

ثانية الفقه والقانون في مادة البيوع العقارية

- محاولة لاقتراح معيار ضابط لنطاق التطبيق -

عبد الرحمن المتنوبي
قاضي بالمحكمة الابتدائية
بقصبة تادلة

تمهيد:

ما لا شك فيه أن الملكية العقارية لم تعد ترتبط فقط بالوظيفتين الطبيعية والاستثمارية، وإنما أصبحت لها وظيفة اجتماعية، فلم تعد الملكية الخاصة حق مطلق كما كانت عليه في الماضي بحيث تطغى عليها التزعة الفردية وإنما أصبحت حقا مقيدا باعتبارات العدالة الاجتماعية والصالح العام⁽¹⁾.

ولعل أكبر تجسيد لهذا التحول الذي تأثرت به التشريعات الحديثة هو الربط بين ملكية العقار وبين الحاجة إلى التنمية⁽²⁾، ذلك أن النشاط الاقتصادي يقوم في مجلمه على الثروة العقارية إذ أن المقاولة التي أضحت قطب الرخى في الاقتصاد الحديث لا يمكن تصورها بمعزل عن عقار يحتضن نشاطها سواء في الميدان الفلاحي أو الصناعي أو في الميدان الحرفي والمهنى، دون أن نغفل دور الملكية العقارية في تحقيق الاستقرار للعنصر البشري و تحكمها في توزيع السكان عبر أرجاء البلاد بشكل متوازي مع دورها في الرفع من مستوى التمدن و ما ينجم عن ذلك من بروز الكثير من الأنشطة الاقتصادية التي تقتضيها حاجات الإنسان و حاجات المدينة⁽³⁾.

⁽¹⁾ لحسن خضيري : "الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية الخاصة في التشريع المغربي" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص جامعة محمد الخامس سنة 1985 ص 1.

⁽²⁾ محمد الراجي "التسجيل و التشطيب بالرسوم العقارية بين القواعد العامة و النصوص الخاصة" عرض ألقى ضمن سلسلة ندوات محكمة الاستئناف ببني ملال.

⁽³⁾ مع ملاحظة أن هذه الفكرة وإن كانت قد تجلت بشكل واضح في العصر الحديث، فإنها مع ذلك فكرة قديمة قدم مؤسسة الملكية العقارية، أنظر في هذا المعنى مقدمة ابن خلدون، الفصل الأول منباب الرابع من المجلد الثاني الطبعة الرابعة سنة 1426هـ/2005م ص 5.

و لعل هذه الأهمية الاقتصادية و الاجتماعية للملكية العقارية هي التي تفرض الاهتمام بالجوانب القانونية المرتبطة بها، لاسيما فيما يخص نقل ملكية العقار عن طريق البيع، فلا قيمة للعقار من الناحية الاقتصادية إلا بالنظر إلى قابليته للتقويت بنقل ملكيته من شخص لأخر سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو معنوياً، غير أن تعدد النظم القانونية التي تحكم نقل ملكية العقار و صعوبة التوفيق بينها كثيرة ما يشكل قطيعة بين الثروة العقارية و التنمية المنشودة، طالما أنها تحول دون استقرار المعاملات في المجال العقاري و تمنع من انتقال الملكية انتقالاً هادئاً، فيبيع العقار في المغرب يخضع لمجموعة من النظم القانونية تذكر منها على سبيل المثال لا الحصر : الفقه الإسلامي، ظهير الالتزامات و العقود، ظهير التحفظ العقاري، القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز⁽¹⁾، القانون رقم 18.00 الخاص بالملكية المشتركة للعقارات المبنية⁽²⁾، القانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار⁽³⁾، القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية، أحكام مدونة الأسرة و أحكام قانون المسطرة المدنية فيما يخص بيع العقارات المملوكة لأشخاص قاصرين ... الخ.

و مع ذلك فإن معظم هذه النظم القانونية و على كثرتها فإنها لا تطرح كلها مشكلة نطاق التطبيق، إما لكونها تتنظم مجالاً محدوداً أو محصوراً يتم تسييره مسبقاً من طرف المشرع، و إما لكون المشرع تدخل صراحة وحد نطاق تطبيق هذا القانون أو ذاك، ليبقى أهم إشكال يطرحه النظام القانوني لبيع العقار ما يتعلق بالازدواجية بين أحكام الفقه الإسلامي و أحكام قانون الالتزامات و العقود.

و في معرض معالجة المشاكل الناجمة عن هذه الازدواجية في التنظيم سوف لن نتعامل معها وفق التقسيم الكلاسيكي(عقار محفوظ/ عقار غير محفوظ)، طالما أن قانون العقد و كما سنوضح ذلك لاحقاً يجب أن يطبق بعض النظر عن طبيعة العقار أكان محفوظاً أم غير محفوظ، وإنما سنحاول بحث الازدواجية القائمة بين الفقه الإسلامي و بين ظهير الالتزامات و العقود فيما يخص بيع العقار من خلال استعراض الكيفية التي تعامل بها الفقه والقضاء مع الموضوع (أولاً) كأرضية تسمح بهفهم الأشكال و محاولة رسم الحدود الفاصلة بين مجال تدخل كل من الفقه الإسلامي و ظهير الالتزامات و العقود، باعتماد ما يمكن تسميته بمعايير "قانون العقد و قانون الحق" (ثانياً) و ذلك من خلال القواعد المستندة من الاجتهد القضائي للمجلس الأعلى و قضاء الموضوع سواء تعلق الأمر بقضاء الدائرة الاستئنافية لبني ملال أو قضاء باقي محاكم المملكة.

⁽¹⁾ ظهير شريف رقم 1.02.309 بتاريخ 25 رجب 1423 (13 أكتوبر 2002) ج ر بتاريخ 23 أكتوبر 2002.

⁽²⁾ ظهير شريف رقم 1.02.298 صادر في 25 رجب 1423 (13 أكتوبر 2002) ج ر عدد 5056 بتاريخ 02/11/07.

⁽³⁾ ظهير شريف رقم 1.03.302 صادر في 16 رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003).

أولاً : ازدواجية التنظيم في مادة البيوع العقارية و الحاجة إلى التوحيد.

رغم كون الفقه الإسلامي من المصادر التاريخية لقانون الالتزامات و العقود المغربي⁽¹⁾ فإن ذلك لم يمنع من وجود اختلافا في الأحكام بينهما (أ) على نحو جعل مشكلة التنازع من حيث نطاق التطبيق تزداد أهمية وتتمنّى بجلاء من خلال أحكام القضاء وآراء الفقه في الموضوع (ب).

أ- مظاهر الاختلاف بين أحكام الفقه الإسلامي و قانون الالتزامات و العقود.

يعتبر الاختلاف في بعض الأحكام المتعلقة بالبيوع العقارية بين الفقه الإسلامي و ق. ل. ع من أهم دواعي بحث الموضوع إذ لو كانت أحكام هذين الإطارين القانونيين متطابقة بشكل تام لما طرحت أصلا مشكلة التنازع بينهما.

و يأتي على رأس الاختلاف القائم بين الفقه الإسلامي و ق. ل. ع في مادة بيع العقار ما يتعلق بإثبات عقد البيع، ذلك أن البيع في الفقه الإسلامي هو عقد رضائي يكفي أن يستجمع أركانه و شروط صحته حتى يرتب كافة آثاره لقول الشيخ خليل "ينعقد البيع بالمرضاة وإن بمعاطة"⁽²⁾ كما يمكن إثباته تبعا لذلك بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرائن و الإقرار⁽³⁾، و ذلك خلافا لما هو عليه الحال في ق. ل. ع بحيث استهل المشرع الفرع المتعلق ب تمام البيع بالفصل 488 من ق. ل. ع الذي يجعل الأصل في البيع أنه عقد رضائي، ثم أورد عليه استثناء من خلال الفصل 489 الذي يليه، فتطلب توفر شكلية الكتابة متى كان موضوع البيع عقارا أو حقوقا عقارية⁽⁴⁾ أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا.

و من مظاهر الاختلاف أيضا بين أحكام الفقه الإسلامي و ق. ل. ع في مادة البيوع العقارية، أنه في ظل الفقه الإسلامي يشترط أن يكون المثلثن (المبيع) معلوما، و لا يجوز بيع المجهول مطلقا، بخلاف بيع الحزاف الذي يجوز بشرطين و هما أن يكون مما يقال أو يوزن و أن يستوي البائع و المشتري في العلم بمقداره و في الجهل به⁽⁵⁾، و هي القاعدة التي أكدتها مجلس

⁽¹⁾ أحمد ادريوش "أصول قانون الالتزامات و العقود" بحث في الأصول الفقهية و التاريخية" أطروحة دكتوراه، ط 1996 ص 9 و ما بعدها.

⁽²⁾ انظر أيضا ابن جزي الغرناتي "القوانين الفقهية" ط 2003 ص 270 و ما بعدها.

⁽³⁾ مع ملاحظة أن الإقرار لا تجوز تجزئته إذا كان هو الحجة الوحيدة في ظل ق. ل. ع في حين يمكن تجزئة الإقرار في الفقه الإسلامي.

⁽⁴⁾ دون أن يميز المشرع بهذا الخصوص بين العقار المحفظ و العقار غير المحفظ.

⁽⁵⁾ ابن جزي المرجع السابق ص 271.

