

الإيجار المفضي إلى تملك العقار

د/ العربي محمد مياذ

كاتب قانوني

في إطار تحيين الترسانة التشريعية المغربية ومواكبتها لمؤسسة العقار بصفة عامة، ورغبة منه في تمكين شريحة عريضة من المواطنين ذوي الدخل المحدود من امتلاك سكن لائق كفيل بضمان عيش كريم، أصدر المشرع المغربي القانون رقم 51.00.202.03 بتاريخ 16 رمضان 1424 الموافق 11 نونبر 2003.

وإن من أهم الأهداف التي سعى واضعوا هذا القانون إلى تحقيقها تتمثل في ما يلي :

* وضع أسس وقواعد قانونية كفيلة بضبط هذا النوع من المعاملات العقارية رغم محدودية انتشارها ؛

* سد الفراغ القانوني الذي كان سائدا في السوق العقاري ؛

* تشجيع هذا النوع من المعاملات العقارية المعمول بها في بعض المدن الكبرى.

وهذا ما لخصه الوزير المكلف بقطاع الإسكان عند تقديمه لمشروع القانون أمام اللجنة المختصة بمجلس المستشارين، عندما أكد على أن هذا المشروع قانون جاء في سياق إيجاد آلية جديدة تساعد على ولوج شريحة من المواطنين ذوي الدخل المحدود ملكية العقار عبر أداء ثمن البيع في شكل أقساط متفق عليها بالتراضي بين البائع والمكترى الممتلك الذي ينتفع بالعقار إلى حين حلول أجل نقل الملكية، خاصة وأن الغالبية العظمى من هؤلاء تجد صعوبة في دفع التسبيق الأولي الذي قد يفوق قدراتهم المالية.

وقد تضمن هذا القانون أربعة أبواب موزعة على 23 مادة، سنحاول التطرق إلى مضمونها من خلال 5 محاور كالتالي:

المحور الأول: تعريف الإيجار المفضي إلى تملك العقار ونطاق تطبيقه

لدراسة هذا المحور ارتأينا تقسيمه إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول إلى تعريف الإيجار المفضي إلى تملك العقار، والمطلب الثاني إلى نطاق تطبيقه.

المطلب الأول : تعريف الإيجار المفضي إلى تملك العقار

عرفت المادة 2 من القانون رقم 51.00 يتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار السالف الذكر، بأنه كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكري المتملك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض، مقابل أداء الوجيبة باعتبارها مبلغاً يؤدي على دفعات وذلك إلى حلول تاريخ حق الخيار.

هذا الاتجاه سار فيه كذلك المشرع الأردني، عندما عرفه بأنه العقد الذي يحق للمستأجر بموجبه الانتفاع بالمأجور مقابل بدل إيجار يدفعه للمؤجر على أن يتحمل المستأجر أي مخاطر تتعلق بالمأجور¹

ويعيب على هذا التعريف أنه لم يوضح مسطرة انتقال الملكية إلى المكري، ولا الطبيعة القانونية للوجيبة الكرائية بعد إعلان المكري رغبته في التملك .

وفي هذا الإطار، يرى جانب من الفقه بأنه لا يدعو أن يكون اتفاقية كراء ينتفع بموجبها المكري بمحل العقد بأجرة محددة على مدة معلومة على أن محل العقد سيتحول إلى ملكية المكري خلال مدة الكراء أو في نهايتها بواسطة هبتها أو بيعها بالتراضي في حينه وعقد جديد² . أو أنه عقد إيجار مقرون بوعده بالبيع ، يقوم بموجبه أحد المتعاقدين بإيجار شيء إلى آخر مدة معينة يكون للمستأجر عند انقضائها خيار شرائها بسعر معين³.

ونحن نعتقد، بأن التعريف الذي أخذ به المشرع المغربي غير دقيق ولم تتم صياغته صياغة متينة ، كما يبدو من خلال اختياره ألفاظ مركبة ، فهو حينما استعمل مصطلح الإيجار المفضي إلى التملك ، إنما عاد إلى المصطلحات الواردة في قانون الالتزامات والعقود كما صدر بتاريخ 12 غشت 1913 ليقترن منه مصطلح الإيجار. والحال أن المعول في هذا المجال هو الكراء ، لأن الإيجار يشمل الأشياء والأشخاص⁴، ناهيك عن أن النسخة الفرنسية

¹ المادة 3 من قانون التأجير التمويلي الأردني المؤقت رقم 16 لسنة 2002 المعدل بالقانون المؤقت رقم 48 لسنة 2003
² الجناعي ، الإجارة المنتهية بالتمليك تحقق التنمية الاجتماعية والاقتصادية ، أشار إليه هيام محمد الزيدانيين ، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك / مقال منشور بمجلة علوم الشريعة والقانون ، المجلد 39 ، العدد 1 ، 2012 ص 114
³ توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقايضة ص 43
⁴ نص الفصل 626 من ق ل ع على أن الإجارة نوعان إجارة الأشياء (وهي الكراء) وإجارة الأشخاص (العمل) .

استعملت مصطلح *la location* وترجمتها الكراء وليس الإيجار ، لأن المرادف للإيجار في الفرنسية هو *le louage*.

ثم كيف يستقيم القول بأن البائع يلتزم تجاه المكتري المتملك بنقل ملكية العقار والحال أن المكتري لا يملك ملكية الرقبة وإنما ملكية الانتفاع ، ثم كيف يتم الحديث عن الوجيبة ، والنص الفرنسي استعمل *redevance* ويقابله في اللغة العربية القسط أو التسبيق؟

لذلك نرى بأن الإيجار المفضي إلى تملك العقار⁵، هو عقد بيع معلق على شرط ، أي أنه عقد بيع مؤجل التملك، وهو إلى حد بعيد منسجم مع البيوعات الموصوفة كبيع الخيار⁶ مع وجود فارق في أن الإيجار أو الكراء المفضي إلى التملك في الأساس هو أنه بيع مؤجل وظاهره كراء ، مع ثبوت حق الخيار للمكتري.

وهذا ما جعل المشرع ينص على أنه عقد شكلي عكس عقود البيع والكراء العادية التي تكون كقاعدة عامة رضائية رغبة منه في حماية الطرف الضعيف في العقد وهو المكتري المتملك.

غير أن ما ينبغي الإشارة إليه أن المادة 2 أعلاه ، لم تشر إلى مسطرة إعلان المكتري عن رغبته في تحويل العقد من عقد كراء إلى عقد بيع، وهل يحق له إجراء هذه العملية قبل انتهاء الأجل المتفق عليه ، كما لو أن المكتري رغب في أداء الأقساط المتبقية كاملة قبل حلول أجلها مثلا، ثم ما ذا لو رغب المالك في تحويل العقد إلى عقد هبة عوضا عن عقد بيع ؟

ونظرا للنقاش الذي أثير حول الطبيعة القانونية للإيجار المفضي إلى تملك العقار، ولا سيما لدى السواد الأعظم من الأمة أصدر المجمع الفقه الإسلامي فتوى بخصوص هذا العقد جاء فيها: "الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه أما بعد: فالإيجار المنتهي بالتمليك، له صور عدة، منها الجائز، ومنها المحرم، وقد بين مجمع الفقه الإسلامي ذلك مفصلا في دورته الثانية عشرة بالرياض من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421 هـ (23-28 سبتمبر 2000م). وإليك نص القرار:

قرار رقم: 110(12/4) بشأن موضوع الإيجار المنتهي بالتمليك .
إن مجلس الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية من 25 جمادى الآخرة 1421 هـ إلى غرة رجب 1421 هـ (23-28 سبتمبر 2000).

⁵ ارتأينا الحفاظ على نفس المصطلح تماشيا مع رغبة المشرع إلى حين تعديل المصطلح المنتقد
⁶ نص الفصل 601 من ق ل ع بأنه يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة

بعد اطلاعه على الأبحاث المقدمة إلى المجمع بخصوص موضوع (الإيجار المنتهي بالتملك). وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء.

