



جامعة محمد الخامس - الرباط
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
أكدا - الرباط



شعبة القانون الخاص
وحدة القانون المدني

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص
في موضوع:

القيود الاتفاقية الواردة على حق الملكية العقارية الخاصة

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

سعيد الدغيمر

من إنجاز الطالب:

عبد الإله المرابط

لجنة المناقشة:

الأستاذ الدكتور عبد السلام أحمد فيغو..... رئيسا
الأستاذ الدكتور سعيد الدغيمر..... عضوا
الأستاذ الدكتور علال فالي..... عضوا
الأستاذ الدكتور هشام الخصاصي..... عضوا
الأستاذ الدكتور عبد الرحمان الشرقاوي..... عضوا



قال تعالى: ﴿يا أيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما

يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد﴾. صدق الله العظيم

الآية الأولى من سورة المائدة، القرآن الكريم

لائحة بالمختصرات المستعملة

باللغة العربية:

- ق.ل.ع : قانون الالتزامات والعقود
- م.ح.ع : مدونة الحقوق العينية
- ق.ت.ع : قانون التحفيظ العقاري
- م.أ. : مدونة الأسرة
- ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي
- ق.م.م : القانون المدني المصري
- م.س. : مرجع سابق
- ص. : الصفحة
- ج. : الجزء
- ط. : الطبعة
- مج. : المجلد
- د.ت.ط : دون ذكر تاريخ الطبعة
- د.د.ن : دون ذكر دار النشر

باللغة الفرنسية:

Op. cit : ouvrage précité

p. : page

Rev.trim.dr.civil : revue trimestrielle de droit civil

LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence

مقدمة:

يحتل العقار مكانة هامة في حياة الفرد والجماعة، وقد سعى الإنسان منذ القدم ولا يزال إلى الظفر بمساحة من الأرض ليمارس فيها مختلف أنشطته ويقيم فيها مسكنا يأوي إليه هو وأفراد أسرته، وذلك لكون حب التملك غريزة طبيعية في نفس الإنسان جبل عليها منذ وجوده على وجه البسيطة. ومن خلال الاستقراء التاريخي لتطور حق الملكية، يتبين أن ملكية الأرض قامت في أصولها الأولى على الاحتلال بالقوة والقهر، لكن مع تطور المجتمعات البشرية نتيجة عوامل اقتصادية مثل الاختراعات وتطور عوامل الإنتاج وتقسيم العمل وتطور الفكر البشري، كان لابد من تنظيم حق تملك العقار وتهذيبه من مظاهره البدائية أو مرحلة ما قبل المجتمع كما يسميها توماس هوبز (1588-1679م) في تفسيره للعقد الاجتماعي¹. وهكذا تحرر حق التملك من سلطان القوة والغلبة وأصبح قائما على سلطان القانون الذي يحدد طرق اكتساب ملكية العقار وتداوله بين الناس، وبالتالي يجب الالتزام بقواعده².

وقد ظهرت البوادر الأولى للملكية العقارية الخاصة أو الفردية منذ المجتمعات البدائية³، وما التنظيم الحالي لهذا الحق في حقيقة الأمر إلا نتيجة لتطور طويل⁴، تقلبت خلاله الملكية العقارية الخاصة بين الاعتراف

Ar.m.wikipedia.org, consulté le 19/01/2015

1

² علي عبد الواحد وافي، "قصة الملكية في العالم"، الكتاب الأول، مكتبة نهضة مصر بالقاهرة، الطبعة الثانية 1377هـ - 1985م، ص.2.

³ وفاء سيد أحمد محمد خلاف، "قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، دار النهضة العربية، د.ت.ط، ص.22.

⁴ يراجع:

Marcel Planiol, traité élémentaire de droit civil, tome premier, 1906 LGDJ, p. 737

والإنكار وبين الإطلاق والتقييد⁵، لتنتهي في آخر المطاف باعتراف القوانين الدولية والتشريعات الوطنية بالملكية الفردية وإعطائها قيمة دستورية⁶.

وبالنظر إلى دور الملكية العقارية الخاصة في تحفيز الاقتصاد عن طريق تشجيع المبادرة الحرة والزيادة في الإنتاج، وفي ضمان السلم الاجتماعي؛ أولت التشريعات الحديثة عناية خاصة لتنظيم هذا الحق من خلال إطلاق يد المالك في ملكه⁷، وتوفير الحماية القانونية والقضائية لهذا الحق حتى يساهم بفعالية في الدورة

⁵ تدلنا بعض الدراسات التاريخية على أنه خلال تطور حق الملكية، لم تخل مرحلة من مراحلها من قيود الملكية سواء في المجتمع البدائي أو في المجتمعات اليونانية أو الرومانية أو العصور الوسطى الأوربية، للتوسع في هذه النقطة يمكن الرجوع إلى الدراسات التاريخية للملكية ومنها قصة الملكية في العالم، م.س. وبالرجوع إلى قانون الملك حمو رابي، يلاحظ أنه رغم اعترافه بالملكية الفردية وحرية التعاقد، فقد كان التصرف في هذا الحق يخضع لقيود في مصلحة العائلة ولا يمكن بيعه إلا إذا كان الغرض من وراء ذلك هو تحقيق مصلحة مشروعة تتمثل في أداء الدين، علي محيي الدين علي القره داغي، "مبدأ الرضا في العقود"، ج. الأول، دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية 1423هـ/2002م، م.س، ص.94؛ عبد الكريم العلوجي، "حمورابي موحد بلاد الرافدين"، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى 2010، ص.203.

⁶ ينص الفصل 35 من الدستور المغربي على أنه: "يضمن القانون حق الملكية.

ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون، إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون..."، الظهير الشريف رقم 1.11.91 الصادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011) بتنفيذ نص الدستور، ج.ر عدد 5964 مكرر المؤرخة في 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص.3600؛

اعترف المجلس الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية لحق الملكية استنادا إلى الفصل الثاني من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الذي يضع حق الملكية في مصاف الحريات الأساسية المتعلقة بالحرية والأمن ومقاومة الظلم والعدوان، وكذا الفصل السابع عشر من نفس الإعلان الذي ينص على أن الملكية حق مقدس ولا يمكن المساس به أو حرمان المالك من ملكه إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورات اقتصادية تتعلق بالمصلحة العامة مقابل تعويض عادل، يراجع نص قرار المجلس الدستوري عدد 82-132 الصادر في 16 يناير 1982 المنشور والمعلق عليه عند:

H.Capitant, F.Terré/Y.Lequette, « les grands arrêts de la jurisprudence civile » tome 1, 11^é édition 2000, Dalloz,(p1-p.14).

⁷ تنص المادة 19 من م.ح ع على أنه: "لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل"، القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج.ر عدد 5998 المؤرخة في 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص.5587؛ يراجع التعريف الذي أعطاه المشرع الفرنسي لحق الملكية حيث جاء في المادة 544 ما يلي:

« la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Code civil, édition 28/10/2017, droit.org institut francais d'information juridique. =

الاقتصادية من خلال تفعيل مبدأ تداول الأموال الذي تكرسه التشريعات الحديثة. ومن بين هذه التشريعات، نجد القانون المدني الفرنسي⁸.

وغني عن البيان أن العقد يعد من الوسائل الرئيسية لتداول الملكية العقارية وتترتب عليه آثار قانونية هامة من أبرزها نقل ملكية العقار المعقود عليه من المتصرف إلى المتصرف إليه وما يستتبع ذلك من نقل جميع السلطات التي يخولها حق الملكية. لكن هذه القاعدة القانونية تكون أحيانا غير كافية لحاجة الناس في بعض معاملاتهم العقارية التي قد تتطلب تعديل بعض الآثار العادية للعقد الناقل للحق عن طريق إضافة شروط خاصة لضمان تنفيذ الإلتزامات المنصوص عليها في العقد من طرف المتصرف إليه. ومن هذه الشروط مثلا أن يشترط البائع على المشتري عدم تفويت الشيء المبيع إلا بعد سداد ثمن البيع بالكامل في حالة عدم أداء ثمن البيع كاملا عند إبرام العقد، أو أن يشترط صاحب تجزئة عقارية على مشتري البقع الأرضية تخصيصها لبناية معدة للسكن فقط مع فرض شرط جزائي في حالة مخالفة شرط التخصيص وغيرها من الشروط الإرادية التي يستطيع الأطراف تضمينها في عقودهم وتصرفاتهم. وهذا ما يعرف بالقيود الاتفاقية التي سيتم تناولها في هذا البحث.

وتندرج حرية اشتراط الشروط والقيود الاتفاقية في العقود في إطار الحرية التعاقدية التي كرستها القوانين المدنية الحديثة وفي طليعتها القانون المغربي الذي ينص في الفصل 230 من ق.ل.ع 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". ويقابل هذا النص في ق.م.ف المادة 1103 التي يستفاد منها أن الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها⁹.

= وتتص المادة الثانية من ق.م.ع على أنه: " لمالك الشيء وحده، في حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه"، القانون رقم 131 لسنة 1948 الصادر في 9 رمضان سنة 1367 (16 يولييه 1948)، موقع: www.incometax.gov.eg، تاريخ الاطلاع: 2015/03/16.

⁸ يلاحظ أن ق.م.ف يكرس حرية الأفراد في التصرف في الأموال المملوكة لهم حيث تنص المادة 537 منه على ما يلي:

« les particuliers ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par les lois... », code civil français, édition du 28/10/2017, droit.org institut francais d'information juridique.

⁹ تنص المادة 1103 من ق.م.ف في فقرتها الأولى على مايلي:

" Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", code civil, op.cit =

ونجد نفس القاعدة في ق.م.م الذي ينص في مادته 147(1) على أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون...¹⁰

انطلاقاً من القوانين المذكورة، يمكن القول إن الحرية التعاقدية تسمح لكل متعاقد بأن يدرج في العقد ما شاء من الشروط التي يعتبرها محققة لمقاصده شريطة ألا تكون مخالفة للنظام العام، وتسمى شروط عقدية أو قيود اتفاقية تكون مصاحبة أو مقترنة بالعقد الذي تتضمنه ولا تكون متقدمة عليه أو متأخرة عنه¹¹، وغالباً ما يشترطها المتصرف على المتصرف إليه لحماية مصالحه الاقتصادية أو الاجتماعية أو المعنوية أو مصالح غيره. والقيود الاتفاقية بهذا المعنى هي شروط زائدة في العقد لا تؤثر على وجود العقد أو انقضائه، ولكنها تؤدي إلى تعديل الآثار الأصلية للعقد مثل تقييد سلطات المالك على ملكه أو الحد من مدى هذه السلطات وإطلاقها.

وترد القيود الاتفاقية في التصرفات والعقود الناقلة لحق الملكية أو المنشئة لحق من الحقوق العينية والتي تحد من سلطات المالك على ملكه كما قيل سابقاً، هي التي سيتم التركيز عليها في هذا البحث، وبالتالي يستبعد بحث الشروط الإرادية التي يتوقف عليها وجود الالتزام أو انقضاؤه مثل الشروط الواقفة والشروط الفاسخة وإن كانت شروط اتفاقية، لأن الشرط الواقف يعلق نقل ملكية الحق موضوع الالتزام على تحقق الشرط أما الشرط الفاسخ ولئن كان يرد على حق الملكية فإنه لا يحد من سلطات المالك وبالتالي لا يدخل في نطاق القيود الاتفاقية. كما تستبعد من نطاق هذا البحث المؤسسات والأنظمة المشابهة مثل الارتفاقات الاتفاقية وحق الأفضلية وحق الشفعة وغيرها حسب التفصيل الذي سيأتي في الباب الأول من هذا البحث. ويلاحظ مما سبق، أن القيود الاتفاقية تعد من صميم مادة الحقوق العينية وإن كان لها ارتباطات بالنظرية العامة للالتزام.

= أنظر كذلك إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، الطبعة الأولى 1416هـ - 1996م، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص.94

Jean-Pascal Chazal, de la puissance économique en droit des obligations, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, présentée et soutenue le 27 mars 1996, université pierre mandes, faculté de droit-U.F.R- Grenoble, tome 1,p.38

¹⁰ المادة 147 من ق.م.م، قانون رقم 131 لسنة 1948.

¹¹ علي محيي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الثانية 1423هـ - 2002م، ص.1165.

وقبل إبراز أهمية موضوع القيود الاتفاقية في المعاملات، يبدو من المفيد ربط هذه التقنية بجدورها التاريخية لفهم حقيقتها التشريعية في الماضي والحاضر ثم استشراف آفاقها المستقبلية. ذلك أن القيود الاتفاقية ليست وليدة اليوم بل عرفت القوانين القديمة وفق أشكال متعددة وتم إعمالها في مجالات مختلفة، ثم انتقلت إلى القوانين الحديثة التي عملت على تطويرها وتنقيحها وملائمتها مع النظام القانوني والاقتصادي السائد حتى تؤدي دورها في المعاملات المتعلقة بتداول الملكية العقارية الخاصة وتحقق للمتعاقدین مقاصدهم وغاياتهم من التعاقد.

ففي مصر الفرعونية، كان المصريون يعتقدون بالحياة الآخرة بعد الموت، ولضمان تلك الحياة كان يتعين عليهم تقديم القرابين وإقامة الشعائر الدينية لأرواحهم بصفة منتظمة. ولهذا كان الفرد يهب بعض أمواله للكهنة في مقابل قيامهم بتقديم القرابين بعد وفاته وإقامة الشعائر الدينية لروحه. وكان الواهب يشترط على الموهوب له (الكاهن) عدم جواز التصرف في الأموال الموهوبة التي كانت في الغالب أموالاً عقارية لأن التصرف فيها كان يتعارض مع الغرض الذي خصصت من أجله وتسمى حقول الكهنة¹².

وفي القانون الفرنسي، لم ينظم المشرع الشروط المانعة من التصرف في القانون المدني الصادر سنة 1804¹³ تأثراً منه بمبادئ الثورة وما ترتب عليها من إلغاء نظم الإقطاع وإطلاق حق الملكية وحرية تداول الأموال مع نبذ كل ما من شأنه تجميد الأموال وعرقلة تداولها بين الناس. ومنذ صدور القانون المذكور، ظل الاجتهاد القضائي الفرنسي والفقهاء يعتبران الشروط المانعة من التفويت التي درج الناس على إعمالها في عقود الهبات والوصايا باطلة لأنها مخالفة لمبدأ تداول الأموال الذي يعد من النظام العام¹⁴. لكن الحاجات العملية التي دفعت الناس إلى إعمال القيود الاتفاقية في تصرفاتهم المتعلقة بالملكية العقارية الخاصة، كانت أقوى من موقف القضاء مما جعله ينتقل من الإبطال المطلق لهذه الشروط إلى الاعتراف المقيد بمشروعيتها، ليتوج هذا

¹² طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص. 70 و 71.

¹³ François Terré Philippe Simler, droit civil, les biens, dalloz 7^e édition 2006, p.128

¹⁴ محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف في حق الملكية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية 1414هـ - 1994 م، ص. 76؛

Albert Wagner, la clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, RTD.civ, p.311 et 312

Jean-Louis Bergel Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, Les biens, édition LGDJ 2010, p.98 .

العمل القضائي بالتكريس التشريعي لشرعية القيود الاتفاقية بمقتضى القانون رقم 71-526 الصادر بتاريخ 3 يوليو 1971¹⁵.

وقبل فرض الحماية الفرنسية على المغرب بتاريخ 30 مارس 1912، كان المغاربة يطبقون أحكام الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك، عقيدة وشريعة¹⁶. وكانت المعاملات العقارية تجري بين الناس وفق قواعد المذهب المالكي الذي يعد من المذاهب التي تجيز اشتراط الشروط المقترنة بالعقود¹⁷. ومن بين القيود التي كانت تدرج في المعاملات اشتراط البائع على المشتري وقف الأرض المبيعة أو تخصيصها لبناء مسجد عليها، أو أن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع ذلك الشيء المبيع ولا يهبه من شخص معين أو من بني فلان وهم قليلون¹⁸، أو أن يبيع الدار ويشترط سكنها مدة معلومة وغير ذلك من الشروط التي فيها منفعة معقولة لأحد المتعاقدين¹⁹.

وللفقهاء المغاربة من أصحاب مالك تفصيلات متقاربة مثل تحييس جميع الدار مع استثناء بيت من الدار يسكن فيه مدة معلومة أو بقية عمره، فإذا مات مالك الدار لحق البيت بالتحييس شريطة أن يكون المستثنى من الدار الثلث أو أقل وإلا بطلت²⁰. وبصفة عامة، قسم الإمام مالك الشروط المقترنة بالعقود إلى ثلاثة أقسام: قسم يتفق مع العقد فيجوز وما يتنافى معه فلا يجوز وما هو بينهما فينظر فيه²¹.

Code civil francais, dalloz , édition 110 2011

15

¹⁶ عبد العزيز توفيق، قانون الالتزامات والعقود، دار الثقافة، الدار البيضاء، 418-1998، 2، ص؛ عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة الكرامة، الرباط، ط. 2، 1426هـ-2005م، ص. 3.

¹⁷ عبد الله الشرفاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، دار الرشد الحديثة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1431هـ-2009م، ص. 99.

¹⁸ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة 1، 1418هـ-1998م، ص. 10.

¹⁹ عبد الله الشرفاوي، م. س، ص. 100.

²⁰ أبو عيسى سيدي محمد الوزاني، النوازل الصغرى، المجلد الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى 2014، ص. 248.

²¹ علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة 4، 1411-1991، ص. 175.

وبعد فرض الحماية الفرنسية على المغرب وإصدار مجموعة ظهائر 12 غشت 1913 من بينها نظام التحفيظ العقاري وقانون الالتزامات والعقود، استمرت الممارسة التعاقدية في أعمال القيود الاتفاقية في المعاملات العقارية، خاصة وأن النصوص التشريعية الصادرة في عهد الحماية قد كرست الحرية التعاقدية بصفة عامة وحرية اشتراط الشروط و القيود في العقود والاتفاقات بصفة خاصة. ولعل من بين هذه النصوص نذكر ق.ت.ع الذي يجيز ضمناً في الفصل 69 منه أن يكون العقد المطلوب تقييده بالسجلات العقارية مقترناً بقيد على الحق في التصرف أو أي قيد آخر، ثم هناك م.أ التي تسمح في المادة 285 صراحة بتقييد الوصية بالشرط إن كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما وأن لا يكون مخالفاً للمقاصد الشرعية.

ورغم الاقرار الضمني بمشروعية اشتراط القيود الاتفاقية في العقود والمعاملات في القانون المغربي، فإن عدم تنظيم أحكام هذه القيود وعدم بيان شروط صحتها يطرح مشاكل وصعوبات على مستوى الممارسة التعاقدية. ومن مظاهر هذه الصعوبات، أن أعمال القيود الاتفاقية من طرف المتعاقدين بدون العلم المسبق بالآثار القانونية المترتبة عليها قد يفوت عليهم تحقيق النتائج الاقتصادية و القانونية المرجوة من العملية التعاقدية، وهي تبادل المنافع وتحقيق الأمن التعاقدي واستقرار المعاملات.

وتطرح نفس الصعوبات بالنسبة للجهات المكلفة بتلقي وتحرير العقود، وخاصة بالنسبة للموثقين الذين يفرض عليهم القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق إسداء النصح لأطراف العقد وأن يبينوا لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقونها²²، إذ كيف يمكن لهؤلاء المهنيين القيام بواجبهم في إسداء النصح والإرشاد لأطراف العقد في غياب أحكام واضحة تنظم كيفية أعمال القيود الاتفاقية في العقود؟

أما بالنسبة للقضاء الذي يبقى دوره ضرورياً لتفعيل القاعدة القانونية على أرض الواقع من خلال تأويلها وتفسيرها بمناسبة البت في النزاعات التي تطرح عليه بخصوص القيود الاتفاقية، فإن وجه الصعوبة التي تعترضه هي أن القواعد العامة قد لا تسعف القاضي في فض النزاع المتعلق بالقيود الاتفاقية وخاصة فيما يتعلق بالآثار القانونية المترتبة عليها.

²² تنظر المادة 37 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.179 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج. ر عدد 5998 المؤرخة في 27 من ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص. 5611.

ورغم الفراغ التشريعي الذي يعرفه القانون المغربي في باب القيود الاتفاقية، فإن أهمية هذه التقنية تجعل الناس يلجأون إلى التوسل بها في عقودهم ومعاملاتهم سواء كانت بعوض أو كانت عقود تبرع. ويلجأ إلى هذه التقنية جميع المتعاقدين سواء كانوا أشخاصا ذاتيين أو كانوا أشخاصا اعتباريين، وذلك لما توفره هذه القيود من ثقة في نفس المشتري واطمئنانه على التزام المشتري عليه بتنفيذ ما التزم به وعدم الإخلال به، ولما تقدمه من ضمانات قانونية تمكن المتعاقد من التحكم في مستقبل العلاقة التعاقدية واستباق ما قد يطرأ عليها من أحداث²³.

وهكذا تلجأ الدولة ومؤسساتها إلى القيود الاتفاقية لضمان توفير السكن للفئات الاجتماعية المستحقة للرعاية والدعم سواء في إطار التجزئات السكنية أو الإقامات الخاضعة للملكية المشتركة التي تحدثها، بحيث تشترط الدولة على المستفيدين من هذه المشاريع تخصيصها للسكن مع منع تفويتها إلا بعد مرور مدة زمنية معينة مثل خمس سنوات. و بفضل هذه القيود الاتفاقية، تستطيع الدولة تحقيق سياستها الاجتماعية في مجال السكن، وذلك عن طريق ضمان تملك المساكن المدعمة من الميزانية العامة لفائدة مستحيي الرعاية. هذا فضلا عن إمكانية توظيفها من طرف الدولة ومؤسساتها في معاملاتها العقارية المبرمة مع الأفراد والجماعات لضمان تحقيق الأهداف والغايات المسطرة في البرامج الحكومية من جهة ودفع مضار ومساوئ المضاربة العقارية على الاقتصاد الوطني من جهة أخرى.

ولا يقتصر دور القيود الاتفاقية على مجالات التعمير والسكن، بل يمتد أيضا إلى المجال الفلاحي لتنمية الأنشطة الفلاحية وزيادة في الإنتاج وتكثير أنواع الزراعات وذلك عن طريق إعمال قيد التخصيص في العقود الواردة على الأراضي الفلاحية وخاصة عقود الكراء باعتبارها الوسيلة المفضلة لدى الملاكين لاستثمار أراضيهم الفلاحية.

وإلى جانب المجالات السابقة، يتم اللجوء إلى القيود الاتفاقية بشكل مكثف من طرف الأبنك والشركات المتخصصة بمنح قروض، بحيث درجت على إضافة قيود منع التفويت والرهن والكراء في جميع عقود الرهن التي تبرمها مع المقترضين المتعاقدين معها، حتى أصبحت هذه العقود وما تتضمنه من قيود عبارة عن مطبوعات معدة مسبقا تفرض على المتعاقدين المضطرين إلى قبولها دون مناقشتها أو التفاوض بشأنها

²³ السنهوري، الوسيط، ج. الثالث، ص. 7. هامش رقم 1؛

تحت ضغط الحاجة إلى السلف، مما يطرح إشكالية مدى كفاية الضمانات القانونية المتوفرة لحماية الطرف الضعيف في العقد في مواجهة الطرف الآخر الذي يتمتع بقوة اقتصادية وخبرة فنية.

وفي ظل اتساع دائرة الحرية التعاقدية في القانون المغربي، يمكن أن تمتد القيود الاتفاقية لتشمل العقود الجديدة التي استحدثتها المعاملات البنكية البديلة التي استحدثت القانون رقم 103.12 ومنها المراقبة والإجارة والمشاركة والمضاربة²⁴. كما يمكن توظيف القيود الاتفاقية في المعاملات الجارية بين أفراد الأسرة الواحدة مثل إدراج القيد المانع من التصرف أو أي قيد آخر يحد من استعمال أو استغلال حق الملكية في عقد تدبير الأموال المكتسبة خلال الحياة الزوجية المنصوص عليه في المادة 49 من مدونة الأسرة²⁵ أو لضمان حق الرجوع في الهبة الذي نظمته المشرع المغربي في المادتين 283 و284 من م.ح.ع²⁶ على اعتبار أن الشرط المانع من التصرف في هذا الباب يشكل ضماناً أساسية للواهب في ممارسة حقه في اعتصار الهبة متى توفرت شروطه وانتفت موانعه²⁷.

²⁴ أنظر المادة 58 من القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.193 في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014)، ج.ر. عدد 6328 المؤرخة في فاتح ربيع الأول 1436 (22 يناير 2015)، ص.462؛

أنظر كذلك قرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 2467.13 صادر في 22 من شعبان 1434 (فاتح يوليو 2013) بالصادقة على منشور والي بنك المغرب رقم 12/و/2 بتاريخ 18 أبريل 2012 متعلق بالمعامل الأقصى لتوزيع مخاطر مؤسسات الإئتمان، وقرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 2466.13 صادر في 22 من شعبان 1434 (فاتح يوليو 2013) بالصادقة على منشور والي بنك المغرب رقم 12/و/8 بتاريخ 19 أبريل 2012 متعلق بالمعامل الأقصى لتوزيع مخاطر مؤسسات الإئتمان، ج.ر. عدد 6178 بتاريخ 7 شوال 1434 (15 أغسطس 2013)، ص.5772 و5776.

²⁵ جاء في الفقرة الأولى من المادة 49 من م. أ ما يلي: " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها... "

²⁶ تنص المادة 283 من م.ح.ع على أنه: " يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:

أولاً: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً؛

ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته. "

كما تنص المادة 284 على أنه: " لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التصييص عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له. "

²⁷ لا يقبل اعتصار الهبة إذا وجد مانع من الموانع الواردة على سبيل الحصر في المادة 285 من م.ح.ع.

و أمام ازدياد أهمية القيود الاتفاقية في العقود والمعاملات، يجري العمل بهذه التقنية في القانون المقارن كذلك، ولعل أبرز مثال على ذلك أن الجماعات الترابية في فرنسا قد استحسنّت هذه التقنية واعتمدتها في العقود التي أبرمتها مع ساكنتها لتمكينهم من تملك مساكن بأثمنة مناسبة، ومن بين القيود الاتفاقية التي أدرجتها في عقود التفويت شرط تخصيص العقار المبيع كسكن رئيسي وشرط منع تفويته خلال مدة معينة تحت طائلة أداء مبلغ الدعم المقدم من السلطات العمومية في حالة إعادة بيع العقار.²⁸

صحيح أن القيود الاتفاقية تلعب دورا مهما في المعاملات العقارية الجارية في مختلف المجالات التي تم ذكر بعضها أعلاه، غير أن الإشكالية التي تطرحها هذه القيود هي ما قد تفضي إليه من تعطيل لمبدأ تداول الأموال الذي يعد من النظام العام الاقتصادي، وما يترتب عليه من تجميد جزء من الثروة العقارية التي تعد من مقومات الاقتصاد الوطني وتحتل المكانة الأولى ضمن عناصر الإنتاج. ونظرا للنتائج السلبية المترتبة على القيود الاتفاقية، فإن هذه القيود تصبح عبئا إضافيا على الملكية العقارية إلى جانب القيود القانونية التي تزداد بفعل التطورات الاقتصادية والاجتماعية، حتى أصبحنا نسمع عمن يتحدث عن هشاشة الملكية العقارية الخاصة.²⁹

يبدو بادئ الرأي من المظاهر السلبية للقيود الاتفاقية، أن هناك تعارض بين هذه القيود وبين مبدأ تبادل الأموال بمعنى آخر أن حرية اشتراط الشروط المقررة قانونا تتناقض مع مبدأ تداول الأموال كقاعدة من النظام العام الاقتصادي .

وإذا سلمنا بأن القيود الاتفاقية تفضي إلى تعطيل الأموال وإخراجها من دائرة التداول، يجب أن نعرف أولا مدلول مبدأ التداول هل المقصود منه هو انتقال المال من يد إلى يد بشكل مستمر وبدون توقف، أم أن المقصود هو أن تبقى الأموال ثابتة في يد أصحابها خلال مدة معينة دون انتقالها إلى الغير؟؟ ثم هل تعطيل تداول الأموال لمدة معينة هو مبرر كاف لرفض القيود الاتفاقية في العقود والمعاملات واستبعادها بالمرّة من الممارسة التعاقدية؟ ألا يعتبر ذلك ضربا للحرية التعاقدية التي تكفلها القوانين الحديثة وتخول لكل متعاقد الحرية في تحديد مضمون العقد واختيار الشروط التي من شأنها أن تحقق غاياته من عملية التعاقد؟

Augustin Chomel, clauses et dispositifs anti-spéculatif dans l'accession aidée à la propriété,

28

www.anil. Org, date de consultation 01/03/2015.

²⁹ ينظر هذا الرأي عند: Isabel Forestier, « la fragilisation de la propriété privée », thèse pour le doctorat en

droit, 18/12/2009, université du sud, Toulon-Var, faculté de droit et de politique comparée, p.7

ثم أليس في إنكار حرية التعاقد هو في حد ذاته إهدار لمبدأ تداول الأموال، مادامت الحرية التعاقدية تعد أفضل وسيلة وأنجع أداة لتفعيل مبدأ تداول الأموال على أرض الواقع عن طريق العقد؟ من خلال الإشكالية المركزية وما يتفرع عنها من أسئلة، يبدو أن الفرضية المناسبة لمعالجة إشكالية التعارض ما بين حرية اشتراط القيود الاتفاقية وحرية تداول الأموال هي التوفيق و الموازنة بين هاتين الحريتين. ولبحث موضوع القيود الاتفاقية انطلاقاً من الفرضية المختارة، تم اعتماد المنهج التحليلي لدراسة ومناقشة النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع مع اللجوء إلى التاريخ لتتبع تطور المؤسسة موضوع الدراسة وفهم حقيقتها التشريعية ومن تم استشراف آفاقها المستقبلية. كما تم اللجوء إلى المقارنة للإستفادة من الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه لما أولاه من عناية بالغة للشروط المقترنة بالعقود في المعاملات، مع الاستعانة كذلك بالقوانين الأجنبية، وما توصلت إليه من حلول للمشاكل والصعوبات التي تطرحها ممارسة القيود الاتفاقية، لتنقيح القانون الوطني وتطويره.

وإلى جانب هذا وذاك، تم اعتماد المنهج الإستقرائي لأن اقتراح أحكام عامة للقيود الاتفاقية ملء الفراغ التشريعي على مستوى القانون الوطني في هذا الباب يقتضي الانطلاق من الأحكام الخاصة للشروط المقترنة بالعقود كما نظمها الفقه الإسلامي ومن أحكام الشرط المانع من التصرف كما نظمها القانون المقارن وخاصة القانون الفرنسي للوصول إلى تفسير كلي لهذه المؤسسة وبالتالي تعميمه على جميع أنواع القود الاتفاقية.

أما بالنسبة لخطة الدراسة المتبعة لمعالجة الإشكالية المركزية انطلاقاً من المقاربة التوفيقية، فتقتضي أولاً إبراز مظاهر هذه المقاربة في التوفيق والموازنة بين حرية اشتراط الشروط وحرية تداول الأموال، ثم بع ذلك تناول التداعيات المرتبطة على المقاربة التوفيقية على المستويين القانوني والاقتصادي، وهكذا يكون مخطط الدراسة كما يلي :

الباب الأول : المقاربة التوفيقية ضمان للموازنة بين تداول الملكية العقارية الخاصة وحرية اشتراط القيود الاتفاقية

الباب الثاني: انعكاسات المقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.

الباب الأول:

**المقاربة النوفيقية ضمان للموازنة بين
ضرورة نداول الملكية العقارية الخاصة
وحرية اشتراط القيود الانفاقية**

يعتبر مبدأ تداول الأموال في نظر الفقه والقضاء من النظام العام كما سنرى لاحقا³⁰، لأنه يساهم في انتقال الثروة العقارية وتوزيع منافعها بين أفراد المجتمع. وقد أعد المشرع آليات قانونية لتفعيل هذا المبدأ من بينها إطلاق يد المالك في أن يتصرف في ملكه كيف يشاء في إطار الحرية التعاقدية التي كرستها الشرائع السماوية والوضعية واعتبرتها حقا من الحقوق الأساسية للإنسان. وتتضمن هذه الحرية حرية المالك في اختيار نوع التصرف وشخص المتصرف إليه، كما تتضمن كذلك حريته في اشتراط القيود الاتفاقية التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من حريته في التصرف في ملكه وتدخل في صميم ممارسة حريته التعاقدية التي تعد حسب أحد الباحثين بمثابة أداة في خدمة الحريات الأساسية³¹.

صحيح أن القيود الاتفاقية التي تضمن في العقود الناقلة للملكية العقارية الخاصة، تأتي استثناء من حرية تداول الأموال، وذلك لتحقيق مصالح مشروعة لأحد المتعاقدين أو لفائدة الغير. لكن الإشكال المطروح في القانون المغربي، هو أن غياب أحكام قانونية تنظم القيود الاتفاقية قد يفضي إلى إعمال هذه التقنية في المعاملات العقارية بدون قيد ولا شرط مما قد يؤدي إلى تعطيل مطلق لمبدأ تداول الأموال وما يترتب على ذلك من آثار سلبية على المستوى الاقتصادي.

لذا فإن تنظيم القيود الاتفاقية تنظيما محكما يبين شروط صحتها ويحدد آثارها، من شأنه توجيه الممارسة التعاقدية لإعمال القيود الاتفاقية بشكل يحقق المصالح المطلوبة من وراء إقرار هذه القيود ويخدم في نفس الوقت مبدأ تداول الملكية العقارية الخاصة. وانطلاقا من هذه المقاربة، يمكن التوفيق بين مبدأ تداول الأموال بشكل عام وتداول الملكية العقارية الخاصة بشكل خاص وبين حرية اشتراط القيود الاتفاقية. وهكذا سيتم تناول موضوعات هذا الباب وفق الخطة التالية:

❖ الفصل الأول: الأصل تداول الملكية العقارية الخاصة والقيود الاتفاقية استثناء

❖ الفصل الثاني: مرونة أحكام القيود الاتفاقية تكريس للنظرة التوفيقية

30

Mustapha Mekki, l'intérêt général et le contrat, 2004, LGDJ, Paris, p.547 ;
تراجع حيثيات قرار محكمة الاستئناف بليون بتاريخ 12 يونيو 1856 الذي جاء فيه ما معناه أن اشتراط منع تفويت العقار في العقد فيه مساس بالإقتصاد الاجتماعي وبالنظام العام، أنظرها في قرار محكمة النقض الصادر في 1858/04/20 (S.58.1.589°5 , DP 58.1.154)، المنشور عند:
H.Capitant F.Terré/Y.Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence civile, tome1, Dalloz 11èdition2000
Mustapha Mekki, op. cit, p.253

31

الفصل الأول: الأصل تداول الملكية العقارية الخاصة والقيود الاتفاقية استثناء

أقر المشرع مبدأ تداول الأموال بصفة عامة والملكية العقارية بصفة خاصة لتحقيق غايات قانونية واقتصادية واجتماعية، ومنها انتقال الثروة العقارية بين الناس وما يحققه ذلك من فوائد اقتصادية واجتماعية يستفيد من ثمراتها الفرد والمجتمع. ولتفعيل هذا المبدأ على أرض الواقع، نظم المشرع حق الملكية وأطلق يد المالك في التصرف في ملكه كيفما شاء وبشتى أنواع التصرفات. فضلا عن إيجاد الآليات والوسائل القانونية والعملية لتداول الملكية العقارية وعلى رأسها العقد كوسيلة لتبادل الأموال والمنافع، بالإضافة إلى الطرق الأخرى للتداول سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، والتي سنتطرق لها عند الحديث عن المبررات العملية لتداول الملكية العقارية الخاصة.

وبالرغم من أن القيود الاتفاقية ترد على الملكية العقارية استثناء من مبدأ التداول، فإن أهميتها القانونية والعملية قد جعلتها تحظى بدراسة مفصلة من طرف الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه الفقهية، لكنها حظيت بعناية أقل لدى القانون الوضعي رغم أهميتها كما سبق القول. فبالنسبة للقانون المغربي ورغم عدم عناية المشرع بتنظيم القيود الاتفاقية، فإنه اعترف ضمنا بصحة وشرعية هذه القيود في المعاملات المالية بصفة عامة والمعاملات العقارية بصفة خاصة، بخلاف ق.م.ف الذي قنن القيود الاتفاقية بنصوص خاصة لكنه اقتصر على تنظيم الشرط المانع من التصرف فقط، ربما لكون الممارسة التعاقدية قد درجت على إعمال هذا الشرط في المجتمع الفرنسي وأقرها الاجتهاد القضائي ثم كرسها التشريع.

و إذا كانت حرية المالك في التصرف في ملكه عن طريق التفويت أو إقرار حقوق عينية عليه من الصور العادية للتداول؛ فإن القيود الاتفاقية التي تعتبر فرعاً من حرية المالك لا تعدو أن تكون من المظاهر غير المألوفة لتداول الملكية العقارية متى كانت منضبطة مع نصوص القانون ومقيدة بأحكامه وقواعده. وانطلاقاً من هذا التصور، نتناول في الفرع الأول حرية تداول الملكية العقارية الخاصة باعتبارها هي الأصل، ثم نخصص الفرع الثاني لمناقشة القيود الاتفاقية كاستثناء يرد على هذا الأصل. وهكذا تكون خطة دراسة هذا الفصل كالآتي:

- الفرع الأول: الأصل حرية تداول الملكية العقارية الخاصة
- الفرع الثاني: القيود الاتفاقية استثناء من تداول الملكية العقارية الخاصة

الفرع الأول: الأصل حرية تداول الملكية العقارية الخاصة

قبل تناول مبررات مبدأ تداول الأموال، ينبغي أولاً تعريف مدلول هذا المبدأ وتحديد المقصود منه، لأن الإحاطة بماهية المبدأ وفلسفته يساعد على فهم حقيقة القيود الاتفاقية المترتبة على الملكية العقارية كاستثناء يرد على القاعدة العامة.

إن مبدأ تداول الأموال الذي خصص له ق.م.ف عدة مواد قانونية منها على الخصوص المادتان 537 و 544، يجب أن لا يؤخذ بمعناه الضيق وحصره في نطاق انتقال الأموال من يد إلى يد وجعلها في حركة تداول دائمة ومستمرة. لأن الغاية من تقرير هذا المبدأ في التشريعات الحديثة هي استثمار المال بجميع الطرق المشروعة للحصول منه على أقصى درجات الإنتاج مما يؤدي إلى خلق الثروات والمساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. وهذه التنمية لا تتحقق فقط بانتقال الأموال بذاتها وتداولها بين الناس، بل تتحقق بشكل أفضل وأكثر فاعلية عن طريق توظيف الملكية العقارية في شتى المجالات، مثل إعدادها للسكن والمساهمة في مجهود الدولة في التخفيف من الأزمة في هذا المجال، واستغلال الملكية العقارية في مجال الفلاحة والزراعة لتوفير الحاجيات الغذائية للمجتمع³²، وتوظيفها في مجالات الصناعة والتجارة وتقديم الخدمات الاجتماعية والصحية وغيرها مما يساهم في التشغيل وإنتاج السلع والبضائع، وما يترتب على ذلك من إنتاج الثروات وتوزيع منافعها على المجتمع، وهذه العناصر مجتمعة من شأنها أن تقدم لنا تبرير عملي لمبدأ تداول الملكية العقارية (المبحث الثاني)، ولكن قبل الخوض في تفاصيل المبررات العملية لمبدأ التداول نعرض بداية لمبرراته التشريعية (المبحث الأول).

المبحث الأول: المبررات التشريعية لمبدأ تداول الملكية العقارية

يعتبر حق الملكية من الحقوق الأساسية للإنسان، كرسه الدستور المغربي³³ وأقرته المواثيق الدولية وعلى رأسها إعلان حقوق الإنسان والمواطن³⁴ والإعلان العالمي لحقوق الإنسان³⁵. فكل هذه القوانين تضمن

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, les biens, édition Dalloz-Delta, 1997, p.139.

32

³³ ينص الفصل 35 من الدستور على: "يضمن القانون حق الملكية.

ويمكن الحد من نطاقها وممارستها بموجب القانون إذا اقتضت ذلك متطلبات التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد. ولا يمكن نزع الملكية إلا في الحالات ووفق الإجراءات التي ينص عليها القانون"، الدستور المغربي لسنة 2011 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.9 في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، ج.ر عدد 5964 مكرر وتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص.3600.

³⁴ إعلان حقوق الإنسان والمواطن هو الإعلان الذي أصدرته الجمعية التأسيسية الوطنية في 26 أغسطس 1789، ويعتبر وثيقة حقوق من وثائق الثورة الفرنسية وتعرف فيها الحقوق الفردية والجماعية للإنسان بوجه عام، ولعل من بين هذه الحقوق: الحرية وحق الملك وحق الأمن وحق مقاومة الظلم والاستبداد؛ Ar.m.wikipedia.com، تاريخ الاطلاع 2015/01/19.

حق الملكية وحقوق المالك على ملكه، ومنها حقه في استعماله واستغلاله والتصرف فيه كيف ما شاء في إطار القوانين النافذة. وقد تولى المشرع وضع مبادئه الأساسية وتنظيمه وتحديد حقوق المالك وحمايتها مع توفير المرونة الكافية لإمكان إدماج الثروة العقارية في الدورة الاقتصادية³⁶. ويختلف ذلك من مجتمع لآخر حسب التنظيم الاقتصادي المتبع وحسب الإيديولوجية السائدة³⁷، لأن حق الملكية يضيق ويتسع ويخضع للإطلاق والتقييد وفق القوانين والأنظمة التي تسير هذه الإيديولوجية.

وهكذا فإن التنظيم التشريعي لحق الملكية وضمان حقوق المالك على ملكه من خلال توفير حماية قضائية فعالة³⁸ لهذا الحق من شأنه توفير الظروف المناسبة لممارسة حق الملكية وإطلاق يد المالك في ملكه وتكريس حرية تداول الأموال العقارية وإدماجها في التنمية الاقتصادية.

³⁵ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هو وثيقة حقوق دولية تمثل الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 في قصر شايو في باريس. وتنص المادة الثانية من هذا الإعلان على أن: "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دونما تمييز من أي نوع..." كما تنص المادة 17 من نفس الإعلان على أن: "1. لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره. 2. لا يجوز حرمان أحد من ملكه تعسفا".

voir le texte officiel dans : <http://www.ohchr.org>, date de consultation : le 10 janvier 2015.

³⁶ حازم الببلاوي، "بمناسبة ضريبة العقارات المبنية"، ص.1، <http://www.ahram.org.eg>، تاريخ الاطلاع 2010/01/11

³⁷ Christian Larroumet, tome 2, les biens, droits réels principaux, Delta economica p.100

³⁸ لما كان القضاء هو الحامي التقليدي لحق الملكية، فإنه يؤكد على عدم المساس بهذا الحق حتى ولو أدى ذلك إلى التضحية ببعض المبادئ القانونية مثل مبدأ حسن النية ومبادئ الإشهار العيني. ففي أحد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى جاء فيه: "إذا كان حق الملكية مضمونا، فإن الأولى بالحماية هو المالك الحقيقي ونتيجة لذلك لا مجال للاستدلال بحسن نية المشتري طالما أن الوكالة التي انعقد البيع الأول على أساسها ثبتت زوريتها بمقتضى قرار جنحي بات، وأن ما بني على التزوير لا يترتب عنه أي أثر قانوني سواء بالنسبة للمتعاقدين أو لخلفائهما... وأنه لانعدام إرادة المدعي في إبرام الوكالة تكون هذه الأخيرة باطلة، مما تكون معه العقود المبرمة لاحقا تأسيسا على عقد الوكالة باطلة وكذا جميع إجراءات تسجيلها"، القرار عدد 2854 الصادر بتاريخ 2008/07/23 في الملف المدني عدد 1696/1/2004، قضاء المجلس الأعلى، العدد 69، 2008، ص.271.

تجدر الإشارة إلى أن المجلس الأعلى كأعلى هيئة قضائية في المغرب، أصبح يسمى محكمة النقض بموجب القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011) المغير للظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، ج.ر عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 من ذي القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011). وقد جاء في مادته الفريدة: "تحل عبارة "محكمة النقض" محل عبارة "المجلس الأعلى" في جميع مقتضيات الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول 1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى، كما تم تغييره وتتميمه وكذا في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل ولا سيما النصوص التالية:..." ج.ر عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 من ذي القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011). وعملا بهذا التعديل، سيتم استعمال عبارة محكمة النقض عند تحليل مواقف وتوجهات هذه الهيئة القضائية من خلال القرارات المستدل بها والصادرة قديما وحديثا، مع الاحتفاظ بتسميتها القديمة عند الإحالة على القرارات الصادرة في هذه الفترة.

المطلب الأول: عناصر حق الملكية من مظاهر إطلاق حرية التداول

يعتبر حق الملكية العقارية الحق العيني الأكثر اتساعاً وإطلاقاً، لأنه يخول صاحبه جميع السلطات على الشيء موضوع الحق³⁹ لدرجة ذهب معها أحد الباحثين إلى اعتبار حق الملكية الحق العيني الوحيد أما الحقوق المتفرعة عن هذا الحق فهي مجرد حقوق شخصية⁴⁰. ومن خلال سيطرة المالك على ملكه واستثنائه بسلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، نستطيع القول إن القانون قد هيا آليات تداول الملكية العقارية وتوزيع منافعها بين الناس عن طريق أعمال تلك السلطات، فلنبين ذلك بنوع من التفصيل.

قرة الأولى: الفوائد الناتجة عن استعمال الملكية العقارية من مظاهر التداول

إذا كان حق الملكية يخول لمالك العقار مطلق الحرية في ممارسة سلطاته على ملكه، فإن الامتناع عن أعمال هذه السلطات يدخل في إطار الحرية التي يكفلها القانون للمالك⁴¹. وتنصرف سلطة الاستعمال إلى استعمال الملكية العقارية بشكل مباشر من طرف المالك شخصياً أو من طرف أسرته للاستفادة من المنافع التي يوفرها الملك. وإذا كانت سلطة الاستعمال مقصورة على المالك وأسرته، فإن سلطة الاستغلال تتضمن كذلك حق المالك في الحصول على ثمار الشيء بتفويت حق الاستعمال لفائدة الغير⁴² عن طريق الإيجار مثلاً. ويترتب على أعمال سلطي الاستعمال والاستغلال تداول منافع الملكية العقارية بين الناس، وذلك بالانتفاع المباشر للمالك من عقاره، أو تفويت هذه المنفعة للغير لقاء أجر، وفي الحالتين يتم تداول العقار أو تداول منفعه بين الناس مما يساهم في ضخ مداخيل في الميزانية العامة في شكل ضرائب ورسوم علاوة على خلق فرص للشغل.

أولاً: سلطة الاستعمال وسيلة لتداول منافع الملكية العقارية

يقصد بالاستعمال استخدام الشيء فيما أعد له للحصول على منفعه⁴³، وهو بالتالي يختلف عن حق الاستعمال كحق عيني متفرع عن حق الملكية⁴⁴. وتعتبر سلطة الاستعمال من أبرز التجليات المادية لحق الملكية تتمثل في قيام المالك باستخدام الشيء موضوع الحق بطريقة مباشرة وفق الغرض الذي خصص له الشيء⁴⁵. كأن

Christian Atias, droit civil, les biens, 4^e édition, Editions Litec 1999, p.77.

39

Jean Dabin, une nouvelle définition du droit réel, Rev.Trim. dr.civil,1962,p.20

40

Christian Atias, op.cit, p.79

41

Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, les biens,

42

LGDJ, 2^e édition 2010, p.91.

⁴³ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2010.

⁴⁴ نظم المشرع المغربي حق الاستعمال كحق من الحقوق العينية الأصلية في المواد من 109 إلى 115 من م.ح.ع، م.س؛ في حين

نظم المشرع الفرنسي هذا الحق تحت عنوان: حقوق الاستعمال والسكنى بمقتضى المواد من 625 إلى 636 من ق.م.ف، م.س

45

Gerard Cornu, droit civil, les biens, édition Alpha, 3^e édition 2009, p.69

يستغل أرضه الفلاحية للزراعة أو الرعي أو يستغل محله لممارسة نشاطه الصناعي أو التجاري أو أن يسكن داره. ونتيجة تغيير نظرة المجتمعات الحديثة لمفهوم حق الملكية و تعدد المتطلبات العصرية وتنوعها، ظهرت طرق جديدة لاستعمال حق الملكية ، لعل أبرزها حق المالك على صورة ملكيته العقارية، مما يطرح عدة إشكاليات في ظل حضارة الصورة كما سماها أحد الباحثين⁴⁶ ، والتي دعت إلى استعمال صورة الأشياء الموجودة في الفضاء العام لأغراض فنية أو تجارية وما يثيره ذلك من أسئلة حول إمكانية استعمال هذه الصور وحقوق ملاكي هذه الأشياء التي استعملت صورتها⁴⁷. ويعتبر حق المالك على صورة ملكيته مفهوم حديث نسبيا ابتدعه الاجتهاد القضائي الفرنسي في نهاية تسعينيات القرن الماضي، وقد اعتمدت محكمة النقض في قرارها الصادر في 10 مارس 1999 على معيار الضرر المطلق لحماية حق المالك على صورة ملكه⁴⁸ ، لكنها تراجعت عن هذا الموقف في قرارها الصادر في 7 ماي 2004 واعتبرت أن الضرر يجب أن يكون غير مألوف وله مساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص⁴⁹. بمعنى أنه ليس للمالك منع غيره من استعمال صورة ملكه لأغراض شخصية، ولكن يحق له التعرض على استغلالها لتحقيق الربح دون الحصول على موافقته المسبقة⁵⁰. والمحصلة النهائية المراد تحقيقها من تقييد حق المالك على صورة ملكيته، هي تيسير تداول صور بعض العقارات الواقعة بالشارع العام وتكون على مرأى من المارة وتتميز ببعض المواصفات الفنية والهندسية والتاريخية، لأن تداول هذا النوع من

⁴⁶ Sainte-Rose, commentaire de l'arrêt n°516 émanant de la cour de cassation en date du 10/03/1999, <https://www.courdecassation.fr>, date de consultation 30/12/2014,p.1

⁴⁷ Elise Charpentier, entre le droit de la personnalité et droit de propriété : un cadre juridique pour l'image des choses ?, [http :ssl.editionsthemis.com](http://ssl.editionsthemis.com), date de consultation 30/12/2014,p.1

⁴⁸ وقد صدر القرار المؤرخ في 10 مارس 1999 في ما بات يعرف بقضية " Café condrée - مهقي كوندري " وهي أول بناية تم تحريرها من طرف الحلفاء سنة 1944 تعرضت للاستغلال التجاري بواسطة طبع بطاقات بريدية، وقد اعتبرت محكمة النقض أن استغلال المهقي عن طريق التصوير الفوتوغرافي يلحق ضررا بحق المالك في استغلال عقاره. file:///c:/users/D70 D تاريخ الاطلاع: 2014/12/28

Avis de Sainte Rose,p.1 , www.courdecassation.fr, date de consultation : 30-12-2014 ; H.Capitant/ F.Terré/ Y.Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome1, Dalloz 11^e édition,p.327.

⁴⁹ وتعود وقائع هذا القرار في ما يسمى بقضية " فندق جيرانكور - Hotel de Girancourt " إلى سنة 1997 حيث قام ملاكو عقار في طور البناء بروين بنشر وتوزيع ملصق إشهاري تظهر فيه صورة فندق جيرانكور المجاور لعقارهم وذلك من أجل إظهار محاسن الإقامة المراد إنجازها لكونها تقع بجوار فندق يصنف ضمن المآثر التاريخية. وبسبب ذلك، لجأ ملاكو الفندق إلى القضاء طلبا للتعويض عن الضرر الذي لحقهم من جراء نشر صورة فندقهم، لكن القضاء لم يستجب لطلبهم سواء على مستوى الدرجة الأولى أو الثانية، كما قوبل طلبهم الرامي إلى النقض بالرفض ومما جاء في حيثيات قرار محكمة القانون أن " مالك الشيء لا يتمتع بحق مانع على صورة هذا الشيء ولكن يحق له التعرض على استعمال هذه الصورة من طرف الغير على نحو يلحق به ضررا غير مألوف".

2014/12/28 تاريخ الاطلاع: file:///c:/users/D70 D

Gerard Cornu, droit civil, les biens,op.cit p.74

الصور بين الناس يدخل في إطار الحريات المكفولة للغير ما دامت العقارات المعنية بالصور يمكن تأملها والتمتع بمنظرها انطلاقاً من الشارع العام⁵¹، فلا ضير إذن من رسم هذه العقارات أو التقاط صور فوتوغرافية لها، لأن ذلك لا يلحق أي ضرر بسلطات المالك على ملكه⁵²، بل من شأن هذه الأعمال تنمية السياحة وفن التصوير كهواية، ومن ثم تداول منافع صورة الملكية العقارية بين الناس ولو بقي المالك محتفظاً لنفسه بسلطة الاستعمال.

لكن هناك حالات، يقتسم فيها مالك العقار سلطة الاستعمال مع غيره من الناس مما يتيح تداول منافع الملكية العقارية، كما هو الشأن بالنسبة للعقارات الخاضعة لقانون الإقامات العقارية للإنعاش السياحي، الذي ينص في المادة 11 على تقييد سلطة المالك في استعمال ملكه خلال فترة زمنية⁵³، حتى يتمكن باقي المعنيين من الاستفادة من منافع الملكية العقارية. وإذا كانت سلطة الاستعمال تعد أكثر التصاقاً بمالك العقار مما يحد من فرص تداول منافع الملكية العقارية، فإن سلطة الاستغلال تخول للمالك حرية أكثر للاستفادة من منافع ملكه عن طريق اقتسامها مع الغير.

ثانياً: سلطة الاستغلال من صور تداول الملكية العقارية

يتمثل حق الاستغلال في قيام المالك بما يلزم من أعمال وتصرفات مادية للحصول على جميع الثمار التي ينتجها الشيء⁵⁴. وللمالك مطلق الحرية في استغلال ملكه أو عدم استغلاله،⁵⁵ يمارسه بكل حرية لتحقيق غايته وإشباع حاجاته الشخصية. ولا يمكن الحد من هذه السلطة إلا في إطار القانون الذي يضمن حق الملكية وفي نفس الوقت يمنع تجميدها وتعطيل دورها الاقتصادي⁵⁶.

Sainte Rose, op. cit., p.4

51

Elise Charpentier, op. cit. p.538, date de consultation :30/12/2014.

52

53 القانون رقم 01.07 القاضي بسن إجراءات خاصة تتعلق بالإقامات العقارية للإنعاش السياحي الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.08.60 في 17 من جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) المغير والمتمم للقانون رقم 00.61 بمثابة النظام الأساسي للمؤسسات السياحية، ج.ر. عدد 5639 المؤرخة في 12 جمادى الآخرة 1429 (16 يونيو 2008)، ص.1376.

François Terré- Philippe Simler, droit civil, les biens, Dalloz, 7é édition 2006, p.122

54

55 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، حق الملكية، الجزء 8، ص.500، Christian Atias, op.cit.p.79

56

وفي إطار القيود الواردة على الملكية العقارية، قد يفرض المشرع ضوابط معينة لاستغلال الملكية العقارية، مثل فرض استغلال الأراضي الفلاحية الواقعة داخل مناطق الإستثمار في الأراضي الفلاحية من طرف المالك مباشرة أو بمساعدة مسير أجبر أو بمقتضى عقد كراء مبرم وفق التشريع الخاص بكراء العقارات الفلاحية، تنظر المادة 17 من القانون رقم 94-33، الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 10-95-1 الصادر في 22 من رمضان 1415 (22 فبراير 1995) ج.ر. عدد 4312 بتاريخ 1995/06/21 المادة الأولى من قانون رقم 94-33 المتعلق بدوائر الإستثمار في الأراضي الفلاحية غير المسقية. ومن القيود المفروضة على هذا النوع من العقارات كذلك هو أن المساحة الدنيا للإستغلال داخل دوائر الري محددة بخمسة هكتارات، مع منع أي تصرف قانوني من شأنه الإنتقاص من هذا الحد؛ تراجع المادتان 2 و 4 من نفس القانون.

وتتخذ سلطة الاستغلال مظهرين: مظهر مادي يتمثل في قيام المالك شخصيا باستغلال ملكه مباشرة ودون وساطة أحد، و مظهر القانوني يتجلى في لجوء المالك إلى تأجير ملكيته العقارية للغير لقاء أجره دورية⁵⁷. ويعد الكراء من آليات تداول منافع الملكية العقارية بين الأشخاص، وتوفر إمكانية الاستفادة من استعمال العقار دون تحمل أعباء وتكاليف شرائه⁵⁸.

وكيفما كانت طريقة استغلال الملكية العقارية، فإن الفوائد الناتجة عن ذلك يستفيد منها المالك و المجتمع ككل. فالثمار الناتجة عن استغلال أرض فلاحية عن طريق الحرث والزراعة، يخصص جزء منها للاكتفاء الذاتي للمالك ولأسرته، فيما يوجه الفائض إلى البيع في الأسواق المحلية. كما أن المالك عندما يقوم بتأجير عقاره لفائدة الغير الذي يؤسس عليه أصل تجاري، فإن الأرباح الناتجة عن هذا النشاط يستفيد منها المستأجر باعتباره صاحب الأصل التجاري ومالك العقار الذي يستفيد من أجره الكراء، كما تستفيد أيضا الميزانية العامة من مداخيل الأصل التجاري في شكل رسوم وضرائب تستخلص عن مختلف هذه الأنشطة. وهذه بعض أشكال استغلال الملكية العقارية التي أملت لها الحاجات والضرورات المجتمعية، والتي تختلف بحسب مرحلة التطور التي وصل إليها المجتمع، مثل كراء واجهات المنازل للشركات قصد تعليق لوحاتها الإشهارية لمواكبة تطور النشاط التجاري وظهور ما يسمى بفن تسويق المنتجات والسلع لمواجهة المنافسة التي تعرفها الأسواق. كما أن تطور وسائل الاتصال تطلب كراء أسطح البنايات للشركات المتخصصة في الاتصالات لتثبيت أجهزتها وأليائها الهوائية، يكون ضروريا لنشاطها ومكملا لتسويق منتجاتها وتقديم خدماتها في مجال الهاتف المحمول. وهكذا فاستغلال الملكية العقارية وفق الأشكال المتقدمة تفعيل لمبدأ تداول الملكية العقارية الذي يتجلى في أبرز مظاهره في سلطة التصرف.

الفقرة الثانية: سلطة التصرف في حق الملكية من أبرز تجليات التداول

تعتبر سلطة التصرف قاسما مشتركا بين جميع الحقوق المالية بصفة عامة ؛ لكن ما يميز عنصر التصرف في حق الملكية ويجعل منه خاصية جوهرية وتعبيرا عن السلطة الكاملة للمالك على ملكه⁵⁹، هو أن هذا العنصر يمكن المالك من التسلط على الحق الجاري على الشيء وعلى مادة الشيء⁶⁰. فالمظهر المادي لسلطة التصرف

François Terré- Philippe Simler, op.cit. p.122

57

Christian Atias, op.cit.p.47

58

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, op. Cit, p.48.

59

⁶⁰ تقول المادة 14 من م ح ع: "يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق"، يبدو أن صياغة هذه المادة جاءت أكثر ضبطا ودقة من الفصل التاسع من التشريع المطبق على العقارات المحفظة المنسوخ بمقتضى مدونة الحقوق العينية، لأنها بينت بتفصيل سلطات المالك على ملكه ومدى حق الملكية ونوع القيود التي قد ترد عليه.

ينصرف إلى الشيء المادي موضوع حق الملكية كالبناء في الأرض وزراعة الحقل، أما مظهرها الحقوقي إنما ينصب على القيمة الاقتصادية لحق الملكية، ويتمثل في التصرفات القانونية مثل البيع والرهن والهبة، وهي وسائل لتداول حق الملكية العقارية أو تداول منافعها بين الناس وما يترتب على ذلك من رواج اقتصادي وإنتاج للثروة. ونوضح في الفقرات الموالية دور سلطة التصرف بوجهيها المادي والحقوقي في تفعيل تداول الملكية العقارية على أرض الواقع.

أولاً: المظهر المادي لعنصر التصرف

في إطار الحريات الأساسية المكفولة للإنسان بصفة عامة، وتبعاً للتطور الحضاري والثقافي وما ترتب عليه من تغييرات شملت جميع المجالات، يستطيع المالك اختيار شكل الاستغلال الذي يناسب ميوله ويحقق مصالحه، لكن هذا الاستغلال تحدده طبيعة العقار والأغراض التي أعد لها. وهكذا يستطيع المالك تغيير البنية العقارية للملكة⁶¹، كأن يهدم البناء القائم أو أن يقيم بناء على أرض فضاء أو تغيير نوع الزراعة على أرضه الفلاحية وغير ذلك من صور الاستغلال.

فحق التصرف المادي إذن يخول للمالك كامل الحرية لممارسة جميع الأعمال المادية التي تسمح بها القوانين والأنظمة، مما يؤدي إلى تنمية الملكية العقارية وخلق ثروة إضافية تتوزع فوائدها بين المالك وغيره من الناس. كما أن سلطة التصرف المادي في الملكية العقارية تخول الحق في جني جميع الثمار والمنتجات التي يغلبها الشيء الذي ينصب عليه حق الملكية، هذا بخلاف الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية التي لا تخول لأصحابها إلا الحصول على الثمار الطبيعية والمدنية، أما المنتجات كالمقالع والمحاجر فيستأثر بها صاحب حق الملكية دون غيره لأن التصرف في المنتجات يؤدي إلى الانتقاص من الشيء ويؤثر فيه تأثيراً جوهرياً مثله مثل استهلاك الشيء أو إتلافه يجب أن يبقى حكراً على المالك فقط، على عكس التصرف القانوني الذي يثبت للمالك ولأصحاب الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية⁶².

ثانياً: المظهر الحقوقي لعنصر التصرف

إذا كان التصرف المادي يترتب على الشيء موضوع حق الملكية، فإن التصرف القانوني ينسحب على حق الملكية بذاته لما يشكله من قيمة اقتصادية في السوق، وقوامه حرية المالك في ممارسة سلطته القانونية على الحق كأن يقوم المالك بتفويت ملكه لمن شاء من الناس، أو أن ينشئ عليه ما شاء من الحقوق العينية، أو أن يرتب عليه رهن لضمان أداء دين مترتب في ذمته أو في ذمة غيره.

Gabriel Marty et Pierre Raynaud, op.cit, p.48

Jean- Louis Bergel et autres, op.cit, p.94.

61

62

كما يقال أيضا أن حق الملكية حق مانع بمعنى أنه حق مقصور على المالك يستأثر وحده بكافة المزايا والمنافع التي يمكن استخلاصها من الشيء، ولا يجوز لأحد أن يشاركه فيه⁶⁵، ما لم يقرر المالك إنشاء حق عيني على ملكه لفائدة الغير. وقد عبر عن هذه الخاصية كلا من المشرعين المغربي والتونسي⁶⁶.

أما الخاصية الثالثة والأخيرة لحق الملكية، فهي خاصية الدوام وتعني أن حق الملكية حق دائم يدوم بدوام الشيء الذي ينصب عليه الحق. لأن طبيعة حق الملكية تأبى التوقيت أو ربطه بأجل محدد⁶⁷. ويترتب على ذلك أن حق الملكية لا يزول بعدم الاستعمال، لأن المالك حر في أن يستعمل ملكه أو لا يستعمله مهما طالّت مدة عدم الاستعمال فإن حق الملكية باق لا يزول⁶⁸ ومن الطبيعي كذلك أن دعوى الاستحقاق المقررة لحماية هذا الحق لا تسقط بالتقادم⁶⁹.

إن الخصائص التي تميز حق الملكية، إنما تدل على اتساع وشمولية هذا الحق مما يمكن المالك من بسط سيطرته المطلقة على ملكه يستعمله ويستغله كيفما شاء ويتصرف فيه بشتى أنواع التصرف القانوني. ويترتب على إطلاق يد المالك في ملكه تعدد صور وأشكال تداول الملكية العقارية.

⁶⁵ السنهوري، الوسيط، الملكية، ص.530؛ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص.24.

⁶⁶ تنص المادة الرابعة عشرة من م ح ع على أن: " حق الملكية يخول مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه" م.س؛ كما ينص الفصل السابع عشر من مدونة الحقوق العينية التونسية على أن: " الملكية هو الحق الذي يخول صاحب الشيء وحده استعماله واستغلاله والتقويت فيه"، القانون عدد5 لسنة 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 (12 فيفري 1965) يتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية، الرائد الرسمي عدد10 بتاريخ 19 و23 فيفري 1965، ص.200، مجلة الحقوق العينية وملحقاتها، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة- تونس، 2009.

⁶⁷ السنهوري، الوسيط، حق الملكية، ص.534؛ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص.26؛

Jeans-Louis Bergel et autres,op.cit,p.111 .

⁶⁸ القرار عدد 27456 الصادر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 23 ماي 1991، مجلة الحقوق العينية، الشركة التونسية للنشر وتنمية فنون الرسم- تونس، الطبعة الأولى 2008، ص.15.

⁶⁹ السنهوري، الوسيط، حق الملكية، ص.537؛ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص.27؛

Jeans-Louis Bergel et autres,op.cit,p.113

الفقرة الثانية: ترتيب حقوق عينية على الملكية العقارية غير مانع من تصرف المالك في ملكه

إذا كان حق الملكية يخول للمالك دون غيره سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، فإن هذا لا يمنع المالك من التصرف في حقه على نحو تتوزع معه سلطات الملكية على عدة أشخاص يملكون حقوقاً عينية مختلفة على نفس الشيء. وقد عبر عن هذا الوضع القانوني ق.م.ف من خلال المادة 543 منه والتي يستفاد منها أن الأموال يمكن أن تكون محلاً لحق الملكية أو مجرد حق الانتفاع أو ارتفاقات عقارية فقط.⁷⁰ وهذا ما يسمى بتفتيت مضمون حق الملكية يترتب عليه إنشاء حق من الحقوق العينية لفائدة شخص آخر غير المالك⁷¹ مثل حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السطحية وغيرها. وينتج عن تصرف المالك في ملكه بترتيب حقوق عينية عليه نوعاً من الاشتراك بين المالك وأصحاب الحقوق المترتبة على ملكه، لكن هذا الوضع لا يؤدي إلى إنشاء حالة الشيعاء⁷² بين المتصرف والمتصرف إليه والتي تقتضي أن يكون الشيء مملوكاً ملكية تامة لأشخاص متعددين تكون حصصهم محددة أو غير محددة وذات طبيعة واحدة، في حين أن الحقوق الناشئة على الملكية العقارية تكون طبيعتها مختلفة ومستقلة عن حق الملكية. هذا بالإضافة إلى أن نظام الشيعاء يخول لجميع الشركاء الحق في شفعة الحصة المباعة لأجنبي من طرف شريكهم متى توفرت فيهم الشروط المطلوبة⁷³، بينما لا تجوز الشفعة بالنسبة للمالك الذي أنشأ على ملكه حقاً من الحقوق العينية إلا في الحالات المحددة بموجب

⁷⁰ تنص المادة 543 من ق.م.ف على ما يلي:

"On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre"; Marty et Raynaud, op.cit. p.189 ; Jeans- Louis Bergel et autres, op. cit.p.287 .

⁷¹ مصطفى محمد الجمل، م.س ص.82

⁷² نظم المشرع المغربي أحكام الشيعاء أو الشيوع بمقتضى الفصول من 960 إلى 981 من ق ل ع وكذا المواد من 24 إلى 27 من م ح ع.

⁷³ تنص المادة 292 من م ح ع على أن: " الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء"، ويشترط لصحة طلب الشفعة أن تتوفر في طالبها الشروط المنصوص عليها في المادة 293 من نفس القانون.

المادة 294 من م ح ع بحيث يجوز لصاحب السفلى ضم حق الهواء والتعليق إلى ملكه، كما يجوز أيضا للمالك الرقبة ضم حق السطحية أو الزينة إلى ملكيته عن طريق الشفعة إذا بيعت الحقوق العينية المذكورة لأجنبي⁷⁴. فتصرف المالك في ملكه على النحو المذكور يؤدي إلى الانتفاص ولو مؤقتا من سلطاته⁷⁵ مثل إنشاء حق انتفاع لفائدة الغير إذ يترتب عليه فصل سلطة استغلال الشيء عن حق الرقبة التي تبقى بيد المالك⁷⁶، ولكنها سرعان ما تعود لتجتمع مرة أخرى بيد المالك بعد انقضاء الحق العيني⁷⁷. ورغم تصرف المالك في ملكه على النحو المذكور، فإنه لا يفقد الحق في التصرف في ملكه ما لم ينص العقد المنشئ للحق على خلاف ذلك، مثل إنشاء رهن حيازي أو رهن رسمي على العقار. ومن المستقر عليه تشريعا⁷⁸ و قضاء أن الملك المرهون لا يخرج من يد المالك الراهن بل يبقى تحت يده يستغله ويتصرف فيه دون المساس بحقوق الدائن المرتين. إذا كانت المبررات التشريعية لمبدأ تداول الأموال تعتبر مرجعا وسندا لتداول الملكية العقارية؛ فإن المبررات العملية تؤكد مبدأ التداول وما يترتب على أعماله من منافع اقتصادية واجتماعية.

⁷⁴ لكن ألم يكن من المفيد تمديد حق ممارسة الشفعة إلى جميع الحالات التي تكون فيها الملكية العقارية موزعة بين المالك وغيره من أصحاب الحقوق العينية، وذلك حتى يتمكن مالك العقار من ضم ملكية الحق العيني المترتب على ملكه إلى ملكية الرقبة لأنه هو الأولي = من غيره باسترجاع الحق العيني المتفرع عن ملكه، هذا فضلا عن منع إضفاء خاصية الدوام على الحقوق العينية المنبثقة عن حق الملكية، وإلا أصبح حق الرقبة مجردا من أية قيمة قانونية أو اقتصادية؟

⁷⁵ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003 ص.31.

⁷⁶ Jean Louis et autres, op.cit.p.287

⁷⁷ يلاحظ أن المشرع المغربي في م ح ع قد حدد أجل أربعين سنة كحد أقصى لانصرام مدة الحقوق العينية المؤقتة المترتبة على الملكية العقارية مثل حق الانتفاع الممنوح للأشخاص المعنوية (المادة 100) وحق الكراء الطويل الأمد (المادة 121) وحق الزينة (المادة 134). ولئن كان هذا المسلك التشريعي يصب في اتجاه التأكيد على الطابع المؤقت للحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، يلاحظ أن بعض الحقوق العينية تنوم بدوام حق الملكية مثل بعض صور حق السطحية الذي يبقى ما بقيت البنايات أو الأغراس المقامة، وقد يستمر هذا الحق لمدة طويلة جدا، مما جعل بعض الفقه يعتبره حقا مؤبدا لأنه لا يزول بعدم الاستعمال مثل حق الملكية

Philippe Malaurie , Laurent Aynés, droit civil, les biens, p.284

كما أن بعض الارتفاقات تنوم كذلك بدوام حق الملكية المرتبطة به ويحتج بها تجاه الكافة؛

Philippe Malaurie, Laurent Aynés, op.cit. p.327 ; Gerard Cornu, op. cit. p. 223-224.

⁷⁸ ينص الفصل 1177 من ق ل ع على أن من رهن شيئا لا يفقد الحق في تفويته، لكن نفاذ تفويت العقار المرهون يبقى معلقا على شرط الوفاء بالدين المضمون أو إقرار الدائن المرتين بالتفويت. وقد اعتبرت محكمة الاستئناف بمراكش أن قرار المحافظ على الأملاك العقارية بنفس المدينة برفض تقييد عقد شراء الطرف المستأنف بالسجلات العقارية بدعوى أن العقار المبيع مرهون لفائدة الغير، يعد خرقا للقانون بحكم أن رهن العقار المحفظ رهنا رسميا لا يمنع المدين الراهن من تفويته؛ قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 1185 الصادر بتاريخ 1997/12/23، منشور بمجلة المحامي، العدد 34 يناير 1999، ص.202-207.

المبحث الثاني: المبررات العملية لمبدأ تداول الملكية العقارية

يعد مبدأ تداول الأموال من متطلبات التجارة لأن انتقال عناصر الإنتاج ومنها الملكية العقارية بسهولة ودون عائق يساهم في توفير السلع المطلوبة في الأسواق وبالتالي الاستجابة للعرض الذي غالبا ما يكون أكثر من الطلب بسبب محدودية الثروات بالمقارنة مع العدد المتزايد للسكان.

ولعل هذه الفوائد الاقتصادية هي التي جعلت بعض الفقه يضيفي على مبدأ التداول صبغة النظام العام⁷⁹. وإذا كانت الغاية من تداول الملكية العقارية هي خلق الثروة والاستجابة للمتطلبات الاقتصادية والاجتماعية، فإن ذلك قد يتحقق بوسائل مباشرة (المطلب الأول) أو بوسائل غير مباشرة (المطلب الثاني) لأن العبرة من تقرير مبدأ تداول الأموال إنما بالنتائج المترتبة عليه وهي خلق الخيرات والثروات عن طريق استثمار الملكية العقارية وإدراجها في التنمية.

المطلب الأول: الطرق المباشرة لتداول الملكية العقارية

الأصل أن تداول الملكية العقارية وانتقالها يتم في الأغلب الأعم بواسطة العقد الذي يترجم إرادة المالك في التصرف في ملكه لفائدة الغير بكل حرية واختيار، وذلك إعمالا للسلطات التي خوله إياها القانون (الفقرة الأولى)؛ لكن هناك بعض الحالات يقرر فيها المشرع انتقال الأموال من يد المالك إلى يد غيره بدون اختياره لتعلق ذلك بالنظام العام أو لتحقيق مصلحة أخرى أولى بالرعاية والاعتبار من مصلحة المالك (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الطرق الإرادية لتداول الملكية العقارية

من نافلة القول أن جميع المعاملات التي تجري بين الناس داخل المجتمع تتم عن طريق العقد باعتباره من ألصق الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية للمجتمعات، لأنه ضرورة لا غنى عنها في تبادل السلع والأموال بين الناس⁸⁰، وأداة رئيسية لتبادل الخدمات وبالتالي له وظيفة اقتصادية جوهرية⁸¹. ويعتبر رواج الأموال من المقاصد الشرعية، لذلك شرعت عقود المعاملات للمحافظة على هذا المقصد العظيم عن طريق تداول الحقوق المالية بعوض أو بتبرع⁸².

79

François Terré, Philippe Simler, o.p cit., p.127

⁸⁰ علي محبي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الأول، دار البشائر الإسلامية، ط.2، 1423هـ 2002م، ص.7

⁸¹ جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت، ط.1 1420هـ 2000م، ص.233 و 237.

⁸² محمد بن الطاهر بن عاشور، "مقاصد الشريعة الإسلامية"، نشر مشترك: دار سحنون للنشر والتوزيع- تونس، و دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة- القاهرة، الطبعة الثانية 1428هـ- 2007م، ص.172- 173

وأمام تعاظم الدور الاقتصادي للعقد، عُنيت التشريعات المدنية الحديثة بتنظيم قواعده لتكريس حرية التعاقد من جهة وضمان سلامة التعامل من جهة أخرى للوصول في النهاية إلى تحقيق الفائدة الاقتصادية والاجتماعية المرجوة⁸³. ومن القواعد الهامة التي تبنتها التشريعات المدنية في هذا السياق، نذكر قاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁸⁴، وإلزام المتعاقدان بتنفيذ العقد وفق قواعد العدالة وحسن النية، ومنح القضاء حق الرقابة على سلامة تكوين العقد وحسن أدائه لوظائفه الاقتصادية والاجتماعية⁸⁵ من خلال إعادة النظر في الالتزامات التعاقدية كي يعيد لها توازنها عند الاقتضاء وإعمال سلطة تفسير العقد في الحالات التي يكون فيها للتأويل موجب⁸⁶.

وتعزيزاً لدور العقد في تداول الأموال العقارية، أقر التشريع المغربي المحرر الرسمي أو المحرر ثابت التاريخ لإبرام التصرفات الواردة على العقار ومنها تفويته وتداوله بين الأفراد⁸⁷، كما أقر قانوناً يتضمن إجراءات وتدابير لحماية المستهلك عن طريق إعلامه وتبصيره عن المنتجات أو السلع أو الخدمات التي يشتريها أو يستعملها وضمان حمايته من الشروط التعسفية الواردة في العقود والمتعلقة بالخدمات المالية والسلع⁸⁸.

⁸³ مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط.4، 2007م، ص.69.

⁸⁴ الفصل 230 من ق ل ع والمادة 1103 من ق م ف

⁸⁵ مصطفى العوجي، م.س، ص.95.

⁸⁶ الفصل 462 من ق ل ع والمادة 1192 من ق م ف.

⁸⁷ تقول المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية: "يجب أن تحرر - تحت طائلة البطلان - جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لن ينص قانون خاص على خلاف ذلك..." القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 11-178-1 في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج.ر. عدد 5998 المؤرخة في 27 من ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص.5578؛ مع الإشارة إلى أن المادة الرابعة المذكورة قد تم تنميتها بموجب القانون رقم 69.16 بحيث أصبحت عقود التوكيل خاضعة لنفس شكلية انعقاد التصرفات القانونية، ج.ر. دد 6604 بتاريخ 23 ذو الحجة 1438 (14 سبتمبر 2017) ص.5068. وهكذا فإن مبدأ التراضي كأصل عام في المعاملات، أصبح ينكمش شيئاً فشيئاً لحساب عنصر الشكلية الذي انبعث من جديد خاصة في مجال التصرفات الواردة على العقار. فبعدما كان المشرع يستوجب شرط الكتابة في العقود المتعلقة ببيع العقار أو الأشياء التي يمكن رهنها رهناً رسمياً (الفصل 489 من ق ل ع)، أصبح يميل نحو تضييق نطاق الكتابة من حيث تحديد جهات خاصة تناط بها هذه المهمة، وذلك ابتداءً بالتشريعات العقارية الخاصة مثل بيع العقار في طور الإنجاز، والإيجار المفضي إلى تملك العقار، والملكية المشتركة للعقارات المبنية، وانتهاءً بصدور مدونة الحقوق العينية التي نصت في مادتها الرابعة على أن التصرفات الناقلة للملكية أو المنشئة للحقوق العينية الأخرى أو المعدل أو المسقطة لها، يجب أن تحرر 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.

حتى أضحت الشكلية ركناً أساسياً لقيام العقود المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها.

⁸⁸ يراجع القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، ج.ر. عدد 5932 مؤرخة في 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص.1072.

ويعد التفويت الإرادي للملكية العقارية من أبرز تجليات التداول ويساهم في تنشيط الدورة الاقتصادية، فهو من جهة يؤدي إلى تحريك نشاط توثيق العقود المنصبة على العقار مثل العدول والموثقين والمحامين المقبولين أمام محكمة النقض خاصة في ظل إجبارية اللجوء إلى خدمات هذه الهيئات لإبرام التصرفات الواردة على العقار عملاً بمقتضيات المادة الرابعة من م ح ع.

ومن جهة أخرى، يترتب على عقود التفويت ضرورة تسجيلها لدى المصالح الإدارية المختصة واستخلاص رسوم عن ذلك تسمى رسوم التسجيل كما هي محددة في المدونة العامة للضرائب، بالإضافة إلى استخلاص رسوم عن الأرباح العقارية التي حققها الطرف المفوت. هذا فضلاً عن حصول الطرف البائع على المقابل المادي للعقار. وإذا كان التعاقد هو الوضع الطبيعي والمألوف لتداول الملكية العقارية، فهناك بعض الحالات التي تنتقل فيها الملكية العقارية جبراً عن المالك لدواعي اقتصادية واجتماعية.

الفقرة الثانية: الطرق غير الإرادية لتداول الملكية العقارية

إذا كانت السمة البارزة في الوسائل الإرادية لتداول الأموال هي الإرادة الصريحة للمالك في التخلي عن ملكه لفائدة الغير مقابل حصوله على المقابل المالي أو الاقتصادي للملك، أو نيل رضا المتصرف إليه أو ثواب الله عز وجل بالنسبة لعقود التبرع؛ فإن ما يميز الطرق غير الإرادية للتداول هو أن الملكية العقارية قد تخرج من يد المالك وتنتقل إلى ملك غيره بدون رضاه إما تحقيقاً لمصالح اقتصادية واجتماعية عامة أو استجابة لمصلحة خاصة تكون أولى بالاعتبار من مصلحة المالك. ومن هذه الحالات، نذكر على سبيل المثال لا الحصر واقعة الوفاة ثم حالة البيع الجبري للعقار على يد القضاء.

فالوفاة واقعة يترتب عليها انتقال جميع الحقوق المالية للوارث إلى ورثته عن طريق الميراث، إذ الوارث يخلف المورث في مجموع الحقوق المالية التي تكون التركة⁸⁹، ويتم الاستخلاف هنا بقوة القانون دون أن يكون لإرادة الأطراف دخل في هذا الانتقال⁹⁰، وذلك لتعلق الأمر بالنظام العام ولكون الشريعة الإسلامية حرصت على توزيع الأموال وقسمتها بعد الوفاة حتى لا تعرض إلى التجميد والتعطيل⁹¹.

إلى جانب واقعة الوفاة المفضية حتماً إلى انتقال الملكية العقارية الخاصة من السلف إلى الخلف، يقوم القضاء بدور أساسي في الإشراف على تداول الملكية العقارية في بعض الحالات الخاصة التي قد يتعذر

⁸⁹ السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، المجلد الأول، ص. 89؛ مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في

ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول التحفيظ العقاري، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 1987، ص. 157.

⁹⁰ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص. 363.

