المغارسة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: دلالاتها وتطبيقاتها

The marshalling between Islamic jurisprudence and positive law: its implications and applications

معاذ بن عبد العزيز المؤذن،

[1] جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء المغرب

mouadelmouadine99@gmail.com

تاريخ الإرسال	تاريخ القبول	تاريخ النشر
12-12-2020	29-12-2020	2020-12-31

ملخص: من خلال هذا البحث تبينت المزايا التي تتسم بها صيغة عقد المغارسة، سواء من حيث إنها صيغة إسلامية يمكن أن تحول مساحات شاسعة من الأراضي البور إلى أراضي منتجة، أو من حيث إنها تشكل دافعا قويا للعامل على العمل لأنها تحوله فترة من أجير إلى مالك، وهذا ما تبين بالملموس مدى نجاعة الفقه الاسلامي المستنير الذي يحارب الإقطاعية ويؤسس لاقتصاد تحكمه العدالة.

الكلمات المفتاحية: الفقه الإسلامي؛ المغارسة؛ القانون؛ مقارنة بين الفقه والقانون؛ التطبيقات.

Abstract:

Through this research, the advantages that characterize the al-Magharisa contract form were revealed, whether in terms of it being an Islamic formula that could convert vast areas of wasteland into productive lands, or in that it constitutes a strong motivation for the worker to work because it transforms him from an employee to an owner. What clearly shows the efficacy of enlightened Islamic jurisprudence, which fights against feudalism and establishes an economy governed by justice.

Keywords: Islamic Fiqh; Implantation; Law; Comparison between jurisprudence and law; Applications.

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فهذا بحث بعنوان: " **المغارسة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: دلالاتها وتطبيقاتها** ".

إن عقد المغارسة يعتبر من أحد صيغ التمويلات الفريدة في نظام الاقتصاد الإسلامي الذي من خصائصه الكبرى ومبادئه العظمى: التكافل الاجتماعي.

وإن المتأمل في حقيقة هذا العقد ليجد ذلك جليا في صورته حيث إنه علاقة بين شخصين، أحدهما: فقير لا مال له، ولكنه يملك خبرات في الغرس والزرع، والآخر له مال لكنه لا يقدر على العمل ولا حظ له فيه.

فوضعت الشريعة لهما حلا أنسب حيث يدفع أحدهما الأرض والعقار، ويقوم الآخر بالعمل على أن تكون قسمة الشجر والأرض بينهما مناصفة في الأخير.

وبذلك حلّ لنا هذا العقد مشكلات كثيرة، أولها البطالة والقعود عن العمل، ولا غرو أن خصصته مدونة الحقوق العينية بالتشريع من المادة:265 إلى المادة:272 في الباب الثاني المتعلق بأسباب كسبب الملكية، وبالرجوع إلى القوانين المقارنة نجد معظم الدول العربية قد أغفلت تنظيم هذا النوع من المعاملة باستثناء: الإمارات، والكويت، والعراق، والأردن، فالأنظمة القانونية لهذه الدول تناولت أحكام المغارسة،

ونظرا لما لأهمية هذا العقد من أهمية كبرى أردت الخوض في غماره، فجاء عنوان البحث ب " **المغارسة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: دلالاتها وتطبيقاتها** ".

وقد قسمت هذا البحث إلى ثلاثة مباحث، وهي كالآتي:

المبحث الأول: المغارسة "التعريف، المشروعية، الحكم".

المبحث الثاني: الأحكام العامة لعقد المغارسة، الأركان والشروط.

المبحث الثالث: تطبيقات عقد المغارسة وآثارها.

المبحث الأول: المغارسة "التعريف، المشروعية، الحكم".

المطلب الأول: مفهوم المغارسة لغة واصطلاحا.

والحقيقة التي ينبغي أن أشير إليها في البداية أن لفظ المغارسة ليس موجودا في معاجم العربية بعينها، ولكن يوجد الفعل الذي اشتقت منه فهي مفاعلة من الغرس.

فالمغارسة مأخوذة من الغرس وهو تثبيت الشجر في الأرض.

قال ابن فارس: "غرس" الغين والراء والسين أصل صحيح قريب من الذي قبله، يقال: غرست الشجر غرسا، وهذا زمن الغراس.(ابن فارس، مقاييس اللغة،ج417/4.)

قال ابن منظور: غرس الشجر والشجر يغرسها غرسا، والغرس الشجر الذي يغرس...(ابن منظور، لسان العرب، مادة غرس 154/6.)

جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة: مادة (غ ر س) مغارسة عقد إيجار بستان، ينص على وجوب امتلاك المستأجر.... (أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، 1608/2.)

والمغارسة مفاعلة كالمناظرة والخاصمة، فبمقتضى لفظها أن يكون كل واحد يغرس لصاحبه وليست كذلك، وإنما الغارس أحدها ومن الآخر الأرض.

يقول الحبيب ابن الطاهر: وصيغة المفاعلة شأنها أن تكون من اثنين مثل المضاربة تفيد المشاركة في الفعل، ومقتضاها أن يكون كل واحد يغرس لصاحبه وهي ليست كذلك، فالذي يغرس أحدهما فتحمل الصيغة اما على المفاعلة التي تكون في اللغة من واحد نحو سافر، أو بملاحظة العقد فإنه واقع منهما فيكون من التعبير بالمتعلق عن المتعلق.(الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط الخامسة، 43/6.)