الاستئناف الشرعي الأعلى من خلال الحكم الصادر بتاريخ 09 ربيع الثاني 1347⁽¹⁾ ، حيث اعتبر البيع فاسداً لكون المثمن غير معلوم . أما في ظل ق. ل. ع فلا نجد حكماً من هذا القبيل بحيث سمح المشرع بموجب الفصل 61 من ق. ل. ع بأن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً أو غير محقق، كما جاء في الفصل 486 من نفس القانون أن البيع يمكن أن يرد على شيء غير محدد إلا بنوعه، وإن كان ذلك لا يعني أن البيع يمكن أن يتم دون محل بل يجب تعين البيع و تحديد مواصفاته على الأقل⁽²⁾.

كما تختلف أحكام بيع العقار بين الفقه الإسلامي وبين ق. ل. ع فيما يخص بيع ملك الغير، ذلك أن سكوت المالك مدة سنة من تاريخ العلم بالبيع يجعل البيع تماماً صحيحاً، وبهذا الخصوص جاء في حكم لمجلس الاستئناف الشرعي في القضية رقم 1284 الحاكم فيها قاضي بنى ملال (أنذاك) أنه "إذا بيع ملك الغير - على فرض ثبوت الملك له - مع علمه و سكوته مدة تزيد على سنة بدون مانع، سقط حق المالك فيه ولا يكفي لتفكي السكوت إعلام المشتري بـألا يشتري"⁽³⁾ ، في حين لا نجد شيئاً من هذا القبيل في ظل ق. ل. ع بحيث اشترط المشرع بموجب الفصل 485 من القانون المذكور لتمام بيع ملك الغير إقراره من طرف المالك دون أن يعتد في ذلك بمرور أي أجل.

و فيما يخص أحكام العربون، فإن جمهور الفقهاء يذهب إلى منع التعامل بالعربون⁽⁴⁾ ، وقد أجازه بعض المالكية والشافعية بشرط أن لا يكون الهدف من ذلك هو حبسه عند البائع من أجل تغريم المشتري على عدم إتمام البيع⁽⁵⁾ ، بينما في ظل ق. ل. ع و بموجب الفصل 290 فإن العربون هو وسيلة لإجبار الطرف الذي قدمه على تنفيذ تعهده، و إذا أخل بذلك كان للطرف الآخر أن يحتفظ بالعربون و لا يلزم برده إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة إن اقتضى الأمر ذلك.

⁽¹⁾ الحكم عدد 13 الصادر بتاريخ 09 ربيع الثاني 1347 القضية رقم 32 و رد ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المجلد الثاني للأحكام ذات الأعداد الوثيرة المضمنة في السجلين الثالث و الرابع (1346-1356 هـ) موافق طبعة 1423 هـ 2002 م مع تعليق للمرحوم ذ/ محمد بوزيان ص 65.

⁽²⁾ قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 11/03/1982 ملف مدني 90812 منشور ضمن قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية ج 2 ص 41.

⁽³⁾ الحكم عدد 43 الصادر بتاريخ 28 ذو القعدة 1348 في القضية رقم 1248 منشور ضمن الأحكام الصادرة عن مجلس الاستئناف الشرعي الأعلى، المرجع السابق ص 173 و قد تم الاستناد في هذا الحكم إلى قول ابن رشد الذي جاء فيه " و إن لم يعلم لا بعد وقوعه فقام حين علم، أخذ حقه، و إن لم يقم إلا بعد العام و نحوه لم يكن له إلا الثمن و إن لم يقم حتى مضت مدة العيارة لم يكن له شيء و استحقه الحائز بما ادعاه بدليل حيازته إياه".

⁽⁴⁾ عبد القادر العراري "النظرية العامة للعقود المسماة" - عقد البيع- ط 1999 ص 60.

⁽⁵⁾ ابن جزي المرجع السابق ص 282، مع ملاحظة أن الإمام أحمد بن حنبل و عدد من التابعين هم فقط من أجاز التعامل بالعربون دون شرط.

و عموماً فإن نقط الاختلاف بين أحكام الفقه الإسلامي وبين أحكام ق. ل. ع متعددة و يمكن مصادفتها في عدة مواضع، غير أنها اقتصرنا على ذكر بعض النماذج فقط للتدليل على أن بين هذين الإطارين القانونيين هو تنازع إيجابي، بحيث أن كل واحد منها يتدخل لتنظيم نفس الموضوع مع اختلاف في الأحكام، الأمر الذي يجعل حسم مسألة ازدواجية في تنظيم بيع العقار مسألة ذات أهمية بالغة تقدماً لتطبيق قواعد مختلفة على نوازل متشابهة تبعاً لاختلاف الرؤية و التفسير فيما يخص إعطاء الأولوية في التطبيق لهذا الإطار القانوني أو ذاك على النحو الذي سنوضحه في النقطة الموالية من خلال موقف الفقه و القضاء من المسألة.

بـ- موقف الفقه و القضاء من ازدواجية التنظيم في البيوع العقارية.

ترجع مشكلة ازدواجية التنظيم فيما يخص البيوع العقارية بالأساس إلى معطى تاريخي، ذلك أن مغرب ما قبل الحماية لم يكن يعرف كتشريع يحكم كافة التصرفات التي ترد على العقار سوى أحكام الفقه الإسلامي و الأعراف المحلية، غير أنه و منذ بسط الحماية على المغرب أصبح نظام الملكية العقارية ينقسم إلى عقار محفظ يخضع لأحكام التحفظ العقاري و يختص به القضاء الفرنسي و عقار غير محفظ تحكمه قواعد الفقه الإسلامي و الأعراف المحلية و ينعد الاختصاص بشأنه للقضاء الشرعي ما لم يكن طرفي النزاع فرنسيين أو أجانب⁽¹⁾.

وبعد استقلال المغرب تم إدخال مجموعة من التعديلات على التنظيم القضائي بالمملكة توجت بصدور قانون 1965 المعروف بقانون توحيد القضاء و مغربته و تعريفه، والذي تم التصويت عليه بالإجماع من طرف أول برلمان منتخب⁽²⁾ و صدر الأمر بتنفيذه بالمرسوم الملكي الصادر في 26 يناير 1965.

و قد جاء في الفصل الثالث منه ما يلي: "إن النصوص الشرعية والعبرية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حالياً تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول".

و إذا كان قانون 1965 قد حل ثلاثة اشكالات قضائية كانت قائمة منذ عهد الامتيازات، وهي توحيد المحاكم المغربية، و مغربة القضاء و تعريفه، فإن هذا القانون لم يكن موفقاً تماماً فيما يخص توحيد التشريع⁽³⁾، ذلك أن ازدواجية التنظيم في مادة العقار بالخصوص ضلت قائمة على نحو ما أفرزته الممارسة القضائية سواء تعلق الأمر بقانون الشكل أو قانون الموضوع

⁽¹⁾ محمد الكثبور "بيع العقار بين الرضائية و الشكل" سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة رقم 1 طبعة أولى سنة 1997 مطبعة النجاح الجديدة ص 19 و ما بعدها.

⁽²⁾ أحمد ادريوش "تأويل المجلس الأعلى للقضاء الثالث من قانون التوحيد و أثره على قانون العقود" مداخلة ضمن أشغال الندوة المنعقدة بمناسبة تخليد الذكرى الأربعين لتأسيس المجلس الأعلى حول عمل المجلس الأعلى و التحولات الاقتصادية و الاجتماعية الرابط 18-20 دجنبر 1997 طبعة 1999 ص 288.

⁽³⁾ عبد القادر الرافعي : "القانون المطبق على العقارات غير المحفظة" أشغال الندوة الوطنية التينظمها مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و 28 فبراير 2004 ص 62.

بحيث استمر المجلس الأعلى طيلة خمس سنوات (من 1965 إلى 1970) يقضي بعدم قابلية ق. ل. ع و ظهير 1913 المتعلق بالمسطرة المدنية للتطبيق بخصوص القضايا الشرعية التي ضلت خاضعة للفقه الإسلامي كقانون للموضوع و ظهير 16 دجنبر 1957 القاضي بتعميم المسطرة الواجبة لدى المحاكم الشرعية كقانون للإجراءات أمام محاكم القضاة (انذاك)⁽¹⁾.

وقد بقى الموقف مستقراً على النحو المذكور سواء في التفسير القضائي⁽²⁾ أو التفسير الإداري⁽³⁾، رغم وجود بعض أحکام قضاء الموضوع التي كانت تطبق قانون المسطرة المدنية لسنة 1913 على القضايا الشرعية، إلى أن تدخل المجلس الأعلى و هو مكون من الغرفة الأولى بقسمها و الغرفة الاجتماعية و أصدر قراره رقم 144 بتاريخ 11/04/1970 الذي قضى فيه "أن قانون المسطرة المدنية الذي تضمنه ظهير 12/08/1913 أصبح منذ نفاذ قانون توحيد المحاكم مطابقاً لدى محاكم السدد و المحاكم الإقليمية التي آل إليها النظر في القضايا الشرعية، و بمقتضى ذلك أصبحت المسطرة التي ينظمها الظهير المؤرخ في 16/12/1957 غير ذات موضوع⁽⁴⁾، و هو التوجه القضائي الذي كرسه المشرع بموجب ظهير 1974 المتعلق بقانون المسطرة المدنية بحيث أصبح قانون الشكل قانوناً موحداً بغض النظر عن طبيعة النزاع.

