

إثبات التصرفات العقارية



يهدف الإثبات إلى إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون لتأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني، ويشترك قانون الموضوع مع قانون الشكل في تنظيم وسائل الإثبات من حيث حجيتها، وكيفية استخدامها أمام المحكمة، وتتعدد طرق الإثبات في القضايا المدنية، غير أن كل منها منظم في نسق يختلف عن غيره، بل إن المشرع المغربي قيد شكل الإثبات في بعض المجالات وهذا حال التصرفات العقارية.

فقبل صدور مدونة الحقوق العينية كان القضاء يستمد قواعد إثبات التصرفات العقارية من القانون الوضعي والفقهاء المالكي، حسب نوع العقار المتنازع عليه، وهو ما أدى إلى تباين الأحكام المتعلقة بإثبات التصرفات العقارية لا سيما فيما يخص شكلية الكتابة، مما تسبب في تضارب الاجتهاد القضائي، وأدكى الاختلاف الفقهي، وهذا ما أثر جليا على استحقاق حقوق الناس.

ذلك أن اشتراط الكتابة في إثبات التصرفات العقارية من المواد التي كانت موضع تنازع بين الفقهاء المالكي وقواعد ظل ع، وقد استمر هذا التنازع إلى غاية صدور مدونة الحقوق العينية التي وحدت الأحكام المطبقة على جميع الحقوق العينية، اللهم ما يتعلق بالاستثناءات التي تقررها بنصوص خاصة، وفي هذا الإطار اشترطت م ح ع الكتابة لإثبات التصرفات العقارية وجعلت منها شكلية للانعقاد (الفقرة الأولى)، بل وضيق أيضا من نطاق العقود العرفية (الفقرة الثانية).

Marocdroit.com

الرقم الدولي المعياري للدورية

ISSN

(International Standard Serial Number)

2028-8107

الفقرة الأولى: الكتابة شكلية لإثبات التصرفات العقارية

لا يشترط الفقه الإسلامي الكتابة في إثبات التصرفات¹، ولو تعلق بالأصول، وليست لها علاقة بصحة أو بطلان التصرف²، انطلاقاً من النص الشرعي المتعلق بآية المداينة³ الذي ذكرت فيها كتابة العقد على وجه الاستحباب لا الوجوب⁴، وهكذا ينعقد البيع لحظة قبول الإيجاب كما قال الشيخ خليل: "ينعقد البيع بما يدل على الرضى وإن بمعطاة، وبيعني فيقول بعث وابتعت أو بعثك ويرضى الآخر فيهما"⁵.

وقد كانت المحاكم تطبق هذا الحكم الفقهي، ووجدت لها تأييداً على صعيد المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) خاصة بالغرفة الشرعية، حيث قال المجلس: "عقد البيع ليس بعقد شكلي بل رضائي فإن تم الاتفاق على الثمن والمبيع فقد تم البيع بمجرد تطابق الإيجاب والقبول"⁶.

إذن كان متاحاً إثبات البيع بالكتابة أو بشهادة الشهود⁷، أو عن طريق الإقرار⁸، وتبقى أهم المبررات التي ساقها القضاء في تطبيق أحكام الفقه المالكي، هو أن هذه الأحكام من النصوص الشرعية التي كانت

1 - عبد السلام بنزروع؛ إثبات دعوى الاستحقاق أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص نوقشت ب ك ع ق ج بالرباط أقال السنة الجامعية: 2012؛ 2013؛ ص: 334.

2 - ابراهيم فكري؛ تمام بيع العقار وما يترتب عليه من حقوق وأشباه في ظل ع والتوثيق العصري والتوثيق العدلي والعقود العرفية في نظر قضاء الأصل والاجتهاد القضائي وأراء الفقه الحديث؛ مداخلة في إطار ندوة علمية تحت عنوان: توثيق التصرفات العقارية؛ منظمة من طرف م د ق م ع بكلية الحقوق مراكش يومي 11 و12 من فبراير 2005؛ المطبعة والوراقة الوطنية؛ مراكش؛ 2005؛ ص: 187.

- محمد الكشور؛ التطهير الناتج عن تحفيظ العقار تطور القضاء المغربي: قراءة في قرار المجلس الأعلى بتاريخ 29 دجنبر 1999؛ الطبعة الأولى 2005؛ هامش 5؛ ص: 15.