وتسمى عند أهل الشام المناصبة، أو المشاطرة؛ لأن الشجرة تسمى عند العامة نصبا أي منصوبا، ولأن الناتج يقسم بينهما مناصفة لكل واحد منهما الشطر. (وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ط الرَّابعة، 4726/6.)

هذا ما يتعلق بالتعريف اللغوي.

أما المغارسة في الاصطلاح:

سأورد مجموعة من التعريفات للمغارسة وأناقشها، وسأبدأ بتعريف الإمام مالك رحمه الله:

•قال مالك: ولا بأس بالمغارسة؛ أن يعطي الرجل أرضه لرجل يغرسها نخلا أو رمانا، فإذا بلغت فالأرض والشجر بينهما ولم يزل من عمل الناس ولا شيء له حتى ينبت ويبلغ القدر الذي شرطا وهو من ناحية الجعل.(ابن ابي زيد القيرواني، النوادر والزيادات، ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى، 1999 م، 378/7.)

جاء في بداية المجتهد: وهي عند مالك أن يعطي الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددا من الثمار معلوما، فإذا استحق الثمر كان للغارس جزء الأرض متفق عليه (ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 20/4.)

وجاء في تعريف ابن عرفة: المغارسة: جعل وإجارة وذات شركة في الأصل.

وعلق الإمام الرصاع على هذا التعريف فقال: "قلت الشيخ – رحمه الله – لا يتوهم أنه ذكر ذلك حدا للمغارسة فإن ذلك ليس بحد لها وإنما هو تقسيم لها فيقال عليه الحكم عليها بذلك لا يستدعي معرفتها وتمييزها وغايته أنه بين أنها تارة تكون إجارة وتارة تكون جعالة وتارة تكون شركة في الأصول فإن اشترط على رجل أن يغرس له نخلا في أرض وما ثبت منها أخذ فيه جعلا مسمى فهي جعالة وله الترك وإن اشترط إجارة على جزء من أصل جاز كما إذا قال اغرس لي أرضي نخلا بطائفة من أرض أخرى فهذه إجارة وإذا قال اغرسها نخلا أو شبهها على قدر كذا والشجر والأرض بينهما فذلك أيضا مغارسة وهذا شامل للفاسدة والصحيحة والفاسدة فيها نزاع والمغارسة لها حكم وسنة تخصها فليست بمحض إجارة ولا جعالة فأشبهت الإجارة للزوم عقدها وتشبه الجعالة لوقوف عوضها على ثبوت الغرس (فإن قلت) هلا عرف الشيخ – رحمه الله – المغارسة بقوله عقد على تعمير أرض بشجر بقدر معلوم كالإجارة أو كالجعالة أو بجزء من أصل وذلك يجمع أصنافها الصحيحة والفاسدة وذلك معنى ما استلزمه حكمه المذكور (قلت) لعله رآها ليست عقدا وهذا بعيد لأنه صرح في آخرها بأن الخلاف يجري فيها قياسا على المساقاة فتلزم أو على الجعالة فلا تلزم وأيضا فإنه صرح في حد الإجارة بأن المغارسة تدخل في الرسم

وتخرج بقوله بعوض ناشئ عنها فيقال على هذا في رسمها بيع منفعة عاقل في عمارة أرض بشجر بقدر إجارة أو جعالة أو بجزء من أصل وما زلت أستشكل عدم رسمه لها ولم يظهر قوة جواب والله سبحانه أعلم بقصده السني وعمله السني نفع الله به ورحمه بمنه".(الرصاع، شرح الحدود، ص 391.)

وابن عرفة رحمه الله إنما ذكر صور المغارسة ولم يعرفها.

•أما المشرع المغربي فقد عرفها في المادة 265 بما يلي: "المغارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لآخر ليغرس فيها على نفقته شجرا مقابل حصة معلومة من الأرض والشجر يستحقها الغارس عند بلوغ الشجر حد الإطعام". لا يمكن أن يكون محل عقد المغارسة حقوقا مشاعة.

ويلاحظ أن تعريف المدونة يتفق تماما مع تعريف الإمام مالك ولا فرق بينهما.

♦ وأحسن تعريف عند المالكية هو تعريف الإمام عليش حيث قال في تعريفها: "العقد على غرس شجر في أرض بعوض معلوم من غيرهما إجارة أو جعالة أو بجزء شائع منهما شركة".(محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 417/7)

فالعقد جنس شمل المعرف وسائر العقود، وعلى غرس شجر فصل مخرج العقد على غيره، وبعوض معلوم فصل مخرج التوكيل على غرس شجر بلا عوض ومن غيرهما، أي الأرض والشجر عينا كان أو عرضا أو طعاما أو حيوانا إجارة، أي على وجه الإجارة اللازمة بعقدها التي لم يشترط في استحقاق عوضها توقفه على الإتمام أو جعالة، أي على وجه الجعالة غير اللازمة بعقدها المتوقف استحقاق عوضها على الإتمام أو بجزء شائع عطف على بعوض معلوم منهما، أي الأرض والشجر شركة، أي على وجه الشركة بينهما في الأرض والشجر(محمد عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، 417/7)، فهو جامع مانع واضح وسليم من الثغرات .

وعرفها الغرياني بقوله: "المغارسة عقد على تعمير أرض بشجر، بقدر معلوم كالإجارة، أو على جعل، أو بجزء من الأصل". (مدونة الفقه المالكي وادلته، م.س. 597/3)

وعرفها الحنفية بما يلي:

"أن يدفع صاحب الأرض أرضا بيضاء سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس".(ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار،203/5)

ويلاحظ على تعريف الحنفية اتفاقهم مع المالكية في حد المغارسة على اختلاف في الأحكام كما سيأتي.

