

أثر الفقه الإسلامي على النظام العقاري بالمغرب

د. محمد بنهلال

أستاذ بالكلية متعددة التخصصات بتازة

إن مناقشة أثر الفقه الإسلامي على النظام العقاري بالمغرب يندرج في إطار النقاش العام حول دور الإسلام في المنظومة القانونية للمغرب المعاصر، إشكالية التحديث القانوني، وراهنية تطوير الفقه الإسلامي.. الخ..

في هذا الصدد إن إبراز ذلك الأثر يمر عبر بحث تاريخية تطبيق الفقه الإسلامي في تنظيم العقار، قبل تحديد الأساس القانوني الحالي لذلك التطبيق وفي الأخير الإشارة إلى بعض الصعوبات التي تطرح في هذا المجال.

أولاً: تاريخية دور الفقه الإسلامي في النظام العقاري:

لقد مرت القواعد المطبقة في المجال العقاري بالمغرب بثلاث مراحل مرحلة ما قبل الحماية مرحلة الحماية ومرحلة الاستقلال.

فعلى مستوى المرحلة الأولى، كان الفقه الإسلامي يلعب دورا كبيرا في جميع المجالات، فمنذ أن دخل الإسلام إلى المغرب وقواعد هذا الفقه هي التي كانت تحكم جميع المعاملات ومنها المعاملات العقارية، وذلك باستثناء ما يرتبط بالأحوال الشخصية لليهود المغاربة التي عرفت تطبيق قواعد الديانة اليهودية. وفي هذا الإطار فالملك، الذي كان يطلق على الملكية الخاصة، وكذا الحقوق العينية المنبثقة عنه كانا يخضعان على مستوى الشكل للإشهاد العدلي الذي يقوم بتلقيه عدلان يحررانه، سواء تعلق الأمر بإشهاد فردي أو جماعي.

أما على مستوى الجوهر فقد خضعت الملكية العقارية لقواعد الفقه الإسلامي المستمد من الكتاب والسنة واجتهاد العلماء ورجالات القضاء والفقه.

إن القضاة كانوا يطبقون قواعد الفقه المالكي الذي عرف ازدهارا على يد الفقهاء المغاربة كما ساهم في ذلك أيضا فتاوى العلماء. وقد عمل أيضا الباشوات والقواد على تطبيق السياسة الشرعية المستمدة بدورها من الفقه الإسلامي مع مراعاة الظروف والأعراف المحلية.

أما المرحلة الثانية التي ابتدأت مع بداية الحماية سنة 1912 والتي على إثرها قسم المغرب إلى ثلاث مناطق نفوذ:

- منطقتي النفوذ الإسباني بالشمال والجنوب.

- منطقة النفوذ الفرنسي بوسط المملكة.

- ومنطقة دولية بطنجة.

وقد عملت الحمایات الثلاثة على تطبيق نظام الإصلاحات التي تضمنته العديد من المعاهدات وقرارات المؤتمرات الدولية والتي كانت مطابقة في العديد من الدول الأوروبية.

وفي هذا الصدد فقد ظهر نظاما عقاريا بموجب نصين أساسيين:

- ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

- ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

وهكذا عمل نظام التحفيظ العقاري على إحداث سجل عقاري بالمغرب، الذي هو عبارة عن حالة مدنية حقيقية للملكية العقارية تهدف إلى تعيينه وتفريده سواء طوبوغرافيا أو قانونيا وذلك:

-التحديد الدقيق لوضعيته ومحتوياته وحدوده ومساحته.

- بنشر حق الملكية وأصلها والحقوق المترتبة عليها والتغيرات التي تطرأ عليها. وفي نفس الإطار تم إحداث محاكم فرنسية عهد إليها بتطبيق قانون الالتزامات والعقود، الذي خرج بدوره إلى حيز الوجود في نفس التاريخ، على القضايا الخاصة بالمنقولات، والقانون العقاري على القضايا العقارية التي كان يتم الرجوع فيها أيضا إلى قانون الإلتزامات والعقود كمصدر مكمل خاصة في الأمور التنظيمية. ورغم هذا التطبيق فقد بقي الفقه الإسلامي والمالكي على الخصوص مطبقا في مجال العقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ. أما في المرحلة الثالثة التي تبتدأ من الاستقلال فتتميز بمحافظتها على هذه الازدواجية التي تعرفها القواعد المطبقة في المجال العقاري. والسؤال الذي يطرح نفسه ما هو الأساس القانوني لهذه الازدواجية وبصفة أكثر تحديدا لدور الفقه الإسلامي في تنظيم المجال العقاري، خاصة في المرحلة الحالية المبتدئة منذ الإستقلال.

