

الحيازة في التبرعات بالنسبة للعقارات المحفظ

د. عبد العالى عثمانى
حاص ب الهيئة القنطرة (وزان)

تعتبر التبرعات وأحكامها وشروطها حيزا هاما في الفقه الإسلامي حسبما يتضح من مختلف المصنفات الفقهية المعلومة، وبالرغم من هذه الأهمية لم تقنن لحد الساعة تلك الأحكام في تشريع خاص جامع كما هو حال أحكام الأسرة المنظمة عموما بمقتضى مدونة الأسرة وقبلها مدونة الأحوال الشخصية.

لما كان موضوع البحث ينحصر في الحياة في التبرعات بالنسبة للعقارات المحفظ وجب الإشارة إلى أن الفصل 106 قبل إلغائه من ظهير التحفيظ كان قد اقتصر على القول بأن قواعد الفقه الإسلامي هي التي تطبق على العقارات الخاضعة لهذا الظهير ما لم تكن خالفة لهذا الظهير. كما نص الفصل 75 من ظهير 19 رجب موافق لـ 1333/6/2 المنظم للتشريع المطبق على العقار المحفظ بالنسبة للوقف أنه يبقى تدبير الأوقاف جاريا بمقتضى الشريعة والعوائد والضوابط الإسلامية، كما نص الفصل 3 من قانون توحيد المحاكم الصادر بتاريخ 65/1/26 على استمرار تطبيق النصوص الشرعية والعبرية والمدنية والجناحية الجاري بها العمل أمام تلك المحاكم إلى أن تتم مراجعتها.

لا بد إذا من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لمعرفة أحكام التبرعات وشروطها. بهذا الخصوص تجمع أحكام الفقهاء على أن الصدقة والهبة وما يجري بغيرها لا بد فيها من الحياة قبل حدوث المانع من موت أو تفليس أو مرض موت أو جنون لابد من تخلي المتبرع عن حيازته للعقارات موضوع التبرع ونقل هذه الحياة فعليا للمتبرع له. إن أحكام هذه الحياة في العقار العادي هي التي استمعنا إليها في الغور الأول من هذه الندوة.

لكن حين يتعلق الأمر بعقار محفظ فإن السؤال الذي يطرح بمنتهى وأثرا ولا يزال يثير اختلافا حادا على صعيد الفقه والعمل القضائي هو : هل تعتبر هذه الحياة تامة مجرد تسجيل عقد التبرع في اسم المتبرع إليه في الرسم العقاري، وهل يعني هذا التسجيل عن الحياة المادية والفعالية للمتبرع إليه لموضوع التبرع وتخلص المتبرع فعليا عن تلك الحياة؟.

للإطلاع بالموضوع ارتتأت استعراض خاذج من الأحكام القضائية أولا ثم من الآراء الفقهية ثانيا ثم إبداء ملاحظات في النهاية.

أولاً : في الاجتهاد القضائي.

(1) على صعيد الاستئناف حسب تاريخ الصدور :

- نشر بمجلة المحامي العدد 11 صفة 51 قرار استئنافي مؤرخ ب 87/4/21 قضى بإبطال الصدقة والتشطيب عليها من الرسم العقاري لانتفاء عنصر حيازة موضوع الصدقة من طرف المتصدق عليه وجاء من ضمن حيثيات القرار أن التسجيل بالرسم لا يصح عقد الصدقة الباطل.
- نشر بمجلة المحاما العدد 31 صفة 119 قرار استئنافي مؤرخ ب 89/2/1 قضى برفض طلب التشطيب على المبة بالرسم العقاري كان تقدم به الواهب نفسه محتاجاً بعدم خروج الدار التي تصدق بها من يده وعللت محكمة الاستئناف قرارها برفض طلبه بكون الواهب يجير على تحويل موضوع المبة للموهوب له.
- نشر بمجلة الإشاع العدد 3 صفة 126 قرار استئنافي مؤرخ ب 90/1/29 قضى برفض طلب تسجيل صدقة بالرسم العقاري لعدم وقوع هذا التسجيل قبل وفاة المتصدق ولعدم توفر الصدقة على الحياة.
- نشر بمجلة الإشاع العدد 7 صفة 144 قرار استئنافي مؤرخ ب 92/2/3 قضى فيه بأن تسجيل الصدقة بالرسم العقاري يعتبر نقلًا لملكيتها إلى المتصدق عليه وهذه هي الحياة المعتبرة في العقار المحفظ وأن رسم الصدقة لا يبطل بسبب انعدام الحياة ما دام المتصدق لم يحدث به أي مانع (في هذه النازلة كان المتصدق هو من طالب بإبطال الصدقة الصادرة عنه والتشطيب عليها من الرسم العقاري). والمقرر فقها في هذه الحالة أنه يجير على التحويل.
- نشر بمجلة الإشاع العدد 11 صفة 147 قرار استئنافي مؤرخ ب 94/1/25 قضى بإبطال المبة والتشطيب عليها من الرسم العقاري لأن الواهب لم يتخل فعلياً عن حيازة الموهوب وأن التسجيل بالرسم العقاري لا يقوم مقام الحياة الفعلية.
- بمجلة المحامي الغربية العدد 85 صفة 160 نشر قرار استئنافي مؤرخ ب 97/1/29 قضى بإبطال رسم الصدقة لأنعدام الحياة ورفض طلب تسجيلها بالرسم العقاري بالرغم من أن المتصدق عليه طالب من المتصدق تسجيل هذه الصدقة بالرسم (سبق القول بأن المتصدق يجير في هذه الحالة على تحويل ما تصدق به للمتصدق عليه ما دام المانع غير موجود).