وعرفها الشافعية بما يلي:

"أن يسلم صاحب الأرض أرضه لآخر ليغرسها من عنده والشجر بينهما" (مغني المحتاج324/2)

وعرفها الحنابلة بما يلي :

"دفع أرض وشجر له ثمر مأكول لمن يغرسه وهي المناصبة"(البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 532./3)، وبذلك فهي قسم من أقسام المساقاة عندهم.

وعقد المغارسة شبيه بعقد الإجارة لكونه لازما لمالك الأرض بمجرد العقد وتحديد الأجل وشبيه بعقد الجعل الذي هو في الاصطلاح القانوني الحديث عقد اجارة الصنع لكون الغارس لا يستحق شيئا إلا بعد اتمامه العمل، ولكن عقد المغارسة يتميز عن العقدين المذكورين بما يلي:

قيمة العمل هي جزء من الشجر والأرض وصيرورة الغرس مالكا في الأرض التي غرسها فينتقل من عامل إلى مالك شريك لرب الأرض ولذلك اعتبره الفقهاء بأنه عقد شركه، ولعلهم اعتبروه كذلك بحسن المآل أو بتعبيرهم المشهور باعتبار ما سيكون.(احمد جدوي، المغارسة كسبب من اسباب التملك،)

♦المطلب الثاني: مشروعية المغارسة:

أثبت الفقهاء مشروعية المغارسة بآيات من القرآن الكريم، وأحاديث من السنة النبوية، والقياس، وعمل الصحابة، والعرف.

أولا : من القرآن:

قال تعالى : " أفرأيتم ما تحرثون أأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون.(سورة الواقعة ،الآية .62)

ثانيا من الحديث:

وردت أحاديث كثيرة في الموضوع منها:

: قوله – صلى الله عليه وسلم – «**ما من مسلم يغرس غرسا إلا كان ما أكل منه صدقة وما سرق منه صدقة، وما أكل منه السبع فهو له صدقة، وما أكلت الطير فهو له صدقة**»(صحيح مسلم المساقاة باب فضل الغرس والزرع رقم 1553) ، رواه مسلم عن جابر – رضي الله عنهما

ب: قوله – عليه الصلاة والسلام – «**لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة إلى يوم القيامة**».(مسند احمد 503/38)

وقوله – صلى الله عليه وسلم – «**ما من رجل يغرس غرسا إلا كتب الله له من الأجر قدر ما يخرج من ذلك الغرس**».(مسند احمد 503/38)

ثانيا: من القياس:

اعتمد الفقهاء دليل القياس لإثبات مشروعية المغارسة.

قال ابن رشد: "إن مغارسة الرجل للرجل أرضه البيضاء على أن يغرسها أصولا بجزء منها جائزة جوزها أهل العلم قياسا على ما جوزته السنة من المساقاة، كما جوزوا قياسا عليها بناء الرحى الخربة بجزء منها، فهي سنة على حيالها ليست بإجارة محضة ولا جعل محض؛ لأنها أخذت بشبه منهما جميعا، أخذت بشبه من الإجارة في لزومها بالعقد، وشبه من الجعل في أن الغارس لا يجب له شيء إلا بثبوت الغرس وبلوغه الحد لمشترط، فإن بطل قبل ذلك لم يكن له شيء ولا كان من حقه أن يعيده مرة أخرى".(ابن رشد، البيان والتحصيل، 404/15.)

رابعا :عمل الصحابة رضوان الله عليهم :

عن أبي هريرة رضي الله عنه، قال: يقولون إن أبا هريرة يكثر الحديث، والله الموعد، ويقولون: ما للمهاجرين والأنصار لا يحدثون مثل أحاديثه؟ وإن إخوتي من المهاجرين كان يشغلهم الصفق بالأسواق ،وإن إخوتي من الأنصار كان يشغلهم عمل أموالهم.(صحيح البخاري، باب ماجاء في الغرس 109/3)

يقول ابن حجر معلقا على الحديث: "فإن المراد بالعمل الشغل في الأراضي بالغرس والزرع".(ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، 28/5.)

والمشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية قد نظم أحكام عقد المغارسة، وخصص له المواد من 265 إلى 272 معتمدا في ذلك على الفقه الاسلامي والمذهب المالكي على وجه الخصوص، وستأتي هذه الأحكام في المبحث الثاني.

خامسا: العرف :

يمكن إثبات عقد المغارسة بدليل العرف حيث إن عادة البلاد الإسلامية جرت على التعامل بها، وليس فيها ما يخالف أصول الشريعة ومقاصدها الشريفة، ومعلوم أن الأصل في المعاملات الإباحة.

♦المطلب الثالث : حكم المغارسة

اطلعت على مجموعة من مصادر الفقه في أحكام المغارسة، واكتفيت بمرجع واحد لسهولة عبارته وشموليتها وهو كتاب الفقه الإسلامي وأدلته، وجاء فيه ما يلي:

المغارسة المختلف فيها بين الفقهاء، هي التي يقسم فيها الشجر والأرض نصفين بين المالك والعامل ، فمنعها الجمهور وأجازها المالكية بشروط. فإن كان الاشتراك فيها في الشجر فقط، فهي جائزة عند الحنفية والحنابلة، ولا تجوز عند المالكية، وممنوعة في الحالتين عند الشافعية، لعدم الحاجة إليها.

