

الشكلية في عقود التبرعات بين الانعقاد والنفاد: عقد هبة العقار نموذجاً

Formality in Donation Contracts between Conclusion and Enforcement: The Real Estate Gift Contract as a Model

د. عبد اللطيف لمزرع: دكتور في الحقوق، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله فاس/المغرب.

Dr. Abdellatif lamzarrah: Doctor of Laws, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences, University of Sidi Mohamed Ben Abdallah Fez/Morocco.

Email: abdellatif.lamzarrah@usmba.ac.ma

DOI: <https://doi.org/10.56989/benkj.v3i5.294>

الملخص:

هدفت الدراسة إلى التعرف على شكلية إنعقاد ونفاذ عقد هبة العقار، ولتحقيق أهداف الدراسة فقد استخدم الباحث المنهج التحليلي وذلك لتحليل مختلف النصوص القانونية والآراء الفقهية المؤطرة للموضوع وكذا المنهج المقارن وذلك بغية وضع مقارنة بين مختلف القوانين التي تنشئت عليها النصوص المؤطرة لهذا الموضوع، وتوصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج أبرزها: أن تدخل المشرع لتنظيم أحكام الحوز القانوني يعتبر انتصارا للموقف القضائي والفقهية المؤيد للحوز القانوني الذي يغني عن الحوز الفعلي أو المادي بالنسبة للعقار المحفظ، في حين أن يبقى الإشكال مطروحا بالنسبة للعقار والمحفظ والذي هو في طور التحفيظ خاصة عند رفض المحافظ لمطلب التحفيظ، وأوصت الدراسة بمجموعة من التوصيات أبرزها: ربط إجراء التقييد بالرسم العقاري مباشرة بعملية التعاقد، بحيث تكون العمليتين عبارة عن حلقة واحدة لا يمكن فصل إحداها عن الأخرى، وذلك على الكيفية التي يسلكها الموثقون العصريون باعتبارهم يتكفون بتوثيق التصرف والسهرة على تقييده ذلك بالمحافظة العقارية، فضلا عن استثناء العقار في طور التحفيظ من القاعدة القائلة بأن الحوز القانوني يغني عن الحوز المادي، خاصة وأن هذه الإشكالية تزداد استفحالا حين يرفض المحافظ على الأملاك العقارية لمطلب التحفيظ.

الكلمات المفتاحية: الشكليات، التبرعات، الهبات، الانعقاد، النفاذ.

Abstract:

The study aimed to identify the formality of the convening and enforcement of the real estate gift contract. To achieve the objectives of the study, the researcher used the analytical approach in order to analyze the various legal texts and jurisprudential opinions framing the subject. In addition, he used the comparative approach, in order to make a comparison between the various laws on which the texts dispersing this topic. Therefore, the study reached to a set of results, most notably: The legislator's intervention to regulate the provisions of legal possession is considered an achievement for the judicial and jurisprudential position in favor of legal possession, that replaces actual or material possession according to the registered premises, while the problem remains on the table regarding to the real estate and preserved property which is in the process of registering,

especially when the property registrar refuses the demand. The study recommended a set of recommendations, most notably: Linking the real estate registration procedure directly to the contracting process, so that the two processes are a single episode that cannot be separated from each other, based on the manner in which modern notaries follow, as they are charged with documenting the disposal and ensuring that it is restricted to the real estate governorate, in addition to the exclusion of real estate in the process of registering from the rule that says: " The legal ownership replaces the physical possession", especially this problem becomes more exacerbated when the responsible of real estate refuses the demand for preserving the premises.

Keywords: formality, donations, gift, conclusion, enforcement

المقدمة:

حث الله سبحانه وتعالى عباده على العطاء والإنفاق والإحسان للخلق بوسائل شتى، ومن هذه الوسائل ما هو بمقابل ومنها ما هو غير ذلك، فهو على سبيل التبرع، ويعتبر هذا الأخير من أهم المواضيع التي كانت مؤطرة بقواعد الفقه الإسلامي والتي تلعب دورا هاما في العلاقات الاجتماعية من خلال ترسيخ روح التعاون والتكافل الاجتماعيين بين الأفراد.

والتبرعات أو العطايا بصفة عامة هي ما يعطيه الإنسان مجانا دون مقابل كالهبة، والصدقة، والوقف، والعارية، والعمرى...، وتجتمع هذه الأنواع في كونها تملك شخص لأخر عقارا أو منقولا أو منفعة بدون عوض، وكما أن التبرع بهذا المعنى هو إخراج مال من ذمة الشخص إلى غيره بدون مقابل، وأن الإنسان بموته ينتقل هذا المال إلى ورثته، فإن تصرفه هذا الذي يبرمه قيد حياته وينفذ بعد موته يعتبر من قبيل التصرف في مال الغير (الورثة والدائنين) باستثناء الوصية والمحددة في الثلث، ولهذا قيد المشرع التبرعات بضرورة إخراجها من حوزة المتبرع قبل حصول المانع نفيا للتهمة، وحماية منه لحقوق الورثة والدائنين.

سنركز في موضوعنا على الشكلية في عقد الهبة باعتباره أهم صورة لعقود التبرع، وكونه نال الحظ الأوفر من اهتمام فقهاء الشريعة الإسلامية مقارنة مع نظرائه، ولاسيما فقهاء المذهب المالكي الذين أحاطوا بجميع قواعد وأحكام هذا العقد باعتباره تصرفا ناقلا للملكية، وهو ما جسده المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية التي نظمت أحكام هذا العقد في كل ما يخص هبة العقار، محيلة في كل نقص أو ما لم يشمل التنظيم على المذهب المالكي.

وقد عرفت مدونة الحقوق العينية الهبة من خلال المادة 273 بأنها: "الهبة تملك عقار أو حق عيني لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض".

والأصل في عقد الهبة أنه عقد رضائي يتم بمجرد الإيجاب والقبول، إلا أن القانون اشترط الشكلية فيه نظرا لضرورتها، وحتى يعلم منشئه بالعمل الذي هو مقدم عليه إذ الهبة تجعل الواهب يفتقر وينقص أمواله بدون مقابل مع اغتناء الموهوب.

