

منشورات
مجلة العلوم القانونية
MarocDroit.Com

سلسلة فقه القضاء العقاري

مستجدات قانون التحفيظ العقاري بين النص القانوني و العمل القضائي

العدد الأول 2013

إشراف و تنسيق

الأستاذ ميمون خراط

الأستاذ نبيل بوحميدي

سلسلة فقه القضاء العقاري

MarocDroit.Com/JA

سلسلة تعنى بالشؤون القضائية في المادة العقارية

تصدر عن

MarocDroit.Com

و

مجلة العلوم القانونية

إدارة السلسلة

الأستاذ نبيل بوحميدي الأستاذ ميمون خراط

العدد الأول

الطبعة الأولى 2013

الطبع والسحب

مطبعة ومكتبة الأمنية

الهاتف : 05 37 72 48 39 – الفاكس : 05 37 20 04 27

البريد الإلكتروني : impoumnia@yahoo.fr

النشر والتوزيع

دار رفاق مغربيين للنشر والتوزيع

رقم الإيداع القانوني : 2013MO3775

ردمك : 978-9954-29-112-2

جميع الحقوق محفوظة

هياة التاطير العلمى

د ادرىس الفاخورى

د الحسىن بلحسانى

د دنىا مباركتا

د العربى مىاد

د احمدا اجمعون

د عبد العزيز حضرى

د الجىلالى بوحبص

إفتتاحية

نضع بين أيديكم العدد الأول من سلسلة فقه القضاء العقاري التي تم اتخاذ قرار تأسيسها بعد التعديل الذي طال ظهير التحفيظ العقاري بعد مرور ما يقارب مائة سنة من تطبيقه، إذ شكل هذا التعديل ثمرة مجهود ساهمت فيه أطراف متعددة من الفاعلين والمهتمين بالشأن العقاري، وهو التعديل الذي كان موضوع نقاش لسنوات عدة منذ تقييده كمشروع قانون في سنة 2007 بالمؤسسة التشريعية.

وجاءت هذه الخطوة أمام قلة الإصدارات و المراجع التي تناولت بالتحليل والرصد هذه المستجدات، مستحضرين مؤلف أستاذنا الدكتور إدريس الفاخوري المعنون بنظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 14.07، فارتأينا تخصيص العدد الأول من السلسلة لمناقشة هذه المستجدات، واضعين هذه المحاولة - بروح و معتقدات المريدين الذين سيظنون في حاجة لتقييم شيوخهم - بين أيدي فقهائنا قصد تقييمها.

بشكل عام تندرج هذه السلسلة ضمن مشروع المنشورات الورقية التي يتم إصدارها في إطار المشروع الورقي الذي يشكل أحد عناصر خطة عمل تسعى إلى خلق صرح علمي يضمن تتبع المعلومة القانونية والقضائية وكذا الحقوقية وتحليلها قصد نشرها، وفق توجه يزاوج بين النشر الرقمي والنشر الورقي، وبشكل ينضبط لقواعد البحث العلمي المعمول بها على الصعيد العالمي.

ويعتبر هذا التوجه نتيجة الدعوة التي وجهت لنا من مختلف المهتمين بمجال العلوم القانونية و الشؤون القضائية، بعد أن تمكن موقع العلوم القانونية MarocDroit.Com من احتلال المركز الأول في الترتيب الوطني للمواقع الإلكترونية المتخصصة في المجال القانوني.

فبعد الإستحسان الذي لقيه تأسيس الموقع المذكور وإصدار مجلة العلوم القانونية، وسلسلة البحث الأكاديمي، وسلسلة الدراسات السياسية والدستورية، تم العمل على وضع أسس إصدار سلسلة متخصصة في القضاء الإداري والدراسات المرتبطة به تحت عنوان سلسلة **فقه القضاء العقاري** وذلك تكريسا للهدف المسطر منذ البداية والمتمثل في إنشاء شبكة إعلامية متخصصة في الشؤون القانونية تمزج بين إستعمال الوسائط الرقمية والوسائط الورقية بهدف المساهمة في جعل مجال البحث العلمي القانوني المغربي يتبوأ مكانة متقدمة في محيطه الجهوي والعالمي.

إن الهدف العام من هذه التجربة هو تطوير الثقافة القانونية وتحقيق إنفتاحها وتنميتها مادامت أنها عنصر من عناصر التنمية البشرية.

إننا في خلاصة نسعى إلى الإسهام في النقاش العام من اجل الطموح المشترك في تحقيق مغرب ممكن.

ذنبيل بوحميدي

الرباط في 17 نونبر 2013

المقالات والأبحاث

حدود صلاحية القضاء للبت في التعرضات

قراءة في قضاء محكمة النقض ومستجدات القانون 14.07

ذ. محمد شوراق

باحث جامعي

تقديم :

إن الحديث عن التعديلات الأخيرة التي طالت قانون التحفيظ العقاري، هو موضوع في حقيقة الأمر واسع جدا لأنه يطرح إشكاليات عدة على المستوى الإجرائي والموضوعي،

إشكالات مرتبطة بجميع أقسام قانون التحفيظ العقاري، وقد وقع إختياري على مسألة الأثر القانوني لحدود صلاحية القضاء للبت في التعرضات من خلال اجتهاد محكمة النقض، بإعتبار أن هذه النقطة تعتبر من بين الدواعي العملية الأساسية التي تؤدي بنا إلى الاقتناع بضرورة المناذاة بتعديل قانون التحفيظ العقاري مادام أن التعديل الأخير لم يشمل هذه النقطة،

إن النظر إلى الموضوع من الزاوية النظرية الصرفة يعطي الحق في الإعتقاد بأن الأمر يتعلق بخوض نقاش في نقط كتب فيها الكثير، ونوقشت أكثر، ولكن ما جعلني مقتنع بضرورة إثارتها من جديد هو عدم الخوض فيها نهائيا من خلال آخر تعديل للقانون الرامي إلى تغيير وتتميم ظهير التحفيظ العقاري،

وقد تم تغييب هذه المسألة في إطار التعديل بالرغم من أن موقف محكمة النقض بخصوص هذه النقطة، أصبح يشكل أكثر من أي وقت مضى أمرا سلبيا، ومناطق السلبية المتحدث عنها تتجلى في النظر إلى الموضوع من زاوية الأوراش الإستثمارية والاجتماعية، سواء المفتوحة أو الموعود بها من طرف الدولة،

فهذه الأوراش إعتمدت من طرف الدولة على خلفية إستعدادها لتعبئة ملكها العقاري الخاص،

وبالرغم من إمكانياتها وسلطاتها (أي الدولة) إلا أنها في شق ملكها الخاص تكون في المركز القانوني للشخص العادي الذي تنطبق عليه قواعد القانون الخاص،

ونتيجة ذلك نجد أن الكثير من عقاراتها التي يمكن أن تشكل أساسات لاستثمارات سوسيوإقتصادية، مقيدة نتيجة المبادئ المعمول بها في إطار صلاحية المحكمة للبت بين المتعرضين الواقع على عاتقهم عبء الإثبات،

والأکید أن تكريس مبدأ صلاحية المحكمة للبت في حدود إدعاءات المتعرضين دون طالبي التحفيظ، (المطلب الأول) وإعفاء هذا الأخير من أي إثبات (المطلب الثاني) هو أمر لا يخرج فقط عقارات الدولة من دائرة التعاملات الإستثمارية بل يقيد أي مالك لعقار يوجد ملف تحفيظه في مرحلة المسطرة القضائية،

المطلب الأول : صلاحية المحكمة للبت في حدود إدعاءات المتعرضين

أستهله بالإشارة إلى أنه، في إطار اختلاف وتسلسل الصيغ التعبيرية التي نشر بها قانون التحفيظ العقاري، منذ 1913، فإن الفصل 37 (... و تبت المحكمة في وجود الحق الذي ادعاه المعارضون وكذا في نوعه وثبوته ومداه ثم توجه الخصوم إلى المحافظ الذي له وحده النظر في القضية...) الذي يعتبر البنية التحتية لهذه المداخلة، كان في بداية الأمر (بتاريخ 12 سبتمبر 1913) يسمح للقضاء بالنظر في مدى ومحتوى ونوع الحق الذي يطالب به طالب التحفيظ إلى جانب المتعرضين، حيث كان يدخل ضمن صلاحية القاضي العقاري النظر في صحة طلب التحفيظ ورفضه أو قبوله كلياً أو جزئياً،

وهذا في حقيقة الأمر هو ما يعتبر منطقيا وفق المعادلات القانونية، عكس ما أصبح عليه الحال بعد إدخال ثلاث تعديلات على الصياغة الأصلية هذه التعديلات التي بدأت سنة 1917، ثم 1938، لتنتهي سنة 1954، تاركة لنا بعد مرور ما يقارب 56 سنة، قضاء ممنوعا من البت في ادعاءات طالب التحفيظ، وذي سلطة محدودة في إتجاه المتعرضين،

وبالرغم من اجتهاد المجلس الأعلى في إتجاه إعطاء صلاحيات أوسع لهذا القضاء إلا أنها إنحصرت في تمديد سلطة القاضي العقاري لتقييم حقوق طالب التحفيظ، ولم يجد المجلس السبيل إلى إعطاء الصلاحية في التقرير بشأن هذا الحق إلى جانب النظر في حقوق المتعرضين فيما بينهم،

فبالنسبة لسلطة القاضي في إتجاه المتعرضين، فإن إجتهد المجلس الأعلى لازال يكرس من خلال قرارات حديثة¹ ضرورة احتراز المحكمة من البت في النزاعات المثارة بين المتعرضين ضد بعضهم البعض وإكتفائها بالبت في التعرض الموجه لمطلب التحفيظ،

إن مرد هذا التوجه إلى جانب محدودية النص القانوني هو إقتناع المجلس الأعلى أن كل تعرض يعتبر في حد ذاته دعوى مستقلة في مواجهة مطلب التحفيظ، وهذا الاقتناع يؤدي منطقيا إلى قطع الطريق على قضاة الموضوع بخصوص حق الفصل بين المتعرضين، مادامت الدعوى في أساسها لم توجه من متعرض ضد متعرض وإنما من متعرض ضد طالب التحفيظ،

1 - قرار عدد 266 الصادر بتاريخ 2005/1/26، منشور بسلسلة دلائل علمية، عدد 3، المنازعات العقارية من خلال قضاء المجلس الأعلى لسنوات 2000-2005، ص 33.

- قرار عدد 2523 الصادر بتاريخ 2000/6/13، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 60-59 لسنة 2000 ص 24.

- قرار عدد 797 الصادر بتاريخ 2003/3/19 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61 لسنة 2003 ص 27.

اعتقد أن الأمر يتعلق بتجزية لدعوى تشهد وحدة الأطراف، والموضوع والسبب، ومن الناحية العملية هي دعوى ذات ملف يحمل نفس الرقم على مستوى المحكمة المحال عليها الملف ويتم دراستها من طرف نفس القاضي المقرر ويبت فيها من طرف هيئة واحدة، ومن خلال حكم أو قرار واحد،

إن النتيجة الحتمية لهذا التوجه في ملف يشهد وجود عدة متعرضين، حكم بصحة تعرضاتهم أو بحصة تعرض أحدهم هو عودة هؤلاء المتعرضين إلى القضاء مرة أخرى، لأن المتعرضين أو المتعرض الذي حكم له بصحة تعرضه سيتقدم بطلب تحفيظ بناء على هذا الحكم وسيتعرض عليه الباقيون، ويستمر النزاع بالرغم من أن جميع هؤلاء الأشخاص كانوا من المعنيين في مسطرة التحفيظ السابقة بخصوص نفس المدعى فيه².

بل الأكثر من ذلك إذا افترضنا أن القضاء قضى بصحة تعرض واحد فقط، وعدم صحة باقي التعرضات فإنه يكون قد بت بشكل ضماني في مجموع النزاع، إلا أنه أمام منعه من البت في المنازعات القائمة بين المتعرضين فإن هذا الحكم لن يكتسب قوة الشيء المقضي به في علاقة هؤلاء المتعرضين بعضهم ببعض³، الشيء الذي سيظل معه العقار المدعى فيه مقيدا وغير مؤهل لولوج الحركة الاقتصادية بغض النظر عن نوعية الأفعال والتصرفات التي تهدف إلى الانتفاع بهذا العقار،

إن القاعدة التي يتم مناقشتها الآن ليس لها سند صريح في قانون التحفيظ العقاري والاعتماد في استنتاجها على الفصل 37 من القانون المذكور أمر فيه نظر،

2 - محمد ناجي شعيب، صلاحية محكمة التحفيظ للبت فقط ووجوبها في حدود التعرضات، مجلة المناظرة، العدد الثاني لسنة 1997.

3 - عادل العشابي، مدى فعالية المرحلة القضائية لمسطرة التحفيظ العقاري في تحقيق العدالة وتشجيع الاستثمار، مداخلة ضمن أشعار الندوة الوطنية حول موضوع "العقار والاستثمار، الجهة الشرقية نموذجاً" نشر إعداد وتنسيق الدكتور إدريس الفاخوري، 2008 ص 90.

وإذا كان من الممكن تفهم عدم تخلص المجلس الأعلى من هذه القراءة لما عهد فيه من ارتباط بمدرسة الشرح على المتن، وتشبثه بما كرسه فقه وقضاء فترة الاستعمار،

فإن ما لا يمكن فهمه هو عدم اخذ مشروع قانون التحفيظ العقاري الحالي قصور هذا التوجه بعين الاعتبار، وبالتالي التنصيب على أحقية القضاء في البت في ادعاءات المتعرضين إزاء طالب التحفيظ وفيما بينهم، رغم أن المشروع الذي طرح سنة 1997 لتعديل القانون المذكور كان قد اقترح تعديل الفصل 37 لصالح هذا التوجه،

إن ضمان استقرار الملكية وتشجيع الائتمان العقاري من الأمور المستهدفة من نظام التحفيظ العقاري،

ولكن مثل هذه المبادئ تعرقل تحقق هذه الأهداف لأنها تخرج العقار برمته من دائرة التعامل، مدة زمنية طويلة وطويلة جدا،

إذن خلاصة القول أن تكريس المجلس الأعلى للتوجه المعمول به حاليا يحمل في طياته تكريسا للانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه طوال المدة الزمنية التي اعتمد فيه، لأنه يتاح للمحكمة فحص النزاع المتعلق بمطلب التحفيظ ككل، والحسم فيه بصفة نهائية مادامت تتوفر على جميع العناصر المفيدة للبت بين جميع الأطراف،

هذا إضافة إلى انه عمليا يؤدي أعمال هذا التوجه إلى صدور أحكام متناقضة عند معالجة كل تعرض على حدة في مواجهة طالب التحفيظ وبمعزل عن ادعاءات باقي المتعرضين الآخرين، إذ يمكن الحكم بنفس الحق لعدة متعرضين ما يؤدي إلى امتناع المحافظ نفسه عن الحسم في ملف التحفيظ،

4 - حمداوي عبد الواحد، الإشكالات المرتبطة بمسطرة التحفيظ وتأثيرها على الاستثمار، مداخلة ضمن أشغال الندوة الوطنية حول موضوع "العقار والاستثمار الجهة الشرقية نموذجا"، مرجع سابق، ص 108.

هذا ناهيك عن أن المعمول به واقعيًا هو أن القاضي عندما يعرض على أنظاره ملف ذي تعرضات عدة فإنه لا يقتصر على فحص حق كل متعرض على حدة في مواجهة طالب التحفيظ، دون فحص حق كل متعرض في مواجهة المتعرضين الآخرين، بل هناك حالات عديدة تسلم فيها المحكمة مذكرة أحد المتعرضين للمتعرضين الآخرين مع تمتيعهم بمهلة قصد الجواب، كما أنها تعتمد على هذا الجواب عند تحرير الحكم أو القرار.

الشق الثاني: دعاوى التعرض وعبء الإثبات

في الشق الثاني من هذه المداخلة أود أطرح مسألة الإثبات في دعاوى التعرض، ونسبية إعتبار المتعرض مدعيًا،

وسأبدأ أيضًا هنا من خلال الصياغة الأصلية للفصل 37 وهي صياغة الظهير المنشور بالجريدة الرسمية لـ 12 سبتمبر 1913، فهذه الصياغة وكما سبق الإشارة كانت تعطي الحق للقضاء في تقييم مدى صحة مطلب التحفيظ،

بمفهوم المخالفة كانت لا تعفي طالب التحفيظ من إثبات ادعاءاته أمام القضاء، فهذه الصياغة كانت لتشكل مصدرًا لإستنتاج مبادئ أقرب لقواعد العدالة،

أما المعمول به حاليًا فهو إعتبار المتعرض على مطلب التحفيظ هو المدعي الملزم بالإثبات وهذه القاعدة لم تكن استنباطًا خالصًا للمجلس الأعلى بل ورثتها عن محاكم وفقه عهد الحكم الفرنسي بالمغرب⁵ وقد كان هدف هذا الأخير هو تسهيل أمر تحفيظ العقارات على المعمرين الفرنسيين،

والملاحظ من خلال تتبع قرارات المجلس الأعلى (في حدود ما تمكنت من الإطلاع عليه) أن مبدأ وقوع عبء الإثبات على عاتق المتعرض هو أمر نسبي

5 - فقد تم تكريس هذه القاعدة من طرف محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2008/11/10 في قرارها عدد 750 والمنشور ضمن مجموعة قرارات محكمة الاستئناف لسنوات 1928 و1930 و1940 و1944، ص 251.

حيث إن المجلس تواتر على التمييز بين حالتين يكون الفاصل فيها مبني على قرينة الحيازة :

الحالة الأولى : إذا كانت الحيازة في يد المتعرض ينتقل عبء الإثبات إلى طالب التحفيظ، وتصبح قاعدة المتعرض بمثابة مدعي غير ذات محل ويحل محلها قاعدة الحائز لا يكلف بالإثبات⁶، وهي المعمول بها في قواعد الفقه الإسلامي،

إن اعتداد المجلس الأعلى بهذا التوجه عند وجود قرينة الحيازة أمر محمود حيث يتجاوز المبدأ المذكور الذي أسسه العديد من الفقهاء على اعتبار أن المتعرض هو الذي يدعي حقا، وهو الذي جر طالب التحفيظ إلى ساحة القضاء هذا الأخير الذي يفترض فيه أنه مالك العقار وعلى من يدعي العكس أن يثبت ما يدعيه⁷،

بل الأكثر من ذلك فقد تمكن المجلس الأعلى من تكريس نسبية اعتبار المتعرض مدعيا وجعله في مركز قانوني من زاوية الإثبات مواز لمركز طالب التحفيظ إذ ما أدلى هذا المتعرض بحجة قوية صحيحة مقبولة شرعا، وسالمة من الطعون⁸،

6 - قرار عدد 214 الصادر بتاريخ 2003/1/21، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 61 لسنة 2003 ص 24.

7 - انظر في هذا الأمر ذ محمد خيرى، الملكية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، دار النشر المعرفة، طبعة 2001، ص 173.

8 - قرار عدد 1396 في الملف المدني 2003/1/1/3422 الصادر بتاريخ 2004 (غير منشور).

قرار عدد 4921 الصادر بتاريخ 2000/12/19، مجموعة تشريع وإجتهادات، قرارات الغرفة المدنية، مركز النشر والتوثيق القضائي بالمجلس الأعلى، برجة وإعداد المستشار محمد منقار بنيس، منشور على قرص مضغوط "CD"،

قرار عدد 528 الصادر بتاريخ 2001/2/7، مجموعة تشريع وإجتهادات، الإصدار الرقمي، قرارات الغرفة المدنية، مركز النشر والتوثيق القضائي بالمجلس الأعلى، برجة وإعداد المستشار محمد منقار بنيس،

قرار عدد 1415 الصادر بتاريخ 1999/3/24 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 لسنة 2000 ص 42.

وبمفهوم المخالفة فإن وجود العقار بيد طالب التحفيظ يعني الاحتفاظ بقاعدة اعتبار المتعرض مدعياً ملزم بإثبات ادعائه،

وتعليل ذلك أن ما يقدمه طالب التحفيظ من وثائق أمام المحافظة العقارية، لا يتعدى المرحلة الإدارية، أما الدعوى أمام القضاء فتبدأ من إحالة الملف على المحكمة، فإن كان فيه ما يفيد أن طالب التحفيظ هو الحائز ظل هو المدعي وفقاً للأصل المعمول به في الإثبات،

أما إن كان الأمر غير ذلك وكان في الملف ما يدل على حيازة المتعرض للعقار المدعى فيه، كلف طالب التحفيظ بالإثبات إن كانت حججه المحالة مع الملف لا تقوى أمام حيازة المتعرض.

أما بخصوص الحالة الثانية : فتتطوي على عدم حيازة العقار المدعى فيه لا من طرف طالب التحفيظ، ولا من طرف المتعرض، حيث يعمل بقاعدة اعتبار المتعرض مدعياً يقع عليه عبء الإثبات، ويتم إعتبار طالب التحفيظ مدعياً عليه لا ينظر حتى في مدى صحة طلبه، وهو الأمر الذي يشكل مبدئياً مخالفة لقواعد العدالة والإنصاف، لأنه يتم البت في الملف إذا ما ارتأت المحكمة أن المتعرض لم يأت بما ينفعه لتأييد تعرضه، دون حتى النظر إلى جدية ما إستند إليه طالب التحفيظ⁹،

9 - وهذا ما كرسه المجلس الأعلى منذ مدة أنظر:

- القرار عدد 4729 في الملف المدني عدد 1993/4559 الصادر بتاريخ 1994 (غير منشور).
- القرار عدد 1656 في الملف المدني عدد 2004/1/1/4012 الصادر بتاريخ 2005 (غير منشور).
- القرار عدد 4353 في الملف المدني عدد 2001/1/1/781 الصادر بتاريخ 2002 (غير منشور).
- القرار عدد 76 بتاريخ 1991/1/9 منشور بمجلة الإشعاع عدد 5 لسنة 1991 ص 75،
- القرار عدد 7756 بتاريخ 1996/12/24 منشور بسلسلة قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف، إعداد إدريس بلمحجوب، مطبعة الأمنية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 2005 ص 264،
- القرار عدد 1415 بتاريخ 1990/3/24 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 55 لسنة 2000 ص 42 مشار إليه في الهامش أعلاه،
- القرار عدد 137 الصادر بتاريخ 2005/1/11 المنشور بدلائل عملية العدد 3، ص 69.

في حقيقة الأمر إن اقتصار المحكمة على النظر في المستندات الإثباتية المدلى بها من طرف المتعرض باعتباره مدعيا، يتناقض مع ماهية مبدأ التطهير المعتمدة على فرضية مصادفة ما آل إليه ملف التحفيظ للحقيقة،

وهو الأمر الذي لن يتحقق عمليا إذا لم يتح للقضاء فحص حجج طالب التحفيظ¹⁰، ولتحقيق مناص مبدأ التطهير كان على المجلس الأعلى من باب أولى، وفي الحد الأدنى، تكريس التعامل في حالة إيداع مطلب تحفيظ متداخلين من حيث العقار المراد تحفيظه التعامل مع طالبي التحفيظ على قدم المساواة،

بمعنى عدم اعتبار المطلب اللاحق في التاريخ تعرض والسابق مطلبا، بل اعتبار كليهما في حالة تعرض متبادل، أي كل واحد منهما يعتبر مدعيا ومدعى عليه وجعلها ذوي مراكز قانونية متساوية وما لذلك من اثر على مسألة عب الإثبات، حيث يتم فحص حجج كل طرف على أساس أنه متعرض¹¹،

والمؤسف أن المحكمة الابتدائية بمكناس كانت قد أسست لهذا التوجه منذ ما يزيد عن 20 سنة في حكمها الصادر بتاريخ 21 مارس 1988¹²، إلا أن المجلس الأعلى كان له رأي آخر، رأي يكرس توجه محاكم مرحلة الحماية، رغم أن الدواعي لهذا المبدأ في تلك المرحلة قد تغيرت إن لم أقل ودون مبالغة أنها انقلبت بنسبة مائة وثمانون درجة¹³،

10 - أنظر في هذا التوجه بناء على معطيات أخرى، عبد الواحد حمداوي، مرجع سابق، ص 105.
11 - أنظر في هذا التوجه، عبد العالي دقوقي، المسطرة القضائية للتحفيظ العقاري بين القانون الحالي، ومشروع قانون التحفيظ العقاري 14.07، المجلة المغربية للإقتصاد والقانون المقارن، العدد 50 لسنة 2008، ص 241.

12 - صادر في الملف المدني عدد 112-113/1987، أورده عبد العالي دقوقي، المرجع السابق ص 24.
13- وأعتقد بنسبة هذا الانقلاب في الدواعي بناء على أن ما أدى إلى إعمال مبدأ اعتبار طالب التحفيظ اللاحق بمثابة متعرض يقع عليه عبء الإثبات هو تسهيل سيطرة المعمرين على الأراضي، أما حاليا فإنه إذا ما أخذنا على سبيل المثال الأراضي التابعة للملك الخاص للدولة فإننا نجد مديرية أملاك الدولة المعهود إليها تسيير هذه العقارات لا تبادر إلى طلب تحفيظ العديد من أراضيها لعدة أسباب، إما لعدم معرفة أحقيتها فيها في وقت سابق، أو أسباب أخرى ما يجعل الكثير من سمسارة العقار أو =

إضافة إلى تغير الدواعي والظرفية التي أتى فيها المبدأ الذي يتم نقاشه فإن التساؤل الذي يفرض نفسه هو كيف يمكن إعطاء طالب التحفيظ مركزا قانونيا يعفيه من عبء الإثبات بالرغم من أن طالب التحفيظ وبصريح عبارة المادة 13 من ظهير التحفيظ العقاري هو مجرد تصريح مقابل وصل¹⁴،

أي أنه تعبير عن إرادة منفردة صادرة عن شخص¹⁵ يمكن أن يكون حسن النية ولكن الواقع أكد افتراض سواء النية المنصوص عليها في الفصل 48 من ظهير التحفيظ العقاري الذي ينص عليه أنه " كل طلب للتحفيظ او تعرض عليه ثبت صدوره عن... سوء نية يوجب ضد صاحبه غرامة... "،

فكيف يمكن للمحكمة أن تضبط سوء نية طالب التحفيظ، أو كيدية طلب التحفيظ إذا كانت ملزمة بدراسة أدلة المتعرض، ويمنع عليها أصلا النظر في مدى صحة مطلب التحفيظ ومصداقيته¹⁶.

= = مالكي العقارات المجاورة لأراضي الملك الخاص للدولة، يبادرون إلى وضع مطلب تحفيظها، فبغض النظر عن نوع المستندات التي يعتمدونها، فإنه وفقا للمبدأ المعمول به يكونون نظريا معفيين من الإثبات أمام المحاكم، هذا ما يقوي مركزهم ويضعف مركز الدولة، ما يجعل هذه الأخيرة تبذل الجهد الكبير في إثبات إستحقاقها للعقار، أو صحة تعرضها إضافة إلى ما يترتب عن ذلك من إخراج العقار من الدائرة الاقتصادية لمدة طويلة.

14 - تنص المادة 13 من ظهير التحفيظ العقار على : "كل شخص راغب في التسجيل يسلم للمحافظ على الأملاك العقارية تصريحاً عليه إمضاؤه أو إمضاء من ناب عنه بموجب توكيل خاص ويسلم له المحافظ توصيلاً عن ذلك على أن التصريح المذكور يكون محتويا على ما يأتي بيانه : ...".

15 - عادل العشابي، المرجع السابق، ص 79

16 - للتوسع في هذه النقطة أنظر محمد خيرى، التعرضات أثناء التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، دار الثقافة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، ص 209.

ختم:

يتفق جل الدارسين لمقتضيات التحفيظ العقاري، باحثين وفقهاء على أن السياق التاريخي للقراءة المعطاة للفصل 37 يؤكد أن سلطات الحماية رامت من خلاله إعطاء المحافظ سلطات واسعة بخصوص إنهاء نزاع حول عقار لأنه كان بالأساس موظفا فرنسيا أو مواليا لها، وذلك قصد تسهيل سيطرة المعمرين على الأراضي،

وإذا ما جعلنا هذا السياق التاريخي هو المرجوع إليه لفهم التفسير المعطى للفصل المذكور فإن الجميع سيتفق على أنه لا المعطيات الواقعية، ولا القانونية أصبحت مواتية لاستمرار مثل هذه المبادئ القانونية التي صعب على المجلس الأعلى تجاوزها رغم تمكنه من تمديد سلطة قاضي التحفيظ في حالات عدة،

وأعتقد أمام الطفرة النوعية التي يشهدها العقار في المغرب أنه على المجلس الأعلى أن يعمل على استقرار توجهه في المنحى الذي يسمح بتمديد صلاحية المحكمة إلى الحد الذي يمكنها من حسم النزاع المتعلق بالتعرضات، وأن يفتح لها المجال للحسم في مطالب التحفيظ،

وبصفة عامة ولسد مثل هذه الثغرات يتعين مراجعة ظهير التحفيظ العقاري ليس على شاكلة المراجعة المعتمدة من خلال المشروع المطروح حاليا للنقاش، بل يجب أن تكون مراجعة مشبعة بنظرة شمولية لا تجزيئية،

مراجعة تأتي بمقتضيات قابلة للتكيف مع المتغيرات السوسيوإقتصادية المتسارعة التي يشهدها المغرب.

مستجدات التقييد الاحتياطي على ضوء القانون رقم 14.07 المغير والمتمم لقانون التحفيظ

الدكتور العربي محمد مياد
باحث في العلوم القانونية

- التعريف :

يعرف الفقه التقييد الاحتياطي بأنه الإجراء الذي يقوم به صاحب حق تعذر عليه تسجيله لسبب من الأسباب، ليضمن لنفسه في المستقبل إمكانية هذا التسجيل عند زوال المانع،

وعلى هذا الأساس يكون دور التقييد الاحتياطي ينحصر في الحفاظ على حقوق محتملة من الضياع لأسباب شكلية أو في انتظار إعلانها من طرف السلطة القضائية والتي غالبا ما يكون المستفيد قدم بشأنها طلبا للمحافظ على الأملاك العقارية.

مثال : تعذر تقييد عقد البيع بسبب عدم تسجيله لدى إدارة التسجيل أو بسبب عدم إرفاقه بشهادة التقسيم والملف التقني إذا تعلق الأمر باستخراج القطعة الأرضية المبيعة من الرسم العقاري الأصلي، أو أن هذا الملف التقني لم يعد من طرف مهندس طبوغرافي مساح محلف مقيد في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين المساحين الطبوغرافيين¹.

- خصائص التقييد الاحتياطي :

أولا: الطابع المؤقت للتقييد الاحتياطي :

إذا كان تسجيل الحقوق العينية المتعلقة بعقار محفظ تعتبر تسجيلات نهائية من حيث المبدأ، ولا يمكن التشطيط عليها إلا لأسباب موضوعية من قبيل

1 - استأذنا المرحوم مأمون الكزبري : التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي ج 1 ط 2 سنة 1987 مطبعة شركة الهلال العربية للطباعة والنشر الرباط ص.

الاتفاق أو بناء على حكم قضائي اكتسب قوة الشيء المقضي به، عكس التقييد الاحتياطي الذي يبقى تقييد مؤقتا، لا يمنح للمستفيد منه أي حق على العقار موضوع التقييد الاحتياطي، غير انه يحفظ له بصفة مؤقتة حقوقا محتملة إلى حين استيفاء الشروط الشكلية الضرورية لجعل الحق العيني قابلا للتسجيل النهائي.

وفي هذا الإطار قضت محكمة الاستئناف بالرباط أن "دور التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري هو المحافظة المؤقتة على حق موجود، لكن منازع فيه و ينتظر من القضاء أن يعطي كلمته فيه، وإما على حق تعذر استكمالها لتأخر توفره على شكلية من الشكليات.

وهذا ما أكد عليه الفصل 85 من القانون رقم 07.14 السالف الذكر الذي ينص على أنه يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا، ويتم تضمين التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري وكذا بنظيره.

ثانيا : التقييد الاحتياطي يحول صاحبه حق الأولوية في الرتبة :

ينص الفصل 85 أعلاه، ان تاريخ التقييد الاحتياطي هو الذي يحدد رتبة التقييد اللاحق للحق المطلوب الاحتفاظ به وهذا يعني أنه يحدد ترتيب الأولوية بين الحقوق المتعلقة بالعقار الواحد حسب ترتيب تقييدها باستثناء الحالة التي تقدم في آن واحد عدة طلبات متعلقة بنفس العقار فإنه ينص على ذلك بسجل الإيداع وتقييد الحقوق بنفس الرتبة، فإن تنافى بعضها مع البعض رفض المحافظ على الأملاك العقارية التقييد.

وقد قضى المجلس الأعلى² (محكمة النقض حاليا) أن تاريخ التقييد الاحتياطي في عقار محفظ هو الذي يعتبر لتعيين رتبة التسجيل اللاحق للحق.

2 - قرار عدد 929 صادر بغرفتين بتاريخ 22 مارس 2006 في الملف المدني عدد 744 / 1 / 01 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرقمي مايو 2007 عدد 67 ص 302.

ثالثا : التقييد الاحتياطي إجراء تحفظي :

إن المشرع بتنصيبه على مسؤولية المحافظ على الأملاك العقارية مسؤولية شخصية عن فساد وبطلان ما ضمن بالرسم العقاري جعل المحافظون يتعاملون بصرامة مع كل الوثائق المدلى بها من طرف ذوي الحقوق سواء تأكيدا لمطالب التحفيظ أو من أجل تسجيل الحقوق العينية أو الشخصية القابلة للتسجيل وللتلطيف من هذه الصرامة منح المشرع للمستفيد المحتمل مسطرة استثنائية تتمثل في سلوك التقييد الاحتياطي كإجراء وقائي وتحفظي للاعتراف مؤقتا بالحق المترتب على عقار محفظ إلى حين زوال المانع المسطري من التقييد.

وكثيرا ما يتم اللجوء إلى المسطرة المذكورة مخافة أن تصير الحقوق المحتملة مهددة إذا ظلت خفية³.

- أنواع التقييد الاحتياطي :

1- التقييد الاحتياطي بناء على سند *La prénotation sur titre* :

التعريف : يعرف التقييد الاحتياطي بناء على سند بأنه التقييد الذي يقوم به المحافظ على الأملاك العقارية بناء على سند يبرره، ويستنتج هذا الاتجاه من مضمون الفصل 85 المشار إليه أعلاه الذي ينص على أنه يضمن طلب التقييد الاحتياطي من طرف المحافظ بالرسم العقاري بناء على سند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته.

والملاحظ أن هذا الفصل لم يحدد طبيعة هذا السند، إلا أنه مع ذلك اشترط أن يكون هذا السند مثبتا لحق قابلا للتسجيل، والمتمثلة أساسا في جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء سواء تعلق الأمر بالهبات أو البيوعات والأكرية التي تفوق مدتها 3 سنوات، وكذلك كل الحوالة لقدر مالي

3 - محمد ابن الحاج السلمي المرجع السابق ص 20.

يساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء أو الإبراء منه، بالإضافة إلى جميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري والأحكام القضائية التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به.

مسطرة التقييد الاحتياطي : قد حدد الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري مسطرة التقييد الاحتياطي، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي :

- تقديم طلب إلى المحافظة العقارية المختصة مرفقا بالسند المثبت للحق المدعى فيه، وبما يفيد أداء الصائر ؛

- يسجل هذا التقييد بنظير الرسم العقاري ؛

- تحدد في 10 أيام مدة صلاحية هذا التقييد ؛

- لا يحق للمحافظ للقيام بتقييد آخر ؛

- قبول التقييد الاحتياطي بناء على سند مقيد بعدم وجود نص قانوني يمنع هذا التقييد، كما هو الشأن مثلا بالنسبة للعقارات المثقلة بحجوزات أو إنذارات عقارية، ذلك ان الفصل 87 من قانون التحفيظ العقاري ينص على أن كل حجز أو إنذار لحجز عقاري يجب أن يبلغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيد به بالرسم العقاري، وابتداء من تاريخ هذا التقييد لا يمكن إجراء أي تقييد جديد خلال جريان مسطرة البيع الجبري للعقار المحجوز.

والتساؤل المطروح هل المحافظ ملزم بالاستجابة التلقائية لطلبات التقييد الاحتياطي بناء على سند ؟

- لا يوجد ما يلزم المحافظ على الأملاك العقارية على الاستجابة التلقائية لطلب التقييد الاحتياطي

- من واجبه رفض التقييد المذكور إذا لم يدل الطالب بنظير الرسم العقاري، والكل تحت مسؤوليته الشخصية.

- إذا ما رام المحافظ رفض طلب التقييد الاحتياطي، يتعين عليه تعليل قراره مع تبليغه إلى المعني بالأمر بجميع الطرق القانونية للتبليغ.

2- التقييد الاحتياطي بناء على أمر قضائي *La prénotation sur ordonnance* :

أ- مفهوم الأمر القضائي :

يقصد بالأمر القضائي في مفهوم الفصل 85 أعلاه، ذلك الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بهذه الصفة، وليس بصفته قاضيا للمستعجلات، يخول بمقتضاه للمحافظ بإجراء تقييد احتياطي في السجل العقاري ضمانا لحق محتمل يدعيه الطالب، ولا يدخل هذا الأمر في إطار ما تضمنه الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية المتعلق بالأوامر المبنية على الطلب والمعاينات لأن هذا الأخير نص عام.

ب- مسطرة الحصول على أمر قضائي بالتقييد الاحتياطي :

- تقديم طلبا إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختص متضمنا للشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة لرفع الدعاوى، وذلك اعتمادا سواء على مقال مكتوب أو تصريح يدلى به محام مقبول للترافع، أو موظف عمومي متى تعلق الأمر بالدولة على الخصوص.

- يجب أن يتضمن المقال أو المحضر موضوع الدعوى، والوقائع، والوسائل المثارة، مع إرفاقه بالمستندات التي تثبت الحقوق المحتملة للطالب.

ج- مفعول التقييد الاحتياطي بناء على أمر قضائي :

يحدد مفعول التقييد الاحتياطي بناء على الفصل 86 المشار إليه آنفا في 3 أشهر ابتداء من تاريخ صدوره عوضا عن 6 أشهر التي كان معمول بها قبل التعديل، ما لم ينجز التقييد النهائي للحق، وتكون هذه المدة قابلة للتمديد بأمر من رئيس المحكمة شريطة تقديم دعوى في الموضوع، ويستمر مفعول هذا التمديد إلى حين صدور حكم نهائي.

وهذا يعني أن المستفيد ملزم بالإدلاء بشهادة عقارية تثبت القيام بهذا الإجراء تحت طائلة التشطيب على التقييد الاحتياطي بناء على أمر قضائي.

3- التقييد الاحتياطي بناء على مقال :

استنادا إلى الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري يحق لكل شخص ذاتي أو معنوي يدعي حقا على عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا بناء على نسخة مقال دعوى مرفوعة أمام قضاء الموضوع.

والمقصود هنا بالقضاء العادي، القضاء المختص نوعيا بالنظر في الدعوى المتعلقة باستحقاق العقار أو المطالبة بحقوق عينية.

وقد نصت المادة 13 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذها الظهير الشريف رقم 1.11.178 بتاريخ 22 نونبر 2011 أن الدعاوى الرامية إلى استحقاق عقار محفظ أو إسقاط عقد منشىء أو مغير لحق عيني لا مفعول لها اتجاه الغير إلا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا.

وقد ميزت المادتان 9 و10 من نفس القانون بين نوعين من الحقوق، الحقوق العينية والحقوق التبعية، ويدخل في حكم الحقوق العينية على سبيل الحصر الحقوق التالية :

- حق الملكية : حق الملكية حق عيني يخول صاحبه دون غيره حق الاستعمال والاستغلال والتصرف ولا يقيد في ذلك إلا القانون أو الاتفاق.

- حق الارتفاق والتحملات العقارية : حق الارتفاق حق عيني قوامه تحمل مقرر على عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر.

- حق الانتفاع : حق الانتفاع حق عيني يخول للمنتفع استعمال عقار على ملك الغير واستغلاله تنقضي مدته بموت المنتفع.

- حق العمري : حق العمري حق عيني قوامه تمليك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة.

- حق الاستعمال : حق الاستعمال حق يخول للمستفيد استعمال عقار على ملك الغير وتنقضي مدته بموت المستعمل، على أن ينص في العقد المنشئ لهذا الحق على طبيعته العينية.

- حق السطحية : حق السطحية حق عيني قوامه ملكية بنايات أو منشآت أو أغراس فوق أرض الغير.

- حق الكراء الطويل الأمد : حق عيني يخول صاحبه كراء عقار الغير لمدة تفوق 10 سنوات دون أن تتجاوز 40 سنة وينقضي بانقضائها، ويمكن تفويت هذا الحق.

- الحبس : وهو كل مال حبس أصله بصفة مؤقتة أو مؤقتة وخصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة، ويتم إنشاؤه بعقد، أو بوصية، أو بقوة القانون.

ويكون الوقف إما عاما أو معقبا، أو مشتركا :

- الزينة : الزينة حق عيني يخول صاحبه ملكية البناء الذي شيده على نفقته فوق أرض الغير.

- الهواء والتعلية : الهواء والتعلية حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائما فعلا يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة.

ويضاف إلى ما سبق الحقوق العرفية المنشأة على وجه صحيح قبل دخول هذا القانون، حيز التنفيذ.

والجدير بالتنبيه أن الحقوق العينية أعلاه واردة على سبيل الحصر ولا يمكن إضافة أي حق آخر إلا بمقتضى القانون.

أما الحقوق العينية التبعية فهي واردة كذلك على سبيل الحصر وهي كالتالي :

- الامتيازات : الامتياز حق عيني تبقي يخول للدائن حق الأولوية على باقي الدائنين ولو كانوا مرتين.

- الرهن الحيازي : الرهن الحيازي حق عيني يتقرر على ملك يعطيه المدين أو كفيله العيني إلى الدائن المرتهن لضمان الوفاء بدين ويحول الدائن المرتهن حق حيازة المرهون وحق حبسه إلى أن يستوفي دينه.

- الرهن الرسمي : الرهن الرسمي حق عيني تبقي يتقرر على ملك محفظ أو في طور التحفيظ ويخصص لضمان أداء دين.

وترفع الدعوى أمام القضاء طبقاً لما ورد في الفصل 31 من قانون المسطرة المدنية شريطة إثبات توافر شروط التقاضي من أهلية ومصلحة وصفة.

هذه بصفة إجمالية أهم أنواع التقييدات الاحتياطية التقليدية كما وردت في قانون التحفيظ العقاري، يضاف إليها أنواع أخرى وردت في نصوص متفرقة كما سنوضح أذناه.

- أنواع التقييدات الاحتياطية الواردة في نصوص خاصة :

1- التقييد الاحتياطي بناء على مقتضيات قانون نزع الملكية :

خول المشرع بمقتضى الفصل 25 من القانون رقم 7.81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة وبالاحتلال المؤقت الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 بتاريخ 6 مايو 1982 لنزع الملكية إمكانية تقديم طلب أمام المحافظ على الأملاك العقارية من أجل تسجيل تقييد احتياطي في الرسم العقاري متى تعلقت مسطرة نزع الملكية بعقار محفظ أو حقوق عينية مترتبة عليه، شريطة أن يدعم الطلب بالأمر القضائي الصادر بالحيازة.

ولا ينتهي مفعول هذا التقييد إلا بتسجيل الحكم الناقل للملكية، ويسري بأثر رجعي إلى تاريخ إجراء التقييد الاحتياطي.

2- التقييد الاحتياطي بناء على قانون تسنيد الديون الرهنية :

عرف الفصل 2 من القانون رقم 10.98 المتعلق بتسنيدي الديون الرهنية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.99.193 بتاريخ 25 غشت 1999 بأن تسنيدي الديون الرهنية بأنها العملية المالية المتمثلة في قيام صندوق توظيف جماعي للسند بشراء رهنية يؤدي ثمنها بواسطة حصص ممثلة لتلك الديون وعند الاقتضاء بواسطة إصدار اقراض سندي معتمد على تلك الديون، وذلك وفق الأحكام الواردة في هذا القانون.

عملية تسنيدي الديون هي العملية التي تقوم بموجبها مؤسسة الائتمان بالتخلي جزئيا عن ديونها المضمونة برهن رسمي من الدرجة الأولى لفائدة مؤسسة ائتمان أخرى تدعى صندوق التوظيف الجماعية للسند، مقابل استصدار مجموعة من القيم المنقولة قابلة للتداول في البورصة، وتكون هذه القيم مماثلة لقيمة الرهون المتخلي عنها.

واستنادا إلى المادة 24 من القانون أعلاه، يقيد احتياطيا على الرسوم العقارية المثقلة بالرهون عزم المؤسسة المبادرة على تفويت كل دين رهني وارد في المستند المتعلق بتفويت الديون الرهنية إلى مؤسسة التدبير والإيداع عن طريق تسليم ذلك المستند وذلك بواسطة تصريح موقع ومصادق عليه يودعه ممثلوا مؤسسة التدبير والإيداع القانونيون لدى المحافظة العقارية المختصة.

3- التقييد الاحتياطي بناء على مدونة تحصيل الديون العمومية :

طبقا لمقتضيات المادة 115 من القانون رقم 15.97 بمثابة مدونة تحصيل الديون العمومية الصادر بتنفيذها الظهير الشريف رقم 1.00.175 بتاريخ 3 مايو 2000 كما وقع تعديله وتتميمه يمكن للمحاسب المكلف بالتحصيل، بناء على الإعلام بالتصحيح أن يطلب التقييد الاحتياطي وفق الشروط المحددة في المادة 85 من ظهير التحفيظ العقاري.

ويكيف هذا الطلب على انه طلب بناء على سند كما رأينا أعلاه. ويبقى التساؤل المطروح ما هي الديون العمومية التي يمكن أن تكون أساسا لهذا المطالبة، ثم من المقصود بالمحاسب العمومي ؟

عرفت المادة 2 من مدونة تحصيل الديون العمومية، الديون العمومية بأنها :

- الضرائب المباشرة للدولة والرسوم المماثلة؛

- الضريبة على القيمة المضافة؛

- الحقوق والرسوم الجمركية ؛

- حقوق التسجيل والتنبر ؛

- مداخيل وعائدات أملاك الدولة ؛

- حصيلة الاستغلالات والمساهمة المالية للدولة؛

- الغرامات والآذونات النقدية ؛

- سائر الديون الأخرى المستحقة للدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية التي يعهد بقبضها للمحاسبين المكلفين بالتحصيل، باستثناء الديون ذات الطابع التجاري المستحقة لفائدة المؤسسات العمومية؛ وعلى هذا الأساس سوى المشرع بين الديون المستحقة لفائدة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية مادام يعهد بتحصيلها لمحاسب معين طبقا للقانون لهذا الغرض. ويستثنى من هذه الحماية الديون ذات الطابع التجاري المستحقة للمؤسسات العمومية.

لكن ما المقصود بالمحاسب العمومي المكلف بتحصيل الديون العمومية ؟ ذكرت المادة 3 من مدونة تحصيل الديون العمومية الأشخاص الذين يعتبرون حصريا محاسبون مكلفون بالتحصيل وهم كالتالي :

- الخازن العام للمملكة ؛

- الخازن الرئيسي ؛
- الخزنة الجهويون وخزنة العمالات والأقاليم ؛
- الخزنة الجماعيون والقباض ؛
- قباض الجمارك والضرائب غير المباشرة ؛
- كتاب الضبط بمحاكم المملكة بالنسبة للغرامات والمصاريف القضائية ؛
- الأعدان المحاسبون بالمؤسسات العمومية .

وهذا يعني أن من حق كل هؤلاء المطالبة بإجراء تقييد احتياطي بناء على سند ضمانا لاستيفاء الديون العمومية، ويتم هذا التقييد مجانا طبقا للمادة 116 من مدونة تحصيل الديون العمومية.

4- التقييد الاحتياطي بناء على القانون المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز :

ينص الفصل 618.10 من القانون رقم 44.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.309 بتاريخ 3 أكتوبر 2002 المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود على أنه يمكن للمشتري بموافقة البائع إذا كان العقار محفظا أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية إجراء تقييد احتياطي بناء على عقد البيع الابتدائي وذلك للحفاظ المؤقت على حقوقه. ويبقى هذا التقييد ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع.

ويكيف هذا التقييد على أنه تقييد بناء على سند إلا أن الإجراءات المتبعة لتقييده توافق جزئيا مضمون الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري، بحيث لا يتم التقييد الاحتياطي إلا بعد موافقة البائع، على أنه إذا تم هذا التقييد لا يحق للبائع الترخيص بإجراء تقييد ثان لفائدة الغير. وإمعانا في الاحتياط منع المشرع المحافظ على الأملاك العقارية أن يسلم نظير الرسم العقاري للبائع.

ويسري مفعول هذا التقييد الاحتياطي إلى غاية تقييد البيع النهائي دون اعتبار للمدة.

5- التقييد الاحتياطي بناء على القانون المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك

العقار :

خولت المادة 5 من القانون رقم 51.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.202 بتاريخ 11 نونبر 2003 للمكثري الممتلك حق تقديم طلب إلى المحافظ على الأملاك العقارية من أجل إجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري بناء على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار.

ويعتبر العقد في مفهوم الفصل 85 من قانون التحفيظ العقاري بمثابة سند، إلا أنه لا تسري عليه أحكام هذا الأخير من حيث الآجال (10 أيام) وإنما يبقى هذا التقييد قائماً إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري المعني، ويتم تعيين رتبة تقييد العقد النهائي اعتماداً على تاريخ التقييد الاحتياطي.

ولا يتم هذا التقييد كذلك إلا بعد الإدلاء بنظير الرسم العقاري، وهو ما يعطي له صفة التقييد الإتفاقي.

6- التقييد الاحتياطي بناء على قانون الإصلاح الزراعي :

نص الفصل 11 مكرر من القانون رقم 06.1 بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.72.277 بتاريخ 29 دجنبر 1972 بمثابة قانون يتعلق بمنح بعض الفلاحين أراض فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص على أنه خلافا لمقتضيات الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري يتم التقييد المؤقت بدون صائر لحق المستفيدين على قطعهم بطلب من الإدارة اعتماداً على لائحة الأفراد الموزعة عليهم الأراضي عن طريق التقييد الاحتياطي لحق المعننين بالدفاتر العقارية متى كان الأمر يتعلق بقطع متأصلة من عقارات محفظة. ولا ينتهي أثر هذا التقييد إلا بطلب من الإدارة وبصفة تدريجية حسب تقييد عقود البيع المبرمة لفائدة الأفراد الموزعة عليهم تلك الأراضي.

لكن السؤال المطروح، مدى قابلية التقييد الاحتياطي للتشطيب ؟

لتجاوز سلبيات التقييد الاحتياطي تدخل المدير العام للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية وأصدر مذكرة تحت رقم 1703 بتاريخ 13 فبراير 2011 أثار فيها انتباه المحافظين على الأملاك العقارية على الصعيد الوطني أن بعض أنواع هذه التقييدات تتم بطريقة تعسفية أو بسوء نية مما أدى إلى المساس باستقرار المعاملات العقارية وبغية الحد من هذه الإشكالية طلب من المحافظين :

- عدم قبول طلبات التقييد الاحتياطي بناء على سند إلا بعد التأكد من أن السبب في عدم التسجيل النهائي يعود إلى شكلية بسيطة ويمكن تداركها داخل أجل 10 أيام ؛

- بالنسبة للتقييد الاحتياطي بناء على أمر قضائي، فإن المحافظ غير ملزم بتقييده إلا إذا كان صادرا عن المحكمة المختصة محليا.

- الأمر القضائي المعول عليه في التقييد الاحتياطي هو الأمر الصادر في مواجهة المالك المقيد في الرسم العقاري، تماما كما هو الشأن بالنسبة للتقييد الاحتياطي بناء على مقال.

- يمنع الاستجابة إلى طلبات التقييد الاحتياطي إذا تعلق الأمر بالحقوق التالية :

1- الحقوق غير القابلة للتقييد النهائي ؛

2- حقوق طالها التطهير؛

3- المطالبة بديون طبيعية أي طالها التقادم؛

4- حقوق مكتسبة خلافا للنظام العام.

هذا وإنه في الحالة التي يتعلق الأمر بتقييد احتياطي يخص جزءا من وعاء الرسم العقاري، يتعين نقل هذا التقييد إلى الجزء المعني بعد القيام بإجراءات التقسيم أو التجزئة اعتمادا على الملف التقني المنجز من طرف مهندس مساح خاص.

وإمعانا في التوضيح أصدر المحافظ العام مذكرة رقم 12277 بتاريخ 8 دجنبر 2011 في موضوع القانون رقم 14.07 غير بمقتضاه الظهير الشريف الصادر بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري حاول من خلالها أن يحيط بمستجدات القانون المذكور ولاسيما الشق المتعلق بالثقييد الاحتياطي وآثاره.

مدى قابلية الثقييد الاحتياطي للتشطيط ؟

نظرا لما للثقييد الاحتياطي من آثار بالغة على المعاملات العقارية، تكفل المشرع بمنح وسيلة قانونية للمالك من أجل التخفيف من هذه الآثار تتمثل على الخصوص في مؤسسة التشطيط.

- طبقا للفصل 86 من قانون التحفيظ، بالنسبة للثقييد الاحتياطي بناء على سند يمكن للمحافظ على الأملاك العقارية التشطيط عليه تلقائيا بعد انتهاء الأجل المحدد في 10 أيام،

- الثقييد الاحتياطي بناء على مقال يستمر مفعوله لمدة شهر، ويشطب عليه تلقائيا كذلك بعد انصرام الأجل المذكور، ما لم يدل طالب التحفيظ بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية المختصة محليا.

- الثقييد الاحتياطي بناء على أمر قضائي ينتهي مفعوله بعد 3 أشهر من صدوره ما لم ينجز الثقييد النهائي، يمدد هذا الأجل إلى حين صدور حكم نهائي إذا بادر المعني بالأمر بتقديم دعوى في الموضوع.

مسطرة التشطيط :

حسب منطوق الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات أن يأمر بالتشطيط على الثقييد الاحتياطي إذا ما تبث لديه أن الأسباب التي استند عليها طالب الثقييد الاحتياطي غير جدية وغير صحيحة.

- لذلك يتعين على كل شخص تضرر من التقييد الاحتياطي أن يتقدم إلى المحافظ على الملاك العقارية بطلب مؤرخ وموقع من طرفه أو من طرف المحافظ على الأملاك العقارية في حالة ما إذا كان الطالب أمياً أو عاجزاً عن التوقيع يتضمن البيانات التالية :

- العقار الذي يعنيه التشطيب؛

- التقييد الاحتياطي المراد التشطيب عليه؛

- سبب التشطيب وتاريخ السند المثبت لذلك.

والمحافظ على الأملاك العقارية ملزم بالتحقق من الوثائق المقدمة إليه قبل الاستجابة إلى الطلب تحت طائلة قيام مسؤوليته الشخصية.

- في حالة الاستجابة لهذا الطلب يتعين عليه أن يترجم هذه العملية بواسطة قرار مؤرخ وموقع من طرفه تحت طائلة البطلان.

- أما في حالة الرفض يكون ملزماً بإصدار قرار معلل مع تبليغه إلى المعني بالأمر بكل الوسائل القانونية، ويكون هذا القرار قابلاً للطعن أمام المحكمة الابتدائية المختصة، وكذا بالاستئناف والنقض.

لكن هل من حق المحافظ على الأملاك العقارية القيام بالتشطيب على التقييد الاحتياطي تلقائياً بعد تسجيله استناداً إلى حق المراقبة والتحقق من الوثائق المقدمة له ؟

لقد سبق للقضاء الإداري أن بت في نازلة ملخصها أن أحد أفراد جماعة سلالية تقدم بدعوى إدارية ضد من اغتصبوا أرضاً يملكها على الشيع مع باقي أفراد القبيلة، وتقدم في نفس الآن بطلب تقييد احتياطي لدى المحافظة العقارية لتسجيله على الرسم العقاري المعني، فاستجاب المحافظ للطلب، إلا أن هذا الأخير بعد ذلك أصدر قراراً بالتشطيب على هذا التقييد الاحتياطي بعلّة أن التقييد تم بطريقة مخالفة للظهير الشريف المؤرخ في 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم

الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وهو القرار المطعون فيه لمخالفته القانون.

وبعد عرض القضية على محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط استنتجت أن المحافظ على الأملاك العقارية إذا كان من حقه عدم تسجيل التقييد الاحتياطي بالسجل العقاري إذا ما تبين له أن مقال الدعوى المعتمد في طلب التقييد لا يستهدف إلى إثبات حق عيني على عقار محفظ، فإنه ليس من حقه التشطيب تلقائيا على التقييد الاحتياطي الذي سبق تسجيله بدعوى وجود سهو أو غلط استنادا إلى الفصل 29 من القرار الوزاري لسنة 1915 ما دامت هذه المقتضيات لا تشفع له في القيام بهذا التشطيب تلقائيا قبل صدور الحكم في الدعوى التي استند إليها في تسجيل التقييد الاحتياطي⁴.

لكن ما ذا لو لجأ المتضرر إلى رئيس المحكمة مباشرة من أجل التشطيب على التقييد الاحتياطي، فهل من حق هذا الأخير ان يقضي بعدم قبول الدعوى ؟

حسب منطوق الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري يمكن لرئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات أن يأمر بالتشطيب على التقييد الاحتياطي إذا ما ثبت لديه أن الأسباب التي استند عليها طالب التقييد الاحتياطي غير جدية أو غير صحيحة.

وكما هو معلوم فإنه طبقا للفصل 148 من قانون المسطرة المدنية لا يكون قاضي المستعجلات مختصا نوعيا للنظر في الطلب إلا إذا توفرت بعض الشروط منها على الخصوص شرطي الاستعجال وعدم المساس بالجوهر .

ويفهم من الفصل 86 المذكور أعلاه أن المشرع افترض وجود عنصر الاستعجال في طلب التشطيب على التقييد الاحتياطي على اعتبار أن هذا الأخير

4 - قرار عدد 587 بتاريخ 30 أبريل 2008 في الملف عدد 5/07/252 منشور على موقع وزارة العدل، محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط.

قد يكون سببا في عرقلة حركية العقار موضوع التقييد المذكور مع ما يترتب على ذلك من تأثير على حرية التصرف والاستغلال للملك العقاري، بل وقد يؤثر على تقدير قيمته المالية.

لكن التساؤل المطروح هل عندما يقوم قاضي المستعجلات بدراسة الوثائق المستدل بها من أجل التأكد من جديتها لا يعتبر تدخله هذا مساسا بالجوهر؟

أمام صراحة النص نرى أن اختصاص قاضي المستعجلات في هذه الحالة لا يخضع للشروط الواردة في الفصل 148 من قانون المسطرة المدنية وإنما يخضع إلى مضمون الفصل 86 من قانون التحفيظ العقاري لأنه نص خاص، والذي لا يعتبر مثل هذا التصرف يمس بالحق وإنما يحميه. غير أنه إذا بدا للمحكمة أن طلب التقييد إنما قدم بصفة كيدية أو عن سوء نية بإمكانها الحكم تلقائيا لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بغرامة لا يقل مبلغها عن 10% من قيمة العقار أو الحق المدعى به، دون الإخلال بحقوق الأطراف المتضررة في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن التقييد الاحتياطي التعسفي. والمقصود هنا بالمحكمة هي محكمة الموضوع وليس محكمة الرئيس.

حالة خاصة في التشطيب على التقييد الاحتياطي :

- التشطيب بقوة القانون -

- طبقا للفصل 11 من القانون رقم 06.01 بتغيير وتتميم الظهير الشريف رقم 1.72.277 بتاريخ 29 دجنبر 1972 بمثابة قانون يتعلق بمنح بعض الفلاحين أراض فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص السالف الذكر وخلافا للفصل 91 من قانون التحفيظ العقاري، يتعين على المحافظ على الأملاك العقارية التشطيب تلقائيا على التحملات والحقوق العينية التي تحول إلى حقوق شخصية يتم الوفاء بها على شكل تعويض يحدد بالتراضي بين الدولة والمستفيدين، وفي حالة عدم حصول اتفاق حول مبلغ التعويض، يحدد هذا الأخير كما هو الشأن في نزع الملكية.

يستشف من هذا الفصل أن المشرع منح المحافظ إمكانية التشطيب التلقائي على التقييد الاحتياطي المقيد على رسم عقاري متعلق بقطع أرضية موزعة في إطار الإصلاح الزراعي على صغار الفلاحين ضمانا لدين أو لحقوق محتملة، بغية تصفية أملاك الدولة الخاصة، وفي هذا امتياز لفائدة هذه الأخيرة.

- الخلاصة العامة :

- التقييد الاحتياطي مسطرة استثنائية يسلكها كل شخص لم يستطع الحصول على تقييد نهائي لحق محتمل منصب على عقار محفظ لأسباب شكلية ومسطرية.

- يكون التقييد الاحتياطي قابلا للتشطيب تلقائيا أو استنادا إلى أمر أو حكم قضائي نهائي، أو بإرادة المشرع.

- كثيرا ما يستغل من ذوي النيات السيئة من اجل عرقلة انتقال الملك العقاري وتخفيض قيمته في السوق العقارية.

- يتعين سواء على القضاء أو المحافظين التريث قبل الموافقة على إجراء هذه العملية تحت المسؤولية والضمان.

- المشرع مدعو إلى جعل الموافقة على إجراء التقييدات الاحتياطية من اختصاص القضاء.

الحقوق القابلة للتسجيل والقوة الثبوتية للتسجيلات في ضوء القانون رقم 07-14

ذ. المصطفى مروني
باحث باستر الدراسة الميتودولوجية
المطبقة على قانون الالتزام التعاقدية
والعقار كلية الحقوق فاس

مقدمة :

إن المسألة العقارية وما لها من أهمية على كل الأصعدة القانونية والاقتصادية والاجتماعية خاصة في بلد تبني توجهها ليبراليا¹ على كل المستويات عموما وحق الملكية خصوصا الذي اعتبر حق مقدسا كرسته كل دساتير البلاد ابتداء من دستور 1962 وصولا الى دستور 2011 الذي نص في فصل 35 على "يضمن القانون حق الملكية".

ذلك إن الاختيار الليبرالي الصادر عن مرجعية تقديس الفرد المعتبرة الابن الشرعي للثورة الفرنسية (1789) ذللة كل الصعوبات في وجه المبادرة الفردية التي ليس لها أن تتقيد الا بما يهدف الى اطلاق عنان حريتها وسلطانها عملا بالمبدأ الفيزيوقراطي القائل "دعه يعمل دعه يمر"² وما يترتب عنه من نتائج تتبدى أهمها

1 - اذا كان التوجه الليبرالي يطلق في الميدان الاقتصادي فان القانون يستعمل سلطان الارادة التي جاءت نتاج تراكم معرفي في جملة من العلوم التي رأت النور مع فكر فلاسفة القانون الطبيعي على رأسهم جون جاك روسو وكانت والعوامل الاقتصادية التي أفرزها عصر النهضة الأوروبية من خاصة خلال القرن 18، من خلال الفكر الاقتصادي الذي قال به أصحابه - وعلى رأسهم المدرسة الفيزيوقراطية الذي نظر لها الدكتور كيني وحمل لواء تطبيقها على المستوى العملي الوزير تيركو - للمزيد من التوسع أنظر الاستاذ محمد شيلح "سلطان الارادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، اسسه ومظاهره في نظرية العقد. رسالة لنيل دبلوم الدراسة العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق الرباط 1983ص1.

2 - الدكتور محمد شيلح في مرجعه السابق صفحة 2.

في قدسية الملكية كان لها انعكاس على السياسة التشريعية والعقارية منها بالخصوص الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إيجاد نظام محكم للملكية العقارية محيطا اياها بجملة من الضمانات اللازمة، سعى من خلالها إلى ضبط الملكية العقارية ضبطا محكما من شأنه القضاء على العرقلة العقارية المتولدة عن تواجد مصلحتين شبه متعارضتين الأولى تتمثل في احترام الملكية كحق مقدس وغير قابل للتقادم حسب التصور المرجعي³ والثانية تتجلى في توفير امن المعاملات العقارية وصيانتها لصالح الغير،

فالتحفيظ العقاري باعتباره يظهر العقار من كل الحقوق التي نشأت قبل تأسيس الرسم العقاري والتي لم يتم تسجيلها في الرسم العقاري على اعتبار ان هذا الاخير هو المنطلق الوحيد لكل الحقوق اذ من خلاله يمكن معرفة الوضعية المادية والقانونية للعقار هذه الوضعية التي لن يكتب لها ان تبقى جامدة اذ لا محال ان تكون هذه الحقوق محل تصرفات ومن هنا تأتي أهمية التقييدات حيث يمكن القول انها اهمية التحفيظ نفسه اذا استجمع شروطا سنحاول الوقوف عليها في هذا المقال، هذه الاهمية والتي تجد اساسها في نظام التسجيل العيني اكثر منه في نظام التسجيل الشخصي، ذلك ان نظام التسجيل العيني يوفر حماية لحقوق الغير باعتباره يسجل الحقوق بأسماء الملاك،

فالمشروع المغربي جعل مجموعة من الحقوق خاضعة للتسجيل في التصرفات الواردة على العقار المحفظ، تحت اشراف المحافظ العقاري، حتي تكون هذه الحقوق حجة في الإثبات،

أما فيما يتصل بالتنظيم القانوني فقد نظم المشروع المغربي احكام التسجيل في ظهير 12 غشت 1913 كما تم وعدل بالقانون رقم 07-14، والمسطر في القسم الثاني من هذا الظهير مستعملا مصطلح التسجيل وأول ما نسجله ان المشروع تراجع عنه

3 - المقصود بالتصور المرجعي هو قدسية الملكية.

مستعملا مصطلح التقييد بموجب تعديل 07-14. الا أن ما يسترعي الانتباه هو أن التعديل الذي جاء به القانون 07-14 المغير والمتمم لقانون التحفيظ العقاري المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011. هو تعديل مفاهيمي لا يمس مؤسسة التسجيل الا ان استعمال المشرع مصطلح التقييد قد يثير بعض اللبس مما قد يجعله يختلط بمؤسسة التقييد الاحتياطي⁴.

ومن خلال دراستنا للموضوع حاولنا مقارنة الموضوع بمنهج تحليلي ينطلق من النص ويعرض له بالتحليل. محاولين الاجابة على بعض الإشكالات العملية التي يطرحها الموضوع تتبدى في الآتي، ما الحقوق القابلة للتسجيل؟ ما القيمة القانونية التي أعطاهها المشرع للحقوق التي لم تسجل؟ هل هي نفسها القيمة التي اعطاها للحقوق المسجلة؟ الى اي حد عمل المشرع على توفير الحماية اللازمة للأطراف العلاقة التعاقدية وكذا الحماية المكفولة للحسني النية من الاغيار؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا المقال الذي سطرناه في بحثين، نخصص المبحث الأول لـ للأأنواع الحقوق القابلة للتسجيل، والمبحث الثاني خصصناه للطبيعة القرينة القانونية للتسجيلات.

المبحث الأول: الحقوق القابلة للتسجيل

لقد نظم المشرع المغربي الحقوق القابلة للتسجيل في الفصل 65 من قانون 12 غشت 1913 وأول ملاحظة يمكن ملاحظتها في هذا الشأن هو التعديلات التي أدخلت على صياغة هذا الفصل مما يقتضي منا البحث في الحقوق القابلة للتسجيل في ظل الصياغة الجديدة.

4 - حسب مذكرة تقديم مشروع القانون رقم 07-14 فإن من أهداف هذا التعديل تحيين المصطلحات المستعملة الا ان هذا لتحيين المتصل بمؤسسة التسجيل أعتقد بأنه يطرح تشويشا مفاهيميا قد يجعل مؤسسة التسجيل تختلط بمؤسسة التقييد الاحتياطي وان كان المشرع قد استعمل كذلك مصطلح التقييد من خلال مدونة الحقوق العينية المادة 2 وتوخيا لضبط المصطلح سأستعمل التسجيل بدل التقييد.

سوف نتحدث على الحقوق القابلة للتسجيل انطلاقاً من مصدر الحق موضوع التسجيل، هذا الحق الذي قد ينجر إما عن وقائع أو أحكام وأوامر قضائية (المطلب الأول) كما قد يكون مصدره التصرفات الحقوقية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الحقوق القابلة للتسجيل هي وقائع أو أحكام وأوامر قضائية :

ان الحديث عن هذا المطلب يقتضي من الوقوف على الحقوق القابلة للتسجيل والتي مصدرها وقائع مادية (الفقرة الأولى)، وذلك قبل الحديث عن الحقوق القابلة للتسجيل والتي مصدرها أحكام وأوامر قضائية. (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الوقائع القابلة للتسجيل :

كان الفصل 65 ينص في صيغته القديمة على "أنه يجب كشهر... جميع الأعمال" في حين نجده في صيغته الجديدة بعد التعديل الذي طرأ عليه بموجب القانون رقم 14-07 ينص على "أنه يجب أن تشهر... جميع الوقائع والتصرفات...". هذه الصياغة الجديدة قامت على أنقاض الانتقادات الموجهة للنص القديم حيث كان الفقه يعيب على المشرع استعماله مصطلح أعمال والذي يرجع إلى عيب في الترجمة عن المشرع الفرنسي الذي يستعمل "Tous faits" التي تعني الوقائع.

فعلى خلاف مصطلح الأعمال فإن مفهوم الوقائع، ينصرف إلى الوقائع الإرادية وغير الإرادية في حين لا ينصرف مصطلح الأعمال إلا إلى الوقائع الإرادية والتي يكون موضوعها العقار، لذلك نجد الفقه يفسر الأعمال بأنها كل الأعمال المادية التي يمكن أن تطرأ على العقار فتغير من طبيعته أو مساحته أو شكله أو معالمة⁵.

5 - محمد خيري : حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، دار النشر المعارف بالرباط، طبعة 2001، ص 370.

لذلك فإن الوقائع أشمل وأوسع من الأعمال، حيث أنها كما تنصرف إلى الأعمال الإرادية، تنصرف أيضا لتلك التي تعود للقوة القاهرة والحادث الفجائي، كما أنها لا تنصرف دائما إلى الوقائع التي من شأنها أن تمس بالوضعية المادية للعقار، بل قد تشمل حتى الوقائع التي من شأنها أن تغير من وضعية الأطراف ومراكزهم والتي لا تعود للاتفاق ولا للإرادة المنفردة.

أولا : الوقائع المادية

فبالنسبة لهذه النقطة المتعلقة بالوقائع التي تمس بالوضعية المادية للعقار نفسه، فإنه تعتبر استثناء من الأصل، حيث أن الأصل هو أن الذي يسجل هو المعاملات القانونية وليست الوقائع المادية، وبالتالي فإنه من الممكن بل من الواجب حتى يمكن الاحتجاج بالتغيرات التي طرأت على العقار سواء في طبيعته أو في مساحته أو شكله أو معالمة، تجاه الغير من تسجيلها في الرسم العقاري.

وانسجاما مع ما سبق فإنه يقبل التسجيل، السندات المنشأة على العقار والأغراس أو غيرها من الأمور التي يكون لها أثر إيجابي على العقار، ويجب أن تكون لهذه البناءات تأثير على قيمة العقار، وليس فقط تغييرات خفيفة.

كما تقبل التسجيل أعمال الهدم والقلع سواء كانت بإرادة المالك أو الغير أو نتيجة للقوة القاهرة، شريطة أن يكون قد شكل نقصا في قيمة العقار بشكل كلي أو جزئي.

وعموما كل ما من شأنه أن يغير من الوضعية المادية للعقار ويجعل ما هو مسجل في الرسم العقاري لا يعبر حقيقة عما هو عليه العقار ماديا.

ثانيا : موت المالك

يمكن تسجيل - بالإضافة إلى الوقائع المادية السالف ذكرها - بعض الوقائع الأخرى والتي من شأنها أن تغير من وضعية المالك كتلك التي تغير من أهليته وموته وغيرها، وسنقتصر هنا على بعض القواعد المرتبطة بموت المالك.

والمقصود بالمالك هنا مالك العقار أو أي حق عيني آخر عقاري أو أي حق يجب تسجيله.

وموت هذا المالك من الوقائع التي تنتج آثارها على الرسم العقاري والتي يعتبر ذكر اسم المالك من البيانات اللازم توفرها، وبما أن ذمة المالك تنتقل إلى الورثة، فإنه يمكن لهؤلاء الورثة أن يباشروا تسجيل الحق باسمهم، وفي هذا الصدد ينص الفصل 82 من ظهير 12 غشت 1913 كما تم تغييره وتتميمه بموجب القانون 14-07 "لتقييد الحقوق العينية العقارية المترتبة عن الإرث يجب على الورثة أو الموصي لهم أن يقدموا للمحافظ على الأملاك العقارية طلبا للتقييد مدعما بكل الوثائق المثبتة لانتقال الحق لفائدتهم بصفة قانونية...".

واضح من خلال صياغة هذا الفصل الطابع الاختياري لهذا التقييد ورغم ذلك يبقى التسجيل إلزامي لممارسة حق التصرف في العقار، ونفس الشيء يقال على الوصية حيث يمكن تسجيل حقوق الموصى له بمجرد موت الموصي لكن إذا لم يبادر الموصى له بتسجيل حقه امتنع عليه تسجيل تصرفاته تجاه هذا الحق.

الفقرة الثانية : التسجيلات المتعلقة بالأوامر والأحكام القضائية

بالرجوع إلى الفصل 65 من ظهير 12 غشت 1913 نجد أنه ينص في إحدى فقراته على أنه "يجب أن تشهر... جميع المحاضر والأوامر المتعلقة بالحجز العقاري وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو إقراره به أو تغييره أو إسقاطه...".

1- المحاضر والأوامر الواجب تسجيلها.

• الإنذار العقاري : ويكون ذلك في حالة النزاع الجبري للملكية العقارية، وهو ما جاء في الفصل 87 بأن كل أمر رسمي بحجز عقاري يجب أن يبلغ للمحافظ على الأملاك العقارية الذي يقيده بالرسم العقاري وابتداء من تاريخ

التبليغ المذكور لا يمكن أن يباشر بشأن العقار أي تقييد جديد مدة جريان مسطرة نزع الملكية.

• محضر الحجز التحفظي : وهو ما تم النص عليه في المادة 470 من قانون المسطرة المدنية إذ جاء فيها " يقيد المحضر بسعي من العون المكلف بالتنفيذ من طرف المحافظ في الرسم العقاري طبقاً للتشريع الجاري به العمل " .

وعلى العموم جميع الأوامر التي يصدرها القضاء بناء على طلبات الدائنين الرامية إلى توقيع الحجز على عقار المدين المضمونة به ديون هؤلاء الدائنين. إلا أن هذه المحاضر ليست لها آثار عينية، بل فقط تمنع المدين من التصرف في عقاره.

2- الأحكام القضائية الواجب تسجيلها.

الأحكام الواجب تسجيلها هي الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به والتي يكون موضوعها تأسيس حق عيني عقاري أو نقله إلى الغير أو إقراره به أو تغييره أو إسقاطه.

أي تلك الأحكام التي استوفت جميع طرق الطعن العادية وأصبحت قابلة للتنفيذ ولا يهم أن يكون ممكن الطعن فيها بطرق الطعن غير العادية، بل حتى ولو تم الطعن فيها بالفعل، على اعتبار أن الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ كأصل عام، إلا في ثلاث حالات كما هو مضمن في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية ومن ضمنها قضايا التحفيظ العقاري، فهل تعتبر المنازعات المتعلقة بالتقييدات تدخل في إطار ما يسمى بقضايا التحفيظ المنصوص عليها في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية؟

الجواب على هذا السؤال رهين بالتمييز بين مرحلتين، المرحلة الأولى قبل صدور قانون 14-07 وما بعده.

فقبل صدور قانون 14-07 كان الفصل 1 ينص على أنه " يقصد بالتحفيظ جعل العقار المحفظ خاضعاً لنظام هذا الظهير من غير أن يكون في الإمكان

إخراجه منه فيما بعد" وبالتالي فإن منازعات التحفيظ العقاري التي يتم وقف تنفيذها عند الطعن بالنقض هي المنازعات المتعلقة بتأسيس الرسم العقاري.

أما الآن مع صدور القانون 14-07 فإن مفهوم التحفيظ بموجب التعديلات التي طرأت على الفصل 1 يشمل مسطرة التحفيظ وكذا التقييدات اللاحقة والمراد إنجازها على الرسم العقاري.

وانطلاقا من كل ما سبق فإن الحكم القضائي الذي يقبل التسجيل هو الحكم البات الذي استوفى جميع طرق الطعن العادية منها وغير العادية، أما قبل ذلك فلا يكون من حق صاحب الحق سوى أن يطلب تقييد حقه تقييدا احتياطيا دون التقييد النهائي.

المطلب الثاني: الحقوق القابلة للتسجيل والتي مصدرها التصرفات الحقوقية

تعتبر الحقوق التي مصدرها الاتفاقات والتصرفات من أهم الحقوق التي ينبغي تسجيلها، والحقوق القابلة للتسجيل هي في الأصل الحقوق العينية دون الشخصية، إلا أنه استثناء يمكن تسجيل بعض الحقوق الشخصية ورد عليها النص في الفصل 65 من قانون التحفيظ العقاري.

الفقرة الأولى: التصرفات الحقوقية التي تقبل التسجيل والتي تقع على حق عيني عقاري.

تعتبر الحقوق العينية العقارية الواقعة على عقار محفظ من العقود التي لا تنتج آثارها العينية إلا من تاريخ تسجيلها في السجل العقاري، وبالتالي فإن أي تصرف يقع على هذه الحقوق ينبغي تسجيله وإلا ما أمكن الاحتجاج به تجاه الغير.

أولا: الحقوق العينية التي لا تنتج آثارها العينية إلا بتسجيلها.

لقد نص المشرع في الفصل 66 على أنه "كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله وابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية".

لكن المشرع لم يبين ولم يحدد الحقوق العينية، وبالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية نجدها في المادة الثامنة وما بعدها تصنفها إلى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

• الحقوق العينية الأصلية: تم تعداد الحقوق العينية الأصلية إلى عشرة في المادة التاسعة من قانون 39-08، وهي: حق الملكية - حق الارتفاق والتكاليف العقارية - حق الانتفاع - حق العمرى - حق الاستعمال - حق السطحية - حق الكراء الطويل الأمد - حق الحبس - حق الزينة - حق الهواء والتعليق - الحقوق العرفية المنشأة بوجه صحيح قبل دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

• الحقوق العينية التبعية: ورد النص على هذه الحقوق في المادة 10 من القانون 39-08. وهي الامتيازات والرهن الحيازية والرهن الرسمية.

فهذه الحقوق حتى يمكن الاحتجاج بها تجاه الغير ينبغي تسجيلها في الرسم العقاري.

لكن الإشكال يطرح حول ما إذا كانت هذه الحقوق هي محددة على سبيل المثال أو الحصر، أي هل يمكن للأطراف وفقا لسلطان الإرادة أن يتفقوا على استحداث حقوق عينية يعترف القانون بصفتها العينية، غير ما ذكره الفصل 9 والفصل 10، وتصبح بالتالي خاضعة للتسجيل في السجل العقاري؟

ومع ذلك فإن الامتياز ينتج كل آثاره دون ما حاجة لتسجيله وذلك بصريح النص 143 من مدونة الحقوق العينية، وكذلك الارتفاقات الطبيعية، والحقوق المكتسبة على المياه العامة.

كما يطرح سؤال، هل كل الحقوق المنصوص عليها في المادة 8 لا تنتج أثرها إلا بالتسجيل؟ ولماذا المشرع لم يحل على أحكام المادة 8 في ظهير 12 غشت 1913؟ (8 و9 و10 من القانون 31-08).

ثانيا: التصرفات الحقوقية القابلة للتسجيل الواقعة على حق عيني .

يجب أن تخضع كل التصرفات التي يكون موضوعها تأسيس أو نقل إلى الغير أو إقرار أو تغيير أو إسقاط حق عيني عقاري، إلى التسجيل العقاري (الفصل 65 من قانون التحفيظ العقاري).

ويستوي أن تكون التصرفات محل الشهر، ناتجة عن اتفاق (العقد) أو إرادة منفردة (كالمهبة . . .)، فما يهم هو موضوع هذه التصرفات الحقوقية.

• التصرفات التي تهدف إلى تأسيس حق عيني عقاري، نجده غالبا بموجب عقد مثل إنشاء حق سطحية أو انتفاع أو كراء طويل الأمد أو رهن رسمي أو غيرها من الحقوق الوارد تعدادها في الفصل 8 باستثناء الملكية.

• كذلك النقل على خلاف التأسيس يقصد به نقل الحق من شخص إلى آخر، والمثال الساطع على ذلك البيع والمعاوضة، حيث إن الفرق بين التأسيس والنقل، نجد أن التأسيس يعني إنشاء الحق حيث لم يكن سابقا على خلاف النقل الذي يكون الحق قائما ويتم نقله إلى الغير، وكنتيجة منطقية لما سبق فإن حق الملكية لا يمكن أن يكون موضوع تأسيس حق عيني عقاري في العقارات المحفوظة على اعتبار أن هذه الأخيرة لا تكتسب بالتقادم، والملكية لا تنشأ إلا بذلك أي الحيازة أو الاستيلاء أو إحياء أراضي الموات⁶.

أما إقرار حق عيني معناه أنه كان موجودا ولم يكن مسجلا وتم إقراره، والصورة الواضحة حقوق الورثة والموصى لهم.

ونفس الشيء يقال عن تغيير حق عيني عقاري كما لو تم قسمة عقار قسمة مهياة زمانية أو مكانية، أو تحويل عقار مملوك على الشيع إلى عقار مملوك ملكية

6 - مازن الجم : الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية مراكش، الجزء الأول، 1991 ص 32.

مشتركة، أو تغير بسبب الانتفاع بالعقار كما لو كان ينتفع بالعقار على سبيل الكراء الطويل الأمد فأصبح محبسا عليه.

وأخيرا إسقاط حق عيني عقاري، حيث كان قائما على وجه صحيح تم إنهائه وهذا الإسقاط كما قد يتم رضاء قد يتم قضاء كما قد يرجع للقوة القاهرة أو للإرادة المنفردة لأحد الأطراف بحسب الحالات.

الفقرة الثانية : الحقوق الشخصية القابلة للتسجيل

تعتبر قابلية الحقوق الشخصية للتسجيل استثناء من الأصل الذي هو الحقوق العينية وحدها القابلة للتسجيل وهذا التسجيل له أثر كاشف وليس منشئ الحق على اعتبار أن العلاقة تقوم بمجرد التراضي بين أطراف العقد إلا أن هذه العلاقة لا يمكن الاحتجاج بها تجاه الغير إلا إذا كانت مسجلة.

ويجد هذا الاستثناء أساسه القانوني في الفصل 65 من قانون التحفيظ العقاري.

حيث تم تحديد الحقوق الشخصية القابلة للتسجيل في ثلاثة :

1- عقود أكرية العقار لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، فمتى كان عقد الكراء المنصب على عقار محفظ لمدة تزيد عن ثلاث سنوات فلا بد من تسجيله بالرسم العقاري وإلا لما أمكن الاحتجاج به على الغير.

وهو أمر منطقي لأمرين، حيث يمنع تواطؤ المكري والمكثري على الإضرار بالغير مكتسب حق عيني عقاري وذلك لإبرام عقود أكرية طويلة الأمد، تقوم عائقا أمام الغير للاستفادة من حقه ولا نقصد الأكرية الطويلة الأمد التي تتجاوز 10 سنوات فذلك يدخل في إطار الحقوق العينية، أيضا الأكرية لمدة تفوق ثلاث سنوات يثقل العقار وينتقص من حرية المالك.

وكما سلف الذكر فإن هذا الحق يقوم بمجرد تراضي أطرافه، إلا أنه لا يمكن الاحتجاج به تجاه الغير إلا من تاريخ التسجيل حيث متى قام الغير

بتسجيل حقه قبل تسجيل عقد الكراء الذي تفوق مدته ثلاث سنوات امتنع على المكثري مطالبة الغير بحق الكراء لمدة تفوق ثلاث سنوات وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في إحدى قراراته فقرر "أن الكراء لأكثر من ثلاث سنوات غير المسجل لا يسري تجاه مكتسب الحق العيني المسجل على العقار المكثري إلا لمدة ثلاث سنوات فقط (لا أكثر) لكن يجب حساب ابتداء هذه السنوات الثلاث ابتداء من اليوم الذي سجل فيه مكتسب الحق العيني حقه على رسم الملكية للعقار المكثري"⁷.

2- الإبراء من قدر مالي مواز لأجور أبنية أو لأجور أراضي فلاحية لمدة تتجاوز السنة غير مستحق الأداء. وهنا أيضا نفس الفلسفة التي قام عليها تسجيل عقد الكراء وهي منع تواطؤ المبرء والمبرء على الإضرار بالغير والملاحظ أن المشرع لم يأخذ بكل الإبراءات بل بتلك التي بلغت حدا من الخطورة، وهي تلك التي توازي قيمتها مبلغ كراء أراض أو بناء لمدة تزيد على السنة.

3- حوالة قدر مالي يوازي بدلات كراء أبنية أو بدلات أراضي زراعية لمدة تفوق السنة غير مستحقة الأداء، والمقصود بالحوالة هنا هي حوالة الحق، ونفس الأحكام التي يخضع لها التسجيل في الإبراء يخضع لها التسجيل في حالة حوالة الحق حيث ينبغي أن تكون الحوالة غير مستحقة الأداء وأن تكون قيمتها توازي أو تفوق قيمة كراء الأراضي الزراعية أو الأبنية لمدة سنة.

المبحث الثاني : طبيعة القرينة القانونية لحجية التسجيل :

إذا كان التحفيظ العقاري يطهر العقار ويجعل كل حق غير مذكور اثناء جريان مسطرة التحفيظ غير ممكن الاحتجاج به فان التسجيل على عكس من

7 - قرار المجلس الأعلى عدد 51 الصادر بتاريخ 04 فبراير 1976، المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 5 سنة 1979، ص 129.

ذلك يفتقد عنصر التطهير الحق المسجل في السجل العقاري فيما اذا نشأ معيباً، فلا يكون في مأمن من الطعن فيه ذلك ان المادة 3 من ظهير 2 يونيو 1915⁸ تنص على ان الرسوم العقارية وما تتضمنه من تسجيلات تابعة لانشاءها تحفظ الحق الذي تنص عليه ما لم تبطل او يشطب عليها او تغير وهي حجة في مواجهة الغير على ان الشخص المعين بها هو فعلاً صاحب الحقوق الميئة فيها. ان ما يقع من ابطال او تغير لاحق لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير ذي النية الحسنة. كما لا يمكن ان يلحق به اي ضرر وفي ذلك ذهبت مدونة الحقوق العينية - التي نسخت ظهير 2 يونيو 1915 - من خلال المادة - : إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشاءها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلاً صاحب الحقوق الميئة فيها. إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير وتشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، إلا إذا كان صاحب الحق قد تضرر بسبب تدليس أو زور أو استعماله شريطة أن يرفع الدعوى للمطالبة بحقه داخل أجل ربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه. "فالتسجيل هو قرينة قانونية محمولة على عدم القطع. اذ يتمتع بقوة ثبوتية *une force probante*، اذ يعتبر التسجيل وسيلة من وسائل الاثبات غير تلك التي عددها المشرع في القواعد العامة وذلك عندما تكتسب الحجية والتي يمكن القول عنها انها حجية مطلقة بحسب الاحوال، - عندما تكون مبنية على حسن النية وصحة التصرف - فاذا اكتسبت هذه الحقوق الحجية نهضت حجة في مواجهة الغير (المطلب الثاني)، وفيما بين المتعاقدين (المطلب الاول).

8 - توسلت هذا النص لا من باب الاستشهاد ولكن من باب الاستئناس ما دام أن الاستشهاد بهذا القانون أصبح محرماً لعله نسخه بالقانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والتي وحدة التشريع العقاري.

المطلب الاول : القوة الاثباتية للتسجيلات العقارية بالنسبة للطرفي العلاقة التعاقدية :

ان حجية التسجيلات يجب ان تكون مبنية على تصرف صحيح وحسن نية، وبالمفهوم المعاكس ان كل تسجيل عقاري جرى بغير حق او استند الى عقد او سند باطل، او قابل للابطال، جعل من القوة الاثباتية نسبية سواء بين طرفي العلاقة او الغير.

