشجر تتولد حالة قانونية جديدة إذ تصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس على النسبة التي تم الإتفاق عليها في العقد، أو تلك التي يعينها العرف ويجوز حينها لكل طرف طلب القسمة وهذا ما سنتطرق له في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية : انقضاء عقد المغارسة بالقسمة

بمجرد إثمار الشجر تتولد حالة قانونية جديدة، إذ تصير الأرض والشجر ملكا شائعا بين مالك الأرض والغارس على النسبة التي تم الإتفاق عليها في العقد، أو تلك التي

⁴⁷³ الخبير القضائية في إطار عقد المغارسة ما هي إلا إجراء قانوني يقوم بها خبير له صلاحيات محددة من طرف المحكمة والمتعلقة بتحقيق واقعة إطعام الشجر أم لا. وبعد إنجازها والحكم النهائي القاضي بالمصادقة عليها، يعد هذا الحكم بمثابة ورقة رسمية تقضي بتحقيق واقعة إطعام الشجر وانتقال الملكية إلى الغارس.

- مورا الفتاحي : م س ، ص 80.

⁴⁷⁴ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة رقم 555 بتاريخ 1996/02/26، وأيضا قرار عدد 90/2763 الصادر بتاريخ 25 يوليوز 1995 بنفس المحكمة.

أورده :

- عز الدين اعيسيو : م س ، ص 52.

يعينها العرف ويجوز حينها لكل طرف طلب القسمة⁴⁷⁵، حيث يستقل كل واحد منهما بحصته من الأرض والشجر، ومن تم تتحقق لكل واحد منهما (مالك الأرض والغارس) ملكية مفرزة.

لكن برجعنا إلى مدونة الحقوق العينية، نجدها لم تتطرق لمسألة القسمة فيما يخص عقد المغارسة، بل خصصت لها قسما خاصا من المادة 313 إلى 334، كما أن الفصل 978 من ق.ل.ع نص على القسمة، حيث جاء فيه: "لا يجبر أحد على البقاء في الشياخ، ويسوغ دائما لأي واحد من المالكين أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر"، فطلب القسمة من النظام العام ولا يمكن للغارس البقاء على الشياخ غصبا عنه⁴⁷⁶.

475 تعريف القسمة :

- لغة : مأخوذة من قسم الشيء يقسمه قسما، إذا جزأه، يقال قسمت الشيء بين الشركاء، إذا أعطيت كل شريك قسمة، والقسم هو نصيب الإنسان من الشيء.
- جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور: م س ، : مادة قسم، ج 12، ص 478.
- اصطلاحا : تمييز بعض الأنصبة عن بعض، وإفرازها عنها، وأنها من الحقوق اللازمة في المحل المحتمل لها عند طلب بعض الشركاء، وقيل هي تمييز الحصص بعضها من بعض.
فالقسمة مثلها مثل أي عقد يجب أن تكون شروطها وأركانها سليمة حتى تنعقد صحيحة، فتعقد من عاقلين ذوي أهلية للأداء، وبإيجاب وقبول مقترنين في مجلس العقد ومتوافقين في المضمون.
والقسمة قد تكون اتفاقية وهذه تطبق من تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة حيث تترك الحرية لمالك الأرض والغارس للقيام بها، وقد تكون قضائية أي لا بد من اللجوء إلى المحكمة لإجرائها إذا كان أحد الشركاء غير حائز على أهلية التصرف⁴⁷⁵ أو كان هناك اختلاف على إجرائها.
- والأصل في القسمة قوله تعالى في سورة القمر: "ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر".
يراجع بهذا الخصوص:

- منصور بن يونس البهوتي : م س ، ج 6، ص 371.
- أبو بكر محمد شهاب الدين السرخسي: م س ، ج 2، ص 15.
- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، م س ، ج 6، ص 508.
- محمد سلامة : م س ، ص 190.
476 - ورد في هذا الإطار إلى دار الإفتاء الليبية السؤال التالي: " أرض مشتركة، اتفق مالكوها وهم: (م، وع، ج) على مغارستها ل (ل وأخيه ح)، علما بأن الأخيرين لا يملكان فيها شيئا، إلا ما كان بالمغارسة، على أن يكون نصيب مالكي الأرض والغارس لكل واحد منهم الثلث، على ما هو مبين بالوثيقة المرفقة، فقام الغارس بغرس بعضها، ولم يغرس الباقي، وعند القسمة ادعى الغارس أن له الحق في حصتين مع مالك الأرض، فما الحكم في ذلك؟
وقد كان الجواب كالاتي:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه ومن والاه.
أما بعد:

فإن كان الحال كما ذكر السائل، وتم عقد المغارسة بين الغارس ومالك الأرض، وفي الغارس بما تعاقدا عليه من العمل المتفق، فيقسم بينهما، وتكون القسمة في الشجر والأرض، على ما ذكر في وثيقة المغارسة، قال ابن عبد البر: لا يجوز أن يدفع الرجل أرضا إلى رجل بغرسها شجرا، فما أظهر الله فيها من شجر مثمر بينهما نصفين، على أن رقبة الأرض لربها على ما كانت، هذا مما لا يجوز... وأما الذي يجوز من ذلك: أن يعطيه أرضه على أن يغرسها شجرا معلوما من=

لكن يمكن للغارس البقاء على الشياخ مع المالك مدة معينة قد تطول أو تقصر باتفاقهما تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، حيث يجبر على احترام المدة المتفق عليها للبقاء في الشياخ خلالها، وهذا الإتفاق لا يسري عليه وحده، بل يمتد إلى خلفه العام والخاص حسب ما تقضي به القواعد العامة ومقتضيات المادة 229 من ق ل ع⁴⁷⁷.

و الغارس يظل حائزاً على الشياخ إلى حين إجراء القسمة وفرز منابه من المشترك، فحق الإدعاء بملكية المناب الشائع من حق الغارس، ويكون مقرراً بغض النظر عن إتمام القسمة بينه وبين مالك الأرض.

فتكون الأرض حينئذٍ والشجر بينهما، يقتسمان ذلك إن أحبا، أو يبقياه مشاعاً بينهما ما شاءا، ويكون العمل بينهما على قدر حظ كل منهما⁴⁷⁸.

واستمرارية حالة الشياخ بين الغارس ومالك الأرض بعد تحقق الشروط الخاصة بانتقال الملكية، تقضي بتغيير الوصف القانوني لمصطلح مالك الأرض والغارس بمصطلح شريكين، وفي حالة تعددهم بالشركاء في مجموع العقار محل الشجر، ومن تم يكون لكل واحد منهم حصة معينة بما هو مضمن بعقد المغارسة دون أن تكون هذه الحصة محددة تحديداً مادياً.

والقسمة قد تكون اتفاقية وهذه تطبيق من تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة، حيث تترك الحرية لمالك الأرض والغارس للقيام بها، وقد تكون قضائية أي لأبد من اللجوء إلى

=الأصول الثابتة، كالنخل، والأعناب، وشجر التين، والزيتون، والرمان، وما أشبه ذلك من الأصول، فما أنبت الله فيها من الشجر وتم وأثمر، فذلك بينهما بأصله وقاعته من الأرض، على ما تشارطاً عليه، إذا وصف النبات لشجر حدا معلوماً، ولو قالاً: إذا أطمع الشجر، كان حداً (الكافي: 667/2)، وتكون حصة المغارس ملكاً له، ولا يدخل في القسمة إلا ما غرس ونبت زرع، قياساً لها على الجعل، فإن غرس جزءاً من الأرض وترك منها جزءاً، فلا حق له في القسمة إلا في الجزء الذي غرسه بالنسبة للمتفق عليها مع مالك الأرض، قال الشيخ محمد عليش: "اعلم أن الأرض ثلاثة أقسام: ... الثالث: الأرض البعيدة عن الغرس، فلا يستحق العامل شيئاً منها أيضاً، وإن لم يستثنها ربها" (منح الجليل شرح مختصر خليل: 419/7)، والله أعلم.

- فتوى عدد 937 صادرة عن الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، مفتي عام ليبيا بتاريخ 14 ربيع الآخر 1434 هجرية، نشرت من قبل دار الإفتاء الليبية - عقد مغارسة - في الموقع الإلكتروني www.ifta.ly

⁴⁷⁷ عز الدين اعيسو : م س ، ص 54.

⁴⁷⁸ أبو زيد عبد الرحمن بن عبد القادر الراشدي المجاجي الجزائري : م س ، ص 275.

المحكمة لإجرائها إذا كان أحد الشركاء لا يتوفر على أهلية التصرف أو كان هناك اختلاف على إجرائها.

فعقد المغارسة، لا يؤدي بالضرورة إلى ملكية الغارس لمناب شائع، بل يمنحه فقط حقا احتماليا في جزء من العقار يقتضي أن يتوقف الإقرار بملكية الغارس على إجراء القسمة مع مالك الأرض.

فكما ترد المغارسة على العقار غير المحفظ والمحفظ، فالقسمة أيضا ترد عليهما.

أولا : قسمة أرض المغارسة الواردة على العقار غير المحفظ

تطبيقا للفقهاء المالكي، فالقضاء المغربي يسمح للمتقاسمين - الغارس و مالك الأرض - بإثبات القسمة وفقا لقواعد الفقه الإسلامي وأحيانا عن طريق الليف، وهو ما سار عليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته التي جاء فيها : " وحيث إنه باعتبار الإجراءات والوسائل ووثائق الملف، فإن المدعى عليهم في ليفهم التي أثبتوا بها قسمة مختلف متروكهم لجأ فيها في مستند العام أن شهودها عاينوا القسمة يوم وقوعها وأن الذي باشر القسمة هم ورثة الهالك، وحيث إنه من جهة أخرى فإن الليف بمنزلة العدول يقطع بها القول"⁴⁷⁹.

إلا أن ملاك العقار غير المحفظ رغم اعترافهم اللفظي بحق الغارس في حصته العائدة إليه من المغارسة، إلا أنهم يتقاعسون في إنجاز عملية القسمة، رغبة منهم الإبقاء على علاقات التبعية التي تربط الغارس بمالك الأرض، وحتى يستمر الغارس في مواصلة الخدمة، بحيث إنه كلما يطالب الغارس بالقسمة إلا وسوف مالك الأرض لآجال غير محددة فتضيع حقوق الغارس، ومن القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف بمراكش القرار عدد 98/1003 بتاريخ 1998/12/01 الذي قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي

⁴⁷⁹ قرار عدد 297 صادر عن محكمة النقض بتاريخ 120 يونيو 1979 غير منشور.

أورده:

- عز الدين اعيسيو: م س ، ص 55.

بإجراء القسمة في المغارسة و رد طلب مالك الأرض الرامي إلى فسخ المغارسة لعدم ثبوت إخلال الغارس بالتزامه اعتمادا على الخبرة المجراة في الموضوع.

أضف إلى ذلك أن بعض الملاك ونظرا لحاجتهم المستمرة للغارس، غالبا ما يحتفظون بالغارس ويتبعون عقد المغارسة بعد انتهائه مباشرة بتوقيع عقد " المساقاة" التي تجعل عملية الأشغال الفلاحية وما تتبعها على عاتق وكلفة المساقى وهو ما يجعل البعض يظن بأن عقد المغارسة يأخذ صورا مختلفة مع أن الأمر غير ذلك⁴⁸⁰.

ثانيا : قسمة أرض المغارسة الواردة على العقار المحفظ

إن القضاء والمحافظ على الأملاك العقارية، لا يقبلان إثبات القسمة إلا بالدليل الكتابي لكون عقد القسمة من العقود الشكلية، والقسمة تصبح نافذة وملزمة للغير ابتداء من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري حسب مقتضيات المواد 65 و 67 من القانون رقم 14.07 المتعلق بنظام التحفيظ العقاري ، وهو ما تبنته ابتدائية وزان في حكمها الذي جاء فيه: "وحيث إن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ، يعتبر غير موجود سواء بين الأطراف أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ التسجيل في الرسم العقاري من طرف محافظ الأملاك العقارية وفق مقتضيات الفصلين 65 و 67 من ظ 9 رمضان 1331هـ المتعلق بالتحفيظ العقاري والفصل 2 من ظهير 19 رجب 1333هـ المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة، مما يكون معه الدفع بحصول القسمة بين الطرفين لا أساس له"⁴⁸¹، فإنجاز عملية القسمة الفعلية والقانونية تعتبر بالنسبة للغارس تنويجا هاما للجهود التي بذلها طوال سنوات متعددة⁴⁸²، لأن إنجاز عملية القسمة القانونية تمكن الغارس من تملك حصته والتصرف فيها بالبيع أو الرهن حسب حاجته للإمكانات المادية، فوضعية

⁴⁸⁰ الكراي القسطيني: المغارسة والأزمة الاقتصادية، مصادر تاريخ الحركة الوطنية ومناهجه، منشورات المعهد الأعلى لتاريخ الحركة الوطنية، 1920-1954، تونس 1991، ص 416.

⁴⁸¹ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بوزان بتاريخ 2 نونبر 1987م. غ م ، أورده :

- عز الدين اعيسيو: م س ، ص 55.

⁴⁸² الكراي القسطيني : م س ، ص 417.

"الغارس القانوني" وهو الذي امتلك رسماً عقارياً، يثبت امتلاكه لحصة أفضل بكثير من وضعية "الغارس الفعلي" وهو الذي لم يمتلك بعد رسماً عقارياً خاصاً بحصته، رغم مرور سنوات على انتهاء عملية الغرس ووصول الشجر حد الإطعام.

وتؤدي القسمة إلى إنهاء حالة الشيعاء التي نشأت في تاريخ بلوغ الأشجار حد الإطعام، أي أن القسمة وحدها هي التي تؤدي إلى الاعتراف بحق الغارس على الأرض محل المغارسة، وإن عدم إجراء القسمة، يؤدي إلى بقاء مالك الأرض مالكا لجميع الأرض، فالقسمة هي التي لها من حيث المبدأ أثر كاشف ترتب بالنسبة للغارس أثراً ناقلاً للملكية⁴⁸³.

إذا ثبت هذا، قلنا إن قسمة أرض المغارسة سواء من قبل الغارس أم مالك الأرض وسواء تلك الواردة على العقار غير المحفظ أم المحفظ، فهي ترمي إلى تعيين الملكية المستقلة لكل من الطرفين وتخصيصها بمناب مفرز من كامل الأرض محل المغارسة. وبما أن القسمة تؤدي بالضرورة إلى إنهاء حالة الشيعاء، فهنا يمكن لنا أن نتساءل عن إمكانية ممارسة حق الشفعة في حالة ما إذا اختار أحد طرفي عقد المغارسة بيع حصته من العقار محل المغارسة؟

اتفق الفقهاء المسلمون على مشروعية الشفعة⁴⁸⁴ وأقروا الأخذ بها، فالشفعة ثابتة بالإجماع والسنة، فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم

⁴⁸³ أحمد الرحموني : الطلبات المتعلقة بالتخصيص وحق المغارسة ، مجلة القضاء والتشريع، ع 2، سنة 45، الجمهورية التونسية، فيفري 2003، ص 84.

⁴⁸⁴ **الشفعة** لغة مشتقة من الشفع وهو ضد الوتر الذي هو الزوج، وسميت بذلك لأن الأخذ بها هو الشفع، يضيف بسببها الحصة المشفوعة من المشفوع منه إلى الحصة التي كانت تحت يده فتصير الحصة شفعاً بعد أن كانت وتراً.

- ابن منظور: لسان العرب ، م س ، مادة شفع، ج 4 ، ص 2289-2290.
اصطلاحاً: فقد عرّفها ابن عرفة بأنها: "استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه".
- صالح عبد السميع الأبي الأزهري : م س ، ص 157.

أما في القانون فقد عرفها المشرع المغربي في:
المادة 292 من مدونة الحقوق العينية على أن: "الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية النافعة عند الإقتضاء".
وأيضاً في الفقرة الأولى من الفصل 974 من ق.ل.ع بقوله: "إذا باع أحد المالكين على الشيعاء 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".

يقاسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة⁴⁸⁵، كما اتفقوا أيضا على أن المغارسة تعتبر تفويتا وتجوز فيها الشفعة إذا تمت، فإذا كانت الأراضي مشتركة بين عدة أشخاص وأبرم أحدهم عقد المغارسة في نصيبه المشاع، فإن من حق باقي الشركاء أخذ النصيب المذكور من يد الغارس بعد إتمام عمله مقابل قيمة الأغراس والعمل التي هي بمثابة الثمن.

كما أن للغارس، إذا أصبح مالكا أن يشفع ما باعه مالك الأرض.

واختلف الفقهاء حول ما إذا كان من الجائز للغارس أن يبيع حقه في الأرض قبل إتمام عمله،

فقال رأي بعدم جواز ذلك لأن ملكية الغارس لم تثبت بعد وأن حقه ما هو إلا احتمالي وهذا الرأي هو الراجح.

ورأي ثان قال بجواز ذلك، وهو في هذه الحالة إنما ينقل إلى المشتري مجرد حق احتمالي بحيث لا يصبح المشتري مالكا ملكية تامة لما اشتراه إلا إذا نجح الغرس وأطعمت الأشجار.