⁹¹ عبد الرحمان بلعكيد، علم الفرائض، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثالثة 1995/1416، ص. 14.

فيها التداول الإرادي أو لأن القانون يشترط إشراف القضاء على تداول الملكية العقارية نظرا للطبيعة القانونية للعقار أو بالنظر إلى انعدام أهلية المالك أو نقصها .

وهكذا قد يتدخل القضاء للمصادقة على قسمة عقار مملوك على الشياخ بين المحجور والغير، وذلك لضمان حقوق المحجور⁹². كما أن القاضي المكلف بشؤون القاصرين قد يتدخل لمنح إذن للوصي أو المقدم لإجراء التصرفات القانونية الواردة على أموال المحجور سواء كانت عقارات أو منقولات⁹³. كما أن تدخل القاضي يكون ضرورياً للترخيص لأحد الزوجين بتفويت العقار الخاضع في إطار علاقتهما الزوجية لنظام اشتراك الأموال⁹⁴. فتدخل القضاء في مثل الحالات المذكورة يكون فعالاً ومدعماً لإرادة المالك في التفويت نظراً لنقص أو عدم اكتمال أهليته.

لكن هناك حالات أخرى يتدخل فيها القضاء كجهة مشرفة ومراقبة لتفويت بعض العقارات، كما هو الشأن بالنسبة لبيع العقار بالمزاد العلني إما في إطار تحقيق الرهن الرسمي في حالة عدم وفاء المدين الراهن بدينه في أجل المتفق عليه⁹⁵، أو في إطار تنفيذ حكم قضائي يقضي بقسمة العقار المشاع، أو في إطار التسوية أو التصفية القضائية الناتجة عن صعوبات المقاول.

وقد يكون تدخل القضاء أكثر فعالية في تداول الملكية العقارية في بعض الحالات التي يتعذر فيها التداول الإرادي، مثل حالة تعذر القسمة العينية للعقار، أو لأن من شأنها مخالفة القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، أو إحداث نقص كبير في قيمته. وفي هذه الحالات، يتعين على المحكمة الحكم ببيع العقار بالمزاد

⁹² تنص المادة 275 من مدونة الأسرة على ما يلي: "قسمة مال المحجور المشترك مع الغير تتم بتقديم مشروعها إلى المحكمة التي تصادق عليها بعد أن تتأكد عن طريق الخبرة من عدم وجود حيف فيها على المحجور".
⁹³ تنص المادة 271 على ما يلي: "لا يقوم الوصي أو المقدم بالتصرفات الآتية إلا بعد الحصول على إذن من القاضي المكلف بشؤون القاصرين:

1. بيع عقار أو منقول للمحجور تتجاوز قيمته 10.000 درهم أو ترتيب حق عيني عليه،

2."

Julien Théron, l'intervention du juge dans les transmissions de biens ,
édition Alpha, Beyrouth 2009, p.295

94

⁹⁵ تنص المادة 214 من م ح ع على ما يلي: "يمكن للدائن الحاصل على شهادة خاصة بتقييد الرهن لفائدته مسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية طبقاً للشروط المنصوص عليها في الفصل 58 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري أن يطلب بيع الملك المرهون بالمزاد العلني عند عدم الوفاء بدينه في أجل. تكون للشهادة الخاصة المذكورة قوة سند قابل للتنفيذ"

العلني⁹⁶، ولا تحكم وفق الطلب استثناء من القاعدة الإجرائية المحددة في الفصل الثالث من قانون المسطرة المدنية⁹⁷.

الخلاصة أن حالات التداول غير الإرادي للملكية العقارية هي متعددة ولا يمكن حصرها، وهي تساهم في تفعيل مبدأ التداول إلى جانب الطرق الإرادية. وفضلا عن هذه الطرق وتلك، ألا يمكن الحديث عن طرق غير مباشرة لتداول الملكية العقارية، وذلك ببقاء الملكية العقارية داخل الذمة المالية للمالك؟

المطلب الثاني: الطرق غير المباشرة لتداول الملكية العقارية

لقد قيل عن الملكية أنها حق اقتصادي وحق من حقوق الإنسان وحرية من الحريات الأساسية الثابتة له⁹⁸، وأن هذا الحق يعد من عوامل الاستقرار داخل المجتمع باعتباره حافزا مهما للمالك على الإقبال على العمل والإنتاج مما يكون له آثار إيجابية في تطور المجتمع ورقية⁹⁹.

ورغم مزايا حق الملكية، فإن هذا الحق لم يقرر لتلبية رغبات المالك فقط، بل لخدمة المصلحة العامة أيضا. بمعنى أن المالك عند ممارسته لسلطاته، يكون مطالبا بالسعي للتوفيق بين مصلحته الخاصة والمصلحة العامة ومتطلباتها¹⁰⁰.

وإذا كان المشرع يحرص على عدم حبس الأموال عن التداول لما في ذلك من تجميد للثروة وتعطيل لوظيفتها الاقتصادية، فإنه في نفس الوقت كرس قاعدة أخرى مفادها أنه لا يجبر أحد على التخلي عن أمواله¹⁰¹، لأن حق المالك في التصرف في ملكه ينطوي كذلك على حقه في عدم تفويته¹⁰². وهذا يعني أن مبدأ

⁹⁶ تنص المادة 318 من م ح ع على: "إذا كان العقار المشاع غير قابل للقسمة العينية، أو كان من شأن قسمته مخالفة القوانين والضوابط الجاري بها العمل أو إحداث نقص كبير في قيمته، فإن المحكمة تحكم ببيعه بالمزاد العلني"

⁹⁷ ينص الفصل الثالث من ق م م على ما يلي: "يتعين على المحكمة أن تثبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات وتثبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

⁹⁸ Paul Tavernier, « la notion de propriété et le droit européen », la propriété en mutation, quels effets de la transition vers l'économie de marché ? colloque tempus, faculté de droit, de sciences économiques et de gestion, Rouen, publication de l'université de Rouen n° 219, 10-11 mai 1993, p.24

⁹⁹ عبد الناصر فكري محمد، "مبدأ دوام حق الملكية وأثر مضي المدة في انقضائه في القانون المصري والشريعة الإسلامية"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، دون ذكر السنة الجامعية، ص.26

¹⁰⁰ عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة بيروت، ط.1 1408 هـ 1988م، ص.192

¹⁰¹ تنص المادة 545 من ق.م.ف على ما يلي:

"Nul ne peut être contraint de céder sa propriété , si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité".

التداول لا يتحقق فقط عن طريق الانتقال المستمر للملكية العقارية من يد إلى يد وبدون توقف، بل إن طبيعة هذا الحق تتطلب نوعاً من الاستقرار والثبات في يد مالك واحد لمدة زمنية تكون كافية للاستفادة من منافع الملك أو استثماره وتنميته¹⁰³.

و يترتب على تنمية الملكية العقارية واستثمارها فوائد عامة مثل المساهمة في توفير السكن وإنعاش الأنشطة الصناعية والتجارية والفلاحية وما تدره من أرباح ومداخيل تعود فائدها على المالك وعلى المجتمع في نفس الآن (الفقرة الأولى). ولا يقتصر دور الملكية العقارية الخاصة على إشباع رغبات المالك الشخصية، بل توجه أيضاً نحو أداء وظيفة اجتماعية عن طريق التزام المالك بالقوانين والأنظمة الجاري بها العمل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تنمية الملكية العقارية من مظاهر التداول غير المباشر

لما كانت الملكية العقارية الفردية تندرج ضمن الضروريات الخمس التي استوجبت الشريعة الإسلامية الحفاظ عليها وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل¹⁰⁴، فقد حرصت بعض القوانين الوضعية على ضرورة استغلالها وعدم تعطيلها لكونها تحتل المكانة الأولى ضمن عناصر الإنتاج التي يعول عليها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتي تتطلب تعبئة كل الطاقات المنتجة في المجتمع¹⁰⁵.

ومن مظاهر عدم تعطيل دور الملكية العقارية، ارتأى المشرع المغربي في حالة خاصة واستثنائية أنه في حالة تأخر المدين الراهن عن تسديد أقساط الدين، يجوز لمؤسسة القرض العقاري الدائنة استصدار حكم استعجالي يقضي بحيازة العقار المرهون من طرف المؤسسة الدائنة من أجل تسييره واستخلاص ديونه من الإنتاج¹⁰⁶.

وهي نفس القاعدة التي سارت على هديها محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في أحد قراراتها شريطة أن يكون العقار المراد تحوزة يستغل كمشروع تجاري¹⁰⁷. وهذا يدل على حرص القانون على ضرورة

¹⁰³ محمد فوزي، رسالته، ص. 179.

¹⁰⁴ الشاطبي، الموافقات، الجزء الثاني، المكتبة العصرية، صيدا، ط. 1 1421 هـ 2000 م، ص. 8؛ محمد بن الطاهر عاشور، "م.س"، ص. 77؛ عبد الكريم زيدان، " القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية"، طبع جمعية المطابع التعاونية، عمان، ط. 1، 1402 هـ 1982 م، ص. 21.

¹⁰⁵ محمد بلتاجي، " الملكية في النظام الاقتصادي الإسلامي"، دار السلام القاهرة، ط. 1 1428 هـ 2007 م، ص. 121.

¹⁰⁶ يراجع الفصل 59 من المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 67-552 المؤرخ في 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968) يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقية، ج. عدد 2931 المؤرخة في 12 شوال 1388 (فاتح يناير 1969)، ص. 2.

¹⁰⁷ قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 2007/513 الصادر بتاريخ 2007/01/30 رقم الملف 4/06/3845 الذي أورده عبد العالي حفيظ بملاحق أطروحته للدكتوراه تحت عنوان: الحجز التنفيذي العقاري.

استغلال الملكية العقارية وعدم تعطيلها حتى ولو تعلق بها حق الغير، لما في ذلك من فوائد تعود على الجميع، بحيث يتمكن الدائن من استرداد ديونه ويستفيد المالك المدين من ثمار استغلال ملكه بإبراء ذمته والاستفادة مما فاض عن ذلك.

مجمل القول أن الملكية العقارية الخاصة يمكن أن تساهم في التنمية الاقتصادية سواء عن طريق التداول المباشر أو عن طريق استثمارها في مختلف المجالات، لأن جميع هذه الطرق تنتج الثروة وتوزع منافعها بين أفراد المجتمع. وإلى جانب الدور الاقتصادي، تقوم الملكية العقارية بوظيفة اجتماعية وفق المنظور الحديث لحق الملكية. ومن هنا يمكن القول إن الوظيفة الاجتماعية تعتبر شكلا من أشكال التداول.

الفقرة الثانية: الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية من مظاهر التداول غير المباشر

إذا كانت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية قد اعترفت بشرعية الملكية الفردية ووضعت لها من الأحكام ما يكفل حمايتها والمحافظة عليها، فإن هذا الحق ليس مقصورا على صاحبه فقط، بل يعتبر أيضا حقا له وظيفة اجتماعية يطلب من المالك القيام بها تجاه المجتمع¹⁰⁸. فبعدما كان حق الملكية حقا مطلقا، أصبح هذا الحق مقيدا بعدة قيود كي تؤدي الملكية وظيفتها الاجتماعية، ومن هذه القيود ما هو مقرر لمنع المالك من إساءة استعمال حق الملكية، ومنها ما هو مقرر لمتطلبات المصلحة العامة والخاصة على حد سواء¹⁰⁹.

وبذلك أصبح المالك في العصر الحالي مجبرا على اقتسام منافع وسلطات ملكيته مع المجتمع الذي يعيش فيه¹¹⁰. ومن الأمثلة على ذلك، الارتفاقات القانونية أو الاتفاقية التي تحد من نطاق حق المالك وتلزمه باقتسام بعض منافع ملكه مع الغير كما هو الشأن بالنسبة للأرض المحصورة والتي ليس لها منفذ على الطريق العام¹¹¹، أو بالنسبة لحق المالك في تمرير مياه الري من مورده بأرض الغير¹¹² أو حق مالك الأرض المنخفضة

¹⁰⁸ علي الخفيف، م.س.ص.36؛ ينظر تحليل ونقد الوظيفة الاجتماعية للملكية عند:

Jean Louis Bergel et autres, op.cit.p.86- 88 .

¹⁰⁹ مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، ط.1 1987، ص.84.

¹¹⁰ Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, op.cit, p.110

¹¹¹ تنص المادة 64 من م ح ع على ما يلي: " لكل مالك عقار ليس له منفذ إلى الطريق العمومي أو له منفذ غير كاف لاستغلال عقاره أن يحصل على ممر في أرض جاره نظير تعويض مناسب شرط أن يقام هذا الممر في المكان الذي لا يسبب للأرض المرتفق بها إلا أقل ضرر"، م.س.

¹¹² تنص المادة 56 من م ح ع على ما يلي: " حق المجرى هو الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى أو مواسير".

في تلقي المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأرض التي تعلوها¹¹³. وقد استقرت التشريعات المدنية الحديثة على قاعدة التزام المالك بإعمال سلطاته في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة¹¹⁴.

يستفاد من النصوص القانونية المذكورة أن جل القوانين المدنية الحديثة تخول للمالك مطلق الحرية في ممارسة حق ملكيته، مع مراعاة القوانين والأنظمة المقررة لتحقيق نوع من الموازنة بين المصلحة الخاصة للمالك والمصلحة العامة ومتطلباتها¹¹⁵. وقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة لتقرير هذا المبدأ، وذلك بتحريم عزل الملكية العقارية عن وظيفتها الاجتماعية وحرمان الناس من منافعها عند حاجتهم إليها¹¹⁶. لأن حفظ أموال الأفراد مفضية إلى حفظ مال الأمة، على اعتبار أن منفعة المال الخاص عائدة إلى المنفعة العامة لثروة الأمة¹¹⁷ التي لها دور في الحفاظ على الأمن والاستقرار وتقوية مركز الدولة.

وإذا كانت طرق تداول الملكية العقارية تؤكد مبدأ تداول الأموال كأصل وقاعدة؛ فإن القيود الاتفاقية المقترنة بالتصرفات الواردة على الملكية العقارية تعتبر استثناء من المبدأ تمليه حاجات اجتماعية واقتصادية وغيرها، وهذا هو موضوع الفرع الثاني.

الفرع الثاني: القيود الاتفاقية استثناء من تداول الملكية العقارية الخاصة

لما كانت الإرادة هي الأصل في تداول الملكية العقارية؛ فإن العقد الناقل للملكية قد يكون ناجزا وخاليا من الشروط وهذا هو الغالب، وقد يخرج عن هذا الوضع الطبيعي والمألوف ويأتي التصرف مقترنا بقيود اتفاقية في إطار الحرية التعاقدية التي تخول للمتصرف حرية اشتراط القيود شريطة قبولها من طرف المشتري عليه مما يساهم في تكريس مبدأ تداول الأموال (المبحث الأول). وتحتل القيود الاتفاقية مكانة خاصة في عملية التعاقد، لأنها توفر ضمانات قانونية مهمة لمشتري هذه القيود وتلزم المشتري عليه باحترام التزاماته. لهذا

¹¹³ تنص المادة 60 من م.ج.ع على الآتي: "تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا المسيل، كما لا يجوز لمالك الأرض العالية أن يقوم بما من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق الواقع على الأرض المنخفضة"

¹¹⁴ ورد في المادة 19 من م.ج.ع: "لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل." وفي نفس السياق تنص المادة 806 من القانون المدني المصري على ما يلي: "على المالك أن يراعي في استعماله حقه ما تقضي به القوانين والمراسيم واللوائح المتعلقة بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة..."، القانون رقم 131 الصادر في 9 رمضان 1367 (16 يولييه سنة 1948).

¹¹⁵ السنهوري، م.س.ص. 557؛ عبد الله بن عبد العزيز المصلح، "قيود الملكية الخاصة"، م.س.ص. 192.

¹¹⁶ عبد الله بن عبد العزيز المصلح، م.س.ص. 391.

¹¹⁷ محمد بن الطاهر عاشور، م.س.ص. 167.

حظيت تقنية القيود الاتفاقية بعناية خاصة من لدن الفقه الإسلامي وتبنتها بعض القوانين الوضعية الحديثة (المبحث الثاني). وستتم دراسة هذه المواضيع وفق الخطة التالية:

- المبحث الأول: الحرية التعاقدية بين تنشيط تداول الملكية العقارية وحرية اشتراط القيود
- المبحث الثاني: دور القيود الاتفاقية بين الفقه الإسلامي والتشريعات الحديثة

المبحث الأول: الحرية التعاقدية تحفيز لتداول الملكية العقارية وتكريس حرية اشتراط القيود الاتفاقية

فضلا عن السلطات الواسعة التي يخولها حق الملكية للمالك وتمكنه من التصرف في ملكه كيفما شاء؛ فإن الحرية التعاقدية تمنح للمالك أيضا حق اشتراط القيود في العقود التي يبرمها مع الغير الذي تكون له نفس الحرية لمناقشة القيود التي تشترط عليه والتفاوض بشأنها. لأن كلا المتعاقدين يوجدان في مركز قانوني متساو ولا فرق بينهما، كما أنهما يتوفران على نفس الآليات القانونية لمناقشة موضوع العقد وشروطه والدفاع عن مصالحه. لكن قبل التعرض لدور الحرية التعاقدية في تفعيل تداول الأموال على أرض الواقع ودورها في تكريس حرية اشتراط القيود (المطلب الثاني)، يبدو من المفيد أولا تحديد مفهوم القيود الاتفاقية من حيث المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي، ثم تمييزها عن المؤسسات والأنظمة القانونية المشابهة لها، وأخيرا مناقشة موقف الفقه والقضاء من الطبيعة القانونية للقيود الاتفاقية. لأن من شأن التطرق لهذه الموضوعات، تيسير حصر نطاق الموضوع الذي نحن بصددده و تجنب الخوض في مفاهيم وموضوعات قد تخرجنا عن السياق (المطلب الأول).

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للقيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة

يعرف القيد الاتفاقي من حيث المعنى الاصطلاحي اللغوي بأنه جمع أقياد وقيود وقيده يقيده تقييدا، وقيده جعل القيد في رجله قيد حريته وقيد العقد بشروط. وفي الحديث: قيد الإيمان الفتك، معناه أن الإيمان يمنع عن الفتك بالمؤمن، والمقيد من الشعر خلاف المطلق¹¹⁸. أما من حيث المعنى الاصطلاحي، ففيه تعريفات متعددة وردت في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، لكنها متفقة على أن القيد أو الشرط الاتفاقي هو أمر زائد على أصل التصرف¹¹⁹.

¹¹⁸ ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثالث، دار صادر بيروت، ط. 6، 1417هـ - 1997م، فصل القاف؛ المعجم العربي الأساسي مؤلف من إعداد جماعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، بدون تاريخ الطبعة، رقم الكتاب بالمكتبة الوطنية 289387، ص. 1018

¹¹⁹ وهو شرط أو بند اتفاقي يضاف لأصل العقد يكون فيه مصلحة لأحد المتعاقدين أو للغير ويؤدي إلى تعديل أحكام وأثار العقد الأصلية، حسن علي الشاذلي، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ط. 1، 1430هـ - 2009م، ص. 64.

فالفقه الإسلامي يسمي القيود الاتفاقية بالشروط المقترنة بالعقود¹²⁰، بمعنى أنها تكون معاصرة للعقد وليست تلك المتقدمة عليه أو المتأخرة عنه¹²¹. وقد سماها القرافي في فروقه الشروط المقارنة لتنجيز التصرفات القانونية التي تقبل الشرط دون التعليق عليه¹²². فيما اعتبرها أبو زهرة "شروطا تقتزن بالعقد فتزيد في التزاماته أو تقوي هذه الالتزامات"¹²³. وعرفها مصطفى أحمد الزرقا بأنها الشروط التي تقيد حكم العقد تقييدا فتعدل آثاره الأصلية بإيجاب التزامات بين الطرفين لم تكن لتجب لو صدر العقد مطلقا عن الشرط¹²⁴.

أما على مستوى القانون الوضعي، فالقيد الاتفاقي لا يعدو أن يكون شرطا من الشروط التي يدرجها المتعاقدون في عقودهم وتصرفاتهم القانونية من التزامات زائدة تعدل آثار العقد أو التصرف أو تحديد مضمون التصرف وتقييده على وجه دون آخر¹²⁵. ويعرفه باحث آخر بأنه "الحكم الذي يرد على خلاف الأصل يمنع الأخذ به في حال أو أحوال معينة... فالأصل هو ثبوت سلطات المالك كاملة على الشيء المملوك، فيأتي القيد حكما يحرمه من بعض هذه السلطات أو يفرض لها شروطا تحد من مداها وإطلاقها"¹²⁶.

بعد تحديد مفهوم القيود الاتفاقية، نحاول الآن تمييز القيود الاتفاقية عن المؤسسات المشابهة لها لتفادي الخلط بين هذه الأنظمة (الفقرة الأولى) ثم تحديد طبيعتها القانونية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمييز القيود الاتفاقية عن المؤسسات المشابهة لها

تخصص الفقرات الموالية لتمييز القيود الاتفاقية عن بعض الأنظمة القانونية المشابهة وخاصة الشروط الإرادية والقيود القانونية وحقوق الارتفاق الاتفاقية والتحملات العقارية وحق الشفعة وحق الأفضلية وحق الرجوع في الهبة.

¹²⁰ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي - القاهرة، 1416هـ-1996م، ص.235؛ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء 3، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت 1998، ص.101؛ وليد صلاح مرسى رمضان، م.س ص.274.

¹²¹ علي محيي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، ص.1165.

¹²² مثل بعثك على أن لي عليك أن تأتي بالرهن أو الكفيل بالثمن أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع الذي لا يصح التعليق عليه، لأن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، كتاب الفروق، المجلد الأول ص.383.

¹²³ كالبيع بشرط أن يقدم المشتري كفيلا بالثمن، أو يقدم البائع كفيلا بضمان رد الثمن إذا استحق البيع، محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي - القاهرة، 1427هـ/2006م، ص.60.

¹²⁴ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل لفقه العام، الجزء الأول، دار القلم - دمشق، ط.2 1425هـ-2004م، ص.572.

¹²⁵ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ط.1 1998، ص.123.

¹²⁶ جميل الشرفاوي، قيود الملكية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق السنة 2 عدد 2، 1978 ص.102.

تختلف القيود الاتفاقية عن الشروط الإرادية¹²⁷ من حيث تأثيرها على الالتزام الذي تقترن به. فالقيود الاتفاقية¹²⁸، تؤدي إلى إحداث تغيير في آثار العقد وأحكامه¹²⁹. أما الشروط الإرادية فهي أمور عارضة مستقبلية معدومة على خطر الوجود يتوقف عليها وجود الالتزام أو إنهائه¹³⁰. أما من حيث آثار العقد، فإن الالتزام المقترن بقيود اتفاقية يكون التزاما ناجزا وتترتب عليه آثاره القانونية كاملة، أما العقد المقترن بشرط إرادي، فهو التزام يدور مع الشرط الذي يتضمنه وجودا وعدما¹³¹.

تتميز القيود الاتفاقية عن القيود القانونية من حيث المصدر ومن حيث الآثار القانونية. فالقيود القانونية يقرها المشرع ويسري أثرها بشكل مطلق على جميع الأملاك العقارية المتماثلة في الشروط المتطلبة قانونا لتقرير هذا النوع من القيود¹³². أما القيود الاتفاقية، فتقررها إرادة المتعاقدين بالنسبة للعقود الملزمة للجانبين أو إرادة صادرة عن جانب واحد. وأخيرا تختلف القيود الاتفاقية عن القيود القانونية من حيث الجزاء، بحيث إن مصير مخالفة القيد الاتفاقي يتوقف على إرادة مشترط القيد الذي يخير بين إجازة العقد المخالف لمقتضى القيد أو المطالبة بإبطاله، في حين يكون مآل التصرف المخالف للقيد القانوني هو البطلان المطلق لتعلقه بالنظام العام.

وتتميز القيود الاتفاقية عن حقوق الارتفاق سواء من حيث الطبيعة القانونية أو من حيث الخصائص و السمات. فمن المتفق عليه فقها¹³³ ومن المقرر تشريعا¹³⁴ أن الارتفاق هو حق عيني يفترض لزوما وجود علاقة

¹²⁷ وإن كانت القيود الاتفاقية والشروط الإرادية تعد التزامات أو بنود زائدة على أصل العقد يكون فيها مصلحة للعقد أو للعاقدين أو للغير، حسن علي الشاذلي، م.س، ص.51؛ عياد بن عساف العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع، الجزء الأول، ط. 1430هـ - 2009م، ص.48.

¹²⁸ تجتمع القيود الاتفاقية والشروط الإرادية في كونها بنودا زائدة في العقد لا تؤثر على وجود العقد أو انقضائه.

¹²⁹ مثال ذلك أن عقد الهبة ينقل إلى الموهوب له جميع سلطات الملكية إلا ما استثنى بموجب القيود الاتفاقية مثل أن لا يبيع العقار الموهوب خلال فترة معينة.

¹³⁰ الفصل 107 من ق ل ع يعرف الشرط بأنه تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع، إما وجود الالتزام أو زواله، حسن علي الشاذلي، م.س، ص.16.

¹³¹ بحيث يكون وجود الالتزام معلقا على شرط واقف ويسمى التزام موقوف على شرط، أو يتوقف إسقاطه على تحقق أمر معين ويسمى التزاما معلقا على شرط فاسخ.

¹³² همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، أحكام الملكية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص.257.
¹³³ السنهوري، الوسيط، الجزء التاسع، المجلد الثالث، م.س، ص.1280؛ مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ذ.ط =

بين عقارين: عقار خادم وعقار مخدوم، يكون لصاحب العقار المخدوم سلطة مباشرة على العقار الخادم، ويدوم حق الارتفاق بدوام العقارين. أما القيود الاتفاقية، فهي مجرد بنود وشروط تقتزن بالعقد وتحد من حق الملكية ولا تشترط دائما وجود عقار آخر، وهي ذات طبيعة مؤقتة وليست دائمة.

تختلف التحملات العقارية عن القيود الاتفاقية في كون الأولى بمثابة تكاليف عقارية مقررة على عقار لخدمة ومنفعة عقار يملكه شخص آخر¹³⁵ وبالتالي تتصف بصفاتها وتتميز بطبيعتها. لكن المشرع المغربي تناول التحملات العقارية ضمن القيود القانونية الناتجة عن التزامات الجوار¹³⁶. و يبدو من طبيعتها أنها أقرب إلى الالتزام والسلوك الذي يجب على الجار اتباعه في علاقته بجاره منها إلى التحملات العقارية التي لا تعدو أن تكون تكاليف تنصب على العقار وتتبعه في أي يد ينتقل إليها.

وأخيرا تتميز القيود الاتفاقية عن حقي الشفعة والأفضلية وحق الرجوع في الهبة، بحيث إن القيود الاتفاقية ترد على حق الملكية العقارية وتحد من نطاق هذا الحق ومن سلطات المالك؛ في حين أن حق الشفعة¹³⁷ و حق الأفضلية المقرر في القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية¹³⁸ و

= Marty et Raynaud, op.cit, p.197 ; François Terré et Philippe Simler droit civil, les biens, Dalloz 2006,p.750 ; Christian Larroumet, les biens, droits réels principaux, tome 2, Edition Delta, 3é édition 1998, p.469.

¹³⁴ يعرف حق الارتفاق في المادة 37 من م ح ع بأنه حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر. القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج.ر. عد 5998 المؤرخة في 27 من ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص. 5587. وهو نفس التعريف الذي تبناه المشرع الفرنسي في القانون المدني.

L'article 637 du droit civil français dispose que : une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

¹³⁵ لا تختلف التحملات العقارية عن الارتفاقات حسب ما ذهب إليه ق.م.ف في المادة 637 كما يبدو من التعريف السابق.

¹³⁶ تناول المشرع المغربي التحملات العقارية في الباب الثاني من مدونة الحقوق العينية المخصص لحق الملكية مثل حق الجار في إجبار جاره على تعيين حدود أملاكهما المتلاصقة، وضرورة احترام المسافات القانونية عند إقامة أغراس أو أشجار على حدود أرضه و حق الجار في إجبار جاره على تعيين حدود أملاكهما المتلاصقة (المادة 70 م ح ع)، وحقه في المطالبة بإزالة الأضرار غير المألوفة (المادة 71 م ح ع) وغيرها من التحملات العقارية، القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، م.س.

¹³⁷ تنص 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 ومصروفات العقد اللازمة والمصروفات الضرورية النافعة عند الاقتضاء".

¹³⁸ تنص المادة التاسعة والثلاثون من القانون رقم 18.00 على أنه: " يمكن للمالك بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين أن ينشئوا حق الأفضلية فيما بينهم في جميع التصرفات النافذة للملكية بعوض والتنصيب على كيفية ممارسة =

شرط الرجوع في الهبة¹³⁹ هي مكنات منها ما هو مقرر بقوة القانون ومنها ما هو مقرر عن طريق الاتفاق للشريك في الملك المشاع وللمالك المشترك في الملكية المشتركة وللواهب، متى توافرت في كل واحد منهم الشروط المتطلبة قانوناً، لاسترداد المبيع أو الموهوب من يد المتصرف إليه. فهذه المكنات وإن كانت لا تؤثر على حق الملكية، فإنها تقيد الحرية التعاقدية للمتصرف في اختيار الشخص المتصرف إليه.

بعد تمييز القيود الاتفاقية عن المؤسسات المشابهة لها، نحاول في الفقرة الموالية تحديد الطبيعة القانونية لهذه القيود لعل ذلك يساعد على فهم حقيقتها التشريعية ثم معرفة نوع وطبيعة الآثار القانونية المترتبة عليها.

الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للقيود الاتفاقية

لما كان تحديد الطبيعة القانونية للقيود الاتفاقية يجعل من السهل تحديد نوع وطبيعة الجزاء المترتب على مخالفة مقتضى القيد¹⁴⁰، يتعين التعرف أولاً على موقف الفقه والقضاء من المسألة .

أولاً: موقف الفقه من الطبيعة القانونية للقيود الاتفاقية

إن تحديد طبيعة هذه القيود الاتفاقية وخاصة الشرط المانع من التصرف وكذا الجزاء المترتب على مخالفته كان مثار خلاف بين الفقه¹⁴¹، يمكن إجمالاً في ثلاث نظريات: نظرية عدم الأهلية الاتفاقية، ونظرية عدم قابلية المال للتصرف، ونظرية الالتزام بالامتناع عن عمل.

= هذا الحق وآجاله في نظام الملكية المشتركة"، القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-02-298 في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)، ج.ر. عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص. 3175، المغير والمتمم بالقانون رقم 106.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.49 في 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016)، ج.ر. عدد 4465 بتاريخ 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016)، ص. 3781.

¹³⁹ كما يعرف الرجوع في الهبة بشرط الاعتصار في الفقه الإسلامي، تنص المادة 283 من مدونة الأسرة على ما يلي: "يراد بالإعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:

أولاً: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً؛

ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته."

كما تنص المادة 284 من نفس المدونة على أنه: "لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التصييص عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له".

¹⁴⁰ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2010، ص. 47.

¹⁴¹ محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ط. 2، 1418هـ- 1997م، ص. 104.

فالرأي القائل بأن الشرط المانع من التصرف يعتبر انتقاصا من أهلية المالك، ينطلق من كون عدم قابلية المال للتفويت أساسه المنع الذي يصيب شخص المالك بشكل مباشر ويؤثر على أهليته في التصرف¹⁴². ويتربط على ذلك إحداث عدم أهلية اتفاقية للمالك في التصرف في المال المثقل بالقيود¹⁴³. وهذا يبرر إمكانية إبطال كل التصرفات المنافية للشرط المانع وجعل المال المثقل بالقيود غير قابل للحجز. لكن هذا الإبطال ينحصر في المتصرف إليه فقط¹⁴⁴، مع العلم أن الشرط قد يكون مقرا لحماية مصلحة أحد المتعاقدين أو لحماية مصلحة الغير، وبالتالي يحق لكل واحد منهما المطالبة بإبطال التصرف المخالف له. لكن هذه النظرية تعرضت لانتقاد شديد لكون الأهلية من النظام العام¹⁴⁵.

أما نظرية عدم قابلية المال للتصرف، فتنتقل من كون عدم القابلية للتفويت تنصب مباشرة على المال المثقل بالقيود الاتفاقية، وتجعله غير قابل للتصرف، ويتربط على ذلك إمكانية إلغاء كل تصرف مخالف للحظر الاتفاقية، واعتبار المال المثقل بالقيود غير قابل للحجز. فعدم القابلية للتفويت حسب هذه النظرية هي بمثابة تحمل عيني ينصب على الملكية العقارية وتكون لها حجية في مواجهة الغير بمجرد القيام بإجراءات الإشهار العقاري¹⁴⁶. وقد تعرض هذا التكييف للنقد كذلك لكون إحداث عدم قابلية عينية للتصرف بموجب تصرف قانوني يتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون المدني، منها الخاصية المطلقة لحق الملكية وحرية تداول الأموال والضمان العام للدائنين¹⁴⁷.

Marcel Planiol, op.cit. p.747

142

¹⁴³ يظهر ذلك جليا في الحالة التي يكون فيها الشرط المانع مقرا لمصلحة المتصرف إليه قصد حمايته لعدم نضجه وانعدام تجربته،

Michelle Cumyn, les restrictions à la liberté d'aliéner dans le code civil du québec, Revue de

De droit McGill 1994, <http://lawjournal.mcgill.ca>, p.895, consulté le 23/03/2015.

¹⁴⁴ خليل أحمد حسن قدامة، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثاني عشر - العدد الثاني، يونيو 2004، ص. 132 و 133، مقال منشور على موقع: resportal.iugaza.edu.ps، تاريخ الاطلاع 2015/02/27.

¹⁴⁵ ينص الفصل الثالث من ق ل ع على ما يلي: "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية. وكل شخص للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك"

تنص المادة 12 من مدونة التجارة على أن الأهلية تخضع لقواعد الأحوال الشخصية مع مراعاة الأحكام التي تنظمها هذه المدونة. القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 المؤرخ في 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، ج.ر عدد 4418 المؤرخة في 18 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص.2187.

Christian Atias, op.cit. p.96 ; Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, op.cit.p.102

146

Michelle Cumyn, op.cit. p.894-895

147

ورغم ذلك، يرى السنهاوري أن ق م م يأخذ بالتكييف العيني للشرط المانع من التصرف، ويترتب على ذلك أن كل تصرف مخالف للشرط يكون باطلا بطلانا مطلقا¹⁴⁸. لكن غالبية الفقه المصري تكيف الشرط المانع من التصرف كقيد يرد على سلطات المالك ويؤدي إلى تعديل في أحكام الملكية يجب أن لا يتعدى ما هو ضروري لتحقيق المصلحة التي يستهدفها القيد الاتفاقية¹⁴⁹. لكن هذا التكييف لئن كان مقبولا جزئيا، فإنه منتقد في جزئه القائل بقدرة الإرادة على تعديل أحكام الملكية، لأن النظام القانوني للملكية من النظام العام يتولى المشرع وضع قواعده وأحكامه.

أما فيما يتعلق بنظرية الالتزام بالامتناع عن عمل، فتعتبر القيد المانع من التصرف الوارد في عقد التفويت بمثابة التزام سلبي من جانب المفوت إليه¹⁵⁰. ويرى أحد الباحثين أن هذا الالتزام لا يحتج به تجاه الغير حسن النية، ولا يترتب عليه نفس آثار الشرط المانع من التصرف¹⁵¹. لأن الجزاء المترتب على مخالفة مقتضى الشرط يتمثل في حق الدائن بطلب إزالة ما تم بشكل مخالف للالتزام أو ما يسمى بالهدم المادي¹⁵². لكن هذا الجزاء لا يناسب القيد الاتفاقية وخاصة الشرط المانع من التصرف.

من خلال النظريات الثلاث، يصعب الحسم في اختيار التكييف الذي يصلح لتحديد الطبيعة القانونية للشروط المانعة من التصرف، ويرجع ذلك إلى اختلاف مبررات إقرار القيود الاتفاقية. وفي ضوء هذه المبررات، تتحدد آثار القيود الاتفاقية وطبيعة الجزاء المترتب على مخالفتها. وهذا يستوجب البحث في نية المتصرف أو نية الأطراف للوقوف على الغرض من وراء إقرار القيود الاتفاقية¹⁵³.

¹⁴⁸ السنهاوري، الوسيط، الجزء الثامن، حق الملكية، ص. 525.

¹⁴⁹ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، م.س، ص. 48؛ أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، دار الثقافة الجامعية، ط. 1 1420 هـ 1999 م ص. 57؛ سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 1978، ص. 95.

¹⁵⁰ يتمثل الالتزام السلبي الملقى على عاتق المتصرف إليه بالامتناع عن القيام بالتصرفات والأعمال المحظورة بموجب القيد الاتفاقية.

¹⁵¹ ومن آثار الشرط المانع من التصرف، إمكانية إلغاء التصرفات المخالفة للالتزام السلبي، وكذا جعل المال غير قابل للحجز؛

Michelle Cumyn, op.cit. p.897

¹⁵² السنهاوري، الوسيط، الجزء الثامن، ص. 523؛ François Terré, Philippe Simler, op. cit. p.132؛ وتنص المادة 1143 من ق م ف على ما يلي:

Néanmoins le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il ya lieu. Droit civil Français, Dalloz ,110 é édition 2011.

¹⁵³ وقد يكون الغرض من إقرار قيود اتفاقية هو إحداث منع من التفويت أو التزام بعدم التصرف.

ثم إن الجزاءات المقررة من قبل الأطراف هي التي تحدد ماهية الشرط وكذا الآثار المترتبة على مخالفته¹⁵⁴. مما يفيد أن للأطراف حق تقرير البطلان كجزاء على مخالفة القيود الاتفاقية، لكن هذا الجزاء لا يستقيم مع النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية.

ويبدو أن تكييف الشرط الاتفاقي كقيد يرد في التصرف القانوني ويحد من سلطات المالك على ملكه؛ هو التكييف الذي يستقيم مع النظام القانوني للملكية ومع أحكام النظرية العامة للعقد. أما بالنسبة للجزاء المترتب على مخالفة مقتضى القيد، فيجب أن يقتصر على إبطال التصرف المخالف للقيد، وهو جزاء يتسق كذلك مع طبيعة المصلحة المراد حمايتها بموجب القيد الاتفاقي، وهي في كل الأحوال مصلحة خاصة بمن تقرر القيد لفائدته.

ثانيا: موقف القضاء من الطبيعة القانونية للقيود الاتفاقية

يستخلص من الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القضاء الوطني والأجنبي، أن التكييف الغالب للشرط المانع من التصرف هو التكييف الشخصي¹⁵⁵، لكن الآثار القانونية المترتبة على هذا التكييف تختلف باختلاف التشريعات التي تنظم هذا المجال. فالقضاء المغربي لا يربط على الشرط المانع من التصرف عدم قابلية العين المثقلة به للتصرف، بل يعتبره مجرد التزام شخصي من طرف المدين به¹⁵⁶. أما محكمة النقض الفرنسية لئن كانت تتبنى التكييف الشخصي للشرط المانع من التصرف، فإنها ترتب عليه كامل آثاره القانونية

Michelle Cumyn, op.cit. p.899

154

¹⁵⁵ بمعنى أن الشرط المانع من التصرف المدرج في التصرف يكون مقررًا لحماية مصلحة خاصة بأحد المتعاقدين أو بالغير.

¹⁵⁶ لم يتردد القضاء المغربي في تكييف الشرط المانع من التصرف باعتباره التزام ملقى على عاتق المشتري عليه مثله في ذلك مثل باقي الالتزامات التي تسري في حق المتعاقدين وخلفهما. وهذا ما قرره محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 2007/09/20 تحت عدد 107، بحيث اعتبرت أن الشرط المانع من التصرف شأنه شأن باقي الالتزامات التي تقوم مقام القانون بالنسبة للعاقدين، وبالتالي فهو ملزم لهما وخاصة المشتري عليه. كما ذهب المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1992/10/18 إلى أن الشرط المانع من التصرف الذي اشترطته الدولة هو شرط شخصي لا يجوز التمسك به إلا من طرفها، القرار رقم 3610 الصادر بتاريخ 1992/10/18، ملف مدني عدد 7325، قضاء المجلس الأعلى عدد 47، السنة 17 يوليوز 1995.

ومنها عدم قابلية العين المثقلة بالشرط للتصرف¹⁵⁷. لكنها تراجعت عن هذا الموقف معتبرة أنه من حق المصفي الحصول على الرفع القضائي للشرط المانع من التصرف شريطة إثبات رجحان مصلحة الموهوب لها على مصلحة الواهب في اشتراط المنع¹⁵⁸. وسارت على نفس المنوال محكمة الاستئناف بفرساي في قرارها الصادر في 29 نوفمبر 2001، لكن قبولها لطلب الدائن برفع الشرط المانع من التصرف على أساس حلوله محل مدينه المشروط عليه (الموهوب له)¹⁵⁹.

أما بالنسبة للقضاء المصري، فقد ذهبت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 19/02/1987، إلى أن الشرط المانع من التصرف المدرج في إطار النظام الأساسي للجمعية التعاونية لبناء مساكن رجال القضاء، هو شرط وضع أساسا لحماية مصلحة الجمعية ذاتها ولا يجوز لغيرها التمسك به لإبطال التصرفات المخالفة لهذا الشرط¹⁶⁰.

¹⁵⁷ من بين القرارات التي يمكن الاستدلال بها، القرار الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 3 يونيو 1998 الذي أيدت فيه قضاة الموضوع فيما ذهبوا إليه من اعتبار الشرط المانع من التصرف المدرج في عقد الهبة مقرر لاعتبارات شخصية لها أبعاد معنوية وأسرية. واستنادا لهذا التكييف، تم رفض طلب الدائن الرامي إلى رفع المنع من التصرف في إطار المادة 900-1 من ق. م ف،

Jacques Mestre, un créancier ne peut utiliser l'action oblique pour obtenir la levée judiciaire d'une interdiction conventionnelle d'aliéner, RTDciv 1998, Dalloz 2004, p.677;

Jacques Mestre, Bertrand Fages, l'action oblique pour obtenir la levée judiciaire d'une interdiction conventionnelle d'aliéner est désormais entrouverte aux créanciers, RTD civ 2000, Dalloz 2004 p.332, ¹⁵⁸

¹⁵⁹ فحق الدائن في اللجوء إلى القضاء طلبا لرفع الشرط المانع من التصرف الذي اشترطه الواهب على الموهوب له لم يؤسس على ترجيح مصلحة الدائن الشخصية بل على أساس أنه يحل محل المدين (الموهوب له المشروط عليه) بعلّة أنه أهمل إبراز رجحان مصلحته على مصلحة الواهب مشروط المنع من التصرف؛

Jean Patarin, Donation et clause d'inaliénabilité, exercice par un créancier par voie de l'action oblique du droit de son débiteur, donataire, de demander l'autorisation judiciaire de disposer du bien donné, RTDciv 2002, Dalloz p.341, .

¹⁶⁰ الطعن رقم 306 لسنة 53 ق جلسة 19/02/1987، الموقع الإلكتروني: www.justice-lawhome.com، تاريخ الاطلاع 2015/03/19.

أما جهة الإفتاء بدولة قطر في الفتوى الصادرة عنها بتاريخ 17/02/1991، فقد تبنت التكييف العيني للشرط المانع من التصرف، واعتبرته التزام عيني يتوخى رصد العين المثقلة بالقيود لتحقيق مصلحة ذات طبيعة اجتماعية¹⁶¹.

أمام صعوبة الخيار بين التكييف الشخصي للقيود الاتفاقية والتكييف العيني لها، ظهر رأي ينادي بمقاربة مرنة ومنسجمة في تكييف القيود الاتفاقية تتوخى التوفيق بين المقتضيات القانونية الآمرة والإرادة الخاصة لأطراف العقد، تنطلق من نية المتصرف أو أطراف العقد لمعرفة وجهة انصراف إرادتهم هل إنشاء حظر التصرف أم فقط إنشاء التزام بعدم التصرف¹⁶². ومن مزايا هذه المقاربة أنها تفسح المجال لتحديد التكييف الذي يناسب كل حالة على حدة وفق مصالح ومقاصد المتعاقدين.

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية من الحرية التعاقدية

تعتبر حرية التعاقد قاعدة أساسية في مادة العقود والمعاملات، ويقصد بها صلاحية الإرادة في إنشاء العقود دون قيد وفي اشتراط الشروط وحرية اختيار الشخص المتعاقد معه¹⁶³. وقد عرفت الشريعة الإسلامية حرية التعاقد منذ وجودها، ودعت إلى الوفاء بالعقود عملاً بكتاب الله وسنة رسوله الكريم صلى الله عليه وسلم¹⁶⁴. أما القانون الوضعي، فلم يعرف حرية التعاقد إلا بعد انتشار المذهب الفردي نتيجة تطور النظم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية¹⁶⁵. لأن حرية التعاقد والاشتراط تدور مع النظام الاقتصادي اتساعاً

¹⁶¹ لأن الشخص الذي تملك مسكن شعبي في إطار نظام المساكن الشعبية والتزم بعدم التصرف فيه، ثم استفاد من نظام إسكان كبار الموظفين القطريين، لا يمكنه أن يتحلل من الشرط المانع من التصرف. فتوى ش.ق 285/1991-3/21 صادرة عن إدارة الفتوى والعقود جهة الإفتاء، تاريخ الجلسة 17/02/1991، منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.almeezan.qa/opinionpage.aspx?id=1446&language=ar>, consulté le 10/03/2015.

Michelle Cumyn, « les restrictions à la liberté d'aliéner dans le code civil du Québec », ¹⁶²

, date de consultation : le 23/03/2015. <http://lawjournal.mcgill.ca>

¹⁶³ علي محيي الدين القره داغي، م.س، ص.52؛ هشام عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، د.ت.ط، ص.63؛ وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009، ص.52.

¹⁶⁴ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1974، ص.42؛

محمد أبو زهرة، ابن حنبل حياته وعصره - آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1418هـ - 1997م، ص.258-259.

¹⁶⁵ عبد الله الشرقاوي، م.س، ص.80.

وضيقاً¹⁶⁶، فهي تضيق كلما ضاق مجال الحقوق وتقلص نطاق الحريات العامة، وتتسع كلما اتسع مجال الحقوق ونطاق الحريات¹⁶⁷.

ورغم التلازم بين الحرية التعاقدية والحريات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فإن حرية التعاقد تظل قاعدة أساسية ولا غنى عنها في العقود والمعاملات (الفقرة الأولى) لتفعيل مبدأ تداول الملكية العقارية، سواء عن طريق التداول الطبيعي والمألوف أو عن طريق التصرفات المقرونة بقيود اتفاقية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: حرية التعاقد بين الإطلاق والتقييد

القاعدة الثابتة في الشريعة الإسلامية وفي القوانين الوضعية أن الأصل في الأشياء والمعاملات الإباحة لا المنع، وأن العقود هي ضوابط المعاملات، وبمقتضى هذا الأصل يجوز للشخص إبرام العقود التي تحقق أغراضه ومصالحه ما لم يرد نص في الشرع يمنعه¹⁶⁸. أو كما قال ابن القيم أن الأصل في العقود والمعاملات الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان والتحريم¹⁶⁹. وانطلاقاً من هذا الأصل، فإن الحكمة من تقرير العقود من الأفعال أو العادات كما يسميها الفقهاء، هي تحقيق مصالح الناس. فعن طريق العقود، تنتقل الحقوق أو تسقط شريطة تحقق رضا المتعاقدان¹⁷⁰. ويزداد النشاط التجاري وتزدهر المعاملات المالية بإطلاق حرية اشتراط الشروط والقيود في العقود والمعاملات. لكن ما هي حدود هذه الحرية، وما تأثيرها على تداول الأموال و الملكية العقارية على وجه الخصوص؟؟

أولاً: مدى حرية اشتراط القيود في العقود

يقوم قانون العقود على أساس مبدأ سلطان الإرادة المنبثق بدوره من فلسفة الليبرالية الاقتصادية التي تقضي بإطلاق حرية اشتراط الشروط والقيود باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من حرية التعاقد. وتستمد حرية

¹⁶⁶ فالحرية التعاقدية يتنازعها اتجاهان اثنان: الاتجاه الأول تحمل لواءه المدرسة الليبرالية التي ترى في الإرادة المصدر الرئيسي للالتزامات وبالتالي تمنح حرية شاملة للأفراد للتعاقد وفق مشيئتهم وإرادتهم. أما الاتجاه الثاني، فتمثله المدرسة الاجتماعية التي تعتبر الإرادة عاجزة عن خلق الالتزامات، لأن المجتمع هو الذي يخلق القانون وليس الفرد وبالتالي يتعين فرض رقابة على حرية الأفراد. السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، ص. 158-159؛

Henri et Léon Mazeaud et autres, leçons de droit civil, obligations, théorie générale, tome 2, édition Delta- Beyrouth, 9 édition 2000, p.104et 101

¹⁶⁷ هاشم عبد المقصود سعد، م.س، ص. 53.

¹⁶⁸ محمد أبو زهرة، م.س، ص. 263.

¹⁶⁹ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج. 1، دار الحديث، القاهرة، 1427هـ- 2006م، ص. 264.

¹⁷⁰ محمد أبو زهرة، م.س، ص. 263؛ علي محيي الدين علي القره داغي، م.س، ج. 2، ص. 1150.

اشتراط القيود في العقود أساسها من إرادة المتعاقدين التي خول لها القانون جزء من سلطات التشريع لتنظيم تصرفاتهم بمنتهى الحرية وخلق حقوق والتزامات بموجب العقد¹⁷¹. وما دام العقد وما يتضمنه من شروط قد تم برضى الأطراف، فهو يعتبر في نظر القوانين الحديثة شريعة المتعاقدين. لأن اعتراف المشرع بحرية الأفراد باشتراط القيود في العقود من شأنه أن يساهم في تطور المعاملات المالية و اتساع نطاقها وما يترتب على ذلك من نتائج إيجابية على المستويات الاقتصادية والاجتماعية.

وترتكز النظرية التقليدية للعقد على مسلمة مفادها أن كل ما هو تعاقدى فهو عادل "Qui dit contractuel dit juste"¹⁷². وانطلاقاً من هذه المقولة، يمكن القول إن العقد الذي يتضمن قيوداً اتفاقية، يفترض فيه منفعة مشتركة للمتعاقدين، وكل واحد من المتعاقدين يسعى إلى تحقيق مصلحة معينة من وراء عملية التعاقد، قد تكون مادية أو معنوية، كما قد تكون جلب منفعة أو دفع مضرة. وقد أعطى المشرع لكل طرف من أطراف العقد حرية مناقشة موضوع العقد وشروطه، كما جعل المراكز القانونية لأطراف العقد متساوية ولا فرق بينهما من حيث الحقوق والواجبات رغم التفوق الاقتصادي أو الفني الذي قد يكون لصالح أحد الأطراف. لهذا قرر المشرع أن حرية اشتراط الشروط ليست مطلقة، بل ترد عليها مجموعة من القيود القانونية لمنع الطرف القوي من التعسف في استعمال هذه الحرية وإملاء إرادته وشروطه على الطرف الضعيف.

ثانياً: القيود الواردة على حرية اشتراط الشروط

يرتكز القانون المدني في نظريته إلى الحرية التعاقدية إلى مفهوم المساواة القانونية بين طرفي العقد، بحيث يتوفر كل واحد منهما على ذات الآليات القانونية للتفاوض والدفاع عن حقوقهما ومصالحهما في مواجهة بعضهما البعض على قدم المساواة¹⁷³. ولئن كانت هناك مساواة بين طرفي العقد في الشخصية

171 Brigitte le febvre, la justice contractuelle : mythe ou réalité, URI : <http://id.erudit.org/iderudit/043375ar>, P.22

172 Brigitte le febvre, op.cit, p.19

صاحب مقولة: " Qui dit contractuel dit juste " هو ألفريد جيل إيميل فويي، كاتب وفيلسوف فرنسي ولد بتاريخ 1838/10/18 وتوفي بتاريخ 1912/06/16، للمزيد حول سيرة هذا الكاتب يمكن الرجوع إلى الموقع الإلكتروني التالي: <https://fr.m.wikipedia.org>، تاريخ الإطلاع: 2015/11/19.

173 محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل، أزمة عقد العمل، (دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والسوري)، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع والأربعون يوليو 2011، ص. 66.

القانونية، فإن ميزان المساواة قد يختل لصالح الطرف القوي اقتصاديا وهو غالبا ما يكون مشروط القيود على حساب الطرف الضعيف اقتصاديا وهو المشروط عليه، مما ينتج عدم تكافؤ في العلاقة التعاقدية بين مشروط القيود والملتزم بها.

ولما كانت الحرية التعاقدية تخول للمتصرف حرية اشتراط ما شاء من الشروط والقيود التي من شأنها أن تجلب له منافع أو تدفع عنه مضار، فإن هذه القيود تكون صحيحة وواجبة الوفاء متى وافق عليها المشتري عليه ولا عبء بعد ذلك بالتعادل بين المتعاقدين، وإنما العبء يكون بالالتزامات قد نشأت عن إرادة حرة ونزيرة¹⁷⁴. لكن الجدير بالذكر أن هامش حرية اشتراط الشروط يخضع لذات القيود التي تخضع لها سائر العقود، وهذه القيود على صنفين: الصنف الأول يتعلق بمراعاة أركان العقد من جهة ومقومات القيود الاتفاقية من جهة أخرى¹⁷⁵ أما الطائفة الثانية من القيود، فتتعلق بالنظام العام والأخلاق الحميدة التي تحد من الحرية التعاقدية بالرغم من دورها في تنمية المعاملات وتحريك النشاط الاقتصادي¹⁷⁶. ورغم عدم انضباط مفهوم النظام العام نظرا لاختلافه من مجتمع لآخر حسب هوية المجتمع وثقافته وحضارته؛ فإنه قد يتخذ مظهران: مظهر النظام العام التوجيهي وهو مجموع القواعد القانونية التي وضعت لحماية الأسس التي يقوم عليها المجتمع بمختلف جوانبه القانونية والسياسية والاجتماعية¹⁷⁷، ومنها القواعد القانونية الآمرة المقررة لتنظيم أفضل للعلاقات التعاقدية خدمة للمصلحة العامة¹⁷⁸. أما مظهر النظام العام الحمائي،

¹⁷⁴ محمد أبو زهرة، ابن حنبل، حياته وعصره، آراؤه وفقهه، م.س، ص.258.

¹⁷⁵ وتتلخص مقومات القيد الاتفاقي في أن يكون مقررًا لمدة مؤقتة ولمصلحة مشروعة لأحد أطراف العقد أو لفائدة الغير، وسنقفل الكلام في هذه الشروط في الفصل الثاني من هذا الباب.

Frères Mazeaud, op.cit, p.105 ;

176

Etienne Montero– Marie Demoulin, la formation du contrat depuis le code civil 1804, un régime en mouvement sous une lettre figée, www.crid.be/pdf/public, consulté le 18/11/2015, p.4.

¹⁷⁷ محمد عرفان الخطيب، م.س، ص.80.

Michelle Cumyn, op.cit, P.8

178

فيتكون من القواعد القانونية الآمرة المقررة لتنظيم العلاقات التعاقدية بهدف حماية أحد أطراف العقد الذي يكون أولى بالرعاية¹⁷⁹.

الفقرة الثانية: الحرية التعاقدية تكريس لتداول الملكية العقارية

في ظل الحرية التعاقدية وحرية اشتراط القيود في العقود، تنطلق حرية المالك في ممارسة سلطاته على ملكه وإبرام ما شاء من العقود والتصرفات على ملكه، وسواء كانت هذه التصرفات بعوض أو بدون عوض، وسواء كانت ناجزة أو مقرونة بقيود اتفاقية، فهي في جميع الحالات تساهم في تكاثر المعاملات العقارية، وما يترتب عليها من تداول الملكية العقارية والمساهمة في الدورة الاقتصادية.

أولاً: التصرفات الناجزة وضع عادي لتداول الملكية العقارية

رغم تراجع مبدأ سلطان الإرادة بفعل تطور مفهوم النظام العام واتساعه ليشمل مختلف مناحي الحياة؛ فإن حرية الأفراد في التعاقد أو عدم التعاقد وفي تحديد شروط العقد تبقى قائمة ولا يمكن إلغاؤها طالما أن مبدأ الرضا يظل عاملاً أساسياً لنقل الحقوق وإسقاطها¹⁸⁰، والنواة الصلبة التي تقوم عليها الحرية التعاقدية المدعمة لمبدأ تداول الأموال المعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية، لهذا شرعت عقود المعاملات وتقرر مبدأ الرضا¹⁸¹ لتفعيل مبدأ التداول، مما يساهم في إنتاج الثروة للأفراد وللمجتمع¹⁸².

فالحرية التعاقدية شرعتها القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية لتطوير العقود المالية المألوفة واستحداث العقود الجديدة التي تدعو إليها ضرورة المعاملات المالية المعاصرة، وهي أداة في خدمة الحريات الأساسية ومنها حرية المبادرة¹⁸³. لهذا من غير المتصور الفصل بين الحرية التعاقدية وحرية المبادرة كما لا يمكن الفصل بين صفة المالك وسلطته في التصرف في ملكه، لأن هذه السلطة لصيقة بصفة المالك وبالتالي لا يمكن إطلاق صفة المالك على من ليس له سلطة التصرف في أمواله¹⁸⁴ حتى لو كانت هذه السلطة مقيدة قانوناً أو اتفاقاً المهم أن تكون ثابتة بقوة القانون، ويبقى للمالك الخيار بين إعمالها أو إهمالها.

¹⁷⁹ محمد عرفان الخطيب، م.س، ص.80؛ Michelle Cumyn, op.cit, p.8

¹⁸⁰ محمد أبو زهرة، "ابن حنبل، حياته وعصره - آراؤه وفقهه، م.س، ص.259

¹⁸¹ تقوم المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية على مبدأ التراضي عملاً بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً سورة النساء، الآية 29

¹⁸² محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، م.س، ص.173 و 181

Mustapha Mekki, l'intérêt général et le contrat, op.cit, p.253

Julien Théron, l'intervention du juge dans les transmissions de biens, édition Alpha, 2009,

¹⁸³

¹⁸⁴

ثانياً: التصرفات المقترنة بقيود اتفاقية وضع استثنائي لتداول الملكية العقارية

من المبادئ الأساسية في اقتصاديات الدول المعاصرة تأمين حرية تداول الأموال بين الناس بلا عائق. ويعد مبدأ التداول في نظر بعض الفقه الفرنسي من المبادئ العامة في قانون الأموال ولا يحتاج إلى النص عليه بشكل صريح، بل يمكن استخلاصه من بعض نصوص ق.م.ف.لعل من أهمها المادتان 537 و544¹⁸⁵، والفصلان 491 و492 من ق.ل.ع. للذان ينصان على أن المشتري يكسب بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه، ويسوغ له تفويته ولو قبل حصول التسليم.

وتفعيلاً لهذا المبدأ، يستطيع المالك توظيف ملكيته العقارية في الاستثمارات المنتجة مثل استغلال العقار في الزراعة والصناعة والتجارة أو السياحة¹⁸⁶، أو التصرف في ملكه لاستخلاص ما ينتجه من فوائد. وكل هذه الصور تعتبر ترجمة فعلية لمبدأ التداول من خلال انتقال الملكية العقارية من يد إلى يد أو من خلال تداول منافعها بين الناس. وقد يكون التصرف القانوني الوارد على الملكية العقارية ناجزاً وناظراً فور صدوره عن المالك، كما قد يكون مقروناً بقيود اتفاقية استثناء من التداول العادي والمألوف للملكية العقارية.

لئن كان للمالك سيطرة مطلقة على ملكه ويستطيع التصرف فيه بالطريقة التي تحلو له واشتراط الشروط التي يراها مناسبة لتحقيق مصالحه، فإنه عندما يتعاقد يكون مركزه القانوني مساوياً لمركز المتصرف إليه، بحيث إن الحرية التعاقدية تخول لكل واحد منهما حق مناقشة موضوع التعاقد وشروطه وبنوده. غير أن ما يلاحظ أن حرية التعاقد بالنسبة للمتعاقد معه تكون مطلقة في عقود المعاوضة الذي يدفع فيها كل طرف مقابل لما يأخذ، وبالتالي يكون له الخيار بين قبول التصرف المقرون بقيود أو عدم قبوله. لكن هامش الحرية بالنسبة للمتصرف إليه ينعدم في مجال التبرعات التي تغني ذمة المتصرف إليه إغناء محضاً. وعلى العموم فقدرة المتصرف إليه على قبول الملكية التي آلت إليه مثقلة بقيود اتفاقية سواء بموجب عقود معاوضة أو عقود تبرع، هي من تطبيقات الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة¹⁸⁷.

p.286 et 288

François Terrée et Philippe Simler, op.cit. p.127 ; Louis Vincent, inaliénabilité, Dalloz, p.1 ; Albert Wagner, la clause d'inaliénabilité, RTD civ, p.312.

¹⁸⁶ رفيق يونس المصري، الأزمة المالية العالمية، دار القلم - دمشق، ط.1 1431هـ-2010م، ص.35.

¹⁸⁷ ليلي عبد الله سعد، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد الرابع، 1982، ص.217.

وإذا كان إطلاق حرية اشتراط القيود الاتفاقية من شأنه أن يؤدي إلى تجميد المال ومنعه من التداول وجعل الملكية مشوهة أو ناقصة كما يقول أحد الباحثين¹⁸⁸؛ فإن دور هذه القيود كمظهر من مظاهر الحرية التعاقدية التي تساهم في تنشيط مبدأ التداول كان وراء إقرارها من طرف مختلف الشرائع.

المبحث الثاني: دور القيود الاتفاقية في الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية

يلاحظ أن الشروط الاتفاقية أصبحت شائعة في كثير من المعاملات المالية المعاصرة نتيجة الحرية التعاقدية التي اعتنقتها مختلف الشرائع السماوية ومنها الشريعة الإسلامية¹⁸⁹ التي أقرت حرية الإرادة في تنشئة العقود لارتباطها بالمتغيرات في حياة الناس ورفع الحرج عنهم¹⁹⁰. كما أن جل القوانين الوضعية قد تبنت الحرية التعاقدية ومنها القانونين المغربي والفرنسي.

وإذا كان الفقه الإسلامي يعد أول تشريع أقر حرية التعاقد استناداً إلى القرآن والسنة¹⁹¹ وذلك مقارنة بالقوانين المدنية الحديثة، يكون من الطبيعي أن نتطرق إلى موقع القيود الاتفاقية في التشريع الإسلامي (المطلب الأول) قبل التعرض إلى دور هذه القيود في التشريعات الوضعية الحديثة (المطلب الثاني)، وذلك للوقوف على مدى شرعية القيود الاتفاقية في هذه التشريعات.

المطلب الأول: القيود الاتفاقية في الفقه الإسلامي بين التقييد والإطلاق

بادئ ذي بدء يعرف الفقه الإسلامي بأنه الجهد الذي يبذله العلماء لفهم نصوص الشريعة واستنباط الأحكام العملية منها وتطبيقها في الواقع العملي¹⁹². فالفقه الإسلامي إذن منبثق عن الشريعة الإسلامية وهي الأصول الثابتة الخالدة التي نزلت على النبي صلى الله عليه وسلم من قرآن وسنة¹⁹³.

¹⁸⁸ غازي أبو عرابي، "الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي" مجلة علوم الشريعة والقانون، مج.1، العدد1، 1998، كلية الحقوق الجامعة الأردنية، ص.115.

¹⁸⁹ لأن كان مبدأ الرضائية قد ازدهر في ظل الدين المسيحي الذي كان من مبادئه الأخلاقية احترام العهود والنذور والإيمان كما يرى الباحث علي محيي الدين علي القره داغي في مؤلفه: مبدأ الرضا في العقود، الجزء الأول، ص.34-35؛ فإن الشريعة الإسلامية كان لها السبق في إقرار حرية التعاقد كما يدل على ذلك القرآن الكريم في مواضع كثيرة مثل قوله تعالى في سورة النساء، الآية 29: "يأيتها الذين ءامنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً"، وقوله عز وجل في سورة المائدة، الآية الأولى: "يأيتها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم إن الله يحكم ما يريد". كما اعترفت التشريعات المدنية الحديثة بالحرية التعاقدية، مثل قانون الالتزامات والعقود (الفصل 230) والقانون المدني الفرنسي (الفصل 1134) والقانون المدني المصري (المادة 147).

¹⁹⁰ عبد الله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، دار الرشد الحديثة، ط.1، 1431هـ-2009م، ص.61.

¹⁹¹ عبد الله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، م.س، ص.79.

¹⁹² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم-دمشق، ط.2، 1425هـ-2004م، ص.153؛ عبد السلام السليمان، الإجهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله، ص.49؛ محمد سليم العوا، الفقه الإسلامي في طريق التجديد، ص.39.

يقول محمد الطاهر بن عاشور إن المعاملات المالية قد نالت حظا وافرا من قواعد التشريع، وذلك لحفظ حقوق وأموال الأفراد التي تؤول بالضرورة إلى حفظ الأموال العامة¹⁹⁴، ومن هذه القواعد الحرية التعاقدية التي تعني صلاحية الإرادة في إنشاء العقود وفرض الشروط التي يرتضيها المتعاقدان أو أحدهما لتحقيق المصالح المطلوبة¹⁹⁵.

لقد أولى الفقهاء المسلمون عناية بالغة للشروط المقترنة بالعقود في المعاملات سواء على مستوى الاستفاضة في تحليلها وبسط أنواعها أو على مستوى وضع أحكامها وشروط صحتها. ورغم اتفاق الفقهاء على جواز اشتراط الشروط التي ورد بها نص من الشريعة وبطلان كل شرط دل الشرع على تحريمه¹⁹⁶؛ فقد اختلفت نظرتهم لهذه الشروط ومدى تأثيرها في العقود¹⁹⁷. ودون الخوض في تفاصيل وجزئيات هذا الاختلاف، يمكن اختزال هذه الآراء الفقهية في اتجاهين أساسيين¹⁹⁸: اتجاه يعتبر أن الأصل في الشروط هو التحريم إلا ما دل الدليل على إباحته (الفقرة الأولى)، واتجاه آخر نقيض له يعتبر أن الأصل في الشروط هو الإباحة إلا ما تم تحريمه بدليل من الشريعة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية هو التحريم

يحمل لواء هذا الاتجاه المذهب الظاهري الذي برز في المشرق على يد داود بن علي بن خلف الأصمباني (202-270 هـ)¹⁹⁹. وبعد أقول هذا المذهب هناك، ظهر مرة أخرى في بلاد الأندلس على يد بن حزم²⁰⁰، الذي يرى

¹⁹³ مصطفى أحمد الزرقا، م.س، ص.153؛ عبد السلام السليمان، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1417هـ-1996م، ص.49؛ محمد قاسم المنسي، تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية، دار السلام- القاهرة، ط.1، 1431هـ-2010م، ص.48.

¹⁹⁴ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، م.س، ص.127.

¹⁹⁵ علي محيي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، م.س، ص.1148؛ مصطفى أحمد الزرقا، م.س، ص.537 و538؛ محمد قاسم المنسي، م.س، ص.209 و210؛ عبد الله الشرقاوي، م.س، ص.67.

¹⁹⁶ عياد بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز إشبيلية- الرياض، ط.1، 1430هـ-2009م، ص.58 و59.

¹⁹⁷ وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية 2009، ص.283.

¹⁹⁸ مصطفى أحمد الزرقا، م.س، ص.549؛ علي محيي الدين علي القره داغي، م.س، ص.1150؛ محمد قاسم المنسي، م.س، ص.210.

¹⁹⁹ أجمع العلماء على أن داود مؤسس المذهب هو أول من قال بظاهرية الشريعة وأخذ الأحكام من ظواهر النصوص، وقد تأثر بالفقه الشافعي في الأخذ بالنصوص واحترامها، لكنه لم يعمل بالقياس مثل الشافعي. وبعد تطور الفكر الفقهي في بلاد المشرق على يد علماء يعتمدون على الكتاب والسنة وإجماع الصحابة، خبا نجم المذهب الظاهري في هذه الرقعة الجغرافية من البلاد الإسلامية وسطع نجمه من جديد في بلاد الأندلس على يد ابن حزم الأندلسي. يراجع محمد أبو زهرة، تاريخ المذاهب الإسلامية، ص.534 و538 و539.

أنه في باب العقود لا يجب الوفاء بأي عقد لم يرد نص يعينه باسمه وعينه ويوجب الوفاء به²⁰¹. ولهذا اتفق الفقه على أن الأصل في الشروط المقترنة بالعقود عند المذهب الظاهري هو التحريم إلا ما ورد دليل من الشرع بإباحته وإجازته²⁰²، ويقسم الشروط إلى قسمين: شروط صحيحة وهي ما ورد النص عليها بالكتاب والسنة، وشروط باطلة وهي ما لم يرد بها نص لا في الكتاب ولا في السنة²⁰³. ويعد بن حزم من الفقهاء الأكثر تشدداً وتضييقاً لحرية التعاقد لكون الأصل عنده هو بطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة ثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم²⁰⁴.

ويستدل بن حزم على الأصل الذي يأخذ به في باب الشروط بنصوص من الكتاب والسنة أوردها في إحكامه²⁰⁵، فمن الكتاب يستدل بقوله عز وجل: "تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون"²⁰⁶، وقوله تعالى: "ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين"²⁰⁷،

²⁰⁰ وهو الفقيه المجتهد أبو محمد علي بن أحمد ابن سعيد ابن حزم، الفارسي الأصل، الأموي اليزيدي القرطبي الظاهري، ازداد بقرطبة من بلاد الأندلس في آخر يوم من شهر رمضان سنة 384 هجرية وتوفي رحمه الله بها في أواخر شعبان سنة 456 هجرية. للمزيد من التفاصيل في سيرة هذا الفقيه أو فقهه، تراجع مقدمة الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم الأندلسي، للمحقق محمود حامد عثمان، دار الحديث-القاهرة، 1426هـ-2005م، ص.6 و 9، ومحمد أبو زهرة، م.س، ص. 541 و 542؛ والمحلّى في شرح المجلى بالحجج والآثار، أبو محمد علي بن سعيد بن حزم الأندلسي، بيت افكار الدولية، د.ت.ط.

²⁰¹ يقول بن حزم بالحرف: "صح يقينا أنه لا يلزم الوفاء بعقد أصلاً، إلا عقداً أتى النص بالوفاء به باسمه وعينه..." المحلّى في شرح المجلى بالحجج والآثار، كتاب البيوع، م.س، ص.1203.

²⁰² محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي- القاهرة، 1417هـ-1996م، ص.380؛ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دار كنوز إشبيلية- الرياض، ط.1، 1427هـ-2006م، ص.297؛ علي محيي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، ص.1150.

²⁰³ علي محيي الدين علي القره داغي، م.س، ص. 1183.

²⁰⁴ ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، م.س، ص.628؛ يقول بن حزم في إحكامه في الصفحة 652: "أن كل شرط اشترطه الإنسان على نفسه أو لها على غيره فهو باطل، لا يلزم من التزمه أصلاً إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بالتزامه..." وتبعاً لهذا المنهج الفقهي يصحح بن حزم بعض الشروط الواردة في عقد البيع إذ يقول في المحلّى: "إن كل شرط يرد في عقد البيع فهو باطل أي شرط كان إلا سبعة شروط فقط، فهي لازمة، والبيع صحيح: اشترط الرهن في البيع المؤجل لأجل مسمى، اشترط تأخير الثمن إن كان نقداً لأجل مسمى، اشترط أداء الثمن إلى ميسرة، اشترط صفات المبيع المتفق عليها، اشترط أن لاخلاصة، أو بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده فيشترط المشتري الثمرة لنفسه أو جزء معيناً منها. وغير هذه الشروط باطل كمن باع مملوكاً بشرط العتق، أو دابة واشترط ركوبها مدة مسماة أو إلى مكان مسمى أو دار واشترط سكنها ساعة فما فوقها، أو غير ذلك من الشروط كلها"، ابن حزم، المحلّى في شرح المجلى بالحجج والآثار، كتاب البيوع، ص.1236.

²⁰⁵ ابن حزم، م.س، ص.637.

²⁰⁶ سورة البقرة، الآية 229

²⁰⁷ سورة النساء، الآية 14

وقوله عز من قائل: "اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً"²⁰⁸. أما النصوص المستقاة من السنة النبوية الشريفة، فتتمثل في الحديثين المرويين عن رسول الله صلى الله عليه وسلم²⁰⁹: الأول قوله: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"²¹⁰، والثاني قوله عليه السلام: "ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مئة شرط، شرط الله أوثق وكتاب الله أحق"²¹¹.

فهذه النصوص تدل في رأي المذهب الظاهري على كمال الشريعة في كونها وضعت إطاراً محدداً للعقود والشروط وفرضت الالتزام بحدوده وعدم تعديه، ومن ثم يكون باطلاً كل شرط لم يرد ذكره في هذين الأصلين²¹². ويرجع تشدد المذهب الظاهري في تضيق الحرية التعاقدية في العقود والشروط إلى كون أصحاب هذا المذهب هم أهل نصوص لا قياس²¹³، وبالتالي يرون أن النصوص شاملة للأحكام تغني عن الرأي والقياس²¹⁴. لكن جمهور الفقهاء يختلفون عنهم من حيث إطلاقهم لحرية المتعاقدين في العقود والشروط.

الفقرة الثانية: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد عند الجمهور هو الإباحة

يرى أغلب الباحثين بأن الأصل العام لدى مذاهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة هو حرية الإرادة في إنشاء العقود واشتراط الشروط ما لم يكن ذلك مناقضاً لنصوص الشريعة من قرآن وسنة²¹⁵. غير أن نظرهم إلى اشتراط الشروط ليست واحدة، بل تختلف باختلاف منهجهم الفقهي في تناول هذه الشروط سواء من حيث أنواعها وأحكامها أو من حيث آثارها على العقد الذي تقترن به. ونظراً لتشعب آراء المذاهب الفقهية في هذا الباب والتي لا يتسع المقام للخوض فيها، سينحصر بحث الشروط المقترنة بالعقود عند المذاهب الأربعة، وهذا لا يعني إقصاء باقي المذاهب التي صححت الشروط المقترنة بالعقود كالإمامية والزيدية، إنما

²⁰⁸ سورة المائدة، الآية 3

²⁰⁹ الحديثان الصحيحان ذكرهما بن حزم في إحكامه، م.س، ص. 645 و 652

²¹⁰ أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النجش، الجزء الأول، دار التقوى للتراث، ط. 1، 1421هـ-2001م، ص. 511؛ ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، دار ابن حزم - بيروت، ط. 1، 1423هـ-2002م، ص. 762.

²¹¹ أخرجه البخاري، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل، الجزء الأول، م.س، ص. 515؛ ومسلم، كتاب العنق، باب إنما الولاء لمن أعتق، م.س، ص. 648.

²¹² عياد بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، الجزء الأول، م.س، ص. 75 و 77

²¹³ محمد يوسف موسى، م.س، ص. 382

²¹⁴ ابن قيم الجوزية، م.س، ص. 268

²¹⁵ علي محيي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، الجزء الثاني، م.س، ص. 1149 و 1150؛ محمد يوسف موسى، م.س، ص. 380؛ محمد بن عبد العزيز بن سعيد اليماني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، ص. 122

الغرض من هذا الاختيار هو فقط لمعرفة التوجه العام للفقه الإسلامي في هذا الباب. ويمكن تقسيم مواقف المذاهب الأربعة في تصحيح الشروط إلى اتجاهين: اتجاه يضيق دائرة الشروط الصحيحة ويمثله الحنفية والشافعية، واتجاه يوسع هذه الدائرة ويمثله المالكية والحنبلية. صحيح أن كلا الفريقين يعترفان بحرية العقادين في اشتراط الشروط التي لا تصطدم مع نص شرعي صريح أو مع مقتضى العقد²¹⁶؛ لكنهما يختلفان حول معايير تصحيح هذه الشروط.

فالأصل عند الحنفية والشافعية في باب الشروط المقترنة بالعقد هو الفساد، ويستندون في ذلك إلى الأحاديث المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم والتي تنهى عن بيع وشرط وبيع وسلف وصفقتين في صفقة²¹⁷. ومن بين الشروط الصحيحة عند هذين المذهبين الشرط الذي ثبت وروده بنص شرعي أو فيه معنى من معاني البر ومن صورته من باع دارا بشرط أن يقفها²¹⁸، والشرط الذي جرى به العرف وهو شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولكن جرى التعامل به بين الناس واعتادوا عليه نظرا لحاجتهم الماسة إليه في معاملاتهم المالية وتغلغله في عاداتهم وأعرافهم وعملا بقاعدة المعروف عرفا كالمشروط شرطا²¹⁹.

وبناء على معيار العرف الذي أخذ به المذهب الحنفي، يمكن تصحيح كثير من الشروط المقترنة بالعقود التي دأب الناس عليها في الوقت الحاضر²²⁰، من جملتها الشرط المانع من التصرف الذي اعتاد الناس عليه في معاملاتهم العقارية في ظل القانون المغربي كما سنرى في المطلب الثاني.

أما الاتجاه الثاني، فيمثله المالكية والحنبلية والأصل عندهم في الشروط هو الصحة والاستثناء هو الفساد²²¹، مما جعلهم أكثر قبولا للشروط المقترنة بالعقود كما سيأتي. ويتفق المذهبان على أن الشرط الفاسد هو الشرط المناقض لمقتضى العقد مثل أن يشترط البائع على المشتري أن لا يتصرف مطلقا في الشيء

²¹⁶ علي محيي الدين علي القره داغي، م.س، ص. 1166

²¹⁷ علي حسن الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، م.س، ص. 229 و 243 و 308؛ عبد الله الشرقاوي، م.س، ص. 95.

²¹⁸ فهذا الشرط لئن كان يخالف مقتضى العقد، فإنه يؤدي إلى تحقيق معنى من معاني البر والإحسان التي يتشوف إليها الشارع الحكيم مثل مساعدة الفقراء والمحتاجين. ومن ثم صحح الحنفية والشافعية هذا الشرط استثناء من قاعدتهما الفقهية التي تقضي ببطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد، وسندهما في ذلك حديث بريرة الوارد عن عائشة رضي الله عنها في الصحيحين (صحيح البخاري، الجزء الأول، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، الطبعة الأولى 1421هـ - 2001م، دار التقوى القاهرة، ص. 515؛ صحيح مسلم، الطبعة الأولى 1423هـ - 2002م، دار ابن حزم - بيروت، ص. باب إنما الولاء لمن أعتق، ص. 647 و 648)؛ علي حسن الشاذلي، م.س، ص. 292؛ عياد الغنزي، م.س، ص. 116؛ محمد اليميني، م.س، ص. 83.

²¹⁹ تراجع المادة 43 من مجلة الأحكام العدلية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، ط. 1، 1424هـ - 2004م.

²²⁰ علي حسن الشاذلي، م.س، ص. 220؛ عياد الغنزي، م.س، ص. 131.

²²¹ عبد الله الشرقاوي، م.س، ص. 111.

موضوع البيع²²²، أما المنع من التصرف اليسير فيجوز²²³. أما بالنسبة للشروط في التبرعات مثل الحبس والهبة والصدقة وهي المرتع الخصب للشروط، فالرأي الراجح عند المالكية هو إجازتها مثل اشتراط الاعتصار في الصدقة والهبة، واشتراط المتصدق أو الواهب أن لا يبيع ولا يهب²²⁴، أو استثناء قدر الثلث من العطية ليسكن فيها المعطي مدة معلومة أو بقية عمره، أو قدر الثلث من الغلة فيما له غلة، ثم يلحق بعد موته بالعطية²²⁵. لأن الباعث على التبرع بالمال فيه أريحية دينية، ومن تم كان من الطبيعي التوسع في كيفية انعقاده لخدمة مقاصد التبرعات وهي تحقيق المصالح العامة والخاصة²²⁶.

وقد استطاع مذهبي المالكية والحنبلية تصحيح كثير من الشروط التي يحتاجها الناس في معاملاتهم، مما ينم عن مرونة قواعد الفقه الإسلامي وقابليته للتطبيق في كل زمان ومكان، ومن هذه القواعد قاعدة التيسير ورفع الحرج لرعاية مصالح الناس²²⁷ لقوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج"²²⁸. وقاعدة اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها، لأن الله تعالى شرع في كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه²²⁹.

ولهذا كانت الشروط التي صححها المالكية والحنابلة كثيرة، نذكر من أهمها الشرط الذي يقرر منفعة معلومة في المعقود عليه كما لو شرط البائع على المشتري سكنى الدار المبيعة مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة عند ابن رشد، وقيل سنتين وغير ذلك في التحفة²³⁰ والشرط الذي يمنع المتصرف إليه من تصرف

²²² عبد الله الشرقاوي، م.س، ص. 100 و 105؛ محمد اليميني، م.س، ص. 96 و 97 و 113؛ عياد العنزي، م.س، ص. 113 و 123؛

علي حسن الشاذلي، م.س، ص. 266 و 365

²²³ التسولي، "البهجة في شرح التحفة" ج. 2، م.س، ص. 10.

²²⁴ محمد الطاهر بن عاشور، م.س، ص. 190.

²²⁵ أبو عيسى سيدي المهدي الوزاني، "النوازل الصغرى"، مج. 4، دار الكتب العلمية- بيروت، ط. 1، 1971، ص. 248 و 249 و 250.

²²⁶ محمد الطاهر بن عاشور، م.س، ص. 109.

²²⁷ عياد بن عساف العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، م.س، ص. 83.

²²⁸ سورة الحج، آية 78

²²⁹ علل الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، ط. 4، 1411-1991، ص. 184.