قرر ما يلي:

الإيجار المنتهي بالتملك:

أولاً: ضابط الصور الجائزة والممنوعة ما يلي:

- 1- ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان في وقت واحد على عين واحدة في زمن واحد.
- 2- ضابط الجواز:
 - * وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر زماناً، بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتملك في نهاية مدة الإجارة، والخيار يوازي الوعد في الأحكام.
 - * أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.
- 3- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر، وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غير ناشئ من تعد المستأجر، أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.
- 4- إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونياً إسلامياً لا تجارياً، ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.
- 5- يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتملك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة، وأحكام البيع عند تملك العين.

6- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة.

ثانياً: من صور العقد الممنوعة:

- 1- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجره خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعاً تلقائياً.
- 2- إجارة عين لشخص بأجرة معلومة ولمدة معلومة مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.
- 3- عقد إجارة حقيقي، واقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجلاً إلى أجل محدد (هو آخر مدة عقد الإيجار). وهذا ما تضمنته الفتاوى والقرارات الصادرة من هيئات علمية ومنها: هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية.

ثالثاً: من صور العقد الجائزة:

1- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجره معلومة في مدة معلومة، واقترن به عقد هبة العين للمستأجر معلقاً على سداد كامل الأجرة، وذلك بعقد مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة (وذلك وفق ما جاء في قرار المجمع بالنسبة للهبة رقم (3/1/13) في دورته الثالثة.

2- عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة (وذلك وفق قرار المجمع رقم (5/6)44 في دورته الخامسة.

3- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجره معلومة، في مدة معلومة واقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

4- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجره معلومة، في مدة معلومة،

ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق (وذلك وفق قرار المجمع السابق رقم 6/44(5)) أو حسب الاتفاق في وقته.

ويرى جانب من الفقه الإسلامي⁷ بأن الإجارة المنتهية بالتمليك " مركبة من كلمتين: هي تمليك منفعة من عين معلومة مدة معلومة، يتبعه تمليك العين على صفة مخصوصة بعوض معلوم. فقولهم: تمليك منفعة، هذا هو الإجارة. وقولهم: يتبعه تمليك العين، هذا هو البيع. فهي إجارة منتهية بالتمليك. وهذا العقد وجد أول ما وجد عام 1846م في إنجلترا، وأول من تعامل بهذا العقد، أحد تجار الآلات الموسيقية في إنجلترا، فكان يؤجر آلاته الموسيقية إجارة يتبعها تمليك العين، وقصد من ذلك ضمان حقه. ثم بعد ذلك انتشر وانتقل من الأفراد إلى المصانع، وكان أول هذه المصانع تطبيقاً لهذا العقد مصنع سنجر لآلات الخياطة في إنجلترا. ثم بعد ذلك تطور، وانتشر بصفة خاصة في شركات السكك الحديدية، التي تشتري المركبات، وتؤجرها لمناجم الفحم تأجيراً ينتهي بالتمليك. ثم بعد ذلك انتشر هذا العقد، وانتقل إلى بقية دول العالم، فانتقل إلى الولايات المتحدة عام (1953م). ثم بعد ذلك انتقل إلى فرنسا عام (1962م). ثم بعد ذلك انتقل إلى البلاد العربية والإسلامية عام (1397هـ).

المطلب الثاني : نطاق تطبيق الإيجار المفضي إلى تملك العقار

نصت المادة الأولى من القانون رقم 51.00 يتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار السالف الذكر على أن أحكام هذا القانون تطبق على العقارات المنجزة والمعدة للسكنى . وهذا عكس القانون الفرنسي رقم 84.595 بتاريخ 12 يوليو 1984 المتعلق بالكراء المفضي إلى تملك العقار الذي مدد مقتضياته من عقود الكراء المفضية إلى تملك العقار إلى المحلات المعدة للسكنى أو العقود المختلطة أي للاستعمال المهني والسكني . وهذا اتجاه سليم ، خاصة إذا كان الجانب الذي يغلب على العقد هو الاستعمال السكني .

والتساؤل المطروح ما المقصود بالعقارات المنجزة والمعدة للسكنى في مفهوم المشرع المغربي ؟ وهل الواو في هذه المادة تفيد العطف أو الترتيب أو الجمع ؟

⁷ خالد بن علي المشيخ : الإيجار المنتهية بالتمليك ، فقه المعاملات ، موقع المختار الإسلامي ، 17 فبراير 2012

يرى جانب من الفقه⁸ أنه ينبغي التمييز بين مصطلح العقارات المنجزة وتلك المبنية ، ذلك أن الأولى التي تجد مقابلا لها في اللغة الفرنسية ب immeuble achevé وهي تفيد أن عملية البناء قد انتهت وأصبح العقار قابلا للاستعمال السكني حتى لو لم تدخل عليه أية تحسينات ، في حين فإن العقار المبنى الذي يقابله في اللغة الفرنسية immeuble construit يكون مفهومه غير معتاد في القاموس القانوني المغربي .

لكن في اعتقادنا فإن الأمر لا يتطلب الجدل، ذلك أنه يكفي الرجوع إلى كل من الفصل 15-618 من ق.ل.ع الذي نص أنه لا يعتبر العقار محل البيع منجزا ولو تم الانتهاء من بنائه إلا بعد الحصول على رخصة السكنى أو شهادة المطابقة، وعند الاقتضاء بتقديم البائع للمشتري شهادة تثبت أن العقار مطابق لدفتر التحملات إذا طلب المشتري بذلك. وكذلك المادة 55 من القانون رقم 90.12 المتعلق بالتعمير حيث ميزت بين العقار المنجز أو التي انتهت الأشغال فيه ، والعقار المبنى.

ويبقى مناط التمييز في نظرنا، هو الحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة من عدمها ، إذ أنه من الجائز أن يكون العقار مبنيا دون أن يعتبر منجزا إلا إذا حصل صاحبه على رخصة السكن وبالتالي يصبح قابلا للاستعمال . لذلك نصت المادة 55 السالفة الذكر ، على أنه لا يجوز لمالك المبنى أن يستعمله بعد انتهاء الأشغال فيه إلا إذا حصل على رخصة السكن إذا تعلق الأمر بعقار مخصص للسكن.

وقد قضت المحكمة الإدارية بوجدة بأن "استعمال المبنى قبل انتهاء عملية البناء والحصول على شهادة المطابقة يجعل القرار بإغلاقه مشروعا"⁹.

واستنادا إلى دورية وزير الداخلية رقم 207 بتاريخ 12 يونيو 1995 المتعلقة بمسطرة منح رخص البناء ورخصة السكن وشواهد المطابقة، فإنه لا يمكن تسليم شهادة السكن إلا إذا تضمن الطلب تصريحا بانتهاء الأشغال . كما أن دورية وزير الدولة في الداخلية رقم 398 بتاريخ 28 مارس 1996 حول نطاق إلزامية رخصة البناء في الوسط القروي وشروط تسليمها ألحت على أن إلزامية الحصول على رخصة البناء ليس فقط في حالة القيام بانجاز بنايات جديدة ، بل كذلك في حالة إدخال تغييرات على مباني قائمة .

⁸ راجع جيلالي بوحبص: عقد الإيجار المفضي على التملك بين قانون 51.00 وقانون الالتزامات والعقود مقال منشور بمجلة القانون المغربي العدد 10- شتنبر 2006 ص 131
⁹ حكم عدد 97/757 بتاريخ 9 شتنبر 1997 ص ، منشور بالدليل القانوني والقضائي للتعمير والبناء من إعداد وتقديم أحمد أجعون، منشورات مجلة الحقوق سلسلة الأعداد الخاصة ، 5، سنة 2013 ص 408

وقد قضت المحكمة الادارية بالرباط بأن " الشروع في البناء على أساس الحصول على رخصة ضمنية من دون انتظار مرور أجل 60 يوما على تقديم طلب رخصة البناء ، يعد بمثابة بناء دون رخصة ، ومن حق رئيس المجلس الجماعي أن يصدر أمرا بإيقاف أشغال البناء ."¹⁰

وصفوة القول، فإن القانون 51.00 السالف الذكر لا يطبق على العقارات غير المنجزة وكذلك تلك المنجزة وغير المعدة للسكن .