فقد الهبة لا وجود له إلا إذا كان موثق، بل الأكثر من ذلك فهو لا يصلح أن يكون قرينة في الإثبات إلا إذا كانت في قالب رسمي، والغاية من ذلك ضمان الحقوق من الضياع وحمايتها من الخلاف والنزاع.

وهذا ما أكدته نص المادة 247 من مدونة الحقوق العينية حيث جاء فيها: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، ويجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي، يغني التقيد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا

أو في طور التحفيظ، فإذا كان غير محفظ فعند إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه".

مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:

إن إشكالية هذه الدراسة تكمن في قدرة المشرع المغربي من خلال تنظيمه لشكلية انعقاد ونفاذ عقد الهبة المنصب على العقار على تجاوز مختلف الإشكالات المتعلقة بالحوز في التبرعات، خاصة في ظل تعدد الأنظمة العقارية بالمغرب، وكذا مدى اختلاف أحكام هذه الشكلية بين العقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ والعقار الغير المحفظ.

تتمثل مشكلة الدراسة في التساؤل الرئيسي التالي: إلى أي مدى استطاع المشرع المغربي من خلال تقنين شكلية عقد الهبة المنصب على العقار على تجاوز القصور والإشكاليات الذي يعرفه الحوز في عقود التبرعات؟

وتتفرع عن هذه الاشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية أبرزها:

- هل يعتبر التقييد شكلية لانعقاد الهبة أم فقط شكلية لنفاذها؟
- وما مدى اختلاف شكلية انعقاد ونفاذ الهبة بين العقار المحفظ والعقار في طور التحفيظ والعقار غير المحفظ؟
- وماهي الجهات المخول لها قانونيا توثيق عقد الهبة المنصب على العقار؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى تبيان مدى توفيق المشرع المغربي في تنظيم شكلية عقد هبة العقار، ومدى تأثير هذه الاحكام على الاشكالات المتعلقة بالحوز في عقود التبرعات، وكيف تتغير هذه الاحكام بتغير نوع العقار الذي تنصب عليه الهبة، وكذا الجهات المخول لها قانونا توثيق هذه العقود ودورها في تحقيق الامن التعاقدى وحماية حقوق المتبرع والمتبرع عليه.

أهمية الدراسة:

تبرز أهمية الموضوع في بحث مدى كفاية القواعد المنظمة للشكلية في عقد الهبة في تحقيق حماية حقوق الموهوب له والحفاظ على حقوق الواهب، كما تكمن أهمية الموضوع في التمييز بين شكلية انعقاد الهبة وشكلية نفاذها وكذا تغير هذه الأحكام المتعلقة بالشكلية بتغير نوع العقار الذي ينصب عليه عقد الهبة ومدى توفيق هذه الأحكام في إنهاء الجدل الفقهي والقانوني المتعلق بالحوز

في عقود التبرعات دون إغفال دور هذه الأحكام في تحقيق حماية الأمن التعاقدية وحقوق أطراف عقد الهبة.

هيكل الدراسة:

- الإطار المنهجي للدراسة.
- المبحث الأول: الشكلية في عقد الهبة
- المبحث الثاني: آلية القيد في السجل العقاري بين شكلية الانعقاد والنفاد.
- الخاتمة
- قائمة المصادر والمراجع

المبحث الأول: الشكلية في عقد الهبة

إن الشروط الشكلية لعقد الهبة تتمثل في شرط التوثيق (المطلب الأول)، وشرط الحوز (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توثيق عقد الهبة

تنقسم العقود بوجه عام إلى عقود رضائية وهي التي يكفي فيها الرضى، وعقود عينية وهي التي يلزم فيها إلى جانب الرضى تسليم الشيء محل التعاقد، وعقود شكلية وهي التي يلزم لانعقادها ورود الرضى بها في شكل وقالب خاص ومحدد كما هو الشأن في عقد الهبة التي هي موضوع دراستنا¹.

فإذا استوفت الهبة شروط الانعقاد وخاصة الموضوعية منها وشروط صحتها، فإنها لا تنعقد إلا باستيفاء ركن آخر من طبيعة مختلفة عن الأركان وهو ركن الشكلية، والسبب في ذلك هو أن الهبة تصرف استثنائي غير مألوف لا تظهر أهميته الرضائية وفائدته إلا بتمام الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم، بعد أن أصبحت جميع العقود تتم بالإيجاب والقبول².

¹ شهبون عبد الكريم، (1992)، "عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي - الوقف الهبة والصدقة العمرى والرقيي والمنحى والعربة الإرفاق (حق الارتفاق) العارية الوديعة القرض -"، الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ص: 211.

² تقيّة محمد بن أحمد، (بدون سنة): دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، بدون دار النشر، ص202.

والشكلية المتطلبة تندرج بين الورقة الرسمية والعرفية في القانون المغربي، غير أن الهبة يجب أن تحرر في محرر رسمي، وإذا تخلف هذا الشرط كان العقد باطلا، وهذا ما نصت عليه المادة 274 من م ح ع حيث جاء فيها: "يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي". تأسيسا على ذلك فقد اشترط المشرع المغربي إبرام عقد الهبة بمقتضى المحررات الرسمية أي العقود التي يتلقاها المهنيون المزاولون لمهنة تحرير العقود وهم الموثقون والعدول، وذلك تحت طائلة بطلان التصرف.

فعقد الهبة يحزر بواسطة عدل أو موثق عصري، والمحرر العدلي الذي يحزره العدلان يقصد به تلك الوثيقة التي يشار فيها إلى ما أملاه عليهما، وتعتبر ذات حجية رسمية متى روعي فيها الإجراءات الشكلية المتطلبة قانونا، وخاطب عليها القاضي المكلف بالتوثيق بعد تأكده من سلامتها وأداء واجبات التسجيل، أما المحرر الذي يحزر من طرف الموثق فهو كذلك يضيف عليه الأخير الصبغة الرسمية بمجرد توقيعه وذلك بعد توفر الشروط المتطلبة قانونا¹.

