منازعات حق الجزاء المنعقد على الأملاك الوقفية

تعليق على قرار قضائي عدد 521/2021 صادر عن محكمة الاستئناف بفاس

بتاريخ 28/10/2021 في الملف عدد 449/1402/2021

Disputes Concerning the Right of Forfeiture Attached to Endowment Properties

Commentary on Judicial Decision No. 521/2021 Issued by the Fez Court of Appeal on 28/10/2021 in Case No. 449/1402/2021

حماني عبد الخالق . ABDELKHALQ HAMANI
أستاذ محاضر بالكلية متعددة التخصصات بالناظور
إطار سابق بوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

الملخص :

تعد الحقوق العينية العرفية تطبيقا من تطبيقات نظرية ما جرى به العمل في المغرب، حيث تعتبر الأعراف الجارية المصدر لقواعدها. وغالبا ما تقع هذه الحقوق على العقارات المحبسة، وعلى أملاك الدولة، ويندرج ضمنها حق الجلسة والزينة والمفتاح والجزاء[549]...، هذا الأخير سيشكل محور تحليلنا، من خلال التعليق على قرار قضائي يتعلق به، صادر عن محكمة الاستئناف بفاس تحت عدد 2021/521 وتاريخ 2021/10/28 في الملف عدد 2021/1402/449.

Abstract :

Customary real rights constitute one of the applications of the theory of *"what has been established by practice"* in Morocco, as prevailing customs are considered the source of the rules governing them. These rights often apply to endowed properties and state-owned assets, and include, among others, the rights of jalsa, zīna, key, and forfeiture. The latter will form the محور of our analysis through a commentary on a judicial decision relating to it, issued by the Fez Court of Appeal under No. 521/2021 dated 28/10/2021, in Case No. 449/1402/2021.

[549] - هشام المراكشي، نوازل العقار في الفقه المالكي والعمل بأحكامها في القضاء المغربي، دراسة في 150 نازلة معززة بأزيد من 400 قرار قضائي، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2024، ص ص 52-53.

تعد الحقوق العينية العرفية تطبيقا من تطبيقات نظرية ما جرى به العمل في المغرب، حيث تعتبر الأعراف الجارية المصدر لقواعدها. وغالبا ما تقع هذه الحقوق على العقارات المحبسة، وعلى أملاك الدولة، ويندرج ضمنها حق الجلسة والزينة والمفتاح والجزاء[550]...، هذا الأخير سيشكل محور تحليلنا، من خلال التعليق على قرار قضائي يتعلق به، صادر عن محكمة الاستئناف بفاس تحت عدد 2021/521 وتاريخ 2021/10/28 في الملف عدد 2021/1402/449.

إن النزاع الصادر في شأنه القرار موضوع التعليق واقع بين نظارة الأوقاف وشركة للتنمية العقارية، وذلك عقب تقديم الشركة المذكورة لطلب قضائي يرمي للتشطيب على حق الكزا المنعقد لفائدة الأوقاف العامة بخصوص أشجار الزيتون التي تثقل الرسم العقاري، وفيما يلي سنقدم موجزا للوقائع، والإشكال القانوني المطروح:

ملخص الوقائع:

بناء على المقال الافتتاحي الذي تقدمت به المدعية، والذي تعرض فيه أنها تملك قطعة أرضية، حددت رقم رسمها العقاري وموقع العقار ومساحته، وأن هذه القطعة مثقلة بحق الكزا لفائدة الأحباس بخصوص خمس أشجار من الزيتون، وفق المبين في عقد استخراج الحوالة الحبسية، وأن هذه الأشجار الحبسية الخمس موضوع حق الكزا لم يعد لها وجود على أرض الواقع، وفق الثابت من المعاينة المنجزة من طرف المهندس الطبوغرافي، وسبق لها ان تقدمت بطلب للسيد وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية وآخر للسيد ناظر الأوقاف قصد التشطيب على حق الكزا المنعقد لفائدة الأحباس بخصوص أشجار الزيتون التي تثقل الرسم العقاري، غير أن طلبها بقي بدون جواب، كما تقدمت بطلب للسيد المحافظ على الأملاك العقارية، فكان جوابه أن التشطيب على حق الكزا يتم بمقتضى عقد تنازل أو حكم حائز لقوة الشيء المقضي به عملا بمقتضيات الفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري، ملتمسة الحكم بالتشطيب على حق الكزا المنعقد لفائدة الأحباس والمتمثل في 5 أشجار حبسية، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

وبعد تبادل المذكرات وحجز القضية للمداولة صدر الحكم الابتدائي القاضي برفض الطلب، وهو الحكم الذي تم استئنافه، فصدر في شأنه القرار موضوع التعليق، والقاضي في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد بالتشطيب على حق الكزا المنعقد لفائدة الأحباس بخصوص أشجار الزيتون الخمس من الرسم العقاري.

---

[550] - هشام المراكشي، نوازل العقار في الفقه المالكي والعمل بأحكامها في القضاء المغربي، دراسة في 150 نازلة معززة بأزيد من 400 قرار قضائي، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2024، ص ص 52-53.