والخلاصة: أن المغارسة تصح إذا كان للعامل جزء معين من الثمرة فقط، كالمساقاة، كما ذكر الحنابلة ،وتصح المغارسة أيضاً إذا غرس العامل غرساً على أن تكون الأغراس والثمار بينهما كما أبان الحنفية، ويمكن تصحيح المغارسة على الاشتراك في الأرض والشجر معاً، بواسطة عقدي البيع والإجارة، كأن يبيع المالك نصف الأرض بنصف الغراس، ويستأجر المالك العامل مدة كثلاث سنين مثلاً، بشيء يسير ليعمل في نصيبه، كما ذكر الحنفية.

وصحح المالكية المغارسة بشروط، وأبطلها الشافعية لعدم الحاجة إليها.(الفقه الاسلامي وأدلته، م.س، ج4728/6.)

♦المبحث الثاني: الأحكام العامة لعقد المغارسة الأركان والشروط.

يعتبر عقد المغارسة من العقود التي تناولتها مدونة الحقوق العينية بالتنظيم في المواد من 265 إلى 272، وبالرغم من أن المدونة اعتبرت المغارسة سببا من أسباب كسب الملكية، إلا أن ذلك لا ينفي خضوع هذا العقد للأحكام العامة المؤطرة للعقود في قانون الالتزامات والعقود. وبهذا فإن عقد المغارسة يخضع من حيث الأركان اللازمة لقيامه للنظرية العامة للالتزامات)

•المطلب الأول: أركان عقد المغارسة.

أركان عقد المغارسة عند المالكية ثلاثة وهي:

أ- **الصيغة:** وتكون بلفظ المغارسة أو بما يدل عليها عرفا.(الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، م.س، ج573/3.)

ب-**العاقدان:** وهما صاحب الأرض والمغارس(العامل)، وشرطهما الأهلية الدالة على الرضا، الذي يجب توفره في جميع العقود المعاوضات بأن يكون كل من المتعاقدين بالغا عاقلا غير محجور عليه، وعقد السفيه والصغير المميز والمحجور عليه متوقف على وليه. (الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، م.س، ج575/3.)

ج- المحل: العمل والحصة:

العمل ثلاثة أنواع: إما إجارة أو جعل أو مشاركة.

الحصة في المغارسة: الحصة التي يأخذها الغارس من الشجر والأرض بعد القسمة لابد أن تكون معلومة القدر، كنصف أو ثلث أو ربع شائع في الأرض كلها مع الشجر، أو في الشجر ومواضعه أصولها

من الأرض دون بقية الأرض، ويحمل العقد عند عدم البيان على الشجر مع الأرض. (الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، م.س، ج596/3.)

وبالعودة إلى قانون الالتزامات والعقود، نجده قد حدد في الفصل الثاني منه أركان قيام العقد في أربعة أركان، هي الرضا والأهلية ثم المحل والسبب، حيث جاء فيه بأن: "الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي:

- الأهلية للالتزام.
- تعبير صحيح عن الارادة يقع على العناصر الاساسية للالتزام.
- شيء محقق يصح لأن يكون محلا للالتزام.
- سبب مشروع للالتزام.

ولا فرق بين الأركان في الفقه الاسلامي وقانون الالتزامات والعقود، لأن العاقدان أدخلهما في الأهلية، والرضى هو ركن الصيغة عند الفقهاء، وفيما يلي شرح أركان العقد في القانون:

أولا : الرضى.

يعتبر التراضي الركن الأساس للعقد بصفة عامة، ولعقد المغارسة خاصة، إذ لا يمكن تصور قيام عقد المغارسة سوى إذا كان نتاجا للتراضي الصادر بين أطراف هذا العقد (الغارس ومالك الأرض).

وأمام عدم وجود تعريف تشريعي لهذا الركن، فقد تعددت التعاريف الفقهية التي أعطيت للرضى، فيقصد به اتجاه الإرادة الى أحداث الأثر القانوني المطلوب،(ادريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ص 186) أو هو انصراف الإرادة نحو أمر قانوني معين،(عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات –نظرية العقد، ص 63) أو هو تطابق إرادتين، والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو انشاء الالتزام.(عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج171/1.)

• ويستخلص من هذه التعاريف التي أعطيت للرضى أنها متقاربة في بنائها إلى حد لا تعدوا أن تكون سوى تكرارا للبعض الآخر.

والتراضي المطلوب في عقد المغارسة يتحدد في انصراف إرادة أطراف العقد (مالك الأرض والغارس) إلى أحداث الأثر القانوني المتمثل في اكتساب الغارس ملكية جزء محدد من الأرض والشجر محل العقد، وذلك بعد القيام بعملية الغرس.

ومن المعلوم أن العقد لا يعتد به قانونيا إلا إذا تم التعبير عنه بشكل لا يدعو إلى الشك في انصراف إرادة أطرافه إلى الغرض المقصود منه، ويتم استخلاص القصد من خلال الصيغة التي استعملت كأداة للتعاقد والتعبير عن الارادة حتى يتحقق ركن التراضي، ويستوي أن يكون التعبير عنها بشكل صريح أو ضمني.(العرعاري، مصادر الالتزامات، ص63.)

وعقد المغارسة، وبالنظر إلى ما يرتبه من آثار قانونية مهمة، فإننا نرى أنه ينبغي التعبير عن الإرادة فيه بشكل صريح لا ضمني، وقد يكون التعبير الصريح في شكل كتابي، وهذا الشكل يكون غالبا في الحالات التي يتم التعاقد بين غائبين ،أو بشكل شفوي (اللفظ) وذلك عن طريق استعمال صيغة معينة تفيد الرغبة في ابرام عقد المغارسة، أو على شكل اشارات وايماءات مفهمة خالية من اللبس تدل على الرغبة في التعاقد ،ويكون هذا الشكل الاخير في غالب الحالات التي يكون أحد المتعاقدين أخرسا.(العبدلاوي، شرح القانون المدني، ص196.)