ويبرر الشكلية في عقد الهبة أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا ولدوافع قوية على عكس عقود المعاوضة التي يأخذ المتصرف فيها مقابلا لما أعطى، فتجرد الواهب من ماله دون مقابل جعل المشرع يهدف إلى توفير الحماية اللازمة له وحمله على التأني والتروي والتدبر قبل أن يقدم على هذا النوع من التصرف، وهذا ما قد تحققه الورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة، وما تستدعيه من علانية وما تستلزمه من وقت وجهد قد تؤدي إلى حماية الواهب وأسرته بل حماية الموهوب له نفسه من خلال ضمان عدم الرجوع فيها.

وبهذا المقتضى يكون المشرع قد استبعد إبرام عقد الهبة في محرر ثابت التاريخ خروجاً عن مبدأ الخيرة الوارد في المادة 4 من م ح ع، فحسب المادة 247 من م ح ع فإن المحامون المقبولون لدى محكمة النقض غير مؤهلين لتلقي عقد الهبة.

لكن بالرجوع إلى المادة 12 من القانون 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة نجدها نصت على أنه: "يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء الحقوق العينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة يخولها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان".

¹ الربيعي، محمد، (2008)، "الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم"، ط1، مراكش: المطبعة الوطنية، ص69.

ومن خلال قراءة متأنية لهذه المادة يتضح أن المشرع أقر مبدأ الازدواجية في توثيق التصرفات العقارية المتعلقة بالملكية المشتركة بما فيها تحرير عقد الهبة، وبذلك يكون قد فتحت الباب للمحامي المقبول للترافع لدى محكمة النقض لتحرير عقد الهبة المنصب على الملكية المشتركة.

وهذا تناقض صارخ سقط فيه المشرع وهو ما يوضح بشكل جلي من خلال المادة 12 من قانون الملكية المشتركة، والمادة 274 من م ح ع التي قيدت الأطراف وألزمتهم بسلوك طريق الرسمية فقط تحت طائلة البطلان في توثيق عقد الهبة، هو ما أثار خلافا بين المتعاملين في ميدان توثيق التصرفات العقارية، فالمحررات الثابتة التاريخ لا تعتبر إلا محررات عرفية ليست بمرتبة المحررات الرسمية المحررة من قبل العدول والموثقين، بالتالي فإن توثيق المحامي لعقد الهبة لا يبدو أن يكون سوى عقد عرفيا له نفس الحجية التي يتمتع بها المحرر العرفي¹.

وبناء على المادة 125 من قانون 18.00 نجد بأنها حسمت الخلاف حول طبيعة الحجية التي يكتسبها المحرر الصادر عن المحامي عندما أقرت أن المحررات التي يتم تحريرها من قبل المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض تعتبر محررات ثابتة التاريخ سواء كان الأمر يتعلق بنقل الملكية أو بإنشاء حقوق عينية أخرى على عقار خاضع لنظام الملكية المشتركة.

المطلب الثاني: الحوز في الهبة

لم يعرف المشرع المغربي الحوز في مدونة الحقوق العينية، لكنه عرفه في مدونة الأوقاف في المادة 26 الحوز هو: "رفع يد الواقف عن المال الموقوف ووضعه تحت يد الموقوف عليه"، ومن خلال هذا التعريف يمكن تعريف الحوز في الهبة على أنه رفع يد الواهب على الشيء الموهوب ووضعه تحت يد الموهوب له.

فالحوز هو إتمام لتصرف الهبة بجعل ملكيتها خالصة للموهوب له، ولا يتم ذلك إلا بأن يحوز هذا الأخير العين الموهوبة.

إذا كان الحوز في العقار المحفظ قبل صدور م ح ع محل اختلاف بين الفقه والقضاء فإنه بعد صدور القانون 39.08 قد حسم في هذا الخلاف حيث جعل الحوز القانوني يغني عن الحوز الفعلي، وهذا ما أكدته المادة 274 من نفس القانون، في فقرتها الثالثة بقولها: "يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظ أو في طور التحفيظ...".

¹ بودلاحة محمد، (2013)، "حجية المحررات الصادرة عن المحامي في التشريع المغربي"، مجلة القيس المغربية نظام التوثيق بالمغرب، مطبعة الأورو متوسطية المغرب: العدد الخامس يوليوز، ص 50.

فمن خلال هذا المقتضى يتضح أن مدونة الحقوق العينية اعتدت في حوز العقار الموهوب المحفظ أو الذي في طور التحفيظ بالحوز القانوني بدل الحوز الفعلي، حيث إنها تبنت وسيلة التقييد في الرسم العقاري لتقوم مقام الحوز الفعلي، فالمدونة بهذا التوجه جعلت من التقييد قرينة على تخلي الواهب لأن الملكية وهي أصل في التعامل تكون قد انتقلت لا محال إلى الموهوب له فهي جوهر الحوز حتى ولو ظل الواهب بالعين الموهوبة إلى الوفاة ويتم إحلال هذا التقييد مكان شرط الحوز الفعلي.

بالنسبة للعقار غير المحفظ نميز بين حالتين:

■ إذا لم يتم إيداع مطلب التحفيظ: أمام سكوت م ح ع عن الشروط المتطلبة لحوز العقارات غير المحفظة وبالرجوع إلى الفقه المالكي، فالشروط التي يتطلبها الأخير لحوز العقار هي:

1- أن يتم الحوز قبل حصول المانع: والمقصود بالمانع هو موت المتبرع أو إحاطة الدين بالمال المتبرع به، أو مرض المتبرع مرضا مخوفا، أو عدم تمام عقل المتبرع، فالعطية كالهبة مثلا تكون مهددة بالإسقاط إذا لم تحز قبل موت أو مرض أو إفلاس الواهب، فالهبة إذا بقيت عند واهبها إلى أن أفلس أو مرض مرضا مخوفا، أو أصيب بخلل عقلي، أو توفي فإنها تبطل لفوات الحوز، فالتمليك يجب أن يتم في حياة الواهب كما أنه يجب أن يتم قبل حصول المانع¹.