الإشكال القانوني المطروح:

الوقوف على ضوابط التمييز بين حق الجزاء، المعبر عنه في النازلة بالكزا، وحق السطحية، ومدى إمكانية التشطيب على حق الجزاء المنعقد لفائدة الأحباس بعلة هلاك محله؟ وهل يصح القول بأن محل حق الجزاء المنعقد للأحباس يتمثل في الأشجار الخمس؟

للتعليق على هذا القرار لا بد من تحليل ومناقشة العناصر التالية:

أولا: السيرورة التاريخية لحق الجزاء

ثانيا: تحديد مفهوم حق الجزاء

ثالثا: تمييز حق الجزاء عن السطحية

أولا: السيرورة التاريخية لحق الجزاء

إن الحقوق العرفية الإسلامية، التي تعرف بالمنافع، نشأت لضرورات اقتصادية واجتماعية وثقافية متنوعة[551]، وقد اختلف الفقهاء والعلماء فيما يخص جواز هذه المنافع وخاصة ما يعرف بالجلسة والجزاء[552]، فعلى سبيل المثال نجد بأن فقهاء المالكية لم يتقبلوا هذه الحقوق بداية، وانقسموا إلى فريقين، الفريق الأول اعتبرها غير شرعية ولا تمت للشرع بصلة، وذلك لانعدام السند الفقهي الذي يجيز التعامل بها؛ وفريق آخر رأى فيها فائدة تعود على العقار والإنسان، وتدخل في نطاق العادة محكمة، مستمدة لمشروعيتها من المصلحة المرسلة، كمصدر من مصادر الفقه الإسلامي[553].

كما اختلف الفقهاء أيضا في مدة الإجارة التي كان من المفروض أن تكون لصالح الموقوف، خوفا عليه من الضياع والخراب وإلحاق الضرر بالمستحقين والمستفيدين من ممتلكات الأحباس. ولم تختلف الآراء حول المدة فقط، فبعض العلماء المتطرفين رأوا أن إيجار الوقف لا يحل تماما، أما المعتدلون منهم،

---

[551] - محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، الوقف في الفكر الإسلامي، الجزء الثاني، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، 1996، ص 152-153.

[552] - الجلسة والجزاء والزينة ضرب من إجارة الوقف وإجارة الوقف كإجارة الملك، فيما يشترط لانعقادها وصحتها ونفاذها في العاقدين، وفي المعقود عليه، وفي الصيغة، وفيما يترتب عليها من الأحكام والحقوق، بيد أن الاحتياط لجانب الوقف، ورعاية مصلحته اقتضى أحكاما خاصة بإجارة الوقف في عدة مواضع.

راجع: محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، المرجع السابق، ص 149

[553] - أنظر في هذا الصدد: محمد الصوفي، الحقوق العرفية العينية، دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، دار القلم، الرباط، الطبعة الأولى، 2002، ص 9 وما يليها؛ هشام المراكشي، مرجع سابق، ص 52.

فرأوا ضرورة تحديد الفترة والتنصيص عليها في العقد، وذلك شأن الشافعية والحنابلة والمالكية «فإطلاق الإجارة في الوقف لا يجوز»[554].

وقد تزامن ظهور المنافع مع كثرة الأملاك الحبسية التي أصابها الإهمال، مما أدى إلى تخريب الحوانيت والدور والمطاحن والمعاصر، فتسارع بعض الأشخاص إلى تملك الموقوفات تحت أسماء مستعارة: كالجلسة، والجزاء، والاستئجار والمفتاح وغيرها، وكان الهدف منها الاستيلاء على المداخيل الوقفية للمساجد والمدارس والمؤسسات الخيرية، سواء تعلق الأمر بالموقوفات داخل المدينة أو خارجها.

وقد نتج عن تعدد أنواع المنافع تجزئة أملاك الأحباس، فقد كان أصحاب المنافع الحبسية يستغلون الأملاك المذكورة سلفا طبقا لعقدة يتوفرون على رسومها، تضمن لهم الانتفاع لمدة محدودة أو مدى الحياة، وحدث هذا بالخصوص أيام ضعف الأنظمة السياسية، وعدم قدرة المسؤولين على إجبار المحتلين للممتلكات الحبسية على دفع إيجارها أو إفراغها وإعادتها للأحباس، فأصبح مالكوا المنافع هم المالكون للأصل واتفق الشرعيون العرفيون على أن مالك المنفعة أقوى من مالك الأصل[555].

ويرجع تاريخ ظهور الجزاء إلى بداية القرن الهجري الأول في الوقت الذي اتسعت فيه رقعة الأراضي الإسلامية، وتعذر استئجارها لقلة الراغبين فيها، فاستمد الفقهاء وأصحاب المذاهب مشروعية الجزاء من عمل عمر بن الخطاب لما أقدم بالعراق على كراء بعض الأراضي التي صارت وقفا للدهاقين الذين قاموا بعمارتها مقابل كراء سنوي على سبيل التأبيد[556].

وفي ظل التطور الذي عرفه نظام الوقف، دعت الضرورة لسن نصوص قانونية تنظم هذه المؤسسة وتحدد الأطر المشرفة عليها، وقد استمدت هذه الأنظمة القانونية نصوصها من آراء الفقهاء، فكلما أشكل على الناس أمر من أمور الوقف، اتجهوا نحو الفقهاء طالبين المشورة والتوجيه، خاصة وأن أولئك الفقهاء كانوا يمثلون عصب الحياة الدينية والاجتماعية، ومن مجموع تلك الفتاوى تكونت التشريعات التي نظمت كل شؤون الوقف[557].