الفقرة الاولى : فرضية صحة التصرف (اطلاقية التسجيل)⁹ :

ان صحة التصرف فيما بين طرفا العلاقة التعاقدية هو الكفيل بجعل التسجيل يكتسب مناعة يمكن ان ترتقي به الى مصاف الرسم العقاري ، المفتوح لأول مرة من لدن المحافظ على الملكية العقارية، ذلك ان ضمان الحقوق العقارية وما يترتب عنها من تكاليف ولو بين الاطراف لا يحصل الا عن طريق تقييدها بصفة موجزة في السجل العقاري¹⁰، وبناء على ذلك فقيمة التسجيل مبنية على قيمة التصرف الذي قام عليه هذا الاخير وهو ما نصت عليه المادة 2 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها" - إن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تقييدات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه وتكون حجة في مواجهة الغير على أن الشخص المعين بها هو فعلا صاحب الحقوق المبينة فيها. هذا وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة" إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير وتشطيب من الرسم العقاري لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المقيد عن حسن نية، كما لا يمكن أن يلحق به أي ضرر، "فمن خلال هذا النص يتبدى أن المشرع ربط القوة الثبوتية للتسجيل بحسن النية وصحة التصرف. ذلك ان امكانية التأكد قد اتاحت للمحافظ العقاري الذي اتاح له المشرع هذه الامكانية، وذلك من خلال

9 - المقصود باطلاقية التسجيل هو الفرضية التي يكون للتسجيل حجية مطلقة.

10- قضايا في التحفيظ العقاري لمحمد خيرى ص 523.

نصوص عدة نذكر منها المادة 74 التي جاء فيها "يجب على المحافظ أن يتأكد من أن العملية التي أقيمت القائمة من اجلها لا تتعارض مع التقييدات المضمنة في السجل العقاري ومع تبار المقتضيات هذا الظهير وان الوثائق المدلي بها، تجيز التسجيل"، ولكن وباعتبار المحافظ ليس بالسلطة القضائية، فالمرجع اوجب عليه التحقق من صحة الوثائق ورفض تسجيل كل طلب لا تتوفر فيه شروط هذا التسجيل، او يتعارض مع مقتضيات التحفيظ العقاري، ولكن اذا كان العيب مما لا يدخل تحت تدقيق المحافظ، وقام بتسجيله فان هذا التسجيل لا يطهر السند من العيوب العالقة به، فبناء على هذه الصلاحية وضمانا للاستقرار فان المحافظ يمكنه رد كل طلب لا تتوفر فيه الشروط او يتعارض مع مقتضيات التحفيظ العقاري، ويطرح الدكتور "محمد خيرى" الحالة التي يتضمن فيها العقد شرطا مانعا من التصرف فهل يحول هذا الشرط المانع من التصرف دون التسجيل في مواجهة الاطراف؟. ومن ذلك العقود البيع المبرمة بين الخواص والدولة لقطع ارضية قصد بناء مساكن اقتصادية، فهذه البيوع تتضمن شرطا فاسخا للمصلحة الدولة مقررا بمقتضى المادة 11 من القرار الوزيري 14 ابريل 1978 والذي ينص على بطلان كل تفويت للتجزئة، اذا المالك لم يكن قام بصفة شخصية بالسكنى فيه مدة 5 سنوات منذ تاريخ الحصول على رخصة السكن، فلاشكال يثار في الحالة التي يقوم فيها المشتري بالتفويت قبل انقضاء الاجل القانوني، هل يحق للمحافظ هنا رفض التسجيل؟ واذا سجل هل يعتبر ذلك عيبا في التصرف.؟
يجيب الاستاذ محمد خيرى مستندا على قرار للمجلس الاعلى صادر في 28 يوليوز 1982 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد (31 مارس 1983 ص 52) جاء فيه ان الشرط المانع من التصرف الوارد في العقد، والذي بمقتضاه منحت للشخص قطعة ارضية من طرف الدولة لبناء مسكن عليها، اثر نسبي لا يتعدى حدود طرفيه..... فيبقى العقد صحيحا مادام الادارة لم تستعمل حقها في ابطاله"، فبناء على القرار لا يحق للمحافظ ان يرفض التسجيل على هذا الاساس الامر الذي يمكن معه القول ان التصرف يبقى صحيحا منتجا لاثاره.

الفقرة الثانية : فرضية العيب الذي شوب التصرف (نسبية القوة الثبوتية للتسجيلات العقارية بناء على فرضية التصرف المشوب يعيب)

ان كل تسجيل عقاري جرى بغير وجه حق، اي استند الى عقد او سند باطل أو قابل للإبطال يمكن تشطيه، لان ما بني على سند غير شرعي فهو غير شرعي، الامر الذي يجعلنا نقول بأن القوى الثبوتية لذلك التسجيل هي نسبية.

فأطراف العلاقة التعاقدية الذين انشأوا ذلك التسجيل المعيب استنادا الى عقد معيب يمكنهم ان يعملوا على تصحيح ذلك العقد في ملحق. وإلا يمكن اللجوء للقضاء من اجل ابطال العقد وتشطيب التسجيل.

وهو ما يميز التسجيل عن الرسم العقاري الذي يفتح اول مرة عند تحفيظ العقار، على اعتبار ان رسم الملك له صفة نهائية ولا يقبل أي طعن وهو يكشف نقطة انطلاق كل الحقوق والتكاليف العقارية (ف 62 ظهير 12 غشت 1913 المعدل بالقانون رقم 07-14)، فقوة الرسم المفتوح لاول مرة يتسم بالحجية المطلقة، وهو ما يعبر عنه بمدأ التطهير. ذلك ان من نتائج هذا المبدأ انه لا يمكن الغاءه ولو تم استصدار حكم قضائي في هذا الخصوص، وما قيل عن التحفيظ لا يستقيم والتسجيلات - التي يمكن ابطالها لاعتبارات عدة... ومن الامثلة التي يكون السند مشوبا بالعيب وبالتالي يكون قابلا للطعن فيه، حالة عقد البيع العرفي الذي استند اليه التسجيل غير مصادق على توقيعاته. او ان يكون مشوبا بعيب من عيوب الارادة حسب ما هو مسطر في الفصول من 56 الى 39 من ق.ل.ع.م،

ذلك ان المحكمة بما لديها من سلطة تقديرية اذا تبين لها ان سبب الطعن صحيح قررت البطلان.

ذلك العقد والتسجيل الذي بني عليه، كل ذلك بين المتعاقدين الذين انشأوا ذلك التسجيل.

وبناء على ما بلورناه اعلاه فان الحجية في الاثبات تكون نسبية حال العيب.

المطلب الثاني : القوى الثبوتية في مواجهة الغير :

ان الغير في مجال الحقوق الخاضعة للتسجيل لا يقصد به كل شخص لم يكن طرفا في العلاقة او العقد ولا ممثلا فيه، فالغير حسب الفقه هو كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما تكون بينه وبين احد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة في التمسك بالعقد المسجل، فحسب التعريف مناط المصلحة به يتحدد الغير، ذلك ان هذا الغير غير ان غير حسن النية وغير سيء النية.

الفقرة الاولى الغير حسن النية :

إن الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري بعد ان قرر بأن كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله في الرسم العقاري وابتداء من تاريخ التسجيل. وأضاف في فقرته بأنه لا يمكن في حال من الأحوال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة، وهو ما تم تقريره في المادة 2 من مدونة الحقوق العينية في الفقرة الثانية. ان ما يقع من ابطال او تغيير لاحق لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المسجل عن حسن نية كما لا يمكن ان يلحق به أي ضرر، الأمر الذي يمكن معه القول بان اكتساب المشتري الثاني ملكية العقار معلق على شرط مشروعية التصرف. وان يكون هذا التصرف مبني على حسن نية. وما قيل على التسجيل يمكن قوله عن التشطيب باعتبار ان التشطيب نوع من التسجيل. ذلك انه يعطي للحق قيمة ايجابية. يثبت به هذا الوجود للحق. اما التشطيب فهو يعطي للحق قيمة سلبية يزول بها هذا الحق. وبالتالي يعدمه اذ يجب ان يستند اما الى عقد او الى حكم قضائي حائز للقوة الشيء المقضي به (الفصل 91). ويتحقق المحافظ على مسؤوليته منها ويؤرخ التشطيب ويوقعه والا كان باطلا. ويضمن ذلك بالرسم العقاري الفصول 93، 94 و95، قانون التحفيظ العقاري. وبناء على ما قيل ان اثار التسجيل تعتبر مطلقة بالنسبة لمن اعتمد على التسجيل او التشطيب بحسن نية. وحسن النية هو دائما مفترض

باعتباره اصلا ومن تقوى جانبه بأحد الاصول اعتبر مدعى عليه واعفي من الاثبات وعلى الذي يدعي خلاف ذلك ان يثبت ما يدعيه.

ولكي يستفيد الغير حسن النية من الحماية القانونية لابد من شروط يجب توافرها لتلخص في الآتي :

1- يجب ان يكون هناك تسجيل او تشطيب سابق مستكمل شكلياته القانونية.

2- كون ذلك التسجيل او التشطيب غير مرتكز على سند معيب.

3- يجب ان يكون هنالك شخص ثالث يريد التعامل مع ذلك التسجيل او التشطيب المعيب.

4- ان يكون ذلك الشخص الثالث واثقا بحسن نية في صحة ذلك التسجيل او التشطيب المعيب.

5- يجب ان يكون سند تسجيل الشخص الثالث صحيحا شكلا وموضوعا وان ذلك الشخص الثالث قد استكمل شكليات تسجيله..

فاذا توافرت هذه الشروط وجب استفادة الغير من حسن النية.

الفقرة الثانية حجية التسجيل في مواجهة الغير سيء النية

فبمفهوم المخالفة للفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري يمكن التمسك بابطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية السيئة، ذلك ان المشرع المغربي حينما جعل من القيد في السجل العقاري قرينة على وجود الحق وثباته ربط ذلك بمبدأ حسن النية. اما سيء النية فلا يمكنه الاستفادة من حجية التسجيل بالاستناد على أن التصرف قد تم تسجيله وانه لا يمكن إبطاله، لان قاعدة ثبات التصرف وعدم إبطاله مقرر لصالح حسن النية.

ويعتبر سيء النية الغير الذي يعلم عند التسجيل بوجود العيوب والشوائب التي تشوب سند أو رسم من تلق الحق منه، والعبارة في تقدير سوء النية هو تاريخ وقوع التسجيل، وتبعاً لذلك إذا لم يعلم هذا الغير بعيوب سند المالك أو من تلقى الحق منه إلا بعد تسجيل حقه فان هذا العلم المتأخر لا يجعله سيء النية، وفي قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط قضت بأنه يجب الأمر بالتشطيب على تسجيل البيع إذا أشارت الظروف والملابسات الى ان هذا الغير -المشتري - كان يعلم بوجود وعد بالتفضيل من البائع مما جعله سيء النية" (سعاد عاشور في الهامش صفحة 251).

فإذا كان من المتفق عليه فقها وقضاء حرمان الغير سيء النية من الاستفادة من حجية التسجيل بوجهيه الايجابي والسلبي. فقد أثارت مسألة سوء النية ولا تزال نقاشاً بهذا الخصوص. مما انعكس على الفقه والاجتهاد لقضائي حول مسألة العلم بوجود عقد عادي غير مسجل سابق للعقد المسجل، فهل العلم البسيط كاف أم إن العلم الذي يعتد به هو العلم المقرون بالتواطؤ بين المشتري الثاني والبائع للأضرار بحقوق المشتري الأول؟

ذهب جانب من الفقه ان مجرد علم المشتري الثاني بسبق البيع سببا كافيا لتوافر سوء النية وبالتالي لتجريد التسجيل من آثاره وعدم جواز الاحتجاج به على المشتري الأول، ويجوز لهذا الأخير - المشتري الأول - إبطال التصرف الثاني المقيد في السجل العقاري لان كسب الحقوق مبناه أصلاً حسن النية، إلا إن تقييماً موضوعياً لهذا الموقف يجعلنا نطرح إشكالات إثبات سوء النية ذلك أن سوء النية مسألة نفسية لا يعتد بها إلا إذا إبانها شاهد مادي يسهل بالتالي مسألة الإثبات خلاف للحالة الأولى او الموقف الأول. وهذا هو الرأي الغالب الذي تبناه الفقه، ذلك ان هذا الفقه والاجتهاد يتغاضى عن مجرد العلم البسيط، وعلى رأس هذا الفقه نجد الفقيه "بلانيول وريير"، وقد اعتبر هذا الفقه أن العلم البسيط بوجود عقد بين البائع نفسه وبين مشتر آخر لا يميز حرمان المشتري الاخرى من مزية

المبادرة بالتسجيل، وبالتالي لا يمكن اعتبار مدلسا من يسعى الى اكتساب حق قانوني حوله إياه القانون .

وبناء على هذا التصور الفقهي الفعلي لا يميز للقضاء ان يلتفت اليه اللهم اذا اقترن بتدبير اثم، وهو تواطئ مع البائع للحرمان المشتري الاول من تمكلك العقار، وهذا وحده هو الغش الذي يفسد التصرف ويهدم اثار التسجيل،

فكما يقول الاستاذ محمد خيرى كل تصرف يكون ثمرة للتواطئ لا يسري تسجيله في حق الغير لان التسجيل لم يشع لحماية الاتفاقات المبنية على الغش والتحايل.

ذلك وقد كان للمحكمة النقض الفرنسية قصب السبق في اهدار التسجيل اذا كان العقد المسجل مشوبا بالغش (محكمة النقض الفرنسية قرار بتاريخ 8 ديسمبر 1858).

وهو ما سار عليه القضاء في المغرب حيث قضت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها صادر ب 17 فبراير 1951 منشور بمجموعة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، جاء فيه بان القوة المطلقة للتسجيل في السجل العقاري لا يمكن اثارها من طرف الغير سيء النية، وإظهار الضرر المشوب بعيب التدليس يؤدي الى إبطال التسجيل المتخذ في البيع الثاني لصالح متصرف اليه سابق حسن النية لم يستطع نتيجة الظروف ان يسجل حقه".

مستجدات الطعون القضائية ضد قرارات المحافظ العقاري في ضوء القانون 14.07 ومقتضيات الدستور الجديد

ذ. عبد الرزاق عريش
باحث في العلوم ولقانون

تقديم :

خضع ظهير 31 رمضان 1333 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري لمجموعة من التعديلات في فترات متفرقة على امتداد قرن من الزمان بلغت سبعة عشر تعديلا كان أولها بواسطة الظهير الشريف الصادر في 29 ذي الحجة 1334 (27 أكتوبر 1916)¹ وآخرها كان بواسطة القانون 14.07 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011)² والذي بموجبه تم إدخال تعديلات همت جميع الفصول بدون استثناء إن على مستوى الشكل أو المضمون علاوة على ما لحق به من إضافات وهذا كله دون المساس بتاريخية النص وهيكلته العامة.

وقد مست التعديلات نظام التحفيظ العقاري في مجمله إن على مستوى تحديد المفاهيم أو مسطرة التحفيظ الاختياري أو الإجباري أو التعرضات أو التقييدات أو التقييدات الاحتياطية أو التشطيات أو المراقبة القضائية لقرارات المحافظ.

وستقتصر مداخلتي على تناول مستجدات القانون 14.07 في مجال الطعون والمراقبة القضائية لقرارات المحافظ في ضوء مقتضيات الدستور المغربي الجديد.

وبناء على ذلك أقترح تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة محاور كالتالي :

1 - الجريدة الرسمية عدد 184 بتاريخ 9 محرم عام 1335 الموافق 6 نوفمبر 1916 ص 854 .

2- الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نوفمبر 2011 ص 5575.

المحور الأول : وأتناول فيه مستجدات المراقبة القضائية لقرارات المحافظ المتعلقة بالتعرضات؛

المحور الثاني : وأخصه لمستجدات المراقبة القضائية لقرارات المحافظ المتعلقة بالتحفيظ والتقييد والتشطيب؛

أما المحور الثالث: فأتساءل فيه عن مدى قدرة قرار التحفيظ على الاستمرار في الإفلات من الطعن في ضوء القانون 14.07 ومقتضيات المادة 118 الدستور. وسأعالج هذه المحاور الثلاث من خلال المطالب الثلاث الموالية.

المطلب الأول

مستجدات المراقبة القضائية لقرارات المحافظ المتعلقة بالتعرضات

البند الأول

المراقبة القضائية لقرار رفض التعرض المقدم داخل الأجل القانوني

يعتبر التعرض الوسيلة القانونية الوحيدة التي خولها المشرع لكل شخص بهدف حماية حقوقه أثناء جريان مسطرة تحفيظ عقار معين الهدف منه إظهار كافة الحقوق المترتبة على العقار موضوع مطلب التحفيظ، كما يعد التعرض من الضمانات الأساسية التي تبرر مبدأ الحجية المطلقة الممنوحة للرسم العقاري إذا ما تم احترام جميع إجراءاته ومساطرته، وقد خصص المشرع المغربي في ظهير 12 غشت 1913 الفرع الرابع من الباب الثاني من القسم الأول لبحث موضوع التعرضات، كما بحث التعرض في فصول أخرى من القرار الوزيري الصادر في 3 يونيو 1915 المتعلق بتفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري.

وقد أخضع المشرع ممارسة التعرض لعدة شروط، وإجراءات سواء من حيث تحديد حالات التعرض وآجال تقديمه والجهات المختصة بتلقيه

وصلاحيات المحافظ العقاري بشأنه والجهة القضائية المختصة بالبت في الطعون الموجهة ضد القرارات المتخذة بشأنه، وهذا ما سنتطرق إليه في النقط الموالية أخذاً في الاعتبار مستجدات قانون 14.07.

أولاً- حالات التدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق التعرض وآجال

تقديمه :

أ- حالات التعرض

بموجب القانون رقم 14.07 تم توسيع نطاق الحالات التي تستوجب التدخل في مسطرة التحفيظ عن طريق التعرض، فبعد أن كانت محصورة في الحالات التالية :

1. حالة النزاع بشأن وجود حق الملكية؛
2. حالة النزاع بشأن مدى حق الملكية؛
3. حالة النزاع بشأن حدود العقار؛
4. حالة الادعاء باستحقاق حق عيني قابل للتقييد بالرسم العقاري الذي سيقع إنشاؤه.

توسعت الحالات لتشمل حالة المنازعة في حق وقع الإعلان عنه طبقاً للفصل 84 من قانون التحفيظ العقاري، وهو ما يعرف بالتقييدات المصاحبة للعقار في طور التحفيظ.

ب- الأجل القانوني للتعرض.

فيما يتعلق بأجل التعرض لم يدخل عليه مشروع قانون 14.07 أي تغيير فهو يبدأ من تاريخ إيداع مطلب التحفيظ لدى المحافظة العقارية وينتهي بانتهاء أجل الشهرين الذي يبدأ من يوم نشر إعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية.

ثانيا- الجهات المسموح لها بتلقي التعرضات :

كان ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري يسمح بتقديم التعرضات إما بصورة شفاهية أو كتابية إما للمحافظة العقارية أو للمحكمة أو للقائد أو لقاضي التوثيق أو السلطات المحلية، ويتعين على الجهات الأخرى غير المحافظة العقارية أن توجه مباشرة لهذه الأخيرة ما تتوصل به من تصريحات شفوية محررة في محاضر أو رسائل كتابية والتي يجب أن تبين فيها الحقوق والرسوم والوثائق المؤيدة للتعرضات، كما أوجب المشرع ضرورة أن تكون التعرضات مصحوبة بالمستندات ووسائل الإثبات المؤيدة له (الفصل 25 فقرة 2 من ظ.ت.ع).

غير أنه بصدور القانون رقم 14.07 المغير والمتمم لظهير 12 غشت 1913 المذكور تم تقليص الجهات المسموح لها بتلقي التعرضات وحصرها في جهتين فقط من داخل جهاز المحافظة العقارية وهما :

(1) المحافظ على الأملاك العقارية؛

(2) المهندس المساح الطبغرافي المنتدب أثناء إجراء التحديد؛

وهذا ما يستشف من المقتضيات الجديدة للفصل 25 في فقرته الأولى التي جاء فيها : " تقدم التعرضات عن طريق تصريح كتابي أو شفوي إما للمحافظ على الأملاك العقارية، وإما للمهندس المساح الطبغرافي المنتدب أثناء إجراء التحديد. تضمن التصريحات الشفوية للمتعرض، بحضوره في محضر يجرى في نسختين تسلم إليه إحداهما".

ويمكن القول بأن المحافظ على الأملاك العقارية يبقى الجهة الأصلية المختصة بتلقي التعرضات منذ التوصل بمطلب التحفيظ وإلى غاية انتهاء أجل شهرين يتبدى من يوم نشر الإعلان عن انتهاء التحديد في الجريدة الرسمية، أما

المهندس المساح الطبغرافي المنتدب فاخصاصه بتلقي التعرضات يظل محصورا في الزمان والمكان أي أثناء وفي مكان مباشرته لعمليات التحديد.

ثالثا- صلاحيات المحافظ على الأملاك العقارية بشأن التعرضات :

بموجب ظهير 12 غشت 1913 يلزم المحافظ على الأملاك العقارية بما يلي :

- تسجيل التعرضات مباشرة بسجل خاص سواء تلك التي يتلقاها مباشرة أو تلك التي يتوصل بها من الجهات الأخرى؛

- في حالة عدم تقديم الوثائق والمستندات المدعمة لتعرضه، يقوم المحافظ بتوجيه إنذار للمعنيين بالأمر من أجل إيداع الصكوك المذكورة مع تذكيرهم بمقتضيات الفصل 48 التي تنص على العواقب المترتبة عن كل تعرض تبث صدوره عن تعسف أو تكدير أو سوء نية (الفصل 25 فقرة 5)؛

- يتعين على المحافظ العقاري تبليغ نسخ من التعرضات إلى طالب التحفيظ الذي يجب عليه داخل أجل شهر إثبات رفع التعرضات أو التصريح بقبولها (الفصل 31 من ظ.ت.ع)؛

- وعند انصرام هذا الأجل دون تمكن طالب التحفيظ من رفع التعرض، يوجه المحافظ للمرة الأخيرة إنذارا للمتعرضين لكي يقدموا إليه داخل أجل 3 أشهر من تاريخ توصلهم بالإنذار الرسوم والوثائق المؤيدة، فإذا لم يدلوا بها داخل الأجل المذكور، أو لم يثبتوا عدم إمكانية تقديمها حول المشرع للمحافظ إمكانية الإبقاء على التعرض أو اعتباره ملغى (الفصل 32 فقرة 2)؛

وبموجب القانون 14.07، تم تخفيض الآجال المضروبة للمتعرضين من أجل الإدلاء بالوثائق والمستندات المؤيدة لتعرضهم بحيث يجب عليهم أن يودعوا السندات والوثائق المثبتة لهويتهم والمدعمة لتعرضهم ويؤدوا الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يدلوا بما يفيد حصولهم على المساعدة القضائية وذلك قبل

انصرام الشهر الموالي لانتهاء أجل التعرض، وإذا لم يقدم المتعرض بعد انصرام هذا الأجل، الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه، ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو لم يثبت حصوله على المساعدة القضائية، يعتبر التعرض لاغيا وكأن لم يكن. وغاية المشرع من تقليص الآجال هو تسريع مسطرة التحفيظ ووضع حد لطول الإجراءات من خلال إلغاء مسطرة الإنذارات الموجهة للمتعرضين للإدلاء بالمستندات والوثائق المدعمة لتعرضهم (إنذار أول غير محدد الآجل وإنذار ثان حدد أجله في ثلاثة أشهر)، والاكْتفاء بأجل شهر يبتدئ من اليوم الذي ينتهي فيه أجل التعرض، يجب خلاله على كل المتعرضين إيداع السندات والوثائق المثبتة لهويتهم والمدعمة لتعرضهم مع تأدية الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو الإدلاء بما يفيد حصولهم على المساعدة القضائية، وهنا قد تثار مشكلة ما إذا كان هذا الأجل كافي بالنسبة للمتعرضين المعوزين الراغبين في الحصول على المساعدة القضائية بالنظر لما تتطلبه هذه الأخيرة من مساطر وإجراءات.

ويختص المحافظ وحده بصلاحيه قبول أو رفض التعرضات إذ يجوز له أن يرفض أي تعرض لم يقدم في الأجل القانوني وذلك ما تؤكد المادة 27 من ظهير 12 غشت 1913 كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 14.07 التي تنص: "لا يقبل أي تعرض باستثناء ما هو منصوص عليه في الفصل 29 بعد انصرام أجل شهرين يبتدئ من تاريخ نشر الإعلان المذكور في الفصل 23 من هذا القانون بالجريدة الرسمية"، وتم تأكيد ذلك بالاجتهاد القضائي لمحكمة النقض في العديد من قراراتها³ حيث منعت محكمة التحفيظ العقاري من البت في قبول أو عدم قبول التعرض واعتبرته من اختصاص المحافظ العقاري وحصرت اختصاصها فيما هو موكول إليها طبقاً للفصل 37 من ظ.ت.ع.

3 - القرار عدد 3930 بتاريخ 2002/12/25 ورد في مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى 2009 ص 49 و50 والقرار عدد797 بتاريخ 2003/3/19 قضاء المجلس الأعلى الإصدار الرقمي دجنبر 2004 العدد 61 ص 6.

رابعاً- قابلية قرار إلغاء التعرض للطعن القضائي :

بموجب الفصل 32 فقرة 3 من ظهير التحفيظ العقاري كان قرار المحافظ برفض التعرض قابلاً للاستئناف (الطعن) أمام المحكمة الابتدائية التي تبت فيه بصفة انتهائية واستعجالية، ويجب أن يقدم طلب الطعن داخل أجل 15 يوماً ابتداءً من تاريخ تبليغ قرار المحافظ إلى المتعرض؛

وقد أتاحت الفرصة للقضاء الإداري⁴ في عدة مناسبات ليعين موقفه من الطعون المحالة إليه ضد قرارات المحافظ برفض التعرض المقدمة داخل الأجل القانوني حيث صرح بعدم اختصاصه للبت في دعوى الإلغاء الموجهة ضد تلك القرارات وذلك استناداً إلى المادة 32 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري.

وتأكد اختصاص القضاء العادي للنظر في الطعون المقدمة ضد قرارات المحافظ التي تندرج في إطار الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري بقرار محكمة النقض الصادر في 1995/11/9 الذي جاء فيه : "وحيث مع التأكيد على الطابع الإداري لكل قرارات المحافظ على الأملاك العقارية، فإن قراراته التي تندرج في إطار الفصل 32 من ظ.ت.ع تخضع قانوناً للطعن فيها أمام المحاكم العادية"⁵.

لكن القانون رقم 14.07 أدخل تعديلاً جوهرياً بهذا الخصوص هو حذف الفقرة التي كانت تنص على إمكانية الطعن في قرار إلغاء التعرض أمام المحكمة الابتدائية، فما هي الآثار القانونية المترتبة عن هذا الحذف ؟

يمكن إجمال هذه الآثار فيما يلي :

4 - حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 149 وتاريخ 20-6-1996 وأيضاً حكمها رقم 10 بتاريخ 9 يناير 1997 وحكم المحكمة الإدارية بمراكش رقم 11 بتاريخ 1994/12/27
5 - منشور في قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 49-50 السنة 19 يوليو 1997 ص 149 وما بعدها.

1- لن يؤثر حذف هذه الفقرة على قابلية قرار المحافظ بإلغاء التعرض للطعن القضائي ما دام أن حق التقاضي هو حق دستوري يضمن لكل متضرر الحق في مخاصمة القرارات الإدارية ويدخل ضمنها قرار المحافظ برفض التعرض؛

2- سيترتب عن هذا التعديل تغيير في قواعد الاختصاص القضائي حيث سيتقل اختصاص البت في الطعن الموجه ضد قرار إلغاء التعرض لعدم تقديم الوثائق والرسوم المؤيدة إلى القضاء الإداري وفق المبادئ العامة المنصوص عليها في القانون رقم 41-90 بدل القضاء العادي وذلك بسبب انتفاء شرط الدعوى الموازية، وسيستج عن نقل الاختصاص إلى القضاء الإداري نتيجتين في غاية الأهمية:

أ- الأولى تخص أجل الطعن ضد قرار إلغاء التعرض الذي سيصبح شهرين يحتسب ابتداء من تاريخ تبليغ القرار إلى المتعرض وفق مساطر التقاضي الإدارية أو من تاريخ العلم اليقيني بالقرار وفق الاجتهاد القضائي بعد أن كان أجل الطعن لمخاصمة هذا القرار أمام القضاء العادي هو 15 يوما، وهو أجل كان غير كافيا لإعداد ملف الطعن؛

ب- الثانية تخص الاستفادة من ضمانات التقاضي على درجتين أمام القضاء الإداري لفائدة الطاعن والمحافظ على الأملاك العقارية على السواء بعد أن كانا محرومين من هذه الضمانة أمام القضاء العادي حيث كان ظهير 12 غشت 1913 ينص بأن المحكمة الابتدائية تبت في الطلب بصفة انتهائية ما يعني أن الطرف الذي يصدر الحكم في غير مصلحته ليس أمامه إلا فرصة الطعن بالنقض.

3- أما فيما يخص قرار إلغاء التعرض لعدم أداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة، فلم يكن أصلا يخضع للطعن القضائي بصريح النص حيث ظل المشرع ساكتا بشأنه، وكان الاتجاه يميل نحو إقرار قابليته للطعن القضائي أمام القضاء الإداري بحكم عدم وجود دعوى موازية وهو الاتجاه الذي سيظل ساري المفعول في ظل القانون 14.07 .

البند الثاني

المراقبة القضائية لقرار رفض التعرض المقدم خارج الأجل القانوني

لقد أحاط المشرع مسطرة التحفيظ بمجموعة من القواعد والآليات التي تهدف إلى تمكين جميع الأطراف التي لها علاقة بالعقار موضوع طلب التحفيظ من أجل إظهار حقوقها والدفاع عنها وحمايتها.

ومن هذه القواعد، إشهار مطلب التحفيظ لاطلاع الغير على ادعاءات طالب التحفيظ، وتمكين كل من ينازع فيها بالإدلاء بتعرضه. غير أن تقديم التعرضات حدد له المشرع أجلا معينا يبتدىء من يوم تقديم مطلب التحفيظ وينتهي بانصرام مدة شهرين محسوبة من تاريخ نشر إعلان انتهاء التحديد المؤقت بالجريدة الرسمية، وبانصرام هذا الأجل يمكن أن يسقط حق التعرض⁶.

ويهدف المشرع من وراء تحديد أجل التعرض حماية مصالح طالب التحفيظ بعدم الإبقاء على الأجل مفتوحا دون تحديد ولتسريع مسطرة التحفيظ، وإنشاء الرسم العقاري، مما ينعكس إيجابا على تنشيط الاستشارات العقارية.

لكن بالمقابل هناك من ينتقد تحديد أجل التعرض باعتباره لا يحقق مصلحة المتعرض نظرا لارتباط تاريخ بداية أجل التعرض بنشر إعلان التحديد المؤقت بالجريدة الرسمية، وهو الأمر الذي لا يتلاءم مع درجة الوعي القانوني لدى شريحة هامة من المواطنين، إذ أن الغالبية العظمى لا تعلم بوجود مثل هذه الجريدة الرسمية المختصة بنشر القوانين والإعلانات القانونية والإدارية.

ومن تم يخلص هذا الرأي⁷ إلى أن الدور الموكل للمحافظ بهذا الخصوص هو دور خطير من شأنه أن يعرض حقوق المتعرضين للضياع خاصة بعد إنشاء الرسم العقاري الذي يضمن عليه الفصل 62 الصفة لنهائية.

6 - الفصول 23 و 24 و 27 من ظهير التحفيظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913 المعدل بالقانون 14.07.

7 - دور المحافظ العقاري بشأن التعرضات على مطلب التحفيظ، ذ. فاطمة الحروف، ص 51-52.

ولهذا كان من الضروري البحث عن صيغة توفيقية تمكن من تجاوز تضارب المصالح بين طالب التحفيظ والمتعرض، وإيجاد قواعد ومعايير تضبط حقوق الطرفين وتضمن عدم التفريط بمصلحة أحدهما على حساب الآخر، لذا أوجد المشرع استثناء لقاعدة إغلاق باب التعرضات بعد فوات الأجل القانوني، وفتح المجال لإمكانية قبول التعرض المقدم خارج الأجل القانوني، طبقاً لما نص عليه الفصل 29 من قانون التحفيظ العقاري.

فما هو الإطار القانوني الذي يضبط ممارسته من حيث الجهة المختصة بقبوله وحدود صلاحياتها، وشروط قبوله، ومدى قابلية قرار القبول أو الرفض للمراقبة القضائية في ضوء القانون 14.07؟.

أولاً - الجهة المختصة بتلقي التعرضات خارج الأجل القانوني.

قبل إقرار قانون 14.07 كان الاختصاص بتلقي التعرضات الاستثنائية التي تظهر بعد انصرام الأجل القانوني موكولاً إلى جهتين وهما: المحافظ العقاري ووكيل الملك.

وتبدأ صلاحية المحافظ العقاري في إمكانية تلقي مثل هذا التعرض من اليوم الموالي لانتهاج أجل التعرض القانوني (شهران من تاريخ نشر إعلان التحديد المؤقت بالجريدة الرسمية) إلى غاية إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة الابتدائية المختصة للبت في التعرضات المسجلة لديه، إذ ينزع منه الاختصاص بتلقي أي تعرض مهما كانت جديته، وإذا لم تكن هناك تعرضات سابقة على المطلب، فصلاحيته تمتد إلى ما قبل تحفيظ العقار وإنشاء الرسم العقاري .

أما وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية فيبتدئ اختصاصه بتلقي التعرضات خارج الأجل بمجرد إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة المختصة من طرف المحافظ العقاري، وهذه الإحالة لا تتم إلا في حالة تسجيل تعرض أو أكثر على مطلب التحفيظ مقبول من طرفه، ومن هنا كانت نقطة بداية

انعقاد الاختصاص لوكيل الملك هي تاريخ إحالة الملف على كتابة الضبط بالمحكمة المختصة، ولن يحال الملف على هذه الأخيرة إلا في حالة تسجيل تعرضات، ويفهم من ذلك أن وكيل الملك لم يكن بإمكانه التدخل في مسطرة التعرضات إذا لم يتم تسجيل أي تعرض سابق على مطلب التحفيظ لدى المحافظ العقاري.

غير أن القانون 14.07 جاء بخصوص هذا الموضوع بتغيير هام وجوهري يتمثل في إلغاء أي دور لوكيل الملك في تلقي التعرضات خارج الأجل القانوني بعد إحالة ملف مطلب التحفيظ على المحكمة الابتدائية المختصة، وأبقى هذا الاختصاص حكرا على المحافظ على الأملاك العقارية لوحده، فما هي حدود صلاحياته ومتى تبدأ ومتى تنتهي وفق القانون الجديد؟

للإجابة على هذا التساؤل لا بد من التمييز بين احتساب بداية الاختصاص ونهايته :

1- بالنسبة لاحتساب بداية الاختصاص، هنا لا جديد ولا إشكال مقارنة بالوضع السابق حيث يبدأ احتساب الاختصاص من اليوم الموالي لانتهاء أجل التعرض (أي اليوم الذي يلي انتهاء أجل شهرين محسوبة من تاريخ الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية).

2- أما فيما يخص احتساب نهاية الاختصاص، فالأمر يتطلب تدقيقا وتوضيحا وذلك من خلال التمييز بين حالتين :

أ- حالة تسجيل تعرض جدي واحد أو أكثر سابق داخل الأجل القانوني :

وهذه الحالة تفرض إحالة الملف على القضاء، وفيها ينتهي اختصاص المحافظ على الأملاك العقارية في تلقي التعرضات خارج الأجل بمجرد توجيه الملف إلى المحكمة الابتدائية المختصة، وهنا أيضا لا يوجد اختلاف أو إشكال بين الوضع السابق والوضع الجديد وهذا ما يستشف من قراءة الفصل 29 الذي جاء

فيه : "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه، يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.....شريطة أن لا يكون الملف قد وجه إلى المحكمة الابتدائية"؛

لكن السؤال المطروح هو متى يتم هذا التوجيه ؟ وهل يملك المحافظ بهذا الخصوص سلطة مطلقة أم مقيدة في الزمان ؟

الجواب على هذا السؤال نجده في الفقرة الأخيرة من الفصل 32 التي حددت للمحافظ أجلا أقصاه ثلاثة أشهر يتبدئ من تاريخ انتهاء أجل التعرض القانوني من أجل توجيه مطلب التحفيظ والتعرضات المسجلة عليه على المحكمة المختصة؛ وبذلك يمكن القول بأن المحافظ، في حالة عدم إغائه للتعرضات المقدمة إليه، فهو يملك تحت يده زمن 3 أشهر من تاريخ انتهاء أجل التعرض يصبح بعد انصرامه ملزما بإحالة الملف على القضاء.

أما من فاته فرصة التعرض داخل الأجل القانوني، فهو يتوفر نظريا على ثلاثة أشهر لكنه لا يملك زمنها بالكامل بين يديه إذ أن إمكانية الاستفادة من هذه المدة في تقديم التعرض الاستثنائي قد تضيق أو تتسع وذلك مرهون بالوقت الذي يتخذ فيه المحافظ مبادرة الإحالة على المحكمة المختصة.

ب- حالة عدم تسجيل أي تعرض سابق داخل الأجل القانوني :

وفي هذه الحالة تمتد صلاحية المحافظ في تلقي التعرضات الاستثنائية خارج الأجل إلى ما قبل تحفيظ العقار وإنشاء الرسم العقاري، لكن الجديد في قانون 14.07 هو أنه حدد في الفصل 30 أجلا للمحافظ أقصاه الثلاثة أشهر الموالية لانتهاء أجل التعرض من أجل القيام بتحفيظ العقار بعد التحقق من إنجاز جميع الإجراءات المقررة في القانون، ومن شرعية الطلب وكفاية الحجج المدلى بها، وعدم وقوع أي تعرض. ومعنى ذلك أن المحافظ وبعد انتهاء أجل التعرض القانوني دون تسجيل أي تعرض يملك زمن ثلاثة أشهر لتلقي التعرضات

الاستثنائية، فإذا انصرم هذا الأجل أصبح ملزماً بتحفيظ العقار أو رفضه، في المقابل لا يملك من فاتته فرصة التعرض داخل الأجل القانوني هذا الزمن بالكامل كما سلف الذكر بل قد يضيق أو يتسع بحسب الوقت الذي يتخذ فيه المحافظ قرار التحفيظ.

ويمكن القول أنه بإلغاء دور وكيل الملك في تلقي التعرضات خارج الأجل، يكون المشرع قد رجح كفة طالب التحفيظ في مقابل إضعاف موقف المتعرضين، إذ بعد أن يجيل المحافظ على الأملاك العقارية مطلب التحفيظ رفقة التعرضات المسجلة على المحكمة المختصة، لن يعود بإمكان المتعرضين أية فرصة في تقديم تعرضهم في حالة ما إذا فاتتهم فرصة التعرض أمام المحافظ على الأملاك العقارية خاصة وأن القانون 14.07 لم يترك الباب مفتوحاً للمحافظ لتلقي التعرضات خارج الأجل بدون تقييد زمني وإنما حدد له سقفاً زمنياً أوجب عليه احترامه كما سبق الإشارة إليه وتأييد هذا الموقف بأحكام القضاء⁸.

ثانياً- شروط قبول التعرض خارج الأجل القانوني.

لم يكن الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري ينص على أية شروط موضوعية محددة يترتب عن توافرها أو عدم توافرها قبول أو رفض التعرض المقدم خارج الأجل باستثناء ما تضمنه من بيان وقت اختصاص كل من المحافظ ووكيل الملك باتخاذ القرار المذكور، ولعل غياب هذه الشروط القانونية، قد يوحي بأن المحافظ العقاري يملك سلطة تقديرية واسعة في قبول أو رفض التعرض المقدم خارج الأجل القانوني، يتعذر على القضاء مراقبتها الأمر الذي قد يضر بمصالح الأطراف المعنية سواء كان طالب التحفيظ في حالة القبول أو المتعرض في حالة الرفض، ولماً هذا الفراغ، ومن أجل توحيد الاجتهاد الإداري في

8 - قرار المجلس الأعلى رقم 1003 الصادر في 1991/4/24 ملف عقاري رقم 83/68 أورده عبد الحفيظ أبو الصبر "التعرض خارج الأجل القانوني في مسطرة التحفيظ العقاري إشكالياته وأثره على الاستثمار" مجلة محكمة العدد 1-2003، ص 12، وورد أيضاً في مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري على ضوء قرارات المجلس الأعلى 2009 ص 30.

الموضوع، كان المحافظ العام قد أصدر مذكرة رقم 5829 بتاريخ 2001/10/25 الموجهة إلى جميع المحافظين العقاريين والتي يهدف من ورائها إلى ضبط شروط تطبيق الفصل 29 إذ أكد على الطابع الاستثنائي لمقتضياته وحث المحافظين على عدم التوسع في استعماله إلا بعد التأكد من توفر شرطين أساسيين وهما :

1- وجود سبب معقول يبرر عدم إمكانية المتعرض تقديم تعرضه داخل الأجل القانوني.

2- توفر المتعرض على حجج ووثائق قوية متعلقة بالعقار موضوع مطلب التحفيظ، كافية لإقناع المحافظ بأن مطالبه جدية.

وإلى جانب الشرطين المذكورين كان الاجتهاد القضائي للمحاكم الإدارية قد أضاف شرطا ثالثا وهو وجود تعرضات سابقة".

وبرأيي، فإن التفسير الذي أعطاه الاجتهاد القضائي لنص الفصل 29 يتجاوز روح النص، ويتعدى مجرد التفسير إلى تضيق وتقييد نطاق تطبيقه عندما اشترط سببية وجود تعرضات من أجل إمكانية قبول التعرض الاستثنائي خارج الأجل، وهو شرط لم ينص عليه مشروع التحفيظ العقاري، ولو كانت له نية في اشتراطه لنص عليه صراحة ضمن مقتضيات الفصل 29.

9 - حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 99/21 بتاريخ 1994/12/15 السابق الذكر. "وحيث يستخلص من روح النص أن المشرع قيد سلطة المحافظ في إصدار هذا القرار بوجود تعرضات سابقة وبعدم توجيه الملف إلى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة".

حكم المحكمة الإدارية بفاس رقم 558 بتاريخ 2002/7/23 في الملف رقم 2002/49 غ (غير منشور) "وحيث تكون بالتالي إمكانية قبول بصفة استثنائية تسجيل تعرض خارج الأجل المنصوص عليه في الفصل 27 رهين بوجود تعرض آخر مودع بالمحافظة العقارية داخل الأجل المنصوص عليه في هذا الفصل، ومسجل طبقا للقانون بسجلات المحافظة العقارية والملف بشأنه لم يحل بعد على كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية لبت في هذا التعرض".

قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادر في 2002/11/21 المؤيد للحكم أعلاه "وحيث إن قراءة متأنية ومعقدة للفصل 29 توضح أن إمكانية القبول خارج الأجل المحدد قانونا لوضع التعرضات على مطلب التحفيظ والمخولة للمحافظ رهينة بوجود تعرضات قدمت داخل الآجال القانونية وأن المحافظ لم يتخذ أي قرار بشأن مطلب التحفيظ"، (غير منشور).

ويبدو أن القانون 14.07 قد وضع حداً للاجتهاد القضائي السائد من قبل والذي كان يشترط وجود تعرض سابق أو أكثر لقبول التعرض الاستثنائي خارج الأجل القانوني، حيث نص الفصل 29 بشكل صريح لا لبس فيه ولا غموض على إمكانية قبول هذا التعرض "ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق" هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يعد المحافظ على الأملاك العقارية يملك سلطة تقديرية بشأن التعرض الاستثنائي خارج الأجل بل أصبحت سلطته مقيدة بموجب القانون 14.07 إذ أصبح ملزماً بمطالبة المتعرض بما يلي :

1- الإدلاء بالوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل؛

2- الإدلاء بالعقود والوثائق المدعمة لتعرضه؛

3- تأدية الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو الإدلاء بما يثبت حصوله على المساعدة القضائية.

وتجب الإشارة بأن الشرطين الأول والثاني كانا موضوع مذكرة المحافظ العام رقم 5829 بتاريخ 2001/10/25 السالفة الذكر الموجهة إلى المحافظين العقاريين، غير أن المشرع ارتقى بها اليوم إلى مجال القانون بعد أن كانت منظمة في إطار منشور¹⁰.

ثالثاً- الرقابة القضائية لقرار رفض أو قبول التعرض الاستثنائي خارج الأجل.

كان الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري في ظل ظهير 12 غشت 1913 يلتزم الصمت بشأن إمكانية الطعن في قرار رفض أو قبول التعرض خارج الأجل الذي يمكن أن يتخذه المحافظ العقاري.

10 - وحسنا فعل المشرع لان القضاء ملزم بتطبيق القوانين وغير ملزم بتطبيق المناشير والمذكرات.

إذ في كلتا الحالتين من المحتمل أن يتضرر من موقفه أحد الأطراف المعنية، قد يكون طالب التحفيظ في حالة القبول لأن ذلك سيؤدي إلى تمديد مسطرة التحفيظ مما سيضر بمصلحته، وقد يكون المتعرض في حالة الرفض لان ذلك سيحرمه من إمكانية الدفاع عن حقوقه المحتج بها في مواجهة مطلب التحفيظ أمام القضاء، لذا فإن احتمال الطعن في قرار المحافظ برفض أو قبول التعرض خارج الأجل واردة سواء من لدن طالب التحفيظ أو المتعرض.

وقد تضاربت مواقف المحاكم المغربية سواء كانت تنتمي لجهة القضاء العادي أو القضاء الإداري حيث لازالت مواقفها غير منسجمة ولا موحدة بخصوص الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ العقاري بصفة عامة، وقراره المتخذ في إطار الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري المتعلق بالتعرض خارج الأجل القانوني بصفة خاصة وإن كان الموقف الراجح يميل في اتجاه قبول مراقبة مشروعيتها من طرف القضاء الإداري¹¹.

غير أن ذلك لم يمنع المحكمة الابتدائية بالعرائش من قبول الطعن ضد قرار المحافظ العقاري برفض تعرض خارج الأجل ضد مطلب التحفيظ، مبررا رفضه بانتهاء أجل تقديم التعرضات، حيث أصدرت حكمها بتاريخ 2003/11/17¹²، برفض الطلب بعلّة أن المدعين لا يتوفرون على أسباب موضوعية تبرر لهم حق الاستفادة من الأجل الاستثنائي، وبذلك تكون المحكمة الابتدائية بالعرائش قد منحت لنفسها الاختصاص للبت في طلب الطعن ضد قرار رفض التعرض خارج الأجل القانوني.

غير أن المشرع تدخل بموجب القانون 14.07 ليضع حدا لكل الاجتهادات القضائية في الموضوع ويذهب في اتجاه إخراج قرار المحافظ بشأن التعرض

11 - حكم المحكمة الإدارية بأكادير رقم 94/21 بتاريخ 1994/12/15، وحكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء رقم 433 المؤرخ في 1999/12/29.

12 - حكم عدد 418 بتاريخ 2003/11/17 في الملف رقم 6/03/189، (غير منشور).

الاستثنائي خارج الأجل من دائرة المراقبة القضائية وذلك حين نص الفصل 29 في فقرته الثالثة والأخيرة : "يكون قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض غير قابل للطعن القضائي".

وتشير هذه الفقرة حقيقة عدة ملاحظات نبسطها كما يلي :

• تكتسي هذه الفقرة خطورة بالغة أكثر من خطورة الفصل 62 بالنظر لما تضمنته من منع صريح لأي طعن قضائي في مقابل مرونة الصيغة التي وردت في الفصل 62 "إن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن"، فهذه الصيغة قد يلتفت عليها القضاء ليفسرها تفسيراً ضيقاً بحيث يجعلها مقتصرة على الطعن الإداري ولا تشمل الطعن القضائي، في حين أن الصيغة الواردة في الفصل 29 جاءت جامدة بحيث لا تحتمل أي تأويل أو تفسير؛

• يمثل التحصين التشريعي لقرار رفض التعرض المقدم خارج الأجل مساساً بالضمانات الدستورية الممنوحة للأفراد والجماعات في مجال القضاء ولا سيما حق التقاضي المضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون بموجب الفقرة الأولى من الفصل 118 من الدستور، كما يشكل مخالفة دستورية بليغة للفقرة الثانية من نفس الفصل التي تنص على إمكانية الطعن في أي قرار اتخذ في المجال الإداري سواء كان تنظيمياً أو فردياً أمام القضاء الإداري، وبناء على مقتضيات الفصل 118 من الدستور يمكن أن نقول بعدم دستورية الفقرة الثانية من الفصل 29 السالف الذكر، وبما أن الجهات المختصة بإحالة القوانين على المجلس الدستوري لم تتخذ المبادرة بإحالة القانون المذكور عليه للنظر في مدى مطابقته للدستور، لم يعد هناك من طريق أمام أي شخص متضرر لتفادي تطبيق الفقرة المذكورة سوى اللجوء إلى تقنية الدفع بعدم الدستورية طبقاً للفصل 133 من الدستور والتي سيحدد قانون تنظيمي شروط وإجراءات تطبيقها؛

• يمكن القول بأن التحصين التشريعي (غير الدستوري) ينصرف فقط لقرار رفض التعرض المقدم خارج الأجل ما يعني أن المتضرر منه هو المتعرض، لكن لا ينبغي إغفال أن المحافظ على الأملاك العقارية قد يتخذ قرارا بقبول التعرض الاستثنائي خارج الأجل يمكن أن يتضرر منه طالب التحفيظ، والسؤال المطروح هنا هل يشمل التحصين التشريعي هذا القرار الايجابي أيضا بحيث يمنع طالب التحفيظ من مخاصمته قضائيا ؟ في تقديري الشخصي لا يمكن مد التحصين التشريعي إلى هذا القرار وذلك في إطار الالتزام بالتفسير الضيق للفقرة الثالثة من الفصل 29 التي حصنت قرار رفض التعرض فقط.

المطلب الثاني

مستجدات المراقبة القضائية لقرارات رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب

البند الأول

الأحكام العامة للتحفيظ والتقييد والتشطيب

أولا- الأحكام العامة للتحفيظ :

يتلقى المحافظ العقاري طلبات التحفيظ ويتابع إجراءات مسطرة التحفيظ وفق الضوابط القانونية المنصوص عليها في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، ومسطرة التحفيظ وفق النظام المعمول به في المغرب تبتدىء إداريا وتنتهي إداريا حتى وإن تحللتها مرحلة قضائية في حالة وجود تعرضات قانونية، إذ يقتصر دور قضاء التحفيظ العقاري على البت في التعرضات، ثم يحيل الملف برمته على المحافظ العقاري الذي يملك صلاحية اتخاذ قرار بتحفيظ العقار في اسم طالب التحفيظ أو اتخاذ قرار برفض التحفيظ كليا أو جزئيا تحت مسؤوليته وأخذا بالاعتبار بطبيعة الحال أحكام القضاء بشأن التعرضات.

ونص القانون 14.07 على بعض الحالات والأسباب التي يمكن أن يستند إليها المحافظ على الأملاك العقارية لتبرير قرار رفض أو إلغاء مطلب التحفيظ، وهي كالتالي :

1- إذا تغيب طالب التحفيظ أو من ينوب عنه عن حضور عمليات التحديد أو عدم قيامه بما يلزم لإجراء عملية التحديد دون الإدلاء بعذر مقبول داخل أجل شهر من تاريخ توصله بالإنذار، حيث يعمد المحافظ إلى إلغاء مطلب التحفيظ طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 23 من ظهير 12 غشت 1913 كما وقع تغييره وتتميمه. والملاحظ هنا أن صلاحية المحافظ بالإلغاء أصبحت مقيدة بتوجيه إنذار وانتظار أجل شهر، كما أن صلاحيته في تقييم مقبولية العذر أو عدم مقبوليته تخضع لرقابة القضاء.

2- إذا تعذر على المحافظ على الأملاك العقارية أو نائبه إنجاز عملية التحديد لمرتين متتاليتين بسبب نزاع حول الملك (الفصل 23 فقرة 2)، وهي حالة جديدة نص عليها القانون 14.07 لم يكن منصوصا عليها قبل التعديل، وتثير هذه الحالة تساؤلا مشروعاً هو : ألا يعد ظهور نزاع حول الملك بمناسبة إجراء التحديد بمثابة تعرضات على مطلب التحفيظ تستدعي من المحافظ أو نائبه التعامل معه قانوناً ضمن هذا الإطار بدل النظر إليه كسبب معرقل لانجاز عملية التحديد يمكن أن يؤدي إلى إلغاء مطلب التحفيظ ؟

3- إذا لم يقيم طالب التحفيظ بأي إجراء لمتابعة مسطرة التحفيظ وذلك داخل أجل ثلاثة أشهر (بعد أن كان الأجل 6 أشهر قبل التعديل) من يوم توصله بإنذار من المحافظ على الأملاك العقارية بواسطة عون من المحافظة العقارية أو بالبريد المضمون أو عن طريق السلطة المحلية أو بأي وسيلة أخرى للتبليغ (الفصل 50 من ظ.ت.ع).

إلى جانب هذه الأسباب، هناك أسباب أخرى يمكن أن نستشفها من مقتضيات الفصل 30 من القانون 14.07 والتي يمكن أن يستند عليها المحافظ على الأملاك العقارية في رفض التحفيظ وهي :

1. حالة عدم شرعية الطلب؛
 2. حالة عدم كفاية الحجج المدلى بها من طرف طالب التحفيظ لتأييد مطلبه؛
 3. حالة صدور حكم قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به، يقضي بصحة تعرض معين في مواجهة مطلب التحفيظ، إذ يمكن للمحافظ أن يلغي مطلب التحفيظ سواء كلياً أو جزئياً بالاستناد إلى الحكم المذكور؛
- وأهم تغيير جاء به القانون رقم 14.07 هو منحه للمحافظ على الأملاك العقارية صلاحية تقدير سبب إلغاء مطلب التحفيظ خارج نطاق الأسباب المحددة بالقانون وذلك ما يستشف من مقتضيات الفصل 38 المعدل الذي جاء في أولى فقراته "في حالة رفض مطلب التحفيظ لأي سبب كان وفي أية مرحلة من مراحل المسطرة...".

ثانياً- الأحكام العامة للتقييد والتشطيب :

لا تخفى أهمية إشهار التصرفات القانونية الواقعة على العقارات المحفوظة من حيث ضمان الحقوق المترتبة عليها وحمايتها، فكيفما كان السند المؤيد للحق، أوجب القانون ضرورة تقييده بالرسم العقاري لينتج آثاره القانونية اتجاه أطراف العقد أو الغير، إذ أن تقييده بالرسم العقاري هو بداية الوجود القانوني له، وابتداء من تاريخ التقييد¹³.

لذا فإن عدم متابعة أطراف العلاقة لإجراءات تقييد الحق في الرسم العقاري كيفما كان مصدره سواء تعلق الأمر بعقد بيع للعقار كله أو جزء منه أو

13- الفصل 66 من ظهير 12 غشت 1913 المعدل بالقانون 14.07.

عقد كراء طويل الأمد، أو عقد انتفاع أو رهن أو حكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به يقضي باستحقاق حقوق معينة لشخص معين، فإن ذلك يجعل الحق غير جدير بالحماية في نظر القانون.

وبإجراء المحافظ لعملية تقييد الحقوق بالسجل العقاري، يجعلها قائمة ومنتجة لأثارها إزاء الجميع ولا تزول هذه الآثار إلا بالتشطيب على قيدها في السجل العقاري¹⁴، وهذا ما نص عليه الفصل 91 من قانون 14.07، بالقول "مع مراعاة أحكام الفصل 86 أعلاه، يمكن أن يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد أو بيان أو تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد أو حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به يثبت انعدام أو انقضاء الحق موضوع التضمن، في مواجهة الأشخاص الذين يعينهم هذا الحق".

ويتولى المحافظ العقاري عملية تقييد الحقوق وإشهارها بالرسم العقاري أو التشطيب عليها بعد التثبت من الحجج والمستندات المؤيدة لها.

ومن أهم المستجدات التي جاء بها القانون 14.07 في مجال التقييد نذكر ما يلي :

- تخفيض آجال التقييد من 18 شهر إلى 3 أشهر (الفصل 65 مكرر فقرة أولى)؛

- إلغاء المهلة الإضافية التي كان بإمكان المحافظ منحها لطالب التقييد (6 أشهر) من أجل استكمال إجراءات التقييد إذا تعذر عليه تقييد الحق لعدم توفر الإثباتات والحجج اللازمة للقيام بالتقييد؛

14 - د. مأمون الكزبري التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي الجزء الأول طبعة ثانية 1987 ص 120.

- إقرار الغرامة المالية التصاعدية بعد أن كانت ثابتة في حالة عدم المبادرة إلى تقييد التصرفات القانونية داخل الأجل وتأدية رسوم المحافظة العقارية (غرامة مالية تساوي خمسة 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 (بعد أن كانت الغرامة المالية تساوي مبلغ الرسم المستحق على التسجيل) (الفصل 65 مكرر فقرة ثانية)؛

- منح صلاحية الإعفاء من الغرامة المالية لمدير الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح والخرائطية بدل وزير الفلاحة في حالة القوة القاهرة وهذا ينسجم مع تحول الوكالة إلى مؤسسة عمومية تتمتع بالاستقلال المالي والإداري؛

- إلغاء وظيفة الوسيط التي كان يقوم بها المحافظ بين طالب التقييد وقابض التسجيل والتمبر في حالة ما إذا كان العقد غير مستوف لإجراء التسجيل حيث كان يطلب إرفاق الطلب بنسخة من العقد وإلا امتنع عن تلقي طلب التقييد (تم إسقاط هذه الفقرة من الفصل 70)؛

وقد أناط المشرع بالمحافظ تحت مسؤوليته مهمة التحقق من هوية المفوت أو طالب التشطيب وأهليته وكذا من صحة الوثائق المدلى بها تأييدا للطلب شكلا وجوهرا (الفصل 72).

كما ألزم المشرع المحافظ على الأملاك العقارية بأن يتحقق من أن التقييد أو التشطيب موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات قانون التحفيظ العقاري وأن الوثائق المدلى بها تجيز التقييد أو التشطيب (الفصلان 74 و94).

و إذا قدمت في آن واحد عدة طلبات متعلقة بنفس العقار فإنه ينص على ذلك بسجل الإيداع وتقييد الحقوق بنفس الرتبة، فإن تنافى بعضها مع البعض رفض المحافظ على الأملاك العقارية التقييد (الفصل 2/76).

البند الثاني

قابلية قرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب للطعن القضائي :

ونميز هنا بين مرحلة ما قبل القانون رقم 14.07 ومرحلة ما بعد القانون المذكور بالنظر لبعض التغييرات الجوهرية الطارئة في الموضوع.

أ- مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 14.07 :

وتتميز المراقبة القضائية لقرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب في هذه المرحلة بما يلي :

1- إن الطعن القضائي ضد قرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب كان منظما بمقتضى الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري 12 غشت 1913 الذي ينص : "في حالة ما إذا رفض المحافظ تحفيظ العقار أو تسجيل حق عيني أو التشطيب عليه بسبب عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم، فإن قراره يكون قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبث فيه مع الحق في الاستئناف.

والأحكام الاستئنافية يمكن الطعن فيها، عن طريق النقض وتبلغ للأطراف حسب نفس الشروط والشكل المقررة بالفصل 47 المشار إليه أعلاه". هذا من جهة، ومن جهة أخرى الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 بشأن ضبط التفاصيل المتعلقة بتطبيق نظام التحفيظ العقاري إذ نص بأنه "في حالة ما إذا رفض المحافظ أن يحفظ عقارا كلا أو بعضا أو أن يسجل حقا عينيا أو يشطب عليه بالسجلات العقارية فإن قراره يجب أن يكون معللا وأن يبلغ للطالب بدون تأخير.

ويكون هذا القرار قابلا للطعن القضائي المنصوص عليه في الفصل 96 من ظهير 9 رمضان 1331 الموافق 12 غشت 1913 المذكور وذلك داخل أجل شهر واحد من تبليغه...".

2- تطبيقا لشرط الدعوى الموازية، فالجهة القضائية المختصة بمراقبة قرار رفض التحفيظ أو التشطيب أو التقييد هي جهة القضاء العادي استثناء من المبادئ العامة التي تمنح الاختصاص العام للقضاء الإداري لمراقبة مشروعية القرارات الإدارية كيفما كان مصدرها استنادا للقانون 90.41 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية؛

3- من الناحية الهيكلية نظم المشرع المراقبة القضائية لقرار رفض التحفيظ في القسم الثاني المخصص لإشهار الحقوق العينية العقارية بالفصل 96 الذي نظم في نفس الوقت المراقبة القضائية لقرار رفض تسجيل حق عيني أو التشطيب عليه، وهو تجاوز كان محل انتقاد لعدم انسجامه مع الهيكلية العامة لقانون التحفيظ العقاري إذ أن مكانه الطبيعي كان هو القسم الأول المخصص للتحفيظ؛

4- استنادا إلى الفصل 96 من ظ.ت.ع وضع الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض المبادئ الأساسية للمراقبة القضائية لقرار المحافظ برفض التقييد أو التشطيب حيث وزع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري من خلال تبني معيار التفسير الضيق لمقتضيات الفصل 96 حيث اعتبر بأن قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب يكون قابلا للطعن أمام القضاء العادي، متى كان قراره معللا بعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الحجج، ومتى كان قراره معللا بسبب آخر، أصبح الاختصاص منعقدا للقضاء الإداري طبقا للمبدأ العام، وهو الاجتهاد الذي تواترت عليه محكمة النقض في قراراتها¹⁵، إذ اعتبرت قرارات المحافظ والمحافظ العام قرارات إدارية

15- قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1980/8/8 بين شركة طراموتو وبين المحافظ على الأملاك العقارية بالدار البيضاء.

- قراره بتاريخ 1981/11/13 بين ورثة أصبان وبين المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط.

- قراره بتاريخ 1982/4/30 بين الشركة المدنية العقارية بيروكور وبين المحافظ على الأملاك العقارية بسطات.

قابلة للطعن بالإلغاء وفقا للمبدأ العام، وأن الاستثناء الوارد في المادة 96 من ظهير التحفيظ العقاري يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً ينحصر فيما إذا كان قرار المحافظ برفض التحفيظ التسجيل أو التشطيب مبرراً بعدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم.

وقد سارت على نفس النهج المحاكم الدنيا سواء الإدارية¹⁶ أو العادية¹⁷ وإن بدرجات مختلفة.

وقد أكدت محكمة النقض موقفها هذا بوصفها مرجعاً استئنافياً بعد إحداث المحاكم الإدارية في قرارها المؤرخ في 3-12-1998 بقولها: "إن من الواضح أن القرارات التي تصدر عن المحافظ على الملكية العقارية تعتبر مبدئياً قرارات إدارية لأنها صادرة عن سلطة إدارية إلا أن المشرع استثنى من دائرة هذه القرارات التي تصدر في ظل الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري وهي التي تتعلق برفض تحفيظ العقار أو تسجيل حق عيني أو التشطيب عليه بسبب عدم صحة الطلب أو عدم كفاية الرسوم حيث جعل هذه القرارات قابلة للطعن أمام المحكمة الابتدائية¹⁸.

ب- الوضع في ظل القانون رقم 14.07 :

جاء القانون المذكور بتعديلات شكلية وجوهرية أساسية في الموضوع نتطرق إليها كالتالي :

- من الناحية الشكلية عالج هذا القانون الخلل الهيكلي الذي كان يعترى النص القانوني المنظم لهذه المراقبة القضائية والذي سبقت الإشارة إليه بأن تم فصل المراقبة القضائية لمشروعية قرار رفض التحفيظ عن النص المرجعي المنظم

16 - حكم إدارية الدار البيضاء بتاريخ 1997/10/29 وحكم إدارية الرباط بتاريخ 1997/12/11

17 - قرار عدد 5341 بتاريخ 1995/11/24 منشور في قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 49-50 ص 30 ما وحكم ابتدائية فاس بتاريخ 2004/7/8

18 - قرار منشور بمجلة الإشعاع، العدد 21 ص 125.

للمراقبة القضائية لقرار رفض تقييد حق عيني أو التشطيب عليه وهو الفصل 96 من ظ.ت.ع، وخصص القانون رقم 14.07 فصلا مستقلا إضافيا ضمن الفرع الخامس من الباب الثاني من القسم الأول المخصص للتحفيظ وهو الفصل 37 مكرر الذي نص على ما يلي :

"يجب على المحافظ على الأملاك العقارية في جميع الحالات التي يرفض فيها طلبا للتحفيظ أن يعلل قراره ويبلغه لطالب التحفيظ.

يكون هذا القرار قابلا للطعن أمام المحكمة الابتدائية التي تبنت فيه مع الحق في الاستيقاف وتكون القرارات الاستينافية قابلة للطعن بالنقض"؛

- حافظ القانون رقم 14.07 على نفس قواعد الاختصاص القضائي بأن منح المراقبة القضائية لقرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب للقضاء العادي مكرسا بذلك الاحتفاظ بوجود الدعوى الموازية باعتبار أن عدم وجودها هو شرط من شروط قبول دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري؛

- فك القانون 14.07 الارتباط بين مراقبة القضاء العادي لقرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيب وسبب هذا الرفض الذي كان مقتصرًا على حالتي عدم صحة الطلب وعدم كفاية الحجج في إطار التفسير الضيق الذي أخذت به محكمة النقض لمقتضيات الفصل 96 السالف الذكر علما أن هذا التفسير لم تنضبط له جميع المحاكم، وأصبح الاختصاص القضائي الموكل للقضاء العادي عاما ومطلقا يشمل جميع الحالات التي يرفض فيها المحافظ تحفيظ العقار أو تقييد حق عيني أو التشطيب عليه بدون استثناء بصريح النص، ومن شأن ذلك أن يرتب نتائج هامة كالتالي :

• رفع اللبس والغموض الذي كان سائدا والذي كان من نتائجه تضارب مواقف القضاء وخاصة بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري، ففي حين يتجه الأول نحو التصريح باختصاصه والبت في جميع الطعون القضائية الموجهة

ضد قرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيط دون الالتفات إلى سبب الرفض كان القضاء الإداري حريصا على الالتزام بالتفسير الضيق، وبالتالي البحث في سبب الرفض وكان يصرح باختصاصه فقط في حالة ما إذا كان الرفض مبنيًا على سبب غير عدم صحة الطلب وعدم كفاية الحجج؛

• لن يصبح القضاء الإداري مختصًا بالنظر في الطعون الموجهة ضد قرارات المحافظ على الأملاك العقارية التالية:

1. قرار إلغاء مطلب التحفيظ بسبب تخلف طالبه عن حضور عملية التحدد المؤقت (الفصل 23 من ظ ت ع)؛

2. قرار إلغاء مطلب التحفيظ بسبب استنكاف طالب التحفيظ عن متابعة مسطرة التحفيظ (الفصل 50 من ظ ت ع).

3. قرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيط لسبب آخر غير عدم صحة الطلب وعدم كفاية الحجج؛

- نص القانون 14.07 بشكل واضح على إلزامية تعليل قرار رفض التحفيظ أو التقييد أو التشطيط وضرورة تبليغه إلى المعني بالأمر، الأمر الذي لم يكن منصوصًا عليه في ظل مقتضيات الفصل 96 من ظ.ت.ع وترك الأمر لمقتضيات القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 بشأن ضبط تفاصيل تطبيق النظام العقاري للتحفيظ في مادته العاشرة، وبذلك تم الارتقاء بإلزامية التعليل والتبليغ من مستوى النص التنظيمي إلى مستوى القانون انسجامًا مع مقتضيات القانون رقم 03.01 الصادر في 2002.8.12 المتعلق بإلزام إدارات الدولة والجماعات المحلية وهيئاتها والمؤسسات العمومية والمصالح التي عهد إليها بتسيير مرفق عام بتعليل قراراتها الإدارية الفردية السلبية، ويترتب عما سبق نتيجة هامة وهي أن قرينة المشروعية أصبحت ملازمة فقط للقرارات الإدارية الفردية المعللة، وبالمقابل أصبحت قرينة عدم المشروعية ملازمة للقرارات الإدارية الفردية السلبية غير المعللة؛

المطلب الثالث

مدى قدرة قرار التحفيظ المحصن على الإفلات من الرقابة القضائية
في ضوء القانون 14.07 والفصل 118 من الدستور الجديد.

لم يدخل القانون 14.07 تعديلا جوهريا على الفصل 62 باستثناء بعض التعديلات الشكلية على مستوى اللغة والمصطلحات، فقد حافظ المشرع للرسم العقاري على آثاره الثلاثة وهي النهائية وعدم القابلية للطعن والتطهير.

وقد استطاع الفصل 62 الصمود في وجه القضاء بالرغم من كون المحاكم الإدارية اتخذت موقفا إيجابيا من مبدأ قبول الطعن في قرار التحفيظ غير أنها لم تستطع إلغائه عند مناقشة الجوهر. وهكذا رفضت المحكمة الإدارية بوجدة طلب إلغاء قرار المحافظ العقاري القاضى بتحفيظ العقار استنادا إلى مقتضيات الفصول 30 و62 و97، كما أن المحكمة الإدارية بفاس في حكمها الصادر في 1997/10/1 والمؤيد بقرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى الصادر في 1998 /7/16¹⁹ كانت قد كيفت دعوى الإلغاء التي رفعها الطاعنون ضد قرار التحفيظ بعلّة بطلان إجراءات التحفيظ انطلاقا من عملية التحديد على أساس أنها طعن موجه ضد قرار الإعلان عن انتهاء التحديد وذلك لتفادي الاصطدام بمقتضيات الفصلين 62 و64 من ظهير التحفيظ العقاري حيث انتهت إلى إلغائه.

فقد سبق للمحكمة الإدارية بوجدة في حكمها الصادر في 2000/3/8²⁰ - والذي صدر في ظل الدستور السابق - في معرض إجابتها على الدفع المتعلق بعدم قابلية قرار التحفيظ للطعن استنادا إلى مقتضيات الفصل 62 من ظهير 12 غشت 1913، أن فسرت عدم القابلية للطعن بأنه لا يشمل الطعن بالإلغاء، وقررت مبدءا عاما يسري على أي قرار إداري تم تحصيله تشريعا ضد الطعن

19 - منشور بمجلة الحقوق المغربية عدد 4 السنة 2 دجنبر 2007 ص 303 .

20 - منشور بالدليل العملي للاجتهاد القضائي في المادة الادارية ج الاول 16-2004 د أحمد بوعشيق ص 153.

مفاده "أن الطعن بالإلغاء ضد المقررات الإدارية يهدف إلى حماية الشرعية، ولا يمكن أن يفلت منه أي مقرر إداري ولو تعلق الأمر بمقرر إداري صدر في إطار قانون ينص على عدم قابليته للطعن مادام أن مبدأ مراقبة الشرعية يعتبر مبدأ دستورياً.

وبقدر ما أشد على يد المحكمة الإدارية بوجدة التي اجتهدت وأبدعت ورفعت من قيمة مبدأ مراقبة الشرعية الذي يجب أن يطوق كل المقررات الإدارية ولو كانت محصنة تشريعياً، حيث ارتقت به إلى مصاف المبادئ الدستورية، بقدر ما أتساءل هل يعد مبدأ مراقبة الشرعية بالفعل مبدأ دستورياً في ظل الدستور المنسوخ الصادر في 7 أكتوبر 1996؟

فبمراجعة فصول الدستور الملغى، لا نجد من بين الضمانات الدستورية المنصوص عليها في بابه الأول أي أثر لدسترة مبدأ مراقبة الشرعية أو حق التقاضي أو منع تحصين القرارات الإدارية في القوانين حماية للشرعية، بخلاف بعض الدساتير العربية التي حرصت على دسترة مثل تلك المبادئ، ونذكر على سبيل المثال الدستور المصري الذي نص في مادته 68 بأن "التقاضي حق مضمون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحضر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء" وأيضاً الدستور الأردني الذي ينص في مادته 102: "تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام هذا الدستور أو أي تشريع آخر نافذ المفعول".

من أجل ذلك، كانت الحاجة ملحة إلى ضرورة تعزيز الضمانات الدستورية للمواطنين من خلال دسترة بعض المبادئ من قبل ضمان حق التقاضي ومقاضاة الإدارة وحماية رقابة الشرعية ومنع تحصين أي قرار إداري من الرقابة القضائية.

وبالفعل حصل هذا التطور في ظل الدستور الجديد الذي نص على العديد من الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والقضائية وعزز من الضمانات الدستورية للأفراد والجماعات، ومن هذه الضمانات دسترة حق التقاضي ورقابة شرعية القرارات الإدارية، حيث نص الفصل 118 من الدستور الجديد الصادر بتنفيذه لظهير الشريف المؤرخ في 29 يوليوز 2011 بأن "حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون. كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة".

ومما لا جدال فيه أن هذا النص الدستوري ستكون له آثاره الايجابية في اتجاه تطوير الفكر القانوني والاجتهاد القضائي من زاويتين:

فمن زاوية أولى، لن يكون في إمكان أي قرار إداري، وكيفما كانت الجهة المصدرة له، الإفلات من رقابة الشرعية أمام الهيئة القضائية الإدارية المختصة حتى ولو كان محصنا بمقتضى القانون، كما لن يكون في مقدور أي سلطة أو هيئة إدارية الاحتجاج بالتحصين التشريعي لقراراتها من أجل الدفع بعدم قبول دعوى الإلغاء، وهذا ما ينطبق على قرار التحفيظ الصادر عن المحافظ العقاري المحصن بالمادة 62 من ظ.ت.ع، وأيضا على قرار رفض التعرض المقدم خارج الأجل القانوني المحصن بالمادة 29 المعدلة بالقانون 14.07.

ومن زاوية ثانية، نفترض أن يفتح هذا النص الدستوري الباب مستقبلا لبروز اجتهاد قضائي يدفع في اتجاه توحيد الجهة القضائية المختصة بنظر الطعون المقدمة ضد قرارات المحافظ العقاري وذلك لفائدة جهة القضاء الإداري، ومن

تم وضع حد لمسألة توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري على اعتبار أن ظهير التحفيظ العقاري المعدل بالقانون 14.07 والقرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 المكمل له يمنح الاختصاص للقضاء العادي بموجب نصوص قانونية صريحة من أجل البت في الطعون الموجهة ضد بعض أنواع القرارات الصادرة عن المحافظ العقاري وهي:

- قرار رفض التحفيظ (الفصل 37 مكرر من ظ.ت.ع)؛

- قرار رفض تقييد حق عيني أو التشطيب عليه (الفصل 96 من ظ.ت.ع)؛

- قرار المحافظ تصحيح الأغلط المادية تلقائيا بالرسم العقاري أو رفض التصحيح بناء على طلب وفقا للمادة 29 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 بشأن تفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري²¹؛

- قرار رفض تسليم نظير الرسم العقاري أو الشهادة العقارية الخاصة بالتقييد (المادة 103 من ظ.ت.ع)؛

في حين ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري للبت في الطعون الموجهة ضد غيرها من قرارات المحافظ العقاري لانعدام الدعوى الموازية؛ ويستند هذا التأويل إلى الفصل 118 من الدستور المشار إليه أعلاه، وهو نص دستوري أسمى من قانون التحفيظ العقاري والنص التنظيمي المكمل له، الذي يحدد جهة القضاء الإداري كجهة مختصة برقابة شرعية كل قرار إداري سواء كان فرديا أو تنظيميا.

وفي نهاية هذه الدراسة، نشير بأنه كنا نأمل أن يكون الدستور الجديد أكثر صرامة في هذا الموضوع بحيث يمنع منعاً صريحاً تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية وذلك حتى يقطع الطريق على السلطة التشريعية والسلطة

21 - لازال هذا القرار ساري المفعول مادام أن المادة الرابعة من القانون 14.07 والتي خصصها المشرع للإشارة إلى مقتضيات المنسوخة لم تأت على ذكره.

التنفيذية من أن تفكر مستقبلا في تحصين أي قرار إداري، لكن رغم ذلك فإن مقتضيات الفصل 118 من الدستور توفر ضمانات دستورية كافية للأفراد والجماعات من أجل حقهم في التقاضي، كما توفر الأساس الدستوري الكافي الذي يمكن أن يستند عليه القضاء الإداري لبيسط رقابته على مشروعية أي قرار إداري ولو كان محصنا تشريعيا.

أحكام إلغاء التعرض ورفضه في ضوء القانون 14.07

بين هاجس تسريع مسطرة التحفيظ

ومنزلق المساس بحقوق المتعرضين

ذ. فتح الله الحمداني
باحث في القانون الخاص
كلية الحقوق - فاس
ملحق قضائي

مدخل :

إن الهدف الأساسي الذي صدر القانون 14.07 المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 من أجل تحقيقه، هو ضمان سرعة مسطرة التحفيظ وتفاذي الصعوبات التي تعرفها والتي كان واقع إدارات المحافظة العقارية والعمل القضائي وكذا الانتقادات الفقهية المثارة بشأنها شاهد عليها¹ طيلة العقود الماضية. ولتحقيق هذا الهدف أدخل المشرع مجموعة من التعديلات المتعلقة بمختلف جوانب مسطرة التحفيظ. ولأن التعرض يعد من أكثر الإجراءات التي يترتب عنها تعطيل المسطرة العادية للتحفيظ وتمديد إجراءاتها من زاوية ما ينجر عنه من انتقال النزاع إلى نظر القضاء، وبالتالي تأخير تأسيس الرسم العقاري واختتام المسطرة، فقد خص المشرع المقتضيات المتعلقة به بمجموعة من التعديلات التي تجلت غايتها بوضوح في التضييق من إمكانات قبول التعرض بتشديد وطأة الإجراءات على مقدمه وفرض صرامتها. ويتأكد هذا الأمر أكثر عند توجيه النظر إلى أحكام البت في التعرضات من قبل المحافظ

1 - اركيب اسماعيل، مستجدات التحفيظ العقاري على هامش الندوة العلمية بسطات، جريدة الصباح، عدد 3767، بتاريخ 23 ماي 2011. ص : 9.

على الأملاك العقارية والجزاءات التي يواجهها المتعرضين تأسيساً على عدم جدية الطلبات المقدمة من قبلكم، خاصة ما يرتبط بإلغاء التعرض أو رفضه، حيث أدخل القانون 14.07 على المقتضيات المتعلقة بأحكام ترتيب هذين الجزائين تغييرات تمحورت حول فرض صرامة الإجراءات المتعلقة باستخلاص مؤشرات تقدير جدية التعرض بهدف تفادي تأخر المحافظ في حسم قراره بشأنه وتقليص إمكانات قبوله، تجنبا لإطالة النزاع.

وإذا كان الهدف من تسريع وتبسيط المسطرة هو حماية مصالح طالبي التحفيظ من خلال التعجيل بتأسيس الرسم العقاري الخاص بالحقوق المعينة في مطلب التحفيظ، فإن المداخل التي اعتمدها المشرع لتحقيق هذا الهدف، تترد في كثير من الأحيان إلى فرض إجراءات قد تضر بمصالح المتعرضين وتقلل من الضمانات التي كانت ممنوحة لهم في ظل المقتضيات الملغاة.

لذلك فإن تقييم المقتضيات المتعلقة بإلغاء أو رفض التعرض التي نص عليها القانون 14.07 ينبغي أن يُنجزَ في ضوء الإجابة عن الإشكالية التالية : ما مدى نجاعة هذه المقتضيات في تسريع وتبسيط مسطرة التحفيظ؟ وما مدى نجاحها في تحقيق التوازن المطلوب بين المصالح المتعارضة لكل من طالب التحفيظ والمتعرض؟

إن الإحاطة الموسعة بهذا الموضوع تقتضي دراسة أحكام إلغاء ورفض التعرض بشكل عام، واستخلاص العناصر التي تساعد على محاولة الإجابة عن الإشكالية المطروحة بالتوازي مع توالي بسط كل جزئية تترد في تكاملها مع باقي الأجزاء إلى تشكيل المادة العلمية التي تنصب عليها عمليات المقارنة والاستنتاج والنقد. لذلك نقترح بسط الرأي حول جزاء إلغاء التعرض (المطلب الأول)، ثم رفض التعرض (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إلغاء التعرض

إن إلغاء التعرض من لدن المحافظ يرفع حالة النزاع المثارة بشأن العقار موضوع التحفيظ أو يحول دون قيامها أصلاً، مما يفرض الاستمرار في إجراءات تأسيس الرسم العقاري متى توفرت كل الشروط الأخرى.

وإذا كان المحافظ ملزماً بقبول التعرض متى كان مستوفياً للشروط القانونية وتم تقديمه خلال الأجل المحدد، فإن المشرع حتم عليه إلغاءه متى تأكد له عدم جديته.

وهكذا رتب المشرع جزاء الإلغاء صراحة في حالة عدم تقديم المتعرض للوثائق والمستندات المدعمة لتعرضه وعدم أدائه للواجبات القضائية خلال الأجل القانوني (الفقرة الأولى)، كما يمكن توقع إلغاء التعرض استناداً لحكم قضائي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إلغاء التعرض لعدم تقديم الوثائق المؤيدة له وأداء الواجبات القضائية :

اعتبر الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله بالقانون 14.07 أن التعرض يكون لاغياً وكأن لم يكن إذا لم يقدم المتعرض السندات والوثائق المؤيدة لتعرضه ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية خلال أجل شهر يحتمسب من تاريخ انتهاء أجل التعرض.

من خلال هذا النص يتضح أن ق 14.07 عمل، من جهة، على تسريع إجراءات البت في التعرض من قبل المحافظ على العقارية كنتيجة لحصر العناصر الموجهة لتقرير جزاء الإلغاء (أولاً)، وكذا تقييد السلطة التقديرية للمحافظ في تقرير الإلغاء، من جهة أخرى (ثانياً).

أولاً: حصر العناصر التي ينبنى عليها تقرير جزاء الإلغاء في ظل (ق. 14.07)

في ظل ظهير التحفيظ العقاري قبل صدور تعديله بالقانون رقم 14.07 كان للمحافظ العقاري أن يقبل التعرض المقدم دون إيداع ما يؤيده من وثائق ويعمل على تقييده في سجل خاص، ثم له أن يوجه إنذاراً للمتعرض بأن يقدم ما بيده من حجج مدعمة لتعرضه خلال أجل ثلاثة أشهر، بعدها يمكنه القيام بالتحري حول جدية التعرض وإجراء بحث بشأنه، وتبقى له الصلاحية حينها في إلغاء التعرض أو قبوله رغم غياب مؤيداته. وبالنسبة للرسوم القضائية وحقوق المرافعة فقد كان للمحافظ على الأملاك العقارية أن يعمل على تخفيض قيمتها بناءً على طلب المتعرض، بعد إنذاره بضرورة تقديمها خلال نفس الأجل السابق تحت طائلة اعتبار التعرض ملغى.

أما في ضوء النص الجديد بعد التعديل، فليس هناك ما يدل على إمكانية توجيه إنذار إلى المتعرض الذي لم يدل بحجج تعضد تعرضه، كما أن المشرع لم يوجه المحافظ إلى إجراء بحث حول التعرض ولا التحري بشأنه ولا النظر في إمكانية تخفيض الرسوم القضائية، بل إن جزاء الإلغاء يترتب تلقائياً تجاه التعرض الذي لم يؤيده صاحبه بالوثائق اللازمة ولم يؤد بشأنه الرسوم بمجرد انصرام أجل الشهر المحدد في الفصل 32 من ظ. ت. ع. كما تم تعديله. ولا يبقى للمحافظ إلا التشطيب عليه. مما يعني أن جزاء الإلغاء أصبح يتحدد في ضوء عنصر أساسي متمحور حول وجود أو عدم وجود الوثائق وأداء الرسوم خلال أجل محدد، دون توجيه النظر لعناصر أخرى يُرجى تحصيلها من خلال إجراء بحثٍ أو تحرُّرٍ من قبل المحافظ، أو فتح الباب من جديد لاتخاذ إجراءات أخرى كتوجيه إنذار لحث المتعرض على تدعيم تعرضه، تلمساً لتوسيع فرص قبوله. وإذا كان من شأن هذه التعديلات أن تسرع مسطرة التحفيظ من خلال حذف بعض الإجراءات وتقليص إمكانات قبول التعرضات خاصة الكيدية منها تجنباً لإطالة أمد النزاع،

فإنها تعبر عن تبني المشرع لمقاربة تركز النظر للتعرض كإجراء استثنائي عارض ينبغي عدم التوسع في فتح المجال أمامه، في مقابل تشديد الإجراءات على مقدمه. وهذا يزكي المقاربة التي اعتمدها القضاء منذ عقود باعتبار المتعرض في موقع المدعي في مواجهة طالب التحفيظ من زاوية عبء الإثبات.

إن الرؤية المعتمدة من المشرع من شأنها أن تقلص الضمانات الممنوحة للمتعرضين، وتمنح مطلب التحفيظ حصانة أكبر ضد كل من يدعي عكس ما هو مضمن فيه من ادعاءات، بما قد يؤدي إلى ضياع الحقوق على أصحابها بعد أن يُوجَّهوا بالحجية المطلقة لرسم التحفيظ بشأن الحقوق المضمنة فيه. وهذا الاستنتاج يأخذ مشروعية أكثر، بالنظر لتقييد صلاحيات المحافظ في تقرير الإلغاء كما سنتطرق له فيما سيأتي.

ثانيا: تقييد السلطة التقديرية للمحافظ على الأملاك العقارية عند البت في التعرض :

إن حصر العناصر الموجهة لتقرير حكم الإلغاء في ضوء القانون رقم 14.07 كما بسطنا موقفنا حوله أعلاه يترتب عنه بشكل مباشر تقييد سلطة المحافظ عند البت في التعرضات، لذلك جاءت الفقرة الأولى من الفصل 32 من ظ.ت.ع بصيغة حاسمة حول تقرير جزاء الإلغاء بالنسبة للتعرض الذي لم يُؤيد بما يثبت جديته خلال أجل شهر، حيث اعتبرته "لاغيا وكأن لم يكن"، وهذه الصيغة تناقض تماما ما كان منصوصا عليه بالفصل 32 قبل تعديله حيث كان يعطي صراحة للمحافظ على الأملاك العقارية السلطة التقديرية في إلغاء التعرض أو قبوله بالرغم من عدم تقديم الوثائق المطلوبة بشأنه. إضافة إلى أن صيغة "يعتبر لاغيا وكأن لم يكن" توحى بأن الإلغاء هنا مقرر بقوة القانون دون الحاجة لصدور قرار بذلك من المحافظ الذي لا يبقى له الخيار في قبول التعرض، مما يوحي بعدم قابلية الإلغاء المقرر هنا لأي طعن.

إن فهم هذه الصيغة بمعنى عدم قابلية هذا الإلغاء لأي طعن، من شأنه أن يسرع المسطرة أكثر، حيث يمضي المحافظ في هذه الحالة إلى تأسيس الرسم العقاري بمجرد انصرام أجل الشهر المحدد لتقديم الوثائق وأداء الرسوم، أما في ظل مقتضيات الملغاة، فإن الطعن في قرار الإلغاء كان يحتم على المحافظ انتظار صدور الحكم البات في دعوى الطعن قبل مواصلة إجراءات التحفيظ.

لكن مسأيرة هذا الفهم القائل بحصانة الإلغاء المقرر في هذه الحالة من الطعن القضائي قد يؤدي إلى نتائج خطيرة بما أنه يرفع عن تشطيب التعرض، الذي يقوم به المحافظ ترتيباً على إلغائه، كل رقابة من زاوية تقدير ما إذا كان صادراً عن تعسف أو شطط. لذلك فالأولى أن نقول بقابلية قرار التشطيب على التعرض لعدم تقديم مؤيداته، للطعن باعتباره قراراً إدارياً، لأن هذا مما يحصن مصالح المتعرض ويضمن له الحق في رفع كل تعسف أو تجاوز للنصوص القانونية صادر عن المحافظ.

ونعتقد أن المتعرض الذي لم يتمكن من الإدلاء بالوثائق المؤيدة لتعرضه لأسباب مانعة ولم يؤد الرسوم القضائية خلال الأجل المحدد، يستطيع أن يتقدم إلى المحافظة العقارية بعد انصرام هذا الأجل وقبل توجيه الملف إلى المحكمة ويدلي بما توفر لديه من مستندات ووثائق ويؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة بعد أن يصوغ مطلباً جديداً بالتعرض، حيث يمكن للمحافظ أن يقبله في إطار الاستثناء المقرر بالفصل 29 (من ظ. ت. ع)، إذا أدلى بما يبرر تخلفه عن تقديم الوثائق المؤيدة لتعرضه خلال الأجل المقرر لذلك، لأن هذا مما تقتضيه مصلحة المتعرض، ويقره المنطق من حيث أن اعتبار التعرض الخالي مما يؤيده "كأن لم يكن" يوجب تنزله منزلة العدم، وهذا يقتضي أن تُماثل الآثار التي يُواجه بها المتخلف عن تقديم تعرضه خلال الأجل تلك التي يُواجه بها مقدم التعرض الملغى لخلوه مما يؤيده رغم وقوعه داخل الأجل، وذلك بإتاحة الفرصة أمام كلٍّ منهما لقبول التعرضات المقدمة من قبليهما في إطار وضمن الشروط المقررة بالفصل 29 السالف ذكره.