ويقصد بالمحل السكني، كل محل معد للسكنى شريطة توفره على المواصفات الضرورية من حيث الأجزاء المكونة له وشروط التهوية والمطبخ ودور المياه والربط بشبكة المياه الصالحة للشرب والكهرباء¹¹ بالإضافة إلى الربط بخطوط الاتصالات السلكية واللاسلكية.

وبناء عليه فإن نطاق تطبيق القانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار لا يمتد إلى العقارات المخصصة للصناعة والتجارة والاستعمال المهني ، وكذا إلى البناء العشوائي ودور الصفيح وغيرها من أنواع البناء غير اللائق .

المحور الثاني: شكلية إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

لدراسة هذا المحور نرى من الفائدة التعرف على الأشخاص المؤهلين لتحريير هذا النوع من العقود، ثم مضمونها.

المطلب الأول: الأشخاص المؤهلون لتحريير عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

إذا كانت الرضائية هي المعول عليها في جل العقود المدنية الكبرى كعقد البيع والكرء كما أسلفنا، فإن المشرع المغربي والمقارن خرجا عن هذه القاعدة بالنسبة لعقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار حيث اعتبرا الكتابة شرط صحة ونفاذ ، وفي غيابها يعتبر العقد باطلا .

وفي هذا الاتجاه نصت المادة 4 من القانون الفرنسي رقم 84.595 بتاريخ 12 يوليو 1984 السالف الذكر بأن عقد الكراء المفضي إلى تملك العقار يحزر في محرر رسمي وينشر في البيان العقاري LE FICHIER IMMOBILIER

¹⁰ حكم رقم 70 بتاريخ 23 فبراير 1995 في الملف رقم 89/94 غ، المرجع أعلاه ص 369
¹¹ راجع المادة 5 من القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني الصادر بتنفيذه ظ ش رقم 1.13.111 بتاريخ 19 نونبر 2013

وهو الاتجاه الذي سار فيه المشرع المغربي عندما أكد في المادة 4 من القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار السالف الذكر على أن هذا العقد يجب أن يحرر بموجب محرر عرفي أو رسمي .

ويكون المحرر رسميا طبقا للفصل 418 من ق ل ع عندما يتلقاه الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد. غير أن هذا المقتضى القانوني أصبح متجاوزا في الوقت الراهن على اعتبار انه طبقا للمادة 4 من القانون 51.00 الذي نحن بدراسته فإن تحرير عقود الإيجار المفضية إلى التملك الرسمية أصبحت حكرا على الموثقين العصريين و العدول دون ما سواهم .وعلى هذا الأساس فإن حرية اختيار من يحرر هذا النوع من العقود ضيقة ولا تتعدى طائفتين ، الموثقون العصريون والعدول، بالنسبة للمحررات الرسمية .

وفي الحالات الأخرى يكون العقد عرفيا وثابت التاريخ ، شريطة أن يتم تحريره من طرف إما محاميا مقبولا للترافع أمام محكمة النقض، أو أي شخص من الأشخاص الواردة أسماؤهم ضمن لائحة المهنيين المقبولين لتحرير العقود.¹² هذه اللائحة التي من المفروض أن تحدد سنويا بقرار مشترك لوزير العدل والوزير المكلف بالفلاحة والوزير المكلف بقطاع السكنى غير أنها لم تصدر، رغم صراحة المرسوم رقم 2.04.757 بتاريخ 27 دجنبر 2004 بتطبيق أحكام المادتين 4 و16 من القانون المذكور¹³، وهذا تقصير واجفاف في حق الفئات الأخرى من غير المحامين .

والتساؤل المطروح ماذا لو قام المتعاقدون بإبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بطريقة مخالفة لمقتضيات المادة 4 المذكورة؟

طبقا لمقتضيات هاته المادة يعتبر المحرر باطلا ، ولا أثر له لا بين الأطراف ولا بالنسبة للغير. لكن من سيتمسك في هذه الحالة بالبطلان ؟ خاصة إذا بقي العقد مستترا إلى حين وصول أجل الخيار ، فهل يمكن بعد ذلك التمسك بهذا البطلان من أجل التحلل من إبرام العقد النهائي الناقل للملكية ؟

أمام غياب نص صريح، فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة ولا سيما الفصل 306 من ق ل ع الذي ينص على أن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذاً له.

¹²راجع المادة 4 من القانون 51.00 وكذا المرسوم رقم 2.04.757 بتاريخ 27 دجنبر 2004 بتطبيق المادتين 4 و16 من القانون المذكور
¹³ ج ر عدد 5280 بتاريخ 6 يناير 2005 ص 46

وهذا الوضع يكون مقبولاً ، بالنسبة للشق المتعلق بالبراء بحيث تبقى الوجيبة الكرائية في ذمة المالك كمقابل للانتفاع الذي استفاد منه المكتري ، لأنه هنا دفع المستحق ، وفي ذات الوقت فإن العقد يجرأ ، بحيث يتحول العقد من إيجار مفضي إلى التملك إلى كراء عادي.

وهذا ما أكد عليه الفصل 308 من ق ل ع ، عندما نص على أن بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام بمجموعه إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائماً بدون الجزء الذي لحقه البطلان . وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائماً باعتباره متميزاً عن العقد الأصلي.

وفي المقابل إذا رغب المكتري في اقتناء العين المعنية، فما عليه إلا إبرام عقد بيع جديد، طبقاً لمقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، حيث يحرر العقد بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يحرره محامي مقبول لدى محكمة النقض.

المطلب الثاني : مضمون عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

نصت المادة 7 من القانون رقم 51.00 المنظم للإيجار المفضي إلى تملك العقار السالف الذكر ،على أنه يتعين أن يتضمن هذا العقد العناصر التالية :

1 - هوية الأطراف : يقصد بهوية الأطراف المتعاقدة ، الاسم الشخصي والعائلي ، المهنة رقم بطاقة التعريف الوطنية ومحل السكنى ، موطن الشركة ونوعها وممثلها القانوني إذا تعلق الأمر بشركة. وبصفة عامة جميع المعلومات عن المتعاقد ؛

2 - مراجع العقار محل التعاقد: ويقصد بمراجع العقار رقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ أو التحديد الإداري إذا كان العقار محفظاً أو في طور التحفيظ ، كما قد يعرف بالاسم إذا كان غير محفظ وله اسم شائع.

3 - موقع العقار ووصفه : يتعين أن يتضمن عقد الإيجار المفضي إلى التملك موقع العقار المعني ومساحته وحدوده بالإضافة إلى مميزاته والتكاليف العقارية أو الشخصية المترتبة عليه. وذلك حتى يتم تمييزه مما سواه.

4 - ثمن البيع المحدد غير قابل للمراجعة : كما أسلفنا فإن عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار هو من حيث مآله عقد بيع¹⁴ معلق على شرط. لذا فإنه لا بد لإبرامه من تحديد ثمن حقيقي ومناسب غير قابل للمراجعة.

¹⁴ راجع قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 5952 ملف 86/2607 بتاريخ 27 يوليو 1995 أشار إليه الجليلي بوحبص في المرجع السابق

وهذا ما عبر عنه الفصل 488 من ق ل ع على أنه يكون البيع قائماً بمجرد تراضي عاقديه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى

5 - مبلغ التسبيق : بما أن الثمن هو أهم ركن من أركان عقد البيع يلتزم المشتري بدفعه إلى البائع إما جزافاً أو على أقساط ، فإنه من الواجب الإشارة في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار إلى مبلغ التسبيق وكذا الأقساط الواجب أدائها على دفعات وزمان ومكان تسديدها ، وكذا كيفية خصم هذه الدفعات من ثمن البيع .

