دور الرهن الجبري في تحقيق التنمية

الأستاذة أمينة ناعمي
قاضية لدى ابتدائية تمارة

مقـــدمـــــة

✷ ماهية الرهن الجبري .

✷ أهمية الرهن الجبري .

✷ دور الرهن الجبري في التنمية .

✷ حماية حقوق المرأة والطفل بمقتضى آلية الرهن الجبري .

المبحث الأول : الرهن الجبري كآلية لضمان حقوق الطفل.

المبحث الثاني : الرهن الجبري كآلية لضمان حقوق المرأة .

خاتمة : حدود فعالية الرهن الجبري.

يعتبر الرهن الإجباري نوع من أنواع الرهن الرسمي([1]) عرفه المشرع المغربي في الفصل 163 من ظهير 2 يونيو 1915 بأنه:"الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى الدين ولا يخول في الحالات الآتية:.....".

فالرهن الإجباري يتقرر بموجب حكم قضائي صادر من المحكمة المختصة([2]) ويصدر في غرفة المشورة بطلب من الدائنين أو الموصى لهم دون رضى المدين وبعد الاستماع الى النيابة العامة ويأخذ رتبته من تاريخ تسجيله بالسجل العقاري([3]).

فالرهن الإجباري ينطلق من النص القانوني المقرر له ودون الاتفاق عليه والتعاقد بشأنه، فهو بذلك الرهن الذي يملكه الدائن بقوة القانون على أموال المدين وهو الذي كان يسمى بالرهن الضمني hypothèque tacite([4]).والرهن الرسمي الإجباري من الضمانات العينية المقررة للوفاء بديون معينة وقد قرره المشرع حماية لأشخاص عددهم حصرا ولذلك فهو ينتج بقوة القانون لفائدة الدائن ولا يحتاج إلى اتفاق تعاقدي مع المدين([5]).

وخصائص الرهن الإجباري هي نفسها خصائص الرهن الرسمي من حيث كونه حق عين عقاري وتبعي، حق غير قابل للتجزئة مع فارق أساسي يتمثل في كون الرهن الرسمي هو رهن رضائي أما الإجباري وكما يدل عليه وصفه فلا يحتاج إلى رضى المدين.

والمشرع المغربي حدد حالات الرهن الإجباري على سبيل الحصر، و اهمها تلك التي نص عليها بمقتضى الفصل 163 من ظهير 2 يونيو 1915:

"الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:

أولا:للقاصرين والمحجورين لضمان حقوقهم على أملاك هؤلاء الأولياء،

ثانيا: للزوجة على أملاك زوجها ضمانة لما أتت به في مهرها ولحقوقها الناشئة عن النظام المالي للزوجية وللتعويض عن الالتزامات المطالب بها الزوج ولاستبدال ما فوته من أملاكها بأملاك أخرى...".

---

[1]–الرهن الرسمي من الضمانات العينية التي تنصب على العقارات المحفظة والخاضعة للمرسوم الملكي المحدد للتشريع المطبق على العقارات بمقتضى ظهير 19 رجب 1333 الموافق ل 2 يونيو 1915 وقد نظمه المشرع في الفصول من 157 إلى 196 من نفس الظهير، وعرفه الفصل 157 بأنه "حق عين عقاري على العقارات المخصصة لأداء التزام وهو بطبيعته لا يتجزأ ويبقى بأكمله على العقارات المخصصة له وعلى كل واحد وعلى كل جزء منها ويتبعها في أي يد انتقلت اليها"

[2]–خيري محمد: الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب الطبعة الثالثة مطبعة المعارف الجديدة. الرباط دار المعرفة للنشر والتوزيع ص 395.

[3]–المختار العطار: الموجز في القانون العقاري المغربي و الموريطاني. الطبعة الأولى 1999 مطبعة قضاء الإبداع والطباعة–مراكش ص 96.

[4] -Marcel Planiol : traité élémentaire de droit civil. 4ème édition tome II L.G.D.I-1952-P1269

[5] -Marcel Planiol Et George Ripert : traité pratique de droit français-Tome XII surettes réelles : 1927 librairie générale de droit et de jurisprudence P :437.

-Encyclopédie Dalloz : droit civil : Tome II 2ème édition 1980 P :1

لقد كان اختياري لهتين الحالتين للرهن الجبري لما يوفرانه من حماية لحقوق المرأة الزوجة والطفل وهنا يظهر الرهن الجبري كآلية قانونية لتحقيق التنمية البشرية على اعتبار أن المرأة والطفل يشكل ضمان حقوقهما مؤشر من مؤشرات التنمية البشرية .

وهكذا نصت المادة الثامنة من إعلان منظمة الأمم المتحدة بشأن الحق في التنمية أنه ينبغي على الدول أن تتخذ على الصعيد الوطني تدابير فعالة لضمان قيام المرأة بدور نشيط في عملية التنمية .

كما نصت المادة الثانية منه أن الإنسان هو الموضوع الرئيسي للتنمية وينبغي أن يكون المشارك النشيط في الحق في التنمية والمستفيد منه وهذا لن يتأتي إلا بضمان فعال لمبدأ الإنصاف العقاري كهدف لضمان فعالية الرهن الجبري .

وتنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد من طرف الأمم المتحدة بتاريخ : 10-12-1948 الصادرة بتاريخ : 21-11-1996 والمصادق عليها من طرف المغرب والمنشورة بتاريخ : 19-12-1996 "الرجل والمرأة متساويان في الحقوق عند التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله" .

وتنص المادة 27 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل –فقرة 4- تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين ومن الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عن الطفل" ..

كما نصت المادة 2 اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة المعتمدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادرة بتاريخ : 18-12-1979 والمصادق عليها من طرف المغرب والمنشورة بتاريخ : 26-12-2000 "تتعهد الدول بتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال القانون والوسائل المناسبة الأخرى من خلال:

-إقرار الحماية القانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل وضمان الحماية الفعالة للمرأة .

-اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع للتعديل أو إلغـــاء القـــوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة .

وتنص المادة 3 من نفس الاتفاقية : "تتخذ الدول الأطراف في جميع الميـــادين ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية كل التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين وذلك لتضـــمن لهـــا ممارســـة حقـــوق الإنسان والحريات الأساسيين والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل.

إن بحث الرهن الجبري كآلية للإنصاف العقاري باعتباره يشكل ضمانة لحمايـــة حقـــوق المرأة والطفل ليشكل بحق نوعا من التداخل بين ظهير 19 رجب القانون العقاري ومدونة الأسرة .

وهكذا سنتناول في مبحث أول : الرهن الجبري كآلية لضمان حقـــوق الطفـــل ،علـــى أن نخصص المبحث الثاني للرهن الجبري كآلية لضمان حقوق المرأة.

المبحث الأول : الرهن الجبري كآلية لضمان حقوق الطفل .

نص الفصل 163 من ظهير 2 يونيو 1915:

"الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:

أولا:للقاصرين والمحجورين لضمان حقوقهم على أملاك هؤلاء الأولياء..".

وينص الفصل 03 من قانون الالتزامات والعقود على أن "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية وكل شخص أهل للإلزام و للالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".

كما تنص المادة 210 من مدونة الأسرة" أن كل شخص بلغ سن الرشد ولم يتبث سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته وتحدد المادة 209 من مدونة الأسرة سن الرشد القانوني في 18سنة شمسية كاملة.

فالرهن الجبري المخول للقاصرين والمحجورين ضمانا لحقوقهم على أملاك أوليائهم يرجع مرده أساسا لكون القاصر والمحجور عليه لا يدير أمواله بنفسه وإنما يتولى إدارتها الولي أو الوصي أو المقدم ، وقد ينشأ عن قيام الأوصياء أو الأولياء بإدارة أموال القاصرين والمحجورين حقوقا وديونا لهؤلاء بذمة أوليائهم، ولكي لا تضيع هذه الحقوق والديون ارتأى المشرع

أن يضمنها برهن إجباري على أملاك الأولياء لفائدة هؤلاء القاصرين والمحجورين اد لا يمكن لقاصر أو محجور أن يشترط ضمانات لفائدته([1]).

وهذا الرهن يرجع في الأصل إلى القانون الروماني كما تم العمل به في إطار القانون الفرنسي القديم وألغاه قانون 19 ميزيدور Missidor 9 والذي عدل بواسطة قانون 11 بريمار 11 Brimairean VF([2])

وينص الفصل 164 من ظهير 1915/06/02 على أنه يحدد الرهن الإجباري المخول للقاصرين والمحجورين بالنسبة للمبالغ المضمونة، الملاك المرتهنة بقرار مجلس العائلة أو كل سلطة تقوم مقامه وذلك بطلب من الوصي أو نائبه أو الأقارب أو الإصهار أو دائن القاصرين أو المحجورين أو وكيل الدولة.

