

قضايا عقارية ومدنية

عنوان الكتاب: قضايا عقارية ومدنية

العدد : الثالث

المؤلف : المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية "سلسلة الأعداد الخاصة

الإيداع القانوني: 2017MO0806

ردمك: 2-167-29-9954-978

الناشر : دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء

شارع محمد السادس - إقامة النصر 14 GH الشقة 1-الدار البيضاء

الهاتف: 99 33 83 22 05 - 25 35 00 40 22 05

البريد الإلكتروني : daralafak@gmail.com

المطبعة والوراقة الوطنية
IMPRIMERIE PAPETERIE EL WATANYA
زينة أبو عبيدة الحي الحمدي الداوديات
مراكش - الهاتف : 74 30 37 24 - 91 25 30 24 05
e-mail: iwatany@gmail.com 23 49 30 24 05

الطبع :

جميع الحقوق محفوظة

قضايا عقارية ومدنية

المدير المسؤول:

محمد الودعيري

باحث جامعي

-صف الدكتوراه-

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية القاضي عياض - مراكش

رئيس التحرير:

عمر الأزمي الإدريسي

دكتور في الحقوق

إطار بوزارة الاقتصاد والمالية

تصميم لمقالات العدد الخاص بقضايا عقارية ومدنية

1. دعوى المطالبة بواجب الإستغلال في القانون المغربي..... 7
2. دور المؤسسات الإدارية في إعداد تصميم التهيئة وتنفيذه 23
3. خصوصية الطعن في المادة العقارية 49
4. النظام القانوني للأراضي الجموع وآليات تدبير منازعاتها..... 70
5. الإختصاص القضائي بنزاعات عقود الملك الخاص الجماعي 96
6. الشفعة من خلال مدونة الحقوق العينية..... 112
7. إجراءات الحجز والبيع العقاري على ضوء القانون المغربي
"دراسة تطبيقية" 122
8. المركز القانون للغير بين ثبوت تاريخ العقد وتقييده 152
9. مدى مناعة التقييم القضائي لعنصر الإحتياج في دعوى إفراغ
المحلات المعدة للسكنى..... 180
10. تفويت عقار المقاوله الخاضعة لمسطرة التصفية القضائية طبقا
للقواعد الخاصة في مدونة التجارة..... 207
11. Le rôle des conservateurs dans l'exécution des décisions
judiciaires 213

دعوى المطالبة بواجب الاستغلال في القانون المغربي

الأستاذ امبارك جانوي

قاضي بالمحكمة الابتدائية بفاس

الأستاذ كريم هروش

نائب وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بسيدي قاسم

باحث بصف الدكتوراه-جامعة محمد الخامس السويسي-

يعتبر حق الاستغلال من بين الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ويعطي للمالك إمكانية الانتفاع بالعقار واخذ ثماره كسكن المنزل أو حرث الأرض أو كراء العقار للغير وغيرها من مظاهر الانتفاع بالملكية العقارية كما تنص على ذلك المادة 82 ويليهها من مدونة الحقوق العينية.

وتعتبر دعوى واجب الاستغلال أو المطالبة بواجب الاستغلال من بين الدعاوى التي تروج كثيرا بمحاكم البلاد، وبالرغم من كثرة هذا النوع من الدعاوى وشيوعه فإنها لا تخضع لتقنين خاص وتسري عليها القواعد المسطرية العامة المتعلقة برفع الدعوى.

ورغم أن مدونة الحقوق العينية¹ قد نصت على بعض الدعوى التي يمكن أن يكون موضوعها عقارا كالدعوى الاستحقاقية (المادة 22) والدعوى المتعلقة بحماية الحياة (المادة 263) إضافة إلى دعوى القسمة (المادة 27)، فإنها أغفلت دعوى المطالبة بواجب الاستغلال، على عكس بعض التشريعات المقارنة التي نظمت هذا النوع من الدعاوى خاصة التشريع المدني الفرنسي

¹ القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 ذي الحجة 1432 الموافق 22 نونبر 2011، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 ذي الحجة 1432 الموافق 24 نونبر 2011، ص 5587. كما وقع تنميته بمقتضى القانون رقم 13-22 القاضي بتميم المادة 174، الجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 24 محرم 1435 الموافق 28 نونبر 2013، ص 7328.

الذي اعترف للمالك على الشياح بحقه في مطالبة المالك المستأثر باستغلال العقار المشاع بتعويض عن هذا الاستغلال.

وموضوع هذه الدعوى يمكن أن يكون أيضا منقولاً تكون ملكيتها مشتركة بين عدة أشخاص مثل السيارات والشاحنات والأصول التجارية بل حتى الرخص الإدارية.

ورغم وحدة التسمية المتعلقة بهذه الدعوى وموضوعها الذي يتعلق دائماً بالمطالبة بالقيمة المادية عن استغلال المدعى عليه لمنقول أو عقار في ملكية المدعي، فإن الأساس القانوني لهذا الحق الذي تؤطره هذه الدعوى¹ يبقى مختلف ومتعدد. فقد يكون أساسه واقعة قانونية كوجود عقد الشركة أو حالة الشياح أو فعل مادي مستندا في ذلك على فعل جرمي، غالباً ما يكون جنحة انتزاع حيازة عقار المنصوص عليها بالفصل 570 من القانون الجنائي² أو في شبه جرمي طبقاً للفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود³.

ونظراً لتعدد مداخل والأساس القانوني للحق الذي تتأسس عليه هذه الدعوى أو بالأصح هذا النوع من الدعوى فإن تعاطي القضاء المغربي معها يبقى غير موحد ومتضارب ويغلب عليه نوع من الخلط وغياب الدقة وعدم توحيد القواعد المخصصة لكل نوع منها على حدى.

¹ ما دام أن الدعوى هي: "حق صاحب الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في من المعتدي عليه أو للدفاع عنه، وحمائته بصفة عامة وهي الوسيلة القانونية التي وضعها المشرع بين يدي صاحب الحق، بعدما منع أصحاب الحقوق المعتدى عليها من أخذها بيدهم والانتقام ممن اعتدى عليها." ذ عبد العزيز توفيق، موسوعة قانون المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة 2011، صفحة 12.

² ينص الفصل 570 من القانون الجنائي على أنه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائة وعشرين إلى خمسمائة درهم من انتزع عقاراً من حيازة غيره خلسة أو باستعمال التدليس....."

³ ينص الفصل 78: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، بفعله فقط ولكن بخطئه أيضاً، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر.

وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو ما فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر."

وسنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط ولو القليل من الضوء على هذه الدعاوى وإثارة بعض الإشكالات القانونية المتعلقة بها رغم يقيننا أن الوقوف على جميع جوانبها وبسط جميع إشكالاتها، وما أكثرها، يتطلب أكثر من مجرد مقال.

سنحاول في البدء التمييز بين مختلف الأسس القانونية التي تنبني عليها هذه الدعاوى في مبحث أول وعلى أساسه سنحاول رصد ومناقشة بعض الإشكالات التي تطرحها، كل ذلك على ضوء أحكام وقرارات القضاء الوطني.

الفصل الأول: الأسس القانونية للحق الذي تؤسس عليه دعوى المطالبة بواجب الاستغلال

كما سبق أن اشرنا إلى ذلك، فإن الأساس القانوني لدعوى المطالبة بواجب الاستغلال يكون إما واقعة قانونية أو فعل مادي.

المبحث الأول: الوقائع القانونية المؤسسة للحق في المطالبة بواجب الاستغلال.

إن الحق التي تروم دعوى المطالبة بواجب الاستغلال المطالبة به يكون مستمدا غالبا إما من وجود حالة الشيع أو عقد الشركة أو وجود بعد العقود التي لم تجد طريقها إلى التنفيذ الصحيح كالبيع أو الكراء وسنعرض لكل حالة على حدى :

- وجود حالة الشيع: وجود حالة الشيع واستئثار أحد الشركاء على الشيع باستغلال المال المشاع إضرارا بباقي الشركاء يعتبر الحالة الأكثر شيوعا والأكثر تداولاً داخل محاكم المملكة.

ويقصد بالملكية الشائعة أن يشترك اثنان فأكثر في ملكية مال ما. حيث يملك كل شخص حصة معينة منه، من غير أن يكون ملكه مفرزا عن باقي

حصص الآخرين¹. وقد نظم القانون المغربي حالة الشيعاء في الفصول من 960 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود².

وتنشأ حالة الشيعاء إما بإرادة الإنسان سواء بالعقد كحالة بيع شخص جزء من ماله لشخص آخر ويصبح مالكا معه لهذا المال على الشيعاء أو بالإرادة المنفردة عن طريق عقد الهبة، كما تنشأ بقوة القانون أي بإرادة المشرع خاصة في حالة الإرث حيث إن المشرع يقضي على أنه بمجرد وفاة الشخص تصبح كافة حقوقه مملوكة على الشيعاء لورثته كل حسب نصيبه في التركة.

ومن حقوق المالك على الشيعاء استعمال الشيء المملوك على الشيعاء كما ينص على ذلك الفصل 962 من قانون الالتزامات والعقود، على أن لا يستعمله استعمالا يتعارض مع مصلحة باقي المالكين أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم وفقا لما تقتضيه حقوقهم، أو اخذ غلته بنسبة نصيبهم طبقا للفصل 964 من نفس القانون.

وبناء على هذين المقتضيين التشريعيين يكتسب الحق في المطالبة بواجب الاستغلال كحق لأحد المالكين على الشيعاء عندما يستأثر باقي المالكين أو احدهم باستغلال الملك المملوك على الشيعاء. هذا ما أقره أيضا قضاء محكمة النقض -المجلس الأعلى سابقا- في العديد من قراراته كمثال على ذلك القرار عدد 1334 ملف عدد 07/5064 بتاريخ 2009/04/15 جاء فيه أن "الشريك الذي يستغل الشيء المشاع وحده ملزم بتقديم الحساب لباقي الشركاء عما تصرف فيه وأداء الزائد على حصته في غلى المشاع"³⁻¹.

¹ - محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه المالكي والتقنين المغربي،، 1990، صفحة 121.
² - يعرف الفصل 960 من قانون الالتزامات والعقود حالة الشيعاء على أنها : " إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشيعاء فإنه تنشأ حالة قانونية تسمى الشيعاء أو شبه الشركة. وهي إما اختيارية أو اضطرارية."
³ - أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية سلسلة القانون والعمل القضائي، الكتاب الثاني، الصفحة 607.

وفي نفس الاتجاه قضت المحكمة الابتدائية بالفقيه بنصالح في حكمها عدد: 2007/64 بتاريخ 2007/05/02، ملف عدد: 2005/87 على أن: "وحيث أن الثابت من خلال وثائق الملف وبخاصة الشهادة من الرسم العقاري رقم 10/15831 أن الملك كوركاش هو ملك مشاع بين الأطراف المتخاصمة وان ما ينوب مكريمي المحجوب بن عباس هو 20/7.

وحيث انه واعتبارا للفصل 962 ق ل ع فان لكل مالك على الشيع أن يستعمل الشيء المشاع بنسبة حصته فيه على شرط لا يستعمله استعمالا يتنافى مع طبيعة أو مع الغرض المعد له وألا يستعمله استعمالا يتعارض مع مصلحة بقية المالكين أو على وجه يترتب عليه حرمانهم من أن يستعملوه بدورهم وفق ما تقتضيه حقوقهم²".

- وجود شركة: بخلاف حالة الشيع التي يمكن أن تتم بإرادة الإنسان أو بإرادة القانون فإن الشركة تكون دائما بإرادة الإنسان المعبر عنه في عقد يكون موضوعه الاشتراك في الرأسمال والربح³.

وقد عرف الفصل 982 من قانون الالتزامات والعقود عقد الشركة على أنه: "الشركة عقد بمقتضاه يضع شخصان أو أكثر أموالهم أو عملهم أو هما معا، لتكون مشتركة بينهم، بقصد تقسيم الربح الذي قد ينشأ عنها."

ومن الآثار المترتبة عن هذا العقد، الاستغلال المشترك لرأس المال قصد تحقيق الربح وتقاسمه، كما ينص على ذلك الفصل 1033 من قانون الالتزامات

¹- في قرار آخر إلى القول ب: "حيث ثبتت صحة ما عابت به الطاعنة القرار المذكور، فإنه يتجلى من القرار المطعون فيه انه اعتبر الطاعنة غاصبة للعقار المحكوم بشفعته من تاريخ الحكم بالشفعة، وربتت على ذلك الحكم بالتعويض للمطلوبة من التاريخ المذكور، غير أن الحكم بالتعويض يقضى به من تاريخ الامتناع عن التنفيذ، مما يكون معه لذلك القرار مشوبا بعبء سوء التعليل الموازي لانعدامه، وبالتالي معرضا للنقض والإبطال." قرار رقم 5167، المؤرخ في 10/11/99 الملف المدني رقم 1744/1/6/97.

²- حكم غير منشور.
³- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب السادس الصفحة 240.

العقود، لكن قد يعتمد احد الشركاء إلى استغلال الرأسمال المشترك لغرض غير الذي حدد له، ويحرم بذلك الشريك الآخر أو الشركاء الآخرين من تحقيق الربح ومن أداء الشركة للغرض الذي أنشئت من اجله.

هذا التصرف المخالف لأهداف الشركة والغرض الذي أنشئت من أجله يعرض مرتكبه للمسؤولية العقدية ويعطي الحق لباقي الشركاء في إقامة دعوى من أجل إرجاع الأموال أو المنقولات التي أخذها وكذا الأرباح التي حققتها وكذلك الحق في التعويض كما ينص على ذلك الفصل 1009 من قانون الالتزامات والعقود¹.

- وجود بعض العقود التي لم تجد طريقها الصحيح إلى إنتاج أثارها القانونية: قد يقوم الأطراف بإجراء اتفاقات تعاقدية مثل عقد البيع أو عقد الكراء، ويتم بناء على هذه العقود تسلم أحد الطرفين عقار أو منقول الطرف الآخر وقد يحدث عائق قانوني أو مادي يحول دون إتمام هذه العقود وإنتاجها لجميع أثارها القانونية، بل أكثر من ذلك قد يتم إبطال هذه العقود أو التصريح ببطلانها ويتم إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد وإرجاع كل طرف ما أخذه من الطرف الآخر.

وفي هذه الحالة قد يكون الطرف الذي حاز عقار أو منقول الطرف الآخر قد استغله لمدة قد تطول أو قد تقصر، ففي هذه الحالة أيضا يكون لهذا الأخير الحق بالمطالبة بتعويض استغلال الطرف الآخر لعقاره طيلة المدة التي سبقت التصريح ببطلان العقد الرابط بينهما.

لقد ناقش الفقه الفرنسي هذه الحالة واعتبر بعضه، خاصة الفقيه بلانيول، أن من حق مالك العقار الحصول على تعويض عن حرمانه من عقاره

¹ ينص هذا الفصل: "الشريك الذي يستخدم، بدون إذن كتابي من شركائه، الأموال أو الأشياء المشتركة لفائدة نفسه، أو لفائدة الغير، ملزم برد المبالغ التي أخذها وبأن يقدم للصندوق المشترك الأرباح التي حققتها. ولا يحول ذلك دون الحق في تعويض أكبر وفي الدعوى الجنائية إن اقتضى الأمر."

عن المدة السابقة للتصريح بالبطان مؤسسا ذلك على نظرية شبه العقود معتبرا ذلك دفعا غير مستحق أو اغتناء بدون سبب. فيما ذهب اتجاه آخر ممثل في الفقيه كاربينون إلى رفض هذا الحق للبائع مؤسسا رأيه على نظرية قلب العقد أي أنه في حالة بطلان العقد يتم قلبه وإرجاع الثمن للمشتري بدون أي حق له في مراجعته وتقويمه ويتم إرجاع العقار للبائع بدون أي حق له في التعويض عن ما استغله المشتري.

وبخصوص القضاء الفرنسي فقد تأرجح بين هذين النظريتين قبل أن يستقر في قرار حديث بتاريخ 12 مارس 2003، على الإقرار للبائع بالحق في التعويض عن استغلاله لعقاره من قبل المشتري مؤسسا قضائه على أحكام المادة 1371 من القانون المدني الفرنسي أي على أساس الإثراء بدون سبب .

المبحث الثاني: الأفعال المادية المؤسسة عليها دعوى المطالبة بواجب الاستغلال.

كما سبق وأن أشرنا فإن الاستغلال من الحقوق المرتبطة بحق الملكية، فكل شخص مالك لمال ما سواه كان منقولاً أو عقاراً له الحق في استغلاله وأخذ ثماره. وكل شخص حرم المالك من حقه هذا معرض لإثارة مسؤوليته ويعطي للمالك الحق في رفع دعوى التعويض عن الحرمان من الاستغلال سواء في إطار دعوى مدنية أصلية أو في إطار دعوى مدنية تابعة حسب إن كان الفعل المقترف مجرماً من عدمه.

- انتزاع حيازة العقار: يعتبر انتزاع حيازة العقار فعلاً مجرماً طبقاً للفصل 570 من القانون الجنائي، ويعرض مقترف هذا الفعل للعقوبات الجنائية المنصوص عليها بذات الفصل.

وهذا الفعل الجرمي يعطي للضحية الذي يكون غالباً المالك للعقار المنتزعة حيازته الحق في إقامة دعوى مدنية تابعة أمام القضاء الجزري، أو دعوى

أصلية أمام القضاء المدني، للمطالبة بالتعويض الذي لحقه والذي يشمل أيضا تعويضا عن حرمانه من استغلال عقاره طلية المدة التي حرم فيها من استغلال عقاره¹.

وفي هذا الصدد إذا كان القانون المغربي يجرم فعل انتزاع حيازة العقار فإنه اشترط لتجريم هذا الفعل عناصر تكوينية لا بد من توفرها لاعتباره جنحة تظاها العقوبة القانونية، ومن بين هذه العناصر وأهمها أن يتم الانتزاع خلصة أو باستعمال التدليس. وفي هذا الإطار ذهبت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض، المجلس الأعلى سابقا، في قرارها عدد 4266 الصادر بتاريخ 14/06/1988، ملف عدد 87/15144 إلى القول: "وحيث إن الفصل 570 من مجموعة القانون الجنائي المعاقب بمقتضاه العارض يشترط لتبرير العقاب بجنحة انتزاع لعقار من حيازة الغير أن يكون انتزاع العقار وقع خلصة أو باستعمال التدليس أو بغير ذلك مما يشير إليه الفصل المذكور.

وحيث إن أي من الحكم الابتدائي أو القرار الاستثنائي المؤيد له لم يبرز وجود أحد العناصر المذكورة مما يكون معه القرار المطعون فيه ناقص التعليل وغير مرتكز على أساس صحيح من القانون."

من هذا المنطلق فإن انعدام العناصر المكونة لجنحة انتزاع العقار من حيازة الغير وإن جعل الفاعل في مأمن من المعاقبة الجنائية فإنه لا يعفيه من

¹ في هذا الإطار قضت المحكمة الابتدائية بفاس على أنه: "وحيث إن الفعل المخل بالحيازة ثابت في النازلة من خلال مقتضيات الحكم الجنحي الصادر بتاريخ 2007/7/17 في الملف عدد 07/1014 الذي أصبح نهائيا عما يتضح من شهادة عدم التعرض والإستئناف المؤرخة في 2008/01/24. وحيث أمام ثبوت أحقية المدعية في التصرف والاستغلال العقار محل النزاع وثبوت الغصب والتعدي عليه من طرف المدعى عليه فإن دعوى المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الإستغلال تكون مؤسسة قانونا ويتعين الإستجابة لها." ملف عقاري رقم: 08/12/100، بتاريخ: 2010/4/1، حكم عدد: 187.

تعويض المالك أو الحائز عن حرمانه من استغلال عقاره في إطار المسؤولية التقصيرية طبقا للفصل 78 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود¹.

الفصل الثاني: الإشكالات القانونية التي تطرحها دعوى التعويض عن واجب الاستغلال

تطرح دعوى المطالبة بواجب الاستغلال مجموعة من الإشكالات القانونية تتعلق أساسا بالتقدم وما إن كانت تستوجب القيام بإجراءات مسبقة، وسنعرض لكل حالة على حدى.

الفصل الأول: تقادم دعوى المطالبة بواجب الاستغلال

إن تقادم أي دعوى يرتبط ارتباطا وثيقا بالحق الذي تروم المطالبة به، وكما سبق وأن أشرنا إلى ذلك في الفصل الأول فإن الحق الذي تؤسس عليه هذه الدعوى يجد سنه القانوني في وقائع يختلف تكييفها القانوني اختلافا بينا.

مبدئيا تقام دعوى واجب التعويض عن الحرمان من الاستغلال عندما يتعلق الأمر بانتزاع حيازة عقار لا يثير أي إشكال لكون يخضع لفصل واحد وهو الفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود الذي حدد تقادم دعوى التعويض عن الجنحة أو شبه الجنحة في خمس سنوات من تاريخ العلم بالضرر ومن سببه أو أجل عشرين سنة من تاريخ حدوث الضرر.

تبدأ إشكالات التقادم عندما يتعلق الأمر بحرمان المالك من استغلال عقاره، فهذه الحالة قد تكييف كشبه جنحة عندما يتعلق الأمر مثلا باحتلال ملك الغير دون أن يستجمع الفعل المرتكب عناصر جنحة انتزاع عقار كما سبق

¹ الفصل 78 من قانون الالتزامات والعقود: "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر. وكل شرط مخالف لذلك يكون عديم الأثر. والخطأ هو ترك ما كان يجب فعله، أو ما فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر."

الذكر، وتخضع بالتالي لقواعد المسؤولية التقصيرية بما فيها التقادم الخماسي المحدد بالفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود، وقد تقبل التكييف على أساس شبه العقود كالإثراء بلا سبب مما يجعلها خاضعة بالتالي للفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود¹، أي أن المطالبة بالتعويض في هذه الحالة يخضع للتقادم المحدد في 15 سنة. وبالتالي يطرح التساؤل عن الخيط المميز بين الحالة التي يمكن أن يؤسس عليها طلب التعويض عن الحرمان من الاستغلال على أسس قواعد المسؤولية التقصيرية والحالات التي يمكن تأسيسه على أساس نظرية شبه العقود.

من المعلوم أن المسؤولية التقصيرية تبنى على أساس عناصر الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وبالتالي فإن حرمان المالك أو الحائز من استغلال ماله سواء كان عقار أو منقولاً يقتضي لتأسيسه على هذا الأساس وجود خطأ من المدعى عليه وانعدام عنصر حسن النية لديه. وفي المقابل فإن تأسيس دعوى الحرمان من الاستغلال على أساس نظرية شبه العقود خاصة الإثراء بلا سبب يستوجب انعدام الخطأ من طرف المدعى عليه واستصحابه لعنصر حسن النية الذي لا يكون الأصل المفترض في هذه الحالة بل الذي يحاز بناء على سند قانوني سليم أو كان سليم، كوجود عقد وقع إبطاله أو التصريح ببطلانه فيما بعد².

¹ - ينص الفصل 387 على أنه: "كل الدعاوى الناشئة عن الالتزام تتقدم بخمس عشرة سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يقضي القانون في حالات خاصة."
² - يمكن تأسيس دعوى الاستغلال في حالة ترامي الإدارة على ملك الغير ضد الجهة التي حلت محل هذه الأخيرة حتى ولو كانت غير موجودة في تاريخ بداية استغلال العقار موضوع النزاع. وفي هذا الإطار اعتبرت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر بتاريخ 2005/2/22 "إنه على فرض أن عمالة الرباط هي التي قامت بالاستيلاء الفعلي على عقار المدعية، فإن ذلك كان لفائدة الجماعة الحضرية بالرباط التي كانت هي الجماعة الحضرية الوحيدة، باعتبار أن المرفق الذي تم إحداثه يدخل في الاختصاصات الموكولة إليها، وأن الجماعة المذكورة بعد التغيير المدخل على التقسيم الإداري للمملكة تم توزيع نفوذها الترابي بين مجموعة من الجماعات الحضرية، التي حلت محلها ومن ضمنها الجماعة الحضرية أكدال التي انتقلت إليها مسؤولية تسيير المرفق العام الذي أحدث فوق العقار المذكور، كما أكد ذلك تقرير الخبرة المنجز بالملف، وبالتالي تكون قد حلت بقوة القانون محل الجماعة الحضرية بالرباط الذي أنجز المشروع في الأصل لفائدتها، وتحتمل تبعاً لذلك تبعات تعويض المدعية عن فقدان عقارها"

وللتمييز بين هاتين الحالتين يمكن اعتماد مثال الاعتداء المادي على ملك الخواص، فإذا كان بدون سلوك مسطرة نزع الملكية والإذن بالحيازة، فإن هذا الفعل يعتبر خطأ وتخضع بالتالي دعوى التعويض بسببه لقواعد المسؤولية التقصيرية وبالتالي للتقادم الخماسي المنصوص عليه بالفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود، لكن لنفرض مثلاً كون الإدارة استصدرت إذناً بالحيازة من قاضي المستعجلات في إطار الفصل 18 من القانون 81/7 المتعلق بنزع الملكية واحتلت هذا العقار على هذا الأساس وتم الطعن بالاستئناف في هذا الأمر وتم إلغاؤه فيما بعد فهنا تكون الإدارة لم ترتكب أي خطأ وقد حازت العقار بسند قانوني صحيح الغي فيما بعد ومطالبتها بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال في هذه الحالة لن يكون إلا في إطار نظرية شبه العقود، خاصة الإثراء بلا سبب، مما يجعل هذه الدعوى خاضعة للتقادم المنصوص عليه بالفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود¹.

بهذا الخصوص صادفنا قرار لمحكمة النقض رقم 5167، المؤرخ في 10/11/99، ملف مدني رقم 1744/1/6/97، اشرنا إليه في الهامش رقم 7، ذهبت فيه إلى القول بكون التعويض عن الحرمان من الاستغلال لعقار حازه المدعي ملكيته في إطار الشفعة ينطلق من تاريخ ثبوت الغصب الذي هو تاريخ الامتناع من تنفيذ الحكم القاضي بالشفعة.

إن محكمة النقض بنت قرارها على الغصب أي على خطأ المدعى عليه وبالتالي على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، إذا كان هذا القول في شقه هذا

¹ - بهذا الخصوص اعتبرت محكمة النقض في قرارها عدد 70 الصادر بتاريخ 2008/03/05 ملف عدد 06/1347 و 06/2694 أن دعوى التعويض عن النزع الجبري للعقار لا تخضع للتقادم المنصوص عليه بالفصل 106 من قانون الالتزامات والعقود الخاص بتقادم دعوى التعويض عن الجريمة وشبه الجريمة كما رفضت تطبيق التقادم المنصوص عليه 391 من نفس القانون المتعلق بالتقادم المعاشات الدورية، ورغم عدم توفرنا على وقائع هذه القضية للبحث فيما إذا كان في هذه الدعوى النزع الجبري للعقار تم وفق المسطرة القانونية من عدمه إلا أن الراجح أن هذه الدعوى رفعت ضد الإدارة النازعة للملكية والتي بالفعل سلكت المسطرة القانونية المحددة في قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة وإلا اعتبر فعلها شبه جريمة وخضعت الدعوى بالتالي للتقادم المنصوص عليه بالفصل 106.

صحيحاً فإننا نختلف مع محكمة النقض بخصوص المدة الفاصلة بين تاريخ حيازة الحكم القاضي بالشفعة قوة الشيء المقضي به وبين تاريخ امتناع المدعى عليه من تنفيذه، فإذا كانت المطالبة بالتعويض عن الحرمان من الاستغلال عن هذه المدة لا تخضع لقواعد المسؤولية التقصيرية فإنه يمكن تأسيسه على أساس قواعد نظرية شبه العقود بل حتى على حق الملكية في حد ذاته الذي حازه المدعي من تاريخ الحكم له بالشفعة أي أنه منذ تاريخ صيرورة الحكم القاضي له بالشفعة فإنه أصبح مالكا على الشيع للعقار وله حق استغلاله من ذلك التاريخ، بل الأبعد من ذلك، فما دام الشفيع قد حاز حقوق المشفوع منه من تاريخ البيع فله الحق في استغلال نصيبه من العقار المشفوع فيه من هذا التاريخ.

عندما يتعلق الأمر بالمطالبة بواجب الاستغلال أو الحرمان من الاستغلال التي يرفعها أحد المالكين على الشيع على المالك المستأثر بالمال المشاع ففي هذه الحالة وقع اختلاف بين مواقف مختلف محاكم الموضوع من جهة و محكمة النقض من جهة ثانية، هذه الأخيرة ذهبت حيناً إلى إخضاع هذه الدعوى إلى التقادم المنصوص عليه بالفصل 375 من قانون الالتزامات والعقود أي أجل خمسة عشر سنة، وحين آخر طبقت عليه التقادم الخماسي المنصوص عليه بالفصل 391 من نفس القانون والمتعلق بتقادم الحقوق الدورية والمعاشات¹.

جدير بالذكر أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد حسم في أمر تقادم دعوى المطالبة بالاستغلال التي يرفعها أحد المالكين على الشيع على المالك المستغل وحدده في التقادم الخماسي مطبقاً بذلك المادة 815-10 الفقرة 2 من القانون

¹ - كمثل على ذلك قرار المجلس الأعلى عدد : 3246 المؤرخ في : 2002/10/23، ملف مدني عدد : 2001/2/1478

جاء فيه " طلب المدعي نصيبه في الغلة هي مطالبة بحقوق دورية تتقادم طبقاً للفصل 930 من ق.ل.ع. والتقادم الخمسي وليس التقادم العادي المحدد في 15 سنة." كما ذهبت في قرار آخر عدد 212 بتاريخ 2011/01/18 ملف عدد 2010/1035 إلى القول بكون دعوى المطالبة بالاستغلال لم يرد بشأنها نص خاص مما يجعلها تخضع للتقادم العادي المنصوص عليه في الفصل 387 من قانون الالتزامات والعقود. قرار أورده محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي المغربي، منشورات دراسات قضائية الكتاب الأول، صفحة 265.

المدني الفرنسي¹ الذي حدد تقادم دعوى المطالبة بالاستغلال التي يرفعها أحد المالكين على الشيعاء على المالك المستغل في خمس سنوات.

إن عدم استقرار قضاء محكمة النقض في قراراتها بهذا الخصوص راجع من جهة إلى عدم وجود نص خاص يحدد التقادم الخاص بهذه الدعوى كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي، ومن جهة أخرى إلى عدم الحسم بخصوص الطبيعة القانونية للحق المطالب به.

إن ما ذهبت إليه محكمة النقض برفض اعتبار واجب الاستغلال من الحقوق الدورية في نظرنا المتواضع لم يصادف الصواب ما دام أن الاستغلال باعتباره من الحقوق المتفرعة عن حق الملكية هو مستمر في الزمان ما دام المالك حائزا لهذا الحق، وبالتالي فإن الانتفاع به يخضع لنفس الاستمرارية في الزمان مما يجعل استخلاصه يكون بطبيعته أيضا دوريا، فالمالك على الشيعاء يطالب دائما بالتعويض عن مدة محددة وله كامل الحق في رفع دعوى جديدة للمطالبة بالتعويض عن المدة اللاحقة للدعوى الأولى دون أن تواجه هذه الدعوى بسبقية البت وحجية الأمر المقضي به طبقا للفصل 451 و 452 من قانون الالتزامات والعقود.

كما أن حالة الشيعاء هي شكل من أشكال الشركة ما دام أن المشرع المغربي قد أورد حالة الشيعاء ضمن القسم السابع المخصص للاشتراك مميزا بين الشركة العقدية وشبه الشركة أو الشيعاء، وقد حدد الفصل 392 من قانون

¹-Aux termes de cet article : « Sont de plein droits indivis, par l'effet d'une subrogation réelle, les créances et indemnités qui remplacent des biens indivis, ainsi que les biens acquis, avec le consentement de l'ensemble des indivisaires, en emploi ou remploi des biens indivis.

Les fruits et les revenus des biens indivis accroissent à l'indivision, à défaut de partage provisionnel ou de tout autre accord établissant la jouissance divisée.

Aucune recherche relative aux fruits et revenus ne sera, toutefois, recevable plus de cinq ans après la date à laquelle ils ont été perçus ou auraient pu l'être.

Chaque indivisaire a droit aux bénéfices provenant des biens indivis et supporte les pertes proportionnellement à ses droits dans l'indivision. »

الالتزامات والعقود تقادم دعوى الشركاء فيما بينهم بسبب الالتزامات الناشئة عن عقد الشركة في خمس سنوات، وان كان هذا النص خاص بالشركة العقدية فإنه يمكن التوسع في تطبيقه ليشمل حتى شبه الشركة وحالة الشيعاء وفي ذلك عدل وحفظ لحقوق الشيعاء والمال المشاع في آن واحد.

المبحث الثاني: دعوى المطالبة بواجب الاستغلال هل تستوجب إجراءات سابقة؟

من خلال استقراء العمل القضائي بخصوص دعوى المطالبة بواجب الاستغلال التي يرفعها احد المالكين على الشيعاء على المالك المستأثر، وقفنا على تباين العمل القضائي بخصوص الشروط اللازمة توفرها للحكم للمدعي وفق طلبه، فبالإضافة إلى ضرورة إثبات المدعي كونه مالك على الشيعاء للمال المطلوب واجب الاستغلال فيه، وإثباته استئثار المدعي عليه باستغلاله، ذهبت بعض المحاكم إلى تكليف المدعي بإثبات حرمانه من الاستغلال من طرف المدعي عليه¹ كما ذهبت محاكم أخرى إلى ضرورة إثبات المدعي كونه طالب المالك المستأثر بواجب الاستغلال ورفض هذا الأخير تمكينه منه وذلك بتوجيه إنذار له قبل المطالبة القضائية تحت طائلة اعتبار تاريخ المطالبة القضائية تاريخ استحقاق التعويض دون المدة السابقة له².

إن هذه التوجهات تثقل كاهل المدعي في الإثبات أكثر مما تستلزمه دعواه، فالمطالبة بحق المدعي في الاستغلال يضمنه له حق الملكية الذي يتوفر عليه، وقد

¹ في هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الابتدائية بفاس في حكمها عدد 42 الصادر بتاريخ 2010/01/28، ملف عدد 2009/12/182 إلى القول ب: "وحيث تخلف المدعون عن إقامة الحجة المعتبرة قانونا على انفراد المدعي عليها باستغلال المدعي فيه وبمنعها الطرف المدعي عن استغلال نصيبه في العقار المشترك ليبقى هذا الشق من الطلب عار كما يؤيده من وسائل الإثبات القانونية ومآله عدم القبول".

² هذا التوجه ايدته حتى محكمة النقض في إحدى قراراتها عدد : 476 المؤرخ في 2003/03/20 ملف عقاري عدد : 2002/2/1/2256 لما اعتبرت أن : "جواب المحكمة على دفع الطاعن بأن طلب التعويض عن الاستغلال لا يكون مبررا إلا بعد توجيه إنذار بالعلة التالية : " يتعين اعتبار تاريخ تقديم مقال افتتاح الدعوى تاريخ مطالبة المستأنف عليه للمستأنف بالإفراغ وتاريخ توصل هذا الأخير بنسخة من عريضة هذه الدعوى هو تاريخ التوصل بالإشعار بالإفراغ يجعل قرارها محالا ومرتكزا على أساس".

يكون المال المشاع بطبيعته لا يقبل القسمة العينية حتى يكون بإمكان كل شريك استغلال جزء منه كالشقة مثلا مما يجعله بالضرورة مستغلا من طرف مالك واحد الذي يستأثر بالسكن به أو يعمد بكرائه للغير ويستفرد بقبض واجبات الكراء فلا مجال في مثل هذه الحالة لتكليف المدعي بإثبات حرمانه من الاستغلال .

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تفسير المادة 815-9 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن المالك على الشيع الذي يستأثر باستغلال المال المشاع مدين بتعويض عن الاستغلال لباقي المالكين¹ بالقول أن الاستئثار هو الاستحالة القانونية أو الفعلية للمالكين على الشيع من استغلال المال المشاع². وابتداء من هذه الحالة يكون للمالك الحق في التعويض عن الاستغلال دون أي إجراء آخر.

وبهذا الخصوص نظم القانون المدني الفرنسي في مادته 262-1 حالة الزوجين الذين يملكان مالا مشتركا غالبا ما يكون بيت الزوجية. ففي حالة الطلاق أعطت هذه المادة لأحد الزوجين الحق في مطالبة الزوج الذي يستغل بيت الزوجية بواجب الاستغلال ابتداء من تاريخ تصريح المحكمة بفسل الصلح أو من تاريخ صيرورة الحكم القاضي بالطلاق نهائيا في حالة إذا ما أذنت له المحكمة بالبقاء ببيت الزوجية³.

¹L'article 815-09 de code civil français prévoit : « **L'indivisaire** qui use ou jouit privativement de la chose indivise est, sauf convention contraire, **redevable d'une indemnité d'occupation** »

²"La jouissance privative au sens de l'article 815-9 du code civil résulte de l'impossibilité de droit ou de fait pour les co-indivisaires d'user de la chose."
Cass. 1ère civ. 29 juin 2011 (pourvoi n°10-15634).

³ L'article 262-1 du code civil français prévoit que « L'ex-époux est en droit de demander une indemnité d'occupation à compter du prononcé de l'ordonnance de non-conciliation à l'autre conjoint qui occupe le bien indivis. Ou à compter du jour où le jugement de divorce n'est plus susceptible de recours, quand la jouissance du domicile conjugal a été attribuée à titre gratuit à l'autre époux par le juge aux affaires familiales pendant la durée de l'instance en divorce. »

إن هذه المادة راعت المنطق السليم للأمور فكيف يمكن لزوجين يباشران إجراءات الطلاق بينهما، وفشلا في الصلح أن يستغلا معا بيت الزوجية؟ وأن يسكنا فيه معا. فالمنطق السليم للأمور يقضي أن احدهما يغادر هذا البيت ليتكبد مصاريف الكراء إضافة إلى مصاريف القرض البنكي فيما الآخر يستأثر بهذا المال المشاع في انتظار سلوك مساطر القسمة التي قد تطول لسنين طويلة.

إن هذه القواعد التي أقرها سواء المشرع الفرنسي أو الاجتهاد القضائي الفرنسي لا شيء يمنع القضاء المغربي من الاستئناس بها واعتمادها من أجل وضع قواعد واضحة، موحدة ولا ترهق كاهل الأطراف وتكليفهم يعبئ إثبات مضاعف يرهق كاهلهم ولا يناقض مهمة القضاء السامية في تحقيق العدالة بفعالية ودون مماطلة.

خاتمة

إن دعوى الاستغلال باعتبارها من الدعاوى الأكثر تداولا على صعيد محاكم المملكة و بالرغم من الإشكاليات العديدة التي تطرحها فإنها لازالت لا تخضع لتقنين واضح يبين الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب احترامها من طرف المتقاضين، ما يجعلها مجالا خصبا للاجتهاد القضائي والفقهى على حد سواء.

" دور المؤسسات الإدارية في إعداد تصميم التهيئة و تنفيذه "

موحى اسيدي اعمر

دكتور في الحقوق

إطار بوزارة الداخلية

عمالة إقليم سيدي سليمان

مقدمة:

يضطلع تصميم التهيئة بدور ريادي في مجال برمجة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والعمرائية، إذ بواسطته يتم التحكم في المجال وضبطه، كما أنه أداة لترجمة توجهات المخطط التوجيهي للتهيئة العمرانية عن طريق مبادئ قانونية يمكن الاحتجاج بها عند الاقتضاء أمام الإدارة أو المجالس الجماعية⁽¹⁾ ذلك أنه لا يمكن تصور أية إستراتيجية لتهيئة شاملة ومستمرة دون تبسيط المساطر والإجراءات الإدارية المتعلقة بإعداد تصاميم التهيئة، حيث أنه على المستوى العملي يلاحظ أن المساطر المتعلقة بإعدادها تبقى بطيئة ومحدودة، وذلك بالرغم من التبسيط الذي جاءت به المقتضيات القانونية سواء في القانون المتعلق بالتعمير⁽²⁾ أو مرسومه التطبيقي⁽³⁾.

ولضمان حسن إعداد وتنفيذ تصاميم التهيئة على أرض الواقع أنيط هذا العمل بمجموعة من المؤسسات الإدارية التي تسهر على حسن تتبع

¹- عبد الحكيم الفلالي: وضعية وثائق التعمير بالوكالة الحضرية إلى غاية 31 دجنبر 2006

²- ظهور شريف رقم 31-92-1 صادر في 15 من ذي الحجة 1412 الموافق ل 17 يونيو 1992 بتنفيذ القانون

رقم 90-12 المتعلق بالتعمير منشور بالجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 14 محرم 1413 الموافق ل 15 يوليوز 1992 ص 887.

³- المرسوم رقم 2.29.832 الصادر في ربيع الثاني 1414 الموافق ل 20 أكتوبر 1993 لتطبيق قانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير، منشور بالجريدة الرسمية عدد 4225 بتاريخ 4 جمادى الأولى 1414 الموافق ل 20 أكتوبر 1993، ص 2061.

ومراقبة إنجاز وتنفيذ هذا المخطط، وتمثل الجماعات الترابية والوكالات الحضرية هذه المؤسسات.

فإلى أي حد استطاعت هذه المقتضيات القانونية تبسيط المسطرة المتبعة في إعداد تصميم التهيئة؟ (المبحث الأول) وما هي الضمانات القانونية المخولة للإدارة سواء الجماعية أو المكلفة بالتعمير لضمان احترام وحسن تنفيذ هذا التصميم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إعداد تصميم التهيئة

رغم أهمية النصوص القانونية التي تطبق على تصميم التهيئة، فإن هذا الأخير لا يزال يتميز بالجمود، وهذا راجع بالأساس إلى تعقد الإجراءات والمساطر الجاري بها العمل، وكذا إلى تعدد المتدخلين في مجال إعداد⁽¹⁾ حيث تقوم إدارة الدولة -وهي إما وزارة الإسكان والتعمير وسياسة المدينة وإما الوكالات الحضرية-⁽²⁾ بدور أساسي في هذه العملية في مقابل دور محدود للجماعات المحلية وكذا الخواص والأفراد، ويرجع السبب في ذلك إلى كون الدولة هي التي يعود إليها تحديد سياسة إعداد التراب الوطني والتعمير إضافة إلى الصعوبات الإدارية والمالية وضعف الرصيد العقاري للجماعات المحلية رغم كون هذه الأخيرة تسعى إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والمجالية داخل نفوذ ترابها⁽³⁾. وعليه نتساءل عن دور الإدارة في عملية إعداد تصميم التهيئة (المطلب الأول) وما هي المسطرة المتبعة في ذلك (المطلب الثاني).

¹ - وزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان والبيئة، التعمير في خدمة الاستثمار تقييم أشغال اللجنة المختصة المؤسسة طبقاً للدورية رقم 254، 2002، ص 12.
² - المادة 18 من المرسوم المتعلق بتطبيق القانون رقم 90-12 المتعلق بالتعمير
³ - عبد الرحمان البكريوي: "التعمير بين المركزية واللامركزية" م س، ص 85.

المطلب الأول: إعداد تصميم التهيئة من طرف المؤسسات الإدارية

تم عملية إعداد تصميم التهيئة باعتباره أداة للتخطيط الحضري يهدف إلى التحكم في استعمال ومراقبة المجال وضبطه، حسب ما نص عليه القانون المتعلق بالتعمير، عبر تدخل مجموعة من الأطراف، حيث أنه لغاية 1993 كان اختصاص إعداد تصميم التهيئة يعود للإدارة المركزية، لكن بعد إنشاء الوكالات الحضرية⁽¹⁾ أصبحت تقوم الإدارة المركزية بدور المشرف فقط وأصبحت الوكالات الحضرية هي المختصة بإعداده (الفقرة الأولى) وإلى جانبه توجد المجالس الجماعية التي تساهم بدورها في إعداد تصميم التهيئة وإن كان دورها يتسم بالحدودية مقارنة مع الوكالات الحضرية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الوكالات الحضرية ودورها في إعداد تصميم التهيئة

تعرف المدن المغربية تطورا اقتصاديا وإداريا وعلميا يجعلها قبلة للعديد من سكان البوادي مع ما يترتب على ذلك من انتشار البناء العشوائي ودور الصفيح⁽²⁾ ولهذا السبب عملت السلطات العامة على تعميم الوكالات الحضرية على مختلف المدن لتسوية مشاكل التخطيط والتدبير الحضريين⁽³⁾. منذ إنشاء

¹ - الظهير الشريف رقم 1.39.51 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 الموافق ل 10 شتنبر 1993، معتبر بمثابة قانون يتعلق بإحداث الوكالات الحضرية منشور بالجريدة الرسمية عدد 4220 بتاريخ 27 ربيع الأول 1414 الموافق ل 15 شتنبر 1993. ص 1624 والوكالة الحضرية عبارة عن "مؤسسة عمومية ذات الشخصية المعنوية والاستقلال المالي تسير من طرف مديرين ملحقين بالوزارة الوصية، وتقوم على استشارة دائمة مع المصالح المركزية وبتنسيق مع المدير العام للتعمير والهندسة المعمارية والمحافظة على إعداد التراب الوطني" المذكورة الوزارية عدد 344/د بتاريخ 7 شتنبر 1993 المتعلقة بإحداث مؤسسات عمومية تسمى الوكالات الحضرية.

² - محمد نجيب بلكل: "المجموعة الحضرية أداة للحفاظ على وحدة الحواضر الكبرى من أجل تنمية حضرية متوازنة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية، العدد السادس، يناير- مارس 1994 ص 58.

³ - بناصر المصطفاوي: "التعمير بين التخطيط والعشوائية حالة مدينة الناظور"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكاد، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2006/2005 ص 25.

الوكالة الحضرية للدار البيضاء سنة 1984 إلى غاية الآن، وهذه الأخيرة تخضع لوصاية الدولة الإدارية والمالية المفروضة على المؤسسات العامة⁽¹⁾.

وهكذا تقوم الوكالات الحضرية بدور أساسي في عملية إعداد تصميم التهيئة حيث نصت المادة 19 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بالتعمير على أنه "يتم إعداد مشروع تصميم التهيئة بمسعى من الوزارة المكلفة بالتعمير ... مع مراعاة الصلاحيات المسندة في هذا الميدان إلى الوكالة الحضرية بموجب التشريع الجاري به العمل".

وبالرجوع إلى مقتضيات الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المحدث للوكالة الحضرية نجدها تنص على أنه "تتولى الوكالة الحضرية في نطاق اختصاصها تحضير مشاريع وثائق التعمير المقررة بنصوص تنظيمية خصوصا خرائط التنطيق ومخططات التهيئة ومخططات التنمية".

وانطلاقا من هذه المقتضيات القانونية، يتضح حجم مساهمة الوكالات الحضرية في مجال التخطيط الحضري، حيث تبقى هي المكلفة والمشرفة على إعداد تصاميم التهيئة وصياغة البنود الخاصة بالصفحة المتعلقة بمشروع الوثيقة، وتحدد المبلغ المالي المناسب لإعداد المشروع كما تتابع مختلف مراحل الإعداد بدءا بطلب نشر العروض إلى غاية نهاية إعداد مشروع تصميم التهيئة الذي سيتم تقديمه أمام اللجنة المحلية وفي بعض الحالات أمام اللجنة المركزية قبل أن يجال المشروع على أنظار المجلس الجماعي لإبداء رأيه فيه⁽²⁾.

¹ - اغزيلي فاطمة، عامري جميلة: "التعمير والبيئة أية علاقة؟"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة التكوين والبحث، الإدارة العامة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2001/2002، ص 19.

² - عبد الرحمان البكريوي: "تعدد المتدخلين في ميدان التعمير وانعكاساته على التخطيط والتدبير العمراني بالمغرب"، أشغال ندوة العمران في الوطن العربي بين التخطيط والتشريع والإدارة، المنعقدة بالرباط أيام 10-11 و12 أبريل 2001، ص 233.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا كانت الوكالة الحضرية تقوم بدور مهم في إعداد تصميم التهيئة فإن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للإدارة الجماعية.

الفقرة الثانية: دور المجالس الجماعية في إعداد تصميم التهيئة

تعتبر الجماعات المحلية فاعلا أساسيا في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية والعمرانية⁽¹⁾ عن طريق استغلال رصيدها العقاري وتجهيزه وتهيئته، فهي التي تعطي للأراضي العقارية طابعها العمراني بفضل تصميم التهيئة وما يتضمنه من تجهيزات أساسية ومرافق اجتماعية ضرورية⁽²⁾.

وعلى الرغم من الطابع المحلي لتصميم التهيئة، وأهميته بالنسبة للنمو العمراني والمجالي للجماعات الحضرية، فإن هذه الأخيرة لا تقوم أثناء إعداده إلا بدور ثانوي في مقابل الدور الأساسي والمهم للوكالات الحضرية⁽³⁾ إذ تقوم بدور استشاري محدود رغم أنها تعتبر فاعلا مهما في سياسة التخطيط والتدبير الحضريين⁽⁴⁾ وهكذا فهذه الجماعات تركز اهتمامها على مرحلة الاستشارة المحدودة فقط.

هذه المحدودية أكدها أيضا المشرع المغربي في إطار المادة 23 من القانون المتعلق بالتعمير التي تنص على أنه "يتم وضع مشروع تصميم التهيئة بمبادرة من الإدارة وبمساهمة الجماعات المحلية..." والملاحظ على هذه المادة أنها لم

¹ - الحاج شكرة: "محاضرات في إعداد التراب والتعمير"، الطبعة الأولى، 2003، ص 75.

² - الهادي مفاد: "توجهات السياسة العقارية في مجال التخطيط العمراني"، مساهمة في دراسة البيانات العامة في المغرب، مطبعة الجديدة (دون ذكر سنة الطبع)، ص 8.

³ - منير الروي: "تصميم التهيئة بين الإدارة المكلفة بالتعمير والمجالس الجماعية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2003/2002 ص 51.

⁴ - حيمود المختار: "دور سياسة التعمير في تنمية وتنظيم المجال الحضري مساهمة في دراسة المجال الحضري المغربي نموذج عمالة ابن مسبيك سيدي عثمان"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق وحدة التكوين والبحث في العلوم الإدارية كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2001/2000، ص 191.

توضح مدلول هذه المساهمة والكيفية التي تتم بها⁽¹⁾، وبالتالي ظل دور الجماعات يقتصر على إبداء الرأي عندما مجال عليها مشروع تصميم التهيئة داخل المدة المحددة قانونا⁽²⁾.

هذا إضافة إلى أنه من الناحية العملية فالاقتراحات والآراء التي تبديها الجماعات بشأن مشروع تصميم التهيئة تظل غير ملزمة للوكالات الحضرية، فلها أن تأخذ بها أو أن تتركها جانبا.

والرأي فيما أعتقد أن تجاوز هذا الوضع وتحقيق أهداف تصميم التهيئة يتطلب إشراك الجماعات المحلية في عملية إعداده ودراسته، وتحقيق هذا الهدف لن يتأتى إلا من خلال تحويل الجماعات المحلية الحق في إعداد وثائق التعمير في إطار تشاوري وتوافقي ومنصف في شكل مشروع مجالي وحضري تساهم في تجسيده كل الأطراف المعنية بالتعمير⁽³⁾ وهذا ما أكدته مشروع مدونة التعمير الجديد⁽⁴⁾ الذي ساير التوجه الفرنسي والذي أعطى للجماعات المحلية سلطة إعداد تصميم التهيئة⁽⁵⁾.

¹- عكس قانون التعمير الفرنسي ل 7 يناير 1983 الذي نص على أن المجلس الجماعي يقرر إعداد تصميم استعمال السطح ويوضح في نفس الوقت طرق إشراك الأشخاص العامة، فضلا عن الدولة، الجهة، المصالح الخارجية، غرفة التجارة والصناعة، غرف الحرف، غرفة الفلاحة (المادة R. 123.3) للمزيد من التفاصيل انظر: أحمد رضا الأحمادي: مرجع سابق، ص 80.

²- الفقرة الثانية من المادة 24 من القانون رقم 90-12 حددتها في شهرين وقد تقلصت هذه المدة في مشروع مدونة التعمير الجديدة إلى 45 يوما من تاريخ إحالة تصميم التهيئة عليها (الفقرة الثانية من 32 من المشروع).

³- مجلة البرج: "التعمير والتنمية المستدامة" نشرة تواصلية تصدرها المديرية الجهوية للإسكان والتعمير بجهة فاس بولمان، يناير 2007، ص 6.

⁴- تنص المادة 27 من مشروع مدونة التعمير الجديد رقم 30-07 على أنه "يوضع مشروع تصميم التهيئة لفائدة الدولة من قبل وكالة التعمير بمبادرة منها أو من الإدارة أو من الجماعة المعنية..."

⁵- Yves maxime danan et jean pierre forget: processeur procédures d'aménagement et d'urbanisme, volume 1 planification et autorisation 2ème édition dalloz. 1986, p: 97.

المطلب الثاني: مسطرة إعداد تصميم التهيئة

باعتبار تصميم التهيئة وثيقة تحدد التجهيزات الأساسية والمرافق العامة وفتح مناطق جديدة لتوسيع مدينة قائمة أو بمناسبة تشييد مدينة جديدة وبيان قواعد تنظيم استعمال العقارات⁽¹⁾ فإن مسطرة إعداده تمر بعدة مراحل تتصف بالبطء⁽²⁾ حيث تبتدئ بإعداد الدراسات التمهيديّة التي تسمح بتحديد الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للمناطق التي سوف يغطيها تصميم التهيئة والقيام بدراسته (الفقرة الأولى) مرورا بمرحلة البحث العمومي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إعداد مشروع تصميم التهيئة ودراسته

قبل الشروع في إعداد مشروع تصميم التهيئة تتم عملية إنجاز الدراسات اللازمة لمعرفة الوضعية الاقتصادية والاجتماعية والتجهيزات والمرافق العامة للمنطقة⁽³⁾ بعدها يعود لرئيس مجلس الجماعة المحلية اتخاذ قرار بشأن القيام بدراسة هذا المشروع إما بمبادرة منه أو بطلب من الإدارة الوصية على قطاع التعمير والسكنى أو الوكالة الحضرية حسب الحالة⁽⁴⁾، وهذا القرار يسري مفعوله داخل أجل ستة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية طبقا للفقرة الثالثة من المادة 21 من القانون المتعلق بالتعمير.

بعد ذلك يجوز لرئيس الجماعة أن يؤجل البت في كل الطلبات بشأن إقامة التجزئات أو المجموعات السكنية إلا أنه يمكن استثناء أن يأذن بإحداث

¹-Mustapha khattabi: «l'urbanisme et les documents d'urbanisme en droit marocaine », revue marocaine d'administration local et de développement N° 34 septembre octobre 2000, p: 64.

- Yves maxime danan et jean pierre forge op.cit. p 96.

²-http:www.cadeurbanisme.gov.ma بتاريخ 2008/06/2

³-Driss bassri: guide de l'urbanisme et de l'architecture, imprimerie royal 1993, p 47.

⁴- مصطفى معمر، أحمد أيجون: "إعداد التراب الوطني والتعمير"، الطبعة الأولى، 2008/2007 ص 176.

هذه المشاريع إذا كانت موافقة لتصميم التهيئة طبقا للمادة 22 من القانون المتعلق بالتعمير⁽¹⁾.

والهدف من هذا الإجراء هو سد الفراغ الذي يمكن أن يستغل لإقامة مشاريع منافية للتصميم قبل الموافقة عليه طبقا للمرسوم التنظيمي⁽²⁾.

بعد ذلك يتم وضع تصميم التهيئة بمبادرة من الإدارة المكلفة بالتعمير وبمساهمة من الجماعات المحلية طبقا للمادة 23 من القانون المتعلق بالتعمير وهو ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط⁽³⁾ حيث ذهبت إلى أن "مشروع تصميم التهيئة يتم وضعه بمبادرة من الإدارة وبمساهمة من الجماعات المحلية وتكون الموافقة عليه بمقتضى مرسوم".

وبعد وضع هذا المشروع تحيله الإدارة على لجنة محلية⁽⁴⁾، هذه الأخيرة يمكن لها الاستئناس بإرشادات وتوجيهات كل من رأت فيه جدوى لذلك بدعوة من رئيسها والهدف من ذلك هو دعم التشاور الإداري وتعزيز مشاركة الفاعلين المحليين في مسطرة إعداد تصميم التهيئة⁽⁵⁾.

¹- إلا أن هذا الاستثناء لا يمنح إلا بعد موافقة الوكالة الحضرية وفي غيابها المندوب الإقليمي للتعمير والهندسة المعمارية وإعداد التراب وبصفة عامة لا يمنح هذا الاستثناء إلا بعد موافقة الجهة التي باشرت دراسة تصميم التهيئة.

المنشور رقم 005 / م.ت.ه.م. / م.ق. متعلق بتصميم التهيئة، صادر بتاريخ 17 يناير 1994 عن وزارة الدولة في الداخلية، المديرية العامة للتعمير والهندسة المعمارية وإعداد التراب الوطني، ص 6.

²- محمد البوشواري: "الميسر في إعداد التراب الوطني والتعمير"، مطبعة طوب باريس، الطبعة الأولى 2006، الرباط، ص 64.

³- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 854 بتاريخ 4 رجب 1420 الموافق ل 1999/10/14 في الملف رقم 98/658 (غير منشور).

⁴- تضم هذه اللجنة في عضويتها: 1- الوالي أو عامل العمالة أو الإقليم باعتباره رئيسا 2- أعضاء اللجنة التقنية المحلية التابعة للعمالة أو الإقليم المعني (الكاتب العام للعمالة أو الإقليم ورؤساء الدوائر ورؤساء المصالح الخارجية التابعة للدولة ومديري المؤسسات العامة، 3- رؤساء مجالس الجماعات المحلية، 4- رؤساء الغرف المهنية. لمعرفة مزيدا من عيوب هذه اللجنة أنظر منير الروي، م.س، ص 23 وما بعدها.

⁵- YVES Maxime danan et jean-pierre forget : « processor procédure d'aménagement d'urbanisme » op.cit.p: 97 et 98.

-hassanbahi Mohamed hamdouni alami : «l'urbanisation et gestion urbaine au Maroc » 1^{er} édition, imprimerie toumi, Rabat, 1992, p 44 et 45.

إلا أنه قد يتخلف أحد أعضاء اللجنة عن الحضور في الاجتماع المتعلق بدراسة مشروع تصميم التهيئة، لذلك يطرح التساؤل حول مصير هذه الدراسة ومدى الأخذ بالنقط التي تم تداولها في المجلس في غياب العضو المذكور؟ في هذا الإطار نعتقد أنه يجب اعتبار موقف العضو المتخلف عن حضور اجتماع اللجنة المحلية إيجابياً، وأنه لا اعتراض له بخصوص مشروع تصميم التهيئة.

