



تقرير حول رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص للباحثة سهيلة الطاهري

تحت إشراف الدكتور إدريس الفاخوري

كلية العلوم القانونية و الإقتصادية والإجتماعية،
جامعة محمد الأول
وحدة التكوين والبحث لنيل دبلوم الماستر في قانون
العقود والعقار

تحت عنوان

التشطيب القضائي وفق التشريع
العقاري المغربي
بين النظرية والتطبيق

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور إدريس الفاخوري	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق وجدة	مشرفا ورئيسا
الدكتور دنيا مباركة	أستاذة التعليم العالي بكلية الحقوق وجدة	عضوة
الدكتور الحسين بلحساني	أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق وجدة	عضوا

السنة الجامعية 2010-2011

إن خضوع عقار معين لنظام العقارات المحفوظة بعد استيفاء الإجراءات والمساطر القانونية لتحفيظه، يستتبع بالضرورة تطويع التصرفات والأعمال والحقوق الناشئة عليه، وجعلها خاضعة لشكلية الإشهار عن طريق تقييدها بالسجل والرسم العقاريين¹ وذلك تحت طائلة انعدام أي أثر لهذه التصرفات والحقوق وانتفاء إمكانية الاحتجاج بها بين أطرافها بل والأغيار، إذ العملية المذكورة هي الكفيلة بالاعتراف القانوني للحقوق والتصرفات الواردة على العقار المحفوظ.²

بيد أن الأثر التأسيسي للتقييد وقوته وحجيته الإثباتية، لا يعني بتاتا انتفاء إمكانية الطعن والمنازعة في هذه الحجية من قبل ذوي المصلحة، طالما أن هذه الحجية تظل نسبية محضة، فهي قرينة بسيطة لا ترقى إلى منزلة الإطلاق، وبالتالي فإن إمكانية دحضها والإتيان بما يخالفها تبقى قائمة، كما أن مبدأ المشروعية في التسجيل والتقييد في الرسم العقاري³ ليس من شأنها أن تحول دون تقييد حقوق باطلة أو منعدمة. وعلى المستوى المذكور تتجلى إحدى أهم مواطن الاختلاف بين عملية التحفيظ المتوجة برسم عقاري وعملية التقييد أو التسجيل الواقعة على الرسم العقاري المذكور، ذلك أن الأثر الناجم عن التحفيظ يبقى موسوما بصفة الإطلاق التي تعدم أي إمكانية للمنازعة في الحق العيني العقاري المحفوظ،⁴ ما عدا الدعاوى الشخصية المنسحبة إلى التعويض حالة ثبوت التدليس⁵ أما أثر حجية التقييد فهي تبقى محتقظة بطابعها النسبي.

بيد أن حجية التقييدات الموسومة بالصبغة النسبية، هي تلك المقدمة بعد تحفيظ العقار وتخصيصه بالرسم العقاري، أما تلك التي صاحبت تحفيظ العقار وكانت موضوع إيداع أثناء جريان المسطرة طبقا للفصل 84 من ظ ت ع⁶ وأشير إليها أثناء اتخاذ قرار التحفيظ

¹ نص الفصل 60 من ظ ت ع على أن " كل ما يقيده المحافظ في السجل العقاري فإنه يعيد تقييده على نظير الرسم الذي يقدم له ويشهد-كلما طلب منه ذلك- في نظير بموافقتة للسجل العقاري"

² طبقا للفصول 65 و66 و67 المتعلق بالتحفيظ العقاري المؤرخ في 12 غشت 1913 المنشور بالجريدة الرسمية، رقم 46 ملحق رقم 9 (عدد خاص) بتاريخ 12/09/1913 ص 206

³ يراجع للتوسع حول مبدأ المشروعية في التقييد: كمال عون، سلطات المحافظ في مراقبة مستندات التقييد بين المشروعية والرقابة القضائية، رسالة لنيل د.د.ع.م في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2003-2004.

