

Royaume du Maroc

Ministère de l'Education Nationale, de la Formation  
Professionnelle, de l'Enseignement Supérieur et de la  
Recherche Scientifique

Université Sidi Mohamed Ben Abdellah

Faculté des Sciences Juridiques Economiques et Sociales-Fès



المملكة المغربية

وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني و التعليم العالي  
و البحث العلمي

جامعة سيدي محمد بن عبد الله  
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية-فاس

مركزا لدراسات في الدكتوراه: العلوم القانونية والسياسية

مختبر البحث: قانون الالتزامات والعقود

ملخص أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع:

## عقد المغارسة بين القانون والممارسة

تحت إشراف الأستاذ:

د. سعيد البكوري

إعداد الطالبة الباحثة:

أسماء ميزات

### لجنة المناقشة :

د. سعيد البكوري: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس.....رئيسا ومشرفا

د. محمد شليح: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس (متقاعد) ..... عضوا

د. سعيد الروبيو: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بوجدة..... عضوا

د. محمد بخنيف: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق بفاس..... عضوا

د. عبد القادر قرموش: أستاذ مؤهل بكلية الحقوق بفاس..... عضوا

السنة الجامعية:

2018م / 2019م

1439-1440هـ

ملخص أطروحة تحت عنوان :

## عقد المغارسة بين القانون والممارسة

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

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

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

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

وهذا الأخير من أبرز هذه العقود التي عرفت الممارسة التعاقدية في بلادنا، وقد حظي باهتمام بالغ من قبل الفقهاء وبعض التشريعات قديمها وحديثها، فقد عمدت بعض القوانين المدنية إلى إقحامها في تشريعاتها الوطنية، فيما أثر البعض الآخر الإبقاء عليها في نطاق الممارسة المحلية تحكمها قواعد الفقه الإسلامي والأعراف المحلية، وهو موقف التشريع المغربي قبل سنة 2011م، فهو لم ينظمها لا في قانون الالتزامات والعقود ولا حتى في التشريعات المنظمة للعقارات كسبب من أسباب كسب الملكية، بل تركها لقواعد الفقه الإسلامي ولأعراف المحلية.

بالإضافة الى ذلك فهو يعد أشهر هذه العقود وأهمها لما يترتب عليه من آثار هامة، أبرزها اكتساب الغارس لجزء من الأرض والأشجار مقابل قيامه بعمله، إلا أنها لم تتل حظها من الدراسة الفقهية، كالمزارعة والمساقاة، فإذا كانت الكتب الفقهية بمختلف مذاهبها لا تخلو من ذكر باب للمزارعة وآخر للمساقاة، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمغارسة، إذ لا نجد لها ذكرا في الفقه الحنفي إلا على وجه القياس والتأويل لبعض صور المساقاة على أنها تنطبق على مسألة المغارسة، وكذلك الشأن بالنسبة للفقه الشافعي، أما الفقه الحنبلي، فيذكر المغارسة على وجه المصاحبة للمساقاة لا على وجه الاستقلال في باب أو فصل معين ودون تفصيل يذكر لأحكام هذه المعاملة.

وهنا، يجب التنويه والاعتراف بريادة الفقه المالكي في دراسته للمغارسة، فقد اعتنوا بهذا العقد عناية كبيرة من خلال تخصيصهم لباب جامع لأحكام عقد المغارسة، كما جاءت اجتهاداتهم واضحة ودقيقة، تستجيب لكل زمان ومكان، فليس هناك قضية ولا مشكلة عرضت عليهم بخصوص العقود الفلاحية عموما، وعقد المغارسة خصوصا، إلا واستنبطوا لها حكما.

وداخل هذا الإطار القانوني عمل المشرع على صياغة مجموعة من الأحكام الموضوعية لمختلف الحقوق العينية، وتنظيم بعض أسباب كسب الملكية التي لم تكن منظمة من قبل في نصوص قانونية، بمقتضيات جديدة مستمدة من قواعد الفقه الإسلامي وآراء الفقه القانوني ومن الاجتهاد القضائي.