²³⁰ قال شارح التحفة: وجائز في الدار أن يستثنى سكنى بها كسنة أو أدنى، أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في

شرح التحفة على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي، ومعه حلى المعاصم لفكر بن

عاصم للإمام أبي عبد الله محمد بن محمد التاودي وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ج. الثاني، دار الكتب العلمية- بيروت، ط. 1.

1418-1998م ص. 28.

يسير²³¹. ومن أدلة صحته ومشروعيته، ما ورد من حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى جملة واشترط جابر ظهره إلى المدينة²³². ومن الشروط الصحيحة عند المذهبين كذلك اشتراط منع تصرف يسير في المعقود عليه مثل أن يبيع المالك داره ويشترط على المشتري ألا يبيعها إلا من نفر قليل، أو أن يبيع أحد داريه ويشترط على المشتري ألا يرفع الحائط الفاصل بينهما مخافة منع دخول الضوء والشمس. فحكم اشتراط منفعة معلومة في المعقود عليه لا ينافي مقتضى العقد منافاة مطلقة، لأنه لا يمنع المالك من التصرف في ملكه إلا منعا يسيرا أو يقيد سلطته في التصرف المطلق أو يقيد حقه في الانتفاع²³³.

ورغم توصل الفقهاء المجتهدين إلى نتائج متباينة ومختلفة في المسألة الواحدة، فلا ضير في ذلك²³⁴، بل فيه خير كثير و من فضائله تمكن الفقه الإسلامي من تصحيح كثير من الشروط المقترنة بالعقود²³⁵، مما يدل على حيوية الشريعة الإسلامية وصلاحياتها لكل الأزمنة والأمكنة²³⁶.

وهكذا يكون الفقه الإسلامي قد بلغ مرحلة جد متطورة في الفكر القانوني تضاهي أو تفوق ما توصلت إليه القوانين الحديثة²³⁷. وفي باب تصحيح الشروط المقترنة بالعقود، يمكن الأخذ من الآراء والنظريات الفقهية، على

²³¹ فهذا الشرط جائز عند بن رشد استنادا لحديث جابر، لأن المنفعة المستنتاة من المبيع بسيرة ولا تنافي مقتضى العقد ولا تغل يد المشتري عن التصرف في ملكه بشكل مطلق فضلا عن كونه يحقق منفعة لفائدة أحد المتعاقدين أو لفائدة الغير. ويشترط الفقه لصحة هذا الشرط في عقود المعاوضات المالية أن تكون المنفعة المستنتاة معلومة ومحددة، ولا يشترط ذلك في عقود التبرع، حسن علي الشاذلي، م.س، ص. 255 و 315 و 316؛ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، م.س ص. 93 و 107؛ عياد العنزي، م.س، ص. 121.

²³² محمد أبو زهرة، بن حنبل حياته وعصره - آراؤه وفقهه، م.س، ص. 261.

²³³ حسن علي الشاذلي، م.س، ص. 259 و 323؛ محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، م.س ص. 95؛ عياد العنزي، م.س، ص. 112 و 121؛ محمد أبو زهرة، م.س، ص. 262؛ وليد صلاح مرسي رمضان، م.س، ص. 308.

²³⁴ محمد سليم العوا، الفقه الإسلامي في طريق التجديد، م.س، ص. 63؛ عبد السلام السليمان، م.س، ص. 16.

²³⁵ من ذلك مثلا أن الحنفية والشافعية يبطلون الشروط المنافية لمقتضى العقد لأنها في نظرهم تعطل أحكام العقد وآثاره، لكنهم عادوا وصححوها استنادا إلى حديث بريرة الذي أقر فيه الرسول صلى الله عليه وسلم شرط العتق وأبطل شرط الولاء. وفي نفس السياق صحح الحنفية الشرط الذي جرى التعامل به بين الناس وإن كان لا يقتضيه العقد، لكونهم أولوا معنى الشرط الوارد في حديث النبي صلى الله عليه وسلم عن النهي عن بيع وشرط بأنه الشرط المفضي إلى النزاع بين العاقدین، أما الشرط الذي اعتاد عليه الناس وألفوه في معاملاتهم فإنه يمنع وقوع النزاع، محمد اليميني، م.س، ص. 85؛ عياد العنزي، م.س، ص. 131.

²³⁶ علال الفاسي، "مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها"، م.س، ص. 173.

²³⁷ وهذا ثابت بشهادة رجال القانون الأوروبيون أنفسهم وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي لامبير الذي أشاد في المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في لاهاي سنة 1932م بقيمة الشريعة الإسلامية، واعتبروها مصدرا من مصادر التشريع العام وأكدوا على استقلاليتها ومرونتها وقابليتها للتطور. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، دار الفكر - دمشق، 1431هـ - 2010م، ص. 337؛ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الأول، دار القلم - دمشق، ط. 2، 1425هـ - 2004م، ص. 307.

اختلاف مذاهبها ومناهجها الفقهية، ما فيه تيسير على الناس في معاملاتهم المعاصرة، ومن ثم صياغة نظرية عامة للقيود الاتفاقية ولو عن طريق التلفيق للضرورة والحاجة²³⁸، لأن الحكمة ضالة المؤمن يأخذها أينما وجدها. إذا كان الفقه الإسلامي قد تناول مختلف أنواع القيود الاتفاقية التي كانت سائدة في المجتمعات الإسلامية، ونظمها وبين ضوابط وشروط ممارستها وميز بين الشروط الصحيحة والشروط غير الصحيحة؛ فإن المقاربة التي سلكتها القوانين الوضعية في تناول القيود الاتفاقية تختلف عنه منهجا وموضوعا.

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية في القانون الوضعي بين الإقرار الضمني والتنظيم الجزئي

يلاحظ من خلال الرجوع إلى بعض القوانين المدنية المقارنة أنها تختلف عن القانون المغربي فيما يخص تنظيم القيود الاتفاقية. فالقانون المغربي يعترف بمشروعية القيود الاتفاقية بصفة عامة ويقر حرية إدراج القيود والشروط في الاتفاقات التعاقدية دون تنظيم أحكامها (الفقرة الأولى)؛ أما القانون المدني الفرنسي، فقد اقتصر على تنظيم أحكام الشرط المانع من التصرف فقط تكريسا لممارسة تعاقدية كانت سائدة في المجتمع الفرنسي. وسارت على نفس المنوال القوانين العربية التي اقتبست منه مثل ق.م.م (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: القيود الاتفاقية في القانون المغربي

صحيح أن المشرع المغربي لم ينظم الشرط المانع من التصرف على غرار ما فعلت بعض التشريعات الحديثة وعلى رأسها ق.م.ف الذي يعتبر من المصادر التاريخية لهذا القانون؛ لكنه أجاز اشتراط القيود الاتفاقية في العقود والتصرفات دون أن يضع لها نظرية عامة تبين أحكامها وآثارها. وهذا ما جعل نظرة الفقه المغربي إلى القيود الاتفاقية تختلف: فهناك من قال بأنه لا مانع من العمل بالقيود المانعة من التصرف متى توافر لها شرطي المدة المعقولة والباعث المشروع عملا بالقواعد العامة التي يعمل بها دون حاجة لنص أو اجتهاد²³⁹، ورأي يقول بإقرار المشرع المغربي بالشرط المانع من التصرف إذا كان فيه مصلحة لأحد أطراف العقد أو للغير وكان محدد المدة، وذلك استنادا إلى نص الفصل 492 من ق ل ع والفصل 181 من مدونة الأحوال الشخصية²⁴⁰ والفصل 69 من قانون التحفيظ العقاري²⁴¹. ثم هناك رأي ثالث يقول بمشروعية

²³⁸ وهبة الزحيلي، م.س، ص. 25 و 26؛ يعرف وهبة الزحيلي التلفيق بالقول إنه الأخذ في مسألة واحدة بقولين أو أكثر والوصول إلى حقيقة مركبة لا يقرها أحد، م.س، ص. 94.

²³⁹ عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 2، 1416 - 1995، ص. 254.

²⁴⁰ الفصل 181 من مدونة الأحوال الشخصية تقابله المادة 285 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير

الشريف رقم 1.04.22 في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، ج.ر عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير

2004)، ص. 418.

القيود الاتفاقية بناء على مقتضيات الفصل 181 من مدونة الأحوال²⁴² الشخصية التي تقابلها المادة 285 من مدونة الأسرة والفصل 69 من قانون التحفيظ العقاري²⁴³.

ويبدو أن الاتجاه الأخير هو الرأي الراجح لأنه يعبر بحق عن مسلك المشرع المغربي في إقرار مبدأ صحة القيود الاتفاقية بصفة عامة. وكثيرة هي النصوص القانونية المؤيدة لهذا الرأي، فمنها ما ورد في ق ل ع²⁴⁴ ومنها ما نصت عليه مدونة الحقوق العينية²⁴⁵، ومنها ما جاء في مدونة الأسرة²⁴⁶، وكلها تدل على حرية المتعاقدين في اشتراط القيود الاتفاقية لكونها جزء من حرية التعاقد بشكل عام.

²⁴¹ مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الثاني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، ط. 2- 1987، ص. 112.
²⁴² تقابلها المادة 285 من القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، م.س.

²⁴³ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الاسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط. 1، 1410هـ- 1990م، ص. 212 و 213.

²⁴⁴ يمكن اعتبار الحرية التعاقدية التي يأخذ بها القانون المغربي تعبير عن توجهه التشريعي العام في تعاطيه مع موضوع القيود الاتفاقية. وما مبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في الفصل 230 من ق ل ع وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إلا تكريس لهذه السياسة التشريعية وترجمة لنية المشرع في إطلاق حرية المتعاقدين في اشتراط القيود الاتفاقية. وأخيرا من المؤيدات التشريعية لنظرية اشتراط الشروط =

= في الشريعة العامة، قيد الشيوخ الاختياري الذي نص عليه المشرع في الفصل 979 من ق ل ع وخول بمقتضاه لمالكي المال المشاع الاتفاق فيما بينهم على البقاء في الشيوخ والامتناع عن طلب إجراء القسمة خلال فترة معينة لم يحددها المشرع.

²⁴⁵ تقول المادة 14 من م ح ع: " يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق"، كما جاء في الفقرة الثانية من المادة 27 من نفس القانون ما يلي: "... يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشياخ لمدة معينة...". وتتص المادة 80 من م ح ع على ما يلي: " ينشأ حق الإنتفاع بإرادة الأطراف أو بحكم القانون ويمكن ان يكون مقيدا بأجل أو بشرط".

²⁴⁶ خصص المشرع المغربي حيزا هاما لمبدأ سلطان الإرادة في مدونة الأسرة، وذلك بتكريس الحرية التعاقدية في اشتراط الشروط الإردادية أو القيود الاتفاقية سواء تعلق الأمر بالأبضاح أو الأموال كما يقول الفقه. وهكذا يجوز للمرأة أن تشترط على زوجها في صلب العقد عدم التزوج عليها كما بينت ذلك المادة 40 من القانون رقم 70-03 من مدونة الأسرة، وهذا تقييد لحرية الزوج في التعدد. ولما كانت شروط عقد الزواج كلها ملزمة إلا ما كان منها مخالفا للقانون؛ يجوز للزوجين أن يشترطا على بعضهما البعض ما شاءا من الشروط التي تحقق لأحدهما أو لكليهما فائدة مشروعة، متى كانت مطابقة لأحكام العقد ومقتضاه وعدم مخالفتها للقواعد الأمرة للقانون، حيث جاء في المادة 47 من مدونة الأسرة: " الشروط كلها ملزمة إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الأمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا". ومن شروط صحة القيد الاتفاقي كذلك أن يكون محققا لمصلحة مشروعة لمن اشترطها من الزوجين. وهذا ما أكدت عليه المادة 48 من المدونة حيث جاء فيها: " الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشرطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين".

وإلى جانب الشروط المقرنة بعقد الزواج، أجازت مدونة الأسرة إدراج القيود الاتفاقية في عقد الوصية، حيث جاء في المادة 285 منها: " يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحا، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفا للمقاصد الشرعية" القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22.

غير أنه رغم إقرار التشريع المغربي للقيود الاتفاقية، فإن عدم تنظيم شروطها وأحكامها قد يحد من فعالية هذه القيود وبالتالي يؤثر سلبا على الممارسة التعاقدية والعمل الإداري والاجتهاد القضائي.

فعلى مستوى الممارسة التعاقدية، قد يحتاج الناس إلى اشتراط شروط اتفاقية في عقودهم ومعاملاتهم لتحقيق مصالحهم وتلبية حاجاتهم؛ إلا أن أعمال هذه الشروط دون معرفة مسبقة بحكمها القانوني وآثارها، يمكن اعتباره نوعا من المجازفة محفوفة بالمخاطر ومجهولة العواقب.

وتنعكس آثار هذا القصور التشريعي على الجهات المخول لها قانونا حق تلقي وتحرير العقود والاتفاقات ولا سيما الموثقون الملزمين بقوة القانون بواجب إسداء النصح لأطراف العقد وإطلاعهم على مضمونه وتبصيرهم بجميع الآثار المترتبة عليه²⁴⁷، وبإمكانية الطعن في العقد المقترن بقيود اتفاقية من كل ذي مصلحة²⁴⁸.

بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، ج.ر عدد 5184 المؤرخة في 14 ذو الحجة 1424 (فاتح فبراير 2004)، ص.418= كما تم تعديله بموجب القانون رقم 08.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.103 المؤرخ في 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)، ج.ر عدد 5859 المؤرخة في 13 شعبان 1431 (26 يوليو 2010)، ص.3837.

يستفاد من المادة 285 المذكورة أن المشرع أجاز تقييد الوصية بشرط اتفاقي واعتبره شرطا صحيحا وملزما للموصى له شريطة أن يحقق مصلحة مشروعة للموصى له أو لغيرهما، وأن لا يكون مخالفا للمقاصد الشرعية. إلا أن ما نصت عليه هذه المادة من أن الشرط الاتفاقي الصحيح هو الذي لا يكون مخالفا للمقاصد الشرعية، تثير النقاش وتفتح الباب على مصراعيه أمام تأويل وتفسير عبارة المقاصد الشرعية. لأن مقاصد الشريعة لا يعلمها إلا الفقهاء المجتهدون يستنبطونها من أدلة الشريعة من كتاب وسنة ويتوصلون إلى أحكام مختلفة، ذلك لأنهم ليسوا على درجة واحدة من العلم والفقه كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "فرب حامل فقه إلى من هو أفقه منه" الإمام محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة، ص.16 و 37. لهذا كان حريا بمشرع مدونة الأسرة أن يستعيض عن عبارة المقاصد الشرعية، وهي عبارة عامة ليس من المفروض أن يعرفها عامة الناس، بعبارة أكثر وضوحا مثل أن لا يخالف أحكام العقد ومقاصده على غرار ما استعمله المشرع في المادة 47 من نفس القانون. فمدونة الأسرة تصحح كل الشروط الاتفاقية التي لا تخالف أحكام عقد الوصية.

²⁴⁷ تنص الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون رقم 39.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على ما يلي: "يجب على الموثق إسداء النصح للأطراف، كما يجب عليه أن يبين لهم ما يعلمه بخصوص موضوع عقودهم، وأن يوضح لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقاها"، الظهير الشريف رقم 1.11.179 الصادر بتنفيذه القانون المذكور في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج.ر عدد 5998 المؤرخة في 27 ذو الحجة (24 نوفمبر 2011)؛ يراجع كذلك محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، مكتبة المعرفة، الطبعة الأولى، 2008، ص.68.

²⁴⁸ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 3 فبراير 1998 رقم 96-13201، يستنتج من هذا القرار أن الموثق الذي يطلب منه الإشهاد على عقد بيع ينصب على عقار محمل بشرط مانع من التصرف، يتعين عليه إسداء النصح للمتبايعين وتبصيرهم حول مخاطر هذا العقد ويمكن استنتاج ذلك من كل ظرف أو وثيقة تبين أن الزبون قد تم نصحه وتحذيره بوضوح من مخاطر إبرام عقد يتعلق بعقار غير قابل للتفويت بسبب الشرط المانع. موقع: <http://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2011/05/23.

وتطرح نفس الصعوبات على مستوى إشهار القيود الاتفاقية بالمحافظة العقارية إذا تضمنتها عقود وردت على عقارات محفظة أو في طور التحفيظ²⁴⁹، إذ يتعذر على المحافظ القيام بدوره في مراقبة صحة القيود الاتفاقية المقترنة بالعقد المطلوب إشهاره من حيث مشروعيتها ومدى مطابقتها للقانون في ظل غياب تنظيم تشريعي للقيود الاتفاقية. لاسيما وأن دور المحافظ في إشهار العقود التي يتلقاها ينحصر فقط في تفعيل النصوص القانونية وتنزيلها²⁵⁰، ولا يتعداه إلى الاجتهاد وخلق قواعد قانونية جديدة. بخلاف القاضي الذي يكون ملزماً بالبت في كل نزاع عرض عليه حول القيود الاتفاقية وإصدار حكم بشأنه²⁵¹ ولا يمكنه الامتناع عن الحكم في النازلة تحت طائلة المتابعة والمساءلة بجنحة إنكار العدالة²⁵². بحيث إذا كانت النصوص القانونية المنظمة للقيود الاتفاقية الواردة في م ح ع²⁵³ لا تسعفه في البت، يتعين عليه البحث عن حل للنازلة في ق ل ع وإن لم يجد فيرجع فيه إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي²⁵⁴. وهذا عمل شاق

²⁴⁹ يتم إشهار القيود الاتفاقية بالمحافظة العقارية إذا وردت العقود التي تتضمنها على عقارات محفظة أو في طور التحفيظ، وذلك بتقييدها بالرسوم العقارية أو إيداعها بمطالب التحفيظ عملاً بالفصل 84 من ق ت ع أو طلب نشر خلاصة إصلحية بالجريدة الرسمية للإعلان عن الحق المنشأ.

²⁵⁰ تجدر الإشارة هنا إلى أن من أهم اختصاصات المحافظ على الأملاك العقارية البت في طلبات التحفيظ وإشهار الحقوق الواردة على العقارات في طور التحفيظ أو المحفظة، وللمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى الفصل الرابع من القرار الوزيري في تعيين نظام لإدارة المحافظة على الأملاك العقارية المؤرخ في 21 رجب عام 1333 الموافق 4 يونيو 1915، المنشور في مؤلف أحمد ادريوش: "القانون العقاري الجديد، الصيغة العربية الرسمية المجهولة للتشريعات المتعلقة بالتحفيظ والعقارات المحفظة"، منشورات سلسلة المعرفة القانونية 1423هـ/2002م.

²⁵¹ جاء في الفقرة الأولى من الفصل الثاني من ق م م: "لا يحق للمحكمة الامتناع عن الحكم أو إصدار قرار، ويجب البت بحكم في كل قضية رفعت إلى المحكمة".

²⁵² ينص الفصل 240 من القانون الجنائي على ما يلي: "كل قاض أو موظف عمومي، له اختصاصات قضائية، امتنع من الفصل بين الخصوم لأي سبب كان ولو تعلل بسكوت القانون أو غموضه وصمم على الامتناع، بعد الطلب القانوني الذي قدم إليه ورغم الأمر الصادر إليه من رؤسائه، يمكن أن يتابع ويحكم عليه بغرامة من مائتين وخمسين إلى ألفين وخمسمائة درهم على الأكثر، وبالحرمان من تولي الوظائف العمومية من سنة إلى عشر سنوات". الظهير الشريف رقم 1.59.413 الصادر في 28 جمادى الثانية 1382 الموافق 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، ج.ر. عدد 2640 مكرر المؤرخة في 12 محرم 1383 (5 يونيو 1963)، ص. 1253.

²⁵³ تنص المادة 14 من م.ح.ع على أنه: "يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد به في ذلك إلا القانون أو الاتفاق".

²⁵⁴ ينص المشرع المغربي على تطبيق مقتضيات مدونة الحقوق العينية على الملكية العقارية والحقوق العينية الواردة عليها ما لم تتعارض هذه المقتضيات مع تشريعات خاصة بالعقار. أما إذا لم يرد نص في هذه المدونة يطبق على النازلة المطروحة، فيرجع فيها إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي، المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية، م.س.

ومضني، فضلا عما يترتب على ذلك من اختلاف في تفسير وتأويل القواعد الفقهية واختلاف في الأحكام الصادرة في نفس الموضوع.

ولتفادي هذه المشاكل وغيرها وإقرار نوع من الاستقرار في المعاملات وتحقيق أمن تعاقدية وقضائي، يتعين على المشرع التدخل لوضع نظرية عامة للقيود الاتفاقية تبين أحكامها وشروط ممارستها وأجالها، وذلك على غرار ما قام به القانون الفرنسي بالنسبة للشرط المانع من التصرف.

الفقرة الثانية: القيود الاتفاقية في القانون المدني الفرنسي

لم ينظم المشرع الفرنسي الشروط المانعة من التصرف في القانون المدني الصادر سنة 1804²⁵⁵ لأنه لم يعترف بهذه الشروط إلا في حالات استثنائية وذلك تأثرا منه بمبادئ وأفكار ثورة 1789²⁵⁶، وما أعقبها من إلغاء للنظم الإقطاعية وإطلاق حق الملكية وحرية تداول الأموال. ومن نتائج هذا المنحى التشريعي، توجه القضاء نحو إبطال جميع الشروط المانعة من التصرف بدعوى أنها تعيق حرية تداول الأموال التي تعد من النظام العام²⁵⁷. إلا أن القضاء الفرنسي لم يستقر على هذا الموقف، إذ سرعان ما تطور في اتجاه الانتقال من البطلان المطلق لهذه الشروط إلى الاعتراف بالمقيد بمشروعيتها، ومن تم تكريسها تشريعا بمقتضى القانون رقم 71-526 الصادر في 3 يوليو 1971²⁵⁸. وذلك تحت تأثير وضغط الضرورات العملية²⁵⁹.

يرى الفقه الفرنسي أن الحكم الصادر عن محكمة استئناف أنجير Angers بتاريخ 29 يونيو 1842 يعد نقطة انطلاق تطور الاجتهاد القضائي وتدشين مرحلة جديدة في اتجاه السماح بجعل المال غير قابل للتفويت بمقتضى شرط اتفاقي يدرج في عقد التفويت²⁶⁰. إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي لم يستقر على هذه النظرة

François Terré et Philippe Simler, droit civil, les biens, Dalloz, 7^e édition 2006. p.128

255

Louis Vincent, op.cit, p.1

256

²⁵⁷ منذ صدور القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، كان الاجتهاد القضائي والفقه في فرنسا يعتبران شرط منع التفويت الذي درج الناس على إعماله في عقود الهبات والوصايا باطلا لأنه مخالف لحرية تداول الأموال الذي تعد من النظام العام.

François Terré et Philippe Simler, op.cit, p.128 ; Marty et Raynaud op.cit. p. 7 ;

Albert Wagner, la clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, RTD.civ, p.311 et 312.

محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف في حق الملكية، ص.76

258

Droit civil Français, Dalloz édition n°110, 2011

²⁵⁹ محمد فوزي، م.س، ص.59

260

Marcel Planiol Traité élémentaire de droit civil.tome 1 er, LGDJ, Paris 1906 p.748 ;

Marty et Raynaud, op.cit. p. 74 ; Albert Chéron, op.cit. p.344

الليبرالية للشروط المانعة من التصرف، لأنه سرعان ما انبرت محكمة ليون للتراجع عن المكسب القضائي الذي حققته محكمة أنجير، والانتصار للنظرة الرجعية للمنع من التفويت²⁶¹.

غير أن محكمة النقض كانت عاقدة العزم على مواصلة تطور الاجتهاد القضائي الفرنسي في اتجاه الإقرار النهائي بصحة الشروط الاتفاقية المانعة من التصرف، لهذا تصدت لحكم محكمة ليون بالنقض والإلغاء بواسطة قرارها الشهير الصادر بتاريخ 20 أبريل 1858. ومن التعليقات التي استندت إليها المحكمة العليا كون الحكم المطعون فيه أساء تطبيق المادة 900 من ق.م.ف²⁶² وفيه خرق صريح لمقتضياتها²⁶³.

وهكذا استكمل الاجتهاد القضائي تطوره واستقر على إرساء نظرية جديدة للشروط المانعة من التصرف قوامها الاعتراف بمشروعية هذه الشروط متى كانت مقررة لفترة محددة ولحماية مصلحة مشروعة²⁶⁴. ومنذ صدور قرار محكمة النقض المنوه عنه أعلاه، توالى الأحكام القضائية الصادرة في اتجاه

²⁶¹ لعل من الأحكام القضائية البارزة التي تدل على انتكاسة الاجتهاد القضائي الفرنسي وتراجعها، هو الحكم الصادر عن محكمة ليون بتاريخ 12 يونيو 1856 الذي قرر بطلان الشرط المانع من التصرف المدرج في وصية والذي يحظر على الموصى له التصرف في الموصى به لمدة 40 سنة، وقد اعتبرت المحكمة هذا الشرط كان لم يكن لأنه يخالف النظام العام ويؤدي إلى إخراج المال من دائرة التداول، وهذا يتعارض مع الطبيعة المطلقة لحق الملكية تضيف المحكمة، هذا الحكم أشار إليه محمد فوزي، م.س، ص.62.

²⁶² ينص ق.م.ف على مايلي:

"Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites"

²⁶³ نظرا لأهمية قرار محكمة النقض الصادر في 20 أبريل 1858 ودوره في إرساء مرحلة هامة في تاريخ القضاء الفرنسي في موضوع الشرط المانع من التصرف، نورد حيثياته فيما يلي:

"Attendu que la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ; qu'aucune loi ne défend au père de famille, qui fait donation de ses biens à ses enfants, de s'en réserver l'usufruit, soit dans l'intérêt de son droit comme usufruitier, soit pour assurer l'exercice de droit de retour qui peut un jour lui appartenir, d'imposer à ses enfants la condition de ne pas aliéner ou hypothéquer de son vivant les biens donnés, que cette interdiction temporaire imposé dans l'intérêt du père donateur, ne peut être assimilé à une interdiction d'aliéner, absolue et indéfinie, qui aurait pour résultat de mettre pendant un long temps hors de la circulation ; qu'en déclarant valable hypothèque consentie par la femme de Pons à Z... , par le motif = unique que la condition imposé par le père donateur à la dite femme de Pon était nulle comme contraire aux lois, l'arrêt dénoncé a fausement appliqué et, par suite, formellement violé la disposition ci-dessus visée. <http://www.legifrance.gouv.fr>, date de consultation : le 05/10/2009".

²⁶⁴ ينظر على الموقع الإلكتروني: <http://www.legifrance.gouv.fr>؛

ومما جاء في حيثيات قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 أبريل 1858 سالف الذكر، أنه لا يوجد نص قانوني يمنع الأب من أن يشترط على أبنائه منع تفويت ورهن الأموال التي وهبها لهم واحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بها وحق الرجوع في الهبة الذي قد يثبت له في يوم ما، وذلك لحماية مصلحة مشروعة تتمثل في تأمين حقه في الانتفاع أو لضمان ممارسة حقه في الرجوع. كما حرصت محكمة النقض على التمييز بين منع التفويت المؤقت والمنع المؤبد وقللت من تأثير الصنف الأول من المنع على حرية تداول الأموال، حيث

تكريس هذا المسلك حتى أصبح من المبادئ المستقر عليها في العمل القضائي الفرنسي²⁶⁵. واعتبرها بعض الفقه الفرنسي من مؤشرات نجاح هذا القضاء في التوفيق بين حرية التعاقد وحرية تداول الأموال²⁶⁶.

و اللافت أن هذه الحلول القضائية لم تجد صداها لدى المشرع الفرنسي إلا في نهاية القرن الماضي بمقتضى القانون رقم 71-526 الصادر في 3 يوليو 1971²⁶⁷. ويستفاد من استقراء مواد هذا القانون أن الشرط المانع من التصرف في نظر المشرع الفرنسي هو استثناء من مبدأ تداول الأموال الذي يعتبر من النظام العام بدلالة نصوص القانون منها المواد: 544 و 896 و 1048 و 1594 من ق.م.ف²⁶⁸، وبديل الصياغة القانونية التي اعتمدها هذا القانون في تقنين الشروط المانعة من التصرف باستعمال حروف النفي والاستثناء "... لا تكون صحيحة إلا إذا..."²⁶⁹. لهذا فإن حرية اشتراط الشروط المانعة من التصرف تكون مقيدة بتوفر شرطين أساسيين وهما: أن يكون المنع من التصرف مؤقتا، وأن يكون مبررا بمصلحة جدية ومشروعة.

لئن كانت القيود الاتفاقية تفضي مباشرة إلى تقييد حرية المفقوت إليه في التصرف في ملكه وتجميد الملكية العقارية وحبسها عن التداول؛ فإن التنظيم التشريعي لهذه القيود بموجب أحكام عامة وضوابط مرنة

قالت في قرارها إن شرط منع التفويت المؤقت لا يمكن تشبيهه بمنع التفويت المطلق وغير محدد المدة الذي يؤدي إلى إخراج الأموال من دائرة التداول لمدة طويلة جدا.

²⁶⁵ محمد فوزي، رسالته، م.س.ص.76؛ السنهاوري، الوسيط، حق الملكية، م.س، هامش رقم 2 ص 507؛

Albert Cheron, la jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique et ses limites, RTD. Civ 1906 p.344 et 345 ; Albert Wagner, op.cit, .312 ; Marcel Planiol, traité élémentaire de droit civil, p.748

François terré et Philippe Simler, op.cit.p.129.

²⁶⁶

Droit civil Français, Dalloz édition n° 111 , 2011 ;

²⁶⁷

عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثاني، منشورات زين الحقوقية-البقاع، ط.2- 2011 ص.41؛

وتجدر الإشارة إلى أن المنهجية التي اتبعها المشرع الفرنسي في تبني الحلول القضائية في تصحيح الشروط المانعة من التصرف تتمثل في إضافة ثمانية مواد إلى المادة 900 من ق م ف وهي من المادة 900-1 إلى 900-8.

²⁶⁸ Terré et Simler, op.cit. p.127 ; Albert Wagner, op.cit.p.312 ; Louis Vincent. op.cit.p.1

=

²⁶⁹ تنص المادة 900-1 من ق.م.ف على ما يلي:

" les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui a justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou même à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales

L. n 71- 526 du 3 juill. 1971, tel qu'il a été modifié par la loi n° 84- 562 du 4 juill. 1984, art.8, droit civil .

Christian Larroumet, op.cit. p.198 ; Louis Vincent, inaliénabilité, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, tome v 1990,p.1 ;

من شأنه تكريس حق الملكية وحرية المالك في اشتراط ما شاء من القيود والشروط في التصرفات التي يبرمها مع الغير بخصوص ملكه وفي نفس الوقت الاستجابة للمتطلبات الاقتصادية لمبدأ تداول الأموال.

الفصل الثاني: مرونة أحكام القيود الاتفاقية دعامة لتكريس النظرة التوفيقية

بعدما رأينا في الفصل الأول أن القيود الاتفاقية ترد على الملكية العقارية استثناء من مبدأ تداول الأموال، نحاول في هذا الفصل إبراز دور التنظيم القانوني للقيود الاتفاقية في توجيه هذه التقنية نحو التوفيق بين مبدأ تداول الأموال وحرية المالك في التصرف في ملكه واشتراط الشروط. ويتعاضد دور التنظيم التشريعي للقيود الاتفاقية في هذا الإطار عندما تتميز الأحكام القانونية المنظمة للموضوع بالمرونة في الصياغة والخصوصية في الآثار. ثم يأتي دور القضاء لتكريس هذا البناء القانوني من خلال مراقبة مدى احترام الممارسة التعاقدية لأحكام القيود الاتفاقية، وتوجيهها نحو تكريس المنهج التوفيقى لهذه القيود. وستتم مناقشة موضوعات هذا الفصل وفق الخطة التالية:

الفرع الأول: القيود الاتفاقية بين المرونة في الشروط والخصوصية في الآثار

الفرع الثاني: النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية بين الدور التوجيهي والدور الرقابي

للقضاء

الفرع الأول: القيود الاتفاقية بين المرونة في الشروط والخصوصية في الآثار

صحيح أن الحرية المطلقة في تقرير القيود الاتفاقية في مجال الملكية العقارية من شأنه تعطيل سلطات المالك ومن تم عرقلة مبدأ التداول، وما يترتب على ذلك من نتائج غير مرغوب فيها على المستويين القانوني والاقتصادي؛ لكن التنظيم التشريعي المرن لأحكام القيود الاتفاقية من شأنه الاستجابة لمتطلبات الناس وحاجاتهم لا شروط الشروط في المعاملات العقارية من جهة، ومراعاة مبدأ تداول الأموال وما يحققه من آثار إيجابية من جهة أخرى.

لأن المرونة في صياغة أحكام القيود الاتفاقية مطلوبة تشريعياً لعدم قدرة المشرع على الإلمام بجميع حاجات الناس ومصالحهم غير المتناهية، كما أنها مطلوبة قضائياً كذلك لأن دور القاضي في الاجتهاد لا ينطلق إلا في ظل وجود قواعد قانونية مرنة تساهم في تيسير مهمته في مراقبة مدى مشروعية القيود الاتفاقية ومنحه هامش من السلطة التقديرية لكي يستطيع الموازنة بين مصلحة المالك في ممارسة سلطاته على ملكه بكل حرية ومصلحة المجتمع في عدم تعطيل مبدأ التداول والاستفادة من ثماره.

وانطلاقاً من المنظور التوفيقي للقيود الاتفاقية يترتب على هذه القيود آثار قانونية هامة تتميز بخصوصية سواء من حيث الأعمال أو من حيث الأشخاص الذين تسري في حقهم هذه الآثار أو من حيث الجزء الموقع في حالة مخالفة القيود الاتفاقية. وهكذا تنقسم دراسة هذا الفرع إلى مبحثين إثنيين: المبحث الأول نتناول فيه مرونة شروط القيود الاتفاقية ودورها في تدعيم النظرة التوفيقية، ونخصص المبحث الثاني لمناقشة خصوصية آثار القيود الاتفاقية كدعامة أساسية للنظرة التوفيقية.

المبحث الأول: مرونة شروط القيود الاتفاقية تدعيم للنظرة التوفيقية

لئن كان الأصل في الملكية العقارية هو حرية المالك في التصرف فيما يملك مما يساهم في تكريس مبدأ التداول؛ فإن القيود الاتفاقية هي استثناء من هذا الأصل يسمح به القانون ويجيز للمالك تقرير ما شاء من الشروط والقيود على ملكه لتحقيق مصالح مشروعة له أو لغيره.

فنحن إذن أمام قاعدتين مقررتين قانوناً: قاعدة تداول الأموال التي ينبغي أن تجري بسلاسة وبدون عائق لتعلقها بالنظام العام الاقتصادي، وحرية المالك في تقييد ملكه بما شاء من القيود والذي من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة مبدأ التداول. فكيف السبيل إذن للتوفيق بين هاتين المصلحتين المتعارضتين؟

يبدو من خلال المقابلة بين مبدأ التداول وحرية المالك في اشتراط الشروط، أن هناك تعارض ظاهر بين المصلحتين، لكن النظر بتمعن إلى المسألتين من خلال تطبيقهما على أرض الواقع، يتبين بأن التعارض الظاهري يخفي تفاعل إيجابي بين المبدئين. لأن مبدأ التداول ليس بالمبدأ المطلق الذي يعني أن تظل الملكية العقارية في

حالة انتقال مستمرة من يد إلى يد بلا توقف بل لا بد أن تعرف الملكية نوعاً من الاستقرار في يد أحد الملاكين لمدة معينة تكون كافية لاستثمارها واستغلالها وجني الثمار الناتجة عن ذلك. ومن هذا الاستقرار أو الثبات المؤقت للعقار في يد واحدة، انبثقت فكرة إمكانية حبس المال عن التداول بواسطة قيود اتفاقية شريطة توفرها على أسباب مشروعة²⁷⁰ تتعلق بالمدة المؤقتة والمصلحة المشروعة²⁷¹.

في غياب نظرية عامة تنظم القيود الاتفاقية في التشريعات المدنية الحديثة²⁷²؛ يمكن القول إن تقرير قيود اتفاقية على الملكية العقارية لا يجوز كأصل عام ولكن يسمح به استثناء شريطة أن يكون القيد الاتفاقي مؤقتاً وغير مؤبد من جهة، وأن يكون مقراً لحماية مصلحة جدية ومشروعة لفائدة أحد أطراف التصرف القانوني أو لفائدة الغير من جهة أخرى. ومما يجدر ذكره هنا أن هذين الشرطين ضروريان ومتلازمان لا يغني أحدهما عن الآخر كما ذهب إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها المدني الصادر بتاريخ 16/02/1953²⁷³. ونمر الآن لمناقشة الشرط الأول المتعلق بتوقيت القيد الاتفاقي وعدم تأييده في المطلب الأول، ثم ننتقل بعد ذلك لمناقشة الشرط الثاني المتعلق بالمصلحة التي يجب أن تكون جدية ومشروعة والذي خصص له المطلب الثاني.

المطلب الأول: توقيت القيود الاتفاقية جوهر مشروعيتها

لئن كان المنع الدائم والمطلق من التصرف يتعارض مع أحد القواعد الأساسية للاقتصاد وهو مبدأ حرية تداول الأموال²⁷⁴، و يخالف النظام العام القانوني والاقتصادي²⁷⁵؛ فإن التشريعات المدنية الحديثة قد أجازت الشرط المانع من التصرف متى كان مؤقتاً ومبرراً بمصلحة جدية ومشروعة²⁷⁶.

²⁷⁰ مصطفى محمد الجمل، نظام الملكية، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ت.ط، ص.372.

²⁷¹ وتجدر الإشارة إلى أن هذين الشرطين ضروريان ومتلازمان لا يغني أحدهما عن الآخر، كما ذهب إلى ذلك محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الصادرة عن الغرفة المدنية بتاريخ 16/02/1953 أورده : Louis Vincent, op.cit, p.4.

²⁷² تمثل على هذه التشريعات بالقانونين المدنيين الفرنسي (المادة 900-1) والمصري (المادة 823) يضاف إليهما المسودة الأولى لمشروع مدونة الحقوق العينية المغربية (المادة 30)، فكل هذه القوانين نظمت الشرط المانع من التصرف وقيدته بشرطين أساسيين: أن يكون مؤقتاً وأن يكون مقراً لحماية مصلحة جدية ومشروعة.

Cité par Louis Vincent, op.cit.p.4

²⁷³

²⁷⁴ محمد فوزي، رسالته، م.س، ص.329.

²⁷⁵ السنهوري، الوسيط، حق الملكية، م.س. ص. 506 و 507.

²⁷⁶ وهذا ما تنص عليه المادة 900-1 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها ما مفاده أن الشروط المانعة من التصرف لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة ومبررة بمصلحة جدية ومشروعة، كما قررت المادة 823 من القانون المدني المصري نفس القيود لصحة = الشرط المانع من التصرف، بحيث جاء في هذه المادة: "(1) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة.

وبعدما كان المشرع المغربي قد قرر السير على هذا المنوال وتنظيم الشرط المانع من التصرف من خلال النص على شروطه وأحكامه في المسودة الأولى لمشروع القانون رقم 19.01 بمثابة مدونة الحقوق العينية،²⁷⁷ فإنه سرعان ما تراجع عن هذا المسلك التشريعي بعد تقديم مشروع قانون آخر لمدونة الحقوق العينية يحمل رقم 39-08 خال من مقتضيات الشرط المانع من التصرف التي كان يتضمنها المشروع الأول، واكتفى بالنص على مبدأ مشروعية القيود الاتفاقية بشكل عام دون بيان أحكامها وشروطها.

يعتبر شرط التوقيت وعدم التأيد من شروط صحة القيد الاتفاقي بجميع صوره سواء كان مانعا من التصرف أم مقيدا لسلطتي الاستعمال والاستغلال على نحو دون آخر. لكن الوصف اللفظي للقيد بأنه مؤقت يبقى معيارا عاما وفضفاضاً، مما يقتضي البحث عن معايير تكون أكثر وضوحاً واستجابة للممارسة العملية. فهناك معيار المدة المعقولة لتحقيق المصلحة المستهدفة كأن يستغرق القيد الاتفاقي عمر المستفيد من القيد أو

(2) ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير. (3) والمدة المعقولة لا يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير. القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، طبعة المركز الثقافي المصري غير مؤرخة. كما قررت المادة 815 من القانون المدني الكويتي أن الشرط المانع من التصرف أو الشرط المقيد لحق التصرف لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة، القانون رقم 67 لسنة 1980 الصادر في 22 ذو القعدة 1400 الموافق أول أكتوبر 1980، يراجع الموقع الإلكتروني التالي:

WWW.e-lawerassistance, consulté le 23/05/2015

وتنص المادة 815 من القانون المدني الكويتي على ما يلي: "إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة"، القانون رقم 67 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 22 ذو القعدة 1400 الموافق أول أكتوبر 1980م، www.e-lawyreaassistance، تاريخ الاطلاع 2015/05/23.

²⁷⁷ كانت المادة 30 من مشروع القانون رقم 19.01 بمثابة مدونة الحقوق العينية تنص على ما يلي: "لا يجوز للمالك أن يشترط في تصرفه القانوني بعوض أو بدونه أي شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي آل إليه، ومع ذلك يكون الشرط المانع من التصرف صحيحاً إذا كان الغرض منه حماية مصلحة مشروعة للمفوت أو المفوت إليه أو الغير وكان مقصوراً على مدة خمس سنوات غير أن هذه المدة لا تسري بالنسبة للأشخاص المستفيدين من الأراضي الموزعة في نطاق الإصلاح الزراعي والمسلمة لهم دون تعيين لمدة محددة."

نسخة من مشروع القانون رقم 19.01 بمثابة مدونة الحقوق العينية موجهة من الأمين العام للحكومة لوزير الفلاحة والتنمية القروية قصد إبداء الرأي، وذلك بمقتضى رسالته رقم 786 وتاريخ 4 فبراير 2003.

وتنص المادة 36 من نفس المشروع على ما يلي: "خلافًا للفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود يجوز للشركاء أن يتفقوا على البقاء في الشياخ لمدة لا تتعدى خمس سنوات، فإذا اتفقوا على مدة أطول أو لمدة غير معينة، فلا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من خلفه إلا في حدود المدة المذكورة.

للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بإجراء القسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع."

عدد من السنين قد تكون عشرين سنة أو ثلاثين سنة أو أكثر من ذلك أو أقل ، وقد أخذ بهذا المعيار ق.م.م.²⁷⁸ ونظيره الكويتي²⁷⁹.

وهناك معيار التحديد الزمني لمدة القيد الاتفاقي عن طريق تحديد حده الأقصى في عدد من السنوات كخمس سنوات مثلا، كما فعل المشرع المغربي في المسودة الأولى لمشروع مدونة الحقوق العينية كما سبق القول، أو عشر سنوات أو خمس سنوات كما درجت الممارسة التعاقدية لبعض الفاعلين في ميدان الإنعاش العقاري²⁸⁰.

صفوة القول أن هناك مقاربتان تشريعتان لمدة القيد الاتفاقي: المقاربة التي تعتمد المعيار الجامد أو الثابت والمقاربة التي تأخذ بالمعيار المرن، ولكل من المقاربتين مزايا وعيوب. لكن من خلال الموازنة بين المعيارين يبدو أن المعيار الجامد لا يصلح لبناء نظرة توفيقية للقيود الاتفاقية تجمع بين متطلبات حرية المالك في استعمال ملكه وضرورات مبدأ تداول الأموال (الفقرة الأولى)؛ ويبقى المعيار المختار هو المعيار المرن الذي ينسجم أكثر مع النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية ومن شأنه استيعاب المصالح والحاجات المتعددة والمتجددة المراد تحقيقها عن طريق القيود الاتفاقية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: قصور المعيار الجامد عن استيعاب متطلبات القيود الاتفاقية

المقصود بالمعيار الجامد أو الثابت هو التحديد الحصري لمدة القيد الاتفاقي مثل تعيين هذه المدة في خمس أو عشر سنوات يبقى القيد خلالها ساري المفعول على الملكية العقارية، وبانتهاء هذه المدة ينتهي مفعول القيد الإتفاقي تلقائيا ويتحرر معه حق الملكية من القيود، وتعود معه سيطرة المالك على ملكه ليمارس سلطاته كاملة دون قيد أو شرط.

²⁷⁸ تنص المادة 823 من ق.م.م على ما يلي: "إذا نص العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة"، القانون رقم 131 لسنة 1948 المؤرخ في 9 رمضان 1367 (16 يوليو 1948).

²⁷⁹ تنص المادة 815 من القانون المدني الكويتي على الآتي: "إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوي ومقصورا على مدة معقولة"، القانون رقم 67 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 22 ذو القعدة 1400هـ الموافق أول أكتوبر 1980،

www.e-lawyerassistance.com، تاريخ الاطلاع: 2015/05/23.

²⁸⁰ أنظر مثلا نموذج لعقد بيع بين شركة سلا الجديدة وبين أحد المستفيدين من برنامج السكن الاجتماعي، ونموذج لعقد بيع بين وكالة المساكن والتجهيزات العسكرية وبين أحد الأفراد المنتميين للسلك العسكري، أنظرهما ضمن الملاحق.

وقد سبق للمشرع الفرنسي أن سار على هذا المنوال عند وضع المشروع الأولي للقانون المنظم للشرط المانع من التصرف، بحيث كان الاتجاه في بداية الأمر يميل إلى إبراز الطابع المؤقت للشرط المانع من التصرف بتحديد مدته في عدد من السنوات بهدف محاربة المنع المؤبد من التصرف ومنع تجميد الأراضي القابلة للبناء بموجب شروط اتفاقية²⁸¹.

لكن هذا التوجه لم ينتصر له المشرع الفرنسي عند إقرار القانون رقم 526-71 الذي صدر خاليا من أي تحديد لسقف زمني معين لاشتراط المنع من التصرف الاتفاقية، بل اعتبر الشروط المانعة لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة واكتفى بالتعبير اللفظي عن صفة التوقيت دون استعمال لغة الأرقام.

وقد سار على نفس المنوال القانون المدني للكبيك الذي نص في الفقرة الأخيرة من المادة 1212 على أن اشتراط عدم القابلية للتفويت لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة ومبررة بمصلحة جدية ومشروعة²⁸².

وهذا توجه تشريعي مطلوب لتيسير الممارسة العملية للشروط الاتفاقية وتمكين المتعاقدين من تحقيق الغايات والأهداف التي يسعون إليها من خلال اللجوء إلى تقنية القيود الاتفاقية. ولكن هذا لا يعني أن ممارسة هذه الشروط في العقود والمعاملات يجري بدون حسيب ولا رقيب، بل تتم دائما تحت مراقبة القضاء الذي يتوفر على سلطة تقدير مدة الشرط الاتفاقية بشكل موضوعي يراعي ظروف وملابسات كل حالة على حدة. أما بالنسبة للقانون المغربي، فيلاحظ أنه بعدما كان المشرع يعتنق المعيار الثابت للقيود الاتفاقية في المسودة الأولى لمشروع مدونة الحقوق العينية²⁸³؛ فإنه تراجع عن هذا المسلك التشريعي بعد تقديم مشروع

²⁸¹ وتجدر الملاحظة هنا إلى أن تحديد مدة الشرط الاتفاقية المانع من التفويت كان الشغل الشاغل للمشرع الفرنسي بمناسبة إعداد القانون رقم 526-71، وفي هذا السياق يقول بعض الفقه الفرنسي أن المسودة الأولى لمشروع القانون المذكور كانت تروم توضيح الطابع المؤقت للشرط المانع من التصرف، وذلك بتحديد المنع في مدة لا تتجاوز إحدى وعشرين سنة ويمرورها ينتهي المنع وتتحرك معه الملكية من كل قيد. ويضيف الفقه المذكور أن الهاجس الذي كان وراء ذلك هو محاربة تجميد الأراضي القابلة للبناء بموجب المنع الاتفاقية من التفويت، غير أن المشرع اهتدى في آخر المطاف إلى إسناد مهمة تقييم مدة المنع من التفويت إلى القضاء باعتباره الحامي التقليدي للحقوق والحريات، أنظر هذا الرأي عند:

François Terré et Philippe Simler, op.cit. p.129.

²⁸² L' article 1212 du code civil du quebec stipule dans son dernier alinea que : la stipulation d'inaliénabilité n'est valable que si elle est temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime... , ww2.publicationsduquebec.

تاريخ الإطلاع: 2015/11/06.

²⁸³ ورد في المادة 30 من المسودة الأولى لمشروع مدونة الحقوق العينية رقم 19.01 ما يلي: " لا يجوز للمالك أن يشترط في تصرفه القانوني بعوض أو بدونه أي شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي آل إليه، ومع ذلك يكون الشرط المانع من التصرف = صحيحا إذا كان الغرض منه حماية مصلحة مشروعة للمفوت أو الغير وكان مقصورا على مدة خمس سنوات غير

قانون آخر يحمل رقم 39.08 والمصادقة عليه واكتفى بالنص على جواز إقرار قيود اتفاقية على الملكية العقارية بموجب إرادة المتعاقدين دون بيان أحكامها وشروطها²⁸⁴.

وأمام خلو مدونة الحقوق العينية من تحديد مدة القيد الاتفاقي، فإنه بالرجوع إلى ق.ل.ع باعتباره المصدر الاحتياطي الأول لهذه المدونة، نجد المشرع يميل إلى اعتناق المعيار المرن لمدة القيد الاتفاقي ويبدو ذلك جليا من خلال تنظيم شرط عدم المنافسة²⁸⁵ وتنظيم الشيوخ الاختياري²⁸⁶.

صحيح أنه من إيجابيات المعيار الثابت لمدة القيد الاتفاقي منع تجميد الأموال وإخراجها من دائرة التعامل لفترة طويلة وتيسير وظيفة القاضي في فض النزاعات بسهولة. لكن يجب عدم إغفال سلبيات المعيار الجامد وقصوره عن استيعاب جميع المصالح والأغراض المراد تحقيقها بالقيد الاتفاقي وهي بطبيعتها غير متناهية، ويمكن حمايتها بشكل أكثر فعالية إذا كانت الأحكام المنظمة لمدة القيد الاتفاقي تتميز بنوع من المرونة والليونة.

الفقرة الثانية: مرونة مدة القيد الاتفاقي في خدمة الممارسة التعاقدية

صحيح أن المعيار الجامد أو الثابت لمدة القيد الاتفاقي يحقق للمتعاقدین عنصر التوقع القانوني واستقرار المعاملات ويساهم في تيسير مهمة القاضي في فض النزاعات التي تطرح عليه بخصوص القيود الاتفاقية؛ لكن بالمقابل لا يستطيع المعيار الثابت استيعاب مختلف الظروف والحاجات الباعثة على إدراج القيود الاتفاقية في معاملات الأفراد²⁸⁷. فهناك حالات تتطلب من المتعاقدين إعمال القيود الاتفاقية لحماية مصالحهم، لكن تحقيق هذا المصالح يحتاج إلى مدة أطول من المدة المحددة قانونا، وبالتالي تنتفي الجدوى من اللجوء إلى تقنية القيود الاتفاقية.

أن هذه المدة لا تسري بالنسبة للأشخاص المستفيدين من الأراضي الموزعة في نطاق الإصلاح الزراعي والمسلمة لهم دون تعيين لمدة محددة"

²⁸⁴ تنص المادة 14 من م.ح.ع على أنه: "يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق". م.س.

²⁸⁵ ينص الفصل 109 من ق.ل.ع على ما يلي: "كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج، وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه.

ولا يطبق هذا الحكم على الحالة التي يمنع فيها أحد الطرفين نفسه من مباشرة حرفة معينة خلال وقت وفي منطقة محددين".
²⁸⁶ جاء في الفصل 979 من ق.ل.ع: "... ويجوز مع ذلك، الاتفاق على أنه لا يسوغ لأي واحد من المالكين طلب القسمة خلال أجل محدد أو قبل توجيه إعلام سابق..."

Albert Cheron, la jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, RTD.civ, tome 5è, 1906 p.349

²⁸⁷

لهذا فالصياغة القانونية لمدة القيد الاتفاقية ينبغي أن تستجيب لمتطلبات المتعاقدين في أعمال القيود الاتفاقية وفق أهدافهم ومصالحهم المتعددة وغير المتناهية²⁸⁸. كما أنه بقدر مرونة صياغة القيود الاتفاقية بقدر ما توفر للقاضي الحرية في الاجتهاد عند تنزيل هذه القيود على أرض الواقع وفق ظروف وملابسات كل قضية على حدة²⁸⁹. لاسيما وأن البت في مدى معقولية المدة يبقى من مسائل الواقع التي يستأثر بتقديرها قاضي الموضوع بكل حرية ودون رقابة عليه من محكمة القانون²⁹⁰.

ونتيجة لذلك، استطاع القضاء الفرنسي قديما وحديثا أن يصحح الشرط المانع من التصرف في كثير من الحالات التي عرضت عليه، لعل من أبرزها ما أقرته محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 20 أبريل 1858 المشار إليه سابقا من أن الشرط المانع من التصرف والرهن الذي قرره الأب على الأموال الموهوبة لأبنائه طيلة حياته يعتبر منعا مؤقتا ولا يمكن النظر إليه كمنع مطلق ودائم، لأن القيد يزول بوفاء الواهب ويعود المال إلى طبيعته الأصلية وهي قابليته للتفويت والتعامل. والقاعدة الأساسية المستخلصة من هذا القرار، هي أن الشرط المانع من التصرف الذي يقرره المتصرف طيلة حياته لحماية مصلحته المشروعة يكون منعا صحيحا والشرط صحيح أيضا. وأصبحت هذه القاعدة مستقرة وثابتة في جل القرارات الصادرة لاحقا عن محكمة النقض الفرنسية²⁹¹.

وفي نفس السياق، أيدت نفس المحكمة ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيه من صحة اشتراط الموصي على الموصى له عدم بيع وتجزئة المال الموصى به لمدة عشرين سنة الموالية لوفاء الموصي، وترتيب جميع آثاره القانونية إلى حين انتهاء مدته²⁹².

²⁸⁸ غيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثاني الملكية العقارية، الطبعة الثانية 2011، منشورات زين الحقوقية-

البقاع، ص. 47.

²⁸⁹ السنهاوري، الوسيط، حق الملكية، م.س. ص. 514

²⁹⁰ السنهاوري، الجزء 8 ص. 509

²⁹¹ تراجع مثلا القرارات الصادرة عن الغرفة المدنية الأولى على التوالي: قرار رقم 11648-73 بتاريخ 8 يناير 1975؛ قرار رقم 10306-75 بتاريخ 05 أكتوبر 1976؛ قرار رقم 13192-81 بتاريخ 20 يوليو 1982؛ قرار رقم 14960-86 بتاريخ 26 أبريل 1988 الملاحظ أن القاعدة الواردة في كل هذه القرارات هي صحة الشرط المانع من التصرف ولو تقرر لمدى حياة الواهب لحماية مصالحه التي تنتوع في هذه القرارات بين التزام الموهوب له بالإففاق على الواهب وإسكانه، أو الالتزام بصرف إيراد عمري للواهب، منشورة على الموقع: <http://www.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2009/10/05.

²⁹² قرار محكمة النقض الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 17 مارس 1964، منشور على موقع: <http://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2009/10/05.

فالعبارة بالنسبة لمدة القيد الاتفاقية ليست بالتحديد الحصري لها بعدد السنوات، ولكن العبارة بالمدة الكافية لتحقيق المصلحة التي يسعى إليها مشروط القيد الاتفاقية، وهي ما عبرت عنه بعض القوانين المقارنة بالمدة المعقولة مثل القانونين المصري والكويتي كما سبق القول. لكن شرط المدة غير كاف ليكون القيد صحيحا بل لا بد من توفر شرط مشروعية المصلحة المراد حمايتها. لأن صحة القيود الاتفاقية تستوجب تلازم الشرطان معا ولا يغني أحدهما عن الآخر كما سبق القول.

المطلب الثاني: المصلحة المشروعة شرط جوهرى لصحة القيود الاتفاقية

استثناء من مبدأ تداول الأموال، يجوز إخضاع الملكية العقارية لقيود اتفاقية إذا كانت لمدة مؤقتة ومبررة بأسباب معتبرة تكون كافية للخروج عن المبدأ العام، وهذا ما يسمى بالمصلحة المشروعة التي اعتبرها القانون الوطني والقانون المقارن من الشروط الجوهرية لقبول القيود الاتفاقية²⁹³. ويسري شرط المصلحة المشروعة على القيود الاتفاقية بأنواعها المختلفة سواء كان القيد مانعا من التصرف أو مقيدا لحق المالك في التصرف في ملكه كما يقول المشرع الكويتي²⁹⁴.

وقد أحسن المشرع الفرنسي صنعا عندما اكتفى باشتراط المصلحة لصحة القيد الاتفاقية دون تحديد معايير وضوابط لتقييد هذه المصلحة، لأن تقدير جدية المصلحة يعود لقاضي الموضوع الذي يتوفر على السلطة التقديرية الواسعة لتقييم مدى أهمية المصلحة المراد حمايتها بالقيد الاتفاقية²⁹⁵.

ونفس المسلك اتبعه القانون المدني الكويتي وإن استعمل عبارة الباعث القوي عوضا عن المصلحة المشروعة التي استعملها ق.م.ف، لأنه من خلال صياغة المادة 815 من القانون الأول، يستفاد أن الشرط المانع من التصرف أو المقيد لحق التصرف لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على باعث قوي، وهذا يدل على ما يبدو أن إرادة المشرع الكويتي قد اتجهت إلى ترك السلطة التقديرية للقضاء لتقدير مدى صحة أو مشروعية الباعث على اشتراط القيد في العقد.

²⁹³ تراجع مثلا المادة 900-1 من ق.م.ف والمادة 30 من الصيغة الأولى لمشروع القانون رقم 19.01 بمثابة مدونة الحقوق العينية والمادة 285 من مدونة الأسرة والمادة 823 من القانون المدني المصري.

²⁹⁴ تنص المادة 815 من القانون المدني الكويتي على أنه: "إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوي ومقصورا على مدة معقولة"، م.س.

والخلاصة أن القيود الاتفاقية لا تكون صحيحة إلا بتوفر شرطين كما سبق القول من بينهما أن تكون مبررة بمصلحة جدية ومشروعة وكيفما كان نوعها سواء كانت مادية أو معنوية²⁹⁶ كما يقول بعض الفقه الفرنسي وأن تكون مقررة لصالح المتصرف أو المتصرف إليه أو لصالح الغير²⁹⁷. وهذا ما سنفصل فيه القول في الفقرتين الموالتين.

الفقرة الأولى: المصلحة المشروعة لأحد طرفي التصرف

تختلف دواعي وأسباب تقرير قيود اتفاقية على الملكية العقارية الخاصة، ولكنها تتقاطع جميعها حول نقطة واحدة وهي المصلحة المشروعة، بمعنى أن تكون المصلحة المراد حمايتها بالقيود الاتفاقية غير مخالفة للقواعد الآمرة للقانون. وقد تكون هذه المصلحة المشروعة مقررة لفائدة المتصرف أو لفائدة المتصرف إليه.

وقد تتخذ المصلحة المشروعة المراد حمايتها بالقيود الاتفاقية صورا متعددة، منها مثلا أن يهب أب لابنه دارا لقاء الإنفاق عليه وإسكانه معه والسهر على علاجه وتطبيبه إن مرض وذلك حتى وفاته. ولضمان هذه الرعاية، يمكن للواهب أن يشترط على الموهوب له كذلك حق الرجوع مع منع تفويت العقار الموهوب طيلة حياة الواهب²⁹⁸.

وفي القانون المغربي، يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له في عقد الهبة شرط الرجوع عملا بالمادة 284 من م ح ع²⁹⁹، ولضمان ممارسة حق الاعتصار كما يسميه الفقه الإسلامي، يمكن للواهب أن يشترط كذلك على الموهوب له في العقد عدم التصرف في الشيء الموهوب خلال مدة محددة.

وفي مجال العقود بعوض، يجوز لمالك العقار أن يبيع عقاره لشخص آخر ويشترط عليه أن يقفه أو يحبس، كما فعل عثمان رضي الله عنه مع صهيب³⁰⁰. كما يصح أيضا أن يبيع المالك حق الرقبة ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع طيلة مدته المحددة قانونا أو اتفاقا، وقد يشترط البائع تقييد حق الرقبة في يد المشتري

Jean-Louis Bergel et autres, op.cite, p.100.

296

François Terré et Philippe Simler, op.cit. p.130

297

²⁹⁸ قرار محكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 17 فبراير 1987 تحت رقم 17027-85، يتضمن هذا القرار أحد تطبيقات المصلحة المشروعة التي قد تكون وراء إقرار الشرط المانع من التقويت والرهن وهي في هذه النازلة ضمان حق الواهبة في الرجوع في هبتها مع التزام الموهوب لها بالإنفاق على الواهبة والسهر على العناية بها وتطبيبها وإسكانها معها حتى وفاتها. منشور على الموقع: <http://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2009/10/05.

²⁹⁹ تنص المادة 284 من م ح ع على ما يلي: "لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التتصيص عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له".

³⁰⁰ محمد أبو زهرة، بن حنبل حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي - القاهرة، 1418هـ-1997م، ص.261.

بشروط مانع من التصرف لضمان عدم تفويته للغير وبالتالي تجنب الاتصال والتعامل مع شخص أجنبي غير المشتري الذي اختاره³⁰¹. وقد يرد القيد الاتفاقي في شكل يحد من حق المتصرف إليه في التصرف المادي في العقار كما لو باع شخص أحد داريه واشترط على المشتري ألا يرفع الحائط الفاصل بينهما مخافة أن يظلم داره ويمنع دخول الشمس إليها³⁰².

إلا أن ما يجب ملاحظته في جميع الأمثلة التي سقناها للتعبير عن المصلحة كشرط من شروط صحة القيد الاتفاقي، هو أن المنفعة المستثناة من المعقود عليه يجب أن تكون محددة ومعلومة وغير مجهولة إن كان العقد من عقود المبادلات المالية، أما إن كان من عقود التبرعات فلا يشترط فيه ذلك³⁰³. ففي جميع هذه الصور، نجد أن القيد الاتفاقي المدرج في العقد الذي يتضمن التصرف سواء كان بعوض أو بدون عوض يحقق مصلحة للمتصرف تؤدي إلى جلب منفعة أو دفع مضرة وهي على كل حال مصلحة مشروعة يقرها القانون.

أما بالنسبة لمصلحة المتصرف له، فلها عدة صور كذلك منها أن يشترط الموصي على الموصى له قيد مانع من التصرف خلال مدة معينة بعد وفاة الموصي إلى أن يبلغ الموصى له سناً معينة. ويكون الغرض من ذلك هو حماية الموصى له لصغر سنه وعدم خبرته وتجربته، وكذا الاحتفاظ بالمال الموصى به داخل الأسرة³⁰⁴. ويمكن في الحياة العملية أن يرد القيد المانع من التصرف في عقد الوعد ببيع العقار بأن يشترط الموعد له على الواعد ألا يتصرف في العقار الموعد ببيعه خلال الأجل المتفق عليه لإعلان الموعد له عن رغبته في الشراء³⁰⁵. غير أن القيد الاتفاقي في هذه الصورة يكون محدود الفعالية بسبب عدم إمكانية إظهاره بالسجلات

³⁰¹ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، 2003، ص. 45؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المنقولة عنه، منشأة المعارف - الإسكندرية 2004، ص. 59.

³⁰² حسن علي الشاذلي، م.س، ص. 614.

³⁰³ حسن علي الشاذلي، م.س، ص. 317.

³⁰⁴ قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 17 مارس 1964، ورد في هذا القرار أنه من بين المصالح التي تبرر الشرط المانع من التصرف، نجد حماية الموصى له بسبب انعدام تجربته والإبقاء على العقار الموهوب داخل الأسرة لمدة محددة.

منشور على الموقع: <http://www.legifrance.gouv.fr> ؛ تاريخ الاطلاع: 2009/10/05؛

Albert Wagner, op.cit.p.342 ; Louis Vincent, op.cit.p.5

³⁰⁵ السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن/ ص. 805؛ همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، م.س، ص. 235.

العقارية حتى يعلم به الجميع، لأننا بصدد تصرف قانوني غير ناجز بل موقوف على رغبة الموعود له³⁰⁶. ولكن هذا لا يمنع الموعود له من رفع دعوى إتمام البيع وإجراء تقييد احتياطي بناء على مقال الدعوى بالرسم العقاري إذا كان العقار المعقود عليه محظا.

الفقرة الثانية: المصلحة المشروعة لفائدة الغير

من المقرر قانوناً أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن آثاره لا تسري إلا على طرفي العقد وعلى خلفهما العام والخاص، وبالتالي لا تضر الغير ولا تنفعه لأنه ليس من هؤلاء ولا من أولئك. غير أن هذه القاعدة قد ترد عليها بعض الاستثناءات تجعل الغير يستفيد من بعض آثار العقد الذي لم يكن طرفاً فيه، أو يسمح له بالطعن فيه إذا أضر بحقوقه أو مركزه القانوني³⁰⁷ ومن الفروض التي يتحقق فيها ذلك العقود المقترنة بقيد اتفاقي يرمي مشروطه إلى حماية مصلحة مشروعة لفائدة الغير.

ومن الأمثلة على ذلك، بيع أو هبة عقار مقابل اشتراط المتصرف على المتصرف إليه إيراد مرتب يدفع للغير مدى حياته، وغالباً ما يكون هذا الشرط مدعماً بقيد يمنع المتصرف إليه من التصرف في العقار الذي آل إليه، وذلك لضمان تنفيذ الإيراد³⁰⁸. وفي هذه الصورة من صور القيد الاتفاقي، تكون المصلحة المشروعة المقررة لفائدة الغير ظاهرة للعيان ولا غبار عليها لما لها من أبعاد اجتماعية وإنسانية، ومن ثم يكون القيد الاتفاقي مبرراً وصحيحاً شريطة أن لا يكون مؤبداً.

³⁰⁶ الحالة الوحيدة التي يمكن فيها تقييد عقد الوعد بالبيع بالسجلات العقارية ولكن تقييداً احتياطياً فقط هي الحالة التي يثور فيها النزاع بين المتعاقدين ويعرض الأمر على القضاء، بحيث يحق للموعود له أن يتقدم أمام المحافظ على الأملاك العقارية وأن يطلب منه تقييداً احتياطياً للمحافظة على رتبة حقه في خيار الشراء وذلك بناء على نسخة من مقال الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الابتدائية المختصة.

= لكن يلاحظ أن هذا النوع من التقييد الاحتياطي في ضوء التعديل الجديد للفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري بموجب القانون رقم 14.07 ينتهي مفعوله بمرور شهر على تقييده بالرسم العقاري، ما لم يتم تمديده داخل الأجل المذكور، إذ في هذه الحالة فقط يستمر مفعوله لغاية نهاية النزاع. يراجع الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج.ر. عدد 5998 المؤرخة في 27 من ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص. 5575.

³⁰⁷ تقول محكمة النقض في أحد قراراتها أن حصر آثار العقود في ما بين أطرافها حسبما ينظمه الفصل 228 من ق.ل.ع لا يمنع الأعيان الذين تضررت حقوقهم ومراكزهم القانونية من هذه العقود من الطعن فيها في الأحوال المقررة قانوناً. ومن هؤلاء الطاعن الذي يدعي حقوقاً عينية على العقار الذي استندلت الشركة المطلوبة في النقض بسند شرائه، ولكن محكمة الدرجة الثانية رفضت دعواه بعلّة كون الطاعن أجنبي عن العقد. غير أن محكمة النقض اعتبرت هذا التأويل خاطئاً لعدم مراعاته لمقتضيات الفصل 228 المذكور الذي ينتج عن أحكامه إمكانية إضرار العقود والاتفاقات بالأعيان في حالات خاصة حددها القانون، القرار رقم 1966 الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2012/04/17، الملف عدد 2012/2/1/202، مجلة القضاء والقانون، العدد 162، السنة 2013.

³⁰⁸ أحمد شوقي عبد الرحمان، م.س، ص. 60؛ السنهاوري، م.س، ص. 508.

ومن صور المصلحة المقررة لفائدة الغير لصحة القيد الاتفاقي، ما أقره الإمامين مالك وأحمد أن يبيع شخص عقارا ويشترط على المشتري حبسه أو وقفه على شخص أو على مؤسسة، ويقاس على الوقف أمثاله من التبرعات كالهبة والصدقة³⁰⁹ لما فيها من معاني البر والخير التي يحث عليها شرعنا الحكيم. كما يجوز للمتصرف أن ينشئ للغير على أحد عقاراته حق العمري³¹⁰ أو حق الاستعمال³¹¹، وضمانا للحق المنشأ يشترط المتصرف على المتصرف إليه عدم جواز التصرف في العقار القائم عليه حق الغير³¹².

وقد تكون الغاية الاجتماعية أو مصلحة المجتمع هي الدافع وراء قيام البنك بفرض قيد منع التصرف في العقار المرهون دون موافقة مسبقة من طرف البنك، وهكذا أقرت محكمة التمييز الكويتية في أحد أحكامها أن توفير الرعاية السكنية لمستحقيها هي مصلحة عامة تبرر الشرط المانع من التصرف المدرج في عقد القرض³¹³.

إذا كان القيد الإتفاقي المؤبد أو الذي يقرر لمدة طويلة جدا باطلا بطلانا مطلقا لتعارضه مع حق المالك في التصرف وحرية تداول الأموال، فما حكم القيد الإتفاقي الذي يكون مؤقتا ولكن ليس له باعث مشروع؟ من المتفق عليه فقها أن تخلف أحد شروط صحة القيد الاتفاقي يترتب عليه بطلان هذا القيد وبطلان العقد الذي يتضمنه إذا ثبت من خلال إرادة المتعاقدين أن الشرط الاتفاقي يحتل أهمية خاصة في نظرهما وهو الباعث على التعاقد. أما إذا لم يكن للشرط الاتفاقي صفة جوهرية في نظر المتعاقدين، فإن بطلانه لا يمتد إلى بطلان العقد الذي يقترن به والذي يبقى قائما وصحيحا³¹⁴.

³⁰⁹ محمد أبو زهرة، م.س، ص.262؛ حسن علي الشاذلي، م.س، ص.317.

³¹⁰ تنص المادة 105 من م.ح.ع على أن العمري حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة. م.س

³¹¹ تنص المادة 109 من م.ح.ع على ما يلي: "ينشأ حق الاستعمال وينقضي بنفس الأسباب التي ينشأ بها وينقضي حق الانتفاع على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية"، م.س.

³¹² خليل أحمد حسن قدامة، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية" دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والأردني ومجلة الأحكام العدلية والمشروع التمهيدي للقانون المدني الفلسطيني"، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثاني عشر - العدد الثاني، يونيو 2004، ص.126.

³¹³ جابر محبوب علي، تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية في شأن مدى سلطة الراهن (المقترض) في التصرف في العقار المرهون ضمانا لقرض الرعاية السكنية، الطعن بالتمييز رقم 2002/70 مدني، جلسة 2002/05/20، مجلة الحقوق، العدد 4، السنة 40، ذو الحجة 1427هـ-2006م.

³¹⁴ السنهوري، م.س ص.513؛ مصطفى محمد الجمال، م.س، ص.378؛ همام محمد محمود زهران، م.س، ص.245؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ط.1، 1998، ص. 125 و 126.

أما إذا استجمع القيد الاتفاق شروط صحته التي تدور حول المدة المؤقتة والمصلحة المشروعة، فيكون القيد آنذاك صحيحاً وتسري آثاره فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير إذا تعلق الأمر بعقار محفظ وتم إشهار التصرف القانوني الذي يتضمن القيد بالسجلات العقارية، وهذا ما نص عليه القانون المدني الكويتي صراحة في المادة 817 منه التي قضت في فقرتها الثانية أنه إذا كان الشيء عقاراً وتم شهر التصرف القانوني الذي ورد به الشرط، فيعتبر الغير عالماً بالشرط وقت الشهر. أما إذا كان العقار الذي ينصب عليه القيد الاتفاق غير محفظ، فيصعب إشهاره للعموم وبالتالي يبقى حبيس المحررات التي تتضمنه، لكن مع ذلك يحتج به على الغير إذا كان على علم بالشرط وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به³¹⁵.

ونختم الحديث عن شروط القيد الاتفاق بالتساؤل عن الجزاء المترتب على مخالفة مقتضى القيد الاتفاق، هل هو بطلان أم إبطال التصرف المخالف للقيد؟ أم أن الجزاء هنا يجب أن تكون له خصوصية تميزه عن الالتزامات بصفة عامة وذلك بالنظر إلى خصوصيات القيد الاتفاق؟ هذا ما سنتناوله من خلال مناقشة آثار القيد الاتفاق في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: خصوصية آثار القيود الاتفاقية دعامة أساسية للنظرة التوفيقية

متى توافرت للقيد الاتفاق شروط صحته، يصبح كأي التزام يقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين مما يفرض عليهما معاً الالتزام بمقتضياته والتقييد بمضامينه³¹⁶. لكن هذا الالتزام يقتضي من المتعاقدين وخاصة المشتراط عليه معرفة نطاق القيد الاتفاق حتى يعلم بالأعمال والتصرفات المخالفة للقيد حتى يستطيع تجنبها. غير أنه بالرجوع إلى التشريعات التي نظمت القيد الاتفاق، نجد أن مقتضياتها ساكتة عن تحديد نطاق القيد، وبالتالي لا مناص من اللجوء إلى الفقه والقضاء لتحديد هذا النطاق من حيث الأعمال (المطلب الأول) ومن حيث الأشخاص الذين تسري في حقهم آثار القيد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نطاق الحظر المترتب على القيود الاتفاقية

لقد مر معنا سابقاً أن القيود الاتفاقية تختلف وتتنوع باختلاف المصالح المراد تحقيقها من وراء اشتراط هذه القيود³¹⁷. ومهما كانت طبيعة القيد الاتفاق، فإنه يؤدي إلى منع التصرف بالمرّة أو تقييد هذه

³¹⁵ تنص المادة 817 من القانون المدني الكويتي في فقرتها الأولى على ما يلي: "لا يحتج بالشرط المانع أو المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به". م.س.

³¹⁶ الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، والمادة 1103 من القانون المدني الفرنسي.

³¹⁷ فقد تكون الغاية هي إبقاء الملكية العقارية في يد المتصرف إليه ومنع انتقالها إلى الغير، وهنا يتم اللجوء إلى الشرط المانع من التصرف. وقد تكون الغاية هي منع الملاكين المجاورين في علاقتهم فيما بينهم من حجب النور والشمس عن بعضهم البعض، وفي هذه الحالة يقع الاختيار على قيد منع البناء. كما قد يكون الهدف كذلك هو تنظيم استعمال الوحدات المفروزة في إطار الملكية المشتركة للسكن

السلطة في حدود معينة. ولتقييم مدى تأثير القيد الاتفاقي على حق الملكية العقارية، نحاول جرد الأعمال الممنوعة على المشتراط عليه بموجب القيد (الفقرة الأولى)، ثم رصد موقف القضاء من تأويل القيد الاتفاقي وتحديد نطاقه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: نطاق الحظر من حيث الأعمال

إن قيام القيد الاتفاقي صحيحا يجعل الملكية العقارية غير قابلة لأن تجرى عليها التصرفات والأعمال التي تتعارض مع مقتضى القيد. لكن ما هي الأعمال المحظورة وكيف السبيل إلى الاهتداء إليها؟ يبدو أن نقطة الانطلاق الصحيحة هي الرجوع إلى بنود العقد حتى تستبين لنا الأعمال التي يمنع على المتصرف إليه إتيانها لتعارضها مع طبيعة القيد الاتفاقي والتي تختلف بحسب نوع القيد وحكمه³¹⁸. لهذا عندما ترد عبارات القيد الاتفاقي واضحة وصريحة تبين بجلاء الأعمال المحظورة، فيجب على الملتزم بالقيد تجنبها وعدم إتيانها. لكن الأمر لا يطرح دائما بهذه السهولة، ذلك أن عملية تحرير العقود لا تتم دائما بشكل صحيح ودقيق، بحيث قد ترد عبارات القيد بصيغة عامة ومطلقة تفتح الباب أمام قراءات متعددة وتأويلات مختلفة لنطاق القيد.

أولا: تأويل الفقه لنطاق القيد الاتفاقي

يمكن القول إن القيد الاتفاقي بصفة عامة لا يحول دون انتقال الملكية وتداولها بل هي تنتقل محملة بالقيد الاتفاقي باستثناء الشرط المانع من التصرف الذي يمنع انتقال الملكية إلى الغير خلال سريان مفعوله، لكنه يطرح بعض الإشكاليات تتعلق بتحديد المقصود بالتصرف لمعرفة الأعمال المحظورة خلال مدة سريان القيد.

اعتبر جانب من الفقه أن التصرفات الإرادية المحظورة على المالك المشتراط عليه هي جميع الأعمال المفضية إلى تفويت الملكية سواء تم ذلك بطريق مباشر أو بطريق غير مباشر³¹⁹. كما يرى البعض الآخر أن الشرط المانع من التصرف يجعل المال الذي ينصب عليه غير قابل للتداول وغير قابل للرهن ولا للحجز³²⁰.

فقط، وذلك لتفادي مضار الجوار غير العادية التي قد تحدثها بعض الأنشطة الصناعية والتجارية والخدماتية داخل العقار المشترك، وهذا ما يصطلح عليه بقيد التخصيص.

³¹⁸ إبراهيم مجاهد يوسف، الشرط المانع من التصرف كقيد على الملكية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية 1419هـ - 1998م، ص. 386.

Albert Wagner, op.cit. p.349 ; Louis Vincent, po.cit.p.1 ; Albert Cheron, op.cit.p.355

François Terré et Philippe Simler, op.cit.p.131 ; Marty et Raynaud, op.cit.p.76.

³¹⁹

³²⁰

ولئن اتفق الفقه على أن منع التصرف يشمل أيضا منع الرهن، فإنه اختلف حول تحديد أنواع الرهون المشمولة بالمنع³²¹.

كما اختلف الفقه حول تحديد نطاق الأعمال والتصرفات الممنوعة بموجب قيد التخصيص³²²، الذي يسمح القانون بإدراجه في نظام الملكية المشتركة³²³ بهدف تخصيص الشقق للسكن فقط. لكن تعريف هذا القيد تكتنفه عدة صعوبات من حيث تحديد الأعمال التي تتعارض مع طبيعته³²⁴، ويبقى للقضاء سلطة تأويل نطاق قيد التخصيص في حالة النزاع بين الملاكين المشتركين.

ثانيا: تأويل القضاء لنطاق القيد الاتفاقي

لما كانت آثار القيد الاتفاقي لا تظهر عمليا إلا في المراحل اللاحقة لإبرام العقد الذي يتضمنه، فقد تطرأ صعوبات عند تنفيذ مقتضيات هذا القيد تعزى لأسباب شتى منها ما يرجع إلى غموض عبارات القيد وتنازع العاقدین حول تفسير مقتضاه ونطاقه، ومنها ما يتعلق بتغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية للطرف الملزم بالقيد الاتفاقي.

³²¹ ذهب رأي في اتجاه توسيع نطاق الحظر سواء كان الرهن قانونيا أم قضائيا ما لم يتبين من ظروف الحال أنه يتعارض مع تحقيق المصلحة المرجوة من القيد الاتفاقي، محمد فوزي، م.س، ص.410. ويميل رأي آخر إلى تضيق نطاق المنع وحصره في إطار الرهن الاتفاقي والرهن القضائي فقط، أما الرهن المحدد قانونا فهو غير مشمول بالمنع لكونه مقرر من طرف المشرع لضمان ديون ذات طبيعة خاصة محددة على سبيل الحصر، وبالتالي فهو مقرر للمصلحة العامة مثل الرهن المقرر في إطار مدونة تحصيل الديون العمومية بخلاف الرهن = = القضائي المقرر لحماية بعض المصالح الخاصة، Albert Wagner, op.cit, p.351. تنص الفقرة الأولى من المادة 113 من مدونة تحصيل الديون العمومية على: "تتمتع الخزينة من أجل تحصيل الضرائب و الرسوم وديون المحاسبين العموميين الناتجة عن قرارات العجز، برهن رسمي على جميع الأملاك العقارية للمدينين الذين يدينون بمبلغ يساوي أو يفوق عشرين ألف درهم (20000)، أنظر القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.175 في 28 من محرم 1421 (3 ماي 2000)، ج.ر عدد 4800 المؤرخة في 28 صفر 1421 (فاتح يونيو 2000)، ص.1256.

³²² ذهب أحد الباحثين إلى أنه إذا كان العقار مخصصا للسكن الراقي ويمنع فيه مباشرة أي نشاط صناعي أو مهني أو تجاري، فإنه يحظر تحويل إحدى الشقق إلى مكتب إداري لإحدى الشركات الصناعية ولو بموافقة أغلبية اتحاد الملاك لما في ذلك من خرق لقيد التخصيص أحمد عبد العال أبو قرين، م.س، ص.317 و318؛ لكن هناك رأي آخر يعتبر من الجائز ممارسة مهنة حرة بالمحلات المخصصة للسكن ما لم يتم استئناؤها بشكل صريح في نظام الملكية المشتركة ؛ M.Weismann, op.cit.p.21.