⁴ طبقا للفصلين 2 و 62 من ظ ت ع

⁵ ينص الفصل 64 من ظ ت ع على أنه "لا يمكن إقامة دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به جراء التحفيظ ويمكن لمن يهمهم الأمر في حالة التدليس فقط أن يقيموا على مرتكب التدليس دعوى شخصية بأداء تعويضات"

⁶ ينص الفصل 84 من ظ ت ع على أنه "إذا نشأ على عقار في طور التحفيظ حق خاضع للإشهار أمكن لصاحبه من أجل ترتيبه في السجل والتمسك بالحق المذكور في مواجهة الغير أن يودع بالمحافظة الوثائق اللازمة للتسجيل ويقيّد هذا الأيداع بسجل التعرضات و يسجل هذا الحق في الرسم العقاري بالرتبة التي عينت له بالتقييد السابق وذلك في يوم التحفيظ وبشرط أن يسمح به إجراء المسطرة."

فهي تبقى محصنة من أي منازعة، إذ أن حجبتها تبقى مطلقة وهي صفة تستمدّها تبعياً من عملية التحفيظ.⁷

وقرينة النسبية لحجية التقييدات على الرسم العقاري تجد أساسها المرجعي في مقتضيات الفصل الثالث من ظهير 02 يونيو 1915⁸ الذي أكد أن الرسوم العقارية وما تتضمنه من تسجيلات تابعة لإنشائها تحفظ الحق الذي تنص عليه ما لم تبطل أو يشطب عليها أو تغير...".

واضح إذن أن الحقوق المضمنة بالرسم العقاري تبقى محمية وقائمة إلى حين قيام ما يبرر انقضاءها أو انعدامها أو بطلانها وعدم صحتها، ويترجم ذلك عملياً عند تفعيل آلية قانونية يطلق عليها وفق مفهوم نظام تحفيظ وإشهار الحقوق العينية العقارية مصطلح التشطيب.

ويرتكز هذا الأخير في إطار التشريع العقاري المغربي على ثلاث مصادر وهي القانون والالتزام الإرادي والمقرر القضائي، وتبعاً لذلك فأنواع التشطيب من السجل العقاري، ثلاثة، تشطيب تلقائي يباشره المحافظ العقاري تلقائياً بناء على نصوص قانونية خاصة تخول له ذلك، وهناك تشطيب ذو مصدر إداري يباشره المحافظ بناء على سند سواء كان إتفاقياً (كالعقد) أو التزاماً بإدارة منفردة كرفع اليد عن الرهن مثلاً، أما النوع الثالث من التشطيب فهو ذلك الذي يصدر بواسطة المقررات القضائية، ولذلك فهو تشطيب قضائي يستقي مصدره من مقرر قضائي، قد يطال التقييد النهائي والتقييد المؤقت كالتقييد الاحتياطي، والنص المرجعي لهذا النوع الأخير من التشطيب هو الفصل 91 من ظ ت ع الذي نص على ما يلي: "إن كل ما ضمن بالسجل العقاري من تسجيل و تقييد احتياطي يمكن أن يشطب عليه بموجب كل عقد أو حكم اكتسب قوة الشيء المقضي به، يثبت انعدام أو انقضاء الواقع أو الحق الذي يتعلق به ما ذكر من التضمين وذلك بالنسبة لجميع الأشخاص الذين يعنيهم حق وقع إشهاره للعموم بصفة قانونية. "

⁷ وفي هذا الاتجاه يصب قرار المجلس الأعلى الذي أكد فيه بأن "الحقوق التي يمكن أن يشطب عليها بمقتضى عقد أو حكم يثبت انقضاءها أو عدم صحتها هي التي يقع إشهارها بالرسم العقاري بعد أن يكون العقار قد حفظ أما الحقوق التي يحفظ بها العقار فهي محمية بمقتضى القانون من عملية التشطيب."
-قرار 1401 صادر بتاريخ 1987/06/17 في الملف المدني عدد 99219، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 41، السنة 13 نونبر 1988 ص 23
⁸ الظهير الشريف الصادر بتاريخ 19 رجب 1331 (1915/03/12) المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

والملاحظ على النص المذكور الذي يعد النص القانوني المحوري المنظم لعملية التشطيب على الحقوق والوقائع المضمنة بالسجل العقاري، أنه اشترط في الحكم القضائي لاتخاذ أساساً للتشطيب حيازته لقوة الأمر المقضي أي أن يكون محصناً من إمكانية الطعن فيه بطرق الطعن العادية وهي التعرض والاستئناف. وهو بذلك ينسجم مع القواعد العامة لتنفيذ الأحكام التي تفرض وتشتترط قبل تنفيذ الحكم، وتوفر المحكوم له على حكم حائز لقوة الأمر المقضي به،⁹ دون أن يؤثر الطعن بالنقض على فعالية التنفيذ، غير أن هذه القاعدة تشد عنها بعض الحالات محدودة حصراً في نطاق الفصل 361 من ق.م.م ومنها حالة التحفيظ العقاري إذ نص الفصل المذكور على القاعدة والاستثناء في مجال تنفيذ الأحكام¹⁰.