ويتضح من خلال مقتضيات هذا الفصل أن طلب تقييد رهن إجباري لفائدة القاصرين والمحجورين يتم اتخاذه من أطراف متعددة عددها الفصل أعلاه.

كما يجب أن يحدد قرار الرهن الجبري المبالغ المضمونة وهي التي يديرها الوصي لحساب القاصر أو المحجور ويحدد أيضا الأملاك المرتهنة ويراعي فيما ذكر التناسب مع أموال القاصر. غير أننا نلاحظ أن المشرع خص (مجلس العائلة) أو كل (سلطة تقوم مقامه)بتحديد المبالغ المضمونة والأملاك المرتهنة.

وبالرجوع إلى تاريخ وضع النص (1915/06/02) لم يكن المشرع المغربي يعرف مؤسسة مجلس العائلة هذا الأخير الذي تم تأسيسه، بمقتضى الفصل165 من مدونة الأحوال الشخصية و مرسوم 02.94.31 صادر في 23 رجب 1415 موافق ل26 دسمبر 1994وأعيد تنظيمه بمقتضى مدونة الاسرة.

وهكدا تنص المادة 251 من مدونة الأسرة يحدث مجلس العائلة تناط به مساعدة القاضي في اختصاصاته المتعلقة بشؤون الأسرة ويحدد تكوينه ومهامه بمقتضى مرسوم".

وبالرجوع إلى المادة الأولى من الباب الأولى من مرسوم 88-04-2 صادر بتاريخ14يونيو2004 بشان تكوين مجلس العائلة وتحديد مهامه نجدها تنص على أنه يتكون مجلس العائلة من القاضي بصفته رئيسا ومن الأب والأم الوصي أو مقدم و أربعة أعضاء يعينهم القاضي.

أما دور مجلس العائلة هذا فتنص عليه المادة السابعة من الباب الثاني تحت عنوان " مهام مجلس العائلة".

---

[1] -Beaudant, cour de droit civil Français, édition Paris 1953, tome 14 NE 731, PLANIOL et RIPERT, Tone 12, N° 517.

[2] -Aubry et Brau Droit civil, tome 3n° 264, teste et note, Baudry, la canitinerie et de loynes, T 2 N° 1174 Planiol et Ripert, T 12, N°517.

"مهام مجلس العائلة مهام استشارية يقوم مجلس العائلة بالتحكيم لإصلاح ذات البين وابداء الرأي في كل ماله علاقة بشؤون الأسرة .

إذن مجلس العائلة المحدث مهامه استشارية فقط وليست تقريرية فليس هو المقصود في الفصل 164 أعلاه. والسؤال المطروح هنا من يقوم بتقرير الرهن الإجباري لفائدة القاصرين والمحجورين؟ ومن يقوم بتحديد الأموال المضمونة والملاك المرتهنة؟.

ومن المعروف أن السلطة المشرفة على إدارة أموال القاصرين والمحجورين هي القضاء، ذلك أن النيابة الشرعية أو القانونية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم. فالأب و الأم لهما الولاية الخاصة، والذي يعينه الأب أو الأم يسمى وصيا والذي يعينه القاضي يسمى مقدما([1]) فالقاضي له الولاية العامة على الجميع، فهو ولي من لا ولي له يرعاه ويقوم بشؤونه ويحرس عليه إذا كان الأب فقيرا فللقاضي منعه من أخذ مال ولده و عن خشي تفويته له وضع عليه مشرفا.

والقاضي الذي يقوم بتسيير مهام القاصرين هو قاضي من المحكمة الابتدائية حيث جاء في الفصل 182 من قانون المسطرة المدنية" يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية بعين لمدة ثلاثة سنوات بقرار لوزير العدل.

-طبيعة عمل القاضي المكلف بشؤون القاصرين والمحجورين:

قبل أن نحدد طبيعة عمل القاضي المكلف بشؤون القاصرين لابد من إبداء ملاحظة مهمة، وهي أنه نفس القاضي المكلف بشؤون القاصرين مكلف بشؤون المحاجير([2]) حيث ينص الفصل 199 من قانون المسطرة المدنية من الفرع الثاني تحت عنوان "التحجير" تنظم النيابة القانونية عن المحجور عليه وفق القواعد المقررة في الفرع الثاني المتعلق بالنيابة عن القاصرين". و أما عن طبيعة السلطة التي يتمتع بها القاضي المكلف بشؤون القاصرين أهي سلطة ولائية أم قضائية؟ نذهب إلى القول أنه بجمع في مهامه بين السلطتين الولائية والقضائية. فالسلطة الولائية ترجع إلى الإشراف العام الذي يمارسه على النيابات القانونية داخل دائرته الترابية في حماية مال القاصر من الضياع وتدبيره واستثماره حيث ينص الفصل 190 من قانون المسطرة المدنية " يمارس القاضي المكلف بشؤون القاصرين رقابة عامة على سير النيابات القانونية بدائرة نفوذه. يمكن له أن يتخذ بطلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التدابير اللازمة ول استهدفت الوصي..." فهي لا تتعلق البتة بالفصل في نزاع، لذا كانت الأوامر التي يصدرها في هذا الشأن لا تقبل الطعن، جاء في الفقرة الأولى من فصل 196 من قانون المسطرة المدنية " لا تقبل الأوامر التي يصدرها القاضي المكلف بشؤون القاصرين الاستئناف...".

أما السلطة القضائية فانها ترجع إلى المنازعات التي تفصل فيها، لأن طبيعة هذه السلطة الفصل في النزاع خلاف السلطة الولائية وقد حدد له المشرع نطاقها في الفصل 193 من قانون المسطرة

---

[1] الفصل230. من مدونة الأسرة.

[2] -والتحجير يكون على المجنون والسفيه والمعتوه بطلب ممن يعنيه الأمر أو من وكيل الملك فصل 197 من قانون المسطرة المدنية.

المدنية الذي جاء فيه ما يلي: "يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إذا امتنع الوصي أو المقدم من تقديم حساب أو إيداع ما تبقى لديه من أموال المحجور أن يأمر بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول أكثر من شهر بحجر تحفظي على أموال هذا الوصي أو المقدم أو وضعها تحت الحراسة القضائية أو فرض غرامة تهديدية عليه، كما يمكنه بعد الاستماع إلى إيضاحاته أن يعزله تلقائيا أو يطلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية أو من كل شخص يعنيه الأمر".

ولما كانت هذه الأوامر القضائية تمس حقوق الأطراف فقد أجاز المشرع الطعن فيها بالاستئناف خلاف الأوامر الأخرى. جاء في الفقرة الأولى من الفصل 196 من قانون المسطرة المدنية " لا تقبل الأوامر التي يصدرها القاضي المكلف بشؤون القاصرين الاستئناف لاستثناء الوامر الصادرة تطبيقا للفصل 193".

-مهام قاضي القاصرين والمحجورين:

ترجع هذه المهام إلى فتح النيابة القانونية، و إقامة رسم ثبوت وعدد الورثة وتعيين الحاجر وتكليفه، ثم الرقابة على سير النيابة القانونية.

-فتح ملف النيابة القانونية

جاء في الفصل 183 من قانون المسطرة المدنية " إذا توفي هالك يتعين على السلطة المحلية لمحل الوفاة أن تخبر بذلك القاضي المكلف بشؤون القاصرين لموطن الهالك خلال خمسة أيام مع بيان ما إذا كان هناك ورثة قاصرين لتمكينه من فتح النيابة القانونية إذا اقتضى الحال ذلك يتحمل نفس الالتزام الوصي". فالمشرع تنبه على حالة الوفيات التي تقع ومن بين الورثة يوجد قاصرون فأوجب على السلطة المحلية لمحل الوفاة إخبار القاضي المكلف بشؤون القاصرين هذا الأخير الذي يعمل بعد الإخبار على فتح ملف لكل نيابة قانونية وتقييده بسجل خاص يمسك لهذه الغاية([1]) ثم يإذن بإقامة رسم ثبوت الموت وعدد الورثة.

-إقامة رسم ثبوت الموت وعدد الورثة.

ينص الفصل 185 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي : " يأمر القاضي المختص بمجرد إشعاره بالوفاة بإقامة رسم عدد الورثة ينص فيها على هوية جميع الورثة ويبين فيها سن القاصرين منهم.