وبعد اختتام أعمال هذه اللجنة فإنه يتعين عليها داخل أجل 15 يوماً على الأكثر أن توجه بياناً موجزاً لإعمالها إلى الوزارة المكلفة بالتعمير أو مدير الوكالة الحضرية حسب الحالة قصد اتخاذ القرار بشأنه⁽¹⁾ ورغم كون هذا الأجل قصير جداً إلا أن الهدف منه هو محاولة تسريع مسطرة إعداد تصميم التهيئة.

الفقرة الثانية: إجراءات البحث العلني عن منافع ومضار مشروع

تصميم التهيئة

طبقاً لمقتضيات المادة 24 من القانون المتعلق بالتعمير، تعتبر مرحلة عرض مشروع تصميم التهيئة على أنظار المجالس الجماعية من أجل إبداء رأيها بشأنه أهم مناسبة بالنسبة لهذه المجالس وللعموم في التعاطي مع مشروع تصميم التهيئة⁽²⁾ ذلك أن هذا الأخير يختلف عن باقي مشاريع وثائق التعمير الأخرى بكونه يخضع في مسطرة إعداده لبحث علني⁽³⁾ يستمر شهراً ويجري خلال المدة التي يكون فيها مجلس الجماعة بصدد دراسته وإبداء رأيه فيه داخل أجل شهرين

¹ - المادة 21 من المرسوم التطبيقي للقانون رقم 90-12 المتعلق بالتعمير.

² - أنس بن حليمة: "تصميم تهيئة مدينة القنيطرة وإكراهات تنظيم المجال الحضري"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2006/2007 ص 104.

³ - عبد الكريم الطالب: "محاضرات في قانون التعمير" السنة الجامعية 2005/2006، ص 23.
- ويمكن تعريف البحث العلني بأنه إجراء جوهري في مسطرة إعداد تصميم التهيئة الهدف منه إعلام المواطنين بمشروع هذا التصميم خاصة الذين يمتلكون عقارات تدخل في النطاق الترابي للمنطقة التي سوف يغطيها هذا الأخير.

من تاريخ إحالة مشروع تصميم التهيئة عليه، وإذا لم يبد هذا المجلس رأيه داخل هذا الأجل فإن سكوته يعتبر بمثابة الموافقة على هذا المشروع وليس له أي اقتراح بشأنه طبقاً للفقرة الثانية من المادة 24 من القانون المتعلق بالتعمير.

وباعتبار تصميم التهيئة يهم بشكل مباشر المواطنين فإن القانون المذكور أكد على استشارة عموم المواطنين من خلال إجراء بحث علني عن منافع ومضار مشروع تصميم التهيئة الذي ينظم لفائدة السكان خاصة الذين يملكون عقارات تدخل في المنطقة التي يغطي ترابها هذا التصميم⁽¹⁾.

وضمامنا لاطلاع جميع الأفراد على البحث العلني وصونا لحقوقهم فإنه يجب على رئيس مجلس الجماعة أن يقوم قبل افتتاح هذا البحث بنشر إعلان يبين فيه تواريخ افتتاح واختتام هذا الأخير⁽²⁾ ويشير إلى إيداع مشروع تصميم التهيئة بمقر الجماعة، هذا الإعلان يجب أن ينشر في جريدتين يوميتين مسموح لهما بتلقي الإعلانات القانونية وذلك لمرتين تفصل بينهما ثمانية أيام، ويكون كذلك محل ملصقات بمقر الجماعة طبقاً للمادة 23 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بالتعمير، فضلاً عن ذلك يمكن لرئيس الجماعة اللجوء إلى كل وسيلة نشر ملائمة، تمكن العموم من الاطلاع على مشروع تصميم التهيئة لإبداء ملاحظاتهم بالدفتر المفتوح لذلك بمقر الجماعة⁽³⁾.

¹ - بناصر المصطفاوي: "التعمير بين التخطيط والعشوائية حالة مدينة الناظور"، م.س، ص 40.

-الحاج شكرة، : "محاضرات في إعداد التراب والتعمير"، م س ، ص 101.
² -عبد السلام المصباحي: "محاضرات في إعداد التراب الوطني والتعمير"، مطبعة أنفوبرانت الطبعة الأولى، فاس 1997 ص 82.

³ - للمزيد من التفاصيل في هذا الإطار أنظر:

- أنس بن حليلة: مرجع سابق، ص 106 وما بعدها
-إدريس البصري: " دليل التعمير والهندسة المعمارية"، مجموعة تشبيد دولة حديثة المطبعة الملكية 1994،

ومن عيوب هذه المسطرة أيضا أنها تتم دون تدخل بين الإدارة المكلفة بالتعمير والعموم على عكس ما هو عليه الحال في فرنسا حيث تتم بتعيين مندوب يتولي الإشراف على مسطرة البحث العلي⁽¹⁾.

المبحث الثاني: تنفيذ تصميم التهيئة

إن الموافقة على تصميم التهيئة تجعله مصدرا للالتزامات والحقوق والقيود التي يتضمنها، سواء تجاه الأشخاص العموميين أو الخواص، وتعتبر هذه الموافقة بمثابة إعلان للمنفعة العامة⁽²⁾ من أجل تنفيذ مقتضياته التي تبقى سارية المفعول لمدة عشر سنوات تبتدئ من تاريخ نشر النص المذكور بالجريدة الرسمية.

وبما أن إعلان المنفعة يستوجب القيام بإنجاز التجهيزات العمومية التي يتضمنها تصميم التهيئة، فإن تنفيذ هذا الأخير يكتسي أهمية بالغة بالنسبة لكل من المجالس الجماعية والوكالات الحضرية، فما هو دور كل واحد من هؤلاء الأطراف في تنفيذ مقتضيات تصميم التهيئة؟.

إن الإجابة على السؤال المطروح يتطلب معالجة دور المجالس الجماعية في المطلب الأول ودور الوكالات الحضرية في المطلب الثاني.

¹-Henri jacquot et François priet: « droit de l'urbanisme » éditions delta, 2000. p214.

²- ما يستدعي الانتباه هنا ، هو أنه ليس هناك تعريف دقيق وواضح لمفهوم المنفعة العامة ولم يسبق للمشرع المغربي أن قام بتعريف هذا المفهوم عبر القوانين المنظمة لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ويرجع السبب في ذلك إلى كون هذا المفهوم هو مفهوم غير محدد ويميل دائما نحو الاتساع باستمرار. للمزيد من التفاصيل أنظر:

-أحمد سنيهي: "الوجيز في القانون الإداري المغربي والمقارن"، دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية 1998، ص 278.

-الهادي مقداد: "السياسة العقارية في ميدان السكنى والتعمير"، م س ، ص 164 وما بعدها.

المطلب الأول : دور المجالس الجماعية في تنفيذ تصميم التهيئة

إذا كان دور المجالس الجماعية بشأن إعداد تصميم التهيئة يتسم بالحدودية، فإنه على مستوى تنفيذ هذا المخطط يكتسي أهمية بالغة ذلك أن هذه المجالس تختص بالقيام بعمليات التنسيق من أجل إنجاز برامج تصميم التهيئة (الفقرة الأولى)، كما تتخذ جميع التدابير الضرورية لتنفيذ واحترام أحكامه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: دور المجالس الجماعية في إنجاز التجهيزات الأساسية العمومية

تعتبر المجالس الجماعية الجهاز الإداري الأول المسؤول بتنفيذ تصميم التهيئة، فهي المعنية بإنجاز مختلف التجهيزات الأساسية العمومية عن طريق تنسيق جهود مختلف المتدخلين المعنيين بهذه البرامج، طبقاً للمادة 27 من المرسوم التطبيقي للقانون المتعلق بالتعمير التي تنص على أنه " تتخذ مجالس الجماعات وإن اقتضى الحال مجلس المجموعة الحضرية جميع التدابير اللازمة لتنفيذ أحكام تصميم التهيئة واحترامها بتشاور مع المصالح الخارجية التابعة للسلطة الحكومية المكلفة بالتعمير أو الوكالة الحضرية بحسب الحالة⁽¹⁾ .

وقد أوضحت دورية وزير الدولة في الداخلية⁽²⁾ الآلية التي تتم بها عملية التنسيق لتنفيذ تصميم التهيئة، حيث يعهد إلى لجنة⁽³⁾ يرأسها رئيس الجماعة الذي يقوم بتنسيق مع أعضائها ببرمجة مشاريع التهيئة واقتناء الأراضي اللازمة لتنفيذ تصميم التهيئة⁽⁴⁾ .

¹ - وهي نفس المقترحات التي نص عليها المنشور رقم 005 المتعلق بتصميم التهيئة في الصفحة 22 .
² - دورية وزير الدولة في الداخلية رقم 399 / م.ع.ق.ه.أ.ت الصادرة بتاريخ 14 ماي 1996 المتعلقة بمتابعة تنفيذ تصميم التهيئة.
³ - تضم هذه اللجنة : أعضاء لجنة التعمير بالمجالس الجماعية وهم : ثلاثة أو أربعة أعضاء يتم اختيارهم من بين المستشارين المكافئين بمهام مرتبطة بالتعمير والبيئة ، مهندس معماري ومهندس ينتميان للجماعة.
⁴ - منير الروي :م.س. ص 121 .

إلا أن عدم تفعيل رؤساء المجالس الجماعة لدورهم هذا كان السبب وراء قيام الوكالات الحضرية بهذا الدور بدلا منه.

أما فيما يتعلق بدور الجماعة في إنجاز تصميم التهيئة فالمادة 28 من القانون المتعلق بالتعمير تعتبر النص القاضي بالموافقة على تصميم التهيئة بمثابة إعلان عن المنفعة العامة ويتطلب القيام بإنجاز التجهيزات المنصوص عليها في الفقرات 3، 4، 5، 6 و 12 من المادة 19 من القانون المتعلق بالتعمير داخل أجل عشر سنوات، باستثناء الارتفاقات المحدثة بواسطة التصميم والتنطبق فهي تبقى دائمة السريان، لأنها تتعلق باستقرار المعاملات والحفاظ على الوضعية التنظيمية للعقارات والأراضي⁽¹⁾ والغرض من ذلك، اتخاذ التدابير اللازمة لتخصيص أماكن تلك التجهيزات حتى لا تكون أراضيها عرضة للبناء العشوائي والمضاربة العقارية⁽²⁾.

ولا يفهم من ذلك أن الإدارة المعنية بإنجاز التجهيزات تضع يدها على العقارات اللازمة لذلك بالاستناد على مجرد تصميم التهيئة، بل لا بد لها من استيفاء الإجراءات المنصوص عليها في القانون المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة⁽³⁾، خاصة في الحالة التي تنجز فيها الإدارة هذه التجهيزات خارج أجل 10 سنوات من تاريخ صدور مرسوم الموافقة، حيث تكون ملزمة بسلوك مسطرة نزع الملكية المنصوص عليها في القانون المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة.

¹ - عبد الرحمان البكريوي : "التعمير بين المركزية واللامركزية" ، م.س. ص 123.
² - عبد الرحيم الحضري : "التعمير ونزع الملكية" ، مجلة القسطاس ، العدد 3 ، 2004 ، ص 74.
³ - ظهير شريف رقم 254 - 81-1 صادر بتاريخ 11 رجب 1402 الموافق ل 6 ماي 1982 بتنفيذ القانون رقم 7/81 المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة منشور بالجريدة الرسمية عدد 3685 بتاريخ 3 رمضان 1403 الموافق ل 15 يونيو 1982 ص 980.

وبناء عليه فقد أسند القانون التنظيمي رقم 14-113 المتعلق بالجماعات⁽¹⁾، للجماعة مهام واسعة لتنفيذ تصميم التهيئة وذلك بإحداث وتدبير المرافق والتجهيزات العمومية اللازمة لتقديم خدمات القرب في مجموعة من القطاعات الحيوية، وإنجاز التجهيزات ذات الصبغة الصناعية والتجارية والثقافية والرياضية طبقا للمادة 83 والمادة 85 من القانون المتعلق بالجماعات.

الفقرة الثانية : دور المجالس الجماعية في ضمان احترام أحكام

تصميم التهيئة

يعد ضمان احترام أحكام تصميم التهيئة من بين أهم الأدوار المنوطة بالمجالس الجماعية طبقا للمادة 31 من القانون المتعلق بالتعمير، سواء من خلال المراقبة القبلية التي تقوم بها بمناسبة منح الرخص التعميرية أو المراقبة البعدية من خلال معاينة المنشآت وضبط المخالفات وزجر المخالفين.

ففيما يتعلق بالمراقبة القبلية، فالملاحظ أن تفعيل تصميم التهيئة على المستوى العملي يتطلب من المخاطبين به، حصولهم على الرخص الإدارية المتطلبة قانونا لإنجاز مشاريعهم، وتعد رخصتنا البناء والتجزئ أو التقسيم السبب الرئيسي في الحفاظ على النظام العام داخل التجمعات العمرانية الحضرية والقروية⁽²⁾، حيث إن الرخصتان المذكورتان لا تسلمان للمعني بالأمر إلا إذا تبين من خلال الوثائق التقنية المرفقة بالطلب احترامها لمختلف ضوابط هذا التصميم⁽³⁾.

¹ - ظهير شريف رقم 85-15-1 صادر في 20 رمضان 1436 الموافق 7 يوليو 2015 بتنفيذ القانون التنظيمي رقم 14-113 المتعلق بالجماعات

² - الشريف البقالي : " رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير"، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 2006 ، ص 79 وما بعدها .
- جيلالي بوحبص : مقالات في القانون العقاري وقانون البناء ، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، 2006 ص 96.

³ - عبد المجيد السملالي : " دور التعمير في المحافظة على النظام العام"، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية ، عدد 6 ، 2005 ص 113 وما بعدها

ويعتبر رئيس المجلس الجماعي هو المختص قانونا بتسليم رخصة البناء طبقا للمادة 41 من القانون المتعلق بالتعمير وهو ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط⁽¹⁾ حيث ذهبت إلى "أن الترخيص بالبناء عمل من أعمال الضبط الإداري موكول لرئيس المجلس الجماعي" ونفس الشيء يقال عن رخصة التجزئة وذلك طبقا للمادة 3 من القانون المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات⁽²⁾.

للإشارة فرئيس المجلس الجماعي لا يقوم بتسليم هذه الرخص إلا إذا تأكد بأن هذه الأخيرة مطابقة لتصميم التهيئة، وإلا رفض منحها للمعني بالأمر. وإذا منح هذه الرخص رغم مخالفتها لتصميم التهيئة فإن قراره هذا يكون متسما بتجاوز السلطة ولعيب مخالفة القانون⁽³⁾ وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية بالرباط في العديد من أحكامها⁽⁴⁾ حيث ذهبت إلى "أن منح رئيس المجلس البلدي رخصة بناء مخالفة لتصميم التهيئة للمدينة يجعل قراره متسما بتجاوز السلطة لعيب مخالفة القانون وموجبا للتصريح بإلغائه".

1- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 96/104 بتاريخ 26 نونبر 1996 في الملف رقم 147 / 95 ، مشار إليه من طرف الشريف البقالي: رقابة القاضي الإداري على مشروعيات القرارات الصادرة في مجال التعمير، م.س. ص 346.

2- ظهير شريف رقم 7 -92- الصادر بتاريخ 15 من ذي الحجة 1412 الموافق ل 17 يونيو 1992، بتنفيذ القانون رقم 90-25 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات ، منشور في الجريدة الرسمية عدد 4159 ، بتاريخ 14 محرم 1413 الموافق ل 15 يوليوز 1992 ص 880 - 887.

3- الحاج شكرة : "أفاق قضاء الإلغاء في مجال التعمير"، عشر سنوات من العمل القضائي للمحاكم الإدارية بالمغرب من 1994 إلى 2004 ، أعمال اليوم الدراسي الذي نظمته المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا في 23 أبريل 2004 ، بالرباط، الطبعة الأولى 2004، ص 239.

4- حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم 242 بتاريخ 15 أبريل 1999 في الملف رقم 348 / 98.

- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 879 بتاريخ 1 أكتوبر 1998 في الملف رقم 439 / 97.

- حكم المحكمة الإدارية بالرباط، رقم 887 بتاريخ 5 دجنبر 2000 في الملف 2000/50.

مشار إليها من طرف الشريف البقالي: "رقابة القاضي الإداري على مشروعيات القرارات الصادرة في مجال التعمير"، م.س. ص 347 ، 343 و 339.

كما يجب على رئيس المجلس عدم التعسف في منح رخص البناء أو التجزئ المطابقة لتصميم التهيئة.

ولا يقتصر دور الجماعات في ممارسة التدابير الوقائية الرامية إلى حسن تنفيذ تصميم التهيئة من خلال الرخص التعميرية⁽¹⁾ التي يمنحها رئيس المجلس الجماعي بل إن هذا الدور يزداد أهمية في المراحل اللاحقة لإنجاز المشاريع موضوع تلك الرخص.

وهكذا فالجالس الجماعية تمارس من خلال رخصة السكن وشهادة المطابقة وشهادة التسليم المؤقت والتسليم النهائي⁽²⁾ دورا مهما في الوقوف على مدى تقييد المستفيدين من هذه الرخص بالأحكام التي نصت عليها، بالإضافة إلى مهام ضبط المخالفات المتبعة بشأن خرق مقتضيات تصميم التهيئة وزجر مرتكبيها⁽³⁾ حيث أن نظام الزجر الذي جاء به كل من القانون المتعلق بالتعمير والقانون المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات يتميز بتمكين السلطة الإدارية⁽⁴⁾، والسلطة القضائية من العمل بصفة موازية قصد ردع الأعمال

¹ - للمزيد من التفاصيل حول المسطرة المخصصة لمنح الرخص التعميرية أنظر :

- منير الروي :م.س. ص 92 وما بعدها.

- الشريف البقالي : "رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير"، م.س. ص 86 وما بعدها.

² - مولاي امحمد لمراني : "دور الجماعات المحلية في ميدان التعمير" ، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان ، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال ، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2004/2003 ص 61 وما بعدها.

³ - للمزيد من التفاصيل أنظر :

- أنس بن حليلة، م.س. 122 وما بعدها.

- بن ناصر المصطفى : "الرقابة البعدية للبناء والتجزئ (دراسة قانونية)" دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، يناير 2008، ص 72 وما بعدها.

⁴ - ذلك أن من بين الأشخاص المكلفين بمعاينة المخالفات نجد موظفوا الجماعات الحضرية أو القروية المعينون بقرار من قبل رئيس المجلس الجماعي و أدانهم اليمين أمام السلطة القضائية التي تتواجد الجماعة داخل نفوذها الترابي.

غير المشروعة والمخالفة لتصميم التهيئة⁽¹⁾ إذ يمكن هذا النظام من نحو آثار المخالفة من جهة ومعاينة مرتكبيها من جهة أخرى.

وتجدر الإشارة إلى أن رئيس مجلس المقاطعة أو نوابه بناء على تفويض من الرئيس يختص بمنح رخص البناء ورخص السكن و شواهد المطابقة المتعلقة بالمشاريع الصغرى المنصوص عليها في الضابط العام للبناء⁽²⁾ وفقا لما تنص عليه المادة 237 من القانون رقم 14-113 المتعلق بالجماعات.

المطلب الثاني : دور الوكالات الحضرية في تنفيذ تصميم التهيئة

سعت الوكالات الحضرية منذ تأسيسها إلى بذل جهود مضاعفة من أجل تغطية جل النفوذ الترابي التابع لها بوثائق التعمير، خاصة تصاميم التهيئة لما لهذه الأخيرة من أهمية قصوى في توفير شروط التنمية المستدامة بمختلف المدن. ولتوضيح هذا الدور سوف نقسم هذا المطلب إلى فقرتين، نخصص الأولى لدور الوكالات الحضرية في مجال دراسة المشاريع التعميرية على أن نتطرق في الثانية لدور هذه الوكالات على مستوى، ضبط المخالفات وزجر مرتكبيها.

الفقرة الأولى : الوكالات الحضرية ودورها في دراسة المشاريع التعميرية

قامت الوكالات الحضرية منذ تأسيسها بتسريع وثيرة دراسة المشاريع التعميرية عن طريق التتبع الدقيق لمختلف مراحلها من أجل استكمال دراستها

¹ - رجال معروف : "أثر التشريعات في الحد من البناء العشوائي بالمغرب"، حالة الجهة الشرقية، أشغال ندوة العمران في الوطن العربي بين التخطيط والتشريع والإدارة م.س. ص 101.
² - مرسوم رقم 2.13.424 صادر في 13 من رجب 1434 (24 ماي 2013) بالموافقة على ضابط البناء العام المحدد لشكل وشروط تسليم الرخص والوثائق المقررة بموجب النصوص التشريعية المتعلقة بالتعمير والتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والنصوص الصادرة لتطبيقها، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6155 بتاريخ 16 رجب 1434 الموافق ل 27 ماي 2013 .

وبالتالي الوصول إلى إطار فعال يساهم في تحريك عجلة التنمية الاقتصادية والاجتماعية داخل دائرة نفوذها الترابي.

وهكذا فقد أسندت للوكالات الحضرية عدة اختصاصات في مجال التدبير العمراني الحضري من بينهما:

- الموافقة على جميع مشاريع التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم الأرض والبناء سواء كان من أجل التجارة أو الصناعية أو السكن.

- مراقبة مدى مطابقة أعمال التجزئات، والبناء والتقسيم مع الأحكام والنصوص الشرعية والتنظيمية المعمول بها في ميدان التعمير، مع رخص التجزئات أو البناء أو التقسيم المسلمة إلى المعنيين بالأمر.

وتخضع المشاريع المراد إنجازها بتراب الجماعات المحلية الخاضعة للتدبير العمراني لباقي الوكالات الحضرية للدورية رقم 1500 / 2000⁽¹⁾. حيث تقوم هذه الوكالات بدراسة المشاريع وتقديم رأيها داخل أجل شهر من تاريخ توصلها بملف المشروع المحال عليها من الجماعة المعنية، وقد قسمت هذه الدورية مسطرة دراسة رخص التعمير إلى ثلاثة أقسام، مسطرة الأشغال الطفيفة والمنشآت الموسمية أو العرضية، حيث تخضع لهذه المسطرة جميع الأشغال التي لا تدخل ضمن المشاريع الصغرى أو الكبرى، ولا توجه الملفات الخاضعة لها إلى الوكالة الحضرية لإبداء الرأي فيها.

¹ - دورية رقم 2000/1500 الصادرة عن وزير إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان والبيئة بتاريخ 6 أكتوبر 2000، والمتعلقة بتبسيط مسالك ومساطر دراسة طلبات رخص البناء وإحداث التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والمطابقة على جميع المشاريع المراد إنجازها بالجماعات الخاضعة لباقي الوكالات الحضرية باستثناء الوكالة الحضرية للدار البيضاء.

ومسطرة المشاريع الصغرى التي تخضع لها مشاريع البنايات ذات استعمال سكني أو مهني محدود الأهمية وهي تدرس من قبل لجنة⁽¹⁾ يترأسها رئيس الجماعة أو من يمثله في حالة وجود وثيقة من وثائق التعمير مصادق عليها، أما عند عدم توفر هذه الوثيقة فيترأس هذه اللجنة مدير الوكالة أو من يمثله.

وأخيرا فإن مسطرة المشاريع الكبرى التي يخضع لها إحداث التجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والبناء والتهيئة، تتم دراسة ملفاتها من طرف المصالح والمؤسسات المعنية كل في مجال اختصاصه لتقديميها للجنة⁽²⁾ التي يترأسها مدير الوكالة الحضرية أو من يمثله⁽³⁾.

هذا إضافة إلى أن المشرع المغربي قد أسند للوكالات الحضرية اختصاص آخر يتعلق بإبداء رأيها حول المشاريع التي تعرض على أنظارها، مما يطرح الإشكال بخصوص الطبيعة القانونية لهذا الرأي، ومدى إلزاميته لرئيس الجماعة من عدمه؟.

بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من الظهير المحدث للوكالات الحضرية نجدها تؤكد على إلزامية الرأي الذي تبديه الوكالات الحضرية حول المشاريع المتعلقة بتقسيم وتجزئة الأراضي وإقامة المجموعات السكنية والمباني، لكن باستثناء مقتضيات المادتين 43 و45 من القانون المتعلق بالتعمير والمواد 5، 9، و59 من القانون المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية

¹ - تتكون هذه اللجنة من مستشار جماعي مسؤول عن مصلحة التصميم بمعية مهندس معماري يعمل بالجماعة أو تقني عند عدم وجود هذا الأخير ، مهندس معماري يمثل الوكالة الحضرية، ممثل عن القسم التقني بالعمالة أو الإقليم.

² - تضم هذه اللجنة بالإضافة إلى أعضاء اللجنة المنصوص عليها لدراسة المشاريع الصغرى، ممثل الجهة المكلفة بالتطهير وتوزيع الماء والكهرباء، ممثل عن الوقاية المدنية، ممثل عن الجهة المكلفة بالاتصالات السلكية واللاسلكية.

³ - عبد الرحمان البكروي: "تعدد المتدخلين في ميدان التعمير وانعكاساته على التخطيط والتدبير العمراني بالمغرب"، م.س. ص 240.

وتقسيم العقارات يتضح ضعف القوة الإلزامية لرأي الوكالة الحضرية نتيجة غموض مقتضياتها.

وقد ذهب القضاء إلى اعتبار هذا الرأي مجرد رأي استشاري، حيث جاء في أحد أحكامه⁽¹⁾ أن "الرأي الذي تبديه الوكالة الحضرية بشأن طلب الترخيص بإحداث تجزئة هو رأي استشاري فقط لا يرقى إلى درجة القرار القابل للطعن فيه عن طريق دعوى الإلغاء". ونفس الشيء أكدته المحكمة الإدارية بقرارها لدعوى الطعن بقراراته⁽²⁾ إلى ما يلي " ... وحيث أن المحكمة الإدارية بقبولها لدعوى الطعن بالإلغاء ضد قرار العامل مدير الوكالة الحضرية، والحالة أن الأمر لا يتعلق بقرار إداري، ولكن بمجرد رأي استشاري لا يؤثر مباشرة في المركز القانوني للطاعن قد خرفت المبادئ العامة للطعن في القرارات الإدارية ولم تركز قضاءها على أساس مما يجب معه إلغاء الحكم المستأنف".

إلا أن أحد الباحثين ذهب⁽³⁾ إلى القول بأنه يجب التمييز بين الرأي المطابق⁽⁴⁾ والرأي الملزم⁽⁵⁾، حيث أن قرار الترخيص بالبناء أو بإحداث تجزئة أو مجموعة سكنية أو تقسيم عقار الصادر عن المجلس الجماعي يمر من مرحلتين منفصلتين، لكنهما متكاملتين فهناك المرحلة التحضيرية التي تتمثل في اتخاذ جميع الإجراءات الممهدة لصدور القرار ومن ضمنه الرأي الذي تبديه الوكالة الحضرية، وتعتبر هذه المرحلة بمثابة الشكلية المتطلبية قانونا من طرف المشرع وتدخل ضمن

¹ - حكم رقم 99 بتاريخ 2004/10/28 في الملف رقم 04/16 صادر عن المحكمة الإدارية بوجدة، منشور بالمجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد مزدوج 6 و5 - 2007 ص 258.

² - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 1056 في الملف عدد 342 - 1-4 - 2002 الصادر بتاريخ 24 أكتوبر 2002 أورده نور الدين الشكوطي " تصميم التهيئة بين متطلبات التنمية العمرانية و إكراهات الواقع "رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، جامعة محمد الأول ، كلية العلوم القانونية والإقتصادية و الإجتماعية و جدة، السنة الجامعية 2007/2008 ص 30.

³ - الشريف النقال: "الطبيعة القانونية للرأي الملزم والمطابق للوكالات الحضرية بشأن رخص التعمير"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 67/66 يناير - أبريل 2006 ، ص 64 وما بعدها.

⁴ - الرأي المطابق يعني مطابقة المشاريع المراد الترخيص بها لتصاميم التهيئة والقوانين الجاري بها العمل .

⁵ - أما الرأي الإلزامي فله وجهان الأول يتمثل في إلزام رؤساء المجالس الجماعية بإرسال طلبات الترخيص إلى الوكالات الحضرية والثاني يتمثل في إلزام رؤساء المجالس الجماعية باحترام الرأي المطابق الصادر عن الوكالات الحضرية سواء بالموافقة أو الرفض.

اختصاص الوكالة الحضرية ثم صدور القرار وهي المرحلة النهائية وتدخل ضمن اختصاص رئيس المجلس.

ويتضح من هذا هو رئيس الجماعة يملك السلطة الإدارية في حين أن الوكالة الحضرية تملك السلطة التقنية⁽¹⁾.

وفيما نعتقد فإن الرأي الذي تبديه الوكالات الحضرية بشأن المشاريع المتعلقة بتقسيم وتجزئ الأراضى وإقامة المجموعات السكنية هو إلزامي بالنسبة لرئيس المجلس الجماعة وفقا لمضمون الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من الظهير المحدث للوكالات الحضرية، ويجب على الرئيس أن يراعيه لأن ذلك يحميه من المسؤولية كما يهدف إلى حماية أموال الجماعة التي يترأسها.

الفقرة الثانية : دور الوكالات الحضرية في ضبط وزجر المخالفات

من أهم الاختصاصات الممنوحة للوكالات الحضرية نجد مهمة مراقبة أعمال تقسيم وتجزئ الأراضى وإقامة المجموعات السكنية والمباني التي هي في طور الإنجاز وذلك للتحقق من مدى مطابقتها لمقتضيات النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل طبقا للفقرة الخامسة من المادة الثالثة من الظهير المحدث للوكالات الحضرية، ومن أجل تفعيل هذا المقتضى نصت الفقرة الأولى من المادة 11 من نفس الظهير على أنه " ... لتمكين الوكالة من القيام بالمهام المنوطة بها بمقتضى البند الخامس من المادة الثالثة أعلاه ، تحدث هيئة مأمورين محلفين تابعين لمدير الوكالة يكلفون بإثبات المخالفات للنصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتعمير" خاصة القانونين المتعلق بالتعمير، والقانون المتعلق بالتجزئات العقارية و المجموعات السكنية و تقسيم العقارات.

¹ - عبد الرحمان البكريوي : "تعدد المتدخلين في ميدان التعمير وانعكاساته على التخطيط والتدبير العمراني بالمغرب" ، م.س. ص 241.

ويقتصر دور المأمورين الخلفين في معابنتهم للمخالفة وتحرير المخاضر بشأنها، وإحالتها على مدير الوكالة الحضرية الذي يقوم بدوره بتوجيهها إلى السلطات المختصة لاتخاذ القرار بشأنها⁽¹⁾.

غير أنه إذا كانت المقتضيات القانونية السالفة الذكر قد حاولت الحد من انتشار البناء العشوائي عن طريق إقرار عقوبات وجزاءات لضبط عمليات البناء والتجزئ، فالواقع العملي يبين أن المشرع المغربي لم يستطع لحد الآن إيقاف أو الحد من هذه المخالفات⁽²⁾ وذلك بالنظر لتعدد مظاهر الخروقات التي تطل المجال والعشوائية التي تطبعه.

ولوضع حد لهذه الوضعية غير الطبيعية جدا لم يتم التوافق تم التوافق بين جميع المتدخلين لإحداث شرطة التعمير كجهاز مسؤول تناط به مهمة الحد من السكن غير القانوني ومراقبة أوراش البناء والتجزئ وتحديد ومتابعة المخالفات المرصودة في مجال التعمير.

لائحة المراجع:

• أحمد سنيهجي "الوجيز في القانون الإداري المغربي والمقارن"، دون ذكر المطبعة، الطبعة الثانية 1998.

• أحمد أجعونو مصطفى معمر "إعداد التراب الوطني والتعمير"، الطبعة الأولى، 2008/2007.

¹ - منير الروي: م.س. ص 161.

² - سمية بضرى: "زجر مخالفات البناء بين الواقع ومدى الحاجة للإصلاح"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2004/2003 ص 5.

- إدريس البصري "دليل التعمير والهندسة المعمارية"، مجموعة تشييد دولة حديثة المطبعة الملكية 1994.
- جيلالي بوحبص "مقالات في القانون العقاري وقانون البناء، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.
- رحال معروف "أثر التشريعات في الحد من البناء العشوائي بالمغرب"، حالة الجهة الشرقية، أشغال ندوة العمران في الوطن العربي بين التخطيط والتشريع والإدارة.
- عبد الرحمان البكريوي "تعدد المتدخلين في ميدان التعمير وانعكاساته على التخطيط والتدبير العمراني بالمغرب"، أشغال ندوة العمران في الوطن العربي بين التخطيط والتشريع والإدارة، المنعقدة بالرباط أيام 10-11 و12 أبريل 2001.
- عبد الكريم الطالب "محاضرات في قانون التعمير" السنة الجامعية 2006/2005.
- عبد السلام المصباحي "محاضرات في إعداد التراب الوطني والتعمير"، مطبعة أنفوبرانت الطبعة الأولى، فاس 1997.
- عبد المجيد السملالي "دور التعمير في المحافظة على النظام العام"، المجلة المغربية للأظمة القانونية والسياسية، عدد 6، 2005.
- عبد الرحيم الحضري "التعمير ونزع الملكية"، مجلة القسطاس، العدد 3، 2004.
- محمد نجيب بلكحل "المجموعة الحضرية أداة للحفاظ على وحدة الحواضر الكبرى من أجل تنمية حضرية متوازنة"، المجلة المغربية للإدارة المحلية، العدد السادس، يناير - مارس 1994.

- محمد البوشواري "الميسر في إعداد التراب الوطني والتعمير"، مطبعة طوب باريس، الطبعة الأولى 2006، الرباط.
- الهادي مقداد "توجهات السياسة العقارية في مجال التخطيط العمراني"، مساهمة في دراسة البيانات العامة في المغرب، مطبعة الجديدة.
- الشريف البقالي "رقابة القاضي الإداري على مشروعية القرارات الصادرة في مجال التعمير"، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2006.
- الحاج شكرة "آفاق قضاء الإلغاء في مجال التعمير"، عشر سنوات من العمل القضائي للمحاكم الإدارية بالمغرب من 1994 إلى 2004، أعمال اليوم الدراسي الذي نظمته المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا في 23 أبريل 2004، بالرباط، الطبعة الأولى 2004.
- الشريف البقالي "الطبيعة القانونية للرأي الملزم والمطابق للوكالات الحضرية بشأن رخص التعمير"، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد مزدوج 67/66 يناير - أبريل 2006.

الأطروحات و الرسائل الجامعية:

- أنس بن حليلة "تصميم تهيئة مدينة القنيطرة وإكراهات تنظيم المجال الحضري"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2007/2006.

• بناصر المصطفاوي "التعمير بين التخطيط والعشوائية حالة مدينة الناظور"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2006/2005.

• حيمود المختار "دور سياسة التعمير في تنمية وتنظيم المجال الحضري مساهمة في دراسة المجال الحضري المغربي نموذج عمالة ابن مسيك سيدي عثمان"، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق وحدة التكوين والبحث في العلوم الإدارية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2001/2000.

• منير الروي "تصميم التهيئة بين الإدارة المكلفة بالتعمير والمجالس الجماعية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2003/2002.

• مولاي محمد لمراني: "دور الجماعات المحلية في ميدان التعمير"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2004/2003.

• نور الدين الشكوطي "تصميم التهيئة بين متطلبات التنمية العمرانية وإكراهات الواقع" رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود و العقار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية و جدة، السنة الجامعية 2008/2007

• اغزيلي فاطمة، عامري جميلة "التعمير والبيئة أية علاقة؟"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون العام، وحدة التكوين والبحث،

الإدارة العامة، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2002/2001.

• سمية بضري "زجر مخالقات البناء بين الواقع ومدى الحاجة للإصلاح"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في العقار والتعمير والإسكان، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2004/2003.

Les ouvrages:

• Driss bassri guide de l'urbanisme et de l'architecture, imprimerie royal 1993.

• Mustapha khattabi: « l'urbanisme et les documents d'urbanisme en droit marocaine », revue marocaine d'administration local et de développement N° 34 septembre octobre 2000.

• Hassan bahi Mohamed hamdouni alami « l'urbanisation et gestion urbaine au Maroc » 1^{er} édition, imprimerie toumi, Rabat, 1992

• Henri jacquot et françois priet « droit de l'urbanisme » éditions delta, 2000.

• Yves maxime danan et jean pierre forget processeur procédures d'aménagement et d'urbanisme, volume 1 planification et autorisation 2éme édition dalloz. 1986.

خصوصية الطعن في المادة العقارية

الأستاذ عبد الحليم عدى

بلحث في القانون الخاص جامعة محمد الأول

مقدمة

نظرا لكون بعض مقتضيات ظهير التحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 أصبحت غير ملائمة مع الواقع الحالي، بسبب التطورات التي عرفتتها بلادنا في معظم المجالات الاقتصادية والاجتماعية، فقد بادر المشرع المغربي إلى مراجعة مضامينه بالتميم والتغيير بمقتضى قانون 14.07¹. ومبادرة المشرع المغربي هذه جاءت كتتويج للحركة التشريعية التي عرفتتها بلادنا خلال العقدين الأخيرين الرامية إلى إصلاح الترسنة القانونية المؤطرة لكل الميادين، حيث عمد إلى إدخال الكثير من التعديلات على مجموعة من النصوص والمقتضيات القانونية المؤطرة للمادة العقارية.

ويعتبر قانون التحفيظ العقاري، قانون موضوع وشكل - كما استقر عليه الفقه² والقضاء³ - حيث يتضمن كافة الإجراءات التي تتخذها المحكمة وهي تبت في نزاعات التحفيظ، وهو بذلك يشكل قانونا إجرائيا خاصا، غير أنه متى

¹ - ظهير شريف رقم 1-11-177-1 صادر في 9 ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 14.07 المغير و المتمم بمقتضاه الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) المتعلق بالتحفيظ العقاري، و المنشور في الجريدة الرسمية عدد 5993 بتاريخ 24 نوفمبر 2011 ص: 5575.

² - عبد العزيز حضري: تطبيق قواعد المسطرة المدنية أمام قضاء التحفيظ العقاري، رسالة الدفاع العدد الثاني نونبر 2011 .

³ - قرار محكمة النقض عدد 887 الصادر بتاريخ 5 ابريل 1989 ملف مندي رقم 85/182 قضاء المجلس الأعلى في مادة التحفيظ - عبد العزيز توفيق طبعة 1999 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ص 187.

⁴ - عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية: الطبعة السادسة أكتوبر 2012 مطبعة الوراقة الوطنية مراكش ص: 269 .

أحال هذا القانون على قواعد المسطرة المدنية التي تعتبر الشريعة الإجرائية العامة وجب الالتزام بهذه الإحالة.

وبالنسبة لطرق الطعن فيقصد بها تلك الوسائل التي من خلالها يمكن للأفراد الدفاع عن حقوقهم أمام القضاء، إذ بموجبها يمكنهم المطالبة بمراجعة الأحكام الصادرة عن المحاكم الدنيا أمام محاكم أعلى درجة، أو بمراجعة المحاكم للأحكام التي سبق أن أصدرتها ضدهم⁴.

ومن نافلة القول فإذا كانت اعتبارات العدالة تقضي ضرورة فسح مجال الطعن في الأحكام بتنظيم المشرع لوسائل وطرق تمكن المتقاضين من التظلم من الأحكام الصادرة عليهم¹، فإنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 109 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 نجده ينص على أن "لا تقبل الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري الطعن إلا بالاستئناف والنقض".

وعليه فالمشرع المغربي نص على طريقتين للطعن في الأحكام والقرارات الصادرة في نزاعات التحفيظ العقاري، وهما الطعن بالاستئناف والطعن بالنقض وبذلك يكون قد تجاوز النقاشات الفقهية والقضائية حول مدى إمكانية الطعن بإعادة النظر في قضايا التحفيظ العقاري.

لكن وبالرغم من ذلك فالتنظيم التشريعي الذي جاء به المشرع في إطار ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله و تتميمه بالقانون رقم 14-07، لم يقدم حلولاً ناجعة لكل الإشكالات التي كانت تعانيه قضايا التحفيظ، الأمر الذي أثار التساؤل حول مدى إمكانية الاستعانة بمقتضيات قانون المسطرة المدنية باعتبارها الشريعة العامة لسد ذلك النقص.

¹ - ورده غزال: دور الاجتهاد القضائي في مسطرة التحفيظ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة. السنة الجامعية 2010/2011 ص 110 .

إنها الإشكالية المركزية لهذا الموضوع والتي لن يتأتى الإجابة عنها إلا بطرح أسئلة من الأهمية بمكان وهي:

- ما هي خصوصيات الطعن بالاستئناف في المادة العقارية.

- ما هي خصوصيات الطعن بالنقض في المادة العقارية.

وعليه فتناولنا لهذا الموضوع سيكون وفق التقسيم التالي:

- **المطلب الأول:** خصوصيات الطعن بالاستئناف في المادة العقارية

- **المطلب الثاني:** خصوصيات الطعن بالنقض في المادة العقارية

المبحث الأول:

خصوصيات الطعن بالاستئناف في المادة العقارية

إن المشرع المغربي و على غرار غيره من التشريعات المقارنة أوجد عدة آليات من أجل تحقيق العدالة و الإنصاف، وكذا ضمان حقوق المتقاضين، ومن بين هذه الآليات نجد طرق الطعن في الأحكام. و التي تنقسم إلى طرق عادية وأخرى غير عادية .

وعلى اعتبار أن الطعن بالاستئناف يدخل في زمرة الطرق العادية ، فإنه لا يتطلب إجراءات استثنائية إذ بموجبها يمكن الطعن في الأحكام بناء على أي سبب سواء كان متعلقا بالوقوع أو بالقانون¹.

وبالنسبة لاستئناف الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري، فإن المقتضيات الواجب تطبيقها، هي تلك المقررة في قانون المسطرة المدنية، بالرغم

¹ - عبد الكريم الطالب: م س، ص 269

من كون مقتضيات هذه الأخيرة لا تطبق في مجال التحفيظ العقاري إلا في حالة التنصيص على ذلك صراحة .

إنطلاقاً مما سبق فإنني سأعالج في الفقرة الأولى إجراءات الطعن بالاستئناف، لأنقل إلى الحديث عن أجل الطعن فيه في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: إجراءات الطعن بالاستئناف

الاستئناف هو تظلم من حكم ابتدائي يمارسه محكوم عليه، ولذا يجب أولاً أن يحمل فائدة آنية بالنسبة له، وهي عدم تنفيذ الحكم ضده في انتظار تقديمه لأوجه مطاعنه ومآخذة عليه.¹ وهو يعتبر طريق عادي للطعن في الأحكام، يتقدم به الطرف الذي خسر الدعوى كلاً أو جزء من أجل إعادة عرضها على المحكمة الأعلى درجة والحكم من جديد.²

وعليه يمكن القول بأن الطعن بالاستئناف، هو تجسيد التظلم الذي يلجأ إليه المتقاضين في الغالب، إما لهدف إلغاء الحكم الابتدائي في حالة مخالفة للقانون الشكلي أو الموضوعي، أو لهدف مراجعة الحكم وتعديله موضوعياً، وهو يعتبر ضماناً مهمة للمتقاضين.

والطعن بالاستئناف هو الطريق الوحيد من طرق الطعن العادية التي يمكن للمحكمة أن تقبله ضد الأحكام الصادرة بشأن نزاعات التحفيظ العقاري، حيث نجد الفقرة الأولى من الفصل 41 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 تنص على أن " يقبل الاستئناف في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه."

¹ - راجع بتفصيل، أستاذنا عبد العزيز حضري. إستئناف الأحكام المدنية في التشريع المغربي الجزء الأول مطبعة الأمانة الرباط. الطبعة الأولى ص 6. وما بعدها.

² - إدريس العلوي العبدلاوي: الوسيط في شرح المسطرة المدنية وفق آخر التعديلات. الجزء الأول مطبوعات النجاح الجديدة. الدار البيضاء الطبعة الأولى 1998 ص 58 وما يليها.

وتبعاً لذلك فالأحكام الصادرة عن المحكمة الابتدائية تكون دائماً قابلة للظعن بالاستئناف مهما كانت قيمة العقار، وهذا ما أكدته محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقاً) في أحد قراراتها الصادرة عنها والذي جاء فيها " يقر ظهير مسطرة التحفيظ مبدأ التقاضي على درجتين مهما كانت قيمة العقار ولم ينشئ من هذه القاعدة أية حالة إذا كانت محكمة التحفيظ غير مؤهلة للبت فيها يدعي به المتعرضون ضد طالب التحفيظ دون ما قد يدعي به المتعرضون فيما بينهم فليس في هذه القاعدة ما يتخذ كأساس لإلغاء التقاضي على درجتين، والقول بأنه لا يجوز لأحد المتعرضين أن يستأنف الحكم الابتدائي ضد المتعرض الآخر وضد طالب التحفيظ الذي قبل الحكم الابتدائي".¹

ومن تجليات خصوصية الطعن بالاستئناف في مادة التحفيظ العقاري هو اعتبار هذا الطعن لا يخضع لقاعدة النصاب التي نص عليها المشرع المغربي في الفصل 19 من قانون المسطرة المدنية²، لأن المشرع العقاري نص في الفقرة الأولى من الفصل 41 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بمقتضى قانون 14.07 على أنه " يقبل الاستئناف في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه".

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 13-02-1985 تحت عدد 364 في الملف المدني عدد 83/291 مجلة القضاء والقانون عدد 137 ص:124 وما يليها.

- كما جاء في قرار آخر " إذا كانت مقتضيات الفصل 41 من ظهير التحفيظ العقاري ينص على أن الاستئناف يقبل دائماً في موضوع التحفيظ مهما كانت قيمة العقار المطلوب تحفيظه، فإن ذلك..."
قرار صادر عن محكمة النقض بتاريخ 2009/10/07 تحت عدد 3125 في ملف عدد 08/481 مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 72 ص 60 وما يليها.

² - ينص الفصل 19 المعدل والمتمم بمقتضى قانون رقم 10-35 المتعلق بالمسطرة المدنية على أن تختص المحاكم الابتدائية بالنظر:

- ابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف أمام غرف الاستئنافات بالمحاكم الابتدائية إلى غاية عشرين ألف درهم (20.000 درهم)

- وابتدائياً مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الإستئنافية، في جميع طلبات التي تتجاوز عشرين درهم (20.000 درهم)

يبت ابتدائياً طبقاً لأحكام الفصل 12 أعلاه، مع حفظ حق الاستئناف أمام المحاكم الإستئنافية.

لكن التساؤل المطروح بهذا الخصوص يتعلق بمدى إمكانية الطعن بالاستئناف أمام غرف الاستئناف بالمحاكم الابتدائية؟

جوابا على هذا التساؤل -يمكن القول- بأن الطعن بالاستئناف في قضايا التحفيظ العقاري يكون فقط أمام محكمة الاستئناف، لأنه عمليا ومنطقيا لا يمكن تصور وجود عقار تقل قيمته عن عشرين ألف درهم، المحدد لنصاب الطعن بالاستئناف أمام غرف الإستئنافات بالمحاكم الابتدائية.

أما بخصوص شكليات تقديم الاستئناف، فبالرجوع إلى الفصل 41 الفقرة الثانية من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 نجده ينص على انه "يمكن رفع طلب الاستئناف على الكيفية المذكورة في الفصل 141 من قانون المسطرة المدنية ويوجه الملف بدون مصاريف مع نسخة الحكم المطعون فيه إلى كتابة الضبط بمحكمة الاستئناف".

إن أول ملاحظة يمكن إبدائها على هذا الفصل هو كون المشرع أحل على مقتضيات الفصل 141 ولم يجل على الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية، الأمر الذي يثير تساؤل حول مدى إمكانية الاستعانة بمقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية؟

إن استعمال المشرع لمصطلح "يمكن" يفيد - حسب احد الباحثين¹ - الجواز لا الوجوب، كما أن عدم إحالة ظهير التحفيظ العقاري على مقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية بهذا الخصوص، جعل القضاء يحاول إقرار نوع من المرونة بخصوص شكليات المقال الاستئنافي كلما تعلق الأمر بنزاع التحفيظ، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض "إن ظهير 12 غشت 1913 المعتبر بمثابة قانون التحفيظ العقاري سن قواعد خاصة للطعن بالاستئناف

¹ - سمرة محدوب، الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ على ضوء الاجتهاد القضائي ومستجدات قانون 14.07، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2011/2012 ص 226،

تضمنها الفصل 42 منه، ومع وجود هاته القواعد الخاصة لا يمكن تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية¹.

وبالتالي فشكليات المقال الاستثنائي في التحفيظ العقاري يعتبر صحيحا وان لم يتم احترام مقتضيات الواردة في الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية، لان المشرع العقاري في إطار الفصل 42 من ظهير التحفيظ العقاري ألزم المستأنف بالإدلاء بأسباب استئنافية ووسائل دفاعه خلال اجل لا يتعدى خمسة عشر يوما ثم يستدعي الأطراف المعنية بالأمر الاطلاع على ما أدلى به المستأنف ولإبداء منازعاتهم ووسائل دفاعهم في اجل آخر مماثل، في حين أن أسباب الاستئناف ووسائل الدفاع تعتبر من البيانات الواجبة تضمينها في المقال الاستثنائي في القضايا العادية وفقا لما هو منصوص عليه في الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية وهو ما أكدته محكمة النقض في احد قراراتها "حيث تبين أن القرار المطعون فيه قد تنحى عن الصواب حينما قضى بعدم قبول الاستئناف شكلا استنادا على مقتضيات الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية الذي يوجب أن يتضمن المقال الأسماء الشخصية والعائلية لكل من المستأنف والمستأنف عليه مع أن موضوع النزاع يتعلق بطلب تحفيظ عقار مما يحتم تطبيق مقتضيات الفصل 42 من ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري والذي تعتبر تنقيحاته آمرة..."²

الفقرة الثانية: أجل الطعن بالاستئناف

يقبل الحكم الابتدائي في مادة التحفيظ العقاري الطعن بالاستئناف داخل أجل شهر من تاريخ تبليغ ملخصه إلى طالب التحفيظ، حسب مقتضيات

¹ - قرار محكمة النقض عدد 76 بتاريخ 1991/1/9 ملف عدد 438 منشور بمجلة الإشعاع العدد 5 يونيو 1989 ص 75 أوردته سمرة محذوب م. س، ص 226.

² - قرار المجلس الأعلى رقم 827 ملف مدني رقم 98/745 بتاريخ 1985/04/03 أشار إليه عبد العزيز توفيق قضاء المجلس الأعلى في التحفيظ خلال أربعين سنة المكتبة القانونية مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى ص 153.

الفصل 40 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله و تتميمه بالقانون رقم 07-14 ، والذي جاء فيه " ...يمكن استئناف هذا الحكم داخل الأجل المحدد في نفس القانون" وهو ما أكدته أيضا محكمة النقض في أحد قراراتها الصادرة عنها " لكن ردا على الوسيلة أعلاه فإنه بمقتضى الفصل 40 من ظهير 12-1913-08 فإنه يبلغ ملخص الحكم إلى طالب التحفيظ و إلى جميع الأطراف في عناوينهم المختارة، و ينص هذا التبليغ على أنه في الإمكان طلب الاستئناف داخل الأجل المقررة في الفصل 226 وما بعده من المرسوم الملكي المتعلق بالمسطرة المدنية وأن الفصل 226 من قانون المسطرة المدنية حل محله الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية الجديد الذي حدد آجال استئناف أحكام المحاكم الابتدائية في أجل شهر واحد من تاريخ تبليغ الحكم الابتدائي دون تفرقة بين الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ وغيرها وأنه وخلافا لما يدعيه الطاعنون فإن قرار المجلس الأعلى المستدل به لا ينطبق على نازلة الحال وأن مقتضيات الفصل 12 من ظهير 12 غشت 1913، وإنما يتعلق بإمكانية الحاجز أن يطلب التحفيظ في اسم محجوز الخ...

ولذلك فإن القرار حين علل بأن " كل واحد من المستأنفين بلغ بالحكم الابتدائي وذلك بتاريخ 14-05-2002 و أن الاستئناف وقع بتاريخ 3-7-2002 وأن المستأنفين يؤكدون هذا التبليغ ولا يتنازعون فيه ويعتبرون أن أجل الاستئناف في مادة التحفيظ يمتد إلى ستين يوما وليس ثلاثين يوما، وأنه حسب الفصل 40 من قانون التحفيظ العقاري فإن طلب الاستئناف داخل الأجل المقررة في المسطرة المدنية يتعلق باستئناف الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ وبالتالي فإن الأجل المعتبر هو المنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية وهو ثلاثون يوما"¹.

¹ - قرار محكمة النقض عدد 211 المؤرخ في 17-01-2007 ملف مدني عدد 989/1/1/2005، أورده عمر أزوكار: الدليل العلمي للعقار في طور التحفيظ، منشورات دار القضاء العالي، يصدرها مكتب أزوكار

لذلك فبخصوص الآجال الذي يتعين فيه تقديم الاستئناف، يمكن القول بأنها لا تتميز بقواعد خاصة ما دام المشرع المغربي في إطار الفصل 40 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14، يحيل على الأجل الوارد في القواعد المسطرية العامة أي الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية، والذي يحدد أجل استئناف الأحكام الابتدائية في ثلاثين يوما.

وبالتالي فإن أجل استئناف الأحكام الصادرة في قضايا التحفيظ العقاري هو ثلاثين يوم، تبتدئ من يوم التبليغ إلى الشخص نفسه أو في موطنه الحقيقي أو المختار¹.

لكن التساؤل المطروح هو هل يقبل هذا الأجل الامتداد والانقطاع للأسباب المذكورة في الفصول 135 و 137 من قانون المسطرة المدنية؟

فبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 40 من ظهير التحفيظ العقاري القديم نجد ينص على أن "... وينص هذا التبليغ على أنه في الإمكان طلب الاستئناف داخل الأجل المقررة في الفصل 226 وما بعده من ظهير المسطرة المدنية".

وهو ما دفع بأحد الفقه المغربي² إلى القول بأن الفصل أعلاه لا يحيل على الفصل 134 من قانون المسطرة المدنية وحده، وإنما أيضا على ما بعده في الفصول الأخرى المتعلقة بالأجل وهي الفصول 135 و 136 و 137 من قانون المسطرة المدنية.

للحماية والاستشارة والتحكيم، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011، ص: 159 و160 هامش عدد 225.

- قرار محكمة استئناف الناظور رقم 455، صادر بتاريخ 10/10/20 ملف رقم 09/11/462 (غير منشور).

¹ - مصطفى الكيله: خصوصية المسطرة في قضايا التحفيظ العقاري: بحث في نزاعات المثارة بسبب التعرض على مطلب التحفيظ. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص. وحدة التكوين و البحث في العقود و العقار. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. جامعة محمد الأول بوجدة السنة الجامعية 2010/2009، ص: 260.

² - أستاذنا عبد العزيز حضري : تطبيق قواعد المسطرة المدنية أمام قضاء التحفيظ العقاري. م. س. ص. 22.

غير أن المشرع في إطار الفصل 40 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14 نص على أنه: "...يمكن استئناف هذا الحكم داخل الأجل المحدد في نفس القانون" فالمشرع هنا يجيل على أجل استئناف الأحكام الابتدائية ولم يورد عبارة (وما بعده) التي كانت واردة في إطار الفصل 40 من ظهير التحفيظ العقاري القديم. لذلك فهل يمكن الرجوع إلى قانون المسطرة المدنية باعتبارها قانوناً إجرائياً عاماً بهذا الخصوص؟

من المستقر عليه فقها وقضاء أن ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14، يعتبر قانون موضوع وقانون شكل، وأنه يتضمن كافة الإجراءات التي تتخذها المحكمة وهي تبت في التعرضات والتي يتطلبها إصدار الأحكام وتبليغها وطرق الطعن فيها،¹ غير أنه في حالة سكوت هذا الأخير عن بعض المسائل المسطرية التي عالجها قانون المسطرة المدنية، فإن الأمر يفيد الرجوع إليها وهذا ما أكدته محكمة النقض² في قرار صادر عنها جاء فيه "تقبل وحدها التطبيق أمام المحكمة التحفيظ مقتضيات المسطرة المدنية التي يرجع إليها ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ وتلك التي يفرض النظام العام تطبيقها.."

والرأي فيما أعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من الرجوع إلى مقتضيات الفصل 136 من قانون المسطرة المدنية³ الذي يقتضي بمضاعفة أجل الاستئناف ثلاث مرات لصالح الأطراف الذين ليس لهم موطن ولا محل إقامة بالمغرب.

¹ - حسن منصف: إشكالات تطبيق قانون التحفيظ العقاري. القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية. الجزء الرابع. منشورات مجلة الحقوق المغربية سنة 2012، ص: 51.
² - قرار محكمة النقض بتاريخ 59/4/29 تحت عدد 182 في الملف المدني عدد 1796. مجموعات قرارات المجلس الأعلى في المادة المدنية 1958-1996 ص: 13 وما يليها
³ - ينص الفصل 136 من ق م م على أن "تضاعف الأجل ثلاث مرات لمصلحة الأطراف الذين ليس لهم موطن ولا محل إقامة بالمملكة."

وبالرغم من ذلك فإنها لا تطبق من الناحية القانونية على قضايا التحفيظ العقاري لتعارضه مع مقتضيات الفصل 26 من القرار الوزيري المؤرخ في 3 يونيو 1915¹. المتعلق بضبط التفاصيل المتعلقة بتطبيق الضابط العقاري الراجع للتحفيظ باعتباره نص خاص أولى بالتطبيق، والذي نص على إلزام جميع أطراف نزاع التحفيظ بضرورة تعيين محل للمخابرة معهم بدائرة نفوذ المحافظة المتواجد بها العقار إذا لم يكن لهم موطن بها، وذلك تحت طائلة توجيه جميع التبليغات إلى النيابة العامة².

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض في قرار لها جاء في حيثياته "بموجب الفصل 26 من القرار الوزاري المؤرخ في 1915/6/3 بشأن تحديد تفاصيل تطبيق نظام التحفيظ العقاري المطبق في النازلة، فإن التبليغات التي توجه إلى النيابة العامة تعتبر صحيحة في حالة ما إذا لم يعين الأطراف موطنًا للمخابرة بمقر المحافظة العقارية"³.

أما بخصوص توقف الأجل في حالة وفاة الأطراف، فإن أجل الاستئناف توقف لصالح ورثته ولا تقع مواصلتها من جديد إلا بعد مرور خمسة عشر يومًا التالية لتبليغ الحكم للورثة بموطن الشخص المتوفى⁴.

وغني عن البيان أنه بعد رفع طلب الاستئناف⁵، على الكيفية المذكورة في الفصل 141 من قانون المسطرة المدنية، وتوصل كتابة الضبط لدى محكمة الاستئناف بالملف. يعين الرئيس الأول مستشارًا مقررًا حسب مقتضيات

¹ - قرار وزيري صادر في 20 رجب 1333 الموافق ل 3 يونيو 1915 المتعلق بقرار تفاصيل تطبيق نظم العقاري للتحفيظ.