وتماشيا مع هذا الرأي الأخير، فإنه إذا باع مالك الأرض أرضه، فإن الغارس يستحق الشفعة سواء أتم عمله أم لا، لأنه يعتبر شريكا يقيني على الشياح مادام يملك الجزء الذي اتفق عليه مع مالك الأرض ملكية تامة، ويعتبر شريك احتمالي إذا كان مازال لم يتم عمله حين البيع.

غير أنه لا يحكم له بالشفعة في هذه الحالة الأخيرة، إلا بعد إتمام الغارس عمله، لأن حقه في الشفعة يبقى موقوفا إلى أن يتحقق الإطعام والإشهاد عليه، فإن لم يستطع إتمامه لم يحكم له بالشفعة⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ محمد محبوبى : أساسيات في نظام التحفيظ العقاري والحقوق العينية العقارية، م س ، ص 181.
⁴⁸⁶ أحمد الجدوي : م س ، ص 47.

فإذا تحقق الإطعام حكم له بالشفعة، لأنه تبين أنه كان حين البيع مالكا، ينبني على ما ذكرنا من استحقاق الغارس للشفعة إذا باع رب الأرض أرضه على الكيفية المذكورة، أنه إذا كانت مملوكة لعدة أشخاص، وقد دفعوها بالمغارسة لشخص ثم باع أحدهم نصيبه فيها فإن ذلك الغارس يستحق الشفعة مع الباقي من الشركاء، يأخذ نصيبه في الشيء المشفوع على قدر نصيبه إذا كان البيع قد وقع بعد إتمام العمل⁴⁸⁷.

أما إذا بقي حق الغارس في الشفعة موقوفا إلى انتهاء المدة، فيلزم الشريك واحدا كان أو متعددا بأن يشفع جميع ما وقع عليه البيع، ثم إذا استحق الغارس الشفعة، أخذها من يد ذلك الشريك على قدر ما ينويه من الجزء المبيع، وإن لم يستحقها بسبب عدم نجاحه في العمل، بقي ذلك النصيب كله بيد الشريك الشافع، فإن طلب الشريك أن يمكنه المشتري من الشفعة، أخذها من يد المشتري، وإذا تبين له أنه لا يستحقها أخذها الشريك حينئذ فلا يرغم المشتري على الاستجابة لهذا الطلب⁴⁸⁸.

فالغارس يستحق الشفعة إذا باع مالك الأرض أرضه وكان حين البيع قد أتم عمله، فإن لم يتمه بعد حين البيع يبقى حقه في الشفعة موقوفا، إلى أن تنتهي المدة المتفق عليها في المغارسة، فإن نجح في عمله حكم له بالشفعة وإلا فلا.

وإذا باع الغارس نصيبه في الأرض، فيجب التمييز أيضا بين ما إذا كان الغرس ناضجا أم لا⁴⁸⁹.

فإذا باع الغارس الجزء الذي اتفق عليه مع مالك الأرض بعد تمام عمله ونجاح مغارسته، فلا إشكال، إذ لمالك الأرض الحق في أن يشفع ذلك الجزء من المشتري، لأنه

⁴⁸⁷ عز الدين اعسيسو : م س ، ص 48

⁴⁸⁸ عز الدين اعسيسو : م س ، ص 48.

⁴⁸⁹ محمد بن معجوز : أحكام الشفعة، م س ، ص 151.

- محمد محبوب : الشفعة في الفقه المالكي والتشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مذيلة بملحق من 150 قرار للمجلس الأعلى في مادة الشفعة، ابتداء من يونيو 1958 إلى إبريل 1999، الطبعة الثانية، 2000، ص 104.

شريك مع الغارس البائع على الشياح، وإذا كانت تلك الأرض مملوكة لعدة أشخاص، فإنهم يستحقون الشفعة على قدر نصيب كل واحد منهم⁴⁹⁰.

أما في حالة العكس، أي إذا باع الغارس الجزء الذي اتفق عليه مع مالك الأرض قبل تمام عمله وعدم نجاح مغارسته، ففيها خلاف بين الفقه، فهناك من ذهب إلى صحة بيع الغارس قال بالشفعة، وهناك من رأى عكس ذلك قال بالمنع⁴⁹¹.

وإذا كانت هناك أرض مشتركة بين أو أكثر، فيعطي أحدهم حصته فيها لشخص أجنبي عنهم ليغرسها بأشجار، على أن يكون للغارس حصة من الأرض والشجر معا بعد بلوغ الغرس حد الإطعام، فإذا أتم الغارس عمله ونجح الغرس، فإن للشركاء في الأصل أن يأخذوا حصة الغارس شفعة بقيمة الغرس الذي خرج بحصة شريكه لكونه العوض عن الحصة التي أخذها الغارس، وهذه كانت صورة أخرى للشفعة في المغارسة⁴⁹².

وتجدر الإشارة هنا، أن القضاء لا يقبل طلب الشفعة إلا إذا توفرت عدة شروط في الشفيع والمشفوع منه والبائع، وهي لا تتوفر في الغارس في هذه الحالة شفيعا كان أو مشفوعا منه أو بائعا قبل إنجاز عمله⁴⁹³.

⁴⁹⁰ عز الدين اعسيسو : م س ، ص 49.

⁴⁹¹ وهو ما عبر عنه الفاسي في أجوبته: وبعدم صحة البيع تجري الأحكام ها هنا في فاس اليوم، وإذا لم يصح البيع لم تقع الشفعة.

- حاشية الزهوني : م س ، ص 299.

⁴⁹² سليمان الحمزاوي : أحكام الشفعة والصفقة، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، سلسلة دروس المعهد، الطبعة الأولى، وزارة العدل، 1983، الرباط، 45.

⁴⁹³ أحمد الجدوي : م س ، ص 48.

المطلب الثاني: انقضاء عقد المغارسة لأسباب أخرى

ينقضي عقد المغارسة مثله مثل باقي عقود المدة بإنهاء مدته وتحقق الإطعام وقد ينتهي بموت أحد العقدین (مالك الأرض والغارس) وكذا بالإقالة، كما أنه ونظرا لخصوصية عقد المغارسة، فإنه ينتهي بعجز العاقد عن الإستمرار في القيام بالعمل المتفق عليه.

وعليه، نتناول في الفقرة الأولى الإنقضاء بالعدر، وندرس في الفقرة الثانية انتهاءه بأسباب أخرى مختلفة.

الفقرة الأولى: الإنقضاء بالعدر

قد تحدث أمور بالأرض أو العامل خارجة عن السيطرة، يتعذر معها الاستمرار في تنفيذ عقد المغارسة، فتكون سببا لفسخها، وهذه الأعذار قد تصيب الغارس كالمرض، السفر، العجز ونحوها (أولا) وأعذار قد تصاب بها الأرض وهي ما تعرف بالآفة السماوية أو الجائحة (ثانيا)

أولا : مفهوم العذر

يختلف تعريف العذر في اللغة عن تعريفه في الإصطلاح الفقهي، ويختلف عن تعريفه القانوني (أ) لكي يتسنى لنا معرفة الأعذار التي يفسخ بها عقد المغارسة (ب).

1 : تعريف العذر

العذر لغة هو: الحجة التي يعتذر بها والجمع أعذار⁴⁹⁴.

من اعتذر من الذنب، واعتذر أيضا بمعنى اعذر: أي صار ذا عذر، وفي المثل: "أعذر من أنذر"، و تعذر عليه الأمر: تعسر، وتعذر أيضا، أي: اعتذر، واحتج لنفسه⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن منظور: م س ، ج 4، مادة (عذر)، ص 545 .

⁴⁹⁵ الرازي: مختار الصحاح ، مادة: (عذر)، ص 420 . أورده :

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص 480.

فالعذر، لا يعدو أن يكون عبارة عن الحجة التي يعتذر بها بغض النظر عن قبولها⁴⁹⁶.

أ - تعريف العذر في الفقه الإسلامي

في الإصطلاح الفقهي، فالعذر يقصد به: "عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به"، كما ذكره بعض فقهاء الحنفية⁴⁹⁷.

فابن عابدين، عَرَفَ العذر بقوله: "كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ"⁴⁹⁸، إلا أن هذا التعريف يؤخذ عليه أنه ذكر نفس لفظة المعرف في التعريف وهي كلمة عذر، وهذا عيب قبيح، إلا أنه أحسن التعاريف وأقربها إلى تعريف العذر إذا صححنا هذا العيب بتغيير لفظة عذر، فيصبح كالتالي: "هو كل عارض⁴⁹⁹ لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ".

أما فقهاء المالكية، الشافعية و الحنابلة فلم أجد عندهم أي تعريف للعذر.

ففي الفقه الحنفي، يستعمل عادة مصطلح العذر، وهو يكاد يرادف إلى حد ما في مضمونه وفي فحواه نظرية الظروف الطارئة في ثوبها التشريعي الحديث، وفي الفقه المالكي، يستعمل مصطلح الجائحة أو الجوائح، وهو مصطلح عام وشامل يمكن أن

⁴⁹⁶ عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 481.

⁴⁹⁷ برهان الدين المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق أحمد شمس الدين، ج 2، ط 1، 1416هـ/1996م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص 342.

⁴⁹⁸ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار، م س ، ج 9، ص 111.
⁴⁹⁹ ويقصد بالعارض الأحداث العارضة أو الطارئة التي تحدث بعد إبرام العقد سواء تعلقت بالعاقد أو بالمعقود عليه".
أورده:

- هزوشي عبد الرحمان : أثر العذر والجوائح على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006م.

يحتوي في طياته وضمن مضمونه كل من نظرية الضرورة⁵⁰⁰ ونظرية القوة القاهرة إلى جانب نظرية الظروف الطارئة⁵⁰¹.

أما بخصوص المذهب الشافعي والحنبلي، فهي إما تميل نحو نظرية المذهب الحنفي أو نحو نظرية المذهب المالكي⁵⁰².

أما الأستاذ عبد اللطيف البغيل، فقد وضع تعريفا للعدر حسب ما يوحي له التعريف بقوله: "العدر عبارة عما يطرأ على عقد المغارسة من أحوال تسبب ضررا يلحق بأحد العاقدین يمنعه من المضي في العقد سواء كان العذر من جانب مالك الأرض أو من العامل أو الأرض"⁵⁰³.

ب - تعريف العذر في القانون

العذر في القانون الوضعي، هو عبارة عن حادث يطرأ على أحد العاقدین أو محل العقد يجعل من المستحيل الإستمرار في تنفيذه، فالأعذار في القانون، هي الحوادث الطارئة أو الفجائية⁵⁰⁴، فالعذر هو الشيء الطارئ الذي يمنع من القيام بعمل معين.

⁵⁰⁰ تتأسس نظرية الضرورة على أن الشريعة الإسلامية لا يجوز أن ينشأ من تطبيقها ضرر عام أو خاص، فقواعدها الموضوعية، حتى على شكل مؤكد وثابت، يجب أن تفهم وتطبق في إطارها هذا المضمون، ومالم يكن موضوعا ودعت الحاجة إلى وضعه فإنه يجب أن يوضع بما يحقق هذه الغاية. وفي نفس المفهوم قال الامام الغزالي: إن مقصود الشرع أن يحفظ للناس " دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالههم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة مصلحة واقعة في رتبة الضرورات وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.

ومن هذا الأصل قامت نظرية الضرورة وتفرعت عنها في الشريعة الإسلامية عدة قواعد مثال " لا ضرر ولا ضرار" و " الضرر يزال" و "المشقة تجلب التيسير" و "الأمر إذا ضاق اتسع" و "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" وكذلك القاعدة التي تقول "الضرورات تبيح المحظورات". ونظرية الضرورة رغم رعايتها لحق الفرد فإنها تقدم مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد عند تعارضهما.

يراجع بهذا الخصوص:

- محمد بونبات : نظرية الظروف الطارئة، م س ، ص 75 و 76.

⁵⁰¹ عبد الرحمان أسامة : نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية 1983، ص 29.

⁵⁰² عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 1954، ص 89.

⁵⁰³ عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 481.

⁵⁰⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، م س ، ج 2، مجلد 6، ص 90.

2 : الأعذار التي تنفسخ بسببها المغارسة

الأعذار التي تكون سببا لنفسخ المغارسة كثيرة كالمرض، السفر، العجز ونحوها عند فقهاء الحنفية، وقد خالفهم المالكية في ذلك، فذهبوا إلى عدم الفسخ بالعدر إلا إذا كان العذر قد تعلق بالأرض فأذهب منفعتها، وذلك كما لو غارت الأرض أو غرقت. وأجاز الحنابلة للمالك فسخ المغارسة إذا عطل الغارس بعض الأرض عن الغرس بعد أن كان قد اتفق مع المالك على غرسها كلها بالأشجار⁵⁰⁵.

إذن فالأعذار التي ينفسخ بها عقد المغارسة عند فقهاء الحنفية والحنابلة، هي تلك المتعلقة بالغارس⁵⁰⁶ و المتعلقة بمالك الأرض⁵⁰⁷ وأيضا المتعلقة بأرض المغارسة. أما فقهاء المالكية، فقد أخذوا فقط بالأعذار المتعلقة بالأرض فقط، والعذر عند الشافعية⁵⁰⁸، يرجع إلى الأرض مثلهم مثل المالكية ولا صلة للعذر بأوضاع المتعاقدين الشخصية. لذا تقرر استثناء أعمال العذر في حدود ضيقة بخلاف النهج الذي سار عليه الفقه الحنفي⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ أنور محمود دبور : م س، ص 368.
⁵⁰⁶ الأعذار التي ينفسخ بها عقد المزارعة هي نفسها التي ينفسخ بها عقد المغارسة لدى فقهاء الحنفية والحنابلة و المتعلقة بالغارس كثيرة نذكر على سبيل المثال:
- مرض الغارس، لأن المرض يعجزه عن العمل.
- سفر الغارس لمصلحة له لا يستطيع تفويتها إلا بمضرة.
- انتقال غارس من حرفة الزراعة إلى التجارة أو إلى حرفة أخرى.
يراجع بهذا الخصوص :
- عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 482.
⁵⁰⁷ أما الأعذار المتعلقة بمالك الأرض لدى فقهاء الحنفية والحنابلة فإن أهمها هي : أن يلحق بمالك الأرض دين فادح محوج إلى بيع أرض المغارسة.
يراجع بهذا الخصوص :
- عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 482.
⁵⁰⁸ ويستشف ذلك من خلال قول الإمام الشافعي بخصوص عقد الكراء: "إذا تكاثر الرجل الأرض بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه من الزرع أو ذهب بها سبيل أو غصبها فيحيل بينه وبينها سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك..."
يراجع :
- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي : م س ، ج 2، ص 17.
⁵⁰⁹ محمد بونبات : نظرية الظروف الطارئة بين الأخذ و الرد في المغرب، م س ، ص 83.

فالأعذار التي قد تقوم في أرض المغارسة قد تصاب بها قبل الغرس وقد تصاب بها الأرض والأغراس و النباتات بعد الزرع، وفساد الغرس- أي الأشجار و الثمار- يأتي من جهة فساد الأرض، وهذه الأعذار التي ترتبط بالأرض و الغرس في المغارسة، هي أعذار تدخل تحت ما يسمى بالآفة السماوية والجائحة.

ثانيا : الآفة السماوية و الجائحة

سنتناول في هذه النقطة مفهوم كلا من الآفة السماوية والجائحة (أ) لكي نتعرف على ما يمكن أن يفسخ به عقد المغارسة(ب).

1 : تعريف الآفة والجائحة

أ - تعريف الآفة

لغة: جمع آفات ، هي كل ما يصيب شيئا فيفسده من عاهة، أو مرض، أو قحط.

آفة زراعية: ما يفسد الزرع من دود أو حشرات و غيرها.

آفة العلم النسيان: مصيبة العلم⁵¹⁰.

أما اصطلاحا : فليس للفقهاء معنى آخر للآفة غير المعنى اللغوي، وقد يقيّدونها بكونها سماوية وهي ما لا صنع لآدمي فيها كالسيل والوباء، وربما تطلق في مقابل الأرضية كالريح والصاعقة، والآفة قد تصيب الإنسان، الزرع والحيوان⁵¹¹.

وكذلك لم يختلف الفقهاء في اعتبار الآفات السماوية من الجوائح⁵¹²، والأعذار التي تدخل تحت الآفات السماوية كثيرة منها: "النار، الريح، الثلج، الغرق بالسيل ، البرد، الطير

⁵¹⁰ معجم المعاني الجامع، : www.almaany.com

⁵¹¹ معجم : www.wikifigh.ir

⁵¹² عبد الحق الأزهرى : م س ، ص 111.

الغالب، المطر المضر و الدود⁵¹³...، هذه بعض الآفات السماوية التي قد تصيب الأرض و الزرع فتجعله هباء⁵¹⁴.

ب - تعريف الجائحة

لغة: هي مأخوذة من الجوح وهو الهلاك⁵¹⁵، وأيضا المصيبة المستأصلة، جمعها جوائح، وعرفاً ما أتلّف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات⁵¹⁶.

اصطلاحاً: كل أمر سماوي لا صنع للآدمي فيه⁵¹⁷، من ريح أو برد أو جراد...أهلك نباتا أو ثمرة⁵¹⁸.