3 - قال عز وجل في ذكره الحكيم "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ..." الآية 282 من سورة البقرة.

4 - وهو قول الجمهور مالك وأبو حنيفة والشافعي وأحمد؛ محمد الطاهر بن عاشور؛ تفسير التحرير والتنوير؛ الجزء الثالث؛ الطبعة المشتركة بين الدار الجماهيرية والدار التونسية. أشار له ذ أحمد ادريوش؛ نطاق ظهير الالتزامات والعقود، مطبعة مكتبة الأمانة، 1996 الرباط؛ ص: 46.

ويقول ذ بنزروع في أطروحته أن حكم الكتابة في آية الدين هو الندب في الجانب النظري خاصة الأصولي منه أو التفسيري، أما على المستوى العملي فالفقه المالكي يميل نحو تفسير الآية المذكورة بالوجوب لا الندب عبد السلام بنزروع؛ أطروحته؛ (م س)؛ ص: 506.

5 - خليل بن إسحاق الجندي؛ مختصر خليل؛ الجزء السادس؛ دار الكتب العلمية؛ بيروت لبنان؛ الطبعة الأولى؛ 1995؛ ص: 148.

6 - قرار المجلس الأعلى عدد 1173 بتاريخ 1986/08/08 أشار له يونس رياض؛ العقار غير المحفظ بين النظام القانوني والواقع العملي؛ رسالة لنيل د د ع م؛ نوقشت ب ك ع ق ج بمراكش؛ 2002/2001؛ ص: 58.

7 - جاء في قرار للمجلس الأعلى: "طبقاً للريعة الإسلامية فإن بيع العقار غير المحفظ يمكن إثباته بشهادة الشهود، وأن المحكمة لما استبعدت الليف المدني به لإثبات هذا البيع بعله أنه لا يثبت بشهادة الشهود، ولا بد فيه من الدليل الكتابي الثابت التاريخ تكون قد طبقت الفصل 489 ظل ع، والذي لا مجال لتطبيقه في النازلة واستبعدت الفقه الإسلامي الواجب التطبيق، والذي يجيز في الأحوال الخاصة إثبات البيع بشهادة الشهود" قرار عدد 666 بتاريخ 1978/09/27؛ منشور بمجلة القضاء والقانون؛ العدد 146 ص: 64. لكن المجلس الأعلى حاول إحاطة شهادة الشهود بشروط دقيقة كما جاء في قراره عدد 1346 بتاريخ 1988/11/15 "عقد الشراء يتوقف على الإيجاب من البائع والقبول من المشتري وهما من

تطبق على العقار غير المحفظ في عهد الحماية، والتي ظلت سارية المفعول بعد دخول قانون المغربية والتعريب والتوحيد حيز التطبيق طبقا للفصل الثالث منه⁹، ولم يستثن المجلس الأعلى العقار في طور التحفيظ من الخضوع لأحكام الفقه المالكي¹⁰.

ومع أن هناك موقف قضائي¹¹ وفقهي¹² مخالف، كان ينادي بتطبيق ظهير الالتزامات والعقود على سائر العقارات، إلا أن تأثيره كان محدودا للغاية، حيث استمرت الازدواجية في تطبيق الأحكام الموضوعية على الحقوق العقارية، ومنها مسألة إثبات التصرفات العقارية.

ولقد كان من تجليات تطبيق الفقه الإسلامي على العقار غير المحفظ أو الذي في طور التحفيظ أن الحجج والمؤيدات يمكن أن تصاغ بعد نشوء النزاع، وليس أثناء إجراء التصرف¹³، وغالبا ما كان

مدركات السمع فلا يحصلان إلا به لا إلى المخالطة"؛ منشور بمجلة المحاكم المغربية؛ العدد 63؛ ص: 116، بمعنى أنه لا بد من حضور الشهود مجلس العقد وهذا ما ورد في قرار آخر "إذا شهد شهود اللغيف بمعرفتهم وتحديدهم للشهود، وأن البيع وأداء الثمن تما بحضورهم ولم يقع فيه الطعن بأي مطعن فإنه لا يحق للمحكمة أن تستبعد هذه الحجة" قرار عدد 611 بتاريخ 19/09/1998؛ منشور بمجلة المحاماة؛ العدد 16؛ ص: 131.