ثانياً: الأساس القانوني لتدخل الفقه الإسلامي في تنظيم العقار:

إن بحث مسألة الأساس القانوني لتدخل الفقه الإسلامي في تنظيم المجال العقاري يتطلب التمييز بين دوره في مجال العقار المحفظ وفي مجال العقار غير المحفظ، هذا فضلا عن علاقة الفقه الإسلامي بقانون الإلتزامات والعقود بالنظر للمكانة التي يحتلها هذا الأخير كمصدر مكمل في مجال العقارات المحفظة.

⦿ الأساس القانوني لتطبيق الفقه الإسلامي في مجال العقار غير المحفظ:

إن الأساس القانوني لتطبيق الفقه الإسلامي في مجال العقار غير المحفظ هو الفصل الثالث من قانون رقم 364 الصادر بتاريخ 26 يناير 1965 المتعلق بتوحيد المحاكم. إن الفقه المالكي على الخصوص هو الذي يطبق في هذا المجال على أساس ما جرى به العمل وما تضمنته ظواهر تسمية القضاة من الأمر بتطبيق "الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك". وهو الأمر الذي كان مطبقا أيضا على عهد الحماية كما سبقت الإشارة إلى ذلك. ويعني الراجح ما قوي دليله وهو يستمد قوته من الدليل نفسه بغض النظر عن القائل به، وبالمقابل فالمشهور ينصرف معناه إلى ما كثر القائلون به وهو بذلك يستند إلى المكانة العلمية للقائلين به. أما ما جرى به العمل فيعني ما وقع الحكم به من طرف القضاة أي ما يطلق عليه الاجتهاد القضائي في الوقت الحاضر. والقاعدة التي تطبق في هذا الصدد أن تعارض الراجح والمشهور يستوجب تطبيق الراجح. وفي حالة تعارض الراجح والمشهور مع ما جرى به العمل فيتعين تطبيق هذا الأخير لأنه يستند في الغالب على جلب المصالح ودرء المفاسد.

وقد تم صياغة تلك القواعد في الأبيات التالية:

إن يكن الدليل قد تقوى	فراجح عندهم يسمى
والقول إن كثر من يقول به	يسمى مشهورا لديهم فانتبه
عملنا هو الذي حكم به	قضاة الاقتداء رعا للحكم
مشهورهم لراجح تعارضا	يقدم الراجح، وهو المرتضى
وقدم العمل حيثما جرى	على سواه مطلقا بلا مرا

ويتبنى مما سبق أن الفقه المالكي حسب ما جرى به العمل أو بالراجح أو المشهور هو الذي يطبق في مجال العقار غير المحفظ.

﴿ الأساس القانوني لتدخل الفقه الإسلامي في مجال العقار المحفظ: ﴾

إذا كان التشريع يعد أهم مصدر رسمي للقانون المطبقة على العقارات المحفوظة وأيضا لقانون التحفيظ العقاري، فإن ذلك لم يُلغ تدخل الفقه الإسلامي في تنظيم العقار المحفظ، وذلك بإحالة صريحة من القانونين السالفي الذكر.

- فقد أشار الفصل 106 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري على ما يلي: "إن قواعد الفقه الإسلامي، التي ليست مخالفة لظهيرنا الشريف هذا ولا مع قانون الأحوال الشخصية ولا مع قواعد العرف لأصحاب الحقوق العينية، تطبق على العقارات المحفوظة وعلى الحقوق الراجعة لها في حالة ما إذا كانت متلائمة مع نوع الحقوق والتحملات المبينة في الرسم العقاري. هذا ما لم يصدر تشريع جديد فيما بعد".

- في نفس الاتجاه أحال ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفوظة في العديد من فصوله على الفقه الإسلامي:

♦ ينص الفصل 30 على ما يلي: "إن حقوق الأولوية في ممارسة الشفعة يبقى العمل جاريا بها بين المسلمين وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية".
وهذا يعني أن الفصل أقر حق الشفعة كوسيلة لنقل الملكية بين الشركاء وفقا لقواعد الفقه المالكي.
♦ تطبق قواعد الفقه المالكي فيما يتعلق بالمطلات والنوافذ في الأحياء القديمة وليس قواعد هذا القانون. فالفقرة الأخيرة من الفصل 139 تنص على ما يلي:
"...غير أن مقتضيات هذا الفصل لا يعمل بما في المدن والأحياء والقرى القديمة التي تبقى جارية عليها العادات والشريعة الإسلامية".