¹ الموانع:

- إحاطة الدين بمال المتبرع: إن إحاطة الدين بالمال متبرع سببا لعدم جواز التبرع، وكذا مانعا من الحوز ولو كان التبرع قبل إحاطة الدين بالمال. بعبارة أخرى، فإن الشخص الذي أحاط الدين بماله لا يجوز له التبرع لحق الدائنين في ذلك المال لأنه لو تبرع فذلك تصرف في أموال الغير، " وقد قامت محكمة الاستئناف بمراكش في قرارها عدد 854: بتاريخ 10/11/2005 في الملف عدد 05/7/938 بإبطال عقد هبة والتشطيب عليه من الرسم العقاري لصالح البنك الذي أجرى حجزا تنفيذيا على العقار موضوع الهبة في إطار دائنيته للواهب وذلك قبل حوز الموهوب له لهذا العقار أو التمكن من تسجيله.
- مرض المتبرع مرض مخوفا: المرض المخوف هو الذي يلحق المتبرع ويجعله طريح الفراش، فتكون بذلك تصرفاته في غالبيتها على سبيل المحاباة، لذلك جعله الفقهاء مانعا من حيازة المال المتبرع به وهنا يتعين على المتبرع عليه انتظار شفاء المتبرع ليقوم بحوز المال المتبرع به حوزا صحيحا ومنتجا لكافة آثاره، والتي تختلف بحسب ما إذا كان التبرع قد أبرم في حال الصحة أو حالة المرض. ففي حالة الصحة فإن التبرع يبطل عند إصابة المتبرع بمرض الموت قبل الحوز ما لم يوصي عند العقد بتنفيذه في مرضه، أو يوصي بعد مرضه بتنفيذه. وفي حالة المرض فإن التبرع ينفذ مطلقا.
- عدم تمام عقل المتبرع: الجنون يعتبر سببا من أسباب انعدام أهلية الأداء - يستوجب التحجير - وهو في نفس الوقت مانع من موانع الحوز بعد التبرع وقبل الحوز، فاختلال قدرات المتبرع العقلية هو أيضا عائق أمام تحقق

2- معاينة البينة على الحوز أو ما يقوم مقامه: البينة في معناها العام هي إقامة الدليل بصفة عامة سواء كان إقراراً أو كتابةً أو شهادة وفي معناها الخاص هي شهادة الشهود، وفيما يخص بينة الحوز في الهبة، فهي التي ينص فيها الشاهدان العدلان على عبارة: "وحازه معاينة" أو "بمعاينة شاهده"، وذلك بعد طوافهما على العقار من سائر جهاته ومعاينتهما له فارغاً من شواغل الواهب مع تخلي هذا الأخير عنه لفائدة الموهوب له¹.

ويعتبر المحرر الرسمي العدلي المتضمن لهذه المعاينة عندما يكون مخاطباً عليه من طرف القاضي حجة قاطعة في إثبات الحوز في الهبة، ولا يجوز مناهضة حجيتها الشرعية باللفيف أو الشهود القرائن، ويعتد بها سواء تمت في صلب وثيقة التبرع أو في وثيقة مستقلة.

■ إذا تم إبداع مطلب التحفيظ:

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 274 من م ح ع على أنه إذا كان العقار غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه، أي أن إدراج مطلب لتحفيظ بمثابة حوز قانوني وبالتالي يغني عن الحوز الفعلي، والملاحظ أن هذا الكلام غير دقيق لأن تقديم المطلب ليس بدليل قطعي، فقد يلغى وقد يرفض وقد يعدل تبعاً للتعرضات المقدمة من قبل الأطراف.

أما إذا انصبت الهبة على عقار محفظ أي له رسم عقاري فإن تقييد عقد الهبة في السجل العقاري يغني عن الحيازة الفعلية أو المادية للملك الموهوب ولا داعي لإخلائه من طرف الواهب، وكذلك الأمر بالنسبة للعقار الذي هو في طور التحفيظ.

وبهذه المقتضيات نظمت المدونة حكم حوز الهبة بالنسبة للعقار المحفظ وفي طور التحفيظ وفتحت الباب للعقار غير المحفظ من أجل أخذ نفس الحكم بمجرد تقديم مطلب التحفيظ، فقد تبنى

الحوز، ويترتب عما سبق أن كل تصرف = سواء كان تبرعاً أو بعوض يعتبر تصرفاً باطلاً ولا ينتج أي أثر، لذا ليس من المفيد التطرق للتبرع أثناء فقدان العقل مادام هذا التبرع في حد ذاته باطل بحكم القانون.

- موت المتبرع: يرتبط مانع الموت أساساً بالمتبرع، فموت هذا الأخير هو الذي يجعل القبض غير ممكن لأن تمام العطية بالقبض قد فات، باعتبار أنه ينبغي أن يتم في حياة المتبرع وصحته، أي حقيقة أو حكماً فإذا لم يقبض حتى مات بطلت العطية.

انظر: الأبيض، عمر (2011)، "شرط الحوز في التبرعات"، ط 1، الرباط: مطبعة الأمنية، ص 61.

¹ هذا النوع من البيانات هو الغالب عملياً، وذلك ما يظهر من خلال العديد من القرارات القضائية والتي تعتبرها قاعدة في إثبات الحوز ومنها: حكم المحكمة الابتدائية بمراكش عدد 60 بتاريخ 02/05/2006 ملف تم 283/09/2005، الذي جاء فيه: "إثبات الحوز في التبرعات يتم بالتطوف ومعاينة العدلين للمتبرع به والإشهاد بذلك هو المأثور عن الإمام مالك وأصحابه".

المشروع وسيلة يحصل بها الحوز، وهي تقييد الهبة بالسجلات العقارية، واعتبار ذلك التقييد يغني عن الحوز الفعلي والمادي، مع أن هذا الأخير يتطلبه الفقه الإسلامي كشرط تمام في عقود التبرع¹.

وبالتالي يكون المشروع قد أضاف إلى الساحة القانونية نوعاً جديداً من الحياة وهي الحياة القانونية إلى جانب الحياة المادية والفعلية التي هي الأصل في التبرعات.