8 - "العقود لا تبنى على الاحتمال وأن التفويت لا يثبت إلا بالإقرار به أو الإشهاد عليه بصفة رسمية" قرار المجلس الأعلى عدد 266 بتاريخ 05/05/1981؛ منشور بمجلة ق.م.أ عدد 30؛ ص: 54. وفي قرار آخر "حيث أن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه حين ركزت قرارها على ما استخلصته من إقرار الطاعن من كونه يقر ببيع الأرض محل النزاع... تكون أي المحكمة - قد علقت قضائها تعليلا كافيا" قرار المجلس الأعلى عدد 4112 بتاريخ 25/07/1995؛ غير منشور. ومن مصادر الإقرار في الفقه ما قاله الشيخ ابن عاصم في تحفته. وَمَالِكٌ لَأَمْرِهِ أَقْرُّ فِي ۞ ۞ ۞ صَحَّتِهِ لِأَجْنَبِي أَقْتَبِي.

أبو بكر محمد بن عاصم الأندلسي؛ منظومة تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام؛ تحقيق محمد عبد السلام محمد؛ دار الافاق العربية القاهرة؛ الطبعة الأولى؛ 2011؛ بيت رقم 1399.

9 - قرار الغزفة الشرعية بالمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 4 دجنبر 1985؛ منشور بمجلة رسالة المحاماة؛ العدد الخامس؛ ص: 212. وجاء فيه "إن النصوص الشرعية هي المطبقة على هذه النازلة لتعلقها بعقار غير محفظ طبقا للفقرة الأولى من الفصل الثالث من قانون توحيد المحاكم الصادر بتاريخ 26 يناير 1965، خلافا لما ذهب إليه الطالبان من وجوب تطبيق ظل ع على النازلة"

10 - قرار المجلس الأعلى عدد 59 بتاريخ 26/01/1973؛ منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد؛ العدد المزدوج 14/13 لسنة 1983؛ ص: 119.

11 - قرار عدد 3273 بتاريخ 09/05/1998؛ نشره عبد العزيز توفيق؛ قضاء المجلس الأعلى في الأحوال الشخصية والعقار من 1957 إلى 2002؛ مطبعة النجاح الجديدة؛ الدار البيضاء؛ الطبعة الأولى؛ 2002؛ ص: 298. كذلك قرار المجلس الأعلى عدد 600 بتاريخ 19/10/1977؛ منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد؛ العدد 4؛ ص: 111.

12 - محمد الكشور؛ بيع العقار بين الرضائية والشكل؛ مطبعة النجاح الجديدة؛ الدار البيضاء؛ الطبعة الأولى؛ 1997؛ ص: 66 وما بعدها. أيضا محمد الكشور؛ مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون العقود والالتزامات في مجال العقار غير المحفظ؛ المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية؛ العدد 7؛ 1984؛ ص: 63

- محمد شليح؛ مشكل الكتابة في بيع العقار غير المحفظ بالمغرب؛ مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد؛ العدد 19؛ 2002؛ ص: 85،

13 - كان المجلس الأعلى لا يتردد في قبول الحجج المصاغة بعد نشوء النزاع، حيث قال في قرار له: "إن المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة واقع وقانون يمكن للأطراف أن يدلوا أمامها بكل ما لديهم من حجج ووسائل دفاع، ما دام المحافظ قد أبقى التعرض المذكور وأحاله عليها، لذلك

Marocdroit.com

الرقم الدولي المعياري للدورية

ISSN

(International Standard Serial Number)

2028-8107

يستعان ببينة من اثني عشر شاهدا¹⁴، وهو ما استغله البعض لصياغة حجج واهية معتمدا في ذلك على شهود زور، يشهدون بما لا يعلمون أو يعلمون ولا يشهدون بعلمهم.

واقع أصبح في زمن الماضي بعد أن اختار المشرع حسم الاختيار لفائدة اشتراط الكتابة، وبصيغة أكثر وضوحا وأشد حكما، وذلك من خلال المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية التي اشترطت الكتابة في شكل معين لصحة التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها، وبالتالي لم يعد هناك مجال لإثبات التصرفات المبرمة بغير هذه الصيغة ولو بإقرار البائع نفسه.