غير أن مشكلة الازدواجية فيما يخص قانون الموضوع ضلت قائمة إلى يومنا هذا نتيجة اختلاف التفسيرات الفقهية و القضائية في الموضوع و التي يمكن تصنيفها إلى ثلاثة اتجاهات كما يلي :

1- الاتجاه الأول (تطبيق الفقه الإسلامي) :

يعتمد أنصار تطبيق الفقه الإسلامي في البيوع العقارية على معيار تاريخي بحيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الفقه الإسلامي هو الذي كان يطبق في جميع الميادين منذ دخول الإسلام إلى المغرب، و حتى في عهد الحماية فإنه و إن كان الاختصاص ينعقد للمحاكم العصرية فيما يخص العقار المحفوظ و الذي في طور التحفيظ، فإن الفقه الإسلامي كان مع ذلك هو المطبق أمام المحاكم إلى حين صدور ظهير 19 رجب 1333 الذي حدد التشريع

⁽¹⁾أحمد ادريوش مداخلته السابقة ص 289

⁽²⁾انظر بهذا الخصوص قرار المجلس الأعلى عدد 391 بتاريخ 21 مارس 1967 منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 9988 ص 398 و أشار إليه ذ/ احمد ادريوش مداخلته السابقة

⁽³⁾منشور وزير العدل عدد 423 بتاريخ 14/12/1968 مجلة قضاء و القانون عدد 90/91 ص 597-598 أورده ذ/ احمد ادريوش ضمن مداخلته السابقة

⁽⁴⁾قرار منشور بمجلة القضاء و القانون العدد 112/113 ص 106

المطبق على العقارات المحفظة و أبقى على الفقه الإسلامي كإطار قانوني للعقارات غير المحفظة و يستخرج هذا الرأي⁽¹⁾ تبعاً لذلك أن " ظهير الالتزامات و العقود لم يطبق في يوم من الأيام على العقارات لأن الفقه الإسلامي هو الذي كان يطبق عليها سواء كانت من اختصاص القضاء الشرعي أو المحاكم العصرية"⁽²⁾ كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن المعيار التاريخي المعتمد عليه لترجيح كفة الفقه الإسلامي يجد سنته في قانون التوحيد و الفقه القضائي الذي فهم به القضاة المغاربي هذا النص و كذا الفقه الإداري المتمثل في مناشير وزارة العدل لتفصير قانون التوحيد، دون إغفال المعطى السوسيولوجي الذي اعتمدته المجلس الأعلى في إحدى قراراته معتبراً أن "القضايا الشرعية المتعلقة بالبيوع و الأشرية في المبادرات والمخارجات و المقايسات و غيرها تخضع للقواعد الشرعية و النصوص الفقهية و لا تطبق عليها فصول ق. ل. ع إذ أن سكان البوادي يتعاملون فيما بينهم على مقتضى القمة و حضور الجماعات للهروب من الصوائر حتى إذا ظهر نزاع أو خصم عند ذلك يسرعون لاستشهاد الشهود"⁽³⁾، ليخلص إلى أن الفقه الإسلامي يطبق على الحقوق الشخصية المتعلقة بعقار غير محفظ، كما يطبق على الحقوق العينية والحقوق المختلطة⁽⁴⁾، و على مستوى القضاء نجد مجموعة من الأحكام و القرارات القضائية التي تنتهي لهذا الاتجاه الذي يعطي الاختصاص للفقه الإسلامي عندما يكون العقار غير محفظ، فقد جاء في قرار للغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى أن "المطبق حيث كان العقار غير محفظ هو الفقه الإسلامي، وأنه لا يكون هناك مجال لتطبيق الفصل 974 من ق. ل. ع"⁽⁵⁾ كما جاء في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 25/07/1990 : "لما كان موضوع عقد البيع المبرم بين الطرفين هو 25 دقيقة من الماء الجاري التابع لعقار غير محفظ، فإنه لا مجال لتطبيق الفصل 433 من ق. ل. ع، و ذلك لأن قواعد الفقه الملكي هي الواجبة التطبيق في هذا المجال"⁽⁶⁾، كما استبعد المجلس ق. ل. ع رغم أن الأمر يتعلق ببيع الثني المنظم بموجب القانون المذكور في الفصول 585 إلى 600 حيث جاء في قرار المجلس الأعلى " لكن، فلا محل للاستدلال بقانون الالتزامات و العقود ما دام أن

(1) محمد ابن معجوز " الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و التقنين المغربي " ط 1990 ص 5 و ما بعدها.

(2) يعتبر د/ محمد الكثبور من بين من قالوا بالمعيار التاريخي في ترجيح كفة الفقه الإسلامي، و ذلك قبل أن يغير موقفه على النحو الذي سনو ضمه لاحقاً، حيث يقول : " إن القاعدة بالنسبة للقانون المغربي هو أن العقار غير المحفظ يخضع لمبادئ الفقه الملكي، فمثلاً قيام الدولة المراطبية و مروراً بالمربيين و السعديين و انتهاءً بالشرفاء العلوبيين، فإن القضاء بالمغرب و مسيرة لما كان سائداً بالأندلس المسلمة، كان ملزاً ما يحكم بالراجح و المشهور و ما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك" أنظر بهذا الخصوص، محمد الكثبور رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية ط 2001 ص 136

(3) قرار عدد 129 بتاريخ 09 فبراير 1982 مشار إليه من طرف د/ عبد القادر الرافعي مداخلته السالفة الذكر ص 67
(4) المرجع السابق ص 65 و ما بعدها.

و انظر في نفس الاتجاه عبد الكريم الطالب " العرف في القانون المدني المغربي " التأصيل النظري و الواقع العربي- أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، جامعة القاضي عياض كلية الحقوق بمراكش سنة 2000/99 ص 247

(5) قرار شرعي صادر بتاريخ 22 ماي 1979 تحت رقم 261، ملف شرعي عدد 25980 غير منشور أشار إليه د/ الكثبور في مقاله "التنازع بين قانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي في مجال العقارات غير المحفظة" المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية العدد 7 ص 50.

(6) قرار عدد 1650 ملف مدني 3940 منشور بمجلة المعيار العدد 17 ص 98.

الأمر يتعلق بعقارات غير محفظة تخضع لأحكام الفقه المالكي الذي لا يشترط لإقامة دعوى استرداد المبيع "بيع ثنياً" أن تكون مسبوقة بأي إنذار...⁽¹⁾.

و في نفس السياق طبق المجلس الأعلى الفقه الإسلامي بخصوص إثبات عقد البيع حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 1991/12/04⁽²⁾ " و من جهة أخرى فإن الأمر يتعلق ببيع عقار و ان كان غير محفظ فإنه يخضع في الجوهر لأحكام الفقه المالكي التي تقرر كما أشار إلى ذلك الشيخ مياره، أنه حتى بالنسبة لشهادة اللفيف فإنه لا يلغا إليها فيما يخص المعاملات إلا عندما قد تدعو إلى ذلك الضرورة "⁽³⁾.

2- الاتجاه الثاني (تطبيق قانون الالتزامات و العقود).

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن قانون الالتزامات و العقود هو الواجب التطبيق على البيوع العقارية، وذلك لكون هذا القانون هو الذي يطبق على الالتزامات و الحقوق الشخصية و هو يمثل الشريعة العامة بالنسبة لباقي فروع القانون الأخرى، لاسيما و أن أحكامه لا تتعارض مع قواعد الفقه الإسلامي⁽⁴⁾ ، و من تم يطبق ق.ل.ع من باب أولى و لا يتم اللجوء إلى الفقه الإسلامي إلا في حالة قصور فصول ظهير الالتزامات و العقود عن تغطية النازلة المعروضة على المحكمة⁽⁵⁾.

و من القرارات و الأحكام القضائية التي تسير في هذا الاتجاه ما جاء في قرار للغرفة الإدارية بال المجلس الأعلى من أن قواعد الفقه الإسلامي هي أحكام ذات طابع مكمل يمكن الاتفاق على ما يخالفها و بالتالي تطبق ق.ل.ع عن طريق شرط م ضمن في العقد⁽⁶⁾ ، و أيضاً ما جاء في قرار المجلس الأعلى : " تكون المحكمة على صواب حين استبعدت تطبيق قواعد الفقه الإسلامي المتعلقة بالنزاع حول أداء الثمن و ألزمت المشتري بإثبات ادعائه عملاً بالفصلين 400 و 443 من ق.ل.ع "⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 29 يونيو 1988 منشور بمجلة نظرات في الفقه و القانون العدد 4 ص 11.

⁽²⁾ القرار عدد 2950، ملف مدني 1230-85 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 46 ص 32

⁽³⁾ وهناك عدة قرارات للمجلس الأعلى و أحكام قضاء الموضوع تسير في نفس الاتجاه، ذكر على سبيل المثال : قرار المجلس الأعلى عدد 97 بتاريخ 1985/07/02 ملف عقاري عدد 88901 منشور بمجلة القضاء و القانون عدد 138 ص 208

- قرار الغرفة الشرعية بال مجلس الأعلى 1985/12/04 منشور بمجلة رسالة المحاماة العدد 5 ص 212.

- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 13/01/1998 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 52 ص 139.

- قرار محكمة الاستئناف بفاس الصادر بتاريخ 30 مارس 1993 تحت رقم 574، انظر محمد الكثبور "بيع العقار" مرجع سابق ص 9 و ما بعدها.