الفقرة الثانية: إلغاء التعرض بناءً على منطوق حكم قضائي قصى بعدم صحته :

قد يقبل المحافظ على الأملاك العقارية تعرضاً ما نظراً لاستيفائه كل الشروط القانونية المطلوبة، وبعد إحالته ترتيباً على ذلك إلى نظر القضاء يصدر حكم نهائي يقضي بعدم صحته، وهذا يعني أن المحكمة المعروض عليها النزاع قد فحصت من الزاوية الموضوعية الادعاءات المضمنة بالتعرض والوثائق المقدمة لإثباتها ونظرت في وجود الحقوق المدعى بها ونطاقها ومشمولاتها فتأكد لها عدم صحتها، فلا يبقى للتعرض وجود بعد ذلك. مما يحتم على المحافظ على الأملاك العقارية، وبعد أن يحال عليه الأطراف للعمل بقرار المحكمة المكتسب لقوة الشيء المقضي به، أن يقوم بالتشطيب على التعرض المحكوم بعدم صحته ويسقطه من نظره ويعتبره ملغى، ثم يمضي في ضوء هذه النتيجة إلى دراسة مطلب التحفيظ الذي يبقى له وحده النظر في قبوله أو رفضه كلاً أو بعضاً².

وعلى المحافظ قبل مواصلة المسطرة أن يتأكد من اكتساب الحكم المقرر لعدم صحة التعرض لقوة الشيء المقضي به، لذلك يجب أن يتوصل بنسخة تنفيذية من الحكم الصادر مصحوبة بشهادة بعدم الاستئناف أو بعدم الطعن بالنقض واستناداً إلى هذه الوثائق يتخذ قراراً بالتشطيب على التعرض³.

أما في حالة الحكم بصحة التعرض على مطلب التحفيظ، فإذا كان جزئياً أسقط المحافظ من نظره الأجزاء المحكوم بصحة التعرض بشأنها، واقتصر على النظر في الأجزاء غير المتعرض عليها، حيث له أن يقوم بتحفيظها في حالة عدم وجود تعرضات أخرى وبعد التأكد من توافر الشروط القانونية المطلوبة لتأسيس

2 - الفقرة الثانية من الفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري المغير والمتمم بالقانون 14.07.

3 - محمد خيرى، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، الطبعة الخامسة، السنة : 2009، منشورات المعارف، ص : 224.

الرسم العقاري. أما إذا كان التعرض المقضي بصحته كلياً شاملاً لكل العقار، فلا يبقى أمام المحافظ في هذه الحالة إلا اتخاذ قرار بإلغاء مطلب التحفيظ.

لكن السؤال المطروح هنا هل يكتسب صاحب التعرض المحكوم بصحته صفة طالب التحفيظ بالنسبة للحقوق المعترف له بها؟ أم إن الخيار يُترك له من أجل تقديم مطلب تحفيظ بهذا الخصوص؟

إن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 37 الملغاة بالقانون 14.07 لم تكن تعتبر الحكم الصادر بصحة التعرض بمثابة مطلب ضمني بتحفيظ العقار باسم المتعرض، بل تلزم المتعرض الراغب في ذلك بتقديم مطلب تحفيظ جديد، حيث يمكن أن يتأتى له ذلك بعد القيام بكل الإجراءات العادية و"بعد النشر لمدة أربعة أشهر بالجريدة الرسمية والتعليق والقيام بالاستدعاءات القانونية ومراجعة التحديد أثناء آجال النشر".

أما الفقرة الأخيرة من الفصل 37 حسب صياغته الجديدة، فاكتفت بتوجيه المحافظ إلى القيام بإعلان الحقوق المحكوم بها وفق الشروط والشكليات المنصوص عليها في الفصل 83 الذي ينص أن كل حق وقع إنشاؤه أو تغييره أو الإقرار به أثناء مسطرة التحفيظ يمكن نشره بالجريدة الرسمية بناء على طلب صاحبه بعد أن يودع بالمحافظة العقارية الوثائق التي تثبت هذا الحق، ويترتب عن هذا الإجراء اكتسابه لصفة طالب التحفيظ في حدود الحق المعترف له به، وتتابع المسطرة بصفة قانونية مع أخذ هذا الحق بعين الاعتبار.

إن التفسير الواسع لمستجدات الفصل 37 المعدل يدفع للنظر إلى حذف الفقرة الأخيرة من هذا الفصل كما كان منصوصاً عليها في ظهير التحفيظ والتي لم تكن تقر للمتعرض المحكوم له بصحة تعرضه صفة طالب التحفيظ تلقائياً، من جهة، وتعويضها بإحالة الفصل 37 المعدل بالقانون 14.07 على مقتضيات الفصل 83 (من ظ.ت.ع) الذي أوردنا مقتضياته أعلاه، من جهة أخرى، قد يدل

على اتجاه نية المشرع إلى إكساب المتعرض المحكوم له بصحة تعرضه لصفة طالب التحفيظ تلقائيا بعد قيام المحافظ على الأملاك العقارية بنشر الحقوق المعترف بها بالجريدة الرسمية، حيث تتابع مسطرة التحفيظ وفق الإجراءات العادية. وهذا الفهم، مما يساير أهداف المشرع بتسريع وتبسيط إجراءات التحفيظ، ومما يستلزمه مساندة حرص السلطات على تشجيع أصحاب العقارات على تحفيظها بغاية ضمان استقرار المعاملات، لأن ترك المتعرض حرا في تقديم مطلب بالتحفيظ من عدمه قد يدفعه للتقاعس عن هذا الأمر، وبالتالي تضييع فرصة تحصيل حقه بأثار الحجية المطلقة للرسم العقاري بعد تأسيسه.

لكن هذا الفهم الواسع قد يحمل النص القانوني في هذه الحالة ما لا يحتمل، لأن الاعتراف بصفة طالب التحفيظ لصاحب التعرض المقضي بصحته قد تطرح العديد من الإشكالات العملية التي لا يجب عليها الفصلين المذكورين، وعموما فالأمر متروك لاجتهاد القضاء ونظر الفقهاء من أجل استجلاء النية المفترضة للمشرع بخصوص هذه النقطة.

المطلب الثاني: اتخاذ المحافظ لقرار رفض التعرض

ينص الفصل 27 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تميمه وتغييره بالقانون 14.07 على أن التعرض لا يُقبل بعد انصرام أجل الشهرين المحدد لتقديم التعرضات وفق الفصل 23 من نفس الظهير، باستثناء ما هو منصوص عليه في الفصل 29. وبالاطلاع على هذا الفصل نستنتج أن المشرع من خلال القانون رقم 14.07 قد حدد مجموعة من العناصر التي ينبغي أن يأخذها المحافظ بعين الاعتبار عند اتخاذ لقرار رفض التعرض المقدم خارج الأجل (الفقرة الأولى)، مما يدفعنا للتساؤل في ضوء هذا الاستنتاج عن حدود الرقابة القضائية على القرارات التي يتخذها المحافظ بهذا الشأن (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: العناصر التي ينبنى عليها قرار المحافظ بشأن التعرض المقدم خارج الأجل :

إذا كان الفصل 27 من ظ. ت. ع. قد منع المحافظ على الأملاك العقارية من قبول التعرض المقدم خارج الأجل، فإن الفصل 29 من نفس القانون قد أتاح هذا القبول على سبيل الاستثناء محددًا مجموعة من العناصر الموجهة لقرار المحافظ بهذا الخصوص. ينص الفصل 29 على أنه "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق شريطة ألا يكون الملف قد وجه إلى المحكمة الابتدائية.

يتعين على المتعرض أن يدلي للمحافظ على الأملاك العقارية بالوثائق المبينة لأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل، وبالعقود والوثائق المدعمة لتعرضه كما يتعين عليه أن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو يثبت حصوله على المساعدة القضائية...".

بقراءة هذا الفصل يتضح أن للمحافظ السلطة التقديرية في اتخاذ قراره بقبول التعرض المقدم خارج الأجل أو رفضه، لكن هذه السلطة ليست مطلقة، بل مقيدة بمجموعة من الضوابط التي إذا ما عملنا على محاولة فهمها في ضوء الفصل 27 الذي يجعل قبول التعرض في الحالة السابقة استثناءً، تصير باعتماد مفهوم المخالفة للفصل 29، مؤشرات يتخذ المحافظ على الأملاك العقارية قراره بالرفض في ضوءها، وعليه فقرار رفض التعرض يمكن أن يتحقق في حالة توجيه الملف إلى المحكمة (أولاً)، كما يمكن أن ينبنى على عدم إدلاء المتعرض بالوثائق التي تبرر تخلفه عن تقديم تعرضه داخل الأجل (ثانياً)، أو عدم الإدلاء بالوثائق والواجبات القضائية عند التقدم بالتعرض (ثالثاً).

أولاً: توجيه الملف إلى المحكمة

جعل المشرع المغربي من خلال التعديلات التي أتى بها القانون 14.07 المحافظ على الأملاك العقارية الجهة الوحيدة التي تختص بالنظر في التعرض الاستثنائي بعد أن اعتبر قبوله لا يتم إلا بتوفر شرط عدم توجيه الملف إلى المحكمة، مما يعني سحب الاختصاص الذي كان قائماً للنيابة العامة، في ظل ظهير التحفيظ العقاري قبل نشر تعديله، في إصدار قرار بقبول التعرض كما كان منصوصاً عليه في النص الملغى. فقد نص الفصل 29 أن التعرض يمكن أن يقبل استثناءً خارج الأجل شريطة ألا يكون الملف قد وُجِّه إلى المحكمة، فباعتقاد المفهوم المخالف لهذا النص يتضح أن المحافظ على الأملاك العقارية لا يبقى له خياراً بشأن التعرض إلا اتخاذ قرار برفضه دون انتظار إذن النيابة العامة الذي كان يسمح استثناءً بقبوله في الحالة التي يكون قد قام مسبقاً ببعث ملف التحفيظ إلى المحكمة. وفي هذه الحالة يتقرر الرفض بغض النظر عن توفر المتعرض على العقود المؤيدة لادعائه أو إدلائه بالوثائق الدالة على الأسباب التي منعت من تقديم التعرض خلال الأجل، فلا يقوم المحافظ على الأملاك العقارية تبعاً لذلك بتسلم هذه الوثائق ولا فحصها أو استخلاص الرسوم القضائية وحقوق المرافعة، لأن المشرع كان حاسماً بهذا الخصوص وجعل توجيه الملف إلى المحكمة مسقطاً لحق الراغب في التعرض من أجل التدخل في مسطرة التحفيظ.

وإذا كان الهدف من التعديل المذكور هو تسريع مسطرة التحفيظ من خلال التضييق من نطاق قبول التعرضات الاستثنائية، والمساعدة على البت بشكل أفضل في نزاعات التحفيظ أمام المحاكم⁴. فإنه يقلص من الضمانات الممنوحة للأفراد من أجل الدفاع عن حقوقهم التي قد تضيع بسبب تأسيس الرسم

4 - محمد أوزيان، الأثر السلبي لنهاية قرار المحافظ العقاري المتعلق برفض قبول التعرض الاستثنائي : نحو الدفع بعدم دستورية الفقرة الأخيرة من الفصل 29 من القانون رقم 14.07، افتتاحية مجلة الحقوق، العدد 13، 2012، ص : 9.

العقاري ذي القوة التطهيرية المطلقة، بعد تفويت إمكانية التعرض عليهم عند توجيه الملف إلى المحكمة، وقد تكون للمتخلف عن تقديم التعرض خلال الأجل القانوني مبرراته وأعداره المقبولة التي منعت من ذلك، مع توفره على كل العقود والوثائق المؤيدة لتعرضه، فكان من الأولى أن يتاح التعرض حتى في هذه الحالة، خاصة وأن هذا بعث الملف إلى المحكمة فيفيد أن تعرضات سابقة قد تمت على مطلب التحفيظ، وبالتالي لا غضاضة في قبول تعرضات جديدة على نفس المطلب، ما دام أن انتقال المسطرة إلى المرحلة القضائية قد أصبح واقعا بعد عرض الملف أمام المحكمة.

ثانيا: عدم إدلاء المتعرض بالوثائق المبينة للأسباب التي منعت من تقديم التعرض داخل الأجل.

من التعديلات التي أدخلها القانون 14.07 على الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري تنصيصه على إلزام المتعرض خارج الأجل ببيان الأسباب التي منعت من تقديمه لتعرضه داخل الأجل القانوني، ولا يكفي أن يتم ذكر هذه الأسباب مشافهة بل ينبغي الإدلاء بالوثائق المبينة لها، وهو أمر صعب التحقق من الناحية العملية، إذ غالبا ما لن يتيسر للمتعرض الحصول على وثائق مكتوبة أو محمولة على دعامة أخرى تشهد على الأسباب المبررة لتخلفه عن القيام بهذا الإجراء داخل الأجل. إن اعتبار قبول التعرض خارج الأجل لا يتم إلا على وجه الاستثناء يقتضي من المحافظ أن يرفض التعرض في كل الأحوال التي لا يبرر فيها المتعرض تخلفه بالوثائق المذكورة، دون النظر في العقود والسندات التي يقدمها المتعرض تأييدا للمطلب. لكن فهم هذا المقتضى في ضوء مراعاة مصلحة المتعرضين وحماية الحقوق لفائدة أصحابها، يستتبع التأكيد على ضرورة توخي المحافظ على الأملاك العقارية للمرونة اللازمة عند تقديره لكفاية الوثائق المدلى بها والأسباب المتدرع بها من قبل صاحب التعرض الاستثنائي، بل حريٌّ به أن يوجه تركيز نظره على ما بيد هذا الأخير من سندات وعقود مدعمة للادعاءات المضمنة

بالتعرض، فهي الجديرة بالاعتبار عند اتخاذه لقراره بالقبول أو الرفض، لأن الأخذ بالحكم السابق قد يجعل المحافظ يقبل تعرضاً لا تضاهي الحجج والبراهين المقدمة فيه تلك التي تقدم بها متعرض آخر رفض طلبه⁵. ولا يعقل أن يحرم صاحب الحق من إمكانية الدفاع عن مصالحه أمام القضاء في مواجهة طالب التحفيظ، لمجرد أن أسباباً حالت دون تقديمه لتعرضه داخل الأجل من غير أن يتمكن من الحصول على وثائق تثبت هذا الأسباب، فهذا مما يتنافى مع قواعد العدالة. أما تحقيق السرعة والفعالية التي اتخذها المشرع شعاراً لسن هذه المقتضيات، فلا ينبغي أن يتم على حساب مصالح الأشخاص وحقوقهم.

ثالثاً: عدم تقديم الوثائق المدعمة للتعرض وأداء الواجبات القضائية

ألزمت الفقرة الثانية من الفصل 29 من (ظ. ت. ع.) المتعرض خارج الأجل بتقديم العقود والسندات المؤيدة لتعرضه وأداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو الإدلاء بما يثبت حصوله على المساعدة القضائية، وهذه من الأمور البديهية المتطلبة في كل التعرضات ولو كانت داخل الأجل تحت طائلة اعتبارها لاغية⁶. إلا أن استثنائية المقتضيات الواردة في الفصل السابق والصيغة التي جاءت بها توجب القول بأن المتعرض يلزم بتقديم السندات المذكورة في الحال مرفقة بطلب التعرض دون أن يستفيد من أي أجل إضافي أو تأخير، على عكس المتعرض داخل الأجل الذي يستفيد من كامل المدة التي تسبق انتهاء أجل الشهر الموالي لانصرام أجل التعرض، من أجل تقديم مؤيداته.

لذلك فللمحافظ على الأملاك العقارية أن يرفض دون تساهل، كل التعرضات التي لم يرفقها صاحبها بما يؤيدها من سندات وواجبات قضائية، وعلى المتعرض أن يتحمل نتائج إهماله.

5 - محمد أوزيان، مرجع سابق، ص: 10 .

6 - الفقرة الأولى من الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري المغير والمتمم بالقانون 14.07.

ونعتقد أن إمكانية التعرض خارج الأجل تُفُتَح في وجه المتعرض الذي تقرر إلغاء تعرضه المقدم داخل الأجل لعدم تقديم الوثائق المؤيدة لتعرضه وعدم أدائه الواجبات القضائية خلال المهلة المحددة قانوناً، وذلك إذا استدرك هذا النقص وأدلى بما توفر لديه من سندات وعقود بعد التقدم بطلب جديد للتعرض، مع تقديمه الوثائق الميينة للأسباب التي منعت من تقديم هذه السندات خلال الأجل القانوني، ويمكن للمحافظ أن يقبل تعرضه ما دام الملف لم يوجه إلى المحكمة، إذا تحققت كل الشروط الأخرى⁷.

الفقرة الثانية: محدودية الرقابة القضائية على قرارات المحافظ بشأن البت في التعرض المقدم خارج الأجل :

تتضح هذه المحدودية بالنظر لعدم قابلية قرار المحافظ برفض التعرض للطعن القضائي (أولاً)، ثم لعدم صلاحية المحكمة المحال عليها الملف بالبت في ملاءمة قرار المحافظ بشأن التعرض خارج الأجل (ثانياً).

أولاً: عدم قابلية قرار الرفض للطعن.

تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري أن قرار المحافظ برفض التعرض لا يقبل الطعن القضائي، وهذه من المستجدات التي نص عليها القانون 17.04 والتي أثارت انتقادات فقهية مبالغ فيها استناداً لكونها تشجع بعض المحافظين على الشطط في استعمال السلطة ما دام المحافظ على الأملاك العقارية، في نظر البعض، تبقى له السلطة التقديرية المطلقة ليقرر مدى أحقية المتعرض في قبول تعرضه من عدمه⁸، لكن وإن كنا نتفق بخصوص النتيجة التي استخلصها هذا الرأي، فإننا لا نعتقد بالأسس التي قامت عليها، لأن

7 - انظر في الأسس التي أقمنا عليها هذا الموقف ما قلناه سابقاً بشأن "تقييد السلطة التقديرية للمحافظ على الأملاك العقارية عند البت في التعرض".

8 - محمد أوزيان، مرجع سابق، ص 9.

المحافظ ليست له سلطة تقديرية مطلقة عند البت برفض التعرض الاستثنائي، إذ هو مقيد بالعناصر التي استخلصناها في الفقرة السابقة تأسيساً على المفهوم المخالف لمقتضيات الفصل 29 (ظ. ت. ع.) والتي تشكل ضوابط تلزم المحافظ باتخاذ قراره في ضوءها. أما التعسف في استعمال السلطة الذي قد يرتكبه المحافظ في هذه الحالة فإن تحقيقه يتأسس على عدم احترام هذه الضوابط ومخالفة القواعد القانونية بشأنها، لا على ما أعطاه المشرع من سلطة تقديرية مطلقة، كما يعتقد البعض.

وبغض النظر عن الانتقادات السالفة، يمكن أن نستخلص بعض الأسس التي تبرر النص على حصانة قرار الرفض من لدن المحافظ من الطعن القضائي من خلال ما يلي:

- محاولة المشرع الانضباط لمتطلبات الانسجام مع مقتضيات الفصل 27 (ظ. ت. ع) التي تقرر للتعرض المقدم خارج الأجل طابعا استثنائيا، مع ما يعنيه هذا من ضرورة التقييد من حالات قبوله، وتوخي الصرامة ضد مقدمه الذي أهمل القيام بما يلزم لحفظ حقه خلال الآجال القانونية المحددة لذلك.

- إنه ليس من المستساغ أن يتم عرقلة مسطرة التحفيظ لمجرد رفض تعرض استثنائي تشير القرائن إلى عدم جديته تأسيساً على إهمال صاحبه تقديمه خلال الأجل، خاصة وأن اتباع إجراءات الطعن قد يؤدي إلى تمديد المسطرة زمنياً، ما دام المحافظ سيؤجل البت في مطلب التحفيظ إلى حين صدور الحكم القضائي بشأن دعوى الطعن.

- إن التعرض في إطار الفصل 29 من ظ. ت. ع، يبقى استثناءً مقرراً في حقيقته لمصلحة المتعرض تلمساً لإتاحة الفرصة من جديد لقبول تعرضه حفاظاً على حقوقه، وعليه ليس مقبولاً أن تتحول هذه الضمانة الاستثنائية، في مقابل ذلك، إلى سبب في تضرر طالب التحفيظ بعد إتباع إجراءات الطعن، فههدف

القانون هو تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة في إطار تحقيق الاستقرار وإشاعة الثقة في سلطة القانون التي تحفظ لكل حقه.

- إن فتح إمكانية الطعن في قرار المحافظ في الحالة السابقة قد يؤدي إلى نتائج خطيرة إذا تم استغلاله من طرف سيئي النية ومنعدي الضمير، بأن يُقدّموا على تقديم تعرضات واهية الحجج خارج الأجل رغم تأكدهم من رفضها من طرف المحافظ، ثم يعمدون إلى الطعن في هذا الرفض، وهذا ينتج عنه تعطيل مسطرة التحفيظ، ليكون الهدف الأساسي من سلوكهم هذا هو زيادة أعباء طالب التحفيظ وعرقلة مسطرة تحفيظه لعقاره. وتفاديا للغرامات التي قد تُفرض ضدهم إذا تم تكييف تعرضاتهم بأنها تعسفية أمام المحكمة، فإنهم قد يلجأون إلى التعرض على أجزاء تافهة من العقار أو على حقوق هزيلة القيمة للإنقاص من قيمة الغرامة في حالة فرضها. ثم إن الحكم بالغرامة ليس محققا في كل الأحوال، فقد لا تستخلص المحكمة العناصر التي تمكنها من تكييف التعرض بأنه كيدي أو تعسفي.

لقد كان هدف المشرع من خلال هذا النص هو تحقيق السرعة في إتمام مسطرة التحفيظ بالتقليل من فرص التعرض على مطالب التحفيظ لتفادي الانتقال إلى المرحلة القضائية مع ما يستتبع ذلك من عرقلة للمسطرة العادية وتأخير في تأسيس الرسم العقاري. لكنه أغفل المبادئ العامة التي تميز الطعن في كل القرارات التي يصدرها المحافظ، باعتباره جهة إدارية، وهذه الصفة الإدارية تُعزّز أكثر الطرح القائل بأهمية هذا الطعن، خاصة وأن المجلس الأعلى في قرارات سابقة أيد هذا الاتجاه : "وحيث من المعلوم أن المحافظ باعتباره سلطة إدارية تكون قراراته قابلة للطعن مبدئيا بالإلغاء، إلا في الحالة التي توجد فيها دعوى موازية أمام القضاء العادي وهي حالات محددة على سبيل الحصر"⁹. بل إن

9 - قرار رقم 376، ملف إداري عدد 96/01/05/1253 بتاريخ 1998/04/30، أورده عمر الأزمي في مجلة الحقوق المغربية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، سنة 2010، ص: 156.

البعض¹⁰ يعتبر الفقرة الأخيرة من الفصل 29 المذكور تتضمن خرقاً للمبادئ المسطرة بالدستور، وخاصة الفصل 118 منه الذي ينص أن حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه ومصالحه التي يحميها القانون.

لكن السؤال يبقى مطروحاً، في مقابل ذلك، حول ما إذا كان قرار المحافظ بقبول التعرض المقدم خارج الأجل يقبل الطعن فيه من لدن طالب التحفيظ؟

إن اعتماد المفهوم المخالف للصيغة الحرفية لنص الفقرة الأخيرة من الفصل 29 التي تنص أن "قرار المحافظ برفض التعرض لا يقبل الطعن القضائي"، يفضي للاستنتاج أن هذا الطعن يكون ممكناً ضد قرار قبول التعرض خارج الأجل من لدن صاحب المصلحة. لأن المشرع لو أراد منع هذا الطعن لنص على ذلك صراحة أو على الأقل استعمل صيغة عامة كتلك التي كان منصوصاً عليها في مشروع القانون 14.07 عند عرضه أول مرة على اللجنة البرلمانية المكلفة: "يكون قرار المحافظ في هذه الحالة غير قابل للطعن القضائي"، دون تخصيص هذا الحكم بقرار القبول فقط.

وهذا الفهم مما ينسجم مع ما يترتب عن الطابع الاستثنائي لقبول التعرض المقدم خارج الأجل، خصوصاً أن التوسع في هذا القبول قد يؤدي إلى المساس بحقوق طالب التحفيظ ويؤجل إجراءات تأسيس الرسم العقاري. إلا أن هذا المقتضى يكشف بوضوح الإخلال بالتوازن المطلوب بين الحقوق والضمانات الممنوحة لكل من طالبي التحفيظ والمتعرضين، بما أنه يتيح الطعن للبعض دون الآخر بالنسبة لقرارات المحافظ بشأن التعرض خارج الأجل.

10 - محمد خيرى، عرض حول مستجدات التعرض على مسطرة التحفيظ في ندوة علمية بعنوان "مستجدات القانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري" بسطات، نظمها المجلس الجهوي للعدول بشراكة مع محكمة الاستئناف بسطات، (أورده اسماعيل اركيب، مرجع سابق).

وتجاوزا لهذا الاختلال، رأى البعض في ظل النص الملغى أن هذا القبول، على العكس من ذلك، لا يكون موضوعا لأي طعن لأنه مخول للمحافظ في كل الحالات التي لا يكون الملف قد وُجِّه إلى المحكمة¹¹.

ثانيا: عدم اختصاص المحكمة المقامة أمامها دعوى التعرض بالنظر في ملاءمة قرار الرفض :

قد يقبل المحافظ على الأملاك العقارية تعرضا تم تقديمه خارج الأجل في إطار الاستثناء المقرر بالفصل 29 (ظ. ت. ع)، وترتبيا على ذلك يحيل ملف التحفيظ على المحكمة الابتدائية، فهل يحق لطالبي التحفيظ في هذه الحالة الدفع في مواجهة المتعرضين بكون التعرض موضوع الدعوى تم قبوله من لدن المحافظ خارج الأجل دون مراعاة الضوابط القانونية المنصوص عليها ؟

يجيب القضاء المغربي على هذا السؤال من خلال عدة قرارات : "لكن حيث إنه في نطاق مسطرة التحفيظ العقاري يحال الملف من طرف محافظ الملكية العقارية على المحكمة الابتدائية لتبت في التعرضات المقدمة ضد مطلب التحفيظ من الناحية الموضوعية، ذلك أن قبول التعرضات أو عدم قبولها حسب تقديمها داخل الآجال القانونية أو خارجها يدخل في اختصاص المحافظ على الأملاك العقارية الذي يتولى تلقي التعرضات وتهيئتها قبل إحالة الملف على المحكمة المطعون في قرارها، فإنه لا يحق لها قانونا أن تفحص الآجال المتعلقة بتقديم التعرضات ضد مطلب التحفيظ وأنها تقتصر فقط على دراسة هذه التعرضات للتصريح بصحتها أو عدم صحتها موضوعيا" (المجلس الأعلى، قرار رقم 30، بتاريخ 14 أبريل 1981 / ملف إداري 36.907)¹².

11 - محمد خبزي، قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، الطبعة الخامسة، السنة : 2009، منشورات المعارف، ص : 221.

12 - عبد العزيز توفيق، قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ العقاري من سنة 1991 إلى سنة 2002، الطبعة الثانية، 2003، مطبعة النجاح الجديدة، ص : 170.

وفي قرار آخر قضى بأن "قبول التعرض أو عدم قبوله من اختصاص المحافظ وأن المحكمة تقضي في التعرضات المقدمة إليها من المحافظ عملاً بالفصل 27 من ظهير التحفيظ العقاري"¹³.

إن تبني القضاء المغربي لهذا الاتجاه من شأنه أن يجد أكثر من الرقابة القضائية المفروضة على المحافظ على الأملاك العقارية عند نظره في التعرض المقدم خارج الأجل، لكنه اتجه سليم من زاوية انسجامه مع المبادئ العامة والنصوص القانونية المبلورة لخصوصية دعوى التعرض التي تهدف أساساً إلى فحص الادعاءات المضمنة فيه من الناحية الموضوعية بغاية تقرير صحتها أو رفضها، دون النظر في شرعية قرار قبول التعرض الذي يبقى مجالاً خاصاً للمحافظ على الأملاك العقارية لا يخضع لرقابة المحاكم العادية.

إلا أن طالب التحفيظ في حال قبول التعرض خارج الأجل يستطيع أن يتقدم بالطعن ضد هذا القرار أمام المحكمة الإدارية إذا ما تبين له صدوره عن تعسف أو سوء تقدير من المحافظ، وهذا الرأي أقمناه على مفهوم المخالفة للفقرة لنص الفقرة الأخيرة من الفصل 29 (ظ. ت. ع) كما هو موضح سابقاً من خلال العنوان السابق (أولاً).

خاتمة :

يتضح مما سبق أن المشرع اعتمد مقارنة غريبة في سعيه إلى تحقيق تبسيط وتسريع مسطرة التحفيظ، نظراً لأنها لا ترى مدخلاً لتحقيق هذا الهدف إلا على حساب الإضرار بمصالح أحد الأطراف الأساسية المتدخلة في المسطرة وهو المتعرض. لذلك نقول إن القانون رقم 14.07 وإن كان من شأنه أن يحقق نسيباً تجاوز العديد من الإشكالات التي كانت قائمة في ظل تطبيق المقتضيات المنسوخة، فإنه سيكون سبباً لإثارة مشاكل أخرى مرتبطة بما قد يمس أصحاب

13 - قرار 3235 بتاريخ 21 ماي 1996 / ملف عدد 90 / 1193 (عبد العزيز توفيق، مرجع سابق، ص: 325).

الحقوق من حيف بسبب صرامة الإجراءات المتعلقة بالتعرض. لكن، ولأن تحقيق العدالة المطلقة ليس مما يمكن أن يحققه أي قانون رغم سعيه إليه، فإن مستجدات القانون 14.07 تبقى خطوة إلى الأمام في مسار تطوير النصوص المطبقة على العقار، شريطة مواكبتها بالتعديلات المطلوبة مسايرةً لتغير الواقع الذي فرض صدورها، ومجاراةً لمتطلبات تجاوز الإشكالات العملية التي تثور أثناء تطبيقها، وهذا ما حتم صياغة المشرع لمشروع تعديل سريع على ظهير التحفيظ العقاري من أجل نسخ مقتضيات القانون 14.07 بشأن الشروط المطلوبة في المهندس المساح الطبوغرافي المختص بمباشرة عمليات التحديد والعمليات الهندسية اللاحقة، بمقتضى مشروع قانون رقم 57.12. إلا أن هذا التعديل السريع يكشف عن نوع من الارتجالية والارتباك وغياب الرؤية المؤسسة على معطيات مدققة عند صياغة النصوص القانونية .

مستجدات قانون التحفيظ العقاري (القانون 14.07)

ذ عبد القادر البنحياتي
محام بهيئة الناظور

ان المغرب وهو قرر انخراطه في نادي العولمة، وكان من الموقعين الاولين عن اتفاقية "الكات" رأى لزاما عليه ان يسابق نفسه بسن قوانين اقتضتها التطورات التي فرضت نفسها في الساحة الدولية لمواجهة شراسة المنافسة خاصة في المجال التجاري وفي ميدان الاستثمار.

ولما كان العقار يلعب دورا رياديا في المجال الاقتصادي، وهو بامتياز الضمانة الاساسية التي تعتمد عليها البنوك في منح القروض، لكل هذا كان لابد من الوقوف على مشاكل العقار بجميع انواعه، وكان لابد من اعداد قانون عقاري يحظى بثقة عموم الناس، ويحقق الاستقرار في المعاملات العقارية.

ان المشرع المغربي وقد ادرك التحديات المهددة لاقتصاد البلاد وجد نفسه مضطرا للتحرك قبل ان تدوسه اقدام العولمة، فتحرك في اتجاه ايجاد ترسانة من القوانين تهم العقار منها :

القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات¹؛

قانون رقم 51.00 المتعلق بالايجار المفضي الى تملك العقار²؛

القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية³؛

-
- 1 - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 في 15 من ذي حجة 1412 (17 يونيو 1992).
 - 2 - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.03.202 بتاريخ 16 من رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003).
 - 3 - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.2978 المؤرخ في 25 من رجب 1423 (3 اكتوبر 2002).

القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية⁴؛

القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق⁵؛

ان القوانين اعلاه ان كانت تميزها الجدة، فان المشرع لم يسلك نفس السبيل بالنسبة للقانون المتعلق بالتحفيظ، فهو فضل ترقيع ظهير 09 رمضان 1331 غشت (1913)، والإبقاء على قانون كان من الاجدر العمل على نسخه بالتمام، انه اتى بقانون اطلق عليه البعض "القانون الجديد للتحفيظ العقاري" وهو ليس بجديد، انه القانون رقم 14.07⁶.

اذا كانت جل الفعاليات الحقوقية والاقتصادية والتجارية انتظرت من المشرع سن قانون يواكب التطور الذي عرفه العالم الجديد ولاسيما في المجالات الاقتصادية والاستثمارات، وإعداد العقار وجعله يلبي حاجيات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وذلك بسن مقتضيات جديدة كفيلة بتسريع وتبسيط إجراءات مسطرة تحفيظه، فان السؤال هو ما الجديد في هذا القانون؟، قبل الجواب عن هذا التساؤل المشروع ارى ضرورة استعراض بعجالة تاريخ ظهير 12 غشت 1913، ثم التعرض لبعض ما هو جديد فيه، واقتصر في هذا العرض المتواضع على النقط التالية :

أولاً : اثر الطعن بالنقض بالنسبة للأحكام الصادرة في التقييدات الواردة على العقار المحفظ .

ثانياً : قاعدة عدم قبول قرار التحفيظ وإنشاء الرسم العقاري لأي طعن .

4 - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).
5 - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.179 المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).
6 - المغير والمتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.177 المؤرخ في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011).

ثالثا: قاعدة عدم الطعن ضد قرار المحافظ بعدم قبول التعرض خارج الاجل.

رابعا : اسناد اثبات الحيازة الى المساح الطبوغرافي.

خامسا : توحيد مسطرة التبليغ بالنسبة للأحكام الصادرة في مادة التحفيظ و آجال الطعون ضدها.

سادسا : عدم السماح للمحكمة للبت في صحة المطلب ولا في قانونيته (الفصل 37).

بعد تاريخ ظهير 09 رمضان 1331 موافق 12 غشت 1913.

لقد عرف المغرب نظام تسجيل العقارات في بداية القرن الماضي، وبالضبط بتاريخ 09 رمضان 1331 موافق 12 غشت 1913 حيث صدر ظهير تسجيل العقارات، ظهير صدر باللغة الفرنسية⁷.

وإذا كان النص الفرنسي قد تم نشره بالجريدة الرسمية بتاريخ 12 شتنبر 1913 بالصفحة 206، فالتساؤل ماهي الجريدة الرسمية التي نشر فيها النص بالعربية؟، قال الدكتور احمد الدريوش في كتابه الذي اختار له اسم "القانون العقاري الجديد" ان الصيغة العربية لظهير التحفيظ نشرت بالجريدة الرسمية، جاء في مؤلفه : "لم يتم تعريب كل تلك النصوص المتعلقة بالتحفيظ وبالعقارات المحفظة رسميا إلا في وقت متأخر جدا عن تاريخ اصدارها، وقد تم نشر هذا التعريب بالجريدة الرسمية في عدد خاص خارج عن السلسلة"⁸.

ومن اجل الوقوف على مادية النص العربي الذي نشر بجريدة رسمية خارج السلسلة، كما جاء في المؤلف اعلاه، وكون نفس المؤلف لم يبين تاريخ النشر،

7 - ونشر في الجريدة الصادرة باللغة الفرنسية رقم 46 بتاريخ 12 سبتمبر 1913.

8 - أنظر الصفحة 8 من مؤلف الأستاذ أحمد الدريوش "القانون العقاري الجديد".

ولمعرفة ما خفي اتصلنا بكل من المطبعة الرسمية، وإدارة الجريدة الرسمية، والوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية (مصلحة الجريدة الرسمية) بالرباط بحثا عن مراجع الجريدة، ولم يسفر الاتصال عن تحقيق المطلوب، وأكدت لنا جميع الجهات التي تم التواصل معها بعدم علمها بالجريدة "الشبح".

اذن، وأمام عدم احتفاظ المطبعة الرسمية بالجريدة الرسمية التي قيل انها نشرت الظهير باللغة العربية، وكون الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية ليس بأرشيفها الجريدة الشبح يبقى الواقع هو انه لا وجود للنص القانوني بصيغته العربية.

انه لم يثبت لدينا بحجة رسمية كون ظهير 9 رمضان عام 1331 الموافق 12 غشت 1913 ترجم الى اللغة العربية ترجمة رسمية، إلا ما قامت به وزارة العدل غداة صدور ظهير تعريب القضاء وهي الترجمة التي ضمنتها وزارة العدل في كتاب "دليل عملي لقاضي التحفيظ العقاري" سنة 1968 - 1388، وهذه الترجمة لا يمكن ان تقوم مقام النص المحرر باللغة الفرنسية والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 46.

ويكون الواقع ان الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان عام 1331 الموافق 12 غشت 1913 انما صدر باللغة الفرنسية، ومذيل بتوقيع المقيم العام الفرنسي ليوطي بالرباط بتاريخ 30 غشت 1913، ومن ثم فان السؤال هو لماذا ابقى المشرع على هذا القانون؟، الم يكن حريا بالمشرع ان يضع حدا لهذا الظهير بإلغائه وصياغة نص جديد صياغة اكثر دقة باللغة الرسمية للمملكة المغربية؟.

ان الترجمة في معناها القانوني انما تعبر عن نظامين قانونيين مختلفين، ولا يمكن ان تؤدي الى نفس القصد الذي اراده واضع القانون، فالمعنى انما هي مقارنة اذا كان مترجم النصوص القانونية ملما بالنظامين القانونيين للغة المنقول

منها واللغة المنقول إليها، هذا ولا يجب ان يغرب عن البال ان الترجمة وفي جميع الاحوال لا يمكن ان تقوم مقام النص الاصيل، ولا يقبل من المشرع ان يعمل على تغيير وتتميم وتعديل النص المترجم دون النص الاصيل، ومن ثم الم يكن من الاجدر بالمشرع ان يسلك نفس المسلك عندما نسخ ظهير 19 من رجب 1333 (02 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة؟.

ان ظهير 9 رمضان عام 1331 الموافق 12 غشت 1913 المغير والمتمم بالقانون 14.07 سيحتفل بعيده المائة في صيف السنة المقبلة، وهو رغم التعديلات والتغييرات والتتميمات الى طرأت عليه لم يستطع سن مسطرة آمرة تضع حدا للسير البطيء لفض المنازعات الطارئة خلال المرحلة الادارية، ولم يستطع تحديد اجل معقول تحت طائلة المساءلة لعرض النزاعات على القضاء متى قام السبب، كما انه لم يحدد اجلا معقولا للبت في النزاعات القضائية، ولم يقرر الزامية وقوف المحكمة شخصا على العقار المراد تحفيظه عند النظر في التعرضات، الوسيلة التي نراها ناجعة لتحقيق مبادئ الانصاف والعدالة، والتي من شأنها ان تسرع الفصل في القضية وتشجع الملاكين على اللجوء الى المحافظة طالين تحفيظ املاكهم.

وبعد استعراض موجز لتاريخ ظهير 12 غشت 1913 اود وأنا اطالع القانون 14.07 التعرض لبعض احكام هذا القانون .

أولا : اثر الطعن بالنقض بالنسبة للأحكام الصادرة في التقييدات الواردة على العقار المحفظ :

من مستجدات القانون 14.07 المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري انه وسع في مفهوم التحفيظ، بحيث لم يعد فقط " جعل العقار خاضعا لنظام الظهير من غير ان يكون في الامكان اخراجه منه فيما بعد" وانما يعني علاوة عن ذلك : "تقييد كل التصرفات والوقائع الرامية الى تأسيس او نقل او تغيير او اقرار او اسقاط الحقوق العينية والتحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له"، توسع يثير التساؤلات التالية : ما اثر القانون 14.07 المغير والمتمم لظهير

التحفيظ العقاري على مضمون الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية؟، ماذا تعني عبارة التحفيظ العقاري الواردة في هذا النص؟، كيف فسر القضاء عبارة التحفيظ العقاري قبل صدور القانون 07-14؟، ما موقف المحافظة العقارية من عبارة التحفيظ العقاري الواردة في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية؟، كيف كانت تفسرها قبل صدور القانون؟ ومجمل السؤال: هل الطعن بالنقض يوقف تنفيذ الاحكام الصادرة في قضايا التحفيظ دون التقييدات أو هما معا؟

ان المحافظ العقاري استسلم لقاعدة الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في كل ما له علاقة بالعقار سواء في مرحلة تحفيظه وأيضا بعد تحفيظه، ورفض تقييد الاحكام القضائية النهائية التي تخص العقار في الرسم العقاري ان لم ترفق بشهادة عدم الطعن بالنقض، بعله ان من شان تنفيذ الحكم المطعون ضده بالنقض قبل البت في هذا الطعن من شأنه ان يخلق حالة يستحيل معها الرجوع الى ما كانت عليها ان انتقل الحق المسجل الى شخص حسن النية، وكان المحافظ يستند في توجيهه وتفسيره لهذا (الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية) على فتوى لوزارة العدل تمت بناء على طلب من وزارة الفلاحة في قضية موضوعها طلب تقييد حكم في رسم عقاري، فوزارة العدل وبموجب كتابها المؤرخ في 09 يونيو 1980 تحت رقم 1748 افتت أن مفهوم التحفيظ الوارد في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية يمتد إلى التحفيظ وإلى التقييدات اللاحقة عن تأسيس الرسم العقاري، فتوى تبناها المحافظ العام، فاصدر معتمدا عليها دورية تحت عدد 280 بتاريخ 16 مارس 1981 بموجبها الزم المحافظين العقاريين بالتقيد بالاتجاه الذي افتت به وزارة العدل، وكان يمتنع عن تنفيذ القرارات الاستئنافية الحضورية إلا بعد الإدلاء بشهادة عدم الطعن بالنقض أو القرار الصادر عن المجلس الأعلى برفض الطلب، واستمر العمل بالأثر الموقوف للطعن بالنقض في جميع قضايا التحفيظ ولو تعلق الأمر بالتقييدات العقارية، الى غاية صدور قرار المجلس الأعلى⁹، الذي

9 - رقم 125 بتاريخ 2 يونيو 1988، في الملف الإداري 5676، المنشور بمجلة (القضاء والقانون) عدد 139.

جاء بالقاعدة التالية : "مفاده أن دعاوى التحفيظ تقتصر فقط على الدعاوى التي تهم مسطرة التحفيظ دون ما عداه من المساطر اللأحقة على تأسيس الرسم العقاري"، قرار اجبر المحافظ العام على إصدار دورية أخرى تحت عدد 814 بتاريخ 19/05/1989 عدل فيها عن المفهوم الواسع إلى المفهوم الضيق حيث الأثر الموقوف ينصرف إلى مسطرة التحفيظ دون التقييدات، واستمر على هذا الحال الى تاريخ اصدار المحافظ العام لدورية تحت عدد 324 بتاريخ 20 يناير 1995 بموجبها تم العمل مجددا بالدورية 280 بتاريخ 16/03/1981 حيث المفهوم الواسع للتحفيظ العقاري، واضحى لزاما على طالب التقييد إرفاق سنده التنفيذي بشهادة عدم الطعن بالنقض، أو إرفاقه بقرار المجلس قضى برفض طلب النقض حالة الطعن بالنقض.

إذا كان المحافظ العام وبدءا من منتصف العقد الاخير من القرن المنصرم في عمله يأخذ بالأثر الموقوف للطعن بالنقض فان القضاء كان يرى في امتناع المحافظ على الاملاك العقارية عن تنفيذ الاحكام النهائية كان يرى فيه انه تفسير موسع للفصل 361 من قانون المسطرة المدنية كما قضت المحكمة الادارية بمراكش¹⁰، وهو ما كان يقول به المجلس الاعلى في أكثر من قرار، وجاء في أحدها ما يلي: "لكن، ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فإن كل التزام يجب أن ينفذ بحسن نية وأن مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية لا تطبق الا على العقارات في طور التحفيظ وأن المحافظ على الأملاك العقارية ملزم بتسجيل الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضى به على الرسم العقاري، وان مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية تعتبر استثناء من القاعدة العامة التي مؤداها ان الأحكام قابلة للتنفيذ فور صدورها، وان تفسير الفصل سالف الذكر يجب ان يكون ضيقا فلا يتوسع فيه، وان عبارة التحفيظ الواردة فيه تعني الإجراءات السابقة عن إنشاء الرسم العقاري، أما عبارة التسجيل فتعني تسجيل الحقوق

10 - في حكمها رقم 19 بتاريخ 11/04/1995، المنشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 16.

العينية عامة وغيرها من الضمانات أو التشطيب عليها من رسم المنشأ سلفاً، وأن مقتضيات الفصل المذكور لا تطبق عليها، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار معللاً ومرتكزاً على أساس قانوني غير خارق للمقتضيات المستدل بها والوسائل وبالتالي غير جديرة بالاعتبار¹¹.

وفي قرار آخر صدر عن المجلس الأعلى¹² جاء فيه :

"مقتضيات الفصل 361 قانون المسطرة المدنية لا تنطبق الا على العقار في طور التحفيظ اما العقار المحفظ فانه يتم تنفيذ الحكم بمجرد ان يصبح نهائياً وان الطعن بالنقض لا يحول دون تنفيذه".

وفي قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى¹³ جاء فيه:

"اذا كان مبدأ الحيطة متطلباً من طرف المحافظ عندما يتعلق الأمر بإشهار الحقوق العينية بتقييدها على الرسوم العقارية فان عملية التحفيظ التي تعني الاجراءات الموصلة لإنشاء الرسم العقاري الذي يشكل نوعاً من الحالة المدنية للملكية العقارية ويكتسي الصبغة النهائية هي التي يجب ان تحاط بأكثر الاحتياطات حتى لا تنتج عنها حالة يستحيل تداولها فان محكمة الاستئناف بالتالي كانت على صواب عندما صرحت بان مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية تعتبر استثناء من القاعدة العامة التي مؤداها ان الأحكام قابلة للتنفيذ فور صدورهما، وان تفسير الفصل يجب ان يكون ضيقاً فلا يتوسع فيه وان عبارة التحفيظ الواردة فيه تعني الاجراءات السابقة عن إنشاء الرسم العقاري اما عبارة التسجيل فتعني بتسجيل الحقوق العينية عامة وغيرها من الضمانات أو

11 - قرار المجلس الأعلى رقم 2917 المؤرخ في : 22-06-2010 ملف مدني عدد 3994-1-2008. غير منشور.

12 - قرار عدد 1522 وتاريخ 04/10/2000 في الملف 99/2/3/857 منشور في مجلة المناظرة عدد 7 ص 137.

13 - قرار عدد 1418 صادر بتاريخ 20/09/2000 في الملف التجاري رقم 99/1468 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 57-58 ص 228.

التشطيب عليها من رسم الملك سلفا وان مقتضيات الفصل المذكور لا تنطبق عليها".

ان مشروع قانون 14.07 بتعديله لمفهوم التحفيظ يكون جعل أحكام التقييدات هي نفسها أحكام التحفيظ فالكل له اثر موقف للتنفيذ .

ان مفهوم التحفيظ العقاري من خلال الفصل الأول من قانون 14.07 عدل بطريقة غير مباشرة مقتضيات الفصل 361 من ق. م. م، وهو تعديل قد يكون محل تأويل وهو ما قد يسبب في تطويل مسطرة التحفيظ وغيرها من المساطر اللاحقة او المتزامنة للمسطرة او بعدها .

خلاصة القول ان مشروع قانون 14.07 تبنى موقف المحافظ العقاري وسوى بين مسطرة التحفيظ، والتقييدات، وأضاف التقييدات إلى نطاق الاستثناء الموقف للتنفيذ، عن طريق استعمال الطعن بالنقض في المنازعات المتعلقة بالتقييدات.

ثانيا : قاعدة عدم قبول قرار التحفيظ وإنشاء الرسم العقاري لأي طعن :

ان القانون رقم 14.07 عندما أبقى على نهائية الرسم العقاري وعدم قبوله لأي طعن يكون سن قاعدة تتعارض وأحكام الدستور الحالي الذي نص في الفصل 118 :

"حق التقاضي مضمون لكل شخص للدفاع عن حقوقه وعن مصالحه التي يحميها القانون.

كل قرار اتخذ في المجال الاداري سواء كان تنظيميا او فرديا يمكن الطعن فيه امام الهيئة القضائية الادارية المختصة".

ان مشروع القانون رقم 14.07 اعاد صياغة مقتضيات الفصل 62، وابقى عن نفس المعنى، عندما نص على "ان الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتحملات العقارية المترتبة على العقار

وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المقيدة"، القاعدة التي تواتر عليها القضاء المدني وكذا العقاري والأحكام الصادرة في هذا الموضوع كثيرة واكتفي مسشهادا بقرارين: الاول صدر عن المجلس الاعلى¹⁴ جاء فيه: "بمقتضى ظهير 12 غشت 1913 الواجب التطبيق فان التحفيظ يطهر العقار المحفظ من جميع الحقوق والشوائب التي كانت عالقة به قبل التحفيظ ويشكل نقطة الانطلاق الجديدة في حياة العقار حيث يقطع صلته نهائيا بالماضي".

والقرار الثاني صدر عن نفس الجهة ولكن بغرفتين مجتمعتين بتاريخ 29 يناير 1992¹⁵ جاء فيه: "بناء على ان الارض المبيعة قد حفظت باسم البائعين وانه بناء على الفصل 2 من ظهير مسطرة التحفيظ فان رسم التحفيظ يترتب عليه بطلان ما عداه من الرسوم وتطهير الملك من جميع الحقوق السابقة الغير المسجلة على الرسم العقاري ويعتبر حسب ما يقرره الفصل 62 نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه وان المحكمة لم تحترم هذه المقتضيات مما يعرض قرارها للنقض".

ان القضاء المدني كان وما يزال وكما هو ثابت من أحكامه وقراراته لا يخضع دعوى إلغاء الرسم العقاري لصيغة وحرافية النص 62 أعلاه، توجه عاكسه فيه القضاء الاداري، القضاء الذي رأى وقضى ان المشرع انما منع إقامة دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ لأن العقار المحفظ قد تطهر منه منذ إنشاء الرسم العقاري، وليس العكس كما لو قرر تحفيظ عقار دون احترام الإجراءات المقررة قانونا المتعلقة مثلا بالإعلان عن انتهاء مسطرة التحديد.

ان القضاء الإداري كما هو ثابت من حكم المحكمة الإدارية بفاس¹⁶ الذي اعتبر المحافظ العقاري سلطة إدارية في إطار تسييره لمرفق عام، واعتبر قرار

14 - بتاريخ 09 ماي 1990 منشور بمجلة الإشعاع الرقم الرابع.

15 - في الملف المدني 87/2075 منشور بمجلة الإشعاع الرقم 7 ص 69.

16 - بتاريخ 1997/10/01 في الملف الإداري 79/10 (غير منشور).

المحافظ العقاري بالإعلان عن انتهاء عملية التحديد المطعون فيه اذا بني على إجراء باطل اعتبره مشوباً بعيب مخالفة القانون وهو ما يفقده المشروعية ويعرضه للإلغاء، الحكم الذي قضى بإلغاء قرار المحافظ على الملكية العقارية المتعلق بالإعلان عن انتهاء التحديد للملك موضوع مطلب التحفيظ عدد 15963 ف والذي أنشئ له الرسم العقاري رقم 1707/42907¹⁷ الحكم الذي تم تأييده من قبل المجلس الأعلى¹⁸، ومن حيثيات هذا القرار: "حيث إنه إذا كان قرار التحفيظ كما ينص عليه الفصلان 62 و64 من ظهير 12 غشت 1913 قراراً نهائياً لا يقبل أي طعن، وأن المتضررين من عملية التحفيظ في إمكانهم الرجوع بتعويضات عن الأضرار التي لحقتهم من جراء التحفيظ (...) فإنه بالمقابل يمكن الطعن في كل الإجراءات المتخذة من طرف المحافظ، والسابقة على إنشاء الرسم العقاري مادام من شأنها أن تؤثر في مركز الطاعنين، كما هو الأمر في النازلة عندما انصب الطعن المقدم من طرف المستأنف عليهم بالدرجة الأولى على قرار المحافظ على الملكية العقارية المتعلق بالإعلان عن انتهاء التحديد للملك موضوع مطلب التحفيظ (...). وحيث أنه من الثابت (...) أن المحافظ قام بإجراء عملية التحديد للملك المذكور في غيبة طالبي التحفيظ الذين قاموا بتفويت العقار موضوع المطلب للمستأنف عليهم بتاريخ 1975/9/15 إذ لم يعمل على استدائها ولا حصل على موافقتها على عملية التحديد رغم صرامة النصوص القانونية التي تلزمه باحترام هذا الإجراء، وحيث إن مؤدى ذلك أن عمليات التحديد والإعلان عن انتهائه لم تكن مشروعة وإن أدت في نهاية المطاف إلى إنشاء الرسم العقاري، وحيث إنه نظراً لعدم مشروعية المقرر المذكور، فإن إلغاءه من طرف المحكمة الإدارية كان في محله ويستجيب لمقتضيات النصوص القانونية المتعلقة بنظام التحفيظ الجماعي، مما يتعين معه تأييد الحكم المستأنف مع تعديله، وذلك بتعويض ما أشير إليه في

17 - والمنشور بالجريدة الرسمية رقم 3592 بتاريخ 1981/09/02.

18 - بمقتضى قراره رقم: 736 الصادر بتاريخ 1998/07/16 في الملف الإداري رقم: 44 و98/1/5/50 المنشور في مجلة العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري رقم 2010/1.

منطوقه والذي أنشئ له الرسم العقاري مع ما يترتب على هذا الإلغاء من آثار قانونية، ذلك أن دور قاضي الإلغاء يقتصر على مراقبة مشروعية المقررات الإدارية المطعون فيها وإلغاء ما يثبت عدم مشروعيته منها دون أن يعوض القرار الملغى تاركا للإدارة ترتيب ما يجب ترتيبه من آثار قانونية على هذا الإلغاء".

خلاصة القول وتأسيسا على قضاء المحكمة الادارية يمكن القول انه متى شابت مسطرة التحفيظ إخلالات شكلية أو موضوعية، فإنه وفي غياب أي نص قانوني صريح ضمن مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري يمنع من إقامة دعوى إلغاء ضد قرار التحفيظ بسبب عيب من عيوب الشرعية وتأسيسا على ان قانون 14.07 تمت صياغة قواعده وفصوله سنة 2007 أي قبل صياغة الدستور الجديد فإنه يمكن لكل ذي مصلحة الطعن بالإلغاء ضد قرار التحفيظ الناتج عن مسطرة معيبة، والقول بخلاف هذا الرأي هو تجاهل لمنصوص الفصل 118 من الدستور.

ثالثا : قاعدة عدم الطعن ضد قرار المحافظ بعدم قبول التعرض خارج الاجل.

ان بعض الجديد (متجاوزا) في القانون 14.07 المغير والمتمم لظهير التحفيظ العقاري، أن قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض خارج الأجل القانوني غير قابل للطعن القضائي. (الفصل 29) بعد انصرام الأجل في الفصل 27 أعلاه يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، ولو لم يرد على مطلب التحفيظ أي تعرض سابق، شريطة أن لا يكون الملف قد وجه الى المحكمة الابتدائية . يتعين على المتعرض أن يدلي للمحافظ على الأملاك العقارية، بالوثائق الميينة للأسباب التي منعت من تقديم تعرضه داخل الأجل وبالعقود والوثائق المدعمة لتعرضه، كما يتعين عليه أن يؤدي الرسوم القضائية وحقوق المرافعة أو حصوله على المساعدة القضائية. يكون قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض التعرض غير قابل للطعن القضائي.

إن ما أقدم عليه مشرع القانون 14.07 من سلب القضاء اختصاص النظر في شرعية قرار المحافظ برفض تقييد التعرض خارج الأجل هو مصادرة لما هو من اختصاص القضاء، وهو بداية ونهاية انتهاك لمبدأ الشرعية، وخرق صريح للفصل 118 من الدستور الجديد الصادر بتنفيذه الظهير الشريف المؤرخ في 29 يوليوز 2011.

إن القاعدة عند الدول المتقدمة ان العمل بداية ونهاية هو بأحكام الدستور التي تعلقو على كل القوانين، وان الطعن بالإلغاء ضد المقررات الإدارية هو حماية للشرعية، لذا وكون المغرب له دستور يقال عنه انه في مصاف دساتير الدول الديمقراطية نرى وأمام صراحة الفصل 118 من هذا الدستور ونطلب من القضاء أعمال القاعدة الدستورية.

وإخضاع قرار المحافظ إلى الرقابة الشرعية بحكم انه قرار إداري، ونحن نؤمن يقينا أن النص الدستوري أعلاه سيؤدي حتما الى بروز اجتهاد قضائي يقبل بالطعن الإداري ضد قرار المحافظ أن هو رفض منح اجل استثنائي لتقييد تعرض خارج الأجل القانوني وكان لهذا الطلب مبررات معقولة طالما أن القضاء الإداري مهمته الأساسية مراقبة شرعية القرارات الإدارية.

رابعا : اسناد إثبات الحيازة إلى المساح الطبوغرافي

إن القانون رقم 14.07 وان قرر تسيير عمليات التحديد للمحافظ على الأملاك العقارية فانه سمح له كقاعدة جديدة أن ينتدب لهذه الغاية مهندسا مساحا طبوغرافيا محلما من جهاز المسح العقاري ومقيدا في جدول الهيئة الوطنية للمهندسين "المساحين الطبوغرافيين"،

وخول المحافظ استقلالية اسناد مهمة التحديد لمن شاء وأناط نفس القانون بالمهندس القيام ببعض الجوانب ذات الصبغة القانونية الصرفة، ومنها : معاينة واقعية الحيازة ومدتها، والقيام بأعمال البحث والمعاينات المقيدة، وهي اعمال تتطلب المعرفة القانونية ولاسيما قواعد الفقه الاسلامي المالكي خاصة.

ويكون السؤال مشروعاً حول : ما مدى حجية المعاينة التي يقوم بها المهندس امام القضاء ؟، هل يمكن للأطراف المجادلة في مضمون هذه المعاينة ؟، هل هي ملزمة للمحكمة ؟، ان معاينة الحيازة هي من الامور القانونية على اساس ان الحيازة انواع، ولا تتم إلا بشروط منصوص عليها، والحيازة وسيلة لكسب الملكية، ومن ثم لا يمكن في نظرنا ان تسند الى المهندس المساح وإنما هي تحقيق يجب ان يقوم به القاضي شخصياً ومن ثم فان المساح انما هو مخول للإفادة في الأمور التقنية ليس إلا، وعليه أن يترك ما هو غير تقني للقاضي، فهذا الاخير هو المخول قانوناً لتطبيق الرسوم، وقد جاء في قرار للمجلس الاعلى¹⁹ : "ان تطبيق الرسوم على العقار المطلوب تحفيظه واثبات الحيازة فيه لأحد الاطراف انما يتولاه المستشار المقرر عن طريق اجرائه بحثاً بعين المكان، مع الاستعانة بمهندس طبوغرافي عند الاقتضاء، والاستماع الى الشهود، غير ان الخبير المعين من طرف المحكمة عندما قام بتطبيق الرسوم المدلى بها على العقار، واستخلص حسب قناعته بان ارض المطلب تعد ملكاً حسيباً، يكون تجاوز مهمته التقنية، وابدى رأيه في مسألة قانونية يحظر عليه التطرق إليها الامر الذي يكون معه القرار المعتمد على هذه الخبرة فاسد التعليل وخارقاً للقانون مما يعرضه للنقض".

خامساً : توحيد مسطرة التبليغ بالنسبة للاحكام الصادرة في مادة التحفيظ وأجال الطعون ضدها :

ان القانون رقم 14.07 تخلى عن القاعدة الخاصة المتمثلة في تنبيه المحكوم ضده على حقه في الطعن نوعه وأجله، ولم يعد الزاماً التنبيه في هذا التبليغ على انه بإمكان من له المصلحة في الطعن في اجل شهر ابتداءً من يوم التبليغ، وابقى على كون ما يبلغ الى طالب التحفيظ والى جميع المتعرضين هو ملخص الحكم، وليس الحكم، ويقصد هنا الحكم الابتدائي، وهو ما لا يعمل به من حيث الواقع، ونص

19 - قرار عدد 486 صدر بتاريخ 06 فبراير 2008 في الملف المدني رقم 2004/1/1/2735 منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى رقم 73 صفحة 63.

على ان تبليغ القرارات الاستثنائية يتم وفق الكيفية المقررة في قانون المسطرة المدنية، ويمكن الطعن فيه بالنقض داخل الاجل المحدد في نفس القانون، بمعنى ان اجل الطعن بالنقض لم يعد 60 يوما وإنما هو 30 يوما.

نحن نرى ان هذا التعديل لم يكن له من مبرر لان القاعدة التي كانت مقررة من قبل هي اكثر ضمانا للمتقاضين، فالיום اصبح من الضروري اشعار المتقاضين بكل الحقوق المخولة لهم قانونا امام ما يعرفه المغرب من تغيير في القوانين باستمرار، وأمام عدم اشهار القوانين بوسائل تتيح المواطنين الاطلاع والعلم.

سادسا : عدم السماح للمحكمة للبت في صحة المطلب وفي عدم قانونيته (الفصل 37).

إن القانون 14.07 لم يأت بجديد بخصوص صلاحية المحكمة للبت في قانونية مطلب التحفيظ، انه وبموجب الفصل 37 ابقى على عدم احقية القاضي للحكم بقبول أو رفض تحفيظ العقار وإنشاء الرسم العقاري، وجرده من هذا الحق بعد ان كان اسند اليه بموجب المادة 38 في نسخها الاصلية بالفرنسية المحررة بتاريخ 09 رمضان 1331) التي جاءت هكذا :

ART.38 : si la décision rendue rejette entièrement la réquisition d'immatriculation ، elle remet les parties purement et simplement dans l'état ou elle se trouvaient avant son introduction ، elle annule le borgne provisoire ، ordonne que le requérant en fera disparaître les traces ou que ، faute par lui d'y procéder immédiatement ، elles seront enlevées à ses frais.

ان المحافظ العقاري الذي لم يتقبل الدور الذي اناطه المشرع بالقاضي في مسطرة التسجيل كان وراء صدور الظهير الذي حرر برباط الفتح في سابع حجة عام 1335 الموافق 24 شتمبر 1917²⁰، فبموجب هذا الظهير تم تغيير الفصل 38 بعد ادماجه في الفصل 37 الذي جاء هكذا :

20 - الذي نشر في الجريدة الرسمية باللغة العربية 234 في 5 محرم عام 1336 الموافق 22 اكتوبر سنة 1917.

"إن عضو المحكمة المكلف بالبحث والاستقصاء يأتي عند افتتاح باب المناقشات ببيان في المرافعة ويشير الى المسائل الواجب حلها دون أن يبدي في ذلك رأياً ثم يحكم في النازلة اما حيناً وإما اثر مداولة وذلك بعد سماع مقال الفريقين وبعد ان يبسط وكيل الدولة العام تقريره بالأمر.

أما المحكمة فتقتصر في الحكم على كيان ما يدعى به المعارض او غيره وعلى نوعه وكيفيته ثم تحيل الفريقين على محافظ الأملاك العقارية الذي له النظر دون سواه ليعمل بموجب حكمها حسبما يقتضي القانون، وذلك في ما يتعلق بقبول او رفض مطلب التقييد كلا او بعضاً مع اعادة النظر فيما يقضي به وفق للفصل 69، وفي اثناء المرافعة اذا رجع طالب التقييد عن مطلبه او سلم فيما اقيم من الاعتراض او اذا كف المعارض عن معارضته او عن طلبه المتعلق بالتقييد فتثبت ذلك بالمحكمة التي رفعت اليها النازلة بلا شرط ولا استثناء وترجع ملف الأوراق المتعلقة بالنازلة الى محافظ الاملاك العقارية الذي يباشر التقييد اذا اقتضى الحال ذلك مع مراعاة ما وقع بين الفريقين من عقد اتفاق او مراعاة".

وتدخل المشرع مرة اخرى لتغيير وتتميم الفصل 37 فصدر الظهير الشريف الذي حرر في 26 ذي الحجة 1373 الموافق 25 غشت 1954²¹ وجاء في الفصل 37 :

"يعرض الحاكم المقرر وقت الشروع في المناقشات المسطرة الواجب اتباعها ويبين المسائل التي ينبغي درسها وذلك دون ان يبدي أي رأي، تم يستمع لأقوال الخصوم وعند الاقتضاء يقدم نائب الحق العمومي طلباته الختامية ويحكم بعد ذلك في القضية اما فوراً وإما بعد المداولة.

وتبت المحكمة في وجود الحق الذي ادعاه المعارضون وكذا في نوعه وثبوته ومداه ثم توجه الخصوم الى المحافظ الذي له وحده النظر في القضية ليتأمل في مقررهما ويقبل او يرفض طلب التحفيظ كلياً او جزئياً وذلك ما عدا اذا وقع الرجوع عن الاحكام المنصوص عليه في الفصل 96 .

21 - المنشور في الجريدة الرسمية 2188 بتاريخ 2 صفر 1374 (1 اكتوبر 1954) .

وإذا رضى طالب التحفيظ بالتعرض اثناء مدة النازلة او اذا سحب المعارض التعرض الذي قدمه فان المحكمة المحالة عليها الدعوى تصرح دون شرط ولا استثناء بذلك الرضى او بسحب ذلك التعرض ثم توجه ملف القضية الى المحافظ وهو الذي يقوم بإجراء عمليات التحفيظ اذا اقتضى الحال ذلك ويراعي الاتفاقيات او المعاملات المبرمة بين الفريقين.

وأما تحفيظ الاراضي التي وقعت في شأنها تعرضات اعترف بانها صحيحة بموجب مقرر غير قابل للمعارضة وللإستئناف وله قوة الامر المقضى به فانه يسوغ ان يؤذن في اجرائه بطلب يقدمه المعارض بعدما يودع مطلباً للتحفيظ وفق الموجبات والشروط المقررة في الفصل 13 اعلاه وبعد الاشهار في الجريدة الرسمية مدة اربعة اشهر وبعد الاعلان بواسطة التعليق والاشهار وبعد توجيه الاستدعاءات القانونية وإجراء تحقيق عمليات التحديد خلال الآجال المضروبة للقيام بالإشهار.

ان القانون 14.07 ابقى على منع القاضي من النظر في مطلب التحفيظ اقراراً او رفضاً، واكد على دوره قاضياً للبت في التعرضات، فقد جاء في الفصل 37:

عند افتتاح المناقشات يعرض القاضي المقرر القضية ويعين المسائل التي تتطلب حلاً دون ان يبدي أي رأي ثم يقع الاستماع الى الاطراف ويقدم ممثل النيابة العامة ان اقتضى الحال مستنتاجاته ثم يفصل في القضية اما في الحين واما بعد المداولة.

تبت المحكمة في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين وطبيعته ومشملاته ونطاقه، وتحميل الاطراف للعمل بقرارها، بعد اكتساب الحكم قوة الشيء المقضي به، على المحافظ على الاملاك العقارية الذي له وحده النظر في قبول او رفض مطلب التحفيظ كلاً او بعضاً مع الاحتفاظ بحق الطعن المنصوص عليه في الفصل 37 مكرر .

تبين المحكمة في حكمها حدود ومساحة الاجزاء المحكوم بها لفائدة المتعرضين، وفي حالة الشيع تصيب كل واحد منهم.

وإذا قبل التعرض اثناء جريان الدعوى من طرف طالب التحفيظ او المستفيد من حق تم التصريح به طبقا للفصل 84، او تنازل المتعرض عن تعرضه فان المحكمة المعروض عليها النزاع تشهد بذلك القبول والتنازل وتحيل الملف على المحافظ على الاملاك العقارية الذي يقوم عند الاقتضاء بالتحفيظ مع اعتبار اتفاقات الاطراف او تصالحهم.

يقوم المحافظ على الاملاك العقارية بالإعلان عن الحقوق المحكوم بها وفق الشروط والشكليات المنصوص عليها في الفصل 83.

ان المشرع اراد من منصوص الفصل 37 جعل مسطرة التحفيظ مسطرة إدارية محضمة بداية ونهاية، وأراد ان يكون فيها المحافظ هو سيد قرار التحفيظ، واليه يرجع الاختصاص في اتخاذ قرار التحفيظ وإنشاء الرسم العقاري .

ان سلب القضاء اختصاص اتخاذ قرار التحفيظ او رفضه عندما يكون ملف التحفيظ بين يديه فيه إضرار واضح بحقوق الأغيار، وإخلال بين بمبادئ العدالة والإنصاف.

لذا، فانه من الواجب متى عرض النزاع على المحكمة ان يكون من حق القاضي البت في موضوع المطلب برمته، وإصدار حكم يكون المحافظ منفذا له، هذا هو الجديد الذي كان منتظرا من المشرع وليس الابقاء على قانون سنه المستعمر ابان الحماية، والابقاء على اهم احكامه وقواعده حتى جعل منه قانونا فوق القانون لا يخضع للرقابة التي يوفرها الدستور المغربي لكل مواطن، فالى متى سيقى هذا الوضع؟، أنتظر المشرع الذي لا يتحرك الا بعد سنين؟، وهو ان تحرك فانها يمس الشكل دون الجوهر؟، اليس من عمل القضاء صيانة الحقوق الدستورية المقررة للمواطن؟ ان املنا في القضاء جد كبير لا يجد منه حاجز وتلك رؤيتنا، وذاك املنا، وسندافع عنه لأننا مقتنعون اننا ندافع عن المشروعية.

مسطرة التعرض على مطالب التحفيظ بين النصوص المنظمة وواقع الإشكالات العملية

ذ بصري هشام
إطار محافظ بالوكالة الوطنية
للمحافظة العقارية والمسح
العقاري والخرائطية

تمهيد

تعتبر مباشرة الإجراءات المسطرية المتعلقة بتحفيظ الأملاك العقارية من صميم عمل المحافظ الذي يعد بحق الساهر الأول على سلامتها وصحتها (الفصل 30 من ظ ت ع)، وذلك تثبيتاً وصوناً لحق الملكية وكذا للحقوق العينية المرتبطة به.

ولعل ورود التعرضات على مطالب التحفيظ ليعد من أبرز النتائج على نجاعة هاته الإجراءات والتي من بينها الإشهار الموسع للملك سواء عبر النشر بالجريدة الرسمية والتعليق لدى المحكمة والسلطة المحلية الواقع بنفوذها الملك المذكور، وذلك دون أن نغفل الإشارة إلى عملية التحديد وما لها من أثر واضح على تنبيه العموم إلى خضوع العقار بأبعاده وحدوده إلى عملية تحفيظ وشيكة.

وإذا كان الهدف من تسجيل التعرضات على مطالب التحفيظ المودعة يتجلى في تمكين أي شخص من منازعة جدية لطالب التحفيظ بخصوص أرض الملك (تعرض كلي أو جزئي) أو مداه (تعرض على حقوق مشاعة) أو حدوده أو ادعاء ممارسة حق من الحقوق العينية (الفصل 24 من ظ ت ع)؛ فانه للأسف الشديد نجد في حالات عديدة نماذج للتعرضات الكيدية والتعسفية الصادرة عن أشخاص يحترفون عملية التعرض على مطالب التحفيظ وذلك بقصد ابتزاز أصحابها أو على أحسن تقدير عرقلة إجراءات تحفيظ ممتلكاتهم دون موجب حق؛

حيث يسلكون في ذلك عدة طرق منها عدم التصريح بعنوانهم الحقيقي وعدم أداء الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة وعدم الإدلاء بالحجج المؤيدة.

من هنا كان لزاما علينا أن نساءل مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 لنكشف عن مدى قصور النص القانوني في صد وردع كل عمل أو تصرف يدخل في باب الإضرار بنجاعة وفعالية الإجراءات المسطرية الجاري بها العمل على صعيد جميع المحافظات، خصوصا مع اعتبار المعطى المتمثل في تزايد ملفات المطالب العالقة بسبب التعرضات التي تعذر استكمال إجراءات إيداعها كما يستوجب ذلك القانون.

فالظهير المؤرخ في 12 غشت 1913 الصادر بشأن التحفيظ العقاري ينظم مسطرة التعرض على مطلب التحفيظ وذلك في الفصول 23-24-25-26-27-28-29 و31 و32.

سنعمل بداية على التعريف بهاته المسطرة كما جاءت بها المقتضيات أعلاه من الظهير المذكور (فقرة أولى). ثم بعد ذلك نعرض في قراءة نقدية لأبرز مكامن الخلل والقصور في هاته المسطرة (فقرة ثانية).

الفقرة الأولى : التعريف بمسطرة التعرض وفقا للظهير المؤرخ في 1913/08/2

- وقت التعرض : يعتبر التعرض على مسطرة التحفيظ من بين الإجراءات الموقوتة التي يتعين حتما أن تنجز داخل أجال معينة تبتدئ من تاريخ إدراج المطلب إلى حين انصرام أجل شهرين من تاريخ نشر الإعلان عن انتهاء التحديد بالجريدة الرسمية وذلك تحت طائلة سقوط حق التعرض (الفصل 23-24 و27 من ظ ت ع.

- نوع التعرض : يشير الفصل 24 من الظهير المذكور إلى إمكانية التعرض على حق الملكية في كنه (وهو إما تعرض كلي أو جزئي) أو مداه (تعرض على

حقوق مشاعة) أو حدوده أو بممارسة حق من الحقوق العينية المحتمل تقييدها بالرسم العقاري المراد تأسيسه للملك الجارية مسطرة تحفيظه. و هو ما لا يدع مجالاً للشك إلى كون المشرع اقتصر في قبول التعرض على كل مطالبة بحقوق عينية دون الحقوق الشخصية (الوعد بالبيع والحقوق الدائنية).

- شكليات طلب التعرض : تبعا للفقرة الأولى من الفصل 25 من ظ ت ع يمكن التقدم بطلب التعرض عن طريق تصريح شفوي لدى المحافظة العقارية أو المحكمة الابتدائية أو القائد المتواجد بدائرة نفوذه العقار موضوع مطلب التحفيظ. يقوم بعدها هؤلاء المتدخلون بانجاز تقرير للحضور في نسختين يضمن فيه التصريح الشفوي للمتعرض الذي يجب أن يتضمن لزوما الإشارة إلى نوع التعرض والحجج المؤيدة له مع العمل على إيداعها تزامنا مع تقديم التصريح المذكور. نضيف كذلك تصريح المتعرض بمنازحته لطالب التحفيظ أمام المساح المحلف المنتدب لعملية التحديد (الفصل 20). كما يمكن التقدم بطلب التعرض أمام نفس المتدخلين أعلاه عن طريق رسالة مكتوبة مع اشتراط توفر نفس البيانات المفصلة أعلاه (الفقرة الثانية من الفصل 25).

وتطرق المشرع في الفقرة السادسة من نفس الفصل إلى إمكانية تضمين المحافظ للتعرض بسجل التعرضات بالرغم من عدم الإدلاء بالحجج والوثائق المؤيدة له مع مطالبتة بها عبر إنذاره بإيداعها تحت طائلة أداء غرامة مالية طبقا لمقتضيات الفصل 48 من ظ ت ع .

وبخصوص الصفة في إقامة التعرض ألزم المشرع كل من يقيم تعرضا في اسم الغير أن يثبت هويته وأن يدي بها يفيد نيابته القانونية عن منوبيه مع بيان حالتهم المدنية. (الفصل 26 من ظ ت ع).

إعلام طالب التحفيظ بالتعرضات : يشير الفصل 31 في فقرته الأولى إلى تبليغ مضمون التعرضات إلى طالب التحفيظ الذي يقوم داخل أجل شهر من تاريخ اختتام مسطرة التحفيظ بمحاولة الحصول على التنازل عن التعرض أو

القبول به. وفي حالة عدم حصوله على التنازل يمكنه أن يطلب من المحافظ أن يعمل على تحفيظ ملكه في حدود الجزء الغير المشمول بالنزاع (الفقرة الثالثة من الفصل 31).

سلطات المحافظ إزاء التعرضات : يعمل المحافظ على مصالحة المتعرض وطالب التحفيظ خلال جميع أطوار المسطرة، وما دام لم يوجه ملف مطلب التحفيظ إلى المحكمة. ويبرم المحافظ محضر صلح بالاتفاق بين الأطراف تكون له قوة الالتزام العرفي (الفقرة الأخيرة من الفصل 31). وفي حالة عدم حصول الصلح أو تمكن طالب التحفيظ من الحصول على التنازل عن التعرض أو القبول به لمصلحة المتعرض، فإن المحافظ يعمل على توجيه إنذار ثان وأخير إلى المتعرض قصد الإدلاء بالحجج داخل أجل 3 أشهر التالية لتاريخ تبليغه تحت طائلة عدم قبول المحكمة لأي وثيقة غير تلك المودعة بملف المطلب المحال عليها. وقد رتب المشرع على عدم الإدلاء بالحجج إمكانية إلغاء المحافظ للتعرض بعد بحث يجريه بهذا الخصوص (فقرة أولى وثانية من الفصل 32).

كما أن عدم أداء الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة عن التعرض بعد انصرام أجل 3 أشهر من تاريخ تبليغه يؤدي إلى اتخاذ المحافظ قرارا بإلغاء التعرض. (فقرة رابعة من الفصل 32).

الفقرة الثانية: قراءة نقدية لمكان الخل

والقصور في النصوص المنظمة لمسطرة التعرض

ما فتى النقاش يتزايد بخصوص عدم ملائمة التشريع المطبق على مسطرة التعرض مع واقع الممارسة العملية اليومية. هذا الواقع الذي بدوره يكشف عن أزمة حقيقية في معالجة العديد من المطالب العالقة بسبب وجود تعرضات لم تستكمل بعد كافة إجراءاتها بهدف إحالتها بعد ذلك على أنظار القضاء المخول له وحده صلاحية البت في صحتها من عدمه.

ولا يخفى على الجميع أهمية تسوية هاته المنازعات العقارية قصد تصفية الوعاء العقاري الذي يشكل رصيذا وطنيا لاحتضان مشاريع تنمية تدعم نمو اقتصاد بلادنا.

إن مقارنة هذه الإشكالات العملية يقتضي منا بالضرورة التطرق لصور تلقي التعرضات ونورد بهذا الصدد الحالات التالية :

- محاضر تلقي التصريحات الشفوية بالتعرض من طرف ذوي الحقوق :

يعتبر تلقي طلبات التعرض من المهام الموكولة لأكثر من جهة كما سبق وأسفنا الذكر، وإن كان واقع الممارسة الاعتيادية يكشف غالبا عن تلقي التصريح بالتعرض من طرف المحافظ بمكاتبه وكذا المساح المحلف أثناء انجازه لعملية تحديد العقار بعين المكان.

وإذا كان المحافظ أو أعوانه يتوفرون على قدر من المعرفة القانونية تؤهلهم لأجل انجاز تقرير حضور بإقامة التعرض استنادا إلى تصريح المعني بالأمر؛ فإن الحال يختلف بالنسبة للمساح المحلف الذي يضبط الجانب التقني دون الجانب القانوني الذي يشكل إحدى الغايات من انجاز مسطرة التحديد. فالمشرع أشار في الفصل 20 من ظ ت ع المنظم لمسطرة التحديد إلى ضرورة إجراء المحافظ أو نائبه أو المساح المحلف بتكليف وتحت رقابة المحافظ) الفصل 4 من الظهير المؤرخ في 1 يونيو 1915 بخصوص مقتضيات الانتقالية لأجل تطبيق ض.ت.ع (لبحث قانوني حول واقع ومدة حيازة طالب التحفيظ وكذا حول وجود حقوق محتملة باستفسار المتدخلين في المسطرة والذين تم استدعائهم لحضور هاته العملية.

هكذا نجد أن المشرع لم يتطرق إلى تكليف المساح المحلف شخصا باحترام ضوابط تلقي المنازعات أو التعرضات أثناء البحث القانوني الذي قد يجريه وقت عملية التحديد مع ما قد يترتب على ذلك من مساءلة قانونية ما دام أن المحافظ في نظر المشرع هو المسؤول الأول والأخير عن تسيير وسلامة عملية التحديد.

بيد أنه عمليا تجري الأمور خلافا للمقتضى السالف الذكر حيث أن عملية التحديد يتولاها دائما مساح محلف يتتدبه لأجل ذلك رئيس مصلحة المسح العقاري دون أن يراجع في ذلك المحافظ العقاري.

وهكذا قد يقع أن يصرح أحد الحاضرين بتعرضه على الملك الجارية عملية تحديده فيقوم المساح المحلف بتلقي تعرضه بمحضر التحديد دون التدقيق في تصريحاته عن طريق الحصول على البيانات الكافية لقبول التعرض. ومن المخالفات التي نرصدها في هذا الإطار :

- تلقي تعرضات لا تنصب على مطالبة بحقوق عينية بقدر ما ترتبط بحقوق شخصية.

- عدم الإشارة صراحة إلى طلب التعرض وفقا للفصل 24 بل يتم استعمال مفردات ابعدها ما تكون متعلقة بالتعرض من قبيل "يدعى أنه متعرض" "يعترض على إجراء عملية التحديد".

- النقص في البيانات المتعلقة بنوع الحق الذي يطالب به المتعرض (جزئي - كلي - حقوق مشاعة - الحدود - حقوق عينية).

- الإشارة بمحضر التحديد إلى أسماء بعض الحاضرين بصفتهم متعرضين دون تحرير محضر ملحق يتضمن البيانات المتعلقة بهويتهم الحقيقية وحالتهم المدنية وعنوانهم الحقيقي وما يثبت نيابتهم عن الغير .

- تلقي التعرض بالرغم من عدم وقوع عملية التحديد نتيجة لعدم حضور طالب التحفيظ في خرق سافر لمقتضيات الفصل 22 من ظ ت ع.

- التقاعس عن مطالبة المصرح بتعرضه بالإدلاء بالحجج والوثائق الضرورية.

- عدم إمضاء المتعرض لتصريحه بالتعرض.

- التنصيص بالمحضر على أن التعرض صادر من طرف "فلان" ومن معه أو "فلان" وورثة "علان" دون الإشارة إلى أسماء المتعرضين وتحديد ما إذا كانوا حاضرين بأنفسهم أو بواسطة نائب عنهم.

- الرسائل الكتابية حول طلبات التعرض :

تعتبر هذه الصورة من صور تلقي التعرضات من بين الأسباب الرئيسية لتفشي ظاهرة ما أصبح يعرف بالتعرضات الكيدية.

ولئن كانت الغاية الأولى للمشرع تكمن في تبسيط الإجراءات المتعلقة بإقامة التعرض داخل الأجال القانونية - خصوصا بالنسبة للقاطنين بعيدا عن المنطقة المتواجد بها العقار -، فإن واقع الممارسة العملية يكشف لنا عن مساوئ هاته الصورة من صور تلقي التعرضات.

فالمحافظ يتلقى يوميا الكثير من الرسائل العادية أو المضمونة التي يطلب أصحابها من خلالها تسجيل تعرضهم على مطالب تخفيف دون يدققوا في رسائلهم البيانات الواجب احترامها لأجل قبول تعرضهم. فبالإضافة إلى ما تمت الإشارة إليه سلفا من مخالفات مرتبطة بضوابط تلقي التعرضات نضيف هنا حالة شائعة تتمثل في عدم تدعيم رسالة التعرض بالوثائق والحجج المؤيدة. وفي هذه الحالة يقوم المحافظ بتضمين التعرض بكتاش التعرضات (الفصل 25 فقرة سادسة) مع إنذار المعني بالأمر بالإدلاء بالحجج تحت طائلة أدائه لغرامة من 10 دراهم الى 1000 درهم (الفصل 48 من ض ت ع)، إذا ما اتضح أن التعرض ورد تعسفا وعن سوء نية. وهنا لا بد من التساؤل حول آليات تطبيق هذا الإجراء الجزري الرمزي - بالنظر إلى قيمته المادية الهزيلة - : لمن ينعقد الاختصاص للقضاء أم المحافظ ؟ ماذا عن الأجل المضروب لأجل إيداع الحجج المؤيدة ؟ وهل تؤدي الغرامة بصندوق المحافظة أم المحكمة ؟

وعلى أية حال فالمحافظ يقوم مرة أخرى - عند اختتام مسطرة التحفيظ - بتوجيه إنذار ثان إلى المتعرض قصد إيداع الوثائق المدعمة لتعرضه داخل أجل 3 أشهر من تاريخ التبليغ، مع إشعاره بعدم قبول المحكمة لأية وثيقة غير تلك الموعة بملف مطلب التحفيظ (الفصل 32 فقرة أولى). وهنا لا مناص من التساؤل حول جدوى هذا التكرار في توجيه الإنذار غير تعقيد وإطالة أمد مسطرة التحفيظ؟ وهل فعلا لن تقبل المحكمة بأي وثيقة يدلي بها المتعرض خصوصا أن المشرع في الفصل 34 منح القاضي المقرر سلطات واسعة في مسطرة التحقيق لأجل تجهيز القضية بما فيها تلقي التصريحات الشفوية؟

كما يمكننا أيضا أن نلمس هذا الأثر السلبي المتمثل في إطالة عمر المسطرة من خلال تحويل المشرع للمحافظ إمكانية الإبقاء على التعرض أو إلغاؤه في حالة عدم الإدلاء بالحجج أو عدم إثبات استحالة الإدلاء بها، وذلك استنادا إلى بحث يقوم به هذا الأخير في الموضوع (الفصل 32 فقرة ثانية). وهنا تتناسل أسئلة كثيرة حول ملائمة هذا المقتضى القانوني للواقع العملي. فإذا كان بإمكان المحافظ الإبقاء على التعرض بالرغم من عدم الإدلاء بالحجج فما الجدوى إذا من المدد الإنذارية التي تمت إضافتها إلى عمر المسطرة بهدف تصحيح مسطرة التعرض؟ كما أن إمكانية احتفاظ المحافظ بالتعرض بالرغم من عدم الإدلاء بالحجج قد يؤمن جانب كثير من المتعرضين سيئي النية الذين يعمدون إلى الإضرار بالملاكين الشرعيين دون أي سند.

وكما يمكن للمحافظ الإبقاء على التعرض يمكنه كذلك إلغاؤه. فإذا كان قرار إلغاء التعرض أداة فاعلة في مجال محاربة التعرضات التعسفية، فانه قلما نجد في الواقع حالات إلغاء تعرضات بسبب عدم الإدلاء بالحجج. ومرد هذا الأمر في نظرنا إلى أمرين :

- الأول يتعلق بصعوبة تكوين قناعة لدى المحافظ بعدم جدية التعرض حيث يعتمد في ذلك على بحث يجريه دون أن يشير المشرع إلى ضوابط ومساطر تعرف به.

- الثاني ويتعلق بقابلية قرار المحافظ بإلغاء التعرض للطعن أمام المحكمة الابتدائية داخل أجل 15 يوما من تاريخ تبليغ المتعرض به. و هنا تثار إشكالات عملية أهمها عدم حصول تبليغ المتعرض بقرار الإلغاء حتى يتم احتساب الآجال القانونية للطعن. كما أنه وعلى فرض حصول تبليغ قرار الإلغاء فان المحافظ قد لا يعلم بوجود دعوى سارية أمام المحكمة بالطعن في قراره فيعمل على تحفيظ الملك بعد أن تم إلغاء التعرض والتشطيب عليه بسجل التعرضات.

وفي نفس الموضوع قد يحصل أن يدلي المتعرض بوثائق يرفقها بطلب تعرضه، إلا أنها لا تنطبق على أرض الملك محل المنازعة لا موقعا ولا حدودا أو لا تدل على التملك مطلقا (الإدلاء باراثة، رسم إحصاء متروك، الإبراء من الإرث... الخ). فهل يمكن الحديث عن سلطة المحافظ الرقابية على مدى ملائمة حجج المتعرض وبالتالي إمكانية إلغاء التعرض ليس فقط بسبب عدم الإدلاء بالحجج بل بسبب عدم كفايتها؟

وبالموازاة مع التساؤلات المثارة حول التعرضات العالقة بسبب عدم الإدلاء بالحجج نجد أن تساؤلات أخرى تطرح بنفس الحدة حول التعرضات العالقة بسبب عدم أداء الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة بصندوق المحافظة العقارية.

ولعل أغلب الملفات التي يتم تدارسها تستوقفنا عند وجود إشكال في عدم حصول تبليغ الرسالة الإنذارية بأداء الرسوم القضائية عن التعرض المقيد بمقتضى رسالة أو تضمينات محضر التحديد. ومن صور هذا الإشكال :

- عدم جدية بعض رجال السلطة المحلية في التعامل مع مهام التبليغات المنوطة بهم في إطار قوانين التحفيظ العقاري (بطء وتأخر في توجيه وصولات الإشعار باستلام الرسائل الإنذارية إلى المحافظ -تكليف أعوان سلطة بالتبليغ بالرغم من أنه ليست لهم دراية بأصول التبليغ... الخ).

- وفاة المتعرض قبل حصول تبليغه أو تبليغ أحد ورثة المتعرض الهالك من دون أن ينتقل هؤلاء إلى المحافظة العقارية قصد تحيين تعرض موروثهم.

