



مجلة جامعة الزيتونة الدولية - مجلة علمية محكمة تصدر عن جامعة الزيتونة الدولية

<https://journal.ziu-university.net>

30/1/2023

447-421 العدد الخامس: ص.ص 447-421 ISSN:2958-8537 Issue: N5

Al-Zaytoonah University International Journal for Scientific Publishing

موقف القضاء المغربي من نظرية التعسف في التبرعات عقد الهبة "نموذجا"

THE POSITIVE OF THE MOROCCAN JUDICIARY ON THE . OF ARBITRARINESS IN DONTIONS THE GIFT CONTRACT

HANAE SADRATI هناء سدراتي

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه مختبر قانون الخاص و رهانات التنمية -كلية الحقوق بفاس - المغرب

RESEARCH STUDENT IN THE PH.D. LABORATORY OF PRIVATE LAW AND
DEVELOPMENT STAKES AT THE FACULTY OF LAW IN FEZ _ MOROCCO



ملخص:

يعد موضوع ، التعسف في استعمال من المواضيع التي تتسم بالصبغة القانونية والقضائية معا ، وتعيشه مختلف المحاكم بالمملكة عند نهاية المراحل الطويلة للنزاعات أمام القضاء، من خلاله يحصل المتضرر على اكتساب حقه، ووضع حد لتعنت وعناد المتعسف. وتأتي هذه الدراسة سنحاول بيان وتوضيح موقف القضاء المغربي من نظرية التعسف في استعمال الحق، مقتصرين في ذلك على موقف القضاء المغربي من نظرية التعسف في التبرعات عقد الهبة "نموذجا"

SUMMARY:

The issue of abus in use on of the topics that have a legal and judical nature together and is experienced by the various courts in the kingdom at the end of the long stages of conflicts before the judiciary though which the victim obtains his right and puts an end to the arbitrary intransigence and stubbornness and the subject the use of the right is limited in this to the position of the morroccan judiciary on the theory of abus in the original real right

We are limited in the position of the moroocane judiciary on the theory of arbitrariness in donations the gift contract

مقدمة:

لقد برزت حاجة الفرد للعيش في الجماعة منذ قديم العصور وذلك للمحافظة على كيانه ضد الأخطار الخارجية وإشباع حاجته التي لا يستطيع إشباعها بجهده الفردي، غير أن العيش في الجماعة مهما كان حجمها، في صورة دولة أو في صورة عائلة، يكون بأسلوب منظم يتم فيه توفيق مصالح الأفراد المتضاربة ولا يمكن لذلك أن يتم إلا بتخلي الفرد عن جزء من حريته المطلقة على نحو يؤمن للفرد الطمأنينة في حياته وفي عمله، ومن أجل تحقيق ذلك يتوجب بالضرورة وجود قواعد للسلوك ترشد الأفراد في تصرفاتهم وسلوكهم، ويكون ذلك باحترام الشخص لكل حقوقه وواجباته اتجاه الآخر في إطار القانون، ولكن إذا أساء الشخص أو تجاوز في استعمال حقوقه في الحدود المخولة له قانونا فهذا يعتبر تعسفا.

ومن هذا المنطلق ظهرت نظرية التعسف والتي لا تعتبر بالنظرية الجديدة أو المبتدعة بل هي نظرية موعلة في القدم، حيث ترجع جذورها إلى القانون الروماني - حتى وإن لم تظهر آنذاك في شكل نظرية عامة - بل كانت أقوال سائدة مثل: (الغلو في الحق غلو في الظلم)، ثم انتقلت منه إلى القانون الفرنسي القديم ، فما لبثت أن استقرت في الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء ثم أخذت بها التشريعات الحديثة وأصبحت اليوم نظرية ثابتة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانتقال منها، كما عرف الفقه الإسلامي هذه النظرية وأسهم بقسط وافر في صياغتها كنظرية عامة تهدف بالأساس إلى تحقيق التوازن بين المصالح الفردية المشروعة في أصلها والمتعارضة فيما بينها، ومن باب أولى بينها وبين المصلحة العامة للمجتمع، وهي تستند في ذلك إلى الكثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة التي تنهى عن إلحاق الضرر بالغير، كقوله تعالى في آخر آيات المواريث: "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله و الله عليم حلِيم" ، وقوله جل وعلا: "وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا و من يفعل ذلك فقد ظلم نفسه" ، ووجه الدلالة من هذه الآية هو جواز ممارسة الزوج حقه المشروع في الطلاق والعودة في الإمساك، غير أن الإمساك يقصد الإضرار أمر غير مشروع، لأنه تعسف في استعمال حق في غير ما شرع له، ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر و لا ضرار" ، فضلا عن هذه الأدلة

من النصوص الشرعية فإن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي تستند إلى جزئيات تطبيقية في الواقع العملي، من فقه الصحابة رضي الله عنهم وفتاواهم واجتهادات الأئمة ومن بعدهم على مر العصور. ومن هنا نجد أن نظرية التعسف قد اهتمت بها الشريعة الإسلامية والسنة النبوية ثم القوانين المدنية في العالم الحديث، كما اهتمت بها القوانين العربية تبعا لاهتمام القوانين الأجنبية لها، وجعلت أحكامها ونظريتها في الصدارة من هذه القوانين، كما نجد أن هذه النظرية ترتبط ارتباطا وثيقا بالحقوق، ذلك أنها تضع نظرية الحق في وضعها الصحيح، وتضع الفرد والمجتمع كل في مكانه وترسم لكل حدوده، وتتسق العلاقة بينهما على نحو فعال.

والحق لغة يعني الثبوت والوجوب، والحق ضد الباطل، وتستعمل كلمة الحق بمعنى العدل والمساواة، أو بمعنى الواجب في الكثير من المعاملات، أما اصطلاحا فهو الاستئثار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون بأخذ شيء له من شخص آخر سواء ماديا أو معنويا، لذلك فتعريف الحق لا بد فيه من عناصر وأركان معينة تتمثل في شخص صاحب الحق وتقرير القانون له واستئثار هذا الشخص به، فالتعسف لغة من عسف، والعسف يعني السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق، أما اصطلاحا فقد وردت تعريفات عدة في ذلك منها: أنه استعمال الإنسان لحقه على وجه غير مشروع، إذ قيل أيضا بأنه تصرف الإنسان في حقه تصرفا غير معتاد شرعا، وكذلك قيل بأنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الأصل، كذلك عرفه جانب من الفقه بأنه استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحق استعمالا يضر بالغير، ومن هنا تظهر العلاقة بين الحق والقانون، فلا يوجد حق إلا وكان القانون مساندا ومشاركا له.

لذا يمكننا القول بأن التعسف في استعمال الحق هو: "ممارسة الحق على نحو يخالف المقاصد والأهداف التي رسمها وحددها القانون أو الشرع على نحو يحقق الإضرار بالغير".

والقانون في تنظيمه للحقوق وتحديده لمضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفق بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة أو خاصة، ولذلك فإن الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها دون

أن يتجاوزها، وإذا حصل ذلك يكون مخطئا و يلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز، ولكن قد يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير وهنا نكون بصدد التعسف في استعمال الحق.