وتجدر الإشارة إلى أنه يستثنى من تطبيق المادة المذكورة؛ التصرفات المتعلقة بإنشاء أو نقل أو تعديل أو إسقاط الرهن الاتفاق المقرر لضمان أداء دين لا تتجاوز قيمته 250000 درهم، فرغم أن الرهن

فإنها لما قبلت الحجج المدلى بها أمامها فهي لم تخرق مقتضيات الفصل...". قرار عدد 3083 بتاريخ 27 أكتوبر 2004 أشار له الغازي أيت احمد؛ تطبيق الأحكام القضائية الصادرة في مسطرة التحفيظ؛ ندوة دور التشريع ونجاعة القضاء في حل المنازعات العقارية؛ منظمة من طرف محكمة الاستئناف بالرباط والوكالة وم ع م ع خ؛ بتاريخ 04 ماي 2011؛ سلسلة ندوات محكمة الاستئناف بالرباط؛ العدد 3 سنة 2011؛ مطبعة الأمنية؛ الرباط؛ 2011؛ ص: 160 في المنحى ذاته جاء في قرار آخر "إن منازعات التحفيظ العقاري يطبق فيها الفقه الإسلامي، وأن المحكمة عندما استبعدت لفيف المتعرضين بحجة أنه أقيم بعد نشوء الخصومة تكون قد خرقت هذه المبادئ، إذ أن الحجة تقام عادة وشرعا بعد تكليف المدعي بإثبات دعواه، وأن بينة اللفيف هي إحدى وسائل الإثبات الشرعية" قرار المجلس الأعلى ملف عدد 50432 بتاريخ 1976/01/21.

14 - وتعرف فقها باللفيف، والحقيقة أن الإشهاد في الفقه الإسلامي يثبت للعدل مصداقا لقوله تعالى "أشهدوا نوي عدل منكم". قال ابن فرحون الشهادة إذا صدرت من اللطخ (الشهود غير العدول) فلا ينبغي قبولها، لأن اللطخ ليس ببينة (برهان الدين أبو الوفاء بن شمس الدين أبو عبد الله محمد بن فرحون تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام الجزء الأول دار الكتب العلمية؛ بيروت لبنان؛ الطبعة الأولى 1995؛ ص: 143)، وحظر هذا النوع من الشهادات سببه انتفاء العدالة، غير أن الضرورة أو الحاجة فرضت الخروج عما هو أصل، حيث لا يوجد في مكان إبرام العقد عدول، أو وجودون ومع ذلك يتعذر حضورهم، لهذا السبب قبل الفقهاء المتأخرون من المالكية بشهادة اللفيف وفق بعض الشروط، جاء في العمل الفاسي لسيد عبد الرحمان بن عبد القادر الفاسي:

وقدره في الغالب اثني عشر ﴿﴾ ﴿﴾ ﴿﴾ وزد لك الرشد وضد أكثر وربما تساهلوا فيما يقل ﴿﴾ ﴿﴾ كالعشر والثمان فيما يشتمل.

وورد وفي لامية الزقاق: بغير عدول واجتهد وتأمل. انظر ملحق بكتاب محمد براءة اغزيول ومن معه؛ الدليل العملي للعقار غير المحفظ؛ منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية سلسلة الدراسات والأبحاث؛ العدد 2 مطبعة البيت سلا؛ الطبعة الثانية؛ 2007 ص: 187 و193. وقال المهدي الوزاني في حاشيته على شرح التاودي "إذا شهد غير العدول فكثير حينئذ عدد من شهد منهم، واجتهد أيها القاضي فيما يحصل لك العلم أو غلبة الظن بما شهدوا، وتأمل القرائن المحيطة بتلك الشهادة" وعليه فقد ترسخ العمل باللفيف لدى قضاة المغرب والأندلس، رغم مخالفته لبعض القواعد العامة ددا سعاد؛ اللفيف وحجيته في الإثبات؛ رسالة لنيل د د د ع م؛ نوقشت ب ك ع ق ج بمراكش؛ السنة الجامعية: 1999/1998؛ ص: 34، كما رهن؛ منشور لوزير العدل تحت عدد 14714 قبول بشهادة اللفيف على توفرها على بعض الضمانات المتأصلة في بعض التوجهات الفقهية. حسن الربيعي؛ الشهادة كوسيلة لتوثيق المعاملات المدنية؛ مقال منشور بمجلة الإشعاع؛ العدد 22؛ دجنبر 2000. لكن اللافت للانتباه أن شرط الضرورة وغياب أو قلة العدول الذي كان سبب إجازة العمل باللفيف لم يعد الالتفات إليه ولا يراقبه القضاء المغربي. محمد الشليح؛ مشكل الكتابة في بيع العقار غير المحفظ؛ (م س)؛ ص: 81.