(2) على صعيد المجلس الأعلى وحسب تاريخ الصدور دائمًا :

- قرار المجلس صادر بتاريخ 94/12/7 نشر بمجلة المحامي العدد 28 صفة 183 ذهب إلى أن تقدير الصدقة بالرسم العقاري قبل حدوث المانع هو في حد ذاته حيازة قانونية للعقار المتصدق به ولا مجال لبيان التقيد لعدم توفر الحياة الفعلية.
- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 95/12/26 نشر بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 49 صفة 101 ذهب إلى أن الدفع بعدم تسجيل الصدقة بالرسم العقاري إلا بعد وفاة المتصدق هو دفع يستوجب الجواب عنه ولو حيزت الصدقة فعلياً أثناء حياة المتصدق.

- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 13/2/1996 بنفس العدد من مجلة قضاء المجلس الأعلى صفحة 108 ذهب إلى أن تسجيل رسم الصدقة بالرسم العقاري قيد حياة المتصدق يعتبر حيازة قانونية يغنى عن إشهاد العدول بمعاينة الحياة أو إثباتها.
- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 13/2/2002 نشر بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 57 - 58 صفة 445 قض فيه بغرفتين أن عقد التحبيس متى توفر شرط الحياة الفعلية قبل المانع فإنه يعتد به ولو لم يسجل في الرسم العقاري ويكون من حق المستفيد طلب هذا التسجيل ولو بعد وفاة المبussy.
- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 8/12/2003 جميع غرفه منشور بمجلة القضاء والقانون العدد 149 صفة 259 قض فيه بأن التسجيل بالرسم العقاري للصدقة يعتبر في حد ذاته حيازة قانونية تغنى عن إشهاد العدولين بمعاينة الحياة وإخلاء السكنى موضوع الصدقة وأن غالية الفقه من اشتراط الحياة هو خروج العين من المتصدق إلى المتصدق عليه وهي غالية يتحققها التسجيل بشكل أضمن متى وقع قبل حدوث المانع.
- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 24/11/2004 بغرفتين منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 63 صفة 368 ذهب إلى أنه متى كانت الصدقة مقتنة بحيازة المتصدق عليه فإنها تكون صحيحة ولو لم يقع تسجيلاها بالرسم العقاري إلا بعد وفاة المتصدق ولا مجال لطلب التشطيب عليها لأنها نشأت صحيحة.
- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 30/12/2004 جميع غرفه نشر بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 63 صفة 379 ذهب إلى أن العبرة بتسجيل الصدقة بالرسم العقاري وليس مجرد الظهور المادي للمتصدق عليه بالعقار.
- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 23/4/2008 نشر بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 69 صفة 59 ذهب إلى أن تقييد الصدقة بالرسم العقاري هو حيازة مادية وقانونية للعقار.

ثانياً : في الفقه .

يرى الدكتور عبد الرحمن بلعكيد في مؤلفه المبة في المذهب والقانون صفحة 286 أن الحوز في العقار المحفظ هو فعلي وقانوني وإذا احتل أحدهما فلا أثر للخطوبة، فالهبة يجب أن تتتوفر على شروطها ومنها الحياة الفعلية للواهب من قبل الموهوب له ومن جهة ثانية يجب تسجيلاها في الرسم العقاري إعمالاً لمقتضيات الفصل 66 و67 من ظهير التحفيظ بحيث إذا لم تسجل إلا بعد حدوث المانع فلا يعتد بها ويضيف المؤلف أنه إذا لم تتوفر في المبة الحياة فإنه تكون غير قابلة للتسجيل بالرسم العقاري وإذا سجلت وهي مفتقدة للعنصر المذكور فإنه يتغير التشطيب عليها من طرف من له المصلحة ويضيف أن ما يسجل بالرسم طبقاً للفصلين 66 و67 من الظهير هو الحقوق الصحيحة وليس الحقوق الباطلة شرعاً. هكذا يرى المؤلف أن التسجيل بالرسم لا يغنى عن الحياة الفعلية.