- تصريح المتعرض بعنوان غير كامل للمراسلة أو إدلاءه بعنوان غير حقيقي يتعذر معه الوصول إليه، بالرغم من كون المشرع ألزم كل متعرض بالتصريح بموطنه الحقيقي داخل النفوذ الترابي للمحافظة العقارية أو تعيين موطن مختار في الحالة المقابلة (الفصل 26 فقرة أولى). وإذا كان المشرع يعتبر أن التبليغ يقع صحيحا إلى وكيل الملك بصفته تلك (الفصل 26 فقرة ثانية من القرار الوزيري المؤرخ في 03 يونيو 1915)، فإنه لم يدقق في الشروط الموضوعية لسلوك هاته المسطرة، مما حدا بكثير من المحافظين إلى عدم تفعيلها خشية التشطيب على التعرض بعد تبليغه إلى وكيل الملك ثم يتم الطعن بعد ذلك في قرار المحافظ أمام القضاء. كما أن وكلاء الملك غالبا ما يمتنعون عن إمضاء وصولات الاستلام بتبليغهم وفقا للفصل 26 بداع عدم وقوفهم على فعالية إجراءات المحافظ بخصوص تبليغ المعني بالأمر بالعنوان المصرح به .

وبالموازاة مع إشكال التبليغ نود أن نعرض كذلك لإشكال عملي يتمثل في عدم أداء أو التأخر في تسوية مبلغ الوجيبة القضائية عن التعرض المقدم من طرف الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية. ومرد هذا الأمر في نظرنا يعود إلى :

- حصول قناعة مغلوطة لدى بعض الهيئات الحكومية باستفادتها من الإعفاء من أداء الرسوم عن عمليات التقييد والتحفيظ بشكل شامل مع العلم أن

استيفاء الوجيبة القضائية عن التعرض إنما تتم بدلا من كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية ولفائدتها.

- تعقد المساطر الإدارية التي تسلكها هاته الهيئات الحكومية قصد أداء الوجيبة القضائية وحقوق المرافعة عن التعرض .

المراجع المعتمدة :

- الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري ؛

- الظهير الشريف المؤرخ في 18 من رجب 1333 (فاتح يونيو 1915) المحدد لمختلف المقتضيات الانتقالية لتطبيق الظهير الشريف المتعلق بتحفيظ العقارات؛

- القرار الوزيري المؤرخ في 20 من رجب 1333 (3 يونيو 1915) الذي ينص على تفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري .

رقابة المحافظ على الوثائق المدعمة للتقييدات والتشطيبات على ضوء مستجدات قانون 07-14

ذابت احمد ياسين
باحث جامعي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية
والاجتماعية بالدار البيضاء
إطار متمرن في المحافظة العقارية عين الشق

مقدمة :

ان دور المحافظ العقاري لا يقتصر على عملية التحفيظ فحسب اي بوضع مطلب التحفيظ واتخاذ قرار بالتحفيظ، بل يعطي بالإضافة الى ذلك المرحلة اللاحقة بذلك وهي لا تقل اهمية عن سابقتها.

وهذا التقييد يفيد اشهار الحقوق المكتسبة على عقار محفظ حسب مقتضيات الفصل 65 من ظ.ت.ع وداخل اجل ثلاثة اشهر تحت طائلة الغرامة، فهذه الحقوق التي يتم تقييدها بالسجلات العقارية تكون محفوظة لدى محافظة الاملاك العقارية، لأنها تمثل الحقيقة. وتكون مرجعا في كل وقت وحين لكل من يريد الاطلاع على حالة العقار من الوجهتين المادية والقانونية¹.

ونظرا لخطورة هذه العمليات وما يترتب عليها فقد الزم المشرع المحافظ بضرورة الرقابة على الوثائق المؤيدة لهذه الطلبات تحت طائلة المسؤولية وهو ما عبر عنه المشرع المغربي في الفصل 72 من ظ.ت.ع جاء فيه ما يلي "يتحقق المحافظ على الاملاك العقارية، تحت مسؤوليته من هوية المفوت وأهليته وكذا من صحة الوثائق المدلى بها تأييدا للطلب شكلا وجوهرا".

1 - محمد خيري مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي - دار نشر المعرفة، ط 2013 ص 380.

وعلى ضوء هذا النص يحق لنا ان نتساءل عن ماهية حدود رقابة المحافظ،
وطبيعة مسؤوليته؟

وهو ما سنحاول التطرق اليه على الشكل التالي :

المبحث الأول : رقابة المحافظ على الوثائق المدعمة للتقييدات والتشطيبات.
المبحث الثاني : مسؤولية المحافظ الشخصية على الرقابة.

المبحث الأول :

رقابة المحافظ على الوثائق المدعمة للتقييدات والتشطيبات

يضطلع المحافظ على الملكية العقارية بدور كبير في اطار النظام العقاري المغربي، حماية للحقوق المنصبة على هذه العقارات لذلك الزمه المشرع بالتأكد قبل اتخاذ قرار بالتقييد، وذلك ان المحافظ ليس مجرد عون التنفيذ يكتفي بتلقي الاحكام القضائية والسندات يقوم بتقييدها سواء تعلقت هذه السندات بتقييد الحقوق العينية (المطلب الاول) أو التقييدات الاحتياطية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الرقابة على وثائق تقييد الحقوق العينية :

تقتضي دراسة هذا الموضوع التطرق لرقابة المحافظ على المستندات المدعمة (الفقرة الاولى) تم بعد ذلك ننطلق الى الحديث عن رقابة المحافظ على الأحكام القضائية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : رقابة المحافظ على المستندات المدعمة :

بالرجوع إلى الفصل 72 من ظ.ت.ع يظهر ان رقابة المحافظ تشمل مراقبة هوية وأهلية الأطراف (أولا) وكذلك وثائق التقييد شكلا وجوهرا (ثانيا).

أولا : مراقبة المحافظ لهوية الأطراف وأهليتهم :

تستدعي مراقبة المحافظ لهوية اطراف سند التقييد (1) تم مراقبة المحافظ لأهلية الاطراف (2).

1: مراقبة المحافظ لهوية اطراف سند التقييد :

ان الحق في تسجيل تصرف ما باسم مالك العقار غالبا ما يكون مستندا إلى العقود الناقلة للملكية².

وحسب القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 ففي مادته 25 قد أُلزم الأطراف أن يتقدموا بطلب إلى المحافظ على الملكية العقارية يبينون فيه صفتهم وأهليتهم وحالتهم المدنية أو الحق موضوع التصرف.

والملاحظ أن المشرع اقتصر على ذكر مراقبة المحافظ لهوية المفوت دون المفوت إليه، رغم ذلك فإن المتفق عليه فقها ان هذه المراقبة يجب ان تشمل هوية كل الاطراف المذكورة بسند التقييد وحالتهم المدنية وهذا ما يؤكده الفصل 73 اذ ان هذا الفصل لم يقتصر على ذكر هوية المفوت وحده³.

وتعتبر هوية الاطراف هي الوسيلة التي يتأكد من خلالها المحافظ من تسلسل التقييدات، لكن ليتحقق المحافظ من هوية الأطراف فانه يلزم التمييز بين حالتين حسب مقتضيات الفصل 73 من ظ.ت.ع.

○ فإذا كانت هذه المحررات رسمية فان هوية الاطراف تعتبر محققة من طرف من حررت من طرفه، وبالتالي فان المحافظ يكتفي بالمقارنة بين الهوية الثابتة في العقد بما هو مضمن بالبطاقة الوطنية للأطراف، او ما يحل محلها كجواز السفر⁴.

2 - محمد خيرى المرجع السابق. ص 362.

3 - رشيد النخيلي - المحافظ العقاري بين واجب المراقبة وإشكالات تقييد الاحكام القضائية_ رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السنة الجامعية 2013/2012 ص 18.

4 - رشيد النخيلي م.س. ص 19.

○ لكن اذا كانت هذه المحررات عرفية فان هوية الاطراف تعتبر محققة اذا تمت المصادقة على توقيعات لدى السلطات المحلية⁵.

وفي هذا الصدد قد صدرت مذكرة من المحافظ العام بتاريخ 06 نونبر 2001⁶، وتذكر هذه الدورية المحافظين بأنهم اذا كان المحافظ يعفى من التحقق في هوية الاطراف اذا تمت المصادقة على توقيعها من السلطات المحلية، فإنها لا تعفي المحافظين من التحقق من هوية الاطراف اذا كان تصحيح الامضاء قد تم من طرف سلطة غير مختصة او كان ناقصا، او به اضافة او كشف او تحريف، او حدث خطأ نتيجة تشابه الاسماء. وهذا المقتضى ينسجم مع مقتضيات الفصل 37 من القانون 32.09 المتعلق بمهنة التوثيق⁷ بالإضافة الى القانون المتعلق بخطة العدالة في المادة 31 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة⁸.

2: مراقبة المحافظ لأهلية اطراف سند التقييد :

يلزم المحافظ بالتأكد من اهلية الاطراف بحيث يقوم من الناحية العملية بمراقبة اهلية المفوت من خلال التحقق من مطابقة البيانات المتعلقة بالحالة المدنية

5 - وكان المشرع المغربي في الفصل 73 من ظ.ت.ع قد اشار الى هذه السلطات وجاء في الفصل ما يلي "تعتبر هوية الاطراف محققة اذا كانت التوقيعات الموضوعة أسفل القائمة، وأسفل العقود المدلى بها تأييدا للمطلب معرفا بها من طرف احدى السلطات الاتي بيانا :

أولا : القناصل ونوابهم ورجال السلك القنصلي،

ثانيا : العمال والباشوات والقواد،

ثالثا : رئيس المحكمة الاقليمية،

رابعا : المسدود...

6 - مذكرة المحافظ العام رقم 5299 والمتعلقة بالتحقق من هوية المفوتين.

7 - جاء في المادة 37 ما يلي "يتحقق الموثق تحت مسؤوليته من هوية الاطراف وصفتهم وأهليتهم للتصرف ومطابقة الوثائق المدلى بها اليه للقانون ..." القانون رقم 32.09 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.179 الصادر في 25 ذي الحجة 1432 (42 نوفمبر 2011) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 الصادر بتاريخ 27 ذو الحجة 1432.

8 - جاء في المادة 31 ما يلي "يتعين ان تشتمل الشهادة على الهوية الكاملة للمشهود عليه، وحقه التصرف في المشهود فيه، وكونه يتمتع بالأهلية القانونية لهذا التصرف".

القانون رقم 16.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.56 الصادر في 15 محرم 1427 (14 فبراير 2006) والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5400 بتاريخ فاتح صفر 1427 (2 مارس 2006).

المضمنة بسند التقييد مع البيانات بالرسم العقاري، غير انه بالنسبة للمفوت اليه فان المحافظ يعتمد على العقد والوثائق الاخرى المدلى بها لإثبات هويته وعند خلوها من الإشارة إلى أي عارض من عوارض الجاهلية فهذا يعتبر قرينة بسيطة على كمال الاهلية،

لكن بخصوص القاصرين والمحجورين فان حقوقهم تقييد بطلب من نوابهم الشرعيين او الاوصياء عليهم، وإلا فبطلب من القاضي المكلف بشؤون القاصرين أو وكيل الملك طبقا لمقتضيات الفصل 78 ظ.ت.ع.⁹.

وتجدر الإشارة إلى أن ما قيل عن الأشخاص الطبيعيين يقال كذلك بخصوص الاشخاص المعنويين،

أما بخصوص حجة البيانات المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص المدرجة في الحالة المدنية، ففي هذا الصدد يرى بعض الفقه أن هذه البيانات ليس لها حجة مطلقة مادام المشرع قد ألزم محافظ الملكية العقارية عندما تقدم إليه معاملة تقييد حق ما أن يتحقق تحت مسؤوليته من أهلية التصرف، وجعله مسؤولا عن أي إهمال يصدر منه بهذا الخصوص وان التنصيب الوارد في السجل العقاري ليست لها الحجية المطلقة لتقييد الحقوق العينية، إذ لو كان كذلك لما كان هناك من داعي لإلزام المحافظ بالقيام على مسؤوليته التحقق من أهلية الأطراف¹⁰.

وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء فيه "وحيث يعيب الطاعنون على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني وضعف التعليل الموازي لانعدامه ذلك انه اعتبر ان مورثهم المدعى عليه لا زال حيا ما دام اسمه مسجلا بالرسم

9 - جاء في الفصل 78 من ظ.ت.ع ما يلي :

"تقييد حقوق القاصرين والمحجوزين بطلب من نوابهم الشرعيين او الاوصياء عليهم وإلا فبطلب من القاضي المكلف بشؤون القاصرين او وكيل الملك".

10 - مأمون الكزيري : التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الاول، التحفيظ العقاري، العربية للطباعة والنشر الرباط الطبعة الثانية 1987 ص 176.

العقاري مع ان المقال تضمن طلب تطهير العقار وتسجيل الشراء على الرسم العقاري، وهو اجراء لا يمكن ان يقوم به ميت لو كان مسجلا بالصك العقاري لان تطهير العقار يفرض اداء مبلغ 300.000 درهم للطرف الحاجز وذلك يتعين القيام به من طرف الورثة في حدود التركة، مما يتحتم معه ان يكونوا طرفا في الدعوى التي تهدف القيام بالتزام، ولذلك لم يكن بالإمكان تأييد الحكم الابتدائي دون مواصلة الدعوى ضد الورثة ومناقشة الطلب على ضد ذلك"¹¹.

ثانيا : مراقبة المحافظ لسندات التقييد شكلا وجوهرا :

تنصب مراقبة المحافظ لسندات التقييد على الجانب الشكلي (I) فضلا عن الجانب الموضوعي (II)

I- مراقبة المحافظ لشكلية السندات :

تختلف مراقبة المحافظ لشكلية هذه السندات باختلاف هذه السندات سواء كانت عرفية أو رسمية.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 4 من مدونة الحقوق العينية¹² ألزمت تحرير العقود الناقلة للملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو التشطيب عليها بموجب محرر رسمي أو بمحرر تابت التاريخ يتم تحريره من

11 - قرار المجلس الأعلى (سابقا) عدد 103 الصادر بتاريخ 2002/01/09 في الملف المدني عدد 01/1/2075 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى، العدد المزدوج 59-60، 2002، ص 33.

12 - جاء في المادة 4 من 39.09 "يجب ان تحرر تحت طائلة البطلان جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية او انشاء الحقوق العينية الاخرى او نقلها او تعديلها او اسقاطها بموجب محرر رسمي، او بمحرر تابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع امام محكمة النقص مالم ينص قانون خاص على خلاف ذلك.

يجب ان يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الاطراف ومن الجهة التي حررتة.

تصح امضاءات الاطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بامضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".

طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وتتم هذه المراقبة على الشكل التالي :

✓ بالنسبة للمحركات الرسمية : يجب على المحافظ ان يتأكد من نسبة هذه الوثيقة الى الجهة التي حررتها وذلك بتضمنها لهوية الموثق وتوقيعه ومحل مخبرته، وان يشهد بان التصرف كان بمكتبه وان العقد المسلم للأطراف هو نسخة من العقد الموجود لديه.

أما إذا حررها العدول فان المحافظ ملزم من التأكد من تضمينها لتوقيع العدلين وخطاب قاضي التوثيق على الوثيقة.

✓ بالنسبة للمحركات الثابتة التاريخ : حسب مقتضيات المادة 4 من مدونة الحقوق العينية¹³ فانه على المحافظ أن يتنبه إلى توقيعات الأطراف الذين وقعوا على العقد والجهات التي حررتها وكذا التأشير على جميع الصفحات مع تصحيح إمضاءات الأطراف من طرف السلطات المحلية المختصة والمصادقة على توقيع المحامي لدى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس مهامه بدائرتها.

بالإضافة إلى ان المحافظ يراقب بشكل أساسي توقيعات الأطراف والمصادقة عليها من طرف الجهات المختصة، فانه يراقب كذلك تاريخ المصادقة وواقعة التسجيل لدى إدارة التسجيل والتمبر، كما يتعين الإدلاء بالعقد الأصلي لان المحافظ لا يقبل صورة العقد المصححة بالإمضاء وهو ما أكده المجلس الاعلى (سابقا) حيث قرر ان رفض المحافظ تقييد عقد عرفي لافتقاره إلى ما يفيد تصحيح امضاءات عاقيه يعتبر قرارا معللا طبق لما هو مقرر في المادة 73 من ظهير 12 غشت 1913 وذلك في قرار لها صادر بتاريخ 2000/03/08 جاء فيه " وحيث تبين صحة ما عابته الوسيلة على القرار فالطاعن رفض تقييد البيع المؤرخ في 1941/12/17 لعدم المصادقة على توقيعات طرفيه وتمسك بذلك امام محكمة

13 - وتجدر الاشارة الى ان مقتضيات المادة 4 مقتبسة بالحرف من المادة 12 من قانون الملكية المشتركة.

الاستئناف وان القرار المطعون فيه الذي ايد الحكم الابتدائي القاضي بالتسجيل المذكور في الرسم العقاري دون ان يتأكد من المصادقة على توقيعات طرفيه ويرد على ما تمسك به الطاعن بشأنه فقد خرق مقتضيات الفصل 73 من ظهير 12 غشت 1913 وتعرض للنقض والإبطال"¹⁴.

✓ المحررات العبرية: يجب على المحافظ ان يتأكد ما اذا كانت موقعة من طرف موثقين عبريين ومتضمنة لهويتها وموطنها.

II - مراقبة المحافظ لجوهر السندات :

يلزم المحافظ من التأكد تحت مسؤوليته من الوثائق المدلى بها لتقييد الحق من حيث الجوهر، تحت طائلة المسؤولية عن بطلان ما ضمن في السجلات العقارية حسب الفصل 97 من الظهير¹⁵ ومعنى ذلك ان المحافظ وهو يقوم بهذا التقييد يتأكد من عدم مخالفة هذا التقييد للقانون سواء من حيث صحة الالتزام وبالتالي يمكنه أن يثير أسباب البطلان من تلقاء نفسه حفاظا على النظام العام، أما إذا كان البطلان نسبيا فيتعين على من له مصلحة أن يثيرها، أما المحافظ فهو غير مختص في ذلك كما لو تعلق الأمر بعيب من عيوب الرضا.

فإذا كان طالب التقييد يستند مثلا على عقد رسمي معقود لصالحه مثلا فعلى المحافظ أن يتأكد من أن العقد هو صال السند المنظم بين الطرفين أو صورة

14 - قرار المجلس الاعلى عدد 1031 الصادر بتاريخ 2000/03/08 في الملف المدني رقم 99/1/1/616 منشور بالعمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري، ص 287 .

15 - جاء في الفصل 94 من ظ.ت.ع " ان المحافظ العقاري مسؤول شخصا عن الضرر الناتج عن اغفال التضمنين بسجلاته لكل تقييد او بيان او تشطيط احتياطي او تشطيط طلب منه بصفة قانونية.

اغفال التضمنين بالشهادات او نظائر الرسوم العقارية المسلمة والموقعة من طرفه لكل تقييد او بيان او تقييد او تشطيط مضمن بالرسم العقاري،

فساد او بطلان ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد او بيان او تشطيط احتياطي او تشطيط ما عدا الاستثناء المذكور في الفصل 73.

والكل مع مراعاة مقتضيات الفصلين 79-80 من قانون الالتزامات والعقود.

تحمل تصديق المرجع الرسمي الذي اشرف على تنظيمها وان عليه أن يتأكد من أن عقد البيع مستجمع شرائطه الجوهرية من حيث تعيين المبيع، وتعيين الثمن، وخلوه من أي مقتضيات مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

كما يجب على المحافظ على الأملاك العقارية أن يتحقق من التقييد موضوع الطلب لا يتعارض مع البيانات المضمنة بالرسم العقاري ومقتضيات ظهير التحفيظ العقاري وان الوثائق المدلى بها تجيز التقييد¹⁶ لذلك على المحافظ ان يرفض التقييد عندما يتلقى مثلاً سنداً يتضمن حقاً لم يستلم مباشرة من صاحبه المقيّد في الرسم العقاري، ذلك ان الحق الذي يكون موضوع عدة تفويتات لا يمكن تقييد اخرها إلا بعد التفويتات السابقة له. كما يمنع على المحافظ كذلك اجراء التقييد اذا وجد في الرسم العقاري ما يمنع ذلك، بالإضافة الى ما سبق ذكره فان المحافظ ملزم بمراعاة العديد من العمليات العقارية الخاضعة لنصوص خاصة نذكر منها على سبيل المثال،

▪ العمليات المتعلقة ببيع وإيجار أو قسمة عقار الخاضعة لأحكام القانون 25.90 المتعلق بالتجزئيات العقارية¹⁷ على الخصوص الفصل¹⁸ 1 والفصل¹⁹ 58.

16 - رشيد النخيلي م.س.ص.32.

17 - القانون رقم 25.90 الذي يتعلق بالتجزئيات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 الصادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1992) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 في 15 يوليو 1992 ص 880.

18 - جاء في المادة 1 يعتبر تجزئة عقارية تقسيم عقار من العقارات عن طريق البيع او الايجار او القسمة الى بقعتين او اكثر اتشيد مبان للسكنى او لغرض صناعي او سياحي او تجاري او حر في مهها كانت مساحة البقع التي يتكون منها العقار المراد تجزئته".

19 - جاء في المادة ما يلي "في الجماعات الحضرية والمراكز المحددة والمناطق المحيطة بها والمجموعات الحضرية والمناطق ذات صبغة خاصة وكل منطقة تشملها وثيقة من وثائق التعمير موافق عليها كمخطط توجيه التهيئة العمرانية او تصميم تنمية تجمع قروي بتوقف على اذن سابق للتقسيم : كل بيع او قسمة يكون هدفها او يترتب عليها تقسيم عقار الى بقعتين او اكثر غير معدة لإقامة بناء عليها.

بيع عقار لعدة اشخاص على ان يكون شائعا بينهم اذا كان من شان ذلك ان يحصل احد المشتريين على الأقل على نصيب شائع تكون المساحة المطابقة له دون المساحة التي يجب ألا تقل عنها مساحة البقع الارضية بمقتضى وثيقة من وثائق التعمير ودون 2500 متر مربع اذا لم ينص على مساحة من هذا القبيل.

▪ العمليات المتعلقة بالحد من تقسيم الاراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر لاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقاة²⁰.

▪ كما لا يجوز للمحافظ ان يتسلم اي وثيقة تتعلق بعقار محفظ قصد القيام بالتقييد اذا كانت الوثيقة او السند المدلى به خاضعا للتسجيل إلا بعد تحققه من مراجع تسجيل العقد لدى ادارة التسجيل والتمبر²¹.

▪ بالإضافة الى ان على المحافظ كذلك ان يمتنع عن تقييد اي عقد بدون عوض قام به المدين بعد التوقف عن الدفع طبقا لمقتضيات المادة 681 من م.ت²² وفي هذا الصدد يطرح اشكال عملي يتجلى اساسا في كيف يمكن للمحافظ ان يعلم ان المدين يخضع لمساطر صعوبات المقاوله مادام المشرع لم يلزم المحكمة بتبليغ الحكم في بفتح المسطرة الى المحافظ، وبالتالي قد يتعذر على المحافظ الاطلاع عليها، امام هذه الصعوبة القانونية فليس هناك من حل امام المحافظ عندما يظهر له ان الشخص تاجر ان يطلب الادلاء له بسجل يتبث صحة التقييدات الموجودة في السجل التجاري، او شهادة عدم وجود اي تقييد طبقا لمقتضيات المادة 29 من م.ت وعموما فان النصوص القانونية التي يلزم المحافظ الامام بها متعددة ومتفرقة، لكن بقي التساؤل عن مدى جواز تحقق المحافظ من صحة الاحكام القضائية في الجوهر.

20 - القانون رقم 34.94 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.95.152 بتاريخ 11 غشت 1995 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 6 شتنبر 1995 ص 2441.

21 - تنص المادة 139 من المدونة العامة للضرائب لسنة 2011 على ما يلي: "بصرف النظر عن جميع الاحكام المخالفة، لا يجوز للمحافظ على الاملاك العقارية والرهون ان يتسلم قصد القيام بإجراءات التحفيظ او التقييد في السجلات العقارية أي عقد خاضع اجباريا للتسجيل تطبيقا للمادة 127 اعلاه.

22 - جاء في المادة 618 ما يلي "يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع يمكن كذلك للمحكمة ان تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في الستة اشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع". القانون رقم 15.95 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر بتاريخ 15 ربيع الاول (فاتح اغسطس 1996) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 في 3 اكتوبر 1996 ص 2187 كما تم تعديله بموجب القانون رقم 24.04 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 7 ديسمبر 2006 ص 3761 وكذلك بالقانون 32.10 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5984 بتاريخ 6 اكتوبر 2011 ص 4930.

الفقرة الثانية : رقابة المحافظ العقاري على الاحكام القضائية :

اثارت رقابة المحافظ على الأحكام القضائية، إشكالا قانونيا مع العلم ان المحافظ لا يعتبر طرفا في الحكم حتى يبرر له اثاره الصعوبة²³ وذلك حسب مقتضيات الفصل 436 من قانون المسطرة المدنية اذ ان هذا الفصل خول هذه الامكانية فقط للمحكوم عليه أو المنفذ له أو عون التنفيذ ولا يمثل المحافظ العقاري اي واحد من هؤلاء، وهذا هو التوجه القضائي العام، بحيث اكد المجلس الاعلى جاء فيه "حيث تبين صحة ما عابه الطالب على القرار ذلك انه بناء على مبدأ نسبية الاحكام فالمطلوبة لم تكن لها الصفة في اثاره الصعوبة التي اناطها الفصل 436 من ق.م.م بالأطراف دون غيرها"²⁴.

وكذلك حتى القرارات ذات التوجه الخاص بالقضايا العقارية "جاء في قرار للمجلس الاعلى.

وحيث ان المحافظ لم يمارس سلطاته واختصاصاته المخولة له قانونا وبذلك فليس من حقه ان يتقدم بطلب الى قاضي المستعجلات من اجل ايقاف التنفيذ لوجود الصعوبة ومن كان الامر المستأنف القاضي برفض هذا الطلب من محله مما يتعين التصريح بتأييده"²⁵.

لكن الاشكال المطروح في هذا الصدد انه بالرجوع الى الفصل 149 من ق.م.م فانه يمكن استنادا على هذا النص ان يثير صعوبة تنفيذ الحكم لان المشرع هنا لم يحدد اشخاص خاصين لهذا الاجراء²⁶.

23 - وجهة نظر حول حسن زرداني ، مدى اثاره صعوبة التنفيذ من طرف المحافظ على الاملاك العقارية، www.justice.gov.ma/ ابحاث ودراسات.

24 - قرار عدد 615 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 06 مارس 1991 في الملف المدني رقم 86/1271 قضاء المجلس الأعلى عدد 45، ص 36.

25 - قرار عدد 5274 صادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 3 يوليوز 1996 في الملف عدد 420/96 قرار غير منشور.

لكن رغم ذلك فان الفصل 72 ظ.ت.ع لم يستن حتى الاحكام القضائية. وهو ما اكدته محكمة النقض في قرار صادر في 6 يوليوز 2000 جاء في احدى حثياته "... وحيث انه من الضروري وجوب التمييز بين التنفيذ والتقييد الذي يجري على الرسم العقاري يخضع للشروط والمقتضيات التي قررها ظهير 12 غشت 1913 الذي يلزم المحافظ بالتحقق تحت مسؤوليته الشخصية من صحة الوثائق المدلى بها شكلا وجوهرا ومن كون مضمونها لا يتعارض مع مضمون الرسم العقاري المعني ومن كونها غير متوقفة على وثائق اخرى ومن كونها تجيز تقييد الحقوق التي تتضمنها"²⁷.

وقد اعتمد بعض الفقه على هذا القرار ليقول بان المحافظ لا يمكنه مناقشة حيثيات الحكم لان ذلك من صميم اختصاص السلطة القضائية اما دوره فيتجلى فقط في التأكد من كون هذه الأحكام مكتسبة لقوة الشيء المضي به، وان تتوفر على بيانات مطابقة لبيانات الرسم العقاري والتي تسمح له بتقييد الحكم بالرسم العقاري، وبالتالي فيمكن فقط ان يثير الصعوبة التي تحول دون تقييد الحكم من الناحية الشكلية اي ان يرفض التقييد، وليس الموضوعية²⁸.

وقد نص المشرع المغربي في الفصل 69 ظ.ت.ع على بيانات الطلب الذي يلزم طالب التقييد ان يتقدم به الى المحافظ على الاملاك العقارية، بالإضافة الى ضرورة ارفاق الطلب بكل حكم مكتسب لقوة الشيء المقضي به، وذلك تدعيما للطلب الذي يلزم ان تتوفر فيه مجموعة من الشروط او الشكليات وان كان اشتراط تقديم هذا الطلب يعتبر في الحقيقة عملا اداريا مسطريا، ولا اثر له على التقييدات التي ينبغي ان تتم وفقا للاتفاقات والعقود كما اشار الى ذلك المشرع في الفصل 65 ظ.ت.ع وعليه فان الأساس الذي يبنى عليه التقييد في القانون

27 - قرار المجلس الأعلى عدد 1072 الصادر بتاريخ 06/07/2000 في الملف المدني رقم 99/1/4/747 منشور بالعمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري. م.س.ص. 290.

28 - رشيد النخيلي م.س.ص 40.

العقاري المغربي، هي التصرفات القانونية والوقائع المادية التي يطالب المالك تقييدها²⁹ والدليل على ذلك ان المشرع اعفى طالب التقييد من هذا الطلب وذلك في الحالة التي تتضمن فيها العقد هذه المعلومات وكذلك الأحكام القضائية المكتسبة لقوة الامر المقضي به.

فالأحكام القضائية هي القرارات الصادرة عن المحاكم سواء كانت وطنية أو أجنبية وتسمى أحكام ان صدرت عن المحاكم الابتدائية، وتسمى قرارات ان صدرت عن محاكم الاستئناف أو النقض وأوامر ان صدرت عن قاضي المستعجلات محاضر الحجز العقاري والأوامر القضائية³⁰.

أو كما عرفها بعض الفقه كذلك هي التي لا تقبل طرق الطعن سواء كان عادي أي أن الأحكام المقصودة هي تلك التي أصبحت باتة أو قطعية أو نهائية وقد استند مؤيدوا وهذا الرأي لتبرير موقفهم على قابلية الحكم للتنفيذ فمتى كان قابلا للتنفيذ حاز قوة الأمر المقضي به³¹.

وبالتالي يتعين ان تتوفر في هذه الأحكام القضائية الشروط التالية :

1) ضرورة صدورها في الشكل المحدد قانونا وذلك طبقا لأحكام ق.م.م³² وخصوصا مقتضيات الفصل 50 ق.م.م. أي أن ترد الأحكام في شكل نسخ مشهود بمطابقتها للأصل من طرف كاتب الضبط وحاملة لتوقيع، وخاتم المحكمة.

29 - محمد خيرى، م.س ص 432.

30 - احمد الشحيتي، تقييد الاحكام القضائية في السجلات العقارية.

31 - عبد الكريم الطالب- الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية - طبعة اكتوبر 2012 ص 245.

32 - قانون المسطرة المدنية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 447.74.1 بتاريخ 11 رمضان 1394 الموافق شتنبر 1974 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974) ص 2742 كما وقع تغييره بمقتضى الظهير الشريف بمثابة القانون رقم 206.93.1 بتاريخ 22 ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 سبتمبر 1993 وكذلك القانون 72.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.04.23 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 الموافق ل 3 فبراير 2004.

(2) ان تكون هذه الاحكام نهائية، والقاعدة العامة ان الاحكام التي تقيد في السجلات العقارية هي الاحكام النهائية التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به والتي اصبحت لا تقبل اي طعن العادية، وهي التعرض والاستئناف وبالتالي فان شرط نهائية الاحكام امر لا مناص منه عند طلب تقييدها بالسجلات العقارية فإذا كان حكما ابتدائيا وجب ارفاقه بشهادة عدم الإستئناف، وان كان قرارا استئنافيا تعين الادلاء بشهادة عدم الطعن بالنقض³³.

(3) يجب ان يكون الحكم قابلا للتنفيذ، اي ألا يكون مخالفا للقانون والبيانات المقيدة في الرسم العقاري.

مع التذكير بطبيعة الحال ببعض الاستثناءات لهذه القاعدة وهي المنصوص عليها في الفصل 361 ق.م.م جاء فيه ما يلي: " لا يوقف الطعن امام المجلس الاعلى التنفيذ إلا في الاحوال التالية: ...

• في التحفيظ العقاري :

وان كان المقتضى الاخير المتعلق بالتحفيظ العقاري اثار الكثير من النقاش على مستوى الفقه والقضاء وذلك بعد صدور القرار الشهير عن المجلس الاعلى رقم 125 سنة 1988 والذي جاء فيه ما يلي "المقصود بقضايا التحفيظ في الفصل 361 من ق.م.م التي يؤدي الطعن فيها بالنقض فيها الى وقف التنفيذ هي مجموع الاجراءات التي يقام بها بالنسبة للملك غير المحفظ وتنتهي بإنشاء الصك العقاري وفق ما يقتضيه ظهير 12 غشت 1913 وبعدها يصبح الملك عقارا محفظا يخضع لمقتضيات 2 يونيو 1915"³⁴ وهذا القرار يفسر عبارة التحفيظ العقاري الواردة في الفصل 361 بأنها خاصة فقط بالعقار في طور التحفيظ ولا تتعداه الى ما

33 - احمد الشحيتي م.س.ص.47.

34 - الغي الظهير 2 يونيو 1915 بموجب القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 / 24 نوفمبر 2011 ص 5587.

بعد ذلك ويساير هذا الرأي بعض الباحثين³⁵ بحيث ان ما يفهم من مطلق نص هذه الفقرة وليس هناك ما يدل على انها تنسحب على الدعاوى العقارية المتعلقة بالنزاع حول استحقاق حق عيني عقاري محفظ او المتعلقة بإبطال عقد منشئ او مسقط لحق عيني على عقار محفظ.

وقد سار في نفس توجه التفسير المضيق المجلس الاعلى في بعض قراراته نذكر منها قرار المجلس الاعلى عدد 1418 الصادر بتاريخ 20.09.2000 في الملف التجاري عدد 1468/99.³⁶

ويساير استاذنا محمد شنان³⁷، هذا الرأي مستندا في ذلك الى ان المشرع في الفصل 91 من ظ.ت.ع، ينص على إمكانية تقييد الاحكام المكتسبة لقوة الشيء المقضي به دون الإنتهائية، ومن جهة اخرى يرى انه لا يعقل ان يوقف تنفيذ حكم لمدة قد تصل الى 10 سنوات، مادام يمكن التشطيب بناء على مقتضيات الفصل 91 من ظ.ت.ع.

في حين تبني جانب من الفقه التفسير الموسع وبالتالي تشمل مرحلة مسطرة التحفيظ وحتى مرحلة تقييد الحقوق العينية، ويرى الدكتور محمد خيرى معلقا على المفهوم الضيق الذي تبناه المجلس الأعلى في القرار 125 مفهوم ضيق يناقض اهداف التحفيظ ومراميه بحيث يصعب تجزئة الفصول المنظمة للتحفيظ العقاري على اساس ان بعضها يكون الطعن فيها موقفا للتنفيذ والبعض الآخر لا يكون كذلك³⁸، ويرى الاستاذ ابراهيم بحماني في نفس الاتجاه ان هذا التفسير غير منطقي ويستدل على ذلك في الحالة التي لم يساير فيها قرار المجلس الأعلى القرار

35 - عبد المالك شكلاط - التقييد الاحتياطي وأثره على الحقوق العينية العقارية - مجلة المحامي عدد 51 ص 39 وما بعدها،

36 - منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 57-58.

37 - ادلى بهذا الرأي اثناء مناقشة هذا الموضوع امام طلبة ماستر قانون المقاوله الاسدس الرابع في مادة القانون العقاري بالموسم الجامعي 2012/2013 يوم 20/06/2012.

38 - محمد خيرى - مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي - المرجع السابق ص 347.

الاستثنائي وكان المستفيد من القرار الاستثنائي قد تصرف في الحق موضوع النزاع لفائدة الغير³⁹.

كما يرى بعض الفقه⁴⁰ ان المشرع المغربي بتعديله للفصل 1 من ظ.ت، ع قد حسم النقاش بحيث اصبحت قضايا التحفيظ تشمل :

➤ مسطرة تحفيظ العقار بجميع مراحلها.

➤ مسطرة تقييد كل التصرفات والوقائع المتعلقة بعقار محفظ

وعليه يلزم المحافظ ان يتأكد من توفر الشروط السابقة في طلب التقييد، وألا يقبل تنفيذ اي قرار استثنائي ما لم يدلى له بشهادة عدم الطعن بالنقض، او قرار رفض النقص من طرف محكمة النقص.

وقد سار في نفس التوجه ادارة المحافظة العقارية، في مذكرة للمحافظ العام بتاريخ 06 ديسمبر 2011 جاء فيها ان المشرع وضع تعريف دقيق لمفهوم التحفيظ العقاري تفاديا لكل خلاف في التأويل، حيث نص الفصل الاول صراحة على ان التحفيظ العقاري، يشمل مسطرة التحفيظ والتقييدات بالرسم العقاري⁴¹. وبالتالي ترفض تقييد الاحكام غير النهائية او الحائزة لقوة الشيء المقضي به، إلا اذا استنفدت جميع طرق الطعن بما فيها الطعن بالنقض، وهو الموقف الذي يدفع في الغالب ذوي الحقوق الى تقديم طعون في قرارات رفض تقييد القرارات الاستثنائية الم تكن مرفقة بشهادة عدم الطعن بالنقض، وبالتالي احيانا ما يتم الغاء قرار المحافظ وذلك بسبب الشطط في استعمال السلطة.

وهو ما يرفضه استاذنا محمد شنان وذلك بان التعديل الذي لحق الفصل الاول لا يعتبر تحديدا لمفهوم عبارة التحفيظ العقاري، وان الفقرة الثانية من

39 - ابراهيم بحماني - تنفيذ الاحكام القضائية ط 3، 2013.

40 - محمد خيري المرجع السابق - ص 348.

41 - مذكر المحافظ العام بتاريخ 6 ديسمبر 2011 بشأن مستجدات القانون رقم 14.07 يغير ويتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 اغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري.

الفصل الاول، يفرضها فقط تحديد نطاق اجراء التقييدات التي لا يمكن ان تتم إلا في الرسم العقاري المؤسس، مستندا في ذلك على مقتضيات الفصل 109 من نفس الظهير بعد تعديله للقانون 14-07⁴² والتي تنص عن عدم قابلية الحكم الصادر في مادة التحفيظ العقاري سوى للاستئناف والنقض، في حين ان تقييد الحقوق العينية يخضع لجميع طرق الطعن⁴³،

وفي اعتقادنا فان الأشكال يعد تشريعا، بسبب الفصل 361 من ق.م.م وبالتالي لا يحل إلا إذا تم بتعديل هذا الفصل بحيث أن غاية هذه الاستثناءات، هو استحالة إعادة الأطراف إلى ما كانوا عليه بعد النقض، وهو الأمر الممكن في مادة تقييد الحقوق العينية، باعتماد التقييد الاحتياطي للحيلولة دون تداول نفس الحق. وان كان المشرع بتعديله للفصل الأول من ظ.ت.ع أصبح صريحا، بخصوص المفهوم الموسع لدلالة عبارة الفصل 361 من ق.م.م.

لكن بالنسبة لحجية الأحكام فليست مطلقة إذ يمكن أن تقيد الأحكام دون مراعاة اكتسابها لقوة الأمر المقضي به نذكر منها على سبيل المثال.

الحكم القاضي بنزع الملكية اذ لا يمكن استئنائه إلا في الشق المتعلق بالتعويض لان حقوق المستفيدين تحول الى حقوق في التعويضات حسب الفصل 44³².

3- يلزم المحافظ العقاري فضلا عن الشروط السابقة ان يطلب تذييل الاحكام الاجنبية بالصيغة التنفيذية ما لم يكن هناك اتفاقية دبلوماسية تقضي بغير ذلك.

42 - جاء في الفصل 109 ما يلي "لا تقبل الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري الطعن إلا بالاستئناف والنقض".

43 - هذا الرأي ادلى به استاذنا اثناء مناقشة هذا الموضوع في نفس الحصة يوم 20/06/2012،

44 - القانون رقم 7-81 المتعلق بنزع الملكية من اجل المنفعة المامة بالاحتلال المؤقت للملك العمومي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 (15 يونيو 1983) لصادرة بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.81.254 ص 980.

4- كما يتوقف تقييد بعض الاحكام بضرورة ارفاقها ببعض الشواهد الادارية كما هو الحال في القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية بحيث يلزم المشرع في الفصلين 58 و61 ارفاق الحكم بشهادة الاذن بتقسيم العقار الى بقعتين او اكثر...⁴⁵.

5- كما لزم المشرع بضرورة ارفاق الحكم بنظام الملكية المشتركة في حالة الاعتراف لطالب الحق بجزء مفرز بعمارة.

6- ضرورة انسجام وتطابق الاحكام القضائية مع بيانات الرسم العقاري من حيث المراجع العقارية والمساحة والموقع، وبالتالي ينبغي ان يتضمن الحكم كافة البيانات المنصوص عليها في الفصل 69 من ظ.ت.ع.

7- ضرورة التأكد من تسجيل الاحكام لدى مصلحة التسجيل والتمبر طبقا لمقتضيات المادة 189 من المدونة العامة للضرائب في فقرتها الاولى⁴⁶ ويتأكد من عدم تقادم واجبات التسجيل، بحيث يتعذر على المحافظ تسلم المحررات التي مضى على تسجيلها اكثر من 10 سنوات، اي تقادم المطالبة بواجبات التسجيل، ما لم يتم تسجيلها او الادلاء بما يفيد التقادم وهو ما اكدته مذكرة المحافظ رقم 382 رقم 08 ديسمبر 2010⁴⁷.

8- ان يكون موضوع الحكم يتعلق بحق تم تأسيسه بعد قرار التحفيظ.
كما يلزم المحافظ وهو ينظر في اكتساب الحكم لقوة الشيء المقضي به، تحديد تاريخ هذا الاكتساب اذ لذلك اثر على الاجل الذي حدده المشرع للقيام بتقييد

45 - القانون رقم 25.90 يتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.92.7 الصادر في 15 من ذي الحجة 1412 (17 يونيو 1412) المنشور في الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 (15 يونيو 1992) ص 880.

46 - جاء في المادة 139 من مدونة الضرائب ما يلي " بصرف النظر عن جميع الاحكام المخالفة، لا يجوز للمحافظ على الاملاك العقارية والرهن ان يتسلم قصد القيام بإجراءات التحفيظ او التقييد في السجلات العقارية اي عقد خاضع اجباريا للتسجيل تطبيقا للمادة 127 اعلاه ما لم يتم تسجيله مسبقا".

47 - جاء فيها.

الحقوق حسب مقتضيات الفصل 65 من ظ.ت.ع في ثلاثة اشهر لكن لا يترتب عن انصرام هذا الاجل سقوط الحق بل يترتب عليه فقط اداء غرامة بقيمة 5% من قيمة الرسوم المستحقة عن الشهر الاول مع اضافة نسبة 0,5% عن كل شهر تأخير مالم يكن السبب في التأخر راجع الى القوة القاهرة.

المطلب الثاني : رقابة المحافظ على مؤيدات التقييدات الاحتياطي :

إن دراسة مؤسسة التقييد الاحتياطي⁴⁸ كمؤسسة من مؤسسات نظام التقييدات في التشريع المغربي تكتسي أهمية بالغة، ذلك أن الكثير من مالكي الحقوق العقارية غير قابلة للتقييد النهائي يلجئون إلى هذه الوسيلة قصد حماية حقوقهم، في انتظار زوال العارض القانوني أو الواقعي الحائل دون تسجيلها، لذلك فالتقييد الاحتياطي يشكل السلاح الوحيد لحماية الحقوق غير قابلة للتسجيل النهائي⁴⁹ وهو ما عبر عنه المشرع المغربي في الفصل 85 المعدل بالقانون 14-07 ب "يمكن لكل من يدعي حقا على عقار محفظ ان يطلب تقييدا احتياطيا للاحتفاظ به مؤقتا"⁵⁰.

48 - وتجدر الاشارة الى التعريفات التي اعطيت للتقييد الاحتياطي رغم اختلاف صياغتها تدور كلها حول طابعه الاحتياطي".

بحيث عرفه الاستاذ بول دو كرو "بيان يتبث بالرسم العقاري بصفة مؤقتة ومشروطة ونبؤ بالحق المطالب به والذي بم يكن قابلا للتقييد بالسجلات العقارية بطريقة قانونية" كما عرفه الدكتور محمد خيرى كما يلي "التقييد الاحتياطي هو امكانية مجوها القانون لكل من يدعي حقا عينيا عقاريا على عقار محفظ قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق وذلك بالإشارة اليه في الرسم العقاري في انتظار تحويل هذا التقييد الاحتياطي الى تقييد نهائي او التشطيب عليه "مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي منشورات دار نشر المعرفة ط 2013 ص 504.

49 - عبد المالك شكلاط - التقييد الاحتياطي وأثره على الحقوق العينية العقارية - مجلة المحامي - عدد 51 ص 39.

50 - وتجدر الاشارة الى ان هذا النص قد اثار الكثير من النقاش بين الباحثين والمهتمين بخصوص دلالة حق المطلقة مادام الفصل 65 من ظ.ت.ع اوجب تقييد بعض الحقوق الشخصية تحت طائلة عدم امكانية الاحتجاج بها" بحيث يرى بعض الفقه ان التقييد لا يشمل غير الحقوق العينية في حين يرى بعض الفقه انه يشمل حتى الحقوق الشخصية القابلة للتقييد حول هذا الموضوع انظر محمد خيرى م.س.ص 508 وحسن فتوخ - بعض اشكاليات الحجز العقاري والتقييد الاحتياطي - مجلة محاكم مراكش - العدد الاول مارس 2007 ص 29 وما بعدها.

وتتوقف ممارسة هذا الإجراء، على تقديم طلب في الموضوع الى المحافظ، وهذا الامر لا يعني ان استجابته للطلب من وجهة نظره الشخصية بل لا بد له من القيام بالرقابة للتأكد من احترام مقتضيات الفصلين 85 و 86⁵¹ وهو ما سنحاول دراسته على الشكل التالي :

الفقرة الأولى : رقابة المحافظ على السند المثبت للحق على العقار

الفقرة الثانية : رقابة المحافظ على الامر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية

الفقرة الثالثة : رقابة المحافظ على مقال الدعوى

الفقرة الأولى : رقابة المحافظ على السند المثبت للحق على العقار

إن قبول طلب التقييد الاحتياطي بناء على طلب، يتوقف على تعزيز الطلب بسند يثبت حقا على عقار ويتعذر على المحافظ تقييده على حالته⁵².

وعلى المحافظ ان يتأكد انطلاقا من السند ما إذا كان الحق المطلوب تقييده احتياطيا، حقا قابل للتقييد النهائي سواء كان عينيا أو شخصا.

وبالمفهوم المعاكس فان كل حق لا يقبل التقييد لا يقبل حتما التقييد الاحتياطي... اذ ما الفائدة مثلا من طلب إجراء تقييد احتياطي للمطالبة بدين يتعلق بحق شخصي اذ يتعين في هذه الحالة اللجوء إلى الحجز التحفظي وليس إلى التقييد الاحتياطي⁵³.

كما يلزم المحافظ وهو يريد القيام بتقييد احتياطي بناء على سند ان يتأكد من عدم وجود تقييد احتياطي مبني على سند، قبل ذلك اذ يلزم في هذه الحالة على المحافظ تطبيقا لمقتضيات المادة 86 من ظ.ت.ع، ونفس الحكم بالنسبة للتقييد الاحتياطي للرهن الرسمي بناء على سند تطبيقا لأحكام المادة 185 من م.ح.ع،

51 - مع العلم ان حالات التقييد الاحتياطي فقط هي المشار إليها في ذ.ت.ع التحفيظ العقاري اذ بالإضافة الى هذه الحالات هناك حالات تم النص عليها في نصوص خاصة.

52 - محمد خيرى م، س.ص 508.

53 - محمد خيرى م، س.ص 509.

حيث يسري مفعول هذا التقييد لمدة 90 يوما ولا يمكن خلالها قبول اي تقييد اخر بناء على سند⁵⁴.

كما يجب على المحافظ ان يتأكد من وجود اتفاق الاطراف لان التقييد في هذه الحالة لا يمكن ان يكون إلا اتفاقيا ويفترض اخذ رضی المالك المقيد بالرسم العقاري ذلك ان تلقي المحافظ لهذا التقييد يتطلب الادلاء بنظير الرسم العقاري الذي يوجد تحت يد المالك المذكور اسمه في الرسم العقاري⁵⁵.

ويمكن للمحافظ قبول التقييد الاحتياطي بناء على سند وبمجرد توفر شروطه، مع الاخذ بعين الاعتبار حالة وجود حجز عقاري سابق طبقا لمقتضيات الفصل 87 من ظهير التحفيظ العقاري، وفي الحالة التي يمنع فيها القانون ذلك⁵⁶.

وتجدر الاشارة الى ان التقييد الاحتياطي المبني على سند لا يمكن تمديده كما كانت تنص على ذلك مقتضيات الفصل 6 من ظهير 1915 وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 86 من ظ.ت.ع .

الفقرة الثانية : رقابة المحافظ على الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية

لم يشترط المشرع ورود الأمر القضائي في شكلية معينة، وبالتالي فالقاضي المختص يصدر امره بناء على طلب يقدم له دون حاجة لحضور الأطراف والخصوم⁵⁷.

54 - جاء في المادة 185 من مدونة الحقوق العينية ما يلي

"يودع الدائن المرتهن اصل العقد او نسخة منه مع نظير الرسم العقاري بالمحافظة العقارية ويطلب كتابة من المحافظ على الاملاك العقارية ان يقيد حقه تقييدا احتياطيا وان يحتفظ لديه بنظير الرسم العقاري ويمتنع من اجراء اي تقييد اخر برضى المالك وذلك مدة تسعين يوما تسري من تاريخ التقييد المنجز.

يضمن هذا التقييد الاحتياطي بالرسم العقاري ولا يشار اليه في نظيره.

يمكن للدائن المرتهن ان يطلب قبل انصرام المدة المذكورة تقييد حقه بصفة نظامية ليأخذ رتبته من تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يتعلق به".

55 - عبد المالك شكلاط - م.س.ص 53.

56 - وهو ما اكدته دورية المحافظ العام رقم 389 الصادرة بتاريخ 20 ديسمبر 2011.

57 - محمد خير م.س.ص 512.

كما يلزم المحافظ أن يتأكد من توفر الأمر على تاريخ صدوره وتاريخ توقيعه بصورة قانونية، حتى يكون الأمر قابل للتنفيذ المعجل بقوة القانون، دون الحاجة الى تضمن الصيغة التنفيذية، مادام الأمر القضائي إجراء مؤقت من حيث الزمن بحيث يكون صاحب الحق المقيد احتياطيا وينتهي خلال ثلاثة أشهر بحيث مدعي الحق نفسه أمام خيارين لاستمرار هذا الأجل :

➤ اما ان يعزز هذا الامر بنسخة من مقال دعوى مرفوع امام محكمة الموضوع قصد اثبات حقه وبالتالي يستفيد من اجل اطول ويمدد اجل التقييد الاحتياطي الى حين صدور الحكم الفاصل في الموضوع.

➤ او القيام بالإجراءات المتطلبة لتقييد الحق داخل اجل ثلاثة اشهر⁵⁸.

فإذا كان الأصل ان التقييد الاحتياطي يتعلق فقط بالعقارات المحفظة ولا تدخل في هذا الإطار العقارات التي توجد في طور التحفيظ، فالمنازعة فيها تتم عن طريق التعرض⁵⁹.

إلا ان بعض الاوامر الصادرة امرت المحافظ بإجراء تقييد احتياطي على مطلب التحفيظ مع الابقاء عليه الى حين البت النهائي في النزاع وقد اتيرت هنا صعوبتان قانونيتان :

الأولى : ان العقار في طور التحفيظ لا يمكن ان يكون موضوع تقييد احتياطي.

الثانية : ان التقييد الاحتياطي بأمر رئيس المحكمة يكون لمدة 3 أشهر ما لم يقع تمديده، ومع ذلك فقد أمرت المحكمة المحافظ بإجراء تقييد احتياطي على مطلب تحفيظ والإبقاء على ذلك إلى غاية الفصل في النزاع وهو ما يخالف الفصلين 85 و86 من ظ.ت.ع⁶⁰.

58 - محمد خيرى م.س.ص 514.

59 - محمد خيرى م.س.ص 505.

60 - احمد الشحيتي م.س.ص 60.

وتجدر الإشارة إلى انه يتعين على المحافظ أن يرفض إجراء تقييد احتياطي بناء على أمر رئيس المحكمة إذا صدر هذا الأمر لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر مادام المشرع في الفصل 86 من ظ.ت.ع ينص على سريان الأجل منذ تاريخ صدور الامر وليس من تاريخ تقييده.

الفقرة الثالثة : رقابة المحافظ على مقال الدعوى :

إذا كان الأصل في التقييد الاحتياطي قد شرع لمصلحة من يدعي حقا وحال عائق دون تقييد هذا الحق فان، المشرع طبقا للمادة 13 من مدونة الحقوق العينية⁶¹ الزم بتقييد الدعاوى احتياطيا تحت طائلة عدم إمكانية الاحتجاج بها في مواجهة الغير.

وفي هذا الصدد يلزم المحافظ بالتأكد من ان المقال يتعلق فعلا بعقار محفظ وبحق قابل للتقييد. وان الدعوى مرتبطة بمالك العقار المسجل اسمه على الرسم العقاري، وذلك حتى يكون هناك ارتباط بين مقال الدعوى وبين العقار الذي سيكون موضوعا للتقييد الاحتياطي⁶².

لكن السؤال المطروح في هذا الصدد تطبيقا لمقتضيات الفصل 72 الذي يلزم المحافظ من التأكد من صحة الوثائق المدلى بها شكلا وجوهرا فهل هذا الحكم ينطبق على المقال الافتتاحي للدعوى ؟

هنا يرى البعض بأنه اذا كان مقال الدعوى مشوبا بعيب في الشكل او الجوهر مما يعرضه للبطلان، فان تقييده رغم ذلك ينبغي ان يكون ولا يجوز للمحافظ رفض المقال لهذا السبب، لان موضوع العيب او البطلان ستفصل فيه المحكمة المرفوعة اليها الدعوى اما مهمة المحافظ فتمثل فقط في الربط بينه وبين

61 - جاء في المادة 13 ما يلي : "ان الدعاوى الرامية الى استحقاق عقار او اسقاط عقد منشئ او مغير لحق عيني لا مفعول لها تجاه الغير الا من تاريخ تقييدها بالرسم العقاري تقييدا احتياطيا".

62 - محمد خيرى م.س.ص 516.

العقار الذي سيقع عليه التقييد، ما لم يكن الحق موضوع التقييد حقا شخصيا بحيث يمكن للمحافظ رفض تقييده احتياطيا⁶³.

لكن امر رقابة المحافظ لا يكون بهذه البساطة اذ يلزم المحافظ بالتحري فيما يمكن ان يتم تقييده من عدمه في مجموعة من الحالات.

فمن جهة يمكن ان نتساءل عن احقية المتدخل في الدعوى بطلب التقييد الاحتياطي بناء على مقال التدخل الارادي⁶⁴.

وقد عرفه استاذنا المفضل الوالي " التدخل في الدعوى بمثل شخص فيها رغم انه لم يكن طرفا في الطلب القضائي الذي افتتحت به الدعوى،"⁶⁵.

وعليه فإذا كان التدخل الارادي في الدعوى يعتبر من بين اساليب الاختصاص في الدعوى وتترتب عليه نفس اثار الدعوى عموما من حجية الحكم في مواجهة المتدخل ومن حيث الحق في طرق الطعن باستثناء تعرض الغير خارج الخصومة، فانه اسوة ببعض الفقه نرى امكانية ان يطلب المتدخل في الدعوى التقييد الاحتياطي بناء على مقال التدخل في الدعوى، وهذا الحكم اكده المجلس الاعلى في قرار له جاء فيه "ان التدخل الارادي مخول قانونا لكل من له مصلحة في النزاع المعروف امام المحكمة"⁶⁶ وهذا ما اكده المحافظ العام في دوريته عدد 359 بتاريخ 21 شتنبر 2007 تفيد بان وجود تقييد احتياطي بناء على مقال افتتاحي لدعوى لا يمنع من اجراء تقييد احتياطي لاحق له بناء على مقال التدخل الارادي كتقييد مستقل ياخذ رتبته من تاريخ انجازه⁶⁷ لكن السؤال المطروح الان

63 - محمد خيرى م.س.ص 516.

64 - وقد اجازه المشرع المغربي طبقا لمقتضيات الفصل 111 من ق.م.م جاء فيه : " يقبل التدخل الارادي ممن لهم مصلحة، في النزاع المطروح".

65 - استاذنا المفضل الوالي. محاضرات في المسطرة المدنية القيت على طلبة الفصل السادس السنة الثالثة من الاجازة في الحقوق السنة الجامعية 2011/2012 ص 56.

66 - قرار المجلس الاعلى عدد 54 بتاريخ 02-03-1979 منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 28 ص 154.

67 - محمد خيرى م.س، ص 512.

هو هل هذا القبول يعتبر تمديد للتقييد الاحتياطي كما لو تعلق الامر بالمقال الافتتاحي للدعوى؟

كما ان المشرع وهو قد استعمل مصطلح المقال الافتتاحي للدعوى فماذا عن عريضة النقض فهل يمكن اجراء تقييد احتياطي بناءا عليها؟

ففي هذه الحالة لو تقدم شخص بطلب لإجراء تقييد احتياطي بناءا على طلب النقض قياسا على المقال الافتتاحي للدعوى، فهل من حق المحافظ ان يرفض هذا الأمر؟ ففي اعتقادنا فالنقاش في هذه النقطة يرتبط بتحديد نطاق الفصل 361 من ق.م.م.⁶⁸.

لكن فإن ادارة المحافظة العقارية العامة قد اصدرت سنة 1956 منشورا عدد 213 تمنع من خلاله قبول عريضة الطعن بالنقض لإجراء التقييد الاحتياطي باعتبار ان الطعن بالنقض لا يعتبر دعوى قضائية تستجيب لمقتضيات الفصل 85 ظ.ت.ع لكن هذا الامر كان في وقت لا يجوز فيه الطعن بالنقض امام المجلس الاعلى إلا لمصلحة القانون.

لكن بصدور منشور ادارة المحافظة العقارية عدد 287 بتاريخ 1980-05-27 موجهة المحافظين، تقضي باعتبار عريضة النقض بخصوص عقار محفظ صالحة لإجراء تقييد احتياطي⁶⁹ لكن وكما يرى بعض الفقه عن حق فان صياغة النص الجديد (الفصل 85) بعد التعديل بحيث اصبحت العبارة "مقال مرفوع الى القضاء" وبالتالي تشمل كل المقالات الموجهة الى القضاء شريطة ان تهم نفس العقار.

68 - بحيث ان من اعطى عبارة التحفيظ العقاري مفهوما موسعا فانه في هذه الحالة يستمر اثر التقييد الاحتياطي ولا حاجة الى طلبه مجددا، اما اذا تم تفسير عبارة التحفيظ العقاري بالمعنى الضيق فانه في هذه الحالة قد يقع التفكير في اعتماد عريضة النقض كوسيلة للتقييد الاحتياطي.

69 - محمد خيرى.م.س.ص.523.

المبحث الثاني :

رقابة المحافظ على الوثائق المدعمة للتشطيبات

ان الحقوق التي يقع تقييدها بكيفية قانونية بالرسم القانونية ما لم تقع اسباب قانونية تستدعي التشطيب او انقضائها وبالتالي فان التصرفات التي يتم تقييدها ليست صفة نهائية وبالتالي طبقا للفصل من 91 من ق.ت.ع ويتم ذلك بقرار المحافظ وهو ما يستدعي منه ان يقوم بالرقابة على الوثائق المدعمة لانتهاء الحق (المطلب الاول) وبما ان التشطيب احد الطرق التي تنتهي لها التقييدات سواء كانت نهائية او مؤقتة وهي عملية مسندة للمحافظ (المطلب الثاني).

المطلب الاول : رقابة المحافظ على الوثائق المدعمة لطلب التشطيب على الحقوق العينية.

ان التشطيب على الحقوق المضمنة في الرسوم العقارية لا يقل أهمية مادام يؤدي الى انقضاء الحقوق وزوالها فان المشرع تنظيم هذا التشطيب ويضطلع المحافظ من خلال ذلك بنفس الدور الذي يقوم به اتناء التقييد وبالتالي فهو يراقب صحة العقد القاضي بالتشطيب (الفقرة الاولى) وقد يكون هذا التشطيب مبني على حكم قضائي وبالتالي يقوم بالرقابة عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : رقابة المحافظ على العقود المدعمة لطلب التشطيب :

ان المحافظ العقاري لا يقوم بتقييد الحق إلا اذا استند على وثائق تبرر له القيام بذلك وهو نفس الأمر بالنسبة للتشطيب، وهو ما الزم به المشرع⁷⁰.

وبالتالي هنا يمكن ان نتساءل عن الحقوق التي يمكن للأطراف الاتفاق على ان يقوم المحافظ بالتشطيب عليها. وعليه فلا يمكن للأطراف الاتفاق على

70 - وتجدر الإشارة الى ان الحقوق التي يمكن التشطيب عليها هي تلك التي تكون محل للتقييد الصحيح، اما الحقوق المقيدة نتيجة غش او تدليس او سوء نية او نتيجة عقد باطل، فإنها تكون موضوع إلغاء، وان كان الامر ينشأ من حيث انقضاء الحق وزواله فإنها يختلفان من حيث الآثار المترتبة حيث ينتج التشطيب مفعوله من تاريخ اجرائه فانه بالنسبة للإلغاء يرتب اثاره بأثر رجعي.

التشطيب على حق الملكية بل يمكنهم الاتفاق على نقله الى الغير او قسمته، او ترتيب بعض الحقوق الاخرى المترتبة على حق الملكية والتي اجاز المشرع التشطيب عليها وهو تتدخل رقابة المحافظ.

فإذا تعلق الامر بحق الانتفاع، فان المحافظ ملزم بالتأكد من تحقق اسباب سقوط الحق المنصوص عليها في الفصل 79 من مدونة الحقوق العينية.

اما لو تعلق الامر بحق السطحية فان المحافظ يجب ان يتأكد من انقضاء الحق بالتنازل عليه صراحة، وباتحاد حق الملكية صراحة مع حق السطحية ... طبقا لمقتضيات الفصل 118 من مدونة الحقوق العينية.

وإذا تعلق الامر بالتشطيب على حق السطحية فان المحافظ ملزم من التأكد في ما اذا كان التشطيب ينصب مبدئيا على الارتفاقات الواجبة التقييد وهي التصرفات الادارية بفعل الإنسان، وكذلك المتولدة بفعل التصرف القانون.

الفقرة الثانية: رقابة المحافظ على التشطيب القضائي

تكون حالة التشطيب القضائي في الحالة التي يرفض فيها الدائن تسليم الابراء او القيام بالتشطيب ففي هذه الحالة يجب على المدين الحصول على حكم قضائي حائز لقوة الامر المقضي به يخوله القيام بالتشطيب بهذا التحمل، وبالتالي يلزم المحافظ من التأكد من صحة الاحكام القضائية، ونظرا للصفة النهائية للتشطيب، فانه لا يمكن ان يتم إلا بحكم فاصل في الموضوع لكن الغريب ان هناك بعض الاوامر الاستعجالية. قضت بالتشطيب على الرهن الرسمي كحق من الحقوق العينية حيث قضى في منطوقه بما يلي :

✓ احالة الاطراف على قضاء الموضوع للبت في جوهر النزاع

✓ التشطيب على الرهن المقيد بالرسم العقاري

✓ بأمر المحافظ بتقييد هذا الامر

✓ شمول الامر بالنفذ المعجل

لا شك ان هذا الوضع يضع المحافظ في حيرة من أمره اذ ان تطبيق الامر في حد ذاته فيه مساس بالموضوع كما ان الامر هنا لم يرفق بشهادة عدم الاستئناف لكونه مشمولاً بالنفاذ المعجل، فالأوامر الاستعجالية لا يطعن فيها بالتعرض ولكن تقبل الاستئناف تم هل المحافظ سيطبق امرا استعجاليا دون مراعاة مقتضيات ف 91 من ظ.ت.ع والذي ينص على حيازة الاحكام لقوة الشيء المقضي به وانقضاء الحق الذي اقيمت من اجله الدعوى⁷¹؟

وفي اعتقادنا ان المحافظ في هذه الحالة يجب عليه ان يطبق الفصل 91 شريطة :

■ ان لا يكون هذا الامر مرتبط بالحجز او الانذار بالحجز العقاري بحيث ان المشرع اعتبر الامر الصادر عن رئيس المحكمة نهائيا وناظرا فور صدوره. وبالتالي فالمحافظ ليس بحاجة الى المطالبة بشهادة عدم الاستئناف، بمقتضى الفصل 87 ظ، ت.ع.

■ ان يكون هناك تراخي بعد القيام بالحجز ففي هذه الحالة وطبقا، للمادة 218 م.ح.ع، يحق للمحجوز عليه ان يتقدم بمقال الى رئيس المحكمة المختصة بصفته قاضيا للمستعجلات، للمطالبة برفع اليد على الحجز، واعتبر هذا الامر نهائيا وقابلا للتنفيذ بمجرد صدوره، بعد تبليغه الى الحاجز.

وفي كافة الاحوال يجب ان تتوفر في طلب التشطيب الشروط المنصوص عليها في الفصل 93 من ظ.ت.ع ويكون هذا الطلب معززا بالوثائق التي تبرر اجراء التشطيب كبيان ابراء او رفع اليد او حكم قضائي، ففي هذه الحالة يتأكد المحافظ من البيانات التي يحددها طالب التشطيب وهي اسم العقار الذي يتعلق به التشطيب ورقمه، بالإضافة الى نوع التقييد المطلوب التشطيب عليه، خاصة اذا كان العقار موضوع عدة تقييدات، فضلا عن صحة السبب القانوني المدلى به من

71 - احمد الشحيطي.م.س.ص 55-56.

ابراء او عقد او حكم قضائي. وإذا تأكد المحافظ من الوثائق المدلى بها شكلا وجوهرا ومن كونها لا تتعارض مع ما هو مثبت في السجل العقاري ومع مقتضيات المقررة في قانون التحفيظ العقاري بصفة عامة فانه يعتمد الى اجراء مع بيان تاريخ اجرائه ثم يوقعه تحت طائلة البطلان⁷².

المطلب الثاني : رقابة المحافظ على تشطيات التقييدات الاحتياطية :

ان التقييد الاحتياطي بطبعه اجراء مؤقت ينتهي حتما بمرور اجل معين حسب حالاته المنصوص عليها والتي سبق ذكرها في الفصل 91⁷³ وبالتالي فان التشطيب على التقييد الاحتياطي يكون بنفس الحالات التي يتم بها التقييد بحيث يتم هذا التقييد بشكل تلقائي في مجموعة من الحالات، اذا كان التقييد مبنيا على سند فيتم التشطيب عليه تلقائيا بمجرد انتهاء اجل 10 ايام اذا كان بناء على امر من رئيس المحكمة فيتم التشطيب داخل اجل 3 أشهر، اما اذا ما كان مبنيا على مقال الدعوى بمرور اجل 30 يوما، لكن رغم ذلك لا تنقضي اثار هذا التقييد الا منذ اليوم الذي يصبح فيه الحكم في النزاع حول الحق العيني نهائيا، بحيث لا بد للمستفيد من الحكم النهائي ان يطلب من المحافظ التشطيب وان يرفق طلبه بنسخة من القرار النهائي لمحكمة الاستئناف وبشهادة عدم الطعن بالنقض او بقرار من المجلس الاعلى يفيد عدم قبول هذا الطعن بناء على ذلك يقوم المحافظ بالتشطيب بطرته في السجل العقاري⁷⁴ وهذه الحالتين الاخيرتين مالم يقع تمديد هذا الأجل، لذلك يلزم المحافظ باحترام هذا الاجل وهو يقوم بالتشطيب.

بالإضافة الى ان هذا التشطيب يمكن ان يتم بناء على عقد الصلح، بحيث يلزم المحافظ من التأكد من صحة عقد الصلح وذلك ادلاء المستفيد بوثيقة تفيد التعبير الصريح عن التشطيب موقعة من طرفه شخصيا موقعة من طرفه شخصيا.

72 - محمد خيرى .م.س.ص 652.

73 - عبد المالك شكلاط .م.س.ص 70.

74 - ينص الفصل 92 من ظ.ت.ع "مع مراعاة احكام الفصل 86 أعلاه يمكن ان يشطب على كل ما ضمن بالرسم العقاري من تقييد او بيان او تقييد احتياطي بمقتضى كل عقد او حكم مكتسب لقوة الشئ المقضي به يتبث انعدام او انقضاء الحق موضوع التضمين في مواجهة الاشخاص الذين يعينهم هذا الحق".

المبحث الثالث :

مسؤولية المحافظ الشخصية في الرقابة على التقييدات والتشطيبات

إذا كان المحافظ على الاملاك العقارية يتمتع بسلطة تقديرية واسعة سواء في قبول التقييدات او رفضها فانه طبقا لمقتضيات الفصل 72 الزم التحقق تحت مسؤوليته وحتى لا يتم اساءة استعمال هذه السلطة من طرف المحافظ عن طريق رفضه تقييد حقوق مشروعة او تقييده لحقوق غير مشروعة لذلك خول للمعنيين بالأمر سلوك مسطرة الطعن في هذه القرارات، من خلال سلوك دعوى الطعن في قرار المحافظ برفض التقييد(المطلب الاول) او عن طريق دعوى مسؤولية المحافظ (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الطعن في قرار المحافظ برفض التقييد :

يثير الطعن في قرارات المحافظ مجموعة من الاشكالات سواء على مستوى الاختصاص النوعي (الفقرة الاولى) ومن حيث الاجراءات الواجب احترامها (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى : بشأن الاختصاص النوعي في قضايا رفض التقييد :

اثار الفصل 96 من ظ.ت.ع اشكالات عملية على مستوى المحكمة المختصة للنظر في الطعن في قرار المحافظ برفض التقييد بحيث انقسم الفقه والقضاء في تفسير هذا النص الى اتجاهين :

فاتجاه يفسر النص تفسيراً ضيقاً بحيث يعتبر قرارات المحافظ برفض التقييد المعللة بعدم صحة الطلب او بعدم كفاية الرسوم تكون قابلة للطعن فيها امام القضاء العادي، اما غيرها فيتم الطعن فيها امام القضاء الاداري وسندهم في ذلك ان المحافظ عبارة عن سلطة ادارية ويسير في هذا الاتجاه المجلس الاعلى في مجموعة من القرارات نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 1998/12/3 تحت عدد

1119⁷⁵، وكذلك القرار الصادر بتاريخ 2002/05/30 وقرا اخر صادر بتاريخ 2002/11/21 .

وهذا الرأي يسانده استاذنا محمد شنان حفظه الله⁷⁶ بحيث ويرى انه اذا كان الفصل 96 يعطي الاختصاص للقضاء العادي للنظر في مشروعية اعمال المحافظ فان هذا النص القانوني يجب تأويله تأويلا ضيقا باعتباره يشكل استثناء للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 353 من ق.م.م.⁷⁷.

لكن هناك اتجاه اخر يتبنى التفسير الموسع لمقتضيات الفصل 96 من ظ.ت.ع ويرى جانب من الفقه ان القرارات التي يتخذها المحافظ في هذا الاطار لا تخرج عن رفض التقييد الا لعدم صحة الطلب او عدم كفاية الرسوم وليس رفضا من اجل الرفض حيث يكون هناك شطط في استعمال السلطة لكن من الناحية الواقعية فان تفسير هذا النص لا يمكن ان يتم بمعزل عن مقتضيات الفصل 10 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 وبالتالي فهذا الفصل يتحدث عن الطعن امام القضاء العادي، ومن الناحية التاريخية فبل 1957 لم تكن هناك مرجعية للطعن بالشطط في استعمال السلطة،

لكن امام هذا التضارب وبعد تعديل الفصل بمقتضى القانون رقم 14/07 فانه اصبح جد صريح بخصوص بشأن الطعن في قرار المحافظ امام المحكمة الابتدائية، وبالتالي فالمرجع هنا لم يعد يميز بين حالات رفض التقييد.

75 - قرار المجلس الاعلى بتاريخ 1998/12/3 تحت عدد 1119 في الملف الاداري عدد 98/1/5/729 منشور بمجلة الاشعاع 21 ص 123 وما بعدها.

76 - استاذنا محمد شنان .خصوصية الرقابة القضائية على مشروعية اعمال المحافظ ، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية عدد 21 1989. ص 183.

77 - ينص الفصل 354 من ق.م.م. بيت المجلس الاعلى مالم يصدر نص صريح يقضي بخلاف ذلك في :

2 - الطعون الرامية الى الغاء المقررات الادارية للشطط في استعمال السلطة.

وان كان البعض يشير الى ان هذا المقتضى قد يثير اشكالا اذ لم يحدد المشرع نوع المحكمة الابتدائية المختصة في ضل التعديلات المدخلة على التنظيم القضائي المغربي⁷⁸ والتي تتيح امكانية تصنيف المحاكم الابتدائية الى محاكم ابتدائية مدنية، ومحاكم ابتدائية اجتماعية، زجرية وفي اعتقادنا ان هذا الامر لا يطرح اشكال لان المشرع ربط هذا التقسيم بطبيعة القضايا المعروضة على المحكمة ولا يكتسي صيغة الإلزام، وبالتالي لا يتعلق بالنظام العام، ومن جهة اخرى ان المشرع تحدث عن القسم العقاري ضمن اقسام المحكمة الابتدائية المدنية، وبالتالي تكون هي المختصة في هذا الصدد.

الفقرة الثانية: اجراءات الطعن في قرارات المحافظ :

حدد المشرع المغربي اجراءات الطعن في قرارات المحافظ في القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915 والمعدل في 8 دجنبر 1942.

بحيث اولا يجب على المحافظ تعليل قراره برفض التقييد ويبلغه للأطراف دون تقييد.

ويقدم الطاعن بعد ذلك مقال للطعن في قرار المحافظ امام المحكمة الابتدائية الواقع ضمن دائرتها نفوذ العقار.

وبمجرد توصل رئيس المحكمة بهذا الطعن يبلغ المحافظ ويحدد اجل 15 يوما للجواب بهذا الطلب ويبدلي ان اقتضى الحال وبالوثائق المؤيدة لهذا الطلب

78 - الفصل 2. تتألف المحاكم الابتدائية :

.. يمكن تصنيف المحاكم الابتدائية حسب نوعية القضايا التي تختص بالنظر فيها الى محاكم ابتدائية مدنية ومحاكم ابتدائية اجتماعية، ومحاكم ابتدائية زجرية.

تنقسم المحاكم الابتدائية المدنية الى اقسام قضاء القرب وغرف مدنية وغرف تجارية وغرف عقارية" القانون رقم 34.10 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف 1.11.148 الصادر في 17 اغسطس 2011 والقاضي بتعديل القانون رقم 1.74، 338 الصادر بتاريخ 24 جمادى الآخرة 1394 (15 يوليوز 1974) بمثابة قانون المسطرة المدنية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5975 من شوال 1432 (5 سبتمبر 2011) ص 4386.

وتبلغ هذه المذكرة كذلك للطاعن في اجل 15 يوما للجواب عليها بعد ذلك يصدر رئيس المحكمة امرا قابلا للاستئناف داخل اجل 30 يوما تجري المسطرة امام محكمة الاستئناف ويصبح قرارها كذلك قابلا للطعن بالنقض امام محكمة النقض في اجل 30 يوما.

ويترب عن الطعن في قرار المحافظ برفض التقييد طبقا للفصل 96 ما يلي
1- ام رفض الطعن اذا تبين للمحكمة ان هذا القرار سليم ومعلل مع تحميل الطاعن مصاريف الدعوى

2- او قبول الطعن ومراجعة القرار المطعون فيه وفي هذه الحالة يتعين على المحافظ مراجعة القرار وتنفيذ الحكم اذا اصبح قابلا للتنفيذ داخل اجل 48 ساعة
المطلب الثاني: مسؤولية المحافظ الشخصية بشأن التقييدات :

ان الدور الكبير الذي يقوم به المحافظ والاختصاصات الواسعة التي يمارسها جعلت المشرع يطوقه بمسؤوليات جسيمة⁷⁹.

وحسب مقتضيات الفصل 72 فان اي تقصير من جانب المحافظ في مراقبة سندات التقييد من شأنه ان يؤدي الى اثاره مسؤوليته والمطالبة بالتعويض عن الضرر من طرف المتضرر، وفي نفس الاطار كذلك يسأل المحافظ مسؤولية شخصية عن فساد او بطلان ما ضمن بالرسم العقاري من تقييدات حسب مقتضيات الفصل 97 من نفس الظهير، لكن السؤال المطروح بخصوص التمييز بين الخطأ المصلحي والشخصي للمحافظ.

فذهب جانب من الفقه الى ان الخطأ يكون شخصيا اذا امكن فصله عن الوظيفة ويكون مصلحيا اذا كان لا يمكن ذلك⁸⁰.

79 - جمال النعيمي: رقابة القضاء لقرارات المحافظ العقاري، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء 2002/2001 ص 231.

80- حفيفة مقساوي- مسؤولية المحافظ في التشريع العقاري المغربي - مجلة القانون المغربي- عدد 1 يناير 2002 ص 74.

وهناك من يرى انه يجب النظر الى نية الموظف فإذا كانت هذه النية يرمي الى تحقيق حاجات خاصة فيكون الخطأ شخصيا.

وقد حدد المشرع في الفصول 30 و72 و97 من ظهير التحفيظ اهم حالات مسالة المحافظ شخصيا⁸¹.

وقد عالج الاجتهاد القضائي بعض حالات المسؤولية الشخصية للمحافظ ذلك ان هذا الاخير يكون مسؤولا مسؤولية شخصية، عن الاضرار الناتجة عن اغفال التضمين بسجلاته او القيام بتسجيل غير قانوني، او في حالة عدم تحققه على مطابقة الوثائق على الوثائق على القطعة المراد تحفيظها⁸².

لكن وفي حالة عدم امكانية تصور هذه الحالة اخطاء المحافظ الملزمة لمسؤوليته الشخصية فان السؤال المطروح بخصوص المسؤولية الشخصية للمحافظ المنصوص عليها في الفصل 97 هل يمكن ان تمتد حتى تقبل التحفيظ ام تشمل المرحلتين، والواقع انه يجب التمييز بين مسؤولية المحافظ في جميع العمليات التي يقوم بها بين تلك التي تخضع للقواعد العامة وخاصة الفصل 80 من ق.ل.ع مسؤولية الشخصية الاستثنائية المنصوص عليها في الفصل 97 في ظهير التحفيظ العقاري والتي تتعلق فقط بالعمليات اللاحقة للتحفيظ بدليل ان هذا الفصل وارد في القسم الثاني من ظهير 12 غشت 1913 الخاص بإشهار الحقوق العينية فضلا عن صراحة عبارة الفصل 97 في هذا المجال⁸³.

ويترتب عن ذلك انه في المسؤولية الشخصية تكون المحكمة الابتدائية هي المختصة اما في المسؤولية المصلحية فان القضاء الاداري هو المختص طبقا لمقتضيات المادة 8 من القانون رقم 08-41 المحدث للمحاكم الادارية.

81 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط - منشور بمجلة المحاكم المغربية 1965 ص 10.

82 - اقلعي - دريوش عبد القادر - مجلة الاشعاع عدد 12 ص 92.

83 - حفيظة مسقاوي - م.س.ص 76.

وتطبق بالتالي الاحكام العامة لتقدير التعويض عن الضرر الذي لحق المتضرر مبدئيا او ذوو حقوقه من قرار المحافظ.

وتجدر الاشارة الى ان عبارة المحافظ المذكورة تشمل حتى رئيس المصلحة او نائب المحافظ او اي شخص يختاره للقيام بهذا الغرض، على انه يلم المتضرر برفع هذه الدهوى داخل اجل 5 سنوات من علمه بالضرر ومن هو المسؤول عنه طبقا لمقتضيات الفصل 106 من ظ.ل.ع

على انه يجب التنبيه انه في حالة تعذر على المحافظ اداء التعويض المحكوم عليه ضده فانه يحل مكانه صندوق التامين المنصوص عليه في الفصل 100 من ظهير التحفيظ العقاري

خاتمة:

بعد هذه الدراسة المتواضعة لهذا الموضوع يظهر ان الزام المشرع لأصحاب الحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية في السجل العقاري، تحت طائلة الغرامة عن كل تأخير في التقييد في الاجل الاحد دون سقوط الحق من جهة، ويترتب عن ذلك ان الكتابة التي يقوم بها المحافظ هي التي تنقل الحق وتجعله يتمتع بقرينة الصحة، وان سلامة التقييد اعتبارا لقرينة الصحة المقرر بمقتضى القانون لا تقبل البيئة المعاكسة مادام القيد لم يغير⁸⁴ ونظرا لهذه الاثار التي تترتب عن هذا القيد او التشطيب على الحقوق، فان المشرع الزم المحافظ بالقيام بمراقبة كل المستندات التي يدلى له بها للقيام بالإجراء للتأكد من عدم وجود ما يعارض او يمنع هذا الاجراء سواء في الرسم العقاري، او في القانون العقاري، ونفس الامر حين يتعلق الامر التشطيبات، وكل هذا تحت طائلة المسؤولية عن الخطأ الشخصي للمحافظ.

84 - استاذنا محمد شنان م.س. ص. 181.

قائمة المراجع

1. محمد خيرى مستجدات قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي - دار نشر المعرفة، ط 2013 ص 380.
2. رشيد النخيلي- المحافظ العقاري بين واجب المراقبة وإشكالات تقييد الاحكام القضائية_ رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السنة الجامعية 2012/2013 ص 18.
3. مأمون الكوزبري : التحفيظ العقاري والحقوق العينية الاصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الاول، التحفيظ العقاري، العربية للطباعة والنشر الرباط الطبعة الثانية 1987 ص 176.
4. مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 59-60، 2002 ص 33.
5. مجلة العمل القضائي في نزاعات التحفيظ العقاري.
6. عبد الكريم الطالب- الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية - طبعة اكتوبر 2012 ص 245.
7. مجلة المحامي عدد 51.
8. منشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 36 و 54 و 57-58 و 45.
9. ابراهيم بحماني- تنفيذ الاحكام القضائية ط 3. 2013.
10. استاذنا المفضل الوالي .محاضرات في المسطرة المدنية القيت على طلبة الفصل السادس السنة الثالثة من الاجازة في الحقوق السنة الجامعية 2011/2012 ص 56.
11. بمجلة الاشعاع عدد 21.

12. جمال النعيمي: رقابة القضاء لقرارات المحافظ العقاري، اطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء 2002/2001.

13. مسؤولية المحافظ في التشريع العقاري المغربي - مجلة القانون المغربي - عدد 1 يناير 2002.

14. مجلة المحاكم المغربية عدد 1965.

15. مجلة الاشعاع عدد 12.

www.justice.gov.ma/

التحفيظ العقاري بين العمل القضائي وسلطة المحافظ

ذ. أحمد السكسيوي
باحث جامعي

تمهيد :

ابدأ هذا البحث بالملاحظات التالية :

1. تعتبر الإدارة أسمى من المواطن، تتمتع الإدارة بسلطات كثيرة ومتعددة، وبذلك يبقى المواطن تابعا لها، هذه التبعية تتمثل في إن العمل الإداري يتميز بحق الأسبقية والتنفيذ ألقصري، وبالتالي فالأصل هو أن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة - السلطة التقديرية، حق التنفيذ المباشر ونزع الملكية والاحتلال المؤقت لأملك الخواص.

2. لكن هذا السمو يتم تقييده عن طريق القضاء، وخصوصا القضاء الإداري، أو ما يسمى بالمشروعية الإدارية¹، وهذا هو دور القضاء الإداري في التوفيق بين الإدارة والمواطن، وحماية المواطن من القرارات التعسفية للإدارة.

3. إذا المحافظة العقارية هي إدارة، تتميز عن باقي الإدارات بصعوبة عملها ويرجع السبب في ذلك لتعاملها مع عنصر وهو العقار، ومن تم يكون تدخل القضاء مهم وضروري لتوفيق بين إدارة المحافظة العقارية وطالبي التحفيظ، وبين هؤلاء في ما بينهم.

إذا استناول العمل الاداري والقضائي في مجال التحفيظ، وسيقتصر حديثنا في هذا الموضوع حول مسطرة التحفيظ العقاري. ونؤكد في بداية الأمر أننا لن

1 - مصطفى الصوفي، القانون الإداري (التنظيم الإداري)، الطبعة الأولى أسفي غراف 2012 ص.

نظب في تحديد مفهوم التحفيظ العقاري²، على اعتبار أن الفصل الأول من قانون 14.07 قد حسم هذا الخلاف.

ومن تم سنحاول إن نبدأ هذا البحث بأول الاشكالات الجوهرية والتي تعيق مسالة التنفيذ في مجال المقررات القضائية المتعلقة بالتحفيظ، سواء كان هذا التنفيذ يشمل إجراءات التحفيظ أي تلك المقررات الصادرة في مجال التعرضات أو تلك التي تتعلق بالثقييد الاحتياطي والتشطيب باعتبارهما اجرائين متلازمين في مسالة إشهار الحقوق العينية.

2- جاء في الفصل 361 من ق.م.م :

"لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال التالية :

1-

2-

3- التحفيظ العقاري :

"ونستنتج من هذا الفصل إن التحفيظ العقاري يعتبر من الحالات التي يوقف الطعن بالنقض التنفيذ بها والحكمة من هذا المقتضى هو حماية أصحاب الحقوق وذلك مخافة من تأسيس الرسم العقاري.

وقبل صدور قانون 14.07 المتعلق بالتحفيظ العقاري كان هذا الفصل يطرح إشكالات بالنسبة لمفهوم التحفيظ ونتج عنه ظهور اتجاهين فقهيين :

- الاتجاه الأول:

يرى إن عبارة التحفيظ تقتصر فقط على العقار الغير المحفظ ومن تم فان مفهوم التحفيظ يدل على الإجراءات الخاصة لمسطرة التحفيظ دون غيرها من الإجراءات اللاحقة عليه وأطلق على هذا الاتجاه أنصار المفهوم الضيق لمصطلح التحفيظ العقاري، وقد كان القرار رقم 125 مؤيدا لهذا الاتجاه ومن تم اعتبار القرارات الصادرة عن محكمة الاستئناف قرارات تنفذ أي مكتسبة لقوة الشيء المقضي به.

- الاتجاه الثاني :

يعطي هذا الاتجاه مفهوما واسعا وشاملا لمصطلح التحفيظ العقاري بهذا بهم الإجراءات المتعلقة بالتحفيظ وإجراءات الثقييد والتشطيب وتبنت هذا الطرح المحافظة العقارية في جل قراراتها.

لكن جاء القانون الجديد ليحسم في هذا الاختلاف بتنصيبه في المادة الأولى على أن مصطلح التحفيظ يشمل كلا من مسطرة التحفيظ ومسطرة الثقييد والتشطيب.

وهذا لاداعي لذكر هذا الإشكال المتجاوز بنص صريح والرأي فيما نعتقد أن المشرع ذهب في الاتجاه الصحيح وذلك لعدم وجود فرق بين المسطرة المتعلقة بالتحفيظ والإجراءات المنصبة على ثقييد حق من الحقوق العينية او التشطيب عليه، كما أن قانون 14.07 ومن قبله ظهر 12 غشت 1913 كان يجمع كلا الاجرائين في قانون واحد والحجة الثانية أن المغرب استعمل الثقييد ثم التحفيظ دلالة على هذه الإجراءات العقارية وبهذا لا يكون أي فرق بينهما".

إشكالية وخطة الدراسة :

وبذلك فالمحافظ العقاري باعتباره سلطة إدارية والقاضي باعتباره سلطة قضائية يطرح الإشكال التالي:

- كيف ينظر الاجتهاد والعمل القضائيين لتحفيظ من خلال أحكامه ومقرراته الصادرة عن مختلف درجات التنظيم القضائي المغربي؟

- ثم كيف يتعامل المحافظ مع مقررات التحفيظ؟ وما هي أهم سلطاته في مجال التحفيظ؟

وسنعمد هذا السؤال في تحديد العلاقة بين المنظورين القضائي والإداري للتحفيظ ومن تم في تنفيذ المقررات الصادرة في هذا المجال.