يعين القاضي إن لم يكن هناك وصي أو أكثر أو مشرف عند الاقتضاء".

إذا فقاضي القاصرين يعجل بإقامة رسم ثبوت الموت وعدد الورثة لإثبات الصفة.

ويشتمل الرسم على هوية جميع الورثة، ويعرف بالحالة الشخصية للورثة وجنسيتهم ومحل سكناهم وكمال أو نقصان أو فقدان الأهلية وبيان سن القاصرين من الورثة.

---

[1]- الفصل 184 من قانون المسطرة المدنية.

كما تجب الإشارة إلى سبب الوفاة، حتى إذا كانت حادثة شغل أو سير تنبه القاضي إلى ذلك لاتباع المسطرة.

إذا حصلت الوفاة بالخارج، وجبت الإشارة غليها للعمل على اتباع مسطرة تصفية تركة المغاربة الهالكين بالخارج([1]).

تعيين الحاجر وتكليفه:

يعين قاضي القاصرين الحاجر([2]) والحاجر إما ولي أو وصي أو مقدم. والولي هو الأب، والذي يعينه الأب في وصية النظر هو الوصي، والذي يعينه القاضي أساسا هو المقدم.

وكان الأصل في التقديم عند وفاة الأب للأم، فهي الأولى للتقديم على أولادها القاصرين إذ تثت أهليتها، ولها أن تتنازل عنه لابنها البكر أو لأحد أبنائها الرشداء شريطة ثبوت أهليتهم إلا أنه بمقتضى ظهير 10 شتنبر 1993 المعدل للفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية الملغية فإن الأم صارت من بين الأولياء بعد الأب وهو ماعادت مدونة الأسرة التأكيد عليه في المادتين 230و231.

ويعمل قاضي القاصرين على المصادقة على أهلية الحاجر بجلسة بمكتبه ويعين الحاجر. ويامر باتخاذ الإجراءات العاجلة وخاصة إحصاء المتروك والمحافظة عليه من النهب والضياع والفساد والإيداع باسم القاصر في صندوق الإيداع والتدبير للنقود والحلي والمستندات والوثائق([3])

-الرقابة العامة على سير النيابة القانونية:

ينص الفصل 190 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: " يمارس القاضي المكلف شؤون القاصرين رقابة عامة على سير النيابة القانونية بدائرة نفوذه.ويمكن أن يتخذ بطلب من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التدابير اللازمة ولو استهدفت الوصي. وله بوجه خاص أن يستدعي الوصي أو المقدم للإدلاء بإيضاحات حول الأعمال التي قام بها، و أن يوجه إليه ملاحظات و أن يأمره باتخاذ بعض الترتيبات لفائدة القاصر.

ويمكن له تلقائيا أو يطلب من القاصر نفسه أن يلزمه الوصي والمقدم في أي وقت بالإدلاء حساب عن إدارة أموال القاصر وتقديم كل الحجج اللازمة".

إذن يتضح من هذا النص أن قاضي القاصرين يقوم برقابة التسيير والمحافظة أي الولاية العامة التي يباشرها على النيابات القانونية بدائرة نفوذه.

فهو القائم بعد الله تعالى على مال اليتيم يرعاه ويحافظ عليه ويديره ويحرس ويستثمر حتى لا يضيع أو يأكله الغير أو الزكاة. جاء في الموطأ " حدثني حيى عن مالك انه بلغه ان عمر بن الخطاب قال اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة([4])"

---

[1]-عبد السلام المنصوري: مسطرة شؤون القاصرين مؤسسة بنشر: للطباعة 1986 ص 9: -ص 329.

[2]-الحجر مصدر من حجر عليه، القاضي بحجره حجرا إذا منعه من التصرف في ماله، ابن منصور لسان العرب.

[3]-بلعكيد: ص329.

[4]-الموطأ زكاة اموال اليتامى والتجارة فيها من كتاب الزكاة.

كما يمارس قاضي القاصرين رقابته على الحاجر من حيث التوجيه والمحاسبة.

من حيث التوجيه يوجه القاضي الحاجر فيما فيه خير المحجور وصلاح دينه ودنياه.

ويعمل بوجه خاص على استدعائه للإيضاحات اللازمة حول الأعمال التي قام بها

يوجه إليه الملاحظات ويأمره باتخاذ الإجراءات والترتيبات لفائدة المحجور ويستفسره. وعند الاقتضاء وينتدب أحد الخبراء لتحديد وجه المصلحة([1]).

من حيث المصلحة: يحاسب القاضي الحاجر إما تلقائيا أو بطلب من المحجور نفسه على ادارة أموال المحجور واستثماراته وخاصة على المداخيل والنفقات.

وحتى يتمكن القاضي من الرقابة المستمرة ينظم قائمة للحاجرين بدائرة نفوذه ومحاسبتهم المسترسلة.

ويحظى قاضي القاصرين والمحجورين بسلطة قضائية تصل الى الحجز التحفظي أو الحراسة القضائية على أموالهم أو فرض غرامة تهديدية عليه، حيث ينص الفصل 193 من قانون المسطرة على أنه " يمكن للقاضي المكلف بشؤون القاصرين إذا امتنع الوصي أو المقدم من تقديم حساب أو إيداع ما تبقى لديه من أموال المحجور أن يأمر بعد توجيه إنذار إليه يبقى دون مفعول أكثر من شهر بحجز تحفظي على أموال هذا الوصي أو المقدم أو وضعها تحت الحراسة القضائية أو بفرض غرامة تهديدية عليه. كما يمكنه بعد الاستماع إلى ايضاحاته..."

وقد خول المشرع للقاضي المكلف بشؤون القاصرين سلطة قضائية تجاه الحاجر تمكنه من ممارسة كل إجراء في مواجهة الحاجر لحماية أموال القاصر والمحجور من الضياع، و ادا كان الفصل 193 من قانون المسطرة المدنية لا يشير إلى إمكانية توقيع رهن إجباري على أملاك الأولياء والاوصياء لضمان أموال القاصر والمحجور عليه،فان ذلك لا يمنعا من القول بان طلب توقيع رهن إجباري لفائدة القاصرين والمحجورين يبقى من اختصاص قاضي القاصرين الذي خصصه المشرع في إطار مركزه القانوني بالإشراف والتسيير على النيابة القانونية، وخاصة أن الفصل 164 من ظهير 1905/06/02" يحدد الرهن العائلة أو كل سلطة تقوم مقامه..." والمقصود بها في إطار التشريع المغربي القاضي المكلف بشؤون القاصرين.

و إذا تبين أن الضمانات العينية (أي الرهن الإجباري) المعطاة للقاصر أو المحجور غير كافية يمكن مضاعفتها حيث ينص الفصل 165 من ظهير 1915/06/02 على مايلي : " و إذا كان من المحقق أن الضمانات المعطاة للقاصرين أو المحجورين غير كافية يمكن مضاعفتها بقرار مجلس العائلة أو كل سلطة تقوم مقامه وذلك بطلب من نفس الأشخاص و إذا تحقق أن فيها الزيادة فيمكن تحفيظها بطلب من الوصي وبنفس الإجراءات الشكلية.

[1]-بلعكيد: مرجع سابق ص 331-3- عبد السلام المنصوري-مرجع سابق ص :13.

وقد يوافق الحاجر على القرار المتخذ بتوقيع رهن إجباري على أمواله ضمانا لديون القاصر أو المحجور الذي هو تحت ولايته.

فينشأ حق الرهن الرسمي هنا بالاتفاق ذلك أن موافقة النائب الشرعي على القرار الصادر بتسجيل الرهن الجبري يجعل ألا مبرر للجوء إلى القضاء، بل يسجل الرهن في السجل العقاري برضى النائب الشرعي([1]) أما إذا رفض النائب الشرعي القرار الصادر بتسجيل الرهن، فيجب عرضه على المحكمة للمصادقة عليه، فإذا صادقت عليه ينشأ حق الرهن من الحكم (الفصل 166) مع شرط التسجيل([2]).

ويمكن إعفاء النائب الشرعي من الرهن الرسمي إذ قدم رهنا حيازيا منقولا أو كفيلا بشرط أن تقبل المحكمة هذا البدل. إذن فقرار الإعفاء من الرهن يتم اتخاذه من طرف السلطة المشرفة على القاصرين وعندنا في التشريع المغربي القاضي المكلف بشؤون القاصرين، لكن المشرع قيد هذه الإمكانية بشرط قبول المحكمة هذا البدل و أن تكون شروط تقديم الرهن الحيازي محددة بحكم تصدره المحكمة في غرفة المشورة بعد الاستماع إلى النيابة العامة (الفصل 169 من ظهير 1915/06/02).