² - مصطفى الكيلة : م س ، ص: 260 و 261.

³ - قرار عدد 153 الصادر بتاريخ 2003/1/15 ملف مدني رقم 2002/750 أشار إليه بكوري محمد رضا م. س ، ص: 57

⁴ - سمرة محدوب الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ على ضوء الاجتهاد القضائي و مستجدات قانون 14.07، ص: 216.

⁵ - أنظر الفصل 41 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله و تنميته بالقانون رقم 14.07.

الفصل 42 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله و تتميمه بالقانون رقم 07-14، ونفس الإجراء يتم في القضايا العادية، إلا أنه في هذه الأخيرة يسلم الملف للمستشار المقرر في ظرف أربع وعشرين ساعة¹، بخلاف قضايا التحفيظ العقاري، حيث لم يتم تحديد أي أجل².

لذلك فبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 42 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14 نجده ينص على أنه "بمجرد توصل كتابة الضبط لدى محكمة الاستئناف بالملف، يعين الرئيس الأول مستشارا مقررًا وينذر هذا الأخير المستأنف بالإدلاء بأسباب استئنافه ووسائل دفاعه خلال أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما يستدعي الأطراف المعنية بالأمر للإطلاع على ما أدلى به المستأنف ولإبداء منازعاتهم ووسائل دفاعهم في أجل مماثل".

يستشف من الفصل أعلاه، أنه يتعين على المستأنف الإدلاء بأسباب استئنافه ووسائل دفاعه خلال أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما، كما أن المستشار المقرر يستدعي الأطراف المعنية بالأمر للإطلاع على ما أدلى به المستأنف من أجل إبداء منازعاتهم ووسائل دفاعهم خلال أجل آخر مماثل وهو خمسة عشر يوما، وهذا ما أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها "بمقتضى الفصل 42 من ظهير 12 غشت 1913 فإنه بمجرد توصل كتابة الضبط للمحكمة الاستئناف بالملف يعين الرئيس الأول مستشارا مقررًا ويأمر هذا الأخير المستأنف بالإدلاء بأسباب استئنافه ووسائل دفاعه في ظرف أجل لا يتعدى خمسة عشر يوما يضاف إليها أجل بعد المسافة ثم يستدعي الأطراف المعنية بالأمر للإطلاع على ما أدلى به المستأنف والإدلاء بمنازعاتهم ووسائل دفاعهم في أجل آخر مماثل فإن القرار المطعون فيه عندما قضى بعدم قبول الاستئناف بعلّة أن المستأنف لم يقيم

¹ - أنظر الفصل 329 من قانون المسطرة المدنية .

² - سمرة محذوب: القواعد المسطرية لقضايا التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود و العقار، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والاقتصادية، جامعة محمد الأول وجدة ، السنة الجامعية 2004/2005 ، ص: 50

بالإجراءات المنصوص عليها في الفصل 34 من قانون المحاماة مع أن القضية بالتحفيظ وأن الفصل المذكور لا يلزم المستأنف بتنصيب مدافع عنه أو طلب الترخيص بالمرافقة شخصياً، وأن المحكمة عندما ما بتت على النحو المذكور تكون قد خرقت الفصل المشار إليه أعلاه وعرضت قرارها للنقض"¹.

لكن التساؤل المطروح يتعلق بحالة ما إذا لم يبادر المستأنف إلى الإدلاء بأوجه استئنافه في الأجل المضروب له من طرف السيد المستشار المقرر، فهل يؤدي ذلك إلى عدم قبول الاستئناف؟

هناك نقاش قضائي بخصوص مدى إمكانية قبول الاستئناف في حالة عدم الإدلاء بأوجه الاستئناف في الأجل المحدد من قبل المستأنف؟

حيث ذهب جانب من القضاء إلى القول بعدم قبول الاستئناف إذا لم يبادر المستأنف إلى الإدلاء بأوجه استئنافه في الأجل المحدد له من طرف السيد المستشار المقرر، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض "حيث صح ما عابه الطاعنون على القرار، ذلك أنه اعتمد في حكمه بعدم قبول استئنافهم على أن المستأنفين لم يدلوا بمذكراتهم البيانية إلا بتاريخ 08.03.2007 حسب تأشيرة كتابة الضبط بينما كان يجب إيداعها بعد ثلاثين يوماً كاملة من تاريخ التبليغ الواقع في 2006.11.30 بإقرارهم وأنه مادامت المذكرة البيانية المتضمنة للوقائع والأسباب قد قلمت خارج الأجل فإن استئناف المستأنفين بقي معيباً شكلاً وينبغي التصريح بعد القبول"².

في حين ذهب جانب آخر إلى التأكيد على عدم إجبارية الإدلاء بأوجه الاستئناف بعد إنذار المستشار المقرر للمستأنف، حيث جاء في قرار المحكمة

¹ - قرار صادر في محكمة النقض بتاريخ 1982/11/3 تحت عدد 655 في الملف المدني عدد 90621، منشور بمجلة رابطة القضاة، عدد 16 و17، 149 وما يليها.

² - قرار محكمة النقض عدد 4228 المؤرخ في 2007/10/26 ملف مدني 2007/1/1/1794 أورده عمر أزوكار : م . س ، ص : 165.

النقض ما يلي: " لكن ردا على السبب فان ظهير 12 غشت 1913 المعتبر بمثابة قانون التحفيظ العقاري سن قواعد خاصة للطعن بالاستئناف تضمنها الفصل 42 منه الذي لا يرتب أي جزاء على عدم قيام المستأنف بتوضيح أسباب استئنافه ذلك أنه في مادة التحفيظ العقاري يجب على المحكمة أن تنظر في القضية بناء على الوثائق والأوراق الموجودة بالملف مما يبقى معه القرار غير خارق للمقتضيات المذكورة والسبب بالتالي غير جدير بالاعتبار..."¹

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع المغربي في إطار الفصل 44² من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14 ، ألزم المستشار المقرر بإخبار أطراف النزاع في عناوينهم المختارة باليوم الذي ستعرض فيه القضية بالجلسة وذلك قبل خمسة عشر يوما.

المبحث الثاني:

خصوصيات الطعن بالنقض في المادة العقارية

يعتبر الطعن بالنقض من الطرق الطعن غير العادية، التي تتطلب إجراءات استثنائية وسلطات إضافية، فهي توجه ضد الأحكام الحائزة على قوة الأمر المقضي به، التي لم يعد بالإمكان الطعن فيها بالطرق العادية وهي التعرض و الاستئناف.

وعليه فإن مسطرة الطعن بالنقض في نزاعات التحفيظ العقاري ستكون تطبيقا من تطبيقات القواعد العامة، مادام المشرع العقاري من خلال تنظيمه للطعن بالنقض في إطار ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-14 يحيل على المقتضيات الواردة في قانون المسطرة المدنية. لكن وبالرغم

¹ - قرار محكمة النقض عدد 3600 المؤرخ في 22.10.2008 ملف مدني عدد 1840-1-1-2007، أشار إليه عمر أزوكار: م. س، ص: 165.

² - أنظر الفصل 44 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله و تتميمه بالقانون رقم 14.07.

من ذلك فإن النصوص المتعلقة بمحكمة النقض جاءت بخصوصيات تهم قضايا التحفيظ العقاري خاصة ما يتعلق بآثار الطعن بالنقض .

وتبعاً لذلك فإنني سأتطرق في الفقرة الأولى لإجراءات الطعن بالنقض ، لأنقل إلى الحديث في الفقرة الثانية عن آثار الطعن بالنقض.

الفقرة الأولى: إجراءات الطعن بالنقض

إن الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن في الأحكام يرمي إلى عرض الحكم المطعون فيه على محكمة النقض قصد نقضه لما يشوبه من أخطاء قانونية سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية¹. ومحكمة النقض لا تشكل درجة ثالثة من درجات التقاضي بحيث لا يجوز عرض النزاع أمامه في جوهره². ولعل الغاية من التنصيص على هذا الطعن هو تحقيق غايات قانونية تتمثل في توحيد فهم النصوص القانونية من طرف المحاكم وذلك بتوحيد الاجتهادات القضائية على مستوى الوطن بأكمله³.

وغني عن البيان فإنه منذ سنة 1913 إلى غاية التعديلات لسنتي 1957 و1958 كانت قرارات محكمة الاستئناف لا تقبل الطعن بالنقض إلا من طرف النيابة العامة ولفائدة القانون فقط⁴. الأمر الذي كان يؤدي إلى ضياع حقوق المتقاضين.

لكن ومع إحداث المجلس الأعلى في شتنبر 1957 كان لزاماً على المشرع أن يتدخل لتعديل الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري بواسطة ظهير 28

¹ - الطيب الفصائلي، الوجيز في القانون القضائي الخاص ، مطبعة النجاح الجديد الدار البيضاء ، الطبعة الثانية 1993، ص: 185.

² - عبد العزيز حضري: القانون القضائي الخاص، مكتبة مطبعة ووراقة طه حسين بوجدة طبعة 2005 ص: 352.

³ - محمد كشيور، نظام التصدي ووظيفة للمجلس الأعلى مجلة القضاء والقانون العدد 139، سنة 26، ص: 51.

⁴ - عبد القادر الراجعي :مفهوم التحفيظ حسب قانون المسطرة المدنية مجلة القضاء والقانون عدد 145 سنة 30،: 92 وما بعدها.

ملي 1958 وبالتالي سمح بالطعن بالنقض في قرارات محاكم الاستئناف من طرف أطراف دعوى التحفيظ العقاري¹.

لذلك فبخصوص الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري، نجد أن المشرع المغربي، وإن نص عليه في ظهير التحفيظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بالقانون رقم 07-14، إلا أنه أحال بشأن تطبيقه على القواعد العامة². وهذا ما أكدته محكمة النقض في قرار لها جاء في حيثياته³ على أنه "تقبل وحدها التطبيق أمام محكمة التحفيظ، مقتضيات المسطرة المدنية التي يرجع لها ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري وتلك التي يفرض النظام العام تطبيقها..."

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري الذي نسخ و عوض بالقانون رقم 07-14، نجده يحدد ميعاد الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري في شهر واحد من تاريخ تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص نفسه أو إلى موطنه الحقيقي، على غرار ما هو عليه الأمر بالنسبة للأجل في القضايا العادية، مادام المشرع يحيل على الأجل الوارد في قانون المسطرة المدنية، ويحدد في ثلاثين يوماً⁴، وذلك خلافا لما كان عليه الأمر في ظل

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، نظام التحفيظ العقاري وفق مستجدات القانون 07-14، سلسلة المعارف القانونية والقضائية، منشورات مجلة الحقوق. مطبعة المعارف الجديدة الرباط، سنة 2013، ص 81

² - ينص الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري كما تم نسخه و تعويضه بالقانون رقم 14.07 على أن " يبلغ القرار الاستئنافي وفق الكيفية المقررة في قانون المسطرة المدنية ويمكن الطعن فيه بالنقض داخل الأجل المحدد في نفس القانون".

³ - قرار صادر بتاريخ 59/4/29 تحت عدد 182 في الملف مدني عدد، 1766 مجموعات قرارات المجلس الأعلى المادة المدنية 1958 1996، : 13 وما يليها.

⁴ - تنص الفقرة الأولى من الفصل 358 من ق م م على أن "يحدد بصرف النظر عن المقتضيات الخاصة أجل رفع دعوى إلى المجلس الأعلى في ثلاثين يوماً من يوم تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص نفسه أو إلى موطنه الحقيقي".

الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري قبل التعديل الأخير، الذي كان يحدد أجل الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري في أجل شهرين¹.

وما تجدر الإشارة إليه، هو أن الفقه انقسم إلى اتجاهين بخصوص الأجل الوارد في الفقرة الثانية من الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري، قبل نسخته بالقانون رقم 07-14.

حيث ذهب الاتجاه الأول² إلى أنه "يمكن تقديم الطعن بالنقض خلال أجل شهر ضد هذه الأحكام مع صرف النظر عن الفقرة الثانية من الفصل السابع والأربعين من ظهير الخاص بالتحفيظ، لأن الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية نص على أنه يحدد بصرف النظر عن المقتضيات الخاصة بأجل رفع الدعوى إلى المجلس الأعلى في ثلاثين يوما من يوم تبليغ الحكم المطعون فيه إلى الشخص نفسه أو إلى موطنه الحقيقي".

أما الاتجاه الثاني³ فقد اعتبر أن أجل الطعن بالنقض في القرارات الاستثنائية المتعلقة بالتعرضات على مطلب التحفيظ هو الأجل المنصوص عليه صراحة في الفصل 47 من ظهير 12 غشت 1913 وهو أجل شهران ابتداء من يوم التبليغ وأن هذا الفصل هو استثناء من القواعد العامة المنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية.

غير أنه وبالمقارنة بين الفصلين أعلاه أي الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري قبل النسخ والفصل 47 الذي يحيل على الفصل 358 من قانون

¹ - جاء في قرار المحكمة النقض ما يلي: " لكن حيث إن قرار موضوع الطعن بالنقض يتعلق بالبث في التعرض على مطلب التحفيظ وأنه وفق الفصل 47 من قانون التحفيظ العقاري فإن القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف بهذا الخصوص تكون قابلة للطعن بالنقض في أجل شهر من ابتداء من تاريخ التبليغ وهو النص لمعتمد عليه في تحديد أجل النقض في هذه القضايا وليس الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية خلافا لما جاء في الدفع، وبما أن القرار المطعون فيه بالنقض بلغ بتاريخ 18.6.2004 وطلب النقض قدم بتاريخ 17.08.2004 فيكون وقع داخل الأجل القانوني مما يتعين معه استبعاد الدفع الرامي إلى عدم القبل".

² - عبد العلي العبودي: نظام التحفيظ العقاري وإشهار الحقوق العينية بالمملكة المغربية على ضوء الظهير الصادر بهذا الشأن المؤرخ في يوم 9 رمضان 1331 طبعة 1983 ، ص: 59.

³ - عبد العزيز حضري: تطبيق قواعد المسطرة المدنية أمام قضاء التحفيظ العقاري، م س، ص: 25.

المسطرة المدنية، نلاحظ بأن الفصل 358 من قانون المسطرة المدنية هو الأكثر ضبطاً، لأنه يجدد أجل الطعن في ثلاثين يوماً بخلاف الفصل 47 من ظهير التحفيظ العقاري قبل نسخته، الذي استعمل مصطلح شهرين. خاصة إذا علمنا أن عدد أيام الشهور غير متساوي، فطالب النقض مثلاً الذي يبلغ له القرار الاستثنائي في شهر فبراير ستكون له مدة أقصر بالمقارنة مع طالب النقض الذي يبلغ له القرار الاستثنائي في شهر يوليو، على الرغم من أن القضيتين معا تتعلقان بالتحفيظ العقاري.

وحسنا فعل المشرع المغربي عندما حدد أجل الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري في 30 يوماً، مادام أنه لا يوجد أي مبرر لا قانوني ولا واقعي للترفة بين أجل الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري وبين الأجل الوارد في القضايا العادية.

ويقدم طلب النقض بواسطة عريضة كتابية تتوفر إلزامياً على بيانات محددة بناء على الفصل 355 من قانون المسطرة المدنية ومن بينها ما يلي :

1- أسماء الأطراف العائلية و الشخصية و موطنهم الحقيقي.

2- ملخص الوقائع و الوسائل وكذا المستنتجات.

3- ضرورة إرفاق المقال بنسخة من الحكم النهائي المطعون فيه تحت طائلة عدم القبول وفي حالة تعدد الأطراف يجب إرفاق المقال بنسخ مساوية لعددهم، وإلا أشعر الطالب بضرورة إيداع تلك النسخ داخل أجل عشرة أيام، وعند إنصرام الأجل دون القيام بالمطلوب تدرج القضية بالجلسة و يصدر المجلس قراراً بعدم القبول.

4- يجب تحرير المقال من محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض و يودع مقال الطعن أمام كتابة الضبط محكمة الاستئناف التي أصدرت القرار المطعون

فيه يوجه إلى كتابة الضبط محكمة النقض ويتم تسجيل تاريخ وصوله مع إعطائه رقما ترتيبيا¹

كما يتعين على طالب النقض أداء الوجيبة القضائية طبقا لمقتضيات الفصل 357 من قانون المسطرة المدنية.

الفقرة الثانية: آثار الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري

على خلاف طرق الطعن العادية، لا يترتب على تقديم طلب النقض وفق تنفيذ الحكم المطعون فيه، وإنما يبقى التنفيذ قائما، غير أن المشرع استثنى من هذا المبدأ بعض المسائل التي ينتج عن الطعن بالنقض فيها وقف التنفيذ² وهكذا نص الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية على أن:

"لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

1- في الأحوال الشخصية.

2- في الزور الفرعي.

3- التحفيظ العقاري.

يمكن علاوة على ذلك للمجلس بطلب صريح من رافع الدعوى وبصفة استثنائية أن يأمر بإيقاف تنفيذ القرارات والإحكام الصادرة في القضايا الإدارية ومقررات السلطات الإدارية التي وقع ضدها طلب الإلغاء."

ولعل الغاية التي توخه المشرع المغربي من وراء استثناء هذه الحالات، هي توقي الأضرار التي قد ترتبها في حالة نقضها، والتي قد تكون غير قابلة للإصلاح.

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري : م س ، ص ، 82.

² - عبد الكريم الطالب : م س ص ، 319.

ذلك أن نقض القرارات الإستثنائية من طرف محكمة النقض، بعد صدور قرار التحفيظ، الذي يتسم بالنهائية وعدم القابلية للطعن ويعتبر نقطة الانطلاق الوحيدة للحقوق العينية والعقارية المترتبة على العقار وقت التحفيظ... والذي سيؤدي لا محالة إلى صعوبة إرجاع الوضع إلى ما كان عليه، مما سيفقد الناس ثقتهم في العدالة.¹

فمثلا القرار الاستثنائي القاضي بعدم صحة التعرض، يعني تأسيس الرسم العقاري باسم طالب التحفيظ، وهذا الرسم تكون له صفة نهائية، ومن ثم يتعذر إرجاع الوضع إلى ما كان عليه في حالة نقض القرار الاستثنائي القاضي بعدم صحة التعرض، ومن هنا تظهر فلسفة المشرع من التنصيص على وقف تنفيذ القرارات الإستثنائية الصادرة في مادة التحفيظ، تفاديا لظهور بعض الأوضاع التي يصعب تجاوزها.²

والجدير بالذكر أن مصطلح أو مفهوم التحفيظ العقاري الوارد في إطار مقتضيات الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية أثار نقاشا واسعا بين المهتمين بالمجال العقاري، وعليه يمكن تصنيف هذا النقاش إلى اتجاهين:

حيث ذهب الرأي الأول³ إلى اعتبار مفهوم التحفيظ العقاري ينسحب إلى الإجراءات التي تهم مرحلة ما قبل تأسيس الرسم العقاري، وهو التفسير الذي تبناه القضاء⁴ وعبرت عنه محكمة النقض في العديد من قراراتها الصادرة عنها منها على الخصوص.

¹ - سمرة محدوب الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ على ضوء الاجتهاد القضائي و مستجدات قانون 14.07، م.س. ص 238.

² - سمرة محدوب الازدواجية الإجرائية أمام قضاء التحفيظ على ضوء الاجتهاد القضائي و مستجدات قانون 14.07، م.س. ص 238.

³ - عبد القادر الراقعي. الفصل 361 من ق م م ومصطلح التحفيظ، مجلة المحاكم المغربية، عدد 87 مارس/ابريل 2001 ص 55 وما بعدها.

⁴ - مازن الجم- الحقوق الخاضعة للتسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، الجزء الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 1991 ص 355.

"...إن الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية ينص على الحالات التي يوقف فيها التنفيذ بالنقض ومنها ما أطلق عليه المشرع عبارة التحفيظ العقاري، وحيث إن المقصود بالتحفيظ هي مجموع الإجراءات التي يقام بها بالنسبة للملك غير محفظ قصد تأسيس رسم عقاري له بالمحافظة العقارية، وتنتهي هذه الإجراءات بمجرد إنشاء الصك العقاري طبقا لمقتضيات الظهير الشريف بتاريخ 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري..."¹

في حين يذهب رأي آخر² إلى تفسير مصطلح التحفيظ العقاري المنصوص عليه في الفصل 361 من قانون المسطرة المدنية تفسيرا واسعا، واعتبر أن الطعن بالنقض يوقف التنفيذ في جميع قضايا التحفيظ العقاري سواء تعلق الأمر بمسطرة التحفيظ أو بمسطرة التقييدات.

وتبعاً لذلك فالمرجع المغربي في ظل التعديلات الأخيرة، وبمقتضى قانون 14.07، يكون قد انتصر لأصحاب التوجه الثاني حيث نجده قد حسم النقاش، إذ نص الفصل الأول من ظهير التحفيظ العقاري المعدل و المتمم بالقانون رقم 14.07 على أن التحفيظ العقاري يشمل كافة إجراءات المسطرة، وكذا

17- قرار مجلس الأعلى عدد 149 ملف إداري عدد 2002/1/4/2232 بتاريخ 2003/03/20. أشارت إليه سمرة محدوب. القواعد المسطرية لقضايا التحفيظ العقاري، م س ص 50.

"...إن الفصل 361 من ق م م الذي يقضي بان الطعن بالنقض هو موقف لتقيد الأحكام الصادرة في مادة التحفيظ العقاري هو نص خاص... وبالتالي فإن عبارة التحفيظ العقاري تقتصر دلالتها ومعناها على مرحلة ما قبل التحفيظ، والتي تنتهي بإنشاء الرسم العقاري فقط دون المرحلة التي يصبح فيها العقار محفظا..."

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 161 عدد 1196 بتاريخ 1999/01/07 أورده عبد الباسط عزوي، تنفيذ الأحكام القضائية من طرف المحافظ على الأملاك العقارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة السنة الجامعية 2006/2005 ص 74.

¹ - قرار المجلس الأعلى رقم 125 الصادر بتاريخ 1988 في الملف الإداري عدد 5676 منشور بمجلة قضاء والقانون عدد 193، ص 113. أورده حسن منصف م س ص 60.

² - محمد خير ي: الطعن بالنقض في قضايا التحفيظ العقاري مجلة التحفيظ العقاري، العدد الخامس أكتوبر 1995 ص 17 وما بعدها.

- محمد بن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1990.

محمد الحياتي : المحافظ العقاري بين متطلبات الاختصاص وإكراهها المسؤولية نحو مقارنة قانونية وواقعية، مطبعة النجاح الجديدة، طبعة 2002 ص 107.

التقييدات على الرسم العقاري بمعنى أنه أخذ بمفهوم النص الواسع. و بالتالي فإن وقف التنفيذ يشمل المرحلة التحفيظ و مرحلة التقييدات وأنه يتعذر على المحافظ على الأملاك العقارية تنفيذ حكم يتعلق بقضايا التحفيظ العقاري ما لم تقدم إليه شهادة بعدم الطعن بالنقض أو قدم إليه قرار محكمة النقض يقضي برفض النقض.

النظام القانوني لأراضي الجموع و آليات تدبير منازعاتها

الأستاذ عبد المجيد أسويك

باحث في القانون الخاص

جامعة محمد الأول وجدة.

مقدمة

يصنف المغرب ضمن البلدان التي تراهن على الاحتياطي العقاري في مختلف الأوراش التي يفتحها، كرصيد لإنجاز مختلف المشاريع التنموية وكذا الحفاظ على روابط التماسك داخل المجتمع.¹

وينصرف التركيز في تحقيق هذه التطلعات على الملكية العقارية باعتبارها أساس أي مشروع اقتصادي أو اجتماعي، غير أن ذلك يصطدم بمجموعة من الصعوبات يتمثل أبرزها في تنوع هياكل النظام العقاري المغربي، وتعدد الأنماط القانونية التي تؤطره.²

وتحضى أراضي الجماعات السلالية³ أو أراضي الجموع⁴ بمكانة خاصة في البنية العقارية، حيث تفرد بلادنا بهذا النظام العقاري، والتي تدخل ضمن

¹ محمد العايش الصغيري، أراضي الجماعات السلالية بين الواقع والآفاق، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2008-2009، ص: 1.

² إذ نجد إلى جانب الإزدواجية في العقارات -المتتمثلة في المحفظة وغير المحفظة- التعدد في الهياكل ويتمثل في أراضي الأحباس وأملاك الدولة العامة والخاصة والملك الغابوي وكذلك أراضي الجماعات السلالية.

³ ينظمها ظهير صادر بتاريخ 27 أبريل 1919 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط شؤون الأملاك الجماعية وتوقيفها الصادر بالجريدة الرسمية عدد 340 بتاريخ 28 أبريل 1919، ص: 410.

⁴ تناول المشرع في ظهير 27 أبريل 1919 الجماعات السلالية تحت تسميات مختلفة:

- الجماعات الأصلية

- الجماعات

- الجماعات الأهلية

- العشائر الأصلية

وقد انعكس هذا التضارب على مستوى الفقه إذ نجده قد اختلف في تبني التسميات.

التحولات التاريخية للمغرب، إذ تحتل مساحة لا يستهان بها من مجموع الوعاء العقاري المغربي، حيث تشكل ثلث المساحة الصالحة للزراعة والرعي، والتي تفوق اثنا عشر مليون هكتار¹، كما تعتبر مصدر عيش شريحة مهمة من المجتمع، الذي يقارب تسع ملايين نسمة منضوين تحت مليوني ونصف عائلة².

وتتوزع أراضي الجموع على محيط جغرافي كبير ومتنوع، حيث تتركز غالبيتها في المناطق الجبلية والشرقية وفي الجنوب الشرقي للمملكة، إذ تمثل أربع أقاليم لوحدها (ورزازات، الراشدية، فجيج وبولمان) أكثر من نصف المساحة الإجمالية لهذه الأراضي.

وتعرف أراضي الجموع³ بأنها مجموعة من الأراضي في ملكية الجماعات السلالية تتصرف فيها وفق الأعراف والعادات القبلية وطبق النصوص التشريعية والتنظيمية المؤطرة لها تحت مراقبة مجلس يسمى مجلس الوصاية يرأسه وزير الداخلية.

انطلاقاً من التعريف الذي أوردناه، يتبين أن هذه الأراضي تؤطرها قواعد مختلفة المصادر تتوزع بين النصوص التشريعية والتنظيمية والأعراف والعادات المحلية والقبلية.

ويعتبر كل من ظهير 27 أبريل 1919 في الحماية الفرنسية و قانون 1916 في الحماية الاسبانية و قانون 8 يناير 1931 في منطقة طنجة الدولية أهم القوانين التي صدرت في عهد الحماية لتنظيم الأراضي الجماعية وضبط تدبير شؤونها. ذلك أنه في العهود الإسلامية الأولى لم يكن موجوداً لذلك لم يعن

¹ عبد الرحمان الشرقاوي، العقود الجارية على أراضي الجموع بين أزمة النص وضرورة الاستجابة لمتطلبات الاستثمار، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 104 ناي يونيو 2012، ص: 59

² عبد الكريم بالزاع: أراضي الجموع، محاولة لدراسة بنيتها السياسية والاجتماعية ودورها في التنمية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1998/ ص: 9.

³ محمد شوارق: الدليل العملي في تدبير أراضي الجموع، مطبعة دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع بالرباط، الطبعة الثانية، 2012، ص: 7.

الفقه الإسلامي بدراسته كما هو الشأن بالنسبة لأراضي الأحباس التي أفرد لها دراسات معمقة، الشيء الذي يؤكد أن هذه العقارات كانت وليدة الأعراف والتقاليد في المغرب¹.

وبعد حصول المغرب على الإستقلال أضحى ظهير 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية ونفويتها² بمثابة ميثاق لهذه الأراضي، والذي تم تعديله بعد ذلك بمقتضى ظهير 25 يوليوز 1963³، حيث تم بموجبه إخضاع هذه الأراضي لوصاية وزير الداخلية، وبعد ذلك صدر ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري⁴.

وتصنف جماعة النواب والمجالس الجماعية ضمن المؤسسات التي تسهر على تنظيم أساليب استغلال هذه الأراضي تحت وصاية وزارة الداخلية، كما لم يفقد العرف مكانته في هذا الشأن⁵.

وبالنظر للأهمية التي تحظى بها هذه الأراضي -الجماعات السلالية- فإن أساليب استغلالها تعرف إشكالات بالجملة.

وسوف أقتصر في دراستي هذه على بعض منها فقط، بالنظر لشساعة الموضوع، كما هو الشأن بالنسبة للإشكالات المرتبطة بكراء هذه الأراضي وكذا التنظيم القانوني المؤطر لها، دون إغفال ما يتعلق بالنساء السلاليات اللاتي يتم

¹ - محمد أوزيان: الأملاك المخزنية بالمغرب النظام القانوني والمنازعات القضائية. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2011/2012، ص21

² - ظهير صادر بتاريخ 27 أبريل 1919 المتعلق بتنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط شؤون الأملاك الجماعية ونفويتها الصادر بالجريدة الرسمية عدد 340 بتاريخ 28 ابريل 1919، ص: 410.

³ - ظهير رقم 1.62.179 صادر بتاريخ 12 رمضان 1382 الموافق 6 فبراير 1963، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 2626، بتاريخ 27 رمضان. 22 فبراير 1963، ص: 365.

⁴ - ظهير رقم 1.69.30 صادر بتاريخ 10 جماد الأولى/ 25 يوليو 1969 المتعلق بالأراضي الجماعية الواقعة في دوائر الري، صادر بالجريدة الرسمية عدد 2960 مكرر بتاريخ 13 جماد الأولى 1389 / 29 يوليو 1969 .

⁵ - عبد الكريم بالزراع، مرجع سابق، ص: 22.

إقصاؤهن من عملية التقسيم، احتراماً للأعراف القبلية، وهو ما يشكل مخالفة لمبادئ الدستور والشريعة الإسلامية، ومبادئ العدالة التي تقتضي المساواة بين المرأة والرجل على حد سواء.

ونؤكد على أن الدافع الأساسي لدراسة هذا الموضوع هو تزايد الاهتمام بالأراضي السلالية، في الوقت الذي تعرف هذه الأراضي الكثير من الصعوبات خاصة ما يرتبط بالتدبير.

ومما سبق يمكن صياغة إشكالية محورية على الشكل التالي:

إلى أي حد ساهم النظام القانوني المؤطر لأراضي الجموع في الاستغلال والتدبير العادل لهذه الأراضي.

إنها الإشكالية المركزية لهذا الموضوع و التي لن يتأتى الإجابة عنها الأمن خلال الأسئلة الآتية:

- ما مدى نجاح الجهات الساهرة على تدبير هذه الأراضي من الحد لبعض الإشكالات التي تطرحها أو على الأقل المساهمة في التخفيف منها؟

- وما هي المشاكل المرتبطة بطرق استغلالها وكذا تقسيمها، وهل هذه الجهات مؤهلة لأداء الدور المنوط بها؟

- وما هي الإكراهات المترتبة عن التصرف في هذه الأراضي وفق الأعراف؟

ولكي يتسنى لنا الوقوف على بعض جوانب هذه الإشكالات والإجابة عنها، ارتأيت تقسيم هذا البحث إلى مبحثين:

المبحث الأول: الإطار القانوني لأراضي الجموع والهيئات الساهرة على تدبيرها

المبحث الثاني: طرق استغلال أراضي الجموع وتدبير منازعاتها

المبحث الأول: الإطار القانوني لأراضي الجموع والهيئات الساهرة على

تدبيرها

يتميز المغرب بتعدد وتنوع أنظمته العقارية، ومن بين هذه الأنظمة، نجد الأراضي الجماعية أو ما يطلق عليه أراضي الجموع⁽¹⁾، وهي الأراضي التي تملكها بصفة جماعية مجموعة من السكان المنتمين لأصل واحد أو سلالة واحدة، وأراضي الجموع تعرف تنوعا على مستوى طبيعة النصوص المنظمة لها، وهو الشيء الذي يجعلنا نتعرض للإطار القانوني المنظم لأراضي الجموع (المطلب الأول)، لننتقل بعد ذلك إلى الحديث عن الهيئات التي تسهر على تسييرها وتدبيرها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار القانوني المنظم لأراضي الجموع

إن الإطار القانوني لأراضي الجماعات السلالية يعرف تنوعا على مستوى طبيعة النصوص المطبقة عليها، إذ يتعلق الأمر بمجموعة من الظواهر والمراسيم والقرارات، والمناشير الوزارية والضوابط والدوريات والمذكرات والرسائل، وهو ما سنحاول التطرق إليه في (الفقرة الثانية) بعد أن نورد تعريفا لهذه الأراضي ونعرف المقصود بها في (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: مفهوم أراضي الجموع

تتعدد التسميات التي تطلق على أراضي الجموع، فتارة تسمى بأراضي الجموع وتارة الأراضي الجماعية، وتارة أراضي الشيع² إلى غير ذلك من التسميات المشار إليها أعلاه، والسؤال المطروح ما المقصود بهذا النوع من الأراضي؟

¹ - عبد الوهاب رافع، أراضي الجموع بين التنظيم والوصاية، المطبعة المدنية الطبعة الثانية 2005، ص.15.
² - عبد الوهاب رافع، مرجع سابق، ص.15.

لقد عرفها أحد الفقهاء⁽¹⁾ بأنها تلك أراضي التي ترجع ملكيتها إلى جماعات سلالية في شكل قبائل أو دواوير أو عشائر، قد تربط بينهم روابط عائلية أو عرقية أو اجتماعية أو دينية...، وحقوق الأفراد فيها غير متميزة عن حقوق الجماعة، حيث إن استغلالها يتم مبدئياً بكيفية جماعية، كما يمكن لأفراد القبيلة أن يتفقوا فيما بينهم على إجراء قسمة استغلالية أي قسمة انتفاع.

كما أورد الأستاذ محمد الصوالحي تعريف آخر لأراضي الجموع: "بأنها تلك الأراضي المخصصة منفعتها للجماعات للتصرف فيها بالحرث أو رعي المواشي أو الكراء للغير، بواسطة مندوبيها تحت وصاية وزارة الداخلية تبعا للأعراف المحلية وعادات القبائل الموجودة بها طبقا لمجموعة من الظواهر المنظمة لها"⁽²⁾

هكذا يتضح لنا بأن الأراضي الجماعية هي الأراضي التي يملكها بصفة جماعية مجموعة من السكان المنتمين لأصل واحد أو سلالة واحدة، ويرجع أصل الأراضي الجماعية إلى عصور قديمة، إذ كانت ظروف الأمن والعيش تلزم القبائل بالاستغلال المشترك والجماعي لمواردها، ثم تحولت هذه الأراضي إلى أراضي النيابة تؤدي عنها ضريبة جماعية أو إلى أراضي الجيش -الكيش-، إلى جانب الأراضي الجماعية الأصلية التي تتصرف فيها الجماعات السلالية دون مقابل⁽³⁾.

وأراضي الجموع تتميز بسمات خاصة تختلف عن وضعية بعض الأراضي الجماعية التي تشبهها، وتلافيا للخلط بين هذه الأخيرة وأراضي الجموع سأستعرض بعض الأنواع المشابهة لها وهي:

¹ - محمد خيرى أراضي الجموع بين البقاء والزوال، مقال منشور في "سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية"، منشورات مجلة الحقوق المغربية، العدد الأول 2010 ص.63

² - أشار إليه عبد الوهاب رافع، مرجع سابق، ص.15

³ - بنيونس الدحماني، الإطار القانوني المنظم لأراضي المجموع الرصيد العقاري - التدبير والتسيير، سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، منشورات مجلة الحقوق المغربية، العدد الأول 2010 ص، ص.51.

أولاً: أراضي الكيش: وهي أراضي تعتبر أصلاً من الأملاك الخاصة للدولة وضعت رهن إشارة أشخاص في شكل جماعات من المتطوعين في غياب جيش نظامي دون أن تكون بينهم روابط عرقية لحماية بعض المناطق ينتفعون بها في الرعي والحرب والتدريب مقابل خدماتهم العسكرية التطوعية، ولا تقبل أي تفويت أو تجزئة، وهي تخضع لقواعد الانتفاع⁽¹⁾.

أما الأراضي السلالية فتعتبر أصلاً ملكاً للجماعة في شكل قبائل أو عشائر ينتفعون بها بكيفية جماعية أو التناوب أو عن طريق قسمة انتفاع.

ثانياً: أراضي الأوقاف: وهي إما أراضي موقوفة لفائدة جهة خيرية أو دينية معينة، تسمى بالأوقاف العامة، وإما أراضي موقوفة لفائدة المعقب عليهم وهو ما يسمى بالأوقاف الخاصة أو الأوقاف المعقبة. والوصاية على أراضي الأوقاف ترجع إلى وزارة الأوقاف التي تعمل على حسن استغلالها مع احترام إرادة المحبس، وهنا يتجلى لنا الفرق واضحاً حيث إن عقارات الجماعات السلالية تخضع لوصاية مجلس الوصاية.

ثالثاً: الأملاك المخزنية: والتي تسمى كذلك أملاك الدولة الخاصة، حيث تعتبر ملكية خاصة كاملة تمارس عليها الدولة كافة حقوق الملكية من حق الإستعمال، وحق الإنتفاع، وحق التصرف، ويعطيها حق الملكية الكاملة كامل الصلاحيات في إدارتها وتديرها بما فيها حق التقاضي. بينما اختلف الكثير حول أصل وطبيعة ملكية أراضي الجموع و تضاربت حولها الآراء والنصوص المنظمة لها تحت الحماية و بعد الاستقلال، مما يطرح تساؤلات عدة حول مالكتها الحقيقي، وحول مسيرها الفعلي، وحول نطاق اختصاصات مؤسسة الجماعة ونطاق اختصاصات المؤسسة الوصية. إلا أن الكل متفق على أن المنتفع منها هي الجماعات السلالية تحت إشراف سلطة الوصاية. ويبقى الرأي القائل بأن

¹ - محمد خيرى ، مرجع سابق، ص.64.

نظام أراضي الجموع يتوزع بين حق الرقبة المعترف به لفائدة الدولة، و بين حق الانتفاع المخول إلى الجماعات السلالية، ويشكل مرحلة أولية من المراحل التي أدت إلى ظهور الملكية الفردية، هو الرأي الواقعي والمنطقي¹

الفقرة الثانية: المصادر القانونية المنظمة لأراضي الجموع

إن النظام الجماعي الذي كان سائدا في المغرب قبل دخول الحماية يتميز بطابع التضامن والتكافل الاجتماعي، إذ أن كل فرد في الجماعة كان يتصرف في جزء من الأرض الجماعية الصالحة للفلاحة، في حين أن أراضي الرعي ظلت مشتركة بين جميع أفراد القبيلة⁽²⁾.

واعتبارا لكون الإطار القانوني لأراضي الجماعات السلالية يعرف تنوعا على مستوى طبيعة النص المطبق، فإن الأمر يتعلق بمجموعة من الظواهر المراسيم، القرارات، المناشير الوزارية، الضوابط، الدوريات، المذكرات والرسائل.

ويرجع هذا التنوع إلى موضوع النص أو الوضعية المراد تأطيرها قانونا، فعندما نتحدث عن الجوانب الموضوعية الأساسية لأراضي الجموع فإن الأمر يستدعي صدور ظهير بالضرورة. أما عند ما يتعلق الأمر بجوانب ذات طابع إجرائي وتقني مرتبط بالسياسة العامة لأراضي الجموع، فإن الأمر يتطلب صدور مرسوم قرار وزيري، أو منشور وزاري أو ما أدناهم على مستوى قيمة الفاعلية التشريعية⁽³⁾.

¹ - محمد أوزيان: مرجع سابق، ص21

² - عبد الوهاب رافع، مرجع سابق، ص.21

³ - محمد أوزيان، تقديم لمجلة الحقوق المغربية، أراضي الجماعات السلالية - الإطار التشريعي و التطبيقات القضائية. " سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية"، منشورات مجلة الحقوق المغربية، العدد الأول 2010 ص 12.

ولما رأَت السلطة الحامية ما أقدم عليه السكان المستغلون لهذه الأراضي من تطاول على الأراضي المذكورة، وحفاظا عليها من الضياع عمدت إلى إصدار ترسانة من القوانين نوردها حسب التسلسل التاريخي:

- المنشور الصادر بتاريخ 1912/11/1 عن الصدر الأعظم الموجه إلى الباشوات والقواد والقضاة يمنع بموجبه تفويت الأراضي الجماعية، ويلح على أن تبقى هذه الأراضي جماعية خاضعة للعرف والعادات المحلية.

- المنشور الصادر بتاريخ 1914/3/6 الذي يمنع القضاة من تحرير رسوم تمليك الأراضي الجماعية كما ينص على عدم قابلية هذه الأراضي للبيع.

- الظهير الصادر بتاريخ 1914/7/7 المتعلق بالملك العائلي والذي أحدث طريقة خاصة للبحث سميت "البطاقة" وألزم القضاة قبل منح الإذن بتحرير عقد للملكية بتوجيه البطاقة إلى القائد ليقوم بالبحث.

- القرار الوزيري الصادر في 1915/1/23 الذي بمقتضاه أنشئت الوصاية على الأملاك الجماعية وتم إعطاء حق تسييرها للكاتب العام للحكومة والقواد والشيخ.

- الظهير الصادر بتاريخ 1916/5/23 الذي أحدث "جماعة القبائل" ومنح لها حق التسيير للأراضي الجماعية الموجودة بالفخدة أو القبيلة.

- القرار الوزيري الصادر بتاريخ 1918/5/27 الذي عهد لمدير الشؤون القروية مهمة السهر على الأملاك الجماعية وأحدث مصلحة الوصاية عليها.

ولقد عمدت سلطات الحماية بسن قانون منظم لهذه النوع من الملكية، وذلك لجمع شتات هذه النصوص في ظهير واحد وهو ظهير 27 أبريل 1919

الذي يعد بمثابة ميثاق للأراضي الجماعية⁽¹⁾، المتعلق بالوصاية الإدارية للجماعات السلالية والمنظم لتسيير وكيفية تفويت الأراضي الجماعية.

ولقد عمل المشرع إلى إدخال عدة تعديلات على الظهير المذكور وهي:

أولاً: ظهير 26 دجنبر 1920 المتعلق بمراقبة واستعمال أو إعادة استعمال الأموال المتأتية من نزع ملكية الأراضي الجماعية أو تفويت الانتفاع الدائم بهذه الأراضي.

ثانياً: ظهير 18 فبراير 1924 المنظم لمسطرة تحديد الأراضي الجماعية.

ثالثاً: ظهير 13 دجنبر 1941 المتعلق بالكراء الطويل الأمد للأراضي الجماعية وتفويت حقوق الانتفاع الدائم لهذه الأراضي.

رابعاً: القرار الوزيري الصادر في 13 دجنبر 1941 المحدد لشكليات وشروط المزايدة قصد الكراء الطويل الأمد للأراضي الجماعية.

خامساً: ظهير 14 غشت 1945 المتعلق بتدبير الأراضي الجماعية التي كانت موضوع قسمة انتفاع دائمة.

سادساً: ظهير 19 مارس 1951 المتمم لظهير 27 أبريل 1919 المنظم لشروط تدبير شؤون الأملاك المشتركة بين الجماعات وتفويتها.

سابعاً: ظهير 9 ماي 1959 الذي ألغى جميع تفويتات الانتفاع الدائم التي تمت وفقاً لظهير 13 دجنبر 1941، وكذا جميع عقود الكراء الطويلة الأمد، وتم التعامل مع هذه العقود إما:

1- بفسخ عقود الكراء الطويل الأمد وإعادة العقار إلى الجماعة

2- أو تعويض عقد الكراء الطويل الأمد بعقد كراء قصير الأمد.

¹ - أستاذنا إدريس الفاخوري، مدونة الحقوق العينية على ضوء القانون 39/08، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، طبعة 2013، ص 54.

ثامنا: ظهر 30 يونيو 1960 الذي ألغى وفسخ بقوة القانون كل التفويضات التي تمت بشأن الأراضي الجماعية عملا بالظهير المؤرخ في 19 مارس 1951 إلا أن هذا الظهير لم يطبق بصفة عملية على جميع التفويضات. تاسعا: ظهر 6 فبراير 1963 الذي أدخل بعض التعديلات على ظهير 27 أبريل 1919.

ويضاف إلى هذه الظواهر عدد هائل من الدوريات والمناشر الصادرة عن سلطة الوصاية تهدف في مجملها المحافظة على الممتلكات الجماعية⁽¹⁾. ومن خلال هذا الجرد يلاحظ مدى التردد والحيرة المتبعة بشأن هذه الأراضي الشيء الذي يجعلها مثار نزاعات بين أفراد الجماعة ويقلل بالتالي من أهميتها الاقتصادية.

المطلب الثاني: الهيئات المنظمة لأراضي الجموع

لقد منح المشرع مهمة تدبير الأراضي الجماعية والسهر على شؤون الجماعات السلالية من خلال استغلالها لهذه الأراضي بواسطة مجموعة من الأفراد المتتمين لها، يتم تعيينهم من الجماعة نفسها، يطلق عليهم اسم "جماعة النواب" أو "جمعية المندوبين" حسب ما جاء في الفصل الثاني من ظهير 27 أبريل 1919.

ونظرا لما تلعبه هذه الهيئة من دور مهم في تمثيل وتدبير شؤون الجماعة السلالية من خلال توزيع الانتفاع وفض النزاعات بين ذوي الحقوق، عمل المشرع على وضع جمعية المندوبين تحت إشراف مؤسسة الوصاية لمراقبة أعمالها والنظر في صحة قراراتها والطعون المقدمة ضدها، وعليه يتبين بأن الهيئات المنظمة للأراضي الجماعية تتمثل في جماعة النواب (الفقرة الأولى) ومؤسسة الوصاية (الفقرة الثانية).

¹ - محمد خيربي، مرجع سابق، ص.68.

الفقرة الأولى: جماعة النواب

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل الثاني من ظهير 1919/04/27، فالنواب هم أشخاص من أفراد الجماعة يتم اختيارهم من طرف هذه الأخيرة لتسيير شؤون الجماعة وتدبير استغلالها لأراضيها⁽¹⁾، والملاحظ أن الظهير لم يحدد طريقة انتقاء نواب الجماعة والشروط التي يجب أن تتوفر فيهم ومدة ولايتهم وشرط إقصائهم.

ولذلك ذهب البعض لمطالبة باختيار النائب إما بالتعيين من طرف أعيان الجماعة أو بالانتخاب بالأغلبية مع إمكانية عزله في حالة إخلاله بالواجب⁽²⁾، إلا أن سلطة الوصاية قد تفادت الفراغ التشريعي وذلك بتوحيد الضوابط المتعلقة بكيفية وشروط انتقاء الشخص المؤهل لتدبير شؤون الجماعة السلافية والاختصاصات الموكولة إليه وصولاً إلى حالات انتهائها وعزل النواب من مهامهم.

أولاً: شروط اختيار نواب الجماعات السلافية:

- أن يكون متنسباً للجماعة
- أن يكون مسجلاً بلائحة ذوو الحقوق بالجماعة
- أن يكون مقيماً بصفة مستمرة بالجماعة
- أن يكون مشهوداً له بالقدرة البدنية والفكرية
- أن يكون مشهوداً له بالأخلاق الحميدة وبالشرف والنزاهة والاستقامة
- أن لا يكون أمياً ويحسن القراءة والكتابة واللغة العربية
- أن يكون ملماً بممتلكات الجماعة السلافية وأعرافها وتقاليدها
- أن لا يقل سنه عن 30 سنة ولا يتجاوز 70 سنة

¹ - محمد العايش صغيري: مرجع سابق ص.19

² - محمد قصري: إشكالات تطبيق الظهير المنظم لأراضي الجموع، مقال منشور في "سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية"، منشورات مجلة الحقوق المغربية، العدد الأول 2010، ص.4.

- أن يكون منعدم السوابق العدلية وغير محكوم عليه من أجل جرائم عمدية
- أن لا تكون له منازعات قضائية مع أعضاء الجماعة السلالية بخصوص
الممتلكات الجماعية وتسييرها.

والجدير بالذكر أنه يتم اختيار نواب الجماعة إما بالتعيين من طرف ذوي
الحقوق المسجلة طبقا لمقتضيات الدورية رقم 51 بتاريخ 14 ماي 2007 ووفق
الأعراف المعمول بها داخل الجماعة السلالية، وإما عن طريق الانتخابات من
طرف ذوي الحقوق المسجلين في اللائحة التي تم وضعها طبقا للدورية السالفة
الذكر⁽¹⁾.

ثانيا: اختصاصات نواب الجماعة السلالية:

لقد تم تحديد اختصاصات نواب الجماعات السلالية في إطار دليل نائب
الأراضي الجماعية المؤرخ في غشت 2008، حيث تمثلت الاختصاصات في:
- توزيع الانتفاع بصفة مؤقتة بين أعضاء الجماعة حسب الأعراف
وتعليمات مجلس الوصاية .
- إعداد اللوائح لذوي الحقوق طبقا لمقتضيات الدورية رقم 51 المؤرخة
بتاريخ 14 ماي 2007.
- دراسة طلبات الطعون المقدمة إليه واتخاذ القرارات بشأنها إما بالقبول
أو الرفض داخل أجل 30 يوما.
- تلقي النائب لشكاية المتضرر من طرف رجل السلطة.
- الموافقة المبدئية على كراء العقارات الجماعية
- الإدلاء بالموافقة المبدئية على تفويت العقارات التابعة للجماعة في
شكل وثيقة مكتوبة ومصادق على توقيعها ومؤشر عليها من طرف السلطة
المحلية.

¹ - محمد العايش صغيري، مرجع سابق ص.21

- الإدلاء بالموافقة المبدئية على إنجاز مشاريع تنمية تلبية حاجيات ذوي الحقوق.

- التعرض على مطالب التحفيظ المقدمة من الغير.

- قبض المبالغ العالقة في ذمة الغير.

- المعاينة الميدانية للعقارات المراد تحديدها لمعرفة حدودها ومساحتها التقريبية.

- إعداد رسوم الملكية لإثبات ملكية العقارات في حالة عرض النزاع على القضاء

- المشاركة مع السلطة المحلية في دراسة طلبات الشواهد التي تنفي الصبغة الجماعية حسب الدورية 123 المؤرخة في 10 نونبر 2006⁽¹⁾

- تنفيذ مقرراتها ومقررات مجلس الوصاية ولها أن تستعين بالقوة العمومية إذا اقتضى ذلك.

ثالثا - حالات انتهاء وعزل النواب من مهامهم

تنتهي مهام نواب الجماعات السبلالية بأسباب عدة يمكن إجمالها فيما يلي:

- وفاة النائب

- استقالته من منصبه

- انتهاء مدة صلاحيته بمرور ست سنوات دون تجديدها⁽²⁾

أما عن عزله فقد جاء في دليل نائب الأراضي الجماعية على أنه لا يمكن

عزل النائب إلا في الأحوال التالية⁽³⁾

- رفض تنفيذ قرارات مجلس الوصاية

- تسليم الشواهد التي تنفي الصبغة الجماعية دون سند قانوني

¹ - الدورية رقم 123 مؤرخة بتاريخ 10 نونبر 2006، موجهة من طرف وزير الداخلية إلى السادة ولاية وعمل عمالات وأقاليم ومقاطعات المملكة، حول إعداد مسطرة الشواهد الإدارية التي تنفي الصبغة الجماعية على العقارات.

² - محمد العايش صغيري مرجع سابق، ص. 27.

³ - دليل نائب الأراضي الجماعية، وزارة الداخلية، مديرية الشؤون القروية، ص. 27.

- القيام بمعاملات عقارية غير قانونية من تفويتات وكراءات
- انتفاء أحد شروط أهلية التعيين أو الانتخاب أثناء المزاولة
- اعتماد موافق سلبية دون أدنى مبررات في الدفاع عن حقوق الجماعة السلالية.

- القيام بتنازلات لفائدة الغير عن التعرضات الموجهة ضد مطالب التحفيظ الجماعية أو التحديدات الإدارية
- الاستئثار باستعمال منقولات الجماعة أو استغلال عقاراتها في أغراض شخصية أو التراضي عليها.
- التهاون في اتخاذ الإجراءات التحفظية الضرورية للمحافظة على أملاك الجماعات السلالية تجاه الغير أو ذوي الحقوق
- صدور أحكام قضائية جنائية نهائية من أجل جرائم عمدية

وتجدر الإشارة أن توفر شرط من هذه الشروط لا يعني العزل مباشرة وإنما يجب اتباع إجراءات مسطرية معينة، تبدأ بتوجيه استفسار للمعني بالأمر، ثم القيام بتوجيه إنذار أو توبيخ عند عدم تبرير المخالفة للعدول عن تصرفاته وتصحيح سيرته وعند عدم الاستجابة يشرع في سلوك مسطرة العزل من طرف السلطة المحلية.

الفقرة الثانية: مؤسسة الوصاية

استنادا إلى الفصل 3 من ظهير 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات وضبط وتدبير شؤون الأملاك الجماعية وتفويتها يتركب مجلس الوصاية من الأعضاء التاليين¹.

- وزير الداخلية أو نائبه كرئيس
- وزير الفلاحة

¹ - العربي محمد مياد: قراءة في القوانين المنظمة لأراضي الجماعات السلالية، مقال منشور في "سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية"، منشورات مجلة الحقوق المغربية، العدد الأول 201، ص160.

- مدير الشؤون السياسية بوزارة الداخلية

- مدير الشؤون الإدارية

- وعضوين اثنين بعينهما وزير الداخلية، وفي الغالب يكونا ممثلين عن مديرية الشؤون القروية بوزارة الداخلية.

وهكذا نلاحظ من خلال هذه التركيبة هيمنة وزارة الداخلية على مجلس الوصاية، خاصة إذا علمنا أنه حتى على مستوى الأقاليم والعمالات فإن السلطة المحلية تتدخل في انتخاب أعضاء جمعية المندوبين.

ولا يحق للجماعة السلالية أن تباشر عملية التحفيظ إلا بإذن من وزير الداخلية وبواسطة نائب الجماعة السلالية المنتخب من طرف أفرادها ويبقى من حقها إجراء التعرض على كل مطلب لتحفيظ قطعة أرضية يفترض أنها جماعية، غير أن سحب هذا التعرض متوقف على إذن وزير الداخلية.

وقضى المجلس الأعلى -محكمة النقض حاليا- في قرار له على أنه: "إذا كان الفصل 5 من ظهير 27 أبريل 1919 يخول للجماعة حق التعرض على مطلب التحفيظ دون ترخيص، لكن الجهة الوصية كان من حقها أن تتمسك أن بالقرار الاستثنائي الصادر ضدها في تعرضها على مطلب التحفيظ، يجب أن يبلغ إليها شخصيا ولا تأثير لتبليغ القرار الاستثنائي المتعلق بها وزير الداخلية".

وتعتبر كل العمليات التي تقوم بها الجماعة السلالية غير نافذة إلا إذا صادق عليها مجلس الوصاية.

و من بين الاختصاصات التي تعود لمؤسسة الوصاية ما يلي:

- الإذن بتقسيم الأراضي الجماعية برسم الانتفاع
- المصادقة على كل معاملة تجري بين الجماعات أو ممثليها وبين الغير
- الإذن للجماعات بإقامة أو تأييد الدعاوى العقارية قصد المحافظة على مصالحها الجماعية

- الإذن للجماعات بتقديم مطالب التحفيظ
- تعيين الفرد المسلمة إليه القطعة الأرضية المخلفة عن الهالك المتنازع
عليها بين الورثة حسب الفصل الثامن من ظهير 25 يوليوز 1969 المتعلق
بالأراضي الجماعية المتواجدة داخل الدوائر السقوية.

المصادقة على لائحة الملاكين على الشيع بقرار من وزير الداخلية ينشر
بالجريدة الرسمية حسب الفصل الخامس من ظهير 1969 المتعلق بالأراضي
الجماعية المتواجدة داخل الدوائر السقوية

- البت في الطعون الموجهة ضد مقررات معنية المندوبين

المبحث الثاني: طرق استغلال أراضي الجموع وتدير منازعاتها

نظرا لأهمية التي تتمتع بها أراضي الجموع في المغرب والتميزة بشساعة
مساحتها التي تقدر بما يزيد عن 12 مليون هكتار. ورغبة من المشرع في تنظيم
استغلال هذه الأراضي وبالتالي تجاوز الأساليب التقليدية المستعملة، قام بإيجاد
حلول بديلة تؤهل هذه الأراضي للمساهمة في تنمية الاقتصاد المحلي والوطني،
وذلك من خلال تنظيم كيفية كراء هذه الأراضي وكذلك تفويتها إن اقتضى الحال،
(المطلب الأول) إلا أن الانتفاع بأراضي الجموع رغم جهود المشرع لتسهيل
استغلالها يصطدم بمجموعة من العراقيل والإشكالات، (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طرق استغلال أراضي الجموع

لتسهيل الانتفاع بأراضي الجموع سواء من ناحية الإنتاج الفلاحي
أو الإنتاج التجاري، فقد وضع المشرع مجموعة من الضوابط لتيسير كراء هذه
الأراضي (الفقرة الأولى) إلا أن المشرع كان واضحا عندما نص في الفصل الرابع
من ظهير 27 أبريل 1919 كما وقع تعديله وتتميمه على عدم إمكانية تفويت هذه
الأراضي كمبدأ عام والذي قد ترد عليه بعض الاستثناءات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: كراء أراضي الجموع

تعمل مصالح الوصاية بتنسيق مع السلطات الإقليمية والمحلية ونواب الجماعات المالكة على عرض الأراضي الجماعية على الكراء لفائدة الأشخاص الذاتيين والمعنويين، وفق شروط تهدف إلى تشجيع الاستثمار وخلق فرص شغل في إطار علاقة تعاقدية، بات من الضروري تدقيقها وتطويرها إلى ما هو أفضل.

وهذه الأكرية يجب التمييز فيها بين كراء الأراضي الجماعية سواء كانت عارية أو مشجرة، بورية أو سقوية، من أجل الاستغلال الفلاحي، وبين كراء الأراضي الجماعية للإنتاج مشاريع تجارية وصناعية⁽¹⁾.