⁽⁴⁾ محمد الكثبور "بيع العقار ..." المرجع السابق ص 66 و ما بعدها.

⁽⁵⁾ محمد الكثبور "التنازع بين الفقه الإسلامي و ق.ل.ع" المرجع السابق ص 72.

- و انظر أيضاً مامون الكزبرى "التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية " ص 189 و ما بعدها.

⁽⁶⁾ قرار صادر بتاريخ 26/01/1973 منشور بالمجلة المغربية للقانون و السياسة و الاقتصاد العددان 13 و 14 ص 119 و ما بعدها.

⁽⁷⁾ قرار صادر بتاريخ 18/04/1978 تحت رقم 717 ملف مدني عدد 62586 منشور بمجلة محكمة الرمانى عدد 3 ص 199.

و لقد سايرت المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة هذا الاتجاه حيث طبقت أحكام ق.ل.ع على البيع المنصب على العقار ولو كان هذا العقار غير محفظ، من ذلك اشتراط وكالة خاصة في بيع العقار، حيث جاء في حكم صادر عن هذه المحكمة بتاريخ 2005/04/11 أنه : " بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 894 من ق.ل.ع فإنه لا يجوز للوكيل أيا كان مدى صلاحياته بغير إذن صريح من الموكيل تقويت عقار و هذا يعني أنه بخصوص تقويت عقار لا بد من التصريح على ذلك في الوكالة بالإشارة و بدقة إلى العقار موضوع التقويت"⁽¹⁾، كما ناقشت هذه المحكمة في الحكم الصادر عنها بتاريخ 2004/07/19 مسألة الغبن بشأن بيع عقار غير محفظ في ظل أحكام الفصل 56 من ق.ل.ع و لم تستند في ذلك على أحكام الفقه الإسلامي واستنتجت تبعاً لذلك أن موجبات إعمال مقتضيات الغبن الناتج عن تدليس غير متوفرة في النازلة"⁽²⁾.

3- الاتجاه التوفيقى :

بينما ينحاز كل اتجاه من الاتجاهين السابقين إلى إحدى الإطارين القانونيين و يستبعد تبعاً لذلك الإطار القانوني الآخر من مجال البيوع العقارية، فإن هناك اتجاهها لم يستبعد أيا من الإطارين القانونيين بل جعل كل واحد منها يطبق بحسب ظروف النازلة، ليبقى المعيار المعتمد هو معيار النص الاصلح لفض النزاع وتحقيق العدل سواء كان هذا النص يوجد ضمن أحكام الفقه الإسلامي أو ضمن مقتضيات ق.ل.ع و لكن مع اعتبار الفقه الإسلامي هو الأصل فيما يخص المنازعات المتعلقة بالعقار غير المحفظ، وبهذا الخصوص يقول الأستاذ الخمليشي⁽³⁾ "يطبق مذهب مالك على العقار غير المحفظ اعتماداً على ما جرى به العمل، و ما كانت تتضمنه ظهائر تسمية القضاة من الأمر بتطبيق الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب

⁽¹⁾ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة تحت رقم 05/54 ملف مدني عدد 127/1/2004 غير منشور

⁽²⁾ حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة تحت رقم 131/04 بتاريخ 19/07/2004 ملف مدني عدد 16/1/2004 غير منشور.

- و هناك قرارات أخرى للمجلس الأعلى ترجع كفالة ق.ل.ع من ذلك مثلاً:

- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 10/06/1981 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 71.
- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 09/02/1982 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 81.
- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 10/06/1981 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 71.
- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 09/02/1982 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 30 ص 81.

⁽³⁾ أحمد الخمليشي " وجهة نظر " مطبعة النجاح الجديدة، طبعة أولى ص 56

الإمام مالك" ويشير قائلًا " و في رأينا الشخصي ⁽¹⁾ ليس ظهير الالتزامات و العقود مصدرًا تكميلياً، يلزم القاضي بالرجوع إليه عند انعدام النص في الفقه، كما أنه ليس نصاً أجنبياً لا يجوز الرجوع إليه و لو انعدم النص... وإنما نعتقد أنه مصدر استثنائي للمحكمة تطبيقه و لو مع وجود النص في الفقه متى كان الحكم الفقهي غير ملائم للتطبيق".

و نجد تطبيقاً لهذا الرأي في ظل العمل القضائي من خلال قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 19 ماي 1998 الذي طبق في نفس النزاع أحكام الفقه الإسلامي و أحكام ق.ل.ع، حيث قرر من جهة أن عقود البيع التي لا تثبت أصل الملك للبائع لا تكون حجة ضد الغير و لا ينزع بها من يد حائز إعمالاً لقواعد الفقه الإسلامي، و لكنه استبعد في نفس النازلة التفيف فيما يخص إثبات البيع الوارد على العقار و تطلب إثباته كتابة إعمالاً لأحكام ق.ل.ع ⁽²⁾، كما مزج المجلس الأعلى من خلال قراره المؤرخ في 29/09/1993 بين أحكام الفصل 443 من ق.ل.ع و أحكام الفقه الإسلامي ليصل إلى نتيجة واحدة و هي أن البيع غير ثابت في النازلة لكونه من جهة لا يمكن إثباته بشهادة الشهود إعمالاً للفصل 443 المذكور، ولكونه من جهة ثانية لا يثبت في ضل الفقه الإسلامي إلا بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامها من شهادة اثنى عشر شاهداً، و الحال أن المحكمة الابتدائية كانت قد اعتمدت شهادة أربعة شهود فقط ⁽³⁾.

و في نفس الاتجاه فقد قرر المجلس الأعلى أن دعاوى التحفظ تطبق فيها قواعد الفقه الإسلامي التي تحيز إثبات الملك بالبينة الشرعية و نص في نفس القرار على أنه إذا ثبتت الخصم أن الملك لنفسه لم يعد خلافاً للبائع بالمفهوم الوارد في الفصل 288 من ق.ل.ع ⁽⁴⁾.

و على مستوى قضاء الموضوع فقد طبقت محكمة الاستئناف بيني ملال من خلال قرارها المؤرخ في 30/11/2005 قواعد الفقه الإسلامي فيما يخص ضرورة توفر شروط الملك الخمسة في رسم التركة مستشهدة بقول الشيخ الزفاق، كما طبقت في نفس النزاع مقتضيات الفصل 414 من ق.ل.ع بشأن عدم جواز تجزئة الإقرار إذا كان هو الحجة الوحيدة في الملف ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ مع ملاحظة أن هذا الرأي أورده ذ. الخمليشي بخصوص قضايا الأحوال الشخصية التي تعتبر من القضايا الشرعية و إن كانت لا تطرح مشكلة الا زدواجية بشأنها بنفس الحدة التي يعرفها مجال المنازعات العقارية

⁽²⁾ قرار المجلس الأعلى عدد 3273 بتاريخ 19/05/98 ملف مدني 96/1310 عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في الشخصية والعقارات من سنة 1975 إلى سنة 2002 طبعة أولى ص 298

⁽³⁾ قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 29/09/1993 المنشور بمجلة الإشعاع العدد 11 ص 124

⁽⁴⁾ قرار المجلس الأعلى عدد 453 الصادر بتاريخ 28/02/1990 ملف رقم 87/2049 عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في التحفظ خلال أربعين سنة" طبعة أولى 1999

⁽⁵⁾ قرار محكمة الاستئناف بيني ملال صادر بتاريخ 30/11/2005 عن الغرفة العقارية تحت رقم 706 في الملف رقم 05/443 غير منشور.

و هكذا و من خلال هذا الجرد للاتجاهات الثلاثة فيما يخص مشكلة التنازع بين الفقه الإسلامي و ظهير الالتزامات و العقود في مادة البيوع العقارية، و التي أوردناها من أجل فهم عميق للإشكال كخطوة تساعد على اقتراح معيار ضابط و فاصل بين حدود تطبيق كل واحد من الإطارين القانونيين، بقى السؤال المطروح هو: أي الاتجاهات الثلاثة المذكورة يساعد أكثر على تجاوز مشكلة الازدواجية في تنظيم بيع العقار؟

إن الجواب عن هذا السؤال فضلاً عن صعوبته، فإنه يقودنا حتماً إلى بحث معيار ضبط الحدود الفاصلة بين نطاق كل من ق.ل.ع و الفقه الإسلامي و هو ما سنتطرق إليه في الجزء الثاني من هذه الدراسة.

ثانياً : ضرورة التمييز بين قانون العقد و قانون الحق في البيوع العقارية.

يمكن القول أن المجال الخصب لتنازع الفقه الإسلامي مع قانون الالتزامات و العقود، هو ذلك المتعلق بالبيوع العقارية، طالما أن النزاعات التي تثور بهذا الصدد غالباً ما تكون دعوى شخصية و لكنها ذات صلة وثيقة بحق عيني ينقل الدعوى إلى دعوى عقارية محضة، أو يرجع ذلك بالأساس إلى أن البيوع العقارية تفرغ من جهة في إطار عقدي و من جهة أخرى هي وسيلة لنقل ملكية حق عقاري من شخص لأخر.