المطلب الأول: أطراف الرهن الاجباري

سنتناول ضمن أطراف الرهن الجبري الأشخاص المستفيدين منه ثم المدينون به

الفقرة الأولى: الأشخاص المستفيدون من الرهن الإجباري

نص المشرع في الفصل 163 على أن " الرهن الإجباري هو المخول بالحكم القضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية: أولا: للقاصرين والمحجورين..." فالمشرع هنا شمل بالحماية القاصرين والمحجورين وهم الذين لا تتوفر فيهم الأهلية.

والأهلية في اللغة: الصلاحية والكفاءة

وفي الاصطلاح لها معنيان:

1)-صلاحية الشخص لأن يكتسب او تثبت له حقوق وتحمل التزامات وهذه هي ما يعرف بأهلية الوجوب

2)-صلاحية الشخص لممارسة التصرفات الشرعية تكسبه حقا او تحمله التزاما وهي ما يعرف بأهلية الأداء.

و أهلية الوجوب تثبت للشخص منذ أن يكون جنيا في بطن أمه إلى حين وفاته وتصفية ديونه، ويرى الفقهاء أن أساس أهلية الوجوب هو الذمة وهي عبارة عن وعاء تصب فيه الحقوق والواجبات وهي صفة شرعية يقدرها الشارع في الشخص منذ ولادته سواء كان طفلا، أوبالغا او غير بالغ،

[1]-مامون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي جزء II ص 328.

[2] -Paul Decroux : droit foncier marocain édition la porte Rabat 1977.

عاقلا، أو مجنونا... مجرد كونه إنسانا وينتج عن ذلك أنها لا تفقد ولا تتأثر بأهلية الداء فهي مستمرة دائما([1]).

أما أهلية الأداء أو أهلية التعامل كما يسميها الفقهاء فهي صلاحية الشخص للإلزام و الالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بخلاف ذلك([2]).

وأساس أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز.

فالقاصر هو إذن كل من لم تتوفر له أهلية الأداء وهي حسب المشرع المغربي تتوفر للشخص بإتمامه 18 سنة شمسية كاملة،حيث يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وقد يعترض الأهلية إحدى العوارض من الجنون والسفه والعته فتفقده الأهلية. ويخضع المجنون والمعتوه والسفيه أيضا لأحكام القاصر من حيث النيابة القانونية، ولإشراف وتسيير القاضي المكلف بالقاصرين ويدخل تحت مصطلح المحجور كل من القاصر والمجنون والمعتوه والسفيه([3]) حيث تنص المادة 211 من مدونة الأسرة على ما يلي :" يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال للولاية أو الوصاية أو التقديم بالشروط ووفقا للقواعد المقررة في هذه المدونة".

يبقى السؤال الذي يطرح نفسه هل الحكم بالحجر طبقا للفصل163 من ظهير1915/02/06 يمكن أن يشمل أيضا المحكوم عليهم بعقوبة جنائية والممنوعين من التصرف في أموالهم ؟.

وهل تشمل عبارة المحجورين الذين لم يتم الحجر عليهم بمقتضى حكم قضائي وتكون النيابة قضائية وليست قانونية؟.

ينص الفصل 36 من القانون الجنائي على الحجر القانوني باعتباره من العقوبات الإضافية ولا ينتج ألا على العقوبات الجنائية وحدها، ويتعين تطبيقه بحكم القانون دون حاجة إلى النطق بها في الحكم.

وينص الفصل 38 من القانون الجنائي على أن الحجر القانوني يحرم المحكوم عليه من مباشرة حقوقه المالية طول مدة تنفيذ العقوبة الأصلية. وله في جميع الأحوال أن يختار وكيلا ينوب عنه في مباشرة تلك الحقوق تحت إشراف الوصي القضائي المعين.

حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف بني ملال قرار رقم 84/219" حيث أن البيع الصادر من ....نيابة عن زوجها أثناء فترة تنفيذ الزوج العقوبة الجنائية المحكوم باطلا بطلانا مطلقا لعدم إذن قاضي القاصرين في البيع وعدم مراعاة المسطرة الخاصة ببيع عقارات القاصرين([4])" عليه...

وجاء في قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف سطات تحت عدد 84/219 في 1984/05/30" المحكوم عليه بعقوبة جنائية يحرم عليه مباشرة حقوقه المالية طوال مدة التنفيذ العقوبة

---

[1] محمد الكشور –محاضرات ألقيت على طلبة السنة الأولى من دبلوم الدراسات العليا المعمقة بوحدة القانون المدني – السنة الجامعية: 1997-1998.

[2] –الفصل 3 من قانون الالتزامات والعقود

[3] -Aubry et rou, tone 3, N° 188. Boudant, tome 14 N°735. Boudry la cantinerie et de loynes, tome N° 1175. PLANIOL ET RIPERT, TONE 12N° 520.
Ripert et boulangerie, tome 2 N° 4332

[4] –قرار منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 47 ص : 35.

الأصلية، وله أن يختار وكيلا عنه لمباشرة أعماله إلا أن جميع تصرفات هذا الوكيل في نطاق وكالته هذه تكون خاضعة لقاضي القاصرين ،يترتب عن مخالفة دلك حتما إبطال هذه التصرفات([1])".

وينص الفصل 39 من القانون الجنائي على انه يعين وفقا للإجراءات المقررة في شأن المحجورين القضائيين، وصي للإشراف على ادارة المحكوم عليه أثناء وجوده في حالة الحجر القانوني. فإذا كان المحكوم عليه قد اختار وكيلا لمباشرة تلك الإدارة، فانه يكون تحت إشراف الوصي مسؤولا أمامه.

وفي غير هذه الحالة يتولى الوصي بنفسه مباشرة تلك الإدارة.

ولا يجوز طوال هذه العقوبة أن يسلم للمحجور القانون أي مبلغ من مدخولاته ما خلا المقادير الخاصة بالمعيشة في حدوده ما تسمح به إدارة السجون. وعند انتهاء العقوبة، تعاد إلى المحكوم عليه أمواله، ويقدم له الوصي الحساب عما قام به مدة إدارته.

إذن نذهب إلى القول أن المحجور عليهم قانونيا من أجل عقوبة جنائية يستفيدون من الرهن الإجباري المنصوص عليه في الفصل 163 من ظهير 1915/06/02.

وهو نفس الحكم ينص عليه القانون الجنائي الفرنسي في الفصل 29([2]) حيث ان هؤلاء هم أيضا يستفيدون من الرهن الإجباري([3]) فالمشرع لم يفرق بالنسبة للمحجور عليهم بين المحجور عليه لعارض من عوارض الأهلية، ومحجور عليه تنفيذا لعقوبة جنائية([4]).

الفقرة الثانية: المدينون الذين يواجهون بالرهن الإجباري:

ينص الفصل 163 من ظهير 1915/06/02 على أن " الرهن الإجباري المخول... للقاصرين والمحجورين لضمان حقوقهم على أملاك هؤلاء الأولياء ..." حيث استعمل عبارة الأولياء وهي عبارة عامة.

فالنيابة الشرعية عن القاصر إما ولاية أو وصاية أو تقديم والولاية تكون للأب والأم الرشيدة عند وفاة الأب أو فقدان أهليته والقاضي، وقد تكون الولاية وصاية والوصي هو من يعينه الأب او وصيه. وتكون الولاية أيضا تقديما والمقدم هو الذي يعينه القاضي.

لقد ألزم المشرع المغربي على الوصي والمقدم إشراف ومراقبة قاضي القاصرين وضرورة الحصول على إذن منه في مجموعة من التصرفات في أموال القاصر عددتها المادة271 من مدونة الأسرة حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى تحت عدد 1114 بتاريخ 1988/11/22" ليس للمقدم ان يقر بحق المحجور إلا فيما خوله بنفسه من معلومات و إن فعل فإن إقراره لا يلزم المحجور([5])".

---

[1]-قرار منشور بمجلة رابطة القضاة عدد 16.

[2] -Encyclopédite Dalloz : Droit Civil Tome IV2 édition 1980p7

[3] -Marty et Raynaud, tome 3, N°219.

[4]-زهدي يمكن مرجع سابق ص : 126.

[5]-مجلة القضاء والقانون عدد 142 ص : 106.

فالوصي والمقدم ملزمان بتسيير و إدارة أموال القاصر المحجور عليه الذي هو تحت نيابتهما بكل عناية وحماية بدون ضياع او تضييع .