وفي المغرب حاول المشرع أسوة بغيره من التشريعات التي اهتمت بشؤون الوقف، أن يسن الضوابط والأسس القانونية التي من شأنها توفير الحماية للوقف، وهنا نستحضر ما ورد في مقدمة الظهير

---

[554] - محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، ناظر الوقف، دعوة الحق، العدد 267، 1987، ص 58.

555 - رقية بلمقدم، أوقاف مكناس في عهد مولاي إسماعيل، الجزء الأول، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، طبعة 1993، ص-ص 107-108.

[556] - رقية بلمقدم، مرجع سابق، ص ص 117-118.

[557] - رقية بلمقدم، مرجع سابق، ص 104.

الشريف المؤرخ في فاتح ربيع الثاني 1332 هجرية الموافق ل 27 فبراير 1914[558]: "يعلم من هذا المنشور الكريم المتلقى أمره بالإجلال والتعظيم أننا لما رأينا ما عليه الأحباس العامة بمملكتنا الشريفة من الضياع والتفريط في هذه الأعوام المتأخرة، خصوصا فيما يرجع للجزاء والاستئجار والجلسة والزينة وشبهها مما يسمى بالمفتاح والغبطة والعرق والحلاوة ونحو ذلك، اقتضى نظرنا الشريف عرض ذلك على لجنة من العلماء تنظر في حقيقة أمرها، لينتج ما يتعين شرعا وعرفا وتحفظ بذلك حقوق الأحباس وتراعى مصلحة من بيده من عامة الناس، فاجتمعت اللجنة المذكورة وتفاوضت مع رجال دولتنا السعيدة، فاتضح أن الحق والإنصاف زيادة واجب الأحباس في الكراء لأنه مغبون بلا نزاع ولا خلاف، كما أن بيع تلك المنافع جائز لأربابها حسبما جرى به العرف في مملكتنا السعيدة."

وقد حاول المشرع تنظيم هذه الحقوق العرفية منذ سنة 1912، وهي سنة إنشاء لجنة إحصاء الأملاك الحبسية[559]، وقد أثمرت محاولاته عن إصدار مجموعة من الظهائر، التي شكلت الإطار القانوني للحقوق العرفية المترتبة على الأملاك الحبسية. ومن أهم هذه الظهائر نستحضر الظهير الشريف المؤرخ في فاتح ربيع الآخر (27 فبراير 1914) المتعلق بالجزاء والاستئجار والجلسة والمفتاح والزينة (الجريدة الرسمية عدد 47 سنة 1914) كما وقع تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف المؤرخ في 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) المتعلق بالأراضي ذوات المنافع الخالية من البناء (الجريدة الرسمية عدد 169 سنة 1916). وقد تضمنت هذه الظهائر ضوابطا متعددة، استمر العمل بها إلى حين صدور مدونة الأوقاف التي قامت بنسخها بمقتضى المادة 166 منها.

وخلال تعديل المشرع لمدونة الحقوق العينية[560]، تم التخلي عن بعض الحقوق العينية العرفية، إيذانا برغبة المشرع المغربي في إنهاء العمل بتلك الحقوق. هذا الهاجس تأكد أيضا ضمن مقتضيات مدونة الأوقاف[561] التي نصت على عدم إمكانية إنشاء حقوق عرفية من قبيل الزينة، الجلسة، الجزاء، المفتاح، الغبطة، الحلاوة...على أي ملك من أملاك الأوقاف العامة[562].

---

[558] - الظهير الشريف المؤرخ في فاتح ربيع الثاني 1332 (27 فبراير 1914) فيما يتعلق بالجزاء و الاستئجار والجلسة والمفتاح والزينة . يمكن الإطلاع عليه من خلال الرابط الإلكتروني التالي: https://www.conseilhabous.ma/index.php/2016-05-13-10-26-19/dawabit-alhabssya/53-2016-12-26-12-12-14

[559] - الظهير الشريف المؤرخ في فاتح محرم 1331 (11 دجنبر 1912)، المتعلق بتأسيس لجنة مكلفة بالتعرف على الأملاك الحبسية.

[560]- الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)، الصادر بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

[561]- ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر في 8 ربيع الأول 1431 (23 فبراير 2010) يتعلق بمدونة الأوقاف، الجريدة الرسمية عدد 5847 بتاريخ فاتح رجب 1431 (14 يونيو 2010)، ص 3154.

[562] - المادة 103 من مدونة الأوقاف

أما بخصوص الحقوق الناشئة قبل دخول مدونة الأوقاف حيز التطبيق فقد حدد لها المشرع أجل انقضاء قدر بعشرين سنة ابتداء من دخول المدونة حيز التنفيذ[563]. وتتجلى الغاية من الإبقاء على الحقوق الناشئة قبل دخول مدونة الأوقاف حيز التطبيق، في حماية مصالح الفلاحين والمزارعين من أصحاب الحقوق العرفية، وذلك بعدم حرمانهم من حقهم في الانتفاع بالأراضي الحبسية لمدة معينة.

ومن بين أهم المستجدات التي جاءت بها مدونة الأوقاف، نجد تأطيرها لآلية قانونية جديدة تهدف إلى القطع مع جميع أنواع الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة، والتي كانت تقف حائلا دون الاستغلال الأمثل لعدد كبير من الأملاك سواء من طرف الأوقاف أو طرف أصحاب هذه الحقوق[564].