بيد أن عبارة التحفيظ العقاري كحالة خاصة يوقف الطعن بالنقض تنفيذ الأحكام الصادرة بخصوصها أثارت خلافات عدة، انصبت أساساً حول نطاقها وما إذا كانت مقصورة على الأحكام الصادرة في نطاق مسطرة التحفيظ أم تمتد لتشمل الأحكام الصادرة في منازعات التشطيب والتقييد على السجلات العقارية، وقد أدى تضارب التفسير والاختلاف حول المقصود بعبارة التحفيظ العقاري بين اجتهاد المحافظ العام الذي يتمسك بالتفسير الواسع للعبارة ليشمل قضايا التقييد إيجاباً وسلباً (التشطيب) والاجتهاد القضائي الذي يقصر أحكام الفصل 361 ق.م.م على مسطرة التحفيظ فقط، إلى بروز عدة إشكالات على المستوى العملي همت أساساً إشكالية ميقات تنفيذ الحكم الصادر في مادة التشطيب، وهو إشكال ينطوي بالضرورة على التأثير على حقوق الأطراف باعتبار أن التأخير في التنفيذ أو التعجيل فيه يؤثر على مختلف الأطراف سواء الطرف المحكوم له أو المحكوم عليه أو الغير المقيد عن حسن نية بل وحتى على المحافظ العقاري باعتبار مسؤوليته.

غير أن الطرف المحكوم له هو الأكثر تأثراً بتأجيل التشطيب، وهو ما يثير التساؤل حول وسائل الحماية الإجرائية المتاحة له في هذا الإطار، وما إذا كانت هذه الوسائل وخاصة الطعن في قرار المحافظ كفيلة بحمايته من التأخير في التنفيذ، وما أثر هذا الطعن على فعالية التشطيب؟

⁹ كما تنص على ذلك الفصول 428 و 132 و 134 و 441 من ق م م الصادر تنفيذه الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 1974/09/28 الجريدة الرسمية عدد 3230 مكرر بتاريخ 1974/09/30 ص 2742.

¹⁰ ينص الفصل 361 من ق م م على أنه: "لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال الآتية :
1- في الأحوال الشخصية.
2- في الزور الفرعي.
3- التحفيظ العقاري."

وإذا كان قضاء الموضوع هو الجهة الأصلية للاختصاص في قضايا التشطيب، فإن القضاء الاستعجالي يتدخل في هذا النطاق بالاستناد إلى الفصل 208 من ظهير 1915/06/02¹¹ وهو اختصاص خاص فرضته حالات التراخي والمماطلة أو التوقف عن متابعة الإجراءات التي تلي الحجز العقاري، غير أن هذا النص كان مثار إشكالية نطاق التطبيق، وما إذا كان مقصوراً على الحجز التنفيذي المقام كجُراء من إجراءات تحقيق الرهن الرسمي العقاري، أم يتعدى ذلك ليشمل الحجز العقارية بشكل عام بغض النظر عن ارتباطها بالرهن الرسمي من عدمه، بل نُناقشا انصب حول إمكانية تمديد مقتضيات النص المذكور ليشمل التشطيب أو الأمر برفع التقييد الاحتياطي المقام بناء على مقال الدعوى متى ثبتت حالة التراخي والمماطلة في متابعة الدعوى، وبالتالي فمن المفيد إثارة هذه الإشكالات ومعرفة موقف العمل القضائي منها، وإذا كان نطاق تدخل القضاء الاستعجالي في مادة التشطيب منظمة بنص خاص، هو الفصل 28 من ظهير 1915/06/02 فإن ذلك لا يعدم إمكانية تدخل هذا القضاء في مادة التشطيب استناداً إلى القواعد العامة خاصة الفصلين 148 و 149 من ق.م.م وتدخله بهذا الخصوص ينصرف إلى نوع خاص من التقييد، وهو التقييد المؤقت وخاصة الحجز العقاري والتقييد الاحتياطي المقام بناء على مقال الدعوى في حالة اكتسائ التقييد المذكور لتعسف ظاهر أو لعم قانونيته أو غيرها من الحالات المبررة لتدخل هذا النوع من القضاء، إلا أن هذه المسألة طرحت بدورها إشكالات عدة على المستوى العملي، خاصة تدخل القضاء الاستعجالي للأمر بشطب التقييد الاحتياطي المتخذ بناء على مقال الدعوى، حيث تضاربت الآراء والمواقف حول مدى اختصاص القضاء المستعجل للأمر بشطب التقييد المذكور .