أولا:هل تواجه الأم بالرهن الإجباري ؟.

تنص المادة 230 من مدونة الأسرة "يقصد بالنائب الشرعي في مفهوم هدا الكتاب:

1:الولي وهو الأب و الأم و القاضي

2: الوصي وهو وصي الأب أو وصي الأم

3-المقدم وهو من يعينه القضاء

إذن فالأم الرشيدة أصبحت لها بمقتضى المادة 213 من مدونة الأسرة النيابة الشرعية على أولادها القاصرين عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته، دون قيد على هذه النيابة تماما كالأب .

وبدلك تكون مدونة الأسرة قد قضت على التمييز فيما يخص التصرف في أملاك الأولاد اد كانت المدونة الملغاة تقيد الأم دون الأب تفويت أملاك القاصرين بضرورة الحصول على إذن القاضي.

مما يجعلنا نذهب إلى القول أن الأم النائبة عن أبنائها القاصرين أيضا تواجه برهن إجباري لضمان ديون أبنائها القاصرين فأولى أن تسأل عن ديون أبنائها القاصرين و أن تضمن تلك الديون برهن إجباري .

ثانيا:هل الأب النائب عن أبنائه القاصرين يواجه برهن إجباري؟

سبق أن رأينا أن المشرع في الفصل 163 من ظهير 1915/06/02 استعمل عبارة الأولياء " ...للقاصرين والمحجورين ولضمان حقوقهم على أملاك هؤلاء الأولياء" ومن المعلوم أن الأب له الولاية الشرعية على أبنائه القاصرين والمحجورين فهل يواجه الأب كباقي النواب الشرعيين من الأوصياء والمقدمين برهن إجباري لضمان ديون أبنائه القاصرين ؟ أم أن الأمر يختلف عن ذلك؟

تنص المادة236 من مدونة الأسرة على أن الأب هو الولي على أولاده بحكم الشرع ما لم يجرد من ولايته بحكم قضائي وله الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله الى بلوغه سن الرشد القانوني المادة233، وبهذا تبدأ للجواب عن السؤال الذي طرحناه أعلاه، أمام سكوت المشرع في الفصل 163 ظهير 19 رجب،فالمادة236 من مدونة الأسرة تعطي للأب الولاية على شخص القاصر و أمواله حتى تكتمل أهليته. لكن هل يخضع الأب لرقابة قاضي القاصرين في التصرف في أملاك القاصر الجواب نجده في المادة 240 من مدونة الأسرة الذي جاء فيه" لا يخضع الولي لرقابة القضاء القبلية في أدارته لأموال المحجور، والملاحظ أن هده المادة كسابقتها تتعارض مع الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود والذي يفرض على النائب الشرعي للقاصر وسواء كان أبا وصيا أو مقدما الحصول على إذن صريح من القاضي المكلف بشؤون القاصرين لإجراء بعض التصرفات القانونية غير أن الترجيح بين قانون الالتزامات والعقود وقانون الأحوال الشخصية ستكون لمصلحة قانون الأحوال الشخصية([1]).

[1]-أستاذنا محمد الكشبور: قانون الأحوال الشخصية مع تعديلات 1993-الطبعة الثانية 1994 مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء- ص43.

ذلك أن النص المضمن في مدونة الأسرة هو نص خاص والنص المضمن في قانون الالتزامات والعقود هو نص عام، والمبدأ ان الخاص يقيد العام حالة التعرض بينهما.

كما أن قانون الالتزامات والعقود هو قانون سابق و مدونة الأسرة قانون لا حق عليه، والمبدأ أن اللاحق يلغي السابق عند التعارض بينهما([1]).

كما أن قانون الالتزامات والعقود قد وضع لكي يطبق الأساس على الفرنسيين والأجانب وقد مدده المشرع إلى العنصر المغربي سنة 1965 إلا أنه لم يراجعه قل أن يقوم بذلك التمديد([2]).

وهذا الاتجاه قد أيده المجلس في قرار له بخصوص التعارض ين الفصلين11 من قانون الالتزامات والعقود و 158 من مدونة الأحوال الشخصية حاليا المادة240 من مدونة الأسرة"...القانون الذي يحكم النيابة الشرعية للمغاربة المسلمين هو قانون مدونة الأحوال الشخصية الذي يعطي للأب الولاية العامة على أولاده والقاصرين والحق في التصرف في أموالهم، بما فيه البيع دون إذن سابق من القاضي... المقدم أو الوصي هو الذي يحتاج إلى إذن القاضي بالنسبة لهذه التصرفات...([3])".

و إذا كان المشرع في الفصل 163 ذكر عبارة الأولياء وهي عبارة تشمل الأب الوصي والمقدم فإننا نخلص للقول بأن المعنيين بالرهن الإجباري لضمان أموال القاصرين والمحجورين هم الأولياء و الأوصياء والمقدمين الدين لهم النيابة الشرعية على القاصرين لأنه رغم ما ينطوي عليه الأب من الحرص على حقوق ولده فان الاحتياط من أي تقصير محتمل يفرض الإبقاء على مثل هذا الرهن الإجباري كضمان([4]).

ثالثا:هل يواجه الولي الفعلي برهن إجباري؟

نقصد بذلك الحالة التي يقوم فيها أحد الأشخاص بالولاية الفعلية على القاصر أو المحجور دون أن يكون قد خول بها بطريقة شرعية أي من غير أن يكون قد عينه الأب أو القاضي (من غير أن يكون وصيا أو مقدما).

وبالرجوع على النصوص المنظمة للرهن الإجباري لفائدة القاصرين والمحجورين لم تنظم هذه الحالة. غير أن الفصل 163 ظهير 1915/06/02 ذكر "الأولياء" بصورة مطلقة دون تفريق بين ولي في إطار النيابة الشرعية وهو ولي فعلي، مما يسمح بالقول بأن الرهن الإجباري يجب كذلك على أموال الولي الفعلي([5]) كما يجب على أموال الولي الشرعي. ولا يجب أن يرد على ذلك أن كلمة " الأولياء" انما0 تنصرف إلى الأولياء في إطار النيابة ولا تنصرف على من يقوم بأعمال النيابة الفعلية بمبادرة منه، أو بدون تكليف شرعي، لأن الأخذ بهذا المفهوم لكلمة الأولياء، يؤدي إلى جعل من يقوم

---

[1]-أستاذنا محمد الكشبور: مرجع سابق ص 43.

[2]-أنظر: أحمد الخمليشي كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية: العدد7 ص

[3]-قرار 546 بتاريخ 1991/05/14 ملف شرعي 5433 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 45 ص 108 وما يليها.

[4] -Mazeaud Op cit N° 229 P 256.انظر خلاف راينا عند

[5]-حمدان حسين عبد اللطيف، التأمينات العينية، المكتبة القانونية الدار الجامعية 1988 ص 437.

بأعمال الولاية الفعلية، في وضع أفضل من وضع من يقوم بهذه الأعمال في إطار النيابة الشرعية، إذ لا يوضع الرهن الإجباري على أموال الأول، بينما يوضع على أموال الثاني، وهذا وضع غير منطقي فضلا عن انه قد يلحق الضرر بالقاصر أو المحجور عليه، إذ يجرد منه الحماية في مواجهة النيابة الغير الشرعية أي الفعلية([1]).

المطلب الثاني: محل الرهن الإجباري:

سنتناول ضمن محل الرهن الجبري العقارات والديون المشمولة به

الفقرة الأولى: العقارات محل الرهن الإجباري:

لم يشر المشرع المغربي في الفصل 163 ظهير 19 رجب على وجه التحديد على العقارات المملوكة على النائب القانوني عن القاصر أو المحجور والتي ينصب عليها الرهن الإجباري. هل هي العقارات الحالة التي هي في ملكه والمستقبلة التي يتملكها.

المشرع الفرنسي حسم المسألة ونص في المادة 2122 من التقنيين المدني الفرنسي والمعدلة بقانون رقم 70/65 بتاريخ 1965/07/13([2]) حيث جعل الرهن الإجباري بصفة عامة يتقرر لفائدة الدائن المستفيد منه على جميع عقارات مدينة الحالية والمستقبلية.

وهو نفس الاتجاه الذي يؤيده أغلب الفقه، بحيث يعتبر أن الرهن الإجباري المقرر لفائدة القاصر أو المحجور ينص على عقارات النائب القانوني الحالية والمستقبلية بل حتى التي يتملكها بعد انتهاء نيابته.