لقد حاول المشرع قدر الإمكان استيعاب ما أفرزته الممارسة التعاقدية المبنية على الفقه المالكي والعادات والعرف والتقاليد، من خلال تنظيمه لأول مرة عقد المغارسة كسبب من أسباب كسب الملكية بموجب مدونة الحقوق العينية، وهي في مجملها نفس الأحكام التي نص عليها فقهاء المذهب المالكي.

فلقد شكل صدور مدونة الحقوق العينية مبادرة تشريعية مهمة في الميدان القانوني، استطاع من خلالها المشرع أن يتجاوز مجموعة من السلبيات التي أفرزتها ازدواجية القواعد القانونية المطبقة على العقارات، الشيء الذي انعكس إيجابا على تحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات.

كما تعتبر هذه المدونة مساهمة قوية في اتجاه ضبط وتنظيم الإطار القانوني المتعلق بالحقوق العينية العقارية، بهدف إيجاد مرجعية قانونية ملزمة يستند إليها رجال القانون. (العدل في ما يوثقه من عقود ومعاملات والقاضي في ما يصدره من أحكام وقرارات. بمعنى أن عقد المغارسة من مستجدات أسباب كسب الملكية العقارية، وهو التوجه الذي أقره القضاء المغربي قبل هذا التشريع، حينما أعطى للغارس حصة من الشجر والأرض.

أضف إلى ذلك تولى المشرع تعريف المغارسة صراحة في الفقرة الأولى من المادة 265 بكونها {عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام}.

ونعتقد بأن الحكمة من تعريف المشرع لعقد المغارسة هو مخافة اختلاطها بالجعل أو الإجارة أو الشركة، على الرغم من أن إعطاء التعريفات يدخل كأصل ضمن اختصاص الفقه والقضاء.

ونظرا لخصوصية عقد المغارسة، فإن على المالك تسليم أرضه إلى شخص آخر يسمى الغارس، ليقوم بغرسها على نفقته بالشجر، مقابل الحصول على حصة في الأرض والشجر يتم الاتفاق عليها مسبقا في العقد، تصبح مستحقة للغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام، مقابل حصول مالك الأرض على جزء من أرضه مغروسة.

فأهم خاصية لعقد المغارسة هي طبيعته الخاصة التي تميزه عن باقي العقود، وهذه الخاصية تتجلى في ابتدائه في صورة وانتهائه في صورة أخرى، إذ يتسلم الغارس الأرض المتفق على غرسها وهي أرض جرداء، لتنتهي في صورة بستان مثمر، وقد تكون هذه الخاصية واحدة من الأسباب التي لا تجعل من عقد المغارسة صورة من صور الإجارة التي تناول قانون الالتزامات والعقود أحكامها تحت عنوان " في إجارة الصنعة وإجارة الخدمة" في الفصول من 723 وما بعدها.

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

ومن هنا تبرز أهمية ودوافع اختيار موضوع عقد المغارسة بين القانون والممارسة كأطروحة للبحث الأكاديمي.

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

كما أن القيام بالبحث في أمهات كتب الفقه الإسلامي، واستفراغ الجهد للنظر في أحكام المغارسة وخصوصيتها، والبحث كذلك في النصوص القانونية المنظمة لهذه المعاملة للوصول إلى فكرة أساسية مفادها أن هذه الأخيرة مستمدة في مجملها من أحكام الفقه الإسلامي، ومقارنة ذلك مع بعض قوانين الدول العربية للخروج بخلاصة، تؤطر البحث في الموضوع وتؤدي إلى نتائج بحثية منطقية.

من هنا يكتسي هذا الموضوع أهميته وراهنيته سواء من الناحية القانونية ، النظرية وكذا التطبيقية.

وبالنسبة لأهميته النظرية : فهذا البحث ليس سوى لبنة في تحقيق التأطير القانوني لجميع الممارسات التعاقدية والعلاقات الاجتماعية، وتوحيد للاجتهد وضمان لتحقيق الأمن القانوني.

أما الأهمية التطبيقية : فعقد المغارسة تترتب عليه جملة من المشاكل وتناوله بالتحليل يستلزم حل مجمل الإشكاليات التي تشوب الموضوع بدء بتحديد المقصود من عقد المغارسة وانتهاء بمسألة انقضائه.