مجمل القول من خلال ما سبق عرضه في السيرورة التاريخية لحق الجزاء المنعقد على الأملاك الوقفية، أن الأراضي الممنوحة على سبيل الجزاء تعود ملكيتها في الأصل للأوقاف العامة، وعليه فهي تعتبر مالكة للرقبة، كما أن حق الجزاء ينعقد على الأراضي البراح الخالية، بهدف استصلاح تلك الأراضي بالغرس أو الزراعة أو البناء.

ثانيا: تحديد مفهوم حق الجزاء

الجزاء يندرج ضمن حقوق المنفعة، هذه الحقوق التي تعني تجزئة الملكية. وتنقسم أنواع المنافع إلى قسمين رئيسيين هما الأكثر انتشارا: الجلسة والجزاء، وفيهما ورد قول صاحب العمل الفاسي: وهكذا الجلسة والجزاء*** جرى على التبقية القضاء. وتوجد إلى جانب هذين القسمين الرئيسيين منافع أخرى تحمل أسماء متعددة كالمفتاح، والاستئجار والزينة ....[565].

والجزاء لغة هو الثواب والمكافأة» وعرفا «ما يؤدى من المال مقابل البناء فوق أرض تمتلكها الدولة أو الحبس[566]، وهذا المقابل في واقع الأمر ليس إلا كراء للأرض، سواء تعلق الأمر ببناء فوقها كما هو حاصل في بعض المدن المغربية، حيث ما زالت هناك أحياء تحمل اسم الجزاء بالرباط مثلا وجزاء بن زاكور بفاس... أو باستغلال للأرض زراعيا وهو السائد خارج المدن[567]، وغالبا ما يكون الكراء بأجر زهيد والمكتري يتحمل تحسينها أو البناء عليها وغير ذلك[568].

---

563 - المادة 105 من مدونة الأوقاف

564 - كريم وضاح، التصرفات الواردة على الملك الوقفي على ضوء مدونة الأوقاف، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ظهر المهراس، فاس، س.ج: 2021/2020، ص 117.

565 - رقية بلمقدم، مرجع سابق، ص 108.

566 - محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، ناظر الوقف، مرجع سابق، ص 62.

567 - هناك أنواع عديد للجزاء يمكن أن نذكر من ضمنها: جزاء بقع الدور؛ جزاء بقع البيوت؛ جزاء الأرحية؛ جزاء الكهوف؛ جزاء بقع الأفران؛ جزاء بقع الحوانيت؛ جزاء الماء؛ جزاء الأراضي الفلاحية أو الفدادين؛ جزاء الجنانات.

568 - رقية بلمقدم، مرجع سابق، ص 116.

وقد عرف الونشريسي عن ابن منظور الجزاء بقوله: «الجزاء كراء فيجري فيه حكم الكراء». ويدخل الجزاء ضمن المنافع الحبسية التي طالما استفاد منها بعض الأشخاص بمقابل بسيط جدا، ذلك أن الانتفاع بالحبس هو استغلال كل عين من عيونه لتنتفع بمردودها الجهة التي حبست عليها، وضمانا لاستمرار هذه المنفعة فإنه يجب العمل على صيانة هذه العين وحفظها لكي لا تصاب بالخراب، ويكون الاستغلال حسب ما تصلح له العين المحبسة، سواء بالإيجار أو الزراعة أو غرس الأشجار أو المساقاة حسب رغبة المحبس[569]. وسبب تسمية هذا الحق بالجزاء أن كل واحد من المتعاقدين يجازي الآخر[570]، وهو يقع على الأرض الفضاء البراح الخالية من البناء، كالأرض المعدة للزراعة والغرس مثلا[571].

وقد جاء في المعيار للونشريسي[572] في جواب عن سؤال طرح على ابن منظور ما يلي "الجواب أن الجزاء كراء، فيجري فيه حكم الكراء، أنه لابد فيه من مدة معلومة ولكن جرت العادة أن الجزاء يمضي حكمه ويستمر، وسكنت نفوس الناس لذلك"، في حين حدد بعض الفقهاء، على غرار الإمام البرزولي[573]، مدة كراء القطع الأرضية في عشرين سنة أو أربعين عاما كما جاء في الشمائل للترمذي[574]، أو خمسين سنة كما جاء في أحكام ابن سهل[575]. هكذا يظهر الاختلاف بين الفقهاء في تحديد مدة الجزاء.

والجزاء في الأرض أصله شرعي، مؤسس على عقد كراء أرض الوقف عند تعذر النفع بها بكراء مؤبد، وإن تغيرت الأسعار وتطاولت الأعمار لمن بنى أو غرس أو أحيا أو اعتمر بحيث لا يطالب إلا بالقدر المنجم على الأبد[576]. يظهر من هذا النص أن الجزاء مرتبط بالأرض أي بالمغارسة بالدرجة الأولى، وهذا ما يفسر تناول الفقهاء له في كتب المغارسة والأرض بالخصوص.

---

569 - أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار العرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، الجزء 5، منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1981، ص 83.

570 - محمد زعاج، الحقوق العينية العرفية الإسلامية بين التنمية والتصفية، وجهة نظر على ضوء مدونتي الأوقاف والحقوق العينية، منشورات مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، 2014، ص271.