Marocdroit.com

الرقم الدولي المعياري للدورية

ISSN

(International Standard Serial Number)

2028-8107

حق عيني تبعي، فقد ارتأى المشرع تعديل المادة 174 من م ح ع¹⁵ لاستثناء العمليات المتعلقة به، وذلك لتشجيع عمليات الحصول على القروض الصغرى التي يستفيد منها زبناء السكن الاجتماعي وصغار الفلاحين.

ومهما يكن فالظاهر أن المادة الرابعة من م ح ع وسعت من نطاق اشتراط الكتابة التي نص عليها الفصل 489 من ظ ل ع، والذي طبقه القضاء مرارا وبشكل صريح¹⁶، وعليه أضحت هذه الشكلية ملزمة بالنسبة لجميع الحقوق العينية محفظة كانت أو غير محفظة أو في طور التحفيظ مع اعتبار الاستثناء المذكور أعلاه.

ويبدو أن اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات المتعلقة بالحقوق العينية العقارية، يحقق حماية للمالك وصيانة لهذه الحقوق، حيث يسهل على القضاء التصدي رد جملة من المنازعات المعروضة عليه في مجالات شتى دون كثير من إجراءات البحث والتحقيق، وهذا فيه تخفيف للعبء الملقى على كاهله ماديا وبشريا، واختصار مهم لزمان التقاضي سواء فيما يخص المنازعات المتعلقة بتقييد الحقوق بالرسوم العقارية أو التشطيب عليها، أو فيما يتعلق بالبث في دعاوى الاستحقاق بالنسبة للعقارات غير المحفظة، وكذلك بالنسبة لقضايا التحفيظ التي يُنظرُ فيها خلال مرحلة قضائية معتبرة، تحتسب من زمن مسطرة التحفيظ العادية وغير العادية.

وعلى صعيد محكمة النقض أعتقد أنه سيتعزز دورها في مراقبة تطبيق القانون اعتمادا على مبنى ومعنى النص التشريعي، وهذا أفضل من الرجوع إلى أحكام تتسع للاختلاف الذي حصل مرات عديدة بين مختلف غرف المجلس الأعلى، لذا فهذه المادة خطوة نحو توحيد الاجتهاد القضائي وعدم تضاربه.

وفي جميع الأحوال فهذا النص هو انعكاس لحركية المجتمع ومواكبة لتطوره، حيث لم يعد هناك مجال للمعاملات السابقة التي بني أغلبها على أساس الثقة والمعرفة المسبقة بشخص المتعامل معه، إنما

¹⁵ - بموجب قانون رقم 67.13 القاضي بتنظيم المادة 174 من م ح ع والصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.13.109 بتاريخ 2013/11/19 منشور ب ج ر عدد 6208 بتاريخ 2013/11/28 ص : 7328 وتطبيقا لهذا القانون صدر المرسوم رقم 2.14.881 بتاريخ 2015/04/17 بتطبيق المادة 174 من م ح ع منشور ب ج ر عدد 6356 بتاريخ 2015/4/30 ص : 4119 . وأسند هذا المرسوم تحديد المبلغ المالي للدين موضوع الرهن الاتفاقي لقرار وزيرى مشترك لوزير الفلاحة ووزير العدل ووزير المالية والذي صدر بدوره تحت رقم 4517.14 بتاريخ 2015/4/17 منشور ب ج ر عدد 6369 بتاريخ 2015/06/15 ص : 5725.

¹⁶ - جاء في قرار المجلس الأعلى: "نص الفصل 489 على أن بيع العقار يجب أن يكون كتابة في محرر ثابت التاريخ، وحيث أن المحكمة حينما لم تطبق مقتضيات الفصل المذكور، فإن حكمها ناقص التعليل وعرضت حكمها للنقض..." قرار عدد 375 صادر بتاريخ 18 مارس 1986. أوردته رقية واحماني؛ خصوصيات قضايا التحفيظ العقاري بالمغرب؛ رسالة لنيل د د ع م؛ نوقشت ب ك ع ق ج بمراكش؛ السنة الجامعية: 2001/2000؛ ص: 39.

أصبح حرص الناس والمستثمرين ينصب على مضمون الصفقة حسب العقد المكتوب بغض النظر عن المميزات الشخصية لأطرافه.