يرى ذ علال العبودي رئيس غرفة بال مجلس الأعلى في بحثه المنشور بمجلة القضاء والقانون العدد 49 صفحة 107 بعد أن ذكر بالأراء الفقهية والقرارات القضائية التي استقرت على ضرورة اقتزان المبة بالحياة أن المبة التي لم تستوف مقوماتها الشرعية كتلك التي أخذت في مرض الموت لا يعتد بها ويعکن التشطيب عليها من الرسم العقاري وعقب على قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 92/2/13 المنشور بمجلة قضاة المجلس الأعلى العدد 49 الذي اعتبر تسجيل رسم صدقة دار سكنى بالرسم العقاري هو بذاته حياة بالرغم من أن المتصدق في النازلة لم يتخل عن الدار التي تصدق بها، اعتبر الاستاذ أن هذا القرار خالٍ للنصوص الفقهية الواجبة التطبيق بمقتضى الفصل 3 من قانون 65 المتعلق بتوحيد المحاكم، كما عقب على قرار المجلس الأعلى قضى بأن تسجيل الحبس بالرسم ولو بعد وفاة الحبس يبقى مقبولاً متى كان الحبس قد حيز فعلاً قبل المانع بما يؤيد هذا القرار مضيقاً سندًا قانونياً للتسجيل في هذه الحالة هو الفصل 80 من ظهير التحفيظ 1913/8/12 الذي يقضي بأنه إذا وقع انتقال حق بين الأحياء وطلب تسجيله بعد موت المفوت فإنه يمكن مباشرة هذا التسجيل متى كان العقد موقعاً ومشهوداً بصحة توقيعه.

- الاستاذ القدوري في بحثه المنشور بمجلة الإشعاع العدد 14 صفحة 43 اكتفى بالإشارة بخصوص الموضوع إلى التضارب الحاصل بين آراء الفقهاء واجتهادات المحاكم دون إبداء رأيه في الموضوع.

- الاستاذ أحمد الاجراوي في بحثه المنشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 84 صفحة 13 وما يليها تطرق إلى قرار للمجلس الأعلى اعتبر ان التبرع بملك حفظ يجب تسجيله بالرسم العقاري وأن عدم تسجيله بالرسم إلا بعد وفاة المتبرع يجعل التبرع باطلًا ويُشطب عليه حتى ولو حيز حياة فعلية قبل حدوث المانع بناء على الفصلين 66 و 67 من قانون التحفيظ وكذلك الفصل 106 من قانون التحفيظ الذي يوجب تطبيق أحكامه في حالة تعارضها مع أحكام الفقه، عقب ذ. الاجراوي منتقداً هذا القرار واعتبر أنه يجب التمييز بين الحقوق السابقة عن التحفيظ والحقوق التي تنشأ على العقار بعد التحفيظ حيث أن هذه الأخيرة يمكن التشطيب عليها بمقتضى الفصل 91 متى كانت العقود المسجلة باطلة وانتهت إلى القول بأن تسجيل سند التبرع بالرسم العقاري لا يغفي عن الحياة الفعلية ولا يقوم مقامها وأن التبرع ولو سجل بالرسم العقاري فإنه يكون باطلًا وقابلًا للتشطيب عليه إذا لم يجز حياة فعلية قبل المانع لأن التسجيل لا يساوي بين طرف العقد إلا ما يساويه العقد نفسه.

- يرى الاستاذ احمد بنكيران في تعليقه المنشور بمجلة القضاء والقانون العدد 149 صفحة 307 على قرار المجلس الأعلى الصادر بجميع غرفه والقاضي بأن التسجيل بالرسم العقاري يغفي عن الحياة الفعلية أن العقار المحفوظ له أحكام خاصة بمقتضى الفصلين 65 و 66 من ظهير التحفيظ وأن أحكام الفقه الإسلامي تتعلق بالعقارات الغير المحفوظة كما أن الخلاف

بين الفقهاء حول طبيعة المخوز في التبرعات كان مبنياً فقط على فتاوى الصحابة دون وجود نص بذلك في الكتاب والسنة.

- ذهب الأستاذ محمد بن معجور في كتابه الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي طبعة 1999 صفحة 343 أن حيازة موضوع التبرع في العقار الحفظ لا تثبت إلا بتسجيل التبرع في الرسم العقاري قبل حصول المانع بحيث إذا مات المتبرع قبل التسجيل فإن التبرع يبطل ولو ثبت بشهادة عدلين أن العقار قد حيز فعلاً من طرف المتبرع عليه قبل المانع.