³²³ الجدير بالملاحظة أن النظام الأساسي للملكية المشتركة في الغالب الأعم يتم وضعه من طرف المنعش العقاري أو من طرف المالك الأصلي للعقار، لكن قبوله من طرف الملاكين الجدد للأجزاء المفروزة من الملكية المشتركة يعطي لهذا النظام الطابع الاتفاقي والقوة الملزمة في نفس الوقت ؛ Gerard Cornu, les biens, p. 268

M.Weismann, op.cit.p.210 ; Marty et Raynaud, op.cit.p.344

وبيت القضاء في النزاع القائم حول القيد الاتفاقي وما يرتبط بتنفيذه ثم يصدر الحكم المناسب والمتوافق مع إرادة الطرفين المتعاقدين³²⁵. ويعتمد القاضي في ذلك على عدة قواعد قانونية يسترشد بها في تفسير مضمون القيد الاتفاقي وتحديد نطاقه، وذلك من خلال فهم بنود العقد والوقوف على معاني الألفاظ والعبارات الواردة فيه³²⁶ والبحث والتحري عن نية المتعاقدين من خلال استقراء بنود العقد لجعل عملية تنفيذه تتم وفق القواعد القانونية وترجم إرادة الطرفين³²⁷.

الأصل أنه يمنع على القاضي تفسير العقد متى كانت عباراته واضحة ولا لبس فيها عملاً بمقتضيات الفصل 461 من ق ل ع، لكن قد يلجأ إلى تأويل العقد حسب المحكمة العليا في الحالة التي لا يتأتى التوفيق بين ألفاظه وغرضه المقصود، أو إذا كانت هذه الألفاظ غير واضحة أو لا تعبر عن قصد صاحبها، أو كان منشأ الغموض راجعاً لمقارنة بنودها³²⁸. كما يكون العقد محلاً للتفسير لكون عباراته مهما كانت واضحة تبقى قاصرة عن ترجمة قصد المتعاقدين، وهنا يجب على القاضي العدول عن المعنى الواضح والبحث عن نية المتعاقدين³²⁹. ومن القواعد القانونية التي قد يسترشد بها القاضي لتفسير وفهم مقتضى القيد الاتفاقي وبالتالي تحديد نطاقه: العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني³³⁰، والمطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة³³¹، وقاعدة بنود العقد تكمل بعضها البعض.

³²⁵ مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء ق ل ع، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة - الدار البيضاء، 1972، ص. 236.

³²⁶ وليد صلاح مرسي رمضان، م.س، ص. 114.

³²⁷ Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, p.331

³²⁸ القرار عدد 593 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2008/04/30، الملف التجاري عدد 2006/1/3/350، قضاء المجلس الأعلى عدد 70، 2009، ص. 213.

³²⁹ السنهاوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المجلد الأول، م.س، ص. 671.

³³⁰ تقضي هذه القاعدة بأنه لا يجب الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة للتعبير عن القيد الاتفاقي، بل ينبغي البحث عن الغاية من اشتراطه، لأنه بقدر المصلحة المشروعة المراد حمايتها يتحدد نطاق المنع أو الحظر، شمس الدين الوكيل، م.س، ص. 83؛ ومن التطبيقات القضائية لهذه القاعدة، اعتبر قضاة الموضوع أن قيام الموصى له برهن العقار المتقل بشرط مانع من البيع لا يعتبر تقويتاً ولو بطريق غير مباشر، وقد استنتجوا من ظروف اشتراط القيد ونية الأطراف أن إقدام المشتري عليه على الرهن كان بدافع الرغبة في تسديد ديونه وتقادي التنفيذ على العقار الموصى به (قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 17 مارس 1964 عن الغرفة المدنية الأولى)، أو بدافع تلبية مصالح مشروعة للواهبين المشتربة في عقد الهبة وهي قام الموهوب لها برعاية أبويها - الواهبان - والإنفاق عليهما وإسكانهما معها) قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1988/04/26 عن الغرفة المدنية الأولى)، <http://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع 2009/10/05.

³³¹ وليد صلاح مرسي رمضان، م.س، ص. 134؛ المادة 64 من مجلة الأحكام العدلية، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1424هـ - 2004م.

لكن جانب من الفقه الفرنسي يرى بأن هذه القواعد القانونية هي مجرد توصيات اختيارية بالنسبة للاجتهاد القضائي³³² يمكن للقاضي الأخذ بها أو إهمالها والاسترشاد بوسائل أخرى للتفسير.

وبعد تفسير القيد واستخلاص قصد المتعاقدين، ينتقل القاضي إلى تحديد نطاق العقد وهو أن يضيف إليه التزامات أخرى غير واردة فيه ولم يحددها المشرع بل هي من مستلزمات القيد³³³. وهذه المستلزمات يقررها القانون أو العرف أو العدالة وفقا لما تقتضيه طبيعة الالتزام التعاقدية³³⁴ وهذا ما يقرره الفصل 231 من ق ل ع ونفس القاعدة يقررها القانون المدني الفرنسي في المادة 1135³³⁵. وفي مجال الشرط المانع من التفويت الذي نظمته ق.م.ف، استقر القضاء على أن المانع من التفويت يجعل المال الذي انصب عليه الشرط غير قابل للرهن وبالتبعية غير قابل للحجز والتنفيذ عليه من الدائنين. أما نطاق القيد الاتفاقي من حيث الأشخاص، فيتم تحديده بموجب بنود العقد والقواعد العامة للقانون.

الفقرة الثانية: نطاق الحظر من حيث الأشخاص

لأنه يحد من آثار القيد الاتفاقي في دائرة المتعاقدين فقط، بل تشمل خلفهم العام وخلفهم الخاص. فلنناقش إذن أثر انصراف القيد الاتفاقي في مواجهة المتعاقدين بمفهومه الواسع ثم نمر بعد ذلك لمناقشة مدى انصراف القيد الاتفاقي إلى الغير الذي لم يكن طرفا في العقد وليس خلفا للمشتراط عليه.

أولا: انصراف أثر القيد الاتفاقي إلى المتعاقدين بمفهومه الواسع

القاعدة في ق ل ع أن الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، وما دام القيد الاتفاقي يعد التزاما، فإن آثاره لا تقتصر على المتعاقدين فحسب، بل تمتد أيضا إلى ورثتهم وخلفائهم ما لم يكن العكس مصرحا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون.

من المعلوم أن العقد وما يتضمنه من التزامات لا يسري إلا فيما بين المتعاقدين عملا بقاعدة نسبية آثار العقد³³⁶، بمعنى أن العقد ينتج آثاره بين المتعاقدين، ولا تنصرف إلى الغير إلا على وجه استثنائي³³⁷، ما لم

Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, p.338

332

ويسترشد القاضي في عملية تحديد نطاق القيد الاتفاقي الذي هو جزء من العقد بالعوامل التي حددها القانون وهي طبيعة الالتزام، والقانون في أحكامه التكميلية والمفسرة، والعرف ويضاف إليه الشروط المألوفة، والعدالة، السهوري، م.س، ص. 690 و 691؛ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1974، ص. 470.

334 مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، م.س، ص. 251.

335 تنص المادة 1194 من ق.م.ف على ما يلي:

" les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi à l'obligation d'après sa nature" , code civil , droit.org
Institut français d'information juridique, édition 28/10/2017

336 السهوري، الوسيط، المجلد الأول، ص. 595؛ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، م.س، ص. 451.

يصرح بخلاف ذلك في العقد أو كان ناتجا عن طبيعة الالتزام أو عن القانون عملا بمقتضيات الفصل 229 من ق ل ع. وتطبيقا لهذه القاعدة، يكون القيد الاتفاقي المقترن بالعقد ملزما للمشتراط عليه ويفرض عليه الوفاء به عن طريق التنفيذ العيني طوعا أو يجبر عليه إذا كان التنفيذ العيني ممكنا أو يصار إلى التنفيذ بطريق التعويض، لأن كل التزام مدني يجتمع فيه عنصران المديونية والمسؤولية³³⁸.

ويسري القيد الاتفاقي كذلك في مواجهة خلف المشتراط عليه عملا بالمفهوم الواسع لأطراف العقد الذي يقصده الفصل 229 من ق ل ع. ومن المعلوم أن الخلف العام هو من يخلف الشخص المتوفى في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، ويدخل في زمرة الخلف العام الورثة والموصى لهم³³⁹. ويتلقى الخلف الحق بالحالة التي كان عليها في ذمة مورثه ويسري في حقه ما كان ساريا في حق سلفه، ما لم يرد في العقد خلاف ذلك³⁴⁰، أو أن تكون طبيعة الالتزام المترتب على العقد تأبي أن ينتقل هذا الأثر إلى الورثة مثل الشرط المانع من التصرف الوارد على حق الانتفاع³⁴¹، أو أن يكون القيد الاتفاقي عبارة عن شرط مانع من التصرف طيلة حياة الملتزم.

أما بالنسبة للخلف الخاص، فهو الذي يخلف سلفه (المفوت) في مال معين بالذات لأسباب كثيرة ليس من بينها الإرث، فهو يتلقى مثلا العقار الذي اكتسبه بالحالة التي كان عليها في ذمة سلفه (البائع أو الواهب...) ³⁴² بما فيها القيود الإتفاقية أو التحملات التي كانت مقررة عليه عند الاقتضاء عندما كان في يد سلفه³⁴³. ولا ينصرف القيد الاتفاقي إلى الخلف الخاص إلا إذا كان السلف قد أبرم تصرفا يتعلق بالعقار الذي انتقل إلى الخلف الخاص، وأن يتضمن التصرف قيودا على حق الملكية تحد من سلطات المالك. ويجب أن يكون تصرف السلف سابقا على انتقال الملكية إلى الخلف الخاص، وأن يكون المحرر المثبت لهذا التصرف متوفرا على تاريخ ثابت³⁴⁴ يكون سابقا لانتقال الملكية إلى الخلف الخاص³⁴⁵، وأن يكون التصرف مقترنا بقيد

³³⁷ مامون الكزبري، م.س، ص.244.

³³⁸ السنهاوري، الوسيط، الجزء الثاني، م.س، ص.756.

³³⁹ السنهاوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، أثر العقد بالنسبة للأشخاص، الجزء الخامس، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية الجديدة 1998؛ مامون الكزبري، م.س، ص.252-253.

³⁴⁰ Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, p.866

³⁴¹ السنهاوري، الوسيط، المجلد الأول، ص.599؛ عبد المنعم فرج الصده، ص.530.

³⁴² عبد المنعم فرج الصده، م.س، ص.535؛ Frères Mazeaud, op.cit, p.872

³⁴³ السنهاوري، الوسيط، الجزء الثاني، م.س، ص.612؛ عبد المنعم فرج الصده، م.س، ص.537 و538.

³⁴⁴ ينص الفصل 425 من ق ل ع على ما يلي: "الأوراق العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل واحد باسم مدينه.

ولا تكون دليلا على تاريخها في مواجهة الغير إلا:

في نظام السجل العيني³⁵¹. فالمقصود بالغير الذي تسري في مواجهته آثار القيود الاتفاقية هم الدائنون والمهنيون المكلفون بتحرير العقود وكذا المحافظون على الأملاك العقارية. فإلى أي حد تسري آثار القيد الاتفاقية في مواجهة هؤلاء؟ هذا ما سنحاول استجلاءه في الفقرات الموالية.

1) انصراف القيد الاتفاقية إلى الدائنين

تقضي القاعدة القانونية بأن أموال المدين ضمان عام للدائنين، لذلك فإن كل مايزيد أو ينقص من هذه الأموال يؤثر بشكل غير مباشر في حق الدائنين³⁵². لكن هل تؤثر القيود الاتفاقية في الضمان العام للدائنين؟ إذا كانت القيود الاتفاقية تحد من حق الملكية؛ فإنها لا تمنع الدائنين العاديين، الذين لا يتوفرون على سبب من أسباب الأولوية كالامتياز والرهن، من حجز الملكية العقارية والتنفيذ عليها ببيعها بالمزاد العلني واقتضاء الدين من منتج البيع. بيد أن الشرط المانع من التفويت، باعتباره من أقوى القيود الاتفاقية على الإطلاق، يمنع الدائنين من التنفيذ على الملكية العقارية المثقلة بهذا القيد. لأن من آثار الشرط المانع من التصرف منع المشتراط عليه من إبرام التزامات من شأنها أن تؤدي إلى تفويت الملكية العقارية³⁵³ مثل الرهن حسب ما أقرته محكمة النقض الفرنسية³⁵⁴. هذا فضلا عن كون إشهار القيد المانع من التصرف يمنع الدائنين من حجز الملكية العقارية المثقلة بالقيد³⁵⁵.

³⁵¹ ينص الفصل السادس من ق ت ع على: "إن التحفيظ أمر اختياري، غير أنه إذا قدم مطلب للتحفيظ فإنه لا يمكن سحبه مطلقا". وفي ظل الإختيارية في التحفيظ العقاري المعمول بها في المغرب، فإن نسبة مهمة من العقارات غير خاضعة لهذا النظام، وبالتالي تنحصر آثار التصرفات الواردة عليها فيما بين المتعاقدين ويكون من الصعوبة بمكان علم الغير بهذه التصرفات وما تتضمنه من قيود اتفاقية. لأنه في غياب نظام للإشهار العقاري، يتعين على من يرغب في التصرف في عقار غير محفظ الاطلاع على جميع التصرفات الواردة عليه قبل انتقالها إلى ملك المفوت، بخلاف العقارات المحفوظة التي يكفي فيها الاطلاع على السجلات العقارية للوقوف على الحقيقة القانونية للعقار المعني من حيث مالكة ومساحته ومشتلاته وكذا القيود الاتفاقية الواردة عليه.

³⁵² عبد المنعم فرج الصده، م.س، ص. 541.

³⁵³

Albert Cheron, op.cit. p.355

³⁵⁴ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 29 يونيو 1983 عن الغرفة المدنية الثالثة (طعن رقم 10038 - 82)، ومن حيثيات هذا القرار: "وحيث إن العقارات المثقلة بشرط مانع من التصرف تكون غير قابلة للرهن، لأنها تكون خارج دائرة التعامل بمفهوم المادة 2118 من القانون المدني، فإن الرهون المقيدة لفائدة الشركة الدائنة خلال فترة القيد تكون كأن لم تكن" Legifrance.gouv.fr ، تاريخ الاطلاع: 2011/05/23.

³⁵⁵ السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، م.س، ص. 519؛ أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع ص. 226؛ Albert Wagner, op.cit.p.349.

أما بالنسبة لموقف القضاء المغربي ، فيتبين من خلال القرارات التي تيسر الوصول إليها أن المجلس الأعلى³⁵⁶ يجعل آثار القيد الاتفاقي محصورة في دائرة المتعاقدين فقط، و لا يجوز لغير المستفيد من القيد التمسك به³⁵⁷ حتى ولو تم إشهاره بالسجلات المعدة لذلك كما يقضي بذلك القانون³⁵⁸. وتكريسا لهذا التوجه القضائي، حكمت المحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب في حكمها رقم 33 الصادر بتاريخ 1991/03/06 بإلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية بسيدي قاسم الصادر في 1990/02/22 برفض تقييد عقد بيع بعلة أن العقار المبيع مرهون ومثقل بقيد على حق التصرف، وتم تأييد هذا الحكم على مستوى الاستئناف و النقض³⁵⁹. فالقضاء المغربي يعتبر أن تفويت العقار المثقل بالقيد المانع من التصرف³⁶⁰ أو التصرف فيه عن طريق الكراء³⁶¹ تصرفا صحيحا وملزما للطرفين ما لم يتم التمسك بالقيد من طرف الشخص الذي تقرر لمصلحته.

³⁵⁷ قرار المجلس الأعلى عدد 527 الصادر في 1982/07/28، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 31 السنة الثامنة، مارس 1983؛ القرار رقم 3610 الصادر في 18 أكتوبر 1992 ملف مدني عدد 7325، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 47 بتاريخ 17 يوليوز 1995؛ الحكم عدد 5378 المؤرخ في 1995/10/24 ملف مدني عدد 90/4221، غير منشور؛ قرار المجلس الأعلى عدد 2087 المؤرخ في 2007/06/13، ملف مدني عدد 2006/3/1/1883، مقتطف من هذا القرار منشور عند عمر أزوكار في مؤلفه: التقييدات والتشطيبات في الرسم العقاري، منشورات دار القضاء بالمغرب، الطبعة الأولى 1436هـ- 2014م، ص.19.

إن القاعدة المشتركة بين هذه القرارات هي أن المستفيد من قطعة أرضية منحتها له الدولة لبناء مسكن عليها وفق شروط معينة ومنها السكن فيها لمدة معينة ومنع تفويتها خلال هذه المدة، إذا قام بتفويت هذه القطعة لفائدة الغير يكون ملزما بهذا التفويت وتترتب عليه جميع آثاره، ولا يحق له التمسك بالشرط لأنه لم يقرر لمصلحته بل تقرر لفائدة الدولة التي من حقها التدخل في الدعوى ولو أمام محكمة الدرجة الثانية والمطالبة بإبطال التفويت الذي جاء مخالفا لمقتضى الشرط.

³⁵⁸ تنص المادة 1214 من القانون المدني للكبيك على أن الشرط المانع من التصرف لا يحتج به في مواجهة الغير إلا إذا تم إشهاره بالسجل المعد لهذا الغرض، وهذا نص المادة:

la stipulation d'inaliénabilité ne peut être opposable aux tiers que si elle est publiée dans le registre approprié. Mise à jour le 1^{er} mars 2015, Ww2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca, consulté le 06/04/2015.

³⁵⁹ قرار المجلس الأعلى عدد 660 المؤرخ في 2005/03/02 ملف مدني عدد 2002-1-4248، غير منشور ينظر في الملاحق مع رسالة المحافظ العام موجهة إلى المحافظ على الأملاك العقارية بسيدي قاسم.

³⁶⁰ القرار عدد 527 الصادر بتاريخ 28 يوليو 1982، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 السنة الثامنة، مارس 1983؛ القرار عدد 2/9 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 7 يناير 2014، الملف المدني عدد 2013/2/1/1884، المجلة المغربية للفقه والقضاء، العدد الثاني شتاء 2016.

³⁶¹ مما جاء في القرار رقم 2005/1129 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2005/04/04 أنه: "إذا كان الطاعن- الدائن المرتهن- قد اتفق مع المدينة- المالكة الرهانة- على عدم كراء العقار المرهون فإن المكتري ليس طرفا في هذا الاتفاق

2) انصراف آثار القيد الاتفاقي إلى غير الدائنين

بعدما رأينا في الفقرات السابقة أن آثار القيود الاتفاقية تنصرف إلى المتعاقدين وخلفائهم وإلى دائني المدين بالقيد الاتفاقي؛ نتساءل الآن عما إذا كانت هذه القيود تسري في حق الموثقين والعدول والمحافظين على الأملاك العقارية بحكم وظيفتهم في تلقي العقود وتحريرها وإشهارها؟

بالنسبة للموثقين، يستفاد من المادة 37 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم هذه المهنة³⁶² أن الموثق ملزم بواجب إسداء النصح للأطراف وإطلاعهم على الأبعاد والآثار التي قد تترتب على العقود التي يتلقاها. وإذا كان العقد مقترنا بقيد اتفاقي، فالموثق يكون ملزماً بإطلاع أطراف العقد على مضامينه وآثاره، بدليل أن المادة 34 من القانون المذكور تمنع على الموثق إبرام عقود تنصب على أموال يعلم أنها غير قابلة للتفويت³⁶³.

أما دور الموثق في القانون المقارن، فلا يقتصر فقط على إخبار المفوت له بوجود القيد الاتفاقي، بل يتعداه إلى وجوب إقامة الدليل على قيامه بتنبيه المتعاقدين لمخاطر التعاقد على عقار مثقل بقيد اتفاقي وإطلاعهم على إمكانية تعرض هذا العقد للطعن بالإبطال³⁶⁴. وقد يتعرض الموثق للمساءلة في حالة قيامه بتحرير عقد ينصب على عقار مثقل بقيد اتفاقي دون اشتراط الموافقة المسبقة لمشتراط القيد³⁶⁵ أو رفعه.

وبالتالي لا يمكن أن يسري عليه. عمر أزوكار، العقار المحفظ بين قواعد الحجز التحفظي والإنذار العقاري- رصد لأكثر من 500 قرار لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع- الطبعة الأولى 1436-2014، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص.108.

³⁶² جاء في الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون رقم 32.09: "يجب على الموثق إسداء النصح للأطراف، كما يجب عليه أن يبين لهم ما يعلمه بخصوص موضوع عقودهم، وأن يوضح لهم الأبعاد والآثار التي قد تترتب عن العقود التي يتلقاها" الظهير الشريف رقم 1.11.179 المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الصادر بتنفيذ القانون رقم 32.09، ج.ر عدد 5998 المؤرخة في 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011).

³⁶³ تنص المادة 34 من القانون رقم 32.09: "يمنع على كل موثق: ... -

- أن يبرم عقوداً تنصب على أموال يعلم أنها غير قابلة للتفويت، أو أن تفويتها يتوقف على إجراءات غير مستوفاة؛..."
³⁶⁴ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 3 فبراير 1998، Legifrance.gouv.fr، تاريخ الاطلاع: 2011/05/23، القاعدة المستخلصة من هذا القرار: إن واجب الموثق في إسداء النصح والإرشاد لأطراف العقد، ينبغي أن يكون مثبتاً ويمكن استنتاجه من ظروف وحيثيات القضية ومن الوثائق المثبتة بأن الموثق قد قام بتنبيه وتحذير الزبون من مخاطر التعاقد على عقار محمل بشرط مانع من التصرف، ولا يقتصر فقط على تضمين هذا الشرط بالحرر الذي أنجزه.

³⁶⁵ قرار محكمة الاستئناف بباريس الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 2009/10/14، <http://www.jurisprudents.net>، تاريخ الاطلاع: 2010/05/04. القاعدة المستخلصة من هذا القرار هي أن الموثق يكون مسؤولاً مسؤولية مهنية تجاه أطراف العقد الذي تلقاه و يتعلق بوصية حق الانتفاع تنصب على عقار محمل بشرط مانع من التصرف، دون اشتراط الموافقة المسبقة لمشتراط القيد.

بالنسبة للعدول لم يفرض القانون رقم 16-03 المتعلق بخطة العدالة³⁶⁶ على هؤلاء وبشكل صريح واجب إسداء النصح والإرشاد لأطراف المعاملة، بل يستشف ضمناً من خلال الالتزامات الملقاة على عاتقهم عند تلقي الشهادة وتحريرها من حيث شكلها ومضمونها. ومن أهم هذه الالتزامات وجوب بيان الهوية الكاملة للمتصرف وحقه في التصرف في الشيء المعقود عليه³⁶⁷. وهذا يفرض على العدلين واجب فحص سندات ملكية المتصرف للتأكد مما إذا كانت هذه الملكية مطلقة أم مقيدة بقيود اتفاقية تحد من حرية المالك في التصرف³⁶⁸. وهذا يدخل في باب تقديم النصح والإرشاد للمتعاقدين، والتي تعتبر في رأي أحد الباحثين وعن صواب من الالتزامات التي تفرضها طبيعة مهنة التوثيق وأعرافها³⁶⁹، رغم عدم النص على ذلك صراحة في القانون.

أما بالنسبة للمحافظين على الأملاك العقارية، فيتعين عليهم مراعاة القيود الاتفاقية متى تم إشهارها بالسجلات العقارية³⁷⁰، وذلك استناداً إلى نصوص ق ت ع وخاصة الفصل 74 منه³⁷¹، و عملاً بالدوريات الصادرة عن المحافظ العام منها الدورية رقم 318 بتاريخ 1992/09/25 والتي تحت المحافظين على احترام مضامين العقود المقيدة بالسجلات العقارية³⁷²، وكذا الدورية عدد 378 بتاريخ 24 نوفمبر 2009³⁷³.

³⁶⁶ القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.56 صادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، ج.ر عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006)، ص.556. تجدر الإشارة إلى أن المادة من القانون المذكور نسخت جميع المقتضيات المخالفة ولا سيما القانون رقم 11.81 القاضي بتنظيم خطة العدالة وتلقي الشهادة وتحريرها، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.332 بتاريخ 11 من رجب 1402 (6 ماي 1982) المغير بالقانون رقم 04.93 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.111 بتاريخ 27 من محرم 1416 (26 يونيو 1995).

³⁶⁷ تنص المادة 31 من القانون رقم 16.03 على مايلي: "يتعين أن تشمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه في التصرف في المشهود فيه، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف. يتعين أن تشمل الشهادة أيضاً على تعيين المشهود فيه تعييناً كافياً"³⁶⁸ وهذا ما نصت عليه بوضوح المادة 32 من خطة العدالة عندما حظرت على العدول تلقي الشهادة التي يكون موضوعها خارجاً عن دائرة التعامل بشكل عام، سواء كان ذلك ناتجاً عن قيود اتفاقية أم قيود قانونية.

³⁶⁹ محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم، مكتبة المعرفة، الطبعة الأولى، أكتوبر 2008، ص.183.
³⁷⁰ ينص الفصل 75 من ظهير التحفيظ العقاري كما وقع تغييره وتتميمه على ما يلي: "ينجز كل تقييد بالرسم العقاري ببيانات موجزة وبؤرخ هذا التقييد ويوقع من طرف المحافظ على الأملاك العقارية تحت طائلة البطلان".

³⁷¹ ينص الفصل 74 من ق ت ع على أنه: "يجب على المحافظ على الأملاك العقارية أن يتحقق من أن التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات هذا القانون وأن الوثائق المدلى بها تجيز التقييد."

³⁷² تنظر الدورية ضمن ملاحق هذا البحث، يلاحظ من خلال قراءة هذه الدورية أن المحافظ العام يحث المحافظين على الأملاك العقارية على التقيد باتفاقات الأطراف وخاصة منها شرط منع التفويت الوارد في عقد الرهن، ورغم سلامة التوجه الذي تبنته الدورية فإن ما قد يؤخذ عليها هو اقتصرها على عقود الرهن دون باقي التصرفات الأخرى التي قد تتضمن هي الأخرى منع التفويت ويجب على المحافظ التقيد بها واحترامها لأنها بمثابة قانون للأطراف المتعاقدة.

ورغم سلامة هذه الممارسة، فقد يضطر المحافظ أحيانا إلى هجرها تطبيقا لأحكام قضائية تلزمه بتقييد التصرف ولو كان مخالفا لمقتضى قيد اتفاقي مضمن بالرسم العقاري. ومن الأمثلة على ذلك قيام المحافظ على الأملاك العقارية بسيدي قاسم بتقييد عقد بيع عقار محفظ بالرسم العقاري المعني بناء على حكم قضائي يقضي بذلك رغم أن بيانات هذا الرسم العقاري تنص صراحة على الشرط المانع من التصرف، وذلك تطبيقا لتعليمات المحافظ العام في هذا الباب³⁷⁴. ورغم ذلك، فإن تقييد التصرف المخالف لمقتضى القيد الاتفاقي ولو قضاء لا يمنع مشروط القيد من المطالبة بإبطاله والتشطيب عليه.

المطلب الثاني: خصوصية الجزاء المترتب على مخالفة القيود الاتفاقية

إن المآل الطبيعي للقيود الاتفاقية هو التنفيذ العيني للالتزامات الناتجة عنها قصد تحقيق غايات وأهداف مشروط هذه القيود سواء كانت مادية أو معنوية. أما الفسخ فيؤدي إلى إنهاء العقد وتحلل المتعاقدين من التزاماتهما التعاقدية ومن ضمنها القيود الاتفاقية. وهذا الجزاء لا يخدم الغاية المقصودة من وراء اشتراط القيود الاتفاقية وهي في آخر المطاف الإبقاء على الملكية العقارية في يد المتصرف إليه مع التزامه بالقيد.

الفقرة الأولى: الفسخ إهدار للتصرف الأصلي من أساسه

يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه من بنود وشروط عملا بقاعدتي العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة له. ولما كانت القيود الاتفاقية بنودا مضافة للالتزام الأصلي يسري مفعولها على آثار التصرف وأحكامه³⁷⁵، فإن المآل الطبيعي لهذه القيود هو التنفيذ العيني من طرف المدين وفقا لمبادئ حسن النية، وهذا هو الأصل في كل الالتزامات ولا يمكن الخروج عنه إلا في حالات محددة منها أن يصبح التنفيذ العيني للقيد مستحيلا بفعل المشروط عليه نفسه، ويصار إلى التنفيذ عن طريق التعويض³⁷⁶ أو التنفيذ

³⁷³ تنص الدورية عدد 378 في فقرتها ما قبل الأخيرة على ما يلي: "هذا وألفت انتباهكم إلى أن منع التقويت أو الرهن أو الكراء الذي تنص عليه العقود المتضمنة لرهن رسمية مقيدة أو مودعة برسوم عقارية أو مطالب تحفيظ يشكل دائما مانعا من تقييد أو إيداع التصرفات المذكورة لا بسبب وجود الرهن الرسمي بل تطبيقا للشروط المقترنة به"

³⁷⁴ يراجع قرار المجلس الأعلى عدد 660 المؤرخ في 2005/03/02، ورسالة المحافظ العام المؤرخة في 2005/08/30 الموجهة إلى المحافظ على الأملاك العقارية بسيدي قاسم تحته على التقيد بمنطوق الحكم القضائي، أنظرها ضمن الملاحق.

³⁷⁵ حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى 1430هـ - 2009م،

ص. 67

³⁷⁶ إبراهيم مجاهد يوسف، م.س، ص. 363.

بمقابل كبديل أفضل من نظام الفسخ³⁷⁷. ويجوز الاستعاضة عن التنفيذ العيني للقيد الاتفاقي بدفع تعويض نقدي، إذا كان التنفيذ العيني ممكنا ولكن فيه إرهاق للمدين، شريطة ألا يؤدي العدول عن التنفيذ العيني إلى إلحاق ضرر جسيم بالدائن. كما يجوز للطرفين العدول عن ذلك إلى التنفيذ عن طريق التعويض شريطة تحقق رضاهما معا. أما إذا أصبح التنفيذ العيني للقيد الاتفاقي غير ممكن، يجوز لمشرطه المطالبة بفسخ العقد³⁷⁸. ومن المعلوم أن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد بأثر رجعي³⁷⁹، مما يترتب عليه إعادة المتعاقدين والمعقود عليه إلى الوضعية السابقة للعقد³⁸⁰.

ولما كانت الأحكام السابقة تسري على العقود الملزمة للجانبين، فإن الجزاء المترتب على مخالفة القيود الاتفاقية في عقود التبرع يختلف بحسب الحالات. فقد يكون فسخ التفويت المنجز لفائدة المتبرع له، أو يكون فقط بطلان التصرف المبرم خلافا لمقتضى الشرط المانع من التصرف. ويعود للمحكمة الاختيار بين هذين الجزأين استنادا إلى نية المتبرع، وفي حالة الشك يجب الاقتصار على دعوى بطلان التصرف الذي غالبا ما تحقق رغبة المتصرف مشروط القيد³⁸¹. فإذا كان شرط عدم التصرف في العقار الموهوب غير مشروع، وكان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التبرع، بطل الشرط وبطلت معه الهبة³⁸². أما إذا كان الشرط صحيحا، وجب على المدين الإلتزام بتنفيذه كاملا، وإلا جاز له الرجوع في هبته واسترداد العقار اتفاقا أو قضاء³⁸³ شريطة تضمين شرط الرجوع أو ما يسمى بالاعتصار في عقد الهبة³⁸⁴، وعدم وجود مانع من موانع الاعتصار.

³⁷⁷ أما إذا كان عدم الوفاء بالقيد الاتفاقي ناتج عن سبب أجنبي عن المدين وخارج عن إرادته كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو تماطل الدائن وتأخيريه في السعي إلى التنفيذ العيني، فلا مجال لإعمال التنفيذ عن طريق التعويض إذ لا تكليف بمستحيل. ينص الفصل 268 من ق ل ع: "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 مطل الدائن"

³⁷⁸ مصطفى العوجي، م.س، ص. 560؛ ينص الفصل 259 من ق ل ع على ما يلي: "إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكنا. فإن لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد. وله الحق في التعويض في الحالتين...."

³⁷⁹ عبد المنعم فرج الصده، م.س، ص. 575؛ وليد صلاح مرسي رمضان، م.س، ص. 407.

³⁸⁰ السنهوري، م.س، ص. 803؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، م.س، ص. 278.

³⁸¹ Albert Cheron, la jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, op.cit. p.361

³⁸² السنهوري، الوسيط، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الجزء الخامس، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة جديدة، 2009، ص. 138-139؛ إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 1416هـ 1996م، ص. 579.

³⁸³ إدريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص. 694.

³⁸⁴ ورد في المادة 284 من م ح ع: "لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التتصيص عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له".

خلاصة القول أن النظام القانوني للفسخ لا ينسجم مع مقاصد القيود الاتفاقية، بل يجب ترك الخيار لمشتراط القيد بين المطالبة بإبطال التصرف المخالف لمقتضى القيد أو إجازته.

الفقرة الثانية: قابلية إبطال التصرف المخالف للقيد الاتفاقي في خدمة النظرة التوفيقية

يعتبر التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي أو البطلان والإبطال على جانب كبير من الأهمية التشريعية والعملية، لقدرتة على استيعاب مختلف حالات التعاقد وتلبية الحاجات المتنوعة للمتعاقدين³⁸⁵.

يترتب على البطلان انعدام العقد في نظر القانون واعتباره كأن لم يكن. ويتحقق بطلان العقد في القانون المغربي في حالتين هما: إذا تخلف ركن من أركان العقد وهي التراضي والمحل والسبب³⁸⁶ وركن الشكلية بالنسبة للعقود الشكلية³⁸⁷، وإذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه³⁸⁸. وينص الفصل 310 من ق ل ع على أن العقد الباطل بقوة القانون غير قابل للإجازة ولا للتصديق عليه. ويقرر البطلان في الحالات المذكورة لحماية المصلحة العامة ويمكن إثارته من كل ذي مصلحة وللمحكمة أيضا أن تثيره من تلقاء نفسها³⁸⁹، عكس البطلان النسبي المقرر لحماية مصالح خاصة أو مصالح المتعاقدين³⁹⁰. فالجزاء المترتب على عدم صحة العقد يدور بين البطلان والإبطال، لكن ماهو الجزاء الواجب توقيعه في حالة مخالفة القيود الاتفاقية؟

من المؤكد أن نظام البطلان المطلق لا يصلح كجزاء يوقع في حالة مخالفة القيد الاتفاقي، لأنه يشكل خطورة على مبدأ استقرار المعاملات³⁹¹ ولا يتوافق مع فلسفة القيود الاتفاقية كما سبق القول. أما البطلان النسبي، فإن نجاعته كجزاء في مادة القيود الاتفاقية تبقى محدودة بالنظر إلى نسبية آثار الإبطال في التشريع

³⁸⁵ السنهاوري، الوسيط، نظرية الالتزام، المجلد الأول، م.س، ص.539

³⁸⁶ السنهاوري، الوسيط، م.س، ص.540؛ عبد المنعم فرج الصده، م.س، ص.387

³⁸⁷ عبد المنعم فرج الصده، م.س، ص.387؛ مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزام، م.س، ص.48-49؛ أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المغربي والفقهاء الإسلامي والقانون المقارن، م.س، ص.205؛ يلاحظ أن شكلية إبرام التصرفات القانونية الواردة على الملكية العقارية بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يحرمه محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، أصبحت شرطا أساسيا في إبرام هذه التصرفات الرامية إلى تقوية الملكية العقارية أو إنشاء حقوق عينية عليها أو تعديلها أو إسقاطها، وذلك تحت طائلة بطلان التصرف. تراجع المادة الرابعة من م ح ع كما تم تميمها بموجب القانون رقم 69.16، ج.ر عدد 6604 بتاريخ 23 ذو الحجة 1438 (14 سبتمبر 2017) ص.5068.

³⁸⁸ ينص الفصل 306 من ق ل ع على: "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له.

ويتحقق بطلان الالتزام أو العقد في حالتين:

- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه؛

- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه..."

³⁸⁹ السنهاوري، م.س، ص.541؛ عبد المنعم فرج الصده، م.س، ص.389

³⁹⁰ Frères Mazeaud, op.cit, p.297

³⁹¹ أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود، م.س، ص.5

المغربي والتي تقتصر على أطراف العقد³⁹² وورثتهم³⁹³. ورغم ذلك، لا يجوز للشخص الملزم بالقيود الاتفاقية الاحتجاج به للتوصل من التزاماته تجاه المقوت إليه³⁹⁴ ولا تسمع منه³⁹⁵ ولا من ورثته³⁹⁶ دعوى إبطال تصرفه المخالف لمقتضى القيد. وهذا توجه منطقي للقضاء المغربي لأنه عامل المدين بالقيود الاتفاقية بنقيض قصده. لكنه ارتأى في نازلة أخرى عدم سماع دعوى مشترط القيد الاتفاقية الرامية إلى إبطال تصرف الشركة الملزمة بالقيود الاتفاقية عن طريق الكراء لفائدة الغير، بدعوى أن المكثري ليس طرفاً في العقد الذي تضمن الشرط المانع من التصرف، ويبقى لمشتراط القيد مطالبة المشتراط عليه بالتعويض³⁹⁷.

³⁹² ينص الفصل 311 من ق ل ع على: "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في الفصول 4 و 39 و 55 و 56 من هذا الظهير... و لا يكون لهذا التقادم محل إلا بين من كانوا أطرافاً في العقد". ويقول الفصل 314 من نفس القانون: "تتقضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد".
³⁹³ جاء في الفصل 313 من ق ل ع: "تنتقل دعوى الإبطال إلى الورثة فيما بقي لمورثهم من مدتها. مع مراعاة الأحكام المتعلقة بانقطاع التقادم أو بوقفه".

³⁹⁴ ذهب المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1982/07/28 إلى أن البطلان الناتج عن مخالفة الشرط المانع من التصرف الوارد في عقد تقويت قطعة أرضية من طرف الدولة لفائدة المستفيد لبناء مسكن عليها، هو بطلان نسبي لا يستفيد منه إلا الطرف البائع فقط، القرار عدد 527، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 31، مارس 1983. ففي القرار الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 1992، ذهب المجلس الأعلى إلى أن المستفيد من القطعة الأرضية التي منحتها له الدولة لبناء مسكن عليها وفق شروط معينة، والذي قام بتقويتها للغير يجعل الدولة البائعة محقة في طلب إبطال البيع لكونه جاء مخالفاً للقيود الاتفاقية، القرار عدد 3610 ملف مدني عدد 7325، قضاء المجلس الأعلى عدد 47، السنة 17 يوليوز 1995.

³⁹⁵ قرار عدد 2087 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2007/06/13 ملف مدني عدد 2006/3/1/1883، غير منشور. أورد بعض مقتطفاته عمر أزوكار، التقييدات والتشطيبات في الرسم العقاري في ضوء نوازل قضاء محكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة النجاح =

= الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1436-2014، ص.19؛ قرار عدد 308 صادر عن نفس الهيئة القضائية بتاريخ 2008/01/23 ملف مدني عدد 2006/2/11299، غير منشور. أورد عمر أزوكار، م.س، هامش رقم 2 ص.19 وص.20.

³⁹⁶ القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 1985/12/18 ملف عدد 84/1307، منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد 8، أبريل 1991، ص.181، ومن حيثيات هذا القرار نقرأ الآتي: "... حيث إنه فيما يتعلق بعدم إمكان تقويت القطعة موضوع هذا البيع فإن الدولة وحدها هي التي لها الحق في المطالبة بتطبيق هذا الجزاء لكون البطلان الناتج عن عدم احترام مورث الطاعنين عدم قابلية الأرض للتقويت إلا بعد مرور مدة معينة هو بطلان نسبي لا غير"

³⁹⁷ قرار رقم 2005/1129 صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2005/04/04 رقمه بمحكمة الاستئناف، أورد مقتطفات منه عمر أزوكار، العقار المحفظ بين قواعد الحجز التحفظي والإنذار العقاري، رصد لأكثر من 500 قرار لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1436-2014، ص.108.

أما على مستوى القانون الفرنسي، فلم يتعرض المشرع لنوع الجزاء المترتب على مخالفة القيد الاتفاقي³⁹⁸، بخلاف الفقه³⁹⁹ والقضاء⁴⁰⁰ اللذان قررا أن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف يمكن إبطاله من طرف من تقرر الشرط لمصلحته. وفيما يتعلق بالقانون المصري، فقد جاء في المادة 823 من القانون المدني أن كل تصرف مخالف للشرط المانع من التصرف يقع باطلا. ويذهب أكثر شراح القانون المدني إلى أن أحكام البطلان المطلق لا تستقيم مع الغرض من شرط المنع من التصرف وهو حماية مصلحة خاصة، و لصاحب هذه المصلحة فقط الحق في التمسك بالبطلان⁴⁰¹. وهذا ما أقره القانون المدني الكويتي الذي خير صراحة مشروط القيد بين إبطال التصرف المخالف أو إقراره⁴⁰². ويعتبر أغلب الفقه أن هذا النوع من البطلان يكتسي طابعا خاصا يخرج به عن نطاق القواعد العامة⁴⁰³. ويبقى للقضاء الكلمة الفصل لما له من دور رقابي وتوجيهي في تفعيل القيود الاتفاقية. وهذا ما سنفصل فيه الكلام في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية بين الدور الرقابي والدور التوجيهي للقضاء

مهما كانت القواعد القانونية المنظمة للقيود الاتفاقية شاملة وجامعة؛ لا بد من تدخل القضاء لفض المنازعات الناشئة عن أعمال هذه القيود في المعاملات العقارية. لأن القضاء يعتبر ضرورة متممة لضرورة

398

François Terré et Philippe Simler, op.cit, p.132

399 السنهاوري، الوسيط، الملكية الجزء 8 ص.520 و 521؛ أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها، م.س، ص.239؛

Gabriel Marty, Pierre Raynaud, op. cit. p.75

400 القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 20 أبريل 1858، الذي سبق ذكره.

401 أنور العمروسي، م.س ص.247؛ مصطفى محمد الجمل، نظام الملكية، م.س، ص.384 و 385؛

François Terré et Philippe Simler, op.cit. p.131

402 تنص المادة 817 من القانون المدني الكويتي على ما يلي: "إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا، وتصرف المشروع

عليه بما يخالف الشرط، جاز لكل من المشتري ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف.

=

= ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشتري وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير"، م.س

403 مصطفى محمد الجمل، م.س، ص.385؛ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، م.س، ص.65؛ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية

الأصلية، م.س، ص.53؛ إبراهيم مجاهد يوسف، م.س، ص.405؛ Gabriel Marty, Pierre Raynaud, op. cit. p.75

القانون⁴⁰⁴، فهو الذي يبين الحقوق وأسبابها ويوصل الحقوق لأربابها، وبه يعلم ما يجوز من القيود الاتفاقية في المعاملات العقارية وما لا يجوز⁴⁰⁵.

لأن إعمال القيود الاتفاقية لا يخلو من صعوبات قد ينتج عنها أحيانا انحراف في استعمالها بسبب تعارض المصالح الخاصة وسعي كل طرف من المتعاقدين إلى تغليب مصلحته على حساب مصلحة الطرف الآخر. لهذا يكون دور القضاء ضروريا لمراقبة الممارسة التعاقدية في هذا الباب من خلال تقدير المصالح المطروحة عليه والموازنة فيما بينها في ضوء الظروف الواقعية لأطراف العقد للوصول في آخر المطاف إلى تحقيق نوع من التوفيق بين حرية المالك في ملكه ومبدأ تداول الأموال.

فضلا عن الدور التحكيمي للقضاء تنفيذا لمهمته التقليدية في حماية الحقوق والحريات، فإن دوره في إعمال القيود الاتفاقية قد لا ينحصر في الرقابة على تطبيق أحكام القانون بل قد يقوم بدور توجيهي خاصة إذا كانت الأحكام المنظمة للقيود تتسم بما يكفي بالمرونة، مما يجعل دور القضاء أكثر فعالية ونجاعة من خلال مراقبة مدى جدية ومشروعية المصلحة المراد حمايتها بالقيود الاتفاقية ومدى معقولية مدته (المبحث الأول) والترخيص للمالك بالتصرف في ملكه رغم وجود القيد الاتفاقية متى زالت الأسباب التي دعت إلى إقراره أو ظهرت مصالح أخرى اقتضت وقف العمل بالاستثناء والرجوع إلى الأصل (المبحث الثاني).

المبحث الأول: السلطة التقديرية للقضاء في خدمة النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية

مهما حرص المشرع على استحضار عنصر التوقع عند صياغة القاعدة القانونية، فإن تنبؤاته لا تستطيع تغطية ما سيقع من حوادث في المستقبل. لأن المصالح الداعية إلى تقرير القيود الاتفاقية غير ثابتة ولا تدوم على حال نظرا لارتباطها بالظروف الاجتماعية والاقتصادية داخل المجتمع وهي بطبيعتها متغيرة باستمرار⁴⁰⁶. ولهذا يكون دور القضاء ضروريا لتفعيل القاعدة القانونية على أرض الواقع من خلال تأويلها وفقا لظروف

⁴⁰⁴ إدريس العلوي العبدلاوي، الوسيط في شرح المسطرة المدنية، ج.1، مطبعة النجاح الجديدة، ط.1، 1418-1998، ص.5.

⁴⁰⁵ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن الإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن فرحون البعمرى المالكي، "تبصرة الحكام في أصول

الأفضية ومناهج الأحكام"، دار الكتب العلمية- بيروت، ط. 2، 2007م-1428هـ، ص.3.

⁴⁰⁶ يقول ابن رشد الحفيد في معرض حديثه عن أخذ الجمهور بالقياس كطريق للوقوف عما سكت عنه الشرع من أحكام إن الوقائع بين أشخاص الأناسي غير متناهية، والنصوص والأفعال والإقرارات متناهية، ومحال أن يقابل ما لا يتناهي بما يتناهي... بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الكتب العلمية- بيروت، مج.1، د.ت، ط.3.

وملابسات كل قضية على حدة. ولا يتأتى ذلك إلا بمنح قضاء الموضوع سلطة تقديرية واسعة في مراقبة مدى مشروعية المصلحة المراد حمايتها بالقيود الاتفاقية (المطلب الأول) وتقييم مدى معقولية مدة القيد الاتفاقية في إطار الظروف الواقعية المحيطة بالقيود وفي ضوء القواعد العامة للقانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور القضاء في الموازنة بين مشروعية المصلحة المراد حمايتها وضرورة القيد الاتفاقية

لا تختلف نصوص القانون الوطني⁴⁰⁷ والأجنبي⁴⁰⁸ على أن القيود الاتفاقية لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة ومبررة بمصلحة جدية ومشروعة. ولما كانت شروط صحة هذه القيود قد جاءت عامة وشاملة، فإن هذه العمومية والمرونة في الصياغة القانونية لم تأت عبثاً، بل تحمل في طياتها خلفية فكرية تتوخى استيعاب مختلف المصالح المراد تحقيقها عبر القيود الاتفاقية، وهي بطبيعتها متغيرة وغير ثابتة. وفي إطار هذه السياسة التشريعية، تنطلق السلطة التقديرية للقضاء عند البت في النزاعات الناشئة عن القيود الاتفاقية من خلال الموازنة بين المصالح المتقابلة لتحقيق المصالح المرجوة من هذا النظام القانوني مع مراعاة غايات وفلسفة المشرع.

الفقرة الأولى: دور القضاء الوطني

رغم ندرة العمل القضائي المغربي المتوفر في مجال القيود الاتفاقية، فإن ما يمكن استخلاصه هو مراعاة الأحكام الصادرة عن هذا القضاء للقوة الملزمة للقيود الاتفاقية المدرج في العقد. وهكذا ذهبت محكمة الاستئناف بالرباط في أحد قراراتها⁴⁰⁹ إلى رفض طلب المشتري الرامي إلى إلغاء الشرط المانع من التصرف الوارد في العقد الذي بمقتضاه اشترى من الشركة البائعة له شقة خاضعة لقانون الملكية المشتركة. وقد استندت المحكمة في

⁴⁰⁷ استعمل القانون المغربي مصطلح المصلحة المشروعة في الصيغة الأولى لمشروع القانون المتعلق بمدونة الحقوق العينية، حيث جاء في المادة 30 منه: "... ومع ذلك يكون الشرط المانع من التصرف صحيحاً إذا كان الغرض منه حماية مصلحة مشروعة للمفوت أو المفوت إليه أو الغير...؛ كما استعمل في مدونة الأسرة مصطلح المصلحة فقط دون زيادة حيث ورد في المادة 285 منها: "يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحاً، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفاً للمقاصد الشرعية".

⁴⁰⁸ استعمل المشرع الفرنسي عبارة المصلحة الجدية والمشروعة في المادة 900-1 التي جاء فيها:

"Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. ..."

واستعمل القانون المدني المصري عبارة الباعث المشروع، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 823 منه: "(1) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. ..."
⁴⁰⁹ قرار رقم 107 بتاريخ 20/09/2007 منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، الجزء الثاني، الإصدار الثاني، الطبعة الأولى أبريل 2010، ص. 243.

قرارها هذا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تخول لمشتري القيد الاتفاقي حق التمسك به في مواجهة المشتري طالما أن هذا القيد غير مخالف للقانون.

ولم تتح للمحكمة فرصة مناقشة طبيعة المصلحة التي سعت الشركة البائعة إلى تحقيقها من وراء اشتراط القيد المانع من التصرف في عقد البيع، لأن المحكمة كما هو مقرر قانونا ملزمة بالبت في حدود طلبات الأطراف وفق القوانين واجبة التطبيق على النازلة⁴¹⁰. ورغم ذلك يستشف ضمنا من حيثية قرارها التي جاء فيها: "إن من حق الشركة البائعة التمسك بالشروط المانع من التصرف لعدم مخالفته للقانون"، أن هذا الشرط صحيح لأنه غير مخالف للقانون كما تقول المحكمة وتكون المصلحة التي أملت هي أيضا صحيحة بالتبعية. وترتبط هذه المصلحة بالدور الذي تلعبه الشركة البائعة على مستوى السياسة العامة للدولة في مجال التعمير والإسكان⁴¹¹ وتحقيق الرعاية السكنية للمستحقين وخاصة ذوي الدخل المحدودة وغير القارة. ومن هنا فالمصلحة التي أملت اشتراط المانع من التصرف هي مصلحة مشروعة تتمثل في اقتطاع مبالغ مالية هامة من المالية العامة و ضخها في ميزانية الشركة المعنية في سبيل إنجاح هذا المشروع الاجتماعي ومن تم المساهمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وقد تكون المصلحة المراد حمايتها بالقيد الاتفاقي هي اتفاق الملاكين المشتركين على قيد تخصيص الأجزاء المفزة للعقار المشترك للسكنى فقط وإدراجه في النظام الأساسي للملكية المشتركة، وذلك لتوفير شروط الراحة والسكنة للعيش داخل العقار المشترك⁴¹². لهذا اعتبرت المحكمة الابتدائية بالرباط في أحد أحكامها أن قيام

⁴¹⁰ ينص الفصل الثالث من ق م م على ما يلي: "يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائيا موضوع أو سبب هذه الطلبات وتبت دائما طبقا للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

⁴¹¹ يتعلق الأمر بشركة سلا الجديدة وهي تتوب عن جماعة حصين التي تقع في ضواحي مدينة سلا، ويتمثل دور هذه الشركة في تجهيز مدينة سلا الجديدة التي أقيمت على قطعة أرضية تقدر مساحتها ب 179 هكتارا، وهي هبة ملكية قدمها الملك الراحل الحسن الثاني للمساهمة في توفير السكن اللائق لسكان مدينتي الرباط وسلا، أنظر لطيفة بحوص، إشكالية الاستثمار العقاري بين متطلبات القانون ورهانات التنمية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 72، مطبعة دار النشر المغربية، ط.1، 2007، ص.116 و117. وقد منح المشرع للشركة المذكورة تحفيزات ضريبية مهمة للقيام بهذا الدور، ومنها إعفاؤها من رسوم التسجيل والتمبر، ورسوم التقييد بالمحافظة العقارية، والضريبة المهنية، والضريبة على القيمة المضافة، أنظر الفقرة 24 من المادة 6 من الظهير الشريف رقم 1.07.195 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 47.06 المتعلق بجبايات الجماعات المحلية، ج.ر عدد 5583 وتاريخ 22 ذو القعدة 1428(2007/12/03).

⁴¹² لما كان قانون الملكية المشتركة الوطني والأجنبي يراعي المصلحة الجماعية لملاك العقار ويوفر لها حماية بقواعد قانونية آمرة من جملتها إجبارية وضع نظام للملكية المشتركة، أحمد عبد العال أبو قرين، م.س، ص.292 و293؛ يكون من باب أولى رعاية هذه المصلحة من المعنيين بالأمر مباشرة عن طريق إدراج قيود اتفاقية في النظام الأساسي للملكية المشتركة من جملتها قيد التخصيص.

مالكة شقة تابعة للعقار المشترك بتأجيرها لشركة تجارية تخصصها لأنشطتها التجارية، يعد خرقاً لمبدأ التخصيص ويلحق ضرراً بباقي الملاك المشتركين مما يستوجب الحكم لهم بتعويض مادي لجبر هذا الضرر⁴¹³. إلا أن المحكمة لأن لم تبين في حكمها طبيعة الضرر الذي لحق الملاك المشتركين وحجم تأثيره على العيش المشترك داخل العقار، فإنها لما رفضت إبطال الشرط المتعلق بتخصيص العقار، تكون قد اعتبرت هذه القيود صحيحة وأن المصلحة المراد حمايتها هي أيضاً صحيحة.

أما بالنسبة للمجلس الأعلى، فقد سار على نفس منوال قضاء الموضوع بحيث أقر⁴¹⁴ بصحة القيود الاتفاقية التي اشترطتها الدولة على المستفيدين من القطع الأرضية المفوتة لهم وفق شروط خاصة من أهمها تخصيصها لبناء منازل والسكن فيها لمدة معينة ومنع تفويتها خلال هذه المدة⁴¹⁵. واستخلصت محكمة القانون أن الدولة لما التجأت إلى توظيف تقنية القيود الاتفاقية في عقود التفويت، فإنها سعت إلى ضمان تحقيق مصلحة جديدة ومشروعة تتمثل في تملك هذه القطع لمستحقي إعانة الدولة ورعايتها، وهي مصلحة اجتماعية واقتصادية تستحق الحماية.

الفقرة الثانية: دور القضاء المقارن

لقد استقر القضاء الفرنسي على أن المصلحة المشروعة من إقرار الشرط المانع من التصرف قد تكون مادية أو معنوية⁴¹⁶، مثل حماية الأسرة إذا كان الغرض من القيد هو حماية المتصرف إليه لصغر سنه وانعدام تجربته والاحتفاظ بالمال المفوت داخل الأسرة⁴¹⁷، كما قد تكون مصلحة مادية محضة للمتصرف الذي

⁴¹³ الحكم رقم 127 الصادر بتاريخ 2009/09/30 ملف عدد 15/08/168، أورده خليل الزعيم، الرسالة السابقة.

⁴¹⁴ القرار عدد 527 الصادر بتاريخ 28 يوليو 1982، قضاء المجلس الأعلى عدد 31، السنة الثامنة، مارس 1983؛ القرار عدد 3610 الصادر في 18 أكتوبر 1992، قضاء المجلس الأعلى عدد 47، 17 يوليو 1995.

⁴¹⁵ مع الإشارة إلى أن هذه البقعة تقع داخل تجزئات أقامتها الدولة فوق أراضي مملوكة لها تنفيذا لسياستها الرامية إلى التدخل في قطاع السكن عن طريق تقديم الدعم المالي وتوفير الرصيد العقاري للمساهمة في التخفيف من أزمة السكن، أنظر مثلاً الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.72.531 بتاريخ 3 ذي الحجة 1392 (8 يناير 1973) يتعلق بتدخل الدولة والإعانة التي تقدمها لاشتراء الأراضي المعدة للسكنى الاقتصادية وتجهيزها، ج.ر عدد 3143 وتاريخ 19 ذي الحجة (24 يناير 1973)، ص.210؛ والمرسوم رقم 2.72.746 بتاريخ 6 ذي الحجة 1392 (11 يناير 1973) تحدد بموجبه كيفية تطبيق الظهير الشريف رقم 1.72.531 بتاريخ 3 ذي الحجة 1392 (8 يناير 1973) يتعلق بتدخل الدولة والإعانة التي تقدمها لاشتراء الأراضي المعدة للسكنى الاقتصادية وتجهيزها، ج.ر عدد 3143 بتاريخ 19 ذي الحجة 1392 (24 يناير 1973)، ص.247.

⁴¹⁶ وقد استنبطت هذه القاعدة بعض شراح القانون المدني الفرنسي من مجموع الأحكام الصادرة عن قضاء محاكم الموضوع ومحكمة النقض، يراجع هذا الرأي عند:

François Terré et Philippe Simler, op.cit.p.130.

⁴¹⁷ قرار محكمة النقض الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 1964/03/17 منشور بالموقع التالي:

<http://www.légifrance.gouv.fr> Consulté le 05/09/2010

يشترط على المتصرف إليه أن يصرف له ربع سنوي مع منعه من التصرف في المال المعطى له على سبيل التبرع⁴¹⁸، أو عندما يشترط المتصرف على المتصرف إليه منع التصرف في العقارات التي آلت إليه لضمان حقه في الاستعمال والسكنى الذي احتفظ به على هذه العقارات طيلة حياته⁴¹⁹. ويجوز أيضا أن يكون الباعث على قيد التخصيص هو المصلحة الجماعية لمالكي الأجزاء المفروزة التابعة لعقار خاضع لنظام الملكية المشتركة⁴²⁰. وأخيرا يمكن أن تكون المصلحة المقصودة بالحماية ذات صبغة عامة كما هو الشأن بالنسبة لمحكمة التمييز الكويتية التي ذهبت في أحد أحكامها⁴²¹ إلى أن المصلحة المراد حمايتها من وراء إدراج الشرط المانع من التصرف في عقد الرهن، المبرم بين بنك التسليف والادخار⁴²² وبين المقترض، هي مصلحة اجتماعية بامتياز. لأن القروض التي يقدمها بنك التسليف والادخار بدون فوائد قد اقتطعت من ميزانية الدولة وخصصت لتحقيق الرعاية السكنية للأسر المستحقة⁴²³. ولهذا تكون هذه المصلحة الاجتماعية جديرة بالاعتبار، ومن ثم يجوز للبنك أن يضع من القيود الاتفاقية ما يراه محققا لهذه الغاية مثل تقييد حق المالك الراهن في تأجير العقار المرهون والتصرف فيه دون الموافقة المسبقة للدائن المرتهن⁴²⁴.

⁴¹⁸ قرار محكمة النقض رقم 75-10306 صادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 1976/10/05 منشور بالموقع التالي:

<http://www.légifrance.gouv.fr> Consulté le 05/09/2010

⁴¹⁹ قرار محكمة النقض رقم 16773-87 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1990/07/10 منشور بالموقع التالي:

<http://www.légifrance.gouv.fr> Consulté le 05/09/2010

⁴²⁰ ذهبت محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر عنها بتاريخ 8 يونيو 2011 إلى تفسير القيد الوارد في نظام الملكية المشتركة الذي يقضي باستعمال الشقق للسكن الراقي فقط، ولا يجوز تأجيرها مفروشة إلا بترخيص من الجمعية العامة لاتحاد الملاك. لكن المحكمة اعتبرت ألا ضير في تأجير غرفة الخدم منفصلة عن الشقة التي ترتبط بها، لأن ذلك تضيف المحكمة لا يترتب عليه إلا أضرار خفيفة ومألوفة بين المجاورين. ومن ثم ردت المحكمة العليا طلب النقض المقدم من طرف اتحاد الملاك بعلّة أن نظام الملكية المشتركة يرخّص صراحة بممارسة مهنة حرة داخل الأجزاء المفروزة، لأن الأضرار الناجمة عن ممارسة هذا النشاط هي أضرار يسيرة ويمكن تحملها مثلها مثل الأضرار التي يسببها التأجير المفروش للشقق. القرار رقم 694 الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 8 يونيو 2011 (891-15-10) منشور على موقع المحكمة: www.courdecassation.fr ، تاريخ الإطلاع 2010/09/12.

⁴²¹ قرار نشره وعلق عليه جابر محجوب علي في مقال له بعنوان: "تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية في شأن مدى سلطة الراهن (المقترض) في التصرف في العقار المرهون ضمانا لقرض الرعاية السكنية" (الطعن بالتمييز رقم 2002/70 مدني جلسة 2002/05/20، مجلة الحقوق، العدد 4، السنة 30، ذو الحجة 1427هـ- ديسمبر 2006م، ص. 385 إلى ص. 419).

⁴²² أنشئ بنك التسليف والادخار من طرف دولة الكويت بمقتضى القانون رقم 30 لسنة 1965، ووضعت من بين أهدافه تيسير الائتمان العقاري، وذلك عن طريق منح قروض للأشخاص الكويتيين دون فوائد مضمونة برهون عقارية، وذلك لإنشاء دور سكن خاصة أو إصلاحها أو زيادة الانتفاع بها، جابر محجوب علي، م.س، ص. 386.

⁴²³ جابر محجوب علي، م.س، ص. 401.

⁴²⁴ جابر محجوب علي، م.س، ص. 392.

وقد انطلقت محكمة التمييز في قرارها من مشروعية مصلحة الدائن المرتهن في منع المدين من تفويت العقار المرهون لضمان وحماية مبلغ الدين وتخصيصه للغرض المحدد له⁴²⁵، لتستخلص أن محكمة الاستئناف قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه عندما أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى الذي قضى بأحقية المشتري في تسجيل عقد شرائه بإدارة التسجيل العقاري وما يترتب عليه من نقل ملكية العقار مثقلا بحق الرهن الوارد عليه لصالح البنك. لأن تصرف المدين الراهن في العقار المثقل بالقيود المانع من التصرف، هو تصرف مخالف للقانون مادام الشرط صحيحا وأن المصلحة التي يرمي إليها مشروعية.

ويستخلص من العمل القضائي الوطني والأجنبي، أن شرط المصلحة المشروعة المراد حمايتها بالقيود الاتفاقية يجب أن يؤخذ بمفهومه الواسع، وبالتالي قد تكون المصلحة ذات صبغة مادية محضة أو معنوية، كما قد تكون ذات صبغة عامة اقتصادية أو اجتماعية. لذا يكون من الطبيعي منح قضاء الموضوع سلطة تقديرية واسعة لتقييم مشروعية المصلحة المراد حمايتها بالقيود ومعقولية مدته، وذلك في ضوء ظروف الواقع المادي لكل نازلة على حدة.

المطلب الثاني: دور القضاء في مراقبة مدى معقولية مدة القيد الاتفاقية

لئن كانت أحكام القيود الاتفاقية تتسم بالعمومية والمرونة ما يجعلها تسير مختلف المصالح المراد حمايتها بالقيود الاتفاقية⁴²⁶، فهذا لا يمنع القضاء من الاضطلاع بدور توجيهي لتقدير مدة القيد الاتفاقية وبالتالي القول بصحته أو التصريح ببطلانه⁴²⁷.

وتقدر مدة القيد الاتفاقية بالقدر اللازم والضروري لتحقيق الغرض المقصود⁴²⁸، وذلك تطبيقا للقاعدة الفقهية القائلة بأن الضرورة تقدر بقدرها. وهكذا إذا كان الغرض المقصود من القيد الاتفاقية مثلا هو حماية قاصر بسبب نقص خبرته أو بسبب الخشية من تبذير أمواله، كانت المدة المعقولة هي ما تبقى لبلوغه

⁴²⁵ ورد في حكم محكمة التمييز الصادر في 2002/05/30: "... الهدف من منح قروض الرعاية السكنية هو حفظ كيان الأسرة وتقوية أو إصرتها وتبني المشرع لقضاياها واحتياجاتها، وأهمها الرعاية السكنية... والدولة إنما تتفق مئات الملايين من موازنتها تحقيقا للمصلحة العامة التي قصدتها من توفير الرعاية السكنية لمستحقيها، ولهذا حق لبنك التسليف والإدخار أن يضع من الشروط ما يضمن تحقيق هذه الغاية المقصودة بها الاتفاق الضخم، كأن يشترط منع المقترض من تأجير العقار كليا أو جزئيا أو التصرف فيه أو في أي جزء منه دون موافقة مسبقة من البنك أو استعمال القرض لغير الغرض المخصص له..."، جابر محجوب علي، م.س، ص.392.

Albert Cheron, op.cit.p.349

⁴²⁷ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص.46؛ محمد فوزي، م.س، ص.327؛

Marcel Planiol, op.cit.p.749 ; Louis Vincent, op.cit.p.5 .

⁴²⁸ أحمد شوقي عبد الرحمان، م.س، ص.61؛ جابر محجوب علي، م.س، ص.395؛ Marty et Raynaud, op.cit.p.76

سن الرشد القانوني⁴²⁹. وفي حالة الوصية، اعتبر القضاء أن مدة القيد قد تستغرق عشرون سنة الموالية لوفاة الموصي لحماية الموصى له⁴³⁰. أما في مجال الرهن الرسمي، فتكون المدة المعقولة للقيد المانع من التصرف في الشيء المرهون هي مدة تسديد أقساط القرض، وهكذا دواليك.

ويأخذ القضاء بمعيار مشروعية المصلحة المراد حمايتها بالقيد الاتفاقي لتقدير مدته (الفقرة الأولى)، كما يعتمد على نفس المعيار لتأويل القيد الاتفاقي غير محدد المدة أو القيد المقرر لمدة حياة أحد المتعاقدين أو حياة الغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مشروعية المصلحة مقياس مدة القيد الاتفاقي

من نافلة القول إن القيد الاتفاقي الوارد على الملكية العقارية بشكل دائم يعتبر باطلا لأنه يحبس العين ويخرجها من دائرة التعامل وهذا يعارض النظام العام الاقتصادي، أما القيد محدد المدة فيعتبر صحيحا وملزما لطرفيه. وقد سبق القول إن مدة القيد الاتفاقي تحدد في ضوء المصالح المراد حمايتها، ومن بين صورها أن يستغرق القيد الاتفاقي حياة أيا من المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. وقد دأب القضاء على الأخذ بهذه القاعدة حتى أصبحت مستقرة سواء في القضاء الفرنسي⁴³¹ أو في القضاء المصري⁴³².

ومن المعايير المرنة التي اعتمدها الفقه الإسلامي لتصحيح القيد الاتفاقي، معيار المدة اليسيرة كما يقول المذهب المالكي مثل الشهر أو السنة⁴³³، أو عدد معين من السنوات كالخمس والعشرة كما دأبت على ذلك الممارسة التعاقدية في المغرب⁴³⁴، أو منع الموهوب له من تفويت الشيء الموهوب إلا بعد بلوغه سن الخامسة والعشرين من عمره⁴³⁵، أو بعد ثلاثين سنة⁴³⁶، أو أن يوصي شخص بجميع أمواله لفائدة مستشفى

⁴²⁹ محيي الدين إسماعيل علم الدين، م.س، ص.168

⁴³⁰ قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 17/03/1964، <http://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الاطلاع: 2010/10/05.

⁴³¹ قرارات محكمة النقض: القرار الشهير الصادر في 20 أبريل 1858 المذكور سابقا؛ القرار رقم 73-11648 الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 8 يناير 1975؛ القرار رقم 75-10306 الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 5 أكتوبر 1975، <http://www.legifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2010/10/07.

⁴³² قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 19 يناير 1977، الطعن رقم 7 لسنة 43 ق، أورده محمد فوزي في رسالته، ص.351؛ قرار النقض، جلسة 1968/06/27، أورده أنور العمروسي، م.س، ص.236.

⁴³³ ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، م.س، ص.133

⁴³⁴ أنظر الملاحق.

⁴³⁵ Arrêt de la cour de paris du 12/01/1906 , cité par Louis Vincent, op.cit.p.5 .

⁴³⁶ Arrêt de la cour de paris du 29/04/1922, cité et commenté par René Savatier, Rev.tr.dr.civ,

Année 1923,Recueil Sirey

ويقيد هذه الوصية بشرط مانع من التفويت لمدة مائتي سنة⁴³⁷. فالقيد الاتفاقي في كل هذه الصور يعتبر قيداً مؤقتاً وصحيحاً في نظر القضاء، لأن تقدير مدى صحة مدة القيد لا يخضع لحكم ثابت وقار، وإنما هو أمر متروك للممارسة التعاقدية يحدد في ضوء الحاجات والمصالح المراد تحقيقها بالقيد الاتفاقي، ولكن تحت مراقبة القضاء الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة لتقييم القيد الاتفاقي والبت في النازلة المعروضة عليه تبعاً لظروفها وملابساتها مع الموازنة بين المصالح المتقابلة⁴³⁸.

الفقرة الثانية: المدلول النسبي لمدة القيد الاتفاقي في خدمة النظرة التوفيقية

إذا كان الأصل أن القيد الاتفاقي المؤبد يعد باطلاً، فإن مصطلح "المؤبد" يحتاج إلى توضيح وبيان، لأنه لا يكفي القول بأن القيد المؤقت هو المحدد المدة وأن القيد المؤبد هو الذي لا نهاية له؛ لأن القيد المؤقت قد تكون مدته طويلة جداً وبالتالي قد تقترب من القيد المؤبد. يحاول أحد شراح القانون المدني الفرنسي مقارنة هذا المفهوم من خلال القول إن مصطلح التأبيد يجب أن يؤخذ بمفهومه النسبي وليس الوقوف عند المعنى الحرفي للكلمة⁴³⁹. وهذا يعني أن القيد الاتفاقي يجب أن لا يستمر لمدة تتجاوز الوقت المطلوب لتحقيق المصلحة المستهدفة بالحماية، بمعنى آخر أن مدة القيد الاتفاقي يجب أن تقدر بقدر المصلحة المراد حمايتها بالقيد⁴⁴⁰، وإذا تجاوزت مدة القيد الحاجة التي دعت إليه قد يتحول القيد المؤقت إلى قيد مؤبد يعتبره القانون باطلاً ومخالفاً للنظام العام.

وإذا اعتبرنا أن مدة القيد الاتفاقي تقاس بمقياس المصلحة التي دعت إليه؛ فإن تنزيل هذه القاعدة على أرض الواقع من المسائل الموضوعية والواقعية التي تترك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع بيت فيها بكل حرية وسيادة ولا معقب على حكمه في ذلك من المحكمة العليا⁴⁴¹. وهكذا إذا كان القيد الوارد بصفة مطلقة أو لمدة مغالى فيها، يقوم قاضي الموضوع بإنقاص هذه المدة إلى الحد المعقول أو إلى الحد الذي يبدو له مقبول

437 Arrêt de la cour de paris du 4 octobre 1971, cité et commenté par René Savatier, Rev.tr.dr.civ, Année 1972, Recueil Sirey

438 همام محمد محمود زهران، م.س، ص.240؛ Jean- Louis Bergel et autres, op.cit, p.103

439 Louis Vincent, op.cit.p.5.

440 إبراهيم مجاهد يوسف، م.س، ص.226.

441 محمد فوزي، م.س، ص.338؛ إبراهيم مجاهد يوسف، م.س، ص.226 السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، ص.514؛

Albert Cheron, op.cit.p.353;

وصحيح⁴⁴². ومن تطبيقات هذه القاعدة، إنقاص مدة الشيوخ الاختياري إلى مدة خمس سنوات إذا اتفق الشركاء على مدة أطول أو لمدة غير محددة كما هو مقرر في التشريعين الفرنسي والمصري والمسودة الأولى لمشروع مدونة الحقوق العينية المغربي⁴⁴³. أما المدونة الحالية للحقوق العينية، فتتص في مادتها السابعة والعشرين على مبدأ الشيوخ الاتفاقية لمدة معينة دون أن تحدد لها سقفًا معينًا. وبالمقابل خولت للقضاء سلطة تقديرية للحكم بفسخ الاتفاق و إجراء القسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها، وذلك بطلب من أحد الشركاء⁴⁴⁴.

ويجب على قاضي الموضوع من خلال عملية تأويل القيد الاتفاقية احترام إرادة ورغبة صاحب المصلحة والغاية المقصودة من اشتراط القيد الاتفاقية، ويتسنى له ذلك من خلال البحث في بنود العقد لتبيان الإرادة والنية الحقيقية لمشتراط القيد. ومما يساعد القضاء على مراقبة أعمال القيود الاتفاقية، أن النظرة التوفيقية من شأنها التخفيف من القوة الملزمة للقيد من خلال السماح بالتصرف في الملكية رغم وجود القيد متى دعت الظروف إلى ذلك.

المبحث الثاني: الترخيص بالتصرف خلافا لمقتضى القيد تفعيل للنظرة التوفيقية

متى قام القيد الاتفاقية صحيحا ومستوفيا لشروطه، تصبح له قوة ملزمة يستمدّها من العقد الذي يقترن به، ويحظر على المدين بهذا القيد إتيان أي تصرف أو عمل من شأنه أن يؤدي إلى إهداره وبالتبعية إعاقة تحقيق المصالح أو الحاجات المقصودة من تقرير القيد الاتفاقية (المطلب الأول)، لكن هذه الإلزامية ليست مطلقة بل قد تستجد ظروف وأحداث غير متوقعة تسوغ للمدين بالقيد الاتفاقية التصرف على نحو مخالف له (المطلب الثاني).

⁴⁴² أحمد شوقي عبد الرحمان، م.س، ص.62؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، م.س، ص.168؛

René Savatier , Rev.tr.dr.civ, Année 1923,Recueil Sirey .

⁴⁴³ كانت المادة 36 من المسودة الأولى لمدونة الحقوق العينية تنص على ما يلي: "خلافا للفصل 978 من قانون الالتزامات والعقود يجوز للشركاء أن يتفقوا على البقاء في الشياخ لمدة لا تتعدى خمس سنوات، فإذا اتفقوا على مدة أطول أو لمدة غير معينة، فلا ينفذ الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة.

للمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تأمر بإجراء القسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع".

⁴⁴⁴ تنص المادة 27 من القانون رقم 08-39 على ما يلي: "لا يجبر أحد على البقاء في الشياخ، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر.

يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشياخ لمدة معينة.

لا ينفذ هذا الاتفاق في حق الشريك أو من يخلفه إلا في حدود المدة المذكورة.

للمحكمة أن تحكم - بناء على طلب أحد الشركاء - بفسخ الاتفاق وإجراء قسمة حتى قبل انصرام المدة المتفق عليها إن كان لذلك مبرر مشروع."

المطلب الأول: القوة الملزمة للقيود الاتفاقية هي الأصل

إن القيد الاتفاقية كقيد يرد على الملكية العقارية يوجد وتترتب عليه أحكامه وآثاره منذ صدوره مستوفيا لشروط صحته وهي أن يكون مؤقتا ومبررا بمصلحة مشروعة. إلا أن هذه الآثار والأحكام لا تبدأ فعليا إلا في مرحلة تنفيذ بنود العقد الذي يتضمن القيد الاتفاقية⁴⁴⁵، ويستمر مفعوله إلى حين انتهاء أجله المحدد في العقد أو الاتفاق.

ولما كانت القاعدة في قانون العقود تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين؛ فإن القيد الاتفاقية شأنه شأن العقد الذي يقترن به يقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديه وخاصة الطرف المشتراط عليه الذي ارتضى القيد بحرية وإرادة مما يجعله ملزما بتنفيذه بحسن نية عملا بالقاعدة الفقهية القائلة بأن من التزم بشيء لزمه، ولا يجوز له إلغاؤه إلا في الحالات المحددة قانونا⁴⁴⁶، أو في الحالة التي يتنازل عنه الطرف المستفيد منه كما يرى القضاء في أحد أحكامه⁴⁴⁷.

ولا تنحصر آثار القوة الملزمة للقيود الاتفاقية في حدود طرفي العقد الذي اقترن به، بل تتعداها لتشمل الخلف العام والخاص ما لم يكن القيد مقررا طيلة حياة المفوت له وإذاك لا يتصور انتقاله إلى الخلف العام عن طريق الميراث.

ثم إن آثار القوة الملزمة للقيود الاتفاقية تنسحب أيضا على الجهات المنوط بها تلقي العقود وتحريرها مثل العدول⁴⁴⁸ والموثقين⁴⁴⁹، الملزمين باحترام بنود العقد بصفة عامة والقيود الاتفاقية بصفة خاصة، وذلك من خلال قيامهم بواجب تلقي الشهادات وتقديم النصح والإرشاد للمتعاقدين بخصوص الآثار القانونية المترتبة على عقودهم. وتسري آثار القيد الاتفاقية كذلك في مواجهة المحافظين على الأملاك العقارية إذا تم إشهاره بالسجلات العقارية، بحيث يجب عليهم التقيد بمضمون القيد الاتفاقية والامتناع عن تعديله أو التشطيب عليه

⁴⁴⁵ علي حسن الشاذلي، م.س، ص. 67

⁴⁴⁶ الفصل 231 من ق ل ع والمادة 1103 من ق.م.ف

⁴⁴⁷ القرار عدد 527 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 28 يوليو 1982، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 31، السنة الثامنة مارس 1983.

⁴⁴⁸ تنص المادة 31 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة كما وقع تغييره وتتميمه على ما يلي: "يتعين أن تشمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه في التصرف في المشهود فيه وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف..." م.س

⁴⁴⁹ يمكن التمثيل على ذلك بالمادة 34 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق التي تنص في فقرتها الخامسة على أنه يمنع على الموثق أن يبرم عقودا تنصب على أموال يعلم أنها غير قابلة للتفويت، أو أن تفويتها يتوقف على إجراءات غير مستوفاة، م.س.

ما لم يتم الإدلاء بعقد أو بحكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به عملاً بالقاعدة القانونية المرعية في هذا الباب⁴⁵⁰.

تمتد آثار القيد الاتفاقي أيضاً إلى القاضي الذي يجب عليه مراعاة هذا القيد المضمن في عقد صادر عن إرادة حرة للمتعاقدين، ومن ثم لا يجوز له تعديل هذا العقد وما ورد فيه من شروط وقيود بغير رضاهما⁴⁵¹، ما لم يقرر القانون في حالات خاصة تدخل القاضي في العقد لجهة تعديله قصد تحقيق نوع من العدالة التعاقدية المختلفة بفعل تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية لأحد طرفي العقد.

ومن بين الحالات التي يتدخل فيها القاضي في العقد، منح مهلة الميسرة للمدين⁴⁵² أو تعديل الشرط الجزائي بخفض قيمته إذا كان مرتفعاً أو الزيادة فيه إذا كان زهيداً⁴⁵³، أو مراجعة شروط القيد متى أصبح الالتزام به على قدر كبير من المشقة بالنسبة للملتزم به، أو الترخيص بالتصرف خلافاً لمقتضى القيد الاتفاقي إذا استجدت ظروف ووقائع أكثر أهمية من تلك التي استدعت إقرار القيد الاتفاقي في العقد.

المطلب الثاني: الترخيص القضائي بالتصرف استثناء من القوة الملزمة للقيد الاتفاقي

إذا كانت الحاجات المجتمعية هي المحرك الأساسي لاشتراط القيود الاتفاقية في المعاملات العقارية بصفة خاصة⁴⁵⁴، فإن هذه الحاجات والمصالح ليست ثابتة بل هي متحركة وتتأثر سلباً وإيجاباً بالتقلبات التي يعرفها

⁴⁵⁰ ينص الفصل 91 من ق.ت.ع على: "مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمين، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق" م.س. ولید صلاح مرسي رمضان، م.س، ص.29؛

Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, p.855

⁴⁵² يقول عز من قائل في سورة البقرة: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون" الآية 280؛ وينص الفصل 243 من ق.ل.ع في فقرته الثانية على أنه يسوغ للقضاة، مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوه أجلاً معتدلة للوفاء، وأن يوقفوا إجراءات المطالبة، مع إبقاء الأشياء على حالها.

⁴⁵³ الفصل 264 من ق.ل.ع

⁴⁵⁴ تختلف المصالح الداعية إلى اشتراط القيود الاتفاقية، مثل أن يشترط الدائن المرتهن على المالك الراهن عدم التصرف في الملك المرهون إلا بعد سداد الدين المضمون، أو أن يشترط بائع أحد داريه على المشتري عدم تعلية البناء القائم حتى لا يظلم عليه داره، أو أن يتفق الملاك المشتركين على إدراج قيد تخصيص الوحدات المفروزة للسكن فقط ومنع ممارسة أي شكل من أشكال التجارة. ويتضح من هذه الأمثلة أن الحاجات التي تبرر اشتراط القيود الاتفاقية لا تعدو أن تكون في الأغلب الأعم مصالح اجتماعية أو اقتصادية يصبو إلى تحقيقها من تقرر القيد لمصلحته.

المجتمع على جميع الأصعدة. لهذا فإن استمرار الالتزام بمضامين القيد الاتفاقي رغم تغير الظروف قد يؤدي إلى جعل القيد الاتفاقي أداة تعيق استعمال الملكية العقارية واستغلالها⁴⁵⁵ بعدما كان مسخرا لخدمتها. ولما كان القانون مبنيا على التوقع وعدم ترك الأمور للصدفة، كان من الضروري أن تتميز أحكام القيود الاتفاقية بمرونة تسمح للقاضي بالتدخل في الرابطة التعاقدية عن طريق الترخيص بالتصرف في الملكية العقارية رغم وجود القيد الاتفاقي، وذلك لمسايرة التقلبات الاجتماعية والاقتصادية دون الإضرار بأي طرف من أطراف العقد⁴⁵⁶.