ولم يعمل المشرع المغربي على وضع إطار قانوني واضح وشامل لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولكن بالتمعن في فصول قانون الالتزامات والعقود، كقانون مدني، نجد نصوصا مرتبطة في مضمونها بالخطأ في المسؤولية التقصيرية، قد يستفاد من ذلك المضمون ما يمكن أن يكون من قبيل التعسف في استعمال الحق ، كما أن مختلف فروع القانون المغربي شملت هي الأخرى نصوصا تدل على أن المشرع المغربي وإن كان- كما ذكرنا- لم يخصص للتعسف بابا خاصا، فإنه كان يوليه الاعتبار في كثير من فروع القانون، ومنها مدونة الحقوق العينية التي يمكن أن يستشف التعسف في استعمال الحق في العديد من الحقوق المنصوص عليها والمنظمة قانونا ، والتي سنقتصر من خلال بحثنا هذا على توضيح وتحليل التبرعات عقد الهبة .

إن دراسة موضوع التعسف في استعمال الحق في مدونة الحقوق العينية يعد من الأهمية بمكان لمجموعة من الاعتبارات، لعل أبرزها على المستوى العلمي حيث أن الموضوع لم يحظى باهتمام العديد من الباحثين ورجال القانون المغاربة، ولا أدل على ذلك أن المراجع ذات الصلة بالموضوع قليلة، وبالكد تعد على رؤوس الأصابع أو بالأحرى هي عبارة عن إشارات متناثرة هنا وهناك في العديد من المراجع العامة المرتبطة بالحقوق العينية عامة، وهذا ما زاد شغفنا بالمساهمة في الوقوف عند نماذج من هذا التعسف في المدونة، إلى جانب أسباب ذاتية تكمن في الميول و الرغبة في دراسة هذا الموضوع نظرا لحدائته ونقص الشروحات الكافية فيه ومن أجل إثراء المكتبة العلمية ببحث جديد وتجميع ما أمكن منها لتكون نبراسا يستعان به لحل النزاعات خاصة ما يتعلق بالتعسف.

أما بالنسبة لأهميته العملية فتتجلى في أهمية الحق بحد ذاته، حيث أن الشريعة و مختلف القوانين قد أقروا بفكرة الحق وضمنوا لكل فرد حقوقه، غير أن النوازع النفسية للأفراد في السعي إلى تحقيق مصالحها، قد يؤدي إلى تصادم الحقوق فيما بينها، وانقلاب إلى وسائل لتحقيق مفسد ومضار بالغير بحجة المصلحة المقصودة

باستعمال الحق، لذلك فإنه لا يجوز أن يستأثر البعض باستعماله لحق مقرر له بهدف الإساءة إلى حقوق الآخرين، ولا يمكن تسبيق المصلحة الخاصة على المصلحة الجماعية، ولهذا فالتشريعات والقضاء يسعى لتطبيق هذه النظرية كلما كان لها محل، وإن اعتبر بعضهم ذلك خروجاً على مبدأ حماية الحق الذي يخول لصاحبه استعماله على النحو الأكثر إطلاقاً.

إن التعريف بالموضوع والاستناد إلى دوافع البحث، سواء ما تعلق منها بالدوافع الشخصية أو الموضوعية، وللوقوف على أعمال الدراسة، يقتضي منا معالجة الإشكالية الجوهرية والمتمثلة في: كيف ساهم القضاء والمشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية في الحد من ظاهرة التعسف في استعمال الحق للتوفيق بين حرية المالك في التصرف في ملكه بجميع أنواع التصرف على نحو لا يترتب عنه الإضرار بمصالح الغير؟

ويقتضي الإحاطة بمختلف الجوانب المتعلقة بالموضوع، أن يتم الاعتماد في تحليله على مجموعة من المناهج منها ما سيتم الاعتماد عليه بشكل رئيسي، ومنها ما سيتم الاعتماد عليه كلما تطلب الأمر ذلك.

وعلى هذا الأساس سيتم الاعتماد على المنهج التحليلي من خلال تمحيص مختلف النصوص القانونية المنظمة للموضوع وتحليل القرارات والأحكام القضائية الصادرة عن قضاء الموضوع، ومحاولة تلمس مدى مساهمتها لقرارات محكمة النقض.

هذا إضافة إلى اعتماد المنهج الوصفي و المنهج المقارن كلما تطلب التحليل ذلك.

المبحث الأول: تطبيقات التعسف في التبرعات (الهبة - نموذجاً -)

المعروف أن الإنسان حر في تملك ما شاء من أموال منقولة أو عقارية، حيث له حرية التصرف فيما يملك وفي إطار مشروع، غير أن هناك قيد على حرية التملك والتصرف والتعاقد تتمثل في حق ، والهبة باعتبارها أهم العقود التبرعية يجب أن تبرم وفق شكليات و شروط محددة لا يجوز مخالفتها ولا التعسف فيها، كما ترتب

على الواهب التزامات تتمثل في الضمان إما ضمان التعرض والاستحقاق وإما ضمان العيوب الخفية (المطلب الأول).

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق للشروط الواجب توفرها في الواهب مقتصرين على أبرزها والتي يتجلى من خلالها التعسف في (الفقرة الأولى)، على أن نتطرق لمظاهر التعسف في ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية في الشيء الموهوب في (الفقرة الثانية).

المطلب الأول: حالات التعسف في شروط الهبة

إن المقصود بالواهب في حالة الإعسار أي أن الدين يحيط بماله ويستغرق ذمته المالية، فالشرط فيه عند الهبة ألا يكون معسرا إعسارا بينا أو وشيك الوقوع، حتى لا يضر بدائنيه، فأمواله ضمان عام لدائنيه حسب الفصل 1241 من ق.ل.ع، الذي جاء فيه: "أموال المدين ضمان عام لدائنيه، ويوزع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية.."، ويلحق المنع جميع عقود التبرع التي أبرمها سواء كانت بشكل مباشر أو عن طريق بيع صوري، ويمكن لدائنيه طلب بطلان تصرفه لما فيه من إنقاص ل ضمانهم العام، وقد أقرت بعض التشريعات مثل القانون المدني الفرنسي في المادة 1167 والقانون المدني المصري في المادتين 237 و238 على جواز دعوى عدم نفاذ التصرف الذي يبرمه المدين إضرارا بدائنيه تحت ما يصطلح عليه بالدعوى البوليانية أو البوليصية أو بالدعوى المباشرة، في مقابل هذا نجد أن المشرع المغربي لم ينص على هذه الدعوى صراحة ولكنه وضع بين يدي الدائن سلسلة من الإجراءات تكفل حماية حقوقه من الضياع، منها دعوى الصورية، التي يقوم المدين فيها بتهريب أمواله عن طريق بيع وهمي، فللدائن أن يطلب بطلان هذا البيع وإعادة الأموال المهربة إلى الضمان العام، كما له أن يثبت الصورية بمختلف وسائل الإثبات .

وفي المذهب المالكي ليس لمن أحاط الدين بدمته أن يتصرف في أمواله إضرارا بدائنيه، وإذا فعل كان تصرفه باطلا، ويقول الشيخ خليل " وبطلت إن تأخر لدين محيط"، فالهبة وما في حكمها، تبطل بعد إحاطة الدين بالواهب، كما تبطل ولو انعقدت قبله، إذا لم تحز إلا بعده، فالشرط في العطية هو الحوز قبل وقوع المانع من

موت أو فلس أو جنون أو سفه ويقول الخرخشي في شرح قول الشيخ خليل: " ثم إن الهبة تبطل إذا تأخر حوزها عن الواهب في صحته حتى لحقه دين محيط بماله سواء كان قبل الهبة أو بعدها لفقد الشرط وهو الحوز".