و الملاحظ أن الفقه عندما تعرض لمشكلة التنازع بين الفقه الإسلامي و ق.ل.ع أعطى للمسألة حكماً مطلقاً و جعل المعيار الفاصل بين مجال تطبيق ق.ل.ع و مجال تطبيق الفقه الإسلامي هو معيار طبيعة العقار (عقار محفوظ و عقار غير محفوظ) في حين أن هذا المعيار أثبتت الممارسة أنه معيار غير منضبط و لا يسعف في كثير من الأحيان في حل بعض الإشكالات التي يطرحها موضوع البيوع العقارية كما أنه أدى إلى تطبيق ق.ل.ع ثانية و الفقه الإسلامي ثانية أخرى رغم تشابه النوازل.

ونعتقد أن مطالعة العمل القضائي ابتداءً من تاريخ صدور قانون التوحيد إلى يومنا هذا و ما وازى ذلك من تراكمات فقهية، من شأنه أن يسعف في وضع معيار بديل لمعيار طبيعة العقار، و هكذا يستنتج من مجموع القواعد القضائية التي وضعها القضاء في مادة بيع العقار أن هناك قانون للعقد يطبق عندما يتعلق الأمر بالالتزام سواء في الشق المتعلق بتكوين العقد و صحته و إثباته أو في الشق المتعلق بأثاره و لا سيما نقل ملكية العقار، وهناك قانون للحق يطبق عندما يتعلق الأمر بالنازعات المرتبطة بالحق العيني من حيث وجوده و إثبات ملكيته و قسمته و الشفعة فيه و غير ذلك، و عندما نقول قانون العقد فإننا نقصد ق.ل.ع كإطار قانوني أصلي و الفقه الإسلامي كمصدر احتياطي، و عندما نقول قانون الحق فإننا نقصد الفقه الإسلامي عندما يكون العقار غير محفوظ و ظهير التحفيظ العقاري عندما يكون العقار محفوظ.

و من أجل اختبار معيار " قانون العقد و قانون الحق" ستنطرق إلى نموذجين تطبيقيين يتعلّق الأول بشرط الكتابة في البيوع العقارية (أ) و يتعلّق الثاني بتسجيل العقار و علاقته بقانون العقد (ب)، ثم بعد ذلك ننطرق إلى مشكلة المصدر الاحتياطي لقانون العقد و قانون الحق (ج).

أ- شرط الكتابة في البيع الوارد على عقار.

كما سبقت الإشارة إلى ذلك يعتبر البيع من العقود الرضائية في الفقه الإسلامي في حين يتطلّب فيه المشرع بموجب ق.ل.ع شرط الكتابة متى انصب على عقار أو حقوق عقارية، و من تم كانت مشكلة الكتابة في بيع العقار من أهم المواضيع التي اختلف بشأنها الفقه و القضاء كتطبيق من تطبيقات مشكلة ازدواجية التنظيم في البيوع العقارية، فيبينما يرى البعض أن بيع العقار شرط في الكتابة بغض النظر عن طبيعة العقار أكان محفوظاً أم غير محفوظ لكون الفصل 489 جاء بصيغة عامة و دون تمييز من حيث نوعية العقار، فضلاً عن أنه يشكّل استثناء من القاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 488 من ق.ل.ع⁽¹⁾ و التي تجعل البيع عقداً رضائياً، ومن تم إذا كان الأصل هو الرضائياً فإن هذا الأصل يرد عليه استثناء هو شرط الكتابة متى اقترن البيع بعقار أو حقوق عقارية، و هذا الاستثناء مقيد للقاضي و لا يجوز له التوسيع في تقسيره، لا سيما و أن الفصل 66 و 67 من ظهير 12 غشت 1913 يقرران أن الاعتراف بوجود الحق العيني أو بالاتفاقات المنشأة لهذا الحق لا يعترض بها إلا من تاريخ تسجيلها بالرسم العقاري و هو ما لا يتأتى إلا إذا كان البيع مكتوباً⁽²⁾.

و بالمقابل يرى البعض الآخر أنه و إن كان يجب إثبات البيع بالكتابة فإنه متى تذرّ ذلك يمكن استثناء اعتماد بداية الحجة المعززة بوسائل الإثبات المقبولة شرعاً شريطة أن يقتصر القاضي بمبررات هذا الاستثناء و أن يثبت لديه حصول البيع بالوسائل المقنعة⁽³⁾ و من ذلك اعتماد الإقرار القضائي في إثبات البيع الوارد على عقار أو حقوق عقارية⁽⁴⁾، بل أكثر من ذلك هناك من ذهب إلى حد القول باستبعاد أحكام الفصل 489 المذكور الذي يتطلب الكتابة من التطبيق على بيع العقار غير المحفوظ لكونه يتعارض مع أحكام الفقه الإسلامي والأعراف المحلية التي تكتفي في العقود عامة بمبدأ الرضائياً و الثقة المتبادلة بين الأطراف⁽⁵⁾.

(1) محمد بونبات " شرط الكتابة في بيع العقار وفقاً لقانون الالتزامات و العقود و القوانين الخاصة" مداخلة ضمن أشغال ندوة - العقار المحفوظ إلى أين المشار إليها سلفاً ص 83 و ما بعدها.
 - محمد خيري " التعاقد في الميدان العقاري" أشغال ندوة " النظام العقاري الإنعاش العقاري و التعبير" المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية - العدد 12-1986 ص 31.

(2) عبد الحق صافي " عقد البيع" طبعة أولى 1998 ص 173 و ما بعدها
 (3) نور الدين الجزولي " بيع العقار المحفوظ بين الرضائياً و الشكل" (الفصل 489 من ق.ل.ع) مجلة المحامي، العدد 17 ص 25.

(4) عبد الرحمن بلعكيد " وثيقة البيع بين النظر و العمل" الطبعة الثانية 1995 ص 285.

(5) عبد الكري姆 الطالب أطروحة السابقة ص 259.

ولم يكن العمل القضائي يمنى عن هذا الخلاف حول شرط الكتابة في البيوع العقارية حيث اشترطت بعض القرارات القضائية الكتابة لقيام البيع الوارد على عقار كما هو الشأن بالنسبة لقرار المجلس الأعلى المؤرخ في 19 ماي 1998 حيث لم يقبل إثبات بيع العقار باللفيف و اشترط أن يرد البيع في محرر ثابت التاريخ⁽¹⁾ في حين أجازت قرارات قضائية أخرى إثبات البيع بغير الكتابة و من ذلك ما ذهب إليه المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 25/07/1990 أنه " لما كان موضوع عقد البيع المبرم بين الطرفين هو 25 دقيقة من الماء التابع لعقار غير محفظ ... فإن شهادة الشهود مع اليمين المتممة تكون كافية في الإثبات، و لا محل لتطبيق الفصل 443 من ق.ل.ع "⁽²⁾ كما سارت بعض أحكام قضاء الموضوع في نفس الاتجاه كما هو الشأن بالنسبة لقرار محكمة الاستئناف بالرباط المؤرخ في 10/07/2001/07/2001 الذي جاء فيه " وحيث ان عقد البيع في مجال العقارات غير المحفظة ينعقد بالمراسلة و هو ما أشار إليه الشيخ خليل بقوله : " ينعقد البيع بالمراسلة و إن بمعاطة"⁽³⁾ .

و قد أخذت المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة بالإقرار لإثبات البيع في الحكم الصادر عنها بتاريخ 26/07/2004⁽⁴⁾ ، كما اكتفت في حكم آخر صادر عنها بتاريخ 27/10/2005⁽⁵⁾ بالقرائن المستنجة من وضع البائعة للوثائق اللازمة لإبرام عقد البيع لدى الكاتب العمومي و عضديها بتوبيخه اليمين للمشتري واعتبرت البيع تبعاً لذلك فائماً.

والحقيقة أن الاعتماد على أحكام الفصل 488 من ق.ل.ع أو على أحكام الفقه الإسلامي لاستبعاد شرط الكتابة من البيوع العقارية لا يستقيم قانوناً، فمن جهة يبقى (الفصل 488) إطاراً خاصاً بالبيوع الواردة على المنقولات، طالما أن المشرع خصص الفصل الذي يليه للبيوع العقارية، فضلاً عن أن الفصل 489 يعتبر تخصيصاً لما ورد في الفصل 488 و المعلوم أن القاعدة تقضي بأن الخاص مقدم على العام، يضاف إلى ذلك أنه لا مجال لإعمال قواعد الفقه الإسلامي لأن قيام عقد البيع و إثباته هو مجال خاص بقانون العقد الذي يفترض أنه قانون

⁽¹⁾ قرار رقم 3273 مشار إلى مراجعه سلفاً و انظر في نفس السياق:

- قرار عدد 817 صادر بتاريخ 27 ابريل 1983 ملف مدني عدد 90228 منشور ضمن قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية الجزء الثاني ص 75.

- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 14/12/1978 منشور بمجلة المحاماة عدد 17 ص 115.

- قرار المجلس الأعلى عدد 1486 صادر بتاريخ 06/12/1988 منشور بمجلة قضايا المجلس الأعلى عدد 42-43 ص 32 و ما بعدها.

⁽²⁾ قرار عدد 1650 ملف مدني عدد 3940 منشور بمجلة المعيار العدد 17 ص 98 و انظر في نفس السياق:

- قرار المجلس الأعلى عدد 184 بتاريخ 16/11/1988 ملف عقاري عدد 6015 أشار إليه د/ احمد ادريوش في مداخلته السابقة ص 293.