ولكن لا ينصب على العقارات التي تدخل ملكيتها بعد وفاته ولا عقارات ورثته.

الفقرة الثانية: ديون القاصر أو المحجور المضمونة برهن إجباري.

ان الرهن الإجباري المقرر لفائدة القاصرين والمحجورين على أملاك نوابهم يضمن الديون التي تترتب على هؤلاء نتيجة إدارتهم وتسييرهم ([3]) و إشرافهم على أموال القاصرين أو المحجورين الذين هم تحت ولايتهم.

ويجب التمييز بين الديون التي تنتج عن إدارة النائب القانوني لأموال القاصر أو المحجور والديون التي هي أجنبية أو خارجة عن هذه الإدارة والديون التي تترتب في ذمة لاحقا بعد انتهاء نيابته على القاصرين أو المحجور.

1-فالرهن الإجباري المقرر لفائدة القاصرين والمحجورين يضمن إرجاع الديون الناتجة عن إدارة النائب لأموال القاصر أو المحجور ومن بين هذه الديون، الديون الناتجة عن أملاك وقيم القاصر أو المحجور التي كان يديرها أو يتمتع بها النائب([4]).

---

[1] -Mazeaud Op.cit, N°292 P256.

[2] -Code civil Dalloz 1999.

[3] -Encyclopedie Dalloz 2ème édition 1980 Op-cit P8.

[4] -قرار محكمة النقض الفرنسية 23 نونبر 1898، دالوز 99-1-88

قرار محكمة SEINE سان 1914/07/25

2-ويضمن أيضا الرهن الإجباري إرجاع جميع المداخيل ورؤوس الأموال التي أخذها النائب أو لم يحسن إدارتها واستعمالها وليس فقط المحاصيل والمداخيل التي تلقاها ولكن أيضا تلك كان يجب عليه تحصيلها([1]).

3-ويضمن الرهن الإجباري الديون التي يكون النائب مدينا بها للقاصر أو المحجور أثناء نيابته أو الديون السابقة على نيابته للقاصر أو المحجور([2]).

4-ويضمن أيضا الرهن الإجباري التعويضات المستحقة نتيجة إهمال النائب أو تدليس أو خطئه المرتكبة أثناء تسيير أموال القاصر أو المحجور، كان يهمل تقييد رهون اتفاقية أو تجديد تقييدها.

5-ويمتد الرهن الإجباري ليضمن أيضا توابع ديون القاصر أو المحجور وفوائد رؤوس الأموال

وبالنسبة للديون الخارجة عن تسيير النائب لاموال القاصر أو المحجور الرهن الإجباري لا يضمن المحاصيل التي ليس مسؤول عنها بسبب تسييره، خصوصا المداخيل التي هو مدين بها تجاه القاصر أو المحجور بأسباب خارجية عن النيابة الشرعية التي لها على القاصر أو المحجور- والتي لا تصبح مستحقة إلا بعد انتهاء نيابته([3]). أما بالنسبة للديون اللاحقة لانتهاء النيابة القانونية فإن الرهن الإجباري سيتوقف عند هذه الحدود ولا يضمنها([4]).

إذن الرهن الإجباري على أموال النائب القانوني، يضمن حسن قيامه بإدارة أموال من هو تحت ولايته، ولذلك فهو يستمر منذ مباشرة النائب لأعمال النيابة، وحتى انقطاعه منها، ويمتد ليشمل أعمال الإدارة التي استمر النائب على القيام بها بعد انتهاء نيابته، من اجل ضرورات النيابة نفسها([5]).

ويشمل الرهن الجبري مسؤولية النائب عن أخطاء الإدارة بما في ذلك مسؤوليته عن عدم تحصيل الديون التي تستحق للقاصر أو المحجور عليه لدى الغير أثناء مدة النيابة.

و أخيرا فإن الرهن الجبري كتقنية قانونية ينتمي إلى حقل الضمانات العينية المقررة بقوة القانون وبناء على حكم القضاء قصد به تامين حقوق ومصالح القاصر والمحجورين على أملاك أوليائهم لدرء أخطار الإدارة غير السليمة لموالهم([6])

---

[1] - Encyclopédie Dalloz Op Cit P 8.

[2] -Aubry et Rou, Tome, 264 Bis, N°190. Baudry-la cantinerie et de loynes, tome, N° 1189 I et II. Planiol et Ripert T 12, N°526.

[3]-Baudy-la cantinerie et de loynes Op.Cit.

[4] -Encyclopédie Dalloz Op-Cit P 9.

[5]-عفيف شمس الدين المرجع السابق، ص 62.

[6]-زهدي يكن: مرجع سابق ص 126.

-عفيف شمس الدين: مرجع سابق ص62.

المبحث الثاني :الرهن الإجباري كآلية لضمان حقوق المرأة

"الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:

أولا:.....

ثانيا: للزوجة على أملاك زوجها ضمانة لما أتت به في مهرها ولحقوقها الناشئة عن النظام المالي للزوجية وللتعويض عن الالتزامات المطالب بها الزوج ولاستبدال ما فوته من أملاكها بأملاك أخرى...".

فالرهن الإجباري في هذه الحالة يضمن حقوق الزوجة وديونها تجاه زوجها ضمانا للالتزامات المطالب بها الزوج تجاه الزوجة.

وقد ظهر أول الأمر الرهن الإجباري للزوجة على أملاك زوجها عند الرومان كما عرفه القانون الفرنسي القديم[2]، وينظمه القانون المدني الفرنسي الحالي في الفصول 2135 إلى 2138[3].

المطلب الأول: ديون الزوجة المضمونة برهن إجباري:

ينص الفصل 163 من ظهير التحفيظ العقاري على أن من بين الديون التي يضمنها الرهن الإجباري للزوجة.... ضمانة لما أتت به في مهرها، وهذه عبارة عامة إن لم نقل غامضة.

وإذا كان المشرع الفرنسي ضمن للزوجة دين الدوطة، وبمقابله ضمن المشرع اللبناني للزوجة دين البائنة، فهل يقصد المشرع المغربي نفس المعنى ؟

فالرهن الإجباري في التشريعين الفرنسي واللبناني يضمن للزوجة دين البائنة ودين الدوطة وهي الأموال التي يدفعها أهل العروس إلى العريس لمساعدته على مواجهة أعبائه الزوجية.

وتبقى البائنة في الأساس ملكا للزوجة، ولكن حق إدارتها واستثمارها يعود للزوج ولذلك

[2] – Traité élémentaire de droit civil de Planiol. 4ème édition, Tome II, 1952, p. 1269.
[3] – Code civil, 1999.

يوضع الرهن الإجباري على عقارات الزوج لضمان حقوق الزوجة بالبائنة[1].

وبهذا يكون نظام الدوطة أو البائنة يختلف عن المهر ويقترب منه ما يعرف عندنا بالشوار، وهو في اللغة أن تشار البنت وفي الاصطلاح الفقهي تجهيز الأب ابنته لزوجها قبل الزفاف أو ما تحمله الزوجة لزوجها عند البناء[2].

وهذا العمل يخالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي على وجه الخصوص من عدم إلزام الزوجة أو أبيها بجهازها لأن الصداق عوض عن البضع[3] وهو ما نصت عليه المادة 23 من مدونة الأسرة من أنه " لا حق للزوج من مطالبة الزوجة بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه".

وذلك لقوله تعالى : «وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مرئيا»[4].

إذن لا تستبعد ديون الزوجة لما أتت به من جهاز أو شوار، لكن السؤال المطروح هل يُضْمَن المهر أو الصداق برهن إجباري ؟

والمهر أو الصداق هو ما يبذله الزوج من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج لأجل إنشاء أسرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة حسب مقتضيات المادة 26 من مدونة الأسرة.

ويبقى "دين المهر" محل اشكال خصوصا وأن مدونة الأسرة لم تشر إلى حمايته برهن إجباري كما أنه ليس هناك أي نص قانوني آخر يوفر هذه الحماية.

بل اكتفى المشرع في المادة 31 من مدونة الأسرة بالنص على أنه للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية، وأنه إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء، أصبح دينا في ذمة الزوج. وجاء في قرار للمجلس الأعلى صادر بتاريخ 26-05-1977: «...إن مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهدا عرفيا يؤيد التلقية المدلى بها لإثبات الخلوة

---

[1]- حمدان حسين عبد اللطيف: التأمينات العينية - دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز - المكتبة القانونية. الدار الجامعية 1988. ص438.

[2]- ذ. أحمد الكشبور: الوسيط في قانون الأحوال الشخصية،مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الرابعة 1999ص34.