ثانيا: الأهلية.

اعتبر المشرع المغربي الأهلية في قانون الالتزامات والعقود الركن الثاني المتطلب لانعقاد العقود، ويقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزاما على وجه يعقد به قانونا، والأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، وهذه الأخيرة هي المعتبرة في عقد المغارسة لاعتداد بصحته، فتمام العقد صحيحا ينبغي أن يتم من اشخاص ذي اهلية التصرف. وعليه فيشترط في أطراف العقد سواء تعلق الأمر بمالك الأرض أو بالغارس تمام الأهلية، وانعدام الاهلية في جانب أحد الطرفين يكون العقد باطلا طلانا مطلقا.

ثالثا: المحل.

يقصد بالمحل ذلك الشيء الذي يلتزم المدين القيام به ،إما بنقل حق عيني، أو عمل أو بالامتناع عن عمل.(السنهوري، الوسيط، ص375.)

وعقد المغارسة من العقود الملزمة للجانبين، ومن تم يكون له محلين اثنين:

الأول: <u>محل التزام مالك الأرض،</u> ويتمثل في تمليك جزء من الأرض والشجر للغارس.

الثاني: <u>محل التزام الغارس،</u> ويتمثل في غرس الأشجار المتفق عليها تبعا للشروط المتفق عليها عند إبرام هذا العقد، ويشترط في هذا المحل مجموعة من الشروط:

- أن يكون المحل موجودا أو قابلا للوجود: يعتبر شرط الوجود في محل العقد من أهم الشروط الواجب توافرها فيه، غير أن المشرع المغربي أجاز التعامل في الاشياء المستقبلية كأصل عام، وهو ما أكده الفصل 61

قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه بأنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون" وتطبيقا لهذه القاعدة فإن المشرع المغربي أجاز في الكثير من الحالات التعاقد على محل غير موجود في الحال ولكنه منتظر الوجود في المستقبل، وهو ما نراه يبرز بجلاء في عقد المغارسة، حيث أن محل العقد والذي نعتبره مزدوجا بين غرس الشجر من قبل الغارس وبين تمليكه للجزء المتفق عليه من الأرض والشجر من قبل مالك الأرض هو محل قابل للوجود، ذلك أن المشرع اشترط لترتيب آثار هذا العقد أن يصل الشجر حد الاطعام.(الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام، ج1/108.)

- أن يكون المحل ممكنا غير مستحيل: ينص الفصل 59 من قانون الالتزامات والعقود على انه "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون". ويستخلص من نص الفصل بأن صحة المحل بصفة عامة، ومحل عقد المغارسة بخاصة ينبغي أن يكون ممكنا لا مستحيلان والاستحالة حسب الفصل المذكور يستوي ان تكون طبيعية وهي التي ترجع لمحل المغارسة بذاته، ويعتبر بمثابة الاستحالة الطبيعية تعاقد الاطراف على القيام بأعمال مستحيلة ماديا، كما يستوي أن تكون استحالة قانونية وهي التي تكون عند وجود نص قانوني يحول دون ابرام العقد، كأن تكون الارض محل المراد غرسها تندرج ضمن الملك العام للدولة التي لا يجوز التصرف فيها ولا يصح تملكها بالحيازة، او كأن تكون الغراس محل العقد محظورة التعامل بمقتضي نص القانون.

أن يكون المحل مشروعا: يقضي الفصل 57 من قانون الالتزامات والعقود بأن " الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح لأن تكون محلا للالتزام. ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها." ومن خلال نص الفصل فإنه يشترط في المحل المشروعية، وعليه فإن الأصل في الأشياء الاباحة ولا يتقرر بطلان العقد لعدم مشروعية محله إلا إذا كان هنالك نص خاص يقضي بالمنع والتحريم. (العرعاري، مصادر الالتزامات، ص229.)

–أن يكون المحل معينا أو قابل للتعيين: وقد بين الفصل 58 من قانون الالتزامات والعقود أن" الشيء الذيهو للالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه، ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محددا إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد". وبهذا فإنه ينبغي أن يكون محل عقد المغارسة معينا بشكل ناف للجهالة ،أي أن يكون محددا.

رابعا السبب:

نظم المشرع المغربي السبب في قانون الالتزامات والعقود في الفصول: من 62 الى 65، ويقصد به:

"الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه"(السنهوري، الوسيط، ج1/313)، ويشترط في السبب الوجود وذلك يظهر من خلال قراءة الفصلين 62 و63 ، حيث ينبغي أن تكون الالتزامات مبنية على وجود السبب،

وأن يكون سببا حقيقيا ومشروعا، والسبب الغير المشروع هو الذي كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون.

المطلب الثاني: شروط عقد المغارسة.

المشرع المغربي في تنظيمه لعقد المغارسة في مدونة الحقوق العينية أرسى شروطا لهذا العقد، وكذلك بالعودة إلى كتب الفقه نجدها وضعت مجموعة من المحددات لهذا العقد، ولأن ما جاء به الفقه المالكي، والمشرع من الشروط لا يوجد فرق كبير بينهما، فإنني سأعمل على جردها بنوع من الإيضاح الموجز.