571 - أنظر في هذا الصدد: هشام المراكشي، مرجع سابق، ص 57.

572 - أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، مرجع سابق، ص 38.

573 - الإمام البُرْزُلي المالكي أبو القاسم بن أحمد بن محمد البَلَوِي القيرواني، المعروف بالبرزلي: أحد أئمة المالكية في المغرب، سكن تونس، و انتهت إليه الفتوى فيها. وكان ينعت بشيخ الإسلام، ولد في حدود سنة 741 هـ الموافق 1340 وعمر طويلا.

574 - أبو عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك السُّلَمي الترمذي (209-279 هـ) / (824-892 م) مصنّف كتاب الجامع المعروف بسنن الترمذي، ويعتبر كتاب الشمائل أحد أهم كتبه أيضا.

575 - أبو الأصبغ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني المالكي (413-486 هـ)، له في الأحكام كتاب شهير يعد من أجل كتب المالكية، سماه: «الإعلام بنوازل الأحكام».

576 - محمد بن عبد العزيز بن عبد الله، ناظر الوقف، مرجع سابق، ص 62.

أو بتعبير آخر الجزاء هو أن تكترى الأرض الخالية لمن يبني فيها أو يغرسها، ويتفق الطرفان على أن المكتري يبقى دائما ولا يطالب بإفراغها. ويسمى هذا النوع من الكراء عند المصريين: الحكر أو الأحكار، وغالبا ما يقع هذا النوع على الأراضي المعدة للاستغلال الزراعي[577].

ثالثا: تمييز حق الجزاء عن السطحية

نشأ حق الجزاء على الأراضي التي أعطيت على وجه الكراء من لدن إدارة الأحباس أو الدولة، فيقوم المكترون باستصلاح الأراضي وغرسها والبناء فيها مقابل أجرة دورية، وهي وسيلة اعتمدت لإحياء وتعمير واستثمار الأراضي الخلاء آنذاك، وسمي الجزاء أيضا بحق الاستئجار وهو شبيه بحق الجلسة، فإذا كان حق الجزاء ينشأ على الأراضي الفلاحية، فإن حق الجلسة ينشأ على المحلات التجارية والحرفية في المدن القديمة في فاس وصفرو ومراكش وسلا وغيرها[578].

أما حق السطحية فهو من الحقوق العرفية التي نظمها الفقه الإسلامي، وبعده القانون الوضعي، وقد عرفه الفقيه مأمون الكزبري بأنه عبارة عن ملكية أبنية أو أغراس لشخص، مستقلة عن ملكية الأرض العائدة لشخص آخر[579]، كما عرفه الفقيه محمد ابن معجوز بأنه عبارة عن ملكية بناء أو أغراس في أرض مملوكة للغير، وهذا يعني أن مالك حق السطحية تقتصر ملكيته على الأبنية والأغراس دون الأرض التي أقيم عليها ذلك البناء والغرس، لأنها تكون مملوكة لشخص أو أشخاص آخرين[580].

وقد عرفته المادة 116 من مدونة الحقوق العينية بأنه: "حق السطحية هو حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير ...".

وارتباطا بالنازلة موضوع التعليق يتضح بجلاء أن طلب المدعية ينم عن فهم مغلوط للحقوق العينية والتحملات العقارية، حيث وقعت في خلط بين حق الجزاء المنعقد للأحباس، حيث تعتبر الأوقاف مالكة الرقبة، وحق السطحية المتعلق بالأشجار الحبسية الهالكة.

وحيث إن منطوق القرار موضوع التعليق يقضى بإلغاء الحكم المستأنف، والحكم من جديد بالتشطيب على حق الكزا، المنعقد لفائدة أحباس صفرو بخصوص أشجار الزيتون الخمس من الرسم العقاري وتحميل المستأنف عليه الصائر، فإنه يكون مجانبا للصواب، من ناحية خلطه بين مفهومي

---

[577] - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2016، ص 405.

[578] - محمد بونبات، الحقوق على العقار، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2008، ص 145.

[579] - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الثاني: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط، 1987، الطبعة الثانية، ص 217.

[580] - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مرجع سابق، ص 412.

الجزاء والسطحية. وبما أن فهم النازلة يقتضي الفصل بين المفهومين، بإيضاح الفروقات بينهما، فسنحاول تمييزهما من ناحية الآثار (أ)، ثم من زاوية انقضاء الحق (ب).

أ- تمييز الجزاء عن السطحية من زاوية الآثار

بداية لابد من التأكيد على أنه مهما كانت صيغة الجزاء، سواء كان لفائدة الأحباس أو لفائدة الغير، فإن الرقبة تعود للأوقاف العامة، وهو ما أكده الاجتهاد القضائي في العديد من المناسبات، فقد جاء في إحدى قرارات محكمة النقض[581] ما يلي:

"وعلى خلاف ما تمسك به، فإن العقار المنعقد عليه الجزاء كحق من الحقوق العرفية الإسلامية التي تكون رقبتها ملكا للدولة أو للأوقاف، وتسلم لشخص من أجل غرسها أو بنائها والانتفاع بها على وجه الدوام مقابل وجيبة كرائية تؤدى لمالك الرقبة"

من جانبها قضت محكمة الاستئناف بفاس[582] بما يلي: "ذلك أن طالبي التحفيظ لا يملكان في العقار إلا حق الجزاء دون حق الرقبة، التي تعود لفائدة الأحباس، ومعلوم أن حق الجزاء هو من الحقوق العرفية الإسلامية، جرى القضاء فيه بين علماء فاس على التبعية والدوام، وعدم الخروج إلا برضى المكتري، وذلك لقول صاحب العمل الفاسي: وهكذا الحبس والجزاء".