وغاية المشروع من وراء اعتبار الحياة القانونية المتمثلة في التقييد بالرسم العقاري تحل محل الحياة المادية في العقار المحفظ هو تحقيق الأمن القانوني والتوثيق في مجال الملكية العقارية، وبناء على ما ذكر يتضح بأن مدونة الحقوق العينية حسمت في إشكال كان قائماً اختلف حوله المجلس الأعلى سابقاً بإصدار قرارات متضاربة، حيث اعتبرت قفزة نوعية وهذا ما يسهل المأمورية على القضاة وهم ينظرون في قضايا من هذا النوع، مع العلم أنه في حالة ما إذا لم تتم الحياة القانونية بخصوص الهبة وتم الاكتفاء بالحياة المادية، فإنه يطبق بشأن ذلك قواعد الحوز المادي الجاري به العمل فقها وقضاء²، وعليه يمكن التساؤل هن نجاح المشروع المغربي في هذا التوجه؟ أم سيكون عليه التدخل مرة أخرى لتعديل هذا المقتضى القانوني المثير للجدل في الأوساط القضائية والفقهية؟

بناء على ما سبق يتضح أن المشروع ألغى شريط الحوز المادي في التبرعات وأخذ بشرط الحوز القانوني وهذا ما يثير مجموعة من الإشكالات على مستوى:

العقارات المحفظة:

إن القول بأن مجرد التقييد في الرسوم العقارية للتبرع بعقار يكفي ويغني عن الحياة الفعلية فيه مخالفة لأحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالتبرعات، لأنه لو أجازت الحياة القانونية دون الحياة الفعلية لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثم يخرج من ورثته بعد وفاته، وذلك ممنوع لأن الله فرض الفرائض لأهلها وتوعد على تعديها³ فقال: "تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون" [البقرة: 229]، وبذلك فإن هذا ما سيفتح الباب على مصراعيه أمام تصرفات غير شرعية تحايل على أحكام الإرث في صورة تبرع لوارث دون باقي الورثة، أو تحليلاً

¹ شهبون عبد الكريم، مصدر سابق، ص 292.

² الكركري الطاهر، (2013)، أحكام الحوز في التبرعات دراسة في ضوء القانون المتعلق بمدونة الحقوق العينية، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة 7، ص 324.

³ فونتييرز هيرة، (2015/2014)، "منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقهية والحماية القضائية"، المغرب: أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة القاضي عياض مراكش، ص 53.

على حقوق أخرى ما دامت إمكانية تقييده في السجل العقاري (الحيازة القانونية) أصبحت تغني عن الحيازة الفعلية.

حيث يطرح الحوز إشكال فيما يخص الهبة الصادرة عن الموروث، حيث لا يعد إلا بتاريخ إراثة الواهب إذا تعلق الأمر بعقار محفظ عملاً بمقتضيات المادة 279/2 من مدونة الحقوق العينية¹، أي أن الموهوب له إذا لم يقيد عقد الهبة قبل حصول المانع وهو وفاة الواهب، وتم تقييد إراثة الواهب فإن الملكية تنتقل إلى الخلف العام ويبقى معه عقد الهبة غير المقيد أثناء حياة الواهب غير عامل الأثر في مواجهة الورثة². وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة النقض بتاريخ 11 مارس 2014 والذي نص على أنه: "بمقتضى مدونة الحقوق العينية فإن التقييد بالرسم العقاري يغني عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب ومن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظ أو في طور التحفيظ فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب التحفيظ يعني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه وأن أحكام الهبة تسري على الصدقة، ومن ثم فإن الطاعنة دفعت بأنها تتصرف في جزء من الدار المتصدق بها وأنها سلكت مسطرة التحفيظ مما يعني أنها جدت وثابرت في الحوزة والمحكمة لما قضت ببطلان رسم المصدقة دون الرد على ما أثير والمؤيد بالحجة تكون قد خرقت القانون"³.

كما أن القيد في السجلات العقارية أو ما عبر عنه القضاء بالحيازة القانونية فيعتبر شكلية حجية ونفاذ فقط، ولا يمكن للمحافظ القيام به تحت مسؤوليته إلا إذا كان التصرف متوفراً على سائر أركان وشروط انعقاده⁴.

العقار في طور التحفيظ:

نصت مقتضيات المادة 83 من قانون التحفيظ العقاري 07-14⁵ على إمكانية إنشاء أو تغيير أو الإقرار بحق أثناء مسطرة التحفيظ، وعلى قيام صاحب هذا الحق بإيداع الوثائق المثبتة بالمحافظة

¹ تنص المادة 279/2 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "لا يعتد إلا بتاريخ تقييد إراثة الواهب إذا تعلق الأمر بعقار محفظ".

² فتوح، حسن، (2016)، "آثار التزامات الموروث في مواجهة الورثة في القانون المغربي"، سلسلة موسوعة القضاء والقانون المغربي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني <http://sejdm.com>.

³ قرار عند 184 صادر بتاريخ 11 مارس 2014 في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/504، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض العدد 77 سنة 2014.

⁴ الفصل 72 من قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

⁵ نصت المادة 83 من ظ ت ع على أنه: "بغض النظر عن المسطرة المقررة في الفصل 84 من هذا القانون، يمكن لصاحب حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به أثناء مسطرة التحفيظ أن يطلب نشره بالجريدة الرسمية بعد إيداع الوثائق المثبتة للحق بالمحافظة العقارية.

العقارية. وبما أن العقار في طور التحفيظ ليس له سجل أو رسم عقاري تقيد فيه التصرفات التي ترد عليه فإن هذا الإبداع يقيد في سجل التعرضات، وإذا صدر بشأنها قرار فإنها تستفيد من النتائج التي يربتها القانون على التحفيظ.

وبما أن الصيغة تسم بالعموم فمن الممكن أن يكون الحق المذكور يتعلق بعقد الهبة أو عقد تبرع آخر، وانطلاقاً من ذلك يتضح أن الفصل 83 من ظ ت ع أعطى للموهوب له صفة طالب التحفيظ فهو يحل محل الواهب كطالب تحفيظ في حدود الحق موضوع الهبة - قد تكون هذه الأخيرة شاملة للعقار بأكمله، وقد تكون منحصرة في جزء منه فقط وعلى أساس هذا الاختلاف يتحد نطاق حق الموهوب له - ويترتب على هذا إمكانية التعرض وفق الشروط المقررة في الفصل 24 من ظ ت ع بما في ذلك ما يتعلق بالمنازعة في جواز الهبة بما يحق معه التساؤل حول إشكالية الفصل في مثل هذا النزاع؟

يمكن بلورة هذا الإشكال حول التوفيق بين قانون التحفيظ العقاري 07-14 (الفصل 83 و24 منه، ومدونة الحقوق العينية القانون 39.08 (الفصل 274 منه).