وللإجابة عن هذا الإشكال يفترض منا التطرق للجاهزين مهمة في سير عملية التحفيظ، وهما:

➤ العمل القضائي في مجال التحفيظ العقاري

➤ سلطة المحافظ العقاري في مجال التحفيظ

وللإحاطة بهذين النقطتين سأتابع الخطاطة التالية:

المطلب الأول: التحفيظ العقاري في منظور العمل القضائي

الفقرة الأولى: إشكالات في المرحلة القضائية للتحفيظ

الفقرة الأولى: حلول لتجاوز الإشكالات المتعلقة بالمرحلة

القضائية

المطلب الثاني: سلطة المحافظ في مجال التحفيظ العقاري:

الفقرة الأولى: قرارات وأعمال المحافظ العقاري في مجال التحفيظ

الفقرة الثانية: المحافظ العام ومجال تدخله في قضايا التحفيظ

المطلب الأول:

التحفيظ العقاري في منظور العمل القضائي

يعتبر حق التقاضي مكفولا للجميع، والقضاء مهمة مقدسة عند الأمم المتحضرة³، لما يشمله من أهداف لحماية الحقوق بمفهومها الواسع، والقضاء يعتبر أسمى سلطة، لما يكرسه من مبدأ سيادة القانون، فالشعوب المتحضرة تحترم قضاءها، وهذا ما أكده ونسطون تشرشل في احد القضايا التي حكم فيها القضاء لأحد المطارات العسكرية بالابتعاد من المكان المخصص لهم بدعوى إزعاج السكان المجاورين، حيث قال "فلتخسر بريطانيا الحرب وليبقى القضاء مستقلا"⁴ ويظهر جليا على أن القضاء لا يجب أن يكون محط ضغوط لا سياسية ولا اقتصادية أو اجتماعية تؤثر بذلك على جودة الأحكام⁵ الصادرة عنه، وعن جودة الاجتهادات القضائية.

وعلى غرار باقي المجالات، يعتبر التحفيظ من المجالات التي يكون القضاء على احتكاك بها، لكن تبقى مسطرة التحفيظ العقاري مسطرة إدارية تتخللها مرحلة قضائية، لكن تبقى مرحلة فاصلة في صحة التعرض، ومن ثم لا تنظر في قضية التحفيظ، ويبقى المحافظ صاحب الحق الأصيل في تحديد من سيكون صاحب تحفيظ العقار⁶. وتبقى مسألة التنفيذ غير ممنوحة إلى المحكمة.

- فماهي إذن أهم الإشكالات المتعلقة بالقضاء الذي يبيت في التحفيظ ؟

- وكيف يمكن تجاوز هذه الإشكالات ؟

3 - محمد الازهر : الدعوى المدنية . مطبعة دار النشر المغربية . طبعة الاولى 2010 ص -11 .

4 - منشور في موقع "اقتباسات واقوال" .

<http://www.eqtibas.com/author/307>

5 - محمادي المعشكاوي : الوجيز في الاحكام القضائية وطرق الطعن فيها، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء..ص - 11 / 12 .

6 - عبد الشافي الخليفي : الشق القضائي في مسطرة التحفيظ . محاضرة القيت على طلبة الدراسات القانونية في دورة تكوينية سنة 2012 - 2013 .

الفقرة الاولى: إشكالات في المرحلة القضائية للتحفيظ :

سنحاول في هذا الجزء أن نسلط الضوء على بعض المشاكل التي تعيق القضاء وخاتمته التنفيذ ولا نعني هنا صعوبات تحول دون البث في قضايا التحفيظ بل نعتقد ان الاختصاصات التي أسندت للقضاء في مجال التحفيظ تبقى قاصرة كثيرا وبذلك تؤثر على تنفيذ الأحكام المكتسبة لقوة الشيء المقضي به⁷.

أ- محدودية صلاحيات القضاء في مجال التحفيظ :

أولى الإشكالات التي تثار في هذا الصدد تبقى الحدود الموضوعية من طرف القانون على سلطة القاضي في مجال التحفيظ العقاري ومن تم فالبث لا يكون الا في صحة التعرض من عدمه وبالشكل المحدد من طرف المحافظ حسب الفصل 37 من قانون التحفيظ العقاري وحيث جاء في قرار عن محكمة النقض :

"لكن حيث ان قبول التعرض من حيث الشكل موكل سلطة للمحافظ".

وفي قرار اخر :

"ان قضاة الموضوع لا يملكون في قضايا التحفيظ حق الفصل بين المتعرضين بل لهم ان ينظروا بين هؤلاء وطالبي التحفيظ"⁸.

وفي قرار اخر :

"ان محكمة التحفيظ وبمقتضى الفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري لا تنظر في النزاعات القائمة بين المتعرضين ولكن في النزاعات القائمة بين طالب التحفيظ من جهة والمتعرض من جهة اخرى"⁹.

7 - محمادي المشكاوي م س ص - 34 ومايليها

8 - قرار صدر عن محكمة النقض بتاريخ 29.04.59 تحت عدد 181 اورده عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الاعلى في التحفيظ خلال 40 سنة : ص - 29.

9 - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 01.02.1995 تحت عدد 348 في الملف المدني عدد 4612/87 عبد العزيز توفيق مرجع سابق ص - 281.

وللملاحظة فان القانون الجديد اضاف فصلا مكررا للفصل 37 وهكذا فالمحافظ العقاري يعتبر اهم سلطة في مجال التحفيظ وهذا ما يضمن على سلطة القضاء قصورا واضحا وهذا ما قضت به محكمة النقض في قرار لها :

"لكن ردا على الوسيطتين معا لتداخلهما فانه بمقتضى الفصل 37 من ظهير 1913 بشأن التحفيظ العقاري انما تبث المحكمة في وجود الحق العيني المدعى عليه من قبل المتعرض ونوعه ومحتواه ومداه وعلى الشكل الذي قدم به المتعرض امام المحافظ وليس له صلاحية تسجيل التعرضات ضد مطالب التحفيظ والبث فيها"¹⁰.

ب- التزام المحكمة في نظرها في النزاع فيما احيل عليها من قبل المحافظ

عند استقرائنا للفصل 32 من ق. التحفيظ العقاري نستشف ان المشرع وضع قيودا اخر على صلاحيات القضاء في مجال التحفيظ حيث لا يمكن للمحكمة صاحبة النظر في المنازعة ان تقبل اي وثيقة ما لم يكن قد احالها المحافظ عليها وهذا ما هو مبين في الفقرة الاولى من الفصل المذكور.

وقد ايد هذا المقتضى محكمة النقض في قرار لها حيث جاء فيه :

"بمجرد الانتهاء المسطرة الادارية امام المحافظ على الاملاك العقارية يعمد هذا الاخير الى احالة ملف التحفيظ والتعرضات على المحكمة الابتدائية قصد البث في النزاع المثار بسبب طالب التحفيظ"¹¹.

وعليه فان المحكمة لا يمكن ان تقبل ادعاءات جديدة من قبل الاطراف الا ما احيل عليها من طرف المحافظ وكذلك يطرح اشكال ثان مفاده عدم قبول الادعاءات من اشخاص لم يتقدموا بتعرضهم ضد مسطرة التحفيظ كما هو الشأن

10 - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 28.01.2004 ملف مدني عدد 1512 بتاريخ 1.1.2003 اورده عمر ازوكار ، التحفيظ العقاري والحقوق العينية ، منشورات دار القضاء ، ص 109.

11 - قرار محكمة النقض عدد 2027 بتاريخ 21.6.2006 في ملف عدد 4175/5 عبد العزيز توفيق ص - 36.

بالنسبة للورثة الذين يدعون حقوقا مشاعة لم تكن موضوعا لاي تعرض مما قد يحول دون تنفيذ الحكم القضائي الذي يصدر فيما بعد.

الفقرة الاولى : حلول لتجاوز الاشكالات المتعلقة بالمرحلة القضائية :

اولى الحلول التي نعتقد ان المشرع لم يتطرق لها في صياغة القانون الجديد المتعلق بالتحفيظ :

- هو تعديل مضمون الفصل 37 بما فيه الكفاية حيث لم يستحضر الصعوبات القانونية والعملية التي يطرحها الفصل 37 حيث فيما نعتقد يجب على المشرع ان يوسع من نطاق تدخل المحكمة وهي تبث في التعرض لما فيه من تخفيف علة المسؤوليات الملقاة على عاتق المحافظ.

- ثم انه من خلال زيارتنا للمحاكم نرى، أن التنظيم القضائي للمحاكم يعمل بمبدأ وحدة المحاكم، أي أن هناك غرف مدنية تنظر في القضايا العقارية، ومن ثمة فان القاضي الذي ينظر في القضايا العقارية هو نفسه ينظر في القضايا العادية الأخرى، وبهذا نعتقد في رأينا المتواضع أن إنشاء المحاكم عقارية بات من الضروري التفكير فيه، لان وجودها يجنب مشاكل كثيرة من بينها :

- تراكم القضايا.
- بطء مسطرة التحفيظ.
- ضعف الاستثمار للمغرب الذي تسببه مشاكل العقار وبطء مسطرة التحفيظ.

المطلب الثاني :

سلطة المحافظ في مجال التحفيظ العقاري

حاولنا في الفقرة السابقة أن نضع إطارا عاما حول العمل القضائي في مجال التحفيظ، ووصلنا إلى أن مسألة التحفيظ تبقى من بين المجالات التي يتدخل فيها

القضاء، لكن بصورة محتشمة وقاصرة، وأظهرنا هذا الطرح من خلال منظور الاجتهاد القضائي في هذا الموضوع.

ويعتبر القضاء احد المتدخلين في مجال التحفيظ العقاري إلى جانب المحافظة العقارية باعتبارها الجهاز الإداري المكلف بالتحفيظ، ويبقى المحافظ العقاري أهم سلطة في مجال التحفيظ هذا ما يؤدي إلى الحد من صلاحيات القضاء في مجال التحفيظ، ويتجلى هذا القصور في كون الجهة الوحيدة المكلفة بالتنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في مادة التحفيظ، وخصوصا الدعوى المتعلقة بالتعرضات، هو المحافظ العقاري وهذا ينزع سلطة القضاء في تنفيذ الأحكام وتأكيد الصفة الإدارية لمسطرة التحفيظ وهذا ما يجعلنا نتساءل بصفة عامة عن أهم الأدوار التي يطلع بها المحافظ العقاري وما هي أهم سلطاته في مجال التحفيظ العقاري؟

الفقرة الاولى: قرارات وأعمال المحافظ العقاري في مجال التحفيظ :

أ- أعمال المحافظ :

لقد أعطى المشرع المغربي عدة صلاحيات وإعمال في مجال التحفيظ ونؤكد في بداية الأمر إن البحث في إشكالات التنفيذ يستدعي منا الحديث عن صلاحيات المحافظ حتى نتمكن من وضع مقاربة شمولية للموضوع ومن بين أهم هذه الأعمال الصلاحيات والأعمال التي أناطها المشرع المغربي للمحافظ العقاري :

- النظر في إجراءات التحفيظ العقاري وانجاز عمليات السجل العقاري¹² وهذا ما نص عليه الفصل 4 من القرار الوزاري 21 رجب 1333.

- المحافظة على الوثائق والرسوم والخرائط الطبوغرافية.

12 - محمد بن احمد بو نبات. " نظام التحفيظ العقاري " سلسلة افاق القانون المطبعة الوطنية . الطبعة الثالثة 2012 ص - 29.

- الى جانب ذلك هناك مجموعة من السجلات التي يمسكها المحافظ العقاري استنادا للفصل 30 من القرار الوزاري بتاريخ 21 رجب 1331 مثل سجل الإيداع.

- وهذا إلى جانب الفصل ما نص عليه الفصل 9 من قانون التحفيظ العقاري على ان المحافظ العقاري يكلف بمسك السجل العقاري الخاص بالدائرة الترابية التابعة لنفوذه والقيام بإجراءات والمساطر المقررة في شان التحفيظ العقاري .

وهذا ما أيده قرار محكمة النقض حيث جاء فيه :

"استثناء المحافظ تلقائيا مباني ومقالع من ملكية ارض بعد تحفيظها وتسجيلها باسم الغير ما يدخل ضمن صلاحياته التي خولها له الفصلان 29 و30 من قرار 3.6.1915 المقرر لتفاصيل تطبيق ظهير 2.6.1915 المطبق على العقار المحفظ لتصحيح المخالفات والاعفالات التي يشاهدها في الرسوم العقارية لان ذلك يمس بالتحفيظ الذي يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية الكائنة على العقار الذي تم تحفيظه"¹³.

ب- قرارات المحافظ العقاري :

من خلال سرد بعض المهام التي يطلع بها المحافظ العقاري نستنتج انه للمحافظ على الأملاك العقارية عدة قرارات بشأن التحفيظ أتاحها المشرع المغربي له انطلاقا من سلطته الواسعة في هذا المجال ومن بين قراراته نجد :

فعلى مستوى قرارته بشأن مطلب التحفيظ .

13 - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 17.11.1999 تحت عدد 5247 في ملف عدد 1103/96 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 57-58 ص - 28 اورده محمد بالفقيه ظهير التحفيظ العقاري والعمل القضائي المغربي. مطبعة النجاح الجديدة 2011 ص - 18.

عند تقديم مطلب التحفيظ أعطى المشرع المغربي صلاحيات واسعة للمحافظ العقاري في قبول مطلب التحفيظ من عدمه فالتأكد من صحة الوثائق تعتبر من بين صلاحياته بمقتضى القانون¹⁴.

- قرار تأسيس الرسم العقاري

عند الانتهاء من كل عمليات التحفيظ على المحافظ ان يقرر في مطلب التحفيظ في ثلاثة اشهر الموالية لاجل التعرض المحددة في المادة 30 من قانون التحفيظ العقاري، ويعتبر قرار التحفيظ قرارا نهائيا غير معلل ومن تم غير قابل للطعن ويشبه في ذلك قرارات المجلس الاعلى سابقا حكمة النقض حاليا¹⁵.

- قرار رفض مطلب التحفيظ او الغائه

أعطى المشرع المغربي إمكانية إلغاء أو رفض مطلب التحفيظ من قبل المحافظ العقاري باعتباره اهم سلطة في مجال التحفيظ، وبذلك فرفض المطلب يعني عدم توفر الطلب على الشروط المطلوبة بداية وبمناسبة تقديم المطلب لأول مرة.

أما الإلغاء فيكون بعد تسجيل المطلب وحينما يكون سببا مقنعا يفضي بإلغاء المطلب ومن بين الحالات التي يتم إلغاؤه:

- حالة تغيب طالب التحفيظ عن الحضور
- حالة التماطل الذي يبديه طالب التحفيظ
- صدور حكم قضائي لفائدة المتعرضين

14 - عبد اللطيف الودناسي : حجية الرسم العقاري وإشكالات عدم التحيين ، مداخلة في ندوة تحت عنوان الأنظمة العقارية ، تنسيق الدكتور محمد بن احمد بو نبات ومحمد مومن ، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2003 ، ص 316

15 - شبه بول دو كرو قرارات المحافظ العقاري بقرارات الملك في قوتها وتحصينها من رقابة القضاء في كتابه القانون العقاري ص : 94

• عدم كفاية الحجج والوثائق المدلى بها تأييدا للمطلب¹⁶

الفقرة الثانية : المحافظ العام ومجال تدخله في قضايا التحفيظ :

نظرا لتشعب قضايا التحفيظ التي تعرض على المحافظين كان لزوما التفكير في توحيد عملهم، ومن تم ضمان تطبيق سليم للقانون المنظم للتحفيظ العقاري ولهذا السبب صدر قانون 22 ربيع الثاني 1373 الموافق لـ 29 دجنبر 1953 محدثا بموجبه جهاز المحافظة العامة وذلك قصد تسيير ومراقبة وتوحيد وجهات النظر بين المحافظات العقارية بالمغرب .

و يعتبر المحافظ العام على راس هذه الادارة فيضطلع بمهام كثيرة قصد تطبيق القانون ويمكننا اجمال صلاحياته على النحو التالي :

- توحيد العمل وتقريب وجهات النظر بين المحافظين من اجل تطبيق سليم للقانون
- تزويد المحافظين بكل التعليمات والارشادات والشروح التي تضمن سيرا سليما للمسطرة
- تلقي جميع المسائل والقضايا العالقة التي تتطلب وضع مبداء عام
- مراقبة اعمال المحافظين
- تلقي الشكايات والمنازعات التي تقع بين المحافظين ودوي العلاقة في الحالات التي يتطلب فيها الامر تدخله¹⁷.

خلاصة وإستنتاج

من خلال كل ما سبق نستنتج أن التحفيظ العقاري يضم مجموعة من الإجراءات يتدخل فيها انجازها :

16 - محمد خيري، "قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي" مطبعة دار المعارف الجديدة الرباط 2010، ص 181.

17 - محمد خيري م س ، ص 106-105.

- القضاء كسلطة لحماية الحقوق.

- الإدارة المتمثلة في المحافظ العقاري كجهاز موكل له صلاحيات ومهام التحفيظ.

وبذلك فالمحافظ العقاري يبقى الجهاز الوحيد الذي يضطلع بمهمة تنفيذ المقررات القضائية، وفي رأينا المتواضع أن هذه الصلاحيات الواسعة تسبب في عدم تنفيذ الأحكام والمقررات الصادرة في مادة التحفيظ، وكذلك جهود دور القضاء، حيث تبقى الصلاحيات المحدودة للقضاء في هذا المجال تطرح صعوبة في عدم التنفيذ ولتجاوز هذا الإشكال نقترح بعض الحلول :

- أولاً: إنشاء محاكم عقارية كما سبق ذكره، يسهل المراقبة والفصل السريع للتعرضات وإضافة صلاحيات أخرى للقاضي حتى يتمكن من مراقبة المحافظ، والوصول لتنفيذ المقرر الصادر في المادة التحفيظ العقاري بشكل ناجح ونجاع.

- ثانياً: وضع رقابة صارمة للمحافظين (قضائية وقانونية).

- ثالثاً: توحيد وجهات النظر بين القضاء والمحافظ (القاضي والمحافظ) وهذا الطرح يؤكد الدكتور محمد أبو نبات بقوله "... وبمد صلة الوصل والمحاورة بين المحافظين، ... وجهة القضاء يؤدي إلى تنفيذ أحكام التحفيظ العقاري النهائية أو التقييد وهي مظاهر نشأت باختلاف التأويلات ... وعندنا لا بد من ربط التواصل بين الجهتين للوصول إلى فهم صحيح يرفع الحرج عن المكلف بتنفيذ قرارات القضاء ويؤمن لطالب الحق الوصول لمبتغاه"¹⁸ ونحن نؤيد هذا الطرح.

18 - محمد بن احمد ابونبات، مرجع سابق، ص 3.

المراجع

- ✍ محمد بن احمد بونبات في كتاب :
➤ "نظام التحفيظ العقاري" سلسلة أفاق القانون المطبعة الوطنية. الطبعة الثالثة 2012.
- ✍ عبد العزيز توفيق :
➤ قضاء المجلس الاعلى في التحفيظ خلال 40 سنة.
✍ عمر ازوكار
➤ التحفيظ العقاري والحقوق العينية ، منشورات دار القضاء
✍ محمد الازهر :
➤ الدعوى المدنية . مطبعة دار النشر المغربية . طبعة الاولى 2010 ص-11
➤ موقع " اقتباسات واقوال " <http://www.eqtibas.com>
✍ محمادي المعشكاوي :
➤ الوجيز في الاحكام القضائية وطرق الطعن فيها، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.
- عبد الشافي الخلفي : الشق القضائي في مسطرة التحفيظ . محاضرة القيت على طلبة الدراسات القانونية في دورة تكوينية سنة 2012 - 2013.
- عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الاعلى في التحفيظ خلال 40 سنة.
➤ عمر ازوكار، التحفيظ العقاري والحقوق العيني، منشورات دار القضاء.
- محمد بالفقير ظهير التحفيظ العقاري والعمل القضائي المغربي. مطبعة النجاح الجديدة 2011.

➤ عبد اللطيف الودناسي : حجية الرسم العقاري وإشكالات عدم التحيين ، مداخلة في ندوة تحت عنوان الأنظمة العقارية، تنسيق الدكتور محمد بن احمد بونبات ومحمد مومن، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2003.

➤ بول دوكر وقرارات كتابه القانون العقاري :

محمد خيرى، "قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي" مطبعة دار المعارف الجديدة الرباط 2010.

دراسة ميدانية للاستشارة القانونية داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية (قراءة في العمل الاستشاري لمؤسسة المحافظ العام)

ذ. الغوناجي يوسف
باحث متخصص في القانون العقاري

مقدمة :

إن الاستشارة القانونية تعتبر من الآليات والركائز الأساسية التي من شأنها تطوير الوعي الاجتماعي والحد من المشاكل القانونية، وذلك عن طريق تقديم الرأي الصائب والتوصية الملائمة.

وسنحاول في موضوعنا هذا، الوقوف على العمل الاستشاري الذي تمارسه بعض المؤسسات العمومية، من خلال نموذج الوكالة الوطنية للمحافظة على الأملاك العقارية، وتخصيصا لبحثنا سنركز على مؤسسة المحافظ العام كفاعلة أساسية في حقل القانون العقاري بجميع تشعباته، في محاولة متواضعة لتسليط الضوء على العمل الاستشاري المناط به، وبيان أسسه والمساطر المتبعة بشأنه، معتمدين طرحا نقديا تحليليا في إطار بحث ميداني عملي، قائم على الملاحظة والمواكبة اليومية لعمل هذه المؤسسة.

وذلك تأسيسا لأرضية قانونية للنقاش عمادها الطرح الإشكالي الآتي :

- ما هو واقع العمل الاستشاري داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية؟؟

- ما هي تجليات الاستشارة القانونية داخل مؤسسة المحافظ العام؟؟

وفي محاولة متواضعة لمعالجة هذه الإشكالات، ارتأينا نهج الإطار التحليلي

التالي :

تصميم :

الفصل الأول: واقع العمل الاستشاري داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، نموذج "المحافظ العام"

أولاً: الإطار القانوني العام للاستشارة داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، قانون 58-00

ثانياً: المحافظ العام كنموذج فريد للاستشارة القانونية

أ- اختصاصات المحافظ العام بموجب ظهير 23 دجنبر 1953

ب- المسطرة المعتمدة في معالجة المسائل المبدئية وتوحيد الاجتهاد

الإداري

الفصل الثاني: مقارنة نقدية للعمل الاستشاري لمؤسسة المحافظ العام .

أولاً: معوقات عامة

أ- عدم إدراك العمل الاستشاري

ب- ضعف الإمكانيات البشرية

ثانياً: معوقات خاصة

أ- غياب النمط المؤسسي

ب- عدم الاستفادة من الخبرات الاستشارية

خاتمة

الفصل الأول:

واقع العمل الاستشاري داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، نموذج "المحافظ العام"

لا يخفى على أحد الدور الذي يلعبه العقار على مستوى الحركة الاقتصادية الوطنية، وكذلك على المستوى الاجتماعي والفردى.

هذا الأمر الذي يجعل من المؤسسة المشرفة على هذا المجال الحيوي تحتل دور حجر الزاوية في تأطير هذا القطاع والدفع به إلى الأمام .

وفي المغرب هذا الدور مناط "بالوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية"، هذه الأخيرة التي ما فتئت تسعى جاهدة إلى احتواء المنظومة العقارية وذلك من خلال اعتماد آليات وتقنيات حديثة ؛ لا على المستوى التقني باعتماد العلوم المتطورة في مجال الخرائطي والمسح الطبوغرافي . ولا على المستوى القانوني؛ من خلال اعتماد آليات البحث القانوني، وتقنية الاستشارة القانونية، هذه الأخيرة التي بدأت في الآونة الأخيرة تفرض نفسها كأداة فاعلة وناجعة لحل مجموعة من الإشكالات الراهنة على المستوى العقاري.

فمادة "علوم العقاري" إن صح اعتماد هذه التسمية، هي مادة شاسعة بتفرعاتها وتعقيداتها التي أصبحت تطرح إشكالات واقعية من خلال التطبيقات المختلفة لقانون التحفيظ كمرجعية أساسية، على أرض الواقع الأمر الذي يفرض عمل استشاري آني ومواكب لتدليل هذه الصعوبات .

وأمام ما ذكر؛ فقد أصبح لزوما على المؤسسة العمومية موضوع النموذج اعتماد إطار قانوني أو بالأحرى تكريس إطار المحافظ العام كتجربة كانت سابقا في ضل الإدارة العمومية وبتالي تأهيلها داخل الوكالة.

إذا ما هي اختصاصات المحافظ العام؟ وما هو النسق الإجرائي المعتمد في معالجة المسائل المبدئية وتوحيد الاجتهاد الإداري وبالتالي كيفية إسداء المشورة؟؟ قبل ذلك لابد من التساؤل حول الإطار القانوني للاستشارة داخل الوكالة؛ هل هي منظمة بصريح النص، أم هي ضمنية؟
أولاً: الإطار القانوني العام للاستشارة داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية، قانون 58-00

إن الإطار المنظم لمفهوم الاستشارة على المستوى العام في الوكالة، نستخرجه من منطوق المادة الثالثة من قانون 58-00 المحدث بموجبه الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية إذ جاء هذا النص كما يلي: "يجوز للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية أن تمارس المهام التالية في الميادين المخولة لها بمقتضى هذا القانون :

.....

- إنجاز الدراسات وتقديم المساعدة التقنية والقانونية المتعلقة بمهامها لفائدة الإدارات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية وكل من يطلب ذلك...".

فمن خلال تحليلنا لظاهر النص يمكن استخراج عبارة؛ " تقديم المساعدة التقنية والقانونية المتعلقة بمهامها... " وطرح السؤال الآتي: ما المقصود بالمساعدة التقنية والقانونية؟

إن كلمة "المساعدة" تفيد تقديم العون في الاتجاه الإيجابي الفعال لطرف آخر هو في حاجة إليه وعليه فالمساعدة التقنية هي ما تقوم به مصالح المسح العقاري وذلك بتسخير تقنياتها ومهندسيها لكل من يطلب ذلك.

ونفس الأمر بالنسبة للمساعدة القانونية، والتي نجد تجلياتها في إعطاء الرأي القانوني الداعم أو المفسر أو المحلل للنازلة المعروضة، بهدف إيجاد الحل القانوني السليم، وهذا هو الكنه الدقيق للاستشارة القانونية.

ونبقى في نفس سياق المنهج التحليلي للنص القانوني الذي بين أيدينا لنستخرج عبارة «... وكل من يطلب ذلك " الأمر الذي يفهم منه أن الرأي القانوني موضوع المساعدة يمكن أن يزود به كل من طلبه سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

ثانيا: المحافظ العام كنموذج فريد للاستشارة القانونية :

أ- اختصاصات المحافظ العام بموجب ظهير 23 دجنبر 1953 :

إن المحافظ العام على الأملاك العقارية، هو مؤسسة فريدة من نوعها وهذا يتجلى من خلال المهام المنوطة به بمقتضى القانون فبالإضافة إلى اختصاصاته الإدارية المتمثلة في كونه الرئيس التسلسلي للمحافظين على الأملاك العقارية في كافة أرجاء المملكة فقد منحه ظهير المؤرخ في 23 دجنبر 1953 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2155، اختصاص توحيد الرأي الإداري في تطبيق النصوص المتعلقة بالنظام العقاري الخاص بالتحفيظ، فهو المسؤول وذلك بصريح النص: "عن إعطاء جميع التعليمات العامة أو الخاصة التي من شأنها أن تحافظ على وحدة الرأي للمحافظين الذين يجب عليهم أن يعرضوا عليه جميع المسائل والقضايا التي تستلزم إصدار مقرر مبدئي.

و يمكن له أن يثير جميع القضايا المتعلقة بالتحفيظ أو العمليات التابعة لها إما بموجب وظيفته وإما بطلب من يهمهم الأمر قصد إتخاذ مقررات في شأنها" ؛
(الفصل الأول من الظهير المنظم)

فعند استقراءنا لهذه المادة، أول ما يثير انتباهنا عبارة "وحدة الرأي" فالمحافظ العام في إطار عمله اليومي تعرض عليه نوازل قانونية في صيغة طلبات استشارة أو طلبات إبداء رأي في مسائل مبدئية تخص التحفيظ العقاري؛ وهو ملزم بشأنها بدراستها وتحليلها والوصول إلى كنه المشكل المطروح، لاقتراح حلول وتفسيرات قانونية سعيا إلى تحقيق وحدة الرأي الإداري.

فعمل المحافظ العام وإن كان يظهر في إطاره العام، أنه عمل إداري محض، وذلك من خلال إنتاجه لمجموعة دوريات ومذكرات تفسيرية، غير أن جوهر عمله يقوم على الفعل الاستشاري، أو الاستشارة القانونية المترجمة في الواقع في شكل دوريات تفسيرية ورسائل جوابية لأشخاص منتمين إلى هيئات مهنية حرة كالموثقين والمحامين والمنعشين العقاريين ووكلاء الأعمال، بل وحتى لأشخاص طبيعيين، باحثين عن المشورة والرأي الصائب، والجدول الذي بين أيدينا يبين هذا الواقع :

المرسل	المحافظة	موضوع القضية	الرأي المعتمد
موثق	فاس	إستشارة التبرعات التي يجريها النائب الشرعي	عدم جواز تقييد التبرعات استنادا إلى قرار المجلس الأعلى
شركة	طنجة	طلب رأي بشأن تطبيق الفصل 984 من ق.ل.ع على الشركات	ضرورة سريان الفصل على جميع أنواع الشركات

ب- المسطرة المعتمدة في معالجة المسائل المبدئية وتوحيد الاجتهاد الإداري :

من خلال إجراء بحث ميداني قائم على الملاحظة والتتبع داخل مؤسسة المحافظ العام، وقفنا على المساطر المعتمدة في معالجة المسائل المبدئية، وإن كانت إدارية في معظمها تقوم على تبادل المراسلات، غير أنها تختلف من حيث مداخل تحريكها وطبيعة موضوعاتها، فهناك نوعين من المراسلات؛ إما الواردة عن المحافظين رؤساء المصالح الخارجية، والتي ينحصر موضوعها في طلبات إبداء

رأي أو طلبات تفسير لنوازل قانونية معروضة عليهم من أجل البث، هذه الأخيرة في معظمها تعكس الإشكالات المطروحة على مستوى تطبيق قانون التحفيظ العقاري ومشاكلة على صعيد المصالح الخارجية.

وهناك نوع ثاني من المراسلات يرد عن أشخاص طبيعيين ومعنويين، إما في شكل تظلمات أو استشارات قانونية، فتعرض كلها على السيد المحافظ العام مرفقة بالوثائق المدعمة ليبادر هذا الأخير إلى معالجتها وتحرير أجوبة بشأنها إما على شكل رسائل جوابية إلى الأطراف المعنية، أو مذكرات توضيحية إلى المحافظين أو دوريات تفسيرية إلى العموم،

الفصل الثاني :

مقاربة نقدية للعمل الاستشاري لمؤسسة المحافظ العام

في هذا الفصل سنعمد مقارنة نقدية لعمل مؤسسة المحافظ العام، على المستوى الاستشاري محاولين الوقوف على نقاط الضعف التي تؤثر على النجاعة الاستشارية للمؤسسة، من خلال التطرق في فقرة أولى إلى المعوقات العامة، وفي فقرة ثانية إلى المعوقات الخاصة.

أولاً: معوقات عامة :

أ - واقع عدم إدراك العمل الاستشاري :

من خلال إجراء بحث ميداني داخل مؤسسة المحافظ العام، عن طريق طرح مجموعة أسئلة على كافة المستخدمين والأطر بهذه المؤسسة، والتي يمكن إجمالها في سؤال محوري أساسي وهو : إلى أي حد تمارس مؤسسة المحافظ العام بشكل خاص، والوكالة بشكل عام الاستشارة؟؟؟

فكان الجواب السائد هو أن العمل الاستشاري لا يشكل جوهر العمل داخل وكالة المحافظة العقارية، وسندهم في ذلك، أن الوكالة هي مؤسسة

عمومية ذات طابع خدماتي بالدرجة الأولى، بمعنى أن جميع الأعمال التي تقدمها للمرتفق تكون بمقابل مادي على شكل رسوم محددة قانونا، والاستشارة القانونية غير مؤدى عنها، وبالتالي فلا يمكن اعتبارها خدمة مقدمة من طرف هذه المؤسسة العمومية إن على مستوى مصالحها الخارجية أو على مستوى إدارتها المركزية التي تشكل مؤسسة المحافظ العام أحد مكوناتها.

من خلال هذا الاستقراء الأولي الذي أجريناه يتضح لنا، غياب الوعي بأهمية الاستشارة داخل المحافظة العقارية، وإن دل هذا فإنها يدل على قصور الرؤية، الأمر الذي ينعكس مباشرة على الالتزام في إعطاء المشورة القانونية واعتمادها كأداة قانونية فاعلة.

ب - ضعف الإمكانيات البشرية :

وهذا يتجلى على مستوى النسق التنظيمي لمؤسسة المحافظ العام، والإطار البشري الذي يؤثته، وكذلك على مستوى الإطار العام الذي يحكم انتقائية الموارد البشرية العاملة بالوكالة، على مستوى الولوج والتعيينات وذلك نلامسه من خلال سياسة التوظيف التي تعتمدها هذه الأخيرة، والتي تقتصر على قبول الأطر العليا المتخصصة في القانون (ماستر القانون المدني والعقاري)، في حين أن هناك تخصصات تكوينية أخرى قد تخدم العمل الاستشاري بشكل أدق.

بالإضافة إلى مناهج التكوين المستمر المعتمدة داخل الوكالة، والتي تغيب فيها المواد الملقنة لآليات الاستشارة القانونية، كمعطى جوهرى للرفع من مردودية الإطار القانوني والتقني العامل داخل الوكالة .

ثانيا: معوقات خاصة :

أ - غياب النمط المؤسسي

إن أول ما نلاحظه من خلال قراءتنا للقانون المنظم لاختصاصات المحافظ العام، هو أن هذا الأخير يتحدث عن شخص المحافظ العام كإطار إداري قائم

بمفرده، له اختصاصات يتحملها بشخصه وتحت مسؤوليته، على أن الواقع العملي المتجلى في النظام الهيكلي للوكالة الوطنية للمحافظة العقارية يعتبر المحافظ العام كقطاع أو مؤسسة قائمة الذات، تتوفر على كتابة الضبط ومصالح متعددة يسيرها رؤساء مصالح، لكل اختصاصه تحت الإشراف الإداري للسيد المحافظ العام.

وهذه النظرة الازدواجية تحتاج إلى إصلاح وملائمة النص مع الواقع، لتفعيل الدور المؤسساتي الذي سيعود بالنفع على العمل الاستشاري المناط بالمؤسسة.

ب - عدم الاستفادة من الخبرات الاستشارية

لقد تعاقب على هذه المؤسسة وذلك منذ تاريخ نشوئها، أي ما يقارب نصف قرن من الزمن، عدد كبير من الأطر المؤهلة والمتخصصة في المجال العقاري، وأغلبيتهم تمت إحالتهم على التقاعد عند نهاية الخدمة، وقد التحق معظمهم بمكاتب للخبرة وفيهم من أصبح يمارس مهنة التوثيق والتدريس، في حين كان من باب الأولى أن تتعاقد معهم الوكالة على شكل مستشارين ملحقين أو حكماء معتمدين لديها، وذلك في إطار نهج سياسة الترشيح وعقلنة الموارد البشرية خدمة للعمل الاستشاري الذي يعاني من نقص ويحتاج إلى دفعة قوية للبروز وتحقيق مزاياه خدمة للصالح العام.

خاتمة :

من خلال ما سبق، نخلص إلى أن العمل الاستشاري داخل وكالة المحافظة العقارية ؛ هو عمل قائم الذات، يتجلى في الإطار القانوني العام (ق 00-58). بل ينعكس بوضوح في التوجه العام لهذه المؤسسة العمومية؛ وذلك بإرسائها لبعض الآليات الاستشارية نخص بالذكر؛ خلية الرقم الأخضر، المكلفة بإسداء النصح

والتوجيه الآني لكافة المواطنين والمتدخلين في الحقل العقاري عبر الهاتف. أما على المستوى القانوني، فهناك مؤسسة المحافظ العام، التي تعكس وبوضوح مفهوم الاستشارة القانونية رغم المشاكل الواقعية التي تعترها؛ ليبقى إصلاح هذا الوضع رهين بالدور الذي ستقوم به الأطر المتخصصة في المجال الاستشاري.

تعليق
على قرار قضائية

مكامن الخلل في مجال الحماية القانونية للمحافظ العقاري

ذ. بصري هشام
محافظ مكلف بالتحفيظ
بالمحافظة العقارية بتزيت

مقدمة تمهيدية

أدانت مؤخرا محكمة الاستئناف ببني ملال السيد عبد الله المخشوني المحافظ السابق بالفقيه بن صالح بعشر سنوات سجنا نافذا على خلفية تأسيسه رسما عقاريا للملك المسمى الصحراوي على اثر قرار تحفيظه بالسجلات العقارية بعد استنفاده لجميع الإجراءات المسطرية الواجب اعمالها بموجب قوانين التحفيظ العقاري. بعد ذلك سيفاجأ الجميع بكون الرسم العقاري الجديد تم تأسيسه فوق رسم عقاري قديم. وهكذا توبع السيد عبد الله المخشوني مع آخرين بتهمة "ارتكابهم التزوير بسوء نية أثناء تحرير ورقة رسمية متعلقة بوظيفتهم، وإحداث تغيير في جوهرها بإثبات صحة وقائع يعلمون أنها غير صحيحة تسببت في ضرر".

وبعيدا عن سرد أطوار وفصول المتابعة والإرهاصات التي خلفتها هاته المحاكمة نود أن نورد مكامن القصور في الحماية القانونية للمحافظ العقاري واستسهال اصطياده داخل شرك جرائم النصب والسطو على الأملاك والتزوير واستعماله والمشاركة فيه... الخ.
وذلك من خلال نقطتين :

- الأولى تتم مقارنة بعض نصوص التحفيظ العقاري التي أصبحت قاصرة عن حماية المحافظ المسؤول الأول عن المساطر الجاري بها العمل في مجال التحفيظ العقاري.

- الثانية وتهم وضع تساؤلات لانحسار مجال تطبيق المساءلة المدنية لمسؤولية المحافظ أثناء اتخاذه قرارا بالتحفيظ أمام تنامي و"استفحال" مساء لته جنائيا.

أ- قراءة نقدية في بعض نصوص التحفيظ العقاري :

نتوخى من خلال هذه القراءة الوقوف على قصور بعض نصوص التحفيظ العقاري عن تقديم حماية قانونية للمحافظ ونورد للذكر لا على سبيل الحصر الفصول 13-14 - 15 - 19-20-21-30 و48 من ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913(ظ ت ع).

1- قراءة في الفصول 13-14-15-30 و48 من ظ.ت.ع :

يولى الفصل 13 من ظ.ت.ع أهمية بالغة للتصريح الذي يقدمه طالب التحفيظ إبان وضع مطلبه للتحفيظ، الذي يجب أن يتضمن بالإضافة إلى عناصر أخرى :

- إقراره بحيازة العقار موضوع الطلب أو الإشارة إلى الظروف المانعة من حيازته في حالة ما اذا انتزعت منه سلفا.

- تفصيل الحقوق العينية الواقعة على العقار مع الإشارة إلى أصحاب ذوي هاته الحقوق.

- الإشارة إلى أصل تملك العقار والحقوق العينية المتعلقة إن وجدت.

هذا التصريح الذي في نظرنا يجب أن يحمل طالب التحفيظ كامل المسؤولية بما فيها المساءلة الجنائية، سيما إذا قام المعني بالأمر بتغيير الحقائق على أرض الواقع عن طريق التزوير واستعماله. وهو ما لا نجاهد - للأسف - بنص الفصل 48 الذي يعاقب كل من وضع مطلب تحفيظ تعسفا وعن سوء نية وبقصد الإضرار بعقوبة مالية عبارة عن غرامة هزيلة من 10 دراهم إلى 1000 درهم مع التعويض لفائدة الأطراف المتضررة.

حقيقة، أن المحافظ يقوم بالتأكد من أن الوثائق والحجج المدعمة لهذا التصريح ملائمة وكافية، وفي حالة عدم كفايتها يقوم برفض المطلب عملاً بمقتضيات الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري. إلا أن رقابة المحافظ لا تعدو أن تكون تكميلية للتصريح الأساسي والجوهري في عملية التحفيظ خصوصاً وأن المشرع في الفصل 14 لم يلزم طالب التحفيظ بوضع الوثائق والرسوم وأن إيداعها ما هو إلا للتعريف بالحقوق العينية الموجودة أو المترتبة على العقار. وهو ما يستشف أيضاً من مقتضيات الفصل 30 من ظ ت ع التي لا تشير إلى رقابة المحافظ على الوثائق بقدر ما تشير إلى مراقبته لسلامة الإجراءات الخاصة بالإشهار والتحديد الصحيح وعدم وجود أي تعرض داخل الآجال القانونية.

2- قراءة في الفصول 19-20-21 و30- من ظ.ت.ع :

إن رقابة المحافظ لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تتعدى الوثائق الموضوعية بين يديه لتمتد لمعينة العقار بعين المكان. نحن هنا بصدد الحديث عن عملية التحديد وهي مرحلة مفصلية في عملية التحفيظ أوكل المشرع للأسف أمر تسييرها والتدقيق في مشروعيتها إلى المحافظ حصراً دون غيره. وهو ما نستشفه من الفصل 19 الذي يوكل للمحافظ أو نائبه تسيير عملية التحديد بحضور ومساعدة مساح محلف تابع لمصلحة المسح العقاري. هذا الأخير الذي يعمل فقط على وضع الأنصاب وإعداد خريطة مؤقتة تبين حدود الملك ومشملاته (الفصل 20) في حين يقوم المحافظ أو نائبه بتحرير محضر التحديد (الفصل 21) والذي من بين ما يضمن فيه ما نتج عنه البحث القانوني الذي أجراه حول واقع ومدة الحيازة ووجود حقوق محتملة باستفسار المتدخلين في المسطرة والدين تم استدعائهم لحضور هاته العملية (الفصل 20). وإذا كان الظهير المؤرخ في 1 يونيو 1915 المنظم للمقتضيات الانتقالية لتطبيق ظهير التحفيظ العقاري أقر في الفصل 4 بإمكانية تفويض المحافظ لمهام انجاز عملية التحديد إلى مساح طبوغرافي محلف فإنه أبقى على عاتق المحافظ مهمة مراقبة مشروعية هاته العملية دون سواه.

هكذا نجد أن المشرع يحمل المحافظ مسؤولية الوقوف على صحة تصريح طالب التحفيظ بخصوص الحيازة ووقائع قانونية أخرى بالرغم من أنه عمليا تجري الأمور خلافا للنصوص القانونية السالف ذكرها. فالمحافظ يعين تاريخا لعملية التحديد ويسلم فورا الإستدعاء لطالب التحفيظ ثم يرسل بعد ذلك قائمة للإرسال الى مصلحة المسح العقاري التي يقوم رئيسها بتعيين المساح المحلف وينتدبه للقيام بهاته العملية دون أن يراجع في ذلك المحافظ على الأملاك العقارية. وبعد انجاز محضر التحديد وتوصل المحافظ به يقوم هذا الأخير بمكاتبه بمراقبة صحته من الناحية الشكلية ومدى مطابقة محضر التحديد للخريطة المؤقتة الملحقة به دون أن يناقش ملاحظات وتضمنات المساح المحلف بمحضر التحديد التي تتسم بالحجية القانونية (الفصل 36 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915).

تلکم مجموع الإجراءات المسطرية الجاري إعمالها يوميا بمصالح المحافظات العقارية.

ولعل استثناس القضاة وتشبتهم بالفصول 19- 20- 21 و30 من ظ.ت.ع والفصل 4 من الظهير المؤرخ في 1 يونيو 1915 يوقع المحافظين في مصيدة المسئلة القانونية عن عملية التحديد ادا ما شابتها خروقات من قبيل انجاز محاضر وهمية للتحديد بالرغم من أن واقع الحال يبرئ ساحتهم.

لذلك فنحن ندعو إلى تعديل نصوص التحفيظ العقاري بتحميل المساح المحلف المنتدب المسؤولية الكاملة عن انجاز محضر التحديد.

ب- حدود مسؤولية المحافظ بين المساءلة المدنية والجنائية :

سنتطرق أولا الى شروط تطبيق المساءلة المدنية للمحافظ العقاري (1) ثم بعد ذلك نتناول شروط تطبيق المساءلة الجنائية (2).

1- شروط تطبيق المساءلة المدنية للمحافظ على الأملاك العقارية :

إن أعمال وقرارات المحافظ التي يتخذها أثناء ممارسته لمهامه المنوطة به بموجب قوانين التحفيظ العقاري تخضع للرقابة القانونية وتتوزع بين الرقابة الإدارية في إطار المسؤولية التأديبية وبين الرقابة القضائية في إطار المسؤولية المدنية أولاً وكذا في إطار المسؤولية الجنائية ثانياً.

ولعل أهم قرار يتخذه المحافظ هو قرار التحفيظ الذي ينفرد بأثره التطهيري للعقار من الحقوق والتحملات التي لم تظهر وتضمن بالسجلات العقارية إبان تحفيظه (الفصل 2 و62 من ظ.ت.ع). وتأسيساً على هذا الأثر التطهيري فإن المشرع لم يسمح بإقامة دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء التحفيظ. (الفصل 64 فقرة أولى).

قرار التحفيظ هو ادن قرار نهائي وغير قابل للطعن وهو "يكشف نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والتكاليف العقارية الكائنة على العقار وقت تحفيظه دون ما عداها من الحقوق غير المسجلة". (الفصل 62 من ظ.ت.ع).

إلا أن المشرع ومراعاة للأضرار التي قد تقع لجهة معينة بسبب التحفيظ نظم مسطرة خاصة بإقامة دعوى مدنية بالتعويض تثار فيها فقط المسؤولية الشخصية لمرتكب التدليس (الفصل 64 فقرة أولى) باستثناء شخص المحافظ التي تبقى قراراته بالتحفيظ خاضعة لمقتضيات الفصلين 79 و80 من ظهير الالتزامات والعقود بصريح نص الفقرة الثالثة من الفصل 64 والفصل 5 من القرار الوزيري المؤرخ في 4 يونيو 1915 المنظم لمصلحة المحافظة العقارية.

فالفصل 79 يثير مسؤولية الدولة والبلديات عن الأخطاء المصلحية لمستخدميها أو عن الأضرار الناتجة عن التسيير المعيب لإدارتها في حين أن الفصل 80 يثير المسؤولية الشخصية للمحافظ باعتباره من مستخدمي الدولة عن الأضرار الناتجة عن تدليسه أو عن الأخطاء الجسيمة الواقعة منه في اتخاذه لقرار التحفيظ.

إن مسألة المحافظ شخصياً عن الضرر الذي تسبب فيه قراره بالتحفيظ منشأه المسؤولية المدنية التقصيرية القائمة إما على فعل التدليس أو عن خطأ جسيم يوجب التعويض وفي حالة إعساره تؤدي التعويضات المحكوم بها في مواجهته من طرف صندوق التأمين (الفصل 100 من ظ.ت.ع). ونورد بهذا الصدد قرارين للمجلس الأعلى : الأول عدد 3300 الصادر بتاريخ 25 مارس 1991 في الملف المدني 9 /1182 "إن موضوع هذه الدعوى هو تعويض الضرر الناتج عن السير المعيب لعملية التحفيظ حيث لم يتحقق المحافظ من مطابقة الوثائق على القطعة المراد تحفيظها، فالمحافظ ملزم بالقيام بكافة الوسائل للتحقق من ثبوت حق طالب التحفيظ بما فيه موقع القطعة المراد تحفيظها وحدودها. المحافظ ارتكب تقصيراً واضحاً بمثابة الخطأ الجسيم حيث لم يتم بما يتوجه عليه القانون من إجراءات المطابقة .." - قرار منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 144، الرباط، مطبعة الأمانة، ص 230.

والثاني عدد 148 الصادر بتاريخ 29 فبراير 1996 ملف إداري عدد 95/5/1. "المحافظ على الملكية العقارية الذي ينشئ رسماً عقارياً لمساحة تحمل أصلاً رسماً عقارياً يكون قد ارتكب خطأً جسيماً لأنه لا يمكن تخصيص رسمين عقاريين لعقار واحد. مسؤولية المحافظ في هذه الحالة تكون قائمة على أساس الفصل 80 من قانون الالتزامات والعقود..." - من منشورات المجلس الأعلى في ذكراها الأربعين - 1997.

هكذا دأب القضاء في فترة من الفترات على تجسيد روح قانون التحفيظ العقاري الذي جعل من المحافظ الساهر الأول على حماية الملكية العقارية وبقدر دوره ومكانته في هاته المنظومة أفرد له المشرع مسؤولية مدنية تقصيرية ابتداءً لا تتجاوزها إلى المسؤولية الجنائية إلا بثبوت القصد الجنائي القاطع لأي شك.

2- شروط تطبيق المساءلة الجنائية للمحافظ على الأملاك العقارية :

إن الظروف العصبية التي يشتغل فيها المحافظ العقاري على صعيد جميع المحافظات في ظل تزايد القضايا المعروضة عليه وهو الذي يشغل كذلك مهام المحاسب العمومي عن المداخيل المالية التي يقوم بتحصيلها لفائدة خزينة الدولة قد تحمل هذا الأخير على السقوط في فخ التزوير والتحايل لأجل السطو على ممتلكات الغير وهو الذي يتدارس يوميا واعتيادا الكثير من الرسوم والعقود التي تتنوع بين العرفي والتوثيقي.

لذا فنحن نأسف للمجرى الذي تسلكه العديد من الشكايات المرتبطة بالتدليس والنصب على أرباب الأملاك ودي الحقوق وما يرتبط بها من زوررة العقود المدلى بها لأجل التقييد أو التحفيظ. اد غالبا ما يتم الزج بالمسؤولية الجنائية للمحافظ عندما تثار قضية سطو على ملك الغير بداعي قيامه أثناء تحريره لورقة متعلقة بوظيفته بتغيير جوهرها أو بإحداث تغيير في ظروف تحريرها، وذلك إما بكتابة اتفاقات تخالف ما رسمه أو أملاه الأطراف المعنيون وإما بإثبات صحة وقائع يعلم أنها غير صحيحة، وإما بإثبات وقائع على أنها اعترف بها لديه أو حدثت أمامه بالرغم من عدم حصول ذلك، وإما بحذف أو تغيير عمدي في التصريحات التي يتلقاها وذلك دون التأكد من أنه تعمد فعلا ارتكاب جريمة التزوير باليقين الذي يقطع الشك بأنه على علم بأنه يغير الحقيقة في الورقة الرسمية تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا مع انصراف كامل إرادته إلى واقعة محددة وهي استعمال الورقة في الغرض الذي زورت من أجله.

- خاتمة :

وختاماً نرجو أن الحراك الذي تعيشه حالياً جل المحافظات من شأنه أن يفضي إلى تنبيه المشرع بغرفتيه (مجلس النواب ومجلس المستشارين) بضرورة اتخاذ تدابير عاجلة وحاسمة لإيقاف استنزاف الكفاءات من المحافظين النزهاء الذين

يسقطون ضحايا لالتصاق عملهم بالحررات والرسوم المعروضة عليهم يوميا لأجل التقييد أو التحفيظ. اننا ندعوهم من هذا المنبر الى تنقيح قوانين التحفيظ العقاري بتعديلات حقيقية ومسايرة للواقع الحالي تبرز رؤية المحافظين صناع التحفيظ العقاري ببلادنا.

نرجو كذلك من القضاء رد الاعتبار لمن تضرروا من صكوك الاتهام والمتابعة والاعتقال التعسفي مع أخذهم في النوازل المعروضة عليهم بالفهم الحقيقي للنصوص الصادرة في مادة التحفيظ العقاري.

المراجع المعتمدة :

- الظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري ؛

- الظهير الشريف المؤرخ في 18 من رجب 1333 (فاتح يونيو 1915) المحدد لمختلف المقتضيات الانتقالية لتطبيق الظهير الشريف المتعلق بتحفيظ العقارات ؛

- القرار الوزيري المؤرخ في 20 من رجب 1333 (3 يونيو 1915) الذي ينص على تفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري ؛

- القرار الوزيري المؤرخ في 21 من رجب 1333 (4 يونيو 1915) المنظم لمصلحة المحافظة على الملكية العقارية ؛

-مجلة القضاء والقانون، عدد 144، الرباط، مطبعة الأمنية، ص 230

- منشورات المجلس الأعلى في ذكراها الأربعين - 1997.

محور العدد :
قراءات في الحقوق العقارية العرفية

حقوق الارتفاق المائية (droit de servitudes relatives aux eaux)

ذ. سيدي محمد علوي طاهري
دكتور في الحقوق

مقدمة :

الارتفاق لغة مصدر ارتفق يرتفق ارتفاقا، وارتفق الرجل إذا اتكأ على يده، والمرفق بكسر الميم وفتح الفاء موصل الذراع في العضد¹، ومنه ارتفق : استعان. وارتفق القوم : ترافقوا في السير ويقال ارتفق بالشيء أي انتفع به². ومنه قوله تعالى : "وساءت مرتفقا"³ والضمير يعود على جهنم أي ساءت مستقرا ومنزلا وقوله أيضا "حسنت مرفقا"⁴ والضمير يعود على الجنة أي حسنت مجلسا ومستقرا.

وعرف المشرع المغربي في المادة 108 من ظهير 2 يونيو 1915 حق الارتفاق بأنه تكليف مقرر على عقار من أجل استعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر.

وحافظ المشرع المغربي على نفس التعريف في مدونة الحقوق العينية مع إضافة تحديد الطبيعة القانونية حيث جاء في المادة 37 منه مايلي : "الارتفاق حق عيني قوامه تحمل عقار من أجل استعمال أو منفعة عقار يملكه شخص آخر" وحسنا فعل المشرع المغربي بيانه للطبيعة القانونية لهذا الحق حسما لكل غموض قد يعترى طبيعتها القانونية .

وحاول القانون اللبناني والسوري في تعريفهما لحق الارتفاق أن يبينا طبيعة هذا التكليف ومضمونه عندما نصا بأنه يقوم إما بتحويل شخص شخصا آخر

1 - عاطف الزين (سميح) "تفسير مفردات ألفاظ القرآن الكريم" ص. 368.

2 - المنجد في اللغة والأعلام. الطبعة 24. دار الشروق بيروت. ص 272.

3 - سورة الكهف - الآية 29.

4 - سورة الكهف - الآية 31.

حق مباشرة أعمال تصرفية في العقار المفروض عليه التكليف، وإما بحرمان صاحب ذلك العقار من استعمال بعض حقوقه⁵.

ومن خصائص حق الارتفاق أنه حق لا يرد إلا على العقار بالطبيعة ولا يرد على المنقول أو العقار بالتخصيص، والمياه تعتبر عقارات بالطبيعة، لذلك أقر المشرع المغربي أن تكون المياه محلاً لحقوق الارتفاق.

والارتفاق المائي حق عيني يربط بين عقارين أحدهما خادم للآخر، ويطلق على المرتفق بفتح الفاء العقار الخادم (fond servant)، والمرتفق به العقار المخدوم (fond dominant)، وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية بما يلي: " أن مناط التفرقة بين حق الارتفاق كحق عيني وبين مجرد الحق الشخصي هو ما إذا كان التكليف على العقار مقررًا لفائدة عقار آخر فيكون حق ارتفاق أم لفائدة شخص بعقد لا ينشئ إلا حقوقاً شخصية فيكون حقاً شخصياً"⁶.

ومن أهم مميزات حق الارتفاق أنه التزام قانوني يؤدي إلى الانتقاص من مجال حق الملكية، وفي هذا الإطار أكدت محكمة النقض المصرية ما يلي: "إن حق الارتفاق طبقاً للمادة 1010 من القانون المدني هو خدمة يؤديها العقار المرتفق به للعقار المرتفق فيحد من منفعة الأول ويجعله ثقلاً بتكليف لفائدة الثاني، وهو إن لم يجرم مالك العقار الخادم من ملكه إلا أنه يوجب عليه ألا يمس في استعماله لحقوق ملكيته بحق الارتفاق فلا يعوق استعماله أو ينقصه أو يجعله أكثر مشقة..."⁷.

وقد نظم المشرع المغربي الارتفاقات المائية في مجموعة من النصوص القانونية، فنظم الارتفاقات المائية الناشئة عن الوضعية الطبيعية للأماكن في ظهير

5 - المادة 56 من قانون الملكية العقارية اللبناني، المادة 960 من القانون المدني السوري.

6 - قرار محكمة النقض المصرية رقم 431 سنة 45 بتاريخ 12\12\1978 س 29 ص 1904.

7 - قرار محكمة النقض المصرية رقم 389 سنة 43 بتاريخ 11\19\1976 س 27 ص 1048.

19 رجب 1333 الموافق 2 يونيو 1915 المعتبر بمثابة التشريع المطبق على العقار المحفظ، بينما نظم الارتفاقات المائية القانونية في قانون الماء.

ونظرا لكون ظهير 19 رجب 1333 كان يطبق فقط على العقارات المحفظة فإن أحكامه كانت لاتسري إلا على الارتفاقات المائية الواردة على العقارات المحفظة بينما الارتفاقات المائية الأخرى الواردة على العقارات غير المحفظة بقيت خاضعة لأحكام الفقه الإسلامي.

ونظرا للانعكاسات السلبية لهذه الازدواجية في التشريع العقاري المغربي تم تبني مدونة الحقوق العينية لكي تسري مقتضياتها على العقار المحفظ وغير المحفظ وفي طور التحفيظ⁸ لكي تحل محل ظهير 19 رجب 1333 وقواعد الفقه الإسلامي المطبقين⁹.

ونظم المشرع المغربي حقوق الارتفاق المائية في الفرع الأول من الباب الثاني من مدونة الحقوق العينية وخصها بالفصول من 50 إلى 63 بينما الفصول من 37 إلى 49 شملت الأحكام العامة للارتفاقات.

وستتناول حقوق الارتفاق المائية كل على حدة إذ سنخصص لحقوق الارتفاق المائية الطبيعية المبحث الأول ولحقوق الارتفاق الاصطناعية المبحث الثاني.

8 - ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432.

(22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الجريدة الرسمية عدد 5998

بتاريخ 27 ذو الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011)، ص 5587.

حيث جاء في المادة الأولى منه مايلي: " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية مالم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار " وكما جاء في مشروع المدونة فإنها تسري على الملكية العقارية والحقوق العينية المتفرعة عنها سواء كان عقارا محفظا أو في طور التحفيظ أو غير محفظ وتسري بعض مقتضياته على العقارات المحفظة وحدها كما تسري بعض المقتضيات الأخرى على العقارات غير المحفظة .

9 - جاء في المادة 333 المادة 333 مدونة الحقوق العينية مايلي: "

ينسخ هذا القانون الظهير الشريف الصادر في 19 من رجب 1333 (2 يونيو 1915) الخاص بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة".

المبحث الأول :

حقوق الارتفاق المائية الطبيعية

(servitudes naturelles relatives aux eaux)

عرف المشرع المغربي في المادة 39 من مدونة الحقوق العينية الارتفاقات الطبيعية بكونها تحمل تفرضه الوضعية الطبيعية للأماكن على عقار لفائدة عقار مجاور وميز بين ثلاثة أنواع من الارتفاقات المائية الطبيعية وهي الارتفاقات الناشئة عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو الناشئة بحكم القانون أو باتفاق المالكين حيث جاء في المادة 39 من مدونة الحقوق العينية مايلى : "ينشأ الارتفاق إما عن الوضعية الطبيعية للأماكن أو بحكم القانون أو باتفاق المالكين " وانتقد بعض الفقه¹⁰ هذا التقسيم معتبرا أن الارتفاقات الطبيعية لاتعدو أن تكون التزامات فرضها القانون، وتكتسي صبغتها القانونية والإلزامية من النص القانوني الذي أنشأها، وذهب اتجاه آخر¹¹ إلى أن دور المشرع كان إعلان هذه الحقوق فقط ذلك أن إنشاءها أو قيامها يعود بحكم الطبيعة وإلى عصور غابرة وفي جميع البلدان.

ولعل الموقف الفقهي القائل بكون الارتفاق الطبيعي ارتفاقا أنشأه القانون، هو الموقف الأرجح، فالمشرع عند وضعه للقاعدة القانونية يراعي مجموعة من الاعتبارات، بما فيها الأوضاع الطبيعية، ولا يمكن القول بأن الالتزام القانوني تفرضه الطبيعة بل منشؤه ومصدر إلزاميته هو القانون.

وكان ظهير 19 رجب قد قسم الارتفاق المائي الطبيعي إلى نوعين : تحمل الأراضي الواطئة بالمسيل الطبيعي للمياه من الأراضي العالية وحق تسوير الأرضوان كان النوع الأول يعتبر ارتفاقا طبيعيا بالمفهوم القانوني للإرتفاق فإن

10 - الكزبري (مأمون). مرجع سابق. ص. 583، الجم (محمد مهدي). مرجع سابق. ص. 640.

11 - ميشال كمال الخوري. مرجع سابق. ص. 71. الجزء الثاني.

النوع الثاني أي حق تسوير الأرض لا يبدو أنه حق ارتفاع، وإنما هو إعطاء المشرع لمالك العقار صلاحية تسوير أرضه.

وقد اعتبر بعض الفقه¹² أنه لا مبرر لوضع هذا الفصل لأن حق الملكية يخول تسوير الأرض أو تركها بدون تسوير، وأن المشرع الفرنسي قصد به في المادة⁶⁴⁷ من القانون المدني الفرنسي وضع حد لما كان يقوم به بعض الإقطاع لمنع الفلاحين من تسوير أراضيهم لممارسة هواية الصيد.

وذهب بعض الفقه¹³ إلى أن هذا النص يجد تبريره، في حرص المشرع المغربي على التأكيد على أن وجود حق ارتفاع مترتب على العقار سواء كان ارتفاعا طبيعيا يقضي بتلقي المياه السائلة طبيعيا من الأراضي العالية أو حق مرور، فإن ذلك لا يمنع المالك من تسوير أرضه إن هو ترك الممر الطبيعي لمرور مياه العقار المجاور من أرضه، وقد فطن واضعو مدونة الحقوق العينية المغربية لهذا العيب في المادة 110 وتم تداركه في المادة 60 منها، واستبدل بفرض التزام على مالك الأرض المنخفضة بعدم إقامة أي سد لمنع سيل المياه، وعلى هذا الأساس فإننا سنقتصر على دراسة ارتفاع مسيل المياه طبيعيا من الأرض العالية إلى الأرض الواطئة

ارتفاع المسيل من الأرض العالية إلى الواطئة *Servitudes d'écoulement*

تنص المادة 60 من مدونة الحقوق العينية على ارتفاع المسيل طبيعيا من الأرض العالية إلى الواطئة حيث جاء فيها مايلي: "تتلقى الأراضي المنخفضة المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي التي تعلوها دون أن تساهم يد الإنسان في إسالتها، ولا يجوز لمالك الأرض المنخفضة أن يقيم سدا لمنع هذا السيل...".

ويعتبر التكليف المقرر قانونا لفائدة العقارات العالية تجاه العقارات الواطئة والقاضي بعدم حبس المياه الطبيعية ومياه الأمطار للسيلان ارتفاعا، لأنه تكليف

12 - الكزبري (مأمون). مرجع سابق. ص. 588.

13 - مومن (محمد). "حقوق الارتفاع في القانون المغربي" ص. 133. الطبعة الأولى 2002. المطبعة والوراقة الوطنية مراكش.

ينصب على العقار بغض النظر عن مالك العقار، كما أنه تكليف مجاني لا يكون فيه لصاحب الأرض السافلة أي حق في التعويض.

ولبيان هذا الارتفاق نتناول المقصود بالمسيل الطبيعي والأرض العالية والواطئة (أ)، ثم آثار هذا الارتفاق (ب).

أ) مضمون الارتفاق بالمسيل الطبيعي من الأرض العالية إلى الواطئة :

ليان مضمون الارتفاق بالمسيل الطبيعي من الأرض العالية إلى الواطئة نتناول المقصود بالمسيل الطبيعي (1) والمقصود بالأرض العالية والواطئة (2).

1- المقصود بالمسيل الطبيعي :

المسيل الطبيعي بمعنى المياه التي تسيل سيلا طبيعيا¹⁴ وتنحدر بحكم الطبيعة ووضعية الأماكن التي تتساقط عليها من العالية إلى السافلة¹⁵، لأن المياه بحكم طبيعتها تبقى راكدة إذا كانت الأرض مستوية وتنحدر إذا كانت الأرض منحدره، وبفعل الانحدار فهي تسيل من الأرض العالية إلى السافلة.

والمقصود ب"الطبيعي" أي أن وضعية الانحدار لم تتدخل فيها يد الإنسان وإنما تحكمت فيها عوامل الطبيعة من التعرية وغيرها.

فإذا تدخلت يد الإنسان لخلق وضعية الانحدار اعتبر هذا المسيل اصطناعيا وخرج بالضرورة من نطاق تطبيق المادة 60 من مدونة الحقوق العينية.

ويشمل هذا الارتفاق المياه الطبيعية كمياه الأمطار التي تسيل سيلا طبيعيا، والمياه الناتجة عن ذوبان الثلوج، ومياه الينابيع، ويستثنى منه المياه التي تسيل اصطناعيا بفعل يد الإنسان.

لكن هل وصف الطبيعي مرده للمسيل أم للمياه أم هو مقترن بهما معا؟

14 - الكزبري (مأمون). مرجع سابق. ص. 587.

15 - Paul decroux . op. cit. p.370.

بالرجوع إلى المادة 60 من مدونة الحقوق العينية نجد أن المشرع استعمل عبارة "المياه التي تسيل منها سيلا طبيعيا"، حيث جمع فيها بين المياه والسييل، فالسييل يجب أن يكون طبيعيا أي لم تتدخل يد الإنسان لإحداثه، كما أن المياه يجب أن تكون طبيعية أي لم تتدخل يد الإنسان في إجراء أي تغيير عليها، وعلى هذا الأساس إذا تدخلت يد الإنسان لإجراء تغيير في مسار المياه بأن تم تعميق انحدارها أو تغيير وجهتها من اتجاه لآخر اعتبر المسيل اصطناعيا، كما أن المياه إذا تغيرت في تركيبها بفعل تدخل الإنسان، كالمياه الملوثة أو المستعملة فإنها تفقد الصفة الطبيعية وتصبح مياهها اصطناعية لا تدخل في نطاق المادة 60 من المدونة .

ويدخل في حكم المياه الطبيعية مياه أسطح المنازل ومياه الأمطار المارة عبر قنوات تصريف مياه الأمطار العمومية أو الخاصة أو هما معا إذا اختلطا في الطريق¹⁶.

ويدخل في إطار المياه الطبيعية مياه المراجات والسبخات والمستنقعات، كما يدخل في إطارها المياه التي اصطدمت بمواد صلبة في مسارها الطبيعي بدون تدخل يد الإنسان¹⁷.

ومن خصوصية هذا الارتفاق¹⁸، أنه تحمل وتكليف لا يستحق عليه مالك العقار المرتفق أي تعويض¹⁹، لكونه التزام قانوني فرضه المشرع، اقتضته ظروف الطبيعة، ولم تتدخل يد الإنسان لإحداثه.

2- المقصود بالأرض العالية والواطئة :

إن وضعية الانحدار التي تعرفها الأراضي بحكم التعرية تؤدي إلى خلق أراض عالية وأراض منخفضة، والمياه الطبيعية في جريانها تتبع المنحدرات،

16 - Cass 3 civil 11 juin 1965 bull civil n 362 D 1966 somm 6.

مذكور في مقالة بيير بشرون المنشور في موسوعة دالوز عدد 2000 مدني ص 51.

17 - Bernard le court «servitudes et mitoyennete rapports et voisinage» 3 edition p. 18

18 - جاء في المادة 39 من مدونة الحقوق العينية مايلي : " الإرتفاقات الطبيعية تحمل فرضه الوضعية الطبيعية للأماكن على عقار لفائدة عقار مجاور " .

19 - cass.3 civil. 3mars 1976.Gaz.Pal.1976.Panorama.1976 p 196

والأراضي المنخفضة نعني بها كل أرض معرضة بحكم وضعها الطبيعي لتلقي المياه التي تسيل سيلا طبيعيا من أراضي عليا²⁰.

لكن هل الارتفاق مرتبط بالعقارات الخاصة أم أن العقارات العمومية يمكن أن تدخل في هذا الإطار؟

لم يتطرق المشرع المغربي لهذه الإشكالية، واكتفى بالتنصيص على ضرورة تلقي الأراضي المنخفضة، المياه السائلة سيلا طبيعيا من الأراضي العالية، دون تحديد طبيعة الأراضي التي تخضع لهذا التكليف، ومادام النص جاء عاما فذلك يعني أن هذا التكليف يشمل العقار الخاص والعام، تطبيقا لقاعدة أن الاصل في الأشياء الإباحة، لأن التحريم يقتضي التنصيص عليه صراحة بنص خاص، وإذا كان هذا التكليف التزاما قانونيا اقتضته ظروف طبيعية فمن الأولى أن يتحملة العقار العام على الخاص، لكن إذا كان العقار تابعا للملك الخاص للدولة فهذا لا يطرح إشكالا كبيرا لكن الإشكال يطرح بالنسبة للملك العام الذي لا يقبل التفويت أو التقادم المكسب لذلك لا يمكن الجزم بكون الملك العام يمكن أن يكون محلا لهذا الارتفاق²¹ وبذلك يمكن القول بأن الارتفاق بالمسيل الطبيعي يشمل العقار الخاص والملك الخاص للدولة.

والأصل أن الأرض المنخفضة تكون ملتصقة بالأرض العالية، بحيث تجد المياه السائلة طريقها مباشرة إلى الأرض المنخفضة، لكن ماهو الحال إذا كانت الأرض المنخفضة غير ملتصقة مباشرة بالأرض العالية؟

لم يتطرق المشرع المغربي لهذه الحالة، واكتفى بالتنصيص على الأراضي المنخفضة والأراضي التي تعلوها، وهي عبارة عامة، وهذه الصيغة تفيد أن الأمر

20 - عبد المنعم فرج الصدة. الحقوق العينية الأصلية، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري - دار النهضة العربية - بيروت - 1982 - ص: 956.

21 - برنار لوكو مرجع سابق ص 19

يتعلق بأرض عالية ومنخفضة سواء كانتا متلاصقتين أم يربط بينهما طريق عمومي.

ولم يوضح المشرع المغربي نوعية الأرض العالية هل الأمر يتعلق بأرض عارية أم يمكن أن تكون مبنية؟

فإذا كانت الأرض العالية عارية فالأصل أن هذا العلو تحكمت فيه الطبيعة ولا يد للإنسان في إحداثه، لكن إذا كانت الأرض مبنية فهذا يعني أن هذا العلو لم تتحكم فيه عوامل الطبيعة وإنما كان بتدخل الإنسان في إحداثه،

وعلى هذا الأساس فالمقصود بالأرض العالية في إطار الفصل⁶⁰ من المدونة هي الأرض العارية وغير المبنية، وما يعزز هذا الموقف أن المشرع المغربي ألزم في الفصل⁶² مالك البناء بإقامة السقوف أو الأسطح والشرفات بكيفية تجعل مياه المطر تسيل في أرضه أو أرض جاره، ونفس الموقف أكده بعض الفقه²² والذي اعتبر أن الأرض العالية هي التي تكون كذلك بحالتها الطبيعية.

وينتج عن الارتفاق المائي الطبيعي مجموعة من الالتزامات التي تقع على مالكي العقار المرتفق والعقار المرتفق به .

ب) الآثار المترتبة على ارتفاع مسيل المياه الطبيعي

تترتب عدة آثار على ارتفاع مسيل المياه الطبيعي سواء على مالك الأرض العالية أو مالك الأرض المنخفضة.

ويلتزم مالك الأرض العالية بعدم القيام بأي عمل من الأعمال التي من شأنها الزيادة في عبء الارتفاق على الأرض الواطئة، ويدخل في إطارها تغيير مجرى المياه الطبيعي بالشكل الذي يلحق بالأرض المنخفضة ضرراً، وكل تغيير

22 - توفيق حسن فرج " الحقوق العينية الأصلية " - بيروت - الدار الجامعية بدون سنة. ص:136، في نفس الاتجاه مومن (محمد). مرجع سابق. ص:135.

يؤدي إلى الزيادة في الحجم الطبيعي للمياه أو في قوتها وسرعة اندفاعها، أو رمي المواد القذرة، أو التغيير في تركيبة المياه الطبيعية بصرف المياه المستعملة أو الملوثة، يؤدي إلى تحميل مالك الأرض العالية المسؤولية القانونية عن الزيادة في عبء الارتفاق.

وإذا كانت الزيادة في حجم المياه طبيعية ولم تتدخل يد مالك الأرض العالية في إحداثها فلا يتحمل هذا الأخير أي مسؤولية في هذا التغيير.

وإذا قام مالك الأرض العالية بأشغال أدت إلى الزيادة في حجم المياه الطبيعية، فهل يخول ذلك لمالك الأرض المنخفضة التعويض؟

ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى أن مجرد الزيادة في حجم المياه الطبيعية نتيجة أشغال قام بها مالك الأرض العالية أيا كانت هذه المياه والأشغال²³ يعطي الحق في التعويض.

وفي نفس الاتجاه قضت محكمة فيرساي أنه لا يمكن أن يشكل زيادة في عبء الارتفاق الطبيعي استناداً لمقتضيات المادة 640 من القانون المدني الفرنسي المياه التي تم ربطها بالقنوات العمومية والتي تمر بالأراضي العالية بواسطة قنوات²⁴.

كذلك قضت محكمة الاستئناف ببوردو بأن الزيادة في عبء الارتفاق الطبيعي قائمة وذلك لرمي مياه الأمطار والمياه المستعملة من منزل خاص بالمتقاعدين وتركها تسيل في الأرض المنخفضة²⁵.

ولا يمكن لمالك الأرض العالية القيام إلا بالأشغال التي تدخل ضمن الأشغال العادية والضرورية من أجل الفلاحة وتطهير الأرض بحيث لا تؤدي إلى الزيادة في عبء الارتفاق²⁶.

23 - cassation.3 civ. 11 mai 1976. ibid.III. n 198 D. 1976.IR 235, 15 fevr.1995, BULL.civ.III, n54.D.1995, IR 76.

24 - Versailles.11mai 1983.Gazette du palais 29 avril. 1 mai 1984.

25 - Bordeaux.11juin 1996. juris- data.

26 - بلانيول وريبير. الجزء 3، ص.504.

كما أن الترخيص الإداري الذي يخول القيام بأشغال معينة لا يمكن أن يشكل ذريعة أو غطاء قانونيا يبرر الزيادة في عبء الارتفاق في مواجهة مالك الأرض المنخفضة، لكون الترخيص يسري في مواجهة الإدارة فقط ولا ينتج أي أثر في مواجهة مالك الأرض المنخفضة²⁷.

لكن هل يكفي الحكم على مالك الأرض العالية بالتعويض أم أن الحكم يجب أن يشمل إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه؟

تضارب الاجتهاد القضائي الفرنسي بخصوص الحكم بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بين اتجاهين، اتجاه يقضي بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه بمعية الحكم بالتعويض، واتجاه يقول بأن المتضرر يستحق فقط التعويض عن الضرر الناتج عن الزيادة في عبء الارتفاق.

وبالنسبة للاتجاه الأول قضت محكمة الاستئناف بإيكس بروفونس بين مالك الأرض العالية الذي ثبت قيامه برمي مياه الحمام وتركها تسيل بالأرض المنخفضة بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه ووضع حد لرمي مياه الحمام²⁸.

وبالنسبة للاتجاه الثاني قضت محكمة النقض الفرنسية أن محاكم الموضوع ملزمة فقط بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن الزيادة في عبء الارتفاق الطبيعي²⁹.

ويعتبر موقف محاكم الموضوع في فرنسا صائبا لأنه لا يكفي في حالة الزيادة في عبء الارتفاق الطبيعي الحكم على مالك الأرض العالية بالتعويض عن الضرر، لكن يجب أن يشمل الحكم أيضا إلزامه بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه،

27 - قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 مارس 1998، مذكور في مقال بيير بشرون. مرجع سابق ص 52.

28 - مذكور في مقال بيريشرون مرجع سابق ص 52.

29 - Cass.civ. 11 juin 1974. jcp 1975.II.Bull civ III n° 247.

وهذا بالطبع إذا كان موضوع طلب من المتضرر، لأن المحكمة ملزمة بالبت في حدود طلبات الأطراف، ولا يمكنها الحكم بشيء لم يكن موضوع طلب.

وإذا كانت الزيادة في عبء الارتفاق تعود إلى قيام الإدارة بأشغال عامة بموجب قرار إداري فإن اختصاص البت في النزاع يعود للمحاكم الإدارية وليس العادية، وهذا ما أكدته الاجتهاد القضائي الفرنسي³⁰.

ويفسر جعل اختصاص البت في النزاع للمحاكم الإدارية بأن مسؤولية الزيادة في عبء الارتفاق تعود لخطأ إداري بسبب الأشغال المنجزة من طرف الإدارة، وذلك يجعل مالك الأرض العالية غير متسبب في الضرر ولم ينتج عنه أي فعل تعدد يمكن أن يشكل خطأ من الناحية القانونية، لذلك لا يمكن الجزم دائماً أن كل زيادة في عبء الارتفاق يتحملها مالك الأرض العالية.

لكنه من الناحية الواقعية، فإن مالك الأرض المنخفضة يتوجه مباشرة لمالك الأرض العالية، لتحمله المسؤولية عن كل زيادة في عبء الارتفاق المائي، وفي حالة تقديم دعوى في مواجهته يكون على هذا الأخير إثبات أن الزيادة في عبء الارتفاق تعود لخطأ الغير لتحمله مسؤولية التعويض، ومن الناحية القانونية فإن عبء إثبات مسؤولية الغير يعود لمالك الأرض العالية، لأن الأصل أنه المسؤول المباشر عن كل زيادة في عبء الارتفاق تجاه مالك الأرض المنخفضة، والقاعدة أن من يدعي خلاف الأصل يقع عليه عبء الإثبات.

ومسؤولية مالك الأرض العالية عن كل زيادة في عبء الارتفاق الطبيعي مسؤولية مفترضة لكنها تقبل إثبات العكس، وفي حالة عدم استطاعة مالك الأرض العالية إثبات العكس فمسؤوليته قائمة ويمكن للمحكمة أن تلزمه بأداء تعويض عما لحق مالك الأرض المنخفضة من ضرر.

لكن ماهو الحال إذا كان مالك الأرض العالية قد استقبل هذه المياه من أرض تعلوها كما إذا كانت الأرض العالية تعلوها أرض أخرى؟

30 –Cass.1er. civ. 3 juill.1996 ; RD rur..nov.1996. p.445.

القاعدة أن مالك الأرض العالية لا يمكنه ترك المياه الصناعية والمستعملة والملوثة تسيل إلى الأرض المنخفضة حتى لو كان بدوره قد استقبلها من الأرض التي تعلوه، ويمكن له مواجهة مالك الأرض العالية ومطالبته بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ترك هذه المياه تسيل في أرضه، لأن هناك منعا قانونيا من ترك المياه غير الطبيعية تسيل إلى أرض الغير حتى لو كانت تفصل بينها طريق عمومية³¹.

وإذا كان مالك الأرض العالية مجاورا للطريق العمومية يمكن له ترك المياه الطبيعية والمنزلية تسيل في الطريق العمومية بدل الملك الخاص مع مراعاة النظام الخاص بالملك العمومي.

لكن هل يستحق مالك الأرض المنخفضة التعويض عن الزيادة في عبء الارتفاق الطبيعي فقط أم يحق له أيضا المطالبة بإيقاف الأشغال أو الاستعمال المؤدي إلى الزيادة في عبء الارتفاق الطبيعي؟

ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن مالك الأرض المنخفضة يحق له المطالبة بالتعويض وكذلك مطالبة مالك الأرض العالية بإيقاف الأشغال أو الاستعمال المؤدي إلى الزيادة في عبء الارتفاق الطبيعي³²، وفي حالة امتناع هذا الأخير يمكن له رفع دعوى قضائية لإجباره على إزالة مصدر ومسببات الضرر، وهو نفس التوجه الذي دعمه الاجتهاد القضائي الفرنسي³³.

وإذا كان حق مالك الأرض المنخفضة في التعويض قائما فإنه يجب أن يستعمل هذا الحق في آجال محددة وإلا سقط حقه بالتقادم.

31 - Cass. 3civ.12 fevr 1974. JCP 1975 II 18106.note despax.

32 - بلانيول وريبير. مرجع سابق. الجزء 3. ص: 504.

33 - Cass.1er. civ. 11juin 1965.bull.civ.I. p.379.

المبحث الثاني :

حقوق الارتفاق الاصطناعية

على عكس الارتفاقات الطبيعية فإن الارتفاقات المقررة للمنفعة الخاصة ارتفاقات اصطناعية لايد للطبيعة في إحداثها، وهي مقررة لمنفعة المالكين أنفسهم بعضهم حيال بعض، وهي ارتفاقات قانونية ألزمها المشرع بنصوص قانونية ونظم أحكامها، كما تجب مصدرها أحيانا من الأعراف المحلية، والقاسم المشترك بين هذه الارتفاقات هي أنها جاءت لتنظيم علاقات الجوار مع أن مصدرها هو القانون.

ويمكن التمييز في الارتفاقات الاصطناعية بين حق المجرى (المطلب الأول) وحق المسيل والصرف (المطلب الثاني) وحق الشرب (المطلب الثالث) وبالإضافة إلى هذه الارتفاقات القانونية توجد بعض الارتفاقات التي أنشأها العرف المحلي (المطلب الرابع).

المطلب الأول : حق المجرى (Droit d'aqueduc)

الجري مصدر جرى يجري جريا وجريانا، ومن ذلك قوله تعالى "بسم الله مجراها ومرساها"³⁴، والمجرى اسم مكان من جري يجري، والمقصود به هنا مكان جري أو جريان الماء.

وحق المجرى يتحقق لمالك العقار الذي توجد أرضه في وضعية طبيعية تنحصر فيها عن مورد المياه، ويحتاج لتمرير المياه عبر أراضي الغير لري أرضه والانتفاع بالماء.

وأقر المشرع المغربي حق المجرى في المادة 28 من قانون الماء حيث نص على أنه "يمكن لكل من يريد استعمال مياه من حقه التصرف فيها الحصول على ممر لهذه المياه على الأراضي الوسيطة، مقابل تعويض عادل ومسبق"³⁵.

34 - جزء من الآية 41 من سورة هود.

35 - قبل قانون الماء أي ظهير 95/10 كان حق المجرى يخضع للفصل السابع من ظهير 11 محرم 1344 الموافق فاتح غشت 1925 بشأن نظام المياه الذي كان ينص على مايلي: "يمكن لكل مالك العقار يريد أن يستعمل لري أرضه المياه التي يكون له حق التصرف بها أن يحصل على مرور هذه المياه على الأراضي المتوسطة بينها وبين أرضه بشرط أن يدفع عن ذلك تعويضا معجلا".

ولم يعرف المشرع المغربي في المادة 28 من قانون الماء حق المجرى، ونظرا لأهمية تعريف هذا الحق جاءت مدونة الحقوق العينية لتتدارك هذا النقص حيث عرفته في المادة 56 بأنه: "حق المجرى هو الحق في تمرير ماء الري من مورده بأرض الغير للوصول به إلى الأرض المراد سقيها به وذلك عبر مجرى أو مواسير".

ونظم المشرع التونسي حق المجرى في المادة 84 من مجلة المياه حيث جاء فيها: "يمكن أن يخول لكل مالك يريد أن يستعمل لري أرضه المياه السطحية الممنوح إمتياز في شأنها أن يركز للمالك الجار المقابل له المنشآت اللازمة لمآخذ المياه على شرط أن يدفع لهذا الأخير غرامة عادلة ومسبقة".

ولتحقق حق المجرى لابد من توفر عدة شروط لذلك نخصص الفقرة الأولى لشروط حق المجرى (أولا) على أن نخصص الفقرة الثانية لأحكام المجرى (ثانيا).

أولا : شروط حق المجرى

اشتراط المشرع المغربي في المادة 57 م ثلاثة شروط لثبوت حق المجرى وهي البعد عن مورد الماء (أ) أحقية المالك في التصرف في المياه (ب) دفع تعويض عادل ومسبق (ج).

أ) البعد عن مورد المياه :

ويعني البعد عن مورد المياه أن تكون الأرض غير مجاورة لمآخذ الماء وهو ما يفسر حاجتها لتمرير المياه عبر أراضي وسيطة تعود للغير، فلو كانت الأرض مجاورة للمياه لما قامت الحاجة لعملية التمرير في أراضي وسيطة³⁶، ولا يعني ذلك أن تمرير المياه يمكن أن يتم عبر أرض واحدة، بل يمكن أن يشمل مجموعة من الأراضي التي تفصل بين العقار ومآخذ الماء لأن المشرع نص في المادة 57 من المدونة على الأراضي المتوسطة بالجمع ولم يقل الأرض المتوسطة.

36 - محمد وحيد الدين سوار "شرح القانون المدني - الحقوق العينية" - ص. 651 ج 1 الحقوق العينية الأصلية. دمشق. مطبعة ألف باء الأديب 1969.

ومناطق الحاجة هنا هو كون العقار منحصرا ومحاطا من جميع الجوانب بأراضي الجيران، ولا سبيل مالمالكها إلى الوصول للمياه إلا عبر تمريرها في واحدة أو أكثر من الأراضي المجاورة.

وحتى تعتبر الأرض محصورة عن المياه يجب ألا يكون لها أي منفذ إلى المياه، لكن يحدث أن يكون لمالك العقار منفذ لكنه غير كاف لتمرير المياه، أو أنه منفذ مكلف يتطلب نفقات باهضة أو فيه مشقة وعبء كبير فهل يكون له حق المجرى؟ بالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية وكذلك المادة 28 من قانون الماء نجد أن المشرع المغربي لم يتطرق لهذه الحالة واكتفى بإقرار الحق لكل مالك في تمرير المياه عبر أراضي وسيطة لري أرضه عكس ما فعله المشرع المغربي بالنسبة لحق المرور في المادة 64 من المدونة حيث أعطى للمالك الذي تكون أملاكه محاطة وليس لها مخرج إلى الطريق العمومية أو التي لها منفذ غير كاف لاستغلال ملكه استغلالا فلاحيا أو صناعيا الحق في أن يطلب ممرًا في أملاك جيرانه على شرط أدائه تعويضًا مناسبًا للضرر الذي يمكنه أن يحدثه ويمكن أن يفسر سكوت المشرع المغربي عن حسم هذا الإشكال بترك المسألة للاجتهاد القضائي والفقهي.

وبالرجوع إلى المشرع المصري نجده قد نص في المادة 809 من القانون المدني على أنه يجب على مالك الأرض أن يسمح بأن تمر بأرضه المياه الكافية لري الأراضي البعيدة عن مورد المياه، وبذلك يكون المشرع المصري قد أعطى حق المجرى حتى إذا كان لمالك العقار منفذ لكنه لا يسمح بمرور المياه الكافية للري، ويعتبر هذا المقتضى جديدًا لكون التقنين المدني المصري السابق لم يسمح بحق المجرى إلا للمياه "اللازمة" لري الأراضي لا للمياه "الكافية".

ونظرًا لما يمكن أن ينتج عن التضييق من حق المجرى من آثار سلبية على العقارات الفلاحية بما يعيق الإستثمار الفلاحي فإننا نتمنى أن يتدخل المشرع المغربي لتعديل المادة 28 من قانون الماء وكذلك المادة 57 من مدونة الحقوق العينية

وذلك بتني حق المجرى في حالة عدم وجود منفذ للماء أو كونه غير كاف أو فيه مشقة وتكاليف باهضة، على أن يعهد لقاضي الموضوع بتحديد مدى عدم كفاية المنفذ أو كونه مكلفا أو فيه مشقة وعبء كبيران.

وإذا كان للمالك فعلا ممر كاف للوصول إلى المياه دون المرور عبر أراضي الخواص فلا يثبت له حق المجرى كما إذا كان بإمكانه تمرير المياه عبر أراض عمومية .

وبالإضافة إلى البعد عن مورد المياه اشترط المشرع المغربي لثبوت حق المجرى أن يكون لمالك العقار الحق في التصرف في المياه.

ب) ثبوت أحقية المالك في التصرف في الماء :

لثبوت حق المجرى اشترط المشرع المغربي أن يكون لمالك العقار حق للتصرف في الماء، بمعنى أن يكون للمالك حق جلب هذه المياه، فإذا كانت هذه المياه تدخل ضمن الملك العام المائي فإن مالك العقار يجب أن يتوفر على ترخيص من الإدارة باستعمال هذه المياه أو أن يبرم مع الإدارة عقد امتياز يخول له استعمال هذه المياه، وإذا كانت المياه المراد جلبها مياها خاصة فإن مالك العقار يجب أن يتوفر على حق استعمالها، فيمكن أن يخول الاستعمال بموجب عقد انتفاع أو حق ارتفاق بأخذ المياه أو ما يسمى حق الشرب.

ويعتبر هذا الشرط منطقيا بحيث لا معنى لحق المجرى إذا كان مالك العقار ليس له الحق في التصرف في المياه المراد جلبها للري، وإذا كان لمالك العقار حق استعمال مياه عمومية عن طريق الترخيص أو الإمتياز، واستفاد من حق المجرى بناء عليها، فإن إنهاء حق الترخيص أو الامتياز يؤدي إلى زوال حق المجرى ما لم يكن لمالك العقار مياه أخرى يستطيع التصرف فيها.