يتضح إذن أن حق السطحية هو في طبيعته حق ملكية ينحصر نطاقه في ملكية الأبنية أو الأغراس المقامة على أرض مملوكة للغير، دون أن يمتد إلى ملكية الأرض نفسها، بمعنى أن حق السطحية مستقل عن ملكية الأرض[583]، وعليه يوصف مالك الأشجار بكونه صاحب حق السطحية، ومالك الأرض صاحب الرقبة، أما حق الجزاء فهو يتعلق باستخدام الأراضي التي يتم كراؤها من إدارة الأحباس أو الدولة للأغيار، حيث تبقى ملكية الأرض نفسها للدولة أو الأحباس، وبما أن النازلة تضمنت ما يفيد ملكية الأوقاف للأغراس بمقتضى نسخة استخراج حوالة حبسية للأملاك الخالصة لأشجار الزيتون التابعة للأحباس، وكذا ما يفيد ملكية الأوقاف للرقبة، بما أن بيانات الحقوق العينية والتحملات العقارية بالرسم العقاري تضمنت حق الكزا (الجزاء) المقيد بتاريخ 2011/03/29، فإن منطوق القرار جاء معيبا.

الواضح إذن، أن حق السطحية يمنح للشخص حق التصرف في المباني أو الأغراس التي أقامها على أرض الغير، لكنه لا يمتلك الأرض التي بني عليها، أما حق الجزاء فهو ينشأ بناءً على عقد كراء يمنح المستأجر الحق في استغلال الأرض بغرض البناء أو الزراعة مقابل أداء أجرة دورية.

---

[581] - قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 8/1025 بتاريخ 2019/12/24 في الملف المدني عدد 2018/1/22328 (غير منشور)

[582] - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بفاس، تحت عدد 2004/195، بتاريخ 2004/05/05 في الملف عدد 03/396 (غير منشور)

[583] - محمد بن أحمد بونبات، الحقوق على العقارات، دراسة شاملة لواقع الأرض والحقوق العينية على ضوء التشريع المغربي، سلسلة آفاق القانون، عدد 17، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2019، ص 130.

إن المفهوم العام للجزاء أو الاستئجار يفيد كراء أرض بغرض بناء أو غرس[584]، حيث يعتبر المكري مالكا للرقبة، والمكتري صاحب حق انتفاع على سبيل الاستئجار، وذلك على خلاف حق السطحية، الذي لا نكون أمامه إلا إذا انفصلت ملكية الأرض عن ملكية ما عليها من بناء وأغراس.

وفي نازلة الحال، يبدو أن محكمة الاستئناف قد وقعت في خلط بين مفهوم حق الجزاء وحق السطحية، فلكي نكون أمام حق السطحية يجب أن يكون مالك العقار شخص، ومالك حق السطحية شخصا آخرا[585]، وهو ما لا يتحقق في النازلة موضوع التعليق ما دامت الأشجار موضوع السطحية في ملكية الأوقاف، ورقبة الأرض للأوقاف، وبناء عليه يمكن القول بأن الأمر يتعلق بنوعين من الحقوق: حق السطحية وهو يتمثل في 5 أشجار حبسية، وهي الثابتة في حوالة الأشجار الخالصة وحق الكزا لفائدة الأحباس العامة، وهو الثابت في الرسم العقاري.

ب- تمييز الجزاء عن السطحية على مستوى الانقضاء

إذا كان المبدأ أن حق السطحية دائم، فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم الاتفاق على أن يكون حق السطحية مؤقتا، بما أن المشرع المغربي لم ينص على ما يمنع هذا الاتفاق، بل إنه نص على أن حق السطحية ينقضي باتحاد ملكيته مع ملكية الأرض[586]، وهذا ما ينطبق على النازلة موضوع التعليق حيث إن حق السطحية انقضى باتحاد الذمة[587]، بما أن الأرض موضوع حق الجزاء وفق الثابت من الرسم العقاري، ومالكة الرقبة في هذه الحالة هي الأحباس، وأن الأشجار موضوع حق السطحية هي أشجار حبسية.

وهو ما تأكد عليه المادة 118 من مدونة الحقوق العينية التي نصت على ما يلي: "ينقضي حق السطحية:

أولا: بالتنازل عنه صراحة؛

ثانيا: باتحاده مع ملكية الرقبة في يد شخص واحد؛

ثالثا: بهلاك البنايات أو المنشآت أو الأغراس هلاكا كليا"

---

584 - رقية بلمقدم، مرجع سابق، ص 117.

585 - حنان سعيدي، تأملات في القواعد المنظمة لحق السطحية، مؤلف جماعي، منشورات المركز المغربي للدراسات العقارية، مطبعة الأمنية، الرباط، 2021، ص 95.

586 - حنان سعيدي، المرجع السابق، ص 83.

587 - يقصد باتحاد الذمة اجتماع ملكية العقارين في يد واحدة، على أن اجتماع ملكية العقارين في يد واحدة يتم بأي سبب من أسباب كسب الملكية كالميراث والوصية والعقد والشفعة والتقادم...إلخ.