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

وهنا لا تفوتني الفرصة دون أن أذكر مجلسكم الموقر أنه قد واجهتني بعض الصعاب في سبيل تنميم هذه الأطروحة، ذكرت طرفا منها في مقدمة البحث، تتمثل فيما يلي:

\*صعوبة الحصول على المادة العلمية في بطون أمهات الكتب الفقهية، نظرا لكون القواعد المؤطرة لهذا العقد مشتتة في مصادر عدة، فتارة نجدتها في أمهات الكتب الفقهية، وتارة في صورة فتاوى أو آراء عريضة لم تكن هي المقصودة بذات النازلة، وتارة أخرى في الأعراف المحلية وتارة أخرى في القواعد العامة أو الخاصة.

\*صعوبة الحصول على بعض الوثائق المهمة والتي كانت ستزيد الموضوع دقة وتشويقا وغنى من الناحية التطبيقية، كما هو الشأن بالنسبة لبعض العقود التي تحصلت

عليها والمنصبه على أراضي الأوقاف لمدينة وزان، التي أثارت العديد من المشاكل على المستوى العملي.

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

هذا ما دفعني إلى إجراء مقابلات شخصية شفوية مع بعض الفلاحين أصحاب أراضي، خاصة بمدينة الناظور، الديروش، الحسيمة، فكان جواب أغليبتهم هو عدم القيام بالمغارسة والاعتماد على معاملة \*الخماس\*، رغم أن التعامل بعقود الخماسة في طريق التهميش لوجود أنماط الاستغلال الفلاحي الأخرى كالكراء الفلاحي، لوجود قواعد منظمة ومحكمة له ولاارتباطه بطرق الاستغلال العصرية، الشيء الذي اثر بشكل كبير على بعض هذه الأنماط، إذ أصبح المكتري مكان الخماس.

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

وعقد المغارسة كغيره من العقود، تترتب عليه جملة من الإشكالات وتناوله بالتحليل يستلزم حل مجملها، بدءا بتحديد المقصود من عقد المغارسة، وانتهاء بمسألة انقضائه، إلا أن الاشكالية المحورية يمكن صياغتها كما يلي:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي تحقيق التوازن بين طرفي العلاقة التعاقدية الغارس ومالك الأرض من خلال تنظيمه لأحكام عقد المغارسة في مدونة الحقوق العينية؟ وهل أضافت مدونة الحقوق العينية جديدا لعقد المغارسة غير ما هو متعارف عليه في الفقه الإسلامي؟

ومحاولة مني للإحاطة بهذه الإشكالية التي يطرحها الموضوع، اعتمدت خطة ممنهجة لبحثه بشكل سليم، عن طريق الاستعانة ببعض مناهج البحث العلمي التي من شأنها الاسهام في حصر عناصر اشكالية البحث.

وهكذا تم توظيف منهجي المقارنة والموازنة: وذلك من خلال مقارنة بين المذهب المالكي وباقي المذاهب الأخرى. كما حاولت أن أقارن بين أحكام هذا الفقه وأحكام بعض التشريعات الحديثة التي نظمت عقد المغارسة، ثم حاولت القيام بالمقاربة بين أحكام الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية.

وأیضا توظيف منهجي التحليل والتأصيل: بدءا بدراسة الفقه الإسلامي وربط كل فكرة بمصدرها في نصوصها الأصلية، والاستشهاد بآراء الفقهاء وأقوالهم المؤصلة ليكون الأصل للانطلاق، كي أخضع مواد مدونة الحقوق العينية الخاصة بالمغارسة لذات المنهج، فضلا عن تحليل النصوص وبيان موقف القضاء المغربي.

كما اعتمدت في البحث منهجي التمييز والترجيح: فدرست أحكام الفقه المالكي ومدونة الحقوق العينية دراسة موازية في مباحث ومطالب وفقرات، لكي تكون المقارنة تامة وشاملة تعطي صورة واضحة عن التشريعيين معا، عكس بعض الدراسات التي تفصل بينهما، فتخصص للفقه بابا وللقانون بابا آخر.