ومعنى الجائحة عند فقهاء المالكية، هي الكارثة الطبيعية المهلكة للثمار مثل البرد وعدم المطر أو الجفاف⁵¹⁹، إلا بعد فوات إبان الزرع، وغرق الأرض من جراء الماء والجليد و الدود، كما يندرج في حكم الجائحة فعل الآدمي حسب الرأي في فقه المالكية، مثال غارة الجيش على حين غرة⁵²⁰، وكذلك حصول فتنة منعت زرع الأرض⁵²¹.

⁵¹³ أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الخطّاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 4، ط 1، 1995. دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص 507.

- محمد بلقاسم السجلماسي: م س، ص 235.

- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: م س، ج 2، ص 92.

- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: م س، ج 8، ص 384.

⁵¹⁴ عبد اللطيف البغيل: م س، ص 483.

⁵¹⁵ محمد بن راشد بن علي العثمان: بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي (بحث مقارنة)، ط 1، 1414هـ/1994م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ص 333.

⁵¹⁶ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني: شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 3، ط 2، 1420هـ/2000م، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ص 364.

⁵¹⁷ أبو محمد ابن قدامة: م س، ج 4، ص 119.

⁵¹⁸ شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: م س، ج 3، ص 164.

⁵¹⁹ حسب ما جاء في القرار عدد 154 الصادر بتاريخ بتاريخ 14 يوليوز 1972 الذي نص على أن: " الجفاف يعتبر بمثابة قوة قاهرة تعفي المكتري من أداء الكراء للدولة كليا أو جزئيا حسب نص الفصل 710 من قانون المسطرة المدنية.

- تكون المحكمة قد علّلت قضاءها بما فيه الكفاية حين صرحت بأن النقصان الواقع في المحصول الفلاحي راجع إلى حالة الجفاف التي أصابت السنة الفلاحية، وأن هذا السبب الأجنبي الذي لم يكن في الوسع دفعه ولا توقعه يكون قوة قاهرة تعفي من تنفيذ الالتزام بتمامه".

قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، ع 25، ص 189.

أورده: - الحسن البوعيسي: كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة الالتزامات والعقود، سلسلة كرونولوجيا الاجتهاد القضائي، الكتاب السادس، ط 1، 2004، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 67.

⁵²⁰ محمد بونبات: نظرية الظروف الطارئة بين الأخذ و الرد في المغرب، م س، ص 90.

⁵²¹ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: م س، ص 224.

وفي مثله قال الناظم في تحفة الحكام بصدد الحوائج التي ليست محل خلاف: ومتوالي القحط والأمطار *** جائحة الكراء مثل الفار والفورة هو الحر الشديد)

وقد عرفها العلامة خليل، تعريفا عاما غير مقيد بثمر ولا غيره فقال: "الجائحة هيماء لا يستطيع دفعه"⁵²².

أما فقهاء الشافعية، فقد عرفوها بأنها: "الآفة التي تصيب الثمار فتهلكها"⁵²³.

والحنابلة، قالوا بأن: "الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد"⁵²⁴.

و محل الجائحة، هي الثمار والبقول وأما الثمار فلا خلاف فيها، في حين أن البقول لابد من توافر شرطين لتصور الجائحة:

الأول: أن تكون الجائحة من فعل الإنسان.

الثاني: أن تكون الجائحة قد أصابت لا أقل من ثلث الثمار⁵²⁵.

هذا بالنسبة للفقهاء، أما علماء اللغة، فقد أطلقوا في المحل ولم يقيدها بشيء⁵²⁶.

قانوننا: بالنسبة لفقهاء القانون، فهم يعبرون عن الجائحة بما يعرف بالقوة القاهرة، ويعبرون عنها أيضا بالحادث الفجائي، وقد حاول بعض فقهاء القانون، التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي⁵²⁷، ورأى أن القوة القاهرة⁵²⁸، هي الحادث الذي ينتج عن عمل الطبيعة، والذي لا يمكن توقعه أو دفعه كالعاصفة، الزلزال والطوفان.

⁵²² شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: م س ، ص 185.

⁵²³ العلامة المطيعي: تكملة المجموع شرح المذهب ، ج 12، ص 103. أورده:

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص 484.

⁵²⁴ ابن تيمية: مجموع الفتاوي، ص 278. أورده:

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص 483.

⁵²⁵ أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري: التفريع، ج 2، ط 1، 1407/1987م، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ص 152.

⁵²⁶ سليمان بن ابراهيم الثنيان: الجوائح وأحكامها، ص 113. أورده:

- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص 485.

⁵²⁷ القوة القاهرة هي: حادث يأتي من الخارج ولا يتصل بنشاط المدين، كعاصفة أو زلزال أو فيضان أو حالة الحرب أو ثورة أو أمر إداري.

⁵²⁸ الحادث الفجائي هو: حادث يأتي من الداخل فيكون متصلا بنشاط المدين، بحيث ينجم عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كانهيار آلة أو احتراق مادة.

ج: الجائحة التي يفسخ بسببها عقد المغارسة

إذا وجد عيب في الأرض يمنع من غراستها، كما إذا اتضح أنها شديدة الملوحة، أو غمرتها المياه، أو أصيبت بالقحط أو غيره من العيوب التي تمنع من غراستها، فإن هذه العيوب لا تخلو من أمرين:

- الأمر الأول : أن تكون العيوب قد حدثت بالأرض قبل غراستها وقبل استلامها، وتستمر طيلة مدة عقد المغارسة، آنذك تنفسخ المغارسة.
- الأمر الثاني : أن يقع العيب بعد المغارسة، وهنا نميز بين حالتين:
 - أن يقع العيب بعد مدة لا يستحق فيها الحصة فتفسخ المغارسة.
 - أن يحدث العيب بعد مدة يستحق فيها الحصة فيفسخ في المدة الباقية فقط، ولمالك الأرض حصة المثل في المدة الماضية⁵²⁹.

أي أن عقد المغارسة، ينتهي إذا وجد عيب بالأرض سواء قبل استلامها أم بعدها، ففي حالة وجود عيب بعد مضي وقت على بدء الغارس للعمل، فإنه يستحق الحصة المتفق عليها فيما لا عيب فيه، ويفسخ العقد في المدة المتبقية.

وعليه، يمكن القول إن الفقهاء لم يتفقوا على اعتبار هذه الأعذار وإنما اختلفت مذاهبهم في الأخذ بها في فسخ المغارسة بين مقل و مكثر منها، فالمالكية ومن معهم من الشافعية والحنابلة كما رأينا، قد ضيقوا كثيرا من نطاق الأخذ بالأعذار، عكس فقهاء الحنفية الذين توسعوا في الأعذار على الرغم من عدم أخذهم بالجوائح إلا أنهم اعتبروها من الأعذار في المغارسة.

⁵²⁹ في هذا الصدد نجد الإمام القرافي يقول بخصوص عقد الكراء: "إذا لم ينزل المطر أو غرقت الأرض، أو غارت البئر قبل تمام الزرع، فهلك الزرع، رجع بالكراء لعدم تسليم المنفعة، فإن لقي الماء للبعض وهلك البعض، حصل ما له به نفع، وعليهم الكراء بقدر، وإلا فلا".

- شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي الشهير بالقرافي: الذخيرة: م س ، ج 5 ، ص 538.

ويبدو أن رأي الفقهاء بخصوص الأعذار التي يفسخ بسببها عقد المغارسة، هي أعذار وجوائح تعطى في الأصل للكرء والإجارة وهي على سبيل القياس لعقد المغارسة، لأن ما تؤدي إليه الأعذار من عيب و تلف وفساد في الأرض المؤجرة والمكترة هي نفسها في أرض المغارسة، أما ما يصيب الزرع والغرس من هلاك بعد نباته من جائحة كالود أو ريح أو جليد أو نار أو سيل... فلا يعطي الحق للغرس فسخ المغارسة ولا يعفيه من الحصة لأن الهلاك لم يأت من جهة الأرض⁵³⁰.

إلا أن الإشكال المطروح، هو أنه إذا تقرر أنه يترتب على العذر إنقضاء العقد فهل يحتاج الفسخ لقضاء القاضي أم أنه يتم بالتراضي ولا حاجة إلى القضاء؟

اختلف الفقهاء في ذلك، ذهب فريق إلى أنه إذا كان العذر الموجب للفسخ ظاهراً، فإنه لا يحتاج فيه إلى الفسخ عن طريق القضاء ، أما إذا كان العذر الموجب للفسخ خفياً، فإنه يشترط القضاء فيه ليظهر العذر ويزول الاشتباه⁵³¹.

أما في المعيار المعرب فقد جاء فيه: " كما أن الجائحة لا تثبت إلا بالعدول من ذوي الخبرة في الفلاحة⁵³²".

لكن، ونظراً لتعدد المعاملات في عصرنا هذا وتشابك المصالح وقلة الوازع الديني لدى الناس، فإنه يجب أن يكون فسخ المغارسة للأعذار الطارئة عن طريق القضاء، فالقاضي أعلم بالأحكام وأدرى بما يحقق المصلحة للطرفين، فيكون حكمه أقرب إلى العدالة وتحقيق المصلحة.

⁵³⁰ قال القرافي: "وأما هلاكه ببرد أو جليد أو جائحة فعليه الكراء، لأنها ليست من جهة الأرض ..."
- شهاب الدين أبو العباس الصنهاجي الشهير بالقرافي: الذخيرة ، م س ، ج 5 ، ص 538.

- أبو اسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيق : م س ، ج 2 ، ص 505.

⁵³¹ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، ط 2، 1419هـ/1998 ، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 58.

⁵³² أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي : م س ، ص 130.

إذا ثبت هذا، قلنا إن فقهاء المالكية لم يأخذوا بالعدر والجائحة في فسخ عقد المغارسة، إلا إذا أضر بالأرض، أما إذا كان لاحقاً بأحد العاقدين فلا يؤثر ذلك لأن العقد يبقى لازماً له.

الفقرة الثانية : الانقضاء بالإقالة وموت أحد العاقدين

المغارسة عقد يتم بتراضي مالك الأرض والغارس على إبرامه، لكن قد يظهر لهما إنهاء المغارسة قبل حلول أجل إنتهائها بإرادة الطرفين بالإقالة (أولاً) أو بغير إرادتهما بموت أحدهما (ثانياً).

أولاً : الإقالة

سنتطرق لتعريف الإقالة لغة واصطلاحاً (أ) ثم في قانون الإلتزامات والعقود (ب) لكي نتعرف على آثار الإقالة على عقد المغارسة (ج).

أ : الإقالة لغة واصطلاحاً

لغة : من أقاله البيع إقالة إذا فسخه، وربما قالوا: "قاله" البيع بغير ألف، وهي لغة قليلة، واستقاله البيع فأقاله إياه⁵³³. بمعنى الرفع والإزالة⁵³⁴.

اصطلاحاً : عرفها المالكية بأنها: رجوع كل عوض لصاحبه⁵³⁵.

أما الإمام ابن عرفة، فقد عرفها بأنها : " ترك المبيع لبائعه بثمنه"⁵³⁶.

في حالة إذا ندم أحد طرفي عقد المغارسة على ما أقدم عليه بعد إبرام العقد، وطلب من صاحبه أن يقيله، أي أن يوافق على فسخ العقد فأجابه إلى ذلك ، فإن عقد

⁵³³ عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 655.

⁵³⁴ محمد بن أحمد صالح : م س ، ص 168.

⁵³⁵ أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي : م س ، ج 2، ص 418.

⁵³⁶ أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع : م س ، ص 385.

المغارسة يفسخ عن طريق الإقالة⁵³⁷، فالإقالة بيع في حق العاقدين و غيرهما إلا إذا تعذر جعلها بيعاً، فإنها تكون فسخاً⁵³⁸.

والإمام سحنون قال: "قلت: أرأيت لو أني اكرتيت أرضاً من رجل فندمت، وطلبت إليه أن يقلني فأبى، فزدته دراهم، أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم، لا بأس بذلك عند مالك، والله سبحانه وتعالى أعلم"⁵³⁹.

وفقهاء المالكية، يرون أن الإقالة بيع ثان يشترط فيها ما يشترط فيه ويمنعها ما يمنعه، فهي كعقد جديد بين الطرفين، إذا ثبت هذا، قلنا إن الحكم نفسه ينطبق على عقد المغارسة، فهي عقد جديد بين مالك الأرض و الغارس، غايته إنهاء العقد⁵⁴⁰.

فالإقالة، هي تنازل أحد المتعاقدين للآخر عن نفاذ العقد، وقد شرعت لمصلحة المتعاقدين دفعا للندم، وإجابة الطرف النادم إلى الفسخ مندوب إليها، لأن الحكمة من مشروعية الإقالة الرفق بالناس في معاملاتهم وبث روح التكافل بينهم، ومراعاة مصلحة الآخرين.

⁵³⁷ محمد البوشواري: كراء الأراضي الفلاحية، م س، ص 286.
⁵³⁸ أحمد بن أحمد المختار الجنكي الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، ج 4، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص 485.

- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: م س، ج 6، ص 6-9.
⁵³⁹ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد: م س، ج 2، ص 105.

- قال ابن عاصم: إقالة تجوز فيما حلا *** بالمثل أو أكثر أو أقل
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: م س، ج 2، ص 105.
⁵⁴⁰ لو قال "الإقالة من المغارسة" لكان أولى، لأن الفسخ إنما يكون لأجل اختلال شرط أو وجود مانع ولا شيء من ذلك في هذه الوثيقة، فإذا تقايل العاقدان للمغارسة فيها فاكذب وثيقة الإقالة هكذا:

(الحمد لله حضر لدى شهيديه) أي الرسم (المتغارسان) لو قال المتعاقدان (أعلاه) أو حوله بالرسم المؤرخ ب... والمضمن بعدد صحيفة الخ (أشهدا على أنفسهما أنهما فسخا المغارسة) لو قال أنهما تقايلا في المغارسة (المعقودة بينهما أعلاه) أو حوله حيث أشير (لكون الغارس لم يشرع فيها إلى الآن) هذا فرض مثال فتجوز لهما الإقالة حتى بعد شروع العامل في الغرسة فلا مفهوم لهذا السبب الذي ذكره المؤلف وإنما هو أحد أسباب متعددة (فسخا كلياً) أي واقعا على جميع فصولها لا على بعضها فقط (أبدياً) أي في جميع الأوقات لا في بعضها (عادت) الأرض (بسبب الفسخ المذكور) أي الإقالة المذكورة (إلى ربها المذكور وسقط عن الغارس ما التزمه) من غرسة الأرض لا ومقابلة غرسها مدة محدودة. والأولى أن يقول " ولم يغرس العامل فيها ما شيئاً" لأن العامل لا يجب عليه الغرس أو إتمامه بل له ترك الغرس من أصله أو الانقطاع عنه بعد شروع فيه (عرفاً) أي المتقايلا (قدره) أي مقدار المشهود به عليهما (شهد به عليهما بأكمله) أي الإشهاد المذكور. وأكملتيه عبارة عن كون طرفيه صحيحين رشيدين طائعين (وعرفهما) أو عرف بهما كافياً أو الحلية لهما (وفي كذا) أي وفي الساعة من يوم...
- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي: م س، ج 1، ص 137.

أما فقهاء المذهب الحنفي، فقد اعتبروا أن الإقالة بيع جديد في حق غير العاقلين سواء قبل القبض أو بعده، فقد قال أبو حنيفة: "الإقالة فسخ في حق العاقلين، بيع جديد في حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده" ⁵⁴¹

أما عند الشافعية والحنابلة، فإن الإقالة فسخ ينحل به العقد مطلقاً ⁵⁴² في حق الناس كافة، لأن الإقالة هي الرفع و الإزالة، وعليه فإن هذا الفسخ سينهي عقود المعاملات ومنها عقد المغارسة.

أما الدكتور وهبة الزحيلي وباعترافه من الفقهاء المعاصرين، فإنه يعتبر الإقالة نوعاً من أنواع الفسخ، لكنه يختلف عن الفسخ الأخرى والتي لا يشترط فيها رضا المتعاقدين، بل تصح من طرف واحد، أما الإقالة فلا تصح إلا برضا طرفي العقد ⁵⁴³.

من خلال ما سبق، يظهر لنا جلياً أنه رغم اختلاف الفقهاء في مسألة تحديد طبيعة الإقالة من حيث اعتبارها عقداً جديداً أم فسخاً، إلا أنهم اتفقوا في كون الإقالة سبباً من أسباب إنهاء عقد المغارسة.

ب : الإقالة في قانون الإلتزامات والعقود المغربي

يسوغ للمتعاقدين بعد إبرامهما عقداً ما، الإتفاق على إقالة هذا العقد والتحلل من الإلتزامات التي نشأت عنه باستثناء الزواج ⁵⁴⁴.

الإقالة في العقود تستمد مشروعيتها من النظرية العامة للإلتزامات، وبالضبط بما ورد في الباب الثامن المعنون بالإقالة الإختيارية، والمندرج في القسم السادس من الكتاب

⁵⁴¹ أبو بكر بن مسعود الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، ط 2، 1406هـ/1986، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ص 306.

⁵⁴² شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، م س، ج 2 ، ص 65.