فالفصل 24 من ظ ت ع يجيز لكل شخص يدعى حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض إذا لم يتم رفعه أو التصريح بقبوله فإن ملف يحال على المحكمة الابتدائية للفصل في التعرض المذكور التي يكون حكمها قابلة للطعن بالاستئناف.

إن إحالة ملف الطلب على القضاء من طرف المحافظ يقضي لزوماً أن يبت القضاء في موضوع المنازعة استناداً إلى قواعد الموضوع الواجبة التطبيق، وهي في حالة ما إذا تعلق الأمر بحوزة هبة تتمثل في قواعد الفقه المالكي، فهل هذا من الممكن إزاء ما قرره مقتضيات مدونة الحقوق العينية؟

إن هذه الأخيرة أقرت في المادة 274 أن التقييد يغني عن الحوز بالنسبة للعقار في طور التحفيظ، وأن إدراج مطلب تحفيظ عقار غير محفظ يغني كذلك عن حوزة، فتكون بذلك قد حسمت في جوهر النزاع الذي من المفروض أن يحسم فيه القضاء بعد تحويل الطرفين طبقاً لمسطرة التقاضي، ومنح الفرصة لعرض أوجه دفاعهما بشأن جواز الهبة.

إلا أنه يبدو أن مقتضيات المادة 274 م.ج.ع قد تغل يد القضاء في حالة ما إذا تم تطبيقها من طرفه حرفياً وتشكل آلي، وستكون النتيجة عدم قبول أو رفض التعرض الذي يستند إلى المنازعة في صور الهبة بعلّة أن المادة المذكورة حسمت في الأمر باعتبارها التقييد أو تقديم مطلب تحفيظ يغني عن الحوز

وإذا ثبت ما سبق نتساءل على مدى إمكانية تجاوز العمل القضائي نصا قانونيا تجاهل نصا قانونيا آخر قصد الحفاظ على إحدى دعائم نظام التحفيظ العقاري، ومؤسسة تضمن الدفاع عن الحقوق وهي مؤسسة التعرض التي أفرعت من محتواها حينما يستند التعرض إلى المنازعة في حوز الهبة؟

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن هناك استثناء الا يشترط فيه الحوز في عقد الهبة المنعقدة في حالة مرض الموت، لأن الهبة تسري عليها أحكام الوصية، ولا حوز في الوصية.

المبحث الثاني: آلية القيد في السجل العقاري بين شكلية الانعقاد والنفاد

نص الفصل 66 من القانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري على أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

كما نص الفصل 67 من نفس القانون على أن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري.

الأمر الذي يطرح التساؤل حول هل يعتبر التقييد شكلية لانعقاد عقد الهبة (الفقرة الأولى)، أم أنه فقط شكلية لنفاد عقد الهبة (الفقرة الثانية).

المطلب الأول: مدى توقف انعقاد عقد الهبة على التقييد بالسجل العقاري

أقر المشرع بمقتضى الفصول 66 و 67 من قانون التحفيظ العقاري، أن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، كما أن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعاوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم.

والملاحظ أن هذه المقتضيات القانونية المتعلقة بالتقييد تقرر مبدئين:

- **المبدأ الأول** متعلق بكون الاتفاقات التعاقدية لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد وهو يتسم بنوع من الحدة تجعل التفكير الأولي يذهب إلى كون الاتفاقات التعاقدية إذا لم تقييد تكون هي والعدم سواء مادام أن صراحة المبدأ تؤكد عدم إنتاجها أي أثر، بل إن الأمر قد

يصل إلى حد اعتبار التقييد كأنه شكلية انعقاد لا يتم العقد إلا بها، وهذا المبدأ هو الذي عبر عليه الفقهاء بالأثر المنشئ للتقييد.

حيث يعتبر مبدأ الأثر الإنشائي من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها التقييدات في نظام السجل العيني، ويستمد هذا المبدأ أصوله من قانون تورانس الأسترالي ويقوم على قاعدة أساسية تتمثل في عدم الاعتراف بالوجود القانوني لأي حق متعلق بعقار محفظ بين الأطراف أو في مواجهة الغير إلا بواسطة التقييد بالرسم العقاري¹.

فالتقييد وحده الذي ينشئ الحق أو يغيره أو يسقطه أو ينقله، حيث يشكل الفصلان 66 و67 من القانون رقم 14.07 الأساس القانوني لمبدأ الأثر الإنشائي، ومضمون هذه الفصول هو أن الحقوق المسجلة على الرسم العقاري تكون هي المعتبرة قانوناً إلى أن يتم التشطيب عليها.

■ **المبدأ الثاني** هو عدم الإضرار بحقوق الأطراف بعضهم على بعض وإمكانية إقامة دعاوى بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم، وهذا المبدأ يأتي لتخفيف حدة المبدأ الأول بتقرير قاعدة عدم الإضرار وإمكانية اللجوء إلى القضاء استناداً على عدم تنفيذ الاتفاقات المذكورة، وهذا يدل على أن الاتفاقات التعاقدية ولو أنها لم تسجل فإنها تتمتع بوجودها القانوني الذي يخول للأطراف حق التقاضي بشأنها².

والملاحظ أنه إذا كان المبدأ الأول يوحي إلى أن شكلية التقييد هي شكلية انعقاد، فإن المبدأ الثاني يقر بأن التقييد ما هو إلا إجراء يتوقف تمام التبرع على إتيانه، فالحق موجود ويمكن إلزام المتبرع بتنفيذ ما التزم به اتجاه المتبرع عليه رضا أو قضاء، فالتقييد إذا لا أثر له على انعقاد التبرع بالنسبة للعقار المحفظ، فهو ليس بشكلية للانعقاد والعقد يتم وفق القواعد التي تنظمه ليقوم صحيحاً بمعزل عن التقييد³.