وفي هذا الإطار يقول بعض شراح القانون المدني الفرنسي إن صياغة المادة 900-1 منه⁴⁵⁷ جاءت بالعمومية ما يمكنها من استيعاب أي تغيير في المصالح التي تستوجب الشرط المانع من التصرف⁴⁵⁸. وسار المشرع المغربي على نفس المنوال عند إقراره لقيد الشيوخ الاختياري المنظم بموجب الفصل 979 من ق.ل.ع والمادة 27 من م ح ع، بحيث خول للمحكمة سلطة تقديرية واسعة للحكم بالقسمة وإنهاء الشيعاء بطلب مبرر من أحد الشركاء⁴⁵⁹، لأن الخروج من الشيعاء حق مقرر لكل شريك وفيه مصلحة للشركاء وللمال المشاع. وإعمالا لقاعدة تغير الأحكام بتغير الظروف، أقر القضاء الفرنسي الترخيص للمالك بالتصرف في ملكه على خلاف مقتضى القيد بهدف أداء ديونه ومن ثم تفادي تعرض مقاولته للتصفية القضائية⁴⁶⁰. وفي

455

Marty et Raynaud, op.cit.p.77

456 رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية 1414هـ-1994م، ص.380

457 يستفاد من مقتضيات المادة 900-1 من ق.م.ف رقم 526-71 أن الشروط المانعة من التصرف التي تصيب المال الموهوب أو الموصى به لا تكون صحيحة إلا إذا كانت مؤقتة ومبررة بمصلحة جدية ومشروعة. وحتى في هذه الحالة، يمكن للموهوب له أو الموصى له أن يرخص له قضائيا للتصرف في المال إذا انتفت المصلحة التي بررت الشرط أو ظهرت مصلحة أخرى تكون أكثر أهمية تبرر التصرف.

458

François Terré et Philippe Simler, op.cit.p.134

459 جاء في الفصل 979 من ق.ل.ع: "... ويجوز مع ذلك الاتفاق على أنه يسوغ لأي واحد من المالكين طلب القسمة خلال أجل محدد، أو قبل توجيه إعلام سابق. إلا أنه يمكن للمحكمة حتى في هذه الحالة أن تأمر بحل الشيعاء وبإجراء القسمة، إن كان لذلك مبرر معتبر".
460 قررت محكمة استئناف كايين في قرارها الصادر في فاتح يوليو 1993 أن من حق الموهوب له التصرف في المال الموهوب المتقل بشرط مانع من التصرف، وذلك لدفع ديونه الناتجة عن نشاطه الفلاحي القديم وتفاذي تعرض مقاولته الجديدة للتصفية القضائية. وتتخلص النازلة حسب قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 4 يوليو 1995 (رقم النقض 19147-93)، في أن الموهوب لهم حصلوا على عقارات من والديه محملة بشرط مانع من التصرف طيلة حياة الواهيين، وحيث إن أحد الموهوب لهم قد هجر استغلاله الفلاحية وانصرف عنها لممارسة التجارة في السيارات وكان مضطرا لبيع العقار الموهوب له المتقل بقيد وذلك من أجل دفع الديون المتخلدة في ذمته والناتجة عن نشاطه الفلاحي القديم. واستنتجت محكمة الاستئناف أن بيع الدار

نفس الاتجاه أقرت محكمة النقض حق المصفي في ممارسة حقوق ودعاوى المدين فيما يتعلق بأمواله خلال مسطرة التصفية القضائية من ذلك مثلا طلب الترخيص ببيع العقار المثلثل بالقيود المانع من التفويت⁴⁶¹.

لكن سرعان ما هجرت محكمة النقض هذا الاجتهاد رغم توجهه المتوازن والتوفيق بين مصلحة المالك ومصلحة الدائنين، واعتنقت فكرة الاعتبار الشخصي لدعوى الترخيص بالتصرف بناء على اعتبارات لها طابع معنوي وعائلي، حتى أصبح هذا الاجتهاد مسلكا مستقرا لدى المحكمة العليا⁴⁶². غير أن هذا المسلك منتقد لتغليب الطابع الشخصي لدعوى الترخيص بتفويت المال المثلثل بشرط مانع من التصرف على مسألة الترجيح بين المصالح المطروحة لمعرفة المصلحة الراجحة.

وفي موضوع القيد الاتفاقي المانع من تجاوز علو معين عند القيام بالبناء، قررت محكمة النقض في أحد قراراتها⁴⁶³ أن من حق المالك استعمال ملكه والتصرف فيه على نحو مخالف لمقتضى القيد الاتفاقي الذي يحدد سقفا معيناً من مستوى علو البناء لا يمكن تجاوزه من طرف ملاكي القطع الأرضية الواقعة داخل تجزئة، وذلك لتفادي حرمان أي واحد منهم من ضوء الشمس ومن حق المطل⁴⁶⁴.

يلاحظ من خلال القرارات المستدل بها أن النزاع حول القيد الاتفاقي غالبا ما يثور نتيجة تغير في الظروف الاجتماعية والاقتصادية للمدين بالقيد الاتفاقي، أو نتيجة تطور في المجال العمراني للمدن. ونظرا لتعلق هذه الظروف بالواقع، فإنه يعود لمحكمة الموضوع النظر في النزاع حول القيد في ضوء كل حالة على حدة لتقدير المصالح المتقابلة⁴⁶⁵، ومن ثم استخلاص المصلحة الراجحة والحكم لفائدتها. وباتباع هذا المنهج، استطاع

موضوع النزاع كان الحل الوحيد أمام الموهوب له لتسوية وضعيته المالية من خلال أداء ديونه القديمة وتفاذي تعرض مقاولته الجديدة للتصفية القضائية. <http://www.légifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2010/10/15.

⁴⁶¹ قرار محكمة النقض الصادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 4 يناير 2000 (نقض رقم 96-16205)، <http://www.légifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2010/10/15.

⁴⁶² أنظر مثلا القرارات الصادرة على التوالي بتاريخ: 29 ماي 2001 (نقض رقم 99-15776)، 25 ماي 2004 (نقض رقم 02-12268)، 16 نوفمبر 2004 (نقض رقم 02-12268)، 9 نوفمبر 2004 (نقض رقم 02-18617)، 8 مارس 2005 (نقض رقم 03-18191)، 4 يوليو 2006 (نقض رقم 04-12350)، <http://www.légifrance.gouv.fr>، تاريخ الاطلاع: 2010/10/15.

⁴⁶³ قرار محكمة النقض رقم 1224 الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 21 أكتوبر 2009 (16.692-08)،

www.Cour.de.cassation.fr، تاريخ الاطلاع: 2010/10/15.

⁴⁶⁴ واعتبر قضاة الموضوع أن الضرر المألوف الذي أصاب الطاعة لم يكن مصدره هو تجاوز المالك للحد المسموح به بمقتضى القيد الاتفاقي، وإنما هو ناتج عن طبيعة المنطقة التي عرفت تعميرا مكثفا وأصبحت تضم بنايات شاهقة محاذية للعقار المشيد من طرف المطلوب في النقض وتفوقه ارتفاعا. وأضافت المحكمة أن حرمان الطرف الطاعن من مزية الشمس يرجع كذلك إلى وجود عقاره بالطابق الأرضي مما يزيد من حجب الشمس عنه.

القضاء توجيه القيود الاتفاقية للتوفيق بين حرية المالك والقوة الملزمة للقيد ومن تم مواكبة التطور الاقتصادي والاجتماعي والعمراني للبلاد.

واللافت للنظر أن الترخيص القضائي بالتصرف في الملكية العقارية خلافا لمقتضى القيد له أثر نسبي وينحصر في السماح بالتصرف فقط دون أن يتعداه إلى المساس بصحة القيد الاتفاقية⁴⁶⁶، وهذا يتضمن أحقية المستفيد من القيد الاتفاقية في الطعن ضد حكم المحكمة القاضي بالترخيص بالتصرف خلافا لمقتضى القيد. ولما كانت القيود الاتفاقية استثناء من مبدأ تداول الملكية العقارية الذي يبقى هو الأصل والقاعدة، فقد حاولنا في الباب الأول بيان أن هذه القيود يمكن أن تتفاعل إيجابيا مع مبدأ التداول وأن تساهم في تكريسه بدل عرقلته، وذلك في إطار نظرية عامة للقيود الاتفاقية توازن بين حرية المالك في التعاقد واشتراط الشروط وحرية انتقال الأموال وتداولها بين الناس. و نحاول في الباب الثاني إبراز بعض المظاهر الإيجابية للمقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية على الملكية العقارية. بحيث إن هذه المقاربة تساهم في توجيه القيود الاتفاقية نحو خدمة الائتمان من خلال تمكين المالك من الحصول على التمويل الضروري لتحقيق مشاريعه وفي نفس الوقت ضمان حقوق الدائنين. وأخيرا تساهم المقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية في دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية بشكل عام.

الباب الثاني:

انعكاسات المقاربة النوفيقية للقيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة

بعدما حاولنا في الباب الأول من هذا البحث مقارنة القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية من منظور توفيقى يجمع بين مبدأ تداول الأموال كدعامة أساسية في النظام الاقتصادي وحرية الأفراد في اشتراط القيود الاتفاقية في معاملاتهم العقارية في إطار الحرية التي يكفلها القانون؛ نحاول في هذا الباب مناقشة تداعيات هذه المقاربة على الملكية العقارية من الناحيتين القانونية والاقتصادية.

فعلى المستوى القانوني، سنحاول مناقشة كيف يمكن أن يساهم مفهوم حق الملكية في التخفيف من آثار القيود الاتفاقية من خلال مرونة هذا الحق وملائمته مع مختلف الأوضاع والمراكز القانونية ومسايرته للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، ثم نحاول إبراز دور المقاربة التوفيقية في التلطيف من آثار القيود على تداول الملكية العقارية. لأن القيود الاتفاقية لا تعدم حق الملكية بل يبقى قائما وغاية ما هناك أن بعض السلطات التي يخولها القانون للمالك يتم تعطيلها مؤقتا عن طريق الاتفاق إلى حين انتهاء أجل القيد ما لم يحصل المشترط عليه على ترخيص بالتفويت قبل ذلك إما رضا أو قضاء.

أما على المستوى الاقتصادي، فسنحاول أن نبين كيف تساهم المقاربة التوفيقية في توجيه القيود الاتفاقية نحو خدمة الائتمان من خلال تقوية ودعم الرهن الرسمي مما يؤدي إلى تنمية وازدهار سوق الرهن العقارية. كما سنحاول إبراز دور المقاربة التوفيقية في تنظيم المعاملات العقارية وضبط المضاربة في هذا الميدان، ودورها في تطوير قطاع التعمير والسكن وفق السياسة التي تحددها السلطات العمومية في هذا الباب، وكذا المساهمة في تنشيط القطاع الفلاحي سواء على مستوى برامج الإصلاح الزراعي من خلال إلزام المستفيدين من القطع الأرضية بتخصيصها للأنشطة الفلاحية فقط، أو على مستوى تنوع المنتوجات الفلاحية التي تحتاجها السوق الداخلية. ثم نختم أخيرا بإبراز دور المقاربة التوفيقية في تنمية وازدهار التبرعات سواء فيما بين الأفراد مما يؤدي إلى تحقيق نوع من التكافل والتضامن بين أفراد المجتمع لا سيما في ظل انبعاث ثقافة العمل التطوعي والعمل الخيري، أو فيما بين الدول المانحة وبعض المنظمات والهيئات غير الحكومية التي تنشط في إطار دعم الطبقات المحتاجة من خلال تنمية العنصر البشري وتأهيله. وهكذا يقسم هذا الباب إلى فصلين:

❖ الفصل الأول - الانعكاسات القانونية للمقاربة التوفيقية

❖ الفصل الثاني - الانعكاسات الاقتصادية للمقاربة التوفيقية

الفصل الأول: الانعكاسات القانونية للمقاربة التوفيقية

نتناول الانعكاسات القانونية للمقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية على حق الملكية وعلى سلطات المالك على ملكه، ثم نتناول انعكاسات هذه المقاربة على تداول الملكية العقارية الخاصة.

في البداية، يلاحظ أن تقرير قيود اتفاقية على الملكية العقارية لا يترتب عليه اختفاء هذا الحق كما سبق القول، بل يبقى قائماً بكامل عناصره غاية ما هناك أن حق الملكية يتم تحويله و ملائمته وفق حاجيات ومتطلبات العملية التعاقدية، مما يسمح لمشتري القيد الاتفاقية بتحقيق أهدافه وللمشتري عليه بالتصرف في ملكه مع مراعاة مقتضى القيود. ذلك أنه إذا كان القانون يجيز للمالك تفتيت حق الملكية واقتسام بعض عناصره مع الغير مثل إنشاء حق الانتفاع أو حق السطحية واحتفاظ المالك بحق الرقبة، لماذا لا يسمح للأفراد بتصورات جديدة لتفتيت حق الملكية أو بقبول تقييد هذا الحق بغية تحقيق مصلحة مشروعة، مما يساهم في بلورة وتطوير حق الملكية بشكل يساير التطورات التي يعرفها المجتمع؟

أما من حيث تداعيات القيود الاتفاقية على عناصر حق الملكية وخاصة سلطة التصرف كآلية لتداول الأموال، فإن المقاربة التوفيقية تقتضي تعطيل سلطة التصرف مؤقتاً إلى حين زوال القيد أو انتهاء أجله. وهذا التأجيل لسلطة التصرف ناتج عن اتفاق وتراض بين المتصرف والمتصرف إليه إلى حين تحقيق مصلحة مشتركة القيد. غير أن ما يخفف من حدة تقييد سلطات المالك على نحو معين، هو أن المقاربة التوفيقية تساعد على توجيه القيود الاتفاقية لمسيرة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتفاعل معها. وانطلاقاً من مرونة هذه المقاربة، يستطيع المشتري عليه طلب الترخيص بالتصرف في ملكه خلافاً لمقتضى القيد إذا استجدت ظروف اقتصادية أو اجتماعية أصبح معها الإلتزام بالقيد الاتفاقي يشكل إرهاقاً شديداً بالنسبة إليه.

وهكذا يقسم هذا الفصل إلى فرعين:

الفرع الأول: مرونة مفهوم الملكية العقارية في خدمة المقاربة التوفيقية للتخفيف من آثار القيود.

الفرع الثاني: المقاربة التوفيقية وسيلة للتخفيف من آثار القيود على تداول الملكية العقارية

الفرع الأول: مرونة مفهوم حق الملكية العقارية في خدمة المقاربة التوفيقية للتخفيف

من آثار القيود

تساهم المقاربة التوفيقية في التخفيف من الانعكاسات القانونية التي تترتب على القيود الاتفاقية من خلال تسخير الآليات والقواعد التي يتضمنها النظام القانوني لحق الملكية. وعلى رأس هذه الآليات، مرونة مفهوم حق الملكية الذي من شأنه أن يساعد على ملائمة هذا الحق مع مختلف الأوضاع القانونية وتسخيره لتحقيق مصالح المالك أو غيره دون النيل من جوهر حق الملكية أو النيل من طبيعته القانونية. وتستمد مرونة مفهوم حق الملكية من كون هذا الحق يعرف بأنه سلطة مباشرة على شيء يحميها القانون، ويرى صاحب التعريف أن هذه السلطة يمكن تعديلها أو تحويلها حسب طبيعة ومكونات الشيء موضوع حق الملكية⁴⁶⁷. وهذه المرونة تمكن الممارسة التعاقدية من إخراج حق الملكية العقارية من حالة التصور التقليدي البسيط لهذا الحق لمسايرة التطورات والمستجدات التي يعرفها المجتمع. أما على مستوى سلطات حق الملكية وخاصة سلطة التصرف، فإن مرونة مفهوم هذا الحق تساعد على التلطيف من آثار القيود الاتفاقية من خلال السماح للمالك المشتراط عليه بالتصرف في ملكه بشكل يتناسب مع مقتضى القيد الاتفاقي. ذلك أنه ارتضى عن طوعية واختيار اقتسام سلطة التصرف مع المتصرف مشروط القيود، ما دام هذا الاتفاق يحقق مصالحه وأهدافه. أو ما يعبر عنه بمقاصد الناس في تصرفاتهم ويدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس مثل التوثيق في عقد الرهن⁴⁶⁸.

من خلال موضوعات هذا الفرع، تكون خطة دراستها كما يلي:

المبحث الأول: قابلية حق الملكية العقارية للتجاوب مع فكرة الملائمة

المبحث الثاني: التناسب بين التصرف ومقتضى القيد من متطلبات الملائمة

Muriel Fabre- Magnan, propriété, patrimoine et lien social, RTD civ 1997, Dalloz 2004, p.9

467

468 محمد الطاهر بن عاشور، م.س، ص.142

المبحث الأول: قابلية حق الملكية العقارية للتجاوب مع فكرة الملاءمة

إذا كانت القيود الاتفاقية تقتضي تخصيص الملكية العقارية لتحقيق غايات ومصالح مشروعة عن طريق الحد من سلطات المالك على ملكه، فإنها لا تؤدي إلى إلغاء حق الملكية أو إنشاء حق عيني جديد بل إن الأمر يتعلق فقط بتحويل حق الملكية العقارية على نحو يظهر معه هذا الحق في صورة جديدة وغير نمطية تساعد على تحقيق الغاية التي رصد من أجلها، لأن مرونة مفهوم هذا الحق تجعله يتلاءم بسهولة مع حاجيات ومتطلبات العصر. هذا فضلا عن كون إطلاق حرية الممارسة التعاقدية من شأنه المساهمة في تطوير حق الملكية وإخضاعه لتصورات جديدة ومغايرة للصورة النمطية لهذا الحق، مما يجعله يتفاعل بسهولة مع الواقع الذي يوجد فيه دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير طبيعته العينية.

وفي ظل الحرية التعاقدية، استطاعت الممارسة التعاقدية بالولايات المتحدة الأمريكية ابتداء تصورات جديدة لحق الملكية العقارية لمسايرة متطلبات العصر، ومن الأمثلة على ذلك نذكر الملكية الجزئية⁴⁶⁹، الذي يشبه إلى حد ما أسلوب الإقامة بالتناوب⁴⁷⁰ أو هو صيغة جديدة ومعدلة لهذا النظام. وتتناول موضوعات هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تسخير مرونة مفهوم حق الملكية لخدمة فكرة الملاءمة

المطلب الثاني: فكرة الملاءمة تكريس للطبيعة العينية لحق الملكية العقارية

⁴⁶⁹ تعني الملكية الجزئية باختصار شديد أن يجمع إثنين أو أكثر من المستثمرين مواردتهما معا من أجل شراء عقار غالبا ما يكون بثمان جد مرتفع، ثم يقومون بتقسيم الملكية مناصفة في الاستخدام وفي العوائد الإيجارية وثمان البيع النهائي، بروس إيه ريزينك، حقوق الملكية في اقتصاد السوق، مقال منشور على الموقع : <http://www.mafhoum.com/press>، تاريخ الاطلاع: 2010/01/11.

⁴⁷⁰ للتوسع في هذا الموضوع، يمكن الرجوع إلى عبد العالي حفيظ، حق الإقامة بالتناوب، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007.

المطلب الأول: تسخير مرونة مفهوم حق الملكية لخدمة فكرة الملاءمة

لقد اختلف الفقه في تحليل ووصف الآثار القانونية المترتبة على إقرار قيود اتفاقية على الملكية العقارية، فهناك من اعتبر أن الشرط المانع من التصرف يفضي إلى حرمان المالك من سلطة التصرف رغم احتفاظه بصفة المالك⁴⁷¹. وهناك من انتقد بشدة وضع الملكية العقارية المثقلة بالشرط المانع من التصرف إلى حد تجريدها من صفة حق الملكية واختزالها في كون المالك مجرد حائز أو منتفع⁴⁷².

صحيح أن تناول القيد الاتفاقي في علاقته مع حق الملكية العقارية من المنظور التقليدي والنمطي لهذا الحق، سيفضي إلى إنكار ونفي صفة الحق العيني عن حق الملكية المثقلة بالقيد الاتفاقي. أما المقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية، فهي لا تجرد حق الملكية العقارية من هذه الصفة، بل تؤدي فقط إلى تحويل بعض عناصره على نحو يحقق الحاجات والمصالح التي أُلجأت إلى اشتراط القيود الاتفاقية.

خاصة أن مرونة مفهوم حق الملكية تساعد على تحويل هذا الحق وتوجيهه لمجاراة مختلف الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي يكون متسقا مع النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية وغير متعارض معها.

الفقرة الأولى: مرونة مفهوم حق الملكية مساير للتطورات الاقتصادية والاجتماعية

يستفاد من مقتضيات المادة 19 من م.ح.ع⁴⁷³ و المادة 544 من ق.م.ف أن لمالك العقار مطلق الحرية في ملكه في إطار القوانين والأنظمة الجاري بها العمل. ولئن كان كلا القانونين قد استعملا المفهوم المطلق لحق الملكية، فيجب أن يفهم منه أن حق الملكية يخول للمالك سيطرة مطلقة وكاملة على الشيء موضوع الحق وذلك خلافا لباقي الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية والتي لا تمنح لأصحابها سوى سلطات محدودة⁴⁷⁴. ولعل ما يعزز المفهوم المطلق لحق الملكية، أنه حق دائم لا يسقط بعدم استعماله أو امتناع المالك عن مباشرة سلطاته على ملكه كما أنه حق مانع يجعل المالك يستأثر بملكه بمفرده دون مزاحمة من أحد.

فخاصية الإطلاق التي تميز حق الملكية كما جاء في التعريف الوارد في القانونين المغربي والفرنسي، تخول للمالك السيادة الفردية والمطلقة على حقه ما يعزز حريته التعاقدية في إطار الحريات الأساسية بشكل عام.

⁴⁷¹ مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، م.س، ص.369؛ محمد فوزي، رسالته، م.س، ص.187.

⁴⁷² Jean-Louis Bergel et autres, op.cit.p.98

⁴⁷³ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، ج.ر عدد 5998

المؤرخة في 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص.5587.

⁴⁷⁴ Marcel Planiol, traité élémentaire de droit civil, p.743

⁴⁷⁴ مصطفى محمد الجمال، م.س، ص.30؛

لكن مفهوم حق الملكية من منظور التشريعين المذكورين لا يتجاهل البيئة الاجتماعية التي يتفاعل داخلها وما تفرضه متطلبات المنفعة العامة ومراعاة حقوق الغير واحترام القيود القانونية الناتجة عن قوانين التعمير والبناء والبيئة وغيرها مما يؤدي إلى الحد من الحرية الفردية للمالك⁴⁷⁵.

نخلص مما سبق إلى أن المرونة التي تميز حق الملكية من شأنها إخراج هذا الحق من قالبه النمطي وجعله حقا قابلا للتطور لمواكبة التحولات المجتمعية. وهذا ما جعل أحد شراح القانون المدني الفرنسي يلاحظ أن الصيغة التي ورد بها مفهوم حق الملكية في هذا القانون فيها من المرونة ما يكفي لمجاراة التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يعرفها المجتمع⁴⁷⁶. وإذا سلمنا بكون الملكية واقعة اقتصادية واجتماعية تعرفها المجتمعات، مع اختلاف مفهوم الحق وخلفيته من مجتمع إلى آخر تبعا للتنظيم الاقتصادي المتبع والإيديولوجيا السائدة⁴⁷⁷، يمكن القول إن صمود مفهوم حق الملكية في القانون الفرنسي أمام تقلبات العصر وبقائه على صيغته الأولى دون تغيير منذ إقراره عقب الثورة الفرنسية يعزى إلى عدة عوامل من أهمها مرونة المفهوم وصلاحيته طيلة هذه الحقبة التاريخية، هذا فضلا عن حفاظ المجتمع الفرنسي على استقراره السياسي وعدم خضوعه لتغييرات جذرية تقلب النظام الاقتصادي رأسا على عقب وتنعكس تداعياته على التنظيم القانوني لحق الملكية. لكن هذا لا يعني جمود حق الملكية، بل يدل على حيويته وقابليته للتطور والملاءمة مع متطلبات العصر.

الفقرة الثانية: مرونة مفهوم حق الملكية مساعد على تحقيق الملاءمة

لما كانت مرونة مفهوم حق الملكية العقارية تواكب تطور توظيف هذا الحق اقتصاديا واجتماعيا تبعا لتغير نظرة المجتمعات إلى هذا الحق ومتطلباتها، فمن الطبيعي أن تفضي هذه المرونة إلى ملائمة الملكية العقارية مع أغراض القيود الاتفاقية على اختلاف أنواعها شريطة أن تكون مقررة لحماية مصلحة مشروعة يقرها القانون ويعترف بها. وينتج عن الملاءمة تحويل حق الملكية يتمثل في تنازل المالك عن استخدام أحد عناصر حق الملكية خلال مدة القيود الاتفاقية، وذلك في إطار حرية المالك في استعمال الشيء موضوع الحق أو عدم استعماله عملا بمقتضيات القوانين الوطنية والمواثيق الدولية. ولتستبين لنا حقيقة ملائمة الملكية العقارية مع متطلبات القيود الاتفاقية وما يترتب على ذلك من نتائج قانونية تختلف شيئا ما عن تلك التي قررها المشرع، نتعرض للطبيعة القانونية للقيود الاتفاقية.

Jean-Louis Bergel et autres, op.cit, p.82 ; Marty et Raynaud, op.cit, p.37

475

Christian LARROUMET , op.cit, 95

476

CHRISTIAN LARROUMET , op.cit, p.100 Gerard Cornu, les biens, p.61 ; Marcel Planiol, op.cit, p.737

p.

477

ذهب تيار واسع من الفقه، في معرض مناقشته للطبيعة القانونية للشرط المانع من التفويت، إلى أن الأمر يتعلق بتعديل للنظام العادي والمألوف لحق الملكية يسمح به القانون⁴⁷⁸، ما دام القيد الاتفاقي يأتي لتقييد سلطة التصرف في حق الملكية بعدما أطلقها المشرع. غير أن هذا الاستنتاج يعوزه السند القانوني، بدليل أن جانب آخر من الفقه يرى عن صواب بأن حق الملكية من النظام العام وبالتالي لا يمكن تغييره عن طريق الاتفاق، ويستند في ذلك إلى مقتضيات الفصل السادس من ق.م.ف.⁴⁷⁹

يبدو من الجدال السابق أن الرأي الثاني هو الرأي الراجح لكون القيود الاتفاقية لا تؤدي إلى تعديل في حق الملكية، بل يتعلق الأمر بتحويل طفيف في هذا الحق ينتج عنه التضيق من نطاقه ومداه على نحو يسمح بتحقيق الأغراض التي يسعى المالك إلى بلوغها من وراء تقييد ملكيته بإرادته الحرة. لأن متطلبات الحياة المعاصرة في زيادة مضطردة خاصة احتياجاته للملكية العقارية لتلبية متطلباته الأساسية كالسكن والفلاحة والتجارة⁴⁸⁰، أو لتلبية حاجياته الثانوية المتعلقة بالترفيه والراحة خلال فترات العطل. فالأمر لا يعدو أن يكون ملائمة حق الملكية العقارية مع متطلبات القيود الاتفاقية أو تكييف لهذا الحق وفق حاجات المالك ومتطلباته الاقتصادية والاجتماعية التي تختلف في الزمان والمكان. لأن حق الملكية ليس قانوناً مفروضاً بقوة القانون على المالك كما قال أحد الباحثين، ولكنه يعتبر من ضمن الحريات التي يعترف بها القانون ويكفل ممارستها وفق ضرورات وحاجات المالك⁴⁸¹. ولعل تقرير قيود اتفاقية على هذا الحق رعاية لمصالح اقتصادية واجتماعية كالسكن وتنظيم المجال وظروف العمران يعد من مظاهر حرية ممارسة حق الملكية⁴⁸².

فالنتيجة النهائية أن ملائمة حق الملكية مع متطلبات القيود الاتفاقية لا تؤدي إلى المساس بجوهر هذا الحق طالما أن سلطات المالك تظل بيده، بل ينتج عنها فقط أن إحدى هذه السلطات يتم تعطيلها مؤقتاً إلى حين تحقيق الغاية التي تقرر لأجلها القيد. بحيث إذا كان القانون يسمح للمالك باقتسام سلطاته على ملكه مع

⁴⁷⁸ أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، م.س، ص.56 و 57؛

François Terré et Philippe Simler, op.cit, p.128 ; Louis Vincent, op.cit, p.6

⁴⁷⁹ François Terré et Yves Lequette, Donation- clause d'inaliénabilité temporaire- validité, les grands arrêts de la jurisprudence civile, 10^e édition 1994, p.287 ; l'article 6 du droit civil français stipule que : on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Marty et Raynaud, op.cit, p.281

Albert Wagner, op.cit,

480

481

p.356

⁴⁸² جميل الشرقاوي، م.س، ص.121.

غيره لمدد قد تكون طويلة بإنشاء حق انتفاع⁴⁸³ أو حق الكراء الطويل الأمد⁴⁸⁴، فمن باب أولى يسمح له بالتخلي مؤقتا عن بعض عناصر الملكية مقابل تحقيق بعض المنافع التي يراها ضرورية، وبتحقيقها تنتهي مدة القيد الاتفاقي ويعود حق الملكية إلى سيرته الأولى جامعا لكافة السلطات بيد المالك ومانعا غيره من مشاركته فيه.

والجدير بالإشارة إلى أن فكرة ملائمة حق الملكية العقارية مع القيود الاتفاقية لا تؤدي إلى خلق حق عيني جديد، بل تحافظ على الطبيعة الأصلية لحق الملكية وتساهم في تكريس طبيعته العينية.

المطلب الثاني: فكرة الملاءمة تكريس للطبيعة العينية لحق الملكية العقارية

إن ملائمة القيود الاتفاقية مع حق الملكية العقارية هي عملية ذهنية ترمي إلى تحقيق متطلبات القيود الاتفاقية التي لئن كانت تحد من مدى حق الملكية العقارية، فإنها لا تجرد هذا الحق من طبيعته العينية بل تعمل على تكريسها (الفقرة الأولى)، كما أن التصرفات المسموح بها على الملكية العقارية المثقلة بقيود اتفاقية تصطبغ هي الأخرى بالصبغة العينية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: على مستوى جوهر حق الملكية العقارية

غني عن البيان أن حق الملكية يعتبر من أوسع الحقوق العينية على الإطلاق لما يخوله للمالك من سلطات مطلقة على الشيء موضوع الحق. وهذه الصفة المطلقة دفعت أحد الباحثين في القرن الماضي إلى اعتبار حق الملكية الحق العيني الوحيد وبالتالي تجريد الحقوق المتفرعة عنه من الصفة العينية واعتبارها مجرد حقوق شخصية⁴⁸⁵.

بيد أن هذا الرأي لا يصمد أمام الطبيعة العينية للحقوق المتفرعة عن الملكية والتي لا جدال فيها لكون العلاقة في الحق العيني هي علاقة بين شخص معين وشيء معين، تخول للشخص سلطة مباشرة على هذا الشيء دون وساطة من أي شخص آخر⁴⁸⁶، يستطيع بموجبها أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد

⁴⁸³ ينشأ حق الانتفاع بالعقد وينقضي بانقضاء المدة المحددة في العقد أو بموت المنتفع إذا كان مقررا لشخص طبيعي (المادة 99 من م ح ع) وينقضي بانصرام مدة أربعين سنة إذا كان مقررا لشخص اعتباري (المادة 100 من م ح ع)، ويخول هذا الحق للمنتفع صلاحية التصرف فيه خلال مدته.

⁴⁸⁴ الكراء الطويل الأمد كما هو معلوم هو حق عيني يجب أن يقرر لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضاء المدة المحددة في العقود يخول هذا الحق لصاحبه سلطات تفويته ورهنه رهنا رسميا (المادة 121 من م ح ع).

Jean Dabin, une nouvelle définition du droit réel, RTD civ, tome 60, année 1962 p.20

485

Christian Atias, droit civil, les biens, p.54

486

اقتصادية⁴⁸⁷. واستكمالا لهذا التعريف الذي لا يعبر عن الحجية المطلقة للحق العيني وهي أهم سمة تميز هذا الحق وتجعله يتفوق على الحق الشخصي، يعتبره مارسيل بلانيول علاقة إلزامية عامة تفرض على جميع الناس الامتناع عن القيام بأي عمل يعارض صاحب الحق العيني في ممارسته لحقه⁴⁸⁸. ونفس المعنى يذهب إليه حامد مصطفى إذ يعتبر الحق العيني علاقة قانونية قائمة بين شخص وسائر الناس بمقتضاها يلتزم هؤلاء تجاهه بالامتناع عن معارضته في تصرفه فيه⁴⁸⁹.

بينما يرى السنهاوري أن المهم في الحق العيني ليس هو تعيين المدين، لأن المدين في هذا الحق هو كافة الناس، بل المهم هو تعيين محل الحق وهو أمر جوهري في الحق العيني⁴⁹⁰. وانطلاقا مما تقدم، يعتبر حق الملكية باعتباره حقا عينيا ذا أثر مطلق يحتج به تجاه كافة الناس⁴⁹¹. وهذه الحجية تثبت لحق الملكية العقارية ولو كان هذا الحق مثقلا بقيود اتفاقية، لأن هذه القيود لا تجرد حق الملكية من حجته المطلقة بل تؤدي فقط إلى الانتقاص من سلطات المالك على نحو يراعي مقتضى القيد الاتفاقي ويحقق أغراض المستفيد من هذا القيد. والنتيجة المنطقية لهذا التحليل هي أن القيود الاتفاقية لا تنال من الطبيعة العينية لحق الملكية العقارية، ولا تجرد المالك من جميع سلطاته على ملكه، وإنما تقيد بعض هذه السلطات وتسمح للمالك المشترط عليه بالتصرف وفق مقتضى القيود الاتفاقية مما سيكرس الطبيعة العينية لحق الملكية.

الفقرة الثانية: على مستوى التصرفات الواردة على الملكية العقارية

لا ريب أن لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه، ولكن القيود الاتفاقية المترتبة على الملكية العقارية تأتي خلافا لهذا الأصل لتقيد حرية المالك على ملكه وتحد من سلطاته دون أن يعني ذلك انتفاء حق الملكية أو إلغائه. بل يستمر المالك في ممارسة سلطاته على حق الملكية في حدود ما تبقى له من صلاحيات بعد إقراره وقبوله بالقيود الاتفاقية. وهكذا إذا كان القيد الاتفاقي عبارة عن منع البناء، فإن المالك لا يفقد الحق في استعمال حق الملكية وحتى التصرف فيه تصرفا ماديا لكن مع مراعاة مقتضى القيد.

⁴⁸⁷ السنهاوري، الجزء 8 ص. 182.

Marcel Planiol, Traite élémentaire de droit civil ;

⁴⁸⁸

p.678

⁴⁸⁹ حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون العربي المصري والسوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالية-1964، ص. 35.

⁴⁹⁰ السنهاوري، الوسيط، حق الملكية، الجزء 8 ص. 210.

⁴⁹¹ لكن الأثر المطلق لهذه الحجية رهين بتقنين نظام للشهر العقاري يتولى إعلام الغير بإنشاء الحقوق العينية وانتقالها وتعديلها وإسقاطها، السنهاوري، الجزء 8 ص. 215؛ Marty et Raynaud, les biens, op.cit, p.11 ; Gerard Cornu, op.cit, p.52.

لأن شرط منع البناء لئن كان يقيد سلطة المالك في التصرف المادي في العقار موضوع حق الملكية، فإن سلطتي الاستغلال والتصرف القانوني تظلا مطلقتان. وإذا كان القيد الاتفاقي عبارة عن شرط مانع من التصرف، يبقى للمالك كامل السلطات لإجراء جميع التصرفات المادية وبعض التصرفات القانونية التي لا تؤدي إلى نقل الملكية مثل التأجير.

وهكذا فإذا كان القيد الاتفاقي لا يلغي سلطات المالك على ملكه، إنما يقيدوها ويحد من نطاقها ومداها بالقدر اللازم لتحقيق المصلحة المنشودة؛ فإنه بالتبعية لا يلغي الوسائل القانونية لحماية حق الملكية العقارية من أهمها دعويين عينيتين هما: الحيازة والاستحقاق.

فدعوى الاستحقاق أو دعوى الملكية ترمي إلى الاعتراف للمدعي بحق عيني عقاري وتحديد المالك الحقيقي للعقار. وهي مقصورة على مالك العقار ولا يمكن رفعها من طرف غير المالك كالمؤجر والمعير والمودع والمشتري والراهن، فهؤلاء جميعا يحق لهم رفع دعاوى تكون طبيعتها من جنس الحقوق المراد حمايتها مثل دعاوى رد العين المؤجرة والشيء المعار والمودع ورد العين المرهونة⁴⁹². وتكمن أهمية دعوى الاستحقاق في كونها تبقى دائما ثابتة للمالك يرفعها في أي وقت شاء، لأن حق الملكية حق دائم ولا يسقط بعدم الاستعمال.

وفضلا عن دعوى الاستحقاق، يحق للمالك رفع دعوى الحيازة إذا تعرضت حيازته للمساس والتشويش من طرف الغير. وفي هذا الإطار، أقر الاجتهاد القضائي حق مالك العقار المحفظ في اللجوء إلى قاضي المستعجلات لمعاينة التشويش على حق الملكية ورفعها، أو طلب طرد كل محتل للعقار دون أن يكون اسمه مقيدا بالرسم العقاري⁴⁹³.

ورغم اختلاف الدعويين، فإن ممارسة المالك لدعوى الحيازة لا تمنعه من المطالبة بالحماية القضائية عن طريق دعوى الملكية ولكن العكس غير صحيح⁴⁹⁴ كما يقضي بذلك المشرع المغربي الذي نص على أنه من قدم دعوى الملكية أو الاستحقاق لا تقبل منه بعد ذلك دعوى الحيازة إذا وقع إخلال بحيازته أو اعتداء عليها بعد تقديم دعوى الملكية⁴⁹⁵.

فالفكرة الأساسية التي يمكن استخلاصها في ختام هذا المطلب، هي قابلية القيود الاتفاقية للتلاؤم مع حق الملكية العقارية دون النيل من جوهر هذا الحق ومن طبيعته العينية، ودون تجريد المالك من سلطاته على

⁴⁹² عبد الرزاق أحمد السنهاوري، حق الملكية، الجزء الثامن، م.س، ص.592

⁴⁹³ Paul Decroux, droit foncier marocain, Editions la porte, 1977, p.301.

⁴⁹⁴ Marty et Raynaud, op.cit. p.262

⁴⁹⁵ ينص الفصل 169 من قانون المسطرة المدنية على: "من قدم دعوى الملكية لا تقبل منه بعد ذلك دعوى الحيازة إلا إذا وقع إخلال بحيازته بعد تقديم دعوى الملكية".

ملكه إلا ما اقتضت ضرورة القيود الاتفاقية تعطيله مؤقتا إلى حين تحقيق الأهداف والمصالح التي أملت بها القيود . لكن إعمال هذه السلطات يجب أن يتناسب مع مقتضى ومتطلبات القيد الاتفاقي حتى يكتمل بناء فكرة الملائمة، وهذا ما سيتم بحثه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: التناسب بين التصرف ومقتضى القيد الاتفاقي من متطلبات الملائمة

التناسب من حيث المعنى اللغوي يأتي من فعل تناسب وهو فعل خماسي لازم متعد بحرف ومصدره تناسب، والمقصود به هو التوافق والتشاكل، يقال تناسب الشخصان أو الشيئان أي توافقا وتشاكلا، تناسب الألوان تناسقا. يقال أيضا لا يتناسب الجهد مع النتائج، تناسب العقاب مع الجرم⁴⁹⁶.

أما المفهوم الإصطلاحي للتناسب، فهو توافق وانسجام بين التصرف القانوني في الملكية العقارية مع مقتضى القيد الاتفاقي الوارد عليها، بمعنى أن يكون تصرف المالك المشروط عليه في ملكه مناسبا ومنسجما مع ما يقضي به القيد من التزامات .

وإذا كان القيد الاتفاقي يمثل استثناء على الأصل الثابت لمالك العقار المثقل بالقيد، فيتعين الالتزام بحدود القيد ونطاقه وعدم التوسع في تفسيره، لأن كل ما لم يشمل القيد يظل على أصل الحرية في مباشرته من جانب المالك⁴⁹⁷.

وهنا يأتي دور التناسب كعملية ذهنية ترمي إلى قياس مدى أحقية المالك في القيام بالتصرف في ضوء بنود القيد الاتفاقي المضمن في العقد الناقل للملكية، وبالتالي الموازنة بين مصلحة مشروط القيد الاتفاقي ومصلحة المالك المشروط عليه. فالتناسب إذن هو نوع من الرقابة الذاتية المسبقة التي يمارسها المشروط عليه قبل الإقدام على التصرف في الملكية العقارية المحملة بالقيد الاتفاقي، وذلك للحفاظ على حيازته للحق العيني المفوت إليه مقيدا بشروط، وضمان استقرار المعاملة المبرمة بينه وبين المتصرف مشروط القيد.

وتعتبر عبارات القيد الاتفاقي المضمنة في العقد هي البوصلة التي توجه عملية التناسب لمعرفة مدى ملاءمة التصرف القانوني المراد الإقدام عليه مع مقتضى القيد. بحيث إذا جاءت عبارات القيد خاصة وبصيغة حصرية، لن يجد المشروط عليه أي صعوبة في معرفة التصرفات المخالفة للقيد الاتفاقي وبالتالي يستطيع تجنبها وإتيان التصرفات الأخرى الجائزة.

⁴⁹⁶ معاجم اللغة، المعجم الوسيط، المعجم الرائد، المعجم الغني، أنظر الموقع الإلكتروني على شبكة الإنترنت:

www.almaany.com/hom تاريخ الاطلاع: 2010/11/05.

⁴⁹⁷ همام محمد محمود زهران، م.س، ص. 246؛ أنور العمروسي، م.س، ص. 227.

لكن عملية التناسب ليست دائما بهذه السهولة إذ قد يصعب معرفة التصرفات الممنوعة على المالك خاصة إذا وردت مقتضيات القيد بصيغة عامة ومطلقة، بحيث يصعب على المتعاقدين وخاصة الملزم بالقيد تحليل مضامين القيد الاتفاقي وبالتالي القيام بعملية التناسب لمعرفة التصرفات التي يمكن للمشتري عليه إتيانها دون أن تناقض مقتضى القيد أو تعطل مفعوله.

والملاحظ أن الصعوبات التي تطرح على المتعاقدين في فهم واستيعاب مضامين القيود الاتفاقية، تطرح أيضا ولكن بدرجة أقل على الجهات المكلفة بتوثيق التصرفات والعقود الواردة على الملكية العقارية أو على الحقوق العينية المتفرعة عنها مثل الموثقين والعدول والمحامين كما تنص على ذلك المادة الرابعة من م.ح.ع. ولتناول مواضيع هذا المبحث سيتم تقسيمه إلى مطلبين: نتناول في المطلب الأول مظاهر صعوبة التناسب بين التصرف ومقتضى القيد الاتفاقي الناتجة عن الصياغة العامة لهذا القيد، ثم نخصص المطلب الثاني لبيان مزايا الصياغة الحصرية للقيد الاتفاقي ودورها المساعد في عملية التناسب.

المطلب الأول: الصياغة العامة للقيد الاتفاقي وصعوبة تحقيق التناسب

المطلب الثاني: الصياغة الحصرية للقيد الاتفاقي عامل مساعد على تحقيق التناسب

المطلب الأول: الصياغة العامة للقيد الاتفاقي وصعوبة تحقيق التناسب

عندما ترد عبارات القيد الاتفاقي بصيغة عامة ومجملّة بدون تحديد أنواع التصرفات والأعمال المحظورة على الملتزم بالقيد، كأن يكون القيد هو الشرط المانع من التصرف مثلاً؛ يجب أن يؤخذ هذا القيد على إطلاقه ودون تقييد تنفيذا لإرادة المتعاقدان. ويشمل المانع في هذه الحالة جميع التصرفات القانونية بدون تمييز بين التصرفات الناقلة للملكية والتصرفات المؤدية إلى إنشاء حقوق عينية على الملكية العقارية المحملة بالقيد.

وهذا ما يستفاد من مصطلح التصرف القانوني سواء ورد في شكل عقد أو إرادة منفردة، ومن القواعد الفقهية المقررة في هذا الباب أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرق دليل التقييد نصاً أو دلالة، ولا عبارة للدلالة في مقابلة التصريح...⁴⁹⁸. وهكذا يجوز إجراء الأعمال التي تخرج عن نطاق التصرف مثل أعمال الإدارة كالتأجير والعارية وغيرها، كما يجوز انتقال الملكية عن طريق الإرث والتقدم المكسب لأحدهما من الوقائع المادية وليس من التصرفات القانونية الإرادية.⁴⁹⁹

لكن القضاء قد يعطي للتصرف القانوني مدلولاً واسعاً لا يقتصر على التصرفات الناقلة للملكية فقط، وإنما قد يمتد ليشمل كافة التصرفات التي من شأنها الانتقاص من القيمة الاقتصادية للعقار ومن ضمنها عقد الكراء للغير، بحيث اعتبرت محكمة النقض أن منع المدين الراهن بموجب بند في عقد الرهن من التصرف في العقار المرهون يشمل كذلك عقد التأجير.⁵⁰⁰

ويبقى السؤال المطروح في هذا الإطار هو مدى شمول التصرف القانوني لعقد الوصية الذي من المقرر قانوناً⁵⁰¹ وفقها⁵⁰² أنه تصرف إرادي ناقل للملكية ولو كان مضافاً لما بعد وفاة المتصرف؟

⁴⁹⁸ علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم - دمشق، ط. 5، 1420هـ - 2000م، ص. 180.

⁴⁹⁹ همام محمد محمود زهران، م.س، ص. 248.

⁵⁰⁰ القرار عدد 31 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 16 يناير 2014 في الملف التجاري عدد 2012/1/3/90، مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 77/ 2014.

⁵⁰¹ تنص المادة 277 من م.أ.ش على أن: "الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث مال عاقده يلزم بموته"؛ وتنص المادة 916 من ق.م.م على ما يلي: "(1) كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت وكون مقصود به التبرع، يعتبر تصرف مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف..."

⁵⁰² أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، ج 2، م.س، ص. 511؛ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، ج 6، دار المستقبل - دار الإمام مالك، الجزائر، ط. 1، 1426هـ - 2005م، ص. 43؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 8، م.س، ص. 17.

يذهب أحد الباحثين إلى إخراج الوصية من إطار المنع من التصرف القانوني على اعتبار أن الإيصاء في حدود ثلث التركة يمثل حقا متصلا بالنظام العام⁵⁰³. لكن القاعدة المقررة في القوانين المدنية الحديثة ومنها القانون المغربي⁵⁰⁴ وق.م.م⁵⁰⁵ هي جواز تقييد الوصية بالشرط إذا كان الشرط صحيحا. والمحصلة أن عملية التناسب مسألة ذهنية ترمي إلى تقدير التصرف القانوني المراد القيام به بمقياس العبارات والألفاظ التي ورد بها القيد الاتفاقي. وهذا يجرنا إلى البحث في نية المتعاقدين للوقوف على حقيقة القيد من حيث تحديد نطاقه، والذي يجب أن يتم بقدر المصلحة المشروعة المراد تحقيقها⁵⁰⁶. لكن ضبط هذه الأمور يتطلب خبرة ودراية وآليات قانونية ليست في متناول المشتري عليه ولا الجهات المكلفة بتوثيق التصرفات، بل يتولاها القضاء المؤهل لتفسير وتأويل القيد الاتفاقي إذا وقع تنازع بين المتعاقدين حول تفسيره خاصة عندما يرد القيد بصيغة عامة. لكن مسألة التناسب تكون سهلة ولا تطرح أي إشكال عندما يرد القيد الاتفاقي بعبارات دقيقة وواضحة لا تحتمل أكثر من معنى واحد.

المطلب الثاني: الصياغة الحصرية للقيد الاتفاقي عامل مساعد على تحقيق التناسب

إذا ورد القيد الاتفاقي بصيغة واضحة وحصرية تحدد بشكل صريح جنس التصرفات القانونية الممنوعة على المشتري عليه، فإن المنع ينحصر في هذا الإطار ولا ينصرف إلى غيرها من التصرفات التي تبقى على أصلها في الإباحة والجواز. إذ تظل سلطات المالك مطلقة في التصرف في ملكيته إلا ما استثنى صراحة بمقتضى القيد الاتفاقي.

⁵⁰³ همام محمد محمود زهران، م.س، ص.248؛

⁵⁰⁴ تنص المادة 285 من م.أ.ع: "يصح تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به إن كان الشرط صحيحا، والشرط الصحيح ما كان فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفا للمقاصد الشرعية". من خلال هذه المادة يتبين بأن من شروط صحة الشرط التقييدي شرط المصلحة وعدم المخالفة للمقاصد الشرعية، وإذا كان الشرط الأول واضح ولا يحتاج إلى بيان فإن الشرط الثاني المتعلق بعدم المخالفة للمقاصد الشرعية جاء عاما وبالتالي قد يطرح صعوبات لتنزيله على أرض الواقع، وهذا يقتضي الرجوع إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف عملا بمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة التي قررت الإحالة على المذهب الفقهي المذكور في كل ما لم يرد فيه نص في المدونة المذكورة. ورغم هذه الإحالة الصريحة، فإن تفعيل مقتضيات المادة 285 المشار إليها على أرض الواقع يطرح عدة صعوبات سواء على مستوى الممارسة التعاقدية أو العمل القضائي. لأن الرجوع إلى المذهب المالكي واختيار الاجتهاد الذي يراعى تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف يتطلب تفقها ودراية بهذا المذهب الفقهي وأصوله ومناهجه، وهو أمر شائك بالنسبة للفقهاء والقضاة وذوي الاختصاص وبالأحرى بالنسبة للمتعاقدين.

⁵⁰⁵ المادة 823 من ق.م.م تنص في فقرتها الأولى على أنه: "(1) إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة معقولة"، م.س.

⁵⁰⁶ شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط.2، 1958، د.د.ت.ص.83.

فإذا ورد القيد في شكل منع التبرع، فإن الحظر ينحصر فقط في إطار عقود التبرع مثل الهبة والصدقة والوصية وما إلى ذلك من تبرعات، ولا ينصرف إلى التصرفات الناقلة للملكية بعوض مثل البيع والمعاوضة والرهن التي تبقى على أصلها في الجواز.

وقد يأخذ القيد الاتفاقي صورة تقييد حرية المالك في استعمال واستغلال الملكية العقارية مثل شرط التخصيص للسكن فقط، بحيث تبقى حرية المالك مطلقة فيما يتعلق باستعمال العقار للسكن سواء بطريقة مباشرة أو عن طريق التأجير لفائدة الغير. فقيد التخصيص للسكن مثلاً، لا يمنع المالك من التصرف في عقاره بجميع التصرفات القانونية سواء كانت بعوض أو بدون عوض، مادامت هذه التصرفات غير مشمولة بالحظر المقرر اتفاقاً.

وقد يرد القيد الاتفاقي في شكل شرط عدم تعلية البناء إلى أكثر من مستوى معين أو في شكل شرط منع البناء في رقعة محدودة⁵⁰⁷. فالقيد المانع من البناء في هذه الحالة، لم يرد بصيغة عامة تمنع البناء مطلقاً بل ورد بصيغة خاصة تحد من سلطة التصرف المادي في حدود معينة.

وإذا ورد القيد بصيغة عامة مع تحديد نوع التصرفات الممنوعة مثل منع التصرفات الناقلة للملكية بين الأحياء، ينحصر المنع في هذا الإطار المحدد ويبقى من حق المالك التصرف في ملكيته فيما عدا ذلك من تصرفات لا تتعارض مع مقتضى القيد مثل إنشاء حق عيني على العقار كالرهن والانتفاع، أو التصرف في الملكية عن طريق الوصية على اعتبار أن هذا العقد وإن كان تصرفاً قانونياً صادراً عن إرادة حرة من المتصرف، فإنه لا يدخل في خانة التصرفات التي تجري بين الأحياء وبالتالي لا يقع تحت طائلة المنع المقرر بموجب القيد الاتفاقي.

بعدما حاولنا في الفرع الأول من هذا البحث إبراز دور المقاربة التوفيقية في التخفيف من آثار القيود الاتفاقية عن طريق توظيف مرونة مفهوم حق الملكية وملاءمته مع متطلبات القيود الاتفاقية، نمر الآن إلى الفرع الثاني لمناقشة بعض مظاهر التلطيف من آثار القيود على تداول ملكية العقارية الناتجة عن المنظور التوفيقية.

⁵⁰⁷ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج.1، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998، بيروت، ص.34.

الفرع الثاني: المقاربة التوفيقية وسيلة للتخفيف من آثار القيود على تداول الملكية العقارية

يتناول هذا الفرع دور المقاربة التوفيقية في التخفيف من آثار القيود الاتفاقية على تداول الملكية العقارية، على اعتبار أن القيود الاتفاقية يترتب عليها الحد من سلطات حق الملكية العقارية نتيجة تراض واتفاق بين مشترط القيود والمشتراط عليه. ومن هنا يفسر المنع المؤقت من التصرف في الملكية العقارية بمثابة تأجيل اتفاقي للتداول غايته تحقيق مصالح الطرفين معا، وليس منعاً مطلقاً من التداول الذي يختص به المشرع. هذا بالإضافة إلى أن مرونة وخصوصية أحكام القيود الاتفاقية تساهم في التلطيف من الآثار السلبية لهذه القيود، ومن مظاهرها أن خصوصية الجزاء المترتب على التصرفات المخالفة للقيود تخول للمتعاقدین هامشاً مهماً من الحرية لتجاوز عقبة القيود الاتفاقية عن طريق إجازة التصرفات المخالفة لها، متى كانت هذه التصرفات مبررة بمصالح مشروعة للمشتراط عليه.

وهكذا نتناول مواضيع هذا الفرع وفق التقسيم الآتي:

المبحث الأول: التأجيل اتفاقي لتداول الملكية العقارية من مظاهر تلطيف آثار القيود الاتفاقية

المبحث الثاني: قابلية إبطال التصرفات المخالفة من مظاهر التلطيف من آثار القيود الاتفاقية

المبحث الأول: التأجيل الاتفاقي لتداول الملكية العقارية من مظاهر تلطيف آثار القيود

الاتفاقية

تجدر الإشارة بادئ ذي بدء إلى أن المالك المشتراط عليه لا يفقد سلطة التصرف في حق الملكية لمجرد كونها مثقلة ب قيد أو بقيود اتفاقية، بل تبقى صفة المالك قائمة وتبقى معها سلطات الملكية ثابتة لصاحبها بقوة القانون، غاية ما هناك أن سلطة التصرف في الملكية يتم تعطيلها مؤقتا عن طريق الاتفاق بغرض تحقيق غاية مشروعة. وهنا لا نكون بصدد منع مطلق يقرره القانون ويترتب على مخالفته البطلان، بل أمام منع مؤقت ناتج عن اتفاق إرادتي المتعاقدين على تأجيل تداول الملكية العقارية يسمح به القانون. وهكذا تقسم مواضع هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: المنع الدائم من التصرف مناقض للطبيعة المطلقة لحق الملكية

المطلب الثاني: المنع المؤقت من التصرف تكريس للنظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية

المطلب الأول: المنع الدائم من التصرف مناقض للطبيعة المطلقة لحق الملكية

بعدما رأينا سابقا أن مبدأ تداول الأموال مرتبط بالنظام العام ولاسيما في جانبه الاقتصادي القائم على حركية الأموال وتداولها، وجانبه القانوني القائم على حق الملكية وما يخوله من سلطة التصرف لتفعيل مبدأ التداول؛ يمكن القول إن من ضمانات الحفاظ على فاعلية هذا المبدأ بيسر وسلاسة جعل سلطة تقييد حق الملكية أو الحد من سلطات المالك على ملكه مقصورة على المشرع.

الفقرة الأولى: الاعتبار الاقتصادي أساس مبدأ تداول الأموال

إن الأصل في الأموال هو حرية تداولها وانتقالها من يد إلى يد بهدف تحقيق الرواج الاقتصادي من خلال استثمار الأموال في مختلف المجالات للحصول على أعلى معدلات الانتاج. فالهدف النهائي المتوخى من مبدأ تداول الأموال يتحقق من خلال اعتبارين إثنين: الأول قانوني وهو حرية المالك في استخدام حق ملكيته وفق الطريق التي تروق له وتحقق مصالحه، والثاني اقتصادي وهو تداول حق الملكية وانتقالها بين الناس وما ينتج عن ذلك من خيارات وثروات يستفيد منها المالك والمجتمع. لكن هذا الهدف لن يتحقق إذا ظلت الملكية العقارية في حالة حركة دائمة وغير منقطعة، بل لا بد أن تظل في حالة ثبات لفترة زمنية معينة في يد مالك معين تكون كافية لاستثمارها واستغلالها في مجالات مختلفة كالتجارة والصناعة والفلاحة وبالتالي استخلاص أفضل النتائج من وراء تعبئة الملكية العقارية في التنمية الاقتصادية بصفة عامة. لكن ما هي المدة الزمنية التي يجب أن تظل فيها الملكية العقارية في حالة ثبات في يد مالئها: هل هي محددة في الأشهر أو السنوات أم هي محددة بعمر المالك؟

في الواقع ليس هناك معيار ثابت وقار لتحديد المدة الزمنية التي يجب أن تبقى فيها الملكية العقارية في حالة ثبات واستقرار في يد المالك، لأنها مبنية على عناصر متغيرة وغير ثابتة وبالتالي تختلف باختلاف الأوضاع القانونية والغايات المقصودة من اكتساب الملكية واستقرارها في يد المالك. فمثلا على مستوى إنجاز مشاريع التجزئات العقارية أو تشييد بنايات مخصصة للسكن أو لممارسة أنشطة تجارية أو صناعية، يعتبر المشرع المغربي أن المدة الكافية لإنجاز هذه المشاريع قصد الاستفادة من الرسوم المخفضة البالغة 4 في المائة هي سبع سنوات يبدأ سريانها من تاريخ شراء العقار تطبيقا للمادة 134 من المدونة العامة للضرائب كما تم تعديلها بموجب قوانين المالية وخاصة قانون المالية لسنة 2016⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ الظهير الشريف رقم 150.15.1 الصادر في 7 ربيع الأول 1437 (19 ديسمبر 2015) بتنفيذ قانون المالية رقم 70.15 للسنة المالية 2016،

ج.ر عدد 6423 المؤرخة في 9 ربيع الأول 1437 (21 ديسمبر 2015)، ص.10081؛ أنظر النص الكامل للمدونة العامة للضرائب المنشور بموقع

<https://www.finances.gov.ma/Docs>

وزارة الاقتصاد والمالية على الإنترنت:

وعلى مستوى تطبيق ضريبة الأرباح العقارية الناتجة عن تفويت العقار، يعفى البائع من هذه الضريبة إذا اثبت للإدارة الضريبية أنه كان يشغل العقار المبيع كمسكن رئيسي لمدة ست سنوات على الأقل في تاريخ التفويت عملاً بالمادة 63 من المدونة العامة للضرائب كما تم تعديلها⁵⁰⁹.

وإذا تم تخصيص العقار كإقامة عقارية للإنعاش السياحي مثلاً، فإن مشتري هذا النوع من الإقامات يكون ملزماً بإيجارها لشركة التدبير مع إمكانية الاحتفاظ لنفسه بمدة معينة للاستغلال خلال السنة⁵¹⁰.

ومن التطبيقات القضائية للمدة التي يجوز خلالها منع المتصرف إليه من التصرف، ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 20 أبريل 1858 إلى أن بقاء المال مدة أربعين سنة في يد الموصى له هي مدة معقولة وبالتالي فمنعه من التصرف خلال هذه المدة لا يعتبر تحبيساً للمال وإخراجه من دائرة التداول ولا يتعارض مع الطبيعة المطلقة لحق الملكية كما قررت ذلك محكمة ليون في حكمها الصادر في 12 يونيو 1856 والذي تعرض للنقض من طرف المحكمة العليا⁵¹¹.

فالملاحظ من خلال هذه الأمثلة، أن المدة التي تبقى فيها الملكية العقارية مستقرة في يد المالك تختلف باختلاف الحالات وباختلاف دواعي تملك العقار وتفويته. وهي على كل حال مدد مؤقتة تخرج فيها الملكية عن التداول ولكنها لا ترقى إلى مستوى المنع المطلق الذي يقرره القانون.

الفقرة الثانية: المنع المطلق لتداول الأموال من عمل المشرع

من المؤكد أن تجميد المال وحبسه عن التداول من الأمور غير المرغوب فيها لما يترتب عليها من نتائج سلبية على المستويين الاقتصادي والقانوني. إلا أنه قد توجد دواعي وظروف تستدعي منع تداول بعض الأموال بنص قانوني لحماية مصلحة عامة تقتضي ذلك، أو لأن طبيعة المال في حد ذاته تستوجب تحبيسه عن التداول وتخصيصه للاستعمال المشترك بين عامة الناس. إلا أن ما يجب ملاحظته هنا هو أن منع التداول في الحالة الأولى، وإن كان مقرراً من طرف القانون فإنه يكون منعاً مؤقتاً وليس دائماً. كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لقانون تهيئة واستثمار موقع بحيرة مارشيكا بمدينة الناظور، والذي قرر في مادته الرابعة وقف جميع المعاملات

⁵⁰⁹ قانون المالية رقم 70.15 للسنة المالية 2016، م.س؛ موقع وزارة الاقتصاد والمالية على الإنترنت، م.س.

⁵¹⁰ ظهير شريف رقم 1.80.60 صادر في 27 من جمادى الأولى 1429 (23 ماي 2008) بتنفيذ القانون رقم 01.07 القاضي بسن إجراءات خاصة تتعلق بالإقامات العقارية للإنعاش السياحي وتغيير وتنظيم القانون رقم 61.00 بمثابة النظام الأساسي للمؤسسات السياحية، ج.ر عدد 5639 بتاريخ 16 يونيو 2008، ص.1376.

⁵¹¹ حكم منشور على شبكة الأنترنت على الموقع: WWW. Legifrance.gouv.fr، سبقت الإشارة إليه.

المتعلقة بالأماكن المحفظة أو الموجودة في طور التحفيظ أو غير المحفظة الواقعة داخل منطقة التهيئة كالتفويطات وإنشاء حقوق عينية والإيجار لمدة تتجاوز سنة⁵¹². ويرمي هذا المنع إلى تمكين السلطات العمومية من القيام بالدراسات والأبحاث اللازمة لوضع تصميم تهيئة يرمي إلى تحديد ضوابط استعمال الأراضي وقواعد البناء والاتفاقات المفروضة وبالتالي تحقيق تهيئة منتظمة ومتناسقة⁵¹³. وينتهي القيد القانوني المذكور ابتداء من تاريخ نشر مرسوم المصادقة على تصميم التهيئة بالجريدة الرسمية.

وهناك أمثلة كثيرة على منع التداول القانوني المؤقت في الملكية العقارية الخاصة، ومنها قانون ضم الأراضي وتوسيع نطاق العمارات القروية الذي ينص في فصله الرابع مكرر على منع جميع العقود الاختيارية المبرمة بعوض أو بغير عوض والواردة على الأماكن الواقعة داخل منطقة الضم وذلك تحت طائلة البطلان المطلق⁵¹⁴. ويسري مفعول هذا المنع ابتداء من تاريخ النشر بالجريدة الرسمية للإعلان عن إيداع التصميم والبيان التجزيئين بمقر السلطة المحلية وينتهي بنشر المرسوم الصادر بالمصادقة على ضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض.

ولما كانت المصلحة العامة هي التي تبرر إخراج بعض الأموال من دائرة التعامل ولفترة زمنية مؤقتة كما مر معنا في الفروض السابقة، هناك أموال ذات طبيعة خاصة ترصد للاستعمال المشترك بين جميع الناس مما يجعلها غير قابلة للتداول بشكل مطلق. وهذا هو وضع الأماكن العمومية التي ينظمها ظهير 1914/07/01 المعدل بظهير 1919/10/29⁵¹⁵. وينطبق نفس المنع على أملاك الجماعات الأهلية أو السلالية المنظمة بظهير 1919/04/27 المعدل بظهير 1963/02/06⁵¹⁶، وكذا الأملاك الموقوفة أو المحبسة المنظمة بموجب مدونة الأوقاف الصادرة بظهير الشريف رقم 236 بتاريخ 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010)⁵¹⁷.

⁵¹² القانون رقم 25.10 المتعلق بتهيئة واستثمار موقع بحيرة مارشيك الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.10.144 صادر في 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5857 وتاريخ 6 شعبان 1431 (19 يوليو 2010)، ص. 3761.
⁵¹³ للمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة المتعلقة بالتعمير، تنظر المادتين 19 و20 من القانون رقم 90-12 المتعلق بالتعمير الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 31-92-1 في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 15 يوليو 1992، ص. 880.

⁵¹⁴ الظهير الشريف رقم 105-62-1 صادر في 27 محرم عام 1382 (30 يونيو 1962) بشأن ضم الأراضي الفلاحية بعضها إلى بعض، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2595 المؤرخة في 17 صفر 1382 (1962/07/20)، ص. 1705.

⁵¹⁵ وقد عدد الفصل الأول من القانون المذكور الأموال العمومية ولعل من بينها: شواطئ البحر، والمياه التي على وجه الأرض أو تحتها، والحواجز والسدود والقنوات، والطرق والأزقة والسبل والسكك الحديدية والجسور...

وينص الفصل الرابع من نفس القانون بشكل صريح على أن الملك العمومي لا يقبل التفويت مطلقا ولا تكتسب ملكيته بالتقادم.

⁵¹⁶ وتخصص هذه الأملاك للاستعمال المشترك بين القبائل في مجالات الحرث ورعي المواشي ويكون لكل رب عائلة من العشيرة حق دائم في الانتفاع بهذه الأملاك. ولتحقيق هذه الغاية، ارتأى المشرع أن يجعل هذه الأملاك غير قابلة للتقادم ولا للتفويت والحجز (الفصل 4 من القانون

وإذا كانت هذه القيود القانونية المقررة للمنع المطلق من التصرف تخدم المصلحة العامة، فإن المنع المؤقت من التصرف يخدم النظرة التوفيقية للقيود المقررة عن طريق الاتفاق.

المطلب الثاني: المنع المؤقت من التصرف تكريس للنظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية

سبق القول بأن الأصل هو إطلاق حرية المالك في التصرف في ملكه، لكن ثمة ضرورات اجتماعية واقتصادية جعلت المشرع يسمح للمتعاقدین بالخروج عن هذه القاعدة وتقرير قيود اتفاقية في العقود الواردة على الملكية العقارية، أو بمعنى آخر يمكن القول إن المصلحة التي دعت إلى تقرير قيود اتفاقية هي التي تبرر تأجيل تداول الملكية العقارية (الفقرة الأولى).

ولئن كانت القيود الاتفاقية تؤدي إلى تعطيل مؤقت لسلطات المالك على ملكه إلى حين تحقيق المصالح المقصودة بهذه القيود، فإن امتناع المالك عن أعمال سلطاته على ملكه خلال مدة سريان القيد ناتج عن تلاقي إرادتي مشترط القيد والمشتراط عليه، وبالتالي فهو تأجيل اتفاقي لتداول الملكية العقارية يسمح به المشرع ويساهم في تكريس النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المصلحة المستهدفة بالقيد أساس تأجيل تداول الملكية العقارية

إن رصد الملكية العقارية وتخصيصها لتحقيق مصلحة مشروعة للمالك أو لغيره تسوغ المنع من التصرف في الملكية أو تقييد عنصر من عناصر حق الملكية على نحو معين، ومن ثم تبرر الخروج عن النظام القانوني العادي والمألوف لحق الملكية⁵¹⁸. فمنع المالك من تفويت ملكه خلال مدة معينة فيه حماية لمصلحة مشترط القيد مثل الدائن المرتهن الذي اشترط على المالك المدين منع التصرف في الملك المرهون إلى حين استرداد مبلغ القرض بالكامل. كما أن منع المالك من تجاوز حد معين في البناء على عقاره فيه حماية لمصلحة المالك المجاور الذي اشترط قيد المنع من البناء لضمان عدم حجب الشمس عن داره، كما أن منع الشريك من الخروج من الشيوخ الاختياري فيه حماية للشركاء وضمان حسن استغلال المال المشاع خلال فترة زمنية معينة. ورغم أن القاعدة المقررة قانوناً هي عدم الإجماع على البقاء في الشيوخ، فإن المشرع أجاز للشركاء الاتفاق كتابة على التنازل مؤقتاً عن طلب القسمة إلى حين تحقيق الغاية المقصودة من الشرط المتفق عليه⁵¹⁹.

(المذكور). لكن رغم طبيعة هذه الأملاك، يلاحظ أن المنع المقرر بشأنها ليس منعاً مطلقاً بل يرد عليه استثناء هام يتمثل في إمكانية تفويت عقار جماعي لفائدة الدولة أو الجماعات أو المؤسسات العمومية إما بالمرضاة أو بواسطة نزاع الملكية (المادة 12 من قانون الأراضي الجماعية).⁵¹⁷ ج.ر عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص. 3154.

Louis Vincent, inaliénabilité, Dalloz, Tome V 1990 p.1

518

تنص المادة 27 من م ح ع على ما يلي: "لا يجبر أحد على البقاء في الشيوخ، ويسوغ لكل شريك أن يطلب القسمة، وكل شرط يخالف ذلك يكون عديم الأثر يجوز للشركاء أن يتفقوا كتابة على البقاء في الشيوخ لمدة معينة...".⁵¹⁹

من خلال هذه الأمثلة يتبين أن القيد الاتفاقى الوارد على الملكية العقارية، لا يعدو أن يكون نوعاً من التنازل المؤقت من قبل المالك عن سلطة التصرف في ملكه أو قبول تقييد حريته في استعمال واستغلال الملكية العقارية. لكن هذا التقييد وذاك المنع لا يحرم المالك من الاستفادة من المنافع الاقتصادية والاجتماعية المستخلصة من استخدام الملكية العقارية في الحدود المسموح بها قانوناً واتفاقاً. لأن صفة المالك تبقى ثابتة لصاحب الحق ولا ينفيها كون الملكية مقيدة بقيود اتفاقية، على غرار الشركة المالكة للأصل التجاري التي تستمر ملكيتها لهذا المال ولا تفقد هذه الصفة رغم فقدان أهليتها بصدور حكم بالتصفية⁵²⁰ في حقها وتعيين سنديك كمصنف لها⁵²¹. هذا بالإضافة إلى كون القيد الاتفاقى لا يستمر دائماً وأبداً مترتباً على الملكية العقارية، بل سرعان ما ينتهي به المآل إلى زوال بعد مرور أجله المحدد في العقد أو الاتفاق أو بسبب رفعه اتفاقاً أو قضاء نتيجة تغير الظروف التي تقرر في ظلها القيد الاتفاقى على نحو يصعب معه استمرار مفعول القيد الاتفاقى. أما في الأحوال العادية، فإن المصلحة المشروعة التي استدعت القيد الاتفاقى تقتضي تعطيل مؤقت لسلطة التصرف ومن ثم تأجيل تداول الملكية العقارية لفترة زمنية معينة تكون كافية لتحقيق المصلحة المتوخاة من إقرار الشرط الاتفاقى.

الفقرة الثانية: التعطيل الاتفاقى لسلطات المالك خلال سريان القيد

إذا كان سلطان الإرادة العقدية يخول للمتعاقدين حرية تحديد آثار العقد وتعديل نتائجه الأصلية، فإنه يجوز لهما اشتراط ما شاءا من شروط وقيد اتفاقية⁵²²، مثل الشرط المانع من التصرف الذي من مستلزماته تأجيل تداول الملكية العقارية خلال مدة القيد الاتفاقى لفسح المجال أمام تحقيق المصلحة المقصودة. ومن نتائج ذلك تعطيل مؤقت لسلطة التصرف والتزام من قبل المالك المشتراط عليه وتعهد من جانبه على الامتناع عن استعمال سلطة التصرف في الملكية خلال المدة الزمنية المعينة تحقيقاً لمصلحة جدية ومشروعة⁵²³، أو الالتزام بعدم استخدام سلطة الاستعمال وفق مقتضى القيد الاتفاقى.

ولقد أقر المشرع حق المتعاقدين في الاتفاق على تأجيل تداول الملكية العقارية كما في عقد البيع وحالة الشيوخ الإختياري: ففي عقد البيع، يسوغ للمشتري تفويت الشيء المبيع ولو قبل حصول التسليم ويسوغ للبائع

⁵²⁰ وذلك في إطار إجراءات مسطرة التصفية القضائية إذا تبين بأن وضعية المرافعة مختلفة بشكل لا رجعة فيه وفق المادة 619 من مدونة التجارة، أما إذا كانت وضعية المرافعة غير مختلفة بشكل لا رجعة فيها، فتكتفي المحكمة بالتسوية القضائية وفق أحكام المادة 568 من نفس المدونة، القانون رقم 15.95، م.س

⁵²¹ أنظر القرار رقم 2053 الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 2012/11/01، الغرفة الاجتماعية، الملف عدد 112-5-2-2012، مجلة القضاء والقانون، العدد 162 السنة 2013.

⁵²² مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، م.س، ص. 538.

⁵²³ محمد فوزي، م.س، ص. 144.

أن يحيل حقه في الثمن ولو قبل الوفاء وذلك ما لم يتفق العاقدان على تعديل آثار عقد البيع مثل التزام المشتري بتأجيل التصرف في المبيع إلى حين أداء الثمن⁵²⁴؛ وفي حالة الشيوخ الاختياري، يلتزم الشركاء بالامتناع عن طلب قسمة الملكية المشاعة خلال المدة المحددة للشيوخ لغاية تحقيق الغاية المنشودة⁵²⁵.

ففي كل صور الشرط المانع من التصرف وغيره من القيود الاتفاقية، هناك ثمة اتفاق بين المتصرف والمتصرف إليه على إرجاء سلطة المالك في التصرف في ملكه خلافا لمقتضى القيد تحقيقا لمصلحة مشروعة⁵²⁶، وهذا التعطيل المؤقت يجد سنده القانوني في حرية التعاقد والاشتراط التي يسمح بها القانون وتقرها الشريعة الإسلامية التي تحث على الوفاء بالعقود وعدم نكث العهود. لكن هذا لا يعني تجميد الملكية العقارية وإخراجها من دائرة التداول خلال سريان القيد الاتفاقي، بل يستمر المالك في الانتفاع من ملكه عن طريق الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف في الحدود التي لا تتعارض مع مقتضى القيد والقانون. هذا مع العلم أنه إذا كان المدين مضطرا إلى التصرف في ملكه خلافا لمقتضى القيد لظروف اقتصادية أو اجتماعية، فيمكنه الحصول على الترخيص بالتصرف إما اتفاقا مع مشروط القيد أو عن طريق استصدار حكم قضائي يرخص له بالتصرف في ملكه خلافا لمقتضى القيد إذا كان الباعث على التصرف أقوى من السبب الداعي إلى القيد الاتفاقي.

وعلاوة على هذه المكنة الممنوحة للملتزم بالقيد الاتفاقي، يبقى لمشتراط القيد الكلمة الأخيرة للخيار بين إبطال تصرف المشتراط عليه الذي جاء مخالفا لمقتضى القيد أو التنازل عن هذا الحق وإجازة التصرف مما يطهره من عيوبه ويحوله إلى تصرف صحيح تترتب عليه كل آثاره القانونية.

المبحث الثاني: قابلية إبطال التصرفات المخالفة من مظاهر التلطيف من آثار القيود الاتفاقية

يقوم العقد صحيحا متى استجمع أركانه وهي الرضاء والأهلية والمحل والسبب حسب جانب من الفقه⁵²⁷. ويأتي البطلان كجزاء قانوني يرتبه المشرع على عدم توافر العقد لركن من أركانه، و بالتالي فالعقد الذي لحقه البطلان يوازي العدم ولا يمكن أن يترتب عنه أي أثر قانوني سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير. وقد أجمع الفقه على تقسيم البطلان إلى نوعين: بطلان مطلق وبطلان نسبي⁵²⁸.

⁵²⁴ الفصل 492 من ق ل ع

⁵²⁵ الفصل 979 من ق ل ع

⁵²⁶ إبراهيم مجاهد يوسف، م.س، ص. 256.

⁵²⁷ السنهوري، الوسيط، الجزء 1، م.س، ص. 540؛ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، م.س، ص. 60.

⁵²⁸ السنهوري، م س ص. 539؛ عبد المنعم فرج الصده، م.س ص. 387؛ مصطفى العوجي، م.س، ص. 477؛ أنور طلبية، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004، ص. 210؛ 295. Frères Mazeaud, op.cit, p. 295.

فالبطلان المطلق هو الجزاء الذي يترتب على القانون على العقد الذي يفترض لركن من أركانه كانهضام الأهلية أو انتفاء الرضا أو عدم وجود المحل⁵²⁹، مما يحول دون انعقاده ووجوده. ومن المقرر قانونا أن البطلان المطلق يتعلق بالنظام العام، ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به حتى ولو كان من غير المتعاقدين. ويمكن للمحكمة أيضا إثارة البطلان المطلق تلقائيا ولو لم يطلبه أطراف الدعوى⁵³⁰، وذلك خروجاً عن قاعدة التزام المحكمة بالبت في حدود طلبات الأطراف دون تغيير موضوعها أو سببها⁵³¹.

أما البطلان النسبي أو الإبطال كما يسميه المشرع المغربي في ق ل ع⁵³²، فإن حالاته محددة في الفصل 311 من القانون المذكور وهي نقصان أهلية أحد المتعاقدين أو تعيب إرادة أحدهما بعيب من عيوب الرضى، وكل حالة يخول فيها القانون حق الإبطال لأحد المتعاقدين أو للغير⁵³³.

فالإبطال يفترض قيام العقد صحيحاً لتوفره على أركانه لكن انتفاء شروط صحة أحد هذه الأركان يعرض العقد لجزاء القابلية للبطلان إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته⁵³⁴.

وقد كانت هذه النظرة الموجزة حول نظرية البطلان منطلقاً ضرورياً للتساؤل عن طبيعة الجزاء المناسب الذي ينبغي توقيعه في حالة مخالفة مقتضى القيود الاتفاقية، هل هو البطلان أم الإبطال أم ينبغي البحث عن جزاء آخر خارج هذين النظامين القانونيين، إذا كانت نصوص القانون تسعف في اتباع هذا المسلك؟

لكن هناك جانب من الفقه وإن كان يوافق على التقسيم الثنائي فإنه يعيب على التسمية بالنسبة لنوعي البطلان أي المطلق والنسبي. لأنه ذلك في نظره يفيد أن هناك تفاوتاً في درجات البطلان في حين أن البطلان والعدم ليس له في ذاته درجات تتفاوت بينها، لذلك فهو يفضل تسمية نوعي البطلان بالبطلان والقابلية للإبطال، أنظر عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص. 466.

⁵²⁹ ينص الفصل 306 من ق ل ع على أن: "الإلتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له. ويكون الإلتزام باطلاً بقوة القانون:

1- إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه؛

2- إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه."

⁵³⁰ مامون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، م.س، ص. 202؛ إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، ط. 1، 1416هـ-1996م، ص. 569.

⁵³¹ ينص الفصل 3 من قانون المسطرة المدنية على: "يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف ولا يسوغ لها أن تغير تلقائياً موضوع أو سبب هذه الطلبات وتبت دائماً طبقاً للقوانين المطبقة على النازلة ولو لم يطلب الأطراف ذلك بصفة صريحة".

⁵³² إدريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص. 549.

⁵³³ مامون الكزبري، م.س، ص. 222؛ إدريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص. 551.

⁵³⁴ أنور طلبية، انحلال العقود، م.س، ص. 210.

بعد استعراض الاختلاف التشريعي والفقهى حول الجزاء الذي يجب ترتيبه على مخالفة القيد الاتفاقى، يبدو أن قابلية إبطال التصرف المخالف للقيد هو الجزاء الأكثر ملائمة للقيود الاتفاقية والأكثر قدرة على خدمة النظرة التوفيقية لأنه يبقى الباب مفتوحاً أمام أطراف القيد الاتفاقى للخيار بين المطالبة بإبطال التصرف المخالف للقيد أو الموافقة عليه وإجازته، وذلك حسب ظروف كل حالة على حدة. وسيتم تناول هذه الموضوعات وفق التقسيم التالى:

المطلب الأول: الاختلاف التشريعى حول الجزاء المترتب على مخالفة مقتضى القيد

المطلب الثانى: قابلية إجازة التصرفات المخالفة للقيود الاتفاقية تدعيم للنظرة التوفيقية

المطلب الأول: الاختلاف التشريعي حول الجزاء المترتب على مخالفة مقتضى القيد

تجدر الإشارة في البداية إلى أن قيام المتصرف إليه بالتصرف في حق ملكيته خلافا لمقتضى القيد الاتفاقي، يخول للمتصرف حق إبطال التصرف الأصلي أو إلغائه جزاء لخرق الشرط أو الشروط التي التزم بها المفوت له⁵³⁵. ويأتي هذا الجزاء تطبيقاً للمبادئ العامة القاضية بأن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، يجيز للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد⁵³⁶، وهذا ما يسمى بالشرط الفاسخ الضمني الذي يفترض دائماً في العقود التبادلية في الحالة التي يتقاعس فيها أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه⁵³⁷.

ويتربط على فسخ الالتزام الأصلي إعادة محل الالتزام وطرفيه إلى الحالة السابقة لإبرام العقد وكأنه لم يكن⁵³⁸، وهذا يستتبع بدوره الفسخ التبعي للتفويضات التي أنجزت في تاريخ لاحق للتصرف المخالف⁵³⁹ عملاً بقاعدة ما بني على باطل فهو باطل.

لكن جزاء فسخ التصرف الأصلي بسبب مخالفة القيد الاتفاقي يسير في اتجاه معاكس لرغبة المتصرف الذي يحرص في تصرفه على بقاء المال المتصرف فيه في حوزة المتصرف إليه⁵⁴⁰ ومنعه من التصرف فيه بشكل مخالف لمقتضى القيد الوارد في التصرف الأصلي.

لذا فإن جزاء فسخ التصرف الأصلي منتقد ويجب استبعاده من نطاق القيود الاتفاقية لأنه لا يحقق المراد من تقريرها والبحث عن جزاء آخر يساعد على تحقيق متطلبات القيود الاتفاقية، و يساهم في تحقيق

Louis Vincent, op.cit, p.6

535

⁵³⁶ أنور طلبة، م.س.ص.25؛ ونفس القاعدة ينص عليها القانون المدني الفرنسي في المادة 954 في حالة فسخ عقد الهبة لعدم تنفيذ شروط العقد و الفصل 259 من ق ل ع.