ففيما يتعلق بالنوع الأول فإن الفصل السادس من ظهير 6 فبراير 1963 ينص على أنه يمكن للجماعات السلالية أن تبرم بالمرضاة وبموافقة الوصي على مايلي:

- عقود الاشتراك الفلاحي،

- أكرية لا تتجاوز مدتها ثلاث سنوات.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن تجديد فترة الكراء هذه ، لفترة كرائية واحدة ماثلة بالنسبة للزراعات الموسمية، واثنى عشرة سنة (ثلاث سنوات تجدد لثلاث فترات ماثلة) بالنسبة للمزروعات داخل البيوت المغطاة والمشاتل كلما فاقت المساحة المخصصة لها نسبة 50 في المائة من المساحة الإجمالية موضوع الكراء، وكذلك بالنسبة للمشاريع المتعلقة بتربية المواشي والأراضي المغروسة بأشجار الفواكه والزيتون، إذا فاقت المساحة المخصصة لهذه الأخيرة نسبة 50 في المائة من المساحة الإجمالية موضوع الكراء، وتمدد هذه المدة إلى أربعة وعشرون سنة

¹ - بن يونس الدحماني، مرجع سابق ، ص.55

(ثلاث سنوات تجدد لسبع فترات مماثلة) بالنسبة للأشجار النخيل إذا فاقت المساحة المخصصة لها نسبة 50 في المائة من المساحة الإجمالية موضوع الكراء⁽¹⁾.

أما بالنسبة للنوع الثاني فيتم تتبع الإنجازات المتعلقة بهذه الفئة من المشاريع من طرف مصلحة الاستغلالات التجارية التابعة لمديرية الشؤون القروية بتنسيق مع قسم الشؤون القروية والسلطات المحلية⁽²⁾

وتحدد المدة الكرائية بالنسبة لهذا النوع من الاستغلالات على الشكل

التالي:

- ما بين تسعة وثمانية عشر سنة حسب أهمية المشروع وذلك على شكل ثلاث سنوات تجدد لفترات كرائية مماثلة.

- ثلاث سنوات على الأكثر بالنسبة للاحتلالات المؤقتة⁽³⁾.

كما قد يرد عقد الكراء الأراضي الجماعية على المقالع، وقد تم تنظيم هذا الاستغلال في دليل كراء الأراضي الجماعية وفق الشكل التالي:

- ما بين ثلاث سنوات وتسع سنوات بالنسبة للمقالع.

- ما بين ثلاث سنوات وتسع سنوات بالنسبة للأراضي المستغلة في

البحث عن المعادن.

- ثمانية عشر سنة (ثلاث سنوات تجدد خمس فترات مماثلة) بالنسبة

للمقالع المرتبطة ببناء وحدات عصرية للإنتاج الأجور والزليج والتي تتطلب استثمارا مهما⁴.

¹ - عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق ، ص.71

² - دليل كراء الأراضي الجماعية، وزارة الداخلية، مديرية الشؤون القروية، شتنبر 2012، ص.18.

³ - عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق ، ص.16.

⁴ - دليل كراء الأراضي الجماعية، مرجع سابق، ص.6.

الفقرة الثانية: مدى قابلية أراضي الجموع للتفويت

رغبة من المشرع في حماية الأراضي الجماعية وحصر منفعتها في الجماعة التي لها الحق فيها، فإنه أقر مبدأ عدم قابلية هذه الأراضي للتفويت أو الحجز أو الاكتساب بالتقادم، حيث ينص الفصل الرابع من ظهير 27 أبريل 1919 كما تم تعديله وتتميمه، في فقرته الأولى على "إن الأراضي الجماعية غير قابلة للتقادم ولا للتفويت والحجز"

وإذا كان الفصل الموماً إليه أعلاه قد نص بصريح العبارة على عدم جواز التفويت أو الحجز أو الكسب بالتقادم، فإن الفصل 11 من نفس القانون سن استثناء لهذا المبدأ، حيث فتح المجال أمام الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية للاقتناء بعض الأراضي قصد إنجاز المشاريع ذات المصلحة العامة.

ويمكن أن تتم عملية التفويت إما عن طريق المراضة، حيث توافق الجماعة السلائية على تفويت جزء من عقارها لفائدة مؤسسة عمومية مقابل ثمن تحدده لجنة الخبرة وبموافقة مجلس الوصاية⁽¹⁾.

إلى جانب هذا أشار الفصل 11 من نفس القانون إلى إمكانية أخرى وهي نزع الملكية للمنفعة العامة في حالة عدم المراضة وفق العناصر المنصوص عليها في المادة 20 من قانون 7.81 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت⁽²⁾.

وقد أصدر وزير الداخلية الدورية رقم 343 بتاريخ 23 أبريل 1992 تم التأكيد فيها على ضرورة تحقيق عمليات التفويت هذه العقارات المنفعة لكلا الطرفين المتعاقدين وعدم شروع المقتنين في استغلالها إلا بعد الاتفاق على ثمن

¹ - بن يونس الدحمانى، مرجع سابق، ص.55.

² - القانون رقم 7/81 الصادر بمقتضاه الظهير الشريف رقم 1-81-254 في 11 من رجب 1402 (6 ماي 1982) المتعلق بنزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت، والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 3 رمضان 1403 الموافق 15 يونيو 1983، ص.980.

البيع وإجراءات نقل الملكية بعد صدور قرار مجلس الوصاية، وأضافت أنه لا يقبل إلا طلبات الاقتناء التي ترمي إلى إنجاز مشاريع اقتصادية واجتماعية محددة، وتكون مدعومة بدراسة تقنية ومالية مع الإشارة إلى أن كل طلب اقتناء يرمي إلى تكوين رصيد عقاري على حساب ممتلكات الجماعات الأصلية يعتبر لاغيا بصفة تلقائية⁽¹⁾.

ويتم التفويت عن طريق السلطة المحلية التي تستدعي الجماعة النيابية لإعطاء موافقتها على التفويت، إما عن طريق تحرير محضر رسمي يتضمن توقيعات أعضاء المصادقة عليها عن طريق رسم عدلي يشهد فيه النواب بموافقتهم على التفويت، ثم تعتمد السلطة إلى عرضه على مديرية الشؤون القروية لوزارة الداخلية لكي يتخذ مجلس الوصاية قراره في ذلك⁽²⁾.

ويرى أحد الباحثين⁽³⁾، أن قراءة الفصل 11 من ظهير 27 أبريل 1919 كما وقع تعديله وتتميمه، قد تظهر من الناحية النظرية على أن مسطرة نزع الملكية بخصوص الأراضي الجماعية يعتبر إجراء استثنائيا، حيث لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة عدم موافقة الجماعة المالكة والسلطة الوصية على التفويت بالمرضاة، وإن الممارسة العملية تثبت عكس ذلك على اعتبار أنه في الكثير من الحالات تلجأ الدولة أو المؤسسات العمومية إلى مسطرة نزع الملكية منذ البداية، ودون حاجة لطلب تفويت بالمرضاة من الجماعة السلالية المالكة والسلطة الوصية عنها.

¹ - محمد مومن، معيقات الاستثمار في أراضي الجموع، مجلة محاكمة، العدد الثالث، أكتوبر - دجنبر 2007، ص 45.

² - عبد الوهاب رافع، مرجع سابق، ص 383.

³ - عبد الرحمان الشرقاوي، مرجع سابق، ص 64.

المطلب الثاني: تدبير المنازعات المرتبطة باستغلال أراضي الجموع

تعرف أراضي الجموع نزاعات جمة، والملاحظ أن وتيرتها في تزايد مستمر عبر السنين، مما يؤكد تشبث ذوي الحقوق بأراضيهم و الوقوف في وجه الترامي الذي قد تتعرض له أراضي الجموع.

ومقتضات ظهير 27 أبريل 1919 خلقت نوعا من تنازع الاختصاص بين الجهات المختصة للنظر في هذه النزاعات (الفقرة الأولى) كما أن هذه النزاعات تعيق الرفع من مردودية هذه الأراضي خاصة المرتبطة بتقسيم أراضي الجموع (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: الجهات المختصة للنظر في النزاعات المتعلقة بأراضي

الجموع

إن غموض بعض المقتضيات المنصوص عليها في ظهير 27 أبريل 1919، كما تم تعديله وتتميمه، وعدم التحديد الدقيق لاختصاصات الجماعة النيابية ومجلس الوصاية أدى إلى تنازع الاختصاص سواء في ما بينهما أو في مواجهة المحاكم.

وأمام هذا الوضع تم إصدار مجموعة من المناشير لتحديد الاختصاص بين الجهات المعنية، أهمها المنشور الوزاري المشترك بين وزير الداخلية ووزير العدل بتاريخ 12 مارس 1962، الذي بين الجهة المختصة للنظر في نزاعات الأملاك الجماعية، إلا أن تداخل وتضارب الاختصاصات ظل قائما نظرا لعدة معطيات وعدم وجود نصوص قانونية تتطابق وواقع الأمور⁽¹⁾.

ولذلك فلا زالت بعض النزاعات موضوع تداخل بين المجالس النيابية ومجلس الوصاية للبت في مسائل هي من اختصاص المجالس النيابية

¹ - محمد لمزوعي، تطبيق مقتضيات 27 أبريل 1919 بشأن تنظيم الوصاية الإدارية على الجماعات السلالية وضبط تدبير شؤون الأملاك الجماعية وتقويتها، مجلة الحقوق المغربية العدد الأول 2010 ، ص20.

أو العكس، بل وتقوم السلطة المحلية في بعض الأحيان بالنظر في بعض النزاعات رغم كونها لاحق لها في ذلك، حيث ينحصر دورها في إجراء البحث وتقديم تقرير إلى الجماعة النيابية أو إلى مجلس الوصاية⁽¹⁾.

وقد سبق للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) أن أصدر بعض القرارات في هذا السياق حيث جاء في إحداها ما يلي:

"حيث أنه ليس من اختصاص وزير الداخلية ولا السلطة المحلية البت في تلك النزاعات بين من يدعي انتسابهم للجماعة المالكة للأرض ما دام المشرع قد أنط هذا الاختصاص لغيرها، فإن المقرر المطعون فيه قد صدر عن من لا يملك حق إصداره، وبالتالي قد لحقه عدم الاختصاص"⁽²⁾.

كما اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير، أن إقدام جماعة النواب بالبت في مقررين سبق لها أصدرتها في ذات النزاع وبين نفس الأطراف واتخاذها لقرار جديد بإلغاء هاذين القرارين تكون قد حلت محل مجلس الوصاية ومارست اختصاصا من اختصاصه، كما اعتبرت مصادقة مجلس الوصاية على القرار المذكور المشوب بعيب عدم الاختصاص ليس من شأنها تصحيحه وقضت بإلغائه لمخالفة القانون.⁽³⁾

بهذا الخصوص يرى أحد الباحثين، على أن هناك تنازع حقيقي في الاختصاص بين السلطة المحلية والمجالس النيابية وبين هاته الأخيرة ومجلس الوصاية والمحاكم، فتارة تتناول السلطة المحلية على اختصاص المجالس النيابية في إطار الوصاية على الأراضي الجماعية، وتارة يتناول مجلس الوصاية على اختصاص المجالس النيابية أو العكس، وتارة يذهب المجلس إلى القول بأن

¹- محمد خيرى: مرجع سابق ، ص69
²- قرار المجلس الأعلى عدد 558 الصادر بتاريخ 20 ماي 1966، أورده محمد خيرى، مرجع سابق، ص.69-70.
³- حكم إدارية أكادير في ملف 95/63 بتاريخ 1995/7/20 أورده محمد قصري، مرجع سابق، ص.77.

القضاء الإداري غير مختص بالبت في الطعن الموجه ضد مقرر مجلس الوصاية طالما أن الأمر يتعلق بتوزيع الانتفاع وتارة أخرى يذهب إلى القول بأن القضاء الإداري مختص بالبت في مقرر مجلس الوصاية في حالة تجاوز السلطة.⁽¹⁾

وما يزكي هذا التداخل هو أن الفصل 12⁽²⁾ من ظهير 27 أبريل 1919 كما تم تعديله وتميمه، اعتبر أن المقررات الصادرة عن مجلس الوصاية غير قابلة للطعن.

والملاحظ أن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى قد تشبثت بحرفية هذا النص في مجموعة من قراراتها، إذ ألغت الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية التي قبلت الطعن بالإلغاء في قرارات مجلس الوصاية، وصرحت تصدياً بعدم قبول الطلب، مما أدى ببعض المحاكم الإدارية إلى التشبث بموقفها إيماناً منها بسلامة هذا الموقف، بينما تراجعت أخرى لتساير موقف الغرفة الإدارية⁽³⁾.

الفقرة الثانية: المنازعات المرتبطة بتقسيم أراضي الجموع

إن التطور الذي شهده المجتمع في جميع الميادين وخاصة الميدان الفلاحي، جعل بعض الأعراف تعيق الرفع من مردودية هذه الأراضي، فمثلاً تعتمد أغلب الأعراف في تنظيم الانتفاع على هذه الأراضي على التوزيع الدوري للأراضي الفلاحية، مما أدى مع النمو الديمغرافي المتزايد إلى تناقص الحصة النظرية العائدة لكل رب عائلة، كما أن هذا التوزيع الدوري والمتكرر لا يشجع المستغل على الاستثمار في حصته المؤقتة مما نتج عنه تدهور في قيمة هذه الأراضي، وأدى من جهة أخرى إلى الاستغلال المفرط للمراعي وتدبير الغابات

¹ - محمد قصري: مرجع سابق، ص. 77-78

² - بنص الفصل 12 من ظهير 1919/4/17 ".... تحرر المقررات من طرف النائب، ويوقع عليها جميع أعضاء المجلس وتكون هذه المقررات غير مدعمة بأسباب وغير قابلة لأي طعن..."

³ - محمد لمزوعي، مرجع سابق، ص. 21.

من أجل الزيادة في المساحات المحروثة، مما يفقد الدولة طاقات وموارد هامة كان من اللازم استثمارها⁽¹⁾

كما أن التأثير السلبي لهذه الأعراف لم ينحصر فقط على تنمية الأراضي الجماعية، وإنما امتد إلى كيفية تقسيم الانتفاع، سواء من حيث المدة أو من حيث الجهة المستفيدة بين الذكور والإناث، أمام الغموض والإجمال الذي يكتنف ظهير 27 أبريل 1919، كما تم تعديله وتتميمه، مما خلف نزاعات متعددة، وقد حدا ذلك بالوزارة إلى إصدار ضابط يحمل رقم 2979 لتقسيم الأراضي الجماعية، حيث عرف الفصل الأول من الضابط المذكور رؤساء العائلات المعنيين بالتقسيم بأنهم الرجال المتزوجون منذ ستة أشهر، وحدد مدة التقسيم في عشر سنوات كما حدد طريقة تقسيم الأراضي الجماعية والأشخاص المنتفعين وغير المستفيدين من التقسيم⁽²⁾.

ولقد استأثرت قضية المرأة السلالية باهتمام خاص نظرا لعدة اعتبارات منها:

- المطالبة القوية لنساء بعض الجماعات السلالية، بحق الاستفادة بعد إقصائهن لمدة طويلة من طرف نواب الهيئة النيابية على أساس قرارات تعسفية مبنية على أعراف وتقاليد متجاوزة ويطغى عليها الطابع الذكوري.

- المساندة القوية من طرف بعض المنظمات غير الحكومية وكذا بعض الأحزاب السياسية⁽³⁾، ووسائل الإعلام.

¹ - محمد مومن، مرجع سابق، ص.58.

² - محمد قصري، مرجع سابق، ص.81.

³ - في هذا الصدد تم تقديم عدة مقترحات قوانين من بينها مقترح قانون رقم 98.23.5 الذي قدمه الفريق الاستقلالي بتاريخ 1998/7/24 والذي منح للمرأة بمقتضى الفصل 4 من المقترح، حق الاستفادة مثل الرجل من هذه القسمة، مجلة الحقوق المغربية، العدد الأول 2010، ص.189.

- مطالبة وزير الداخلية بصفته وصيا عن الجماعات السلالية التدخل في إطار اختصاصاته لإنصاف المرأة السلالية⁽¹⁾ باعتباره الوصي على هذه الأراضي. وكحل لهذه المعضلة ترى وزارة الداخلية بأنه أصبح من اللازم تغيير القواعد الجاري بها العمل حاليا على صعيد الجماعات السلالية، وذلك بتمكين النساء من العائدات المادية والعينية التي تحصل عليها هذه الجماعات بمناسبة التفويتات والأكرية التي تنصب على الأراضي الجماعية.⁽²⁾

وفي هذا الصدد تم إصدار دورية وزارية عدد 60 بتاريخ 25 أكتوبر 2010 تم تعميمها على صعيد العمالات وأقاليم المملكة، تحث على تمتيع النساء السلاليات بالتعويضات العينية والمادية الناجمة عن المعاملات العقارية التي تعرفها الأراضي الجماعية، وذلك إسوة بالرجال كما تم استصدار دورية وزارية عدد 17 بتاريخ 30 مارس 2012 تدعو إلى استفادة النساء السلاليات من حق الانتفاع من الأراضي الجماعية موضوع تقسيمات جديدة من طرف الهيئات النيابية⁽³⁾.

وهو ما تم بالفعل مؤخرا حيث تم تفعيل هذه الدوريات أصدرت وزارة الداخلية قرارات إدارية، تقضي بتوفير الشروط لانتخاب ثلاث نساء كنائبات سلاليات بجماعة المهديّة.

وفي الحقيقة فإن هذه القرارات تعد مدخلا لرفع التهميش والإقصاء الممارس على النساء لسنوات في ملف تدبير الملك السلالي، وإن كان الأمر بالأساس يحتاج إلى تدخل تشريعي من أجل إنصاف هذه الشريحة من المجتمع، وبالتالي احترام مبدأ المناصفة الذي أضحي دستوريا في ظل دستور المملكة لسنة 2011.

¹ - www. Terres collective. Ma ، تاريخ الزيارة 2013-11-18 .

² - العربي مياد: منع النساء السلاليات من عائدات الأراضي الجماعية، مجلة الحقوق المغربية، العدد الثالث 2012 ، ص.71-72.

³ - www. Terres collective. Ma تاريخ الزيارة 2013.11.18 .

الاختصاص القضائي بنزاعات عقود الملك الخاص الجماعي

يونس أبلانغ

طالب باحث بسلك الدكتوراه

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا

جامعة محمد الخامس-الرباط-

يختلف الاختصاص القضائي بشأن منازعات الجماعات¹ تبعا للنظام
المأخوذ به، سواء أكان موحدًا حيث تتولى جهة قضائية واحدة الوظيفة القضائية
من أجل الفصل في جميع النزاعات الناشئة فيما بين الأفراد وفيما بينهم وبين
الإدارة، أو بوجود جهتين قضائيتين مستقلتين تتولى إحدهما وهي جهة القضاء
الإداري الفصل في المنازعات ذات الطبيعة الإدارية وفقا لقواعد قانونية مستقلة
كأصل عام عن قواعد القانون المدني، في حين تختص جهة القضاء العادي
بالنظر في المنازعات بين الأفراد فيما بينهم أو تلك التي تنشأ بينهم وبين
الإدارة² عندما تحل محل الخواص، ولا يتوفر حينها وصف للمنازعة الإدارية ليتم
النظر بذلك وفقا لقواعد القانون الخاص³.

¹ - تم اختيار منازعات الجماعات الحضرية والقروية في الدراسة دون باقي الجماعات الترابية الأخرى، نظرا
لتزايد الأحكام والقرارات القضائية الصادرة ضدها من جهة، واعتبارا كذلك لاختصاص هذه الوحدات
الترابية القاعدية التي راكمت تجربة مهمة في سياسة اللامركزية، وهي تجربة مقرونة باختصاصات تماش
بشكل شبه يومي في مجموعة الميادين، مما يترتب عنها وقوع حالة تماس بالخواص، كفضايا التعمير ونزع
الملكية والصفقات العمومية وباقي حاجيات المواطنين التي أوكل للجماعات الحضرية القيام بها.
² - للتمييز بين متى تكون الجماعة إدارة عمومية ومتى لا تعتبر بمفهوم إدارة عمومية، راجع قرار الغرفة
الإدارية عدد 609 الصادر بتاريخ 9 يونيو 2004، حول قضية جماعة بركان ضد ورثة نزيه التهامي،
منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 64، شتنبر-أكتوبر 2005، ص191.
³ - المصطفى الدحاني، الاختصاص بنزاعات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي والقواعد القانونية التي
يخضع لها، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 101، نونبر- دجنبر 2011، ص 33.

ونظرا للتطور الكمي والنوعي الحاصل في مجال المنازعات القضائية للجماعات الحضرية والقروية المرتبط بحتمية تطور اللامركزية نتيجة توسيع اختصاص الجماعات الترابية¹، وتعزيز آليات تدخلها في إطار مهام التنمية المحلية². وانسجاما مع أحد المغرب بالنظام القضائي المزدوج - وبتحفظ كبير³ - منذ سنة 1993 بعد إحداث المحاكم الإدارية⁴، الأمر الذي نتج عنه قيام إشكالية الدفع بعدم الاختصاص النوعي⁵، والتي يمكن أن تثار تلقائيا من طرف المحكمة، ولو لم تتمسك بها الجماعة أو الطرف المتعاقد لارتباطها بالنظام العام⁶.

وحيث أن دراسة رقابة القضاء على المنازعات العقدية للجماعات الترابية، تقترن أساسا بدراسة الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم العادية غير المختصة والمحاكم العادية المختصة في المادة الإدارية⁷، كما أن العمل بالمحاكم الإدارية لا يعني اختصاصها بكل المنازعات التي تكون الجماعة طرفا فيها، وإنما فقط تلك الخصومات التي يصدق عليها وصف المنازعة الإدارية، وما خرج عن ذلك يظل من اختصاص المحاكم القضائية العادية، وهو ما من شأنه أن يثير

¹ - لاسيما المادتين 35 و50 من القانون رقم 78.00 المتعلق بالميثاق الجماعي لسنة 2002، المغير والمتمم بالقانون رقم 17.08 المنفذ بالظهير الشريف رقم 1-08-153 بتاريخ 18 فبراير 2009، ج. ر عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009.

² - المواد 37-38-39-40-50-...، من القانون رقم 78.00، نفس المرجع.

³ - مرد هذا التحفظ كون أن بلد كالمغرب يأخذ بازدواجية القانون (أي القانون الإداري والقانون الخاص)، بمقابل وحدة القضاء قمته محكمة النقض. للإطلاع أكثر راجع يونس ابلأغ، إسهامات القضاء في تطوير القانون الإداري، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد خاص 2015، 190.

⁴ - القانون 90-41 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، المنفذ بالظهير 1.91.225 الصادر في 10 شتنبر 1993، الجريدة الرسمية عدد 4227، ص 2168.

⁵ - إشكالية الدفع بعدم الاختصاص النوعي وسيلة مسطرية، يمكن أن ينكر به أحد الأطراف على المحكمة اختصاصها بالنظر في الدعوى نوعيا، وهي دفع شكلي وجوهري لازم لصحة الإجراءات بتقديم الدعوى إلى المحكمة المختصة، وتعد من مقومات التنظيم القضائي. وقبل إحداث المحاكم الإدارية، لم تكن لها أية أهمية، كون المحاكم الابتدائية كانت لها الولاية العامة للبت في جميع القضايا المدنية والإدارية.

⁶ - المادة 12 من القانون رقم 90-41 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، مرجع سابق.

⁷ - يرى أحد الباحثين أنه يفضل استعمال المحاكم القضائية بدل المحاكم العادية، لأن المحاكم الإدارية هي أيضا أيضا محاكم عادية متخصصة في المادة الإدارية، خاصة أن بعض الفقه المغربي يصنف المحاكم الإدارية ضمن المحاكم الاستثنائية، وهو تصنيف لا يحتاج إلى تعليق. المستشار محمد المحجوبي، قراءة عملية في قوانين التعمير المغربية مذيلة بمختلف قوانين التعمير واجتهادات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى والمحاكم الإدارية والدوريات والمناسبات المتعلقة بالتعمير، دار القلم، الطبعة الأولى 2006، ص 25.

مشكلة تحديد معيار المنازعة الإدارية، وبمعنى أكثر تفصيلا متى يواجه المدعي الجماعة أمام القضاء الإداري ومتى يرفع دعواه أمام قضاء آخر؟

وحيث من جهة ثانية، كرس القضاء في فرنسا منذ أزيد من قرن ازدواجية القضاء إلى جنب ازدواجية القانون؛ ففي سنة 1903 أرست قضية "Terrier" اختصاص جهة القضاء الإداري في منازعة عقود الجماعات المحلية، وسار الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية للنظر في منازعات العقود الإدارية للهيئات الترابية، مع إخضاعها لقواعد القانون الإداري بعدما كانت ولاية النظر بشأنها من اختصاص المحاكم المدنية¹.

وتبعاً لاستنتاجات "روميو - Jean Romieu" التي تضيء طابعا آخر على الأحكام والقرارات القضائية، فإن قضية "Terrier" لم تؤسس فقط لقاعدة اختصاص القضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية للجماعات المحلية، بل إن هذا الحكم سمح أيضا بامتداد الاجتهاد القضائي المكرس في أحكام سابقة، فإذا كانت قضية قرار "بلانكو" ("arrêt Blanco") أكدت على أهمية نظرية المرفق العام في قيام المسؤولية الإدارية، فإن قضية "Terrier" قد عجلت من صيرورة بناءها، وأرست شروط قيام اختصاص القاضي الإداري في المنازعات العقدية، وأكدت كذلك على ضرورة التمييز بين الحالات التي تتصرف فيها الإدارة بصفتها شخص من أشخاص القانون العام، والحالة التي تتصرف فيها كباقي أشخاص القانون الخاص، وهذا ما يصطلح عليه بالتدبير العمومي والتدبير الخصوصي².

معلوم أن النظام القانوني للمرافق العامة يخضع في أغلب الحالات إلى القانون الإداري، وبالتحديد إلى القواعد والمبادئ الأساسية للمرفق العام كمبدأ

¹Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois : les grands arrêts de la juris- prudence administrative, DALLOZ 19" édition 2013, p 66-67-68-69-70.

²Jean- Claude Ricci, Mémento de la jurisprudence Droit administratif, hachette supérieur, 9"édition, p 15.

المساواة، مبدأ الاستمرارية، مبدأ الاستقلالية ومبدأ التعديل، كما يخضع في حالات أخرى إلى القواعد القانونية المتعلقة بالقانون الخاص، وتبعاً لهذه الازدواجية في المرفق العام المقرونة بضرورة التمييز بين التدبيرين العمومي والخصوصي يقوم مبدأ الاختصاص، فالقاضي الإداري من يقع عليه عبئ تنظيم المنازعة بقواعد القانون الإداري. في حين يعقد الاختصاص للقاضي العادي من أجل نظر في المنازعات الناشئة عن النشاط الصناعي و التجاري. وبالتالي فإن اختلاف أوجه تعاقد الجماعات على الأرجح يعرف اختلافاً من حيث التقاضي¹.

أما في المغرب، فازدواجية القانون قائمة بوجود القانونين معاً، وتمييز القانون الإداري بخصائص حددت أثره بين باقي القوانين مع استقلال قواعده أساساً عن قواعد القانون الخاص². إلا أن ازدواجية القضاء لن تكتمل إلا بولاية النظر في المنازعات الإدارية لجهة القضاء الإداري وتطبيق قواعد القانون الإداري، بمقابل عقد الاختصاص للقضاء المدني في القضايا التي تتماشى مع طبيعته وتطبيق قواعد القانون الخاص، وهو ما سعى له المشرع بعد تعزيز دور قاضي العقد الإداري بدخول القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية حيز التطبيق³، وقبله كانت توجيهات ملكية واضحة لإقرار الازدواجية على مستوى القضاء، وعياً بمرتكزات دولة الحق والقانون والمؤسسات التي يشكل القضاء الإداري أحد مقوماتها⁴.

غني عن البيان أن عقود الجماعات الترابية عديدة، متنوعة ومختلفة، وأن الجماعة ومن أجل القيام بنشاطها من أجل غايات تنموية تلجأ إلى التعاقد حتى

¹ Michel ROUSSET et Mohammed Amine BENABDALLAH. LE REGIME CONTENTIEUX DU SERVICE PUBLIC INDUSTRIEL ET COMMERCIAL, Revue Marocaine d'Administration locale et de Développement. N 108, Janvier-février 2013, P 214.

² - يونس ابلاغ، مرجع سابق، ص 207.

³ - المادة 8 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، مرجع سابق.

⁴ - نص خطاب الراحل الحسن الثاني، بتاريخ 08 ماي 1990 بمناسبة الإعلان عن إنشاء المجلس الاستشاري لحقوق الإنسان.

أصبح العاقد دارجا في نشاطها إلى جنب القرار الإداري. لكن، ولبحث النتائج النظرية والعملية للمنازعات العقدية للملك الخاص الجماعي فالأمر يقتضي بالضرورة قراءة في أحكام قضائية نوعية، سواء باستنتاج أهميتها من المذكرات الدفاعية لأطراف الخصومة، أو من تعليل الحكم أو القرار مع القواعد القانونية الخاضعة لها المنازعة، ثم المنطوق إلى غير ذلك من أدوات التحليل.

تتحقق الدراسة عبر مدخلين أساسيين، وذلك من خلال تحليل منازعتين عقديتين لجماعتين اثنتين، تم عرض الأولى منهما للبت على إحدى المحاكم الإدارية، ويتعلق الأمر بما يعرف بـ "قضية شركة "ألمار صناعات" ضد جماعة الجديدة" (I)، والثانية تم رفعها أمام إحدى المحاكم المدنية، ويتعلق الأمر بما يعرف أيضا بـ "قضية هيئة المحامون بمراكش ضد جماعة مراكش" (II).

(I). المنازعات العقدية للملك الخاص الجماعي المرفوعة أمام المحاكم الإدارية

إن القواعد القانونية الواجبة التطبيق بصدد المنازعات المترتبة عن تدبير الملك الخاص الجماعي جد متداخلة، والتطبيق السليم لها يقتضي أساسا الإلمام بالنصوص القانونية والتنظيمية المختلفة حسب الزمان والمكان، فبقدر ما عرفت اللامركزية تطورا كبيرا بحيث أصبحت اختيارا لا رجعة فيه بقدر ما بقيت القوانين المنظمة للممتلكات الجماعية جامدة وغامضة¹، وبه ومحاولة للملاسة إشكالية اختصاص المحاكم الإدارية للنظر في هذا النوع من المنازعات، تم اختيار بعد بحث عميق قضية شركة "ألمار صناعات" ضد جماعة الجديدة، نظرا من جهة أولى لرفع المدعية دعواها أمام المحاكم العادية، ليتم إعادة الواقعة إلى المحاكم الإدارية للبت فيها، ومن جهة ثانية لما تتضمنه الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في هذه النازلة من إشكالات عميقة، وهو الأمر الذي لا يمكن تحقيقه إلا بعرض وقائع وحشيات هذه القضية⁽¹⁾. ثم بقراءة فيها تتضمن ملاحظات جوهرية واردة

¹ - محمد بوجيدة- ميلود بوخال، أمالك الجماعات المحلية وهيئاتها، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة دلائل التسيير، عدد 5، 1997، ص 25.

على هذا الملف مقرونة بحجج قانونية دامغة، ذلك عبر محاولة للتعليق على حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء الصادر في النازلة⁽²⁾.

1/ وقائع وحيثيات قضية شركة "ألمار صناعات" ضد جماعة الجديدة

تعتبر قضية شركة "ألمار صناعات" من بين أهم القضايا العقدية للجماعات التي كانت رائجة أمام المحاكم الإدارية نظرا للأخذ والرد بين المحاكم المدنية والإدارية وكذا المبالغ المحكوم بها، فضلا عن تنوع وتداخل أوراق الملف. وتدور حيثيات الواقعة كون المدعية "ألمار صناعات"، شركة تجارية قامت بإنجاز وحدة صناعية قصد تصنيع الطحالب البحرية المستخرجة من شاطئ مدينة الجديدة وتحويلها إلى مادة "أكاكار" لتصديرها إلى الخارج، وأنشأت مصنعها على بقعة أرضية اقتنتها من جماعة الجديدة المدعى عليها طبقا للوعد بالبيع المنجز بتاريخ 22 غشت 1999¹.

وتبعا للمرسوم رقم 2.99.750² الموافق على مقرر المجلس الجماعي بتفويت هذه الجماعة مائتين وخمسة وعشرين قطعة أرضية من الأملاك الجماعية الخاصة لفائدة المستثمرين الصناعيين، والذي حدد الثمن النهائي الذي ستؤديه المدعية في حدود 1.333.420 درهم³.

وأمام عدم تنفيذ المدعى عليها التزاماتها التعاقدية اضطرت المدعية إلى تقديم دعوى في الموضوع أمام المحكمة الابتدائية بالجديدة التي أصدرت حكما بتاريخ 27 ماي 2008⁴، قضى بإتمام البيع بين الجماعة المذكورة والشركة بخصوص

¹- الفصل 1 من وثيقة الوعد بالبيع بين جماعة الجديدة وشركة ألمار صناعات: "تلتزم الجماعة الحضرية للجديدة طبقا لمقتضيات النصوص القانونية المنظمة لتدبير الملك البلدي... بأن تقوت بمقتضى هذا العقد لشركة ألمار صناعات القطعة الأرضية موضوع الرسم العقاري رقم 08/63439 البالغة مساحته 1993 متر مربع.

²- المرسوم رقم 2.99.750 الموافق على مقرر مجلس جماعة الجديدة بإقليم الجديدة بتفويت هذه الجماعة مائتين وخمسة وعشرين قطعة أرضية من الأملاك الجماعية الخاصة لفائدة المستثمرين الصناعيين، الجريدة الرسمية عدد 4721 بتاريخ 30 غشت 1999، ص 2144.

³- نفس المرجع، ص 2145.

⁴- حكم المحكمة الابتدائية بالجديدة الصادر بتاريخ 27 ماي 2008 في الملف العقاري رقم 46/08 (غير منشور).

البقع الأرضية موضوع عقد البيع وتسجيله بالرسوم العقارية بالجديدة، وهو الحكم الذي تم تأييده بقرار محكمة الاستئناف بالجديدة بتاريخ 19 يناير 2009¹، وبعد الطعن فيه بالنقض قضت الغرفة المدنية بنقض القرار الاستئنافي دون إحالة، معتبرة أن الاختصاص يعود للمحكمة الإدارية بالدار البيضاء².

وبين هذا وذاك، صدر حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء تبعا لقرار محكمة النقض، حكمت فيه بقبول الطلب شكلا، وقضت موضوعا على جماعة الجديدة في شخص رئيس مجلسها بإتمام عملية التفويت للقطع الأرضية الصناعية محل الطلب لفائدة المدعية طبقا للعقد الإداري المبرم بينهما مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، وتحميل المدعى عليها الصائر³.

2/ تعليق على حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء

أول ما يلاحظ على القضية أمام القضاء، عدم تقييد المحكمة الإدارية بمنطوق وفحوى قرار محكمة النقض رقم 607 المؤرخ في 31 يناير 2012 في الملف المدني عدد 1541/1/7/2009 المحدد لمجال اختصاصها، إذ نص القرار على أن اختصاص المحكمة الإدارية ينعقد في حدود دعوى الإلغاء، ومن ثم يحق للمدعية أن تلخص أمام جهة القضاء الإداري فقط تلك القرارات المرتبطة بالعقد، كما جاء في تعليلا لقرار عدد 607 "..." فإن الإدارة عندما تقرر تفويت أحد أملاكها إلى أحد الأفراد في إطار قانون الاستثمار ابتغاء المصلحة العامة كما في النازلة تمهيدا لإبرام عقد أو إنهائه، فإن هذا يتمعن طريق قرار السلطة المختصة له كل خصائص القرار الإداري ومقوماته لا يتأتى المنازعة فيه إلا أمام القضاء الإداري..."⁴، وبذلك يكون

¹ - قرار محكمة الاستئناف بالجديدة رقم 16، الصادر بتاريخ 19 يناير 2009 في الملف 2009/419/4 (غير منشور).
² - قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض عدد 607، الصادر بتاريخ 31 يناير 2012 في الملف رقم 1541/7/1/2009 (غير منشور).
³ - حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء عدد 2542 في الملف رقم 6/12/343 الصادر بتاريخ 27 نونبر 2013 (غير منشور).
⁴ - قرار الغرفة المدنية بمحكمة النقض عدد 607، مرجع سابق.

اختصاص المحكمة الإدارية فقط في الطعن بإلغاء قرار إبرام العقد ذاته، الذي غالبا ما يكون شكلا غير متميز ماديا، فيكفي أن يكون منفصلا ذهنيا، وهو الاتجاه الذي أكده الاجتهاد القضائي في فرنسا منذ تاريخ 8 أبريل 1911، ففي قضية " Susan.ousse de Commune " قام مجلس الدولة بالتمييز بين العقد ذاته وبين قرار إبرامه، كون هذا الأخير قرارا وهميا سابقا على العقد حيث ذهب " هوريو - M.haurio " إلى أنه: " عندما تبرم السلطة الإدارية عقدا... فكل شيء يمر وكأنها اتخذت مسبقا قرارا يحدد علانية الشروط التي ستتعاقد في ظلها، هذا القرار السابق على العقد قابل للانفصال عنه..."¹.

أما الاختصاص القضائي للنظر في الموضوع، في عقد للمحاكم المدنية تماشيا الحيثية المذكورة من جهة، وانسجاما مع إبرام جماعة الجديدة عقد خاص طبقا لبنود الوعد بالبيع، ودون تضمين العقد شروط غير مألوفة في القانون العادي تصور طبيعة على العقد، أو ارتباط مضمونه بتسيير مرفق عام من جهة ثانية².

كما أن محكمة النقض عند إحالة الاختصاص للمحاكم الدنيا لم تحترم روح المادة 17 من قانون المسطرة المدنية³، والمادة 13 من القانون رقم 41.90 المحدثه بموجبها لمحاكم الإدارية⁴، من خلال عدم بنها في النقطة المتعلقة بعدم الاختصاص في قرار مستقل. خاصة أن أساس الدفع المتعلق بعدم اختصاص المحكمة الإدارية في الملف يختلف عن الاختصاص الذي تبت فيه محكمة النقض في قرارها وفق ما تم عرضه الملاحظة أعلاه.

¹ - الميلود بوطريكي، القرارات الإدارية المنفصلة على ضوء الإجتهد القضائي، منشورات مجلة العلوم القانونية، سلسلة البحث الأكاديمي عدد 2، الطبعة الأولى 2014، ص 23.

² - خطابي مصطفى، القانون الإداري والعلوم الإدارية، الطبعة الرابعة مزينة ومنقحة، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء 1998-1999، ص 196.

³ - المادة 17 من القانون رقم 14.12 المنفذبالظهير 1.12.22 المغير والمتمم بموجبه لظهير بمثابة قانون 1.47.447 بتاريخ 28 شتنبر 1974 بالمصادقة على نص المسطرة المدنية، الجريدة الرسمية عدد 6078 بتاريخ 30 غشت 2012 الصفحة 4632.

⁴ - المادة 13 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، مرجع سابق.

من ناحية ثانية، يسجل في القضية توسع اختصاص المحكمة الإدارية للدار البيضاء على المحاكم الابتدائية بعد بثها في عقود المسماة لعدم اختصاصها، حيث أن العقد يتعلق بوعد بالبيع، منظم بقواعد قانون الالتزامات والعقود، وفق ما هو محال عليه في مقتضيات العقد ذاته. كما أن الفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود واضح حينما اعتبر "أن البيع يكون تاما بمجرد تراضي عاقدتي هو اتفاقهما على شروط العقد"¹ وهو ما تخلفت عنه المدعية في هذه القضية. وتبعاً لذلك فتتظيم هذا النوع من عقود يتم وفق قواعد القانون الخاص، ويعقد الاختصاص القضائي للنظر في المنازعات الناشئة عنها إلى المحاكم المدنية، ومن تم تكون المحكمة الإدارية غير مختصة للبت في الموضوع.

أما من حيث موضوع القضية المرتبط بوثائق الملف، وبالرجوع إلى دفتر التحملات الذي وضع على الصعيد الوطني للمناطق الصناعية²، يثبت من خلاله إخلالاً لشركة بالتزاماتها التعاقدية، والمحددة في وخاصة عند:

- عدم تسديد بقية الثمن داخل الآجال المنصوص عليها في العقد وفي دفتر التحملات، حيث أن التسديد في صندوق المحكمة هو خرق للمسطرة وأمر غير وارد لا في العقد ولا في دفتر التحملات، وذلك تماشياً مع ما ينص عليه الفصل 577 من قانون الالتزامات والعقود "على المشتري دفع الثمن في التاريخ وبالطريقة المحددة في العقد..."، وهذا ما يفيد أن الشركة المدعية لم تلتزم بالتزاماتها التعاقدية³؛

¹- الفصل 488 من القانون رقم 24.90 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.140 بتاريخ 17 غشت 2011 المعدل لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بقانون الالتزامات والعقود، الجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011، ص 4678.

²- دفتر التحملات للمنطقة الصناعية بالجديدة، البرنامج الوطني للمنطقة الصناعية، النسخة المترجمة من الفرنسية إلى العربية، ترجمة مولاي ادريس البغلي (ترجمان محلف مقبول لدى المحاكم)

³- الفصل 577 من القانون رقم 24.9، مرجع سابق.

- عدم احترام المدعية لمقتضيات دفتر التحملات وبالأخص الفصل (04.6) المتعلق بمعاينة وتسليم المشروع الوارد في كناش التحملات، الشيء الذي ترتب عنه عدم التزام المدعية بما التزمت به في الوعد بالبيع¹.

وحيث أن العقد المذكور هو عقد مسمى يعقد الاختصاص للنظر في المنازعات الناشئة عنه لجهة القضاء العادي، وحيث أن المدعية لم تحترم التزاماتها التعاقدية ذلك من خلال ما تم عرضه أعلاه.

وحيث كقاعدة عامة أنعدم التزام أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته التعاقدية يخول للطرف الآخر بدوره الامتناع عنا لوفاء بالالتزامات الخاصة به، كما يخول له طلب فسخ العقد أمام المحاكم المختصة وهو ما يبدو أن الجماعة من خلال هذه القضية التزمت به، بحيث لم تقم بفسخ العقد بشكل فردي، وإنما امتنعت بدورها عن إتمام البيع باعتباره أهم التزاماتها التعاقدية، وذلك بعد إخلال الشركة بالتزاماتها كما تم تحديد ذلك أعلاه، علما أن تدبير هذه المنازعة من طرف دفاع الجماعة، كان يفترض به رفع دعوى فسخ العقد أمام القضاء العادي حماية للملك الخاص الجماعي، لما لانعكاسات سوء تدبيره على تمويل التنمية المحلية.

فإذا كانت الشركة قد تمسكت في جميع مراحل الدعوى بمحضر معاينة ممارسة الشركة لنشاطها التجاري، فإن ذلك مخالف لمبدأ الشرعية، بالنظر إلى أن المدعية لم تحصل على شهادة المطابقة التي تخول لها الشروع في استغلال منشأتها بعد الإنجاز، وفقا لما تفرضه المقتضيات المتعلقة بالتعمير، والتي تنص على أنه "لا يجوز لمالك المبنى أن يستعمله بعد انتهاء الأشغال فيه إلا إذا حصل على رخصة السكن إن تعلق الأمر بعقار مخصص للسكن أو شهادة المطابقة إن تعلق الأمر بعقار مخصص لغرض آخر غير السكن"². كما أن المرسوم رقم

¹ - الفصل 6 من دفتر التحملات للمنطقة الصناعية بالجديدة، مرجع سابق، ص 12.

² - المادة 55 من القانون رقم 12.90 المتعلق بالتعمير المنفذ بالظهير الشريف رقم 1.92.31 الصادر في 17 يونيو 1992 الجريدة الرسمية عدد 4159 بتاريخ 1992/07/15 الصفحة 887.

2.13.424 الموافق على ضابط البناء العام المحدد لشكل وشروط تسليم الرخص والوثائق المقررة بموجب النصوص التشريعية المتعلقة بالتعمير والتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والنصوص الصادرة لتطبيقها، نص على أنه تسلم من طرف رئيس المجلس الجماعي بناء على طلب من صاحب الشأن رخصة السكن وشهادة المطابقة¹.

(III). المنازعات العقدية للملك الخاص الجماعي أمام المحاكم المدنية

ينطبق على دراسة المنازعة العقدية للملك الخاص الجماعي أمام المحاكم المدنية ما يصدق على تحليلها أمام المحاكم الإدارية، وعلى المنوال نفسه تم اختيار بعد بحث عميق قضية تكتسي أهمية كبرى ناتجة أساسا عن طرفي الدعوى، فضلا عن الإشكالات القانونية التي انطوى عليها الحكم القضائي، ومن خلال البحث عن الاختصاص القضائي لهذا النوع من الدعاوى أمام المحاكم المدنية صادفنا أحكاما متنوعة كان أكثرها إثارة حكم المحكمة الابتدائية بمراكش المتعلق بقضية هيئة الخمامون بمراكش ضد جماعة مراكش، وهي واقعة تم النظر فيها أمام جهة القضاء الإداري، ليعاد إرجاعها إلى المحكمة المدنية الأدنى درجة لإعادة البت في الموضوع والحكم في القضية. وهو ما سيؤدي من أجل تحليلها للوصول إلى نتائج معقولة، عرض أهم الحثيات والوقائع (1)، ثم التعليق على نص الحكم بعد الإحالة من المحاكم الأعلى درجة (2).

1/ وقائع قضية هيئة الخمامين بمراكش ضد جماعة مراكش

تدور حثيات الواقعة أنه بتاريخ 8 فبراير 2006 عرضت المدعية هيئة الخمامين بمراكش أمام المحكمة الإدارية بمراكش، أنها بتاريخ 14 ماي 1987 أبرمت

¹ - المادة 41 من المرسوم رقم 2.13.424 الصادر في 24 ماي 2013 بالموافقة على ضابط البناء العام المحدد لشكل وشروط تسليم الرخص والوثائق المقررة بموجب النصوص التشريعية المتعلقة بالتعمير والتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات والنصوص الصادرة لتطبيقها، الجريدة الرسمية عدد 6155 بتاريخ 27 ماي 2013، ص 4311.

عقدا مصحح الإمضاء أمام السلطات المحلية، بينها وبين جماعة مراكش كعقد كراء طويل الأمد لمدة 99 سنة، لكرء البقعة الأرضية موضوع الصك العقاري رقم 2574 الكائنة بشارع محمد السادس من أجل أن تقيم عليها ناديا للمحامين. وأنها فوجئت ببنك المغرب يستولي على العقار موضوع عقد الإيجار، ويهدم البناء الذي كان عليه بعدما أقامته الهيئة، وأنشأ صكا عقاريا يحمل الرقم 122495/04 فأهدر بذلك حقوقها، خاصة وأنه بادر إلى مباشرة البناء، حيث أنجز أشغالا كبيرة يصعب معها إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه.

وبعد تقديم المجلس الجماعي لمراكش لجوابه وكذا بنك المغرب، حجزت المحكمة الإدارية بمراكش القضية للمداولة وأصدرت بتاريخ 29 شتنبر 2006 الحكم القاضي بعدم الاختصاص النوعي، وهو الحكم الذي تم تأييده استثنافيا، وبعد الطعن فيه بالنقض قضت الغرفة الإدارية بتاريخ 28 فبراير 2007 بنقض القرار الاستثنافي وإحالة الملف إلى المحكمة الابتدائية بمراكش¹.

وتبعا لإحالة القضية على المحكمة المدنية الأقل درجة، أجابت الجماعة بمذكرة أوضحت فيها أن عقد الكراء الطويل الأمد كان مجرد مشروع، ولم يعقد بصفقة قانونية لأنه غير مصادق عليه من طرف سلطة الوصاية طبقا للمادة 31 من ظهير 30 شتنبر 1976 المتعلق بالتنظيم الجماعي، كما أن المجلس الجماعي عقد في دورته العادية لشهر أبريل 2003 اجتماعا قرر فيه إلغاء المقرر المتعلق بكرء العقار موضوع النزاع.

في حين أجابت المدعية أن العقد أصبح مكتملا لشروطه ما لم يتم الرد من طرف سلطة الوصاية خلال آجال ثلاثة أشهر من تاريخ 14 ماي 1987 عملا بمقتضيات الفصلين 31 و 34 من ظهير 30 شتنبر 1976 المذكور.

¹ - قرار الغرفة الإدارية عدد 203، الصادر بتاريخ 28 فبراير 2007، في الملف رقم 2007/1/414 (غير منشور).

أما بنك المغرب فدفع كونه الجهة مالكة العقار حسب الشهادة العقارية المدلى بها، وأنه أجرى عقد معاوضة للبقعة الأرضية المتنازع بشأنها بينه وبين الجماعة، واعتبر أن عقد الكراء الطويل الأمد المحتج به من طرف هيئة المحامون غير مسجل بالرسم العقاري.

وبعد تبادل المستنتجات حجرت المحكمة الملف للمداولة، وبجلسة 2 يونيو 2009 أصدرت حكماً تمهيدياً قضى بإجراء خبرة تقويمية على العقار موضوع الدعوى لتحديد قيمة التعويض المستحق للمدعية، وعلى ضوء ذلك أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها موضوع التعليق الذي قضى بتعويض هيئة المحامون بمراكش عن الضرر بقيمة 2.000.000,00 درهم، وإخراج بنك المغرب من الدعوى¹.

2/ تعليق على حكم المحكمة الابتدائية بمراكش

إذا كانت المصادقة على عقود الإيجار² كقاعدة عامة تخضع لمقتضيات المادة 31 من ظهير 30 شتنبر 1976 المتعلق بالتنظيم الجماعي³، وهو المقتضى الذي استندت عليه المحكمة في القول بالمصادقة على العقد، فإن تدبير الأملاك الخاصة للجماعات يخضع لنص قانوني خاص، فالقرار الوزيري الصادر بتاريخ 31 دجنبر 1921 المتعلق بكيفية تدبير الأملاك الخاص بالبلديات⁴، كما تم تغييره

¹ - حكم المحكمة الابتدائية بمراكش عدد 939، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2014 في الملف رقم 2007/1/767 (غير منشور).

² - تجدر الإشارة إلى أن عقود الكراء طويلة الأمد حسب مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 121 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، ص 5587، قد حددت المدة الأدنى لعقود الكراء طويلة الأمد في 10 سنوات و 40 سنة كمدة قصوى.

³ - الفصل 31 من الظهير رقم 1.76.583 الصادر بتاريخ 30 شتنبر 1976 بمثابة قانون يتعلق بالتنظيم الجماعي، الجريدة الرسمية عدد 3335 مكرر بتاريخ 1 أكتوبر 1976، ص 3030.

⁴ - القرار الوزيري الصادر بتاريخ 31 دجنبر 1921 المتعلق بكيفية تدبير الأملاك الخاصة بالبلديات، الجريدة الرسمية عدد 455، السنة الثانية، ص 67.

وتتميمه بالمرسوم رقم 2.02.138 الصادر بتاريخ 5 مارس 2002¹، والذي ينص الفصل السابع منه على: "يعقد الباشا أو القائد بعد استشارة اللجنة البلدية العقود والأكرية المتعلقة بالأموال الخاصة بالبلديات وذلك إذا لم تتجاوز مدتها خمس سنوات، أما العقود والأكرية التي تزيد مدتها عما ذكر فيجب المصادقة عليها من طرفنا"، دون أن يحدد أجل لهذه المصادقة².

وتبعا لهذا النص الخاص الذي يفرغ أساس القول باعتبار عدم جواب سلطة الوصاية داخل الأجل القانوني يعد بمثابة مصادقة على مقرر المجلس، فإن رد هذا الدفع يفسر أيضا وما تنص عليه المادة 122 من مدونة الحقوق العينية³ لا يكون عقد الكراء الطويل الأمد صحيحا إلا إذا صدر ممن له حق التفويت وطبق الشروط المقررة في القانون³.

كما ارتكز حكم المحكمة في هذا الملف على اعتبار أن قرار وزير الداخلية بعدم المصادقة على العقد قد تجاوز أجله مما يجعله غير منتج لآثاره، ومما يعني أن المحكمة قد تصدت لفحص شرعية القرار الإداري، وهو ما لا يدخل في اختصاصها، وإنما يعود إلى المحكمة الإدارية بناء على المادة 44 من القانون 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، وهنا تكون المحكمة الابتدائية توسعت على اختصاص جهة القضاء الإداري⁴.

كما أن المدعية غير ذات صفة في الدفع المتعلق بانصرام أجل ثلاثة أشهر كمصادقة ضمنية على المقرر لإثبات حقوقها طبقا لمقتضيات الفصل 31 من

¹ - المرسوم رقم 2.02.138 الصادر بتاريخ 5 مارس 2002 بتغيير وتميم القرار الوزيري الصادر في 31 دجنبر 1921 المتعلق بكيفية تدبير الأملاك الخاصة بالبلديات، الجريدة الرسمية عدد 4984 بتاريخ 7 مارس 2002، ص 479.

² - الفصل 7 من المرسوم رقم 2.02.138 الصادر بتاريخ 5 مارس 2002 بتغيير وتميم القرار الوزيري الصادر في 31 دجنبر 1921 المتعلق بكيفية تدبير الأملاك الخاصة بالبلديات، نفس المرجع.

³ - المادة 122 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، مرجع سابق.

⁴ - المادة 44 من القانون رقم 41.90 المتعلق بإحداث المحاكم الإدارية، مرجع سابق.

ظهر 30 شتنبر 1976 المتعلق بالتنظيم الجماعي¹، وعلى اعتبار أن مقتضيات هذه المادة تنظم علاقة نظامية بين الجماعة وسلطة الوصاية بحيث يعود للطرفين بشكل حصري إثارة هذا المقتضى، وحيث أن الجماعة ذات الصفة لم تثره في أي مرحلة من مراحل الدفع، مما كان يتعين معه على المحكمة رد هذا الدفع برفضه.

هذا فضلا على أنه إذا كان الدفع بانصرام أجل المصادقة كأساس للقول بعدم صحة رفض وزير الداخلية، يتعارض وما تنص عليه المادة 35 من ظهير 30 شتنبر 1976 المتعلق بالتنظيم الجماعي، فتفسير مصادقة وزير الداخلية ضمنا على المقرر بمرور أكثر من 5 أشهر على رسالة المجلس الجماعي لا يجد سنده في الفصل 35 من ظهير 1976 المذكور، والذي يعطي لوزير الداخلية إمكانية إقرار وعدم صحة الأعمال التي اتخذتها المجالس الجماعية خرقا للنصوص القانونية والتنظيمية الجاري بها العمل في كل وقت وحين².

خاتمة:

ينتج عن التدبير التعاقدى للملك الخاص الجماعي إشكالات متنوعة، تؤدي بالنتيجة إلى خصومات قضائية أمام المحاكم. ولأن كان المغرب يأخذ بازدواجية القانون وتم إحداث محاكم إدارية سنة 1993 بدخول القانون رقم 41.90 حيز التطبيق لاستكمال بناء الصرح المؤسساتي للدولة تعزيزا لازدواجية القضاء، فقد ظل الاختصاص القضائي كأصل عام، يرتبط بنظر إحدى الجهتين القضائيتين كل حسب اختصاصها طبقا لقواعد القانون الواجب التطبيق. ويؤيد هذا العديد من الأحكام والاجتهادات القضائية المبدئية، والتراكم الفقهي المتواتر خلصة لوضع أساس مقبول لازدواجية القضاء تبعا لوجود القانونين الخاص والعام.

¹-الفصل 31 من الظهير رقم 1.76.583 الصادر بتاريخ 30 شتنبر 1976 بمثابة قانون يتعلق بالتنظيم الجماعي، مرجع سابق.

²-الفصل 35 من الظهير الشريف رقم 1.76.583 الصادر بتاريخ 30 شتنبر 1976 بمثابة قانون يتعلق بالتنظيم الجماعي، مرجع سابق.

ومن خلال محاولة التعليق على قضية شركة "ألمار صناعات" ضد جماعة الجديدة، وقضية هيئة المحامين بمراكش ضد جماعة مراكش، تبين الخلط الواضح في تطبيق القواعد القانونية لكل جهة قضائية على حدة، فضلا عن أن الحل الصحيح لكل واقعة يقتضي بالأساس الإلمام بالنصوص القانونية، ويخص بالذكر مقتضيات القانون الإداري المحلي التي يعرف جزء منها تطورا ملحوظا بمقابل جمود واستقرار الجزء الآخر.

فضلا عن ذلك، فقراءة الأحكام والقرارات القضائية بالدراسة والتحليل استنتج معه أيضا مساهمة الحلول القضائية للتوجه التشريعي الجديد، بعد أن نص الدستور ضمنيًا على وحدة القضاء قمته محكمة النقض (الفصل 115 من دستور 2011 يرأس الملك المجلس الأعلى للسلطة القضائية، ويتألف هذا المجلس من: - الرئيس الأول لمحكمة النقض، رئيسا منتدبا؛...)، كما أن مسودة مشروع القانون المتعلق بالتنظيم القضائي للمملكة (صيغة 5 نونبر 2014) حافظت على مبدأ الوحدة قمته محكمة النقض، كما جاء في تقديم المسودة؛ فلماذا تم هدم البناء النظري لازدواجية القضاء بعد كل ما راكمته التجربة المغربية في هذا السياق تباعا لازدواجية القانون؟ وهل يمكن إعادة تحيين النظرية بتعديل دستوري على ضوء الانتقادات الموجهة لها؟

الشفعة من خلال مدونة الحقوق العينية

نورة ويك

طالبة باحثة بسلك الدكتوراه

كلية الحقوق بالمحمدية

يلعب العقار دورا أساسيا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وفي تشجيع الاستثمار، ونظرا لهذا الدور المهم نجد أن المنازعات المتعلقة بهذا بالعقار تتميز بالتنوع والتعدد والتميز بينها المنازعات المتعلقة بمؤسسة الشفعة.

ونظرا لأهمية حق الشفعة والمتجلى في عدم تجزئة حق الملكية فقد أخذت به معظم التشريعات من بينها التشريع المغربي.

وقد نظم المشرع العقاري الشفعة من خلال مقتضيات القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية¹، حيث عرفتها المادة 292 من هذه المدونة بكونها عملية عقارية أو تصرف عقاري يتمثل في أخذ شريك في عقار مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه التي تم بيعها، وقد جاءت على الشكل التالي: "الشفعة أخذ شريك في ملك مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن ومصرفات العقد اللازمة والمصرفات الناتجة عن الاقتضاء." بمعنى أن المشرع قيد الأخذ بالشفعة بتوفر عدة شروط وإتباع عدة إجراءات فما هي إذن أركان الشفعة؟ وما هي أحكامها؟

وللإجابة عن هذا التساؤل سوف نتبع التصميم التالي:

¹ - القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 3998 الصادر بتاريخ 27 ذو الحجة /1432 24 نوفمبر 2011- الذي دخل حيز التنفيذ في 24 ماي 2012

المطلب الأول : أركان الشفعة

الفقرة الأولى : لشفيع

الفقرة الثانية: المشفوع به الفقرة الثالثة:المشفوع منه الفقرة الرابعة :محل الشفعة

المطلب الثاني :أحكام الشفعة

الفقرة الأولى :أجال الشفعة

الفقرة الثانية :إجراءات الشفعة

الفقرة الثالثة : أثار الشفعة

الفقرة الرابعة: سقوط الشفعة

المطلب الأول : أركان الشفعة

إن الأخذ بالشفعة يكون في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أو غير قابلة لها ويكون كذلك في الحقوق العينية، وذلك طبقا للمادة 298 من مدونة الحقوق العينية¹، وهذه المكنة لها مقومات أو أركان تستند عليها في قيامها والمتمثلة في أربعة أركان الشفيع، المشفوع به، المشفوع منه، والشئ المشفوع أو محل الشفعة وسوف نتناول كل ركن على حدة.