⁽³⁾ قرار عدد 109 ملف رقم 7205/2000/12 غير منشور

⁽⁴⁾ حكم رقم 138 بتاريخ 26/07/2004 ملف رقم 03/168 غير منشور

⁽⁵⁾ حكم رقم 101 ملف رقم 05/07/2010 غير منشور

موحد وفق ما أوضحتناه سلفاً، لاسيما و أن العدل يقتضي توحيد وسائل الإثبات فيما يخص البيوع العقارية، فلا يعقل أن يستغىد البعض من حرية الإثبات و يواجه البعض الآخر بشرط الكتابة، فقط لأن هذا اشتري عقاراً غير محفظ و الآخر اشتري عقاراً محفوظاً مع أنه لا يوجد سند في القانون يسمح بهذه التفرقة.

كما أنه وبمطابعة القضاء المقارن و خاصة القضاء التونسي، باعتبار أن مجلة الالتزامات و العقود التونسية مصدرها تاريخياً لقانون الالتزامات و العقود المغربي، يتضح أن شرط الكتابة شرط لازم لوجود البيع المنصب على عقار بغض النظر عن طبيعة هذا العقار فقد جاء في قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية "إذا كان النزاع يتعلق ببيع عقار لم يحرر فيه كتب وجب على المحكمة القضاء بعدم وجود البيع"⁽¹⁾.

و مع ذلك فإن اشتراط الكتابة في البيوع العقارية و بغض النظر عن طبيعة العقار لا يعني أن الكتابة هي شرط صحة بانعدامها يبطل عقد البيع، و ذلك لأن المشرع استهل الفرع المتعلق ب تمام البيع بالفصل 488 الذي يجعل البيع منعقداً بمجرد تراضي طرفيه على الثمن و المثمن وبافي عناصر العقد و لو لم يوثق كتابة، الأمر الذي يجعل الكتابة الواردة في الفصل 489 هي للإثبات فقط⁽²⁾ لاسيما و أن معظم الفقه يرى أنه إذا كانت الرضائية هي الأصل فإنه متى قام الشك حول مدلول النص الذي يستلزم الشكلية، و هل قصد بها أن تكون للانعقاد أى للإثبات وجب اعتبارها مطلوبة للإثبات⁽³⁾ فإن التسلیم يكون الكتابة الواردة في الفصل 489 هي للإثبات يجعلنا نقول أنه إذا كان لا يجوز إثبات البيع الوارد على عقار طبقاً للالفصل 489 من ق.ل.ع بحجة أضعف من الكتابة، فإنه ليس هناك ما يمنع دون اعتبار الإثبات بما هو أقوى من الكتابة كإقرار، ما دام الإقرار هو سيد الأدلة و الكتابة ما هي في نهاية المطاف إلا إقرار مكتوب⁽⁴⁾ ، مع ملاحظة أن استحضار مفهوم المصلحة و مفهوم العدل يجعل إثبات البيع بالإقرار يحقق العدل و لا يضر بمصلحة أي طرف مادام أن أحد الطرفين يدعى وقوع البيع و

⁽¹⁾ قرار تعقيبي عدد 9291 مورخ في 09/07/1974 أوردته محمد الفطناسى فى مؤلفه : " فقه القضاء المدنى التونسى " ط 2002 ص 132.

⁽²⁾ محمد الكشبور " بيع العقار" مرجع سابق ص 57 و ما بعدها.

⁽³⁾ محمد حسن قاسم " أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية" بيروت 2003 ص 110-111.

⁽⁴⁾ عبد الرحمن بلعيدي مرجع سابق ص 295.

مع ملاحظة أن المجلس الأعلى استبعد الإقرار المدى به أمام المحكمة الجنحية و اعتبره غير كاف لإثبات البيع انظر بهذا الخصوص قرار المجلس الأعلى عدد 817 بتاريخ 17/04/1983 ملف مدنى عدد 90228 منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية ج 2 ص 75 . و إن كان المجلس الأعلى في قراراته الحديثة أصبح يميل نحو الأخذ بالإقرار في إثبات البيع حيث ذهب إلا أن "إذا أقر المطالب بالشفعة بالشراء وجب أن يؤخذ بأقراره لتترتب آثار هذا الإقرار فيما بينه وبين طالب الشفعة" انظر قرار المجلس الأعلى رقم 34 صادر بتاريخ 27/01/1981 في الملف الشرعي عدد 49458، عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في الشفعة" ص 202.

الطرف الآخر يقره على ذلك، إلا أن استحضار المفهومين السابقين يقتضي في نفس الوقت اعتبار البيع موجوداً استناداً للقرار بين طرفه فقط و لا يجب أن يحتاج به على الغير إلا إذا ثبت كتابة، تقادياً لتواطئ شخصين في مال شخص ثالث، كما أنه لا يجوز إثبات البيع بحجة أقل قيمة من الكتابة كشهادة الشهود أو القرائن أو اليمين⁽¹⁾ وذلك لأن وسائل الإثبات هذه تبقى حجج نسبية وقد تكون مع توافرها ثبتت أموراً مخالفة للواقع، إما لأن الاستنتاج لم يكن سليماً فيما يخص القرائن أو أن الشهادة لم تكن دقيقة أو كانت زوراً فيما يخص شهادة الشهود.

و بالإضافة إلى الآراء الفقهية والقرارات القضائية السالفة ذكرها بخصوص اشتراط الكتابة لإثبات البيع الوارد على العقار، فإن الحركة التشريعية في المغرب و كما يتضح من المقتضيات الجديدة المتعلقة ببيع العقار تسير نحو تكريس الكتابة كشرط لقيام البيع الوارد على عقار، و من ذلك على سبيل المثال القانون المتعلق بالجزاءات العقارية، و القانون المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز الذي اعتبر بموجب الفصل 618 منه بأن عقد بيع العقار في طور الإنجاز يكون باطلاً ما لم يتم تحريره في شكل محرر رسمي، كما أن المادة 12 من قانون الملكية المشتركة للعقارات تتطلب تحرير جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة، بشكل يؤكد أن الاتجاه سواء في الفقه أو العمل القضائي الحديث أو التشريع يتوجه نحو تكريس الكتابة كشرط لقيام البيوع العقارية و بعض النظر عن طبيعة العقار، و هو ما يخدم فكرة وحدة قانون العقد، هذا القانون الذي يتميز عن قانون الحق و ينفصل عنه رغم مجالات التداخل بينهما وفق ما سنتوضّحه في النقطة الموالية.

ب- تسجيل العقار و علاقته بقانون العقد.

لقد اشترط المشرع تسجيل البيع الوارد على العقار من خلال الفصل 489 من ق.ل.ع و كذا الفصل 67 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بتحفيظ العقار، و لقد ذهب بعض الفقهاء⁽²⁾ إلى أن التسجيل المنصوص عليه في الفصل 489 المذكور هو نفسه التسجيل المنصوص عليه في الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري، أي تسجيل عقد البيع بالرسم العقاري، غير أن الحقيقة خلاف ذلك، فالتسجيل المنصوص عليه في الفصل 489 من ق.ل.ع لا يتعلق بتسجيل البيع بالرسم العقاري، و إنما يتعلق بتسجيله لدى مصلحة الضرائب (التسجيل والتتمبر) و الدليل على ذلك تنصيص المشرع على ضرورة تسجيل عقد الكراء الذي تزيد مدة عن سنة (الفصل

⁽¹⁾ وبهذا الخصوص يبدو أن ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية بقضية تادلة في الحكم الصادر عنها بتاريخ 2005/10/27 تحت رقم 101 المشار إليه سابقاً من الاكتفاء بالقرائن المستنجة من وضع البائعة للوثائق اللازمة لإبرام البيع لدى الكاتب العمومي و تعضيدها باليمين لإثبات البيع مخالف تماماً لأحكام الفصل 489 من ق.ل.ع لأن القرائن أقل قوة من الكتابة في الإثبات، و من جهة أخرى فإن الفقه الإسلامي يعتبر مستندات العقد مجرد وسيلة تسمح بتفسير إرادة الأطراف بعد قيام العقد و لا تكون قرينة على وجوده فعلاً، أنظر بهذا الخصوص: "مجلة الحقوق الكويتية العدد 3 السنة 25" نحو نظرية عامة لصياغة العقود : دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة للعقد " ص 180 .

⁽²⁾ محمد بونبات : "شرط الكتابة في بيع العقار ... " مداخلاته السابقة ص 87.

629 من ب.ل.ع) مع أن الكراء لا يشترط تسجيله بالرسم العقاري إلا إذا زادت مدة عن ثلاثة سنوات (الفصل 68 من ظهير التحفظ العقاري)⁽¹⁾.

و ما يهمنا من هذا التمييز هو أن التسجيل المنصوص عليه في الفصل 489 من ق.ل.ع يعتبر من مقتضيات قانون العقد، في حين أن التسجيل المنصوص عليه في الفصل 67 من ظهير التحفظ العقاري هو مقتضى ينتمي لقانون الحق أي القانون المنظم للحقوق العينية المتعلقة بعقار محفوظ، و مع ذلك و على النحو الذي سنوضحه في هذه الفقرة فإن القضاة المغاربي و على رأسه قضاء المجلس الأعلى قد استند إلى قانون العقد من أجل تفسير قانون الحق تفسيراً مرنا بغية تحقيق العدل.