و علاوة على ذلك ، يتعين أن يتضمن العقد إمكانية المكثري المتملك أداء ثمن البيع كلياً قبل حلول أجل حق الخيار ، وهو ما يسمى الأداء المسبق للأقساط.

6 - إبرام عقد التأمين : يتعين كذلك الإشارة في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار إلى مراجع بوليصة التأمين؛ ذلك أن البائع ملزم بقوة القانون بإبرام عقد التأمين لضمان العقار.

لكن التساؤلات المطروحة ، هل هناك من شروط لمزاولة حق الخيار وفسخ العقد ؟ وهل من حق المتعاقدين إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بطريقة إلكترونية وما يترتب عليه من توقيع الكتروني ؟

جواباً ، يمكن القول بأن من بين الشروط الشكلية الجوهرية التي أكد عليها المشرع لقيام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، ضرورة الإشارة في العقد إلى تاريخ بداية الانتفاع بالعقار وشروط مزاولة حق الخيار وفسخه. وهي شروط يتفق عليها أطراف العقد خلال المرحلة التمهيديّة لإبرام العقد ويتم تفعيلها إلزامياً عند التوقيع على هذا العقد .

أما بالنسبة للتساؤل الثاني ، فقد نص الفصل 1 - 2 من ق ل ع¹⁵ على أنه عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوب لإثبات صحة وثيقة قانونية يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل الكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1- 414، و 2- 417 . وهكذا فإنه طبقاً للفصل 1 - 417 المذكور، فإن الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية تتمتع بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق .

لكن هل باستطاعة الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 4 من القانون رقم 51.00 السالف الذكر تحرير عقود الكترونية ؟ وهل باستطاعتهم إعداد هذه العقود

¹⁵تم الفصل 1 - 2 الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من قانون الالتزامات والعقود، وذلك بمقتضى المادة 2 من القانون 05- 53 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الصادر بتنفيذه ظ ش رقم 129. 07. 1 بتاريخ 30 نونبر 2007 ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 ص 3879

وحفظها وفق الضمانات التي من شأنها ضمان تاملتها ؟ وماذا عن التوقيع الإلكتروني ؟ وما هي الجهة المؤهلة قانونا للإشهاد على صحته وخاصة بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامين ؟

أمام صراحة الفصل 3- 417 ق ل ع الذي ينص على أنه يفترض الوثوق في الوسيلة المستعملة في التوقيع الإلكتروني استخدام توقيع الكتروني مؤمن، ولا يكون كذلك إلا إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة وتامة الوثيقة القانونية مضمونة..، إلا القول بعدم أهلية هؤلاء جميعا في الوقت الراهن تحرير عقود الإيجار المفضية إلى تملك العقار في صيغته الكترونية .

وفي جميع الأحوال فإن محرري عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ملزمون متى تعلق الأمر بعقار غير محفظ تسجيل نسخة العقد بسجل خاص يمسك بكتابة الضبط لدى المحكمة الابتدائية التابع لها النفوذ الترابي لموقع العقار ، كما تودع هاته النسخة لدى نفس كتابة الضبط .

وإذا تعلق الأمر بعقار محفظ، يحق للمكتري المتملك أن يطلب من المحافظ إجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري استنادا إلى عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار أي بناء على سند ضمانا لحقوقه على العقار المعني وحفاظا على رتبته.

وقد قضت محكمة النقض بأنه " حسب المادة 2 من القانون 51.00 وظهير 11 نونبر 2003 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار ، فإن عقد الإيجار المفضي إلى ملك عقار هو عقد بيع يجب تسجيله . ولما كان عقد الإيجار المفضي إلى تملك الشقة المدعى فيها المبرم بين الطرفين لمدة 15 سنة غير مسجل بالرسم العقاري وغير مقيد تقييدا احتياطيا ، فإن عدم إدلاء المطلوبة بما يفيد تحرير العقد النهائي وبالأحرى تسجيله بالرسم العقاري ، يجعلها في حكم المحتل بدون سند ."¹⁶

المحور الرابع : حقوق والتزامات أطراف عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

بما أن عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار من العقود التبادلية ، فإنه من البديهي أن تكون هناك حقوق والتزامات متقابلة على ما سنبين من خلال مطلبين :

¹⁶القرار رقم عدد 393 بتاريخ 19 ماي 2015، في الملف المدني عدد 2014/3/1/1598، قضاء محكمة النقض عدد 80 ص 17

المطلب الأول : حقوق والتزامات المكثري المتملك

حددت المواد من 8 إلى 11 من القانون رقم 51.00 المشار إليه
أنفا حقوق والتزامات المكثري المتملك ، وتوضيح هذه الحقوق سنقسم
هذا المطلب إلى الفقرتين التاليتين:

الفقرة الأولى : حقوق المكثري المتملك

1- **حق الأفضلية** : يتمتع المكثري المتملك بحق الأفضلية على باقي الدائنين غير
المرتهنين بخصوص العقار موضوع الإيجار المفضي إلى التملك .

وتظهر أهمية هذه الحالة عند تراحم الدائنين غير المرتهنين، حيث تعطى الأولوية
في استيفاء الحقوق للمكثري المتملك ، أما إذا كان هناك دائنون مرتهنون فإن
الأسبقية تكون لهؤلاء.

2 - **الاستفادة من الحقوق الاتفاقية**: كما أسلفنا فإن المكثري المتملك يستفيد من
جملة من الحقوق، مستمدة أساسا من الاتفاق والتشريع، نذكر على الخصوص تلك
الواردة في المادة 7 من القانون رقم 51.00 ولاسيما ما تعلق بكيفية أداء الأقساط
وزمانها وكيفية مزاولة حق الخيار وتاريخ بدء الانتفاع.

وبذلك تفوق حقوق المكثري المتملك حقوق المكثري العادي من حيث ضمان
الانتفاع بالشيء المكثري وحيازته بلا معارض وضمن الاستحقاق والعيوب الخفية.

3- **حق إجراء تقييد احتياطي** : خولت المادة 5 من القانون 51.00 المذكور
المكثري إمكانية إجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري ، متى كان العقار المعني
محفظا ، وذلك بناء على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ، بهدف الحفاظ
مؤقتا على حقوقه ، ويبقى هذا الحق ساري المفعول إلى حين تقييد عقد البيع النهائي.

ويمكن تبرير هذا المقتضى القانوني بالقول بأن هذا التقييد وإن كان بناء على سند
خاص أي العقد الابتدائي ، فإن سريانه يبقى قائما إلى حين استكمال إجراءات نقل
الملكية لفائدة المكثري المتملك.

وهذا عكس القاعدة العامة الواردة في الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري الذي
حدد مدة 10 أيام كمدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على سند ، لأن المادة 5
أعلاه لم تحدد أجلا محددًا ، وإنما مدة زمنية سارية إلى حين إبرام العقد . وهذا ما
أكد عليه الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري بنصها على أنه "تبقى التقييدات
الاحتياطية الواردة في نصوص تشريعية خاصة خاضعة لأحكام هذه النصوص .

4- **تقييد العقد في السجل الخاص** : غير أنه في الحالة التي يتعلق الأمر بعقار غير محفظ ، فإنه يتم تسجيل عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار بسجل خاص يمسك بكتابة الضبط لدى محكمة الموقع ، وكذا إيداع نسخة منه لدى نفس كتابة الضبط .

الفقرة الثانية : التزامات المكري المتملك

استنادا إلى القواعد العامة وتلك الواردة في القانون 51.00 تقع على عاتق المكري المتملك جملة من الالتزامات، من أبرزها :

1- **أداء الأقساط** : يتعين على المكري المتملك أداء الأقساط المتفق عليها في الزمان والمكان ، وتكون هذه الأقساط مقدمة نقدية ، وهذا ما يميزها عن الوجيبة الكرائية العادية التي من الجائز أن تكون إما نقدا أو مختلطة، أي في جزئها نقدا والجزء الآخر أية مقدمة عينية أو غيرها .