1- أن يغرس فيها أشجارا ثابتة الأصول دون الزرع والبقول.(ابن جزي، القوانين الفقهية، ص 186)

2- أن يكون الشجر محل الغرس في تلك الأرض معينا، كأن يتم الاتفاق على شجر الزيتون أو التفاح... وفضلا عن اشتراط تعيين نوع الشجر، فانه يشترط أن يكون الجزء الذي سيملكه المغارس معلوما، كأن يتفق على الربع أو النصف أو الخمس... أو غير ذلك.(محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و التقنين المغربي، ص 332) وباستقراء المادة 268 من مدونة الحقوق العينية، نجد أنها نصت صراحة على ضرورة اشتراط نوع الشجر الذي سيغرس، مع بيان حصة الغارس في الأرض والشجر.

3- أن تحدد المدة التي ينجز فيها الغارس عمله، وإذا لم يتم تعيين تاريخ الشروع في الغرس فإنه طبقا للمادة 269 من مدونة الحقوق العينية تعين على الغارس أن يقوم بالتزاماته الخاصة بذلك قبل انصرام سنة تاريخ إبرام العقد، ويترتب عن عدم شروعه في هذا الأجل فسخ العقد بقوة القانون.

4- أن لا يضرب لها أجل إلى سنين كثيرة، فإن ضرب لها أجل إلى ما فوق الإطعام لم يجز، وإن كان دون الإطعام جاز.(القوانين الفقهية، ص 186.) وهو ما أكده المشرع المغربي في المادة 266 من مدونة الحقوق العينية، حيث نص على أنه لا يجوز اشتراط أجل يتجاوز تمام الإطعام تحت بطلان كل شرط مخالف لذلك.

5- أن يكون للعامل حظه من الأرض والشجر، فإن كان له حظه من أحدهما خاصة لم يجز إلا إن جعل له مع الشجر مواضعها من الأرض دون سائر الأرض. (القوانين الفقهية، ص 186)

6- أن لا تكون المغارسة في أرض محبسة لأن المغارسة كالبيع. (القوانين الفقهية، ص 187)

♦المبحث الثالث: تطبيقات عقد المغارسة وآثارها.

المطلب الأول: التطبيق القانوني للمغارسة.

أصدر المشرع المغربي سنة 2014 القانون 12.103،(ظهير شريف رقم 193.14.1 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 2014/12/24) المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، وفي القسم الثالث منه تحدث عن البنوك التشاركية التي اعتبرها مؤسسات مؤهلة للقيام بأنشطة التمويل والاستثمار التي أشار إليها في المادة الأولى

والمادتين 55(القسم الثالث من الظهير 14.1.391. "تؤهل البنوك التشاركية لتلقي الودائع الاستثمارية"...) و58 (القسم الثالث من الظهير 193.14.1. " يمكن للبنوك التشاركية أن تمول العملاء بواسطة المنتوجات"...) من هذا القانون وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية بعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62 (الباب الثاني من القسم الثالث من ظهير 193.14.1.) من هذا القانون.

وعقد المغارسة هو عقد ذو صفة فلاحية، ومن تم فإن له طابعا استثماريا تنمويا، ويمكن أن يتم تطبيقه ضمن التمويلات البديلة التي جاء بها القانون 12.103 من خلال المشاركة أو الإجارة، إضافة إلى كون المشرع المغربي أعطى الإمكانية للبنوك التشاركية للاشتغال بأي منتوج آخر حيث جاء في المادة 59 من القانون 12.103 : "علاوة على القواعد المنظمة لمنتوجات التمويل المنصوص عليها في هذا القسم، يجوز كذلك لكل بنك تشاركي تقديم أي منتوج آخر لعملائها شريطة الحصول على الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62"، وبما أن التعامل بصيغة المغارسة يعد أمرا جائزا فقها وتشريعا فإنه لا مانع يمنع من أن تكون محطا لتمويلات البنوك التشاركية.

فإن زراعة الأرض وغرسها والقيام بكل ما يلزمها من أعمال تتطلب تخصصا في المجال الزراعي ،لذلك نجد من يمتلك الخبرة الزراعية لكنه لا يملك المال ولا يملك الأرض التي يمكن أن يمارس نشاطه عليها، فكانت الحاجة إلى وجود من يتكفل بتمويل وتموين هؤلاء بما يحتاجونه لممارسة نشاطهم الفلاحي.

ويمكن للبنوك التشاركية أن تطبق صيغة المغارسة على النحو التالي:

المغارسة المشتركة: ومعناها أن يقوم البنك التشاركي بتملك الأراضي الصالحة للزراعة، ثم يقوم بعدها بالاتفاق مع أحد الأشخاص أو المؤسسات الخبيرة في المجال الفلاحي المتعلق بغرس الأشجار المثمرة، ويقوم أطر هذه المؤسسات.

أ- الخبيرة بإجراء دراسة جدوى للنظر في نوعية التربة والأشجار الملائمة لغرسها، ثم بعد ذلك يتم الاتفاق بينهم وبين البنك على أن يغرسوها ويكون لهم جزء من الأرض يملكهم البنك إياه، مع جزء من المحصول الذي ينتج عن العملية والتي يجب أن تقيد بفترة زمنية محددة وحسب نوعية الأشجار.