⁵³⁷ إلا أن الفسخ هنا لا يتم بقوة القانون، إنما يطلب من المحكمة توقيعه لما لها من سلطة في تقدير أسباب كفاية الفسخ أو عدم كفايتها دون خضوعها في ذلك لرقابة محكمة النقض. وقد سبق للقضاء المصري في هذه النقطة أن أجاز للمتعاقد الذي اشترط الشرط المانع من التصرف طلب فسخ العقد الأصلي، وذلك استناداً للأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين بغض النظر عن جزاء بطلان التصرف المخالف للشرط الذي قرره المادة 824 من القانون المدني المصري. نقض، جلسة 1968/06/27، أشار إليه أنور العمروسي في الملكية وأسباب كسبها، م.س، ص.254.

⁵³⁸ تنص المادة 1184 من ق.م.ف على ما يلي:

la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit, la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommage et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordée au défendeur un délai selon les circonstances, droit civil français, op.cit.

Louis Vincent, op.cit. p.6

539

François Terré et Yves Lequette, les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz 200,

540

11 édition , p.345 et 290 ; Louis Vincent Vincent, op.cit, p.6

التوازن المطلوب بين حرية المالك في ملكه ومبدأ تداول الأموال. وعليه نناقش فكرة جزاء مخالفة القيود الاتفاقية من خلال استعراض موقف التشريع المغربي والتشريع المقارن من المسألة.

الفقرة الأولى: موقف التشريع المغربي

رغم سكوت القانون المغربي عن تنظيم القيود الاتفاقية، فإنه يعتبر من التشريعات التي اعتنقت مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها⁵⁴¹ وأقرت مقتضيات قانونية أخرى تعترف بحرية اشتراط الشروط بصفة عامة. أما بالنسبة للقضاء، فقد تبين من خلال النزر اليسير للعمل القضائي الذي تيسر لنا الاطلاع عليه أنه قد أخضع النزاعات القليلة التي عرضت عليه بشأن القيود الاتفاقية للقواعد العامة التي تنظم أحكام الالتزام. وفي هذا الإطار، قررت محكمة النقض أنه لا يجوز للمشتري، الذي تلقى ملكية عقار محمل بشرط مانع من التفويت، أن يتمسك بالدفع بهذا القيد لكي يتحلل من التزامه تجاه من تصرف إليه بحق عيني مثقل بقيد اتفاقي. هذا بالإضافة إلى أن المحكمة العليا قد رتبت على الشرط الاتفاقي المانع من التفويت المضمن في العقد أثر نسبي لا يتعدى حدود طرفيه⁵⁴². وقد سارت على نفس المنوال إحدى محاكم الموضوع عندما ذهبت في أحد قراراتها إلى أن شرط منع التفويت الوارد في العقد ملزم لطرفيه طالما أن هذا المانع ليس فيه مخالفة للقانون تطبيقاً لقاعدة العقد شريعت المتعاقدين. وعلى هذا الأساس رفضت المحكمة دعوى الإبطال التي تقدم بها الطرف المشتري في العقد المقيد بالشرط المانع مستندة في حكمها إلى أن أسباب إبطال الالتزام وردت على سبيل الحصر في الفصل 311 من ق ل ع وليس من ضمنها الشرط المانع من التفويت⁵⁴³. وما يلاحظ على هذه الاجتهادات القضائية على قلتها، أنها وإن كانت قد استندت إلى الأحكام العامة للالتزام للبت في النزاعات المعروضة عليها في شأن القيود الاتفاقية، فإن هذه الأحكام سكنت عن مناقشة الجزاء الذي يجب توقيعه على التصرف المخالف للقيود الاتفاقية. لأن الفصل 311 المشار إليه سابقاً ينص صراحة على أن دعوى الإبطال لا يكون لها محل إلا بين أطراف العقد، وبالتالي يتعذر توقيع جزاء الإبطال على التصرف المخالف إذا كان القيد الاتفاقي مقرراً لفائدة الغير. ومن هنا يتبين بوضوح أن الإبطال وفق القواعد العامة لا يصلح كجزاء يوقع على التصرف المخالف، ومن ثم يقتضي البحث

⁵⁴¹ الفصل 230 من ق ل ع الذي تقابله المادة 1103 من ق.م.ف، إدريس العلوي العبدلاوي، م.س، ص. 94

⁵⁴² قرار المجلس عدد 527 صادر في 28 يوليوز 1982، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، الجزء 2، 1983-1991، إدريس ملين، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية؛ ينظر كذلك حكم المجلس الأعلى عدد 5378 صادر بتاريخ 1995/10/24 ملف مدني 90/4221 (غرفة مدنية) قرار غير منشور.

عن جزاء يناسب خصوصيات القيود الاتفاقية ويمكن لكل من تقرر القيد الاتفاق لمصلحته المطالبة بإبطاله حتى ولو كان طرفا أجنبيا عن العقد. وهذا ما جعل بعض الفقه يرى أن إبطال التصرف المخالف للقيد الاتفاق ليس بطلانا مطلقا وليس بطلانا نسبيا أيضا بل هي دعوى من نوع خاص، بحيث لا يمكن إثارتها إلا من طرف الشخص الذي تقرر القيد الاتفاق لحمايته⁵⁴⁴.

أما المسودة الأولى لمشروع مدونة الحقوق العينية فقد كانت أكثر وضوحا وحسما فيما يخص آثار القيد الاتفاق بحيث نصت بشكل صريح على أن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف الصحيح يكون مآله القابلية للإبطال وليس البطلان⁵⁴⁵. لكن النص النهائي للمدونة كما صادق عليه البرلمان وتم نشره بالجريدة الرسمية لم يتضمن الجزاء المذكور، بل إن المشرع تراجع عن تنظيم أحكام الشرط المانع من التصرف، كما كان مقررا في مشروع القانون رقم 19.01 بتاريخ 2003/02/14⁵⁴⁶، واكتفى بالقول إن حق الملكية يخول للمالك دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو العقد⁵⁴⁷.

غير أن مآل التصرف المخالف للقيد الاتفاق لا يكون دائما هو الإبطال، بل قد يرتضي أحيانا المستفيد من القيد الاتفاق إجازة هذا التصرف بهدف تحقيق مصلحته بشكل أفضل من التمسك بإبطال التصرف المخالف، مثل قيام المشتري عليه برهن ملكه خلافا لمقتضى القيد للحصول على الأموال الكافية لترميم عقاره أو إصلاحه. وهكذا بإجازة التصرف المخالف، تكون مصلحة المشتري قد تحققت ببقاء الملكية في اسم المشتري عليه الذي تكون مصلحته قد تحققت أيضا برهن ملكه بموافقة المستفيد من القيد للحصول على الأموال الضرورية لتمويل المشاريع التي يرغب في إنجازها.

⁵⁴³ محكمة الاستئناف بالرباط عدد 107 المؤرخ في 20/09/2007، منشور بمجلة الحقوق المغربية، "سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية" الجزء الثاني العدد 2، ص 243-246.

⁵⁴⁴ همام محمد محمود زهران، م.س، ص. 255 و 256؛

Marcel Planiol, op.cit. p.750 ; Marty et Raynaud, op. Cit. p. 75

⁵⁴⁵ تنص المادة 31 من المسودة الأولى لمشروع مدونة الحقوق العينية على أنه: "إذا كان الشرط المانع من التصرف صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة فإن كل تصرف مخالف له يكون قابلا للإبطال ولا يجوز التمسك بإبطاله إلا ممن تقرر الشرط المانع لمصلحته" مشروع قانون مدونة الحقوق العينية عدد 01-19 لسنة 2003.

⁵⁴⁶ كانت المسودة الأولى لمشروع قانون مدونة الحقوق العينية تخصص ثلاث مواد للشرط المانع من التصرف وهي 30 و 31 و 32.

⁵⁴⁷ تنص المادة 14 من م ح ع على أنه: "يخول حق الملكية مالك العقار دون غيره سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق"، القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 في 25 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) ج.ر عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011، ص. 5575.

الفقرة الثانية: موقف التشريع المقارن

يلاحظ أن التشريعات المدنية الحديثة التي نظمت القيود الاتفاقية قد اختلفت في ما بينها حول طبيعة الجزء الواجب توقيعه على التصرفات المخالفة: هل هو البطلان المطلق أم البطلان النسبي، أم هو بطلان من نوع خاص كما سنرى في حينه؟

بالنسبة للقانون المدني الفرنسي لم يتطرق بشكل صريح للجزء المترتب على مخالفة القيد الاتفاقي كما فعل نظيره المصري. ورغم ذلك نستطيع أن نستشف طبيعة الجزء الذي أخذ به هذا القانون من خلال مقتضيات الجديدة التي جاء بها التعديل المدخل على المادة 900 من ق. م. ف بموجب التشريع رقم 71-526 المؤرخ في 1971/07/03. بحيث تنص المادة 900-3 من هذا القانون على حق ورثة الموصي أو الواهب في مراجعة القضاء لتنفيذ الالتزام من طرف المتصرف له أو المطالبة بإلغاءه. أما الفقه الفرنسي فيكاد يجمع على أحقية الشخص الذي تقرر الشرط المانع من التصرف لمصلحته في المطالبة بإبطال التصرف المخالف للقيد الاتفاقي⁵⁴⁸. وعلى هذا المنوال، سار الاجتهاد القضائي حيث أقرت محكمة النقض لأول مرة في قرارها الشهير الصادر بتاريخ 1858/04/20 حق المستفيد من الشرط المانع من التصرف في المطالبة بإبطال التصرف المخالف للقيد الاتفاقي⁵⁴⁹.

أما موقف القانون المصري، فيأخذ بمبدأ البطلان المطلق للتصرفات المخالفة للقيد الاتفاقي. ويتجلى ذلك بوضوح من استقراء المادة 824 من ق.م.م حيث جاء فيها ما يلي: "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلا". ورغم خلو المادة المذكورة من عبارة البطلان المطلق، فإن السنهاوري يرى أن مصير التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف في ضوء التشريع المدني المصري هو البطلان المطلق، بدعوى أن ترتيب جزء البطلان المطلق على أي تصرف يقع مخالفا للشرط المانع من التصرف هو نتيجة حتمية فرضتها حقيقتان: الأولى هي أن التقنين المدني المصري قد أخذ بالتكييف العيني للقيد الاتفاقي الذي جعل العين في حد ذاتها غير قابلة للتصرف. أما الحقيقة الثانية، فتتمثل في كون التصرف الباطل في لغة التقنين المدني المصري هو التصرف الباطل بطلانا مطلقا⁵⁵⁰.

Christian Larroumet, droit civil, tome 2, les biens, p.201 ; Marcel Planiol, traité élémentaire de droit civil, p.750⁵⁴⁸

Les grands arrêts de la jurisprudence civile ; 1994 par François Terré et Yves Lequette, Dalloz, p.290⁵⁴⁹

السنهوري، الوسيط، الجزء 8 ص.525⁵⁵⁰

لكن هناك جانب آخر من الفقه يسير في اتجاه مخالف لرأي السنهوري، ويقول بالبطالان النسبي للتصرف المخالف للشرط الاتفاقي ويجوز التمسك به من طرف الشخص الذي تقرر لمصلحته⁵⁵¹، لكون الأمر يرتبط بمصلحة خاصة ولا علاقة لها بالنظام العام. وهذا ما أقره القانون المدني الكويتي، الذي أعطى لكل من تقرر الشرط لمصلحته الحق في إبطال التصرف المخالف له أو إقراره⁵⁵².

المطلب الثاني: قابلية إجازة التصرفات المخالفة للقيود الاتفاقية تدعيم للنظرة التوفيقية

لعل ما يميز النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية هو مرونتها وقابليتها لمواكبة الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تعتمل داخل المجتمع وما تعرفه من تحولات. ومن مظاهر هذه المرونة الترخيص بالتصرف خلافا لمقتضى القيد الاتفاقي أو إجازة التصرف المخالف عندما تتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي تم في ظلها تقييد الملكية العقارية لتحقيق مصالح مشترط القيود. لكن قبل الخوض في هذه النقطة، يبدو من المفيد الإشارة أولاً إلى أن التصرفات المقصودة إنما هي التصرفات القابلة للإبطال وليست التصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً، لأن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يقبل الإجازة.

الفقرة الأولى: الأصل عدم قابلية التصرفات الباطلة بطلاناً مطلقاً للإجازة

يعرف الفقه الإجازة بأنها تصرف قانوني صادر عن إرادة منفردة مؤداه التنازل عن حق طلب إبطال الالتزام ممن تقرر لمصلحته⁵⁵³، أو الرضى ببقاء العقد واستقراره نهائياً ممن له حق إبطاله⁵⁵⁴. والإجازة كتصرف قانوني صادر من جانب واحد، يجب أن تتوفر فيها الشروط اللازمة لصحة التصرف القانوني بصفة عامة. وتنصب الإجازة على التصرفات القانونية القابلة للإبطال وبالتالي يجب استبعاد التصرفات القانونية الباطلة

⁵⁵¹ محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 86؛ محيي الدين إسماعيل علم الدين، شرح قانون التمويل العقاري ولائحته التنفيذية، د. ط. ص. 170؛ نبيل إبراهيم سعد، م. س. ص. 53.
⁵⁵² تنص المادة 816 من القانون المدني الكويتي على أنه:

"1- إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحاً، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط، جاز لكل من المشروط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف.

3- ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشروط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير." القانون رقم 67 لسنة 1980 الصادر بتاريخ 22 ذو القعدة 1460 الموافق أول أكتوبر 1980م، www.e-lawyerassistance، تاريخ الاطلاع: 2015/05/23.

⁵⁵³ عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، م. س. ص. 402؛ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد، م. س. ص. 473؛ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، م. س. ص. 78؛ إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للإلتزام، ج. 2، م. س. ص. 9.
⁵⁵⁴ مامون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، م. س. ص. 227؛ إدريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، م. س. ص. 556.

بطلانا مطلقا، لأن البطلان لا يمكن تصحيحه لاعتن طريق الإجازة ولا عن طريق التصديق⁵⁵⁵، لأنه عدم والإجازة لا تخلق من عدم وجود⁵⁵⁶. هذا فضلا عن كون البطلان يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يمكن هدم أسسه واعتباراته عن طريق الإجازة⁵⁵⁷.

وقد تكون الإجازة صريحة بأن تتضمن تنازل صريح ممن تقرر الإبطال لمصلحته عن التمسك بهذا الحق⁵⁵⁸، وقد تكون ضمنية بحيث يستفاد من العقد ما يدل على التنازل النهائي عن حق التمسك بإبطال التصرف المخالف للقيد الاتفاقي⁵⁵⁹.

وكيفما كانت صيغة الإجازة، يجب أن تتوفر فيها الشروط المنصوص عليها في الفصلين 317 و318 من ق

ل ع ومنها على وجه الخصوص:

- 1- أن يكون القيد قابلا للإبطال؛
- 2- أن تتوفر في المجيز (المستفيد من القيد الاتفاقي) أهلية الإلتزام وإرادة حرة غير معيبة؛
- 3- أن يكون المجيز على علم بعيب قابلية الإبطال وأن يصرح برغبته في تصحيحه؛
- 4- أن تتضمن الإجازة بيان جوهر الإلتزام وسبب القابلية للإبطال⁵⁶⁰.

وفضلا عن هذه الشروط، وقياسا على أن الحق في إبطال العقد المعيب يسقط بمرور خمسة عشرة سنة من تاريخ انعقاده⁵⁶¹، ينبغي أن تصدر إجازة التصرف المخالف للقيد الاتفاقي عن صاحب الشأن داخل الأجل المحدد لدعوى إبطال العقد بصفة عامة. ويقضي المبدأ بأن إجازة التصرف المخالف للقيد الاتفاقي، لا تكون إلا إذا تغيرت الظروف التي أبرم في ظلها القيد، وأصبح معها استمرار الإلتزام بمقتضى القيد الاتفاقي

⁵⁵⁵ ينص الفصل 310 من ق ل ع على أن " إجازة الإلتزام الباطل بقوة القانون أو التصديق عليه لا يكون لهما أدنى أثر "

⁵⁵⁶ أحمد شكري السباعي، م.س، ص.404؛ مامون الكزبري، نظرية الإلتزامات في ضوء قانون الإلتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، م.س، ص.226 و227

⁵⁵⁷ مامون الكزبري، م.س، ص.227

⁵⁵⁸ ينص الفصل 317 من ق ل ع على مايلي: " الإلتزام الذي يخول القانون دعوى إبطاله، لا تصح إجازته ولا التصديق عليه إلا إذا تضمننا بيان جوهر الإلتزام والإشارة إلى سبب قابليته للإبطال والتصريح بالرغبة في إصلاح العيب الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى الإبطال".

⁵⁵⁹ الفصل 318 من ق ل ع؛ وقد لخصت محكمة النقض المصرية نوعي الإجازة حيث قالت في حكم لها إن الإجازة التي يزول بها حق الإبطال إنما هو ذلك الإقرار الصريح أو الضمني الذي يصدر ممن يحتاج بهذا التصرف المعيب بما يفيد قبوله الإلتزام بآثاره رغم قيام السبب المخل بصحته، نقض 1998/10/20 طعن 9263 س 66 ق. أشار إليه أنور طلبية في انحلال العقود، م.س، ص.214.

⁵⁶⁰ أحمد شكري السباعي، م.س، ص.409

⁵⁶¹ ينص الفصل 314 من ق ل ع على ما يلي: " تنقضي دعوى الإبطال بالتقادم في جميع الحالات بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد "

فيه حرج شديد أو مشقة بالغة بالنسبة للمشتراط عليه، وكما هو معلوم فإن الأحكام الشرعية يجب أن تقوم على مبدأ التيسير ورفع الحرج والمشقة عن العباد⁵⁶². لذلك رفع الله سبحانه وتعالى الحرج عن المكلفين بهذه الأحكام بواسطة الرخص حتى يستطيعون المداومة على أدائها⁵⁶³، وذلك عملاً بقوله تعالى: " ... وما جعل عليكم في الدين من حرج"⁵⁶⁴ وقوله عز من قائل: " ... يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر..."⁵⁶⁵.

ثانية: إجازة التصرفات المخالفة للقيود الاتفاقية عند تغير الظروف

إذا قام القيد الاتفاقي صحيحاً، تكون له قوة إلزام القانوني شأنه شأن العقد وبالتالي يكون المشتراط عليه ملزماً بتنفيذ مقتضى هذا القيد واحترام مضامينه عملاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تخول للمستفيد من القيد الاتفاقي مطالبة المشتراط عليه بتنفيذ مقتضاه تنفيذاً عينياً، أو التنفيذ بطريق التعويض متى تعذر التنفيذ العيني أو أصبح غير ممكن.

لكن قد تحدث ظروف اقتصادية أو اجتماعية تؤثر بشكل كبير في المركز المالي للمدين بالقيد الاتفاقي بحيث يصبح الالتزام به واحترامه مرهقاً ومكلفاً مما يدفعه إلى التصرف في الملكية العقارية المقيدة بشكل مخالف لمضمون القيد للخروج من ضائقته المالية كتأجير العقار لفائدة شركة تخصصه لأغراضها الصناعية أو التجارية أو تقديمه كضمان عيني لقاء الحصول على الأموال الضرورية تمكنه من تجاوز أزمته المالية وتلبية حاجياته وحاجيات أسرته.

وأمام هذا التصرف القانوني المخالف للقيد الاتفاقي، يكون مشتراط القيد الاتفاقي الخيرة بين المطالبة بإبطال التصرف المخالف أو الإبقاء عليه عن طريق إجازته صراحة أو ضمناً؟ يبدو أن إبطال التصرف المخالف للقيد الاتفاقي، وإن كان حلاً قانونياً، فإنه غير واقعي لعدم مراعاته الضرورة الملحة التي ألجأت المشتراط عليه إلى التصرف في ملكه خلافاً لمقتضى القيد، بحيث لا فائدة ترجى من مال لا يستطيع صاحبه التصرف فيه تحت ضغط الحاجة الملحة لأداء الديون التي تراكمت عليه أو التخلص من العقار الذي أصبح يشكل على مالكه عبئاً عوض أن يحقق له الاكتفاء والعيش الكريم.

⁵⁶² محمد قاسم المنسي، تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط.1، 1431هـ-12010م، ص.227.

⁵⁶³ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1427هـ-2006م، ص.339.

⁵⁶⁴ سورة الحج، الآية 78.

⁵⁶⁵ سورة البقرة، الآية 185.

أما الحل الثاني، وهو تنازل المستفيد من الشرط الاتفاقي عن المطالبة بإبطال التصرف المخالف، فيبدو أنه الأولى بالإتباع لكونه يحقق توازن بين مصالح المتعاقدين معا: فهو من جهة يمكن المدين بالقيود من تحقيق مصالحه عن طريق الاستفادة من المقابل المادي للتصرف في الملكية، ومن جهة أخرى يساعد على تحقيق غاية مشروط القيد وهي بقاء الملكية العقارية في يد المشتري عليه.

أما التمسك بمقتضى القيد الاتفاقي أو المطالبة بإبطال التصرف المخالف، فيكون فيه مزيدا من الإرهاق والعنت بالنسبة للمالك المشتري عليه. هذا فضلا عن كون مبررات تقرير القيد الاتفاقي والخروج عن النظام العادي للملكية قد زالت وحلت محلها مصالح أخرى قد تكون أكثر أهمية وأولى بالرعاية، مما يتعين معه الرجوع إلى الأصل العام وهو حرية المالك في التصرف في ملكه.

أما إذا تمسك المستفيد من القيد الاتفاقي بمقتضاه، فلا مناص من اللجوء إلى القضاء طلبا لرفع القيد الاتفاقي أو لمراجعته متى توفرت موجبات ذلك. وفي هذه الحالة، يبقى للقضاء السلطة الواسعة لتقدير التغيير الذي عرفته المصلحة المبررة للشرط الاتفاقي وتقدير ما يترتب على التمسك بالقيود من إرهاق وعنت بالنسبة للمشتري عليه⁵⁶⁶.

وقد سار على هذا المنوال المشرع الفرنسي بحيث خولت المادة 900-2 من القانون المدني للمتصرف له حق اللجوء إلى القضاء طلبا لمراجعة الشروط والتحملات التي تثقل الأموال التي انتقلت إليه وذلك تبعا لتغير الظروف مما أصبح معه استمرار الالتزام بهذه القيود يشكل مشقة وحرجا للمالك المشتري عليه⁵⁶⁷. وهذه من مظاهر التخفيف من التداعيات القانونية للقيود الاتفاقية الناتجة عن المقاربة التوفيقية، أما التداعيات الاقتصادية لهذه المقاربة، فهي موضوع الفصل الموالي.

⁵⁶⁶ همام محمد محمود زهران، م.س، ص. 243.

⁵⁶⁷ تنص المادة 900-2 من ق.م.ف على ما يلي:

"tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable".

الفصل الثاني: الانعكاسات الاقتصادية للمقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية

لاغرو أن علاقة الاقتصاد بالقانون هي علاقة حقيقية بل علاقة تلازم⁵⁶⁸ ، بحيث إن القانون كمنظم للنشاط الاقتصادي قد يكون فاعلا إيجابيا يؤدي إلى ضبط وتحفيز التنمية الاقتصادية⁵⁶⁹ ، كما قد يكون فاعلا سلبيا يؤدي إلى تجميد الحياة الاقتصادية وما قد ينتج عنه من كساد وركود. ونظرا لهذا الارتباط الوثيق، من الطبيعي أن يكون للملكية العقارية الخاصة دور في التنمية الاقتصادية والاجتماعية⁵⁷⁰ متى توفرت لها الظروف الملائمة والكفيلة بحماية المصالح الخاصة للفاعلين الاقتصاديين والمصلحة العامة للبلاد⁵⁷¹ ، لأن التنمية الاقتصادية والاجتماعية لا تتحقق إلا في ظل إطلاق الحريات الأساسية ومنها حرية تداول الأموال مع توفير الظروف المناسبة لجلب الاستثمار وتشجيع المبادرة الحرة.

لكن كيف يمكن للملكية العقارية المثقلة بقيود اتفاقية أن تلعب دورها الاقتصادي في التنمية؟ يمكن تلمس الجواب عن هذا السؤال من خلال بحث الانعكاسات الاقتصادية للنظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية. وهي انعكاسات كثيرة ومتنوعة وتشمل عدة مجالات لا يمكن حصرها كالأنشطة الفلاحية والصناعية والتجارية وغيرها، ولكننا سنقف هنا عند بعض مظاهر هذه الانعكاسات لقياس مدى نجاعة المقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية.

فالمقاربة التوفيقية تساهم بشكل أفضل في خدمة الائتمان، وذلك بتنمية الرهون العقارية من خلال الموازنة بين مصالح الدائنين والمدينين. لأنه إذا كانت القيود الاتفاقية تدعم وتقوي نظام الرهن الرسمي، فإن ذلك يؤدي إلى ازدهار القروض المضمونة برهون وبالتالي تحفيز الاقتصاد.

Alami Mchichi, l'environnement juridique de la vie économique, Revue marocaine de droit 568

محمد شيلح، القانون والاقتصاد بين الانفصال والاتصال، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، ص 7 ; 7 économique, p7

⁵⁶⁹ يقصد بالتنمية في لغة الاقتصاديين الزيادة المستمرة في متوسط الدخل الفردي خلال فترة زمنية معينة، ومعدل الزيادة هذا يقيس سرعة التنمية في مجتمع معين، محمود حسين الوادي، إبراهيم خريس، نضال علي عباسادي، علم الاقتصاد، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة عمان، 2010م 1430 هـ ، ص 344.

⁵⁷⁰ لأن العقار يعد أرضية أساسية لإطلاق المشاريع المنتجة للثروة كخلق الطرق وإقامة دور السكن والمحلات التجارية كالأسواق الممتازة والإقامات السياحية وفضاءات الترفيه وغيرها.

Alami Mchichi, op.cit. p.1 571

يلاحظ أن من شروط مساهمة الملكية العقارية في التنمية الاقتصادية توفر بيئة قانونية ملائمة تصان فيها الحقوق والحريات وبيئة سياسية واجتماعية تتميز بالاستقرار، وكل ذلك ينعكس إيجابا على الاقتصاد الذي يزدهر وينمو كلما عم السلم والاستقرار ويخبو كلما حل الاضطراب وعدم الاستقرار.

ولما كنت المعاملات العقارية المجال المفضل لتحقيق الربح ومراكمة الثروات في أسرع وقت وبأقل مجهود، فإن توظيف القيود الاتفاقية بشكل توافقي في هذه المعاملات من شأنه ضبط السوق العقارية والحد من المضاربة في هذا المجال الحيوي. ويترتب على ذلك تمهيد الطريق لوضع سياسة عقارية ناجحة في مجال التعمير والسكن وذلك من خلال تنمية التجزئات العقارية لتعمير المناطق والمدن الجديدة وكذا تنمية الملكية المشتركة للعقارات المبنية بهدف الاستجابة للحاجيات المتزايدة للسكن.

وفضلا عن ذلك، تؤدي المقاربة التوفيقية إلى توجيه القيود الاتفاقية نحو المساهمة في تنشيط القطاع الفلاحي وتكثير المنتوجات الفلاحية، خاصة وأن هذا القطاع يعد ركيزة أساسية في الاقتصاد الوطني. ولما كانت عقود التبرع تساهم بشكل واسع في التنمية الاقتصادية والاجتماعية من خلال توفير المرافق الصحية كالمستشفيات والمرافق الاجتماعية كالمؤسسات الخيرية وغيرها، فإن أعمال المقاربة التوفيقية في هذا الإطار من شأنه أن يجعل القيود الاتفاقية آليات تساعد على تنمية عقود التبرع، ومن ثم ازدهار هذه الثقافة داخل المجتمع.

وهكذا تكون دراسة موضوعات هذا الفصل وفق المخطط الآتي:

الفرع الأول: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو خدمة الائتمان

الفرع الثاني: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو تحقيق التنمية

الفرع الأول: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو خدمة الائتمان

لئن كان من مساوئ القيود الاتفاقية أنها تؤدي إلى تعطيل الدور الاقتصادي للملكية العقارية وإخراجها من الدورة الاقتصادية؛ فإن مقاربة هذه القيود وفق منظور توفيقى من شأنها تحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة وبالتالي تجاوز السلبيات المذكورة.

ففي علاقة المديونية، نجد الدائن يسعى دائما إلى البحث عن ضمانات إضافية لتقوية مركزه القانوني وتحسينه في مواجهة المدين الذي تسمح له قواعد الضمان العام بالتصرف في أمواله بكل حرية. ومن هذه الآليات نجد القيود الاتفاقية التي تساهم في تقوية الضمان العام من خلال الحد من حرية المالك المدين في التصرف في أمواله وإبقاء جزء من هذه الأموال في ذمة المدين.

ورغم الدور الإئتماني للرهن الرسمي لما يمنحه للدائن من ثقة وأمان وما يحققه من تنمية اقتصادية، فإن بعض قواعد هذا النظام القانوني أبانت عن محدوديته في حماية الدائنين المرتهنين، مما يجعل هؤلاء يتوسلون بالقيود الاتفاقية للحد من سلطة المدين في التصرف في ملكه المرهون إلى حين أداء ما بذمته من ديون.

ويمتد دور القيود الاتفاقية ليشمل تقوية نظام تسديد الديون الذي يوفر آليات جديدة للتمويل الذاتي لبعض القطاعات الاقتصادية.

وبناء عليه سنتناول هذه الموضوعات مبشرين:

المبحث الأول: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو الموازنة بين المصالح المتعارضة

المبحث الثاني: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو تنمية الرهون العقارية

المبحث الأول: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو الموازنة بين المصالح المتعارضة

من المقرر أن أموال المدين تشكل ضمانا عاما للدائنين يمكنهم من استيفاء ديونهم وفق قاعدة المساواة، ما لم يكن لأحدهم سبب من أسباب الأفضلية التي يقررها القانون⁵⁷². لكن الضمان العام تعثره عدة نقائص وعيوب تجعل الحماية التي يوفرها للدائنين العاديين قاصرة ومحدودة، ومن مظاهر ذلك إطلاق يد المالك المدين في التصرف في ملكه بدون قيد ولا شرط.

ونظرا لعدم نجاعة الضمان العام في توفير حماية فعالة للدائنين العاديين، يمكن توظيف القيود الاتفاقية في هذا المجال، فمن شأن هذه التقنية أن تقوي الضمان العام وتمده بالقوة والنجاعة لحماية أفضل لحقوق الدائنين العاديين، وذلك من خلال الإبقاء على الملكية العقارية داخل الذمة المالية للمالك، ما يتيح له الاستفادة من ملكه، وتشكل في نفس الوقت وسيلة للضغط عليه ودفعه إلى أداء ما بذمته من ديون. ونتناول بعض مظاهر قصور الضمان العام عن حماية حقوق الدائنين ودور القيود الاتفاقية في تقوية هذا الضمان من خلال مطلبين:

المطلب الأول: قصور الضمان العام عن حماية الدائنين

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية تقوية للضمان العام

⁵⁷² ينص الفصل 1241 من ق ل ع على أن: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه. ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية". وقد حدد الفصل 1242 من نفس القانون الأسباب القانونية للأولوية في الإمتيازات والرهون وحق الحبس.

المطلب الأول: قصور الضمان العام عن حماية الدائنين

صحيح أن من إيجابيات الضمان العام شموليته لجميع أموال المدين من منقولات وعقارات، غير أن بعض قواعده مثل مساواة الدائنين في استيفاء ديونهم من هذا الوعاء وحرية المدين في التصرف في أمواله دون قيد ولا شرط، تعكس محدودية الحماية التي يوفرها الضمان العام لحقوق الدائنين.

فلنحدد أولاً مفهوم الضمان العام (الفقرة الأولى) قبل الانتقال إلى بحث مدى كفاية الضمان العام في حماية حقوق الدائنين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الضمان العام

من المبادئ العامة المقررة في التشريعات المدنية الحديثة أن أموال المدين تشكل ضماناً عاماً للدائنين⁵⁷³ يوزع ثمنها عليهم عند التنفيذ وفق قاعدة المساواة ما لم تقرر لأحدهم أفضلية أو أولوية بناء على الأسباب القانونية المحددة في الفصل 1242 من ق ل ع. وهكذا يعبر الضمان العام عن مسؤولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسؤولية شخصية تشمل جميع أموال المدين وقت التنفيذ عليها⁵⁷⁴ من عقارات ومنقولات وديون تكون تحت يد الغير يمكن للدائن حجزها لضمان استيفاء حقوقه⁵⁷⁵.

ولما كان الضمان العام للدائنين يتكون من جميع أموال المدين، فإن هذه الأموال يضمها وعاء واحد هو الذمة المالية. وهي في نظر الفقه الإسلامي وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلاً للإلزام وللالتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات. والذمة تلازم الإنسان، إذ يولد وله ذمة بحكم أنه إنسان⁵⁷⁶. ويعرف صاحب الفروق الذمة المالية كونها معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللتزم، وهو متوقف على شروط منها البلوغ والرشد⁵⁷⁷. ويميز القرافي بين الذمة وبين أهلية المعاملة، وهما حقيقتان غير متلازمتان، إذ توجد أهلية التصرف بدون الذمة وتوجد الذمة بدون أهلية التصرف⁵⁷⁸.

أما الذمة المالية في نظر القانون الوضعي، فتعد مجموع الحقوق والالتزامات الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين، وهي نظرية مجردة وضع لبناتها الأساسية الفقهاء شارل أوبري (1803-1883) وفريدريك

⁵⁷³ عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، م.س، ص.9؛ السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، م.س، ص.4؛ شمس الدين الوكيل، م.س، ص.17.

⁵⁷⁴ شمس الدين الوكيل، م.س، ص.19.

⁵⁷⁵ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت، ط.1 - 2010، ص.14.

⁵⁷⁶ السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، م.س، ص.20؛

⁵⁷⁷ القرافي، كتاب الفروق، المجلد الثالث، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - القاهرة، ط.3، 1428هـ - 2007م، ص.1020.

⁵⁷⁸ القرافي، كتاب الفروق، م.س، ص.1019.

شارل رو (1803-1877) تقوم على تصور افتراضي مفاده اندماج الذمة المالية في شخصية صاحبه بحيث تصبح امتدادا لهذه الشخصية، وهي واحدة لا تتعدد شأنها شأن شخصية الإنسان⁵⁷⁹. ولم تسلم هذه النظرية من النقد بفعل تأثير النظريات الجرمانية الحديثة التي نادى بإمكانية الفصل بين الذمة المالية وبين صاحبها وإمكان تعددها ووجودها دون استنادها إلى شخصية قانونية⁵⁸⁰، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني للكبيك في الفصلين 1259 و1260⁵⁸¹.

وهكذا يفسر الضمان العام للدائنين وفق التصوير الافتراضي للذمة المالية على أن حقوق الدائنين لا تنصب على مال معين بذاته وإنما تتعلق بوحدة مجردة⁵⁸²، وهي وحدة قانونية تتكون من مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية⁵⁸³. فالمبدأ الذي يقوم عليه الضمان العام يقضي بأن جميع أموال المدين تخضع للتنفيذ عليها من طرف الدائنين، وبالتالي لا يستطيع المدين أن يحدد نطاق الضمان العام عن طريق الاتفاق المسبق لتعلقه بالنظام العام⁵⁸⁴.

لكن ما فائدة الضمان العام إذا كانت عناصره السلبية تفوق العناصر الإيجابية؟ يرد على ذلك بالقول إن أهلية الالتزام لدى الشخص تستتبع وجود شيء آخر هو الذمة المالية وهو مقدر في الشخص لاستقرار الديون التي تثبت عليه⁵⁸⁵. وهناك من يفسر الذمة المالية وعلاقتها بالضمان العام من خلال عنصري المديونية والمسؤولية في كل التزام، معتبرا أن صفة المديونية تلحق المدين في مواجهة جميع دائنيه بشكل متساو فيما بينهم، وإذا امتنع عن أداء ما بذمته من التزامات يستطيع أيا من الدائنين تحريك عنصر المسؤولية لإجباره على

⁵⁷⁹ السنهوري، الوسيط، الجزء الثامن، م.س، ص. 225 و232؛

Muriel Fabre-Magnan, propriété et lien social, RTDciv. Dalloz 2004, p.7

⁵⁸⁰ للتفصيل حول أسباب انتفاذ النظرية التقليدية للذمة المالية، يراجع السنهوري، الجزء الثامن، ص. من 235 إلى 251؛ يراجع أيضا: Muriel Fabre-Magnan, propriété et lien social, RTDciv. Dalloz 2004 ; Frederic Zenati, mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine, RTD civ, Dalloz 2004.

code civil du Québec, à jour au 1^{er} mars 2015, ww2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca,

⁵⁸¹

consulté le 06/04/2015.

⁵⁸² شمس الدين الوكيل، م.س، ص. 17 و18.

Jean-Louis Bergel et autres, .cit, p.3

⁵⁸³

op

⁵⁸⁴ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص. 18 ؛ Jean-Louis Bergel et autres, op .cit, p.8

⁵⁸⁵ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الجزء الثاني، م.س، ص. 798

الأداء⁵⁸⁶. لأن الديون التي تكون في ذمة الشخص مهما كان مبلغها إنما تتعلق بذمة المدين لا بعين ماله⁵⁸⁷، وتتصل بالشخص نفسه لا بأمواله وثروته⁵⁸⁸ لكن إلى أي حد استطاع الضمان العام تعزيز المركز المالي للدائنين وجعلهم في مأمن من تصرف المدين في أمواله وإخراجها من ذمته المالية أو من إعساره ؟

الفقرة الثانية: محدودية الضمان العام في حماية الدائنين

لئن كان الضمان العام يشمل جميع أموال المدين وليس مقصوراً على مال معين بذاته، وأن كل هذه الأموال تقع تحت سلطان الدائنين يسعون جميعاً للتنفيذ عليها وفق قاعدة المساواة إلا من أتى منهم بسبب من أسباب الأفضلية المقررة قانوناً؛ فإن ثمة بعض العيوب التي تعتري الضمان العام ما يجعله قاصراً عن تحقيق حماية كافية للدائنين لاستيفاء ديونهم كاملة، ولعل من أهمها قاعدة المساواة وإطلاق يد المدين في التصرف في أمواله بكل حرية⁵⁸⁹.

فقاعدة المساواة تعني أن الدائنين على قدم المساواة في سعيهم للتنفيذ على أموال المدين. فإذا اتسعت لهم أموال المدين استوفوا حقوقهم كاملة غير منقوصة، أما إذا كانت أموال المدين غير كافية لاستيعاب جميع الديون واتخذ الدائنون جميعاً إجراءات التنفيذ على هذه الأموال، فإنهم يتقاسمون بها كل بنسبة حقه⁵⁹⁰.

أما بالنسبة للعبء الثاني للضمان العام، فيتعلق بحرية المدين في التصرف في أمواله دون قيد مما قد يضر بالدائن ولا يجعله في مأمن من خطر إعسار مدينه. بحيث إن القواعد المنظمة للضمان العام لا تغل يد المدين عن التصرف في أمواله، ولا تلزمه بالامتناع عن الإهمال في تقاضي حقوقه. ويترتب على هذه الحرية غير المقيدة للمدين الزيادة في ديونه مما يقلل من فرص الدائنين في استرداد ديونهم كاملة⁵⁹¹.

ورغم وجود أنظمة قانونية ترمي إلى المحافظة على الضمان العام مثل حجز التحفظي الذي من آثاره وضع القضاء يده على المال وغل يد المدين عن التصرف فيه تمهيداً للتنفيذ عليه؛ فإن مثل هذه المؤسسات القانونية لا تجعل الدائن في مأمن من الخضوع لقاعدة المساواة مع غيره من الدائنين⁵⁹². ومن هنا تصبح حاجة الدائن ماسة إلى البحث عن وسائل قانونية أخرى لحماية حقوقه واستيفائها من مدينه كأن يحصل

⁵⁸⁶ شمس الدين الوكيل، م.س، ص. 22.

⁵⁸⁷ مصطفى أحمد الزرقا، م.س ص. 839.

⁵⁸⁸ خالد عبد الله عيد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة الشباب - الرباط، د.ت.ط، ص. 399.

⁵⁸⁹ شمس الدين الوكيل، م.س، ص. 24 و 27.

⁵⁹⁰ السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، م.س، ص. 5.

⁵⁹¹ السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، ص. 5؛ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص. 15.

⁵⁹² شمس الدين الوكيل، م.س، ص. 27 و 31.

على ضمانات عينية مثلا تقوي الضمان العام وتعزز⁵⁹³، أو اللجوء إلى وسائل اتفاقية تدعم مركزه القانوني وتجعله يطمئن أكثر لاقضاء حقه أو تحقيق غايته من العملية التعاقدية مثل إدراج الشرط المانع من التصرف في العقد⁵⁹⁴ للضغط على الطرف المدين من خلال منعه من التصرف في ملكه بشكل مخالف لمقتضى القيد قبل أداء مبلغ الدين. كما يشكل هذا القيد آلية لتوفير الائتمان الذي يرغب الدائن في الحصول عليه من دائنيه والذي يزيد بقدر ما توافرت الثقة في المدين⁵⁹⁵.

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية تقوية للضمان العام

يمكن القول إن العيوب التي تعترى الضمان العام تقلل من ثقة الدائنين في هذا الضمان وبالتالي تدفعهم إلى البحث عن ضمانات إضافية أو تكميلية تمنحهم الثقة والأمان في المدينين وتجعلهم يطمنون على ديونهم. ولعل القيود الاتفاقية تعد من بين هذه "الضمانات"⁵⁹⁶، وإن كانت لا تضيف شيئا ذو قيمة مالية لزمة المدين فهي على الأقل تساعد على استقرار المركز القانوني للضمان العام والحفاظ على جميع عناصره الإيجابية من خلال منع المدين من التصرف في أمواله دون الموافقة المسبقة للدائنين المستفيدين من القيود الاتفاقية.

الفقرة الأولى: قواعد الضمان العام تكريس لحرية المدين في التصرف في أمواله

من نافلة القول أن جميع أموال المدين تشكل الضمان العام للدائنين، وتدخل في الذمة المالية للمدين وله مطلق الحرية للتصرف فيها مما قد يؤثر سلبا أو إيجابا في الضمان العام، ما لم يكن المدين ممنوعا بقوة القانون من التصرف في هذه الأموال كأن يكون تحت الحجر القانوني والتجريد من الحقوق الوطنية⁵⁹⁷، أو أن يكون المدين خاضعا لمسطرة معالجة صعوبات المقاوله إذا كان تاجرا⁵⁹⁸. ولما كان الضمان العام لا يكفل

⁵⁹³ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص.22.

⁵⁹⁴ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص.30.

⁵⁹⁵ نبيل إبراهيم سعد، م.س، ص.33؛ السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، ص.7.

⁵⁹⁶ لا نقصد هنا الضمانات التقليدية المعروفة في القانون المدني وهي الضمانات العينية كالرهن والامتياز و الضمانات الشخصية

كال كفالة وغيرها، ولكن نقصد رغبة الدائنين في البحث عن شتى الوسائل التي من شأنها أن تجعلهم أكثر اطمئنانا على مراكزهم القانونية. لذلك سميناهما تجاوزا ضمانات ووضعناها بين معقوفتين.

⁵⁹⁷ ويقرر هذا الإجراء كعقوبة تبعية ينتجان عن العقوبات الجنائية تطبيقا لمقتضيات الفصل 37 من القانون الجنائي، القرار عدد 1 المؤرخ في 2008/01/02 الملف التجاري عدد 2007/2/3/626، قضاء المجلس الأعلى عدد 71 السنة 2009.

⁵⁹⁸ تقضي القاعدة العامة أن كل تاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ثبت أنه لم يعد بمقدوره سداد الديون المستحقة عند حلول أجلها وأصبحت مختلفة بشكل لا رجعة فيه يمكن أن يخضع لمسطرة معالجة الصعوبة وفتح مسطرة التسوية أو التصفية القضائية والتي قد تمتد إلى مسيري الشركة إذا ثبتت مسؤوليتهم في هذه الوضعية التي آلت إليها الشركة الخاضعة للمسطرة المذكورة لارتكابهم إحدى الأفعال الواردة

للدائنين حق تتبع أموال المدين المفقودة لفائدة الغير⁵⁹⁹، ماهي الضمانات القانونية التي وضعها المشرع رهن إشارة الدائنين للتصدي لتصرفات المدين الضاربة بالضمان العام؟

إذا كان الأصل أن ديون الشخص سواء كانت مستغرقة لماله أم لا، ليس لها تأثير في أهلية المدين للتصرف بأمواله⁶⁰⁰، فإن هناك استثناءات تخرج عن هذا الأصل وتحد من أهلية المدين في التصرف في أمواله، منها على سبيل المثال عقود التبرع التي من طبيعتها أنها إذا أبرمت ممن كان الدين محيطا بماله تكون غير صحيحة⁶⁰¹.

لكن كيف السبيل إلى التصدي لتصرفات المدين التي من شأنها إضعاف الضمان العام؟ يكمن الجواب في حق الدائنين في سلوك دعوى إبطال تصرفات المدين استنادا إلى الصورية حسب ما استنتجته محكمة النقض المغربية في أحد قراراتها من أن الفصل 1241 من ق ل ع وإن كان لا ينص صراحة على إبطال التصرفات المؤدية لافتقار الذمة المالية للمدين تجاه دائنيه، فإنه لما اعتبر أن جميع أموال المدين تشكل ضمانا عاما لدائنيه، يكون قد فتح الباب بصفة غير مباشرة لهؤلاء الدائنين للمطالبة بإبطال التصرفات الماسة بهذا الضمان العام إن استطاعوا إثبات صوريته كأن يكون التصرف مثلا منجزا لفائدة الزوجة أو الأولاد لأن هذا يعتبر في نظر الفقه والقضاء من القرائن الدالة على الصورية⁶⁰². أو أن يكون تصرف المدين قد أبرم بسوء نية بعد ثبوت مديونيته بمقتضى سند صحيح أو حكم قضائي يلزمه بأداء الدين، وذلك بقصد الإضرار بالدائنين عن طريق إبعاد أمواله من ذمته المالية والظهور بمظهر المعسر⁶⁰³. أو أن يقوم المدين بالتبرع بمال من أمواله حال إحاطة الدين بماله، بحيث اعتبره المشرع تصرفا غير صحيح⁶⁰⁴، وأقر القضاء للدائن حق مواجهة مدينه بعدم نفاذ هذا التصرف لأنه مضر بالضمان العام شريطة أن يكون دينه ثابتا وموجودا قبل إبرام التصرف⁶⁰⁵.

في المادة 706 من مدونة التجارة، أنظر القرار عدد 1646 المؤرخ في 2008/12/24 الملف التجاري عدد 2005/2/3/812، قضاء المجلس الأعلى عدد 70 السنة 2009؛ القرار عدد 14 الصادر بتاريخ 8 يناير 2015 في الملف التجاري عدد 2014/1/3/1006، مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 79 السنة 2015.

⁵⁹⁹ السنهاوري، الوسيط، الجزء الثاني، م.س، ص. 935

⁶⁰⁰ مصطفى أحمد الزرقا، م.س، ص. 839

⁶⁰¹ تنص المادة 278 من م ح ع على: " لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله". والجدير بالإشارة إلى أن الأحكام المنظمة للهبة تسري أيضا على عقد الصدقة، مع مراعاة خصوصية هذا العقد الأخير ومميزاته التي ورد تعدادها في المادة 291 من نفس المدونة.

⁶⁰² القرار عدد 983 المؤرخ في 2007/10/03 الملف التجاري عدد 2006/1345، قضاء المجلس الأعلى عدد 70 السنة 2009.

⁶⁰³ القرار عدد 2289 الصادر بتاريخ 17 ماي 2011 في الملف المدني عدد 2010/1/1/57، مجلة محكمة النقض العدد 74 السنة 2012.

⁶⁰⁴ تنص المادة 278 من م.ح.ع على ما يلي: " لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله".

⁶⁰⁵ القرار عدد 88 الصادر بتاريخ 3 مارس 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/172، مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 79 السنة 2015.

وعلى عكس دعوى الإبطال التي قد تلغي التصرف المبرم من طرف المدين إذا ثبت صدوره عن سوء نية أو بقصد الإضرار بالدائن، يمكن أن يلعب الشرط المانع من التصرف دوراً أكثر قوة وفعالية لكونه يحول دون إبرام التصرف أصلاً، مما يحقق للدائن أقصى درجات الحماية التي يصبو إليها لضمان ديونه.

الفقرة الثانية: النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية لتحقيق للتوازن بين مختلف المصالح

يتربط على الشرط المانع من التصرف تقييد حرية المالك في التصرف في ملكه على نحو مخالف لمقتضى القيد، إلا أنه يبقى على حق المالك في الانتفاع بملكه وإتيان التصرفات التي تتركس بقاء ملكيته كاملة كالإيجار والقسمة والصالح⁶⁰⁶. لكن الإشكال المطروح هو مدى ونطاق هذا المنع هل يقتصر فقط على التصرفات الإرادية المؤدية إلى التفويت المباشر أم يمتد ليشمل أيضاً كل ما يؤدي إلى التفويت ولو بطريق غير مباشر كالرهن والحجز؟

إذا وردت عبارات الشرط المانع من التصرف عامة وشاملة، فإنه يترتب على ذلك فضلاً عن المنع من التصرف إقرار عدم قابلية المال للتنفيذ خلال فترة المنع الاتفاقي وذلك سدا للذرائع وتحقيقاً للهدف المقصود من المنع وهو عدم تمكين المالك من التصرف في العقار ولوعن طريق غير مباشر بالامتناع عن الوفاء بديونه. فالشرط المانع من التصرف يسري على كل تصرف يؤدي إلى خروج العقار من ذمة مالكة وانتقاله إلى ملك الغير، ويشمل المنع كذلك الإجراءات التحفظية المفوضية إلى نفس النتيجة كالحجز من طرف دائي المالك⁶⁰⁷، لأن عدم القابلية للتنفيذ يقتضيها الغرض المقصود من الشرط المانع من التصرف وهي نتيجة طبيعية وأثر قانوني بديهي لهذا الشرط⁶⁰⁸، وهي منع المالك المشتراط عليه من التخلص من آثار المنع من التصرف عن طريق اختلاق ديون وهمية وتمكين الدائنين من التنفيذ على المال⁶⁰⁹.

وقريب من موقف الفقه، أقر القضاء الفرنسي قاعدة أن منع التفويت يستتبع منع الرهن والحجز لأن كلاهما يؤديان إلى إخراج المال المثقل بالشرط من ملكية المشتراط عليه إلى ملك الغير⁶¹⁰. وقد طبقت محكمة

⁶⁰⁶ نبيل إبراهيم سعد، م.س.ص. 50.

⁶⁰⁷ محمد فوزي، م.س.ص. 414.

⁶⁰⁸ نبيل إبراهيم سعد، م.س.ص. 54؛ السنهوري، الوسيط، الجزء 8، م.س.ص. 519؛ أنور العمروسي، م.س.ص. 226.

⁶⁰⁹ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، م.س.ص. 66؛ Albert Cheron, op.cit, p.355؛ وإذا كان الحجز مشمولاً بالمنع من التصرف لاتحادهما في النتيجة كما هو مقرر فقها وقضاء، فيجب تمديد المنع كذلك ليشمل التقييد الاحتياطي كإجراء تحفظي يرمي إلى المحافظة على رتبة التصرف الذي تعذر تقييده بالسجلات العقارية لغيب فيه (الفصل 85 من ظ.ت.ع).

⁶¹⁰ ونمثل على ذلك بما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها إلى أن شرط منع التفويت يقضي بجعل الأموال المثقلة بالشرط غير قابلة للحجز، ومن ثم يكون رهن هذه الأموال خلال فترة المنع باطلاً لأن من الآثار القانونية المترتبة على الرهن هي التنفيذ على العقار المرهون عن طريق بيعه في المزاد العلني. لهذا ذهبت نفس المحكمة في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 17 مارس 1964 إلى أن ترتب نتيجة البطلان على رهن العقار المثقل بالشرط المانع يرجع إلى عدم إمكانية إرجاء آثار الرهن إلى حين انتهاء أجل الشرط المانع. <http://www.legifrance.gouv.fr>؛ تاريخ الاطلاع: 2009/10/05.

النقض الفرنسية هذه القاعدة حتى على ديون الخزينة التي لم تشفع لها طبيعتها وارتباطها بالمصلحة العامة من الإفلات من قاعدة تبعية منع الرهن والحجز لمنع التفويت⁶¹¹.

أما القضاء المغربي، فالسمة البارزة لتوجهه، حسب الأحكام والقرارات التي تم الاطلاع عليها، أنه لا يرتب جميع الآثار القانونية التي يقتضيها الشرط المانع من التصرف لتمسكه بقاعدة نسبية آثار هذا الشرط مما يجيز للمشتروط عليه القيام بجميع التصرفات القانونية وتكون ملزمة له وللمتصرف إليه ما لم يتم إبطالها من طرف المستفيد من القيد المانع من التصرف⁶¹².

لكن إذا كان الشرط المانع من التصرف يرمي إلى حماية مصلحة مشروعة يقرها القانون، ألا توجد هناك مصالح أخرى قد تستحق عناية المشرع وتستدعي الحماية القانونية من جملتها مصالح الدائنين الذين تعاملوا مع المالك المشتروط عليه منع التصرف؟

صحيح أن مرونة أحكام الشرط المانع من التصرف تستطيع مسايرة مختلف الحالات التي تتطلبها الممارسة العملية أو تفرضها الحاجات اليومية المتجددة في إدراج الشرط المانع من التصرف، إلا أن هذه المرونة غير كافية لذاتها لاستيعاب جميع الحالات على اختلاف ظروفها وملابساتها. وبالتالي يبدو أن مقارنة القيود الاتفاقية على نحو توفيق من شأنها التقليل من الفجوة بين المصالح المتضاربة، وذلك بضمان حماية المصلحة المستهدفة بالشرط المانع مع الحرص في نفس الوقت على عدم المساس بمصالح عليا أو مصالح تكون أكثر منها أهمية⁶¹³.

⁶¹¹ أقرت محكمة النقض في قرارها رقم 94-15834 الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 10/04/1996 أن الشرط المانع من التصرف يحول دون مطالبة الخزينة بالديون المتخلدة في ذمة الملتزمين وبالتالي يمنعها من التنفيذ على العقارات الموهوبة من طرف الملتزمين لفائدة حفيديتهما مع اشتراط منع التفويت لضمان حق الرجوع؛ منشور على الموقع التالي <http://www.legifrance.gouv.fr> تاريخ الاطلاع: 2009/10/05.

⁶¹² قرار المجلس الأعلى عدد 527 صادر بتاريخ 28 يوليوز 1982، قضاء المجلس الأعلى عدد 31 السنة 8، مارس 1983؛ قرار عدد 3610 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 أكتوبر 1992، ملف مدني رقم 7325، قضاء المجلس الأعلى عدد...؛ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ 20/07/2010 ملف رقم 9/2007/86، حكم غير منشور؛ قرار عدد 107 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 20/09/2007 ملف رقم 31-2007-13، منشور في مؤلف جيلالي بوحص: "قراءات في القانون العقاري وقانون البناء، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى د.ت.ط؛ قرار المجلس الأعلى عدد 5378 غير منشور.

Albert Cheron, op.cit. p.365

613

متى توفرت الأحكام القانونية المنظمة للشرط المانع من التصرف على المرونة الكافية، يستطيع القضاء عندما يطرح عليه النزاع بشأنه المقابلة بين مختلف المصالح المعروضة على أنظاره وبالتالي الترويج بينها حسب ظروف وملابسات كل قضية على حدة.

وفي هذا الإطار أقر القانون المدني الفرنسي في المادة 900-1 حق المستفيد من التبرع في مراجعة القضاء طلبا للترخيص بالتصرف في المال المقيّد بالشرط إذا انعدمت المصلحة التي بررت القيد أو إذا استجّدت مصلحة أخرى تكون أكثر أهمية من مصلحة مشترط القيد تبرر الترخيص بالتصرف.⁶¹⁴

إلا أن الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي يبقى قاصرا على مصلحة المستفيد من التصرف المقيّد بالشرط، حتى ولو كان الشرط المانع من التصرف مقرا لفائدة الغير. لذا تبدو المقاربة التوفيقية للشرط المانع من التصرف أكثر نجاعة وفعالية لكونها لا ترجح مصلحة على حساب مصلحة أخرى، بل تأخذ بعين الاعتبار الملائمة والتناسب بين حجم المصلحة المراد حمايتها بالشرط المانع من التصرف وحجم المصالح والحقوق الثابتة للغير والمتعلقة بالعقار المثقل بالشرط، أما تقدير مدى تلك الملائمة والتناسب فهو متروك للقضاء لما يتوفر عليه من سلطات وصلاحيات في هذا الشأن.

وفضلا عن الدور التوفيقية للشرط المانع من التصرف، يمكن لهذا الشرط أن يلعب دورا توجيهيا يروم تدعيم وتقوية النظام القانوني للرهن الرسمي، مما يجعل الدائنين يطمئنون على ديونهم لكون المدينين لا يستطيعون التصرف في أملاكهم العقارية المرهونة في ظل وجود الشرط المانع من التصرف. كما يساهم هذا القيد أيضا في تنمية وازدهار عمليات التسيّد.

⁶¹⁴ ومن تطبيقات ذلك أن يصبح المال المتبرع به المثقل بالشرط المانع خارج دائرة الاستثمار والاستغلال، أو أن مقاصد المتصرف من وراء القيد أصبحت متجاوزة بسبب الظروف المستجدة مما يقتضي تدخل القضاء واستبعاد الشرط المانع إذا ما طلب منه ذلك وتوفرت شروطه القانونية؛ Marty et Raynaud, op.cit. p.77؛ تنص المادة 900-2 من ق.م.ف على ما يلي:

tout gratifié peut demander que soient révisées en justice les conditions et charges grevant les donations ou legs reçus, lorsque, par suite d'un changement de circonstances, l'exécution en est devenue pour lui soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable. loi n°84-562 du 4 juill. 1984, code civil, Dalloz édition 2000.

المبحث الثاني: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو تنمية الرهون العقارية

لما كانت التنمية الاقتصادية ترتبط بالزيادة في الإنتاج وخلق الثروة، فإن الائتمان يعتبر من الوسائل الأساسية التي تروم تحقيق هذه الغاية، وكلمة ائتمان تعني الثقة بين أصحاب رؤوس الأموال ومن يطلبها من الناس لتمويل مشاريعهم ك شراء العقارات أو تشييدها أو إدخال تحسينات عليها⁶¹⁵.

ويساهم الشرط المانع من التصرف بقسط وافر في مجال الائتمان، إذ من شأنه تدعيم وتقوية الرهن الرسمي كضمانة عينية من خلال تجاوز المساوئ التي تعرفها مساطر التنفيذ على العقار المرهون، وكذا تثبيت المركز القانوني للدائن المرتهن ويساعد على تفويت الدين الرهني. وهكذا تكون خطة دراسة موضوعات هذا المبحث على الشكل الآتي:

المطلب الأول: القيود المانعة من التصرف تدعيم لنظام الرهن الرسمي

المطلب الثاني: القيود المانعة من التصرف وسيلة ممهدة لتفويت الديون الرهنية

⁶¹⁵ سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، ص. 14.

المطلب الأول: القيود المانعة من التصرف تدعيم لنظام الرهن الرسمي

بعدما قرر المشرع أن أموال المدين تشكل ضمانا عاما للدائنين يوزع ثمنها بينهم بالتساوي وبنسبة دين كل واحد منهم، فإنه خرج عن هذه القاعدة وقرر أسبابا قانونية للأفضلية تجعل بعض الديون تتقدم على ديون أخرى وتستوفي بالأسبقية، وهذه الأسباب هي الامتيازات والرهن.

ونختار من بين هذه الأسباب الرهن الرسمي باعتباره المجال الخصب للقيود الاتفاقية حسب ما درجت عليه الممارسة التعاقدية الجاري بها العمل لدى البنوك ومؤسسات القرض. ورغم ما يوفره الرهن الرسمي من ضمانات قانونية للدائن المرتهن مثل ميزتي التبعية والأفضلية؛ يتم اللجوء إلى تقنية القيود الاتفاقية في عقود الرهن لتقوية مركز الدائن من جهة، وتجنب إجراءات تتبع العقار في حالة تفويته من طرف المدين الراهن من جهة أخرى⁶¹⁶.

يعرف المشرع المغربي الرهن الرسمي في المادة 165 من م ح ع بأنه حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين. وأمام اقتضاب وعدم دقة التعريف التشريعي للرهن الرسمي، يمكن الاعتماد على التعريف الذي مفاده أن الرهن الرسمي هو حق عيني يترتب على عقار يبقى في حوزة صاحبه ويخصص لضمان الوفاء بالتزام، وبمقتضاه يمنح الدائن، في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه، حق نزع ملكية العقار محل الرهن، أيا كان حائزه واستيفاء دينه من الثمن بالأفضلية على سائر الدائنين⁶¹⁷.

فالرهن الرسمي إذن هو نظام قانوني يقوم على تخصيص مال معين أو أموال معينة من أموال المدين للوفاء بالتزاماته أو التزامات غيره. فضلا عن كونه أداة للالتئمان وتقوية عنصر الثقة في الرابطة التي تربط ما بين الدائن والمدين⁶¹⁸، فإنه يخول للدائن تجنب مخاطر إعسار مدينه والإفلات من الخضوع لمبدأ المساواة مع سائر الدائنين⁶¹⁹، هذا فضلا عن استيفاء دينه مقدما على غيره من الدائنين العاديين أو الأنزل منه مرتبة.

لكن مقابل المزايا التي يقدمها الرهن الرسمي للدائنين، يمكن القول إن بعض قواعد هذا النظام تحد من فعاليته منها احتفاظ المدين الراهن بحق تفويت الشيء المرهون ولو قبل أداء الدين، وطول إجراءات تحقيق الرهن وتعقيدها. هذا ما دفع بالدائنين إلى البحث عن آليات أخرى لتقوية مركزهم القانوني في مواجهة المدينين وتدعيم نظام الرهن الرسمي.

⁶¹⁶ نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، م.س، ص.44

⁶¹⁷ مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، م.س، ص.321.

⁶¹⁸ سمير كامل، م.س، ص.14؛ شمس الدين الوكيل، 33 و34

⁶¹⁹ شمس الدين الوكيل، م.س، ص.49

الفقرة الأولى: الأصل احتفاظ الراهن بحق التصرف في العقار المرهون

إن تقرير رهن رسمي على العقار المملوك للراهن لا ينزع عن هذا الأخير صفة المالك ولا يجرده من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف، بل يؤدي فقط إلى تقييد هذه السلطات في الحدود اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون وعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن من خلال الامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى إضعاف الضمان المخصص لتأمين الدين. فحق الدائن المرتهن إذن يتعلق بالقيمة الاقتصادية للعقار وليس له حق في العقار ذاته ولا يزاحم المالك في حق ملكيته.

إن التشريعات المدنية الحديثة تعترف بحق المالك في التصرف في عقاره المرهون وفقا للمبدأ القاضي بأن من رهن شيئا لا يفقد الحق في تفويته مثل ق.ل.ع وق.م.ف وق.م.م.⁶²⁰، ولكن مقابل ذلك يلتزم بضمان سلامة الشيء المرهون تجاه الدائن المرتهن الذي خوله القانون الحق في أن يعترض على أي عمل من شأنه إنقاص الضمان إنقاصا كبيرا مثل الأعمال والتصرفات المادية كهدم البناء أو إزالة بعض الأجزاء من البناء القائم.⁶²¹

أما تصرف المالك في العقار المرهون كالبيع والهبة، فالأصل فيه أنه لا يغير من طبيعة العقار وبالتالي لا يلحق أي ضرر بالدائن المرتهن لأنه لا يؤدي إلى إضعاف التأمين ولا التأثير على كيانه المادي⁶²²، ومن ثم لا يستطيع الاعتراض على أي تصرف قانوني يصدر عن المالك الراهن لأنه في وسعه السعي إلى المتصرف إليه ليباشر في مواجهته كافة السلطات التي يخولها الرهن للدائن⁶²³ ما دام العقار المتصرف فيه ينتقل إلى يد الغير مثقلا بالرهن المقرر عليه. ومن أبرز السلطات التي يخولها القانون للدائن المرتهن رهنا رسميا، الحق في تتبع الملك

⁶²⁰ ينص الفصل 1177 من ق ل ع: "من رهن شيئا لا يفقد الحق في تفويته، إلا أن كل تفويت يجريه المدين أو الغير مالك الشيء المرهون يتوقف نفاذه على شرط أداء الدين المضمون من أصل وتوابع، ما لم يرتض الدائن إقرار التفويت؛" تنص المادة 2477 من ق.م.ف في فقرتها الثانية على الآتي:

le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue : il les transmet sous l'affectation des mêmes privilèges et hypothèque dont la chose vendue était grevée.

تنص المادة 1043 من القانون المدني المصري: "يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون، وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن".

⁶²¹ تنص المادة 189 من م.ح.ع على أنه: "يضمن الراهن الملك المرهون وهو مسؤول عن سلامته كاملا حتى وفاء الدين، وللمرتهن أن يعترض على كل نقص بين في ضمانه وأن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ حقه على أن يرجع على الراهن بما أنفق".

⁶²² أحمد عبد الرزاق السنهوري، الجزء العاشر، م.س، ص.397.

⁶²³ شمس الدين الوكيل، م.س. ص. 247؛ من أبرز السلطات التي يخولها القانون للدائن المرتهن رهنا رسميا، الحق في تتبع الملك المرهون في يد أي حائز انتقلت إليه ملكيته لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به، المادتان 199 و 200 من م.ح.ع.

المرهون في يد أي حائز انتقلت إليه ملكيته لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به⁶²⁴. ومن التطبيقات القضائية لهاتين القاعدتين، قرار محكمة الاستئناف بمراكش الذي جاء في إحدى حيثياته أن إثقال العقار المحفظ برهن رسمي لا يمنع المدين الراهن من التصرف فيه بالبيع⁶²⁵، لأن حق التتبع لا يبرز للوجود ولا تظهر فعاليته إلا في حالة تفويت العقار.

لما كانت الأحكام المنظمة للرهن الرسمي خالية من أي نص قانوني يغل يد المالك عن التصرف في عقاره المرهون، ما هي السبل المتاحة أمام الدائن المرتهن للحفاظ على العقار المرهون في يد المالك الراهن ومنعه من التصرف فيه تصرفا يؤدي إلى إخراج العقار من ذمته المالية أو التغيير من طبيعته المادية، ومن تم إضعاف الضمان العيني؟

الفقرة الثانية: منع المالك الراهن من التصرف في العقار المرهون استثناء من الأصل

إذا كان الأصل الذي بسطناه أعلاه والذي لا اختلاف حوله يقضي بأن رهن العقار لا يسلب حق الراهن في التصرف في العقار المرهون؛ فإن اشتراط الدائن المرتهن للقيد المانع من التصرف في عقد الرهن محط اختلاف في الفقه نجمله في اتجاهين إثنين: الأول يرى عدم جواز منع الدائن المرتهن من التصرف في الشيء المرهون، فيما يرى الاتجاه الثاني عكس ذلك.

يذهب الاتجاه الأول إلى أنه لا يجوز للدائن المرتهن أن يشترط على المدين الراهن شرطا مانعا من التصرف في صلب عقد الرهن، بحجة أن المالك الراهن يحتفظ بحقه في التصرف في الملك المرهون ولا يتقيد في ذلك إلا بعدم الإضرار بحق الدائن المرتهن الذي يحميه القانون بقاعدة التتبع والتمسك بإضعاف التأمين وسقوط الأجل الأصلي لأداء الدين المضمون⁶²⁶. ويضيف مناصري هذا الاتجاه أن حرية المالك الراهن في

⁶²⁴ تنص المادة 199 من م ح ع على: "للدائن المرتهن رهنا رسميا حق تتبع الملك المرهون في يد أي حائز له لاستيفاء دينه عند حلول أجل الوفاء به"، وتنص المادة 200 من نفس المدونة على: "يعتبر حائزا للملك المرهون كل من انتقلت إليه ملكيته بتقبيده بالرسم العقاري دون أن يكون ملتزما شخصيا بالدين".

⁶²⁵ وقد عللت المحكمة موقفها هذا بكون إقدام المالك على رهن عقاره رهنا رسميا لا يفقده حقه في تفويته الذي يبقى ثابتا بقوة القانون شأنه في ذلك شأن الراهن رهنا حيازيا تطبيقا لمقتضيات الفصل 1177 من ق ل ع. وزيادة على ذلك، قالت المحكمة إن حق التتبع المكفول للدائن المرتهن لا يكون له معنى إذا لم يكن حق الراهن ثابتا في بيع العقار؛ قرار عدد 1185 بتاريخ 1997/12/23 ملف عقاري 97/1458، منشور بمجلة المحامي العدد 34، يناير 1999

⁶²⁶ السنهاوري، الوسيط، الجزء العاشر، م.س، ص.398

التصرف في العقار المرهون تعتبر من النظام العام، ومن ثم لا يجوز أن يقيد بها اتفاق مع الدائن المرتهن ويكون باطلا تعهد الراهن للمرتهن بألا يتصرف في العقار المرهون⁶²⁷.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن الشرط المانع من التصرف الذي يشترطه الدائن المرتهن على الراهن في عقد الرهن هو شرط جائز متى صدر عن إرادة حرة وتوفرت له شروط صحته وهي مشروعية الباعث ومعقولية المدة، هذا فضلا عن كون هذا الشرط يعتبر خير وسيلة تجنب الدائن المرتهن جهد التتبع وما يتطلبه من تكاليف ونفقات للتنفيذ على العقار المرهون في يد الحائز⁶²⁸.

وإذا عرضنا الرأيين السابقين على ميزان القانون، نجد أن الشرط المانع من التصرف في عقد الرهن يوفق بين مصلحتي الدائن والمدين بحيث إنه يؤكد مقتضى عقد الرهن ويوثقه، وفي نفس الوقت لا يمنع الراهن من الانتفاع بالعقار واستخلاص منافعه بل يفرض عليه فقط التزام المحافظة على العقار المرهون وأداء الدين المضمون⁶²⁹. كما لا يوجد في النظام القانوني للرهن ما يمنع الدائن المرتهن من اشتراط قيد اتفاقي في عقد الرهن⁶³⁰، لأن سلطات المالك في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه لا يقيد بها إلا القانون أو اتفاق كما تنص على ذلك صراحة المادة 14 من م.ح.ع. هذا بالإضافة إلى أن الفقه الإسلامي يجيز كل شرط فيه مصلحة لأحد العاقلين أو كلاهما ولم يرد الشرع بتحريمه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما".

وخلاصة القول أن الشرط المانع من التصرف يمكن أن يساهم في تقوية نظام الرهن الرسمي وسد ما به من ثغرات. كما تساهم النظرة التوفيقية للشرط المانع من التصرف في تحقيق أعلى درجات استهلاك الائتمان بالنسبة للراهن الذي يمنعه القيد المانع من الاندفاع نحو التصرف و رهن عقاره أكثر من مرة في ظل نظام قانوني يطلق يد المدين الراهن في التصرف في عقاره المرهون. وبالتالي فالشرط المانع من التصرف يساهم

⁶²⁷ نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، م.س، ص.108؛ عمر أزوكار "آثار التصرفات على العقار المحفظ المرهون أو المحجوز" تعليق على حكم المحكمة الابتدائية بأكادير في الملف عدد 381 بتاريخ 1999/05/10، منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 96 شتنبر أكتوبر 2002؛ سفيان أدريوش، تسديد الديون الرهنية مقارنة قانونية ومالية، الجزء الأول، مطبعة الأمنية- الرباط، ط.1، 2009، ص.39.

⁶²⁸ شمس الدين الوكيل، م.س. ص. 249.

⁶²⁹ وهذا ما جعل مؤسسات الائتمان تلجأ إلى هذا الشرط بشكل منهجي حتى أصبح شرطا مألوفاً في جميع عقود الرهن الرسمي التي تبرمها هذه المؤسسات مع زبائنها.

⁶³⁰ يقول الفصل 1176 من ق.ل.ع: "يصح أن ينشأ الرهن ابتداء من تاريخ معين أو إلى تاريخ معين أو شرط واقف أو فاسخ"؛ كما تنص المادة 181 من م.ح.ع على أن: "كل من ليس له على الملك إلا حق معلق على شرط أو قابل للفسخ أو معرض للإبطال لا يمكنه أن يعطي إلا رهنا خاضعا لنفس الأحكام".

في استهلاك متوازن للائتمان، كما يساهم في تكريس الديون الرهنية وإعادة توظيفها من خلال تفويتها والحصول على قيمتها الاقتصادية حالا وقبل حلول أجل سدادها.

المطلب الثاني: القيود المانعة من التصرف وسيلة ممهدة لتفويت الديون الرهنية

أمام محدودية آليات التمويل التقليدية في مساندة حاجات الاقتصاد الوطني للتمويل، كان لزاما البحث عن بدائل أخرى للتمويل الذاتي لبعض القطاعات الاقتصادية قصد إعادة تمويل قروض السكن وإنعاش هذا القطاع الحيوي وإخراجه من حالة الجمود. وقد وجد المشرع ضالته في تقنية تسنيد الديون الرهنية⁶³¹ التي ترمي إلى تحقيق تمويل ذاتي انطلاقا من القروض الممنوحة لتمويل مشاريع سكنية. ومن الشروط الأساسية للتسنيـد أن تكون الديون الرهنية خالية من النزاع، وهنا تكمن أهمية تقنية الشرط المانع من التصرف الذي يقوم بدور فعال في عملية التسنيـد، وذلك ابتداء من الإعداد لها وانتهاء بتدعيمها وتقويتها.

الفقرة الأولى: الإطار القانوني لتسنيـد الديون الرهنية

لما كان تفويت الديون في إطار القواعد العامة للقانون كحوالة الدين (الفصلان 194 و 195 من ق ل ع) والحلول الاتفاقية (الفصول من 210 إلى 216 من نفس القانون) يخضع لقواعد جوهرية وشكلية صارمة من شأنها أن تؤدي إلى عرقلة المعاملات المالية وبطء تفويت الديون التجارية⁶³²؛ فقد اهتدى المشرع المغربي إلى تبني نظام تسنيـد الديون الذي تتميز قواعده بسلاسة ومرونة تلائم المعاملات التجارية التي تتطلب السرعة، هذا فضلا عن كون نظام التسنيـد يوفر على الدائن المرتهن الذي يرغب في تفويت ديونه الرهنية نفقات مهمة لأن التفويت الأحادي للديون الرهنية تتطلب تكلفة مرتفعة⁶³³.

يعرف التسنيـد حسب مقتضيات المادة الأولى من القانون رقم 119.12 بكونه عملية مالية تتمثل في

إصدار سندات من طرف صندوق توظيف جماعي للتسنيـد، وذلك لإنجاز عمليات تملك بشكل دائم أو مؤقت

⁶³¹ القانون رقم 98-10 المتعلق بتسنيـد الديون الرهنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 193-99-1 بتاريخ 13 من جمادى الأولى 1420 (25 أغسطس 1999)، ج.ر عدد 4726 بتاريخ 16 شتنبر 1999، والذي تم نسخ أحكامه بمقتضى المادة 118 من القانون رقم 33.06 المتعلق بتسنيـد الديون الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.95 في 20 من شوال 1429 (20 أكتوبر 2008) والمتمم للقانون رقم 35.94 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول والقانون رقم 24.01 المتعلق بعمليات الاستحفاظ، ج.ر عدد 5684 وتاريخ 21 ذو القعدة 1429 (20 نوفمبر 2008). مع الإشارة إلى أن القانونين رقم 33.06 ورقم 24.01 قد تم تغييرهما وتعديلهما بموجب القانون رقم 119.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.47 بتاريخ فاتح جمادى الأولى 1434 (13 مارس 2013)، ج.ر عدد 6184 المؤرخة في 28 شوال 1434 (5 سبتمبر 2013).

⁶³² سفيان أدريوش، تسنيـد الديون الرهنية، م.س، ص. 211.

⁶³³ سفيان أدريوش، م.س، ص. 221.

أصول مؤهلة مثل الديون الناتجة عن عقد أو سندات رأس المال، أو الممتلكات المادية أو غير المادية، وذلك لدى مؤسسة أو مجموعة مؤسسات مبادرة، أو منح قروض لتمويل تملك أو حيازة أصول مؤهلة أو ضمان مخاطر قرض أو تأمين⁶³⁴.

فإن المشرع المغربي قد قرر توسيع نطاق الديون القابلة للتسديد وأطلق عليها مفهوم الأصول المؤهلة وتشمل الديون وسندات الديون والممتلكات العقارية والمنقولة وكذا أي من الأصول التي يمكن تحديدها عند الاقتضاء بنص تنظيمي⁶³⁵. ومن إيجابيات القانون الحالي للتسديد، توسيع مجال التسديد أمام مؤسسات مبادرة أخرى بما فيها الدولة التي أصبح بإمكانها إصدار صكوك سيادية، وتمكين هيئة التوظيف الجماعي للتسديد من تسديد أصول هيئات عامة وشركات الدولة والشركات التابعة لها، وتسديد مخاطر التأمين وإعادة التأمين.

ولما كانت آثار تفويت الديون تسري على الأطراف ويعتد بها تجاه الدائن والأغيار ابتداء من التاريخ الموضوع على المستند دون إجراءات أخرى وكيفما كان القانون المطبق على الديون⁶³⁶، فإن الشرط المانع من التصرف المضمن بعقد الرهن يمكن أن يلعب دورا إخباريا بعدم التعامل في العقار المرهون والمثقل بالقيود ومن ثم المساهمة في تقوية عملية التسديد.

الفقرة الثانية: القيود المانعة من التصرف تدعيم لعملية التسديد

من متطلبات تنمية وتنشيط تسديد الديون إقرار قواعد قانونية تتميز بقدر من المرونة والسلاسة في عملية إعادة التمويل، منها قاعدة سريان أثر تفويت الديون المذكورة سابقا. ويبدو أن المقصود من المرونة التي تبناها المشرع في تقنين قواعد تسديد الديون هو التخفيف من صرامة القواعد القانونية الجارية على بعض الديون المراد تسديدها ومنها على سبيل المثال الديون المضمونة برهون رسمية واردة على عقارات محفظة،

⁶³⁴ أنظر القانون رقم 119.12 المغير والمتمم للقانون رقم 33.06 المتعلق بتسديد الديون والقانون رقم 24.01 المتعلق بعملية الاستحفاظ، م.س.

⁶³⁵ أنظر المذكرة التقديمية لمشروع تعديل القانون رقم 06-33 المتعلق بتسديد الديون، موقع البرلمان المغربي على شبكة الأنترنت. لما كان القانون رقم 98-10 يحدد نطاق الديون الرهنية القابلة للتسديد في القروض الممنوحة لأغراض تتعلق بالسكن مضمونة برهون رسمية من الدرجة الأولى وأن تكون خالية من النزاع ومن مخاطر عدم تحصيلها في تاريخ تقويتها، على عكس قانون تسديد الديون الرهنية المنسوخ الذي كان يستوجب تقييد تفويت الديون الرهنية بالسجلات العقارية بطلب من مؤسسة التدبير والإيداع التي توجه للمحافظ على الأملاك العقارية مختصرا من المستند يكون موقعا من طرف مؤسسة التدبير والإيداع والمؤسسة المبادرة. تراجع المادتان 25 و 27 من القانون رقم 98-10 المتعلق بتسديد الديون الرهنية المنسوخ.

⁶³⁶ المادة 24 من قانون تسديد الديون، م.س.

والتي من المعلوم أنها تخضع لقواعد قانونية ذات خصوصية منها أن التقييد بالسجلات العقارية هو الذي يولد الحقوق العينية الواردة على العقارات المحفوظة⁶³⁷.

لكن ما يلاحظ على قانون التسيير أن تفويت الديون لا يترتب عليه نقل الضمانات والرهنون إلا إذا تم النص على ذلك صراحة في المستند ونظام التسيير عملاً بمقتضيات المادة 23 من قانون تسيير الديون. وفي هذه الحالة يترتب على تسليم المستند النقل التلقائي وبقوة القانون للضمانات والرهنون الحيازية والرسمية والكفالات⁶³⁸.

والخلاصة أن مجمل هذه القواعد الخاصة ترمي إلى تحقيق المصالح المالية والاقتصادية المتوخاة من قانون تسيير الديون الرهنية وتدعمها المبادئ العامة لنظام التحفيظ العقاري. ولما كانت قواعد التسيير لا تمنع المالك الراهن من تفويت عقاره، فإن تثبيت ملكية العقار بيد المدين يمكن أن يتحقق عبر إقرار الشرط المانع من التصرف الذي يكرس ملكية المدين الراهن ويقيد حريته في التصرف في العقار المرهون خلال مدة سريان القيد. وفضلاً عن ذلك، فإن هذا القيد يوفر على الدائن المرتهن عناء ممارسة حق التبعية والتنفيذ على العقار في يد الحائز غير المدين وما يتطلبه ذلك من بذل للجهد وإنفاق للمال وإهدار للوقت.

هذا مع العلم أن من آثار الشرط المانع من التصرف كذلك استمرار نفاذ عقد الرهن بين طرفيه اللذان لم يطرأ على مركزهما القانوني أي تغيير بسبب تثبيت ملكية العقار المرهون في اسم المدين الراهن وغل يده عن التصرف في العقار. وهذا يساهم في تدعيم تسيير الديون وانتقالها دون عوائق إلى ملك المفوت إليه مقرونة بالضمانات التي تقويها.

وإذا كانت هذه من مزايا الشرط المانع من التصرف كصورة من صور القيود الاتفاقية، نستطيع عن طريق المقاربة التوفيقية توجيه هذه القيود نحو خدمة التنمية بأبعادها الاقتصادية والاجتماعية.