وجاء المشرع من خلال ما نصت عليه المادة 278 من م.ح.ع " لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله"، ليؤكد على عدم جواز الهبة ممن كانت ذمته مستغرقة بدين، وعليه فالهبة تجوز، أي تصح وتلزم إلا إن وجد مانع يمنعها، كالدين الذي أحاط بمال الواهب، فإن الهبة إذا وقعت، والواهب في حالة مدين، واستغرق الدين ماله حتى أصبح ماله محاطا بدين الغرماء تبطل الهبة لحق الغرماء في مال الواهب، ويأخذ الهبة الغرماء من جملة ماله، وتصح الهبة فيما بقي من مال بعد تخلص الغرماء من ديونهم وتلزم وتنفذ من المال الباقي.

ومن شروط الواهب ألا يكون في مرض موت، فمرض الموت آفة يحجر فيها على المريض، فلا يتصرف في أمواله بدون عوض إلا في حدود الثلث كالوصية، وإذا صح من مرضه، صحت جميع عطاياه، أما تصرفاته العوضية فجائزة ما لم تخفى تبرعا، والسر في هذا المنع يرجع إلى أن المريض يكون في طريقه إلى الزوال، فليس له أن يعيث بحقوق الورثة التي شرعها الله لهم، ومن ثم وجب الضرب على يديه والتحجير عليه في هذه الفترة الحرجة، ومرض الموت هو المرض المخوف الذي يحكم الطب بكثرة الموت به، قال الشيخ خليل: "وعلى المريض حكم الطب بكثرة الموت به.."، ومنه فليس كل مرض يصيب الشخص إلا ويمنعه من التصرف في أمواله، وإنما العبرة بالمرض المخوف الذي تنتج عنه الوفاة عادة.

ومنه نستخلص أن مرض الموت يتقيد بقيدتين: أولهما أن يكون مرضا مخوفا وثانيهما أن يكون متصلا بالموت مباشرة، والمرض المخوف هو قرينة تدل على كثرة الموت به يرجع تقديرها إلى الأطباء المختصين وللقاضي عند الاقتضاء أن يناقش تقاريرهم، ومقتضى هذه القرينة أن يكون المريض طريح الفراش لا يبارحه، يقول المواق: " قال مالك كل مرض أقعد صاحبه عن الدخول والخروج.. فإنه يحجر فيه عن ماله".

أما المشرع المغربي فقد نص في المادة 280 من م.ح.ع على ما يلي: "تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية.

إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله".

لا تصح الهبة من مريض مرض الموت، وعليه فإذا وهب الواهب وهو مريض، فتبقى موقوفة إلى أن يصح أو يموت، فإن صح من مرضه، صحت هبته، بلا خلاف بين الفقهاء، وإن مات من مرضه، أي مرض الموت هذا جرت هبته مجرى الوصية، أو تسري عليها أحكام الوصية، تجوز الهبة بالثلث فأقل لغير وارث، ولا تجوز لو ارث مطلقا إلا بإجازة الورثة وهم رشداء بعد أن يصير الأمر إليهم، ولا تجوز بأكثر من الثلث مطلقا إلا بإجازة الرشداء كذلك، إلا أنه إذا مات الواهب أو لم يكن من وارث، صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله، أي أن هبة المريض مرض الموت تخرج من رأس ماله بكامله، إذا مات وليس له وارث يرثه .

بناء على ما تقدم من الشروط، فإنه لا تصح الهبة إلا من العاقل، البالغ، الرشيد، الصحيح البدن، الحر المختار، فلا تصح من صبي ولو كان مميّزا، ولا من مجنون، ولا من سفيه، ولا من مريض مرض الموت ولا من سكران، ولا من مرتد ولا من مكره، ولا ممن أحاط الدين بماله إلا بإجازة الدائنين، إذا كان الدين سابقا عن العطية، وأما إذا كانت العطية سابقة على الدين، فلا أثر للدين .

المطلب الثاني : مظاهر التعسف في ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية

إذا تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق فإنه يضمن الاستحقاق لأنه سيء النية، ويسأل مدنيا وحتى زجريا لأنه ليس لأحد الحق بأن يسخر من الناس أو يدفع بهم إلى الخسارة والمشقة أو أن يمكر وينصب عليهم، فمن يهب هبة وهو على علم بأنها مملوكة للغير أو مسروقة أو مثقلة بدين أو رهن أو حجز أو عبء ضريبي أو نزع للملكية من أجل المنفعة العامة، يكون شخصا ماکرا ويحمل في باطنه الاستهزاء بالغير وخداعه، والهبة في كل هذه الأوضاع ليست بهبة أصلا، لأنها تتعدم إما برجوع المال إلى أصحابه، أو تملكه الدولة أو يقضى منه الدين أو الرهن أو الحجز، هذا إن كانت كافية، وإلا فالموهوب له قد يتحمل الفرق باعتباره خلفا لسلفه.

أما والحال أنه حسن النية وطراً وأن استحققت الهبة من الغير فإنه لا ضمان عليه، لأنه لا محل لإعمال مبدأ المعاملة بنقيض القصد، فالهبة بلا عوض، وما لا عوض فيه لا ضمان فيه أصلاً إلا ما استثنى، فالهبة عقد تبرع، والإحسان لا يرد بالإساءة، واستحقاق الهبة من الغير كان سيقع لا محالة على الواهب قبل الهبة وبعدها، وبما أن الموهوب يخلف الواهب والعقد ينتقل إلى السلف من الخلف بحقوقه والتزاماته ومخاطره، حيث ينص الفصل 306 من ق.ل.ع، على أنه: "الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له"، وبالتالي ففي الهبة الباطلة بسبب استحقاق الغير لها، فإن الموهوب له لم يدفع أي عوض حتى يحق له أن يطالب بإرجاعه، إلا أنه يكون في حكم الحائز حسن النية .

أما في الحالة التي استحققت فيها الهبة وكان الموهوب له يعلم سبب الاستحقاق فإنه يفرق ما بين العقار والمنقول.

فإذا كان الموهوب عقاراً فإن الموهوب له يلتزم برده أو برد قيمته إذا هلك أو تعيب بفعله أو خطئه، كما يضمن الهلاك والعيب الناتجين قضاءً وقدرًا، فقد نص الفصل 102 من ق.ل.ع، على أن: "الحائز للشيء عن سوء نية ضامن له، فإذا لم يستطع إحضار الشيء أو لحق هذا الشيء عيب ولو بحادث فجائي أو قوة قاهرة، لزمه دفع قيمته مقدرة في يوم وصوله إليه، إذا كان الشيء من المثليات، لزمه رد مقدار يعادل، وإذا لحق الشيء عيب فقط، تحمل الحائز سيئ النية الفرق بين قيمته في حالته السليمة وقيمه وهو على الحالة التي يوجد عليها، وهو يتحمل بقيمته كاملة إذا لحقه عيب لدرجة يصبح معها غير صالح لاستعماله فيما أعد له".