كما أن خاصية التنفيذ المعجل القانوني الموسومة به الأوامر الاستعجالية ساهمت بدورها في إثارة عدة إشكالات على مستوى تنفيذها عن طريق التشطيب من طرف المحافظ العقاري، هذا الأخير الذي يخضعها لمقتضيات الفصل 437 من ق.م.م¹² مما جعل تنفيذ الأوامر الاستعجالية مفتقدا لأهم خصوصياته، وهو ما يثير حدة الإشكالات المثارة في هذا النطاق والناجمة بالأساس عن عدم الفهم الصحيح للمقتضيات القانونية، أو غموض وعدم وضوح هذه المقتضيات، بل عن تباين وازدواجية النص القانوني المنظم لتنفيذ الأحكام

¹¹ المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة.

¹² يراجع الفصل 437 من ق.م.م

الصادرة في مجال التقييد والتشطيب من السجلات العقارية بين القانون العقاري وقانون المسطرة المدنية.

وإذا كان التشطيب القضائي يثير الإشكالات المذكورة، التي تخص بالأساس إشكاليتي الاختصاص وميقات التنفيذ عن طريق التشطيب، فإن إشكالات أخرى ناجمة عن آثار التشطيب، تنصرف إلى إشكالية تأثر المقيد عن حسن نية بالآثار الناجمة عن التشطيب، وكذا الإشكال المرتبط بالآثار الرجعي للتشطيب، وهي إشكالات تتطوي مقاربتها وتناولها على جانب كبير من الأهمية خاصة بعد ربطها بالجانب العملي وكيفية تعامل القضاء معها. يتبين إذن أن أهمية دراسة موضوع التشطيب القضائي خاصة من زاوية الإشكالات التي يثيرها عمليا، هي إحدى أهم الأسباب التي دفعتني إلى اختياره كموضوع للدراسة، خاصة في ظل عدم تفرده بدراسة خاصة تسلط الضوء على كافة إشكالاته وصعوباته وقواعده، بل يأتي في ظل دراسة موضوع التشطيب بشكل عام، لذلك آثرت التركيز على هذا النوع من التشطيب دون غيره، لتبيان مختلف موضوعاته وإشكالاته وبالأخص من الزاوية العملية في ظل الاقتضاب المميز للنظام القانوني له¹³ والذي أدى إلى تضارب المواقف القضائية والفقهية.

كما يكتسي هذا الموضوع أهمية من حيث ارتباطه بمبدأ استقرار المعاملات، إذ من المفيد معرفة كيفية تأثر هذا المبدأ بالتشطيب ودرجة تأثيره فيه، إضافة إلى كونه يشكل تدبيرا علاجيا لآثار التعسف والتسويق الذي يميز ممارسة بعض الحقوق الإجرائية و التي تؤدي إلى شل تداول الملكية العقارية خاصة ما يتعلق بالحجز التحفظي التعسفي، والذي يبقى محورا جوهريا ذي أهمية كبرى خاصة في ظل خلو المنظومة القانونية للتشطيب القضائي من حيث المبدأ العام¹⁴ من الإشارة لهذا الموضوع.

وإذا كان التشطيب القضائي يشكل إحدى أهم مظاهر تداخل وتقاطع اختصاصات المحافظ العقاري والقضاء فان ذلك يشكل أصل مختلف الإشكالات التي يثيره الموضوع، وبالتالي فان تكامل هذه الاختصاصات أو تنازعها وتقاطعها من شأنه أن يؤثر إيجابا وسلبا على حقوق ومراكز كافة الأطراف المعنية بعملية التشطيب، وهو ما يجسد الإشكال المركزي لهذا الموضوع والذي آثرت صياغته على الشكل التالي: إلى أي حد يؤثر ازدواجية الجهة

¹³ حيث أفرد له المشرع المواد من 91 إلى 95 من ظ ت ع وهي مقتضيات لم تكن كافية لاحتواء الإشكالات التي يثيرها موضوع التشطيب القضائي

¹⁴ أقول مبدئيا لأن الفصل 208 من ظ 1915/06/02 يشكل استثناء في هذا الإطار.