ونقصد بذلك التحول الذي طرأ على قاعدة الأثر التطهيري للتحفيظ، فبعدما كان المجلس الأعلى يعطي لهذه القاعدة أثراً مطلقاً يواجه به جميع من يدعى وجود حق سابق على عملية التحفظ بما في ذلك الخلف الخاص⁽²⁾ ، فإنه و بموجب القرار الصادر عنه بتاريخ 29/12/1999 استثنى المشتري (الخلف الخاص) من قاعدة التطهير المنصوص عليها في الفصل 62 من ظهير 12 غشت 1913، حيث جاء في حيثيات القرار المذكور "حيث ثبتت صحة ما عاشه الطاعن القرار المذكور ذلك أن الطالب بصفته مشترياً (أي خلف خاص) من نفس طالب التحفظ المطلوب الذي تحول مطلبته للتحفيظ إلى رسم عقاري، لا يواجه كالخلف العام (الورثة) بمقتضيات الفصل 62 من ظهير التحفظ العقاري، و لذلك فإن القرار المطعون فيه عندما واجهه بالفصل المذكور يكون غير مرتكز على أساس سليم و معرضًا بالتالي للنقض و الإبطال"⁽³⁾، وهو التوجه الذي سيكرسه المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر بتاريخ 05/06/2003 عندما قرر أن المشتري لحقوق مشاهعه في عقار محفوظ الذي لم ينزعه البائع له فيما باعه له يعتبر خلافاً خاصاً للبائع... و أن عدم تسجيله رسم شرائطه لا يجعله محلاً بدون سند، و إنما يبقى محلاً لحقوق البائع له على الشياع و بإذنه إلا أن يسجل عقد شرائه⁽⁴⁾.

كما ساير قضاء الموضوع هذا التوجه كما يتضح من الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة⁽⁵⁾ و المحكمة الابتدائية ببني ملال⁽⁶⁾ و كذا محكمة الاستئناف ببني ملال، حيث قضت هذه المحكمة بتاريخ 19/05/2003 بـ"إلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض الطلب

⁽¹⁾ نور الدين الجزوبي : "بيع العقار المحفوظ بين الرضائية و الشكل" مقالة السابق.

و قد جاء في قرار المحكمة التعقيب التونسية صادر تحت رقم 21353 بتاريخ 01/06/1989 ما يلي : "المقصود من عبارة "التسجيل" ليس الإدراج بالسجل العقاري و إنما التسجيل بالقبضة المالية" ، محمد الفطناسى، مرجع سابق ص 152.

⁽²⁾ انظر على سبيل المثال قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 29 يناير 1992 ملف مدني 8/7/2075 منشور بمجلة الإشعاع

العدد 7

⁽³⁾ قرار المجلس الأعلى عدد 5925 ملف مدني عدد 1151/94 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 61 ص 451 مع تعليق للأستاذ حسن البكري

⁽⁴⁾ قرار المجلس الأعلى عدد 1729 ملف مدني عدد 02/4/3178 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 61 ص 53.

⁽⁵⁾ حكم المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة بتاريخ 25/07/2001 تحت رقم 01/68 ملف عدد 20/2001 غير منشور

⁽⁶⁾ الأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية ببني ملال في الملفات العقارية عدد : 04/40، 04/43، 04/45 و 04/46 غير منشورة أشار إليها ذ/ الراجي في مداخلته المذكورة سلفاً

و تصديا الحكم على المستأنف عليهم بالتوقيع للمستأنف على عقد بيع ملحق يفيد أن القطعة الأرضية موضوع مطلب التحفظ هي نفسها التي أصبحت بعد عملية التحفظ موضوع الرسم العقاري عدد 10/18870 وذلك فصد تمكين المشتري من تسجيل شرائه بالرسم العقاري معالة قرارها بأن الدعوى شخصية وليس دعوى عينية⁽¹⁾.

و رغم أن بعض⁽²⁾ من تناول قرار المجلس الأعلى الذي كرس الأثر النسبي لقاعدة التطهير بالدراسة، اعتبر أن القاعدة التي قررها المجلس الأعلى في قراره المذكور ليس لها في ظهير التحفظ العقاري أي نص يؤيداها وأن استناد المجلس الأعلى على الفصل 62 من الظهير المذكور رغم عدم تنصيصه على أي تمييز في آثار التحفظ من حيث مصدر الحقوق و من حيث أصحابها فيه نوع من التكليف الذي يحمل النص ما لا يحتمل، فإنه و إعمالاً لمعيار "قانون العقد و قانون الحق" الذي نحاول أن نختبره من خلال هذه الدراسة، يتضح أن المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 29/12/1999 استثنى الخلف الخاص من قاعدة الأثر التطهيري للتحفظ ليس استناداً على قانون الحق، و إنما استناداً على قانون العقد و اعتبار الأمر يتعلق بدعوى شخصية و ليس دعوى عينية على النحو الذي أكدته محكمة الاستئناف بباجة ملال في قرارها المؤرخ في 19/05/2003، ذلك أن اجتهد المجلس الأعلى المذكور و قضاة الموضوع الذي سايره لم يخرق قانون الحق (الفصل 62 من ظهير التحفظ العقاري) و إنما كان بصدده تطبيق قانون العقد (الفصل 498 و ما بليه من ق.ل.ع)، طالما أن الدعوى هي دعوى شخصية تهدف إلى الحكم على المدعي عليه البائع بإتمام البيع تنفيذاً للالتزام التعاقدى المتخلاً بذمته بمقتضى عقد البيع.

جـ- مشكلة المصدر الاحتياطي لقانون العقد و قانون الحق.

إذاً كنا قد أوضحنا من خلال شرط الكتابة في البيوع العقارية أن قانون العقد هو قانون موحد، و إذاً كنا قد وقفنا من خلال موقف القضاة من مسألة أثر التحفظ في مواجهة الخلف الخاص على وجود حدود فاصلة بين قانون العقد و قانون الحق، فقد يقي أن نؤكّد على أن لكل من قانون العقد و قانون الحق مصدر احتياطي يساعد على إيجاد الحل للمشكلة المطروحة متى لم يوجد نص في القانون الأصل.

و بهذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أنه على مستوى قانون الحق فإن الفقه الإسلامي يبقى هو القانون الذي يحكم الحقوق العينية المتعلقة بعقار غير محفظ حسب الرأي القاري للفقه و القضاء⁽³⁾، و ذلك خلافاً لما ذهب إليه قرار محكمة الاستئناف ببني ملال المؤرخ في

⁽¹⁾قرار محكمة الاستئناف ببني ملال في الملف عدد 03/80 غير منشور.

⁽²⁾حسن البكري تعليق على قرار المجلس الأعلى عدد 5925 منشور بمجلة قضاة المجلس الأعلى عدد 61 ص 454 و ما بعدها.

⁽³⁾انظر بهذا الخصوص - أحمد ادريوش مداخلته السابقة ص 297.

2005/11/30 تحت عدد 706 من تطبيق مقتضيات الفصل 414 من ق.ل.ع المتعلقة بعدم جواز تجزئة الإقرار عندما يكون هو الحجة الوحيدة في الملف، مع أن الدعوى كانت تتعلق بقسمة عقار غير محفظ، وقد تمك أحد الأطراف في المرحلة الابتدائية بوجود قسمة رضائية في حين أنكر الطرف الآخر ذلك، فطبقت المحكمة المركزية بزاوية الشيخ في حكمها الصادر في الملف العقاري عدد 2002/03 بتاريخ 09/03/2002 القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه في حال عجز مدعى قسمة الرضى عن إقامة الحجة على إدعائه، فإن القول يكون قول منكر القسمة الرضائية بيمينه⁽¹⁾، إلا أن محكمة الاستئناف في قرارها المذكور استبعدت هذه القاعدة وطبقت مقتضيات الفصل 414 من ق.ل.ع معتبرة أن ادعاء المستأنفين وجود قسمة رضائية وقعت منذ 20 سنة وإن كان يتضمن إقراراً ضمنياً بوجود متروك فإنه يتضمن كذلك وجود قسمة، وهو بذلك إقرار مركب لا تجوز تجزئته خاصة وأنه هو الحجة الوحيدة في الملف، وإذا كان هذا التكيف القانوني لادعاء المستأنفين تكييفاً سليماً فإنه لا مجال لتطبيقه على النازلة لكون دعوى القسمة الواردة على عقار غير محفظ تبقى من المجالات الخاصة بقانون الحق (الفقه الإسلامي) و لا مجال لإعمال قانون العقد بشأنها خاصة وأن النازلة تجد قاعدة فقهية قابلة للتطبيق على النزاع.

وفيما يخص العقار المحفظ فإن قانون الحق يبقى هو ظهير التحفيظ العقاري و ظهير 02 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، وفي حالة عدم وجود نص في هذين القانونين يعتبر ق.ل.ع المصدر الاحتياطي لهما بالإضافة إلى الفقه الإسلامي عند وجود إحالة مباشرة أو عند عدم وجود النص في ظهير التحفيظ العقاري و في قانون الالتزامات والعقود، وهذا هو الرأي المستقر عليه من قبل أغلب الفقهاء والعمل القضائي⁽²⁾ من منطلق أن "التضارب الحاصل بين قواعد القانون العقاري المبنية على الإجراءات الشكلية و قواعد الفقه الإسلامي المبنية على الرضائية يجعل الرجوع إلى قواعد الفقه الإسلامي كمصدر مكمل للتشريع العقاري أمراً خطير النتائج، وعلى العكس من ذلك يسهل الرجوع إلى ق.ل.ع لكونه مؤسساً على شكليات تقارب شكليات القانون العقاري، هذا طبعاً إلى جانب التضارب الحاصل بين الفقه الإسلامي و القانون العقاري من حيث المصدر و الفلسفة إذ لا سبيل لتكامله بعضهما البعض⁽³⁾.