إن الاشكالية التي طرحها موضوع عقد المغارسة بين القانون والممارسة فرضت علي اعتماد خطة للبحث تراعي الجوانب المختلفة لهذا الموضوع، حيث قسمت موضوع البحث إلى بابين:

تناولت في الباب الأول : ماهية وأركان عقد المغارسة

وفي الباب الثاني : آثار عقد المغارسة

وللإجابة عن هذه النقط أعلاه ومقاربة الموضوع فقد عملت على تحديد ماهية المغارسة وأركانها، في الباب الأول، فعقد المغارسة عرف اختلافا فقها وقانونيا في تحديد مفهومه، وأكثر من ذلك فنظرا لطبيعته المتميزة فقد اختلف الفقه الإسلامي مبدئيا في مشروعيته بين من دافع عن جوازه وبين قائل بالمنع، لكن بغض النظر عن النقاش الفقهي تبقى المغارسة مؤسسة قائمة بذاتها.

وانطلاقا من هذا الوصف الفقهي وتكييف التشريعات المقارنة له استتجت التكييف الصحيح الذي يتلاءم وخصوصية هذا العقد ذو الطبيعة الخاصة، وذلك بعد تمييزه عن غيره من العقود المشابهة سواء المنظمة من قبل المشرع أو غير المنظمة.

ثم انتقلت في جانب آخر إلى أركان هذا العقد، كسائر العقود من رضا المتعاقدين، المحل، السبب وأخيرا الشكلية في عقد المغارسة، مع تبيان خصوصية وكذا الاشكاليات التي تميز كل ركن من هذه الاركان في عقد المغارسة.

ثم عملت في الباب الثاني، على تحديد اثار عقد المغارسة من خلال مناقشة مضمون هذا الاتفاق لتحديد نقطة بدايته ومحل التزامات الأطراف التي تتجلى بالنسبة لمالك الأرض في تسليم الأرض وضمان التعرض القانوني والمادي سواء من طرفه أو من طرف الغير، بالإضافة إلى ضمان الاستحقاق.

وبالنسبة للغرس فتتحدد في القيام بكل ما فيه صلاح الغرس والعناية به إلى حين الإطعام، أما عن الحقوق المتقابلة لكلا الطرفين فتتجلى في حق كلا الطرفين في الحصول على نصيبه من الأرض والشجر بعد الإطعام بحسب الاتفاق أو ما يجري به العرف، وتتجلى كذلك بالنسبة للمالك في حقه بالتصرف في العين محل المغارسة بكل أنواع التصرفات القانونية منها دون المساس بحق الغارس، ووقفت عند مسألة مهمة وهي هل يحق للغارس في حال تصرف المالك بالبيع ممارسة حق الشفعة، هنا ميزت بين حالتين الأولى بعد الإطعام فلا يثار إشكال، أما قبل الإطعام فقد اختلف الشراح في ذلك هذا في جانب، وفي جانب آخر إذا كان محل عقد المغارسة عقارا محفظا فهل يحق للغارس أن يطلب تقييدا احتياطيا ما دام حقه احتماليا وليس نهائيا؟

إضافة إلى أن بحث عقد المغارسة كعقد استثماري لاسيما في المجال الفلاحي، وما تنظمه المشرع المغربي لمؤسسة البنوك التشاركية والنص على منتجات تمويلية بديلة كالمغارسة باعتبارها صيغة تمويلية، يمكن من خلالها إحياء هذه المعاملة كشكل من أشكال الاستثمار الفلاحي في جانبه المتعلق بالأشجار والأعشاب التي تدوم في الأرض، وطرح فكرة المغارسة كصيغة تمويلية في البنوك التشاركية.

بعد الإجابة على ذلك، انتقلت إلى مناقشة فساد وانقضاء عقد المغارسة، هذا الأخير قد يكون فاسدا إما لاختلال في موضوعه أو فقدان أحد شروطه أو في حالة اشتراط ما يخالف مقتضى عقد المغارسة.

وقد ينتهي نهاية طبيعية بحلول الأجل القانوني المحدد له، بمعنى آخر، انتهاء أعمال الغرس وإطعام الشجر، وقد تنتهي المدة المتفق عليها في العقد ومع ذلك تستمر العلاقة بين الغارس ومالك الأرض وهو ما قد يجعل البعض يعتقد أن عقد المغارسة يأخذ صورا شتى منذ بدايته حتى انتهاء مدته مع أن الأمر ليس كذلك.