⁵⁴³ وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته، م س ، ج 4 ، ص 3163.

⁵⁴⁴ صلاح الدين دكدك : حقيقة الفسخ في عقود الأكرية الفلاحية بين الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، م س ، ص 174.

الأول من قانون الالتزامات والعقود والمعنون بإنقضاء الالتزامات وبالضبط الفصول من 393 إلى 398 التي عرفت الإقالة، حددت أنواعها وطبيعتها وآثارها.

فالإقالة⁵⁴⁵، تعتبر سببا من أسباب انقضاء الالتزامات، حيث ينص الفصل 393 من ق.ل.ع على أنه: "تتقضي الالتزامات التعاقدية، إذا ارتضى المتعاقدان عقب إبرام العقد، التحلل منها وذلك في الحالات التي يجوز فيها الفسخ بمقتضى القانون".

فالإقالة طريق لانقضاء الالتزام إذا قبل أطراف العقد إفراغه من آثاره، فهي سبب غير مباشر لإنقضاء الالتزامات التعاقدية، يحصل عن طريق فسخ المتعاقدين اختياريا للعقد الذي كان مصدرا لها، والذي يستتبع فسخه زوال ما كان مترتبا عليه من التزامات⁵⁴⁶. كما أن الإقالة الاختيارية لا تضر بالغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقا على الأشياء التي هي محل الإقالة⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ الإقالة نوعان إما إقالة صريحة وإما إقالة ضمنية :

- وتكون **الإقالة صريحة** إذا اتفق المتعاقدان بعد إبرام عقدهما على تجريد العقد الأول من كل آثاره، وتخضع الإقالة الصريحة في إثباتها للقواعد العامة في الإثبات.

- أما **الإقالة الضمنية** فهي التي تستفاد من عمل المتعاقدين ونيتهما في إقالة العقد الذي ربط بينهما، كأن يقوم البائع بعد انعقاد عقد البيع بإرجاع الثمن إلى المشتري، والمشتري بإرجاع الشيء محل البيع إلى البائع. وهنا نص الفصل 394 من ق.ل.ع على ما يلي: " يجوز أن تقع الإقالة ضمنيا، كما هي الحال إذا قام كل من المتعاقدين بعد إبرام البيع بإرجاع ما أخذه من مبيع أو ثمن للآخر".

يراجع بهذا الخصوص :

- المختار العطار: الوجيز في القانون المدني، أوصاف الالتزام وانتقاله وآثاره وانقضاؤه، ط 1، 1421هـ/2001م، (دون ذكر مكان الطبع)، ص 265.

⁵⁴⁶ ينص الفصل 397 من ق.ل.ع على أنه : "يترتب على الإقالة عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت إبرام العقد.

ويجب على المتعاقدين أن يرجع كل منهما للآخر ما أخذه منه بمقتضى الالتزام الذي وقعت فيه الإقالة. كل تعديل يجرى على العقد الأصلي يفسد الإقالة ويحولها إلى عقد جديد."

يراجع بهذا الخصوص :

- مامون الكزبري : أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج 2، ط 1، 1970، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 595.

⁵⁴⁷ ينص الفصل 398 من ق.ل.ع على أن : " الإقالة الاختيارية لا تضر بالغير الذي اكتسب بوجه صحيح حقوقا على الأشياء التي هي محل الإقالة".

هذا بخصوص التعريف، أما بالنسبة لطبيعة الإقالة، فهي تصرف قانوني تخضع من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية كما في الفصل 395 من ق ل ع⁵⁴⁸.

ج : آثار الإقالة في عقد المغارسة

يكون التقايل في عقد المغارسة باتفاق الطرفين: الغارس و مالك الأرض على إنهاء عقد المغارسة قبل المدة المعقود لها، وهو ما يعرف بالإنفساخ⁵⁴⁹، حيث يتفق طرفا العقد على جعل حد لآثاره، فيتحل كل طرف من الإلتزامات الملقاة على عاتقه بمقتضى هذا العقد⁵⁵⁰، أي أن قانون الإلتزامات و العقود لا يختلف عن الفقه المالكي في جواز التقايل في عقد المغارسة.

ولا أثر للإقالة حسب الفصل 396 من قانون الإلتزامات و العقود إلا في حالتين:

- أولها :إذا كان محل العقد شيئا معيناً بالذات و هلك أو تعيب أو حصل له بصنع الإنسان تغير في طبيعته.
- ثانيها :إذا استحال على المتعاقدين، لأي سبب آخر، أن يرجع أحدهما للثاني ما أخذه منه بالضبط، إلا إذا اتفق المتعاقدان، في الحالتين السابقتين على تعويض الفرق.

⁵⁴⁸ ينص الفصل 395 من ق.ل.ع على أنه: " تخضع الإقالة من حيث صحتها للقواعد العامة المقررة للالتزامات التعاقدية.

الأوصياء والمديرون وغيرهم من الأشخاص الذين يعملون باسم غيرهم لا يسوغ لهم أن يتقايلوا إلا في الحالات ووفقا للإجراءات الواجبة للقيام بالتقويضات التي تخولها لهم ولايتهم، وبشرط أن تكون هناك منفعة للأشخاص الذين يعملون باسمهم".

⁵⁴⁹ إن الفقهاء المسلمين والقانونيين المغاربة على حد سواء تارة ينهون العقد بالفسخ وتارة أخرى ينهونه بالإنفساخ في حالة حدوث سبب طارئ لا إرادي يؤثر على استمرارية العقد، والحقيقة ، وبغض النظر عن حقيقة كل من المصطلحين، فإن النتيجة واحدة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي فكلا المصطلحين يفيدان إنهاء العقود عموما، لكن الفرق الأساسي بينهما هو أنه في الفسخ ينتهي العقد غالبا بالتراضي أو بالتقاضي، وفي الإنفساخ ينتهي العقد غالبا من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى اللجوء إلى القاضي، وذلك باتفاق الشرع الإسلامي والقانون المغربي، وبطبيعة الحال مع مراعاة ما اتفق عليه المتعاقدان من شروط تحدد مصير العقد، والتي قد تؤدي إلى مخالفة ما سبق ذكره بشأن الفسخ والإنفساخ.

- صلاح الدين دكداك : حقيقة الفسخ في عقود الأكرية الفلاحية بين الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مقال منشور بمجلة القصر، ع 23، ماي 2009، ص 173.

⁵⁵⁰ محمد البوشواري : كراء الأراضي الفلاحية ، م س ، 287.

ثانيا : موت أحد العاقدين

عند إبرام المغارسة وبعد أن يبدأ الغارس بالعمل وقبل حلول حد الإطعام، قد يموت أحد العاقدين، وفي هذا الصدد اختلفت الآراء والمواقف الفقهية والقانونية بخصوص استمرار عقد المغارسة، أم أنها تنتهي بمجرد موت أحد العاقدين، هذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال موقف الفقهاء من موت أحد العاقدين (أ) وموقف القانون أيضا من هذه المسألة (ب).

أ : موقف الفقهاء

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إمكانية فسخ المغارسة بسبب موت أحد العاقدين، إذ تنفسخ المغارسة عند الحنفية بموت أحد العاقدين، كما تنفسخ بذلك عندهم الإجارة، المزارعة و المساقاة، ويخالفهم الجمهور في ذلك، حيث يرون أن عقد المغارسة عقد لازم لا ينفسخ.

ويمكن رد اختلافهم هذا إلى توجهين :

- التوجه الأول:

اعتبر فقهاء المالكية⁵⁵¹، الشافعية⁵⁵² و طائفة من الحنابلة أن موت أحد العاقدين لا يؤثر على عقد المغارسة، إذ لا يمكن فسخه بالموت، سواء مات مالك الأرضام الغارس، لأن العقد يبقى إلى انقضاء المدة المحددة في العقد، ولأن الوارث يحل محل كل واحد منهما، فإن مات المالك أتم الغارس العمل، وإن مات الغارس انتقل عقد المغارسة إلى الورثة، فإن أبى ورثته القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته. والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه، فعلى هذا

⁵⁵¹ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس ، م س ، ج 6، ص 578.

- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: م س ، ج 3، ص 545.

- محمد بن القاسم السجلماسي الرباطي : شرح العمل المطلق، طبعة حجرية، مطبعة فاس العليا، ص 149.

⁵⁵² شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ج 2، طبع دار المعرفة، بيروت- لبنان، ص 14.

يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلمالك الأرض الفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه⁵⁵³.

- التوجه الثاني :

يرى فقهاء الحنفية وطائفة من أصحاب الإمام أحمد، أن المغارسة يجوز فسخها إذا مات أحد العاقدين، وعللوا موقفهم هذا بأن موت أحد العاقدين، يجعل المنافع المعقودة عليها منتقلة إلى الورثة وذلك لا يجوز⁵⁵⁴. فعقد المغارسة يفسخ بالموت إذا لم يكن هناك من يقوم مقام المتوفى سواء كان مالك الأرض أم الغارس، وقيل يفسخ العقد بموت أحدهما لأن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت.

فإذا مات مالك الأرض فلورثته فسخ المغارسة أو التراضي مع الغارس على الإبقاء عليها، وإذا مات الغارس فلورثته فسخ المغارسة أو التراضي مع مالك الأرض على إتمامها.

وقد استدلوا على هذا ب :

- إلزام الوارث بما لم يلزمه وبما لم يكن طرفاً فيه ظلم له.
- إن المغارسة كالإجارة، فالإجارة لو لم تفسخ بموت أحد العاقدين لأدى ذلك إلى إباحة أكل أموال الناس بالباطل وأكل أموال الناس بالباطل حرام.

فإذا مات المؤجر، فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بموته، فتبطل المغارسة لفوات المعقود عليه، لأن رقبة العين تنتقل إلى الوارث، والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقداً ولا راضياً به⁵⁵⁵.

⁵⁵³ صلاح الدين دكداك : م س ، ص 422.

⁵⁵⁴ علي حيدر خواجه أمين أفندي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام، ج 1 ، ط 1 ، 1411هـ/1991، دار الجبل ، بيروت - لبنان، ص 416.

- زين العابدين ابراهيم ابن نجيم : الأشباه و النظائر، 1387هـ/1968م، تحقيق عبد الرحمان الوكيل، المطبعة الحسينية، مطابع سحل العرب، نشر مؤسسة الحلبي، ص 414.

⁵⁵⁵ عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 495.

أما في حالة إذا مات الغارس أو المستأجر فلو بقي العقد إنما يبقى على أن يخلفه وارثه، والمنفعة المجردة لا تورث، ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل إلى وارثه، وكذا لو مات المستعير تبطل العارية فكذاك المغارسة والإجارة، إذ لا فرق بينهما إلا من حيث إن أحدهما بعوض والآخر بغير عوض، وذلك لا تأثير له في حق الإرث بالأعيان المملوكة بعوض أو بغير عوض⁵⁵⁶.

وقياس موت أحد طرفي المغارسة على موت أحد الزوجين في عقد النكاح، فكما أن عقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه وارثه فكذاك المغارسة⁵⁵⁷.

ورغم أن فقهاء المذهب الحنفي ومن معهم، يرون فسخ المغارسة بموت أحد العاقدين، إلا أنهم عادوا فاستثنوا حالتين:

- الأولى: إذا أقر وارث مالك الأرض ورثة الغارس برضاهم فذلك جائز⁵⁵⁸.
- الثانية: إذا توفى أحد العاقدين بعد المغارسة وقبل الإطعام، فإن المغارسة في هذه الحالة لا تفسخ، وسبب استثناء هذه الحالة من حكم فسخ المغارسة بموت أحد العاقدين، هو الحرص على مصلحة العاقدين ودفع الضرر عنهما، فكان توقع حد هذا الضرر من جراء الفسخ بمثابة عذر يمنع الفسخ، وذلك لأن المغارسة كما تفسخ بالأعذار تبقى بالأعذار أيضا⁵⁵⁹.

إذا ثبت هذا قلنا، إن رأي فقهاء المالكية والشافعية وطائفة من فقهاء المذهب الحنبلي، هو الراجح والأكثر صوابا، ذلك لأن موت أحد العاقدين لا يجب أن يكون سببا من أسباب انتهاء عقد المغارسة، أي أن عقد المغارسة لا يفسخ بموت أحد العاقدين لأنه

⁵⁵⁶ أبو بكر محمد شهاب الدين السرخسي: م س ، ج 15، ص 153 .

⁵⁵⁷ عبد اللطيف البغيل : م س ، ص 496.

⁵⁵⁸ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: م س، ج 8، ص 225.

⁵⁵⁹ داماد أفندي : بدر المتقى في شرح الملتقى، بهامش مجمع الأنهر، ج 2 ، دار إحياء التراث العربي ،ص401. أورده:

- عبد اللطيف البغيل : م س، ص 496.

عقد لازم كالبيع، فإذا مات مالك الأرض أكمل الغارس عمله إلى حد الإطعام، أما إذا مات الغارس أكمل ورثته المغارسة في حالة وجودهم، أما إذا لم يكن للغارس وارث فيستأجر المالك من يُتِم العمل، فالأهم من هذا يجب ألا تضيع حقوق أحد العاقلين بموت أحدهما.

ب : موقف القانون

لم تتطرق مدونة الحقوق العينية لمسألة موت أحد طرفي عقد المغارسة كسبب موجب لانتهاء العقد، وعليه وبالعودة إلى بعض القوانين الوضعية العربية، فإننا نجد أنها تنص في نصوصها على عدم انتهاء عقد المغارسة بموت أحد العاقلين.

فالمادة 831 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 نصت على أنه: "لا يفسخ عقد المغارسة بموت أحد الطرفين، بل يقوم ورثة كل منهما مقامه، غير أنه إذا كان ورثة المغارس غير قادرين على الإستمرار في المغارسة، كان لمالك الأرض حق الفسخ على أن يعوض الورثة عما يصيب مورثهم من قيمة الأشجار قائمة مع التعويضات الأخرى إن كان لها وجه⁵⁶⁰".

وعليه، يمكن القول إن عقد المغارسة لا ينقضي بموت المالك، وإنما يستمر هذا العقد بين الغارس وورثة مالك الأرض، فيلتزم الأول قبل الآخرين بذات الإلتزامات التي كان يلتزم بها قبل مورثهم، وكذلك يلتزم بأن يؤدي إليهم نسبة المحصول التي كانت تستحق للمالك،

560 المادة 625 من القانون المدني الليبي الذي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م: "لا تنقضي المزارعة بموت المؤجر، ولكنها تنتهي بموت المستأجر".

-المادة 734 من القانون المدني الأردني لسنة 1976 التي نصت في فقرتها:

"1 إذا مات مالك الأرض والزرع لم يدرك يستمر الزارع في العمل حتى يدرك الزرع وليس لورثته منعه.

2 وإذا مات المزارع والزرع لم يدرك قام ورثته مقامه في العمل حتى يدرك وإن أبى مالك الأرض."

-المادة 746: "تسري أحكام المزارعة على المساقاة فيما لا يتعارض مع طبيعتها".

المادة 748: "تسري أحكام المساقاة على المغارسة فيما لا يتعارض مع طبيعتها".

نفس المقتضيات نصت عليها المادة 837 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 و المعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987.

فالقانون المدني المصري نص في مادته 626 على أنه: "لا تنقضي المزارعة بموت المؤجر، ولكنها تنقضي بموت المستأجر".

ورغم هذا فالمرجع المصري قرر أن يوحد الحكم بين المستأجر و المزارع فنص في المادة 33 مكرر من قانون الإصلاح الزراعي على أنه: "لا ينتهي إيجار الأراضي الزراعية نقداً أو مزارعة بموت المؤجر ولا بموت المستأجر".

ويصبح ورثة المالك ملتزمين بكافة التزامات مورثهم قبل الغارس، وذلك في حدود التركة التي آلت إليهم.

نفس الشيء بالنسبة لموت الغارس، فلورثته الخيار بين إنهاء العقد أو الإستمرار في العمل، فإن اختاروا الإنهاء والغرس لم يصل إلى حد الإطعام، استحقوا عند نضجه ما يصيب مورثهم منه بنسبة ما عمل حتى موته، إلا أن هذا الحكم لا يتعلق بالنظام العام، فيجوز الإتفاق على ما يخالفه، أي أنه يصح للطرفين الإتفاق مقدما على أن موت الغارس لا تنتهي به المغارسة، فيلتزم الورثة بالعقد إذا كان من بينهم من يستطيع القيام بالمغارسة، وإلا جاز لهم أن يطلبوا إنهاء المغارسة بالرغم من وجود هذا الإتفاق⁵⁶¹.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فيمكن أن نستشف نفس الموقف الذي أخذت به القوانين الوضعية العربية من خلال القواعد العامة، وخصوصا الفصل 698 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أنه: "لا يفسخ الكراء بموت المكثري ولا بموت المكري..."، فمن خلال هذا النص القانوني، يظهر لنا جليا أن عقد المغارسة لا ينتهي بموت أحد العاقدين بل يستمر وتنتقل الالتزامات إلى الورثة⁵⁶². إلا أنه إذا مات الغارس، جاز لورثته أن يطلبوا فسخ عقد المغارسة، إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن يتحملوها، إذ لا بد أن يكون من ورثة الغارس من يحترف الزراعة وخصوصا الغرسة.