أما إذا كان الموهوب منقولاً فإنه يعمل بأحكام الفصلين 101 و102 من ق.ل.ع، حيث ينص الفصل 101 منه على أن: "الحائز سيئ النية ملزم بأن يرد مع الشيء، كل الثمار الطبيعية و المدنية التي جناها أو التي كان يستطيع أن يجنيها لو أنه أدار الشيء إدارة معتادة وذلك من وقت وصول الشيء إليه. ولا حق له إلا في استرداد المصروفات الضرورية التي أنفقت لحفظ الشيء وجني الثمار، غير أنه لا يكون له الحق في أن يباشر هذا الاسترداد إلا على الشيء نفسه، ومصروفات رد الشيء تقع على عاتقه".

وقد عاقب المشرع الجنائي كذلك كل من تمك بسوء نية منقولاً وصل إلى حيازته صدفه أو خطأ، فمن يقبل هبة أشياء مسروقة، ومن يبعث بهبة أو هدية إلى شخص، فيتوصل بها آخر وهو يعلم أن لاحق له فيها، يكون قد ارتكب فعلاً إجرامياً .

وإذا كانت الهبة بعوض، وكان الواهب يجهل سبب الاستحقاق، فإنه لا يكون مسؤولاً إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض.

ويتحقق الاستحقاق بثبوت الحجة العادلة التي يسعى المدعي للإدلاء بها أو البحث عنها أو إحيائها أو إقامة حجة أخرى مقامها، وبالتالي من يهب لآخر ملك غيره، أو ملكاً مرهوناً أو مثقلاً بعبء ضريبي أو بنزع ملكية من أجل المنفعة العامة أو أي تكليف آخر، فإن حق الغير يكون ثابتاً والاستحقاق مستوجبا، والموهوب له إما أن تنزع منه الحيازة بعد وضع اليد، أو يضطر إلى تحمل خسارة مالية لفك الهبة من الرهن أو العبء، والاستحقاق في هذا كله إما استحقاق كلي أو استحقاق جزئي، والجزئي إما يسير أو عسير، فاليسير لا تأثير له، والعسير وهو ما بلغ نسبة عالية من الاستحقاق، قد يؤثر تأثيراً على مصير الهبة، فتكاد تنعدم معه أو تنعدم الغاية منها، فهو في حكم الاستحقاق الكلي.

والاستحقاق لا يكون استحقاقاً، إذا حاز الموهوب له الهبة، ثم طرأ سبب يدعو إلى نزع ملكيتها من أجل المنفعة العامة، فالسبب سبب لاحق وطارئ، أو من تنزع منه الهبة بالاعتداء والترامي دون سبب شرعي، أو بالإكراه والتهديد، أو بالمصادرة أو بالصورية عند الاتفاق على إظهار البيع لإخفاء الهبة لا تجوز، أو بالخطأ أو الغفلة من الموهوب له، إذا ضاعت منه الهبة بالنصب والاحتيال والتدليس .

كما أنه إذا ثبت الاستحقاق، وتراضى الأطراف على الاسترداد، ينتهي النزاع ما بين الأطراف، غير أنه في الحالة التي لا يتوصل فيها الأطراف إلى التراضي، يوجب على مدعي الاستحقاق أن يرفع دعواه أمام محكمة الموضوع، ويجوز للموهوب له إدخال الواهب في الدعوى كان ضامناً أم لا.

ولقد نص المشرع المغربي في المادة 281 من م.ح.ع، على أنه: "لا يلتزم الواهب بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له، كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية، لا يكون الواهب مسؤولاً إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم".

المبدأ العام يقول أن لا ضمان على الواهب سواء كان ضمان استحقاق أو ضمان عيوب، لأن الهبة تعقد وتبرم بهدف الإحسان والكرم، وعليه فالموهوب له إما أن يقبل الهبة بعيوبها الظاهرة أو الخفية أو أن يردّها، فإذا قبلها تحمل بعيوبها سواء أشير لذلك بالعقد أم لا، فلا ضمان على الواهب في الحالتين، باستثناء هبة المنفعة في العارية، فالمعير يتحمل بالتعويض، في الحالة التي يكون فيها الشيء المستعار معيباً ويؤدي إلى إلحاق الضرر بمن يستعمله، ما لم يجهل المعير هذه العيوب، أو لم تكن بالغة الظهور، أو أن المعير سبق أن أخطر بها المستعير، أو أن السبب في الضرر يرجع إلى المستعير نفسه، جاء في الفصل 852 من ق.ل.ع: "تثبت للمستعير على المعير دعوى التعويض: ثانياً: إذا كان بالشيء المستعار عيوب أدت إلى إلحاق الضرر بمن يستعمله"، غير أن المعير لا يكون مسؤولاً في الأحوال المنصوص عليها في الفصل 853 من قانون الالتزامات والعقود .

وقد يضمن الواهب العيوب التي تعمد إخفاءها وما اشترطه على نفسه لصالح الموهوب له .

فالاستثناء يكون في هاتين الصورتين فقط، واللذان لا تنبعان عن الهبة في الأصل وإنما عن الجرم وشبه الجرم، ففي الحالة التي يتعمد الواهب إلى إخفاء العيب يكون مسؤولاً عن هذا الإخفاء مسؤولية تقصيرية ليس عن الإخفاء ولكنها ترجع إلى الغش والتدليس والمكر، وقد تصاحبها متابعة زجرية، خاصة إذا وهب الواهب آلة أو مواد وهو على علم بأن عند استعمالها ستسبب أضراراً للغير فإنه يتحمل تبعه الأضرار التي تلحق الموهوب له، فمحل المسؤولية هنا ليس هو إخفاء العيب ولكنه تعمد الإضرار، وفي هذا يقول السنهوري : "ففي حالتها تعمد إخفاء العيب وضمانه وخلو العين الموهوبة من العيوب، لا يلزم بتعويض الموهوب له إلا عن الضرر الذي يسببه العيب. فلا يعوض إذن الموهوب له عن العيب ذاته، أي عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب، وإنما يعوضه عما سببه العيب من الأضرار".

كما يضمن الواهب استثناءً خلو الشيء الموهوب من العيوب إذا اشترطه على نفسه، فتقع عليه تبعة إصلاح العيوب التي قد تظهر على الشيء الموهوب، وكذا تعويض الضرر الذي يسببه العيب ما لم يتفق على خلافه، والشرط هنا بمثابة وعد بهبة جديدة، معلقة على شرط واقف. إذا ظهر العيب نشأ الالتزام. والوعد بالهبة ملزم لصاحبه إذا كان مقرونا بسبب.