- يرى الأستاذ إبراهيم بجماني في تعليقه بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 57 - 58 ص 453 على قرار للمجلس الأعلى قضى بأن الحبس متى وقعت حيازته فعلاً من طرف المحسن عليه فإنه يعتد به ومتى طلب المحسن عليه تسجيجه بالرسم ولو بعد وفاة المحسن فإنه يستجاب له يرى الأستاذ أن القرار المذكور مصادف للصواب تأسيساً على الفصل 75 من ظهير 1915/6/2 الذي ينص على أن الاحباس تبقى خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الإسلامية التي تجري عليها.

- هذا هو جمل الخلاف الحاصل في الفقه والعمل القضائي بخصوص الحيازة في التبرعات في العقار الحفظ. البعض يقول بضرورة الحيازة الفعلية والواقعية والبعض الآخر يرى الاعتداد بمجرد الحيازة القانونية المتمثلة في تسجيل التبرع بالرسم العقاري.

إذا كان المجلس الأعلى قد أصدر قراراً يجميع غرفه والمشار إليه سابقاً يقضي بأن التسجيل يعني عن الحيازة الفعلية وأن التبرع ولو لم يقترب بالحيازة الفعلية فإن تسجيجه بالرسم قبل المانع يكفي، فإن هذا القرار لا يجسم جموم الخلاف.

فإذا استوفى التبرع بعقار حفظ جميع مقوماته بما في ذلك حيازة المتبرع به وإخلائه من جميع شواغل المتبرع إذا تعلق الأمر بدار سكنى لكنه لم يسجل بالرسم العقاري حتى وقع المانع من وفاة المتصدق أو إخلائه هل يقبل تسجيل هذا الرسم رغم ذلك وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى بغرفتين في قراره المشار إليه سابقاً المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 57 - 58، أم أن العبرة بالتسجيل وحده في الرسم العقاري بحيث إذا سجل قبل وقوع المانع فإنه يعتد به ولو لم يجز حيازة فعلية وإذا لم يسجل إلا بعد وقوع المانع فإنه لا يعتد به حتى لو كان قد حيز حيازة فعلية كما ذهب إلى ذلك القرار المنصور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 49 - 50 صفحة 108.

إن المتمعن في الموضوع وطبيعة الخلاف القائم يدرك من دون شك أن الأمر لا يتعلق بمجرد خلاف في الرؤى والاجتهدات. إن الأمر أعمق من ذلك بكثير.

إن الأمر يتعلق بصراع ليس القانون سوى واجهته ومظهره الخارجي. إن الموضوع يتداخل فيه الثقافي والتاريخي والاجتماعي. تتدخل فيه الأصلة والحداثة ألم يقل الأستاذ محمد الاجراوي في بحثه المنصور بمجلة المحاكم المغربية العدد 84 صفحة 29 حول نفس الموضوع منتقداً قرار المجلس الأعلى الذي اعتبر التسجيل بالرسم هو المعتمد به في إثبات الحيازة أنه إذا

كان من واجبنا أن نساير الركب الحضاري في مجالات التجارة والاقتصاد وفي مجالات الشغل والنقل والسير و مختلف مظاهر الحضارة الإنسانية التي تعتبر تراثا مشتركا بين كافة دول العالم المتحضر فإن من واجبنا أيضا الحفاظ على هويتنا كأمة إسلامية تعتمد كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم والفقه الإسلامي المستمد منها في كل ما يتعلق بأحوالنا الشخصية وموارثنا وما يتعلق بهذه الأحوال من وصايا وصفقات وهبات خصوصا وأن أحكام الفقه الإسلامي قلما تتعارض مع القوانين الوضعية في مجال التبرعات وأن قواعد الفقه سارية المفعول لم تلغ ولم تعدل ومن واجب القضاء أن يطبق القوانين المعمول بها وفي إطار القواعد المعمول بها في هذا الشأن. ألم يقل ذ أحد بن كيران في تعليقه المنشور بمجلة القضاء والقانون العدد 149 صفحة 307 مؤيدا قرار المجلس الأعلى الذي سار في نفس الاتجاه أنه من المعلوم لدينا أن هناك فرقا بين الفقه والشريعة الإسلامية وأن الشريعة هي الكتاب والسنة أما ما قاله الصحابة أو فعلوه مما لم يوجد في كتاب ولا سنة فليس كذلك وأنه مما لا جدال فيه أن الخلاف الذي قام بين الفقهاء حول المحرر أو القبض هل هو ركن أم شرط صحة في عقود التبرع أم هو مجرد شرط لتمامها كان مبنيا فقط على فتاوى الصحابة رضي الله عنهم ومن جهة ثانية فإن الجدل الفقهي المذكور كان قائما في وقت لم يكن فيه نظام التحفظ العقاري الذي لم يشرع في تطبيقه إلا سنة 1912 .

- إن الأمر يتطلب في جميع الأحوال توحيدا للآراء تحقيقا للاستقرار والأمن القضائي الذي ننشده جميعا.