⁶³⁷ الفصلان 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري.

⁶³⁸ المادة 25 من قانون تسيير الديون، م.س.

الفرع الثاني: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو تحقيق التنمية

يخصص هذا الفرع لمناقشة الآثار المترتبة على المقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية،

وخاصة في بعدها المتعلق بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية. ومن مظاهر هذه التنمية، نذكر دور القيود الاتفاقية في ضبط السوق العقارية والحد من المضاربة في هذا المجال والمساهمة في تعمير الأحياء والمدن الجديدة من خلال دعم التجزئات العقارية التي تقيمها الدولة والمؤسسات التابعة لها. وفي مجال الإسكان، يمكن توظيف القيود الاتفاقية في مشاريع السكن التي تمولها الدولة لفائدة الفئات الاجتماعية التي تحتاج إلى دعم ورعاية خاصة في مجال السكن الذي يعتبر مطلباً أساسياً يسعى إليه كل مواطن ويجب على السلطات العمومية توفير الشروط الكفيلة بتحقيقه.

وإلى جانب دور القيود الاتفاقية في المجالات السابقة، يمكن توجيه القيود الاتفاقية لخدمة الأنشطة الفلاحية ومن تم المساهمة في تنمية العالم القروي، ثم أخيراً يمكن اللجوء إلى نفس التقنية لتشجيع الناس على التبرع لصالح الأفراد والمؤسسات للقضاء على الحاجة والمساهمة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. وعليه يتم تناول هذه الموضوعات من خلال مبحثين إثنين:

المبحث الأول: القيود الاتفاقية بين ضبط السوق العقارية ودعم التعمير

المبحث الثاني: دور القيود الاتفاقية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية

المبحث الأول: القيود الاتفاقية بين ضبط السوق العقارية و دعم التعمير

يخصص هذا المبحث لتقييم دور القيود الاتفاقية في تنظيم المعاملات العقارية وضبط السوق العقارية للوصول بالتالي إلى الحد من المضاربة في هذه المادة الحيوية والتي تعتبر مجالا خصبا للمضاربة. وبقدر ما تعتبر القيود الاتفاقية من آليات التصدي لظاهرة المضاربة العقارية، بقدر ما تساهم في توفير شروط إنجاح سياسة التعمير والسكن من خلال توظيفها في تنمية التجزئات العقارية لتعمير المناطق الجديدة وضمان توفير السكن الاجتماعي لمستحقيه .

وتناقش موضوعات هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: القيود الاتفاقية من آليات ضبط المعاملات العقارية والحد من المضاربة

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية من آليات دعم التعمير

المطلب الأول: القيود الاتفاقية من آليات ضبط المعاملات العقارية والحد من المضاربة

انطلاقاً من أهمية العقار على المستوى الاقتصادي والاجتماعي والبيئي، فإن المعاملات العقارية يجب أن تقوم على قاعدة العرض والطلب لبث الحيوية والدينامية بالقطاع العقاري⁶³⁹، لأن هذا القطاع ترتبط به كافة القطاعات الخدمية والإنتاجية والإستهلاكية، بحيث إن كل زيادة في أسعار العقار والقيم الإيجارية تنعكس تلقائياً على القطاعات الأخرى التي تضطر إلى الرفع من أجرة خدماتها⁶⁴⁰. لذا فإن السوق العقارية يجب أن تخضع لضوابط وأحكام لتنظيم المعاملات الجارية وبث النشاط والحيوية في هذا القطاع، وعلى رأس هذه الضوابط قاعدة العرض والطلب.

لكن السوق العقارية شأنها شأن سائر الأسواق الأخرى، قد تعرف تقلبات تؤدي إلى الإخلال بالقواعد النازمة لها، وذلك نتيجة تفاعل عدة عوامل منها تعلق الإنسان بالملكية العقارية نظراً لما توفره من استقرار وادخار للأموال، واحتفاظ الملاكين بأموالهم لمدة طويلة وانتظار تزايد الطلب عليها وارتفاع أسعارها⁶⁴¹. وينتج عن هذين العنصرين وغيرهما مجتمعة ارتفاعات عشوائية وغير مبررة في أسعار الأراضي والإيجارات مما يفضي إلى حدوث أزمة في السوق العقارية⁶⁴²، وما يترتب عليها من انعكاسات سلبية على القطاعات الأخرى ومن ثم على الاقتصاد الوطني. لكن هذا لا يعني استبعاد المضاربة بشكل مطلق في المعاملات العقارية، بل هي مطلوبة لتنشيط الاقتصاد يجب فقط تنظيمها وضبطها حتى لا تخرج عن مسارها الطبيعي وتتحول إلى داء مضر بالنشاط الاقتصادي.

الفقرة الأولى: المعاملات العقارية بين المضاربة المنضبطة والمضاربة المتوحشة

غني عن البيان أن العقار مادة أساسية تقوم عليها السياسات العمومية للدولة في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية⁶⁴³. كما أن هذه المادة تعتبر قاعدة أساسية لا غنى عنها بالنسبة

⁶³⁹ المضاربة العقارية تقود إلى فقاعة جديدة، الراية، بتاريخ/ 2015/04/06، www.raya.com ، تاريخ الاطلاع: 2015/11/03

⁶⁴⁰ الراية، م س؛ الهادي مقداد، السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط.1، 1421هـ- 2000م، ص.94.

⁶⁴¹ الهادي مقداد، م.س.ص.92.

⁶⁴² الراية، م.س.

⁶⁴³ تقرير تركيبي حول واقع قطاع العقار بالمغرب، قدم للمناقشة الوطنية في موضوع: السياسة العقارية للدولة ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، نظمت بالصخيرات يومي 8 و 9 دجنبر 2015، ص.3.

للأفراد والجماعات لإقامة دور للسكن ومحلات لممارسة أنشطتهم الاقتصادية. لكن هذه الأهداف والغايات قد لا تتحقق في الوقت المناسب أو قد يتم إرجاء تنفيذها بسبب عدة عوامل منها ندرة العقار خاصة في المدن والحواضر الكبرى وانتشار المضاربة في المعاملات العقارية مما يؤدي إلى زيادة غير مبررة في السوق العقارية مع ما ينتج عن ذلك من تأثير على البرامج والسياسات العقارية للدولة وضغط على القدرة الشرائية للمستهلكين .

المضاربة في اللغة هي أن يدفع شخص لآخر مالا من ماله ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما وفق الشروط المتفق عليها، أما الخسارة فيتحملها رب المال وحده ولا شيء على العامل المضارب لأنه خسر جهده وعمله.⁶⁴⁴ أما عند الفقهاء، فالمضاربة هي عقد بين اثنين يدفع بمقتضاه أحدهما للآخر مالا يملكه ليتجر فيه بجزء شائع معلوم من الربح كالنصف أو الثلث أو نحوهما بشرائط مخصوصة⁶⁴⁵ .

أما من حيث الحكمة من مشروعيتها، فهي تمكين الناس من استثمار أموالهم وتنميتها من خلال التعاون بينهم، لأن رؤوس الأموال إذا بقيت جامدة وبدون رواج لا ينتج عنها أي ربح بل قد تآكلها الزكاة، أما إذا ضمت إليها الخبرات والمهارات فقد ينتج عنها الخير الكثير. فالمضاربة وفق هذا المفهوم تحفز على استثمار المال وتساهم في إنتاج الثروة وخلق فرص الشغل للعاطلين وتنشيط حركة التجارة ورواجها، مما يساهم في تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية. فالمضاربة لها وجهان: وجه إيجابي يؤدي إلى تنشيط المعاملات العقارية وإحداث رواج اقتصادي، وهذا النوع من المضاربة مطلوب لأنه يساهم في التنمية بوجه عام. أما الوجه السلبي للمضاربة، فهو غير مرغوب فيه لأنه يؤدي إلى نتائج سلبية يساهم بشكل كبير في إنتاج تنمية غير سليمة وهذه تعد من مظاهر الأزمة.

أولاً: المضاربة المنضبطة لتنشيط للمعاملات العقارية

المقصود بالمضاربة المنضبطة هي المضاربة التي تخضع لشروط وقواعد يتفق عليها المتعاقدان وتكون موافقة للقوانين والتشريعات الجاري بها العمل في هذا الباب. وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد مذهبي الشافعية والمالكية يشترطان أن يكون عقد المضاربة مطلق وغير مقيد بنوع معين من التجارة ولا بشخص معين

⁶⁴⁴ والمضاربة كما يسميها أهل العراق مشتقة من الضرب بمعنى السفر لأن الاتجار يستلزم السفر غالباً. وتسمى عند أهل الحجاز قراضاً ومقارضة مشتقة من القرض وهو القطع سميت بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله ليعمل فيه بجزء من الربح والعامل قطع لرب المال جزءاً من الربح الحاصل بسعيه، وقد اتفق أئمة المذاهب على مشروعية المضاربة بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والقياس وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الرابع، م.س، ص.628؛ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، م.س، ص.638؛ مالك ابن أنس، الموطأ، الإمامة للطباعة والنشر والتوزيع، الدار البيضاء، ط.2، 1420هـ - 1999م ص.599؛ ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، <https://ar.wikipedia.org>، تاريخ الاطلاع 2015/11/03.

⁶⁴⁵ عبد الرحمن الجزيري، م.س، ص.638.

ولا ببلد معين ولا يشترط تعيين مدة في العقد. لأنه إذا كانت الغاية من المضاربة هي تحصيل الربح، فإن هذه الغاية لا تتحقق إلا بإطلاق يد المضارب في ممارسة شتى أنواع التجارات في سائر الأمكنة ومع سائر الناس⁶⁴⁶، مما يوفر للمجتمع البضائع والسلع الذي يحتاجها.

وفي إطار تطوير المنتجات البنكية، أصدر المشرع المغربي القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها⁶⁴⁷، الذي نص على إحداث بنوك تشاركية وسمح لها بإصدار منتوجات بنكية غير تقليدية مثل المرابحة والإجارة والمشاركة والمضاربة وغيرها. وقد عرفت المادة 58 من هذا القانون المضاربة بكونها عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية (تسمى رب المال) تقدم بموجبه رأس المال ومقاول أو عدة مقاولين (يسمى مضارب) يقدمون عملهم قصد إنجاز مشروع معين، ويتم اقتسام الأرباح المحققة بين الأطراف ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو غير ذلك من الأعمال التي تفسد العقد.

أما مفهوم المضاربة في السوق المالية أو ما يسمى بالبورصة⁶⁴⁸، فينصرف إلى عملية شراء الأوراق المالية من أسهم وسندات وعمليات وغيرها ثم بيعها لجني الأرباح السريعة بالاعتماد على تغير أسعارها في المستقبل. والمضاربة ليست قاصرة على قطاع معين، بل يمكن أن توجد في أي سوق مثل قطاع النفط وقطاع الصناعة أو القطاع العقاري. وهكذا فالمضاربة المنضبطة تضيف نوعاً من الحركة والنشاط الإيجابي في سوق الأوراق المالية أو ما يسمى بالبورصة⁶⁴⁹، وتؤدي إلى رواج اقتصادي حقيقي يعكس حقيقة الأسعار والسلع ومنتوجات الرائجة في السوق، وبالتالي تفضي إلى تنمية حقيقية.

⁶⁴⁶ وهبة الزحيلي، م.س، ص. 632 و 647

⁶⁴⁷ ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، ج.ر. عدد 6328 المؤرخة في فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص. 462.

⁶⁴⁸ يقصد بالبورصة مجموعة من العمليات التي تتم في مكان معين بين مجموعة من الناس لإبرام صفقات تجارية حول منتجات زراعية أو صناعية أو أوراق مالية، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 4، م.س، ص. 71؛ والبورصة هي سوق مالية يتم فيها البيع والشراء والأخذ والعطاء، لكنها تتميز عن السوق العادية بكونها سوق منظمة تحكمها لوائح وقوانين وأعراف وتقاليد، عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، الحكم الشرعي في بعض عمليات البورصة، www.binbayyah.net، تاريخ الاطلاع 2016/02/22

⁶⁴⁹ ومن أهم وظائف البورصة خلق سوق مستمرة لأدوات الإستثمار المتاحة بحيث يكون بوسع المستثمر في أي وقت تسجيل أصوله المالية أو جزء منها بسرعة وسهولة وبأفضل سعر ممكن وبأدنى تكلفة ممكنة، عبد الله بن الشيخ المحفوظ بن بيه، م.س؛ ومن إيجابيات البورصة كذلك أنها تقيم سوقاً دائمة تسهل تلاقي البائعين والمشتريين، وتعقد فيها العقود العاجلة و الآجلة على الأسهم والسندات

ورغم إيجابيات المضاربة من حيث تنشيط الاقتصاد وإحداث دينامية و رواج في القطاع المعني بالمضاربة، فإنها قد تصبح مضرة بالاقتصاد إذا تجاوزت الحدود المألوفة وخرجت عن مسارها الطبيعي.

ثانيا: المضاربة المتوحشة مضرة بالاقتصاد

سميت هذه المضاربة بالمتوحشة لأن من مساوئها أنها تسمح باللجوء إلى الأساليب الملتوية للتأثير على الأسعار وخلق رواج غير سليم ولا يعكس حقيقة البضائع الرائجة في السوق بصفة عامة. ويتم اللجوء إلى هذه الطرق الملتوية من طرف المستثمرين الكبار في السوق المالي لترويج ارتفاع أسعار بعض الأسهم⁶⁵⁰، وذلك من خلال إدراج طلبات شراء غير حقيقية بشكل كبير جدا لسهم معين لدفع صغار المستثمرين إلى شراء ما يستطيعون من أسهم تلك المنشأة اعتقادا منهم بارتفاع أسعارها وبالتالي حصولهم على أرباح كثيرة. لأن التلاعب بالأسعار عن طريق الإشاعات والصفقات الوهمية من الأساليب الشائعة في المضاربة، مما يجعل أسعار المضاربة لا تعكس حقيقة المنتجات أو الأوراق المالية وبعيدة عن الأداء الحقيقي للشركة المصدرة لهذه الأوراق، لأن غاية المضاربة هي تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح في فترة زمنية قصيرة⁶⁵¹.

وهكذا فالمضاربة رغم دورها في تحريك المعاملات في السوق، فإنها قد تصبح مضرة وتؤدي إلى انهيار مالي إذا خرجت عن مسارها الطبيعي، ويدلنا التاريخ على مساوئ المضاربة المتوحشة وما خلفته من تضخم كبير في الاقتصاد العالمي وما سببته من موجات الغلاء الفاحش التي شهدتها الأسواق العالمية كارتفاع أسعار النفط والمعادن والسلع الغذائية الأخرى⁶⁵². ونظرا لارتباط السوق العقارية بكثير من القطاعات الأخرى ومنها سوق الأوراق المالية، فإن المضاربات العقارية التي شهدتها بعض الدول ومنها الولايات المتحدة الأمريكية مثل أزمة

والبضائع، وأنها تسهل عملية تمويل المؤسسات الصناعية والتجارية والحكومية عن طريق طرح الأسهم وسندات القروض للبيع، للمزيد من التفاصيل حول إيجابيات وسلبيات التعامل في البورصة، يمكن الرجوع إلى قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الصادر سنة 1404، المنشور على موقع الإسلام سؤال وجواب، <https://islamqa.info>، تاريخ الاطلاع 22 فبراير 2016.

⁶⁵⁰ قد تتعلق هذه الأسهم بالشركات العقارية المدرجة في البورصة مثل الشركة العامة العقارية وشركة الضحى وشركة أليانيس للتطوير العقاري... وهناك ارتباط بين القطاع العقاري وسوق الأوراق المالية بحيث إن أي أزمة تصيب القطاع العقاري تنعكس تداعياته على البورصة، ومن الأمثلة على ذلك الإرتباك الذي حصل في بورصة الدار البيضاء نتيجة تداعيات أزمة القطاع العقاري، وللمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى مقال في الموضوع تحت عنوان: " المغرب: ارتباك في بورصة الدار البيضاء بسبب تداعيات أزمة القطاع العقاري"، منشور على موقع: البوابة www.albawaba.com، تاريخ الاطلاع 2016/10/21.

⁶⁵¹ تاريخ المضاربة، شبكة خبراء الأسهم، م.س.

⁶⁵² تاريخ المضاربة، شبكة خبراء الأسهم، stocksexperts.net/showthread.php?t=86732، تاريخ الاطلاع 2015/11/03.

الأراضي في فلوريدا في عشرينيات القرن الماضي⁶⁵³ وأزمة الرهونات العقارية في العشرية الأولى من القرن الحالي⁶⁵⁴؛ قد خلفت نتائج اقتصادية واجتماعية كارثية كانت لها انعكاسات خطيرة على الاقتصاد العالمي، من تجلياتها إفلاس عدد من البنوك والمؤسسات المالية وكذا الشركات العقارية والشركات التي تعمل في المشتقات المالية في أسواق البورصة العالمية.

⁶⁵³ كانت الولايات المتحدة الأمريكية في العشرينيات من القرن الماضي تعيش نفس حالة الرخاء التي عرفتها أوروبا في القرن الثامن عشر، حيث ارتفعت معدلات التوظيف وتحسنت ظروف العمل وازدادت المدخرات لدى الأسر وبدأت حياة الرفاهية. لكن في بداية سنة 1920 عرفت أمريكا أعظم فترات المضاربة في تاريخها، بدأ بتهاافت المزارعين على شراء أراضي في ولاية فلوريدا بسبب طبيعة الجو الدافئ في الشتاء في الولاية وإقبال الأفراد على قضاء العطلات فيها. وهكذا أخذ سعر هكتار من الأرض في الارتفاع بصورة حادة حتى بلغ 1000 دولار. وأخذ النشاط السياحي في التوسع في الولاية، وارتفعت مستويات النشاط الاقتصادي فيها تبعاً لذلك، وأصبحت عملية ضخ رؤوس أموال في سوق العقار في الولاية وقوداً لعملية المضاربة على العقارات، مما أدى إلى رفع الأسعار بشكل غير مسبوق بحيث إن قطعة الأرض التي يتم شراؤها في بداية العام بـ 800 ألف دولار كانت تباع في نفس العام بأربعة ملايين دولار. وفي ظل هذه الأسعار الخيالية، لم يعد في قدرة المستثمرين الجدد الدخول إلى السوق وبدأ المستثمرون القدامى في البيع وانتشر الذعر، وانتشرت حالات الإفلاس بين المستثمرين بسبب القروض العقارية الضخمة على عاتقهم؛ تاريخ المضاربات، شبكة خبراء الأسهم، م.س.

⁶⁵⁴ تأتي جذور أزمة الرهون العقارية لسنة 2008 حين توسعت البنوك والمؤسسات المالية الأمريكية في منح قروض سكنية لعدد كبير من الأمريكيين لتمويل شراء مساكن ولو بدون ضمانات كافية، مما أثر سلباً على قدرتها المالية رغم محاولاتها الاقتراض من بنوك أخرى عبر السوق النقدية ورفضها إقراضها، وتدخل البنوك المركزية في تقديم مليارات الدولارات كقروض للبنوك إلا أنه زادت عدد البنوك التي تعاني من عجز في السيولة النقدية، مما أدى إلى ظهور حالات إفلاس كبيرة للشركات والبنوك والمؤسسات المالية.

وقامت البنوك وشركات العقار ببيع الديون إلى الشركات التي تعمل في المشتقات المالية والتي أصدرت بموجبها سندات قابلة للتداول في أسواق البورصة العالمية من خلال ما يعرف بعملية التوريق، مما أدى إلى توسيع الفجوة بين الاقتصاد الحقيقي والاقتصاد المالي. ولتعزيز مركز السندات، قامت المؤسسات المالية بالتأمين على السندات التي تصدرها لدى شركات التأمين على أن يقوم حامل السند = بدفع رسوم التأمين عليها ضماناً لسداد قيمة السندات من طرف شركة التأمين في حالة إفلاس البنك أو عجز صاحب العقار عن السداد، كما قاموا برهن تلك السندات للاستفادة من أسعار الفائدة مما شجعهم على اقتناء المزيد من تلك السندات، حيث تمت المضاربة عليها في الأسواق المالية بصورة منفصلة عن السندات. وكنيجة لتلك الفروقات السعرية التي أرهقت أصحاب العقارات وتوقفوا عن التسديد، قامت البنوك ببيع العقارات محل النزاع والتي رفض مالكوها إفراغها مما أدى إلى انخفاض قيمتها بدءاً من عام 2007 وأصبحت قيمتها أقل من قيمة =

= السندات المتداولة والصادرة بشأنها. وفي النهاية خلفت أزمة الرهون العقارية إفلاس كثير من البنوك والمؤسسات العقارية وشركات التأمين. كما شهدت الأسواق المالية العالمية تدهوراً كبيراً جراء تأثره بالقطاع المصرفي والمالي، كما ارتفعت نسبة الديون العقارية نحو 6.6 تريليون دولار. تاريخ المضاربات، شبكة خبراء الأسهم، م.س.

ويعتبر المغرب من الدول التي تعاني من آفة المضاربة العقارية مما جعل السلطات العليا توصي بالضبط والتصدي لهذه الظاهرة عن طريق اتخاذ عدة تدابير منها إرساء آليات عملية وإجرائية لضبط السوق العقارية لتفادي المضاربة وانعكاساتها على الأسعار⁶⁵⁵. ومن بين التدابير المنجزة في هذا الباب، إحداث لجنة وزارية دائمة للسياسة العقارية يعهد إليها باقتراح التوجيهات الاستراتيجية للدولة في هذا المجال وتتبع تنفيذها وتقييمها، وتنسيق تدخلات القطاعات العمومية المعنية بتدبير العقار والتداول بشأن التدابير التشريعية والتنظيمية والإجرائية المراد اتخاذها لإصلاح السياسة العمومية في المجال العقاري⁶⁵⁶.

الفقرة الثانية: آليات التصدي للمضاربة العقارية

لما كان العقار مادة حيوية تغري اللاهثين وراء الربح السريع لاحتكارها قصد بيعها عندما ترتفع أسعارها ، فكان من الطبيعي أن ينتشر هذا السلوك في مختلف الدول حتى بات الأمر يشكل ظاهرة تحولت في بعض الأقطار إلى أزمة حقيقية كانت لها انعكاسات خطيرة ليس على الاقتصاد المحلي فحسب بل على الاقتصاد العالمي كذلك كما سبق القول.

وقد اختلفت المقاربات المتبعة للتصدي لمشكل المضاربة العقارية تبعا لاختلاف الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لكل بلد وتبعا لاختلاف العوامل المسببة للظاهرة. فهناك المقاربة القانونية الصرفة التي تعتمد التنظيم التشريعي للمعاملات العقارية وفرض قيود قانونية عليها، وهناك المقاربة التعاقدية التي قوامها التوسل بتقنية القيود الاتفاقية لمحاصرة المضاربة العقارية.

أولا: التنظيم المسبق للمجال العقاري لمواجهة المضاربة

تتلخص هذه المقاربة الاستباقية في أخذ زمام المبادرة وتنظيم المجال العقاري عن طريق إصدار نصوص تشريعية وتنظيمية تؤطر سلوك الملاكين العقاريين وتنظم معاملاتهم العقارية، ومن ثم المساهمة في تحقيق سياسة عقارية ناجحة وبالتبعية تحقيق تنمية اقتصادية واجتماعية، ونعرض فيما يلي لبعض أوجه المقاربة الاستباقية لمنع المضاربة العقارية.

⁶⁵⁵ الرسالة الملكية الموجهة إلى المشاركين في الندوة الوطنية حول " السياسة العقارية بالمغرب ودورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية"، أنظر النص الكامل للرسالة الملكية المنشور على بوابة ميدي 1 تيفي الإخبارية [www. medi1 tv.com](http://www.medi1tv.com) ، تاريخ الاطلاع 2016/07/28.

⁶⁵⁶ مرسوم رقم 2.16.263 صادر في 17 من شعبان 1437 (24 ماي 2016) بإحداث اللجنة الوزارية الدائمة للسياسة العقارية، ج.ر عدد 6471 مؤرخة في 30 شعبان 1437 (6 يونيو 2016)، ص.4230.

لجأت بعض الدول إلى إصدار قانون لمحاصرة المضاربة مثل دولة الكويت التي أصدرت القانون رقم 8 لسنة 2008 لمنع الشركات التجارية والبنوك من المضاربة في العقارات السكنية لبقاء أسعار الأراضي والعقارات عند مستوى ثابت وبالتالي تمكين المواطن البسيط من الحصول على سكن ملائم⁶⁵⁷. فهذه الآلية لاتعالج مشكل المضاربة من أساسه بل تتصدى فقط للعوامل والأسباب المفضية للمضاربة في العقارات السكنية دون أن تمتد إلى المضاربة في العقارات المخصصة للأنشطة الاقتصادية والاجتماعية وغيرها. وهناك من ذهب إلى اقتراح تنظيم عملية التثمين العقاري لتجنب أي آثار سلبية ناجمة عن عمليات المضاربة⁶⁵⁸، لكن هذه الآلية تنطوي على بعض المساوئ منها الحد من الحرية التعاقدية من حيث تحديد قيمة المتعاقد عليه وكذا تحديد شروط العقد. ومن الوسائل التي يمكن التوصل بها للحد من المضاربة العقارية، هناك مقارنة التضريب العقاري التي ترمي إلى ضبط سلوك الملاكين العقاريين ومنعهم من الاحتفاظ بعقاراتهم والاتجار بها على سبيل المضاربة عند ارتفاع الأسعار⁶⁵⁹.

وقد يتم اللجوء أحيانا إلى فرض قيود قانونية للحفاظ على استقرار أسعار السوق العقارية في منطقة أو مناطق معينة للنهوض بها عمرانيا وثقافيا وسياحيا كما فعلت السلطات العمومية المغربية لتهيئة واستثمار ضفتي أبي رقراق. ومفاد هذه الآلية أن القانون رقم 16-04 المنظم لهذه المنطقة يمنع في مادته الرابعة جميع التصرفات العقارية الواردة على العقارات الواقعة داخل هذه المنطقة باستثناء التصرفات المنجزة لفائدة الوكالة المنوط بها النهوض بالمنطقة المذكورة⁶⁶⁰. ويستمر هذا المنع إلى غاية المصادقة على تصميم التهيئة الخاص بهذه المنطقة، وذلك بموجب مرسوم ينشر في الجريدة الرسمية ويحدد الأغراض المخصصة لها الأراضي

⁶⁵⁷ قصيمي، المضاربة العقارية في الدول العربية بين الربح والخسارة، عقار تداول، www.aqartd.com/dewaniyahdetails.asp، تاريخ الاطلاع 2015/11/03.

⁶⁵⁸ قصيمي، عقار تداول، م.س

⁶⁵⁹ نظم المشرع المغربي هذا المجال بموجب القانون رقم 30.89 الذي يحدد بموجبه نظام للضرائب المستحقة للجماعات المحلية وهيئاتها، ومن بين هذه الضرائب الرسم على الأراضي الحضرية غير المبنية (المادة الثانية من القانون) والذي بين المشرع الأملاك الخاضعة لهذا الرسم في المادة 39 من نفس القانون، الظهير الشريف رقم 1.07.195 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 30.89 المذكور، ج.ر عدد 5583 المؤرخة في 22 ذو القعدة 1428 (3 ديسمبر 2007)، ص.3734.

⁶⁶⁰ القانون رقم 16-04 المتعلق بتهيئة واستثمار ضفتي أبي رقراق الصادر بالظهير الشريف رقم 1-05-70 بتاريخ 20 من شوال 1426 (23 نوفمبر 2005) ج.ر عدد 5373 المؤرخة في 25 من شوال 1426 (28 نوفمبر 2005)، ص.3003.

الواقعة بمنطقة التهيئة. وقد استعمل المشرع المغربي نفس التقنية للنهوض بالمنطقة السياحية المسماة مارشيك بالناظور⁶⁶¹. وبفضل هذه التقنية، استطاعت السلطات العمومية ضمان إنجاح سياستها العمرانية وفق المخطط المعد للمنطقة المعنية دون عرقلتها أو التشويش عليها بالمضاربة العقارية، لأن منع الملاكين من التصرف في عقاراتهم الواقعة داخل منطقة التهيئة خلال مرحلة المصادقة على تصميم التهيئة إلا لفائدة الوكالة المختصة قد ساهم بشكل كبير في استقرار السوق العقارية وتمكين المؤسسة المذكورة من توفير الرصيد العقاري اللازم لتحقيق أغراضها وفق ما هو مخطط في تصميم التهيئة.

لكن كيف ما كانت طبيعة الإجراءات والتدابير المقترحة للتصدي للمضاربة، يجب أن لا تتنافى مع قواعد السوق التي تقوم على العرض والطلب وعلى الحرية في تحديد أسعار السلع والمنتجات والخدمات⁶⁶². لأن هذه القواعد هي الكفيلة بضمان المنافسة الحرة التي قوامها الشفافية والنزاهة في العلاقات التجارية وبالتالي تشكل العامل الأساسي في جذب الإستثمار وفي نفس الوقت حماية حقوق المستهلكين.

ثانيا: القيود الاتفاقية آلية فعالة للحد من المضاربة العقارية

لما كان العقاري يعتبر من الأصول الرأسمالية الأكثر وضوحا وأمنا وبالتالي أصبح قطاعا استثماريا مربحا يدر على المستثمرين فيها عوائد كبيرة⁶⁶³، فقد أصبح هذا القطاع مجالا للمضاربة العقارية بامتياز. من الآليات المتبعة من طرف الدولة للحد من المضاربة العقارية، نذكر مراقبة الأثمان والتصريحات التقديرية الواردة في العقود والاتفاقات ومراجعتها بمناسبة تسجيلها لدى مصالح الإدارة الضريبية⁶⁶⁴ وحق

⁶⁶¹ القانون رقم 25.10 المتعلق بتهيئة واستثمار بحيرة مارشيك الصادر بالظهير الشريف رقم 1.10.144 المؤرخ في 3 شعبان 1431 (16 يوليو 2010)، ج.ر عدد 5857 المؤرخة في 6 شعبان 1431 (19 يوليو 2010)، ص.3761.

⁶⁶² المادة الثانية من القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.225 المؤرخ في 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000)، ج.ر عدد 4810 بتاريخ 3 ربيع الآخر 1421 (6 يوليو 2000)، ص.1941؛ كما تم تعديله بالقانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.03 المؤرخ في 2 ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011)، ج.ر عدد 5932 بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص.1072، والقانون رقم 30.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 109.237 المؤرخ في 18 من محرم 1432 (4 يناير 2010)، ج.ر عدد 5814 بتاريخ 3 ربيع الأول 1431 (18 فبراير 2010)، ص.508.

⁶⁶³ جريدة الرياض، عندما يتلاقح الفكران العقاري والمالي في شركة عقارية قيادية، <http://www.alriyadh.com>، تاريخ الاطلاع 2010/01/17.

الشفعة لفائدة الدولة المقرر بموجب المادة 143 من المدونة العامة للضرائب⁶⁶⁵. فضلا عن هذه الآليات، يمكن اللجوء إلى الشروط الاتفاقية خاصة في العقود والاتفاقات التي تبرمها الدولة ومؤسساتها مع الخواص قصد إنجاز مشاريع ذات صبغة اجتماعية أو اقتصادية أو سياحية أو غيرها. ومن هذه المشاريع، نذكر تفويت أو كراء الأراضي الفلاحية أو ذات صبغة فلاحية تابعة للملك الخاص للدولة الواقعة خارج المدارات الحضرية أو غير الخاضعة لتصميم التهيئة أو تصميم للتنمية مصادق عليهما بصفة قانونية والتي ترمي إلى إنجاز مشروع استثماري غير فلاحى ذي صبغة اقتصادية أو اجتماعية⁶⁶⁶.

فبواسطة القيود الاتفاقية مثل قيد التخصيص أو قيد الاستغلال، يمكن إلزام المتعاقد مع الدولة بإنجاز المشروع الاستثماري المتفق عليه في عقد التفويت أو عقد الكراء.

وفي هذا السياق، يمكن الاستشهاد بالتجربة التي عرفتها الجماعات الترابية في فرنسا في هذا المجال، بحيث كانت تدرج شروط اتفاقية في عقود البيع التي تبرمها مع ساكنة الجماعة لتمكينها من الولوج إلى حق الملكية والحصول على سكن بأثمنة مناسبة. ومن هذه الشروط إدراج حق الشراء بالأفضلية لفائدة الجماعة في حالة إقدام المشتري على تفويت العقار المفوت له داخل أجل يتراوح ما بين 15 و 25 سنة، فهذا الشرط الاتفاقي يمكن الجماعة من استرداد العقار من يد المفوت إليه الثاني بئمن البيع الأصلي تضاف إليه مبالغ الزيادات الناتجة عن التحسينات التي أدخلت على العقار عند الاقتضاء. وقد أقرت محكمة النقض هذه التقنية في قرارها الصادر بتاريخ 23 سبتمبر 2009⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ تنص المادة 217 من المدونة العامة للضرائب على أنه: "يمكن أن تكون الأثمان أو الإقرارات التقديرية المعبر عنها في العقود والاتفاقات، موضوع تصحيح من طرف مفتش الضرائب المكلف بالتسجيل، إذا تبين أنها لا تطابق القيمة التجارية للأموال المتعلقة بها في تاريخ إبرام العقد أو الاتفاق.

يباشر التصحيح المذكور وفقا للمسطرة المنصوص عليها في المادة 220 أدناه"، المدونة العامة للضرائب.

⁶⁶⁵ يستفاد من المادة 143 من المدونة العامة للضرائب أنه يجوز للوزير المكلف بالمالية أو من ينوب عنه ممارسة حق الشفعة لفائدة الدولة على العقارات والحقوق العينية العقارية التي تكون محل نقل ملكية بين الأحياء، بعوض أو بدون عوض، باستثناء الهيئات بين الأصول والفروع، إذا بدا له أن ثمن البيع المصرح به أو التصريح التقديري لا يتناسب والقيمة التجارية للعقارات وقت التفويت.

⁶⁶⁶ المرسوم رقم 2.04.683 صادر في 16 من ذي القعدة 1425 (29 ديسمبر 2004)، ج.ر عدد 5280 المؤرخة في 24 ذو القعدة 1425 (6 يناير 2005)، ص. 51، يتعلق باللجنة الجهوية المكلفة ببعض العمليات العقارية.

⁶⁶⁷ Laurent Leveneur, Thomas Semere, droits de préférence et de préemption, la semaine juridique notariale et immobilière, 13 Mars 2015, n° n° 11, Lexis Nexis, p.27

فالقيود الاتفاقية من شأنها أن تساهم بفعالية في الحد من المضاربة العقارية، لا سيما في إطار المشاريع الاقتصادية والاجتماعية التي تسيطرها الدولة في برامجها وسياستها العقارية كإقامة مناطق سكنية⁶⁶⁸ أو سياحية⁶⁶⁹ أو صناعية. وتتجلى أهمية القيود الاتفاقية في هذا السياق في كونها تحقق نتيجتان: فهي من جهة تركز الرضائية وحرية التعاقد في المعاملات العقارية المبرمة ما بين الدولة والأشخاص طبيعيين كانوا أو اعتباريين مع ما يترتب على ذلك من تداول للأموال، ومن جهة أخرى تحقق للدولة الأغراض المتوخاة من المعاملات العقارية لما تتوفر عليه الشروط الاتفاقية من قوة ملزمة تجبر المتصرف إليه على استعمال العقار المفوت على الوجه المحدد في العقد مثل قيد التخصيص أو قيد الاستغلال، أو تمنعه من التصرف في العقار المتعاقد عليه والاستفادة من منتج البيع إلا بعد إنجاز المشروع الذي التزم به إزاء الدولة.

وإذا كانت القيود الاتفاقية آلية قانونية تتوفر على قوة الإلزام والضغط على المشتري عليه لتنفيذ التزاماته، فإن التجارب المستوحاة من الممارسة التعاقدية قد أثبتت فعالية هذه التقنية ونجاحها في دعم سياسة التعمير والسكن.

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية من آليات دعم التعمير

إذا كانت التجزئة العقارية تدخل في إطار توفير التجهيزات الأساسية للمناطق الحضرية وتعميرها⁶⁷⁰، و تساهم في توفير السكن والشغل عن طريق تعمير المناطق الجديدة (الفقرة الأولى) من خلال إعداد وتبرئ مناطق لمختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية؛ فإن القيود الاتفاقية تساهم بشكل فعال في تثبيت ملكية القطع الموزعة من طرف الدولة في اسم المستحقين لها (الفقرة الثانية).

⁶⁶⁸ دأبت السلطات العمومية على التوسل بتقنية القيود الاتفاقية لدعم سياستها الرامية إلى توفير السكن الاجتماعي بصفة عامة وإنجاز برامج سكنية مخصصة لإعادة إيواء قاطني دور الصفيح، ومنها على سبيل المثال برنامج: " المدينة الجديدة زناتة" بالدار البيضاء المنجز من طرف شركة ديار المنصور. أنظر العقد المتعلق بهذه الحالة ضمن الملاحق، والذي اشترطت فيه الدولة على الشركة المشترية تخصيص القطعتين المبيعيتين لإنجاز برنامج سكني لإيواء قاطني دور الصفيح داخل أجل محدد مع منعها من بيع أو كراء أو رهن القطعتين المبيعيتين كلا أو جزءا إلا بعد حصولها على شهادة رفع اليد من الدولة.

⁶⁶⁹ كما تلجأ الدولة إلى أعمال القيود الاتفاقية في العقود المبرمة مع الخواص لضمان تنفيذ مشاريع ذات صبغة سياحية، منها مثلا مشروع إنجاز فيلات ونادي ومسبح ومركز تجاري فوق قطعة أرضية مساحتها تزيد عن هكتارين إثنين تقع بجماعة مولاي بوسلهم بإقليم القنيطرة. أنظر العقد المتعلق بذلك ضمن الملاحق، والمقرون بشروط منها التزام المشترية بإنجاز المشروع داخل أجل محدد مع منعها من بيع أو كراء أو رهن كل أو جزء من القطعة المبيعة إلا بعد حصولها على الإبراء من الجهة البائعة.

الفقرة الأولى: مساهمة القيود الاتفاقية في تنمية التجزئات العقارية

صحيح أن قانون التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات هو الإطار القانوني المناسب لتعمير المدن والمناطق والأحياء الجديدة، لكن هذه الوسيلة تبقى غير كافية لتحقيق الأهداف الاجتماعية والاقتصادية التي تسعى السلطات العمومية إلى تحقيقها وهي استقرار المستفيدين من التجزئة بالقطع المفوتة إليهم، وبالتالي لابد من تعزيزها وتدعيمها بوسائل أخرى مثل القيود الاتفاقية التي تساعد على تثبيت ملكية قطع التجزئة في اسم المستفيدين ومنعهم من التصرف فيها خلال المدة المتفق عليها.

أولاً: التجزئات العقارية وسيلة لتعمير المناطق الجديدة

يعد التشريع المتعلق بالتجزئات وتقسيم العقارات من الآليات القانونية التي تساعد السلطات العمومية على حسن توجيه تعمير المدن والأحياء الجديدة وتنميتها من خلال وضع معايير لمراقبة عمليات التجزئة وتقسيم العقارات من حيث المساحة والموقع والغرض المعد له العقار. لأن ترك الأمر لمشينة الملاك لتقسيم وتجزئة عقاراتهم وفق رغباتهم وحاجياتهم الأنانية يؤدي إلى تعمير غير منظم وغير منسجم ما يفضي إلى إنتاج تجمعات وتجزئات عشوائية ويعيق سياسة الدولة في التعمير⁶⁷¹.

ويعرف القانون رقم 25-90 التجزئة العقارية في المادة الأولى منه بأنها تقسيم عقار عن طريق البيع أو الإيجار أو القسمة إلى بقعتين أو أكثر لتشييد مبان مخصصة للسكنى أو لغرض صناعي أو سياحي أو تجاري أو حرفي. وتعتبر التجزئات العقارية مجالا خصباً لممارسة القيود الاتفاقية، بحيث يمكن للمجزئ في إطار كناش أو دفتر التحملات⁶⁷² أن يدرج ما شاء من القيود لتنظيم استعمال القطع الأرضية سواء من حيث نوع ومستوى البناء أو من حيث نوع التخصيص الذي أعدت له هذه القطع في إطار الأغراض العامة المخصصة لها الأراضي

⁶⁷¹ لذا كان من الضروري إصدار تشريع خاص يضع معايير مضبوطة للتجزئة وتقسيم العقارات ويفرض رقابة محكمة على هذه العمليات العقارية، وهذا بالضبط ما سعى إلى تحقيقه المشرع المغربي من خلال سن القانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الصادر في 17 يونيو 1992، و الذي جاء ناسخاً للقانون القديم الصادر بالظهير الشريف المؤرخ في 20 محرم = 1373 (30 سبتمبر 1953) المتعلق بالتجزئات العقارية وتقسيم العقارات. الظهير الشريف رقم 1.92.7 الصادر في 15 من ذي الحجة 1412 الموافق 17 يونيو 1992 بتنفيذ القانون رقم 25-90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات، ج.ر. عدد 4159 المؤرخة في 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992)، ص. 880.

⁶⁷² أنظر نموذج من كناش التحملات المتعلق بمشروع إنجاز فيلات ونادي ومسبح بجماعة مولاي بوسلهام ضمن الملاحق

بموجب وثائق التعمير⁶⁷³. ورغم أن كناش التحملات يعد من الوثائق التي يجب على المجزئ الإدلاء بها للجهة المختصة رفقة مجموعة من الوثائق الأخرى للحصول على إذن بالتجزئة⁶⁷⁴، فإنه يعتبر وثيقة أساسية بالنسبة للتجزئة، وقد اعترف له قضاء محكمة النقض الفرنسية بطابعه التعاقدية وبالتالي فإن جميع بنوده وشروطه تكون ملزمة للمجزئ ولجميع ملاكي البقع التابعة للتجزئة وباقي الملاكين المتعاقبين على هذه البقع⁶⁷⁵.

ونظرا لأهمية دفتر التحملات وخطورة الشروط المضمنة به، كان حريا بالمشروع المغربي أن ينص على إلزامية تسليم نسخة من الوثيقة المذكورة للمشتري أو للمكثري عند التوقيع على العقد، وذلك على غرار القاعدة التي قررها في قانون الملكية المشتركة للعقارات المبنية⁶⁷⁶.

وفضلا عن الشروط التي يضمنها المجزئ بكناش التحملات، يمكنه إضافة شروط وقيود أخرى في عقود بيع القطع التابعة للتجزئة وخاصة منها الشرط المانع من التصرف كما سيأتي في الفقرات الموالية.

ثانيا: القيود الاتفاقية وسيلة لتثبيت ملكية القطع الموزعة في اسم المستفيدين

ظهرت تقنية القيود الاتفاقية في المغرب خلال القرن الماضي، بحيث لجأت إليها الدولة عندما أرادت تعمير بعض المدن والأحياء الجديدة فقامت بتجهيز البقع الأرضية التابعة للملك الخاص للدولة وبيعها للأشخاص الذاتيين من أجل بناء مساكن فردية فوقها⁶⁷⁷. ومن بين القيود الاتفاقية التي كانت تدرج في عقود

⁶⁷³ وثائق التعمير هي مخطط توجيه التهيئة العمرانية وتصميم التطبيق وتصميم التهيئة، للمزيد من التفاصيل حول هذه الوثائق، يمكن الرجوع إلى القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.31 المؤرخ في 15 من ذي الحجة 1421 (17 يونيو 1992)، ج.ر. عدد 4159 المؤرخة في 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992) ص. 887.

⁶⁷⁴ تنص المادة الرابعة من القانون رقم 25-90 على أنه: "يسلم الإذن بالتجزئة للمجزئ بناء على طلبه مصحوبا بمجموعة من الوثائق منها دفتر الشروط أو التحملات الذي يتضمن بوجه خاص بيان مختلف أنواع الارتفاقات التي تنقل العقار وحجم المباني وشروط إقامتها والتجهيزات التي تتحملها الجماعة الحضرية أو القروية والتي يجب أن ينجزها صاحب التجزئة.

⁶⁷⁵ أنظر مجموعة من الاجتهادات القضائية المتعلقة بالطبيعة القانونية لدفتر التحملات في مؤلف:

Jean-Louis Bergel et autres, op . cte. P.727

⁶⁷⁶ تنص المادة 11 من القانون رقم 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية كما تم تعديله وتتميمه في فقرتها الثانية ما يلي: " ... ويضاف لزاما إلى عقد شراء جزء من العقار نظير من نظام الملكية المشتركة والوثائق المرفقة به. ويشار في عقد الشراء إلى أن المشتري قد اطلع على مقتضيات نظام الملكية المشتركة والوثائق المرفقة به..."

⁶⁷⁷ Dahir du 22 octobre 1952(2safar 1372), B.O N°2097 du 2 janvier 1953, autorisant la vente de lots de terrains domaniaux équipés de l'habitat.

بيع هذه البقعة، نجد التزام المشتري ببناء منزل للسكن مقترن بمنع تفويت ورهن وكراء القطعة المباعة كلاً أو بعضاً إلا بعد الحصول على الإبراء من الجهة البائعة، والذي لا يسلم إلا بعد التأكد من إنجاز البناء وفق المواصفات المطلوبة⁶⁷⁸. ونظراً لكون الشرط المانع من التصرف يبقى مقيداً على الرسم العقاري للملك، فإن المالك يكون ملزماً بالوفاء بتعهداته تجاه الطرف البائع وبالتالي إنجاز البناء المطلوب حتى يتمكن من الحصول على الإبراء من القيد وتحرير ملكه لإمكان التصرف فيه بكل حرية ودون قيد ولا شرط.

وقد أثبتت التجربة دور الشرط المانع من التصرف في إبقاء ملكية المساكن الموزعة في اسم المستفيدين من المشاريع السكنية المنجزة من طرف الدولة والمؤسسات التابعة لها، ومنعهم من تفويتها إلا بعد تشييد بناء معد للسكن داخل الأجل المحدد في العقد، والسكن فيه لمدة معينة تتراوح ما بين خمس وعشر سنوات. وقد اعتمدت هذه التقنية عدد من الفاعلين في ميدان الإنعاش العقاري لعل من بينها مكتب السكنى العسكرية⁶⁷⁹ وشركة تجهيز الرياض⁶⁸⁰. وهكذا اهتمت شركة تجهيز الرياض إلى القيود الاتفاقية للمساعدة على إنجاز المشروع وفق متطلبات السلطات العمومية تتمثل في إلزام المشتري بإنجاز بناء القطعة وتجهيزها وفق شروط كناش التحملات الذي وضعته الشركة في هذا الإطار، وذلك داخل أجل ثلاث سنوات⁶⁸¹. لكن هذا الإلزام لم يكن كافياً لوحده لإجبار المشتريين على الخضوع واحترام بنود العقد لو لم يتم تقويته وتدعيمه بالشرط المانع

⁶⁷⁸ أنظر نموذج عقد بيع قطعة أرضية من طرف الدولة لفائدة أحد الخواص ضمن الملاحق، ومن الشروط التي يتضمنها هذا العقد

التزام المشتري بتخصيص البقعة المفوتة له لتشييد بناية معدة للسكن داخل أجل محدد مع منعه من تفويت المنزل المشيد إلا بعد انصرام أجل خمس سنوات من تاريخ حصوله على رخصة السكنى.

⁶⁷⁹ أنظر نموذج من العقد المتعلق بهذه الحالة ضمن الملاحق، والذي يتضمن شرط منع المشتري من تفويت القطعة المباعة له إلا بعد مرور أجل ثلاث سنوات من تاريخ عقد البيع.

⁶⁸⁰ فهي شركة مساهمة أسستها الوزارة المكلفة بقطاع الإسكان سنة 1984 وأناطت بها مهمة تجهيز حي الرياض الذي يمتد على مساحة قدرها 600 هكتار من حيث البنيات الأساسية ثم تسويق البقعة الأرضية. لم يكن هدف السلطات العمومية هو المضاربة وتحقيق الأرباح من إنجاز مشروع حي الرياض ولكن الغاية الأساسية كانت هي تخفيف الضغط السكاني على مدينة الرباط وفتح آفاق جديدة في ضواحيها. ولما كان هذا المشروع واعداً بالنسبة للسلطات العمومية، فقد جندت جل الوسائل والآليات لإنجاحه وضمان تعميم سلس ومنظم ولا سيما منع المضاربة حتى لا يتحول إلى مجال خصب لتحقيق الأرباح والاعتناء على حساب المصلحة العامة المتمثلة في التعمير وتوفير المساكن.

⁶⁸¹ أنظر نموذج من العقد المتعلق بهذه الحالة ضمن الملاحق، والذي يتضمن شرط منع تفويت القطعة المباعة إلا بعد حصول المشتري على شهادة الإبراء من الشركة البائعة وعلى رخصة السكن المسلمة من طرف السلطات المختصة.

من التصرف في القطعة قبل الحصول على الإبراء من طرف الشركة البائعة،⁶⁸² لأن تسليم هذه الوثيقة الأخيرة يدل على قيام المشتري بالبناء وفق بنود العقد مع مراعاة قواعد البناء والتعمير، مما يسوغ للمالك حق تحرير ملكه من كل قيد أو شرط.

وإذا كانت القيود الاتفاقية تلعب دورا في تنمية التجزئات العقارية، فإن دورها لا يقل أهمية على صعيد السكن العمودي في إطار الملكية المشتركة.

الفقرة الثانية: مساهمة القيود الاتفاقية في ضمان توفير السكن لمستحقي الرعاية

يعتبر السكن حق من حقوق الإنسان المنصوص عليه في القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، شأنه في ذلك شأن حق الإنسان في مستوى معيشة كاف لحفظ كرامة الإنسان كالمأكل والملبس والعناية الطبية⁶⁸³. ويأتي صنف السكن الاجتماعي المتمثل في البناء العمودي من بين الحلول التي نهجتها السلطات العمومية في المغرب لتوفير السكن الاجتماعي للمستحقين لرعاية الدولة لا سيما ذوي الدخل المحدود. وإذا كان نظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية قد ساهم في توفير السكن الاجتماعي للفئات المستهدفة، فإن دور الشرط المانع من التصرف المدرج في عقود بيع هذا الصنف من السكن قد عزز تحقيق الرعاية السكنية المرجوة من خلال منع المستفيدين من تفويت مساكنهم وإجبارهم على الاستقرار فيها مدة زمنية معينة.

أولاً: الملكية المشتركة إطار قانوني مناسب لتوفير السكن

يحظى قطاع السكن بالأولوية في السياسة العامة للحكومة وبرامجها سعياً لتوفير السكن الاجتماعي للفئات المستحقة لهذه الرعاية⁶⁸⁴، ولعل من مظاهر هذه العناية حرص أعلى سلطة في البلاد على إحداث شركات وطنية ومؤسسات عمومية لتحقيق هذا المطلب في إطار التنمية الاجتماعية والاقتصادية⁶⁸⁵. كما تم

⁶⁸² وهذا الإبراء بدوره مرتبط بالحصول المسبق على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، بحيث تنص الفقرة الأولى من المادة 55 من قانون التعمير على ما يلي: "لا يجوز لمالك المبنى أن يستعمله بعد انتهاء الأشغال فيه إلا إذا حصل على رخصة السكن إن تعلق الأمر بعقار مخصص للسكن أو على شهادة المطابقة إن تعلق الأمر بعقار مخصص لغرض آخر غير السكن"، القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.31 المؤرخ في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992)، ج.ر. عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يوليو 1992).

⁶⁸³ وهكذا جاء في المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948: "(1) لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالإشتراك مع غيره؛

(2) لا يجوز تجريده أحد من ملكه تعسفاً".

⁶⁸⁴ عبد الحق صافي، الملكية المشتركة، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.1، 1426-2005، ص.23.

⁶⁸⁵ وفي هذا الإطار، تم إحداث شركات ومؤسسات عمومية تعنى بتوفير السكن بالمرونة والسرعة اللازمتين دون المرور عبر المساطر الإدارية والمالية الطويلة والمعقدة. ومن بين هذه المؤسسات على سبيل المثال المؤسسات الجهوية للتجهيز والبناء.

إدراج مطلب السكن في السياسات الحكومية وبرامجها، ومن بين هذه البرامج محاربة السكن غير اللائق وبرنامج مدن بدون صفائح وبرنامج معالجة السكن المهدد بالإخيار⁶⁸⁶، والذي تم تنويجه بإصدار القانون رقم 94.12 المتعلق بالمباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضري⁶⁸⁷ إلى جانب إحداث مؤسسات متخصصة في الإنعاش العقاري، قامت السلطات العمومية بوضع الآليات القانونية والجبائية اللازمة لتشجيع إنتاج السكن الاجتماعي، مثل ما ورد في قانون المالية لسنة 2010 من الإعفاء من الرسم الخاص بالإسمنت ومن رسوم التقييد في سجلات المحافظة العقارية بالنسبة للمنعشين العقاريين الذين ينجزون برنامج بناء 500 سكن اجتماعي⁶⁸⁸.

إذا كانت أزمة السكن التي عرفها المغرب من بين الأسباب الداعية إلى إقرار قانون الملكية المشتركة من طرف سلطات الحماية بمقتضى الظهير الصادر في 21 ذي الحجة 1365 (16 نوفمبر 1964) المتعلق بتعيين الضابط الأساسي المجعول للشركة في ملكية العقارات المقسمة إلى محلات ذات حجرات⁶⁸⁹؛ فقد استمر العمل بمقتضيات هذا القانون إلى حين نسخه بموجب القانون رقم 18-00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات

= الشركات الفاعلة في هذا القطاع، نذكر وكالة المساكن والتجهيزات العسكرية والشركة العامة العقارية والشركة الوطنية للتجهيز والبناء والتي من بين مهامها شراء الأراضي اللازمة لبناء مساكن قصد إيجارها أو بيعها للفئات المحدودة الدخل والفئات المتوسطة.

⁶⁸⁶ فاطمة شهاب، المجهودات المبذولة من طرف وزارة الإسكان والتعمير والتنمية المجالية لمحاربة السكن غير اللائق، ندوة الحق في السكن وتدبير المجال، نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية ومختبر الدراسات والأبحاث في حقوق الإنسان، يومي 8 و9 ماي 2009، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض بمراكش، ط. الأولى الإصدار الأول 2010، ص. 96.

⁶⁸⁷ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.48 بتاريخ 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016)، ج.ر. عدد 6465 المؤرخة في 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016)، ص. 3772، ويرمي هذا القانون حسب المادة الأولى منه إلى سن إجراءات تتعلق بمعالجة المباني الآيلة للسقوط وتنظيم عمليات التجديد الحضري وكذا إحداث مؤسسة عمومية لهذا الغرض.

⁶⁸⁸ تنص المادة 7 مكرر من المدونة العامة للضرائب على أنه: "يعفى من الرسم الخاص على الإسمنت ومن رسوم التقييد في سجلات المحافظة العقارية المنعشون العقاريون، سواء كانوا أشخاصا معنويون أو ذاتيين الخاضعون لنظام النتيجة الصافية الحقيقية الذين ينجزون برنامج بناء خمسمائة (500) سكن اجتماعي ... ويطبق هذا الإعفاء خلال الفترة المنصوص عليها في المادة 247-XVI من المدونة العامة للضرائب" قانون المالية رقم 09-48 للسنة المالية لسنة 2010، ج.ر. عدد 5800 بتاريخ 14 محرم 1431 (31 ديسمبر 2009). ولم يفت المشرع المالي أن يعرف السكن الاجتماعي بكونه البناء المعد للسكن الرئيسي وتتراوح مساحته ما بين خمسين متر ومائة متر ولا يتعدى ثمن بيعه 250.000 درهم؛ تراجع المادة 92-1 - 28 من المدونة العامة للضرائب المعدلة بقانون المالية رقم 09-48 لسنة 2010.

⁶⁸⁹ ج.ر. عدد 1790 المؤرخة في 23 ربيع النبوي عام 1366 الموافق 14 فبراير 1947، ص. 166.

المبينة المؤرخ في 3 أكتوبر 2002⁶⁹⁰ والذي تم تعديله بدوره بمقتضى القانون رقم 106.12⁶⁹¹ لمواكبة التحولات التي عرفها المجتمع المغربي. وقد نتج عن هذه التعديلات التشريعية توسيع نطاق تطبيق مقتضيات الملكية المشتركة ليشمل العقارات غير المحفظة ما يعني تعبئة نسبة مهمة من العقارات وإدماجها في التنمية إلى جانب العقارات المحفظة. كما يسمح قانون الملكية المشتركة الحالي للأفراد في التكتل في إطار جمعيات ووداديات سكنية للولوج إلى حق الملكية والحصول على سكن بتكاليف منخفضة⁶⁹².

وإذا كانت الملكية المشتركة للعقارات المبينة تعد تقنية مناسبة للسلطات العمومية لتوفير السكن الاجتماعي لشريحة واسعة من المجتمع المغربي؛ فإن القيود الاتفاقية يمكن توظيفها لدعم هذه السياسة وتحقيقها بشكل ناجع، وذلك من خلال ضمان تملك مساكن اجتماعية في الملكية المشتركة لفائدة الفئات المستحقة للرعاية ومنع وصولها إلى أيدي المضاربين في المجال العقاري مما يعيق سياسة الدولة في هذا الباب.

ثانيا: القيود الاتفاقية وسيلة لضمان توفير السكن الاجتماعي لمستحقيه

لما كانت الغاية من تعبئة أموال مهمة من ميزانية الدولة ووضع الآليات القانونية والجبائية الكفيلة بإنجاز السكن الاجتماعي، من حق بل من واجب السلطات العمومية أن تبحث عن أنجع السبل لتوزيع هذا النوع من السكن بأثمنة تفضيلية على مستحقي رعاية الدولة، ومنع وصول هذه المساكن إلى أيدي غير مستحقيها وبالتالي تصبح مجالا خصبا للمتاجرة والاغتناء غير المشروع لا سيما وأن أئمتها تكون مدعمة وتفضيلية مقارنة مع الأثمنة المعمول بها في سوق العقار. وهكذا وجدت السلطات العمومية ضالتها في الشرط المانع من التصرف الذي يشكل ضمانا قوية لبقاء السكن الاجتماعي في ملكية المستفيد منه لمدة معينة والحيلولة دون تحويله إلى سوق للمضاربة والمتاجرة وبالتالي تفويت الغرض الأساسي منه وهو حل مشكل السكن للأسر المستحقة

⁶⁹⁰ الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-02-298 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) ج.ر. عدد 5054 بتاريخ 7 نوفمبر 2002، ص. 3175. ومن أهم مستجدات هذا القانون، توسيع نطاق تطبيقه ليشمل جميع أنواع العقارات سواء كانت محفظة أو غير محفظة بهدف إدماج هذه الأخيرة في التنمية الاقتصادية، فرض شكلية معينة للتصرفات القانونية الواردة على الملكية المشتركة بحيث يجب أن تصاغ في شكل محرر رسمي أو محرر منجز من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يخول لها قانونها تحرير هذا النوع من العقود، حق إقرار حق الأفضلية بأغلبية ثلاثة أرباع أصوات الملاك المشتركين الحاضرين أو الممثلين مع النص على شروط وآجال تطبيقه وغيرها من المستجدات التي لا يسع المجال لذكرها.

⁶⁹¹ القانون رقم 106.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.49 بتاريخ 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016)، ج.ر. عدد 6465 المؤرخة ف 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016)، ص. 3781.

⁶⁹² محمد بخنيف، مدى مساهمة قانون 18.00 في تكريس الحق في السكن، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، م.س، ص. 115.

لِلرعاية⁶⁹³. فالباعث إذن على إقرار هذا الشرط هو باعث مشروع يتجلى في تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في توفير السكن الاجتماعي للمستحقين لأن ذلك يدخل في سياق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وقد أبانت التجربة عن نجاعة وفعالية الشرط المانع من التصرف، ذلك أنه ساهم في استقرار الأسر المستفيدة من السكن الاجتماعي في المساكن التي أنجزتها الدولة أو مؤسساتها في المدن والأحياء الجديدة مثل مدينة سلا الجديدة ودوار الكورة بالرباط المشيد من طرف شركة ديار المنصور لإيواء قاطني دور الصيف⁶⁹⁴، ثم العمارات والإقامات المشيدة من طرف وكالة المساكن والتجهيزات العسكرية⁶⁹⁵ لفائدة أفراد القوات المسلحة والعاملين المدنيين التابعين لإدارة الدفاع الوطني⁶⁹⁶.

ونظرا لنجاعة هذه التقنية، فقد لجأت إليها الجماعات الترابية في فرنسا لضمان الولوج إلى الملكية العقارية بأئمنة مناسبة في إطار المشاريع التي تنجزها هذه الجماعات بدعم من السلطات الفرنسية، ويطلق على هذه القيود الشروط المضادة للمضاربة ومنها التزام المستفيد بتخصيص العقار المفوت إليه كسكن رئيسي، ومنعه من تفويته خلال مدة معينة تحت طائلة أداء المساعدة المقدمة إليه في حالة إعادة تفويت العقار قبل انصرام المدة المتفق عليها⁶⁹⁷.

بعدما تناولنا في المبحث الأول دور القيود الاتفاقية في دعم تنظيم مجال التعمير والسكن، ومساهمتها في ضبط المعاملات العقارية ومنع المضاربة في السوق العقارية وبالتالي مساعدة الدولة ومؤسساتها على نهج سياسة عقارية متوازنة وتحقيق غاياتها؛ ننتقل الآن إلى المبحث الثاني لمناقشة دور القيود الاتفاقية في دعم

⁶⁹³ أنظر نموذج من العقد المتعلق بهذه الحالة ضمن الملاحق، والذي يتضمن مجموعة من الشروط منها شرط تخصيص الشقة المبيعة للسكن فقط ومنع المشتري من تفويت أو كراء الشقة إلا بعد موافقة الشركة البائعة.

⁶⁹⁴ أنظر نموذج من العقد المتعلق بهذه الحالة ضمن الملاحق، والذي يتضمن شرط منع تفويت الشقة المبيعة إلا بعد حصول المشتري على شهادة رفع اليد تسلمها الشركة المبيعة.

⁶⁹⁵ أنظر نموذج من العقد المتعلق بهذه الحالة ضمن الملاحق، والذي يتضمن شرط منع تفويت الشقة المبيعة إلا بعد مرور خمس سنوات على تاريخ عقد البيع.

⁶⁹⁶ المادة 3 من مرسوم قانون رقم 498-94-2 صادر في 16 من ربيع الآخر 1415 (23 شتنبر 1994) يتعلق بإحداث وكالة المساكن والتجهيزات العسكرية، ج.ر. عدد 4274 المؤرخة في 21 ربيع الآخر 1415 (28 شتنبر 1994)، ص.1603.

⁶⁹⁷ Augustin Chomel, Clauses et dispositifs anti-spéculatifs dans l'accession aidée à la propriété, article publié sur internet sur le site : www.anil.org (Agence nationale pour l'information sur le logement), p.4, date de consultation le premier mars 2015.

التنمية الاقتصادية والاجتماعية، مع التركيز على بعض مظاهر هذه التنمية ومنها نذكر بشكل خاص الأنشطة الفلاحية وتنمية التبرعات.

المبحث الثاني: دور القيود الاتفاقية في التنمية الاقتصادية والاجتماعية

لعل السؤال المشروع الذي يتبادر إلى الذهن هو كيف يمكن لبنود تضاف إلى صلب المعاملات العقارية أن يكون لها دور في التنمية الاقتصادية والاجتماعية؟ تكمن الإجابة عن هذا السؤال في كون القيود الاتفاقية ليست مجرد بنود تقترن بالعقد وتفرض على المشتري عليه التزامات معينة، بل إنها تعتبر آليات قانونية تقوي العقد التي تلحق به وتعزز الالتزامات الملقاة على عاتق المشتري عليه وتمنعه من التصرف في العقار محل العقد خلافا لمقتضى القيد المتفق عليه، مما يشكل وسيلة للضغط على المشتري عليه للوفاء بالتزاماته وعدم النكول عنها، ومن ثم تحقيق الغاية المرجوة من القيد الاتفاقية المقترن بالعقد. ومن مظاهر التنمية التي تساهم القيود الاتفاقية في تحقيقها، نقف عند القطاع الفلاحي لما له من أهمية في الاقتصاد الوطني ثم نمر إلى دور هذه القيود في تنمية التبرعات لما لهذا النوع من التصرفات القانونية من آثار إيجابية على المستويين الاقتصادي والاجتماعي. وبذلك يقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: القيود الاتفاقية دعامة أساسية في تنشيط القطاع الفلاحي

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية تقنية مساعدة على تنمية التبرعات

المطلب الأول: القيود الاتفاقية دعامة أساسية في تنشيط القطاع الفلاحي

لم تعد الفلاحة كما كانت في العصور القديمة مصدرا لسد حاجة الفلاح وأسرته في الغذاء فقط، بل أصبحت تشكل أهم القطاعات التي يقوم عليها الاقتصاد الوطني في العصر الحاضر، إذ تساهم في تحقيق نسبة 14% من الناتج الداخلي الخام، ويعتبر القطاع الفلاحي المساهم الرئيسي في التشغيل إذ توفر أربعة ملايين منصب شغل متبوعا بالقطاعات الاقتصادية الأخرى، كما أن ثلاثة أرباع ساكنة العالم القروي تعتمد على النشاط الفلاحي⁶⁹⁸.

وبفضل التدابير والإجراءات التي تبنتها السلطات العمومية غداة حصول المغرب على استقلاله لتحفيز النشاط الفلاحي⁶⁹⁹، استطاع هذا القطاع أن يحقق الاكتفاء الذاتي من بعض المنتجات الغذائية، بحيث تمكن من تأمين ستون في المائة من حاجيات المغرب من الحبوب وعشرين في المائة من احتياجاته من الزيوت⁷⁰⁰. وفي ضوء تقرير البنك العالمي لسنة 2008 الذي أكد على دور الفلاحة في محاربة الفقر وألح على ضرورة اتخاذ تدابير إجرائية تكون في خدمة التنمية المستدامة، تبنى المغرب استراتيجية مخطط المغرب الأخضر التي أطلقها ملك البلاد بمكناس في شهر أبريل 2008⁷⁰¹.

وتعزيزا لموقع الفلاحة في الاقتصاد المغربي، تم إقرار مجموعة من الآليات القانونية تمثلت في النصوص التشريعية والتنظيمية التي أصدرها المشرع سواء في إطار القوانين الخاصة بالقطاع الفلاحي أو في إطار القوانين

⁶⁹⁸ الموقع الرسمي لوزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري على الأنترنت: www.agriculture.gov.ma، تاريخ الاطلاع 2016/11/15.

⁶⁹⁹ من بينها القيام بأعمال التجهيز الأساسي وأشغال البحث الزراعي والتعليم الفلاحي، وفي نفس الوقت تقديم مساعدات مالية وفنية للفلاحين سواء كانوا مالكيين للأراضي الفلاحية أو مكرتين لها. وفي مرحلة لاحقة، تم تسخير مختلف التقنيات الحديثة للنهوض بهذا القطاع الحيوي مثل استنباط المياه وبناء السدود وحفر الآبار ومد القنوات ودراسة التربة والعوامل المسببة للعوائق الزراعية كالملوحة والانجراف وتطوير الأساليب الزراعية والإنتاج الفلاحي من حيث تهيئة المساحات الزراعية والتناوب بين مواسم الاستغلال وفترات الاستراحة وغيرها من التدابير المتخذة في هذا الإطار. وترمي هذه الأساليب والتقنيات الفلاحية المتطورة إلى الحصول على منتوج يتميز بمردودية مرتفعة وجودة عالية، مما يمكن الدولة من تحقيق الاكتفاء الذاتي وتسويق فائض الإنتاج في الأسواق الخارجية.

أنظر مرسوم رقم 313-69-2 بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969) بتنظيم أعمال التشجيع التي تقوم بها الدولة لاقتناء الأدوات الفلاحية، ج.ر. عدد 2960 مكرر المؤرخة في 13 جمادى الأولى 1389 (29 يوليوز 1969)، ص. 2047.

⁷⁰⁰ الإحصائيات الواردة أعلاه مستقاة من الموقع الرسمي لوزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري على الأنترنت: www.agriculture.gov.ma، تاريخ الاطلاع 2016/11/19.

⁷⁰¹ يقوم مخطط المغرب الأخضر على استراتيجية متكاملة ومندمجة لتنمية القطاع الفلاحي، ويرمي إلى المساهمة في نمو الاقتصاد المغربي وذلك بالرفع من الناتج الداخلي الخام وخلق فرص الشغل ومحاربة الفقر ودعم القدرة الشرائية للمستهلك المغربي وكذا ضمان الأمن الغذائي على المدى الطويل. للمزيد من التفاصيل حول المخطط الأخضر، يمكن الرجوع إلى موقع وزارة الفلاحة www.agriculture.gov.ma والبوابة الوطنية للمملكة المغربية ww.maroc.ma؛ تاريخ الاطلاع: 2014/04/30.

المالية تجسدت في شكل مساعدات للفلاحين أو إعفاءات ضريبية للأنشطة الفلاحية. وإلى جانب التنظيم التشريعي للقطاع الفلاحي، تم إقرار برامج خاصة بالقطاع في السياسات الحكومية من بينها برامج مخطط المغرب الأخضر الذي يرمي إلى تطوير القطاع الفلاحي لمواكبة التحولات الاجتماعية والاقتصادية والبيئية وبالتالي النهوض بالعالم القروي⁷⁰².

ودائما في إطار التنظيم التشريعي للقطاع الفلاحي، يوفر لنا قانون العقود تقنية القيود الاتفاقية يمكن توظيفها في عقود استثمار الإستغلاليات الفلاحية لتنظيم وضبط هذه الاستغلاليات وتكثير المنتوجات الزراعية بما يساهم في تحقيق التنمية على مستوى الاقتصاد المحلي والوطني.

فلنلق نظرة على الإطار التنظيمي للقطاع الفلاحي (الفقرة الأولى) قبل الانتقال إلى مناقشة الدور المساعد للقيود الاتفاقية في تنمية الاستغلاليات الفلاحية ومن تم تنمية القطاع برمته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الإطار التنظيمي للقطاع الفلاحي

لما كانت التنمية الفلاحية أحد الاختيارات الأساسية للسياسة الاقتصادية والاجتماعية التي نهجها المغرب غداة الاستقلال، أصدر المشرع قانون خاص بالإستثمارات الفلاحية بتاريخ 25 يوليوز 1969 يتضمن مجموعة من الآليات القانونية والإجراءات العملية الكفيلة بالنهوض بالقطاع الفلاحي منها المساعدة التقنية والدعم المالي المقدم من طرف الدولة لفائدة الفلاحين ثم تكوينهم وتأطيرهم وغير ذلك من الإجراءات⁷⁰³. ومما يؤكد عزم السلطات العمومية على تنمية القطاع الفلاحي باعتباره من دعائم التنمية الاقتصادية والاجتماعية عبر توفير الشروط والظروف المناسبة لتحقيق هذه الغاية، تخصيص عدد كامل من الجريدة الرسمية وهو 2960 مكرر لنشر مجموعة من الظواهر والمراسيم والقرارات الوزارية المشتركة المتعلقة بحماية الأراضي الفلاحية وتهيئة أوضاعها العقارية مع تحديد نطاق وطرق استغلالها للوصول في نهاية المطاف إلى الرفع من القدرة الإنتاجية للفلاحة والمساهمة بشكل فعال في التنمية الشاملة، لكون القطاع الفلاحي يوفر الغذاء للسكان ويمد

⁷⁰² ومن بين هذه البرامج، تفويت الأراضي الفلاحية لفائدة صغار الفلاحين من طرف الدولة مع تقديم قروض بنكية مضمونة في حدود 60 في المائة، للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع يمكن الرجوع إلى مقال محمد علي مرابي الصادر بالجريدة الأسبوعية: L'économiste n°4258 des 18 et 19 et 20 avril 2014, du concret pour les petits exploitants, Mohamed Ali Mrabi, p.16.

⁷⁰³ الظهير الشريف رقم 1.69.25 الصادر بتاريخ 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969) بمثابة ميثاق للإستثمارات الفلاحية، ج.ر. عدد 2960 مكرر مؤرخة في 13 جمادى الأولى 1389 (29 يوليوز 1969)، ص.2007.

القطاعات الأخرى بالمواد الأولية⁷⁰⁴ مثل القطاعات المتخصصة في الصناعة الغذائية وصناعة الأدوية والعلطور وغيرها.

لكن إعداد البنيات العقارية وتوفير الآليات القانونية لا يمكن أن يحقق التنمية الفلاحية بمعزل عن تعبئة الأموال اللازمة لتمويل الأنشطة الفلاحية، لذلك كان لا بد من إحداث مؤسسة خاصة تناط بها مهمة تمويل الفلاحة والأنشطة الفلاحية المتعلقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية للعالم القروي، وهكذا تم إحداث الصندوق الوطني للقرض الفلاحي بموجب الظهير الشريف رقم 1-60-106 الصادر بتاريخ 25 من جمادى الآخرة 1381 (4 ديسمبر 1961)، والذي تم تحويله إلى شركة مساهمة تسمى: القرض الفلاحي للمغرب بموجب القانون رقم 15-99⁷⁰⁵. ومن الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها القرض الفلاحي للمغرب، مساعدة الفلاحين على طرق استغلال عصرية وذات مردودية، وتقديم خدمات بنكية ملائمة للفلاحين، وتشجيع إحداث مقاولات فلاحية عن طريق منحها القروض اللازمة لهذا الغرض، وبصفة عامة دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية للعالم القروي.

ورغم أن القرض الفلاحي للمغرب يخضع لأحكام القانون رقم 15-99 المذكور ولأحكام ظهير 6 يوليو 1993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الإئتمان ومراقبتها ولأحكام القانون رقم 17-95 المتعلق بشركات المساهمة؛ فإن القروض الممنوحة للفلاحين لتمويل الأنشطة الفلاحية تعفى من الضريبة على القيمة المضافة ومن رسوم التسجيل والتمبر، وتعفى كذلك من أداء رسوم المحافظة العقارية إذا كانت هذه القروض مضمونة برهن رسمي مترتب على عقار سواء كان محفظاً أو في طور التحفيظ⁷⁰⁶.

وفي إطار السياسة الجبائية، أفرد المشرع قواعد ضريبية وجبائية خاصة بالأعمال والأنشطة الفلاحية بغرض تنمية الفلاحة وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية بصفة عامة، ومن هذه القواعد على سبيل المثال تقرير إعفاءات وتخفيضات دائمة ومؤقتة عن بعض الأعمال والأنشطة الفلاحية⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ www.agriculture.gov.ma، تاريخ الاطلاع 2016/11/19

⁷⁰⁵ الظهير الشريف رقم 1-03-221 الصادر في 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) بتنفيذ القانون رقم 15-99 القاضي بإصلاح القرض الفلاحي، ج.ر. عدد 5170 مؤرخة في 23 من شوال 1424 (18 ديسمبر 2003)، ص. 4250.

⁷⁰⁶ أنظر المادة السابعة من القانون رقم 15-99 القاضي بإصلاح القرض الفلاحي للمغرب.

⁷⁰⁷ أنظر مثلاً القانون رقم 05-35 للسنة المالية 2006 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-05-197 بتاريخ 24 من ذي القعدة 1426 (26 ديسمبر 2005)، ج.ر. عدد 5382 بتاريخ 27 ذو القعدة 1426 (29/12/2005)، ص. 3581.

وإذا كانت هذه الإجراءات والتدابير مقررّة لتحفيز الاستثمار الوطني في القطاع الفلاحي، فقد اتخذت تدابير أخرى موازية لجلب الاستثمارات الأجنبية في القطاع الفلاحي، ومن جملتها الاتفاقيات الثنائية التي أبرمها المغرب مع عدد من الدول منها على الخصوص اتفاقية الاستيطان بين المملكة المغربية والجمهورية التونسية المبرمة بتاريخ 9 ديسمبر 1964⁷⁰⁸، وكذا الاتفاقية المبرمة بين المملكة المغربية وجمهورية السنغال في دكار بتاريخ 27 مارس 1964⁷⁰⁹. وبموجب هاتين الاتفاقيتين، يجوز للمواطنين التونسيين⁷¹⁰ والسنغاليين⁷¹¹ سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو كانوا أشخاصا اعتباريين ممارسة جميع أنواع الصناعة والتجارة والزراعة، وكذا تملك جميع أنواع العقارات في المغرب على قدم المساواة مع المواطنين المغاربة.

وهكذا بفضل هاتين الاتفاقيتين، يستطيع الأشخاص المنتمون لكل من تونس والسنغال تملك العقارات الفلاحية أو القابلة للفلاحة الواقعة خارج المدار الحضري والاستثمار فيها دون الحصول على الرخصة الإدارية التي يشترطها المشرع المغربي بالنسبة للأجانب لاقتناء أملاك فلاحية قروية أو الحصول على شهادة عدم

⁷⁰⁸ مرسوم ملكي رقم 208.66 صادر بتاريخ 14 صفر 1386 (3 يونيو 1966) بالمصادقة على اتفاقيتين بين المملكة المغربية والجمهورية التونسية، ج. عدد 2805 المؤرخة في 15 من ربيع الثاني 1386 (3 غشت 1966)، ص. 1490.

⁷⁰⁹ مرسوم ملكي رقم 108.65 صادر بتاريخ 17 شعبان 1385 (11 دجنبر 1965) بالمصادقة على اتفاقية الاستيطان بين المملكة المغربية وجمهورية السنغال، ج. عدد 2773 المؤرخة في 28 شعبان 1385 (22 دجنبر 1965)، ص. 2681.

⁷¹⁰ تنص المادة الخامسة من اتفاقية الاستيطان المبرمة ما بين المغرب وتونس على مايلي: "لرعايا كل من البلدين لدى البلد الآخر الحق في ممارسة العمل وحيازة الأملاك العقارية والمنقولة والتصرف فيها بكافة أنواع التصرف وممارسة جميع أنواع الصناعة والتجارة والزراعة...، وذلك على قدم المساواة مع المواطنين في الحقوق والواجبات طبقا للقوانين المطبقة عليهم.

ويجوز ممارسة الحقوق المنصوص عليها في هذه المادة من طرف رعايا كل من البلدين المتعاقدين في بلاد الطرف الآخر سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم أشخاصا اعتباريين".

⁷¹¹ جاء في الفصل الثاني من اتفاقية الاستيطان المبرمة ما بين المغرب والسنغال ما يلي: "يخول مواطنو أحد الطرفين المتعاقدين نفس الحقوق المخولة لمواطني الطرف المتعاقد الآخر فيما يرجع لفتح محل تجاري وإحداث مؤسسة استغلال أو مؤسسة ذات صبغة صناعية أو تجارية أو فلاحية أو تقليدية...". كما جاء في الفصل الحادي عشر من نفس الاتفاقية: "تعتبر الشركات المدنية والتجارية المؤسسة طبقا للنشريع الخاص بأحد الطرفين المتعاقدين والكائن مقرها الأساسي داخل ترابه مماثلة لمواطني هذا الطرف فيما يرجع للاستفادة من داخل تراب الطرف المتعاقد الآخر من جميع الحقوق المبينة في هذا الاتفاق والتي يمكن أن يحصل عليها شخص معنوي...".

الصبغة الفلاحية⁷¹²، وذلك استثناء من مقتضيات الفصل الأول من الظهير الصادر في 26 شتنبر 1963 المتعلق بمراقبة العمليات العقارية الواجب إنجازها من طرف أشخاص غير مغاربة وأشخاص اعتباريين⁷¹³.

وتكريسا لبنود الاتفاقيتين سالفتي الذكر، أصدر المحافظ العام الدورية عدد 340 بتاريخ 16 يونيو 2004 وحث المحافظين على الأملاك العقارية للإمتثال لمضامينها وتفعيلها بالسجلات العقارية عن طريق إشهار العقود المثبتة لتملك التونسيين والسينغاليين لعقارات بالمغرب سواء كانت فلاحية أو غير فلاحية، ودون اشتراط الرخصة الإدارية أو شهادة عدم الصبغة الفلاحية كما سبق القول.

لكن هاتان الاتفاقيتان لئن كانتا تساهمان في توطيد العلاقات الدبلوماسية بين المغرب و البلدين المتعاقدين، فإن العوائد الاقتصادية الناتجة عنهما تبقى محدودة. وبالتالي ينبغي التفكير في منح امتيازات للشركات والمجموعات الاقتصادية الأجنبية التي ترغب في الإستثمار في القطاع الفلاحي، وذلك حتى تكون النتائج الاقتصادية أحسن مما قد يعطي دفعة قوية للإقتصاد الوطني.

⁷¹² تنص المادة الثامنة من المرسوم المتعلق باللجنة الجهوية المكلفة ببعض العمليات العقارية على ما يلي: "يكون اقتناء العقارات الفلاحية أو ذات الصبغة الفلاحية الواقعة بشكل كلي أو جزئي خارج المدار الحضري من طرف أشخاص ذاتيين أجانب أو شركات بالألسهم أو شركات يكون مجموع رأسمالها أو جزء منه بيد أشخاص أجانب، قصد إنجاز مشاريع استثمارية غير فلاحية، رهينا بالحصول على شهادة عدم الصبغة الفلاحية لهذه العقارات حسب الشروط المنصوص عليها أسفله؛ وتنص المادة 12 من نفس المرسوم على أن الشهادة المؤقتة أو النهائية بعدم الصبغة الفلاحية تمنح من طرف والي الجهة. المرسوم رقم 2.04.683 الصادر في 16 من ذي القعدة 1425 (29 ديسمبر 2004) يتعلق باللجنة الجهوية المكلفة ببعض العمليات العقارية، ج.ر عدد 5280 بتاريخ 24 ذو القعدة 1425 (6 يناير 2005)، ص.51.