المبحث الثاني :

سنخصه للحديث عن موقف القضاء من إحاطة الدين بمال الواهب (المطلب الأول)، ثم موقف القضاء من الهبة في مرض الموت (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إحاطة الدين بمال الواهب

جاء في المادة 278 من مدونة الحقوق العينية: "لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله"، يستشف من هذه المادة أنه إذا كان الواهب مديونا تستغرق ماله، أو كما عبر عن ذلك المشرع من كان الدين محيطا بماله فلا تصح هبته، يتعين عليه أولا أن يسدد ديونه، وكما قيل روح المدين معلقة بالوفاء بديونه، وهذا الشرط عبر عنه في مختصر خليل، بقوله: "وبطلت إن تأخر لدين محيط"، كما جاء في التحفة: "صدقة تجوز إلا مع مرض/ موت وبالدين المحيط تعترض"، وهو ما جاء في قرار للمجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا-: "إن المحكمة قد ردت على ما أثير في الوسيلة من أن العقارين لا يمثلان سوى جزء من أملاك الواهب وذلك حينما أوردت: إن المستأنفين لم يدلوا بما يثبت كون الدين غير محيط بالهبة لوجود أملاك أخرى على ملك الواهب غير العقارين الموهوبين مما يترتب عن ذلك أن تطبيق قول التحفة: صدقة تجوز إلا مع مرض موت وبالدين المحيط تعترض هو هذه القضية وبالتالي فإنه ليس بالقرار المنتقد أي خرق لمقتضيات الفصول المستدل بها وجاء معللا تعليلا كافيا مما تكون معه الوسيلة بوجوبها الثلاثة على غير أساس"، وفي قرار آخر لمحكمة النقض جاء في حيثياته ما يلي: "المقرر نصا وقضاء أن الهبة تعترض بالدين المحيط بالواهب لفائدة

دائنيه لما في ذلك من إنقاص الضمان العام المقرر لفائدتهم، والمحكمة لما ثبت لها أن الطالب كان قد قدم كفالة شخصية لفائدة المطلوب لضمان دين شركة وكانت هذه الأخيرة مدينة للمطلوب بمبالغ وأنها سعت لاستخلاصها في إطار مسطرة الحجز العقاري على العقار المرهون لفائدتها بتوجيهها إنذارا عقاريا، وأن الطالب عمد إلى عقد هبة المذكورة لفائدة المطلوب اعتبارا لثبوت الدين وثبوت كفالة الطالب تكون قد بنت قضائها على أساس من القانون".

و من ذلك نجد أن القضاء المغربي قد استقر على أن الهبة لا تصح ممن أحاط الدين بماله وذلك حتى قبل صدور مدونة الحقوق العينية، التي جاءت بمقتضى صريح يبطل عقد الهبة للواهب المدين، وهذا ما قضى به في قرار لمحكمة النقض عدد 48 الصادر في 03/02/2010 الغرفة المدنية الأولى في ملف عدد 399/2008/6، وفي قرار آخر جاء فيه: "لما ثبت المحكمة أن الواهب عمد إلى عقد هبة العقار لابنته بعد أن تقدم المطلوب بشكاية ضده من أجل إصدار شيكات بدون مؤونة، والتي انتهت بإدانة الواهب ابتداءيا و استئنافيا من أجل ذلك، وقضت تبعا لذلك ببطلان الهبة المذكورة لعقدها والدين محيط بالواهب، تكون قد أصابت صحيح القانون"، وأن محكمة الإستئناف وهي تبتت في المادة المدنية أصدرت القرار الآتي: "وحيث يؤخذ من محتويات الملف أن محمد (الطاعن) تقدم بواسطة نائبه بمقال بتاريخ 7 يناير 2003 يعرض فيه أنه كان دائنا للمدعى عليه عبد الرحمان بقيمة سندات شيكات مسحوبة عن البنك المغربي للتجارة والصناعة الأول بمبلغ 45000 درهم والثاني بمبلغ 65000 درهم وتمت إدانة الساحب من أجل ذلك ابتداءيا واستئناف وهي (ملف جنحي تلبسي استئنافي عدد 2001/193548/ بتاريخ 28/9/2001 تم استصدار حكم قضى له بمبلغ 168650 درهما أصل الدين و تعويض قدره 12000 درهم عن التماطل ونفاديا لتطبيق مسطرة الحجز التنفيذي على العقار، أنجز المدين المدان عقد صدقة لفائدة بنته القاصر سناء بواسطة والدتها النائبة عنها شرعا والتي هي مطلقة المتصدق وأصبح العقار في ملكية المتصدق عليها بحسب شهادة الملكية للمحافظة العقارية، وأنه لايجوز التصديق بمال والذمة مليئة بالدين ملتصقا بإبطال عقد الصدقة وأمر المحافظ على الأملاك العقارية، بتضمين الحكم بالرسم العقاري، مدليا بصورة لعقد الصدقة وأخرى لحكم جنحي وثالثة

لقرار إستثنائي جنحي وشهادة للمحافظة العقارية و مذكرة تصحيحية أدخل بموجبها المتصدق عليها سناء في الدعوى، وبعد إدلاء هذه الأخيرة بواسطة نائبها بجواب مفاده أن المقال معيب من حيث الشكل لعدم إدخال زبيدة النائبة الشرعية ووالدة المتصدق عليها وأنه لا وجود للحكم المدني القاضي المديونية وأن دعوى إبطال العقود محددة ضمن الفصول 4-39-55-311 من (ق ل ع)، وأن عقد الصدقة سليم قانونا وشرعا وأن المدعي ليس طرفا فيه فضلا عن إغفاله أعمال مقتضيات الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري بتقييد احتياطي وأن تاريخ تقييد الصدقة في اسم سناء بالرسم العقاري 16/1/2000 سابق لتاريخ صدور الحكم الجنحي 2001/07/16 وتعقيب المدعي بواسطة نائبة موضحا بأن الدعوى صحيحة، وأن الفصول القانونية المثارة بجواب الطرف المدعي عليه لا علاقة لها بالنزاع مدليا بنسخة وصورة لحكم ابتدائي بتاريخ 25/11/2001.

صدر حكم المستأنف وقد عاب عليه الطاعن بعد عرض موجز الوقائع النازلة انعدام التعليل وخرق مقتضيات الفصل 315 من (ق ل ع)، إذ لم يتم الجواب عن دفعه وأن استناد الحكم إلى الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري، ينطوي على تخمين والأولى اعتماد الفصل 67 من الظهير نفسه الذي ينص على عدم الإضرار بحقوق الأطراف وكذا الفصل 231 من ق ل ع، الذي يوجب تنفيذ تعهد بحسن نية، سيما وعقد الأطراف الغاية منه بالنازلة هو التستر على عدم تنفيذ الالتزام الملقى على مستأنف عليه وحرمانه أي الطاعن من استيفاء دينه بتطبيق مسطرة الحجز التنفيذي على العقار موضوع الصدقة، و لذلك فعقد الصدقة بني على باطل، وبالتالي فهو باطل ملتمسا انطلاقا من الفصول 265-311-314 من (ق ل ع) إلغاء الحكم المطعون فيه وتصديا بإبطال عقد الصدقة.

المطلب الثاني: هبة الواهب في مرض الموت

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة 280 من م.ح.ع، على أنه: "تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية..."، والمقصود بمرض الموت هو المرض الخطير الذي لا يرجى منه شفاء من الناحية الطبية ويؤدي

إلى الوفاة ويكون متصلا بالموت على فراشه ، وبالتالي فتصرفات المريض مرض الموت تعتبر باطلة وفي حكم العدم، وقد صدرت عدة قرارات للمجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا- تبطل عقود الهبة المبرمة أثناء مرض الموت، من ذلك ما جاء في قرار لمحكمة النقض في أحد حيثياته: "لما اعتبرت المحكمة أن المرض الذي أصيب به الهالك مرض موت وهو المرض المخوف الذي حكم الطب بكثرة الموت منه لاستمراره واتصاله بالهالك إلى حين وفاته، استنادا إلى الخبرة التي أفادت فيها بأن الهالك كان مصابا بمرض التشمع الكبدي المزمن الذي أدى في النهاية إلى مضاعفات تجلت في ظهور اعتلال دماغي وكبدي، وأن هذا المرض كان في مرحلة متقدمة حسب الشواهد الطبية الموجودة بالملف، ورتبت على ذلك أن عقد الهبة المبرم من الهالك تبرعا في حالة المرض المخوف وقضت بإبطاله، تكون قد جعلت لما قضت به أساسا وعللت قرارها تعليلا سائعا قانونا" .