في هذا الصدد، نجد الاجتهادات القضائية بالمغرب تكرر هذا الحكم، حيث إتجهت محكمة الإستئناف بالرباط إلى: "أن الكراء لا يفسخ بوفاة المكثري، وأن هذا معناه

⁵⁶¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط، م س، م 2، ج 6، ص 1396.

⁵⁶² محمد الكشور: الكراء المدني و الكراء التجاري، قراءة في ظهيري 24 ماي 1955 و 25 دجنبر 1998، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة، ط 2، 2001، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص 31.

⁵⁶² قرار محكمة الإستئناف بالرباط، الصادر في 1 مارس 1957، عبد العزيز توفيق: التعليق على قانون الالتزامات والعقود، ج 2، ص 150. ينظر: عبد اللطيف البغيل: م س، ص 425.

أن ورثة المكثري ومن بينهم الموصى له بكل تركته لهم الحق في امتداد عقد الكراء لصالحهم تطبيقاً للفصل 698 من ق ل ع⁵⁶³.

فالقاعدة العامة، أن عقد المغارسة لا ينقضي بموت مالك الأرض ولا بموت الغارس إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، وبالتالي فإن وفاته لا تؤثر على العلاقة بين المالك وورثة الغارس إذ يستمر هؤلاء في إتمام العمل الذي بدأه الغارس الهالك على أن يحصلوا بعد إتمام العمل على نصيبهم، حيث جاء في وقائع نازلة للمحكمة الابتدائية بوزان: "وحيث إن الطرف المدعى عليه لم يقيم بتنفيذ ما وعد به من تنقية ومغارسة وغيرها، وحيث إن الطرف المدعي قد حل محل الموروث بعد وفاته عن طريق التوارث شرعاً، وحيث إن الطرف المدعي عليه لم يقيم بتنفيذ ما وعد به حتى بعد وفاة الموروث..."⁵⁶⁴

وبالنسبة للقانون المدني العراقي فقد نصت المادة 823 في فقرتها الأولى على أنه: "لا تنفسخ المساواة بموت صاحب الشجر ولا بموت المساقى"
إلا أنه ورد استثناء على هذا المبدأ في الفقرة الثانية من نفس المادة 823: "مع ذلك فإذا مات المساقى جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباءه أثقل من أن تتحملها مقدرتهم."
خلاصة القول، فرأي فقهاء القانون المغربي موافق لرأي الفقهاء المسلمين؛ المالكية منهم والشافعية وطائفة من الحنابلة، رغم أن فقهاء الحنفية خالفوهم في الرأي مع بعض أصحاب المذهب الحنبلي.

⁵⁶³ قرار محكمة الاستئناف بالرباط، الصادر في 1 مارس 1957، أورده: عبد العزيز توفيق: التعليق على قانون الالتزامات والعقود، ج 2 / ص 150. ينظر:
- عبد اللطيف البغيل: م س ، ص 425.
⁵⁶⁴ حكم عدد 37 ، صادر عن المحكمة الابتدائية بوزان بتاريخ مارس 1989.
قرار عدد 1880/275 الصادر عن محكمة الاستئناف بفاس بتاريخ 10/07/1990. أورده:
- عز الدين اعيسيو ، م س ، ص 53.

خاتمة

لقد ظل عقد المغارسة إلى حدود صدور مدونة الحقوق العينية، خاضعا لأحكام الفقه الإسلامي خصوصا الفقه المالكي، التي تعطي للغارس حق اكتساب الملكية لجزء من الشجر والأرض حسب الاتفاق، بحيث شرع الإسلام شروطا تجب مراعاتها في المغارسة، حتى يكون التعامل بين الأطراف جاريا على سنن من العدل وسالما من شوائب الاستغلال والغرر.

ومن خلال هذا البحث، يتضح لنا مزايا صيغة المغارسة، سواء من حيث إنها صيغة يمكن أن تحول مساحات شاسعة من الأراضي البور إلى أراضي منتجة، أو من حيث إنها تشكل دافعا قويا للغارس للعمل، وذلك لأنه سيتحول بعد إطعام الشجر إلى مالك لجزء من الشجر والأرض ويصير مالكا بسبب عقد المغارسة، مما يظهر لنا جليا نجاعة هذه المعاملة.

ولعل هذا ما دفع المشرع المغربي إلى وضع نظام قانوني موحد لعقد المغارسة من خلال مدونة الحقوق العينية التي عملت على جمع أحكام المغارسة الفقهية في قالب قانوني متميز، رغبة منه في وضع القواعد القانونية اللازمة لحماية حقوق الأطراف خصوصا الغارس، وكذلك إعادة تنظيمها لاستثمارها وفق تدبير أفضل.

لكن الملاحظ أن المشرع لم يتناول عقد المغارسة من النشأة إلى الإنتهاء بشكل مفصل، وخاصة تلك العقود المتعلقة بالعقارات المحفظة، إلا أن هذا لا يمنعنا من الرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في المدونة، ثم إلى الفقه المالكي في حالة لم يرد نص في القواعد العامة.

مقارنة مسائل المغارسة بمختلف المذاهب الفقهية مع عرض أدلة أصحابها وما يفرضه ذلك من دراسة هذه الأدلة والترجيح فيما بينها، بهدف الوصول إلى الحقيقة .

فمالك الأرض يكسب رزقا حسنا ومحصولا طيبا من خلال المغارسة، عوض تركه للأرض قبل المغارسة جرداء قاحلة.

والغارس يكسب من وراء عمله وحسن القيام به حصة شائعة من الأرض والشجر، وهذه المعاملة بالمغارسة هي سبب من أسباب كسب الملكية للغارس نظير عمله.

اقتراحات:

من خلال هذه الدراسة التي تناولت فيها عقد المغارسة في مدونة الحقوق العينية، استنتجت أن المشرع المغربي قد خطى خطوة جبارة ومحمودة بتنظيمه لعقد المغارسة بنصوص قانونية صرفة أغلبها مستمدة من قواعد الفقه المالكي، الشيء الذي سيكون له شأن كبير في حل النزاعات العقارية.

غير أن هذه المبادرة من طرف المشرع لاعتناق قواعد الفقه الإسلامي لم يكن شاملا، فالملاحظ أنه لم يتناول عقد المغارسة من النشأة إلى الانتهاء بشكل مفصل.

وبالتالي فإني أعتقد أنه يتعين على المشرع المغربي أن يتدخل ليعيد صياغة أحكام عقد المغارسة، صياغة منسجمة ومنظبطة في أحكامها، حيث إنه لم يقد بتوظيف جميع أحكامه المتعلقة بالمغارسة، مما يستوجب الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي، وخصوصا أمهات كتب الفقه المالكي، واستخراج القواعد الفقهية من أجل تكميل وتفسير نصوص مدونة الحقوق العينية.

هذا ولتجاوز بعض المشاكل التي يطرحها الموضوع وضعت مجموعة من الإقتراحات، من بينها ضرورة تدخل المشرع لإعادة صياغة مدونة الحقوق العينية في شقها المتعلق بالمغارسة وذلك من خلال:

- النظر في شروط إبرام عقد المغارسة لأنها تعتبر من العناصر الأساسية التي يتوقف عليها صحة العقد أو فسادة ، سواء تلك الشروط المتعلقة بالأرض، أم الشجر المراد غرسه.
- _ إضافة شرط خلو الأرض محل عقد المغارسة من الشجر وغيره طبقا لما تنص عليه قواعد الفقه المالكي.
- _ الاشتراط في الشجر المراد غرسه، بأن يكون مما يطول مكثه في الأرض سنين وتجنّى ثمرته مع بقاء أصله، وأن يكون من صنف واحد ومتقارب في مدة إطعامه.
- _ التنصيص على مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري بشأن عقد المغارسة الوارد على عقار محفظ أو في طور التحفيظ.
- تحديد التزامات طرفي عقد المغارسة من حقوق وواجبات سواء قبل تحقق الإطعام أو بعده، والتنصيص عليها في مدونة الحقوق العينية أو الإحالة الصريحة بهذا الشأن على قانون الالتزامات والعقود. على اعتبار أن المشرع جعل الإحالة عامة من خلال المادة الأولى من مدونة ح ع التي تتحدث عن المصادر التكميلية للمدونة.
- إلزام صاحب الأرض بضمان الحصة التي ينقلها إلى الغارس بضمان التعرض وضمان الاستحقاق لعدم التنصيص على إعطاء ضمانات له منذ إبرام العقد إلى حين تحقق الإطعام، وعند تحقق الإطعام تنتقل الملكية للغارس مع جزء من الشجر مقابل اكتساب مالك الأرض جزءا من الشجر.
- إلزام الغارس بالقيام بالأعمال الموكولة إليه والمحددة في كتب الفقه الإسلامي وخصوصا أمهات كتب المذهب المالكي، لكن دون الاشتراط عليه أعمالا تنقل كاهله.

- التنصيص على فساد عقد المغارسة أو البطلان كجزء قانوني في حالة تخلف أحد شروطها، أو في حالة اشتراط ما يخالف مقتضى عقد المغارسة أو سنتها حسما لكل نقاش فقهي أو تضارب قضائي بهذا الخصوص، أو في حالة تخلف شرط الرسمية في توثيق عقد المغارسة.
- التنصيص على جزاءات الإخلال بجميع الشروط الموضوعية لإبرام عقد المغارسة عوض الإشارة إلى جزاء الإخلال ببعضها دون البعض الآخر، حسما لكل نقاش فقهي أو تضارب قضائي بهذا الخصوص.
- النص على إمكانية جعل أحد طرفي عقد المغارسة أو هما معا، أشخاصا معنوية، وذلك من أجل تشجيع الشركات التي تمتلك أراضي زراعية أن تقدمها إلى شركات متخصصة أو الأبنك التشاركية لتتكلف بأعمال الغرس.
- بالإضافة إلى التنصيص على الأجل الذي ينتهي عنده عمل الغارس نظرا لما طرحه المدة من إشكال وفق الحالات التي تناولناها
 - 1 بالاتفاق على مدة معينة لا يثمر الشجر قبلها
 - 2 بمقياس كقامة مثلا بشرط عدم الإطعام قبلها
 - 3 واخيرا ببلوغ الشجر حد الإطعام والإثمار
- إدراج جميع الآثار التي يربتها عقد المغارسة بنص صريح في حالة انصرام المدة المحددة له أو القسمة أو وجود عذر أو جائحة، وكذا في حالة الإقالة أو موت أحد طرفي العقد.
- ضرورة تدخل المشرع المغربي بنص صريح أو مقتضى تشريعي لتحديد موضوع التقييد الاحتياطي في الفصل المتعلق بالمغارسة من مدونة الحقوق العينية، أو إعادة صياغة النصوص المؤطرة للتقييد الاحتياطي الواردة في قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07، بشكل يحقق نوعا من التوافق والتناسق مع الأحكام العامة للتقييد الاحتياطي، وبشكل يصحح الثغرات، بحيث يخول للغارس تقييد حقه

احتياطيا، عندما يرد عقد المغارسة على العقار المحفظ، وذلك حتى لا تضيع حقوقه المحتملة بعد انتهاء عقد المغارسة بتحقيق الإطعام، وذلك لأن المدد المنصوص عليها في الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07 لا تتلاءم وعقد المغارسة.

مع تدخل المشرع أيضا بنص صريح ليمنح الإختصاص لقاضي المستعجلات بالتشطيب على التقييد الإحتياطي حسب الضرورة، حتى لا يتحول التقييد الإحتياطي من حماية الحقوق إلى وسيلة للتحايل عليها.

فالتقييد الإحتياطي يعتبر من أهم التقييدات المؤقتة التي تسعى إلى حماية الحقوق، وذلك بتمييزه بخصوصيات عن باقي المؤسسات الأخرى المشابهة؛ كالحجز التحفظي، حق الحبس وحتى بالنسبة لبعض التقييدات الإحتياطية المنصوص عليها في القوانين الجديدة كقانون 10.98 المتعلق بتسديد الديون الرهنية.

- الإحالة على العرف بنص صريح، بدل حصره في مقتضيات خاصة لا تظهر أهميته في المادة العقارية
- مطالبة الدولة بإصلاح الهيكل العقاري، فتفرد التركيبة الحالية للعقارات الفلاحية، وتفرد كل واحد منها بنظام قانوني، فأمالك الجماعة أو أراضي الجموع ذات نظام قبلي، أما أراضي الأوقاف فهي ذات نظام ديني، فهذه الأنظمة المختلفة تشكل إحدى العوامل التي تقف أمام أداء عقد المغارسة لدوره، ويفرغ أي محاولة للرفع من الإنتاج بواسطته.

وتكملة لدور الدولة في إعمار الأراضي بعقد المغارسة، فإن من واجبها أيضا أن تسن مجموعة من القوانين الصارمة، التي من شأنها أن تحافظ على تلك الأشجار

المغروسة، وأن تمنع أي تحويل للأراضي التي تحتويها إلى أغراض أخرى كالبناء، وأن لا يكون عدم ملكيتها لتلك الأراضي عائقاً أمام تطبيق تلك القوانين.

- توفير قروض حسنة للمغارسين بدلاً مما يسمى بـ "قروض الميسرة" والتي تفرض فوائد إضافية في شكل نسب مئوية.
- تسهيل القوانين المنظمة للبنوك التشاركية والمؤسسات المالية الأخرى للسماح لها بتمويل المشاريع الزراعية عن طريق المغارسة وغيرها من الصيغ التي لا تتعارض والشريعة الإسلامية.
- تشجيع المغارسين بتنظيم مسابقات لتحسين الجودة أو رفع الإنتاجية للمنتجات الزراعية أو لتوجيه المزارعين للزراعة في منتجات معينة.
- تملك البنوك التشاركية الأراضي الصالحة للزراعة، ثم تقوم بعدها بالإتفاق مع المؤسسات الخبيرة في المجال الفلاحي المتعلق بغرس الأشجار المثمرة، أي شركة المغارسة، وعادة ما تضم هذه الشركات مهندسين زراعيين متخرجين من المعاهد المتخصصة، ولديهم الخبرة المهنية والعلمية في هذا المجال، مما يساعد على إتاحة الفرصة لحملة الشهادات من المعاهد الزراعية للإلتحاق للعمل بهذه الشركات مما يوفر لهم العمل المستمر والدخل المستقر، فيقومون بإجراء دراسة معمقة عن إمكانية غرس الأشجار المثمرة اللازمة والملائمة لنوعية الأرض محل العقد، ليتم بعد ذلك الإتفاق بينهم وبين البنوك التشاركية على أن يغرسوها ويكون لهم جزء من الأرض تملكهم إياه، وكذا جزء من المحصول الذي ينتج من عملية الغرس، إضافة على جزء من هذه الأشجار، وبالتالي يكون نصيب البنوك التشاركية الجزء الأكبر من الثمار والأشجار والأرض وما تبقى فيصبح من نصيب شركة المغارسة.

ومسك الختام قول العماد الأصفهاني:

" إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا كان أحسن، ولو زيد كذا كان مستحسن، ولو قدّم هذا كان أفضل، ولو ترك هذا كان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جماعة البشر".

انتهى بحمد الله تعالى.

لائحة المراجع

القرآن الكريم:

• سورة البقرة، الآية 205 والآية 274.

• سورة القمر ، الآية 28.

المعاجم و القواميس:

• أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت- لبنان.

• أحمد مختار عمر: معجم اللغة العربية المعاصرة، مادة صك، المجلد الأول، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م، عالم الكتب، القاهرة- مصر.

• المؤلفون :الموسوعة الفقهية ،،الجزء 32، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

• المؤلفون :الموسوعة الفقهية ،،الجزء 37، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت، الطبعة الأولى، 1418هـ/1997م.

• أنيس إبراهيم وآخرون : المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دون ذكر المطبعة والبلد.

• مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي: القاموس المحيط، تحقيق مكتب التراث في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426هـ / 2005م.

• محمد بشير علي : القاموس الاقتصادي، الطبعة الأولى، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت - لبنان، 1985م.

- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي: لسان العرب، تصحيح أمين محمد عبد الوهاب، محمد الصادق العبيدي، الجزء الثامن، طبعة دار إحياء التراث العربي، مؤسسة التاريخ العربي، بيروت، الطبعة الثانية، 1417هـ/1997م.

- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين بن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي: لسان العرب، المجلد الخامس، دار صادر، لبنان.

الكتب الفقهية:

- ابن سلمون الكناني: كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، المطبوع بهامش تبصرة ابن فرحون.
- ابن عاصم الأندلسي الغرناطي: الأرجوزة المسماة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، طبعة مصدرة، الجزء الأول من البهجة في شرح التحفة، البيت 1115.
- ابن يونس: الجامع، خح، رقم 8231، الجزء السابع.
- أبو إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيق : معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق محمد بن قاسم بن عياد ، ج 2، 1989، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- أبو الحسن الزرولبي الصغير: كفاية الطالب الرباني، دار المعرفة، بيروت، المطبوع على حاشية العدوي، الجزء الثاني.
- أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- أبو الحسن علي بن عبد الله المتيطي اللخمي: النهاية والتمام في معرفة الوثائق والأحكام، الجزء الرابع، خح، رقم 513 ق، خزنة دار الحديث الحسنية.

- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب فضل الغرس والزرع، رقمه 1553، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 1412هـ/1991م، دار الحديث القاهرة، مصر.
- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، وثيقة و شرح، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1415هـ/1995م، مطبعة الأمنية، الرباط.
- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني الشهير بالصنهاجي: التدريب على تحرير الوثائق العدلية، وثيقة و شرح، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، 1415هـ/1995م، مطبعة الأمنية، الرباط.
- أبو القاسم البرزلي: جامع مسائل الأحكام، خع، رقم 531 ق، الجزء الثاني.
- أبو القاسم الحسين بن محمد المشهور بالراغب الأصفهاني: المفردات في غريب القرآن، تحقيق محمد سيد كيلاني، طبعة دار المعرفة، بيروت-لبنان.
- أبو القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري: التفريع، ج 2، ط 1، 1407هـ/1987م، دار الغرب الإسلامي، بيروت-لبنان.
- أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي: المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل افريقية والأندلس والمغرب، تخريج جماعة من الباحثين بإشراف الدكتور محمد حجي، الجزء الثامن، 1401هـ/1981م، نشر وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية المغربية.
- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي الشهير بالقرافي: الذخيرة ، الجزء السادس، الطبعة الأولى، 1994، دار الغرب الإسلامي -بيروت، لبنان.

- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي الشهير بالقرافي: شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، تحقيق عبد الرؤوف سعد، الطبعة الأولى، 1393هـ / 1937م ، دار الفكر، بيروت- لبنان.
- أبو الوليد ابن رشد القرطبي: البيان والتحصيل و الشرح و التوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، الجزء الخامس عشر، 1408هـ / 1984م، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، 1415هـ / 1994م، مكتبة الخانجي - القاهرة.
- أبو بكر بن مسعود الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية، 1406هـ / 1986م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
- أبو بكر بن مسعود الكاساني : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الرابع، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش، الطبعة الثانية، 1419هـ / 1998 ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- أبو بكر محمد شهاب الدين السرخسي: المبسوط، الطبعة الثانية، 1324هـ، دار المعرفة ، بيروت- لبنان.
- أبو زيد عبد الرحمان بن عبد القادر الراشدي المجاجي الجزائري : التعريج والتبريج في ذكر أحكام المغارسة والتصيير والتوليج، دراسة وتحقيق خالد بوشمة، الطبعة الأولى، 1426هـ / 2005م، دار ابن حزم، بيروت ، لبنان.

- أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة الموسوم الهداية الكافية الشافعية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، القسم الثاني، الطبعة الأولى، سحب جديد 2008 ، دار الغرب الإسلامي، تونس.
- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي: الأم، مع مختصر المزني، المجلد الثاني، الجزء الثالث، 1410هـ، دار الفكر-بيروت، لبنان.
- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي: صحيح البخاري ، كتاب الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما، رقمه 2285، الجزء الثالث.
- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي: صحيح البخاري ، كتاب الدعوات، باب حفظ اللسان، رقمه 6474، الجزء الثامن.
- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن مغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي: صحيح البخاري ، كتاب المزارعة، باب فضل الزرع والغرس، رقمه 2320، الجزء الثالث.
- أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمان الحطاب الرعيني: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى، 1995، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي: الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، الطبعة الأولى، 1407هـ/1987م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى، المسماة بالمعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى

المتأخرين من علماء المغرب، الجزء الثامن، 1419هـ/1998م، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

• أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، إصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 1422 هـ/2001م ، مطبعة فضالة، المحمدية.

• أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني الفاسي: حاشية على شرح التاودي لتحفة ابن عاصم، طبعة موجودة في المكتبة الوطنية ، مبنورة البداية و النهاية ، الجزء الثاني.

• أبو محمد ابن قدامة: المغني في شرح مختصر ابن القاسم الخرقى، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، 1984، دار الفكر، بيروت، لبنان.

• أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني: النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، المجلد السابع، الطبعة الأولى، 1999، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان.

• أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى، الجزء الثامن، إدارة الطباعة المنيرية .

• أحمد بن أحمد المختار الجكني الشنقيطي: مواهب الجليل من أدلة خليل، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، 2004، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان .

• الصادق بن عبد الرحمان الغرياني: مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 1429هـ/2008م دار ابن حزم، بيروت- لبنان.

• برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمرى المالكي : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، وبهامشه كتاب العقد المنظم للحكام فيما يجري

بين أيديهم من العقود والأحكام ، للشيخ بن سلمون الكناني، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، (بالمطبعة العامرة الشرفية بمصر ، سنة 1301 هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

• برهان الدين المرغيناني: الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق أحمد شمس الدين، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، 1416هـ/ 1996م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

• خليل بن اسحق المالكي: مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، الطبعة الأخيرة، 1419هـ/ 1999 م ، دار الفكر-، بيروت- لبنان.

• خليل بن اسحاق المالكي : مختصر العلامة خليل في فقه الإمام مالك، الطبعة الأولى، 1424هـ/ 2003م، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء.

• شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت- لبنان.

• شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، الجزء الثاني، طبع دار المعرفة، بيروت- لبنان.

• شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، 1415هـ/ 1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

• صالح عبد السميع الآبي الأزهري: جواهر الإكليل (شرح مختصر العلامة الشيخ خليل في مذهب الإمام مالك إمام دار التتزيل)، الجزء الثاني، بدون ذكر تاريخ الطبعة، دار الفكر، بيروت- لبنان.

- عبد الرحمان الجزيري: الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث ، سنة 1990 ، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.
- عبد الصمد كنون : جني زهر الأس في شرح نظم عمل فاس، مطبعة الشرق الوحيدة بشارع رقعة القمح، (دون ذكر سنة الطبع والمدينة).
- علي الصعيدي العدوي: حاشية على شرح الرسالة لأبي الحسن بن أبي زيد القيرواني، الجزء الثاني، دار المعرفة، بيروت.
- علي حيدر خواجه أمين أفندي : درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء الأول، دار الجيل ، الطبعة الأولى، 1411هـ/1991، بيروت - لبنان.
- محمد أبو القاسم ابن جزي: القوانين الفقهية، طبعة جديدة منقحة، دار المعرفة، الدار البيضاء، دون ذكر سنة الطبع.
- أبو عبد الله محمد الخرشي: الخرشي على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي، المجلد الثالث، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت-لبنان.
- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الشهير بابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الجزء التاسع، الطبعة الأولى، 1415هـ/1994م، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- محمد بن القاسم السجلماسي الرباطي : شرح السجلماسي على العمل الفاسي، مبتورة البداية والنهاية.
- محمد بن القاسم السجلماسي الرباطي : شرح العمل المطلق، طبعة حجرية، مطبعة فاس العليا.

- محمد بن أحمد بن محمد بن يوسف الرهوني : حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل، وبهامشه حاشية المدني على كنون، ج1398، 6هـ/1978م، دار الفكر، بيروت-لبنان.
- محمد بن أحمد ميارة الفاسي: شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام، الجزء الثاني، دار الفكر-بيروت- لبنان.
- محمد بن عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، وبهامشه حاشية الشيخ محمد البناني، المجلد الرابع، الجزء السابع، دار الفكر-بيروت.
- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني : شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، 1420هـ/2000م، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
- محمد بن عرفة الورغمي التونسي : المختصر الفقهي، كتاب المغارسة، تحقيق حافظ محمد الخير، الجزء الثامن ، الطبعة الأولى، 1435هـ/2014م، مؤسسة خلف أحمد الحبثور للأعمال الخيرية، دبي، دولة الإمارات المتحدة.
- محمد بن علي الشوكاني: كتاب السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، تحقيق محمود إبراهيم زايد، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، بدون ذكر التاريخ.
- محمد عlish: شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، الجزء السادس، 1409هـ/1989م، دار الفكر-بيروت، لبنان.
- محمد عlish : منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل، الجزء السابع، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

- منصور بن يونس البهوتي : كشف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، تعليق الشيخ هلال مصيلحي مصطفى هلال.
- زين العابدين إبراهيم ابن نجيم : الأشباه و النظائر، تحقيق عبد الرحمان الوكيل ، 1387هـ / 1968م، المطبعة الحسينية، مطابع سحل العرب، نشر مؤسسة الحلبي.
- وليد خالد الربيع : عقد المزارعة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 1422هـ / 2001م.
- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته الشامل للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، الجزء الخامس، تنمة العقود، الملكية و توابعها، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م، دار الفكر - بيروت.
- وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته الشاملة للأدلة الشرعية والآراء المذهبية وأهم النظريات الفقهية وتحقيق الأحاديث النبوية وتخريجها، الجزء السادس، تنمة العقود، الملكية و توابعها، الطبعة الثانية، 1405هـ/1985م، دار الفكر - بيروت.
- وهبة الزحيلي : أحكام التعامل مع المصارف الإسلامية، دار المكتبي، دمشق، بدون ذكر السنة.
- يحيى ولد البراء : المجموعة الكبرى الشاملة لفتاوى ونوازل وأحكام أهل الغرب وجنوب غرب الصحراء، الطبعة الأولى، 1430هـ/2009م.

المراجع القانونية:

- أحلام فرج الله : مقياس صيغ تمويل البنوك الإسلامية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر.

- أحمد سليمان حسانة : المصارف الإسلامية، مقررات لجنة بازال تحديات العولمة وإستراتيجية مواجهتها، الطبعة الأولى، سنة 2008م، عالم الكتب الحديث، الأردن.
- أحمد فهد الرشيدى : عمليات التوريد وتطبيقاتها الإقتصادية في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، 1425هـ/2005م، دار النفائس.
- إدريس السماحي : القانون المدني، الحقوق العينية ونظام التحفيظ العقاري، الطبعة الأولى، 2003، شركة امبريزار للطباعة والتلفيف، مكناس.
- إدريس العلوي العبدلاوي : شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الطبعة الأولى، 1996م، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- إدريس ملين : مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، الجزء الثاني، سنة 1983 / 1991م، منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية.
- أسامة محمد سعيد المفتي: النظام القانوني لعقود البستنة، دراسة مقارنة، كلية الحداثة الجامعة، المكتب الجامعي الحديث، دار الكتب والوثائق القومية، 2012م، الموصل، العراق.
- الحسن البوعيسى: كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في مادة العقار والأحوال الشخصية، سلسلة كرونولوجيا الإجهاد القضائي، الكتاب الخامس، الطبعة الأولى، 2004م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء .
- الحسن البوعيسى : كرونولوجيا الإجهاد القضائي في مادة الإلتزامات والعقود، سلسلة كرونولوجيا الإجهاد القضائي، الكتاب السادس، الطبعة الأولى، 2004م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

- الحسين بلحساني : البيع و الكراء وفقا للقواعد العامة والتشريعات الخاصة، طبعة 2001 مزيدة ومنقحة، 2002/2003م، مطبعة الجسور، وجدة.
- المختار العطار: الوجيز في القانون المدني، أوصاف الالتزام وانتقاله وآثاره وانقضاؤه، الطبعة الأولى، 1421هـ/2001م، (دون ذكر مكان الطبع).
- أنور سلطان: عقد البيع و المعاوضة ، 1980 م، دار النهضة العربية.
- أنور محمود دبور: نظام استغلال الأراضي الزراعية في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقوانين الوضعية، الجزء الثاني، 1407هـ/1987م، دار الثقافة العربية، القاهرة.
- توفيق حسن فرج: عقد البيع و المقايضة، الطبعة 1985م، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، مصر.
- جمال الطاهري : بنية الوثيقة العدلية ، الطبعة الثانية، 2006م، مطبوعات الهلال، وجدة.
- حليلة بنت المحجوب بن حفو: نظرية الاستحقاق في القانون المغربي، دراسة مقارنة مدعمة بآراء الفقه واجتهادات القضاء، الطبعة الأولى، دجنبر 2010م، مطبعة الأمنية، الرباط.
- رفيق يونس المصري: فقه المعاملات المالية، دار القلم، دمشق، ط 2، 1428هـ/2007م.
- خميس خضر: العقود المدنية الكبيرة، البيع و التأمين والإيجار، الطبعة الأولى، سنة 1979م، دار النهضة العربية، القاهرة.

- سليمان الحمزاوي : أحكام الشفعة والصفقة، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، سلسلة دروس المعهد، الطبعة الأولى، 1983م، وزارة العدل، الرباط.
- سليمان الحمزاوي : أحكام الشفعة والصفقة، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، سلسلة دروس المعهد، الطبعة الأولى، 1983م، وزارة العدل، الرباط.
- سليمان مرقس : شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، المجلد الأول، الطبعة الرابعة، 1980م، للناشر عالم الكتب، الرياض - السعودية.
- سهيل أحمد فضل حوامده : قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها المعاصرة: المراجعة للأمر بالشراء في البنك الإسلامي الأردني، كلية العلوم الإسلامية، جامعة اسطنبول ، تركيا، 2016م.
- سوزي عدلي ناشد : مقدمة في الإقتصاد النقدي والمصرفي، طبعة 2007 م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان.
- طارق الله خان، أحمد حبيب: إدارة المخاطر، تحليل قضايا في الصناعة المالية الإسلامية، الطبعة الأولى، 1424هـ/2003م، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة.
- عائشة الشرقاوي المالقي : البنوك الإسلامية: التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، 2000م، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء.
- عبد الحق الأزهري: الإنتاج الزراعي في المغرب بين الفقه المالكي ومخطط المغرب الأخضر، الطبعة الأولى، 1433هـ/2012م، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش.

- عبد الحق الصافي: القانون المدني، الجزء الأول: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول: تكوين العقد، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء.
- عبد الحق الصافي: القانون المدني، الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الثاني، آثار العقد، الطبعة الأولى، 1428هـ/2007م، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء.
- عبد الحق الصافي : عقد البيع، دراسة مقارنة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، الجزء الرابع، 2000م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الإيجار والعارية، الجزء السادس، المجلد الثاني ، 2000م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، 1998م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، 1954م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس، 1954م، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان.

- عبد الرزاق رحيم جدي الهبتي : المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، 1998م، دار أسامة، عمان - الأردن.
- عبد القادر العرعاري: الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، الطبعة الثانية، 1430/2009م، مطبعة الكرامة، الرباط.
- عبد القادر العرعاري: ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، وفقا لقانون الالتزامات والعقود المغربي، 1996م، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- عبد القادر عابد، علي عبدة ومحمد فارس: أساليب الإنتاج الصناعي و الزراعي في الحضارة العربية الإسلامية، الجمعية الأردنية لتاريخ العلوم، الطبعة الأولى، 2001م، عمان - الأردن.
- عبد المنعم فرج الصدة: محاضرات في القانون المدني، الملكية في قوانين البلاد العربية، ألّقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية، الجزء الأول، سنة 1961م، نشر معهد الدراسات العربية، جامعة الدول العربية.
- عثمان الشعابتي : أحكام عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، الطبعة الأولى، 1440/2018، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط.
- علي علي سليمان: شرح القانون المدني الليبي، الطبعة الثانية، 1978م، منشورات جامعة قار، يونس.
- علي هادي العبيدي : الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية، الطبعة الأولى، الإصدار الخامس 2008 م، دار الثقافة، الأردن.
- عمر أزوكار: مستجدات التحفيظ العقاري في ضوء قانون 14.07 ومدونة الحقوق العينية " دراسة عملية ورصد للمواقف القضائية لمحكمة النقض " ، الطبعة الأولى، 2012م، منشورات دار القضاء.

- فادي أحمد الرفاعي : المصارف الإسلامية ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، السنة 2007م، بيروت-لبنان.
- قدري عبد الفتاح الشهاوي: أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري و المقارن مدنيا وجنائيا، 2002م، مطبعة سامي، الإسكندرية، مصر.
- كامل عبد الحسين البلداوي: الشركات التجارية في القانون العراقي، كلية القانون، جامعة الموصل، 1990م، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، العراق.
- مأمون الكزبري : التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، التحفيظ العقاري، 1987م، الطبعة الثانية، مطبعة العربية للطباعة والنشر، الرباط.
- مامون الكزبري : أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1970م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- مأمون الكزبري: مصادر الالتزامات، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية 1972م، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- مايسة كمال عبد الحكيم أحمد : التفريط و أثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الأولى، 2009م، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- محمادي لمعكشاوي: المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع و الفقه و القضاء(قانون رقم 39.08)، الطبعة الأولى، 1434هـ/2013م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

- محمد أديب كلكل: الفقه المبسط، المعاملات المالية، الطبعة الأولى 1428 هـ / 2007م، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- محمد البوشواري : الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، الطبعة الأولى، 2010م، سلسلة محاضرات ميسرة (3).
- محمد الكشور : الكراء المدني و الكراء التجاري، قراءة في ظهيري 24 ماي 1955 و 25 دجنبر 1998، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة، الطبعة الثانية، 2001م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد الكشور: نظام التعاقد و نظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج، الطبعة الأولى، 1413هـ/1993م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد بفقير : مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي المغربي، سلسلة القانون و العمل القضائي المغربيين، العدد العاشر، الطبعة الثانية، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد بن احمد الصالح: عقد الاستصناع و أثره في تنشيط الحركة الإقتصادية، الطبعة الأولى، 1417هـ/1996م، الرياض، (دون ذكر مكان الطبع).
- محمد بن أحمد الصالح : عقد السلم وأثره في التنمية الإقتصادية، الطبعة الأولى، 1417هـ/1996م، الرياض، (دون ذكر مكان الطبع).
- محمد بن صالح الصوفي: الحقوق العرفية العينية الإسلامية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، الطبعة الأولى، 2002م.