راجع: محمد مومن، حقوق الارتفاق في القانون المغربي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى، 2002، ص 257.

وحيث إن طلب المدعية في النازلة موضوع التعليق يرمي إلى التشطيب على حق الجزاء المنعقد لفائدة الأحباس بخصوص 5 أشجار حبسية، فإنه يعد طلبا غير مؤسس، لأن الأمر يتعلق بحق عيني، تتم تصفيته وفق مسطرة خاصة منصوص عليها في المادة 106 من مدونة الأوقاف؛ وحيث إن المدعية لم يسبق لها أن تقدمت بطلب جدي لتصفية حق الجزاء، إذ أن طلباتها المقدمة ترمي إلى التشطيب على حق الجزاء، وهو ما لا يمكن الاستجابة له، إلا بعد سلوك الإجراءات وتتبع المساطر المعمول بها من الناحية الشكلية والقانونية.

بناء على منطوق المادة 105 من مدونة الأوقاف نجد بأن أسباب انقضاء الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة، محددة فيما يلي:

هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك والعائدة إلى صاحب الحق العرفي؛

عدم أداء صاحب الحق العرفي الوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين. وفي هذه الحالة تسترد الأوقاف المحل بمنافعه، ويمنح صاحب الحق الأسبقية في كرائه؛

تصفية هذه الحقوق بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 106 بعده.

كما تنقضي هذه الحقوق في جميع الأحوال بمرور عشرين سنة ابتداء من دخول هذه المدونة حيز التنفيذ."

وارتباطا بالنازلة موضوع التعليق نجد بأن المحكمة مصدرة القرار قد عللت ما قضت به بما يلي: "ولما كان حق الجزاء الذي تتمسك به الأوقاف، والذي هو عبارة عن أشجار من الزيتون لم تعد قائمة على أرض الواقع، فإنه يتعين القول بكون هذا الحق قد انقضى بهلاك محله، وبناء على ما تقدم تبين للمحكمة انقضاء حق الجزاء بهلاك محله، فإن طلب التشطيب عليه يكون مؤسسا، وأن ما انتهى إليه الحكم الابتدائي يكون منعدم التعليل مما يوجب إلغاء الحكم المستأنف وتصديا الحكم بالاستجابة للطلب".

وبقراءة متمعنة لهذا التعليل سنجد بأن المحكمة مصدرة القرار جانبت الصواب لعدة أسباب يمكن إجمالها فيما يلي:

- أن إدارة الأوقاف لم تتمسك بكون حق الجزاء منعقد على خمس أشجار حبسية، بل على العكس من ذلك، أكدت خلال كافة مراحل التقاضي أن العقار موضوع النزاع مثقل بحق الجزاء حسب الثابت من الرسم العقاري، وأن حق الجزاء يتعلق بالأرض، وهو يمنح للأوقاف حق الرقبة؛

- أن الأشجار الخمس التي تم الحديث عنها وردت في حوالة حبسية خاصة بالأملاك الخالصة للأحباس، وهو ما يعني أنها ليست موضوع حق الجزاء، كما تم التمسك به؛

- أن اتحاد ملكية الأرض وملكية الأشجار يعتبر سببا من أسباب انقضاء حق السطحية؛

- إن التشطيب على حق الجزاء يعني فقدان الأوقاف لرقبة العقار، وهو ما يؤدي إلى إهدار الرصيد الحبسي؛

- إن حماية الحبس من النظام العام؛

- إن النص الواجب التطبيق في نازلة هو النص الخاص، المتمثل في مدونة الأوقاف، التي حددت أحكاما خاصة لانقضاء وتصفية الحقوق العرفية.

مجمل القول، أن حق الكزا يتعلق بالأرض، وليس بالأغراس، لذلك لا مجال للقول في نازلة الحال بانقضائه، كما أن الإجتهاد القضائي أقر بأن القاعدة في الأملاك المثقلة بحق الجزاء تقضي بأن الأوقاف مالكة والرقبة والمتعامل معها على سبيل الاستئجار يكون مالكا للمنفعة.

وبناء على ما سلف، يتعين لانقضاء الوقف في النازلة موضوع التعليق أن يتم اتباع إحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 106 من مدونة الأوقاف التي نصت على ما يلي:

"يمكن تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة وفق إحدى الطرق الثلاث الآتية:

شراء إدارة الأوقاف للحق العرفي المترتب لفائدة الغير؛

شراء صاحب الحق العرفي لرقبة الملك الوقفي؛

بيع الرقبة والحق العرفي معا عن طريق المزاد وفق أحكام المواد من 60 إلى 71 من هذه المدونة. ولا يلجأ إلى هذه الطريقة إلا في حالة تعذر التصفية بالطريقتين السابقتين.

وفي هذه الحالة الأخيرة، يحق لإدارة الأوقاف ثم لصاحب الحق العرفي على وجه الترتيب ضم الرقبة والحق المنشإ عليها شريطة زيادة نسبة عشرة في المائة على الثمن الذي رسا به المزاد. يجب ممارسة حق الضم المشار إليه أعلاه داخل أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ إجراء المزاد.