وفي قرار آخر لنفس المحكمة جاء في حيثياته ما يلي: " من المقرر أن الأصل في الإنسان البالغ الراشد تمام الإدراك وكمال الأهلية إلى حين إثبات العكس، والمحكمة لما قضت برفض طلب بطلان عقد الهبة بعلّة أنه أبرم أربعة أشهر قبل دخول الواهب إلى المستشفى، وأن التقرير الطبي وصف وضعه الصحي حين دخوله وخروجه من المستشفى وأثبت أن حالة الوعي لديه طبيعية، تكون قد أسست قضائها على الثابت أمامها من الحجج، وعللت قرارها تعليلا كافيا".

وعليه فإن الأصل في الإنسان هو كمال الأهلية ما لم يثبت خلاف ذلك، وهو ما جاء في قرار للمجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا- في احد حيثياته: "الأصل في الإنسان كمال الأهلية عند إبرام التصرفات طالما لم يثبت خلاف ذلك وقت إنجازها، إلا إذا أصابه مرض مخوف أفقده إرادته ومات منه" .

لقد خول القانون لكل مالك حرية التصرف في ملكه بكل أنواع التصرفات المادية والقانونية، وفي مقابل ذلك لم يجعل المشرع المغربي مسألة التصرف هذه مطلقة، بل جعل لها قيود يوظفها القانون أو الاتفاق، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في المادة 14 من مدونة الحقوق العينية، وأكدته في المادة 19 من نفس القانون السابق

ذكره إذ نص على أنه " لمالك العقار مطلق الحرية في استعمال ملكه واستغلاله والتصرف فيه وذلك في النطاق الذي تسمح به القوانين والأنظمة الجاري بها العمل."

ومن القيود التي فرضها المشرع المغربي على مالك عقار معين هو عدم التصرف فيه تصرفا يضر بصاحب حق على العقار المُتصرف فيه ، كما منع المالك أيضا من استعمال هذا العقار استعمالا يضر بجاره .

وبالرجوع من قانون المسطرة المدنية نجد أن المشرع المغربي قيد من حرية مالك العقار في التصرف في عقاره بتفويته في حالة تبليغه بالحجز، إذ نص في الفقرة الثانية من الفصل 475 من القانون السالف الذكر على أنه: "... يمنع على المنفذ عليه بمجرد تبليغه الحجز أي تفويت في العقار تحت طائلة البطلان وتعتل ثمار هذا العقار ومداخيله عن المدة اللاحقة للتبليغ ...".

ومن أهم التصرفات التي يمكن لمالك العقار القيام بها نجد الهبة ، هذه الأخيرة التي تدخل في إطار القواعد غير الملزمة التي حث عليها الإسلام لكونها تشكل أهمية داخل النسيج الاجتماعي والاقتصادي وتساعد على تحقيق عدالة التوزيع، كما أنها تخضع لإرادة المؤمن في التقرب إلى الله بالإحسان إلى المحتاجين، وبالمساهمة في بناء العلاقات الاجتماعية المتناسقة، وتشكل بذلك الهبة نوعا من الإحسان الاختياري، أو نظام التبرعات .

انطلاقا مما سبق، نجد هناك سؤالا مهما يفرض نفسه حول مدى إمكانية القول بتعسف صاحب عقار في هبته لهذا العقار والحال أنه تحت الحجز إضرار بالدائن الحاجز؟

جوابا على السؤال أعلاه يمكن القول إن المشرع المغربي وضع ضوابط قانونية مهمة نص عليها في مدونة الحقوق العينية من الفصل 273 إلى الفصل 289، بالإضافة إلى الضوابط العامة المنظمة للعقود المنصوص عليها في ظهير الالتزامات والعقود المغربي والتي يعد من أهمها السبب، هذا الأخير الذي يعد ركنا من أركان العقد ويشكل الدافع أو الباعث . في عقد الهبة . الذي يتبناه الواهب في هبته، ويتمثل في التقرب والتودد إلى

الموهوب له، ولذلك لابد من توفر السبب على الشروط الصحيحة المنصوص عليها في الفصول 62، 63، و64 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي حتى تكون الهبة صحيحة ولا تتعرض للبطلان.

ولتوضيح حالة التعسف في التصرف في العقار عن طريق الهبة، نشير إلى مثال يقوم فيه الواهب بهبة عقاره المحجوز . وبعد تبليغه بالحجز . إلى زوجته أو إلى الغير .

ففي هذه الحالة أعتقد أن الواهب يكون متعسفا في استعمال حقه في الهبة الذي منحه إياه القانون، ويكون بذلك هذا التصرف . الهبة . باطلا لكون أن السبب غير صحيح، لأن الواهب لم تكن نيته أو دافعه المباشر للهبة هي التقرب أو الإحسان إلى الموهوب له، بل كانت هذه الهبة بسبب التهرب من الحجز الواقع على العقار وإضراراً بالدائن الحاجز، والدليل على ذلك أن الواهب قام بالهبة بعد تبليغه بالحجز الشيء الذي يجعلها باطلة لا أساس لها من الصحة لأن سببها غير حقيقي، فسبب الهبة المعتبر به هنا ليس هو السبب الظاهر للجميع والمتمثل في التقرب إلى الزوجة أو الإحسان إليها، بل من المفروض البحث عن السبب الخفي أو الباطن الذي من أجله تمت الهبة، كما في حالة هبة الرجل لخليلته، فالشريعة الإسلامية من طبيعتها المزج بين القاعدة الشرعية والأخلاق، ومن ذلك أنها تعطي أهمية كبرى للنوايا والبواعث: (إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى).

وبذلك يظهر لنا جليا سوء نية الواهب وتعسفه في استعمال حقه في التصرف في عقاره بالهبة، وقد أكد المشرع المغربي على بطلان التصرفات الواقعة بعد الحجز في الفصل 453 والفصل 475 الذي تمت الإشارة إليه سابقا من ق.م.م، وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض/ حيث أن حيثيات هذا القرار تتعلق بكون زوجة استصدرت حكما ضد زوجها قضي لها بالنفقة، وبأشرت إجراءات التنفيذ ضده، وحصلت على حجز تحفظي انصب على دار موضوع رسم عقاري ثم قامت بتحويله إلى حجز تنفيذي، ووقع تبليغ المحجوز عليه بمحضر الحجز التنفيذي دون تبليغ المحافظ بذلك الشيء الذي جعل المالك العقار يبادر إلى إنجاز هبة إلى زوجته الثانية، و يقوم بتقيد عقد الهبة في الرسم العقاري الخالي من أي إشارة إلى الحجز المذكور .