- محمد بن راشد بن علي العثمان: بيع العقار والثمار في الفقه الإسلامي (بحث مقارن) ، الطبعة الأولى، 1414هـ/1994م، مؤسسة الرسالة للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان.
- محمد بن معجوز: أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي المقارن، الطبعة الثانية، 1413هـ/1993م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الثانية، 1419 هـ / 1999م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد بن معجوز: الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، الطبعة الأولى، 1410 هـ / 1990م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد بونبات : الحماية القانونية لمكتري الأراضي الفلاحية، دراسة مقارنة، سلسلة آفاق القانون، 1997/1998م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش .
- محمد بونبات: في الحقوق العينية، دراسة مقارنة للحقوق العينية وجدواها الإقتصادية / الإجتماعية، سلسلة آفاق القانون (7)، سنة 2002/2003م، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش.
- محمد بونبات : نظرية الظروف الطارئة بين الأخذ و الرد في المغرب، سلسلة آفاق القانون(3)، سنة 1999/2000م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.
- محمد خيري : العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي من خلال القانون الجديد رقم 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري، المساطر الإدارية والقضائية للتحفيظ، الطبعة السادسة، طبعة 2014، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

- محمد شيلح: مرشد الحيران إلى الفهم المحمود بفك القيود عن نكت أحكام البيع المنضود في القانون المغربي للالتزامات و العقود، مكتبة الجامعيين، سحب 2006م.
- محمد شيلح : مطبوع في مادة العرض والمناقشة، وحدة القانون المدني، السنة الرابعة، قانون خاص، كلية الحقوق فاس، السنة الجامعية 2000-2001م.
- محمد محروس سعدوني إبراهيم : الضمان في العقود الفاسدة، دراسة فقهية مقارنة، مصر، الطبعة الأولى، 2010م، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- محمد محبوبي : الشفعة في الفقه المالكي والتشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مذيلة بملحق من 150 قرار للمجلس الأعلى في مادة الشفعة، ابتداء من يونيو 1958 إلى أبريل 1999، الطبعة الثانية، 2000م، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- محمد محبوبي : أساسيات في نظام التحفيظ العقاري والحقوق العينية العقارية وفق المستجدات التشريعية للقانون رقم 14.07 و القانون 39.08، الطبعة الأولى، 2014م، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- محمد محبوبي : الشفعة في الفقه المالكي والتشريع، دراسة نظرية وتطبيقية مذيلة بملحق من 150 قرار للمجلس الأعلى في مادة الشفعة، ابتداء من يونيو 1958 إلى أبريل 1999، الطبعة الثانية، 2000م.
- محمود الكيلاني : الموسوعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك دراسة مقارنة، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، 1429هـ/2008م، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
- محمد مصطفى شلبي: المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، 1388 هـ / 1969 م، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.

- مصطفى كمال طه : عمليات البنوك، 2005 م، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- منذر قحف : سندات الإجارة والأعيان المؤجرة، طبعة 2000م، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة.
- نور الدين الفقيهي : كتاب المعين في فهم القانون البنكي، الطبعة الأولى، نونبر 2015م، طوب بريس، الرباط.

المقالات :

- أحمد الرحموني : الطلبات المتعلقة بالتخصيص وحق المغارسة ، مجلة القضاء والتشريع، عدد 2، سنة 45، فيفري 2003 الجمهورية التونسية.
- احمد النجار : البنوك الإسلامية وأثرها في تطوير الاقتصاد الإسلامي، مقال منشور في مجلة المسلم المعاصر، عدد 24، أكتوبر-نونبر 1980.
- أحمد جدوي : الرقابة القضائية على صحة المحررات العدلية، المغارسة كسبب من أسباب التملك في العقار الغير المحفظ والمحفظ، مجلة المحامي، عدد 42، سنة 2003، المطبعة الوطنية، مراكش.
- البشير عدي : البنوك التشاركية وآفاقها بالمغرب ، مقال منشور بمجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 80، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء .
- الكراي القسنطيني : المغارسة والأزمة الاقتصادية، مصادر تاريخ الحركة الوطنية ومناهجه، منشورات المعهد الأعلى لتاريخ الحركة الوطنية، 1920-1954، بحوث الندوة الثانية حول تاريخ الحركة الوطنية التي نظمها البرنامج القومي

للبحث في تاريخ الحركة الوطنية، أيام 27 و28 و29 ماي 1983. سيدي بوسعيد، تونس 1991.

• جمعة محمد الزريقي: حكم المغارسة في الأراضي الموقوفة بين الواقع وقواعد الفقه والقانون، مجلة القضاء المدني، العدد الرابع، السنة الثانية، صيف، خريف 2011م، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

• حسن محمد الرفاعي : دور " صيغ الصيرفة الإسلامية" في إدارة الأزمة الراهنة، بحث مقدم إلى مؤتمر: تداعيات الأزمة الاقتصادية العالمية على منظمات الأعمال ذو القعدة 1430هـ / تشرين الثاني 2009م، جامعة الزرقاء الخاصة، الزرقاء، المملكة الأردنية الهاشمية.

• حسين حسين شحاتة : الأسس والمعالجات الحسابية لعمليات شركة المزارعة والمساقاة والمغارسة كما تمولها المصارف الإسلامية، سلسلة بحوث ودراسات في الفكر المحاسبي الإسلامي، ندوة البركة الاقتصادية، رمضان 1427هـ / سبتمبر 2006م، فندق هيلتون، جدة.

• حليلة بنت المحجوب بن حفو : المرابحة في البنوك التشاركية، مقال منشور في مجلة المنبر القانوني، العدد 9، أكتوبر 2015، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط.

• زكرياء العماري: بطلان المغارسة في الأراضي الوقفية، تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 2707 بتاريخ 2007/07/25 في الملف المدني عدد 3378/1/1/2006، منشور بمجلة القضاء المدني، العدد الأول، السنة الأولى، فبراير 2010، الطبعة الثانية 2012.

- زكرياء العماري: حدود انفتاح مدونة الأوقاف على الاجتهادات القضائية والاختيارات الفقهية في مجال الوقف بالمغرب، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية ، تحت عنوان "نحو تشريع عقاري جديد"، يومي 29 و 30 ابريل 2011، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 38، الطبعة الأولى، 1433هـ/2011م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.
- سعيد البكوري: الأحباس العمومية ، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية ، تحت عنوان "نحو تشريع عقاري جديد"، يومي 29 و 30 ابريل 2011، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 38، الطبعة الأولى، 1433هـ/2011م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.
- عبد الرحمان لحلو : محطات إرساء البنوك التشاركية في المغرب، مقال منشور في مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 79، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- حسن عبد الغني أبو غدة : عقد الاستصناع وأهميته في النشاط الاقتصادي المعاصر، مقال منشور في مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 80، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- صلاح الدين دكداك : حقيقة الفسخ في عقود الأكرية الفلاحية بين الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 23، ماي 2009.
- عبد العالي العبودي : الحياة المصرفية والحياة الإستحقاقية ، مجلة المحاماة ، عدد 15، 1979.
- عبد اللطيف هداية الله : مقابلة بين الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود المغربي والمادة 13 من مدونة التجارة، مقال منشور في المجلة المغربية للقانون والاقتصاد والتنمية، الدار البيضاء، ع 34، سنة 1994.

- عبد المهيم حمزة : النظام القانوني للمرابحة العقارية كمنتوج جديد في العمل البنكي بالمغرب، المستجدات التشريعية في المادة العقارية، مقال منشور في مجلة الحقوق، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، العدد 7، فبراير 2013، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- فاطمة الزهراء علاوي: إحياء الأرض الموات على ضوء القواعد الفقهية والقانون الجديد لمدونة الحقوق العينية، مقال منشور في مجلة الحقوق ، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع، فبراير 2013، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- فهد بن عبد الرحمان اليحيى : الشفعة في الحقوق العينية، مقال منشور في مجلة الحقوق، تحت عنوان " مدونة الحقوق العينية وآفاق التطبيق"، أشغال الندوة الدولية المنظمة بتاريخ 2-3 يناير 2013، بكلية الشريعة بفاس، ومجموعة البحث في "المهن القانونية والقضائية المنظمة"، وبنية البحث في "الدراسات القضائية" سلسلة الأعداد الخاصة ، عدد 7، أكتوبر 2013 ، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- محمد أحمين : معالم النظرية البنكية الإسلامية المعاصرة، مقال منشور في مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 79، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- محمد بونبات : نحو بدائل للنظم العقارية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية ، تحت عنوان "نحو تشريع عقاري جديد"، يومي 29 و 30 ابريل 2011، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 38، الطبعة الأولى، 1433هـ/2011م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.

- محمد خيرى : تعميم رسمية التصرفات العقارية رهين بتحديث القوانين المنظمة للتوثيق، ندوة توثيق التصرفات العقارية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005، سلسلة الندوات والأيام الدراسية ، عدد 23، الطبعة الثانية، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.
- محمد شيلح : قراءة ميتودولوجية لصيغة الكراء المفضي إلى تملك الربع المبني لغرض السكن في ضوء القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، ندوة توثيق التصرفات العقارية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش، يومي 11 و12 فبراير 2005، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، عدد 23، الطبعة الثانية، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.
- مسدور فارس و كمال رزيق : صيغ التمويل بلا فوائد للمؤسسات الفلاحية الصغيرة والمتوسطة، الدورة التدريبية الدولية حول: تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطوير دورها في الاقتصاديات المغربية، أيام 25-28 ماي 2003، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر.
- موارد الفتاحي : عقد المغارسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، المجلة المغربية للدراسات القانونية والإقتصادية، عدد 3، ابريل 2017، (دون ذكر المطبعة).
- نسيمة حشوف : ماهية البنوك الإسلامية، مجلة القانون والأعمال، مقال منشور بمجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 79، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

- يوسف المجاهد : الفرق بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية، مقال منشور في مجلة منازعات الأعمال، العدد 24، ماي 2017.

الأطروحات و الرسائل:

الأطروحات:

- شوقي بورقبة : الكفاءة التشغيلية للمصارف الإسلامية دراسة تطبيقية مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس، سطيف الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.
- صلاح الدين دكدك: كراء الأراضي الفلاحية بين الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الشريعة، كلية الشريعة، جامعة القرويين، بفاس، السنة الجامعية 2007 / 2008 .
- عادل الغنوبي : الغير عن العقد في القانون المغربي و القانون المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية و الإجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013/2014.
- عبد اللطيف البغيل: أحكام المعاملات الزراعية في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، الجزء الثاني، كلية الشريعة جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية 1422هـ/2002م.
- علال الهاشمي الخياري : منهج الاستثمار في ضوء الفقه الإسلامي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في العلوم الإسلامية و الحديث، الجزء الثاني، جامعة القرويين، دار الحديث الحسنية، الرباط، السنة الجامعية: 1401-1402هـ / 1981-1982م.

- محمد البوشواري: كراء الأراضي الفلاحية في الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود المغربي دراسة مقارنة، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، كلية الشريعة، جامعة القرويين، آيت ملول- أكادير، السنة الجامعية 1421-2422/2000-2001.
- محمد الماحي : المصارف الإسلامية : بنوك الادخار والاستثمار(الهيئات البديلة)، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2012/2013.
- محمد جرموني : الوقف المعقب بالمغرب بين المعوقات الواقعية ومحدودية الحماية القانونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2012/2013م.
- محمد سلامة : نظرية العقد في الفقه الإسلامي من خلال عقد البيع، بحث لنيل دكتوراه الدولة في العلوم الفقهية، دار الحديث الحسنية، القصر الملكي، الرباط، العام الجامعي 1990/1991م.

الرسائل:

- أحمد بلخير: عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، دراسة البنك الإسلامي للتنمية، مذكرة مقدمة لنيل الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2008.
- ابتسام جمجمي: مفهوم حسن النية في العقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة القانون المدني، كلية العلوم القانونية

والإقتصادية و الإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2001/2000.

• احمد سنون : عقد التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية و الإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013/2012.

• أسماء ميزات : التقييد الاحتياطي في قوانين تسديد الديون الرهنية و الإيجار المفضي إلى تملك العقار و بيع العقار في طور الانجاز، رسالة لنيل دبلوم الماستر في الدراسة الميتودولوجية لقانون الالتزام التعاقدى والعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2011/2010م.

• السليمانى المصطفى: عقد المغارسة وحماية الغارس على ضوء مدونة الحقوق العينية والفقہ الإسلامى، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2013/2012.

• عبد الكريم الطالب: مركز الفقہ الإسلامى فى القانون المدنى المغربى، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا فى القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1416-1995-1996/1417.

• المصطفى القيادي: العقود الفلاحية فى الفقہ الإسلامى، بحث نهاية التمرين، وزارة العدل، المعهد الوطنى للدراسات القضائية، الرباط، الفوج 22، السنة القضائية 1994/1992.

- جواد الهروس: الحيازة والاستحقاق في الفقه المالكي والقانون الوضعي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، قسم الدراسات العليا، وحدة المعاملات، كلية الشريعة، جامعة القرويين، فاس، السنة الجامعية 2001 / 2002 .
- حسن منصف: أحكام الهبة في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1999/2000.
- عادل احمد حسين القيز: كراء الأراضي الفلاحية في التشريعين المغربي واليمني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2002-2003/1423-1424.
- عبد الرحمان أسامة : نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية 1983.
- عز الدين اعسيسو: عقد المغارسة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، ، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2002/2003 م .
- كريمة ركيبي ، حفيظة غماري: صيغ التمويل في البنوك الإسلامية دراسة حالة بنك البركة الجزائري، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإقتصادية، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة اكلي محند اوالحاج، البويرة- الجزائر، السنة الجامعية 2014/2015.

- لفقة هامل العجيلي : التنظيم القانوني لعقد المغارسة، دراسة في ضوء أحكام القانون المدني وقانون الإصلاح الزراعي في العراق، رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص ، كلية القانون ، جامعة بغداد، العراق، 2017م.
- محمد العوفي : التمويل العقاري بين تحديات البنوك التقليدية ورهانات البنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية المتعددة التخصصات بالناظور، السنة الجامعية 2016/2017م.
- محمد بوحسوي : وضعية العقار بين النصوص الشرعية و القوانين المدنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1999/2000م.
- محمد شليح : سلطان الإرادة في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، أسسه ومظاهره في نظرية العقد، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، بالرباط، 1983م.
- هزرشي عبد الرحمان : أثر العذر والحوائج على الإلتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص: شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، الخروبة، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2005-2006م.

المجلات:

- المجلة المغربية للدراسات القانونية والإقتصادية، عدد 3، أبريل 2017، (دون ذكر المطبعة).

- المجلة المغربية للقانون والإقتصاد والتنمية، الدار البيضاء، ع 34، سنة 1994.
- قضاء محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 5.
- مجلة الإشعاع ، عدد 7، صادرة عن هيئة المحامين بالقنيطرة.
- مجلة الحقوق ، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الإصدار السابع، فبراير 2013، مطبعة المعارف الجديدة الرباط.
- مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 79 ، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء .
- مجلة الفرقان، بعنوان الأبنك التشاركية أي جديد...؟، العدد 80 ، 1438هـ/2017م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء .
- مجلة القصر، العدد 23، ماي 2009.
- مجلة القضاء المدني، العدد الأول، السنة الأولى، ، الطبعة الثانية، شتاء، ربيع 2010، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- مجلة القضاء المدني، العدد الثاني، 2010. مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- مجلة القضاء المدني، العدد الرابع، السنة الثانية، صيف، خريف 2011م، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.
- مجلة القضاء والتشريع التونسية ، عدد 1، السنة الرابعة، يناير 1381هـ/1962م.
- مجلة القضاء والتشريع التونسية، عدد 2، السنة 45، الجمهورية التونسية، فيفري 2003.
- مجلة المحاماة ، عدد 15، 1979، صادرة عن هيأت المحامين بالمغرب.

- مجلة المحامي، عدد 42، سنة 2003، المطبعة الوطنية، صادرة عن هيئة المحامين بمراكش.
- مجلة المسلم المعاصر، عدد 24، أكتوبر-نونبر 1980.
- مجلة المعرفة، عدد 16، سنة 2005.
- مجلة المعيار، عدد 42.
- مجلة المنبر القانوني، العدد 9، أكتوبر 2015، مطبعة المعارف الجديدة ، الرباط.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26 سنة 1981.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 35-36، السنة العاشرة، سنة 1985.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 48، السنة الثانية عشر، 1996م
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 52، السنة العشرون، يوليو 1998.
- مجلة قضاء المجاس الأعلى، عدد 56، سنة 2000.
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 61، سنة 2003.
- مجلة منازعات الأعمال، العدد 24، ماي 2017.
- مجموعة قرارات المحاكم الإستئنافية في المغرب العدد 171 / 172 يوليو / ديسمبر 1963.