الفقرة الأولى :الشفيع

يعد الشفيع حسب مقتضيات المادة 292 السابقة الذكر ذلك الشريك في الملك أو الحق العيني المشاع، وقد منحه المشرع الحق في طلب الشفعة عند بيع شريكه لحصته وذلك بعد توفر مجموعة من الشروط فيه والتمثلة حسب مقتضيات المادة 293 من مدونة الحقوق العينية في :

1- أن يكون في وقت البيع شريكا في الملك أو الحق العيني المشاع.

²- المادة 298 من مدونة الحقوق العينية والتي تضمنت مايلي : " تكون الشفعة في الشفعة في العقارات سواء كانت قابلة للقسمة أو غير قابلة لها وتكون في الحقوق العينية القابلة للتداول."

2- أن يكون تاريخ تملكه للحصة المشاعة سابقا على تاريخ تملك المشفوع منه للحصة موضوع الشفعة .

3- أن تكون حيازته فعلية أو قانونية مستوفية لجميع شروطها المنصوص عليها في المادة 240 من مدونة الحقوق العينية.

4- أن يثبت بيع حصة شريكه موضوع الشفعة وإذا كان العقار محظا يجب أن يثبت تقييد البيع بالرسم العقاري - المادة 295 من مدونة الحقوق العينية¹ -.

5- أن يأخذ الحصة المباعة بكاملها بمعنى عدم تبعض الشفعة وهذا ما تناولته بالتفصيل المادة 296 من مدونة الحقوق العينية².

6- أن يتعرض على مطلب التحفيظ إذا كان العقار محل الشفعة في طور التحفيظ. وذلك طبقا للمادة 305 من مدونة الحقوق العينية والتي جاءت على الشكل التالي :

"إذا كان العقار في طور التحفيظ فلا يعتد بطلب الشفعة إلا إذا ضمن الشفيع تعرضه بمطلب التحفيظ المتعلق به".

وقد سن المشرع هذه القاعدة لعدة إعتبرات منها الحفاظ على وحدة طلب التحفيظ وكذلك ضمان عدم مواجهة صاحب الحق بقاعدة التظهير إذا نظر في طلب الشفعة بعد تأسيس الرسم العقاري.

وهنا يجب التمييز بين التعرض على مطلب التحفيظ طبقا للفصل³ 24 من قانون التحفيظ العقاري، والتعرض بمطلب التحفيظ وفق المادة 305 من

¹ - المادة 295 من مدونة الحقوق العينية والتي تضمنت ما يلي : "يتعين على طالب الشفعة إثبات بيع الحصة المطلوب شفعتها فادا كان العقار محفظ يتعين عليه تقييد البيع بالرسم العقاري " .

² - المادة 296 من مدونة الحقوق العينية والتي من بين ما تضمنت " إذا باع شريك حصته لأجنبي في ملك مشاع فيجب على الشريك أن يأخذ الحصة المباعة بكاملها أو أن يتركها".

³ - الفصل 24 من قانون التحفيظ العقاري من بين ما جاء فيه نجد " يمكن لكل شخص يدعي حقا على عقار تم طلب تحفيظه أن يتدخل عن طريق التعرض في مسطرة التحفيظ.....".

مدونة الحقوق العينية فالأول يقع على مطلب التحفيظ ويدل على وجود منازعة جدية تؤثر على ملكية العقار كلا أو جزءا أما الثاني فيقع بمطلب التحفيظ غايته حماية أساسها إثبات الحق في الشفعة.

الفقرة الثانية : المشفوع به

وهو الشريك في الملك أو الحق العيني المشاع وهو الذي باع حصته سواء لأجنبي أو لأحد الشركاء في حالة تعددهم والمشرع لم يشترط توفر شروط في هذا الركن من أركان الشفعة لأنه بمجرد بيعه لخصته يمكن اعتبار ذلك هو الباب الذي يفتح لتدخل منه مسطرة الشفعة ويخرج هو منه.

الفقرة الثالثة: المشفوع منه

ينطبق مفهوم المشفوع منه على الشخص الأجنبي أو أحد الشركاء الذي قام بشراء الحصة المباعة موضوع الشفعة من طرفه، والشرط الوحيد الذي يجب أن يتوفر فيه هو أن يكون تملكه للحصة المباعة قد تم بعوض، حتى يتم سلوك مسطرة الشفعة لأنه دون ذلك لا تجوز الشفعة- الشرط الأخير في المادة 293-

الفقرة الرابعة : الشيء المشفوع

أو محل الشفعة وهو الحصة التي تم بيعها سواء كانت عقارا مشاعا أو حقا عينيا مشاعا قابلا للتداول وذلك طبقا للمادة 294¹ من مدونة الحقوق العينية، وهنا يمكن أن نتساءل على إمكانية طلب شفعة هذه الحقوق في الحالة التي يكون فيها المشتري أحد الشركاء؟.

هنا يمكن القول بأن المادة 294 من مدونة الحقوق العينية واضحة وهي حكر فقط على المشتري الأجنبي دون الشريك.

¹ - المادة 294 من مدونة الحقوق العينية جاءت على النحو التالي : "يجوز ضم حق الهواء والتعلية إلى ملكية السفل وحق السطحية أو الزينة إلى ملكية الرقبة عن طريق الشفعة فيما يبيع منها لأجنبي."

ويشترط فيه كذلك أن يكون قد أخذها بعوض - المادة 303 من مدونة الحقوق العينية¹ - وبالتالي منع إجراء الشفعة فيما فوت تبرعا ما لم يكن التبرع صوريا أو تحايلا طبقا للمقتضيات الواردة في قانون الالتزامات والعقود. كذلك ألا يكون بيع هذه الحصة محل الشفعة تم عن طريق المزاد العلني - المادة 302 من مدونة الحقوق العينية² -.

وهذه المادة الأخيرة قد حسمت الخلاف الذي كان مطروحا في مسألة شفعة العقارات المبيعة بالمزاد العلني. وبالإضافة إلى الأركان التي تقوم عليها مؤسسة الشفعة فهناك أجل محددة وإجراءات يجب القيام بها وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني : أحكام الشفعة

إن مشروع مدونة الحقوق العينية تجاوز معيقات ثنائية التشريع المطبق في مجال الشفعة والتي كانت تختلف باختلاف النظام الخاضع له العقار حيث أنه إذا كان العقار محفظا فإنه يخضع لظهير 1915 وإذا كان غير محفظ يخضع لقواعد الفقه المالكي، فما هي إذن الآجال التي جاءت بها مدونة الحقوق العينية في مجال الشفعة؟ وما هي المسطرة المتبعة حتى تنتج آثارها القانونية؟ وما هي كذلك الحالات التي يسقط من خلالها الحق في طلب الشفعة ؟

الفقرة الأولى:أجال الشفعة

تضمنت مدونة الحقوق العينية في مجال الشفعة ثلاثة آجال تتجلى في:

¹ - المادة 303 من مدونة الحقوق العينية جاءت على الشكل التالي : " لا شفعة فيما فوت تبرعا ما لم يكن التبرع صوريا أو تحايلا كما لا شفعة في الحصة الشائعة التي تقدم في صداق أو خلع".
² - المادة 302 من مدونة الحقوق العينية جاءت على الشكل التالي : "إذا بيعت الحصة الشائعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة".

- أجل ثلاثون يوما: أعطى المشرع العقاري للمشفوع منه أو المشتري إمكانية تبليغ كل من له الحق في ممارسة الشفعة بشرائه للحصة المبيعة على الشياخ، وذلك عن طريق رسالة مضمونة أو بواسطة كتابة الضبط حيث أنه بعد التوصل شخصيا بهذا التبليغ يفتح أجل 30 يوما للحق في ممارسة الشفعة لأنه خارج هذا الأجل يسقط الحق في ذلك - المادة 304 من مدونة الحقوق العينية¹- وهذا الأجل جاء بدل أجل 3 أيام الذي كان معمولا به في ظل ظهير 1915.

-أجل السنة: إن أجل السنة المنصوص في المادة 304 السابقة الذكر جاء بدل أجل شهرين المنصوص عليه في ظهير 1915.

حيث أنه إذا لم يتم التبليغ من طرف المشتري المشار إليه في المادة السابقة الذكر فإن أجل الشفعة يسقط في جميع الأحوال بمضي سنة من تاريخ تقييد البيع بالرسم العقاري إذا كان العقار محفظا ومن تاريخ العلم بالبيع إذا كان العقار غير محفظ.

- أجل 4 سنوات: إذا لم يتم العلم بالبيع في حالة العقار الغير المحفظ فإن مشرع مدونة الحقوق العينية حسم الأمر وذلك من خلال إغلاق الباب أمام أن يبقى المشتري تحت رحمة الشفيع حيث اعتبر مضي أربع سنوات عن إبرام عقد البيع يسقط الحق في طلب الشفعة. وهناك تساؤل يطرح نفسه يتمثل في

¹ - المادة 304 من مدونة الحقوق العينية جاءت على النحو التالي: "يمكن للمشتري بعد تقييد حقوقه في الرسم العقاري أو ايداعها في مطلب التحفيظ أن يبلغ نسخة من عقد شرائه إلى من له حق الشفعة ولا يصح التبليغ إلا إذا توصل به شخصيا من له الحق فيها ويسقط حق هذا الأخير أن لم يمارسه خلال أجل ثلاثين يوما كاملة من تاريخ التوصل.

يتعين أن يتضمن التبليغ تحت طائلة البطلان بيانا عن هوية كل من البائع والمشتري مع بيان عن الحصة المبيعة وثمنها والمصرفات ورقم الرسم العقاري أو مطلب التحفيظ أو مراجع عقد التفويت فإن لم يقع هذا التبليغ فإن حق الشفعة يسقط في جميع الأحوال بمضي سنة كاملة من تاريخ التقييد إذا العقار محفظا أو الإيداع إذا كان العقار في طور التحفيظ وبمضي سنة على العلم بالبيع إذا كان العقار غير محفظ . وإذا لم يتحقق العلم بالبيع فيمضي أربع سنوات من تاريخ إبرام العقد"

الحالة التي تباع الحصة محل الشفعة فيها أكثر من مرة داخل الأجل القانوني فمن هو المشتري الذي يكون مشفوعا منه ؟

هذا ما أجابت عنه المادة 299 من مدونة الحقوق العينية والتي اعتبرت أنه إذا كان العقار محفظا وتمت علة بيعه داخل أجل الشفعة فإن مسطرة الشفعة توجه ضد الشخص الذي قيد شراءه بالرسم العقاري.

لأنه حسب قانون التحفيظ العقاري¹ وبالضبط الفصل 66² فإن كل حق عيني واقع على عقار محفظ لا وجود له إلا من خلال تقييده بالرسم العقاري، أما إذا كان العقار غير محفظ فإن من حق الشفيع أن يأخذ من أي مشتري وبالثلث الذي اشترى به الشيء الذي يؤدي بمقتضى المادة السابقة إلى بطلان البيوع اللاحقة.

وهنا يمكن القول إن مشروع مدونة الحقوق العينية كان مجحفا لأن الأخذ من يد المشتري الأخير في حالة العقار الغير المحفظ سيكون أفضل لأن في ذلك حفاظا مباشرا على الحقوق بدل ضياعها أو طول مسطرة استرجاعها.

الفقرة الثانية: إجراءات الشفعة

إن طلب الأخذ بالشفعة يتطلب القيام ببعض الإجراءات وذلك حسب مقتضيات المادة 306 من مدونة الحقوق العينية والتي جاءت على النحو التالي :

" يجب على من يرغب في الأخذ بالشفعة أن يقدم طلبا إلى السيد رئيس المحكمة الابتدائية المختصة يعبر فيه عن رغبته في الأخذ بالشفعة ويطلب فيه الإدن له بعرض الثمن والمصروفات الظاهرة للعقد عرضا حقيقيا ثم بإيداعها

¹ - ظهير 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري والذي وقع تغييره وتنميمة بمقتضى القانون رقم 14-07

² - الفصل 66 من قانون التحفيظ العقاري تضمن الآتي: " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية. لا يمكن في أي حال التميك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة"

في صندوق المحكمة عند رفض المشفوع منه للعرض العيني الحقيقي وأن يكون ذلك داخل الأجل القانوني وإلا سقط حقه في الشفعة".

أي أن الراغب في الأخذ بالشفعة عليه أن يعلم المشتري بذلك إما برسالة مضمونة أو عن طريق كتابة الضبط من خلال وضع رهن إشارة المشتري الثمن والمصاريف الناتجة عن عقد الشراء.

هنا إذا تم التراضي لا إشكال حيث يجرى الاتفاق في عقد رسمي ويتم تقييده بالرسم العقاري إذا كان العقار محفظاً، أما في حالة العكس فإن طالب الشفعة يسلك المسطرة القضائية عن طريق تقديم مقال استعجالي طبقاً للمادة 148 من قانون المسطرة المدنية.

حيث يصدر أمر قضائي إلى كتابة الضبط لإعلان المشتري بتقديم طلب الشفعة من طرف الشريك مع أداءه للثمن والمصاريف المرتبة عن ذلك وإيداعها بصندوق المحكمة لحساب المشتري ويجرى محضر بذلك.

الفقرة الثالثة: آثار الشفعة

أفرد مشرع مدونة الحقوق العينية فرعاً لآثار الشفعة من المادة 307 إلى المادة 310، حيث اعتبرت المادة 307 أنه إذا تم التراضي بين كل من الشفيع والمشفوع منه على الأخذ بالشفعة انتقلت الحصّة المبيعة إلى الشفيع أما حكم المحكمة بالشفعة فلا غبار عليه لأنه حكم قضائي له قوته.

أما المادة 308 فقد تناولت الحالة التي قد يقوم فيها المشفوع منه بالقيام بعلّة تغيرات لها كلفتها المالية حيث يمكن التمييز بين وضعيتين :

- وضعيّة ما قبل الإعلان عن الرغبة في الأخذ بالشفعة حيث هنا تطبق الأحكام الخاصّة بإدخال تغيرات على أرض الغير بإذنه.

- وضعية ما قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة حيث هنا تطبق الأحكام الخاصة بإدخال تغيرات على أرض الغير بدون إذن.

والمشفوع منه ملزم برد ثمار الحصبة موضوع الشفعة من تاريخ المطالبة بها فقط أما ما قبل ذلك فلا حق للشفيع فيه.

في حين أن المادة 310 فقد تناولت التصرفات الواردة على العقار الغير المحفظ والتي تصبح بمجرد طلب الأخذ بالشفعة تحت طائلة البطلان .

الفقرة الرابعة : مسقطات الشفعة

الأصل في العقود هو التراضي والشفعة هي استثناء من هذا الأصل لذلك قيد المشرع الأخذ بالشفعة بانعدام بعض الحالات والتي إذا توفرت سقط الحق في ذلك و يمكن سردها كالتالي :

- انعدام أحد الشروط المشار إليها في ركن الشفيع أعلاه. - التنازل عنها صراحة بعد ثبوت الحق في المطالبة بها.

- شراء الحصبة المبيعة من المشتري دون سلوك مسطرة الشفعة.

- بيع الحصبة التي تمنحه الحق في طلب الشفعة رغم عدم علمه ببيع شريكه قبله " المادة 311¹ من مدونة الحقوق العينية".

أما موت الشفيع فلا يسقط الحق في المطالبة بالشفعة بل إن هذا الحق ينتقل إلى ورثته " المادة 312² من مدونة الحقوق العينية".

¹ - المادة 311 من مدونة الحقوق العينية جاءت على الشكل التالي : " يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة : - إذا تنازل عنها صراحة بشرط أن يحصل هذا التنازل بعد ثبوت حقه فيها . - إذا اشترى الحصبة التي باعها شريكه من مشتريها أو قاسمه فيها. - إذا باع حصته التي باعها ولو كان لا يعلم أن شريكه قد باع حصته قبله".

² - المادة 312 من مدونة الحقوق العينية "لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع وإنما ينتقل هذا الحق إلى ورثته بنفس الشروط بما في ذلك ما بقي من أجل الأخذ بالشفعة".

والشفعة تلعب دورا كبيرا في رفع الضرر الذي قد يلحق بالشركاء في ملك مشاع أو حق عيني مشاع من جراء دخول شريك جديد عليهم, لذلك حاول مشرع قانون مدونة الحقوق العينية رفع هذا الضرر مع مراعاة الضرر المقابل.

والذي تنتزع منه الحصة المشترية من خلال تحديد مدة لاستعمال حق الشفعة بالإضافة إلى تعويضه وذلك طبقا للقاعدة الفقهية -إن اجتمع ضرران ارتكب أخفهما -.

ومن خلال كل ما سبق يمكن القول أن الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية وذلك في إطار الحالات والحدود المحددة بمقتضى قانون مدونة الحقوق العينية, والمتجلية في توفر علة شروط من قبيل ثبوت حالة الشيع وثبوت البيع وممارسة الأجل ممارسة فعلية تشكل قيда على حرية التصرف والتملك بخصوص العقارات.

إجراءات الحجز والبيع العقاري على ضوء القانون المغربي "دراسة تطبيقية"

يونس المراكشي

طالب باحث في سلك ماستر قانون المنازعات العمومية

بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس

منتدب قضائي

مقدمة

يعتبر موضوع التنفيذ من المواضيع التي تتسم بالصبغة القانونية والقضائية معاً، وتعيشه مختلف المحاكم بالملكة عند نهاية المراحل الطويلة للنزاعات أمام القضاء، من خلاله يحصل الدائن على اكتساب حقه ووضع حد لتعنت وعناد مدينه.

فالأصل هو أن يقوم كل مدين بتنفيذ التزاماته اختياراً والوفاء بها طوعاً امتثالاً لعنصر المديونية¹، وبدون تدخل السلطة العامة، لكنه إذا ماطل في ذلك جاز لدائنه أن يلجأ لهذه السلطة لإجباره على هذا الوفاء استناداً لعنصر المسؤولية²، فقواعد العدالة لا تقتضي اللجوء إلى القضاء من أجل استصدار أحكام وحماية الحقوق فقط، بل تتعدى ذلك إلى التمكين من اقتضاء هذه

¹ - المديونية هي رابطة بين الدائن والمدين يجب على هذا الأخير بمقتضاها القيام بأداء معين.
² - المسؤولية تمثل خضوع شخص أو أموال المدين لسلطة الدائن للحصول على هذا الأداء.

الحقوق لأنه (لا ينفذ تكلم بحق لا نفاذ له)¹، فالتنفيذ إذن هو الذي يترجم الأحكام إلى واقع ملموس وبدونه تبقى مجرد توصيات لا فائدة منها.²

وطبيعي جدا ألا يقوم المحكوم عليه بالتنفيذ التلقائي والاختياري للحكم الصادر ضده، بالنظر إلى غلبة الطابع الإنساني على سلوكه وتصرفاته، وهذا ما يفرض التنفيذ ولو رغم إرادة المحكوم عليه³، الشيء الذي من أجله تدخل المشرع بقواعده الأمرة لينظم هذا الموضوع بحيث يوفر الحماية الكافية للأطراف، فمن جهة الاختصاص جعل القضاء هو الوحيد الذي يجوز له التنفيذ جبرا على أموال المدين الممتنع عن الوفاء اختياريا، حيث أصبحت القاعدة تنص على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص أن يقتضي حقه بيده"، ومن جهة المسؤولية عن الدين فقد أصبح التنفيذ يقع على أموال المدين دون شخصه، إلا في حالات قليلة، وكذلك من حيث الإجراءات فقد وضع المشرع إجراءات تضمن حق الدائن وتحمي المدين من تعسف الدائن يجب إتباعها في التنفيذ الجبري وإلا كان باطلا.

فقد عرف الدكتور أبو الوفا التنفيذ الجبري: "الذي تجر به السلطة العامة تحت إشراف القضاء، بناء على طلب دائن بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين جبرا عنه".

والتنفيذ الجبري إما أن يكون مباشرا و إما أن يكون تنفيذا غير مباشر أي عن طريق الحجز.

إذن في إطار الحديث عن التنفيذ غير المباشر أو عن طريق الحجز، لا بد من الإشارة إلى كون المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة عمل

¹ - قالها سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في كتابه إلى قاضيه أبي موسى الأشعري، ذهب البعض إلى القول بأن الحق بدون تنفيذ حق أحرص.

² - محمد سلام رئيس المحكمة الابتدائية بأربيعاء سوق الغرب "النظرية العامة للتنفيذ الجبري للأحكام وللسندات التنفيذية الأخرى" ساهم به الأستاذ في إطار النشاط الثقافي في رابطة القضاة بدائرة محكمة الاستئناف بالرباط سنة 1987.

³ - عبد الكريم الطالب، "الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية"، مطبوعات المعرفة مراكش، الطبعة السادسة أكتوبر 2012، ص 407.

على تناول هذه المساطر في قانون المسطرة المدنية¹، وأفرد لها أبواباً متفرقة تهم أنواع الحجز²، وطرق تفعيلها وفق إجراءات دقيقة مشمولة بضمانات تخص كل طرف على حدة سواء طالب التنفيذ أو المنفذ عليه، كما تجدر الإشارة على أن المشرع لم يكتفي بتحديد الإجراءات بل حدد طبيعة الأشخاص أو الأجهزة المشرفة على احترام حسن تطبيق القانون.

وفي إطار الدراسة التي سنعمد إلى تحليلها والمتعلقة بإجراءات الحجز المنصبة على العقارات، وبيع هذه الأخيرة بالمزاد العلني، ثم تحقيق الغاية من سنهها، فإنه لظالماً نجد أن المشرع اهتم بالعقار باعتباره مكون أساسي للتنمية، انطلاقاً من مختلف الأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وغيرها هذا من جهة، ومن جهة أخرى تعدد القوانين التي حاول المشرع سد مختلف الثغرات التي قد تعترى إحدى المساطر التي تباشر في إطار الحجزات العقارية، فبالإضافة إلى قانون المسطرة المدنية نجد قانون التحفيظ العقاري رقم 07-14، وظهير 2 يونيو 1915 المنظم للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، والقانون رقم 08-39 المتعلق بالحقوق العينية، ثم مرسوم القرض العقاري والسياسي³ المنظم لمسطرة الحجز والبيع بالمزاد العلني للعقارات، وحيث أن مسطرة تحصيل الدائن لدينه تأتي بعد إجراءات البيع وإيداع الثمن بصندوق المحكمة فإنه غالباً ما تطرح إشكالية التوزيع أمام قلة المنتج وكثرت الديون الشيء الذي يستدعي تطبيق مجموعة من النصوص القانونية⁴ تتمثل حسب أنواع الدائنين.

1 - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447-74-1 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالصادقة على نص قانون المسطرة المدنية وفق آخر التعديلات.

2 - أنواع الحجز المنصوص عليها في م م م المغربي: الحجز التحفظي، الحجز التنفيذي، الحجز لدى الغير، الحجز الاستحقاق، الحجز الارتفائي

3 - مرسوم ملكي بمثابة قانون رقم 552.67 بتاريخ 26 رمضان 1388 (17 دجنبر 1968) يتعلق بالقرض العقاري والقرض الخاص بالبناء والقرض الفندقي.

4 - مدونة التجارة، مدونة تحصيل الديون العمومية، قانون الالتزامات والعقود، ظهير المنظم للصندوق الوطني للضمان الاجتماعي... الخ

انطلاقاً من كل ما ذكر أعلاه، وحيث أن أهمية الموضوع تحظى بالدراسة والتتبع بشكل جلي سواء في الساحة العملية أو القانونية، حيث نجد كنه ذلك ليس في الترسنة القانونية المشار إليها سابقاً، بل حتى في العمل المتواصل الذي تسعى إلى تحقيقه الوزارة الوصية أي وزارة العدل من خلال تقاريرها المنجزة حول وثيرة عمل أقسام التنفيذ بمختلف المحاكم، ومدى تكريس الضمانات القانونية التي أشار إليها المشرع المغربي من خلال التطبيق القضائي.

إذن بتتبعنا لمختلف هذه المراحل نجد أن تمت إشكاليات عدة تطرح سواء على مستوى الممارسة العملية أي إجراءات ومساطر، أو على مستوى التطبيقات القضائية أي أحكام وقرارات، حيث يستشف مما ذكر آنفاً الإشكالية التالية:

ما مدى مساهمة الترسنة القانونية والأجهزة الإدارية والقضائية في إضفاء صبغة الضمانة الممنوحة للدائن والمدين في إطار واقعة حجز العقار وبيعه بالميزاد العلني واستيفاء الدين؟

وعلى ضوء هذه المعطيات سنقتصر في حديثنا عن دراسة الإطار القانوني المنظم لهذه المساطر، مبرزين أهم الأدوار التي تقوم بها الأجهزة المكلفة بهذه الإجراءات، والمشاكل التي تعترضها على مستوى التطبيق، مع الإشارة إلى بعض الأحكام والقرارات الصادرة في إطار هذه العمليات والتي تخص أحد طرفي مسطرة التنفيذ (طالب التنفيذ والمنفذ عليه)، معتمدين على التصميم التالي:

المبحث الأول: الجوانب الشكلية لتفعيل مسطرة البيع الجبري على عقار محفظ

المبحث الثاني: قراءة تقنية لإجراءات الحجز والبيع الجبري على عقار محفظ

المبحث الأول: الجوانب الشكلية لتنفيذ مسطرة البيع الجبري على عقار محفظ

جرى الفقه على تعريف الحجز أنه وضع المال تحت يد القضاء، وحظر مالكة من التصرف فيه إضراراً بحقوق الدائنين الحجزين، باعتباره ضماناً عاماً للدائنين¹، ومن ناحية الإجراءات يمكن تعريفه بأنه ذلك الوصف الإجرائي الذي يلحق بمال المدين نتيجة إجراء معين يتخذه الدائن طبقاً للقانون يرتب آثاراً قانونية معينة.

ونعتقد أن مسطرة الحجز العقاري شرعت لمصلحة الدائن قصد عرقلة حرية المدين في التصرف في حقه العيني العقاري عن طريق تقييده مؤقتاً بالرسم العقاري، إلى حين الوفاء الاختياري من قبله، أو بيع العقار المحجوز عليه بالمزاد العلني².

والجدير بالذكر أنه عندما نمنع النظر في إجراءات التنفيذ على العقار ندرك فوراً أن المشرع يوليها عناية خاصة، مقارنة مع حجز وبيع المنقولات، حيث أفرد للحجز العقاري فصول هامة في قانون المسطرة المدنية³، انطلاقاً من الدور النموذجي الذي يسعى إلى تحقيقه المشرع المغربي من خلال الترسانة القانونية المذكورة سابقاً، وأمام كم الإجراءات التي تباشر على مستوى جهاز كتابة الضبط فإن أقسام التنفيذ بمختلف محاكم المملكة تعمل جاهدة من أجل ضبط عملها القانوني المتمثل أساساً في توثيق وضبط مختلف الإجراءات من بينها فتح ملفات تنفيذ الحجوزات العقارية (المطلب الأول)، وبعد ذلك تكلف

¹ - جاء في قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) ما يلي: "إنه بمقتضى الفصل 1241 من ق ل ع م فإن أموال المدين ضمان عام لدائنيه،..." قرار عدد 529 صادر بتاريخ 19 أكتوبر 1987 ملف اجتماعي رقم 1985/5482 - منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 41 السنة العاشرة 1988.

² - الدكتور حسن فتوخ، "التقييد الاحتياطي وعلاقته بالحجوز والإنذارات العقارية" سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة العدد 15، دار الأفق للنشر والتوزيع بالدار البيضاء، الطبعة الأولى السنة 2008، الصفحة 88.

³ - الباب الرابع (حجز المنقولات والعقارات)، الفرع التنفيذي...حجز العقارات من الفصول 469 إلى 487 من قانون المسطرة المدنية.

الأجهزة المعهود لها قانونا بترتيب المراحل المسطرية المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية وغيرها من القوانين الخاصة الأخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مكونات ملف البيع الجبري للعقار المحفظ

إن الحديث عن مكونات ملف البيع القضائي يستلزم منا الأمر بالإشارة إلى مجموعة من العناصر التي تحظى بالأهمية القصوى في مجال الإجراءات المسطرية بخصوص التنفيذ، فقد ارتأيت كمسار تمهيدي الإحاطة بالجانب المحوري لهذه المسطرة ألا وهما أطراف التنفيذ (الفقرة أولى)، لأننتقل إلى الجانب الثاني والمتعلق بالتزامات هذا الأخير حول تقديم السند التنفيذي المبرر لمطالبته بالدين موضوع البيع الجبري للعقار المحفظ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: صفة أطراف ملف التنفيذ

~ طالب التنفيذ (الدائن)

لقد نص المشرع المغربي في الفصل 429 من م ق م م في فقرته الأولى على ما يلي: "تنفذ الأحكام الصادرة عن محاكم المملكة في مجموع التراب الوطني بناء على طلب من المستفيد من الحكم أو من ينوب عنه..."، يفهم من هذه الفقرة أن المستفيد هو ذلك الشخص سواء كان ذاتيا أم اعتباريا له مصلحة في تقديم طلب حجز وبيع عقار بالمزاد العلني، فقد تنتج الصفة في الغالب من وضعية الطرف الإيجابي في السند التنفيذي كالحكوم له بموجب حكم قضائي، أو دائن إذا كان السند التنفيذي هو شهادة تسجيل الرهن أو عقد أجنبي مذيل بالصيغة التنفيذية، كما تثبت الصفة أيضا لمن انتقل إليه الحق في التنفيذ، سواء كان خلفا عاما أم خاصا، وفي هذه الحالة فإن هذا الخلف يحل محل الدائن في مواصلة إجراءات التنفيذ لكن شريطة إعلام المدين وتبليغه بالسند المثبت

لانتقال الحق¹، على اعتبار أن أي إجراء خلاف ذلك سوف يؤدي لا محالة إلى بطلان إجراءات التنفيذ.

علاوة على ذلك، فإن العبارة المذكورة في الفقرة أعلاه حول الفصل 429 والتي تشير إلى تقديم طلب التنفيذ من ينوب عن المستفيد، جائزة مع إمكانية تتبع النائب القانوني أو القضائي سلسلة مختلف مراحل التنفيذ الجبري ولا يمكن التنازل أو التراجع عنها إلا إذا تم إيقاف تلك الرابطة التي تؤهله للقيام بذلك.

إذن يستشف مما ذكر أعلاه أنه يجوز لكل دائن²، أن يتخذ إجراءات الحجز في مواجهة مدينه سواء أكان هذا الدين عاديا أم مرتها أم امتيازيا، ويجب أن يكون دائنا وقت الحجز فإن لم تثبت له هذه الصفة إلا بعد الحجز ولو قبل إتمام إجراءات التنفيذ كان الحجز باطلا، نجد مبرر ذلك كون المشرع يؤكد على أن تبدأ إجراءات التنفيذ بالإضافة إلى مقدماته في صورة جدية حتى يتحقق المدين من إصرار الدائن على التنفيذ فيعمل جادا على تفاديه.

~ المنفذ عليه (المدين)

يقصد بهذه الصفة أي المدين ذلك الذي تشترط فيه صفة المديونية، وتثبت هذه الصفة لمن كان مسؤولا عن الدين سواء أكان مدينا أصليا أو تابعا كالكفيل الذي يلتزم بالدين معه.

ويجب توافر الصفة كذلك في خلف المنفذ عليه أيضا سواء أكان خلفا عاما كالوارث أو خلفا خاصا كالموصي له بالدين أو بجزء من التركة في حدود ما

¹ - عبد العلي حفيظ، "إجراءات البيع الجبري للعقار المحجوز في القانون المغربي" مقارنة في الوظيفة الائتمانية للقاعدة الإجرائية على ضوء العمل القضائي، المطبعة دار القلم بالرباط الطبعة الأولى السنة 2012 الصفحة 22.

² - انعدام الصفة يؤدي إلى بطلان إجراءات التنفيذ وهذا البطلان متجدد يتمسك به الخصم في أية حالة تكون عليها الإجراءات.

استحققه الوارث أو الموصى له من تركة الهالك¹، على هذا الأساس يتطلب الأمر إتباع الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في القوانين المنظمة لذلك لتحديد مدى التزام الخلف بديون السلف.

فضلا عن ذلك هناك أشخاص يمنع القانون اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهتهم و على أموالهم، كالإدارة وخصوصا على الأموال العامة التي لا تقبل الحجز بحجة أنها تعهد لخدمة المصلحة العامة، وفي هذا الإطار فالدولة المغربية تعمل جاهدة لخلق مسطرة إدارية خاصة تتلاءم والأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية بمختلف درجاتها.

الفقرة الثانية: طلب تنفيذ الحجز على عقار ومرفقاته

قد يختلف الأمر في تقديم طلب التنفيذ الآنف الذكر من وضعية إلى أخرى، حسب خصوصيات الدين والدائن، ومادام كذلك فإننا سنحاول الحديث عن السندات التنفيذية المتعلقة بالأحكام القضائية النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، ثم ننتقل إلى السندات المتعلقة بشواهد التقييد الخاصة:

~ فبالنسبة للأولى أي سند تنفيذي مجسد في حكم قضائي نهائي: حماية لحق الدائن الحائز لهذا الحكم أو القرار أقر المشرع ضرورة السهر على تبليغه حتى ينتهي أجل الطعن و يصبح حائزا لقوة الشيء المقضي به، علاوة على ذلك يستوجب إرفاق طلب التنفيذ بما يفيد قيام الدائن بالحجز التحفظي على العقار الذي يعمل على مباشرة البيع بخصوصه في إطار المزاد العلني، هذا الأخير يتم تحويله مباشرة بعدما يتضح أن المدين حرر بشأنه محضر بعدم وجود ما يحجز طبقا للفصل 469 من ق م م في فقرتها الأولى، مؤكداين على إضافة مسألة في غاية من الأهمية والمتعلقة بشهادة الملكية التي تثبت أن العقار

¹ - أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الثالثة، الدار الجامعية، السنة 1986، ص 262.

موضوع البيع مملوك لفائدة المدين، فالأصل هو أن الدائن لما لجأ إلى مسطرة الحجز التحفظي إنما كان له اليقين في ملكية العقار للمدين ولكن رغم ذلك وخصوصا على مستوى إجراءات البيع التي يشرف عليها القضاء لا بد من الإدلاء بالوثائق الدالة والهادفة إلى ثبوت الدين وكذا التأكد من وضعية العقار والتقييدات المضمنة في شهادة الملكية.

~ أما بخصوص السندات المتمثلة في شواهد التقييد الخاصة¹، فإنها تخضع لإجراءات نموذجية أكثر دقة، شأنها شأن باقي إجراءات الحجز في طور التنفيذ حيث يتطلب تكوين ملف التنفيذ من طلب مؤدى عنه الرسوم القضائية، بالإضافة إلى مجموعة من الوثائق منها شهادة الملكية، الإنذار العقاري - ما يفيد تبليغه إلى كل من المحافظ على الأملاك العقارية وكذا المدين الراهن -، إذن من البديهي التعريف بالدائن صاحب شهادة التقييد الخاصة كون هذا الأخير يتمثل في إحدى المؤسسات المالية أو البنكية التي تمنح قروض مختلفة للأطراف مقابل تسجيل الرهن² على العقارات المملوكة لفائدة أصحابها كضمانة، تستوفى ديونهم إذا ما تقاعس أحد هؤلاء عن أداء ما بذمتهم، عن طريق إتباع إجراءات خاصة من بينها التي نحن بصدد دراستها.

وجدير بالذكر أن من بين أهم الوثائق المذكورة أعلاه هو الإنذار العقاري، هذا الأخير الذي نجد تعريفات كثيرة بشأنه منها: "إشهار يوجهه الدائن المرتهن إلى المدين الراهن بواسطة عون التبليغ، يطالب فيه بأداء الدين

¹ - تعتبر هذه الشهادة السند التنفيذي في مسطرة تحقيق الرهن الرسمي فهي تغني عن اللجوء إلى القضاء قصد استصدار حكم يقضي بأداء الدين الذي يكون ثابتا بمقتضى عقد الرهن وشهادة التقييد الخاصة لا تسلم إلا مرة واحدة للدائن المرتهن بناء على عقد الرهن المسجل والتي تمنحه الحق في بيع العقار المرهون عند الإخلال بالالتزام المبني عليه الرهن (الفصل 58 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ).

² - عرف ابن عرفة الرهن بقوله: "الرهن مال قبض توثقا به في دين ويمكننا أن نعرفه تعريفا أكثر دقة ووضوحا بأنه عقد بين الدائن والمدين يتفقان فيه على أن يخصص المدين أو من يعمل لمصلحته شيئا ماليا معينيا يضمن للدائن دينه، ويكون له الحق - قبل غيره من الدائنين - في استيفاء دينه من ثمن ذلك الشيء إذا لم يوف بالدين عند حلوله.

المضمون بالرهن تحت طائلة نزع ملكية العقار المرهون، وبيعه بالمزاد العلني لتسديد هذا الدين وفوائده ومصاريفه"¹.

والإنذار العقاري له شكليات وبيانات محددة ينبغي أن تلازمه تحت طائلة بطلانه وتتجلى هذه الشكليات فيما يلي:

- إنذار المدين أو الكفيل بالوفاء خلال مدة معينة أي تحديد أجل الوفاء.
- بيان مفصل للعقار المراد حجزه، اسمه، مساحته، حدوده ورقم رسمه العقاري المسجل بالمحافظة العقارية.
- ذكر السند التنفيذي المعتمد في توجيه الإنذار.
- تحديد قيمة الدين المطالب به بما فيه الفوائد القانونية والاتفاقية والمصاريف².

المطلب الثاني: الإشراف الإداري والقضائي لإجراءات

البيع الجبري على عقار

لقد أسندت مهام التسيير والإشراف في مسطرة التنفيذ بصفة عامة إلى مجموعة من الأجهزة الأساسية³، وعلاقة بالحجوزات العقارية في إطار البيع بالمزاد العلني، فإن المشرع أوكل مهمة مباشرة الإجراءات إلى نخبة إدارية -كتابة الضبط- (الفقرة الأولى)، وجعل مهمة الإشراف والتتبع لجهاز قضائي -قاضي التنفيذ- (الفقرة الثانية).

¹ - محمد سلام: "تحقيق الرهن الرسمي في القانون المغربي" طبعة 1 السنة 2002 مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الصفحة 24

² - تقرير حول إجراءات كتابة الضبط والإنذار العقاري المحكمة التجارية وجدة "القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية" الجزء الثاني، منشور بمجلة الحقوق المغربية سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية، الطبعة الأولى 2010 الصفحة 278.

³ - مساعد القضاء: - المفوضين القضائيين، - مأموري إجراءات التنفيذ، - السلطة المحلية...

الفقرة الأولى: كتابة الضبط (المكلف بالتنفيذ)

يعد مأمور إجراءات التنفيذ موظفا عموميا أنط به المشرع مهمة تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء فهو بهذه الصفة يعتبر ممثلا للسلطة العامة الموكل إليها تلك الإجراءات، شريطة أن يكون على بينة من القواعد القانونية المطبقة كلما كانوا بصدد مباشرة عملية التنفيذ، وقد وردت ضمن القواعد العامة للتنفيذ الجبري التي حددتها المسطرة المدنية، كما وردت في نصوص خاصة أخرى أوجبها المشرع لحسن سير العمل واعتبرها من النظام العام.

بعد هذا التعريف الوجيز عن المكلف بالتنفيذ وانطلاقا مما ذكر سابقا، حول إجراءات بيع العقارات بالزاد العلني والتي تبتدىء من إيداع طلب التنفيذ إما بتحويل الحجز التحفظي على عقار إلى حجز تنفيذي، أو بناء على تحويل إنذار عقاري إلى حجز عقاري، كلاهما يقوم مأمور الإجراء بتتبع وتفعيل مقتضيات قانون المسطرة المدنية المغربي، بالإضافة إلى قوانين أخرى خاصة حسب الحالات الواردة في طلبات التنفيذ الجبري.

وحتى نكون حريصين على إضفاء طابع الشمولية لهذه الإجراءات، فإن هناك مساطر أخرى تدخل في نطاق المساطر الجماعية تسمى معالجة صعوبة المقاول، التي يتم تعيين السنديك في حكم صادر عن الهيئة بقيامه بجميع العمليات التي من شأنها أن تساعد المقاول سواء في إطار التسوية أو التصفية القضائية، فتعيين السنديك يتم حسب الفقرة الأخيرة من المادة 568 من مدونة التجارة "تزاوول مهام السنديك من طرف كاتب الضبط ويمكن للمحكمة، عند الاقتضاء، أن تسندها للغير."، على هذا الأساس سواء عين السنديك من داخل أو خارج المحكمة فهو جهاز مكلف بتطبيق المقتضيات القانونية كما هي سيما تلك المتعلقة بموضوع الدراسة.

الفقرة الثانية: مؤسسة قاضي التنفيذ

في إطار الوعي بأهمية تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية، ساهمت الوزارة الوصية -وزارة العدل- من خلال مجهوداتها المبذولة إلى الإحاطة بهذه المرحلة التي تعتبر النهائية في مسار الدعوى وبالتالي بموجبها يصل أصحاب الحقوق إلى تحقيق هدفهم المنشود كما أن المشرع المغربي على غرار باقي التشريعات المقارنة، بادر إلى خلق جهاز قضائي انحصرت مهمته في الإشراف والتتبع على مختلف إجراءات التنفيذ منذ فتح الملف التنفيذي بكتابة الضبط إلى غاية تحرير محضر التنفيذ سواء من طرف مأمور الإجراء أو المفوض القضائي.

فقد عهدت هذه المؤسسة في الاختصاص إلى قاض يتم تعيينه بموجب الفقرة الأخيرة من المادة الثانية من قانون إحداث المحاكم التجارية رقم 95-53 التي تنص على ما يلي "....يعين رئيس المحكمة التجارية باقتراح من الجمعية العمومية قاضيا مكلفا بمتابعة إجراءات التنفيذ".

علاوة على ذلك نجد الرسالة الدورية الصادرة عن وزير العدل تحت عدد 16 وتاريخ 17 دجنبر 1998 الموجهة للرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف ورؤساء المحاكم الابتدائية - وإن كانت لا ترقى لمرتبة قانون فهي مؤشر على توجهات الحكومة في هذا المجال- إذ أوصت بضرورة "تكليف قاض من بين قضاة المحكمة الابتدائية لمساعدة الرئيس في الإشراف على متابعة إجراءات التنفيذ... مع تفرغه لذلك عند الاقتضاء"¹، وتأكيدا على حرص المشرع والتزامه بسد الفراغ التشريعي الذي تعرفه المحاكم العادية فيما يتعلق بمؤسسة التنفيذ، فقد عدل الفصل 429 من ق م م بموجب القانون رقم 03-72 حيث أضاف في فقرته الثالثة ما يلي: "....يكلف قاض بمتابعة إجراءات التنفيذ يعين من طرف رئيس المحكمة الابتدائية باقتراح من الجمعية العامة...".

¹ - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق الصفحة 161.

وفي ختام هذه الفقرة نود أن نشير إلى كون مسطرة بيع العقار المحجوز عن طريق المزاد العلني لا يتضمنها قانون المسطرة المدنية فقط بل هناك مواد في مدونة التجارة نظمها المشرع في إطار نظام معالجة صعوبة المقاول¹ كما سبقت الإشارة، حيث أقر الحكم أو القرار القاضي بفتح إحدى المسطرتين أي التسوية أو التصفية القضائية ضرورة تعيين جهازين أساسيين هما القاضي المنتدب والسنديك²، فعلاقتهما بمسطرة الحجز العقاري والبيع بالمزاد العلني تقتضي بالدرجة الأولى احترام مجموعة من المقتضيات قد تختلف عن باب الحجز العقاري في ق م م من خلال بعض فصوله، و من بينها تتبع وإشراف جهاز مؤسسة التنفيذ التي سبق وأن تكلمنا عنها حيث تتم المراقبة من طرف القاضي المنتدب كونه مشرفا على حسن سير المسطرة منذ افتتاحها إلى غاية قفلها، إضافة إلى ضرورة إبراز غاية المشرع من هذه المساطر ألا وهي الحفاظ على موجودات الشركة ضمانا لحقوق الدائنين وحماية لمصلحة المدين سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، وخلاصة القول يتضح لنا أن علاقة رئيس المحكمة أو من ينوب عنه في متابعة إجراءات التنفيذ تختلف تماما عن ما أقره المشرع في الكتاب الخامس من مدونة التجارة، وللإشارة فإن الحديث بتفصيل عن هذه التقنيات التي تباشرها هذه الأجهزة سوف نتطرق إليها عند تحليلنا لأهم المراحل التي يمر منها بيع العقار المحجوز بالمزاد العلني.

المبحث الثاني: قراءة تقنية لإجراءات الحجز والبيع الجبري على عقار محفظ من خلال القانون المغربي

يجب على المكلف بإجراءات التنفيذ قبل البدء في مسطرة التنفيذ أن ينظر إلى الطلب المقدم إليه ويتأكد من نوعه، هل المطلوب منه حجز عقاريا بناء على

¹ - الكتاب الخامس من مدونة التجارة
² - المادة 637 من مدونة التجارة في فقرتها الأولى: "تعين المحكمة في حكم فتح المسطرة القاضي المنتدب والسنديك".

سند تنفيذي، أو إنذار عقاري مبني على رهن رسمي، وما إذا كان العقار محفظاً أو غير محفظ انطلاقاً من شهادة الملكية المدلى بها، وأخيراً ما إذا كان العقار ملكاً مشاعاً أم لا، لأن هذا الإجراء رغم أنه سبق وأن أشرنا سلفاً إلى حيثياته، فالقصد من إعادته يدخل في ضرورة حرص المكلف بالتنفيذ على ضبط وتوثيق كل مرحلة على حدة لأن ذلك يدخل في اختصاصات كتابة الضبط.

وعملاً بمقتضيات قانون المسطرة المدنية وبالضبط في الشق المتعلق بالحجز على العقارات، ونظراً لكون هذه المساطر تحظى بالأهمية القصوى من قبل الممارسين وكذا أصحاب الحقوق علاوة على المدينين ووعياً منا بواقع المسطرتين اللتان سبق ذكرهما، فإننا سنحاول الحديث بشكل موجز عن طلب التنفيذ بناء على تحويل إنذار عقاري إلى حجز عقاري، دون التطرق إلى تحويل حجز تحفظي إلى حجز تنفيذي على عقار، حيث يختلفان في بداية المسطرة على مستوى تبليغ السند للمدين، أما باقي الإجراءات فهي منظمة بنفس الفصول، وقبل الحديث عن المسطرة انطلاقاً من المراحل الممهدة لإعداد ملف البيع القضائي (المطلب الأول)، وكذا تاريخ بيع العقار بالمزاد العلني والآثار المترتبة عنه (المطلب الثاني)، سنطل بظننا على الإجراء الذي كان يعهد سابقاً للمكلف بالتنفيذ والمتعلق بتحويل الإنذار العقاري إلى حجز العقاري قبل دخول ق رقم 08-39 حيز التطبيق وفق الآتي :

~ تحويل إنذار عقاري إلى حجز عقاري:

بداية تجب الإشارة إلى أن طلب تبليغ إنذار عقاري إلى المدين يقتضي هو الآخر فتح ملف التبليغ خاص به يؤدي عنه رسم قار محدد في مبلغ 20 درهماً، حيث يكلف المفوض القضائي بالسهر على تبليغ وفق الإجراءات التالية:

~ تبليغ الإنذار العقاري إلى المدين: يبلغ هذا الأخير بالإنذار مرفقاً بصورة من شهادة التقييد الخاصة وكذا بصورة من عقد الرهن المسجل وذلك

عن طريق المفوض القضائي أو المكلف بالتبليغ حيث يبلغ شخصيا أو في موطنه أو محل عمله أو في أي مكان آخر يوجد فيه... (الفصل 37 من ق م م)، والغاية من توجيه الإنذار العقاري إليه هو إعطاء الفرصة ليؤدي ما عليه داخل أجل 20 يوما، وإذا تعذر التبليغ إلى المدين لعدم العثور عليه تطبق في حقه مقتضيات الفصل 39 من ق م م، كما يمكن أن يعين في حقه قيم إذا كان محل إقامته غير معروف.¹

~ تبليغ الإنذار العقاري إلى المحافظ على الأملاك العقارية: يوجه هذا التبليغ إلى المحافظ على الأملاك العقارية وذلك قصد تسجيله في السجل العقاري لأن هذا الإجراء يكرس مبدأ الضمانة الممنوحة لفائدة الدائن في استحقاق دينه.

~ تحويل الإنذار العقاري إلى حجز عقاري: مباشرة بعد تبليغ المدين والمحافظ على الأملاك العقارية بنص الإنذار العقاري، وعدم وفاء المدين بأداء الدين في حدود الأجل المذكور وهو 20 يوما، وبعد التأكد من رجوع شهادتي التسليم وصحة التبليغ من الناحية القانونية مخافة من تعرض هذه الوثيقة لأي تزوير أو تغيير في المعطيات التي حررها المكلف بالتبليغ، لأن أي تصرف مخالف للمقتضيات المنصوص عليها قانونا حول بيانات التبليغ قد تعرض المسطر ككل إلى البطلان.

المطلب الأول: المراحل الممهدة لإعداد ملف البيع القضائي

تعد دراسة المراحل الممهدة للحجز العقاري من الأهمية بمكان، كونها أولا تخضع لنظام قانوني جد معقد وبطيء، ثانيا إلى تعدد الإجراءات المزمع القيام بها من قبل مأمور الإجراءات، هذه الأخيرة حددتها فصول قانون المسطرة المدنية وكذا قانون الحقوق العينية سأحاول التطرق إليها بشكل عملي وممنهج:

¹ - القواعد الموضوعية والشكلية في مساطر المنازعات العقارية، مرجع سابق، الصفحة 283.

الفقرة الأولى: الأسس القانونية والعملية لإعداد محضر واقعة الحجز

~ مرحلة حجز العقار: باعتبارها أول مرحلة في المسطرة، ونظرا لأهميتها فإن المشرع المغربي في الفصل 470 من ق م م حاول تأطير مأمور الإجراء بمجموعة من البيانات التي يجب أن يعاينها انطلاقا من وقوفه على العقار، وتضمينه كل ذلك في محضر الحجز، هذا الأخير الذي يفرغ في نموذج معد من قبل وزارة العدل (نموذج رقم 1998/32055)، حيث إن الغاية من ذلك هو ضرورة ملئ جميع الخانات الفارغة حيث إذا ما تم نسيانها أو تجاهلها سوف تعرض إجراءات التنفيذ للبطلان، فباستقراءنا لمقتضيات الفصل 470 من ق م م في فقرته الأولى، سنجد المشرع أوجب تحديد بعض العناصر الضرورية، سنحاول إعطاء مدلول كل واقعة بشكل مختصر كما يلي:

- تاريخ تبليغ الحكم: شرط أساسي يفيد عدم التزام المدين بأداء ما بذمته في مواجهة الدائن.

- حضور أو غيبة المحجوز عليه في عمليات الحجز: تقتضي الوجوب لأن الأمر قد يسهل على مأمور التنفيذ في التعرف على مشتملات العقار وتوابعه في وقت وجيز جدا، وكذا سيساعده على تضمين معطيات يقينية ليست مبنية على فرضيات ربما قد تنعكس على المتزايد الذي سيقبل عرضه وبالتالي يصبح راسي عليه المزداد، كما أن هذه الواقعة هي ضمانته للمدين كونه سيعمل جاهدا على التخلص من هذا العار الذي أحل به.

- موقع العقار: كما هو معلوم أن العقار في إطار البيع الرضائي له ارتباط بالحيط المتواجد به، فبالأحرى عندما تكون البيوعات بالمزاد العلني لها طابع خاص ربما يجعل الأشخاص تقتني الأشياء ليس بالثمن البخس وإنما بثمان أقل من السوق.

- رسم الحدود بأكثر دقة: حتى يتأكد المشتري من الحدود المرسومة له في العقار المبيع.

- تضمين الحقوق المرتبطة به والتكاليف التي يتحملها إن أمكنت معرفتها وعقود الكراء المبرمة في شأنه: وتهتم الحقوق العينية المرتبطة بالعقار المبيع، وبالنسبة للتكاليف أي حقوق الارتفاق كحق المجرى وحق المسيل، وأخيرا عقود الكراء حيث يندرج ضمن ذلك الإشارة إلى وجود أصل تجاري بالعقار من علمه.¹

- حالة العقار موضوع الحجز تجاه المحافظة على الأملاك العقارية عند الاقتضاء: يفترض من كل دائن الإدلاء بشهادة الملكية المتعلقة بالعقار موضوع البيع، حتى يتمكن أولا مأمور التنفيذ من تضمين دفتر التحملات بمعطيات صحيحة ومسجلة وكذا تعطى الفرصة للأغيار لمعرفة جميع التقييدات المسجلة بالرسم العقاري.

فانتقال المكلف بالتنفيذ إلى عين المكان يبقى مشروطا بمعرفة المعطيات التي سبق تحديدها، وتضمينها في وثائق ستأتي دراستها فيما بعد، إلا أنه هناك بعد المساطر الخاصة المتعلقة بالحجز والبيع العقاري التي لا ينجز فيها محضر الحجز، وإنما يتم تبليغ الإنذار عن طريق الإشهار في إحدى الجرائد الوطنية، كما نص عليه الفصل 61² من مرسوم 17 دجنبر 1968 وبالتالي يصبح الإشهار المذكور بمثابة حجز على عقار.

¹ - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق ص 233.

² - نص الفصل 61 من المرسوم الملكي بمثابة قانون الصادر بتاريخ 1968: " تقوم مؤسسة القرض المقبولة للتمكن من بيع العقار المرهون بتوجيه إنذار إلى المدين بواسطة مكتب التبليغات بالمحكمة المختصة.

وتبلغ كتابة الضبط هذا الإنذار الموضوع طبقا للفصل 205 من الظهير الشريف الصادر في 19 رجب 1333 (2 يونيو 1915) بتحديد التشريع المطبق على العقارات المحفوظة وذلك قصد تقييده في السجل العقاري بمكتب المحافظة على الأملاك العقارية الواقعة للأملاك في دائرتها، ويعتبر الإنذار المذكور وحده بمثابة حجز عقاري خلافا للقواعد المتعلقة بالتفويض في الاختصاص بميدان الحجز العقاري. وفي حالة عدم الأداء بعد مرور خمسة عشر يوما، فإن الإنذار المذكور ينشر ست مرات طيلة الستة أسابيع الموالية لتقييده في إحدى جرائد الإعلانات القانونية الصادرة بالدائرة الواقعة فيها الأملاك، ويعلق الإعلان عنه مرتين تفصل بينهما مدة خمسة عشر يوما.

وبالمقابل نجد المشرع المغربي في إطار تحديث منظومته القانونية واهتمامه بالشأن العقاري والحقوق العينية بصفة عامة، اتخذ منحى غير الذي اتبعه في قانون المسطرة المدنية بشأن إعداد محضر حجز العقار، فوفقا لمقتضيات القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية¹، التي تنص في قسمها الثالث المتعلق ب: "في الحجز والبيع الجبري للعقارات" المواد من 214 إلى 221، نجد هناك إجراءات إذا ما تم استقرائها يلاحظ أن المشرع حاول تقليص مدة هذا النوع من التنفيذ خلافا لما كان يتسم به من بطء وتعقيد - نشير إلى أن المشرع استعمل في القانون رقم 08-39 مصطلح مكلف بالتنفيذ عوض عون التنفيذ الذي تضمنته فصول قانون المسطرة المدنية، وهذا إن دل إنما يدل على حرص المشرع على تتبع التعديلات والتغييرات التي تطرأ على مختلف القوانين، من بينها النظام الأساسي المتعلق بهيئة كتابة الضبط.²

وارتباطا بواقعة إعداد محضر الحجز، فإن المادة 216 في فقرتها الثانية أشار المشرع من خلالها إلى ما يلي: "...يعتبر الإنذار المذكور بمثابة حجز عقاري وينتج نفس آثاره".

باستقرائنا لهذه الفقرة يتضح أن المشرع حاول تبسيط إجراءات التنفيذ الجبري المتعلق ببيع العقارات، وأعطى للدائن الحاصل على شهادة التقييد

وبيأشر هذا الإعلان في قاعة المحكمة التابع لها المكان الذي يجب أن يقع فيه البيع وفي الملك إذا كان الأمر يتعلق بعقار مبنى.

ويبلغ الإعلان الأول في ظرف ثمانية أيام إلى المدين والدائنين المقيدين بالمكان المعين للمخابرة معهم في الدائرة الموجودة فيها العقارات مع إنذارهم بالاطلاع على كناش التحملات. وبعد مرور خمسة عشر يوما على استكمال هذه الإجراءات، يباشر البيع بالمزاد بمحضر المدين أو بعد استدعائه قانونيا أمام المحكمة الواقعة بدانترتها الأملاك كلها أو جلها. غير أنه يمكن للمحكمة بناء على طلب تقدمه مؤسسة القرض المقبولة قبل النشر الأول أن تأمر بإجراء البيع إما في محكمة أخرى أو لدى موثق تابع للإقليم الموجودة فيه الأملاك. ويكون هذا الحكم غير قابل للاستئناف. ولا يمكن أن يقع التعرض على ذلك إلا في ظرف الثلاثة أيام الموالية للتبليغ الذي يجب أن يوجه إلى المدين بإضافة أجل وصوله إليه".

¹ - 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

² - مرسوم رقم 11-473-2 صادر في 15 شوال 1432 (14 سبتمبر 2011) بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة كتابة الضبط.

الخاصة بتقييد الرهن لفائدته والمسلمة له من طرف المحافظ على الأملاك العقارية الحق في طلب بيع العقار المرهون بالمزاد العلني عند عدم وفاء المدين بدينه في الأجل المحدد، حيث تكتسي الشهادة الخاصة قوة سند قابل للتنفيذ¹، وبناء على تقديم طلب التنفيذ إلى كتابة الضبط يعمد المكلف بالتنفيذ إلى توجيه إنذار² إلى كل من المنفذ عليه أي مالك العقار³ والحائز لأداء الدين أو التخلي عن العقار موضوع البيع داخل أجل 15 يوما من تاريخ التوصل⁴، كما يبلغ هذا الإنذار إلى المحافظ على الأملاك العقارية بالدائرة التي يتواجد بها العقار حفاظا على حقوق الدائن المرتهن.