المختصة بمباشرة التشطيب (القضاء والمحافظ العقاري) على فعالية التنفيذ ومن ثم على حقوق ومراكز كافة الأطراف، وما مركز الاختلاف في تفسير النصوص القانونية المنظمة للموضوع، وتوجهات الفقه، مع التركيز أكثر على ما أفرزه العمل والاجتهاد القضائي حول هذا الموضوع تحليلا وتعليقا وتقييما، وأسستين في هذا الإطار بمناهج البحث القانونية خاصة النقدي والتحليلي¹⁵ وذلك وفقا لتصميم منهجي من فصلين على الشكل التالي:

الفصل الأول: التشطيب القضائي بين اختصاص قضاء الموضوع والقضاء

الاستعجالي

الفصل الثاني: تأثيرات التشطيب القضائي على حقوق ومراكز الأطراف

التصميم

مقدمة

الفصل الأول : التشطيب القضائي بين اختصاص قضاء الموضوع والقضاء الاستعجالي

المبحث الأول : نطاق اختصاص القضاء المستعجل في مادة التشطيب

المطلب الأول : تدخل القضاء المستعجل في التشطيب على الحجز العقاري

الفقرة الأولى: اختصاص القضاء المستعجل لرفع الحجز طبقا لنص خاص

الفقرة الثانية : اختصاص القضاء المستعجل لرفع الحجز طبقا للقواعد العامة

المطلب الثاني : حدود اختصاص القضاء المستعجل للتشطيب على التقيد الاحتياطي بناء على

مقال

الفقرة الأولى: الاتجاه المؤيد لاختصاص القاضي الاستعجالي

الفقرة الثانية : الاتجاه السالب لاختصاص القاضي الاستعجالي

¹⁵ يراجع تفصيلا حول موضوع المناهج في مادة البحث القانوني: أساتذتي إدريس الفاخوري، مدخل لدراسة مناهج العلوم القانونية، مطبعة دار النشر الجسور، وجدة الطبعة الأولى، ص 43 وما بعدها.

المبحث الثاني: ميقات تنفيذ مقررات التشطيب القضائية

المطلب الأول : مدى تأثير الطعون على تنفيذ مقررات التشطيب

الفقرة الأولى : حدود أثر الطعن بالنقض على تنفيذ حكم التشطيب الصادر في الموضوع

الفقرة الثانية : ميقات تنفيذ أوامر التشطيب الاستعجالية

المطلب الثاني: الطعن في قرار المحافظ برفض التشطيب وأثره

الفقرة الأولى : الطعن في قرار المحافظ برفض تنفيذ مقرر التشطيب

الفقرة الثانية : أثر الطعن على تنفيذ الحكم القاضي بالتشطيب

الفصل الثاني: تأثيرات التشطيب القضائي على حقوق ومراكز الأطراف

المبحث الأول : آثار التشطيب على الوضع القانوني للأطراف

المطلب الأول : الأثر التأسيسي والإثباتي للتشطيب

الفقرة الأولى: الأثر التأسيسي للتشطيب

الفقرة الثانية : الأثر الإثباتي للتشطيب

المطلب الثاني: انعكاس التشطيب على الوضع القانوني للأطراف

الفقرة الأولى: الطرد من العقار المحفظ كأثر للتشطيب على العقود الناقلة لحق الملكية

الفقرة الثانية : ملامح الأثر الرجعي للتشطيب

المبحث الثاني : انعكاس التشطيب على حقوق بعض الأطراف

المطلب الأول : محدودية تأثير الغير حسن النية من التشطيب

الفقرة الأولى: مفهوم الغير حسن النية في ظل التشريع العقاري المغربي

الفقرة الثانية : تعامل القضاء مع حماية الغير الحسن النية
المطلب الثاني: حدود حماية حقوق الورثة وذوي عوارض الأهلية
الفقرة الأولى: وضعية الورثة إزاء مسألة انتقال الحقوق الإرثية
الفقرة الثانية: مدى حماية التشطيب لحقوق فاقد أو ناقص الأهلية

خاتمة

لائحة المراجع

الفهرس