وتجدر الإشارة إلى أن المطالبة بحق المجرى تثبت لمن له حق ملكية العقار، بمعنى أن يكون له حق عيني على العقار، يخوله استعماله واستغلاله والتصرف

فيه، لأن الحق ينصب مباشرة وبدون وساطة على العقار، ولذلك يمكن لمالك العقار أن يطالب بحق المجرى لمصلحة هذا العقار³⁷، وفي نفس الوقت فإن أصحاب الحقوق الشخصية كالمكتري لا يخولون المطالبة بحق المجرى، لأن حقوقهم لا تنصب مباشرة على العقار، ويمكن لهم المطالبة بهذا الحق بواسطة مالك الحق العيني³⁸.

وهو نفس الموقف الذي أكده بعض الفقه³⁹ بحيث اعتبر أن من شروط حق المجرى، أن يكون طالب هذا الحق مالكا للأرض المجاورة التي يطلب فيها إنشاء المجرى، لكن اقتصر هذا الحق على مالك العقار فقط دون أصحاب الحقوق العينية الأخرى كصاحب حق الانتفاع أو الكراء الطويل الأمد من شأنه حرمان أصحاب هذه الحقوق من استعمال عقاراتهم وعرقلة استثمارها لذلك نرى أنه من الضرورة بمكان تشجيعا وتسهيلا للاستثمار أن يتسع حق المجرى ليشمل مالك العقار وكذلك كل من له حق عيني عليه⁴⁰.

وبالإضافة إلى الحق في التصرف في الماء يكون على مالك العقار تعويض مالك الأرض المرتفعة بما يناسب الضرر اللاحق بها.

(ج) دفع تعويض عادل :

من الطبيعي أن يستفيد مالك العقار المرتفق من مقابل نقدي لما لحقه من ضرر، فحق المجرى لم ينتج بفعل الطبيعة بل هو حق إرادي، ولذلك فإن مالك العقار المرتفق لا يمكنه أن يتحمل هذا التكاليف القانوني دون أن يستفيد من تعويض، فحق مالك العقار في تمرير المياه يقابله التزام بدفع تعويض لمالك الأرض المرتفعة.

37 - عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق. الجزء 80 (حق الملكية) ص 731.

38 - عبد المنعم فرج الصدة. مرجع سابق. ص: 99، وفي نفس الاتجاه محمد مومن. مرجع سابق. ص 175.

39 - محمد مومن نفس المرجع والصفحة .

40 - تجدر الإشارة إلى أن مدونة الحقوق العينية في المادة 57 حافظت على نفس مقتضيات المادة 28 من قانون الماء.

واشترط المشرع المغربي في المادة 28 من قانون الماء وكذلك في المادة 57 من المدونة أن يكون التعويض عادلا، أي أن يكون التعويض مناسبا لما لحق مالك العقار المرتفق من أضرار.

ويشمل التعويض قيمة الأضرار التي تترتب على حق المجرى، كما يشمل الحرمان من الانتفاع بالجزء الذي تشغله قنوات تمرير المياه أي المجرى، وكذلك الأضرار الناتجة عن أشغال شق المجرى⁴¹.

ولا يعتبر التعويض ثمنا للجزء الذي يمر في المجرى بل مقابلا لتمرير المياه فقط وعلى هذا الأساس لا يمكن لصاحب حق المجرى أن يدعي ملكيته للعقار الذي تمر منه المياه.

وعلى هذا الأساس لا يمكن احتساب التعويض على أساس ثمن رقبة الجزء من العقار الذي تمر منه المياه.

ومن خصوصية التعويض المقدم لمالك العقار المرتفق أنه تعويض مسبق، بحيث لا يمكن لمالك العقار شق المجرى إلا إذا قدم مسبقا لمالك العقار المرتفق التعويض المستحق، وفي حالة اللجوء إلى القضاء فإن المحكمة بعد التثبت من تحقق شروط حق المجرى تقضي على مالك العقار بوضع التعويض مسبقا بصندوق المحكمة للاستفادة من حق المجرى، ولا يمكنه تنفيذ الجزء من الحكم الخاص بتمكين مالك العقار من حق المجرى دون وضع مبلغ التعويض في صندوق المحكمة لفائدة مالك العقار المرتفق.

ثانيا: أحكام حق المجرى

إذا كان حق المجرى ارتفاقا يخوله القانون، فإن المشرع المغربي تدخل لضبط ممارسة هذا الحق تفاديا لأي تجاوز أو تعسف قد يشوب ممارسته، وعلى هذا

41 - حسن كيرة "الموجز في أحكام القانون المدني - الحقوق العينية الأصلية أحكامها مصادرها" - الاسكندرية. منشأة المعارف. الطبعة 3 السنة 1994 ص.101.

الأساس حدد المشرع نطاق هذا الحق (أ) وحقوق والتزامات المستفيد من المجرى (ب) وحقوق والتزامات صاحب الأرض الوسيطة (ج).

أ) نطاق حق المجرى

الأصل أن يتفق مالكا العقارين المخدوم والمرتفق على مبلغ التعويض ومحل ووعاء حق المجرى، وفي حالة عدم الاتفاق تتولى المحكمة تحديد نطاق ممارسة حق المجرى سواء وعاء المجرى (أ) أو محله (ب).

1- وعاء المجرى

يرد حق المجرى⁴² على الأراضي المتوسطة بين مالك الأرض وموارد المياه، وذلك يعني أن حق المجرى قد يرد على عقار واحد أو عقارات متوسطة، فإذا كان عقار واحد لا يكفي للوصول إلى مورد المياه جاز تمرير المجرى عبر مجموعة من الأراضي المتوسطة حتى الوصول إلى مورد الماء.

ومن أهم الشروط التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية لضبط ممارسة هذا الحق مانصت عليه المادة 57 التي تلزم مالك الأرض بتمرير المجرى وما يلزم للانتفاع به في مكان لا ينتج عنه إلا أقل ضرر.

وعلى هذا الأساس يراعى في شق المجرى أن يكون ذلك الجزء من الأرض المتوسطة التي يكون مرور المياه فيه أخف ضررا.

وإذا تعددت الأراضي المتوسطة فيتعين أن يختار من هذه العقارات العقار الذي يكون فيه المجرى أخف ضررا، وهذه الحالة لم ينص عليها المشرع المغربي لكنه حدد القاعدة العامة وهي البحث عن أخف الضرر، وانطلاقا من ذلك فإنه في حالة تعدد الأراضي المتوسطة التي تربط بين العقار ومورد المياه فإن الاختيار

42 - تنص المادة 57 من مدونة الحقوق العينية على مايلي : "لكل مالك أرض يريد أن يسقيها من مورد، له حق استعماله فيه أن يحصل على مرور المياه في الأراضي المتوسطة بين أرضه وبين تلك الموارد مقابل تعويض مناسب يدفع مقدما وبشرط أن يقام المجرى وما يلزم للانتفاع به في مكان لا ينتج عنه إلا أقل ضرر".

يجب أن يقع على العقار الذي يكون فيه المجرى أخف ضررا، فإذا كان الأمر مرتباً بعقارين، الأول ذو مساحة كبيرة، والثاني مساحته صغيرة جدا، فإن من شأن إرفاق حق المجرى بالثاني أن يؤدي إلى إعاقة الانتفاع به بشكل كبير، لذلك كان الأولى أن الضرر الأكبر يسبق على الأصغر، ولا يستعمل حق المجرى إلا في العقار الذي يكون فيه المجرى أخف ضررا وهو العقار ذو المساحة الكبيرة، وأمر تحديد العقار موضوع حق المجرى يعود لمحكمة الموضوع التي يمكنها عبر وسائل التحقيق إما بواسطة المعاينة أو الخبرة القضائية تعيين العقار الذي يشمل هذا الارتفاق، وهي مسألة واقع يخضع للسلطة التقريرية للمحكمة ولا تخضع لرقابة المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل.

2- تعيين المجرى :

انطلاقاً من قاعدة أخف الضرر فإن شق المجرى يجب أن يتم من الجهة التي تشكل أقصر مسافة من العقار إلى مورد الماء وفي المكان الذي ينتج عنه أقل الضرر.

وعلى هذا الأساس فإنه إذا وجدت عدة جهات لشق المجرى وكل وجهة لها مسافة خاصة بها كان الأفضل والأقل ضرراً اعتماد الوجهة التي تعتبر أقصر مسافة من العقار إلى مورد الماء، لأن المسافة الأقل تعتبر الأكثر نجاعة وملاءمة لصاحب حق المجرى وأقل إرهاقا وعتنا بالنسبة لمالك الأرض الوسيطة⁴³.

لكن قد يحدث أن تكون المسافة الأقصر تشكل أكثر ضرراً لمالك الأرض الوسيطة فبإمكان المحكمة أن تعتمد المجرى ذا المسافة الأبعد، والمسألة تعود لتقدير المحكمة حسب الوضعية الطبيعية للعقارين معا.

43 - اعتمد المشرع المغربي هذه المعايير في تحديد الممر وتعيينه في المادة 143 من ظهير 19 رجب الملقى والذي جاء فيه : أن الأصل وجوب أخذ الممر من الجهة التي تكون فيها أقصر مسافة من الملك المحاط إلى الطريق العمومية. بيد أنه يجب أن يرتب حق المرور من الجهة التي تكون أقل ضرراً على المالك الذي يعطي الممر في أرضه."

وحكمة المحكمة تتجلى في تعيين المجرى بالشكل الذي يتحقق فيه النفع لمالك العقار وبالموازاة مع ذلك أقل الضرر لمالك العقار الوسيط وفي حالة التعارض بين المصالح تكون الأولوية للملزم أي مالك العقار الوسيط⁴⁴.

وإذا تغيرت الظروف، وأصبح المجرى الذي عينته المحكمة أشد إرهاقا وكلفة، أو منعه من القيام بإصلاحات نافعة، فيمكن لمالك العقار الوسيط أن يعرض مكانا أقل ضررا وأكثر سهولة، ويمكن للمحكمة بطلب من مالك العقار الوسيط أن تعين المجرى الجديد المادة 47 من مدونة الحقوق العينية⁴⁵.

غير أن المشرع المغربي استثنى مجموعة من الأماكن في العقار من أن تكون محل شق المجرى.

3- الاستثناءات من حق المجرى :

نظرا لحرمة المساكن، واستحالة شق المجرى من داخلها لتمرير المياه، فقد تدخل المشرع المغربي في الفقرة الثالثة من المادة 28 من قانون الماء لاستثناء المنازل والساحات والحدائق والمنتزهات والحظائر المتاخمة للمساكن من ارتفاع حق المجرى.

ولم تنص مدونة الحقوق العينية على هذا الاستثناء، ولا يمكن تفسير ذلك بأنه تراجع عن استثناء المساكن من حق المجرى، بل يمكن تفسيره بأن واضعي المدونة حاولوا تفادي تكرار نفس المقتضيات المنصوص عليها في قانون الماء وارتأوا أن التنصيص عليها في قانون الماء يعتبر كافيا، خاصة وأن المدونة لم تنص على نسخ هذه الفقرة من المادة 28 من قانون الماء.

44 - ويرجع ذلك لكون المشرع المغربي في المادة 143 الفقرة الثانية من ظهير 19 رجب الملقى نص على أنه يجب إعطاء الأولوية لمالك العقار الذي يعطي الممر في أرضه. في نفس الإتجاه محمد مومن. مرجع سابق. ص: 179.

45 - نص المشرع المغربي على هذا المقتضى في المادة 151 من ظهير 19 رجب وحافظت مدونة الحقوق العينية على نفس المقتضى في المادة 47.

وعلى هذا الأساس فإن المساكن وكل ما ارتبط بها من ساحات وحدائق ومنتزهات وحظائر لا يمكن أن تكون محل حق المجرى 46، ويرجع ذلك ليس لكون الحدائق حدائق ولكن لكونها تعتبر جزءا لا يتجزأ من المسكن ونفس الشيء يقال بالنسبة للساحات والمنتزهات والحظائر.

لكن عبارة " المتاخمة " للمساكن التي استعملها المشرع المغربي في المادة 28 من قانون الماء لاتفيد المعنى الحقيقي والمقصود من المشرع، لأنه لا يفهم منها بشكل واضح أنه من الضرورة أن تكون الحدائق والساحات وغيرها من مشتملات المسكن، لذلك لا بد من تغيير هذا المصطلح بأخر أكثر دلالة على المعنى الحقيقي .

فإذا انفصلت الحدائق والمنتزهات والساحات عن المسكن، وأصبحت مستقلة عنه، وكان يفصل بينها وبينه جدران ومعالم واضحة، جاز أن تكون هذه الأخيرة محل حق المجرى بمفهوم المادة 28 من قانون الماء.

ويرجع أمر تقدير، ما إذا كانت الحدائق، والمنتزهات، والساحات، والحظائر، جزءا من المسكن، لمحاكمة الموضوع، وهي مسألة واقع لا تخضع لرقابة المجلس الأعلى إلا من حيث التعليل.

وكما ينشأ عن حق المجرى حقوق لفائدة مالك العقار تنشأ عنه التزامات.

ب): التزامات المستفيد من حق المجرى

يلتزم المستفيد من حق المجرى بالتزامات أساسية فرضها القانون، فبالإضافة إلى أداء تعويض مسبق وعادل لمالك العقار الوسيط يقع عليه عبء تعمیر المجرى، وإصلاحه، وترميمه.

46 - الكزبري (مأمون). مرجع سابق. ص. 596.

1- تعمير المجرى :

نصت المادة 58 من مدونة الحقوق العينية على أنه يقع على المستفيد عبء تعمير المجرى، ويتم التعمير ببناء الممر، أو القنوات التي تمر منها المياه داخل الأراضي الوسيطة، وذلك بالشكل المتفق عليه أو المحدد من طرف المحكمة.

ويجب أن يكون المجرى مهياً ومبنيًا بشكل متين بحيث لا يؤدي إلى تسرب المياه إلى الأرض الوسيطة، ويمكن لصاحب الأرض الوسيطة أن يعترض على كل بناء لا يتوفر على الشروط التقنية المطلوبة ويؤدي إلى الإضرار بأرضه، ويمكن أن يطالب المستفيد قضائياً باحترام معايير البناء وفق المواصفات التقنية المتعارف عليها في هذا المجال.

وتنص المادة 152 الفقرة 14 من القانون القروي الفرنسي أن تمرير القنوات بالأرض الوسيطة يجب أن يكون في باطن الأرض وفي شروط عقلانية بما يحقق أخف ضرر للإنتفاع بها، وفي حالة النزاع يعود الأمر لمحكمة الموضوع للفصل في طريقة تمرير القنوات ومكانها⁴⁷.

ولم يشترط المشرع المغربي أن يتم تمرير القنوات أو المجرى في باطن الأرض وإنما اشترط فقط أن يتم ذلك بما يحقق أخف الضرر بالأرض الوسيطة تاركا الأمر في حالة نشوب النزاع للسلطة التقديرية للمحكمة التي يمكنها أن تختار بين أن يكون المجرى باطنيا أو ظاهرا، والأكد أن عدم تقييد المشرع للأطراف بطريقة معينة في عملية تعمير المجرى مسألة إيجابية لأن من شأنه أن يجعلهم يختارون الوسيلة الأنجع والأقل ضررا بالأرض الوسيطة.

وبالإضافة إلى تعمير المجرى يلتزم المستفيد من المجرى بإصلاح وترميم المجرى.

47 - تجدر الإشارة إلى أن قانون 29 أبريل 1845 الفرنسي كان يرخص حق المجرى دون إلزام تمرير القنوات في باطن الأرض شريطة أن يتم ذلك بشروط عقلانية تحقق أخف الضرر.

2- إصلاح وترميم المجرى :

ينتج عمليا عن مرور المياه الدائم بالمجرى تآكل جنباته مما قد يؤدي إلى تسرب المياه للأرض الوسيطة والإضرار بها، لذلك أُلزم المشرع المغربي في المادة 58 من المدونة المستفيد من الارتفاق بإصلاح وترميم مجرى المياه⁴⁸.

ويتحمل المستفيد في الأصل كل النفقات والتكاليف اللازمة لإصلاح وترميم المجرى ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، ويلزم بالتبع الدائم لحالة المجرى، ويسأل عن كل ضرر يلحق بالأرض الوسيطة نتيجة مرور المياه⁴⁹.

ولم يشترط المشرع أسلوبا معيناً للإصلاح والترميم وإنما أعطى للمستفيد صلاحية اختيار الطريقة والأسلوب الناجعين لتحقيقهما، لكن يمكن لمالك الأرض المرتفعة أن يطالب المستفيد قضائياً بالتقيد بشكل خاص بالترميم والإصلاح، إذا كان الأسلوب المعتمد من طرف المستفيد لا يحقق الغاية منه، أو من شأنه ألا يحول دون التسرب التام والنهائي للمياه.

ويمكن لمحكمة الموضوع أن تلزم المستفيد بطريقة معينة بالترميم والإصلاح سواء باستعمال مواد معينة أو بطريقة خاصة، وتستعين المحكمة في ذلك بخبرة قضائية، ويمكنها أن تطالب الخبير في الحكم التمهيدي ببيان الطريقة الأنجع للترميم والإصلاح.

وقد يحدث أن يمتنع المستفيد من ترميم وإصلاح المجرى، أو يتهاون في عملية الإصلاح والترميم، وينشأ عن ذلك قيام مسؤوليته التقصيرية عن الأضرار التي تلحق بالأرض الوسيطة.

48 - الكزبري (مأمون). مرجع سابق. ص. 605-606.

49 - المادة 58 من المدونة في نفس الاتجاه محمد مومن. مرجع سابق. ص. 186.

3- المسؤولية المدنية للمستفيد من المجرى :

يقع على المستفيد من حق المجرى التزام قانوني بإصلاح وترميم المجرى، وفي حالة امتناعه عن الإصلاح والترميم يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق الأرض الوسيطة.

ولا يعني ذلك أن مسؤولية المستفيد لا تقع إلا بعد مطالبته إما قضائياً أو رضائياً بالإصلاح والترميم وامتناعه عن ذلك، لأن التزامه بالإصلاح والترميم التزام قانوني قائم من دون مطالبة مالك الأرض الوسيطة، والعبارة الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 58 من مدونة الحقوق العينية من أنه إذا امتنع المستفيد عن الإصلاح والترميم كان لمن تضرر الحق في التعويض لاتفيد أن التعويض مشروط بالمطالبة والإمتناع، لأن المستفيد ملزم بتتبع حالة المجرى وترميمه وإصلاحه كلما لزم الأمر، وكل تقصير في ذلك ينتج عنه قيام مسؤوليته التقصيرية.

والخطأ التقصيري يتمثل في إخلال المستفيد بالتزام قانوني يتمثل في صيانة المجرى وإصلاحه وترميمه، وهو خطأ مفترض، بمعنى أنه بمجرد حدوث ضرر بالأرض الوسيطة، ناتج مباشرة عن المجرى، إلا وتقوم مسؤولية المستفيد، ولا يكون على مالك الأرض الوسيطة إثبات الخطأ.

وإذا لحق بالأرض الوسيطة أضرار سواء بتسرب المياه أو بغيره وكانت ناتجة مباشرة عن الارتفاق قامت مسؤولية المستفيد من المجرى وكان ملزماً بتعويض مالك الأرض الوسيطة عن الأضرار اللاحقة بأرضه، ويحتسب التعويض بدرجة جسامته الضرر.

لكن في حالة امتناع المستفيد عن إصلاح وترميم المجرى فهل تقتصر المحكمة على الحكم بالتعويض أم يمكن أن تحكم على المستفيد بالقيام بأعمال الإصلاح والترميم؟

ألزم المشرع المغربي المستفيد من المجرى بالقيام بأعمال كنس المجرى وصيانته وترميمه وإصلاحه، وكل إخلال بهذا الالتزام القانوني يعطي الصلاحية للمتضرر للجوء إلى القضاء لإلزام المستفيد باحترام مقتضياته، ولا يحول الحكم على المستفيد بالتعويض عن الضرر دون إمكانية مطالبة هذا الأخير قضائيا بالقيام بأعمال الكنس والإصلاح والترميم، لأن التعويض جزاء قانوني عن ضرر حال، أما الوفاء بالالتزام القانوني بالقيام بعمل فرضه القانون مناطه الحيلولة دون وقوع ضرر مستقبلي.

ويمكن للمحكمة فرض أحد وسائل الإيجار على المستفيد كالغرامة التهديدية عن كل يوم امتناع عن التنفيذ وذلك لدفعه إلى الوفاء بالتزامه القانوني. وفي حالة فرض الغرامة التهديدية وثبت امتناع المستفيد عن الإصلاح والترميم بإعداد مأمور التنفيذ محضرا يتضمن امتناع المستفيد عن تنفيذ الحكم القضائي يمكن لمالك الأرض الوسيطة تقديم دعوى للمطالبة بتصفية الغرامة التهديدية.

لكن ما العمل إذا تبادى المستفيد في امتناعه عن الإصلاح والترميم؟

اكتفى المشرع المغربي بإلزام المستفيد بكنس وإصلاح وترميم المجرى، وإعطاء الحق في التعويض للمتضرر، وسكت عن الحالة التي يستمر فيها الضرر دون تدخل من المستفيد لإنهاء مسبباته، والأمر يقتضي فرضيتين:

الأولى إذا كان يمكن لمالك الأرض الوسيطة القيام بأعمال الإصلاح والترميم على نفقة المستفيد يمكن للمحكمة أن تجيز له ذلك وذلك لوضع حد للضرر المستمر الذي يلحق بأرضه.

والثانية إذا استحال على مالك الأرض الوسيطة القيام بأعمال الإصلاح والترميم بنفسه على نفقة المستفيد.

وهنا يطرح التساؤل التالي هل يمكن للمحكمة في هذه الحالة إنهاء حق
المجرى ؟

نصت الفقرة الأخيرة من المادة 57 من مدونة الحقوق العينية على أنه لا يجوز
لملاك الأراضي منع من ثبت له هذا الحق من تمرير المياه بأراضيهم، وهذا يعني أن
حق المجرى حق أقره القانون لفائدة الأرض المحصورة عن مورد المياه.

لم تدرج المادة 69 من مدونة الحقوق العينية هذه الحالة ضمن أسباب انقضاء
الارتفاقات واقتصر على الحالات التي تصير فيها الأشياء في حالة لا يمكن معها
استعمالها، ويتحقق ذلك عند تغير الوضع المادي للأشياء سواء في العقار المرتفق
أو المرتفق به، وأيضا عندما يصبح مالك العقار المرتفق مالكا للأرض المتوسطة
وكذلك عند انتهاء أجل الارتفاق أو التنازل عن الحق أو انتهاء الغرض من
الارتفاق أو هلاك أحد العقارين⁵⁰.

ولابدخل الحالة التي يصر فيها المستفيد من حق المجرى على امتناعه عن
الإصلاح والترميم ضمن إطار الحالات التي خول القانون فيها إنهاء حق
المجرى، وأمام عدم وجود سند قانوني يخول الإنهاء هل يمكن للقضاء إبقاء
الوضع على ما هو عليه ؟

لاشك أن إبقاء الوضع على ما هو عليه لا يحقق الغاية والفلسفة التي كانت
وراء تخويل المشرع حق المجرى، فلا يمكن تخويل هذا الحق إذا كانت ممارسته
يمكن أن تؤدي إلى إعاقة الانتفاع بالعقار الوسيط ككل.

وعلى هذا الأساس إذا استمر الضرر، وامتنع المستفيد عن الإصلاح، ولم
توجد إمكانية الحلول محله في الإصلاح والترميم، فإن القاعدة الواجبة التطبيق إذا
اجتمع ضرران فإن الأكبر يزال لفائدة الأصغر.

50 - اعتبر المرحوم الكزبري أن هناك أسبابا أخرى تؤول إلى انقضاء الارتفاق رغم عدم النص عليها
صراحة لأن تطبيق المبادئ العامة تحتم ذلك. الكزبري. مرجع سابق. ص. 608.

كما أن القاعدة الفقهية والتي تقضي بأن درء المفسدة أولى من تحقيق المصلحة يمكن أن تجد مجالاً للتطبيق في هذه الحالة، ومصلحة المستفيد من المجرى يوازئها مفسدة مالك الأرض الوسيطة، وإذا حالت المفسدة والضرر دون إمكانية انتفاع مالك الأرض الوسيطة بأرضه لا يمكن معه إبقاء الوضع على ما هو عليه، ولا يمكن إبقاء هذا الحق قائماً.

وكما تنشأ عن حق المجرى التزامات على المستفيد من المجرى تنشأ عنه التزامات على عاتق مالك الأرض الوسيطة.

ج) التزامات مالك الأرض الوسيطة

من الالتزامات الأساسية التي تقع على مالك الأرض الوسيطة تمكين من ثبت له حق المجرى من تمرير الماء بأرضه (1)، وكذلك تمكين المستفيد من المجرى من حق الدخول إلى الأرض للقيام بالإصلاحات اللازمة لرفع الضرر (2).

1- الالتزام بالتمكين من تمرير الماء :

نصت المادة مدونة الحقوق العينية على أنه لا يجوز لملاك الأراضي منع من ثبت له هذا الحق من تمرير الماء بأراضيهم.

فحق المجرى حق أقره القانون، وفرض على مالكي الأرض الوسيطة احترامه، ولا يمكن الامتناع عن تنفيذ ما يخوله هذا الحق من إصلاحات للمستفيد.

وإذا توافرت كافة الشروط القانونية وثبت للمستفيد حق المجرى فيجب على مالك الأرض الوسيطة تمكين المستفيد من تمرير ماء الري إما عبر مجرى أو مواسير، وفي حالة الخلاف حول توفر الشروط القانونية المخولة لحق المجرى يمكن للطرفين الرجوع لمحكمة الموضوع التي تقضي بثبوت حق المجرى من عدمه.

وفي حالة صدور حكم يخول للمستفيد تمرير المياه عبر الأرض الوسيطة، وامتناع مالك الأرض الوسيطة عن تنفيذ الحكم القضائي، يمكن إجبار هذا الأخير على التنفيذ عن طريق فرض الغرامة التهديدية عن كل يوم امتناع عن التنفيذ⁵¹.

ولاتنتهي التزامات مالك الأرض الوسيطة بتحويل المستفيد تمرير مياه الري بأرضه ولكن يكون ملزماً أيضاً بتمكينه من الدخول للقيام بالإصلاحات الضرورية.

2- الالتزام بالتمكين من حق الدخول :

نصت المادة 59 من مدونة الحقوق العينية على أنه لا يجوز لمالك الأرض المار بها المجرى أن يمنع صاحب الحق من الدخول إلى أرضه للقيام بالإصلاحات اللازمة لرفع الضرر.

وعلى هذا الأساس فإن حق المجرى يخول للمستفيد الحق في الدخول والولوج للأرض الوسيطة وذلك للقيام بالإصلاحات الضرورية بما فيها ترميم المجرى وإصلاحه وكنسه وتنظيفه، وبمقابل هذا الحق يكون مالك الأرض الوسيطة ملزماً بفتح المجال أمام المستفيد للدخول إلى العقار، وإدخال الآليات الضرورية للكنس والإصلاح والترميم، وكذلك يجب عليه السماح للعمال المكلفين من طرف المستفيد بالولوج للعقار للقيام بما يلزم من الإصلاحات الضرورية.

وفي حالة المنع يكون مالك الأرض الوسيطة مسؤولاً عن الأضرار التي يمكن أن تلحق عقاره، كما يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق المستفيد

51 - تجدر الإشارة إلى أنه عند فرض الغرامة التهديدية يجب على المتضرر رفع دعوى للمطالبة بتصفيته وتكيف هذه الدعوى على أنها دعوى التعويض عن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن التنفيذ، وبحسب التعويض بحسب قيمة الضرر وليس باحتساب مبلغ الغرامة مضروب في عدد الأيام التي تم فيها الامتناع عن التنفيذ.

(الفقرة الثانية من المادة 59 من المدونة) فإذا انسد المجرى بسبب عدم الكنس ونتج عن عدم مرور المياه هلاك مزروعات المستفيد جاز لهذا الأخير مطالبة مالك الأرض الوسيطة بالتعويض عن الضرر، لأن هلاك المزروعات كان نتيجة لخطأ مالك الأرض الوسيطة المتمثل في منع المستفيد من الدخول للعقار للكنس والتنظيف، ونفس المقتضيات تنطبق على المنع من إصلاح وترميم المجرى.

وبالإضافة إلى حق المجرى نظم المشرع المغربي حق ارتفاع مائي آخر وهو حق المسيل والصرف.

المطلب الثاني : حق الصرف والمسيل (droit d'écoulement)

يقصد بحق الصرف الحق الذي يخول لمالك العقار تصريف المياه المضرة في مصارف خاصة بأرض الغير نظير تعويض مقدم ومناسب ويقصد بحق المسيل حق تمرير المياه الزائدة عن الحاجة عبر أراضي الغير مقابل تعويض مقدم ومناسب.

ورغم أن الفقه⁵² يعتبر أن حق الصرف والمسيل حق واحد إلا أنها في الحقيقة ليسا كذلك، بدليل أن المشرع المغربي أفرد لكل واحد منهما نصا خاصا، فحق المسيل نظمته الفقرة الثانية من المادة 28 من قانون الماء والتي جاء فيها : " يجب على الملاك استقبال المياه التي يمكن أن تسيل من الأراضي المسقية بهذه الكيفية مع احتفاظهم بالحق في المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء "، أما حق الصرف فنظمته المادة 29 من قانون الماء والتي جاء فيها مايلي : " يمكن لكل مالك يريد القيام بإفراغ المياه المضرة بعقاره الحصول على ممر لهذه المياه عبر أراضي وسيطة وفق الشروط المحددة في المادة السابقة "، فالمسيل يمكن أن يكون طبيعيا ويمكن أن يكون اصطناعيا كما هو الحال في مسيل المياه الزائدة عن الحاجة، فخصوصية حق المسيل تجعله متميزا عن غيره مرتبطا بتمرير المياه الصالحة

52 - عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق. ص: 264 - محمد مومن. مرجع سابق. ص: 187.

والزائدة عن الحاجة عبر أراضي الغير ولا يشترط فيه أن يتم التميرير في مصارف خاصة أو باطنية، أما حق الصرف فيتعلق بتصريف المياه المضرة عبر أراضي الغير و يشترط فيه أن يتم الصرف عبر مواسير تمنع من تسرب أي ضرر بالعقار المرتفق.

ويبدو أن واضعي مدونة الحقوق العينية ذهبوا في اتجاه الجمع بين الحقين وهذا يظهر من خلال عنونة الفقرة الثالثة من الفرع الثاني الخاص بأنواع الارتفاقات: "حق المسيل أو الصرف" و"أو" هنا للعطف دلالة على نفس المعنى والمضمون، ولوجاءت العنونة ب"و" لكان المقصود حقا مختلفا وليس حقا واحدا، ويتضح ذلك أيضا من خلال الجمع بين حق المسيل والصرف في مادة واحدة وهي المادة 63 والتي جاء فيها مايلي: "لكل مالك عقار يريد تصريف المياه الزائدة عن حاجته أو غير الصالحة أن يحصل على ممر لها بعقار الغير نظير تعويض مناسب يدفع مقدما...".

وهو اتجاه لانحذه لأن لكل حق خصوصيته وعناصر تميزه عن الآخر⁵³ وعلى هذا الأساس سنتناول حق المسيل (أولا) ثم حق الصرف (ثانيا).

أولا : حق المسيل (droit d'écoulement d'eau d'irrigation).

عرفت المادة 28 فقرة 2 من قانون الماء حق المسيل بكونه حق تميرير مياه الري الزائدة عن الحاجة في أراضي الغير المجاورة وذلك من أجل صرفها.

والمياه المقصودة في حق المسيل هي مياه الري أو السقي، ولا يمكن اكتساب حق المسيل لتميرير مياه أخرى كالمياه المستعملة أو المياه المضرة أو غير الصالحة للاستعمال.

ونظم المشرع التونسي حق المسيل في المادة 83 من مجلة المياه حيث جاء فيها :
"إذا أخرج المالك مياهها بأرضه بواسطة تنقيحات أو أشغال أنجزت بباطن

53 - اعتمد المرحوم الكزبري هذا التقسيم حيث ميز بين الارتفاق بمسيل المياه والارتفاق بتصريف المياه الضارة. مرجع سابق. ص.596. في نفس الاتجاه بن معجوز الذي ميز بين ارتفاق المسيل والارتفاق بالمصرف. مرجع سابق. ص.426.

الأرض وهي موضوع رخصة فإن مالكي الأرض السفلى يتعين عليهم السماح بمرور المياه حسب الاتجاه الأكثر معقولة والأقل ضررا وهؤلاء المالكين الحق في غرامة في صورة حصول ضرر لهم ناتج عن سيلان المياه المذكور".

ويتشابه حق المسيل مع حق المسيل الطبيعي في كونها تمريرا للمياه عبر أراضي الجوار لكن الثاني يعتبر مسيلا طبيعيا لم تتحكم في إحداثه يد الإنسان ونتج عن وجود أرض عالية وأخرى منخفضة ولا يستحق مالك العقار المرتفق فيه أي تعويض اللهم إلا إذا تمت الزيادة في عبء الارتفاق بينما الثاني يعتبر مسيلا اصطناعيا يستحق فيه مالك العقار المرتفق تعويضا مناسباً.

والفرق بين حق المجرى وحق المسيل يتمثل في كون الأول تمريرا للمياه عبر أراضي الغير من أجل ري عقار آخر بينما الثاني يعتبر تمريرا لمياه الري عبر أراضي الغير من أجل صرفها والتخلص منها في مصارف عمومية أو خصوصية، ويجتمعان في كونها تمريرا لمياه الري عبر أراضي الغير مقابل تعويض مقدم ومناسب، ويعتبر حق المجرى أقرب لحق المسيل منه لحق الصرف.

ويكون على صاحب الملك المجاور استقبال مياه السقي التي تسيل من الأراضي المسقية ولا يحق له رفض استقبالها، وكل إخلال بهذا الالتزام القانوني ينتج عنه قيام المسؤولية التقصيرية لمالك العقار المرتفق لأنه قد ينتج عن عدم استقبال المياه الزائدة فيضان في الأراضي المسقية وتلف المزروعات.

ولا يمكن لمالك العقار المرتفق منع سيلان المياه بحجة عدم التوصل بالتعويض لأن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 28 من قانون الماء لا تلزم أن يكون التعويض مسبقاً، حيث جاء فيها "مع احتفاظهم بالحق في المطالبة بالتعويض عند الاقتضاء"، وحسنا فعل المشرع المغربي في عدم اشتراط التعويض المسبق لأن تصريف مياه الري الزائدة قد يشكل حالة استعجالية لا بد فيها من

عملية التصريف لكي لا تتضرر العقارات المسقية ويكون حق التعويض قائماً يستوفى بعد ذلك⁵⁴.

لكن بالمقابل نجد تناقضا صارخا بين مقتضيات المادة 28 من قانون الماء والمادة 63 من مدونة الحقوق العينية فإذا كانت المادة 28 من قانون الماء لا تشترط التعويض المسبق وتقول فقط بإمكانية التعويض عند تحقق الضرر وهو معنى عبارة عند الاقتضاء فإن المادة 63 من مدونة الحقوق العينية كرست الحق في التعويض دون الحاجة لإثبات الضرر واشترطت أن يكون التعويض مسبقا .

ويرجع هذا التناقض للشتم الذي تعرفه المنظومة القانونية المغربية وعدم تناسقها أحيانا ويمكن إيجاد حل قانوني لهذه الإشكالية في إعطاء الأولوية للنص الخاص وهو قانون الماء على القانون العام وهو مدونة الحقوق العينية خاصة وأن المادة الأولى منها تنص على أن مقتضياتها تسري على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار.

وأعتقد أن سيلان مياه السقي بالعقار المرتفق يعتبر ضررا في حد ذاته يستحق عليه مالكة التعويض، لذلك فمصطلح عند الاقتضاء لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للمشرع، ولا بد من تعديل المادة 28 من قانون الماء لبيان المقصود الحقيقي والذي مفاده أن حق التعويض يبقى قائما ويحتفظ مالك العقار المرتفق بالمطالبة به إذا لم يقيم المستفيد من حق المسيل بأدائه رضائيا.

وتستثنى من حق المسيل المنازل والساحات والحدائق والمنتزهات والحظائر المتاخمة للمساكن، ومنطلق هذا الإستثناء أن هذه العقارات بطبيعتها لا تتحمل مثل هذه الارتفاقات، كما أن حرمة المسكن وخصوصيته تجعل من المستحيل قيام حق ارتفاق المسيل فيه أو في مرفقاته.

54 - خالف مدونة الحقوق العينية مانصت عليه الفقرة الثانية من المادة 28 من قانون الماء حيث نصت المادة 63 على أن التعويض يجب أن يكون مناسبا ويدفع مقدما ونحن لانشاطر هذا الطرح لأن جعل التعويض مقدما قد يجعل مالك العقار المرتفق يرفض سيلان المياه إلى حين تقديم التعويض ولا شيء يلزمه قانونا بعكس ذلك مما قد يؤدي إلى فيضان في الأراضي المسقية وتلف المزروعات.

واشترطت مدونة الحقوق العينية في الفقرة الثانية من المادة 63 أن يتم تمرير الماء الزائد عن الحاجة في مكان لا يسبب للعقار المرتفق به إلا أقل ضرر، وتبقى هذه المسألة من اختصاص القضاء في حالة وجود خلاف حول المكان الذي يشكل أقل الضرر بالعقار المرتفق، وتستعين المحكمة في ذلك بخبرة فنية قضائية يعهد بها لخبير مختص يتولى تحديد وتعيين ممر المسيل الأقل ضررا.

ويقع على المستفيد من حق المسيل التزام تعمیر المسيل وإصلاحه وترميمه وتحمل كافة النفقات الخاصة بذلك، وكل إخلال بهذا الالتزام القانوني ينتج عنه قيام مسؤوليته التقصيرية عن الأضرار التي يمكن أن تلحق العقار المرتفق.

كما يكون مالك العقار المرتفق ملزما بتحويل المستفيد من حق المسيل الدخول إلى العقار للقيام بالإصلاحات الضرورية، ويكون مسؤولا عن كل إخلال بهذا الالتزام القانوني⁵⁵.

ثانيا : حق الصرف.

عرفت المادة 29 من قانون الماء حق الصرف بأنه الحق الذي يخول لكل مالك يريد القيام بإفراغ المياه المضرة بعقاره الحصول على ممر لهذه المياه عبر أراضي وسيطة⁵⁶.

نفس التعريف تبته مدونة الحقوق العينية في المادة 63 منها، لكن هذع الصيغة تضمنت عبارة المياه "غير الصالحة" بدل "المضرة" المنصوص عليها في المادة 29 من قانون الماء وهذا ما يدعو إلى التساؤل هل المياه المضرة هي نفسها المياه غير الصالحة؟

55 - نصت الفقرة الأخيرة من المادة 63 من مدونة الحقوق العينية على أنه تسري على حق الصرف مقتضيات المواد من 56 إلى 59 المتعلقة بحق المجرى .

56 - قبل قانون الماء كان المشرع المغربي ينظم حق الصرف في المادة السابعة من ظهير 11 محرم 1334 الموافق فاتح غشت 1925 بشأن نظام المياه الذي نص على أنه يمكن للمالك أن يحصل لقاء تعويض معجل على إجازة تصريف المياه الضارة التي تسيل في أرضه .

فالمياه يمكن أن تكون غير صالحة للإستعمال ولا تكون مضرّة كما هو الحال بالنسبة للمياه الراكدة التي تعوق الانتفاع بالعمارة وتحتاج إلى تجفيف أو تصريف، كما أن الصيغة لم تحدد نوع عدم الصلاحية هل بالعمارة أم بالصحة، في حين أن الصيغة الواردة في قانون الماء جاءت أوضح وأدق حيث حسمت في نوعية المياه بوصفها بالمضرة، وجزمت في نوعية الضرر بالتأكيد على الضرر الذي يلحق العمارة، لكن عبارة عدم الصلاحية أشمل من المضرة لذلك فواضعي المدونة حاولوا التوسع في الحالات التي تعطي صلاحية التصريف وعدم حصرها في نطاق ضيق وحبذا لو تم تعديل المادة 63 بإضافة غير الصالحة "للعمارة" لكي يتم تحديد موضوع عدم الصلاحية لكي تشمل المياه المضرة وغير المضرة التي تعيق الانتفاع بالعمارة وفق ما أعد له.

والفرق بين حق المجرى والصرف يتمثل في كون الأول يتعلق بتمرير مياه صالحة للري من أجل الري بينما الثاني يتعلق بتمرير مياه مضرة من أجل صرفها والتخلص منها ويجتمعان في كونها تمريرا للمياه عبر أراضي الغير مقابل تعويض مقدم ومناسب.

وحق الصرف حق خوله القانون لمالك العمارة المحصور حتى يتمكن من تصريف المياه المضرة بعمارة لربطها بالمصارف العمومية أو الخاصة، ويمنع على مالك العمارة المرتفق الامتناع عن تمرير المياه المضرة بعمارة.

ونصت المادة 29 من قانون الماء على أن حق الصرف يخضع لنفس الشروط الواردة في المادة 28 دون تحديد الفقرة لأن المادة 28 تتضمن فقرة أولى تتعلق بحق المجرى الذي يستحق فيه مالك العمارة تعويضا عادلا ومسبقا وفقرة ثانية تتعلق بحق المسيل الذي لم يشترط فيه المشرع التعويض العادل والمسبق وإنما نص على أنه يحتفظ بالحق في المطالبة بالتعويض عند الإقتضاء.

وفي نظرنا فإن مالك العمارة المرتفق يستحق التعويض بمجرد تمرير مياه الصرف بعمارة لأن تمرير مياه الصرف يشكل بحد ذاته ضررا لأن المصارف تحتل حيزا من العمارة وتحول دون الانتفاع به، كما أن المقصود من المادة السابقة هي

الفقرة الأولى التي تشترط أن يكون التعويض عادلا ومسبقا وذلك لكون المادة 7 من ظهير 1925 الذي تم نسخه بقانون الماء التي كانت تنظم حق الصرف كانت تشترط لقيام حق الصرف التعويض المعجل .

ويتم صرف المياه الضارة بطريقة ملائمة من شأنها التقليل من الأضرار التي تلحق الأرض الوسيطة وبتعبير المشرع المغربي في المادة 63 من المدونة تمرير الماء الزائد عن الحاجة في مكان لا يسبب للعقار المرتفق به إلا أقل ضرر ، ولم تحدد المادة 29 من قانون الماء طريقة معينة لتصريف المياه الضارة، لكن المادة 63 من المدونة اشترطت تمرير الماء غير الصالحة في مواسير بحيث لا تتسبب في أي ضرر للعقار المرتفق به وحسنا فعل المشرع في تحديد الطريقة التي يتم بها صرف المياه غير الصالحة لأنه سيحسم في أي نزاع قد يثور خاصة إذا تم صرفها في ممر عار دون مواسيروما قد ينتج عنه من أضرار صحية وبيئية.

ويمكن للمستفيد من تمرير المياه الضارة اختيار الطريقة والمكان الأنسبين إما بتصريفها في مواسير ظاهرة فوق سطح الأرض لكي يسهل اكتشاف أي تسرب فيها أو مواسير مدفونة في باطن الأرض .

ويحق للمالك العقار المرتفق أن ينازع في طريقة تصريف المياه الضارة وفي هذه الحالة يكون للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد مكان مرور المصرف وطريقة تصريفه، والأكد أن المحكمة تستعين في ذلك بخبرة فنية قضائية.

وقد يقتضي تمرير مياه الصرف عبر مجموعة من الأراضي للوصول إلى المصرف العمومي أو أي مصرف يكون من حق المستفيد صرفها فيه، فيتقرر في هذه الحالة حق الصرف على هذه الأراضي جميعها وصولا إلى المصرف⁵⁷.

وقد تكون لمالك العقار المرتفق أو غيره من الملاك في حالة تعدد العقارات المرتفقة مصلحة في الاستفادة من المصرف لصرف مياه أراضيهم، ففي هذه الحالة يكون لهم حق الربط droit d'accorder، شريطة تحمل نصيبهم في نفقات الإنشاء والصيانة بمقدار انتفاعهم أو المساهمة المالية في الأشغال التي بقي إنجازها

57 - عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق. ص: 264.

وصيانة المنشآت المشتركة (المادة 29\2 من قانون الماء) كذلك الفقرة 2 من المادة 46 من المدونة تنص على أنه إذا كان العقار المرتفق به ينتفع بدوره من تلك المنشآت فإن نفقات أعمال الصيانة تقسم بين الطرفين كل بنسبة ما يعود عليه من نفع .

وإذا تحققت كافة الشروط القانونية من تحقق حالة الجوار بين الملك المراد تصريف المياه الضارة عبره وملك الجار، وثبوت الحاجة إلى صرف المياه الضارة إما لعدم وجود أي مصرف لتمريرها أو لعدم كفاية المصرف الموجود، وثبوت أداء التعويض المستحق كان للجار حق الصرف في العقار المرتفق.

ويلتزم المستفيد من حق الصرف بإصلاح وترميم قنوات الصرف وتطهيرها وصيانتها على نفقته الخاصة، ومسألة الصيانة في حق الصرف تختلف عن غيرها في حق المجرى والمسيل لأن الأمر هنا يتعلق بمياه ضارة لذلك فحق الصرف يحتاج عناية أكبر، فإذا قصر المستفيد في التزامه بالصيانة والإصلاح والترميم والتطهير وأصاب العقار المرتفق ضرر كأن تلفت المزروعات بتسرب المياه الضارة أو استحال عليه حرث الأرض أو نحو ذلك، كان على المستفيد أداء التعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، و الأمر يقتضي في هذه الحالة التشدد في قواعد المسؤولية التقصيرية استدعته خصوصية المياه محل حق الصرف لكونها مياه ضارة والتشدد في التعويض المستحق لملك العقار المرتفق.

المطلب الثالث : حق الشرب⁵⁸ :

لم ينظم المشرع المغربي حق الشرب في قانون الماء، كما لم يتم تنظيم هذا الحق في ظهير 15 يونيو 1915 المنظم للعقار المحفظ .

58 - الشرب لغة بكسر الشين هو الحظ والنصيب من الماء، ومنه قوله تعالى في سورة القمر الآية : 28 "ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر"، وقوله تعالى في سورة الشعراء الآية : 155 " هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم " والشرب حسب الآية ينصرف لسقي الأراضي وإرواء الحيوانات، جاء في المبسوط شرح الكافي " اعلم بأن الشرب هو النصيب من الماء للأراضي كانت أو لغيرها " الإمام شمس الدين السرخسي : المبسوط شرح الكافي، الطبعة الثالثة بيروت، دون ذكر التاريخ، مجلد 23، ص: 61. وعرفه الفقيه زين العابدين في حاشيته بكونه : "نوبة الانتفاع بالماء للسقيا للزراعة والدواب" المجلد الخامس، ص: 386.

ونظم الفقه الإسلامي حق ارتفاق الشرب ضمن مايسميه الفقهاء حق الانتفاع العيني أي أنه حق متعلق بالأعيان لا بالأشخاص ويسميه المالكية بالارفاق⁵⁹ وفي ذلك ماأورده الإمام أبو بكر محمد بن عاصم :

إرفاق جار حسن للجار بمسقى أو طريق أو جدار
والحد في ذلك إن حد اقتف وعد في إرفاقه كالسلف⁶⁰

ويشكل حق الارتفاق في الفقه الإسلامي مظهرا من مظاهر التضامن والتآزر الاجتماعيين وفيه تتحقق مصلحة دينية ودنيوية فالمصلحة الدينية هي ماينتج بين الجيران من مودة ورحمة وإحسان ومعاشرة حسنة وبذلك يتم حسن الجوار الذي أمر به الباري عز وجل، ومصلحة دنيوية تتمثل في رفع العنت والمشقة عن الجار لإشباع مايجتاه من شرب⁶¹.

وسدا لهذا الفراغ التشريعي تم تنظيم حق الشرب في مدونة الحقوق العينية في الفصل الأول من الفرع الثاني الخاص بأنواع الارتفاق من المواد 50 إلى 56 منها⁶².

وتنصيص المشروع على حق الشرب ضمن الفرع الخاص بأنواع الارتفاق يعني تكييفه لحق الشرب بأنه حق من حقوق الارتفاق القانونية.

59 - التسولي : البهجة في شرح التحفة : ج 2 ص 251. جاء أيضا في مختصر خليل : وندب إرفاق جار بهاء وفتح باب.ص : 242.

60 - إحكام الأحكام على تحفة الحكام لمحمد بن يوسف الكافي - بيروت - دار الكتب العلمية - ص : 225.
61 - سليمان بن وائل بن خريف التويجري : حق الارتفاق.دراسة مقارنة. رسالة لنيل الدكتوراه في الفقه والأصول - كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة أم القرى بمكة المكرمة 1981-1982 ص 53.

62 - لم يعط التقنين المدني المصري القديم للجار حق الشرب حيث نصت المادة 32 منه على مايلي : "من أنشا ترعة فله الحق في الإنتفاع دون غيره بائها أو بيعه" وتبنى التشريع المصري الجديد حق الشرب في المادة 808 منه حيث نص على مايلي : "1- من أنشا مسقاة أو مصرفا خصوصا طبقا للوائح الخاصة بذلك كان له وحده حق استعمالها". "2- ومع ذلك يجوز للملاك المجاورين أن يستعملوا المسقاة أو المصرف فيما يحتاجه أراضيه من ري أو صرف، بعد أن يكون مالك المسقاة أو المصرف قد استوفى حاجته منها، وعلى الملاك المجاورين في هذه الحالة أن يشتركوا في نفقات إنشاء المسقاة أو المصرف وصيانتها، بنسبة مساحة أراضيهم التي تستف منهنها".

ويبقى أن نتساءل ما هو الأساس الذي جعل المشروع يكيف حق الشرب بكونه حق ارتفاق؟

إن الارتفاق بتعريف المادة 108 من ظهير 19 رجب هو تكليف قانوني يقع على عقار من أجل استعمال ومنفعة عقار يملكه شخص آخر، ويقتضي وجود عقار خادم وعقار مخدوم.

وعرفت المادة 50 من مدونة الحقوق العينية حق الشرب بكونه نوبة من الماء ينتفع بها لسقي الأراضي وما بها من غرس وشجر بمعنى أنه يمكن لعقار أن يستفيد من نوبة مائية من مجرى مائي أو جدول مائي يقع على الملك الخاص، وهذا يؤدي إلى وجود تكليف يقع على العقار الذي يتواجد فيه مجرى الماء أو جدول الماء يستفيد منه العقار الذي ينتفع بالمياه من أجل السقي.

لكن بعض الفقه⁶³ أدخل حق الشرب ضمن باب القيود التي ترجع إلى حالات خاصة في الجوار، وكيفه بكونه قيودا من قيود الري مع استبعاد اعتباره ارتفاقا قانونيا، واعتبر أن هذا القيد بقدر ماهو خطير على حق الملكية بقدر ماهو عادل لأنه تغليب لمصلحة خاصة راجحة على مصلحة خاصة مرجوحة.

والفرق بين القيود القانونية والارتفاق يأخذ عدة أوجه فقيود الملكية تعتبر من صميم الضوابط العادية والمألوفة لممارسة هذا الحق وهي مقرررة لرسم الحدود التي يجب على المالك مراعاتها عند مزاولته لهذا الحق، وهي قيود عامة تصدق على الملكية بصفة عامة، أما الارتفاق فهو خروج عن القاعدة ويشكل تكليفا للملكية معينة وعبء استثنائيا لعقار لفائدة عقار آخر⁶⁴.

63 - عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق. ص: 760.

64 - والسبب في الخلط الذي وقع في التشريع المغربي والمصري بين القيود القانونية والارتفاق يرجع للتشريع الفرنسي لسنة 1804 الذي استقى منه المشرع المصري والمغربي أحكام الارتفاق حيث نظم حقوق والتزامات الجوار ضمن باب الارتفاقات. لتفصيل أكثر يرجع لمحمد بقالي. "مسؤولية الجار بين القانون والشريعة الإسلامية" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق الرباط. 1958-1986، ص: 14 وما بعدها. في نفس الإتجاه. محمد بن معجوز. مرجع سابق. ص: 423.

فحق الشرب لا يشكل عبءا عاديا بل استثنائيا بحيث يتقرر ليس لكل الملكيات وإنما على ملكيات توجد في وضعية خاصة وفي ظروف معينة لفائدة ملكيات أخرى وبذلك فهو يعتبر ارتفاعا كما أن القيود القانونية لاترول بعدم الاستعمال ولاكتسب بالتقادم المكسب بعكس ارتفاع حق الشرب⁶⁵.

وأمام وجود هذا التكليف القانوني لفائدة عقار خدمة لعقار آخر فإن المشرع المغربي كان على صواب لما نظم حق الشرب ضمن باب حقوق الارتفاق⁶⁶. ولتحقق حق الشرب لا بد من توفر كافة الشروط القانونية وهي أن يكون للمالك مجرى أو جدول مائي خاص (أولا) ورضا صاحب المجرى أو جدول الماء (ثانيا) ووجود فائض في المياه (ثالثا) وثبوت الجوار والحاجة للري (خامسا).

أولا : أن يكون للمالك مجرى أو جدول مائي

لم يحدد التعريف الذي ورد بالمشروع طبيعة الموارد المائية المقصودة في حق الشرب هل تقتصر على الموارد المائية العمومية أم تتعدها للموارد المائية الخاصة ؟ أجابت المادتان 51 و52 من المدونة على هذا التساؤل فبالنسبة لحق الشرب الوارد على المياه العمومية نصت المادة 51 على لكل شخص أن ينتفع من موارد المياه العامة بمختلف وجوه الانتفاع بما في ذلك ري أرضه على أن يتقيد في ذلك بالمقتضيات المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بنظام المياه .

وينبغي قانون الماء على قاعدة أساسية مفادها أنه لايمكن الانتفاع بالمياه العمومية إلا بموجب ترخيص إداري أو عقد امتياز يبرمه مع وكالة الحوض المائي مقابل إتاوة معينة.

65 - يرجع ذ. محمد مومن أن اعتماد معيار التشريع كأساس للتمييز بين القيد والارتفاق واعتبار مانظمه المشرع قيда قانونيا وما لم ينظمه ارتفاقا دون النظر في طبيعة الحق ومضمونه جعل بعض التشريعات مثل القانون المصري يدخل في عداد قيود الملكية قيودا في حقيقتها ارتفاقات كحقوق الارتفاق المتعلقة بحق الشرب، وحق مجرى مياه الري وحق مسيل مياه الصرف. محمد مومن. مرجع سابق. ص: 17.

66 - تفاديا للخلط الذي جاء في ظهير 19 رجب 1333 بين القيود الناجمة عن علاقات الجوار والارتفاقات القانونية حيث تم تنظيم حقوق والتزامات الجوار في الباب الخاص بالارتفاقات القانونية جاءت مدونة الحقوق العينية للحسم في الطبيعة القانونية لحق الشرب بتنظيمه في الباب الخاص بأنواع الارتفاق.

ونوبة الماء المقصودة في المادة 51 هي نوبة الماء المكتسبة على الملك العام المائي حيث نصت المادة 6 من قانون الماء على أنه يحتفظ بحقوق الملكية أو الانتفاع أو الاستعمال التي اكتسبت بصفة قانونية على الملك العام المائي.

فإذا اعترفت الإدارة لأحد الخواص بملكية نوبة الماء على الملك العام المائي كان لهذا الأخير الانتفاع بالمياه العمومية وفق الحصة الزمنية أو الصبيب المحدد في مرسوم الاعتراف.

ولا يقتصر الأمر على الاعتراف بملكية نوبة الماء بل يمكن أن يتم الاعتراف بحق استعمال نوبة الماء أو الانتفاع بها.

وعلى هذا الأساس فإن المياه العمومية لا يمكن أن تكون محل حق الشرب لأن هذا الحق لا يقع على المياه العمومية بصفته تلك وإنما يقع على الحقوق المكتسبة الواردة على الملك العام المائي، فمحل حق الشرب هو المياه الخاصة المجلوبة من أجل السقي كملكية أحد الخواص نوبة ماء تجلب من نهر عمومي.

وبناء عليه أكد بعض الفقه⁶⁷ أنه يجب التمييز بين التربة العامة والمسقاة، فالتربة العامة هي كل مجرى معد للري من طرف الدولة وتكون هذه الأخيرة قائمة بنفقاتها وصيانتها، أما المسقاة الخاصة فهي مجرى ماء معد للري ينشئه المالك في أرضه لريها.

أما بالنسبة للمياه الخاصة فقد نصت المادة 52 من المدونة على أن حق الشرب يرد على مجرى أو جدول ماء خاص⁶⁸.

67 - عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق. ص: 716.

68 - أكد الإمام أبو زهرة أن المقصود بمجرى الماء المياه التي تجري جريا متتابعا في ملك خاص. محمد أبو زهرة "الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية". مرجع سابق. ص: 80. والمقصود منه حسب ذ.علي الخفيف مياه المجاري التي يحدثها شخص في ملكه أو في أرض موات له حق إحياؤها. علي الخفيف "الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالقوانين العربية" مرجع سابق. ص: 145، واعتبره الأستاذ وهبة الزحيلي ماء الأنهار الصغيرة المملوكة الخاصة بقوم محصورين. مرجع سابق. ص: 603.

ثانيا: رضا صاحب المجرى أو جدول الماء

نصت الفقرة الأولى من المادة 52 من المدونة على أنه لا يجوز قيام حق الشرب على مجرى أو جدول ماء خاص إلا برضا صاحب هذا المجرى أو الجدول.

وعلى هذا الأساس فمصدر حق الشرب الوارد على المياه الخاصة هو العقد الذي يربط بين إرادتي صاحب المجرى أو الجدول المائي وإرادة المستفيد من نوبة الماء.

وقد يكون العقد المنشئ لحق الشرب عقد معاوضة يأخذ فيه مالك المجرى مقابلا لتحويله حق الشرب للجار وقد يكون على شكل عقد هبة.

وإذا كان مورد الماء يعود للملكية شخص واحد فإن نشوء هذا الحق يتم بمجرد إبرام العقد، لكن الإشكال يطرح في حالة تعدد المالكين.

وما جرى به العمل في الفقه المالكي أنه يجوز للشريك أن يقوم بنفسه ببيع المال المشاع كله صفقة على جميع شركائه ثم يبقى للشركاء بين ضم صفقة البيع ويعطوا للبائع ثمن نصيبه ، وبين أن يجيزوا ذلك البيع وأن يقبضوا ثمن نصيبهم من المشتري⁶⁹ ، لكن مقتضيات المادة 53 من المدونة جاءت بمقتضيات مخالفة للقاعدة العامة الواردة في الفقه المالكي حيث نصت على أن ترتيب حق الشرب على مورد الماء لفائدة الغير من أحد الشركاء يقع باطلا إلا إذا تم بموافقتهم جميعا، ويعود هذا الاستثناء لحساسية حقوق المياه وخطورة المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها وتأثيرها على السلم والأمن الاجتماعيين لذلك ارتأى المشروع الخروج عن القاعدة والزامية إجماع المالكين على إنشاء حق الشرب لفائدة الغير.

لكن الفقرة الأولى من المادة 52 من المدونة تستوجب رضا المالك لقيام حق الشرب تقابلها الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تعطي للجوار حق الشرب على

69 - شرح التاودي على لامية الزقاق 327/2 .

فائض المياه ولو دون رضا المالك شريطة أن يشتركوا في نفقات إنشاء وصيانة الجدول أو مجرى الماء بنسبة مساحة الأراضي التي تنتفع منها.

وما نصت عليه المادة 52 هو مقتضى جديد وقديم في نفس الوقت، فهو جديد من حيث تبني المدونة له وقديم من حيث مصدره ذلك أنه يعود في إنشائه للفقهاء الإسلامي⁷⁰.

ومفاد هذا الحق أنه يجوز للملاك المجاورين استغلال الجدول أو مجرى الماء لري أرضهم بعد أن يكون المالك قد استوفى حاجته منها على أن يشترك الملاك المجاورون في نفقات إنشاء وصيانة الجدول أو مجرى الماء، وتحتسب هذه النفقات بنسبة مساحة الأرض التي تنتفع من الماء.

فالأصل أن مالك مجرى الماء أو جدول الماء يملك كامل السلطات عليه وهي التصرف والاستعمال والاستغلال لكن مدونة الحقوق العينية تضمنت قيوداً على هذا الحق لفائدة الجوار وذلك بإعطائهم حق استغلال فائض المياه.

ويشكل هذا العبء أو التكليف مظهراً من مظاهر الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية حيث يتعارض حق المالك مع مصلحة خاصة هي أولى بالرعاية من حق

70 - أدخل الفقهاء الإسلامي هذه الأحكام في باب أحكام مياه الأنهار الخاصة والمجاري المملوكة أو ما يسمى في الفقه "ماء المقاسم" ويذهب الفقهاء إلى أن الماء في أصله وقبل جريانه في النهر أو المجرى المحدث في الملك الخاص مباح لإباحة عامة، لقوله (ص): "الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلاء، والنار" ولا يتم تمليكهم إلا بالإحراز أو الحيازة، وهذه الأنهار لا تتخذ في العادة وسيلة لحيازة الماء وإنما هي مجرد طريق أو مسار للوصول الماء إلى العقارات المحتاجة إليه، وإن الحاجة إلى هذه الأنهار تتجدد دون انقطاع ولا يلحق ضرر كبير بصاحب النهر عادة بأخذ الناس حاجتهم منها، وهذه الاعتبارات تبرر استمرار شبهة الإباحة في هذه المياه إلا أن جريان هذه المياه في مجرى خاص يعود للملكية شخص معين أو لمجموعة من الأشخاص يحق لهم أخذ حاجتهم منها بالأولوية والأفضلية بحيث لا يكون للغير حق إلا فيما فضل عن حاجتهم.

وأن حق الشرب لا يثبت إلا بإذن خاص من مالك النهر لأن الشرب ليست له نهاية معلومة ولا يمكن تحديد كمية الماء المأخوذة وأن إعطاء الحق هكذا قد يلحق ضرراً بالملك النهر لأنه قد يجرمه من الإنتفاع بالماء الذي هيأ لعقاره ويجعله متساوياً مع كل من له أرض مجاورة ويفقده الإمتياز المترتب له بحكم ملكيته للنهر أو المجرى. وهبة الزحيلي. مرجع سابق. "الفقه الإسلامي وأدلته" ج 4 ص 63. حاشية التاودي 293/3.

المالك، وتقدم المصلحة الخاصة للجوار على مصلحة المالك، والقيود الذي يقرر على الملكية لفائدة مصلحة خاصة يشكل أبلغ مظهر لمبدأ التضامن الاجتماعي، خصوصاً أن الأمر يتعلق بمادة جد حيوية وهي الماء.

ثالثاً: وجود فائض في المياه :

قد يكون المالك هو من أنشأ جدول الماء أو المجرى المائي أو يكون قد كسب ملكيتهما، ومادام مالكا فله حق عيني على الشيء المملوك يخول له سلطة التصرف فيه أو استعماله أو استغلاله، وعلى هذا الأساس فالمالك تكون له أفضلية وأولوية ري أرضه من مياه المجرى أو الجدول.

وبعد استيفاء المالك حاجته من المجرى أو الجدول بريها ربا كافيا شاملاً، وفاضت مياه بعد ذلك فحيثئذ يكون للجوار حق الحصول على حق الشرب من المياه الفائضة⁷¹.

وتطرح المادة 52 من المدونة إشكالية إثبات استيفاء صاحب المجرى أو الجدول المائي لحاجته، ومتى يمكن القول بأن هذا الأخير قد أشبع كامل حاجته من الماء.

من الأكيد أن الجوار يقع عليهم عبء إثبات استيفاء صاحب المجرى كامل حاجته من الماء⁷²، لأن مدعي الحق في الأصل هو الذي يتحمل عبء الإثبات، ويمكن الاستعانة في ذلك بمساحة القطعة المسقية من صاحب المجرى ونوع المزروعات والغلة المسقية.

وفي حالة تقديم الجوار لوسيلة إثبات استيفاء الحاجة من الماء يكون على صاحب المجرى الذي ينازع في ذلك إثبات العكس.

71 - جاء في حاشية التاودي أنه لا يجوز لك أن تمنع جارك أن يسقي أرضه بما فضل عليك من مائك. حاشية 243/3.

72 - السنهوري (مرجع سابق) ص. 718-719.

ويمكن للمحكمة أن تستعين في ذلك بخبرة قضائية للتحقق من استيفاء المالك حاجته من مياه المجرى أو الجدول ووجود فائض من المياه.

رابعا : ثبوت الجوار والحاجة للري :

أ) ثبوت الجوار :

نصت الفقرة الثانية من المادة 52 من المدونة على أنه يجوز للملاك المجاورين استغلال الجدول أو مجرى الماء فيما تحتاجه أرضهم من ري بمعنى أنه يجب أن يكون طالب حق الشرب من المياه الفائضة جارا للمالك صاحب المجرى أو الجدول المائي.

وتطرح إشكالية المقصود بالجوار هل الأمر يقتضي ثبوت الجوار للعقار أم لمجرى الماء أو جدول الماء ؟

والجوار هنا له ثلاثة أوجه⁷³ :

أولا : أن تكون أرض الجار محاذية لجدول أو مجرى الماء، فيكون مجرى الماء أو جدول الماء في هذه الصورة حدا فاصلا ما بين أرض الجار وأرض المالك، وتحظى هذه الحالة بالإجماع على أن للجار في هذه الحالة أن يطلب حق الشرب لأن أرض الجار ملاصقة لمجرى أو جدول الماء ذاته.

ثانيا : أن تكون أرض الجار تفصل ما بين أرض المالك وبين مورد الماء ولكي تصل المياه لأرض المالك يجب أن تعبر أرض الجار في مجرى يحصل عليه المالك، ونظرا لمرور المياه بأرض الجار فهي تعتبر ملاصقة لمجرى الماء، فيكون للجار أن يحصل على حق الشرب.

ثالثا : أن يكون مجرى الماء أو جدول الماء داخل أرض المالك، غير محاذية أو ملاصقة لأرض الجار، ولا تقع في حدود هذه الأرض، ولا تعبرها للوصول إلى

73 - السنهوري.مرجع سابق. ص:719.

أرض المالك، وحول هذه الصورة اختلف الفقه في مسألة الجوار هل المعول عليه الجوار للعقار أم الجوار لجدول الماء فمنهم من قال بضرورة تحقق الجوار لجدول الماء أو مجرى الماء بأن يكون بمحاذاة العقار وملاصقا له معتبرا أن الجار لا يحصل على حق الشرب في هذه الحالة لانتهاء الجوار لجدول أو مجرى الماء، إذ لا يكفي الجوار للأرض التي أنشئ فيها المجرى أو جدول الماء⁷⁴، واتجاه ثان قال بأنه يكفي قيام الجوار للعقار الذي يتواجد فيه مجرى الماء أو جدول الماء، وليس من الضرورة أن يكون مجرى الماء أو جدول الماء ملاصقا لأرض الجار⁷⁵.

وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 52 من المدونة سنجد أن النص تكلم عن الملاك المجاورين وهي عبارة عامة ومطلقة تشمل المجرى أو الجدول الملاصق للملك الجار أو ملك الجار مجاورا للملك الذي يتواجد فيه جدول أو مجرى الماء، والعام يؤخذ بعموميته ولا مجال هنا لتخصيصه، ولا يمكن تحميل النص أكثر مما يحتمل⁷⁶.

وتبنى الفقيه عبد الرزاق السنهوري هذا التوجه مستندا في ذلك إلى نص المادة 21808 من القانون المدني المصري مؤكداً أن عبارة "الملاك المجاورين" التي وردت في المادة أعلاه جارت مطلقة تشمل الجار الملاصق للمسقةة والجار الملاصق للأرض، ونحن إذ نؤيد هذا التوجه نعتبر أن من شأن التشديد في علاقة الجوار ضرب فلسفة التشريع في إقرار حق الشرب وهو يري أرض الجار من مياه فائضة عن المالك.

74 - من بين رواد هذا الإتجاه محمد كامل مرسي، حسن كيرة، محمد علي عرفة، أنظر هذه الإتجاهات لدى عبد الرزاق السنهوري. مرجع سابق ص: 719.

75 - من رواد هذا الإتجاه شفيق شحاتة _ عبد المنعم البدر اوي _ إسماعيل غانم - عبد المنعم فرج الصدة - منصور مصطفى منصور. أنظر عبد الرزاق السنهوري نفس الرجوع ص: 721.

76 - تجدر الإشارة إلى أن الجار في هذه الحالة لا يحتاج فقط لحق الشرب بل هو في حاجة أيضا لحق المجرى لكي يتمكن من تمرير مياه المجرى أو الجدول إلى أرضه عبر أرض المالك فيكون للملك الجار على عقار المالك ارتفاعين الأول حق الشرب والثاني حق المجرى.

ب) أن تكون أرض الجار في حاجة للري :

نصت المادة 2\52 من المدونة على أنه يجوز للملاك المجاورين استغلال الجدول أو مجرى الماء فيما تحتاجه أرضهم من ري، وعلى هذا الأساس فإن حق الشرب لا يخول للجار إلا إذا كان في حاجة حقيقية إلى ري أرضه ربا كافيا، والحاجة تشمل هنا عدم توفره أصلا على ماء لري الأرض، أو عدم كفاية الماء المتوفر لديه للري.

ولا يمكن حرمان الجار من حق الشرب بعلّة أنه يستطيع سد حاجته باللجوء لطرق أخرى كحفر الآبار أو غيرها لأن القانون خول له هذا الحق دون إلزامه بطرق أخرى.

ولم تشر المادة 52 إلى الحالة التي يتعدد فيها الملاك الجوار لمجرى أو جدول الماء، والمعيار الذي يجب اعتماده في تحديد المستحق لحق الشرب هو معيار الحاجة، والأولوية يجب أن تعود في حالة تراحم الملاك الجوار لأكثرهم وأشدّهم حاجة.

وإذا تأكدت المحكمة من توفر كافة الشروط القانونية من وجود مجرى أو جدول ماء خاص وثبوت حالة الجوار للعقار الذي يتواجد فيه مجرى الماء أو جدول الماء، وثبوت استيفاء صاحبه لحاجته وبتعبير آخر وجود فائض للمياه أو رضا صاحب الملك، وثبوت الحاجة للمياه لري العقار المجاور أو عدم كفايتها يمكنها أن تقضي باستحقاق الجوار لحق الشرب.

ويقع على المستفيد من حق الشرب التزام القيام بالإصلاحات الضرورية لموارد المياه وفروعها أو جدول الماء، وكل إخلال بهذا الالتزام القانوني ينتج عنه قيام مسؤوليته التقصيرية.

وفي حالة تعدد المستفيدين من حق الشرب وعدم وجود اتفاق بينهم على القيام بالإصلاحات الضرورية لموارد المياه أو فروعها أو جدول الماء المشترك

يكونون ملزمين بتحمل نفقات الإصلاح كل بحسب الحصة التي يستفيد منها من الماء أي بنسبة العقار المخدوم (المادة 54 من المدونة).

ونظرا لكون حق الشرب حق ارتفاع، فإنه يورث ويوصى بالانتفاع به ويتصرف فيه، لكن ارتباط هذا الحق بالعقار الذي حول لأجله يجعل من قبيل الاستحالة انتقال هذا الحق بمعزل عن العقار، لذلك جاءت المادة 55 من المدونة للتأكيد على الارتباط القانوني بين حق الشرب والعقار الذي حول هذا الحق لأجله، وهذا ينسجم مع ما أقره المشرع المغربي في المادة التاسعة من قانون الماء والتي تقضي بأن المياه المستعملة لسقي عقار معين والتي في حوزة مالك هذا العقار يتم تفويتها مع هذا العقار في آن واحد ودائما لفائدته.

ويؤدي العرف في النظام القانوني المغربي بشكل عام، والحقوق المائية بشكل خاص دورا هاما حيث تعتبر الأعراف والعادات أكثر القواعد رسوخا وتأثيرا في بنية الأنظمة المتعلقة بالحقوق المائية، وتهم هذه الأعراف تقنين الدورات المائية وتوزيع نوباتها بين أصحاب الحقوق⁷⁷، لذلك سنخصص هذا المطلب للقواعد العرفية ودورها في تنظيم الارتفاقات المائية المتولدة عن عرف قار.

المطلب الرابع : القواعد العرفية في مجال الارتفاق المائي :

إن بنية النظام القانوني المغربي تتكون من أنساق ثلاثة وهي : الأحكام الشرعية، والقواعد العرفية، والنصوص التشريعية، لذلك فالعرف يشكل مصدرا من مصادر التشريع المغربي.

واقتناعا من المشرع المغربي بأهمية الأعراف ورسوخها وتجذرها في الواقع خصوصا في تنظيم الارتفاقات المائية نصت المادة 30 من قانون الماء على مقتضى جدهام وهو أن أحكام المادتين 28 و29 من قانون الماء لالتحولان دون ممارسة

77 - أحمد إد الفقيه. مرجع سابق. ص: 129.

حقوق المرور الخاصة المتولدة عن عرف قار والتي يمكن أن توجد في بعض المناطق كما أن المادة 42 من المدونة نصت على أن حق الارتفاق يخضع للقواعد المبينة في العقد أو في القانون وفي حالة عدم وجود نص في القانون أو شرط في العقد للأعراف المحلية المعمول بها.

وكنموذج لهذه الأعراف نسوق "حق الملو" المعروف في بعض مناطق المغرب ويتمثل في الحق الذي يتولد عرفا للأشخاص الذين تمر سواقي الغير بأملاكهم في أن يأخذوا قسطا من مياهها دون تحديده بقدر مضبوط مقابل حق ارتفاق مرور الساقية وذلك من أجل استعماله واستغلاله في ري المزروعات والمغروسات الموجودة في الأراضي الملاصقة للسواقي وذلك في حالة جريان الساقية بملء همولتها من الماء رغم أن المستفيدين من حق الملو لا ترتب لهم أية حقوق على مياه السواقي.⁷⁸

وفي واحة درعة كان نهر درعة⁷⁹ في فيوضاته الكبرى يجرف ماجاوره من المجرى الرئيس لبعض السواقي، فتضطر القبائل لشراء بعض الأراضي لحفر مجرى جديد للساقية المنجرفة وهو ما يعرف حاليا بحق المجرى، وكانت القبائل المالكة تدفع ثمنا غاليا مقابل شراء هذه الأراضي، وكانت القبائل البائعة تفرض ماتسميه الوثائق المحلية بحق المرور أو حق "القادوس"⁸⁰، ومعناه الانتفاع من

78 - يوجد هذا العرف في حوض "تساوت" وفي وادي درعة وفي بعض المناطق يحول إلى نوبة مائية قارة، وهذا العرف موجود في سوريا وخاصة غوطة دمشق والمعروف ب"السبيل"، ومن بين هذه الأعراف أيضا النوبة المائية الكاملة المخصصة عرفا لأداء أجرة حراسة السواقي وعمليات توزيع المياه وتدير شؤونها وحل المنازعات التي تثور بين المستفيدين، وفي منطقة فجاج الدورة المائية تدور على مدة 15 يوما ولايستفيد الملاك إلا من 14 يوما واليوم الخامس عشر مخصص تسدده بالمصاريف الجماعية بما فيها أجرة "السراني" أحمد إد الفقيه. مرجع سابق. ص: 147.

79 - يتكون نهر درعة من رافدين أسسيين: نهر دادس ونهر ورزوات وتتجمع مياه النهرين جنوب مدينة ورزوات لتشكل نهر درعة.

80 - القادوس هو أنبوب من الفخار ذو مخرجين كان يوضع في إحدى جوانب الساقية لضبط القدر المائي الذي تتخلى عنه القبائل المالكة للساقية كحق المرور للقبائل التي باعت لها الأرض.

ماء الساقية التي تمر عبر أراضيها طبقا لضوابط يتم الاتفاق عليها بين المتعاقدين⁸¹.

وعرفت بعض المناطق كمدينة تارودانت تحويل حق سقي أراضي الخواص من مياه الأحباس إذا فضل شيء منها، وعلى المستفيد في هذه الحالة الإسهاد بذلك⁸² وهو ما يعرف حاليا بحق الشرب.

وهذه الأعراف تختلف من منطقة لأخرى، وقد تكون شفوية أو مكتوبة في وثائق محلية، وفي حالة وجود مثل هذه الأعراف فإنها تجد الأولوية في التطبيق على مقتضيات المادتين 28 و29 من قانون الماء لأن عبارة "لاتحول" الواردة في المادة 30 من قانون الماء تفيد تعطيل مقتضيات المادتين 28 و29 لصالح الأعراف المحلية وذلك يقتضي بالفعل وجود أعراف محلية تنظم الارتفاقات المائية، وحسنا فعل المشرع المغربي بإعطاء الأعراف المائية أولوية في التطبيق نظرا لترسخها وتجذرها في الواقع واستئناس الملاك بمقتضياتها.

خاتمة :

إن حقوق المياه بشكل عام والارتفاقات المائية بشكل خاص تشكل مظهرا من أهم مظاهر التعايش بين الأنساق الثلاثة المكونة للنظام القانوني المغربي، وهي العرف والفقہ الإسلامي والتشريع الوضعي، كما يجسد انسجام هذه القواعد فيما

81 - أحمد البوزيدي "قضايا توزيع الماء بواحة درعة (من خلال الوثائق المحلية) مجلة منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة الحسن الثاني عين الشق السنة 1999 عدد خاص "الماء في تاريخ المغرب" ص: 84.

82 - وتم استقراء هذه الأعراف من خلال الحوالات الحيسية، وفيما يلي نص أحد الحوالات : "يشهد عبد المولى أمزل والحسن بن عثمان أمزا أن جنان أبا همو ... لا يسقى من نوبة جناني الأحباس ... في يوم السبت إلا بما فضل عن الجنانين المذكورين من الماء فإن لم يفضل عنها شيء فلا يأخذ منها شيئا ... عام 996هـ" مذكور في مقالة مصطفى بنعلة "سجلات الأملاك المحبسة مصدرا لتاريخ المغرب نموذج حوالات تارودانت في العصر السعدي" مجلة منشورات كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة الحسن الثاني عين الش البيضاء : 71.

بينها في تنظيم علاقات الجوار تعزيزا لفكرة التضامن الاجتماعي التي هي مناط الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية.

ف نجد أن قواعد التشريع وأحكامه تسري على الارتفاقات المائية من حق المجرى والمسيل والصرف وفي نفس الوقت نجد أن قواعد العرف تجد أيضا مجالها في التطبيق، كما نجد أن أحكام بعض الارتفاقات كحق الشرب تستمد قواعدها وأصولها من الفقه الإسلامي الذي كرس هذا الحق ونظم أحكامه.

وهذا الزواج الشرعي بين هذه الأنساق جعل واضعي مدونة الحقوق العينية ينظمون حقوق الارتفاق المائية مستقين أحكامها أحيانا من العرف وأحيانا من الفقه الإسلامي وأحيانا من القوانين الوضعية دون أن يخلق ذلك أي تناقض أو تضارب في الأحكام، لكن انسجام هذه المقتضيات في تنظيم الارتفاقات المائية لم ينعكس على المقتضيات القانونية الأخرى المنظمة لحقوق المياه والتي تعرف تضاربا وتناقضا في الأحكام بين هذه الأنساق.

الحقوق العينية العرفية الإسلامية

بين التنمية والتصنيف

- وجهة نظر على ضوء مدونتي الأوقاف والحقوق العينية -

ذ. محمد زعاج

طالب باحث على مستوى سلك الدكتوراه

وحدة قانون العقود والعقار

إطار بمصلحة المحافظة العقارية بالناظور

2013-2012

تمهيد

العرف شريعة وشرعية ميدانية اعترفت بها - أو على الأقل لم تستطع تجاوزها - القوانين الوضعية بل حتى الشرائع السماوية والنظريات الفقهية، وذلك باعتباره مجموعة من الممارسات التي فرضتها ظروف وضرورات ذات تجليات مختلفة بحسب الحالات، قد تكون اقتصادية، اجتماعية، أمنية،... الخ.

والتي أثبت جدواها في الاستجابة لهذه الظروف الآنية، حيث تحولت بحكم طابع الاستمرارية وشبه الديمومة والتكيف مع التحولات إلى واقع ملموس تم التنظير له وتكريسه على المستويين الفقهي النظري والقانوني رغم الاقتناع بمخالفته في الغالب للأصل وبكونه استثناء لا يقاس عليه.

إلا أنه بحكم تغير الظروف والأوضاع التي نشأت في ظلها هذه الأعراف طُرحت أسئلة ملحة ومشروعة حول مشروعية بقائها، حيث يعتقد كثيرون أنه وإن كانت أبعاد وأسباب هذه الاستمرارية غير مرتبطة بأسباب النشوء، فإنها تعزى لظروف مرتبطة هذه المرة بطبيعة الآثار المستقبلية الناشئة والمترتبة عنها بشكل يجعل من استمرار كثير منها ضرورة تقتضيها مجموعة من الإكراهات الأمنية، الاجتماعية، الاقتصادية،... الخ.

ولعل من عمومية هذا القول يمكن إستحضار مجموعة من الأوضاع العقارية بالمغرب التي تشترك في هذه الخاصية وهذا القاسم وإن بتجليات مختلفة.

في هذا الإطار تعتبر أنظمة عقارية كالجموع، والجيش، وملك الدولة الخاص، وملك الغابوي، مثالا حيا أثرت حولها مجموعة من النقاشات بخصوص جدوى استمرار بعض الأوضاع والأعراف التي لم تعد ظروف قيامها قائمة، كما لم تعد تواكب التحولات الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية المعاصرة والتي قد تكون موضوعا لمقالات لاحقة.

إلا أن ما سمي ب"الحقوق العينية العرفية الإسلامية" والمنصبة بالدرجة الأولى على الأملاك الوقفية يعد بحق موضوعا جدير بالتوقف عنده بحكم المستجد التشريعي المهم المتمثل في كل من مدونة الأوقاف، ومدونة الحقوق العينية.

تقديم :

استجابة لمجموعة من الاكراهات الآتية، في ظل وفرة الثروة العقارية وغياب مفهوم لاستثمار العقار - أخرى به رؤية ونموذج لهذا الاستثمار - وضيق أفق استغلال وسائل الانتاج، تشكلت مجموعة من الأعراف التجارية بالأساس ذات التوجه الاستغلالي "الرعي" بأشكال مختلفة، انصبت على مجمل الأنظمة العقارية وأصبحت جزء منها، وعلى الخصوص العقارات الوقفية والمخزنية (ملك الدولة)، وأملاك الخواص بدرجة أقل.

بخصوص الأوقاف، ونتيجة للإقبال الكبير على التحسيس باعتباره من أكثر صور التبرع انتشارا بالمغرب خلال فترات معينة تشكل رصيد عقاري مهم من مختلف الأصناف والأشكال من أصول ورباع بالخصوص.

وبحكم القيود الفقهية والعملية المفروضة على تفويت هذه العقارات، أو حتى على مستوى استغلالها من جهة أخرى، وكذا بالنظر لعدم جودة بعضها بشكل جعل من استغلالها وصيانتها عملا مكلفا سواء بالنسبة للجهة الوصية عليها، أو المستغلين لهذه الثروة.

لذلك وقصد تصريف هذا الرصيد، وبث شيء من الحركة فيه قصد أداء الأهداف الخيرية المرجوة منه، تشكلت تدريجياً مجموعة من الأعراف التجارية بالأساس، تندرج في ما يمكن تسمية الكراء ذوالأمد الطويل، والكراء على التأيد، بشكل يتجاوز من جهة عائق استعصاء هذه العقارات على التفويت والتصرف، وبالمقابل يضمن كل مزايا استغلالها الزمانية والمكانية إن صح التعبير، أو ما يمكن وصفه بـ "أقل من التفويت وأكثر من مجرد انتفاع"¹.

المحور الأول: ماهية الحقوق العرفية العينية الإسلامية.

سنحاول تقريب هذا المفهوم من خلال التوقف :

أولاً، عند تعريفها.

ثانياً، عند خصائصها.

أولاً: تعريف بالحقوق العينية العرفية الإسلامية.

بناء على ما سبق تعتبر الحقوق العرفية العينية الإسلامية² مجموعة من العادات والمعاملات والممارسات ذات الأصول التجارية³، الاقتصادية، المعاملاتية

1 - يقول د. محمد بن صالح الصوفي "إلا أن كل من رغب في إكرائها كان يسعى أن يكون ذلك لمدة توفر له الاستقرار، إن لم يكن الكراء دائماً مؤبداً، فعلى الأقل يكون طويل المدة حتى لا يضطر لإفراغها قبل أن يستفيد مما بذله من جهد، وما أحضره من تجهيزات = وآلات لاستغلال تلك الأرض، أو تحسين ذلك الحانوت أو غير ذلك، فكان لا بد من أن يجري التعامل في كرائها وفق مساطر ليست على وثيرة واحدة، فكان كرائها إما على التبقية أو كراء محدد المدة ولكنه قابل لأن يتجدد ومن شأنه أن يرضي الأحباس بتعمير ممتلكاتها وترضي من عمر تلك الممتلكات بما يجنيه من فوائد ما شيدت يدها، وما أثمره ماله".
الحقوق العرفية العينية الإسلامية - دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون المغربي، دار القلم للنشر والتوزيع الرباط، الطبعة الثانية 2005، ص 437-438.

2 - تسمى هذه الحقوق أيضاً بـ "حقوق القرار" بحكم أنها تضمن لصاحبها حق بقائه في العين لمدة طويلة. محمد خيرى، حماية الملكية العقارية ونظام التحفيظ العقاري بالمغرب، مطبعة المعارف الجديدة الرباط طبعة 2001، ص 404.

3 - معلوم أن المعاملات التجارية تقوم على مجموعة من الأعراف التي قد لا تكون منظمة قانوناً، إلا أنه بحكم ارتباطها بالسمة التجارية والعلاقات بين التجار، وغيرها من العوامل ذات الصلة تم التسليم بها.

بالدرجة الأولى، والاجتماعية بدرجة أقل إقتضتها جملة الظروف والعوامل المشار إليها سابقا.

وقد اتخذت هذه الحقوق أشكالا متعددة بحسب المناطق الإسلامية⁴ وباختلاف الأعراف وبمسميات متعددة ومختلفة، إلا أنها تكاد تتوافق حول أهم الخصائص كما سنقف عند ذلك في النقطة الثانية من هذا المحور.

وبحكم كون المغرب من الدول الإسلامية ذات الرصيد العقاري الوقفي والمخزني المهم، شكلت مجالا مناسباً لقيام هذه الأصناف من الحقوق العينية، هذه الأخيرة التي قد تنصب من حيث محلها على أراضي عارية (أصول) أو مبنية (رباع)، كما أنها يمكن أن تنحصر في حق واحد أو قد تجمع بين حقين في نفس الوقت.

وقد اختلفت الممارسة - والتسميات أحيانا - الميدانية لهذه الحقوق باختلاف مناطق المغرب، إلا أن المشهور منها والأكثر انتشارا أربعة حقوق هي :

* حق الجزاء.

* حق الزينة.

* حق الجلسة.

* حق الهواء⁵.

وبناء عليه فهي حقوق تنقسم بحسب محلها وطبيعتها إلى :

1: حقوق تقع على عقارات مبنية (في الغالب).

1- أ حق الجزاء.

الجزاء في اللغة : الثواب والمكافئة.

4 - خاصة دول شمال إفريقيا.

5 - تم مؤخرا تنظيم أنواع أخرى من هذه الحقوق على غرار "حق العمرى" كما سنقف عند ذلك في اللاحق من هذه المقالة.

وعرفا: المال الذي يؤدي مقابل البناء على أرض تملكها الدولة، أو ضريبة سنوية أو شهرية يؤديها للدولة من يبنى فوق أرض مخزنية أو حبسية ، والفعل جزاء عليها يجزي أو يؤدي الجزاء⁶.

أما في الإصطلاح: فالجزاء حق عيني على منفعة أرض عارية ينشأ على الأراضي الموقوفة الخلاء⁷ التي لا يجني منها الوقف فائدة، فيقوم ناظر الأوقاف بإيجارها ممن يلتزم باستثمارها زراعة أو بناء⁸.

وبذلك فالجزاء كراء منفعة، ويقع على أرض بيضاء سواء كانت هذه الأرض في ملك الأعباس أو الدولة، أو في ملك الخوادم. وهذه الأرض إذا كانت خالية (براحا) فإن العقد على الإنتفاع بها هو كراء محض، أما إذا كان فيها بناء أو غرس فالعقد فيها يكون جامعا بين البيع والكرء، فالبيع للبناء والشجر والكرء للأرض المقام عليها ذلك ، وهو أمر يميزه المالكية.

ووجه التسمية بالجزاء يرجع إلى أن كل واحد من المتعاقدين يجازي "المحبس" أو غيره بحفظ الملك والعناية به كأنه ملكه.

وفي اعتقادي فإن الجزاء أو مايقابله في الدارجة المغربية "الآجر" هو نوع من الآجر المتبادل بين أطرافه، يكون الهدف منه إحياء صدقة جارية، أو إجراء صدقة وإحيائها، بعد أن كانت عرضة للإهمال وتحمل مشاق ذلك.