ب- **المغارسة المقرونة بالبيع والإجارة:** وهي أن يقوم البنك بامتلاك أرض صالحة للزراعة، ويقوم ببيع جزء منها بسعر رمزي لمؤسسة خبيرة في المجال الفلاحي شريطة أن يقرن البيع بعقد إجارة على العمل في الجزء الباقي من الأرض، ويكون الأجر عبارة عن جزء من الشجر والثمر، وهذا ما يسمح للبنوك التشاركية أن توسع دائرة التمويل الخاصة بالقطاع الفلاحي، علاوة على المزارعة والمساقاة.(أحمد نصار، الاستثمار بالمشاركة في البنوك الاسلامية، ص89-91.)

ومن صور المغارسة في المصارف الإسلامية إصدار صكوك المغارسة، فقد ورد في المعيار الشرعي –رقم 17– صكوك المغارسة: هي وثائق متساوية القيمة يتم اصدارها لاستخدام حصيلتها في غرس أشجار وفيما يتطلبه هذا الغرس من أعمال ونفقات على أساس عقد المغارسة، ويصبح لحملة الصكوك حصة في الأرض والغرس.

إن إعمال صيغة المغارسة من طرف البنوك والمصارف الإسلامية سيمكن من تعمير مساحات شاسعة من الأراضي الصالحة للزراعة، وقد شاءت الأقدار أن تكون أكبر المساحات الصالحة للزراعة في الوطن العربي متواجدة في الدول التي يسود فيها المذهب المالكي المجيز لهذه الصيغة، على أن عدم سيادة المذهب الذي يجيز المغارسة ليس عائقا أمام تطبيقها.

فأعراف المجتمع تكون عادة من العوامل المساعدة على نجاح التقنين من طرف الدولة التي يرى كثير من الباحثين أن عليها حصر الأراضي الصالحة للزراعة والتي بقيت بورا ثم توزيعها على من يرغب في إعمارها، مع توفير موارد المياه الكافية وتحديد نوع الأشجار المغروسة مع العاملين بالشكل المتفق عليه.

وقد تم الشروع في بلادنا في تمليك الأراضي الجماعية الواقعة داخل دوائر الري، تنفيذا للتعليمات الملكية السامية في هذا الشأن، وقد دعا جلالة الملك أيضا إلى إيجاد الآليات القانونية والإدارية الملائمة لتوسيع عملية التمليك ليشمل بعض الأراضي الفلاحية البورية لفائدة ذوي الحقوق، وأكد جلالته على تعبئة مليون هكتار من الأراضي الفلاحية المملوكة للجماعات السلالية واستثمارها في إنجاز مشاريع فلاحية.(الشافي، شرح مدونة الحقوق العينية، ص 470.)

المطلب الثاني: الحماية القانونية للغارس:

تطبيقا لمبدأ استقرار المعاملات التعاقدية فإن المشرع المغربي أرسى مجموعة من المقتضيات التي تحمي في مجملها الغارس في عقد المغارسة، فقد ورد في المادة 268 من مدونة الحقوق العينية أنه "يجب أن يبرم عقد المغارسة في محرر رسمي ويشترط لصحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه ويبين حصة الغارس في الأراض وفي الشجر"، يستفاد من نص المادة أن المشرع المغربي أوجب تحرير عقد المغارسة في محرر رسمي يتم توثيقه من قبل العدول ويسجلونه في كناش المحكمة بعد قيام قاضي التوثيق بالخطاب عليها وذلك طبقا لقانون التوثيق المعمول به، وكذلك يحرر عقد المغارسة الموثقون الذين لهم الصلاحية في توثيق الرسوم والعقود والالتزامات، فلا يجوز تحرير عقد المغارسة إذا من غير العدول الموثقين، وأحيانا من طرف المحامين المقبولين للترافع لدى محكمة النقض.(الشافي، شرح مدونة الحقوق العينية، ص 470.)

وهكذا فإن الورقة المستوفية لشروطها الموضوعية والشكلية تعتبر حجة بذاتها دون الحاجة إلى الاقرار بها، وبالتالي إذا ثار نزاع في صحتها وتم إنكارها فعلى من يدعي ذلك أن يثبت، ولا يستطيع سلك أي طريق سوى الطعن بالزور.

وقد أحسن المشرع المغربي بتقريره وجوب تحرير عقد المغارسة في محرر رسمي، لما في ذلك من حماية لطرفي العلاقة التعاقدية خاصة الغارس الذي يعد الحلقة الأضعف في هذه العلاقة، ولمزيد من الحماية القانونية للعقد اشترط المشرع تعيين نوع الشجر المراد غرسه مثل شجر الزيتون أو التين أو شجر البرتقالأو شجر الرمان ...، وعلى الغارس أن يلتزم بما تعهد به في العقد. (الشافي، شرح مدونة الحقوق العينية، ص 470.)

يشترط أيضا بيان حصة الغارس في الأرض وفي الشجر لأن المغارسة تجوز بجزء من الأرض والشجر المراد غرسها فيها، أي بجزء معلوم ومعروف كالربع والنصف. ... (الشافي، شرح مدونة الحقوق العينية، ص 471) فالأرض والشجر تصبح بين مالك الأرض والغارس بحسب الحصة التي وقع الاتفاق عليها بين الطرفين في عقد المغارسة.

المطلب الثالث: آثار عقد المغارسة على الغارس وعلى مالك الأرض.

لما استوفى عقد المغارسة أركانه وشروطه، فإنه صار صحيحا تاما نافذا، ومرتبا لجميع آثاره القانونية تجاه المتعاقدان فيولد حقوق والتزامات بالنسبة للغارس، وآثارا لمالك الأرض.