وانطلاقاً من ذلك فإن عقد الهبة يقوم صحيحاً بكافة شروطه وأركانه في غياب تقييده في الرسم العقاري، وهذا ما يرتب على أطراف العقد تنفيذ التزاماتهما، بالأخص التزام الواهب بنقل الحق للموهوب له عن طريق التقييد، وهذا الالتزام يجد سنده في الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص على أن: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضاً بكل ملحقات الالتزام التي يقرها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقاً لما تقتضيه طبيعته".

¹ توفيق، عبد العزيز، "عقود التبرع بين الفقه الإسلامي أو نظام ونظام الرسوم العقارية"، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 98، ص 69.

² الأبييض، عمر، "شرط الحوز في التبرعات"، مصدر سابق، ص 180.

³ المرجع السابق، ص 181.

وامتناع الواهب عن تنفيذ التزامه بنقل الموهوب إلى الموهوب له يكون بمثابة إخلال بالالتزام ويترتب عنه إمكانية إجبار الواهب على القيام بالتزامه سواء على اثر دعوى أصلية يباشرها الموهوب له، أو على اثر طلب إدخال الواهب في الدعوى بصفته ضامنا في نطاق الفصل 117 من قانون المسطرة المدنية.

المطلب الثاني: التقييد بالسجل العقاري كشكلية لنفاذ عقد الهبة

إن نقل ملكية العقار المحفظ محل الهبة تتطلب أمرين حتى يصير العقد نافذا بين الأطراف أولهما عقد صحيح مستجمع لكافة شروطه وأركانه، وثانيهما التقييد بالرسوم العقارية، فعقد الهبة في حد ذاته ولو كان صحيحا، يبقى غير نافذ إذا لم يتم تقييده بالرسم العقاري، وحتى إذا سجل يكون عرضة للتشطيب عليه، وهذا لا يشبه النفاذ الذي سبق أن تحدثنا عنه في العقار الغير محفظ الذي بمجرد ما يتم الإشهاد عليه ويقع الحوز المادي يكون العقد نافذا.

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض: "إن تطبيق مقتضيات التحفيظ العقاري خصوصا المواد 66 و67 و106 يؤدي إلى أن تكون الحيابة المادية المشترطة في قواعد الفقه الإسلامي غير كافية وحدها حين تقع الهبة على عقار محفظ باعتبار أن مقتضيات هذا القانون تفيد أن انتقال الملكية لا يتم إلا بالتسجيل..."¹.

فمضمون هذا القرار يؤكد على أن ملكية العقار المحفظ محل الهبة لا تنتقل إلا عند تقييد الهبة بالرسم العقاري ولا تغني الحيابة المادية عن القيام بهذا الإجراء.

والالتزام القانوني بتقييد عقد الهبة يمكن اعتباره كقاعدة أمر لا يمكن لأطراف عقد الاتفاق على تعطيلها أو إلغائها، ذلك أن كل اتفاق من هذا النوع لا يمكن الأخذ به لمخالفته القواعد القانونية للعقار المحفظ.

والمرشح لم يقر أي جزاء عن الإخلال بإجراء التسجيل فقط هناك غرامة مالية عن كل تأخير في القيام بهذا الإجراء، فإذا لم يطلب التقييد بالرسم العقاري ولم يؤد رسوم المحافظة داخل الأجل المحدد في ثلاثة أشهر، فإن طالب التقييد يلزم بأداء غرامة مالية تقدر بخمسة في المائة من مبلغ الرسوم المستحقة، وذلك عن الشهر الأول الذي يلي تاريخ انقضاء الأجل المذكور و0.5 في المائة عن كل شهر أو جزء من الشهر الموالي له، والملاحظ أن علم المتبرع عليه بالغرامة ستدفع به إلى

¹ القرار 3304، الملف عدد 1903، بتاريخ 25/12/1991.

الإسراع بتقييد حقه وعدم التقاعس عن ذلك، وإلا فستزداد الغرامة تصاعديا ناهيك عن إمكانية ضياع حقه¹.

وانطلاقا من ذلك فإن إجراء التقييد يبقى رهينا بإرادة ورغبة الأطراف التي قد تعثرها ظروف يترتب عنها إهمال القيام بالإجراء المذكور، أو عند وجود أطراف لا يفقهون أهمية التقييد، خاصة وأن الجهات التي لها صلاحية توثيق عقد الهبة غير ملزمين بالقيام بهذا الإجراء إلا إذا فوض لهما أطراف المعاملة العقارية القيام به باستثناء الموثقين العصريين، فللمتعاقدين الحرية في التفويض للعدلين بالقيام بهذا الإجراء أو أن يباشروه بأنفسهم بتقديم طلب للمحافظ لتقييد العقد بالسجل العقاري².

ولتحقيق الهدف الأسمى من العملية التعاقدية ألا وهو الأمن التوثيقي الذي بتحقيقه تحفظ معه الحقوق، كان على المشرع إلزام العدول أيضا بضرورة القيام بهذا الإجراء بمقتضى نص صريح مع عدم إتاحة الاختيار للأطراف، كما هو الشأن بالنسبة للموثق حيث ألزمه بمقتضى المادة 47 من قانون 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق بضرورة إنجاز الإجراءات الضرورية للتقييد في السجلات العقارية وغيرها من العقود الخاضعة للتقييد التي أبرمها، بهدف ضمان فعاليتها، فهو ملزم بتحقيق نتيجة الى وهي الالتزام بنقل ملكية التبرع من المتبرع إلى المتبرع لفائدته ولا يعفيه أطراف المعاملة العقارية من القيام بهذا الإجراء ولو بمقتضى تصريح مكتوب، وقيام الموثق بإجراءات تقييد الهبة في السجل العقاري لا يتوقف على إذن من طرفي العقد بل هو ملزم بالقيام بهذا الإجراء من تلقاء نفسه، وتداركا لهذا الخلل التشريعي فقد صدرت عدة دوريات للمدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية تحت السادة العدول على ضرورة نصح الأطراف يتقيد بالتصرفات الواقعة على العقار المحفظ محل المعاملة، واستحضر مذكرة إخبارية للسيد المدير العام للوكالة 245 الصادرة في 27 أكتوبر 2017 إلى السيد رئيس الهيئة الوطنية للعدول بشأن حث السادة العدول على تنبيه المتعاقدين بالاشتراك بخدمة "محافظة"³، وهي خدمة إلكترونية جديدة أطلقتها مؤخرا الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية ترمي إلى إطلاع المالكين المنخرطين فيها بالتقييدات المدرجة برسومهم العقارية عبر رسائل نصية موجهة إليهم عن طريق الهاتف المحمول والبريد الإلكتروني.