فكما سبق وأشرنا تعرضت كثير من الأملاك الحبسية بالدرجة الأولى، وأملاك الدولة لكساد كبير نتيجة إعراض الناس وزهدهم عن استغلالها أو اكترائها، وذلك إما بحكم ما يتطلبه ذلك من تكاليف مالية ويد عاملة، وزمن طويل لتحويلها إلى أراضي صالحة للإستغلال بحكم التبوير الذي لحقها، وبالتالي

6 - الوقف في الفكر الإسلامي 159-2/157. د. محمد بن صالح الصوفي، م س، ص 615 هامش 1.

7 - يرد الجزاء على الماء أيضا. محمد بن صالح الصوفي، م س، ص 616.

8 - بوعيادي سعيد "الحقوق العرفية الإسلامية"، مجلة المحافظ العقاري، ص 6.

جني ثمارها بالنظر لقصر المدة المخصصة لكرائها بشكل لم يكن معه الوقت كافيا لذلك، حيث يفاجئ المكثري بانتهاء المدة بعد أن أصبح قاب قوسين من جني ثمار ما بنوه وما غرسوه.

وهو ما دفع بالفقهاء - المالكية منهم على الخصوص للتنظير لقواعد جديدة قصد استغلال هذه الأراضي رغم مخالفتها للأصل، حيث أفتى بها علماء الأندلس كإبن سراج، وابن منظور في أواخر ق9هـ⁹.

وبالطبع فقد وجد هذا الحق طريقه إلى المغرب أيضا، وانتشر بكثير من مدنه، حيث توجد حاليا أحياء بكاملها يطلق عليها إسم الجزاء مثل "جزاء بن زاكور" بفاس، و"الجزاء" بالرباط.

2: حقوق تقع على العقارات المبنية.

2- أ حق الجلسة.

بدوره لا يختلف حق الجلسة في نشأته عن حق الجزاء، سوى أن هذا الأخير يقع على أراضي عارية والآخر يتعلق بعقارات مبنية تابعة للأحباس أو الدولة بغرض تجهيزها واستغلالها لغرض تجاري أو حرفي أو صناعي بالأساس، سواء كان هذا العقار حسيبا أو ملكا خاصا للدولة.

والجلسة في اللغة بكسر الجيم، الحالة التي يكون عليها الجالس.

وفي الإصطلاح عرفت بتعاريف عدة منها :

تعريف الشيخ التماق بكونها "قرار مستمر مع عقد كراء على التبقية بماعون. والقرار هنا بمعنى الإستقرار والبقاء لأطول وقت ممكن، أما الماعون أو المواعين فهي التجهيزات التي يقتضيها استغلال العقار الذي ينصب عليه هذا الحق

9 - محمد بن صالح الصوفي، ص 616-617.

بحسب طبيعة النشاط الذي سيخصص له، حيث كثيرا ما يشمل الكراء حتى هذه التجهيزات التي تكون مرفقة به منذ توقيفه أو تحبسه مثلا¹⁰.

أما الشيخ بردلة فقد قال في الجلسة "هي تملك المنفعة للقيام بأمر الأصل كل القيام، وتتميم ما تتوقف عليه عمارته من إحداث مواعين وآلات تناسب ما أعد له الأصل".

وكثيرا من يترتب عن حق الجلسة حق آخر هو حق الزينة، حيث يستطيع صاحب حق الجلسة أن ينشئ على حقه حق زينة، وذلك باعتباره حق عيني يقبل التجزئة، ويتجزء بذلك حق الجلسة بين صاحبه من جهة، ومن اكتسب حق الزينة من جهة ثانية¹¹.

2- ب حق الهواء :

وتجدر الإشارة إلى أن حق الهواء على غرار باقي الحقوق العرفية الإسلامية يعتبر خلافا للأصل والقاعدة والمبدأ المعهود بين الناس حيث إن من تملك أرضا يملك هواءها إلى ما لانهاية، وتملك باطنها على المعتمد، ومن تملك بناء يملك سقفه إلى الحد المطلوب فقها وقانونا.

إلا أنه يختلف عن باقي هذه الحقوق من حيث منشئه، حيث يعتبر تملك حق الهواء ناتج عن طريق البيع لا تحويل حق انتفاع.

وإذا كانت الحقوق العينية العرفية السالفة الذكر قد نشأت في الغالب كضرورة نتيجة الإهمال الذي طال العقارات المنصبة عليها، فإنه على العكس من

10 - يقول الشيخ بن عاشور "إن مالك مواعين الخانوت يكرها مع الأصل كيف شاء وبها شاء البيع والكراء باهما واحد، إلا أن الإصطلاح فرق بينها بالذوات والمنافع". محمد بن صالح الصوفي، م س، ص 445.

- بل قد يطلق على الجلسة الماعون، حيث ذهب بعض الفقهاء ومنهم الشيخ ميارة إلى أنها يشكلان معنى واحد. نفسه، م س، ص 448.

11 - بوعيادي سعيد، م س، ص 16.

ذلك يعتبر تملك حق الهواء ناتج عن تزايد الإقبال على هذا النوع من التملك، وذلك لسببين :

الأول : الدافع النفسي : المتمثل في ما أشار إليه القرني من أن للناس رغبة في امتلاك الأهوية أكثر منها في امتلاك باطن الأرض لدواعي تدعوهم لذلك، منها الإشراف والنظر على المواضع البعيدة من الأنهار والإحتجاب عن غيرهم بعلو بنائهم وغير ذلك من المقاصد.

الثاني : الدافع الاقتصادي والاجتماعي : حيث إن استثمار هذا الهواء يعود على مالكة بمدخيل مهمة إن أحسن استغلاله كما أن له فوائد لامتناهات أزمات السكن¹².

وقد نظر فقهاء المالكية على الخصوص "لحق الهواء"، وحضي لديهم باهتمام كبير من خلال أمهات الكتب، كالمدونة أو من خلال الشروح.

حيث جاء في المدونة الكبرى للإمام مالك¹³ "قُلْتُ : أَرَأَيْتَ إِنْ بَاعَ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ فَوْقِ عَشْرَةِ أَذْرُعٍ مِنْ هَوَاءٍ هُوَ لَهُ ، أَيْجُوزُ هَذَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ ؟ قَالَ : لَا يَجُوزُ هَذَا عِنْدِي ، وَلَمْ أَسْمَعْ مِنْ مَالِكٍ فِيهِ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ لَهُ بِنَاءٌ بَيْنَهُ ، لِأَنَّ بَيْنِي هَذَا فَوْقَهُ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ ، قُلْتُ : أَرَأَيْتَ إِنْ بَعْتُ مَا فَوْقَ سَقْفِي عَشْرَةَ أَذْرُعٍ فَصَاعِدًا وَلَيْسَ فَوْقَ سَقْفِي بُيَانٌ أَيْجُوزُ هَذَا ؟ قَالَ : هَذَا عِنْدِي جَائِزٌ ، قُلْتُ : تَحْفَظُهُ عَنْ مَالِكٍ ؟ قَالَ : لَا ، إِذَا بَيَّنَّ صِفَةً مَا بَيْنِي فَوْقَ جِدَارِهِ مِنْ عَرْضِ حَائِطِهِ".

12 - يراجع بهذا الخصوص. د. محمد بن صالح الصوفي، م س، ص 717-718.

- محمد مومن، حق الهواء في القانون المغربي، الأنظمة العقارية بالمغرب- أعمال الندوة الوطنية التي نظمها مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية بكلية الحقوق. جامعة القاضي عياض- مراكش، يومي 5 و6 أبريل 2003، ص 52.

13 - ملك ابن أنس، المدونة الكبرى، كتاب الغرر، 1419هـ-1998م. الكتاب منشور على موقع

islamweb.net

وعليه إذا كانت هذه الحقوق العينية العرفية هي خلاف الأصل النظري للمعاملات العقارية، خاصة من حيث عناصر التملك، اقتضتها ظروف مادية استثنائية في الغالب، فإن هذه الإستثنائية والخصوصية تنعكس بالدرجة الأولى وتبرز وتتجسد على مستوى خصائصها.

ثانيا: خصائص الحقوق العينية العرفية الإسلامية.

تنوع وتتعد خصائص الحقوق العينية العرفية الإسلامية، وتستقل بعضها بمزايا خاصة دون باقي الحقوق، ويمكن إجمال أهم هذه الخصائص في:

1- أنها حقوق قائمة على التأييد والاستمرار والدوام والتجديد المستمر.

يقول صاحب العمل الفاسي:

هكذا الجلسة والجزاء ❁ جرى على التبقية القضاء

ومعنى هذا لدى ابن منظور أنها نوع أنواع ونظم الكراء يجري عليها حكم الكراء من حيث أنه لا بد من مدة معلومة وأداء وجيبة، لكن العادة والظروف جرت على أن تمضي وتستمر وتتجدد وسكنت النفوس إلى ذلك، حيث العادة والعرف هي التي منحها خصوصية الدوام والاستمرار، جريا على ما وجده الناس في التبقية من نماء للأرض والعقارات فسكنت نفوسهم لذلك.

لذلك فالعادة والعرف هنا تقدم على العقد وبنوده التي تتضمن مدة معلومة.

2- أنها تنصب على أنظمة عقارية محددة في الغالب.

وهي الأملاك الحبسية بالدرجة الأولى ثم أملاك الدولة، وذلك كما أشرنا لضرورات مادية مرتبطة بتدبيرها وصيانتها.

أما العقارات المملوكة ملكا خاصا للأفراد فهي ناذرا ما تخضع لهذا النوع من حقوق الانتفاع، حيث غالبا ما يتعهدا ويتنفع بها أصحابها مباشرة، وإن لم يكن

هنالك ما يمنع، بل إن بعض هذه الحقوق " كحق الهواء " و "العمري" نشأت في الأصل على أملاك الخواص.

3- يترتب على هذه الحقوق والمستفيد منها أداء عائدات سنوية أو شهرية لمالك الرقبة دائمة دوام الانتفاع¹⁴، حيث يطلق عليها تسميات عدة من قبيل الوجيبة إذا كانت المدة محددة، و "المشاهرة" إذا كانت غير محددة، كما تسمى ب "النجوم" و "الغبطة"¹⁵.

4- أنها حقوق عينية أصلية.

بمعنى أنها قائمة بذاتها من دون حاجة لغيرها¹⁶. وبحكم كونها حق انتفاع فإن آثارها تختلف عن تلك المتعلقة بحق الكراء خاصة ما يتعلق بالتفويت والتولية، ومن جانب آخر فإن آثارها قريبة من تلك التي تهم حق الانتفاع، حيث يمكن التصرف فيها وتداولها، وتنتقل بالإرث والوصية، ويمكن شفعتها، كما أنها قابلة للتجزئة، ويمكن أن تكون محل رهن رسمي، بل يمكن أن تكون بدورها محلاً للانتفاع بصفة عامة، أو حق عرفي آخر كحق الجلسة مثلا الذي يمكن أن يترتب عن حق الزينة كما أشرنا¹⁷.

أما إذا كانت تنصب على عقار محفظ فلا وجود لها إلا بتقييدها بالرسم العقاري¹⁸.

14 - طبعاً باستثناء حق الهواء الذي يكتسبه صاحبه بطريق الشراء كما أسلفنا. يراجع سعيد بوعيادي، م س، ص 14.

15 - وإذا ما تبدلت الظروف وارتفعت أو انخفضت أجور العقارات يعاد النظر في الوجيبة بعد نهاية المدة الأصلية أو فترة التجديد.

16 - تنص المادة 9 من مدونة الحقوق العينية على أن "الحق العيني الأصلي هو الحق الذي يقوم بذاته من غير حاجة إلى أي حق آخر يستند إليه".

17 - حيث يتجزأ حق الانتفاع بين مالك حق الزينة ومالك حق الجلسة.

18 - جاء في منطوق قرار للمجلس الأعلى بتاريخ¹³ أبريل¹⁹⁶⁶... أنه لا يمكن الاحتجاج بحق الزينة إذا لم يقع تسجيله في السجل العقاري طبقاً لمقتضيات الفصلين⁶⁵ و⁶⁷ من ظ¹² غشت¹⁹¹³. يراجع سعيد بوعيادي، م س، ص 14.

5- تنقضي الحقوق العرفية بذات أسباب انتهاء حق الانتفاع، وهي خمسة أسباب أساسية :

* موت المنتفع.

* انصرام المدة المحددة للانتفاع (وعدم تجديده طبعاً).

* هلاك العقار أو الرقبة التي تنصب عليها هذه الحقوق هلاكاً كلياً.

* تنازل صاحب الحق عن حقه.

* اجتماع صفتي المالك والمنتفع في شخص واحد¹⁹.

ويمكن أن نظيف سببا آخر هو الانقضاء بقوة القانون.

المحور الثاني: موقعها داخل الإطار القانوني بالمغرب وجدوى استمرارها وبقائها.

لقد أخذت الحقوق العينية العرفية الإسلامية موقعها داخل المنظومة القانونية الوطنية بشكل فيه كثير من التعميم، خاصة بحكم خضوعها للعرف والفقهاء الإسلامي (أولاً).

إلا أن شرعيتها وجدوى استمرارها ظل سؤالاً روتينياً طالما طرح (ثانياً).

أولاً موقعها داخل الإطار القانوني بالمغرب.

بالرغم من أن منشأ الحقوق العينية العرفية الإسلامية يرجع بالدرجة الأولى للعادة والعرف بحكم ظروف وضرورات معينة، وبالتالي فهي تخضع من حيث الأصل في تنظيمها وقواعدها لمقتضيات العرف باعتباره جزءاً لا يتجزأ عنه.

19 - تراجع المادة 99 من مدونة الحقوق العينية - قانون 08.93.

إلا أن هذا لم يمنع إقرارها على المستوى التشريعي والقضائي²⁰، حيث كانت أولى النصوص القانونية التي تطرقت لهذه الحقوق هي ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، وذلك من خلال الفصل 10 الذي حدد الجهات التي يجوز لها تقديم مطلب التحفيظ العقاري والذي من بينهم " رابعا: المتمتع بحق عيني من الحقوق المتفرعة عن الملكية حسب قواعد الشريعة الإسلامية.

ثم ظهير 26 يونيو 1913 الذي يمنع العدول من تأسيس عقود البيع المتعلقة بحقوق المفتاح والجلسة والزينة دون إذن القاضي.

كما صدر بتاريخ 27 فبراير 1914 الظهير المتعلق بالجزاء والاستئجار والجلسة والمفتاح والزينة كما وقع تغييره وتتميمه بعد ذلك بالظهير المؤرخ في 8 يوليوز 1916 المتعلق بالأراضي ذوات المنافع الخالية من البناء، حيث لم يقدم هذا الظهير (1914/07/27) تعريفا للحقوق العرفية الإسلامية بل اكتفى فقط بتعدادها في ديباجته بأنها الجزاء والاستئجار والجلسة والزينة وشبهها مما يسمى بالمفتاح والغبطة والعرف والحلاوة ونحو ذلك.

كما تطرق ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بتحديد التشريع المطبق على العقارات المحفظة في سياق تعداد الحقوق العينية الأصلية من خلال الفصل 8، والتي من بينها " 10- الحقوق الإسلامية كالجزاء والاستئجار والجلسة والزينة والهواء"²¹.

وعلى ذكر الهواء فإن هذا الأخير يخضع إلى جانب مقتضيات الفقهية والعرفية الإسلامية إلى مقتضيات الفصل 482 من ظ ل ع م ل 12 غشت 1913 الذي جا فيه " يقع صحيحا بيع جزء محدد من الفضاء الطليق أو الهواء العمودي

20 - أقول إقرارها لا تنظيمها لأن التشريع ومعه القضاء في الغالب اكتفى فقط ببعض الإشارات المتعلقة بالجانب المالي والتعريفية بهذه الحقوق، مع الإحالة بشأنها على العرف والفقه الإسلامي.

21- الحقوق الإسلامية المشار إليها في الفقرة العاشرة من الفصل 8 من هذا الظهير تبقى خاضعة للقواعد التي تحكمها".

الذي يرتفع فوق بناء قائم فعلا، ويسوغ للمشتري أن يبنى فيه، بشرط تحديد طبيعة البناء وأبعاده. ولكن لا يسوغ للمشتري أن يبيع الهواء العمودي الذي يعلوه بغير رضى البائع الأصلي"²².

ويلاحظ في هذا الصدد أن المشرع في تعداده لهذه الحقوق يصفها أحيانا بـ "حقوق المنفعة" و"الحقوق العرفية الإسلامية"، وأخرى بالحقوق العينية أو "الحقوق المتفرعة عن الملكية" حسب قواعد الشريعة الإسلامية، بل توصف أيضا بـ "المنافع".

كما يلاحظ أيضا أن القوانين التي تطرقت لهذه الحقوق منها ما هو خاص بالأموال الوقفية المثقلة بالمنافع، ومنها ما هو عام يتطرق إليها باعتبارها حقوقا عينية على غرار ظ ت ع وظهير 2 يونيو 1915 وظ ل ع.

إلا أن هذه النصوص القانونية لم تبلغ في تناولها للحقوق العينية العرفية الإسلامية في الغالب حد التنظيم، حيث إكتفى المشرع في الغالب بالإعتراف ببعضها وتعدادها، أو الإحالة بخصوص تنظيمها على الأعراف الإسلامية المعمول بها حسب الحالات، وذلك باستثناء بعض الجوانب المالية.

وإذا كان لهذا الأمر ما يبرره كالعادة من كون ظروف استثنائية اقتضته أكثر منها ضرورة تشريعية بمعناها الآني، فإن استمرار هذه الأوضاع الميدانية والتشريعية يطرح استفهاما حول مسألة شرعيتها وجدوى استمرارها خاصة في ظل الاجماع على تغير هذه الأوضاع والظروف بشكل لم تعد معه قائمة من جهة، بل لم تعد للعرف - والفقه أيضا - في اعتقادي تلك القوة الإنشائية، وذلك لحساب التشريع الوضعي والاجتهاد القضائي، وإن اعتبر مصدرا من مصادر التشريع.

22 - لتفاصيل أكثر حول التنظيم القانوني لحق الهواء، يراجع محمد مومن، م س، ص 51 وما بعدها.

وهو استفهام تكرر خاصة مع بعض الخطوات العملية التي باشرتها وزارة الأوقاف بالخصوص وبعض المستجدات التشريعية الجديرة بالوقوف عندها.

ثانيا: جدوى استمرارها أو إلغائها.

1- عرض للمواقف.

1- أ القائلون بشرعيتها والداعمون لاستمرارها.

أبلغ ما قيل في هذا الخصوص أن "ما جرى به عمل الناس وتقادم في عرفه وعادته ينبغي أن يلتمس له مخرج شرعي ما أمكن...".

كما أن أغلب أهل العلم والدين من قضاة وكذا العدول عقدوها (أي هذه الحقوق) خاصة في الأحباس.

ومن القائلين بجوازها الشيخ التماق الذي اعتبرها من واقع وعمل شريعة مهمة من المجتمع من تجار وفلاحين الذين أصبحت لديهم عرفا وعادة، وتلقاها أهل المروءات والجمهور من الناس بالرضا والقبول من حيث كونها مصدر رزق لدى كثير منهم ومجالا واسعا للتعامل، الأمر الذي لا يمكن إلا أن تكون معه جائزة.

أما القول بأن خاصية الدوام والتبعية التي هي من خصائص هذه الحقوق، والتي من شأنها أن تدفع بالعقارات التي هي موضوع لها إلى تحجير أو ما يشبه التحجير، فإن امكانية تدوالها وخضوعها لمختلف أنواع التصرفات مع بقائها متصلة به، ينفي صفة التحجير عليها ويؤكد ويدعم استمرارها وجوازها.

ومن داخل هذا التوجه برز موقف فقهي وقانوني²³ معاصر يجد في الحقوق العرفية (العينية) الاسلامية نظاما قابلا للتطور والبقاء، بل اعتبروه النموذج الذي بموجبه تطورت وتفرعت مجموعة من أشكال وأصناف حقوق الانتفاع.

23 - يرجع في هذا الخصوص لمحمد بن صالح الصوفي، م س، ص 813 وما بعدها.

هذا التوجه يتفهم أن خاصية الدوام والاستمرارية المميزة لهذه الحقوق لم تعد تساير التحولات التي طرأت على نظام الملكية وفروعها، وكذا القوانين المنظمة لها، إلا أنه من جهة أخرى يمكن تجنب التحولات المضادة للمبدأ الذي تقوم عليه هذه الحقوق من خلال إعادة صياغة التشريعات المنظمة لتملكها والتصرف فيها وكذا ضبط مدة كرائها والانتفاع بها، مع توضيح وبيان الحقوق والالتزامات التي تقع على من يستملكها من جهة وتلك التي يتحملها مالك الرقبة سواء كانت ملكا للدولة (الملك الخاص) أو الأعباس أو الخواص، وذلك سيرا على نهج بعض التجارب الحديثة لإستغلال السطح خدمة لعدة أهداف خاصة العمرانية منها.

كما أن هذه الحقوق تشكل نموذجا قابلا للتطور تفرعت منه مجموعة من أشكال الملكية، فملكية الطبقات تعتبر نموذجا مطورا لسبق فقهي إسلامي متمثل في "حق الهواء".

كما أن حق الجزاء والجلسة والزينة نموذج شبيه بالكراء التجاري، خاصة ما يتعلق منه بخاصية "الأصل التجاري" كأحد أهم مقتضيات هذا الكراء²⁴.

1- ب القائلون بعدم شرعيتها.

وقد اعتبر هؤلاء أن هذه الحقوق تعتبر ممارسة مخالفة للشرع، وأمرا محدثا مخالفا لأصل له في الشرع، وجري العمل بها لا يوجب إباحتها، فكم من أشياء محرمة جرى العمل بها على وجه جائز.

24 - تفاصيل أكثر حول هذه النقطة، محمد الوكاري، العقار والتنمية الحضرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص 1984-1985، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، ص 316.

- محمد بن صالح الصوفي، م س، ص 813 وما بعدها.

ومن هؤلاء مجموعة من الفقهاء والقضاة المغاربة كعبد الواحد بن عاشر والقاضي العربي بردلة، وأبي عبد الله المسناوي، وأبو عبد الله محمد ميار، كما نقل "التهاق" عن عبد الرحمان بن القاضي قوله ناظما:

والجلسة التي جرت بفاس * لدى الحوانيت بلا التباس
ليس لها في الشرع أصل يعتبر * ولا قياس عند كل ذي نظر
ف فعلها وبيعها حرام * عند الجميع قال الأعلام

ولعل هؤلاء الفقهاء في اعتقادي نظروا إلى هذه الحقوق ليس بمنظار منافعها الآنية، بل آثارها المستقبلية وما أحدثته في قواعد التملك والانتفاع من تحولات غير اعتيادية قد تكون لها آثار سلبية على نظام المعاملات، خاصة من حيث الغبن الذي قد يلحق الأطراف أو أحدهم.

أما وقد أقرت هذه الحقوق بأشكالها المختلفة بحسب المجتمعات والدول، وأخذت طريقها إلى المغرب، بحيث وجدت مكانا لها بالشكل الذي أضحت معروفة عليه حاليا، خاصة تلك الأصناف التي تطرقنا إليها، فإننا لسنا بصدد مناقشة الشرعية الفقهية والشرعية الإسلامية لمثل هذه الحقوق، بل إن النقاش ينصب بالأساس حول مدى سلامة استمرارها، أو على الأقل استمراريتها بالشكل الذي هي عليه.

حيث يكاد يتحقق اجماع سواء لدى الباحثين أو القائمين على مثل هذه الحقوق أن الشكل الذي تستغل به الأملاك محل هذه الحقوق يشكل حالة شاذة في مجال المعاملات العقارية بكل المقاييس لا بد من إعادة النظر فيه، إلا أن الاختلاف بين المواقف انصب حول الأسلوب الأمثل لإصلاح هذا الواقع العقاري، وهل من مجال لإنشاء مثل هذه الحقوق مستقبلا بهذه الشاكلة خصوصا بالمغرب، وعلى الأخص العقار الوقفي.

في هذا الصدد يمكن رصد بعض الخطوات الميدانية خاصة بالنسبة للعقار الوقفي وبعض المستجدات التشريعية التي لامست مسألة ومستقبل الحقوق العينية العرفية الإسلامية كما سنتطرق لذلك في الموالي.

2- خطوات عملية ومستجدات تشريعية.

يجب التذكير في هذا الصدد بأن العقارات الوقفية من أكثر العقارات خضوعاً لهذا النوع من الحقوق العينية، أما بالنسبة لأحكام الدولة وكذا أملاك الخواص فهي نماذج تكاد تكون نادرة، ومنها الظهير الصادر بتاريخ 03 يوليوز 1932 الذي أجاز للدولة النزول عن حق الرقبة الذي كانت تتمتع به على أراضي قصبة تارودانت إلى أصحاب "حق الزينة" على هذه الأراضي مقابل فرنك واحد للمتر المربع، بالإضافة إلى استملاك الدولة لحق الزينة سنتي 1967 و1979 بكل من أسفي وخريبكة، زد على ذلك ما عرف من تمتيع للمغاربة المسلمين واليهود بحق الزينة داخل قصبة أكادير قبل تعرضها لزوال 01 مارس 1960²⁵.

أما بخصوص الإحصائيات المتعلقة بهذه الحقوق فإنه بالرجوع إلى نشرة المنجزات الصادرة عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية نجد أن الأملاك المبنية ذوات النافع تشكل حوالي 26 في المئة من العدد الاجمالي للرباع، وذلك حسب إحصائيات تعود لسنة 2003، في حين قدر عددها بحوالي 8390 منفعة، أي بما قدره 7 في المئة من مجموع الرباع، وإن دل هذا التراجع في عدد الأملاك ذوات المنافع على شيء فإنما يدل على الحملة الواسعة التي باشرتها وزارة الأوقاف بهدف "تصفية" هذه المنافع، وذلك بالنظر لـ:

- التقادم وقلة الصيانة.

25 - بوعيادي سعيد، م س، ص 15.

- محمد بن صالح الصوفي، م س، ص 703.

- تدني القيمة العقارية ومداخيل كراء أغلبها، بحكم وجودها بالمدن العتيقة.

- نسبة التملك التي تعود للأوقاف تتراوح بين 2، 5 بالنسبة لأغلب النافع، و30 في المئة بالنسبة للجزئات.

- تأكل أكريتها بسبب المدد الطويلة للعلاقة الكرائية التي تربط الأوقاف بشركائها في ملكية هذه المحلات أو ذوي حقوقهم²⁶.

وقد تدعمت هذه الخطوات الميدانية بمستجد تشريعي مهم متمثل في صدور ظهير رقم 1.09.236 بتاريخ 23 فبراير 2010 المتعلق بمدونة الأوقاف التي خصصت للحقوق العرفية حيزا مهما من خلال الفرع الرابع من الباب الثاني المتعلق بموضوع "تصفية الحقوق العرفية المنشأة على الأوقاف العامة".

هذا الأخير الذي جاء بتوجه واضح يهدف لتصفية الحقوق العرفية الناشئة على الأملاك الوقفية العامة²⁷، وذلك من خلال نصه على ثلاث نقاط أساسية:

الأولى: متعلقة بانقضاء الحقوق العرفية الناشئة على الأوقاف العامة، حيث حددت المادة 105 من مدونة الأوقاف أسباب ذلك في:

1- هلاك البناءات أو المنشآت أو الأغراس المقامة على هذه الأملاك والعائدة إلى صاحب الحق العرفي.

26 - نشرة المنجزات - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 2004، ص 57.

- نشرة المنجزات - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية 2003، ص 57-58-62.

27 - جاء في المادة 50 من مدونة الأوقاف "الوقف العام هو كل وقف خصصت منفعته ابتداء أو مآلا لوجوه البر والإحسان وتحقيق منفعة عامة.

تعتبر وفقا عاما بقوة القانون على عامة المسلمين جميع المساجد والزوايا والأضرحة والمقابر الإسلامية، ومضافاتها والأملاك الموقوفة عليها.

يتمتع الوقف العام بالشخصية الاعتبارية منذ إنشائه، وتتولى إدارة الأوقاف تدبير شؤونه وفقا لأحكام هذه المدونة، وتعتبر ممثله القانوني".

2- عدم أداء صاحب الحق العرفي للوجيبة الكرائية لمدة سنتين متتاليتين، بحيث تسترد وزارة الأوقاف المحل بمنافعه، ويمنح صاحب الحق الأسبقية في كراءه.

3- في جميع الأحوال بمرور 20 سنة ابتداء من دخول هذه المدونة حيز التنفيذ²⁸.

4- تصفية هذه الحقوق بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة 106.

الثانية: متعلقة بتصفية هذه الحقوق وفق ما هو محدد في المادة 106 أي :

* شراء إدارة الأوقاف للحق العرفي المترتب لفائدة الغير؛

* شراء صاحب الحق العرفي لرقبة الملك الوقفي؛

* بيع الرقبة والحق العرفي معا عن طريق المزاد وفق أحكام المواد من 60 إلى 71 من هذه المدونة.

و لا يلجأ إلى هذه الطريقة إلا في حالة تعذر التصفية بالطريقتين السابقتين، حيث يمكن في هذه الحالة الأخير إما لادارة الأوقاف أو صاحب الحق العرفي على وجه الترتيب ضم الرقبة والحق المنشأ عليها شريطة زيادة نسبة عشرة في المئة على الثمن الذي رسا به المزاد، وأن يمارس "حق الضم" هذا داخل أجل 30 يوما من تاريخ إجراء المزاد.

الثالثة: متعلقة بمنع إنشاء مثل هذه الحقوق مستقبلا، حيث جاء في المادة 103 من المدونة أنه "لا يجوز إنشاء أي حق من الحقوق العرفية من زينة أو جلسة أو جزاء أو مفتاح أو استئجار أو غبطة أو عرف أو حلاوة أو غيرها على أي ملك من أملاك الأوقاف العامة".

28 - جاء في المادة 166 "تدخل أحكام هذه المدونة حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ صدور جميع النصوص المتخذة لتطبيقها".

إلا أن نفس المادة اعتبرت أن وقف أي ملك على الأوقاف العامة جائز متى كان مثقلا بواحد أو أكثر من هذه الحقوق، إلا أن هذا طبعا لا يعطيه امكانية الاستمرار والتأييد حيث ينقضي أو يمكن تصفيته وفق إحدى الطرق والحالات المشار إليها.

وبحكم الخصوصية المميزة "لحق الهواء" عن غيره من الحقوق العرفية الواردة على الأوقاف العامة، فقد اعتبرت المدونة من خلال المادة 104 أنه "لا تشمل الحقوق العرفية المنشأة على أملاك وقفية عامة الحق في الهواء، ويعتبر هذا الأخير حقا خالصا للأوقاف العامة.

وإذا كان واضحا أن هناك توجهها واضحا عبرت عنه مدونة الأوقاف، هادف إلى تصفية الحقوق العرفية الواردة على الأوقاف العامة، فإنه بحكم صعوبة إنهاء هذه الأوضاع دون سلوك أسلوب تدريجي اعتبر المشرع من خلال المادة 166 أن "أحكام الظهير الشريف الصادر في فاتح ربيع الآخر 1332 (27 فبراير 1914) المتعلق بالجزء والاستتجار والجلسة والمفتاح والزينة، كما وقع تغييره وتتميمه، تبقى سارية المفعول بالنسبة للحقوق العرفية المنشأة قبل دخول هذه المدونة حيز التنفيذ، على الأموال الموقوفة وفقا عاما إلى حين انقضائها وفق أحكام المادة 105 أعلاه".

إلا أنه وعلى خلاف هذا التوجه أقدمت مدونة الحقوق العينية على تخصيص حيز مهم لهذه الحقوق من خلال تنظيم بعض الحقوق العرفية الجديدة التي لم تكن منظمة إلا من خلال فقه مالك باعتبارها مرجعا في هذا الصدد، ذلك على غرار حق العمري²⁹، المغارسة³⁰، حق الهواء والتعلية³¹... الخ.

29 - منصوص عليه في المادة 105 التي جاء فيها "العمري حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطي له أو المعطي أو لمدة معلومة".

30 - جاء في المادة 265 من مدونة الحقوق العينية "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".

31 - نصت المادة 138 على أن "حق الهواء والتعلية حق عيني قوامه تملك جزء معين من الهواء العمودي الذي يعلو بناء قائما فعلا يملكه الغير، وذلك من أجل إقامة بناء فوقه تسمح به القوانين والأنظمة".

الأمر الذي يضعنا أمام سؤال حقيقة ومغزى هذين التوجهين المتناقضين على ما يبدو وما إذا كانت رغبة المشرع استمرار هذه الحقوق العرفية أم إلغائها وتصنيفيتها بحكم سلبيتها وعدم قيام الظروف الاستثنائية التي اقتضت إعمالها كما اشرنا؟

في اعتقادي ما يمكن استنتاجه من موقف المشرع المسجل في إطار ما ذهبت إليه مدونة الأوقاف أنه لا وجود لتناقض بين هذين الموقفين، وذلك على اعتبار أننا بصدد الحديث عن أنظمة عقارية مختلفة الخصائص والوضعيات من جهة، كما أننا نتحدث عن حق التملك الذي يضمن لصاحب العقار أو حتى الوصي عليه تسييره وفق الشكل الذي يرغب فيه مادام لا يخالف النظام العام.

وعليه فبحكم أن الحقوق العرفية بالمغرب نشأت في غالبيتها على أملاك الأوقاف بشكل أصبحت معه ولوقت طويل لا تستجيب فيه الأملاك المنصبة عليها للأهداف والخطط التنموية ومرتعا للاستغلال والانتفاع السلبي، بل أضحت لا تحقق الأهداف الخيرية للحبس خاصة الأوقاف العامة منها، لذلك فإن استراتيجية الوزارة اقتضت إلغاء هذا النوع من الحقوق المنصبة على الأوقاف العامة لأن الظروف المادية لإقرارها لم تعد قائمة.

لذلك فالاستثناء مرتبط بوجود أسبابه، فإذا انتهت هذه الأسباب فلا مجال لإعماله.

وبالتالي فإننا هنا نتحدث عن قواعد فقهية (فقه مالك)، حيث من أجاز العمل بهذا النوع من الحقوق ربط ذلك بالاستثناء وعليه فلا مجال لاستمرارها خاصة على أملاك من قبيل الأوقاف إذا زالت ظروف الاستثناء، مع العلم أن خاصية التأييد لا تعني عدم إمكانية التغيير، على اعتبار أنه نتاج العرف واستقرار النفوس التي متى ما اقتضت عدم جدوى استمرار هذه الحقوق يتوجب إلغائها وتصنيفيتها على غرار الحقوق المنصبة على العقارات الوقفية باعتبار هذه الأخيرة تشكل نظاما عقاريا خاصة واستثنائيا من حيث القواعد التي يخضع لها.

هذا من جهة، أما فكرة أو أسلوب الحقوق العينية العرفية كأسلوب للانتفاع والاستغلال فإنه يمكن لأي كان استعماله واللجوء إليه متى وجدت ظروف اقتضت ذلك سواء كانت شخصية أو مادية أو موضوعية، وذلك وفق ما اقتضته مصلحة أطراف العقد، خاصة إذا ما تم ذلك وفق نظرة جديدة تأخذ بالاعتبار المدة والتزامات الأطراف، ونذكر هنا إلى جانب ما تطرقت إليه مدونة الحقوق العينية من حقوق حق الهواء المنظم من خلال ظ ل ع والذي لا زال أسلوبا معتمدا في كثير من مناطق المغرب خاصة الأحياء الشعبية والمدن القديمة باعتباره حلا مساعدا على تجاوز أزمة السكن وأسلوبا مكتملا في اعتقادي لنظام الملكية المشتركة إذا ما تم تطوير قواعده وتقديمها وفق رؤية وأسلوب جديد.

وفي اعتقادي فإن الحقوق العرفية الاسلامية يمكن أن تشكل تنوعا وغنى في إطار منظومة المعاملات خاصة التجارية منها، تفتح للمتعاملين والمستغلين مجالات أوسع لاستعمال العقار والانتفاع به واستغلاله غير تلك الأساليب التقليدية التي أصبحت في الوقت الحالي لا تواكب الحركية الهائلة للمعاملات العقارية.

لكن طبعا وفق إطار عام متحكم فيه واقعيا وقانونيا، احتراما من جهة لحق الأشخاص الشخصي في التصرف والاستغلال والانتفاع بأموالهم، واحتراما من جهة أخرى لتوجهات ورؤية الدولة التنموية في مجال العقار.

أم ماذا؟

رسائل دوريات بتايخ 9 ماي 2003

مدير المحافظة العقارية
إلى
السادة المحافظين على الأملاك العقارية

الموضوع : تسهيل مأمورية الأساتذة المحامين
المرجع : رسالة نقيب المحامين بالرباط بتاريخ 09 مايو 2013

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد، تبعا للرسالة المشار إليها مرجعا الواردة علي من طرف السيد نقيب هيئة المحامين بالرباط والتي يتمس من خلالها تخصيص شبك خاص لاستقبال قضاياهم وطلباتهم، يشرفني إخباركم أنه في إطار الجهود المبذولة من طرف الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية إلزامية إلى الرف من جودة الخدمات المقدمة إلى مختلف شركائها المهنيين أن أطلب منكم العمل على تسيير مأمورية الأساتذة المحامين بالنظر إلى طبيعة المهام الموكولة إليهم والدور الهام الذي يلعبونه في مجال التحفيظ العقاري.

كما أذكركم في هذا الصدد بمضمون الدورية رقم 12075 الصادرة بتاريخ 29 نوفمبر 2011 مع التأكيد على ضرورة تفعيل مختلف الدوريات والمذكرات الموجهة إليكم في الموضوع، والسلام.

المحافظ العام

إلى

السادة المحافظين على الأملاك العقارية

دورية عدد 389

الموضوع : في شأن تطبيق المقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييد الاحتياطي

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد، في إطار تطبيق المقتضيات الجديدة التي جاء بها القانون رقم 14.0 المغير والمتمم للظهير الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، يشرفني أن أنهي إلى علمكم أن القانون المذكور نص على مقتضيات جديدة متعلقة بالتقييد الاحتياطي في الفصول 85-86 و86 مكرر و91 وتتمثل أساسا فيما يلي :

أولا : التقييد الاحتياطي بناء على سند :

- يتم إجراء التقييد الاحتياطي بناء على سند إذا كان هذا الأخير يتضمن حقا يتعذر على المحافظ تقييد على حالته وحالت شكلية بسيطة دون إجراء التقييد النهائي.

- لا يمكن إجراء أي تقييدا احتياطي بناء على سند إذا كانت مقتضيات القانون تمنع تقييده النهائي.

- تحدد مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على سند في 10 أيام لا يمكن خلالها إجراء أي تقييد يقتضي إنشاؤه موافقة الأطراف.

- خلافا لمقتضيات الفصل 6 من الظهير الشريف المؤرخ في 1 يونيو 1915 الذي تم نسخ بموجب القانون 14.07 المذكور والتي كانت تسمح بإمكانية تمديد التقييد الاحتياطي بناء على سند استنادا إلى مقال دعوى في الموضوع أو أمر الاحتياطي صادر عن رئيس المحكمة فإن مقتضيات الفصل 86 الحالية لا تنص على إمكانية تمديد التقييد الاحتياطي بناء على سند.

ثانيا : التقييد الاحتياطي بناء على أمر :

- يستمر مفعول التقييد الاحتياطي بناء على أمر لمدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تقييده ما لم ينجز التقييد النهائي للحق المعني .
- يتم التشطيب على التقييد الاحتياطي بناء على أمر تلقائيا بعد انصرام المدة المذكورة وعدم إنجاز التقييد النهائي خلال هذه المدة .

- يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية أن يصدر أمرا بتمديد التقييد الاحتياطي بناء على أمر شريطة تقديم دعوى في الموضوع من طرف المعني بالأمر ويستمر مفعول هذا التمديد إلى غاية صدور حكم نهائي في موضوع الدعوى المرفوعة ويتعين على المحافظ من أجل الاستجابة لطلب التمديد الإدلاء إليه بالأمر الصادر بالتمديد مرفق بمقال الدعوى في الموضوع المرفوعة أمام المحكمة .

- تسري المقتضيات أعلاه على جميع طلبات التقييد الاحتياطي بناء على أمر المقيدة ابتداء من يوم 2011/11/24 تاريخ صدور القانون 14.07 المذكور مع لفت انتباهكم إلى ما يلي :

• يتعين عليكم رفض إجراء أي تقييد احتياطي يستند إلى أمر قضائي صدر منذ أكثر من ثلاثة أشهر ما دام أن التقييد الاحتياطي بناء على أمر تكون مدته ثلاثة أشهر من تاريخ صدوره .

• إن التقييدات الاحتياطية بناء على أوامر المقيدة بالرسوم العقارية قبل 2011/11/24 يستمر مفعولها لمدة 6 أشهر وفقا للمقتضيات السابقة مع الأخذ بعين

الاعتبار مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 86 التي تسمح بالتشطيب عليها بناء على أمر بذلك صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية المختصة بصفة قاضيا للمستعجلات.

ثالثا: التقييد الاحتياطي بناء على مقال :

- تم حصر مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى في الموضوع في شهر ابتداء من تاريخ تقييده بالرسم العقاري.

- يتم التشطيب تلقائيا على التقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى في الموضوع بعد انصرام أجل الشهر المذكور ما لم يدل طالب التقييد الاحتياطي بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية خلال نفس الشهر يمدده إلى غاية نهاية النزاع المعروض على القضاء.

- تسري المقتضيات أعلاه على جميع طلبات التقييد الاحتياطي بناء على مقال المقيدة بالرسوم العقارية ابتداء من يوم 2011/11/24 تاريخ صدور قانون 14.07 بالجريدة الرسمية بغض النظر عن تاريخ مقال الدعوى المرفوعة أمام القضاء مع لفت انتباهكم إلى أن التقييدات الاحتياطية بناء على مقال المقيدة قبل يوم 2011/11/24 يستمر مفعولها لغاية نهاية النزاع المعروض على القضاء مع الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 86 التي تسمح بالتشطيب عليها بناء على أمر بذلك صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية المختصة بصفته قاضيا للمستعجلات.

هذا ويتعين عليكم إذا كان التقييد الاحتياطي يخص جزءا فقط من وعاء الرسم العقاري المعني (قطعة معينة، جزء مفرز..) أن تضمنوا بيان التقييد التخصيص الوارد بالأمر أو المقال المعني حتى يمكن حصر التقييد الاحتياطي في موضوع النزاع ونقله عن الاقتضاء إلى الجزء المعني فقط في حالة التجزئة أو التقسيم.

وألفت انتباهكم إلى مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 86 التي تقضي بالتشطيب على التقييدات الاحتياطية المقيدة بالرسوم العقارية بمجرد الإدلاء إليكم بأمر بذلك صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية المختصة بصفته قاضيا للمستعجلات.

وتجدر الإشارة إلى أنه للحد من ظاهرة التقييدات الاحتياطية التعسفية نص الفصل 86 مكرر أنه على المحكمة كلما ثبت لها أن طلب التقييد الاحتياطي قدم بصفة تعسفية أو كيدية أ عن سوء نية أن تقضي تلقائيا لفائدة الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية بغرامة مدنية لا يقل مبلغها عن عشرة في المائة من قيمة العقار أو الحق المدعي به، والكل دون المساس بحق الأطراف المتضررة في المطالبة بالتعويض.

كما لا يفوتني فيما يخص الأمر بالتقييد الاحتياطي ومقال الدعوى في الموضوع اللذان يتم الاستناد إليهما في طلب إجراء التقييد الاحتياطي أو تمديده، أن أطلب منكم الحرص على ما يلي :

- أن يتضمننا مراجع الرسم العقاري المعني.
- أن يكونا صادرين في مواجهة المالك المقيد بالرسم العقاري المعني.
- أن يتعلقا بحق قابل للتقييد النهائي بالسجلات العقارية.
- أن يكون الأمر بالتقييد الاحتياطي صادرا عن المحكمة الابتدائية المختصة.
- أن يكون مقال الدعوى مقدا إلى المحكمة المختصة ومؤشرا عليه من طرفها.
- وفي الأخير أطلب منكم موافاتي بكافة الصعوبات التي يمكن أن تعترضكم في تطبيق مقتضيات هذه الدورية، والسلام.

المحافظ العام

إلى

السادة المحافظين على الأملاك العقارية

الموضوع : في شأن القانون رقم 14.07 يغير ويتم بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري.

سلام تام بوجود مولانا الإمام

وبعد، يشرفني أن أنهي إلى علمكم أنه بتاريخ 27 من ذي الحجة 1432 (24 نوفمبر 2011) صدر بالجريدة الرسمية عدد 5998 الظهير الشريف رقم 1.11.177 الصادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير والمتمم بالظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري.

وقد نص القانوني 14.07 المذكور على عدة مقتضيات جديدة تتمثل أساسا

فيما يلي :

أولا : المقتضيات الجديدة ذات الطابع العام :

- وضع تعريف دقيق لمفهوم التحفيظ العقاري تفاديا لكل خلاف في التأويل حيث نص الفصل الأول صراحة على أن التحفيظ العقاري يشمل مسطرة التحفيظ والتقييدات بالرسم العقاري.

- مطابقة دائرة المحافظة العقارية مع التقسيم الإداري للمملكة مع تمكين الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية من إحداث أكثر من محافظة داخل النفوذ الترابي لكل عمالة أو إقليم (الفصل 9).

- اقتصار الطعن القضائي في التحفيظ العقاري على الطعن بالاستئناف والنقض (الفصل 109).

ثانيا : المقتضيات الجديدة المتعلقة بمساطر التحفيظ العقاري :

1- المقتضيات المتعلقة بإجراءات المسطرة العادية :

- إضافة رئيس المجلس الجماعي إلى الجهات التي يتعين على المحافظ توجيه ملخص المطلب والإعلان عن التحديد إليها (الفصل 18).

- إمكانية تسخير القوة العمومية عند الاقتضاء من طرف وكيل الملك من أجل إجراء عملية التحديد وذلك بناء على طلب من المحافظ أو من كل من له مصلحة (الفقرة الأولى من الفصل 20).

- إمكانية إلغاء مطلب التحفيظ إذا لم يدل طالب التحفيظ بعذر مقبول داخل شهر من تاريخ توصله بالإندار يبرر تغيبه عن عملية التحديد أو عدم قيامه بما يلزم لإجرائها (الفقرة الأولى من الفصل 23).

- إمكانية إلغاء مطلب التحفيظ عندما يتعذر إنجاز عملية التحديد لمرتين متتاليتين بسبب نزاع حول الملك (الفقرة الثانية من الفصل 23).

- تطبيق مقتضيات الفصل 18 فيما يخص تعليق الإعلان عن انتهاء التحديد لدى الجهات المختصة (الفقرة الثالثة من الفصل 23).

- اتخاذ قرار التحفيظ داخل أجل ثلاثة أشهر الموالية لانصرام أجل التعرض بالنسبة لمطالب التحفيظ التي انتهت إجراءاتها المسطرية بدون تعرض (الفصل 30).

- إمكانية تجزيئي مطلب التحفيظ تلقائيا وتأسيس رسم عقاري خاص بالجزء الذي لا يشمل التعرض بعد إجراء تحديد تكميلي (الفقرة الثالثة من الفصل 31).

- توجيه ملف مطلب التحفيظ إلى المحكمة الابتدائية للنظر في التعرضات المضمنة به خلال الثلاثة أشهر الموالية لانتهاؤ أجل التعرض (الفقرة الأخيرة من الفصل 32).

- قابلية قرار رفض مطلب التحفيظ في جميع الحالات للطعن أمام المحكمة الابتدائية (الفصل 37 مكرر).

- إمكانية إلغاء مطلب التحفيظ إذا لم يتم طالب التحفيظ بأي إجراء لمتابعة المسطرة داخل ثلاثة أشهر من تاريخ إنذاره (الفصل 50).

2- المقتضيات المتعلقة بالتعرضات :

- فتح إمكانية التعرض على حق وقع الإعلان عنه طبقا لمقتضيات الفصل 84 (الفصل 24).

- حصر الجهة المختصة في تلقي التعرضات في المحافظ على الأملاك العقارية والمهندس المساح الطبوغرافي المنتدب من طرفه أثناء عملية التحديد (الفقرة الأولى من الفصل 25).

- ضرورة إدلاء المتعرض بالسندات والوثائق المدعمة لتعرضه وأداء الرسوم القضائية وحقوق المرافعة إذا لم يكن قام بذلك من قبل داخل أجل الشهر الموالي لانصرام أجل التعرضات (الفقرة الثالثة من الفصل 25).

- إمكانية إلغاء التعرض إذا لم يدل المتعرض بالرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضه ولم يؤد الرسوم القضائية وحقوق المرافعة داخل الشهر الموالي لانتهاؤ أجل التعرض (الفقرة الأولى من الفصل 32).

- التنصيص صراحة على إمكانية قبول التعرض الاستثنائي ولو لم يرد على مطلب التحفيظ المعني أي تعرض سابق (الفقرة الأولى من الفصل 29).

- حصر الجهة المختصة في تلقي التعرضات الاستثنائية في المحافظ على الملاك العقارية وحده (الفقرة الأولى من الفصل 29).

- التنصيص صراحة على عدم قابلية قرار رفض التعرض الاستثنائي للطعن القضائي (الفقرة الثالثة من الفصل 29).

- الإعلان عن التعرضات التي حكم القضاء بصحتها مهما كانت طبيعتها (التعرض على حقوق مشاعة، التعرض على أجزاء مفرزة، تعرض كلي....) وفقا لمقتضيات الفصل 83 (الفقرة الأخيرة من الفصل 37).

3- المقتضيات المتعلقة بمسطرة التحفيظ الإجباري :

- التنصيص على مقتضيات جديدة متعلقة بمسطرة التحفيظ الإجباري في الفرع السادس من الباب الأول (الفصل 7 والفصول 1-51 إلى 19-51).

ثالثا : المقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييدات :

- عدم ربط تغيير اسم العقار المحفظ بأي شرط وتقليص الأجل المطلوب من أجل التقييد بسجل الإيداع إلى خمسة عشر يوما بعد النشر بالجريدة الرسمية (الفصل 52 مكرر).

- تسليم نظير الرسم العقاري للشريك المفوض له ذلك من طرف باقي الشركاء في حالة الشيع (الفقرة الثانية من الفصل 58).

- إجراء التقييد وتبليغه إلى حائز النظر مع إشعاره بوجوب تقديم النظر المذكور داخل أجل عشرين يوما وذلك في غير الحالة التي تقتضي موافقة المالك المقيد حائز النظر (الفقرة الثانية من الفصل 89).

- تقليص أجل تطبيق غرامة في إنجاز التقييد من ثمانية عشر شهرا إلى ثلاثة أشهر وتبني غرامة تصاعدية تبلغ 5 في المائة من مبلغ الرسوم المستحقة عن الشهر الأول الموالي لتاريخ القضاء الأجل المذكور و0،5 في المائة عن كل شهر أو جزء من الشهر الموالي له وتحتسب غرامة التأخير على أساس مجموع المبلغ الواجب أدائه

من طرف طالب التقييد لو تقدم بطلبه قبل أجل تطبيق الغرامة (الفصل 65 مكرر).

- ترتيب أثر الحجز العقاري من تاريخ التقييد عوض تاريخ التبليغ إلى المحافظ (الفقرة الأولى من الفصل 87).

- التشطيب على الحجز والإنذار بالحجز العقاري استنادا إلى أمر من قاضي المستعجلات يكون نهائيا وناظدا فور صدوره (الفقرة الثانية من الفصل 87).

رابعا : المقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييد الاحتياطي :

- الإبقاء على نفس المقتضيات المتعلقة بالتقييد الاحتياطي بناء على سند.

- تحديد مفعول التقييد الاحتياطي بناء على أمر في ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ صدوره وليس من تاريخ تقييده والتشطيب عليه بعد انصرام المدة المذكورة.

- إمكانية تمديد التقييد الاحتياطي بناء على أمر استنادا إلى أمر آخر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية شريطة تقديم دعوى في الموضوع واستمرار مفعول هذا التمديد إلى غاية نهاية النزاع.

- حصر مدة صلاحية التقييد الاحتياطي بناء على مقال دعوى في الموضوع في شهر والتشطيب عليه بعد انصرام أجل الشهر المذكور ما لم يدل طالب التقييد الاحتياطي بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية يمدده إلى غاية نهاية النزاع القضائي.

- خلافا لمقتضيات الفصل 91 يمكن للمحافظ التشطيب على كل تقييد احتياطي في حالة الإدلاء بأمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات يفيد ذلك.

وعليه، أطلب منكم التقييد بالمقتضيات الواردة أعلاه التي تشكل أهم المستجدات التي جاء بها القانون رقم 14.07 المتعلقة بعملكم اليومي والذي سبق موافاتكم بنسخة منه بواسطة البريد الإلكتروني.

إجتهدات قضائية
في
المادة العقارية

محكمة النقض

القرار عدد 4124
الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 2011
في الملف المدني عدد 2010/6/1/3901

ارتفاق - حق المرور - نطاق تطبيق قانون التحفيظ

يتم إعمال مقتضيات الفصل 142 من الظهير المتعلق بالتشريع المطبق على العقارات المحفظة (2 يونيو 1915) إذا تعلق النزاع بإحداث ارتفاق جديد بالمرور إلى العقار المحفظ المحاصر من كل جانب والذي لا منفذ له إلى الطريق العام أو الذي له منفذ غير كاف لاستثماره زراعيا أو صناعيا لا عندما تتعلق المطالبة القضائية بفتح طريق مغلق وكان حق المرور موجودا من قبل.

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من مستندات الملف انه بتاريخ 2005/5/10 قدم عبد العزيز (ن) مقالا إلى المحكمة الابتدائية بالرماني عرض فيه أن المدعى عليهم ورثة محمد (ق) ومن معهم يملكون أرضا تدعى " ساقية " ذات المطلب عدد 29334 الكائن بتراب الحساسنة جماعة عين السببت قيادة مرشوش وبها طريق تؤدي إلى ملكه موضوع الرسم العقاري عدد 29/2800 وهي الممر الوحيد له والذي كان يستعمله منذ 20 سنة إلى أن قام المدعى عليهم بإغلاقه طالبا لذلك الحكم عليهم فتح الطريق المذكورة وأجاب المدعى عليهم بأن للمدعي منافذ أخرى ويعد إجراء خبرة أصدرت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2006/6/19 حكمها في الملف عدد 2005/35 على المدعى عليهم بالسماح للمدعي بالمرور إلى أرضه عبر الطريق موضوع الدعوى، وفق تقرير الخبير عمر فخر الدين المؤرخ في 2006/4/14 استأنفه المحكوم عليهم وبعد إجراء خبرة بواسطة الخبير محمد الرحموني أيدته محكمة

الاستئناف المذكورة بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض من طرف المستأنفين في الوسيلة الفريدة بنقصان التعليل الموازي لانعدامه ذلك أنهم دفعوا بأن للمطلوب منفذا إلى أرضه أقصر مسافة إلا أن القرار لم يجب عن ذلك واعتمد الخبرة المأمور بها التي أفادت بأن الممر الموجود بأرضهم هو المنفذ الوحيد لولوج المطلوب إلى أرضه دون أن يتأكد بان أرض المطلوب في النقص منحصرة من جميع الجهات ولمن تعود الأملاك المحيطة بها ودون أن يؤكد أن بيد المطلوب أرضا يستغلها مشاركة مع ملاكها يمكن له المرور منها وإلى الطريق العام عبر مسافة أقصر فتكون علة القرار فاسدة كما انه خرق الفصول 142 و143 و144 من ظهير 19 رجب 1333 (1915/6/2) بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفوظة عندما لم يبين انحصار أرض المطلوب ولم يوضح ما إذا كان الممر المعطى له هو أقصر مسافة وأقل ضررا على الطالبين.

لكن ردا على الوسيلة فإن موضوع الدعوى هو فتح طريق كان المطلوب يمر منها إلى أرضه منذ 20 سنة حسب الليف العدلي المدلى به والخبرة المأمور بها استئنافية أفادت بأن أرض المطلوب ليس لها ممر آخر غير الممر موضوع النزاع وحددته الخبرة التكميلية في مسافة 235 متر طولا و4 أمتار عرضا ولا يتعلق النزاع بإحداث حق ارتفاق طبقا للفصول 142 و143 و144 من القانون المذكور ولذلك فإن المحكمة مصدرة القرار حين أوردت دفع الطالبين وعللت قضائها أن : "خبرة محمد الرحموني أنجزت بمحضر الأطراف وروعت فيها كافة الشكليات المتطلبة قانونا وأفادت بأن الممر الذي يوجد بأرض المستأنفين هو المنفذ الوحيد لولوج المستأنف إلى أرضه أو إلى الطريق العمومية وأدلى برسم بياني وهي نتيجة حاسمة ماعدا الممر المذكور لا يوجد أي منفذ آخر للطرف المستأنف عليه وأن الرسم البياني المرفق بالخبرة حدد عرض وطول الطريق وكيفية استعماله من طرف المستأنف عليه ويتعين إعماله عند تنفيذ حكم فتحه من جديد والسماح للمستأنف

عليه بالمرور عبره ولا مجال لإجراء بحث لكون نتيجة الخبرة حاسمة"، فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار معللا تعليلا كافيا وتبقى بقية العلل المنتقدة عللا زائدا يستقيم القضاء بدونها والوسيلة غير جديرة بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب

الرئيس : السيد محمد العيادي - المقرر : السيد أحمد بلبكري - المحامي العام : السيد الطاهر أحمروني.

القرار عدد 3931

الصادر بتاريخ 20 شتنبر 2011

في الملف المدني عدد 2009/1/1/1124

الأراضي المسترجعة من الأجانب - إثبات الملكية - التمسك بالحيازة.

على فرض ثبوت الحيازة لطالب التحفيظ فإنه لا ينتزع بها الملك من يد المتعرضة الدولة المستندة في ملكيتها له على سبب مشروع وهو المقرر الإداري القاضي باسترجاعها للعقار من الأجنبي في إطار ظهير 2 مارس 1973 ما دام قد بقي بمنأى عن أي طعن بالإلغاء داخل الأجل القانوني.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك

في الطلب تجاه محمد (ط) ومن معه وكذا وزير النقل حيث إنه بمقتضى الفصل الأول من قانون المسطرة المدني لا يصح التقاضي إلا ممن له المصلحة لإثبات حقوقه.

وحيث يتجلى من مستندات الملف أن القرار المطعون فيه أعلاه لم يقض للمطلوبين المذكورين أخيرا بأي شيء يمس مصالح الطاعنين الأمر الذي يكون معه الطالبون عديمي المصلحة في توجيه طلب النقض ضدهم والطل بالتالي لذلك يكون غير مقبول تجاههم.

وفي باقي الطلب : حيث يستفاد من مستندات الملف أن عيسى ومحمد وإدريس أبناء حمو () تقدموا بتاريخ 1978/11/17 مطلبا لدى المحافظة العقارية بالناظور سجل تحت عدد 6459 من أجل تحفيظ الملك المسمى "افياسيون"

حددت مساحته في هكتارين و66 آرا و19+ سنتيار بصفتهم مالكين له حسب الملكية المؤرخة في 1946/11/25 وأنه بمقتضى مطلب آخر قدم من طرف الدولة المغربي - الملك الخاص بتاريخ 1990/4/18 سجل تحت عدد 11/12863 لدى نفس المحافظة من أجل تحفيظ الملك المسمى "المطار" حددت مساحته في هكتارين و66 آرا و 19 سنتيارا بصفتها مالكة له حسب نسخة من كناش محتويات أملاك الدولة مؤرخة في 1991/3/22 كناش 11 عدد 717 على المطليين المذكورين التعرض المتبادل بينهما بسبب شمول تحديد عقار كل منهما لتحديد عقار الآخر وبعد إحالة ملفي المطليين على المحكمة الابتدائية بالناظور وفتحها لأحدهما الملف رقم 97/167 وللآخر الملف رقم 97/168 وتقديم محمد (ه) أصالة عن نفسه وبصفته نائبا عن ورثة والده عيسى (ه) وعن ورثة محمد (و) طلاب التحفيظ في المطلب الأول بمذكرة وإدلاء صاحبة المطلب الثاني بنسختين من القرار الوزاري المشترك الصادر في 1989/11/30 وبعد ضمها للملفين معا وإجراء خبرة بواسطة الخبير عبد الله السقالي أصدرت بتاريخ 2002/2/2 حكمها رقم 2628 بعدم صحة المطلب عدد 11/12863 في مواجهة المطلب 11/6459 استأنفه أصحاب المطلب عدد 11/6459 كما استأنفته الدلو - الملك الخاص - فقضت محكمة الاستئناف المذكورة بإلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا بصحة تعرض المطلب عدد 11/12863 في مواجهة المطلب عدد 11/6459 وبعدم صحة تعرض هذا الأخير في مواجهة المطلب عدد 11/12863 وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض أعلاه من طرف ورثة طلاب التحفيظ في المطلب الأول بثلاثة أسباب :

حيث يعيب الطاعنون القرار في السبب الأول بانعدام التعليل ذلك أنه جاء في الصفحة الخامسة منه أن : "طالب التحفيظ يعتبر مدعى عليه بينما يعتبر المتعرض مدعى أي أنه هو المطالب بالإدلاء بالحجة التي تؤيد تعرضه ومن جهة أخرى فإن العمل القضائي جرى على اعتبار أن مطالب لتحفيظ المتداخلة إنما يشكل اللاحق منها تعرضا على المطالب السابقة وأن الثابت من أوراق الملف أن

مطلب عيسى حمو (ط) ومن معه عدد 11/6459 قدم بتاريخ 1978/11/17 ومطلب الدولة عدد 11/12863 أي بعد عدة سنوات عن المطلب الأول مما يجب معه اعتبار صاحبة المطلب 11/12863 متعرضة مع ما يترتب على ذلك من نتائج قانونية ولذلك فإن حجة الطاعنين رسم الملكية عدد 31 في منأى عن أي طعن وأن المحكمة اعتبرت أن المطلب عدد 11/3459 صحيحا وسليما من كل طعن وأن المتعرضين لم يضيفوا إلى ملف التعرض حجة مناهضة أو منافية للملكية عدد 31 حسبما يستفاد من تعليل الحكم أعلاه مما تكون معه المحكمة قد حكمت بأمر مخالف لما ناقشته في مداولتها ويعيبونه في السبب الثاني بانعدام الأساس القانوني والواقعي ذلك أنه أشار في الصفحة 5 تحت فقرة ب " فيما يتعلق بالمطلب عدد 11/12863 الذي يشكل تعرض متبادلا مع المطلب عدد 11/6459 فالدولة تعرضت تعرضا كليا متبادلا ضد مطلب الطاعنين وأن سند تعرضها هو ظهير 1973/3/2 والقرار المشترك عدد 376.89 الصادر بتاريخ 1989/11/30 " فالمحكمة اعتبرت عدد الأراضي المسترجعة يخول للدولة حق استرجاع الأراضي التي توجد داخل مدار محيط المطار ولو أن أرضية المطلب عدد 11/6459 كانت ولا تزال على اسم الطاعنين بحجة شرعية وقانونية واعترف بها الأجنيبي وتم التنصيب على ذلك في جميع المحاضر ورسوم الخرائط الهندسية التي أنجزت سابقا وانه بالاطلاع على المرسوم يتبين انه ورد فيه في الصفحة عدد 67 لائحة بأسماء المالكين للعقارات داخل محيط دائرة نفوذ المحافظة على الملاك العقارية بالناظور على سبيل الحصر وأن المرسوم الوزاري المذكور لم يشر إلى أن أرض المطلب عدد 11/6459 كما أن التصميم الهندسي الطبوغرافي المنجز في شهر دجنبر سنة 1946 أشار إلى أسماء الملاكين الأجانب والمواطنين المغاربة على حد سواء ومن بينهم أسماء الطاعنين تحت أرقام 8-4-80 مع الإشارة إلى مساحة كل قطعة وهي ذات المطلب 6459 و6459 و6460 و44/6461 وهذه المطالب هي أجزاء من قطع الملكية عدد 31 وبالتالي فإن ما استدلت به الأملاك المخزنية من كون مطلب الطاعنين يدخل ضمن

العقارات المسترجعة لا أساس له من الصحة والدليل على ذلك ويعيبونه في السبب الثالث بانعدام التعليل وذلك في فرعين : ففي الفرع الأول المتخذ من التناقض في ملتزمات الأملاك المخزنية ذلك أنها أقدمت على طلب تسجيل ملتسمين اثنين تجمعهما وحدة الموضوع والأسباب والأطراف وفي ملفين 97/167 و97/168 المنضمان معا إلى الملف الاستثنائي عدد 03/174 الذي هو موضوع هذا الطعن وأن الأملاك المخزنية طلبت ابتدائيا في الملف عدد 97/167 الحكم بصحة تعرض الطاعنين ضد مطلبها عدد 11/12863 في حين التمس في الملف الابتدائي عدد 97/167 بصحة تعرضها وعدم صحة مطلب الطاعنين وان هذا يعتبر تناقضا يؤثر سلبا على صحة ادعاء الأملاك المخزنية وعدم تمكن المحكمة الاستجابة إلى طلباتها بتعليل سليم وفي الفرع الثاني المتخذ من خرق حقوق الدفاع ذلك أن المذكرتين المؤرختين معا في 1998/6/2 للأملاك المخزنية وضعتا معا في الملفين معا تجمعهما وحدة الأطراف والموضوع والسبب وان محكمة الاستئناف بعدما أعلنت أن الطاعنين يعتبرون مدعى عليهم والملاك المخزنية مدعية بناء على أن ملكية الطاعنين عدد 31 أضحى في منأى عن كل طعن إلا أن المحكمة تدخلت في النزاع واعتبرت أن قانون الأراضي المسترجعة هو الواجب التطبيق واعتبرته من وسائل الإثبات إلا انه بالرجوع إلى ظهير 1973/3/2 والمراسيم التطبيقية التي يستفاد منها انه لا وجود لأرض المطلب عدد 11/6459 هي من الأراضي المسترجعة أو كانت على أصل الأجانب بالإضافة إلى ذلك فإن أرض الطاعنين لا زالت مسجلة على اسمهم في جميع الخرائط الميدانية وان ملتزمات دائرة الأملاك المخزنية الواردة في مذكرتيها المؤرختين في 1998/6/2 المتعلقة بملف التعرض عدد 97/167 والمؤرخة كذلك في 1998/6/2 المتعلقة بالملف 97/168 لم تعرض على الطاعنين سواء في المرحلة الابتدائية أو الاستئنافية رغم أنهم أشاروا إلى التناقض الواضح في تصريحات الأملاك المخزنية حسبها هو ثابت في مذكرتي الطاعنين المؤرختين الأولى بتاريخ 2003/12/4 والثانية في 2006/12/25.

لكن ردا على الأسباب الثلاثة مجتمعة لتداخلها فإنه وإن كان القرار أشار في تعليقه إلى أن الطاعنين هم طلاب التحفيظ وأن المطلوبة في النقص هي المتعرضة فإن هذا لا يمنع المحكمة بما لها من سلطة في تقييم الأدلة من مناقشة حجج الطرفين وأنه لما ثبت لها أن المطلوبة في النقص أثبتت تعرضها بالحجة الكافية انتقلت لمناقشة حجج الطاعنين واعتبرتها غير مجدية ما دام أن الدولة استندت في ملكيتها على المقرر الإداري المستند على ظهير وان المحكمة لم تعتمد في قرارها على المذكرتين المشار إليهما في السبب الثالث وأنه ليس بالضرورة ذكر رقم مطلب الطاعنين في ظهير الاسترجاع ولا في المراسيم الوزارية ولذلك فإن المحكمة ولما لها من سلطة في تقييم الأدلة واستخلاص قضائها منها حين عللت قرارها بان : " مصدر تملك الدولة للأرض موضوع مطلبها عدد 11/12863 الذي يشكل تعرضا متبادلا مع المطلب عدد 11/6459 هو المقرر الإداري عدد 1.763.89 المؤرخ في 1989/11/30 ج.ر عدد 4028 وتاريخ 1990/1/10 باسترجاعها لأرض المطلب من الأجنبي في إطار ظهير 1973/3/2 المعزز بمحضر التسليم المحرر في 1990/5/30 تنفيذا للمقرر الإداري المذكور الذي بقي بمنأى عن أي طعن بالإلغاء داخل الأجل القانوني وأن المستأنف عليهم لا يجوز لهم التمسك بحياسة العقار موضوع المطلبين هذه الحياسة على فرض ثبوتها لا تنتزع بها من يد الدولة المستندة في ملكيتها له على سبب مشروع المقرر الإداري المستند على ظهير " فإنه نتيجة لما ذكر كله يكون القرار معللا ومرتكزا على أساس قانوني وما بالأسباب جميعها غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب

الرئيس : محمد العلامي - المقرر : السيدة زهرة المشرفي - المحامي العام : السيد محمد فاكر.

القرار عدد 1471

الصادر بتاريخ 29 مارس 2011

في الملف المدني عدد 2009/1/1/2539

الأملك المخزنية - اكتساب الملكية - عدم الاعتراف بالحيازة الاستحقاقية.

لا مجال للتمسك بحيازة المتعرض طوال المدة المعتبرة شرعا في اكتساب الملكية مع سكوت طالبة التحفيظ الدولة (الملك الخاص) خلال تلك المدة ما دام أن هذه الأخيرة لا يحاز عليها.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك

حيث يستفاد من مستندات الملف أنه بمقتضى مطلب تحفيظ قيد بالمحافظة العقارية بالعرائش تحت رقم 13101/ط طلبت الدولة (الملك الخاص) تحفيظ العقار المسمى " الملك مخزني العرائش 213 " حددت مساحته في 13 هكتارا و 97 آرا و 20 سنتيارا الكائن بالعرائش حي الاكواش بصفتها مالكة له حسب الرسم الخلفي رقم 2495 ص كناش 45 بتاريخ 1954/9/30 ورسم استمرار مسجل بالمحكمة الابتدائية بالعرائش بدفتر الأموال 207 عدد 183 مؤرخ في 1954/5/30 وأنه بمقتضى مطلب تحفيظ آخر قيد بنفس المحافظة العقارية بتاريخ 1986/12/18 تحت رقم 36/12 طلب بنعيسى (ش) تحفيظ الملك المسمى " شهر " حددت مساحته في 17 آرا و 62 سنتيارا بصفته مالكا له حسب رسم الحيازة عدد 570 المؤرخ في 1973/3/7 ورسم استمرار الحيازة المؤرخ في 29 ذي القعدة 1406 ونظرا لشمول تحديد عقار المطلب الأول لكافة تحديد عقار المطلب الثاني فقد سجل المحافظ تعرضا متبادلا بينهما بتاريخ 1987/8/18 كناش 1 عدد 238 وبعد إحالة ملف المطلب عدد 36/12 على المحكمة الابتدائية بالعرائش وإجرائها خبرة بواسطة

الخبير محمد الطنجي بتاريخ 1997/12/25 أصدرت حكمها عدد 160 بتاريخ 1999/3/23 في الملف عدد 3/96/45 قضت فيه بصحة تعرض إدارة الأملاك المخزنية على مطلب التحفيظ عدد 36/12 فاستأنفه طالب التحفيظ بنعيسى (ش) صاحب المطلب عدد 36/12 وألغته محكمة الاستئناف المذكورة وقضت بعدم صحة تعرض الدولة - الملك الخاص - على المطلب عدد 36/12 وذلك بمقتضى قرارها عدد 645 الصادر بتاريخ 2003/11/28 في الملف عدد 8/99/2595 وبعد الطعن فيه بالنقض من طرف الدولة - الملك الخاص - نقضه المجلس الأعلى بقراره عدد 1998 الصادر بتاريخ 2006/6/14 في الملف المدني عدد 2005/1/1/3387 وأحال القضية على نفس المحكمة بعلّة: " أنه اقتصر في تعليل قضائه على أن رسم الحيازة الذي استدل به طالب التحفيظ يتضمن مدة الحيازة المكتسبة ويتضمن رسم استمرار هذه الحيازة أيضا عدم منازع له خلال حيازته دون أن يبين مدى توفر الرسم المذكور على بقية الشروط المعتمدة شرعا في الحيازة المكتسبة للملك " وبعد الإحالة قضت محكمة الاستئناف المذكورة بتأييد الحكم المستأنف وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض حاليا من طالب التحفيظ بنعيسى (ش) في الوسيلة الفريدة بخرق القواعد الفقهية ونقصان التعليل ذلك أنه عاش في الأرض موضوع النزاع منذ ازدياده سنة 1930 وقد حازها وتصرف فيها طول هذه المدة بدون منازع وقد طالت حيازته لها أكثر من 10 سنوات بدون معارض وينسب الملك لنفسه والناس ينسبونه عليه والدليل على ذلك هو أشجار الفواكه الموجودة بهذه الأرض والتي يعود تاريخها إلى عشرات السنين واستغلاله لجزء من هذه الأرض للسكنى والاستغلال المهني حيث فتح محلا تجاريا منذ 1957 كل هذا يكفيه لاعتبار حجته وصدق ادعائه وأن سكوت المطالبة في النقص طيلة هذه المدة يجعل دعواها غير مسموعة تطبيقا للنصوص الفقهية المكرسة من المجلس الأعلى ولم يسبق لهذه الأخيرة أن حازت محل النزاع أو أنها كانت تقوم بتحصيل الضرائب المختلفة عن الملكية العقارية منه وهذا اعتراف منها بملكية الطاعن.

لكن حيث إن الرسوم الخلفية لمنطقة الشمال سابقا تعد عقودا تأسيسية لحق الملكية وأن الطاعن لا ينازع في هذا الرسم وبالتالي فهو لا ينفي أصل الملك عن الدولة - الملك الخاص - وإنما يتمسك بالحيازة طيلة المدة المعتبرة شرعا وسكوت هذه الأخيرة خلال تلك المدة إلا أن الأملاك الخاصة للدولة لا تمتلك بحيازتها ولذلك فإن القرار المطعون فيه لما استبعد حجتي الطاعن لعدم توفرهما على شروط الملك المعتبرة شرعا فقد جاء معللا وغير خارق للقواعد الفقهية والوسيلة بالتالي غير جديدة بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى برفض الطلب

الرئيس : السيد محمد العلامي - المقرر : السيد محمد بلعياشي - المحامي

العام - محمد فاكر

القرار عدد 4503

الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2011

في الملف المدني عدد 2010/1/1/44

تعرض على مطلب التحفيظ - تنازل الجماعة السلالية - إذن سلطة الوصاية.

لا يوجد في مقتضيات الفصل 5 من ظهير 1919/4/17 ما يفيد أن الإذن من الوصي برفع التعرض يقتصر فقط على المرحلة الإدارية أمام المحافظ فالإذن المذكور متطلب كذلك عند التنازل عنه أمام محكمة التحفيظ. ما دام نائب الجماعة السلالية منازع في نيابته فإن تبليغه الحكم لا أثر له وبالتالي لا يسري بموجب هذا التبليغ أجل الطعن في حقها.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك

فيما يتعلق بالدفع بعدم قبول الطلب حيث أثار المطلوب في النقض في مذكرة الجواب المشار إليها أعلاه عدم قبول طلب النقض لتقديمه خارج الأجل القانوني ذكرا بأن الجماعة قد بلغت بالقرار المطعون فيه حسب شهادة التبليغ المدلى بها بتاريخ 2009/9/24 ولم تتقدم بطلب النقض إلا بتاريخ 2009/11/2.

لكن حيث يتجلى من شهادة التبليغ المدلى بها أن الجماعة السلالية قد بلغت بواسطة نائبها أحمد (ش) المنازع في نيابته وبالتالي لا تواجه الطاعنة بالتبليغ المذكور مما يبقى معه الدفع بدون اعتبار.

وفي باقي الطلب حيث يستفاد من أوراق الملف انه بمقتضى مطلب تحفيظ قيد بالمحافظة العقارية بطنجة بتاريخ 2006/8/8 تحت عدد 1426 طلب رشيد (ب)

تحفيظ الملك المسمى " أرض باعلي 2" الواقع بجماعة بحرأويين مدشر بني مسعود والمحددة مساحته في 13 هكتارا ثلاثة آرات وتسعين سنتيارا بصفته مالكا له حسب الإرائتين الأولى مؤرخة في 18 فبراير 1983 والثانية مؤرخة في 9 مارس 1984 ونسخة لرسم بيع صفقة مؤرخ في 3 أكتوبر ورسم ملكية مؤرخ في 2 ماي 1981 فتعرض بتاريخ 2008/6/2 كناش 2 عدد 529 نائب الجماعة السلالية مجمل مطالبا بكافة الملك باعتباره يكتسي صبغة جماعية وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بطنجة أدلى نائب الجماعة السلالية لمدشر بني مجمل أحمد (ش) بواسطة نائبه الأستاذ يلحسن الحسن بتنازل عن التعرض مصحح الإمضاء من طرف النائب المذكور بتاريخ 19 ماي 2009 فأصدرت المحكمة المذكورة بتاريخ 2009/1/27 في الملف عدد 16/08/21 حكمها في الملف عدد 06/16 بالإشهاد على تنازل نائبة الجماعة السلالية عن تعرضها فاستأنفته المتعرضة وأيدته محكمة الاستئناف بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض أعلاه من المستأنفة في الوسيلة الثانية بانعدام الأساس القانوني ذلك أن الفصل 5 من نفس الظهير ينص على أنه يمكن للجماعات أن تتعرض بدون رخصة على التحفيظ الذي طلبه الغير بيد أن رفع هذا التعرض كلا أو بعضا لا يمكن أن يقع إلا بإذن من الوصي أما رفع التعرضات بالتنازل عنها كلا أو جزءا لا يمكن القيام به إلا بعد إذن من الوصي وموافقته على ذلك وأن الأراضي الجماعية تخضع لمقتضيات ظهير 27 أبريل 1919 وأن ما ذهبت إليه المحكمة بالإشهاد على تنازل أحمد (ش) على تعرض وزير الداخلية بمقتضى تأييده دون المصادقة عليه من طرف مجلس الوصاية الذي يترأسه فيه خرق للقانون.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار المطعون فيه ذلك انه علل قضاءه : "بأن الفصل 5 المذكور يتحدث عن رفع التعرضات أثناء جريان المسطرة الإدارية الواجب إتباعها أمام المحافظ على الملاك العقارية هي مرحلة تختلف عن مرحلة عرض النزاع أمام القضاء التي يحكمها الفصل 37 من ظهير التحفيظ العقاري

الذي ينص على أنه : "إذا قبل طالب التحفيظ التعرض أثناء جريان الدعوى أو تنازل المتعرض عن تعرضه فإن المحكمة المعروض عليها النزاع تقتصر على الإشهاد بذلك القبول أو التنازل وتحميل الملف على المحافظ الذي يقوم عند الاقتضاء بالتحفيظ مع اعتبار اتفاقات الأفراد أو مصالحهم" في حين أن مقتضيات الفصل الخامس من ظهير 1919/4/27 تنص على : "أن رفع هذا التعرض كلا أو بعضا لا يمكن أن يقع إلا بإذن من الوصي" وأن الفصل المذكور ليس فيه ما يدل على أن الإذن من الوصي يقتصر على المسطرة أمام المحافظ فقط الأمر الذي يكون معه القرار المطعون فيه عندما علل بما ذكر غير مرتكز على أساس قانوني سليم ومعرضا للنقض.

لهذه الأسباب

قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه

الرئيس : السيد العربي العلوي اليوسفي - المقرر : السيد محمد دغبر -
المحامي العام : السيد عبد الكافي ورياشي.

القرار عدد 957

الصادر بتاريخ 21 فبراير 2012

في الملف المدني عدد 2010/1/1/797

تقييد احتياطي - التشطيب عليه - دعوى النقص جارية.

ما دامت دعوى إتمام البيع التي على أساسها تم إدراج التقييد الاحتياطي بناء على مقالها صدر بشأنه حكم انتهائي حائز لقوة الشيء المقضي به فغن الطعن فيه بالنقض لا يحول دون اللجوء إلى قاضي المستعجلات للتشطيب عليه.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف أن المدعية شركة سليمة في شخص ممثلها القانوني تقدمت أمام رئيس المحكمة الابتدائية بابتدائية بادن سليمان بمقالين استعجاليين الأول بتاريخ 2008/5/9 فتح له الملف عدد 08/127 والثاني بتاريخ 2008/10/7 فتح له الملف عدد 08/247 عرضت فيهما انها تملك حقوق مشاعة في الرسم العقاري عدد 42417/س المتعلق بالملك المسمى " اوليفيبي " وأن المدعى عليها شركة (ه ج باط) عمدت إلى إيقاع تقييد احتياطي عليه بناء على مقال افتتاحي من أجل إتمام إجراءات البيع صدر بشأنه حكم بتاريخ 2007/1/8 في الملف عدد 06/122 قضى بعدم قبول الدعوى شكلا كما انها أعادت تقديم نفس الطلب بمقتضى مقال افتتاحي آخر بتاريخ 2007/8/3 فتح له الملف عدد 07/127 حكم بعدم قبوله أيضا حسب الحكم الصادر بتاريخ 2007/11/26 وبعد استئناف الحكيم المذكورين من طرف المدعية المذكورة فتح لها الملفان الاستئنافيان 335 و 08/336 وقضت محكمة الاستئناف المذكورة بتاريخ 2008/5/7 في الملف الول 335 بتأييد الحكم المستأنف وفي الملف الثاني 336 بالإشهاد على المستأنفة (شركة ه ج باط) بالتنازل عن استئنافها

كما أن المدعية تقدمت بمقال أمام نفس المحكمة الابتدائية يرمي إلى فسخ عقد الوعد بالبيع صدر بشأنه حكم بتاريخ 2008/3/3 في الملف عدد 08/05 قضى بفسخه وأيد استئنافيا بمقتضى القرار الصادر بتاريخ 2008/9/25 في الملف عدد 08/1475 ملتزمة لذلك أمر السيد المحافظ على الملاك العقارية والرهون بابتناء سليمان بالتشطيب على التقيدين الاحتياطين الموقعين لفائدة شركة (ه ج باط) بتاريخ 2006/12/1 (كناش 57 رقم 2683) وتاريخ 2007/8/3 (كناش 60 رقم 423) من الرسم العقاري عدد 42417/س فأصدر قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة المذكورة في الملف عدد 127 أمره عدد 129 بتاريخ 2008/6/11 قضى فيه برفض الطلب وفي الملف عدد 247 أمره عدد 240 بتاريخ 2008/10/22 قضى فيه بالاستجابة إلى الطلب فاستأنفت شركة سليمة الأمر الأول الصادر في الملف عدد 127 كما استأنف كل من المحافظ على الملاك العقارية وشركة (ه ح باط) الأمر الثاني الصادر في الملف عدد 247 ففتح للاستئناف الأول الملف عدد 08/2/3498 وللاستئناف الثاني الملف عدد 08/2/3298 وبعد ضم الملفين الاستئنافيين المذكورين قضت محكمة الاستئناف المذكورة في الملف الاستئنافي عدد 08/3298 بإلغاء الأمر المستأنف الأول (عدد 240) الصادر بتاريخ 2008/10/22 في الملف عدد 08/247 والحكم من جديد بعدم قبول الطلب بشأنه وفي الملف الاستئنافي عدد 08/3498 بإلغاء الأمر المستأنف الصادر بتاريخ 2008/6/11 في الملف عدد 08/127 والحكم من جديد بالتشطيب على التقيدين الاحتياطين الموقعين لفائدة شركة (ه ج باط) بتاريخ 2006/12/1 (كناش 57 رقم 2683) وبتاريخ 2007/8/3 كناش 60 رقم 423 من الرسم العقاري 42417/س وذلك بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض من المحافظ بثلاث وسائل.

فيما يتعلق بالوسيلة الأولى : حيث يعيب الطاعن القرار فيها بخرق الفصل 333 من قانون المسطرة المدنية ذلك انه قضى بضم الملف الاستئنافي عدد 08/3498 المتعلق باستئناف شركة سليمة ضد المر عدد 127 الصادر بتاريخ 2008/6/11 إلى الملف الاستئنافي عدد 08/3298 دون إشعاره أو استدعائه للجواب على مقال

استئناف شركة سليمة وأن العبرة بالوصف القانوني لكيفية صدور الأحكام وإن القرار المطعون فيه قصد صدر في حق الطاعن غيابيا مما يجعله مضطرا لطلب نقضه وذلك فيما يخص المتعلق باستئناف الأمر عدد 08/127.

لكن حيث أنه بمقتضى الفصل 110 لا يوجد نص قانوني يلزم المحكمة بإشعار الأطراف بضم الملفات أمامها وأنه يتجلى من مقال الاستئناف المقدم من طرف شركة سليمة بتاريخ 2008/11/26 أن هذه الأخيرة التمسست فيه الحكم وفق طلبها الرامي إلى التشطيب على التقيدين الاحتياطين المنصبين على عقارها وبالتالي فهو يعتبر مجرد رد على استئناف الطاعن المقدم بتاريخ 2008/11/11 الرامي إلى عدم التشطيب على التقيدين المذكورين وأن عدم تبليغ هذا الأخير بالاستئناف المقدم من شركة سليمة لا تأثير له على حقوق الدفاع وليس فيه خرق للمقتضيات المحتج بها والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار.

وفيما يتعلق بالوسيلة الثانية والوسيلة الثالثة : حيث يعيب الطاعن القرار في الوسيلة الثانية بانعدام التعليل وخرق مقتضيات الفصلين 148 و152 من ق.م.م. ذلك أنه تمسك بدفعه بعدم اختصاص قاضي المستعجلات بالبت في طلبات التشطيب على التقييد الاحتياطي المبني على مقال افتتاحي للدعوى وهذا التقييد يترتب عنه الحفاظ مستقبلا على تسجيل الحق المطالب به في الرسم العقاري وحفظه بالرتبة والدرجة في التقييد وأن إقرار هذا الحق منوط بقضاء الموضوع وأن التقييد الاحتياطي ورد به نص خاص هو الفصل 85 من ظهير التحفيظ العقاري وأن قاضي المستعجلات ليس مختصا في هذه المادة وليس هناك في النازلة حالة استعجال وأن الفصل 91 من نفس الظهير ينص على أنه لا يمكن التشطيب على ما قيد بالرسم العقاري إلا بناء على عقد أو حكم يثبت انقضاء أو انعدام ذلك الحق وأن القرار المطعون فيه أورد في تعليقه أن الدعوى التي عل أساسها تم إدراج التقييد الاحتياطي بناء على مقالها لم تعد ذات موضوع بعد أن قال القضاء كلمته النهائية فيها وهذا تعليل يتنافى مع وجود طلب نقض في القرارات الصادرة في القضية.

ويعينه في الوسيلة الثالثة بخرق مقتضيات الفصل 85 والفصل 91 من ظهير التحفيظ العقاري والفصل 437 من قانون المسطرة المدنية ذلك انه إذا كان الأمر يتعلق في النازلة الحالية وكما أشار إليه القرار المطعون فيه بطلب يهدف إلى أمر المحافظ بتقييد أم استعجالي على الرسم العقاري رام إلى التشطيب على تقييد احتياطي متخذ بناء على مقال فإن الأمر المقدم إلى الطاعن غير قابل للتقييد على الرسم العقاري لوجود صعوبة مادية وقانونية تحول دون ذلك وأن المقصود بالحكم الوارد في الفصل 91 أعلاه هو الحكم الصادر في الجوهر عن قاضي الموضوع مشفوعا بشهادة من كتابة الضبط تفيد تبليغ أطرافه ويكون مكتسبا لصفته النهائية وأصبح قابلا للتنفيذ وهذا الفصل يقابله الفصل 437 من ق.م.م وبالتالي فإن الحكم المشمول بالنفاذ المعجل أو بالنفاذ العادي لا يلزم الغير على التنفيذ إلا بعد الإدلاء بكل ما يفيد نهائية الحكم واكتسابه لقوة الشيء المقضي من جديد وأنه حسب ظهير 1913/8/12 فإن المحافظ ملزم بالتحقق تحت مسؤوليته الشخصية من صحة الوثائق المدلى بها شكلا وجوهرا ومن كون مضمونها لا يتعارض مع القانون ومع مضمون الرسم العقاري ومن كونها لا تتوقف على وثائق أخرى ولذلك فإن قرار المحافظ صادف الصواب عندما رفض التشطيب بمقتضى أمر صادر عن جهة غير مختصة.

لكن ردا على الوسيلتين معا لتداخلهما فغنه خلافا لما يدعيه الطاعن فإن قاضي المستعجلات يكون مختصا مبدئيا بالبت في طلب التشطيب على التقييد الاحتياطي إذا كانت صحة هذا التقييد منازع فيها وان حالة الاستعجال متوفرة في طلب التشطيب على التقييد الاحتياطي لن هذا الإجراء يشكل عرقلة كبيرة للمالك في التصرف في عقاره بكل حرية وأن التقيدين الاحتياطين المطلوب التشطيب عليهما وغن كانا قد اتخذا بناء على مقال افتتاحي للدعوى فإن طلب التشطيب عليهما قدم بعد صدور حكم نهائي في هذه الدعوى وأن قرارات محاكم الاستئناف تصدر بصفة نهائية وتكسب قوة الشيء المقضي به ما لم يثبت نقضها او

إبطلها ولذلك فإن القرار المطعون فيه حين علل بانه : "أمام صدور قرار نهائي مكتسب لقوة الشيء المقضي به في دعوى إتمام البيع المعتمدة في إجراء التقييد الاحتياطي وصدور قرار نهائي مكتسب لقوة الشيء المقضي في دعوى فسخ البيع المذكور لم يبق أي مبرر لبقاء التقييد الاحتياطي على الرسم العقاري المذكور" فإنه نتيجة لما كله يكون القرار المطعون فيه معطلا وغير خارق للمقتضيات المحتج بها والوسيلتان مع بالتالي غير جديرتين بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب

الرئيس : السيد محمد العلامي - المقرر : السيد محمد بلعياشي - المحامي العام : السيد محمد فاكر.