[3]- عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل بالمذهب المالكي. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه.نوقشت بدار الحديث الحسنية. مطبعة فضالة. 1984. ص432 وما يليها.

[4]- سورة النساء، الآية 4.

تستحق المطلقة كامل المهر والمتعة ويتعرض للنقض الحكم الذي اعتبر أن الخلوة وحدها كافية لاستحقاق المهر والمتعة دون أداء اليمين...»[1].

وقد ثار نفس الخلاف في الفقه اللبناني حول مدى شمول المهر أو الصداق بالرهن الإجباري خصوصا وأن المادة 131[2] تنص على ما يلي: «التأمين الإجباري يعقد على عقارات الزوج لضمان البائنة والحقوق الزوجية والتعويض عن الواجبات المترتبة عن الزوج والي تكون بذمته».

ويكاد يجمع الفقه في لبنان على أن الرهن الإجباري الواقع على عقارات الزوج ضمانا لحقوق وديون الزوجة لا يشمل المهر لأن المادة 131 من القرار 3393 لم تأت على ذكره[3].

ويخالف هذا الرأي ذ. حمدان حسين عبد اللطيف[4] الذي يعتبر أن الرهن الإجباري المقرر على عقارات الزوج ضمانا لحقوق وديون الزوجة، يضمن فيما يضمن ـ الحقوق الزوجية ـ التي نصت عليها صراحة الفقرة الثانية من المادة 131 السابق ذكرها.

وأن المقصود بالحقوق الزوجية، الحقوق التي تنشأ عن الزواج، وتجد سببها فيه، ولا شك أن المهر هو أول هذه الحقوق وأهمها، فهو حق للزوجة على الزوج الوفاء به، بموجب الكتاب والسنة وإجماع المسلمين، وإذا كان المشرع لم يذكره بالتنصيص عليه صراحة، كما فعل بالنسبة للبائنة، فإنها من ضمن الحقوق الزوجية التي نص عليها، والتي تجب عليه بحكم الشرع، بينما البائنة ليست من هذه الحقوق، لأنها ذات طابع اختياري ولا تستحق شرعا إلا بتعهد خطي خاص.

وهذا الرأي الأخير يبدو أقرب إلى المنطق، ذلك انه إذا كان المشرع يحمي حقوقا أخرى مترتبة عن الزواج، كالنفقة، فمن الأولى حماية الصداق الذي نشأ عن عقد الزواج وأولى بالحماية. خاصة أن المشرع في قانون الالتزامات والعقود في الفصل 1248 من ق.ل.ع جعل من الديون الناشئة عن مهر الزوجة ومتعتها ونفقتها ونفقة الأولاد مشمولة بحق امتياز على جميع منقولات الزوج.

لذلك نذهب إلى تفسير عبارة "ضمانة أتت به في مهرها" الواردة في الفصل 163 من ظ. التحفيظ العقاري، أن المقصود منها دين الصداق بعدما استبعدنا مفهوم الدوطة.

---

[1]ـ مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص139.
[2]ـ من القرار الصادر بتاريخ 12 تشرين الثاني عام 1930.
[3]ـ انظر كل من: ـ داورد عيد، ص86
ـ فؤاد الصغير، ص24
ـ زهدي يكن، ص132
ـ أسعد دياب، ص.42
[4]ـ حمدان حسين عبد اللطيف، مرجع سابق، هامش 439.

المطلب الثاني : ديون الزوجة الناشئة عن النظام المالي للزوجية:

من بين الديون التي نص الفصل 163 من ظهير التحفيظ العقاري على أنها مشمولة بضمان الرهن الإجباري على أملاك الزوج، تلك الحقوق الناشئة عن النظام المالي للزوجية، والملاحظ أن هذه الحالة تخص الأجانب من غير المسلمين[1] حيث توجد لديهم عدة أنظمة مالية زوجية.

ولا تخص المرأة المغربية المسلمة التي عي كالرجل المغربي تكمل أهليتها ببلوغها سن الرشد القانوني، وهو ما نصت عليه المادة 210 من مدونة الأسرة حينما لم تفرق بين الذكر والأنثى في سن الرشد القانوني، بل نصت صراحة المادة 4 من مدونة الأسرة في الفقرة الأولى على أنه لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر.

وجاء في نص الأستاذ علال الفاسي المقرر العام للمدونة[2]: «... هذا وقد عمد المشرع إلى عدم تفرقة بين الذكر والأنثى في مسائل الرشد والحجر والضعف على ما تقتضيه روح الشريعة الإسلامية، فالمرأة ليست أضعف تدبيرا من الرجل... بقي أن نتكلم على ما يستلزمه رشد المرأة من تصرفها في جميع مالها بالبيع والشراء والهبة والعطاء بالمعروف، أمرها في ذلك أمر الرجل الرشيد ولا حجر عليها في شيء من ذكر».

فحالة الرهن الإجباري المقررة لضمان حقوق الزوجة الناشئة عن النظام المالي للزوجية لا تخص المرأة المسلمة حيث نظام مالي واحد هو نظام انتقال الذمة المالية للزوجين المسلمين.

لكن بعد صدور مدونة الأسرة بمقتضى الظهير الشريف الصادر بتاريخ 2004/2/3 بتنفيذ القانون رقم 03-70 أصبح بإمكان الزوجين أن يكونا لهما نظام مالي مشترك في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية (الفقرة الثانية من المادة 43 من مدونة الأسرة) الأمر الذي يعني أن للزوجة الحق في إيقاع رهن جبري لضمان حقوقها الناشئة عن النظام المالي المشترك بالتعاقد بينها وبين زوجها[3].

---

[1]- محيي الدين اسماعيل علم الدين: أصول القانون المدني الجزء الثالث، الحقوق العينية الأصلية والتبعية . ص562.

[2]- انظر تقرير المقرر العام لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة كما نقله عبود رشيد عبود: الأحوال الشخصية - قواعد ونصوص وشروح، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد - البيضاء، الطبعة الأولى، 1965.

[3]- وإذا كان المشرع في المادة 43 من مدونة الأسرة نص على أنه يضمن اتفاق تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجة في وثيقة مستقلة عن قدم الزواج، إلا أننا نرى أنه لا شيء يمنع إثبات هذا الاتفاق في صلب عقد الزواج، ما دام ليس فيه ما يخالف القانون والنظام العام.

وإذا كان الطابع الغالب على مدونة الأسرة هو مبدأ المساواة بين الزوجين كفلسفة تشريعية جديدة، فلماذا لم يتم تعديل الفصل 163 من ظ 19 رجب لمنح الزوج أيضا حق إيقاع رهن جبري على أملاك الزوجة لما له من ديون عليها ترتب أثناء فترة الزواج أو بمناسبة انتهائه؟ كما هو الحال مثلا عندما تكون الزوجة متعسفة في طلب التطليق للشقاق ، ويدخل في هذه الديون أيضا التعويض الناتج عن الطلاق غير المبرر،أو ديون ترتبت في إطار نظام الأموال المشتركة بينهما .

المطلب الثالث: ديون الزوجة الناتجة عن الالتزامات المطالب بها الزوج:

يأتي في مقدمة الالتزامات المطالب بها الزوج تجاه زوجته النفقة الشرعية والتي تشمل حسب المادة 189 من مدونة الأسرة الغذاء والكسوة والعلاج. ويراد بالنفقة ما تحتاجه الزوجة في معيشتها اليومية من طعام وكسوة وسكن وتطبيب بالإضافة إلى ما يتطلبه بيت الزوجية من أفرشة وأغطية وأجهزة أخرى[1].

ومبلغ النفقة، كدين في ذمة الزوج لفائدة الزوجة، لا يسقط بالتقادم، وهو الحكم الذي أجمع عليه المالكية والشافعية والحنابلة حيث أن النفقة عندهم لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء أو بوفاة الزوج[2].

وهو نفس الحكم الذي نص عليه المشرع المغربي من خلال مقتضيات المادة 195 من مدونة الأسرة والتي جاء فيها: «يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ الإمساك عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت»[3].

ولابد من الإشارة إلى التناقض الحاصل بين المادة 195 من مدونة الأسرة المشار إليها أعلاه والفصل 378 من ق.ل.ع والذي ينص على أنه لا تقادم بين الأزواج خلال مدة الزواج.
وبإعمالنا لمفهوم المخالفة فإن التقادم يبدأ في السريان بعد انقضاء رابطة الزوجية لسبب كدين في ذمة الزوج لا تسقط بالتقادم مطلقا لأن حكمها جاء عاما لا يميز بين فترة الزواج وانتهائها[4].