♦ الفقه الإسلامي هو الذي يطبق على الحبس. وفي هذا ينص الفصل 75 على أنه "تبقى الأحباس خاضعة للقوانين والضوابط الخاصة والعوائد الإسلامية التي تجري عليها".
♦ الفقه المالكي هو الذي يطبق أيضا على الحقوق العرفية الإسلامية، إذ ينص الفصل 197 "إن الحقوق العرفية المشار إليها في الفقرة العاشرة من الفصل 8 من هذا المرسوم تبقى خاضعة للقواعد التي تحكمها". ومن هذه الحقوق التي وردت في المادة 8:
- حق الزينة: وهو الحق الذي يثبت للشخص الذي قام بإدخال تحسينات من خلال تشييد بناء أو غرس أو تجهيزات على عقار مملوك للدولة- في الاستفادة والانتفاع من ذلك مقابل أداء عائدات دورية.
- حق الهواء: ويحول للشخص على بناية متواجدة فوق بناء مملوك لشخص آخر.
- حق الجزاء: ويقع على الأراضي الخلاء وهو عبارة عن عقد كراء مؤبد لأرض حبسية أو محبسة مع إمكانية بناءها أو غرسها.

- حق الجلسة: ويقع في الغالب على بناءات تكون معدة لأنشطة صناعية أو تجارية على أساس عقد كراء يلتزم المكثري بتجهيز البناء مقابل اشتغاله على أن يؤدي عائدات دورية.
ويظهر مما سبق أن الفقه الإسلامي يعد مصدرا رسميا للتشريع المطبق على العقار المحفظ في جميع الحالات التي تمت الإحالة عليه بشكل صريح من طرف القانونين.
وعلاوة على ذلك يذهب الفقه والاجتهاد القضائي بأن الفقه الإسلامي يعد مصدرا احتياطيا يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع المطبق على العقار. بحيث يتم اللجوء إليه في حالة عدم وجود حكم خاصة في القانونين السابق الإشارة إليهما وفي قانون الالتزامات.

﴿ علاقة قانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي: ﴾

سبق وأن أشرنا إلى أن قانون الالتزامات والعقود يمكن اللجوء إليه عندما لا يوجد نص في ظهير 2 يونيو المتعلق بالقانون العقاري وظهير 12 غشت المتعلق بالتحفيظ العقاري.

وزيادة على ذلك فحتى في مجال العقار غير المحفظ والذي في طور التحفيظ المجال الخصب للفقهاء الإسلامي، فالفقه يذهب إلى أن قانون الالتزامات والعقود يمكن اللجوء إليه كمصدر استثنائي؛ إذ يذهب الأستاذ محمد الكشور إلى أن للمحكمة "إذا لم تجد نصا في المدونة والفقهاء أن ترجع إليه أو تجتهد في استنباط الحكم في مبادئ الشريعة العامة وقواعدها، (ويتابع) إننا نرى لها الحق في تطبيقه بصفة استثنائية ولو مع وجود النص في الفقه متى كان الحكم الفقهي غير ملائم للتطبيق. ولكن في جميع الحالات يجب عليها تبرير الاختيار أو الاستئناس الذي التجأت إليه، بملانمة الواقعة المعروضة عليها، مع بيان أسباب استبعاد الحل أو الحلول الأخرى الممكنة التطبيق، وكل هذا بالنسبة لقواعد الموضوع أما الأحكام الإجرائية فيتعين تطبيق ظهير الالتزامات والعقود وقانون المسطرة الموحد".

إن هذا الأمر يطرح مسألة علاقة الفقه الإسلامي بقانون الالتزامات والعقود.

في هذا الصدد يذهب الأستاذ محمد ابن المعجوز بأن الفقه الإسلامي والمذهب المالكي على الخصوص هو المصدر الرسمي لظهير الالتزامات والعقود وأنه ينبغي اللجوء إلى هذا الفقه لتنظيم القانون المدني. ويضيف إن "مقدمة ظهير الالتزامات والعقود تنص على أن قواعد هذا القانون مأخوذة من الفقه الإسلامي، مثلها في ذلك مثل قانون الموجبات والعقود التونسي. وهناك مدونة لظهير الالتزامات والعقود بالفرنسية، وقد ذيل كل فصل منه بالإشارة إلى المراجع الفقهية التي أخذ منها ذلك الفصل، ويتبين من تلك المراجع أن أغلبها من كتب الفقه المالكي".