محاكم الإستئناف

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

القرار عدد : 310

المؤرخ في : 2011/02/9

ملف عدد : 5/10/254

القاعدة

رفض المحافظ تقييد حق عيني على عقار محفظ عن طريق قسمته وتخصيص الطاعن بحصته منه وتأسيس رسم عقاري مستقل به، يجعل الطلب مندرجا تحت مقتضيات الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري والذي يبقى اختصاص النظر في مثل تلك القرارات الإدارية لفائدة المحكمة الابتدائية.

باسم جلالة الملك

بناء على المقال الاستئنافي المقدم بتاريخ 26 يوليوز 2010 من طرف المستأنفين بواسطة نائبها الأستاذ كريم الشراوي ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 25 مارس 2010 تحت عدد 456 في الملف رقم 2009/4/174 القاضي بإلغاء القرار الإداري الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية برشيد تحت عدد 180 م ع 53 بتاريخ 2009/06/11 مع كل ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية .

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 08 دجنبر 2010 من طرف المستأنف عليه الرامية إلى تأييد الحكم المستأنف .

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على المواد الخامسة والتاسعة والخامسة عشر من القانون رقم 03.80 المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية.

وبناء على قانون المسطرة المدنية.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 19 يناير 2011.

وبناء على المناذاة على الأطراف ومن ينوب عنهم.

وبعد الاستماع الى الآراء الشفهية للمفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق السيد أحمد البوزيدي الذي أكد فيها ما جاء في مستنتاجاته الكتابية الرامية إلى تأييد الحكم المستأنف.

فتقرر وضع القضية في المداولة لجلسة اليوم.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل :

حيث قدم الإستئناف وفقا للشروط الشكلية المتطلبة قانونا، فهو لذلك فهو مقبول.

وفي الموضوع :

حيث يستفاد من المقال الإستئنافي ومن فحوى الحكم المستأنف أن الطاعن ابتدائيا كان قد تقدم أمام المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بمقال مؤشر عليه بتاريخ 19 يونيو 2009 يعرض فيه أنه سبق أن استصدر حكما عن المحكمة الابتدائية برشيد بإجراء قسمة العقار ذي الرسم عدد 4997/د وبفرز نصيبه، وأن الطعن بالإستئناف في ذلك الحكم انتهى بعدم القبول وأنه راسل المحافظ على الأملاك العقارية برشيد للعمل على تنفيذ ذلك الحكم وتأسيس رسم عقاري مستقل إلا أنه رفض بعلة ضرورة الإدلاء بشهادة بعدم الطعن بالنقض من طرف مجموع المالكين المقيدين بالرسم العقاري الأصلي إلى حدود تاريخ التقييد الإحتياطي المؤرخ في 28 يونيو 1998، موضحا أنه قرار غير مشروع، والتمس الحكم بإلغائه، وبعد تحلف الإدارة عن الجواب، صدر الحكم المشار إليه أعلاه مستجيبا للطلب، وهو الحكم المستأنف.

في سبب الاستئناف المثار تلقائيا لتعلقه بالنظام العام :

حيث طبقا لمقتضيات المادة 12 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية فإن قواعد الإختصاص النوعي تعتبر من النظام العام ويمكن إثارته خلال جميع درجات التقاضي وعلى الجهة المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائيا.

وحيث إن حاصل الطلب إلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية ببرشيد برفض ما أسماه الطاعن ابتدائيا تقييد الأحكام القاضية بخروجه من حالة الشيع بخصوص الرسم العقاري عدد 4947/د.

وحيث إن وقائع النزاع دالة على أن الأمر يتعلق برفض المحافظ تقييد حق عيني على عقار محفظ عن طريق قسمته وتخصيص الطاعن بحصته منه وتأسيس رسم عقاري مستقل به، مما يجعل هذا الطلب مندرجا تحت مقتضيات الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري والذي أبقى اختصاص النظر في مثل تلك القرارات الإدارية لفائدة المحكمة الابتدائية، مما تكون معه المحكمة الإدارية قد بتت في نزاع يخرج عن نطاق اختصاصها النوعي.

وحيث لهذه العلة، يتعين الحكم بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي التصريح بعدم اختصاص القضاء الإداري للبت في الطلب.

لهذه الأسباب

لمقتضيات المواد 5 و9 و15 من القانون المحدث لمحاكم استئناف إدارية والمادة 12 من القانون المحدثه بموجبه محاكم إدارية.

قضت محكمة الاستئناف الإدارية علنيا انتهائيا وحضوريا

في الشكل : بقبول الإستئناف .

في الموضوع : بإلغاء الحكم المستأنف، وبعد التصدي بعدم اختصاص المحكمة للبت في الطلب .

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه
بقاعة الجلسات العادية بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وكانت الهيئة مترتبة
من السادة :

السيدة لطيفة الخال رئيسا

السيد حميد ولد البلاد مقرر

السيد أنوار الشقروني عضوا

بحضور المفوض الملكي للدفاع عن القانون و الحق السيد أحمد البوزيدي .

و بمساعدة كاتبة الضبط السيدة آمنة الصمدي .

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

محكمة الاستئناف بالقنيطرة

الغرفة المدنية ملف رقم : 383-1221-2010

قرار رقم

صدر بتاريخ : 12-04-2010

القاعدة

الحكم بالغرامة التهديدية في مواجهة المحافظ شخصا بعد رفضه تنفيذ قرار استئنافي بالتشطيب على التقييد الاحتياطي.

باسم جلالة الملك

بتاريخ 2010-04-12

أصدرت محكمة الاستئناف بالقنيطرة وهي تبت في القضايا المدنية مؤلفة من السادة :

رئيسا	محمد لفتح
مستشارا مقرا	المعطي الجبوجي
مستشارا عضوا	عبد الحق أبو الفراج
كاتبا للضبط	وبمساعدة رشيد المصلح

القرار الآتي نصه :

الوقائع

بناء على المقال الاستئنافي الذي تقدم به ذ. المؤداة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 22 مارس 2010 والذي يستأنف بموجبه الأمر الاستعجالي الصادر عن السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالقنيطرة بالنيابة في الملف عدد 76-101-2010

بتاريخ 2010-03-16 والقاضي في منطوقه بعدم قبول الطلب شكلا وتحميل رافعه صائره.

وبناء على وقائع القضية التي تتلخص في كون المستأنف سبق ان تقدم بمقال استعجالي عرض فيه انه استصدر قرارا عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 2009-10-12 في الملف عدد 2009-711 قضى في منطوقه بإلغاء الحكم المستأنف برمته وبعد التصدي الحكم بالتشطيب على التقييد الاحتياطي موضوع الدعوى وذلك في حدود نسبة 15/2 وأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالقنيطرة بالتشطيب على هذا التقييد في حدود النسبة المذكورة وبعدم قبول الطلب بخصوص باقي النسبة مع تحميل المستأنف عليها صائر المرحلتين ورفض باقي المطالب . ولما بادر إلى تنفيذه حسب الملف التنفيذي عدد 2009-6201-6038 بالمحكمة الابتدائية بالقنيطرة رفض السيد المحافظ تنفيذ هذا الحكم بعله انه لم يكتسب بعد الصفة النهائية ، ملتصقا في الأخير الأمر بتحديد الغرامة التهديدية في حق المدعى عليه شخصيا بسبب امتناعه عن تنفيذ حكم حائز لقوة الشيء المقضي به في مبلغ 2000 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ ابتداء من تاريخ الامتناع عن التنفيذ. وبعد جواب المحافظ واستنفاد الإجراءات القانونية انتهى السيد رئيس المحكمة الابتدائية بالنيابة إلى الحكم بعدم قبول الدعوى شكلا بعله ان الطلب غير مرفق بشهادة الرسم العقاري موضوع طلب التشطيب، وهو الأمر الذي لم يستصوبه الطاعن على أساس ان تعليل هذا الأمر غير قانوني لكون الشهادة العقارية ليست من الوثائق التي يتوقف عليها البت في الطلب ، خاصة مع وجود قرار استئنافي قضى بالتشطيب وجواب المحافظ بالامتناع عن التنفيذ . مضيفا انه إثباتا لحسن نيته يدلي رفقته بشهادة الملكية المتعلقة بالرسم العقاري المدعى فيه، والتمس في الأخير إلغاء الأمر المستأنف والحكم تصديا وفق مقاله الافتتاحي. وأرفق المقال بنسخة الأمر المستأنف وصورة مطابقة للأصل من شهادة الملكية.

وبناء على المذكرة الجوابية التي تقدم بها المحافظ على الأملاك العقارية المؤشر عليها بتاريخ 30-3-2010 والذي التمس فيها رد الاستئناف لعدم ارتكازه على أساس قانوني سليم، لكون التقييد الاحتياطي موضوع الدعوى أسس على مقال الدعوى لفائدة ضد ورثة من اجل إتمام إجراءات البيع، وبالتالي لا يمكن التشطيب على هذا التقييد إلا بنهاية الدعوى والإدلاء بأحكام نهائية باتة في الموضوع وليس استنادا إلى أمر استعجالي.

وبناء على مستنتجات النيابة العامة الرامية إلى تطبيق القانون.

وبناء على تقرير المستشار المقرر الذي لم تقع تلاوته بالجلسة بإعفاء من الرئيس ودون معارضة الطرفين.

وبناء على تعيين القضية بجلسة.

وبعد المداولة طبقا للقانون

- التعليل -

في الشكل:

- حيث انه ليس بالملف ما يفيد تبليغ الأمر المطعون فيه إلى المستأنف، الشيء الذي يبقى معه الاستئناف نظاميا صفة وأداء وأجلا.

في الموضوع:

- حيث لم يستصوب الطاعن الأمر المستأنف بعله ان تعليله غير قانوني لكون الشهادة العقارية ليست من الوثائق التي يتوقف عليها البت في الطلب، خاصة مع وجود قرار استئنافي قضى بالتشطيب وجواب المحافظ برفض تنفيذه بحجة انه لم يكتسب بعد الصفة النهائية. وأدلى رفقة مقاله بشهادة الملكية المتعلقة بالرسم العقاري المدعى فيه.

وحيث ثبت صحة ما عابه الطاعن على الأمر المستأنف، ذلك ان البت في القضية لم يكن متوقفا على الإدلاء بشهادة المحافظة العقارية مع وجود قرار استثنائي قضى بالتشطيب الجزئي على التقييد الاحتياطي المسجل على الرسم العقاري عدد 20912/ر في حدود نسبة 15/2 وكذا بثبوت امتناع المحافظ على الأملاك العقارية بالقيطرة عن تنفيذه من خلال مضمون كتابه عدد 155- م ع 13/ المؤرخ في 22-2-2010، الشيء الذي يتعين معه إلغاء الأمر المستأنف والحكم تصديا بقبول الطلب شكلا.

- وحيث ان موضوع الدعوى مؤطر في إطار المسؤولية المدنية الشخصية للموظف وليس في إطار المسؤولية المرفقية للمحافظة العقارية

- وحيث يقضي الفصل 97 من ظهير التحفيظ العقاري ان المحافظ مسؤول شخصيا عن الضرر الناتج عن إغفال التضمين بسجلاته لكل تشطيب طلب بصفة قانونية.

- وحيث يستفاد من مجموع الوثائق المستظهر بها في الملف ان المستأنف استصدر بالفعل عن محكمة الاستئناف بالقيطرة قرارا استثنائيا في الملف عدد 11-2009 قضى في منطوقه بعد الإلغاء والتصدي بالتشطيب على التقييد الاحتياطي موضوع الدعوى وذلك في حدود نسبة 15/2 وأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالقيطرة بالتشطيب على هذا التقييد في حدود النسبة المذكورة وبعدم قبول الطلب بخصوص باقي النسبة، وبعد مباشرة إجراءات تنفيذ هذا القرار بالمحكمة الابتدائية بالقيطرة في الملف التنفيذي عدد 6038-6201-2009 امتنع السيد المحافظ على الأملاك العقارية بالقيطرة عن تنفيذ منطوق هذا القرار بعله انه لم يكتسب بعد الصبغة النهائية وفق المبين في كتابه المشار إلى مراجعه أعلاه.

- وحيث ان التبرير الذي أبداه السيد المحافظ على الأملاك العقارية يعوزه الأساس القانوني، والمادة 91 من ظهير 9 رمضان 1331 موافق 12 غشت 1913

المحتج بها من طرفه والتي تقضي ان كل ما ضمن بالسجل العقاري من تسجيل أو تقييد احتياطي، يمكن ان يشطب عليه بموجب كل عقد أو حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به، لا تسعفه في امتناعه عن تنفيذ القرار الاستثنائي، على اعتبار ان مؤدى عبارة "حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به" هو وصف يلحق بالحكم الذي لم يعد قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن العادية وهي التعرض والاستئناف، ولو كان قابلاً للطعن فيه بطرق الطعن غير العادية كإعادة النظر أو تعرض الغير الخارج عن الخصومة والنقض بل حتى ولو طعن فيه بالفعل بأحد هذه الطرق.

- وحيث ان الأمر يتعلق في نازلة الحال بقرار استثنائي نهائي أصبح دليلاً كتابياً رسمياً عملاً بالفصل 418 من ق.ل.ع.

- وحيث ان امتناع المحافظ على الأملاك العقارية عن تنفيذ منطوق هذا القرار الاستثنائي يدخل في باب التعنت وتعطيل تنفيذ الأحكام القضائية التي تصدر باسم جلالة الملك، مما يجعل امتناعه ذو طابع شخصي لا علاقة له بتسيير المرفق العمومي الذي يرأسه وهو ما يبرر تقديم طلب تحديد الغرامة التهديدية في مواجهته شخصياً.

- وحيث اعتباراً للمجموع ما ذكر، فان المحكمة واعتباراً لسلطتها التقديرية في هذا الباب ارتأت تحديد الغرامة التهديدية في مبلغ 150 درهم يؤديه المستأنف عليه شخصياً عن كل يوم تأخير عن التنفيذ.

وتطبيقاً لمقتضيات الفصول 134 و 136 و 142 و 324 و 440 وما يليه ق.م.م.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي انتهائياً علنياً حضورياً

في الشكل : قبول الاستئناف.

في الموضوع : بإلغاء الأمر المستأنف وبعد التصدي الحكم بقبول الطلب شكلاً. وفي الموضوع الحكم بتحديد الغرامة التهديدية في مبلغ 150 درهم في

مواجهة المحافظ على الأملاك العقارية بالقنيطرة بصفتة الشخصية عن كل يوم
تأخير في تنفيذ القرار الاستثنائي الصادر بتاريخ 2009-10-12 في الملف عدد 09-711
مع تحميل المستأنف عليه صائر المرحلتين ورفض باقي المطالب.

بهذا صدر القرار في اليوم والشهر والسنة أعلاه بالقاعة العادية للجلسات
بمقر محكمة الاستئناف بالقنيطرة وهي مؤلفة من نفس الهيئة التي ناقشت القضية.

كاتب الضبط

المستشار المقرر

الرئيس

محكمة الاستئناف بالناظور

ملف عقاري عدد : 05/462

حكم رقم : 129

بتاريخ : 2008/3/24

القاعدة:

مدعي الاستحقاق ملزم بإثبات صحة الحق العيني الذي يدعيه بحجة مستوفية لشروط الملك، ومنطقة على أرض النزاع.

باسم جلالة الملك

أصدرت المحكمة الابتدائية بالناظور، وهي تبت في القضايا العقارية يوم 24 مارس 2008 في جلستها العلنية.

الحكم الآتي نصه :

الوقائع

قدم المدعون مقالا مؤرخا في 2005/12/28، عرضوا فيه أن موروثهم ترك ثلاث قطع أرضية تقع بمزارع، إقليم الناظور، مبينة حدودها ومساحتها بالمقال، تملكها بموجب رسم الملكية عدد : 00 المؤرخ في 00 ورسم الملكية عدد : 00 المؤرخ في 00، وأن، بالناظور وضعت يدها على مائة متر مربع من القطعتين الأرضيتين الأولى والثانية، ومائتين وستين مترا مربعا من القطعة الأرضية الثالثة، والتمسوا الحكم على، بالتخلي عن الأجزاء المستولى عليها، مع تحميلها المصاريف، وأرفق المقال بحكم المحكمة الإداري بوجدة رقم 229 بتاريخ 27/9/2005 في الملف رقم 05/443، وتقرير خبرة، ومحضر معاينة.

أجابت بأنها لم تستول على العقارات موضوع الطلب، وأن القطع الأرضية التي تحت يدها بمزارع، تختلف عن العقارات المدعى فيها اسما وحدودا ومساحة. وبعد إشعار نائب المدعين بالإدلاء بسندات الملكية المشار إليها في المقال، وعدم تقديمه للمطلوب، أحيل الملف على النيابة العامة التي قدمت مستنتاجاتها في القضية، صدر الأمر بالتخلي الذي بلغ لنائبي الطرفين، وأدرجت القضية في جلسة 0332008 التي تقرر فيها حجز الملف للمداولة وإصدار الحكم في جلسة 2008324.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يطلب المدعون إلزام، بالتخلي عن الأجزاء التي ضمتها إلى مطالب التحفيظ التي قدمتها من القطع الأرضية الثلاث الموصوفة في المقال. وحيث إن المقرر فقها وقضاء أن مدعي الاستحقاق ملزم بإثبات صحة الحق العيني الذي يدعيه بحجة مستوفية لشروط الملك، ومنطقة على أرض النزاع.

وحيث إن المدعين لم يدلوا بالحجة المثبتة لادعائهم، وقد اشعر نائبهم بالإدلاء برسوم الملكية المشار إليها في المقال، لكنه لم يفعل، وبالتالي فإن الطلب غير مستوف للشروط المقررة فقها، ويتعين بالتالي الحكم بعدم قبوله. وحيث يتعين تحميل المدعين خاسري الطلب مصاريفه. وتطبيقا للقواعد المبينة أعلاه.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتداءيا وحضوريا :

بعدم قبول الطلب، وتحميل المدعي المصاريف.

بهذا صدر الحكم، وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة في اليوم و الشهر والسنة
أعلاه؛ و كانت المحكمة تتركب من السادة : محمد الزردوك رئيسا، محمد حدوتي
مقررا، مصطفى الفزازي عضوا، بمساعدة السيد سعيد صادقي كاتب للضبط.

محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط

القرار عدد : 165

المؤرخ في : 11-1-26

ملف عدد : 5/10/127

القاعدة

حيث حدد المجلس الأعلى بموجب قراره نطاق الدعوى باعتبار تكييفها الصحيح هو دعوى إلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض تنفيذ حكم أو قرار قضائي نهائي، مما حاصله أن ذلك التكييف القانوني للدعوى يصبح ملزماً للمحكمة التي يجب عليها البت في النزاع ضمن النطاق المذكور - نعم.

باسم جلالة الملك

بناء على المقال الاستئنافي المقدم بتاريخ 4 ماي 2010 من طرف المستأنفين بواسطة نائبهم الأستاذ أحمد الدني ضد الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 23 يونيو 2009 تحت عدد 660 في الملف رقم 2009/5/8 القاضي برفض الطلب.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها بتاريخ 01 يونيو 2010 من طرف الرامية إلى تأييد الحكم المستأنف.

وبناء على المذكرة التعقيبية المدلى بها بتاريخ 25 غشت 2010 من طرف المستأنفين الرامية إلى الحكم وفقاً لما ورد في المقال الاستئنافي.

وبناء على الاوراق الاخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على المواد الخامسة والتاسعة والخامسة عشر من القانون رقم 03.80 المحدثه بموجبه محاكم استئناف ادارية.

وبناء على قانون المسطرة المدنية.

وبناء على الاعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 12 يناير 2010.

وبناء على المناذاة على الأطراف ومن ينوب عنهم.

وبعد الاستماع الى الآراء الشفهية للمفوض الملكي للدفاع عن القانون والحق السيد أحمد البوزيدي الذي أكد فيها ما جاء في مستتجاته الكتابية الرامية إلى تأييد الحكم المستأنف.

فتقرر وضع القضية في المداولة لجلسة اليوم.

وبعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل :

حيث قدم الإستئناف وفقا للشروط الشكلية المتطلبة قانونا، فهو لذلك مقبول.

وفي الموضوع :

حيث يستفاد من المقال الإستئنافي ومن فحوى الحكم المستأنف أن المستأنفين كانوا قد تقدموا بمقال أمام المحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 2005/12/5 فتح له الملف عدد 37/06/279 من أجل الطعن بتعرض الخارج عن الخصومة في الحكم عدد 74 موضوع الملف عدد 37/5/326 ، وبعد أن قضت تلك المحكمة برفض تعرض الخارج عن الخصومة، وألغي حكمها من طرف المجلس الأعلى بموجب القرار عدد 1022 الصادر بتاريخ 3 دجنبر 2008 في الملف عدد 2008/1/4/792 وأحال الملف على المحكمة الإدارية بفاس لتبت فيه من جديد طبقا للقانون انطلاقا من أنها المختصة نوعيا بالبت في طلب إلغاء قرار المحافظ برفض تنفيذ حكم قضائي، ففتح له أمامها الملف عدد 2009/5/8 وبعد تبادل الأطراف للمذكرات وتجهيز القضية، أصدرت حكمها المشار إليه أعلاه القاضي برفض الطلب، وهو الحكم المستأنف استنادا إلى عدم ارتكازه على أساس.

في أسباب الاستئناف المثارة تلقائيا لتعلقها بالنظام العام :

حيث لا جدال أن المحكمة الإدارية بفاس إنما وضعت يدها على النزاع بموجب قرار المجلس الأعلى عدد 1022 الصادر بتاريخ 3 دجنبر 2008 في الملف عدد 2008/1/4/792 عندما قضى بإلغاء الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بتازة بتاريخ 7 يونيو 2007 في الملف عدد 37/06/279 الذي بت في تعرض الخارج عن الخصومة.

وحيث حدد المجلس الأعلى بموجب قراره المشار إليه نطاق الدعوى باعتبار تكييفها الصحيح هو دعوى إلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية بتازة برفض تنفيذ حكم أو قرار قضائي نهائي، مما حاصله أن ذلك التكييف القانوني للدعوى يصبح ملزما للمحكمة التي يجب عليها البت في النزاع ضمن النطاق المذكور.

وحيث لم يشر الحكم المستأنف إلى القرار المطعون فيه ولم تعمل المحكمة على إنذار المدعي أمامها بإصلاح طلبه وفق التكييف الوارد أعلاه لتحديد نوع القرار الإداري المطعون فيه وتحديد الحكم القضائي الذي رفض المحافظ تنفيذه وما إذا كان مرتبطا بالحكم الابتدائي الذي ألغاه المجلس الأعلى بسبب عدد اختصاص المحكمة التي أصدرته وتأثير ذلك على الأحكام السابقة عليه، كما أن الحكم المطعون فيه لم يتثبت من توافر شكليات الدعوى وبت في غياب ذلك، مما لم يمكن معه محكمة الاستئناف الإدارية من بسط ولايتها ضمن القواعد العامة للتقاضي على درجتين، الشيء الذي يتعين معه الحكم بإلغائه وإرجاع الملف إلى نفس المحكمة لإعادة البت في النزاع في ضوء النقط المذكورة.

لهذه الأسباب

وتطبيقا لمقتضيات المواد 5 و9 و15 من القانون المحدثه بموجبه محاكم استئناف إدارية.

قضت محكمة الاستئناف الإدارية علنيا انتهايا وبمثابة حضوريا :
في الشكل : بقبول الإستئناف.

في الموضوع : بإلغاء الحكم المستأنف وإرجاع الملف إلى المحكمة الإدارية
بفاس لإعادة البت فيه من جديد طبقا للقانون.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه
بقاعة الجلسات العادية بمحكمة الاستئناف الإدارية بالرباط وكانت الهيئة مترتبة
من السادة :

السيدة لطيفة الخال

رئيسا

السيد حميد ولد البلاد

مقررا

السيد أنوار شقروني

عضوا

بحضور المفوض الملكي للدفاع عن القانون و الحق السيد أحمد البوزيدي.
وبمساعدة كاتبة الضبط السيدة آمنة الصمدي.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

المحاكم الابتدائية

المحكمة الإدارية بالرباط

ملف عدد : 2013-5-315

حكم رقم :

بتاريخ : 24 أكتوبر 2013

القاعدة

لما كان قانون التحفيظ العقاري قد رسم مسطرة خاصة للمطالبة بالحقوق المتصلة بالعقار موضوع طلب التحفيظ من خلال آلية التعرض التي يتعين ممارستها خلال الآجال والشكليات المحددة قانونا، وأنه بانصرام تلك الآجال تسقط مبدئيا المطالبات المرتبطة بذلك العقار ما لم يأذن المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بفتح أجل جديد للتعرض قبل إحالة الملف على المحكمة، فإنه باستنفاد المسطرة الإدارية والقضائية لعملية التحفيظ وتصفية التعرضات المتصلة بها لم يعد للمحافظ إمكانية إدراج أي تعرض، وأن من شأن مخالفة المقتضى المذكور تأييد المنازعات المتصلة بعملية التحفيظ العقاري وهو ما يتنافى مع مبدأ الأمن العقاري.

باسم جلالة الملك

بتاريخ: 24 أكتوبر 2013

أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي متكونة من السادة :

رئيسا ومقررا

الأستاذ عبدالحق أخوالزين

عضوا

الأستاذة جميلة مكريم

عضوا

الأستاذ معاذ العبودي

مفوضا ملكيا

بحضور الأستاذ محمد ناصح

كاتب الضبط

وبمساعدة السيد سعيد الرامي

الحكم الآتي نصه:

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف الطاعن بواسطة نائبه، المودع بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 20 يونيو 2013 والذي عرض من خلاله بأنه تقدم بطلب تحفيظ عقاره المسمى "أرض بو علي 2" مساحته 13 هكتار 03 آر 93 سنتيار الكائن بطريق ملوسة بالجماعة القروية البحراويين اقليم الفحص أنجرة طنجة وبعد استنفاد المساطر الادارية والقضائية التي انتهت بصدور قرار عن محكمة النقض بتاريخ 14-06-2013 قضى برفض طلب النقض المقدم من طرف المتعرضة الجماعة السلالية لمدر بنو مجمل، أرجع الملف إلى المحافظة العقارية غير أن المحافظ على الأملاك العقارية بدلا من أن يؤسس رسما عقاريا للعقار عمد تلقائيا إلى تسجيل تعرض متبادل مع الأملاك المخزنية المسماة "لفراسة" وذلك بتاريخ 20 ماي 2013 وأحال الملف على المحكمة الابتدائية بطنجة، وأن ذلك يشكل خرقا للقانون لعدم تقديم أي طلب تعرض وعدم تبليغه بمضمونه، فضلا على أن قبول التعرض استثناء خارج الأجل القانوني يتعين أن يتم قبل إحالة الملف على المحكمة.

لذلك فإنه يلتمس الحكم بإلغاء القرار الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بطنجة بنو مكادة القاضي بقبول التعرض المتبادل ضد مطلب التحفيظ عدد : 61-1426 المدرج بتاريخ 20 ماي 2013 كناش 5 عدد : 489 مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية وشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وأرفقت المذكورة بوثائق منها: صورة شمسية لشهادة التعرض على التحفيظ، مقررات قضائية

وبناء على إدراج القضية بجلسة 10 أكتوبر 2013 تخلف عنها نائب الطاعن رغم الاعلام كما تخلف المطلوب في الطعن رغم توصله بصفة قانونية، وأكد

المفوض الملكي ملتمساته التي بسطها خلال الجلسة فتقرر ادراج القضية للمداولة
لجلسة 24 أكتوبر 2013.

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف الطاعن بواسطة نائبه،
المودع بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 20 يونيو 2013 والذي عرض من خلاله
بأنه تقدم بطلب تحفيظ عقاره المسمى "أرض بوعلي 2" مساحته 13 هكتار 03 آر 93
سنتيار الكائن بطريق ملوسة بالجماعة القروية البحراويين اقليم الفحص أنجرة
طنجة وبعد استنفاد المساطر الادارية والقضائية التي انتهت بصدر قرار عن
محكمة النقض بتاريخ 14-06-2013 قضى برفض طلب النقض المقدم من طرف
المتعرضة الجماعة السلالية لمدر بني مجمل، أرجع الملف إلى المحافظة العقارية غير
أن المحافظ على الأملاك العقارية بدلا من أن يؤسس رسما عقاريا للعقار عمد
تلقائيا إلى تسجيل تعرض متبادل مع الأملاك المخزنية المسماة "لفراسة" وذلك
بتاريخ 20 ماي 2013 وأحال الملف على المحكمة الابتدائية بطنجة، وأن ذلك
يشكل خرقا للقانون لعدم تقديم أي طلب تعرض وعدم تبليغه بمضمونه، فضلا
على أن قبول التعرض استثناء خارج الأجل القانوني يتعين أن يتم قبل إحالة
الملف على المحكمة.

لذلك فإنه يلتمس الحكم بإلغاء القرار الصادر عن المحافظ على الأملاك
العقارية والرهون بطنجة بني مكادة القاضي بقبول التعرض المتبادل ضد مطلب
التحفيظ عدد : 61-1426 المدرج بتاريخ 20 ماي 2013 كناش 5 عدد : 489 مع ما
يترتب على ذلك من آثار قانونية وشمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وأرفقت المذكرة بوثائق منها: صورة شمسية لشهادة التعرض على التحفيظ،
مقررات قضائية.

وبناء على إدراج القضية بجلسة 10 أكتوبر 2013 تخلف عنها نائب الطاعن
رغم الاعلام كما تخلف المطلوب في الطعن رغم توصله بصفة قانونية، وأكد

المفوض الملكي ملتمساته التي بسطها خلال الجلسة فتقرر ادراج القضية للمداولة
لجلسة 24 أكتوبر 2013.

وبعد المداولة طبقا للقانون

- التعليل -

من حيث الشكل :

حيث قدم الطلب وفق الشروط الشكلية المتطلبة قانونا الأمر الذي
يستوجب قبوله من هذه الناحية.

من حيث الموضوع :

حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار الصادر عن المحافظ على
الأمالك العقارية والرهون بطنجة بني مكادة القاضي بقبول التعرض المتبادل ضد
مطلب التحفيظ عدد: 61-1426 المدرج بتاريخ 20 ماي 2013 كناش 5 عدد: 489 مع
ما يترتب على ذلك من آثار قانونية وشمول الحكم بالنفاذ المعجل .

وحيث تخلف المطلوب في الطعن عن الجواب رغم توصله بصفة
قانونية.

وحيث من جملة ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه كونه مشوبا بعيب
مخالفة القانون بالنظر إلى أن قبول التعرض استثناء خارج الأجل القانوني يتعين
أن يتم قبل إحالة الملف على المحكمة.

وحيث إن الثابت من مستندات الملف أنه سبق للطاعن أن تقدم بتاريخ
08-08-2006 بطلب تحفيظ عقاره المسمى "أرض بوعلي 2" الكائن بطريق ملوسة
بالجماعة القروية البحراويين اقليم الفحص أنجرة طنجة سجل تحت رقم
61-1426، وأنه تم تسجيل تعرض كلي صادر عن الجماعة السلالية لمدر بني مجمل
بتاريخ 02 يونيو 2008 وبعد استنفاد المساطر الادارية والقضائية التي انتهت

بصدور قرار عن محكمة النقض بتاريخ 19-02-2013 قضى برفض طلب النقض المقدم من طرف المتعرضة، أرجع الملف إلى المحافظة العقارية ليتم تسجيل تعرض متبادل مع الغابة المخزنية المسماة "الفراسة" أدرج بتاريخ 20 ماي 2013.

لكن، حيث من جهة، فإن قانون التحفيظ العقاري رسم مسطرة خاصة للمطالبة بالحقوق المتصلة بالعقار موضوع طلب التحفيظ من خلال آلية التعرض التي يتعين ممارستها خلال الآجال والشكليات المحددة قانوناً، وأنه بانصرام تلك الآجال تسقط مبدئياً المطالبات المرتبطة بذلك العقار ما لم يأذن المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بفتح أجل جديد للتعرض قبل إحالة الملف على المحكمة، وفي النازلة الماثلة فإنه باستنفاد المسطرة الادارية والقضائية لعملية التحفيظ وتصفية التعرضات المتصلة بها على النحو المفصل أعلاه لم يعد للمحافظ إمكانية إدراج أي تعرض، وأن من شأن مخالفة المقتضى المذكور تأييد المنازعات المتصلة بعملية التحفيظ العقاري وهو ما يتنافى مع مبدأ الأمن العقاري، ومن جهة أخرى، فإنه بصدور مقرر قضائي نهائي بشأن تصفية التعرض على مطلب التحفيظ رقم 61-1426 وإحالة الملف على المحافظة العقارية، يتعين على المحافظ على المحافظ على الأملاك العقارية والرهون ترتيب الأثر القانوني عن المقرر القضائي النهائي الموماً إليه أعلاه بالنظر إلى أن تجاهل السلطة الإدارية للأحكام النافذة المفعول يشكل خارج الظروف الاستثنائية شططا في استعمال السلطة لما يترتب على ذلك من خرق للقواعد الأساسية للتنظيم القضائي والإجراءات القضائية التي باحترامها يصبان النظام العام وتحفظ الحقوق والمراكز القانونية.

وحيث إنه ترتيباً على التعليل المتقدم يبقى قرار المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بطنجة بني مكادة بشأن إدراج تعرض متبادل بمطلب التحفيظ عدد: 61-1426 والحال أن المسطرة الادارية والقضائية وما اتصل بها من تعرضات قد تم استنفادها وفق الميين أعلاه، متسماً بالتجاوز في استعمال السلطة لمخالفته القانون وفقاً للتعليل المتقدم، مما يوجب القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك قانوناً.

وحيث ليس هناك ما يبرر شمول الحكم بالنفاذ المعجل.

المنطوق

وتطبيقا لمقتضيات القانون رقم 41/90 المحدث للمحاكم الإدارية والفصول 1-31-32-47-50 من قانون المسطرة المدنية.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية وهي تقضي علينا ابتدائيا و بمثابة حضوري:

في الشكل : بقبول الطلب .

في الموضوع : بإلغاء بإلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية والرهنون بطنجة بني مكادة بشأن إدراج تعرض متبادل بمطلب التحفيظ عدد : 61-1426 بتاريخ 20 ماي 2013، مع ما يترتب على ذلك قانونا، ورفض باقي الطلبات.

بهذا صدر الحكم في اليوم و الشهر والسنة أعلاه.

كاتب الضبط

الرئيس والمقرر

المحكمة الإدارية بالرباط

قسم قضاء الإلغاء

حكم رقم :

بتاريخ : 2013/3/21

ملف رقم : 2010/ 5/197

القاعدة

- لئن كان الطعن قد حصل في إطار قانون يخول الحق في الطعن بقرار رفض التعرض فإن صدور قانون جديد يحظر مثل هذا الطعن لا تأثير له على الدعوى الحالية في جميع الأحوال لكون الحظر المستهدف يظل قاصرا في جميع الأحوال على الطعن العادي أمام المحاكم العادية ولا يشمل الطعن بالإلغاء أمام القضاء الإداري الغير القابل للتحصين مطلقا طبقا للفصل 118 من الدستور.

- إذا كان المحافظ لا يمكنه إلغاء التعرض إلا في حالة عدم تقديم المتعرضين الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضهم، وعليه فلما ناقش الحجج المدلى بها وقارن بينها ورفض التعرض فقد جاء قراره مشوبا بعيوب الاختصاص ومخالفة القانون وعيب السبب، مما يتعين معه الحكم بإلغائه مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ الخميس 9 جمادى الأولى 1434 الموافق لـ 21 مارس 2013

أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي متكونة من السادة :

محمد الهيني رئيسا ومقررا

أمينة ناوني عضوا

معاذ العبودي عضوا

بحضور السيد سعيد المرتضي مفوضا ملكيا
بمساعدة السيدة فاطمة الزهرراء بوقرطاشي كاتبة الضبط

الحكم الآتي نصه:

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المسجل بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 15/6/2010، المعنى من أداء الرسوم القضائية بقوة القانون، تعرض فيه الطاعنة بواسطة نائبها أنها تقدمت بتعرض كلي ضد مطالب التحفيظ عدد 06/.... و عدد 06/.... وعدد 06/.... وعززت تعرضها بالوثائق اللازمة لذلك. إلا أن المحافظ العقاري رفض تسجيل تعرضها بعلّة أن رسم الملكية المدلى به رفقة الطلب لا ينطبق لا من حيث لحدود ولا المساحة على العقارات موضوع مطلب التحفيظ، وهو ما يجعل قراره مخالفا لمقتضيات الفصلين 31 و32 من ظهير التحفيظ العقاري، والتي لا تبيح له البت في موضوع التعرض لأن في ذلك تطاول على سلطة المحكمة، وأن دور المحافظ ينحصر في تسلم الوثائق المؤيدة للتعرض قصد بعثها مع ملف التحفيظ إلى المحكمة دون إبداء الرأي في صحتها أو عدم صحتها، ولا يمكنه أن يقوم بالفصل في النزاع بالسهولة التي بت بها المحافظ في تعرضها حيث استبعده دون أن إجراء من إجراءات التحقيق التي تمكن من التحقق من ثبوت حق طالب التحفيظ بما فيه موقع العقار وحدوده. لذا فهي تلتمس الحكم بإلغاء القرار الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية بطنجة بني مكادة بتاريخ 2010/6/3 القاضي برفض تعرضها الكلي على مطالب التحفيظ المشار إليها أعلاه، مع ترتيب النتائج القانونية على ذلك باعتبار التعرض قائما ومنتجا لكافة آثاره لأجل مواصلة الإجراءات في المطالب المذكورة.

وبناء على المذكرة الجوابية المدلى بها من طرف المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بطنجة بني مكادة بتاريخ 2010/8/19، أفاد فيها بأن رسم الملكية المدلى به

من طرف الطاعنة لا ينطبق من حيث الحدود والمساحة على العقارات موضوع مطلب التحفيظ، ولذلك تم رفضه استنادا إلى الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري الذي يخول للمحافظ رفض التعرض في حالة عدم الإدلاء بالوثائق المؤيدة له، وأن قراراته الصادرة في إطار الفصل المذكور لا تخضع للطعن فيها أمام المحاكم الابتدائية، ملتصقا لأجله رفض الطلب لوقوعه خارج مقتضيات القانونية، والحكم بعدم الاختصاص النوعي.

وبناء على الحكم عدد 2399 الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 2010-7-15 والقاضي بانعقاد الاختصاص النوعي للمحكمة للنظر في الطلب.

وبناء على عرض القضية بجلسة 2013-2-28، حضرت خلالها نائبة الطرف المدعي وأكدت الطلب، وتحلفت الوكالة المدعى عليها رغم التوصل، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكد مستنتاجاته الكتابية التي بسطها بالجلسة، فتقرر وضع القضية في المداولة قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

وبعد المداولة طبقا للقانون

من حيث الشكل :

حول مدى قابلية قرار المحافظ برفض التعرض للطعن وحيث إن القاعدة في الطعن خضوعه للقانون الساري وقت رفعه.

وحيث لئن كان الطعن قد حصل في إطار قانون يخول الحق في الطعن بقرار رفض التعرض فإن صدور القانون الجديد رقم 14.07 بتعديل الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري بحظر مثل هذا الطعن لا تأثير له على الدعوى الحالية في جميع الأحوال، لكون الحظر المستهدف يظل قاصرا على الطعن العادي أمام المحاكم العادية، ولا يشمل الطعن بالإلغاء الذي يمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون.

وحيث ينص الفصل 110 من الدستور على أنه لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون.

وحيث ينص الفصل 118 من الدستور على أن "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة".

وحيث إن سمو القاعدة الدستورية على ماعداها من نصوص قانونية يشكل تكريسا للشرعية وسيادة للقانون باعتبارهما من مبادئ دولة الحق والقانون التي تأبى تحصيل أي قرار إداري مهما علا شأنه وتعددت مصادره واختلفت مجالاته من الرقابة القضائية لكون القضاء هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات وحيث بذلك يكون الطلب مقدما وفقا للشروط المتطلبة قانونا مما تعين معه قبوله شكلا.

من حيث الموضوع :

حيث يهدف الطلب إلى الحكم حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بطنجة بني مكادة بتاريخ 2010/6/3، القاضي برفض تسجيل التعرض الكلي المقدم من طرف الطاعنة ضد مطالب التحفيظ عدد 06/... وعدد 06/... وعدد 06/... مع ترتيب النتائج القانونية على ذلك، واعتبار التعرض المذكور منتجا لكافة آثاره.

وحيث دفع المحافظ المطلوب في الطعن بكون رسم الملكية المدلى به من طرف الطاعنة لا ينطبق من حيث الحدود والمساحة على العقارات موضوع مطلب التحفيظ، وأن رفضه تم استنادا إلى الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري.

حول مشروعية المقرر المطعون فيه

وحيث أسس الطعن على مخالفة المقرر المطعون فيه لاستبعاده رسم ملكية الطاعنة دون اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق التي تمكن من التحقق من ثبوت حق طالب التحفيظ بما فيه موقع العقار وحدوده.

وحيث إن دور المحافظ الفصل 32 من ظهير التحفيظ العقاري ينحصر في تسلم الوثائق المؤيدة للتعرض قصد بعثها مع ملف التحفيظ إلى المحكمة دون إبداء الرأي في صحتها أو عدم صحتها، لأن ذلك من اختصاص محكمة التحفيظ، طبقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض (على سبيل المثال لا الحصر قرار محكمة النقض الغرفة الإدارية عدد 3912 الصادر بتاريخ 13-11-2001 ملف عدد 451-1-1-97) وتبعاً لما أقره للفصل 37 من نفس القانون الذي ينص صراحة على أنه تبت المحكمة في وجود الحق المدعى به من قبل المتعرضين وطبيعته ومشمولاته ونطاقه، فضلاً عن أنه لم يبرر قراره بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي تمكن من التحقق من ثبوت حق طالب التحفيظ بما فيه موقع العقار وحدوده.

وحيث إنه إذا كان المحافظ لا يمكنه إلغاء التعرض إلا في حالة عدم تقديم المتعرضين الرسوم والوثائق المؤيدة لتعرضهم، وعليه فلما ناقش الحجج المدلى بها وقارن بينها ورفض التعرض فقد جاء قراره خارقاً للمقتضيات القانونية المذكورة، ومشوباً بعيوب الاختصاص ومخالفة القانون وعيب السبب، مما يتعين معه الحكم بإلغائه مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

المنطوق

وتطبيقاً للفصول 110 و117 و118 من الدستور، ومقتضيات القانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، ومقتضيات قانون المسطرة المدنية، والفصول 29 و32 و37 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل بمقتضى القانون رقم 14.07.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية علنياً وابتدائياً وحضورياً :

في الشكل: بقبول الطلب.

وفي الموضوع: بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

المحكمة الإدارية بالرباط

قسم قضاء الإلغاء

حكم رقم :

بتاريخ : 2013/3/21

ملف رقم : 2012/ 5/390

القاعدة

فتح أجل استثنائي للتعرض - المرحلة الابتدائية - نعم - المرحلة الاستئنافية - لا.

مصلحة حسن سير العدالة - عدم توسيع نطاق الخصومة.

لما كان قبول وكيل الملك للتعرضات خارج الأجل المحدد قانونا يتم بصورة استثنائية، فإن إعمال هذا الاستثناء يتعين أن يتم وفق ضوابط محددة ودون إخلال بمسطرة التقاضي، بحيث يلزم أن يكون ملف التحفيظ لازال معروضا على المحكمة الابتدائية حتى لا تفوت على طرفي النزاع أحد درجات التقاضي، إذ أن من شأن فتح أجل جديد للتعرض، والحال أن الملف معروض على محكمة الاستئناف إدخال أطراف لأول مرة في النزاع أمام المحكمة المذكورة، مما يشكل تعارضا مع مبدأي حسن سير العدالة والتقاضي على درجتين، فضلا على أن التعرض يتضمن مطالبة بحق عيني على العقار موضوع طلب التحفيظ، والحال أنه يتعذر مبدئيا من الناحية القانونية تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف حرصا على مبدأ ثبات الخصومة وعدم توسيع نطاقها، عملا بمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية، مما حاصله أن إصدار وكيل الملك لقرار بمنح أجل جديد للتعرض على مطلب التحفيظ والحال أن المحكمة الابتدائية رفعت يدها عن الملف، طعنا في الحكم لا يجوز ممن لم يكن طرفا فيه

،والذي قصره المشرع على المتعرض الغير الخارج عن الخصومة ،الذي لا يتصور أن تكون النيابة العامة مثيلا له، لأنها دائما حاضرة وناظرة وأمينة على الحق العام ،فضلا عن أن الطعون الاستثنائية غير مقبولة في مجال التحفيظ ،مما يجعل قرارها متسما بالتجاوز في استعمال السلطة لعيب مخالفة القانون، الأمر الذي يوجب القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك قانونا.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ الخميس 9 جمادى الأولى 1434 الموافق لـ 21 مارس 2013

أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي متكونة من السادة :

محمد الهيني..... رئيسا ومقررا

أمينة ناووني..... عضوا

معاذ العبودي..... عضوا

بحضور السيد سعيد المرطضي مفوضا ملكيا

بمساعدة السيدة فاطمة الزهرراء بوقرطاشي كاتبة الضبط

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المسجل بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 19/9/2012، المعفى من أداء الرسوم القضائية بقوة القانون، والذي يلتمس فيه الطاعنين إلغاء القرار الإداري الصادر عن وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بتمارة تحت عدد 11-658 بتاريخ 11-5-11 والقاضي بقبول التعرض الاستثنائي للتجاوز في استعمال السلطة بسبب خرق المواد 29 و 41 و 43 من ظهير التحفيظ العقاري مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية مع الصائر.

وبناء على عرض القضية بجلسة 2013-2-28، حضر خلاله نائبة الطرف المدعي وأكد الطلب، وتخلفت الجهة المدعى عليها رغم التوصل، فاعتبرت

المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكد مستنتجاته الكتابية التي بسطها بالجلسة، فتقرر وضع القضية في المداولة قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

وبعد المداولة طبقا للقانون

حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار الإداري الصادر عن وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بتمارة تحت عدد 11-658 بتاريخ 11-5-2011 والقاضي بقبول التعرض الاستثنائي للتجاوز في استعمال السلطة بسبب خرق المواد 29 و41 و43 من ظهير التحفيظ العقاري مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية مع الصائر.

حيث تخلفت الجهة المدعى عليها عن الجواب رغم التوصل.

وحيث أسس الطاعن طلبه على الوسيلة المستمدة من مخالفة القرار المطعون فيه للقانون، بحكم أنه أنه لا يحق لوكيل الملك الاستجابة لطلب فتح أجل التعرض بعد استئناف الحكم الصادر في الملف المتعلق بالتعرضات المقدمة بشأن طلب التحفيظ، على اعتبار أنه يتعذر قانونا إدخال أطراف جديدة خلال المرحلة الاستئنافية.

وحيث إن البين الوثائق المؤيد لطلب الطاعن أنه بعد تقديم تعرضه على مطلب التحفيظ عدد R.....، أحيل ملف التحفيظ على المحكمة الابتدائية بتمارة التي أصدرت بتاريخ حكما بتاريخ 9-10-2005 في الملف عدد قضى بعدم صحة التعرضين، مفتوح له ملف الاستئناف عدد 1401-44-2008، علما أن وكيل الملك بتمارة أصدر بتاريخ 11 ماي 2011 قرارا بقبول طلب التعرض بصفة استثنائية خارج الأجل.

وحيث إن البت في الطلب يتوقف على بيان ما إذا كان بإمكان وكيل الملك منح أجل جديد للتعرض بعدما رفعت المحكمة الابتدائية يدها على ملف التحفيظ، وأحيل على محكمة الاستئناف.

وحيث تقضي الفقرة الأولى من الفصل 29 من ظهير التحفيظ العقاري ل 12 غشت 1913 - باعتباره القانون النافذ أثناء صدور القرار المطعون فيه - بأنه : "بعد انصرام الأجل المحدد في الفصل 27 يمكن أن يقبل التعرض بصفة استثنائية من طرف المحافظ مادام لم يوجه الملف إلى كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية وكذا بعد توجيهه إذا اتخذ وكيل الملك قرار بذلك".

وحيث لما كان قبول وكيل الملك للتعرضات خارج الأجل المحدد قانونا يتم بصورة استثنائية، فإن أعمال هذا الاستثناء يتعين أن يتم وفق ضوابط محددة ودون إخلال بمسطرة التقاضي، بحيث يلزم أن يكون ملف التحفيظ لازال معروضا على المحكمة الابتدائية حتى لا تفوت على طرفي النزاع أحد درجات التقاضي، إذ أن من شأن فتح أجل جديد للتعرض، والحال أن الملف معروض على محكمة الاستئناف إدخال أطراف لأول مرة في النزاع أمام المحكمة المذكورة، مما يشكل تعارضا مع مبدأي حسن سير العدالة والتقاضي على درجتين، فضلا على أن التعرض يتضمن مطالبة بحق عيني على العقار موضوع طلب التحفيظ، والحال أنه يتعد مبدئيا من الناحية القانونية تقديم طلبات جديدة أمام محكمة الاستئناف حرصا على مبدأ ثبات الخصومة وعدم توسيع نطاقها، عملا بمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية، مما حاصله أن إصدار وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتمارة لقرار بمنح أجل جديد للتعرض على مطلب التحفيظ والحال أن المحكمة الابتدائية رفعت يدها عن الملف، طعنا في الحكم لا يجوز ممن لم يكن طرفا فيه، والذي قصره المشرع على المتعرض الغير الخارج عن الخصومة، الذي لا يتصور أن تكون النيابة العامة مثيلا له، لأنها دائما حاضرة وناظرة وأمينة على الحق العام، فضلا عن أن الطعون الاستثنائية غير مقبولة في مجال التحفيظ، مما يجعل قرارها متسما بالتجاوز في استعمال السلطة لعيب مخالفة القانون، الأمر الذي يوجب القضاء بإلغائه مع ما يترتب على ذلك قانونا.

المنطوق

وتطبيقا للفصلين 117 و118 من الدستور، ومقتضيات القانون رقم 41-90 المحدثة بموجبه محاكم إدارية، ومقتضيات قانون المسطرة المدنية والفصل 29 من المرسوم الملكي بشأن التحفيظ العقاري لـ 12 غشت 1913.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية علنيا وابتدائيا وبمثابة الحضوري :

في الشكل : بقبول الطلب

وفي الموضوع : بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية.

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

المحكمة الإدارية بالرباط

قسم قضاء الإلغاء

حكم رقم :

بتاريخ : 2013/3/21

ملف رقم : 2012/5/420

القاعدة :

الطعن في قرار التحفيظ - نعم - الفصل 118 من الدستور.

- إذا كان الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري قد نص على أن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، فإن هذا المنع لا يمكن أن ينسحب أثره على دعوى الطعن بالإلغاء الذي تمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون، لأن المقصود بعدم القابلية الطعن العادي لا الطعن الإداري الغير القابل للتحصين مطلقا.

- كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيميا أو فرديا، يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة.

- إن سمو القاعدة الدستورية على ماعداها من نصوص قانونية يشكل تكريسا للشرعية وسيادة للقانون باعتبارهما من مبادئ دولة الحق والقانون التي تأبى تحصين أي قرار إداري مهما علا شأنه وتعددت مصادره واختلفت مجالاته من الرقابة القضائية، لكون القضاء هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات، الذي لا تصدر أحكامه إلا على أساس التطبيق العادل للقانون.

- تحقق العلم اليقيني ابتداء من تاريخ إيداع المطلب ومرورا بعملية التحديد وكذا الإشهار بالجريدة الرسمية، واتخاذ قرار التحفيظ بعد عدم ورود أي تعرض من الطاعنين يجعل الطعن مقبلا خارج الأجل القانوني.

- فضلا عن شرط اختلال أجل الطعن بالإلغاء، فإن شرط انعدام المصلحة المثار تلقائيا من طرف المحكمة لتعلقه بالنظام العام طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية ثابت في النازلة لكون إشارة الطاعنين في مطلب التحفيظ إلى وجود حق الهواء لفائدة الغير مانع من الطعن بعد تأسيس الرسم لعدم ثبوت عنصر الضرر في القرار طالما اقتصر دور المحافظ على تسجيل التقييد كما هو بدون تعديل، وبدون أي تعرض من أي كان.

- دعوى التعويض الناتجة عن خطأ مدعى به في مسطرة التحفيظ المقدمة في مواجهة شخص عادي من أشخاص القانون الخاص تستتبع التصريح بعدم الاختصاص في نظرها طبقا للفصل الثامن من القانون رقم 41-90.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ الخميس 9 جمادى الأولى 1434 الموافق لـ 21 مارس 2013

أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي متكونة من السادة :

محمد الهيني رئيسا ومقررا

أمينة ناوفا عضوا

معاذ العبودي عضوا

بحضور السيد سعيد المرتضي مفوضا ملكيا

بمساعدة السيدة فاطمة الزهرراء بوقرطاشي كاتبة الضبط

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المقدم من طرف المدعين بواسطة نائبيهم المسجل لدى كتابة ضبط هذه المحكمة والمعنى من أداء الرسوم القضائية بتاريخ 2012/10/10 والذي يلتمس فيه أساسا : إلغاء القرار الإداري الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية الرباط حسان لعملية تحفيظ حق الهواء محلها موضوع الرسم العقاري العقاري عدد - الكائن ب وزنقة الرباط، والحكم

باستحقاقه للمطلب عدد - مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، واحتياطيا للحكم بتعويض عن فقدانهم حق الهواء مع إجراء خبرة لتقويمه، وحفظ حقها في تقديم المطالب بعد الخبرة ضد ورثة، مع إلغاء القرار الإداري القاضي بوقف أشغال البناء الصادر عن رئيس المجلس الجماعي لبلدية الرباط ملف رقم -ب- و-.... مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك والصائر، وأرفق الطلب بعقد شراء وشهادة عقارية ونسخة من الأمر المطعون فيه. وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف السيد نائب المحافظ على الأملاك العقارية الرباط حسان والمودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 25-12-2012 والذي يلتمس فيها عدم قبول الطلب شكلا لإقامته من طرف ثلاثة مدعين لا تجمعهم مصلحة مشتركة، ومختلفين في المراكز القانونية، وفي مواجهة قرارين مختلفين، وعدم إدخال الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمحافظ العام، والمفوض القضائي، وعدم الإدلاء بسلوك مسطرة التظلم، موضوعا رفض الدعوى لانعدام الإثبات.

وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف السيد المحافظ على الأملاك العقارية الرباط حسان والمودعة بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 1-2-2013 والذي يلتمس فيها التصريح برفض الطلب لكون حق الهواء مشار إليه ضمن الرسم العقاري للمدعين من التحملات العينية العقارية لفائدة المدعى عليه، فضلا عن أن قرار التحفيظ لا يقبل أي طعن نهائي، كما أنه كان يتعين رفع الطعن في مواجهة المحافظ الذي اتخذ قرار التحفيظ وليس ضد محافظ محافظة الرباط حسان.

وبناء على عرض القضية بجلسة 7-3-2013، تخلف خلالها نائبا الطرفان رغم سابق الإعلام، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكد مستتجاته الكتابية فتقرر وضع القضية في المداولة قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

التعليق

وبعد المداولة طبقاً للقانون

حيث يهدف الطلب إلى الحكم أساساً بإلغاء القرار الإداري الصادر عن المحافظ على الأملاك العقارية الرباط حسان لعملية تحفيظ حق الهواء لمحلها موضوع الرسم العقاري العقاري عدد الكائن ب الرباط، والحكم باستحقاقه للمطلب عدد مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، واحتياطياً الحكم بتعويض عن فقدانهم حق الهواء مع إجراء خبرة لتقويمه، وحفظ حقهما في تقديم المطالب بعد الخبرة ضد ورثة، مع إلغاء القرار الإداري القاضي بوقف أشغال البناء الصادر عن رئيس المجلس الجماعي لبلدية الرباط ملف رقم ب-و ... مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك والصائر.

أولاً: حول قبول الطعن بالإلغاء

1- حول عدم القابلية للطعن

حيث دفع الطرف المدعى عليه أساساً بعدم قبول الطعن لكون قرار المحافظ لا يقبل أي طعن.

وحيث إنه إذا كان الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري قد نص على أن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، فإن هذا المنع لا يمكن أن ينسحب أثره على دعوى الطعن بالإلغاء الذي يمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون، لأن المقصود بعدم القابلية للطعن العادي لا الطعن الإداري الغير القابل للتحصين مطلقاً. وحيث ينص الفصل 118 من الدستور على أن "كل قرار اتخذ في المجال الإداري، سواء كان تنظيمياً أو فردياً، يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة".

وحيث إن سمو القاعدة الدستورية على ماعداها من نصوص قانونية يشكل تكريسا للشرعية وسيادة للقانون باعتبارهما من مبادئ دولة الحق والقانون التي تأبى تحصيل أي قرار إداري مهما علا شأنه وتعددت مصادره واختلفت مجالاته من الرقابة القضائية لكون القضاء هو الحامي الطبيعي والحارس الأمين للحقوق والحريات.

وحيث ينص الفصل 110 من الدستور على أنه لا يلزم قضاة الأحكام إلا بتطبيق القانون. ولا تصدر أحكام القضاء إلا على أساس التطبيق العادل للقانون. وحيث بذلك يكون الدفع غير مؤسس دستوريا مما تعين معه رده.

2- حول أجل الطعن بالإلغاء المثار تلقائيا لصلته بالنظام العام وحيث إن الطعن منصب على قرار إداري صادر عن المحافظ على الأملاك العقارية بالرباط حسان المختص المسجل بدائرتة الرسم بتاريخ 2007-3-22، إذ العبرة بالإدارة المسجل بدائرتها الرسم بصرف النظر عن قواعد الاختصاص الإداري التنظيمي التي يفرضها إحداث أو تغيير دوائر المحافظة.

وحيث إن أجل الطعن محدد قانونا في 60 يوما من صدور المقرر المطعون فيه ابتداء من تاريخ التوصل بالقرار أو من تاريخ العلم اليقيني بالقرار طبقا للمادة 23 من القانون 90-41 المحدث للمحاكم الإدارية.

وحيث إن العلم اليقيني بالقرار الإداري ثابت ثبوتا قطعيا بالنسبة للطاعنين بالنظر لعلمهم بحق الهواء إبان إدراج مطلب التحفيظ عدد.... بتاريخ 2002-7-25 - وبتاريخ 2007-3-22 أصبح رسما عقاريا عدد 03-142563 - بحيث صرحوا في الخانة المتعلقة ببيان الحقوق العينية والتحملات العقارية أن عقارهم محمل بحق الهواء لفائدة المطلب العقاري للمدعى عليهم الذي أسس له رسم عقاري عدد.... المودع مطلبه بتاريخ 2001-2-22.

وحيث إن تحقق العلم اليقيني ابتداء من تاريخ إيداع المطلب ومرورا بعملية التحديد وكذا الإشهار بالجريدة الرسمية، واتخاذ قرار التحفيظ بعد عدم ورود أي تعرض من الطاعنين يجعل الطعن مقدما خارج الأجل القانوني.

3- حول شرط المصلحة في الطعن :

وحيث إنه فضلا عن شرط اختلال أجل الطعن بالإلغاء، فإن شرط انعدام المصلحة المثار تلقائيا من طرف المحكمة لتعلقه بالنظام العام طبقا للفصل الأول من قانون المسطرة المدنية ثابت في النازلة لكون إشارة الطاعنين في مطلب التحفيظ إلى وجود حق الهواء لفائدة الغير مانع من الطعن بعد تأسيس الرسم لعدم ثبوت عنصر الضرر في القرار طالما اقتصر دور المحافظ على تسجيل التقييد بدون تعديل، وبدون أي تعرض من أي كان.

وحيث بذلك يكون الطلب غير مستوف للشروط المتطلبة قانونا بصرف النظر عن مناقشة باقي الإخلالات الشكلية الواردة في الطلب الاحتياطي ولاسيما المتصلة بالطعن في قرار وقف البناء لعدم وجود أي صلة بينه وبين قرار المحافظ تصح مخاصمتها في طعن واحد لاختلاف الأطراف والموضوع والسبب مما يتعين معه عدم قبوله شكلا.

ثانيا : حول دعوى التعويض :

وحيث إن دعوى التعويض ناتجة عن خطأ مدعى به في مسطرة التحفيظ المقدمة في مواجهة شخص عادي من أشخاص القانون الخاص مما يتعين معه التصريح بعدم الاختصاص في نظرها طبقا للفصل الثامن من القانون رقم 90-41.

المنطوق

وتطبيقا لمقتضيات الفصول 110 و 117 و 118 من الدستور، والقانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، ومقتضيات الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية، والفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية علينا ابتدائيا وحضوريا :

حول دعوى الإلغاء : بعدم بقبول الطلب.

حول دعوى المسؤولية : بعدم الاختصاص النوعي للمحكمة للنظر في

الموضوع

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

المحكمة الإدارية بالرباط

قسم قضاء الإلغاء

حكم رقم :

بتاريخ : 2013/3/21

ملف رقم : 2009/ 5/405

القاعدة

- سبب القرار الإداري هو مجموعة العناصر القانونية والواقعية التي تشكل أساس القرار الإداري.

- لا تملك الإدارة حرية مطلقة في إصدار القرارات الإدارية، وإنما تتقيد في ذلك بقيام حالة واقعية أو قانونية تسوغ اتخاذها، ويترتب على عدم مشروعية السبب تعيب القرار.

- عدم إثبات الإدارة بمقبول سبب القرار بالتراجع عن الترخيص أي وجود الوقائع المادية أساسه، المرتبطة بوجود نزاع قضائي حول الملك، بالرغم من أن العقار محفظ، وأن لمندرجات التسجيل في الرسوم العقارية حجية قانونية طبقا للفقصول 1 و62 و67 من ظهير التحفيظ العقاري يجعل القرار المطعون فيه خارقا للقانون، ومآله الإلغاء.

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ الخميس 9 جمادى الأولى 1434 الموافق لـ 21 مارس 2013

أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي متكونة من السادة :

محمد الهيني..... رئيسا ومقررا

أمينة ناوني..... عضوا

معاذ العبودي..... عضوا

بحضور السيد سعيد المرتضي مفوضا ملكيا

بمساعدة السيدة فاطمة الزهراء بوقرطاشي كاتبة الضبط

الوقائع

بناء على المقالين الافتتاحي والإصلاحى للدعوى المقدمين من طرف المدعي بواسطة نائبه المسجلين لدى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 2009/09/03 و 2009-5-9 المعفيان من أداء الرسوم القضائية والذي يعرض فيها أنه يملك عقارا محفظا بتطوان مكون من كراج وسدة وثلاث طوابق. وأنه أضاف طابقا رابعا بدون أي ترخيص إلا أنه تدارك ذلك واستصدر قرارا من رئيس الجماعة الحضرية لمدينة تطوان بشأن تسوية الوضعية للطابق الرابع بالرجوع بتاريخ 2009/04/23 حسب الرخصة رقم 09/374 إلا أنه وبعد ذلك أن توصل من رئيس نفس الجماعة بقرار يقضي بإلغاء الرخصة رقم 9/374 بتاريخ 2009/04/23 بعلّة وجود نزاع حول العقار موضوع الترخيص. وأنه تظلم في هذا الشأن لدى رئيس الجماعة الحضرية المذكورة معتبرا هذا القرار مشوبا بالشطط في استعمال السلطة لأن البناء موجود على أرض الواقع، ولا يمكن الرجوع فيه، فضلا عن السبب الذي تذرعت به الإدارة غير موجود، لكون العقار هو محفظ، وليس عليه أي نزاع، ملتمسا الحكم بإلغاء القرار الإداري الصادر عن رئيس الجماعة الحضرية لتطوان بتاريخ 27/04/2009 والقاضي بإلغاء الرخصة رقم 9/374 بتاريخ 09/04/13 (تسوية الوضعية للطابق الرابع بالرجوع) مع ترتيب الآثار القانونية عن ذلك. وأرفق طلبه بوثائق.

وبناء على الحكم التمهيدي الصادر بتاريخ 2012-4-30 والقاضي بإجراء بحث.

وبناء على تعذر إجراء البحث لعدم حضور الطرفان رغم التوصل.

وبناء على عرض القضية بجلسة 2013-2-28، تخلف خلالها الطرفان رغم التوصل، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض

الملكي الذي أكد مستنتاجاته الكتابية التي بسطها بالجلسة، فتقرر وضع القضية في المداولة قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

وبعد المداولة طبقا للقانون

من حيث الشكل :

حيث قدم الطلب وفقا للشروط المتطلبة قانونا مما يتعين معه قبوله شكلا.

من حيث الموضوع :

حيث يهدف الطلب إلى الحكم بإلغاء القرار الإداري الصادر عن رئيس الجماعة الحضرية لتطوان بتاريخ 2009/04/27 والقاضي بإلغاء الرخصة رقم 9/374 بتاريخ) 13/04/09 تسوية الوضعية للطابق الرابع بالرجوع) مع ترتيب الآثار القانونية عن ذلك.

وحيث أسس الطاعن طلبه على الوسيلة المستمدة من عيب السبب، وحيث تخلفت الجماعة المدعى عليها عن الجواب رغم التوصل.

حول مشروعية المقرر المطعون فيه

حيث استقر الفقه والقضاء الإداريين على تعريف سبب القرار الإداري بأنه مجموعة العناصر الموضوعية القانونية والواقعية التي تشكل أساس وقائع القرار الإداري وتقود رجل الإدارة إلى اتخاذ قراره على نحو معين، ومن ثمة فالمفروض في كل قرار إداري أن يستند في الواقع إلى الدواعي التي أدت لإصداره وإلا كان القرار باطلا لفقدانه ركنا أساسيا هو سبب وجوده ومبرر إصداره، فإذا ما انعدم الأساس الذي قام عليه القرار وقت صدوره فإنه يغدو غير موجود ولو وجدت أسباب أخرى بعد ذلك يمكن أن تستند إليها الإدارة إذا لم تكن هذه الأسباب قائمة وقت صدور القرار.

وحيث إن الثابت من وثائق الملف أن الطاعن استصدر قرارا إداريا بالترخيص بالبناء بموجب مقرر رئيس الجماعة الحضرية لتطوان بتاريخ 2009-4-23،

تم سحبه والتراجع عنه بتاريخ 2009-4-27 بعله وجود نزاع قضائي حول العقار موضوع الرخصة.

وحيث إن الإدارة لم تثبت بمقبول سبب القرار أي وجود الوقائع المادية أساسه، المرتبطة بوجود نزاع قضائي حول الملك، بالرغم من أن العقار محفظ يحمل الرسم العقاري عدد 19-47151، وأن لمندرجات التسجيل في الرسوم العقارية حجية قانونية طبقاً للفصول 1 و62 و67 من ظهير التحفيظ العقاري مما ظل معه القرار المطعون فيه خارقاً للقانون، ومآله الإلغاء.

المنطوق

وتطبيقاً للفصول 110 و117 و118 من الدستور، ومقتضيات القانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، ومقتضيات قانون المسطرة المدنية والفصل 29 من المرسوم الملكي بشأن التحفيظ العقاري لـ 12 غشت 1913.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية علنياً وابتدائياً وبمثابة الحضورى :

فى الشكل : بقبول الطلب

وفى الموضوع : بإلغاء القرار الإدارى المطعون فىه مع ما ىترتب عن ذلك من آثار قانونية.

بهذا صدر الحكم فى اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتب الضبط.

المقرر

الرئىس

المحكمة الإدارية بالرباط

قسم قضاء الإلغاء

حكم رقم :

بتاريخ : 2013/2/28

ملف رقم : 2012/ 12/623

القاعدة

محافظ - تقييد حكم قضائي في الرسم العقاري - الرقابة على الحكم - لا - مسؤولية - لا .

- إن المحافظ اقتصر دوره على تسجيل مقرر قضائي تحفظي بعقل الممتلكات واجب النفاذ، لكون الأحكام حسب الفصل 126 من الدستور ملزمة للجميع، ولا يمكن إجراء مراقبة كيفما كان نوعها عليها من أي جهة كانت، تمس بحجيتها، لأنها عنوان الحقيقة، لذلك يمكن يعزى إلى المحافظ في هذا المجال أي مسؤولية، فضلا عن أنه لم يثبت قيام الشركة المدعية بإجراءات رفع الإجراء التحفظي بالطريق القضائي، والتشطيب عليه، وتحديد مدى تأثيره على مصالحها المالية، وترتيب على ضوء ذلك مسؤولية الجهة الممتنعة عن التنفيذ إن تحققت شروطها القانونية.

جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ الخميس 17 ربيع الآخر 1434 الموافق لـ 28 فبراير 2013

أصدرت المحكمة الإدارية بالرباط وهي متكونة من السادة :

محمد الهيني..... رئيسا ومقررا

أمينة ناوني..... عضوا

معاذ العبودي..... عضوا

بحضور السيد سعيد المرتضي مفوضا ملكيا
بمساعدة السيدة فاطمة الزهرراء بوقرطاشى كاتبة الضبط

الوقائع

بناء على المقال الافتتاحي للدعوى المسجل بكتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 24/12/2012، المؤدى عنه الرسوم القضائية، والذي تعرض فيه المدعية أنها المالكة للعقار موضوع الرسم العقاري وأنها فوجئت بكونه موضوع عقل بناء على قرار قاضي التحقيق بمحكمة الاستئناف بطنجة في الملف رقم 71-1996، رغم أن قرار العقل انصب فقط على ممتلكات السيدين ولم ينصب على الشركة المعتبرة شركة مساهمة، وأن المحافظ لم يتحقق من ملاءمة التقييد بالمقارنة مع الحكم القضائي طبقا للمادة 74 من قانون التحفيظ العقاري، لأجله تلتبس الحكم على المدعى عليهم بأدائهم لفائدتها تعويضا عن الضرر قدره 1.000.000.00 درهم مع التشطيب على التقييد المضمن بشكل غير قانوني بالرسم العقاري والصائر، وأرفقت الطلب بوثائق إدارية.

وبناء على المذكرة الجوابية المقدمة من طرف المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بطنجة والمودعة لدى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 21-1-2013 والتي تلتبس فيها إخراجها من الدعوى لأن دوره اقتصر على تقييد مضمن حكم قضائي بعقل العقار موضوع الرسم العقاري، الصادر بمناسبة الحملة الوطنية لسنة 1996، وبسقوط الدعوى لتقدمها طبقا للفصل 64 من القرار الوزيري المنظم لعمل المحافظة العقارية لرفعها بعد مضي السنة.

وبناء على المذكرة الجوابية التعقيبية المقدمة من طرف نائبا الشركة المدعية والمودعة لدى كتابة ضبط هذه المحكمة بتاريخ 14-2-2013 والمؤكد عليها بواسطة مذكرة نائبته أثناء المداولة-، والتي تلتبس فيها الحكم بثبوت المسؤولية لعدم مراعاة التطابق بين هوية الشخص الصادر ضده العقل وهوية الشركة الأجنبية

عن الموضوع، وبالنسبة للتقادم فلا يبدأ بالسريان إلا بتاريخ انتهاء الخطأ برفع القيد التعسفي.

وبناء على عرض القضية بجلسة 2013-2-14، حضر خلالها نائب الشركة المدعية وأكد الطلب، وتخلفت الجهة المدعى عليها رغم التوصل، فاعتبرت المحكمة القضية جاهزة وأعطيت الكلمة للسيد المفوض الملكي الذي أكد مستنتجاته الكتابية التي بسطها بالجلسة، فتقرر وضع القضية في المداولة قصد النطق بالحكم الآتي بعده.

وبعد المداولة طبقاً للقانون

حيث يهدف الطلب إلى الحكم على المدعى عليهم بأدائهم لفائدتها تعويضاً عن الضرر قدره 1.000.000.00 درهم مع التشطيب على التقييد المضمن بشكل غير قانوني بالرسم العقاري والصائر، وأرقت الطلب بوثائق إدارية.

حيث دفع المطلوب في الطعن بانتفاء مسؤوليته لأن دوره اقتصر على تقييد مضمن حكم قضائي بعقل العقار موضوع الرسم العقاري، وبسقوط الدعوى لتقادمها طبقاً للفصل 64 من القرار الوزيري المنظم لعمل المحافظة العقارية لرفعها بعد مضي السنة.

- أولاً: حول المسؤولية الإدارية

وحيث إن الدعوى موجهة ضد الدولة من أجل التعويض عن أضرار يتمسك المدعي بأنها نتجت عن خطأ مصلحي لمرافق المحافظة العقارية.

وحيث إن البت في الطلب يقتضي البحث في مشروعية القرارات الإدارية المتخذة على ضوء الفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود، أي في نطاق المسؤولية عن الأخطاء المصلحية وهو ما يدخل في اختصاص القضاء الإداري (عملاً بالمادة 8 من القانون رقم 90-41 المحدث لمحاكم الإدارية).

وحيث إن مسؤولية الدولة والمرافق العمومية عن الأضرار الناتجة عن تسيير إدارتها تكون قائمة طبقا للفصل 79 من قانون الالتزامات والعقود وحيث إن الثابت من وثائق الملف قيام المحافظ بطنجة بمباشرة تقييد أمر قضائي لعقل ممتلكات السيدين أحمد بنقوب ومحمد الشركي، والمندرجة في لائحة العقل العقار موضوع الرسم العقاري عدد 03-32441 المقيد باسم شركة بروجينيوب، والتي يعتبر أحمد بنقوب متصرفها والمساهم فيها، والمسماة أيضا باسمه، بصرف النظر عن تحويل الأسهم للغير.

وحيث إن المحافظ اقتصر دوره على تسجيل مقرر قضائي تحفظي واجب النفاذ، لكون الأحكام النهائية حسب الفصل 126 من الدستور ملزمة للجميع، ولا يمكن إجراء مراقبة كيفما كان نوعها عليها من أي جهة كانت، تمس بحجيتها، لأنها عنوان الحقيقة، لذلك لا يمكن يعزى إلى المحافظ في هذا المجال أي مسؤولية، فضلا عن أنه لم يثبت قيام الشركة المدعية بإجراءات رفع الإجراء التحفظي بالطريق القضائي، والتشطيب عليه، وتحديد مدى تأثيره على مصالحها المالية، وترتيب على ضوء ذلك مسؤولية الجهة الممتنعة عن التنفيذ إن تحققت شروطها القانونية.

وحيث يكون تبعا لذلك الطلب غير مؤسس وحليفه الرفض.

وحيث إن خاسر الدعوى يتحمل صائرها.

المنطوق

وتطبيقا للفصول 12 و117 و118 من الدستور، ومقتضيات القانون رقم 90-41 المحدثه بموجبه محاكم إدارية، ومقتضيات قانون المسطرة المدنية.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة الإدارية علنيا ابتداءيا وحضوريا :

في الشكل : بقبول الطلب

وفي الموضوع: برفض الطلب وبإبقاء الصائر على عاتق رافعه

بهذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه.

كاتب الضبط

المقرر

الرئيس

المرصد القضائي :
قواعد قضائية في المادة العقارية

محكمة الإستئناف بالرباط
قرار رقم 119
صدر بتاريخ 2005/9/15
في الملف عدد 2003 /13 /17

المقرر فقها وقضاء أن قسمة القرعة تكون فيما تماثل من المقسوم أو تقارب،
تحقيقا لقواعد العدالة والإنصاف بين الشركاء.

محكمة الاستئناف بسطات
قرار عدد : 94/241
الصادر عن بتاريخ : 94/05/18
في الملف : 92/650

على المدعي إثبات استمرار تملكه إلى حين أقام الدعوى.
لا يمكن الحكم برفض الدعوى موضوعا إضرارا بطالب النقض الذي
كان القرار السابق الصادر استئنافيا في موضوع طلب النقض قاضيا ضده. فقط
بعدم قبول الدعوى لا برفضها.

محكمة الإستئناف بالرباط
القرار عدد: 1091
المؤرخ في: 04/04/04
الملف المدني عدد: 00/4/1/1349

نظام الملكية المشتركة - سطح العقار - الأجزاء المشتركة - حالة الشيع
(نعم).

يعتبر سطح العقار مشاعاً بين المالكين في إطار نظام الملكية المشتركة حسب حصة كل واحد منهم.

إن المحكمة لما أسست قضاءها على أن نظام الملكية المشتركة المستدل به لا يتضمن شياع سطح العقار مع أن الفقرة الثالثة من البند الأول من نظام الملكية المشتركة للعقار الأصلي الذي استخرج منه كل من الرسمين العقاريين المملوكين للطرفين يفيد أن سطح الطابقين العلوي والسفلي مشترك بينهما وخاضع لنظام الملكية المشتركة بالتساوي ، وهي بذلك تكون قد خرقت مضمون نظام الملكية المشتركة ، وجعلت قرارها فاسد التعليل ومعرضاً للنقض.

فهرس

5 - افتتاحية

المقالات والأبحاث

- مستجدات التقييد الاحتياطي على ضوء القانون رقم 07. 14 المغير والمتمم
لقانون التحفيظ

9 ذ. محمد شوراق

- مستجدات التقييد الاحتياطي على ضوء القانون رقم 07. 14 المغير والمتمم
لقانون التحفيظ

21 الدكتور العربي محمد مياذ

الحقوق القابلة للتسجيل والقوة الثبوتية للتسجيلات في ضوء القانون
رقم 07-14

39 ذ. المصطفى مروني

- مستجدات الطعون القضائية ضد قرارات المحافظ العقاري في ضوء القانون
14.07 ومقتضيات الدستور الجديد

59 ذ. عبد الرزاق عريش

- أحكام إلغاء التعرض ورفضه في ضوء القانون 14.07 بين هاجس تسريع
مسطرة التحفيظ ومنزلق المساس بحقوق المتعرضين

91 ذ. فتح الله الحمداني

- مستجدات قانون التحفيظ العقاري (القانون 14.07)

111 ذ عبد القادر البنحياتي

- مسطرة التعرض على مطالب التحفيظ بين النصوص المنظمة وواقع الإشكالات العملية

129.....ذ. بصري هشام

- رقابة المحافظ على الوثائق المدعمة للتقييدات والتشطيبات على ضوء مستجدات قانون 07-14

141.....ذات احمد ياسين

- التحفيظ العقاري بين العمل القضائي وسلطة المحافظ

179.....ذ. أحمد السكسيوي

دراسة ميدانية للاستشارة القانونية داخل الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية (قراءة في العمل الاستشاري لمؤسسة المحافظ العام)

193.....ذ. الغوناجي يوسف

تعليق على القرار

- مكامن الخلل في مجال الحماية القانونية للمحافظ العقاري

205.....ذ. بصري هشام

محول العدد :

قراءات في الحقوق العقارية العرفية

- حقوق الإرتفاق المائية.

215.....د. سيدي محمد علوي طاهري

- الحقوق العينية العرفية الإسلامية بين التنمية والتصفيّة - وجهة نظر على ضوء مدونتي الأوقاف والحقوق العينية -

267.....ذ. محمد زعاج

رسائل ودوريات بتاريخ 9 بتاريخ 2003

- رسالة مدير المحافظة العقارية إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية :
تسهيل مأمورية الأساتذة المحامين 291
- المحافظ العام إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية دورية عدد 389
في شأن تطبيق المقتضيات الجديدة المتعلقة بالتقييد الاحتياطي 292
- المحافظ العام إلى السادة المحافظين على الأملاك العقارية
في شأن القانون رقم 14.07 يغير ويتم بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في
9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري 296
- دورية

إجتهادات قضائية في المادة العقارية

- محكمة النقض 303
- القرار عدد 4124 الصادر بتاريخ 4 أكتوبر 2011 في الملف المدني عدد
2010/6/1/3901 305
- ارتفاق - حق المرور - نطاق تطبيق قانون التحفيظ
- يتم إعمال مقتضيات الفصل 142 من الظهير المتعلق بالتشريع المطبق على
العقارات المحفظة (2 يونيو 1915) إذا تعلق النزاع بإحداث ارتفاق جديد
بالمرور إلى العقار المحفظ المحاصر من كل جانب والذي لا منفذ له إلى الطريق
العام أو الذي له منفذ غير كاف لاستثماره زراعيًا أو صناعيًا لا عندما تتعلق
المطالبة القضائية بفتح طريق مغلق وكان حق المرور موجودًا من قبل.
- القرار عدد 3931 الصادر بتاريخ 20 شتنبر 2011 في الملف المدني
عدد 2009/1/1/1124 308

الأراضي المسترجعة من الأجانب - إثبات الملكية - التمسك بالحيازة.

على فرض ثبوت الحيازة لطالب التحفيظ فإنه لا ينتزع بها الملك من يد المتعرضة للدولة المستندة في ملكيتها له على سبب مشروع وهو المقرر الإداري القاضي باسترجاعها للعقار من الأجنبي في إطار ظهير 2 مارس 1973 ما دام قد بقي بمنأى عن أي طعن بالإلغاء داخل الأجل القانوني.

رفض الطلب.

- القرار عدد 1471 الصادر بتاريخ 29 مارس 2011 في الملف المدني عدد

2009/1/1/2539 313

الأملاك المخزنية - اكتساب الملكية - عدم الاعتراف بالحيازة الاستحقاقية.

لا مجال للتمسك بحيازة المتعرض طوال المدة المعتبرة شرعا في اكتساب الملكية مع سكوت طالبة التحفيظ الدولة (الملك الخاص) خلال تلك المدة ما دام أن هذه الأخيرة لا يجاز عليها.

رفض الطلب.

- القرار عدد 4503 الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2011 في الملف المدني عدد

2010/1/1/44 316

تعرض على مطلب التحفيظ - تنازل الجماعة السلالية - إذن سلطة الوصاية.

لا يوجد في مقتضيات الفصل 5 من ظهير 1919/4/17 ما يفيد أن الإذن من الوصي برفع التعرض يقتصر فقط على المرحلة الإدارية أمام المحافظ فالإذن المذكور متطلب كذلك عند التنازل عنه أمام محكمة التحفيظ. ما دام نائب الجماعة السلالية منازع في نيابته فإن تبليغه الحكم لا أثر له وبالتالي لا يسري بموجب هذا التبليغ أجل الطعن في حقها.

نقض وإحالة.

- القرار عدد 957 الصادر بتاريخ 21 فبراير 2012 في الملف المدني عدد
319..... 2010/1/1/797

تقييد احتياطي - التشطيب عليه - دعوى النقص جارية.

ما دامت دعوى إتمام البيع التي على أساسها تم إدراج التقييد الاحتياطي بناء
على مقالها صدر بشأنه حكم انتهائي حائز لقوة الشيء المقضي به فغن الطعن
فيه بالنقض لا يجوز دون اللجوء إلى قاضي المستعجلات للتشطيب عليه.

رفض الطلب

- محاكم الإستئناف 325

- محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط القرار عدد : 310 المؤرخ في : 2011/02/9

ملف عدد : 5/10/254 327

رفض المحافظ تقييد حق عيني على عقار محفظ عن طريق قسمته وتخصيص
الطاعن بحصته منه وتأسيس رسم عقاري مستقل به، يجعل الطلب مندرجا
تحت مقتضيات الفصل 96 من ظهير التحفيظ العقاري والذي يبقى اختصاص
النظر في مثل تلك القرارات الإدارية لفائدة المحكمة الابتدائية.

- محكمة الاستئناف بالقنيطرة الغرفة المدنية ملف رقم : 383-1221-2010 قرار

رقم صدر بتاريخ : 12-04-2010 331

الحكم بالغرامة التهديدية في مواجهة المحافظ شخصيا بعد رفضه تنفيذ قرار
استئنافي بالتشطيب على التقييد الاحتياطي.

- محكمة الإستئناف بالناظور ملف عقاري عدد : 05/462 حكم رقم : 129

بتاريخ : 2008/3/24 337

مدعي الاستحقاق ملزم بإثبات صحة الحق العيني الذي يدعيه بحجة
مستوفية لشروط الملك، ومنطبقة على أرض النزاع.

340 محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط القرار عدد : 165 المؤرخ في : 26-1-11
ملف عدد : 5/10/127

حيث حدد المجلس الأعلى بموجب قراره نطاق الدعوى باعتبار تكييفها الصحيح هو دعوى إلغاء قرار المحافظ على الأملاك العقارية برفض تنفيذ حكم أو قرار قضائي نهائي، مما حصله أن ذلك التكييف القانوني للدعوى يصبح ملزماً للمحكمة التي يجب عليها البت في النزاع ضمن النطاق المذكور - نعم.

345 - المحاكم الابتدائية

347 - المحكمة الإدارية بالرباط ملف عدد : 2013-5-315 حكم رقم : بتاريخ :
24 أكتوبر 2013

لما كان قانون التحفيظ العقاري قد رسم مسطرة خاصة للمطالبة بالحقوق المتصلة بالعقار موضوع طلب التحفيظ من خلال آلية التعرض التي يتعين ممارستها خلال الآجال والشكليات المحددة قانوناً، وأنه بانصرام تلك الآجال تسقط مبدئياً المطالبات المرتبطة بذلك العقار ما لم يأذن المحافظ على الأملاك العقارية والرهون بفتح أجل جديد للتعرض قبل إحالة الملف على المحكمة، فإنه باستنفاد المسطرة الإدارية والقضائية لعملية التحفيظ وتصفية التعرضات المتصلة بها لم يعد للمحافظ إمكانية إدراج أي تعرض، وأن من شأن مخالفة المقتضى المذكور تأييد المنازعات المتصلة بعملية التحفيظ العقاري وهو ما يتنافى مع مبدأ الأمن العقاري.

353 - المحكمة الإدارية بالرباط قسم قضاء الإلغاء حكم رقم : بتاريخ :
2013/3/21 ملف رقم : 2010/ 5/197

لئن كان الطعن قد حصل في إطار قانون يخول الحق في الطعن بقرار رفض التعرض فإن صدور قانون جديد يحظر مثل هذا الطعن لا تأثير له على الدعوى الحالية في جميع الأحوال لكون الحظر المستهدف يظل قاصراً في جميع الأحوال على الطعن العادي أمام المحاكم العادية ولا يشمل الطعن بالإلغاء

أمام القضاء الإداري الغير القابل للتحصين مطلقا طبقا للفصل 118 من الدستور.

- المحكمة الإدارية بالرباط قسم قضاء الإلغاء حكم رقم : بتاريخ :
2013/3/21 ملف رقم : 2012/ 5/390 358

فتح أجل استثنائي للتعرض - المرحلة الابتدائية - نعم - المرحلة الاستئنافية - لا.

مصلحة حسن سير العدالة - عدم توسيع نطاق الخصومة.

- المحكمة الإدارية بالرباط قسم قضاء الإلغاء حكم رقم : بتاريخ :
2013/3/21 ملف رقم : 2012/5/420 363

الطعن في قرار التحفيظ - نعم - الفصل 118 من الدستور.

إذا كان الفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري قد نص على أن الرسم العقاري نهائي ولا يقبل الطعن، فإن هذا المنع لا يمكن أن ينسحب أثره على دعوى الطعن بالإلغاء الذي تمكن القضاء الإداري من بسط رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وفحص مدى مطابقتها للقانون، لأن المقصود بعدم القابلية الطعن العادي لا الطعن الإداري الغير القابل للتحصين مطلقا.

- المحكمة الإدارية بالرباط قسم قضاء الإلغاء حكم رقم : بتاريخ :
2013/3/21 ملف رقم : 2009/ 5/405 370

سبب القرار الاداري هو مجموعة العناصر القانونية والواقعية التي تشكل أساس القرار الاداري.

لا تملك الإدارة حرية مطلقة في إصدار القرارات الإدارية، وإنما تتقيد في ذلك بقيام حالة واقعية أو قانونية تسوغ اتخاذها، ويترتب على عدم مشروعية السبب تعيب القرار.

- المحكمة الإدارية بالرباط قسم قضاء الإلغاء حكم رقم : بتاريخ :
2013/2/28 ملف رقم : 2012/ 12/623.....374
- محافظ - تقييد حكم قضائي في الرسم العقاري - الرقابة على الحكم - لا -
مسؤولية - لا .

المرصد القضائي :

قواعد قضائية في المادة العقارية

- محكمة الإستئناف بالرباط قرار رقم 119 صدر بتاريخ 2005/9/15
في الملف عدد 2003 /13 /17.....381
- محكمة الاستئناف بسطات قرار عدد : 94/241 الصادر عن بتاريخ :
94/05/18 في الملف : 92/650.....381
- محكمة الإستئناف بالرباط القرار عدد: 1091 المؤرخ في: 04/04/04
الملف المدني عدد: 00/4/1/1349.....381
- الفهرس.....383