- محمد الكشبور "التنازع بي الفقه الإسلامي و ق.ل.ع...." المرجع السابق ص 42 و ما بعدها.

- عبد الكريم الطالب، أطروحته السابقة ص 244.

(1) انظر في نفس السياق قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 31/01/1984 منشور بمجلة قرارات المجلس الأعلى - غرفة الأحوال الشخصية والميراث لسنة 1997 ص 85.

(2) انظر بهذا الخصوص عبد الكريم الطالب، أطروحته السابقة ص 244.

- محمد الكشبور "رقابة المجلس الأعلى على قضاء الموضوع..." ص 145 و ما بعدها.

(3) عبد الكريم الطالب، المرجع السابق ص 245.

وأما الجانب المتعلق بقانون العقد فإنه و كما أوضحتنا سلفاً فإن ظهير الالتزامات و العقود يبقى في نظرنا هو القانون الأصل باعتباره وحدة لا تتجزأ تطبق على جميع النزاعات التي لها ارتباط بالعقد و بعض النظر عن الحق موضوع هذا العقد أو الذي يشكل محلاً لهذا العقد أكان عقاراً محفوظاً أم غير محفوظ، غير أنه عند فقدان النص في ظهير الالتزامات و العقود فإنه ليس هناك ما يمنع من الرجوع للفقه الإسلامي و ذلك لكون ظهير الالتزامات و العقود أحالاً دوره في عدة مواضع على الفقه الإسلامي⁽¹⁾ و لكون قواعد الفقه الإسلامي تعتبر من المصادر التاريخية لظهور ظهير الالتزامات و العقود المغربي⁽²⁾ و المعلوم أن من أهم قواعد التفسير الرجوع إلى المصادر التاريخية للتفسير النص الغامض⁽³⁾ و من أهم الحالات التي استفاد فيها القضاء من الفقه الإسلامي كمراجع لتفسير ظهير الالتزامات و العقود ما يتعلق ببيع المريض مرض الموت، ذلك أن ظهير الالتزامات و العقود ما يتعلق بالتصديص في الفصل 479 من ق.ل.ع على أن "البيع المعقود من المريض في مرض موته تطبق عليه أحكام الفصل 344 إذا أجري لأحد ورثته بقصد محاباته، كما إذا بيع له شيء بشمن يقل كثيراً عن قيمته الحقيقة أو اشتري منه شيء يجاوز قيمته، أما البيع المعقود من المريض لغير وارث فتطبق عليه أحكام الفصل 345"⁽⁴⁾ دون أن يحدد ما هو مرض الموت و دون أن يجب عن الاشكالات التي يطرحها هذا الموضوع، غير أن القضاء تعامل مع مسألة مرض الموت من خلال أحكام الفقه الإسلامي، حيث ذهبت محكمة الاستئناف بمراكبش⁽⁵⁾ في القرار الصادر عنها بتاريخ 04/02/1997 إلى أن قواعد الفقه الإسلامي تطبق على النزاعات العقارية العادية فيما لم يرد من أحكام وتعريفات في ق.ل.ع و أضافت أنه إذا كان قانون الالتزامات و العقود لم يعرف مرض الموت فإن الفقه الإسلامي عرفه بالمرض الذي يغلب فيه خوف الموت و تعجز صحة المريض في رؤية مصالحه و يغلب فيه الهالك و يتصل إلى الموت فعلاً، كما جاء في قرار لمحكمة التعقب التونسية بأن مرض الموت الذي يقيد تصرفات المريض و إن تعرضت له مجلة الالتزامات و العقود فإنها لم تتعرض إلى تحديده فوجب الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي باعتباره أحد مصادر التشريع في القانون المدني واعتبرت أن مرض الموت الذي تكون تصرفات المريض خلاله قابلة للإبطال هو المرض الذي يغلب فيه الموت و يعجز معه المريض عن مباشرة مصالحه و ينتهي فعلاً بالموت⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ من ذلك مثلاً (بطلان اشتراط الفائدة بين المسلمين ف 870)، (بيع ما يعتبره من الناجسات ف 484)، (بطلان الوكالة ف 881).

⁽²⁾ احمد ادريوش "أصول قانون الالتزامات و العقود" بحث في الاصول الفقهية و التاريخية، أطروحة دكتوراه، ط 1996 ص 9 و ما بعدها.

⁽³⁾ رمضان أبو السعود "الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني" - القاعدة القانونية ص 437 و ما بعدها.

⁽⁴⁾ قرار محكمة الاستئناف بمراكبش رقم 122 بتاريخ 1997/02/04 ملف عقاري رقم 2761 منشور بمجلة المحامي عدد 34 ص 212.

⁽⁵⁾ قرار تعقيبي عدد 17768 مورخ في 30/11/1989، محمد الفطناسى المرجع السابق ص 154.

و يبقى أهم إشكال طرحة مرض الموت هو ما يتعلق بمسألة الاتمية، فقد استقر المجلس الأعلى على إعطاء الأولوية لقاعدة الاتمية لتبرير صحة تصرفات المريض مرض الموت و الحفاظ على استقرار المعاملات⁽¹⁾ من ذلك مثلاً ما ذهب إليه في قراره المؤرخ في 09/10/2003 من أنه لا مجال لمناقشة موضوع المحاباة من حيث ثبوته أو عدم ثبوته، و يكون ما عللت به المحكمة صحيحاً حيث نصت على أن موروث طرف النزاع باع لزوجته بعضاً من أملاكه و حازت المشترية ما اشتريته حوزاً تماماً و أن العدلين شهداً باتمية البائع، و أن الطاعنين لم يثبتوا كون مورثهم كان على فراش الموت⁽²⁾ ، غير أن كثيراً من أحكام قضاء الموضوع رجحت كفة الشواهد الطبية على الإشهاد بالأتمية الذي يرد في الرسوم العدلية و ذلك استناداً على أحكام الفقه الإسلامي، فقد ذهبت محكمة الاستئناف بالجديدة في قرارها المؤرخ في 29/11/2005 إلى أن مرض الموت واقعة مادية يصح إثباتها بكافة وسائل الإثبات الممكنة و أن الشهادة الطبية مقدمة على الاتمية استناداً لقول الشيخ خليل : " و على مرض حكم الطب بكثرة موته " ⁽³⁾ كما ذهبت المحكمة الابتدائية بآسفي في حكم صادر عنها بتاريخ 14/11/2000 إلى أن شهادة أهل الطلب أولى بالترجح من شهادة الل EIF⁽⁴⁾ .

وختاماً نشير إلى أن هذا العرض يبقى مجرد مساهمة في تحديد معيار ضابط لرسم الحدود الفاصلة بين مجال تطبيق ق.ل.ع و مجال تطبيق الفقه الإسلامي في مادة البيوع العقارية من خلال معيار "قانون العقد وقانون الحق" و نخلص تبعاً لذلك و من خلال ما سبق إلا أن قانون العقد يعتبر قانوناً واحداً و موحداً يتمثل في ظهير الالتزامات و العقود و يمكن تكملته بالفقه الإسلامي متى انعدم النص.

أما بخصوص قانون الحق فإنه لا مناص من اعتماد معيار طبيعة العقار لاسيما و أن مشروع مدونة الحقوق العينية ما زال يكرس الأزدواجية في النظام العقاري بالمغرب، ليطبق بذلك الفقه الإسلامي على الحقوق العينية المرتبطة بعقار غير محفظ أو في طور التحفظ، و يطبق ظهير التحفظ العقاري على الحقوق العينية المرتبطة بعقار محفظ مع إمكانية تكملته بقانون الالتزامات و العقود و الفقه الإسلامي.

⁽¹⁾ عبد القادر العرعاري " عقد البيع" المرجع السابق، ص 27 و ما بعدها.

⁽²⁾ قرار المجلس الأعلى عدد 385، ملف عقاري عدد 215/1/2002 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 ص 110.

- و انظر تعليق ذ/ عبد السلام حدوش على موقف المجلس الأعلى بخصوص قاعدة الاتمية في مؤلفه " البيان و التحرير في التوليد و المحاباة و التنصير ط I 2000 ص 233 و ما بعدها

⁽³⁾ قرار رقم 05/852 بتاريخ 29/11/2005 ملف رقم 05/583 منشور بمجلة الملف عدد 9.

⁽⁴⁾ حكم صدر في الملف رقم 99/84 منشور بمجلة الملف العدد 6.

و نتمنى أن يكون هذا المعيار المقترن أرضية تسمح بمزيد من النقاش حول إمكانية توحيد قانون العقد ورسم الحدود التي تفصله عن قانون الحق خاصة وأن الحديث عن ربط الثروة العقارية بالتنمية يقتضي مراعاة أهم المبادئ القانونية التي تقوم عليها التنمية الاقتصادية وهي النقاة التي ترتبط أشد ما ارتباط بمراعاة مبدأين آخرين هما مبدأ الاستقرار القانوني و مبدأ التوقع القانوني⁽¹⁾.

⁽¹⁾ أحمد ادريوش، مدخلته السابقة ص 295.