أ- **بالنسبة للغارس:** على الغارس التزام جوهري في عقد المغارسة وهو القيام بالعمل المتفق عليه والتفرغ الكلي له، ولذلك وفق معيار الرجل المعتاد، ويتمثل في اعداد الأرض والقيام بغرس الشجر حسب الكيفية والمدة المتفق عليها.

هذا وإن تنفيد الغارس لما التزم به مشروط بأجل، اعتبارا لكون عقد المغارسة من العقود الزمنية، بحيث يتفق المتعاقدان على تحديد تاريخ الشروع في العمل وفي حالة عدم التنصيص عليه فإنه يكون على الغارس لزوما القيام بالتزاماته داخل أجل السنة تحت طائلة الفسخ بحكم القانون وهو ما تنص عليه المادة 269 من مدونة الحقوق العينية.

وعقد المغارسة يفرض على الغارس التزاما آخر وهو الحفاظ على الأرض محل المغارسة وصيانتها واستعمالها فيما أعدت له دون إفراط أو إساءة وفق معيار الرجل المعتاد، متجنبا في ذلك كل ما من شأنه الاضرار بالأرض، فالغارس بمثابة حارس على الأرض محل العقد، كما أنه تطبيقا للأحكام العامة فأي ضرر أو عطب قد يطرأ على الأرض دون أن يتدخل سبب أجنبي في حدوثه وكان مرده للغارس فإنه يتحمل المسؤولية في صيانتها ودفع التعويض عند الاقتضاء.

ب- **بالنسبة لمالك الأرض:** يرتب عقد المغارسة آثار مهمة على مالك الأرض حيث يتحمل التزامات لفائدة الغارس منها:

– **الالتزام بنقل الملكية:** فبمجرد تحقق الإطعام ووفاء الغارس بجميع التزاماته يقع على عاتق مالك الأرض تمكين الغارس من حصته في ملكية الأرض والغرس على الشياع وذلك وفق محرر رسمي يشهد فيه الطرفان بتحقق

الإطعام، أو ثبت ذلك أي تحقق الإطعام ونجاح مغارسة الغارس بشروطها الكاملة بإجراء خبرة قضائية تأمر بها المحكمة وهو ما نصت عليه المادة 272 من مدونة الحقوق العينية.

خاتمة:

وفيها أهم النتائج

أجمل النتائج التي توصلت إليها فيما يلي:

- أن المغارسة عند المالكية عقد مستقل عن المزارعة والمساقاة، وإن كانت العديد من الأحكام مشتركة بينهم.

- أن المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما نظم عقد المغارسة ضمن مدونة الحقوق العينية، استمدادا من المذهب المالكي المعتمد في المملكة.

- كما يمكن للبنوك الإسلامية أن تعتمد هذه الصيغ الجديدة في التمويل بأن تعتمد عقد المغارسة في معاملاتها مع زبناءها سواء بالمشاركة أو البيع أو الاجارة.

وصلى الله على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم تسليما كثيرا.

لائحة المصادر والمراجع

- ✓ القرآن الكريم.
- ✓ الاستثمار بالمشاركة في البنوك الاسلامية، أحمد نصار، دار النشر دار الكتب العلمية.
- ✓ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لابن رشد، دار الحديث – القاهرة.
- ✓ البيان والتحصيل، لابن رشد، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، الطبعة: الثانية، 1408 هـ - 1988 م.
- ✓ الحقوق العينية في الفقه الإسلامي و التقنين المغربي، محمد ابن معجوز، مطبعة النجاح، الطبعة الاولى، 1990/1420.
- ✓ رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، الناشر: دار الفكر-بيروت، الطبعة: الثانية، 1412هـ - 1992م .
- ✓ الشافي شرح مدونة الحقوق العينية، عبد الكريم شهبون، مطبعة النجاح الجديدة، ط الثالثة 2018.
- ✓ شرح الحدود، للرصاع، المكتبة العلمية.

- ✓ شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ادريس العلوي العبدلاوي، مطبعة النجاح الجديدة، ط الاولى 1996.
- ✓ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لمسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (المتوفى: 261هـ)، محمد فؤاد عبد الباقي /دار إحياء التراث العربي – بيروت.صحيح مسلم.
- ✓ فتح الباري شرح صحيح البخاري، لابن حجر، دار المعرفة – بيروت، 1379.
- ✓ الفقه الاسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، دار الفكر – سوريَّة – دمشق، ط الرَّابعة.
- ✓ الفقه المالكي وأدلته، الحبيب بن طاهر، مؤسسة المعارف بيروت لبنان، 1428 – 2007، ط الخامسة.
- ✓ قانون الالتزامات العقود.
- ✓ القوانين الفقهية، ابن جزي.
- ✓ كشاف القناع عن متن الإقناع، البهوتي، دار الكتب العلمية.

لسان العرب، لابن منظور، دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة – 1414 هـ.

- ✓ مدونة الاسرة المغربية.
- ✓ مدونة الحقوق العينية المغربية.
- ✓ مسند احمد.
- ✓ مصادر الالتزامات –نظرية العقد، عبد القادر العرعاري، دار الامان– الرباط، ط الخامسة 2006.
- ✓ معجم اللغة العربية المعاصرة، أحمد مختار عبد الحميد، عالم الكتب، ط الأولى، 1429 هـ – 2008 م.
- ✓ مقاييس اللغة، لابن فارس، دار الفكر، 1399هـ – 1979م.
- ✓ منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد عليش، دار الفكر – بيروت.
- ✓ النوادر والزيادات ، ابن ابي زيد القيرواني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة: الأولى.

الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري، دار إحياء التراث العربي بيروت– لبنان.