إلا أن هذا الأجل لا ينهي دائماً عقد المغارسة، فغالبا ما تكون هناك أسباب أخرى خارجة عن إرادة الغارس، فيحدث أن تطرأ حوادث غير متوقعة فيهلك الشجر بعد أن وصل درجة الإثمار، بل وقد يهلك حتى قبل الإطعام، فتطرح مسألة مدى أحقية الغارس في الحصول على نصيبه في كلا الحالتين.

كما قد ينتهي عقد المغارسة بالإقالة أو موت أحد العاقدين.

كما قد ينتهي بالقسمة، وهذه الأخيرة سواء كانت اتفاقية أم قضائية لا بد لها من محل، ومحلها في المغارسة الأرض بأشجارها، وهذه الأرض قد تكون عقارا محفظا أو غير محفظ.

وقد ذُلت هذه الأطروحة بخاتمة كخلاصة لهذه الدراسة جمعت فيها بين النتائج وبعض

التوصيات.

فمن خلال هذه الدراسة التي تناولت فيها عقد المغارسة في مدونة الحقوق العينية، استنتجت أن المشرع المغربي قد خطى خطوة جبارة ومحمودة بتنظيمه لعقد المغارسة بنصوص قانونية صرفة أغلبها مستمدة من قواعد الفقه المالكي، الشيء الذي سيكون له شأن كبير في حل النزاعات العقارية.

غير أن هذه المبادرة من طرف المشرع لاعتناق قواعد الفقه الإسلامي لم يكن شاملا، فالملاحظ أنه لم يتناول عقد المغارسة من النشأة إلى الانتهاء بشكل مفصل، مما يستوجب الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي.

هذا ولتجاوز بعض المشاكل التي يطرحها الموضوع وضعت مجموعة من المقترحات من بينها ضرورة تدخل المشرع لإعادة صياغة احكام المغارسة وذلك من خلال المقترحات التالية:

- النظر في شروط إبرام عقد المغارسة لأنها تعتبر من العناصر الأساسية التي يتوقف عليها صحة العقد أو فساده ، سواء تلك الشروط المتعلقة بالأرض، أم الشجر المراد غرسه.

\_ التنصيص على مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري بشأن عقد المغارسة الوارد على عقار محفظ أو في طور التحفيظ.

- التنصيص على إلزام صاحب الأرض بضمان الحصة التي ينقلها إلى الغارس بضمان التعرض وضمان الاستحقاق .
- التنصيص على إلزام الغارس بالقيام بالأعمال الموكولة إليه والمحددة في كتب الفقه الإسلامي وخصوصا أمهات كتب المذهب المالكي، على اعتبار أن المشرع جعل الإحالة عامة من خلال المادة الأولى من مدونة ح ع التي تتحدث عن المصادر التكميلية للمدونة.
- التنصيص على جزاءات الإخلال بجميع الشروط الموضوعية لإبرام عقد المغارسة أو في حالة تخلف شرط الرسمية في توثيق عقد المغارسة، حسما لكل نقاش فقهي أو تضارب قضائي بهذا الخصوص.
- النص على إمكانية جعل أحد طرفي عقد المغارسة أو هما معا، أشخاصا معنوية، وذلك من أجل تشجيع الشركات التي تمتلك أراضي زراعية أن تقدمها إلى شركات متخصصة أو الأبنك التشاركية لتتكلف بأعمال الغرس.
- ضرورة تدخل المشرع المغربي بنص صريح أو مقتضى تشريعي لتحديد موضوع التقييد الاحتياطي في الفصل المتعلق بالمغارسة من مدونة الحقوق العينية، أو إعادة صياغة النصوص المؤطرة للتقييد الاحتياطي الواردة في قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07، بشكل يحقق نوعا من التوافق والتناسق مع الأحكام العامة للتقييد

الاحتياطي، وذلك لأن المدد المنصوص عليها في الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري رقم 14.07 لا تتلاءم وعقد المغارسة.