الفقرة الثانية: الجوانب التقنية المعلة للبيع الجبري للعقار

~ مرحلة تعيين خبير: يمكن تسمية هذه المرحلة بالتقنية، حيث يباشر من خلالها أحد الأشخاص اللذين لهم مؤهلات في ميدان المعاينات العقارية الكفاءة والدراية الكافية في معرفة اقتصاد السوق العقاري ومدى التحولات الطارئة عليه، فقد نظم المشرع إطارهم العملي بقانون رقم 00-45⁵، وأعطى الحق للمكلف بإجراءات التنفيذ تقديم طلب إلى السيد رئيس المحكمة أو قاضي التنفيذ حسب التجربة العملية، هذا الأخير يصدر أمره بتعيين أحد الخبراء مع تحديد المهام التي سوف يقوم بها والمتمثلة أساسا في البيانات التي سبق الحديث عنها بخصوص العقار المبيع، إضافة إلى إلزامه بتعيين الثمن الافتتاحي الذي ستنتقل منه المزايدة وفي بعض الأحيان يطلب من الخبير

¹ - المادة 214 من ق رقم 08-39.

² - يتضمن الإنذار المعد من طرف المكلف بالتنفيذ : "اسم المالك المقيد واسم الملك المرهون وموقعه ومساحته ومشمولاته ورقم رسمه العقاري"، هذا ما نصت عليه المادة 216 في فقرتها الأولى.

³ - نصت المادة 219 من القانون المذكور على مايلي: "بالإضافة إلى الإخطار المنصوص عليه في الفصل 473 من قانون المسطرة المدنية فإن المكلف بالتنفيذ يوجه إلى المحجوز عليه وشركائه وإلى جميع أصحاب الحقوق العينية الواردة على الملك إنذارا للإطلاع على دفتر التحملات والشروط وذلك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ إيداع هذا الدفتر".

⁴ - المادة 215 من ق رقم 08-39.

⁵ - قانون متعلق بالخبراء القضائيين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-01-126 المؤرخ ب 29 من ربيع الأول 1422 الموافق ل 22 يونيو 2001 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4918 وتاريخ 2001/07/19.

كذلك تحديد الثمن الحقيقي للعقار، على اعتبار أن الثمن الأول هو مجرد اقتراح من الخبير يتضمن مبلغاً أقل من قيمة العقار الحقيقية المغزى منه هو تشجيع المتزايدين على الحضور للمزايدة، كما تتضمن المأمورية مبلغ الأتعاب المستحقة للخبير حيث تبقى السلطة التقديرية للقضاء في تحديدها، بعد إنجاز ما تمت الإشارة إليه، يقوم المكلف بالتنفيذ بتبليغ تلك المأمورية للدائن قصد إيداع أتعاب الخبير بصندوق المحكمة، على أن يوجهها بعد إيداع تلك المصاريف إلى الخبير قصد القيام بالمطلوب.

~ مرحلة إعداد دفتر التحملات: يعتبر دفتر التحملات مرجعاً قانونياً لشروط البيع بالمزاد العلني يطلع عليه العموم قبل إجراء السمسرة، حيث نظمه الفصل 474 من ق م ق م¹، وقد أفردت له وزارة العدل نموذجاً خاصاً (98/32057) يتضمن 14 فصلاً نذكر من بينهم على سبيل المثال:

- أسماء الأطراف وتاريخ تبليغهم، نوع السند التنفيذي
- موقع العقار المحجوز، صفاته، حدوده...
- الثمن المحدد لانطلاق المزاد العلني
- اعتبار محضر إرساء المزاد كسند ملكية ولا يكون له الحق في المطالبة بسندات التملك الأخرى.
- يصبح المشتري مالكا للمبيع بعد رسو المزاد عليه ويتسلمه على الحالة التي يوجد عليها...

- قبول ماله وما عليه من حقوق الارتفاق الظاهرة وغير الظاهرة.²

¹ - نص الفصل 474 في فقرته 1: "بمجرد ما يقع حجز العقاري أو ينصرم أجل الشهر المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 471، فإن عون التنفيذ يقوم بعد تهيئ دفتر التحملات بإجراء الإشهار القانوني على نفقة الدائن ويبين الإعلان عن المزاد تاريخ افتتاحه وإيداع محضر الحجز ووثائق الملكية بكتابة الضبط وكذلك شروط البيع.

² - كما هو معلوم أن أي عقار ممكن أن يتضمن تحملات تكتسي طابع المديونية التي تقدم ضماناً لمختلف الدائنين فهناك الامتيازات والرهن، الحجوزات، إضافة إلى التقبيدات الاحتياطية.

- لا يشرع المشتري في التصرف في البيع بعد رسو المزاد إلا ابتداء من اليوم الذي فيه أداء الثمن.

وغير ذلك من الشروط التي يستوجب على كافة المتزايدين الالتزام بها وعدم مخالفتها.

~ إشهار البيع وتلقي العروض: بعد استكمال الإجراءات السابقة الذكر يقوم المكلف بالتنفيذ بتقديم جميع الملفات الجاهزة للبيع إلى السيد قاضي التنفيذ، حيث يتم تعيين تاريخ إجراء السمسرة من قبل هذا الأخير، مع ضرورة احترام الآجال المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية والتي لا يمكن أن تقل عن شهر.

الإشهار: وتتميز مسطرة إشهار البيع بتكريس طابع الشفافية والمصادقية أمام الراغبين بالمشاركة في المزاد العلني، فوسيلة الإشهار بإحدى الجرائد الوطنية وبالضبط في الجرائد التي تحظى بشعبية كبيرة ومتضمنة لمختلف الأحداث الراهنة قد تساهم بدون تأكيد في استقطاب المتزايدين من أجل اقتناء العقار المبيع، والمشرع لم يكتفي في المادة 474 من ق م م بهذا الإجراء فقط الذي يتوقف هو الآخر على إيداع طالب التنفيذ لمصاريف الجريدة التي تقوم بعملية الإشهار، بل حدد وسائل أخرى تهم إطلاع الاغيار على فحوى البيع القضائي من بينها:

- التعليق بباب المسكن المحجوز عليه وعلى كل واحد من العقارات المحجوزة وكذا في الأسواق المجاورة لكل عقار من هذه العقارات.

- التعليق باللوحة المخصصة للإعلانات في المحكمة الابتدائية التي يوجد مقرها بمحل التنفيذ.

- التعليق بمكاتب السلطة الإدارية المحلية.

إضافة إلى ما تضمنه الفصل المذكور نجد على المستوى العملي ومن أجل استقطاب عدد كبير من المتزايدين لإثراء جلسة المزايدة والرفع من مبلغ العقار المراد تفويته، عملت المحاكم على توسيع دائرة النشر بحيث شملت حتى وسيلة الانترنت، التعليق بمختلف المحاكم التي تدخل في دائرة نفوذ المحكمة المشرفة على البيع... وغير ذلك من الوسائل المتاحة قانونا.

تلقي العروض: لقد نص الفصل 474 من م م ق م في فقرته الأخيرة على ما يلي: "يتلقى العون المكلف بالتنفيذ العروض بالشراء إلى غاية إقفال محضر المزاد ويثبتها حسب ترتيبها التاريخي في أسفل محضر الحجز".

يلاحظ من خلال الفقرة الآنفه الذكر أن المشرع لم يحدد بداية تاريخ تلقي العروض بل حدد أجلا لنهاية قبولها وهو إقفال محضر المزاد¹، علاوة على ذلك لم يحدد شكل وطريقة تقديم تلك العروض هل كتابة أم شفويا؟، للجواب عن هذا التساؤل يستلزم الأمر تقديم العرض كتابة لغرض أساسي أولا وهو معرفة هوية صاحب العرض بما في ذلك اسمه، رقم هاتفه، وعنوانه إضافة إلى المبلغ المقترح للمزايدة، وحتى لا يتعارض مع صريح الفقرة الأخيرة من الفصل 476 من م م ق م التي تنص على: "يستدعى في الأيام العشرة الأخيرة من نفس المدة لنفس التاريخ المحجوز عليه والمتزايدين الذين قدموا عروضهم طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 474"، لكن ما تشهده الساحة العملية في كثير من المحاكم أن جل المتزايدين لا يحضرون إلا عند تاريخ إجراء السمسة وبالتالي قلما تقدم عروض ويتم استدعاء أصحابها وفق ما ذكر أعلاه.

¹ - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق، ص 287.

المطلب الثاني: تاريخ إجراء سمسرة بيع العقار المحجوز

والآثار المترتبة عنه

من المؤكد أن المكلف بالتنفيذ عند وصوله إلى تاريخ إجراء السمسرة يكون قد قطع أشواطاً جد مهمة في التحضير لاستقبال المتزايدين أصحاب العروض المقدمة وفق ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 474 أو عند حضورهم وقت وساعة المزايدة، فأهمية هذه المرحلة لها وقع في غاية من الأهمية إذ على إثرها يتم معرفة حصيلة الملفات المنفذة في هذا الاختصاص، ولكي نقرب تلك الأهمية على مستوى التحليل سنعمد بشكل وجيز للحديث عن إجراءات سمسرة بيع العقار المحجوز (الفقرة الأولى)، على أن نتطرق إلى أهم الآثار الناتجة عن هذه الأخيرة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ساعة وتاريخ إجراء سمسرة بيع العقار المحجوز

لقد حدد المشرع إجراءات السمسرة في الفصول من 476 إلى 479 من ق م م، وعلى أساسها يتطلب من المكلف بالتنفيذ أن يتبع مقتضياتها علاوة على إشعار مؤسسة التنفيذ في شخص القاضي المعين للتتبع والإشراف على كل المراحل السابقة الذكر، فالحماية التي أولاها المشرع للمنفذ عليه تمتد إلى غاية تاريخ إجراء البيع، تتجلى في ما أقره الفصل 477 من ق م م في فقرته الأولى: "إذا حل اليوم والساعة المعينان لإجراء السمسرة ولم يؤد المنفذ عليه ما بذمته..."، فرغم قيام المكلف بالتنفيذ بجملة من الإجراءات المذكورة إلا أنه ونظراً لقيمة الحقوق المملوكة للمدين المنصبة على ذلك العقار أو العقارات المباعة تبقى له الأحقية في مباشرة أداة ما بذمته ولو لآخر فرصة كما سبقت الإشارة إليها.

وتقع السمسرة في كتابة الضبط أو في قاعة معدة لذلك تتواجد بالحكمة، يحضر لها المتزايدون والمدين الراهن الذي سبق وأن أشعر بتاريخ البيع القضائي، والمقصود بالإشعار ليس فقط التبليغ بيوم السمسرة بل من المفروض الاعتداد

بكل المراحل التي أشار إليها المشرع والتي تدخل في إطار إعلام المدين، منها محضر الحجز وفق ما أشارت إليه فصول قانون المسطرة المدنية، و تبليغه بالإندار حسب ما نص إليه قانون الحقوق العينية رقم 08-39، علاوة على تعليق إعلان البيع بمحل العقار المبيع، إذن نستشف أن كل هذه المساطر إذا ما أضفنا إليها مسطرة التبليغ المتعلقة بتاريخ إجراء السمسرة سوف تكون هناك لا محالة ملاحظة وتسويق في مختلف الإجراءات بدون قصد بل مستملة بشكل غير مباشر من فصول والمواد المنظمة لهذه الإجراءات، كما تجدر الإشارة إلى أن تعديل قانون المسطرة المدنية في الفصول المتعلقة بالتبليغ قد أحدثت مجموعة من الإشكاليات، حيث صدرت بشأنها مجموعة من الأحكام والقرارات التي أقرت إبطال إجراءات التنفيذ لعدم تبليغ المنفذ عليه بتاريخ السمسرة.¹

على هذا الأساس تنطلق السمسرة في التاريخ والساعة المحددين من قبل قاضي التنفيذ، ويتم إخبار المكلف بالتنفيذ جميع الحاضرين بمشتملات المبيع، حسب ما تضمنه دفتر التحملات من حقوق والتزامات مفروضة على الجانبين أي المدين والمترائدين وفق ما نص عليه الفصل 477 من ق م م في فقرته الأولى، ويلاحظ ما إذا كانت هناك عروض في أظرفة مختومة يبقى على المكلف بالتنفيذ تسطير جميع ما جاء فيها في محضره أي محضر المزايدة، الذي بعد تلاوته

¹ - في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس تحت عدد 707 وتاريخ 18-05-2010 قضي: "بالغاء الحكم المستأنف القاضي بالرفض والحكم من جديد بإبطال إجراءات البيع وكذا محضر إرساء المزاد المنجز في 19-08-2008 والمتعلقة بجلسة المزاد المنعقدة بتاريخ 07-08-08 في ملف التنفيذ عدد 299/6/2007 وأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية بفاس بالتشطيب على البيع المقيد لفائدة الراسي عليه المزاد والحكم تبعا لذلك بإعادة إجراءات البيع..."، من خلال قراءة وقائع القرار ودفوعات الأطراف إضافة إلى حيثياته نجد أن واقعة تبليغ المنفذ عليه بتاريخ جلسة السمسرة واجب قانوني، فرغم أن هذه الوسيلة قد تجعل ملف التنفيذ بطيء في تحقيق النتيجة المرجوة من خلاله إلا أن الاتجاه القضائي حاول تكريس مبدأ المساواة والشفافية بين الدائن والمدين ضمانا لحماية هذا الأخير انطلاقا من الحيثية التالية: "حيث تبين حقا من نص الفصل 476 من ق م م المحتج به أن إعلام المنفذ عليه بالمزاد العلني يعتبر إجراء لازم وجوهري وأن هذا الإعلام ينبغي أن يتم ضمن الشروط المنصوص عليها في الفصل 469 من نفس القانون..."، علاوة أن وقائع القرار تفيد أن المنفذ عليه بلغ في مكان عقاره المتواجد بمدينة فاس وليس في موطنه: "وإنما تم توجيه جميع الإجراءات المتعلقة بالبيع بالمزاد العلني إلى العقار موضوع البيع الكائن بمدينة فاس، والحال أن موطن الطاعن يوجد برقم 6 زقة القاضي أحمد حي السويسي الرباط وذلك حسب ما هو ثابت من خلال الإندار العقاري و...".

يتبين للحاضرين أعلى عرض تم تقديمه، على إثره تفتتح المزايمة و يبدي كل واحد رغبته في تقديم عرض أعلى من أجل اقتناء العقار موضوع البيع أو العقارات¹، إلى أن يتم الإعلان عن نهاية المزاد مباشرة بعد إطفاء ثلاث شمعات مدة كل منها دقيقة واحدة تقريبا يتم إشعالها على التوالي ويجرر محضر بإرساء المزايمة، هذا حسب نص الفقرة من الفصل 477.

وتجدر الإشارة إلى أن تاريخ السمسرة لا يمكن تغييره إلا بأمر من رئيس المحكمة الذي يقع التنفيذ بدائره لسبب خطير ومبرر، أو لعدم حضور أي متزايد، ففي هذه الحالة يتم إشعار قاض متابعة إجراءات التنفيذ بموجب محضر يعده المكلف بالإجراءات على إثره يعين البيع لتاريخ لاحق بنفس الطريقة ووفق نفس الكيفية المستدل بها سابقا.

في حديثنا عن مؤسسة التنفيذ سابقا حاولنا الإشارة إلى أهمية هذه الجهة ومدى فعاليتها على مستوى تحقيق مساعي الوزارة الوصية، بمعنى أن مساهمة قاض التنفيذ ليست بالعبث بل تحاول إنقاذ ما يمكن إنقاذه بطريقة قانونية صرفة، كما تستوجب على ممثل هذه المهمة أن يكون له علم بمسار تطور العقارات في السوق الاقتصادية، وملامسة الجوانب الاجتماعية التي يتخط فيها المدينون المالكون لهذه العقارات، فسد ما تمت الإشارة إليه هو القرار الذي يخلص إليه قاض التنفيذ في قبول أو رفض المبلغ المقترح من طرف المتزايد من أجل اقتناء العقار، فالواقع العملي لا يعتبر مقدم أعلى عرض راسيا عليه المزاد إلا بعد موافقة قاض التنفيذ، حيث آنذاك تحتسب العشرة أيام المذكورة في الفصل 479 من ق م م والتي تعطي الحق لكل من رغب في الزيادة بالسدس التقدم بعرض كتابي يوضح من خلاله رغبته في اقتناء المبيع، مع تحديد مبلغ

¹ - حالة تعدد عقارات المدين فإن المشرع لم يجز بيعها دفعة واحدة أو الواحدة تلو الأخرى إلا بناء على أمر رئيس المحكمة وهذا ما نصت عليه المادة 217 من ق 08-39 على ما يلي: "في حالة رهن عدة أملاك لضمان أداء دين واحد فإن بيع كل واحد منها يتم بناء على إذن من رئيس المحكمة المختصة الواقع في دائرة نفوذها الملك".

السدس بشكل واضح يعني أن يتعهد ببقائه متزايدا بثمن المزداد الأول مضافا إليه الزيادة، و بعد إبداء رغبته في ذلك تقع سمسرة نهائية يعلن عنها وفق الإجراءات الأولية للبيع¹.

كما تجدر الإشارة كذلك إلى أن إجراءات الحجز والبيع للعقار أو العقارات المملوكة للأشخاص الذاتية أو المعنوية المفتوحة في حقها المسطرة لا تختلف عن سابقتها التي يكلف بإعدادها المكلف بالتنفيذ ويشرف عنها قاض التنفيذ إلا في طريقة تعيين تاريخ السمسرة، حيث تتميز هذه المسطرة بتعيين كل من القاضي المنتدب الذي يشرف على مسطرة التسوية أو التصفية القضائية وكذا السنديك الموكل له الاختصاص بمقتضى مواد الكتاب الخامس من مدونة التجارة بحكم صادر عن غرفة المشورة، وارتباطا بعملية السمسرة، تعقد جلسة رسمية يعلن عنها القاضي المنتدب بحضور كاتب الضبط، والسنديك بعد استدعاء طبعاً جميع المتزايدين الذين تقلموا بعروضهم وفق فصول قانون المسطرة المدنية، وبموجب تلك الجلسة وبعد الإعلان عن إرساء المزداد على صاحب أعلى عرض يتم استصدار أمر قضائي باسم جلالة الملك وطبقاً للقانون، يمكن لأحد الأطراف التي لها المصلحة استعمال وسائل الطعن الممنوحة قانوناً في حالة ما إذا شابته الإجراءات السابقة أحد العيوب، فلخصائص التي ميز بها المشرع هذا النوع من المساطر والتي تسمى بالمساطر الجماعية لا تعني لنا رجحان هذا الأخير لكافة دون الأخرى بقدر ما حاول حسب رأيي الشخصي حماية تلك المقاولات التي تقدم رئيسها أي مسيرها القانوني بطلب فتح المعالجة إما بتسوية وضعيته أو بتصفيته تجاه كتلة الدائنين.

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة عن إجراءات البيع الجبري

يعتبر محضر المزايدة سنداً للمطالبة بالثمن وكذا سند ملكية لصالح الراسي عليه المزداد بصفة نهائية بعد أدائه الثمن التي رست فيه المزايدة

¹ - مضمون ما تمت الإشارة إليه في الفصل 479 من ق م م

والمصاريف وتسليمه محضر إرساء المزاد من أجل السهر على تسجيله بالرسم العقاري، هذا المحضر الذي يتطلب تحضيره بطريقة جد مركزة وقانونية على اعتبار أنه يحظى بمثابة العقد الرسمي للبيع¹ وينتج آثار قانونية جد هامة في حالة الإخلال بأحد المقتضيات المتضمنة له، قد يفضي الأمر إلى بطلان البيع، على أساسه سنحاول إبراز البيانات المتضمنة له وفق الآتي:

- اسم المكلف بالتنفيذ الذي قام بالسهر على سير إجراءات السمسرة.
- اسم طالب التنفيذ ومحاميه إن وجد.
- الإشارة إلى السند التنفيذي، مضمونه، تاريخ إنشائه.
- الإشارة إلى أسماء المتزايدين مرتبين حسب التسلسل التاريخي لتقديم العروض مع الإشارة إلى بطاقة تعريفهم.
- مشتملات المبيع وأعني العقار، لأنه بمجرد إيداع هذا الأخير سواء في إدارة التسجيل أو المحافظة العقارية، سوف تحدد مصاريف التسجيل انطلاقاً من الوضعية التي هي عليها العقار أو العقارات.
- الثمن الذي رست عليه السمسرة مع تحديد اسم الراسي عليه المزاد ورقم بطاقته الوطنية.
- وأخيراً توقيع المحضر من قبل المكلف بالتنفيذ والراسي عليه المزاد.

وفي إطار انتقال ملكية العقار المبيع إلى الراسي عليه المزاد بعد إيداع ثمن البيع وتسليمه محضر إرساء المزاد النهائي، فإنه من بين الآثار التي تنتج كما سبق القول هو مآل سند الملكية هذه الأخيرة تفضي إلى طرح مجموعة من الأسئلة التي ترتبط بهذا الحق، هل يعتبر هذا السند ناقل للملكية من تاريخ تسليم محضر إرساء المزاد؟ أم من تاريخ تسجيله لدى المحافظة العقارية وفق ما ينص عليه الفصل 212 من ظهير 2 يونيو 1915²، الأجوبة قد تختلف على

¹ - يختلف الأمر حول عقود البيع الرضائية والجبرية
² - عبد العلي حفيظ، مرجع سابق ص 332.

أساس أن جل القوانين المنظمة لم تحدد بشكل تلقائي وصريح حدود هذا المقتضى، فالفصل 211 من ظهير 2 يونيو 2015 حاول حصر آثار تسجيل محضر إرساء المزداد فقط على تطهير العقار من الرهون والامتيازات دون الإشارة إلى نقل الملكية، خلافا لما أكدته المادة 220 من ق 08-39 المتعلق بالحقوق العينية¹، التي تفيد أن انتقال الملكية لا تتحقق إلا بتسجيل الراسي عليه المزداد المحضر بالمحافظة العقارية، علاوة على أن مثل هذه البيوعات تجبر المحافظ بالتشطيب على جميع الرهون والتقييدات المسجلة بالرسم العقاري عدا المتعلقة بالتقييد الاحتياطي²، وفي إطار سلسلة الاجتهادات القضائية الصادرة عن محاكم المملكة نسود اجتهادا على سبيل الإستئناس، تأكيدا لما سبقت الإشارة إليه حول أحقية تشطيب المحافظ على الأملاك العقارية على جميع الإمتيازات والرهون عدا التقييد الاحتياطي وفق ما نص عليه الفصل 211 من ظهير 2 يونيو 1915، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 810-11-2 وتاريخ 10-03-2005 مايلى:

في الشكل: بقبول....

في الموضوع: باعتباره وإلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد بعد التصدي برفض الطلب وتحميل المستأنفة الصائر.

هذا القرار الذي عالج المقال الإستثنائي الذي تقدم به السيد المحافظ على الأملاك العقارية جراء توصله بأمر استعجالي عدد 04-710 وتاريخ 09-29-

¹ - المادة 220 : " لا تسلم كتابة ضبط المحكمة محضر إرساء المزايدة إلا بعد أداء الثمن المستحق أو إيداعه بصندوق المحكمة إيداعا صحيحا لفائدة من له الحق فيه.

يترتب على تقييد محضر إرساء المزايدة بالرسم العقاري انتقال الملك إلى من رسا عليه المزداد وتطهيره من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين حق إلا على الثمن".

² - يقصد بالتقييد الإحتياطي هو ذلك التقييد العقاري المؤقت الذي يرمي إلى ضمان المحافظ على مركز قانوني متعلق بحق عيني على عقار محفظ، في انتظار تمكن المستفيد منه من التقييد النهائي أو انقضائه بأحد الأسباب المحددة قانونا.

04 في الملف رقم 04-610: "...التشطيب على التقييد الإحتياطي المسجل بالرسم العقاري عدد..."

فإمكانية التشطيب على التقييد الإحتياطي لها مبرراتها ومساطرها ولا تدخل في عداد الامتيازات والرهنون المقيدة بالرسم العقاري لهذه الأخيرة التي يتم التشطيب عليها في إطار البيوعات الجبرية التي تشرف عليها المحاكم، فقد جاء في إحدى حيثيات القرار المذكور ما يلي: "وحيث إن الفصل 211 من ظهير 1915/6/2 جعل التطهير ينصب على الامتيازات والرهنون أي الحقوق الشخصية ولا يطل التقييدات الاحتياطية المسجلة بناء على دعاوى متعلقة بالعقار المبيع والتي قد تنتج حقوقاً لأصحاب التقييد الاحتياطي على هذا العقار ذلك أن التقييد الإحتياطي هو ضمان لحق عيني عقاري بناء على دعوى عقارية ولا يتأتى رفعه إلا بعد معرفة مآل الدعوى".

إذن كخلاصة للإجراءات المتعلقة بقبول عرض المتزايد واستحقاقه للعقار موضوع البيع وإيداع الثمن الذي رسا عليه المزداد إضافة إلى نسبة 3% من مبلغ البيع مقابل الضريبة والمصاريف القضائية، طبعاً بعد موافقة قاضي التنفيذ، فإن المشتري تنتهي مهمته، وتقوم الأجهزة المكلفة بتوزيع منتج البيع على الدائن (طالب التنفيذ) والمتعرضين إن وجدوا (الدائنين)، على أسس أنه في حالة عدم كفاية المبلغ فإن المسطرة تخضع إلى التوزيع بالمحاصة، وخلال هذه المرحلة يحتكم القاضي إلى جملة من الفصول والمواد القانونية تساعده على توزيع المبالغ وفق صاحب الحق بالامتياز.

خاتمة

يتضح جلياً من خلال ما تم عرضه على مستوى جميع المراحل أن هناك اهتمام من قبل المشرع المغربي لمثل هذه الإجراءات والمساطر المتبعة، حيث نجد سند ذلك من خلال الترسنة القانونية والمتمثلة في قانون المسطرة المدنية، قانون

التحفيظ العقاري، ثم قانون الحقوق العينية...الخ، وفي معرض حديثنا عن تلك الإجراءات نلاحظ أن كثرتها أدت إلى مزيد من التعقيد والبطء، - تجب الإشارة إلى أنه من الصعب الحديث عن كل المراحل بتفصيل الشيء الذي سعت من ورائه تحديد أهم المحاور فتجاوزي للبعض منها ليس نقصانا من قيمتها بقدر تأكيدي على غاية المشرع من سن كل هذه الإجراءات -، مادام أن العقار له أهمية قصوى في المجال الاقتصادي لأي بلد وبالتالي تستوجب حماية مالكيه من تعسف أو سوء تصرف من أي جهة كانت، لكن مع العلم أن الحماية القانونية المقننة من طرف المشرع جاءت مستفيضة في فصولها وموادها وماطرة لكل المراحل، إلا أنه قد تتخللها إشكاليات علة سواء على المستوى القانوني المذكور أو على المستوى الواقعي الملموس، الشيء الذي يستدعي تضافر الجهود وخلق تعديلات ربما تبتلى في شكل توصيات لتحقيق الهدف المنشود، هذا ما أكدته فعلا معظم الندوات المحلية، الجهوية والوطنية التي أعدت في إطار اجتماع هيئة الحوار الوطني لإصلاح منظومة العدالة والتي أرى من وجهة شخصية أنها اعتمدت على جوانب نظرية وأخرى تقنية ليس انطلاقا من المشاركة الفعالة للأجهزة المباشرة لمثل هذه المساطر بل مجرد إحصائيات ودراسات عامة .

إذن كاستنتاج لهذا النموذج من المساطر التي تعتمزم المحاكم من ورائه تحقيق النتائج المرجوة والتي تسعى إليها الوزارة الوصية، لابد من وضع إطار قانوني خاص أكثر دقة يعتمد على محورين أساسيين:

- الأول: إبراز دور الأجهزة المساهمة في جميع المراحل التي تشهدها عملية الحجز والبيع الجبري للعقارات المحفظة.

- الثاني: وضع إطار أكثر شمولية يتضمن الإحاطة بمجموع الثغرات التي تعترى تلك المساطر على المستوى القانوني.

والله ولي التوفيق

المركز القانوني للغير بين ثبوت تاريخ العقد وتقييده

عادل الغنوبي

دكتور في القانون الخاص

إطار بوزارة الداخلية

تقديم:

يختلف مركز الغير في ظل آثار العقد عن مركزه بالنسبة لعدم نفاذه، فالفقه التقليدي الفرنسي يميز بين "الغير" بالنسبة لأثر العقد والغير فيما يتعلق بعدم نفاذه، وهناك من خالف هذا الاتجاه وذهب إلى القول بأن الغير لا يختلف مركزه سواء تعلق الأمر بعدم نفاذ العقد أم بآثره، إذ تتم حماية الغير في الوضعين معا⁽¹⁾.

فوفق هذا الرأي الأخير، وإذا كان الأمر كذلك، لكان للغير مفهوم واحد لا يختلف من حيث الأشخاص سواء بالنسبة لأثر العقد أم نفاذه، فالغير لا يعتبر في خانة الدائنين أو المدينين بموجب نسبية آثار العقد، وإن كان - كمبدأ عام- ينفذ العقد في حقه.

هكذا فمبدأ نسبية أثر العقد يحمي الغير من التأثير بموجب أثر العقد ولا يحميه من عدم نفاذه، والأكثر من هذا فإن العقد ينفذ بموجب حجية العقد، ولا يمكن القول إن ذلك يتعارض مع مبدأ النسبية، فالشخص الذي يعتبر من الغير بخصوص عدم نفاذ التصرف القانوني، لا يكون بحاجة للحماية في مواجهة أثر العقد عندما لا يكون المراد أن يصبح مدينا بمقتضيات التصرف القانوني⁽²⁾.

¹- Bartin (E), « De la règle, res inter alios acta, en droit romain », Th. Paris, 1885, P.186.

²- Dagot (M), « La simulation en droit privé », Thèse (imprimée), L.G.D.J, Paris, 1962, P.136.

ويختلف مفهوم الغير حسب ثبوت تاريخ العقد عن مفهومه بالنسبة لصورية العقد، فإذا كان من المتفق عليه أن الدائن العادي يعتبر غيرا بالنسبة للصورية، فإن وصفه بالنسبة لثبوت تاريخ العقد محل خلاف فيما إذا كان غيرا أم لا، وذلك لأن حكم كل حالة يختلف بالنسبة للأخرى، فالغير بخصوص الصورية يجب أن يثبت عدم صحة العقد الظاهر بما في ذلك تاريخه، أما الغير بخصوص ثبوت تاريخ العقد فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت التاريخ ولا يقع عليه عبء الإثبات⁽¹⁾.

وقد يفرض المشرع في بعض الأحيان عدة شكلية وإجراءات لتنفيذ بعض العقود، وذلك لضمان ترتيب آثارها في مواجهة أطرافها أو الغير، ولعل من أبرز هذه الشكلية المتطلب قانونا وهي المتعلقة بإثبات تاريخ العقود وإشهارها أو تقييدها.

من هنا حق لنا طرح الإشكال الآتي: ما هو المركز القانوني للغير في ظل ثبوت تاريخ العقد و تقييده؟.

وللإجابة عن هذا الإشكال، سيتم تسلط الضوء على المركز القانوني للغير عند ثبوت تاريخ العقد (الفقرة الأولى)، على أن يتم الحديث بعد ذلك عن مركز الغير حسب تقييد العقد وإشهاره (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مركز الغير و ثبوت تاريخ العقد

يعتبر العقد واقعة اجتماعية وهو حجة على المتعاقدين وعلى الغير، والمشرع المغربي تعرض لحجية تاريخ المحرر العرفي من خلال قاعدة ذات شقين: الشق الأول فيها يتعلق بتاريخ المحرر العرفي الذي يعتبر حجة بين المتعاقدين، والشق الثاني يرتبط بكون هذا التاريخ لا يعتبر حجة إزاء الغير إلا إذا كان

¹ - سليمان مرقس، " الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد الأول، الأدلة المطلقة"، مطبعة السلام، القاهرة 1991، ص 287.

ثابتاً⁽¹⁾، والغير في هذه الحالة لا يمكنه أن ينكر وجوده، ولا يجوز أن يتعامل مع أحد المتعاقدين على أساس أن العقد لا يوجد إلا بين المتعاقدين⁽²⁾.

وهذه الحجية لا تقوم إلا إذا كان للعقد تاريخ ثابت، فإن لم يتحقق ثبوت التاريخ هذا، فالعقد لا ينفذ في مواجهة الغير استثناء من مبدأ حجية العقد⁽³⁾.

ونفذ العقد يرتبط بمسألة الإثبات، ومعناها؛ إنه لا يحتج بتاريخ الورقة العرفية في مواجهة الغير إلا إذا كان ثابتاً⁽⁴⁾.

1- ينص المشرع المغربي في الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "المحررات العرفية دليل على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وخلفهم الخاص حينما يعمل كل منهم باسم مدينه.

ولا تكون دليلاً على تاريخها في مواجهة الغير إلا:

- 1- من يوم تسجيلها، سواء كان ذلك في المغرب أم في الخارج؛
- 2- من يوم إيداع الورقة بين يدي موظف عمومي؛
- 3- من يوم الوفاة أو من يوم العجز الثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقداً أو شاهداً قد توفي أو أصبح عاجزاً عن الكتابة عجزاً بدنياً؛
- 4- من يوم التأشير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مأذون له بذلك أو من طرف قاض، سواء في المغرب أو في الخارج؛
- 5- إذا كان التاريخ ناتجاً عن أدلة أخرى لها نفس القوة القاطعة؛
- 6- إذا كان التاريخ ناتجاً عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التشريع الجاري به العمل.

ويعتبر الخلف الخاص من الغير، في حكم هذا الفصل، إذا كان لا يعمل باسم مدينه."

- يراجع حول مضمون هذا الفصل:

* محمد الكشور، "بيع مريض مرض الموت"، قراءة في قرار للمجلس الأعلى، ح.ع. 3958 الصادر في 24 يونيو 1997، م.م.ع. 95/2/1/3817، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 1422-2002، ص 144 وما بعدها.

2-Aussel (J), «Essai sur la notion de tiers en droit civil français», Thèse (imprimée), Montpellier, 1953,P.229.

3- صبري حمد خاطر، "الغير عن العقد- دراسة في النظرية العامة للالتزام"، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، عمان، الطبعة 2001، ص 201.

4- وتنبغي الإشارة في هذا الصدد إلى إشكال ثبوت التاريخ بالنسبة للورقة الرسمية و المحررات العرفية، فإن تاريخ الورقة الرسمية يعتبر صحيحاً إلى أن يتم الطعن فيه بالتزوير، أما بالنسبة لتاريخ الورقة العرفية فإنه يكون حجة على موقعها، ولكنه يكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً.

- يراجع في هذا الصدد:

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات- آثار الالتزام"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة 2000. ص109.

والعلة من وراء اشتراط ثبوت تاريخ العقد، هي الحاجة إلى حماية الغير من كل تواطؤ في تقديم هذا التاريخ أو تأخيره، وهو ما جاء به المشرع المغربي في الفصل 425 من ق.إ.ع. في فقرته الأولى، والتي تقابلها المادة 395 من القانون المدني المصري التي جاء فيها ما يلي:

"لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت"⁽¹⁾.

هكذا فإن عدم ثبوت تاريخ الورقة العرفية، لا يسري على الغير الذي لا يعترف به، بل يعفى هذا الغير من المنازعة في ذلك، ومن ثم فرغم تواطؤ البائع - وهو الشريك على الشياح - مع المشتري على تأخير تاريخ حصول البيع العرفي للحصة الشائعة، على نحو يتجاوز أجل الشفعة، فله كباقي

¹ - لقد أعطى الفقيه المصري عبد المنعم فرج الصدة تبريراً لهذه القاعدة بأن أورد المثل الآتي الذي جاء فيه: "فمثلاً: لو أن شخصاً باع منفولاً كسيارة أو جواد، مرتين لشخصين مختلفين دون أن يسلمه إلى أي منهما، يكون عقد البيع لثاني سارياً في حق المشتري الأول، لأن هذا الأخير قد أصبح مالكا بمجرد العقد، وعقده سابق على عقد المشتري الثاني ولكن هذه الأسبقية لا تتحدد بالتاريخ الذي يدونه العقادان في الورقة، وإنما بتاريخ تعززه واقعة تنهض بصدفة على أساس يقيني وفقاً لحكم المادة 395، وهذا هو التاريخ الثابت، وإلا أمكن للشخص بعد أن يتصرف في الشيء أن يعقد بشأنه تصرفات أخرى ويقوم تاريخها غشاً إلى ما قبل التصرف الأول حتى تكون سارية في حق من حصل لم التصرف أول مرة، فالحكم الذي نحن بصدده يكفل حماية الغير، وهو في هذا المثل منع المشتري الأول، من أن يتواطأ البائع مع المشتري الثاني، فيقدم تاريخ البيع الثاني كي يكون نافذاً في حق المشتري الأول، ولو ترك أمر التاريخ في حالة الغش هذه القاعدة العامة المتعلقة بالبيانات الأخرى في الورقة لكان على الغير الذي يتمسك ضده بالورقة أن يثبت كذب التاريخ المدون فيها، وهيئات أن يتيسر له ذلك، وإذا كانت الميزة الأولى لهذا الحكم أنه يدرأ عن الغير خطر غش يصعب عليه إثباته، فإنه يمتاز فضلاً عن ذلك بأنه يرد أمر التاريخ إلى حد معلوم يسهل التحقق منه، الأمر الذي يوفر على الخصوم صعوبات كثيرة، ويبسط عمل القاضي إلى درجة تنأى به عن كل تحكّم، على أن هذا الحكم لا يخلو من مساوئ فهو يضحى بمصلحة الغير الطيب النية إذا لم يكن تاريخ محرره ثابتاً، حتى ولو كان هذا التاريخ في حقيقته هو الأسبق، لكن يلاحظ في خصوص هذا الحكم أن حسناته ترجح سيئاته إلى حد كبير، والمشرع فيما يأخذ به من أحكام إنما يرجح مصلحة على أخرى بحسب ما يمليه الصالح العام، فالأخذ بهذا الحكم أمر يقتضيه تنظيم المعاملات، وما على الشخص الذي يتعامل بورقة عرفية إلا أن يأخذ حذره وينزل على حكم القانون لإعطاء الورقة تاريخاً ثابتاً...."

- يراجع في هذا الصدد:

* عبد المنعم فرج الصدة، "الإثبات في المواد المدنية"، جمهورية مصر العربية، 1995 ص 128 و 129.

الشركاء على الشيعاء استعمال هذا الحق لأن العقد يعتبر - كقاعدة عامة - في مواجهتهم مجردا من التاريخ ما دام لا يتوفر على تاريخ ثابت⁽¹⁾.

والسؤال الذي يُثار في هذا الإطار يتجلى فيما يلي: من هو هذا الغير الذي لا يسري العقد في حقه نتيجة عدم ثبوت تاريخ تحريره؟.

انطلاقا من هذا التساؤل سنعمل على تحديد من لا يعتبر غيرا عند ثبوت تاريخ العقد (أولا)، لئتم الحديث بعد ذلك حول من يعتبر من الغير عند ثبوت تاريخ العقد (ثانيا).

أولا- من لا يعتبر "غيرا" عند ثبوت تاريخ العقد:

إن المحدد الرئيسي لنفاذ العقد في حق الغير⁽²⁾ هو اشتراط ثبوت التاريخ، فتحديد التاريخ غاية منع التلاعب بهذا الأخير حتى لا يتم الإضرار بمصلحه، فشرط ثبوت التاريخ يبعد الأشخاص، الذين لا يعتبرون من فئة الغير.

هكذا سيتم الحديث عن المتعاقدين أولا⁽¹⁾، ثم الأصيل في النيابة ثانيا⁽²⁾، ثم الخلف العام ثالثا⁽³⁾، على أن يتم الحديث عن الدائن العادي رابعا⁽⁴⁾.

1- المتعاقدان:

لا يعتبر المتعاقدان من فئة الغير، فهم ممن لا يستفيد من الحماية القانونية الخاصة بعدم ثبوت تاريخ العقد، فيحتج عليهما بتاريخ الورقة العرفية، الذي يكتسي أهمية كبيرة كباقي البيانات الأخرى المضمنة في المحرر، وإذا كان أحد الطرفين قاصرا أو محجورا عليه، واتفق المتعاقدان على تأخير التاريخ حتى

¹ - محمد الكشور، "بيع العقار بين الرضائية والشكل"، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1997، ص 87.

² - فالغير المتحدث عنه في حجية الورقة العرفية هو كالغير في حجية الورقة الرسمية، إلا أنه في ظل حجية تاريخ الورقة العرفية تضيق دائرته، ويتحدد وضع الغير على نحو يتلاءم مع هذا الوضع الذي يشغله، والفكرة الجوهرية التي تشترك مع باقي الأوضاع كالغير في الصورية أو التسجيل إلخ...، هي أن أثرا قانونيا معينا قد يمتد لشخص تقضي المبادئ العامة للقانون بحمايته من أن يتأثر به، فيعتبر من الغير بالنسبة لهذا الأثر.

لا ينكشف أن التصرف صدر في وقت كان فيه المتعاقد قاصرا، أو اتفقا على تأخير التاريخ حتى لا يتضح أن التصرف قد وقع خلال الحجر، فكان التاريخ في كلتا الحالتين حجة عليهما، إلى أن يقع الإثبات من صاحب المصلحة على أن هذا التاريخ غير صحيح⁽¹⁾، ولا يسوغ إثبات حجة مكتوبة إلا بحجة مكتوبة ما لم يتعلق الأمر بالاحتيال، حيث يكون اللجوء إلى كافة وسائل الإثبات متاحا⁽²⁾، مع العلم أن مسألة ثبوت التاريخ لا تتصل بالنظام العام بحيث ليس لمحكمة الموضوع أن تثيرها من تلقاء نفسها⁽³⁾.

2- الأصيل في النيابة :

قد يتعاقد الشخص في إطار الورقة العرفية عن طريق النيابة⁽⁴⁾، حيث تسري كافة التصرفات التي قام بها النائب ضمن حدود نيابته مباشرة في حق الأصيل كما لو أجزاها بنفسه، ولا يعتبر هذا الأخير "غيرا" حتى وإن أبرم الوكيل عقدا بعد عزله من التوكيل، فالأصيل لا يسوغ له أن يدعي أنه غير وأن العقد ليس ثابت التاريخ، ومن ثمة لا يعتبر حجة عليه، فتاريخ الورقة العرفية الموقعة من الوكيل تكون حجة على الأصيل وإن لم يكن لها تاريخ ثابت، اللهم إذا ما أثبت الأصيل أن التاريخ غير صحيح وقد قدم حتى لا يتبين

¹ - يراجع في هذا الصدد:

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، م.س. ص 202.

* سليمان مرقس، "قوة المحررات العرفية في الإثبات"، مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثالث والرابع والخامس، 1944، ص 266.

² - محمد الكشور، "بيع العقار بين الرضائية والشكل"، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي وفي مواقف القضاء، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1997، ص 78.

³ - محمد الكشور، "بيع مريض مرض الموت"، م.س. ص 144.

⁴ - وتنبغي الإشارة إلى أن مصطلح النيابة يجب أن يؤخذ بمعنى واسع، فهو يشمل كلا من النيابة الاتفاقية كالوكالة والنيابة الشرعية أو القانونية كالولي والوصي والقيم، والنيابة القضائية التي تجري مثلا في إطار الحراسة القضائية.

- يراجع في هذا الصدد:

* سليمان مرقس، "الوفاي في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، المجلد الأول، الأدلة المطلقة"، مطبعة السلام، القاهرة 1991، ص 283 و 284.

أن النيابة انقضت، ويبقى له إثبات ذلك بكل طرق الإثبات التي نجد منها
البينة والقرائن بسبب ما انطوى عليه تقديم التاريخ من غش⁽¹⁾.

3 - الخلف العام:

والخلف العام بمفهومه الواسع، هو ممثل في جميع عقود سلفه، فلا يجوز له
أن يحتج بعدم ثبوت تاريخ العقد لأنه لا يعتبر "غيراً"، فالعقود المبرمة من
السلف تسري في حقه أياً كان تاريخها إلى وقت وفاة مورثه⁽²⁾، فعقد البيع ينفذ
في حقه وإن لم يكن له تاريخ ثابت، وفي حالة ما إذا كان المورث-السلف-
محجوراً عليه وعمل على بيع الشيء بورقة عرفية، فالعقد في هذه الحالة ينفذ في
حق الوارث-الخلف- ما دام تاريخ البيع في هذه الورقة سابقاً على تاريخ
تسجيل قرار الحجر، فالوارث لا يعتبر "غيراً" بالنسبة لثبوت تاريخ عقد
البيع، بحيث لا يمكن له أن يدفع بأن عقد البيع وقع بعد تسجيل قرار الحجر⁽³⁾.

والمشرع المغربي بين كيفية ثبوت التاريخ بالنسبة للوثائق العرفية من
خلال مقتضيات الفصل 425 من ق.إ.ع، فالخلف العام ينزل منزلة سلفه فيسري
في حقه تاريخ الورقة العرفية الصادرة من السلف، ما لم يثبت أن هنالك تحايلاً
يرمي إلى الإضرار بحقوقه، فيكون له في هذه الحالة أن ينقض ذلك التاريخ
بكافة الطرق والوسائل.

ولقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية إن:

«إثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون، على التصرف
بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السنه، إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه
عام، الإثبات، آثار الالتزام"م.س. ص 203.

² - محمد الكشور، "بيع العقار بين الرضائية والشكل"، دراسة في أحكام الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي
وفي مواقف القضاء، م.س. ص 76 وما بعدها.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه
عام، الإثبات، آثار الالتزام"م.س. ص 205.

التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التاريخ صدر في تاريخ آخر توصلنا منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت...»⁽¹⁾.

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة أن:

«...التاريخ العرفي المعترف به من المورث يكون حجة على الوارث حتى يقيم الدليل على عدم صحته، فإذا كان الوارث لم يقدم الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ، ولم يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت بجميع الطرق القانونية صدور العقد في تاريخ آخر، فإن أخذ المحكمة بالتاريخ الوارد في العقد لا تكون فيه مخالفة للقانون...»⁽²⁾.

ويتضح لنا من خلال هذين القرارين أن الخلف العام أي الوارث هو امتداد لسلفه، فتاريخ الورقة العرفية التي صدرت من مورثه يكون ثابتا في حقه، اللهم إلا إذا كان من شأن ذلك التاريخ هو الانتقاص من حقوقه، إذ يحق له آنذاك أن يطعن فيه بجميع الطرق القانونية، ومنها البينة والقرائن، لما ينطوي عليه تقديم تاريخ التصرف من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث.

4- الدائن العادي:

منح المشرع المغربي حق الضمان العام للدائن على أموال مدينه فنص بموجب الفصل 1241 من ق.إ.ع. على أن:

"أموال المدين ضمان عام لدائنيه ويوزع ثمنها عليهم بنسبة كل واحد منهم ما لم توجد بينهم أسباب قانونية للأولوية"⁽³⁾.

¹ - نقض مدني صادر في 6 دجنبر 1977، الطعن رقم 816 س 43 ق.

² - نقض مدني صادر على محكمة النقض المصرية، بتاريخ 13 فبراير 1943، مجموعة القواعد القانونية، الجزء الثالث ص 323 رقم 101.

³ - نص المشرع المغربي في الفصل 1242 من ق.إ.ع. على أن:

"الأسباب القانونية للأولوية هي الامتيازات والرهن وحق الحبس".

واستنادا إلى هذا الفصل، فالدائن العادي هو من لا يعتبر خلفا عاما أو
خاصا لمدينه، حيث يتأثر بطريقة غير مباشرة بجميع التصرفات القانونية التي قد
يعقدها مدينه، والتي قد تزيد أو قد تنقص من ضمانه العام.

فحق الضمان العام المخول للدائن العادي لا يمكّنه من الحجر على
مدينه، وذلك عن طريق منعه من مباشرة التصرفات القانونية في أمواله
بالطريقة التي يفضلها.

وعليه، فإن التاريخ المضمن في الورقة العرفية التي صدرت من المدين
يكون حجة على الدائن العادي، كما هو حجة على المدين حتى ولو لم يكن
هذا التاريخ ثابتا، فهذا الأخير يسري في حق الدائن سواء صدر التصرف قبل
نشوء الحق أم بعده، ويسوغ للدائن والمدين معا أن يثبتا عدم صحة التاريخ
العرفي كلما توفرت لأي منهما المصلحة في ذلك⁽¹⁾.

فالرأي السائد هو عدم اعتبار الدائن العادي من فئة الغير، فهو يتأثر
بالعقد المبرم من طرف المدين الذي قد ينقص أو يزيد في ذمته المالية، بغض
النظر عن تاريخ هذا العقد سواء كان سابقا أم لاحقا لحق الدائن⁽²⁾، فهذا
الأخير قد يعنيه التاريخ الذي صدر فيه تصرف مدينه، لا ليعتبر غيرا مادام
المدين قد مثله في هذا التصرف، بل لأن له مصلحة تمكن له أن يثبت عدم
صحته عن طريق ممارسة الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية⁽³⁾.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه
عام، الإثبات، آثار الالتزام"، م.س. ص 212.

² - صبري حمد خاطر، "الغير عن العقد"، م.س. ص 217.

³ - يراجع في هذا الإطار:

* مأمون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول، مصادر
الالتزامات، م.س. ص 263.

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد"، الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه
عام، الإثبات، آثار الالتزام"، م.س. ص 213.

وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي، نجد الدائنين يتأثرون بمختلف التصرفات التي يبرمها المدين في أمواله، وذلك على نحو إيجابي إذا كانت هذه التصرفات تقلص من هذا الضمان العام، فلو أن المدين اشترى دارا فإن أثر هذا الشراء ينصرف إلى الدائن بحيث يزيد ضمانه، وبدخول الدار المشتراة في ملك المدين يستطيع الدائن أن ينفذ عليها للحصول على حقه، وكذلك لو باع المدين دارا مملوكة له، وآلت الدار إلى المشتري فإن أثر هذا العقد ينصرف إلى الدائن، فتخرج الدار من ضمانه ولا يتمكن من التنفيذ عليها بحقه عقب خروجها من ملك مدينه⁽¹⁾.

هكذا، وبعدما تم الحديث عن الأشخاص الذين لا يعتبرون من فئة الغير بالنسبة لثبوت تاريخ العقد، سنتحدث عن الأشخاص الذين يعتبرون من الغير عند ثبوت تاريخ العقد، فمن هؤلاء الأشخاص الذين يدخلون في فئة الغير والذين لا ينفذ العقد في حقهم لعدم ثبوت تاريخه؟.

ثانيا- من يعتبر "غيرا" عند ثبوت تاريخ العقد:

اختلفت آراء الفقهاء⁽²⁾ عند وقوفهم على تعريف "الغير" حسب ثبوت تاريخ العقد، فقد تم تعريفه بأنه:

"كل شخص يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية، ومن ثم يصح أن يحتج عليه بهذه الورقة كدليل على التصرف الذي يراد أن يسري في حقه، وهو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن"⁽³⁾.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، الجزء الخامس، م.س. ص 98.

² - يراجع في هذا الصدد:

* آدم وهيب الندوي، "شرح قانون الإثبات"، الطبعة الأولى بغداد 1986، ص 113 و 114.

* سليمان مرقس، "أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية"، م.س. ص 246.

* سعدون العامري، "موجز نظرية الإثبات"، الطبعة الأولى، بغداد 1966، ص 62 وما بعدها.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، م.س. ص 196.

وفي هذا الإطار سيتم التوقف عند أبرز شخصين، وهما كل من الخلف الخاص أولاً(1) والدائن الحاجز ثانياً(2).

1- الخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من انتقل إليه من سلفه مال معين بالذات، أو أي حق عيني آخر على ذلك المال، وهو أيضاً من يؤول إليه حق شخصي كان سلفه دائماً به من قبل، ويدخل في هذا الصدد المشتري الذي يعد خلفاً خاصاً للبائع في حدود المال محل البيع، بالإضافة إلى الموهوب له الذي يخلف الواهب في المال موضوع الهبة⁽¹⁾.

وحجية الورقة العرفية بالنسبة للخلف الخاص من حيث صحة التاريخ الذي تحمله، من أهم المسائل في حجية الورقة العرفية، فقد يكون طرفا العقد متواطئين في تقديم التاريخ أو في تأخيره لتحقيق غرض معين، فثبوت التاريخ بالنسبة للعقد شرط أساسي لحماية الخلف الخاص، فمثلاً قد يتنازع خلف خاص مع خلف خاص آخر على شيء تعاقدوا عليه مع السلف، فالواقع يفرض أن الذي يتمتع بالحماية هو من كان عقده سابقاً عن الآخر، إلا أن ثبوت تاريخ عقد أحدهما على الآخر يجعله من الغير، ويتمتع بالحماية القانونية على الخلف الخاص الآخر الذي لم يكن تاريخ عقده ثابتاً⁽²⁾.

فمثلاً، إذا باع شخص سيارته لمشتري بعقد ثابت التاريخ، فهذا الأخير يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، ولا يحتج عليه بأي تصرف آخر في السيارة يصدر من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت، فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشتري

¹ - عبد الحق صافي، " القانون المدني" الجزء الأول، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، الطبعة الأولى 2006، ص 490 و 491.

² - يراجع في هذا الصدد:

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام،" م.س. ص 218.

* سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري،" الجزء الثاني، الأدلة المطلقة، 1981، ص 233 وما بعدها.

ثان، فإن المشتري الأول يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ هذا التصرف، ومن ثم فإن تاريخ البيع الثاني إذا كان عرفيا لا يحتج به بتاتا على المشتري الأول⁽¹⁾.

ونجد المشرع المغربي ينص في الفصل 694 من ق.إ.ع.⁽²⁾ على أنه:

"لا يفسخ عقد الكراء بالتفويت الاختياري أو الجبري للعين المكتراة، ويحل المالك الجديد محل من تلقى الملك عنه في كل حقوقه والتزاماته الناتجة من الكراء القائم، بشرط أن يكون هذا الكراء قد أجري بدون غش، وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت".

ويستشف من خلال هذا الفصل، إن المشرع المغربي في ظل انتقال الملكية المثقلة بعقد الكراء، اشترط أن يكون هذا الأخير قد أجري بدون غش وأن يكون له تاريخ سابق على التفويت، فلا يحتج على المالك الجديد بعقد الكراء إلا بتوافر هذين الشرطين.

وهو ما أكدته الإجتهد القضائي المغربي في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 31 مارس 1994، الذي جاء في حيثياته:

"وحيث إن الثابت بمقتضى الشهادة العقارية المستدل بها في الملف... وإن الشقة موضوع النزاع الموضوع لها الرسم العقاري 03/86216 في ملكية دينيه عبد الحميد.

¹- أورد هذا المثال الفقيه:

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، م.س. ص 220 و 221.

²- ينص المشرع المصري في المادة 604 من القانون المدني على ما يلي:
" إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا أو جبرا إلى شخص آخر، فلا يكون الإيجار نافذا في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية".

- يراجع حول هذه المادة:

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، م.س. ص 221.

وحيث إن المستأنف عليه لا ينازع في كونه فوت العقار أثناء قيام العلاقة الكرائية. وإنه لا محل للتمسك باستمرار هذه العلاقة بناء على مراسلات وإقرارات صادرة عن الطرف المستأنف للمدة الفاصلة بين تاريخ انتقال الملكية وتاريخ قيام النزاع الحالي واعتمادها لإعطائه صفة الادعاء مادام قد ثبت عكس ذلك الإقرار بحجة انتقال الملكية للغير وهي الإدلاء بما يثبت انتقال ملكية العقار موضوع الطلب للغير المالك الجديد الذي تلقى الملك عنه وحل محله في كل حقوقه والتزاماته الناتجة عن الكراء القائم قبل التفويت عملاً بأحكام الفصل 694 من ق.إ.ع.⁽¹⁾.

فانطلاقاً من حيثيات هذا القرار، ووفقاً للقواعد العامة الواردة في هذا السياق، فإنه يتعين أن يكون العقد المرتب للحقوق والالتزامات التي جرى فيها الاستخلاف سابقاً من حيث تاريخه على تاريخ انتقال الحق من السلف إلى الخلف، ولنفاذ التصرف القانوني الوارد في المحرر العرفي إزاء الخلف الخاص ينبغي التمييز في هذا الإطار بين حالتين هامتين:

الحالة الأولى: وهي المتعلقة بعلم الخلف الخاص بالقيده، فعلم الخلف الخاص بهذا الأخير، ينفذ في مواجهته وإن لم يكن تاريخ التصرف ثابتاً. ومن المعلوم أن القاعدة هي عدم علم الخلف الخاص بهذا التاريخ، ويبقى عبء الإثبات على من يدعي العلم أن يبرهن على ما يدعيه وفقاً للقواعد العامة.

¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 31 مارس 1994، الغرفة المدنية، قرار صادر في الملف المدني عدد 89/7107 - 90/2872، أشار إليه:
* عبد الفتاح بنوار، " المجموعات القانونية والقضائية المغربية، مجموعة القانون المدني، قانون الالتزامات والعقود"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 1996، ص 274.

الحالة الثانية: وهي المتعلقة بعدم علم الخلف الخاص بتاريخ المحرر العرفي المشتمل على القيد، ولم يستطع من يدعي عكس ذلك أن يبرهن على ما يدعيه، وفي هذه الحالة لا يعتبر التاريخ نافذا في مواجهته إلا إذا كان ثابتاً⁽¹⁾.

هكذا، فإن الجهل بالقيود وتلافيا لكل تواطؤ قد يلحق الضرر بمصالح المشتري يجعله في هذه الفرضية غيرا لا يحتج في مواجهته إلا بالتاريخ الثابت.

وحري بنا أن نشير، قبل أن ننتقل لدراسة الدائن الحاجز، أننا لم ندرس الخلف الخاص بالنسبة للعقار، بل اقتصرنا دراستنا له في هذه الحطة من الدراسة على مركزه كمشتري أو كمكثري، وذلك لما يتطلبه العقار من إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ كالتسجيل أو القيد⁽²⁾.

1- عبد الحق صافي، " القانون المدني " ج 1، المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب الأول تكوين العقد، م. س، ص 491.

2- بالرجوع إلى الفصول 65 و 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/14، يتضح لنا جليا أن الحقوق والتصرفات غير المقيدة لا يمكن الاحتجاج بها ضد الغير وحتى الأطراف. يتعلق الأمر هنا، إذن، بالتسجيل النهائي بمعناه الحقيقي، بيد أن التقييد الاحتياطي في نظر الأستاذ "بول دكرو" ليس بتسجيل بالمعنى الحقيقي المنشئ للحق، أي المعنى المخصوص في نظام التسجيلات العقارية. ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن هناك فروق جوهرية بين هاتين المؤسستين من حيث طبيعتهما القانونية والآثار المترتبة عنهما.