سلسلة الندوات والأبحاث:

- الدورة التدريبية الدولية حول: تمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة وتطوير دورها في الإقتصاديات المغاربية، أيام 25-28 ماي 2003، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر.

- بحث مقدم إلى مؤتمر: تداعيات الأزمة الاقتصادية العالمية على منظمات الأعمال، جامعة الزرقاء الخاصة، الزرقاء، المملكة الأردنية الهاشمية، ذو القعدة 1430هـ/ تشرين الثاني 2009م.
- محاضرة ملقاة بمؤتمر هيئة المحاسبة والمراجعة لمؤسسات التمويل الإسلامي، 8 ماي 2012، البحرين.
- منشورات المعهد الأعلى لتاريخ الحركة الوطنية، 1920-1954، تونس 1991.
- سلسلة بحوث ودراسات في الفكر المحاسبي الإسلامي، ندوة البركة الاقتصادية، فندق هيلتون، جدة، رمضان 1427هـ/ سبتمبر 2006.
- ندوة توثيق التصرفات العقارية، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية، كلية الحقوق بمراكش يومي 11 و12 فبراير 2005، سلسلة الندوات والأيام الدراسية ، عدد 23، الطبعة الثانية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش.
- ندوة علمية وطنية نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية ، يومي 29 و30 ابريل 2011، سلسلة الندوات و الأيام الدراسية، العدد 38، الطبعة الأولى، 1433هـ/2011م، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.

المصادر الفقهية و القانونية:

- الفقه الإسلامي.
- المادة الرابعة من قانون 16.69 المتمم لأحكام مدونة الحقوق العينية وأحكام التحفيظ العقاري.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016.

- الظهير الشريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5847، الصادرة بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154.
- القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 بتاريخ فاتح ربيع الأول 1436 (24 دجنبر 2014)، منشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 الصادرة بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 22 يناير 2015.
- الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.
- الظهير الشريف رقم 1.11.179 صادر بتاريخ 22.11.2 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5611 .
- الظهير الشريف صادر في 9 رمضان 1331 هـ (12 غشت 1913) بشأن التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 177.11.1 بتاريخ 22 نونبر 2011، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص 5575.
- الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليوز 2011) ، بتنفيذ نص الدستور، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 30 يوليوز 2011، ص 3600.

- الظهير الشريف رقم 1-06-56 صادر في 15 محرم 1427هـ (14 فبراير 2006) بتنفيذ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطّة العدالة، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 5400 الصادرة بتاريخ 2 مارس 2006، ص 566.
- الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ (03 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5184 الصادرة يوم الخميس 14 ذو الحجة 1424هـ (5 فبراير 2004)، ص 418.
- الظهير الشريف رقم 1.96.83 صادر في 15 من ربيع الأول 1417هـ (فاتح اغسطس 1996) بتنفيذ القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، عدد 4418، ص 2187.
- الظهير 1917 بشأن ضبط كراء الأملاك الحبسية لمدة ثلاثة أو ستة أو تسعة أعوام، (الظهير الشريف المؤرخ في 30 رجب 1335 الموافق ل 22 ماي 1917)، ألغي هذا الظهير بموجب المادة 166 من مدونة الأوقاف.
- ظهير الشريف صادر 27 ابريل 1919 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط شؤون الأملاك الجماعية وتقويتها، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 340 بتاريخ 28 ابريل 1919م، ص 375.
- القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985 بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 1 لسنة 1987 منشور بالجريدة الرسمية الصادرة عن الأمانة العامة بدولة الإمارات العربية.

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وتعديلاته، رقم العدد 3015، بتاريخ 09/08/195، رقم الصفحة 243.
- القانون المدني الليبي نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 20 فبراير 1954م.
- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 تاريخ 18/5/1949.
- القانون عدد 5 لسنة 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 (12 فيفري 1965) يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية، منشورة في الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 19 و 23 فيفري 1965، صفحة 200.
- القانون المدني لسنة الأردني لسنة 1976 ، المعمول به 1/1/1977.
- مجلة الإلتزامات والعقود التونسية، أمر مؤرخ في 15 ديسمبر 1906، منشورة في الرائد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 ديسمبر 1906.
- محمود بن الشيخ في مجلة الإلتزامات والعقود التونسية المعدلة، معلقا على فصولها بأحكام القضاء، ت. غ . م (غير مرقمة).
- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني المصري.

المواقع الالكترونية :

- أحمد جابر بدران : الصكوك كأداة للتمويل بين النظرية والتطبيق، مقال منشور بمجلة المسلم المعاصر، عدد 152. www.almuslimalmuaser.org
- حسام الدين بن موسى عفانة : يسألونك، ج 21، ص 219. كتاب منشور بالموقع الالكتروني: <https://books.google.co.ma>

- عبد العزيز الولتا: الشكلية المتطلبة لإبرام العقود العادية و الالكترونية في القانون المغربي، مجلة القانون والأعمال، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: www.droitentreprise.com
- عبد المهيم حمزة : السياسة وراء عدم تسمية البنوك التشاركية ب"الإسلامية"، حوار نشر بتاريخ 18 ابريل 2016 على الساعة 10:00 بالموقع الإلكتروني: www.hespress.com
- فتوى عدد 146291 صادرة عن إدارة الدعوة والإرشاد الديني بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، دولة قطر نشرت في الموقع الإلكتروني يوم الثلاثاء 29 محرم 1432-4-1-2001 : <http://fatwa.islamweb.net/fatwa>
- فتوى عدد 937 صادرة عن الصادف بن عبد الرحمان الغرياني، مفتي عام ليبيا بتاريخ 14 ربيع الآخر 1434 هجرية، نشرت من قبل دار الإفتاء الليبية - عقد مغارسة - في الموقع الإلكتروني www.ifta.ly
- مصطفى بن شريف: الأمن القانوني والأمن القضائي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني بتاريخ 8 مارس 2013 على الساعة 01:25 www.hespress.com
- معجم المعاني الجامع : www.almaany.com
- معجم www.wikifiqh.ir
- مجلة محكمتي الإلكترونية : www.mahkamaty.com

Les ouvrages :

- Ghestin et Desche : Traité des contras- La vente, (L.G.D.J)
- 1990Hochart(cath) : « La garantie dans la vente.(L.G.D.J) 1993.

- Hochart(cath) : « La garantie d'eviction dans la vente.
(L.G.D.J) 1993.
- Mazeaud (H. L.J) : Les leçons en droit civil, tome III, volume 2, édition 6.
- Paul DECROUX : Droit foncier Marocain, Imp, Maarif al jadida, Rabat 2002.
- Weill(A) , " Le principe de la relativité des conventions en droit privé français ." Thèse(Imprimée) , Strasbourg , 1938 , n° 53 .

La thèse :

- Mohamed Najib BOULIF : Vers une nouvelle approche des placements, Thèse de doctorat d'Etat Sciences Economiques, Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, fes, 29/06/1996.

الفهرس

المختصرات

1.....	مقدمة
6.....	أولاً: أسباب اختيار الموضوع وأهميته
7.....	ثانياً : أهداف البحث
7.....	ثالثاً : صعوبات البحث
9.....	رابعاً : منهجية البحث
11.....	خامساً : إشكالية البحث
11.....	سادساً : خطة البحث

الباب الأول: قيام عقد المغارسة

16.....	الفصل الأول: ماهية عقد المغارسة
18.....	المبحث الأول: مفهوم المغارسة ومشروعيتها
19.....	المطلب الأول : مفهوم المغارسة
19.....	الفقرة الأولى: مفهوم المغارسة في الفقه الإسلامي
20.....	أولاً : تعريف المغارسة لدى فقهاء المالكية
24.....	ثانياً : تعريف المغارسة لدى جمهور الفقهاء
24.....	أ : معنى المغارسة عند الفقه الحنبلي
25.....	ب : معنى المغارسة عند الفقه الشافعي

ج : معنى المغارسة عندالفقه الحنفي	25
الفقرة الثانية: مفهوم المغارسة قانونا.....	27
أولا: تعريف المغارسة لدى بعض القوانين المقارنة.....	27
ثانيا : تعريف المغارسة في التشريع المغربي.....	29
المطلب الثاني : مشروعية وتكييف عقد المغارسة بين الفقه والقانون	32
الفقرة الأولى: مشروعية عقد المغارسة	33
أولا: موقف الفقهاء من مشروعية المغارسة.....	33
أ : لدى فقهاء المالكية	33
ب : لدى جمهور الفقهاء.....	36
ثانيا: موقف القانون من مشروعية المغارسة والحكمة منها	42
أ : موقف القانون من مشروعية المغارسة.....	42
ب: الحكمة من مشروعية المغارسة.....	43
الفقرة الثانية : تكييف عقد المغارسة	44
المبحث الثاني : التمييز بين صور عقد المغارسة.....	50
المطلب الأول : عقد المغارسة وتمييزه عن غيره من العقود.....	51
الفقرة الأولى : اختلاط المغارسة ببعض العقود المنظمة من قبل المشرع	51
أولا : تمييز عقد المغارسة عن عقد الكراء الفلاحي.....	51
ثانيا : حق الغارس وتمييزه عن صاحب حق الانتفاع.....	53
ثالثا : عقد المغارسة وإحياء أراضي الموات	54

55	الفقرة الثانية : اختلاط عقد المغارسة ببعض العقود غير المنظمة
56	أولاً: أوجه الاختلاف بين عقدي المغارسة والمساواة
57	ثانياً: عقد المغارسة و المزارعة
58	المطلب الثاني: صور عقد المغارسة.....
59	الفقرة الأولى: المغارسة على وجه الإجارة
60	الفقرة الثانية: المغارسة على وجه الجعل
61	الفقرة الثالثة: المغارسة بالمشاركة
64	الفصل الثاني:أركان عقد المغارسة.....
65	المبحث الأول : رضى طرفي عقد المغارسة وشكليته.....
66	المطلب الأول : رضى المتعاقدين
66	الفقرة الأولى : عنصر الأهلية
68	الفقرة الثانية : عنصر الإرادة
70	المطلب الثاني : الشكلية في عقد المغارسة
70	الفقرة الأولى : الإيجاب و القبول بين طرفي العقد
73	الفقرة الثانية : خصوصية الكتابة في عقد المغارسة.....
74	أولاً : توثيق المغارسة في الوثيقة العدلية
76	ثانياً : توثيق المغارسة في الوثيقة العصرية
79	المبحث الثاني: المحل والسبب في عقد المغارسة
81	المطلب الأول : محل عقد المغارسة.....

81	الفقرة الأولى: أرض المغارسة و شروطها
81	أولاً: ضرورة أن تكون الأرض في ملكية صاحبها
83	أولاً : المغارسة في العقار غير المحفظ
85	ثانيا : المغارسة في العقار في طور التحفيظ
87	ثالثا : المغارسة في العقار المحفظ
91	ثانيا: ألا تكون المغارسة على أرض الوقف أو الحبس
92	أ : حكم المغارسة في أرض الوقف
96	ب: موقف القضاء المغربي من المغارسة في أراضي الأوقاف
101	ثالثا: خلو الأرض المراد غرسها من الأغراس
102	الفقرة الثانية: الشيء المراد غرسه و شروطه
103	أولاً: أن يغرس فيها أشجارا ثابتة الأصول دون الزرع
103	ثانيا: أن يكون معين النوع و العدد
104	ثالثا: أن تتفق أصناف الأجناس أو تتقارب في مدة إطعامها
105	المطلب الثاني: السبب في عقد المغارسة
105	الفقرة الأولى: العمل الواجب على الغارس في عقد المغارسة
111	الفقرة الثانية: حصة العامل في عقد المغارسة
111	أولاً: بيان المدة في عقد المغارسة
115	ثانيا: تحديد حصة العامل

الباب الثاني : آثار عقد المغارسة

- الفصل الأول :التزامات طرفي عقد المغارسة وآليات تمويله في البنوك التشاركية.. 121
- المبحث الأول :التزامات طرفي عقد المغارسة..... 122
- المطلب الأول : التزامات مالك الأرض 123
- الفقرة الأولى: التزام مالك الأرض بتسليم أرضه للغارس و ضمانها 123
- أولا : التزام المالك بالتسليم 123
- أ: مفهوم التسليم 124
- ب : مضمون التسليم 125
- ثانيا : التزام مالك الأرض بالضمان 129
- أ : ضمان التعرض 130
- 1 : التعرض المادي 131
- 2 : التعرض القانوني 132
- 3 : التعرض الصادر عن الغير 133
- ب : ضمان الإستحقاق 136
- الفقرة الثانية : إعطاء الحصة المشتركة للغارس بعد إنتهاء المدة 141
- المطلب الثاني: التزامات الغارس 144
- الفقرة الأولى : المحافظة على الأرض محل المغارسة 145
- الفقرة الثانية : رد الحصة الشائعة المتفق عليها من الأرض والأشجار إلى صاحبها بعد انتهاء مدة المغارسة..... 148

المبحث الثاني : صيغة التمويل بعقد المغارسة في البنوك التشاركية	151
المطلب الأول : ماهية البنوك التشاركية	153
الفقرة الأولى : مفهوم البنوك التشاركية	155
أولا : التعريف بالبنوك التشاركية	156
ثانيا : خصائص البنوك التشاركية	158
أ : استبعاد التعامل بالفائدة	159
ب : التعامل بقاعدة الغنم بالغرم	160
ج : السمة العقائدية	160
د : تبني قاعدة الخراج بالضمان	161
الفقرة الثانية : خدمات البنوك التشاركية	161
أولا : قبول الحسابات (الودائع) المصرفية	162
أ : الحسابات الجارية أو تحت الطلب	163
ب : الحساب الإستثماري المشترك	163
ج : الحساب الإستثماري المخصص	163
ثانيا : التحويلات المصرفية	164
ثالثا : تحصيل الأوراق التجارية وخصمها	164
رابعا : الإكتتاب وحفظ الأوراق المالية	165
المطلب الثاني : التمويل بالمغارسة في البنوك التشاركية	165
الفقرة الأولى : شركة المغارسة	166

167	أولاً : البنك في صفة المالك للأرض.....
168	ثانياً : البنك في صفة الغارس.....
169	الفقرة الثانية : التطبيق المعاصر للتمويل بالمغارسة.....
169	أولاً : المغارسة المقرونة بالبيع والإجارة.....
170	ثانياً : صكوك المغارسة.....
173	الفصل الثاني : فساد عقد المغارسة و انقضاؤه.....
174	المبحث الأول : فساد عقد المغارسة.....
175	المطلب الأول : مفهوم العقد الفاسد و أسباب فساد عقد المغارسة.....
175	الفقرة الأولى : مفهوم العقد الفاسد.....
175	أولاً : التعريف بالعقد الفاسد لغة.....
175	ثانياً: العقد الفاسد في الإصطلاح الفقهي.....
176	ثالثاً: العقد الفاسد في القانون.....
178	الفقرة الثانية : أسباب فساد عقد المغارسة.....
178	أولاً: اختلال موضوعها.....
179	ثانياً : فقدان أحد شروطها.....
180	ثالثاً: اشتراط ما يخالف مقتضى عقد المغارسة وسنتها.....
180	المطلب الثاني : الآثار المترتبة عن عقد المغارسة الفاسد.....
184	المبحث الثاني: انقضاء عقد المغارسة.....
185	المطلب الأول: انقضاء عقد المغارسة بالمدة وبالقسمة.....

185	الفقرة الأولى : انقضاء عقد المغارسة بالمدة.....
185	أولا : تحديد المدة في الفقه المالكي.....
186	ثانيا : المدة في القانون
191	الفقرة الثانية : انقضاء عقد المغارسة بالقسمة
194	أولا : قسمة أرض المغارسة الواردة على العقار غير المحفظ
195	ثانيا : قسمة أرض المغارسة الواردة على العقار المحفظ.....
200	المطلب الثاني : انقضاء عقد المغارسة لأسباب أخرى.....
200	الفقرة الأولى: الإنقضاء بالعدر
200	أولا : مفهوم العذر
200	1 : تعريف العذر
201	أ - تعريف العذر في الفقه الإسلامي.....
202	ب - تعريف العذر في القانون
203	2 : الأعذار التي تنفسخ بسببها المغارسة.....
204	ثانيا : الآفة السماوية و الجائحة.....
204	1 : تعريف الآفة والجائحة.....
204	أ - تعريف الآفة.....
205	ب - تعريف الجائحة.....
207	ج: الجائحة التي يفسخ بسببها عقد المغارسة.....
209	الفقرة الثانية : الانقضاء بالإقالة وموت أحد العاقدين

أولا : الإقالة	209
أ : الإقالة لغة واصطلاحا	209
ب : الإقالة في قانون الإلتزامات والعقود المغربي	211
ج : آثار الإقالة في عقد المغارسة	213
ثانيا : موت أحد العاقلين	214
أ : موقف الفقهاء	214
ب : موقف القانون	217
خاتمة	220
لائحة المراجع	227
الفهرس	264