وفي دراسة أنجزها الأستاذ محمد شليح تبين أن تأثير الفقه الإسلامي والقوانين الأخرى على قانون الالتزامات والعقود المغربي كان على الشكل التالي:

- متوسط نسبة التأثير بالفقه الإسلامي وحده %35,17.

- متوسط نسبة التأثير بالقانون الأوربي العادي %52,09.

- متوسط الفصول التي لم يشر إلى فصولها %10,96.

ويضيف "بأن القانون الفرنسي هو الذي يحتل الرتبة الأولى في نسبة التأثير في ق.ل.ع وذلك بالمقارنة مع القوانين الأوروبية العادية الأخرى من جهة والفقه الإسلامي من جهة أخرى". (...)

وبصفة عامة فإن المواقف والأطروحات، خاصة الفقه المغربي لما بعد الاستقلال، اختلفت فيما يتعلق بعلاقة قانون الالتزامات والعقود والفقه الإسلامي.

"فهو في نظر البعض تركيب من الفقه الإسلامي والقانون الفرنسي خاصة وفي نظر البعض الآخر هو من القانون الفرنسي ولا علاقة له بالفقه الإسلامي، وفي رأي ثالث أنه من الفقه الإسلامي مباشرة أو عبر القانون الفرنسي الذي تأثر كثيرا بالفقه الإسلامي. وفي وجهة نظر رابعة أنه، وإن كانت قواعد قد اقتبست من القوانين الأوروبية إلا أنه ليس في ذلك ما يتنافى مع الإسلام".

وإذا ربطنا هذا النقاش بالمجلة التونسية أي بمدونة سانتينا المسماة "مشروع القانون المدني والتجاري التونسي"، والتي منها اقتبس قانون الالتزامات والعقود المغربي. فإنه بعد أن قام المحامي الإيطالي داوود سانتانيا بإعداد مشروع أولي للمدونة السالفة الذكر تكونت لجنة خاصة موسعة بدراسته. وبعد أن فرغت من ذلك عرضته على لجنة إسلامية ضمت 5 أساتذة من جامعة الزيتونة وخمسة قضاة من المحكمة العليا الشرعية والتي اعترفت بملانمة المشروع لأحكام الشريعة الإسلامية.

ثالثا: الصعوبات التي تصاحب تطبيق الفقه الإسلامي في المجال العقاري:

إذا كان العقار المحفظ يخضع للقانون المطبق على العقارات المحفظة ولظهير التحفيظ العقاري فإن الأمر يتعلق بقواعد قانونية مدونة يسهل على الفقه والقضاء الرجوع إليها وتطبيقها على النوازل التي يطرحها الواقع أو مجرد مناقشتها.

وعلى العكس من ذلك فإن تطبيق الفقه الإسلامي على العقار المحفظ وغير المحفظ، من طرف القضاء، هو أمر تكتنفه صعوبات جمة. فالقاضي يجد نفسه أمام اختلاف أقوال الفقهاء وتعددتها وتشققها بين مصادر الفقه المالكي. يقول الأستاذ عمر عزيان: "إن البحث غير المتوقع وغير المنتظر لأقوال من تراث الأستلاف من الفقهاء في مجالات هي من اختصاص القانون المعاصر وحده يعتبر مصدر إزعاج لأنه لا يستند إلا أية قاعدة مسبقة. فضلا عن ذلك فهو يدخل أيضا نوعا من الشك لاختياره نظاما مرجعيا غير ملائم لتوقع القانوني، كما يدخل حيرة مزاجية تتنافى مع الاستقرار القانوني، لينعكس سلبا على الشروط الأساسية لسيادة القانون".

وعموما يمكن إجمال الصعوبات التي تطرح نفسها في هذا المجال على الشكل التالي:
- صعوبة الوصول إلى أحكام قضائية موحدة بسبب تباين قناعات وتكوين القضاة ونزوع كل واحد منهم إلى ترجيح رأي فقهي على آخر.
- ازدواجية النظام القانوني لا يسهل اضطلاع المجلس الأعلى بوظيفة توحيد الاجتهادات القضائية والتنسيق بينها.