".. لكن ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة، فإنه لاجال للاحتجاج بالفصل 440 من قانون المسطرة المدنية والفصول 1 و 64 و 65 من قانون التحفيظ العقاري، مادام أن الانتقاد موجه للاجراءات السابقة للحجز التنفيذي التي لا صفة للطاعنة في إثارة ذلك لأنها ليست منفذا عليها، وأن الثابت من مستندات الملف وعلى الأخص رسم الهبة أن هذه الأخيرة انصبت على الرسم العقاري عدد 6991.11 أي على عقار محفظ وبالتالي يترتب عن ذلك قابلية التشطيب على الحق المسجل إذا توفرت شروط ذلك، و أن القرار المطعون فيه حين أيد الحكم الابتدائي يكون قد بني تعليلاته التي جاء فيها: " إن عقد الهبة أنجز في الوقت الذي كان فيه المنزل موضوع الهبة محجوزا حجزا تحفظيا و وقع تحويله إلى حجز تنفيذي، و أن التقويت تبرعا أو بعوض مع وجود الحجز يكون باطلا و عديم الأثر طبقا للفصلين 453 و 475 من قانون المسطرة المدنية طالما أن تبليغ الحجز للمنفذ عليه قد وقع صحيحا، و أنه لا يلتفت إلى تقييد الهبة في الرسم العقاري لكونها باطلة للسبب المذكور من جهة ولأنه الهبة المنجزة لفائدة المدعية قد جاءت بعد علم الطرفين الواهب و الموهوب له بوقوع الحجز على الدار محل الهبة وبذلك تعتبر الموهوب لها سيئة النية ولا يمكنها تبعا لذلك استفادة من حجية التقييد بالاستناد إلى أن التصرف قد تم تقييده وأنه لا يمكن إبطاله، ذلك لأن القاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقررة لصالح حسن النية فقط وهو ما يستفاد من المفهوم المخالف للفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري".

و يلاحظ من خلال حيثيات القرار أعلاه أنه اعتمد أساسين قانونيين لإبطال عقد الهبة و التشطيب عليه من الرسم العقاري، الأول يتمثل في كون الهبة أنجزت بعد إجراء الحجز و الثاني يتجلى في علم الواهب والموهوب لهلا بالحجز، واعتبر بالتالي هذه الأخيرة سيئة النية. و نعتقد أن مقتضيات الفصل 475 من قانون المسطرة المدنية وحده كاف لترتيب أثر البطلان على عقد الهبة المنجزة بعد التبليغ المحجوز عليه بالحجز التنفيذي، ولا حاجة للبحث في علم الموهوب لها بالحجز من عدمه حيث يمكن اعتبارها سيئة النية، طالما أن هناك منعا تشريعيًا للمنفذ عليه من إجراء أي تقويت في العقار بمجرد تبليغه بالحجز، تحت طائلة البطلان، إذ أن تحقق العلم الخاص بالحجز التنفيذي لدى المدين المحجوز عليه يجعل جميع التقويات التي يجريها بشأن العقار المحجوز باطلة بنص القانون وأن الغير الذي تلقى الحق من المحجوز عليه، و قام بتقيد عقد الشراء، أو الهبة

بالرسم العقاري لا يحق له التمسك بحسن نيته في اكتساب الحق لتحسين حقوقه، على اعتبار أن العقد الرابط بينه وبين المدين باطل منذ تاريخ إنشائه إلى استنادا إلى علمها بالحجز العقاري هو تعليل زائد ومنتقد في النازلة المذكورة، بدليل أن هذا الاستنتاج الذي خلصت إليه المحكمة يترتب عنه الإبطال، وليس البطلان، وأنه مادام قد ثبت سبب من أسباب البطلان المنصوص عليها في الفصل 475 من ق.م.م، فإنه ذلك يغني المحكمة عن البحث عن القرائن القضائية من ظروف ووقائع النازلة المعروض عليها لاستخلاص سبب من أسباب الإبطال المتمثلة في حصول علم الموهوب لها بوقوع الحجز التنفيذي قبل إنجاز عقد الهبة، ومن بين أيضا الحالات التي يمكن أن نلتمس فيها نوع من التعسف نجد حالة الهبة المعلقة على شروط مثلا أن يهب شخصا دار و أن يشترط على الموهوب له عدم التصرف فيها بالبيع أو غير ذلك من التصرف مثال لذلك القرار المؤرخ في 20 أبريل 1885 حيث جاء في الوقائع: أن السيد Sainte, colombe قام بوهب جميع أمواله لثلاثة أبناء له كما ضمن في عقد الهبة محتفظ بحق الانتفاع، ومن جهة أخرى يجب على أبنائه ألا يبيعوا تلك الأموال أو يرهنوها خلال حياته و لو برضاه، وفي تاريخ لاحق اقترض الواهب مبلغا ماليا قدره 100.000 فرنك فرنسي من السيد regnar تبعا لذلك رهن الانتفاع الذي احتفظ به على العقار الذي وهبه، و أبناء الموهوب لهم، ثم اعتبارهم مدينين بالتضامن مع أبيهم، كما رهنوا بدورهم ملكية رقبة عقاراتهم لفائدة الدائنين.

وبعد موت sainte colombe قام شخص آخر يدعى Crémieu فقرض لأحد الموهوب لهم مبلغا بقدر 12000 فرنك، فقامت زوجة Pons برهن أحد العقارات التي وهبت لها لضمان هذا القرض، وفي تاريخ لاحق، تم عرض العقارات للبيع كما تم وضع نظام من أجل تقسيم الثمن، لكن الدائن Crémieu عارض ترتيب الدائن regnar في توزيع الدين وذلك بسبب أن رهن هذا الأخير كان باطلا، على اعتبار أنه كان مقبولا من المدينين مخالفة للمنع من التصرف المضمن في الهبة من طرف sainte-colombe لفائدة أبنائه، هذا الطلب تم قبوله بحكم صادر من محكمة روان: reanne بتاريخ 1855/12/20، لكن هذا الحكم تم رده

بواسطة استئناف مقدم من regnar أمام محكمة ليون في 12/06/1856، للأسباب التالية: "حيث أن المواد 537 و 544 من قانون نابليون، تعرف الملكية بأنه حق التمتع والتصرف في الأشياء بصفة أكثر إطلاقاً. وحيث أن الشرط المضمن في الهبة المؤرخة في 1843/3/2 يتلف عنصراً من عناصر حق الملكية، وأنه في الواقع خلال مرحلة غير مؤكدة، نجد حرية تداول الملكية قد خربت بكاملها، بحيث أن الموهوب لهم لا يمكنهم التصرف لا بالبيع ولا بالرهن في الأموال الموهوبة، وكذلك الواهب لا تكون له القدرة على رفع هذا العائق الموضوع بالعقد بالنسبة لحقه في التصرف، وهذا ينتج عنه أن هذه الأموال تصبح بواسطة هذه الاتفاقات تحت نظام عدم قابلية التصرف، وبذلك تخرج من حلبة التجارة..... وهكذا بالنسبة للاقتصاد الوطني والنظام العام". وبناءً على ذلك يكون التمسك بالبطلان من حق من تقرر هذا المنع لمصلحته، ومن ثم إذا كان المنع مشروطاً لمصلحة المتصرف كان له وحده التمسك ببطلانه.