وقد ميز المشرع بين نوعين من هذه الأقساط أو كما سماها المبالغ، مبلغ متعلق بحق الانتفاع من العقار، وهو مقابل للوجيبة الكرائية من منظور عقد الكراء ، ومبلغ ثان يتعلق بالأداء المسبق لثمن تملك العقار. وهكذا نصت المادة 8 من القانون 51.00 السالف الذكر على أنه : " يتعين على المكري المتملك أداء الوجيبة باعتبارها مبلغ يؤدي على دفعات مقابل تملك العقار أو جزء منه لاحقا. تتكون الوجيبة وجوبا من جزأين : مبلغ متعلق بحق الانتفاع من العقار والآخر يتعلق بالأداء المسبق لثمن تملك العقار. يتم تحديد كل جزء باتفاق بين البائع والمكري المتملك في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار . ولا يؤخذ هذا التقسيم بعين الاعتبار إلا في حالة فسخ العقد ."

وغني عن البيان أن هذا التقسيم لا أثر له على طبيعة العقد وسريانه إلا في حالة حدوث ما يلزم لفسخه ، ويتم تحديد كل جزء على حدة بالتراضي بين الأطراف.

هذا وإن أداء المبلغ المتبقى من ثمن البيع المتفق عليه ، يتم في جميع الأحوال ، قبل إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار .

2- **الالتزام باستعمال العين فيما أعدت له** : يلتزم المكري المتملك باستعمال العين موضوع عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار حسبما أعدت له أي للسكنى دون غيرها من باقي الأنشطة سواء كانت تجارية أو صناعية أو حرفية أو مهنية .

3 - أداء مصروفات الصيانة: نصت الفقرة الأخيرة من المادة 9 من القانون رقم 51.00 على أن المكثري الممتلك يلتزم بأداء تكاليف صيانة العقار كما هي محددة في الفصل 639 من ق ل ع ، وكذا في القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية.

فما هي يا ترى هذه التكاليف المنصوص عليها في كلا القانونين؟

أولاً : التزامات المكثري طبقاً لقانون الالتزامات والعقود

استناداً إلى الفصل 639 ق ل ع ، فإن المكثري غير ملزم بالإصلاحات الكرائية أو الصيانة البسيطة إلا إذا كلف بها بمقتضى الاتفاق أو العرف. وهذه الإصلاحات هي التي تهم بلاط الغرف وزليجها إذا لم يتكسر منه إلا بعض وحداته ، وكذا الألواح الزجاجية ما لم يكن تكسيرها ناشئاً عن البرد أو حادث فجائي أو قوة قاهرة ، ما لم يتسبب المكثري في وقوعها. أما تبييض الغرف وإعادة طلائها واستبدال الأوراق الملصقة بجدرانها والأعمال اللازمة للسطوح فتقع على عاتق المكثري .

ثانياً: التزامات المكثري طبقاً لنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية

أما بخصوص التزامات المكثري طبقاً للقانون رقم 18.00 السالف الذكر كما تم تعديله وتتميمه ، فقد نصت المادة 36 منه على أنه "يجب على كل مالك مشترك المساهمة في التكاليف التي يستلزمها الحفاظ على الأجزاء المشتركة وصيانتها وتسييرها . كما يجب على كل مالك مشترك المساهمة في تكاليف الخدمات الجماعية المرتبطة بتدبير الملكية المشتركة والتجهيزات المشتركة حسب منفعة هذه الخدمات والتجهيزات بالنسبة لكل جزء مفرز ."

وفي اعتقادنا فإن ما ذهب إليه المشرع بالنسبة لأداء مصاريف الصيانة يجب أن تقع على عاتق المكثري كلما تعلق الأمر بمصاريف بسيطة لأنها من مشتملات الانتفاع بالعين، أما تلك المصاريف المتعلقة بحفظ الملك من أساسات وجدران آيلة للسقوط فيجب أن تبقى على عاتق المالك المشترك.

لذلك كان المشرع حكيماً عندما نص في المادة 12 من القانون رقم 51.00 على ضرورة إجراء معاينة للعقار من طرف البائع والمكثري الممتلك قبيل إبرام العقد وبعد انتهائه تتوج ببيان تفصيلي لحالة العقار قبل الانتفاع به للرجوع إليه عند النزاع.

المطلب الثاني : حقوق والتزامات المكري

بمقتضى المادة 12 من القانون أعلاه، يقع على عاتق المكري للعقار المفضي إلى التملك جملة من الالتزامات التي تكاد توازي التزامات البائع العادي .

وفي هذا الصدد نذكر بالالتزامات التالية :

أولا : إجراء المعاينة بحضور المكري : يقصد بالمعاينة لغة المشاهدة، ويقال عاين الشيء أي شاهده بأم عينيه وتحقق منه بنفسه . واصطلاحا رؤية الشيء في مكان وجوده من جميع الأوجه .

وقد أورد المشرع المغربي المعاينة في قانون المسطرة المدنية واعتبرها إجراء من إجراءات التحقيق تعتمدها المحكمة سواء بناء على طلب الأطراف أو من تلقاء نفسها من أجل تكوين قناعتها .

غير أنه في مجال موضوعنا فإن المعاينة وسيلة مباشرة من وسائل الإثبات، يمكن الاعتماد عليها في حالة النزاع لإثبات وقائع معينة ولاسيما حالة العقار أثناء إبرام العقد وبعد فسخه . لذلك أوجبت المادة 12 أعلاه على البائع "أن يقوم بمعاينة العقار بحضور المكري المتملك أثناء إبرام العقد وبمعاينة أخرى في حالة الفسخ...."

غير أنه في حالة عدم القيام بهذا الإجراء القانوني ، يتعين توجيه إنذار بذلك إلى المتلكئ ، وبعد مضي 8 أيام من تاريخ هذا الإنذار ، يتعين اللجوء إلى المحكمة من أجل تعيين خبير للقيام بهذه المهمة .

ويقصد هنا بالمحكمة رئيس المحكمة في إطار الأوامر المبنية على الطلب والمعاينة ولا سيما الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه " يختص رؤساء المحاكم الابتدائية وخدمهم بالبت في كل مقال يستهدف الحصول على أمر بإثبات حال أو توجيه إنذار أو أي إجراء مستعجل في أي مادة لم يرد بشأنها نص خاص ."

وفي جميع الأحوال يكون الخبير ملزما بتحرير محضر المعاينة يتضمن ما عاينه في العقار سواء من حيث حالته ووضعيته ومحتواه ، وذلك تنفيذا للأمر القضائي الصادر في هذا الشأن .

ثانيا : التسليم والضمانة : من أهم الضمانات الكلاسيكية التي تقع على عاتق البائع، ضمانة تسليم العين وضمانة عدم التشويش .

وقد ورد في الفصل 498 من ق ل ع بأنه يتحمل البائع بالتزامين:

1 - الالتزام بتسليم الشيء المبيع؛

2- الالتزام بضمانه.

ويتم التسليم حين يتخلى البائع أو من يقوم مقامه عن العين المكراة بحيث يستطيع نقل ملكيتها بدون عائق. ويكفي تسجيل العقد في السجل العقاري إذا كان العقار محفظاً أو في طور التحفيظ للقول بوقوع التسليم.

أما الضمان وكما ورد في الفصل 532 ق ل ع فيشمل أمرين: أولهما حوز العين المؤجرة والتصرف فيها بلا معارض، وهذا ما يعني ضمان الاستحقاق؛ وثانيهما عيوب الشيء المبيع أي ضمان العيب.

وفي اعتقادنا فإنه في الحالة التي يتم إعداد محضر المعاينة سواء حياً أو عن طريق القضاء، فلا مجال للتمسك بضمان العيب، إذا لم يكن هذا العيب خفياً.

ثالثاً: **عدم أحقية البائع استخلاص أو المطالبة بأية مقدمة غير قانونية:** لم يكن للمشروع أن يترك المشتري تحت رحمة وجشع البائع حتى يطالبه بأداء بتسيبقات قد تؤدي إلى إثقال كاهله، وتحد من حريته في ممارسة حقوقه في المطالبة بإبرام العقد النهائي.