- تعدد المصادر الفقهية التي يمكن للقضاة الرجوع إليها وصعوبة التعامل معها.
- عدم إمكانية توقع الأحكام القضائية في النزاعات المعروضة عليه.
- تراكم النزاعات المعروضة على أنظار القضاء، والمتعلقة بالعقارات، بسبب ما يتطلبه إصدار أحكام بشأنها من وقت كافي لمعرفة آراء الفقه المالكي بشأنها.
وأما في تجاوز هذه الصعوبات فقد تكررت المحاولات الحكومية الرامية إلى تدوين الفقه الإسلامي المطبق على العقار غير المحفظ في مدونة واحدة يسهل الرجوع إليها. وهكذا فبعد أن تم إعداد مشروع، من قبل لجنة تكونت سنة 1957، قدم إلى وزير العدل سنة 1959 تشكلت لجنة ثانية - في أواخر التسعينيات من القرن الماضي- عقد اجتماعها الأول في 17 فبراير 1998.

وقد أسفر عملها على صياغة مشروع قانون رقم 01-19 المتعلق بمدونة للحقوق العينية والذي يهدف حسب ما ورد في مقدمته إلى: "وضع أسس قانونية تمكن من إسهم العقارات غير المحفظة في مسار التنمية وتوظيفها إلى جانب العقارات المحفظة في تشجيع الإستثمارات في مجال السكنى والسياحة والصناعة وتسهيل مهمة القضاء عند الفصل في المنازعات المرتبطة بالعقار".
ويتكون المشروع من فصل تمهيدي يتضمن الأحكام العامة.
(المواد من 1 إلى 11) التي تحدد نطاق القانون ومصادره الأشياء العقارية ثم الحقوق العينية العقارية.

أما الكتاب الأول من المشروع فقد خصص للحقوق العينية العقارية الأصلية: ويتكون من قسمين:
▪ القسم الأول- لحق الملكية (المواد من 17 إلى 76).
▪ القسم الثاني- بأسباب كسب (المواد من 77 إلى 181).
▪ القسم الثالث- الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية (المواد من 182 إلى 286 مكرر).
في حين يهم الكتاب الثاني الحقوق العينية التبعية: ويتكون من الأقسام التالية:
▪ القسم الأول- الرهن الحيازي (المواد 287 إلى 310).
▪ القسم الثاني- الرهن التأميني (المواد 311 إلى 312).
▪ القسم الثالث- الرهن الرسمي (المواد 313 إلى 365).
▪ القسم الرابع- الإمتيازات (المواد 366 إلى 379).

إذا كان المشروع يؤدي إلى تحقيق وحدة على مستوى النظام القانوني المطبق على العقار بالمغرب فإنه لا يترتب عليه القضاء على ازدواجية العقار بالمغرب (العقارات غير المحفظة بجانب العقار المحفظ). ورغم ذلك فإنه يساهم في حل العديد من المشاكل المرتبطة بالعقار غير المحفظ والتي تؤثر على دوره في

التنمية. ومن أولها تضارب الأحكام القضائية وعدم إمكانية توقع القواعد القانونية المطبقة. إن مشروع المدونة عندما سيخرج إلى حيز الوجود سيسمح للفاعلين والمتعاملين بمعرفة النظام القانوني المطبق على العقار غير المحفظ والأحكام المتعلقة به، توحيد الأحكام القضائية والبت السريع في المنازعات.

المراجع:

- أحمد ادريوش، "أصول نظام التحفيظ العقاري"، الرباط، مطبعة الأمنية (سلسلة المعرفة القانونية) 2003.
- أبو مسلم الخطاب، "المجلس الأعلى بين قواعد الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي في مجال الشفعة" أشغال ندوة المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية.
- أحمد ادريوش، "تأويل المجلس الأعلى الفصل الثالث من قانون التوحيد وأثره على قانون العقود". ندوة المجلس الأعلى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية".
- أحمد ادريوش، "أصول قانون الالتزامات والعقود"، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، 1996.
- محمد ابن معجوز، "الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتفتيش المغربي" 1999.
- محمد شليح، "أصول قانون الالتزامات والعقود المغربي من زاوية واضحة وموضوعية: محاولة قراءة في ق.ل.ع من خلال سيرته، مجلة القانون والاقتصاد، 5، 1989.
- محمد مومني، "تدوين قانون متعلق بالعقارات غير المحفظة"، في العقار غير المحفظ... إلى أين (أشغال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق بمراكش يومي 27 و28 فبراير 2004)، مراكش، المطبعة والوراقة الوطنية، 2004.
- محمد بنهلل، "محاضرات في الحقوق العينية" (لطلبة الفصل الخامس) بالكلية المتعددة التخصصات بتازة السنة الجامعية (2005-2006).
- حسين الصفرىوي، "الوجيز في الحقوق العينية تحت تأثير التطبيق بالمغرب"، سلسلة الدراسات التوثيقية ص:6، 1989.