الفقرة الثانية: تضييق نطاق العقود العرفية في التصرفات العقارية

ضمانة أخرى لا تقل أهمية عن اشتراط الكتابة لإثبات التصرفات المتعلقة بالحقوق العقارية، ألا وهي ضرورة صياغة العقد في شكل رسمي، أو عرفي شريطة أن يكون المحرر محاميا مقبولا للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك، أو إذا لم يكن هناك استثناء صريح من مدونة الحقوق العينية نفسها.

وغني عن البيان أن الأشخاص المختصين بتحرير عقود تحمل صبغة الرسمية هم العدول والموثقون، ذلك أن العقد العدلي يصبح رسميا بعد مخاطبة قاضي التوثيق عليه¹⁷، في حين يعتبر العقد التوثيقي رسميا بعد التوقيع عليه من طرف الموثق¹⁸، أما الآثار الناتجة عن رسمية العقد فتتعلق أساسا بعدم إمكانية الطعن في مضمون الوثيقة إلا بالزور¹⁹.

ومن المعلوم أن هذا المقتضى الجديد سيضع حدا للواقع الذي كان سائدا فيما يخص تحرير التصرفات العقارية، حيث كان لأطراف العقد حرية كاملة في اختيار نوع المحرر لإبرام عقودهم إلا في بعض الحالات القليلة، وغالبا ما يتولى الأطراف تحرير العقد بأنفسهم أو يختارون كاتباً لهذا الغرض، يحرر إملاءاتهم، وتنتهي العملية بالمصادقة على توقيعاتهم أمام السلطات المختصة²⁰.

17 - المادة 35 من القانون رقم 16.03 المتعلق بخطة العدالة الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.06.56 بتاريخ 14 فبراير 2006؛ منشور ب ج ر عدد بتاريخ 16 مارس 2006؛ ص: 556.

18 - المادة 44 من القانون رقم 32.09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1.11.179 بتاريخ 22 نونبر 2011؛ منشور ب ج ر عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011؛ ص: 5611.

19 - تنسحب الرسمية على البنود المتفق عليها أمام المحرر مشاهدة وسماعا منه، أما المسائل التي لا يستطيع المحرر التحقق منها شخصيا أو لا تدخل في اختصاصه فيمكن إثبات ما يخالفها، وليس هناك فرق ملموس بين ظل ع والفقهاء الإسلامي. امحمد ابرادة غزيول ومجموعة من المؤلفين القضاء؛ الدليل العملي للعقار غير المحفظ؛ (م س)؛ ص: 82 و ص: 84. وهكذا لا يمكن إضفاء الرسمية على شهادة المحرر بسلامة صحة أطراف العقد إلا بالنسبة للأمراض الظاهرة للعيان، وهو الموقف الأخير للمجلس الأعلى من خلال قراره عدد 380 بتاريخ 2003/09/10؛ منشور بمجلة ق.م.أ عدد 61 يناير 2003؛ ص: 101، كذلك قرار المجلس الأعلى عدد 165 بتاريخ 2005/03/16؛ منشور بمجلة ق.م.أ؛ العدد المزدوج 65/64 سنة 2006 ص: 104. وقال المجلس الأعلى في هذا القرار "المرض يعتبر واقعة مادية يسوغ إثبات عكسها بكل طرق الإثبات... وان شهادة عدلي التلقي تنحصر على ظاهر حال المشهود عليه ليس إلا".

20 - بهذا الإجراء يكتسب العقد تاريخا ثابتا وبه يمكن الاحتجاج بالعقد في مواجهة الأعيان. محمد الكشور؛ ثبوت التاريخ في الوثيقة العرفية، مقال منشور بمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن؛ العدد 31؛ لسنة 1999؛ ص: 54؛ و ص: 56.

وكما هو معلوم فهذا النوع من العقود لا يكتسي الصبغة الرسمية، ما يجعله عرضة للطعن فيه وإثبات ما يخالفه بشتى وسائل الإثبات الممكنة، ولعل التجربة أبانت على أن العقد العرفي قلما يشار فيه إلى الحالة المدنية للأطراف كاملة وبوجه صحيح، وهذا يتعارض مع متطلبات ط ت ع، وغالبا ما لا يعكس الإرادة الحقيقية للأطراف²¹، بحيث يترك مجالا واسعا للتأويل والتفسير، مما يفتح الباب أمام طعون لا حصر لها في حالة الاختلاف على تنفيذ العقد، ذلك أن التعبير على تصرف بشأن الملكية العقارية أو الحقوق العينية الواردة عليها، يقتضي لزوما إحاطة المحرر بقدر مهم من المعرفة القانونية، تؤهله حسن التنزيل المكتوب لاتفاقات الأطراف مع احترام الضوابط والنصوص القانونية الجاري بها العمل.