فبالنسبة للتسجيل l'inscription هو تدوين كتابة على الرسمال عقاري بهدف تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير، أو تغييره أو إسقاطه طبقا لما جاء في الفصل 67 من ظهير التحفيظ العقاري. فالتسجيل بهذا المعنى يتمتع بالأثر التأسيسي، وهو بهذه الصفة يظل قائما ويحافظ على الحقوق التي يتضمنها ما لم تقع أسباب قانونية تستدع إلغاء تلك الحقوق أو انقضائها كأن تتغير بتسجيل جديد، أو يصدر بصددها حكم قضائي اكتسب قوة الشيء المقضي به بصرح بانقضاء أو بطلان الحق الذي يتعلق به.

أما التقييد الاحتياطي خلافا للتسجيل، فهو مجرد إجراء بياني Mention يرد على الرسم العقاري ليقيد الحق الناتج عنه بما هو وارد في مطلب التقييد الاحتياطي أي إشارة بالتسجيل توضع على السجل العقاري بصفة مؤقتة، ولا يتمتع هذا البيان بأية قوة ثبوتية ولا أية حجبية؛ بمعنى أن التقييد الاحتياطي لا ينشئ الحق المقيد احتياطيا ولا يقرره و لا يغيره و لا يسقطه، وإنما ينبأ باحتمال وجوده وإمكانية استكمال شروطه القانونية مستقبلا.

وبخلاف التسجيل النهائي، فالتقييد الاحتياطي ينقضي بنهاية المدة المحددة له إذا لم ينجز التسجيل النهائي خلال مدته، لكن في حالة إنجاز التسجيل النهائي خلال مدته، أولم يدعم بفتح النزاع أمام القضاء، لكن في حالة إنجاز التسجيل النهائي خلال المدة المحددة بصفة قانونية فإنه يعود بأثر رجعي إلى تاريخ التقييد الاحتياطي الذي يعين رتبة التقييدات اللاحقة له.

2-الدائن الحاجز:

يعتبر الدائن الحاجز من "الغير" إذا تركز حقه في مال للمدين معين بالذات، ولا يقع هذا إلا إذا باشر الدائن حجزا لدى الغير على أموال مدينه المنقولة أو العقارية أو على غيرها من الحقوق المالية، فالحكم يختلف في هذه الحالة، فالدائن يصبح من الغير بالنسبة لما يقع عقب ذلك من تصرفات بخصوص المال أو الأموال المحجوزة، ومعلوم أن الحجز هو الحلقة الأولى في مرحلة التنفيذ⁽¹⁾.

هكذا، فإن حرية المدين في تصرفاته على سبيل التبرع خلال مرض موته تكون مقيدة، لتعلق حقوق الدائنين بماله كله إذا كان الدين مستغرقا، وبجزء منه

وبذلك يتضح لنا بأن التقييد الاحتياطي له دور وقائي وهو حماية الحقوق غير القابلة للتقييد النهائي، ضد الأخطار التي تهدده او التي تتحقق بسبب مفاعيل السجل العقاري ولاسيما القوة الإنشائية للحق والثبوتية له ومراتب الحقوق التي يعطيها تاريخ التسجيل.

علاوة على ذلك؛ فإن من مميزات التسجيل بالسجلات العقارية كونه يخضع لمبدأ المشروعية، ومفاده أنه لا تسجيل إلا للحقوق الثابتة والمستندة على سبب صحيح، وألا يكون مشكوكا فيها، لذلك لابد من مراقبة مدى شرعية الحقوق المراد تسجيلها من طرف المحافظ العقاري مادامت ستمتع بقوة ثبوتية وستعتبر حجة في مواجهة الأطراف والغير بعد التسجيل.

أما بالنسبة للتقييد الاحتياطي فإن المحافظ على الملكية العقارية ليست له أية سلطة في مراقبة طلبات التقييد الاحتياطي، اللهم ما يتعلق بالتحقق أن الوثائق المستند إليها في طلب التقييد الاحتياطي (السند - الأمر القضائي - مقال الدعوى) وأن الحقوق المراد صيانتها قابلة للتقييد.

- يراجع في هذا الصدد:

* إدريس السماحي، "القانون المدني الحقوق العينية ونظام التحفيظ العقاري"، الطبعة الأولى، مطبعة أميرزاز - مكناس 2003، ص. 293.

* عبد اللطيف الوناسي، "التقييد الاحتياطي"، ندوة العقار والإسكان، مراكش 24 أبريل 2003، ص 86.

* سعاد عاشور، "حجية التسجيل وفق نظام التحفيظ العقاري المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية 1995/1996، ص 298.

* محمد العلمي، "التقييد الاحتياطي في التشريع العقاري والقوانين الخاصة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة، السنة الجامعية 2004/2005، ص 13.

* محمد مهدي، "التحفيظ العقاري في المغرب"، مطبوعات دار المغرب للتأليف والنشر بالدار البيضاء، 1972، ص 253.

¹ - يراجع في هذا الصدد:

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام،" م.س. ص 218.

* مأمون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قنون الالتزامات والعقود المغربي"، الجزء الأول، مصادر الالتزامات، الجزء الأول، المطبعة غير مذكورة، طبعة 1972، ص 367 وما بعدها.

إذا لم يكن كذلك، فإذا كان المريض مرض الموت مدينا منع من التصرف الضار بمصلحة الدائنين⁽¹⁾.

وعليه، إذا كان المريض مدينا بدين استغرق كل ماله منع من التبرعات أو ما في حكمها، كالهبة والوقف والوصية بشيء من ماله، والبيع والشراء بالخبايا ويكون تصرفه موقوفا على إجازة الدائنين بعد وفاة المريض⁽²⁾.

والشخص في إطار تصرفاته المالية، سواء كان صحيحا أم مريضا، إذا ما تجاوزت ديونه ما تحت يده، ساغ لدائنيه منفردين أم مجتمعين، على مستوى جميع المذاهب السنية⁽³⁾ أن يطلبوا الحجر عليه بسبب الدين حماية لحقوقهم من الضياع⁽¹⁾.

1- عبد السلام أحمد فيغو، "التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت دراسة فقهية قانونية مقارنة"، دار الأفاق المغربية للنشر والتوزيع، مطبعة الأمنية، بالرباط، الطبعة الثالثة 2010، ص 106.
2- وهبة الزحيلي، "الفقه الإسلامي وأدلته"، الجزء الرابع، دار الفكر سوريا، الطبعة الثانية 1405هـ/1985م، ص 136.

3- وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن العلامة عبد الرحمان الجزيري يقول:
"الحنفية قالوا: فأما الدين يحجر به فهو أن يستدين الشخص ديونا تستغرق أمواله وتزيد عنها فيطلب الدائنون الذين لهم هذه الديون من القاضي أن يحجر عليه كي لا يتصرف في ماله الذي تحت يده فتضيع على الدائنين أموالهم، والحجر لا يكون إلا للقاضي، فمتى وضع عليه الحجر فلا يصح له أن يتصرف في ماله بصدقة أو هبة أو إقرار بمال لمن له عليه دين غير من حجر عليه بطلبهم، ولكنه يعامل بإقراره هذا بعد فك الحجر عنه، ويصح الحجر على المدين ولو كان غائبا ولكن يشترط لعدم تصرفه علمه - إعلانه- بالحجر فإذا لم يعلم به وتصرف، فإن تصرفه يقع صحيحا، وللقاضي أن يبيع مال المحجور عليه بالدين لسداده إذا امتنع من بيعه ويقسم بينهم بحسب حصة كل واحد في الدين...
الشافعية قالوا: يحجر على المدين بسبب الدين إن كان الدين أكثر من ماله، أما إن كان ماله أكثر أو مساو فإنه لا يصح الحجر عليه، ولا يحجر إلا إذا طلب الغرماء الحجر كلهم أو بعضهم، أو طلب هو الحج على نفسه - كالمفلس الذي يشهر إفلاسه-، ومتى طلب الغرماء الحجر فإنه يجب على القاضي أن يحجر على المفلس حالا، ومتى حجر عليه تعلق حق الغرماء بماله وصار ممنوعا من التصرف فيه، فيبطل تصرفه من بيع وهبة ونحوهما حتى يقبض دينه.
ويصح للمحجور عليه أن يتزوج ويبقى المهر ديناً في ذمته لا في المال الذي تحت يده، وكذلك يصح خلعه وطلاقه ونحو ذلك، وإذا أقر بدين عليه قبل الحجر فالأظهر أنه يقبل إقراره ويكون صاحب الدين شريكا لباقي الدائنين، أما إذا قال إنه استدان بعد الحجر فإن إقراره لا يقبل ويستحب أن يبادر القاضي ببيع أموال المفلس، ولا يشترط أن يكون المدين حاضرا وكذلك الدائنون وإنما يسن ذلك، ويجب أن يكون البيع بثمن المثل وأن يكون الثمن حالا لا مؤجلا، فإذا لم يكن كذلك، فإنه لا يصح البيع إلا برضاء المدين والدائنين... وما يتحصل من الثمن بعد البيع يقسم على الدائنين بنسبة ديونهم.
وإذا قسم ماله على الدائنين ثم ظهر غيرهم فإنه يشاركهم فيما أخذوه بنسبة دينه، فيأخذ من كل واحد منهم نصيبا بنسبة ذلك.

المالكية قالوا: الدين سبب من أسباب الحجر، بشرط أن يستغرق الدين مال المدين ويزيد عليه، واختلف فيما إذا كان مساويا له، فقيل: إنه يكون سببا في الحجر، وقيل: لا، واستظهر أنه يكون سببا لأن الغرض حفظ حق الدائن، فله منع كل ما ينقص دينه فإذا استغرق الدين كل مال المدين، فإن لذلك أحوالا ثلاثة:

الحالة الأولى: أن الدائنين لم يطلبوا من الحاكم تفليسه - نزع ماله منه وإعطائه للدائنين - وفي هذه الحالة يمون لهم الحق في منعه من التصرف فيما ينقص أموالهم، سواء كان دينهم حالا أو مؤجلا، فيمنعونه من التبرع والهبة والصدقة والوقف، ويمنعونه من أن يضمن شخصا أو يقرض شخصا معدما ونحو ذلك، مما فيه ضياع أموالهم كذلك لهم الحق في منعه من الإقرار بدين لشخص يتهم بأنه إنما أقر له فرارا مكن الدين كوله وزوجته، أما من لا يتهم معه فإن قراره يعتبر.

الحالة الثانية: أن يحكم الحاكم بتفليسه أي بنزع ماله منه ثم إعطائه للدائنين، وهذا لا يكون إلا بثلاثة شروط:

- الشرط الأول: أن يطلب الدائن التفليس، فلا يصح بدون طلبه، فلو طلب المدين تفليس نفسه لا يصح.
- الشرط الثاني: أن يكون الدين حالا، فلا يصح تفليسه بدين مؤجل.
- الشرط الثالث: أن يكون الدين زائدا على ماله، فإذا كان زائدا فإنه لا يصح تفليسه، ويترتب على هذه الحال أربعة أمور:

أحدهما: منعه من التصرفات المذكورة في الحالة الأولى.

ثانيها: منعه من البيع والشراء والتصرفات المالية.

ثالثها: قسمة ماله بين الدائنين.

رابعها: حلول الدين المؤجل... ولا يلزم في الحكم بتفليسه أن يكون حاضرا.

الحالة الثالثة: أن لا يرفع الغرماء الأمر إلى الحاكم، ولكنهم يقومون عليه فيستتر منهم فلا يجدونه، فإن لهم أن يحولوا بينه وبين ماله ويمنعوه من التبرعات والتصرفات المالية بالبيع والشراء ونحوهما.

ويقسم مال المفلس المتحصل بالنسبة لمجموع الديون، فيأخذ كل واحد من دينه بتلك النسبة ولا تتوقف قسمة ماله على معرفة أنه ليس له دائنون غائبون، ولا يكلف الدائنون الحاضرون إثبات أنه ليس هناك غيرهم. ويلحف المدين بأنه لم يكتف من ماله شيئا، فإذا حلف وانتزع الدائنون أمواله من تحت يده على الوجه المذكور، فإن الحجر ينفك عنه ولو بقي عليه دين، فإذا اكتسب مالا جديدا بميراث أو ربح تجارة أو هبة أو غير ذلك، فإنه يكون مطلق التصرف فيه، إلا إذا حجر الحاكم عليه ثانيا، وللدائن أن يمنع المدين من سفره حتى يقتضي منه دينه ولو كان الدين غير مستغرق لماله بشروط:

أحدهما أن يكون السفر طويلا بحيث يحل أجل الدين في غيبة المدين، أما إذا كان أمد الدين بعيدا عن المدين، فليس للدائن منعه من السفر.

الشرط الثاني: أن يكون المدين موسرا، أما إذا ثبت إفساره فإنه ليس له منعه من السفر.

الشرط الثالث: أن لا يوكل المدين عنه من يقود بسداد الدين، فإذا كان موسرا ووكل عنه من يسدد دينه عند حلوله أو ضمنه موسر فليس له منعه من السفر.

ويجوز حبس المدين الذي ثبت عليه الدين إلا إذا أثبت أنه معسر، أما إذا ثبت أنه موسر فإنه يحبس حتى يسدد دينه، أو يأتي بكفيل مالي، وإذا جهل حال المدين فإنه يحبس حتى يثبت أنه معسر.

الحنابلة قالوا: الدين من أسباب الحجر، ولكن بشرط أن يكون الدين أكثر من ماله الموجود، ويسمى المدين الذي يستغرق الدين ماله ويزيد عليه مفلسا، لأن ماله الذي تحت يده مستحق للغير فهو معدوم في الواقع، فيحجر على المفلس بواسطة الحاكم، ويشترط أن يطلب الدائنون كلهم أو بعضهم الحجر على المفلس بواسطة الحاكم، فإذا لم يطلبوا لم يحجر عليه.

وجميع تصرفات المدين قبل الحجر عليه من البيع والهبة والإقرار وقضاء بعض الدائنين نافذة، أما بعد الحجر فإنه لا ينفذ شيء من تصرفه في ماله ببيع أو غيره، وكل ما يتحدد له من مال بعد الحجر فإنه يكون كالموجود حال الحجر، فلا يصح له أن يتصرف فيه أيضا، وكذلك لا يصح الإقرار بشيء من ماله لغير الدائنين الذين حجروا عليه.

وبعد الحجر يبيع الحاكم ماله ويقسمه بين الغرماء بحسب ديونهم على الفور، ولا يحتاج الحاكم إلى استئذان المفلس في البيع، ولكن يستحب أن يكون حاضرا كما يستحب أن يكون الدائنون حاضرين...

* عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري، "كتاب الفقه على المذاهب الأربعة"، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان 1998، ص 372 وما بعدها.

1- محمد الكشور، "بيع المريض مرض الموت"، م.س. ص 148 و 149.

ومن المعلوم أن تعلق حق الدائنين المتعلق بأموال التركة من وقت المرض هو أكثر فاعلية من تعلق حق الورثة، وذلك نظرا إلى أن حقوق الدائنين مقدمة على حقوق الموصى لهم والورثة⁽¹⁾، فإذا كانت التركة مستغرقة بالديون فلا ينفذ في حق الدائنين أي تبرع أو محابة صدر في مرض الموت ولو أجاز الورثة⁽²⁾.

وما تنبغي الإشارة إليه في هذا الصدد، إلى أنه في حالة حصول أحد دائني التركة في حال حياة المورث على تأمين عيني، وبضمن الوفاء بحقه سواء كان ذلك التأمين رهنا أو اختصاصا أو امتيازاً، فإنه يكون في مأمن من كل خطر يهدد الحق، حيث يمكن هذا الضمان التقدم في استيفاء حقه من المقابل النقدي للمال المحمل بالتأمين على الدائنين العاديين للتركة والدائنين التاليين له في المرتبة، كما يخوله تتبع هذا المال إذا حصل التصرف فيه في أي يد يكون⁽³⁾.

بيد أن فقهاء المالكية يذهبون إلى أن تصرف المدين، ولو على سبيل المعاوضة عقب الحجر عليه للفلس لا ينفذ في مواجهة دائنه، بالإضافة إلى تصرف المدين الصادر قبل الحجر عليه للفلس لا يسري في مواجهة الدائن إذا كان يضر بحقه⁽⁴⁾.

وما تنبغي الإشارة إليه في هذا الصدد، أن الغير يشمل بالنسبة لثبوت تاريخ الورقة العرفية:

«الدائن الحاجز، سواء كان المال المحجوز عليه منقولاً أو عقاراً أو ديناً لمدينه في ذمة الغير، إذ أن القانون يرتب على الحجز حبس المال المحجوز ووضعه تحت

¹ - قال الحق سبحانه وتعالى: {من بعد وصية يوصي بها أو دين}، الآية 11 من سورة النساء.

² - عبد السلام أحمد فيغو، "التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت"، م.س. ص 108.

³ - تراجع في هذا الصدد:

* عبد السلام أحمد فيغو، "التصرفات الصادرة من المريض مرض الموت"، م.س. ص 108.

* عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" الجزء 2، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام، م.س. ص 226 و 227.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي"، الجزء الخامس، م.س. ص 138 وما بعدها.

يد القضاء على ذمة الدائنين الحاجزين حتى يستوفوا من ثمنه حقوقهم، أي أنه يرتب للدائن حقا خاصا على المال المحجوز يتعارض مع حق المتصرف إليه بالحرر العرفي، ويجعل الدائن بذلك في مثل مركز الخلف الخاص فلا يحتج عليه بتاريخ ذلك المحرر العرفي ما لم يكن ثابتا بوجه رسمي⁽¹⁾.

هكذا، وبعد الحديث عن مركز الغير بالنسبة لثبوت وعدم ثبوت تاريخ العقد، سيتم الحديث في الفقرة الموالية عن مركز الغير و تقييد العقد وإشهاره.

الفترة الثانية: الغير وتقييد العقد وإشهاره

تعتبر عملية تقييد عقد معين وسيلة ليست ذات طابع منشئ لحقوق المتعاقدين، كما هو الأمر فيما يتعلق بالتقييد في الرسم العقاري⁽²⁾، ولا يعتبر دليلا على وجود العقد بين أطرافه، ولا حتى بداية حجة مكتوبة لإثبات الوقائع التي يتضمنها، بل تمثل وسيلة هامة تضيفي على العقود العرفية تاريخا ثابتا في مواجهة الغير، وهو ما نص عليه المشرع المغربي في الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود⁽³⁾.

فتقييد العقد أو إشهاره يلعب دورا هاما في حماية الغير الذي يريد كسب حق عيني على عقار معين، فالإشهار يهيئ العلم للغير بالوضع القانوني للعقار

¹ - سليمان مرقس، "أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية"، م.س. ص 302 و303.
² - أحيانا يستوجب المشرع عدة شكليات وإجراءات لنفاذ بعض العقود، أي لضمان ترتيب آثارها في مواجهة أطرافها أو الغير بمفهومه الواسع، ونجد من أبرز هذه الشكليات والإجراءات: تسجيل بعض العقود الخاضعة لأداء واجبات التسجيل الضريبية في إدارة الضرائب، والقيود في المحافظة العقارية.
والمقصود بإجراء التسجيل حسب الأستاذ يحيى الصافي الذي حاول إعطاء تعريف دقيق لضريبة التسجيل بقوله: "هي تلك الفريضة النقدية المستحقة جبرا للخرينة بنص القانون، وطبقا لمسطرة تتمثل في تصفية مقدارها من طرف الأمر بالاستخلاص المختص بتحليل العقود والتقويضات وقيدها عناصرها الأساسية بسجل الإيداع وإصدار أمر استخلاصها إلى القابض المحاسب الذي يضطلع بتحصيلها مقابل وصل يتيح التأشير على الوقائع الخاضعة".
وأما المقصود بالقيود في المحافظة العقارية فقد سبقت الإشارة إليه لذلك فلا مناص لل تكرار.

- يراجع في هذا الإطار:

* يحيى الصافي، "الوجيز في نظرية وتطبيق ضريبة التسجيل بالمغرب، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط 1991، ص 31.

³ - محمد الكشور، "بيع المريض مرض الموت"، م.س. ص 144 و ما بعدها.

كما يمكنه من عدم التعاقد إذا ما علم أن المالك للعقار قد سبق له أن تصرف فيه عينيا، وأنه إذا ما أقدم على التعاقد لاصطدم بقاعدة أن الشخص لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك⁽¹⁾.

فالحق العيني المتعلق بعقار محفظ لا يمكن أن ينشأ سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا عن طريق تقييده في السجل العقاري ومن تاريخ التقييد وهو ما أكده المشرع المغربي بموجب الفصلين 66 و67 من ظهير 9 رمضان الذي تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم 14-07، والمادة الثانية من مدونة الحقوق العينية⁽²⁾، وذلك عندما قرر قاعدة تفيد بأن للتقييد أثرا منشأ للحق العيني، ومن ثم فقد ربط نشوء الحق بتاريخ التقييد في الرسم العقاري وحده، سواء تعلق الأمر بعقود ناقلة للملكية أم بغيرها⁽³⁾.

ولقد جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى على أنه:

¹-Marty (G) et Raynaud, « Les Suretés de la publicité foncière », 2 édition, Sirey, Paris 1987, P. 447.

²- ينص الفصل 66 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 لموافق لـ 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري الذي تم تغييره وتتميمه بموجب القانون رقم 14-07 على أن:

" كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة."

- كما ينص الفصل 67 من نفس الظهير على ما يلي:
" إن الأفعال الإرادية والاتفاقات التعاقدية، الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التقييد بالرسم العقاري، دون الإضرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض وكذا بإمكانية إقامة دعوى فيما بينهم بسبب عدم تنفيذ اتفاقاتهم."

- كما تنص المادة 2 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي:
" 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.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيط 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 بحق داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيط عليه."

³- إدريس السماحي، " القانون المدني الحقوق العينية ونظام التحفيظ العقاري"، م.س. ص. 292 وما بعدها.

«لا يكون أثر حتى بين المتعاقدين، للاتفاقيات الرامية إلى إنشاء أو نقل حق عيني عقاري إلا من تاريخ تسجيلها في الرسم العقاري، ولا يمكن حصول حماية الحق العيني حتى بين المتعاقدين إلا عن طريق إشهاره بتقييده في الرسم العقاري المخصص لكل عقار كما يستفاد كل ذلك من الفصل 67 من ظهير 9 رمضان 1331، والفصل الثاني من ظهير 19 رجب 1333، قرر نقض وإبطال حكم محكمة الاستئناف في الرباط المطعون فيه من حيث إنه خرق هذه المبادئ عندما قضى بقبول مطلب شركة كان يرمي إلى الحكم بشطب ما سجل في الرسم العقاري في 7 يوليوز 1949 من عقد متضمن لتفويت حقوق عينية محرر في 20 يونيو 1949، وذلك ليتأتى للشركة الطالبة أن تقوم بتقييد عقد شرائها المحرر في تاريخ يونيو 1928»⁽¹⁾.

وفي قرار آخر صادر عن نفس المجلس جاء فيه بأن:

«قاضي الأمور المستعجلة مختص بطرد من يحتل عقارا محفظا دون أن يكون مسجلا في رسمه العقاري كمالك، ولو استظهر بعقد شراء وثيقة أخرى ترمي إلى تملكه، ما دام هذا العقد لم يسجل بعد في الرسم العقاري، لأن الاتفاقيات التعاقدية الرامية إلى نقل حق عيني إلى الغير لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ تسجيلها في الرسم العقاري عملا بمقتضيات الفصل 67 من ظهير 9 رمضان 1331 بشأن التحفيظ العقاري»⁽²⁾.

كما أننا نجد المجلس الأعلى طبق القاعدة على الحقوق التي نص عليها الفقه الإسلامي، وبصورة خاصة حق الزينة، حيث جاء في إحدى حيثيات القرار ما يلي:

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 233 بتاريخ 15-5-1968، مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 2، ص 30.

² - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 688، بتاريخ 1978/10/04 مجلة المحاماة عدد 14 سنة 1979 ص 208.

"إن حق الزينة حسب الفصل 8 من ظهير 2 يونيو 1915 يعتبر حقا عقاريا، وأن الفصل 197 من نفس الظهير عندما نص على أن الحقوق التي نص عليها الفقه الإسلامي الواردة في الفصل 8 ومن بينها حق الزينة تبقى خاضعة للقواعد التي تحكمها، لا يحدد إلا القواعد الجوهرية، وعليه فإن المحكمة صادفت الصواب عندما اعتبرت أنه لا يمكن الاحتجاج بحق الزينة الذي لم يقع تسجيله في السجل العقاري"⁽¹⁾.

وبناء عليه، فالقضاء المغربي من خلال هذه القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى، تبين أنه أصدر أحكاما وقرارات تؤيد أن للتقييد أثرا منشئا للحق سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير.

وللإشارة لا يتم انتقال ملكية العقار المحفظ المبيع إلا من وقت قيام المحافظ العقاري بالتوقيع على السجل العقاري بعد إيراد بيانات موجزة في هذا الأخير وتاريخه، وهو ما ثم التنصيب عليه بموجب الفصل 75 من ظهير التحفيظ العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-07 إذ جاء فيه ما يلي:

"ينجز كل تقييد بالرسم العقاري بيانات موجزة ويؤرخ هذا التقييد ويوقع من طرف المحافظ على الأملاك العقارية تحت طائلة البطلان".

وهو ما أكده القضاء المغربي في قرار صدر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 يناير 1985 حيث جاء فيه ما يلي:

"إيداع الطلب والوثائق بسجل الإيداع بالمحافظة لا يرقى إلى درجة إشهار الحق بتسجيله بالرسم العقاري"⁽²⁾.

¹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 301 بتاريخ 13 أبريل 1966، مجلة قضاء المجلس الأعلى العدد التاسع الصادر في يونيو 1969، ص 54.

² - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 30 يناير 1985، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 37 و38، يونيو 1986، ص 21 وما بعدها.

أما المشرع الفرنسي فلم يعتبر تسجيل العقد العيني الوارد على العقار إلا شرطاً لنفاذ الحق العيني في مواجهة الغير، فبيع العقار الذي لم يتم إشهاره بنقل الملكية بين المتعاقدين وتنشأ عنه جميع الإلتزامات العقدية، إلا أنه لا ينفذ فيما يتعلق بانتقال الملكية في حق الغير⁽¹⁾.

فالإشهار في القانون الفرنسي هو وسيلة لإعلام "الغير" بالتصرفات العينية التي يجريها المالك على العقار، هكذا إذا لم يتم إشهار العقد بتقييده لدى الجهة المختصة بما يسهل على الغير العلم به، فإن للغير أن يعتبر هذا العقد وكأنه لم يوجد، وبهذه الوسيلة تم حل النزاع بين الخلفاء الخاصين لسلف واحد، فالخلف الخاص الذي تؤول إليه ملكية العقار، لو باعه مالكة مرتين، هو من يسبق خصمه إلى إشهار العقد⁽²⁾.

أما بالنسبة للمالك في القانون العراقي، فإن العقد ذو الأثر العيني الوارد على عقار يشهر بتقييده، فالتقييد حسب هذا القانون هو ركن في العقد لا ينعقد إلا به⁽³⁾، فبخلاف المشرع الفرنسي، فالعقد غير المقيد صحيح إلا أنه لا يمكن أن يحتج به على دائن البائع⁽⁴⁾.

أما بخصوص المشرع المغربي، فاعتبر أن للتقييد حجية في مواجهة الغير بالمعنى الواسع أي في مواجهة الكافة، فمالك الحق العيني المقيد يحق له أن يطلب طرد الشخص الذي يستغل العقار الذي يزعم أنه صاحب حق عيني عليه، طالما أنه لا يتمسك بأي حق مقيد بالسجل العقاري بمجرد بيع مزعوم غير مقيد.

¹-Marty (G) et Raynaud (P), « Les Suretés de la publicité foncière », 2 édition, Sirey, Paris 1987,P.450.

²-Guerriero (M), « L'Acte juridique Solennel »,Thèse (Imprimée), L.G.D.J. Paris 1975, P.214.

³- نصت المادة 1126 من القانون المدني العراقي على أن:

"العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً".

⁴- حامد مصطفى، "القانون المدني العراقي"، الجزء الأول الملكية وأسبابها، بغداد 1953، ص 256 و 258.

وهناك معنى ضيق للغير في هذا الإطار، أي الشخص الذي يتمتع بحق عيني مقيد أصلا في السجل العقاري والذي يتأثر حقه بحجية التقييد، والغير بهذا المعنى الضيق يلزمنا أن نعمل على التمييز بين حالتين يكون فيهما الغير إما حسن النية (أولا)، وإما سيء النية بالنسبة لحجية إشهار العقد (ثانيا).

أولا- الغير حسن النية وحجية تقييد العقد بالسجل العقاري:

تكتسي حجية التقييد بالنسبة للغير قوة قاطعة، بمعنى أن قيود السجل العقاري التي استند عليها الغير، تعتبر قيودا صحيحة على الإطلاق، بحيث لا يتأثر حقه بما يمكن أن يطالها من بطلان أو إبطال أو أي تغيير⁽¹⁾، وهو ما ينص عليه المشرع المغربي بموجب الفصل 66 من ظهير 9 رمضان 1331 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-07 على أن:

"كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التقييد في مواجهة الغير ذي النية الحسنة".

وهو ما أكده المشرع المغربي كذلك بموجب المادة 2 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على ما يلي:

"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.

¹- مأمون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، ج 1، مصادر الالتزامات، م. س. ص 167.

إن ما يقع على التقييدات من إبطال أو تغيير أو تشطيب 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 بحق داخل أجل أربع سنوات من تاريخ التقييد المطلوب إبطاله أو تغييره أو التشطيب عليه.¹

ويستشف من خلال هذه النصوص، أن الغير حسن النية هو الذي يجهل العيوب التي تطل السند أو الرسم الذي تلقى الحق بموجبه بعد تقييد اسمه في السجل العقاري.

ويجدر القول بأن حجية التقييد بالنسبة للغير حسن النية هي حجية مطلقة، وذلك حتى بالنسبة للحالة التي يثبت فيها أن التقييدات التي استند إليها الغير مزيفة أو قابلة للإبطال، فمادام هذا الغير قد وثق بصحتها، فإن أي إبطال أو تغيير لاحق لا يمكن أن يضر به، وإن حقه الذي قام بتقييده بعد التصرف يظل مصاناً ولا يلحقه أي إزعاج⁽¹⁾.

بيد أن مبدأ حسن النية لا يستطيع تطهير السند الذي بموجبه قيد الغير حقه، لأن حسن نية الغير تحميه من بطلان وعيوب التقييدات السابقة، ولا تحميه من بطلان السند نفسه الذي بموجبه آل إليه الحق في حالة ما إذا كان هذا السند معيباً⁽²⁾.

¹- يراجع في هذا الصدد:

* محمد شكورة، " حسن النية في قانون العقارات المحفوظة والقانون الخاص بالمنقول في التشريع المغربي"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية 1985/1986، ص 98.

* عبد الجليل الزبيدي، " حسن النية وسوؤها في حقل الحقوق العينية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش، السنة الجامعية 1999/2000، ص 181.

²- محمد شكورة، " حسن النية في قانون العقارات المحفوظة والقانون الخاص بالمنقول في التشريع المغربي"، م.س. ص 99.

وبناء عليه، فالغير حسن النية لا يتأثر إذا ما اتصلت العيوب بعلمه بعد تقييد الحق الذي انتقل إليه، فالعبرة إذن في تقدير حسن النية من علمها هو بتاريخ وقوع التقييد، فإذا كان الغير يجهل أمر العيوب اعتبر حسن النية، وفي حالة علمه بها كان إذن سيء النية⁽¹⁾.

ثانيا- الغير سيء النية وحجية تقييد العقد بالسجل العقاري:

ربط المشرع المغربي مسألة القيد في السجل العقاري -الذي يعتبر قرينة على وجود الحق وإثباته- بمبدأ حسن النية، أما سوء النية فهو لا يمكن من الاستفادة من حجية التقييد⁽²⁾، وهو ما يستنتج من مفهوم مخالفة الفقرة الثانية من الفصل 66 من ظهير 9 رمضان 1331 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-07، الذي اشترط المشرع المغربي بموجبه أن يكون الغير حسن النية حتى لا يتم الاحتجاج في مواجهته بإبطال التقييد.

لقد ذهب رأي من الفقه إلى القول، بأن الغير سيء النية هو الذي يعلم بعيب سند من تلقى الحق عنه⁽³⁾، وعلى الرغم من وجهة هذا الرأي، فلا يمكن الإعتداد بمجرد العلم البسيط، خاصة وأن الشخص الذي يعمل على تقييد حقه، إنما يعتمد في ذلك على البيانات المقيدة في السجل العقاري، وليس على بنود العقد⁽⁴⁾، حيث إنه من الصعب اعتباره سيء النية بسبب وجود عيب في التصرف السابق، وفي رسم من تلقى الحق عنه⁽⁵⁾، وإنما يجب تعليق هذه النتيجة الخطيرة

1- مأمون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، ج 1، مصادر الالتزامات، م. س. ص 169.

2- محمد خيرى، "الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب"، الطبعة الثانية 1990، ص 529.

3- يراجع في هذا الصدد:

* مأمون الكزبري، "نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي"، ج 1، مصادر الالتزامات، م. س. ص 170.

* إدوارد عيد، "الحقوق والضمانات المقدرة للغير بمقتضى نظام السجل العقاري"، مقال منشور بمجلة المحامون عدد 4 سنة 1975.

4- إدريس السماحي، "القانون المدني، الحقوق العينية ونظام التحفيظ العقاري"، م. س. ص 298.

5- محمد خيرى، "الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب"، م س، ص 530.

ليس فقط على مجرد العلم، وإنما على التواطؤ مع المتصرف للإضرار بمصلحة المتضرر المشتري الأول أو الشخص الموعود له بالبيع أو بالحق العيني.

وهذا ما زكاه القضاء المغربي في العديد من القرارات القضائية، فالشخص الذي قيد حقه عن سوء نية لا يستطيع أن يحافظ على حقه رقم تقييده، وبذلك يكون ملزماً بإرجاع الحق إلى صاحبه، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بالرباط في قرارها الصادر بتاريخ 17 فبراير 1951، حيث قررت بأنه:

"يجب الأمر بالتشطيب على تسجيل البيع حالة وجود اتفاق تدليسي بين البائع والمشتري، ويتم الاتفاق التدليسي إذا كان المشتري على علم بوعده بالبيع السابق، وإبرام الشراء بدون أن يقع إبطال الوعد بالبيع، وإذا سجل شراؤه بسرعة استثنائية في نفس اليوم الذي تم فيه التشطيب على العقد وتسجيل قسمة قضائية من شأنها أن تفتح المجال لإنجاز البيع"⁽¹⁾.

والملاحظ مدى تأثير تقييد الحقوق العينية في السجل العقاري بحسن نية الطرف المقيّد للحق، بحيث إن حسن النية هو الذي يعمل على ضمان إنشاء الحق بصورة أبدية، من هنا يتجلى لنا الوظيفة الإنشائية لحسن النية، ذلك أن التقييد للحقوق العينية لا يضمن بقاءها للطرف المتصرف إليه إذا لم يكن هذا الأخير حسن النية.

وبالرغم من وضوح الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري والمادة الثانية من مدونة الحقوق العينية بشأن الدور الإنشائي للتقييد، فإن هذا الأخير لا يحافظ على الحق المقيّد بصورة مطلقة إذا ما كان الشخص المقيّد سيء النية،

¹ - قرار رقم 4316 الصادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 17 فبراير 1951، يراجع قرارات محكمة الاستئناف بالرباط، تعريب محمد العربي المجبود، ج 2، ص 254.

- ويراجع في نفس السياق:

* قرار المجلس الأعلى عدد 337 بتاريخ 13 نونبر 1918، ملف إداري عدد 83887، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 31 السنة الثامنة مارس 1983.

فالدور الهام لاستقرار مثل هذه الحقوق موكول إلى توافر حسن النية للطرف المقيد أولاً وإجراء التقييد ثانياً.

ونشير في هذا الشأن، إلى أن توافر حسن النية وحده لا يكفي إذا لم يجر التقييد، بالإضافة إلى أن التقييد غير المقرون بحسن النية لا يجدي نفعاً، وبالتالي فتوافر حسن النية وإجراء التقييد أمران ضروريان في مجال التحفيظ العقاري، وذلك للمحافظة على الحقوق وضمان استقرارها.

مدى مناعة التقييم القضائي لعنصر الاحتياج في دعوى إفراغ المحلات المعدة للمكنى

على ضوء قرار محكمة النقض رقم 6-654 الصادر بتاريخ
17 هشتنبر 2013

يوسف الزوجال

دكتور في الحقوق

أستاذ زائر بكلية الحقوق بطنجة

رئيس تحرير مجلة مغرب الحكامة

عضو المركز المتوسطي للدراسات القانونية و القضائية بأصيلة

مستشار بالمركز الأكاديمي للأبحاث والدراسات الأسرية بطنجة

أولا النص الكامل للقرار

المملكة المغربية

وزارة العدل و الحريات

محكمة النقض

القرار رقم 6-654

المؤرخ في 17 شتنبر 2013

ملف مدني عدد 3717-1-6-2012

باسم جلالة الملك و طبقا للقانون

إن الغرفة المدنية (القسم السادس) بمحكمة النقض في جلستها العلنية

أصدرت القرار الآتي نصه

بين.....

ينوب عنها الأستاذ.....الخامي بهيئة الجديدة و المقبول للترافع أمام
محكمة النقض.

و بين.....

بناء على مقال النقض المودع بتاريخ 13 يونيو 2012 من طرف الطالبة
المذكورة حوله بواسطة نائبها الأستاذ.....و الرامي إلى نقض القرار الصادر
بتاريخ 01 دجنبر 2010 في الملف عدد.....عن محكمة الاستئناف بالجديدة.

وبناء على المستندات المدلى بها في الملف.

وبناء على الأمر بالتخلي والإبلاغ الصادر بتاريخ 10 يونيو 2013 وتبليغه.

وبناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 10

ماي 2013

وبناء على المناادة على الطرفين و من ينوب عنهما و عدم حضورهما.

وبعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد.....و الاستماع

إلى ملاحظات الخامي العام السيد.....

و بعد المداولة طبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف أنه بتاريخ 10 نونبر 2009
قدمت.....مقالا الى المحكمة الابتدائية بالجديدة عرضت فيه أنها تملك مع
زوجها.....منزلا كائنا بالجديدة مكون من طابقين سفلي وفوقي ذي رسم
عقاري رقم.....أجرته للمدعى عليه.....بسومة شهرية قدرها
1200 درهما وقد احتاجت لمنزلها بعد أن تقاعدت هي و زوجها وتطالب
بإفراغه هو ومن يقوم مقامه تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 300 درهما عن
كل يوم تأخير عن التنفيذ وعززت ادعائها بحضور تبليغ الإشعار وشهادة

الملكية و موجب احتياج و وكالة و وصولات كراء, و أجب المدعى عليه بأن زوج المدعية يملك دارا بأولاد فرج و أنها تتوفر على عدة عقارات أخرى.

وبعد إجراء بحث بواسطة القاضي المقرر, قضت المحكمة بتاريخ 3 يونيو 2010 في الملف عدد.....بعدم قبول الطلب. استأنفته المدعية وأيدته محكمة الاستئناف بموجب قرارها المطعون فيه بالنقض من طرفها.

في الوسيلة الثانية بحرق القانون الداخلي و حرق الفصل 13 من ظهير 25 دجنبر 1980, ذلك أن الدعوى تهدف إلى إفراغ الدار التي يعتمرها المطعون ضده بالكراء من الطاعنة لحاجتها الماسة لها للسكنى فيها بعد إحالتها هي وزوجها على التقاعد و رغبتها في السكن بلجديدة و البعد عن قرية أولاد فرج التي كانت تسكنها أثناء فترة عملها و إدلائها بما يفيد كرائها منزلا بلجديدة منذ 16 ماي 2005 حسب التعهد المدلى به في الملف و التزام زوجها بإفراغ العين المكررة والكائنة ب.....كما أدلت بشهادة عدلية تفيد أن الطاعنة لا تملك سكنا آخر عدا الدار موضوع الدعوى, و أن المحكمة لم تناقش ذلك رغم أنها أثبتت ما هو كاف لقبول دعواها.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار, ذلك انه اعتمد في قضائه على أن المحكمة مصدرة الحكم المستأنف أمرت بإجراء بحث شخصي بين الطرفين تبين من خلاله أن المستأنفة تملك عقارا بأولاد فرج تقيم به و كما هو ثابت من خلال المقال الافتتاحي و موجب الاحتياج المدلى به و أن المحكمة استنتجت من ذلك أن حاجة المكري إلى إفراغ المستأنف عليه من العين المكررة غير قائمة, في حين أنه بمقتضى الفصلين 13 و 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 يمكن للقاضي تصحيح الإشعار بالإفراغ إذا كان المقصود منه سكنى المكري أو أصوله أو فروعه حسب الأحوال وأن يكون المكري أو أصوله أو فروعه لا يشغل سكنا في ملكهم وكافيا لحاجياتهم العادية, وأن الطاعنة وهي مالكة محل سكنى

بالجديدة وترغب الإقامة فيه بعد إحالتها و زوجها على التقاعد لا يمكن إجبارها على السكن ببلدة تبعد عن المدينة المرغوب الإقامة فيها، وانه لا يستفاد من وثائق الملف أن المطلوب في النقص أدلى بما يفيد أن الطاعنة تشغل سكنا في ملكها في المدينة المذكورة وكافيا لحاياتها العادية، وأن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما اعتبرت الطاعنة تملك عقارا بأولاد فرج وأن عنصر الاحتياج غير متوفر، وأعرضت عن البحث في عنصر الاحتياج على ضوء مقتضيات الفصلين 13 و 14 المذكورين جاء قرارها ناقص التعليل المنزل منزلة انعدامه مما عرضه للنقض والإبطال.

وحيث إن حسن سير العدالة و مصلحة الطرفين يقتضيان إحالة الملف على نفس المحكمة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت طبقا للقانون بهيئة أخرى وتحميل المطلوب في النقص المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة مترتبة من السادة

رئيس الغرفة.....

عضوا مقررا.....

..... و و أعضاء

و بحضور الخامي العام

و بمساعدة كاتبة الضبط.....

ثانيا التعليق

لا نتفق تماما مع ما ذهبت إليه محكمة النقض في القرار رقم 654-6 المؤرخ في 17 شتنبر 2013، ملف عدد 3717-1-6-2012 الذي يتمحور حول

تقييم عنصر الاحتياج في دعوى إفراغ المحلات المعدة للسكنى و مناقشته على ضوء الفصلين 13 و14 من الظهير الشريف المؤرخ في 25 دجنبر 1980 (المعدل بموجب القانون رقم 12-67 الصادر بتاريخ)، لما سلطت سيف رقابتها على القرار الاستثنائي المطعون فيه بالقول أنه جاء ناقص التعليل و مصيره الإبطال بحكم إعراض قضاة الموضوع عن البحث في العنصر المذكور و ذلك بسبب ضبابية تقييمها المتنافي في العمق مع روح النصوص التشريعية المحتج بها في الأصل.

وبما أن دعوى إفراغ أو استرداد الحل المعد لغرض السكن بعلّة الاحتياج الضروري إليه قد حصر المشرع شروط قبولها في الظهير المشار إليه أعلاه¹ والذي كان ساري المفعول على النازلة التي نجد أنفسنا بصدد تحليلها، فإننا

¹ على سبيل المقارنة، نجد أن مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 25 دجنبر 1980 المتعلق بالكراء السكني تتطابق كثيرا مع أحكام القانون الفرنسي مما يدل على أنها مستوحاة في مجملها منه مع إجراء بعض التعديلات الطفيفة حتى يتماشى مع المعطيات المجتمعية و الاقتصادية ببلادنا و هو ما يؤكد جانب من الفقه قاتلا

SYLVAIN GRATALOUP «le congé pour reprise» article publié sur le site http://www.avocat-grataloup.com/comment-reprendre-mon-logement-lorsqu-il-est-deja-loue--_ad3.html "La loi du 6 juillet 1989 procède à une énumération exhaustive des bénéficiaires de la reprise. Il s'agit naturellement du bailleur lui-même, de son conjoint ou de son partenaire auquel il est lié par un pacte civil de solidarité enregistré à la date du congé, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint, de son partenaire ou de son concubin notoire, notamment s'il s'agit d'un adopté simple, solution qui avait déjà été retenue sous l'empire de la loi du 1^{er} septembre 1948. En revanche, demeurent exclus de la liste des bénéficiaires l'ascendant du conjoint du bailleur ou encore ses neveux et nièces.

par ailleurs, la Cour de cassation a considéré que, dès lors que l'une des deux personnes désignées dans le congé comme devant habiter le logement loué, remplit les conditions prévues par l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989, le congé doit être validé à son seul bénéfice, peu importe que le second bénéficiaire désigné ne puisse bénéficier de la reprise en raison de sa minorité"

مضطرون إلى رصد ملامح عدم مناعة الخلاصة غير المنطقية التي اتجهت إليها المحكمة الموقرة من منطلق المبادئ الدستورية التي تحتم ربط المسؤولية بالمحاسبة.

وعلاقة بهذا القرار، نعتقد يقينا أنه ينم عن إشارات قوية تكفي لاستنتاج مدى بعده عن الصواب و تشويهه للإرادة الصريحة والظاهرة المعبر عنها تشريعيًا في الفصول المطبقة على النازلة لا من حيث التحقق من عدم تملك المكري صاحب الدعوى لسكنى إضافية غير تلك المرغوب في إفراغها (المبحث الأول) ولا من حيث التأكد من استحالة كفايتها للأعباء المعيشية العادية المبررة للاحتياج (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ضعف المناعة الرقابية بخصوص التحقق من توفر المكري على ملكية عقارية إضافية

إن الشرط الأول الذي استلزم المشرع المغربي قيامه لقبول دعوى إفراغ العين المكتراة و المعلة للسكنى هو أن لا يشغل صاحب الحق أي محل آخر يوجد في ملكه الخاص.

ومن الواضح أن هذا المعيار لم تعمل محكمة النقض حتما على احترامه في نازلة الحال، إذ أن الطاعنة و زوجها يتوفران على عقار في ملكيتهما الخاصة كائن في قرية أولاد فرج من المرجح أن اقتنائه تم إبان فترة مزاولتهما للعمل وقبل إحالتهما على التقاعد.

ومن المعلوم أن الطاعنة باعتبارها زوجة يحق لها الاستفادة من أحكام الظهير المومأ إليه لأنه لم يعد للنقاش المثار حول الإشكالية بسبب ارتباطها بمبدأ القوامة الذي يوجب على الزوج الإنفاق عليها وجلب السكن لها أية

فائدة بحيث استعمل النص في فصله 14 كلمة المكري على إطلاقها و بهذا يدخل في خانته المرأة المتزوجة.

وتزكية للموقف التشريعي, أكد المجلس الأعلى على ذلك من خلال قراره رقم 1475 الصادر بتاريخ 12 مارس 1996 ملف عدد 493-91 الذي اعتبر أن "زواج المطلوبة في النقص لا يترتب عنه انتفاء احتياجها لمنزلها المؤجر للغير إذا كانت ترغب في السكن فيه مع زوجها ولا يفقدها حقها في الاستفادة من أحكام الفصل 13 من القانون رقم 6-79 التي لا تتأثر بالوضعية العائلية للمكري أو للشخص المراد إسكانه".

وفي نازلة سابقة, ذهب في قراره رقم 2983 صادر بتاريخ 22 دجنبر 1986 ملف عدد 86-1643 إلى أن "الزوجة وإن كانت نفقتها على زوجها طبقا لقانون الأحوال الشخصية إلا أن ظهير 25 دجنبر 1980 في فصله 13 لا يمنعها وهي مالكة من أن تطالب بتصحيح الإشعار بإفراغ المكثري من محلها قصد سكنها فيه بنفسها مع أبنائها و زوجها".

فالفصل 13 و 14 يسريان على الأشخاص المالكين بدون تفرقة بين الجنسين وبدون الأخذ بعين الاعتبار الرابطة الزوجية أو علاقة القرابة لأن الذي يهم هو مدى توفرهم على الشروط المتطلبة لقبول دعوى الإفراغ للاحتياج من حيث نطق تطبيقه على المستوى الشكلي من عدمه قبل البت في موضوع الحق.

إذن بتوفر الطاعنة و زوجها على عقار آخر يكون مصير طلبهما هو الرفض طبقا لما سطر في الفصل 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 و وفقا للاجتهد القضائي. على سبيل المثال لا الحصر, جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 4919 صادر بتاريخ 23 يوليوز 1996 ملف عدد 91-2064 أن "الاحتياج يكون ثابتا إذا لم يثبت أن المالكة تسكن بمنزل في ملكها أو ملك زوجها".

وقد جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالرباط رقم 2 الصادر بتاريخ 13 يناير 2010 القاعدة التي مفادها أن " المدعية التي طالبت باسترداد محلها لتسكن فيه لم تثبت أن زوجها لا يملك سكنا خاصا به".

وبمفهوم المخالفة، فالاحتياج لا يكون قائما إذا ثبت للمحكمة توفر الزوجين أو أحدهما على ملكية عقارية أخرى غير المطلوب إفراغها وهي الحالة التي تنطبق على النازلة.

كما أن التعليل الذي ساقته محكمة النقض لا يستقيم بتاتا مع المراد الذي عبر عنه المشرع بهذا الصدد، فلا ندرى على أي أساس قانوني اعتمدت في رأيها الغامض بادعائها أنه " لا يمكن إجبار الطاعنة وزوجها على السكن ببلدة تبعد عن المكان الذي يرغبان الإقامة فيه".

و من هنا لا بد من التذكير بالقاعدة المعروفة " لا اجتهاد في ظل وجود نص قانوني صريح " مما يفيد أن المحكمة توسعت في تأويل النص التشريعي المستدل به وتعدت حدوده شيئا ما وأفحمت معيارا يبقى مختلقا في نظرنا و لا محل له بل وغير متطلب في القانون الواجب التطبيق على الملف المعروض عليها المعيار المكاني أو الجغرافي.

فالفصلين 13 و 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 لم يتطرقا ولو ضمنا للمعيار انف الذكر لأن المشرع اكتفى عند وضعهما بأن لا يشغل المكري رافع الدعوى أي سكن آخر في ملكه الخاص فقط دون التلميح إلى مسألة الأخذ بعين الاعتبار لمكان تواجده لأنه ليس من الضروري أن تكون ملكية هذا الأخير قائمة بنفس المدينة التي يطمح للانتقال إليها بغية العيش و الاستقرار بها.

والمعنى الصحيح للنصين معا يجر إلى الاقتناع بأنه متى ثبت أن صاحب العين المكترة للغير المرغوب في إفراغها للحاجة الماسة للسكن فيها يقطن في عقار آخر يوجد تحت ملكيته الخاصة، فان مصير دعواه يصبح معلوما و مآله الرفض.

على عكس الحكم الابتدائي والقرار الاستثنائي الجديرين بالإتباع حسب رأينا البسيط، فضلت محكمة النقض عدم مسaire قضاة الموضوع لما تمسكت بأن كلتا المحكمتين الابتدائية والاستئنافية بمدينة الجديدة أحجمتا عن البحث في عنصر الاحتياج.

إن منظور محكمة النقض يبدو مفتقدا للدلائل القانونية التي تعضده، إذ أن قضاة الموضوع على صعيد الدرجتين الأولى والثانية انكبوا على دراسة النازلة بشكل مستفيض وفق النصوص التشريعية ومن خلال الرد على دفعات وطعون الأطراف المعنية المتنازعة.

فمن أجل التحقق من الشرط الأول الذي يستوجبه ظهير 25 دجنبر 1980، قرر قضاة الموضوع عن صواب إجراء بحث معمق انتهت جلساته إلى أن صاحب الدعوى (الطاعنة بمعية زوجها) يتوفر على عقار آخر في ملكه و هذا ينسف جزما حيثيات قرار محكمة النقض التي تشبث بخلاف ذلك.

ومما يزيد من اختلال قرار محكمة النقض أنها لم تنتبه إلى كون جلسات البحث المجراة من طرف قضاء الموضوع تمنحنت عنها حجة قاطعة على انتفاء الشرط الأول لقبول دعوى إفراغ المحل المكترى بدواعي الاحتياج. فاعتراف الطاعنة أمام القضاء يعتبر في حد ذاته إقرارا قضائيا حول تملك العقار الكائن بقرية أولاد فرج، الأمر الذي يتعين معه استبعاد الشهادة العدلية التي أدلت بها.

وتبعاً لذلك، لما اعتدت محاكم الموضوع بنتائج جلسات البحث تكون قد ناقشت ادعاء الطاعنة و ردت عليه بصرفها النظر عن فحوى الشهادة العدلية والرسم الموجب للاحتياج لأنها أخذت بما هو أقوى من حيث الإثبات إعمالاً للسلطة المخولة لها في تقدير الوثائق والحجج والمفاضلة والترجيح فيما بينها. فقد اعتبر المجلس الأعلى في قرار له صادر بتاريخ 8 ماي 1968، ملف عدد 217 أن "قضاة الموضوع لهم الحق في تصفح الرسوم المدلى بها لديهم واختبار

صحتها شكلا وموضوعا قبل أن يعملوا بها و لو لم يقع فيها أي طعن من لدن المحتج بها عليهم وأن ذلك داخل في سلطتهم التقديرية التي لا تخضع لرقابة المجلس".

والمقصود في هذا الباب أن الإقرار القضائي يأتي في مقدمة الدلائل والوسائل الإثباتية بناء على الفصل 404 من قانون الالتزامات و العقود الذي أكد أن " وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

- 1 - إقرار الخصم؛
- 2 - الحجة الكتابية؛
- 3 - شهادة الشهود؛
- 4 - القرينة؛
- 5 - اليمين والنكول عنها "

وغني عن البيان أن الفصل 405 من قانون الالتزامات و العقود قد نص على أن "الإقرار قضائي أو غير قضائي. فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا.

والإقرار الحاصل أمام قاض غير مختص، أو الصادر في دعوى أخرى، يكون له نفس أثر الإقرار القضائي".

إلى جانب ذلك، جاء في الفصل 410 ما يلي "الإقرار القضائي حجة قاطعة على صاحبه و على ورثته وخلفائه، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا في الأحوال التي يصرح بها القانون".

كما أن الفصل 447 من القانون المذكور كان حاسما عندما أورد أنه "لا تطبق الأحكام المقررة فيما سبق عندما توجد بداية حجة بالكتابة.

وتسمى بداية حجة بالكتابة كل كتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال إذا كانت صادرة ممن يحتج بها عليه أو ممن انجر إليه الحق عنه أو ممن ينوب عنه.

وتعتبر صادرة من الخصم كل حجة يحررها بناء على طلبه، موظف رسمي مختص، في الشكل الذي يجعلها حجة في الإثبات، وكذلك أقوال الخصوم الواردة في محرر أو في حكم قضائي صحيحين شكلا".

وعليه، فكل ما راج أمام قضاء الموضوع وتم إدراجه في صلب أحكامه وقراراته يؤخذ به كوثائق رسمية وحجج دالة على ثبوت الوقائع المراد توضيحها، وهذا ما أكده الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الثانية بقوله " وتكون رسمية أيضا :

1 - الأوراق المخاطب عليها من القضاة في محاكمهم؛

2- الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها".

و إذا كانت الشهادة العدلية و شهادة الملكية علاوة على الرسم الموجب للاحتياج قد أضفى عليها التشريع المغربي صبغة الإقرار أو الدليل الكتابي على أساس الفصل 416 من قانون الالتزامات والعقود¹، فإنه أجاز أيضا دحضها و هو الموقف المستفاد من أحكام الفصل 415 من ذات القانون الذي قضى بما يلي " لا يعتد بالإقرار:

1- إذا انصب على واقعة مستحيلة استحالة طبيعية، أو واقعة ثبت عكسها بأدلة لا سبيل لدحضها؛

¹ ينص الفصل 416 من قانون الالتزامات و العقود على أنه " يمكن أن ينتج إقرار الخصم من الأدلة الكتابية".

2- إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه؛

3- إذا استهدف إثبات التزام أو واقعة مما فيه مخالفة للقانون أو للأخلاق الحميلة أو مما لا يسمح القانون بسماع الدعوى فيه، أو استهدف التخلص من حكم القانون؛

4- إذا قضى حكم حائز لقوة الأمر المقضي بعكس ما تضمنه الإقرار".

والملاحظ أن البندين 1 و3 من عبارات الفصل 415 من قانون الالتزامات والعقود هما مدخلان رئيسيان يصلحان لتوضيح مدى ضعف المناعة الرقابية لمحكمة النقض في هذه النقطة بالضبط مما يؤشر على عدم صلابتها كالآتي

- أن الشهادة العدلية والرسم الموجب للاحتياج للسكنى كلها سندات استعملت من لدن الطاعنة وزوجها كمطية للوصول إلى المتغنى ضدا على القانون الذي يضيق الخناق على صاحب الدعوى لضمان عدم إلحاق الضرر بالشخص المكتري أو تعريضه للطرد بطريقة تعسفية و بوسائل كيدية.

وفي نازلة الحال، يستطيع المرء من خلال قراءة الوقائع التي سردها قرار محكمة النقض التوصل إلى أن علم الطاعنة و زوجها بإمكانية رفض طلبهما من طرف المحكمة ما لم يدلان بما يثبت عدم تملك أي سكن هو العامل الذي كان وراء اتجاههما لاستصدار الشهادة العدلية حتى يتسنى لهما الاستجابة للشرط الأول المتطلب قانونا، و مجرد قيام الطاعنة و زوجها باستصدار تلك الشهادة العدلية و الإدلاء بالرسم الموجب للاحتياج يوحي بسوء نيتهما للتستر عن الواقع و طمس معالم و آثار ملكيتهما للدار المتواجلة ببلدة أولاد فرج.

وهذا السلوك الذي أقدم عليه معا مجرم في القانون المغربي لأن الإدلاء بشهادة عدلية كان من أجل إثبات عدم تملك أية ملكية عقارية خاصة أخرى

يؤكد على وجود إقرار يتضمن وقائع غير صحيحة و تعارض مع الحقيقة التي تدل على توفر تلك الملكية.

فالفصل 366 من القانون الجنائي أشار بصريح العبارة إلى أنه " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يكون الفعل جريمة أشد، من:

1- صنع عن علم إقرارا أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة؛

2- زور أو عدل، بأية وسيلة كانت، إقرارا أو شهادة صحيحة الأصل؛

3- استعمل عن علم إقرارا أو شهادة غير صحيحة أو مزورة".

ونعتقد أن القصد الجنائي بشقيه العام و الخاص عند إعداد الشهادة العدلية والرسم الموجب للاحتياج قائم في النازلة، إذ أن القصد العام هو ارتكاب الجريمة مع العلم بجميع أركانها القانونية. أما القصد الخاص يتمثل في وجود سوء النية لدى الفاعل أي الطاعنة و زوجها.