ولذلك منع البائع أن يطلب أو يقبل أي أداء كيفما كان نوعه وقيمته قبل التوقيع على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار. وبهذا المقتضى القانوني سد كل الذرائع التي قد يعتمدها البائع من أجل المطالبة إما بالتأمينات أو بتسيبقات أو بكفالات بنكية وغيرها من الضمانات العينية أو الشخصية.

المحور الخامس : إبرام عقد البيع النهائي

أورد المشروع في المادة 16 من القانون رقم 51.00 أنه لا يتم إبرام عقد البيع النهائي إلا بعد أداء المبلغ المتبقى من ثمن البيع المتفق عليه في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار. ولنا أن نتساءل عن التكييف القانوني لعقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار قبل أداء المبلغ المتبقى من الثمن؟ فهل يفسر على أنه وعد بالبيع؟ أم عقد ابتدائي؟

لتخصيص جواب لهذه الأسئلة سنحاول التمييز بين كلا من الوعد بالبيع والعقد الابتدائي من خلال مطلبين:

المطلب الأول : تمييز الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن الوعد بالبيع

يقصد بالوعد بالبيع الحالة التي يتم الاتفاق فيها بين شخصين بحيث يعد أحدهما الآخر بإبرام عقد البيع في المستقبل خلال مدة معينة فيقبل الطرف الآخر هذا الوعد¹⁷

وقد ازدادت أهمية هذا النوع من العقود في الحياة العملية بسبب الرغبة في سد حاجات اقتصادية تملئها ظروف المعاملات ، ذلك أنه قد لا تسمح الظروف المالية لأحد المتعاقدين باقتناء محل للسكنى فيقوم بكرائه ويتفق مع المالك في عقد آخر على أن يلتزم هذا الأخير بأن يبيعه ذلك المحل إذا أبدى رغبته في الشراء ، وبذلك يضمن المكثري لنفسه الحق في اقتناء العين المكراة خلال مدة معينة. ويتخذ الاتفاق بهذا الشأن عقد وعد بالبيع¹⁸. وعلى هذا الأساس يبقى الموعد حرا في أن يمضي عقد الشراء أو لا يمضيه دون قيام أية مسؤولية عليه.¹⁹

وفي غياب نص صريح في القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي نرى من الفائدة الاستثناس بما ورد في القانون المقارن، ولاسيما القانون المدني الأردني الذي نص في المادة 105 على أن "1- الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها .

2- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد " .

يستشف من هذه المادة أن للوعد بالبيع ثلاثة شروط:

- أ - أن تعين المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ذلك أنه إذا كان محل الوعد بالبيع عقارا محفظا، فيجب الإشارة إلى اسم العقار ومراجعته العقارية ومساحته وحدوده.
- ب - أن تحدد المدة التي يجب إبرام العقد النهائي فيها، ذلك أن الموعد له ملزم بإبداء رغبته في إبرام العقد النهائي خلال أجل معقول.

¹⁷ راجع إدريس العلوي العبدلاوي : شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام نظرية العقد ط 1996 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص

234

¹⁸ إدريس العلوي العبدلاوي المرجع السابق ص 236

¹⁹ ينص الفصل 14 ق ل ع على أن مجرد الوعد لا ينشئ التزاما

ج - أن يتخذ الوعد بالبيع عقدا مكتوبا لأنه خاضع للتسجيل²⁰ . والوعد بالبيع في هذه الحالة يأتي في شكل رسمي أو محرر ثابت التاريخ يحرره من له الصلاحية القانونية في ذلك ، طبقا لمقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية السالفة الذكر.

وقد قضى المجلس الأعلى (محكمة النقض) بأنه "ينص الفصل 489 من ق ل ع على أن بيع العقار يجب أن يكون كتابة في محرر ثابت التاريخ ، ولذلك يتعرض للنقض تعليل الحكم الذي يقضي برفض الطلب في نزاع عقاري استند فيه المدعي إلى رسم عدلي لإثبات الشراء واستند فيه المدعى عليه إلى موجب لفيقي يثبت شراؤه وحيازته." ²¹

ويتميز الوعد بالبيع بأنه يوجد في المرحلة الممهدة لإبرام العقد النهائي أي خلال الفترة السابقة على إبداء الموعود له رغبته في الشراء. ويبقى الواعد مالكا للعين ويحق له أن يجري جميع المعاملات العقارية عليها التي يخولها له حق الملكية ولاسيما حق التصرف ولا يبقى في المقابل للموعود له إلا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به.

وفي المقابل فإن الموعود له لا يعتبر مالكا للعين المذكورة، وبالتالي لاحق له في إجراء أي تصرف ناقل للملكية أو ترتيب أي حق من الحقوق العينية عليه ، وإذا قام بأي عمل من هذا القبيل فيقع تحت طائلة من يبيع ملك الغير²²

أما إذا عبر الموعود له عن رغبته في الشراء مع وجود محل الوعد بالبيع، فإن العقد يتم من تاريخ الإعلان عن الرغبة في إمضاء العقد، وفي حالة رفض الواعد إتمام البيع حق للموعود له اللجوء إلى القضاء لإجباره على ذلك. ويعتبر الحكم النهائي الصادر في الموضوع بمثابة عقد البيع.

وقد قضت محكمة النقض "أنه لا يصح تكييف العقد المبرم بين الطرفين على أنه مجرد وعد بالبيع اعتمادا فقط على عنوانه ودون مناقشته على ضوء الشروط المنصوص عليها في الفصل 488 من ق ل ع ، فإذا توافرت فيه جميع أركان عقد البيع اعتبر بيعا تاما .

²⁰ نص الفصل 489 ق ل ع على أنه إذا كان المبيع عقارا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون .

²¹ قرار عدد 433 بتاريخ 14 دجنبر 1978 في الملف الاجتماعي 66415 منشور بمجلة المحاماة عدد 17 ص 115

²² راجع محمد يوسف ألزغبي : العقود المسماة ، شرح القانون المدني ط 2004 مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ص 129

وقد صح ما عابه الطاعن على القرار ، ذلك أنه علل قضاءه تجاهه بأن " الوعد بالبيع المعتمد عليه من طرفه لا ينشئ حقوقا وإنما مجرد حقوق شخصية بين طرفيه، وعلى أحدهما مطالبة الآخر بإتمام البيع ."²³

يستخلص مما سلف أن الإيجار المفضي إلى تملك العقار ليس وعدا بالبيع وإنما عقد مركب أو بمعنى أدق كراء بيعي²⁴، بحيث يكون أحد العاقدين مكريا وبائعا، والآخر مكتريا ومشتريا . على أن يلتزم هذا الأخير بأداء أقساطا لمدة معينة ، غير أنه قبل انتهاء هذه المدة تكون له صفة المكثري ، أما بعد انتهاء المدة ودفع الثمن كاملا ، فإنه حينئذ يصبح مالكا للعين المكراة.²⁵

الفقرة الثانية : تمييز الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن العقد الابتدائي

يقصد بالعقد الابتدائي العقد الممهد مستقبلا لعقد نهائي²⁶، وهو بهذا المعنى عقد مستوف لجميع الشروط الجوهرية والشكلية المتطلبية لقيام العقود .

ومما ينبغي الإشارة إليه، أنه لا يوجد في قانون الالتزامات والعقود المغربي قبل تعديله أي نص ينظم العقد الابتدائي ، إلا أن الواقع العملي أفرز هذا النوع من المعاملات بحيث يتفق بعض الأشخاص كتابة أو شفاهة على تضمين اتفاقاتهم في عقد ابتدائي، ويرجئان تحرير العقد النهائي إلى وقت لاحق . ومرد هذا الوضع رغبة أحد المتعاقدين أو كلاهما في تهيئ الوثائق والأموال الضرورية لتسجيل وتقييد العقد النهائي. لذلك يسمى هذا النوع من العقود بعقود ما قبل التعاقد²⁷، الشيء الذي فرض على المشرع التدخل من أجل تنظيم هذه المعاملات عن طريق بعض التعديلات كما هو الشأن بالنسبة لبيع العقار في طور الانجاز أو نص خاص كالقانون رقم 51.00 كما أسلفنا .