لقد كانت تحرر عقود عرفية أحد أو جميع أطرافها أشخاص أميون²²، أو تتعلق بتصرفات باطلة بنص القانون، كما هو الحال في تفويت أراضي في إطار الإصلاح الزراعي، أو بيع حقوق عقارية أثناء مرحلة ضم الأراضي، هذا فضلا عن عدم تعيين محل العقد والشروط المتعلقة به، ونظرا لعدم إمكانية إصلاح الأخطاء التي تنتسب إلى العقد العرفي بعد تحريره والمصادقة عليه، كان يتم تسوية الأمر بإضافة وحشر مفردات وعبارات في حواشي العقد، أو بين سطوره أو في الفراغات التي تركت فيه، وفي حالات أخرى يتم الكشط والتشطيب على الكلمات والأرقام الخاطئة.

خلاصة القول إن استجابة المشرع لدعوات الباحثين والمهتمين²³، لتنظيم طرق إثبات التصرفات العقارية، لمن شأنه أن يوفر أسباب نجاح سياسة الدولة في تأهيل الوعاء العقاري، وحماية أصحاب الحقوق العينية، كما سيساهم في إسدال الستار عن الفوضى التي كانت سائدة في ميدان التحرير، دون أن ننسى أن منح الاختصاص لبعض المهنيين المؤهلين والمدرّبين دون غيرهم لتحرير التصرفات العقارية، سيكفل للدولة مراقبة العمليات العقارية، خصوصا على مستوى تقسيم الملكية، ما سيضع حدا للتجزئات العشوائية وتفتتت الأراضي الفلاحية لا سيما السقوية منها، على اعتبار أن كل التصرفات المؤطرة قانونا يكون

21 - فدوى عزوزي؛ الورقة العرفية؛ رسالة لنيل ددع م نوقشت ب ك ع ق ق ج - أكدا - الرباط؛ السنة الجامعية؛ 2007/2006؛ ص: 53.
22 - ينص الفصل 427 من ط ل ع على أن "المحررات المتضمنة للالتزامات أشخاص أميين لا تكون لها قيمة إلا إذا تلقاها موثقون أو موظفون عموميون مأذون لهم بذلك." وتطبيقا لهذا الفصل لم تتردد محكمة الاستئناف بمراكش تأييد الحكم الابتدائي القاضي بإبطال البيع الواقع على عقار في طور التحفيظ بعلة أن توقيع البائعة بالبصمة دليل على أميتها. قرار عدد 1153 بتاريخ 2001/04/12؛ غير منشور.
23 - محمد ابن الحاج السلمي؛ رسمية العقود في الميدان العقاري حتمية قانونية واقتصادية؛ مقالات وأبحاث في التحفيظ؛ دار القلم؛ الرباط؛ 2004؛ ص: 211.

- محمد خيرى؛ تعميم رسمية التصرفات العقارية رهين بتحديث القوانين المنظمة للتوثيق؛ مداخلة في إطار ندوة علمية تحت عنوان: توثيق التصرفات العقارية (م س)؛ ص: 19
- فدوى عزوزي؛ رسالتها؛ (م س)؛ ص: 87.

المحرر معنيا باحترامها ولا يجوز له مخالفتها²⁴، كما يعتبر مسؤولا عن تبصير المتعاقدين²⁵، وما تتضمنه تلك الاتفاقات من وقائع شهد عليها، وهذا ما يضمن حدا مقبولا من المراقبة القبلية ويحقق قدرا من الجودة والإتقان²⁶.

ومع ذلك، يبدو أن الاستفادة من مراقبة المحرر تحت طائلة مسؤوليته، تبقى محل نظر بالنسبة للمحركات التي ينجزها المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقض، لأن هذه المحركات لا تكتسي الصبغة الرسمية، وبالتالي تحتفظ بصفتها العرفية²⁷، وحيث لا يكون المحرر مسؤولا عن مضمون الوثيقة العرفية، على الرغم من أن هذه الفئة قادرة على تجاوز العديد من النقائص السالفة الذكر.