ولعل هذا التناقض بين مقتضيات مدونة الأسرة وقانون الالتزامات والعقود يوضح بترجيح مقتضيات مدونة الأسرة على هذا الأخير باعتبار أن مدونة الأسرة نص خاص يقدم على قانون الالتزامات والعقود الذي يعتبر نصا عاما، والمبدأ أن الخاص يقدم على العام عند التعارض. كما أن ق.ل.ع هو قانون سابق ومدونة الأسرة قانون لاحق عليه، والقاعدة أن اللاحق يلغي السابق عند التعارض بينهما[5]. فضلا عن ذبك فإن قانون الالتزامات والعقود قد وضع ليطبق بالأساس على

---

[1]- ذ. محمد الكشبور، مرجع سابق، ص182.
[2]- نفسه، ص191.
[3]- ويثبت الامتناع إما بمحضر رسمي يحرره أحد كتاب الضبط أوأحد الأعوان القضائيين كما يثبت أيضا بحكم قضائي يؤكد واقعة الامتناع.
[4]- ذ. محمد الكشبور، قانون الالتزامات والعقود وقانون مدونة الأحوال الشخصية، التداخل والتضارب. ص130. المجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 16.
[5]- في نفس الرأي، راجع ذ.محمد الكشبور، مرجع سابق، ص.43

الفرنسيين والأجانب، وقد مدده المشرع إلى العنصر المغربي سنة 1965، إلا أنه لم يراجعه قبل أن يقوم بذلك التمديد[6].

ويضمن الرهن الإجباري المقرر لفائدة الزوجة، الالتزامات المطالب بها الزوج والتي تتحمل بها الزوجة بالنيابة عنه في إطار القواعد العامة، كأن تكون قد كلفت زوجها تجاه دائنيه ونفذت الكفالة بأن دفعت ديون زوجها وأصبحت دائنة له بقيمتها، فجميع هذه الحقوق والديون التي ترتبت للزوجة على الزوج تكون مضمونة برهن إجباري.

ويحدد الفصل 167 من ظهير 19 رجب الرهن الإجباري المقرر للزوجة من حيث المبالغ المضمونة ومن حيث العقارات المرهونة بنص صريح في العقد المحدد لنظام الزوجية أو بعد تحرير عقد الزواج.

أما إذا لم يكن عناك عقد أو وجد وخلا من النص على الرهن الإجباري فيمكن تقريره بحكم تصدره المحكمة في غرفة المشورة بناء على طلب من المرأة أو أقاربها أو أصهارها أو دائنيها أو وكيل الملك[1].

- <u>هل يمكن للزوجة المسلمة أن تشترط على زوجها في عقد الزواج ضمان ديونها برهن إجباري على عقاراته</u> ؟

وتبدو أهمية طرح هذه الإشكالية خاصة فيما يتعلق بشمول الرهن الجبري الاتفاقي لحقوق غير مضمونة إجباريا به.

والقاعدة أن تعليق الزواج على شرط يجعله باطلا بطلانا مطلقا، لكن هذا لا يمنع من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط التي لا تنافي نظامه الشرعي (الاقتران وليس التعليق) حيث تنص المادة 47 من مدونة الأسرة على ما يلي: «الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا».

وشرط ضمان ديون الزوجة برهن إجباري ليس من الشروط التي تنافي النظام الشرعي للزواج ولا تنافي مقاصده.

---

[6]- ذ. احمد الخمليشي: كيف نقرا ظهير الالتزامات والعقود، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية.

[1]- مامون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي. الجزء الثاني. الطبعة الثانية. شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص243.

وإذا ظهر أن الرهن الإجباري المقرر للزوجة غير ممكن تجديده والزيادة فيه ليشمل عقارات أخرى عائدة لزوج المدين. وفي المقابل يحق للزوج أن يطلب من المحكمة تخفيضه أو حصره في بعض العقارات إذا تبين أن الرهن المقدر للزوجة باهضا أو مبالغا فيه.

ويمكن إعفاء الزوج من الرهن الإجباري إذا قدم رهنا حيازيا منقولا أو كفيلا بشرط أن تقبل المحكمة هذا البدل، وتحدد شروطه بحكم تصدره في غرفة المشورة بعد الاستماع إلى النيابة العامة (الفصل 169 من ظهير 2 يونيو 1915).

وحماية من المشرع لديون الزوجة المترتبة على زوجها، فإنه قيد حوالة الرهن الإجباري المخول للزوجة، أو تنازلها عنه بالرسمي إذ يجب أن تقع حوالة هذا الرهن أو التنازل عنه في عقد رسمي[1].

وينص الفصل 79 من ظهير 12 غشت 1913 (التحفيظ العقاري) على ما يلي: «تسجل حقوق المرأة المتزوجة بطلب من زوجها وإما بطلب منها أو من أقاربها أو أصدقائها».نلاحظ أن صياغة الفصل هذا، معيبة إذ كيف تسجل حقوق المرأة المتزوجة من أحد أصدقائها؟. فهذا أمر غير مستصاغ، إذ كيف يكون للمرأة المسلمة المتزوجة أصدقاء وتعهد إليهم بتسجيل حقوقها وهذا الأمر لا يتماشى وخصوصيات المجتمع المغربي كبلد مسلم..

[1]- الورقة الرسمية حسب مقتضيات الفصل 418 من ق.ل.ع هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد، وذلك في الشكل الذي يحدده القانون، وكذلك الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم وأيضا الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية.

المطلب الرابع :أجل رفع طلب إيقاع رهن جبري :

إذا كان المشرع لم يحدد أي أجل لرفع دعوى رهن جبري فإننا نذهب إلـــى أن هذه الدعوى يمكن رفعها إلى حين تقادم الدين المضمون برهن جبري إن كان مما يخضع للتقادم .

وهذه القاعدة تخضع لاستثناء وحيد نصت عليه المادة 263 من مدونة الأســـرة التي جاء فيها "يحتفظ المحجور الذي بلغ سن الرشد أو رفع عنه الحجر ، بحق في رفـــع كل الدعاوى المتعلقة بالحسابات والتصرفات المضرة بمصالحة ضد الوصـــي أو المقـــدم وكل شخص كلف بذات الموضوع .

تتقادم هذه الدعاوى بسنتين بعد بلوغه سن الرشد أو رفع الحجر عنه ، إلا في حالة التزوير أو التدليس أو إخفاء الوثائق فتتقادم بسنة بعد العلم بذلك ".

أما بالنسبة للزوجة فإن الحقوق الناشئة عـــن الزوجيـــة (ف 378 ق.ل.ع) لا تتقادم خلال مدة الزواج ،ويستثنى منها دين النفقة الذي لا يخضع للتقادم مطلقا سواء أثناء أو بعد فترة الزواج، لكن الدعوى الموجهة ضد الأب أو الأم فهي الأخرى لا تخضع لأي تقادم طبق للفصل أعلاه .

خاتمة : حدود فعالية الرهن الجبري

-أولا معوقات قانونية :

ترجع هذه المعوقات القانونية إلى مزاحمة أو منافسة بعض المساطر القانونية الأخرى للرهن الجبري والتي قد تشله عمليا أو الأقل تضعفه.

1) الحجز التحفظي.

2) الامتياز على المنقول،[الامتياز على المنقول العائد للزوجة بالنسبة لدين النفقة] أو [بالنسبة لتركة الوصي أو المقدم] ونقترح شمول هذا الامتياز بالنسبة لتركة النائب الشرعي الأب أو الأم.

4) حسن تطبيق مسطرة النيابة الشرعية والرقابة عليها .

5) الغرامة التهديدية .

6) مبدأ اختيارية التحفيظ .

كل هذه المساطر والمبادئ القانونية جعل نظام الرهن الجبري نظاما أقل تطبيقا رغم أهميته .

ثانيا : صعوبات عملية وقضائية :

-عدم تفعيل وتسريع مسطرة الرهن .

-الجهل شبه التام والغير المبرر لأحكام الرهن الجبري إذ أن جانب كبير من الممارسين لا يعرفون عن هذه المسطرة شيئا .

وفي الأخير نقترح لضمان فعالية الرهن الإجباري كإجراء مخول لحماية وضعيات جديرة بالحماية أن يتم التعريف به وبأهميته في السوق القانوني حتى لا يصبح مسطرة مجهولة من الناحية القانونية رغم إيجابياتها ومحاسنها التي لا يمكن نكرانها.

وما هذا البحث إلا مقدمة لإغناء النقاش وإثارته.