ومن هذا النص، نستنتج أن استصدار الشهادة العدلية و الرسم الموجب للاحتياج و الإدلاء بهما للقضاء يتناقض مع قول الطاعنة و زوجها بخصوص ثبوت ملكيتهما للعقار الموجود بقرية أولاد فرج، و من ثمة كان على المحكمة أن تأخذ بقاعدة "من تناقضت أقواله مع مقاله، فدعواه مردودة عليه"، كما جرت بذلك العادة في القانون المغربي و العرف الإسلامي. مثلا، جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بطنجة رقم 139 صادر بتاريخ 18 مارس 2013، ملف عدد 615-12-1607 أنه "من تناقضت أقواله مع مقاله فدعواه مردودة عليه، وأن من اكذب حجته لم ينتفع بها، و قد أشار إلى ذلك الشيخ خليل في مختصره بقوله {وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعد لم ينفذ}، أي إذا أقر الخصم و وقع الإشهاد على إقراره ثم بعد ذلك أراد إنكار إقراره فلا يصدق.

وفي المعيار عن العبدوسي {من تناقض كلامه فلا حجة له}، و عن ابن يونس عن الأشهب أن {من اختلفت دعواه بأمرين فلا شيء له، هذا قول الامام مالك}، و من المقرر أن المرء مؤاخذ بما أقر به على نفسه، و الإقرار أقوى من إقامة البينة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام {أحق ما يؤاخذ به المرء اقراره على نفسه}.

قال الشيخ خليل في المختصر {يؤاخذ المكلف بلا حجر باقراره}، و قال ابن عاصم في التحفة {ومالك لأمره أقر في صحته لأجنبي اقتفي}، و في لامية الزقاق {فان بان إقرار المحيب فننذن}."

وبصفة عامة، لم يكن قرار محكمة النقض موفقا على الإطلاق عندما ألقى باللوم الشديد على الطرف المطلوب أمامها بعلة عجزه عن الإدلاء بما يؤكد أن الطاعنة التي تعتبر خصمه تشغل سكنا في ملكها بمدينة الجديدة. فبالرجوع إلى الفصلين 13 و 14 على التوالي من ظهير 25 دجنبر 1980 بخصوص ممارسة دعوى إفراغ المحل المكترى وجه المشرع فيهما خطابه المباشر للشخص المعني أي المكري وهو الطاعنة و زوجها في النازلة وليس المكترى على حد ظن الهيئة الحاكمة، إذ لم يرد لفظ المكترى في هذين الفصلين مما يعني أن المكري هو الطرف الذي يتعين عليه إثبات ما يدعيه طبقا الفصل 399 من قانون الالتزامات والعقود الذي نص على أن "إثبات الالتزام على مدعيه".

ولئن كان الطرف الطاعن المدعي الذي يلتزم قبول وتصحيح مسطرة إفراغ العين المكتراة للغير و المملوكة له بغرض السكن فيها مع الزوج لم يفلح في تأكيد عدم تملكه لعقار آخر، فان قرار محكمة النقض الذي استحضر في تعليقه المعيار الجغرافي يكون منتقدا لتجاوزه نطاق الفصلين 13 و 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 باعتبار أن ألفاظهما واضحة و غير قابلة للتأويل أو الزيادة أو النقصان و لا يجوز تحت أي ظرف التوسع فيهما.

مما تقدم، نرى أن محكمة النقض خالفت مجموعة من المقتضيات القانونية على رأسها الوثيقة الدستورية. فبالنسبة للفصلين 110 و 117 من هذه الأخيرة و اللذين سطرا بشكل دقيق الصلاحيات التي يسهر القضاة باختلاف درجاتهم على تنزيلها و من جملتها بطبيعة الحال تطبيق القانون.

فطالما أن التطبيق القضائي لظهير 25 دجنبر 1980 لم يتأت بالشكل الصحيح لا سيما ارتباطا بالشق المتصل بالمعيار الجغرافي، فإن ذلك يجعلنا أمام قرار اجتهادي مختل من الناحية القانونية و لا يستسيغه العقل.

أما بالنسبة للفصل 125 من الدستور، فقد أوجب المشرع أن تكون جميع الأحكام والقرارات والأوامر القضائية بما فيها تلك الصادرة عن محكمة النقض معللة بتعليل قانوني كاف و سليم لأن في الوضعية المقابلة قد تتعرض لجزاء البطلان إذا شابها نقص أو انعدام الأسباب الواقعية التي بنيت عليها.

وبخصوص النازلة، نسجل أن قرار محكمة النقض و إن كان معللا، فقد خيم عليه بعض الإبهام ناهيك عن أن الرقابة التي مورست على قضاة الموضوع لم تتم بالشكل المطلوب لأن هؤلاء سواء في المرحلتين الابتدائية والاستئنافية التزموا حرفيا بالحدود المرسومة تشريعيا في ظهير 25 دجنبر 1980.

و يجد اختلال تعليل قرار محكمة النقض مصدره في محاولة الهيئة الحاكمة الموقرة إعمال قواعد الإنصاف بواسطة مراعاة الظروف الاجتماعية المرتبطة بحياة الطاعنة وزوجها وتحصين حق الملكية المحاط بحماية دستورية للحيلولة دون الاعتداء عليه و حرمان صاحبه من سلطة التصرف والاستعمال. ففي قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 517 الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 2013 ملف عدد 62-2013-1302 انتهى إلى أن "صاحب الملك أولى وأحق باستعماله من غيره".

بيد أن إذا كان هذا الأمر يمكن تفهمه من الزاوية الإنسانية المحضة، إلا أنه لا يجب أن يتم على حساب القانون المطبق على النازلة، فلو أراد المشرع أن

يقيّد من نطاق الفصلين 13 و 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 عبر إدراج المعيار الجغرافي لارتأى التنصيب عليه، و من ثمة فانعدام الإشارة إليه لا يمكن تفسيره إلا برغبة المشرع في تجنب الإجحاف في حق الشخص المكتري الذي يتخذ في مركزه القانوني إزاء العلاقة التعاقدية المبرمة مع المكري وضعية الطرف الضعيف.

وانطلاقاً من هذه المعطيات، لم تستغل محكمة النقض الفرصة السالحة لحسم النزاع نهائياً عوض إحالة الملف من جديد إلى محكمة الاستئناف بمدينة الجديدة. وعليه، فتبنيها للمعيار الجغرافي الذي نعتبره وهمياً لا يعدو أن يكون سوى تراجع صارخ عن مقتضيات القانونية الشيء الذي قادها إلى تعليل غير كاف وغير سليم.

المبحث الثاني

ضعف المناعة الرقابية بخصوص التأكد من عدم كفاية السكنى للأعباء المعيشية العادية

صحيح أن ارتكاز قضاة الموضوع في النازلة على الشرط الأول المنصوص عليه في الفصل 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 كاف من الزاوية القانونية لرفض الطلب المرفوع من طرف الطاعنة و زوجها، لأن المشرع المغربي فرض قيامه أولاً قبل الانتقال إلى التأكد من مدى تحقق الشرط الثاني الذي له صلة وثيقة بالواقع إثبات الشخص المكري لعدم كفاية سكنه الحالية لتحمل الأعباء المعيشية العادية.

وبهذا الصدد، زجت محكمة النقض بنفسها في تصور مغلوط حينما ألحت على تعليل لا طائل منه، إذ أن قضائها بكون المطلوب المكتري المدعى عليه لم يأت بسند كدليل على كفاية السكن الذي تشغله الطاعنة و زوجها لحاجياتهما العادية داخل النفوذ الترابي لمدينة الجديدة دون غيرها يبرر عدم

التطبيق الجيد للنصوص القانونية من لدن محاكم الموضوع هو أمر مردود عليه في نظرنا من عدة نواحي

- أن الهيئة الحاكمة تولد لديها سوء الفهم للنص المطبق, بحيث شرعت في مناقشة الملف بما جاء في ادعاءات المكترى مع أنه من الأولى بل الأحرى أن تبدأ كما جرت عليه العادة بتلك الخاصة بالطرف المكري لأنه الشخص المطالب للإفراغ و صاحب العقار المرغوب استرداده.

فالفصلين 13 و 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 يتحدثان عن مسطرة تصحيح الإشعار بإفراغ العين المكتراة للاحتياج إليها و التي لا يصادق عليها قضائيا إلا بعد استجماع كل الشروط المتطلبة قانونا. و لما كان الخطاب موجه على سبيل الحصر إلى رافع الدعوى (أو فروعه أو أصوله حسب الأحوال), فإن الطاعنة و زوجها هما المسؤولان عن إثبات الشرط الثاني وليس المكترى كما جاء على لسان قرار محكمة النقض.

- أن الهيئة الحاكمة لم تدرك على ما يبدو المقصود من مفهوم السكن الوارد في الفصل 14 من ظهير 25 دجنبر 1980. فعلا, نجهل من أين استمدت الجراة غير المتوقعة لكي تطالب المكترى الذي لا حول له ولا قوة بجلب ما يثبت كفاية سكنى مملوكة للغير (الطاعنة) لحاجياته العادية؟

بغض النظر عن التعامل القاسي الصادر عن محكمة النقض تجاه المكترى, إلا أنه للأسف اختلقت الأوراق عليها إلى حد أنه تعذر معه التفرقة بين السكن المملوك والسكن غير المملوك. فالسكن الذي يقصده المشرع هو ذلك المكان الذي يعتمره المكري صاحب الدعوى دون أن يكون مالكا له ويستحيل العيش فيه بخلاف ذلك الذي تبادر إلى ذهن الهيئة الحاكمة بوصفه السكن المملوك للطاعنة الكائن بمدينة الجديدة و الكافي لحاجياتها.

وتماشيا مع هذا الطرح, فالسكن الذي تشغله الطاعنة وليس في ملكيتها في النازلة هو المنزل المكترى من طرف زوجها بمدينة الجديدة منذ 16 ملي 2005 والذي تعهد باخلائه بنية الانتقال للعيش في ملكيتها الخاصة المطلوب إفراغها. وكان من المستحسن على محكمة النقض بسط رقابتها من خلال التحقق من مدى توفر الشرط الثاني المنصوص عليه في الفصل 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 المتعلق بعدم كفاية المنزل المشغول على سبيل الكراء من لدن الطاعنة وزوجها لحاجياتهما بشكل عادي, وهو ما لا يستشف من مضمون القرار وحيثياته. فسرعان ما استخدمت الهيئة الحاكمة سلطتها الرقابية (ضد محاكم الموضوع التي توقفت عند الشرط الأول فقط) لتأكيد عدم أحقية المكتري في البقاء بداخل العين المؤجرة له من لدن الطاعنة و زوجها, وهي رقابة غير مكتملة الأبعاد بحيث من المفروض تعليل قرارها بما يساير احترام المحكمتين الابتدائية و الاستئنافية للقانون بشأن عنصر عدم كفاية السكن الحالي للأعباء المعيشية العادية بالنسبة للطاعنة.

ونعتبر أن موقف محاكم الموضوع كان صائبا لأن مجرد عدم قيام أحد الشروط التي نص عليها الفصلين 13 و 14 من ظهير 25 دجنبر 1980 كفيل لكي لا تلتفت إلى الطلب الرامي إلى استرداد العين المكتراة بسبب الاحتياج.

وبناء على هذا الأساس, لم يثبت من فحوى قرار محكمة النقض أن الطاعنة و زوجها قد أدليا بوثيقة تفيد أن سكنهما الحالية التي يقيمان فيها على سبيل الإيجار غير كافية لسد حاجياتهما العادية و تغطيتها مما يتوجب معه رد دعواهما.

وفي غالب الأحيان ما يتم معرفة مدى كفاية السكنى للحاجيات من عدمه باللجوء إلى إجراء معاينة مثبتة بموجب محضر رسمي يجره المفوض القضائي المنتدب لهذه الغاية. ولفظ عدم الكفاية ورد غير مقترن بأي قيد لأنه عنصر

واقعي متروك لتقييم قضاء الموضوع حسب الملابس المحيطة بالنازلة المعروضة على أنظاره.

ومن حيث المنطق القانوني، فعنصر عدم كفاية السكن للأعباء المعيشية العادية مرتبط أساساً بالحياة الاجتماعية و الإنسانية قبل الاقتصادية و مثالها الضيق أي صغر مساحة البيت و مرافقه الحيوية بالمقارنة مع عدد أفراد الأسرة بحيث جاء في حكم المحكمة الابتدائية بالبيضاء رقم 1913 صادر بتاريخ 28 أبريل 2010، ملف عدد 228 - 22 - 2010 التعليل الآتي " حيث إن موضوع الدعوى يرمي إلى الحكم بالمصادقة على الإنذار بالإفراغ للاحتياج الموجه للمدعى عليها بتاريخ 25/05/2009 وبإفراغها هي ومن يقوم مقامها من المحل الكائن أعلاه تحت غرامة تهديدية قدرها 100 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ مع الصائر والنفاذ المعجل و الإكراه البدني في الأقصى.

وحيث أجابت المدعى عليها بأن المدعية لم تثبت واقعة الاحتياج للتوسع وحيث إن واقعة الاحتياج للسكن والتوسع تحكمها مقتضيات الفصل 14 عن ظهير 25/12/1980 الذي يشترط شرطين عند التمسك بإحدى الحالتين وهما أن يكون المحل المطلوب إفراغه منها ملكاً للمكري أكثر من ثلاث سنوات من تاريخ الإشعار بالإفراغ وهذا ما أثبتته النسخة طبق الأصل لرسم شراء، وثانيها أن يكون يكري أو أصوله أو فروعه حسب أحوال سكن لا يشغلون سكناً في ملكهم وكافياً لحاجياتهم العادية.

وحيث انه من الثابت من خلال محضر المعاينة المدلى به في الملف أن المحل الذي تقطن به المدعية يتكون من طابق أول يتكون من غرفة ومرحاض والسطح به مطبخ وأن عدد الأفراد الذين يقطنون به استناداً لشواهد السكنى المدلى بها، وهم ستة 6 أفراد.

وحيث أنه بمقاربة عدد المرافق التي يقطنون بها و عدد الأفراد يتضح أن واقعة الضيق ثابتة في النازلة ويكون الطلب مبنيا على أساس ويتعين الاستجابة له وذلك بالمصادقة على الإنذار بالإفراغ ، وبإفراغ المدعى عليها من المحل المكري لها هي ومن يقوم مقامها تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 50 درهما عن كل يوم تأخير ابتداء من تاريخ الامتناع عن التنفيذ ."

وجدير بالإشارة إلى أن المجلس الأعلى سابقا اعتبر أن ذكر مشتملات المحل المراد إفراغه مسألة غير واجبة في قراره رقم 1940 المؤرخ في: 29 يونيو 2005 ملف عدد : 2003/6/1/4076 "الحكم بالإفراغ بناء على الإشعار بالإفراغ الموجه للمكثري هو تصحيح لذلك الإشعار و عدم ذكر مشتملات المحل المدعى فيه في صلب الإشعار بالإفراغ لا تأثير له على الدعوى ما دام أن المحل المراد إفراغه محل سكن واحد يحصل التعرف عليه بذكر عنوانه، لأن القصد بمجموع المحلات المكرة بكافة مرافقها الواردة في الفقرة الأولى من الفصل 9 من ظهير 1980/12/25 هي المحلات المتعددة التي يشملها عقد كراء واحد والتي يراد طلب إفراغها".

لكن نعتقد أن ذلك من شأنه تسهيل وضع اليد على حالة المنزل المتنازع عليه و الإحاطة أكثر بمدى جدية السبب المثار و الوارد في الإشعار المدلى به من طرف المكري حتى تتأكد من سوء أو حسن نيته. و سندنا في ما نؤيده قرار المجلس الأعلى رقم 3900، الصادر بتاريخ 13 نونبر 2001، في الملف عدد 01/3/1/2218 الذي علل منطوقه بما يلي "حيث يؤخذ من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالبيضاء بتاريخ 2001/02/13 تحت رقم 1447 ملف مدني عدد 2000/1894 أن المطلوبين في النقض..... و..... و..... تقدموا بمقل افتتاحي لدى المحكمة الابتدائية بنفس المدينة عرضوا فيه بأن المدعى عليه يعمر على وجه الكراء منهم شقة بالطابق الأرضي للفيلا الكائنة ب..... إلا أنهم أصبحوا في أشد الحاجة إلى محلهم

خصوصا بعد أن تزوج الابن.....الذي فضل أن يسكن بالجزء المكترى ليرعى ابنه وأخته لذا وجهوا إشعارا بالإفراغ للمدعى عليه توصل به ولم يستجب له من أجله يلتمسون المصادق على الإشعار بالإفراغ والحكم بإفراغه.

وحيث أجاب المدعى عليه بأن المدعين لم يرفقوا مقالهم بالوثائق والمستندات التي تؤكد طلبهم كما أن العنوان المدعى فيه يختلف عما جاء في الإنذار والمقل الافتتاحي وأن المدعين لم يدلوا بما يفيد تملكهم للمدعى فيه لأكثر من ثلاث سنوات ملتصقا بعدم قبول الطلب. صدر الحكم الابتدائي القاضي وفق الطلب. استأنفه المدعى عليه فأيدته محكمة الاستئناف بعله أن الاستئناف ينشر الدعوى من جديد وأن الخطأ المادي الوارد بعنوان المستأنف ر يضر بمصلحته باعتبار أنه توصل بصفة شخصية بالإنداز المبلغ له بتاريخ 93/11/29 والذي استطاع أن يجيب عن الدعوى الموجهة ضده ابتدائيا واستئنافيا، وأنه بالاطلاع على وثائق الملف يتبين بأن الدفع الشكلي المثار بشأن عدم إثبات ملكية العقار لمدة ثلاث سنوات مردود باعتبار أن رسم الإرث المدلى به وشهادة الملكية يثبتان الشرط الأول من الفصل 14 من ظهير 80/12/25 وأنه بالإطلاع كذلك على وثائق الملف يتبين أن المستأنف ضده السيد.....سواء كان مكتريا لدى الغير أو ساكنا مع والدته وأخته فإن الفصل 14 من ظهير 80/12/25 يمكنه من استغلال محله بصفة خاصة أنه متزوج حسب عقد النكاح مما يكون الإنذار المبلغ للمستأنف مؤسسا على سبب وجيه.

وفي شأن الوسيلة الثانية المستملة من خرق الفصل 14 من ظهير 80/12/25 ذلك أن الطاعن أثار بأن المطلوبين في النقض لم يدلوا بما يثبت تملكهم للعقار موضوع النزاع لمدة تفوق ثلاث سنوات بالإضافة أنهم أشاروا في الإنذار أن.....لها سكنى مستقلة وتقوم بزيارة أمها في حين أنهم في المقل الافتتاحي للدعوى يؤكدون بأنها تسكن بالعقار هي وأمها وأخوها وأن الطاعن أدلى خلال المرحلة الابتدائية بمعاينة تؤكد بأنها تسكن في فيلا مستقلة

وأن المعاينة المدلى بها من طرف المطلوبين تشير إلى أن الطابق العلوي يتكون من صالونين وغرفتين للنون وغرفة صغيرة ومطبخ وحمام ومرحاض ومرافق أخرى وأن هذه المرافق تعتبر كافية لحاجيات الابن والأم وأنه رغم هذه التناقضات صدر القرار المطعون فيه.

لكن حيث أن المحكمة المطعون في قرارها لما اعتبرت بأن الاحتياج كسبب لطلب الإفراغ هو سبب صحيح اعتمادا على توفر الشروط المنصوص عليها في الفصل 14 من ظهير 80/12/25 وعلى ما ثبت لديها من الوثائق المعروضة عليها من رسم الإرث وشهادة الملكية التي تفيد تملك المطلوبين في النقص للمحل المراد إفراغه لا يزيد عن ثلاث سنوات وشهادة من إدارة الضرائب التي تفيد بأن المراد إسكانه لا يشغل سكنا في ملكه وكافيا لحاجياته العادية تكون قد طبقت مقتضيات الفصل المحتج به تطبيقا سليما والوسيلة على غير أساس.

في شأن الفرع الثاني من الوسيلة الثالثة المستمد من انعدام التعليل ذلك أن القرار المطعون فيه أشار في حيثياته أنه بالاطلاع على وثائق الملف يبين أن المطلوب في النقص.....سواء كان مكثريا لدى الغير أو ساكنا مع والدته وأخته فإن الفصل 14 يمكنه من استغلال محله بصفة خاصة أنه متزوج في حين أن الفصل 9 من ظهير 80 يحتم ضرورة تضمين الإنذار لثلاث أسباب من بينها المثارة من طرف المكري للمطالبة بالإفراغ وأن إلزامية ذكر الأسباب يعطي للمحكمة إمكانية الاطلاع على وثائق للتأكد من توفر هذه الأسباب إلا أن هناك فرق كبير بين المطالبة بالإفراغ لكون الملك يقطن في ملك خاص به ويريد التوسع لكون المحل الذي يقطنه لا يكفيه وحاجياته وبين المطالبة بالإفراغ لكونه يسكن لدى الغير وأن هذا الفرق يتجلى في وسائل إثبات كل واحد منهما لأن عدم الكفاية يتم بحضور معاينة أو بخبرة إجماعية في حين أن السكن

لدى الغير يثبت بالتوصيل الكرائية وبشهادة السكنى وأن القرار المطعون فيه حينما سوى بين السبيين ورتب عنهما نفس النتائج قد جانب الصواب.

لكن حيث أنه ثابت من المقال الافتتاحي للدعوى أن المطلوبين في النقص قد ركزوا طلبهم أساسا على سبب احتياجهم للسكنى بمحلهم المطلوب إفراغه وذلك لإسكان أحدهم وهو.....وهو نفس السبب الوارد في الإشعار بالإفراغ الذي وجه للطاعن لذلك فإن القرار المطعون فيه لما اعتمد في تعليه على كون الطلب يرمي إلى إفراغ العين المكراة للاحتياج لإسكان أحدهم وهو.....وعلى كون الإشعار بالإفراغ جاء مستوفيا لجميع الشروط المتطلبة قانونا وقضى بالمصادقة على هذا الإشعار يكون قد ارتكز على سبب واحد وارد في الإشعار وفي المقال وليس فيه أي خرق للفصل التاسع المحتج به وجاء وعللا تعليلا كافيا والوسيلة على غير أساس".

و إذا أخذنا بعين الاعتبار أن نازلة الحال تتعلق بأحقية اختيار المكري للمحل المراد إفراغه عند توفره على أملاك عقارية متعددة فانه يبقى على عاتقه إثبات عنصر عدم كفاية سكنه الحالية لحاجياته العادية و هو الأمر الذي يرجع إلى سلطة محاكم الموضوع من أجل التحقق منه فعليا.

فقد جاء على لسان قرار محكمة الاستئناف بالفنيطرة صادر بتاريخ 07 يناير 2013 العبارات الآتية "حيث من جملة ما بنى عليه الطاعن استئنافه أن المستأنف عليه أدلى إثباتا للاحتياج قصد إسكان والدته و أخته و أخيه بعقود الزواج والازدياد وان شهادة الضرائب المدلى بها لا تشير إلى عدم تملكهم لأي عقار آخر كما يفرض ذلك الفصل 14 من ظهير 25-12-1980 علما انه لا يمكنهم استغلال المحل موضوع النزاع إلا في فترة الصيف لكونه يوجد قبالة البحر بشاطئ المهديا ويستحيل السكن فيه طيلة السنة لما تعرفه المنطقة من رياح عاتية.

وحيث إن محكمة الاستئناف وسعياً منها للإحاطة بملف النزلة أمرت بإجراء بحث استمع فيه بجلسة 13-09-2012 للمستأنف عليه الذي برر طلب الإفراغ لإسكان الأم بهذا المنزل الذي لا يملكون غيره هو وباقي الورثة. بينما تمسك المستأنف بجلسة البحث المنعقدة بتاريخ 27-09-2012 في شخص والدته ... حسب ما بيدها من وكالة أن ابنها يكتري هذا المحل مدة 13 سنة بمبلغ 1600 درهم وأنها تسكن بالطابق السفلي، موضحة أن الطابق الأرضي للفيللا مقسم إلى شقتين الشقة الأولى يكتريها ابنها وهي الشقة المدعى فيها وتشتمل على غرفتين ومطبخ ولها باب مستقل بينما الشقة المجاورة من الطابق الأرضي فهي مكتراة لإحدى الأجنبيات التي تشغل هذه الشقة وكذا الطابق الفوقي . كما يتواجد بالطابق الأرضي بركن منعزل غرفة ومطبخ مستقلين يشغلهما أخ المستأنف عليه المسمى... . و بخصوص واقعة الاحتياج أكدت وكيلة المستأنف أن الشقة موضوع الدعوى ليس من شأنها أن تفي بحاجيات المستأنف عليه وعائلته المراد إسكانها بل إن الشقة السفلية الأخرى وكذا الطابق العلوي هما أكبر من المحل المراد إفراغه.

و حيث يحسن التوضيح في إطار الرد على أسباب الاستئناف أن الاحتياج هو ادعاء مثل بقية الأسباب الأخرى التي يحتج بها المكري على المكتري أمام القضاء بهدف وضع حد لعقد الكراء وان ظهر 1980/12/25 جعل من السبب في مسطرة الإفراغ مسألة جوهرية في كل دعوى إذ أوجب تحت طائلة البطلان تضمين السبب بالإشعار بالإفراغ .

وحيث إن حق المالك في اختيار الملك الذي يرغب في إفراغه من ضمن جملة أملاكه. مقيد بان يكون المحل المختار يفي بحاجياته و مبررا للسبب المعلن عنه في الإشعار بالإفراغ ومقال الدعوى.

وحيث إن طلب المستأنف عليه الإفراغ للاحتياج أسس على قصد إسكان الأم السيدة..... وأخته..... وأخيه المسمى.....وأبنائه وزوجته .

وحيث إن المحل المطلوب إفراغه لا يتعدى غرفتين ومطبخ، بينما الطرف الآخر من الطابق الأرضي تشغله إحدى الأجنيبات وكذا الطابق الأول وبالتالي فإن المحكمة وفي إطار سلطتها التقديرية لجدية السبب تبين لها أن المحل الأقدر على استيعاب مجموع هذه العائلة هو الذي بيد الغير وليس الذي بيد المستأنف، الشيء الذي يجعل جدية السبب محل استرابة، هذا إلى جانب عدم إثبات أن الإخوة المراد إسكانهم غير مالكين لعقارات أخرى غير المطلوب إفراغه .

وحيث إن محكمة الدرجة الثانية أثناء مداولتها في الملف تبين لها أن وسائل الإثبات المعتمدة في الملف تبقى غير كافية للاستجابة للطلب الأمر الذي انتهت معه إلى إلغاء الحكم المستأنف والحكم تصديا وفق المين أدناه".

وفي هذا السياق، نثمن التجربة التشريعية المقارنة خصوصا الاتجاه المتقدم الذي ذهب إليه فرنسا بحيث اعتبرت محكمة النقض في مناسبات عديدة أن طلب دعوى إفراغ أو استرداد المحل المكترى للغير للاحتياج إليه بغية الإقامة فيه يكون مرفوضا إذا ثبت أن المحل المذكور له طابع سكن ثانوي و ليس رئيسي¹.

¹ SYLVAIN GRATALOUP «le congé pour reprise» article publié sur le site <http://www.avocat-grataloup.com/comment-reprendre-mon-logement-lorsqu-il-est-deja-loue--ad3.html>« La rédaction de la loi du 6 juillet 1989 repose sur un principe commun à celui de la loi du 22 juin 1982, à savoir que la reprise pour habiter est autorisée à la seule fin de l'habitation principale du bénéficiaire de la reprise.

Dès lors a été exclue la reprise pour habiter dont l'usage est limité à une occupation occasionnelle comme résidence secondaire et la Cour de cassation impose que les juges du fond recherchent si le logement constitue l'habitation principale de la bénéficiaire de la reprise. A dès lors été considéré comme nul le congé désignant une bénéficiaire qui, ne pouvant rester sans surveillance, résidait alternativement chez ses enfants »

ضمنيا، و بدون الالتفات إلى التعهد المدلى به من طرف زوج الطاعنة الذي يقر فيه بإخلاء المنزل المكترى الذي يسكن به معها، فإن الأخير أي السكن يعتبر كافيا بالنسبة لشخصين و صالحا لسد حاجياتهما العادية خصوصا أنهما كانا يقطنان به لمدة زمنية تفوق خمس سنوات قبل موعد رفع دعوى الإفراغ ضد خصمهما المكتري و مطالبتهما بالمنزل الذي يملكانه.

وينضاف هذا التعهد إلى الشهادة العدلية لكونه ينطوي على تحايل قانوني لأنه متزامن مع رفع دعوى الإفراغ لاستمالة عواطف القضاء ودغدغتها لإبراز أنهما يتوفران على الشروط المطلوبة حتى تنطلي عليه بسهولة.

ختاما، تتخلل قرار محكمة النقض الذي قضى بإحالة الملف مرة أخرى على محكمة الموضوع للبت فيه طبقا للقانون على مسألتين ذات أولوية قصوى

-الأولى تتمثل في الدفع بالهيئة القضائية التي سوف تتولى النظر في صلب النزاع نحو التأثير بموقف محكمة النقض والالتزام الإجباري بما جاء في تعليها سابقا، الأمر الذي قد يشكل ضغطا معنويا وغير مباشر يحد من سلطتها و يكبلها طبقا للفصل 369 من قانون المسطرة المدنية الذي نص على انه "إذا قضت محكمة النقض بنقض حكم أحالت الدعوى إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي نقض حكمها أو بصفة استثنائية على نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم المنقوض ويتعين إذ ذاك أن تتكون هذه المحكمة من قضاة لم يشاركوا بوجه من الوجوه أو بحكم وظيف ما في الحكم الذي هو موضوع النقض.

إذا بتت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تنقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة.

إذا رأت محكمة النقض بعد نقض الحكم المحال عليها أنه لم يبق هناك شيء يستوجب الحكم قررت النقض بدون إحالة".

- و الثانية تتجلى في كون محكمة النقض لم تفصل نهائيا في النزاع مع العلم أن الحل كان بين يديها عن طريق رفض طلب دعوى الإفراغ نظرا لعدم قيام شروطها القانونية كاملة, لكنها بتوخيها إحالة الملف على محكمة الاستئناف تكون قد أعادت النقاش إلى نقطة الصفر وساهمت في تعطيل حقوق الأطراف و إطالة أمد النزاع.

تفويت عقار المقاوله الخاضعة لمسطرة التصفيه القضائيه طبقا للقواعد الخاصة في مدونة التجارة

مريم بلهوان

باحثة بصف الدكتوراه كلية الحقوق وجدة

مقدمة

إذا كان المبدأ العام هو أن التصفية القضائية تؤدي إلى توقف نشاط المقاوله بصفة مطلقة، فإنه قد يقع استثناء أن يستمر هذا النشاط لمدة محددة إذا ما اقتضت المصلحة ذلك ويبقى تقدير هذا الأمر للسلطة التقديرية للمحكمة¹. كما تضيف أيضا المادة 362 من قانون شركة المساهمة² على أنه: "...تظل الشخصية المعنوية للشركة قائمة لأغراض التصفية إلى حين اختتام إجراءاتها". وعلى هذا الأساس يتبين أن مجرد الحكم بالتصفية القضائية للمقاوله يتموضع حد لها، إلا أنها تبقى محتفظة بالشخصية المعنوية التي تجعلها دائما تتوفر على ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء ويبقى المدين وحده تجاه مجموع الدائنين الذين يمكنهم الاحتفاظ بحق التخلي عن حقوقهم للغير³.

وهكذا فإن أول إجراء يتم خلال هذه المرحلة وهو البدء في عملية بيع العقارات التابعة للمقاوله نتيجة لما فرضته وضعية المقاوله وظروف التصفية وبالرغم من مساوئه الاقتصادية وضعف عائداته خاصة إذا كانت هذه العقارات مثقلة بامتياز أورهن، وهو ما يلزم السنديك ببدء تصفية أو بيع هذه

¹ جاء في المادة 620 من مدونة التجارة على أنه: " إذا اقتضت المصلحة العامة أو مصلحة الدائنين استمرار نشاط المقاوله الخاضعة للتصفية القضائية، جاز للمحكمة أن تأذن بذلك لمدة تحددها إما تلقائيا أو بطلب من السنديك أو وكيله لملك..."

² ظهير شريف رقم 124.96.1، صادر بتاريخ 14 ربيع الثاني 1417 (30 غشت 1996) بتنفيذ قانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة جريدة رسمية عدد 4422، بتاريخ 1 جمادى الثانية 1417 الموافق ل (17 أكتوبر 1996) ص 2321.

³ عزيز الجبروني، التسوية والتصفية القضائية للمقاوله، دراسة عملية معززة باجتهادات قضائية، الطبعة الأولى 2001، ص 37.

الأموال المثقلة داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم بالتصفية القضائية وإلا استعاد الدائن ونحق ممارسة المتابعات الفردية إن صرحوا بديونهم حتى ولو لم تقبل بعد.

فمسطرة البيع تصبح ضرورية إذا لم يتأت تفويت وحدات الإنتاج المكونة من جزء أو من مجموع أصول المفاولة، حيث تنص المادة 622 من مدونة التجارة على أنه: "يتم بيع العقار وفق الطرق الواردة في باب الحجز العقاري غير أن الثمن الافتتاحي للمزايدة وكذا الشروط الأساسية للبيع وتحديد شكلية الشهر يحدد من طرف القاضي المنتدب وذلك بعد تلقي ملاحظات المراقبين والاستماع لرئيس المفاولة والسنديك أو استدعائهما بصفة قانونية".

ومن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع من حل لقاضي المنتدب إمكانية الإعتداد بالطريقة الكلاسيكية في البيوع القضائية والمتمثلة في البيع وفق قواعد الحجز التنفيذي العقاري، كما أذن له كاختيار ثان، أن يعتمد على البيع عن طريق المزايدة الودية بالثمن الافتتاحي الذي يحدده، أو بالتراضي وذلك وفقا للثمن والشروط التي يحددها إذا كان شأن طبيعة محتوى العقارات وموقعها أو العروض المقدمة إتاحة التوصل إلى تفويت ودي بأفضل الشروط.

ولعالجة هذا الموضوع سأقسمه إلى محورين:

المحور الأول: البيع عن طريق المزايدة الودية

المحور الثاني: البيع بالتراضي

المحور الأول: البيع عن طريق المزايدة الودية

يمكن للقاضي المنتدب أن يأذن تحت نفس الشروط بالبيع بمزايدة ودية بالثمن الافتتاحي الذي يحدده وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 622 من مدونة التجارة، ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن طريقة بيع عقار المفاولة بهذه الوسيلة يعتبر استثناء من الأصل الذي هو البيع عن طريق المزايدة

العلنية ذلك أن المشرع ألزم القاضي المنتدب أن يعلل البيع بالمزايدة الودية بأنه إذا ما كانت من شأن طبيعة محتوى العقار وموقعه يؤدي إلى تفويت بأفضل الشروط، وعلى غرار المزايدة العلنية فالقاضي المنتدب يحدد ثمن الاقتتاح للمزايدة، وإعداد دفتر التحملات والقيام بجميع الشكليات المحددة في مسطرة الحجز، لكن الاستثناء الوارد على طريقة المزايدة الودية هو أن للقاضي المنتدب إمكانية تحديد ثمن افتتاحي يفوق الثمن المحدد من طرف خبير التقويمات العقارية الذي عينه¹.

أما بخصوص القانون المقارن فالمشرع الفرنسي ذهب إلى إجراء المزايدة يجب أن يتم أمام موثق يعينه القاضي المنتدب لإجراء عملية البيع²، نظرا لما يضمنه هذا الأخير من شفافية على المزايدة بخلاف المشرع المغربي الذي التزم الصمت بهذا الخصوص ربما لأن تعيين الموثق يساهم في تضخيم خصوم المسطرة فيما يتعلق بالمصاريف القضائية، وهو ما جعل البيع يتم أمام سنديك المقالة تحت مراقبة القاضي المنتدب طبقا للفقرة الثانية من المادة 624 من مدونة التجارة التي نصت على أن للقاضي المنتدب أن يطلب عرض مشروع البيع الودي قصد التأكد من احترام الشروط التي حددها كما أن السنديك لا يتطلب مصاريف تثقل كاهل المقالة.

وفور صدور أمر قاضي المنتدب بإجراء مزايدة ودية، يبلغ من طرف كتابة الضبط إلى رئيس المقالة وإلى الدائنين وبقيد من طرف السنديك في الرسم العقاري إذا تعلق المبيع بعقار محفظ.

¹ المهدي شيو، مؤسسة القاضي المنتدب في مساطر معالجة صعوبات المقالة، المطبعة الوراثة الوطنية، مراكش، الطبعة الأولى 2009، ص 418.

² نص الفصل 133 من القانون الفرنسي لسنة 1985 على أن الموثق مكلف بإجراء المزايدة الودية، وبتعداد دفتر التحملات ويبلغ مضمونه للدائنين المقيد قبل إجراء المزايدة قصد تقديم ملاحظاتهم.

وما تجب الإشارة إليه أن هذه المكنة تبقى نادرة من الناحية العملية لأن اللجوء إلى المزايدة الودية لا يتم إلا إذا كانت فرص إنجازها بأفضل الشروط متاحة حيث عادة ما لا يتم اللجوء إلى هذه التقنية إلا بالنسبة للعقارات ذات المردودية العالية والتي يكثر عليها الطلب¹.

المحور الثاني: البيع بالتراضي

تعتبر طريقة البيع بالمرضاة هي الأخرى استثناء من البيوع العامة-الحجز العقاري- واللجوء إليها يفترض أن يتم فيه تفويت العقار بأفضل الشروط أو العروض المقدمة، فلكل شخص متدخل الحق في معرفة العروض المقدمة بالنسبة للعقارات، وقد قضت المحكمة التجارية بمراكش² إلى أنه: "وحيث إن المتدخل قد عبر عن مصلحته المتجلية في ضرورة ضمان الشفافية، وإطلاعه على العروض الأخرى المقدمة قصد تحسين عرضه. وحيث إن كان المتدخل من مصلحته الإطلاع على العروض، فإن هذه المصلحة قد تحققت أثناء تقديم عروض إلى السنديك وإنجاز لائحة بها تتضمن جميع البيانات وما يطرأ عليها وتحمل على كافة أصحاب العروض للإطلاع عليها من قبل السنديك".

إذن فالسنديك يسعى إلى الحصول على عروض التملك ويحدد الأجل الذي يمكنه خلاله استلام هذه العروض طبقاً للفقرة الثانية من المادة 623 من مدونة التجارة بعدما يكون الطلب المقدم إلى القاضي المنتدب معللاً بأن تقنية البيع بالمرضاة يضمن أفضل الأثمنة والعروض، وبناء على هذه المبررات يتم البيع بإذن من القاضي المنتدب ويبلغ إلى كل من المقاول المدينة والدائنين³، لكن المشرع منح لكل ذي مصلحة الطعن في أمر القاضي المنتدب إذا كانت

¹ تنص المادة 622 على أنه: "...في حال اللجوء إلى المزايدة الودية يمكن دائما القيام بتعلية المزاد..." وينطبق على هذه الحالة الفصل 479 من ق.م. حيث تتم زيادة السدس داخل عشرة أيام من تاريخ السمسة".
² حكم صادر بتاريخ 20/4/2000، ملف عدد 98/1، منشور بمجلة المناهج القانونية 15 و 16، ص 109.
³ المهدي شبو، مرجع سابق، ص 422.

هذه الطريقة لا تحقق له استحقاق ديونه أو يمكن أن تقلل من قيمة العقار ويتم الطعن أمام محكمة الاستئناف التجارية والتي ليس لها الحق في انتقاء طريقة أخرى للبيع سوى توقف قرار القاضي المنتدب وترجع الحالة إلى ما كانت عليه وهو ما نصت عليه المادة 697 من مدونة التجارة.

غير أنه ليست جميع أوامر القاضي المنتدب قابلة للطعن فطبقاً للفقرة الثانية من المادة 697 من نفس المدونة نصت على عدم جواز الطعن ضد أمر القاضي المنتدب المؤيد لاقتراح السنديك، وقد أكدت محكمة النقض¹ هذه القاعدة عندما أبرم قراراً استثنافياً فض بعدم قبول الطعن المقدم من طرف الدائن الذي لا يرد على إشعار السنديك.

وفي حالة صيرورة أمر القاضي المنتدب نهائياً، يباشر السنديك إبرام معقود البيع وفق الشروط والشكليات المحددة في الأمر، ويمكن أن ينصب البيع في قالب رسمي محرر من طرف الموثق أو أحد العدول أو يتم في محرر ثابت التاريخ من طرف محامي مقبول لدى محكمة النقض طبقاً لما نصت عليها المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية في ما يخص انتقالاً للملكية أو حق ناشئ عن عقار، خلافاً لما كان يرى أحد الفقهاء² بحيث ذهب إلى إبرام معقوداً لبيع في محرر عرفي من طرف السنديك، وهو مالا ينطبق مع المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية التي منعت وتحت طائلة البطلان إبرام أي تصرف على العقار مخالفاً لمقتضياتها³.

فرغم أن هذا البيع يتم على هذا المنوال وكونه يتصف بالبيع الرضائي إلا أن هي أخذ طابع الجبرية أو القضائية باعتباره يتم في إطار وضعية صعبة للمقاول

¹ قرار رقم 2 صادر بتاريخ 2004/1/7 ملفت جاري عدد 2003/1173، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 62، ص 163.

² المهدي شيو، مرجع سابق، ص 423.

³ كما نص المشرع في الفقرة الثانية من المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية على أنه: "... يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف والجهة التي حررته. تصح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".

أي أن هذه الأخيرة تكون مجبرة على التخلص من عقاراتها في إطار التصفية القضائية، كما أن حرية الطرف ينفي اختيار الثمن رهينة للخضوع أمام الشروط الموجودة في دفتر التحملات الذي ينجز من طرف القاضي المنتدب.

Le rôle du conservateur de la propriété foncière dans l'exécution des décisions judiciaires

Par : KARIM HARROUCHE

Doctorant en Droit Privé

FSJES Salé

Introduction

Le conservateur, pierre angulaire du régime des livres fonciers, est l'organe administratif à qui la loi a confié le soin de diligenter la procédure d'immatriculation, sous le contrôle éventuel de la juridiction d'immatriculation¹, depuis le dépôt de la réquisition jusqu'à la prise de décision de constitution du titre foncier.

Ainsi, il dispose de larges prérogatives qui se trouvent intimement liés à l'un des droits individuels les plus sacrés, à savoir, le droit de propriété².

D'ailleurs, il prend une panoplie de décisions importantes qui revêtent une certaine gravité dans la mesure où elles peuvent affecter la situation juridique des immeubles et des titulaires de droits réels y afférents.

Dans le cadre des missions qui lui sont attribuées, le conservateur est amené à procéder à l'exécution des décisions rendues par les tribunaux au contentieux de l'immatriculation et qui à ce titre, incarnent le premier volet de la protection judiciaire des droits, complétée par une protection exécutoire permettant de conformer le prononcé du jugement à la réalité.

¹ « Guide pratique du juge de l'immatriculation foncière », publications du ministère de la justice, 1968, p 1.

² Droit constitutionnellement consacré en vertu de l'article 35 de la constitution Marocaine, (promulguée par le Dahir n° 1.11.91 du 27 Chaâbane 1432 (29 Juillet 2011) ; B.O. n° 5964 bis, en date du 30/07/2011, p 1902 et s.) en vertu duquel « *le droit de propriété est garanti. la loi peut en limiter l'étendue et l'exercice si les exigences de développement économique et social de la nation le nécessitent. Il ne peut être procédé à l'expropriation que dans les cas et les formes prévus par la loi.* »

A cet égard, La particularité de la procédure d'immatriculation, a fait du conservateur un intervenant de premier plan, qui, au moment de l'exécution de la décision judiciaire, se trouve devant une équation difficile, d'une part, la nécessaire application de la législation foncière, d'autre part, le respect de la décision de justice rendue et passée en force de la chose jugée¹.

Partant de la responsabilité qu'il assume concernant l'exécution des jugements, le conservateur hésite, voit, refuse même, dans certains cas, d'inscrire ceux-ci sur les livres fonciers, en raison notamment, des difficultés auxquelles il fait face lors de cette étape.

Au contentieux de l'immatriculation foncière, la décision rendue par le tribunal n'est pas directement exécutoire entre les parties, et seul le conservateur est compétent pour veiller sur l'exécution de celle-ci², et ce, après que le tribunal d'immatriculation lui retourne une copie du jugement rendu aux fins d'exécution. Autrement dit, lui seul apprécie l'opportunité de cette exécution³, contrairement à l'exécution des jugements dans les autres matières civiles qui relève du ressort du secrétariat-greffe⁴ du tribunal ayant rendu la décision objet de l'exécution.

A ce propos, il convient de nous interroger quant aux attributions du conservateur à l'occasion de l'exécution de la décision judiciaire qui lui est soumise (A), et dans quelle mesure peut-il soulever les difficultés d'exécution, sachant pertinemment qu'il est tiers à l'opération d'exécution (B).

¹ حسن زرداني "دور المحافظ على الأملاك العقارية في تقييد الأحكام القضائية من زاوية إكراهات التطبيق", أعمال الندوة الوطنية "سياسة التحفيز العقاري في المغرب", منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن, العدد 50, سنة 2008, ص148.

² En vertu de l'article 37 de la loi 14-07, c'est au seul conservateur que revient le soin d'accepter la réquisition d'immatriculation tant du point de vue de la forme que du fond.

C'est d'ailleurs pour cette raison que les juridictions ne délivrent aux parties aucune copie exécutoire de la décision rendue.

³ El batouli Ahmed, "le rôle du conservateur dans l'immatriculation foncière", mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieures en sciences juridiques, Rabat, année universitaire 1988-1989, p 245.

⁴ L'article 429.al 2 du Code de procédure civile dispose que « *L'exécution est assurée par le greffe du tribunal qui a rendu le jugement...* »

A- Les attributions du conservateur lors de l'exécution de la décision judiciaire:

Après que la décision judiciaire rendue par le tribunal d'immatriculation ai épuisé les voies de recours ouvertes¹, et qu'aucune des parties au litige ne les a exercés, le dossier est de nouveau renvoyé² devant la conservation foncière pour qu'il soit donné effet à la décision rendue³.

En effet, le conservateur se trouve dans l'obligation de se soumettre à cette décision dès qu'elle devient définitive et que « *le secrétaire-greffier retourne le dossier de l'affaire contenant expédition du jugement et de l'arrêt ainsi qu'un certificat qui en constate le caractère définitif* »⁴.

De même que, l'alinéa deuxième de l'article 37 de la loi 14-07 fait état de cette obligation incombant au conservateur puisqu'il dispose qu' « *...il renvoie les parties, pour qu'il soit fait état de sa décision devant le conservateur...* » .

La question qui reste tout de même posée ici, se rapporte à la possibilité pour le conservateur de procéder à un contrôle des décisions judiciaires à lui soumises, et également la possibilité de refuser leur exécution.

¹ Aux termes de L'article 109 de la loi 14-07 (Dahir n°1-11-177 du 25 Hijja1432/22 Novembre 2011 portant promulgation de la loi 14-07 modifiant et complétant le Dahir du 9 Ramadan 1331/12 Août 1913 sur l'immatriculation foncière, Bulletin Officiel n°6004 du 15 Décembre 2011, p 2519 et suivant « *les jugements rendus en matière d'immatriculation foncière ne sont susceptibles de recours que par voie d'appel ou de cassation.* »

² Ce renvoi se fait par la notification au conservateur d'une copie originale de la décision judiciaire objet de l'exécution après écoulement des délais de recours et que la décision soit devenue définitive.

³ قرار المجلس الأعلى عدد 4445, بتاريخ 2009/12/02, في الملف المدني عدد 2007-1-1-351, "إن حكم المحكمة بإرجاع الملف بعد البت فيه إلى المحافظ العقاري يعد إجراء مسطريا من خصوصية مسطرة التحفيظ و ليس حكم بأكثر مما طلب", منشور بمجلة سلسلة الاجتهاد القضائي, م.س, ص 123.

⁴ Article 10.alinéa 9 de l'Arrêté viziriel en date du 03/06/1915 édictant les détails d'application du régime foncier d'immatriculation, Bulletin Officiel n°137, du 07 Juin 1915, p 333 et s.

En vertu de l'article 72 tel que modifié par la loi 14-07 « *le conservateur de la propriété foncière vérifie, sous sa responsabilité, l'identité et la capacité du disposant, ainsi que la régularité, tant en la forme qu'au fond, des pièces produites à l'appui de la réquisition* ». Cet article, bien qu'il concerne la phase ultérieure à l'immatriculation, vu qu'il se situe au titre deuxième relatif à la publicité des droits réels immobiliers, n'empêche pas son application à la phase précédant l'immatriculation étant donné que la répartition du Dahir relatif à l'Immatriculation Foncière obéit à une répartition purement formelle.

Ainsi, et dans le cadre de ses fonctions, le conservateur est appelé à s'assurer que la décision émane d'une autorité judiciaire compétente, et qu'elle soit passée en force de la chose jugée, vu que seules ces décisions sont susceptibles d'inscription sur le titre foncier conformément à l'article 65 du Dahir relatif à l'immatriculation foncière¹.

Néanmoins, ce contrôle formel ne peut s'étendre au fond de la décision judiciaire sur laquelle il n'a aucun pouvoir d'appréciation, puisqu'il représente une autorité administrative et non un second degré de juridiction, d'autre part, le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs interdit au conservateur, organe administratif, d'empiéter sur les prérogatives de l'autorité judiciaire.

Pour sa part, la circulaire du conservateur général², en date du 5 juin 1996 confirme cette position, considérant que le conservateur se borne à appliquer le dispositif de la décision judiciaire, sans pouvoir en discuter les motifs.

En tout état de cause, le conservateur de la propriété foncière est tenu d'exécuter les décisions non ambiguës, et ne

¹En vertu de l'article 65 de la loi 14-07 : « *...tous jugements passés en force de la chose jugée ayant pour objet de constituer, transmettre aux tiers, reconnaître, modifier ou éteindre un droit réel immobilier...doivent être rendus publics par une inscription sur le titre foncier* ».

²C.C.G. n°327, en date du 5 juin 1996 relative à l'exécution des jugements déclarant le bien-fondé de l'opposition sur des droits indivis, recueil des principales circulaires du conservateur général, 1917-2010, p 335.

présentant aucune difficulté majeure, car son refus dans cette hypothèse se traduirait en un excès de pouvoir de sa part, ce qui rendrait sa décision susceptible de recours devant les juridictions administratives compétentes¹.

A ce propos, le tribunal administratif de Casablanca a annulé, pour motif d'excès de pouvoir, la décision du conservateur qui a refusé l'inscription du dispositif de décisions judiciaires ayant acquis l'autorité de la chose jugée sur le titre foncier².

Ainsi, si aucun doute ne plane quant à la possibilité pour la partie dont le droit a été déclaré bien fondé en vertu d'un jugement, de contester la décision de refus du conservateur d'exécuter celui-ci, la difficulté reste posée quant à la façon d'introduire sa demande en justice, vu que le tribunal n'attribue aucune copie contenant la forme exécutoire aux parties³.

C'est pourquoi une certaine doctrine⁴, s'interroge sur le motif pour lequel cette copie exécutoire n'est-elle pas délivrée, sachant bien que sa délivrance éviterait au bénéficiaire de la décision d'accomplir un certain nombre de formalités dont il pourrait se passer volontiers. Ce qui lui permettrait ainsi, d'obtenir son droit le plus rapidement possible, sans avoir à recourir à d'autres procédés d'exécution.

Reste à s'interroger quant à l'aptitude du conservateur à soulever les difficultés d'exécution.

¹ أحمد أبعون "المحافظ العقاري: اختصاصاته, مسؤولياته, وضعيته الإدارية", المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية, عدد مزدوج 54-55, يناير- أبريل 2004, ص 185.
² حكم رقم 675, مؤرخ في 20/12/2004, ملف عدد 2003/893 غ. منشور بمجلة الحقوق المغربية ; سلسلة الأنظمة و المنازعات العقارية, الجزء الثاني, الطبعة الأولى, ص 205.

³ Et ce contrairement aux autres affaires civiles ou est délivrée une copie exécutoire de la décision, en ce sens l'alinéa 2 de l'article 428 du C.P.C. déclare que «*Tout bénéficiaire d'une décision de justice qui veut en poursuivre l'exécution a le droit d'en obtenir une expédition en forme exécutoire et autant d'expéditions simples qu'il y a de condamnés.*»

⁴ محمد خيرى, "قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي", مطبعة النجاح الجديدة, الطبعة الثانية, 2009, ص 328.

B-L'aptitude du conservateur à soulever les difficultés d'exécution:

Les difficultés d'exécution, sont incarnées par l'ensemble des litiges entravant l'exécution des décisions judiciaires passées en force de la chose jugée¹.

Ces difficultés, qu'elles soient matérielles ou juridiques, revêtent un caractère temporaire, lorsqu'elles retardent l'exécution de la décision jusqu'à rectification de l'une des procédures qui l'ont précédé, ou bien se rapportent au fond du litige annulant ainsi, définitivement l'exécution jusqu'à ce qu'une décision judiciaire tranche le point litigieux objet de l'exécution².

A ce titre, le conservateur constitue un organe neutre par rapport à l'exécution, en raison de ses fonctions purement administratives, toutefois, le législateur lui a attribué le rôle de poursuivre les démarches nécessaires à l'exécution en lieu et place des parties au litige, sans qu'il n'en tire aucun intérêt personnel, et sans que son patrimoine ne soit affecté³.

Malgré cela, on remarque qu'il intervient plus souvent que la partie intéressée pour soulever les difficultés d'exécution, qu'elles soient temporelles ou liées au fond du litige.

La question qui reste posée en ce sens : est-il habilité à soulever ces difficultés? Sachant bien, que l'article 436 du

¹ La cour de cassation a défini ces décisions comme étant celles « *qui ne sont susceptibles ni d'opposition ni d'appel, autrement dit, celles qui ont épuisé les voies de recours ordinaires, et le recours en cassation ne peut en cas remettre en cause leur caractère définitif et la force de la chose jugée y attachée* », arrêt n°874, en date du 28/06/2001, dossier administratif n° 722/4/2001, publié in revue Marocaine d'économie et de droit comparé, n°50,2008, p 153(en arabe).

Il en découle que les décisions revêtues de ce caractère, acquièrent une force exécutoire, et le recours en rétractation ou en cassation ne peuvent l'empêcher.

² أمر استعجالي رقم 383 صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط, بتاريخ 2008/07/02, ملف رقم 08/348, منشور بموقع www.adala.justice.gov.ma.

- أمر استعجالي رقم 217 صادر عن رئيس المحكمة الإدارية بالرباط, بتاريخ 2006/05/24, ملف رقم 06/165, منشور بموقع www.adala.justice.gov.ma.

³ حسن زرداني " وجهة نظر حول مدى إثارة صعوبة التنفيذ من طرف المحافظ على الأملاك العقارية". منشور بمجلة المحاكمة, العدد 2, مارس - أبريل 2007, ص 182.

C.P.C. a limité les personnes ayant qualité pour soulever les difficultés d'exécution¹.

De la lecture de certaines décisions judiciaires qui ont traité de la question, apparait la position jurisprudentielle qui s'attache à la formule de l'article 436 du C.P.C., ainsi dans un arrêt de la cour d'appel de Casablanca, celle-ci a décidé qu' « *attendu que si devant l'état actuel du titre foncier, le conservateur ne peut procéder à l'inscription des deux jugements précités, la loi ne lui permet tout de même pas d'introduire une demande en justice afin de soulever les difficultés d'exécution, il doit au contraire, s'assurer sous sa responsabilité des documents présentés devant lui conformément à l'article 72 du Dahir du 12 Aout 1913, et qu'ils ne sont pas en opposition avec les énonciations du titre foncier conformément à l'article 74 de la même loi, et si l'inscription ne lui est pas possible, il émet une décision de refus motivée, en application de l'article 96 et la notifie sans délai au requérant, pour que ce dernier puisse demander la révision de la décision attaquée.*

Attendu que le conservateur n'a pas fait usage de ses pouvoirs et prérogatives qu'il tire de la loi, il n'a pas par conséquent à demander au juge des référés de surseoir à exécuter la décision pour motif de difficultés... »².

Ainsi, on peut relever l'importance de cet arrêt, dans la mesure où il ne s'est pas limité à rejeter la demande du conservateur de la propriété foncière de surseoir à exécuter pour motif d'absence de fondement légal, mais il est allé plus loin, en lui montrant les démarches à suivre en cas de difficulté d'inscription des jugements.

¹ En vertu de l'article 436 du C.P.C. « *En cas de survenance d'un obstacle de fait ou de droit soulevé par les parties dans le but d'arrêter ou de suspendre l'exécution de la décision, le président est saisi de la difficulté, soit par la partie poursuivante, soit par la partie poursuivie, soit par l'agent chargé de la notification ou de l'exécution de la décision judiciaire... »*

² قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء عدد 5274, صادر بتاريخ 1996/07/03, ملف عدد 96/420, أورده حسن زرداني. م.س, ص 184.

Cette jurisprudence a été suivie par d'autres décisions plus récentes¹, qui ont considéré le conservateur comme étant une tierce personne par rapport au litige et qu'il ne peut - à ce titre - soulever des difficultés d'exécution, et que cette possibilité est ouverte aux parties au litige qui peuvent seules, revenir au président du tribunal pour les difficultés temporelles, ou au tribunal pour les difficultés au fond conformément à l'article 26 du C.P.C².

Pour sa part, La circulaire du conservateur général, en date du 30 Aout 2005³ va dans le même sens, en mettant l'accent sur la neutralité du conservateur au contentieux de l'immatriculation, et ce, malgré sa participation active dans la procédure d'exécution des jugements, il n'a par conséquent aucune qualité pour soulever les difficultés d'exécution, il ne peut que refuser la demande à lui faite par acte motivé, permettant ainsi aux parties, de recourir à la justice pour y mettre fin.

Conclusion

Partant de ce constat, il s'avère nécessaire de mettre en œuvre les mécanismes aptes à ouvrir la voie devant l'autorité judiciaire pour jouer pleinement son rôle de premier protecteur des droits des individus aussi bien préalablement que postérieurement à la prise de décision par le conservateur, notamment à travers l'institution par voie légale d'une obligation pour le conservateur de se soumettre aux décisions de justice sous peine de sanctions civiles et pénales.

¹ قرار محكمة الاستئناف بالرباط، عدد 41، الصادر بتاريخ 2006/02/09، منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة "الأنظمة و المنازعات العقارية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2010، ص 290.

² Selon l'article 26 du C.P.C. « *chaque juridiction connaît des difficultés relatives à l'interprétation ou à l'exécution de ses jugements ou arrêts et notamment de celles concernant les faits exposés devant elle.* »

³ Circulaire du conservateur général. n°3880, en date du 30 aout 2005, relative aux difficultés d'exécution des jugements par les conservateurs de la propriété foncière, recueil des principales circulaires du conservateur général, 1917-2010, p 390.