وعلى كل حال فهذا النص الجديد هو حلقة مهمة من سلسلة الخطوات التشريعية التي تبناها المشرع في الآونة الأخيرة لتضييق الخناق على العقود العرفية في تحرير التصرفات العقارية، حيث بدأت أولى خطوات التضييق على العقود العرفية في مجال التصرفات العقارية في مجالات الملكية المشتركة للعقارات المبنية²⁸، وبيع العقار في طور الإنجاز²⁹ والإيجار المفضي إلى تملك العقار³⁰، حيث تم اعتماد شكلية للتحرير بصيغة أقل تشددا من المادة 4 من م ح ع.

24 - جاء في المادة 9 من القانون رقم 34.94 المتعلق بالحد من تقسيم الأراضي الفلاحية الواقعة داخل دوائر الري ودوائر الاستثمار بالأراضي الفلاحية غير المسقية، الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1,95,152 بتاريخ 11 غشت 1995؛ المنشور ب ج ر عدد 4323 بتاريخ 06 شتنبر 1995؛ ص: 2441 أنه يحظر على العدول والموثقين تحرير عقود تخالف الأحكام المقررة في هذا القانون تحت طائلة بطلانها. في نفس السياق تقضي المادة 61 من القانون رقم 25.90 المتعلق بالتجزئات العقارية والمجموعات السكنية وتقسيم العقارات؛ بأنه لا يجوز للعدول والموثقين تحرير أي عقد دون الحصول مسبقا على التراخيص والشواهد الإدارية التي يفرضها هذا القانون، كما أن المادة 137 من المدونة العامة للضرائب تلقي مجموعة من الالتزامات على الموثقين والعدول تهدف في مجملها إلى ضمان استخلاص واجبات التسجيل بخصوص التصرفات التي يحررونها.

25 - أمينة ناعمي؛ توثيق التصرفات العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية واجتهادات محكمة النقض؛ مقال منشور بمجلة الحقوق؛ سلسلة الأنظمة والمنازعات العقارية؛ العدد 6 سنة 2012؛ ص: 73. في هذا الإطار أيد المجلس الأعلى قرار محكمة الاستئناف متابعة الموثق بتعويض المشتري، كونه أبرم لفائدته عقدا مع وجود حجز تحفظي لفائدة الغير. قرار المجلس الأعلى عدد 823 بتاريخ 2010/02/23؛ منشور بمجلة ق.م.أ؛ العدد 73؛ ص: 100.

26 - ادريس فجر؛ فعالية نظام توثيق التصرفات العقارية؛ مداخلة في إطار ندوة علمية تحت عنوان: توثيق التصرفات العقارية (م س)؛ ص: 90.

27 - عدم رسمية محررات المحامين يعني أنه ليس بإمكانهم تحرير عقود الهبة والصدقة؛ المادتين 274 و 291 من م ح ع وأيضا عقد الرهن الحيازي المادة 147 من م ح ع، وكذا عقد المغارسة المادة 268 من م ح ع.

28 - المادة 12 من القانون رقم 18,00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1,02,298 بتاريخ 03 أكتوبر 2002؛ منشور ب ج ر عدد 5054 بتاريخ 07 نونبر 2002؛ ص: 3175.

29 - الفصل 3-618 من القانون رقم 44,00 المتمم ل ظ ل ع الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1,02,309 بتاريخ 03 أكتوبر 2002؛ منشور ب ج ر عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2002؛ ص: 3183.

30 - المادة 4 من القانون رقم 51,00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار الصادر بتنفيذه الظهير رقم 1,03,202 بتاريخ 11 نونبر 2003 المنشور ب ج ر عدد 5172 بتاريخ 25 دجنبر 2003؛ ص: 4375.

والحقيقة أنه لم يعد هناك مبرر لوجود نصوص خاصة تنظم إثبات بعض التصرفات العقارية إلى جانب نص عام، فمن شأن ذلك أن يخلق نوعا من اللبس فيما بينها، لذا فإن قاعدة تقديم النصوص الخاصة، على النص العام أي المادة 4 من م ح ع لا يمكنها أن تحجب مزية توحيد الأحكام المطبقة على الشكلية ذاتها.

MarocDroit.com