وقد اشترط المشرع قبل الشروع في تصفية الحقوق العرفية المنشأة على أملاك الأوقاف العامة والمسلم بها من لدن إدارة الأوقاف العامة، تحديد قيمة كل من الحق العرفي والرقبة بكيفية منفصلة[588] وذلك طبقا للمادة 107 من المدونة. إلا أنه بالمقابل لم يحدد من هي الجهة المخول لها تحديد هذه القيمة؟

[588] - راجع: منشورات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرشد في عمل ناظر الأوقاف، الجزء الثاني: تسيير الوقف وتنميته، طبعة 2020، ص 50.

كما أنه لم يتحدث عن نسبة كل من الرقبة والحق العرفي في العقار كما كان في الضوابط الحبسية[589]، حيث جاء في الفصل الثاني من الظهير الشريف المؤرخ في 7 رمضان 1334 (يوليوز 1916) المتعلق بضبط أمر المعاوضات في أملاك الأحباس التي عليها المنفعة ما يلي: "يمكن تعويض المنافع المسلمة شرعا من الجزاء والاستيجار والمفتاح والزينة والحلاوة بوجه المراضاة من أربابها بطلب منهم سواء كان ذلك بالنقد أو بالعقار، على أن يكون مناب الأحباس بنسبة ثلاثين في المائة من قيمة الملك الذي عليه المنفعة حسب ما هو منصوص عليه بالظهير المؤرخ ب 27 فبراير 1914."

وفي ظل هذا الوضع، أنيطت مهمة تحديد تلك القيمة إلى خبير من الخبراء المعتمدين في مجال الوقف، طبقا للمادة 64 من مدونة الأوقاف، حيث يتم تعيينه بقرار مشترك بين وزير الأوقاف والشؤون الاسلامية ورئيس المجلس الأعلى لمراقبة مالية الأوقاف العامة، باعتبار أن التصفية تؤول في الأخير إلى معاوضة رقبة العقار من إدارة الأوقاف.

وتجدر الإشارة إلى أن مدونة الأوقاف[590] بعد نسخها وتعويضها لأحكام ظهير 7 رمضان 1334 (8 يوليوز 1916) المتعلق بضبط أمر المعاوضات في أملاك الأحباس التي عليها المنفعة، ألغت إعمال القاعدة التي كانت بمقتضاها الأوقاف تستحق نسبة ثلاثين في المائة[591] من قيمة العقار الذي عليه منفعة، عند معاوضته باعتبارها هي مالكة الرقبة وهي القاعدة التي كانت تتماشى مع التوجه الفقهي القائل بأن صاحب المنفعة أقوى من مالك الرقبة "[592].

ختاما، يمكن القول بأن المنازعات المتعلقة بحق الجزاء المنعقد على الأملاك الوقفية، غالبا ما ترتبط بتحديد صاحب الرقبة، وما يتبع ذلك من بيان نسبة مناب كل من صاحب الرقبة والمتعامل مع الأوقاف على سبيل الجزاء، في حالة تصفية الحق، وهذا التحديد اقتضى الوقوف على السيرورة التاريخية لحق الجزاء، حيث ألفينا بأن أغلب الكتاب والمؤرخين اتفقوا على أن الأراضي المنعقد بها الجزاء تعود رقبتها للأوقاف أو الدولة.

وانطلاقا مما تبين من التطور التاريخي لحق الجزاء تبلور مفهوم حق الجزاء، لا سيما على مستوى تحديد حقوق كلا الطرفين، وقد صاغ الفقه ومعه القضاء مجموعة من التعاريف التي تبين ماهية هذا

---

589 - كريم وضاح، مرجع سابق، ص 123.

590 - وذلك طبقا للمادة 166 منها.

591 - وهي القاعدة التي كان ينص عليها الفصل الثالث من الظهير الشريف المؤرخ في فاتح ربيع الثاني 271332 فبراير (1914) فيما يتعلق بتقسيم كراء الأملاك المثقلة بالجزاء والاستئجار والجلسة والمفتاح والزينة حيث جاء فيه ما يلي: "يقسم الكراء المتحصل من الأملاك التي فيها الجلسة وما عطف عليها على النسبة الآتية سبعون بالباء الموحدة في المائة لصاحب المنفعة، والثلاثون الباقية لجانب الحبس على حسب التدريج الآتي في الفصل الخامس."

592 - كريم وضاح، مرجع سابق، ص 124.

الحق، وهي في جملتها تتفق على أن الجزاء هو كراء ينصب على الأرض، ومن هنا تم إيراده في بعض المؤلفات في باب الكراء الطويل الأمد وفي البعض الآخر في باب المغارسات أو الأرض.

على أن التحديد المفاهيمي لحق الجزاء سيمكن من فصل المقال فيما بين الجزاء وشبهه من اتصال وانفصال، وفي مقام تحليلنا اتضح الفرق الجلي بين الجزاء والسطحية، بما أن الأخيرة تعني ملكية بنايات أو أغراس فوق أرض غير، وبما أن النازلة الصادر في شأنها القرار موضوع التعليق تفيد أن الأوقاف هي مالكة السطحية، وأن العقار موضوع النزاع تبعا للرسم العقاري مثقل بحق الجزاء، أي أن الأوقاف تملك الرقبة، فإن ذلك يعني اجتماع ملكية السطحية مع ملكية الأرض، ومن ثم تبقى طلبات المدعية غير ذي أساس والقرار الصادر في شأنها غير مؤسس ويتعين نقضه.