¹ خيرى، محمد (2014): العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، الرباط: دار النشر المعرفة، ص427.

² المرجع السابق، ص247.

³ مذكرة إخبارية للمدير العام للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية إلى السيد رئيس الهيئة الوطنية للعدول رقم 0007588 بتاريخ 27 أكتوبر 2017 في شأن خدمة "محافظة" والتي أطلقت يوم الاثنين 12/06/2017.

زيادة على ذلك قامت الوكالة بفتح فضاء خاص بالعدول على مستوى خدمة محافظتي بالبوابة الرسمية للوكالة وذلك من أجل تمكينهم من تعبئة طلبات الانخراط في الخدمة المذكورة نيابة عن الأطراف المعنية، سواء تعلق الأمر بالمفوت أو المفوت إليه بالنسبة للعقود الناقلة للملكية، أو المالك المقيد فيما يخض العقود الأخرى غير الناقلة للملكية، حتى يتسنى له الاستفادة من الخدمة المذكورة.

الخاتمة:

يمكن القول إن المشرع أحسن صنعا عندما حصر الأشخاص الموكول لهم مهمة تحرير عقد الهبة في هيئة رسمية منظمة قانونا والمخول لها قانونا توثيق هذا النوع من العقود بغض النظر عما إذا كان هذا العقد خاضع لنظام الملكية المشتركة أم لا، حيث إن لمؤسستي التوثيق العدلي والعصري الصلاحيات والمؤهلات لتحقيق الضمانات القانونية في مجال توثيق العقود.

كما أن تدخل المشرع لتنظيم أحكام الحوز القانوني يعتبر انتصارا للموقف القضائي والفقهية المؤيد للحوز القانوني الذي يغني عن الحوز الفعلي أو المادي، وبذلك يكون قد حسم الجدل الفقهي والتضارب القضائي بهذا الخصوص بوضعه نص قانوني صريح، إلا أن هذا المقتضى لم يسلم من الانتقاد نظرا لكون الحوز القانوني أو المادي المنصوص عليه في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية لا يمكن تطبيقه دون الرجوع إلى المقتضيات القانونية التي تتقاطع معه خاصة تلك المنصوص عليها في ظهير التحفيظ العقاري، حيث أصبح التقييد في بعض الأحيان يلعب الدور الفعال والحاسم في تمام ونفاذ الهبة بشرط ثبوت حصولها قبل المانع.

ولتجاوز بعض الإشكاليات التي سبق طرحها اقترح:

- استثناء عقد الهبة من مبدأ الاختيار الوارد في المادة 12 من القانون 18.00 المتعلق بالملكية المشتركة وجعله حكرا على العدول والموثقين لأن الهدف من ذلك ضمان حقوق المتعاقدين وحماية مؤسسة التوثيق العدلي والعصري باعتبارها الأجدر والأحق بهذه الصناعة.
- ربط إجراء التقييد بالرسم العقاري مباشرة بعملية التعاقد، بحيث تكون العمليتين عبارة عن حلقة واحدة لا يمكن فصل إحداها عن الأخرى، وذلك على الكيفية التي يسلكها الموثقون العصريون باعتبارهم يتكفون بتوثيق التصرف والسهر على تقييده ذلك بالمحافظة العقارية.
- استثناء العقار في طور التحفيظ من القاعدة القائلة بأن الحوز القانوني يغني عن الحوز المادي، خاصة وأن هذه الإشكالية تزداد استفحالا حين يرفض المحافظ على الأملاك العقارية لمطلب التحفيظ.

قائمة المصادر والمراجع:

- شهبون، عبد الكريم، (1992): عقود التبرع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي - الوقف الهبة والصدقة العمرى والرقبي والمنحى والعربة الإرفاق (حق الارتفاق) العارية الوديعة القرض، الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة.
- تقيّة، محمد بن أحمد (بدون سنة): دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، بدون دار النشر.
- الربيعي، محمد (2008): الأحكام الخاصة بالموثّقين والمحرّرات الصادرة عنهم، ط1، مراكش: المطبعة الوطنية.
- بودلاحة، محمد، (2013): حجية المحرّرات الصادرة عن المحامي في التشريع المغربي، مجلة القيس المغربية نظام التوثيق بالمغرب، مطبعة الأور متوسطية المغرب، العدد الخامس يوليو.
- الأبيّض، عمر (2011): شرط الحوز في التبرعات، ط1، الرباط: مطبعة الأمنية.
- الكركري، الطاهر (2013): "أحكام الجوز في التبرعات دراسة في ضوء القانون المتعلق بمدونة الحقوق العينية"، منشورات مجلة الحقوق، سلسلة الأعداد الخاصة 7.
- فونتير، زهيرة (2015/2014): "منظومة الأوقاف العامة بالمغرب بين التأطير القانوني والفقه والحماية القضائية"، المغرب: جامعة القاضي عياض، أطروحة دكتوراه غير منشورة.
- فتوخ، حسن (2016): "آثار التزامات الموروث في مواجهة الورثة في القانون المغربي"، سلسلة موسوعة القضاء والقانون المغربي، مقال منشور بالموقع الإلكتروني <http://sejdm.com>.
- توفيق، عبد العزيز: عقود التبرع بين الفقه الإسلامي أو نظام ونظام الرسوم العقارية، مجلة المحاكم المغربية، العدد 98.
- خيرى، محمد (2014): "العقار وقضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي"، الرباط: دار النشر المعرفة.