⁷¹³ الظهير الشريف رقم 1-63-288 الصادر بتاريخ 7 جمادى الأولى 1383 (26 شتنبر 1963) بشأن مراقبة العمليات العقارية الواجب إنجازها من طرف الأشخاص والمتعلقة بالأملاك الفلاحية القروية، ج.ر عدد 2657 بتاريخ 27 شتنبر 1963، المعدل والمتمم بظهير رقم 1-69-33 صادر في 10 جمادى الأولى 1389 (25 يوليوز 1969)، ج.ر عدد 2960 مكرر بتاريخ 1969/07/29، ص.791. ويلاحظ أنه مباشرة بعد الاستقلال، سلك المشرع المغربي سياسة تشريعية صارمة في المجال العقاري ترمي إلى الحد من تقويت الأراضي الفلاحية والأراضي القروية لفائدة الأجانب، لذلك أصدر مجموعة من الظواهر تتعلق بمراقبة العمليات العقارية، ومنها ظهير 4 ذي القعدة 1378 (12 ماي 1959) يتعلق بالعمليات العقارية المراد إنجازها من طرف دولة أو مؤسسة عمومية أجنبية، وظهير 16 جمادى الأولى 1379 (17 نوفمبر 1959) يتعلق بمراقبة العمليات العقارية المراد إنجازها من طرف بعض الأشخاص وتتعلق بأملاك قروية، ج.ر عدد 2456 بتاريخ 1959/11/20، ص.1957، المعدل بظهير 14 جمادى الأولى 1381 (24/10/1961) بشأن مراقبة العمليات العقارية المراد إنجازها من طرف بعض الأشخاص وتتعلق بأملاك قروية، ج.ر عدد 2558 بتاريخ 1961/11/03، ص.1602، ثم ظهير 1963/09/26 المشار إليه سالفاً.

وعلاوة على التنظيم القانوني للقطاع الفلاحي، فإن ملاكي الأراضي الفلاحية قد يلجأون، تحت ضغط الحاجة إلى تمويل أنشطتهم أو الحاجة إلى الخبرة المطلوبة في هذا المجال، إلى التعاقد مع غيرهم لاستثمار استغلاليتهم الفلاحية وفق التقنيات الفلاحية العصرية والحصول بالتالي على أفضل النتائج. وفي إطار عملية التعاقد، يستطيع ملاكو الأراضي اللجوء إلى القيود الاتفاقية لتعزيز مركزهم القانوني في العقد ومن ثم تحقيق النتائج الاقتصادية المرجوة، وهذا ما سنحاول مناقشته في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: مساهمة القيود الاتفاقية في نجاعة العقود الواردة على الاستغلاليات الفلاحية

الأصل أن مالك الأرض الفلاحية هو الذي يقوم باستغلالها بوسائله الخاصة عن طريق القيام بجميع أعمال التهيئة والتجهيز من شق الطرق والممرات وربط الأرض بشبكة ماء السقي وغير ذلك من الأعمال الرامية إلى إعداد الأرض للأنشطة الفلاحية، والتي تزداد كلفتها المالية كلما ازدادت مساحة الإستغلاليات الفلاحية. ولما كانت هذه الأعمال تتطلب خبرة ميدانية وإمكانات مادية قد لا تتوفر دائما لمالك الأرض، فإن توسله بتقنية التعاقد مع الغير يصبح ضرورة ملحة لتحقيق استغلال كامل للأرض الفلاحية والحصول على أقصى طاقاتها الإنتاجية، وذلك بشكل أفضل من الإعتماد على الوسائل الذاتية.

وقد خير المشرع ملاكي الأراضي الفلاحية بين عدة صيغ للتعاقد مع الغير لأجل استثمار استغلاليتهم الفلاحية، وتختلف هذه الصيغ باختلاف المشاريع المراد إنجازها وتحقيقها. فهناك عقد الكراء الفلاحي وعقد الكراء الطويل الأمد وعقد المغارسة، ثم هناك طريقة أخرى لاستثمار الاستغلالية الفلاحية في إطار التعاونيات الفلاحية⁷¹⁴.

ولئن كان هذا التنوع في استثمار الاستغلاليات الفلاحية يعطي لملاكي هذه الاستغلاليات حرية واسعة في اختيار الطريقة الأنسب لاستغلالها واستثمارها والتي تتحكم فيها الأهداف والغايات المراد الوصول إليها؛ فإن البعض من عقود الاستثمار الفلاحي التي أوردناها أعلاه وخاصة عقد الكراء الطويل الأمد⁷¹⁵ وعقد المغارسة⁷¹⁶

⁷¹⁴ ظهير شريف رقم 1-83-226 صادر في 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984) بتنفيذ القانون رقم 24-83 المتعلق بتحديد النظام الأساسي للتعاونيات ومهام مكتب تنمية التعاون، ج.ر عدد 3773 المؤرخة في 29 جمادى الأولى 1405 (20 فبراير 1985)، ص. 219. وتعتبر التعاونية شخص معنوي يتمتع بأهلية قانونية كاملة وبالاستقلال المالي (المادة الرابعة من القانون رقم 24-83)، ومن أهدافها: تحسين الوضعية الاقتصادية والاجتماعية لأعضائها، والقيام لفائدة أعضائها وبفضل جهودهم المشتركة بتخفيض ثمن التكلفة وكذا ثمن بيع بعض المنتجات أو الخدمات إن اقتضى الحال ذلك، تنمية إنتاج أعضائها ورفع قيمته إلى أقصى حد... (المادة الثالثة من نفس القانون).

⁷¹⁵ تنص المادة 121 من م ح ع على ما يلي: "يحول الكراء الطويل الأمد للعقارات للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن الرسمي ويمكن تقويت هذا الحق وحجزه طبقا للشروط المقررة في الحجز العقاري.

لا ينسجمان مع بعض الأملاك نظرا لطبيعتها القانونية الخاصة مثل الملك العام⁷¹⁷ وأملاك الوقف العام⁷¹⁸ وأراضي الجماعات السلالية⁷¹⁹، والتي تجمع بينها قاعدة قانونية مشتركة مفادها أن هذه العقارات غير قابلة للتفويت ولا تكتسب ملكيتها بالتقادم.

ومن إيجابيات استثمار الأراضي الفلاحية في إطار تعاقد المالك مع الغير، أنها توفر للمتعاقد هاشا من الحرية التعاقدية لتحقيق أهدافهما وأغراضهما من العقد. وتخول هذه الحرية للمالك تحديد شروط وكيفيات استغلال الأرض الفلاحية سواء من حيث مدة تنفيذ المشروع المتفق عليه أو من حيث مضمون العقد بإضافة شروط وقيود تحد من حرية الطرف الآخر في الاستغلال مثل تحديد نوع الأغراس أو الأشجار المتفق عليها في صلب العقد.

ورغم أهمية عقدي المغارسة والكراء الطويل الأمد في استثمار الأراضي الفلاحية والرفع من مردوديتها، فإن عقد الكراء الفلاحي يبقى الأكثر شيوعا في المعاملات الجارية بين ملاكي الأراضي الفلاحية والغير، لأنه يعتبر من أفضل طرق استغلال الأراضي والعقارات سواء كانت معدة للفلاحة أو كانت معدة لأغراض أخرى. وإلى جانب

يجب أن يكون هذا الكراء لمدة تفوق عشر سنوات دون أن تتجاوز أربعين سنة وينقضي بانقضائها.

⁷¹⁶ تنص المادة 265 من م ح ع على الآتي: "المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام.

لا يمكن أن يكون محل عقد المغارسة حقوقا مشاعة".

⁷¹⁷ ظهير 7 شعبان 1332 (فاتح يوليوز 1914) المتعلق بالملك العام، ج.ر عدد 670 المؤرخة في 25 غشت 1925، ص.1428، المعدل بظهير 14 صفر 1338 (8 نونبر 1919). وينص الفصل الرابع من الظهير المذكور على أن الملك العام غير قابل للتفويت ولا يكتسب بالتقادم.

⁷¹⁸ ظهير شريف رقم 1-09-236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، ج.ر عدد 5847 المؤرخة في فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010، ص.3154. وتنص المادة 51 من المدونة المذكورة على أنه: "يترتب على اكتساب المال لصفة الوقف العام عدم جواز حجزه أو كسبه بالحيازة أو بالتقادم، وعدم جواز التصرف فيه إلا وفق مقتضيات المنصوص عليها في هذه المدونة. كما تنص المادة 102 من نفس المدونة على أنه لا يجوز إعطاء أرض الوقف بالمغارسة، لأن هذا العقد يخول للغارس اكتساب حق عيني على الأرض والشجر عندما يبلغ هذا الأخير حد الإطعام (المادة 267 من م ح ع).

⁷¹⁹ ظهير 26 رجب 1337 (27 أبريل 1919) المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وضبط تدبير وتفويت الأملاك الجماعية، ج.ر عدد 329 المؤرخة في 18/08/1919، ص.410، كما تم تعديله وتنميته بمقتضى ظهير 12 رمضان 1382 (6 فبراير 1963)، ج.ر عدد 2626 المؤرخة في 22 فبراير 1963، ص.365.

الأهمية الاقتصادية والاجتماعية، يعد عقد الكراء من عقود الإدارة لا من عقود التصرف لكونه لا ينشئ إلا التزامات شخصية في جانب كل من المؤجر والمستأجر⁷²⁰، لذلك يمكن تطبيقه حتى على العقارات ذات الطبيعة القانونية الخاصة مثل الأملاك العامة للدولة أو أملاك الوقف أو أراضي الجماعات السلالية والتي لا تقبل التفويت ولا تكتسب بالتقادم كما سبق القول. وحتى نستبين الحقيقة التشريعية لعقد الكراء الفلاحي، فلنلق نظرة موجزة عن مفهومه وخصائصه قبل مناقشة موقع القيود الاتفاقية في هذا العقد.

لقد خص المشرع المغربي كراء الأراضي الفلاحية بقواعد قانونية خاصة تنسجم مع طبيعتها المتميزة عن كراء المحلات المعدة للسكنى أو للإستعمال المهني وعن كراء المحلات المعدة للإستعمال التجاري والصناعي والحرفي، وأفرد لها الفصول من 700 إلى 722 من ق ل ع، وكل ما لم تشمل هذه الأحكام يرجع فيه إلى الأحكام العامة للكراء المنصوص عليها في الفصول من 627 إلى 699 من ق ل ع.

ويعرف الكراء بصفة عامة بأنه عقد بمقتضاه يمنح المكري للمكتري منفعة منقول أو عقار خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة، يلتزم المكتري بدفعها للمكري⁷²¹. لكن مدة الإنتفاع في الكراء الفلاحي قد تمتد إلى أربعين سنة⁷²²، وينتهي العقد بقوة القانون بانقضاء المدة التي أبرم لها، فإن لم يتفق المتعاقدان على مدة، اعتبر أن الكراء قد أبرم إلى الوقت اللازم لقيام المكتري بجني الثمار التي تغلها العين المكتراة⁷²³.

والأصل في الكراء أن يتم بالتراضي بين المكري والمكتري على الشيء وعلى الأجرة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد عملاً بمقتضيات الفصل 628 من ق ل ع، وعلى هذا الأساس يمكن للمكري أن يشترط على المكتري ما شاء من الشروط الاتفاقية في عقد الكراء. ومن هذه الشروط، نذكر قيد التخصيص أو قيد الاستغلال الذي يرمي مالك الأرض من وراءه إلى تحقيق الغايات التي يصبو إليها منها إنتاج المزروعات المطلوبة محلياً ووطنياً والمحافظة على الغرض الفلاحي الذي أعدت له الأرض المكتراة وغيرها من الأهداف.

⁷²⁰ السنهاوري، الوسيط، الإيجار والعارية، الجزء 6، المجلد الثاني، م.س، ص.5.

⁷²¹ الفصل 627 من ق ل ع؛ وعرفته المادة 558 من ق م م بالقول أن: "عقد الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم"، القانون رقم 131 لسنة 1948، م.س.

⁷²² ينص الفصل 701 من ق ل ع في فقرته الأولى على أنه: "يجوز إبرام كراء الأراضي الفلاحية لمدة أربعين سنة. فإن أبرم لمدة أطول، ساغ لكل من المتعاقدين فسخه بعد انتهاء الأربعين سنة"

⁷²³ الفصل 714 من ق ل ع.

وبموجب قيد الاستغلال، يكون مكثري الأرض الفلاحية ملتزما بالإنتنفاع بالعين المكتراة واستغلالها على النحو المحدد في العقد، بمعنى أن العقد هو الذي يحدد نوع الاستغلال والمزروعات التي تقام على الأرض الفلاحية⁷²⁴.

ويمكن للدولة التوسل بالقيود الاتفاقية في عقود كراء الأراضي الفلاحية لفائدة الخواص أو تأجير الضيعات الفلاحية التي تملكها لفائدة المستثمرين، وذلك لتحقيق برامج مخطط المغرب الأخضر ومنها الرفع من الإنتاج الفلاحي وبالتالي تزويد السوق المحلية والوطنية بالمنتجات النباتية المطلوبة مثل القمح الصلب والبطري والقطاني والذرة والخضروات والأعشاب والنباتات واستعمالاتها في الأغذية والأدوية.

ودائما في إطار مخطط المغرب الأخضر، يمكن إعمال تقنية القيود الاتفاقية في البرامج المتعلقة بتجميع الأراضي الفلاحية وتطوير الزراعة التعاقدية في إطار تنظيم مهني تعاقدية يعرف فيه كل طرف حقوقه وواجباته ويحقق مصالحه⁷²⁵. ومن ذلك مثلا التعاونيات الفلاحية⁷²⁶ حيث يمكن توظيف قيد الاستغلال لتنمية روح التعاون والتكامل بين أعضاء التعاونية والتي من بين أهدافها تحسين الوضعية الاقتصادية والاجتماعية لأعضائها عن طريق تحسين جودة المنتوجات التي تقدمها التعاونية لأعضائها أو تلك التي ينتجها هؤلاء لتسويقها في السوق المحلية والوطنية. ومن مزايا قيد الاستغلال أنه يساهم في إقرار التناوب الزراعي بين أعضاء التعاونية ويحافظ على خصوبة الأرض من جهة ويساعد على تحقيق أهداف التعاونية من جهة أخرى. وفي إطار مخططات العمل التي تقترحها وكالة التنمية الفلاحية⁷²⁷، يمكن للقيود الاتفاقية أن تلعب دورا مساهما في تحقيق الأهداف المسطرة من طرف الوكالة المذكورة ضمن عقود الكراء التي تبرمها الدولة مع المستثمرين المحليين والأجانب لتطوير الفلاحة المغربية وإنتاج المزروعات المطلوبة منها أشجار الزيتون وغيرها

⁷²⁴ الفصل 704 من ق ل ع.

⁷²⁵ نجيب أقصي، الإستراتيجية الفلاحية المغربية الجديدة، " مخطط المغرب الأخضر"، وجهة نظر، مجلة فصلية عدد مزدوج 60-61 ربيع وصيف 2014، السنة العشرون، السحب مطبعة النجاح الجديدة.

⁷²⁶ ظهير شريف رقم 1-83-226 صادر في 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984) بتنفيذ القانون رقم 83-24 المتعلق بتحديد النظام الأساسي للتعاونيات ومهام مكتب تنمية التعاون، م.س.

⁷²⁷ وكالة التنمية الفلاحية هي مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي حسب ما يستفاد من المادة الأولى من القانون رقم 08-42 المتعلق بإحداث وكالة التنمية الفلاحية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.16 في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009)، ج.ر عدد 5712 المؤرخة في 30 صفر 1430 (26 فبراير 2009)، ص.597. ومن مهام الوكالة المذكورة: المشاركة في تنفيذ الاستراتيجية التي تضعها الحكومة في مجال التنمية الفلاحية، البحث عن العقار اللازم وتعبئته لتوسيع الدوائر الفلاحية وتطوير الزراعات ذات القيمة المضافة العالية وغيرها من المهام المحددة في المادة الثانية من القانون رقم 08-42 المذكور.

من أشجار الفواكه. وتندرج هذه العقود في إطار الشراكة بين القطاعين العام والخاص المنظمة بموجب القانون رقم 86.12⁷²⁸، ويمكن أن تبرم هذه العقود لمدة أربعين سنة دون أن يترتب على ذلك إضفاء صبغة الحق العيني على حق المكثري واعتباره كراء طويل الأمد⁷²⁹. ومن القيود التي يمكن إدراجها في مثل هذه العقود، نذكر عدم تغيير تخصيص الطابع الفلاحي للمنشأة الفلاحية ومنع رهن وكراء العقارات التابعة للمنشأة. والملاحظ أن دور القيود الاتفاقية لا ينحصر فقط في الأراضي الفلاحية المملوكة للدولة والتي تتم تعبئتها من طرف وكالة التنمية الفلاحية للإستثمار في هذا المجال، بل يمكن إعمالها أيضا في عقود كراء أراضي الجموع⁷³⁰ أو عقود الشراكة مع الخواص، لا سيما وأن مساحة الأراضي الجماعية المكتراة لأغراض فلاحية تبلغ حوالي ستون ألف هكتار⁷³¹. ومن شأن القيود الاتفاقية أن تدعم تعبئة الأراضي الجماعية لتحقيق مشاريع المخطط المغرب الأخضر ومن هذه المشاريع زراعة الأشجار المثمرة مثل أشجار الزيتون التي خصصت لها مساحة تقدر بعشرة آلاف هكتار⁷³²، ويتحقق ذلك عن طريق إضافة قيد الاستغلال أو قيد التخصيص في

⁷²⁸ أنظر الظهير الشريف رقم 1.14.192 الصادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ج.ر. عدد 6328 المؤرخة في فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص.456. ومما جاء في ديباجة هذا القانون، أن تفعيل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من شأنه التوفيق بين ضرورة الاستجابة للانتظارات المتزايدة للمواطنين فيما يخص المرافق العمومية وبين محدودية الموارد المالية المتوفرة لدى الدولة. كما أن اللجوء إلى هذا النوع من العقود من شأنه أن يمكن من الاستفادة من القدرات الابتكارية للقطاع الخاص وتمويله ومن ضمان توفير الخدمات بصفة تعاقدية وتقديمها في الآجال وبالجودة المتوخاة...

⁷²⁹ تجدر الإشارة إلى أن عقود كراء أراضي الدولة الفلاحية في إطار التراضي، يتم وفق المسطرة المحددة بموجب منشور الوزير الأول الصادر بتاريخ 9 محرم 1427 (29 يناير 2007) رقم 2/2007 وخاصة الفصل الثاني منها، أنظر مجلة القضاء المدني، سلسلة نصوص ووثائق قانونية، العدد 17.

⁷³⁰ تعرف أراضي الجموع أو الأملاك الجماعية بأنها أراضي تملكها بصفة جماعية سلالية وهي مجموعات من السكان المنتمين لأصل واحد وسلالة واحدة، دليل أراضي الجموع، مديرية الشؤون القروية، وزارة الداخلية، 2007، موقع الجماعات السلالية والأراضي الجماعية،=

= www.terrescollectives.ma ، تاريخ الاطلاع 2016/12/06.

⁷³¹ موقع الجماعات السلالية والأراضي الجماعية على الأنترنت، م.س

⁷³² موقع الجماعات السلالية على الأنترنت، م.س

عقد الكراء⁷³³ لإلزام المكثري بإقامة المزروعات المتفق عليها. وهكذا تساهم القيود الاتفاقية في إنجاز استثمارات فلاحية تعود بالنفع على الدولة من حيث إنتاج المزروعات التي تحتاجها السوق الداخلية أو الخارجية، وعلى الجماعة السلالية المعنية من حيث الرفع من المستوى المعيشي لأفرادها وخلق فرص الشغل لهم⁷³⁴.

وبعد ما حاولنا إبراز دور القيود الاتفاقية في تطوير استغلال الأراضي الفلاحية وتنميتها، نمر الآن إلى الحديث عن دور هذه القيود في تنمية مجال آخر لا يقل أهمية ويتعلق بالتبرعات وما يترتب عليها من إشاعة ثقافة التكافل والتضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع ومؤسساته.

المطلب الثاني: القيود الاتفاقية تقنية مساعدة على تنمية التبرعات

كل ما من شأنه أن يقرب من قلوب الناس ويغرس فيها المحبة ويؤكد فيها روابط الود مطلوب في نظر الشريعة الإسلامية⁷³⁵. وتدخل تحت هذا الباب أعمال البر والإحسان ومنها التبرعات، وهي كل ما يعطيه الإنسان مجانا وبدون عوض كالهبة والصدقة والحبس والعمرى والعريّة والإسكان والإرفاق وغيرها من الإعطاءات⁷³⁶.

ويعتبر التبرع من الوسائل المساعدة على تحقيق الأمن والرخاء داخل المجتمع لأنه يقوم على فكرة التكافل الاجتماعي، وعلى أساس المواساة بين أفراد الأمة الخادمة لمعنى الأخوة⁷³⁷. وتساهم أعمال التبرع في سد حاجة المحتاجين ورفع الضائقة عن المعوزين والحد من الفوارق الطبقيّة بين فئات المجتمع مما يؤدي إلى تقوية أواصر المحبة والإخاء بين أفراد المجتمع وترسيخ ثقافة الانتماء للوطن.

⁷³³ تجدر الإشارة إلى أن استغلال الأراضي الجماعية يتم عن طريق عقود الاشتراك الفلاحي أو عقد الكراء بموافقة صريحة من الوزارة الوصية عملاً بالفصل السادس من ظهير 1919/04/21، كما أن عقد كراء هذه الأراضي يتم عبر ثلاث طرق حسب دليل الأراضي الجماعية لسنة 2007 وهي: طلبات العروض والسمسرة العمومية والتراضي.

⁷³⁴ مصطفى باسو، كراء أراضي الجموع، بحث لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس أكادال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، السنة الجامعية 2011-2012، ص.5.

⁷³⁵ عبد الرحمان بن محمد عوض الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط.1، 1422هـ - 2001م، ص.775.

⁷³⁶ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، م.س، الجزء الثاني، ص.367؛ امحمد برادة غزيول وآخرون، "الدليل العملي للعقار غير المحفظ" م.س، ص.86؛ عبد الكريم شهبون، "عقود التبرع في الفقه المالكي" ص.9.

⁷³⁷ محمد الطاهر بن عاشور، "مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها" م.س، ص.186.

وفضلا عن الأبعاد الأخلاقية والمجتمعية لأعمال الخير والإحسان، فإن ثقافة التبرع التي كرسها الدين الإسلامي الحنيف في قلب المسلم قد أنتجت عدة مؤسسات خيرية من مساجد ومستشفيات ومدارس ودور لإيواء طلبة العلم، والتي تم إنشاؤها بصفة خاصة عن طريق الوقف⁷³⁸.

وفي معرض تقديم أسباب إصدار مدونة الأوقاف، شدد المشرع المغربي على أهمية الوقف ودوره الطلائعي واعتبره ثروة وطنية وعنصرا فاعلا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد⁷³⁹. كما دعا مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الخامسة عشرة المنعقدة في مسقط بسلطنة عمان إلى إحياء نظام الوقف بجميع أنواعه نظرا لدوره العظيم في الحضارة الإسلامية وفي التنمية البشرية والعلمية والاجتماعية والاقتصادية⁷⁴⁰.

ومن الملاحظ أن عقود التبرع تنمو وتزدهر في ظل توسيع مجال الحرية التعاقدية وحرية اشتراط الشروط التي يبتغي المتبرعون تضمينها في صلب عقود تبرعهم لتحقيق مقاصدهم وبلوغ غاياتهم من هذه العقود. وقبل التطرق لدور القيود الاتفاقية في تشجيع الناس على الإكثار من التبرع وأعمال الخير والإحسان (الفقرة الثانية)، نتصدى أولا للإطار التشريعي للتبرع في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي.

الفقرة الأولى: الإطار القانوني للتبرعات

عنيت الشريعة الإسلامية أشد ما تكون العناية بالتكافل الاجتماعي وذلك ببذل المال الذي هو من مقومات الحياة، ودعت إلى الإكثار من عمل الخير والإقدام على العطاء والاهتمام بجانب الحياة الاجتماعية والإنسانية عن طريق تقديم يد العون والمساعدة للمعوزين والمحتاجين وتوفير العلاج للمرضى⁷⁴¹. وتؤدي هذه الأعمال الجليلة إلى نشر قيم التراحم والتوadd والتعاطف داخل المجتمع وضمان استمراره قويا ومتماسكا بين الأمم يسوده الأمن والرخاء، مما يبعث على نمائه وازدهاره⁷⁴².

⁷³⁸ عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ط.2، 1433هـ-2012م ص.15

⁷³⁹ أنظر أسباب إصدار الظهير الشريف رقم 1-09-236 المؤرخ في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) المتعلق بمدونة الأوقاف، ج.ر. عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص.3154.

⁷⁴⁰ انعقدت الدورة الخامسة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي في مسقط بسلطنة عمان من 14 إلى 19 محرم 1425هـ الموافق 6-11 مارس 2004، مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد 275، صفر 1425هـ (أبريل 2004م)، ص.35.

⁷⁴¹ وهبة الزحيلي، "الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي"، دار الفكر-دمشق، ط.2، 1996، ص.7.

⁷⁴² عبد الرحمان بلعكيد، "الهبة في المذهب والقانون"، صوماديل-الدار البيضاء، ط.2، 1422هـ-2001م، ص.7 و18.

وقد بينت الشريعة الإسلامية فضائل التبرع وحثت عليه ورغبت فيه، ففي الكتاب وردت آيات كثيرة تحض على ذلك منها قوله تعالى: "إن تبدوا الصدقات فنعمنا هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم والله بما تعملون خبير"⁷⁴³، وقوله أيضا: "لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شيء فإن الله به عليم"⁷⁴⁴.

أما في السنة النبوية الشريفة، فقد رويت أحاديث كثيرة عن الرسول صلى الله عليه وسلم تبين أهمية التبرع في حياة الفرد والجماعة منها قوله عليه السلام: "تري المؤمنين في تراحمهم وتوادهم وتعاطفهم، كمثل الجسد، إذا اشتكى عضو تداعى له سائر جسده بالسهر والحمى"⁷⁴⁵. وجاء في حديث آخر: "إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله، إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"⁷⁴⁶، وقال عليه السلام أيضا: "المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضا، ثم شبك بين أصابعه"⁷⁴⁷.

وسيرا على هدي النبوة، تسارع الصحابة رضوان الله عليهم إلى التصديق بأموالهم وتحبيسها في سبيل الله، والدليل على ذلك ما روي عن ابن عمر قال: "أصاب عمر أرضا بخير، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستأمره فيها: يا رسول الله إني أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط هو أنفس عندي منه، فما تأمرني به؟ قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها. فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها، ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب"⁷⁴⁸. وسار على هذا النهج الصحابة الكرام وعلى رأسهم عثمان بن عفان رضي الله عنه، الذي يروى عنه أنه قال: "أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم إلى المدينة وليس لها ماء يستعذب غير بئر رومة، فقال: "من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة؟" فاشتريتها من صلب مالي"⁷⁴⁹. ثم تبعه في ذلك علي وطلحة والزبير وغيرهم⁷⁵⁰.

⁷⁴³ سورة البقرة، آية 271

⁷⁴⁴ سورة آل عمران، آية 92

⁷⁴⁵ صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب رحمة الناس والبهائم.

⁷⁴⁶ صحيح مسلم، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته.

⁷⁴⁷ صحيح البخاري، كتاب الأدب، باب تعاون المؤمنين بعضهم بعضا.

⁷⁴⁸ صحيح مسلم، باب الوقف، م.س؛ شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطي، جواهر العقود، ج.1، دار الكتب العلمية بيروت، ط.1، 1417هـ-1996م، ص.249.

⁷⁴⁹ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج6 كتاب الوقف، 2005م، دار المستقبل - دار الإمام مالك، ط.1، 1426هـ.

⁷⁵⁰ ابن رشد (الجد)، المقدمات الممهدات، دار الكتب العلمية-بيروت، ط.1، 1423هـ-2002م، م.س، ص.97.

وهكذا دلت نصوص الشريعة الإسلامية على الترغيب في التبرع بالمال لفائدة المحتاجين والمعوزين ومن تم تحقيق مقاصد هذا الدين الحنيف ومنها التعاون بين الناس في الأمور الدنيوية ومساعدة الفقراء والمحتاجين والمرضى وكل من لا يقدر على السعي لكسب قوت يومه.

وبعدما أقرت الشريعة الإسلامية شرعية التبرع، يأتي دور الفقه الإسلامي ليفصل الكلام في هذا الباب، بحيث خصص فقهاء المسلمين كتباً وأبواباً للتبرعات من هبة وصدقة ووصية ووقف وغيرها من العطايا وتفصيل القول في أحكامها وشروط صحتها انطلاقاً من القواعد الكلية التي أقرتها نصوص الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

ولما كانت عقود التبرع من تنظيم الفقه الإسلامي كما سلف القول، فإن القانون المغربي يحيل على هذا الفقه وخاصة الراجح والمشهور وما جري به العمل من الفقه المالكي في كل ما لم يرد به نص في القوانين المنظمة لعقود التبرع سواء من حيث أنواعها وأحكامها أو من حيث الشروط والقيود المقترنة بالتبرع. وهكذا نجد المشرع المغربي تبنى قاعدة الإحالة على الفقه الإسلامي في مدونة الأسرة بالنسبة للوصية⁷⁵¹ وفي مدونة الأوقاف بالنسبة للوقف أو الحبس⁷⁵² وفي مدونة الحقوق العينية بالنسبة للعمري والهبة والصدقة التي نظمها المشرع المغربي على التوالي في المواد من 105 إلى 108 بالنسبة لعقد العمري والمواد من 273 إلى 289 بالنسبة لعقد الهبة و المادتان 290 و 291 بالنسبة للصدقة⁷⁵³.

وقد عني القانون الفرنسي أيضاً بعقود التبرع، لكنه لم يبلغ درجة الشمولية في تنظيم هذه العقود التي وصل إليها الفقه الإسلامي، سواء من حيث أنواعها أو من حيث أحكامها أو من حيث الجهات التي يمكن أن تستفيد من التبرع أو من حيث أنواع الشروط التي يمكن إضافتها لهذه العقود، بحيث اقتصر على تنظيم

⁷⁵¹ تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف"، القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، م.س.

⁷⁵² تنص المادة 169 من مدونة الأوقاف على أنه: "كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى أحكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى فيه تحقيق مصلحة الوقف"، م.س.

⁷⁵³ ورد في الفقرة الثانية من المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية الآتي: "تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي".

الهبات فيما بين الأحياء والوصايا وخصص لها القسم الثاني من ق.م.ف وسماها التبرعات أو العطايا⁷⁵⁴. وتأكيدا لهذا التنظيم الحصري للتبرعات، تنص المادة 893 من القانون المذكور على أن التبرع بالمال لا يمكن أن يتم إلا عن طريق الهبة فيما بين الأحياء أو الوصية. ويتميز ق.م.ف بكونه يجيز ضروبا من الهبة تقرب من الهبة لما بعد الموت، التي كانت معروفة في القانون الروماني، أهمها هبة الأموال المستقبلية فيما بين الزوجين⁷⁵⁵. والجدير بالملاحظة أن أهمية التبرعات ودورها في التنمية لا تنحصر فقط في إطار علاقات الأشخاص فيما بينهم داخل المجتمع الواحد، بل تتعداها لتشمل التبرعات التي تتلقاها الجمعيات والمؤسسات من المنظمات غير الحكومية، وكذا التبرعات العينية والنقدية التي تقدمها الدول لبعضها البعض إما في إطار الشراكة والتعاون أو في إطار المساعدات المقدمة في الحالات الاستثنائية مثل الأزمات المالية والكوارث كالحروب والجفاف.

ولعل من نتائج انتشار ثقافة التضامن والتعاون بين أفراد المجتمع الإكثار من التبرع مما يؤدي إلى إعادة توزيع الثروة الوطنية بين أفراد المجتمع ومؤسساته وبالتالي تتحقق بعض مظاهر التنمية الاقتصادية والاجتماعية. ومن الوسائل المساعدة على ترسيخ ونشر ثقافة التبرع، إطلاق حرية الاشتراط في هذا النوع من العقود لتمكين المتبرعين من تحديد مضمون هذه العقود وآثارها، وتحفيزهم على البذل والعطاء بأريحية.

الفقرة الثانية: القيود الاتفاقية تحفيز على التبرع وتحقيق لرغبات المتبرعين

إن الغالب في القيود الاتفاقية أن ترد في عقود التبرع، ومرد ذلك أن المتبرع إليه الذي لم يبذل عوضا عما تلقاه من المتبرع لا يجد مصلحة في رفض التبرع المقيد بشرط، بل يكون أكثر استعدادا لقبوله ممن تلقاه ودفع عوضا عنه في مقابله⁷⁵⁶. وهذا ما دفع بعض القوانين المدنية الحديثة التي نظمت القيود الاتفاقية إلى جعل الشروط المانعة من التفويت مقصورة على الهبات والوصايا مثل ق.م.ف⁷⁵⁷ والقانون المدني للكبيك⁷⁵⁸

⁷⁵⁴ أنظر المواد من 893 إلى 1100 من ق.م.ف كما وقع تعديله بموجب القانون رقم 728-2006 بتاريخ 23 يونيو 2006،

Code civil francais, Dalloz, 110 édition- 2011 .

⁷⁵⁵ السنهوري، الوسيط، ج.5، الهبة والشركة، م.س، الهامش رقم 2 من ص.6 و7؛ أنظر المادة 1091 من ق.م.ف بالنسبة للهبات المتبادلة بين الزوجين وكذا المادة 1093 من نفس القانون بالنسبة لهبة الأموال الموجودة والأموال المستقبلية فيما بينهما، ق.م.ف، م.س.

⁷⁵⁶ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، م.س، ص.56؛ همام محمد محمود زهران، م.س، ص.234.

⁷⁵⁷ أنظر المادة 900-1 من ق.م.ف، م.س

⁷⁵⁸ أنظر المادة 1212 من القانون المدني للكبيك التي جاء فيها ما يلي:

وكذا القوانين المدنية التي اقتبست من القانون الفرنسي، ولم يتم تمديدها إلى التصرفات بعوض إلا عن طريق الفقه والقضاء.

هذا بخلاف الفقه الإسلامي الذي أجاز اشتراط القيود الاتفاقية في جميع التصرفات القانونية سواء كانت بعوض أو بدون عوض، وقد أكد بن تيمية هذه القاعدة بقوله إن العلماء اتفقوا على أن حديث بريرة⁷⁵⁹ عام في الشروط في جميع العقود، وليس ذلك مخصوصا عند أحد منهم بالشروط في البيع، لأنه يؤخذ فيه بعموم اللفظ ولا يقتصر على سببه⁷⁶⁰.

لكن الملاحظ أن الشروط في العقود تبرز أهميتها في عقود التبرع أكثر منها في التصرفات بعوض، وقد أكد هذه الحقيقة بن عاشور عندما قال: "أن التبرع بالمال عزيز على نفس الإنسان، فالباعث عليه أريحية دينية ودافع خلقي عظيم، ومن ثم فإن التوسع في كفيات انعقاد التبرعات وإعمال شروط المتبرعين من تعميم وتخصيص وتأجيل وتأبيد من شأنه تكثير التبرعات"⁷⁶¹.

كما أن إطلاق يد المتبرع في اشتراط الشروط والقيود التي يراها ضرورية لتحقيق مقاصده من التصرف، يجعله أكثر استعدادا للتبرع والعطاء، وتدخل هذه الشروط في باب مقاصد التبرعات التي يجب التوسع في وسائل انعقادها حسب رغبة المتبرعين، لأنه رغم منافاة هذه الشروط لأصل التصرف في المال، يقول محمد بن الطاهر عاشور: "إن الشريعة الإسلامية قد أباحت إعمال شروط المتبرعين في مصارف تبرعاتهم مالم تكن منافية لمقصد أعلى"⁷⁶². وهذه الحرية في اشتراط الشروط تقوي الباعث على التبرع لدى الناس وتجعلهم أكثر إقداما على القيام بهذا العمل ليقينهم بأن المال المتبرع به سيصرف على الوجه الذي يروونه

" La restriction à l'exercice du droit de disposer d'un bien ne peut être stipulée que

Par donation ou testament " www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca .

consulté le 06/04/2015.

⁷⁵⁹ روت عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كن مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق" سبق تخريجه.

⁷⁶⁰ موسوعة فتاوى بن تيمية في المعاملات وأحكام المال، المجلد الثالث، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، ط.1، 1425هـ-2005م، ص. 1007

⁷⁶¹ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، م.س، ص.190.

⁷⁶² محمد الطاهر بن عاشور، "م.س ص.186

محققا لأغراضهم ومصالحهم⁷⁶³، ووفق الشروط التي وضعها المتبرع. ومن القواعد التي قررها الفقهاء المسلمون في هذا الباب أن ألفاظ الواقف أو المحبس كالألفاظ الشارع⁷⁶⁴ في وجوب الإتيان والاحترام وإن اختلفوا في مدلولها ومداه⁷⁶⁵. ومن الأحكام التي قررتها الملكية في هذا السياق، أن المحبس إذا اشترط شيئاً: وجب الوفاء بشرطه⁷⁶⁶، ولا يجوز العدول عنه إلا أن يتعذر، فيصرف في مثله⁷⁶⁷.

ومن الشروط التي تدرج في عقود الوقف، شرط استبدال الوقف بما هو خير منه، وهذا الشرط لا يتنافى مع مقصود الوقف، واشتمل على مصلحة راجحة⁷⁶⁸. كما يجوز للواقف إذا وقف شيئاً أن يستثنى منفعته وغلته جميعاً لنفسه لمدة حياته، كما روي عن الصحابة أنهم فعلوا ذلك⁷⁶⁹. ونظراً لأهمية الشروط في التشجيع على الوقف والمساهمة في تنميته، أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي توصية العمل بشرط الواقف إذا اشترط تنمية أصل الوقف بجزء من ريعه، لأنه لا يعد منافياً لمقتضى العقد. ويعمل بشرطه كذلك إذا اشترط صرف جميع الربح في مصارفه، فلا يؤخذ منه شيء لتنمية الأصل⁷⁷⁰.

وقد أجاز الملكية الشروط في الحبس والهبة والصدقة مثل اشتراط الاعتصار في الصدقة والهبة وكذلك اشتراط المتصدق أو الواهب أن لا يبيع ولا يهب⁷⁷¹. وتكريساً لقواعد الفقه المالكي، قرر المشرع المغربي

⁷⁶³ حسن علي الشاذلي، م.س، ص. 260.

⁷⁶⁴ لقد تناول الفقهاء مقولة أن نصوص الواقف كنص الشارع، والمقصود منها هو ترسيخ وجوب احترام شروط الواقفين من غير أن يفيد ذلك أن تتجاوز تلك الشروط مقتضيات الشرع وأحكامه القارة، لأن كل الشروط معتبرة إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً فلا عبرة به، مصطفى بن حمزة، "توظيف الوقف الأسس الفقهية والإمكانات التنموية"، Oujda-portail.net، ص. 3، تاريخ الاطلاع: 2010/09/30.

⁷⁶⁵ وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، م.س، ص. 156، انظر آراء المذاهب الأربعة بخصوص مدلول قاعدة شرط الواقف كنص الشارع في نفس المؤلف المذكور، الصفحات من 156 إلى 160.

⁷⁶⁶ محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، الوانين الفقهية، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، 1426هـ-2005م، ص. 389.

⁷⁶⁷ عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، م.س، ص. 74.

⁷⁶⁸ موسوعة فتاوى ابن تيمية في المعاملات وأحكام المال، ص. 31، م.س.

⁷⁶⁹ موسوعة فتاوى ابن تيمية في المعاملات وأحكام المال، ص. 225، م.س.

⁷⁷⁰ مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد 275، م.س، ص. 34.

⁷⁷¹ محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، م.س، ص. 190.

إطلاق حرية اشتراط الشروط والقيود في عقود التبرع لتنمية هذه الأعمال الخيرية والإنسانية لما لها من دور مساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية. ومن أمثلة ذلك، جواز تقييد الوصية بالشرط إذا كان صحيحا ويحقق مصلحة ظاهرة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفا لمقاصد الشرع الإسلامي الحنيف⁷⁷². كما خولت المادة 286 من مدونة الأسرة للموصي حق الرجوع في وصيته وإلغائها ولو التزم عدم الرجوع كما له إدخال شروط عليها. وفي باب الهبة، تجيز المادة 284 من م ح ع للواهب اشتراط اعتصار الهبة شريطة الإشهاد بالإعتصار والتنصيب عليه في عقد الهبة وقبل ذلك الموهوب له، لأن عقد الهبة ينعقد بالإيجاب والقبول وفق ما تنص عليه المادة 274 من م ح ع.

⁷⁷² تراجع المادة 285 من مدونة الأسرة التي تجيز تعليق الوصية بالشرط وتقييدها به متى كان الشرط صحيحا أي فيه مصلحة للموصي أو للموصى له أو لغيرهما ولم يكن مخالفا للمقاصد الشرعية، القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.22 في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، ج.ر. عدد 5184 المؤرخة في 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص. 418؛ وفي هذا السياق يقول وهبة الزحيلي إن القانونين المصري والسوري قد نصا على صحة تقييد الوصية بالشرط إذا كان الشرط صحيحا. والشرط الصحيح هو كل ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي، أو للموصى له، أو لغيرهما، ولم يكن منهيا عنه، ولا مخالفا لمقاصد الشريعة، أنظر مؤلفه: "الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي"، م.س، ص. 25 و26.

خاتمة :

رغم صعوبة البحث في موضوع القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة بسبب تشعبه وتشتت القواعد القانونية التي تؤطر الموضوع بين عدة قوانين منها قانون الالتزامات والعقود ومدونة الحقوق العينية ومدونة الأسرة و الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك وغير هذه القوانين، فقد حاولنا في هذه الدراسة جمع شتات تلك القواعد القانونية مع الاستئناس بالقانون المقارن وطرح نظرية عامة تنظم جميع أنواع القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وذلك لتجاوز الصعوبات والإشكاليات التي أفرزتها الممارسة التعاقدية لهذه التقنية وكشف عنها العمل القضائي بسبب الفراغ التشريعي في هذا الباب.

و مهما كانت الخلاصات والنتائج التي تم التوصل إليها من خلال بحث موضوع القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة، فإن هذا البحث يبقى متواضعا أمام أهمية موضوع القيود الاتفاقية الذي يحتاج إلى مزيد من البحث والدراسة.

ومن المواضيع التي تحتاج إلى الدراسة والبحث في هذا الباب، نذكر أنواع القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة في أفق جرد عام لجميع أنواعها، ثم تصنيفها إلى فئات أو عوائل بحسب الغاية والقصد من كل قيد على حدة أو بحسب نوع التصرف القانوني الذي ينصب عليه القيد، فهناك القيود التي تنصب على التصرفات القانونية وهناك القيود التي تنصب على التصرفات المادية وغير ذلك من التصنيفات.

لا سيما وأن الدراسات والأبحاث التي سبق لها التطرق لموضوع القيود الاتفاقية هي قليلة فضلا عن كونها اقتصرت على بحث نوع واحد من هذه القيود ألا وهو الشرط المانع من التصرف. وبالتالي تبقى الأنواع الأخرى من القيود الاتفاقية مجالا واسعا للبحث والدراسة، ومنها قيد التخصيص وقيد الاستغلال وقيد البناء، لا سيما وأن هذه القيود وغيرها تلعب دورا بارزا في المعاملات والعقود المتعلقة بالعقارات المعدة للسكن أو للإستعمال الفلاحي أو التجاري أو العقارات المعدة للترفيه والراحة.

ثم أن كل قيد من القيود الاتفاقية يحتاج إلى دراسة مستقلة لمعرفة كل قيد على حدة سواء من حيث نوعه وماهيته ودوره في المعاملات العقارية والحكمة من تضمينه في العقود والتصرفات ومدى تأثيره على الملكية العقارية الخاصة .

ومن الموضوعات التي تستحق الدراسة والبحث كذلك، التمييز بين القيود الاتفاقية الواردة في عقود المعاوضة وبين القيود الاتفاقية الواردة على عقود التبرع. ومما يزيد من أهمية دراسة هذا الموضوع، هو أنه لئن كانت جميع القيود الاتفاقية تخضع للأحكام العامة التي تنظمها كما سبق أن رأينا من خلال هذا البحث، فإن

القيود الاتفاقية الواردة في عقود التبرع تتميز ببعض الخصوصيات سواء من حيث المركز القانوني لمشتري القيد أو من حيث الجزاء المترتب على فساد القيد الاتفاقي أو عدم توفره على شروط صحته.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة المراجع

ا- المراجع باللغة العربية:

أولا- المراجع العامة:

أ- مراجع خاصة بالشريعة الإسلامية

- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، ط.1- 1421هـ- 2000م.
- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار ابن حزم، بيروت، ط.1، 1423هـ- 2002م.
- أبو الفداء عماد الدين إسماعيل ابن عمر ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار صبح بيروت، ط.4، 1428هـ- 2007م..
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي(الجد)، المقدمات الممهدات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط.1 1423هـ- 2002م،
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي(الحفيد)، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ط.د.ت.
- أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، صحيح البخاري، دار التقوى للتراث، ط.1، 1421- 2001.
- أبو عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني، "النوازل الصغرى"، دار الكتب العلمية-بيروت، ط.1، 1971؛
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث القاهرة، 1426هـ- 2005م؛
- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى في شرح المجلى بالحجج والآثار، بيت الأفكار الدولية، د. ت. ط ؛
- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، فتاوى الإمام بن تيمية في المعاملات وأحكام المال، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، ط.1، 1425هـ- 2005م.
- أحمد بن محمد بن أحمد بن أبي حامد العدوي الخلوّتي الشهير بالدردير، " الشرح الكبير على مختصر خليل " ، شركة أبناء شريف الأنصاري- بيروت، 2014م- 1435هـ؛
- خالد عبد الله عيد، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، مكتبة الشباب، الرباط، د.ت.ط؛

- جلال الدين محمد بن أحمد المحلي وجمال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، تفسير القرآن الكريم، دار المعرفة، بيروت، د.ت.ط.
- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، كتاب - الفروق، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط.2، 1428هـ-2007م.
- عبد الرحمان بن عوض الجيزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار ابن حزم - بيروت، ط.1، 1466هـ-2001م.
- عبد السلام السليمان، الاجتهاد في الفقه الإسلامي ضوابطه ومستقبله، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1417هـ-1996م.
- غلال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.4، 1411-1991،
- علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط.5، 1420هـ-2000م
- مالك ابن أنس، الموطأ، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، ط.2، 1420هـ-1999 م
- محمد أبو زهرة، ابن حنبل، حياته وعصره- آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي- القاهرة، 1418هـ-1997م،
- -----، أصول الفقه، دار الفكر العربي- القاهرة، 1427هـ/2006م،
- -----، تاريخ المذاهب الإسلامية، القاهرة، دار الفكر العربي، 1430هـ-2009م؛
- -----، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1416هـ/1996م؛
- محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، نشر مشترك: دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس- دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط.2، 1428هـ-2007م،
- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز الزرعي (المعروف بابن قيم الجوزية)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الحديث، القاهرة، 1427هـ-2006م؛
- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، المكتبة العصرية، صيدا-بيروت، 1426هـ-2005م؛
- محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار المستقبل للطباعة والنشر والتوزيع- دار الإمام مالك، الجزائر، ط.1، 1426هـ-2005م؛
- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط.2، 1996؛
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، ط.6، 2008؛

ب - مراجع قانونية وعامة:

أ- مراجع قانونية

■ أحمد ادريوش:

- أصول نظام التحفيظ العقاري، منشورات المعرفة القانونية، ط.1، 1424هـ/ 2003 م؛

- نطاق ظهير الالتزامات والعقود، سلسلة المعرفة القانونية 3، ط.1، 1996،

■ أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع مع دراسة تطبيقية للملكية الشقق والطبقات في المملكة العربية السعودية والقانون المقارن، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ط.1، 1420هـ-1999،

■ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه، منشأة المعارف، الإسكندرية 2004

■ أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول المنهجية لإعداد البحوث العلمية، ط.1، د.ت.ط.

■ الهادي مقداد، السياسة العقارية في ميدان التعمير والسكنى ، مطبعة النجاح الجديدة، ط.1 1421-2000

■ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ط.1 1998،

■ أنور العمروسي، الملكية وأسباب كسبها في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، 2003-2004،

■ أنور طلبة، انحلال العقود، المكتب الجامعي الحديث القاهرة، 2004؛

■ محمد برادة غزول، لحسن بقال، عادل العشابي، محمد احمدش، سعيد المعتصم، عبد الله الدكار، ومحمد الهيني، الدليل العملي للعقار غير المحفظ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 2، ط.2 أبريل 2007؛

■ إدريس العلوي العبدلاوي:

- النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.1 1416هـ-1996 م؛

- النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء ط.1 1421هـ-2000 م؛

■ بوجمعة زفو، أثر نظام التحفيظ على تداول الملكية العقارية، مقارنة قانونية عملية، ط.1 2013، دار القلم- الرباط؛

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، مؤلف بالفرنسية، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط.1، 2000م-1420هـ؛
- جورج شدراوي، حق الملكية العقارية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، 2006؛
- جيلالي بوحبص، قراءات في القانون العقاري وقانون البناء، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، ط.1، د.ت.ط؛
- حامد مصطفى، الملكية العقارية في العراق مع مقارنة بالقانون المدني العربي المصري والسوري، الجزء الأول، الحقوق العينية الأصلية، جامعة الدول العربية معهد الدراسات العربية العالية 1964؛
- رفيق يونس المصري، الأزمة المالية العالمية، دار القلم- دمشق، ط.1، 1431هـ-2010م؛
- سفيان ادريوش، تسديد الديون الرهنية مقارنة قانونية ومالية، مطبعة الأمنية- الرباط، ط.1 أكتوبر 2009؛
- شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، د.د.ن. ط.2. 1956؛
- عادل حامدي، الضوابط الفقهية وتطبيقاتها القضائية في المادة العقارية والمدنية، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.2، 1436هـ-2015م؛
- عبد الرحمان بلعكيد، وثيقة العمل بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.2، 1416-1995؛
- عبد العالي حفيظ، حق الإقامة بالتناوب، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع- الرباط، ط.1، 2007؛
- عبد الحق صافي، الملكية المشتركة للعمارات والدور المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.1. 1426هـ-2005م؛
- عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في القسمة من سنة 1998 إلى 2004، الجزء الثاني، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.1. 1425-2004؛
- عبد الرزاق أحمد السنهوري؛
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: الجزء الأول في مصادر الالتزام، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.3، 2009؛

- : الجزء الخامس في الهبة والشركة ، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.3، 2009؛
- : الجزء الثامن في الملكية ، بيروت- ، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.3، 2009؛
- : الجزء العاشر في التأمينات الشخصية والعينية ، بيروت- لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.3، 2009؛
- :مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998؛
- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، د.د.ن، طبعة 1984؛
- عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.2، 1433هـ-2012م؛
- عبد الرحمان بلعكيد، علم الفرائض، مطبعة النجاح الجديدة، ط.3 1416/1995
- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية- بيروت، 1974؛
- عبد الله الشرقاوي، أثر الواقع في تطور العقود المالية في الفقه الإسلامي، دار الرشاد الحديثة- الدار البيضاء، ط.1، 1431هـ-2009م؛
- عبد الكريم العلوجي، حمورابي موحد بلاد الرافدين، دار الكتاب العربي- دمشق، ط.1 2010؛
- عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، الجزء الثالث، منشورات زين الحقوقية- البقاع، ط.2، 2011؛
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، 1416هـ/1996م؛
- علي عبد الواحد وافي، حسن شحاتة سعفان، قصة الملكية في العالم، مكتبة نهضة مصر بالفجالة، ط.2، 1377هـ-1985م؛
- علي حسن نجيدة، الشهر العقاري في مصر والمغرب، دار النهضة العربية، القاهرة، ط.1 1986؛
- علي محي الدين علي القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، ط.2، 1423هـ-2002م؛
- عمر أزوكار، العقار المحفظ بين قواعد الحجز التحفظي والإنذار العقاري- رصد لأكثر من 500 قرار لمحكمة النقض ومحاكم الموضوع- مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.1 1436-2014؛

- -----، التقييدات والتشطيبات في الرسم العقاري في ضوء نوازل قضاء محكمة النقض ومحاكم الموضوع، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.1 1436- 2014،
- لطيفة بحوص، إشكالية الإستثمار العقاري بين متطلبات القانون ورهانات التنمية، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 72، مطبعة دار النشر المغربية، ط.1 2007؛
- مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول التحفيظ العقاري، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.2 1987؛
- -----، -----، الجزء الثاني الحقوق العينية الأصلية والتبعية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، ط.2، 1987؛
- -----، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول مصادر الالتزامات، مطبعة النجاح الجديدة، ط.2، 1972؛
- -----، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثاني أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه، مطبعة النجاح الجديدة، 1970؛
- محمد الكشور، القسمة القضائية في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة- الدار البيضاء، ط.1، 1416- 1996؛
- -----، الحق في الكراء عنصر في الأصل التجاري، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ط.1، 1419- 1998؛
- محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة- الدرا البيضاء، ط.1، 1410/ 1990؛
- محمد بلتاجي، الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي، دار السلام- القاهرة، ط.1، 1428هـ- 2007م؛
- محيي الدين إسماعيل علم الدين، شرح قانون التمويل العقاري ولائحته التنفيذية، د.د.ن، د.ت.ط؛
- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007؛
- -----، شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007؛
- محمد سليم العوا، الفقه الإسلامي في طريق التجديد، سفير الدولية للنشر، ط.3، 1427هـ/ 2006م؛
- محمد قاسم المنسي، تغير الظروف وأثره في اختلاف الأحكام في الشريعة الإسلامية، دار السلام- القاهرة، ط.1، 1431هـ- 2010م؛

- محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، 1417هـ-1996م؛
- محمود حسين الوادي، إبراهيم محمد خريس، نضال علي عباس، مبادئ علم الاقتصاد، دار المسيرة- عمان، ط.1، 1430هـ-2010م؛
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم- دمشق، ط.2، 1425هـ-2004م؛
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول العقد، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط.4، 2007؛
- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.ت.ط؛
- نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2003 ؛
- -----، التأمينات العينية والشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، ط.1، 2010؛
- همام محمود زهران، الحقوق العينية الأصلية، حق الملكية، أحكام الملكية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2010؛
- وليد صلاح مرسى رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2009؛
- ثانيا: المراجع الخاصة
- إبراهيم سيد أحمد، الشرط المانع من التصرف فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية ط.1، 2004؛
- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيلية للنشر والتوزيع- الرياض، ط.1، 1430هـ-2009م.
- عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة- بيروت، ط.1، 1408هـ-1988م.
- عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، طبع جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ط.1، 1402هـ-1982م..
- عياد بن عساف بن مقبل العنزي، الشروط التعويضية في المعاملات المالية، دار كنوز إشبيلية- الرياض، ط.1، 1430هـ-2009م..

- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، كنوز إشبيليا-الرياض، ط.1، 1427هـ-2006م.
- وفاء سيد أحمد محمد خلاف، قيود الملكية للمصلحة العامة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، د.ت.ط؛
- ثالثا: الأبحاث الجامعية
- أ- الأطروحات:
- إبراهيم مجاهد يوسف، الشرط المانع من التصرف كقيود على الملكية دراسة في إطار الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق القاهرة، السنة الجامعية 1419هـ/1998م.
- سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس - كلية الحقوق ، 1978.
- عبد العالي حفيظ، الحجز التنفيذي العقاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط- أكادال، السنة الجامعية 2008-2009.
- عبد الناصر فكري محمد، مبدأ دوام حق الملكية وأثر مضي المدة في انقضائه في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، بدون تاريخ.
- رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1414هـ-1994م.
- محمد فوزي، الشرط المانع من التصرف في حق الملكية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس- كلية الحقوق، 1414هـ-1994م.
- هاشم عبد المقصود سعد، نظرية حرية العقود والشروط في الفقه الإسلامي مقارنة بالتشريع الوضعي، رسالة دكتوراه في الفقه الإسلامي، جامعة القاهرة كلية الحقوق، د.ت.
- هدى سعيد النمر، القيود التي ترد على تصرفات مالك العقار المقسم إلى شقق وطبقات، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس كلية الحقوق، 1998.

ب- رسائل دبلوم الدراسات العليا ومذكرات الماستر:

- أحمد بوغوت، القيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون المدني، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال- الرباط، السنة الجامعية 1999-2000.
- خليل الزعيم، تدخل القضاء في إدارة الملكية المشتركة وتسييرها، بحث لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، تخصص قانون مدني، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال- الرباط، السنة الجامعية 2010-2011.
- فدوى حوطش، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية 2014-2015.
- خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون الخاص، قسم القانون العقاري، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، منتوري، 2007-2008.
- غازي مبارك الذنبيات، الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني، رسالة لاستكمال متطلبات درجة الماستر في القانون، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، شباط 1994م.
- مصطفى باسو، كراء أراضي الجموع، بحث لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس- الرباط، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، السنة الجامعية 2011-2012.

رابعاً- المعاجم اللغوية:

- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر- بيروت، الطبعة السادسة 1417هـ- 1997م.
- جبران مسعود، الرائد، دار العلم للملايين- بيروت، الطبعة الثامنة؛
- المعجم العربي الأساسي، مؤلف من إعداد جماعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، د.ت.ط، رقمه بالمكتبة الوطنية بالرباط 289387.

خامسا- المقالات:

- أحمد سمير قرني، مدى حرية الإرادة في اشتراط الشروط في العقد- دراسة فقهية مقارنة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://iefpedia.com/arab>، تاريخ الاطلاع: 2015/04/09؛
- أمينة ناعمي، القيمة القانونية للشرط المانع من التصرف، مجلة رحاب المحاكم- العدد2، شتنبر 2009؛
- بروس إيه ريزنيك، حقوق الملكية في اقتصاد السوق، منشور على الموقع: [http:// www.mafhoum.com/press](http://www.mafhoum.com/press) تاريخ الاطلاع 2010/01/11
- جابر محجوب علي، تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية في شأن مدى سلطة الراهن (المقترض) في التصرف في العقار المرهون ضمانا لقرض الرعاية السكنية، الطعن بالتمييز رقم 2002/70 مدني- جلسة (2002/05/20)، مجلة الحقوق، الكويت، العدد4، السنة40، ذو الحجة 1427هـ- ديسمبر 2006م؛
- جميل الشرقاوي، قيد الملكية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق، الكويت، السنة الثانية، العدد2، 1978؛
- حبيب عبيد ميرزة العماري، الشرط المانع في القانون العراقي، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول/ السنة الرابعة، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.iasj.net، تاريخ الاطلاع: 2015/03/20؛
- خليل أحمد حسن قداد، مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية) المجلد الثاني عشر، العدد الثاني- يونيو 2004، منشور على الإنترنت موقع: resportal.iugaza.edu.ps، تاريخ الاطلاع 2015/02/27؛
- غازي أبو عرابي، الشرط المانع من التصرف بين الإطلاق والتقييد في القانون الأردني والفقه الإسلامي، مجلة علوم الشريعة والقانون، مج.1، العدد1، 1998، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية؛
- محمد شيلح، القانون والاقتصاد بين الانفصال والاتصال، المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، العدد رقم2- 2009، مركز قانون الالتزامات والعقود، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق- فاس.

- محمد بخنيف، مدى مساهمة قانون 18.00 في تكريس الحق في السكن، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 36/2010، الطبعة الأولى الإصدار الأول 2010.
- مصطفى بن حمزة، توظيف الوقف الأسس الفقهية والإمكانات التنموية، الموقع الإلكتروني: منبر المنارة الإخبارية الخاص - Oujda-portail.Net، تاريخ الإطلاع: 2010/09/30؛
- فاطنة شهاب، المجهودات المبذولة من طرف وزارة الإسكان والتعمير والتنمية المجالية لحاربة السكن غير اللائق، منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 36/2010، الطبعة الأولى الإصدار الأول 2010.
- نبيلة أومحمد، قيود حق الملكية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.startimes.com، تاريخ الاطلاع: 2015/02/23

سادسا: المجالات

- مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت:
 - العدد 2 السنة 2، 1978؛
 - العدد 4 السنة 6، 1982.
- مجلة الحقوق، المجلد الثامن، العدد الأول محرم 1432هـ- يناير 2011، دورية تصدرها كلية الحقوق، جامعة البحرين؛
- مجلة قضاء المجلس الأعلى، الأعداد:
 - العدد 31 السنة 8، 1983؛
 - العدد 47، 17 يوليو 1995.
- مجلة القضاء والقانون، العدد 156؛
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية، الجزء 2، 1983- 1991، إدريس ملين، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية؛
- مجلة المحامي، العدد 34 يناير 1999؛
- مجلة رسالة المحاماة، العدد 8، أبريل 1991؛
- مجلة المحاكم المغربية، العدد 96، شتنبر- أكتوبر 2002.

- مجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الجزء الثاني، العدد 2، الطبعة الأولى 2010.
- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 206، الطبعة الثانية 2008.
- المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 72، الطبعة الأولى 2007.
- المجلة المغربية للقانون الاقتصادي، مركز قانون الالتزامات والعقود، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الحقوق، فاس، العدد 2 - 2009.
- المجلة المغربية في الفقه والقضاء، العدد الثاني شتاء- 2016.
- منشورات كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 36/2010، الطبعة الأولى الإصدار الأول 2010.

II- المراجع باللغة الفرنسية:

A- Les ouvrages :

- Abdelouahed belkziz, évolution du régime de la propriété immobilière au Maroc , L G D J, Paris,1970 ;
- Christian Atias, droit des biens, 1999 4è édition, Editions Litec ;
- Christian Larroumet, les biens, droits réels principaux, tome 2, 3 e édition Delta-Economica ;
- François Terré et Philippe Simler, droit civil, les biens, Dalloz 7° édition 2006;
- Gabriel Marty – Pierre Raynaud, droit civil, les biens, Dalloz, 1995 ;
- Geneviève Helleringer, les clauses du contrat, Essai de typologie, édition Alpha, Beyrouth, 2013 ;
- Gérard Cornu, droit civil, les bien, Alpha, 3 e édition, 2009 ;
- Henri Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, leçons de droit civil, obligations, théorie générale, tome 2, premier volume,,Delta 9 e édition, 2000;
- Jean-Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, traité de droit civil, les biens, LGDJ 1è édition, , 2010 ;

- Julien Théron, l'intervention du juge dans les transmissions de biens, Editions Alpha, 2009 ;
- Marcel Planiol, traité élémentaire de droit civil, tome premier, L G D J , Paris, 1906 ;
- Mustapha Mekki, l'intérêt général et le contrat, édition , LGDJ, Paris, 2004 ;
- Philippe bihr, droit civil général, Dalloz¹⁵ é édition, 2004 ;
- Philippe Malaurie et Laurent Aynès, cours de droit civil, tome VI, les obligations, 5^e édition 1994 ;
- Paul Decroux, droit foncier marocain, éditions la porte, 1977 ;
- Stéphane Piédelièvre, la publicité foncière, LGDJ, 2000 ;
- M. Weismann, copropriété, Delmas, 19^e édition, 2006.

B- Les thèses :

- Isabelle Forestier, la fragilisation de la propriété privée immobilière, thèse pour le doctorat en droit, présentée et soutenue le 18/12/2009 à la faculté de droit de Toulon, Université du sud Toulon-Var ;
- Jean Pascal chazal, de la puissance économique en droit des obligations, thèse pour l'obtention de doctorat en droit, présentée et soutenue le 27 mars 1996, université pierre mandes, faculté de droit U.F.R- Grenoble, tome 1, p.38.

C- Les articles:

- Albert cheron, la jurisprudence sur les clauses d'inaliénabilité, sa logique et ses limites, RTD.civ. 1906 ;
- Albert Wagner, la clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs, RTD.civ. 1907 ;
- Augustin Chomel, Clauses et dispositifs anti-spéculatifs dans l'accession aidée à la propriété, www.anil.org(Agence nationale pour l'information sur le logement), date de consultation le 1^{er} mars 2015 ;

- Crémieux C. Regnard et autres, observations sur l'arrêt du 20 avril 1858, les grands arrêts de la jurisprudence civile, H.Capitant F.Terré/Y.Lequette, tome 1, 11^e édition 2000, Dalloz ;
- Jean Dabin, une nouvelle définition du droit réel , RTD.civ. 1962, tome 60 ;
- Laurent Leveneur, Thomas Semere, droits de préférence et de préemption, la semaine juridique notariale et immobilière, Lexis-Nexis, n°11, 13 mars 2015 ;
- Louis Vincent, inaliénabilité, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, tome V 1990 ;
- Marguerite Vanel, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, tome VII 1990 ;
- Michelle Cumyn, les restrictions à la liberté d'aliéner dans le code civil du Québec, <http://Lawjournal.mcgill.ca>, consulté le 23/03/2015 ;
- Mohamed Alami Mchichi, environnement juridique de la vie économique, Revue marocaine de droit économique, n° 2 année 2009, Centre de droit des obligations et des contrats, Université sidi mohamed ben abdellah, Faculté de droit, Fès ;
- Paul Tavernier, la notion de propriété et le droit européen, la propriété en mutation, colloques tempus, faculté de droit et de sciences économiques et de gestion, Rouen 10-11 mai 1993, publication de l'université de Rouen n° 219 ;
- René Savatier, RTD.civ. Année 1923, Recueil Sirey.

D- Les revues et périodiques :

- Revue trimestriel de droit civil, Sirey :

- Tome cinquième, année 1906.
- Tome sixième, année 1907.
- Tome soixantième, année 1962.

- Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, tome VII, mise à jour 1990.
- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 10^e édition, 1994.
- Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 11^e édition, 2000 ;

- Lexis Nexis n° 11 du 13 mars 2015.

▪ Revue Marocaine de droit économique, centre de droit des obligations et des contrats, université Mohamed ben Abdellah, Faculté de droit, Fès, n° 2- 2009.

E- Colloque et journées d'étude :

▪ Contrainte et limitation et atteinte à la propriété, commission université-palais, université de liège, sous la coordination de Pascale Lecoq et Paul Lewalle, Larcier ;

▪ La propriété en mutation, Faculté de droit, sciences économiques et de gestion de Rouen, publication de l'université de Rouen n°219 avec le concours de l'union européenne.

F- Les journaux

- L'économiste n° 4258 des 18 – 19 et 20 avril 2014.

G- Textes juridiques :

- Code civil Français, Dalloz, 110^e édition, 2011 .

▪ Code Wallon du logement, institué par le décret du 29 octobre 1998 publié au moniteur belge du 4 décembre 1998, tel qu'il a été modifié et complété.

▪ Code Civil du Québec, à jour au 1^{er} mars 2015, ww2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca, consulté le 06/04/2015.

H- Lexiques :

- Grand dictionnaire HACHETTE , hachette livre, édition 1993.

III- Sites sur internet :

- Ar.wikipedia.com
- Fr.wikipedia.org/wiki
- www.iaj.net/iasj?func=fulltext&ald=38577
- <http://lawjournal.mcgill.ca>
- <http://www.ohchr.org>
- <http://www.ahram.org.eg>
- <http://www.almeezan.qa/opininpage.aspx?id=1446&language=ar>

- <https://ar.wikipedia.org>
- <https://islamqa.info>
- <http://www.courdecassation.fr>
- <https://ar.wikipedia.org>
- <https://ar.wikipedia.org>
- <http://www.gouv.fr>
- <http://www.jurisprudents.net>
- <http://lawersaa.com/p=4961>
- <http://ssl.editionsthemis.com>
- Oujda-portail.net
- www.alriyadh.com
- www.aqartd.com/dewaniyahdetails.asp
- www.agriculture.gov.ma
- www.almaany.com/hom
- www.anil.org
- www.justice-lawhome.com
- www.mafhoum.com/press
- www.maroc.ma
- www.medi1tv.com
- www.legifrance.gouv.fr
- Maghress.com/fr/l'économiste
- www.legifrance.gouv.fr
- Mrw.wallonie.be
- www.e-lawerassistance
- www.f-law.net
- www.binbayyah.net
- Ww2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca
- Stocksexperts.net/showthread.php?t=86732

الفهرس

لائحة بالمختصرات المستعملة.....	2
مقدمة.....	3
الباب الأول: المقاربة التوفيقية ضمان للموازنة بين ضرورة تداول الملكية العقارية الخاصة وحرية اشتراط	
القيود الاتفاقية	14
الفصل الأول: الأصل تداول الملكية العقارية الخاصة والقيود الاتفاقية استثناء.....	16
الفرع الأول: الأصل حرية تداول الملكية العقارية الخاصة.....	17
المبحث الأول: المبررات التشريعية لمبدأ تداول الملكية العقارية.....	17
المطلب الأول: عناصر حق الملكية من مظاهر إطلاق حرية التداول	19
الفقرة الأولى: الفوائد الناتجة عن استعمال الملكية العقارية واستغلالها من مظاهر التداول	19
أولاً: سلطة الاستعمال وسيلة لتداول منافع الملكية العقارية.....	19
ثانياً: سلطة الاستغلال من صور تداول الملكية العقارية.....	21
الفقرة الثانية: سلطة التصرف في حق الملكية من أبرز تجليات التداول	22
أولاً: المظهر المادي لعنصر التصرف	23
ثانياً: المظهر الحقوقي لعنصر التصرف	23
المطلب الثاني: مظاهر التكريس التشريعي لحرية تداول الأموال	24
الفقرة الأولى: خصائص حق الملكية تكريس لحرية المالك في التصرف في ملكه	24
الفقرة الثانية: ترتيب حقوق عينية على الملكية العقارية غير مانع من تصرف المالك في ملكه	26
المبحث الثاني: المبررات العملية لمبدأ تداول الملكية العقارية	28
المطلب الأول: الطرق المباشرة لتداول الملكية العقارية	28
الفقرة الأولى: الطرق الإرادية لتداول الملكية العقارية	28
الفقرة الثانية: الطرق غير الإرادية لتداول الملكية العقارية	30
المطلب الثاني: الطرق غير المباشرة لتداول الملكية العقارية	32
الفقرة الأولى: تنمية الملكية العقارية من مظاهر التداول غير المباشر	33
الفقرة الثانية: الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية من مظاهر التداول غير المباشر	34

- الفرع الثاني: القيود الاتفاقية استثناء من تداول الملكية العقارية الخاصة.....35
- المبحث الأول: الحرية التعاقدية تحفيز لتداول الملكية العقارية وتكريس لحرية اشتراط القيود.....37
- المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للقيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية الخاصة.....37
- الفقرة الأولى: تمييز القيود الاتفاقية عن المؤسسات المشابهة لها.....38
- الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للقيود الاتفاقية.....41
- المطلب الثاني: القيود الاتفاقية من الحرية التعاقدية.....46
- الفقرة الأولى: الحرية التعاقدية بين الإطلاق والتقييد.....47
- الفقرة الثانية: الحرية التعاقدية تكريس لتداول الملكية العقارية.....50
- المبحث الثاني: دور القيود الاتفاقية بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.....52
- المطلب الأول: القيود الإتفاقية في الفقه الإسلامي بين التقييد والإطلاق.....52
- الفقرة الأولى: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد عند الظاهرية هو التحريم.....53
- الفقرة الثانية: الأصل في الشروط المقترنة بالعقد عند الجمهور هو الإباحة.....55
- المطلب الثاني: القيود الاتفاقية في القانون الوضعي بين الإقرار الضمني والتنظيم الجزئي.....59
- الفقرة الأولى: القيود الاتفاقية في القانون المغربي.....59
- الفقرة الثانية: القيود الاتفاقية في القانون المدني الفرنسي.....63
- الفصل الثاني: مرونة أحكام القيود الاتفاقية دعامة لتكريس النظرة التوفيقية.....66
- الفرع الأول: القيود الإتفاقية بين المرونة في الشروط والخصوصية في الآثار.....67
- المبحث الأول: مرونة شروط القيود الإتفاقية تدعيم للنظرة التوفيقية.....[76](#)
- المطلب الأول: توقيت القيود الإتفاقية جوهر مشروعيتها.....68
- الفقرة الأولى: قصور المعيار الجامد عن استيعاب متطلبات القيود الاتفاقية.....70
- الفقرة الثانية: مرونة مدة القيد الاتفاقي في خدمة الممارسة التعاقدية.....72
- المطلب الثاني: المصلحة المشروعة شرط جوهري لصحة القيود الإتفاقية.....74
- الفقرة الأولى: المصلحة المشروعة لأحد طرفي التصرف.....75
- الفقرة الثانية: المصلحة المشروعة لفائدة الغير.....77
- المبحث الثاني: خصوصية آثار القيود الإتفاقية دعامة أساسية للنظرة التوفيقية.....79
- المطلب الأول: نطاق الحظر المترتب على القيود الاتفاقية.....79

- 80.....الفقرة الأولى: نطاق الحظر من حيث الأعمال
- 80.....أولاً: تأويل الفقه لنطاق القيد الاتفاقي
- 81.....ثانياً: تأويل القضاء لنطاق القيد الاتفاقي
- 83.....الفقرة الثانية: نطاق الحظر من حيث الأشخاص
- 83.....أولاً: انصراف أثر القيد الاتفاقي إلى المتعاقدين بمفهومه الواسع
- 85.....ثانياً: انصراف أثر القيد الاتفاقي إلى الغير
- 90.....المطلب الثاني: خصوصية الجزاء المترتب على مخالفة القيود الاتفاقية
- 90.....الفقرة الأولى: الفسخ إهدار للتصرف الأصلي من أساسه
- 91.....الفقرة الثانية: قابلية إبطال التصرف المخالف في خدمة النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية
- 94.....الفرع الثاني: النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية بين الدور الرقابي والدور التوجيهي للقضاء
- 95.....المبحث الأول: السلطة التقديرية للقضاء في خدمة النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية
- 95.....المطلب الأول: دور القضاء في الموازنة بين مشروعية المصلحة المراد حمايتها وضرورة القيد الاتفاقي
- 96.....الفقرة الأولى: دور القضاء الوطني
- 98.....الفقرة الثانية: دور القضاء المقارن
- 100.....المطلب الثاني: دور القضاء في مراقبة مدى معقولية مدة القيد الاتفاقي
- 100.....الفقرة الأولى: مشروعية المصلحة مقياس مدة القيد الاتفاقي
- 101.....الفقرة الثانية: المدلول النسبي لمدة القيد الاتفاقي في خدمة النظرة التوفيقية
- 103.....المبحث الثاني: الترخيص بالتصرف في الملكية العقارية خلافاً لمقتضى القيد تفعيل للنظرة التوفيقية..
- 103.....المطلب الأول: القوة الملزمة للقيد الاتفاقي هي الأصل
- 105.....المطلب الثاني: الترخيص القضائي بالتصرف استثناء من القوة الملزمة للقيد الاتفاقي
- 109.....الباب الثاني: انعكاسات المقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية الواردة على الملكية العقارية
- 111.....الفصل الأول: الانعكاسات القانونية للمقاربة التوفيقية
- 112.....الفرع الأول: مرونة مفهوم حق الملكية العقارية في خدمة المقاربة التوفيقية للتخفيف من آثار القيود..
- 112.....المبحث الأول: قابلية حق الملكية العقارية للتجاوب مع فكرة الملاءمة
- 114.....المطلب الأول: تسخير مرونة مفهوم حق الملكية العقارية لخدمة فكرة الملاءمة
- 114.....الفقرة الأولى: مرونة مفهوم حق الملكية العقارية مساير للتطورات الاقتصادية والاجتماعية

- الفقرة الثانية: مرونة مفهوم حق الملكية العقارية مساعد على تحقيق الملاءمة 115
- المطلب الثاني: فكرة الملاءمة تكريس للطبيعة العينية لحق الملكية العقارية..... 117
- الفقرة الأولى: على مستوى جوهر حق الملكية العقارية..... 117
- الفقرة الثانية: على مستوى التصرفات الواردة على الملكية العقارية..... 118
- المبحث الثاني: التناسب بين التصرف ومقتضى القيد الاتفاقي من متطلبات الملاءمة..... 120
- المطلب الأول: الصياغة العامة للقيد الاتفاقي وصعوبة تحقيق التناسب 122
- المطلب الثاني: الصياغة الحصرية للقيد الاتفاقي عامل مساعد على تحقيق التناسب 123
- الفرع الثاني: المقاربة التوفيقية وسيلة للتخفيف من آثار القيود على تداول الملكية العقارية 125
- المبحث الأول: التأجيل الاتفاقي لتداول الملكية العقارية من مظاهر تلطيف آثار القيود الاتفاقية..... 126
- المطلب الأول: المنع الدائم من التصرف مناقض للطبيعة المطلقة لحق الملكية 127
- الفقرة الأولى: الاعتبار الاقتصادي أساس مبدأ تداول الأموال 127
- الفقرة الثانية: المنع المطلق لتداول الأموال من عمل المشرع 128
- المطلب الثاني: المنع المؤقت من التصرف تكريس للنظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية 130
- الفقرة الأولى: المصلحة المستهدفة بالقيد أساس تأجيل تداول الملكية العقارية..... 130
- الفقرة الثانية: التعطيل الاتفاقي لسلطات المالك خلال سريان القيد 131
- المبحث الثاني: قابلية إبطال التصرفات المخالفة من مظاهر التلطيف من آثار القيود الاتفاقية 132
- المطلب الأول: الاختلاف التشريعي حول الجزاء المترتب على مخالفة مقتضى القيد..... 135
- الفقرة الأولى: موقف التشريع المغربي 136
- الفقرة الثانية: موقف التشريع المقارن 136
- المطلب الثاني: قابلية إجازة التصرفات المخالفة للقيود الاتفاقية تدعيم للنظرة التوفيقية 139
- الفقرة الأولى: الأصل عدم قابلية التصرفات الباطلة بطلانا مطلقا للإجازة 139
- الفقرة الثانية: إجازة التصرفات المخالفة للقيود الاتفاقية عند تغير الظروف 141
- الفصل الثاني: الانعكاسات الاقتصادية للمقاربة التوفيقية للقيود الاتفاقية..... 143
- الفرع الأول: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو خدمة الائتمان 145
- المبحث الأول: النظرة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو الموازنة بين المصالح المتعارضة 145
- المطلب الأول: قصور الضمان العام عن حماية الدائنين 146

- 147الفقرة الأولى: مفهوم الضمان العام
- 149الفقرة الثانية: محدودية الضمان العام في حماية الدائنين
- 150المطلب الثاني: القيود الاتفاقية تقوية للضمان العام
- 150الفقرة الأولى: قواعد الضمان العام تكريس لحرية المدين في التصرف في أمواله
- 152الفقرة الثانية: النظرة التوفيقية للقيود الاتفاقية تحقيق للتوازن بين مختلف المصالح
- 155المبحث الثاني: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو تنمية الرهون العقارية
- 156المطلب الأول: القيود المانعة من التصرف تدعيم لنظام الرهن الرسمي
- 157الفقرة الأولى: الأصل احتفاظ الراهن بحق التصرف في العقار المرهون
- 158الفقرة الثانية: منع المالك الراهن من التصرف في العقار المرهون استثناء من الأصل
- 160المطلب الثاني: القيود المانعة من التصرف وسيلة ممهدة لتفويت الديون الرهنية
- 160الفقرة الأولى: الإطار القانوني لتسديد الديون الرهنية
- 161الفقرة الثانية: القيود المانعة من التصرف تدعيم لعملية التسديد
- 163الفرع الثاني: المقاربة التوفيقية توجيه للقيود الاتفاقية نحو تحقيق التنمية
- 163المبحث الأول: القيود الاتفاقية بين ضبط السوق العقارية ودعم التعمير
- 165المطلب الأول: القيود الاتفاقية من آليات ضبط المعاملات العقارية والحد من المضاربة
- 175الفقرة الأولى: المعاملات العقارية بين المضاربة المنضبطة والمضاربة المتوحشة
- 166أولاً: المضاربة المنضبطة تنشيط للمعاملات العقارية
- 168ثانياً: المضاربة المتوحشة مضرة بالإقتصاد
- 170الفقرة الثانية: آليات التصدي للمضاربة العقارية
- 170أولاً: التنظيم المسبق للمجال العقاري لمواجهة المضاربة
- 172ثانياً: القيود الاتفاقية آلية فعالة للحد من المضاربة العقارية
- 178المطلب الثاني: القيود الاتفاقية من آليات دعم التعمير
- 175الفقرة الأولى: مساهمة القيود الاتفاقية في تنمية التجزئات العقارية
- 175أولاً: التجزئات العقارية وسيلة لتعمير المناطق الجديدة
- 176ثانياً: القيود الاتفاقية وسيلة لتثبيت ملكية القطع الموزعة في اسم المستفيدين

الفقرة الثانية: مساهمة القيود الاتفاقية في ضمان توفير السكن لمستحقي الرعاية.....	178
أولاً: المشتركة إطار قانوني مناسب لتوفير السكن.....	178
ثانياً: القيود الاتفاقية وسيلة لضمان توفير السكن الاجتماعي لمستحقيه.....	180
المبحث الثاني: دور القيود الاتفاقية الاقتصادية والاجتماعية.....	183
المطلب الأول: القيود الاتفاقية دعامة أساسية في تنشيط القطاع الفلاحي.....	184
الفقرة الأولى: الإطار التنظيمي للقطاع الفلاحي.....	185
الفقرة الثانية: مساهمة القيود الاتفاقية في نجاعة العقود الواردة على الاستغلاليات الفلاحية.....	189
المطلب الثاني: القيود الاتفاقية تقنية مساعدة على تنمية التبرعات.....	194
الفقرة الأولى: الإطار القانوني للتبرعات.....	195
الفقرة الثانية: القيود الاتفاقية تحفيز على التبرع وتحقيق لرغبات المتبرعين.....	198
خاتمة :.....	202
قائمة المراجع.....	204
الملاحق.....	220
الفهرس.....	221