المصادر

الكتب القانونية:

- أحمد الصويغي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، العدد 38، أبريل 2009.
- أناس منير، مدى أحقية المحكمة في إجبار المشتري بتقييد شرائه ليمارس الشريك حق الشفعة، المجلة المغربية للدراسات العقارية والطبوغرافية - إصدارات الجمعية الوطنية لأطر الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية - العدد الأول 2018.
- رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى 2009.
- عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون - دراسة للهبة وما يتصل بها من صدقة وحبس وعمري..- الطبعة الأولى، 1417هـ/1997م.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان-، سنة 2011.
- عبد العالي آيت بلحاج، دعوى رفع مضار الجوار في ضوء مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي، منشورات المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 08.39، الطبعة الأولى، مطبعة الرشاد، سطات، 2015.
- العربي محمد مياد تأملات في مقتضيات الفصل 9 من ظهير 19 رجب 1333 الموافق ل 12 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة مجلة القانون المغربي الطبعة 2015 عدد 17 أبريل 2011.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08، الطبعة الأولى، 84./1436.
- عبد المنعم البداوي، حق الملكية بوجه عام و أسباب كسبها، المطبعة العربية الحديثة القاهرة، طبعة 1973.
- عبد المنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، طبعة 1982.
- فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، بيروت، الطبعة الرابعة، سنة 1988.
- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري و الحقوق العينية الأصلية و التبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، شركة الهلال العربية للطباعة و النشر، الرباط، الطبعة الثانية 1987.
- محمادي لمعكشاوي، المختصر في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة على ضوء التشريع والفقه والقضاء (قانون رقم: 39.08)، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة -الدار البيضاء-، الطبعة الأولى 1434هـ/ 2013م.

- محمد الحبيب التجكاني، نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري، الدراسات التشريعية (2)، دار النشر المغربية، 1403 . 1983.
- محمد السعيد جعيصة، قيود الملكية الوارد لحماية المصلحة الخاصة، مجلة الميادين، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، وجدة سنة 1986.
- محمد بفقير، مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية، سلسلة القانون والعمل القضائي المغربي، العدد العاشر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2017.
- محمد خير، مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، سنة 2013.
- محمد رياض، التعسف في استعمال الحق على ضوء المذهب المالكي و القانون المصري، المطبعة والوراقة بمراكش، الطبعة الأولى، سنة 1992.
- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي التقنين المغربي.
- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني المصري، دون طبعة، دار النهضة العربية للطباعة و النشر و التوزيع، القاهرة، 2000.
- هشام بصري، مسطرة التحفيظ وإشكالاتها العملية -دراسة على ضوء القانون 14.07 المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري، مطبعة الرشاد، سطات، سنة 2013.
- يونس الزهري، الحجز التنفيذي على العقار في القانون المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2007.
- الأطروحات والرسائل الجامعية:

- إسماعيل علاوي، التعسف في استعمال حق الحجز العقاري -دراسة على ضوء الاجتهاد القضائي المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد ابن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الجامعية: 2018/2017.

- إيمان بوكري الدين و بلعزلة خديجة، التعسف في استعمال الحق في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2015.
- بديعة السكاكي، تتبع العقار المرهون رهنا رسميا، بحث لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد ابن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، السنة الدراسية: 2019/2018.
- زيد قدرى الترجمان، نظرية التعسف في استعمال الحق و تطبيقها في حقل الملكية العقارية، بحث لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية الرباط، السنة 1981/1980.
- سكينه بنجلالي، رفع مضار الجوار وفق مدونة الحقوق العينية و أحكام الفقه الإسلامي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية وجدة، السنة الدراسية: 2016/2015.
- عبد الباسط زين الدين، مضار الجوار على ضوء مدونة الحقوق العينية و العمل القضائي، بحث لنيل دبلوم ماستر متخصص، جامعة مولاي إسماعيل، السنة الدراسية: 2018/2017.
- عبد الحق السراوي، الوضعية القانونية للعقار في طور التحفيظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2013/2014 .
- عبد الغني بولنوار، مسطرة الإيداع والتعرض عليها وفق الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية: 2014/2013.
- فدوى حطوش، القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2015/2014.
- كريمة بلعباس، الارتفاقات بالمرور، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين و البحث في القانون المدني المعمق، كلية العلوم القانونية و لاقتصادية و الاجتماعية أكادال- جامعة محمد الخامس -الرباط، السنة الجامعية 2007/2006.

□ نزهة الخالدي، الحماية المدنية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في القانون المدني، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أكادال، الرباط، السنة الجامعية: 2005/2004 .

□ يوسف مختري، حماية الحقوق الواردة على العقار في طور التحفيظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس-أكادال- الرباط، السنة الجامعية: 2014/2013.

□ يونس أمعضور، شفعة العقار في طور التحفيظ، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية: 2016/2015.

المجلات:

□ بحار هشام، أحكام الشفعة، دراسة في ضوء مدونة الحقوق العينية، مجلة المنبر القانوني، العدد الأول مطبوعة المعارف الجديدة-الرباط-سنة 2012.

□ بوشعيب الناصري، الشفعة والإشكالات مع التأصيل من خلال مدونة الحقوق العينية، مجلة الدفاع، مجلة تصدرها هيئة المحامين بسطات، العدد السابع، دجنبر 2013.

□ التقرير السنوي للمجلس الأعلى لسنة 2000.

□ التقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2015.

□ خالد المنصوري، رفع مضار الجوار في ضوء النصوص القانونية والعمل القضائي، بحث نهاية تكوين الملحقين القضائيين، الفوج الرابع، فترة التدريب 2017/2015.

□ سارة أزواغ، رفع الحجز التنفيذي على العقار، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة البحث الأكاديمي، الإصدار 11، مطبوعة الأمنية، الطبعة الأولى.

□ -عبد العزيز توفيق، قضاء محكمة النقض في الشفعة من سنة 1957 إلى 2014.

□ العربي محمد مياد، تأملات في مقتضيات الفصل 9 من ظهير 19 رجب 1333 الموافق 12 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، مجلة القانون المغربي، عدم ذكر الطبعة، العدد 17 أبريل 2011.



□ قضاء محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 1.

□ مجلة الإشعاع، عدد مزدوج 45/44، يونيو 2016.

□ مجلة القضاء والقانون عدد 164.

□ مجلة القضاء والقانون، عدد 139.

□ مجلة المحاكم المغربية، عدد 144.

□ مجلة المحاكم المغربية، عدد 133 و 134.

□ مجلة المحامي عدد 66.

□ مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30.

□ مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 48.

□ مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 46.

□ مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 79.

□ مجلة قضاء محكمة النقض، عدد 75.

□ مجلة ملفات عقارية، عدد 1.

□ مجلة ملفات عقارية، عدد 2.

□ مجلة ملفات عقارية، عدد 3.

النصوص القانونية:

□ الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08

المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998، بتاريخ 24 نوفمبر 2011.



□ الظهير الشريف رقم 91.11.1، الصادر في شعبان 1432 الموافق ل 29 يونيو 2011، المتعلق بنص الدستور، المنشور في ج.ر.ع 5964، الصادرة في 30 يوليوز 2011.

□ القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 298.02.1 صادر في 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002) ج ر ع 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نوفمبر 2002)، ص: 3175، كما تم تعديله بالقانون رقم 106.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.49 بتاريخ 19 من رجب 1437 (27 أبريل 2016)، الجريدة الرسمية عدد 6465 من 9 شعبان 1437 (16 ماي 2016).