ويختلف العقد الابتدائي عن العقد النهائي أن كلاهما عقد تام ، فالبايع يلتزم بنقل الملكية إلى جانب باقي التزاماته القانونية ، كما أن المشتري يلتزم بدفع الثمن إلى جانب التسلم ودفع المصروفات الضرورية لذلك ، إلا أن ما يميزهما هو أن آثار عقد البيع الابتدائي تكون موقوفة التنفيذ إلى حين تحرير العقد النهائي.

²³ القرار رقم 4821 بتاريخ 15 نونبر 2011 في الملف المدني عدد 2010/1/1/1818 منشور بمجلة ملفات عقارية عدد 2 ص 52

²⁴ راجع قرار محكمة الاستئناف بالرباط عدد 5952 ملف 86/2607 بتاريخ 27 يوليوز 1995 السالف الذكر

⁴⁴ محمد الروكي ، الإيجار المنتهي بالتمليك ، مقال منشور بجريدة التجديد بتاريخ 6/08/2004 ، العدد 941 ، 946 ، أنظر موقع أحمد الريسوني.

²⁶ راجع أستاذنا المرحوم زيد قدرى الترجمان : الموجز في القانون المدني ، نظرية الالتزام ج 1 مصادر الالتزام ط 1982 شركة بابل للطباعة

والنشر والتوزيع الرباط ص 39

²⁷ راجع أستاذنا محي الدين إسماعيل علم الدين : نظرية العقد مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية ط 3 دون الإشارة على المطبعة أو

السنة ص 209

ويتم تحرير هذا العقد طبقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد الابتدائي، ومن ثم فإنه بمجرد ما يتم إنجاز العقد النهائي يفسخ العقد الابتدائي تلقائياً. وهذا ما يجعل العقد الابتدائي عقداً مؤقتاً يتوقف سريانه على إبرام العقد النهائي الذي قد ينعقد مستقبلاً.

لذلك فإن العقد النهائي كما ورد في المادة 16 من القانون رقم 51.00 المذكور، يعتبر تنويجاً لعقد ابتدائي سابق عليه في الوجود حتى لو لم يشر إليه المشرع صراحة في هذا القانون، وإنما يستتنبط ضمناً، عندما نص على أنه لا يتم إبرام عقد البيع النهائي إلا بعد أداء المبلغ المتبقي من ثمن البيع المتفق عليه في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار. وهذا يفيد أن هذا العقد الأخير هو عقد مؤقت الهدف من انعقاده ليس الكراء وإنما الشراء .

لكن ، من الناحية الشرعية ، هل من الجائز أن يتم تحديد الوجيبة الكرائية في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار مع اخذ بعين الاعتبار الثمن عند إبرام العقد النهائي؟ ألا يحتوي هذا التصرف على شبهة الربا؟

يرى جانب من الفقه الإسلامي، بأنه يجب التمييز بين الثمن وعائد الاستثمار ، ذلك أن الثمن النقدي هو الذي يساوي قيمة المبيع يوم إبرام العقد الابتدائي ولو دفع نقداً من غير مراعاة الأجل ، وما دام أن التسديد يتم مقسطاً فإن الأمر يتطلب عائد الاستثمار ، وهو ما يقابل تعرض الثمن النقدي من تجميد وتعطيل وما يتبع ذلك من انخفاض في القيمة بسبب طول المدة ، لأن البائع لو قبض الثمن معجلاً لقام باستثماره فيما يعود عليه من ربح .ولهذا فإن فرض العوض مقابل الزمن أمر مشروع من حق البائع عند جمهور الفقهاء²⁸ .

وإذا حدث هذا لدى جمهور الفقهاء المتقدمين ، رغم عدم إلمامهم المأما شاملاً بمشاكل التضخم الاقتصادي ، فإن هذا الاتجاه أولى بالإتباع في الوقت الحاضر ، نظراً لما تتعرض إليه النقود من انخفاض القيمة .

هذا ورغبة من المشرع في تيسير التعامل بعقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، لما يرفعه من مشقة على ذوي الدخل المحدود، نص في المادة 17 من القانون رقم 51.00 الذي نحن بصدده ، على أنه يحق للمكثري أن يستعين بمؤسسة مالية معتمدة للحصول على قرض بهدف ضمان تمويل ما تبقى من الأقساط المستحقة.

وغالبا ما تكون المؤسسة المالية ، ليست صاحبة المشروع ، وإلا اختلطت صفة البائع بالمول أي دائن واحد ، وبالتالي يكون العقد عقد سلف جر نفعاً ، وهو ما يجعل العقد فاسداً من منظور الشريعة الإسلامية.

²⁸ راجع بداية المجتهد ، نيل الأوطار للشوكاني ، انظر محمد الر وكي المرجع السابق

وقد نهى الرسول (ص) عن هذا الجمع بقوله " لا يحق سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك ²⁹

بقي علينا أن نتساءل هل من حق الأطراف المتعاقدة المطالبة جماعة أو فرادى بفسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال المحور الموالي

المحور السادس: فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

يتميز عادة بين الفسخ والبطلان وإبطال الالتزام، ويعتبر الالتزام باطلا إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه أو في حالات خاصة حددها المشرع كما لو أبرم عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار دون احترام للمسطرة المنصوص عليها في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية مثلا . بينما يكون قابلا للإبطال كما في حالة عيوب الرضى الصادر عن غلط أو الناتج من تدليس أو المنتزع بإكراه ، وكذا في حالة الغبن المقترن بالتدليس أما الفسخ لا يقوم إلا إذا كان العقد صحيحا ولم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، أو كان الالتزام معلقا على شرط الخيار.

وعلى هذا الأساس قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحدهما بالتزاماته التعاقدية ، وهذا أدنى مراتب الشرط، وقد يزيدان في قوة هذا الشرط ويتفقان على أن يكون مفسوخا بقوة القانون ، أي من تلقاء نفسه دون حاجة إلى استصدار حكم في الموضوع ، حتى إذا صدر فيكون كاشفا وليس معلنا للفسخ . وهذا ما يسمى بالفسخ الاتفاقي، عكس الفسخ القضائي إذ يبقى الالتزام قائما إلى أن يصدر الحكم بالفسخ.

وقد ميز القانون رقم 51.00 بين حالتين من الفسخ ورتب آثارا على كل حالة منها ، وتتمثل هاتين الحالتين في حالة الفسخ من جانب البائع وحالة الفسخ من جانب المكتري المتملك.

وهذا ما سنوضحه من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول: فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار المفضي إلى تملك العقار من طرف البائع

نصت المادة 20 من القانون رقم 51.00 على أنه في حالة فسخ العقد لأسباب منسوبة للبائع يحق للمكتري المتملك استرداد المبالغ المؤداة كتسبيق عند الاقتضاء والوجيبة المؤداة مسبقا لاقتناء العقار مع تعويض قدره 10 % من المبالغ المستحقة

²⁹رواه الخمسة إلا ابن ماجة ، انظر محمد الروكي المرجع أعلاه.

والتساؤل المطروح ما هو التفسير القانوني لهذا المقتضى ؟ خاصة وأنه لا بد لكل قاعدة قانونية من تأسيس، لأن المقتضيات القانونية ليست خواليج ومتمنيات وإنما تخضع لمنطق قانوني ، لذلك نرى من الفائدة الرجوع إلى آثار الفسخ عامة.

إن أهم آثار فسخ العقود عامة هو إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، وهذا يعني أن البائع يسترجع محله والمكثري يفرغ العين المكراة، غير أنه نظرا لأن المكثري المتملك تضرر من طلب البائع فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار فكان لا بد من إحقاق تعويض عادل جبرا للضرر .

والمشرع هنا اعتبر المالك قد ارتكب خطأ مفترضا، وبالتالي أعفى المكثري من إثبات ارتكاب المكثري لخطأ شخصي مع ما يستتبع ذلك من علاقة سببية وضرر.

وقد تكفل المشرع نفسه بتحديد قيمة هذا التعويض وحدده في النسبة المئوية أعلاه من المبالغ المسترجعة.

و نحن نعتقد بأن المشرع بتتصيصه على قيمة التعويض وجعله جزافيا ، يكون تدخل في السلطة التقديرية للمحكمة ، باعتبار أنها أدرى بتقييم الضرر ونسبته والمقدار المالي الكفيل بجبره .

ويتم إرجاع هذه المبالغ داخل 3 أشهر بعد فسخ العقد ، ولا يحق للبائع المطالبة بإفراغ المحل إلا بعد سداد المبالغ المؤداة بالتسبيق ، وكذا الوجيبة المؤداة مسبقا لاقتناء العقار المعني بالإضافة إلى 10% المسترجعة كتعويض عن الضرر.

وإذا حدث وتقدم البائع بدعوى في الموضوع يتعين على المحكمة الحكم بعدم القبول.

المطلب الثاني : فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار من طرف المكثري

خص المشرع البائع بإمكانية المطالبة بفسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، كما منح هذه الصلاحية للمكثري ولذوي حقوقه من بعده.

ويحق للمكثري تقديم طلبه إلى البائع إما شفاهة أو كتابة سواء قبل أو عند حلول تاريخ حق الخيار.

ولا يعتبر هذا الطلب خطأ من جانب المكثري المتملك يتوجب المساءلة، وإنما من حقوقه القانونية ، ويترتب على هذا الطلب استرداد جميع المبالغ المدفوعة كتسبيق من ثمن الشراء.

ويبقى من حق البائع خصم تعويض قدره 10% من هذه المبالغ كتعويض عن الضرر المفترض الذي حصل له ويتعين على المكتري إفراغ المحل فوراً ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك.

غير أن الإفراغ يظل مشروطاً بحصوله على الأقساط المدفوعة كتسبيق من ثمن البيع بعد خصم قدره 10%، وفي حالة تلوؤ البائع في الأداء يبقى من حق المكتري المتملك الاستمرار في شغل العين المكررة إلى حين حصول اتفاق أو استصدار حكم قضائي في الموضوع، على أساس أداء الوجيبة الكرائية عن المدة المذكورة.

وغني عن البيان أن المكتري المتملك الذي استنكف عن أداء واجباته تجاه البائع سواء تعلق الأمر بالتسبيقات والوجيبة الكرائية وغيرها من الالتزامات المالية المتفق عليها يعتبر في حالة مطل، ويحق للبائع اللجوء إلى قاضي المستعجلات لاستصدار الأمر بفسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار وطرده هو ومن يقوم مقامه أو بإذنه من العقار المعني. وكذا التشطيب على التقييد الاحتياطي الوارد على العقار عند الاقتضاء. في جميع الأحوال يظل المكتري المتملك ملزماً بأداء المبالغ المستحقة مع تعويض قدره 10% من هذه المبالغ جبراً للضرر المفترض.

ومما يتعين التذكير به، أن القضاء المغربي قضى بأنه " حيث تبين صحة ما نعتة الوسيلة على القرار، ذلك أن الاتفاق على أن يكون عقد الوعد بالبيع لاغياً وكأن لم يكن هو في حقيقته شرط فاسخ صريح يفسخ به الوعد المذكور من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار عند تخلف المشتري عن أداء ثمن البيع في أجل محدد ومتفق عليه، وهو غير الشرط الإرادي الفاسخ المنظم بالفصول 112 و 113 و 114 من ق ل ع الذي يكون أيضاً نتيجة تراضي الطرفين وينتج لمن احتفظ لنفسه بحق الخيار وأن يصرح خلال أجل محدد بما إذا كان يريد الإبقاء على العقد أو فسخه، وإذا توانى عن ذلك رغم انقضاء الأجل أصبح العقد نهائياً ابتداء من وقت إبرامه."³⁰

وزيد القول فإن الحكومة ووعيا منها بأن قانون الإيجار المفضي إلى التملك لم يحقق المبتغى فإنها تفكر، في أخذ المبادرة في مجال السكن المعد للكراء، من خلال توفير شقق بعدد كاف وتأجيرها بأسعار منخفضة. وقد قال وزير السكنى وسياسة المدينة يوم 8 يونيو 2015 بمناسبة افتتاحه ندوة حول "مقاربات السياسات المتعلقة بالسكن المعد للإيجار"، نظمتها وزارة السكنى وسياسة المدينة، أن هذا التوجه الذي مازال قيد التفكير، ينتظر أن يتم إسناد تدبيره لشركة تابعة لمجموعة التهيئة "العمران"، أو إحدى الشركات التابعة لصندوق الإيداع والتدبير، وليس الاعتماد فقط

³⁰ قرار محكمة النقض رقم 1192 بتاريخ 15 مارس 2011، ملف مدني 4765 / 09/7/1 منشور بقضاء المجلس الأعلى عدد 73 ص 108

على مبادرة القطاع الخاص. وأكد الوزير، أن الجهود التي بذلت منذ حوالي 15 سنة جعلت المغرب يخفض عجزه في مجال السكن من مليون و200 ألف في سنة 2002 إلى حوالي 560 ألف وحدة منذ 2012 .

ومن خلال الاطلاع على وثائق البرنامج الحكومي للحكومة الحالية يتبين أن السياسات العمومية المنتهجة في مجال السكن مكنت من تقليص العجز السكني من 1.240.000 وحدة سكنية سنة 2002 إلى حوالي 400.000 وحدة سكنية في تم سنة 2017 ، ولبلوغ هذا الهدف، سيتم العمل من خلال محورين هما القضاء على السكن غير اللائق وتحسين إطار عيش الأسر المعوزة.

وفي المقابل يرى المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي "أن بلورة رؤية استراتيجية شمولية ومتعددة الأبعاد ومتعددة القطاعات أمر يفرض نفسه بالحاح، من أجل وضع إطار شامل ومتكامل ومتجانس للآليات التدبير والتخطيط والبرمجة المنظمة لقطاع العقار واستعمالاته وآثاره. وهو إطار يكفل التوفيق بين مبادئ الإنصاف والإدماج الاجتماعي والعدالة المجالية والأداء والنجاعة الاقتصادية، مع الأخذ بعين الاعتبار المحددات الاجتماعية ، بما يتيح الاستجابة لحاجيات جميع المواطنين بشكل فردي وجماعي، وجميع الفاعلين المعنيين، ليس فقط لفائدة أجيال اليوم، ولكن أيضا لفائدة أجيال الغد".³¹

ومما ينبغي التنويه إليه في الختام أن هناك مقترح قانون رقم تسجيله 156 بتاريخ 2 دجنبر 2019 تقدمت به النائبة مالكة خليل من فريق الأصالة والمعاصرة بمجلس النواب يرمي إلى تعديل المادة 4 من القانون 51.00 أعلاه بشكل يعفي المحامين من تصحيح إمضاءاتهم لدى رئيس كتابة الضبط بخصوص العقود ثابتة التاريخ التي يحررونها ، وتحويل هذا الاختصاص إلى نقيب هيئة المحامين التابعين لها ، ناهيك عن تحديد أتعابهم في هذا الشأن بنص تنظيمي . والمقترح قانون المذكور لم يأخذ مساره الدستوري بعد، رغم أهمية مضمونه لما فيه من رفع للحيف الذي يمس هذه الفئة من مساعدي القضاء في هذا الشأن.

31 راجع "العقار عامل استراتيجي من أجل تحقيق تنمية مستدامة ودمجة تضمن الاتفاق والتماسك الاجتماعي ، ورقة تأطيرية منشورة من إعداد اللجنة الدائمة المكلفة بالقضايا الاقتصادية والمشاريع الاستراتيجية، منشورة على موقع المجلس